유령수술행위의 형사책임

- 미용성형수술을 중심으로 -

황 만 성*

Ⅰ. 시작하며 - 논의의 배경 및 필요성
Ⅱ. 유령수술행위의 개념
1. 용어의 혼재
2. 유령수술행위의 개념과 유형
Ⅲ. 구체적 사례
1. 대전지방법원 2013. 7. 18. 선고 2013노341 판결
2. 대법원 2007. 5. 31. 선고 2007도1977 판결
Ⅳ. 유령수술행위 대한 구체적 형사책임의 검토
1. 상해죄(형법 제257조)의 성부
2. 사기죄(형법 제347조)의 성부
3. 기타 관련 범죄
Ⅴ. 마치며

Ⅰ. 시작하며 - 논의의 배경 및 필요성

2015년 4월, 검찰이 서울 강남 일대의 유명 성형외과들과 불법 브로커들에 대하여 수사에 착수했다는 보도[1)]에서는 일부 유명 성형외과가 불법 브로커를 통하여 외국인 환자를 모집한 다음 환자에게 전신 마취제를 투여해 의식을 잃

* 논문접수: 2015. 12. 11. * 심사개시: 2015. 12. 11. * 수정일: 2015. 12. 19. * 게재확정: 2015. 12. 28.
* 원광대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사.
* 이 논문은 2014학년도 원광대학교의 교비지원에 의해 수행됨.
* 이 글은 2015년 7월 18일, 검찰-대한의료법학회 공동학술대회에서 발표한 내용을 수정·보완하였음.

1) ttp://www.hankookilbo.com/v/6a183ae9ccc041f393e4d5036c56ee3b

으면 직접 수술을 하기로 한 집도의가 수술하지 않고 다른 의사나 간호사, 간호조무사가 대신 수술하는 행위 등을 해왔다는 의혹을 제기하였다. 조금 앞선 1월에는 50대 중국인 여성이 성형수술중 뇌사 상태에 빠졌다가 사망한 사고가 발생하였고, 이에 대하여 중국 정부가 자국민 의료 사고에 대한 상당한 우려를 우리 정부에 전달하며 "중국 성형 환자들의 안전을 확보해 달라"는 중국 당국의 요청에 따라 수사가 시작되었다고 알려지고 있다.[2)]

일부 시민단체들은 이러한 문제는 비단 외국의 환자뿐 아니라 내국인에 대하여도 상당히 오랜기간 동안 자행되어 왔다는 주장과 아울러 검찰에 수사를 촉구하고 관련 법안을 마련할 것을 요청하기도 하였다.[3)] 이와 같이 수술을 상담하거나 수술할 것으로 기대한 의사가 아닌 다른 사람이 수술을 하는 행위에 대하여는 단순히 의사의 윤리문제가 아니라 법률적 문제점과 책임을 검토하는 것이 필요해 보인다. 이러한 고찰에는 그 전제로서 종래 진찰 등을 한 의사가 아닌 다른 의사가 수술을 하는 다양한 유형의 수술행위에 대한 행위태양별 분석이 필요하다고 하겠다. 이를 바탕으로 그러한 다양한 유형의 수술행위 중에서 법적 책임 특히 형사책임을 물을 수 있는 경우를 검토하고 구체적 범죄에의 해당여부를 중심으로 논의하고자 한다.[4)]

II. 유령수술행위의 개념

1. 용어의 혼재

수술을 하기로 하거나 자신이 수술을 할 것처럼 기대를 준 의사가 직접 수술

---

2) http://www.hankookilbo.com/v/328094f75b6a42d283c83be6bfde7f3b

3) 소비자시민모임과 한국환자단체연합회는 지난 3월 기자회견을 통하여 유령수술감시운동본부를 발족시키면서 피해사례의 모집, 형사고소 및 집단 민사소송을 위한 법적 대응을 강구할 것이라고 밝히고 있다.

4) 이 글에서는 형사책임을 중점적으로 다루고, 설명의무의 위반이나 의사의 민사책임의 여부에 관하여는 논외로 하기로 한다.

을 하지 않고 다른 의사나 간호사, 간호조무사가 대신 수술하는 행위 등에 대하여는 여러 가지 표현이 사용되고 있다. 대표적으로 '그림자의사', '대리수술', '의사바꿔치기', '유령수술'등의 표현이 사용되고 있어서 개념상 혼동을 초래하거나 문제되는 사실을 정확히 표현하지 못하고 있는 듯하다. 따라서 현재 논란이 되고 있는 행위들에 대하여 개념적인 정리가 필요하다고 생각한다.

우선, '그림자의사(shadow doctor)'라는 용어가 사용되기도 하는데, 이는 '밖으로 드러나지 않고 실체를 확인할 수 없다'는 의미에서 사용되고 있는 것으로 보인다. 그러나, 미국 등에서는 'Doctor shadowing', 'shadowing physicians' 라는 용어가 오히려 일반적으로 사용되고 있는데, 'doctor shadowing'은 인턴과정 등의 실습과정에 있는 의사 또는 의과대학생이 교수나 전임의에 진료, 수술행위 등을 등 뒤에서 그림자처럼 따라다니면서 배우는 것을 의미하는 것으로 사용되고 있다.[5] 이러한 견습의사를 의미하는 shadow doctor(그림자 의사)는 현재 논란이 되고 있는 것과는 본질적으로 다른 것이므로 적합하지 않은 용어라고 생각된다.

한편, '대리수술'이라는 용어도 종종 사용되는 것을 볼 수 있는데, '대신' 수술한다는 뜻으로 '대리수술'이라고 하는 것으로 추측할 수 있는데, 이는 그러한 행위의 문제점을 희석시키고자 하는 의도가 있지 않은가 생각한다. 왜냐하면, '대리'제도는 민사법상 일상생활에서 많이 활용되므로 합법적인 수단이라는 인식이 강하므로 그 불법성을 희석시키는 효과가 있다는 것이다.[6] 그러나 기본적으로 수술이라는 행위는 대리에 친하지 않은 행위이므로 대리수술이라는 용어자체가 적절하지 않을뿐더러 마치 합법적인 것처럼 호도할 우려가 있다는 의미에서도 적절한 용어가 아니라고 할 것이다.

다른 한편, '의사 바꿔치기'라는 표현도 간혹 보이지만, 이러한 표현 역시 적

---

5) http://www.gapmedics.com/programs/premedicine-internships/

6) 이러한 의미에서 성형외과의사회 법제위원회도 대리수술은 응급상황, 교육 목적에서 현실적으로 허용하고 있는 것이고, 대리수술과 유령수술은 명백히 구별되어야 한다는 입장이다.

절하지 않다고 생각된다. 왜냐하면, 논란이 되는 수술에 있어서 의사(들)가 능동적으로 수술 의사를 '바꾸는' 행위이지 의사가 수동적으로 '바꿔치기'되는 대상이 아니기 때문이다.

위와 같이 그림자의사, 대리수술, 의사바꿔치기 등의 용어에 대한 검토에서 살펴보았듯이 논란이 되는 수술행위의 개념을 적확하게 표현하는 용어를 찾기가 쉽지 않다. 유령수술'이라는 표현도 그 용어 자체로서 어떤 의미인지 쉽게 파악이 안된다는 단점이 있지만, 현재로서는 많이 쓰이고 있고 외국의 사례나 문헌에서도 이러한 논란을 일컫는 용어로 사용되고 있는 예[7]를 고려할 때 그나마 적절하지 않을까 생각한다.

2. 유령수술행위의 개념과 유형

유령수술행위의 개념을 논함에 있어서, 그 본질적인 요소가 무엇인가에 따라서 개념에서 포섭되는 행위가 달라질 수 있으며, 그 본질적 요소에 따라 유령수술에 포함되는 행위의 범주도 달라질 것으로 생각된다.

우선, 본질적인 요소로서 진료행위와 수술행위를 한 행위자의 상이(相異)에 중점을 둔다면, 환자 등의 동의 내지 양해와는 무관하게 진료를 한 의사와 수술을 한 의사가 다른 모든 경우가 이에 해당한다고 할 것이다.

반면, 환자의 동의를 본질적인 요소로서 이해한다면, 환자의 동의 없이 진료를 한 의사가 아닌 다른 사람이 수술을 하는 경우가 유령수술에 해당할 것이다.

이처럼 유령수술이라는 행위를 어떻게 개념정의하고 판단할 것인가의 문제는 우리 사회에서 허용될 수 없는 진료의사 이외의 자에 의한 수술행위에 개별

---

7) American Law of Medical Malpractice 3d Database updated July 2015 § 3:1. Medical and surgical competence and incompetence에서 환자의 동의 없이 다른 의사가 수술을 한 경우를 'ghost surgery'라고 기술하고 있으며, http://www.merriam-webster.com/medical dictionary에서는 유령수술(Ghost surgery)을 'the practice of performing surgery on another physician's patient by arrangement with the physician but unknown to the patient'라고 정의하고 있으며, New York Medical Malpractice Database(updated February 2014)에서도 'Ghost surgery is surgery that is performed by one physician for whom no informed consent was given'라고 규정하고 있다.

적이고 구체적인 문제에 대한 해답을 제시함에 있어서 중요한 것이기는 하지만 쉽지 않아 보인다. 여기에서는 구체적인 행위태양을 검토하고 각 유형에 따른 쟁점을 검토해 보는 방식으로 그 본질적 요소를 모색해 보기로 한다.

넓은 의미에서 진찰하는 의사와 수술하는 사람이 다른 모든 경우를 유령수술이라고 한다면, 즉, 진료행위와 수술행위를 한 행위자의 상이(相異)에 중점을 둔다면 종래 이루어지고 있는 다양한 수술 유형들이 여기에 해당할 수 있다.

대학병원과 같이 분업적 의료행위가 일반적인 경우에, 다른 진료과와의 협진에 의한 수술, 대학교수 등 스텝인 의사와 수련의, 전공의 등이 참여하여 수련의, 전공의 등이 일부 또는 전부를 행하는 수술이 이에 해당할 수 있다. 또한 산부인과 병원 등에서 산전 진찰을 한 의사와 제왕절개수술을 한 의사가 다른 경우도 이에 해당한다고 할 수 있다. 이 외에도 응급상황, 진찰한 의사의 출장·휴가 등으로 인하여 다른 의사가 수술을 한 경우 등 많은 경우들이 이에 해당할 수 있을 것이다.

이러한 넓은 의미에서의 유령수술을 모두 위법하거나 비윤리적인 수술행위라고 하기는 어렵다. 현대의학기술은 진료과목별로 또한 동일한 진료과목 내에서도 부위에 따라 전문화·세분화되는 것이 바람직한 것으로 여기지는 상황에서 진찰을 한 의사가 아니라 그 분야의 수술에 전문성을 가진 의사가 집도하는 것을 잘못된 것이라고 평가하기는 쉽지 않다고 생각한다.[8] 또한 '유령'이라는 표현 자체는 '실체가 없는', '인식하지 못하는'것을 의미하므로 환자 등이 이미 수술하는 의사가 따로 있다는 것을 알고 있다면 '유령'이라는 할 수는 없을 것이다.

따라서, 유령수술행위라는 개념의 본질적인 요소는 '환자의 동의'에서 찾아야 할 것으로 생각된다. '환자의 동의 여부'는 유령수술과 관련된 다양한 행위유형 중 그 법적 평가에 있어서 핵심적인 요소로 이해하여야 할 것이다. 즉 좁은 의미에서의 유령수술이란 환자의 동의 없이 진찰한 의사가 아닌 사람[9]이

8) 물론, 다른 의사가 수술한다는 점에 관하여는 환자의 동의 등이 존재한다는 것이 전제되어 있는 경우이다.

9) 수술을 하는 다른 사람은 의사일 수도 있고, 의사가 아닌 간호조무사나 일반인 일 수도 있을 것이다. 환자의 동의 없이 수술하는 자는 의사이든 아니든 유령수술이라는 개념에 포섭되는 데는 차이가 없고, 무면허의료행위로 처벌받는지 여부는 별개의 문제라고 할

수술을 하는 경우라고 할 것이다. 다른 수술과는 달리 미용성형수술의 경우에는 건강과는 직접적인 관련이 없고 긴급성과 필요성을 요하는 수술이 아니라는 점에서 환자의 자기결정권은 다른 수술의 경우보다 더욱 중요하다고 할 것이기 때문에 수술을 누가 할 것인가에 관한 정보와 그에 기반한 자기결정권이 침해되어서는 안 된다고 할 것이다.

수술에 관한 환자의 동의를 얻지 못한 사람이 수술에 관여하는 형태도 다양하게 이루어질 수 있다. 전적으로 타인에게 수술을 맡기는 유형부터, 진찰한 의사가 주로 수술을 하고 부분적으로 다른 의사에게 맡기거나 협진의 형식으로 일부를 다른 의사가 집도하는 유형 등이 있을 수 있다. 의료현실이나 전문성 등을 고려할 때, 수술의 주요부분이 아닌 일부를 맡기거나 보조하는 수준으로 관여한 유형까지 유령수술이라고 하기는 무리가 있다고 할 것이다. 따라서 유령수술은 수술을 전적으로 타인에게 맡기거나[10] 수술을 주요부분을 다른 사람에게 하도록 하는 경우[11]를 의미한다고 할 것이다.

위의 논의를 바탕으로 정의하면, 유령수술이란 '진찰 또는 상담한 의사가 환자의 동의 없이 수술 전부를 타인에게 맡기거나 수술을 주요부분을 다른 사람에게 하도록 하는 경우'를 의미한다고 할 것이다.

III. 구체적 사례

1. 대전지방법원 2013. 7. 18. 선고 2013노341 판결

산부인과 전문의인 피고인 A는 피고인들은, 피고인 B가 의료인이 아님에도 F의원에서 성형수술을 하고 환자들로부터 치료비를 지급받기로 그 의원의 사

것이다.

10) 수술실에 있었다 하더라도 수술복도 입지 않은 채 멀리서 지켜보기만 한 경우도 이에 해당한다고 할 것이다.

11) 이 경우도 대학병원이나 수련병원 등에서 스텝의 관리감독하에 교육의 목적으로 이루어지는 경우는 유령수술에 포함된다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

무장인 C[12]와 공모하여, ① 2011. 4. 5. 11:12경 F의원에서 성명불상의 환자의 코 부위 등에 마취주사를 놓은 뒤 수술용 칼로 코 안쪽을 절개하고, 보형물을 삽입한 후 절개 부위를 꿰매는 방법으로 코 성형수술을 해 주고 그 대가로 700,000원을 교부받고, ② 2011. 5. 7. 10:49경 같은 장소에서 성명불상의 환자의 눈 부위 등에 마취주사를 놓은 뒤 수술용 칼로 눈 부위를 절개하여 안쪽을 꿰매는 방법으로 쌍꺼풀 수술을 해 주고 그 대가로 700,000원을 교부받고, ③ 2011. 6. 27. 10:30경 같은 장소에서 G(여,56세)의 눈 부위 등에 마취주사를 놓은 뒤 수술용 칼로 눈 부위를 절개하여 안쪽을 꿰매는 방법으로 쌍꺼풀 수술, 앞트임, 옆주름 성형수술을 해 주고 그 대가로 800,000원을 교부받은 것을 비롯하여 2010. 7. 16.경부터 2011. 12. 7.경까지 월 평균 3~4명의 환자를 상대로 성형수술 등을 시행하고 치료비를 교부받음으로써 영리를 목적으로 무면허 의료행위를 한 혐의로 기소되었다.

특히 주목할 것은 산부인과 전문의의 A가 성형수술을 받고자 하는 G에게 '성형외과 전문의가 따로 출장을 와서 수술을 집도한다'는 취지로 상담을 하고, 실제로는 간호조무사인 B가 수술을 하도록 하여 B가 성형수술을 주도적으로 집도하였고 피고인 A는 수술가운도 입지 않은 채 수술실에 들어가 옆에 서 있기만 하거나 잠깐 들어갔다가 수술 도중 밖으로 나오는 등의 방법 유령수술을 해왔다는 것이다.

이에 대해 1심법원은 피고인 A에게는 징역 2년 6월 및 벌금 5,000,000원과 자격정지 2년의 형을 선고하였고,[13] 피고인 B에게는 징역 1년 6월 및 벌금 1,000,000원 실형을 선고하였다. 항소심에서는 피고인 A에게 징역 2년 및 벌

12) 사무장 C는 병원을 임차하여 보증금을 납입하고 병원의 물적, 인적 시설을 모두 구비한 상태에서 의사인 피고인 A 명의로 의료기관개설허가를 받고 병원을 공동운영하기로 공모한 것으로 의료인이 아니면 의료기관을 개설할 수 없도록 하는 의료법 위반 혐의로도 기소되었다.

13) 피고인 A는 유령수술 이외에도 진료를 하지 않고 보험회사 등에 진료비를 청구한 것에 방조하였다는 것으로 사기방조죄, 업무상촉탁낙태죄 및 의료법(비의료인의 의료기관개설 금지) 위반죄에 대하여 유죄가 인정되어 유죄로 인정된 죄 전부에 대하여 형이 선고된 것이다.

금 500만원과 자격정지 2년, 피고인 B에게는 징역 1년 및 벌금 100만원의 형이 선고되었다.

2. 대법원 2007. 5. 31. 선고 2007도1977 판결

피고인 C는 인수금을 조달하고, 피고인 B는 병원을 운영하고 수익금을 관리하면서 수익금은 공동으로 배분하기로 약속하고 서울 영등포에 있는 M의원을 공동으로 인수받아, 의사인 피고인 A를 원장으로 영입하고 피고인 B는 행정부원장의 직책으로 의원을 운영하였다. 병원의 실질적 운영자인 피고인 B는 피고인 A에게 월 금 1,000만원을 지급하였고, 피고인 A는 의원을 찾는 환자들을 상대로 쌍꺼풀수술, 안면거상술, 코높이수술 등의 성형수술을 하였는데, 산부인과 전문의인 피고인 A가 한 수술이 잘못되어 항의를 하거나 손해배상을 요구하는 환자들이 늘어나 병원운영이 곤란한 지경에 이르자, 피고인 B는 의료인이 아닌 피고인 D를 불러 하루 금 17만 내지 50만원을 지급하고 피고인 A가 수술한 환자들 중 수술이 잘못되거나 부작용이 있어 재수술이 필요한 환자들을 상대로 재수술하도록 하여 그러한 상황을 무마하고 수습하는 방식으로 10여개월 동안 위 의원을 운영한 혐의로 기소되었다.[14]

한편, 피고인 B는 성형수술을 받기를 원하는 환자나 피고인 A가 수술한 환자들 중 수술이 잘못되거나 부작용이 있어 재수술을 요구하는 환자들에 대하여 그 의원 소속이 아닌 의사인 피고인 J에게 회당 30만원을 주고 수술을 하도록 하였다. 그 중 피고인 J는 미간주름을 없애기를 원하는 피해자와는 직접 상담하지 않고 의사도 아닌 위 의원의 행정부원장인 피고인 B로부터 상담결과만을 전달받아 처진 눈썹 교정 수술을 원하는 것으로 착오하여 눈썹 교정수술을 하였고, 그 눈썹 부위 교정 수술을 함에 있어서도 왼쪽 눈썹 부위보다 오른쪽 눈썹 부위를 더 많이 잘라내어 왼쪽 눈썹이 오른쪽 눈썹보다 폭이 더 넓은 비대

14) 이 외에도 업무상과실치상 혐의로도 기소되었는데, 유령수술과는 직접적인 관련이 없으므로 논외로 한다. 서울남부지방법원 2007. 2. 7. 선고 2006노1069 판결 참고.

칭의 상태가 되게 수술을 한 것에 대하여 상해죄로 기소하였다.

이에 대하여 제1심 법원에서는 피고인 A가 피고인 D의 무면허의료행위에 가담하였다는 검사의 기소사실에 대하여 무면허의료행위를 공모하였다거나 무면허의료행위를 함에 있어 기능적으로 행위분담하였다는 점을 인정할 증거가 없다는 이유로 무죄를 선고하였다. 그러나 제2심 법원과 대법원은 위 의원의 원장이자 유일한 의사인 피고인 A는 의사면허 없는 피고인 D가 자신이 수술한 환자들에 대해 재수술을 맡아 하고 있다는 사실을 알면서도 월 1,000만원이라는 적지 않은 급여를 안정적으로 지급받으면서 지속적으로 시술행위를 함으로써 위 의원의 운영에 가담하여 피고인 D의 무면허의료행위가 가능하도록 하였고 위 의원을 실질적으로 운영한 피고인 B, C, 그리고 의사면허 없이 위와 같은 수술을 한 피고인 D와 적어도 묵시적인 의사연결 아래 그 무면허의료행위에 가담하였다고 보아 보건범죄단속에관한특별조치법위반죄의 공동정범으로 인정하였다.

한편, 피고인 J에 대하여는, 상담결과만을 전달받고 피해자가 수술을 원하는 부위가 아닌 눈썹 교정 수술을 원하는 것으로 착오하여 수술을 하면서 그마저도 왼쪽 눈썹이 오른쪽 눈썹보다 폭이 더 넓은 비대칭의 상태로 되게 하여 왼쪽 눈썹의 일부를 추가로 절제하는 수술이 필요하도록 하는 상해를 입게 하였다는 혐의에 대하여는 제1심과 제2심은 무죄[15]로 판단하였다.[16] 다만, 피고인 J는 위 수술 당시 진료기록부를 작성하지 아니한 사실은 인정되어 진료기록부 미기재의 의료법위반에 대하여는 유죄로 판단하였다.

---

15) 제1심 법원과 제2심법원의 무죄 판단은 결론에 있어서는 동일하지만, 그 이유는 달리 판단하고 있다. 제1심 법원에서는 피고인 J가 피해자 박○○의 눈썹부분 수술을 하였다는 점에 부합하는 증거가 없다는 이유로 피고인 J에 대하여 무죄를 선고하였다. 그러나 제2심에서는 눈썹 부위에 대한 수술은 피해자인 박○○의 요구에 의하여 그 부분 눈썹 절개와 봉합시술이 이루어졌으므로 그 절개행위 자체는 박○○의 승낙에 기한 행위인데다가 그런 정도의 비대칭으로 인해 신체의 생리적 기능에 장애를 초래한 것이라고도 보기 어려워 이를 가리켜 법률상 상해에 해당한다고 할 수 없다는 이유로 무죄로 판단하였다. 서울남부지법 2007. 2. 7. 선고 2006노1069 판결 참조.

16) 대법원에서는 이 부분에 대한 상고가 없어서 판단하지 않은 것으로 보인다.

IV. 유령수술행위 대한 구체적 형사책임의 검토

1. 상해죄(형법 제257조)의 성부

가. 상해죄의 구성요건요소

형법 제257조 1항에서는 사람의 신체를 상해한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

상해죄가 성립되기 위하여는 상해에 대한 고의가 있어야 하며 상해라는 결과가 발생하여야 한다. 우선, 상해의 고의(故意)가 있기 위해서는 건강침해 또는 생리적 기능을 훼손한다는 인식 및 인용을 요한다고 본다.[17] 판례는 상해의 원인인 폭행에 대한 인식이 있으면 충분하고 상해를 가할 의사(목적)까지 필요하지는 않다고 한다(대판 99도4341).

상해(傷害)의 의미에 관하여는 견해가 나뉘는데, 건강(健康)이나 신체의 생리적 기능이 훼손[18]되어야 상해에 해당한다는 견해[19]와 신체의 완전성이 훼손되면 상해에 해당한다는 견해[20]로 대별된다. 신체의 완전성을 해치는 정도의 행위는 폭행죄로 다루면 되므로 상해라고 보기는 어렵다고 할 것이다.

판례도 "상해란 피해자의 신체의 건강상태가 불량하게 변경되고 생리적 기능에 장애가 초래되는 것을 말하는 것으로서 신체의 외모에 변화가 생겼다고 하더라도 신체의 생리적 기능에 장애를 초래하지 아니하는 이상 이를 상해라고 볼 수 없다"는 입장이다.[21]

---

17) 오영근, 『형법각론』, 제3판, 47면.

18) 상처를 입히는 것, 불면증이나 신경쇠약에 걸리게 하는 것, 수면, 환각에 빠지게 하는 것, 구토나 설사를 유발하는 것 등이 이에 해당할 것이다.

19) 오영근, 『형법각론』, 46면; 김일수, 『형법각론』, 59면; 김종원, 『형법각론』, 상, 56면; 백형구, 『형법각론』, 44면; 이재상, 『형법각론』, 31면; 임웅, 『형법각론』, 51면.

20) 강구진, 『형법각론』, I, 61면; 배종대, 『형법각론』, 91면; 진계호, 『형법각론』, 61면.

21) "눈썹 교정 수술을 한 결과 오른쪽 눈썹의 바깥쪽 부분이 왼쪽 눈썹의 그것에 비하여 다소 많이 제거된 상태가 된 사실은 인정되는데, 이와 같이 피해자의 양 눈썹의 비대칭상태가 바로 피해자 자신의 요구에 의한 그 부분 눈썹 절개와 봉합시술에 따라 발생된 것으로서 그 절개행위 자체는 피해자의 승낙에 기한 행위인데다가 그런 정도의 비대칭으로 인해 신체의 생리적 기능에 장애를 초래한 것이라고도 보기 어려워 이를 가리켜 법률상

나. 의사의 치료행위(수술)에 대한 상해죄 여부

의사의 치료행위나 수술행위로 인한 상해행위에 대해서는 i) 의사의 치료행위는 신체의 건강을 회복, 유지시키려는 목적을 가진 것이므로 건강을 훼손한다는 상해의 고의(故意)가 없으므로 상해죄의 구성요건해당성이 없다는 견해[22], ii) 통상의 치료행위는 상해죄의 구성요건해당성이 없고, 위험한 치료행위는 피해자의 승낙에 의해 위법성이 조각된다는 견해[23], iii) 의사의 치료행위에도 상해의 고의가 인정되므로 상해죄의 구성요건에 해당하지만 업무로 인한 행위로 위법성이 조각된다는 견해[24], iv) 피해자의 승낙에 의한 행위로 위법성이 조각된다는 견해[25] 등이 대립하고 있다.

판례는 상해죄의 구성요건에 해당하지만 피해자의 승낙에 의한 행위로 위법성이 조각된다는 입장을 취하고 있다.[26]

건강회복을 목적으로 한다 하더라도 수술이나 치료행위 과정 중에서 건강침해나 생리적 기능이 훼손될 수 있다는 인식(認識)과 인용(認容)은 있기 때문에 상해의 고의가 인정될 수 있기 때문이다. 이런 의미에서 의사의 치료·수술행위는 상해죄의 구성요건에 해당하지만, 피해자의 승낙에 의한 행위로 위법성이 조각된다고 해야 할 것이다.

특히 미용성형수술 등과 같이 건강의 유지·회복을 목적으로 하는 것이 아닌 경우에는 건강침해나 생리적 기능이 훼손될 수 있다는 인식(認識)과 인용(認容)이 있다는 것으로 보아야 하므로 상해죄의 구성요건해당성이 있다는 데에 견해가 일치하며, 다만 정당행위로 위법성이 조각된다는 견해[27]와 피해자의 승낙으로 위법성이 조각된다는 견해[28]가 대립하고 있는데, 피해자의 승낙에

상해에 해당한다고 할 수 없다 할 것이므로…"(서울남부지방법원 2007. 2. 7. 선고 2006노1069 판결).

22) 김종원, 『형법각론』, 상, 59면; 이재상, 『형법각론』, 3/19면; 진계호, 『형법각론』, 62면.
23) 김일수, 『형법각론』, 60면.
24) 박상기, 『형법각론』, 49면.
25) 김성천·김형준, 『형법각론』, 84면; 이형국, 『형법각론』, 73~74면.
26) 대판 78도2388, 대판 92도2345 등.
27) 황산덕, 『형법각론』, 176면.

의한 행위로 위법성이 조각된다고 하는 경우에는 의사가 필요한 설명의무(說明義務)을 다했느냐가 중요한 의미를 가지며 설명의무의 이행 여부도 환자나 기타 일반인들에 의해 확인되므로 환자의 보호를 위해서는 업무로 인한 행위라고 하기 보다는 피해자의 승낙에 의한 행위라고 보는 것이 우리의 의료현실에 맞는 해석이라고 생각된다.[29]

이와 같은 입장에서 볼 때, 의사의 수술행위 특히 미용성형수술에 있어서 유령수술은 환자가 다른 사람이 수술한다는 것에 대하여 동의 또는 승낙을 하지 않은 것이므로 위법성이 조각된다고 할 수 없고 상해죄를 구성한다는 결론에 이르게 된다.

다. 상담(진찰)만 한 의사의 상해죄에 관한 책임

유령수술에서 자신이 수술을 할 것처럼 상담 또는 진찰하고 실제로는 수술을 하지 않은 의사에게도 상해죄의 책임을 물을 수 있을지에 관하여는, 수술을 한 자가 상해죄의 정범에 해당한다면 그 상해죄의 공동정범, 교사범, 방조범이 성립할 수 있을 것이다. 일반적으로 상담을 하는 의사들은 환자들이 수술받기를 기대하는 명성이 있는 의사일 경우가 많고 내부적으로도 유령수술을 주도하거나 공모하지 않고서는 유령수술이 이루어지기 어렵다는 점에서 유령수술행위에 대한 기능적 행위지배를 하였거나 교사행위를 하였다고 평가할 수 있을 것이다. 기능적 행위지배나 교사에까지 이르지 않았다 하더라도 최소한 유령수술행위를 쉽게 할 수 있도록 용인하는 행위가 있었다고 볼 여지가 많고 이러한 경우에는 방조의 죄책을 면하기 어려울 것이다.

따라서 자신이 수술을 할 것처럼 상담 또는 진찰하고 실제로는 수술을 하지 않은 의사는 유령수술행위에 대한 기능적 행위지배를 하였거나 교사행위 또는 방조행위가 있었다고 볼 수 있으므로 그에게는 상해죄의 공동정범, 교사범 또

---

28) 이재상, 『형법각론』, 3/20면.
29) 오영근, 『형법각론』, 49면.

는 방조범의 책임을 물을 수 있을 것으로 생각된다.

2. 사기죄(형법 제347조)의 성부

가. 사기죄의 구성요건요소와 유령수술에서의 쟁점

일반적으로, 사기죄가 성립되기 위하여는, i) 사람을 기망하여, ii) 피기망자가 착오에 빠지고, iii) 착오에 기하여 처분행위를 하고, iv) 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득해야 하고, v) 기망행위, 착오, 처분행위, 재물 또는 재산상 이익의 취득 사이에는 인과관계가 있어야 한다. 다만, 재산상의 손해발생이 사기죄의 구성요건으로 필요한가에 대해서는 견해의 대립이 있다.[30]

유령수술행위에 대하여 형법상 사기죄가 성립하는지의 여부를 논의하는 것은 유령수술행위가 위의 개별적인 사기죄의 구성요건 중에 특히 그 충족 여부가 심도 깊게 검토되어야 하는 요소를 고찰하는 것이 될 것이다. 즉, 유령수술행위와 관련하여서는 특히 검토되어야 하는 요소로는 다음과 같은 것들을 생각할 수 있을 듯하다.

먼저, 유령수술행위에 있어서 기망행위가 있었는지 여부이다. 즉, 상담의사가 다른 사람이 수술할 것이라는 점을 설명하지 않은 것을 기망행위라고 할 수 있는지 여부이다.

두 번째 쟁점으로는 환자에게 재산상의 손해발생이 있는지 여부이다. 재산상 손해발생이 사기죄의 요건으로 필요한지에 관하여 견해가 나뉘지만, 재산상 손해발생이 필요하다는 입장에서 볼 때, 과연 상담한 의사가 아닌 다른 사람이 수술한 것에 관하여 재산상 손해가 있었다고 할 수 있는가의 문제이다.

세 번째 쟁점으로 상담의사 또는 수술의사에게 공동정범, 교사범의 책임을 물을 수 있는지를 검토하여야 할 것이다.

네 번째 쟁점으로는 이러한 유령수술행위가 사기죄에 해당한다고 하면 특

30) 오영근, 『형법각론』, 302면.

정경제범죄가중처벌법이 적용될 수 있는지 여부이다. 특정경제범죄가중처벌법에서는 형법상 사기죄가 성립되고 그 재산상의 이익이 5억 이상, 50억 이상이 되는 경우에 가중처벌하는 규정을 두고 있는데, 일련의 유령수술행위들을 포괄일죄로 인정할 수 있는지, 재산상의 이익을 합산할 수 있는지의 여부가 중점적으로 논의되어야 할 것으로 생각된다.

나. 기망행위가 있었는지 여부

기망행위란 상대방을 착오(錯誤)에 빠지게 하는 일체의 행위를 말하지만 거래의 신의칙(信義則)에 반하는 정도의 기망행위가 있어야 사기죄가 성립될 수 있다고 본다.[31] 즉, 기망은 널리 재산상의 거래관계에 있어 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위[32]이며, 어떤 행위가 다른 사람을 착오에 빠지게 한 기망행위에 해당하는가의 여부는 거래의 상황, 상대방의 지식, 경험, 직업 등 행위 당시의 구체적 사정을 고려하여 일반적, 객관적으로 결정하여야 한다.[33]

기망은 작위뿐만 아니라 부작위에 의해서도 가능하다. 널리 재산상의 거래관계에 있어 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 소극적 행위로서의 부작위에 의한 기망은 법률상 고지의무 있는 자가 일정한 사실에 관하여 상대방이 착오에 빠져 있음을 알면서도 이를 고지하지 아니함을 말하는 것으로서, 일반거래의 경험칙상 상대방이 그 사실을 알았더라면 당해 법률행위를 하지 않았을 것이 명백한 경우에는 신의칙에 비추어 그 사실을 고지할 법률상 의무가 인정된다고 할 수 있다.

우리 판례에서는 의사가 특정 시술을 받으면 아들을 낳을 수 있을 것이라는 착오에 빠져있는 피해자들에게 그 시술의 효과와 원리에 관하여 사실대로 고지하지 아니한 채 아들을 낳을 수 있는 시술인 것처럼 가장하여 일련의 시술과

---

31) 오영근, 『형법각론』, 303면.
32) 대법원 99도2884 판결.
33) 대법원 91도2746 판결.

처방을 행한 경우, 이는 기망에 해당하여 사기죄가 성립된다고 하였다.[34]

유령수술에 있어서 사기죄의 성립여부를 검토함에 있어서도 중요한 쟁점 중의 하나가 바로 기망행위가 인정될 수 있는가라고 볼 수 있다. 만약, 상담을 하는 의사가 자신이 수술을 할 것이라는 것을 언급을 하였거나 그러한 인식을 갖도록 한 경우에는 적극적인 기망에 해당함에는 의문이 없다고 할 것이다. 문제는 환자가 이미 착오에 빠져 있는 경우에 상담의사는 환자에게 다른 사람이 수술을 할 것이라는 것을 고지할 의무가 있다고 볼 수 있는가이다.

의료행위에 있어서 환자가 의사 등에 대하여 가지는 신뢰는 통상적인 거래관계와 달리 매우 강하다고 할 수 있고[35], 특히 미용성형수술의 경우에는 환자가 그 병원 또는 의사를 찾아온 경우에는 그 신뢰는 더욱 강하다고 할 수 있다. 또한 상담하는 의사가 '자신이 직접 수술하지 않는다는 사실'을 고지하였다면 그들이 피고인으로부터 그와 같은 시술을 받지 않을 가능성이 매우 높다는 것을 생각할 때에 상담의사에게는 사실대로 고지하여야 할 법률상 의무가 있다고 보아야 할 것이다.

유령수술의 구체적 사정에 따라 달라질 수 있으나, 아래의 경우에는 고지의무가 있다고 보아야 할 것이다.

- 상담의사의 수술실적이나 수술경험을 적극적으로 명시하거나 홍보한 경우(예를 들면, 해당 수술을 몇 회 이상 했다거나 자신이 이 분야에서 최고라는 등을 표시한 경우)
- 자신이 수술할 것이라는 점을 묵시적으로 표현한 경우

---

34) 대법원 99도2884 판결. 이 판결에서는 '병원에 내원할 당시 이미 착오에 빠져 있는 피해자들의 경우에도 만일 피고인이 사실대로 고지하였다면 그들이 피고인으로부터 그와 같은 시술을 받지 아니하였을 것임은 경험칙상 명백하므로, 이와 같은 경우 피고인으로서는 그들에게 위 시술의 효과와 원리에 관하여 사실대로 고지하여야 할 법률상 의무가 있다고 할 것임에도 불구하고, 피해자들이 착오에 빠져있음을 알면서도 이를 고지하지 아니한 채 마치 위와 같은 시술행위 전체가 아들을 낳을 수 있도록 하는 시술인 것처럼 가장하여 같은 시술을 한 것은 고지할 사실을 묵비함으로써 피해자들을 기망한 행위에 해당한다고 보아야'한다고 그 이유를 판시하였다.

35) 공산품을 구매함에 있어 상점의 점원 등의 설명과 병원에서 의사가 하는 설명에 두는 믿음의 차이가 없다고 보기는 어렵기 때문이다.

- 의뢰인이 상담의사에게 직접 수술받기를 원하는 경우
- 기타, 환자가 상담의가 수술하리라는 것을 신뢰할 수 있는 상황이 있는 경우

다. 재산상의 손해발생이 있는지 여부

사기죄의 성립에 있어서 손해의 발생은 요건이 아니라는 입장에서는 성형수술 의뢰인에게 현실적으로 손해가 발생하였는지의 여부와 상관없이 사기죄 성립된다고 할 것이다.

우리 판례도 재산상의 손해발생은 사기죄의 성립요건이 아니라는 입장인데,[36] 재물편취를 내용으로 하는 사기죄에 있어서는 기망으로 인한 재물교부가 있으면 그 자체로써 피해자의 재산침해가 되어 이로써 곧 사기죄가 성립하는 것이고, 상당한 대가가 지급되었다거나 피해자의 전체 재산상에 손해가 없다 하여도 사기죄의 성립에는 그 영향이 없다고 본다. 또한 사기죄에 있어서 그 대가가 일부 지급된 경우에도 그 편취액은 피해자로부터 교부된 재물의 가치로부터 그 대가를 공제한 차액이 아니라 교부받은 재물 전부라는 입장이다.

한편, 다수설은 사기죄가 성립하기 위해서는 재산상의 손해발생을 요한다고 한다.[37] 그 근거로서 사기죄는 재산범죄라는 것 혹은 사기죄의 보호법익은 전체로서의 재산이라는 것을 든다. 따라서 대가를 제공한 경우에는 사기죄가 성립하지 않는다고 한다.

생각건대, 우리 형법은 "사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자"라고 하여 재물 또는 재산상 이익의 취득을 중심으로 규정하고 있다. 이는 피해자에게 손해가 발생하였느냐 보다는 행위자가 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득하였는가를 더 중요시 여기고 있는 것을 의미한다고 보아야 할 것이다. 여기에 굳이 재산상의 손해발생이라는 소위 '기술(記述)되어 있지 않은 구성요건요소'가 있다고 해석해야 할 필요성이나 당위성은

---

36) 대판 2010도12928; 대판 2000도1899; 대판 99도1040; 대판 98도2526; 대판 95도203 등.
37) 김성천·김형준, 『형법각론』, 451면; 김일수, 『형법각론』, 363면; 박상기, 『형법각론』, 299면; 배종대, 『형법각론』, 422면; 이재상, 『형법각론』, 186면; 이형국, 『형법각론』, 456면.

없다고 할 것이다.[38]

이러한 재산상 손해발생의 요건에 관한 다툼도 유령수술의 경우에도 그대로 확대될 수 있을 것이다. 비슷한 수준의 의사가 같은 부위에 유사한 수술방법으로 수술하는 경우처럼 상담의사와 수술의사 사이의 비용의 차이가 없다고 할 수 있는 경우 또는 다른 병원에 갔을 때에도 같은 비용이 드는 수술이거나 지불한 금액에 합당한 수술이 이루어진 경우에 사기죄가 성립할 수 있는가가 문제될 수 있을 것이다. 즉, 환자의 입장에서 손해발생이 있다고 할 수 없는 경우에도 사기죄가 성립할 것인지가 문제될 수 있는데, 앞서 본 바와 같이 우리 형법의 해석상 재산상 손해발생의 요건이 필요치 않다고 한다면 사기죄의 성립에 영향이 없다고 할 것이다.

라. 공동정범, 교사범 등의 성부 – 상담의사와 수술의사 공범 여부

유령수술을 하여 사기죄가 성립되는 상담의사외에 수술을 한 의사도 실행행위의 분담을 통한 기능적 행위지배가 있다고 보이는 경우에는 사기죄의 공동정범이 성립될 것이다.

상담 및 수술에 관여하지 않은 병원장 등이 유령수술을 하도록 한 경우, 그 유령수술행위를 계획하고 주도하였는지 등 구체적 상황에 따라 (공모)공동정범, 교사범이 성립될 수 있을 것이다.

간호사, 상담실장 등이 유령수술에 있어서 기망행위에 관여한 경우에도 그 가담 정도에 따라 공동정범, 교사범, 방조범 성립될 수 있을 것으로 생각된다.

마. 특정경제범죄가중처벌법의 적용대상이 될 수 있는지 여부

특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조에서는 형법 제347조의 사기죄 등을 범한 사람이 그 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액(이하 이 조에서 “이득액”이라 한다)이 5억

38) 같은 취지로는 오영근, 『형법각론』, 312면.

원 이상 50억 원 미만일 때에는 3년 이상의 유기징역으로, 이득액이 50억 원 이상일 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역형으로 가중처벌할 수 있도록 규정하고 있다.

강남의 유명 성형외과병원의 경우, 연매출액이 수십억을 넘어서고, 유령수술행위도 최근 몇 개월에만 일어난 것이 아니라는 의혹이 있는 등의 사정을 고려할 때, 유령수술행위가 사기죄에 해당한다면 특경법의 가중처벌 규정이 적용될 수 있는가에 대하여 검토할 필요성이 있어 보인다.

이에 관하여는 사기죄에 있어서 이득액이 무엇을 의미하는지, 다수의 유령수술행위에 대하여 그 이득액은 그 합산액을 의미하는 것인지, 이득액의 산정에 있어서 환자가 당연히 지급했어야 하는 금액은 공제하여야 하는지 등을 검토하는 것이 필요하다고 하겠다.

우선, 사기죄에 있어서 이득액은 피해자로부터 교부된 재물의 가치로부터 그 대가를 공제한 차액이 아니라 교부받은 재물 전부라고 할 것이므로[39] 유령수술행위에 대하여 환자가 지불한 수술비는 그 전부가 이득액이 된다고 보아야 한다.

한편, 특경법상의 이득액은 단순일죄의 이득액이나 혹은 포괄일죄가 성립하는 경우의 이득액의 합산액을 의미하는 것이고 경합범으로 처벌될 수 죄의 각 이득액을 합한 금액을 의미하는 것은 아니므로 다수의 유령수술행위가 포괄일죄를 구성하는 경우에는 그 다수의 유령수술행위를 통하여 얻은 이득액을 합산하여 계산하여야 하고, 별개의 사기죄가 독립된 범죄로서 경합범에 해당하는 경우에는 그 이득액을 합산하여 계산해서는 안 된다.[40]

유령수술행위로 인하여 특경법의 가중처벌 규정이 적용될 가능성이 있는 경우는 유령수술행위가 포괄일죄를 구성하는 경우라고 할 수 있는데, 포괄일죄는 '동일한' 피해자에 대하여 수회에 걸쳐 기망행위를 하여 금원을 편취한 경

39) 대판 2000도1899 등.

40) 경합범에 해당하는 경우에는 실제로 특경법이 적용될 가능성은 크지 않다고 생각된다. 한 건의 유령수술로 5억 원 이상을 받는 경우는 실제로 거의 없기 때문이다.

우, 그 범의가 단일하고 범행 방법이 동일한 경우에 성립된다. 수인의 피해자에 대하여 각별로 기망행위를 하여 각각 재물을 편취한 경우에는 범의가 단일하고 범행방법이 동일하더라도 각 피해자의 피해법익은 독립한 것이므로 이를 포괄일죄로 파악할 수 없고 피해자별로 독립한 사기죄가 성립된다고 할 것이다.

그러므로 유령수술행위로 인하여 사기죄의 포괄일죄가 성립될 수 있는 경우는 동일한 환자가 수회에 걸쳐 동일한 수법의 유령수술행위 등으로 인하여 사기죄의 피해를 입은 경우에만 가능할 것이다.[41]

3. 기타 관련 범죄

가. 의료법위반 – 진료기록부 미기재, 허위기재에 관하여

의료법 제22조에서는 의료인은 환자의 주된 증상, 진단 및 치료 내용 등 의료행위에 관한 사항과 의견을 상세히 기록하여야 하며 이에 위반하는 경우에는 300만 원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 규정하고 있다. 동조 제3항에서는 진료기록부등을 거짓으로 작성하거나 고의로 사실과 다르게 추가기재·수정하는 행위에 대하여는 3년 이하의 징역이나 1천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

유령수술의 경우, 유령수술임을 숨기기 위하여 실제 수술의사가 진료기록을 작성하지 않거나 상담의사의 이름으로 진료기록을 작성하는 경우가 많을 것으로 생각되며, 수술한 의사가 진료(수술)기록을 작성하지 않는 행위는 의료법 제22조 제1항에 위반한 것이 될 것이다. 수술을 하지 않고 수술을 한 것처럼 진료(수술)기록을 작성한 의사는 의료법 제22조 제3항을 위반한 것으로서 처벌받게 된다.

만약 수술을 한 의사가 진료기록부에 수술내용 등을 기재하고 유령수술임

---

41) 예를 들면, 한 명의 환자가 일정한 시간적 간격을 두고 눈, 코, 안면윤곽, 가슴, 몸매, 지방흡입 등의 수술을 계속 받고 그 가액(수술비)의 합산액이 5억을 넘는 경우에 이에 해당할 것이다.

을 숨기기 위하여 상담의사의 서명을 하는 경우에는 의료법 제22조 제3항 위반뿐만 아니라 형법상 문서위조죄 등(제231조, 제232조의2 등)에 해당될 수 있다.

실제로 앞서 본 사례[42]에서 간헐적으로 의원을 방문하여 1회 금30여만 원을 받고 성형수술을 한 의사가 피해자와는 직접 상담하지 않고 상담결과만을 전달받아 피해자의 눈썹 교정 수술을 하고 이에 대한 진료기록부를 작성하지 아니한 것에 대하여 의료법 제22조 위반죄의 유죄판결을 받았다.

나. 무면허의료행위: 의료법 및 보건범죄단속특별조치법 위반

유령수술을 무면허자에게 하도록 한 경우, 그 수술을 한 사람이 의료법 위반죄(무면허의료행위)에 해당함은 물론이고, 무면허의료행위를 하도록 공모한 상담의사도 의료법 위반죄(무면허의료행위)에 해당한다.

검찰의 수사에서는 '오더리'라고 불리는 간호조무사가 수술을 한 경우도 밝혀지고 있다. 간호조무사가 할 수 있는 진료의 보조업무는 의사가 주체로 되어 진료행위를 하는 데 있어서 그 지시에 따라 옆에서 보조함을 말하는 것으로서[43], 진찰 또는 시술의 준비나 정리, 진찰 또는 시술중의 순수한 조력행위, 근육주사를 놓는 것 등이 이에 해당한다. 간호조무사의 진료보조업무를 넘어서는 행위는 무면허의료행위에 해당하고, 의사의 현장입회 여부를 불문하고 의사는 구두지시와 설명만을 하고 실제의 진료행위는 간호조무사가 한다면 이는 진료의 보조가 아니라 진료행위 자체에 해당하므로, 그러한 간호조무사의 행위는 자격의 범위를 넘는 의료행위로서 의료법 위반죄(무면허의료행위)에 해당한다.[44]

---

42) 서울남부지방법원 2006노1069 판결

43) 의료법 제58조 제2항(현행법 제80조)은 "간호조무사는 제25조 의 규정에 불구하고 간호보조업무에 종사할 수 있다."라고 규정하고 있고, 간호조무사및의료유사업자에관한규칙 제2조 제1항은 "간호조무사는 다음 각 호의 업무를 행한다. 1. 간호업무의 보조에 관한 업무 2. 진료의 보조에 관한 업무"라고 규정하고 있다.

44) 서울중앙지방법원 2005노1994 판결(간호조무사의 모발이식행위).

영리를 목적으로 무면허의료행위를 한 경우에는 보건범죄 단속에 관한 특별조치법에 의하여 무기 또는 2년 이상의 징역에 처해질 수 있고, 대부분의 무면허의료행위는 보건범죄 단속에 관한 특별조치법에 의하여 처벌된다.

위에 소개한 사례에서도 의원의 원장이자 유일한 의사인 피고인 A가, 의사면허 없는 피고인 B가 자신이 수술한 환자들에 대해 재수술을 맡아 하고 있다는 사실을 알면서도 급여를 안정적으로 지급받으면서 지속적으로 시술행위를 함으로써 의원의 운영에 가담하여 피고인 B의 무면허의료행위가 가능하도록 한 것은 묵시적인 의사연결 아래 그 무면허의료행위에 가담한 것으로 보건범죄단속에관한특별조치법위반죄의 공동정범에 해당하는 것이다.[45)]

다. 기타 수반될 수 있는 행위들의 형법적 검토

일부 사례에서는 사무장 등이 병원을 실질적으로 운영하고, 원장은 월급만 받는 형태의 일명 '사무장병원'의 형태의 병원에서 유령수술이 많이 이루어지는 것을 밝혀지기도 했는데, 이러한 행위들은 의료법 제33조에서 정한 비의료인의 의료기관 개설금지 조항에 위반되는 것이다.

한편, 유령수술이 무면허자에 의하여 이루어지는 경우에, 무면허의료행위를 숨기기 위해 수술에 참여한 간호사 등 병원직원에게 거짓을 증언하도록 교사하거나 허위증언을 하는 경우도 적지 않는데, 이러한 행위들이 위증죄, 위증교사죄에 해당함은 물론이다.

V. 마치며

이상에서는 유령수술행위에 대한 개념의 고찰부터 현행법상 성립될 수 있는 범죄의 성부에 관하여 고찰하였다. 일부 성형외과에서 자행되고 있는 유령

45) 서울남부지방법원 2006노1069 판결.

수술에 대하여는 수술을 받은 환자뿐 아니라 일반 국민의 분노도 사고 있는데, 이는 의사의 의료행위에 대한 일반인의 신뢰가 깊고 의사의 직역을 두텁게 보호하고자 제정된 관계법령의 취지에 반하는 것이기 때문이라고 생각된다. 그러한 신뢰와 법적 보호의 테두리 안에서 더 많은 이익을 얻기 위하여 유령수술이 자행되었다는 것은 그 비난가능성이 크다고 할 것이다.

또한 의료행위에 있어서는 충분한 설명과 동의를 전제로 한 환자의 자기결정권의 존중되어야 함에도 불구하고 설명과 동의가 이루어지지 않은 유령수술 행위들에 대한 민사책임도 가볍지 않다고 할 것이다.

유령수술이 횡행하게 된 배경에 대하여도 되새겨봐야 할 것이다. 이런 유령수술의 가장 중요한 원인은 돈을 더 벌기 위한 자본주의적 탐욕에서 비롯되어 그 과정에서 환자에 대한 설명이나 환자의 자기결정권은 형해화되어도 좋다는 비윤리적인 태도라고 할 수 있다. 그러나 본문의 주요내용으로 다루었듯이 유령수술행위는 비윤리적인 협진이나 대리수술이 아니라 명백히 형사법상 상해죄, 사기죄에 해당하고, 경우에 따라서는 보건범죄단속 특별조치법, 의료법위반죄 등에 해당하는 범죄행위라는 것을 법 적용과정에서 명백히 하여 법의 엄정성, 공정성 및 확실성을 인식토록 하는 것이 필요하다고 할 것이다.

〔 참 고 문 헌 〕

강구진, 『형법각론』, I, 박영사, 1984.
김선중, 『의료과오소송법(최신실무)』, 신정판, 박영사, 2008.
김성돈, 『형법각론』, 성균관대학교 출판부, 2008.
김일수·서보학, 『형법각론』, 동현출판사, 2006.
김종원, 『형법각론』, 상, 법문사, 1971.
배종대, 『형법각론』, 홍문사, 2006.
백형구, 『형법각론』, 청림출판, 1999.
오영근, 『형법각론』, 박영사, 2014.
이재상, 『형법각론』, 박영사, 2007.
임 웅, 『형법각론』, 법문사, 2005.
진계호, 『형법각론』, 대왕사, 1996.
황산덕, 『형법각론』, 방문사, 1985.

김기영, “의료책임에 있어서 의사의 권한과 환자의 권리-진료과오와 설명의무의 문제를 중심으로-”, 『경희법학』, 제47권 2호, 2012. 6.
김민중, “의료행위에서의 법률문제와 의사의 책임 (상)”, 『법조』, 40권 3호, 1991. 3.
김병일, “의료계약의 본질과 법적 성질”, 『재산법연구』, 제21권 제2호, 2005. 2.
김장한, “문신의 침습성과 무면허의료행위”, 『형사정책연구』, 18권 3호, 2007. 8.
문현호, “혈액제제 제조물책임 소송과 증명책임 -대법원 2011. 9. 29. 선고 2008다16776 판결과 관련하여-”, 『의료법학』, 제12권 제2호, 2011. 12.
박은경·김기영, “의료행위의 상업화와 법적 한계 -민법과 보험법상의 효과를 중심으로-”, 『법학논고』, 제35집, 경북대학교 법학연구원, 2011. 2.
박종두, “의료계약의 법적 구성”, 『법조』, 제41권, 1992. 10.
백경희, “미용성형수술에 있어 의사의 주의의무와 형사책임”, 『판례연구』, 22집(1), 서울지방변호사회, 2008. 8.
_____, 「의료사고 민사책임의 성립과 범위에 관한 연구 -새로운 쟁점을 중심으로-」, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2008.

범경철, “미용성형수술의 후유증에 관한 의사의 설명의무 -대법원 2002. 11. 5 선고 2002다48443판결-”, 『의료법학』, 제3권 제2호, 2002. 12.

_____, “의료행위 개념의 확대”, 『의료법학』, 제5권 제1호, 2004. 7.

서광민, “의료과오책임의 법적 구성”, 『민사법학』, 제8호, 1990. 8.

장연화, “의료법상 환자유인금지규정에 관한 연구”, 『비교형사법연구』, 제11권 2호, 2009. 12.

정정일, “의료광고의 허용한계와 법률적 쟁점”, 『법조』, 제57권 4호, 2008. 4.

최행식, “의료사고 피해구조에 관한 고찰”, 『원광법학』, 제26권 1호, 2010.

_____, “의사의 설명의무와 환자의 자기결정권”, 『법학연구』, 제17권, 한국법학회, 2004. 12.

황만성, “무면허 의료행위에 있어서의 의료행위의 개념”, 『형사판례연구』, 제14호, 2006. 9.

[국문초록]

유령수술행위의 형사책임
-미용성형수술을 중심으로-

황만성(원광대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사)

최근, 서울의 성형수술 병원에서 중국 여성 환자가 사망한 원인이 대리 의사의 무단 유령수술 때문이 아니냐는 의혹이 제기되었다.

사고가 발생한 후, 소비자시민모임과 한국환자단체연합회는 지난 3월 유령수술감시 운동본부를 발족시켰다.

환자가 알지 못하는 상태에서 환자의 동의 없이 담당 의사를 교체하는 것은 사기행위이자 기본적인 윤리를 저해하는 행위이다. 환자는 1명의 인간으로서 자신을 치료할 의사를 선택할 권리가 있으며, 대리의사를 용인하거나 거부할 수 있는 권한도 환자에게 부여되어야 한다.

환자가 수술을 허락한 사람은 집도의라는 점을 유의해야 한다. 환자는 자신이 계약한 의사로부터 치료를 받을 권리가 있다. 환자를 치료하는 의사는 환자−의사 관계를 창출하는 계약이 허용하는 범위 내에서 자신의 능력껏 수술을 시행할 의무가 있다. 그는 환자로부터 부여 받은 수술 권한을 다른 사람에게 위임할 수 없다.

‘유령수술은 형법 제257조(상해, 존속상해)가 적용된다. 환자가 알지 못하는 상태에서 환자의 동의 없이 집도의를 교체하는 것은 상해행위이다. 이 부분이 쟁점인데,‘유령수술이 형법 제347조(사기)와도 연관이 있기 때문이다. 환자가 알지 못하는 상태에서 환자의 동의 없이 다른 의사가 수술을 대신하는 것이 사기 행위에 해당하는지 하는 문제도 쟁점이 될 수 있다. 뿐만 아니라, 유령 수술은 의료법 제27조(무면허 의료행위 등 금지), 제22조(진료기록부 등), 제33조(개설 등)와도 관련이 있다.

환자에 대한 의사의 의무는 (1) 수술 동의를 통해 자신에게 주어진 권한의 범위 내에서; (2) 계약 조건에 따라; (3) 수술의 필요성/진행과 관련된 모든 사실을 완전하게 공개하고, (4) 자신의 모든 역량을 발휘하면서 수술에 임하는 것이다.

주제어 : 유령수술, 상해죄, 사기죄, 무면허의료행위, 성형수술

Criminal Liabilities of Ghost Surgery

Hwang, Manseong

Professor of Wonkwang Univ. Law School, Ph.D. in Laws

=ABSTRACT=

Recently, a plastic surgery hospital in Seoul, has been raided following suspicions that ghost surgery was performed by an unauthorized substitute surgeon on a chinese woman who lapsed into a death.

Following the incident, an organization to eradicate ghost surgery was created in March by Consumers Korea, founded to protect consumer rights, and the Korea Alliance of Patients Organization. The organization has received reports of illegal medical practices.

To substitute another physician without the patient's consent and without his knowledge of the substitution is fraud and deceit and a violation of a basic ethical concept. The patient as a human being is entitled to choose his own physician and he should be permitted to acquiesce in or refuse to accept the substitution.

It should be noted that it is the operating surgeon to whom the patient grants his consent to perform the operation. The patient is entitled to the services of the particular surgeon with whom he contracts. The surgeon, in accepting the patient, obligates himself to utilize his personal talents in the performance of the operation to the extent required by the agreement creating the physician-patient relationship. He cannot properly delegate to another the duties which the patient authorizes him to perform personally.

'Ghost surgery' comes under Article 257(Inflicting Bodily Injury on Other or on Lineal Ascendant) of the Criminal Code. Substitution another physician without the patient's consent and without his knowledge of the substitution shall be

performed Inflicting Bodily Injury.

This is a controversial issue that‘ghost surgery’comes under Article 347(Fraud) of the Criminal Code. It maybe controversial that operation substituted by another physician without the patient’s consent and without his knowledge of the substitution becomes the component of Fraud.

Also, Ghost surgery’comes under Article 27 (Prohibition of Unlicensed Medical Practice, etc.), Article 22 (Medical Records, etc.), Article 33 (Establishment) of the Medical Service Act.

The surgeon’s obligation to the patient requires him to perform the surgical operation: (1) within the scope of authority granted him by the consent to the operation; (2) in accordance with the terms of the contractual relationship; (3) with complete disclosure of all facts relevant to the need and the performance of the operation; and (4) to utilize his best skill in performing the operation.

Keyword: Ghost surgery, Injury, Fraud, Consent of Victim, Plastic surgery