

# 의료감정에 관한 법적인 문제점

대외법률사무소

현두륜, 변호사

## Legal Issues on Medical Estimation and Consultation

Dooyoun Hyun, Lawyer

Daeoe Lawyers Office

### 1. 의료감정 서론

#### 가. 의의

감정(鑑定)의 일반적 의미는 '사물의 특성이나 진위, 좋고 나쁨 등을 분별하여 판정함'을 뜻한다. 법률적으로는 수사기관이나 법원의 판단을 돕기 위하여 그 분야의 전문가가 특정 사안에 관한 그의 의견이나 지식을 보고하는 것을 의미하는데, 이에 는 건축 감정, 의료 감정, 인영 감정, 필적 감정 등이 있다. 그 중에서 의료감정이 가장 대표적이고 가장 많이 사용되고 있다.

비슷한 용어로 '의료자문'이 있는데, 양자는 그 진행 절차와 결과에 대한 구속력의 정도에 있어서 차이가 난다고 할 수 있다. 감정은 주로 법정 절차에 따라 진행되고 그 결과에 대한 구속력도 의료자문 보다는 높다고 할 수 있다. 의료자문은 행정기관(근로복지공단, 연금관리공단 등) 또는 각 종 보험회사가 장애 유무 및 장애등급 등의 판정을 위하여 의료전문가에게 의견을 구하는 것을 말한다. 건강보험심사평가원의 진료비 심사 과정에서 전문위원들에게 진료행위의 의학적 타당성에 관한 자문을 구하는 것도 의료자문이라고 할 수 있다. 의료자문도 광의로 보면, 의료감정이라고 할 수 있다.

감정은 중립적인 결론은 아니지만 중립적인 결론을 위한 가장 중요한 근거자료가 될 수 있기 때문에, 감정결과의 공정성과 정확성이 필수적이다. 그러나, 한편으로 감정은 감정하는 사람의 주관과 경험에 따라 그 판단이 달라질 수 있기 때문에, 제3자가 감정결과의 당·부당을 판단하기가 매우 어렵다.

#### 나. 의료감정이 필요한 분야

의료감정은 의료사고로 인한 민사나 형사적인 분쟁에 있어서 의료과실의 존재, 인과관계, 장애 정도, 치료비 등을 판단하기 위한 증거절차로 주로 사용된다. 그리고, 보험(자동차보험,

손해보험, 생명보험, 산재보험 등)에 있어서는 보험사고 해당 여부, 장애의 원인과 정도, 치료비 등을 심사하는 경우, 그리고 각 종 연금, 장애인복지에 있어서는 지급사유 해당 여부, 장애 유무와 장애등급, 치료기간 등을 판정하는 경우에 필요하다. 건강보험심사평가원의 진료비 심사, 자동차보험진료수가분쟁 심의위원회의 심사에서는 의학적 타당성과 비용효과성을 판단하기 위하여 필요하다.

#### 다. 의료감정의 중요성과 의료인의 역할

보험제도의 발달, 각종 사고의 발생, 의료분쟁의 증가, 사회복지의 확대 등으로 의료감정(또는 의료자문)의 중요성이 급속히 증가하고 있다. 그에 따라 공정한 의료감정은 관련 이해 당사자들(보험자와 피보험자 및 계약자, 가해자와 피해자, 수급자와 제공자) 사이의 공정한 분쟁 해결을 위해 필수적이라고 할 수 있다. 반면, 공정하지 못한 의료감정은 오히려 분쟁을 격화시킬 수도 있기 때문에, 이제 의료감정은 사회 시스템 유지 및 통합을 위한 중요한 제도로 자리매김하고 있다.

한편, 의료감정은 결국 의료인의 전문적인 영역이므로, 의료인의 역할과 그 참여가 매우 중요하다. 그러나, 아직 이 분야의 업무만을 전문적으로 수행하거나 연구하는 의료인은 매우 적다. 앞으로 의료인들은 기존의 전형적인 업무 영역을 벗어나서, 의료감정이나 자문 또는 심사업무 등과 같은 새로운 업무 영역에 도전할 필요가 있다고 생각한다.

#### 라. 의료감정과 관련된 법률적인 문제

실무에서 의료자문을 포함한 광의의 의료감정과 관련해서 법률적인 문제가 발생하는 경우는 그리 많지 않다. 주로 감정 결과의 옳고 그름을 따지는 것인데, 이는 제3자가 판단하기 어렵기 때문이다. 그러나, 의료감정의 중요성이 증가할수록 앞으로 이를 둘러싼 법률분쟁도 늘어날 것으로 생각한다. 이하에서

는 의료감정과 관련되어 발생할 수 있는 다양한 법률적인 문제들을 살펴보고자 한다. 이해의 편의를 위하여, 1) 법원에 의한 의료감정 절차에서 발생하는 법률문제, 2) 법원 이외에서 행해지는 의료감정 중 특히 진단서 작성과 관련된 법률문제, 3) 보험과 관련된 의료자문에 있어서 발생하는 법률문제로 나누어서 고찰하고자 한다.

## 2. 법원에 의한 의료감정과 관련된 법률문제

### 가. 감정 절차

- 당사자의 감정촉탁 신청 : 법원에서 의료사고와 관련된 민사 또는 형사사건을 재판하는 경우, 대부분 감정절차를 거치게 된다. 감정의 내용은 주로 진료기록 감정이나 신체감정이다. 감정은 법원이 직권으로 할 수도 있으나, 대부분의 경우는 소송 당사자가 법원에 감정을 신청함으로써 시작된다. 감정신청은 원칙적으로는 소 제기 이후에 하나, 증거보전절차의 일종으로 소송 제기 전에도 가능하다.
- 감정비용 예납 : 형사소송에서는 감정비용을 주로 법원이 부담하나, 민사사건에서는 신청한 당사자가 부담한다. 감정비용은 미리 예납하도록 하고 있다.
- 법원의 감정촉탁서 발송 : 감정신청서가 제출되고 감정비용이 예납되면, 법원은 감정기관에 감정을 촉탁한다. 신체감정은 주로 3차 의료기관에 직접 촉탁한다. 진료기록 감정의 경우에는 우선 대한의사협회에 촉탁하고, 대한의사협회가 관련 학회에 감정을 맡기고 있다.
- 감정기관의 선정 : 신체감정의 경우, 법원은 매년 복수의 국공립병원이나 대학부속병원 또는 종합병원의 장들로부터 감정과목별로 추천받은 감정인들의 명단을 활용하여 감정기관 및 감정인을 선정하고 있다.
- 감정 실시 : 감정기관이 선정되면, 피감정인이 해당 의료기관을 직접 방문하여 감정기관의 안내에 따라 신체감정을 받는다. 방문시 진료기록이나 감정에 필요한 자료를 제출할 수 있다. 진료기록 감정의 경우에는 진료기록을 해당 감정기관에 직접 송부하므로, 당사자가 감정인을 방문할 일은 없다.
- 감정 결과 보고 : 감정결과는 감정서를 통해서 법원에 제출된다. 법률상으로는 감정인이 법원에 출석하여 선서를 하고 감정결과를 보고해야 하지만, 실무에서는 주로 감정서를 통해서 감정결과를 보고한다.

### 나. 감정인의 감정 의무

민사소송법 제334조 제1항은 '감정에 필요한 학식과 경험이 있는 사람은 감정할 의무를 진다.' 라고 규정하고 있다. 따라서, 감정인은 출석의무, 선서의무, 감정의견보고의무가 있다. 감정인이 불출석한 경우, 법원은 감정인에 대해서 과태료 처분을 할 수는 있으나, 강제구인이나 감치 처분을 할 수는 없다. 한편, 실무에서는 감정인이 감정을 거부하는 경우, 그에 대해

서 감정을 강제하지는 않고 있다. 감정은 증인과는 달리 대체가 가능하기 때문이다.

### 다. 감정결과에의 구속력

실무에서 감정결과에 감정인이 법정에 출석하여 직접 보고하는 것이 아니라, 서면(감정서)에 의하여 보고되고 있다. 그러다보니, 그 내용이 애매모호하고 핵심을 비켜가는 경우가 많고, 책임회피성 판단도 많다. 그래서 법원으로서도 그 감정결과를 그대로 채택하기 곤란한 경우가 많다.

그리고, 법률적으로도 법원은 감정결과에 구속되지 아니한다. 즉, 감정은 법관의 판단능력을 보충하는 것이기는 하나 증거방법의 일종에 불과하므로, 감정결과에의 채부는 법관의 자유심증에 맡겨져 있다.

그러나, 법관의 자유심증에도 일정한 한계는 있다. 즉, 법관의 자유심증주의는 형식적, 법률적인 증거규칙으로부터의 해방을 뜻할 뿐 법관의 자의적인 판단을 인용한다는 것이 아니므로 적법한 증거조사절차를 거친 증거능력 있는 적법한 증거에 의하여 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실주장의 진실 여부를 판단하여야 할 것이며 사실인정이 사실심의 전권에 속한다 하더라도 이와 같은 제약에서 벗어날 수 없다(대법원 1982. 8. 24. 선고 82다카317 판결 등 참조).

한편, 동일 사실에 대해서 상반되는 수개의 감정 결과가 존재하는 경우가 있다. 이러한 경우, 법원이 그 중 하나를 채용하여 사실을 인정하였다면 그것이 경험칙이나 논리법칙에 위배되지 않는 한 적법하고, 동일한 증상에 관하여 신체감정이 중복된 경우에는 법원으로서 이를 바로 잡아 적정한 노동능력상실률을 인정할 수 있다(대법원 2004. 6. 11. 선고 2004다17672 판결 참조).

또한, 소송 당사자도 감정결과에 대해서 이의를 제기할 수 있다. 법원도, '민사소송절차에서 신체감정에 관한 감정인의 감정결과는 증거방법의 하나에 불과하고, 법원은 당해 사건에서 모든 증거를 종합하여 자유로운 심증에 의하여 특정의 감정결과와 다르게 노동능력상실률을 판단할 수 있고, 또한 당사자도 주장·입증을 통하여 그 감정결과에의 당부를 다룰 수 있다(대법원 2002. 6. 28. 선고 2001다27777 판결)' 고 판시하였다.

법원에 의한 감정절차를 거치지 않고 소송 외에서 작성된 전문가의 의견도 증거로 삼을 수 있다. 법원도, '감정의견이 반드시 소송법상 감정인신문 등의 방법에 의하여 소송에 제출되지 않고 소송 외에서 전문적인 학식과 경험이 있는 자가 작성한 감정의견이 기재된 서면이 서증의 방법으로 제출된 경우라도 사실심 법원이 이를 합리적이고 믿을 만하다고 인정하여 사실인정의 자료로 삼는 것을 위법하다고 할 수 없다(대법원 1992.4.10. 선고 91다44674 판결)' 고 판시하였다.

### 라. 감정의사의 손해배상 책임

#### (1) 잘못 감정한 의사의 손해배상 책임

- 사실관계 : 원고는 교통사고로 대퇴골 개방성분쇄골절 등 상해를 입고, 가해차량의 보험사를 상대로 보험금 청구소송(1차 소송) 제기하였다. 소송 중 원고는 법원의 신체감정촉탁으로 대학병원 정형외과 교수에게 신체감정을 받았는데, 감정지는 대퇴골의 골유합이 되면 압통 등의 증상이 없어질 것이라고 하여 12%의 1년 한시 장애로 판단하였다. 그러자, 법원은 위 감정결과를 토대로 700만원의 강제조정 결정을 내리고, 이에 대해서 원고도 쌍방이 이의를 제기하지 아니함으로써 강제조정이 확정되었다. 그 후 1년이 지나도 계속해서 통증이 있고 골유합도 불완전하여, 원고는 개인적으로 다른 병원에 감정을 의뢰하여 후유장애진단을 받고 감정의사를 상대로 손해배상청구 소송(2차 소송)을 제기하였다. 2차 소송 진행 중 법원의 촉탁에 의해서 진행된 감정결과에 따르면, 원고의 좌측 고관절에 6%의 영구장애가 있는 것으로 판단되었다.
- 원심의 판단 : 피고(감정의)의 감정과 다른 감정 결과가 있다 하여 바로 피고의 감정이 부실한 감정이었다고 단정할 수 없고, 달리 부실한 감정을 하였음을 인정할만한 아무런 자료가 없다. 현재 원고의 주된 호소 내용은 골절된 대퇴부에 통증이 있다는 것인데, 현대 의학상 통증의 원인 등이 정확히 밝혀져 있지 아니하므로 감정의가 골절된 부분이 유합된 뒤 통증이 남는다는 점을 예상하지 못하였다 하여 잘못이라 할 수는 없다고 하면서, 원고의 청구를 기각하였다. 1심과 2심에서 패한 원고는 대법원에 상고하였다.
- 원고의 상고이유 : 신체장애의 확정 및 예측은 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 의료행위이고, 그 과정은 대개의 경우 환자 본인이 그 일부를 알 수 있는 외에 의사만이 알 수 있을 뿐이므로 장해진단상의 의사의 과실은 보통인으로서 밝혀낼 수 없는 특수성이 있으므로, 감정의사의 감정과 현재 존재하는 장해 사이에 큰 차이가 나는 경우에는 감정을 한 의사가 그 결과가 감정상의 과실로 말미암은 것이 아니라 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상 감정상 과실을 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞음에도 불구하고 원심은 원고에게 입증책임을 전적으로 부담시켰다.
- 대법원의 판단(2002. 6. 28. 선고 2001다27777 판결) : 민사소송절차에서 신체감정에 관한 감정인의 감정결과는 증거방법의 하나에 불과하고, 법원은 당해 사건에서 모든 증거를 종합하여 자유로운 심증에 의하여 특정의 감정결과와 다르게 노동능력상실률을 판단할 수 있고, 또한 당사자

도 주장·입증을 통하여 그 감정결과의 당부를 다룰 수 있는 것인바, 기록상 이 사건 제1심 법원에서의 신체감정결과가 원고의 현재의 증상을 정확히 반영하고 있다고 인정할 근거가 충분하지 않은 데다가, 피고의 감정을 위한 검사 및 장해정도의 평가 과정에 객관적인 잘못이 있음을 인정할 만한 사정도 엿보이지 않는 점에 비추어 볼 때, 원고들이 보험금청구 소송에서 조정에 갈음하는 결정에 대하여 이의조차 하지 아니하였다가 그로부터 2년이 경과한 후 제기한 이 사건 소에서, 피고의 감정과 원고들이 주장하는 손해 사이의 인과관계를 긍정하기는 어렵다고 할 것이다. (원고 패소)

- 위 판결의 의미 : 위 판결의 결론은 타당하나, 이것을 일반화할 수는 없다. 감정평가업자가 부동산사가 감정을 잘못한 경우<sup>(1)</sup>, 감사인이 회사 회계 감사를 부실하게 한 경우, 변호사가 변론을 부실하게 한 경우에 대법원은 손해배상책임을 인정한 사례가 있기 때문이다. 사건으로는, 재판과정에서의 의료감정은 법원의 촉탁에 의해서 이루어진다는 점, 의료감정은 전문가의 경험과 지식에 따라 달라질 수 있기 때문에 과실을 판단하기 어렵다는 점, 감정결과에 법원이 구속되는 것은 아니라는 점, 재판과정에서는 불복절차가 보장되어 있다는 점과 정책적인 점(손해배상책임을 쉽게 인정할 경우 감정 기피)하면, 쉽게 감정의사에 대한 손해배상책임을 인정해서는 곤란할 것으로 보인다.

## (2) 정당한 이유없이 의료감정 지체한 의사의 배상책임

서울중앙지법 민사합소5부는 교통사고를 당해 보험사와 소송을 벌이던 홍모(41)씨가 “신체감정 의사가 감정결과를 늦게 제출해 결과적으로 보험사에서 배상금을 늦게 받았다”며 의사와 소속 의료재단을 상대로 낸 손해배상 청구소송에서 원고패소한 원심을 깨고 “피고들은 300만원을 지급하라”고 판결했다(2004. 12. 30. 연합뉴스). 원고는 2002년 3월 운전 중 음주차량과 충돌해 뇌진탕 등의 상해를 입었으며 같은 해 8월 가해차량 보험사를 상대로 소송을 낸 뒤 그 해 12월 피고 병원에서 신경외과 등 신체감정을 받았지만, 감정결과가 늦게 도착해 보험금을 받기까지 시간이 지연되자 병원과 의사를 상대로 3천만원의 손해배상 청구소송을 제기했다.

재판부는 판결문에서 “법원에서 신체감정을 의뢰받은 감정 의사는 최선을 다해 감정을 행할 의무가 있고 이런 의무에는 법관의 보조자로서 소송이 신속하게 진행되도록 지체없이 감정을 실시할 의무도 포함된다, 따라서, 정당한 사유 없이 신체감정서 작성을 지체해 소송이 지연됐다면 그로 인한 손해를 배

(1). 부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률 제36조(손해배상책임)

① 감정평가업자가 타인의 의뢰에 의하여 감정평가를 함에 있어서 고의 또는 과실로 감정평가 당시의 적정가격과 현저한 차이가 있게 감정평가하거나 감정평가서류에 거짓의 기재를 함으로써 감정평가 의뢰인이나 선의의 제3자에게 손해를 발생하게 한 때에는 감정평가업자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

상해야 한다”고 밝혔다. 그리고, “감정의사가 감정서 제출을 늦게 해 원고의 소송이 7개월 가량 늦어졌고 그 때문에 보험금을 늦게 받게 된 원고가 정신적 고통을 겪었을 것으로 판단된다”며 “다만 의사로서도 평소 업무량이 많고 도중에 인사발령도 있었던 점 등을 고려해위자료를 300만원으로 정한다”고 판시하였다.

#### 마. 허위 감정으로 인한 감정인의 형사책임

허위 감정은 민사소송법 제451조 1항 7호, 형사소송법 제420조 2호의 제심사유에 해당된다. 그러나, 허위감정을 이유로 제심을 신청하기 위해서는 감정인이 허위감정죄로 처벌받아야 한다. 법률에 의하여 선서한 감정인이 허위의 감정을 한 경우, 형법 제154에 따라 5년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금에 처해진다.

그러나, 법원에 출석하지 아니하고 감정보고서만 제출한 경우에는 허위감정죄는 성립하지 않고, 허위진단서 작성죄(형법 제233조) 또는 위계에 의한 공무집행방해죄(형법 제137조) 성립 여부가 문제될 수 있다. 참고로, 감정평가사의 경우, 부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률 제43조에 따라 허위 감정 자체를 처벌될 수 있다.

허위감정죄는 고의가 있어야 성립하므로, 비록 감정내용이 객관적 사실에 반한다고 하더라도 감정인의 주관적 판단에 반하지 않는 이상 허위의 인식이 없으므로 허위감정죄로 처벌할 수 없다.

의료감정 사례는 아니고, 건축감정과 관련하여 건축설계사가 허위 감정죄로 처벌받은 사례가 있다. 사건의 개요는 이렇다. 피고인은 건축설계사로서 민사소송에서 감정인 선서를 한 다음 법원으로부터 “건축설계서와 현재의 시공상태를 점검하고 건축설계서와 미시공부분을 확인하며, 건축설계서와 달리 시공된 부분의 유무를 확인하고, 위와 같은 부분이 있다면 그 부분을 재시공할 경우의 공사비용 또는 차액을 산출 감정하여 그 결과를 서면으로 보고하라”는 감정명령을 받았다. 그러나 피고인은 소송 원고들에게 이익이 되게 할 의도로 허위의 감정 보고서를 제출하였고, 일부는 타인(설비사무소)에 의뢰하여 그 직원으로 하여금 감정을 하게하고, 이를 확인하지 아니하였다. 이 사건에 관한 대법원 2000. 11. 28. 선고 2000도1089 판결은, 감정인이 감정사항의 일부를 타인에게 의뢰하여 그 감정 결과를 감정인 명의로 법원에 제출한 경우, 그 타인은 감정인의 업무보조자에 불과하고 감정의견은 감정인 자신의 의견과 판단을 나타내는 것이므로 감정인으로서 그 감정 결과의 적

정성을 당연히 확인하였다고 볼 것인데 제반 사정에 비추어 보면 감정인에게 허위성의 인식이 있었다는 이유로 허위감정죄의 성립을 인정하였다.

#### 바. 현행 감정제도의 문제점

- (1) 감정결과에 대한 불신 : 동료에 대한 연대감으로 전반적으로 의사에게 유리하게 감정하는 경향이 있다. 그에 따라 의료전문 감정기관 설치해야 한다는 주장이 제기되고 있다.
- (2) 감정의 지연 : 보통 신체감정 후 3-4개월 이상이 지나야 감정결과가 나오는데, 어떤 경우에는 1년 이상 걸리는 경우도 있다. 재판이 지연되는 가장 큰 이유이다.
- (3) 감정 내용 부실 : 애매한 결론, 핵심과 벗어나는 답변, 서로 모순되는 답변을 하는 경우가 많다.
- (4) 낮은 감정인 보수 : 다른 감정에 비해서 의료감정은 감정인에 대한 보수가 너무 적다. 부실한 감정이 초래되는 가장 큰 원인이라고 할 수 있다.

### 3. 상해진단서 작성과 관련된 법률문제

#### 가. 진단서 발급 의무

의료법 제17조<sup>(2)</sup>는 진단서 작성 의무를 규정하고 있다. 허위로 진단서 등을 작성하면, 형법 제233조<sup>(3)</sup>에 따라 처벌된다. 형법 제233조의 허위진단서작성죄에 있어서 진단서라 함은 의사가 진찰의 결과에 관한 판단을 표시하여 사람의 건강상태를 증명하기 위하여 작성하는 문서를 말하는 것이므로, 비록 그 문서의 명칭이 소견서로 되어 있더라도 그 내용이 의사가 진찰한 결과 알게 된 병명이나 상처의 부위, 정도 또는 치료기간 등의 건강상태를 증명하기 위하여 작성된 것이라면 위 진단서에 해당한다(대법원 1990. 3. 27. 선고 89도2083 판결)

허위진단서작성죄는 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 하다던가 착오를 일으켜 오진한 결과로 객관적으로 진실에 반한 진단서를 작성하였다면 허위진단서작성에 대한 인식이 있다고 할 수 없으니 동 죄가 성립되지 아니한다(대법원 1976.2.10. 선고, 75도1888 판결 등)

(2). 의료법 제17조

① 의료업에 종사하고 직접 진찰하거나 검안(檢案)한 의사, 치과 의사, 한의사가 아니면 진단서·검안서·증명서 또는 처방전을 작성하여 환자.... 에게 교부.. 하지 못한다.

③ 의사·치과 의사 또는 한의사는 자신이 진찰하거나 검안한 자에 대한 진단서·검안서 또는 증명서 교부를 요구받은 때에는 정당한 사유 없이 거부하지 못한다.

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

#### 나. 진단서의 중요성

일선 의료기관에서 작성하는 진단서(상해진단서)는 유무죄, 구속 여부, 형량, 보석이나 구속집행정지, 심신미약 또는 심신상실, 치료감호 결정 시 핵심자료로 활용된다. 진단서 기재내용에 따라, 죄명, 적용법조, 법정형이 달라지게 된다. 예를 들어, 뺑소니 교통사고의 경우, 상해가 있으면 특가법이 적용되어 1년 이상 유기징역 또는 500 - 3,000만원 벌금에 처해지나, 상해가 없으면 도로교통법 적용이 적용되어 5년 이하의 징역 또는 1,500만원 이하 벌금에 처해진다.

2007년 서울중앙지검은 3대 범죄 관련 구속 기소·구형 기준을 발표하였는데, 그에 따르면 단순상해의 경우 미합의시 전치 5주 이상이면 구속하고, 2주 이하 약식기소하기로 하였다. 그리고, 전치 5주 이상이면 징역 1년 6월을, 전치 4주 이하 징역 1년을 구형한다고 한다.

#### 다. 상해진단서 작성시 주의할 점<sup>(4)</sup>

##### • 상해와 손상의 혼동

상해는 법률용어로서 '신체의 완전성을 해하거나 건강상태를 불량하게 변경하는 것'을 의미한다. 이에 대해 손상(injury)은 의학용어로서, '외부의 물리적 또는 화학적 원인이 신체에 작용하여 생긴 형태적 변화나 기능적 장애'를 말한다. 그에 따라, 의학적으로 손상이라고 할지라도 상해가 될 수 없는 경우(일상생활에서 얼마든지 생길 수 있는 경미한 상처로 굳이 따로 치료할 필요가 없는 경우)가 있고, 의학적으로 손상이라도 상해가 되는 경우(여자의 머리카락을 전부 깎아버린 경우)가 있다.

##### • 치료기간과 치유기간의 혼동

치료기간(가료기간)은 의사가 적극적으로 치료하여 환자를 원래의 건강한 상태로 회복시키는데 소요되는 기간을 의미한다. 그런데, 치유기간은 의사의 치료가 없어도 손상이 회복되는 기간을 의미한다. 따라서, 좌상(명)은 치유기간은 있어도 치료기간은 없다고 할 수 있다.

##### • 환자의 진술에만 의존한 진단명

진단서는 의사가 진찰의 결과에 관한 판단을 표시하여 사람의 건강상태를 증명하기 위하여 작성한 문서이지 환자의 호소내용을 그대로 기재하는 문서가 아니다. 그런데, 실무에서는 환자의 진술에만 근거해서 진단서를 작성하는 경우가 많다. 환자의 진술을 뒷받침할 객관적인 근거자료가 없어 상해 여부가 불분명하거나 환부의 상태가 환자의 주장과 부합하지 않는 경우, 상해진단서가 범죄에 이용될 우려가 있는 경우에는 진단서 발급을 거부할 필요가 있다.

##### • 치료기간의 기산일 불분명

진단일과 수상일이 불일치하는 경우 치료기간의 기산일을

진단일로 보는 경우도 있고, 수상일로 보는 경우도 있어서 실무상 혼란을 야기하고 있다. 진단일을 치료기간의 기산일로 봄이 타당하다.

## 4. 보험회사에 있어서 의료자문과 관련한 법률문제

### 가. 현실적인 문제점

2007. 9. 7. 방영된 KBS 소비자고발에서는 '환자 울리는 보험사 자문의사'라는 제목하에, 환자를 보지도 않은 보험사 자문의사가 낸 의료자문 결과 때문에 보험금을 받을 수 없는 환자들의 억울한 사정을 소개하였다. 또한, 환자가 보험금을 신청하면, 보험사는 보험금 심사를 위해 의료기록 열람과 복사에 대한 동의를 요구하는데, 이때 환자에 대한 충분한 설명없이 포괄적인 동의를 작성함으로써, 환자들의 비밀이 침해되고 있다는 문제점도 지적하였다.

이에 대한 개선안으로서, 진료기록 복사 및 열람, 의료자문, 직접 보험사와 동행하여 자문의사로부터 자문을 받을 것인지 등에 관해서 개별적인 동의를 받도록 하자는 의견이 제시되고 있다. 특히, 자문 의사가 누구인지 명시하고 원한다면 환자가 보험사와 직접 동행하여 자문을 구할 수 있는 절차를 마련할 필요가 있다고 한다. 이는 환자의 개인정보 보호와 보험회사의 의료정보 접근권, 그리고 의료기관의 환자비밀 보호의무와 관련되어 매우 복잡한 법률적인 문제를 발생시킬 수 있다. 그러나, 여기에서는 주로 잘못된 의료자문을 한 의사의 책임을 중심으로 살펴보고자 한다.

### 나. 자문 의사의 책임

먼저, 보험회사와 자문의사의 관계는 고용 또는 위임 관계에 있을 수 있다. 만약, 자문의사가 정당한 이유없이 자문을 거부하거나 허위 또는 부실하게 자문하는 경우에 보험회사는 그 계약관계의 성질에 따라 자문의사에 대한 징계를 하거나 위임계약을 철회할 수 있다. 만약, 자문의사가 환자와 공모하여 허위의 진단서나 진료기록부를 작성하거나 작성하게 하고 보험사고를 가장하여 보험금을 편취하는 경우에, 자문의사는 사기죄의 공범이 될 수 있다.

한편, 자문의사와 피보험자와의 관계 사이에는 아무런 법률관계가 없다. 자문의사의 자문결과에 따라 보험금 지급 여부가 결정된다고 하더라도 최종적인 판단은 보험사가 하는 것이므로, 환자가 자문의사를 상대로 부실한 자문으로 인한 손해배상 책임을 묻기는 어렵다. 결국, 부실한 감정으로 인한 보험금 부지급 결정에 대해서는 보험사를 상대로 보험금지급청구 소송을 제기하는 것이 원칙적인 방법이다.

(4) 아래 내용은 서울지방검찰청 황현덕 검사가 2007. 10. 18. 서울시의사회 법제 분야 연수교육 때 발표한 '현행 상해진단서 발급의 문제점과 개선방향'의 내용을 요약한 것이다.