

허위진단서작성¹⁾ 죄의 구성요건 등에 대한 고찰

-대법원 2006.3.23. 선고 2004도3360호 판결을 중심으로-

김 영 태*

- I. 들어가며
- II. 대법원 판결의 요지
- III. 사건의 개요
 1. 공소사실의 요지
 2. 제1심 판결의 요지
 3. 피고인 항소이유의 요지
 4. 항소심 인정 사실관계의 요지
 5. 항소심 판결의 요지
 6. 대법원 판결의 요지
- IV. 허위진단서작성죄의 구성요건 등에 대한 고찰
 1. 의의와 보호법익
 2. 외국의 입법례
 3. 작성의 주체
 4. 작성의 객체
 5. 허위작성
 6. 주관적 구성요건
 7. 기타: 다른 죄와의 관계
- V. 마치며

* 논문접수: 2009. 08. 10. * 심사개시: 2009. 11. 10. * 게재확정: 2009. 12. 10.

* 서울고등검찰청 검사

1) 공소장 및 불기소장에 기재할 죄명에 관한 예규(대검예규 제431호, 2008.5.1.)에 의하면, 형법 제233조에 해당하는 범죄의 경우 허위 작성된 문서의 내용에 따라 허위진단서작성, 허위검안서작성, 허위증명서작성죄로 죄명이 세분되고 있으나, 본고에서는 허위진단서작성죄로 통칭하기로 한다.

I. 들어가며

의료법 제17조 제1항에 의하면 ‘의료업에 종사하고 직접 진찰하거나 검안한 의사, 치과의사 또는 한의사(이하 의사로 통칭한다)가 아니면 진단서·검안서·증명서 또는 처방전(「전자서명법」에 의한 전자처방전을 포함한다)을 작성하여 환자(환자가 사망한 경우에는 배우자, 직계존비속 또는 배우자의 직계존속을 말한다) 등에게 교부하거나 발송하지 못한다’고 규정하고 있으며, 이 경우 의사는 공정한 의학적 검사자로서 그 검사 결과를 환자가 아닌 제3자에게 진실만을 밝혀야 할 윤리적의무가 있다²⁾할 것이다.

그러나, 의사가 작성한 진단서·검안서·증명서는 비록 개인이 발행하는 사문서이지만 국가가 인정한 자격을 가진 의사가 발행하는 것일 뿐만 아니라 그 내용이 전문적 지식에 근거를 둔 것이므로 사회에서는 마치 공문서와 같은 정도로 신빙도가 있게 통용되고 있으며, 또한, 진단서는 학교의 입학이나 결석, 직장의 취업이나 결근, 보험관계, 병역관계 등 사회적으로 광범위하게 활용되고 있을 뿐만 아니라 권리·의무의 발생, 소멸 기타 법률관계를 증명하는 중요한 증거서류로서 활용되고 있다.

따라서, 진단서·검안서·증명서에 대하여는 다른 사문서와 달리 그 내용의 진실성을 담보하기 위하여 형법 제233조에 ‘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’고 규정하고 있을 뿐만 아니라, 의료법 제66조 제1항에 의하여 의료인이 진단서·검안서 또는 증명서를 거짓으로 작성하여 내주는 때에는 1년의 범위에서 면허자격을 정지시킬 수 있도록 규정하여 윤리적 의무뿐만 아니라 법적의무까지 부과하고 있다 할 것이다.

그럼에도 불구하고, ‘진단서를 위조한 변호사 사무실 사무장·병원 사무국장과 허위진단서를 발급한 의사 등 5명이 검찰에 적발됐다’³⁾, ‘전문 브로

2) 홍창기, “의사들의 윤리적 딜레마”, 『임상윤리학』, 서울대학교출판부, 2005, 제33면.

커를 통해 환자들에게 허위진단서를 발급해준 대가로 3억 6천만원의 진료비를 챙긴 의사가 경찰에 불구속입건됐다⁴⁾, ‘유가족의 요청으로 허위진단서를 발급한 의사 2명이 경찰에 붙잡혔다’⁵⁾, ‘병역기피 목적으로 고의로 어깨를 탈구시킨 축구선수들을 수술해 주고 병사용진단서를 발급해준 의사에게 법원이 실형을 선고했다’⁶⁾, ‘수도권 일대 유흥업소 종사자 4,000여 명에게 허위 건강진단서를 발급해주고 수천만원의 수수료를 챙긴 병원장 등이 붙잡혔다’⁷⁾, ‘변사사건 검안서를 허위 작성한 혐의로 형이 확정된 의사에 대한 면허가 취소됐다’⁸⁾ 등의 기사내용처럼 의사가 허위진단서를 작성, 교부한 사건이 종종 발생하고 있다.

대한의사협회에서는 이를 예방하기 위하여 2003년 3월경 「진단서 작성 지침」을 만들어 회원들에게 배부하였을 뿐만 아니라, 그 개정작업도 현재 추진 중⁹⁾에 있다.

의사들의 허위진단서작성행위가 끊이지 않는 원인은 여러 가지가 있을 수 있으나, 그 중 하나는 허위진단서작성죄의 구성요건, 특히 ‘허위’ 개념 등에 대한 의사들의 이해부족에 기인한 것일 수도 있으므로, 본고에서는 허위진단서작성죄에 있어서의 ‘허위’의 개념 등을 중심으로 그 죄의 구성요건을 대법원 2006.3.23. 선고 2004도3360호 판결을 살펴보면서 고찰해보기로 한다.

3) 인터넷 경북일보, “허위진단서 발급 공모 변호사사무실 사무장 등 5명 적발”, 2009, 4.1.

4) 인터넷 메디컬투데이, “허위진단서로 역대 진료비 챙긴 의사 입건”, 2009, 1.20.

5) 인터넷 뉴시스, “허위진단서 발급 의사 2명… 유가족 요청으로”, 2008, 12.23.

6) 경향닷컴, “축구선수들은 어깨탈구 병역감면, 45명에 허위진단서 발급한 의사 실형”, 2008, 12.4.

7) 인터넷 메디컬투데이, “유흥업소 4천여 명에 가짜 진단서, 병원장 등 탈미”, 2008, 5.28.

8) 인터넷 연합뉴스, “변사사건 허위검안 의사 면허취소”, 2004, 5.11.

9) 인터넷 의협신문, “진단서라면 자다가도 일어나요. 진단서 문제 팔 걷은 장현재 의협 의무이사”, 2009, 6.26.

II. 대법원 판결의 요지

(1) 형법 제233조의 허위진단서작성죄가 성립하기 위해서는 진단서의 내용이 실질상 진실에 반하는 기재여야 할 뿐만 아니라 그 내용이 허위라는 주관적 인식이 필요하고, 의사가 주관적으로 진찰을 소홀히 한다던가 착오를 일으켜 오진한 결과로 객관적으로 진실에 반한 진단서를 작성하였다면 허위진단서작성에 대한 인식이 있다고 할 수 없으므로 허위진단서작성죄가 성립하지 아니한다(대법원 1976.2.10. 선고 75도1888판결, 1990.3.27. 선고 89도2083 판결 등 참조).

(2) 의사인 피고인이 환자의 장애상태를 정밀하게 관찰하기 위한 MRI 검사 등을 하지 아니하는 등 일부 소홀한 점은 있으나, 장애진단서의 기재내용이 객관적 진실에 반한다거나 또는 피고인에게 그 내용이 허위라는 인식이 있었다고 보기는 어렵다는 이유로, 허위진단서작성의 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심 판결을 수긍하였다.

III. 사건의 개요

1. 공소사실의 요지

피고인은 재활의학과 의사인 바, 1994년 11월 24일 피고인의 사무실에서, 사실은 자동차사고로 지적능력저하 및 반신부전마비 등의 증상을 입은 박ㅇㅇ가 보험 약관에 의한 장애등급 중 1급 3호 중추신경계 또는 정신에 뚜렷한 장애를 남겨서 평생토록 항상 간호를 받아야 할 때에 준하는 상태가 아니었고, 일상생활 중 항시 개호가 필요한 상태가 아니었으며, 의자차가 매3년에 1대씩 필요한 상태가 아니었음에도 불구하고, 박ㅇㅇ가 장애등급 중 1급 3호 중추신경계 또는 정신에 뚜렷한 장애를 남겨서 평생토록 항상 간호를 받아야 할 때에 준하고, 일상생활 중 항시 개호가 필요하며, 의자차

가 매3년에 1대씩 필요하다는 취지의 허위 장애진단서를 작성하였다.

2. 제1심 판결¹⁰⁾의 요지

(1) 피고인에 대하여 유죄로 인정하면서 벌금 700만원을 선고하였다.

(2) 허위의 기재의 점에 대한 판단

① 애초에 외상성뇌손상(traumatic brain injury)에 의한 우측편마비(right hemiplegia)로 진단하고 1명 10시간 개호로 판단하였으며, 나중에 지능지수 49, 중등도 정신지체수준(moderate mental retardation level)이라는 심리학적 평가보고가 있었음에도 불구하고, 이와 달리 장애등급분류표 1급 3호 중추신경계 또는 정신에 뚜렷한 장애를 남겨서 평생토록 항상 간호(항상 타인의 간호 없이는 생명의 유지가 불가능한 경우 또는 고도의 치매 등으로 인하여 타인의 간호가 필요한 경우)를 받아야 할 때에 준한다는 장애진단서를 작성하였다.

② 위와 관련하여 심리학적 평가보고 등에 의하더라도 정신지체 수준이 중증(severe, but not life threatening)이라고 단정할 수 없고, 애초에 경막외혈종(수술 후 상태) 및 뇌좌상에 따른 외상성뇌손상으로 진단한 뒤 별다른 추가 진단이 없었으며, 경막외혈종 및 뇌좌상에 의하여 위와 같은 정신지체가 발생할 가능성을 배제할 수 없는 이상, 위 장애진단서에 기재된 미만성축삭손상¹¹⁾을, 경막외혈종 및 뇌좌상과 전혀 별개의 뇌병변이라고

10) 청주지방법원 2002.8.22. 선고 2002고단74 판결.

11) 미만(彌漫)이란 연기나 안개가 자욱한 것, 물이 가득 찬 것을 뜻하는 한자어인데, 미만성(彌漫性)이라 함은 의학용어로 “어떤 병이 넓은 부위에 걸쳐 퍼져 있는 성질”이고 축삭(軸索)은 “신경돌기”를 뜻하며, 미만성 축삭 손상(diffuse axonal injury)은 자동차 사고와 같이 고속의 충격이나 회전하는 충격이 가해졌을 경우 생기는 것으로 뇌의 신경경로가 눈에 보이지 않게 찢어지는 것으로 뇌조직 중 특징적으로 손상을 잘 받는 부위가 있어 이에 따른 증상이 생기게 된다고 함. 즉 중뇌, 연수, 뇌량, 백색질 부위 등이 손상을 잘 받게 되며, 이에 따라 의식 소실(loss of consciousness)을 일으키게 되며, 이것은 경도(mild)의 뇌손상 후에도 나타날 수 있고, 사고 후 몇 시간이 지나서도 나타날 수 있으며, 나중에 치매(dementia) 발생의 위험도를 증가시키기도 한다고 함(인터넷 네이버 사전).

주장하면서 미만성척삭손상만으로도 장애 등급 2급의 중증정신장애가 발생하였다는 피고인의 주장은 받아들일 수 없다.

③ 피고인은 진단 당시 외상성뇌손상에 의한 우측편마비(팔꿈치, 어깨 등 큰관절은 회복되고 손 등 작은 관절도 약간 움직이며 무릎관절도 움직일 수 있고, 옆에서 한손을 부축하면 보행이 가능하였다)가 향후 회복이 불가능하다고 판단하지 않았으며, 우측편마비와 정신장애를 각 고려하더라도 향후 수시 개호로 충분하다고 판단하였음에도 불구하고, 이와 달리 환자가 일상생활 중 항시 개호 및 매3년에 의자차 1대씩이 필요하다는 내용의 장애 진단서를 작성하였다.

(3) 주관적 인식의 점에 대한 판단

피고인이 위와 같은 사정을 인식하고 있었음에도 1995년경부터 변호사 사무소 사무직원으로서 병원을 여러 차례 찾아와 알게 된 피고인 정○○¹²⁾가 장애 1급을 부탁하자 장애등급분류표 1급 3호에 해당한다는 확신 없이 장애진단서를 작성한 사실이 인정되고, 사정이 이러하다면 비록 피고인 정○○ 등과 보험사기를 공모하지 않았고 어떠한 대가를 수수하지 않았다고 하더라도, 최소한 허위진단서작성의 미필적 고의는 있다고 봄이 상당하다.

3. 피고인 항소이유의 요지

피고인은 1999년 11월 4일 박○○의 장애등급판정을 할 당시 박○○가 진료를 받아오던 병원에서 촬영된 CT 필름과 임상심리보고서, 진단서 등의 진료기록을 참조하고, 피고인 자신이 직접 박○○에 대한 운동기능검사, 상하지근경직정도검사, 지남력검사, 계산기능검사, 언어능력, 보조기 착용상태, 평형검사, 걷기능력, 심부건반사 검사를 시행하는 한편 피고인이 근무하던 병원의 신경정신과에 박○○에 대한 임상심리검사를 의뢰하여 IQ 검

12) 피고인 정○○은 2002. 8. 22. 1심 법원으로부터 사기 및 허위작성진단서행사죄 모두에 대하여 벌금 1,000만원의 유죄판결을 선고받았다.

사를 시행하였고, 작업치료실에 의뢰하여 일상생활동작검사, 인지기능검사를 시행한 후, 박○○가 편마비로 신체기능의 마비가 심하고, 이와 함께 심한 정신지체로 직업을 갖지 못하고 사회의 일원으로서의 적응이 불가능하여 심한 장애를 가지고 평생을 살아야 하는 중증 장애인이라는 판단을 하고, ‘중추신경 또는 정신에 뚜렷한 장애를 남겨서 평생토록 간호를 받아야 할 때에 준하고, 일상생활 중 항상 개호가 필요하며, 의자차가 매3년에 1대씩 필요하다’는 내용의 이 사건 장애인단서를 발급한 것임에도, 원심은 피고인이 이와 같은 사정에 대한 확신도 없이 허위로 이 사건 장애인단서를 발급하였다는 피고인의 허위진단서작성죄를 유죄로 인정하였으므로, 원심 판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다는 취지로 항소하였다.

4. 항소심 인정 사실관계의 요지

(1) 충북 ○○군에 있는 ○○공업사의 사장 김○○(명의상은 이○○가 사장으로 되어 있다) 및 박○○를 비롯한 직원 6명은 1997년 5월 9일경 김○○와 친분관계가 있는 보험설계사인 김○○를 통하여 ○○생명 직장인 셰이프보험(보험수익자는 이○○)에 가입하였다.

(2) 그런데, 박○○는 1999년 3월 21일경 승용차를 운전하다가 충북 ○○군 소재 노상에서 도로변의 주택을 들이받는 사고를 내었고, 이로 인하여 박○○는 교통사고로 인한 외상성 뇌손상으로 인한 미만성 뇌축삭손상과 경막외출혈¹³⁾, 뇌좌상 등으로 지적능력저하 및 반신부전마비 등의 증세를 보여 충북 △△군에 있는 병원에서 입원치료를 받게 되었으며, 위 병원 담당

13) 경막외 출혈(epidural hemorrhage, 다른 이름 epidural hematoma)은 외상에 의하여 뇌를 둘러싸고 있는 경막(dura)이라는 막의 동맥이나 정맥에서 출혈이 발생하여, 두개골과 경막 사이의 경막외 공간(epidural space)에 피가 고여 안쪽의 뇌를 압박하는 상태이다. 두통이나 구토와 같은 뇌압 상승에 의한 증상이 나타날 수 있으며, 출혈량이 많아 뇌압이 높아지면 의식저하, 팔다리 마비와 같은 신경 이상이 나타나고 사망에 이를 수 있다고 함(인터넷 네이버 사전).

의사인 양○○는 1999년 10월 11일 박○○에 대하여 'IQ 47의 현저한 지적능력 저하, 중등도의 언어장애, 보행장애 등 중등도의 우측반신부전마비' 등으로 진단하였는데, 보험설계사 김○○는 양○○에게 '박○○에 대하여 1급 장애진단서를 발급하여 달라'고 요구하였으나 양○○는 '박○○는 보험약관에 정한 장애급수 중 2급 정도에 해당한다'고 말하였다.

(3) 이후 김○○는 평소 알고 지내던 법률사무소 사무장에게 장애감정을 할 수 있는 병원을 알려달라고 하였고, 이에 위 사무장은 평소 법률사무소에서 수임한 사건의 자문관계로 알고 있던 재활의학과 전문의인 피고인이 생각나 박○○를 데리고 1999년 11월 4일경 위 병원에 내원하여 접수를 한 후 피고인을 찾아가게 되었는데, 당시까지 위 사무장과 피고인은 함께 식사를 한다든지 등의 특별한 친분관계는 없는 사이였으며, 당일 검사비용은 사무장이 김○○으로부터 받은 돈으로 위 병원에 지불하였다.

(4) 피고인은 장애등급판정을 의뢰받은 1999년 11월 4일, 박○○가 진료를 받아오던 병원에서 촬영된 CT필름과 임상심리 보고서, 진단서 등의 진료기록을 참조하고, 피고인 자신이 직접 박○○에 대한 운동기능검사, 상하기 근경직도 검사, 지남력검사, 계산기능검사, 언어능력검사, 평형검사, 건기능력 검사, 심부건반사검사 등을 시행한 후 진료기록부에 orientation: time(-), place(-), person(-), calculation(-), 10+10(-), Rt.hemiplegia라고 기재하였고¹⁴⁾, 신경정신과에 박○○에 대한 임상심리검사를 의뢰하여 MRI 검사, IQ 검사 등을 시행하였으며, 작업치료사에게 의뢰하여 일상생활동작검사, 인지기능검사를 시행하였고, 1999년 11월 22일경에 위 임상심리검사 및 인지기능검사결과를 제출받아 다음날인 1999년 11월 23일경 박○○는 '전체지능 49의 외상성 치매, 양측성 편부전마비, 중등도의 언어장애, 영구적인 지능저하, 운동조절장애, 주의집중력 저하 및 기억력 저하'로 인하여 도시 일용노동자로서의 노동능력상실율이 100%이고, 위와 같

14) 피고인은 경찰에서는 1999. 11. 4.경의 진료기록부를 제출하지 못하였으나, 이후 피고인 및 병원 측의 노력(?)으로 2001. 8. 24.경 진료기록부를 찾아내어 검찰에 제출하였다

이 신체 및 정신의 중복 장애인이라는 판단하에 보험약관에 의한 1급 3호, 즉 중추신경계 또는 정신에 뚜렷한 장애를 남겨서 평생토록 간호를 받아야 할 때에 준한다'는 내용의 장애진단서를 작성하였다.

(5) 그 후, 김○○는 1999년 11월 30일경 보험회사에 피고인 작성의 장애진단서에 기초한 보험금청구를 하여 보험회사는 2000년 1월 14일, 보험금 445,121,750원을 지급하였다.

(6) 피고인은 2000년 4월경에는 교통사고로 외상성 대뇌손상 및 좌측편마비, 미만성뇌축삭손상 등으로 박○○와 그 증상이 유사하고 전신 및 두뇌에 장애가 남은 이○○에 대하여 1급 장애판정을 내렸다.

(7) 항소심 법원의 대한재활의학회에 대한 사실조회결과에 의하면, 재활의학과 의사는 장애인의 삶의 질, 즉 치료 후 직업으로의 복귀가능성 및 일상생활 동작의 독립성이나 개호 등에 특별한 과신을 가지고 환자 치료 및 평가를 하며, orientation: time(-), place(-), person(-), calculation(-), 10+10(-)이라는 것은, 인지기능 즉 지남력과 계산력이 전혀 없고, 본인이 어디에 있는지도 모르고, 사람도 못 알아보며 10에 10을 더하는 쉬운 계산마저도 할 수 없는 상태로 매우 심한 정신지체가 있음을 뜻하고, Rt.hemiplegia는 우측 상하지의 근력이 저하되거나 마비된 우측 편마비를 의미하여 박○○의 경우는 외상성 뇌손상에 의한 양측성 편마비이며 인지기능이 매우 심하게 저하되고 언어장애까지 나타난 경우에 해당하는 바, 통상적으로 편마비가 있더라도 인지 기능이 양호한 경우는 수시 개호로도 가능하나, 박○○와 같이 독립적인 보행 및 일상생활동작은 장애를 보이고 매우 심한 인지장애가 있는 상태인 경우는 일상생활동작에 대한 개호 외에도 인지 장애에 의한 부적절한 행동을 감시하기 위하여 항시 개호가 필요하다고 판단하는 것이 가능하며, 박○○의 상태는 국가배상법시행령¹⁵⁾에 따를 때 1급 5항의 '반신불수가 된 자' 및 1급 3항의 '정신에 현저한 장애가 남아 항상 개호를 요하는 자' 내지 3

15) 별표 2에 의하면 신체장애의 등급을 총 14급으로 구분하여 그중 제1급, 제2급, 제3급의 노동력상실률을 100퍼센트로 정하고 있다.

급 3항에 ‘정신에 현저한 장애가 남아 중신토록 노무에 종사하지 못하는 자’ 등의 항목에 해당하고, 보건복지부 장애인등급에 따르더라도 뇌병변 및 전신지체 중복장애로 1급에 해당하며, 피고인이 박○○의 증상을 관찰한 각 검사행위는 통상적이고 적절한 검사의 범주에 포함된다.

5. 항소심 판결¹⁶⁾의 요지

(1) 원심판결을 파기하고 피고인에 대하여 무죄를 선고하였다.

(2) 허위진단서작성죄는 진단서의 기재내용이 객관적 진실에 반하는 허위내용이라는 것 외에 그 작성자인 의사에게 자신의 진단결과와는 다른 허위내용을 기재한다는 인식이 있어야만 성립하는 것이라고 할 것인데, 피고인의 박○○에 대한 검사는 박○○의 증상에 비추어 적절하였고, 또한 피고인은 본인이 직접 박○○를 관찰하는 외에 신경정신과에 MRI검사, IQ검사 등을, 작업치료사에게 일상생활동작검사, 인지기능검사 등을 각 의뢰한 후 그 결과까지 포함하여 이 사건 장애진단서를 작성하였으며, 위 각 검사결과를 보기 위하여 박○○가 병원에 내원한 후로부터 약 20여 일 정도 지난 시점에서야 이 건 장애진단서를 발급하였던 점, 피고인은 2000년 4월경에는 박○○의 증상과 유사한 외상성 대뇌손상 및 좌측편마비, 미만성 뇌축삭손상 등의 증상으로 전신 및 두뇌에 장애가 남은 이○○에 대하여도 1급 장애 판정을 내린 바도 있었으며, 박○○과 같이 독립적인 보행 및 일상생활동작은 장애를 보이고 매우 심한 인지장애가 있는 중복장애의 상태인 경우는 일상생활동작에 대한 개호 외에도 인지 장애에 의한 부적절한 행동을 감시하기 위하여 항시 개호가 필요하다고 판단하는 것이 가능하고, 박○○의 상태는 국가배상법시행령에 따를 때 1급 5항의 ‘반신불수가 된 자’ 및 1급 3항의 ‘정신에 현저한 장애가 남아 항상 개호를 요하는 자’, 그리고 보건복지부 장애인등급에 따르더라도 뇌병변 및 전신지체 중복장애로 1급에 해당한다고

16) 청주지방법원 2004.5.12. 선고 2002노842 판결.

판단할 수도 있는 것인 점과 정○○는 1999년 11월 4일, 박○○를 데리고 병원에 내원할 당시 정상적인 수납 및 진료과정을 거쳤고, 그 진료비도 자신이 부담하였으며, 정○○과 피고인 사이에 이 사건 장애진단서 발급과 관련한 어떠한 공모관계나 대가관계가 있었다고 볼 아무런 자료가 없는 점 등의 사정에 비추어 보면, 피고인이 처음 박○○를 진찰한 양○○의 판단과는 달리 박○○에 대하여 보험 약관에 의한 장애등급 중 1급 3호 중추신경계 또는 정신에 뚜렷한 장애를 남겨서 평생토록 항상 간호를 받아야 할 때에 준하는 상태라고 판단하고 이 사건 장애진단서를 작성하였다고 하더라도, 이는 재활의학과 전문의인 피고인이 객관적인 검사와 주관적인 확신을 갖고 장애 판단을 한 것이라고 볼 것이지, 피고인이 객관적 진실에 반하는 내용으로 이 사건 장애진단서를 작성한 것이라거나 자신의 진단결과와는 다른 허위 내용을 기재한다는 인식을 갖고 이를 작성한 것이라고 보기 어렵다.

6. 대법원 판결의 요지

(1) 검사의 상고를 기각하고, 항소심 판결을 수긍하였다. 다만, 항소심의 사실인정에 일부 잘못이 있음을 판시하였다. 즉, 피고인은 박○○에 대하여 MRI검사를 실시하지 아니하였고, 또 작업치료사로 하여금 일상생활동작검사와 인지기능검사를 실시하도록 지시하기는 하였으나 그 결과를 보고받지 아니한 채 이 사건 장애진단서를 작성하였다.

(2) 그러나, 이 사건 보험약관의 별표 2(장애등급분류표)가 ‘항상 간호’가 필요한지 아니면 ‘수시 간호’로 족한지 여부에 따라 1급 3호와 2급 1호의 장애등급을 구별하고 있기는 하나 위 보험약관상으로 ‘간호’의 개념이 명백히 규정되어 있지 않고, 나아가 기록에 의하더라도, 피고인은 직접 박○○에 대하여 여러 가지 이학적 검사를 실시한 다음, 그 검사결과와 임상심리전문가의 임상심리검사결과, 보호자의 진술, 박○○가 입원치료를 받아오던 병원의 후유장애진단서, CT와 X-Ray 사진 등을 종합하여 당시 우측 편마

비에 의한 운동기능장애와 지능지수 49의 중등도 정신지체에 의한 정신기능장애가 있어서 이를 따로 떼어놓고 보면 각각 위 장애분류표의 2급에 해당하지만 이를 모아놓고 보면 편마비에 의한 운동기능장애로는 밤에는 개호가 필요 없는 16시간 '수시 개호'로 충분하나 동시에 지능지수 49 정도의 정신기능 장애가 있으므로 말미암아 밤에도 관찰과 개호가 필요하므로, 결국 '항상 개호'가 필요한 상태에 해당하는 경우로 분류되어야 한다고 최종판단하였고, 이와 같이 직업적 재활과 삶의 질을 중시하는 재활의학과 전문의로서의 의학적 소신과 식견에 따라, 박○의 장애정도가 위 장애분류표의 '1급 3호'에 해당하되, 다만, 위 장애분류표 상에는 위와 같은 사례에 대한 명확한 구분기준 등이 정해져 있지 않은 점을 감안하여 위 1급 3호에 '준하는' 것으로 판정한 사실을 인정할 수 있으므로, 이러한 사실관계를 허위진단서작성죄의 법리에 비추어 살펴보면, 피고인이 박○의 장애상태를 정밀하게 관찰하기 위한 MRI 검사 등을 하지 아니하는 등 일부 소홀한 점이 있다 하더라도, 이 사건 장애진단서의 기재내용이 객관적 진실에 반한다거나 또는 피고인에게 그 내용이 허위라는 인식이 있었다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

IV. 허위진단서작성죄의 구성요건 등에 대한 고찰

1. 의의와 보호법익

허위진단서작성죄는 의사·한의사·치과의사 또는 조산사가 진단서·검안서 또는 생사에 관한 증명서를 허위로 작성한 때에 성립하는 범죄로서, 작성권한 있는 자가 허위내용의 문서를 작성하는 경우를 처벌하는 것으로서 사문서의 무형위조를 예외적으로 처벌하는 경우¹⁷⁾라고 할 수 있다.

17) 대법원 1984.4.24. 선고 83도2645 판결은 피고인들이 작성한 회의록에다 참석한 바 없는 소외인이 참석하여 사회까지 한 것으로 기재하였다는 사안에 대하여 사문서의 무

즉, 공문서를 허위작성하는 것은 모두 처벌대상¹⁸⁾이 되나, 사문서를 허위작성하는 것을 처벌하는 것은 허위진단서작성죄뿐이다.

또한, 사문서위조죄의 보호법익이 작성 명의의 진정성(Echtheit) 보호인 반면, 허위진단서작성죄의 보호법익은 작성 명의의 진정성이 아니라, 문서 내용의 진실성(Wahrheit) 보호¹⁹⁾, 또는 진단서 등 내용의 진실에 대한 공공의 신용이고 보호 정도는 추상적 위험범이다.²⁰⁾

2. 외국 입법례

(1) 독일 형법은 제278조(허위진단서 작성)에 ‘그 정을 알면서 관청이나 보험회사에 대하여 사용할 목적으로 사람의 건강상태에 관한 허위진단서를 작성한 의사 및 기타 면허 있는 의료종사자는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다’라고 규정하고 있는 것과 별도로, 제277조(진단서 위조)에 ‘자격 없이 의사 또는 기타 면허 있는 의료종사자로서 또는 부당하게 그러한 사람의 명칭을 사용하여 자기 또는 타인의 건강상태에 관한 진단서를 작성하거나 그러한 종류의 진정한 진단서를 변조해서 관청 또는 보험회사를 기망하기 위하여 이를 행사한 자는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다’라고 규정²¹⁾하고 있다.

(2) 프랑스 형법은 제441-8조(허위증명문서작성에 관한 증수뢰) 제3항에 ‘전 2항에서 규정하는 자(증명서 발급업무를 취급하는 자)가 의료나 위생 관련 직무를 행하는 경우로서 부정확한 내용의 증명서로 질병, 신체장애, 임신사실을 은폐하거나 그러한 사실을 잘못 증명하거나 또는 질병, 신

형위조에 해당할 뿐이어서 사문서의 유형위조만을 처벌하는 현행 형법 하에서는 죄가 되지 아니한다고 판시하였다.

18) 형법 제227조에 의하면, 공무원이 행사할 목적으로 그 직무에 관하여 문서 또는 도화를 허위로 작성하거나 변개한 때에는 7년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다고 규정되어 있다.

19) 추호경, “허위진단서작성죄에 관한 해석론적 고찰”, 『법조』, 제52권 제1호, 2003, 제5면.

20) 이영란, 『형법학 각론강의』, 형설출판사, 2008, 제649면.

21) 법무부, 『독일형법』, 2008, 제205면.

체장애 또는 사망의 원인에 대한 허위의 자료를 제공한 때에는 5년의 구금형 및 75,000유로의 벌금에 처한다'라고 규정하고 있다.²²⁾

(3) 일본 형법은 제160조에 '의사가 공무소에 제출하여야 할 진단서, 검안서 또는 사망증서에 허위의 기재를 한 때에는 3년 이하의 금고 또는 30만엔 이하의 벌금에 처한다'라고 규정²³⁾하여 그 행위주체 등을 의사로 제한하고 있다.

3. 작성의 주체

(1) 본죄의 주체는 의사·한의사·치과의사 또는 조산사에 한하며, 그 자격요건은 의료법에 규정되어 있다.

(2) 이러한 자격요건을 가진 자만이 본죄를 범할 수 있다는 점에서 본죄는 신분범(身分犯, Sonderdelikte)²⁴⁾ 중에서 진정신분범이라 할 수 있다.

이러한 신분자가 문서를 작성할 때에만 본죄가 성립하므로, 간호사는 의료법 제2조 소정의 의료인에 해당하며, 같은 법 제22조의 간호기록부의 기재 및 보존의무가 있음에도 불구하고 허위진단서작성죄의 작성 주체가 아니며 무면허의사 등의 경우에도 본죄의 작성주체가 아니다. 다만, 의사 등과의 공모관계에 의하여 본죄의 공범이 될 수는 있다 할 것이다.

또한, 의사 등 작성권자가 아닌 자가 의사의 명의를 도용하여 본죄의 객체인 진단서 등을 작성하는 행위는 그 내용의 진실·허위에 불구하고 사문서위조죄를 구성하고 본죄에 해당하는 것이 아니다. 대법원²⁵⁾은 의사가 아

22) 법무부, 『프랑스형법』, 2008, 제292면.

23) 법무부, 『일본형법』, 2007, 제65면.

24) 신분범이란 구성요건이 행위의 주체에 일정한 신분을 요하는 범죄를 말하며, 신분이라 함은 범인의 인적관계인 특수한 지위나 상태를 말하며, 일정한 신분 있는 자에 의하여만 성립할 수 있는 범죄, 예를 들면 위증죄, 수뢰죄, 횡령죄 등과 같은 진정신분범과 신분 없는 자에 의하여도 범죄가 성립할 수는 있지만 신분 있는 자가 죄를 범한 때에는 형이 가중되거나 감경되는 범죄, 예를 들면 존속살해죄, 업무상횡령죄, 영아살해죄 등과 같은 부진정신분범으로 구분된다.

25) 대법원 1987.9.22. 선고 87도1443 판결.

닌 자가 국립경찰병원장과 같은 공무원 명의의 진단서를 작성한 경우는 공문서위조죄를 구성한다고 판시하였다.

그리고, 의사가 아닌 자가 마치 의사인 양 자격과 칭호를 사칭하여 자기 이름으로 진단서 등을 허위로 작성한 때에는 의사·치과의사 또는 한의사가 아니면 진단서 등을 발급할 수 없다는 의료법 제17조 제1항 본문을 위반한 의료법위반죄가 구성된다 할 것이다.²⁶⁾

(3) 또한, 본죄는 위와 같은 신분을 가진 자가 정범으로서 자신의 자수적 실행이 요구되는 자수범(自手犯, eigenhandige Delikte)²⁷⁾이다. 다만, 신분자가 비신분자 또는 다른 신분자를 이용하여 간접정범을 범할 수는 있으나, 비신분자가 신분자를 이용하여 간접정범을 범할 수는 없는 범죄라는 점에서 부진정자수범의 일종이라 할 수 있다.²⁸⁾

4. 작성의 객체

가. 진단서

진단서란 의사가 진단의 결과에 대한 판단을 표시하여 사람의 건강상태를 증명하기 위하여 작성하는 의료문서를 말하며²⁹⁾³⁰⁾, 진찰한 결과 알게 된 생체의 질병·손상·건강상태 등에 관하여 그 병명, 손상의 부위·정도, 건강상태의 양부 등에 관하여 판단을 표시하는 것이 일반적이다.

26) 추호경, 전계논문, 제8면.

27) 자수범이라 함은 행위자 자신이 직접 실행해야 범할 수 있는 범죄, 즉 구성요건의 자수에 의한 직접적 실행에 의하여만 범죄의 특수한 범죄무가치가 실현될 수 있는 범죄를 말하며, 위증죄, 허위공문서작성죄, 준강간죄 등이 여기에 속한다.

28) 추호경, 전계논문 제7면.

29) 이재상, 전세서, 제551면.

30) 이에 반하여 대한의사협회의 2003년 『진단서 작성지침』에는 ‘진단서(Medical Certificates)는 의사가 진찰하거나 검사한 결과를 종합하여 생명이나 건강의 상태를 증명하기 위하여 작성한 의학적인 판단서이다’라고 정의한 후, 그 종류를 건강진단서(일반, 병사용, 공무원 요양용, 각종 보험용), 진단서, 상해진단서, 사망진단서 및 시체검안서, 출생증명서, 사산증명서 및 사태증명서, 소견서, 감정서(신체감정서, 후유장애진단서 등)로 구분하고 있다. 위 지침 1면.

문서의 종류나 명칭은 불문한다. 따라서, 상해진단서와 일반 진단서는 물론, ‘진단서’라는 명칭이 들어가지 아니한 것도 여기에 포함된다. 대법원³¹⁾도 비록 그 문서의 명칭이 소견서로 되어 있더라도 그 내용이 의사가 진찰한 결과 알게 된 병명이나 상처의 부위, 정도 또는 치료기간 등의 건강 상태를 증명하기 위하여 작성된 것이라면 위 진단서에 해당되는 것이라고 판시하고 있다. 따라서, 소견서를 작성할 때에도 진단서를 작성하는 기준에 따라 작성해야 한다.³²⁾

또한, 의사가 작성한 감정서도 진단서에 포함될 수 있다할 것이다. 감정서에는 후유장애³³⁾를 평가하는 신체감정서를 비롯하여, 연령감정서, 부검 감정서, 친자감정서, 정신상태감정서, 성범죄에 관한 감정서, 의료과오에 관한 감정서, 성별감정서 등이 있다.³⁴⁾ 교통사고나 산업재해에 따른 후유장애를 평가하는 후유장애진단서나 장애보상청구서의 진단서, 공무원연금과 관련된 장애진단서 등은 일종의 신체 감정서이고, 각각 해당기관에서 만든 서식³⁵⁾에 따라 작성한다.³⁶⁾

그러나, 전염병예방법 제4조에 의하여 의사가 전염병을 진단한 바 있다는 취지를 신고하기 위하여 작성한 신고서 등은, 비록 그 신고를 허위로 한

31) 대법원 1990.3.27. 선고 89도2083 판결.

32) 위 『진단서 작성지침』, 제42면.

33) 위 『진단서 작성지침』, 제42면에는 “신체장애를 장애(障害)로 표현하는 경우가 있다. 이는 일본말로 장애와 장애(障礙 또는 障碍)가 발음이 같은데, 발음이 같으면 유사한 한자를 차용하는 일본의 영향을 받아 법률 용어 등에서 장애 대신에 장애를 썼기 때문이다. 지금은 쓰지 않는 불구(不具)라는 용어를 장애로 대체한다. 장애는 이미 장애자(障碍者) 등의 용어로 널리 쓰이고 있다. 한편, 후유장애라 하면 당연히 신체적인(또는 정신적인) 장애를 모두 일컫지만, 단순히 ‘장애’라고 하면 신체장애(physical impairment)와 기능장애(functional disturbance)가 있으므로 혼동을 피하기 위해서는 신체장애라고 표현하는 것이 좋다”고 설명하고 있다.

34) 위 『진단서 작성지침』, 제42면.

35) 진단서의 서식에 관하여, 의료법시행규칙 제10조 별지 제6호에 따라 사망진단서 또는 시체검안서, 제11조 별지 제7호에 따라 출생증명서, 사산 또는 사태증명서에 대하여만 규정하고 있다. 따라서, 그 이외의 진단서에 대하여는 제9조에서 규정하고 있는 진단서의 기재사항을 감안하여 규정한 위 진단서 작성지침 제85~97면에 기재되어 있는 서식을 사용하거나, 관련 법규정에서 규정한 양식을 사용하면 될 것이다.

36) 위 『진단서 작성지침』, 제43면.

때에 같은 법 제56조에 의하여 200만원 이하의 벌금에 처하여진다고 하여도 위 진단서에는 포함되지 않는다 할 것이다.³⁷⁾

나. 검안서

검안서란 의사가 사람의 신체 또는 시체에 대하여 의학적으로 확인한 바를 기재한 문서를 말하는데, 예를 들면 의사가 창상(創傷)을 조사하여 그 결과를 기재한 문서나 사체를 해부하여 검사한 결과를 기록한 문서이다.³⁸⁾

생체에 관한 검안서는 진단서의 일종으로 보아도 무방하다는 이유로 사람의 신체에 대한 검안의 결과를 기재한 것은 검안서가 아니고 시체에 관하여 사망의 사실(사인·사망일시·사망 장소 등에 관하여)을 의학적으로 확인한 결과를 기재한 문서를 검안서로 보는 견해도 있으나, ‘검안’과 ‘진단’은 그 목적하는 바가 다르므로 검안서를 시체검안서만으로 한정할 필요는 없다 할 것이다.³⁹⁾

다만, 검안이란 ‘검시문안(檢屍文案)’의 줄임말로 조선시대에 사망한 사람의 시체 검사 소견서인 시장(屍帳)을 포함하여 사건 관련자들을 심문한 일체의 조사 보고서를 말한다는 견해⁴⁰⁾가 있는 점을 감안하면, 검안의 대상이 생체(生體)인지 아니면 사체(死體)인지에 대하여는 추가적인 연구가 필요하다고 할 것이다.

37) 추호경, 전계논문, 제8면.

38) 이와는 달리 검안서에는 사체검안서와 사태검안서가 있으며, 전자는 의사가 자신이 진료하지 아니한 병상 등에 의해 사망한 사람의 사인 등에 대한 의학적 판단을 증명하는 문서이고, 후자는 의사 또는 조산사가 출산에 입회하지 아니한 태아의 사산에 대한 의학적 판단을 증명하는 문서라고 설명하는 견해도 있다.(법무연수원, 『의료사범의 이론과 실태』, 1988, 제73면.)

39) 추호경, 전계논문 제9면.

40) 심의기, “조선시대 살육에 관한 연구(1)”, 『법학연구』, 제25권 제1호, 부산대학교 법과대학 법학연구소, 1982, 제243~283면; 심재우, “조선후기 인명사건의 처리와 검안”, 『역사와 현실』, 1997, 제23면. 이 내용은 김 호, “규장각 소장 검안의 기초적 검토”, 『조선시대사학보』, 조선시대사학회, 제157면에서 재인용하였다.

다. 생사에 관한 증명서

생사에 관한 증명서라 함은 출생 또는 사망사실이나 사망의 원인을 증명하는 일종의 진단서를 말하며, 출생증명서 또는 사산증명서, 사태증명서가 그 예이다.⁴¹⁾ 태아사망(fetal death)이란 임신기간에 관계없이 모체에서 완전히 배출 또는 만출되기 전에 사망한 것을 의미하고, 사산(stillbirth)이란 일반적으로 4개월 이상의 태아사망을 일컫는데, 사산증명서는 의사가 진료 중이던 임부가 임신 4개월 이상 된 태아를 사산하였을 때 발부하는 증명서이고, 사태증명서는 4개월 미만의 태아이거나 의사 자신이 진료 중이 아니던 임부에 의하여 사산된 경우에 발부하는 증명서이다.

사망진단서 또는 시체검안서 역시 생사에 관한 증명서로 볼 수 있으나, 이들은 엄격히 말하자면 생사에 관한 증명서라기보다는 진단서 또는 검안서로 보아야 할 것이다.⁴²⁾

라. 사망진단서와 시체검안서

사망진단서와 시체검안서의 차이는 의사가 사망자의 사망을 진단할 수 있는지 여부에 있다. 원칙적으로 사망진단서는 의사가 환자를 진료하였고 그 환자가 사망한 원인이 바로 의사가 알고 있는 질병 때문일 때에(즉 자연사일 때에) 작성하는 사망의 증명이어야 하고, 시체검안서는 의사가 사망의 원인을 알 수 없거나 또는 사망의 원인을 알더라도 특별하게 다루어야 할 죽음(예컨대 외인사)일 때 작성하는 증명서이어야 한다.

그런데, 우리 의료법 관련규정에서는 사망진단서와 시체검안서를 같은

41) 대법원 전자민원센터 가족관계등록란에 의하면 출생 및 사망신고 시 그 사실을 증명할 수 있는 첨부서류에 대하여 기재하고 있는 바, 출생신고서에는 의사, 조산사, 기타 분만에 관여한 자가 작성한 출생증명서를, 사망신고서에는 첫째, 사망진단서 또는 시체검안서 둘째, 사망사실을 증명할 만한 서면(예를 들면, 동(리)장 및 통장 또는 인우인 2명 이상이 작성한 사망증명서, 관공서의 사망증명서 또는 매장인허증, 재외국민의 사망신고를 거주지법에 따라 당국에 신고하여 처리된 사망신고수리증명서, 육군참모총장 등 명의의 전사확인서)를 기재하고 있다.

42) 추호경, 전계논문, 제9면.

서식에 작성하도록 하면서, 그 차이는 다만 의사가 진료하였거나 진료한 지 48시간이 경과하지 않은 죽음으로만 구별하였다.⁴³⁾

현행 의료법 제17조 제1항 단서에 의하면, 진료 중이던 환자가 최종 진료 시부터 48시간 이내에 사망한 경우에는 다시 진료하지 아니하더라도 진단서나 증명서를 내출 수 있으며, 환자 또는 사망자를 직접 진찰하거나 검안한 의사·치과의사 또는 한의사가 부득이한 사유로 진단서·검안서 또는 증명서를 내출 수 없으면 같은 의료기관에 종사하는 다른 의사·치과의사 또는 한의사가 환자의 진료기록부 등에 따라 내출 수 있다고 규정하고 있는 바, 이에 따르면, 의사가 사망진단서를 교부할 수 있는 상황은 ① 의사 자신이 진료하고 있던 환자가 사망한 경우, ② 진료하였던 환자가 마지막으로 진료한 때로부터 48시간 이내⁴⁴⁾⁴⁵⁾에 사망한 경우, ③ 직접 진찰한 의사가 부득이한 사유로 사망진단서를 내출 수 없는 경우이다. 그렇지 않으면 의사는 주검을 검안하고 시체검안서를 교부해야 한다.

5. 허위작성

가. 허위의 개념

본죄의 구성요건적 행위는 허위의 내용, 즉 진실에 반하는 내용을 진단서 등에 기재하여 작성하는 것이다. 작성명의회는 허위가 없고 그 내용에 허위가 있는 것이므로 소위 무형위조의 일종이다. 그런데, 이 경우 '진실에

43) 이윤성 외, 『사망진단서 이렇게 쓴다』, 퍼시픽출판사, 2003, 제25면.

44) 일본에서는 24시간 이내로 규정하였다. 미국에서는 의사가 사망원인을 확정할 수 없거나 또는 외인사이면 사망진단서를 교부하지 못하고, 검시관(coroner)이나 법의관(medical examiner)에게 신고하여야 하고, 사망의 증명은 이들이 한다. 이윤성 외, 전제서, 제 24면.

45) 1962. 3. 20. 시행된 우리 의료법(법률 제1035호)에서도 최초에는 의료 중이던 환자가 최후 진료 시로부터 24시간 이내에 사망한 경우에는 진찰 또는 검안하지 아니하고 진단서, 검안서 또는 증명서를 교부할 수 있도록 규정하고 있었으나, 그후 1982. 4. 1. 시행된 의료법(법률 제3504호)에 의하면 진료 중이던 환자가 최종 진료 시로부터 48시간 이내에 사망한 경우에는 다시 진찰하지 아니하더라도 진단서 또는 증명서를 교부할 수 있도록 개정되었다.

반한다'는 의미는 무엇인지에 대하여 견해의 대립이 있을 수 있다.

(1) 객관설

진실에 반한다는 것은 '객관적인' 진실에 반한다는 것을 의미한다는 견해이다. 이 견해에 따르면 진단서의 기재내용이 객관적인 진실과 부합하는 경우에는 허위진단서작성죄가 성립하지 않는다.⁴⁶⁾⁴⁷⁾⁴⁸⁾

대법원⁴⁹⁾은 무고죄에 대하여, 무고죄는 타인으로 하여금 형사처분 등을 받게 할 목적으로 신고한 사실이 객관적 진실에 반하는 허위사실인 경우에 성립되는 범죄로서, 신고자가 그 신고내용을 허위라고 믿었다 하더라도 그것이 객관적으로 진실한 사실에 부합할 때에는 허위사실의 신고에 해당하지 않아 무고죄는 성립하지 않는 것이며, 한편 위 신고한 사실의 허위 여부는 그 범죄의 구성요건과 관련하여 신고사실의 핵심 또는 중요내용이 허위인가에 따라 판단하여 무고죄의 성립 여부를 가려야 한다고 판시하였다.

(2) 주관설

객관설과 달리, 주관적으로 알고 있는 내용과 다르게 진단서를 작성하는 것을 허위라고 하는 견해⁵⁰⁾이다. 이 견해에 따르면 비록 객관적인 상황과 부합한다고 하여도 주관적으로 알고 있는 내용과 상반되게 진단서를 작성한 경우에는 허위진단서작성의 죄책을 받게 될 것이다.

대법원⁵¹⁾은 위증죄에 대하여, 위증죄에 있어서의 허위의 공술이란 증인이 자기의 기억에 반하는 사실을 진술하는 것을 말하는 것으로서 그 내용이

46) 이회창, 『주석 형법각칙(II)』, 한국사법행정학회, 1994, 제69면; 박승진, 『의료법』, 한국사법행정학회, 2001, 제218면; 이재상, 전계서, 제551면; 전용성, “유형별로 본 의사의 책임과 그 판례에 대한 소고”, 『변호사』, 제16집, 1986.

47) 박승진, 『의료법』, 한국사법행정학회, 2001, 제218면.

48) 이재상, 전계서, 제551면.

49) 대법원 1991.10.11. 선고 91도1950 판결.

50) 박승진, 전계서 제217면; 김일수, 『형법각론』, 제543면.

51) 대법원 1989.1.17. 선고 88도580 판결

객관적 사실과 부합한다고 하여도 위증죄의 성립에 장애가 되지 않는다고 판시하였다.

(3) 소 결

본죄의 보호법익 등을 감안하면, 객관설이 타당하다고 생각한다. 따라서, 의사가 알고 있는 내용과 달리 진단서 내용을 기재하였다고 하여도 그 기재내용이 객관적 진실과 부합하는 경우에는 본죄를 구성하지 않는다고 할 것이다.

대법원⁵²⁾도 본죄는 원래 허위의 증명을 금지하려는 것이므로 그 내용이 허위라는 의사의 주관적 인식이 필요함은 물론, 실질상 진실에 반하는 기재일 것이 필요하다고 판시하였다.

나. 허위작성의 태양

허위작성의 태양은 허위내용을 기재하여 새로운 문서를 창출하는 경우가 대부분이라고 할 수 있지만, 기존의 진단서 등을 이용하여 새로이 허위내용을 추가로 기입하는 것도 해당한다.

다. 허위작성의 대상

허위작성의 대상은 사실에 관한 것뿐만 아니라 판단에 관한 것이건 불문한다. 따라서, 병명, 사인, 사망 일시뿐만 아니라 치료여부와 치료기간에 대한 기재도 허위의 대상이 될 수 있다.

상해진단서는 각종 분쟁을 전제로 하여 시비를 가리는데 입증자료로 함에 목적이 있으므로 정확한 임상검사와 진찰을 거친 다음 객관적이고 타당성 있는 판정을 하여야 할 것이며, 특히 치료기간 판정에 신중하여야 한다. 상해진단서에 있어서 치유기간(治癒期間)과 치료기간(治療期間)은 구분하여

52) 대법원 1990.3.27. 선고 89도2083 판결

야 한다. 치유기간이란 의학적으로 가료함이 없이 손상이나 질병이 자연히 회복되는 기간을 말하며, 치료기간이라 함은 의사가 의학적인 지식과 약품 및 시설 등을 사용하여 손상이나 질병을 원상으로 회복하게끔 하는 데 소요되는 기간을 뜻한다. 따라서, 양자 간에는 상당한 차이가 있으며 진단서에는 치료기간을 기재하여야 하는 것이다.⁵³⁾

한편, 의사가 자신이 진찰한 바가 없음에도 진단서를 작성하는 것이 본죄에 해당하는 것인지 여부에 대하여, 본죄는 의사 등이 진찰을 했는지 여부의 진실성을 보호하기 위한 규정이 아니라 진단서 기재 내용 자체의 진실성을 보호하기 위한 규정이므로 이 경우에는 의료법위반죄를 구성할 뿐 본죄에 해당하지 않는다는 견해도 있으나⁵⁴⁾, 진료를 하지 않고서도 진료를 한 것처럼 진단서를 작성한 것 자체가 허위성을 내포하고 있는 것이라고 볼 수 있으므로 직접 진찰하지 아니한 채 진단서 등을 작성한 경우도 이에 해당한다고 할 것이다.⁵⁵⁾

대법원⁵⁶⁾은 산부인과 의사가 방학이나 병가기간이 끝나는 시기부터 출산 휴가를 가지려는 여교사들의 부탁을 받아 실제로 진찰하지 아니하였음에도 불구하고 과거에 진찰한 경험만으로 분만예정일이나 분만일을 실제와 다르게 기재한 허위진단서를 작성하여 준 행위의 위법성에 대하여 ‘의료업에 종사하고 자신이 진찰 또는 검안한 의사가 아니면 진단서를 교부하지 못한다’고 규정한 구 의료법(1994.1.7. 법률 제4732호로 개정되기 전의 것) 제18조 제1항에 위반되는 행위임이 명백하다고 판시하였다.

대학병원 등 대형병원에서, 직접 진료한 의사가 퇴직하였거나 사망한 경우 후임자가 마치 자신이 직접 진단이나 치료한 것으로 진단서 등을 작성한 때에는 허위작성이라고 할 것이지만, 진료기록을 근거로 하여 작성하고 그

53) 문국진, 『의료의 법이론』, 고려대학교출판부, 제160면. 법무연수원, 전계서, 제73~74면에서 재인용하였다.

54) 추호경, 전계논문, 제10면.

55) 이재상, 전계서, 제551면.

56) 대법원 1996.2.23. 선고 95누16318판결.

취지가 기록된 경우에는 허위작성이라고 할 수 없을 것이다. 왜냐하면 직접 진료하였던 의사가 인식한 사실을 근거로 하여 진단서 발급만을 대행하였다고 보아야 하기 때문이다.⁵⁷⁾

라. 기수시기

본죄는 작성권한 있는 자가 일반인으로 하여금 그 내용이 진실한 것으로 믿도록 허위내용을 기재한 진단서 등을 작성함으로써 기수에 달하고 실해의 발생의 유무를 불문한다. 또한, 그 후 일정한 용도에 제출·사용하였는지의 여부는 본죄의 기수 여부에 영향을 미치지 아니한다.

의료법시행규칙 제12조 제1항 등에 의하면 진단서 등에는 환자의 주소·성명, 병명, 발병연월일, 치료기간 등 일정한 사항을 기재하도록 규정되어 있는 바, 허위작성한 진단서 등에 그 기재사항 어느 하나가 빠졌다고 하여 일률적으로 본죄의 기수에 이르지 못한 것이라고 할 것이 아니라 완성된 진단서 등이라고 볼 수 없을 정도로 중요사항이 누락된 경우에만 미수로 보아야 할 것이고, 그 사항이 누락되어 있더라도 사회통념상 완성된 진단서 등이라고 볼 수 있을 정도의 외관과 형식을 갖추었다면 기수라고 하여야 할 것이다.

6. 주관적 구성요건

가. 고 의

본죄가 성립하기 위해서는 주관적 구성요건으로 고의가 있어야 한다. 즉, 의사 등 행위자가 자기의 신분뿐만 아니라 자기가 작성하는 것이 진단서·검안서 또는 생사에 관한 증명서라는 사실과 그것에 허위의 기재를 한다는 사실을 인식·인용하는 것이 필요하다.

57) 신현호, 『의료소송총론』, 육법사, 1997, 제168면.

대법원⁵⁸⁾은 허위진단서작성죄는 의사가 사실에 관한 인식이나 판단의 결과를 표현함에 있어서 자기의 인식판단이 진단서에 기재된 내용과 불일치하는 것임을 인식하고서도 일부러 진실 아닌 기재를 하는 것을 말하는 것이므로 의사가 진찰을 소홀히 한다거나 착오를 일으켜 오진한 결과로 객관적으로 진실에 반한 진단서를 작성한 경우는 허위진단서작성에 관한 인식이 있다고 할 수 없으니 허위진단서작성죄는 성립되지 않는다고 판시하였으며, 환자가 허위로 자상을 한 후 의사를 적극적으로 기망하여 상해진단서를 작성케 한 경우에도 대법원⁵⁹⁾은 그 의사에게는 허위진단서를 작성한다는 고의가 없다고 봄이 상당하다고 판시하였다.

또한, 대법원⁶⁰⁾은 ‘치료완료’라는 것은 의사의 직접적인 치료가 필요 없게 되었음을 뜻하고, ‘완치’라는 것은 외상이전의 정상상태로 완전히 회복되어 건전한 정신적, 사회적, 육체적 활동이 가능하게 됨을 의미하는 것이라고 하여 피고인이 완치의 의미에서가 아니라 치료행위의 완료를 뜻하는 전자의 의미로 ‘치료완료’라는 용어가 기재된 진단서를 작성한 것이라면 일반적으로는 ‘완치’와 ‘치료완료’라는 용어의 개념을 다 같이 완전히 치료가 끝났다는 의미로 받아들이는 것이 사실이라 하더라도 이 때문에 피고인에게 완치되지 않은 것을 완치된 것으로 진단서에 허위기재한다는 범의가 있다고 할 수 없다고 판시하였다.

그러나, 의사가 환자의 말만 믿고 진단서를 작성하였다고 하여 허위진단서작성의 고의가 없다고 일률적으로 말할 수는 없으며, 의학상 확진 없이 추측에 의하여 진단서를 작성하는 것은 허위진단서작성의 고의가 인정된다 할 것이다.⁶¹⁾

대법원⁶²⁾은 타박상을 의심할 만한 외상이 없었는데도 단지 약간의 찰과

58) 대법원 1978.12.18. 선고 78도2343 판결.

59) 대법원 1975.1.14. 선고 74도2498 판결.

60) 대법원 1977.11.22. 선고 77도3113 판결.

61) 추호경, 전계논문, 제12면.

62) 대법원 1984.9.25. 선고 84도1653 판결.

상 흔적이 있다는 것과 환자가 통증을 호소한다는 것만으로 18일간의 입원 치료를 요할 만큼 타박상을 입은 것으로 믿었다는 피고인의 변명은 도저히 수긍하기 어렵다고 판시하였다.

나. 행사할 목적

대법원 판결⁶³⁾에 의하면, ‘행사할 목적’이라 함은 다른 사람으로 하여금 그 문서가 정당한 권한에 기하여 작성된 것으로 오신하게 할 목적이라고 한다. 그런데, 허위공문서작성죄나 사문서위조죄 등과는 달리 본죄가 구성되기 위하여 ‘행사할 목적’이 있을 것까지 요하지는 아니한다.

따라서, 관공서나 보험회사에 제출할 목적이 아닌 개인적인 보관용으로 허위진단서를 작성, 교부하였다고 하여도 본죄에 해당한다고 할 것이다.

7. 기타: 다른 죄와의 관계

가. 허위작성진단서행사죄와의 관계

허위작성진단서행사죄의 주체는 아무런 제한이 없다. 따라서, 진단서를 허위작성한 의사가 그 진단서를 행사하면 진단서 등을 허위 작성하는 것과 별개로 허위작성진단서행사죄가 성립하며 그 관계는 실제적 경합관계라고 할 것이다.⁶⁴⁾

또한, 의사 자신이 허위작성진단서를 환자에게 교부하면서 환자가 이를 타에 사용하는 것을 인식할 수 있었다라고 한다면 허위작성진단서행사죄의 미필적고의도 인정할 수 있을 것이다.

나. 허위공문서작성죄와의 관계

시·군·구의 보건소장이나 국공립의 병원에 근무하는 공무원인 의사가

63) 대법원 2007.7.27. 선고 2006도2330 판결.

64) 추호경, 전계논문, 제12면.

진단서·검안서 등에 허위의 기재를 한 때에는 견해의 대립이 있다.

(1) 허위공문서작성죄만 성립한다는 견해

허위진단서작성죄의 주체는 사인인 자격에 한하기 때문에 공무원인 의사가 공무원의 자격으로서 진단서 등에 허위의 기재를 하였다면 허위공문서작성죄만 성립한다.

일본의 다수설로서, 이 견해는 허위공문서작성죄와 허위진단서작성죄를 그 주체에 따라 구별하므로 법조경합이나 상상적 경합은 아예 문제되지 않는다.⁶⁵⁾

(2) 허위공문서작성죄와 허위진단서작성죄의 상상적경합이라는 관계

상상적경합이란 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우를 말하며, 상상적 경합이 1죄인가 또는 수죄인가 견해의 대립이 있으나, 실질적으로는 수죄이나 과형상의 1죄라는 것이 지배적인 견해이다.⁶⁶⁾ 행위가 1개인 점에서 법조경합과 같지만 실질적으로 수죄에 해당하여 수개의 구성요건이 적용된다는 점에서 법조경합과 구별된다.

일본 형법상 허위진단서작성죄는 ‘공무소에 제출하여야 할’ 진단서 등으로 한정되었다.⁶⁷⁾ 따라서, 위 조문에 맞추어 공무원이 작성한 진단서를 해석하게 되면, “공무원이 공무소에 제출하기 위하여 허위의 진단서를 작성한 경우”가 되어 매우 부자연스러우므로 그 해석상 작성주체를 사인인 의사로 한정해석하는 것이 자연스럽지만, 우리 형법에는 그러한 제한이 없으므로 작성주체를 사인인 의사로 한정하기 어렵고 결국, 공무원인 의사가 작성한 진단서에 대하여도 허위진단서작성죄는 성립할 수 있다.

65) 민유숙, “허위진단서작성죄와 허위공문서작성죄의 관계”, 『대법원판례해설』, 제50호, 법원도서관, 2004, 제631면.

66) 민유숙, 전계논문, 제624면.

67) 법무부, 『일본형법』, 제65면.

한편, 그 관계에 대하여 허위진단서작성죄는 ‘진단서’라는 문서의 종류가 갖는 특수성에 기하여 처벌되는 데에 비하여 허위공문서작성죄는 ‘공무원이 작성’하였다는 행위주체가 갖는 특수성에 기하여 처벌되는 것이므로, 양자는 각자 특정한 허위문서를 대상으로 하는 것이므로 독립된 구성요건의 관계에 있다는 견해로서, 우리나라의 다수설이다.⁶⁸⁾

(3) 허위진단서작성죄만 성립한다는 견해

우리나라의 소수설로서, 작성자는 비록 공무원이지만 그가 작성한 진단서 등은 사문서와 차이가 없으므로 목적론적 환원을 통해 사문서의 일종으로 보아야 한다는 것이다.⁶⁹⁾

그러나, 허위공문서작성죄의 법정형은 7년 이하의 징역 등임에 반하여 허위진단서작성죄는 3년 이하의 징역 등으로서 법정형에 현저한 차이가 남에도 불구하고 그 공무원이 의사라는 이유로 법정형이 가벼운 허위진단서작성죄만이 성립하는 것은 부당하다고 할 것이다.⁷⁰⁾

(4) 판 례

대법원은 형무소의 의무관이 직무에 관하여 허위의 진단서를 작성·행사한 경우에는 허위공문서와 허위진단서작성 및 동 행사죄에 해당한다고 판시⁷¹⁾하였으나, 그 후 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 허위진단서작성죄의 대상은 공무원이 아닌 의사가 사문서로서 진단서를 작성한 경우에 한정되고, 공무원인 의사가 공무소의 명의로 허위진단서를 작성한 경우에는 허위

68) 민유숙, 전계논문 제633~634면.

69) 민유숙, 전계논문, 제636면; 김일수, 『형법각론』, 2001, 제647면; 박상기, 『형법각론』, 2000, 제494~495면.

70) 민유숙, 전계논문, 제637면.

71) 대법원 1955.7.15. 선고 4288형상74 판결.

공문서작성죄만이 성립하고 허위진단서작성죄는 별도로 성립하지 않는다고 판시⁷²⁾하였으며, 이 판결은 소부에서 선고되었지만 실질적으로는 이전의 판결을 변경한 것이나 마찬가지이고 향후 이 쟁점에 관하여 허위공문서작성죄만 성립한다는 대법원판결의 법리에 따를 것으로 예상된다.⁷³⁾

(5) 소 결

우리 형법은 본죄의 주체를 ‘의사·치과의사·한의사 또는 조산사’라고만 하였고 공무원인 의사 등이 이에 해당하지 않는다고 볼 근거가 없으며, 공무원인 의사가 직무와 관련하여 작성한 문서인 진단서 등을 단순히 사문서라고 하는 것도 법리에 맞지 아니하므로 양죄의 상상적 경합관계로 봄이 상당하다 할 것이다.⁷⁴⁾

다. 의료법위반죄와의 관계

(1) 의료인의 진단서 등 작성 및 교부의무

의료법 제17조 제1항은 의료업에 종사하고 직접 진찰하거나 검안한 의사, 치과의사, 한의사가 아니면 진단서·검안서·증명서 또는 처방전(전자처방전을 포함한다)을 작성하여 환자(환자가 사망한 경우에는 배우자, 직계존비속 또는 배우자의 직계존속을 말한다), 또는 형사소송법 제222조 제1항에 따라 검사(검안서에 한한다)에게 교부하거나 발송(전자처방전에 한한다)하지 못한다고 규정하고 있으며, 같은 조 제2항은 의료업에 종사하고 직접 조산한 의사·한의사 또는 조산사가 아니면 출생, 사망 또는 사산의 증명서를 내주지 못한다고 규정하여 의료인의 진단서등 작성·교부의무를 규정하고 있으며 이를 위반한 경우에는 같은 법 제89조에 의하여 1년 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

72) 대법원 2004.4.9. 선고 2003도7762 판결.

73) 민유숙, 전계논문, 제638면.

74) 추호경, 전계논문, 제13면.

따라서, 의사 등이 자신이 직접 진찰 또는 검안하지 아니하고 진단서 등을 발부하였고, 그 진단서 등의 기재내용이 허위인 경우에는 허위진단서작성죄와 의료법위반죄의 상상적 경합관계가 된다할 것이다.⁷⁵⁾

(2) 의료인의 진료기록의 기재 및 보존의무

의료법 제22조는 의료인은 각각 진료기록부, 조산기록부, 간호기록부, 그 밖의 진료에 관한 기록을 갖추어 두고 그 의료행위에 관한 사항과 의견을 상세히 기록하고 서명하여야 한다고 규정하고 있으며, 이를 위반한 경우에는 같은 법 제90조에 의하여 300만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있는 바, 위 진료기록부 등의 기재내용이 허위 또는 과대기재인 경우에 의료법 제22조에 위반한 것인지 여부가 문제가 될 수 있다.

이에 대하여 대법원⁷⁶⁾은 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고 명문규정의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 않으며, 구 의료법(2000.1.12. 법률 제6157호로 개정되기 전의 것) 제21조 제1항, 제53조 제1항 제3호, 제69조의 규정 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 없으며, 교통사고로 입원한 환자에 대하여 진료기록부에 물리치료 횟수 및 약품과 주사투여 횟수를 실제 시행횟수보다 과대 기재하는 등 허위의 진료기록부를 작성한 행위가 구 의료법(2000.1.12. 법률 제6157호로 개정되기 전의 것) 제21조 제1항 위반에 해당하지 않는다고 판시하였다.

그러나, 위 규정 중 ‘상세히’의 사전적 의미는 ‘빠뜨리지 않고 정확하게’라

75) 추호경, 전계논문, 제13면.

76) 대법원 2005.11.24. 선고 2002도4758 판결.

는 취지이지만, 법규정 취지와 규정체계를 고려하면 진료기록부 등을 기재함에 있어 기히 행한 의료행위를 기재하여야 할 뿐만 아니라 허위기재나 과장기재 없이 성실하게 기재하여야 한다는 취지로 해석하여 이를 위반한 경우에는 형사처벌 대상이 된다고 해석함이 상당할 것이다.⁷⁷⁾

라. 사기죄 또는 사기방조죄와의 관계

의사 등이 허위진단서 등을 작성, 교부하는 궁극적인 목적은 첫째, 의사 등이 보험회사 등으로부터 치료비 등을 과대 지급받기 위한 것이며, 둘째 환자 등으로 하여금 의사 등이 작성한 허위진단서 등을 보험회사 등에 제출하게 함으로써 보험금등을 과대 수령하게 하기 위한 것으로 보이는 바, 첫째의 경우는 사기죄의 성립여부가 문제될 것이고, 둘째의 경우는 그 범의 및 행위의 정도에 따라 사기죄의 공범 또는 사기방조죄의 성립여부가 문제될 것이다.

사기죄에 해당하기 위해서는 허위진단서등을 작성한 의사 등이 본범과 공모관계가 있어야 할 것이지만, 사기방조죄에 해당하기 위해서는 본범과의 공모관계가 아닌 본범의 범죄행위를 방조하면 족하다고 할 것이다.

한편, 방조범은 정범의 실행을 방조한다는 인식, 즉 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위라는 인식, 즉 정범의 고의가 있어야 한다. 그러나, 범죄의 구체적인 내용까지 인식할 것을 요하는 것은 아니다. 즉, 방조범은 정범의 범죄의 일시 장소 객체 또는 구체적인 상황까지를 인식할 필요가 없을 뿐만 아니라, 정범이 누구이며 그 실존유무를 반드시 알아야 하는 것도 아니다. 대법원⁷⁸⁾은 중범이 성립하는 때는 그 방조행위가 정범의 실행에 대하여 간접적이거나 직접적이거나를 가리지 아니하며 간접적으로 중범을 방조하는 경우 정범이 누구인지 그 소재나 실존유무를 확인

77) 박경춘, “의료인의 진료기록부 등 허위작성 시 형사처벌 가부”, 『의료법학』, 제8권 제1호, 대한의료법학회, 2007, 제132면.

78) 대법원 1977.9.28. 선고 76도4133 판결.

할 필요가 없다고 판시하였다.

또한, 방조행위가 정범의 범죄에 대하여 인과관계가 있을 것을 요하며, 적어도 그 범죄의 실행의 방법이나 수단에 영향을 미쳤을 것을 요한다고 할 것이다.

대법원⁷⁹⁾은 의사인 피고인이 입원치료를 받을 필요가 없는 환자들이 보험금 수령을 위하여 입원치료를 받으려고 하는 사실을 알면서도 입원을 허가하여 형식상으로 입원치료를 받도록 한 후 입원확인서를 발급하여 준 사안에서, 사기방조죄가 성립한다고 판시하였는데, 이는 허위진단서작성죄에 있어서도 마찬가지라고 할 것이다. 즉, 환자들이 보험금수령의 목적으로 허위진단서작성을 요구하였음을 알면서도 이를 작성, 교부하여 준 경우에도 사기방조죄가 성립한다고 하여야 할 것이다.

V. 마치며

이 사건 대법원판결은 형법 제233조의 허위진단서작성죄가 성립하기 위해서는 진단서의 내용이 실질상 진실에 반하는 기재여야 할 뿐만 아니라 그 내용이 허위라는 주관적 인식이 필요하고, 의사가 주관적으로 진찰을 소홀히 한다던가 착오를 일으켜 오진한 결과로 객관적으로 진실에 반한 진단서를 작성하였다면 허위진단서작성에 대한 인식이 있다고 할 수 없으므로 허위진단서작성죄가 성립하지 아니한다고 판시하고 있는 바, 그 판시내용 자체에 대하여는 수긍할 수 있다 할 것이다.

그러나, 대법원판결에서는 원심법원의 심리미진의 잘못 또한 그로 인한 사실오인의 잘못(결국 채증법칙의 위배)이 있었음에도 이를 간과한 것으로 판단된다. 즉, 대법원판결에서 인정하는 바와 같이, 원심 법원에서는 이 사건 피고인이 MRI 검사를 실시하지 아니하였으며, 또 작업치료사로 하여금

79) 대법원 2006.1.12. 선고 2004도6557 판결.

박○○에 대한 일상생활동작검사와 인지기능검사를 실시하도록 지시하기는 하였으나 그 결과를 보고받지 아니한 채 이 사건 장애진단서를 작성하였음을 인정하였다. 검사를 의뢰하였음에도 불구하고 그 결과를 보고받지 아니한 채 장애 1급이라고 판단을 하였다는 것은 무의미한 검사를 지시하였거나 아니면 결과에 상관없이 피고인은 이미 환자에 대하여 장애 1급의 진단서를 발급할 것으로 결정한 상태이었기 때문이라고 생각되어진다.

그렇다면, 마땅히 원심 법원으로 하여금 그 경위 등에 대하여 추가 심리토록 하였어야 할 것임에도 불구하고 그대로 원심법원의 판결을 인정한 것은 수긍할 수 없다 할 것이다. 더욱이, 피고인은 경찰에서 조사받을 때에는 1999년 11월 4일경의 박○○에 대한 진료기록부를 제출하지 못하다가, 2001년 8월 24일경에서야 진료기록부를 찾아내어 검찰에 제출하였는데, 과연 위 진료기록부의 기재내용이 진정한 것인지 여부 등에 대하여도 세밀한 심리가 이루어진 것인지 여부도 의문이라고 할 것이다.

주제어 : 허위진단서작성, 진단서, 검안서, 생사에 관한 증명서, 장애진단서

[참 고 문 헌]

1. 보도자료

- 인터넷 연합뉴스, “변사사건 허위검안 의사 면허취소”, 2004, 5.11.
인터넷 메디컬 투데이, “유흉업소 4천여 명에 가짜 진단서, 병원장 등 덜미”, 2008, 5.28.
경향닷컴, “축구선수들은 어깨 탈구 병역 감면, 45명에 허위진단서 발급한 의사 실행”, 2008, 12.4.
인터넷 뉴시스, “허위진단서 발급의사 2명… 유가족 요청으로”, 2008, 12.23.
인터넷 메디컬투데이, “허위진단서로 억대 진료비 챙긴 의사 입건”, 2009, 1.20.
인터넷 경북일보, “허위진단서 발급 공모 변호사사무실 사무장 등 5명 적발”, 2009, 4.1.
인터넷 의협신문, “진단서라면 자다가도 일어나요. 진단서 문제 팔 걷은 장헌재 의협의무이사”, 2009, 6.26.

2. 단행본

- 대한의사협회, 『진단서 작성지침』, 2003.
박승진, 『의료법』, 한국사법행정학회, 2001.
법무부, 『독일형법』, 2008.
_____, 『일본형법』, 2007.
_____, 『프랑스형법』, 2008.
법무연수원, 『의료사범의 이론과 실태』, 1988.
신현호, 『의료소송총론』, 육법사, 1997.
이영란, 『형법학 각론강의』, 형설출판사, 2008.
이윤성 외, 『사망진단서 이렇게 쓴다』, 퍼시픽출판사, 2003.
이재상, 『형법총론』, 박영사, 1987.
_____, 『형법각론』, 제4판, 박영사, 2003.
이회창, 『주식 형법각칙(II)』, 한국사법행정학회, 1994.
최재천·박영호·홍영균, 『의료형법』, 육법사, 2003.

3. 논문

- 김 호, “규장각 소장 ‘검안’의 기초적 검토”, 『조선시대사학보』, 조선시대사학회, 1998.
- 민유숙, “허위진단서작성죄와 허위공문서작성죄의 관계”, 『대법원판례해설』, 제 50호, 법원도서관, 2004.
- 박경춘, “의료인의 진료기록부 등 허위작성시 형사처벌 가부”, 『의료법학』, 제 8권 제1호, 대한의료법학회, 2007.
- 전용성, “유형별로 본 의사의 책임과 그 판례에 대한 소고”, 『변호사』, 제16집, 서울지방변호사회, 1986.
- 추호경, “허위진단서작성죄에 관한 해석론적 고찰”, 『법조』, 제52권 1호, 2003.
- 홍창기, “의사들의 윤리적 딜레마”, 『임상윤리학』, 서울대학교출판부, 2005.

A Study Of the Configuration requirements of the Crime of Issuance of Falsified Medical Certificates, etc.

-Focusing on Supreme Court Decision 2004DO3360 Delivered on March 23, 2006

Youngtae Kim, prosecutor

Seoul High Public Prosecutors' Office

=ABSTRACT=

The Article 17 (1) of the Medical Service Act states that no one but medical doctor, dentist or herb doctor shall prepare medical certificate, post-mortem examination, certificate or prescription. Though medical certificate, post-mortem examination or certificate is a private document issued by doctor personally, it is accepted as reliable as public document. Therefore, for medical certificate, post-mortem examination or certificate, unlike other private document to guarantee authenticity of the content, the Article 233 of the Criminal Act states the Crime of Issuance of Falsified Medical Certificates. In other words, the Criminal Act Article 233 states that If a medical or herb doctor, dentist or midwife prepares false medical certificate, post-mortem examination or certificate life or death, one shall be punished by imprisonment or imprisonment without prison labor for not more than three years, suspension of qualifications for not more than seven years, or a fine not exceeding thirht million won. The subject of the Crime of Issuance of Falsified Medical Certificates is only a medical or herb doctor, dentist or midwife and the eligibility requirements are specified in the Medical Service Act. Medical certificate is the medical document to be issued by medical doctor to certify the health status and show the Judgment about the result of the diagnosis, Post-mortem examination is the document to be listed by medical doctor to confirm medically about human body or dead body, and Certificate life or death is a kind of medical certifi-

cate to verify the fact of birth or death, the cause of death, such as Birth Certificate, Certificate of Stillbirth or Certificate of Dead Fetus. To constitute the crime of Issuance of Falsified Medical Certificates, it is necessary for the contents of the certificate to be substantially contrary to the truth, as well as it is needed the subjective perception that the contents of the certificate are false. The Supreme Court Decision 2004DO3360 Delivered on March 23, 2006 declared that although the Defendant did not MRI scan, etc. for precise observation about the disability status of Mr Park, it was difficult to believe that the contents of the Disability Certificate of this case were contrary to the objective truth or the defendant had perception that the contents of the certificate were false. I don't agree with the Supreme Court Decision, because the Supreme Court confirmed the decision by the court below despite the Supreme Court should have made the court below retry the reason why the Defendant did not MRI scan, etc. for precise observation about the disability status of Mr Park.

Keywords : Issuance of falsified medical certificates, Medical certificate, post-mortem examination, Certificate life or death, Disability certificate