

# 진단서의 증명력: 상해진단서를 중심으로

이 동 진\*

|                             |
|-----------------------------|
| I. 서론                       |
| II. 진단서의 증명기능과 증명력          |
| 1. 진단서의 증명기능과 그 보장          |
| 2. 진단서의 증명력                 |
| III. 진단서의 증명력의 내재적 한계와 그 대안 |
| 1. 진단서에 의한 건강상태 증명의 문제      |
| 2. 특히 상해진단서에 의한 가해행위 증명의 문제 |
| IV. 결론                      |

## I. 서론

진단서(診斷書, medical certificate)는 의사·치과의사·한의사(이하 의사 등이라 한다)가 진찰결과에 관한 판단을 표시하여 사람의 건강상태를 증명하기 위하여 작성하는 문서를 말한다. 이러한 문서에 해당하는 한 문서의 명칭에 관계없이 진단서에 해당한다.<sup>1)</sup> 중요한 것은 문서작성의 목적이 사람의 건강상태의 증명에 있다는 점이다.

이때 증명은 법적인 증명을 뜻한다. 어떤 사람의 좋거나 나쁜 건강상태가 특정 법률효과의 요건인 경우 그 요건의 충족 여부가 증명되어야 하는데, 진단서는 그러한 증명에 쓰일 의도로 의사등에 의하여 작성된 문서인 것이다.

\* 논문접수: 2017. 11. 17. \* 심사개시: 2017. 12. 17. \* 게재확정: 2017. 12. 27.

\* 서울대학교 법학전문대학원 부교수.

\* 이 글은 2017. 6. 17. 서울고등검찰청에서 개최된 대한의료법학회 2017년 춘계공동학술대회에서 발표한 원고를 수정한 것이다.

1) 대법원 1990. 3. 27. 선고 89도2083 판결.

실제로 진단서는 매우 다양한 맥락에서 사람의 건강상태의 증명에 활용된다. 보육 기타 단체생활을 하는 시설의 입소, 학교의 결석·조퇴, 직장 결근, 구속피의자나 피고인의 구속집행정지 및 재소자의 형집행정지, 공판기일에 소환통지를 받았으나 질병 등으로 사유로 출석하지 못할 때 그 사유의 소명, 폭행치상·상해·(업무상) 과실치상 등의 형사처벌, 인신(人身)손해에 대한 민사상 손해배상청구, 질병·상해·인신(人身)손해의 보험금청구에 일상적으로 이용된다.

그렇다면 이러한 진단서에는 어느 정도의 증명력이 있는 것인가. 대법원은 지난 2007년부터 형사사건에서 상해진단서의 증명력에 관하여 일련의 판례를 형성해오고 있다. 이들 재판례는 한편으로는 의사가 작성한 상해진단서에 높은 증명력을 인정하면서, 다른 한편으로는 일정한 경우 그 증명력을 배제할 가능성을 열어주고 있는데, 그 의미와 적용범위 및 당부에 관하여 검토할 점이 없지 아니하다. 이하에서는 특히 문제되는 상해진단서를 중심으로 진단서의 증명력과 그 한계를 밝히고 그 대안을 모색하기로 한다.

## II. 진단서의 증명기능과 증명력

### 1. 진단서의 증명기능과 그 보장

법적인 의미의 진단서는 살아 있는 사람의 건강상태를 증명하기 위하여 의사등이 작성하는 문서를 말한다. 즉, ① 살아 있는 사람의 건강상태를 대상으로 하여야 하고, ② 의사등이 작성하여야 하며, ③ 건강상태의 증명을 목적으로 발급한 것이어야 한다. 건강상태는 과거, 현재 및 장래의 예상되는 건강상태를 포괄하나, 살아 있는 사람의 건강상태에 관한 것이어야 한다.<sup>2)</sup> 작성명의인이 의

2) 형법 제233조는 진단서와 검안서, 생사에 관한 증명서를 구분하고 있는바, 출생 또는 사망의 증명은 생사에 관한 증명서에, 사체의 검안 등은 시체검안서에 해당한다. 살아 있는 사람의 검안이 진단서에 해당하는지 검안서에 해당하는지, 사망진단서와 시체검안서의

사등에 한하므로, 의사등이 작성하지 아니한 건강상태에 관한 문서는 진단서가 아니다. 무엇보다도 건강상태의 증명을 목적으로 작성한 문서여야 한다. 명칭은 묻지 아니하나 그 작성 및 발급목적이 건강상태의 증명에 있지 아니한 것은 진단서라고 할 수 없다.<sup>3)</sup> 증명을 목적으로 별도로 작성된 문서라는 점에서 의료행위과정에서 진단과 치료를 위하여 작성·발급되는 진료기록부(의무기록)나 처방전과 구별된다.

진단서는 이와 같은 증명기능을 수행하도록 법이 정한 제도이다.

첫째, 법은 의사등에게 의료행위 이외에 진단서로 위와 같은 증명을 할 의무를 지운다. 의사등은 “자신이 진찰[...]한 자에 대한 진단서[...] 교부를 요구받은 때에는 정당한 사유 없이 거부하지 못”한다(의료법 제17조 제3항, 꺾이는 필자가 부가한 것이다, 이하 같다). 의사등이 이를 위반한 경우에는 300만 원 이하의 벌금에 처해지고(의료법 제90조), 보건복지부장관으로부터 자격정지 등의 제재적 행정처분을 받을 수 있다(의료법 제66조 제1항 제10조). 나아가 의료기관이나 의사등과 환자 사이에 진료계약이 체결된 경우 진단서 등 교부가 사법(私法)상 의무가 된다는 견해도 있다.<sup>4)</sup> 물론 이러한 의무는 의사등이 진찰을 하여야 발생하는 것이지만, 의사등은 정당한 이유 없이 진료를 거부하지 못하므로(의료법 제15조) 적어도 치료의 대상인 환자의 경우 사실상 진단 및 진단서 발급의 일반적인 법적 의무가 있다고 해도 과언이 아니다. 한편 이때 진단서 발급 청구 및 수령권자는 원칙적으로 진단대상이 된 자 본인뿐이지만,

---

구별(다만 의료법시행규칙 별지 제6호는 양자에 대하여 같은 서식을 정하고 있다)은 어떻게 이루어지는지에 관하여는 약간의 논의가 있다. 가령 주호노, “진단서 등의 허위작성”, 한국의료법학회지(제16권 제1호), 2008. 6., 31면 참조. 그러나 형법 제233조 및 이 글의 맥락에서 이들을 구별할 실익은 없다.

3) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2012도3173 판결은 진단서 해당 여부는 서류의 제목, 내용, 작성목적 등을 종합적으로 고려하여야 한다고 한다. 그리하여 입·퇴원 확인서는 입원 여부 및 입원기간의 증명이 주된 목적인 서류로 환자의 건강상태를 증명하기 위한 문서라고 볼 수 없어 진단서에 해당하지 아니한다고 한다. 또한 문현호, “진단서, 처방전과 관련된 최근의 쟁점”, 의료법학(제14권 제2호), 2013. 12., 61면 이하도 참조.

4) 주호노, 의사법총론, 2012, 159면(반면 진료계약이 체결되지 아니한 이상 의료법상 진단서 교부의무는 의사등이 진단서의 발행을 독점하는 대신 국가에 대하여 부담하는 공법상 의무에 그친다고 한다).

그가 사망한 경우에는 그의 배우자, 직계존비속 및 그 배우자의 직계존속이 청구 및 수령권자가 된다.<sup>5)</sup> 의사등은 진단서의 작성 및 교부 수수료를 정하여 고시 및 게시하고 고시 및 게시한 한도에서 수수료를 징수할 수 있다(의료법 제45조 제2항, 제3항).<sup>6)</sup>

둘째, 법은 진단서에 진실성을 요구한다. 의사등이 진단서를 허위로 작성한 때에는 허위진단서작성죄로 3년 이하의 징역이나 금고, 7년 이하의 자격정지 또는 3천만 원 이상의 벌금에 처할 수 있고(형법 제233조), 이로 인하여 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행이 종료되지 아니하였거나 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자에 대하여는 보건복지부장관이 의사등의 면허를 취소하며(의료법 제8조 제4호, 제65조 제1항 제1호, 기속행위이다), 위 요건을 충족하지 아니하는 진단서 허위작성의 경우에도 보건복지부장관이 1년의 범위에서 그 의사등의 면허자격을 정지시키는 제재적 행정처분을 할 수 있다(의료법 제66조 제1항 제3호). 이들 규정은 모두 의사등이 진실하게 진단서를 작성하여야 할 법적 의무를 짐을 전제한다.

법은 진단서의 진실성을 강화하고 그 효용을 높이기 위하여 몇 가지 추가적인 규제를 도입하고 있다.

먼저, 진단서는 원칙적으로 “직접 진찰”한 의사등에 한하여 발급할 수 있다. 직접 진찰하지 아니한 의사등이 진단서를 발급한 경우에는 1년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처해진다(의료법 제17조 제1항, 제89조). 절차적 규제를 통하여 진단의 진실성과 정확성을 강화하고자 함이다.

다음, 진단서의 기재사항과 서식 등을 보건복지부령으로 정하여 표준화하고 있다(의료법 제17조 제5항). 진단서의 작성과 그 해석을 용이하게 하고, 진

5) 의료법 제17조 제1항 본문 참조. 그러나 이러한 규율에는 진단의 대상이 된 자 본인이 미성년자 기타 제한능력자인 경우를 고려하지 아니하고 있다는 문제가 있다. 또 본인이 사망한 경우라 하여 배우자, 직계존비속, 배우자의 직계존비속이 진단서를 당연히 청구 및 수령할 수 있다고 하여야 하는지에 대하여도 의문이 없지 아니하다.

6) 2016. 12. 20. 개정 의료법은 보건복지부장관이 이러한 수수료의 현황조사 및 분석결과를 고려하여 그 기준을 정하여 고시하게 하고 있다. 이 규정은 2017. 9. 21. 시행되었다.

단서가 부분적 진실(half-truth)만을 포함하는 등으로 판단을 오도(誤導; misleading)하는 것을 방지하기 위함이다. 그 위반에 대하여 별도의 제재를 가하지는 아니하나, 널리 준수된다. 흥미를 끄는 점은 보건복지부령(의료법시행규칙 제9조, 별지 제5호의2, 3)이 모법(母法)이 정하지 아니하는 구분, 즉 진단서와 질병의 원인이 상해인 경우의 진단서(상해진단서)의 구분을 도입하고 있다는 것이다. 일반적인 진단서에는 원칙적으로 병명(病名), 질병분류기호, 발병 및 진단 연월일, 치료 내용 및 향후 치료에 대한 소견, 입원·퇴원 연월일 정도만을 적으면 되나, 특히 상해진단서의 경우에는 상해원인 또는 추정원인, 부위 및 정도, 입원의 필요 여부, 외과적 수술 여부, 합병증의 발생 가능 여부, 통상 활동의 가능 여부, 식사 가능 여부, 상해에 대한 소견, 치료기간을 추가하게 하고 있다. 어떤 사람의 건강상태의 증명이 문제되는 법적 분쟁 중 가장 중요하고 이해관계의 대립이 심한 것이 외래의 원인에 의한 건강훼손, 즉 상해라는 점을 고려한 것이다.<sup>7)</sup>

## 2. 진단서의 증명력

### 가. 판례

이러한 진단서에는 실제, 특히 민·형사소송에서 어느 정도의 증명력이 부여되어 있는가. 이와 관련하여서는 두 형사판례(군)를 살펴볼 필요가 있다.

먼저, 대법원은<sup>8)</sup> 형사사건에서는 합리적 의심 없는 증명이 이루어져야 한다고 하면서도, ‘증명력이 있는 것으로 인정되는 증거를 합리적인 근거가 없는

7) 그 결과 의사들은 일반 진단서가 아닌 상해진단서의 발급을 요구받은 경우 가해자와의 법적 분쟁에서 증거로 쓰일 수 있다는 점을 예상하여 좀 더 신중하게 작성할 유인을 갖게 된다. 실제로 일반 진단서와 상해진단서는 그 발급 수수료에 상당한 차이가 있는 것이 보통이고, 상해진단서도 진단결과가 중한 정도에 따라 수수료가 달라지는 경우가 많은데, 이는 의사들이 진단서 발급에 대하여 지는 부담의 상대적 경중을 반영하는 것이다.

8) 대법원 2007. 5. 10. 선고 2007도136 판결; 2011. 1. 27. 선고 2010도12728 판결. 그밖에 헌법재판소 2015. 3. 26. 선고 2014헌마824 결정도 같은 법리에 터 잡아, 검사가 신체사건과 상해진단서의 증명력을 배척한 다음 한 혐의없음 불기소처분이 청구인의 평등권과 재판절차진술권을 침해하였다고 한다.

의심을 일으켜 배척하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로 허용될 수 없다”며, “상해죄의 피해자가 제출하는 ① 상해진단서는 일반적으로 의사가 당해 피해자의 진술을 토대로 상해의 원인을 파악한 후 의학적 전문지식을 동원하여 관찰·판단한 상해의 부위와 정도 등을 기재한 것으로서 ② 거기에 기재된 상해가 곧 피고인의 범죄행위로 인하여 발생한 것이라는 사실을 직접 증명하는 증거가 되기에 부족한 것이지만, ③ 그 상해에 대한 진단일자 및 상해진단서 작성일자가 상해 발생시점과 시간상으로 근접하고 상해진단서 발급 경위에 특별히 신빙성을 의심할 만한 사정이 없으며 거기에 기재된 상해의 부위와 정도가 피해자가 주장하는 상해의 원인 내지 경위와 일치하는 경우에는, ④ 그 무렵 피해자가 제3자로부터 폭행을 당하는 등으로 달리 상해를 입을 만한 정황이 발견되거나 ⑤ 의사가 허위로 진단서를 작성한 사실이 밝혀지는 등의 특별한 사정이 없는 한, ⑥ 그 상해진단서는 피해자의 진술과 더불어 피고인의 상해 사실에 대한 유력한 증거가 되고, 합리적인 근거 없이 그 증명력을 함부로 배척할 수 없다”(번호는 필자가 덧붙인 것이다, 이하 같다)고 판시하여, 상해진단서에 특히 높은 증명력을 인정하고 있다.

반면 최근 선고한 판례에서는,<sup>9)</sup> ⑦ “상해 사실의 존재 및 인과관계 역시 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 인정할 수 있으므로, 상해진단서의 객관성과 신빙성을 의심할 만한 사정이 있는 때에는 증명력을 판단하는 데 매우 신중하여야 한다”고 하면서, “⑧ 특히 상해진단서가 주로 통증이 있다는 피해자의 주관적인 호소 등에 의존하여 의학적인 가능성만으로 발급된 때에는 ⑨ 진단 일자 및 진단서 작성일자가 상해 발생 시점과 시간상으로 근접하고 상해진단서 발급 경위에 특별히 신빙성을 의심할 만한 사정은 없는지, 상해진단서에 기재된 상해 부위 및 정도가 피해자가 주장하는 상해 원인 내지 경위와 일치하는지, ⑩ 피해자가 호소하는 불편이 기왕에 존재하던 신체 이상과 무관한 새로운 원인으로 생겼다고 단정할 수 있는지, ⑪ 의사가 상해진단서를 발급한

9) 대법원 2016. 11. 25. 선고 2016도15018 판결.

근거 등을 두루 살피는 외에도 피해자가 상해 사건 이후 진료를 받은 시점, 진료를 받게 된 동기와 경위, 그 이후의 진료 경과 등을 면밀히 살펴 논리와 경험 법칙에 따라 증명력을 판단하여야 한다”고 함으로써 상해진단서의 증명력을 개별·구체적으로 신중하게 판단하여야 하고, 그 결과 그 증명력을 배척할 수도 있음을 밝히고 있다. 위 판결은 위 첫 번째 판례군에 속하는 선례를 매우 간략하게 인용하고 있을 뿐 그 전부 또는 일부를 폐기하고 있지는 아니하다.

## 나. 분석

두 판례의 의미와 상호관계에 관하여는 약간의 문제가 있다. 두 판례가 상해진단서에 부여하는 증명력의 정도에 차이가 있다고 보이기 때문이다.

먼저 첫 번째 판례군은 특별한 사정이 없는 한 상해진단서는 피고인의 상해 사실에 대한 ‘유력한 증거가 되고 합리적인 근거 없이 그 증명력을 함부로 배척할 수 없다’(⑥)고 한다. 법관이 어떤 증거의 증명력을 배척하려면 일반적으로 판결서에 ‘...는 그 내용을 믿을 수 없고/믿지 아니하고’라고 하거나 ‘...만으로는 ...를 인정하기에 부족하고’라고 그 판단결과를 적으면 족하다. 그러나 위 판시는 상해진단서의 증명력을 배척하기 위해서는 그러한 판단결과의 적시만으로는 부족하고 믿지 아니하거나 부족하다고 판단한 데 구체적인 근거가 있어야 하고 그 근거를 - 판결이유에서 - 밝혀야 함을, 즉 법관에게 근거제시의무(Begründungspflicht)가 있음을 뜻한다. 첫 번째 판례군에서 위 설시가 자유심증주의의 예외 내지 한계의 문제라고 한 것도 같은 취지이다. 첫 번째 판례군에서 이러한 증명력을 배제할 수 있는 ‘특별한 사정’으로 든 것은 제3의 상해원인이 개입하였을 가능성을 증명하거나(④) 진단서가 허위임이 밝혀진 경우뿐이다(⑤). 이때 ⑤는 직접반증, ④는 간접반증에 해당하므로,<sup>10)</sup> 결국 이는 표현증명(Anscheinbeweis)의 높은 증명력이라고 보인다.<sup>11)</sup>

10) 즉, ④는 다른 사정이 없는 한 피고인의 행위로 인하여 그 상해가 발생하였을 것이라는 전제가 존재하고, 그 반증의 부담이 무죄를 다투는 피고인 측에 있음을 뜻한다.

11) 표현증명은 민사소송법에서 주로 쓰이는 용어이지만, 그 핵심사상, 즉 일반적으로 받아

반면 두 번째 판례는 상해진단서에 일응 높은 증명력이 부여된다는 점은 전혀 언급하지 아니하고 오히려 상해진단서의 객관성과 신빙성을 ‘의심할 만한 사정’이 있기만 해도 그 증명력을 판단하는 데 ‘매우 신중’하여야 한다고 함으로써, 상해진단서의 증명력을 법관의 자유심증에 전적으로 맡기고 있다. 그리고 특히 상해진단서가 주로 통증이 있다는 피해자의 주관적 호소 등에 의존하여 의학적인 가능성만으로 발급된 때(⑧)에는, 피해자가 호소하는 불편이 기왕에 존재하던 신체 이상과 무관한 새로운 원인으로 생겼다고 ‘단정’할 수 있는 지(⑩), 의사가 상해진단서를 발급한 근거(⑪) 등을 증명력 판단에서 ‘명멸히 살펴’야 한다고 하여, 오히려 증명력을 인정하기 위하여 적극적으로 몇 가지 사정을 검토해보아야 함을 시사(示唆)한다.

그렇다면 어떻게 해야 이들 두 판례를 조화롭게 이해할 수 있을까.

우선 주목되는 것은 위 각각의 판례가 나온 사건에서 쟁점 내지 증명주체가 달랐다는 점이다. 첫 번째 판례군에 속하는 두 건의 대법원 판결에서는 주로 피고인의 가해행위 유무가 다투어졌다. 대법원 2007. 5. 10. 선고 2007도136 판결에서는 피고인과 피해자가 서로 다투었고, 피해자의 피고인에 대한 상해 및 재물손괴죄에 대하여는 벌금 150만 원의 약식명령이 이미 확정되어 있었다. 이 사건의 쟁점은 피고인도 피해자를 때렸는지 여부였고, 피해자가 상해를 입었다는 점 자체가 다툼의 대상이 된 것은 아니었다.<sup>12)</sup> 나머지 한 사건인 대법

---

들일 수 있는 어떤 경험칙에 의하여 특정 전제사실로부터 요증사실을 추론해낼 수 있다면 전제사실만 증명되어도 일응 요증사실이 증명되었다고 할 수 있다는 접근은 형사소송에서도 그대로 타당하다. 다만 형사소송에서 그 체계적 정서(整序)에 관하여는 논란의 소지가 있는데, 이는 무엇보다도 민사소송과 달리 형사소송의 경우 이당사자대립(二當事者對立)과 제3의 심판자로서 법원이라는 구조 자체에 대하여 논란이 있기 때문이다. 우선 Kühne, Strafprozessrecht, 9. Aufl., 2015, Rn. 755 ff. 한편, 스위스법에서 진단서가 표현증명으로 작용한다는 점에 대하여는, Müller, Arzzeugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, AJP/PJA 2/2010, 169~170 참조.

12) 위 판결에서 문제된 상해진단서에는 ‘상해원인: 폭행(본인진술)’, ‘병명: 우수부 좌상 및 피하출혈, 양 턱관절 및 우견부 좌상’이라고 기재되어 있었는데, 그중 ‘피하출혈’은 대부분 육안으로 관찰되는 것이므로, 그 부분 기재는 작성한 의사가 직접 관찰한 바일 가능성이 매우 높다. 그렇다면 그 상해가 피고인이 입힌 것인지의 별론, 상해 사실 자체는 거의 의심하기 어려운 것이고, 진단일자, 작성일자, 상해의 부위와 정도 등이 상해 여부에 어떤 영향을 미칠 만한 사안은 아니었다.



원 2011. 1. 27. 선고 2010도12728 판결에서도 피해자가 깨진 유리컵조각에 찔려 다쳤다는 점에 대하여는 다툼이 없었고,<sup>13)</sup> 그것이 피고인이 피해자를 찔러서 생긴 일인지 아니면 다투는 과정에서 찔린 것인지가 쟁점이었다. 그러나 두 번째 판례에서는 피고인이 피해자를 밀어 넘어뜨려 요추부 염좌상을 가하였다는 공소사실 중 특히 요추부 염좌상을 입었는지 여부가 주된 쟁점이었다.<sup>14)</sup> 첫 번째 판례군이 상해진단서가 ‘피고인의 상해사실’에 대한 유력한 증거가 된다고 한 것과 달리, 두 번째 판례는 ‘상해 사실의 존재 및 인과관계’(⑦)의 증명을 문제 삼아 오히려 피고인의 가해행위는 제외하고 있는 것도 이와 같은 차이에서 비롯한다.<sup>15)</sup>

그러나 첫 번째 판례군은 피고인의 상해행위에, 두 번째 판례는 피해자가 입은 상해에 적용되는 법리라고 바로 단정할 수는 없다. 첫 번째 판례군은 결국 문제된 범죄행위 후 제3자인 의사등이 그 결과로서 상해를 확인하였고 그것이 피해자 등이 진술하는 사실관계와 대체로 부합하는 경우 피해자 등이 진술하는 피고인의 상해행위가 있었다고 추정할 수 있다는 취지이다. 이 모든 추정의 출발점은 의사등이 확인한 상해결과이다. 즉, 첫 번째 판례군은 의사등이 작성한 진단서에 의하여 증명된 상해결과라는 전제사실로부터 피고인의 상해행위를 끌어내는 것으로, 상해진단서에 부여된 높은 증명력은 제1차적으로는 의사

13) 열상이므로 역시 의사가 직접 관찰한 바일 가능성이 높다.

14) 그리하여 대법원 2016. 11. 25. 선고 2016도15018 판결은 위 공소사실에는 폭행의 점이 포함되어 있으므로 심리결과 상해의 사실이 인정되지 아니한다 하더라도 폭행죄가 인정되는 경우에는 폭행죄의 유죄 판결을 하여야 하고, 폭행죄의 공소권이 없으면 공소기간 판결을 하여야 하는데 피해자가 처벌을 원하지 아니한다는 의사표시를 하였으므로 공소기간 판결을 하여야 하는 경우라고 한다. 폭행사실이 있는지 여부가 당해 사건에서 중요하지 아니한 상황이었다는 것이다.

15) 이 점을 특히 잘 보여주는 것이 첫 번째 판례군을 적용한 헌법재판소 2015. 3. 26. 선고 2014헌마824 결정이다. 이 사건에서는 피해자가 술에 취해 비틀거리거나 넘어져 다친 것인지 아니면 피고인의 행위로 인하여 다친 것인지가 쟁점이었다. 헌법재판소는 피해자가 ‘안면부 열상, 타박상, 부종으로 2주간 치료를 요하는 상해를 입었고 눈가가 찢어진 것에 대한 변연절제술 및 일차봉합술을 받았으므로 상처의 정도로 볼 때 단순히 술에 취해 비틀거리다가 땅에 부딪혀 얼굴에 찰과상을 입은 것이라고 할 수 없고 ‘입술이나 옆구리는 넘어져서는 다치기 힘들고, 타박상이 광범위하게 나타나고 있어 누군가로부터 맞아서 발생한 상처라고 보는 것이 경험칙에 부합한다’는 점을 이유로 들고 있다.

등이 진단한 상해결과 자체에, 그리고 제2차적으로 피고인의 상해행위에 미친다. 그런데 만일 상해결과에 대하여 두 번째 판례의 자유심증주의를 전면적으로 적용한다면 첫 번째 판례군의 높은 증명력은 거의 모든 경우 첫 단계에서 장벽에 부딪힌다.<sup>16)</sup> 이는 첫 번째 판례군의 사실상의 폐기를 의미한다. 또한 첫 번째 판례군은 상해진단서의 높은 증명력을 배제할 수 있는 사정 중 하나로 '의사가 허위로 진단서를 작성한 사실'(⑤)을 들고, 그러한 사실은 상해진단서의 증명력을 다투는 측이 주장·증명하여야<sup>17)</sup> 한다는 입장을 취하는데, 이때 허위 여부는 상해진단서에 기재된 건강상태, 즉 피해자가 입은 상해결과 자체에 관한 것일 수밖에 없다. 따라서 첫 번째 판례군에도 의사의 상해진단서의 진단결과에 매우 강력한 진실성 추정을 부여하겠다는 뜻이 포함되어 있다고 읽어야 하는 것이다.

결국 상해결과의 증명에 관한 한 첫 번째 판례군과 두 번째 판례 사이에 약간의 긴장이 있음을 부정하기 어렵다. 이러한 긴장은 첫 번째 판례군이 제대로 발전시키지 못하였고, 두 번째 판례군에서는 ⑧에서 그 사고의 단초만 드러난 하나의 계기, 즉 진단서가 주로 통증이 있다는 피해자의 주관적 호소 등에 의존하여 의학적인 가능성만으로 발급된 때와 그렇지 아니한 때를 구별함으로써만 어느 정도 해소될 수 있다. 첫 번째 판례군에 속하는 사건은 공교롭게도 모두 피하출혈, 열상, 타박상, 부종 등 육안으로 관찰할 수 있는 상해결과가 있었던 것인 반면, 두 번째 판례의 사안은 육안으로 관찰되는 증상발현 없이 환자의 수상(受傷)경위와 통증에 대한 진술만으로 상해를 판단한 것이었다. 즉, 의사등이 문진(問診)으로 환자의 주관적 경위진술 및 증상호소에 의존하여 진단한 경우에는 진단서의 증명력을 전면적으로 심사함이 옳지만, 시진(視診), 촉진(觸診) 기타 검사 등을 통하여 이를 뒷받침할 만한 객관적 근거를 갖고 있는 경우에는 진단서에 높은 증명력을 부여하여야 하고, 이는 피고인의 상해행위의

16) 상해진단서에 기재된 상해결과가 진실임을 증명하기 위한 정황 중 상당부분은 피고인이 상해행위를 하였다는 점과도 관계될 수밖에 없을 것이다.

17) 첫 번째 판례군은 '의사가 허위로 진단서를 작성한 사실이 밝혀지는 등'이라고 한다.

증명에도 미친다는 것이다.

### III. 진단서의 증명력의 내재적 한계와 그 대안

#### 1. 진단서에 의한 건강상태 증명의 문제

##### 가. 진단서의 신빙성

진단서는 의사등이 진단대상인 사람을 진찰하여 그에 관한 정보를 수집한 다음(㉠ 정보수집단계), 의사등이 갖고 있는 의학적 전문지식을 활용하여 위 정보로부터 그의 건강상태에 관한 의학적 추론을 하고(㉡ 의학적 추론단계), 그 결과를 기재한 문서이다(㉢ 진단서 작성단계). 진단서는 대개 사문서(私文書)이므로,<sup>18)</sup> 명의인인 의사등이 작성한 점이 확인되어도 의사등이 그 내용대로 진술하였다는 점이 증명될 뿐,<sup>19)</sup> 위 ㉠, ㉡, ㉢ 중 어느 것도 법률상 추정되지는 아니한다. 그리하여 그곳에 기재된 진단결과 자체를 믿을 것인지 여부는 자유심증에 맡겨져 있다. 의사등이 진료기록부 등으로 뒷받침할 수 없는 진단서를 작성·교부하기란 쉽지 아니하므로 ㉢는 대개 확보된다. 문제는 ㉠와 ㉡이다.

먼저 ㉠부터 본다. 의사등은 건강상태에 관한 정보를 수집하는 데 전문가이므로 의사등이 수집한 정보는 대개 최량증거(the best evidence)이다. 그러나 의사등이 진단에 사용하는 수단 중 가장 기본이 되는<sup>20)</sup> 문진(問診; medical history taking)은 환자의 주관적인 진술에 불과하다. 물론 대개의 환자는 질병의 정확한 진단과 그에 더 나은 효과적인 치료를 원할 것이므로 가능한 한 사

18) 진단서를 발급한 의사등이 공무원인 경우에는 공문서에 해당하고, 따라서 허위로 진단서를 작성하는 경우에도 허위진단서작성이 아닌 허위공문서작성이 된다는 것이 통설이다.

19) 이는 민사소송과 형사소송에서 형식적 증거력 내지 증거능력 인정의 전제이다. 민사소송법 제357조, 형사소송법 제313조 제1항, 제2항 참조.

20) 주호노(주 4), 453면.

실대로 진술하리라고 추정할 수 있고, 환자의 신체를 직접 관찰하거나 검사하여 확인한 바는 보다 객관적일 것이다.

그러나 법적 분쟁에서 유리한 결과를 얻기 위하여 진단서를 받고자 하는 환자라면 의사들에게 수상경위와 증상 등에 관하여 과장을 하거나 허위의 진술을 하거나 중요한 진술을 누락할 강력한 유인이 있다. 환자의 신체상태 자체의 조작도 전혀 불가능한 것은 아니다. 물론 의사들은 환자가 진실만을, 그리고 모든 진실을 말하리라고 기대하여서는 안 되고<sup>21)</sup> 그러한 기대를 하지도 아니한다. 그러나 의사들이 스크리닝(screening)할 때에도 그 인식관심은 환자의 진단과 치료이지 대립하는 이해관계인 사이의 진실발견이 아니다. 의사들로서는 진료에 필요한 정보가 수집된 이상 반드시 그 검증에 나설 이유나 필요가 없을 수 있고, 환자가 제공한 정보를 철저히 의심하는 태도로 접근하는 것은 환자와의 관계(rapport)를 해쳐 이른바 치료적 대화를<sup>22)</sup> 저해할 수 있다. 의사들에게 정확한 증명을 위하여 정확한 정보수집을 요구한다면 의사들은 환자와의 신뢰관계를 해칠 위험을 무릅쓰고 반대편의 입장에서 의심스러운 부분을 끝까지 밝혀내야 하는데, 이는 환자의 이익에 부합하지 아니하여 의사들의 환자에 대한 신인의무(fiduciary duty)에<sup>23)</sup> 반하고 두 역할 사이의 갈등을<sup>24)</sup> 야기한다. 역할갈등이 있는 경우 의사들은 환자에 대한 신인의무를 우선함이 옳고, 그 결과 정확한 정보수집을 다소간 희생할 수도 있다.

또한 의료행위는 진단이든 치료든 종종 침습(侵襲)적이고 그 자체 한정된 자원을 쓰는 것이어서 늘 비용-효과적(cost-efficient)이어야 한다는 압력을

21) 일반적으로 환자의 문진비협조는 면책사유는 되지 아니한다. 가령 주호노(주 4), 457면.

22) 이상돈, 의료체계와 법-의료보험, 의약분업, 의류분쟁해결의 법철학적 성찰-, 2000, 5-6면.

23) 미국법에서는 일반적으로 의사가 환자에 대하여 신인의무를 진다고 본다. Hall, Bobinski, and Orentlicher, *Health Care Law and Ethics*, 8<sup>th</sup> ed., 2013, pp. 225 ff.

24) 이러한 역할갈등은 정신질환자를 치료함과 동시에 그의 입원필요성에 관하여 법원에서 증언하여야 하는 정신건강의학과전문의와 관련하여 여러 차례 논의된 바 있다. 우선 Gordon, "Crossing the Line: Daubert, Dual Roles, and the Admissibility of Forensic Mental Health Testimony," 37 *Cardozo L. Rev.* 1345 (2016).

받는다. 그리하여 정확한 진단을 위하여 추가적인 정보수집이 가능하다 하더라도, 첫 단계에서는 일정 수준의 정보만을 수집한 채 확률상 유력한 질병 등으로 전제하고 치료를 개시한 뒤 치료에 대한 반응을 보아 필요한 경우 추가 정보 수집 여부를 결정할 수 있다. 이는 진단과 치료라는 의료 목적상으로는 완전히 합리적이고, 그렇게 하는 것이 환자의 최선의 이익을 배려한 것이며, 그에 반하여 추가정보를 수집하는 것이 경우에 따라 환자에 대한 의무위반이 될 소지마저 있다.<sup>25)</sup> 그러나 대립하는 이해관계인 사이의 진실발견과 관련하여서는 불완전하거나 부족한 정보로 인한 판단왜곡의 위험을<sup>26)</sup> 감수하는 결과를 초래한다.

다음 ⑥와 관련하여서도 문제가 있다.

의사들은 일정한 의학지식과 임상경험을 검증한 뒤 면허를 취득하므로 일반적으로 그들의 의학적 전문지식과 경험의 적용에 대한 신뢰를 전제함이 옳다. 오늘날 의학은 광범위하게 과학화되어 있기도 하다.

그러나 의학적 판단에는 상당한 불확실성이 내포되어 있다. 객관적으로 정확한 진단이 단 하나 존재하고 그것을 제3자가 명확히 검증할 수 있다는 관념은 종종 허상이다. 그리하여 의사들이 적절하게 정보를 수집하고 그에 더 잡아편견 없이 객관적으로 신중하게 널리 받아들여지고 있는 가설(假說)에 근거하여 추론하였는가 하는, 판단과정 내지 절차에 통제가 집중될 수밖에 없는 경우가 있다. 즉 판단에 사실상의 재량이 있는 경우 그 남용통제만이 가능하다는 것이다. 진단을 한 의사들이 허위진단으로 큰 이익을 얻을 수 있는, 그리하여 강력한 허위진단의 유인이 있는 경우 판단의 당부에 의심이 생기는 까닭이다.

나아가 의학적 판단에 상당한 불확실성이 존재하고, 판단방법이나 결과에 관하여 의사들 사이에서도 의견이 갈릴 수 있는 이상, 의사들이 그 나름 최선의

25) 가령 연구목적 등으로 치료에는 반드시 필요하지 아니한 확진을 위한 추가검사를 시도하는 경우.

26) 이는 이른바 심리미진(審理未盡)의 위법에 해당한다. 즉, 증거는 결론에 영향을 줄 가능성이 있는 한 끝까지 수집되고 조사되어야 하는 것이다.

지식과 경험을 활용하여 진단하였다 하더라도 그러한 진단에 동원된 지식과 경험이 어느 정도로 객관적 지지를 확보하고 있는지 자체가 논쟁거리가 될 수도 있다. 불확실한 경우 어느 쪽으로 편향(bias)된 판단을 할 것인지는 치료적 인식관심이 일정한 영향을 줄 수 있는데, 이는 법적 분쟁과 관련하여 대립하는 이해당사자의 주장 사이에서 누구에게 불리하게 판단할 것인가라는 인식관심과는 다소 다른 것이기도 하다.

### 나. 대안의 검토

위와 같은 문제는 대부분 법원(法院) 감정에는 존재하지 아니한다. 대립하는 이해관계인이 필요한 범위에서 자기책임 하에 정보를 수집하고 증명과 그 탄핵의 과정을 거쳐 더는 심리(審理)할 것이 없을 때에 증명 여부와 증명책임에 더 잡아 사실을 확정하므로, 일방적인 진술로 판단이 왜곡되거나 불충분한 조사만이 이루어질 위험이 절차적으로 통제된다. 그러한 사실에 대하여 법원이 선입한, 당해 사안에 개인적인 이해관계가 없는 감정인이 전문지식을 적용하여 감정을 한 뒤 그 결과를 법원에 보고하고 판단의 근거와 그 전제를 함께 밝히므로 감정인 신문 등을 통하여 그 당부를 따질 기회가 있다. 이를 통하여 법원도 법관과 감정의(鑑定醫) 사이의 오해(miscommunications) 여부를 확인할 수 있다.

그러나 건강상태의 증명이 문제되는 모든 경우에 의사등을 법원 감정인으로 선임하여 감정절차를 거치게 할 수는 없다. 의사등이 환자를 진찰할 때 수집한 정보 중에는 그때만 나타나는 증상이 포함되어 있어 감정절차를 밟을 때에 이르면 확인이 불가능할 수 있고, 그렇지 아니하다 하더라도 판단에 큰 왜곡이 없는 대부분의 사안에서 사후에 감정절차를 거쳐 철저하게 심리한다 하더라도 당초의 진단결과와 다르지 않은 결론에 이를 가능성이 높은 이상, 매번 감정절차를 거치게 하는 것은 비합리적이기 때문이다.<sup>27)</sup> 가장 엄격하게 증거를 조사

27) 증거법이 판단의 정확성과 오류비용의 최소화, 즉 양자의 합의 최소화를 추구하여야 한다

하고 사실을 확정하는 형사소송법에서도 진단서의 활용을 배제하지 아니한다. 직접주의(Unmittelbarkeitsgrundsatz)를 취하는 독일 형사소송법에서도 중상해의 증명이 문제되는 경우가 아닌 한 진단서는 그 예외로 하고 있다(§ 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO).

진단서에 담긴 진단을 그 작성자의 신문을 통하여 전면적으로 심사할 수 없다면 진단서 자체의 신빙성을 크게 높이는 방법을 생각할 수 있을지도 모른다. 허위진단서작성을 형사처벌하거나 행정적 제재처분을 하는 것이 이를 위한 장치임은 물론이다. 그러나 우리나라에서나 다른 나라에서나 허위진단서작성은 극히 일부만이 제재되고 있다.<sup>28)</sup> 작성주체인 의사등이 자기의 이익을 위하여 악의적으로 또는 적극적으로 허위진단서작성을 한 경우가 아닌 한 그가 처하는 역할갈등 내지 두 역할 사이의 긴장과 비난가능성에 비하여 제재가 과도해 보이는 측면이 있고, 의료적 판단의 전문성과 불확실성에 비추어볼 때 법관이 이를 허위라고 단정하기 어렵거나 적어도 그 범의(犯意)를 확정하기가 쉽지 아니하기 때문이다.<sup>29)</sup> 그렇다고 하여 과실 또는 무과실의 허위진단서작성까

는 점에 대하여는 Stein, Foundation of Evidence Law, 2005, pp. 107 ff.

28) 허위진단서작성죄는 프랑스형법에 처음 규정되었으나 이후 독일 및 스위스, 오스트리아, 일본, 우리나라 등 독일법권 형법에 받아들여졌다. 독일에서도 진단서가 매우 대담하게 발급되고 있으나 실제로 처벌이 이루어진 예는 드물다는 점에 대하여는, Gercke, Das Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse nach § 278 StGB, MedR 26 (2008), 592.

29) 대법원 1976. 2. 10. 선고 75도1888 판결은 주관적인 진찰의 소홀이나 착오로 인한 오진인 경우에는 허위진단서작성의 인식이 있다고 할 수 없다고 하고, 2006. 3. 23. 선고 2004도3360 판결은 MRI 검사를 실시하지 아니하였다거나 동작검사와 인지기능검사결과와 비교를 받지 아니한 채 장애진단서를 작성하였다는 등의 사정만으로는 허위진단서작성의 범의(犯意)가 있다고 할 수 없다고 한다. 특히 뒤의 판결은 장애분류표상의 분류기준에 모호한 점이 있는 상황에서 '직업적 재활과 삶의 질을 증시하는 재활의학과 전문의로서의 의학적 소신과 식견에 따라' 판정하였다는 사정을 증시하였는데, 이는 의학적 판단 자체에 전문성과 불확실성 내지 재량성이 있다는 점이 허위성 자체에 영향을 줄 수 있음을 보여준다. 이에 대하여 일관론 자체는 수긍할 수 있다고 하면서도, 검사결과를 보고받지도 아니한 채 진단서를 작성한 점에 비추어 당해 사안에서 범의가 없는지에 대하여는 의문을 제기하는 것으로, 김영태, "허위진단서작성죄의 구성요건 등에 대한 고찰", 의료법학(제10권 제2호), 2009. 12., 115면 이하. 반면 대법원 1984. 9. 25. 선고 84도1653 판결은 허위진단서작성의 범의(犯意)를 인정하면서, 별다른 의상이 없고 앞가슴에 약간 굽힌 자국의 점상출혈이 있었을 뿐인데도 18일간의 입원치료를 요하는 뇌진탕(후두부 타박상), 양측전흉부·우측계능부 타박상을 입었다는 취지의 상해진단서를 작성하였다는 사정을 그 근거로 들고 있다. 이른바 성향개념으로서 고의 내지 범의(犯意)는 여러

지 광범위하게 제재함으로써 허위진단서작성을 더 강하게 억제할 수도 없다. 의사등에게 본업이 아닌 증명업무를 법률상 부과하여 역할갈등상황으로 밀어 넣고 다시 과실 또는 무과실책임을 지우는 방식으로 그 집행을 강화하는 것은 비난가능성에 상응하는 제재라고 할 수 없을 뿐 아니라 의사등과 환자 사이의 신뢰관계라는 증명의 진실성과 정확성 보장보다 더 중요한 법익을 왜곡할 위험이 있다.<sup>30)</sup> 허위진단서작성은 과소집행이 예정되어 있거나 불가피한 범죄인 셈이다.

몇 가지 대책을 결합하는 수밖에 없으리라고 생각된다.

첫째, 진단서에는 일응 높은 증명력을 부여하여야 하고, 그 증명력을 의심할 만한 일정한 사정이 없는 한 쉽사리 그 증명력을 배척하고 의사등을 법정(法庭)에 소환하는 것은 피하여야 한다. 증인이나 감정인에 비하여 체제적 흠이 없지 아니하나, 현재의 제재장치와 진단서의 일반적 신뢰성에 비추어 큰 문제가 없는 수준이라고 보이기 때문이다. 별다른 근거 없이 그 증명력을 배척한다면 이는 자의(恣意)적 심증형성으로 자유심증주의의 한계를 벗어났다는 비난을 받을 수 있다.

그러나 오로지 또는 주로 문진(問診)에 의거한 진단, 전형적으로 외부적 증상발현 없는 염좌나 좌상으로, 특히 진단결과가 1~3주의 안정가료로 족하고 별도의 치료가 필요하지 아니한 수준에 그친 때에는 그렇지 아니하다. 이때 상해진단서는 성실하게 작성되었다고 가정하더라도, ‘환자가 그 당시 ...라고 진술하였다’는 점과 ‘만일 ...라는 환자의 진술이 사실이라면 이는 의학적으로 ...의 상해에 해당한다’는 점 두 가지를 증명할 뿐이다. 전자(前者)는 의사등이 직무상 환자가 그 당시 한 진술을 청취한 바를 보고한 것으로, 피해자의 진술을

---

정황상 진단서를 발급한 의사등에게 허위진단서를 발급할 만한 다른 동기가 있거나 진단이 합리적인 재량의 범위를 크게 넘는 경우에만 인정될 수 있는 것이다.

30) 독일에서 허위진단서작성이 “더 나은 인식에 반하여(wider besseres Wissen)” 진단서를 발급해준 경우, 즉 직접고의(dolus directus)가 있는 경우에 한하여 처벌되고, 미필적 고의로는 충분하지 아니한 것[Gercke(주 28), S. 594]을 이러한 관점에서 이해할 수 있다. 명문 규정이 없는 우리 형법에서는 미필적 고의로도 족하다는 것이 통설로 보이는데[가령 주호노(주 2), 33면], 재고할 여지가 있다.



들은 전문(傳聞)진술의 일종이다. 치료를 위하여 병원 등을 방문하여 한 진술이라는 점에 특징이 있을 뿐인데, 그러한 상황이 그 증명력에 영향을 미칠 까닭이 없다.<sup>31)</sup> 후자(後者)는 일반적인 의학적 지식과 그 적용의 진술에 불과하여 전자(前者)가 전제되지 아니하는 한 의미가 없다. 즉, 오로지 또는 주로 문진(問診)에 의거한 진단의 경우 실은 의사등의 감정 내지 감정증언에 준하는 내용을 포함하고 있는 것이 아니라 일반인의 전문증언을 포함하고 있을 뿐이라는 데에서 출발하여야 한다. 따라서 이에 대하여 특히 높은 증명력을 부여할 까닭이 없고, 전면적인 자유심증주의의 적용대상이 되는 것이다.

문제는 문진(問診)에 의거한 진단이라는 점의 주장·증명부담을 누가 져야 하는가 하는 점이다. 판례는 진단서의 증명력을 배척하고자 하는 쪽이 져야 한다는 취지로 보이는데, 적어도 형사사건의 경우에는 부당하다. 문진(問診) 등에 의거한 것임에도 그러한 사정을 밝히지 못하여 유죄가 될 위험을 피고인에게 지우는 것은 무죄추정의 원칙에 반하기 때문이다. 그러므로 피고인으로서 는 언제나 그 판단의 근거가 주로 또는 오직 문진(問診)인지를 조회할 기회가 보장되어야 하는데, 그럴 바에는 처음부터 진단서의 서식에 진단근거의 개요를 표기하게 함으로써 거의 또는 전적으로 환자의 진술에 의존한 진단과 그밖에 상당한 진찰 및 검사결과가 포함된 진단을 진단서 자체로 구별할 수 있게 해 주는 것이 바람직하다.<sup>32)</sup> 이 경우는 진단서를 작성한 의사등의 관점에서는 허위진단이 아니고,<sup>33)</sup> 따라서 허위진단서작성에 해당하지 아니하지만, 그것을

31) LAG München, Entscheidung vom 9. November 1988 - 5 Sa 292/88이 이러한 점을 지적하고 있다. 이 지적은 일반적으로는 타당하다고 할 수 없으나, 적어도 주관적 진술에만 의존한 부분에 대하여는 설득력이 있는 것이었다. 위 판결을 둘러싼 논란과 그에 대한 평가로는 Lambeck, Zum Beweiswert ärztlicher Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung im Entgeltfortzahlungsprozeß, NZA 1990, 88.

32) 독일에서 급여계속지급청구(Entgeltfortzahlungsprozess)의 요건으로서 질병으로 인한 근로능력 증명서(Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung)와 관련하여 이러한 개선을 제안하는 것으로, Hunold, Anmerkung zum LAG München, Entscheidung vom 9. November 1988 - 5 Sa 292/88, BB 1989, 845, 847. 독일에서는 이러한 증명서에 한하여 표현증명의 효력이 인정되고, 그 밖의 진단서의 증명력은 자유심증에 맡겨져 있다.

33) 이윤성, “법의학과 재판 실무”, 인권과 정의(통권 제355호), 2006. 3., 131면은 모든 상병에 객관적 근거가 있는 것은 아니고 염좌, 좌상, 외상후 스트레스 장애, 복합통증후군 등은

증거로 받는 민·형사법관의 관점에서는 그것만으로는 요증사실, 가령 상해에 대하여도 충분한 증명력을 갖지 아니할 수 있고, 구체적인 논거 없이도 ‘민지 아니’할 수 있는 것이다. 이는 의사등과 법관의 인식관심과 판단기준의 차이에서 비롯한다.

반면 의사등에게 허위진단서를 작성·발급해줄 유인이 있는 경우, 대표적으로 보험환자에 대하여 입원 등 치료를 함으로써 환자는 보험금 등을 받고 의사등은 진료비 등을 받을 수 있는 경우에까지 진단서의 증명력을 배제하기는 어렵다. 이러한 경우 종종 허위진단서 행해지고 있음은 부정하기 어려우나,<sup>34)</sup> 이러한 유인구조는 한 사람의 의사등이 그 환자를 치료하고 그 진료비를 건강보험, 실손보험, 자동차보험 등 제3자(third party payer)에게 청구하는 구조 하에서 의사등에게는 언제나 많은 적든 존재하는 것이므로,<sup>35)</sup> 그러한 사정만으로 진단서의 증명력을 부인한다면 진단서 제도 자체가 부정되게 된다. 의료법은 의사등이 이해상충상황에 처하더라도 원칙적으로 - 그 직업윤리상 - 환자의 치료 등의 이익을 우선하리라는 전제하에 구축되어 있다. 환자의 치료를 위해서는 정확한 진단이 있어야 하므로, 이해상충상황에 있다 하더라도 진단은 정확하여야 하고, 또 실제로 대개 정확할 것이며, 그것이 그대로 진단서에 기재될 것이라고 보아야 한다. 진단 자체에 불확실성 및 사실상의 재량성이 있고, 또 진단이 동태적인 성격을 가짐에도 불구하고 이해상충만으로 일반적으로 진단의 정확성에 대한 증명책임을 진단서를 원용하는 측에게 지우면 의료행위 자체가 왜곡될 위험이 있다. 이러한 경우에는 진단서의 증명력을 부정하면서 허위진단서작성을 피할 방법도 거의 없다. 특히 명백한 때에 한하여 허위

---

주관적인 증상은 있으나 객관적 증세는 없다면, 이때에도 의심이 있더라도 환자의 증상을 아무런 증거 없이 부정할 수는 없고, 진단명을 뒷받침할 객관적 근거가 없다고 해서 진단하지 못할 것은 없으므로, 의사는 환자의 증상 호소를 믿어야 하고, 상해진단서도 교부할 수 있다고 설명한다.

34) 이는 예전부터 보험 및 형사실무에서 문제되어왔다. 우선 전현옥, “자동차 보험사기에 대한 형법적 대응-연성사기를 중심으로-”, 안암법학(제36호), 2011. 9., 239면 이하.

35) 물론 건강보험에서는 진단서를 작성하지는 아니한다. 그러나 허위진단서 개입한다는 점에서는 차이가 없다.

진단서작성 이외에 형법상 사기의 죄책과 민사상 손해배상책임을 물을 수 있을 뿐이고, 그것이 부당하다고 할 수도 없다.<sup>36)</sup>

둘째, 의학적 내지 의료적 판단과 법적 판단의 차이를 불분명하게 하여 법관, 수사기관 기타 법적 거래의 수요자가 진단서의 의미에 대하여 오도(誤導)되는 것을 피하여야 한다. 특히 문제는 상해진단서이다. 상해는 기본적으로 규범적 개념일 뿐 아니라 구성요건별로 서로 다른 의미를 가질 수도 있다.<sup>37)</sup> 민사책임의 요건으로서 손해도 마찬가지이다. 의사등으로서는 그러한 의미를 이해할 필요도 없고 정확하게 이해하기도 어렵다. 이 부분은 전적으로 법관의 평가에 유보되어 있는 것이다. 진단서는 그러한 규범적 평가에 필요한 사실요소들을 적절히 세분하여 오해의 소지 없이 전달하도록 구성하여야 한다. 그러므로 '상해'를 진단할 것이 아니라 질병과 그 판단근거만 기재하고,<sup>38)</sup> 치료기간도 실제로 예상되는 치료기간이 아닌 당해 상해에 전형적 내지 표준적인 치료기간임을 진단서 서식 자체에서 분명히 하여야 하며,<sup>39)</sup> 최종진단인지 임상적 추정인지도 밝혀야 한다. 그러한 세부적인 정보가 생략된 채 결론만 기재되어 있는 경우 전문가의 권위로 인하여 증명력 판단과 규범적 통제에 필요한 구체적인 판단의 단계와 전제가 다 감추어지는 효과가 생긴다. 그 결과 법관, 수사기관 등이 의사등의 진단에 대하여 규범적 관점에서 추가로 따져야 할 부분이 있다는 점을 놓치거나 대답하는 이해관계인 등이 증명력을 탄핵할 기회를 빼앗길 가능성이 있고, 그렇지 아니하다 하더라도 여러 단계에 걸치는 사실조회나 증인신문이 필요해질 수 있다.

36) 가령 대법원 1999. 10. 22. 선고 98다6381 판결; 2006. 1. 12. 선고 2004도6557 판결; 2009. 5. 28. 선고 2008도4665 판결 참조. 배현아, "의사의 진단서 작성과 관련된 사회적·법적 책임", *Ewha Med. J.* 2013; 35(2):102, 109~110.

37) 가령 서형수, "상해 개념의 인정 범위-극히 경미한 상처(상해)'를 중심으로-", 서울남부 지방법원 재판실무연구 2010, 2010. 203면 이하.

38) 그리하여 실제 의사등이 상해진단서에 적는 것은 법적인 의미의 상해가 아닌 의학적인 의미의 손상(injury)이라는 비판도 있다. 이윤성, "상해진단서 유감(상)", *법률신문*(제 2514호), 1996., 13면.

39) 같은 취지로 이윤성, "상해진단서 유감(하)", *법률신문*(제2515호), 1996, 14면.

가장 까다로운 문제는 허위 또는 과장된 진단으로 요양급여비용 및 보험금 등을 받는 것을 어떻게 통제할 것인가 하는 점이다. 앞서 본 바와 같이 진단이 허위임이 증명되지 아니하는 한 환자도 의사등도 책임을 지우기 어려운데, 허위진단에 대한 제재는 과소집행될 수밖에 없다. 노동법 등에서 휴식과 요양에 관한 권리, 인신(人身)손해에서 치료받을 권리는 어느 것이나 손쉽게 행사될 수 있어야 하므로, 진단서에 높은 증명력을 부여하고 충분히 합리적인 근거가 없는 한 진단서를 믿고 요양급여나 보험금을 지급하게 할 필요도 있다. 결국 환자, 즉 피해자가 주관적으로 불편을 느껴 입원하는 것은 가급적 허용하되, 피해자 스스로도 입원이 불필요하다고 느낌에도 경제적 이익 등을 위하여 입원하는 것은 통제하는 수밖에 없다. 이는 입원이 필요하지 아니한 사람이 입원하는 경우 이익이 되는 아니하도록 유인(incentive)구조를 설계함으로써 추구되어야 한다. 그럼에도 불구하고 좀 더 중요한 법익을 보호하기 위하여, 어느 정도의 허위 또는 과장진단과 그로 인하여 생기는 부당한 건강보험제정이나 보험금의 지급은 감수되어야 할지도 모른다. 2016. 3. 3. 제정되어 같은 해 9. 30. 시행된 보험사기방지특별법은 이러한 요소를 일부 반영하고 있다.<sup>40)</sup> 이에 대한 본격적인 검토는 이 글을 넘는다.

## 2. 특히 상해진단서에 의한 가해행위 증명의 문제

위 첫 번째 판례군, 즉 상해진단서에 의한 피고인의 가해행위의 증명은 좀 더 문제이다.

이 법리는 오직 형사상 상해를 구성요건으로 하는 범죄에 한하여 적용된다. 이들 범행의 경우 상해의 부위와 정도가 확정되어야 하고,<sup>41)</sup> 피고인이 어떻게

40) 건강보험심사평가원의 입원적합성 심사, 정당한 사유가 있는 경우 보험금 지급의 연기 등이 그 주요 내용이다. 이러한 입법이 위와 같은 이익갈등을 완전히 해결하지는 못한다는 점에 대하여는 김은경, “보험사기방지특별법에서 고지의무 위반의 적용”, 상사법연구(제35권 제2호), 2016., 159면 이하 참조.

41) 대법원 1993. 5. 11. 선고 93도711 판결 등.

상해를 가하였는지도 밝혀져야 한다. CCTV 등이 없이 이를 객관적으로 확정하기는 어려우므로, 결국 피고인, 피해자, 목격자 등의 진술과 상해진단서상의 상해부위를 결합하여 확정하는 수밖에 없다. 위 첫 번째 판례군이 하고 싶었던 이야기는 본질적으로 그러한 것이었을 가능성이 높고, 그러한 한 수긍할 수 있다고 본다.

문제는 위 첫 번째 판례군은 피해자의 상해결과와 피고인의 행위를 구별하지 아니하고, 오히려 직접적으로는 피고인의 상해사실이라고 함으로서 피고인의 행위를 더 강조하여, 여기에 높은 증명력이 미치는 것처럼 관시하고 있다는 점이다. 위 법리는 그 성질상 범행현장을 직접 목격한 사람의 증언을 합리적인 근거 없이 배척할 수 없다거나,<sup>42)</sup> 남녀 간의 정사를 내용으로 하는 범죄에 있어서는 성관계가 행위의 성질상 당사자 사이에서 극비리에 또는 외부에서 알기 어려운 상태하에 감행되는 것이 보통이고 그 피해자 외에는 이에 대한 물적 증거나 직접적 목격증인 등의 증언을 기대하기가 어려운 사정이 있으므로 이러한 범죄에 있어서는 피해자의 피해전말에 관한 증언을 토대로 하여 범행의 전후 사정에 관한 제반 증거를 종합하여 경험법칙에 비추어서 범행이 있었다고 인정될 수 있는 경우에는 이를 유죄로 인정할 수 있다는<sup>43)</sup> 등의 법리와 마찬가지로, 범죄 내지 사안의 구조상 기대 가능한 증명도를 넘어 과도한 증명을 요구하는 경우 당해 범죄가 사문화(死文化)될 수 있음을 고려하여 적절한 증명도를 정하는 취지에 다름 아니다. 따라서 피해자가 입은 상해를 넘어 가해자의 상해행위에 대하여까지 표현증명 내지 높은 증명력이 인정된다고 할 것은 아니고, 오히려 가해자의 상해행위에 관한 한 상해의 특성상 위와 같은 증거가 있는데 별다른 근거 없이 일반적으로 더 높은 수준의 증명을 요구하는 식으로 무죄판결을 하여서는 안 된다는, 즉 요구되는 심증의 정도 내지 증명도 자체를 정하는 취지에 그쳐야 한다. 그리고 상해진단서의 기재의 가해행위에 대한 증명력은 법관이 개별·구체적 사안에 즉응하여 자유로이 형성한 심증에 달려

42) 대법원 1986. 3. 25. 선고 85도1572 판결.

43) 대법원 1976. 2. 10. 선고 74도1519 판결.

있다고 보아야 한다. 이 점에서 위 첫 번째 판례군은 잘못되었거나 적어도 오해의 소지가 있다.

나아가 같은 취지에서 상해진단서에 상해원인이나 추정된 상해원인을 적게 하는 것도 적절하지 아니하다. 상해원인은 많은 경우 환자의 진술에 의존하고 있고, 일반적인 의사등이 의학적 전문지식에 터 잡아 내린 상해원인을 추론한 것이라고 할 수 없음에도, 위와 같이 기재하게 함으로써 법관 등이 그러한 취지로 오해할 수 있게 하고 있기 때문이다.<sup>44)</sup> 이러한 기재란은 삭제하고, 필요한 경우 피해자 주장의 수상경위 등을 비교란 등에 적게 하는 것이 나올 것이다.

#### IV. 결론

진단서는 환자를 진료한 의사등이 의료행위를 기화로 수집한 정보와 그에 터 잡아 한 의학적 판단, 즉 진단의 결과를 제3자에 대하여 증명할 목적으로 작성한 문서이다. 의학적 판단이 권위적인 방식으로 내려질 수 있고 비교적 단순한 경우에는 진단서의 객관성과 정확성이 좀 더 쉽게 확보될 수 있었을지도 모른다. 그러나 오늘날 의사등은 좀 더 환자의 요구에 휘둘리기 쉽고, 그 결과 진단의 객관성이 해쳐질 수 있으며, 진단도 정확해진 만큼이나 복잡·미묘하고 동태적인 것이 되었다. 진단서는 여전히 일반적으로 믿을 만한 서류이지만 늘 그러한 것은 아니며, 의학적 진단의 여러 측면을 법관이나 수사기관 등이 늘 충분히 이해하고 있는 것도 아니다. 또한 법적 분쟁에서의 증명이라는 진단서 제도의 주된 목적이 환자의 진단과 치료라는 의사등의 제1의 의무와 갈등을 일으킬 수도 있다.

그렇다고 하여 진단서 제도를 폐기할 수는 없다. 이는 매우 효율적이고 대부분의 경우 여전히 매우 신뢰할 만한 건강상태의 증명수단이다. 문제는 의학적

---

44) 이윤성(주 38), 13면.

또는 전문적 판단에 대하여 - 서류상으로도 이미 - 절차적 및 규범적 통제가 가능하도록 진단서 서식과 내용을 좀 더 섬세하게 구성하고, 의학적 판단과 법적 판단이 서로 다른 기준에 의할 수밖에 없는 일정한 경우, 가령 주로 문진(問診)에 의하여 진단이 이루어진 경우 등에서 진단서의 증명력을 완화시켜 전문가의 권위에 눌리지 않은 자유로운 심리와 판단이 가능하게 하는 것이다. 2016년의 대법원 판결은 부분적으로 이러한 길을 열었다. 그러나 이 제도가 문제되는 맥락은 이보다 더 다양하며, 고려되어야 하는 이익과 적절한 고려방법도 그때그때 다르다. 계속 발전이 필요한 까닭이다.

[ 참 고 문 헌 ]

- 김영태, “허위진단서작성죄의 구성요건 등에 대한 고찰”, 『의료법학』 제10권 2호, 2009. 12.
- 문현호, “진단서, 처방전과 관련된 최근의 쟁점”, 『의료법학』 제14권 2호, 2013. 12.
- 배현아, “의사의 진단서 작성과 관련된 사회적·법적 책임”, 『Ewha Med. J.』 제35권 2호, 2013.
- 서형수, “상해 개념의 인정 범위-‘극히 경미한 상처(상해)’를 중심으로-”, 『서울남부지방법원 재판실무연구 2010』, 2010.
- 이상돈, 의료체계와 법-의료보험, 의약분업, 의류분쟁해결의 법철학적 성찰, 2000.
- 이윤성, “법의학과 재판 실무”, 『인권과 정의』 통권 제355호, 2006. 3.
- \_\_\_\_\_, “상해진단서 유감(상)”, 『법률신문』 제2514호, 1996.
- \_\_\_\_\_, “상해진단서 유감(하)”, 『법률신문』 제2515호, 1996.
- 전현옥, “자동차 보험사기에 대한 형법적 대응-연성사기를 중심으로-”, 『안암법학』 제36호, 2011. 9.
- 주호노, “진단서 등의 허위작성”, 『한국의료법학회지』 제16권 1호, 2008. 6.
- \_\_\_\_\_, 『의사법총론』, 2012.
- Gercke, Das Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse nach § 278 StGB, MedR 26 (2008), 592.
- Gordon, “Crossing the Line: Daubert, Dual Roles, and the Admissibility of Forensic Mental Health Testimony,” 37 Cardozo L. Rev. 1345 (2016).
- Hall, Bobinski, and Orentlicher, Health Care Law and Ethics, 8th ed., 2013.
- Hunold, Anmerkung zum LAG München, Entscheidung vom 9. November 1988 - 5 Sa 292/88, BB 1989, 845.
- Kühne, Strafprozessrecht, 9. Aufl., 2015.
- Lambeck, Zum Beweiswert ärztlicher Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung im Entgeltfortzahlungsprozeß, NZA 1990, 88.
- Müller, Arztzeugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, AJP/PJA 2/2010, 169
- Stein, Foundation of Evidence Law, 2005.



[국문초록]

## 진단서의 증명력: 상해진단서를 중심으로

이동진(서울대학교 법학전문대학원 부교수)

진단서는 의사등이 진찰결과에 관한 판단을 표시하여 작성하는 문서로서 민·형사소송 등에서 증거로 쓰인다. 특히 상해의 증명에서 그 기능이 현저하다. 법은 허위진단서작성을 형사처벌하는 등으로 그 증명기능을 보호하기 위하여 힘쓰고 있다. 그러나 몇 가지 이유에서 진단서가 진실과 부합하지 아니하는 경우가 생긴다. 첫째, 의사등의 제1차적 관심은 환자의 효과적인 진단과 치료인데, 그에 필요한 정보수집 및 판단의 방법이 법정 등에서 진실을 찾는 것과 다를 수 있다. 둘째, 의사등은 종종 환자의 진술 등에서도 판단에 필요한 정보를 얻는데, 환자와의 치료적 대화 관계 등의 유지를 위하여 그 진술 등의 신빙성을 의심하는 것이 부적절한 경우가 있을 수 있다. 이는 결국 의사등이 증명이 아닌 다른 목적으로 수집한 정보로부터 내린 판단을 증명에 전용(轉用)하여 생긴 문제이고, 비용이 낮은 진단서 제도를 버릴 수 없는 한 불가피한 한계에 해당한다. 진단서에 의한 증명에 표현증명의 효력을 부여하여야 하는 경우와 그 증명력을 자유심증주의에 더 잡아 개별적으로 심사하여야 하는 경우를 나누어 후자에 대하여는 전면적인 증명력 심사를 가하고, 진단서 서식 자체를 개선하여 법원이나 수사기관 등이 위 둘 중 어느 경우에 해당하는지를 가리는 데 필요한 정보가 이미 진단서 자체에 드러나게 하는 개선이 필요하다.

주제어: 진단서, 상해, 증명력, 표현증명, 자유심증

## Medical Certificate as an Evidence of Personal Injury

Dongjin Lee

*Professor, Seoul National University School of Law*

### =ABSTRACT=

Medical certificate is a document to demonstrate a patient's health status, made up and signed by a physician, dentist, or oriental physician who attended the patient. It serves as an evidence in many official process including civil or criminal law suit, especially for one's personal injury. The Korean legal system also acknowledges and protects the evidentiary function of medical certificate by mandating physicians etc. to issue medical certificate in good faith and only when they personally attended the patient, and by criminally punishing them when they do not comply with these legal requirements. There are some reasons, however, that medical certificates often do not reflect the true health status of the patient: When physicians attend the patient and collect information regarding the health status of the patient, their priority is and should be the most cost-effective way to meet the health needs of the patient. It does not necessarily correspond to the accurate examination of the health status of the patient. Even when the patient's report on the history of the illness or the injury seems suspicious, physicians might have to avoid disproving it because that kind of attitude might harm the rapport between the physician and the patient. All these can distort the perception of the physicians and this distortion can be reproduced in the medical certificate they made up. Some of these problems might be resolved or at least enhanced by introducing new form of medical certificate which would guide physicians to reveal the nature, factual and theoretical grounds, and the limit of their findings more accurately. Others, however, would not be able to address, because it stems from the conflict between the physician's primary duty, duty to be loyal to the patient's life and health, and his secondary duty to serve as a public or neutral

witness on the health status of the patient, and when both values or duties conflict with each other, they should choose the duty to the patient sacrificing the duty to the public or the court.

Keyword: medical certificate, evidentiary function, conflict of interest, personal injury