

의료인의 진료기록부 등 허위작성시 형사처벌 가부

- 대법원 2005. 11. 24. 선고 2002도4758 판결 -

박 경 춘 *

- I. 대법원 판결의 요지
- II. 사건의 개요
 - 1. 공소사실의 요지
 - 2. 제1심 판결 (수원지방법원 성남지원 2001. 2. 1. 선고 2000고단475)
 - 3. 제2심 판결 (수원지방법원 2002. 8. 14. 선고 2001노577)
 - 4. 대법원 판결 (대법원 2005. 11. 24. 선고 2002도4758 판결)
- III. 논 점
- IV. 허위진단서 작성과 사기방조죄의 성립 여부
 - 1. 방조죄의 성립요건
 - 2. 방조죄의 고의 판단 방법에 관한 대법원 판례
 - 3. 본건 판결에 대한 평석
- V. 의료법 제21조에 대한 해석에 관하여
 - 1. 쟁 점
 - 2. 관련 규정
 - 3. 의료법 제21조 (진료기록부 작성의무) 및 제53조 (자격정지 규정) 개정연혁
 - 4. 검 토
- VI. 결 론

I. 대법원 판결의 요지

형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고 명문규정의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 않는다(대법원 1992. 10. 13. 선고 92도1428 전원합의체 판결, 2002. 2. 8. 선고 2001도5410 판결 등 참조).

구 의료법(2000. 1. 12. 법률 제6157호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제

* 전주지방검찰청 정읍지청장

21조 제1항은 “의료인은 각각 진료기록부·조산기록부 또는 간호기록부를 비치하여 그 의료행위에 관한 사항과 소견을 상세히 기록하고 서명하여야 한다.”라고 규정하고 있고, 구 의료법 제69조는 제21조 제1항의 규정에 위반한 자는 300만원 이하의 벌금형에 처하도록 규정하고 있는 바, 문언상 “상세히 기록하여야 한다.”라고만 규정하고 있을 뿐 “허위로 작성하여서는 아니 된다.”라거나 “허위 사항을 기재하여서는 아니 된다.”라고 규정하고 있지 않은 점, 그리고 구 의료법 제53조 제1항 제3호가 면허자격정지사유에 관하여 “제21조 제1항에 의한 진료기록부 등을 허위로 작성한 때”라고 규정하고 있어 위 제21조 제1항 및 제69조와 그 내용 및 형식을 서로 달리하고 있는 점 등을 고려해 볼 때, 의료인이 진료기록부를 허위로 작성한 경우에는 위 제53조 제1항 제3호에 따라 그 면허자격을 정지시킬 수 있는 사유에 해당한다고 볼 수 있을지언정 나아가 그것이 형사처벌 규정인 제69조 소정의 제21조 제1항의 규정에 위반한 경우에 해당한다고 해석할 수는 없다.

II. 사건의 개요

1. 공소사실의 요지¹⁾

피고인은 ○○의원 원장인바,

가. [허위진단서작성, 허위작성진단서행사]

원무부장으로 일한 공소 외 김○○와 공모하여,

공소 외 박△△, 이△△은 교통사고시 보상을 받을 수 있는 각종 보험에 가입한 후 보험금을 편취하기 위하여 1996. 2. 26. 고의로 사고를 낸 후 위 의원에 내원하였고, 그들은 위장사고로 인하여 다친 데가 없거나 지극히 경미한 부상을 입었을 뿐이어서, 피고인은 그들에 대한 진찰과 각종 검사

1) 검토대상 판결부분은 의료법위반 공소사실이나, 사건의 전체적인 이해를 돕기 위해 공소사실 전체를 기재하였고, 심급별 판결내용을 차례로 소개하였다. 특히 허위진단서작성죄 등의 공범 성립 여부에 관한 1심, 2심 판결내용이 유·무죄를 달리하고 있는 점을 주목할 필요가 있으며, 필요한 범위 내에서 필자의 의견을 개진하고자 한다.

등을 통하여 경·요추부염좌상이나 뇌진탕 등이 있다고 인정할 만한 객관적 징후를 발견하지 못하였고, 위 박△△ 등은 입원 후 수시로 외출과 외박을 하면서 주사와 투약 등 처방에 따른 치료를 제대로 받지 않았고, 위 염좌상이나 뇌진탕 등은 통상 1~2주, 길어야 3주 이내에는 완치되는 것임에도 불구하고,

1996. 7. 말경 위 의원에서 위 김○○가 보험회사에 치료비를 청구하기 위하여 1996. 2. 26.자 교통사고로 위 의원에 입원한 위 박△△이 경·요추부염좌, 뇌진탕으로 인하여 초진 2주간의 진단만기일로부터 향후 각 약 2주간의 치료를 요한다는 1996. 3. 11.자, 1996. 3. 25.자, 1996. 4. 8.자의 허위진단서 3장을, 위 박△△과 같은 날 같은 교통사고를 위 의원에 입원한 위 이△△이 경·요추부염좌, 뇌진탕, 요부좌상으로 인하여 초진2주간의 진단만기일로부터 향후 각 약 2주간의 치료를 요한다는 1996. 3. 11.자, 1996. 3. 25.자, 1996. 4. 8.자, 1996. 4. 22.자, 1996. 5. 6.자, 1996. 5. 20.자의 허위진단서 6장 등 허위진단서 9장을 각 작성하고, 그 시경 그 정을 모르는 성명 불상의 ▽▽보험회사 직원에게 위 허위작성한 진단서 9장이 마치 진정한 것인 양 제출하여 이를 각 행사하고, [형법 제233조, 제234조]

나. [사기방조 - 위장환자의 보험회사 보험금 (치료비)편취 방조]

위 박△△이 교통사고시 보상을 받을 수 있는 각종 보험에 가입한 후 고의로 교통사고를 내어 보험회사로부터 보험금을 편취하기로 위 이△△과 공모하여, 1996. 2. 26. 15:00경 (사고장소) 도로에서 위 이△△이 운전하는 승용차를 타고 가다가 공소 외 김 모가 운전하는 승합차와 경미하게 스치는 정도의 사고를 야기하여, 외상 등 상해를 입은 사실이 없음에도 1996. 2. 27.경부터 같은 해 7. 23.까지 피고인이 운영하는 위 의원에서 148일간 입원치료를 받은 것으로 위장한 다음 보험금을 청구하여 이에 속은 피해자 보험회사로부터 1996. 7. 27. 합의금 명목으로 5,871,350원을 교부받아 편취함에 있어, 위 박△△은 외상이 전혀 없었으며, 진찰과 각종 검사결과 동인에게 염좌상이 있다고 불만한 징후가 발견되지 못하였고, 경·요추부염좌

상 등은 1주 내지 3주 이내에는 완치될 뿐 아니라 통원치료에 의해서 완치 가능한데도 불구하고, 입원기간이 길어짐에 따라 보험회사로부터 받을 수 있는 보상금이 증가하는 것을 노리고 박△△이 장기간 입원치료를 요구하자, 실제로 위 박△△이 주사와 투약 등 처방에 따른 치료를 받지 않았고, 외출과 외박을 일삼도록 방치하였음에도 1996. 2. 27.부터 같은 해 7. 23.까지 위 의원에 입원하여 치료를 받은 것으로 처리하고 148일간 입원하여 치료받은 것처럼 추가진단서와 진료기록부를 작성하여 위 보험회사에 제출함으로써 위 박△△의 위 사기범행을 방조한 것을 비롯하여 같은 방법으로 별지 범죄일람표 기재와 같이 6회에 걸쳐 같은 방법으로 박△△ 등의 사기범행을 방조하여 합계 금 18,287,000원을 편취하도록 하고, [형법 제347조 제1항, 제30조]

다. [의료기사등에 관한 법률 위반 - 원무부장의 무면허 방사선촬영에 공모]

위 의원에서 원무부장으로 일하고 있는 공소 외 김○과 공모하여, 방사선사면허를 받지 아니하고, 1999. 3. 2.경부터 2000. 1.경까지 위 의원에서, 위 김○이 환자 약 2,310명에 대하여 엑스레이촬영을 실시하고, [의료기사등에관한법률 제30조 제1항, 제9조 제1항]

라. [의료법위반 - 진료기록부 허위기재]

1999. 8. 22.경부터 같은 해 11. 11.까지 위 의원에서, 위 의원에 교통사고로 입원한 공소 외 김□에 대하여 진료기록부에 물리치료 횟수 및 약품과 주사투여 회수를 실제 시행횟수보다 과대 기재하는 등 허위의 진료기록을 작성하였다.2)

2) 입원기간 82일간 매일 토라렌이라는 근육주사를 시행하고, 매일 폰탈, 타이렉스, 판크론이라는 약을 매일 3회씩 투여하고, 매일 2회씩 물리치료를 시행한 것으로 기재하였으며, 약75일간 “repeat ①②③④×3days”로 기재.

2. 제1심 판결 (수원지방법원 성남지원 2001. 2. 1. 선고 2000고단475)

가. 피고인의 주장내용

- 사기방조의 점에 대하여 피고인은 위 박△△, 이△△ (환자)의 사기범행을 알지 못하였고, 동인들의 사기범행을 방조하려는 의사도 없었다는 취지로 변명

※ 의료법위반 즉, 진료기록부 허위 작성과 관련하여 진료기록부를 허위 작성한 것이 범죄로 되지 아니한 것으로 알고 있었다는 등의 변명은 하지 아니함³⁾

나. 판결요지

- 사기방조의 점을 제외한 나머지 공소사실에 관하여 모두 유죄 (벌금 1,000만원)로 인정

- 사기방조의 점에 대하여는 “피고인은 위 박△△, 이△△ (환자)의 사기범행을 알지 못하였고, 동인들의 사기범행을 방조하려는 의사도 없었다는 취지로 변소하므로 살피건대, 검사 제출의 증거들 (위 증거의 요지란에 기재된 증거들 등)을 모아 보아도 위 공소사실 (특히 피고인의 범의)을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.⁴⁾ (피고인이 위 박△△, 이

3) 개인의원을 개원한 전문의의 입장에서 진료기록부를 허위로 작성한 것은 당연히 법에 저촉되어 형사처벌대상인 것으로 알았다는 취지로 보여진다.

4) 종전에는 형사판결문의 가장 큰 문제로 유죄에 대해서는 짧고 간단하게 판단하는 대신 무죄·공소기각 등에 대해서는 장문으로 판단하고 있는 점이 지적되어 왔다. 이러한 방식은 첫째, 법관입장에서 무죄 판결문을 작성하는 것이 유죄 판결문을 작성하는 것보다 훨씬 힘들어 무죄 심증이 있는 사건도 타협적으로 유죄판결을 선고하는 경향이 있고, 둘째, 형사재판을 받는 국민의 입장에서 보면 짧은 문장으로 된 유죄 판결문, 긴 문장으로 된 무죄 판결문은 피고인을 이해시키기 위한 것이 아니라 검사를 이해시키기 위한 것으로 오해할 소지가 다분하다. 이러한 경향에 반대하여 “유죄 판결문은 장문으로, 무죄 판결문은 단문으로” 하지는 주장이 법원 내부와 일부 재야 법조계으로부터 제기되었다. 위 제1심 무죄판결 이유 부분을 보면 이러한 견해에 따른 것으로 볼 수 있다. 위 제1심 무죄 판결이유는 “검사 제출 증거만으로는 공소사실을 인정하기 부족하다”는 것이다. 물론 입증이 부족한 부분에 대한

△△을 치료하면서 판시 범죄사실 기재와 같이 허위진단서를 작성, 행사한 것은 보험회사로부터 치료비를 지급받기 위한 것이므로 그것만으로는 위 양인의 보험회사에 대한 합의금편취를 방조하였다고 인정하기 어렵고, 위 양인의 위 보험 이외의 여타 보험과 관련한 보험금수령에 관하여는 우선 피고인이 위 양인의 그와 같은 보험가입사실 및 보험금수령사실을 알고 있었다는 점에 대한 증거도 찾기 어렵다)”는 이유로 무죄선고

3. 제2심 판결 (수원지방법원 2002. 8. 14. 선고 2001노577)

가. 피고인의 항소이유 요지

- 사실오인(피고인이 환자에 대한 진찰을 다소 소홀히 하였다 하더라도 고의로 허위진단서를 작성하려고 한 것은 아니다) 및 양형부당

나. 검사의 항소이유 요지

- 피고인은 박△△등이 고액의 보험금을 편취할 목적으로 위장 장기 입원 하고 있다는 사실을 인식하고 허위진단서 등을 작성하여 보험회사에 제출함으로써 박△△ 등의 사기 범행을 방조하였음에도 불구하고 사기방조의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심의 판단은 사실을 오인하거나 법리를 오해한 것임.

설명을 “()”를 사용하여 설명하였지만 증거에 대한 가치판단과 법적, 논리적 추론 과정을 전혀 생략한 채 무죄를 선고한 것이다. 물론, 유죄 판결문을 작성하는 경우에도 유죄의 증거를 믿는 이유가 명시된다면 피고인이나 변호인이 항소심 등 상급심에서 위 증거들을 탄핵하는 데 집중하게 되므로 피고인의 방어권 행사와 소송경제 측면에서도 바람직 할 것이다. 다만, 무죄 판결문은 법률전문가인 검사를 설득하기 위한 것이므로 법논리적 증거가치 판단에 관한 설명없이 간단하게 작성해도 무방하다는 논리는 성립하기 어렵다고 생각한다. 형사소송의 최고의 이념은 실체진실의 발견에 있다. 형사법의 적정한 적용을 위해서는 사건의 진상을 파악하여 범죄에 대한 혐의의 전부를 명백히 하고 죄 있는 자와 죄 없는 자를 구별하여 죄 있는 자를 처벌하고 죄 없는 자를 벌하지 않음으로써 판결의 실질적 정당성을 확보하여야 한다 그렇다면, 무죄 판결의 경우에 적어도 증거취사에 관한 개괄적인 이유설명이 필요하다고 할 것이고, 제1심 판결중 무죄이유 설시 부분처럼 아무런 이유설명(개략적 이유설명)도 함이 없이 일방적으로 검사제출 증거를 배척하는 것은 바람직하지 않다고 생각한다.

다. 법원의 판단

- 사기방조죄에 대한 유죄인정

피고인은 박△△, 이△△이 이른바 피병환자로서 보험회사들로부터 합의금을 편취할 목적으로 입원 또는 통원치료를 받으려고 하는 사실을 인식하고 있었음에도 불구하고, 변경된 공소사실과 같이 6회에 걸쳐 허위의 추가진단서와 진료기록부를 보험회사들에 제출함으로써 박△△ 등이 보험회사들로부터 합의금을 편취하는 행위를 용이하게 한 사실을 충분히 인정할 수 있다. 그리고, 설사 피고인이 보험회사들로부터 치료비를 지급받기 위하여 허위의 추가진단서와 진료기록부를 작성·제출하였다거나 박△△ 등의 자동차보험 이외의 여타 보험과 관련한 보험가입사실과 보험금수령사실을 알지 못하였다 하더라도, 피고인으로서 박△△ 등이 피병환자로서 보험회사들로부터 합의금을 편취할 목적으로 입원 또는 통원치료를 받으려고 하는 사실을 인식하면서 허위의 추가진단서 등을 발급하여 준 이상 변경된 사기방조의 공소사실은 유죄로 인정된다.

- 의료법위반(진료기록부 허위작성) 무죄

원심은 피고인이 “1999. 8. 22.경부터 같은 해 11. 11.까지 위 의원에서, 위 의원에 교통사고로 입원한 김□에 대하여 진료기록부에 물리치료 횟수 및 약품과 주사투여 횟수를 실제 시행횟수보다 과대 기재하는 등 허위의 진료기록을 작성한 것이다”라는 원심 판시 제3항의 의료법위반 범죄사실에 관하여도 의료법 제69조, 제21조 제1항을 적용하여 유죄로 인정하고 있다. 살피건대, 구 의료법(2000. 1. 12. 법률 제6157호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제21조 제1항은 “의료인은 각각 진료기록부·조산기록부 또는 간호기록부를 비치하여 그 의료행위에 관한 사항과 소견을 상세히 기록하고 서명하여야 한다”라고 규정하고 있고, 구 의료법 제69조는 제21조 제1항의 규정에 위반한 자는 300만 원 이하의 벌금형에 처하도록 규정하고 있는 바, 피고인의 위와 같은 행위가 원심 판시와 같이 의료법이 정하고 있는 진료기록부 비치 등 의무에 위반한 것인지에 관하여 보면, 피고인이 허위 내용의 진료기록부를 작성한 행위는 의료인이 진료기록부를 비치하지 아니

하였다거나 진료기록부에 그 의료행위에 관한 사항과 소견을 상세히 기록하고 서명하지 아니한 것이라고 볼 수 없다.

4. 대법원 판결 (대법원 2005. 11. 24. 선고 2002도4758 판결)

대법원은 앞에서 기술한 판결요지와 같은 이유를 설명하면서, 이와 같은 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 교통사고로 입원한 환자에 대하여 진료기록부에 물리치료 횟수 및 약품과 주사투여 횟수를 실제 시행횟수보다 과대 기재하는 등 허위의 진료기록부를 작성한 행위가 진료기록부를 비치하지 아니하였거나 진료기록부에 그 의료행위에 관한 사항과 소견을 상세히 기록하고 서명하지 아니한 것이라고 볼 수는 없다는 이유로 무죄라고 판단한 조치는 옳고, 거기에 구 의료법 제21조 제1항 및 제69조의 해석에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다라고 판시.

Ⅲ. 논 점

본 판례평석에 대한 주된 논점으로는 의료법 제21조의 성립 여부와 관련된 쟁점이고, 부수적으로는 허위진단서 작성교부행위가 보험회사에 대한 사기방조죄가 성립하는가가 문제이다. 먼저 부수적 논점인 사기방조죄의 성립 여부를 먼저 살펴보고, 이어서 의료법 제21조의 해석과 관련된 논점을 살펴보고자 한다.

IV. 허위진단서 작성과 사기방조죄의 성립 여부

1. 방조죄의 성립요건

방조범은 타인의 범죄행위를 방조하는 자를 말한다. 방조는 도와준다는 의미로서 타인의 범죄행위를 쉽게 하도록 도와주거나 법익 침해를 강화하도록 도와주는 행위가 방조이다. 방조범에 대한 근거는 형법 제32조이고,

행위의 불법성이 낮은 관계로 방조범의 형은 정범의 형보다 감경하도록 규정하고 있다. 방조범은 정범의 실행을 방조한다는 인식, 즉 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위라는 인식, 즉 정범의 고의가 있어야 한다. 이러한 의미에서 방조범의 고의는 교사범의 고의와 같이 二重의 故意를 요하며, 그 내용에 있어서 정범의 고의보다 풍부하다고 할 것이다. 방조범은 정범에 의하여 실현되는 범죄의 본질적인 요소를 인식하여야 한다. 그러나 범죄의 구체적인 내용까지 인식할 것을 요하는 것은 아니다.⁵⁾ 예컨대 방조범은 정범의 범죄의 일시·장소·객체 또는 구체적인 상황까지 인식할 필요는 없다. 뿐만 아니라 방조범은 정범이 누구이며 그 실존유무를 반드시 알아야 하는 것도 아니다. 대법원 1977. 9. 28. 선고 76도4133호 판결은 “종범이 성립하는 때는 그 방조행위가 정범의 실행에 대하여 간접적이거나 직접적이거나를 가리지 아니하며 간접적으로 종범을 방조하는 경우 정범이 누구인지 그 소재나 실존유무를 확인할 필요가 없다.”고 판시하고 있다

또한 방조행위가 정범의 범죄에 대하여 인과관계가 있을 것을 요하며, 적어도 그 범죄의 실행의 방법이나 수단에 영향을 비쳤을 것을 요한다고 해석하고 있다.⁶⁾

2. 방조죄의 고의 판단 방법에 관한 대법원 판례

가. 대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도6056 판결

본 사건은 금괴를 부가가치세 영세율이 적용되는 수출원자재 명목으로 구입한 후 실제로는 시중에 판매처분하고 허위로 수출신고를 하여 이를 근거로 관세를 부정 환급받은 정범의 범행에 대하여 정범이 설립한 위장수출 회사의 직원인 피고인에 대하여 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(관세)의 방조죄가 성립하는지 여부가 문제되는 사건이다.

5) 이재상, 형법총론, 박영사, 1989, 447면.

6) 이재상, 전거서, 446면.

대법원은 “형법상 방조행위는 정범이 범행을 한다는 정을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 직접, 간접의 행위를 말하므로 방조범은 정범의 실행을 방조한다는 이른바 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위인 점에 대한 정범의 고의가 있어야 하나, 이와 같은 고의는 내심적 사실이므로 피고인이 이를 부정하는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고 이때 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 외에 다른 방법이 없다고 할 것이며, 또한 방조범에 있어서 정범의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적인 내용을 인식할 것을 요하는 것은 아니고 미필적 인식 또는 예견으로 족하다”고 판시하면서, 피고인이 근무하는 회사는 공소 외 A가 실질적으로 운영하는 회사이면서도 피고인과 그 친인척만이 임원으로 등재되어 있을 뿐 아니라 금을 제조가공하는 회사라면서도 이를 위한 물적 설비를 전혀 갖추지 못하였고, 공소 외 A가 수출제품용 원재료로 구입한 금괴를 곧바로 가져간 후 당초 구입한 금의 양에 비하여 매우 적은 분량의 금제품을 수출품이라며 가져와 운송을 위탁하도록 지시하는 한편, 매입한 금괴의 행방, 처리 내역 등은 비밀에 붙여오는 등 극히 비정상적인 행태를 보여왔다고 할 것인바, 이러한 사정만으로도 피고인은 위 회사에 근무하는 동안 공소 외 A가 수출제품용 원재료로 구입한 금괴를 이용하여 불법적인 거래를 하고 있을 지도 모른다고 의심하였을 것임을 경험칙상 넉넉히 추단할 수 있다고 판시하고 있다.

즉, 피고인의 행위는 미필적이거나 정범의 범행을 인식 또는 예견하고 그 실행행위를 용이하게 하였다고 볼 여지가 있다고 한 것이다.

나. 대법원 2006. 1. 12. 선고 2004도6557 판결

본 사건은 의사인 피고인이 입원치료⁷⁾를 받을 필요가 없는 환자들이 보험금 수령을 위하여 입원치료를 받으려고 하는 사실을 알면서도 입원을 허

가하여 형식상으로 입원치료를 받을 수 있도록 한 후 입원확인서를 발급하여 준 사안이다.

대법원은 “원심은, 채택 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 피고인 1이 원심 공동피고인에게 입원 당시 보험가입 여부에 대한 질문을 하였고, 피고인 3에게는 ‘링거주사의 경우 입원치료를 받아야 보험혜택을 받을 수 있다’고 말하기도 한 점, 환자들이 ○○병원 내과에서 입원확인서를 발급받아 이를 보험회사에 제출하면 4~5일 정도 지나 보험회사 직원이 조사를 하기 위해 병원에 와서 원장인 피고인 1등을 만나곤 하였던 점에 비추어, 피고인 1은 자신이 발급한 입원확인서가 환자들의 보험회사에 대한 보험금청구에 사용된다는 것을 알았다고 봄이 상당하므로 … (중략) … 사기방조죄의 범의에 관한 법리를 오해한 위법 등이 있다고 할 수 있다”고 판시하였다.

다. 대법원 2003. 4. 8. 선고 2003도382 판결

“방조는 정범이 범행을 한다는 것을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 종범의 행위이므로 종범은 정범의 실행을 방조한다는 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당한다는 점에 대한 정범의 고의가 있어야 한다”고 판시하면서

원심이 같은 취지에서, 공소사실중 위 피고인이 상피고인 1, 2가 주식회사 ○○전자통신을 코스닥에 등록하는 과정에서 허위의 감사보고서를 작성

-
- 7) 위 판례는 “입원이라 함은 환자의 질병에 대한 저항력이 매우 낮거나 투여되는 약물이 가져오는 부작용 혹은 부수효과와 관련하여 의료진이 지속적인 관찰이 필요한 경우, 영양상태 및 섭취음식물에 관한 관리가 필요한 경우, 약물투여·처치 등이 계속적으로 이루어질 필요가 있어 환자의 통원이 오히려 치료에 불편함을 끼치는 경우 또는 환자의 상태가 통원을 감당할 수 없는 상태에 있는 경우나 감염의 위험이 있는 경우 등에 환자가 병원 내에 체류하면서 치료를 받은 것으로서, 보건복지부 고시인 ‘요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항’등의 제반 규정에 따라 환자가 6시간 이상 입원실에 체류하면서 의료진의 관찰 및 관리하에 치료를 받을 것을 의미한다고 할 것이나, 입원실 체류시간만을 기준으로 입원여부를 판단할 수는 없고 환자의 증상, 진단 및 치료내용과 경위, 환자들의 행동 등을 종합하여 판단하여야 한다”고 판시하고 있다.

하여 줌으로써 이를 도와준 행위가 사기방조로 기소된 부분에 관하여 피고인 1, 2가 코스닥등록을 한 뒤 주식공모를 통해 청약금을 교부받는 행위가 편취행위에 해당한다는 사실을 인식하고 이러한 사기범행을 도와주려 하였다고 보기 어렵다고 판단한 것은 옳다고 판단하였다

3. 본건 판결에 대한 평석

가. 방조범 성립에 있어서 合法則的 關聯性 이론

방조범에 있어서 방조행위와 실행행위 사이에 *conditio sine qua non*공식에 의해 방조행위가 없었으면 정범의 실행행위가 없었다거나, 또는 방조행위가 정범의 실행행위에 상당한 조건이 될 것을 요하는 것은 아니다. 방조행위와 실행행위에 영향을 미쳤다고 하는 의미에서 합법칙적 관련이 있으면 족하다고 할 것이다.⁸⁾

대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도6056 판결에서 “...이때 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 외에 다른 방법이 없다고 할 것이며...”라고 판시하고 있는데, 위 “상당한 관련성”이 바로 “합법칙적 관련성”으로 이해된다. 즉 방조행위와 정범의 행위간에 합리적인 판단하에 이루어진 “사실의 연결상태”가 이뤄지면 족하다는 취지이다.

나. 제1심 판결의 문제점 및 제2심 판결의 타당성

제1심의 무죄이유를 보면, “① 피고인이 위 박△△, 이△△을 치료하면서 판시 범죄사실 기재와 같이 허위진단서를 작성, 행사한 것은 보험회사로부터 치료비를 지급받기 위한 것이므로 그것만으로는 위 양인의 보험회사에 대한 합의금편취를 방조하였다고 인정하기 어렵다. ② 위 양인의 위 보험

8) 이재상, 전게서, 447면.

이외의 여타 보험과 관련한 보험금수령에 관하여는 우선 피고인이 위 양인의 그와 같은 보험가입사실 및 보험금수령사실을 알고 있었다는 점에 대한 증거도 찾기 어렵다”는 것이다. 본건의 경우 피고인이 허위진단서를 작성, 행사한 목적은 첫째, 피고인이 보험회사로부터 치료비를 지급받기 위한 것과 둘째, 피고인이 작성한 허위진단서를 보험회사에 제출함으로써 위 박△△등이 합의금 등을 수령하게 하기 위한 것을 모두 포함하고 있음에도 불구하고, 위 첫 번째 목적부분만 주목하여 무죄를 선고한 것은 사안의 일면만을 관찰한 결과라고 할 것이다. 또한, 피고인이 환자로 입원한 박△△등이 가입한 보험회사나 보험종류를 상세히 몰랐다고 하더라도 보험회사 제출용으로 허위진단서를 발행한 이상 보험사기 금액 전부에 대하여 방조죄가 성립한다고 보는 것이 경험칙에 부합할 것이다. 이점을 지적하여 제1심의 무죄부분을 파기하고 유죄로 인정한 제2심의 판단은 타당하다고 생각한다.

본건 제2심 판결이 “실사 피고인이 보험회사들로부터 치료비를 지급받기 위하여 허위의 추가진단서와 진료기록부를 작성·제출하였다거나 박△△ 등의 자동차보험 이외의 여타 보험과 관련한 보험가입사실과 보험금수령사실을 알지 못하였다 하더라도, 피고인으로서 박△△ 등이 피병환자로서 보험회사들로부터 합의금을 편취할 목적으로 입원 또는 통원치료를 받으려고 하는 사실을 인식하면서 허위의 추가진단서 등을 발급하여 준 이상 변경된 사기방조의 공소사실은 유죄로 인정된다.”고 판시하고 있다.

위 판결을 이론적으로 정리해 보면 위장환자로서 보험회사들로부터 합의금을 편취할 목적으로 입원 또는 통원치료를 받으려고 한 사실을 인식하면서 허위의 추가진단서 등을 발급하여 준 행위는 고의 판단에 있어서 상당한 관련성이 있는 간접사실이라고 할 것이고, 위장환자들의 보험금 편취행위와 합법칙적 관련성을 인정할 수 있다는 취지라고 할 수 있다.

V. 의료법 제21조에 대한 해석에 관하여

1. 쟁 점

의료법 제21조는 “의료인은 진료기록부 등을 비치하여 그 의료행위에 관한 사항과 소견을 상세히 기록하고 서명하여 이를 보관하여야 한다”고 규정하고 있는 바, 진료기록부 등을 작성하지 아니한 경우와는 달리 본건처럼 의사인 피고인이 진료기록부에 물리치료 횟수 및 약품과 주사투여 횟수를 실제 시행횟수보다 허위로 과대 기재하는 등 실제로 조치한 내용과 달리 허위 내용의 진료기록부를 작성하여 비치를 한 경우에 의료법 제69조(동법 제21조 의무 위반)에 해당하는지 여부가 본건의 쟁점이라 할 것이다.

2. 관련 규정

가. 의료법

○ 제21조 제1항 (診療記錄簿等)

醫療人은 各各 診療記錄簿·助産記錄簿 또는 看護記錄簿 그 밖의 진료에 관한 기록(이하 “診療記錄簿等”이라 한다)을 備置하여 그 醫療行爲에 관한 事項과 所見을 詳細히 記錄하고 署名하여야 한다.

○ 제69조 (罰則)

제21조 제1항의 규정에 위반한 자는 300만원 이하의 벌금형에 처하도록 규정

○ 제53조 (資格停止等) 제1항 제3호

면허자격정지사유에 관하여 “제21조 제1항에 의한 진료기록부 등을 허위로 작성한 때”라고 규정

나. 의료법시행규칙 제17조 (진료기록부 등의 기재사항)

법 제21조 규정에 의한 진료기록부·조산기록부와 간호기록부에는 다음 각호의 구분에 따라 해당사항을 한글과 한자로 기재하여야 한다. 다만, 질

환명·검사명·약제명 등 의학용어는 외국어로 기재할 수 있다.

□ 진료기록부

가. 진료를 받은 자의 주소·성명·주민등록번호·병력 및 가족력

나. 주된 증상, 진단결과, 진료경과 및 예견

다. 치료내용(주사·투약·처치 등)

라. 진료일시분

2. 조산기록부, 3. 간호기록부(생략)

3. 의료법 제21조(진료기록부 작성의무) 및 제53조(자격정지 규정) 개정연혁

가. 의료법 제21조의 개정연혁

(1) 개정연혁

□ 국민의료법 제정(1951. 9. 25. 법률 제221호)

의료법은 “국민의료법”이라는 명칭으로 1951. 9. 25. 법률 제221호로 제정·공포되었다. 구 국민의료법 제4절 진료록과 조산록, 제43조는 “의료업자가 환자 또는 임산부·육부를 진찰하였을 때에는 지체 없이 진료 또는 조산에 관한 사항과 그 소견을 상세히 기재한 진료록 또는 조산록을 비치하여야 한다. 전항의 진료록과 조산록은 5년간 보관하여야 한다.”고 규정하면서 제63조는 “제43조를 위반하는 자는 5만원이하의 벌금 또는 과료에 처한다.”고 규정하였다.

□ 의료법(1962. 3. 20. 법률 제1053호)

1962. 3. 20.자로 개정공포된 의료법(법률 제1035호)은 위 국민의료법 제43조를 개정하여 “① 의사, 치과의사, 한의사 및 조산원은 진료부 또는 조산부를 비치하고 환자나 임부를 진료 또는 조산하였을 때에는 지체 없이 그 진료 또는 조산에 관한 사항과 그 소견을 상세히 기록하여야 한다. ② 전항의 규정에 의한 진료부 또는 조산부는 5년간 이를 보존하여야 한다.”(제35조)고 규정하고, 동법 제68조는 “제35조의 규정에 위반한 자는 15만원

이하의 벌금 또는 과료에 처한다”고 규정하였다.

□ 의료법 (1973. 2. 16. 법률 제2533호)

1973. 2. 16자로 전문개정되어 공포된 의료법 (법률 제2533호)은 위 의료법 제35조를 개정하여 “① 의료인은 각각 진료기록부·조산기록부 또는 간호기록부를 비치하여 그 의료행위에 관한 사항과 소견을 상세히 기록하고 서명하여야 한다. ② 제1항의 규정에 의한 진료기록부·조산기록부 또는 간호기록부는 적어도 10년간 이를 보존하여야 한다.”고 규정하면서, 동법 제68조는 “제21조의 규정에 위반하는 자는 1년 이하의 징역 또는 20만원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하였다.

□ 의료법 (2002. 3. 20. 법률 제6686호)

2002. 3. 30. 개정된 의료법 (법률 제6686호) 제21조는 “① 의료인은 각각 진료기록부·조산기록부·간호기록부 그 밖의 진료에 관한 기록(이하 ‘진료기록부등’이라 한다)을 비치하여 그 의료행위에 관한 사항과 소견을 상세히 기록하고 서명하여야 한다. ②의료인 또는 의료기관의 개설자는 진료기록부 등(제21조의 2 제1항의 규정에 의한 전자의무기록을 포함한다. 이하 제33조 제2항에서 같다)을 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 보존하여야 한다”고 규정하여 현재에 이르고 있다.

(2) 개정연혁상 특징점

위에서 살펴본 바와 같은 개정연혁중 주목하여야 할 개정부분은 바로 1973. 2. 16자로 전문개정되어 공포된 의료법 (법률 제2533호) 제35조이다. 즉 개정 전의 “① 의사, 치과의사, 한의사 및 조산원은 진료부 또는 조산부를 비치하고 환자나 임부를 진료 또는 조산하였을 때에는 지체 없이 그 진료 또는 조산에 관한 사항과 그 소견을 상세히 기록하여야 한다.”는 규정을 “① 의료인은 각각 진료기록부·조산기록부 또는 간호기록부를 비치하여 그 의료행위에 관한 사항과 소견을 상세히 기록하고 서명하여야 한다.”로 개정함으로써 진료기록부 등의 비치의무는 그대로 존속하면서도 진료기록부 등의 작성시기에 있어 개정 전의 “지체 없이”라는 문구를 삭제하였다.

이 과정에서 “진료 또는 조산”을 “의료행위”로 포괄하여 규정하였으나, 개정 전의 “그 진료 또는 조산”에 있어 “그”라는 지시어를 그대로 사용하고 있다. 위 “그”라는 지시어는 개정 전의 “지체 없이”라는 문구가 존재할 당시에는 필요하였을 수 있으나, “지체 없이”를 삭제한 상태에서는 전혀 필요 없는 지시어이다. 다시 말해 “지체 없이”를 삭제하면서 “그”라는 지시어도 삭제하였어야 한다고 사료된다.⁹⁾

참고로 일본 의사법 제24조 (진료기록의 기재 및 보존)는 ‘의사는 진료를 하였을 때에는 지체 없이 진료에 관하는 사항을 진료록에 기재하여야 한다. 전항의 진료록에서 병원 또는 진료소에 근무하는 의사가 한 진료에 관한 것은 그 병원 또는 진료소의 관리자에 있어서, 그 밖의 진료에 관한 것은 그 의사에 있어서, 5년간 이것을 보존하여야 한다.’고 규정하면서 동법 제33조는 ‘제24조의 규정을 위반한 자는 50만엔 이하의 벌금에 처한다.’고 규정하고 있다. 즉, 일본 의사법은 종전의 우리나라 의료법과 거의 동일한 형식의 규정을 하고 있다.

나. 의료법 제53조 개정연혁

(1) 개정연혁

□ 국민의료법 (1951. 9. 25. 제정 법률 제221호)

국민의료법 (1951. 9. 25. 제정 법률 제221호) 제37조는 일정한 경우 (의료기관 설비 사용제한 명령 위반 등) 의료업 개설허가를 취소하거나 일정기간 정업을 명령할 수 있도록 하였다. 구 의료법 (1962. 3. 20. 전문개정 법률 제1035호) 제50조도 위 국민의료법과 같은 취지의 규정을 유지하였다. 또한 구 의료법 (1973. 2. 16. 전문개정 법률 제2533호) 제53조는 “① 보건사회부장관은 의료인이 다음 각호의 1에 해당할 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 일정한 기간 그 면허자격을 정지시킬 수 있다 1. 의료인으로서 심

9) “그”라는 지시어가 존속함으로써 본 법조문 해석에 상당한 영향을 미치고 있다고 사료된다. 이하에서 상세히 살펴보고자 한다.

히 그 품위를 손상시키는 행위를 한 때 2. 제23조 제1항의 규정에 의한 신고를 계속하여 3회 이상 하지 아니한 때 3. 기타 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때 ② 제1항 제1호의 규정에 의한 행위의 범위는 대통령령으로 정한다.”고 규정하였다.

□ 의료법(1994. 1. 7. 개정 법률 제4732호)

의료법(1994. 1. 7. 개정 법률 제4732호) 제53조는 “① 보건사회부장관은 의료인이 다음 각 호의 1에 해당할 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 일정한 기간 그 면허자격을 정지시킬 수 있다. 1. 의료인으로서 심히 그 품위를 손상시키는 행위를 한 때 2. 의료기관의 개설자가 될 수 없는 자에게 고용되어 의료행위를 한 때 3. 제18조 제1항 및 제2항의 규정에 의한 진단서·검안서 또는 증명서를 허위로 작성하여 교부하거나 제21조 제1항에 의한 진료기록부등을 허위로 작성한 때 4. 5. 6. (생략) ② 제1항 제1호의 규정에 의한 행위의 범위는 대통령령으로 정한다.”¹⁰⁾고 규정하였다. 위 의료법(법률 제4732호) 개정시 보건복지부장관의 제안설명¹¹⁾에 의하면 “의료기관 개설허가 취소 또는 업무정지 사유에 면허된 것외의 의료행위를 하게 한 때 등을 추가하는 등 의료인과 의료기관에 대한 행정처분의 요건을 정

10) 제21조(의료인의 품위손상행위의 범위)

① 법 제53조 제2항의 규정에 의한 의료인의 품위손상행위의 범위는 다음 각호와 같다. <개정 1977. 2. 25., 1989. 8. 7., 1994. 8. 3., 2000. 6. 23.>

1. 학문적으로 인정되지 아니하는 진료행위(조산업무 및 간호업무를 포함한다. 이하 같다.)
2. 비도덕적 진료행위
3. 허위 또는 과대의 광고행위
4. 불필요한 검사·투약·수술 등 과잉진료행위를 하거나 부당하게 많은 진료비를 요구하는 행위
5. 전공의의 선발 등 직무와 관련하여 부당하게 금품을 수수하는 행위
6. 영리를 목적으로 다른 의료기관을 이용하려는 환자를 그가 종사하거나 개설한 의료기관으로 유인하거나 유인하게 하는 행위
7. 영리를 목적으로 자신이 처방전을 교부한 환자를 특정약국에 유치하기 위하여 약국개설자 또는 약국에 종사하는 자와 담합하는 행위

② 특정한 행위가 제1항의 품위손상행위에 해당되느냐의 여부에 관하여 의심이 있을 때에는 중앙의료심사조정위원회에서 심의결정하는 바에 의한다. <개정 1976. 1. 21., 1982. 7. 23.>

11) 1993. 12. 의료법중개정법률안심사보고서중 제안설명부분 참조(국회 인터넷 홈페이지).

비·강화하고 업무정지사유에 갈음한 과징금제도를 도입하여 환자진료에 공백을 피하기 위한 것”이라고 설명하고 있다.¹²⁾

(2) 개정연혁상 특징점

의료법 제53조 제1항 제3호 규정상 “제21조 제1항에 의한 진료기록부등을 허위로 작성한 때”의 의미가 무엇인가가 문제이다. 즉, 위 규정의 의미를 “제21조 제1항에서 규정하는 진료기록부 등(즉 진료기록부, 조산기록부, 간호기록부 등 그 밖의 진료에 관한 기록)을 허위로 작성할 때”의 의미로 볼 것인가 아니면 “제21조 제1항에서 규정하는 진료기록부등의 성실작성의무를 위반한 행위(즉, 기 수행 의료행위 작성 누락 또는 미 수행 의료행위 허위 기재) 중 허위 작성을 한 때”의 의미로 볼 것인가가 문제가 된다고 할 것이다.

4. 검 토

가. 의료법 제21조 제1항의 법적 의미에 관하여

(1) 검토 의미

의료법 제21조 제1항의 의미를 법문상 나타난 문리적 해석을 엄격히 하여 의료행위를 하고도 이를 진료기록부 등에 기재하지 아니한 행위에 대해서만 형사처벌할 것인가 아니면 위 조문의 취지를 “진료기록부 등의 성실작성 의무”를 규정한 것으로 보고 의료행위를 하고도 진료기록부를 작성하지 아니한 행위 이외에 의료행위를 전혀 한 사실이 없음에도 불구하고 그러한 행위가 있었음을 가장하여 허위로 진료기록부를 작성한 행위까지 형사처벌을 할 것인가가 문제된다고 할 것이다.

(2) 진료기록부 등의 의미

의사가 환자를 진료하는 경우에는 의료법 제21조 제1항에 의하여 그 의

12) 국회의회의록을 검색하여 해당조문에 관한 상세한 제안설명을 찾아보았으나 발견하지 못하였음.

료행위에 관한 사항과 소견을 상세히 기록하고, 서명한 진료기록부를 작성하여야 하며, 진료기록부를 작성하지 않은 자는 같은 법 제69조에 의하여 처벌하도록 되어 있는 바, 이와 같이 의사에게 진료기록부를 작성하도록 한 취지는 진료를 담당하는 의사 자신으로 하여금 환자의 상태와 치료의 경과에 관한 정보를 빠뜨리지 않고 정확하게 기록하여 이를 그 이후 계속되는 환자치료에 이용하도록 함과 아울러 다른 의료관련 종사자들에게도 그 정보를 제공하여 환자로 하여금 적절한 의료를 제공받을 수 있도록 하고, 의료행위가 종료된 이후에는 그 의료행위의 적정성을 판단하는 자료로 사용할 수 있도록 하고자 함에 있다고 할 것이므로, 의사는 그 진료기록부를 작성함에 있어서 최선을 다하여 그 의료행위에 관한 사항과 소견을 알기 쉽고 신속·정확하게 기록할 수 있는 시기와 방법을 택하여야 할 것이나, 같은 법에서는 진료기록부의 작성시기와 방법에 관하여 구체적인 규정을 두고 있지 아니하므로, 의사는 의료행위에 관한 사항과 소견을 위와 같은 목적에 따라 사용할 수 있도록 기재한 것이면 그 명칭의 여하를 물문하고 그 법조에서 말하는 진료기록부에 해당하는 것이고, 그 작성의 구체적인 시기와 방법은 당해 의료행위의 내용과 환자의 치료경과 등에 비추어 그 기록의 정확성을 담보할 수 있는 범위 내에서 당해 의사의 합리적인 재량에 맡겨져 있다고 보아야 할 것이고, 따라서, 의사는 이른바 문제중심의무기록 작성방법, 단기의무기록 작성방법, 또는 기타의 다른 방법중에서 재량에 따른 선택에 의하여 진료기록부를 작성하던지 의료행위에 관한 사항과 소견은 반드시 상세히 기록하여야 하는데, 진료기록부를 작성하도록 한 위 취지에 비추어 의사는 진료기록부에 환자의 상태와 치료의 경과 등 의료행위에 관한 사항과 그 소견을 환자의 지속적인 치료에 이용할 수 있고, 다른 의료인들에게 적절한 정보를 제공할 수 있으며, 의료행위가 종료된 이후에는 그 의료행위의 적정성 여부를 판단하기에 충분할 정도로 상세하게 기재하여야 한다. (대법원 1997. 8. 29. 선고 97도1234 판결, 대법원 1998. 1. 23. 선고 97도2124 판결)

위와 같은 판례이론에 의하면 진료기록부의 기능을 세 가지로 정리하고

있다. 즉 ① 당해 의료인 자신의 환자에 대한 지속적인 치료에 이용하는 기능 ② 다른 의료인에 대한 적절한 정보제공 기능 ③ 의료행위 종료 후 (의료사고 분쟁 등에 있어) 그 의료행위의 적정성 여부 판단 기능 등이다.

(3) ‘상세히’의 의미

법문상 ‘상세히’의 사전적 의미는 “빠뜨리지 않고 정확하게”라는 취지이다. 다만, 사전적 의미를 벗어나 법규정 취지와 규정체계를 고려하면 진료기록부 등을 기재함에 있어 기히 행한 의료행위를 기재하여야 할 뿐 만 아니라 허위기재나 과장 기재 없이 성실하게 기재하여야 한다는 취지로 해석되어질 여지가 충분하다.

이는 앞에서 살펴본 진료기록부의 세 가지 기능을 감안하더라도 당연한 논리라고 판단된다. 즉 ① 당해 의료인 자신의 환자에 대한 지속적인 치료에 이용하는 기능 ② 다른 의료인에 대한 적절한 정보제공 기능 ③ 의료행위 종료 후 (의료사고 분쟁 등에 있어) 그 의료행위의 적정성 여부 판단 기능이 있다는 사실을 고려하면 기히 행한 의료행위에 대한 기재를 누락한 것보다 허위나 과장 기재가 환자에게 미치는 악영향이 더 심대하다고 할 수 있다. 더구나, 당해 환자를 담당하고 있는 의료인이 아닌 다른 의료인이 지속적인 의료서비스를 제공하여야 할 상황에서 진료기록부를 허위기재한 것은 성실기재 의무를 위배한 것이고 이에 대한 형사처벌 가치도 충분하다고 할 것이다.

(4) ‘그’ 의미

법문상 ‘그’라는 지시어가 그대로 유지됨으로써 본건 대법원 판결에 어느 정도 영향을 미쳤을 것으로 보인다. 왜냐하면, ‘그’는 의료인이 행한 것으로서 기재하여야 할 의료행위를 지칭하는 것으로 해석될 것이다. 만약 ‘그’라는 지시어가 삭제되었다면 기록하여야 할 대상이 “의료행위에 관한 사항과 소견”으로 해석되어 진료기록의 작성누락뿐만 아니라 허위기재도 처벌할 수 있는 문언적 발판을 마련할 수 있었다고 생각한다. 결국, 필자의 의견은

앞에서 살펴본 바와 같이 의료법 개정과정에서 전혀 무의미해 진 ‘그’라는 지시어가 위와 같은 대법원 판결에 영향을 미쳤다면 유감이라는 것이다.

(5) 소결론

결국, 의료법 제21조 제1항의 의미를 “진료기록부 등의 성실작성 의무”를 규정한 것으로 보고 의료행위를 하고도 진료기록부를 작성하지 아니한 행위이외에 의료행위를 전혀 한 사실이 없음에도 불구하고 그러한 행위가 있었음을 가장하여 허위로 진료기록부를 작성한 행위까지 형사처벌을 할 수 있다고 해석된다.

나. 죄형법정주의의 이념에 관하여

(1) 다른 대법원 판결의 태도에 비춰 본 판결의 문제점

죄형법정주의의 의미를 선언한 대법원 1994. 12. 20. 94모32 전원합의체 판결을 살펴보고자 한다. 위 판결은 형법 제170조 제2항이 타인의 소유에 속하는 제167조에 기재한 물건(일반물건)을 소훼한 경우에는 적용될 수 있느냐?에 대한 것이었다. 이에 대하여 다수의견은

형법 제170조 제2항의 “자기의 소유에 속하는 제166조 또는 제167조에 기재한 물건을 소훼하여 공공의 위험을 발생하게 한 자”를 “자기의 소유에 속하는 제166조에 기재한 물건 또는 자기의 소유에 속하는 167조에 기재한 물건을 소훼하여 공공의 위험을 발생하게 한 자”로 해석하여 “타인의 소유에 속하는 제167조에 기재한 물건을 소훼하여 공공의 위험을 발생하게 한 자”를 제외함으로써 타인의 물건을 과실로 소훼하여 공공의 위험을 발생하게 한 경우에는 처벌하지 아니한다면, 우리 형법이 제166조에서 타인의 소유에 속하는 일반건조물들을 방화한 경우에는 자기의 소유에 속하는 일반건조물들을 방화한 경우(이 경우 공공의 위험을 발생하게 함을 요건으로 하고 있다)보다 더 무겁게 처벌하고 있고, 제167조에서 타인의 소유에 속하는 일반건물을 소훼하여 공공의 위험을 발생하게 한 경우를 자기의 소유에

속하는 물건에 대한 경우보다 더 무겁게 처벌하고 있으며, 제170조에서 과실로 인하여 타인의 소유에 속하는 제166조에 기재한 물건(일반건조물 등)을 소훼한 경우에는 공공의 위험발생을 그 요건으로 하지 아니하고 있음에 반하여 자기의 소유에 속하는 제166조 기재한 물건을 소훼한 경우에는 공공의 위험발생을 그 요건으로 하고 있음을 비추어, 명백히 불합리하다고 하지 아니할 수 없다.

따라서, 형법 제170조 제2항에서 말하는 “자기의 소유에 속하는 제166조 또는 제167조에 기재한 물건”이라 함은 “자기의 소유에 속하는 제166조에 기재한 물건 또는 자기의 소유에 속하든, 타인의 소유에 속하든 불문하고 제167조에 기재한 물건”을 의미하는 것이라고 해석하여야 할 것이며, 제170조 제1항과 제2항의 관계로 보아서도 제166조에 기재한 물건(일반건조물 등)중 타인의 소유에 속하는 것에 관하여는 제1항에서 이미 규정하고 있기 때문에 제2항에서는 그중 자기의 소유에 속하는 것에 관하여 규정하고, 제167조에 기재한 물건에 관하여는 소유의 귀속을 불문하고 그 대상으로 삼아 규정하고 있는 것이라고 봄이 관련조문을 전체적 종합적으로 해석하는 방법일 것이다. 이렇게 해석한다고 하더라도 그것이 법규정의 가능한 의미를 벗어나 범형성이나 법 창조 행위에 이른 것이라고는 할 수 없어 죄형법정주의의 원칙상 금지되는 유추해석이나 확장해석에 해당한다고 볼 수 없는 것이다.

형벌법규는 문언에 따라 엄격하게 해석·적용되어야 하고 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석 하여서는 아니 되나, 형벌법규의 해석에 있어서도 법률문언으로서의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 한 그 법의 입법취지와 목적, 입법연혁 등 여러 요소를 고려한 목적론적 해석이 배제되는 것은 아니라고 할 것이다(대법원 2002. 2. 21. 선고 2001도2819 전원합의체 판결, 대법원 2003. 1. 10. 선고 2002도2363 판결, 대법원 2006. 5. 12. 선고 2005도6525 판결 등 참조).

위 다수의견은 소수의견으로부터 “그러나 형벌법규의 해석은 문언해석으

로부터 출발하여야 하고, 문언 상 해석 가능한 의미의 범위를 넘어서는 것은 법 창조 내지 새로운 입법행위 바로 그것이라고 하지 아니 할 수 없으며, 이는 죄형법정주의의 중요한 내용인 유추해석의 금지원칙상 쉽게 허용되어서는 안 될 것이다.”라는 비판을 받기도 하였다. 다수의견에 따르면 관련조문을 전체적 종합적으로 해석하는 방법은 법규정의 의미를 벗어난 것도 아니고 죄형법정주의의 원칙상 금지되는 유추해석이나 확장해석에 해당되지 않는다는 것이다. 위 다수의견은 소수의견이 지적한 바와 같이 문언적 해석만으로는 도저히 이해할 수 없는 해석이라고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 다수의견이 법 창조 행위라는 비난을 받아 가면서 위와 같이 해석론을 편 것은 바로 관련조문의 전체적, 종합적 해석이라는 관점에서 보았기 때문에 가능했다.

또 한 가지 대법원 판결을 더 살펴보기로 한다. 피고인이 11세인 피해자를 간음하려다 미수에 그친 사건에 대하여 “형법 제305조, 형법 제300조 및 형법 제297조를 적용하여 미성년자의제강간미수죄로 처벌할 수 있는냐?”에 대한 판결이다. 이에 대하여 대법원은 다음과 같이 판시하였다.

미성년자의제강간·강제추행죄를 규정한 형법 제305조가 “13세 미만의 부녀를 간음하거나 13세 미만의 사람에게 추행을 한 자는 제297조, 제298조, 제301조 또는 제301조의 2의 예에 의한다.”로 되어있어 강간죄와 강제추행죄의 미수범의 처벌에 관한 형법 제300조를 명시적으로 인용하고 있지 아니하나, 형법 제305조의 입법취지는 성적으로 미성숙한 13세 미만의 미성년자를 특별히 보호하기 위한 것으로 보이는 바 이러한 입법취지에 비추어 보면 동조에서 규정한 형법 제297조와 제298조의 “예에 의한다”는 의미는 미성년자의제강간·강제추행죄의 처벌에 있어 그 법정형 뿐 만 아니라 미수범에 관하여도 강간죄와 강제추행죄의 예에 따른다는 취지로 해석된다. 따라서 이러한 해석이 형벌법규의 명확성의 원칙에 반하는 것이거나 죄형법정주의에 의하여 금지되는 확장해석이나 유추해석에 해당하는 것으로 볼 수 없다고 할 것이다.

원심이 피고인이 11세인 피해자를 간음하려다 미수에 그친 이 사건 공소 사실에 대하여 형법 제305조, 형법 제300조 및 형법 제297조를 적용하여 미성년자의제강간미수죄로 처벌한 것은 정당하고 거기에 상고이유 제1점으로 주장하는 죄형법정주의에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

즉, 위 판결도 관련 조문을 전체적, 종합적으로 해석한 결과로서 지극히 당연한 결론이라고 생각된다.

위와 같은 대법원 판결의 흐름에 비추보면, 본건 판결의 경우, 의료법 각 규정의 전체적, 체계적 해석을 거치면, 의료법 제21조 제1항의 의미를 “진료기록부 등 성실작성의 의무”를 부여한 것으로 해석할 수 있을 것이고, 의료법 제53조 제1항 제3호 규정상 “제21조 제1항에 의한 진료기록부등을 허위로 작성한 때” 행정처분을 부과하는 규정도 진료기록부 성실작성 의무 중에서 특히 허위 작성의 경우에는 형사처벌과 별도로 행정처분을 부과한다는 의미로 해석하는 것이 타당하다고 생각한다.

(2) 형사처벌 법규의 행위규범성

죄형법정주의의 본래 취지는 형벌법규의 행위법규성에 주목하여 일상생활에서 법규 수명자 특히 본건과 같이 의료법의 수명자인 의료인의 입장에서 위 의료법 제21조 제1항을 어떠한 방식으로 인지하고 있었는지 여부가 중요한 의미를 갖는다. 의료인은 법률전문가는 아니지만 적어도 의료법에 관한 한 법률전문가에 버금가는 정도의 지식을 가지고 있다고 볼 수 있을 것이다. 본건의 경우 의사인 피고인이 수사단계나 심지어 공판단계에서도 진료기록부 작성과 관련된 어떠한 주장이나 변명도 없었다. 이는 곧 의사인 피고인의 입장에서는 진료기록부 허위작성 행위가 당연히 의료법상 형사처벌 대상이라는 사실을 인식하고 있었다고 할 것이다. 즉, 죄형법정주의는 “불의타”를 가하지 않겠다는 것이지 법률가의 논리에 의해 행위규범의 내용을 확정짓고자 하는 것은 아닐 것이다.

(3) 소결론

결국, 형벌법규의 종합적, 체계적 해석이라는 관점에서 필자와 같은 의료법 제21조 제1항의 해석은 죄형법정주의에 어긋나지 아니할 뿐더러, 형벌법규의 행위규범성을 주목할 때 전혀 무리가 아니라고 생각한다.

VI. 결 론

진료기록부 작성에 있어

첫째, 기하 행한 의료행위를 진료기록부에 기재하지 아니한 행위는 제21조 제1항에 위반되어 형사처벌 대상이고,

둘째, 진료기록부를 허위기재하거나 과장기재한 경우에는 제21조 제1항 위반으로 형사처벌 대상일 뿐만 아니라 부가적으로 제53조 제1항에 의해 면허정지 등 행정처분을 받을 수 있다.

위와 같이 해석하는 것이 진료기록부의 기능, 환자에 대한 위해성, 의사에 대한 행위 규범성 등에 비춰 타당한 해석이라도 사료된다.

의료법령 및 의료법 제21조 제1항의 진료기록부 등의 작성의무에 대한 대법원의 태도에 비추어 보면 (의사는 진료기록부에 환자의 상태와 치료의 경과 등 의료행위에 관한 사항과 그 소견을 환자의 계속적인 치료에 이용할 수 있고 다른 의료인들에게 적절한 정보를 제공할 수 있으며, 의료행위가 종료된 이후에는 그 의료행위의 적정성 여부를 판단하기에 충분한 정도로 상세하게 기재하여야 한다는 취지) 본건처럼 의사인 피고인이 실제로는 거의 치료를 받지 아니한 사람을 입원 전 기간 동안 진료와 치료를 충실히 한 것처럼 진료기록부에 허위내용을 기재한 것은 의료법 제21조 제1항의 진료기록부 작성의무를 제대로 이행한 것으로 볼 수 없다고 할 것이다. 참고로 의원입법으로 발의된 의료법 개정안(2006. 3. 30. 김애실 의원 대표발의)은 제21조 제3항을 추가하여 “의료인 또는 의료기관의 개설자는 진료기록부등을 허위로 작성하여서는 아니 된다”고 규정하고, 제67조는 “제21조 제3항의 규정에 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에

처한다.”고 규정하고 기존의 “제21조 제1항 및 제2항의 규정에 위반한 자는 300만원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하였다.

요 약

대법원 2005. 11. 24. 선고 2002도4758 판결은 『의료법 제21조 제1항의 문언상 “상세히 기록하여야 한다.”라고만 규정하고 있을 뿐 “허위로 작성하여서는 아니 된다.”라거나 “허위 사항을 기재하여서는 아니 된다.”라고 규정하고 있지 않은 점, 그리고 구 의료법 제53조 제1항 제3호가 면허자격정지사유에 관하여 “제21조 제1항에 의한 진료기록부 등을 허위로 작성한 때”라고 규정하고 있어 위 제21조 제1항 및 제69조와 그 내용 및 형식을 서로 달리하고 있는 점 등을 고려해 볼 때, 의료인이 진료기록부를 허위로 작성한 경우에는 위 제53조 제1항 제3호에 따라 그 면허자격을 정지시킬 수 있는 사유에 해당한다고 볼 수 있을지언정 나아가 그것이 형사처벌 규정인 제69조 소정의 제21조 제1항의 규정에 위반한 경우에 해당한다고 해석할 수는 없다.』 취지로 판시하고 있으나, 대법원 1997. 8. 29. 선고 97도 1234 판결 등의 판시내용(의사는 진료기록부에 환자의 상태와 치료의 경과 등 의료행위에 관한 사항과 그 소견을 환자의 계속적인 치료에 이용할 수 있고 다른 의료인들에게 적절한 정보를 제공할 수 있으며, 의료행위가 종료된 이후에는 그 의료행위의 적정성 여부를 판단하기에 충분한 정도로 상세하게 기재하여야 한다는 취지)등에 비춰보면 본건처럼 의사인 피고인이 실제로는 거의 치료를 받지 아니한 사람을 입원 전 기간 동안 진료와 치료를 충실히 한 것처럼 진료기록부에 허위내용을 기재한 것은 의료법 제21조 제1항의 진료기록부 작성의무를 제대로 이행한 것으로 볼 수 없다고 할 것이고, 위 의료법 제21조 제1항과 제53조 제1항의 관계에 있어서도 진료기록부를 허위기재하거나 과장기재한 경우에는 제21조 제1항 위반으로 형사처벌 대상일 뿐만 아니라 부가적으로 제53조 제1항에 의해 면허정지 등 행정처분을 받을 수 있다는 취지로 해석이 타당하다고 사료된다.

Whether to put on Criminal convictions on the medical examination records prepared by medical personnels

-Sentenced by November 24, 2005, by The Supreme Court,
Precedent case no. 2002DO4758-

Kyongchun Park, Prosecutor

Jeongeup prosecutor's office

=ABSTRACT=

In preparation of the medical examination records, the failure to correctly write the taken medical behaviors on the medical examination records, is subject to criminal conviction due to the breach of the Article 21-1. The false or overstated writings on the medical examination records is subject to the same punishment due to the Article 21-1, which additionally may lead to the administrative measures such as the suspension of license according to Article 53-1. This interpretation is considered as proper in light of the function of the medical examination records, hazard to the patients, and the doctors' ethics.

In light of the attitude of The Supreme Court for the preparation obligation of the medical examination records specified in the medical law Article 21-1(Purport : The doctors may continue to use their opinions on the patient's status and treatment process on the medical examination records, may provide the proper information to other medical staff, and ought to specify the details enough to decide the appropriateness of such medical behaviors after the recent treatment.), the false writings of the doctors on the medical examination records of the non-treated patient as the faithfully treated one during the entire period before the present hospitalization, will be regarded as the fulfillment obligation of the preparation of the medical examination records in the medical law Article 21-1.

Keywords : In preparation of the medical examination records, The false or overstated writings, The suspension of license, The function of the medical examination records, The patient's status and treatment process