

상해진단서의 치료기간 고찰

임상옥 치과의원

원장 임상옥

목 차

I. 서론

1. 진단서
2. 문제점

II. 치료기간의 길고 짧음에 의한 구속의 결정여부

1. 구속의 요건
2. 고소의 취소

III. 상해진단서의 기재사항

1. 의료법 시행규칙 제12조 제2항
2. 상해진단서와 소견서
3. 손상과 상해의 개념

IV. 치료기간

1. 의료행위
2. 치료기간과 치유기간
3. 완치의 기준
4. 판례의 상해인정 범위
 - ① 치료일수 미상인 경우
 - ② 치료기간중 영업행위를 한 경우
5. 상해의 경·중판단

V. 결론

I. 서론

1. 진단서

형법 제233조 [허위진단서등의 작성] 의사·한의사·치과의사 또는 조산사가 진단서, 검안서 또는 생사에 관한 증명서를 허위로 작성한 때에는 3년 이하의 징역이나 금고, 7년 이하의 자격정지 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

형법 제235조 [미수범] 미수범은 처벌한다.

형법 제233조 에서와 같이 사문서의 무형위조(문서를 작성할 권한 있는 자가 진실에 반하는 내용의 문서를 작성하는 것을 말한다. 허위진단서 이외의 사문서인 경우 내용이 허위일지라도 작성할 권한자가 작성시 형법적으로 처벌 할 규정이 없다)를 예외적으로 처벌하는 규정을 두고 있다. 이러한 문서는 비록 사문서이지만 일정한 전문직에 종사하는 사람들이 그 경험에 따라 작성하는 문서이므로 신빙성이 높다는 점을 고려하여 작성 권한 있는 자가 허위내용의 문서를 작성하는 경우를 처벌하는 경우라 할 수 있다. 허위진단서작성죄에 관한 대법원 판례를 보면 “의사가 사실에 관한 인식이나 판단의 결과를 표현함에 있어서 자기의 인식 판단이 진단서에 기재된 내용과 불일치하는 것임을 인식하고서도 일부러 내용이 진실 아닌 기재를 하는 것을 말하는 것이므로, 의사가 주관적으로 진찰을 소홀히 한다던가, 착오를 일으켜 오진한 결과로 객관적으로 진실에 반한 진단서를 작성하였다면 허위진단서작성에 대한 인식이 있다고 할 수 없으므로 동 죄가 성립하지 아니한다”(대법원 1976.2.10.75도 1888)고 한다. 허위의 기재는 사실에 관한 것이건 판단에 관한 것이건 불문하다. 그 내용이 허위라는 의사의 주관적 인식이 필요함은 물론, 실질상 진실에 반하는 기재일 것이 필요하다(대법원 1990.3.27, 89도2083).

【판례】 춘천지방법원이(원심) 허위진단서작성죄의 무죄를 선고하자(춘천지방법원 1984.6.8, 83노323)검사가 대법원에 상고하였고, 대법원은 원심판결을 파기하고 다시 원심법원에 환송한 사건이다. 대법원의 판결을 보면 피고인(진단서 발부 의사)이 진찰한 결과 타박상을 의심할만한 외상이 없었는데도 단지 약간의 찰과상 흔적이 있다는 것과 심하게 통증을 호소한다는 것만으로 18

일간의 입원치료를 요할 만큼 타박상을 입은 것으로 믿었다는 피고인의 변명은 도저히 수증하기 어려운 것으로서 허위진단서작성의 범의를 시인한 검찰자백은 그 신빙성이 있다고 보아야 할 것이며, 피고인이 환자로부터 직접 허위내용의 기재를 부탁받지 않았다고 하여도 입원치료비의 수입을 얻은 목적으로 허위내용의 진단서를 발급할 수도 있는 것이므로 원심판사와 같이 부탁 받은 일도 없이 허위내용의 진단서를 발급한다는 것이 경험칙상 납득하기 어려운 일이라고 단정할 수는 없으며, 또 피고인이 범행을 시인하게 된 경위가 석연치 않고 검찰조사 당시 고혈압을 앓고 있었다고 하여도 이러한 사정만으로 검찰에서의 자백의 신빙성을 부인하기에는 미흡하다 할 것이다. 결국 원심판결이 증거가치의 판단을 그르쳐 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 보아 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원에 환송하였다(대법원 1984.9.25, 84도1653).

이와같이 허위의 내용에 대한 고의가 있어야 되며, 허위라고 인식했을지라도 객관적 진실과 일치하는 경우에는 본죄가 성립하지 않는다. 그러나 여기서 중요한 것은 형사법적으로 처벌이 되지 않는다고 해서 민사법적으로 손해배상의 대상이 되지 않는다는 것은 아니다.

【판례】 잘못된 건강진단서를 발급한 의사의 손해배상 소송에서 법원은 약사법 규정에 의한 약사면허갱신을 위한 건강진단의 최종판결을 하는 과정에서, 흉부엑서레이 사진 판독소견상 폐암의 증후가 있으므로 조직정밀검사가 필요하다는 방사선과의 검사결과서의 검토를 빠뜨린 채, 엑서레이 소견 역시 아무런 이상이 없는 것으로 생각하고, 완치불능인 폐암환자를 실수로 건강하다고 판정한 건강진단서를 발부함으로써, 추가치료 또는 신변을 정리할 수 있는 기회를 가질 수도 있었는데, 의사의 건강진단상의 과실로 인하여 모든 기회를 상실하였다고 할 수 있고, 이에 대하여 망인이나 원고(남편, 자식)들이 정신적 고통을 받았음이 명백함으로...; 위자료로 1천만원을 지급하도록 판시하고 있다(서울민사지법 1993.9.22. 92가합49237).

또한 의료법 제18조 제3항에는 이러한 진단서의 교부요구를 받았을 때 정당한 이유 없이 이를 거부하지 못하도록 하고 있다.

cf). 의료법 제18조 3항 [진단서 등] 의사 치과의사 또는 한의사는 그가 진찰 또는 검안한 것에 대한 진단서 검안서 또는 증명서의 교부요구를 받은 때에는 정당한 이유없이 이를 거부하지 못한다.

의료법 시행규칙 제12조에는 진단서의 기재사항이 제시되어 있다. 이와 같이 환자가 신체에 관하여 각종 증명을 요구하면 이에 응하여 자신의 의견이나 진단을 문서로 작성하여 교부하는데 이를 의료문서(보통 진단서라 함)라 한다. 진단서는 의사 개인이 발행하는 시문서나 사회적으로나 법적으로는 공문서의 가치를 지닌다. 사회 생활에서 생명이나 심신의 상태는 각종 법적 권익과 밀접한 관계에 놓여 있기 때문이다. 사회가 발전함에 따라 점차 개인주의화가 심화되고 인심이 각박해짐에 따라 상호양보와 인내로서 해결되던 문제들도 이제는 법률적인 분쟁으로 발전되고 있다.

이러한 법률적인 승소를 위해 증거로써 이용되는 의료문서 중의 하나가 상해진단서이다. 애초부터 법률적인 분쟁과 관련되어 있으므로 상해진단서는 자의적 판단이나 주관적인 추리를 피하고 증거가 될 수 있는 자료에 대하여 객관적으로 기재해야 된다. 의료와 관련된 불만 또는 분쟁 가운데에 진단서를 둘러싼 일이 적지 않으며 때문에 의료인은 사회적으로 물의를 일으키거나 불신을 받기도 한다. 치과 의사들은 환자의 진료 외에도 진단서의 중요성을 인식하고 바르게 교부하여 피해가 없도록 노력해야 한다.

2. 문제점

앞에서 살펴본 바와 같이 상해진단서와 관련된 분쟁의 대부분은 “치료기간”과 관련된 문제이다. 왜냐하면 상해진단서의 기재사항의 결과가 주로 치료기간의 길고·짧음으로 나타나기 때문이다. 이와 같이 상해진단서의 기재사항 중에서 가장 어려움을 주고 고민스럽게 하는 문제는 치료기간의 결정문제이다. 치료기간의 길고·짧음에 의해서 상해의 경·중이 결정되고, 구속·불구속의 기준이 된다는 관행이 행해지고 있다는 것, 등은 사실여부를 떠나 상해진단서 발부시 치과의사들은 많은 심적 부담감을 가진다. 그러면 현행법 체제하에서 치료기간만으로 구속·불구속의 기준이 될 수 있는지

형사 소송법적 원칙 하에서 구속의 요건을 알아보고, 상해진단서 작성시 상당한 부담감을 주고 있는 치료기간의 완료시점을 결정할 때, 어느 시점까지를 치료기간으로 정하는 것이 적절한지 알아보고자 한다. 1987년 대한치과의사협회의 학술위원회에서 제시한 "치과악안면영역의 상해진단의 기준"에 따라서 치료기간을 설정할 때, 예를 들어 발치의 경우 추천되는 4주 이상의 치료기간 등을 설명하는데 있어서, 1993년 대치에서 발행된 "의료문서의 작성요령-상해진단서를 중심으로-"의 지침서의 기준을 따라 치료기간을 산정시 서로 일치하지 않을 뿐만 아니라 이를 설명하는 경우에도 많은 문제점이 따른다. 또한 근관치료나 고정을 필요로 하지 않는 치아의 손상에 있어서 대부분 관찰기간을 필요로 할 수 있다. 이러한 경우 관찰기간을 치료기간으로 산정할 수 있는가의 문제도 논쟁의 대상이 될 수 있다. 치료기간과 치유기간을 구별하여 치료기간을 설정하려는 지침서의 설명은 입원치료를 중심으로 진료를 하고 있는 일반의사들에게는 적당할지 모르지만, 통원치료를 주로 하고 있는 치과 의사에게는 타당한 기준이 될 수 없다. 또한 상해를 당한 경우 치료만으로 회복되는 경우와, 외상으로 인한 치아의 완전탈구 또는 치이를 발치 해야만 할 경우와 같이 보철물의 장착 없이는 회복이 불가능한 경우로 크게 대별할 수 있는데, 이러한 경우에 동일하게 적용될 수 있는 치료기간산정 기준, 즉 완치의 개념에는 의학적 판단뿐만 아니라 법적 판단도 고려하지 않으면 안된다. 왜냐하면 상해진단서 자체가 치료목적과는 상관없이 피해자의 권리구제, 즉 손해배상이나 위자료 등의 산정기준으로서, 또한 상해의 사실을 증거하는 자료 등 주로 법적인 측면에서, 치의학에 문의한인 분쟁의 당사자와 법원에 의해서 이용되기 때문이다.

문제는 치료기간의 완료점인 "완치"의 기준을 형태적 회복에 두느냐, 기능적 회복에 두느냐, 아니면 양자모두에 두느냐이다. 치의학은 일반의학과는 달리 고유의 특성이 있다. 치료기간의 완료점에 대해 치과의사들이 동일한 인식을 갖게되면 치료기간 산정에 대한 많은 문제점은 줄어들 것이다. 이러한 점에 기초하여 모든 사람이 납득하고 수긍할 수 있는 원칙을 마련하여 진단서 작성에 따른 문제점을 줄이고자 하는데 이 글의 목적이 있다.

II. 치료기간의 길고·짧음에 의한 구속의 결정 여부

1. 구속의 요건

구속이란 피의자 또는 피고인의 신체의 자유를 체포에 비하여 장기간에 걸쳐 제한하는 강제처분으로서, 형사소송의 진행과 형벌의 집행을 확보함을 목적으로 한다.

그러나 구속은 피의자와 피고인 본인에게는 물론 그 가족과 사회에 중대한 결과를 초래한다. 이러한 구속은 범죄에 대한 효과적인 투쟁이 다른 방법에 의하여는 달성될 수 없는 정당한 공익의 요구가 인정되는 경우에 최후의 수단으로 사용된다.

헌법 제12조는 신체에 관한 자유와 권리를 천명하고 있으며, 형사소송법 제70조와 제201조는 구속의 요건으로 피고인이나 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 구속사유로서 ① 일정한 주거가 없을 때, ② 증거를 인멸할 염려가 있을 때, ③ 도망 또는 도망할 염려가 있을 때의 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에는 구속할 수 있다고 규정하고 있다. 구속은 피고인의 구속뿐만 아니라, 피의자를 구속하는 때에도 법관이 발부한 영장에 의하도록 하고 있다. 또한 형사소송법은 구속 영장의 청구시 구속의 필요를 인정할 수 있는 자료를 제출하도록 하고 있다(형사소송법 제201조 제2항). 이러한 원칙들을 살펴보면 상해진단서의 "치료기간"만으로 구속·불구속의 기준이 된다고는 볼 수 없다. 왜냐하면 앞에서 살펴본바와 같이 형사소송법은 재범의 위험성이나 중범죄를 특별한 구속사유로 규정하고 있지 않기 때문이다. 물론 치료기간의 장·단은 형법 제51조【양형의 조건】에 의해, 형을 정함에 있어 참작사유는 될 수 있을 것이다.

2. 고소의 취소

고소의 취소는 일단 제기한 고소를 철회하는 고소인의 수사기관 또는 법원에 대한 의사표시로서 그 법률적 성질은 법률행위적 소송행위이다.

고소취소제도는 범인과 피해자 사이의 사적인 화해를 고려하여 인정된 제도로서 실제에 있어서 피해자의 권리구제에 중대한 역할을 하고 있다.

고소취소제도가 피해자에 대한 손해배상을 강제하는 제도는 아니나, 고소의 취소는 친고죄의 경우에는 불기

소처분 또는 공소기각(형식적 소송조건이 결여되어 절차상의 하자로 사건의 실체에 대해서 심리하지 않고 소송을 종결시키는 형식재판)의 사유로 되며, 또한 피해자의 명시한 의사에 반하여 죄를 논할 수 없는 사건("반의사불벌죄"라 한다: 폭행죄, 과실치상죄 등)에 있어서 처벌을 희망하는 의사 표시의 철회에 관하여도 고소의 취소에 관한 규정이 적용된다(형소법 제232조 제3항). 비친고죄(상해죄 등)의 경우에도 피의자, 또는 피고인의 형량을 결정하는 데 있어, 유리한 자료(예컨대 기소유예, 집행유예 등의 사유)로 되므로 실체에 있어서 피해자가 피의자 또는 피고인으로부터 손해배상·위자료를 받는 기능 즉, 피해자에 대한 구제적 기능을 하고 있는 것이다. 고소의 취소는 고소를 취소(철회)한다는 명시적 의사 표시가 있으면 된다. 즉 서류의 제목이 "합의서" 또는 "진정서"라 할지라도 그 내용에 고소를 취소(철회)한다는 취지의 기재가 있으면 고소의 취소라고 본다.

따라서 [상호간에 원만히 해결되었으므로 민·형사간에 어떠한 이의도 제기하지 아니할 것을 합의한다]는 취지의 합의서에 대해서도 고소취소의 효력이 인정된다.

피해자의 보호에 대해서 미흡한 현재의 제도하에서 가해자의 구속은 피해자의 치료비, 위자료 등 손해배상에 중요한 역할을 한다는 것은 부인할 수 없다.

cf) 형사소송은 사인에 대한 국가의 형벌권의 존부의 확정을 목적으로 하는 점에서 사법상의 권리관계의 확정을 목적으로 하는 민사소송과 구별된다. 따라서 가해자가 피해자에 대한 피해변상을 하여 민사소송을 제기할 수 없게 되어도 이 때문에 국가의 형벌권이 소멸되지는 않으며, 다만 그것은 형사소송에 있어서 양형에 참작사유가 될 뿐이다. 이러한 원칙에 대한 예외로서 친고죄와 반의사불벌죄를 규정해 놓고 있다. 이는 비교적 법익의 침해가 경미하고 주로 피해자 개인의 법익을 침해하는 범죄이기 때문에 구태여 피해자의 의사나 감정을 무시하면서까지 처벌할 필요가 없는 범죄를 말한다. 반의사불벌죄는 피해자에 대한 배상이나 당사자사이의 개인적 차원에서의 분쟁해결을 촉진하고 존중하려는 취지도 포함되어 있다는 점에서 친고죄와는 다른 의미가 있다고 할 것이다.

Ⅲ. 상해진단서의 기재사항

1. 의료법 시행규칙 제12조 제2항[상해진단서의 기재사항]

질병의 원인이 상해로 인한 것인 때에는 제1항 각 호의 사항 외에 다음 각 호의 사항을 기재하여야 한다. 1. 상해의 원인 또는 추정되는 상해원인, 2. 상해의 부위 및 정도, 3. 치료기간, 4. 입원의 필요여부, 5. 외과적 수술여부, 6. 병발증의 발생가능여부, 7. 통상활동의 가능여부, 8. 식사의 가능여부, 9. 상해에 대한 소견

이와 같이 상해진단서의 기재사항이 의료법 시행규칙 제12조 제1항의 일반진단서 기재사항에 비해 그 기재사항이 추가되는 것은 그만큼 상해진단서의 용도가 법적인 분쟁, 즉 형사재판이나 민사재판에서 사용된다는 것을 알 수 있다. 기재사항 중에서 가장 중요한 것은 진단명이다. 그렇지만 현실적으로 치료기간이 진단명보다 더 가치있게 사용되고 있으며, 상해진단서에서 치료기간이 없으면 상해진단서로서의 효력이 없다고 할 정도로 현실적으로 중요하게 생각하고 있다.

2. 상해진단서와 소견서

앞에서 살펴본바와 같이 개인적인 건강상태를 확인하기 위한 것이 아니고 약사법규정에 의한 '약사면허갱신을 위한 건강진단서'라 할지라도 건강진단상의 민사상의 과실책임 인정하고 있다. 형법 제233조【허위진단서등의 작성죄】에서는 진단서, 검안서, 또는 생사에 관한 증명서로 되어 있어 소견서는 여기에 포함이 안 된다고 잘못 생각하면 안된다. 허위진단서작성죄에 있어서 진단서라 함은 비록 그 문서의 명칭이 소견서로 되어 있더라도 그 내용이 의사가 진찰한 결과 알게 된 병명이나 상처의 부위, 정도 또는 치료기간등의 건강상태를 증명하기 위하여 작성된 것이라면 위 진단서에 해당된다는 것이다. 즉 진단서란 의사가 진단의 결과에 대한 판단을 표시하여 사람의 건강 상태를 증명하기 위하여 작성하는 문서를 말하며 문서의 명칭을 묻지 않는다(대법원 1990.3.27. 89도2083). 따라서 문서의 명칭에 따라 구별하지는 않으므로 진단서든 상해진단서든 소견서든 법적인 책임은 동일하다. 일반적으로 상해진단서 교부

비용이 다른 진단서에 비해 높기 때문에 환자 측에서는 일반진단서를 요구해 이를 경찰서나 법원에 제출하기도 하기 때문에, 일단 의료문서가 외부에 공개되어 증거로 사용되는 문서는 작성에 주의를 기울여야 한다.

3. 손상과 상해의 개념

손상을 의학적으로 정의할 때 “외부적인 원인(물리적 또는 화학적)이 인체에 작용하여 형태적 파괴 또는 기능적인 장애를 초래한 것” 이라고 할 수 있다. 법률적으로 상해의 수단·방법에는 아무런 제한이 없다. 앞에서 설명한 바와 같이 법률적으로 상해라 함은 의학적인 손상 이외에 협박, 소음, 악취, 강한 광선 등의 작용 및 정신상의 타격까지도 포함한 “외부적 원인으로 건강 상태를 해치고 그 생리적 기능에 장애를 준 모든 가해사실” 이라고 해석하고 있다.

IV. 치료기간

1. 의료행위

의료법 제12조는 의료인이 행하는 의료 조산 간호 등 의료기술의 시행을 가리켜 의료행위라고 규정하고 있

다. 그리고 대법원은 관례에서 “의료인이 의학의 전문적 지식을 기초로 하여 경험과 기능에 의하여 실시하는 진찰 검안 처방 투약 또는 외과수술 등 질병의 예방이나 치료행위”(대법원 1987.11.24, 87도1942) 혹은 “의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위”(대법원 1978.5.9, 7도21)를 의료행위라고 정의하고 있다. 전통적으로 치료행위는 특히 외과수술을 기반으로 인식되어져 왔다. 의료행위는 그 대부분이 환자의 현재의 신체적 이상과 정신적 고통을 제거하기 위하여 실시되지만 신체적 장애의 제거와 전혀 관계가 없는 경우에도 인정된다(순수한 미용성형 목적의 곱보수술, 눈썹꺼풀수술, 콧날 세우기 수술도 의료행위로 인정: 대법원 1974.11.26, 74도1114).

2. 치료기간과 치유기간

치료기간과 치유기간 등에 대한 대한치과의사협회(1993년-의료문서의 작성요령-상해진단서 중심-법제위원회 및 의료분쟁대책위원회)와 대한의사협회(1996년-진단서 작성지침)의 정의를 비교해 보았다.(그림 참고)

대한치과의사협회의 상해진단서 지침서에 따라서 치료기간이 가료일수를 뜻한다면, 외상으로 발치한 경우나

	대한치과의사협회	대한의사협회
치료기간	어떤 질병 또는 손상을 치과의사의 의학적 지식, 기술, 약품 및 의료기관의 제반시설을 이용하여 손상이나 질병을 건강하게 원상태로 회복시키는데 소요되는 시간	의사가 적극적으로 의학적 지식과 기술, 의약품 및 시설을 사용하여 질병이나 손상이 있던 환자를 원래상태로 회복하거나 병적인 상태가 고정되도록 하는데 소요되는 기일로써 '가료기간' 과 같은 의미이다.
치유기간	의학적 가료함이 없이 손상이나 질병이 자연적으로 회복되는 기간	의사의 치료 없이도 손상이 회복되는 기간
공통점	치유기간이 보통 치료기간보다 길다. 상해진단서에는 치유기간을 제외한 치료기간을 적는다(보철물 설치, 물리치료, 성형수술기간제외).	
차이점	상해환자의 손상정도 및 예후에 관련되는 제반여건 등은 각양각색 사례마다, 사례에 따라서 학문적 근거하에 치과의사 각자의 역량에 따라 상정한 판단을 요하는 것이며 역지로 진단기일을 규격화하려는 것은 부적당한 것으로서 그러한 사람은 진단서를 발행할 능력을 제대로 구비하였다고 할 수 없다고 생각된다.	환자의 나이, 치료방법, 합병증의 유무, 치료방법에 의해 치료기간이 다를 수 있다. 특정한 손상이 있을 경우, 어느 기간동안 치료하여야 한다는 것은 실제로는 치료기간이 더 길거나 짧더라도 일반적인 기준, 즉 교과서의 기준이나 각 학회나 단체에서 정한 기준을 따르는 것이 좋다.
기간작성기준	치료기간은 가료일수를 논하는 것으로서 환자가 내원하여 가료를 받지 않아도 자연치유 될 수 있거나 자가요법에 맡길 수 있기까지 치과의사에 의한 가료기간을 말한다.	병적 상태가 고정될 때까지 치료하는 가료기간
치료의 완료시기		1. 적극적인 치료가 끝나는 시기 2. 치료는 끝났지만 치유되는 시기 3. 성형수술과 같은 보원적 치료기간 4. 재취업 할 수 있는 시기

완전탈구된 경우 치과의사의 적극적인 치료기간은 특별한 합병증이 없는 한 1주 내지 2주 내이다. 발치창의 발사(stich out)를 하면 합병증이 없는 한 치료는 끝난다. 그러나 모순되게도 어떤 설명서엔 발치 시 보통 추천되는, 4주 이상의 진단서를 설명할 때 흔히 의학적인 발치창의 치유과정을 들어 보이고 있다. 이는 치료기간과 치유기간을 구별하는 것과는 모순된다.

또한 근관치료나 고정을 필요로 하지 않는 치아의 손상에 있어서 관찰기간이 필요한 경우가 대부분이다. 이러한 경우 치료기간을 가료기간으로 엄격히 정의하는 전제에 설 때 과연 관찰기간을 치료기간으로 산정할 수 있는가의 문제는 논쟁의 대상이 될 수 있다. 이러한 논쟁을 줄일 수 있고 치아손상에 대한 각종 유형에 따른 치료기간 산정을 보다 더 용이하게 하는 수단으로서는 치료기간과 치유기간을 구별하여 가료 기간만을 치료기간으로 산정하는 방법보다는 형태적·기능적회복설을 적용해서 치료기간을 결정하는 것이 보다 더 타당한 방법이 될 수 있다. 즉 임상적인 측면에서 보통수준의 의료를 시행하여 형태적으로나 기능적으로 회복이 되었을 때 까지의 기간을 치료기간으로 보는 형태적·기능적 회복설을 적용해서 치료기간을 산정할 때 치과의사들이 소신을 갖고 치아의 손상유형에 따라 치료기간을 결정할 수 있게 된다. 대한의사협회의 진단서 작성 지침에 따르면 “치아가 부러지면 4주 이상의 치료기간이 필요하다는 진단서에는 놀랄 수밖에 없다” 라고 하고 있다. 이러한 견해는 단순히 가료에 의해서 회복될 수 있는 경우와, 치아의 발치와 같이 보철물 장착 없이는 형태적으로나 기능적으로 최소한의 회복도 될 수 없는 경우를 고려하지 않은 비판이다.

여기서 대법원의 상해의 치료기간 산정기준을 보면 “상해발생 일로부터 그 완치일까지의 기간이 그 치료기간이고 그 치료방법여하는 따질 바 못 된다고 판시하고 있다(대법원1972.9.26, 72도1812). 판례에서 “완치”의 개념에는 단순히 상해로 인한 손상의 회복만을 의미하는 것은 아니다.

여기서 완치의 개념은 치료기간의 완료시점의 문제로 되돌아온다.

3. 완치 의 기준

손상의 완전 회복에 대한 판단에는 형태적 회복설,

기능적 회복설, 형태적·기능적 회복설이 있다. 형태적 회복설은 손상이 형태적으로 원형대로 회복된 것을 전치의 기준으로 삼는 견해, 즉 형태적으로 손상된 세포의 재생 및 증식이 가능한 한계점에 도달했을 때를 기준으로 삼는 견해이며, 기능적 회복설은 손상으로 장애가 생겼던 기능이 정상으로 회복되면 형태적인 수복은 다소 불완전해도 임상적으로 일상생활을 위한 활동에 지장이 없는 범위를 기능적 회복의 기준으로 삼는 견해이다. 형태적·기능적회복설은 임상적인 면에서 보통수준의 의료로서 형태적으로나 기능적으로 회복이 되었을 때 전치의 기준으로 삼는 견해이다. 일반적으로 형태적으로나 기능적으로 원래의 상태로 돌아왔을 때 완전히 회복되었음을 의미 하지만, 근육세포나 신경세포처럼 재생이 불가능한 세포도 있고 치아의 탈락 또는 장기를 절제할 수도 있으며 재생 가능한 피부에 흉터가 남는 것처럼 원래의 형태로 돌아오는 것이 불가능한 경우가 있다. 따라서 치료가 끝나는 것은 손상과 관련된 형태나 기능이 회복될 대로 회복되어 원대로 돌아오거나 또는 더 낮거나 나빠지지 않아 고정되는 시기까지를 의미할 수도 있지만 안면의 상해로 흉터가 깊거나 치아의 탈락 등 형태학적으로나 기능적으로 회복이 불가능할 때는 최소한의 형태회복으로서의 성형수술을 받을 때까지 또는 빠진 치아에 보철물로 기능을 회복할 때까지의 기간을 치료기간으로 봄이 완치의 개념에 가깝다. 물론 완치란 상해행위가 있기 전의 가장 근접한 회복상태, 즉 일반적으로 받아들일 수 있는 임상적인 면에서의 형태적·기능적 회복상태를 의미한다고 해야 한다.

4. 판례의 상해인정 범위

① 치료일수 미상인 경우

외상이 있는 경우 그 정도와 치료일수를 묻지 아니한다. 즉 치료일수가 미상인 경우 판례는 “상해부위를 명시하고 있는 이상 그 치료일수가 미상이라 하여도 상해죄의 성립을 인정한다(대법원 1983.11.18, 83도1667). 상해의 정도도 묻지 않는다(대법원 1983.7.12, 83도 1258). 여기서 주의해야 될 것은 강간치상죄에 있어서의 상해와, 상해죄의 상해의 개념은 같다고는 할 수 없다는 것이다.

강간치상죄는 사람을 상해하거나 상해의 결과가 발생한 경우에, 무기 또는 5년 이상의 징역이라는 무거운 처벌을 하는 점에 비추어, 상해는 상당한 정도에 달할 것을 요한다고 하기 때문이다. 판례가 일상생활에서 얼마든지 생길 수 있는 극히 경미한 상처로써 치료할 필요도 없고, 그로 인하여 신체의 완전성이나 건강상태를 불량하게 변경하였다고 볼 수 없는 때에는 강간치상죄의 상해에 해당할 수 없다는 전제에서 [피해자를 강간하려다 미수에 그치고, 그 과정에서 피해자에게 경부 및 전흉부 피하출혈 통증으로 약 7일간의 가료를 요하는 상처가 발생하였으나, 그 상처가 굳어 치료를 받지 않더라도 일상생활을 하는데 지장이 없고, 시일이 경과함에 따라 자연적으로 치유될 수 있는 정도라면 그로 인하여 신체의 완전성이 손상되고 생활 기능에 장애가 왔거나 건강상태가 불량하게 변경되었다고는 보기 어려워 강간치상죄의 상해에 해당되지 않는다]-[대법원 1970.11.4, 92도1311]고 판시하고 있다는 것은 이러한 의미에서 이해할 수 있다.

② 치료행위중 영업행위를 한 경우

전치 4주일을 요하는 상처를 입은 사실을 인정하면서 치료기간 중 영업에 종사한 자가 치료기간 동안의 손해배상을 청구한 경우에서, 판례는 치료기간내일지라도 영업행위를 한 경우 손해배상만을 배척하고 있다(대법원 1961.12.28, 4294 민상81).

※ 이와 같이 판례에서 치료기간 중에도 일상생활을 허용하는 점을 고려해 보면 치료기간 산정은 결국 형태적·기능적으로 상해전의 상태에 가장 근접하게 되기까지의 기간을 말한다고 볼 수 있다. 왜냐하면 앞에서 "치료방법여하는 따질 바 못 된다"고 한 판례와 이 판시에서 알수 있는 바와 같이, 치료가 입원에 의해서 시행되든지, 통원치료에 의해서 가료되고 있는지, 또는 일반적인 사회생활이 가능하더라도 이러한 것들이 치료기간의 산정에는 영향을 미치지 않는 점을 고려해보면 "형태적·기능적 회복시 까지"를 치료기간으로 산정하는 것이 적절 하다고 본다. 또한 이 판시에서 보는 바와 같이 치료기간의 용도는 형사적인 자료로서 보다는 민사적인 손해배상의 자료로서 사용되는것이 더 합당하다.

5. 상해의 경·중 판단

상해의 경·중 판단의 구체적인 기준을 정하기는 곤란하다. 굳이 정해야만 한다면 진단명, 생명에 대한 위험성유무, 영구적인 장애 야기정도, 상해부위 및 정도 치료기간 등을 고려해 규범적으로 평가되

어야 할 문제인 것 같다.

대한의사협회의 작성지침에 따르면 치료기간의 장·단으로 상해의 경중을 평가한다면 "극단적인 예로 생명의 위험이 많은 의상성 비장파열(약 4주)이 생명의 위험이 적은 colle's fracture(전완부 골절, 약 6주)보다 치료기간이 짧다. 따라서 비장파열은 팔의 골절보다 경한 상태로 평가하게 된다"고 하고 있다. 이는 치료기간만으로 상해의 경중을 따질수는 없다는 것을 보여주고 있다. 형법에서는 상해죄와 중상해죄를 규정해 두고 있다. 형법 제258조 제1항, 제2항에서의 중상해죄는 단순히 타인의 생리적 기능에 장애를 야기하는 것이 아니라 그 정도를 넘어, 1)생명에 대한 위험을 발생하게 하거나, 2)불구 또는 불치나 난치의 질병에 이르게 함으로써 성립하는 범죄를 말한다. 생명에 대한 위험이란 생명에 대한 구체적 위험의 발생을 의미하며 보통 치명상에 이른 경우를 말한다. 불구란 신체의형상 중요부분의 절단 또는 신체기능의 지속적인 상실상태를 의미한다. 불치 또는 난치의 질병이란 치료의 가능성이 없거나 현저히 곤란한 질병을 말한다. 불구의 일반적인 예로는, 실명케 한 경우(대법원 1960.2.6, 4292형상395) 청력을 상실케 한 경우, 혀를 절단한 경우(부산지법 1965.1.12, 64고6813), 손 또는 발을 절단한 경우 등을 들 수 있다. 그러나 치아 한 두 개가 빠진 것으로는 불구라 할 수 없다(대법원 1960.2.29, 4292형상413)는 판시를 하고 있다. 이와 같이 중 상해죄의 구성요건을 제외하면 상해죄에 해당하는 상해로 볼 수 있다.

V. 결론

치료기간의 산정문제는 앞에서 살펴본 바와 같이 순수한 의학적인 측면뿐만 아니라 법적인 측면도 내포하고 있다. 상해진단서 자체가 순수한 치료목적차원이 아닌 법률적인 분쟁에 사용되는 것을 전제로 하기 때문이다. 더욱이 치료기간의 길고·짧음에 의해 구속·불구속의 기준이 된다는 관행이 가해자, 피해자의 의식 속에 잠재하고 있는 현실에서, 치과의사들은 상해진단서 발부시 많은 심리적 부담을 느낀다. 치료기간의 산정문제는 결국 치과의사의 몫이다. 치료기간 산정시 단순히 상해로 인한 손상만을 치료하는 가료기간만을

치료기간으로 할 때 원래의 형태로 회복이 불가능한 치아의 탈락 같은 경우의 설명에 많은 문제점을 노출한다. 이의는 반대로 대한의사협회의 지침서에는 “의학적으로 보아 명든 상태(좌상)에 특별한 치료는 없고 저절로 낫는 것이므로 [치료기간]을 적을 수 없는데, 흔히 “치료기간: 1주” 라는 상해진단서가 발급된다고 하고 있다(이는 치료기간의 정의와 모순된다).

판례에서 치료기간산정기준으로 “상해발생일로부터 그 완치일까지”로 하고 있는데 여기서 “완치”란 의학적·법적 판단을 모두 고려해야 하는 개념이라는 것이다. 물론 상해로 인한 손상이 회복된 경우 의학적 완치로 볼 수 있다. 하지만 법적판단에 있어서의 완치란, 의학적인 완치에 더해서 일반적인 평균인들의 가치판단, 상식과 경험 뿐만 아니라 특히 피해자의 권리구제를 고려해서 완치의 개념을 판단해야 한다. 이러한 의미에서 “중증의 뇌손상 환자에 대하여 여명단축이 없다고 한 서울대학병원의 감정은 잘못이다”라는 대법원의 판결(대법원 1990.6.8. 89다카17812)은 참고해 볼 만하다. 이와같이 앞에서 설명한 여러 가지 점들을 종합적으로 고려해 보았을 때 외상으로 인한 치아 발거시 보통수준의 임상적인 측면에서 형태적·기능적 회복인 보철물 장착까지의 기간을 치료기간으로 산정하는 것이 타당하다. 가령 상해로 팔이 골절 된 경우와 치아를 발치 한 경우를 비교해 보면, 팔의 골절의 경우 치료기간이 약 6주로서 석고로 고정하는 기간만을 “치료기간”으로 한다고 한다. 6주 후에 특별한 합병증이 없는 한 골절부위는 회복되어 팔은 형태적으로나 기능적으로 최소한의 기능을 할 수 있는 단계에 있게 된다.

그러나 치아를 발치 한 경우 발거된 치아 그 자체는 형태적으로나 기능적으로 보철물을 장착하지 않는 한 발치전의 상태로 회복될 가능성이 전혀 없다. 팔의 골절이 고정되었다고 해서 골절전의 기능을 바로 회복하지는 못하지만 치아의 경우도 보철물을 장착했다고 해서 바로 발치전의 기능을 회복하지는 못한다.(물론 영구적인 기능의 감소는 민사적인 손해배상의 대상이 된다). 따라서 치료가 끝나는 것은, 손상과 관련된 형태나 기능이 회복될 대로 회복되어서 원래대로 돌아오거나, 또는 더 낫거나 나빠지지 않아 고정되는 시기까지를 의미한다고 할 때, 치료기간 산정시 치료만으로 재생이 가능한 경우는 임상적인 면

에서 기능의 회복까지, 원래의 형태로 돌아오는 것이 불가능한 경우에는 현대의 보통수준의 의료로써 보철물을 장착해서 형태적으로나 기능적으로 회복될 때까지의 기간을 “치료기간”으로 하는 것이 타당하다고 생각한다. 또한 치과치료의 특성상 외상으로 인하는 외상으로 인하지 않은 치아의 발치 또는 치아의 파절 등 대부분의 치과치료는 보통 보철물 장착까지의 일련의 계속적이고 밀접한 연관성을 잠재적으로 가지고 있기 때문에 보철물 장착까지의 기간을 치료기간으로 봄이 타당하다. 1993년 대한치과의사협회의 지침서에 따른 치료기간산정기준으로 치료기간 산정시 1987년 대한치과의사협회의 “치과악안면영역의 상해진단의 기준”과 서로 상이함으로 인해 치과 의사들은 많은 혼란스러움을 느낄 수 밖에 없다. 또한 치과의사에 따른 치료기간의 길고·짧음은 분쟁의 당사자에게 있어 상당한 행·불행이 될 수도 있기 때문에 항상 분쟁의 소지를 내포하고 있는 것이다. 1987년 대한치과의사협회의 학술위원회에서 제시하고 있는 상해진단기준을 대부분 참고하고 있는 현실속에서 이러한 기준을 해석하고 적용하는 것에는 물론, 치과 의사들이 치료기간을 보다 쉽게 결정할 수 있는 수단으로서도 “형태적·기능적 회복설”을 적용시 상해진단서의 치료기간산정은 보다 용이해 지리라 믿는다. 치료기간은 앞에서 언급한 바와 같이 형법적인 문제보다는 민사적인 손해배상의 기준으로 적용되는 것이 더 적절하다.

참 고 문 헌

1. 의료문서의 작성요령: 대한치과의사협회, 1993
2. 진단서 작성지침: 대한의사협회, 1996
3. 김영구, 고명연: 진단서 감정서 및 의료사고의 실례. 신흥인터내셔널, 1996
4. 문국진: 보험법의학. 중앙문화사, 1998
5. 김명래: 진단서 및 감정서의 작성과 실례. 지성출판사, 1996
6. 김일수: 형법총론. 박영사, 1996
형법각론. 박영사, 1996
7. 이재상: 형법총론. 박영사, 1996/ 형법각론. 박영사, 1996
형사소송법. 박영사, 1999
8. 정성근: 형법총론. 법지사, 1996/ 형법각론. 법지사, 1996
9. 이시윤: 민사소송법. 박영사, 1996