

「보험사기방지 특별법」 제7조에 따른 ‘입원적정성 심사’의 법적 성격에 대한 고찰

권 오 탁



법제처

Ministry of Government Legislation

「보험사기방지 특별법」 제7조에 따른 ‘입원적정성 심사’의 법적 성격에 대한 고찰*

권 오 탁 (Oh-tak Kwon)
건강보험심사평가원 연구위원, 법학박사

논문접수 : 2022. 11. 2.

심사개시 : 2022. 11. 3.

게재확정 : 2022. 11. 30.

목 차

I. 서론

II. 입원적정성 심사의 법적 성격

1. 입원적정성 심사 주체와 법적 지위
2. 입원적정성 심사 절차 등
3. 입원적정성 심사의 법적 성격 검토

III. 입원적정성 심사 결과의 법적 효력

1. 입원적정성 심사결과의 증거활용 가능성
2. 입원적정성 심사결과의 증거능력 인정 여부
2. 입원적정성 심사결과의 증명력 강화 방안

IV. 결론

* 이 글은 개인의견으로 필자의 소속기관을 포함하여 관련기관 어느 곳의 입장도 아님을 밝힌다.

국문초록

「보험사기방지 특별법」 제7조에서 규정된 입원적정성 심사업무는 「국민건강보험법」에 근거하여 설립되고 요양급여 비용과 적정성의 심사·평가라는 공적업무를 수행하는 행정주체인 건강보험심사평가원에서 수행한다. 그런데 대법원은 건강보험심사평가원이 수행한 입원적정성 심사결과 문서를 “사무처리 내역을 계속적·기계적으로 기재한 문서가 아니라 범죄사실의 인정 여부와 관련 있는 어떠한 의견을 제시하는 내용을 담고 있는 문서”로 파악하고 「형사소송법」 제315조 제3호에 해당하는 “기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서”로 인정하지 않고 있다.

그러나 건강보험심사평가원은 별도의 공공심사위원회를 구성하고, 「국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」에 근거하여 입원적정성 심사 업무를 수행하고 있으며 심사위원들에게도 공무원과 같은 수준의 성실의무와 법령준수의무 및 의무위반에 따른 제재가 가해진다는 점, 심사결과는 심사위원 개인의 의견이 아닌 심사위원들의 숙의를 통한 합의로 결정되고 건강보험심사평가원장 명의로 결과가 통보된다는 점, 또한 심사위원을 대상으로 반대신문을 하는 경우 심사결과와 다른 진술을 기대하기 어렵고 심사위원의 신분이 노출됨으로써 발생하는 업무수행의 어려움이 발생한다는 점을 고려할 때 공적 행정주체인 건강보험심사평가원에서 수행하는 입원적정성 심사결과 문서는 공권적 증명문서로 보아야 한다. 따라서 건강보험심사평가원의 입원적정성 심사결과 문서는 「형사소송법」 제315조 제1호의 ‘공권적 증명문서’에 준하는 문서로 이해하고 제3호 “기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서”에 해당한다고 보는 것이 타당하다. 이러한 해석이 「형사소송법」 제315조 제3호를 제1호의 ‘공권적 증명문서’와 제2호의 ‘업무상 통상문서’에 준하여 해석해야 한다는 기존 대법원 판례와도 부합한다.

더불어 현행 「보험사기방지 특별법」에는 입원적정성 심사와 관련된 내용이 구체적으로 규정되어 있지 않다. 때문에 구조적으로는 심사 주체·범위·절차·내용·정보활용·운영비용 등에 대한 구체적인 법적 근거를 마련하고 내용적으로는 심사결과에 전문성에 기초한 객관적인 근거를 함께 제시함으로써 실질적으로 심사결과가 증거로써 가치를 갖고 충분히 법관의 심증을 강화시키는 도구로 기능할 수 있도록 개선될 필요가 있다.

※ 주제어 : 전문증거, 증거능력, 공권적 증명문서, 입원적정성 심사, 건강보험심사평가원

I. 서론

금융감독원 “보험사기 적발통계”에 따르면 2010년도 보험사기 적발금액은 3,467억원, 적발인원은 54,994명이었으나 2021년에는 보험사기 적발금액이 9,434억원, 적발인원은 97,629명으로 10년간 금액은 약 2.7배, 인원은 약 1.8배 증가한 것으로 나타났다.¹⁾ 이처럼 보험사기가 증가하게 되면 대다수의 선량한 보험가입자들의 보험료가 증가되어 재정적으로 피해를 입게 된다. 이러한 이유에서 보험사기의 증가는 궁극적으로 보험을 통해 장래에 발생할 위험에 공동으로 대응하고자 하는 보험의 경제적·사회적 기능을 저해시킨다. 따라서 정부는 보험사기를 엄격하게 처벌하기 위해 2016년 3월 「보험사기방지 특별법」을 제정하여 보험사기를 「형법」상 사기죄와 구별된 별도의 범죄로 구성하였다.

보험사기는 보험계약체결 자체가 사기에 해당하는 경우와 적법한 보험계약이라도 사고 내용을 허위 또는 과장하여 조작하는 경우, 고의로 보험사고를 발생시키는 경우로 구분할 수 있다.²⁾ 이중 의료서비스와 관련된 보험사기는 ‘진단서 위·변조 및 입원수술비 과다청구’, ‘치료비 과장청구’, ‘허위수술’ 등으로 보험가입자가 보험금을 노리고 고의적으로 보험사고를 발생시킨 후 다수의 의료기관을 이용함으로써 중복적으로 보험금을 수령하는 경우와 의사가 꼭 필요하지 않은 의료서비스 특히, 비급여 의료서비스를 시행하고 환자가 그 비용을 보험사에 청구하여 의료서비스를 남용하는 경우가 대표적이다.

의료서비스와 관련된 보험사기의 판단은 보험계약자에게 제공된 의료서비스의 적정성에 기초할 수밖에 없다. 따라서 그 진상을 확인하는 것이 중요하다. 이러한 이유에서 「보험사기방지 특별법」 제7조에서는 보험사기 수사를 위해 환자에게 제공된 의료서비스 중 입원에 대한 적정성 심사를 건강보험심사평가원에 의뢰할 수 있고 그 결과를 수사기관에 통보해야 한다고 규정하고 있다. 그런데 2017년 대법원은 동법에 의해서 적법하게 통보된 건강보험심사평가원의 “입원적정성 심사결과 문서”를 「형사소송법」 제315조에서 규정한 ‘당연히 증거능력이 있는 서류’ 중 ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 적성된 문서’에 해

1) 금융감독원 보험사기 적발통계(<https://www.fss.or.kr/fss/bbs/B0000050/list.do?menuNo=200727>, 2022년 10월 6일 최종 방문).

2) 보험사기를 구분하는 유형은 다양하다. 금융감독원은 보험사기를 ‘사고내용 조작’, ‘고의사고’, ‘허위사고’, ‘기타’로 분류하고(금융감독원 보험사기적발통계, <https://www.fss.or.kr/fss/bbs/B0000050/list.do?menuNo=200727>) 있으며, 이를 구체적으로 ‘사기적 보험계약 체결’, ‘보험사고의 고의적 유발’, ‘보험사고의 위장 및 날조’, ‘보험사고 발생시 피해과장’으로 구체화한 경우(황정해·박은경, “보험사기에 대한 법적 규제 문제점과 개선방안 연구”, 「법학연구」 제22권 제2호, 한국법학회, 2022, 229면)와 보험사기 발생시점을 기준으로 ‘보험사고 발생전의 보험사기’와 ‘사기에 의한 보험사고 발생’, ‘보험사고 이후의 보험사기’로 구분한 경우(김은경, “보험계약법상 보험사기에 대한 고찰-보험사기의 유형화를 중심으로-”, 「안암법학」 제43권, 안암법학회, 2014, 850면 이하 참조) 등 다양하다.

당하지 않는다고 판단하고 증거능력을 인정하지 않았다.³⁾

그런데 「국민건강보험법」에 명시된 건강보험심사평가원의 기능과 역할 그리고 심사 인력의 전문성 및 「형사소송법」 제315조의 입법취지를 종합적으로 고려할 때 대법원의 판단이 합리적인지 의문이다. 그 이유는 첫째, 건강보험심사평가원은 「국민건강보험법」에 의해 설립되었고 수사기관이 의뢰한 “입원적정성” 심사는 개인이 아닌 전문가로 구성된 심사위원회의 심의를 통해 의결되며 건강보험심사평가원장의 명의로 통보된다. 둘째, 대법원이 건강보험심사평가원에서 통보된 “입원적정성 심사결과 문서”의 증거능력을 판단한 기준인 「형사소송법」 제315조 제3호의 규정형식은 제1호와 제2호에서 열거된 문서에 준하여 그 의미를 해석해야 하는데 대법원은 제2호에 준해서만 판단하였다. 그 결과 대법원이 건강보험심사평가원의 “입원적정성 심사결과 문서”를 당연히 증거능력이 인정되는 문서에 해당하지 않는다고 판단한 것으로 생각된다. 따라서 「형사소송법」 제315조의 당연히 증거능력이 있는 문서에 건강보험심사평가원장 명의로 제출된 입원적정성 심사결과 문서가 해당하지 않는 이유와 형사소송에서 증거로 활용되기에 부족한 부분이 무엇인지 확인할 필요가 있다.

이러한 이유에서 본고에서는 첫째, 입원적정성 심사의 법적 성격을 확인하기 위해서 심사 수행주체를 확인하고 법률상 지위와 입원적정성 심사 절차를 살펴본다. 둘째, 입원적정성 심사의 법적 효력을 구체적으로 살펴보기 위해서 입원적정성 심사결과의 증거 활용 가능성을 살펴본다.

II. 입원적정성 심사의 법적 성격

1. 입원적정성 심사 주체와 법적 지위

가. 건강보험심사평가원

「국민건강보험법」 제62조는 요양급여비용 심사와 요양급여 적정성 평가업무 수행을 위해서 건강보험심사평가원을 설립한다고 규정하고 있다. 이로써 건강보험심사평가원은 구

3) 대법원 2017. 12. 5. 선고, 2017도12671 판결.

조적으로 보험자인 국민건강보험공단과 의료서비스 공급자인 의료기관 사이에서 요양급여 비용 심사와 적정성 평가를 독립적으로 수행할 수 있는 법적근거를 갖게 되었다. 또한 건강보험심사평가원은 전문지식에 기반하여 요양급여 비용 심사와 적정성 평가를 독립적이며 객관적으로 수행할 수 있는 국내 유일한 공법인으로서 기능할 수 있게 되었다.⁴⁾ 그런데 요양급여 비용 심사와 적정성 평가 업무를 수행하기 위해서는 요양급여 기준과 비용이 결정되어야 한다.

우선 요양급여기준은 「국민건강보험법」 제41조 제3항 및 제4항에 따라 요양급여의 방법·절차·범위·상한 및 제외대상 등 요양급여기준에 관하여 필요한 사항을 보건복지부 고시인 「국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」으로 정하고 이에 대한 세부사항은 의약계·국민건강보험공단 및 건강보험심사평가원의 의견을 들어 보건복지부 고시인 「요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항」으로 정하도록 하고 있다. 따라서 요양기관은 요양급여 기준 및 방법을 준수하여 의료서비스인 요양급여를 실시해야 한다. 결국 「요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항」은 요양기관에게는 '진료지침'이 되고 건강보험심사평가원에게는 '심사기준'이 된다.⁵⁾

요양급여비용은 의료행위·치료재료·약제로 구분되는데 의료행위는 각각의 항목에 상대적인 가치 점수를 부여하고 점수당 단가를 곱하여 비용을, 치료재료는 고시된 상한금액의 범위에서 비용을, 약제는 협상으로 비용을 정한다. 그런데 이러한 과정에서 발생할 수 있는 자의적인 판단을 경계하기 위해서 행위와 치료재료의 경제성과 급여의 적정성을 전문적이고 객관적으로 평가할 수 있도록 보건복지부 장관은 총 5개의 전문평가위원회를⁶⁾ 구성하고 의학적 타당성, 의료적 중대성, 치료효과성 등 임상적 유용성과 비용효과성, 환자의 비용부담 정도, 사회적 편익 및 건강보험 재정상황 등을 고려하여 요양급여 대상 여부 및 상대가치점수 등을 결정하며⁷⁾ 약제의 경우에도 약제급여평가위원회를 구성하여 약제의 경

4) 건강보험 당사자간의 법률관계에 대한 자세한 내용은 권오탁, "한국의 건강보험 거버넌스 체계에 대한 규범적 고찰", 「한국의료법학회지」 제28권 제1호, 한국의료법학회, 2020, 133면 이하 참조.

5) 대법원도 2012년 11월 29일 2008두21669 판결을 통해서 요양급여비용의 심사기준 또는 심사지침을 재판과정에서 요양급여의 적정성 여부를 판단하는 세부기준으로 참작하는 것이 문제되지 않는다고 판시하여 요양급여기준의 법규명령으로서의 효력을 인정하고 있다.

6) 5개 전문평가위원회는 「행위 치료재료 등의 결정 및 조정기준」 제2조에서 규정하고 있으며 의료행위전문평가위원회, 한방의료행위전문평가위원회, 치료재료전문평가위원회, 인체조직전문평가위원회, 질병군전문평가위원회로 구분되며 각각의 전문평가위원회는 효율적 업무 수행을 위해 소위원회를 구성할 수 있다. 또한 「행위 치료재료 등의 결정 및 조정기준」 제12조에 따라 전문평가위원회는 보건복지부 장관이 추천받아 임명 또는 위촉하는 350명 내외의 위원을 각 분야에서 추천하는 전문가로 구성하고 각각의 전문평가위원회는 23명 내외의 위원으로 구성되 임기는 2년이다.

7) 「국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」 제11조

제성, 요양급여의 적정성 및 기준 등에 관한 평가를 수행한다.⁸⁾ 이처럼 분야별 전문평가위원회의 심의를 받은 의료행위와 치료재료의 경우에는 건강보험정책을 최종적으로 심의·의결하는 건강보험정책심의위원회에서, 약제의 경우에는 약제급여평가위원회의 심의를 거쳐 국민건강보험공단과 약가 협상을 통해 최종 요양급여비용이 결정된다.⁹⁾

급여항목에 포함된 의료행위·치료재료·약제는 항목별로는 의학적 타당성과 비용효과성이 인정된 항목이지만 실제 의료현장에서 개별 환자에게 어떤 항목을 사용하는 것이 적절한지에 대한 판단은 환자의 상태에 따라 의학적 전문지식에 근거하여 담당의사가 판단한다. 그리고 이러한 판단은 의사만이 할 수 있다. 또한 동일한 상황이라도 의사의 판단이 다를 수 있으며 그 판단이 다르다고 하여 틀렸다고 할 수 없다. 이러한 이유에서 환자에게 제공되는 요양급여 비용과 적정성에 대한 심사·평가는 일반인이 할 수 없다. 따라서 「국민건강보험법」 제66조는 위원장을 포함하여 90명 이내의 상근 심사위원과 1천명 이내의 비상근 심사위원으로 구성된 진료심사평가위원회 및 진료과목별 분과위원회를 건강보험심사평가원에 둬으로써 의사들이 수행한 요양급여 비용과 적정성을 심사·평가하는데 효율성을 담보하도록 하였다.¹⁰⁾

결국 건강보험심사평가원은 요양기관에서 수행된 요양급여의 비용을 결정하기 위해서 우선적으로는 요양급여 기준 적합성을 심사하고 전문의학적 판단이 필요한 경우에는 진료심사위원회의 심의를 거쳐 최종 건강보험심사평가원장의 명의로 결정된 요양급여 비용을 통지한다. 이러한 이유에서 법령에서 정한 건강보험심사평가원의 요양급여기준은 행정규칙에 해당하며¹¹⁾ 이를 근거로 내려진 비용 심사결과 및 적정성 평가결과는 공법인인 건강보험심사평가원의 행정처분에 해당한다. 그 결과 심사결과 또는 평가결과에 대해 이견이 있는 경우에는 건강보험심사평가원을 상대로 이의신청을 할 수 있고¹²⁾ 그 결정에 불복하

8) 「국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」 제11조의2

9) 건강보험심사평가원은 「국민건강보험법」에 의한 요양급여비용의 심사와 요양급여의 적정성 평가업무 이외에도 「한국보훈복지의료공단법」·「자동차손해배상보장법」 등 타 법률에 근거하여 지급되는 급여비용의 심사와 의료의 적정성 평가 업무를 위탁받아 수행한다. 「국민건강보험법」 제63조 참조.

10) 「국민건강보험법 시행령」 제32조에서는 진료심사평가위원회의 위원의 자격을 의사·치과의사·한의사 면허를 취득한 후 10년이 지난 사람으로서 의과대학·치과대학·한의학대학 또는 의료기관에서 종사한 사람과 약사 면허를 취득한 후 10년이 지난 사람으로서 약학대학·의료기관·약국 또는 한국회귀·필수의약품센터에서 종사한 사람, 「고등교육법」 제2조제1호부터 제3호까지의 학교에서 전임강사 이상의 경력을 가진 사람으로서 보건의약관련 분야에 10년 이상 종사한 사람 그리고 보건의약 또는 건강보험과 관련된 분야에 10년 이상 종사한 사람 중 보건복지부장관이 심사위원 자격이 있다고 인정하는 사람이어야 한다고 규정하고 있다. 이에 건강보험심사평가원에서는 진료심사평가위원회에 심사위원과 평가위원을 구분하고 심사위원의 경우에는 의사·치과의사·한의사 면허를 소지한 경우에만, 평가위원회에서는 약사와 보건의료분야 전문가 등을 포함하여 위원을 구성하고 있다. 이는 평가의 경우에는 임상적 유용성뿐만 아니라 경제적·사회적 가치에 대한 평가가 함께 이뤄져야 하기 때문이며 이러한 이유에서 시행령의 자격기준에 약사와 보건의료전문가가 포함되어 있는 것이다.

11) 대법원 2012.11.29., 선고, 2008두21699 판결 참조.

는 경우에는 건강보험분쟁조정위원회에 심판청구를 할 수 있다.¹³⁾ 그럼에도 불구하고 그 결정에 불복하는 경우에는 행정소송을 제기할 수 있다.¹⁴⁾ 이처럼 건강보험심사평가원은 법에서 정한 공적업무를 수행하는 행정주체이며 건강보험심사평가원의 명의로 결정되는 요양급여 비용 심사결과와 적정성 평가결과는 개별 심사자가 아닌 공권력 행사주체인 건강보험심사평가원에 귀속된다.

나. 공공심사위원회

「보험사기방지 특별법」에는 “입원적정성” 심사를 건강보험심사평가원에 의뢰할 수 있다는 규정 이외의 구체적인 절차나 방식을 규정하지 않았다. 이에 건강보험심사평가원은 자체적으로 입원적정성 심사를 위해 ‘공공심사위원회운영지침’을 제정하여 운영하고 있다.¹⁵⁾

‘공공심사위원회운영지침’에 따르면 ‘공공심사위원’은 총19명으로 구성되며 내부위원은 총 10명으로 건강보험심사평가원 소속의 진료심사평가위원회 상근심사위원과 입원적정성 심사를 전담하는 심사전문위원으로 구성되고, 외부위원은 의학단체가 추천하는 총9명의 위원으로, 의학관련 학회가 추천하는 2명, 대한의사협회 3명, 대한병원협회 3명, 대한한 의사협회 1명의 임상 전문가로 구성된다.

위원의 임기는 2년이며 위원으로 위촉될 경우에는 ‘개인정보 제공동의서’, ‘개인정보보호 및 보안 서약서’, ‘청렴서약서’를 작성하게 된다. 특히 ‘개인정보보호 및 보안 서약서’에는 직무상 알게 된 비밀을 부당하게 조회·이용·외부유출 및 누설시에는 「개인정보보호법」 등 보안관련 법령에 따른 책임을 지겠다는 내용에 서명함으로써 정보보호 책임을 명확히 하고 있다. 즉, ‘공공심사위원회’의 위원은 내용적으로는 환자의 입원적정성을 심사하는 공적인 업무를 수행함에 있어 의학적 지식과 과학적 근거에 기반하여 판단하고 이 과정에서 의사로서의 품위를 지킬 것과 습득한 환자의 비밀을 유출누설하지 않는다고 선언하고 이에 대한 위반이 있을 경우, 「의료법」과 「개인정보보호법」에 따른 처벌을 받을 것이라는 점을 명확히 확인하고 있다.¹⁶⁾

12) 「국민건강보험법」 제87조

13) 「국민건강보험법」 제88조·제89조

14) 「국민건강보험법」 제90조

15) 건강보험심사평가원, 공공심사위원회운영지침(2022) 참조. 본 지침은 그동안 공공심사부 업무 매뉴얼로 되어있던 내용을 2022년 4월 27일 내부 지침으로 규정화한 것이다.

16) ‘공공심사위원회’ 위원은 의사로 구성된다. 따라서 이들은 기본적으로 의사면허를 취득할 때, ‘인류의 건강을 위한 봉사자로서 환자의 건강을 최우선적으로 배려하고 환자에 관한 모든 비밀을 절대적으로 지키며, 의업의 전통과 명예를 유지하고 종교·국적·인종·정치적

이처럼 ‘공공심사위원회’는 건강보험심사평가원의 요양급여 비용과 적정성 심사를 위해 구성된 ‘진료심사평가위원회’와 다르지 않은 지위에서 수사기관으로부터 요청받은 입원의 적정성 여부를 심사하는 기능을 수행한다. 더군다나 심사과정에서 발생할 수 있는 심사위원의 주관적 판단 또는 심사위원의 편향적인 시각을 지양하고 공정하고 객관적인 심사를 위해서 건강보험심사평가원에 소속된 심사위원뿐만 아니라 의료계에서 직접 추천한 임상전문가를 심사위원으로 위촉하여 위원회를 구성하고 있으며 심사결과는 합의를 통해 의결한다. 또한 공공심사위원으로 위촉된 심사위원은 의사 또는 한의사 면허를 취득한 후 10년 이상 된 사람으로 의과대학 또는 의료기관에서 종사한 경험이 있는 의료인으로만 구성된다.¹⁷⁾ 이로써 구조적으로 입원의 적정성을 의학적인 관점에서 심사하기 위한 심사체계가 적절하게 구축된 것으로 평가할 수 있다.

2. 입원적정성 심사 절차 등

가. 입원적정성 심사 대상과 내용

‘입원적정성 심사’는 수사기관의 심사의뢰로 개시된다. 수사기관은 보험사기로 의심되는 피의자 또는 피고인의 입원 적정성 여부에 대한 의학적 판단이 필요한 경우, 의사의 진료기록, 간호사의 간호기록부, 그 외 검사결과지 등 수사기관에서 수집한 기초자료를 건강보험심사평가원에 제공하고 이에 근거하여 건강보험심사평가원은 ‘입원적정성’ 여부를 심사하게 된다.

입원적정성 심사는 수사기관이 확보한 진료기록 등을 토대로 진단명과 증상, 투약 및 처치 등의 진료내용, 의료기관별 입원 기간·입원 간격 등을 의학적 관점에서 종합적으로 고려하여 첫째, 입원의 필요성과 둘째, 입원기간의 적정성을 판단한다. 따라서 입원적정성 심사를 위해 필수적인 자료인 의사처방지, 경과 기록지, 간호기록지 등 진료기록부 등의 자료가 미첨부 된 경우와 진료기록의 내용을 알아볼 수 없어 판독이 불가능한 경우, 진료기록상 진단명이나 입원사유가 확인되지 않는 경우에는 입원의 필요성을 확인할 수 없어

입장·사회적 신분을 초월하여 환자에 대한 의무를 다하겠다.’는 내용의 ‘제네바 선언의 히포크라테스 선서’를 하고, 이러한 내용은 「의료법」의 면허취소 또는 자격정지 등 행정처분의 내용으로 규율되고 있다.

17) 공공심사위원회 위원 자격조건은 진료심사평가위원회 위원의 자격조건과 동일하다. 진료심사평가위원회 위원의 자격조건에 대한 자세한 내용은 「국민건강보험법 시행규칙」 제32조 참조.

입원적정성 심사가 불가능하다.¹⁸⁾ 결국 입원적정성 심사는 수사기관이 제공한 진료기록부 등으로만 수행하게 되는데 진료기록으로만 심사를 수행하는 것이 타당한지에 대한 검토가 필요하다.¹⁹⁾

우선, 진료기록은 의사가 환자를 진료하면서 환자의 상태를 기록하는 것으로 환자의 상태를 시계열적으로 확인할 수 있는 수단일 뿐만 아니라 의사가 환자의 진료방법을 선택하는데 근거가 되는 직접적인 의사결정 도구이다.²⁰⁾ 더군다나 다른 의료인에게 해당 환자의 정보를 제공함으로써 적절한 의료서비스가 연속적으로 제공될 수 있도록 하는 중요한 수단이다. 대법원도 진료기록에 대해서 “의사에게 진료기록부를 작성하도록 한 취지는 진료를 담당하는 의사로 하여금 환자의 상태와 치료의 경과에 관한 정보를 빠뜨리지 않고 정확하게 기록하여 이를 이후 계속되는 환자치료에 이용하도록 함과 아울러 다른 의료 관련 종사자들에게도 정보를 제공하여 환자로 하여금 적절한 의료를 제공받을 수 있도록 하고, 의료행위가 종료된 후에는 그 의료행위의 적정성을 판단하는 자료로 사용할 수 있도록 하려는데 있다.”라고 판시하면서 진료기록이 사실에 근거하여 작성되어야 하는 문서라는 점에 초점을 맞춰 진료기록의 중요성을 인정하고 있다.²¹⁾

규범적으로도 「의료법」 제22조 제1항에서 의사 등 의료인에게 진료기록부 등의 기재의무를 부여하고 있으며 이외에도 제2항에서는 진료기록부 등의 보관의무를, 제3항에서는 진료기록부 등의 거짓 작성 및 고의로 사실과 다르게 추가기재나 수정을 할 수 없음을 명시하고 있다. 또한 진료기록은 해당 의료행위를 직접 수행한 의사가 작성해야 한다는 것이 판례의 입장이다.²²⁾ 이처럼 진료기록부는 환자의 건강상태를 확인할 수 있는 근거로서의 기능뿐만 아니라 의사가 환자에게 어떤 의료서비스를 제공했는지 사실에 근거하여 작성되어야 하는 문서이다. 따라서 진료기록을 허위 또는 부실기재 한 경우에는 형사상 제재뿐만 아니라 의료인으로서의 지위도 제한 받을 수 있다.²³⁾ 이러한 이유에서 허위로 작성되거나 부

18) 건강보험심사평가원, 공공심사부 업무 매뉴얼(2020), 15면 이하 참조.

19) 대법원 2017도12671 판결에서 건강보험심사평가원의 입원적정성 심사결과의 증거능력을 인정하지 않은 이유로 “수사기관의 의뢰에 따라 그 보내온 자료를 토대로” 의견을 제시하였기 때문이라는 판결문의 내용을 볼 때 진료기록부 등만으로 입원적정성 여부를 판단하는 것이 신빙성이 담보되지 않는다고 판단한 것으로 볼 수 있어 이에 대한 검토가 필요하다.

20) 같은 취지로 황만성, “진료기록부 부실기재 등의 법적평가”, 「의료법학」 제4권 제1호, 대한의료법학회, 2003, 199면.

21) 대법원 2017. 4. 28. 선고, 2015도12325 판결.

22) 대법원은 진료기록 작성 주체와 관련하여 “진료기록부에 의료행위에 관한 사항과 조건을 기록하도록 한 의료법상 작위의무가 부여된 의무의 주체는, 구체적인 의료행위에 있어서 그 환자를 담당하여 진료를 행하거나 처치를 지시하는 등으로 당해 의료행위를 직접 행한 의사에 한하고”라고 판시함으로써 진료기록은 해당 의료행위의 직접적인 수행 주체임을 명확히 하고 있다. (대법원 1997. 11. 14. 선고, 97도2156 판결.)

23) 진료기록부의 허위기재 또는 부실기재 등 진료기록 위반에 대한 형법적 평가에 대한 자세한 논의는 백경희, “진료기록의 편중성과 진료기

실 기재된 진료기록이 아니라면 일반적으로 진료기록만으로도 환자의 상태를 확인하고 입원적정성을 판단하는데 큰 문제가 없다고 보는 것이 타당하다. 실제로 환자들이 다른 의료기관으로 전원·이송·회송될 경우에 그 동안의 진료기록을 갖고 가는 것은 일반적이지만 진료를 담당했던 의사가 진료내용에 대해서 직접 설명하는 경우는 확인하지 못했다. 따라서 특히 입원의 의학적 타당성을 판단하는 과정에서 진료기록만으로 환자의 상태를 판단하는 것이 불충분하거나 불가능하다면 이는 진료기록이 부실하게 기재되었다는 반증이며, 형사제재 또는 행정제재가 가능한 사항으로 이해하는 것이 바람직하다.

나. 입원적정성 심사 절차

건강보험심사평가원은 입원적정성 심사를 다음과 같은 원칙으로 진행하고 있다.²⁴⁾ 첫째, 의뢰된 모든 심사 건은 공공심사위원회에 상정하여 심사하되 내·외부 심사위원이 참여하도록 함으로써 공정성과 객관성을 확보하며 둘째, 의뢰된 심사 건은 대상자의 입원건별로 심사하기 위해 대상자의 전체 입원 내역을 과거부터 현재까지 순서대로 심사하고 셋째, 수사기관에서 제공된 진료기록부 등의 자료가 미비한 경우에는 검토 불가로 처리한다.

이러한 원칙에 따라 수사기관에서 확보하여 제공한 ‘사건 진료기록부’ 등의 자료를 우선적으로 실무담당자인 심사직원이 대상자의 입원차수별로 의료기관명·대표자명·입원일·퇴원일·입원일수·재입원간격·상병명·분석내역·특이사항 등의 순으로 정리한 후 회의를 위한 자료에는 대상자명, 의뢰기관명 그리고 의료기관명을 익명 처리하여 심사 자료를 만든다. 실무담당자가 정리한 심사 자료를 기초로 해당 진료과목 심사전문위원이 1차적으로 입원적정성 심사를 진행한다. 이후 내·외부 공공심사위원이 입원적정성 여부에 대한 자문 회의를 진행하고 마지막으로 해당 진료과목 심사전문위원의 심사결과와 자문회의 결과를 토대로 ‘공공심사위원회’에서 최종적으로 입원적정성 여부를 심의·의결한다.

최종 ‘공공심사위원회’의 심사는 재적위원 과반수가 참석해야 개최되며, 개별 안전에 대한 심사 후 심사결과에 대해 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다. 심사결과가 의결되면 회의에 참석한 심사위원이 개별적으로 심사결정서에 직접 서명함으로써 최종적으로 심사

록 기재의무 위반에 관한 고찰”, 『법학논총』 제20권 제1호, 조선대학교법학연구원, 2013, 249면 이하; 박경춘, “의료인의 진료기록부 등 허위작성시 형사처벌 가부-대법원 2005. 11. 24. 선고 2002도4758 판결”, 『의료법학』 제8권 제1호, 대한의료법학회, 2007, 107면 이하; 황만성(주 17), 194면 이하 참조.

24) 건강보험심사평가원(주 16) 12면.

결과가 확정된다.²⁵⁾ 이러한 심사과정에서 공공심사위원회 위원장은 심사의뢰 안건 당사자의 의견청취 또는 추가 자료제출이 필요한 경우에 이를 요구할 수 있다.²⁶⁾

3. 입원적정성 심사의 법적 성격 검토

건강보험심사평가원이 수행하는 입원적정성 심사의 법적 성격은 해당 심사업무를 수행하는 주체의 법적지위와 업무의 내용을 통해 종합적으로 판단해야 한다. 따라서 다음과 같은 두 가지 내용이 중요한 쟁점이 된다.

첫째, 입원적정성 심사를 수행하는 건강보험심사평가원과 공공심사위원회의 법적 지위이다. 앞서 검토한 것처럼 건강보험심사평가원은 법률에 의해서 설립된 공법인이다. 다만 ‘공공심사위원회’의 인적 구성에 대해서는 관점에 따라 이견이 있을 수 있다. 왜냐하면, ‘공공심사위원회’ 위원의 법적지위는 모두 동일하지 않기 때문이다. 구체적으로 ‘공공심사위원회’ 위원 중 의학단체에서 추천한 외부위원의 경우에는 이들의 법적지위를 확인해 줄 명확한 법적 근거가 없다. 그럼에도 불구하고 ‘공공심사위원회’의 위원으로 위촉된 민간 위원들은 ‘개인정보보호 및 보안 서약서’, ‘청렴서약서’ 작성뿐만 아니라 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」 제11조에 규정된 ‘공무수행사인’에 해당하며 따라서 공직자에게 주어진 공정한 직무수행의 보장과 공공기관에 대한 국민의 신뢰를 확보하기 위한 의무를 공직자와 동일하게 부담한다. 그리고 ‘공공심사위원회’는 「국민건강보험법」의 요양급여 기준에 따라 「보험사기방지 특별법」을 근거로 의학적 타당성에 기초하여 환자의 입원적정성을 심사하는 공적 업무를 수행한다. 따라서 사실상 ‘공공심사위원회’의 구성원은 입원적정성 심사라는 공적업무를 수행함에 있어서 공직자로서의 의무를 부담하는 행위주체로 이해하는 것이 타당할 것이다.

둘째, 입원적정성 심사를 어떻게 이해할 것인지에 대한 문제이다. 앞서 검토한 것처럼 입원적정성 심사는 입원환자의 입원이 의학적인 측면에서 타당한지를 검증하는 것이다. 따라서 입원적정성 심사는 우선적으로 해당 의사의 판단이 일반적으로 인정될 수 있는 ‘진료지침’ 또는 ‘심사지침’인 「요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항」에 근거하였는지 그

25) 공공심사위원회의 업무 흐름도 및 세부업무절차에 대한 자세한 내용은 건강보험심사평가원(주 16), 12면 이하.

26) 건강보험심사평가원, 공공심사위원회운영지침 제11조.

리고 의학적 타당성을 인정할 수 있는지를 의료전문가 집단인 ‘공공심사위원회’가 심사하는 것이다. 이처럼 「보험사기방지 특별법」에서 명시한 입원적정성 심사 업무는 「국민건강보험법」을 근거로 마련된 요양급여 기준에 근거하여 심사하고 그 결과를 확인하는 것이기 때문에 규범적으로 입원적정성 심사결정은 공적업무를 수행하는 행정주체가 내린 일종의 행정행위로 이해할 수 있을 것이다. 다만, 이것이 대외적으로 직접적인 법적 효과를 발생시키지 않는다는 점에서 일반적인 행정행위와는 구별된다.²⁷⁾ 그럼에도 불구하고 형식적으로는 공적업무를 수행하는 행정주체의 행정행위와 유사성을 갖는다.

이상의 내용을 종합하면 입원적정성 심사는 환자의 입원이 적정한지에 대한 법적 분쟁이 발생한 경우에, 「국민건강보험법」과 보건복지부장관의 고시인 「요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항」이라는 법규명령에 기초하여 법률상의 공적업무를 수행하는 건강보험심사평가원의 공공심사위원회가 공식적으로 판단하고 선언한 행정행위임에도 그 결과는 직접적인 법적효력을 발생시키지 않는다는 점에서 일반적인 행정행위와 구별된다. 그럼에도 불구하고 그 결과인 입원적정성 심사결과 문서는 공적 행정주체인 건강보험심사평가원이 수사기관으로부터 제기된 입원의 적정성에 대한 의문을 규범적·과학적 근거에 기반하여 공식적으로 판단한 결과를 증명하는 문서이기 때문에 공권적 증명문서라고 보는 것이 타당하다.

III. 입원적정성 심사 결과의 법적 효력

1. 입원적정성 심사결과의 증거활용 가능성

가. 전문증거 일반론

형사소송은 「형법」의 적정한 적용에 의하여 구체적 법률관계를 형성·확정하는 것을 목적으로 한다.²⁸⁾ 따라서 실체적 진실 발견을 위해 법관의 자의적인 사실인정은 허용될 수 없

27) 즉, 공적업무를 수행하는 행정주체인 ‘공공심사위원회’가 법률에 근거한 「요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항」에 따른 요양급여 기준에 의해서 해당 행위의 적정성을 심사하고 의결한 심사결과는 앞서 검토한 요양급여비용 및 적정성 심사결과와 동일한 절차와 방식으로 진행되지만 그 효과는 의료기관 또는 해당 환자에게 직접적으로 영향을 미치지 않는다는 점에서 일반적인 행정행위와 구별된다. 행정행위의 요소와 관련한 내용은 김성수, 일반행정법, 행정법리론의 헌법적 원리, 제2판, 법문사, 2004, 166면 이하 참조.

28) 이재상, 형사소송법, 박영사, 2009, 496면. 같은 취지로 임동규, 형사소송법, 법문사, 2011, 3면.; 김재중, 형사재판론, 지원사, 2010,

다. 이러한 이유에서 증거는 매우 엄격한 조건을 충족해야만 증거로서의 법률상 자격인 증거능력을 갖게 되고 증거능력을 갖는 증거의 실질적 가치가 있어야 증명력이 인정된다. 그 결과 증거 중 사실인정의 기초가 되는 경험을 직접 법원에서 진술하지 않고 다른 형태로 보고되는 전문증거(傳聞證據)는 원칙적으로 증거능력이 인정되지 않는다. 그리고 이러한 전문법칙은 증거능력을 판단하는 중요한 기준이 된다.²⁹⁾

전문증거의 증거능력을 인정하지 않는 이유는 원진술이 아니기 때문이다. 즉, 경험자가 자신의 경험을 직접 알리는 행위가 아니라 원진술자의 진술을 타인이 진술 또는 서류로 작성한 증거이기 때문에 그 과정에서 오류가 개입될 가능성이 있고 따라서 그 진술이나 서류의 신뢰성, 그리고 신용성이 결여될 수 있기 때문이다. 이러한 이유에서 전문증거가 증거능력을 인정받기 위해서는 타인의 진술 또는 서류에서 발생 가능한 오류를 제거할 수 있는 반대신문이 가능해야 하며, 신용성이 정황적으로 보장되어야 한다. 대법원은 전문증거가 증거능력을 인정받기 위해서는 “굳이 반대신문의 기회 부여 여부가 문제 되지 않을 정도의 고도의 신용성의 정황적 보장이 있는 문서”라는 조건을 충족해야 한다고 판시하고 있다.³⁰⁾

그러나 「형사소송법」은 예외적으로 전문증거라도 신용성이 보장된 경우에 전문법칙을 엄격하게 적용한다면 진실발견에 저해가 될 수 있다는 점을 인식하고 이를 보완하기 위한 규정을 두고 있다. 구체적으로는 「형사소송법」 제311조에 의한 법원 또는 법관의 조서, 제312조에 의한 검사 또는 사법경찰관의 조서 등, 제313조에 의해 공판준비나 공판기일에 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 진술서, 제314조에 따라 공판준비나 공판기일에 진술할 수 없으나 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 조서 및 그 밖의 서류, 제315조에 따라 당연히 증거능력이 있는 서류, 제316조에 따라 피고인이 아닌 자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다고 규정함으로써 전문증거의 증거능력을 예외적으로 인정하고 있다.³¹⁾ 이상의 내용을 종합하면 전문증거는 그 작성의 신용성이 증

147면.

29) 전문증거의 개념 등에 대한 자세한 논의는, 권오걸, “변호사의 법률의견서와 증거능력”, 「법학논총」 제20권 제1호, 조선대학교법학연구원, 2013, 475면 이하 참조.

30) 대법원 2015. 7. 16. 선고, 2015도2625 판결.

31) 「형사소송법」상 전문법칙 예외 규정에 대한 요건을 정리한 자세한 내용은 한연규, “형사소송법 제315조 제3호에 대한 대법원 해석기준과 건강보험심사평가원의 입원적정성 심사의뢰 결과 회신자료의 증거활용 검토”, 「형사소송 이론과 실무」 제11권 제1호, 한국형사소송법학회, 2019, 135면 이하 참조.

명되는 때 예외적으로 증거능력을 갖게 된다. 구체적으로 법원·법관·수사기관에서 작성한 진술서 등이 아닌 경우에는 「형사소송법」 제313조에 의해서 성립의 진정이 인정될 때 증거능력이 인정된다. 그러나 예외적으로 문서 작성의 의무성과 공시성에 의하여 신용성의 정황적 보장이 인정되는 공문서와 업무문서 그리고 이에 준하는 문서는³²⁾ 「형사소송법」 제313조에도 불구하고 동법 제315조에 따라 증거능력을 인정하고 있다.

입원적정성 심사 결과문서는 그 행위를 직접 경험한 대상자가 진술한 것이 아니고 다른 형태로 보고된 전문증거에 해당한다. 다만, 전문증거인 입원적정성 심사 결과문서의 증거능력을 인정하기 위한 요건을 어떻게 이해해야 하는지에 대해서는 이견이 있을 수 있다. 따라서 「형사소송법」상 전문법칙의 예외규정에 해당하는지를 확인할 필요가 있다. 형식적으로 수사기관의 의뢰에 의해서 작성된 ‘입원적정성 심의 결과문서’가 수사기관에 제출된다는 점에서 「형사소송법」 제311조에서 규정한 법원 또는 법관의 검증의 결과를 기재한 조서 또는 동법 제312조 제1항의 검사가 작성한 피의자신문조서, 제3항의 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서에 해당하지 않음이 분명하다. 따라서 적용이 가능한 전문법칙의 예외조항은 「형사소송법」 제313조와 제315조라는 점에서 어느 조항을 적용하는 것이 바람직한지가 중요한 문제가 된다.

나. 판례의 경향

수사기관의 의뢰에 의해 보험계약자 등의 입원 적정성 여부를 심사한 건강보험심사평가원의 입원적정성 심사결과 문서는 2017년 12월 5일 대법원 판결 이후로 「형사소송법」 제315조에 의한 당연히 증거능력이 있는 서류로 인정되지 않고 있다. 그런데 이전의 판결에서는 ‘당연히 증거능력이 있는 서류’로 인정된 경우가 적지 않았다는 점에서³³⁾ 2017년 12월 5일의 대법원 판결과 비교해 볼 필요가 있다.

2017년 12월 5일 대법원 판결인 2017도12671판결의 1심 재판부는 건강보험심사평가원의 입원 적정성 심사결과 문서에 대해서 성립의 진정함이 증명되지 않았다는 이유에서 증거능력을 인정하지 않았다.³⁴⁾ 이에 2심과³⁵⁾ 대법원에서도 이러한 논지를 유지하였다.

32) 신이철, 당연히 증거능력이 인정되는 서류-특히 형사소송법 제315조를 중심으로-, 법학논총 제28권 제4호, 한양대학교법학연구소 (2012), 452면.

33) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008도4665 판결; 대법원 2011. 2. 24. 선고, 2010도17512 판결.

34) 광주지법 목포지원 2016. 8. 19. 선고, 2015고단1649 판결.

35) 광주지법 2017. 7. 19. 선고, 2016노3027 판결.

그런데 이 사건의 1심 판결이 있던 시점보다 두 달 뒤에 이뤄진 다른 사건의 1심 법원에서는 건강보험심사평가원의 입원적정성 심사결과 문서의 증거능력을 인정하고 있으며 그 이유는 다음과 같다. 첫째, 건강보험심사평가원이 입원적정성 심사를 위해 구성한 심사위원회의 조직·구성·자격·심사방식·자료 및 심사업무에 대한 전문성과 숙련성 등을 고려할 때 공정성과 객관성 및 신용성이 있다고 볼 수 있고 둘째, 증인신문 대상의 특징이 어렵고 심사위원의 공개가 오히려 공정한 심사를 위한 원활한 직무수행이 어려울 수 있으며 셋째, 입원적정성 심사는 사실관계를 증명하려는 문서가 아닌 입원치료의 적정성을 확인하는 전문가의 의견으로 동일한 사안에 대한 반대의견이 가능하며 또한 제출된 의견을 탄핵할 수 있어 피고인의 반대신문권 보장의 대상이라고 보기 어려울 뿐만 아니라 넷째, 건강보험심사평가원은 법률에 따라 공적업무를 수행하는 일환으로 입원적정성을 평가하는 것으로 그 신용성이 정황적으로 보장된다는 것이다.³⁶⁾ 이러한 1심 법원의 판단은 2심 법원에서는 인용되었으나³⁷⁾ 대법원에서는 2017년 12월 5일 대법원 판결인 2017도12671 판결을 근거로 해당 사건의 2심 판결을 파기하고 환송한다.³⁸⁾ 이후 건강보험심사평가원의 입원적정성 심사결과 문서에 대한 증거능력은 인정되지 않고, 「형사소송법」 제313조의 증거능력 인정요건인 작성자 또는 진술자의 자필이거나 그 서명날인이 있고, 공판준비나 공판기일에서 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 인정되고 있다. 그렇다면 구체적으로 대법원이 건강보험심사평가원의 입원적정성 심사결과 문서를 「형사소송법」 제315조의 당연히 증거능력이 인정되는 문서로 해석하지 않은 이유에 대한 검토가 필요하다.

우선 대법원 2017. 12. 5. 선고, 2017도 12671판결은 2015년 7월 16일에 대법원이 선고한 2015도 2625판결의 취지를 따르고 있다. 대법원 2015.7.16. 선고, 2015도 2625판결인 “국가정보원·국방부 여론조작 사건”에서 국가정보원 심리전단 직원의 이메일 계정에서 압수한 전자 문서의 증거능력을 판단함에 있어서 「형사소송법」 제315조의 입법취지를 문서작성에 “허위가 개입될 여지가 적고, 또 문서의 성질에 비추어 고도의 신용성이 인정되어 반대신문의 필요가 없거나 작성자를 소환해도 서면제출 이상의 의미가 없는 것들에 해당하기 때문에 당연히 증거능력이 인정된다는 것이 「형사소송법」 제315조의 입법 취지인

36) 한연규(주 27), 129면; 부산지법 2016. 10. 26. 선고, 2014고단3167 판결 내용 재구성.

37) 부산지법 2017. 11. 24. 선고, 2016노4388 판결.

38) 대법원 2018. 4. 12. 선고, 2017도20843 판결.

점과”라고 판시하고 동법 제315조 제1호의 ‘공권적 증명문서’와 제2호의 ‘업무상 통상문서’는 제3호의 “기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서”에서 “기타”라는 문언의 규정형식으로 인해 ‘특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’의 예시로 이해하였다.³⁹⁾ 따라서 대법원 판례에 따라 문서가 당연히 증거능력이 있는 서류로 인정받기 위해서는 첫째, 공권적 증명문서 이거나 둘째, 업무상 통상문서 그리고 셋째, 공권적 증명문서 또는 업무상 통상문서와 같은 정도의 고도의 신용성이 인정되고 반대신문의 필요성이 없는 문서여야 한다는 것이 「형사소송법」 제315조의 입법취지임을 확인할 수 있다.

“국가정보원·국방부 여론조작 사건”에서 대법원은 국정원 심리전단 직원이 작성한 파일이 「형사소송법」 제315조 제2호의 “기타 업무상 필요로 작성한 통상문서”에 준하여 제3호 “기타 특히 신용할 만한 정황에 의해서 작성된 문서”에 해당하는지를 판단하는데 이는 국정원 심리전단 직원이 작성한 파일이 “공권적 증명문서”에 해당하지 않기 때문에 “기타 업무상 필요로 작성한 통상문서”에 해당하는지를 판단한 것이다. 그리고 그 결과 해당 파일은 출처를 명확히 알기도 어렵고, 그 정보의 근원, 기재 경위와 정황이 불분명하며 그 내용의 정확성·진실성을 확인할 방법이 없고, 기계적으로 반복하여 작성된 것인지도 알 수 없을뿐더러 실제로 업무수행 과정에서 어떻게 활용된 것인지 알기 어렵다고 판단하였다. 또한 그 파일이 심리전단의 업무 활동을 위하여 관행적 또는 통상적으로 작성되는 문서가 아니며 업무를 위한 목적으로만 작성된 것이라고 보기도 어렵고 그 행동에 대해서 ‘굳이 반대신문의 기회를 부여하지 않아도 될 정도’로 고도의 신용성의 정황적 보장이 있다고 보기 어렵다고 판단하여 당연히 증거능력이 있는 문서에 해당하지 않는다고 판단하였다. 즉, 공무원이 작성한 문서라도 그 문서를 작성하게 된 원인이 법률에 근거가 있는 것처럼 명확한 것이 아니라면 그것이 기타 업무상 필요로 작성한 문서인지 그리고 통상적·계속적으로 작성한 문서인지를 판단하여 허위가 개입될 여지가 적고 문서의 성질이 고도의 신용성이 인정되어 반대신문이 필요 없으며 작성자를 소환하여 반대신문을 하여도 의미가 없는 것일 때 증거능력을 인정해야 한다는 것이다.

그런데 건강보험심사평가원의 입원적정성 심사결과 문서에 대한 증거능력을 판단한 대법원은 「형사소송법」 제315조 제3호에 대한 해석을 위 대법원의 판례의 기초를 유지하면서도 건강보험심사평가원의 입원적정성 심사결과 문서를 동법 제315조 제1호의 “공권적

39) 헌법재판소 2013. 10. 24. 선고, 2011헌바79 결정.

증명문서”로 파악하지 않고 동법 제315조 제2호 “기타 업무상 필요로 작성된 통상문서”에 준해서만 판단하였다.⁴⁰⁾ 이후 대법원은 건강보험심사평가원의 입원적정성 심사 결과의 증거능력을 인정받기 위해서는 「형사소송법」 제313조의 요건을 구비해야 한다고 판시하고 있다.⁴¹⁾

2. 입원적정성 심사결과의 증거능력 인정 여부

대법원 2017도12671 판결은 건강보험심사평가원의 입원적정성 심사결과 문서를 “수사기관의 의뢰에 따라 그 보내온 자료를 토대로 입원진료의 적정성에 대한 의견을 제시하는 내용”으로 이해하고 「형사소송법」 제313조 제3호의 감정서와 동일한 문서로, 해당 문서만으로는 ‘성립의 진정성’이 인정되지 않는다고 판단하였다. 그런데 입원적정성 심사결과 문서는 「형사소송법」 제315조 제1호에 해당하는 문서는 아니다. 또한 입원적정성 심사결과 문서는 ‘법률에서 정한 업무 수행을 위해 작성된 문서’로 ‘기타 업무 수행을 위해 필요로 작성된 통상문서’와는 구별된다. 따라서 해당 문서가 동법 제315조 제3호에 해당하는지 판단함에 있어서는 동법 제315조 제1호에 준하여 특별히 신용할 만한 정황에 의해서 작성된 문서인지 확인할 필요가 있다. 이와 관련해서는 다음과 같은 내용의 검토가 필요하다. 첫 번째로, 건강보험심사평가원의 입원적정성 심사 결과의 ‘성립의 진정성’과 ‘신용성’을 담보할 수 있는 것인가의 문제이다. 이는 다시 첫째, 절차와 방식의 적절성과 둘째, 실질적인 진정성립의 필요성 그리고 셋째, 반대신문의 필요성으로 구분하여 구체적인 증거능력의 인정요건을 충족할 수 있는지 검토되어야 한다. 두 번째로, 입원적정성 심사결과를 일반적인 의견서로 보는 것이 타당한지에 대한 문제이다. 이와 관련해서는 입원적정성 심사결과 문서가 일반적인 의견서와 구별된 신용성의 정황적 보장이 담보된 문서인지 확인하기 위해서 공무원이 직무상 작성한 의견서와 비교하여 검토한다.

40) “사무처리 내역을 계속적, 기계적으로 기재한 문서가 아니라 범죄사실의 인정 여부와 관련 있는 어떠한 의견을 제시하는 내용을 담고 있는 문서는 「형사소송법」 제315조 제3호에서 규정하는 당연히 증거능력이 있는 서류에 해당한다고 볼 수 없으므로, 이른바 보험사기 사건에서 건강보험심사평가원이 수사기관의 의뢰에 따라 그 보내온 자료를 토대로 입원진료의 적정성에 대한 의견을 제시하는 내용의 ‘건강보험심사평가원의 입원진료 적정성 여부 등 검토의뢰에 대한 회신’은 「형사소송법」 제315조 제3호 ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’에 해당하지 않는다.” 대법원 2017. 12. 5. 선고, 2017도12671 판결.

41) 대법원 2018. 4. 12. 선고, 2017도20843 판결.

가. 입원적정성 심사결과의 ‘성립의 진정성’과 ‘신용성’의 담보

건강보험심사평가원에서 수행하는 입원적정성 심사는 「보험사기방지 특별법」에 근거를 두고 있지만 구체적인 절차나 방식에 대해서는 명문 규정이 없다. 그러나 앞서 검토한 것처럼 건강보험심사평가원은 내부규정을 통해 심사절차를 명문화하고 있으며 심사절차가 끝나면 심사에 참여했던 심사위원들이 심사결과에 개별적으로 서명하고 있다. 따라서 성립의 진정성을 확인하기 위한 요건인 절차와 방식의 적법성을 인정할 수 있다. 다만, 이처럼 작성된 문서가 공판준비 또는 공판기일에 작성자가 직접 진술하는 실질적 진정성립을 인정하는 것이 타당한지에 대해서는 검토가 필요하다. 이와 관련해서는 반대신문의 기회보장의 필요성에 대한 부분을 먼저 검토할 필요가 있다.

우선 내용적인 측면에서 건강보험심사평가원이 수행하는 입원적정성 심사는 사실관계의 진실여부를 판단하는 것이 아니다. ‘진료기록 등’에는 사실관계에 대한 기록과 의사의 의견이 혼재되어 있다. 즉, 환자의 객관적인 상태를 기록한 것은 사실관계에 해당하고 이러한 사실관계에 기초하여 의학적인 측면에서 병적 상태를 확인하고 판단하는 ‘진단’과 진단에 따른 문제해결방안을 제시한 ‘처방’이 의사의 의견에 속한다. 그런데 입원적정성에 대한 심사는 의사의 ‘진단’과 ‘처방’이 적정한지에 초점이 맞춰진다. 즉, 사실관계에 해당하는 환자의 상태에 대한 객관적인 사실 기록은 허위나 또는 부실기재가 아니라는 전제에서 이에 기초한 의사의 판단이 요양급여 적용기준의 범위를 넘어서지 않는지 그리고 일반적으로 용인될 수 있는 의학적 타당성이 있는 ‘진단’과 ‘처방’인지를 심사하는 것이다. 이처럼 의사 개인이 판단한 ‘진단’과 ‘처방’에 대한 심사를 주요 내용으로 하는 ‘입원적정성 심사 결과’는 앞서 살펴본 것처럼 요양급여기준에 따라서 공공심사위원회의 검토와 숙의과정을 거쳐 합의로 결정된다. 또한 합의과정에서는 공공심사위원회의 입원적정성 판단결과와 다른 입장을 갖는 공공심사위원이 있을 수 있으나 합의를 통해 심사결과가 결정되면 자신의 의견이 아닌 공공심사위원회의 결정에 자신의 의견이 귀속된다. 따라서 공공심사위원을 대상으로 반대신문을 한다고 하더라도 공공심사위원회의 결정사항과 다른 진술을 할 것을 기대하기 어렵다. 또한 신문할 증인을 특정하는 것도 어렵다. 왜냐하면 공공심사위원회에서 심사가 결정되면 심사에 참여한 모든 공공심사위원이 서명·날인하게 되고 그 결과는 건강보험심사평가원장 명의로 통보된다. 따라서 최종결정은 건강보험심사평가원장 명의로 제출되는데 심사결과에 서명·날인한 공공심사위원회 위원 중 누구를 증인으로 출석시킬 것인가를 두고

논란이 발생할 수 있을 뿐만 아니라 실제로 증인으로 출석하게 되는 공공심사위원은 자신의 의견이 아닌 위원회 결정을 진술해야 한다는 점과 증인 출석으로 인해 자신의 신분이 노출될 경우에 발생할 수 있는 심리적 부담감 등으로 인해 지속적인 심사업무 수행이 어려울 수도 있다는 점을 고려할 필요가 있다. 따라서 건강보험심사평가원의 ‘입원적정성 심사 결과’에 대한 반대신문을 통해 얻을 수 있는 실익이 없고 반대신문을 위한 증인의 특징이 적정하지 않다는 점에서 반대신문의 필요성이 크지 않다고 보는 것이 합리적이다.

또한 건강보험심사평가원의 공공심사위원회 위원은 행정행위의 주체로 이해할 수 있다. 그리고 건강보험심사평가원 공공심사위원회 위원도 기본적으로 의사이기 때문에 「의료법」에서 규정된 ‘의사로서의 의무’와 ‘환자에 대한 비밀 보장’ 의무가 있으며 이를 위반할 경우 제재를 받게 되고, 공공심사위원으로 위촉되면서 ‘개인정보보호 및 보안 서약서’·‘청렴 서약서’를 작성함으로써 법적으로 그 위반에 대해서는 「의료법」과 「개인정보보호법」에 따른 제재를 받을 뿐만 아니라 「부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률」을 통한 제재도 받는다. 이처럼 공공심사위원회의 법적 지위를 고려할 때 공무원에 준할 정도의 신용성을 갖고 있다고 볼 수 있다.⁴²⁾

이러한 이유에서 건강보험심사평가원의 입원적정성 심사결과에 대해서는 그 성립의 진정성을 증명하기 위해서 공판준비 또는 공판기일에 심사결과를 작성한 공공심사위원회 위원의 공판진술이 없다고 하더라도 첫째, 입원적정성 심사는 전문가로 구성된 심사위원들이 법령에 근거하여 마련된 심사기준에 따라서 심사하고 의결하는 과정을 거치기 때문에 그 과정에서 발생할 수 있는 오류의 가능성이 낮고 둘째, 심사결과는 개인의 의견이 아닌 공공심사위원회의 결정이기 때문에 반대신문을 통해 얻을 수 있는 실익이 없으며 셋째, 높은 수준의 신용성이 정황적으로 보장되는 공공심사위원회의 법적지위를 고려할 때 성립의 진정성과 신용성이 담보된 “특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서”로 이해할 만한 사정이 인정된다고 할 수 있고, 따라서 공판준비 또는 공판기일에 증인신문의 필요성이 없다고 보고 「형사소송법」 제315조 제3호에 따른 증거능력의 인정요건을 갖췄다고 인정하는 것이 타당하다.

42) 공무원의 경우, 「국가공무원법」 제7장에서 헌법과 법령의 준수, 국가 수호, 국민에 대한 봉사자로서의 임무를 성실히 수행할 것을 선서하며(국가공무원법 제55조 및 국가공무원 복무규정 별표 1 선서문 참조.), 법령 준수·성실한 직무수행 의무(국가공무원법 제56조), 친절하고 공정한 직무수행 의무(국가공무원법 제59조), 비밀 엄수 의무(국가공무원법 제60조), 청렴 의무(국가공무원법 제61조) 등을 규정하고 이를 위반할 경우 징계 등의 제재를 받게 되기 때문에 업무 수행에 있어서 부정을 저지를 개연성이 낮아 그 신분에서 오는 상당히 높은 수준의 신용성을 인정하고 있다.

나. 입원적정성 심사결과 문서와 공무원이 직무상 작성한 문서의 비교

대법원은 2017도12671 판결에서 “사무처리 내역을 계속적·기계적으로 기재한 문서”가 아니라는 점에서 건강보험심사평가원의 입원적정성 심사결과 문서를 의견서라고 판단하였다. 그렇다면 이러한 기준이 공무원이 직무상 작성한 문서에도 적용되는 것인지 검토가 필요하다. 이와 관련해서 판례는 군의관이 작성한 진단서⁴³⁾, 국립과학수사연구소장이 작성한 감정의뢰 회보서⁴⁴⁾, 일본국 세관원이 작성한 필로폰에 대한 범칙물건 감정서 등본과 분석의뢰서 및 분석 회답서 등본⁴⁵⁾, 세관 공무원이 세관에 비치된 기준과 수입신고서에 기재된 가격을 참작하여 작성한 감정서⁴⁶⁾의 증거능력을 인정하였다. 특이할 만한 판례는 군의관이 작성한 진단서의 경우에는 의견서로 판단하지 않았다는 점이다. 이로써 진단서의 작성 내용이나 형식이 증거능력을 인정하는 요건이 아니라 진단서를 작성한 주체가 공무원인지 또는 사인(私人)인지가 증거능력 인정 여부를 결정하는 기준이라는 점을 확인할 수 있다. 따라서 판례는 공무원이 작성한 문서는 반드시 계속적·기계적으로 작성한 문서가 아니라도 명확한 출처를 통해 해당 내용에 대한 정확성·진실성을 확인할 수 있고 반복적·관행적·통상적으로 작성된 문서로 공무원의 업무 수행을 위한 목적만으로 작성되고 해당 업무를 수행하는데 필요성이 있다면 공무원의 의견이 포함된 경우라도 증거능력을 인정한다고 보는 것이 타당하다.

다. 입원적정성 심사결과 문서에 대한 「형사소송법」 제315조 제3항의 해석

건강보험심사평가원의 입원적정성 심사 결과문서는 「형사소송법」 제315조 제1호와 제2호에 해당하지 않는다. 그렇다면 제3호의 “기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서”에 해당하는지 살펴봐야 한다. 그런데 대법원은 「형사소송법」 제315조 제3호를 해석함에 있어 제1호와 제2호에 준하여 “굳이 반대신문의 기회 부여 여부가 문제 되지 않을 정도로 고도의 신용성의 정황적 보장이 있는 문서”가 제3호에 해당한다고 판시하고 있다. 그렇다면 제3호에 해당하는 문서는 제1호의 공권적 증명문서에 준하거나 또는 제2호의 업무상 통상문서에 준하는 문서라는 점에서 제1호와 제2호의 조건을 각기 검토하여 “기타 특히

43) 대법원 1972. 6. 13. 선고, 72도922 판결.

44) 대법원 1982. 9. 14. 선고, 81도1504 판결.

45) 대법원 1984. 2. 28. 선고, 83도3145 판결.

46) 대법원 1985. 4. 9. 선고, 85도225 판결.

신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서”에 해당하는지를 판단하는 것이 타당하다. 그럼에도 불구하고 건강보험심사평가원이 제출한 입원적정성 심사결과의 증거능력을 부인한 대법원 판례는 이러한 검토를 적극적으로 수행하지 않았다.

더불어 대법원은 건강보험심사평가원이 제출한 입원적정성 심사결과를 ‘범죄사실의 인정 여부와 관련 있는 어떠한 의견을 제시하는 내용을 담고 있는 문서’로 파악하였다. 그러나 앞서 살펴본 것처럼 입원적정성 심사결과 문서는 공권적 증명문서에 준하는 문서로 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 입원적정성 심사결과 문서가 「형사소송법」 제315조 제3호에 해당하기 위해서 계속적·기계적으로 작성된 문서에만 한정된다고 한다면, 동법 제315조 제1호의 규정은 사실상 그 행위 주체가 공무원인지 또는 그 내용에 사인(私人)인 의사가 작성한 진단서와 같이 개인의 의견이 포함되는지 여부가 중요하지 않게 되어 ‘공권적 증명문서’와 ‘업무상 통상문서’의 구분이 무의미해진다.⁴⁷⁾ 이러한 이유에서 건강보험심사평가원이 수행한 입원적정성 심사 결과문서는 「형사소송법」 제315조 제3호에 따른 당연히 증거능력이 있는 서류로 이해하는 것이 타당하다.

2. 입원적정성 심사결과의 증명력 강화 방안

가. 문제제기

앞서 검토한 것처럼 건강보험심사평가원의 ‘입원적정성 심사 결과’는 「형사소송법」 제315조 제3호 “기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서”에 해당한다고 해석하는 것이 합리적이다. 그러나 이러한 법률해석을 통해 건강보험심사평가원의 ‘입원적정성 심사 결과’의 증거능력이 인정되더라도 실제로는 법관의 자유로운 판단에 의하여 증거의 가치, 즉 증명력의 인정여부가 결정된다는 점에서 실질적으로 ‘입원 적정성 심사 결과’가 신뢰할 만한 내용과 절차로 운영되고 있는지 검토가 필요하다. 이와 관련해서 첫째, 입원적정성 심사를 ‘진료기록 등’에만 의존한다는 점과, 둘째, 동일한 질환이라도 환자의 특성에 따라 진

47) 「형사소송법」 제315조 제1호의 해석과 관련해서 만일 ‘공권적 증명문서’를 ‘범죄사실의 인정 여부와는 관계없이 개인의 의견이 배제된 채 계속적·기계적으로 기재된 서류’로 해석한다면 제2호의 ‘업무상 통상문서’와 차이가 없다는 취지에서 ‘공권적 증명문서’와 ‘업무상 통상문서’는 작성주체가 공무원으로 한정되어 있는지의 여부, 내용면에서는 작성자의 주관이 개입될 여지가 배제되었는지 여부가 다르므로 따라서 ‘공권적 증명문서’를 사실 확인 문서로만 한정할 수 없다는 의견이 있으며 이에 동의한다. 이와 관련된 자세한 내용은, 한연규(주 27), 146면 이하 참조.

단과 처방에 차이가 발생할 수 있다는 점에서 문제가 제기될 수 있다.⁴⁸⁾ 따라서 각각의 쟁점에 대해 구체적으로 살펴볼 필요가 있다.

첫째, 입원적정성 심사를 ‘진료기록 등’에만 의존한다는 점과 관련해서는 진료기록이 완벽하지 않을 수 있기 때문에 담당 진료의사에게 확인이 필요하다는 점과 사후적으로 수사기관에 의해서 제공되는 자료만으로 입원의 적정성을 판단하는 것을 신뢰할 수 있는지에 대한 측면에서 제기된 문제라고 볼 수 있다. 그러나 앞서 검토한 진료기록부 등에 대한 내용을 고려할 때, 진료기록 등으로만 환자의 상태를 판단하지 못할 것이라는 법원의 견해는 진료기록부 등에 대한 이해 부족이 원인이라고 생각된다. 또한 담당 진료의사에게 당시 상황을 확인하는 것이 실제적 진실을 확인하는 중요한 수단이 될 수 있다는 의견이 있을 수 있으나 담당 진료의사가 일정기간이 지난 진료내용을 온전히 기억하고 진술하기란 불가능에 가까운 일이다. 결국 담당 진료의사도 자신이 기록한 진료기록에 의존하여 자신의 진단과 처방을 기억할 수밖에 없기 때문에 진료기록 등을 기초로 담당 진료의사의 진단과 처방의 적정성을 심사한다고 하여 구체적인 판단의 근거로 부족하다거나 신뢰성·신용성의 정황이 인정되지 않는다는 의견에는 동의하기 어렵다. 더군다나 담당 의사는 자신이 진단하고 처방한 당시 상황 이외에 다른 의료기관에서 이뤄진 환자의 진료내역을 확인할 수 없다. 때문에 진단과 처방이 내려진 시점에서는 정당할 수 있으나 전체적인 의료서비스 제공 과정에서 과잉처방에 해당할 수도 있다. 예컨대, 동일한 질병으로 여러 의료기관을 방문하고 입원한 경우, 의료기관간 해당 환자의 진료내역을 공유하지 않는 상황에서 개별 진료의사는 다른 의료기관에서 내려진 진단과 처방을 확인할 수 없기 때문에 입원의 필요성을 당시의 상황만을 보고 판단할 수밖에 없다. 따라서 동일한 상황이라도 제공되는 환자의 정보에 따라 판단이 달라질 수 있기 때문에 개별 진료의사의 의견 청취는 전체적인 입원진료의 의학적 적정성 판단에 있어서 반드시 필요한 과정인지 고민이 필요하다.

둘째, 동일한 환자라도 환자의 특성에 따라 진단과 처방에 차이가 발생할 수 있다는 점과 관련해서는 의학적 판단은 의사의 전문성에 기초해야 하며 그럼에도 불구하고 재량의 범위를 넘어서면 안 된다. 예컨대, 암으로 인해 신장절제술을 받은 환자의 경우 일반적으로 수술준비기간을 포함하여 일주일가량 입원하지만, 수술 후 환자의 상태에 따라 1~2일 일찍

48) 건강보험심사평가원의 “입원적정성 심사 결과”에 대한 신빙성을 부인한 판례의 주요 근거로 “첫째, 환자들을 직접 면담하거나 진료의사에 대한 확인이 없었던 점, 둘째, 사후에 제공된 자료만으로 통상적인 입원일수에 대한 의견을 개진한 것뿐인 점, 셋째, 같은 병명이라도 증상의 경중이나 환자의 개별적 특성 등에 따라 실제 입원일수 등에 많은 차이가 발생할 수 있다는 점” 등을 제시하고 있다. 이와 관련한 자세한 내용은 한연구(주 27), 149면 이하 참조.

또는 늦게 퇴원할 수 있는데 이는 그때의 상황을 판단한 의사의 결정 사항이다. 물론 그 상황이 발생하게 된 사실관계는 진료기록 등에 기재되어야 하며 조기퇴원 또는 입원연장의 근거가 적시되는 것이 정상적이다. 따라서 본질적인 문제는 이러한 의사의 재량의 범위를 어떤 기준에서 판단해야 하는지에 대한 질문인 것이다. 여러 차례 언급한 것과 같이 개별 의사의 판단은 존중받아야 한다. 그럼에도 불구하고 의사의 재량이 무한정 존중받을 수 없으며 이에 대한 판단은 일차적으로는 요양급여 기준이, 이차적으로는 같은 전문성을 갖고 있는 동료집단의 집단지성에 의해 판단되어야 한다. 왜냐하면, 요양급여 기준은 해당 의료 서비스의 안전성과 유효성 그리고 효과성을 종합적으로 고려하여 일반화한 기준으로 기준 설정의 절차적 정당성과 과학적 근거 등이 이미 검증된 기준이기 때문이다. 그러나 이러한 기준이 적용되기 어려운 상황이라면, 그러한 상황을 과학적·의학적으로 검토할 수 있는 집단의 논의를 통해 일반화시킴으로써 판단결과에 대한 수용성을 높일 수 있다. 이러한 이유에서 진료기록 등이 허위 또는 부실기재가 아니라는 전제에서 환자에 대한 별도의 진단, 담당 진료의사의 의견 청취가 없다는 이유에서 개인이 아닌 공공심사위원회에서 이뤄진 심사 과정과 결과의 신뢰성을 부정하는 것은 바람직하지 않다.

이상의 내용에도 불구하고 현행 건강보험심사평가원의 입원적정성 심사결과 문서의 신용성의 정황적 상황을 보강하기 위해서는 절차적으로, 내용적으로 보완이 필요하다. 왜냐하면 의사의 진단과 처방은 그 자체로 절대적인 기준이 되거나 바뀔 수 없는 의견이 아니기 때문에 이에 대한 적정성의 판단은 종국적으로 어떠한 절차와 어떠한 자료를 근거로 누가 판단했는지가 신용성을 확보하는 중요한 요소가 된다. 따라서 현재 법률에서 규정하고 있는 입원적정성 심사 의뢰 근거와 더불어 구체적인 절차를 규범화하고 내용적으로는 심사결과와 신용성의 정황적 상황을 보강하여 객관적 근거를 제시하는 등의 개선방안을 고민할 필요가 있다. 이러한 이유에서 건강보험심사평가원이 수행하는 입원적정성 심사결과 문서의 증명력을 강화하기 위한 구체적인 방안에 대한 논의가 필요하다.

나. 개선방안

(1) 공공심사위원회 운영에 대한 법적 근거 마련

「보험사기방지 특별법」 제7조에서는 건강보험심사평가원에 입원적정성에 대한 심사를 의뢰할 수 있다고 규정하고 있지만 그 구체적인 절차나 내용에 대한 근거규정이 없다. 때문

에 건강보험심사평가원이 입원적정성 심사를 위해 구성·운영하는 공공심사위원회의 지위에 대한 논란이 생긴다는 점에서 개선이 필요하다.

첫 번째는 형식적으로 보험사기 여부를 판단하는 공공심사위원회의 법적 근거 마련이 필요하다. 예컨대, 「국민건강보험법」은 제5장에서 건강보험심사평가원에 대한 내용을 규정하면서 제66조에서 진료심사평가위원회를 두도록 명시하고 위원회의 구성기준을 제시하였다. 또한 동조 제6항에서는 진료심사평가위원회의 운영 등에 대한 사항을 복지부령으로 정하도록 함으로써 명확한 법적근거를 마련하고 있다. 이처럼 「보험사기방지 특별법」도 입원적정성 심사를 수행하는 건강보험심사평가원의 공공심사위원회에 대한 법적근거를 명확히 하고 그 운영에 대한 내용을 하위법령에서 세부적으로 정하도록 하는 법률개정이 필요하다. 법적근거가 필요한 구체적인 내용으로 첫째, 명확한 심사절차를 마련할 필요가 있다. 앞서 검토한 것처럼 진료기록부 등을 기초로 입원적정성을 심사하는 것이 불가능한 것은 아님에도 불구하고 피고인에게도 심사과정에 참여하여 의견을 제시할 수 있도록 함으로써 절차적인 흠결을 보완할 필요가 있다. 둘째, 진료기록부 등이 미흡한 경우에 수사기관을 통해 또는 직접 해당 의료기관에 자료를 요청할 수 있는 권한이 필요하다. 왜냐하면 현재는 수사기관이 확보한 자료에 한정하여 심사를 진행하기 때문에 진료기록부 등의 내용을 판독하기 어려운 경우에는 검토불가로 처리할 수밖에 없다. 따라서 심사기능이 충실히 수행하려면 진료기록 이외에 영상기록 등이 함께 제출될 수 있도록 규정할 필요가 있다. 셋째, 수집된 심사 자료를 관리 또는 활용할 수 있는 권한이 필요하다. 실제로 입원적정성 심사는 연간 2만여 건이 진행되고 있으나⁴⁹⁾ 이때에 수집된 자료는 심사 이후에 「공공기관 기록물관리에 관한 법률」 및 건강보험심사평가원 「기록물관리규정」에 따라 보관만 하고 있는 것이 현실이다. 즉, 심사로 인해 수집된 자료를 활용하여 의료기관의 입원적정성을 판단하는 기준을 마련하고 또한 의료기관에 근거자료를 제공하는 등, 적극적인 기준설정을 위해 연구목적으로 활용하고 그 결과를 공개함으로써 의료현장에서의 부적절한 입원이 이뤄지지 않을 수 있도록 개선하는 선순환구조를 만든다면 보험사기를 예방할 수 있는 계기가 될 수 있다. 따라서 이에 대한 명확한 근거를 마련할 필요가 있다.

두 번째는 수사기관의 심사 의뢰범위 확대에 대한 검토가 필요하다. 현재 법률에서는 “입원” 적정성에 대한 심사를 의뢰하고 있으나 의뢰 대상을 “입원”에만 한정할 것인지 검토되

49) 건강보험심사평가원 내부 자료(2022.4. 작성자료). 일반적으로 수사기관에서 의뢰된 입원적정성 심사 1건에는 수개의 입원 건이 존재하기 때문에 각각의 입원 건을 별개로 구분하여 개수하면 심사의뢰건보다 몇 배 많은 심사 건이 발생한다.

어야 한다. 왜냐하면 '입원'의 적정성 심사처럼 의료인만이, 의학적 타당성에 기초하여 전문가집단의 집단지성을 통해 일반화 시켜야할 쟁점들이 있기 때문이다. 예컨대, 입원이 필요 없는 “진단”, “처방”, “수술” 등의 의료행위는 의사의 재량의 범위가 넓게 인정되는 분야이면서도 의사만이 그 적정성을 판단할 수 있는 영역이다. 따라서 이런 행위의 적정성이 재판의 중요한 쟁점이 될 경우, 이에 대한 심사를 공신력 있는 기관에서 수행하는 것이 절차적·내용적 타당성과 신뢰성을 확보할 수 있는 방안이 될 수 있다. 따라서 「보험사기방지 특별법」에서 건강보험심사평가원에 의뢰할 수 있는 심사범위를 확대할 필요가 있다.

세 번째는 공공심사위원회 운영 비용부담 주체를 명확히 할 필요가 있다. 건강보험심사평가원은 「국민건강보험법」에 의해 요양급여의 비용과 적정성을 심사평가하기 위해 설립된 기관이다. 따라서 기본적으로 건강보험심사평가원의 운영비용은 건강보험료를 통해서 충당한다.⁵⁰⁾ 그런데 「보험사기방지 특별법」에 근거한 입원적정성 심사는 「국민건강보험법」에서 요청하고 있는 요양급여 비용에 대한 심사·평가와는 근본적으로 다른 원인에 의한 행위이다.⁵¹⁾ 또한 보험사기 방지를 위해 입원진료의 적정성을 심사하는 것은 수사기관이 수행해야 할 검증업무를 건강보험심사평가원에 위탁한 것으로 엄연히 건강보험의 목적사업과는 구별되며, 따라서 건강보험의 재원인 보험료로 그 비용을 부담하는 것은 타당하지 않다.⁵²⁾ 현행 「국민건강보험법」 제67조 제2항에서 건강보험심사평가원이 다른 재원으로 지급되는 급여비용의 심사 또는 의료의 적정성 평가에 관하여 위탁받은 경우에는 위탁자로부터 수수료를 받을 수 있도록 규정하고 있으나 「보험사기방지 특별법」에 의한 입원적정성 심사는 비용심사도 아닐 뿐만 아니라 건강보험의 목적 사업도 아니다. 그럼에도 불구하고 심사업무비용을 현재까지 건강보험료를 통해 충당하고 있다는 점에서 개선이 필요하다. 따라서 「보험사기방지 특별법」에 입원적정성 심사의뢰 업무의 비용부담에 대한 법적근거를

50) 건강보험심사평가원은 「국민건강보험법」 제67조에 따라 요양급여비용의 심사·평가를 위한 비용을 국민건강보험공단으로부터 징수할 수 있다.

51) 「국민건강보험법」에 근거한 요양급여비용 심사 및 적정성 평가는 요양기관에서 수행하는 요양급여 비용의 보상을 위해서 「요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항」에 근거하여 이뤄지는 요양급여비용 심사와 적정성 평가이나 「보험사기방지 특별법」에 근거한 입원적정성 심사는 불법적인 의료행위 또는 의사를 기망하여 불필요한 입원 등 의료서비스를 제공받는 경우를 확인하기 위한 것이라는 점에서 차이가 있다. 내용적으로는 첫째, 심사대상이 요양기관과 보험계약자인 환자라는 점에서 둘째, 심사내용이 요양기관에서 제공한 요양급여가 의·약학적으로 인정되는 범위인 요양급여기준의 준수여부와 보험계약자인 개별 환자의 입원이 비용 측면보다 의학적인 측면에서 적정했는지를 심사한다는 점에서 셋째, 심사기간을 기준으로 보면 요양급여비용 심사는 월별 진료내용이 대상이나 입원적정성 심사는 한 자가 보험사기를 했을 것으로 의심되는 기간 동안 제공받은 모든 의료서비스를 대상으로 한다는 점에서 차이가 있다.

52) 보험료는 일반조세와 다르게 요양급여라는 반대급부가 예정되어 있는 공과금이며, 보험료를 재원으로 제공되는 요양급여를 받을 권리인 요양급여수급권은 재산권의 성격이 있다. 따라서 국민건강보험의 목적사업이 아닌 행위를 위해 보험료를 재원으로 활용하는 것은 바람직하지 않고 일반조세로 비용을 충당하는 것이 타당하다. 요양급여와 보험료의 법적성격에 대해서는 권오탁, “신의료기술의 급여 적용에 관한 규범적 고찰”, 「입법과 정책」 제12권 제3호, 국회입법조사처, 2020, 146면 이하 참조.

마련하고 실제로 비용이 지급될 수 있어야 할 것이다.

(2) 입원적정성 심사결과 회신 내용의 충실성 강화

건강보험심사평가원이 수행하는 ‘입원적정성 심사 결과’는 비록 임상 전문가들의 숙의과정과 합의과정을 통해 의결한 결과라고 하더라도 실제로 재판을 진행하는 법관이 구체적인 사안을 이해하고, 법관의 자유로운 판단에 의하여 심사 결과를 활용할 수 있어야 한다. 즉, 증거의 가치만으로 보험사기 유무를 합리적으로 판단할 수 있어야 한다. 따라서 ‘입원적정성 심사 결과’가 비의료인인 법관들이 이해할 수 있는 구조와 내용으로 작성될 필요가 있다.

내용적으로 현재 수사기관에 회신되는 입원적정성 심사결과 문서는 심사대상자별로 입원차수별 의료기관명, 입원일, 퇴원일, 입원일수를 기본적으로 정리하며 입원차수별 입원기간의 적정성 검토 결과의 결정사항을 상병명과, 입원사유, 진료내역에 대한 입원기간의 적정성 여부로 구분하여 기술하고 있다. 그런데 문제는 이러한 내용만으로는 비의료인인 법관이 해당 입원기간의 적정성을 판단하는 근거로 활용하기에 충분하지 않다는 점이다. 예컨대 현재의 입원 적정성 심사결과는 “① 척추협착에 의한 상병으로 ② 허리통증과 대퇴부와 다리 저림 증상으로 입원하였고 ③ 전산화 단층촬영(CT), 척수 조영술 등의 검사를 시행하고 약물치료 및 물리치료 등의 치료와 경과관찰 등을 시행한 진료기록부 등을 고려할 때 6일의 입원기간은 적정하다.”라는 형식으로 회신하고 있다. 이러한 회신자료는 비록 전문가들의 숙의에 의한 판단 결과라고 하더라도 법관이 해당 회신자료만으로 입원기간의 적정성을 판단하고 유무죄의 심증을 굳히는데 충분한 근거로 작용하기 어렵다고 판단된다. 따라서 보다 구체적이고 비교 가능한 근거자료가 함께 제공될 필요가 있다.

구체적으로 앞서 제시한 예시인 척추협착 상병으로 의료기관에 입원한 사안의 경우, 척추협착의 일반적인 원인·증상·검사방식·치료방법을 기술하여 상병에 대한 일반적인 정보를 제공하고 해당 환자의 상태를 진료기록 등에 기초하여 기술하면서 일반적인 상병과 비교함으로써 환자의 상태를 짐작할 수 있도록 근거를 제시할 필요가 있다. 더불어 입원이 환자가 질병의 치료를 위하여 의료진의 지속적인 관찰이 필요한 것인지, 영양상태 및 섭취음식물에 대한 관리가 필요한 것인지, 또는 지속적인 약물투여 및 처치 등으로 통원이 치료에 불편하다거나 환자의 상태가 통원을 감당할 수 없는 상태라거나 혹은, 감염 위험이 있는 등 환자가 병원에 체류하면서 치료가 필요한 것인지 등 구체적인 입원사유를 명확히 설명하

고⁵³⁾ 그 기간의 적정성을 요양급여기준, 요양급여기준이 없다면 관련 논문 또는 전문가 집단의 의견 등을 통해 구체적으로 심사결정의 근거를 제시할 필요가 있다. 또한 해당 환자의 입원적정성을 심사한 공공심사위원들의 의견, 즉 입원이 적정하다는 의견과 입원이 적정하지 않다는 의견을 그 이유와 함께 기술하고 최종 합의 내용을 기재함으로써 입원적정성 심사 결정 과정의 논점과 논거를 명확히 표현할 필요가 있다.

구조적으로 입원적정성 심사가 충실하게 실행하기 위한 현실적인 여건이 마련되어야 한다. 현재 건강보험심사평가원에 입원적정성 심사를 1개의 부서에서 20여명의 직원과 4명의 상근 전담 심사전문위원이 연간 약 2만여 건의 심사업무를 수행하고 있다. 이러한 상황을 고려한다면, 법관이 이해할 수 있고 내실 있는 심사결과와 충실한 근거를 함께 제공하는 것이 쉽지 않은 일이란 것을 어렵지 않게 짐작할 수 있다. 따라서 「보험사기방지 특별법」의 입법취지에 맞는 심사결과를 도출할 수 있도록 인력과 예산, 법적근거 등이 구체적으로 마련되고 실행되어야 할 것이다.

IV. 결론

지속적으로 증가하는 보험사기 재판에서 보험계약자의 입원 적정성이 중요한 쟁점이 될 경우, 그 심사를 건강보험심사평가원에 의뢰할 수 있도록 명시한 「보험사기방지 특별법」에 의해 건강보험심사평가원은 임상전문가로 구성된 공공심사위원회를 통하여 해당 보험계약자의 입원 적정성을 심사하고 그 결과를 건강보험심사평가원장 명의로 통보하고 있다. 그런데 건강보험심사평가원은 건강보험의 요양급여비용을 심사하고 적정성을 평가하는 공적업무를 수행하는 공공기관이며 입원적정성을 심사하는 건강보험심사평가원의 공공심사위원회도 인적구성과 업무특성 및 부여된 업무 수행과정에서 발생할 수 있는 위반사항에 대한 제재가 가해진다는 점에서 공직자와 동등한 의무를 부담하는 공적행위주체로 이해할 수 있다. 또한 입원적정성의 심사는 담당 진료의사가 환자의 병적 상태를 사실적으로 기록한 진료기록 등을 기초로 내려진 진단과 처방을 대상으로 동일 분야의 전문가들이 일반적

53) 대법원은 입원치료의 의미를 “환자의 질병에 대한 저항력이 매우 낮거나 투여되는 약물이 가져오는 부작용 혹은 부수효과와 관련하여 의료진의 지속적인 관찰이 필요한 경우, 영양상태 및 섭취음식물에 대한 관리가 필요한 경우, 약물투여·처치 등이 계속적으로 이루어질 필요가 있어 환자의 통원이 오히려 치료에 불편함을 끼치는 경우 또는 환자의 상태가 통원을 감당할 수 없는 상태에 있는 경우나 감염의 위험이 있는 경우 등에 환자가 병원 내에 체류하면서 치료를 받는 것”이라고 판시하고 있다.(대법원 2009. 5. 28. 선고, 2008도4665 판결.)

으로 용인될 수 있는 재량의 범위에서 내려진 입원결정인지 검토하고 심사한 것이다. 따라서 심사결과는 개인이 아닌 다수의 전문가들이 심사위원으로 참여하여 합의에 의해서 결정한 결과이기 때문에 개별 심사위원의 의견은 최종 공공심사위원회의 심사결과에 귀속된다. 이러한 이유에서 입원적정성 심사결과 문서는 공권적 증명문서로서의 법적효력이 있다고 보는 것이 타당하다. 그런데 대법원은 건강보험심사평가원의 입원적정성 심사결과 문서를 “사무처리 내역을 계속적·기계적으로 기재한 문서가 아니라 범죄사실의 인정 여부와 관련 있는 어떠한 의견을 제시하는 내용을 담고 있는 문서”로 파악하고 증거능력을 인정하지 않았다. 이러한 대법원의 판단은 「형사소송법」 제315조를 해석하는데 있어서 제3호의 “기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서”는 제1호의 공권적 증명문서 이거나 제2호의 업무상 통상문서에 준하는지를 각각 검토하고 이들과 같은 정도의 신용성이 인정되고 반대신문이 필요 없는 문서를 제3호의 문서에 해당한다고 해석해야 한다는 기존의 대법원 판례와 배치된다. 따라서 건강보험심사평가원의 입원적정성 심사결과는 공권적 증명문서에 준함에도 불구하고 업무상 통상문서에 준하였는지만 검토하여 증거능력을 인정하지 않는 대법원 판단은 재검토 될 필요가 있다.

제도적으로는 「보험사기방지 특별법」 제7조가 입원적정성 심사 의뢰에 대한 근거규정만 있을 뿐 그 구체적인 심사 절차나 내용에 대해 규정하지 않고 있기 때문에 다음과 같은 제도보완을 통해 실제적인 증거로서의 가치인 증명력을 강화할 필요가 있다. 우선, 보험사기를 실제로 심사하고 의결하는 공공심사위원회의 법적 근거와 구체적인 심사절차를 마련할 필요가 있다. 또한 필요시 담당 진료의사의 의견청취와 미흡한 자료를 추가적으로 제출하도록 할 권한을 부여하고 더불어 수집된 자료를 활용하여 보험사기를 사전에 예방할 수 있는 정보를 제공할 수 있도록 함으로써 자료의 활용성을 높일 필요가 있다. 둘째, 지속적으로 증가하는 보험사기 재판의 경향을 고려할 때 보험사기 재판의 중요한 쟁점이 될 수 있는 영역 중 전문적인 의료지식으로만 판단할 수밖에 없는 입원이 필요 없는 진단, 처방, 수술 등의 영역에 대한 적정성 판단도 수사기관의 의뢰대상 범위에 포함시킬 필요가 있다. 셋째, 건강보험심사평가원은 엄연히 공과금의 성격을 갖는 건강보험료로 운영되는 공공기관임을 고려할 때 입원적정성 심사에 소요되는 비용은 건강보험료에서 충당하는 것이 바람직하지 않다. 따라서 「보험사기방지 특별법」에 따라 수사기관이 의뢰한 입원적정성 심사 업무 비용을 위탁기관 등으로부터 받을 수 있는 법적 근거를 마련해야 한다. 넷째, 내용적으로도 건강보험심사평가원이 제출하는 입원적정성 심사결과는 비록 임상전문가들이 숙의를 통

해 합의한 결정이더라도 실제 재판을 진행하는 법관이 구체적으로 사안을 이해하고 판단할 수 있도록 작성되어야 한다.

건강보험심사평가원이 수행하는 입원적정성 심사결과 문서는 공권적 증명문서에 해당하기 때문에 「형사소송법」 제315조 제3호에 따른 당연히 증거능력이 인정되는 문서로 이해하는 것이 타당하다. 그러나 규범적으로는 구체적인 심사절차와 필요 자원 확보를 위한 법적 근거를 마련해야하고 내용적으로는 심사결과가 증거로서의 가치를 가질 수 있도록 심사결과에는 전문성에 기초한 객관적인 근거를 함께 제시할 필요가 있다. 이를 통해 보다 적극적으로 심사결과를 설명함으로써 법관의 자유로운 판단에 의한 증거로서의 가치를 높일 수 있는 계기를 마련할 필요가 있다.

[참고문헌]

- 김성수, 일반행정법, 법문사(2004).
- 김재중, 형사재판론, 진원사(2010).
- 이재상, 형사소송법, 박영사(2009).
- 임동규, 형사소송법, 박영사(2011).
- 권오걸, “변호사의 법률의견서와 증거능력”, 법학논총 제20권 제1호, 조선대학교 법학연구원(2013).
- 권오탁, “한국의 건강보험 거버넌스 체계에 대한 규범적 고찰”, 한국의료법학회지 제28권 제1호, 한국의료법학회(2020).
- 권오탁, “신의료기술의 급여 적용에 관한 규범적 고찰”, 입법과 정책 제12권 제3호, 국회입법조사처(2020).
- 박경춘, “의료인의 진료기록부 등 허위작성시 형사처벌 가부 - 대법원 2005. 11. 24. 선고 2002도4758 판결”, 의료법학 제8권 제1호, 대한의료법학회(2007).
- 백경희, “진료기록의 편중성과 진료기록 기재의무 위반에 관한 고찰”, 법학논총 제20권 제1호, 조선대학교법학연구원(2013).
- 신이철, “당연히 증거능력이 인정되는 서류-특히 형사소송법 제315조를 중심으로-”, 법학논총 제28권 제4호, 한양대학교 법학연구소(2012).
- 한연규, “형사소송법 제315조 제3호에 대한 대법원 해석기준과 건강보험심사평가원의 입원적정성 심사의뢰 결과 회신자료의 증거활용 검토”, 형사소송 이론과 실무 제11권 제1호, 한국형사소송법학회(2019).
- 황만성, “진료기록부 부실기재 등의 법적 평가”, 의료법학 제4권 제1호, 대한의료법학회(2003).
- 건강보험심사평가원, 정책토론회(공공기관 심사업무 개선방안 마련), 2012.6. 토론회 자료집.
- 건강보험심사평가원, 공공심사위원회운영지침(2022).
- 건강보험심사평가원, 공공심사부 업무 매뉴얼(2020).
- 금융감독원 금융통계, 보험사기 적발통계(www.fss.or.kr, 2022년 10월 6일 최종 방문).

Abstract

A Study on the Legal Characteristics of the Review on Propriety of Hospitalization in Article 7 of the Special Act on prevention of insurance fraud

Oh-Tak Kwon

Ph.D., Research Fellow, Health Insurance Review and Assessment Service

A document written in a particularly credible situation under Article 315, No 3. of the Criminal Procedure Act shall be interpreted adapt a document certified by a public authority and routine documents drawn up by business needs. And the Supreme Court does not recognize the Admissibility of evidence of a review on the propriety of hospitalization conducted by the Health Insurance Review and Assessment Service(HIRA).

However, HIRA is a public institution. In addition, the review of the propriety of hospitalization is conducted by the Committee. Committee members have the duty of good faith and the duty of observing relevant laws and regulations. Violation of this will result in legal sanctions. Even if the members appear as witnesses in the trial, they cannot express their opinions. Moreover, if the members appear as witnesses, the psychological burden increases. Considering these points, it is reasonable to view the results of a review on the propriety of hospitalization by HIRA as a document with the admissibility of evidence.

Nevertheless, measures are needed to strengthen the probative power of the results of a review on the propriety of hospitalization. Specifically, it is necessary to prepare specific legal grounds for the subject, scope, procedure, content, information use, and operating cost of the review. In addition, it is necessary to present objective grounds based on expertise along with the evaluation results. In this way, the judge's heart will be strengthened and the review result will be able to function as a sufficient legal basis.

Key words: Hearsay evidence, Admissibility of evidence, document certified by a public authority, A review on the propriety of hospitalization, Health Insurance Review & Assessment Service(HIRA)