

허위 진단서 등 작성과 관련된 법률 문제

노재관^{1,2} | ¹법무법인 충정, ²대한의사협회 중앙윤리위원회

A study on legal problems concerning issuance of false medical certificates

Jaekwan Roh, LL.M.^{1,2}

¹Attorney at Law of Hwang Mok Park P.C., ²Ethical Regulatory Council, Korean Medical Association, Seoul, Korea

Today, medical certificates are widely used in society; for example, for school enrollment and employment, as well as for insurance purposes, and military service. In addition, they serve an important judicial function. Criminal and violent acts such as murder frequently occur, and traffic and industrial accidents that cause injury and intrude upon a person's life are increasing; therefore, the courts and the organizations required to deal with such cases are heavily dependent on medical certificates. Recently, a television program called 'Madam's Outgo', that describes the stay of execution of the wife of a company CEO, became a subject of public debate. The trial of the professor at a famous medical school, who received criticism for his major role in making a stay of execution possible for the wife of the CEO, evokes the importance and social function of such medical certificates. Criminal laws and medical laws institutionalize the important social function of medical certificates and establish regulations designed to prevent the writing of false medical certificates. This paper minimizes the use of legal terminology, concentrating on Supreme Court precedents, so that the main translation problems associated with such legal regulations can be utilized as data of doctors and non-jurists, and focuses its discussion on issues that can be practically discussed. On the basis of a theory of analysis of criminal guilt associated with false medical certificates, this paper suggests that to be guilty of issuing of false medical certificates, the following elements are required to be proved: who (subject), what document (object), how it should be written to be classified as a false medical certificate (behavior), and what subjective facts should be perceived to be guilty of issuing of false medical certificates (intent), besides examining the medical requirements associated with writing medical certificates. It therefore appears necessary for the Korean Medical Association to henceforth systematically review its "Guidelines for Writing Medical Certificates," written in February 2003, from a legal perspective.

Key Words: Medical certificate; Criminal guilt of false medical certificates; Doctor; False

Received: June 10, 2014 Accepted: June 24, 2014

Corresponding author: Jaekwan Roh
E-mail: rojg@hmplaw.com

© Korean Medical Association

This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution Non-Commercial License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/3.0>) which permits unrestricted non-commercial use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

서론

1. 관련 규정

의사 등의 허위 진단서 등 작성과 관련된 법적 규제는 형법 제233조 허위 진단서 등의 작성죄에 관한 규정과 의료법 제17조의 원칙적으로 직접 진찰한 의사 등만이 발부하도록

하는 규정 등이 있다.

형법은 허위 진단서 등을 작성한 경우 3년 이하의 징역이나 금고, 7년 이하의 자격 정지 또는 3,000만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있고, 의료법은 의료법 제17조 제1항을 위반한 경우에도 1년 이하의 징역이나 500만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다(의료법 제89조). 뿐만 아니라 의료법 제66조 제1항 제3호는 의료법 제17조 등을 위반하여 거짓으로 진단서 등을 작성하여 내 준 경우 1년의 범위 안에서 면허 자격을 정지시킬 수 있으며, 나아가 형법 제233조 등에 의해 금고 이상의 형을 선고 받고 그 형의 집행이 종료되지 아니한 경우 등에는 반드시 면허를 취소하도록 규정하고 있고(의료법 제65조 제1항 제1호), 이 경우 취소된 면허의 재교부도 3년 이내에는 할 수 없도록 규정하고 있다(의료법 제65조 제2항).

2. 진단서 등의 사회적 기능

오늘날 진단서는 학교의 입학이나 결석, 직장의 취업이나 결근, 보험 관계, 병역 관계 등 사회적으로 폭넓게 이용되고 있고, 사법적으로도 중요한 기능을 하고 있다. 특히 각종 폭력, 살인 등 강력사건이 빈발하고 교통사고와 산업재해 등 사람의 생명을 침해하거나 신체에 손상을 입게 하는 사건이 크게 증가하는 현실에서 이러한 사건을 처리하는 수사기관이나 법원에서 진단서에 의존하는 비중은 매우 크다. 소위 상해 정도를 표시하는 진단서 상의 치료 기간은 사법 현실에서 구속 여부, 벌금액 산정의 기준이 되고 있다. 실제 검찰에서는 상해 진단 1주당 얼마 식의 양형 기준을 마련하여 시행하고 있을 정도이다. 최근에 문제 되고 있는 모 기업 회장 부인의 형 집행 정지와 관련된 이른바 ‘사모님의 외출’이라는 텔레비전 프로그램과 이러한 형 집행 정지를 가능하게 해주는 데 큰 역할을 했다고 하여 비난이 쏟아지고 있는 유명 의과대학 교수에 대한 허위 진단서 작성죄에 대한 공판 사건은 이러한 의사의 진단서의 사회적 기능과 그 중요성을 다시 한번 일깨워 주고 있다.

이에 형법은 진단서 등이 비록 개인이 발행하는 사문서이지만 국가가 인정한 자격을 가진 의사 등이 발행하는 것이고, 그 내용이 전문적 지식에 근거를 둔 것이어서 사회에서

는 마치 공문서와 같은 가치와 성격으로 통용되고 있음을 염두에 두고, 사문서 중에서는 거의 유일하게 그 내용의 허위에 대해 공문서와 같이 처벌하는 조항을 두고 있으며, 의료법도 원칙적으로 직접 진찰한 의사 등만이 진단서를 발부하도록 규정하고 있고, 나아가 위에서 본 바와 같은 자격정지 및 면허취소 규정까지 두고 있다.

3. 이 자료의 논의 범위

이 자료는 대한의사협회 중앙윤리위원회 연구분과 위원회의 연구사업과 관련된 요청에 의해 주로 의사들을 위한 자료로 제공될 예정이므로, 의사들의 이해에 도움이 되는 범위 내에서 가능한 한 법률 전문용어의 사용을 줄이고 주로 실무적으로 문제되고 있는 사안을 중심으로 논의하고자 한다. 아울러 논의의 편의상 허위 진단서 작성죄에 대한 논의를 중심으로 하고, 의료법 상의 문제는 필요한 범위 안에서 추가하는 것으로 하였다[1].

주체

허위 진단서 작성죄의 주체는 의사, 한의사, 치과의사, 또는 조산사이다. 의료법 상으로는 진단서, 검안서, 증명서의 작성에 대한 의무 주체는 의사, 한의사, 치과의사만 규정하고 있고, 출생·사망 또는 사산 증명서는 의사, 한의사 조산사만 내줄 수 있다(의료법 제17조 제1, 2항).

따라서 의사 등 작성권자가 아닌 자가 사인(私人)인 의사의 명의를 도용하여 진단서 등을 작성하는 행위는 그 내용의 진실·허위에 불구하고 사문서 위조죄를 구성하고 허위 진단서 작성죄를 구성하는 것이 아니다. 마찬가지로 의사 등 작성권자가 아닌 자가 공무원인 의사의 명의를 도용하여 진단서 등을 작성하는 행위는 그 내용의 진실·허위에 불구하고 공문서 위조죄를 구성하고 허위 진단서 작성죄를 구성하는 것이 아니다(대법원 1987. 9. 22. 선고 87도1443 판결).

한편 의사가 아닌 자가 마치 의사인 양 자격과 칭호를 사칭하여 자기 이름으로 진단서 등을 허위로 작성한 때(자기 이름으로 진단서를 발행한다는 점에서 의사인 타인의 명의

로 진단서를 발행한 위의 경우와 다르다)에는 의료법 제17조 위반으로 처벌될 수 있을 뿐이고, 정당한 대리권이 없는 자가 마치 대리권이 있는 것처럼 가장하여 문서를 작성하는 자격 모용 사문서 작성죄(형법 제232조)가 성립되는 것은 아니다(다수설).

반면 의사가 의사의 성명·면허 자격과 같은 ‘작성 명의’를 허위로 기재하는 경우는 허위 진단서 작성죄에 해당한다고 보아야 할 것이다(대법원 2012. 7. 26. 선고 2011두4794 판결, 자세한 것은 후술 ‘행위’의 ‘허위의 내용’ 항 참조).

이와 관련하여 국공립 병원, 보건소 소속 의사와 같이 공무원인 의사가 허위 진단서를 작성한 경우에 허위 공문서 작성죄가 성립하는가 허위 진단서 작성죄가 성립하는가 하는 문제가 있다. 이에 대해 대법원은 ‘형법이 제225조 내지 제230조에서 공문서에 관한 범죄를 규정하고, 이어 제231조 내지 제236조에서 사문서에 관한 범죄를 규정하고 있는 점 등에 비추어 볼 때 형법 제233조 소정의 허위 진단서 작성죄의 대상은 공무원이 아닌 의사가 사문서로서 진단서를 작성한 경우에 한정되고, 공무원인 의사가 공무소의 명의로 허위 진단서를 작성한 경우에는 허위 공문서 작성죄만이 성립하고 허위 진단서 작성죄는 별도로 성립하지 않는다’고 판시하고 있다(대법원 2004. 4. 9. 선고 2003도 7762 판결).

객체

허위 진단서 등의 작성죄의 객체는 진단서, 검안서, 생사에 관한 증명서이다. 이하 각각에 대해 구체적으로 알아 보기로 한다.

1. 진단서

진단서는 의사 등이 진찰의 결과에 관한 판단을 표시하여 사람의 건강상태를 증명하기 위하여 작성하는 문서로서(대법원 2013. 12. 12. 선고 2012도3173 판결), 그 종류나 명칭은 묻지 않는다. 따라서 상해 진단서가 아닌 일반 진단서는 물론이거니와 반드시 ‘진단서’라는 명칭이 들어가야 하는 것

은 아니므로 ‘소견서’로 표시된 것도 그 내용이 의사가 진찰한 결과 알게 된 병명이나 상처의 부위, 정도 또는 치료 기간 등의 건강상태를 증명하기 위하여 작성된 것이라면 ‘진단서’에 포함된다(대법원 1990. 3. 27. 선고 89도2083 판결). 반면 환자의 인적 사항, 병명, 입원 기간 및 그러한 입원 사실을 확인하는 내용이 기재된 ‘입퇴원 확인서’는 문언의 제목, 내용 등에 비추어 의사의 전문적 지식에 의한 진찰이 없더라도 확인 가능한 환자들의 입원 여부 및 입원 기간의 증명이 주된 목적인 서류로서 환자의 건강상태를 증명하기 위한 서류라고 볼 수 없어 허위 진단서 작성죄에서 규율하는 진단서로 보기 어렵다고 판단하고 있다(대법원 2013. 12. 12. 선고 2012도3173 판결).

2. 검안서

검안서는 사람의 신체의 상해 상태 또는 사체를 검사하거나 사체를 해부한 결과를 기록하고 사인(死因) 등을 조사하여 그 내용을 기재한 문서이다.

3. 생사에 관한 증명서

생사에 관한 증명서라 함은 출생 또는 사망 사실이나 사망의 원인을 증명하는 의료문서를 말하고, 출생증명서, 사산증명서, 사태(死胎)증명서 등이 이에 해당한다.

행위

1. 행위의 태양(態樣)

진실에 반하는 내용을 진단서 등에 기재하여 작성하는 것이다. ‘허위의 작성’은 허위 내용을 기재하여 새로운 문서를 만들어 내는 경우가 대부분이겠지만, 기존의 진단서 등을 이용하여 새로이 허위 내용을 추가 기입하는 것도 이에 해당한다.

2. 허위의 내용

허위의 내용은 사실에 관한 것이든 판단에 관한 것이든 묻지 아니한다(대법원 1990. 3. 27. 선고 89도2083 판결 참

조). 따라서 병명, 사인, 사망 일시뿐만 아니라 치료의 요부와 치료 기간 또는 진료 일시에 대한 기재도 허위의 대상이 될 수 있다. 그러므로 진단서의 결론 부분에 해당하는 부분인 진단명뿐만 아니라, 그러한 판단에 이르게 된 경위, 치료 경과, 치료 내용 등 진단서에 기재된 모든 사항이 허위의 대상이 될 수 있다. 심지어 대법원은 비록 의료법에 따른 의사면허 자격 정지 처분 취소에 관한 행정사건에 대한 판결이기는 하나, 의료법 제66조 제1항 제3호에서 정한 '의료인이 제17조 제1항의 규정에 따른 진단서를 거짓으로 작성하여 내주는 행위'에는 환자에 대한 병명이나 의학적 소견 외에도 진단자인 의사의 성명·면허 자격과 같은 '작성 명의'를 허위로 기재하는 경우도 포함된다고 해석함이 상당하다(대법원 2012. 7. 26. 선고 2011두4794 판결)고 판결하고 있다. 따라서 의사가 직접 환자를 진찰하고서도 단지 자신이 아닌 다른 의사의 명의로 진단서를 발급한 경우에는 의료법 제66조 제1항 제3호 소정의 '진단서를 거짓으로 작성하여 내주는 행위'에 해당한다. 이러한 판례는 특히 대형 병원에서, 또는 개인 병원의 경우에도 출장, 휴가 등으로 다른 의사를 대체 근무시키는 경우 자칫 관례적으로 행해지기 쉬운 형태인 바, 의사들의 주의를 요한다. 위 사안도 해외여행 중인 원장이 없는 상태에서 원고가 병원 근무를 하던 중 교통사고 환자를 진료하였다가 진단서를 발급함에 있어 진료를 한 원고가 아닌 원장을 작성 명의자로 하여 발급한 사안이다(위 대법원 판결의 원심인 서울고등법원 2011. 1. 14. 선고 2010누26249 판결 참조). 다만 반대의 경우인 환자 등을 직접 진찰하거나 검안한 의사 등이 부득이한 사유로 진단서 등을 내줄 수 없으면 같은 의료기관에 종사하는 다른 의사가 환자의 진료기록부 등에 따라 내줄 수 있다(의료법 제17조 제1항 단서).

허위 진단서 등 작성죄는 원래 허위의 증명을 금지한다는 취지이기 때문에 그 허위의 기재는 실질상 진실에 반한 기재일 것이 필요하다(대법원 1990. 3. 27. 선고 89도2083 판결). 따라서 진단서 등에 기재된 내용이 객관적 진실과 일치하는 경우에는 허위의 진단서 등이라고 할 수 없으므로, 설혹 그것을 작성한 의사가 악의로 허위의 진단서를 발급하려는 의도를 가졌다고 하더라도 허위 진단서 등 작성죄가 성립되지 아니한다.

3. 기수 시기

허위 진단서 등 작성죄는 작성 권한 있는 자가 일반인으로 하여금 그 내용이 진실한 것으로 오신(誤信)하도록 허위의 사항을 기재한 진단서 등을 작성함으로써 기수(既遂, 범죄의 완성)에 달하고 실해(實害)의 발생 유무를 묻지 아니한다. 또한 그 후 일정한 용도에 제출·사용하였느냐의 여부는 본죄의 기수 여부에 영향을 미치지 아니한다.

허위 작성한 진단서 등에 작성 명의인의 기명·날인이 안된 경우와 같이 아직 진단서의 완성본이 만들어지지 아니한 상태라면 본죄가 완성되었다고 보기 어려우므로 본죄의 미수범(형법 제235조)에 해당한다.

진단서 등에는 환자의 주소·성명, 병명, 발병 연월일, 치료기간 등 일정한 사항을 기재하도록 되어 있는바(의료법 시행규칙 제9조 제1항, 제2항, 제10조, 제11조 및 같은 법 시행규칙 별지 제5-2, 3호, 제6호, 제7호 서식 등 참조), 허위 작성한 진단서 등에 그 기재 사항 중 어느 하나가 빠졌다고 하여 일률적으로 본죄의 기수에 이르지 못하였다고 할 것이 아니라, 완성된 진단서 등이라고 볼 수 없을 정도로 기본 되는 중요 사항이 누락된 경우에만 미수로 보아야 하고, 그 사항이 기재되지 아니하였더라도 사회 통념상 완성된 진단서 등이라고 볼 수 있을 정도의 외관과 형식을 갖추었다면 기수에 이른 것으로 보아야 할 것이다[1].

고의

허위 진단서 등 작성죄가 성립되기 위하여는 의사 등 행위자가 자기가 작성하는 것이 진단서 등이라는 사실과 그것에 허위의 기재를 한다는 사실을 인식·인용할 것을 요한다. 따라서 의사가 진찰을 소홀히 하거나 오진을 하여 진단서에 객관적으로 진실에 반하는 기재를 한 때에는 허위 진단서 작성에 대한 인식이 있다고 할 수 없어 허위 진단서 작성죄가 성립되지 아니한다(대법원 2006. 3. 23. 선고 2004도3360 판결 등). 환자가 허위로 자상(自傷)을 한 후 의사를 적극적으로 속여 상해 진단서를 작성케 한 경우에도 그 의사에게는 허위 진단서를 작성한다는 고의가 없다고 보는 것이 상당하

다(대법원 1975. 1. 14. 선고 74도2498 판결). 그러나 의사가 환자의 말만 믿고 진단서를 작성하였다고 해서 허위 진단서 작성의 고의가 없다고 일률적으로 말할 수는 없다. 예컨대 의사가 환자의 외관만 관찰하였기 때문에 타박상은 인정되나 턱뼈가 골절되었다는 것이 의학적으로 확인이 안된 상태에서 환자 측의 말만 듣고 상대방과 합의를 쉽게 보기 위하여 필요하니 4주짜리 진단서를 발급해 달라는 요구에 따라 전치 4주의 하악골 골절상이라는 진단서를 작성해 주었다면 허위 진단서 작성의 미필적 고의가 있다고 봄이 상당하다고 판결하고 있다(대법원 1997. 3. 28. 선고 96도3237 판결). 또한 의사가 환자를 진찰한 결과 타박상을 의심할 만한 외상이 없었고, 한편 일반적인 타박상에 있어서 18일간의 치료를 요할 정도의 타박상이라면 피하 모세혈관의 출혈로 외부에 멍이 분명히 나타남에도 단지 약간의 찰과상 흔적이 있다는 것과 환자가 통증을 호소한다는 것만으로 18일간의 입원 치료를 요할 만큼 타박상을 입은 것으로 믿었다는 의사의 변명은 수긍하기 어려운 것으로서 허위 진단서 작성의 범의(犯意)를 인정함이 상당하다고 판시하고 있다(대법원 1984. 9. 25. 선고 84도1653 판결).

이와 관련하여 의학상 확실한 증거 없이 추측에 의하여 진단서를 작성하는 것은 허위 진단서 작성의 고의가 인정된다(대법원 1970. 3. 10. 선고 70도53 판결). 특히 진단명을 결정하는 데에는 반드시 징후(sign), 증상(symptom), 또는 검사 결과와 같은 근거가 있어야 하며, 그 근거와 진단명 사이에는 객관적으로 타당한 상관관계가 있어야 한다[2]. 또한 스스로 진료하지 아니하고 진단서를 작성하였을 때에는 그 내용이 허위일지도 모른다는 정도의 인식은 있었을 것이므로 본죄의 고의(미필적 고의)가 인정될 경우가 많을 것이다. 물론 이 경우 진단 결과가 객관적으로 진실과 일치하는 경우에는 의료법 위반 죄만 구성될 것이다.

진단서 작성과 관련된 기타 의무

1. 무진찰 진단서 등 교부 금지

의료업에 종사하고 직접 진찰하거나 검안한 의사 등이

아니면 진단서 등을 작성하여 환자 등에게 교부하지 못한다(의료법 제17조 제1항). 다만 진료 중이던 환자가 최종 진료 시부터 48시간 이내에 사망한 경우에는 다시 진료하지 아니하더라도 진단서 등을 내줄 수 있으며, 환자 등을 직접 진찰하거나 검안한 의사 등이 부득이한 사유로 진단서 등을 내줄 수 없으면 같은 의료기관에 종사하는 다른 의사가 환자의 진료 기록부 등에 따라 내줄 수 있다(위 조항 단서). 위 법을 위반한 경우 1년 이하의 징역이나 500만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다(의료법 제89조). 그리하여 과거에 진찰한 바 있는 환자에 대해 실제로 진찰하지 아니하고 한 의사의 진단서 작성 행위는 위 법 위반에 해당한다(대법원 1996. 2. 23. 선고 95누16318 판결).

2. 진단서 등의 교부 의무

의사 등은 자신이 진찰하거나 검안한 자에 대한 진단서 등의 교부를 요구받은 때에는 정당한 사유 없이 거부하지 못한다(의료법 제17조 제3항). 이에 위반한 경우에는 300만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다(같은 법 제90조). 이는 사회생활에 있어 진단서 등의 증명 기능이 매우 중요함에 따라 생기게 된 의무이다.

결론

이상으로 형법상의 허위 진단서 작성죄의 해석론을 중심으로, 허위 진단서 작성죄가 성립되기 위해서는 누가(주체), 어떠한 문서(객체)를, 어떤 내용으로 작성하는 경우에 허위의 진단서 등이 될 것인가(행위), 어떤 주관적 사실을 인식하고 있어야 허위 진단서 작성죄로 처벌되는가(고의), 그밖에 진단서 작성과 관련된 의료법 상의 의무사항 등에 대해 대법원 판례를 중심으로 검토하였다. 진단서 작성의 주체인 의료인, 특히 의사들은 진단서의 사회적 기능과 사회가 보내는 의사와 진단서에 대한 신뢰에 더욱 유념하여야 할 것이다.

아울러 향후 시간적 제한 관계로 충분한 검토를 미쳐 하지 못한, 대한의사협회에서 2003년 2월에 만든 '진단서 작

성 지침'을 법적인 면에서 체계적으로 검토하는 것이 필요하다.

찾아보기말: 진단서; 허위진단서 작성죄; 의사; 허위

ORCID

Jaekwan Roh, <http://orcid.org/0000-0003-2511-9190>

REFERENCES

1. Choo HK. Study on criminal guilt of false medical certificates. Bupjo 2003;52:5-20.
2. Korean Medical Association. Guidelines for medical certificates. Seoul: Korean Medical Association; 2003.

Peer Reviewers' Commentary

이 논문은 진단서의 사회적 기능과 이에 따라 그 신뢰성이 새삼 대두되고 있는 상황에서 한국 법학 및 사법부가 현재까지 이루어낸 진단서에 대한 여러 법률적 문제에 대한 기준을 최근의 판례까지 일반적인 법 해석론의 체계에 따라 정리하고 있다. 최근 의료계는 허위진단서 작성과 관련된 소송(현재 항소심 진행)을 주시하고 있으며, 그 결과나 의미는 절대로 가벼이 넘길 수 없다. 이런 즈음에 허위진단서 작성과 관련된 법률적 의의를 살피는 것은 중요하다. 이 논문은 「허위진단서 작성죄」와 관련하여 기본적으로도 원칙에 해당하는 사항을 법률에 문외한이 의사들도 알기 쉽게 서술하였다. 허위진단서와 관련된 문제점에 대하여 원칙과 개념을 이해할 수 있다는 점에서 의미가 크다고 본다.

[정리: 편집위원회]

자율학습 2014년 6월호 정답 (당뇨망막병증의 예방적 관리와 치료)

1. ④

2. ②

3. ③

4. ④

5. ③

6. ①

7. ③

8. ④

9. ③

10. ④