

진료기록부 부실기재 등의 법적 평가

황 만 성 *

I. 들어가며	IV. 진료기록 부실기재 등의 법적 평가
II. 진료기록부	1. 부실기재 등의 의의
1. 진료기록부의 의의	2. 판례의 내용
2. 기재시기 및 방법	V. 진료기록 허위기재 등의 법적 평가
3. 진료기록부의 가치	1. 허위기재 등의 의의
III. 새로운 의료소송모델과 진료기록부	2. 형법상 '문서에 관한 죄'의 成否
1. 서면에 의한 주장과 쟁점의 정리	3. 의료소송에서의 평가
2. 기일전 증거조사	VI. 결 론

I. 들어가며

의료소송은 1989년 이후 소송접수건수 증가율이 연평균 36%를 넘고 있으며, 특히 최근 4년간은 소송접수건수가 매년 100건 이상 증가하고 있고, 의료행위의 특수성으로 인하여 의료소송을 일반적인 소송절차와 달리 취급해야 한다는 주장이 지속적으로 제기되는 등 의료소송은 관련 전문가뿐만 아니라 의료서비스의 문제를 공감하는 일반인에게도 중요한 관심사가 된 듯하다.

의료행위는 고도의 전문지식을 필요로 하는 분야로서 그 행위의 대부분이 환자측의 참여가 배제된 수술실 등에서 비공개적으로 행해지고, 진료기록 등 의료행위과정에 대한 기록과 정보가 모두 의사측에 의해 작성되고 보관되는 등의 특수성으로 인하여 의료소송은 情報가 偏在된 訴訟이라는 점이 의료소송의 가장 큰 특징으로 들 수 있다.

의료소송에 있어서 쟁점을 이루는 것은 '診療過誤 與否'인데, 이를 입

* 형사정책연구원 연구원

증하는 자료는 被告人 의사측에 편재되어 있는 것이 보통이다. 즉, 환자에 대한 진료기록부, 검사결과, X선사진, 투약의 내용, 수술경과보고 등 소송에 있어서 중요한 증거방법이 되는 資料를 모두 의사측에서 장악하고 있는 것이다.

이러한 특수성으로 인하여 원고인 환자측에서는 의사의 과실유무는 고사하고, 구체적으로 환자의 증상 및 의사측에서 어떠한 진료행위를 하였는지 조차도 알지 못하는 경우가 허다하고 당해 진료행위가 어떤 판단에 근거하여 이루어진 것이며 의학적으로 적정한 것인지 등에 관하여 전혀 알지 못하는 경우가 많았다.

이와 같은 의료행위와 관련한 정보의 편중을 해소하기 위한 방법으로서는 진료기록부 등 의무기록이 의학적인 목적 외에도 소송합리화를 위한 목적으로서도 중요하게 평가되고 있다.

의료법 제21조 제1항에서는 「의료인은 각각 진료기록부 조산기록부 간호기록부 그 밖의 진료에 관한 기록(이하 “진료기록부등”이라 한다)를 비치하여 그 의료행위에 관한 사항과 소견을 상세히 기록하고 서명하여야 한다」라고 규정하여 진료기록부등의 기재를 의무화하고 있으며, 동조 제2항에서는 진료기록부등을 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 보존하도록 규정하고 있다.

또한 의료법 제20조 제1항 단서는 환자, 그 배우자, 그 직계존속 또는 배우자의 직계존속이 요구하는 경우에 환자에 대한 기록 열람 및 사본교부 등을 하도록 하는 의무를 의료인 또는 의료기관종사자에게 부과하고 있어 의무기록 확보를 위한 환자측의 법적 권리를 보장하고 있다.

그러나 실무상 진료기록부등이 차지하고 있는 중요성과 의료법에서 진료기록부등 작성·보존을 법적으로 강제하고 있음에도 불구하고 진료기록의 내용이 부실하게 기재된 경우나 더 나아가 아무런 기재도 되어있지 않은 경우 또는 사후적으로 진료기록의 내용이 변경되거나 보충된 경우의 법적 문제에 관하여는 많은 논의들이 이루어지지 못하고 있는 듯하다. 따라서 이하에서는 진료기록부에 관한 의료소송상의 논의를 살펴보고, 진료기록행위를 유형별로 나누어 각각의 경우에 대한 법적 평가를 판례를

중심으로 살펴보고자 한다.

II. 진료기록부

1. 진료기록부의 의의

진료기록부란 의사가 그 의료행위에 관한 사항과 소견을 상세히 기록하고 서명한 것이다(의료법 제21조 제1항). 이 진료기록부에는 (가) 진료를 받은 자의 주소·성명·생년월일·성별·주민등록번호·병력 및 가족력 (나) 주된 증상, 진단결과, 진료경과 및 예견 (다) 치료내용(주사·투약·처치등) (라) 진료일시분을 기재하여야 한다(의료법 시행규칙 제17조).

이와 같은 진료기록부는 진료의 개시로부터 완결까지 의사가 환자에 대한 진료시마다 그 진료에 관한 사항과 소견을 기재하여야 할 서류이다. 진료기록부는 진료기록부라고 표시되어 있지 않아도 진료에 관한 사항과 소견이 기재되어 있는 서류는 진료기록부로 보아야 할 것이다.¹⁾ 예를 들면 진료부, 진료록, 진료경과기록, 수술기록 등이 이에 해당한다.

법률상 작성이 요구되는 진료기록부는 의사가 의료를 행함에 있어서 기초자료로서 흠결해서는 아니되는 것인데, 이것만으로는 현대의 복잡다기하고 고도로 과학적인 진료행위를 행함에는 불충분하기 때문에, 일반적으로는 의사 또는 의사 이외의 자가 기재 작성하는 다양한 진료보조기록(각종의 검사기록, 간호사가 작성하는 체온표 등)이 이용되고 있다. 따라서, 이들 진료보조기록은 진료기록부에 준하여 취급되어야 한다.²⁾

1) 권광중, “의료소송의 절차상의 제문제”, 재판자료 제27집, 법원행정처, 359면: 판례도 「...의료법에서 진료기록부의 작성 시기와 방법에 관하여 구체적인 규정을 두고 있지 아니하므로, 의사가 의료행위에 관한 사항과 소견을 위와 같은 목적에 따라 사용할 수 있도록 기재한 것이면 그 명칭의 여하를 불문하고 위 법조에서 말하는 진료기록부에 해당하는 것이고…」라고 판시하고 있다(대법원 1997. 8. 29. 선고 97도1234)

2) 권광중, 전제논문, 359면.

2. 기재시기 및 방법

(1) 진료기록부의 기재시기

현행법상 진료기록부 기재시기에 관한 명문의 규정은 없다. 그러나 기재시기에 관하여 판례는 「의사는 그 진료기록부를 작성함에 있어서 최선을 다하여 그 의료행위에 관한 사항과 소견을 알기 쉽고 신속 정확하게 기록할 수 있는 시기와 방법을 택하여야 할 것이나, ... 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 것³⁾이라는 입장이다. 그러나, 진료기록부에 진료일시분을 기재하도록 되어 있고(의료법시행규칙 제17조 1의 라항), 또 인간은 착각에 빠지기 쉬우며 그 기억도 반드시 명석한 것은 아니므로 진료 직후에 기재하는 것이 바람직하며, 가능한 빨리 기재하여야 할 것이다.

(2) 진료기록부의 기재방법

진료기록부의 기재방법에 관하여도 의료법등은 명문의 규정을 두고 있지 않다. 다만, 의료법 시행규칙 제17조에서는 「진료기록부에는 다음 각 호의 구분에 따라 해당사항을 한글과 한자로 기재하여야 한다. 다만, 질환명 검사명 약제명등 의학용어는 외국어로 기재할 수 있다」는 규정을 두어 한글로 작성하는 것을 원칙으로 정하고 있다.

진료기록부는, 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 있는 것³⁾이므로 다른 의료종사자나 환자등이 알아볼 수 없도록 난해하여서는 아니된다.

3) 대법원 1998. 1. 23. 선고 97도2124

종합병원 등에서는 담당의사가 바뀌어도 환자의 상황을 손쉽게 알 수 있도록, 외국어로 기재하는 경우에도, 정확 명료하게, 생략없이 기재하여야 하고, 철자가 바르지 않다거나, 영어인지 독일어인지, 무슨 약어인지 알 수 없어서는 안된다.

해독할 수 없는 진료기록부는 진료기록부로서의 가치가 없고, 해독할 수 없는 기재는 진료기록부 기재의무를 다한 것은 아니라고 해석하여야 할 것이다.⁴⁾

의료법에서 진료기록부의 작성방법에 관하여 구체적인 규정을 두고 있지 아니하므로, 의사는 의료행위의 내용과 치료의 경과 등에 비추어 효과적이라고 판단하는 방법에 의하여 진료기록부를 작성할 수 있다. 종래에는 종이에 진료기록을 작성하는 것이 일반적이었으나, 최근에는 컴퓨터등의 보급으로 인해 전자기록의 형태로 작성하는 방법도 많이 이용되고 있다. 2002년 3월에 개정·공포된 의료법에는 전자처방전, 전자의무기록, 원격의료에 관한 규정들을 두고 있다. 특히 개정된 의료법 제21조의2는 전자의무기록에 관한 규정을 신설하여 “진료기록부등을 전자서명법에 의한 전자서명이 기재된 전자문서로 작성할 수 있다”라고 하여 진료기록등을 전자문서의 형태로 작성하는 것이 가능하도록 법적 근거를 마련하였다.

진료기록의 작성은 이른바 문제중심의무기록 작성방법(Problem Oriented Medical Record), 환자중심 의무기록 작성방법, 단기의무기록 작성방법, 또는 기타의 다른 방법 중에서 재량에 따른 선택에 의하여 진료기록부를 작성할 수 있을 것이지만, 어떠한 방법에 의하여 진료기록부를 작성하든지 의료행위에 관한 사항과 소견은 반드시 상세히 기록하여야 한다.⁵⁾

(3) 진료기록의 주체

진료기록부는 진료를 한 의사가 기재하고 서명하여야 한다. 대법원도 「진료기록부에 의료행위에 관한 사항과 소견을 기록하도록 한 의료법상

4) 권광중, 전제논문, 360면.

5) 대법원 1998. 1. 23. 선고 97도2124

작위의무가 부여된 주체는 구체적인 의료행위에 있어서 그 환자를 담당하여 진료를 행하거나 처치를 지시하는 등으로 당해 의료행위를 직접 행한 의사에 한하고, 아무런 진료행위가 없었던 경우에는 비록 주치의라고 하더라도 그의 근무시간 이후 다른 당직자에 의하여 행하여진 의료행위에 대하여까지 그 사항과 소견을 진료기록부에 기록할 의무를 부담하는 것은 아니다」⁶⁾라고 하여 진료기록부 작성의무의 주체를 구체적인 의료행위에 있어서 실제로 환자를 진료한 의사에 국한하고 있다. 또한 진료를 하지 않은 의사는 진료를 한 의사를 보조하기 위하여 그 의사의 口述에 의하여 기재하는 때를 제외하고 진료기록부에 기재하여서는 안 된다.⁷⁾

3. 진료기록부의 가치

진료기록은 임상 의사가 환자를 진료하면서 경험한 기억을 보조하는 기능을 할 뿐만 아니라 이를 통하여 환자의 진료에 대한 의사결정을 하는 직접적 도구가 된다. 또한 의무기록을 통하여 임상경험과 의학지식의 축적, 연구의 수행등이 이루어지며, 병원과 의료인, 환자간의 의사소통을 하는 중요한 매개체 역할을 한다.⁸⁾

(1) 患者에게 있어서의 價値

진료기록부는 환자에게 있어서는 진료기록부의 기재사항에 의하여 자신의 병명을 알고, 또 그에 적절한 치료를 받을 수 있는 점에 커다란 가치를 갖는다. 즉, 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 한다는 것이다. 진료기록은 환자 치료의 근거와 환자치료에 대

6) 대법원 1998. 1. 23. 선고 97도2124

7) 대법원 1982. 4. 27 선고, 82도122

8) 정규원, "의료정보의 활용 및 보호", 정보법학 제6권 제1호, 2002.7., 8면.

한 평가의 연속성을 유지하는 기능을 한다. 이전에 외래 또는 입원한 바 있는 환자가 동일질환 또는 타 질환으로 다시 내원한 때에 의사는 그 환자의 진료기록부를 열람함으로써 환자의 병력을 확인하고 빠르고 정확한 진단을 가능하게 한다.

또한 진료기록부는 의료행위가 종료된 이후에는 분쟁이 발생하였을 때에 그 의료행위의 적정성을 판단하는 자료로 사용될 수 있음으로써 정보가 편중되어 있는 의료소송에서 그 중요성을 더하고 있다.

(2) 의사에게 있어서의 가치

환자의 치료과정중에 나타나는 치료행위의 의학적 평가의 자료로 진료기록부는 가치를 지닌다. 이러한 치료행위에 관한 의학적 평가는 진료기록을 통하여 다른 의사와의 사이에 의사소통의 수단으로 활용될 수 있다.

또한 진료기록부는 환자가 사망하여 병리 해부되는 때에 생존중의 임상학적 정보로서 병리학적 진단의 중요한 참고자료가 된다. 환자 퇴원 후 그 환자에 대한 추적조사를 위하여 이용될 수도 있으며, 임상학적 연구 특히 학술발표로서 증례보고하는 경우 및 다수증례의 통계적 발표를 하는 경우에 이용될 수 있다.

(3) 기타 영역에 있어서의 價値

진료기록부는 병원관리의 기초자료로서 또는 그로부터의 유도자료로서 병원의 의료수준향상에 이용될 수 있으며, 전염병에 관한 자료, 의료품의 부작용 조사자료로서 이용되며, 건강보험의 경우 진료보수 청구사무의 자료로서 이용되고 있다.

또한, 소송상의 증거로서 가치를 지닌다. 즉, 사인간, 의사(또는 병원)와 환자 간의 가해행위 또는 치료행위에 관한 민·형사 사건에 있어서 증거로서 이용된다.

Ⅲ. 새로운 의료소송모델과 진료기록부⁹⁾

2001.3.1.부터 전국의 모든 법원이 새로운 민사사건 관리방식에 따라 민사소송절차를 진행하게 되었다.¹⁰⁾ 새로운 민사사건 관리방식의 특징은 ① 당사자들이 법정에서 출석하지 않은 상태에서 답변서나 준비서면을 통하여 쟁점정리절차를 거치고, ② 가급적 1회의 재판기일을 열어 최종적으로 쟁점을 정리하고 확인하는 쟁점정리기일을 진행하며, ③ 가능한 1회의 증거조사기일에 증인등 필요한 증거조사를 일괄 집중적으로 시행하는 절차인 집중증거조사기일을 진행함으로써 심리를 종결하는 것이다.

이하에서는 새로운 민사사건 관리방식에 따라 서울지방법원 민사 제15부(의료전담부)의 심리방식을 간단히 소개하기로 한다.¹¹⁾

1. 서면에 의한 주장과 쟁점의 정리

(1) 법적 구성 문제

환자측인 원고는 의료소송의 청구원인으로 불법행위에 기한 손해배상 청구나 채무불이행에 기한 손해배상청구의 어떤 형태로든지 주장할 수 있다. 청구원인을 어떻게 구성하든지 주장, 입증책임에는 차이가 없으나, 소멸시효, 배우자 등 근친자의 위자료청구권,¹²⁾ 지연손해금 기산일, 의사

9) 의료소송의 심리절차와 그 문제점에 관하여는, 의료재판실무편람, 법원행정처: 김선중, “새로운 심리방식에 따른 의료과오소송의 심리와 실무상 문제점”, 법조, 2001.7.; 박형준, “의료과오소송의 심리상 문제점”, 서울지방법 실무논단(1997): 박형준, “의료과오소송의 심리방식 개선에 관한 소고”, 법조, 1997.11.; 신현호, “의료소송의 현황과 문제점”, 법조, 2001.7. 참조.

10) 새로운 민사사건 관리방식의 구체적인 내용에 관하여는 법원행정처, 새로운 민사사건 관리 모델 실무편람, 2001, 법원행정처. 참조.

11) 서울지방법원 민사 제15부(의료전담부)의 심리방식에 관한 내용은 김선중, “김선중, “새로운 심리방식에 따른 의료과오소송의 심리와 실무상 문제점”에서 소개된 내용을 정리한 것임을 밝힌다.

12) 대법원 2000. 11. 24. 선고 2000다38718, 38725 판결은, 숙박업자가 숙박계약상의 고객 보호의무를 다하지 못하여 투숙객이 사망한 경우, 숙박계약의 당사자가 아닌 그 투숙객의 근친자가 그 사고로 인하여 정신적 고통을 받았다 하더라도 숙박업자의 그 망인에 대한 숙박계약상의 채무불이행을 이유로 위자료를 청구할 수는 없다고 판시하였다.

개인책임 또는 사용자책임 여부 등에 관하여는 뚜렷한 차이가 있다.¹³⁾ 실무상으로는 원고가 채무불이행책임과 불법행위책임을 선택적으로 모두 주장하면, 법원은 원고의 청구를 인용할 경우 대개 불법행위에 기한 손해배상책임으로 인정하여 의사 개인책임과 병원의 사용자책임, 근친자의 위자료청구권을 모두 인정하고 지연손해금도 불법행위일인 사고일로부터 기산하는 것이 대부분인 것으로 보인다.

(2) 주장 입증 책임

의료소송의 특수성에 따라 원고의 과실, 인과관계에 대한 입증책임을 경감시켜 주고 있으나, 그렇다고 하여 주장, 입증책임 자체가 전환되는 것은 아니다. 가끔 원고측이 구체적 과실을 지적하지도 않은 채 막연하게 적절한 진료의무를 이행하지 않았다고만 주장하는 경우도 있는데, 원고측은 구체적인 과실을 주장, 입증하여야 하고 법원은 변론주의 원칙에 따라 원고측이 전혀 주장하지도 않은 의료과실을 인정할 수 없다.

(3) 진료경위서 제출 및 서면공방

의료사건에 있어 환자측은 어떤 진료행위가 있었는지 조차도 알지 못하는 경우가 대부분인데, 이러한 상황에서 처음부터 원고가 된 환자측에게 의사의 과실이 무엇인지를 특정하여 주장, 입증할 것을 요구하는 것은 무리가 아닐 수 없다. 따라서 원고의 소장이 제출되어 소송이 계속된 경우에, 법원은 먼저 피고에 대하여 당해 진료행위의 경과를 시간적 순서에 따라 상세히 기재한 서면(진료경위서)을 답변서 또는 준비서면의 형태로 제출하도록 권유하는 것이 바람직하다고 생각된다. 위 진료경위서에는 우선 환자가 피고병원에 내원할 당시의 상태(체온, 맥박, 호흡수, 기타 외관적 상태)와 그에 따라 의사가 취한 진료행위의 구체적 처치내용(문진, 방사선촬영 등의 각종 검사, 투약, 시술)이 기재되도록 하고, 이를 뒷받침할 수 있는 증거자료인 진료기록부의 해당부분이 적절히 인용되도록 하여야 ('경과기록 몇일자 기재 참조' 등으로 부기하는 방법)할 것이다.

그 외에도 자신의 치료행위가 적절한 것이었거나 불가항력적인 상황이

13) 박형준, 앞의 글 참조.

었다는 의학적 주장이나 시효소멸, 합의 등의 법적 주장이 있으면 이를 함께 기재하도록 하고, 피고의 의학상의 주장에 관하여는 참조하여야 할 의학상의 문헌을 인용하여 함께 제출하도록 권고하는 것도 바람직 할 것이다.

서울지방법원 의료전담부에서는 소장이 법원에 접수되는 즉시 소장부본과 함께 소송절차안내서를 피고측에 보내어 위와 같은 진료경위서를 제출할 것을 권유함으로써, 변론의 충실을 기함과 아울러 재판이 불필요하게 지연되는 것을 방지하고 있다.

(4) 이행의 강제

주장, 입증에 관한 재판장의 소송지휘에 정당한 이유없이 따르지 않는 당사자는 주장, 입증책임을 부담하지 않는 사항에 관하여도 변론의 전취지에 의한 불이익을 감수하여야 할 것이다. 그리고 이러한 경우에 법원은 당해 의사를 증인 또는 당사자 본인의 자격으로 소환한 다음 진료행위의 세세한 과정 전부를 신문하는 등의 불편을 감수하게 할 수 있으므로, 이러한 방법을 통하여 간접적이거나 그 이행을 강제할 수 있을 것이다.

한편, 더 나아가 의사측에게 1차적인 주장책임을 부담시키는 입장에 선다면, 의사측이 원고의 주장사실을 일응 부인하는 답변만 한 채 법원의 계속된 석명촉구에도 불구하고 더 이상 상세한 답변을 하지 않고 있는 경우에, 법원은 민사소송법 제138조 제2항에 따라 이러한 피고의 방어방법은 명료하지 아니한 방어방법에 불과하다고 판단하여 그 부인을 각하한 후 의제자백으로 원고 승소의 판결을 선고하여야 한다는 견해¹⁴⁾도 있다.

2. 기일전 증거조사

(1) 의료전담부의 심리방식

쟁점정리기일에서는 쌍방의 주장과 함께 증거관계에 대한 정리를 마쳐야 하므로, 쟁점정리기일의 효율적인 운영을 위하여는 그 이전에 증인의 조사를 제외한 모든 증거신청 및 증거자료의 현출이 완료되도록 하여야

14) 권광중, 전개논문, 403면.

한다. 이를 위하여 서울지방법원 의료전담부에서는 당사자 쌍방에게 소송 절차안내서를 보내고, 필요한 증거는 기일전에 미리 일괄하여 제출, 신청 하도록 촉구하고 있다.

피고측도 종전에는 원고가 신청한 증거조사결과를 보아가며 신청여부를 결정하겠다는 등 증거신청에 소극적이었다. 그러나 새로운 민사사건관리방식에서는 자신의 무과실을 적극적으로 입증하고, 실권효의 제재를 피하기 위하여서도, 원고와 동시에 진료기록감정을 신청하는 등 늦어도 최초의 쟁점정리기일이 열리기 전까지는 자신에 유리한 증거를 미리 확보하여 제출하는 것이 바람직할 것이다.

(2) 서증(書證)

원칙적으로는 진료기록을 서증으로 제출하는 당사자측이 번역문을 첨부하여야 할 것이나(민사소송법 제277조), 서울지방법원 의료전담부는 피고측에게 진료기록부(임의제출 또는 문서제출명령) 및 그 번역문을 제출하도록 하고 있고, 다만 다른 병원의 진료기록부는 원칙에 따라 서증으로 제출하는 당사자측에서 번역문을 제출하도록 한다.

가. 진료기록부

(가) 의 의

의료인은 진료기록부, 조산기록부 또는 간호기록부를 비치하여 당해 의료행위에 관한 사항과 소견을 상세히 기록하고 서명, 보존하여야 할 법적 의무가 있고(의료법 제21조), 그 진료기록부에는 “(가) 진료를 받은 자의 주소, 성명, 생년월일, 성별, 주민등록번호, 병력 및 가족력, (나) 주된 증상과 진단결과, 진료경과 및 예견, (다) 치료내용(주사, 투약, 처치 등), (라) 진료 일시분”을 기재하여야 한다(의료법 시행규칙 제17조). 따라서 의사의 진료행위는 모두 진료기록부에 기재되는 것이 원칙이므로, 의료과오소송의 심리에 있어서 사실확정은 기본적으로 의사가 작성한 진료기록부(간호기록부, 각종 검사결과지, 방사선촬영결과 등을 포함하는 광의의 진료기록부를 뜻한다)에 의하게 된다.

(나) 피고병원의 진료기록의 경우

① 제출의무자

전통적인 입증책임론에 의하면, 진료기록은 요건사실에 대한 입증책임을 지는 원고인 환자측이 번역하여 제출하여야 한다. 그러나 진료기록부는 대개 외국어로 된 전문용어로 작성되어 있을 뿐만 아니라, 작성자의 독특한 필체로 작성되어 있는 경우가 많아, 원고측에서 실제로 어떠한 내용이 진료기록부에 기재되어 있는지를 제대로 파악하지 못하는 것이 현실이다. 따라서 서울지방법원 의료전담부에서는 민사소송의 공정한 진행 의무와 소송법상의 신의칙 등에 근거하여, 원칙적으로 피고인 의사측으로 하여금 진료기록부를 서증으로 제출하도록 권유하고 있다.

② 문서제출명령

진료기록부는 통상 임의제출이나 문서송부촉탁의 형식으로 제출되고, 원고측은 의료법 제20조에 따라 피고병원에 진료기록열람을 청구하거나 증거보전 등의 방법에 의하여 진료기록을 확보할 수 있다. 그러나 이로써도 진료기록을 확보하지 못하는 경우, 또는 피고가 기록기록중 일부를 제출하지 않은 경우(예를 들어, 방사선필름이 누락되는 경우가 흔히 있다) 문서제출명령을 하게 된다.

문서제출명령의 신청이 있을 때에는 제출의무의 유무와 소지 여부를 심리한 후 인정여부의 재판을 한다. 서울지방법원 의료전담부에서는 진료기록부는 민사소송법 제316조 소정의 인용문서(피고가 소송에서 진료기록부를 인용하고 있는 경우), 인도 및 열람청구권이 있는 문서(의료법 제20조), 이익문서, 법률관계문서 등의 요건을 충족한다고 보아 대부분 원고측의 신청을 받아들여 문서제출명령을 발하고 있다.

문서제출명령신청서에 기재할 '증명할 사실'에 관하여는, 의료소송의 특성상 '증명할 사실'을 일반적인 소송에서와 마찬가지로 구체적으로 기재할 것을 요구하는 것은 무리이므로, 일반적 추상적 기재로서 족하다고 할 것이다.

피고가 문서제출명령에 따르지 않는 경우에는 법원은 진료기록부에 관한 원고의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있으나(민사소송법 제320조), 만약 원고가 진료기록부에 어떠한 기재가 있다고 주장하였다면 당해 진료기록부에 그러한 기재가 있다고 하는 원고의 주장을 진실한 것으로 인

정할 수 있음에 지나지 않고, 원고가 피고의 과실을 입증할 목적으로 제출명령 신청을 하였다고 하여도 피고의 제출거부에 의하여 피고의 과실까지 추정되는 것은 아니다. 다만 피고에 의한 제출거부가 변론의 전취지의 일환으로서 법원의 심증형성의 자료가 되고, 사실인정에 영향을 미칠 수가 있음은 물론이다.

(다) 다른 병원의 진료기록의 경우

피고병원 외의 다른 병원이 소지하고 있는 진료기록에 대하여, 환자측이 민사소송법 제323조, 민사소송규칙 제75조의 규정에 의하여 문서송부촉탁 내지 서증조사신청을 하는 경우가 자주 있는데, 서울지방법원 의료전담부에서는 특별한 사정이 없는 한 이를 모두 받아들이고 있다.

송부된 진료기록부를 서증으로 제출할 것인가의 여부는 당사자의 자유이나, 서증으로 제출하려면 제출자측에서 번역문을 첨부하여야 할 것이다.

나. 번역

원칙적으로 진료기록을 서증으로 제출하는 당사자측에서 이를 번역하여 번역문을 함께 제출하여야 하므로(민사소송법 제252조), 피고측이 진료기록을 서증으로 제출하는 경우에는 당연히 피고측에서 번역도 함께 하여야 할 것이다. 그러나 원고측이 진료기록을 서증으로 제출하는 경우에도, 진료기록부는 대개 외국어로 된 전문용어로 작성되어 있을 뿐만 아니라, 병원마다 약품명 등을 독특한 약자로 쓰는 경우가 많고, 작성자의 독특한 서체로 작성된 경우가 많아 원고측으로서는 그 내용을 제대로 파악하기 힘들어 번역이 지극히 어려운 경우가 대부분이다.

따라서 서울지방법원 의료전담부에서는 피고병원의 진료기록은 가급적 피고측에서 서증으로 제출하도록 권유하고, 설사 원고측에서 진료기록을 서증으로 제출하였다고 하더라도 적절한 소송지휘를 통하여 피고측에서 번역하도록 권고하고 있다.

IV. 진료기록 부실기재 등의 법적 평가

1. 부실기재등의 의의

진료기록의 부실기재 등이란, 의료법 시행규칙 제17조에서 규정하고 있는 기재사항¹⁵⁾의 전부 또는 일부를 기재하지 않은 경우를 의미한다. 즉, 부실기재등은 기재사항의 일부를 누락한 경우뿐 아니라 전부를 기록하지 않은 미기재까지 포함하는 개념으로 보아야 할 것이다.

진료기록 부실기재행위에 관한 법률규정을 의료법에 두고 있는데, 의료법 제21조 제1항에서 의사에게 진료기록부를 작성할 의무를 부여하고 있으며 이를 위반한 경우에는 300만원이하의 罰金에 처하거나(의료법 第69條), 1年の 범위내에서 그 免許資格을 停止당할 수 있도록(의료법 제53조 제1항 3호) 규정하고 있다. 구체적인 처분기준에 의하면, 진료기록부 등을 기록, 서명하지 아니한 때에는 면허자격정지 15일에 처하도록 하고 있다(처분기준 2-가-12).

진료기록의 부실기재행위에 대하여는 이러한 형사제재와 행정처분을 정하고 있지만, 의료소송의 실무에서는 진료기록부가 의료행위의 적정성을 판단하는 중요한 자료로서 기능하고 있으므로, 진료기록의 부실기재에 대하여 법원이 어떻게 평가하고 있는지가 중요한 논의의 대상이 되고 있다.¹⁶⁾

의료소송에서의 사실인정은 거의 대부분은 병원측이 작성한 진료기록을 토대로 이루어지고 있고, 보충적으로 원고나 그 가족, 병원 의료진의 증언이 활용되고 있다. 의사(또는 병원)측은 향후 제기될지도 모를 소송에서 자신의 의료행위의 정당성을 방어하는 차원에서라도 자신이 행한

15) 가. 진료를 받은 자의 주소 성명 주민등록번호 병력 및 가족력, 나. 주된 증상, 진단결과, 진료경과 및 예견, 다. 치료내용(주사 투약 처치등), 라. 진료일시분

16) 진료기록부의 부실기재등 행위에 대하여는 이를 입증방해의 한 유형으로 보아 입증방해론을 구성하는 견해가 유력하게 주장되고 있다. 입증방해론의 자세한 내용에 대하여는 박영호, "의료소송과 입증방해", 형평과 정의, 2000.12.; 손용근, 의료과오소송에 있어서의 입증경감에 관한 연구, 연세대학교 박사학위논문, 1996; 박인섭, 입증방해에 관한 연구 -의료사고소송을 중심으로-, 경상대학교 석사학위논문, 1997. 참조.

진료, 처치의 내역을 기록에 명백히 남겨야 할 것인데, 실제로는 재판상 중요한 의미를 지니는 진료내역이 진료기록에 전혀 기재되어 있지 않은 경우가 흔히 있다. 예를 들면, 분만 도중 태아심박동 측정 여부, 또는 수술 후 환자에 대한 활력징후 측정 등 관찰의무의 이행 여부가 소송상 핵심문제가 되는 경우, 병원측은 태아심박동이나 혈압, 맥박 등의 활력징후를 측정하였으나 정상이었기 때문에 특별히 기재되지 않았다는가, 응급상황이라서 또는 실수로 기재가 누락되었다는 이유를 대면서 진료상의 주의의무를 충실히 이행하였다고 주장하곤 한다. 이러한 경우 사실관계의 확정을 어떻게 하느냐가 문제인데, 서울지방법원 의료전담부에서는 진료기록을 인위적으로 조작하였을 때 입증방해행위로서 병원측에 불리한 평가자료로 삼는 것과 유사하게, 진료기록 부실에 대하여 병원측에 불리한 평가를 함으로써 문제되는 의료행위가 이행되지 않은 것으로 사실인정을 하는 경우가 종종 있고 의료과실을 추정하는 유력한 자료가 된다.

2. 판례의 내용

(1) 부실기재를 의료과실의 인정근거로 본 판례

① 대법원 1996. 6. 11. 선고 95다41079 판결

사안: 전신마취 후 수술 도중에 심정지가 발생하여 뇌손상으로 인한 전신마비

판시: 위 신00가 마취 전에 심전도검사를 하지 않았고 마취 중에도 심전도 감시장치를 부착시키지 않았으며(마취기록지나 기타 기록사항에 마취 중에 심전도감시장치를 이용했는지에 관하여 아무런 기재가 없다), 마취 중에 마취의사 등이 계속적으로 심음을 청진하였는지에 관하여 이를 인정할 아무런 자료가 없다면, 위 신00 등에게 수술 전이나 수술 중의 검사를 소홀히 한 잘못이 있다고 할 수밖에 없으므로, 원심이, 위 신00가 원고 손00에 대한 마취를 시행하기 전에 미리 심전도검사를 할 필요가 있었는데도 이를 하지 아니한 데 수술 전의 검사의무를 소홀히 한 과실이 있다고 인정한 것은 정당하다.

② 대법원 2001. 9. 14. 선고 2001다31547 판결

사안: 두부손상을 입은 환자가 주사수액을 투약받은 후 갑작스런 발작을 일으키고 폐부종이 초래되어 치료 도중 사망

판시: 망인을 간호한 최00가 망인에게 신선동결혈장액 5봉지를 투약한 후 다른 주사수액을 투약하고 나서 얼마 지나지 아니하여 망인이 요동을 치고 별령거리며 발작하며 코와 입으로 피를 내뿜은 사실을 알 수 있는바, 원고들이 주사수액이 생리식염수라고 주장하고, 피고측은 뇌압강하제인 만니톨이라고 주장한다. 원심은 당시 투약한 약물이 만니톨이라는 피고측 주장을 받아들였는바, 피고측 주장에 부합하는 증거로는 최00의 검찰에서의 진술과 제1심에서의 증언이 있으나, 이는 최00 자신이 작성하였다는 진료차트(갑제5호증의 12)의 해당 부분에 김00가 퇴근한 후 만니톨을 투약하였다는 기재가 전혀 없는 점에서 선뜻 채용하기 어렵다고 하지 않을 수 없다. 최00는 만니톨을 틀림없이 투약하였는데 실수로 이를 기재하지 아니한 것 뿐이라고 변소하였으나, 위 진료차트의 다른 부분은 아주 구체적으로 기재되어 있는 점에 비추어 4시간마다 투약하였다는 만니톨 투약 사실이 실수로 기재되지 않았다는 변소는 쉽게 납득하기 어렵다고 하지 않을 수 없다.

이처럼 혈액대용제 투약 후 주사한 약물이 만니톨이 아니라면 그 약물은 포도당 수액이라고 보아야 할 것인바, 이는 포도당 수액의 과다투약시 일반적으로 초래될 수 있다는 폐부종이 망인에게도 발생한 점과 일치한다. 그리고 간호사 최00 등이 의사 김00가 퇴근시 지시한 만니톨을 투약하지 아니하였다면 그 자체가 중대한 의료상의 과실이라 하지 않을 수 없고, 망인은 뇌압강하제인 이 약물을 투약받지 못하여 뇌압이 상승하여 원심 판시와 같은 발작이 왔을 가능성도 배제하지 못한다고 할 것이다. 따라서 원심으로서는 혈액대용제 투약 후에 투약된 약물이 무엇인지를 자세히 심리한 다음 의료상의 과실 유무를 따져 보았어야 할 것임에도 의심스런 최00의 진술을 가볍게 취신하여 만니톨을 투약한 것이라고 단정한 다음 이를 전제로 피고측의 의료상의 과실이 없다고 판단한 것은 위법하다.

③ 서울지법 2001. 7. 11. 선고 99가합36250 판결

사안: 폐결핵, 결핵성 농흉 치료를 위하여 개방창 형성술을 받은 환자가, 수술창을 봉합하는 개방창 폐쇄술을 받은 후 저산소증에 의한 허혈성 뇌손상으로 식물인간상태

판시: 원고는 전신 흡입마취 상태에서 이 사건 수술을 받던 도중 갑작스런 혈압하강 및 서맥 증세가 나타나(시간적 근접성), 그에 따른 저산소증에 의한 허혈성 뇌손상으로 식물인간 상태에 빠지게 되었는바, 위와 같은 전신 흡입마취 중 혈압하강의 원인으로는 마취 중 저산소혈증의 발생, 전신마취제의 과다사용, 원래의 심혈관계 질환, 수술 중 과다출혈, 외과적 시술에 따른 기계적 장애에 의한 심혈관계 억제나 반사반응, 환자의 갑작스런 자세변화, 부적합 수혈

등을 들 수 있다.

그런데, 이 사건 수술 전후를 통하여 원고에게 갑작스런 혈압하강을 초래할 만한 심혈관계 질환이 있었음을 인정할 아무런 증거가 없고, 또한 이 사건 수술 도중 과다출혈, 시술에 따른 기계적 장애, 갑작스런 자세변화 또는 부적합 수혈이 있었다는 흔적이 전혀 보이지 않으므로, 결국 이 사건 수술 도중 원고의 혈압하강 원인으로는 전신마취 중 저산소혈증의 발생과 전신마취제의 과다 사용만이 남게 되고(타 원인 개재가능성 배제), 나아가 이 사건 수술에 사용된 흡입마취제인 엔플루레인은 고농도로 투여될 경우 심한 혈압하강을 포함한 심혈관계의 불안정, 저산소혈증의 발현, 호흡억제 등이 나타날 수 있고, 또다른 흡입마취제인 아산화질소 또한 고농도로 투여될 경우 저산소혈증이 발생할 위험이 클 뿐만 아니라, 마취 도입시 아산화질소는 폐포(肺胞: 기관지가 폐의 내부에 들어가서 나뭇가지 모양으로 갈라져 그 종말부가 팽대되어 있는 부분으로, 여기서 공기와 혈액의 가스교환이 이루어진다)에서 혈액으로 대량 확산되는데, 마취 종료시 아산화질소의 흡입을 중단하고 공기를 흡입시키면 혈액내에 확산되었던 아산화질소가 대량으로 급격히 폐포내로 확산됨으로써 폐포내 산소분압과 탄산가스분압을 감소시켜 저산소혈증이 발생하고 2차적인 호흡억제가 발생하는 확산성 저산소증을 일으킬 수 있으므로, 마취 종료시 위와 같은 저산소혈증을 예방하기 위하여는 충분한 산소를 공급하여야 한다는 점(일반적·통계적 인과관계)을 고려한다면, 결국 피고병원 마취 담당의사인 김00 등이 이 사건 전신마취를 시행하면서 흡입마취제인 엔플루레인이나 아산화질소를 과다 사용하였거나(앞서 본 대로 피고병원의 진료기록부상 위 흡입마취제의 흡입농도17)에 관하여는 아무런 기록이 없다: 진료기록부 기재 누락), 또는 마취 종료시에 아산화질소의 흡입을 중단하면서(아산화질소의 흡입을 중단할 즈음인 15:45경 원고에게 혈압 하강 및 서맥 증세가 나타나기 시작하였다) 원고에게 충분한 산소를 공급하지 못한 잘못으로 말미암아 갑작스런 혈압하강 및 서맥 증세를 초래하였고, 그로 인하여 저산소증에 따른 허혈성 뇌손상을 야기한 것으로 추정된다.

④ 서울지법 2002. 5. 29. 선고 99가합110701 판결

신생아가 분만 후 저산소성 뇌손상으로 뇌성마비가 발생한 사안에서, 피고병원의 진료기록에는 분만 2기(자궁경관완전개대 이후부터 태아 만출 완료시까지)인 09:00부터 09:44분까지 태아심박동수, 자궁수축정도, 태아하강도, 태변

17) 일반적으로 흡입마취제인 엔플루레인은 마취 도입시에는 2-3%의 농도를, 마취 유지시에는 1-2%의 농도로 투여하고, 아산화질소는 산소와 50 : 50의 비율로 투여한다.

의 착색 여부 등에 대한 아무런 기재가 없었는데, 이를 토대로 피고가 분만 도중 산모와 태아 감시를 소홀히 하여 태아곤란증을 간과한 채 질식분만을 강행한 과실 및 인과관계를 인정하였다. 이에 대하여 피고는 산모와 태아의 상태를 면밀히 관찰하였으나 분만시까지 아무런 이상이 발생하지 않았기 때문에 기록을 남기지 않았다고 주장하였으나 이를 배척하였다.

(2) 부실기재를 의료과실의 인정근거로 보지 않은 판례

법원은 진료기록의 부실기재가 있는 경우라고 하더라도 의료행위에 있어서의 잘못을 원인으로 한 불법행위책임이 성립하기 위해서는, 일반적인 경우와 마찬가지로 의료상의 주의의무 위반과 손해의 발생이 있고 그 사이에 인과관계가 있어야 한다고 보고 있다. 즉, 의료행위의 특수성을 인정하더라도 먼저 환자측에서 일반인의 상식에 바탕을 두고 일련의 의료행위 과정에 의료상의 과실있는 행위가 있었고 그 행위와 결과사이에 다른 원인이 개재되지 않았다는 점을 입증하여야 하는데, 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실있는 행위가 있었다는 점에 관하여 아무런 입증이 없는 경우에는, 피고의 입증방해행위를 인정하더라도 그것만으로 바로 입증방해자에게 입증책임이 전화되거나 곧바로 상대방의 주장사실이 증명된 것으로 보아야 하는 것은 아니므로¹⁸⁾ 의료상의 과실이 추정되는 것이 아니라는 입장이다. 진료기록 변조와 같은 입증방해행위가 있더라도 법원은 자유심증에 따라 사실인정을 할 수 있듯이, 어떤 의료행위가 진료기록에 나타나 있는 경우에도 법원이 증언 등을 통하여 자유심증에 따라 적극적으로 사실인정을 할 수 있음은 당연하다고 하겠다.

① 서울고법 2002. 5. 21. 선고 2001나64143 판결

사안: 술에 취한 상태에서 8m 정도 높이의 다리에서 추락한 응급환자가 출혈 여부와 출혈 부위를 확인하기 위한 CT 촬영검사를 받는 도중 출혈성 쇼크로 심정지를 일으키고 사망(피고 병원의 진료기록상 10:45부터 심정지가 발생한 11:10까지 혈압, 맥박 등의 활력징후 측정이나 수액, 수혈요법을 시행하였다는 구체적인 기록이 없음)

판시: 원고의 주장과 제1심의 인정사실은, 피고 병원의 의사들이 10:45경부터 심정지가 발생한 11:10경까지는 생체활력징후를 전혀 측정하지 않은 채 적

18) 대법원 1999. 4. 13 선고 98다9915

절한 수액 및 수혈요법을 실시하지 않았다는 것인 반면, 당심 증인 배기만, 최규숙의 각 증언은 그 때에도 계속 수액공급을 하면서 생체활력징후를 측정하였다는 것인바, 위에서 인정한 바와 같이 같은 날 10:20경에 시작된 하트만액과 생리식염수 각 1 합계 2의 공급은 쇄골하정맥을 통하여도 상당히 많은 시간이 소요되고, 방사선촬영실에 도착한 후 10:35경에 측정한 김철이의 혈압은 위 145/90mmHg이었고, 10:45경의 혈압은 85/50mmHg이었던 것처럼 혈압이 급속히 강하하고 있었으며, 위 85/50mmHg의 혈압은 위중한 상태에 해당하고, 따라서 그 상태에서의 생체활력징후가 심히 나빠진 것은 측정기에 의한 측정 없이도 추측할 수 있을 정도이므로 10:45경부터 11:10경까지 아무런 생체활력징후를 측정하지 않았거나 수액을 공급하지 않은 채 검사를 하였다고 보기 어려운 점, 통상 방사선촬영실에는 의사 1인의 참석 아래 방사선기사가 촬영을 하는데도 이 사건 당시에는 위 배기만, 김형건, 김희모 등 3인의 의사가 김철이를 지켜보면서 검사를 하였던 점, 배기만은 수술에 대비하여 혈소판 농축액과 신선동결혈장 각 5팩을 미리 준비시켜 놓고 있었던 점 등에 비추어 보면, 배기만 등은 김철이의 쇄골하정맥으로 수액을 계속 공급함과 동시에 자동혈압측정기로 혈압을 측정하면서 김철이의 생체활력징후가 악화될 때에는 수액의 공급량을 늘렸던 것(이른바 full dropping)으로 보이므로 10:45경부터 11:10경까지 사이에도 계속하여 김철이의 생체활력징후를 측정하면서 수액도 공급하였다는 위 증인들의 각 증언은 신빙성이 있다.

② 서울고법 2001. 12. 11. 선고 2000나63785 판결

동 판결에서는 「원고들은 또한, 자궁적출술에 이르기까지 피고 병원의 의료진은 망인의 활력증후의 측정을 게을리하였으며 쇼크상태에 빠진 망인에 대한 기도확보 등 기본적인 활력증후의 유지에 실패한 과실이 있다고도 주장하므로 살피건대, 피고 병원의 의무기록(을나 제2호증의 각 호)에 의하면 당시 망인의 활력증후에 관하여 일부 기재가 부실한 사실은 인정이 되나 그것만으로는 기록에 나타난 피고 병원의 규모나 인력수준, 당시의 긴박한 상황 등에 비추어 피고 병원의 의료진이 활력증후의 측정을 게을리하였다고 단정하기에 부족하고...」라고 판시하여 부실기재가 곧 의료행위를 하지 않았거나 게을리 했다는 증거가 될 수 없다고 보고 있다.

V. 진료기록 허위기재 등의 법적 평가

1. 허위기재 등의 의의

진료기록의 부실기재를 제외한 행위태양으로는 진료기록을 허위로 기재하는 경우(이하 '허위기재'라고 함), 진료기록을 사후에 변경, 加筆, 삭제하는 경우 및 권한없는 자가 진료기록을 작성하거나 변경하는 경우(이하 '위조 또는 변조'라고 함)를 들 수 있다(이하 허위기재, 위조, 변조 등을 포괄하여 '허위기재등'이라고 함). 진료기록부에 관한 이러한 행위태양에 대하여 그 개념정의가 충분히 논의되고 있지 못하고 있으므로 형법 제20장의 '문서에 관한 죄'에서 사용하는 개념을 바탕으로 하여 허위기재(작성), 위조, 변조, 변경의 의미를 파악하고자 한다.

허위기재(작성)행위란 허위로 진료기록부를 작성하는 것을 말한다. 허위란 진실에 반하는 것을 뜻하므로, 작성자인 의사가 허위라고 인식을 하여도 그 내용이 객관적으로 진실한 것이면 허위기재라고 할 수는 없다.¹⁹⁾

문서의 위조란 정당한 작성권한이 없는 자가 타인의 명의로써 문서를 작성하는 것을 말한다.²⁰⁾ 진료기록부의 위조는 진료기록부를 작성할 권한이 없는 자가 진료기록부를 작성하는 행위를 의미한다고 보아야 할 것이다. 따라서, 간호사나 의료기사가 진료기록부를 작성하는 경우와 구체적인 의료행위를 하지 않은 의사가 자기 스스로 행하지 않은 의료행위를 진료기록부에 기재하는 행위도 위조에 해당한다고 할 것이다.

문서의 변조는 권한 없이 이미 진정하게 성립된 타인 명의의 문서내용에 대해서 동일성을 해하지 않을 정도로 변경을 가하는 것을 말한다.²¹⁾ 진료기록부의 변조도 이미 작성명의자에 의하여 진정하게 성립되어 있는

19) 김윤행(대표집필), 주석 형법각칙(상), 한국사법행정학회, 1985, 392면; 이재상, 형법각론(제4판), 박영사, 2000, 551면; 오영근, 형법각론, 대명출판사, 2002, 873면; 배종대, 형법각론(제3판), 홍문사, 1999, 639면.

20) 김윤행(대표집필), 전게서, 388면; 이재상, 전게서, 541면; 오영근, 전게서, 832면; 배종대, 전게서, 629면.

21) 김윤행(대표집필), 전게서, 391면; 이재상, 전게서, 544면; 오영근, 전게서, 833면; 배종대, 전게서, 632면.

진료기록부를 변경할 권한이 없는 자가 동일성을 해하지 않을 정도로(비본질적인 부분에 관하여) 변경을 가하는 것이라고 보아야 할 것이다. 따라서 진료기록부의 기재내용에 대하여 변경할 권한이 있는 자의 변경행위는 변조에 해당하지 않는다.²²⁾ 또한 변조는 타인 명의의 문서에 대하여 변경을 가하는 것이므로, 자기명의로 진료기록부를 변경하는 것은 진료기록부의 변조가 아니며, 경우에 따라 문서위조죄는 성립할 수 있다. 변조의 방법으로는 기존의 문자를 삭제하거나 다른 문자를 가필하거나 기존 문자를 변경하는 경우 등을 포함한다.

형법에서는 변조라는 개념과 구별하여 '변작(變作)'이라는 용어를 사용하기도 한다. 변작이란 작성권한 있는 자가 기존문서를 허위로 변개(變改)하는 행위를 말한다.²³⁾ 즉 변작은 작성권한 있는 명의인 자신이 그 권한을 남용하여 스스로 자기명의로 진정문서의 비본질적 부분에 변경을 가하는 행위를 말한다. 진료기록부에 대한 변경이 주로 담당의사에 의해 이루어진다는 점에서 볼 때, 진료기록부에 관련한 행위태양으로는 변조보다 변작의 경우가 오히려 더 많을 것으로 생각된다.

2. 형법상 '문서에 관한 죄'의 成否

진료기록의 허위기재등의 행위는 의료법의 규정에 의해 직접적으로 규율되고 있다. 즉 진료기록부를 허위로 작성한 때에는 보건복지부장관은 1년의 범위내에서 그 의료인의 면허자격을 정지시킬 수 있도록 하고 있으며(의료법 제53조 제1항 3호), 구체적으로는 진료기록부를 허위로 작성하거나 보존하지 아니한 때에는 면허자격정지 1월에 처하도록 하고 있다(처분기준 2-가-13). 이러한 의료법에서 규정하고 있는 제재는 일종의 행정처분만으로 규정되어 있고, 형사제재는 예정되어 있지 않다.²⁴⁾ 진료기록

22) 예를 들면, 인턴이나 수련의가 작성한 진료기록부에 대하여 그 오류를 수정하기 위하여 교수나 전임의등이 기재내용을 변경하는 경우와 타과의 협진과정에서 잘못 기재된 타과의 의료행위 기록에 대해 그 타과의 주치의가 기록을 변경하는 경우 등을 들 수 있다.

23) 김윤행(대표집필), 전거서, 391면.

24) 의료법 제66조 이하에서는 벌칙규정을 두어 형사제재로서 징역 또는 벌금형을 정하고 있으나, 진료기록부 허위기재 행위에 대하여는 아무런 규정이 없는 실정이다.

부를 허위로 기재하는 행위 등에 대하여 형법상 문서에 관한 죄가 성립될 수 있는지에 관하여 살펴보기로 한다.

진료기록부의 허위기재에 관하여 우선적으로 논의될 수 있는 형법 규정은 제233조의 '허위진단서등작성죄'이다. 그러나 본죄에서 행위의 객체로 규정하고 있는 것은 「진단서, 검안서(檢案書) 또는 생사에 관한 증명서」이다. 진단서란 의사가 진단의 결과에 대한 판단을 표시하여 사람의 건강상태를 증명하기 위하여 작성하는 문서를 말한다.²⁵⁾ 검안서란 의사가 사람의 신체에 대하여 그 상해상태 또는 사체를 검사하거나 사체를 해부한 결과를 기록하며 사인등을 조사하여 그 내용을 기재하는 문서를 말한다.²⁶⁾ 생사에 관한 증명서란 출생 또는 사망사실 또는 사망의 원인을 증명하는 일종의 진단서를 말한다.

문제는 진료기록부가 형법 제233조에서 규정한 진단서등에 포함되는가의 여부라고 할 것이다. 허위진단서등작성죄는 진단서등의 증명을 위한 기능에 중점을 두어 그 증명사실에 관한 공공의 신용을 보호하기 위한 것이다. 그러나 진료기록부는 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 하기 위한 것이므로, 진료기록부 자체가 증명을 위한 문서라고 하기는 어렵다고 보인다. 또한, 죄형법정주의 원칙상, 형법 제233조에 규정하고 있는 문서는 한정적 열거사항이라고 해석하여야 할 것이므로, 이에 진료기록부를 포함시키는 것은 무리한 해석이라고 할 수 있다.²⁷⁾

25) 김윤행(대표집필), 전계서, 403면: 이재상, 전계서, 551면: 오영근, 전계서, 873면: 배종대, 전계서, 639면.

26) 김윤행(대표집필), 전계서, 403면: 이재상, 전계서, 551면: 오영근, 전계서, 873면: 배종대, 전계서, 639면.

27) 설혹, 진료기록부가 진단서등에 포함된다고 하여도, 의사등의 행위자가 그 기재내용이 진실에 반한다는 것을 인식해야 한다. 따라서 의사가 진찰을 소홀히 하거나 오진하여 진실에 반하는 기재를 한 때에는 허위기재의 고의를 인정할 수 없을 것이다. 허위라고 인식한 경우에도 객관적 진실과 일치하는 때에는 형법상의 허위진단서등 작성죄가 성립하지는 않는다.

한편, 진료기록부를 작성한 주체인 의사가 공무원인 경우에는 허위공문서등작성죄(형법 제227조)가 성립될 가능성이 있지만, 이 경우에도 공무원인 의사가 그 기재내용이 진실에 반한다는 것을 인식해야 한다. 따라서 의사가 진찰을 소홀히 하거나 오진하여 진실에 반하는 기재를 한 때에는 허위기재의 고의를 인정할 수 없을 것이다. 허위라고 인식한 경우에도 객관적 진실과 일치하는 때에는 허위공문서등작성죄가 성립하지는 않는다.

한편, 진료기록부의 위조와 변조에 관하여는, 의료행위를 한 의사가 진료기록부를 작성하는 한 형법상의 문서위조·변조의 문제가 생길 여지는 적어 보인다. 즉, 형법상의 문서위조죄 또는 변조죄는 작성권한이 없는 자에 의해 행해지는 유형위조(有形偽造)를 처벌하는 것이므로, 진료기록부의 작성권한이 있는 의사가 작성한 이상 그 내용의 진위(眞僞)를 묻지 않고 문서위조·변조죄는 성립하지 않는다고 보아야 할 것이다.

3. 의료소송에서의 평가

진료기록의 허위기재등의 행위에 대하여는 앞에서 살펴본 바와 같이 형사제재를 부과하기 어렵다고 보아야 하지만, 이러한 행위에 대하여는 민사소송에서 피고에게 불리한 심증형서의 자료로서는 기능할 수 있다고 보인다.

소위 입증방해론에 의하면, 의사가 진료기록부등의 기존의 기재부분을 훼손하거나 변경하여 당초의 과실을 은폐하려 하거나 진료기록부 제출을 교묘히 거부하는 경우 등에는 입증방해자에게 일정한 부담을 지우도록 하는 것이 합리적이라는 것이다. 진료기록부등의 허위기재등의 입증방해 행위가 있는 경우에도 입증책임 분배의 일반원칙을 그대로 적용하는 것은, 사법부의 공정한 재판을 방해한 자에게 이익을 주는 결과를 가져오게 되어 불공정한 결과가 야기될 수 있고, 이와 같은 방해자에게 일정한 소송법상의 제재를 가함으로써 상대방의 증거수집행위를 방해하는 행위들을 미연에 방지할 수 있고, 방해가 있는 경우에는 사안에 따라 상대방에게 불리한 결과를 의제하는 효과를 가져올 수 있게 하여 실체적 진실에

부합하는 재판을 가능하게 하는 기능 및 당사자간의 입증책임의 공평을 실현할 수 있다고 한다.²⁸⁾

이하에서는 판례에서 나타난 진료기록의 허위기재등의 법적 평가에 관하여 살펴보기로 한다.

① 대법원 1995.3.10 선고 94다39567

입증방해에 관한 효시적인 판례로 평가되고 있는 이 판결에서는 「소제기후 의사진료기록(차트) 등에 대한 제1심 법원의 서증조사기일에 제출된 1987.3.16. 최종 작성된 피고 김00 명의의 의사진료기록(차트)(갑 제8호증의 1) 및 레지던트 소외 황00 명의의 의사진료기록(차트)(갑 제8호증의 10)의 기재 중 원고에 대한 진단명의 일부가 흑색 볼펜으로 가필되어 원래의 진단명을 식별할 수 없도록 변조되어 있다」고 인정하였고, 이러한 변조에 대하여 「피고측이 그 변조이유에 대하여 상당하고도 합리적인 이유를 제시하지 못하고 있는 이 사건에 있어서, 이는 명백한 입증방해행위라 할 것이므로, 원심이 이를 피고 김00의 수술과정상의 과오를 추정하는 하나의 자료로 삼았음은 옳고, 거기에 소론과 같은 입증방해행위에 관한 범리오해의 위법이 있다고 할 수 없다」고 판시하고 있다.

의료분쟁에 있어서 의사측이 가지고 있는 진료기록 등의 기재가 사실인정이나 법적 판단을 함에 있어 중요한 역할을 차지하고 있는 점을 고려하여 볼 때, 의사측이 진료기록을 변조한 행위는, 그 변조이유에 대하여 상당하고도 합리적인 이유를 제시하지 못하는 한, 당사자간의 공평의 원칙 또는 신의칙에 어긋나는 입증방해행위에 해당한다 할 것이고, 법원으로서 이러한 입증방해행위에 대한 효과로서 자유로운 심증에 따라 의사측에게 불리한 평가를 할 수 있다는 입장을 보이고 있다.

② 부산고법 96.7.18 선고 95나7345

사안: 피고 김우0과 피고 김주0은 직장절제라는 큰 수술을 시행함에 있어서는 반드시 사전에 위 병변이 직장암인지의 여부에 대하여 암조직 검사의 하나인 동결절편검사와 이와 병행하여 위 원고의 병력검사, 내시경검사, C.T.촬영 등 각종 정밀검사를 거쳐 정확하게 판단하여야 함에도, 이러한 검사를 전혀 하지 아니한 채 위 유착 부위와 종물을 촉진하고는 단순히 자궁내막증식증에 불과한 것을 직장암으로 잘못 판단하는 바람에 본래의 치료 방법이 아닌 직장절

28) 박영호, 전제논문, 85-86면.

제술을 시행하기에 이르렀고, 또 직장이 절제되는 경우에는 환자에게 증대한 장애를 초래할 가능성이 있으므로 절실히 필요한 경우 이외에는 다른 치료 방법을 강구하는 등 신중히 판단하여 시행하여야 함에도, 이러한 노력을 기울임이 없이 곧바로 직장절제술을 시행하였으며, 나아가 직장절제술을 시행하는 경우에도 그 수술의 시행 전에는 앞서 본 3일 동안의 금식과 장세척 등의 선행절차를 거쳐야 함에도 불구하고, 이러한 장세척절차를 거치지 아니한 채 직장절제술을 시행하는 바람에 직장과 항문의 문합 부위가 터져서 그 사이로 나온 각종 이물질이 장기 밖으로 스며 나왔고, 또한 그 수술과정에서 천골정맥총이 파열되어 과도한 출혈이 있었으나, 그 지혈을 완전히 하지 못한 상태로 1차 수술을 마무리함으로써 복강 내의 과도한 출혈 발생 등 복합적인 원인으로 말미암아 그 다음날 곧바로 2차 수술 및 나아가 3차 수술에까지 이르게 하였다.

판시 : 원고들이 수술 후 이 사건 소송 이전에 복사한 원고 박00에 대한 각종 입원, 수술기록(갑 제7호증의 1 내지 7, 갑 제14호증의 2, 갑 제15호증의 2 등)과 이 사건 소송이 제기된 후 피고들이 제출한 각종 수술기록(을 제1호증) 등을 대조하여 보면, 피고 김주0, 김우0이 직장암으로 오진하여 수술에 이른 것은 아니라고 극력 부인하는 근거가 되는 입원기록, 수술기록지 등의 각 기재 중 피고 김주0이 '자궁조직의 결손' 때문에 제1차 수술에 임하게 되었는데 '단지' 직장과 자궁과의 심한 유착 때문에 외과로 전과하였고, 외과 과장인 피고 김우0은 '직장암' 때문이 아니라 '유착이 심하여' 직장절제를 한 것이라는 취지에 부합하는 기재들은 모두 위 각 수술의 필요성과 의료과오에 관하여 원고들과 피고들 사이에 다툼이 생긴 이후에 피고들이 임의로 수정, 삽입한 것임은 그 기재 자체에 의하여 분명히 알 수 있고, 심지어 타과 의뢰서(을 제1호증의 6) 하단번호 35면, 39면, 43면의 기재와 갑 제14호증의 2의 각 해당 면을 대조하여 보면 위 피고들은 나중에 'colon cancer' (직장암)이라는 기재 앞에 'R/O' (rule out의 줄임말로써 병명에 대한 의심은 가나 확신에 이르지 아니한 단계에서 사용된다)라는 기재를 적어 넣기도 하는 등 직장암은 단지 최악의 경우를 상정하여 기재된 것일 뿐, 직장 절제의 직접적인 동기는 되지 아니하는 것인 양 각종 서류를 수정한 사실마저 엿볼 수 있어, 결국 피고들의 위 주장의 근거가 되는 위 각 증언, 당사자 본인신문 결과 및 그 기초가 되는 각종 입원 및 수술기록에 나타난 기재 부분은 그 내용에 있어 서로 상충될 뿐 아니라 소송 제기 후에 수정된 부분이 많아 그 신빙성을 인정하기 어렵고, 더욱이 의료분쟁에 있어서 의사측이 가지고 있는 진료기록 등의 기재가 사실인정이나 법적 판단을 함에 있어 중요한 역할을 차지하고 있는 점을 고려하여 볼 때, 의사측이 진료기록을 사후에 수정, 변경하는 행위는 그 이유에 대하여 상당하고도 합리

적인 이유를 제시하지 못하는 한, 당사자 간의 공평의 원칙 또는 신의칙에 어긋나는 입증방해행위에 해당한다 할 것이므로 피고들의 위 주장은 받아들여지지 아니한다.

③ 대법원 1999. 4. 13. 선고 98다9915

이 판결에서는 진료기록이 가필되었다는 이유로 입증방해행위를 인정하면서도 그로 인해 입증책임이 전환되거나 곧바로 상대방의 주장 사실이 증명된 것으로 보아야 하는 것은 아니라고 판시하고 있다.

「의료행위에 있어서의 잘못을 원인으로 한 불법행위책임이 성립하기 위하여서도 일반적인 경우와 마찬가지로, 의료상의 주의의무 위반과 손해의 발생이 있고 그 사이에 인과관계가 있어야 하며, 이 사건에 있어서와 같이 환자가 진료를 받는 과정에서 하반신마비가 발생하였다면, 의료행위의 특수성을 감안하더라도 먼저 환자측에서 일반인의 상식에 바탕을 두고 일련의 의료행위 과정에 의료상의 과실 있는 행위가 있었고 그 행위와 하반신마비의 결과 사이에 다른 원인이 개재되지 않았다는 점을 입증하여야 한다(대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결, 1998. 2. 13. 선고 97다12778 판결 등 참조). 이러한 입장에서서, 원심이 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고가 경영하는 강동성심병원의 의사가 원고 이00에 대한 척수검사 시술을 하면서 주사바늘을 잘못 찔러 그의 척추신경을 손상시킴으로써 하반신마비를 초래하였다고 보기 어렵고, 또 위 병원의 의사 김00와 이00이 1990. 11. 29. 척수검사를 한 후부터 같은 해 12. 3.까지 위 원고의 상태를 관찰하지 않고 방치하였음이 인정되지도 아니하므로, 결국 위 원고에 대한 일련의 의료행위 과정에 있어서 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위가 있었다는 점에 관한 입증은 없다. 당사자 일방이 입증을 방해하는 행위를 하였다 해도 법원으로서 이를 하나의 자료로 삼아 자유로운 심증에 따라 방해자측에게 불리한 평가를 할 수 있음에 그칠 뿐 입증책임이 전환되거나 곧바로 상대방의 주장 사실이 증명된 것으로 보아야 하는 것도 아니다(대법원 1993. 11. 23. 선고 93다41938 판결, 1995. 3. 10. 선고 94다39567 판결 등 참조). 이 사건에서 보면, 원심은 이 사건 진료기록이 가필된 점까지 감안하여 자유로운 심증에 따라 위와 같은 사실인정을 하였으므로 원심의 조치는 정당」하다고 보아 진료기록부의 가필이라는 입증방해행위가 곧 의료상의 과실을 추정하는 것은 아니라고 판시하고 있다.

VI. 결 론

진료기록부는 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 하는 동시에 사후에 분쟁이 발생하였을 때에 그 의료행위의 적정성을 판단하는 자료로 사용될 수 있는 등 의료행위시에는 물론 의료소송에 있어서도 중요한 가치를 지닌다고 할 것이다.

그러나 진료기록부도 의료소송에 있어서의 다른 증거자료와 마찬가지로 의사측에 의해 작성되고 보관되며 그 해석도 전문적인 지식이 없으면 불가능하기 때문에, 공정한 판결을 위한 특별한 소송상 취급이 논의되고 있다. 이러한 논의에 기초하여 서울민사지방법원 제15부(의료전담부)에서 진료기록부의 기재내용을 중심으로 하는 진료경위서를 제출하도록 하는 것은 중요한 의미를 가진다고 보인다. 또한 법원에서 진료기록부 부실기재, 허위기재등의 행위를 법관의 자유로운 심증형성에 영향을 주는 것으로 평가하여 피고에게 불리한 판결을 내리고 있는 것도 의료소송의 합리적이고 정당한 결론을 위한 의미있는 판결이라고 할 것이다.

그러나 소송지휘를 통하여 입증책임을 완화하는 것이나, 자유로운 심증형성에 영향을 주는 것으로 평가하는 것은 진료기록에 대한 사후적인 평가의 문제로서, 진료기록이 진실에 입각하여 작성되고 그 신빙성이 보장된 기록으로서 자리매김하는 데에는 부족한 점이 없지 않다. 진료기록을 작성하는 것은 환자의 적절한 치료를 위한 것이라는 점에 우선적인 가치를 두어야 하고, 사후 분쟁발생시 의료행위의 적정성 평가자료로 이용되는 것은 부차적인 문제라고 할 것이다. 따라서, 진료기록부는 분쟁의 발생유무와 상관없이 의료행위의 모든 과정에 걸쳐 진실하고 세부적인 내용까지 기재되도록 일정한 수단이 마련되어야 할 것이다. 현행 의료법에서 진료기록부의 부실기재와 관련하여 일정한 제재 수단을 두고 있으나, 이러한 제재수단을 통한 불이익은 진료기록의 부실기재나 허위기재로 인

하여 얻을 수 있는 재산적 이익에 훨씬 못 미치고 있으므로 그 제재수단의 실효성이 심각하게 문제된다고 보인다.²⁹⁾ 진료기록부의 기재에 관한 행위태양과 그에 대한 실효성있는 법적 규정의 마련이 있어야 할 것이다.

2002년 3월에 개정된 의료법 제21조의2는 전자의무기록에 관한 규정을 신설하여 “진료기록부등을 전자서명법에 의한 전자서명이 기재된 전자문서로 작성할 수 있다”라고 하여 진료기록 등을 전자문서의 형태로 작성하는 것이 가능하도록 법적 근거를 마련하였다. 이러한 전자의무기록 방법은 진료기록의 작성, 수정, 변경에 관한 기록을 보존, 해석하는 데에 많은 기여를 할 수 있을 것이다. 특히 진료기록을 작성, 수정하는 경우, 그 작성되거나 수정된 시간을 기록으로 남김으로써 그 진료기록이 사후적으로 작성, 수정되었는지 확인 가능하게 하거나, 전자문서화 함으로써 개인 간의 필체의 차이에 따른 해독의 문제도 상당부분 해결될 것이다.

그러나, 전자의무기록 일반화의 과제나 진료기록을 어느 정도로 상세하게 기재하여야 하는가의 문제는 현행 의료체계하에서 의료수가의 문제나 의사의 업무부담의 문제도 고려해야 하는 것으로서 앞으로 구체적인 논의가 필요할 것으로 생각된다.

29) 진료기록 부실기재에 대한 제재는 의료법 제69조에 의하면 최고 벌금 300만원에 불과하지만, 의료소송에 있어서의 손해배상액은 경우에 따라 수억원에 이르므로, 수억원에 달하는 손해배상책임을 부담하지 않기 위해 진료기록을 은폐하거나 조작하고자 하는 동기가 쉽게 유발될 수 있는 것이다.