日韓·韓日弁護士協議会誌

-第27回大阪総会-

(日本側編集)

第 27 回 2005



大阪城とホテルニューオータニ大阪

2005年11月19日(土) 於 ホテルニューオータニ大阪

目 次

会長挨	拶 山上 賢一 (YAMAGAMI Kenichi)弁護士(日韓弁護士協議会 会長)	4
会長挨	拶 李 載 厚 (LEE Jae-Hoo) 辯護士 (韓日辯護士協議會 會長)	6
祝	辞 梶谷 剛 (KAJITANI Gho) 弁護士 (日本弁護士連合会 会長)	8
祝	辞 千 璣興 (CHUNG Ki-Heung) 辯護士 (大韓辯護士協會 協會長)	10
祝	辞 益田 哲生 (MASUDA Tetsuo) 弁護士 (大阪弁護士会会長)	12
	議論文 商法大改正・新会社法成立の意義~法体系の観点から」 行澤一人(YUKIZAWA Kazuhito)神戸大学大学院法務研究科	14
シンホ	ジュウム論文	
۲۶	最近の医療訴訟の専門部の現状と留意点」	22
	東 幸夫(AZUMA Yukio)弁護士	
Γ	韓国における医療過誤訴訟の審理方式と実務上の諸問題」	36
	金 善 中 (KIM Seon-Jung) 辯護士	
	張 慶 贊(JANG Kyung-Chan)辯護士	
2005年	5月28日韓国龍坪で開催された判例研究会発表内容	
Γ:	ゴルフ競技に関連する事故」(最近の下級審判決を中心に)	90
	李 濬 熈(LEE Jun-Hee)辯護士	
۲۰	サンショウウオと黒ウサギ」	108
	宋 在 雨(SOHNG Chai-Woo)辯護士	
Γģ	第三者との間で会社の営業の移転等に関する協議などの差し止めを求め)る仮
久	型分命令の申し立てについて保全の必要性を欠くとされた事例」	118
	中西 敏彰(NAKANISHI Toshiaki)弁護士	
随	筆 金 教 昌 (KIM Kyo-Chang) 辯護士	126
	新堂 幸司(SHINDO Koji)弁護士	138
編集後	記 藤井 郁也(FUJII Ikuya)弁護士	140

第27回大阪総会日程表

『親善ゴルフコンペ』

日時 平成 17年 11月 18日 (金曜日) 午前 9時 17分 スタート

場所 枚方カントリー倶楽部

住所 〒573-0111 大阪府枚方市杉北町 1-4622

電話 072-858-8331 FAX 072-859-4300



『総会・シンポジウム・レセプション』

日時 平成 17 年 11 月 19 日 (土曜日)

場所 ホテルニューオータニ大阪

住所 〒540-8578 大阪市中央区城見 1-4-1

電話 06-6941-1111 FAX 06-6941-9769

10:00~10:30 国別理事会

11:00~11:30 両国合同理事会

12:00~13:00 昼食・休憩

13:00~14:00 総会

14:00~14:45 記念講演

[行澤 一人 神戸大学大学院法務研究科教授]

14:45~15:00 休憩

15:00~15:30 シンポジウム (日本側発表)

〔東 幸夫 弁護士〕

15:30~16:00 シンポジウム (韓国側発表)

〔張 慶 贊 辯護士〕

16:00~16:15 休憩

16:15~17:15 全体討論「日本側 平井 満 弁護士、清水 俊順 弁護士」

[韓国側 洪 日 杓 辯護士、宋 在 雨 辯護士]

17:15~18:00 休憩

18:15~20:00 レセプション

会 順

[2005年11月19日(土曜日)・ホテルニューオータニ大阪]

敬称略

I. 理事会

両国個別理事会 両国合同理事会

Ⅱ. 昼食

(ホテルニューオータニ大阪)

Ⅲ.総会

司会:中嶋 進治(NAKAJIMA Shinii)

1、開会の辞 谷口 房行 (TANIGUTI Fusayuki)

2、両国会長挨拶 日本側会長:山上 賢一、韓国側會長:李 載厚

3、表彰状贈呈

邊 煐 壎(BYUN Young-Hoon)辯護士(総務幹事) 趙龍植(CHO Yong-Shik)辯護士(財務幹事)

4、祝 辞

日本弁護士連合会会長 梶谷 剛

大韓辯護士協會協會長 千 璣興

大阪弁護士会会長 益田 哲生

5、経過報告

藤井 郁也

6、議案審議

(1) 事業計画承認

(第28回総会開催の件・総会主題・会誌発行等)

(2) 役員改選の件、その他

7、閉会の辞

酒井 俊晧 (SAKAI Toshitsugu)

Ⅳ. 記念講演

行澤 一人 『商法大改正・新会社法成立の意義~法体系の観点から』

Ⅴ. シンポジウム 日本側司会:中嶋 進治 韓国側司会:景 洙 謹

主題『医療過誤裁判』

主題発表者 東幸生・張慶贊

—休憩—

討論者 パネリスト 平井 満・清水 俊順・洪 日 杓・宋 在 雨

Ⅵ. 休 憩

呱. レセプション 司会: 天野 博之 (AMANO Hiroyuki)



御挨拶

日韓・韓日弁護士協議会 会長 山上 賢一 YAMAGAMI Kenichi

今度、当会の創立第 27 回目の総会が、創設発生のご当地大阪にて開催されますことは、先輩各位、会員の皆様には感慨ひとしおと存じます。李戴厚会長をはじめ両国会員の地道な交流を一層強固に築き上げる契機に致したいものと願望いたして居ります。

人口問題研究所の推計では、65 歳以上の高齢者の総人口に占める比率は7%から25%に増えました。まさに、人口5人に1人が老齢者となり、意識しないうちに時代は大きく変化しています。我々は、その変化に即した対応を考える必要があります。

総会のテーマは「医療過誤裁判」であります。国民の意識が多様化するにつれ、医師の専門家としての倫理感、説明義務(インフォームド・コンセント Informed Consent)等が問われています。皆様の議論を通じて、これらの問題解決策が見出されることと期待しています。

主題報告者および、討論参加者にお礼を申し上げます。また、本会の記念講演者「会社法の大改正―特に中小企業に関して」行澤一人神戸大学教授には、法改正にともなう今日的な講演を許諾頂き感謝申し上げます。

ご参加の両国会員皆様が相互に意見の交換をして頂き、稔りの秋にふさわしい総会に致したいものです。大阪の錦秋を満悦されますよう祈念申し上げ、歓迎と致します。

2005年11月19日

인사말

일한・한일 변호사협의회 회장 야마가미 켄이치 YAMAGAMI Kenichi

이번 당 협의회의 창립 27번째 총회가 창설 발생 본거지인 오사카에서 개최된 것은, 선배각위, 회원 여러분들에게도 각별히 감개무량할 것으로 생각합니다. 이재 후 회장님을 비롯하여 양국 회원의 착실한 교류를 더욱 확고하게 이루는 계기로 하고 싶다고 희망하고 있습니다.

인구문제연구소의 추계로는, 65세 이상의 고령자가 총인구에서 차지하는 비율이 7%로부터 25%로 늘어났습니다. 바로 인구 5명에 1명이 노령자가 되며, 의식하지 않는 사이에 시대는 크게 변화하고 있습니다. 우리는 그 변화에 맞는 대응을 생각할 필요가 있습니다.

총회의 주제는 '의료과오재판'입니다. 국민의 의식이 다양화됨에 따라, 의사의 전문가로서의 윤리감, 설명의무(Informed Consent) 등이 문제가 되어 있습니다. 여러분의 논의를 통하여, 이들 문제의 해결책을 찾아낼 수 있을 것이라고 기대하고 있습니다.

주제보고자 및 토론참가자께 감사 말씀 드리겠습니다. 또한, 본 총회에서 '회사법의 대개정- 특히 중소기업에 관하여'라는 기념강연을 해 주실 고베대학교의 유 끼자와 가즈히토 교수님께는 법개정에 따른 오늘날의 강연을 맡아 주신 것에 대하여 감사 드립니다.

참가하신 양국 회원 여러분들은 서로 의견을 교환하여 주시고, 결실의 가을에 알맞은 총회가 되었으면 좋겠습니다. 오사카의 아름다운 가을을 마음껏 즐길 수 있도록 기원함으로써, 환영의 뜻을 대신하겠습니다.



御挨拶

韓日辯護士協議會 會長

李 載 厚 LEE Jae-Hoo

日韓・韓日弁護士協議会第27回総会を大阪にて開催される様になった事を非常に嬉しく存じます。

ここ大阪は、本協議会の創立総会が開催された意味深い場所です。1977年6月志のある日・韓両国の弁護士らが本協議会の設立を準備し、1980年12月14日、大阪国際ホテルで創立総会の開催に至ったのであります。

その後27年間定期総会と判例研究会を通じ多様なテーマのシンポジウムと判例研究、そして記念講演等を催し、両国の法律文化の交流と在日韓国人の法的地位向上のための努力等を通じ両国弁護士間の相互理解と協力、そして親善を図る所期の目的を達成して参りました。皆様と共に誇らしく思っております。

今年のシンポジウムのテーマである医療過誤裁判も、両国の法曹界において関心の高い 法律問題の一つで、医療技術の発達と共に過誤の水準と立証及び賠償金額合意等において新しい判例が出されております。これに関する両国現況の比較研究は、弁護士らに有益な資料になろうと信じております。

最後に、今回の総会の準備にご尽力下さった日本の山上賢一会長をはじめとする 日本側の会員の皆様のご労苦に感謝申し上げ、大阪で再びお会いし両国会員間の親 睦が更に深まる事を願いながら、ご参加頂いた全ての会員の皆様のご健康とご幸運 をお祈りいたします。

有難うございました。

인사의 말씀

韓日辯護士協議會 會長

李 載 厚 LEE Jae-Hoo

韓日·日韓辯護士協議會 제27회 총회를 오사카에서 개최하게 된 것을 매우 기쁘게 생각합니다.

이곳 오사카는 本協議會의 창립총회가 개최되었던 뜻 깊은 곳입니다. 1977. 6.부터 뜻있는 韓·日 양국의 변호사들이 本協議會의 설립을 준비해오다가 1980. 12. 14. 오사카 국제호텔에서 창립총회를 가지게 되었던 것입니다.

그 후 27년간 정기총회와 판례연구회를 통해 다양한 주제의 심포지움과 판례연구 그리고 기념강연 등을 가지면서 양국의 법률문화 교류와 재일 한국인의 법적지위 향상을 위한 노력 등을 통하여 양국 변호사 간의 상호 이해와 협력 그리고 친선을 가지는 소기의 목적을 달성해 왔습니다. 여러분과 더불어 자랑스럽게 생각합니다.

금년 심포지움 주제인 의료과오 재판도 양국의 법조계에서 관심이 많은 법률문제의 하나로 의료기술의 발달과 더불어 과오의 수준과 입증 및 배상액 합의 등에서 새로운 판례가 나오고 있습니다. 이에 관한 양국 현황의 비교연구는 변호사들에게 유익한 자료가 될 것이라고 믿습니다.

끝으로 이번 총회 준비를 위하여 수고해 주신 일본 山上 賢一 회장님을 비롯한 일본측 회원 여러분 노고에 감사드리며 오사카에서의 다시 만남으로 양국회원 간의 친목이 더욱 돈독해 질 것을 바라면서 참석하신 모든 회원들의 건강과 행운을 기원합니다.

감사합니다.



御挨拶

日本弁護士連合会 会長 梶谷 剛 KAJITANI Gho

第27回日韓弁護士協議会総会の開催を心よりお祝い申し上げます。

貴協議会は、長年にわたり日韓両国の司法制度の研究や時宜に適した判例研究・学術 発表等を通じて、着実な成果をあげてこられました。

私は、長く貴協議会の会員として、可能な限り総会等に参加し、素晴らしい韓国の先生方とお会いし、親しく懇談できることを何よりも楽しみとしていました。

今回は、日本で行われる総会ですので、出席したかったのですが、日弁連会務の関係 で誠に残念ながら出席することが出来ません。

本総会が、実り多いものとなることをお祈りいたします。

さて、日弁連が長年にわたって、市民に利用しやすく身近な司法の実現を目指して取り組んだ司法制度改革は、2004年11月末までに24本の司法制度改革関連法が成立し、制度設計がほぼ完了いたしました。いまや、実行の時を迎えています。新たな制度に魂を入れ、真に国民に根付いたものとするために、細部の制度設計・運用に向けた努力を継続すること、さらに具体的な制度運用と実践を通じて、新たな制度を本格的に実行に移すことが日弁連の喫緊の課題であります。

しかしながら一方で急激な改革は、弁護士及び日弁連のあり方に大きな影響を及ぼすことは確実であります。弁護士が新しい司法制度のもと、市民から尊敬される専門家としてあり続けるために、あるべき弁護士像を確立しなければならない時期を迎えています。

貴国においても、司法制度改革が重要課題となっているとお聞きしております。このようなとき、日韓両国の弁護士がお互いの国の司法制度の実情を理解すること、そして 裁判実務についての意見交換を通じて両国の司法制度の発展に力を尽くされることは 極めて有意義であると考えます。

お忙しい時間をさかれ、わざわざ日本までおいていただいたことに感謝を申し上げ、 日韓弁護士協議会のますますのご発展とご参会の皆様のご健勝を祈念申し上げ御挨拶 といたします。

인 사 말씀

일본변호사연합회 회장

梶谷 剛

KAJITANI Gho

제 27 회 韓日辯護士協議會 總會의 開催를 진심으로 祝賀드립니다.

귀 협의회는 오랜 기간에 걸쳐 韓日 兩國의 司法制度 硏究와 시의 적절한 判例硏究·學術發表 등을 통하여 착실한 成果를 올려왔습니다.

저는 오랫동안 귀 협회의 회원으로서 가능한 한 총회 등에 참가하여, 훌륭하신 한국의 변호사님들과 만나 친하게 담소를 나누는 것을 무엇보다도 즐거워 해 왔습니다.

금회는, 일본에서 행해진 총회여서 출석하고 싶었습니다만, 일본변협 會務 關係로 정말 유감스럽게도 출석할 수 없습니다.

본 총회가, 많은 성과가 있기를 기원합니다.

그리고, 일본변협이 오랜 기간에 걸쳐 시민이 이용하기 쉽고 친근한 사법의실현을 목표삼아 몰두해 온 司法制度改革은 2004 년 11 월말까지 24 개의司法制度改革關聯法이 만들어지고, 制度設計가 대부분 完了되었습니다. 이제는實行의 때를 맞이하고 있습니다. 새로운 제도에 혼을 넣어 진실로 국민에게뿌리내릴 수 있도록 하기 위하여 細部의 制度設計·運用을 위한 노력을 계속 하는것, 그 위에 구체적인 制度運用과 實踐을 통하여 새로운 제도를 본격적으로 실행에옮기는 것이 일본변협의 緊急한 課題입니다.

그렇지만 한편으로 급격한 개혁은 변호사 및 일본변협 본연의 자세에 큰 영향을 미쳤음이 확실합니다. 변호사가 새로운 사법제도 아래에서 시민으로부터 존경 받는 전문가로서 계속 남아 있기 위해, 마땅히 가져야 할 변호사상을 확립하지 않으면 안 될 시기를 맞이하고 있습니다.

귀국에서도 사법제도개혁이 중요과제로 되어있다고 들었습니다. 이와 같은 때 일한양국의 변호사가 서로 상대방 국가의 사법제도 실정을 이해 하는 것, 그리고 재판실무에 대한 의견교환을 통하여 양국의 사법제도 발전에 힘을 쏟을 수 있는 것은 매우 의미 있는 일이라고 생각합니다.

바쁜 시간을 내어, 일부러 일본까지 와 주신 것에 감사드리고, 일한변호사협의회의 무궁한 발전과 참가하신 모든 분의 건승을 기원하며 인사드립니다.

祝辞



大韓辯護士協會 協會長

千 璣 興

CHUNG Ki-Heung

李載厚会長と山上賢一会長をはじめとする韓日・日韓弁護士協議会の役員の皆様と、本日総会にご参加頂きました内外貴賓の皆様に大韓弁護士協会を代表して韓日・日韓弁護士協議会の第27回総会開催を心よりお祝い申し上げます。

1980 年以降継続して開催されている韓日・日韓弁護士協議会の総会は、両国法律家等による幅広い法律情報交流及び主要な関心事に対する意見交換を通じ両国間の法律文化発展に大きく寄与して参りました。

本日総会で議論する事となる「医療過誤裁判」の問題も私どもが解決しなければならない重要な社会的な課題である事は明らかです。患者の被害が医師の過失に因るかどうかを専門家でない患者の立場からは明確にし難いという特殊性を考慮し、医師の過失に対する患者の立証責任の緩和を通じ患者に恩恵を与える一方、医師が非合理的な医療訴訟に巻き込まれないように医師の損害賠償責任の範囲に対する客観的な基準を用意し、患者と医師の双方にとって公正な判決を下す事ができるようにしなければならないという声が高まっています。しかし、医療過誤訴訟に対する適切な調整法の体系は未だ確立されていない状況です。

このような状況で「医療過誤裁判」に関する本日の深い議論は、学界と実務界はもちろん、一般市民等にも高い関心と深い問題意識を喚起させるようになると考えられます。 本日、本席が医療過誤訴訟を円満に解決できる法的方策を模索すると共に、医療過誤訴訟を未然に防止できる合理的な法体系の基礎を確立できる契機になるよう心より期待致します。

最後に、韓日・日韓弁護士協議会の活動が一層活発に発展し、両国の法治主義の確立 に大きく役に立つようお願いし、祝辞に代えさせて頂きます。

大韓辯護士協會 協會長 千 璣 興

CHUNG Ki-Heung

李載厚 회장님과 山上賢一 회장님을 비롯한 한일·일한변호사협의회 임원 여러분과 오늘 총회에 참석한 내외 귀빈 여러분께 대한변호사협회를 대표하여 한일·일한변호사협의회 제 27 회 총회 개최를 진심으로 축하드립니다.

1980 년 이후 계속된 한일·일한변호사협의회 총회는 양국 법률가들에 의한 폭넓은 법률정보 교류 및 주요 관심사에 대한 의견 교환을 통하여 양국간의 법률문화 발전에 크게 기여하였습니다.

오늘 총회에서 논의하게 될 '의료 과오 재판'의 문제도 우리가 해결해야 할 중요한 사회적 과제임이 분명합니다. 환자의 피해가 의사의 과실로 인한 것인지를 전문가가 아닌 환자로서는 밝혀내기 어렵다는 특수성을 고려하여 의사의 과실에 대한 환자의 입증 책임 완화를 통해 환자에게 혜택을 부여하는 한편, 의사가비합리적인 의료 소송에 휘말리지 않도록 의사의 손해 배상 책임 범위에 대한 객관적 잣대를 마련하여 환자와 의사 양측에 공정한 판결을 내릴 수 있도록 해야한다는 목소리가 높아져 가고 있습니다. 그러나 의료 과오 소송에 대한 적절한 조정법 체계는 아직도 확립되어 있지 않은 상황입니다.

이러한 상황에서 '의료 과오 재판'에 관한 오늘의 심도있는 논의는 학계와 실무계는 물론, 일반 시민들에게도 많은 관심과 깊은 문제의식을 갖게 할 것입니다. 오늘 이 자리가 의료 과오 소송을 원만히 해결할 수 있는 법적 방안을 모색함과 아울러, 의료 과오 소송을 미연에 방지할 수 있는 합리적인 법체계의 근간을 확립할 수 있는 계기가 되기를 진심으로 바랍니다.

끝으로, 한일·일한변호사협의회의 활동이 더욱 활발하게 펼쳐져 양국의 법치주의 확립에 크게 이바지하여 줄 것을 바라며, 축사에 갈음하겠습니다.



祝辞

大阪弁護士会 会長 益田 哲生 MASUDA Tetsuo

日韓・韓日弁護士協議会第27回総会が本日、大阪で開催されるにあたり、大阪弁護士会を代表しまして、心よりお祝い申し上げます。

大韓民国と日本の弁護士の有志の方が長きにわたり交流を続けられ、両国の抱える 法律問題について意見交換し、また双方の法令および判例を研究する機会を持ち続けて こられたことは、誠に意義のあることであり、深甚の敬意を表します。

大阪を含め関西地域には、大韓民国をはじめ多くの外国の方が居住され、また経済活動を営んでおられます。それに伴い、アジア諸国を含む世界各国との経済的・文化的交流が盛んであります。私どもは、このような国際交流を大切にし、今後も維持・発展させていきたいと思っております。

私ども大阪弁護士会も1993年以来、大韓民国ソウル地方弁護士会の皆さまと毎年お会いし、そのときどきの両国の司法制度について意見交換を行っております。

日本では現在、司法制度の改革が急速に進んでおります。その視点の1つに国際的に通用する司法制度の確立があります。大阪弁護士会としましても、諸国の司法制度を 学びつつ、理想の制度を構築するべく、日々努力しております。

そのような中で、貴協議会が果たされる役割に大いに期待しております。

貴協議会が今後も末永く交流を続けられ、両国の相互理解と親善に寄与されること を祈念申し上げますとともに、本日の総会のご盛会をお祈り申し上げます。 오사카 변호사회회장 마스다 데츠오 MASUDA Tetsuo

일한·한일 변호사협의회 제27회 총회가 오늘 오사카에서 개최됨에 즈음하여, 오사카 변호사회를 대표하여 진심으로 축하 드립니다.

대한민국과 일본의 뜻을 같이 하는 변호사들이 오랜 세월에 걸쳐 교류를 하면서, 양국이 안고 있는 법률문제에 대하여 의견을 교환하고, 쌍방의 법령 및 판례를 연구하는 기회를 가져 온 것은 정말로 의미 있는 것이며, 심심한 경의를 표하는 바입니다.

오사카를 포함한 칸사이 지역에는, 한국인을 비롯하여 많은 외국인이 거주하고, 경제활동을 하고 있습니다. 그에 따라, 아시아 여러나라를 포함한 세계 각국과의 경제적·문화적 교류도 빈번히 행하여지고 있습니다. 저희는 그러한 국제 교류를 소중히 생각하고, 앞으로도 유지·발전하여 나갈 생각입니다.

저희 오사카 변호사회도 1993년 이후 매년 한국 서울지방 변호사회 여러분을 만나 그 때 그 때의 양국의 사법제도에 대하여 의견을 교환하고 있습니다.

일본에서는 현재 사법제도의 개혁이 급속히 진행되고 있습니다. 그 목적의 하나는 국제적으로 통용되는 사법제도를 확립하는 것입니다. 오사카 변호사회도 여러 나라의 사법제도를 연구하면서 이상과 일치하는 제도를 구축하도록 늘 노력하고 있습니다. 이러한 상황에 있어서 귀 협의회가 하는 역할이 매우 큰 것으로 기대하고 있습니다.

귀 협의회가 앞으로 오래도록 교류를 계속하고, 양국의 상호 이해와 친선에 기여함을 기원하면서, 오늘의 총회의 성황을 바라겠습니다.

商法大改正・新会社法成立の意義~法体系の観点から

神戸大学大学院法学研究科 教授 行澤 一人

1 本年(2005年)6月29日に成立した会社法は、従来のわが国商法典の体系を抜本的に改めるものであり、その意味で今般の改正は、1899年(明治32年)の商法典成立に匹敵する歴史的な意義を有するものとなった。今般の商法改正は、当初、刑法や民法に遅れを取っていたカタカナ文字による条文の「現代語化」作業として進められたが、その改正検討作業の過程で、法律の中身の「現代化」が図られることとなった。しかし、出来上がった結果は、単なる中身の改正にとどまらず、法体系そのものを改めるまでに至ったのである。これは数年前には誰も予想していなかったことだった。

従来の商法典は、第一編総則・第二編会社・第三編商行為・第四編海商という構成を取り、いわゆるヨーロッパ大陸法系に特徴的なパンデクテン方式によって編纂されていた。即ち、総則規定において商法の規律対象を画する概念としての商人概念を定め、商人に対する規整として商業登記、商号、商業帳簿、商業使用人等の規定を置く。会社は、商人であるので、当然第一編の総則規定が適用されることを前提とし、かつ営利社団法人としての特質に鑑みて、いわば商人法の特則規定として「第二編会社」を置く。「第二編会社」の中にも、さらに総則規定を置き、また社員の責任の態様に従って、合名会社、合資会社、株式会社という各種類型を定めつつ、合名会社において規定される規整は、特段の定めがない限り、合資会社、株式会社にも準用される、といった具合である。このスタイルが100年以上にもわたって維持されてきたのだ。

しかし、とりわけ第二次世界大戦後の目覚しいわが国経済の発展は、資本主義経済を支える種々の制度インフラの中でも最も基本的な要素である「株式会社」の重要性を飛躍的に高め、それに呼応して、株式会社を中心とする「会社法制」の著しい成長をもたらした。それは、とりもなおさず、商法典中の「第二編会社・第四章株式会社」規定の改正につぐ改正をもたらし、その結果として株式会社法は他の商法規定に比して、不均衡なほど肥大化した。その現実と、「会社法制は商人法の特則であり、株式会社法は会社法の特則である」という商法典体系上の「建前」との乖離は、近年に至って、もはや埋め尽くしがたい状態となっていた。その象徴が、多くの株式会社法の条文に見られる、「枝番号の枝番号化」という現象であった。

この現実を法体系にも反映させるべく、今般改正においては、従来の商法典中「第二編会社」が法律として独立し、「会社法」となった。この点で、会社法が州法として存在し、かつ商取引法(注1)とは独立して存在するアメリカの法制により近づいたということができる(注2)。これに応じて、従来の商法は、会社以外の商人の組織と行為を規律するものとして、大幅にスリム化された。こうして、わが国の実質的意義における商法は、会社以外の商人に関する法規整は商法典が、会社に関する法規整は会社法典が各々規定するという、いわば二重並行的な法体系となったのである。その結果、従来は、商法総則に置かれ

ていた諸規定は、商法に留め置かれたのみならず、これとほぼ同内容の規定と して別途会社法にも置かれることとなった。

2 さらに会社法の中身においても、従来の体系的秩序は大きく変更された。まず第一に、会社法の大部分は、「第一編総則」に続く「第二編株式会社」に割かれることとなった。これは、現実の経済社会に占める株式会社の重要性をそのまま反映させたものである。そして、従来の「商法第二編会社」における合名会社・合資会社という会社類型は、合同会社という新規の類型(注3)と併せて、「第三編持分会社」として括られることになった。

ところで、今回の会社法成立に伴って、有限会社法が廃止され、新規の有限会社の設立は認められなくなった。それは、従来の有限会社の実質が株式会社とほとんど異ならないことから、改めて株式会社規定に一本化することが企図されたからである。それは、また次に述べるように、今回の株式会社規整を貫く「立法政策」の実質的な変更に伴うものであった。

3 従来、会社法規整の前提となってきたのは、「株式会社というのは、本来大規模公開会社を予定した器であり、小規模、閉鎖的で、かつ人的な企業は、合名、合資会社もしくは有限会社形態を利用すべき」という立法政策であった。したがって、株式会社に関する法規整は、原則として大規模公開会社法制として設計されてきたのであり、設立、機関、財務等の全般にわたって、厳格かつ緻密な法規制が敷かれてきた。機関規整については、所有と経営の分離を前提に、広範な裁量権を経営者に与えながら、他方で株主平等原則を徹底し、少数株主権の保護を厚くした。情報公開(ディスクロージャー)や役員等の責任規整については、不特定多数の投資家(株主・社債権者等)を想定して高いハードルが設けられ、債権者保護の観点からは厳格な資本規律が要求された。こうして、株式会社に関する法規整はほとんどが強行法規であると理解された。そして、定款に株式譲渡制限が付された閉鎖会社に関する規整が、あくまで例外規定として置かれていたのである。

しかし、実際には、株式会社法制は、ある意味で中途半端なものにならざるを得ず、上下両極に挟まれ、引き裂かれるような状況であった。即ち、一方で、わが国では株式会社形態の企業のほとんどが中小零細企業であり、上記のような大規模公開会社法制としての株式会社法は余りに現実と乖離していた。そこで、株式会社に関する判例法において、このギャップを埋めるために種々の法理が展開されてきた(注 4)。他方で、日本の GDP の多くを稼ぎ出すような一握りの多国籍企業にとっては、わが国の株式会社法制は余りに融通の利かない窮屈なものになりつつあった。とりわけ、企業の合併、買収あるいは企業再編といった企業結合法制の点での後進性は、わが国トップ企業の国際競争力を弱めかねないといった危機感が、1990 年代以降盛んに主張された。大規模会社に係る法規制ついては、監査特例法が実質的な会社法としての役割を果たしてきたが、それは肥大化の一途をたどり、また精緻化する証券取引法も実質的な会社法としての地位を高め続けた。1990 年代以降に相次いだ商法改正のほとんどが、

これらトップクラスの大規模公開会社のニーズに即応したものであり、コーポレートガバナンスの強化、定款自治の拡大、規制緩和の促進等がキーワードであった。

4 新会社法においては、このような分裂状況を解消すべく、会社立法政策を根本的に変更することとなった。即ち、新会社法においては、「株式会社の基本型は小規模閉鎖会社である」というところから出発する。その上で、単純なものから複雑なものまで、種々のガバナンス・モデルを提示し、これをそれぞれの企業が、規模(大会社かどうか)や性質(公開会社かどうか)及び事業上のニーズに応じて選択することができるように設計したのである。

というのは、会社法の最大のユーザーは閉鎖的な人的企業であり、かつこのような中小企業の持つ技術力や活力こそがわが国の産業競争力の源泉であるという認識が広く共有されるようになったからである。また、近年なって、新しい富を生み出す成長産業が、IT技術やバイオテクノロジー、ナノテクノロジーといった高度集積的知的産業に移行してきたところ、これらの分野における競争力は、どれくらい創造的な新規ベンチャー企業を生み出し、そこに大量の資金を投入できるかということにかかってくることが認められるようになってきた。人的かつ柔軟なガバナンス構造を持ちつつ、出資者に有限責任を認めるような閉鎖的株式会社が、知識、人材、資金を有効に結合するために必要かつ有益な器(ビークル)として認識される時代になったのである。有限会社形態が株式会社形態に吸収されるような格好になったのは、以上のような会社立法政策上の根本的な転換が前提となっている。

しかも、新会社法は、このようなベンチャー企業特有のニーズに応えるため、株式会社形態以外に、ある意味でこれと競合し得るものとして合同会社を設けた。これはアメリカではLLC (Limited Liability Company) と呼ばれるもので、税制上のパススルー等の恩典が与えられる点に特徴がある。さらに、既に成立していた有限責任事業組合法によって、いわゆる組合型の有限責任企業形態も用意されており、いわば制度的にこれらが競合する形となっている(注 5)。

5 以上、主に商法体系上の根本的な転換という観点から、今般の商法大改正・会社法の成立の意義を概観した。このような体系上の変更に伴って、実質的な中身も大きく変更された点もあるが、基本的には従来の規整をほぼそのまま継承している部分も少なくない。従って、今後の会社法学にとっては、法制度のどこがどう変わったのかという点を詳細に煮詰めていくとともに、従来の会社法制の下で展開されてきた判例・学説の蓄積が、それによってどのように変更を被るのか、あるいは被らないのかという、いわば「引越」によって生じた荷物の再整理が重要な課題となってくるのであろう。

- (注1) ほとんどの州で統一法典委員会のドラフトである Uniform Commercial Code (統一商法典) が州法として採用されている
- (注2) これは、ある意味では、戦後の会社法改正が圧倒的にアメリカ会社法の 影響の下でなされてきたことの必然的な結果であり、会社法のアメリカ 化の着地点として、象徴的な意味を持つものと言えるかもしれない
- (注3) 合同会社とは、内部的な規律(ガバナンス)においては、組合的なもの として任意な設計が可能でありながら、対外的には出資者の有限責任が 保障される新しい会社形態である。
- (注4) 法人格否認法理の展開、表見取締役や取締役の対第三者責任に係る解釈 の拡張・拡大傾向などはその好例であろう
- (注5) かかる制度間競合という視点も、21 世紀になってわが国立法者が採用するようになった新しい立法思想ということが言えよう。たとえば、2002年(平成14年)商法改正において、監査特例法上の大会社に対する規制として、委員会等設置会社と監査役設置会社のいずれかを選択することを認めたのはその一例である。このような立法思想の変化の背景としては、法律によって一義的に企業活動を規制するという行政国家思想から、法はあくまで個々の企業の公正かつ効率的な活動を保障する枠組みとしてのルールもしくは制度メニューを提供するものであり、それをどのように使うかは、制度利用者たる企業に委ねられるべきだという、英米型の自由主義的な司法国家思想への転換が指摘されよう。



商法大改正・新會社法成立의意義 ~法體系의觀點에서

神戶大學大學院法學研究科 教授 行澤 一人

1. 금년(2005 년) 6 월 29 일에 성립된 회사법은 종래의 우리나라 商法典體系를 拔本的으로 고친 것이고, 그런 의미에서 이번의 개정은 1899 년(明治 32 년)의 商法典 성립에 필적하는 역사적인 의의를 갖게 되었다. 금번의 상법개정은 당초, 형법이나 민법에 뒤처져 있던 가타카나文字에 의한條文의 「現代語化」작업으로서 추진되었지만, 그 개정 검토작업의 과정에서 法律內容의 「現代化」를 시도하게 된 것이다. 그러나 완성된 결과는 단순한 내용의 개정에 그치지 않고, 法體系 그 자체를 고치기에 까지 이르게 된 것이다. 이것은 수년 전에는 누구도 예상하지 못했던 것이었다.

從來의 商法典은 제 1 편 總則·제 2 편 會社·제 3 편 商行爲·제 4 편 海商이라는 구성을 취하고, 이른바 유럽 大陸法系에 특징적인 판덱텐方式에따라 編成되어 있었다. 즉, 總則規定에서 商法의 規律對象을 구분짓는概念으로서 商人概念을 정하고, 商人에 대한 規定으로서 商業登記, 商號,商業帳簿,商業使用人 등의 규정을 둔다. 會社는 商人이기 때문에 당연히제1편의 總則規定이 적용되는 것을 전제로 하고, 동시에 營利社團法人으로서의特質을 감안하여 이를테면 商人法의 特則規定으로서 「제 2 편 會社」를 둔다.「제2편 會社」가운데에도 다시 總則規定을 두고, 또 회사의 책임 態樣에 따라合名會社, 合資會社, 株式會社라는 각종 유형을 규정하면서, 합명회사에서規定된 規整은 特段의 정함이 없는 한 合資會社, 株式會社에도準用된다,라고하는 상태다. 이 스타일이 100 년 이상이나 걸쳐 유지되어 온 것이다.

그러나 유달리 제 2 차세계대전 후의 눈부신 우리나라 經濟發展은 資本主義經濟를 지탱하는 각종 제도 인프라 가운데에서도 가장 基本的인 要素인 「株式會社」의 重要性을 飛躍的으로 높이고, 그에 호응하여 株式會社를 中心으로 한 「會社法制」의 현저한 성장을 가져왔다. 그것은 곧 상법전 가운데「제2편 회사·제4장 주식회사」 규정의 거듭된 개정을 초래했고, 그 결과로서 주식회사법은 다른 상법규정에 비하여 불균형할 만큼 비대화하였다. 그 현실과, 「會社法制는 商人法의 特則이고, 株式會社法은 會社法의 特則이다」라고 하는 商法典體系上의 「원칙」과의 괴리는 근년에 이르러서 이미 다 메우기 어려운 상태가 되었다. 그 상징이 많은 주식회사법의 조문에 보여지는「枝番號의 枝番號化」라는 현상이었다.

이 현실을 法體系에도 反映 시켜야 할, 今番 改正에서는 종래의 상법전가운데 「제 2 편 會社」가 법률로서 독립하여 「會社法」이 되었다. 이 점에서회사법이 州法으로 존재하고 동시에 商去來法(注 1)과는 독립하여 존재하는美國의 법제에 보다 가깝다고 할 수 있다.(注 2) 이에 따라 從來의 商法은會社 以外의 商人 組織과 行爲를 規律하는 것으로서 대폭 슬림화 되었다.이렇게 해서 우리나라의 實質的 意味에서 商法은,會社 以外의 商人에 관한

법규정은 商法典이, 會社에 관한 법규정은 會社法典이 각각 규정하도록 하는 이른바, 二重並行的인 법체계로 된 것이다. 그 결과 종래는 商法總則에 있었던 諸規定은 商法에만 묶어 두지 않고, 이것과 거의 같은 내용의 규정을 別途의 會社法에도 두게 되었다.

2. 또한 會社法의 內容에서도 從來의 體系的 秩序는 크게 變更되었다. 우선 첫 번째로 會社法의 大部分은 「제 1 편 總則」에 이어「제 2 편 株式會社」로 나누어 지게 되었다. 이것은 現實의 經濟社會에서 占하는 株式會社의 重要性을 그대로 反映시킨 것이다. 그리고 從來의「商法 제 2 편 會社」에 있는 合名會社・合資會社라는 會社類型은 合同會社라는 新規의 類型(注 3)과 동시에 「제 3 편 持分會社」로서 묶여지게 되었다.

그런데 今回의 회사법 성립에 따라 有限會社法이 廢止되고, 신규의 유한회사의 설립은 인정되지 않게 되었다. 그것은 종래의 유한회사의 실질이 주식회사와 거의 다르지 않기 때문에, 개정으로 주식회사 규정에 일체화 하는 것이 企圖되었기 때문이다. 그것은 또 다음에 서술하는 것처럼 수回의 株式會社 규정을 관통하는「立法政策」의 실질적인 변경을 수반하게 되었다.

3. 종래, 會社法規整의 前提로 되어 온 것은,「株式會社라는 것은 본래 大規模公開會社를 豫定한 그릇이고, 小規模 閉鎖的이고, 동시에 人的인 企業은 合名, 合資會社 또는 有限會社형태를 이용할 것」이라는 立法政策이었다. 따라서 株式會社에 관한 법규정은 原則으로서 大規模 公開會社法制로서 設計되어 온 것이고, 設立, 機關, 財務 등의 全般에 걸쳐 嚴格하고 緻密한 法規制가 시행되어 왔다. 기관규정에 대하여는 所有와 經營의 分離를 前提로 광범위한 裁量權을 經營者에게 부여하면서 다른 한편으로 株主平等原則을 철저히하고, 少數株主權의 保護를 두텁게 하였다. 情報公開(디스크 로저)나 任員 등의 책임규정에 대하여는 不特定多數의 投資家(株主・社債權者 등)을 想定하여 높은 장애(hurdle)가 설정되고, 債權者保護의 觀點에서는 엄격한 資本規律이 요구된다. 그래서 株式會社에 관한 법규정은 거의가 强行法規라고 이해된다. 그리고 定款에 柱式讓渡制限이 붙여진 閉鎖會社에 관한 규정이, 어디까지나 例外規定으로 두어진 것이다.

그러나 실제로는 株式會社法制는 어떤 의미에서 어중간한 것으로 되지 않을 수 없고, 上下兩極으로 좁혀지고, 나뉘어지는 것 같은 황이다. 즉, 한편으로 우리나라에서는 株式會社形態 企業의 대부분이 中小零細기업이고, 상기와 같은 大規模公開會社法制로서의 株式會社法은 너무 현실과 乖離되어 있다. 그래서 株式會社에 관한 判例法에서 이 갭(GAP)을 메우기 위하여 여러 가지 法理가 展開되어 왔다(注 4). 다른 한편으로 일본의 GDP 의 많은 것을 벌어들이는 듯한 일부의 多國籍企業에 있어서는 우리나라의 株式會社法制는 그다지 융통성이 없는 옹색한 것으로 되어 있었다. 특히, 企業의 合倂, 買收혹은 企業再編이라는 企業結合法制의 점에서의 後進性은 우리나라 톱(TOP)企業의 國際競爭力을 약하게 할지도 모른다는 위기감이 1990 년대 이후 계속적으로 주장되었다. 大規模會社에 관계된 法規制에 대하여는 監查特例法이 實質的인 會社法으로서의 役割을 하여 왔지만, 그것은 肥大化의

길을 걷고, 또 精緻化 하는 證券去來法도 實質的인 會社法으로서의 지위를 계속 높여 왔다. 1990 년대 이후에 잇따른 商法改正의 大部分이 이들 톱클래스의 大規模公開會社의 필요에 即應했던 것이고, 코퍼레이트 거버넌스(Corporate Governance)의 강화, 定款自治의 擴大, 規制緩和의 促進 등이 키워드 였다.

4. 新會社法에서는 이와 같은 分裂狀況을 해소 할 會社立法政策을 근본적으로 變更하게 되었다. 즉 新會社法에서는 「株式會社의 基本形은 小規模閉鎖會社이다」라는 것으로부터 출발한다. 그 위에 단순한 것부터 복잡한 것까지 여러 가지 Governance Model 을 제시하고, 이것을 각각의 기업이, 규모(大會社인지 여부)나 성질(公開會社인지 여부) 및 사업상 필요에 따라 선택할 수 있도록 설계한 것이다.

이와 같은 회사법의 최대 유저(User)는 閉鎖的인 人的企業이고, 동시에이와 같은 中小企業이 가진 技術力 이나 活力이야말로 우리나라의産業競爭力의 源泉이라는 認識이 널리 공유되어졌기 때문이다. 또 근년에이르러 새로운 부를 만들어 내는 成長産業이 IT 기술이나 바이오테크날리지,나노테크날리지라는 高度集積的 地籍産業으로 移行되어 간 것,이들 분야에서경쟁력은 어느 정도 創造的인 신규 벤처기업을 만들어 내고,거기에 大量의資金을 투입할 수 있을까라고 하는 것에 관련되어 온 것이 인정되게 되었다.인적인 동시에 유연한 가버넌스構造를 견지하며,출자자에게 유한책임을인정하는 것 같은 閉鎖的株式會社가 知識,人材,資金을 유효하게 結合하기위하여 필요하고 유익한 用器(ビークル)로서 인식된 시대가 된 것이다.有限會社形態가 株式會社形態에 흡수된 것 같은 모양이 된 것은 이상과 같은會社立法政策상의 根本的인 轉換이 前提되어 있다.

게다가, 新會社法은 이와 같은 벤처企業 특유의 필요에 대응하기 위하여 株式會社形態 이외에 어느 의미에서 이것과 경합한다고 할 수 있는 것으로서 合同會社를 두었다. 이것은 美國에서는 LLC(Limited Liability Company)라고 불리는 것으로 稅制上의 Pass through 등의 恩典이 주어지는 점에 특징이 있다. 또한 이미 성립해 있는 有限責任事業組合法에 따라 소위 組合型의 有限責任企業形態도 준비되어 있어, 이른바 制度的으로 이들이 경합하는 形態로 되었다(注 5).

5. 이상 주로 商法體系上의 根本的인 轉換이라는 觀點에서 今般의 商法大改正·會社法 성립의 意義를 개관하였다. 이와 같은 體系上의 變更에 따라 實質的인 內容도 크게 변경된 점도 있지만, 기본적으로는 종래의 규정을 거의 그대로 계승하고 있는 부분도 적지 않다. 따라서 금후의 會社法學에 있어서는 法制度의 어디가 어떻게 변하였는가 하는 점을 상세히 연구하는 것과 함께, 종래의 會社法制하에서 전개되어 온 判例・學說의 축적이 그에 따라 어떻게 변경되어질 것인지, 혹은 변경되지 않을 것인가 하는 소위 「이사」에 의해생긴 짐의 재정리가 중요한 과제가 될 것이다.

- (注 1) 대부분의 洲에서 統一法典委員會의 드래프트인 Uniform Commercial Code(統一商法典)이 州法으로 채용되어 있다.
- (注 2) 이것은 어느 의미에서는 戰後의 會社法改定이 압도적으로 美國會社法의 影響下에서 만들어 진 것의 必然的인 結果이고, 會社法의 아메리카化의 着地点으로서 象徵的인 意味를 가진 것이라고 말할 수 있을 지도 모른다.
- (注3) 合同會社와는 內部的인 規律(거버넌스)에 있어서는 組合的인 것으로서 임의적설계가 가능하면서, 對外的으로는 出資者의 有限責任이 保障되는 새로운 會社形態이다.
- (注4) 法人格否認 法理의 展開, 表現代表理事나 理事의 제3자에 대한 책임에 관계 된 해석의 확장·확대경향 등은 그 좋은 例일 것이다.
- (注 5) 본디 制度간 競合이라는 시점도, 21 세기가 되어 우리나라 입법자가 채용하게 된 새로운 立法思想이라고 말할 수 있다. 예컨대 2002 년(平成 14 년) 商法改定에서 監査特例法上의 大會社에 대한 규제로서 위원회 등 설치회사와 감사 설치회사의 어느 쪽인가를 선택하는 것을 인정한 것은 그 일례이다. 이처럼 입법사상의 변화 배경으로서는 법률에 의해 一義的으로 企業活動을 規制한다고 하는 行政國家思想에서 법은 어디까지나 개개 기업의 공정하고 효율적인 활동을 보장하는 틀로서의 룰 혹은 제도메뉴를 제공하는 것이고, 그것을 어떻게 사용할 지는 제도이용자인 기업에 맡겨야 할 것이라는 英美型의 自由主義的인 司法國家思想에로의 轉換을 지적할 수 있다.



最近の医療訴訟の専門部の現状と留意点

弁護士 東 幸生

第1 はじめに

1 著しく増加する医療訴訟

最高裁判所の調査によれば、全国の地方裁判所における医療関係訴訟の新受事件の件数は、平成初年頃までは、毎年 $300\sim400$ 件程度と安定的に推移していた。ところが、平成6年に初めて年間500件(正確には505件)を超えたこの件数は、その後、鰻登りに増加し、平成16年には遂に年間1,000件の大台を突破して1,107件となった。

このような医療訴訟の著しい増加の原因がどこにあるのかについては定説はない。多くの論者が指摘するのは、医療内容の複雑化・高度化や、患者の権利意識の向上などである。

しかし、少なくとも医療訴訟が、主として医師等の医療資格者の不注意な行為 (医療事故)に基づく損害の賠償を求める訴訟であることに疑問の余地はない。しかも、この医療資格者の中心を占める医師・歯科医師の数は、平成14年に35万人を超え(医師26.2万人、歯科医師9.2万人)、今後も毎年約1万人(医師約8千人、歯科医師2千人)のペースで増加し続ける。

このように医療資格者が増加し続け、その不注意な行為に基づく損害の賠償を求めるのが医療訴訟であるならば、今後、余程徹底した医療事故防止策が講じられない限り、これからも医療事故は増加し続け、それとともに紛争の解決を託された医療訴訟も増加することは避けられないであろう。

2 対策が迫られる医療事故による紛争の処理

これまで、医療事故については、それ自体があってはならないものとして注意 が喚起されてきた。しかし、医療事故が不可避なものとして、医療事故に伴う紛争 の解決について議論されたことはそれほど多くはなかったのではなかろうか。医療 事故と医療事故に伴う紛争がそれほど目立たなかった時代はそれでもよかったの かもしれない。

しかし、先に述べたように、医療事故に伴う紛争の最終決着手段である医療訴訟は一貫して増加している。又、医療事故の件数についても、わが国には統計資料はないものの、アメリカの統計によれば年間死亡件数が4~9万件に達するとの指摘もある。このような状況に鑑みれば、医療事故があってはならないというアプローチでは、最早、発生しつつある事態に対処することは困難である。

かつて、わが国には交通戦争といわれ交通事故が激増した時代があった。交通 事故の増加に伴い、紛争の解決が社会問題となったが、特別法である自動車損害賠 償保障法が制定されるとともに、東京地方裁判所を中心に交通事故による賠償責任 に関する法理が整備された。又、財団法人交通事故紛争処理センターや財団法人日 弁連交通事故相談センターなどの裁判外の示談斡旋・審査機関が創設され、単位弁 護士会や地方自治体などでも交通事故による賠償について、相談窓口が存在しない 所は稀な状態になっている。

この交通事故に比較して、医療事故については、社会的・制度的な手当てが殆どないのが現状である。なるほど医療事故による賠償は、交通事故の賠償に比較して、遙に専門性が高い。しかし、専門性が高ければ高いほど、医療事故に伴う紛争が熾烈になることは避けがたい。それなのに、この困難な医療事故の賠償については特別法の立法も存在なければ、裁判外の特別な紛争処理機関も殆ど存在しないのが現状である。しかも、単位弁護士会や地方自治体などにおいても、医療事故による賠償について相談窓口さえ殆ど存在しない。最近の医療訴訟集中部による紛争処理の合理化・迅速化は、多発する医療事故による紛争を解決するための、社会による努力のほんの一面に過ぎないと思われる。

第2 医療訴訟集中部による医療事故紛争処理の現状

1 集中部を設置する裁判所の増加

医療訴訟を集中的に扱う医療集中部は、平成13年4月に初めて東京と大阪の各地方裁判所に設置された。その後、名古屋、千葉にも設置され、更に、福岡、札幌、さいたま、横浜にも設置された。この結果、今日では8地方裁判所に計13の医療集中部が存在するようになった。このような傾向を見れば、今後もこのような医療集中部を設置する地方裁判所が増加するのは明らかであろう。

2 各地域における医学界と法曹界の交流の拡大と鑑定人推薦システム

増加する医療訴訟において困難な問題の最たるものは鑑定人の確保である。国レベルでは、平成13年6月14日に、最高裁判所に医事関係訴訟委員会が設置され、医学界と互いに交流をはかって、鑑定人を確保するための努力を始めた。更に、各地域レベルでも、鑑定人確保のために医学界との交流を深める努力が進められ、今日では全国50庁の地方裁判所の中で、44庁を超える地方裁判所でこのような交流が進められているという。

こうして、全国レベルでは、最高裁判所が、各裁判体の要望による鑑定人推薦システムを設置した。最高裁判所の推薦システムは、医事関係訴訟委員会で最も事案にふさわしい鑑定人候補者がいる学会を選定し、その学会に鑑定人の推薦を求める方式である。又、地方裁判所レベルでも、各地に多くの鑑定人推薦システムが設置され、その推薦方式には様々なものがある。更に、高等裁判所レベルでは、大阪高等裁判所が管内の裁判体からの推薦依頼に基づく鑑定人推薦システムを設置している。

3 報告者の立場

報告者は、個人的には大阪地方裁判所の集中部で数件の医療事件を処理をした経験があるだけである。しかし、患者側弁護士として大阪地方裁判所での医事関係訴訟の運営を巡る懇談会に継続して参加し、大阪地方裁判所での裁判所と医学界と弁護士会の三者による医療訴訟連絡協議会に参加する機会も得た。又、大阪弁護士会会員有志により作成した医療過誤事件マニュアルプロジェクトチームの事務局代表を勤めたり、有志弁護士の集まりである大阪医療問題研究会の代表を勤め、

更には大阪弁護士会での医療過誤研修の講師団の一員を勤めるなど, 比較的, 医療訴訟集中部の実務について, 豊富な情報が得られる立場にある。そこで, 僣越ではあるが, 本報告を担当した次第である。

第3 大阪地方裁判所における医療訴訟集中部(医事部)での審理方式

1 事件の集中

大阪府下の医療訴訟は、平成13年4月に大阪地裁の医療訴訟集中部である第17・第19部民事部が設置されて以来、堺支部、岸和田支部の事件をも含めて、全ての事件がこれら2ケ部に集中されている。

2 訴訟促進と審理の充実

(1) 総論

医事部が設置されるまでの医療訴訟では、往々にして争点が整理されないまま徒に審理が重ねられたり、五月雨的な証拠調べが延々となされたり、証拠調べ後に新たな争点が提起されて漂流的な審理が行われるなどの弊害が指摘された。しかも、専門知識を補充するための鑑定手続では、鑑定人選任に1年余を要したり、鑑定人の選任から、鑑定書の提出まで数年を要するような不適切な事例も少なくなかった。

このため、医事部では、医療訴訟について計画審理による訴訟促進と審理の充実を図るため、多くの合理的な方策を講じている。これらの詳細については、大阪地裁の医事部を中心として多くの論文が出されている(判例タイムズ1032号4頁・44頁、1087号49頁、1119号65頁、1151号66頁など)。ここでは、その要点を纏めることとする。

(2) 訴訟当事者への訴訟促進への協力要請と、種々の効率的な方策の実施

医事部の審理では、医療訴訟の迅速・円滑な進行と、審理の充実を図るため、訴訟当事者に協力を求めて種々の効率的な方策が実施されている。具体的には、以下のようなものである。

① 診療経過一覧表の作成

診療経過等の客観的事実と法的な主張を峻別するため,診療経過一覧表が 作成されている。

② 争点整理案の作成

争点が単純で争点整理の必要のない事件や本人訴訟の一部を除いて,全て の事件で争点整理案が作成され,争点を早期に明確にする努力がなされてい る。

③ 付調停

訴訟当事者に専門的知識が乏しい場合は、調停に付することによって、争

点を明確化させるとともに、当事者の話し合いを求めている。

④ 書証の区分

書証を、診療内容、診療経過等の事実に関するもの(A号証)、医学的知見に関するもの(B号証)、損害に関するもの(C号証)に分けて、各訴訟当事者に提出することを求めるとともに、医学文献の重要部分にラインマーカーで印を付けたり、レントゲンフイルムの提出について、必要に応じて説明書を添付することを求めるなど、細かい注文がなされている。

⑤ プロセスカードの利用

医事部の審理では、審理計画や争点・手続進行状況等について、裁判所と 各訴訟当事者の間での認識を共通化させるため、裁判所が作成するメモ(プロセスカード)が作成され、各訴訟当事者に送付されている。

(3) 争点整理

医事部の審理では、診療経過一覧表の作成によって、客観的事実について どの点に争いがあるのかを明確にさせるとともに、法的な主張についても、早 い段階から訴訟当事者双方の議論を充実させるため、種々の工夫がなされてい る。

例えば、これらの議論をより充実させるため、人体模型や人体解剖図CD-ROMを利用したり、被告医師による説明会を実施するなど、従前にはなかった柔軟な対応がなされている。

又,後医の証人尋問を先に行って後医の診察時の所見等の客観的事実を確 定したり,原告側の協力医の意見書を提出させて原告側の主張の根拠を明確に させるなど,真の争点は何かを明確にするための努力がなされている。

(4) 人証調べ

従来の審理では、五月雨的な人証調べが延々と継続して、審理の長期化の一つの理由になっていた。しかし、医事部の審理では、事前の陳述書の提出を前提として、人証調べが集中審理で行われ、しかも殆ど全ての人証調べの期日が2期日以内に完了されている。

(5) 鑑定

先に述べた鑑定人推薦システムの整備により、集中部では大阪高裁ネットワーク(京都大学、大阪大学、神戸大学、大阪市立大学、京都府立医科大学、滋賀医科大学、奈良県立医科大学、和歌山県立医科大学の国公立8大学のネットワーク)と、大阪地裁ネットワーク(関西医科大学、大阪医科大学、近畿大学、国立循環器病センターの3私立大学1国立センターのネットワーク)によって、適任の鑑定人の推薦が依頼され、このシステムによって、平成13年4月1日から平成16年3月31日までの医事部配転事件の調査では、鑑定申請から鑑定人採用に至るまで約3.6ケ月、鑑定人採用から鑑定書提出まで約2.3ケ月、鑑定書提出から弁論終結または和解まで約6.3ケ月となっているとのことである。

又,鑑定の方式についても,複数鑑定や共同鑑定,カンファレンス鑑定,

アンケート方式の鑑定など、種々の方式が採用されている。

更に、医事部発足後は、従来のようにともかく鑑定をしようといった鑑定 依存の傾向が解消され、鑑定の必要性が慎重に吟味された上で鑑定が採用され ているため、鑑定の採用率は従来よりもかなり低下しているとのことである。

(6) 審理期間

このような方策によって、医事部発足以来の配転事件の内の既済事件の平均審理期間は、わずかに13ケ月となっているとのことである。但し、この平均審理期間は、あくまで医事部に配転された事件の内の既済事件の平均審理期間に過ぎないので、今後、より長期間を要する事件が決着して行けば、もう少し平均審理期間が長期化することは避けられないであろう。

第4 これからの弁護士の留意点

1 医療訴訟集中部の拡大と集中部方式の標準化

先にも触れたが、医療訴訟集中部は、平成13年4月に初めて、東京地裁、(3ケ部)、大阪地裁(2ケ部)で設置されたが、これが全国8地裁に拡大している。大阪での現状を見ても、集中部の審理については訴訟当事者双方から概ね好評を得ており、訴訟促進の実も挙げている。しかも、大阪の集中部で採用されている方策(診療経過一覧表の作成、書証の区分など)については、それ自体が合理的なものであることから、周辺の地方裁判所の裁判体でも採用されつつある。このような傾向を見る限り、今後、集中部での審理方式が医療訴訟の標準的な審理方式として、定着して行く可能性が高い。

2 協力医の協力の必要性の増大

従来から、医療訴訟はその専門性の故に、協力医の何らかの協力がなければ訴訟追行が困難な訴訟類型であった。ところが、集中部での審理においては、効率的かつ充実した審理が行われ、従来に比較して非常に早期に争点が整理され審理が遂げられている。このような状況では、訴訟追行中に協力医の協力が得られない原告代理人の訴訟追行は、従前にもまして困難となっている。

勿論,集中部でも付調停による争点整理など,専門知識の乏しい当事者のための方策も講じられてはいる。しかし,専門家の協力なしに行う訴訟追行が実り多いとは到底思えない。

3 主張の慎重な検討の必要性

(1) 従来の医療訴訟においては、相当因果関係に関する十分な精査もせずに、被告医師・医療機関の過失(注意義務違反)行為を羅列して、責任を問う形式の訴訟が決して少なくはなかった。しかし、集中部の審理では、争点整理の段階で、従来よりも充実した議論が展開されるので、このように十分な精査なく提出された過失主張の多くは、取り下げを求められるか変更を迫られる。

大阪の医事部のデータによれば、全事件の内の約5%が訴え取下げで訴訟が 終局しているとのことである。これらの取下げ事例の中には、本人訴訟や、協 力医の協力得られなかったものも含まれているかもしれない。しかし、事前に 慎重に主張の正当性を検討せずに提訴した事例も含まれているのではなかろ うか。

しかも、争点整理の過程で主張の取下げや変更を迫られ、原告側の主張に十分な根拠がないことが明らかになれば、人証調べに入る前に既に裁判官の心証に悪影響を及ぼす可能性は高い。従って、医療訴訟提訴前の被告医師・医療機関の過失(注意義務違反)行為と損害との相当因果関係を慎重に吟味する必要性は、従前よりも高まっていると思われる。

(2) 又,集中部での議論は,人体模型や人体解剖図CD-ROMを利用したり,被告医師による説明会などを利用するなど,より実践医療に則した現実性のある専門性の高いものとなっている。このため,被告側訴訟代理人は言うに及ばず,原告側代理人に対しても,より深い医学知見に対する理解を要請している。このように集中部での議論の専門性が高まっていることは,原告側に対しても,提訴前から慎重な医学知見の調査を要請することになるであろう。

4 人証調べ

このように集中部での議論が、より専門性の高いものとなりつつあること、集中部での人証調べが集中審理でしかも $1\sim2$ 期日の内に終了することを念頭に置けば、人証調べを効率的に実施するためにも、当事者訴訟代理人には、より深い医学的知識とその理解が求められる。これは、一朝一夕に出来るものではなく、平素の医学的知識の涵養が必要である。

5 鑑定

先に述べたように、鑑定人の推薦は、医事部のネットワークによってなされている。従来のように、当事者代理人の推薦によってなされることは殆どなくなっている。従って、どのような鑑定人が鑑定人に推薦されるかは、殆どブラックボックスの状態である。

勿論,当事者代理人として,鑑定人候補者の採否についての意見は求められる。 しかし,当該鑑定人候補者の鑑定歴については裁判所には殆ど資料は無く,仮にかような資料が存在しても,当事者代理人に開示されることは殆どない。従って,当事者代理人としては,鑑定人候補者の採否について意見を求められても,被告医師・医療機関と当該鑑定人との間に特別な人的関係があるかどうかといった点がわずかに吟味出来るに過ぎない。

しかし、今日においても、こうして選任された鑑定人の鑑定内容が医学上の通 説的見解に反する偏頗なものであることは皆無ではない。幾ら大学病院等の医学関 係者によって推薦を受けたからといって、そのことのみで、中立・公正な鑑定が保 障される訳ではない。報告者が代表を勤める研究会の調査でも、偏頗な鑑定が特定 の診療科に偏る事実を見ても、大学病院等の医学関係者によって推薦を受けたとい う事実のみで鑑定の中立性・公正性が担保される訳ではない。しかも、問題ある鑑 定人は、過去にも問題ある鑑定を行っている例が少なくない。裁判所による鑑定人 の鑑定内容に対する審査が当該事件のみに関わることは致し方ないとしても,鑑定人の鑑定歴が裁判所で保存され,当事者代理人の正当な批判が蓄積されない限り,偏頗な鑑定が繰り返される危険性は払拭しがたい。当事者代理人としては,偏頗な鑑定を繰り返す鑑定人を,鑑定人の選任段階で排除するため,過去の鑑定事例についても注意を要する必要がある。出来るならば,裁判所から選任を受けた鑑定人の鑑定書は,患者の個人情報を除いた上で公表され,批判にさらされる必要がある。これによって,裁判鑑定の信頼性も高まり,良質な鑑定をなす鑑定人に対する社会的信頼も高まるであろう。

(以上)



최근의 의료소송 전문부의 현상황과 유의점

변호사 아즈마 유키오

제1 서두

1. 현저히 증가하는 의료소송

최고재판소의 조사에 따르면, 전국의 지방 재판소에서의 의료관계 소송의 새로운 수주사건의 건수는 평성 초년(1989년)경까지는 매년 300~400건 정도로 안정적인 추이를 보였다. 그런데 1994년에 처음으로 연간 500건 (정확하게는 505 건)을 초과한 이 건수는 그 후 급격히 증가하여 2004년에는 마침내연간 1,000건을 돌과하여 1,107건이 되었다.

이러한 의료소송의 현저한 증가 원인이 어디에 있는지에 대해서는 정설은 없다.많은 논자가 지적하는 것은 의료내용의 복잡화·고도화와 환자의 권리의식 향상 등이다.

그러나 적어도 의료소송이 주로 의사 등 의료자격자의 부주의한 행위(의료사고)에 의거한 손해 배상을 구하는 소송인 것에 의문의 여지는 없다. 더구나이 의료자격자의 중심을 이루는 의사·치과의사의 수는 2002 년 35 만명을 넘었고 (의사 26.2만명, 치과의사 9.2만명), 앞으로도 매년 약1만명 (의사 약8000명, 치과의사 2000명)의 페이스로 계속해서 증가하다.

이렇게 의료자격자가 계속해서 증가하여 그 부주의한 행위에 의거한 손해 배상을 구하는 것이 의료소송이라고 하면 향후 상당히 철저한 의료사고방지책을 강구하지 않는 한, 앞으로도 의료사고는 계속해서 증가할 것이고, 그와 함께 분쟁 해결을 위한 의료소송도 증가할 것이라는 점은 피할 수 없을 것이다.

2. 대책을 재촉하는 의료사고에 의한 분쟁의 처리

지금까지 의료사고에 대해서는 그 자체가 있어서는 안 될 것으로 보고 주의를 환기시켜 왔다. 그러나 의료사고가 불가피한 것으로서, 의료사고에 따른 분쟁 해결에 대해 논의가 된 일은 그다지 많지 않았던 것은 아닐까. 의료사고와 의료사고에 따른 분쟁이 그다지 눈에 뜨이지 않던 시대는 그나마 괜찮았는지도 모른다.

그러나 전술한 바와 같이 의료사고에 따른 분쟁의 최종해결수단인 의료소송은 일관적으로 증가하고 있다. 또한 의료사고의 건수도 일본에는 통계자료가 없지만, 미국의 통계에 따르면, 연간 사망 건수가 4~9 만 건에 달한다는 지적도 있다. 이러한 상황에 비추어 보면, 의료사고가 있어서는 안 된다는 접근법으로는 이미 발생하고 있는 사태에 대한 대처가 어렵다.

예전에 일본에는 교통전쟁이라고 일컬어져서 교통사고가 격증했던 시절이 있었다. 교통사고의 증가에 따라 분쟁 해결이 사회문제화 되었는데, 특별법인 자동차 손해배상 보장법이 제정됨과 동시에, 도쿄지방재판소를 중심으로 교통사고에 의한 배상 책임에 관한 법리가 정비되었다. 또한 재단법인 교통사고분 쟁처리센터나 재단법인 일본변호사연합회교통사고상담센터 등의 재판 외의 해결알선·심사기관이 창설되어, 단위변호사회나 지방자치단체 등에서도 교통사고

에 의한 배상에 대해 상담창구가 존재하지 않는 곳은 드문 상태가 되었다.

이 교통사고와 비교하여 의료사고에 대해서는 사회적·제도적인 준비가 거의 없는 것이 현상황이다. 정말이지 의료사고에 의한 배상은 교통사고의 배상에 비해 훨씬 전문성이 높다. 그러나 전문성이 높으면 높을 수록 의료사고에 따른 분쟁이 치열해지는 것은 피하기 어렵다. 그런데도 이 곤란한 의료사고의 배상에 대해서는 특별법의 입법도 존재하지 않는데다가 재판 외의 특별한 분쟁처리기관도 대부분 존재하지 않는 것이 현상황이다. 게다가 단위변호사회나 지방자치단체 등에도 의료사고에 의한 배상에 대해 상담창구마저 거의 존재하지 않는다. 최근의 의료소송 집중부에 의한 분쟁 처리의 합리화·신속화는 다발하는 의료사고에 의한 분쟁을 해결하기 위한 사회에 의한 노력의 그저 일면에 지나지않는다고 생각된다.

제 2 의료소송 집중부에 의한 의료사고분쟁 처리의 현상황

1. 집중부를 설치하는 재판소의 증가

의료소송을 집중적으로 취급하는 의료집중부는 2001년 4월 처음으로 도쿄와 오사카의 각 지방재판소에 설치되었다. 그 후 나고야 치바(千葉)에도 설치되었고 나아가 후쿠오카, 삿포로, 사이타마, 요코하마에도 설치되었다. 이 결과오늘날에는 8개 지방재판소에 총13개의 의료집중부가 존재하게 되었다. 이러한 경향을 보면, 앞으로도 이러한 의료집중부를 설치하는 지방재판소가 증가할 것은 분명하다 할 것이다.

2. 각 지역에 있어서의 의학계와 법조계의 교류 확대와 감정인 추천시스템

증가하는 의료소송에서 가장 곤란한 문제는 감정인의 확보이다. 국가 차원에서는 2001년 6월 14일에 최고재판소에 의사(醫事)관계소송위원회가 설치되었고, 의학계와 상호 교류를 도모하면서 감정인 확보를 위한 노력을 시작했다. 나아가 각 지역 차원에서도 감정인 확보를 위해 의학계와의 교류를 넓이는 노력이 이루어져, 오늘날에는 전국 50 개 관청의 지방재판소 중에서 44개 관청을 넘는 지방재판소에서 이러한 교류가진행되고 있다고 한다.

이렇게 해서 전국 차원에서는 최고재판소가 각 재판체의 요청에 의한 감정인 추천시스템을 설치했다. 최고재판소의 추천시스템은 의사관계소송위원회에서 가장 사안에 적합한 감정인 후보자가 있는 학회를 선정하고, 그 학회에 감정인의 추천을 요구하는 방식이다. 또한 지방재판소 차원에서도 각지에 많은 감정인 추천시스템이 설치되었고, 그 추천방식에는 여러 가지가 있다. 더욱이고등재판소 차원에서는 오사카 고등재판소가 관내의 재판체로부터의 추천 의뢰에 의거한 감정인 추천시스템을 설치하고 있다.

3. 보고자의 입장

보고자는 개인적으로는 오사카지방재판소의 집중부에서 여러 건의 의료사건을 처리한 경험이 있을 뿐이다. 그러나 환자측 변호사로서 오사카지방재판소에서의 의사관계소송의 운영을 둘러싼 간담회에 계속해서 참석하였고, 오사카지방재판소에서의 재판소와 의학계와 변호사회의 3자에 의한 의료소송연락협

의회에 참석할 기회도 얻었다. 또한 오사카변호사회 회원 유지(有志)에 의해 작성한 의료과오사건 매뉴얼프로젝트팀의 사무국대표를 맡거나, 유지 변호사의모임인 오사카의료문제연구회의 대표를 맡았고, 또한 오사카변호사회에서의 의료과오 연수의 강사단의 일원으로 근무하는 등, 비교적 의료소송집중부의 실무에 대해 풍부한 정보를 얻을 수 있는 입장에 있다. 그리하여 과분하기는 하나본 보고를 담당한 바이다.

제 3. 오사카지방재판소에서의 의료소송집중부(의사부;醫事部)에서의 심리방식

1. 사건의 집중

오사카후(大阪府)의 의료소송은 2001 년 4 월 오사카지방재판소의 의료소송 집중부인 제 17·제 19 부 민사부가 설치된 이래, 사카이지부, 기시와다지부의 사건도 포함하여 모든 사건이 이들 2 개부에 집중되어 있다.

2. 소송 촉진과 심리의 충실

(1) 총론

의사부가 설치될 때까지의 의료소송에서는 때때로 쟁점이 정리되지 않은 채 심리가 중복되거나, 지루하게 오래 끄는 증거조사가 계속되거나, 증거조사 후에 새로운 쟁점이 제기되어 표류적인 심리가 행해지는 등의 폐해가 지적되었다. 게다가 전문지식을 보충하기 위한 감정절차에서는 감정인선임에 1 년여가 걸리거나 감정인 선임에서 감정서 제출까지 여러 해가 걸리는 등 부적절한 사례도 적지 않았다.

이 때문에 의사부에서는 의료소송에 대해 계획심리에 의한 소송 촉진과 심리에 충실을 기하기 위해 많은 합리적인 방책을 강구하고 있다. 이에 대한 자세한 내용은 오사카지방재판소의 의사부를 중심으로 많은 논문이 나와 있다 (판례 타임즈 1032호 4페이지 ·44페이지, 1087호 49페이지, 1119호 65페이지, 1151호 66페이지 등). 여기에서는 그 요점을 정리하기로 한다.

(2) 소송당사자에의 소송 촉진에 대한 협력 요청과 다양한 효율적인 방책의 실시

의사부의 심리에서는 의료소송의 신속·원활한 진행과 심리에 충실을 기하기 위해 소송당사자에게 협력을 요구하여 다양하고 효율적인 방책이 실시되고 있다. 구체적으로는 이하와 같은 것이다.

① 진료 경과 일람표의 작성 진료 경과 등의 객관적 사실과 법적인 주장을 엄중히 구별하기 위해 진 료경과 일람표가 작성되어 있다.

② 쟁점정리안의 작성

쟁점이 단순하여 쟁점 정리가 필요치 않는 사건이나 본인 소송의 일부 를 제외하고 모든 사건에서 쟁점정리안이 작성되고, 쟁점을 조기에 명확 히 하는 노력이 이루어지고 있다.

③ 조정에 붙임

소송당사자가 전문적 지식이 결여되어 있을 경우에는 조정에 붙임으로 써 쟁점을 명확히 함과 동시에, 당사자와의 대화를 구하고 있다.

④ 서증의 구분

서증을 진료내용, 진료경과 등의 사실에 관한 것(A호증), 의학적 소견에 관한 것(B호증), 손해에 관한 것(C호증)으로 나누고, 각 소송당사자에게 제출을 요구함과 동시에, 의학문헌의 중요부분에 라인마커(형광폔)로 표시를 하거나 X-레이 필름의 제출에 대해 필요에 따라서 설명서를 첨부할 것을 요구하는 등, 섬세한 주문이 이루어지고 있다.

⑤ 프로세스 카드의 이용

의사부의 심리에서는 심리계획이나 쟁점·절차 진행상황 등에 대해 재판소와 각 소송당사자 간의 인식을 공통화시키기 위해 재판소가 작성하는 메모(프로세스 카드)가 작성되어 각 소송당사자에게 송부되고 있다.

(3) 쟁점정리

의사부의 심리에서는 진료경과일람표의 작성에 의해 개관적 사실에 대해서 어떤 점에 다툼이 있는지를 명확히 함과 동시에, 법적인 주장에 대해서도 빠른 단계에서 소송당사자 쌍방간의 논의를 충실히 하기 위해 여러가지 궁리가 이루어지고 있다.

예를 들어, 이들 논의를 보다 충실히 하기 위해 인체 모형이나 인체해부도 CD-ROM을 이용하거나 피고 의사에 의한 설명회를 실시하는 등 종전에는 없었던 유연한 대응이 이루어지고 있다.

또한 후의(後醫)의 증인심문을 먼저 행하고 후의의 진찰시 소견 등의 개관적 사실을 확정하거나, 원고측 협력의의 의견서를 제출하도록 하여 원고측 주장의 근거를 명확히 하는 등 진정한 쟁점은 무엇인지 명확히 하기위한 노력이 이루어지고 있다.

(4) 인증조사

종래의 심리에서는 지루한 인증조사가 오래 계속되어 심리 장기화의 하나의 원인이 되었었다. 그러나 의사부의 심리에서는 사전의 진술서 제출을 전제로 하여 인증조사가 집중심리로 이루어지고, 게다가 대부분 모든 인증조사의 기일이 2기일 이내에 완료되고 있다.

(5) 감정

앞서 말한 감정인 추천시스템의 정비에 의해, 집중부에서는 오사카고등 법원 네트워크(교토대학, 오사카대학, 고베대학, 오사카시립대학, 교토부립 의과대학, 시가의과대학, 나라현립 의과대학, 와카야마현립 의과대학의 국공립 8개 대학의 네트워크)와 오사카지방재판소 네트워크(간사이의과대학, 오사카의과대학, 긴키 대학, 국립순환기병센터의 3개 사립대학 1개 국립센터의 네트워크)에 의해, 적임 감정인 추천을 의뢰 받아, 이 시스템에 의해 2001년 4월 1일부터 2004년 3월 31일까지의 의사부 배치전환사건의 조사에서는 감정 신청으로부터 감정인 채용에 이르기까지 약 3.6 개월, 감정인

채용으로부터 감정서 제출까지 약 2.3 개월, 감정서 제출로부터 변론 종결 또는 화해까지 약 6.3 개월로 되어 있다고 한다.

또한 감정방식에 대해서도, 복수감정이나 공동감정, 컨퍼런스 감정, 앙케이트 방식의 감정 등 여러 가지 방식이 채용되고 있다.

나아가 의사부 발족 후에는 종래와 같이 어쨌든 감정을 하려고 하는 감정의존의 경향이 해소되어, 감정의 필요성이 신중하게 검토된 후에 감정이 채용되고 있기 때문에, 감정의 채용율은 종래보다 상당히 저하되었다고 한다.

(6) 심리기간

이러한 방책에 의해, 의사부 발족 이래의 배치전환사건 내의 해결사건의 평균심리기간은 겨우 13 개월이라고 한다. 다만 이 평균심리기간은 어디까지나 의사부에 배치전환된 사건 내의 해결사건의 평균 심리기간에 지나치지 않으므로, 앞으로 보다 장기간을 요하는 사건이 해결되어 가면, 평균심리기간이 좀더 장기화되는 것은 피할 수 없을 것이다.

제 4 앞으로의 변호사의 유의점

1 의료소송 집중부의 확대와 집중부 방식의 표준화

앞에서도 언급했지만, 의료소송 집중부는 2001 년 4 월 처음으로 도쿄지방 재판소, (3 개 부), 오사카지방재판소(2 개 부)에서 설치되었는데, 이것이 전국 8 개 지방재판소로 확대되고 있다. 오사카에서의 현상황을 보더라도, 집중부의 심리에 대해서는 소송당사자 쌍방으로부터 대체적으로 호평을 받고 있고, 소송촉진의 결실도 맺고 있다. 게다가 오사카의 집중부에서 채용되고 있는 방책(진료경과일람표의 작성, 서증의 구분 등)에 대해서는 그 자체가 합리적이라는 점에서, 주변의 지방재판소의 재판체에서도 채용되고 있다. 이러한 경향을 볼때, 앞으로 집중부에서의 심리방식이 의료소송의 표준적인 심리방식으로 정착해 나갈 가능성이 높다.

2 협력의의 협력의 필요성 증대

종전부터 의료소송은 그 전문성 때문에 협력의의 어떠한 협력이 없으면 소송진행이 곤란한 소송 유형이었다. 그런데 집중부에서의 심리에 있어서는 효율적이고 충실한 심리가 이루어지고, 종전과 비교할 때 매우 조기에 쟁점이 정리되어 심리가 이루어지고 있다. 이러한 상황에서는 소송진행 중 협력의의 협력을 얻을 수 없는 원고대리인의 소송진행은 종전보다 더욱 곤란해졌다.

물론 집중부에서도 조정에 붙임으로써 이루어지는 쟁점 정리 등, 전문지식이 부족한 당사자를 위한 방책도 강구되고는 있다. 하지만 전문가의 협력 없이행하는 소송진행이 결실을 맺기 쉽다고는 도저히 생각되지 않는다.

3 주장의 신중한 검토의 필요성

(1) 종래의 의료소송에 있어서는 상당한 인과관계에 대한 충분한 정밀조사도 하지 않고, 피고 의사·의료기관의 과실(주의의무 위반)행위를 나열하면서 책임을 묻는 형식의 소송이 결코 적지 않았다. 그러나 집중부의 심리에 서는 쟁점정리단계에서 종전보다 충실한 논의가 전개되기 때문에, 이렇게 충분한 정밀조사 없이 제출된 과실 주장의 대부분은 취하 요청을 받거나 변경을 재촉 당한다.

오사카 의사부의 데이타에 따르면, 전사건 중 약 5%가 소 취하로 소송이 종결되고 있다고 한다. 이들 취하 사례 중에는 본인 소송이나 협력의의 협력을 얻을 수 없었던 경우도 포함되어 있을지도 모른다. 그러나 사전에 신중하게 주장의 정당성을 검토하지 않고 제소한 사례도 포함되어 있는 것이 아닐까?

게다가 쟁점정리의 과정에서 주장의 취하나 변경을 재촉 당해, 원고 측 주장에 충분한 근거가 없음이 명백해지면, 인증조사에 들어가기 전에 이미 재판관의 심증에 악영향을 미칠 가능성은 높다. 따라서 의료소송 제소 전의 피고의사·의료기관의 과실(주의의무 위반)행위와 손해와의 상당한 인과관계를 신중하게 검토할 필요성은 종전보다 높아지고 있다고 생각된다.

(2) 또한 집중부에서의 논의는 인체모형이나 인체해부도 CD-ROM을 이용하거나, 피고 의사에 의한 설명회 등을 이용하는 등, 실천의료에 의거한 보다 현실성 있는 전문성 높은 것이 되고 있다. 이로 인해 피고측소송 대리인은 말할 필요도 없이, 원고측 대리인에 대하여도 보다 깊은의학 지식에 대한 이해를 요청하고 있다. 이와 같이 집중부에서의 논의의 전문성이 높아지고 있다는 사실로 보아, 원고측에 대하여도 제소 전부터 신중한 의학 지식의 조사를 요청하게 될 것이다.

4 인증조사

이와 같이 집중부에서의 논의가 보다 전문성 높은 것이 되고 있다는 점, 집중부에서의 인증조사가 집중심리로 게다가 1~2 기일 내에 종료된다 는 점을 염두에 두면, 인증조사를 효율적으로 실시하기 위해서도 당사자 소송 대리인에게는 보다 깊은 의학적 지식과 그 이해가 요구된다. 이는 하 루아침에 이루어지는 것이 아니고, 평소의 의학적 지식의 함양이 필요하다.

5 감정

앞서 서술한 바와 같이 감정인의 추천은 의사부의 네트워크에 의해 이루어지고 있다. 종전과 같이 당사자 대리인의 추천에 의해 이루어지는 경우는 거의 없어지고 있다. 따라서 어떤 감정인이 감정 인으로 추천될지는 거의 블랙박스 상태이다.

물론 당사자 대리인으로서 감정인 후보자의 채용 여부에 대한 의견은 요구된다. 그러나 해당 감정인 후보자의 감정 경력에 대해서는 재판소에는 거의 자료가 없고, 가령 이러한 자료가 존재하더라도 당사자 대리인에게 개시되는 경우는 거의 없다. 따라서 당사자 대리인으로서는 감정인 후보자의 채용 여부에 대해 의견 요구를 받더라도, 피고 의사·의료기관과 해당 감정인 사이에 특별한 인적관계가 있는지 여부를 조금 음미할 수 있는 것에 지나치지 않는다.

그러나 오늘날에 있어서도 이렇게 해서 선임된 감정인의 감정 내용 이 의학상의 통설적 견해에 반하는 편파적인 것인 경우는 전무하지 않 다. 아무리 대학병원 등의 의학관계자에 의해 추천을 받았다고 하더라도. 그것만으로 중립적이고 공정한 감정이 보장되는 것은 아니다. 보고자가 대표를 맡고 있는 연구회의 조사에서도 편파적인 감정이 특정 진료과에 치우치고 있는 사실을 보아도, 대학병원 등의 의학관계자에 의해 추천을 받았다는 사실만으로 감정의 중립성·공정성이 담보되는 것은 아니다. 게 다가 문제 있는 감정인은 과거에도 문제 있는 감정을 한 예가 적지 않 다. 재판소에 의한 감정인의 감정 내용에 대한 심사가 해당 사건에만 관 계되는 것은 어쩔 수 없다고 하더라도, 감정인의 감정경력이 재판소에 보존되고, 당사자 대리인의 정당한 비판이 축적되지 않는 한, 편파적인 감정이 되풀이되는 위험성은 불식하기 어렵다. 당사자 대리인으로서는 편파적인 감정을 되풀이하는 감정인을 감정인의 선임 단계에서 배제하 기 위해 과거의 감정 사례에 대해서도 주의를 요할 필요가 있다. 가능하 면 재판소에서 선임된 감정인의 감정서는 환자의 개인정보를 제외한 뒤 공표되고 비판될 필요가 있다. 이렇게 함으로써 재판 감정의 신뢰성도 높아지고, 양질의 감정을 하는 감정인에 대한 사회적 신뢰도 높아질 것 이다

(이상)



韓国における医療過誤訴訟の審理方式と実務上の諸問題

弁護士 金 善 中(ソウル地方弁護士会) 弁護士 張 慶 贊(ソウル地方弁護士会)

I. 新しい民事事件の管理方式

1. 概要

2002年7月1日から新民事訴訟法(2002年1月26日法律第6626号)が施行されるに至った。ところが全国の全ての裁判所では、新法の施行に備え2001年3月1日から新しい民事事件の管理方式によって民事訴訟手続を行ってきた。

新しい民事事件の管理方式は、①まず、当事者らが法廷に出席していない状態で答弁書や準備書面を互いに交換しながら証拠書類等も交換し合い、期日前証拠申請を行い、予め事件において争わない部分と争う部分を整理する手続である書面による争点整理手続を経て、②次に、可能な限り、1回の裁判期日(準備手続期日または弁論期日)を開き、最終的に争点をまとめて確認する手続である争点整理期日を行い、③引続き、可能な限り、1回の証拠調査期日に関連証人を一度に呼んで共に尋問する等必要な証拠調査を一括且つ集中的に施行する手続である集中証拠調査期日を行うことによって審理を終結する方式である¹。

2. 効 用

新しい民事事件の管理方式は、忠実な事実審理と裁判らしい裁判を通じた質の高い司法サービスの提供を目標としている。新方式では時間と努力の確実な節減(裁判所への出席回数の減少、法廷中心から事務室中心への業務パターンの変化等)、十分な弁論機会の保障、裁判の結果に対する予測可能性の増大など有用な点が多いので、その定着の為に実務系の積極的な理解と自発的な協力が要望される。

3. 医療過誤訴訟の審理方式

医療過誤訴訟の審理方式は事案によって変わってくるが、一般的な民事訴訟手続上の主張、立証責任の所在に拘束され、弁論の準備及び開始の段階から請求原因事実を明確に提示することを要求するのではなく、裁判所の積極的な訴訟指揮の下で証拠の収集、保全を行い、審理を進行しながら徐々に争点をまとめていくことが望ましい。したがって、医療過誤訴訟は、通常証拠資料の収集と争点の整理に相当な期間がかかるので、不要な期日の空転を最小化し、書面による主張と争点のまとめ、期日前の証拠調査、調停及び和解期日、争点整理期日等の順に進行する新しい民事事件の管理方式に適合した訴訟の類型であると言える。

以下では、筆者が関与したソウル中央地方法院の裁判手続を中心に、新しい民事事件の管理方式の各進行段階別に医療過誤訴訟の審理方式を紹介し、医療紛争の特殊性によって実務上特に留意すべき問題点について、簡略に考察してみたい。

¹ 法院行政処、「新しい民事事件管理モデル」、実務便覧(2001)、21頁の概要図参照。

Ⅱ. 書面による争点整理手続

1. 審理方式

訴状が受け付けられれば、参与事務官は訴状副本と共に訴訟手続案内書(様式、別紙1)を同封して被告に送達する²。被告が案内書に書かれた通り、詳細な答弁書と共に診療記録簿(翻訳文添付)を裁判所に提出すれば、裁判所はこれを訴訟手続案内書(様式、別紙1)、準備命令(様式、別紙2)と共に原告に送達し、準備書面と必要な証拠を提出させることで、双方主張の攻防を始める。

普通、医療訴訟の初期には請求原因事実を明確に特定するのが困難であるため、 争点攻防の時期を制限せず、証拠資料の収集など結果を見守りながら、争点をま とめていく方向で審理を進行する。

2. 実務上の留意点

イ. 法的構成の問題

患者側である原告としては、債務不履行に基づく損害賠償請求や不法行為に基づく損害賠償請求のいずれの形態でもその請求原因を構成することができ、またこれを主位的、予備的に或いは選択的に併合して請求することもできる。

その請求原因を何にしようが、過失の主張、立証の責任には結果的に特別な差がない。しかし、消滅時効期間、配偶者、父母、兄弟姉妹等に固有の慰謝料請求権が認められるかどうか及び遅延損害金の起算日等においては、両者において明らかな差を見せているので、裁判所としては当事者に対しこれを区分して主張、整理するように釈明することが望ましい³。

ロ. 主張、立証責任の問題

(1) 医療過失の場合

(イ) 意義

(i) 診療上の注意義務違反

医療過誤訴訟において主張、立証すべき事項として最も問題になることは、医療過失に関するものである。医療過誤訴訟において問題になる医療人の過失は通常の一般不法行為におけるような善良な管理者としての注意義務違反、つまり、医療人が診療行為をするに当り、当時の医療水準に鑑みて要求される診療上の注意義務の違反である⁴。人間の生命と健康を担当する医師にはその業務の性質に鑑みて、危険防

² 前掲実務便覧の28頁を参照、ソウル中央地方法院では、上記の様式を一部修正して医療事件に特有な内容を盛り込んで使用している。

³ 朴ヒョンジュン、「医療過誤訴訟における審理上の問題点」、ソウル地方法院実務論壇(1997)、235 頁参照

⁴ 法院行政処実務便覧、2頁参照。

止の為に必要な最善の注意義務が要求されるので、医師としては患者 の状態に十分注意して診療当時の医学的知識に立脚して、その治療方 法の効果と副作用等あらゆる事情を考慮し、最善の注意を払って治療 を行うべきである。そして、注意義務の具体的内容は危険性に対する 結果の予見可能性と回避可能性にある⁵。

一方、医師が患者に負担する診療債務の性質は、疾病の治癒といったような結果を必ずしも達成しなければならない「結果債務」ではなく、患者の治癒の為に善良な管理者の注意義務を以て現在の医学水準に鑑み、必要且つ適切な診療措置を取るべき債務いわゆる「手段債務」と見るべきであるので⁶、診療の結果が悪いという事実のみを以て直ちに医療上の過失があるとは推定できない。同じく、診療の結果が不可抗力的であるという事実のみで、医療上の過失がないと推定することも困難であろう。

(ii) 判断基準

このような注意義務の判断基準は「診療当時の臨床医学の実践による医療水準」により決定されなければならない⁷。

医療上の注意義務においては医学が基準となる。ここで言う医学とは、通常医師にその当時に一般的に広く知られており、また是認されている医学、即ちいわゆる医学常識である。そして、医療過誤は医学が患者に応用される過程において生じるものであるので、ここで言う医学は、いわゆる臨床医学を意味する。したがって、病理学的な厳密性は要求されない。そして、臨床医学は通常の医師にその当時に一般的に知られている医学でなければならないため、例えば、一部の大学、研究所、病院等のみで知られている医学には原則として医師が従う必要はない。事故当時、学問上の医学水準ないし先進的な治療水準と実践的、平均的な医療水準との間に差が出る場合、医療水準は後者の意味として使われる。

一方、医学は続けて発展するものであるので、医師には日々発展する医学の水準に付いて行くべき義務がある。従って、過失判定の基準になる医学は、事故発生当時の水準から見た医学である。

また、医師の注意義務の基準を判断するに当っては、その医師が置かれている環境や専門科目、診療当時の事情も合わせて考慮されなければならない。通常の医師といっても、一般医と専門医との間には注意義務の程度に差があり、大学病院、専門病院と一般開業医との間に

⁵ 大法院1998. 2. 27. 言渡97ダ38422判決、法院公報1998、872頁参照。

⁶ 大法院1993. 7. 27. 言渡92ダ15031判決、法院公報1993、2381頁参照。 また、並木 茂、「医療過誤訴訟における債務不履行構成と不法行為構成」、裁判実務大系17巻(医療 過誤訴訟法、1990)8頁参照

⁷ 脚注1) の大法院98ダ50586判決など多数

は注意義務の判断基準が同一ではあり得ない。しかし、緊急な場合でなければ、一般開業医の場合にも、事後予想される事態に備え、関係 医療機関との連係を図り、場合によっては転院をさせる等の対応が考 えられるので、医療水準の差は相対的なものに過ぎないと言える。

(ロ) 主張、立証責任と訴訟指揮

(i) 主張、立証責任の所在

主張、立証責任の所在は、医療過誤訴訟の審理手続を行うに当り重要な指標となるので、訴状の受付から判決の言渡に至るまで常に念頭に置かなければならない課題である。

韓国の大法院は伝統的規範説または法律要件分類説によって、医療過誤に対する主張、立証責任は原告にあるとしている。医療事件の特殊性に鑑みて、原告側に対し主張及び立証の負担を相当部分軽減させてはいるが、主張、立証の責任自体が転換されるのではないので、医療事件においても原告側が全く主張していない被告側の診療上の過失を認めるわけにはいかないのである。例えば、原告側が手術過程上の誤りを主張しているのみであるのに、裁判所が不適切な薬物投与による薬物副作用が発生したことを被告側の過失として認めることはできない。したがって、原告としては、少なくとも診断、治療、手術、経過の観察、或いは説明義務、転院義務等どのような点に関して過失があると主張するのかを明らかにしなければならない。

原告の主張が明白でなく、当然主張すべき事実を主張しなかったり、 提出すべき証拠を提出しなかったりする場合、原告に対して準備命令 (様式、別紙3)又は釈明準備命令を発し、釈明権を行使したりして立証 を促す⁸。

(ii) 被告側の協力義務

しかし、主張、立証責任が原告側にあるということは、当事者が弁論において事実を主張しなかったり、事実の認定が真偽不明に陥った場合、究極的にはその不利益を原告側に返さざるを得ないという意味に過ぎない。

医療過誤訴訟においては、事実と証拠が医師側に偏在しており、原告側には事実と証拠への接近が困難である反面、被告側はその接近が容易で事実関係を容易に釈明できる立場にいる。更に裁判所は、訴訟手続が公正、迅速且つ経済的に行われるように努力すべきであり、当事者と訴訟関係人は信義に従い誠実に訴訟を遂行しなければならない(民事訴訟法第1条)。したがって、理論上の主張、立証責任の所在にも拘わらず、原告にのみ主張、立証を促すのではなく、場合によっては、事実の主張と立証を被告に促すなど立証責任の所在に拘束されず、状

⁸ 釈明権の限界については、大法院1998.2.27.言渡97ダ38442判決参照、法院公報1998、872頁

況によって柔軟で弾力的な訴訟指揮が要請される。

また、医療過誤訴訟において、被告側には争点が明確であっても、原告の方で専門知識の不足或いは事実調査の不足等の理由により、本来の争点を看過して付随的な過失のみを主張している場合が多い。この場合、原告が積極的に指摘しない限り、被告は自ら争点になる事とを主張する必要がないと考えて、原告の主張に対する反論をするに止まっているのが通例である。事件の中心的争点が弁論に上程されないまま弁論が終結すれば、裁判所は弁論主義の原則によって、原告が主張した争点のみに限定して判断せざるを得ず、そのため、本来の争点でない付随的争点に対する評価のみで原告の請求が認容される場合もないわけではない。このようになれば、医療の実像と私法の判断が互いに食い違う結果となり、被告側としても、決して望ましい結果ではない。このような不合理な結果を避ける為にも、被告側から積極的に応訴して争点を明確にし、自分の診療に何ら誤りがないという点を積極的に立証するよう努力することが望ましいと考える。

(iii) 診療経緯書の提出勧告

医療事件において、患者側はどのような診療行為があったのかすら 知らない場合がほとんどであるが、このような状況で最初から原告と なった患者側に医師の過失が具体的に何であるのかを特定して主張、 立証することを要求するのは無理と言わざるを得ない。したがって、 原告の訴状が提出されて訴訟が続けられた場合に、裁判所はまず、被 告に対し当該診療行為の経過を時間的順序によって詳細に記載した 書面(診療経緯書)を答弁書又は準備書面の形で提出するよう勧める ことが望ましいと考えられる。上記の診療経緯書には、患者が被告病 院に来院して以後結果発生時までの患者の状態(体温、脈博、呼吸数 その他外観的状態等)と、それによって医師が採った診療行為の具体 的内容(問診、視診、触診、放射線撮影など各種検査及びその結果、 投薬、処置、手術等の治療内容とその結果、後遺症、経過観察)が診 療記録簿に基づき時間的順序によって詳細に記載されるようにし、こ れを裏付けられるような証拠資料である診療記録簿の該当部分が適 切に引用(経過記録の何日付の記載参照等のように付記する方法)さ れるようにしなければならない。

その他にも自分の治療行為が適切なものであったとか、不可抗力的な状況であったという「医学的主張」や時効消滅、合意等の「法的主張」があれば、これを共に記載するようにし、被告の医学上の主張に関しては、参照すべき医学上の文献を引用して共に提出するように勧告することが望ましい。

ソウル中央地方法院の医療専担部では、訴状が裁判所に受け付けられ次第、訴状副本と共に訴訟手続案内書(様式、別紙1)を被告側に送

⁹ 黒田直行、「医療過誤訴訟の訴訟指揮」、裁判実務大系17巻(医療過誤訴訟法、1990)496頁参照

り、上記のような診療経緯書を提出するよう勧めることで、弁論の充 実を期すると共に裁判が不要に遅れることを防止している。

(iv) 履行の強制

主張、立証に関する裁判長の訴訟指揮に正当な理由なく従わない 当事者は、主張、立証責任を負担しない事項に関しても、弁論の全 趣旨による不利益を甘受しなければならない。そして、この場合、 裁判所は当該医師を証人又は当事者本人の資格として召還して尋問 する等の方法により、間接的ではあるがその履行を強制することが できるのであろう。

一方、更に、医師側に一次的な主張責任を負担させる立場に立つのであれば、医師側から原告の主張事実を一応否認する答弁のみしたまま、裁判所の続く釈明の要求にも拘わらず、それ以上詳細な答弁をしない場合に、裁判所は民事訴訟法149条2項により、このような被告の防御方法は明瞭でない防御方法に過ぎないと判断し、その否認を却下した上、自白と見なし、原告勝訴の判決を言い渡すべきであるという見解もある10。

(2) 因果関係と立証負担の軽減

(イ) 必要性

医師に医療過失による損害賠償責任を問う為には、医師の過失の他に、医師の過失と患者の生命、身体等に対する侵害(損害)との間に因果関係が存在しなければならない。しかし、医療行為は高度の科学及び技術に依存するものであり、医療行為における大部分の情報は、医療従事者側に偏在しているため、患者側で因果関係を医学的に完璧に立証するということは極めて難しいことである。それで、事件の公平解決と損害の公平、妥当な分担の堅持から、伝統的な法律要件分類説に対する修正論と原告である患者側の立証の軽減ないし立証責任の転換にまで及ぶ立証責任の緩和論が台頭した。

(ロ)大法院の態度

(i) 韓国の判例は医師に立証責任を転換させるより、事実上の推定理論を 以て患者側の立証負担を緩和させようとしているものと見られる。

大法院は、医療過誤訴訟において因果関係の立証責任を原告である 患者側が負担するという伝統的な規範説又は法律要件分類説の枠は 維持しながら、ただ、一定の要件を具備した場合(前提になる間接事 実が認められる場合)、現在の悪い結果(損害)の発生が医師側の医療 過誤によるものと推定するという「因果関係の推定(事実上の推定)」 を通じて、患者側の立証軽減を図っているのである。つまり、いわゆ

¹⁰ 権グァンジュン、「医療訴訟の手続上の諸問題」、裁判資料27集、403頁

る力学的因果関係の考え方を導入して、原告である患者側が時間的近接性、手術部位と後遺症部位の同一性等と共に、「一般人の常識に基づく医療過誤行為」と「過失と結果発生との間には一連の医療行為以外に別の原因が介在され得ないという点」等の間接事実を立証すれば、現在の悪い結果の発生が医療過誤によるもの(因果関係が存在すること)と事実上推定されるという態度を取っているものと見られる。要するに、施術上の常識的な誤ちとその直後の症状悪化など間接事実が患者により立証されれば、医療上の過失とそれに基づく結果の発生を推定するにことに支障がなく、医学上の専門知識を有する医師側からむしろ悪い結果の発生は医学の限界を示すものであるとか、又はその誤りと症状悪化との間に因果関係がないという事実を立証しない限り、医師の責任を肯定しなければならないということである。

(ii) 医療過誤訴訟の特性上、患者である原告側の立証負担を緩和しようとする判例の態度は、基本的に首肯できる。しかし、特に、患者側から一般的で常識的な過失自体も積極的に指摘、立証できない場合、医師側に結果発生に対する責任を問うことには慎重を期すべきである。これは単に患者側の立証軽減という側面のみ強調したあまり、医師に対し事実上の結果責任、絶対的責任を課することになり、結局、医師らをして責任を恐れた防御的診療、萎縮診療や、不要な検査等の過剰診療に進ませることによって、医学と医療機術の発展を期待できなくなり、その被害はまた国民全体に返されることになるためである。

医師は緊急な治療を要するときには、危険の多い不満足な状態で治療をしなければならない場合もあり、現代医学の水準でも原因を糾明し難い医療事故の場合も少なくない。したがって、医療過誤訴訟では患者側の立証軽減を図りつつ、併せて臨床現実を審理に積極的に反映することで、患者と医師との間に立証上の公平且つ均衡が維持され、被害者の保護と医学の発展が共に調和を成すようにする努力が何よりも重要であると言える。

ハ. 訴訟代理人の選任問題

現在の医療事件において、被告側はほとんどの場合に弁護士を選任して訴訟を遂行しており、原告側もほとんどの場合に弁護士を選任している。非常に稀なケースではあるが、弁護士を選任せず当事者が直接訴訟を行う場合(大部分、原告の方である)もある。しかしながら、医療事件は医療行為の専門性、閉鎖性、裁量性と各種の証拠手続の特殊性等により、医学や法に門外漢である当事者としては、訴訟を行うのが極めて困難であり(弁護士でも医療事件の経験がない場合、訴訟の遂行が不十分であるケースがしばしば発見される)、実際に当事者本人が直接訴訟を行う場合、請求の不特定と証拠手続の不履行等により訴訟の進行が難しい場合が多い。

弁論能力が完全でないにも拘わらず、本人が直接訴訟を行う当事者は、経済的資力がない場合が大部分であるだろうから、裁判所としてはこのような

場合、後見的地位から、弁護士を選任していない原告側の訴訟の遂行に一定の助力を与えたり、訴訟救助制度の活用を積極的に検討する必要がある。しかし、ここにも限界があるので、当事者が訴訟関係を明らかにする為に必要な陳述ができないと判断される場合には、その人に対し陳述を禁じ、弁護士の選任を命じた上、指定した期日までに弁護士を選任しなければ訴を却下する等(民事訴訟法144条)適切な訴訟指揮を行うことによって、長期未済事件になることを防止しなければならない。

Ⅲ. 期日前の証拠調査

1. 審理方式

争点整理期日では双方の主張と共に証拠関係に関する整理を済ませなければならないため、争点整理期日の効率的な運営の為には、その前に証人に対する調査を除くあらゆる証拠申請及び証拠資料の現出ができるようにしなければならない。この為に、当事者双方に準備命令(様式、別紙3)又は釈明準備命令を下し、必要な証拠は期日前に予め一括して提出、申請するように促す方法がある。

被告側も従来には原告が申請した証拠調査の結果を見守りながら、申請の有無を決定する等証拠申請に消極的であった。しかし、新しい民事事件の管理方式では自身の無過失を積極的に立証し、失権効の制裁を避ける為にも、原告と同時に診療記録の鑑定を申請する等、遅くても最初の争点整理期日が開かれる前までは自分に有利な証拠を予め確保して提出することが望ましいと考えられる。

2. 書証

イ. 診療記録簿

(1) 意義

- (イ) 医療人は各々診療記録簿、助産記録簿、看護記録簿その他の診療に関する記録を備え付け、その医療行為に関する事項と所見を詳細に記録して署名しなければならない(医療法21条)。その診療記録簿には「①診療を受けた者の住所、氏名、住民登録番号、病歴及び家族歴、②主な症状、診断結果、診療経過及び予見、③治療内容(注射、投薬、処置等)、④診療日時分」を記載しなければならない(医療法施行規則17条)。従って、医師の診療行為は全て診療記録簿に記載されることが原則であるので、医療過誤訴訟の審理において、事実の確定は基本的に医師が作成した診療記録簿(看護記録簿、経過記録誌、各種検査結果紙、放射線撮影の結果、手術記録誌等を含める広義の診療記録簿を意味する)によることになる11。
- (ロ) 看護記録誌の証明歴に関して、大法院2002.8.23. 言渡2000ダ37265判決 は、神経外科の特別監視記録誌及び看護記録誌は被告病院所属の看護婦 等が入院時から退院時までの患者の経過、投薬及び診療内容など一切の

¹¹ 診療記録簿を作成させた趣旨と作成時期及び方法に関しては、大法院1997.8,27. 言渡97ド1234判決参照

状況をその都度記録したもので、上記の文書等が事後に操作されたといったような特別な事情が伺えず、更に原審が排斥していない手術前のチェックリストにも原告の手術直前の血圧が120/80mmHg と記載されており、これと一致しているにも拘わらず、原審が何ら合理的な根拠無く、上記の証拠等を排斥し、これと相反する事実認定をしたことは違法であると判示した。

(2) 提出

(イ)被告病院の診療記録の場合

(i) 提出義務者

伝統的な立証責任論によれば、診療記録は要件事実に対する立証責 任を負う原告である患者側が翻訳して提出しなければならない。

しかし、診療記録簿は大体外国語の専門用語で作成されているのみならず、作成者の独特の筆体で作成されている場合が多く、原告側は、実際にどのような内容が診療記録簿に記載されているのかを正確に把握することは難しいのが現実である。従って、民事訴訟の公正な進行義務と訴訟法上の信義則等に基づき、原則として被告人である医師側に診療記録簿を書証として提出するよう勧める必要がある¹²。通常答弁書を提出する際に、診療記録簿を共に提出しているが、被告が答弁書の提出期限までに診療記録簿を提出しないときには、釈明準備命令を送ってその提出を促す。

(ii) 文書提出命令

(a) 必要性

診療記録簿は通常任意提出又は文書送付嘱託の形で提出され、原告側は医療法20条但書によって、被告病院に診療記録の閲覧を請求したり、証拠保全等の方法によって診療記録を確保することができる¹³。しかし、これによっても診療記録を確保できなかった場合、又は被告が診療記録簿の一部を提出しない場合(例えば、放射線写真が漏れる場合がしばしばある)、文書提出命令によることになる。

(b) 審 理

文書提出命令の申請には、①文書の表示、②文書の趣旨、③文書 の所持人、④証明する事実、⑤文書を提出すべき義務の原因等を明 らかにしなければならないが(民事訴訟法345条)、医療訴訟の特性上

¹² 朴ヒョンジュン、「医療過誤訴訟の審理方式の改善に関する小考」法曹494号、1997.11.83頁

¹³ 医療法20条1項の但書によれば、医療人は患者やその家族等が診療記録の閲覧、写しの交付等を要求した際には、原則としてこれに応じるべきであると規定し(2000.1.12.本項が改正される)、これに違反した者に対しては、3年以下の懲役又は1000万ウォン以下の罰金に処することにして(法67条)、実効性を担保した。

「証明する事実等」を一般的な訴訟と同じ程度で具体的に記載することを要求することは無理であるので、一般的ないし抽象的な記載で十分であると言える。しかし、被告が文書提出命令に応じないときに備え、具体的に記載することは構わない。

文書提出命令の申請があるときには、提出義務の有無と所持の有無について審理した上、採否の裁判をする(民事訴訟法347条)。診療記録簿は、民事訴訟法344条所定の引用文書(当事者が訴訟において引用した診療記録簿を有している場合)、申請者が文書所持人に対して引渡及び閲覧請求権のある文書(医療法20条)、利益文書、法律関係文書等の要件を満たすと見て、大部分原告側の申請を受け容れて、文書提出命令を発している。

(c) 効果

被告が提出命令に従わないときには、裁判所がその診療記録簿の記載に関する原告の主張を真実であると認めることができる(民事訴訟法349条)。ところが、仮に原告が診療記録簿にある記載があると主張したとすれば、当該診療記録簿にそのような記載があるという原告の主張を真実なものと認めるに過ぎず、原告が被告の過失を立証する目的で提出命令申請を行ったとしても、被告の提出拒否により被告の過失まで推定されるわけではない。

大法院1993. 6. 25. 言渡93ダ15991判決も、当事者が文書提出命令に従っていない場合には、裁判所は相手方のその文書に関する主張、即ち、文書の性質、内容、成立の真正等に関する主張を真実なものと認めるべきであるとしたのであって、その文書により立証しようとする相手方の主張事実まで必ずしも証明されたと認めるべきであるという趣旨ではないと判示した。

但し、被告の提出拒否の事実が弁論の全趣旨の一環として裁判所 の心証形成の資料となり、事実認定に影響を及ぼし得るのはもちろ んである¹⁴。

(ロ) 他病院の診療記録の場合

被告病院の他に患者を治療していた他の病院が所持している診療記録に対し患者側が民事訴訟法352条等により文書送付嘱託ないし書証調査申請を行う場合がしばしばあるが、裁判所では特別な事情がない限り、これを全て受け容れている。送付された診療記録簿を書証として提出すべきかどうかは当事者の自由であるが、書証として提出する為には、提出者側から翻訳文を添付しなければならない。

¹⁴ 権グァンジュン、前掲論文、390頁

(3) 翻訳

(イ) 翻訳義務者

原則としては、診療記録を書証として提出する当事者側でこれの翻訳文を共に提出しなければならないので(民事訴訟法277条)、被告側が診療記録を書証(乙号証)として提出する場合には、当然被告側で翻訳も共にすべきである。しかし、原告側が診療記録を書証(甲号証)として提出する場合にも、診療記録簿は大体外国語の専門用語で作成されているのみならず、病院毎に薬品名等を独特の略字で使う場合が多く、作成者の独特の書体で作成されている場合が多く(小規模病院はもちろん大型病院の場合にも、未だ診療記録の電算化が完全に行われていない)、原告側としては、その内容を正確に把握し難いため、翻訳が極めて難しい場合がほとんである。

したがって、被告病院の診療記録はなるべく被告側で乙号証として提出するよう勧告し、たとえ原告側から診療記録を甲号証として提出したとしても、適切な訴訟指揮を通じて被告側に翻訳をするよう勧告する必要がある(立証責任に関連して、被告側が自分の診療行為が正当であったことを積極的に立証すべき必要がある場合もある)¹⁵。

(ロ)翻訳の方法

翻訳文を診療記録と別途の文書(これを別途の書証として提出する場合があるが、参考資料として提出することが妥当であろう)で作成して提出させるのは記録分量が厚くなる問題があるので、書証として提出する診療記録簿の写しの該当部分に赤色など目によく付く筆記具を使用して韓国語翻訳を加筆させる方法が無難であると考えられる¹⁶。但し、この場合、診療記録の写しに加筆した上、これをまたコピーして、その写しを裁判所に提出することは、本来の記載部分と翻訳された部分が混同される余地があるため、裁判所に提出する写しに加筆して提出するよう勧める。

そして、当事者によっては、全体の診療記録の中で自分が重要であると考える部分のみ抜萃して翻訳する場合もあるが、原則として診療記録を全て翻訳して提出させる(特に、経過記録誌、看護記録誌等は診療経過を把握できる最も重要な証拠であるため、必ずその全体に対する翻訳が必要である)。但し、数回に亘って行われた同じ内容の検査記録紙のよう

¹⁵ このような面倒さを根本的に解決する為には、診療記録簿等の記載がハングル化しなければならない。ハングル化の作業には、速記士雇用など病院側の財政負担の増加が障害要因となるが、医療事故の発生時に診療が適切であったことの立証にかかる費用を勘案すれば、財政負担の増加は大きな問題にならないと考えられる。医療法施行規則17条では、診療記録簿等は原則としてハングルと漢字で記載することになっているが、現実的には履行されていない。

¹⁶ 日本ではこのような方法が慣例とのことである。太田幸夫、「医療過誤訴訟における訴訟指揮」新 裁判実務大系1巻(2000)、460頁参照

な場合には、最初の1枚の用語のみ(事実関係の把握においては翻訳が必要でないこともあるが、判決文に検査結果を説示する場合、検査名と数値の単位等を記載しなければならないので)翻訳することも許容する。

患者が長期間入院した場合等のように、診療記録が膨大な場合、これを全て翻訳させることは被告側に過度に負担を負わせる結果になることもあり、翻訳に長時間がかかり、訴訟遅延等の恐れさえある。従って、この場合、まず、被告側に自ら重要であると考えられる部分を抜萃して翻訳させた上、原告側が追加で翻訳を要求すれば、その部分に限って再度被告側に翻訳を求める方法が望ましい。

放射線写真等に関しては、一般人にも解読できるように別途の説明図面を添付して提出しなければならない。

口. 医学文献

前述した通り、医師の医療行為において注意義務の基準は診療当時の臨床 医学の実践による医療水準によって決定されなければならない。従って、診 療行為の適否、医療水準等を立証する目的で医学教科書、参考書、各種の学 会誌と専門誌に登載された論文、医学辞典等を書証として提出することが多 い。

ところが、医学は関連諸科学の進展により、日々発展して変貌していくので、医学文献等に関しては、公刊されたか否かのみならず、執筆者の学会における地位、批判の有無等を確認する必要がある。更に、当該文献の発行年月日、著者、発行先等を明確にするために、当該文献の内容と共に表紙及び裏面の発行事項が記載された部分もコピーして提出しなければならない。外国文献の場合には、その翻訳文まで添付しなければならない。

医学文献は医学的知識がなければ、その内容を正確に理解し難い。従って、裁判所は医学に関して専門家である被告が医学文献を提出した場合、その内容に疑問があれば、当該文献に記載された医学的知識に関して一般人も理解できるように誠実に説明することを要求できると考えられる¹⁷。

3. 証人の申請

イ. 審理方式

双方の証人は争点整理期日(準備手続期日が原則である)の前に書面(証人申請書)にて一括申請しなければならない。裁判長は期日以外で予め新方式による証人申請書を提出させ、その採否及び証拠調査方式(証人陳述書の提出方式、証人尋問事項の提出方式、公正証書による証言方式等がある)を決定した後、準備手続期日でその結果を告知する¹⁸。ここで採択された証人は関連証人全員を一つの期日で集中して尋問する。

¹⁷ 黒田直行、前掲論文、498頁

¹⁸ 準備手続期日を経ないで直ちに弁論期日を指定した事件に対しては、期日以外においてその結果を告知する。

ロ. 実務上の留意点

(1) 医療過誤訴訟では患者本人、その家族、医師、看護婦、患者を治療した他の病院の医師等に対し、証人尋問又は当事者本人尋問を申請する場合がしばしばある。しかし、医学に門外漢である患者本人やその家族等の陳述は診療行為の医学的評価よりは主観的感情を訴える場合(例えば、医師の不親切に対する不満等)がほとんどであるため、事実関係の確定及び判断にあまり役立てず、医療陣の証言も診療記録に記載された客観的な事実を覆すには足りない場合が多いので、関係当事者等の証言を無制限許容することには問題がある。

但し、診療記録簿自体が不良であるとか(小規模病院の場合、しばしばこのようなことが発生する)、説明義務の履行の有無(不動文字となっている手術同意書等に署名、捺印を受けた事実だけでは説明義務を果たしたとは見難い)など診療記録の内容だけでは、事実関係を十分に把握できない場合に限って、制限的に許容すべきであるものと考えられる。

(2) 担当医師に対する尋問は、医学に関して専門知識のない訴訟代理人が専門家を相手にその専門分野に関して尋問するものであるため、困難が多く、特に、敵対的証人に対する反対尋問は、その厳しさが想像を超える程である。そのため、担当医師等の専門家に対する尋問には相当な時間を要する場合が多いが、それよりも文献を見れば容易に分かる医学概念に関して陳述を要求したり、医学に関する誤解や無知により無意味な問答を繰り返す等不適切な尋問のために費やされる時間が実務上より多い。不適切な尋問は制限する等して、適切に訴訟指揮権を行使する必要がある。

担当医師に対する主尋問については、その医師の医学的経験に関する陳述が証拠として採用され得る以上、その人の医学的知識の程度や正確性に関して反対尋問を行う必要性がある。適切な反対尋問により、主尋問時には隠されていた新たな事実や陳述の矛盾が浮び上がり、また担当医師である陳述者の独断的見解や医学的知識の欠如が露出する場合もある。但し、この場合にも、尋問者が未熟な医学知識に基づき質問を続けたり、医師に威圧感を感じさせたり、自尊心を傷付けるといったような尋問は制限されるべきであろう。

一方、担当医師に対する尋問は高度の専門的な経験事実に関するものであったり、各種の資料等を総合してはじめて証言可能な事項に関するものである場合が多い。したがって、事案によっては、医師に対し証人として法廷に出席して口頭で証言する代わり、尋問事項に対する答弁を記載した公正証書の提出を以て証言に代えさせる公正証書による証言方式を活用することが実体的真実の発見や訴訟経済に役立てる場合もある。

4. 鑑定意見の照会(事実照会)

(1) 診療記録の鑑定が具体的な診療記録簿に基づき該当医師の診療行為が適切で あったかどうかに対する判断を求める手続である反面、鑑定意見の照会は具 体的な事件とは関係なく、一般的な医学知識や医療水準を得る方法として使われる。当事者が提出した医学書籍、論文等のみで立証が足りない場合実施される。この場合にも、過度に一般的であったり、包括的な質問は避けるようにした方が望ましい。診療記録鑑定の前提事実として、必要な場合には、診療記録鑑定を申請する際に、医学に関する専門知識も共に質問することは構わないが、診療記録と関係なく純粋な医学知識のみを得るための場合には、両者の性質が異なるため、区分して申請するよう勧めている。

- (2) 従来には主に事実照会の形で大韓医師協会に調査を嘱託し、その結果を回答させた。しかし、大韓医師協会は自らこれを処理する能力がないため、傘下学会等に事実照会書を送り、これを返してもらって裁判所に送付する方式で照会に応じてきたが、その過程で回報が遅れ(6ヶ月かかるのは普通で、1年が経過する場合も数多い)、これにより訴訟が遅延される事態が数多く発生した。また、照会書を作成した人に対し報酬を支払わないため、照会書の作成意欲が低下し、回報するのに期間が長くかかったり、照会書が不誠実に作成される一原因になることもあった。
- (3) したがって、ソウル中央地方法院の医療専担部では、2001年8月から文書の名称を鑑定意見照会書に変え、これを大韓医師協会を通さないで直接当該分野の学会に送り、その意見を要求することにした(提出期限も2ヶ月に制限した)。なお、事実照会嘱託時の費用支払に関する例規(ソンミン98-14)6条2項の規定により、照会書の作成者に対しては基本的に1件に100,000ウォンの報酬を支払うものの、事案によって適切に加減するものとした(様式、別紙4参照)。大部分裁判所の裁判進行に対し協力的であるが、学会によっては大韓医師協会を経由しなければ受理できないとする場合もあるので、身体鑑定手続を準用するものとする内規を制定し、これによって毎年初めに裁判所長が予め学会の長に意見書の作成者を推薦することを要請し、その名簿を法院行政処のコンピューターに入力して管理するものとした。そのようにして、当事者から医学知識や医療水準に関する事実照会申請があれば、費用の前納を受け、裁判長が該当学会を指定し、鑑定意見照会書を作成して送付することになる。

5. 鑑定

イ. 身体鑑定

(1) 実施時期

鑑定は、裁判官の判断能力を補充する為に特別な学識、経験を有する第三者からその専門知識、またはその知識を具体的事実に適用して得た判断を訴訟上報告させる証拠方法である。医療過誤訴訟の場合にも現在の身体障害の部位及び程度、既往歴、労働能力喪失の程度、介護人の要否及び程度、今後の治療費、余命等の鑑定の為に身体鑑定をしなければならない場合がある。

一部では、ある程度診療上過失の存在が立証された後に身体鑑定を実施することが望ましいという意見もある。しかし、身体鑑定を通して身体の

状態、疾病の有無、診断の適正性、治療方法、その経過、後遺症など医師の医療過誤に関する前提事実を確定できるのみならず、直接的な過失を明らかにする場合も多くあり、患者の現在状態を客観的に確定して初めて、患者に対する医務記録を中心に正確な診療記録の鑑定を実施できるので、概して裁判の初期に身体鑑定を実施するように勧めることが望ましいだろう。

(2) 実施方法

鑑定期日に身体鑑定をする必要がある場合以外には、鑑定嘱託の方法で 実施する(「身体鑑定において鑑定人の選定と鑑定手続等に関する例規(訟 民97-4)」2条1項)。この場合、上記の例規によって裁判所長や地方裁判所 長が毎年複数の国公立病院や大学付属病院または総合病院(所轄区域内に2 以上の国公立病院や大学付属病院がない場合に限る)の長から鑑定科目別 に推薦された鑑定人(公正性、中立性の側面から不適切な専門医は排除す る)の名簿を活用する。

ただし、所轄区域内に個人総合病院もない裁判所の場合には、本院及び所在地管轄又は所属地方裁判所が作成した上記の名簿を距離と地域事情を考慮し適切に調整した後、共同で使用することができるが(上記の例規4条4項)、個人病院(医院)に対し鑑定人の推薦依頼をしたり、直接鑑定人を指定することはできない。

(3) 既往歴がある場合

- (イ) 医療事件においては、患者にある既往歴があって、その治療のために被告病院に来院した場合が殆どであり、病院側の過誤によって患者に発生した損害は、患者の現在の状態から既往歴による部分を控除したものになる。従って、身体鑑定に当たっては、既往歴について適切な診療をしたとすれば、その既往歴自体のみでどの程度の労働能力の喪失及び期待余命の短縮が予想されるのかを必ず明らかにしなければならない。
- (ロ) 既往歴に対する主張、立証責任に対し、実務上では因果関係の問題というよりは、損害額の算定段階での減額問題と見て、被告側の抗弁事項として運用されている。しかし、被害者が既往の障害を事故による障害であると主張し、それに基づき損害賠償を請求する場合、被告の既往歴の主張(厳密には既往の障害主張である)は因果関係を否認することに過ぎない。従って、この場合に既往の障害でなく事故による障害であるという点に対する主張、立証責任は因果関係の問題として、原則として被害者である原告にあると見るべきである(大法院1991.12.10. 言渡91ダ33193判決参照)。

ロ. 診療記録の鑑定

(1) 実施時期と共同申請の勧告

(イ) 実施時期

診療記録の鑑定は、診療記録簿に記載されている具体的事実に専門知識を適用して具体的な因果関係や過失の有無に関する事実判断を得る為に行われることが殆どである。しかしながら、原告が訴訟の初期段階で診療記録鑑定を申請する場合には、原告としては相当な程度に審理が進行するまでは具体的に医師にどのような誤りがあったのか分からない場合が普通であるので、概括的な内容で診療記録鑑定を申請せざるをえないだろう。このような場合、該当事件の核心的な争点になる事項について重点的に鑑定が行なわれずに、関連性がなかったり枝葉末端的な事項についてまで不要に鑑定が行なわれ易い。したがって、できる限り診療記録の鑑定はある程度基礎的な事実関係が明らかになり、核心的な争点に関する両当事者の主張が具体的に開陳された後に実施することが望ましい。

(口) 共同申請

また診療記録鑑定の結果は、医師の誤りを明らかにしたり(原告側)、治療の正当性(被告側)を立証する重要な資料になる為、特段の事情がない限り、原告と被告皆に共同で鑑定申請をするよう勧めることが望ましい。原告からの鑑定申請書が受け付けられれば、これを被告に送り、必要な場合、追加事項に対する鑑定申請書を提出させることも一つの方法になるだろう。そのようになれば、原告と被告に鑑定費用を按分して鑑定人の報酬を現実化しても当事者の負担が軽減されるのみならず、鑑定手続が集中することによって、今後鑑定返答に対する異議や補完鑑定等による手続遅延の問題も減らすことができるだろうと考えられる。

(2) 基礎事実の確定と鑑定事項の作成

(イ) 基礎事実の確定

(i)鑑定人に鑑定を委嘱するに当たっては、鑑定事項を明確にしなければならない。特に特定事実に専門知識を適用して推論を報告する鑑定では全ての前提事実を明確にする必要がある。適正な鑑定が行なわれる為には、先ずその前提として医師側が行なった診療の経過に関する具体的事実を確定することが必要である。

従来には診療記録鑑定を申請した当事者が提出した鑑定申請書に記載された基礎的な事実関係と鑑定事項をそのまま採用し、これを鑑定事項として作成、依頼することが殆どであった。これにより、その前提になる事実関係に争いがあるにも不適切な前提事実を立てて、これを基礎事実にして鑑定事項を作成したり、または鑑定の焦点が当該事件の核心とは関係のない部分にのみ集中したりする等の問題点が発生し、これによって鑑定が事実上不可能または無用の物になったり、仮定的な判断に過ぎないようになって、以後再度相手方の再鑑定の申請、事実照会申請等の手続が繰り返され、結局訴訟が長期化する一つの原因になってきたことを否認できない。

従って、裁判所が鑑定を嘱託するに先立ち、直接基礎的な前提事実を整理した後、これに基づき診療記録の鑑定を嘱託することが最も望ましい。その過程において裁判所は必要な場合、第三者の地位にいる医療専門家に民事訴訟法140条所定の「釈明処分としての鑑定」を命じて事実関係を確定させ、その他に事実上の諮問を得るために医師資格のある調停委員や診療記録鑑定人として推薦された医師等を活用する方法も考慮できる。しかし、裁判所は元来訴訟手続の他で当事者を除外させたまま医療専門家の助力を受けることは許されないのみならず、専門性と公正性を共に確保しなければならないため困難であるので、これはあまり望ましい方法ではないと考えられる19。

(ii) しかし一方、裁判所が直接基礎的な前提事実を整理することは、医学に門外漢である裁判所としては当該事件の医学的な核心になる事実関係を選び出すことが容易ではないのみならず、争いのある事実関係に関して何れかの一方に前提事実を認めることが、万が一予断と思われる恐れがあり、また現在の業務量に照らして主審判事がこのような基礎事実をまとめるということは、業務負担が過度に加重されて、現実的に困難である²⁰。

従って、一応申請人側で作成した鑑定申請書を土台にするものの、 その鑑定申請書を相手方にも送り、異議がないのかを確認した後に鑑 定手続を進めることが妥当であると考えられる。期日の他に診療記録 鑑定申請書が裁判所に受け付けられれば、相手方にもその内容をファックス等の方法で知らせ、相手方が一定期間異議を提起しない場合、 はじめて鑑定を嘱託する手続が必要であると考えられる。このとき、 ある事実の存否に関して当事者の主張が対立している場合、例えば、 入院当時の症状や程度について医師と患者の間に争いがある場合には、 原告の主張事実を前提とした場合 との2ケースに分けて設問を作成することが望ましいと考えられる²¹。

(ロ)鑑定事項の作成方法

鑑定事項の具体的記載に当たっても、ただ「本件投薬上どのような過失があるのか」、「診療経過は臨床医学上適切であったのか」等のような抽象的、包括的な質問よりは、「診療記録上患者が最初に昏睡状態に陥ったと記録された時刻はいつなのか」「本件疾患に対する治療法としてはどのようなものがあるのか」、「これら治療法の選択基準は何か」等のように可能な限り、具体的に細分して鑑定事項を作成するように誘導することが望ましいと考えられる²²。

¹⁹ 朴ヒョンジュン、前掲論文、法曹87頁

²⁰ 日本の実務例の中には、主審判事に対し、診療記録など証拠や争いのない事実に基づき、今後言 い渡される判決文に使われる程度の基礎事実をまとめさせた後、その基礎事実を原告と被告に共に 提示し、これを基に鑑定事項を作成する場合もあるとのことである。

²¹ 権グァンジュン、前掲論文、400頁

²² 具体的記載方法については、本著書〈付録〉の質疑と回答を参照

裁判所が当該事件に必要な鑑定事項(例示、別紙6)を整理して当事者が 提出した鑑定申請書と一緒に鑑定人に送る方法もある。ややもすれば予 断と見られる恐れはあるが、訴訟代理人のない原告が診療記録鑑定を申 請する場合には、上記の通り裁判所が鑑定事項をまとめて鑑定人に送る 方案も考慮できるだろう。

(3) 鑑定人の選定と実施方法

(イ) 鑑定人選定の問題

診療記録の鑑定に当たっては、適切な鑑定人選定の難しさ、鑑定人としての適格性の判断の困難、医療水準との関係により、開業医による事故を大学病院など専門機関に鑑定依頼することが妥当かどうか、鑑定結果の客観性と合理性をどのように評価して受け入れるべきかという等様々な問題点がある²³。

診療記録の鑑定では、鑑定人の専門科目、経験年数、普段勤める場所が大学病院など医療施設が完備した所なのか等によって、鑑定人と一般臨床医の間に見解の差がある為、何よりも当該事件に関して適格者を鑑定人として選任することが最も重要である。一般的に臨床措置の当否については臨床医が、死因と障害の原因等については法医学者など基礎医学者が適しているとはいうもの、事件毎に特色が異なるので、個々の事件に合わせて適正な鑑定人を見出すことは非常に難しい。

(口) 実施方法

診療記録鑑定にあいて、医師個人を鑑定人と指定して鑑定を命じる場合、医師は鑑定人宣誓の為に裁判所に出席しなければならない負担があるので、大学付属病院や国公立総合病院、該当学会又は大韓医師協会に鑑定を嘱託する方法で診療記録鑑定を施行することが普通である(民事訴訟法341条)。ソウル中央地方法院では、従来には主に大韓医師協会に鑑定を嘱託してきた。

従来には裁判所で鑑定を嘱託すれば、大韓医師協会ではあらかじめ多数の鑑定人を指定しておき、専門科目別に指定された鑑定人に鑑定を嘱託し、これにより作成された鑑定書も大韓医師協会が送付を受け、大韓医師協会の名義で裁判所に提出する方式に診療記録鑑定手続を進めてきた。その結果、具体的な事件で鑑定人は大韓医師協会が自主的に選任し、選任された鑑定人は自身の鑑定書が医療紛争の真相を糾明する為の重要な判断資料になるという事実を忘却し、その内容を無誠意かつ不良に、責任回避の様に作成する場合が多かった。また大韓医師協会を通して鑑定を嘱託し、その結果の返答を受けることによって、不要な手続と時間がかかり、はなはだしくは鑑定嘱託書やそれに添付された診療記録

²³ 上記の問題点に関する日本における議論については、金セジン、「民事鑑定の運用に関する日本における議論の現況」法院図書館の裁判資料81集参照

が紛失される事例まで発生した(医療訴訟で審理が遅れるもっとも大きな原因は、鑑定書の提出遅延と不誠実な鑑定にある)。

それで、ソウル中央地方法院では、2000年9月から診療記録鑑定にお いて身体鑑定手続を準用するという内規を制定し、身体鑑定と共に①毎 年裁判所長の名義で国立、公立病院及び大学付属病院または総合病院の 長等に鑑定科目別にこれを担当する課長または大学の専任講師以上の 専門医を推薦することを要請し、②診療記録鑑定を嘱託する『鑑定嘱託 病院及び鑑定科目別担当医師名簿』を作成して、これを鑑定嘱託機関に 送付し、上記の名簿を裁判所行政処のコンピューターに入力して管理し、 ③診療記録鑑定の申請がある場合、診療科目を特定することにし、担当 裁判所の事務官等が裁判長の命を受けて上記の名簿の登載順序によっ て鑑定嘱託病院及び主科目担当医師を選定し、鑑定人指定簿に記載し、 ④選ばれた鑑定嘱託病院及び鑑定担当医師を当事者に電話やファック ス等適切な方法で告知し、⑤鑑定嘱託病院に当事者が提出した資料のう ち鑑定に参考になり得る資料を添付して鑑定を依頼した。鑑定書の提出 期間も3ヶ月と制限した結果、不要な手続が省略され速やかに責任のあ **る鑑定が可能になって、鑑定の適正性と手続の迅速性を確保するように** なった²⁴。

(4) 鑑定書の適正性の確保

(イ)鑑定内容の公正性

鑑定結果の現出は、口述よりは書面(鑑定書)による場合が多いが、その内容が曖昧で核心から外れるものが少なくないため、鑑定書の行間をよく考察してみる必要がある。

このような原因は、鑑定人も医師として、同じ医師である被告側の 是々非々を判断することは苦しいときが多く、また民事裁判での鑑定の 意味、重要性、方法等その手続に慣れていない理由もあるものと考えら れる。患者側としても、診療記録鑑定を被告側と同じ職域に属する他の 医師に依存するため、患者側に不利な内容の返答がくれば、その結果を 容易に信じようとしない傾向がある。鑑定において中立性と公正性は鑑 定人に対する忌避制度を通して、ある程度確保されることはできるが、 窮極的には鑑定人自らの自律に任せざるを得ない。診療記録鑑定人に対 し鑑定の公正性を担保し、客観的で正確な内容の鑑定が行なわれるよう に啓導する対策が要望されると言える²⁵。

(ロ) 鑑定結果の採否

また鑑定は、裁判官の判断能力を補充することであるが、証拠方法の一種でもあるので、鑑定結果の採否は裁判官の自由心証に委ねられてい

²⁴ 鑑定嘱託書の様式については、別紙6参照

²⁵ 朴ヒョンジュン、前掲論文、法曹91頁

る。裁判官は、普通、鑑定人の意見に耳を傾けるが、これに拘束されるのではないので、鑑定人の中立性の程度、鑑定理由の説得力、鑑定人の資格と能力等を自由に評価して鑑定意見の証拠力を判断し、これを通じて鑑定人を統制しなければならない。鑑定結果に対する法的評価は、科学的な判断と背馳しないことが望ましいが、時々科学的判断と相反する場合がある。裁判は、科学的論争の当否を決定するのでなくて、法的論理と法的思考によって妥当な結論を導出する作業である為である。

大法院1998.7.24.言渡98岁12270判決も、第1審裁判所の鑑定嘱託に対するカトリック大学校医科大学の聖母病院長の回報結果及び原審の事実照会に対する大韓医師協会長の回報結果は、事実認定に関して特別な知識と経験を要する場合に、裁判官がその特別な知識、経験を利用するに過ぎず、医療過誤の有無は窮極的にはその当時の諸般の事情を参酌して経験則に照らして規範的に判断せざるを得ないので、上記の各回報結果に医療過誤の有無に関する見解が含まれているとしても、裁判所が被告に過失があるかどうかを判断するに当たっては、その見解に覊束されないと判示した。

一方、鑑定結果を適正に評価するためには、裁判官に鑑定書を理解できる程度の専門的基礎知識が要求される。医学上の専門的基礎知識を得るためには、当事者が提出した医学文献や図書館にある専門図書等を利用する他に、裁判所の調停委員や釈明処分としての鑑定等を活用することができる。しかし、裁判官がそのような基礎知識を持っているとしても、結論が異なる複数の鑑定意見が提出された場合には、その採否の判断が極めて難しい。どちらを採択しても、裁判官の誤解や独断を防止するためには、裁判官が自ら鑑定書に関して理解していることをそのまま訴訟代理人など関係者に提示し、その批判を受け入れる手続が必要であると考えられる。

(5) 鑑定人報酬の現実化

(イ)「鑑定料の算定基準等に関する例規」(訟一91-3)は、身体鑑定に対する 鑑定料については規定をおいているが、診療記録鑑定料に関しては明示 的な規定がなくて、従来には診療記録鑑定人にも身体鑑定の場合に準じ て極めて少ない報酬のみ(鑑定内容が2以上の専門科目に属する場合には、 各科目当たりの鑑定料を合算)支払ってきた。

しかし、診療記録鑑定は他の医師が長期間にわたり作成しておいた膨大な診療記録簿を一々検討した上、医療過誤の有無について判断をしなければならない難しい作業で(病院の立場から見るとき、身体鑑定は新しい患者を留置するという側面はあるが、診療記録鑑定は上記のようなメリットもなく、過重な負担のみ抱えるようになる)、診療記録の鑑定嘱託に対しその返答が遅れることは、このような非現実的な鑑定人報酬にも原因があると見られるので、事案の難易度や診療記録簿の分量等を考慮して、鑑定人の報酬を適正な水準に現実化すべき必要があると考えられ

る。そうして、ソウル中央地方法院の医療専担部では2000年9月から、裁判長が具体的な事情を考慮し鑑定料を適切に加減できるようにした上記の例規第3条の規定により、鑑定人の報酬を大幅に引上げて支払うようにしている(様式、別紙5)。

(ロ) しかし、鑑定の質を向上させる為には、究極的には一般鑑定と同じく受益者負担の方向に進むべきである。一方、鑑定人の報酬を現実化するに当たっては、当事者の費用負担が加重するという点が問題になり得るが、前述した通り、診療記録の鑑定は原告と被告両方に自身の主張の正当性を確保できる重要な手続であるという点を認識させ、できるだけ両当事者とも希望する鑑定事項を含め、その費用もこれにより適切に分担させる方法を採れば、費用負担の増加はさほど大きな問題にはならないものと考えられる。

Ⅳ. 調停回付

1. 調停回付の時期

調停は、訴訟結果に対して確信が立たない訴訟初期に回付するのが、成功率も高くて望ましいという意見もある。しかし、訴訟初期には客観的な事実関係さえ明確になっていない状態であるので、当事者が容易に調停に応じようとせず、訴訟代理人も客観的資料が確保されないため、当事者の説得が難しく、裁判所としても適切な仲裁案の提示が難しく、調停成功率がさほど高くないという短所があった。

したがって、書面による争点整理及び期日前の証拠調査が全て完了し、それにより裁判所の心証がある程度形成された段階で、事件を調停に回付することが望ましい。

2. ソウル中央地方法院の調停現況

イ. 構成:医療専門家の招聘

調停は、基本的に当事者間に対話を通じて紛争を平和的に解決することに その目的があるが、その解決策が当事者に対し説得力と信頼を得て合理的な ものになるためには、まず、事件の真相が十分に把握されなければならない。 しかし、医療過誤訴訟は、医療行為の専門性と閉鎖性のため、医療専門家の 助力がなければ事件の実体に接近することは容易でない。

それで、ソウル中央地法院医療専担部では、2000年4月、医療専担調停委員を新しく委嘱して、各診療科目別に大学病院の課長級以上の医師と弁護士各1人で構成された調停委員会を構成し、あらゆる医療事件に対して調停委員会の調停を経るようにした。調停委員は大きくA群とB群に分けて、A群は医療紛争の発生頻度が高い分野の専門医として指定して、B群は医療紛争が多くない分野の専門医として指定し、A群の場合には1年単位で調停期日表を作成して決まった日(大概40日間隔)に調停に出席できるようにした。

口. 調停手続

期日前に証拠調査が全て完了すれば、裁判長は診療科目別に調停委員を指定して事件を分配し、調停期日を指定して通知する。期日通知時に調停委員には準備書面と鑑定書等を共に送って事件内容をあらかじめ把握できるようにする。

調停期日にはまず、出席した当事者に調停制度の意味と調停委員の地位、役割、調停に臨む姿勢等に関して説明し、調停への協力を要請した後、調停室へ行って調停委員の調停を受けるよう勧める。調停委員のうち医師は医学的な面で、弁護士は法律的な面で事件を検討してから調停案を作成し、これに基づき当事者を説得して妥協を導き出す。調停期日も1回で終わるのではなく、調停の可能性が見える限り継続続行して調停を成功させるように努力する。しかし、実際には法律的な側面より医学的、医療倫理的側面が強調され、この段階での調停成功率はさほど高いほうではない。

調停委員による調停が成立しないときは、最後に事件を裁判部に渡す。このとき、調停委員らには調停の進行過程と事件に対する調停委員の意見を入れた調停結果報告書を作成して提出するようにする。裁判部は事件分類段階を経て、準備手続期日に上記の調停結果報告書を参照して記録を綿密に検討した後、裁判部の合意を経て最終的に調停案を設ける。調停案は、後に調停が不成立となって判決を言渡す場合、当事者に裁判所に対する不信感を与えないために、判決結果と差がないように注意しなければならない。

裁判所が当事者を説得できる程度に充分な検討を終えたのであれば、調停案を提示するにおいて、ある程度の心証を示すことは不回避であると考えられる。それぞれの主張と証拠の問題点、裁判所が重要であると考える証拠や反対に証拠価値が稀薄な証拠を指摘し、立証の困難と立証責任の所在、調停結果報告書による調停委員の医学的見解を明らかにしながら説得すれば、当事者は大部分裁判所の勧告に従う26。また調停が成立せずに判決が言渡される場合にも、当事者は裁判所の考えを把握することができるために、全く予想できなかった判決が言渡されることはなくなる。そして、これでも当事者の説得が出来ないときには「調停に代わる決定」をし、当事者双方に案内文(様式、別紙7参照)を送って調停制度につい改めて理解を求めて、調停結果に承服するように勧める。総合病院や公共機関の場合には、裁判所の勧告に対し内心不満がなくても、内部決済や監査に備えて「調停に代わる決定」の形で調停してくれるよう要求する場合が多く、この場合には、ほとんど異議を提起してない。

ハ. 調停結果報告書

調停結果報告書は、調停の進行過程と事件に対する調停委員の医学的所見を盛り込んだものである。ソウル中央地方法院医療専担部では、調停委員に調停結果報告書を作成、提出させてこれを記録に編綴することによって、調

²⁶ しかし、いずれの場合にも勧告に止まらなければならず、調停を強要する印象を与えてはならない。

停が成立しない場合にも裁判所の心証形成と判断につき一種の参考資料として活用できるようにしている(様式、別紙8)。ただし、調停委員の中には、自身が作成した報告書が裁判所の判断資料となることによって、それによる法的責任を負担するのではないかと心配して、明確な意見表明を憚る場合があるので、事前にそのような憂慮をしないように十分説明して協力を求めなければならない。

そして、このような調停結果報告書は正式の証拠として提出されたものでないので、あくまでも参考資料としてのみ使用するだけで、直接的な証拠としての使用は避けなければならない。調停委員の医学的見解は大部分そのまま受容されるが、前提事実の認定を疎かにしたり法律適用の未熟で誤った結論が出ないように、事前に意見を調整する必要がある。

二. 成果

ソウル中央地方法院医療専担部では、2000年4月中旬から、毎週2組ずつ本格的に調停委員会を稼動して、あらゆる医療事件を調停に回付した。初めは調停制度に対する認識不足により調停に回付するとすれば不満に思ったり調停期日に参加しなかったりする等で不満を吐露することもあったが、日が経つにつれて当事者双方が全て調停を当然の過程として受け入れている。これから調停は医療紛争解決において当然経なければならない重要な手続の一つとして定着したようである。また調停委員の積極的な参加と協力で調停成功率も高くなりつつある。

しかし、何よりも調停過程に医療専門家が参加することによって、これまで当事者が漠然と「非専門家による、臨床現実とかけ離れた非現実的裁判」であるという憂慮と心配をなくしたという点で、ソウル中央地方法院の調停は大きな意味がある。最近は病院側にある程度誤りが認められる場合や、病院側が事故発生にある程度原因を提供したと見られる場合には、大部分調停が成立して、事件がそのまま終結され、その反対の場合にのみ調停が成立せず判決が言渡されることによって、原告の敗訴判決が多くなるという新しい傾向があります。これは当事者、特に病院側から調停制度を肯定的に理解して信頼し始めたことを示す望ましい現象であると考えられる。²⁷

ホ. 調停制度の活性化のための提言

医療紛争解決の第一歩は何よりも真相究明にあり、これは医療専門家である医師の助力がなければ不可能である。ソウル中央地方法院医療専担部では調停制度を通じて医療専門家を調停委員として招聘して調停を活性化し、併せて、これらを通じて間接的ではあるが、臨床現実に基づく生きた医学知識と経験を得られるようになった。また調停は当事者にも臨床現実とかけ離れた裁判を防止して、対話と妥協を通じて紛争を平和的、終局的に解決できるという点で有用な制度である。

²⁷「ソウル地方法院医療専担部の調停現況」、ソウル地方法院調停委員会、調停広場開かれた対話(2 001年4月)、146頁以下参照

これまで医師は診療室で一生懸命努力しさえすれば医師としての任務は果たしたと考えて、社会に対しオープンマインドにならず、社会的責務に対し消極的かつ無関心であったようである。しかし、医薬分業という史上最初の事態を経ながら、医師の意識もだいぶ変わり、医療環境の改善のために国民との意思疎通に直接出るべきであるという等の積極的な主張が説得力を得ている。

裁判所に対する医師の見解も懐疑的であった。裁判所の判決は臨床現実に対する具体的な理解なしに、韓国社会の医療現実を乗り越えて医療人に過大な法的義務を要求しているということである。調停制度は医師のこのような憂慮を払拭して臨床現実とかけ離れた裁判を防止し、患者と医師間に公平と均衡が維持されて皆が納得できる医療紛争の解決方案という点で有用な制度である。特に、医師には自ら調停過程に参加して自身の医学知識と経験を裁判に反映して、間違った診療行為に対しては果敢に間違っていると指摘し、間違いがないときにはその根拠を提示して当事者を説得することにより、当該事件の実体究明に役立ち、患者の診療という本然の任務を忠実に遂行している大多数の医療人に教科書的な原則診療や良心的な所信診療を可能にする意味ある制度である。

それでも、今まで医師は無関心と職業的閉鎖性、調停制度に対する理解不足など色々な理由で、調停過程に参加して紛争の実体を医学的に究明して紛争を実質的に解決することには非常に消極的であったことは否定できない。調停制度が今後の医療紛争解決の有力な手段として定着するためには、何よりも医療紛争の直接的な当事者であり医療人である医師が上記のような消極的な姿勢から逸脱して、調停に対して新しい理解と愛情を持って調停過程に積極的に参加することが要望される。医療人としては、対話を通じた紛争解決方法である調停制度の発展に積極的に賛同することによって、大多数の良心的な医療人の権益を保護し、さらに、医療紛争増加の底にある医療界に対する不信を克服して国民の信頼を回復し、医学の発展にも寄与できると考えられる。

V. 事件分類段階

1. 審理方式

当事者の一方または双方が調停を全く希望しないため調停が成立しなかったり、調停決定に対し異議が提起された事件に対しては、裁判部の合意を経て事件を分類して、審理方向を決定する。

その結果、追加して主張、立証が必要な事件は、釈明準備命令を送り攻防を続けるようにし(追加書面攻防段階に分類)、再度調停に回付する必要があると判断される事件(特に前提事実の確定等により調停委員と見解を別にする事件、調停に応じることが色々な面で有利であるにもかかわらず、何れかの一方が調停に応じられないと固守することによって調停が不成立となった事件)や事案が複雑で争点整理が必要な事件、証人尋問が必要な事件等は準備手続期日を指定して争点

整理と共に再度調停を勧告し、これ以上追加攻防や調停可能性がなく、争点整理 期日も別に指定する必要がないと判断される事件等は、直ちに第1回弁論期日を 指定し、その期日に弁論が終結できるようにする。

このとき、主審判事は準備手続期日や弁論期日を指定する事件に対して、争点 とこれに対する証拠の対応関係を把握する程度で記録を検討した後、争点整理案 を作成する。この段階での記録検討と中間合意、争点整理案の作成は、今後争点 整理期日の効率的な運営と証人尋問手続の効率的な進行のために必須的である が、記録検討に時間がかなりかかるので、この段階で事件が積滞される恐れがあ る。

2. 要約準備書面制度の活用

医療事件は他の事件に比べて審理期間が長くかかるので、当事者も数回準備書面を提出するのが普通である。ところが、訴訟の初期には原告側としては医師側の過失を明確に指摘することができず、可能な限りあらゆる主張を列挙するようになり、被告側もこれに対し一々反駁するようになる。そして、訴訟の進行により、原告が当初主張した医師の過失の中で明確に誤りがないものと明らかになったり、医学的知識がなくて無意味な主張をしたことがあることが明らかになれば、これ以上その部分は当事者間で争点にならない場合が多い。このような場合、そのまま弁論を終結するようになれば、裁判所としては既に無意味になった主張まで一々判断しなければならないので、判決書の作成には余計な負担のみが加重される。

従って、訴訟が長期間経過等の事由で争点に変動が生じたり、事案と争点が複雑で当事者の攻撃防御方法の要旨を把握するのが難しくなった場合には、要約準備書面制度(民事訴訟法278条)を積極的に活用して、事件分類段階に入った事件に対して必要な場合準備命令(様式、別紙3の「反駁準備書面」を「要約準備書面」に修正して使用)を送って、両当事者に既存の準備書面に代替する総合的な準備書面を提出するよう勧める必要がある。

VI. 争点整理期日(準備手続期日及び弁論期日)

1. 準備手続期日

イ. 審理方式

争点整理期日は原則として準備手続期日の形で進める。したがって、事件 分類段階で準備手続期日を指定することに決定した事件に対しては、あらか じめ準備手続回付決定をして、当事者双方に期日を通知する。

準備手続を施行する場合、準備期日を主宰する裁判長や受命裁判官は当事者にその時まで提出した訴状や答弁書、準備書面を陳述するようにし、書証の採否及び認否、提出された証拠(鑑定意見照会、事実照会回報、鑑定など各結果)の援用など証人尋問を除外した残りの証拠方法に対する証拠調査を終えて、証人尋問が必要な事件に対しては、期日前にあらかじめ新方式による証人申請書を提出させて、証人採否及び証拠調査方式を決定した後、準備手

続期日でその結果を告知して立証計画を立てる。その後、原告である患者側の医療過誤主張と被告である医師側の無過失、免責主張等を争点に整理した後、これ以上主張、立証する事実があるのかを確認する。このとき、当事者本人に事件に関して直接陳述する機会を付与し、必要な場合には、陳述書を活用して争点に関する当事者本人の陳述を聞くようにする。

争点整理期日の効率的な運営のためには、争点整理期日の前に事件分類段階であらかじめ争点整理案(様式、別紙9参照)を備えて、これを当事者双方に送付して検討させた後、争点整理期日に当事者から意見を聞いて異議があれば修正し、異議がなければこれをそのまま調書に添付する方式で争点整理期日を運営する方法も考えてみる必要がある(調書には「裁判長、別紙のような争点整理案の提示、双方代理人、上記の争点整理案に対し異議がないと陳述」と記載する)。そして、この段階でもう一度調停に回付して調停を勧告し、調停に応じない場合、調停に代える決定をすることができる。

口. 争点整理方法

医療過誤訴訟は通常、内容が複雑で争点が少なくない場合が多いので、裁判所としては積極的に当事者に対し釈明を求めて、争点を可能な限り簡潔かつ明確に整理する必要がある。これは、原告である患者側の主張のうち医学的に無意味な主張を抜き出して、当事者の主張を当該事件の医学的な核心に接近するように整理していくものである。

このような争点整理の過程で、医学に門外漢である裁判官及び当事者、訴訟代理人は専門家から予備知識を得る必要を感じている。専門家が作成した準備書面と書証として提出された医学書籍を読むのみで争点を理解できれば良いが、そうでない場合には、当事者と裁判官が会って模型や写真、器具等を利用して、専門家から教習を受けることも弁論準備手続の内容として行なうことができる。また、争点整理に関して最も問題になるのは、診療経過の事実関係である。特に、緊急手術の場合には、患者の症状の急変、手術開始、その後の経過など事実関係に関して当事者の主張が大きく違う場合が多い。このような場合の主張整理方法には、主張、立証責任の所在にもかかわらず、まず診療記録簿と検査記録などを所持する医師側に対し証拠と文献を引用しながら詳細に事実主張を展開させるようにし、その後、患者側に対し弁論をさせるようにして、その相違点を把握、整理する形で争点を整理することが良いと考える。28

また、このような争点整理過程は準備手続期日の進行を通じて、裁判長または受命裁判官の主導の下に基礎事実と当事者の主張、争点等を整理する形で進めることができる。ところが、事件が一旦準備手続に回付されれば、準備手続の終了まで主張しなかった事項については、民事訴訟法285条により失権効の制約を受けるという問題がある。しかし、医療過誤訴訟のように高度の専門的な領域においては、民事訴訟法285条1項各号所定の例外事由に対す

²⁸ 太田幸夫、前掲論文459頁参照

る疎明を弾力的に運営することによって、準備手続終了時まで患者側が知らない医師の過失ある行為とか医学上意味ある主張を弁論期日においても新たに主張できるように許容できるものと考える。

2. 弁論期日

争点整理期日を準備手続期日に進めた事件や準備手続期日を経ずに直ちに弁論期日を指定することに決定した事件は、手続を終えた順に第1回弁論期日を指定して、当事者双方に期日通知をする。

弁論期日では、準備手続期日に整理された争点、またはあらかじめ作成して送付した争点整理案を双方当事者に個別的に提示、説明して再度確認させる(準備手続を経た場合、弁論期日調書には「双方代理人、準備手続調書によって準備手続結果を陳述」と記載する)。その後、証人が採択された事件は、争点に関連したものとして期日前の証拠調査からも立証されない部分に限定して証人尋問を実施し、弁論を終結して判決言渡期日を指定する。

新しい民事事件管理方式では、関連証人全員を一つの期日に集中して尋問することを原則としている。従って、争点整理手続が終わる前(可能であれば、争点整理期日以前)までに、双方当事者全てが予定している証人全員に対し証人尋問申請手続を終えられるように誘導し、期日が空転しないように証人の召還及び出席確保のために格別の努力が必要である。



한국에 있어서 의료과오소송의 심리방식과 실무상 제 문제

辯護士 金 善 中(서울地方辯護士會) 辯護士 張 慶 贊(서울地方辯護士會)

I. 새로운 민사사건 관리방식

1. 개 요

2002. 7. 1.부터 신 민사소송법(2002.1.26. 법률 제6626호)이 시행되기에 이르렀다. 그런데 전국의 모든 법원에서는 신법의 시행에 대비하여 2001. 3. 1.부터 새로운 민사사건 관리방식에 따라 민사소송절차를 진행하여 왔다.

새로운 민사사건 관리방식은 ① 먼저 당사자들이 법정에 출석하지 아니한 상태에서 답변서나 준비서면을 서로 교환하면서 증거서류 등도 교환하고, 기일 전 증거신청을 하여, 미리 사건의 다투지 아니하는 부분과 다투는 부분을 정리하는 절차인 서면에 의한 쟁점정리절차를 거치고,② 그 다음 되도록 1회의 재판기일(준비절차기일 또는 변론기일)을 열어 최종적으로 쟁점을 정리하고 확인하는 절차인 쟁점정리기일을 진행하며,③ 이어 되도록 1회의 증거조사기일에 관련 증인을 한꺼번에 불러서 같이 신문하는 등 필요한 증거조사를 일괄, 집중적으로 시행하는 절차인 집중증거조사기일을 진행함으로써 심리를 종결하게 되는 방식이다¹.

2. 효 용

새로운 민사사건관리방식은 충실한 사실심리와 재판다운 재판을 통한, 질높은 사법서비스의 제공을 목표로 하고 있다. 신 방식에서는 시간과 노력의확실한 절감(법원출석회수의 감소, 법정 중심에서 사무실 중심으로의 업무패턴변화 등), 충분한 변론기회의 보장, 재판결과에 대한 예측가능성 증대 등유용한 점이 많으므로, 그 정착을 위해 실무계의 적극적인 이해와 자발적인협조가 요망된다.

3. 의료과오소송의 심리방식

의료과오소송의 심리방식은 사안에 따라서 다르겠으나, 일반적인 민사소송 절차상의 주장, 입증책임의 소재에 얽매어 변론준비 및 시작단계에서부터 청구원인사실을 명확하게 제시할 것을 요구할 것이 아니라, 법원의 적극적인소송지휘 아래 증거의 수집, 보전을 하고 심리를 진행하여 가면서 서서히 쟁점을 정리해 나가는 것이 바람직하다. 따라서 의료과오소송은 통상 증거자료의 수집과 쟁점정리에 상당한 기간이 소요되므로, 불필요한 기일의 공전을최소화하고 서면에 의한 주장과 쟁점의 정리, 기일전 증거조사, 조정 및 화해기일, 쟁점정리기일 등의 순서로 진행하는 새로운 민사사건관리방식에 적합한 소송유형이라 할 수 있다.

아래에서는 필자가 관여한 서울중앙지방법원의 재판절차를 중심으로, 새로 운 민사사건 관리방식의 각 진행단계별로 의료과오소송의 심리방식을 소개하

¹ 법원행정처. "새로운 민사사건관리 모델". 실무편람(2001), 21쪽 개요도 참조

고, 의료분쟁의 특수성에 따라 실무상 특히 유의하여야 할 문제점에 대하여 간략히 살펴보기로 한다.

Ⅱ. 서면에 의한 쟁점정리절차

1. 심리방식

소장이 접수되면 참여사무관은 소장부본과 함께 소송절차안내서(양식, 별지 1)를 동봉하여 피고에게 송달한다². 피고가 안내서에 적힌 대로 상세한 답변서와 함께 진료기록부(번역문 첨부)를 법원에 제출하면, 법원은 이를 소송절차안내서(양식, 별지1), 준비명령(양식, 별지2)과 함께 원고에게 송달하여 준비서면과 필요한 증거를 제출하게 함으로써 쌍방 주장의 공방을 시작한다.

의료소송의 초기에는 명확하게 청구원인 사실을 특정하기가 곤란한 경우가 보통이므로, 쟁점공방의 시기를 제한하지 않고 증거자료의 수집 등 결과를 보아 가면서 쟁점을 정리해 나가는 방향으로 심리를 진행한다.

2. 실무상 유의점

가. 법적 구성문제

환자 쪽인 원고로서는 채무불이행에 기한 손해배상청구나 불법행위에 기한 손해배상청구의 어떤 형태로든지 그 청구원인을 구성할 수 있고, 또한이를 주위적, 예비적으로 혹은 선택적으로 병합하여 청구할 수도 있다.

그 청구원인을 무엇으로 삼든지, 과실의 주장, 입증책임에는 결과적으로 별다른 차이가 없다. 그러나 소멸시효기간, 배우자, 부모, 형제자매 등에게 고유한 위자료 청구권이 인정되는지 여부 및 지연손해금의 기산일 등에 있 어서는 양자가 뚜렷한 차이를 나타내고 있으므로, 법원으로서는 당사자로 하여금 이를 구분하여 주장, 정리하도록 석명하는 것이 바람직하다³.

나. 주장, 입증책임문제

(1) 의료과실의 경우

(가) 의의

(i) 진료상 주의의무위반

의료과오소송에서 주장, 입증하여야 할 사항으로서 가장 문제가 되는 것은 의료과실에 대한 것이다. 의료과오소송에서 문제되는 의료인의 과실은 통상 일반 불법행위에서와 같은 선량한 관리자로서의 주의의무위반, 즉 의료인이 진료행위를 함에 있어서 당시의 의료수준에 비추어 요구되어지는 진료상 주의의무의 위반이다. 4인간의 생명과 건강을 담당하는 의사에게는 그 업무의 성질에 비추어 위험방지를 위하여 필요한 최선의 주

² 앞의 실무편람 28쪽 참조, 서울중앙지방법원에서는 위 양식을 일부 수정하여 의료사건에 특 유한 내용을 포함시켜 사용하고 있다.

³ 박형준,"의료과오소송의 심리상 문제점", 서울지방법원 실무논단(1997) 235쪽 참조

⁴ 법원행정처 실무편람 2쪽 참조

의의무가 요구되고, 따라서 의사로서는 환자의 상태에 충분히 주의하고 진료당시의 의학적 지식에 입각하여 그 치료방법의 효과와 부작용 등 모든 사정을 고려하여 최선의 주의를 기울여 치료를 실시하여야 하는 것이다. 그리고 주의의무의 구체적 내용은 위험성에 대한 결과 예견가능성과회피가능성에 있다⁵.

한편 의사가 환자에게 부담하는 진료채무의 성질은 질병의 치유와 같은 결과를 반드시 달성하여야 할 「결과채무」가 아니라, 환자의 치유를 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 현재의 의학수준에 비추어 필요하고도 적절한 진료조치를 다하여야 할 채무 이른바 「수단채무」라고 보아야 하므로⁶, 진료의 결과가 나쁘다는 사실만을 가지고 바로 의료상의 과실이 있다고 추정할 수는 없다. 마찬가지로 진료의 결과가 불가항력적이라는 사실만으로 의료상의 과실이 없다고 추정하여서도 곤란할 것이다.

(ii) 판단기준

이러한 주의의무의 판단기준은 「진료당시의 임상의학의 실천에 의한 의료수준」에 의해 결정되어야 한다⁷.

의료상의 주의의무에 있어서는 의학이 기준으로 된다. 여기에서 말하는 의학이란 통상의 의사에게 그 당시에 일반적으로 널리 알려져 있고, 또 시인되고 있는 의학, 즉 이른바 의학상식이다. 그리고 의료과오는 의학이 환자에게 응용되는 과정에서 생기는 것이므로, 여기에서 말하는 의학은 이른바 임상의학을 의미한다. 따라서 병리학적인 엄밀성은 요구되지 않는다. 그리고 임상의학은 통상의 의사에게 그 당시에 일반적으로 알려져 있는 의학이어야 하기 때문에, 예컨대 일부의 대학, 연구소, 병원등에서만 알려져 있는 의학에는 원칙적으로 의사가 따를 필요는 없다. 사고 당시 학문상의 의학수준 내지 선진적인 치료수준과 실천적, 평균적인 의료수준과의 사이에 차이가 있는 경우, 의료수준은 후자의 의미로서작용한다.

한편 의학은 계속하여 발전하는 것이므로, 의사에게는 날마다 발전하는 의학의 수준을 따라가야 할 의무가 있다. 따라서 과실판정의 기준이되는 의학은 사고발생 당시의 수준에서 본 의학이다.

또한 의사의 주의의무의 기준을 판단함에 있어서는 그 의사가 놓여 있는 환경이나 전문과목, 진료당시의 사정도 아울러 고려되어야 한다. 통상의 의사라고 하더라도 일반의와 전문의 사이에는 주의의무의 정도에 차이가 있고, 대학병원, 전문병원과 일반개업의 사이에는 주의의무의 판단기준이 동일할 수는 없다. 그러나 긴급한 경우가 아니라면 일반 개업

⁵ 대법원 1998.2.27. 선고 97다38442 판결, 법원공보 1998상, 872쪽 참조

 ⁶ 대법원 1993.7.27. 선고 92다15031 판결, 법원공보 1993, 2381쪽 참조
또한 並木 茂, "의료과오소송에 있어서 채무불이행구성과 불법행위구성", 재판실무대계 17 권(의료과오소송법,1990) 8쪽 참조

⁷ 각주1)의 대법원 98다50586 판결 등 다수

의의 경우에도 사후 예상되는 사태에 대비하여 관계 의료기관과의 연계를 도모하고, 경우에 따라서는 전원을 시키는 등의 대응을 생각할 수 있으므로, 의료수준의 차이는 상대적인 것에 불과하다고 할 수 있을 것이다.

(나) 주장, 입증책임과 소송지휘

(i) 주장, 입증책임의 소재

주장, 입증책임의 소재는 의료과오소송의 심리절차를 진행함에 있어 중요한 지표가 되므로, 소장이 접수된 때로부터 판결선고에 이르기까지 항상 염두에 두지 않으면 안 되는 과제이다.

우리 대법원은 전통적 규범설 또는 법률요건분류설에 따라 의료과오에 대한 주장, 입증책임은 원고에게 있다고 하고 있다. 의료사건의 특수성에 비추어 원고 쪽에게 주장 및 입증의 부담을 상당부분 경감시켜 주고 있기는 하나, 주장, 입증책임 자체가 전환되는 것은 아니므로, 의료사건에 있어서도 원고 쪽이 전혀 주장하지 않은 피고 쪽의 진료상 과실을 인정할 수는 없는 것이다. 예를 들어 원고 쪽이 수술과정상의 잘못을 주장하고 있을 뿐인데, 법원이 부적절한 약물 투여로 인한 약물부작용이발생하였음을 피고 쪽의 과실로 인정할 수는 없다. 따라서 원고로서는 적어도 진단, 치료, 수술, 경과관찰, 혹은 설명의무, 전원의무 등 어떠한점에 관하여 과실이 있다고 주장하는 것인지 명백히 하지 않으면 안 된다.

원고의 주장이 명백하지 않고 당연히 주장하여야 할 사실을 주장하지 않거나, 제출하여야 할 증거를 제출하지 않거나 하는 경우, 원고에 대하여 준비명령(양식, 별지3) 또는 석명준비명령을 발하여, 석명권을 행사하거나 입증을 촉구한다⁸.

(ii) 피고 쪽의 협력의무

그러나, 주장, 입증책임이 원고 쪽에게 있다는 것은 당사자가 변론에서 사실을 주장하지 않거나 사실인정이 진위불명에 빠진 경우에 궁극적으로 그 불이익을 원고 쪽에 돌릴 수밖에 없다는 의미일 뿐이다.

의료과오소송에 있어서는 사실과 증거가 의사 쪽에 편재되어 있어, 원고 쪽에는 사실과 증거에의 접근이 곤란한 반면 피고 쪽은 그 접근이 용이하고 사실관계를 쉽게 해명할 수 있는 입장에 있다. 더욱이 법원은 소송절차가 공정하고 신속하며 경제적으로 진행되도록 노력하여야 하고, 당사자와 소송관계인은 신의에 따라 성실하게 소송을 수행하여야 한다(민사소송법 제1조). 따라서 이론상의 주장, 입증책임의 소재에도 불구하고 원고에게만 주장, 입증을 촉구할 것이 아니라, 경우에 따라서는 사실의 주장과 입증을 피고에게 촉구하는 등 입증책임의 소재에 구애되지 않는, 상황에 따라 유연하고 탄력적인 소송지휘가 요청된다.

⁸ 석명권의 한계에 대하여는 대법원 1998.2.27.선고 97다38442 판결 참조, 법원공보 1998상, 872쪽

또한 의료과오소송에서는 피고 쪽에는 쟁점이 명확하여도, 원고 쪽이 전문지식부족 혹은 사실조사의 부족 등의 이유로 본래의 쟁점을 간과하고 부수적인 과실만을 주장하고 있는 경우가 많다. 이 경우 원고가 적극적으로 지적하지 않는 한 피고는 스스로 쟁점이 되는 사실을 주장할 필요가 없다고 생각하여, 원고의 주장에 대한 반론을 하는 것만으로 그치고 있는 것이 통례이다. 사건의 중심적 쟁점이 변론에 상정되지 않은 채로 변론이 종결되면 법원은 변론주의 원칙에 따라 원고가 주장한 쟁점만에 한정하여 판단할 수밖에 없고, 그 때문에 본래의 쟁점이 아닌 부수적 쟁점에 대한 평가만으로써 원고의 청구가 인용되는 경우도 없는 것은 아니다. 이렇게 되면 의료의 실상과 사법의 판단이 서로 어긋나는 결과가 되어 피고 쪽으로 보아서도 결코 바람직한 결과는 아니다. 이러한 불합리한 결과를 피하기 위해서도 피고 쪽에서 적극적으로 응소하여 쟁점을 명확하게 하고, 자신의 진료에 아무런 잘못이 없다는 점을 적극적으로 입증하도록 노력하는 것이 바람직하다고 생각하다?

(iii) 진료경위서의 제출권고

의료사건에 있어 환자 쪽은 어떤 진료행위가 있었는지 조차도 알지 못하는 경우가 대부분인데, 이러한 상황에서 처음부터 원고가 된 환자 쪽에게 의사의 과실이 구체적으로 무엇인지를 특정하여 주장, 입증할 것을 요구하는 것은 무리가 아닐 수 없다. 따라서 원고의 소장이 제출되어 소송이 계속된 경우에, 법원은 먼저 피고에 대하여 당해 진료행위의 경과를 시간적 순서에 따라 상세히 기재한 서면(진료경위서)을 답변서 또는 준비서면의 형태로 제출하도록 권유하는 것이 바람직하다고 생각된다. 위 진료경위서에는 환자가 피고병원에 내원한 이후 결과발생시까지의 환자의 상태(체온, 맥박, 호흡수 기타 외관적 상태 등)와 그에 따라 의사가취한 진료행위의 구체적 내용(문진, 시진, 촉진, 방사선촬영 등 각종 검사 및 그 결과, 투약, 처치, 수술 등 치료내용과 그 결과, 후유증, 경과관찰)이 진료기록부에 기초하여 시간적 순서에 따라 상세히 기재되도록 하고, 이를 뒷받침할 수 있는 증거자료인 진료기록부의 해당부분이 적절히인용(경과기록 몇일자 기재 참조 등으로 부기하는 방법)되도록 하여야 할 것이다.

그 외에도 자신의 치료행위가 적절한 것이었다거나 불가항력적인 상황이었다는 '의학적 주장'이나, 시효소멸, 합의 등의 '법적 주장'이 있으면 이를 함께 기재하도록 하고, 피고의 의학상의 주장에 관하여는 참조하여야 할 의학상의 문헌을 인용하여 함께 제출하도록 권고하는 것이 바람직하다.

서울중앙지방법원 의료전담부에서는 소장이 법원에 접수되는 즉시 소장 부본과 함께 소송절차안내서(양식, 별지1)를 피고 쪽에 보내어 위와 같은 진료경위서를 제출할 것을 권유함으로써, 변론의 충실을 기함과 아울러 재판이 불필요하게 지연되는 것을 방지하고 있다.

⁹ 黑田直行, "의료과오소송의 소송지휘", 재판실무대계 17권(의료과오소송법,1990) 496쪽 참조

(iv) 이행의 강제

주장, 입증에 관한 재판장의 소송지휘에 정당한 이유 없이 따르지 않는 당사자는, 주장, 입증책임을 부담하지 않는 사항에 관하여도 변론의 전취지에 의한 불이익을 감수하여야 할 것이다. 그리고 이러한 경우 법원은 당해 의사를 증인 또는 당사자본인 자격으로 소환하여 신문하는 등의 방법으로, 간접적이나마 그 이행을 강제할 수도 있을 것이다.

한편 더 나아가 의사 쪽에게 1차적인 주장책임을 부담시키는 입장에 선다면, 의사 쪽에서 원고의 주장사실을 일응 부인하는 답변만 한 채 법원의 계속된 석명촉구에도 불구하고 더 이상 상세한 답변을 하지 않고 있는 경우에, 법원은 민사소송법 149조 2항에 따라 이러한 피고의 방어방법은 명료하지 아니한 방어방법에 불과하다고 판단하여 그 부인을 각하한 후 자백간주로 원고 승소의 판결을 선고하여야 한다는 견해¹⁰도 있다.

(2) 인과관계와 입증부담의 경감

(가) 필요성

의사에게 의료과오로 인한 손해배상책임을 묻기 위해서는 의사의 과실 외에, 의사의 과실과 환자의 생명, 신체 등에 대한 침해(손해) 사이에 인과관계가 존재해야 한다. 그러나 의료행위는 고도의 과학 및 기술에 의존하는 것이고, 의료행위에서의 거의 모든 정보는 의료종사자 쪽에 편재되어 있으므로 환자 쪽에서 인과관계를 의학적으로 완벽하게 입증한다는 것은 극히 어려운 일이다. 그리하여 사건의 공평해결과 손해의 공평, 타당한 분담의 견지에서, 전통적인 법률요건분류설에 대한 수정론과 원고인 환자 쪽의 입증의 경감 내지 입증책임의 전환에까지 이르는 입증책임의 완화론이 대두되었다.

(나) 대법원의 태도

(i) 우리 판례는 의사에게 입증책임을 전환시키기보다, 사실상의 추정이론 으로 환자 쪽의 입증부담을 완화시키려고 하고 있는 것으로 보인다.

대법원은 의료과오소송에서 인과관계의 입증책임을 원고인 환자 쪽이 부담한다는 전통적인 규범설 또는 법률요건분류설의 테두리는 유지하면서, 다만 일정한 요건을 갖춘 경우(전제가 되는 간접사실이 인정될 경우)현재의 나쁜 결과(손해)의 발생이 의사 쪽의 의료과오로 인한 것으로 추정한다는 「인과관계의 추정(사실상의 추정)」을 통하여 환자 쪽의 입증경감을 도모하고 있는 것이다. 즉 이른바 역학적 인과관계의 사고를 도입하여, 원고인 환자 쪽이 시간적 근접성, 수술부위와 후유장해 부위의 동일성 등과 함께, 「일반인의 상식에 바탕을 둔 의료과오행위」와 「과실과 결과발생 사이에는 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점」등의 간접사실을 입증하면, 현재의 나쁜 결과 발생이 의료과오

¹⁰ 권광중, "의료소송의 절차상의 제문제", 재판자료 27집, 403쪽

로 인한 것(인과관계가 존재하는 것)으로 사실상 추정된다는 태도를 취하고 있는 것으로 보인다. 요컨대 시술상의 상식적인 잘못과 그 직후에 있어서의 증상악화 등 간접사실이 환자에 의해 입증되면, 의료상 과실과그에 기한 결과발생을 추정함에 지장이 없고, 의학상의 전문지식을 가진의사 쪽에서 오히려 나쁜 결과의 발생은 의학의 한계를 나타내는 것이라든가, 또는 그 잘못과 중상악화 사이에 인과관계가 없다는 사실을 입증하지 않는 한 의사의 책임을 긍정해야 한다는 것이다.

(ii) 의료과오소송의 특성상, 환자인 원고 쪽의 입증부담을 완화하려는 판례의 태도에는 원론적으로 수긍이 간다. 그러나 특히 환자 쪽에서 일반, 상식적인 과실 자체도 적극적으로 지적, 입증하지 못한 경우, 의사 쪽에게결과발생에 대한 책임을 묻는 데에는 신중을 기하지 않으면 안 된다. 이는 단지 환자 쪽의 입증경감이라는 측면만 강조한 나머지 의사에 대해사실상의 결과책임, 절대적 책임을 과하는 셈이 되어, 결국 의사들로 하여금 책임을 두려워 한 방어적 진료, 위축진료나, 불필요한 검사 등의 과잉진료로 나아가게 함으로써 의학과 의료기술의 발전을 기대할 수 없게되고, 그 피해는 다시 국민 모두에게 되돌아가게 될 것이기 때문이다.

의사는 치료가 긴급을 요하는 때에는 위험이 많은 불만족한 상태에서 치료를 하지 않으면 안 되는 경우도 있고, 현대의학의 수준으로도 원인을 규명하기 어려운 의료사고의 경우도 적지 않다. 따라서 의료과오소송 에서는 환자 쪽의 입증경감을 도모하면서, 아울러 임상현실을 심리에 적 극적으로 반영함으로써, 환자와 의사 사이에 입증상의 공평과 균형이 유 지되고, 피해자의 보호와 의학의 발전이 함께 조화를 이룰 수 있도록 하 는 노력이 무엇보다도 중요하다고 할 것이다.

다. 소송대리인의 선임문제

현재 의료사건에 있어 피고 쪽은 거의 모든 경우에 변호사를 선임하여 소송을 수행하고 있고, 원고 쪽도 대부분의 경우에 변호사를 선임하고 있으나, 매우 드물게 변호사를 선임하지 아니하고 당사자가 직접 소송을 수행하는 경우(대부분 원고 쪽이다)도 있다. 그러나 의료사건은 의료행위의 전문성, 폐쇄성, 재량성과 각종 증거절차의 특수성 등으로 의학이나 법에 관하여 문외한인 당사자로서는 소송을 수행하기가 지극히 곤란하고(변호사라도 의료사건의 경험이 없는 경우 소송수행이 불충분한경우가 흔히 발견된다), 실제로 당사자 본인이 직접 소송을 수행하는 경우 청구의 불특정과 증거절차 불이행 등으로 소송진행이 어려울 때가 많다.

변론능력이 온전하지 못하면서도 본인이 직접 소송수행을 하는 당사자는 경제적 자력이 없는 경우가 대부분일 것이므로 법원으로서는 이러한경우 후견적 지위에서, 변호사를 선임하지 않은 원고 쪽의 소송수행에일정한 도움을 주거나 소송구조제도의 활용을 적극적으로 검토할 필요가있다. 그러나 여기에도 한계가 있으므로, 당사자가 소송관계를 명료하게하기 위하여 필요한 진술을 하지 못한다고 판단되는 경우에는 그 사람에 대하여 진술을 급하고 변호사의 선임을 명한 다음 지정한 기일까지 변호

사를 선임하지 아니하면 소를 각하 하는 등(민사소송법 144조) 적절한 소송지휘를 함으로써, 사건이 장기 미제화 되는 것을 방지해야 할 것이 다.

Ⅲ. 기일 전 증거조사

1. 심리방식

쟁점정리기일에서는 쌍방의 주장과 함께 증거관계에 대한 정리를 마쳐야 하므로, 쟁점정리기일의 효율적인 운영을 위해서는 그 이전에 증인에 대한 조사를 제외한 모든 증거신청 및 증거자료의 현출이 완료되도록하여야 한다. 이를 위하여 당사자 쌍방에게 준비명령(양식, 별지3) 또는 석명준비명령을 보내어, 필요한 증거는 기일 전에 미리 일괄하여 제출, 신청하도록 촉구하는 방법이 있다.

피고 쪽도 종전에는 원고가 신청한 증거조사결과를 보아가며 신청여부를 결정하겠다는 등 증거신청에 소극적이었다. 그러나 새로운 민사사건관리방식에서는 자신의 무과실을 적극적으로 입증하고, 실권효의 제재를 피하기 위하여서도, 원고와 동시에 진료기록감정을 신청하는 등 늦어도 최초의 쟁점정리기일이 열리기 전까지는 자신에 유리한 증거를 미리확보하여 제출하는 것이 바람직할 것이다.

2. 서증

가. 진료기록부

(1) 의의

- (가) 의료인은 각각 진료기록부, 조산기록부, 간호기록부 그 밖의 진료에 관한 기록을 비치하여 그 의료행위에 관한 사항과 소견을 상세히 기록하고 서명하여야 한다(의료법 21조). 그 진료기록부에는 "① 진료를 받은 자의 주소, 성명, 주민등록번호, 병력 및 가족력,② 주된 증상, 진단결과, 진료경과 및 예견,③ 치료내용(주사, 투약, 처치 등),④ 진료 일시분"을 기재하여야 한다(의료법 시행규칙 17조). 따라서 의사의 진료행위는 모두 진료기록부에 기재되는 것이 원칙이므로, 의료과오소송의심리에 있어서 사실확정은 기본적으로 의사가 작성한 진료기록부(간호기록부, 경과기록지, 각종 검사결과지, 방사선촬영결과, 수술기록지 등을 포함하는 광의의 진료기록부를 뜻한다)에 의하게 된다.11
- (나) 간호기록지의 증명력에 관하여 대법원 2002.8.23.선고 2000다 37265 판결은, 신경외과 특별감시기록지 및 간호기록지는 피고 병원소속 간호사 등이 입원시부터 퇴원시까지 환자의 경과, 투약 및 진료내용 등 일체의 상황을 그때그때 기록한 것으로 위 문서들이 사후에 조작되었다는 등의 특별한 사정이 엿보이지 않고, 또한 원심이 배척하지 아니한 수술전 체크리스트에도 원고의 수술직전 혈압이

¹¹ 진료기록부를 작성하도록 한 취지와 작성시기 및 방법에 관하여는 대법원 1997.8.27.선고 97도1234 판결 참조

120/80mmHg 으로 기재되어 있어 이와 일치하고 있음에도, 원심이 아무런 합리적인 근거 없이 위 증거들을 배척하고 이와 배치되는 사실인 정을 한 것은 위법하다고 판시하였다.

(2) 제출

(가) 피고병원의 진료기록의 경우

(i) 제출의무자

전통적인 입증책임론에 의하면, 진료기록은 요건사실에 대한 입증 책임을 지는 원고인 환자 쪽이 번역하여 제출하여야 한다.

그러나 진료기록부는 대개 외국어로 된 전문용어로 작성되어 있을 뿐 아니라, 작성자의 독특한 필체로 작성되어 있는 경우가 많아, 원고쪽에서 실제로 어떠한 내용이 진료기록부에 기재되어 있는지를 제대로 파악하기가 어려운 것이 현실이다. 따라서 민사소송의 공정한 진행의무와 소송법상 신의칙 등에 근거하여, 원칙적으로 피고인 의사 쪽에게 진료기록부를 서증으로 제출하도록 권유할 필요가 있다¹². 통상 답변서를 제출하면서 함께 진료기록부를 제출하고 있으나, 피고가 답면서 제출기한까지 진료기록부를 제출하지 않을 때에는 석명준비명령을보내어 그 제출을 촉구한다.

(ii) 문서제출명령

(a) 필요성

진료기록부는 통상 임의제출이나 문서송부촉탁의 형식으로 제출되고, 원고 쪽은 의료법 20조 단서에 따라 피고병원에 진료기록열람을 청구하거나 증거보전 등의 방법에 의하여 진료기록을 확보할수 있다¹³ 그러나 이로써도 진료기록을 확보하지 못할 경우, 또는피고가 진료기록부 중 일부를 제출하지 않은 경우(예를 들어, 방사선사진이 누락되는 경우가 흔히 있다) 문서제출명령에 의하게 된다.

(b) 심리

문서제출명령 신청에는 ① 문서의 표시, ② 문서의 취지, ③ 문서를 가진 사람, ④ 증명할 사실, ⑤ 문서를 제출하여야 하는 의무의원인 등을 밝혀야 하나(민사소송법 345조), 의료소송의 특성상 '증명할 사실 등'을 일반적인 소송과 같은 정도로 구체적으로 기재할것을 요구하는 것은 무리이므로, 일반적 내지 추상적인 기재로서 충분하다고 할 것이다. 그러나 피고가 문서제출명령에 응하지 않을 때를 대비하여 구체적으로 기재하는 것은 무방하다.

¹² 박형준, "의료과오소송의 심리방식 개선에 관한 소고" 법조494호, 1997.11, 83쪽

¹³ 의료법 20조 1항 단서에 의하면 의료인은 환자나 그 가족 등이 진료기록열람, 사본교부 등을 요구한 때에는 원칙적으로 이에 응하여야 한다고 규정하고(2000.1.12. 본 항이 개정됨), 이를 위반한 자에 대하여는 3년 이하의 징역 또는 1000만원 이하의 벌금에 처하도록 하여(법 67조) 실효성을 담보하였다.

문서제출명령의 신청이 있을 때에는 제출의무의 유무와 소지여부에 대하여 심리한 후 채부의 재판을 한다(민사소송법 347조). 진료기록부는 민사소송법 344조 소정의 인용문서(당사자가 소송에서인용한 진료기록부를 가지고 있는 경우), 신청자가 문서소지인에 대해 인도 및 열람청구권이 있는 문서(의료법 20조), 이익문서, 법률관계문서 등의 요건을 충족한다고 보아, 대부분 원고 쪽의 신청을받아들여 문서제출명령을 발하고 있다.

(c) 효과

피고가 제출명령에 따르지 아니한 때에는 법원은 그 진료기록부의 기재에 대한 원고의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다(민사소송법 349조). 그러나 만약 원고가 진료기록부에 어떠한 기재가 있다고 주장하였다면 당해 진료기록부에 그러한 기재가 있다고 하는 원고의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있음에 지나지 않고, 원고가 피고의 과실을 입증할 목적으로 제출명령 신청을 하였다고 하여도 피고의 제출 거부에 의하여 피고의 과실까지 추정되는 것은 아니다.

대법원 1993.6.25. 선고 93다15991 판결도, 당사자가 문서제출 명령에 따르지 아니한 경우에는 법원은 상대방의 그 문서에 관한 주장 즉, 문서의 성질, 내용, 성립의 진정 등에 관한 주장을 진실한 것으로 인정하여야 한다는 것이지 그 문서에 의하여 입증하고자 하는 상대방의 주장사실까지 반드시 증명되었다고 인정하여야 한다는 취지는 아니다 라고 판시하였다. 다만 피고의 제출거부 사실이 변론의 전 취지의 일환으로서 법원의 심증형성의 자료가 되어, 사실인정에 영향을 미칠 수가 있음은 물론이다. 14

(나) 다른 병원의 진료기록의 경우

피고병원 외에 환자를 치료하였던 다른 병원이 소지하고 있는 진료기록에 대하여 환자 쪽이 민사소송법 352조 등에 의하여 문서 송부촉탁 내지 서중조사신청을 하는 경우가 자주 있는데, 법원에서 는 특별한 사정이 없는 한 이를 모두 받아들이고 있다.

송부된 진료기록부를 서증으로 제출할 것인지 여부는 당사자의 자유이나, 서증으로 제출하려면 제출자 쪽에서 번역문을 첨부해야 할 것이다.

(3) 번역

(가) 번역의무자

원칙적으로는 진료기록을 서증으로 제출하는 당사자 쪽에서 이를 번역하여 번역문을 함께 제출하여야 하므로(민사소송법 277조), 피고 쪽이 진료기록을 서증(을호증)으로 제출하는 경우에는 당연히

¹⁴ 권광중, 앞의 논문 390쪽

피고 쪽에서 번역도 함께 하여야 할 것이다. 그러나 원고 쪽이 진료기록을 서증(갑호증)으로 제출하는 경우에도, 진료기록부는 대개 외국어로 된 전문용어로 작성되어 있을 뿐 아니라, 병원마다 약품명등을 독특한 약자로 쓰는 경우가 많고, 작성자의 독특한 필체로 작성되어 있는 경우가 많아(소규모병원은 물론 대형병원의 경우에도 아직까지 진료기록의 전산화가 완전히 이루어지지는 않고 있다) 원고 쪽으로서는 그 내용을 제대로 파악하기 힘들어 번역이 지극히어려운 경우가 대부분이다.

따라서 피고병원의 진료기록은 가급적 피고 쪽에서 을호증으로 제출하도록 권고하고, 설사 원고 쪽에서 진료기록을 갑호증으로 제출하였다고 하더라도, 적절한 소송지휘를 통하여 피고 쪽에게 번역을 하도록 권고할 필요가 있다(입증책임과 관련하여, 피고 쪽이 자신의 진료행위가 정당하였음을 적극적으로 입증하여야 할 필요가 있는 경우도 있다).¹⁵

(나) 번역의 방법

번역문을 진료기록과 별도의 문서(이를 별도의 서증으로 제출하는 경우가 있으나, 참고자료로 제출하는 것이 타당할 것이다)로 작성, 제출하게 하는 것은 기록 분량이 두꺼워지는 문제가 있으므로, 서증으로 제출하는 진료기록부 사본 해당부분에 적색 등 눈에 잘 띄는 필기구를 사용하여 국문 번역을 가필하게 하는 방법이 무난하다고 생각된다¹⁶. 다만 이 경우 진료기록 사본에 가필한 다음 이를다시 복사하여 그 사본을 법원에 제출하는 것은 원래의 기재 부분과 번역된 부분이 혼동될 여지가 있으므로, 법원에 제출하는 사본자체에 가필하여 제출하도록 권유한다.

그리고 당사자에 따라서는 전체 진료기록 중 자신이 중요하다고 생각하는 부분만 발췌하여 번역하는 경우도 있는데, 원칙적으로 전체 진료기록을 모두 번역하여 제출하도록 한다(특히 경과기록지, 간호기록지 등은 진료경과를 파악할 수 있는 가장 중요한 증거들이므로, 반드시 그 전체에 대한 번역이 필요하다). 다만 수차에 걸쳐 행하여진 동일한 내용의 검사기록지와 같은 경우에는 최초 1장의용어만(사실관계 파악에 있어서는 번역이 필요하지 않을 수도 있으나, 판결문에 검사결과를 설시할 경우 검사명과 수치의 단위 등을 기재하여야 하므로) 번역하는 것도 허용한다.

환자가 장기간 입원한 경우 등과 같이 진료기록이 방대한 경우,

¹⁵ 이러한 번거로움을 근본적으로 해결하려면 진료기록부 등의 기재가 한글화되어야 한다. 한글화작업에는 속기사 고용 등 병원 쪽의 재정부담 증가가 장애요인이 되나, 의료사고 발생시진료가 적절하였음을 입증하는데 소요되는 비용을 감안하면 재정부담의 증가는 크게 문제되지 않을 것으로 생각된다. 의료법시행규칙 17조는 진료기록부 등은 원칙적으로 한글과 한자로 기재하도록 하고 있으나, 현실적으로 이행이 되지 않고 있다.

¹⁶ 일본에서는 이러한 방법이 관례라고 한다. 太田幸夫, "의료과오소송에 있어서 소송지휘" 신재판실무대계 1권(2000), 460쪽 참조

이를 모두 번역하게 하는 것은 피고 쪽에게 지나치게 부담을 지우는 결과가 될 수 있고, 번역에 장시간이 소요되어 소송지연 등의 우려마저 있다. 따라서 이러한 경우, 우선 피고 쪽에게 스스로 중요하다고 생각되는 부분을 발췌하여 번역하게 한 다음, 원고 쪽에서 추가로 번역을 요구하면 그 부분에 한하여 다시 피고 쪽에게 번역을 맡기는 방식이 바람직하다.

방사선 사진 등에 관하여는 일반인도 해독할 수 있도록 별도의 설명도면을 첨부하여 제출하여야 한다.

나. 의학문헌

앞에서 본대로 의사의 의료행위에 있어서 주의의무의 기준은 진료당시의 임상의학의 실천에 의한 의료수준에 의하여 결정되어야 한다. 따라서 진료행위의 적부, 의료수준 등을 입증할 목적으로 의학 교과서, 참고서, 각종 학회지와 전문지에 등재된 논문, 의학사전 등을 서증으로 제출하는 일이 많다.

그런데 의학은 관련 제 과학의 진전에 수반하여 날로 발전, 변모하여 가므로, 의학문헌 등에 관하여는 공간되었는지 여부뿐만 아니라 집필자의 학회에 있어서의 지위, 비판의 유무 등을 확인할 필요가 있다. 또한당해 문헌의 발행 연월일, 저자, 발행처 등을 명확하게 하기 위하여, 당해 문헌의 내용과 함께 표지 및 뒷면의 발행사항이 기재된 부분도 복사하여 제출하여야 한다. 외국 문헌의 경우에는 그 번역문까지 첨부하여야할 것이다.

의학상의 문헌은 의학적 지식이 없으면 그 내용을 정확하게 이해하기 어렵다. 따라서 법원은 의학에 관하여 전문가인 피고가 의학상의 문헌을 제출한 경우, 그 내용에 의문이 있으면 당해 문헌에 기재된 의학적 지식 에 관하여 보통인도 이해할 수 있도록 성실하게 설명하여 줄 것을 요구 할 수 있을 것이다¹⁷.

3. 증인의 신청

가. 심리방식

쌍방의 증인은 쟁점정리기일(준비절차기일이 원칙이다) 이전에 서면 (증인신청서)으로 일괄 신청하여야 한다. 재판장은 기일 외에서 미리 신방식에 따른 증인신청서를 제출하게 하여 그 채부 및 증거조사방식(증인진술서제출방식, 증인신문사항제출방식, 공정증서에 의한 증언방식 등이었다)을 결정한 다음, 준비절차기일에서 그 결과를 고지한다¹⁸. 여기에서 채택된 증인은 관련증인 전원을 하나의 기일에서 집중하여 신문한다.

나. 실무상 유의점

¹⁷ 黑田直行, 앞의 논문 498쪽

¹⁸ 준비절차기일을 거치지 않고 곧바로 변론기일을 지정한 사건에 대하여는 기일 외에서 그 결과를 고지한다.

(1) 의료과오소송에서는 환자 본인, 그 가족, 의사, 간호사, 환자를 치료한다른 병원의 의사 등에 대하여 증인신문 또는 당사자본인신문을 신청하는 경우가 흔히 있다. 그러나 의학에 문외한인 환자 본인이나 그 가족들의 진술은 진료행위의 의학적 평가보다는 주관적 감정을 호소하는 경우(예컨대, 의사들의 불친절에 대한 불만 등)가 대부분이어서, 사실관계의 확정 및 판단에 별다른 도움이 되지 않고, 의료진들의 증언도 진료기록에 기재된 객관적인 사실을 뒤집기에는 부족한 경우가 많을 것이므로, 관계 당사자들의 증언을 무제한 허용하는 것은 문제가 있다.

다만 진료기록부 자체가 부실하다거나(소규모 병원의 경우 흔히 이러한 일이 발생한다), 설명의무의 이행 여부(부동문자로 되어 있는 수술동의서 등에 서명, 날인을 받은 사실만으로는 설명의무를 다하였다고보기 어렵다) 등 진료기록의 내용만으로는 사실관계를 충분히 파악할수 없는 경우에 한하여 제한적으로 허용하여야 할 것이다.

(2) 담당의사에 대한 신문은 의학에 관하여 전문지식이 없는 소송대리인 이 전문가를 상대로 그 전문분야 자체에 관하여 신문하는 것이므로 어려움이 많고, 특히 적대적 중인에 대한 반대신문은 그 어려움이 상상을 초월할 정도이다. 그 때문에 담당의사 등 전문가에 대한 신문은 상당한 시간을 요하는 경우가 많으나, 그보다도 문헌을 보면 용이하게 알 수 있는 의학개념에 관하여 진술을 요구하거나, 의학에 관한 오해나 무지로 인하여 무의미한 문답을 반복하는 등 부적절한 신문 때문에 낭비되는 시간이 실무상 더 많다. 부적절한 신문은 제한하는 등으로, 적절하게 소송지휘권을 행사할 필요가 있다.

담당의사에 대한 주신문에 대하여는 그 의사의 의학적 경험에 관한 진술이 증거로서 채용될 수도 있는 이상, 그 사람의 의학적 지식의 정 도나 정확성에 관하여 반대신문을 할 필요성이 있다. 적절한 반대신문 에 의하여 주신문 때에는 숨겨져 있던 새로운 사실이나 진술의 모순이 부각되고, 또한 담당의사인 진술자의 독단적 견해나 의학적 지식의 흠 결이 노출되는 경우도 있다. 다만 이 경우에도 신문자가 미숙한 의학지 식에 기초하여 질문을 계속하거나, 의사에게 위압감을 느끼게 하거나 자존심을 상하게 하는 등의 신문은 제한하여야 할 것이다.

한편 담당의사에 대한 신문은 고도의 전문적인 경험사실에 대한 신문이거나, 각종 자료 등을 종합하여야 비로소 증언이 가능한 사항에 관한신문일 경우가 많다. 따라서 사안에 따라서는 의사로 하여금 증인으로법정에 출석하여 구두로 증언하는 대신, 신문사항에 대한 답변을 기재한 공정증서를 제출함으로써 증언에 갈음하도록 하는 공정증서에 의한증언방식을 활용하는 것이 실체적 진실발견이나 소송경제에 도움이 될수도 있다.

4. 감정의견조회(사실조회)

(1) 진료기록감정이 구체적인 진료기록부를 근거로 해당 의사의 진료행위가 적절하였는지의 여부에 대한 판단을 구하는 절차인 반면, 감정의견조회 는 구체적인 사건과는 무관하게 일반적인 의학지식이나 의료수준을 얻는 방법으로 사용된다. 당사자들이 제출한 의학서적, 논문 등만으로 입증이 부족한 경우 실시된다. 이 경우에도 지나치게 일반적이거나 포괄적인 질 문은 피하도록 하는 편이 바람직하다. 진료기록감정의 전제사실로서 필 요한 경우에는 진료기록감정을 신청하면서 의학에 관한 전문지식도 함께 질문하는 것은 무방하나, 진료기록과 관계없이 순수한 의학지식만을 얻 기 위한 경우에는 양자의 성질이 다르므로 구분하여 신청하도록 권유한 다.

- (2) 종전에는 주로 사실조회의 형식으로 대한의사협회에 조사를 촉탁하여, 그 결과를 회신케 하였다. 그러나 대한의사협회는 자체적으로 이를 처리할 능력이 없어 산하 학회 등에 사실조회서를 보내고, 이를 되돌려 받아법원에 송부하는 방식으로 조회에 응하여 왔는데, 그 과정에서 회보가늦어져(6개월 걸리는 것은 보통이고, 1년이 경과되는 경우도 허다하다)이로 인하여 소송이 지연되는 사태가 비일비재하게 발생되었다. 또한 조회서를 작성한 사람에 대하여 보수를 지급하지 않은 결과, 조회서 작성의욕이 저하되어 회보하는데 시일이 오래 걸리거나 조회서가 불성실하게 작성되는 한 원인이 되기도 하였다.
- (3) 따라서 서울중앙지방법원 의료전담부에서는 2001. 8.부터 문서의 명칭을 감정의견조회서로 바꾸고, 이를 대한의사협회를 통하지 않고 직접 해당분야의 학회에 보내어 그 의견을 요구하기로 하였다(제출기한도 2개월로제한하였다). 또한 사실조회촉탁시 비용지급에 관한 예규(송민98-14) 6조2항의 규정에 따라, 조회서 작성자에 대하여는 기본적으로 1건에 100,000원의 보수를 지급하되, 사안에 따라 적절히 가감하기로 하였다(양식, 별지4 참조). 대부분 법원의 재판진행에 대하여 협조적이나, 학회에 따라서는 대한의사협회를 경유하지 않으면 수리할 수 없다고 하는 경우도 있으므로, 신체감정절차를 준용하기로 하는 내규를 제정하고, 이에따라 매년 초에 법원장이 미리 학회의 장들에게 의견서 작성자를 추천해줄 것을 요청하여 그 명단을 법원행정처 주산기에 입력, 관리하기로 하였다. 그리하여 당사자로부터 의학지식이나 의료수준에 관한 사실조회신청이 있으면 비용을 예납받고, 재판장이 해당 학회를 지정하여 감정의견조회서를 작성, 송부하게 된다.

5. 감정

가. 신체감정

(1) 실시시기

감정은 법관의 판단능력을 보충하기 위하여 특별한 학식, 경험을 가진 제3자로부터 그 전문지식, 또는 그 지식을 구체적 사실에 적용하여 얻은 판단을 소송상 보고하게 하는 증거방법이다. 의료과오소송의 경우에도 현재의 신체장애의 부위 및 정도, 기왕증, 노동능력 상실정도, 개호인의 필요 여부 및 정도, 향후치료비, 여명 등의 감정을 위하여 신체감정을 하여야 할 경우가 있다.

일부에서는 어느 정도 진료상 과실의 존재가 입증된 후에야 신체감정

을 실시하는 것이 바람직하다는 의견도 있다. 그러나 신체감정을 통하여 신체의 상태, 질병의 유무, 진단의 적정성, 치료방법, 그 경과, 후유증 등 의사의 의료과오에 대한 전제사실을 확정할 수 있을 뿐 아니라 직접적인 과실을 밝힐 수 있는 경우도 많이 있으며, 환자의 현재상태를 객관적으로 확정한 후에야 환자에 대한 의무기록을 중심으로 정확한 진료기록감 정을 실시할 수 있으므로, 대체로 재판의 초기에 신체감정을 실시하도록 권유하는 것이 바람직할 것이다.

(2) 실시방법

감정기일에 신체감정을 할 필요가 있는 경우 이외에는 감정촉탁의 방법으로 한다("신체감정에 있어서 감정인선정과 감정절차 등에 관한 예규(송민 97-4)" 2조 1항). 이 경우 위 예규에 의하여 법원장이나 지원장이 매년 복수의 국, 공립병원이나 대학부속병원 또는 종합병원(관할구역 내에 2개 이상의 국, 공립병원이나 대학부속병원이 없는 경우에 한한다)의 장들로부터 감정과목별로 추천받은 감정인들(공정성, 중립성의 측면에서부적절한 전문의는 배제함)의 명단을 활용한다.

다만 관할구역 내에 개인종합병원도 없는 법원의 경우에는 본원 및 소재지 관할 또는 소속 지방법원이 작성한 위 명단을 거리와 지역사정을 고려하여 적절하게 조정한 후 공동으로 사용할 수 있으나(위 예규 4조 4항), 개인병원(의원)에 감정인 추천의뢰를 하거나 직접 감정인을 지정할수는 없다.

(3) 기왕증이 있는 경우

- (가) 의료사건에 있어서는 환자에게 어떠한 기왕증이 있어 그 치료를 위하여 피고병원에 내원한 경우가 대부분일 것이고, 병원 쪽의 과오로 인하여 환자에게 발생한 손해는 환자의 현재의 상태에서 기왕증으로 인한 부분을 공제한 것이 된다. 따라서 신체감정에 있어서는, 기왕증에 대하여 적절한 진료를 하였다면 그 기왕증 자체만으로 어느 정도의 노동능력상실 및 기대여명의 단축이 예상되는지가 반드시 밝혀져야 한다.
- (나) 기왕증에 대한 주장, 입증책임에 대하여, 실무상으로는 인과관계의 문제라기보다는 손해액 산정단계에서의 감액문제로 보아 피고 쪽의 항변사항으로 운용되고 있다. 그러나 피해자가 기왕의 장애를 사고 로 인한 장애라고 주장하고 그에 기해 손해배상을 청구하는 경우, 피 고의 기왕증 주장(엄밀하게는 기왕의 장애주장이다)은 인과관계를 부 인하는 것에 지나지 않는다. 따라서 이 경우 기왕의 장애가 아니라 사고로 인한 장애라는 점에 대한 주장, 입증책임은 인과관계의 문제로 서, 원칙적으로 피해자인 원고에게 있다고 보아야 할 것이다(대법원 1991.12.10.선고 91다33193 판결 참조).

나. 진료기록감정

- (1) 실시시기와 공동신청권고
 - (가) 실시시기

진료기록감정은 진료기록부에 기재되어 있는 구체적 사실에 전문지식을 적용하여 구체적인 인과관계나 과실의 유무에 대한 사실판단을 얻기 위하여 행하여지는 것이 대부분이다. 그런데 원고가 소송의초기단계에서 진료기록감정을 신청하는 경우에는, 원고로서는 상당한정도로 심리가 진행되기 전까지는 구체적으로 의사에게 어떠한 잘못이 있었는지 알 수 없는 경우가 보통이므로, 개괄적인 내용으로 진료기록감정을 신청할 수밖에 없을 것이다. 이러한 경우 해당 사건의 핵심적인 쟁점이 되는 사항에 대하여 중점적으로 감정이 이루어지지 아니하고, 관련성이 없거나 지엽말단적인 사항에 대해서까지 불필요하게감정이 이루어지기 쉽다. 따라서 될 수 있는 한 진료기록감정은 어느정도 기초적인 사실관계가 밝혀지고, 핵심적인 쟁점에 관한 양 당사자의 주장이 구체적으로 개진된 이후에 실시하는 것이 바람직하다.

(나) 공동신청

또한 진료기록감정결과는 의사의 잘못을 밝히거나(원고 쪽) 치료의 정당성(피고 쪽)을 입증하는 중요한 자료가 되기 때문에, 특단의사정이 없는 한 원, 피고 모두에게 공동으로 감정신청을 하도록 권유하는 것이 바람직하다. 원고로부터 감정신청서가 접수되면 이것을 피고에게 보내, 필요할 경우 추가사항에 대한 감정신청서를 제출하게 하는 것도 하나의 방법이 될 것이다. 그렇게 되면 원, 피고에게 감정비용을 안분시켜 감정인보수를 현실화하여도 당사자의 부담이 경감될뿐 아니라, 감정절차가 집중됨으로써 차후 감정회신에 대한 이의나 보완감정 등으로 인한 절차지연의 문제도 줄여나갈 수 있으리라 생각된다.

(2) 기초사실의 확정과 감정사항의 작성

(가) 기초사실의 확정

(i) 감정인에게 감정을 위촉함에 있어서는 감정사항을 명확히 하지 않으면 안 된다. 특히 특정사실에 전문지식을 적용하여 추론을 보고하는 감정에서는 모든 전제사실을 명확히 할 필요가 있다. 적정한 감정이 이루어지기 위해서는 우선 그 전제로서, 의사 쪽이 행한 진료의 경과에 관한 구체적 사실을 확정짓는 것이 필요하다.

종전에는 진료기록감정을 신청한 당사자가 제출한 감정신청서에 기재된 기초적 사실관계와 감정사항을 그대로 채용하여, 이를 감정사항으로 작성, 의뢰하는 것이 대부분이었다. 이에 따라 그 전제되는 사실관계에 다툼이 있는데도 부적절한 전제사실을 내세우고, 이를 기초사실로 하여 감정사항을 작성하거나, 또는 감정의 초점이 당해 사건의 핵심과는 무관한 부분에만 집중되거나 하는 등의 문제점이 발생하고, 이로 인하여 감정이 사실상 불가능 또는 무용지물이되거나 가정적인 판단에 불과하게 되어, 이후 다시 상대방의 재감정신청, 사실조회신청 등의 절차가 되풀이되고, 결국 소송이 장기화되는 또 하나의 원인이 되어 왔음을 부인할 수 없다.

따라서 법원이 감정을 촉탁하기에 앞서 직접 기초적인 전제사실을 정리한 다음, 이를 토대로 진료기록감정을 촉탁하는 것이 가장바람직하다. 그 과정에서 법원은 필요한 경우 제3자의 지위에 있는 의료전문가에게 민사소송법 140조 소정의 '석명처분으로서의 감정'을 명하여 사실관계를 확정하게 하고, 그밖에 사실상의 자문을 얻기위하여 의사자격이 있는 조정위원이나 진료기록감정인으로 추천된의사들을 활용하는 방법도 생각할 수 있다. 그러나 법원은 원래 소송절차 외에서 당사자를 제외시킨 채 의료전문가의 조력을 받는 것은 허용되지 않을 뿐 아니라, 전문성과 공정성을 함께 확보하여야하는 어려움이 있으므로, 이는 그리 바람직한 방법이 아니라고 생각된다. 19

(ii) 그러나 한편 법원이 직접 기초적인 전제사실을 정리하는 것은, 의학에 문외한인 법원으로서 당해 사건의 의학적인 핵심이 되는 사실관계를 추려 내는 것이 쉽지 아니할 뿐만 아니라, 다툼이 있는 사실관계에 관하여 어느 한쪽으로 전제사실을 인정하는 것이 자칫 예단으로 비춰질 염려가 있고, 또한 현재의 업무량에 비추어 주심판사가이러한 기초사실을 정리한다는 것은 업무부담이 지나치게 가중된다는 현실적인 어려움이 있다.²⁰

따라서 일응 신청인 쪽에서 작성한 감정신청서를 토대로 하되, 그 감정신청서를 상대방에게도 보내어 이의가 없는지를 확인한 후 감정절차를 진행하는 것이 타당하다고 생각된다. 기일 외에서 진료기록감정신청서가 법원에 접수되면 상대방에게도 그 내용을 팩스등의 방법으로 알려주고, 상대방이 일정기간 이의를 제기하지 않는경우 비로소 감정을 촉탁하는 절차가 필요하다고 생각된다. 이 때어느 사실의 존재여부에 관하여 당사자의 주장이 대립하고 있는 경우, 예를 들면 입원 당시 어떤 증상이 있었는가, 그 정도는 어떠하였는가 등에 대하여 의사와 환자 사이에 다툼이 있는 경우에는, 원고의 주장사실을 전제로 한 경우와 피고의 주장사실을 전제로 한경우의 2개로 나누어 설문을 작성하는 것이 바람직할 것이다. 21

(나) 감정사항의 작성방법

감정사항의 구체적 기재에 있어서도 그냥 '이 사건 투약상 어떠한 과실이 있는가', '진료경과는 임상의학상 적절하였는가' 등과 같은 추상적, 포괄적인 질의보다는, '진료기록상 환자가 최초로 혼수상태에 빠진 것으로 기록된 시각은 언제인가' '이 사건 질환에 대한 치료법으로

¹⁹ 박형준, 앞의 논문, 법조 87쪽

²⁰ 일본의 실무례 가운데에는 주심판사로 하여금 진료기록 등 증거나 다툼 없는 사실에 터잡아 앞으로 선고될 판결문에 쓰일 정도의 기초사실을 정리하도록 한 후, 그 기초사실을 원, 피고에게 모두 제시하고 이를 토대로 감정사항을 작성하는 경우도 있다고 한다.

²¹ 권광중, 앞의 논문, 400쪽

는 어떠한 것이 있는가' '그들 치료법의 선택기준은 무엇인가' 등과 같이 가능한 한 구체적으로 세분하여 감정사항을 작성하도록 유도하는 것이 바람직할 것이다²².

법원이 당해사건에 필요한 감정사항(예시, 별지6)을 정리하여 당사자들이 제출한 감정신청서와 함께 감정인에게 보내는 방법도 있다. 자칫 예단으로 비춰질 우려가 있으나, 소송대리인이 없는 원고가 진료기록감정을 신청하는 경우에는 위와 같이 법원이 감정사항을 정리하여 감정인에게 보내는 방안도 고려할 수 있을 것이다.

(3) 감정인의 선정과 실시방법

(가) 감정인 선정의 문제

진료기록 감정에 있어서는 적절한 감정인 선정의 어려움, 감정인으로서의 적격성의 판단곤란, 의료수준과의 관계에서 개원의에 의한 사고를 대학병원 등 전문기관에 감정의뢰하는 것이 타당한 것인가, 감정결과의 객관성과 합리성을 어떻게 평가하여 수용할 것인가 하는 등여러 가지 문제점이 있다.²³

진료기록 감정에서는 감정인의 전문과목, 경험연수, 평소 근무하는 장소가 대학병원 등 의료시설이 완비된 곳인가 등에 따라서 감정인과 일반 임상의 사이에 견해가 다를 수 있기 때문에, 무엇보다도 당해 사건에 관하여 적격자를 감정인으로 선임하는 것이 가장 중요한 문제이다. 일반적으로 임상조치의 당부에 대하여는 임상의가, 사인과 상해의 원인 등에 대하여는 법의학자 등 기초의학자가 적합하다고 하나, 사건마다 특색이 다르므로 개개의 사건에 맞는 적정한 감정인을 발견하는 것은 매우 어렵다.

(나) 실시방법

진료기록감정에 있어 의사 개인을 감정인으로 지정하여 감정을 명할 경우 의사는 감정인선서를 위해 법원에 출석하여야 할 부담이 있으므로, 대학부속병원이나 국공립종합병원, 해당학회 또는 대한의사협회에 감정을 촉탁하는 방법으로 진료기록감정을 시행하는 것이 보통이다(민사소송법 341조). 서울중앙지방법원에서는 종전에는 주로 대한의사협회에 감정을 촉탁하여 왔다.

종전에는 법원에서 감정을 촉탁하면, 대한의사협회에서는 미리 다수의 감정인을 지정해 두었다가 전문과목별로 지정된 감정인에게 감정을 촉탁하고, 이에 따라 작성된 감정서도 대한의사협회에서 송부 받아 대한의사협회 명의로 법원에 제출하는 방식으로 진료기록감정절차를 진행하여 왔다. 그 결과 구체적인 사건에서 감정인은 대한의사협회가 자체적으로 선임하는 사람이 되었고, 선임된 감정인은 자신의 감정서가 의료분쟁의 진상을 규명하기 위한 중요한 판단자료가 된다는 사

²² 구체적 기재방법에 대하여는 이 책 <부록>의 질의와 회신 참조

²³ 위 문제점들에 대한 일본에서의 논의에 관하여는 김세진, "민사감정의 운용에 관 한 일본에서의 논의의 현황" 법원도서관 재판자료 81집 참조

실을 망각하고, 그 내용을 무성의하고 부실하게, 책임회피식으로 작성하는 경우가 많았다. 또한 대한의사협회를 통하여 감정을 촉탁하고 그결과의 회신을 받음으로써 불필요한 절차와 시간이 소요되고, 심지어는 감정촉탁서나 그에 첨부된 진료기록이 분실되는 사례마저 발생하였다(의료소송에서 심리가 지연되는 가장 큰 원인은 감정서의 제출지연과 불성실한 감정에 있다).

그리하여 서울중앙지방법원에서는 2000, 9.부터 진료기록감정에 있 어 신체감정절차를 준용하기로 하는 내규를 제정하여, 신체감정과 같 이 ① 매년 법원장 명의로 국.공립병원 및 대학부속병원 또는 종합병 워의 장들에게 감정과목별로 이를 담당할 과장 또는 대학의 전임간사 이상의 전문의들을 추천할 것을 요청하고, ② 진료기록감정을 촉탁할 『감정촉탁병원 및 감정과목별 담당의사 명단』을 작성하여 이를 감정 촉탁기관에게 송부하며, 위 명단을 법원행정처 주전산기에 입력하여 관리하고. ③ 진료기록감정 신청이 있는 경우 진료과목을 특정하게 하 며, 담당 법원사무관 등이 재판장의 명을 받아 위 명단의 등재순서에 따라 감정촉탁병원 및 주과목 담당의사를 선정하고 감정인 지정부에 기재하며, ④ 선정된 감정촉탁병원 및 감정담당의사를 당사자들에게 전화나 모사전송기 등 적절한 방법으로 고지하고, ⑤ 감정촉탁병원에 게 당사자들이 제출한 자료 중 감정에 참고가 될 수 있는 자료를 첨 부하여 감정을 의뢰하였다. 감정서제출기간도 3개월로 제한한 결과, 불필요하 절차가 생략되고 빠른 시일 내에 책임 있는 감정이 가능하 게 됨으로써, 감정의 적정성과 절차의 신속성을 확보할 수 있게 되었 다.24

(4) 감정서의 적정성 확보

(가) 감정내용의 공정성

감정결과의 현출은 구술보다는 서면(감정서)에 의한 경우가 많은데, 그 내용이 애매모호하고 핵심을 비켜가는 것이 적지 않아서 감정서의 행간을 잘 살펴보아야 할 필요가 있다.

이러한 원인은 감정인도 의사로서 같은 의사인 피고 쪽의 잘잘못을 가려내기에는 입장이 난처할 때가 많고, 또한 민사재판에서의 감정의 의미, 중요성, 방법 등 그 절차에 숙달되지 못한 이유도 있을 것으로 생각된다. 환자 쪽으로서도 진료기록감정을 피고 쪽과 같은 직역에속하는 또 다른 의사에게 의존하게 되는 결과, 환자 쪽에게 불리한내용이 회신되어 오면 그 결과를 쉽게 믿으려 하지 않는 경향이 있다. 감정에 있어서 중립성과 공정성은 감정인에 대한 기피제도를 통하여어느 정도 확보될 수 있으나, 궁극적으로는 감정인 스스로의 자율에맡길 수밖에 없다. 진료기록감정인으로 하여금 감정의 공정성을 담보하고, 객관적이고 정확한 내용의 감정이 이루어질 수 있도록 계도하는 대책이 요망된다 하겠다.²⁵

²⁴ 감정촉탁서 양식은 별지6 참조

²⁵ 박형준, 앞의 논문, 법조 91쪽

(나) 감정결과의 채부

또한 감정은 법관의 판단능력을 보충하는 것이나 증거방법의 일종이기도 하므로, 감정결과의 채부는 법관의 자유심증에 맡겨져 있다. 법관은 감정인의 의견에 귀를 기울이는 것이 보통이지만 이것에 따르지 않으면 안 되는 구속을 받는 것은 아니므로, 감정인의 중립성의정도, 감정이유의 설득력, 감정인의 자격과 능력 등을 자유로이 평가하여 감정의견의 증거력을 판단하고, 이를 통하여 감정인을 통제하지않으면 안 된다. 감정결과에 대한 법적 평가는 과학적 판단과 배치하지 않는 것이 바람직하지만, 가끔 과학적 판단과 배치되는 경우가 있다. 재판은 과학적 논쟁의 당부를 결정하는 것이 아니고, 법적 논리와법적 사고에 따라 타당한 결론을 도출하는 작업이기 때문이다.

대법원 1998.7.24.선고 98다12270 판결도, 제1심 법원의 감정촉탁에 대한 가톨릭대학교 의과대학 성모병원장의 회보결과 및 원심의사실조회에 대한 대한의사협회장의 회보결과는, 사실인정에 관하여 특별한 지식과 경험을 요하는 경우에 법관이 그 특별한 지식, 경험을이용하는데 불과한 것이며, 의료과오가 있었는지 여부는 궁극적으로는 그 당시 제반 사정을 참작하여 경험칙에 비추어 규범적으로 판단할수밖에 없으므로, 위 각 회보결과에 의료과오의 유무에 관한 견해가포함되어 있다고 하더라도 법원이 피고에게 과실이 있는지 여부를판단함에 있어서 그 견해에 기속되지 아니한다고 판시하였다.

한편 감정결과를 적정하게 평가하기 위해서는, 법관에게 감정서를 이해할 수 있을 정도의 전문적 기초지식이 요구된다. 의학상의 전문적 기초지식을 얻기 위해서는 당사자가 제출한 의학문헌이나 도서관에 비치된 전문도서 등을 이용하는 외에, 법원의 조정위원이나 석명처분으로서의 감정 등을 활용할 수 있을 것이다. 그러나 법관이 그러한 기초지식을 가지고 있다고 해도 결론이 다른 여러 개의 감정의견이 제출된 경우에는 그 채부를 판단하기가 극히 곤란하다. 어느 쪽을 채택하더라도 법관의 오해나 독단을 방지하기 위해서는, 법관이 스스로 감정서에 관하여 이해하고 있는 바를 그대로 소송대리인 등 관계자에게 제시하여 그 비판을 수용하는 절차가 필요하다고 생각한다.

(5) 감정인 보수의 현실화

(가) "감정료의 산정기준 등에 관한 예규"(송일 91-3)는 신체감정에 대한 감정료에 대하여는 규정을 두고 있으나 진료기록감정료에 관하여는 명시적인 규정이 없어, 종전에는 진료기록 감정인에게도 신체감정의 경우에 준하여 극히 적은 보수만(감정내용이 2개 이상의 전문과목에 속하는 경우에는 각 과목당 감정료를 합산) 지급해 왔다.

그러나 진료기록감정은 다른 의사가 장기간에 걸쳐 작성해 둔 방대한 진료기록부를 일일이 검토한 후 의료과오 여부에 대한 판단을 하여야 하는 어려운 절차이고(병원의 입장에서 볼 때 신체감정은 새로운 환자를 유치한다는 측면이 있으나, 진료기록감정은 위와 같은 이점도 없이 과중한 부담만 안게 된다), 진료기록감정촉탁에 대하여 그회신이 지연되는 것은 이러한 감정인보수의 비현실성에도 원인이 있

다고 보여지므로, 사안의 난이도나 진료기록부의 분량 등을 고려하여 감정인 보수를 적정한 수준으로 현실화시켜야 할 필요가 있다고 생각된다. 그리하여 서울중앙지방법원 의료전담부에서는 2000. 9.부터, 재판장이 구체적인 사정을 고려하여 감정료를 적절히 가감할 수 있도록한 위 예규 제3조의 규정에 따라 감정인의 보수를 대폭 인상하여 지급하도록 하고 있다(양식, 별지5).

(나) 그러나 감정의 질을 향상시키기 위해서는, 궁극적으로는 일반감정에서와 같이 수익자부담의 방향으로 나아가야 할 것이다. 한편 감정인보수를 현실화시킴에 있어서는 당사자의 비용부담이 가중된다는 점이문제될 수 있으나, 앞서 본 바와 같이 진료기록감정은 원, 피고 모두에게 자신의 주장의 정당성을 확보할 수 있는 중요한 절차라는 점을인식시켜, 가능한 한 양 당사자 모두가 원하는 감정사항을 포함시키고그 비용도 이에 따라 적절히 분담시키는 방법을 취하면, 비용부담의증가는 그리 큰 문제가 되지는 않을 것으로 생각된다.

Ⅳ. 조정회부

1. 조정회부의 시기

조정은 소송결과에 대하여 확신이 서지 않는 소송초기에 회부하는 것이성공률도 높고 바람직하다는 의견도 있다. 그러나 소송초기에는 객관적인사실관계조차 명확히 밝혀지지 아니한 상태이므로 당사자들이 쉽사리 조정에 응하려 하지 아니하고, 소송대리인도 객관적 자료가 확보되지 아니하여당사자를 설득하기 어려우며, 법원으로서도 적절한 중재안을 제시하기가어려워 조정성공률이 그리 높지 아니한 단점이 있었다.

따라서 서면에 의한 쟁점정리 및 기일전 증거조사가 모두 완료되고, 그에 따라 법원의 심증이 어느 정도 형성된 단계에서 사건을 조정에 회부하는 것이 바람직할 것이다.

2. 서울중앙지방법원의 조정현황

가. 구성 - 의료전문가의 영입

조정은 기본적으로 당사자 사이에 대화를 통하여 분쟁을 평화적으로 해결하고자 함에 그 목적이 있는데, 그 해결책이 당사자에 대하여 설득력과 신뢰를 얻고 합리적인 것이 되기 위해서는 먼저 사건의 진상이 충분히 파악되어야 한다. 그러나 의료과오소송은 의료행위의 전문성과 폐쇄성 때문에, 의료전문가의 도움 없이는 사건의 실체에 접근하는 것이 용이하지 않다.

그리하여 서울중앙지방법원 의료전담부에서는 2000. 4. 의료전담 조정위원을 새로 위촉하여 각 진료과목별로 대학병원 과장급 이상의 의사와 변호사 각 1명으로 구성된 조정위원회를 구성하고, 모든 의료사건에 대하여 조정위원회의 조정을 거치도록 하였다. 조정위원은 크게 A 군과 B 군으로 나누어, A 군은 의료분쟁의 발생빈도가 높은 분야의 전문의로 지정하고, B 군은 의료분쟁이 많지 않은 분야의 전문의로 지정하였으며, A 군의 경우에는

1년 단위로 조정기일표를 만들어 정해진 날짜(대개 40일 간격)에 조정에 참석할 수 있도록 하였다.

나. 조정절차

기일전 증거조사가 모두 완료되면, 재판장은 진료과목별로 조정위원을 지정하여 사건을 분배하고, 조정기일을 지정하여 통지한다. 기일통지시에 조정위원에게는 준비서면과 감정서 등을 함께 보내어 사건내용을 미리 파악할 수 있도록 한다.

조정기일에는 먼저, 출석한 당사자에게 조정제도의 의미와 조정위원의지위, 역할, 조정에 임하는 자세 등에 대하여 설명하고, 조정에 협조하여줄 것을 당부한 다음 조정실로 가서 조정위원의 조정을 받도록 권유한다. 조정위원 중 의사는 의학적인 면에서, 변호사는 법률적인 면에서 사건을 검토한 후 조정안을 마련하고, 이를 기초로 당사자를 설득하여 타협을 이끌어 낸다. 조정기일도 1회에 그치는 것이 아니라, 조정의 가능성이 보이는한 계속 속행하여 조정을 성사시키도록 노력한다. 그러나 실제로는 법률적인 측면보다 의학적, 의료윤리적 측면이 강조되어, 이 단계에서의 조정성공율은 그다지 높지 않은 편이다.

조정위원에 의한 조정이 성립되지 않을 때는 마지막으로 사건을 재판부에 넘긴다. 이때 조정위원들에게는 조정의 진행과정과 사건에 대한 조정위원의 의견을 담은 조정결과보고서를 작성하여 제출하도록 한다. 재판부는 사건분류단계를 거쳐 준비절차기일에 위 조정결과보고서를 참조하여 기록을 면밀히 검토한 다음, 재판부의 합의를 거쳐 최종적으로 조정안을 마련한다. 조정안은 후에 조정이 불성립되어 판결 선고를 할 경우, 당사자에게법원에 대한 불신감을 주지 않기 위해 판결결과와 차이가 없도록 주의하여야 한다.

법원이 당사자를 설득할 수 있을 정도로 충분한 검토를 마쳤다면, 조정 안을 제시함에 있어서 어느 정도의 심증을 나타내 보이는 것은 불가피하다고 생각한다. 각각의 주장과 증거의 문제점, 법원이 중요하다고 생각하는 증거나 반대로 증거가치가 희박한 증거를 지적하고, 입증의 곤란과 입증책임의 소재, 조정결과보고서에 따른 조정위원의 의학적 견해를 밝히면서 설득하면 당사자는 대부분 법원의 권고에 따르게 된다²⁶. 또한 조정이 성립되지 않아 판결이 선고되는 경우에도 당사자는 법원의 생각을 파악할 수가있기 때문에, 전혀 예상하지 못한 판결이 선고되는 일은 없게 된다. 그리고이로써도 당사자를 설득할 수 없을 때에는「조정에 갈음하는 결정」을 하고, 당사자 쌍방에게 안내문(양식, 별지7 참조)을 보내어 조정제도에 대하여 다시 한번 이해를 구하고, 조정결과에 승복하도록 권유한다. 종합병원이나 공공기관의 경우에는 법원의 권고에 내심 불만이 없으면서도 내부결제나 감사에 대비하여 「조정에 갈음하는 결정」의 형식으로 조정해 줄 것을 요구하는 경우가 많고, 이 경우에는 거의 이의를 제기하지 않고 있다.

²⁶ 그러나 어느 경우에도 권고에 그쳐야지, 조정을 강요하는 인상을 주어서는 안 될 것이다.

다. 조정결과보고서

조정결과보고서는 조정의 진행과정과 사건에 대한 조정위원의 의학적소견을 담은 것이다. 서울중앙지방법원 의료전담부에서는 조정위원들로 하여금 조정결과보고서를 작성, 제출하도록 하여 이를 기록에 편철함으로써, 조정이 성립되지 아니하였을 경우에도 법원의 심증형성과 판단에 일종의참고자료로 활용될 수 있도록 하고 있다(양식, 별지8). 다만 조정위원 중에는 자신이 작성한 보고서가 법원의 판단자료가 됨으로써 그에 따른 법적책임을 부담하게 되지 않을까 걱정하여 명확한 의견표명을 꺼려하는 경우가 있으므로, 사전에 그러한 우려를 하지 않도록 충분히 설명하고 협조를구해야 할 것이다.

그리고 이러한 조정결과보고서는 정식의 증거로 제출된 것이 아니므로, 어디까지나 참고자료로만 사용할 뿐 직접적인 증거로 사용하는 것은 삼가 야 할 것이다. 조정위원의 의학적 견해는 대부분 그대로 수용되나, 전제사 실의 인정을 소홀히 하거나 법률적용의 미숙으로 잘못된 결론이 나오지 않 도록 사전에 의견을 조율할 필요가 있다.

라. 성과

서울중앙지방법원 의료전담부에서는 2000. 4. 중순부터, 매주 2개조씩 본격적으로 조정위원회를 가동하여 모든 의료사건을 조정에 회부하였다. 처음에는 조정제도에 대한 인식부족으로 조정에 회부한다고 하면 못마땅해하거나 조정기일에 불참하거나 하는 등으로 불만을 토로하기도 하였으나, 날이 갈수록 당사자 쌍방이 모두 조정을 당연한 과정으로 받아들이고 있다. 이제 조정은 의료분쟁해결에 있어 당연히 거쳐야 할 중요한 절차의 하나로 자리잡게 된 것 같다. 또한 조정위원들의 적극적인 참여와 협조로 조정성 공율도 높아져 가고 있다.

그러나 무엇보다도 조정과정에 의료전문가가 참여함으로써, 이제까지 당사자들이 법원에 대하여 막연하게나마 품어 왔던 '비전문가에 의한, 임상현실과 동떨어진 비현실적 재판'의 우려와 걱정을 없애 주었다는 점에서, 서울중앙지방법원의 조정은 커다란 의미를 찾을 수 있을 것 같다. 최근에는병원 쪽에 어느 정도 잘못이 인정되는 경우나, 병원 쪽이 사고발생에 어느정도 원인을 제공하였다고 볼 수 있는 경우에는 대부분 조정이 성립되어사건이 그대로 종결되고, 그 반대의 경우에만 조정이 성립되지 않아 판결이 선고됨으로써 원고 패소판결이 많아지는 새로운 경향이 발생하였다. 이것은 당사자들, 특히 병원 쪽에서 조정제도를 긍정적으로 이해하고 신뢰하기 시작하였음을 나타내는 바람직한 현상이라고 생각된다²⁷.

마. 조정제도의 활성화를 위한 제언

의료분쟁해결의 첫걸음은 무엇보다도 진상규명에 있고, 이는 의료전문가 인 의사들의 도움이 없이는 불가능한 것이다. 서울중앙지방법원 의료전담

²⁷ 拙稿, "서울지방법원 의료전담부의 조정현황", 서울지방법원 조정위원회, 조정마당 열린대화 (2001.4.), 146쪽 이하 참조

부에서는 조정제도를 통해 의료전문가를 조정위원으로 영입하여 조정을 활성화하고, 아울러 이들을 통해 간접적이나마 임상현실에 기초한 살아있는 의학지식과 경험을 얻을 수 있게 되었다. 또한 조정은 당사자들에게도 임상현실과 동떨어진 재판을 방지하고, 대화와 타협을 통하여 분쟁을 평화적, 종국적으로 해결할 수 있다는 점에서 유용한 제도이다.

이제까지 의사들은 진료실에서 열심히 노력하는 것만으로 의사로서의 임무는 다하였다고 생각하여 사회를 바라보는 시각이 열려 있지 못하였고, 사회적 책무에 대하여 소극적이고 무관심하였던 것 같다. 그러나 의약분업 이라는 초유의 사태를 겪으면서 의사들의 의식도 상당히 변하여, 의료환경 의 개선을 위해 국민과의 의사소통에 직접 나서야 한다는 등의 적극적인 주장들이 설득력을 얻고 있다.

법원에 대한 의사들의 시각도 회의적이었다. 법원의 판결은 임상현실에 대한 구체적인 이해 없이, 우리사회의 의료현실을 뛰어넘어 의료인에게 과중한 법적의무를 요구하고 있다는 것이다. 조정제도는 의사들의 이와 같은 우려를 불식시켜 임상현실과 동떨어진 재판을 방지하고, 환자와 의사 사이에 공평과 균형이 유지되어 모두가 납득할 수 있는 의료분쟁의 해결방안이라는 점에서 유용한 제도이다. 특히 의사들에게는 스스로 조정과정에 참여하여 자신들의 의학지식과 경험을 재판에 반영하고, 잘못된 진료행위에 대하여는 과감히 잘못되었다고 지적하고, 잘못이 없을 때에는 그 근거를 제시하여 당사자를 설득함으로써, 당해 사건의 실체규명에 도움을 주고, 환자진료라는 본연의 임무에 충실하는 대다수의 의료인들에게 교과서적인 원칙진료나 양심적인 소신진료를 가능하게 하는 의미 있는 제도이다.

그런데도 지금까지 의사들은 무관심과 직업적 폐쇄성, 조정제도에 대한 이해부족 등 여러 가지 이유로, 조정과정에 참여하여 분쟁의 실체를 의학적으로 규명하고 분쟁을 실질적으로 해결하는데 매우 소극적이었음을 부정할 수 없다. 조정제도가 향후 의료분쟁해결의 유력한 수단으로 정착되기위해서는, 무엇보다도 의료분쟁의 직접적인 당사자이자 의료전문가인 의사들이 위와 같은 소극적인 자세에서 벗어나, 조정에 대하여 새로운 이해와애정을 가지고 조정과정에 적극적으로 참여하여 줄 것이 요망된다. 의료인으로서는 대화를 통한 분쟁해결 방법인 조정제도의 발전에 적극 동참함으로써 대다수 양심적인 의료인의 권익을 보호하고, 나아가 의료분쟁 증가의저변에 깔려있는 의료계에 대한 불신을 극복하여 국민의 신뢰를 회복하고, 의학의 발전에도 기여할 수 있을 것이다.

V. 사건분류단계

1. 심리방식

당사자 일방 또는 쌍방이 조정을 전혀 원하지 않아 조정이 불성립되거나, 조정결정에 대하여 이의가 제기된 사건에 대하여는, 재판부의 합의를 거쳐 사건을 분류하고, 심리방향을 결정한다.

그 결과 추가로 주장, 입증이 필요한 사건은 석명준비명령을 보내 공방을 계속하도록 하고(추가서면공방단계로 분류), 다시 조정에 회부할 필요가

있다고 판단되는 사건(특히 전제사실의 확정 등에서 조정위원과 견해를 달리하는 사건, 조정에 응하는 것이 여러모로 유리한데도 어느 한편이 조정에 응할 수 없다고 버티는 바람에 조정이 불성립된 사건)이나 사안이 복잡하여 쟁점정리가 필요한 사건, 증인신문이 필요한 사건 등은 준비절차기일을 지정하여 쟁점정리와 함께 다시 조정을 권고하고, 더 이상 추가공방이나 조정가능성이 없고 쟁점정리기일도 따로 지정할 필요가 없다고 판단되는 사건 등은 곧바로 제1회 변론기일을 지정하여 그 기일에 변론이 종결될수 있도록 한다.

이때 주심판사는 준비절차기일이나 변론기일을 지정할 사건에 대하여, 쟁점과 이에 대한 증거의 대응관계를 파악하는 정도로 기록을 검토한 후 쟁점정리안을 작성한다. 이 단계에서의 기록검토와 중간합의, 쟁점정리안의 작성은 향후 쟁점정리기일의 효율적인 운영과 증인신문절차의 효율적인 진행을 위하여 필수적이나, 기록검토에 시간이 많이 소요되므로 이 단계에서 사건이 적체될 우려가 있다.

2. 요약준비서면제도의 활용

의료사건은 다른 사건에 비하여 심리에 장기간이 소요되므로, 당사자들도 여러 차례 준비서면을 제출하는 것이 보통이다. 그런데 소송의 초기에는 원고 쪽으로서는 의사 쪽의 과실을 명확하게 지적할 수 없어 가능한 한모든 주장을 열거하게 되고, 피고 쪽도 이에 대하여 일일이 반박하게 된다. 그러다가 소송이 진행됨에 따라 원고가 당초 주장하였던 의사의 과실점 가운데 명백히 잘못이 없는 것으로 밝혀지거나 의학적 지식이 없어 무의미한주장을 한 것이 있음이 밝혀지게 되면, 더 이상 그 부분은 당사자 사이에서 쟁점이 되지 않는 경우가 허다하다. 이러한 경우 그대로 변론을 종결하게 되면 법원으로서는 이미 무의미해진 주장까지 일일이 판단하여야 하므로, 판결서 작성에 쓸데없이 부담만 가중된다.

따라서 소송이 장기간 경과되는 등의 사유로 쟁점에 변동이 생기거나, 사안과 쟁점이 복잡다기하여 당사자들의 공격방어방법의 요지를 파악하기 가 어렵게 된 경우에는 요약준비서면제도(민사소송법 278조)를 적극 활용 하여, 사건분류단계로 접어든 사건에 대하여 필요한 경우 준비명령(양식, 별지3의 '반박준비서면'을 '요약준비서면'으로 수정하여 사용)을 보내어, 양 당사자로 하여금 기존의 준비서면에 갈음하는 종합적인 준비서면을 제출하 도록 권유할 필요가 있다.

VI. **쟁점정리기일**(준비절차기일 및 변론기일)

1. 준비절차기일

가. 심리방식

쟁점정리기일은 원칙적으로 준비절차기일 형태로 진행한다. 따라서 사건분류단계에서 준비절차기일을 지정하기로 결정한 사건에 대하여는 미리 준비절차회부결정을 하여, 당사자 쌍방에게 기일을 통지한다.

준비절차를 시행하는 경우, 준비기일을 주재하는 재판장이나 수명법관 은 당사자에게 그때까지 제출한 소장이나 답변서, 준비서면을 진술하게 하고, 서증의 채부 및 인부, 제출된 증거 (감정의견조회, 사실조회회보, 감정 등 각 결과)의 원용 등 증인신문을 제외한 나머지 증거방법에 대한 증거조사를 끝마치고, 증인신문이 필요한 사건에 대하여는 기일 전에 미리 신 방식에 따른 증인신청서를 제출케 하여 증인 채부 및 증거조사방식을 결정한 다음, 준비절차기일에서 그 결과를 고지하고 입증계획을 수립한다. 그리고 나서 원고인 환자 쪽의 의료과오주장과 피고인 의사 쪽의 무과실, 면책주장 등을 쟁점으로 정리한 다음, 더 이상 주장, 입증할사실이 있는지 여부를 확인한다. 이때 당사자본인에게 사건에 관하여 직접 진술할 기회를 부여하고, 필요한 경우에는 진술서를 활용하여 쟁점에 관한 당사자본인의 진술을 듣도록 한다.

쟁점정리기일의 효율적인 운영을 위해서는, 쟁점정리기일 전 사건분류단계에서 미리 쟁점정리안(양식, 별지9 참조)을 마련하고, 이를 당사자쌍방에게 송부하여 검토하게 한 다음, 쟁점정리기일에 당사자로부터 의견을 들어 이의가 있으면 수정하고, 이의가 없으면 이를 그대로 조서에첨부하는 방식으로 쟁점정리기일을 운영하는 방법도 생각해볼 필요가 있다(조서에는 "재판장, 별지와 같은 쟁점정리안 제시, 쌍방 대리인, 위 쟁점정리안에 대하여 이의가 없다고 진술"이라고 기재함). 그리고 이 단계에서 한번 더 조정에 회부하여 조정을 권고하고, 조정에 응하지 않을 경우 조정에 갈음하는 결정을 할 수도 있다.

나. 쟁점정리방법

의료과오소송은 통상 내용이 복잡하고 쟁점이 적지 않은 경우가 많으므로 법원으로서는 적극적으로 당사자에 대해 석명을 구하여, 쟁점을 가능한 한 간결하고 명확하게 정리할 필요가 있다. 이는 원고인 환자 쪽의 주장 가운데 의학적으로 무의미한 주장들을 추려내고, 당사자의 주장을 당해 사건의 의학적인 핵심에 접근하도록 정리해 나가는 것이다.

이러한 쟁점정리의 과정에서, 의학에 문외한인 법판 및 당사자, 소송 대리인들은 전문가로부터 예비지식을 얻을 필요를 느끼고 있다. 전문가가 작성한 준비서면과 서증으로 제출된 의학서적을 읽는 것만으로 쟁점을 이해할 수 있으면 좋으나, 그렇지 않은 경우에는 당사자와 법관이 한자리에서 만나 모형이나 사진, 기구 등을 이용하여 전문가로부터 교습을받는 것도 변론준비절차의 내용으로서 행할 수가 있을 것이다. 또한 쟁점정리에 관하여 가장 문제가 되는 것은 진료경과의 사실관계이다. 특히 긴급수술의 경우에는 환자의 증세의 급변, 수술개시, 그 후의 경과 등 사실관계에 관하여 당사자의 주장이 크게 다를 경우가 많다. 이러한 경우의 주장정리 방법으로는 주장, 입증책임의 소재에도 불구하고 먼저 진료기록부와 검사기록 등을 소지하는 의사 쪽에게 증거와 문헌을 인용하면서 상세하게 사실주장을 전개하게 하고, 그 후 환자 쪽에게 변론을 하게하여 그 상이점을 파악, 정리하는 식으로 쟁점을 정리하는 것이 좋을 것이다. 28

²⁸ 太田幸夫, 앞의 논문 459쪽 참조

또한 이러한 쟁점정리과정은 준비절차기일의 진행을 통하여, 재판장 또는 수명법관의 주도 아래 기초사실과 당사자들의 주장, 쟁점 등을 정리하는 식으로 진행될 수 있을 것이다. 그런데 사건이 일단 준비절차에 회부되고 나면, 준비절차가 종료될 때까지 주장하지 아니한 사항에 대하여는 민사소송법 285조에 따라 실권효의 제약을 받게 되는 문제가 있다. 그러나 의료과오소송과 같이 고도의 전문적인 영역에 있어서는 민사소송법 285조 1항 각 호 소정의 예외사유에 대한 소명을 탄력적으로 운영함으로써, 준비절차 종료시까지 환자 쪽이 알지 못한 의사의 과실 있는 행위라든지 의학상 의미 있는 주장들을 변론기일에서도 새로이 주장할 수있도록 허용할 수 있을 것으로 생각한다.

2. 변론기일

쟁점정리기일을 준비절차기일로 진행한 사건이나 준비절차기일을 거침이 없이 곧바로 변론기일을 지정하기로 결정한 사건은 절차를 마친 순서대로 제1회 변론기일을 지정하여, 당사자 쌍방에게 기일통지를 한다.

변론기일에서는 준비절차기일에 정리된 쟁점, 또는 미리 작성하여 송부한 쟁점정리안을 쌍방 당사자에게 개별적으로 제시, 설명하여 다시 한번 확인시킨다(준비절차를 거친 경우 변론기일 조서에는 "쌍방 대리인, 준비절차조서에 의하여 준비절차결과 진술"이라고 기재함). 그리하고 나서 증인이 채택된 사건은, 쟁점과 관련된 것으로서 기일전 증거조사로도입증이 되지 아니한 부분에 한정하여 증인신문을 실시한 다음, 변론을 종결하여 판결 선고기일을 지정한다.

새로운 민사사건관리방식에서는 관련증인 전원을 하나의 기일에 집중하여 신문하는 것을 원칙으로 하고 있다. 따라서 쟁점정리절차가 끝나기전(가능하면 쟁점정리기일 이전)까지, 양쪽 당사자 모두가 예정하고 있는 증인 전부에 대하여 증인신문신청절차를 마칠 수 있도록 유도하고, 기일이 공전되지 않도록 증인의 소환 및 출석확보를 위하여 각별한 노력이필요하다.



ゴルフ競技に関連する事故 - 最近の下級審判決を中心に -

金・張 法律事務所 弁護士 李 濬 熙(ソウル地方弁護士会)

1. 序言

新緑の深まるこの季節に皆様とご一緒することができ、光栄です。今回の日韓弁護士協議会は特別にここ龍坪で開催することになりました。他の方々の有益なご発表とありまして、ご参加下さった皆様方のご健康のために、昨日は自然と共に呼吸できる機会がありました。

日本だけでなく、韓国においても今ではゴルフは一部階層だけでなく誰もが楽しめるスポーツとなり、今この時間にも多くの人々が白球の軌跡を友として外遊を楽しんでいます。これにより、ゴルフに関連し多くの法律的問題が現実的に起きており、このような問題点について法律家等の現実的な接近が必要な時点になったといえます。しかし、従来韓国ではゴルフ場会員権の分譲契約及び会員権をめぐる法律関係、競技補助員の勤労者性と労動法的問題等に関して一部判例が集積されているのみであって、学界と実務界の議論が多くなされていないことが現実です。

これに関連して、去る2004年と2005年に韓国では二つの注目すべき地方裁判所の判決が下され、この判決等について社会的な関心が集中されました。しかし、下記で詳述するこの2件の判決については、一般国民の即興的な関心及びこれに対するマスコミの興味中心の記事の他には特別に真剣な議論がなされませんでした。以下では、上記の2件の判決について法律家の観点からその内容を観察し、問題点を検討して見ることに致します。

2. 賭けゴルフと賭博罪の成否-ソウル南部地方法院2004ゴ単4361判決

韓国だけでなく、全世界的にゴルフをするときにはスキンス、スクラッチ、ストローク、ラスベガス等の多様な方式で一部賞金をかけてプレーをすることによって、ゴルフゲームの楽さを上げることが一般的です。これに対して金額が過大な場合、刑法の賭博罪によって処罰できるか否かが問題になります。

イ. 運動競技と賭博罪に関する従来の議論

韓国刑法上の賭博罪(刑法第246条)は「財物を以て賭博」することを構成要件としており、ここでの「賭博」は「財物をかけて偶然によって財物の得失

を決定すること」をいいます。ここで「偶然」とは、必然に対立した概念として、勝敗の帰趨がその行為者の確実な認識または支配の外にあることをいい、主観的に当事者において確実に予見または自由に支配出来ない事実に関して勝敗を決定することをいい、客観的に確実でないことを要求してはいません。

一方、勝敗の決定が専らまたは主に偶然によることを要するか、あるいは 多少でも偶然性の介入があれば良いのかについて、従来から特に「競技と賭 博の関係」という主題で議論がなされてきました。つまり、運動競技、囲碁、 将棋、ビリヤードのように当事者の肉体的、精神的条件、力量、熟練度、才 能等によって勝敗が決定される競技において、賭博とはその取扱を別途にし なければならないのかに関する議論です。

韓国の通説は、勝負の帰趨が主に偶然によってはいないとしても、多少でも偶然性の影響下にあるときには、賭博に該当すると見ており、日本の判例」も同じ立場を取っています。この立場では、当事者の機能に対する依存度が大きな囲碁、将棋等の場合にも技量がほぼ同じである場合、ハンディーを与えて優劣に均衡がとれた場合、若干力量の差があっても必ず勝敗が明白でない場合には、偶然性が介在するようになるため、賭博に該当すると見ることになります。しかし反対説は、前述のとおり、偶然性の存否を「主観」によって決定する以上、機能と技術を尽くして勝敗を決定しようとしたときには、偶然といえないとしています。

一方、大法院判決ではありませんが、賭けビリヤードに関して、「ビリヤードが技量と修練が重要視される競技であるとしても、その競技者がその勝敗を確実に知っていたり、またはこれを自由に操作できることではないため、その競技で偶然性が完全に排除されたのではないといえるので、賭博に利用され得る」として、賭博罪の成立を認めた判決があります(ソウル高等法院1975.4.17.言渡74/1501判決)。これは通説と同じ立場に立っている判決であるといえます。

ロ. 本件判決の検討

(1)事案

- 被告人ら4人はあらかじめゴルフ場で各自ハンディーを定め²、前・後 半18ホールの間1打当たり一定金額を勝金としてかける俗称ストロー ク方式と、前・後半の最少打でホールインする人に賞金を与える俗称

¹ 大審院大正4年(1915年)6月10日判決、大審院昭和12年(1937年)9月21日判決等

² 競技の賭博性について肯定する通説の立場では、上記で見たように、「ハンディー」を 与える場合、実力の差が生じる場合に比べて偶然性が認められる余地が大きいものと 見ています。

「ゲ(契)」(訳注:日本の頼母子講に似ている)の方式の賭けゴルフをすることにし、2002年12月16日から同月19日頃までの間に済州道にあるピンクスゴルフ場等で各自ハンディーを定め、前半9ホールゲームのうち1打当たり50万ウォン(5万円)、同点である場合は1打当たり100万ウォン(10万円)、後半9ホールゲームのうち1打当たり100万ウォン(10万円)、同点である場合は1打当たり200万ウォン(200万円)を勝金として勝者に与え、前半9ホールゲームの最少打優勝者に賞金として1,000万ウォンを与える方式で賭けゴルフをし、約32回にわたって賭博金約8億余円相当の賭博をした。

- 上記の被告人のうちお金を失った1人が詐欺を受けたとし、残り3人を 告訴した。
- 検察は常習賭博罪で上記の被告人らを起訴した。

(2) 判決の要旨

- 賭博罪が成立する為には偶然によって勝負が決定されることを要するところ、この場合の偶然とは、必然に対立する概念として、勝敗の帰趨がその行為者の確実な認識または支配の外にあることを意味するが、客観的に観察するときにはこの世に偶然とはありえなく、すべてが因果律の支配を受けるようになって、理論上偶然がありえないため、結局これは主観的に当事者において確実に予見または自由に支配出来ない事実に関して勝敗を決定することを指すのみであって、客観的に不確実なことを要求するのではないといえる。
- 競技とは、例えば運動競技、囲碁、将棋等のように当事者の肉体的・精神的条件、力量、熟練度、才能等によって勝敗が決定されることを指すところ、上記で見たように、偶然の決定を客観的な要素でない主観的な要素によってなすと、結局技能と技術を尽くして勝敗を決定しようとし、それによって勝敗が決定されたときには、偶然であるとはいえないといえる⁴。

_

³前述した通説の立場と同じです。

⁴ 前述した反対説の立場と同じ立場を取っています。併せて裁判部は「万一競技をする に当たってその勝敗に財物をかける場合までも賭博罪に該当するとすれば、現在わが 社会の通念上認められている行為、例えば国家代表選手がオリンピックまたはアジア 競技大会で一定水準以上の成績を上げる場合、年金または褒賞金の支払を受けるよう にして競技に臨む行為、プロ運動選手が一定の水準以上の成績を上げれば、追加で給 与を受けるようにするものの、その以下の成績を出した場合既に受け取った給与の一

- そうであれば、賭博罪の成立は、従来にもその賭博性が認められてきた花札、カード、カジノ等のように<u>当該勝敗の帰趨において支配的かつ決定的な部分が偶然に左右される場合</u>(特に、花札・カードの場合においては持つようになる札の決定から偶然性の支配を受けることになる)に限定されなければならないものであり、運動競技のように勝敗の全般的な部分は競技者の技能と技量によって決定され、ささいな部分においてのみ偶然が介入される場合には賭博罪が成立しないと見なければならない。5

ハ. 小結論

前述した判決は、賭けゴルフが賭博罪に該当するか否かに対して判示した最初の判決であり、従来講学上通説として支持される見解と相反する立場を取った下級審判決であるという点から意味があり、今後上級審の判決が非常に注目される事案であるといえます。一方、上記の判決に対しては(1)上流層の高額の賭けゴルフに対して処罰意志を放棄したという批判と共に、(2)高額の賭けゴルフの方法でわざわざ負けてロビー活動の手段として用いられるという点で世論の批判と叱責が続き、これはゴルフを上流層の象徴として把握して白眼視する社会風土と共に公職者と支配階層に対する不信が複合的に表出されたものであると見られます。

賭博罪において「偶然性」という構成要件の要素の存否に関して、「行為者の主観に立って判断しなければならない」という前提に立つ場合、賭けゴルフ、賭け囲碁等の場合には、原則として行為者が自分の実力によって勝敗が決定されると判断し、技能と技術を尽くして勝敗を決定するようになるという点から、通説の立場に論理的な欠点があることは否認し難いといえます。また通説の立場による場合、賭博罪の構成要件が過度に拡張され、事実上財物をかける全ての行為が賭博罪の構成要件を充足するようになるという点も指摘できます。しかし反対説の立場による場合には、事

定の部分を返納することに約定(いわゆるマイナスオプション契約)して競技に臨む行為も全て賭博罪の構成要件に該当する不合理な結果を招くようになる」と判示しています。

⁵ 判示では「上記のように解釈しなければ、ゴルフ競技中いわゆるスキンス(Skins)ゲームは毎ホール当り競技結果によって競技者に賞金等が帰属される形態であるところ、そうであれば上記のような競技方式は勝敗の結果によって財物の帰属が決定される形であるため、これもまた賭博罪の構成要件に該当すると言わざるを得なく、さらに朴セリ選手と朴ジウン選手が互いに財物をかけてゴルフ競技をする場合にも、賭博罪の構成要件に該当すると見なければならないという不合理性が発生することになる。」と説明しています。

実上処罰範囲が過度に縮小されて一般人の法感情に反するという問題点を 指摘することができます。結局、これに対しては、上級審がどのような判 断を下すかさらに見守らなければならず、学界及び実務界でより真剣な議 論が必要であるといえます。

一方、ソウル中央地方法院では同判決があった後である今年4月14日に、これとは相反する下級審判決が再度言い渡されました。ソウル中央地方法院刑事13単独2005年4月14日言渡2005ゴ単745判決では同判決と同じように、ストロークプレイ方式により、1ホール当たり50万ウォンないし100万ウォンのお金をかけてゴルフをした犯罪事実に対し有罪を言い渡しました。同じく上級審の法律解釈がさらに注目されると言えます。

3. 打球による傷害と損害賠償責任-ソウル中央地方法院2004ガ合61766判決

イ. 打球による傷害6

ゴルフゲームにおいて後続組の打球による事故、隣接ホールのボールによる事故及び同じ組の打球による事故が時々発生する場合があります。このような打球による傷害の場合、事故を起こしたプレーヤーの責任及びゴルフ場事業者の責任が問題になります⁷。

(1) 後続組のプレーヤーによる事故

全てのプレーヤーは打球をする前に自分が打つボールに当って負傷を受ける人はいないのかを確認する義務があり、先行組と安全な離隔距離が確保された後に打球をしなければなりません。ゴルフ場の利用約款にも全てのプレーヤーは自らその飛距離を確認する義務があると規定されており、プレーヤーがそのような義務を果たさず、むやみにボールを打って人にケガをさせた場合、刑事上過失致傷罪で処罰を受け、民事上損害賠償責任を負うようになります。

プレーヤーがボールを打つ前に競技補助員に打っても良いかと聞き、 競技補助員の同意を得て打った場合にも、飛距離確認義務はプレーヤー にあることから、プレーヤーが責任を免じることはできません。この場 合、競技補助員を配置したゴルフ場事業者は民事上使用者責任を負担す るようになります。

⁶ 以下の内容は金ギョチャン著、「ゴルフに関する法律常識の全て」、チョンリム出版153 面以下を要約したものです。

⁷本件判決の議論の目的上、刑事責任(過失致傷罪)の成否に関しては詳細に説明しません。ただし、後述するソウル刑事地方法院94ゴ単437判決では過失致傷罪の成立を認めたことがあります。

(2) 注意義務

このようにプレーヤーの打球によって傷害が発生した場合に、プレーヤーの過失が認められる為には、その前提としてプレーヤーに一定の注意義務が認められ、これに違反したという過失が存在しなければなりません。しかし実際アマチュアゴルファーは打球の方向や飛距離を自らコントロールすることが容易ではないので、このような点を考慮するとき、果してゴルファーに注意義務違反が認められるのか否かが問題になります。特に、実際にはフックやスライスが酷く出た場合にこのような事故が発生する可能性があります。

これに対し、プレーヤーが打ったボールが意図したコースに行かないことそのものだけでは、注意義務の違反は成立せず、プレーヤーが飛距離内または危険の可視距離にいる他のゴルファーに適切な時間に警告を与える義務を履行すれば、これに対して責任がないという見解があります。この見解は、全てのゴルファーは常にゴルフ場内でそのような危険発生可能性を予測してゴルフをするということを根拠にしています。一方、日本の判決の中には、隣接ホールのボールによる事故に関して「競技者としては本人の技量、飛距離等に応じて自分の打球が飛んで行くだろうと通常予想できる範囲内に他の人がいるかを確認し、そのような存在を認識し、または認識できる場合に、打球を中止すれば足りる」という理由によって、プレーヤーの責任を否定した事例があります。一方、これとは違い、1審ではプレーヤーがコントロールし難いドライバーを選択したことは間違いであるという理由をあげてプレーヤーの責任を認め、控訴審で和解で終結された事案もありました10。

(3) 韓国の従来の判決

ソウル刑事地方法院94ゴ単437判決では、前方137メートルでセカンドショットをして移動中であった先行組を確認しないままティーショットをし、危険を感知して「ボール、ボール!¹¹」と叫び、これを聞いて振り返った原告の目に当たって原告に外傷性角膜裂傷など傷害を被らせた事案で、比較的長打を打つ被告人としては、1番ウッドティーショットをす

⁸ チョン・オクシュン著、「ゴルフと法律」、図書出版ブックスヒール、2003、29面以下

⁹ 東京地方裁判所平成元年3月30日判決。両ホールの間に樹木が入っていて互いによく見 えない事案に関する判決でした。

¹⁰ 横浜地方裁判所平成4年8月21日判決

¹¹ 韓国のゴルファー等は他の人にリスクを警告する「Fore」というゴルフ用語を「ボール」と表現する場合があります。

るとき、前チームである被害者の一行が安全地帯に進入できるように自ら充分の時間をおいてティーショットをし、または競技補助員を通じてこれを確認した後にティーショットをしなければならない注意義務があるにもかかわらず、これを怠ったまま特別なことは起こらないと考えてそのままティーショットした過失を認め、過失致傷罪の成立を認めました。

また同じ事案に対する民事判決であるソウル地方法院1995.4.21.言渡94ガ合16712判決では同じように、前方射界が稜線によって先行組の位置を確認し難いホールであるため、プレーヤーは競技補助員に助言を求める等で安全を確認して打球しなければならないにも、このような措置を取らないまま打球した過失を認めて、損害賠償責任を認めたことがあります。ただし、原告(被害者)は後行組が「ボール、ボール」と叫び、危険を知らせる場合には、体を縮めながら手で身体の重要部分である頭部を覆う等で自身を保護することによって負傷を避け、または負傷の程度を縮めるようにしなければならないのに、このような措置を取らず後ろを振り返った過失がありますので、これを10%と認めて過失相殺しました。

ロ. 本件判決の検討

(1) 事案

- 事故が発生した本件○○カントリークラブの同コース8番ホール(「本件事故ホール」)は、パー(par)5ホールとして、その開始点からグリーンまで上方向の傾斜をなす形態になっている。
- 本件事故ホールのグリーンには当時ティーボックスから見てグリーン の左側後部分にホールカップが位置していて、グリーンの右側に次の ホールに移動するための移動路が設置されていた。
- 原告(被害者)は本件事故ホールのグリーンで同じ組が中で最後にパティングをした後、次のホールに移動するためにグリーンから出ていたが、同じホールで先行組の後に競技していた被告が3番ウッドゴルフクラブを使用して第三の打撃(以下「本件サードショット」という)をしたボールがスライスが出ながら約200余ヤード程度を飛び、原告の右側額部分を強打し、これによって原告は「陽性突発性頭囲性眩暈症」等の傷害を受けた。
- 被告が本件サードショットをした地点はグリーンまで200余ヤードを 残した所として、フェアウエーの右側端の近くに位置していたが、そ

の地点ではホールカップ周囲の人を見ることはできるが、グリーン自体が本件サードショットをした地点より高い所に位置したうえ、本件事故が発生した地点はグリーンの前の方より若干低く、本件事故発生地点付近に位置した人を見ることは難しく、ただし次のホールに移動する移動路に人がいる場合にこれを見ることはできる。

- 先行組と後行組には各競技補助員が2人ずつ参加した。
- 被告は本件事故発生当時、ゴルフに入門してから2年ほどなり、本件 ゴルフ場に会員として加入したばかりで、本件ゴルフ場で4回程度競 技をしたが、本件事故が発生したホールでの競技経験は2回程度で、 その地形等に慣れてはいなかった。
- 先行組の競技補助員 A は、原告がパティングを終えた後ホールカップ に旗を差し立てながら、後行組に向かっておじきをし、これは先行組 の競技が全て終了したことを知らせる信号である。また本件事故当時、 A は、原告より先に移動路側に移動していた。
- 被告は本件サードショットをする時、A の申告後一定時間が経過した 後、自身の組の競技補助員である B から打っても良いという話を聞き、 本件サードショットをした。

(2) 判示内容

- 一般的にゴルフ競技をする競技者は<u>打撃をする前に自身の技量に照らして自身の打球が飛んで行くものと通常予想できる範囲内に他の競技者がいるかを確認し、他の競技者を認識し、または認識できる場合に、その競技者が安全な所へ移動したことを確認するまで待ってから打撃をする注意義務</u>を負担するといえる。
- 前述したとおり、先行組の競技補助員 A は、原告がパティングを終えた後ホールカップに旗を差し立てて後行組に向かっておじきをした事実、被告が本件サードショットをする時、競技補助員である B から打っても良いという話を聞いて本件サードショットをした事実、本件サードショット地点で本件事故発生地点がよく見えない事実、本件事故地点がグリーンの左側に偏った本件ホールのホールカップからだいぶ離れているグリーンの右側の端の付近である点、本件事故当時、上記の A は事故地点から右側に約10余ヤード程度離れた所に位置していた点、被告が熟練されたゴルフ競技者ではないのみでなく、本件事故ホールに慣れていなかった点等を勘案すれば、先行組の競技が終了したという信号を受けた時からある程度時間が経過した状態で自身の競技補助員から打っても良いという話を聞いた被告としては、自身の打球

が原告に飛んで行くと予想できたとは見難い状態であり、これ以上本 件事故ホールでの先行組の競技者等の移動状況に対して注意を注がな ければならない注意義務があるとみることも出来ないという点をあげ て、被告(プレーヤー)の責任を否定した。

- 一方、ゴルフ場運営会社に対しては、上記の競技補助員 A 及び B の過失をあげて使用者責任を認めた。

ハ. 小結論

本件判決はゴルフプレーヤーの注意義務の内容を明確に明らかにした判決であるという点に意味があり、特に安全確認義務に関して競技補助員に安全確認を求める義務があり、これを信頼して打球を飛ばした場合に、原則として過失がないという点を確認した判決であるという点に意味があり、特にフックやスライスが発生したという点またはあまり慣れていない3番ウッドを選択したという点そのものに対して過失を認めることはできないという点を明確にした判決であるという点に意味があります。このような判決の趣旨は、原則として妥当であるといえますが、仮りに客観的にプレーヤーの実力があまりも不足してお分の打球を正確に送ることができない等、打球が危なく飛ぶことが十分予見できるにも、プレーを継続して事故が発生した場合まで、プレーヤーの責任を否定することができるのかについては、若干疑問があります。具体的な事案によって過失の有無を判断しなければなりませんが、例外的にクラブの選択自体に対する過失も認める必要がある場合もあり得ると考えられます。

4. 結語

以上で最近韓国で社会的に問題となっているゴルフに関する2件の判決について考察しました。まだ韓国ではゴルフ場での競技に関連した事故に関して理論や判例が集積されてはいませんが、今後ゴルフが大衆スポーツとして定着していくことが予想され、韓国のゴルフ人口が数百万を越えている現在において、このような事件事故がさらに増えることは十分に予測でき、これに対して法律的に事件事故の解決のための検討と議論が一層必要な時点であるといえます。このような点から上記の2件の判決は、たとえ下級審判決に過ぎませんが、ゴルフに関連した法的争点に関する真剣な議論の必要性を喚起した判決であるという点にその意味があります。小職の拙稿を聞いて下さいましてありがとうございました。新緑の季節5月に皆様とこちら龍坪でご一緒できたことをあらためて感謝申し上げ、これから青い芝生で自然と共に楽しくお過ごし下さい。有難うございました。

골프경기와 관련된 사고 - 최근의 하급심판결을 중심으로-

金・張 法律事務所 辯護士 李 濬 熙(서울地方辯護士會)

1. 들어가며

신록이 깊어가는 계절에 이렇게 좋은 곳에서 여러분들과 함께 좋은 자리를 함께 할 수 있어서 더 없는 영광입니다. 특이 이번 한일변호사협의회는 특별히 이 곳 용평에서 개최하게 되었으며, 다른 분들의 유익한 발표와 함께 참석해주신 모 든 분들의 건강을 위하여 어제 자연과 함께 숨쉴 수 있는 기회가 있었습니다.

일본에서뿐만 아니라 한국에서도 이제 골프는 일부 계층만이 아니라 다수의 사람들이 즐기는 운동이 되었으며 지금 이 시간에도 많은 사람들이 백구의 궤적을 벗삼아 외유를 즐기고 있습니다. 따라서 골프와 관련하여 벌어지는 많은 법률적 문제가 현실적으로 일어나고 있으며 이러한 문제점에 대하여 법률가들의 현실적인 접근이 필요한 시점이 되었다고 할 수 있습니다. 그러나 종전에 한국에서는 골프장 회원권의 분양계약 및 회원권을 둘러싼 법률관계, 경기보조원의 근로 자성과 노동법적 이슈 등에 관하여 일부 판례가 집적되어 있을 뿐 학계와 실무계의 논의가 많이 이루어지지는 않은 것이 현실입니다.

이와 관련하여, 지난 2004년과 2005년에 한국에서는 2개의 주목할 만한 지방 법원의 판결이 내려졌으며, 이 판결들에 대하여 사회적인 관심이 집중되었습니 다. 그러나 아래에서 상술하는 이 두 판결에 대하여는 일반 국민들의 즉흥적인 관 심 및 이에 대한 언론의 흥미 위주의 기사 외에는 별다른 진지한 논의가 이루어지 지 않았습니다. 이하에서는 위 두개의 판결에 대하여 법률가의 관점에서 그 내용 을 짚어보고 문제점을 검토해보도록 하겠습니다.

2. 내기골프와 도박죄의 성부 – 서울남부지방법원 2004고단4361 판결

한국에서뿐만 아니라 전세계적으로 골프를 할 때에는 스킨스, 스크래치, 스트로크, 라스베가스 등의 다양한 방식으로 일부 상금을 걸고 플레이를 함으로서 골프 게임의 재미를 북돋우는 것이 일반적입니다. 이에 대하여 금액이 지나치게 과다한 경우 형법의 도박죄에 의하여 처벌할 수 있는지 여부가 문제됩니다.

가. 운동경기와 도박죄에 관한 종전의 논의

한국 형법상의 도박죄(형법 제246조)는 "재물로서 도박"하는 것을 구성 요건으로 하고 있으며 여기서의 "도박"은 "재물을 걸고 우연에 의하여 재물 의 득실을 결정하는 것"을 말합니다. 여기서 '우연'이라고 하는 것은 필연에 대립된 개념으로서 승패의 귀추가 그 행위자의 확실한 인식 또는 지배밖에 있음을 말하며, 주관적으로 당사자에 있어서 확실히 예견 또는 자유로이 지배할 수 없는 사실에 관하여 승패를 결정하는 것을 말하고 객관적으로 불확실할 것을 요구하지 않습니다.

한편 승패의 결정이 오로지 또는 주로 우연에 달려있음을 요하는가, 혹은 다소라도 우연성의 개입이 있으며 좋은가에 대하여 종래부터 특히 "경기와 도박의 관계"라는 주제로 논의가 이루어져 왔습니다. 즉, 운동경기, 바둑, 장기, 당구와 같이 당사자의 육체적, 정신적 조건, 역량, 숙련도, 재능등에 의하여 승패가 결정되는 경기에 있어서, 도박과 그 취급을 달리하여야 하는 것인가에 대한 논의입니다.

한국의 통설은, 승부의 귀추가 주로 우연에 달려 있지는 아니한다 할지라도 다소라도 우연성의 영향 하에 있을 때에는 도박에 해당한다고 보고있으며, 일본의 판례¹도 같은 입장을 취하고 있습니다. 이 입장에서는 당사자의 기능에 대한 의존도가 큰 바둑, 장기 등의 경우에도 기량이 비슷한 경우, 핸디를 주어 우열의 균형이 이루어지는 경우, 약간 역량의 차이가 있더라도 반드시 승패가 명백하지 않는 경우에는 우연성이 개재하게 되므로 도박에 해당한다고 보게 됩니다. 그러나 반대설은, 전술한 바와 같이 우연성의 존부를 '주관'에 의하여 결정하는 이상, 기능과 기술을 다하여 승패를 결정하려고 한 때에는 우연이라고 할 수 없다고 합니다.

한편 대법원 판결은 아닙니다만, 내기당구에 관하여, "당구가 기량과수련이 중요시 되는 경기라 할지라도 그 경기자가 그 승패를 확실히 알고 있거나 또는 이를 마음대로 조작할 수 있는 것은 아니므로 그 경기에서 우연성이 완전히 배제된 것은 아니라 할 것이므로 도박에 이용될 수 있다"고하여 도박죄의 성립을 인정한 판결이 있습니다(서울고등법원 1975. 4. 17. 선고 74노1501 판결). 이는 통설의 입장과 궤를 같이 할 수 있는 판결이라하겠습니다.

나. 본건 판결의 검토

(1) 사안

- 피고인들 4인은 미리 골프장에서 각자 핸디를 정하고², 전·후반 18홀

¹ 대심원 대정 4년(1915년) 6. 10. 판결, 대심원 소화 12(1937년) 9. 21. 판결 등

² 경기의 도박성에 대하여 긍정하는 통설의 입장에서는 앞서 본 바와 같이, "핸디"를 주는 경우 실력차이가 나는 경우에 비하여 우연성이 인정될 수 있는 여지가 큰 것으로 보고 있습 니다.

동안 1타당 일정 금액을 승금으로 거는 속칭 스트로크 방식과 전·후반 최소타로 홀인하는 사람에게 상금을 주는 속칭 계 방식의 내기골프를 하기로 하고, 2002. 12. 16.경부터 같은 달 19.경까지 사이에 제주도에 있는 핀크스골프장 등에서, 각자 핸디를 정하고, 전반 9홀 게임 중 1타당 50만원(5만엔), 동점인 경우 배판으로 1타당 100만원(10만엔), 후반 9홀 게임 중 1타당 100만원(10만엔), 동점인 경우 배판으로 1타단 200만원 (20만엔)을 승금으로 승자에게 주고, 전반 9홀 게임 최소타 우승자에게 상금으로 500만원, 후반 9홀 게임 최소타 우승자에게 상금으로 500만원, 후반 9홀 게임 최소타 우승자에게 상금으로 1,000만원을 주는 방식으로 내기골프를 하여, 약 32회에 걸쳐 도박금 약 8억여원 상당의 도박을 함

- 위 피고인 중 돈을 잃은 1명이 사기를 당했다며 나머지 3인을 고소
- 검찰은 상습도박죄로 위 피고인들을 기소

(2) 판결의 요지

- 도박죄가 성립하기 위하여는 우연에 의하여 승부가 결정될 것을 요하는 바, 이 때의 우연이란 필연에 대립된 개념으로서 승패의 귀추가 그 행위자의 확실한 인식 또는 지배 밖에 있음을 말하는 것인데, 객관적으로 관찰할 때에는 이 세상에 우연이란 있을 수 없고 모두가 인과율의 지배를받게 되어 이론상 우연이 있을 수 없으므로, 결국 이는 주관적으로 당사자에 있어서 확실히 예견 또는 자유로이 지배할 수 없는 사실에 관하여 승패를 결정하는 것을 가리킬 뿐, 객관적으로 불확실할 것을 요구하지는 않는다 할 것이다³.
- 경기라 함은 예컨대 운동경기, 바둑, 장기 등과 같이 당사자의 육체적 · 정신적 조건, 역량, 숙련도, 재능 등에 의하여 승패가 결정되는 것을 지 칭하는 바, 위에서 본 바와 같이 우연의 결정을 객관적인 요소가 아닌 주관적인 요소에 따라 한다면 결국 기능과 기술을 다하여 승패를 결정 하려고 하고, 그에 따라 승패가 결정된 때에는 우연이라고 할 수는 없다할 것이다⁴.

³ 전술한 통설의 입장과 같습니다.

⁴ 전술한 반대설의 입장과 동일한 입장을 취하고 있습니다. 아울러 재판부는 "만일 경기를 함에 있어 그 승패에 재물을 거는 경우까지도 도박죄에 해당한다고 하면, 현재 우리 사회 통념상 인정되고 있는 행위, 예컨대 국가대표선수가 올림픽 또는 아시아경기대회에서 일정한수준 이상의 성적을 거두는 경우 연금 또는 포상금을 지급받기로 하고 경기에 임하는 행위, 프로운동선수가 일정한 수준 이상의 성적을 거두면 추가로 급여를 받기로 하되 그 이하의 성적을 거두면 이미 받은 급여의 일정한 부분을 반납하기로 약정하고(이른바 마이너스옵션계약) 경기에 임하는 행위도 모두 도박죄의 구성요건에 해당하는 불합리한 결과를 발생

그렇다면, 도박죄의 성립은, 종래에도 그 도박성이 인정되어 온 화투, 카드, 카지노 등과 같이 당해 숭패의 귀추에 있어 지배적이고도 결정적 인 부분이 우연에 좌우되는 경우(특히, 화투·카드의 경우에 있어서는 가지게 될 패의 결정부터 우연성의 지배를 받게 된다)에 한정되어야 할 것이지, 운동경기와 같이 숭패의 전반적인 부분은 경기자의 기능과 기 량에 의하여 결정되고, 사소한 부분에 있어서만 우연이 개입되는 경우 에는 도박죄가 성립되지 않는다고 보아야 한다⁵.

다. 소결

전술한 판결은 내기골프가 도박죄에 해당하는지 여부에 대하여 판시한 판결로서, 종래 강학상 통설로 지지되는 견해와 상반된 입장을 취한 하급 심판결이라는 점에서 의미가 있으며, 향후 상급심의 판결이 매우 주목되는 사안이라고 할 수 있습니다. 한편, 위 판결에 대하여는 (1) 상류층의 고액 내기골프에 대하여 처벌의지를 포기하였다는 비판과 함께 (2) 고액 내기골프의 방법으로 일부러 돈을 잃어 로비의 수단으로 사용될 수 있다는 점에서 여론의 비판과 질타가 이어졌고, 이는 골프를 상류층의 상징으로 파악하여 백안시하는 사회풍토와 함께 공직자와 지배계층에 대한 불신이 복합적으로 표출된 것이라고 볼 수 있습니다.

도박죄에 있어서 '우연성'이라는 구성요건요소의 존부에 관하여 "행위자의 주관에 입각하여 판단하여야 한다"라고 하는 전제에 서는 경우, 내기골프, 내기바둑 등의 경우에는 원칙적으로 행위자가 자기의 실력에 의하여 승패가 결정될 것으로 판단하고 기능과 기술을 다하여 승패를 결정하게된다는 점에서, 통설의 입장에 논리적인 결점이 있음을 부인하기는 어렵다고 할 것입니다. 또한 통설의 입장에 의하는 경우 도박죄의 구성요건이 지나치게 확장되며, 사실상 재물을 거는 모든 행위가 도박죄의 구성요건을 충족하게 된다는 점도 지적할 수 있습니다. 그러나 반대설의 입장에 의하는 경우에는 사실상 처벌범위가 지나치게 축소되고 일반인의 법감정에 반한다는 문제점을 지적할 수 있겠습니다. 결국 이에 대하여는 상급심이 어떤 판단을 내릴지 좀 더 지켜보아야 할 것이며, 학계 및 실무계에서 좀 더진지한 논의가 진행될 필요가 있다고 하겠습니다.

하게 될 것이다"라고 파시하고 있습니다.

⁵ 판시에서는 "위와 같이 해석하지 않는다면, 골프 경기 중 이른바 스킨스(Skins) 게임은 매홀당 경기 결과에 따라 경기자에게 상금 등이 귀속되는 형태인 바, 그렇다면 위와 같은 경기 방식은 숭패 결과에 따라 재물의 귀속여부가 결정되는 형태여서 이 또한 도박죄의 구성요 건에 해당하게 된다 아니할 수 없고, 더 나아가 박세리 선수와 박지은 선수가 서로 재물을 걸고 골프 경기를 하는 경우에도 도박죄의 구성요건에 해당된다고 보아야 하는 불합리함이 발생하게 된다."라고 설명하고 있습니다.

한편, 서울중앙지방법원에서는 위 판결이 있은 후인 올해 4월 14일에 이와는 상반되는 하급심판결이 다시 선고되었습니다. 서울중앙지방법원 현사 13단독 2005. 4. 14. 선고 2005고단745 판결에서는 위 판결과 마찬가지의스트로크 플레이 방식에 의하여 1홀당 50만원 내지 100만원의 돈을 걸고골프를 한 범죄사실에 대하여 유죄를 선고하였습니다. 마찬가지로 상급심의 법률해석이 더욱 주목된다고 하겠습니다.

3. 타구에 의한 상해와 손해배상책임 – 서울중앙지방법원 2004가합61766 판결

가. 타구에 의한 상해6

골프게임에 있어서 후속조의 타구에 의한 사고, 인접홀의 공에 의한 사고 및 같은 조의 타구에 의한 사고가 간혹 발생하는 경우가 있습니다. 이러한 타구에 의한 상해의 경우 사고를 일으킨 플레이어의 책임 및 골프장사업자의 책임이 문제가 됩니다⁷.

(1) 후속조의 플레이어에 의한 사고

모든 플레이어는 타구를 하기에 앞서 그가 치는 공에 맞아 부상을 당할 사람이 없는지를 확인할 의무가 있으며, 선행조와 안전한 거리가 이격된 후에 타구를 하여야 합니다. 골프장 이용약관에도 모든 플레이어는 스스로 그 비거리를 확인할 의무가 있다고 규정하고 있으며, 플레이어가 그러한 의무를 다하지 아니하고 함부로 공을 쳐서 사람을 다치게 했다면 형사상 과실치상죄로 처벌을 받고 민사상으로 손해배상책임을 지게 됩니다.

플레이어가 공을 치기에 앞서 경기보조원에게 쳐도 괜찮냐고 물어 경기보조원의 동의를 얻고 친 경우에도, 비거리 확인의무는 플레이어 스스로에게 있으므로, 플레이어가 책임을 면할 수는 없습니다. 이 경우 경기보조원을 배치한 골프장사업자는 민사상 사용자책임을 부담하게 됩니다.

(2) 주의의무

이와 같이 플레이어의 타구로 인하여 상해가 발생한 경우에 플레이어에게 과실이 인정되기 위하여는 그 전제로서 플레이어에게 일정한 정도의 주의의무가 인정되고 이를 위반하였다는 과실이 존재하여야 합니다. 그러

⁶ 이하의 내용은 김교창 저, "골프의 법률상식 모든것", 청림출판 153면 이하를 요약한 것입니다.

⁷ 본건 판결의 논의의 목적상 형사책임(과실치상죄)의 성립 여부에 관하여는 자세히 설명하지 아니합니다. 다만, 후술하는 서울형사지방법원 94고단437 판결에서는 과실치상죄의 성립을 인정한 바 있습니다.

나 실제 아마추어 골퍼들은 타구의 방향이나 비거리를 자기 스스로 컨트롤 하는 것이 쉬운 일이 아니하므로, 이러한 점을 고려할 때 과연 골퍼에게 주의의무위반이 인정될 수 있는지 여부가 문제됩니다. 특히 실제로는 훅이나슬라이스가 심하게 난 경우에 이러한 사고가 발생할 것입니다.

이에 대하여, 플레이어가 친 볼이 의도한 코스로 가지 않는 그 자체만으로는 주의의무 위반은 성립되지 않으며, 플레이어가 비거리 내 또는 위험의 가시거리에 있는 다른 골퍼들에게 적절한 시간에 경고를 줄 의무를 이행하면 이에 대하여 책임이 없다는 견해가 있습니다. 이 견해는, 모든 골퍼는 항상 골프장 내에서 그러한 위험이 발생되리라는 것을 예측하고 골프를 친다는 것을 근거로 하고 있습니다. 한편, 일본의 판결 중에는, 인접홀의 공에 의한 사고에 관하여 '경기자로서는 그의 기량, 비거리 등에 응하여 자기의 타구가 날아갈 것으로 통상 예상할 만한 범위 내에 다른 사람이 있는가를 확인하여 그런 존재를 인식하거나 인식할 수 있는 경우에 타구를 중지하면 족하다'라는 이유로 플레이어의 책임을 부정한 사례가 있습니다. 한편, 이와는 달리, 1심에서는 플레이어가 컨트롤하기 어려운 드라이버를 선택한 것은 잘못이라는 이유를 들어 플레이어의 책임을 인정하였다가, 항소심에서 화해로 종결된 사안도 있었습니다.

(3) 한국의 종래의 판결

서울형사지방법원 94고단437 판결에서는, 전방 137미터에서 세컨샷을 하고 이동중이던 선행조를 확인하지 않고 티샷을 하고, 위험을 감지하고 "볼, 볼!¹¹"하고 외쳐, 이를 듣고 돌아보던 원고의 눈을 맞추어 원고에게 외상성각막열상등 상해를 입힌 사안에서, 비교적 장타를 치는 피고인으로서는 1번우드 티샷을 할 때 앞 팀인 피해자 일행이 안전지대에 진입할 수 있도록 스스로 충분한 시간간격을 둔 채 티샷을 하거나, 아니면 경기보조원을 통해 이를 확인한 후에 티샷을 하여야 하는 주의의무가 있음에도 불구하고 이를 게을리한 채 별일 없을 것으로 생각하고 그대로 티샷한 과실을 인정하여 과실치상죄의 성립을 인정하였습니다.

또한 동일한 사안에 대한 민사판결인 서울지방법원 1995. 4. 21. 선고 94 가합16712 판결에서는 마찬가지로 전방 사계가 능선으로 인하여 선행조의 위치를 확인하기 어려운 홀이어서 플레이어는 경기보조원에게 조언을 구

⁸ 정억순 저, "골프와 법률", 도서출판 북스힐, 2003, 29면 이하

⁹ 동경지방재판소 평성원년 3. 30. 판결. 두 홀 사이에 수목이 들어서 있어 서로 잘 보이지 않는 사안에 관한 판결이었습니다.

¹⁰ 요코하마지방재판소 평성4년 8, 21, 판결

¹¹ 한국의 골퍼들은 다른 사람에게 위험을 경고하는 "Fore"라는 골프 용어를 "볼"이라고 표현하는 경우가 있습니다.

하는 등으로 안전함을 확인하고 타구하여야 함에도 이러한 조치를 취하지 아니한 채 타구한 과실을 인정하여 손해배상책임을 인정한 바 있습니다. 다만, 원고(피해자)는 후행조가 "볼, 볼"이라고 외쳐 위험을 알리는 경우에는 몸을 움츠리면서 손으로 신체의 중요부분인 두부를 감싸는 등으로 자신을 보호함으로써 부상을 피하거나 부상의 정도를 줄이도록 하여야 할 것인데, 이런 조치를 취하지 않고 뒤를 돌아본 과실이 있으므로 이를 10%로 인정하여 과실상계하였습니다.

나. 본건 판결의 검토

(1) 사안

- 사고가 발생한 이 사건 ○○ 컨트리클럽 동코스 8번홀("이 사건 사고홀")은 파(par)5홀로서 그 시작점에서 그린까지 상방향의 경사를 이루는 형태로 되어 있음
- 이 사건 사고홀의 그런에는 당시 티박스에서 보아 그런의 왼쪽 뒷부분에 홀컵이 위치하고 있었고, 그런의 오른쪽 편으로 다음 홀로 이동하기 위한 이동로가 설치되어 있었음
- 원고(피해자)는 이 사건 사고홀의 그린에서 같은 조 중에서 마지막으로 퍼팅을 한 후 다음 홀로 이동하기 위하여 그린을 벗어나고 있었는데, 같 은 홀에서 선행조에 뒤따르며 경기하던 피고가 3번 우드 골프클럽을 사 용하여 세 번째 타격(이하 '이 사건 서드샷'이라 한다)을 한 공이 슬라이 스가 나면서 약 200여야드 정도를 날아가 원고의 오른쪽 이마부분을 강 타하였고, 이로 인하여 원고는 '양성 돌발성 두위성 현훈증'등의 상해를 입음
- 피고가 이 사건 서드샷을 한 지점은 그린까지 200여야드를 남겨 둔 곳으로서 페어웨이 오른쪽 끝 가까이에 위치하고 있었는데, 그 지점에서는 홀컵 주위에 있는 사람을 볼 수는 있으나 그린 자체가 이 사건 서도샷을 한 지점보다 높은 곳에 위치한데다 이 사건 사고가 발생한 지점은 그린 앞쪽보다 약간 낮아 이 사건 사고 발생지점 부근에 위치한 사람을 보기는 어렵고, 다만 다음 홀로 이동하는 이동로에 사람이 있는 경우 이를 볼 수는 있음
- 선행조와 후행조에는 각 경기보조원이 2명씩 참가하였음
- 피고는 이 사건 사고 발생 당시 골프에 입문한 지 2년 정도 되었고, 이 사건 골프장에 막 회원으로 가입하여 이 사건 골프장에서 4회 정도 경 기하였는데 이 사건 사고가 발생한 홀에서의 경기경험은 2회 정도로 그

지형 등에 익숙하지는 못하였음

- 선행조의 경기보조원 A 는 원고가 퍼팅을 마친 후 홀컵에 깃발을 꽂으며 후행조를 향해 인사를 하였고, 이는 선행조의 경기가 모두 종료하였음을 알리는 신호임. 또한 이 사건 사고 당시 A 는 원고보다 먼저 이동로쪽으로 이동하고 있었음
- 피고는 이 사건 서드샷을 할 때 A 의 신고 후 일정 시간이 경과한 후 자기 조의 경기보조원인 B부터 쳐도 좋다는 이야기를 듣고 이 사건 서드샷을 하였음.

(2) 판시내용

- 일반적으로 골프경기를 하는 경기자는 <u>타격을 하기 전에 자신의 기량</u>에 비추어 자신의 타구가 날아갈 것으로 통상 예상할 수 있는 범위 내에 다른 경기자가 있는지를 확인하여 다른 경기자를 인식하거나 인식할 수 있는 경우에 그 경기자가 안전한 곳으로 이동하였음을 확인할 때까지 기다렸다가 타격을 할 주의의무를 부담한다고 할 것이다.
- 전술한 바와 같이, 선행조의 경기보조원 A 는 원고가 퍼팅을 마친 후 홀컵에 깃발을 꽂으며 후행조를 향해 인사를 한 사실, 피고가 이 사건 서 드샷을 할 때 경기보조원인 B 로부터 쳐도 좋다는 이야기를 듣고 이 사건 서드샷을 한 사실, 이 사건 서드샷 지점에서 이 사건 사고 발생 지점이 잘 보이지 아니하는 사실, 이 사건 사고 지점이 그린의 왼쪽에 치우친 이 사건 홀의 홀컵으로부터 상당히 떨어진 그린의 오른쪽 끝부분 부근인점, 이 사건 사고 당시 위 A 는 사고지점으로부터 오른쪽으로 약 10 여야드 정도 떨어진 곳에 위치하고 있었던점, 피고가 숙련된골프 경기자가 아닐 뿐만 아니라 이 사건 사고홀에 익숙하지 아니하였던점 등을 감안하면, 선행조의 경기가 종료되었다는 신호를 받은 때로부터 어느정도 시간이 경과한 상태에서 자신의 경기보조원으로부터 쳐도 좋다는이야기를 들은 피고로서는 자신의 타구가 원고에게 날아갈 것을 예상할 수 있었다고 보기 어려운 상태였으며더 이상 이 사건 사고홀에서의 선행조 경기자들의 이동상황에 대하여주의를 기울여야할 주의의무가 있다고볼 수도 없다는점을 들어 피고(플레이어)의 책임을 부정함.
- 한편 골프장 운영회사에 대하여는 위 경기보조원 A 및 B의 과실을 들어 사용자책임을 인정하였음.

다. 소결

본건 판결은 골프 플레이어의 주의의무의 내용을 명확히 밝힌 판결이라는 점에 의미가 있으며, 특히 안전확인의무에 관하여 경기보조원에게 안전확인

을 구할 의무가 있고, 이를 신뢰하여 타구를 날린 경우에 원칙적으로 과실이 없다는 점을 확인한 판결이라는 것에 의미가 있으며, 특히 훅이나 슬라이스가 발생하였다는 점 또는 잘 치지 못하는 3번우드를 선택하였다는 점 그 자체에 대하여 과실을 인정할 수는 없다는 점을 명확히 한 판결이라는 점에 의미가 있습니다. 이러한 판결의 취지는 원칙적으로 타당하다고 할 것입니다만, 만약 객관적으로 플레이어의 실력이 너무 부족하여 대부분의 타구를 정확히 보내지 못하는 등 충분히 타구가 위험하게 날라갈 수 있음을 예견할 수 있음에도 계속 플레이를 하여 사고가 발생한 경우까지 플레이어의 책임을 부정할 수 있을지에 대하여는 약간 의문이 있습니다. 구체적 사안에 따라 과실 유무를 판단하여야 할 것입니다만, 예외적으로 클럽 선택 자체에 대한 과실도 인정할 필요가 있는 경우가 있을 수도 있을 것입니다.

4. 결어

이상에서 최근에 한국에서 사회적으로 이슈가 되었던 골프에 관한 두 가지 판결을 살펴보았습니다. 아직 한국에서는 골프장에서의 경기와 관련된 사고에 관하여 이론이나 판례가 집적되어 있지는 않습니다만, 향후 골프가 대중스포츠 로 자리를 잡아갈 것이 예상되고, 한국의 골프인구가 수백만을 넘어서는 현재에 있어 이러한 사건사고가 더욱 늘어갈 것은 충분히 예측할 수 있고, 이에 대하여 법률적으로 사건 사고의 해결을 위한 검토와 논의가 더욱 필요한 시점이라고 하 겠습니다. 이러한 점에서 위 두 판결은, 비록 하급심판결에 불과합니다만, 골프와 관련된 법적 쟁점에 관한 진지한 논의의 필요성을 일깨운 판결이라는 점에 그 의 미가 있다고 하겠습니다. 소직의 졸고를 들어주셔서 감사하며, 신록의 계절인 5 월에 여러분과 이곳 용평에서 함께하게 된 것을 다시 한번 감사드리며 남은 시간 푸르른 잔디밭에서 자연과 함께 하시기 바랍니다. 감사합니다.



サンショウウオと黒ウサギ

金· 張 法律事務所 辯護士 宋 在 雨(Seoul地方辯護士會)

2004年4月28日大韓民国の蔚山地方法院では、千聖山で棲息するサンショウウオとその代弁者であると自任する「サンショウウオの友人ら」という環境団体が提起した千聖山でのソウル釜山間高速鉄道のトンネル工事着工禁止仮処分に対する判決がありました。問題となったサンショウウオは、いわゆるチョウセンオオサンショウウオですが、普通のサンショウウオに比べ、体が細くて尻尾が特に長く、成体では体の半分以上に達するサンショウウオであり、褐色の体色に黄色の斑点が頭から尻尾の端まで散らばっています。普通のサンショウウオは、耕作地周辺の渓流に棲息し、比較的水質汚染に強い反面、チョウセンオオサンショウウオは水温が冷たく、溶存酸素量が豊富な山間渓流の泉水の湧く所に棲息し、黄色く成熟した丸いとうもろこしの粒のような卵から孵化してからも1年以上冷たい水の中で幼生期を送る特性があるため、このような特性上その棲息する周辺の水量と水質が非常に重要とのことです。以下では、便宜上チョウセンオオサンショウウオという名前の代わりに略してサンショウウオとのみ言います。



サンショウウオに関わるこの問題は、ソウルと釜山間の高速鉄道に関連して、慶 尚南道梁山の元暁山から千聖山を貫通して鼎足山を通ってトンネルを開通する工事を することになり、そのトンネルは長さ13.5kmの長大トンネルであって、千聖山の区間 には断面積107㎡、路盤幅14m、高さ8mの主トンネルの他にも、工事の便宜と補助トンネルとして活用される3つの斜坑が追加的に建設される予定であることから、トンネルが完成される場合には、多量の地下水が流出され、渓谷及び湿地が乾いて破壊され、サンショウウオの生存に致命的な影響を及ぼす可能性が高いと申請人らが主張し、このような工事の着工を禁止すべく仮処分を申請したわけです。ところが、第1審法院は、特にサンショウウオについては、「大韓民国の民事訴訟法第51条は、当事者能力に関して、民法とその他の法律に従うように規定し、同法第52条は、代表者や管理人がいる場合、法人でない社団や財団に対しても訴訟上の当事者能力を認めているが、自然物であるサンショウウオまたはそれを含む自然そのものに対しては、現行法の解釈上当事者能力を認めるべき根拠を見付けられない」として、その申請を不適法却下しました。併せて、同決定では、環境団体に対しても私法上の権利がないという理由でこれを棄却しました。上記の第1審判決に対しては抗告が行われましたが、2004年11月29日の抗告審でもサンショウウオに対し、第1審の判決を維持する内容の判決が下され(2004ラ41工事着工禁止仮処分、2004ラ42(併合)工事着工禁止仮処分)、再び再抗告が提起されました。再抗告理由の主な内容は以下の通りです。

- 自然物であるサンショウウオまたはそれを含む自然そのものに対し、当事者能力を認める現行法律はなく、これを認める慣習法も存在しませんので、サンショウウオは当事者能力がないとすることに対し、民事訴訟法第51条及び52条は、憲法、自然環境保全法、環境政策基本法、各種の国際法や国際規約の規定により、自然あるいは自然物にも訴訟を遂行する当事者能力がある。(これに関連して、各種の国際法や国際規約として、世界自然憲章、リオ宣言、山林原則声明、生物の多様性に関する協約等を言及しています。)
- 大韓民国の環境紛争調停法は、所定の要件を揃えた環境団体は、重大な自然生態系の破壊による被害が発生し、または発生する恐れが著しい場合には、環境紛争調停委員会の許可を得て、紛争当事者を代理して調停を申請することができるとしている。したがって、サンショウウオの友人のような環境団体に対しては、自然生態系の破壊等一定の場合、訴訟遂行能力ないし更に原告適格性を認める余地を残すことによって、自然あるいは自然物、生物種の保護のために団体訴訟や市民訴訟の道を開いているものと見るべきである。

今後、上記の事件は大法院の判決を待たなければならないでしょうが、サンショウウオが自分の権利を法廷に立って主張して認められるような順調な結果を迎えることになるかについては、疑問が残ります。

それでは、他の国はどうでしょうか?

日本の鹿児島県で奄美の黒ウサギの名前で、鹿児島県の奄美大島ゴルフ場の開発に関連して、林地開発許可処分を争う訴訟が1995年2月23日に提起されました。その訴訟は、奄美の黒ウサギ、オオトラツグミ、アマミヤマシギ、ルリカケスの4種の動物名を持つ擬人化された住民4人を含む奄美の住民5人、外地人17人を原告として鹿児島県の知事を相手取った事件ですが、原告らは自然の法的価値、「自然の権利」、自然享有権に基づき、奄美の生物個体群、開発対象地域の生態系に関係するもの自体から原告適格を裏付ける法的価値/利益が出ると主張し、原告らは奄美自然の価値を代弁する代弁者であると主張しました。



〈資料の出所: http://www.amami.co.jp/species/mammals/main.htm〉

この訴訟は、2001年1月22日鹿児島地裁で原告適格の欠如により訴を却下しました。この判決では、日本国の法制度は権利と義務の主体を個人(自然人)と法人に限って認めるものであり、動植物ないし山林の自然は、それが人類にとって希少価値を持つ如何にも貴重な存在であることには違いないが、それだけで権利の客体や主体になるとは言えないとしています(H13.01.22鹿児島地方裁判所 平成7年(行ウ)第1号行政処分無効確認及び取消請求事件)。この訴訟に関連して、2002年3月19日の控訴審でも、控訴却下の判決が下されましたが、原告側が上訴しなかったため、確定されました。恐らく、上訴しても、結果は自分なりに予測できたのではないかと思います。

このようなサンショウウオや黒ウサギが人間のように固有の生存の権利を持っているという理論はいわゆる「自然の権利」という理論に基づいています。この理論によれば、国家や法人、学校、船舶等のような非人格体が権利の主体となり得ることと同様に、自然や自然物のうち、いわゆるinanimate objectsもやはり法的権利を保有することができ、その権利が侵害されれば、妨害排除、原状回復、損害賠償を受けることにすべきであり、但し、権利を実際に行使する場合には、その権利を保護できる人や団体がこれを代わりに行使できるという理論です。

この理論は、1972年米国のChristopher Stoneが彼の著書である「Should Trees Have Standing?—Toward Legal Rights for Natural Objects」で初めて主張したもので、主な目的は、人間のような権利を自然物に認めるのではなく、どうすれば、自然物を法廷に立たせられるかということであって、自然物が危機に瀕することになったとき、保護を要求して裁判所に提訴できるシステムを作らなければならず、自然物は後見人を通じて自己の権利として当事者適格を持ち得ると主張しました。このような主張は、社会の各界に反響を呼び起こしましたが、Sierra v. Mutton事件で一Douglas判事により、少数意見の根拠ないし理論として言及されて注目を受けました。以後、このような訴訟は米国で度々提起されましたが、主に、絶滅危機動物保護法(Endangered Species Act)に関わる動物でした。ところが、このような訴訟の提起にあたり、単に動物のみを当事者とするのではなく、伝統的にこのような環境保護関連訴訟の当事者として認められてきた環境団体や個人当事者を原告に含めてきたため、敢えて米国の裁判所がこれを問題としなかった傾向がありました。例えば、以下で調

べるCetacean caseにおいても、やはり以下のPhaila事件を言及する際に、ある原告 が事件において適格を保有していないとしても、少なくとも1人以上の原告が適格を 持つ以上は裁判を進行できるところ、その理由は、大多数の原告の適格が事件で争わ れていないため、敢えてPhailaのように原告適格の有無の問題になる動物の適格に対 し、これを考慮させる私法的憂慮(jurisdictional concern)はないと述べています。 つまり、例外的な場合を除き、米国の裁判所は原告のうち当該訴訟を遂行できる資格 を持つ者がいる場合、敢えて自然物自体が原告の当事者適格を持つかどうかを問わず に済ませる傾向があると言えます。例えば、下記の写真に出てきたPalilaという鳥に 関連して、米国の裁判所は、「The Hawaiian Palila has legal status and wings its way into federal court as a plaintiff in its own right といって、特段の 疑問もなく、その鳥が訴訟を提起する資格があったかのように述べています。

(Palila v. Hawaii Department of Land and Natural Resources, 852F. 2d. 1106, 1107, 9th Cir. 1988)



<資料の出所: http://www.fws.gov/pacific/pacificislands/wesa/palila.html>

しかし、最近の米国裁判所は、動物など自然物の当事者適格や原告適格を問うよ りは法律上立法者や行政部が原告適格を認めようとする意図があったかどうかを重視 する判例を出しています。以下では次のような訴訟の例を挙げてみることに致します。 Cetacean Communityは、全世界の鯨、イルカ等の保護を目的とする団体であるところ、 米国の海軍が使用するSurveillance Towed Array Sensor System-Low Frequency Active sonar (SURTASS LFA)というシステムに関する事項です。このシステムは、い わゆる無声潜水艦を追跡する目的で水中に低周波を放出するように作られたシステム であるところ、原告側はこのようなシステムが鯨のような動物に対し、聴覚上損傷を 加え、過度な露出時に交尾や授乳のような生物学的に重要な行為を妨害すると主張し ました。このようなシステムの開発に関連して問題となった法令は、National Environmental Policy Act(NEPA), the Marine Mammal Protection Act(MMPA)及び Endangered Species Act(ESA)でした。Cetaceanは、大統領と国防省に上記システム の使用に必要な措置(例えば、National Marines Fisheries Serviceとこれを協議さ せ、NEPAの下の環境影響評価を施行する等の)を取るようにし、このような措置が取 り揃うまではその使用を禁じるよう申請しました。この事件は第1審では棄却措置と なり、控訴審でもやはりその結論を維持しました。

当該控訴審事件で米国裁判所は、上記のPalila判決を援用しながらも、議会と大

統領が訴訟を提起し得る人または法的組織体と同じように動物にもそのような権限を与える特別な措置を取ったことを意図したのであれば、動物はそのようにできるが、ESA、MMPA、NEPA等にそのような規定がない限り、適格を認めることはできないとしています。(The Cetacean Community v. G. W. Bush, President of United Sates of America; United States Court of Appeals for the Ninth Circuit;)

このように自然物そのものに対し、当事者適格ないし原告適格を認めようとする 試みに対して未だに冷淡であることが現実であり、単なるゴシップと思われており、 我々法曹人らもこのような問題を接するに当り、首をかしげるのが現実です。この事 件を以て、仮に判決文を作成してみろという試験を出せば、おそらく我々の中でこの 結論から抜け出す答案を作成する人はほとんどいないはずであります。そして、おそ らくサンショウウオ訴訟の場合もどのような結論が出るか99%予測することができま す。しかし、例えば、法人や自然人に対し、権利と義務の主体となり得ることを認め るまで長い歳月と多くの論争がありましたが、今となって誰も敢えてこれに対し疑問 を提起しようとはしません。もちろん、ありのまま自然にいるサンショウウオや黒ウ サギを社会に連れてきて法廷に座らせるのであれば、これは新聞記事に出そうな performanceにはなり得ますが、環境の破壊が深刻化し、千聖山の小川のほとりに何 ら生命もなく、寂莫だけ漂い、奄美大島に遊びに行っても、森の中には人々のみが行 き来する現実が万一起るとすれば、人々はサンショウウオや黒ウサギを見ることさえ できれば、法廷にまで連れてくるかも知れません。このような点から、我々は環境関 連の法理論の解釈と発展においても、より積極的な立場を堅持しなければならないか も知れません。しかし、やはりそれが環境関連の分野であるため、法的に受け容れら れない理論の無分別な乱立になることもできません。法律家はこのような事項を調和 させていくべき必要があり、どの立場に立つにせよ、我らが成すべき使命であると言 えます。我々が環境により関心を持ち、自然により愛情を持って法を解釈し、法を皆 に知らせなければ、これからサンショウウオや黒ウサギのみならず、空を飛ぶキタタ キやクマタカも、森の中のムササビやヤマネも全て消えてしまい、我々には判決文の 敗訴した原告の名前としてのみ残り、記憶されるかも知りません。特に、奄美のcase に関連して、日本の藤原猛爾弁護士先生はこれに関連して克服すべき課題は、法学方 法論に関連して、実証主義、価値相対主義、価値論のない価値判断論、原則のない利 益考量論という法学を支配してきつつあるドグマが自然破壊を許容する免罪符を与え ることに対し、奄美のcaseはこのような方法論を克服するためのものであると述べら れています。(「奄米自然の権利訴訟を語る」-藤原猛爾-http://www.jelfjustice.org/newsletter/contents/amamiall.html)

全て傾聴されるべきお言葉です。我々はこの席に集まり、お互いの国で起きたことについて考えています。このような席を通じて、改めて法律家として自分の信念を尊重し、他人の理論を尊重しながら、また自分と同じ考え方を持ち、或いは自分とは反対の考え方を持つ人々が国境を越えて存在するという事実を知り、人と人の間を越えて人と自然までも思いやる心を持ちたいと考えます。龍坪の空をご覧になって下さい。龍坪の森の中を見回してください。どこかに未来の原告が息を堪えながら、法廷に行かなければならないその日を恐れているかも知れません。

도롱뇽과 흑토끼

金·張 法律事務所 辯護士 宋 在 雨(서울地方辯護士會)

2004년 4월 28일 대한민국의 울산지방법원에서는 천성산에서 서식하는 도롱뇽과 그 대변인임을 자처하는 "도롱뇽의 친구들" 이라는 환경단체가 제기한 천성산에서의 서울부산간 고속철도의 터널공사착공금지가처분에 대하여 판결이 있었습니다. 문제가 된 도롱뇽은 소위 꼬리치레도롱뇽인 데, 본래의 도롱뇽에 비해 몸이 가늘고 꼬리가 특히 길어 성체의 경우 몸길이의 절반 이상에 달하는 도롱뇽으로서 갈색 바탕에 노란색의 반점이 머리에서 꼬리 끝까지 흩어져 있고, 일반도롱뇽은 경작지 주변의 계류에 서식하며 비교적 수질 오염에 강한데 반하여 꼬리치레도롱뇽은 수온이 차고 용존 산소량이 풍부한 산간 계류의 샘물 솟는 곳에 서식하며, 노랗게 잘 익은 둥근 옥수수 알갱이처럼 생긴 알에서 부화하고도 1년 이상 차가운 물 속에서 유생기를 보내는 특성이 있어 이와 같은 특성상 그 서식하는 주변의 수량과 수질이 매우 중요하게 작용한다고 합니다. 이하에서는 편의상 꼬리치레도롱뇽이라는 이름대신 줄여서 단수히 도롱뇽이라고만 하기로 합니다.



<자료 출전: http://www.cheonsung.com/>

도롱뇽과 관련된 이 문제는 서울과 부산사이의 놓여지는 고속철도와 관련하여 경상남도 양산의 원효산으로부터 천성산을 관통하여 정족산으로 통과하여 터널을 개통하도록 공사를 하게 되었는 바, 당해 터널이 길이 13.5㎞의 장대터널로서 천성산 구간에는 단면적 107㎡, 노반너비 14㎞, 높이 8㎜의 주터널 이외에도 공사의 편의와 보조

터널로 활용될 3개의 사갱이 추가적으로 건설될 예정이어서 터널이 완성되는 경우에는 다량의 지하수가 유출되고, 계곡 및 습지가 말라 파괴되어 결국 도롱뇽의 생존에 치명적인 영향을 미칠 가능성이 높다고 신청인들이 주장하여 이와 같은 공사의 착공을 금지하고자 가처분을 신청하였던 것입니다. 그런데, 1심법원은 특히 도롱뇽에 대하여는 "대한민국 민사소송법 제51조는 당사자능력에 관하여 민법과 그 밖의 법률에 따르도록 규정하고 있고, 동법 제52조는 대표자나 관리인이 있는 경우 법인아닌 사단이나 재단에 대하여도 소송상의 당사자능력을 인정하고 있으나, 자연물인 도롱뇽 또는 그를 포함한 자연 그 자체에 대하여는 현행법의 해석상 당사자능력을 인정할만한 근거를 찾을 수 없다"고 하여 그 신청을 부적법각하하였습니다. 아울러 동 결정에서는 환경단체에 대하여도 사법상의 권리가 없다는 이유로 이를 기각하였습니다. 위 1심판결에 대하여는 항고가 이루어졌으나, 2004년 11월 29일 항고심에서도 도롱뇽에 대하여 1심의 판결을 유지하는 내용의 판결이 내려져 (2004라41 공사착공금지가처분, 2004라42(병합) 공사착공금지가처분) 다시 재항고가 제기되었습니다. 재항고이유의 주된 내용은 다음과 같습니다.

- 자연물인 도롱뇽 또는 그를 포함한 자연 그 자체에 대하여 당사자능력을 인정하는 현행법률이 없고, 이를 인정하는 관습법도 존재하지 아니하므로 도롱뇽은 당사자능력이 없다고 함에 대하여 민사소송법 제51조 및 52조와 "헌법, 자연환경보전법, 환경정책기본법, 각종 국제법이나 국제규약)의 규정에 의하여 자연 혹은 자연물에게도 소송을 수행할 당사자능력이 있다. 이와 관련하여 각종 국제법이나 국제규약으로서 세계자연헌장, 리오선언, 산림원칙성명, 생물다양성에관한협약등을 언급하고 있습니다.
- 대한민국의 환경분쟁조정법은 소정의 요건을 갖춘 환경단체는 중대한 자연생 태계파괴로 인한 피해가 발생하였거나, 발생할 위험이 현저한 경우에는 환경 분쟁조정위원회의 허가를 받아 분쟁당사자를 대리하여 조정을 신청할 수 있다 라고 하고 있다. 따라서 도롱뇽의 친구와 같은 환경단체에 대하여는 자연생태 계의 파괴등 일정한 경우, 소송수행능력 내지 나아가 원고적격성을 인정할 여 지를 남겨둠으로써 자연이나 자연물, 생물종의 보호를 위하여 단체소송이나 시민소송의 길을 열어주고 있는 것으로 보아야 한다.

이제, 위 사건은 대법원의 판결을 기다려야 하겠지만 도롱뇽이 자신의 권리를 법정에 서서 주장하고 인정받을 그런 순탄한 결과를 맞이하게 될 지는 의문이 있습니다.

그럼, 다른 나라는 어떨까요?

일본 가고시마현에서 아마미의 흑토끼의 이름으로 가고시마현의 아마미오오시마 (奄美大島) 골프장 개발과 관련하여 임지개발허가처분을 다투는 소송이 1995년 2월 23일 제기되었습니다.

그 소송은 아마미 흑토끼, 오오토라개똥지바퀴(オオトラッグミ), 아마미산도요새 (アマミヤマシギ), 루리어치 (ルリカケス)의 4종의 동물이름을 가진 의인화된 주민 4명을 포함한 아마미 주민 5명, 외지인 17명을 원고로 하여 가고시마현의 지사를 상대로 한 사건인데 원고들은 자연의 법적 가치, "자연의 권리",

자연향유권에 의거하여 아마미의 생물개체군, 개발대상지역의 생태계에 관계하는 것

자체로부터 원고적격을 뒷받침해주는 법적 가치/이익이 나온다고 주장하였고 원고들 중의 사람들은 아마미 자연의 가치를 대변하는 대변자라고 주장하였습니다.



<자료 출전: http://www.amami.co.jp/species/mammals/main.htm>

이 소송은 2001년 1월 22일 가고시마지법에서 원고적격을 결여로 소를 각하했습니다. 이 판결에서는 일본국의 법제도는 권리와 의무의 주체를 개인(자연인)과 법인에 한하여 인정하는 것이고 동식물내지 산림의 자연은 그것이 여하하게 인류에 대하여 희소가치를 가지는 귀중한 존재임에는 틀림이 없으나 그것만으로는 권리의 객체나 주체가 된다고 할 수 없다고 하고 있습니다. (H13.01.22 鹿児島地方裁判所 平成7年(行ウ) 第1号 行政処分無効確認及び取消請求事件)이 소송과 관련하여 2002년 3월 19일 항소심에서도 항소각하판결이 내렸습니다만, 원고측이 상소하지 아니하여 확정되었습니다. 아마 상소하였어도 결과은 나름대로 예측하지 아니할 수 있지 아니한가 합니다.

이와 같은 도롱뇽이나 흑토끼가 인간과 같이 고유한 생존의 권리를 가지고 있다는 이론은 소위 "자연의 권리"라는 이론에 기초하고 있습니다., 이 이론에 의하면 국가나법인, 학교, 선박등과 같은 비인격체들이 권리의 주체가 될 수 있는 것처럼 자연이나자연물 중 소위 inanimate objects 들 역시 법적 권리를 보유할 수 있고 그 권리가 침해되면 방해배제, 원상회복, 손해배상을 받을 수 있도록 하여야 하고, 다만 권리를 실제로 행사하는 경우에는 그 권리를 보호할 수 있는 사람이나 단체가 이를 대신 행사하여 줄 수 있다는 이론입니다.

이 이론은 1972년 미국의 Christopher Stone 이 처음 그의 저서인 "Should Trees Have Standing? – Toward Legal Rights for Natural Objects" 에서 주장한 것으로서, 주된 목적은 인간과 같은 권리를 자연물에게 인정하는 것이 아니라 어떻게 하면 자연물을 법정에 세울 수 있을까 하는 것으로서 자연물이 위기에 처하게 되었을 때, 보호를 요구해서 법원에 제소할 수 있는 시스템을 만들어야 하고, 자연물은 후견인을 통해서 자기의 권리로서 당사자 적격을 가질 수 있다고 주장하였습니다. 이러한 주장은 사회 각계에 반향을 일으키다 Sierra v. Mutton 사건에서 – Douglas 판사에 의하여 소수의견의 근거내지 이론으로 언급되어 주목을 받았습니다. 이후 이와 같은 소송들은 미국에서 종종 제기되었는 바 있는데 주로 멸종위기동물보호법 (Endangered Species Act)와 관련된 동물들이었습니다. 그런데 이와 같은 소송의 제기에 있어 단순히 동물만을 당사자로 삼는 것이 아니고, 전통적으로 이와 같은 환경보호관련 소송

의 당사자로 인정되어 오던 환경단체나 개인당사자를 원고에 포함시켜 왔기 때문에 굳이 미국 법원이 이를 문제삼지 아니하였었던 경향이 있었습니다. 예를 들어 아래에서 살피는 Cetacean case 에서도 역시 아래 Phaila 사건을 언급하면서 어느 원고가 사건에 있어서 적격을 보유하지 못하였다고 하더라도 적어도 1인 이상의 원고가 적격을 가진 이상 재판을 진행할 수 이는 바, 그 이유는 대다수의 원고의 적격이 사건에서 다투어지지 아니하였으므로 굳이 Phaila 와 같이 원고적격을 가졌는 지 문제가 되는 동물의 적격에 대하여 이를 고려하도록 할 사법적 우려 (jurisdictional concern) 이 없다고 이야기하고 있습니다. 즉 예외적인 경우를 제외하고 미국 법원은 원고중 당해 소송을 수행할 수 있는 자격을 가진 자가 있는 경우 굳이 자연물 자체가 원고의 당사자 적격을 가지는 지 여부를 따지지 아니하고 넘어가버리는 경향이 있다 할 것입니다. 예를들어 아래 사진에 나온 Palila 라는 새와 관련하여 미국법원은 "The Hawaiian Palila has legal status and wings its way into federal court as a plaintiff in its own right" 이라고 하여 별 의문 없이 당해 새가 소송을 제기할 자격이 있는 것처럼 이야기하고 있습니다. (Palila v. Hawaii Department of Land and Natural Resources, 852 F.2d. 1106, 1107, 9th Cir. 1988)



<자료 출전: http://www.fws.gov/pacific/pacificislands/wesa/palila.html>

그러나 최근의 미국 법원은 동물등 자연물의 당사자 적격이나 원고적격을 따지기 보다는 법률상 입법자나 행정부가 원고적격을 인정하려는 의도가 있었는 지를 중시하 는 판례를 내놓고 있습니다. 아래에서는 다음과 같은 소송의 예를 들어보기로 합니다. Cetacean Community 는 전세계의 고래, 돌고래등의 보호를 목적으로 하는 단체인 바. 미국 해군이 사용하는 Surveillance Towed Array Sensor System - Low Frequency Active sonar (SURTASS LFA) 라는 시스템과 관련된 사항입니다. 이 시스템은 소위 無聲잠수함을 추적해낼 목적으로 수중으로 저주파를 방출하도록 만들 어진 시스템인 바, 원고측은 이와 같은 시스템이 고래와 같은 동물에 대하여 청각상 손 상을 가하고, 과다한 노출시 짝짓기나 수유와 같은 생물학적으로 중요한 행위를 방해 한다고 주장하였습니다. 이와 같은 시스템 개발과 관련하여 문제가 된 법령은 National Environmental Policy Act (NEPA), the Marine Mammal Protection Act (MMPA), 및 Endangered Species Act (ESA)이었습니다. Cetacean 은 대통령과 국 방성에 위 시스템의 사용에 필요한 조치(예를 들어 National Marines Fisheries Service 와 이를 협의하게 하고 NEPA 하의 환경영향평가를 시행하는 등의)를 취하게 하고, 이러한 조치가 갖추어질때까지는 그 사용을 금하도록 신청하였습니다. 이 사건 은 1심에서는 기각조치되었고 항소심에서도 역시 그결론을 유지하였습니다.

당해 항소심사건에서 미국 법원은 위 Palila 판결을 원용하며서도 의회와 대통령이 소송을 제기할 수 있는 사람 또는 법적 조직체와 마찬가지로 동물에게도 그와 같은 권한을 부여하는 특별한 조치를 취하였음을 의도하였다면 동물들은 그렇게 할 수 있지만 ESA, MMPA, NEPA 등에 그와 같은 규정이 없는 한 적격을 인정할 수 없다고 하고 있습니다. (THE CETACEAN COMMUNITY v. G.W. Bush, President of United Sates of America; United States Court of Appeals for the Ninth Circuit;)

이와 같이 자연물 자체에 대하여 당사자적격내지 원고적격을 인정하려는 시도에 대하여 아직도 냉담한 것이 현실이며, 단순한 가쉽거리로 여겨지고 있으며, 우리 법조 인들도 이와 같은 문제를 접함에 있어서 고개를 갸웃거리는 것이 현실입니다. 이 사건 을 가지고 만약 판결문을 작성하여 보라는 시험을 내면 아마 우리 모두 중 이 결론에서 벗어나는 답안을 작성할 사람은 거의 없을 것입니다. 그리고 아마 도롱뇽 소송도 분 명 지금으로서는 어떤 결론이 날지 99% 예측할 수는 있습니다. 하지만 예를 들어 법 인에 대하여 자연인에 대하여 권리와 의무의 주체가 될 수 있음을 인정하기까지 많은 세월과 논쟁이 있었었으나 지금에 와서 누구도 굳이 이에 대하여 의문을 제기하고자 하지 아니합니다. 물론 곧이곧대로 자연에 있는 도롱뇽이나 흑토끼를 사회로 데리고 나와 법정에 앉힌다면 이는 신문기사에 나올법한 performance 가 될 수도 있지만, 환경의 파괴가 심각해지고 천성산 개울가에 아무런 생명도 없이 적막만이 감돌고, 아 마미오오시마에 놀러가도 숲속에는 사람들만이 왔다 갔다만 하는 현실이 만일 일어난 다면, 사람들은 도롱뇽이나 흑토끼를 볼 수만 있다면 법정에까지 데리고 나와서 세울 려고 할 지도 모릅니다. 이러한 점에서 우리는 환경과 관련된 법이론의 해석과 발전에 있어서도 보다 적극적인 입장을 견지하여야 할 지도 모릅니다. 그러나 역시 그것이 환경관련 분야이기때문에 법적으로 받아들여질 수 없는 이론의 무분별한 난립장이 될 수도 없을 것입니다. 법률가는 이러한 사항들을 조화시켜나가야 할 필요가 있으며 어 느쪽 입장에 서거나 우리가 하여야 할 사명이라고 할 것입니다. 우리가 환경에 보다 관심을 가지고 자연에 보다 애정을 가지고 법을 해석하고 법을 모든 이에게 알리지 아 니하면 이제 도롱뇽이나 흑토끼뿐만 아니라 하늘을 나는 크낙새나 クマタカ 도. 숲속 의 하늘다람쥐나. ヤマネ도 모두 사라져버려 우리에게는 판결문의 패소한 원고 이름만 으로 남고 기억될 지도 모릅니다. 특히 아마미 case 와 관련하여 일본의 藤原猛爾 변 호사 선생은 이와 관련하여 극복하여야 하는 과제는 법학방법론과 관련하여 실증주 의, 가치상대주의, 가치론없는 가치판단론, 원칙없는 이익고량론이라고 하는 법학을 지배하여 오고 있는 도그마가 자연파괴를 허용하는 면죄부를 부여하는 것에 대하여 아 마미 case 는 이와 같은 방법론을 극복하고자 하기 위한 것이라고 하고 계십니다. ("奄美 自然の権利訴訟を語る" - 藤原猛爾 -

http://www.jelf-justice.org/newsletter/contents/amamiall.html)

모두 경청하여 볼 만한 말씀입니다. 우리는 이 자리에 모여 서로의 나라에서 일어 난 일에 대하여 생각해보고 있습니다. 이러한 자리를 통하여 한번 법률가로서 자신의 신념을 존중하고 또 다른 사람의 이론을 존중하면서 또한 자신과 같은 생각을 하거나 혹은 자신과 반대되는 생각을 하는 사람들이 국경을 넘어 존재한다는 사실을 알고, 사 람과 사람사이를 넘어 사람과 자연까지도 고려하는 마음을 가지면 좋겠습니다. 용평 의 하늘을 보시기 바랍니다. 용평의 숲속을 살펴보시기 바랍니다. 어딘가에 미래의 원 고가 숨을 죽이면서 법정에 나가야 할 그날을 두려워 하고 있을 지 모릅니다. 第三者との間で会社の営業の移転等に関する協議を行うことなどの差止め を求める仮処分命令の申立てについて保全の必要性を欠くとされた事例

2005年5月28日

北浜法律事務所

弁護士 中西 敏彰(大阪弁護士会)

1 判例情報

最高裁平成 16 年 8 月 30 日第三小法廷決定(判例時報 1872 号 28 頁、金融法務事情 1727 号 78 頁、金融·商事判例 1199 号 6 頁)

平成 16 年(許)第 19 号情報提供又は協議禁止仮処分決定認可決定に対する抗告 審の取消し決定に対する許可抗告事件

2 事実関係

2004. 5. 21 抗告人(債権者)住友信託銀行(以下「住信」という。)と相手方(債務者) UF Jホールディング外 2 社(以下「UF Jグループ」という。)との間で、UF Jグループから住信に対するUF J信託銀行の営業の移転等からなる事業再編及び業務提携に関する基本合意書締結。

基本合意書 12 条 (誠実協議)

各当事者は、本合意書に定めのない事項若しくは本合意書の条項について疑義が生じた場合、誠実にこれを協議するものとする。また、各当事者は、直接又は間接を問わず、第三者に対し又は第三者との間で本基本合意書の目的と抵触しうる取引等にかかる情報提供・協議を行わないものとする。

※本件条項に違反した場合の制裁、違約罰についての定めは存しない

- 2004.7.14 UFJグループは住信に対して、基本合意の解約を通告 三菱東京フィナンシャルグループ(以下「MTFG」という。) との間で経営統合に関する協議を開始。
- 2004.7.16 MTFGとUFJグループとの統合発表 住信が、東京地裁に対し、UFJ信託銀行の本件対象営業等の第 三者への移転などに関する情報提供または協議を行うことの差止 めを求める本件仮処分命令の申立て
- 2004.7.27 東京地裁、本件仮処分命令の申立てを認容する決定
- 2004.8.4 東京地裁、本件仮処分決定を認可する旨の決定
- 2004.8.6 三井住友フィナンシャルグループ(以下「三井住友FG」という。)、UFJホールディングス及びUFJ銀行に対して「経営統合に関するご提案」を送付

- 2004.8.11 東京高裁、東京地裁の各決定を取消し、本件仮処分命令の申立を 却下する旨の決定
- 2004.8.12UFJグループ、MTFGとの間で経営統合に関する基本合意締結
- 2004.8.17 東京高裁、住信の抗告許可申立について許可決定
- 2004.8.24 三井住友FG、UFJに対等統合提案
- 2004.8.30 最高裁、住信の抗告を棄却決定

3 主要争点

- ・独占交渉権の権利性とその消滅
- ・ 差止め請求権の存否
- ・保全の必要性

4 決定要旨

- (1) 被保全権利について
 - ・本件条項に基づく債務、すなわち、本件条項に基づき抗告人(住信)及び相手 方ら(UFJグループ)が負担する不作為義務が消滅したか否かについてみる に、…今後、抗告人と相手方らが交渉を重ねても、社会通念上、上記の最終的 な合意が成立する可能性が存しないと判断されるに至った場合には、本件条項 に基づく債務も消滅するものと解される。
 - ・現段階では、抗告人と相手方らとの間で、本件基本合意に基づく本件協働事業 化に関する最終的な合意が成立する可能性は相当低いといわざるを得ない。し かし、本件の経緯全般に照らせば、いまだ流動的な要素が全くなくなってしま ったとはいえず、社会通念上、上記の可能性が存しないとまではいえないもの というべきである。そうすると、本件条項に基づく債務は、いまだ消滅してい ないものと解すべきである。
- (2) 保全の必要性について
 - ・相手方らが本件条項に違反することにより抗告人が被る損害については、…抗告人と相手方らとの間で本件協働事業化に関する最終的な合意が成立するとの期待が侵害されることによる損害とみるべきである。…事後の損害賠償によっては償えないほどのものとまではいえないこと、…最終的な合意が成立する可能性は相当低いこと、…相手方らの被る損害は、相手方らの現在置かれている状況からみて、相当大きなものと解されること等を総合的に考慮すると、暫定的に、相手方らが抗告人以外の第三者との間で前記情報提供又は協議を行うことを差し止めなければ、抗告人に著しい損害や急迫の危険が生ずるものとはいえず、本件仮処分命令の申立ては、上記要件を欠くものというべきである。

5 コメント

当該最高裁の決定の意義は、これまでM&Aにおける基本合意書、特に独占交渉権について初めて最高裁による決定がなされたということにある。

しかし、以下のような批判も存在する。

まず、被保全権利については、最高裁の判断は、契約法における検討のみで、M &Aにおける会社法の視点を欠いているという点である。

具体的には、取締役が当該独占交渉権の合意をすることが、UFJグループの株主の意思決定権を阻害しないかという観点からの検討が欠如しているという点である。

この点、アメリカのデラウェア州の最高裁は、M&Aにおいて競合する二社が買収提案を行ったという事案において、敵対的買収におけるユノカル判決と同様に、通常の経営判断原則よりも厳格な、二段階の精査の対象となると判断している。

すなわち、取締役は、①敵対的買収提案により、会社の方針や効率性に脅威が発生したと信ずることに合理的な理由があること、②均衡の要件、すなわち当該防衛策が脅威との関係で合理的に関連する範囲にとどまること、を立証しなければならないとしている。

そして、均衡の要件を充たすには、当該防衛策が抑圧的ないし排除的であっては ならないとした。

本件UFJの事案においても、二年近くに及び独占交渉権の付与が株主にとって有利な他の提案が出てきた場合に、その検討ができないということでは株主利益を害するのではないかという観点が必要ではなかったかという指摘がなされている。特にUFJグループのような公開会社においては、株主保護の観点は重要といえよう。

次に、保全の必要性に関しては、その要求される著しい損害は、金銭的損害額の 多寡に限られず、金銭による賠償では償い得ないものがあるから、損害の額だけで なく損害の質も検討する必要がある、すなわち、経営統合が不可能になるという住 友信託銀行に生ずる非金銭的損害や急迫の危険に配慮しなければならないという批 判である。

このように、最高裁の決定は、様々な批判があるが、本格的なM&A時代が到来 したといわれる日本において、今後、様々な議論が尽くされることを期待する。

6 参考

- (1) 原審(東京高裁)要旨
 - ・基本合意書第 12 条第 2 文は、法的拘束力を有し、差止請求権発生の根拠となりうる。
 - ・抗告人ら(UFJグループ)が相手方(住信)に対し平成16年7月14日付で した解約の通知は、法的な根拠を有しているとは認められない。
 - ・遅くとも審理終結日である平成16年8月10日の時点において、本件合意のうち少なくとも本件条項については、その性質上、将来に向かってその効力を失ったものと解するのが相当であり、現時点において差止請求権を認める余地はない。

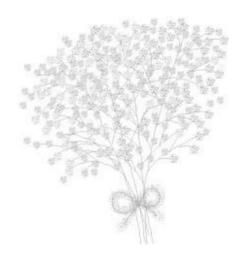
(2) 第1審(東京地裁)要旨

- ・本件条項は、独占交渉義務の趣旨、本件条項の文言、締結の経緯等に照らして、 法的拘束力を有するものと認められる。
- ・本件条項は、当事者に不作為義務を課する内容の契約であり、債権者(住信)は、これに基づき、債務者ら(UFJグループ)の違反行為の差止めを裁判上求めることが出来る。
- ・債務者らの本件条項に違反する行為によって債権者の受ける可能性のある損害ないし危険は極めて大きいと認められ、本件仮処分によって被る可能性のある不利益を考慮しても、本件仮処分を発令する必要性(保全の必要性)を肯定することが出来る。

(3) 基本事件(東京地裁)要旨

- ・一般に、当事者間で権利義務を定めた一定の合意内容を証する書面が作成された場合には、特段の事情がない限り、当事者は当該合意内容に拘束される意思を有していたと推認するのが相当である。
- ・基本合意書の独占交渉権を定めた条項は、原案を債権者(住信)側が作成し、 債務者UFJホールディングスの顧問弁護士による検討、債権者及び債務者U FJホールディングスの各担当者による修正等を経て、最終的には債権者及び 債務者ら(UFJグループ)の各代表取締役の記名押印によって締結されたも のであることに鑑みれば、法的拘束力を有するものと認められる。
- ・本件基本合意書の独占交渉権を定めた条項は、債権者が一定期間、第三者の介入なく、債務者らとの交渉を行いうる権利を保障したものであって、債務者らの行為によりこれが侵害され、債務者らが第三者との統合交渉を実施した場合には、債権者に著しい損害又は急迫の危険が生じることは明らかであり、これを避けるため、本件仮処分を発令する必要性がある。

以上



제 3 자와의 사이에서 회사의 영업 이전 등에 관한 협의를 행하는 것 등의 금지를 구하는 가처분 명령의 신청에 대해서 보전의 필요성을 결여한다고 여겨진 사례

2005년 5월 28일

北浜(키타하마)법률사무소

변호사 中西 敏彰(나카니시 토시아키)(오사카 변호사회)

1. 판례정보

최고재판소 평성 16(2004)년 8 월 30 일 제 3 소법정 결정 (판례시보 1872 호 28 페이지, 금융법무사정 1727 호 78 페이지, 금융·상사판례 1199 호 6 페이지)

2004년(허)제 19호 정보제공 또는 협의금지가처분 결정 인가 결정에 대한 항고심의 취소결정에 대한 허가 항고 사건

2. 사실관계

2004.5.21

항고인(채권자)스미토모신탁은행 (이하 '스미토모'라고 한다.)과 상대방(채무자)UF J 홀딩 외 2 사 (이하 'UF J 그룹'이라고 한다.)와의 사이에서, UF J 그룹으로부터 스미토모에 대한 UF J 신탁은행의 영업의 이전 등으로 이루어지는 사업재편 및 업무제휴에 관한 기본합의서 체결.

기본합의서 12조 (성실협의)

각 당사자는 본 합의서에서 정하지 않은 사항 혹은 본 합의서의 조항에 대해서 의문이 생겼을 경우, 성실하게 이것을 혐의하기로 한다.또한, 각 당사자는, 직접 또는 간접을 막론하고, 제 3 자에 대하여 또는 제 3 자와의 사이에서 본 기본합의서의 목적과 저촉될 수 있는 거래 등에 관련되는 정보제공·협의를 행하지 않기로 한다.

※ 본건 조항에 위반했을 경우의 제재, 위약벌칙에 관한 규정은 존재하지 않는다.

- 2004.7.14 UFJ그룹은 스미토모에 대하여, 기본합의의 해약을 통고 미쓰비시 도쿄 파이낸셜 그룹 (이하 'MTFG'라고 한다.)과의 사이에서 경영 통합에 관한 협의를 시작.
- 2004.7.16 MTFG과 UFJ그룹과의 통합 발표 스미토모가 도쿄지방재판소에 대하여, UFJ신탁은행의 본건 대상영업 등의 제 3 자에의 이전 등에 관한 정보제공 또는 협의를 행하는 것의 금지를 구하는 본건 가처분 명령의 신청
- 2004.7.27 도쿄지방재판소, 본건 가처분 명령의 신청을 인용하는 결정 2004.8.4 도쿄지방재판소, 본건 가처분 결정을 인가하는 취지의 결정
- 2004.8.6 미쓰이 스미토모 파이낸셜 그룹 (이하 '미쓰이 스미토모F G'라고한다.), UF J홀딩스 및 UF J은행에 대하여 '경영 통합에 관한제안'을 송부

2004.8.11 도쿄고등재판소, 도쿄지방재판소의 각 결정을 취소하고, 본건

가처분 명령의 신청을 각하하는 취지의 결정

2004.8.12 UFJ그룹, MTFG과의 사이에서 경영 통합에 관한 기본합의 체결

2004.8.17 도쿄고등재판소, 스미토모의 항고 허가 신청에 대해 허가 결정

2004.8.24 미쓰이 스미토모FG, UFJ에 대등 통합 제안

20004.8.30 최고재판소, 스미토모의 항고를 기각 결정

3. 주요쟁점

·독점 교섭권의 권리성과 그 소멸

·금지 청구권의 존부

·보전의 필요성

4. 결정 요지

(1) 피보전 권리에 대해서

·본건 조항에 근거하는 채무, 즉, 본건조항에 근거하여 항고인 (스미토모) 및 상대방들 (UFJ그룹)이 부담하는 부작위의무가 소멸했는지 여부에 대해서 보면, …금후, 항고인과 상대방들이 교섭을 거듭해도, 사회통념상, 상기의 최종적인 합의가 성립할 가능성이 없다고 판단되기에 이르렀을 경우에는, 본건 조항에 근거하는 채무도 소멸하는 것이라고 해석된다.

• 현 단계에서는, 항고인과 상대방들과의 사이에서, 본건 기본합의에 근거하는 본건 협동사업화에 관한 최종적인 합의가 성립할 가능성은 상당히 낮다고 하지 않을 수 없다. 그러나, 본건의 경위 전반에 비추면, 아직 유동적인 요소가 완전히 없어졌다고는 할 수 없고, 사회통념상, 상기의 가능성이 존재하지 않는다고 까지는 말할 수 없다고 해야 한다. 그렇다면, 본건 조항에 근거하는 채무는, 아직 소멸하지 않았다고 해석해야 한다.

(2) 보전의 필요성에 대해서

상대방들이 본건조항을 위반함으로써 항고인이 받은 손해에 대해서는, …항고인과 상대방들과의 사이에서 본건 협동사업화에 관한 최종적인 합의가 성립할 것이라는 기대가 무산된 것에 의한 손해라고 해석해야 한다.…사후의 손해 배상에 의해서는 변상할 수 없는 정도라고 할 수는 없다는 점, …최종적인 합의가 성립할 가능성이 상당히 낮다는 점, …상대방들이 받을 손해는, 상대방들의 현재 놓여져 있는 상황으로부터 상당히 크다고 해석되는 점 등을 종합적으로 고려하면, 잠정적으로 상대방들이 항고인 이외의제 3 자와의 사이에서 전기 정보제공 또는 협의를 실시하는 것을 금지하지 않으면 항고인에게 현저한 손해나 급박한 위험이 생긴다고 말할 수 없기때문에, 본건 가처분 신청은 상기 요건을 충족하지 못하고 있다고 보아야한다.

5. 코멘트

위 최고재판소의 결정의 의의는, 지금까지 M&A 에 있어서의 기본합의서, 특히 독점 교섭권에 관해서 처음으로 최고재판소가 결정을 내렸다는 것에 있다. 그러나, 하기와 같은 비판도 있다.

우선, 피보전권리에 대한 최고재판소의 판단이 단지 계약법적 측면에서의 검토만으로 이루어졌고, M&A 에 있어서의 회사법적 측면에서의 검토는 이루어지지 않았다는 점이다.

구체적으로는, 이사가 해당 독점 교섭권의 합의를 하는 것이 UFJ 그룹 주주의 의사결정권을 저해할 우려가 없는가 하는 관점에서의 검토가 이루어지지 않았다는 점이다.

그런데, 미국 델라웨어주 최고재판소는 M&A 에서 경합하는 2 회사들이 매수 제안을 한 사안에 있어서, 적대적 매수에서의 유노칼 판결과 같이 통상적인 '경영 판단의 원칙'보다도 엄격한 2 단계의 정밀한 조사 대상이 된다고 판단하고 있다.

즉, 이사는 ①적대적 매수 제안에 의해 회사의 방침이나 효율성에 위협이 발생했다고 믿는 것에 합리적인 이유가 있다는 사실, ②균형의 요건, 즉 당해 방위책이 위협과의 관계에서 합리적으로 관련이 있는 범위에 속한다는 사실을 입증하지 않으면 안 된다고 한다.

그리고 균형의 요건을 충족하기 위해서는 해당 방위책이 억압적 또는 배제적으로 이루어져서는 안 된다고 한다.

본건 UFJ 의 사안에 있어서도 2 년 가까이에 이르러, 독점 교섭권의 부여가 주주에 있어서 유리한 다른 제안이 나왔을 경우에 그 검토를 못한다고 하는 것으로는 주주의 이익에 해를 끼칠 우려가 없을지에 대한 검토가 필요하지 않았을까 하는 지적이 있다.

특히 UFJ 그룹과 같은 공개 회사에 있어서는 주주보호의 문제는 중요하다고 말할 수 있을 것이다.

다음으로 보전의 필요성에 관해서, 요구되는 현저한 손해는 금전적 손해액의 다과에 한정하지 않고, 금전에 의한 배상만으로 변상할 수 없는 것이 있기때문에, 손해의 금액뿐만 아니라 손해의 질도 검토할 필요가 있다. 즉 경영통합이 불가능해진다고 하는 미토모신탁은행(住友信託銀行)에 생기는 비금전적손해나 급박한 위험을 배려하지 않으면 안 된다고 하는 비판이다.

이와 같이 최고재판소의 위 결정에 대해서, 여러 가지 비판이 있지만 본격적인 M&A 시대가 도래했다고 할 수 있는 일본에 있어서 앞으로 여러 가지 논의가 이루어질 것을 기대한다.

6. 참고

- (1) 원심(도쿄고등재판소)요지
 - 기본합의서 제 12 조 제 2 문은 법적 구속력을 갖고 금지청구권 발생의 근거가 될 수 있다.
 - 항고인들 (UFJ그룹)이 상대방(스미토모)에 대하여 2004년 7월 14일자로 행한 해약의 통지는, 법적인 정중한 편지의 성격을 갖고 있다고는 인정되지 않는다.
 - 늦어도 심리 종결일인 2004 년 8 월 10 일의 시점에 있어서, 본건 합의

중에 적어도 본건 조항에 대해서는 그 성질상 장래를 향해 그 효력을 잃었다고 해석하는 것이 상당하며, 현시점에 있어서 금지청구권을 인정할 여지는 없다.

(2) 제 1 심 (도쿄지방재판소)요지

- 본건 조항은, 독점 교섭 의무의 취지, 본건 조항의 문언, 체결의 경위 등에 비추어, 법적 구속력을 갖는 것이라고 인정된다.
- 본건 조항은, 당사자에게 부작위의무를 부과하는 내용의 계약이며, 채권자(스미토모)는 이것에 근거하여 채무자들 (UFJ그룹)의 위반행위의 금지를 재판상 요구할 수 있다.
- •채무자들의 본건 조항에 위반하는 행위에 의해 채권자가 받을 가능성이 있는 손해 내지 위험은 지극히 크다고 인정되며, 본건 가처분에 의해 입을 가능성이 있는 불이익을 고려해도, 본건 가처분을 발령할 필요성(보전의 필요성)을 긍정할 수 있다.

(3) 기본사건(도쿄지방재판소)요지

- 일반적으로 당사자간에 권리의무를 정한 일정한 합의 내용을 증명하는 서면이 작성되었을 경우에는, 특별한 사정이 없는 한, 당사자는 해당 합의 내용에 구속되는 의사를 갖고 있었다고 추인하는 것이 상당하다.
- •기본합의서의 독점 교섭권을 정한 조항은, 원안을 채권자(스미토모)측이 작성하고, 채무자UF J홀딩스의 고문변호사에 의한 검토, 채권자 및 채무자UF J홀딩스의 각 담당자에 의한 수정 등을 거쳐, 최종적으로는 채권자 및 채무자들 (UF J그룹)의 각 대표이사의 기명 날인에 의해 체결된 것이라는 것에 비추어 보면, 법적 구속력을 갖는다고 인정된다.
- •본건 기본합의서의 독점 교섭권을 정한 조항은, 채권자가 일정 기간, 제 3 자의 개입 없이, 채무자들과의 교섭을 행할 수 있는 권리를 보장한 것이며, 채무자들의 행위에 의해 이것이 침해되어, 채무자들이 제 3 자와의 통합 교섭을 실시했을 경우에는, 채권자에게 현저한 손해 또는 급박한 위험이 생기는 것은 분명하며, 이것을 피하기 위해서 본건 가처분을 발령할 필요성이 있다.



이상

民主市民と会議進行法

弁護士 金教昌(ソウル地方弁護士会)

1. ある社団法人の社員総会における熱のこもった討論の真最中のことである。 「30億ウォンの予算で会館を建築しよう」という動議を巡って討論を行なって いる内に、 会員から以下のような動議等が次々に提出され、各再請を得て成立 した。

甲;この議案の審議を来年度の定時総会までに延期しよう。

乙;どうせ会館を建築するのであれば、建築費を40億ウォンに増額して早急着手 しよう。

丙;建築委員会を設置することにし、その委員会に回付して調査報告を聞いた後、 この議案を審議しよう。

議長が会議進行法(これを会議法と略称する事もある)に詳しくないと、上記の動議を提出された順番で動議、改議、再改議であるものと理解し、合議体に処理を求める事になる。議案の処理に関し、一つの動議が提出され、続いてそれとは異なる内容の動議が提出された場合、いつも最初に提出されたものは動議であり、後に提出されたものは改議、再改議であると議長が誤解して、そのような処理を求める事になる訳である。しかし、それは違う。改議、再改議とは修正動議、再修正動議の別称である。修正動議とは、主に議案を対象動議として、関連性を持つ範囲内でその内容に変更を加えようとする動議を言い、再修正動議とは修正動議自体を対象動議にしてその内容に変更を加えようとする修正動議とは修正動議自体を対象動議にしてその内容に変更を加えようとする修正動議と言う。従って、一つの動議が提出され、その動議に対する修正動議、その修正動議に対する再修正動議が提出された場合にのみ、後に提出されたもの等を改議、再改議として取り扱うべきであって、それ以外の動議等が提出された場合には改議、再改議として取り扱ってはならない。

上記の動議の中で、乙の動議のみ修正動議であり、甲の動議は延期動議であって、丙の動議は回付動議である。この場合に、合議体はその動議等を序列によって処理しなければならない。上記の動議のうち、延期動議の序列が第一である。従って、会議体は延期動議を先に懸案として処理しなければならない。延期動議が可決されれば、残りは自動廃棄される。延期動議が否決すれば回付動議を、回付動議まで否決された際、そのときにようやく修正動議を懸案として処理することが正しい議事進行の順番である。

上記の議案について、会員から「現在賃借し使用中である会館を更に何年間使用しよう」という意見が提示されることもある。この意見も一つの動議であるのか?違う。これは、議案の可決につき単純に反対する止まるものは動議ではない。それは議案の表現方法を肯定的なものから否定的なものに替えただけである。単なる反対の例をもう一つ挙げる。「当協会が A に感謝の意を表そう」という議案に対し、「感謝の意を表すのをやめよう」という議案も又その例で

ある。そのような意見を持つ会員は、議長がこの議案を可決させたいが、異議がないのかと尋ねる時に異議あると答え、可否表決の際に、反対の側に挙手する事で足りる。議長はこのようなものが動議として提出された場合、不適法な動議という理由でこれを却下すべきである。

2. 多くの人々が集まり生きていくには法令を始めとする規範を必要とする。最も易しい例として、多くの人々が車両を運行し道路を利用するには道路交通法を必要とする。これによってこそ、多くの人々が安全、快適且つ速かに道路を利用する事ができる。例をもう一つ挙げよう。多くの人々が共に運動競技を繰広げ、これを楽しむには競技規則を必要とする。これによってこそ参加者らがfair play を通じて思いきり実力を競い、観客がその play を楽しく観戦できる。今日、国内外で活発に各種の Sports 行事が行われているのは国際的な機構により統一した競技規則が設けられているお陰である。多くの人々が集まって会議を開くには、会議法を必要とする。これが定立され、これによって初めて、多くの人々が同じ場所に集まって、彼らの意思を公正、円満且つ速かに一つに纏める事ができる。

あらゆる規範は人類が自然法の中で見つけ出したものである。ある地点から他の地点に移動しようとする時、人々は最も安全で近い道を求める。そのような道を見つければ、その後人々は常にそちらで通う事になる。道とは、このように見つけ出したものである。多くの人々が共に生きていく為には、当然お互い平和で、公正で、活気に満ちた生活をする為の規範を探す事になる。そのような規範を見つけ出せば、人々は常にその規範に従う事になる。規範もこのように自然法の中から見つけ出したものである。そのように見つけ出した規範であれば、人々は従わずに抵抗する。かつて誰かが、法とは作り出した(make)ものではなく、捜し出した(discover)ものであると言ったことがある。道路交通法、競技規則及び会議法もそのように見つけ出したものである。

ここでしばらく組織体と合議体、そして会議法に関して説明する。

韓国の社会には数多くの組織体が活動している。UN、国家、地方自治体、会社、各種の社会団体等が組織体の例である。組織体の中で民主的組織体は必ず構成員が参加する総会を設け、これを最高意思決定機関としている。UN総会、国会、地方議会、株主総会、社団法人の社員総会等がその例である。そして、総会に加え、その下位機関として理事会、委員会など議決機関を設けている。これらの総会、理事会、委員会など民主的組織体内の議決機関が合議体である。

会議法は会議体制の運営に関する中で合議体の団体意思を民主的に決定する為の手続法である。民主主義は手続を重視する。民主主義は適法な手続(due process)により行われた意思決定があり初めてその効力を認める。そうではない意思決定はその効力を否定する。

一人に組織体の意思決定を任せれば、その一人が組織体運営を専横する危険に陥る。構成員が参加する会議を通じ、それも公正且つ円満な会議を通じて組織体の団体意思を決定して初めて、そのような危険に陥らない。会議を通じた意思決定が民主政治の安全板(安全弁、safeguard)である。会議法が将にその安全板である。

自由な討論、小数の権利を保護する中で多数によって意思決定を行う事が合法的手続である。特に、少数の権利保護に関して言えば、多数は自ら自身の権利を守る事ができるが、少数では難しいからである。

正しい手続に従って、会議が公正且つ円満に進められて初めて、決議の内容がより合理的且つ充実したものとなる。そして、これに多くの人が共感し、承服するようになる。反面、正しい手続に従わなければ、会議の流れがわき道にそれ易く、決議の内容が非合理的且つ不充実したものとなる。そして、これには多くの人が共感する事も、承服する事もない。

3. 筆者が会議法という法域を初めて接したのは、弁護士としての第一歩を踏み出したばかりの1966年である。その年に青年会議所(その後、JCと改称される)の会員として入会し接するようになった。JCは民主主義を信奉する青年の国際的組織体(JCInternational)として指導力涵養、社会奉仕をその目的としている。JCはRobert's Rules of Order(以下、RRと略称する)を自らの会議規則としている。JCに入会し各種会議においてRRに基づいた議事進行を習い始めた。特に、筆者が入会した翌年にソウルウォーカーヒルホテルにてJCInternationalアジア・太平洋Conferenceが開催されたが、その大会中に参加国の代表らがRRに基づき総会の会議を進行していた姿は今でも筆者の記憶に印象深く残っている。議長の隣に法律顧問が座り、議長が困難に直面するとこれを解決していた場面を見守りながら、当時これから筆者も会議法を勉強して、そのような役割を担いたいという思いを抱いていた。国際舞台には進出できなかったが、その後筆者は単位Club会長、韓国JC副会長を経て、韓国JC法律顧問職として活動した経験がある。Lions Clubに加入し、単位Club会長、地帯委員長、地域副総裁、憲章委員長等を歴任した事もある。目標の半分は成し遂げたのも同然だと慰める。

筆者は、その当時から今日に至るまで JC を始めとする各種の社会団体に参加し活動を行いながら、度々会議法に接する機会に恵まれた。そして、弁護士として職業上、株式会社、社団法人、それ以外の社会団体など各種組織体の法律問題を取り扱う際に、更にしばしば会議法に接する機会にも恵まれた。

ところが、当時惜しくも、断片的且つ部分的な検討を通じてのその法律問題の解決に止まった。会議法を体系的且つ総合的に勉強し、マスターした後にその法律問題を解決すべきだったのに、惜しくもそのようにはできなかった。その都度いつになるかは分からないが、時間を取って一度会議法を体系的且つ総合的に勉強しようと心に期していた。

4. 会議法の発達にとって Henry M. Robert 将軍(1837-1923)の業績は真に至大で

ある。彼は米国の工兵将校であった。彼が会議法に関心を持つ事になった理由は、ある日、突然、とある集いの席で議長職を務める事になったところにある。当時彼は会議法に門外漢であった。その上、米国社会は多様な民族で構成されており、会議を率いるのが大変だったようである。それで、彼は会議法を勉強しその教本を発行すると心に決めた。その後、彼は英国と米国の文献を渉猟しながら、何年間にも亘り執筆し、会議法教本を発行した。英米で長い歳月に亘って形成された一般的に妥当な会議規則を集大成しておいたものである。その教本が彼の後継者らにより増補され、現在第10版(2000年版)が発行されている。それが前述したRRである。

この教本は、今日、米国ではもちろん国際社会においても「万人の会議規則」と呼ばれる。米国では、ほとんどの組織体がこれを自らの会議規則として採択している。そして、米国が中枢的な役割を受け持っている JC、LIONS 等国際的な社会団体も同様である。UN は自らの会議規則である「UN 会議規則」を用意し、これに基づき会議を行なっている。そして、UN 以外の各種国際機構も大体「UN会議規則」によって会議を行なう。ところが、その内容は RR を模倣したものである。

韓国と日本の議会、そして、各種の社会団体は多様な経路を通じて、第2次世界大戦の終了後に、主に米国から民主的会議法を断片的に少しずつ導入した。これを深く且つ幅広く、その上、各社会の実情に合せて導入すべきであったのに、そのような導入は行えなかったのである。そのせいか、韓国や日本の会議文化は未だ非常に未熟な段階にある。大部分の会議が事前に脚本を作成し、議長と何人かの人がこれを演出する行事として行われたり、会議法を若干理解する2、3人が互いに話を交わしながら、原案通過動議に引続き、満場一致により議案を通過させる行事として行われている訳である。

5. 1998年6月に過去の JC 同僚らの中で着実に会議法へ関心を持って社会活動を 行ってきた数人から会議法に関する学会を組織しようという提案を受けた。そ れで、筆者は彼らと共に各界の人事を迎え入れる等その組織設立を率先して行 った。1999年4月いよいよ韓国会議法学会が創立され、筆者がその学会の会長職 を受け持つ事になった。

この学会の活動が筆者に長年心に期していた会議法学習の契機となった。断片的で部分的に習得した知識を以て株主総会、各種社会団体の会議の諮問をしていたが、今となっては、会議法の体系的且つ総合的な習得をこれ以上先送りする事ができなくなったのである。そのように学習を行う中で、数十年間そのようなものだと漠然と理解していた内容を明確に理解する事ができた。そして、更に筆者は法に関する理解を深め、民主主義に関する新たな理解ができるようになった。

この学会は、創立後最初の事業として RR を完訳し、2001年12月にその翻訳版

を発行した。この翻訳事業には、この学会の会員と大学教授である数人の方が力を注いだ。この教本は、本文だけで640余頁に及ぶ膨大なものである。そして、その内容は一般の合議体の会議法のみならず、議会の会議法まで網羅しており、非常に複雑である。このように膨大で複雑なものを一般市民がいつ読み取り、その内容をどのように全て体得できるのか?この翻訳事業中に会員間で一般の合議体の会議に必要な分だけ要約した標準会議規則を設ける切実な必要性があるという共通認識が形成された。

この学会は上記の翻訳事業を終えた後、まもなく標準会議規則の作成に着手した。2年近く作業を繰り広げた末、2003年10月15日にいよいよ「韓国標準会議規則」を作成公表した。その間に試案、草案、最終案の段階を経ながら、基礎委員、諮問委員等の手により整えられたのである。この規則は前文と12章にかけて合計60の条文で構成されている。この学会は、これを公表しながら簡単な解説を付け、100頁の小冊子で「韓国標準会議規則及び解説」を発行した。

この標準規則は韓国民法と商法を基にして、RR のうち一般の合議体に必要なもの等をその内容として含めている。上記の学会が独自に創作したものでなく、韓国の実定法を基にし、万人の会議規則の中で必要な分だけ要約したものである。従って、これは条理として、民法第1条によって法源の一つとなる。これに基づき会議を行なえば、裁判所から効力を否定される事は決してないであろう。要約したものの中で代表的なのは否動議である。RR に入っている20余の不動議の中で6つのみ(補助、回付、期限付延期、討論終結、続会、再審議)を選び出した。その過程において RR が否動議として取り扱っている規則発言、議案分割又は併合、停会、逐条審議、特請、抗議等を議事進行発言として取り扱う事にした。

6. 会議法は民主市民の素養である。民主市民であれば、会議法を習得しなければ ならない。まるで各国の国民がその国の綴字法を習得すべき事と同じである。

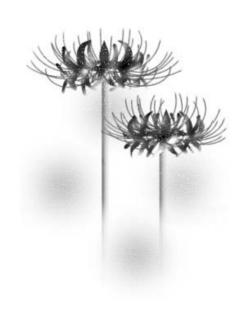
多くの人々が会議法とはすぐ複雑で難しいものであるという先入観を持っている。議会の会議法を調べてみると、なるほど相当複雑で難しい。政党間の利害関係が複雑に絡む議会で妥協の産物として様々な複雑で難しい会議規則等が量産された結果である。そのように複雑で難しい会議規則を一般の合議体は殆ど要しない。そのような事をさておいた一般の合議体の会議法は複雑でも、難しくもない。一般の合議体の会議法はそのようなものであるから、全ての市民が少しでも誠意を払えば、短期間にこれを習得する事ができる。教育の水準が高い必要もない。中等教育を終えた程度で十分である。

会議法には技術的な面が相当な部分を占めている。技術的なのは議長、総務はもちろん会員も全員暫く熱心に習得しなければならない。これを学生の時から習得すれば良いのに、韓国や日本の教育制度はこれをカバーできずにいる。そして、社会の一員となってこれを習得しようとしても、現在これを正しく教える機関もなく、適切な教材もない。それで、韓国と日本の会議文化は未熟な状態を免れていない。

一般の合議体の会議法習得を自動車運転に例えてみよう。この場合、運転に必要な機能と道路交通規則のみを習得すればよい。自動車の構造に関する機械工学的知識までは要しない。そのような知識は機能検定員にのみ必要である。もう一言付け加えれば、一般市民としては、議会の会議法まで精通しようと努力する必要はない。そのような努力は会議法専門家(教授、会議顧問、国会及び地方議会の議員、同専門委員)にのみ必要である。一般市民がそのような努力を払うのは時間の浪費である。それはまるで自動車を運転しようとする者が、航空機を操縦する為に、航空機に関する知識を習得し高度の訓練を積もうとする事に他ならない。

会議法を習得すれば、一般の合議体において自信を持って会議の進行に参加でき、議長の職も十分に務める事ができる。会議法を習得しこれを活用する間に民主秩序を理解し、民主的な指導力(leadership)も備える事になる。今日「会議を率いる事ができなければ、企業をも率いられない」という言葉もある。

ところが、これまで会議法を習得しようとしても、適切な教本がなく、これの習得が困難であった。専門家でなければ、韓国の実定法から当該条項を捜し出す事も難しく、RRを読みこれを会議で活用する事は更に難しかった訳である。今やそのような困難から一歩抜け出す事ができた。充分ではないものの、上記の学会が発行した「韓国標準会議規則及びその解説」を読み解く事により、従来より会議法を容易に習得できるようになったのである。



民主市民과 會議進行法

辯護士 金 教 昌(서울地方辯護士會)

1. 어느 社團法人의 社員總會에서 한창 열띤 토론이 벌어지고 있다. "30억원의 豫算으로 會館을 건축하자"는 의안을 놓고 토론을 진행하는 가운데, 회원들 로부터 아래와 같은 動議들이 차례로 제출되고 각 再請을 얻어 성립되었다.

甲; 이 의안의 심의를 내년도 정기총회까지 延期하자.

乙; 이왕 회관을 건축할 바엔 건축비를 40억원으로 增額하여 곧 착수하기로 하자.

丙; 건축위원회를 구성하기로 하고, 그 위원회에 回附하여 조사보고를 들은 후 이 의안을 심의하자.

議長이 會議進行法(이를 會議法이라고 줄여 말하기도 함)에 밝지 못하면, 위 동의들을 제출된 순서로 動議, 改議, 再改議인 줄로 알고 회의체에 처리를 구하게 된다. 의안의 처리에 관하여 하나의 動議가 제출되고 뒤에 그와 다른 내용의 動議들이 제출되면, 언제나 처음 제출된 것은 動議이고 뒤에 제출된 것들은 改議, 再改議라고 의장이 잘못 알고 그렇게 처리를 구하게 되는 것이다. 그러나 그런 것이 아니다. 개의, 재개의란 修正動議, 再修正動議의 다른이름이다. 수정동의란 주로 議案을 對象動議로 삼아 關聯性을 지니는 범위에서 그 내용에 변경을 가하자는 동의를 말하고, 재수정동의란 수정동의 자체를 대상동의로 삼아 그 내용에 변경을 가하자는 수정동의를 말한다. 그러므로 하나의 동의가 제출되고 그 동의에 대한 修正動議, 그 수정동의에 대한再修正動議가 제출된 경우에만 뒤에 제출된 것들을 개의, 재개의로 다루어야지, 그 이외의 것들이 제출된 경우에도 개의, 재개의로 다루어서는 안된다.

위의 동의들 중 乙의 動議만이 수정동의이고, 甲의 동의는 延期動議이며, 丙의 동의는 回附動議이다. 이 경우에 회의체는 그 동의들을 序列에 따라 처 리하여야 한다. 위 동의들 중 연기동의의 서열이 맨앞이다. 따라서 회의체는 연기동의를 먼저 懸案으로 삼아 처리하여야 한다. 연기동의가 가결되면 나머 지는 자동 폐기된다. 연기동의가 부결되면, 회부동의를, 회부동의마저 부결되 면 그 때에 비로소 수정동의를 현안으로 삼아 처리하는 것이 올바른 회의진 행의 순서이다.

위 의안에 대하여 회원으로부터 "현재 임차하여 사용중인 회관을 몇해 더 사용하자"는 의견이 제시될 수도 있다. 이 의견도 하나의 動議일까? 아니다. 의안의 가결을 단순히 反對하는데 그치는 것은 동의가 아니다. 그것은 의안의 肯定的인 표현을 否定的인 표현으로 뒤집어 놓은 것일 뿐이다. 단순한 반대의 예를 하나 더 든다. "우리 협회가 A에게 感謝의 뜻을 표하자"는 의안에

대하여 "감사의 뜻을 표하지 말자"는 것이 또한 그 예이다. 그런 의견을 가진 회원은 의장이 이 의안을 가결시키려는데 異議가 없느냐고 물을 때에 이의있다고 답하고, 가부표결시에 반대쪽에 거수하는 것으로 족하다. 의장은 이런 것이 동의라고 제출되면 부적법한 동의라는 이유로 이를 각하하여야 한다.

2. 많은 사람들이 모여 살아가는 데에는 法令을 비롯한 規範을 필요로 한다. 가장 쉬운 예로 많은 사람들이 차량을 운행하여 도로를 통행하는데에는 도로 교통법을 필요로 한다. 이에 의하여야 많은 사람들이 안전하고 쾌적하며 신속하게 도로를 이용할 수 있다. 예를 하나 더 든다. 많은 사람들이 함께 운동 경기를 펼치고 이를 보고 즐기는데에는 경기규칙을 필요로 한다. 이에 의하여야 참가자들이 fair play 를 통하여 마음껏 실력을 겨루고, 관람자들이 그 play 를 재미있게 觀戰할 수 있다. 오늘날 국제적, 국내적으로 활발하게 각종 Sports 행사가 벌어지고 있는 것은 국제적인 기구에 의하여 통일된 경기규칙이 마련되어 있는 덕이다. 많은 사람들이 모여 회의를 여는 데에는 會議法을 필요로 한다. 이것이 定立되어 있고, 이에 의하여야 많은 사람들이 한자리에 모여 그들의 意思를 공정하고 원만하며 신속하게 하나로 모을 수 있다.

모든 규범은 인류가 自然法 속에서 찾아낸 것이다. 한 지점에서 다른 지점으로 이동하려 할때에, 사람들은 가장 안전하고 가까운 길을 찾는다. 그런 길을 찾아내면 그 이후 사람들은 늘 그리로 다니게 된다. 길이란 이렇게 찾아낸 것이다. 많은 사람들이 모여 살아가는 데에는 서로 평화롭고, 공정하며, 활기차게 살기 위한 규범을 찾기 마련이다. 그런 규범을 찾아내면 사람들은 늘 그 규범을 따르게 된다. 규범도 이렇게 自然法 속에서 찾아낸 것이다. 그렇게 찾아낸 규범이라야 사람들이 기꺼이 따른다. 그렇지 않고 억지로 만들어 낸 규범이라면 사람들이 따르지 않고 저항한다. 누군가 일찌기 법이란 만들어(make) 낸 것이 아니라 찾아낸(discover) 것이라고 말한 바 있다. 도로교통법, 경기규칙 및 회의법도 그렇게 찾아낸 것이다.

여기에서 잠시 組織體와 會議體, 그리고 會議法에 관하여 설명한다.

우리 사회에는 수많은 組織體가 활동하고 있다. UN, 국가, 지방자치단체, 회사, 각종 사회단체 등이 조직체의 예이다. 조직체 가운데 民主的 組織體는 반드시 구성원들이 참여하는 總會를 설치하고 이를 最高意思決定機關으로 삼고 있다. UN 총회, 국회, 지방의회, 주주총회, 사단법인의 사원총회 등이 그예이다. 그리고 총회에 더하여 그 하위기관으로 理事會, 委員會 등 議決機關을 설치하고 있다. 이들 총회, 이사회, 위원회 등 민주적 조직체내의 의결기관이 會議體이다.

회의법은 회의체의 운영에 관한 것 중 會議體의 團體意思를 민주적으로 決定하기 위한 節次法이다. 민주주의는 절차를 중시한다. 민주주의는 適法 한 節次(due process)에 의하여 이루어진 의사결정이라야 그 효력을 인정한다. 그렇지 아니한 의사결정은 그 효력을 부정한다.

한사람에게 조직체의 의사결정을 맡기면 그 한사람이 조직체의 운영을 專橫할 위험에 빠진다. 구성원이 참여하는 회의를 통하여, 그것도 공정하 고 원만한 회의를 통하여 조직체의 단체의사를 결정하도록 하여야 그런 위 험에 빠지지 아니한다. 회의를 통한 의사결정이 민주정치의 안전판(安全辦, safeguard)이다. 회의법이 바로 그 안전판이다.

自由로운 討論, 小數의 권리를 보호하는 가운데 多數에 의하여 의사결 정을 이루는 것이 적법한 절차이다. 특히 소수의 권리 보호에 관하여 말하 면, 다수는 스스로 그들의 권리를 지킬 수 있지만 소수는 그러기 어렵기 때문이다.

올바른 절차를 따라 會議가 公正하고 圓滿하게 진행되어야 결의의 내용이 보다 合理的이고 充實한 것으로 된다. 그리고 이를 많은 사람이 共感하고 承服하게 된다. 반면 올바른 절차를 따르지 아니하면 회의의 흐름이 옆길로 빠지기 쉽고 결의의 내용이 非合理的이고 不充實한 것으로 된다. 그리고 이를 많은 사람이 共感하지도 아니하고 承服하지도 아니한다.

필자가 회의법이란 法域을 처음 접한 것은 변호사로서 막 첫발을 내딛던 해인 1966년도의 일이다. 그 해에 靑年會議所(그 뒤 JC 라 改稱됨)의 회원으 로 입회하여 접하게 되었다. JC 는 민주주의를 신봉하는 청년들의 國際的 組 織體(JC International)로서 지도력 함양, 사회 봉사를 그 목적으로 삼고 있다. JC 는 Robert's Rules of Order(이하 RR 이라 약칭함)를 자체의 會議規則으로 삼고 있다. JC 에 입회하여 각종 회의에서 RR 에 의거한 회의진행을 익히기 시작하였다. 특히 내가 입회한 다음 해에 서울 원커힐호탤에서 JC International 亞太 Conference 가 개최되었는데, 그 대회 중 참가국들의 그 대표들이 RR 에 의거하여 총회의 회의를 진행하던 모습은 지금도 내 기억속 에 印象 깊게 남아있다. 의장 옆에 법률고문이 앉아 의장이 어려움에 부딪치 면 이를 풀어주던 장면을 지켜보면서, 당시 앞으로 나도 회의법을 공부하여 저런 역할을 담당하고 싶다는 생각을 하였었다. 국제 무대에는 진출하지 못 하였지만, 그 뒤 필자는 단위 Club 회장, 한국 JC 부회장을 거쳐 한국 JC 법률 고문직을 맡아 활동한 바 있다. Lions Club 에 가입하여 단위 Club 회장, 地帶 委員長, 지역부총재, 憲章委員長 등을 역임한 바도 있다. 목표의 절반은 이룬 셈이라고 自慰한다.

필자는 그 때로부터 오늘에 이르기까지 JC 를 비롯한 각종 사회단체에 참여하여 활동하면서 종종 회의법에 접할 기회를 가졌다. 그리고 변호사로서 직업상 주식회사, 사단법인, 그밖의 사회단체 등 각종 조직체의 법률문제를 다루면서 또한 종종 회의법에 접할 기회를 가졌다.

그런데 당시 아쉽게도 단편적이고 부분적인 검토를 거쳐 그 법률문제들을 풀고 너머가는데 그치었다. 회의법을 체계적이고 종합적으로 공부하고 master 한 후에 그 법률문제들을 풀었어야 하는데 아쉽게도 그렇지 못하였다는 말이다. 그때마다 언젠가 될른지 모르나 시간을 내어 한 번 회의법을 체계적이고 종합적으로 공부하자고 벼르고 넘어갔다.

4. 회의법의 발달에 Henry M. Robert 장군(1837-1923)의 업적은 참으로 至大하다. 그는 미국의 공병장교이었다. 그가 회의법에 관심을 갖게 연유는 어느날 갑짜기 어떤 모임에서 의장 직을 맡게 된 데에 있다. 당시 그는 회의법에 門外漢이었다. 게다가 미국 사회는 여러 민족으로 구성되어 있어 회의를 이끌기가 힘들었던 모양이다. 그래서 그는 회의법을 공부하여 그 교본을 펴내기로 마음먹었다. 그 뒤 그는 영국과 미국의 문헌들을 涉獵하면서 여러해에 걸쳐 집필하여 會議法敎本을 펴내었다. 영미에서 오랜 세월에 걸쳐 형성된일반적으로 타당한 회의규칙을 집대성하여 놓은 것이다. 그 교본이 그의 후계자들에 의하여 증보되어 현재 제10판(2000년판)이 발행되어 있다. 그것이바로 위에서 말한 RR이다.

이 교본은 오늘날 미국에서는 물론 국제사회에서도 "萬人의 會議規則"이라 불리운다. 미국에서는 거의 모든 조직체가 이를 자체의 회의규칙으로 채택하고 있다. 그리고 미국이 중추적인 역할을 맡고 있는 JC, LIONS 등 국제적인 사회단체도 마찬가지이다. UN 은 자체의 회의규칙인 "UN 회의규칙"을 마련하여 이에 의거 회의를 진행하고 있다. 그리고 UN 이외의 각종 국제기구도 대체로 "UN 회의규칙"에 따라 회의를 진행하고 있다. 그런데 그 내용은 RR을 본딴 것이다.

우리나라와 일본의 의회, 그리고 각종 사회단체는 이런저런 경로를 통하여 제2차 대전 종료 후에 주로 미국으로부터 민주적 회의법을 단편적으로 조금씩 도입하였다. 이를 깊이있고 폭넓게 그러면서도 각 사회의 실정에 맞추어 도입하였어야 하는데 그러지 못하였다는 말이다. 그런 탓인지 우리나라나일본의 會議文化는 아직도 매우 미숙한 단계이다. 대부분의 회의가 사전에脚本을 작성하여 놓고 의장과 몇몇 사람이 이를 연출하는 行事로 치루어지거나, 회의법을 조금 아는 두세사람이 장군멍군하면서 원안통과동의에 이어 만장일치로 의안을 통과시키는 行事로 치루어지고 있는 것이다.

5. 1998년 6월에 옛 JC 동료들 중 꾸준히 회의법에 관심을 가지고 사회활동을 하여온 몇몇으로부터 회의법에 관한 학회를 조직하자는 제의를 받았다. 그래서 필자는 그들과 더불어 각계 인사를 영입하는 등 그 조직에 앞장섰다. 1999년 4월 드디어 韓國會議法學會가 창립되었고, 필자가 그 학회의 회장직

을 맡게 되었다.

이 학회의 활동이 필자에게 오래동안 벼르던 회의법 공부의 계기가 되었다. 단편적이고 부분적으로 익힌 지식을 가지고 주주총회, 각종 사회단체의 회의에 자문을 하며 지내왔는데, 이제는 회의법을 체계적이고 종합적으로 공부하는 일 을 더 미룰 수 없게 된 것이다. 그렇게 공부를 하는 가운데 수십년간 그런 것이 려니 막연하게 이해하던 것을 뚜렷하게 이해할 수 있었다. 그리고 나아가 나는 법에 대한 이해를 깊게 하고, 민주주의에 대한 이해를 새롭게 할 수 있었다.

이 학회는 창립 후 첫 사업으로 RR 을 完譯하여 2001. 12. 그 번역본을 펴냈다. 이 번역 사업에는 이 학회의 회원과 대학교수 몇분이 힘을 쏟았다. 이 교본은 본문만 640여면에 이르는 방대한 것이다. 그리고 그 내용은 平會議體의 회의법만이 아니라 議會의 회의법까지 망라하고 있어 매우 복잡하다. 이렇게 방대하고 복잡한 것을 일반 시민이 언제 다 읽고 어떻게 그 내용을 터득할 수 있는가? 이 번역 사업 중에 회원들 사이에 평회의체의 회의에 필요한만큼 간추린 표준회의규칙을 마련할 필요가 절실하다는 共感帶가 형성되었다.

이 학회는 위 번역 사업을 마친 후 곧 표준회의규칙의 작성에 착수하였다. 2년 가깝게 작업을 편 끝에 2003.10.15. 드디어 "한국표준회의규칙"을 작성 공표하였다. 그 사이에 試案, 草案, 最終案의 단계를 거치면서 기초위원, 자문위원들의 머리와 손 끝에 의하여 다듬어진 것이다. 이 규칙은 前文과 12장에 걸쳐 총 60개의 조문으로 구성되어 있다. 이 학회는 이를 공표하면서 간단한 해설을 부쳐 100면의 小冊子로 "한국표준회의규칙 및 해설"을 발행하였다.

이 표준규칙은 우리 민법과 상법을 기초로 삼고, RR 중 평회의체에 필요한 것들을 그 내용으로 담고 있다. 위 학회가 독자적으로 창작하여 놓은 것이 아니라 우리의 실정법을 기초로 삼고 만인의 회의규칙 중 필요한만큼 간추려 놓은 것이라는 말이다. 따라서 이것은 條理로서 민법 제1조에 의하여 法源의 하나가 된다. 이에 의거하여 회의를 진행하면 법원으로부터 효력을 부정당하는 일은 결코 없을 것이다. 간추려 놓은 것 중 대표적인 것은 부동의이다. RR에 들어 있는 20여개의 부동의 중 6개만(補助, 回附, 期限附 延期, 討論終結, 續會, 再審議)을 추려내었다. 그 과정에 RR 이 부동의로 다루고 있는 규칙발언, 의안분할 또는 병합, 정회, 축조심의, 특청, 항의 등을 의사진행발언으로 다루기로 하였다.

6. 회의법은 민주시민의 素養이다. 민주시민이라면 회의법을 습득하여야 한다. 마치 각국 국민이 그 나라의 철자법을 습득하여야 하는 것과 마찬가지이다.

많은 사람들이 회의법이란 얼른 복잡하고 어려운 것이란 先入見을 가지고

있다. 議會의 會議法을 살펴보면 과연 상당히 복잡하고 어렵다. 정당간의 이해관계가 이리 저리 얽힌 의회에서 타협의 산물로 각가지 복잡하고 어려운회의규칙들이 量産된 결과이다. 그렇게 복잡하고 어려운 회의규칙들을 평회의체는 거의 필요로 하지 아니한다. 그런 것들을 제쳐놓은 평회의체의 회의법은 복잡하지도 아니하고 어렵지도 아니하다. 평회의체의 회의법은 그런 것이므로 모든 시민이 조금만 성의를 기우리면 단기간에 이를 습득할 수 있다. 교육 수준이 높을 필요도 없다. 中等敎育을 마친 정도로서 충분하다.

회의법에는 기술적인 면이 상당한 부분을 차지하고 있다. 기술적인 것은 의장, 총무는 물론 회원들도 모두 얼마간 열심히 습득하여야 한다. 이를 학생때부터 습득하면 좋을 터인데, 우리나라나 일본의 교육제도는 이를 cover 하지 못하고 있다. 그리고 사회의 일원이 되어 이를 습득하려 하여도, 현재 이를 제대로 가르치는 기관도 없고, 마땅한 교재도 없다. 그래서 우리나라와 일본의 會議文化는 落後된 상태를 면하지 못하고 있다.

평회의체의 회의법 습득을 자동차 운전에 비유하여 본다. 이를 위하여는 운전에 필요한 기능과 도로교통규칙만을 습득하면 된다. 자동차의 구조에 대한 기계공학적 지식까지 필요하지 아니하다. 그런 지식은 機能檢定員에게만 필요하다. 한마디 더 보탠다면 일반 시민으로서는 의회의 회의법까지 통달하려고 노력할 필요가 없다. 그런 노력은 회의법 전문가(교수, 회의고문, 국회및 지방의회의 의원, 동 전문위원)에게만 필요하다. 일반 시민이 그런 노력을 기우리는 것은 시간낭비이다. 그것은 마치 自動車를 運轉하려는 사람이 飛行機를 操縱하기 위하여 항공기에 관한 지식을 습득하고 고도의 훈련을 쌓으려는 것이나 다름없는 일이다.

회의법을 습득하면 평회의체에서 자신있게 회의진행에 참가할 수 있고, 議長의 직도 충분히 수행할 수 있다. 회의법을 습득하고 이를 활용하는 사이 에 민주질서를 이해하고 民主的인 指導力(leadership)도 갖추게 된다. 오늘날 "회의를 이끌 수 없으면 기업을 이끌 수 없다"는 말도 있다.

그런데 이제까지 회의법을 습득하려 하여도 마땅한 敎本이 없어 이를 습득하기 어려웠다. 전문가가 아니면 우리 실정법에서 해당 조항을 찾아내기도 어렵고, RR을 읽어 이를 회의에서 활용하기는 더욱 어려웠던 것이다. 이제 그런 어려움에서 한걸음 벗어나게 되었다. 부족한대로 위 학회가 펴낸 "한국표준회의규칙 및 그 해설"을 읽고 새기는 것으로 회의법을 이제까지 보다는 쉽게 습득할 수 있게 된 것이다.

日本で、法科大学院が発足してから、一年半がたった。

私も、すでに何年も大学を離れているにもかかわらず、愛知大学の法科大学院創設とともに院長を引き受け、再び民事訴訟法の授業も担当することになった。週1回から2回、新幹線で、東京から名古屋通いをするはめになった。おかげで、日韓弁護士協議会は、すっかりご無沙汰となった。

法科大学院では、何もかも新しいことばかりで、学生も教師も、みんな忙しい。中 でも、私も含め、先生方の授業の準備は、大変なものである。1学年40名という小 さな学院であるが、ソクラテスメソッド、双方向・多方向の授業をしている。学生に 対する質問を用意し、学生の答えを予想し、その反論を考える。そうした教師と学生、 学生間の対話・討論を通じて、法知識の学習だけでなく、事件・紛争を法律的に考え、 合理的に処理する能力を養おうとする。そういう教育目標を目指して日夜奮闘してい る。学生の答えがどこから飛んでくるか、どこへとそれていくか、予測しがたい。こ ちらとしては、広範囲の想定問答を準備する必要がある。しかし毎回の授業で、十分 な準備はほとんどできない。しばしば、ぶっつけ本番の問答になる。ときに蒟蒻問答 になりかねない。かくて、どれだけの教育効果が上がったのか、まことに心許ない。 そんな中で、ローマ・カトリック教会の「デビルス・アドボ ケート devil's advocate」 (悪魔の議論士)という言葉を思い出す。法科大学院の教育とは、要するに、教師が、 学生相手に、デビルス・アドボケートを自ら演じつつ、その演技を通じて、学生自身 もまたアドボケート能力を身につけていく、ということらしい。教師は、生半可の知 識では、対応できないし、何よりも、当意即妙の受け答えを要求される。たどたどし い学生の主張の趣旨を素早くキャッチし、理路整然と切り返していく。学生から、さ らなる反論を引き出す。ある種の芸術的リズムが必要だ。「反対尋問(の能)力」とで もいえようか、教師には、そんな能力が要請される。しかし、老練の弁護士ですら、 反対尋問で成功することは、そうざらにあることではない。われわれの授業も、失敗 の連続である。

しかし学生はどうか。来年から行われる新しい司法試験に受からなければ、法科大学院3年間の勉強も、多額の授業料も、すべてが不意になる。かれらにとって、合格は至上命題である。予想される合格率も当初の話よりも、ずっと低いような話である。だから勉強意欲は、もの凄い。が同時に、将来の不安で、ストレスも、高まるばかりである。教師のくだらない蒟蒻問答につきあっていて本当に試験に受かるのかと不安顔である。そんな学生たちの顔を一人ひとり思い浮かべながら、また明日の授業の準備を繰り返す。・・・・こんなのが法科大学院の教師のおおかたの姿である。

ところで、韓国でも、法科大学院を発足させるという話を聞いた。その設置目的の達成を、心から期待する。同時に、教師の将来の苦労にも、同情の念を禁じ得ない。ただ、昔から、韓国人は、日本人より、議論好きのようにみえる。私など、韓国語を解しない者が韓国人同士の会話を脇で聞いていると、いつでも、猛烈な議論をしているように聞こえる。いま日本の法科大学院教師に負わされている苦労は、韓国の先生には、元来、縁がないのかも知れない。

日本에서 法科大學院이 発足된 지 1年 半이 되었다.

나도 大學를 떠난 지가 벌써 몇 년이나 되는데도 불구하고, 愛知大學 法科大學院 創設과 同時에 院長을 맡아, 다시 民事訴訟法의 授業을 担当하게 되었다. 一週日에 1~2번, 新幹線으로 東京에서 名古屋까지 다니는 꼴이 되었다. 때문에, 日韓辯護士協議會는 오랫동안 불참하게 되었다.

法科大學院에서는 모든 것이 다 처음이라 學生도 教師도 다 바쁘다. 그 中에서 도, 나를 包含하여 先生들의 授業 準備는 엄청난 것이다. 1學年 40名이라는 작은 學院이긴 하지만, Socrates 式教授法, 双方向 • 多方向의 授業을 하고 있다. 學生에 対한 質問을 準備하고, 學生의 대답을 予想하고, 그 反論을 생각한다. 그러한 教師 와學生, 學生間의 対話 • 討論을 通하여 法知識의 學習뿐만 아니라, 事件 • 紛争을 法律的으로 생각하고, 合理的으로 処理하는 能力을 키우고자 한다. 그러한 教育 目標를 지향하여 밤낮을 奮闘하고 있다. 學生들의 대답이 어디서 날아올지, 어디로 빗나갈지, 予測하기 어렵다. 先生으로서는 廣範囲한 想定問答을 準備하여 둘 必要가 있다. 그러나, 매번 授業마다, 充分한 準備는 거의 할 수 없다. 가끔은, 즉석에서의 問答이 되기도 한다. 때로는 동문서답이 될 수도 있다. 이와 같이 하여, 얼마나 教育効果가 올랐을지, 정말로 불안하다.

그러한 와중에, Roma Catholic 教會의devil's advocate(悪魔의 議論士) 라는 말이 생각난다. 法科大學院의教育이란, 요컨대 教師가 스스로 學生들을 相手로 데블스에드버킷을 演技하며, 그 演技를 通하여 學生 스스로도 역시 에드버킷 能力을 몸에 배어 간다는 것인 것 같다. 教師는 어중간한 知識으로는 対応할 수 없고, 무엇보다 재치 있게 知識 대답하는 것이 要求된다. 學生들의 어설픈 主張의 趣旨를 조속히 잡아서, 論理 整然하게 되받아쳐간다. 學生들로부터 더욱더 反論을 끌어낸다. 어떤種類의 藝術的 리듬이 必要하다. '反対尋問力(反対尋問의 能力)'이라고도 할 수 있을까, 教師에게는 그러한 能力이 要請된다. 그러나, 老練한 辯護士조차도 反対尋問에서 成功하는 일은 그리 흔한 일이 아니다. 우리의 授業도 失敗의 連続이다.

그런데, 學生들은 어떤가. 来年부터 行하여지는 새로운 司法試験에 合格하지 않으면, 法科大學院 3年間의 勉強도, 高額의 授業料도 모두 허사가 된다. 그들에 있어서 合格은 至上命題이다. 予想되는 合格率은 当初에 알려진 것 보다 훨씬 낮을 것이라는 이야기다. 그래서 勉強에 対한 意欲은 더욱 굉장하다. 하지만 同時に, 将来에 対한 不安感으로 스트레스도 쌓여가기만 한다. 教師의 시시하고 엉뚱한 問答을 듣고서 정말로 試験에 붙을 수 있는지 하고 不安한 表情이다. 그러한 學生들 한사람 한 사람의 얼굴을 마음속에 그려 보면서, 또 来日의 授業의 準備를 反復한다. 이런 모습들이 法科大學院의 教師들의 一般的인 모습이다.

그런데, 韓國에서도 法科大學院을 発足시킨다는 이야기를 들었다. 그 設立 目的을 達成하기를 마음속으로 期待한다. 同時에, 将来에 苦生하게 될 教師들에게 同情의 마음을 가지지 않을 수 없다. 다만, 예부터 韓國사람들은 日本사람들보다 論議하는 것을 좋아하는 것 같다. 나같은, 韓國語를 모르는 者가 韓國사람끼리의 対話를 옆에서 들으면, 늘 猛烈한 論議를 하는 것처럼 들린다. 只今 日本의 法科大學院 教師가 겪고 있는 負担은, 韓國의 先生님들에게는 元来부터 큰 문제가 아닐지도 모른다.



編集後記

会誌編集担当 弁護士 藤井郁也

大阪総会の会誌を担当した私では あったが、今年は7月頃から異常に 忙しく、9月に入るまで本来なすべ き原稿のお願い(催促)等、殆ど全 く何もできなかった。

韓国側からは9月末の時点で全て の予定された原稿が韓国文はもと より、翻訳の日本文も全てメールで 送られてきた。これに対して日本側 の原稿が揃ったのは10月10日 であったが、韓国語の翻訳はどれも 添えられていなかった。それは私の 担当である。2年前、神戸総会のと きも会誌を担当した私は、韓国在住 の知人に翻訳をお願いしたが、今回 は私の怠慢から翻訳のプロにお願 いする時間的余裕がなくなり、止む を得ず、景洙謹先生と李載厚会長先 生に窮状を訴え、御協力をお願いし た。その結果、景洙謹先生御自身と 李載厚会長先生をはじめとする、 金・張法律事務所の先生方、同事務 所翻訳室の方々に多大の労力負担 をおかけしてしまった。このことに つき深謝すると共に、私自身の反省 の材料としたい。

さて、今回も数ある法律的論文を収載できたが、私は個人的には、今年の5月28日、韓国龍坪で開かれた判例研究会で深い感銘を受けた詩のように美しい李在雨先生の論文を収録する機会を得たことを、特別誇りに思っている。

なお、この編集後記の韓国語への翻訳は、 Seoul 市在住の鄭蓮玉さん(元NHK講 師)にお願いしました。 大阪総会의 会誌를 担当한 저는、今年는 7月頃부터 대단히 바빠시、9月윌끼지本来해야 할 原稿의 付託 (催促) 等、거의 아무깃도 할 수 없었다。

韓国側으로부터는 9月末의 時点에서 모든予定된 原稿가韓国文원본에 의해、翻 訳되日本文도 全部메일로 到着했다. 이에 비히여 日本側의原稿가 선부도된 것은 10月10日이있기 때문에、韓国語의翻 訳이 전혀 되어 있지 않았다。 그짓은 私 의 担当이었다。2年前、神戸総会의 때도 会誌를担当한 저는、韓国在住 知人에게 翻訳을 付託했지만、今回는 私의怠慢으로 因하여 翻訳専門家에게 付託부낙할 時間 的 余裕가 없어서 부득이、景洙謹先生과 李載厚会長先生님께 窮狀을 호소하여、御 協力하여 주시기름付託했다。 그結果、景 洙謹先生御自身과 李載厚会長 先生日을 비롯や、金・張法律事務所의先生方、同事 務所翻訳室의 여러분께 多大한 労力負担 을 드러게 되었던 것입니다。 이번일에 대하여 深謝드림과 同時에、私自身의 反 省의 材料로 삼고자 합니다。

그리고 今回도 많은 法律的論文을 収載할 수 있었는데、저 個人的으로는 今年 5月 28日、韓国龍坪에서 열렸던 判例研究会로부터 깊은 感銘을 받은 詩와같이아름다운 李在雨 先生님의 論文을 収録할 機会을 갖게 된 것을 特別히자랑스럽게생나하고 있습니다。

그리고、이 編集後記의 韓国語의 翻訳는、Seoul 市在住의 鄭蓮玉씨 (元NHK講師) 에개 付託 하였습니다。

日韓・韓日弁護士協議会誌 第27号

発 行 平成17年(2005年)11月19日

発 行 人 日韓弁護士協議会会長 山上 賢一 発 行 所 日韓弁護士協議会

タイメイ複写有限会社 印 届山

日韓・韓日弁護士協議会

中嶋 進治 大阪事務局

 $\pm 630-0047$ 大阪市北区西天満 4-8-2

北ビル本館 201 号 中嶋進治法律事務所

TEL: 06-6311-0777 FAX: 06-6311-0776

E-Mail: nakajima-law@h5.dion.ne.jp

Seoul 事務局 李 載 厚

(우) 110-720 Seoul 特別鍾路區內資洞 223 世洋 BLDG.

金·張法律事務所

TEL: 02-3703-1080

FAX: 02-737-9091

E-Mail: jhlee@kimchang.com

表紙の写真は、奈良県香芝市在住 小石重憲氏提供による