

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건	2021도15080 가. 허위진단서작성 나. 업무상과실치사
피 고 인	피고인 1 외 1인
상 고 인	피고인들 및 검사
변 호 인	법무법인 의성 담당변호사 이동필 외 2인
원 심 판 결	울산지방법원 2021. 10. 21. 선고 2020노1148 판결
판 결 선 고	2024. 4. 4.

주 문

원심판결 중 피고인들에 대한 유죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 울산지방법원에 환송한다.

검사의 무죄 부분에 대한 상고를 모두 기각한다.

이 유

1. 피고인들의 상고이유에 관하여

가. 쟁점 공소사실의 요지

피고인 2는 공소외인의 주치의이고, 피고인 1은 공소외인의 담당의사이다.

공소외인(당시 생후 6개월)은 2015. 10. 21.경 골수를 채취하는 검사를 받던 중 천자침이 총장골동맥을 관통하여 동맥이 파열됨에 따른 저혈량성 쇼크로 사망에 이르렀다. 따라서 피고인들은 공소외인의 사망진단서에 사망의 종류를 '외인사'로, 만약 당시 이러한 사정을 몰랐다면 '기타 및 불상'으로 기재하여야 했다. 그런데 피고인 2는 범혈구감소증이 공소외인 사망의 직접원인이 아니었음에도 사망의 종류를 '병사'로, 직접사인을 '호흡정지'로, 중간선행사인을 '범혈구감소증'으로 사망진단서를 기재하도록 피고인 1에게 지시하였고, 피고인 1은 이러한 지시에 따라 이와 같은 취지로 사망진단서를 작성하였다. 이로써 피고인들은 공모하여 사망진단서를 허위로 작성하였다.

#### 나. 원심 판단의 요지

원심은 다음과 같은 이유로 피고인들에 대한 쟁점 공소사실을 유죄로 인정한 제1심 판결을 그대로 유지하였다.

공소외인에 대한 부검감정서의 기재에 의하면, 공소외인의 사망 원인은 의인성 손상에 의한 혈복강으로 확인되었고, 이러한 의인성 손상은 골수채취 과정에서 천자침에 의한 총장골동맥 파열로 발생하였으므로 피고인들의 피해자에 대한 골수채취 과정에서 사망한 것은 명백하다. 피고인들이 당시 피해자의 동맥파열을 알지 못하였다고 하더라도, 피해자에 대한 정확한 범혈구감소증 진단이 이루어지기 전이었던 이상 피해자가 시술 과정에 사망하였다면 피해자가 지병으로 사망한 것이라고 볼 수는 없음을 충분히 인식하고 있었다고 보아야 한다. 피고인들은 공소외인의 사망 종류를 외인사로 보아야 함에도 불구하고, 대한의사협회가 발간한 진단서 등 작성·교부지침을 위반하여 사망의 현상에 불과한 호흡정지를 직접사인으로, 공소외인의 사망과 인과관계가 없는 범혈

구감소증을 중간선행사인으로, 사망의 종류를 병사로 기재하여 공소외인에 대한 사망 진단서를 작성하였다. 이러한 점에 비추어 피고인들은 사망진단서의 기재내용이 사실과 다르다는 점을 미필적으로나마 인식하면서 진실과 다르게 사망진단서를 작성하였다고 보아야 한다.

#### 다. 대법원의 판단

1) 형법 제233조의 허위진단서작성죄가 성립하기 위하여서는 진단서의 내용이 객관적으로 진실에 반할 뿐 아니라 작성자가 진단서 작성 당시 그 내용이 허위라는 점을 인식하고 있어야 하고, 주관적으로 진찰을 소홀히 한다든가 착오를 일으켜 오진한 결과로 진실에 반한 진단서를 작성하였다면 허위진단서 작성에 대한 인식이 있다고 할 수 없으므로 허위진단서작성죄가 성립하지 않는다(대법원 1976. 2. 10. 선고 75도1888 판결, 대법원 2006. 3. 23. 선고 2004도3360 판결 등 참조).

고의의 일종인 미필적 고의는 중대한 과실과는 달리 범죄사실의 발생 가능성에 대한 인식이 있고 나아가 범죄사실이 발생할 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 한다. 행위자가 범죄사실이 발생할 가능성을 용인하고 있었는지 여부는 행위자의 진술에 의존하지 않고 외부에 나타난 행위의 형태와 행위의 상황 등 구체적인 사정을 기초로 일반인이라면 해당 범죄사실이 발생할 가능성을 어떻게 평가할 것인지를 고려하면서 행위자의 입장에서 그 심리상태를 추인하여야 한다(대법원 2004. 5. 14. 선고 2004도74 판결, 대법원 2017. 1. 12. 선고 2016도15470 판결 등 참조).

의사 등이 사망진단서를 작성할 당시 기재한 사망 원인이나 사망의 종류가 허위인지 여부 또는 의사 등이 그러한 점을 인식하고 있었는지 여부는 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료 수준 및 사망진단서 작성현황에 비추어 사망진단서 작성 당시까지 작

성자가 진찰한 환자의 구체적인 증상 및 상태 변화, 시술, 수술 등 진료 경과 등을 종합하여 판단하여야 한다. 특히 부검을 통하지 않고 사망의 의학적 원인을 정확하게 파악하는 데에는 한계가 있으므로, 부검 결과로써 확인된 최종적 사인이 이보다 앞선 시점에 작성된 사망진단서에 기재된 사망 원인과 일치하지 않는다는 사정만으로 사망진단서의 기재가 객관적으로 진실에 반한다거나, 작성자가 그러한 사정을 인식하고 있었다고 함부로 단정하여서는 안 된다.

2) 위와 같은 법리와 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정을 종합하면, 비록 피고인 1이 작성한 공소외인에 대한 사망진단서에 기재된 사망 원인이 부검 결과 확인된 사망 원인과 일치하지 않은 점은 인정되나, 사망진단서 작성 당시를 기준으로 보면 그 내용에 거짓이 있다거나 피고인들에게 허위진단서 작성에 대한 확정적 또는 미필적 고의가 있었다는 점에 관하여 합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 증거가 이루어졌다고 보기 어렵다.

가) 공소외인은 2015. 10. 13.경부터 발열 등의 증상으로 (병원명 1 생략)병원에 입원하여 2015. 10. 20. 혈액검사상 헤모글로빈 7.6g/dl, 혈소판 50,000/ $\mu$ L의 빈혈, 혈소판 감소증의 상태가 확인되자 그 원인을 확인하기 위하여 2015. 10. 20. (병원명 2 생략) 병원 응급실에 내원하였다. 같은 날 (병원명 2 생략)병원에서 시행한 혈액 검사결과 헤모글로빈은 7.5g/dl, 혈소판은 11,000/ $\mu$ L으로 확인되었으며, 위와 같은 혈소판의 감소뿐만 아니라 백혈구, 적혈구 등도 함께 감소되어 있는 범혈구감소증의 상태가 확인되어 그 원인을 진단하기 위해 피고인 2의 지시에 따라 같은 해 10. 21. 골수검사를 받게 되었다.

피고인 1은 골수검사를 위한 골수채취 중 공소외인에 대한 마취가 제대로 되지 않자

최면진정제와 전신마취제를 각각 다섯 차례에 걸쳐 반복 투여하였다. 당시 9.1kg인 공소외인에게 투여된 최면진정제·전신마취제는 미다졸람 총 2.68mg, 케타민 총 26.8mg이다. 그러던 중 공소외인의 산소포화도가 75%로 떨어지자 피고인 1은 골수채취를 중단시킨 다음 최면진정제의 길항제인 플루마제닐을 투여하고 기관삽관과 앰부백(Ambu bag)을 이용한 수동 인공호흡 등의 조치를 통해 기도를 개방하여 산소를 공급하였다.

나) 피고인 1은 수사기관과 법정에서 공소외인이 범혈구감소증에 따른 파종성혈관장애, 다발성장기부전 등의 원인으로 사망에 이르렀다고 생각하였고, 피고인 2와 상의한 후에는 공소외인이 진정제 부작용에 따른 호흡부전으로 사망하였을 가능성이 높다고 생각하여 사망진단서를 작성하였다고 진술하였다. 피고인 2는 수사기관과 법정에서 사망진단서에 직접사인으로 기재된 '호흡정지'는 진정제 부작용으로 발생한 호흡정지를 의미하고, 공소외인이 진정제 투여 때문에 사망하였다고 생각하여 이와 같이 기재하였다고 진술하였다.

다) 공소외인에 대한 부검감정서에 따르면 공소외인은 의인성 손상에 의한 혈복강으로 사망하였고, 이는 골수채취 중 골수채취 바늘이 장골을 관통하여 총장골동맥을 파열시켜 발생한 것으로 보인다. 그러나 공소외인에 대한 부검감정서는 2015. 11. 7. 작성된 것으로, 공소외인을 부검한 부검의나 대한의사협회, 한국의료분쟁조정중재원의 감정 의견은 일치하여 피고인들이 공소외인에 대한 골수채취 당시 동맥파열로 출혈이 발생하였을 것을 예측하는 것은 쉽지 않았을 것이라는 의견을 밝힌 바 있다.

라) 이러한 사정들을 종합하여 보면, 피고인들은 공소외인이 골수검사를 위한 골수채취 중 산소포화도가 급격하게 저하되고 상태가 악화되자 진정제 투여 부작용에 관한 치료를 우선적으로 시행하였는데, 그 과정에서 공소외인이 사망에 이르게 되자 진정제

투여에 따른 부작용으로 호흡곤란이 발생하여 사망한 것으로 인식하고 사망진단서에 사망의 종류를 '병사'로, 직접사인을 '호흡정지'로 기재하였을 가능성을 배제하기 어렵다.

마) 부검 결과 확인된 공소외인의 사인과 사망진단서에 기재된 사망 원인이 일치하지 않고, 피고인들이 대한의사협회의 「진단서 등 작성·교부지침」의 내용과 다르게 사망진단서를 작성한 사정이 있기는 하다. 그러나 위 지침은 법률상 구속력 있는 규범으로 보기 어려울 뿐만 아니라, 그 내용상 사망 원인에 다양한 견해가 있을 수 있다는 점이나 부검이 실시된 경우 사망진단서에 기재된 사망 원인과 부검 결과에 따른 사인이 다를 수 있다는 점을 전제한 것으로 보인다. 의사 등은 사망진단서 작성 당시까지 드러난 환자의 임상 경과를 고려하여 가장 부합하는 사망 원인과 사망의 종류를 자신의 의학적인 판단에 따라 사망진단서에 기재할 수 있으므로, 부검 이전에 작성된 사망진단서에 기재된 사망 원인이 부검으로 밝혀진 사망 원인과 다르다고 하여 피고인들에게 허위진단서 작성의 고의가 있다고 곧바로 추단할 수는 없다.

3) 그럼에도 원심은 판시와 같은 이유만으로 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정하였는바, 이러한 원심의 판단에는 허위진단서작성죄의 성립 및 고의에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

## 2. 검사의 상고이유에 관하여

원심은 판시와 같은 이유로 피고인들에 대한 공소사실 중 업무상과실치사 부분에 대하여 범죄의 증거가 없다고 보아 무죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지하였다. 원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 업무상과실치사죄의 성립, 과실범의 공동

