

## 수직적 의료분업과 형사책임의 제한

신 동 훈\*

### 【목 차】

I. 들어가며	2. 분업적 의료행위에 대한 책임제한의 근거
II. 분업적 의료행위의 의의와 유형	IV. 수직적 의료분업과 형사책임의 제한
1. 분업적 의료행위의 의의	1. 수직적 의료분업에 대한 신뢰의 원칙 적용 가부
2. 분업적 의료행위의 유형	2. 수직적 의료분업의 상위의료인에 대한 책임제한
III. 분업적 의료행위에 대한 책임제한의 원리	V. 결어
1. 분업적 의료행위에서 책임제한의 필요성과 한계	

### 【국 문 요 약】

의학 및 의료기기의 급속한 발달은 의료의 전문화를 가져왔고, 그에 따라 효과적인 진단과 치료를 위하여 다양한 분야의 의료인이 협력하는 것이 일상화되었다. 이러한 협력은 대등한 의사 사이와 같이 수평적으로 이루어지기도 하지만, 지도전문의와 전공의, 의사와 간호사 사이와 같이 지시·감독관계로 인하여 수직적인 형태로 이루어지기도 한다. 다수의 의료인이 공동으로 의료행위를 하는 경우 의사소통의 잘못이나 일부 의료인의 자질 문제 등으로 과도한 책임의 부과 가능성이 높아진다. 이로 인하여 분업적 의료행위에 참여하지 않으려 하는 경향이 나타날 수 있고, 온전히 자신의 업무에 집중하지 못하게 되는 등의 문제를 가져온다. 따라서 다른 의료인의 의료행위가 적절하게 시행되고 있다고 신뢰한 의

\* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 변호사

료인에 대한 형사책임은 책임영역의 분할 또는 신뢰의 원칙의 적용 등으로 적절히 제한될 필요가 있다. 수직적 분업은 상위의료인의 하위의료인에 대한 지시·감독으로 인하여 수평적 분업과 다른 특성을 가진다. 비록 하위의료인이 상위의료인에 비하여 임무·권한의 범위가 좁거나 해당 진료영역에 대한 지식·경험이 부족하다고 할 수 있으나, 모두 국가가 규정한 소정의 교육과정을 거쳐 국가시험을 통과한 의료인인 점, 의료인력의 부족으로 많은 업무가 진료 보조행위라는 근거 아래 하위의료인에게 위임되고 있는 우리의 임상현실 및 의료자원 분배의 차원에서 일정한 요건 아래 진료행위의 일부를 위임할 수 있다고 보아야 한다. 수직적 분업의 형태가 다양하여 위임의 요건을 일률적으로 정립하기는 어려우나, 하위의료인의 의료법상 임무, 당해 의료행위의 내용과 난이도, 당시 환자의 상태, 위임받은 하위의료인의 지식·경험의 정도 등을 고려하여 그 진료행위의 위임이 허용되는지 여부를 결정하는 것이 적절하다.

## I. 들어가며

의학 및 의료기기의 급속한 발달은 의료의 전문화를 가져왔고, 그에 따라 효과적인 진단과 치료를 위하여 다양한 부문의 의료인이 협력하는 구조가 구축되었다. 의료인 내부에서 다른 전공분야의 전문의와 간호사 등 관련 의료인의 협력뿐만 아니라 의료인 외부에서도 의료기기를 다루는 의료기사 등의 협력도 필요하게 되었다. 특히 상급 의료기관<sup>1)</sup>일수록 여러 분야의 전문가의 분업을 통한 협력이 더욱 빈번하게 이루어지고 있는 실정이다. 이러한 분업과 협력으로 이전보다 훨씬 높은 수준의 의료를 제공받을 수 있게 되었으나, 다수인이 관여하게 됨으로써 의사소통의 부재 또는 오인 등으로 인한 위험성이 증대되었고, 분업과 관련된 의료인에게 어느 범위까지 주의의무를 부과할 것인가의 문제, 즉 의료인 상호 간의 책임범위를 구체적으로 확정할 필요가 생겼다. 어느 의료인에게

1) 의료급여법 제9조 제2항은 의료급여기관을 제1차부터 제3차 의료급여기관으로 분류하고 있고, 통상 대형 종합병원은 제3차 의료급여기관에 해당한다.

다른 의료인이 담당하는 사항에까지 주의의무를 부과하게 되면 그만큼 자신의 본래 업무에 집중하지 못하게 되므로 그 한계설정은 의료행위<sup>2)</sup>의 분업의 활성화와 직결된다.

현대사회에서 분업은 예외적인 일이 아니다. 분업이 아니라 하더라도 다수인의 관여는 현대사회에서 떼려야 뗄 수 없는 현상이다. 다수인이 관여하는 사안에 관한 책임제한의 원리로, 도로교통분야에서 발전된 신뢰의 원칙이 점차 확장되어 적용되어 왔다. 분업적 의료행위에 대하여도 신뢰의 원칙 적용이 논의되어 오고 있으나 그 적용범위나 요건 등에서 불명확한 부분이 많고 특히 지시·감독 및 그에 대한 복종의 요소가 있는 수직적 분업의 경우에는 논란이 있다. 우리 대법원은 수직적 의료분업에 관하여 책임영역의 분할이나 신뢰의 원칙 적용에 엄격하여 상위의료인에게 주의의무위반을 부정한 사례가 드문데, 최근 지도전문의와 전공의 사이에서 그 적용을 인정하여 지도전문의에게 무죄가 선고된 사례가 있다.<sup>3)</sup> 위 판결을 계기로 이 글에서는 분업적 의료행위의 의의와 그 유형을 살펴보고, 그중 수직적 분업에 관한 책임제한의 원리 및 그 구체적 적용에 대하여 검토해 보고자 한다.

## II. 분업적 의료행위의 의의와 유형

### 1. 분업적 의료행위의 의의

의학의 고도 발달은 전문화, 세분화의 현상을 가져왔고, 의료인은 전문화된 각 진료분야에 대하여 독자적인 영역을 구축하고 있다. 진료분야가

2) 의료법 제12조 제1항은 ‘의료인이 하는 의료·조산·간호 등 의료기술의 시행’을 의료행위로 규정하고 있다. 따라서 의료기술을 시행하는 의사, 조산사, 간호사의 모든 행위가 의료행위에 포함된다. 한편 판례는 ‘의료행위는 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진료, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 기술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미한다.’고 판시하고 있고, 보건위생상 위해 우려는 추상적 위험으로도 충분하다고 본다(대법원 2012. 5. 10. 선고 2010도5964 판결 등).

3) 대법원 2022. 12. 1. 선고 2022도1499 판결, 위 판결 이전에 수직적 분업에서 상위의료인에 대하여 면책을 인정한 사안은 대법원 2003. 8. 19. 선고 2001도3667 판결(의사와 간호사 간) 외에는 보이지 않는다.

세분화된 상황에서 효율적인 진료 및 치료를 위해서는 각 진료부문에서의 협업이 필수적이다. 이러한 의료행위의 협업은 개별 의료인의 입장에서는 각 의료행위가 분업적인 성격을 띠게 된다. 현재 임상의학의 현실, 특히 제3차 의료급여기관인 종합병원에서는 각 부문의 협력 없이 진료가 사실상 불가능하다고 볼 수 있다. 이를 가리켜 의료전문인들이 팀을 이루어 각자가 자신의 전문영역에 속하는 의료활동을 할 수밖에 없으므로 분업은 이미 하나의 ‘규범적 원리’로서 자리잡고 있다고 표현하기도 한다.<sup>4)</sup> 의미가 명백하지는 않지만, 임상의학에서 시행되는 의료행위의 분업은 사실상의 업무 분장·협력의 단계를 넘어서 의료인이 자신의 담당 진료과목을 넘어서는 부분에 대하여 진료의 권한이 없다는 의미까지 내포하는 것으로 보인다. 대법원 판례<sup>5)</sup>도 ‘의사가 다른 의사와 의료행위를 분담하는 경우에도 자신이 환자에 대하여 주된 의사의 지위에 있거나 다른 의사를 사실상 지휘 감독하는 지위에 있다면, 그 의료행위의 영역이 자신의 전공과목이 아니라 다른 의사의 전공과목에 전적으로 속하거나 다른 의사에게 전적으로 위임된 것이 아닌 이상, 의사는 자신이 주로 담당하는 환자에 대하여 다른 의사가 하는 의료행위의 내용이 적정한 것인지 여부를 확인하고 감독하여야 할 업무상 주의의무가 있고, …… 의사는 그에 대한 과실책임을 면할 수 없다.’고 판시하여, 분업적 의료행위를 담당하는 의사가 주된 의사의 지위에 있다고 하더라도 자신의 전공과목이 아닌 사항에 관하여서는 주의의무가 없음을 밝히고 있는데, 같은 취지로 해석된다.<sup>6)</sup>

4) 전지연, “분업적 의료행위에서 형사상 과실책임”, 형사판례연구(12), 한국형사판례연구회, 박영사(2004. 7.), 41면; 정영일, “분업적 의료행위에 있어서 형법상 과실책임”, 형사판례연구(6), 한국형사판례연구회, 박영사(1998. 7.), 52면; 최호진, “분업적 의료행위에 있어서 주의의무위반 판단기준과 그 제한규칙들”, 의료법학 제19권 제2호, 대한의료법학회(2018. 9.), 42면; 전병남, “의료분업과 신뢰의 원칙”, 의료법학 제4권 제1호, 대한의료법학회(2003. 6.), 135면

5) 대법원 2007. 2. 22. 선고 2005도9229 판결

6) 비록 민사사건이나 자신의 전문영역에 속하지 아니한 경우 당해 진료과목이 있는 병원에 전원할 의무가 있다는 취지로 판시한 사례가 있다(대법원 1989. 7. 11. 선고 88다카26246 판결, 일반외과 전문의인 피고가 방사선 사진상에 나타나 있는 선상골절상이나 이에 따른 뇌실질내출혈 등을 발견 내지 예견하지 못하여 환자를 제때 신경외과 전문의가 있는 병원에 전원시켜 확정적인 진단 및 수술을 받을 수 있는 필요한 조치를 취하지 아니한 사안에

한편, 우리 사회는 제1, 2차 의료급여기관에서 진료를 받아야 할 질병에 대해서도 제3차 의료급여기관에서 진료를 받으려는 경향이 강하여 제3차 의료급여기관 소속 의사들의 업무가 과중해지고 그에 따라 의사의 업무 중 상당 부분이 전공의나 간호사에게 이양되고 있다.<sup>7)</sup> 이러한 업무의 이양은 분업이 수직적으로 광범위하게 발생하고 있음을 의미하고, 그에 따라 관련자들의 책임 문제를 둘러싸고 우리의 임상현실이 의료법 등 관련 규범과 충돌할 가능성이 그만큼 크다는 의미를 갖는다.

의료행위의 분업은 전문화와 급속한 의학발달을 통하여 종래 치료가 어려웠던 질병에 대하여 보다 나은 의료 혜택을 받을 수 있는 기회를 가져왔지만, 치료에 참가하는 의료인, 의료보조인, 의료기사들이 많아지게 되면 업무분장의 불명확, 의사소통의 부재 또는 오인 등 그 자체로 환자에 대한 위험성이 증가되고, 관여 의료인에게 과잉의 책임 전가, 책임소재의 불명확 등도 문제점으로 등장하게 된다.<sup>8)</sup>

## 2. 분업적 의료행위의 유형

분업적 의료행위는 크게 수평적 분업과 수직적 분업의 두 가지로 나누어 논해진다. 수평적 분업은 분업에 참가한 의료인이 동등한 관계에서 각자 자신의 담당영역에서 상호 간의 지시나 감독 없이 독자적으로 의료행위를 할 수 있는 경우를 의미한다. 수직적 분업은 분업에 참가한 의료인 상호 간에 대등관계가 아닌 일방의 지시·감독과 이에 대한 타방의 복종관계가 성립한 경우를 의미한다. 대개 같은 병원에 근무하는 각 전

---

서, 뇌를 손상한 환자는 신경외과 전문의에게 의뢰하여 치료하는 것이 바람직하다는 점을 전제로, 피고의 과실과 환자의 사망과의 사이에 인과관계를 인정한 사례). 이외에 전원조치를 하지 아니한 과실을 언급하고 있는 판례로는 대법원 1994. 12. 9. 선고 93도2524 판결 참조(‘... 좀 더 정확한 진찰과 치료를 위하여 내과전문병원 등으로 전원조치를 하여야 할 것이고, ...’)

7) 전지연, 앞의 논문, 41면; 한편 대한전공의협의회에서 발간한 정책제안서, 성명서 등에 의하면(예컨대 ‘[정책제안서 220811] 전공의 근로환경 개선을 위한 기본 방향’), 전공의들은 주당 80시간 근무, 연속 36시간 등의 과중한 업무를 호소하고 있다. [<https://youngmd.org/197/?q=YToyOntzOjE5OjEjRjZlXjI3b3JkX3R5cGUiO3M6MzoiYWxsIjtzOjQ6InBhZ2UuO2k6Mjt9&bmode=view&idx=12992337&t=board>, 2024. 1. 19. 최종 검색]

8) 전지연, 앞의 논문, 42-43면; 최호진, 앞의 논문, 42-43면

문분야의 의사 간의 경우, 수술에 함께 참여하는 마취과 의사와 외과 의사의 경우, 의사와 약사의 관계 등이 수평적 분업에 포함된다. 수직적 분업에는 지도전문의(교수)와 전공의,<sup>9)</sup> 레지던트와 인턴,<sup>10)</sup> 의사와 간호사 또는 간호조무사 등과 같은 숙련 보조자의 관계 등이 있다.<sup>11)</sup> 다만, 진료체계 내에서 이러한 지시·감독과 복종 관계가 있어야 하고 병원행정상 관계는 제외된다. 따라서 진료체계상 과장은 병원행정상 직급으로서 다른 교수나 전문의가 진료하고 있는 환자까지 책임지는 것은 아니고, 소속 교수 등이 진료시간을 요일별 또는 시간별로 구분하여 각자 외래·입원 환자를 관리하고 진료에 대한 책임을 맡은 경우에는, 과장이라는 이유만으로 외래담당 의사 및 수련의들의 처치와 치료결과를 주시하며 적절한 수술방법을 지시·감독할 주의의무가 있다고 할 수 없다.<sup>12)</sup>

수평적 분업에 해당하는지, 수직적 분업에 해당하는지 논의가 있는 부분이 있다. 먼저 다른 병원으로 전원(轉院)하는 경우 중 일반의와 전문의인 경우이거나 그들 병원의 의료진이나 진료시설의 규모·수준 등에 따라 수직적 분업관계에 해당시켜 나중의 큰 병원의 책임을 인정해야 할

9) 의료법 제77조 제1항, 제4항의 위임에 따른 「전문의의 수련 및 자격 인정 등에 관한 규정」(대통령령 제33000호) 제2조에서 전공의에 대한 정의규정을 두고 있다. 이에 의하면 레지던트와 인턴이 전공의에 속한다. 레지던트를 전공의, 인턴을 수련의로 지칭하여 양자를 구별하는 경우가 있으나, 엄밀히는 인턴도 전공의에 속한다. 이하 양자를 구별할 필요가 없는 경우에는 전공의로, 구별할 필요가 있는 경우에는 레지던트, 인턴으로 각각 표기한다. 제2조(정의) 이 영에서 사용하는 용어의 뜻은 다음 각 호와 같다.

1. "전공의(專攻醫)"란 수련병원이나 수련기관에서 전문의(專門醫)의 자격을 취득하기 위하여 수련을 받는 인턴 및 레지던트를 말한다.
2. "인턴"이란 의사 면허를 받은 사람으로서 일정한 수련병원에 전속(專屬)되어 임상 각 과목의 실기를 수련하는 사람을 말한다.
3. "레지던트"란 인턴과정을 이수한 사람(가정의학과와 경우에는 의사 면허를 받은 사람) 또는 보건복지부장관이 이와 동등하다고 인정한 사람으로서 일정한 수련병원 또는 수련기관에 전속되어 전문과목 중 1과목을 전공으로 수련하는 사람을 말한다.

10) 대법원 2007. 2. 22. 선고 2005도9229 판결 참조

11) 수직적 분업관계에 의사와 환자의 보호자 또는 간병인과의 관계를 언급하는 문언이 있으나(정영일, 앞의 논문, 54면; 전지연, 앞의 논문, 50면; 최호진, 앞의 논문 62면 각주 48), 환자의 보호자나 간병인은 의료인이 아닐뿐더러 의료를 잘 알지 못하는 경우가 많아 이를 수직적 의료분업으로 보기에 적절하지 않다고 본다.

12) 대법원 1996. 11. 8. 선고 95도2710 판결

경우도 있을 것이라는 견해가 있다.<sup>13)</sup> 그러나 전원이라는 특수성으로 인하여 수평적 분업에서 논의되는 책임제한을 그대로 적용하지 못할 수는 있으나 이를 이유로 전원을 수직적 분업으로 볼 것은 아니고, 전원하는 의사와 전원 받는 의사 사이에는 지시·감독관계가 없으므로 수평적 분업으로 인정하되, 그 특수성을 반영하여 적절한 책임제한의 정도를 검토하면 충분하다.<sup>14)</sup>

다음으로, 주치의와 야간당직의사 사이의 관계도 수직적 분업관계라는 견해가 있다.<sup>15)</sup> 의료법 제41조 제1항은 ‘각종 병원에는 응급환자와 입원 환자의 진료 등에 필요한 당직의료를 두어야 한다.’고 규정하고 있다. 당직의료를 두는 취지는 응급환자의 처치나 입원환자의 응급상황에 대응하기 위한 것으로서, 야간당직의사는 주치의로부터 진료기록을 인계받아 그에 근거하기는 하지만 독자적인 판단에 따라 의료행위를 하므로, 응급상황에 당하여 비록 주치의와 상의하였다고 하더라도 야간당직의사가 주치의로부터 지시·감독을 받는 관계라고 하기는 어려워 보인다.<sup>16)</sup>

이러한 분류는 책임의 제한에 있어 의미를 가진다. 수직적 분업의 경우 상위의료인은 하위의료인에 대한 지시·감독의무가 있으므로 하위의료인의 의료행위에 대하여 신뢰를 가졌다고 하더라도 그대로 책임을 면제 또는 제한할 수는 없기 때문이다.<sup>17)</sup>

13) 정영일, 앞의 논문, 55면; 김성돈, 형법총론(제8판), 성균관대학교 출판부(2022), 520면; 전병남, 앞의 논문, 143면[위 견해는 수직적 분업의 소제목 아래 일반의에서 전문의로, 개인병원에서 종합병원으로 전원하는 경우를 설명하고 있어 위 부분에 한하여 수직적 분업으로 파악하고 있는 것으로 보이고, 천진호, “분업적 의료영역에 있어 신뢰의 원칙의 적용”, 법학논총 제35권 제2호, 전남대학교 법학연구소(2015. 8.), 106-107면도 이와 같은 취지로 보인다.]

14) 정규원, “의료과실과 분업적 의료행위”, 형사재판의 제문제 제4권, 형사재판실무회, 박영사(2004. 12.), 31면; 전지연, 앞의 논문, 47-48면; 최호진, 앞의 논문, 60면; 황만성, “환자의 전원(轉院)에 있어서의 의료과실”, 형사판례연구(9), 한국형사판례연구회, 박영사(2011. 6.), 594-595면

15) 정영일, 앞의 논문, 57면

16) 대법원 1994. 12. 9. 선고 93도2524 판결은 야간당직의사가 주치의로부터 인계받은 처방전에 따라 투여한 약물로 인하여 환자가 사망한 사안인데, 위 사례는 주치의의 고유한 과실이 인정된 사안이고 야간당직의사의 과실에 대한 주치의의 감독의무위반이 인정된 것은 아니다.

17) 전지연, 앞의 논문, 45면; 최호진, 앞의 논문 62면

### III. 분업적 의료행위에 대한 책임제한의 원리

#### 1. 분업적 의료행위에서 책임제한의 필요성과 한계

형법상 과실은 행위자가 구성요건의 결과 발생 가능성을 인식하거나 인식할 수 있었음에도 불구하고 결과예건의무 또는 결과회피의무를 위반하여 결과를 야기한 것<sup>18)</sup>을 말한다. 따라서 다수의 의료인이 공동으로 의료행위를 하는 경우 다른 의료인의 주의의무위반을 예견하거나 예견할 수 있었음에도 결과발생을 회피하지 못한 때에는 그 의료인에게도 형사책임이 부과될 수 있다. 그러나 구성요건적 결과에 대하여 분업적 의료행위에 관여한 의료인에게 다른 의료인의 과실행위에 대한 예견가능성을 이유로 형사책임을 묻는 것은 적절하지 않다. 자신에게는 아무런 과실이 없음에도 형사책임을 부담할 가능성이 있다고 한다면, 어느 의료인도 분업적 의료행위에 참여하지 않으려 할 것이고, 이는 결국 환자들의 피해로 돌아간다.<sup>19)</sup> 부득이 분업에 참여한다고 하더라도 다른 의료인의 행위가 적절하게 진행되고 있는지 살피느라 온전히 자신의 업무에 집중하지 못하게 되고, 결국 환자에게 위험이 증가할 수도 있다.<sup>20)</sup> 또한 의료행위의 특수성에 비추어도 책임제한을 전적으로 부정하는 것은 적절하지 않다. 거의 모든 의료행위는 서로 영향을 미치는 수많은 개별행위의 연속 및 집합이고 환자의 건강에 곧바로 연결되므로 적시에 적절한 조치가 취해져야 하는데, 의료행위의 긴급성이나 위험성 탓에 일부 사소한 실수가 전체적으로 영향을 미쳐 법익침해의 결과를 초래할 가능성은 항상 있다.<sup>21)</sup> 따라서 다른 의료인의 의료행위가 적절하게 시행되고 있다고 신뢰한 의료인에 대한 형사책임은 적절히 제한될 필요가 있다.

그런데 분업적 의료행위는 의료인들에게 형사책임의 위험성을 증가시키는 것만이 아니라, 환자에게 대해서도 위험성을 증가시킨다. 의료행위

18) 정성근·박광민, 형법총론(전정3판), 성균관대학교 출판부(2020), 342-343면; 임웅, 형법총론(제11정판), 법문사(2019), 543면

19) 정규원, 앞의 논문, 29면; 최호진, 앞의 논문, 43면

20) 최호진, 앞의 논문, 44면

21) 황만성, 앞의 논문, 587면



에 참여하는 사람이 많고 역할 분담이 복잡할수록 의료분업의 내용이 명확하지 못하거나 분업에 참가한 의료관계자들 간의 의사소통의 부재 또는 오인 등이 발생할 가능성이 커진다.<sup>22)</sup> 이를 체계화하여 (㉠) 업무를 분담하고 있는 의료인 사이에 지시가 불완전하거나 불명확할 가능성으로 인한 의사소통상의 하자, (㉡) 의료인 각자가 행한 의료조치들이 조율을 이루지 못할 가능성으로 인한 조정상의 하자, (㉢) 특정 의료인이 분담업무를 행하는데 필요한 지식이나 경험이 부족할 가능성으로 인한 자질상의 하자, (㉣) 분담된 업무 사이에 공백이 발생할 가능성으로 인한 분담영역 설정상의 하자, (㉤) 환자의 진료에서 위임이 허용된다고 할 수 없음에도 이를 위임할 가능성으로 인한 위임상의 하자 등을 지적하기도 한다.<sup>23)</sup> 이러한 위험성은 비분업 의료에서는 발생할 여지가 없다가 의료행위의 ‘분업’ 자체로 인하여 비로소 환자에게 추가적으로 초래되는 것이고, 분업을 담당하는 의료인들이 의료행위 과정에서 적절한 업무분담 및 위임, 의사소통의 원활 등과 같은, 보다 신중한 태도로 의료행위를 수행함으로써 이를 해소할 수 있으므로, 그 위험성은 책임제한의 한계로 작용하여야 한다. 따라서 분업행위로 인하여 추가적으로 발생하는 위험성은 구체적 사안에서 책임제한의 대상이나 범위, 요건 등을 검토할 때 반영되어야 한다.

한편, 의료인에 대한 책임 제한은 자칫 의료행위의 상대방인 환자에게 발생한 법익침해적 결과에 대하여 책임을 부담하여야 하는 의료인에게 면책의 범위를 넓혀줄 우려가 있다는 점도 고려하여야 한다.<sup>24)</sup> 책임의 제한은 의료인에게 자신의 과실을 넘어서는 부분에 대한 책임을 부담하지 않도록 하겠다는 것이지, 의료인 그 자신의 과실에 대한 책임을 묻지 않겠다는 것이 아니기 때문이다.

또한 신뢰의 원칙의 확장은 수직적 분업에 관하여 지시·감독의 책임

22) 최호진, 앞의 논문, 42면

23) 전지연, 앞의 논문, 42-43면; 전병남, 앞의 논문, 136면; 이상돈·김나경, 의료법강의(제1판), 법문사(2009), 163면

24) 천진호, 앞의 논문, 90면; 같은 취지에서 신뢰의 원칙을 넓게 인정하면 환자의 생명·신체에 대한 보호가 크게 약화될 것이므로 확대 적용에 신중을 기하여야 한다는 견해도 있다 [신동운, 형법총론(제14판), 법문사(2022), 261면]

을 가지고 있는 상위의료인의 책임을 하위의료인에게 전가하는 결과를 가져올 가능성이 크다.<sup>25)</sup> 아래에서 살펴보는 바와 같이 책임제한의 요건 내지 전제로서 위임의 대상 또는 범위를 확정하는 데에 이를 충분히 고려할 필요가 있다.

그밖에 신뢰의 원칙 일반론에서 적용 배제로 논의되는 상황,<sup>26)</sup> 즉 (ㄱ) 상대방의 규칙위반을 알고 있거나 알 수 있었던 경우, (ㄴ) 상대방의 규칙 준수를 기대할 수 없는 경우, (ㄷ) 행위자 자신이 스스로 주의의무를 위반하고 있는 경우, (ㄹ) 신뢰할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는 분업적 의료행위에 대해서도 신뢰의 원칙이 적용되지 않는다.<sup>27)</sup>

## 2. 분업적 의료행위에 대한 책임제한의 근거

### 가. 개별책임원칙에 기한 책임영역의 분할

의료행위가 의사와 같은 전문가의 업무영역에 속하더라도 형사법의 기본원칙인 개별책임의 원칙은 당연히 지켜져야 하므로 분업적 의료행위에서 의사는 환자에 대한 진료 전체에 대하여 형사책임을 지는 것이 아니라, 그 가운데 임상적으로 자신이 분담한 영역에 대해서만 책임을 부담하여야 한다. 이와 같이 분업이 이루어진 의료행위 중 자신이 담당한 영역에서 자신의 귀책사유로 인한 경우에만 책임을 부담하고 다른 분업자는 그에 대한 책임을 부담하지 않게 되므로 결국 분업적 의료행위는 책임영역의 분할에 이른다.<sup>28)</sup> 이는 과실범에서 구성요건요소인 객관적 주

25) 이인영, “의료분업과 신뢰의 원칙”, 연세법학연구 제6집 제1권, 연세법학회(1999. 6.), 193면, 207면; 같은 취지로 이재석, “의료행위에 있어 과실범의 성립요건 -대법원 1996. 11. 8. 95도2710 업무상과실치사-”, 의료법학 제3권 제2호, 대한의료법학회(2002. 12.), 359면; 전병남, 앞의 논문, 148면

26) 김성돈, 앞의 책, 521-522면; 정성근·박광민, 앞의 책, 352-353면; 임웅, 앞의 책, 556면

27) 이에 관하여 주의의무가 타인의 행위에 대한 보호·감독 등에 관한 것인 경우에는 신뢰의 원칙의 적용이 배제된다는 견해(정영일, 앞의 논문, 48면; 전병남, 앞의 논문, 149면; 황만성, 앞의 논문, 589면)가 있으나, 아래에서 보는 바와 같이 수직적 분업에 대하여도 신뢰의 원칙이 제한된 형태로나마 적용된다고 할 것이어서 위 사유를 신뢰의 원칙의 배제사유로 보기는 어렵다고 사료된다.

28) 전지연, “의사와 간호사의 분업적 의료행위에서의 형사상 과실책임 -대법원 1998. 2. 27. 선고 97도2812 판결-”, 의료법학 제1권 제1호, 대한의료법학회(2000. 5.), 244면; 정영일,

의의무의 범위를 자신의 업무영역으로 제한하는 역할을 하고, 타인의 업무영역에서 발생이 가능한 결과에 관하여 예견가능성에도 불구하고 결과 회피의무를 부담하지 않게 한다.

#### 나. 신뢰의 원칙의 적용

신뢰의 원칙<sup>29)</sup>은 도로교통 사고에 관련하여 발전한 이론이나,<sup>30)</sup> 지금은 사회의 전체적인 생활영역에서 일반적으로 적용되고 있다. 즉 사회생활에서 다수인의 행동양식이 관련되는 경우에는 모두 다 적용할 수 있는 원칙으로 인정된다.<sup>31)</sup> 분업적 의료행위도 다수인이 참여하는 활동이므로 이와 같은 신뢰의 원칙이 적용될 수 있다. 따라서 각 의료인은 자신의 분담업무에서 주의의무를 성실히 이행하면서 다른 의료인도 그들의 주의의무를 성실히 이행할 것이라고 신뢰하면 충분하고 다른 의료인의 주의의무위반까지 예상하여 의료행위를 할 필요는 없다.<sup>32)</sup> 앞서 본 바와 같이 상호 대등한 지위에서 협업하는 수평적 분업에서는 의료인 상호 간에 신뢰의 원칙이 적용된다고 보는 것이 일반적이다.<sup>33)</sup> 상호독립적인 진료 영역과 대등한 수준의 권한을 가지고 있고, 지시·감독의 관계가 존재하지 않기 때문이다. 그러나 상위의료인의 하위의료인에 대한 지시·감독 관계를 전제로 하는 수직적 분업의 경우에는 그와 사정이 다르다. 상위의료인의 감독의무와 신뢰 사이에서 그 적용의 가부 내지 범위를 어떻게 설정할 것인지 검토할 필요가 있다.

앞의 논문, 52면; 전병남, 앞의 논문 138면; 이상돈·김나경, 앞의 책, 164면

29) 책임제한의 근거로 신뢰의 원칙 외에 허용된 위험의 법리를 제시하는 견해로는 최호진, 앞의 논문, 55-57면 참조

30) 우리나라에서 신뢰의 원칙이 적용된 첫 사례는 대법원 1957. 2. 22. 선고 4289형상330 판결로 보인다.

31) 전지연, “분업적 의료행위에서 형사상 과실책임”, 44면; 천진호, 앞의 논문, 90면; 이재석, 앞의 논문, 355면; 이상돈·김나경, 앞의 책, 164면

32) 전지연, 앞의 논문, 45면

33) 이인영, 앞의 논문, 200-201면; 정규원, 앞의 논문, 31면; 전지연, 앞의 논문, 45-49면; 최호진, 앞의 논문, 58-61면; 전병남, 앞의 논문, 141-143면 등

#### IV. 수직적 의료분업과 형사책임의 제한

##### 1. 수직적 의료분업에 대한 신뢰의 원칙 적용 가부

수직적 의료분업은 지시·감독과 그에 대한 복종을 기반으로 하기 때문에 상위의료인이 자신의 지시·감독을 받는 하위의료인의 의료행위에 대하여 신뢰의 원칙을 적용할 수 있는가가 문제된다.

먼저 수직적 분업관계는 분업적 협력에 참여하는 의료인 사이에 상하관계를 전제로 하므로, 협업에 참여하는 의료인에 대하여 지시·감독의무를 지는 자와 단순히 협업에 참여하는 의료인 사이에는 신뢰의 원칙이 적용될 수 없다는 견해가 있다.<sup>34)</sup> 이에 대하여 신뢰의 원칙이 분업적 의료행위에 대하여 적용되는 이상, 수직적 의료분업에 있어서도 합리적인 범위 내에서 하위의료인의 신뢰를 기대할 수 있으며, 분업의료의 성질·내용과 임상현실 등을 고려하여 하위의료인의 자격, 능력이나 경험에 상응하는 정도로 신뢰의 원칙이 적용될 수 있다는 견해가 대립한다.<sup>35)</sup> 한편, 수직적 분업관계에 있을 경우 상급자는 하급자를 신뢰할 수 없으므로 신뢰의 원칙이 적용되지 않고 상급자의 의무는 하급자에 대한 위험관리 의무로 전환된다는 견해<sup>36)</sup>도 있으나, 위 견해에서는 피감독자에 대한 관리감독의무는 현실적으로 완벽하게 이행되어야 할 필요가 없고, 간헐

34) 정영일, 앞의 논문, 53-54면; 이인영, 앞의 논문 201-203면; 황만성, 앞의 논문, 590-591면; 김성돈, 앞의 책, 519-520면; 김일수·서보학, 새로쓴 형법총론(제12판), 박영사(2014), 328면; 천진호, 앞의 논문, 99면, 102면, 108면(다만 이 견해는 의사가 본래의 직무인 수술 중에는 몰두할 필요성이 있음을 이유로 수술 중의 의사에 한하여 보조자에 대한 신뢰의 원칙이 적용될 수 있다고 보고 있고, 신뢰의 원칙을 부인하는 입장에서 간호사에 대한 지도·감독의무에 관하여 의사가 반드시 진료의 보조행위 현장에 입회하여야 하는 것은 아니고 일반적인 지도·감독으로도 족한 경우가 있을 수 있다고 한다)

35) 이재석, 앞의 논문, 363면; 같은 취지로 전지연, 앞의 논문, 52-54면, 60-61면; 정규원, 앞의 논문 32-34면; 정성근·박광민, 앞의 책, 354면; 임웅, 앞의 책, 554면; 이재상·장영민·강동범, 형법총론(제10판), 박영사(2019), 212면; 신동운, 앞의 책, 260-261면; 배종대, 형법총론(제17판), 홍문사(2023), 504면

36) 최호진, 앞의 논문, 62면, 67면; 전병남, 앞의 논문, 139면, 144-146면; 류기환, “의료행위에서 감독과실에 관한 연구”, 법학연구 제60집, 한국법학회(2015. 12.), 398면, 405면; 신뢰의 원칙이 적용됨을 전제로 의사의 의무가 위험감독의무로 전환된다는 견해로는 전지연, 앞의 논문, 57면

적 심사를 하는 것만으로도 위험관리업무를 다하였다고 볼 수 있다고 하므로,<sup>37)</sup> 결과적으로는 신뢰의 원칙을 적용하는 것과 큰 차이가 나지 않는다.

수직적 분업은 대개 전문의와 전공의, 레지던트와 인턴, 의사와 간호사 등의 분업에서 문제된다. 그런데 위 각 예에서 하위의료인에 속하는 전공의, 인턴, 간호사는 상위의료인에 비하여 권한의 범위가 좁거나 해당 진료영역에 대한 지식·경험이 부족하다고 할 수 있으나, 모두 국가가 규정한 소정의 교육과정을 거쳐 국가시험을 통과한 의료인이다.<sup>38)</sup> 특히 전공의의 경우 전문의가 되기 위하여 수련과정을 선택하지 아니하고 임상에서 바로 활동을 시작하였더라면 종합병원의 전문의(교수)와 동일한 주의의무 및 이에 기초한 법적 책임을 부담하는 지위에 있다. 간호사 역시 의료법에서 간호사의 업무를 규정하고 있고,<sup>39)</sup> 그중 제2조 제2항 제5호 가목, 다목이 규정하는 간호업무와 보건활동은 의사의 업무와도 구별되는 독자적인 영역이다. 한편 우리의 임상현실은 제3차 의료급여기관에 대한 깊은 선호와 의사의 부족 등으로 수련병원에서 대부분의 치료, 처방이나 진료행위에 대한 설명 등은 전공의에 의하여 수행되고 있고, 의사의 많은 업무가 간호사에 위임되어 진료업무의 일부마저 간호사가 담당하는 실정이다.<sup>40)</sup> 또한 지도전문의가 전공의의 모든 행위를, 의사가

37) 최호진, 앞의 논문, 63면, 67면

38) 최호진, “분업적 의료행위에 따른 형사책임의 분배 -특히 수직적 의료분업을 중심으로-”, 형사법연구 제19권 제1호, 한국형사법학회(2007. 3.), 7-8면, 다만, 위에서 본 바와 같이 최호진 교수는 수직적 분업에 대하여 신뢰의 원칙이 적용되지 않고 상위의료인의 의무가 위험감독의무로 전환된다고 보고 있다(각주 36 참조); 한편 이 점을 지적한 판례로는 대법원 2003. 8. 19. 선고 2001도3667 판결(의사와 간호사 간의 사안)

39) 의료법 제2조(의료인)

② 의료인은 종별에 따라 다음 각 호의 임무를 수행하여 국민보건 향상을 이루고 국민의 건강한 생활 확보에 이바지할 사명을 가진다.

5. 간호사는 다음 각 목의 업무를 임무로 한다.

가. 환자의 간호요구에 대한 관찰, 자료수집, 간호판단 및 요양을 위한 간호

나. 의사, 치과의사, 한의사의 지도하에 시행하는 진료의 보조

다. 간호 요구자에 대한 교육·상담 및 건강증진을 위한 활동의 기획과 수행, 그 밖의 대통령령으로 정하는 보건활동

라. 제80조에 따른 간호조무사가 수행하는 가목부터 다목까지의 업무보조에 대한 지도

40) 각주 7 참조

간호사의 모든 행위를 실시간으로 지휘·감독하는 것도 현실적으로 불가능하다.<sup>41)</sup> 만약 전공의 또는 간호사의 의료행위에 대하여 상위의료인의 책임분할을 인정하지 아니하면 상위의료인은 하위의료인의 업무처리를 세세히 확인하기 위하여 필연적으로 자신의 업무영역에 투입될 시간을 줄일 수밖에 없고, 결국 그 의료기관에서 치료를 받는 환자들에게 필요한 진료시간 역시 줄어들 수밖에 없어 오히려 환자에게 피해를 주게 된다. 한편, 거시적인 관점에서 보면 수직적 분업관계의 상위의료인에게 주의의무를 어디까지 인정할 것인지, 즉 신뢰의 원칙을 어떤 요건 아래에 어느 범위까지 적용할 것인지는 한정적인 의료자원을 어떻게 분배할 것인지의 문제로도 볼 수 있다. 해당 진료영역에서 많은 지식이나 경험 등을 가진 상위의료인의 능력을 하위의료인의 업무 확인에 매몰시키는 것은 의료자원 분배의 차원에서도 적절한 것이 아니다. 따라서 하위의료인이 시행한 의료행위의 내용이나 하위의료인의 자질이나 지식, 경험 등 구체적 상황에 대한 고려 없이 일률적으로 수직적 의료분업에 대하여 신뢰의 원칙이 적용되지 않는다고 할 수는 없다. 판례 역시 수직적 의료분업에 대하여 신뢰의 원칙을 인정하고 있다. 전문의와 전공의 사이에서 전공의에게 의료과실의 책임을 물었으나 지도전문의에 대해서는 무죄를 선고한 사례<sup>42)</sup>가 있고, 간호사에게 책임을 물었으나 전공의에 대해서는 무죄를 선고한 사례<sup>43)</sup>도 있다.

## 2. 수직적 의료분업의 상위의료인에 대한 책임제한

수직적 의료분업에 관하여 신뢰의 원칙을 적용한 대법원 판례는 수직적 분업에 대한 신뢰의 원칙의 적용을 의료행위의 위임 관점에서 접근하고 있고,<sup>44)</sup> 학설도 같은 입장을 취하고 있다.<sup>45)</sup> 이에 따르면, 우선 당해

41) 정규원, 앞의 논문, 33면

42) 대법원 2022. 12. 1. 선고 2022도1499 판결(전문의와 전공의), 위 사례는 수직적 의료분업 관계에 있는 의사와 의사 사이에서 지도의사에 대하여 신뢰의 원칙을 적용하여 무죄를 선고한 최초의 사례로 보인다.

43) 대법원 2003. 8. 19. 선고 2001도3667 판결(의사와 간호사), 위 사례에서 기소된 의사는 전공의였고, 그를 지도·감독하는 전문의는 기소조차 되지 않았는데 사실상 신뢰의 원칙이 적용되어 입건도 되지 않은 것으로 보인다.

44) 주 42의 판결 및 대법원 2007. 2. 22. 선고 2005도9229 판결(레지던트와 인턴), 간호사의

의료행위가 위임할 수 있는 성격의 것인지가 문제되고, 위임할 수 있는 업무의 경우 실제 어떠한 요건에서 위임이 가능한지 검토가 필요하다. 전문의와 전공의 간, 의사와 간호사 간에는 의료법령상 담당업무에 있어 질적인 차이가 있으므로 이를 나누어 살펴본다.

### 가. 전문의와 전공의, 레지던트와 인턴

전문의와 전공의, 레지던트와 인턴 사이에서는 지시·감독을 받는 레지던트나 인턴도 모두 의료법상 의사로서 원칙적으로 모든 의료행위를 할 수 있으므로,<sup>46)</sup> 의료법상으로는 위임이 금지되는 사항이 있다고 할 수 없다. 그러나 전공의는 전문의 자격을 취득하기 위하여 수련을 받는 사람<sup>47)</sup>으로서 지도전문의<sup>48)</sup>로부터 지도·감독을 받는 지위에 있다. 따라서 지도·감독의 단계를 중심으로 구체적 상황에 따라 위임 가능한지 여부가 결정되어야 한다. 위임이 가능한지 여부는 우선 해당 의료행위의 난이도 및 위임받는 의사의 지식·경험의 정도를 기준으로 하여야 할 것이나, 의사가 수행하는 의료행위는 환자의 개별적인 특색과 다양한 질병의 양상 및 동태적인 특성 등으로 그 모습이 매우 다양하여 모든 의료분업을 관통하는 명확한 기준을 세우는 것은 사실상 불가능하다. 또한 환자의 문제 상황에서 선택할 수 있는 대응방안의 선택지도 넓은 경우가

---

경우에도 명시적으로 위임이란 표현을 사용하지는 않았으나, 대법원 1998. 2. 27. 선고 97도2812 판결에서는 ‘간호사로 하여금 의료행위에 관여하게 하는 경우에도 …’라고 판시하였고, 대법원 1990. 5. 22. 선고 90도579 판결에서는 ‘의사로서는 스스로 주사를 놓든가 부득이 간호사나 간호조무사에게 주사케 하는 경우에도 …’라고 판시하여 의사가 간호사에게 진료행위의 일부를 위임할 수 있다는 점을 인정하는 것으로 보인다.

- 45) 정영일, 앞의 논문, 53-54면; 전지연, 앞의 논문, 54-56면; 전병남, 앞의 논문, 138-139면
- 46) 국내 의과대학(또는 의학전문대학원)을 졸업하고 의사국가시험에 합격하여 보건복지부장관의 면허를 받으면 법적 자격을 획득하고 진료할 수 있고, 원칙적으로 의료행위의 범위에 제약은 없다.(의료법 제5조)
- 47) 전공의의 수련환경 개선 및 지위 향상을 위한 법률 제2조 제2호, 전문의의 수련 및 자격 인정 등에 관한 규정 제2조 제1 내지 3호 참조, 전공의에 대하여 수련 또는 피교육자의 성격을 강조하면, 전문의와 전공의 사이에 신뢰의 원칙을 적용할 수 없게 된다(이러한 취지로는 최호진, “분업적 의료행위에 있어서 주의의무위반 판단기준과 그 제한규칙들”, 64면)
- 48) 전문의로서 일정한 요건 아래 수련병원등의 장의 지정에 따라 전공의 수련을 지도하는 사람을 말한다(전공의의 수련환경 개선 및 지위 향상을 위한 법률 제2조 제3호, 제12조 참조)

대부분이며, 동일한 임상 상황에서 개별 의료기관의 인적·물적 현황에 따라 대응이 다를 수도 있다는 점을 감안하면, 분업이 이루어진 당시의 여러 사정, 즉 분업에 참가한 의사들의 각 지위와 관계, 위임한 의료행위의 내용과 난이도, 당시 환자의 상태, 위임받은 의사의 지식·경험의 정도 등의 요소를 고려하여 그 위임이 허용되는지 여부를 결정할 수밖에 없다.

위와 같은 여러 요소 중 위임한 의료행위의 난이도, 위임받은 의사의 지식이나 경험 등과 관련하여 보건복지부 고시(제2022-167호) 「전공의의 연차별 수련교과과정」이 일응의 판단기준이 될 수 있을 것이다. 인턴 수련 교과과정 중 ‘지도전문의의 교육 후 전공의 독자 수행 권장 술기’ 부분에 열거된 내용에는 (ㄱ) 외래 및 병동 환자(성인, 소아 및 응급환자 포함)의 기초 병력 청취 및 신체 진찰, (ㄴ) 환자 상태 보고하기, 의무기록 작성, 동의서 받기, (ㄷ) 동맥혈 및 정맥혈 채혈, 혈액 배양, 말초 정맥 주사, (ㄹ) 심전도 검사, 비위관 삽입 및 위세척술, 요도관 삽입 및 방광 세척술, (ㅁ) 직장관 삽입, 장루 관장법, (ㅂ) 복수 천자, (ㅅ) 수술보조, 기본 봉합술, (ㅇ) 수혈환자 관리 등이 포함되어 있다. 위에 언급된 사항과 관련된 의료행위에 대하여는 충분한 교육실시와 인턴의 지식이나 경험 수준 등을 고려하여 지도전문의의 판단에 따라 위임이 가능하다고 볼 수 있다. 레지던트 과정 역시 전문의료영역별로 보다 세부적인 교과과정이 규정되어 있다.<sup>49)</sup> 위 규정의 내용 등을 종합하면, 외래진료에 앞서 전공의가

49) 참고로 레지던트 연차별 수련 교과과정 내과 2년차 부분은 아래와 같음

2	환자취급범위		퇴원환자 600명 (1년차 및 2년차 통합) (중환자실 환자 50명 및 응급실 환자 50명 포함) 소화기 100명, 순환기 100명, 호흡기 80명, 신장 60명, 내분비-대사 60명, 알레르기 30명, 혈액 30명, 감염 40명, 종양 30명, 류마티스 30명, 기타 40명
	교과 내용	연차별 목표	1. 전문역량 완성 2. 중환자 및 응급 환자 진료
		임상수기	1. 특수검사의 수기 습득과 판독력 배양 2. 장기 및 조직 (골수 등) 생검 및 판독
		검사 및 술기	<2년차 및 3년차 통합 건수> 1. 각종 장기기능 검사 80건 이상 (폐, 심, 신, 내분비, 간, 면역, 핵의학검사 등)



먼저 환자의 주관적 호소를 청취하고 관련 증상 및 징후 파악, 수술이나 시술에 앞서 설명 및 동의서 취득, 수술이나 시술과 관련하여 기계적으로 반복되는 행위(수술 시 수술 부위 소독, 피부의 절개 및 종료 후 피부 봉합 등)의 수행, 병원에서 반복적으로 수행되지만 의사가 직접 하여야 하는 행위의 수행, 입원환자의 상태파악 및 필요조치 수행 등에 있어서는 위임이 가능하다고 할 수 있다. 그러나 전공의가 단독으로 수행해본 경험이 없는 수술이나 시술의 준비 행위를 넘어선 중요 과정을 지도전문 의의 입회 없이 스스로 수행하도록 위임한 경우, 질병이 희소한 사례에 속하거나 환자에게 필요한 처방이나 처치의 난이도가 높아 전공의의 능력과 경험으로는 적절한 수행의 기대가 어려움에도 구체적인 지시를 결여하고 전적으로 위임한 경우, 전공의가 위임받은 의료행위를 수행하는 도중 긴급하거나 돌발적 상황으로 인하여 자신의 능력으로는 그 의료행위의 수행이 곤란하여 조언이나 지원, 의료행위의 직접 수행 등을 요청하였음에도 응답하지 않았거나 요청에 부합하는 지침을 내리지 않은 경우 등에는 위임할 수 없다거나 위임이 있어도 신뢰의 원칙을 적용할 수 없다고 보는 것이 적절하다.

지도전문 의와 전공 의 사이와 같은 수직적 의료분업에 관한 판례는 많지 않다. 앞서 언급한 바와 같이 판례는 의사와 의사 사이의 수직적 분업의 경우, ‘수련병원의 전문 의와 전공 의 등의 관계처럼 의료기관 내의 직책상 주된 의사의 지위에서 지휘·감독 관계에 있는 다른 의사에게 특

		<ol style="list-style-type: none"> <li>2. 각종 영상검사 (CT, MR, Angiography 등) 결과의 이해와 활용 능력 양성</li> <li>3. 수련 기간 중 각종 초음파 검사(복부, 갑상선, 골관절 등) 참여 50건 이상</li> <li>4. 수련 기간 중 심초음파검사 참여 50건 이상</li> <li>5. 수련 기간 중 내시경 검사 참여 50건 이상(위장관, 기관지 등)</li> </ol>
	교육자적 자질	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 입원 환자의 진단 및 치료시 학생, 인턴, 저년차 전공의 지도</li> <li>2. 환자 및 보호자와 상담 역량</li> </ol>
	연구역량	임상연구 역량 배양 (지도전문 의의 임상연구 참여하여 간접적인 경험 혹은 직접 임상연구 참여)

정 의료행위를 위임하는 수직적 분업의 경우에는, 그 다른 의사에게 전적으로 위임된 것이 아닌 이상 주된 의사는 자신이 주로 담당하는 환자에 대하여 다른 의사가 하는 의료행위의 내용이 적절한 것인지 여부를 확인하고 감독하여야 할 업무상 주의의무가 있고, 위임받은 의사의 자격 내지 자질과 평소 수행한 업무, 위임의 경위 및 당시 상황, 그 의료행위가 전문적인 의료영역 및 해당 의료기관의 의료 시스템 내에서 위임하여 이루어질 수 있는 성격의 것이고 실제로도 그와 같이 이루어져 왔는지 여부 등 여러 사정에 비추어 해당 의료행위가 위임을 통해 분담 가능한 내용의 것이고 실제로도 그에 관한 위임이 있었다면, 그 위임 당시 구체적인 상황하에서 위임의 합리성을 인정하기 어려운 사정이 존재하고 이를 인식하였거나 인식할 수 있었다고 볼 만한 다른 사정에 대한 증거가 없는 한, 위임한 의사는 위임받은 의사의 과실로 환자에게 발생한 결과에 대한 책임이 있다고 할 수 없다.’고 판시하여,<sup>50)</sup> 당해 의료행위가 전적으로 특정 의사에게 위임된 것인지 여부를 책임분할의 주요 표지로 삼고 있다. 위 판결의 사안은, 대장내시경의 시행을 위하여 그 사전업무로서 장정결제를 투여하게 되었는데, 부분적 장폐색을 고려하지 아니하고 투입한 과실로 피해자의 대장 내 가스와 분변 등이 제대로 체외로 배출되지 못한 채 대장 내 팽압 증가로 장벽이 얇아지면서 장천공이 발생하여 장내 분변 등이 체내로 유출되었고, 이에 따라 호흡곤란, 혈액 내 산소포화도 감소 등의 부작용이 발생함으로써 피해자가 다발성 장기 부전으로 인하여 사망에 이르게 된 사건이다. 위 사건에서 대법원은 실제로 장정결제를 투여한 전공의에 대한 과실책임을 인정하였으나, 지도전문의에 대하여는 장정결제 투여의 시행을 결정한 다음 전공의에게 장정결제 투여 등 그에 관한 세부적인 절차를 위임하였는데 그 위임에 특별한 불합리가 보이지 않는다고 판단한 후, 전공의가 분담한 의료행위에 관하여 지도전문의에게도 주의의무위반에 따른 책임을 인정하려면, 부분 장폐색 환자에 대한 장정결제 시행의 빈도와 처방 내용의 의학적 난이도, 전공의가 내과 2년차임에도 소화기내과 위장관 부분 업무를 담당할 경험이 미흡하였거나 기존 경력에 비추어 보아 적절한 업무수행을 기대하기 어렵

50) 대법원 2022. 12. 1. 선고 2022도1499 판결(대법원 2007. 2. 22. 선고 2005도9229 판결도 같은 취지)

다는 등의 특별한 사정이 있었는지 여부 등을 구체적으로 심리하여야 한다는 이유로 원심판결을 파기하였다.<sup>51)</sup> 한편, 판례 중에는 지도전문의는 기소되지 않고 인턴의 과실 있는 처방에 대한 지도·감독의무위반으로 주치의인 레지던트를 기소하여 레지던트에게 책임이 인정된 사례<sup>52)</sup>가 있다. 레지던트에 대해서는 신뢰의 원칙이 적용되지 않았다고 할 것이나, 수사단계에서 지도전문의가 기소되지 않은 것은 지도전문의에 대하여는 신뢰의 원칙이 적용된 결과라고 할 수 있다.<sup>53)</sup>

#### 나. 의사와 간호사

수직적 의료분업에 관하여 언급한 문언이나 판례는 상대적으로 의사와 간호사의 수직적 분업에 대한 것이 많다. 원칙적으로 진료는 의사에 의하여 수행되고, 간호사는 의사의 진료업무를 보조하는 것으로 인식하기 때문이다. 그러나 의료법 제2조 제2항은 간호사에게 간호와 보건활동을 독립적으로 수행하는 업무영역으로 인정할 뿐만 아니라, 의사가 수행하는 진료의 보조 역할을 인정하고 있고, 이에 따라 진료의 일부가 간호사에게 위임되어 수행되고 있는 것이 현실이다.<sup>54)</sup> 이러한 의료법 규정과 현실에 따라 의사가 간호사에게 위임할 수 있는 진료행위<sup>55)</sup>의 범위와 위임된 진료행위에 대한 의사의 지도·감독의무가 문제된다.

#### 1) 진료의 위임범위

간호사의 임무 중 간호와 보건활동은 간호사가 단독으로 수행할 수 있

51) 앞서의 논의와 각주 49의 내과 레지던트 2년차 수련 교과과정의 내용 등을 종합하면, 이와 같은 대법원의 판단은 수긍할 수 있다고 사료된다.

52) 대법원 2007. 2. 22. 선고 2005도9229 판결

53) 같은 취지로 대법원 1998. 2. 27. 선고 97도2812 판결. 위 사안은 간호사의 수혈 상의 과실에 대하여 인턴에게 지도·감독의무위반을 이유로 책임을 묻은 사건인데, 수혈 지시를 인계받은 인턴을 수혈에 관한 시술 책임이 있는 자로 인정하였고, 이를 지시한 레지던트는 기소되지 않았다.

54) 이인영, 앞의 논문, 204면

55) 간호활동도 의료행위에 포함되고, 의료법 제2조의 규정에 비추어 의료행위 중 의사의 임무에 전속적으로 속하는 것을 진료행위라고 할 수 있다. 진료는 진단과 치료를 내용으로 한다.

으므로, 간호활동에 대해서 수평적 분업과 같이 보아도 무방하고,<sup>56)</sup> 특별히 간호의 내용에 대하여 지시한 바 없다면 독자적으로 수행한 간호나 보건활동에 대하여는 의사가 지도·감독의무를 부담하지 않는다. 한편, 진료의 내용 및 성질상 의사만이 배타적으로 수행하여야 할 것은 간호사에게 그 업무를 위임할 수 없다. 구체적인 내용은 의료기술의 발달과 구체적인 사안에 따라 달라질 것이나, 진료의 보조라는 한계를 넘는 것으로 인정될 정도로 객관적인 위험성이 인정되거나 진단·치료의 본질적인 부분에 해당하는 진료행위는 위임을 할 수 없다.<sup>57)</sup> 따라서 진료의 핵심인 진단은 반드시 의사가 수행하여야 하고,<sup>58)</sup> 수술 및 처방<sup>59)</sup> 같은 중요한 치료행위는 의사의 전속적인 임무에 속한다고 보는 것이 적절하다. 간호사에게 위임이 금지된 진료행위를 위임하여 간호사가 이를 수행하다가 과실로 법익침해의 결과가 발생하였을 경우, 긴급한 상황에서 의사인력의 부족으로 부득이하게 진료행위를 수행하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 위임금지 자체만으로 과실을 인정할 수 있다.<sup>60)</sup>

이와 관련하여 의료관행을 이유로 위임한계를 벗어난 간호사의 진료행위를 승인할 수 있는지 문제된다. 우리나라와 같이 의사의 업무가 과중한 경우에는 실제 그러한 관행이 발생할 가능성도 크다. 이에 관하여 위임한계 준수 의무의 위반행위가 병원 내에서 관행화된 행위라면 위임행위를 한 의료인에게 형사책임을 물을 수 없다는 견해가 있다.<sup>61)</sup> 그러나 대법원은 수혈에 관한 사안에서 ‘피고인이 근무하는 병원에서는 인턴의 수

56) 정규원, 앞의 논문, 32면; 이인영, 앞의 논문, 202면; 최호진, 앞의 논문, 65면

57) 이인영, 앞의 논문, 205면; 전지연, 앞의 논문, 54면

58) 다만, 진단을 위한 개별적인 진찰행위(문진, 체노, 채혈 등)에 대해서는 의사의 지도·감독 아래 일정 부분 위임이 가능하다고 할 것이다. 판결도 같은 취지(대법원 2012. 5. 10. 선고 2010도5964 판결)

59) 대법원 2007. 9. 6. 선고 2006도2306 판결, 위 판결은 조산사가 자신이 근무하는 산부인과의 방문 환자들에게 진찰·환부소독·처방전 발행 등을 한 것은 진료 보조행위가 아닌 진료행위 자체로서 의사의 지시가 있었다더라도 무면허의료행위에 해당한다고 판시한 사례이다. 간호사가 아닌 조산사에 관한 사안이나, 간호사에게도 적용될 수 있다고 사료된다.

60) 전지연, 앞의 논문, 54면; 이상돈·김나경, 앞의 책, 166면; 반드시 의사만이 행할 수 있는 의료행위를 간호사나 간호조무사에게 위임하여 수행케 할 경우에는 무면허의료행위에 해당한다(의료법 제27조 제1항).

61) 이상돈·김나경, 앞의 책, 167면

가 부족하여 수혈의 경우 두 번째 이후의 혈액봉지는 인턴 대신 간호사가 교체하는 관행이 있었다고 하더라도, 위와 같이 혈액봉지가 바뀔 위험이 있는 상황에서 피고인이 그에 대한 아무런 조치도 취함이 없이 간호사에게 혈액봉지의 교체를 일임한 것이 관행에 따른 것이라는 이유만으로 정당화될 수는 없다'고 판시하여 이를 정면으로 부인하였다.<sup>62)</sup> 의사의 간호사에 대한 위임의 한계설정에서 임상현실의 필요성과 불가피성의 관점이 하나의 요소로서 고려될 여지는 있으나, 그 과정을 거쳐 확정된 위임금지의 범위에 위배하여 자체적으로 수행되는 병원의 관행은 그로 인한 법익침해의 발생 가능성과 위험성 등에 비추어 사회통념상 정당화된다고 할 수 없다.<sup>63)64)</sup>

## 2) 의사의 지도·감독의무

진료행위를 간호사에게 위임할 경우에는 의사에게 지도·감독의무가 부여된다. 의사가 간호사에게 위임한 진료행위에 대하여 신뢰의 원칙을 적용받기 위해서는, 우선 당해 진료행위가 위임할 수 있어야 하고, 위임받는 간호사가 그 진료행위를 수행할 자질과 지식, 경험 등을 갖추고 있어야 하며, 위임한 의사는 간호사가 위임받은 업무를 정확하게 이해하고 제대로 수행하고 있는지 지도·감독할 의무가 있다.<sup>65)</sup> 문제는 어디까지 지도·감독을 해야 하는지이다. 의사가 반드시 간호사의 진료행위 현장에 입회하고 있어야 하는지, 간헐적·주기적인 점검으로 충분한지 문제 되는데, 앞서 살펴본 요소 중에서 간호사에게 위임된 진료행위의 성질과 내용을 중심으로 고려하면 될 것이다. 간호사의 자질이나 지식·경험의

62) 대법원 1998. 2. 27. 선고 97도2812 판결

63) 이인영, 앞의 논문, 206면; 전병남, 앞의 논문, 150면

64) 천진호, 앞의 논문, 111면은 “현실이 법리를 변경할 것이 아니라, 법리가 현실을 변화시켜야 한다. 즉 앞으로 선진국 수준에 합당한 의료수준과 의료인들의 확보가 선행된다는 전제 하에서, 의사와 간호사의 사이의 책임영역 분할은 해석이 아닌 의료법 개정 등을 통한 입법적 보완을 검토해 볼 수 있을 것이다.”라고 하는데, 임상의학의 현실을 규범적으로 어느 범위까지 수용할 수 있는지에 관하여 경청할만한 견해로 사료된다.

65) 이를 위임적합성심사의무, 자질심사의무, 지시내용이해심사의무, 의무이행감독의무로 나누어 설명하는 견해(전지연, 앞의 논문, 57면; 최호진, 앞의 논문, 62-63면; 전병남, 앞의 논문, 139면; 이상돈·김나경, 앞의 책, 165면)가 있는데, 위와 같은 이해와 크게 다르지 않다고 사료된다.

정도도 지도·감독의무의 수행 수준에 영향을 미칠 수 있으나, 간호사 역시 일정한 교육과정을 거치고 국가시험에 합격한 후 국가의 면허를 취득하여야 간호사 업무를 수행할 수 있으므로, 간호사 자격만으로 일정한 수준의 지식·경험을 가지고 있다고 보아도 큰 무리가 없다고 할 수 있다. 의료분업의 기능 중의 하나인 의료자원의 효율적 분배 및 능률적인 진료행위의 수행이라는 관점에서 볼 때, 환자에 대한 위험성이 낮은 통상적인 진료행위까지 의사가 항상 입회하여야 할 것은 아니고, 간호사로 하여금 단독으로 수행하게 할 경우 환자에 대한 침해나 부작용의 가능성이 있는 위험한 진료행위에 대해서만 의사가 현장에 입회하여 간호사의 업무수행을 지도·감독하면 충분하다고 본다.<sup>66)</sup> 이를 정리하면, (㉠) 진단·치료의 핵심을 구성하거나, 간호사에게 위임할 경우 환자에 대한 위험성이 매우 높고 치명적인 부작용이 발생할 수 있어 간호사에게 위임이 금지되는 부분(위임금지 부분), (㉡) 치명적이지는 않더라도 환자에 대한 부작용이 발생할 수 있어 의사에 의한 신속한 대처가 필요한 경우에는 진료의 보조로서 위임이 허용되지만 의사가 진료현장에 입회하여 지도·감독하여야 하는 부분(의료현장 입회 지도·감독 부분), (㉢) 환자에게 대한 침해 가능성이 거의 없거나 통상적인 조치로서 반복하여 수행되는 진료행위에 대하여는 간호사에게 위임이 허용되고, 의사가 굳이 진료현장에 입회할 필요는 없고 간헐적인 지도·감독으로 충분한 부분(입회가 필요 없고 간헐적인 지도·감독 부분)으로 나누어 볼 수 있다.<sup>67)</sup>

한편, 2015. 12. 29. 의료법 개정으로 제80조의2가 신설되었는데, ‘간호조무사는 간호사를 보조하여 간호사의 업무를 수행할 수 있고, 다만 의원급 의료기관에 한하여 의사, 치과의사, 한의사의 지도하에 환자의 요양을 위한 간호 및 진료의 보조를 수행할 수 있다.’고 규정하고 있다. 따라서 간호조무사의 경우에도 의사와 간호사 간에 관한 법리에 따라 의원급 의료기관에 한정하여 의사의 위임에 따른 진료행위를 수행할 수 있을 것이나, 간호조무사가 의료법상 의료인에 속하지 않는 점, 간호사와는 교육과정, 국가시험 등에서 차이가 있는 점, 간호조무사의 업무의 원칙적인

66) 정규원, 앞의 논문, 33-34면; 이인영, 앞의 논문, 204면; 최호진, 앞의 논문, 66면

67) 판례도 같은 취지이다. 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010도5964 판결, 대법원 2006. 8. 24. 선고 2005도8360 판결, 대법원 2003. 8. 19. 선고 2001도3667 판결 등

범위는 간호사의 보조인 점 등을 고려하면, 간호사보다는 의사의 지도·감독의무가 강화된다고 볼 것이다.

아래에서는 주요한 진료행위인 주사(특히 정맥주사)와 수혈, 마취에 대하여 개별적으로 살펴본다.

### 3) 주요 진료행위에 대한 개별적 검토

#### 가) 주사

의료법 시행규칙 제14조는 의사에게 진료기록부의 작성을, 간호사에게 간호기록부의 작성을 의무화하고 있는데, 진료기록부에 기록해야 할 의사의 진료행위에는 진단결과 또는 진단명, 치료내용(주사·투약·처치 등)이 포함되어 있고, 간호기록부에 기록해야 할 간호사의 진료행위에는 투약, 처치, 간호에 대한 사항이 포함되어 있다. 이에 의하면 주사는 기본적으로 의사의 치료행위에 속하므로 원칙적으로 의사에 의하여 수행되어야 한다.<sup>68)</sup> 그러나 주사의 종류나 주사 방식에 따라 위험성이 다양하고 많은 진료행위가 간호사에게 위임되어 수행되는 현실에 비추어 일률적으로 부정할 것은 아니고, 주사 중 어느 범위까지 위임할 수 있는지, 위임하였을 경우 의사의 지도·감독의무는 어디까지인지 등에 관한 면밀한 검토 하에 일정 부분의 위임이 가능하다고 볼 것이다.

주사란 주사기를 사용하여 약액을 피내·피하·근육내·정맥내·동맥내 등에 주입하는 업무를 말하고, 약제의 효과를 정확하고 빠르게 얻기 위한 경우, 입으로 약제를 투여할 수 없는 경우, 약제가 소화액에 의해 변하거나 흡수되기 곤란한 경우 또는 약제가 소화기점막을 자극할 경우 등에 이용되는데, 종류로는 피내주사, 피하주사, 근육주사, 정맥주사, 동맥주사 등이 있다.<sup>69)</sup> 피내주사, 피하주사, 근육주사는 위험성이 상대적으로 낮아 간호사에 대한 위임이 가능하다. 그러나 동맥주사<sup>70)</sup>의 경우 그

68) 이러한 견지를 관철하여 주사는 의사 스스로 놓아야 하고 부득이 간호사나 간호조무사에게 주사케 하는 경우에도 그 장소에 입회하여 지도·감독할 의무가 있다는 견해(정영일, 앞의 논문, 51면)가 있다. 위 견해는 대법원 1990. 5. 22. 선고 90도579 판결에 따른 것으로 보이는데, 위 판결은 마취제의 사안으로 일반 주사와는 다른 측면이 있다.

69) [https://www.doopedia.co.kr/doopedia/master/master.do?\\_method=view&MAS\\_IDX=101013000859487](https://www.doopedia.co.kr/doopedia/master/master.do?_method=view&MAS_IDX=101013000859487) 참조 (2024. 1. 19. 최종 검색)

위험성이 높아 위임을 허용하기 어렵다. 정맥주사는 약물의 종류, 주사를 놓는 정맥의 위치 및 주사방법,<sup>71)</sup> 환자의 상태, 간호사의 지식·경험의 정도에 따라 위험성이 달라지므로 일률적으로 위임 가능 여부와 지도·감독의 정도를 정하기가 어렵다.<sup>72)</sup> 항암제의 정맥주사 등과 같이 위험성이 높고 치명적인 부작용을 발생시킬 수 있는 경우에는 간호사에게 위임할 수 없고 의사가 직접 시행하여야 하고, 인체에 위험한 부작용을 발생시킬 가능성이 낮은 통상적인 정맥주사(주로 항생제나 소염진통제, 링거액 등)의 경우에는 의사의 지시·감독에 의하되 굳이 의사의 입회 없이도 간호사가 수행할 수 있을 것이다.<sup>73)</sup>

판례<sup>74)</sup>도 병원 신경외과 전공의가 간호사에게 전공의의 처방 및 지시에 따라 대퇴부 정맥에 연결된 튜브를 통하여 항생제, 소염진통제 등의 주사액을 투여하도록 하여 왔는데, 간호사가 이전과는 달리 직접 투여하지 않고 간호실습생에게 투여하도록 하였으나 간호실습생이 과실로 약물을 잘못 주입하여 환자가 사망한 사안에서, 전공의의 간호사에 대한 위임에 별다른 잘못이 없고, 자신의 지시를 받은 간호사가 자신의 기대와는 달리 간호실습생에게 단독으로 주사하게 하리라는 사정을 예견할 수도 없었다는 점 등을 근거로 전공의의 과실을 부인한 바 있다.<sup>75)</sup>

70) 동맥주사의 위험성이 정맥주사보다 훨씬 높아서 특별한 경우에만 동맥주사가 이용되고 의사에 의해서만 수행되는 것으로 보인다.

[https://www.doopedia.co.kr/doopedia/master/master.do?\\_method=view&MAS\\_IDX=101013000836640](https://www.doopedia.co.kr/doopedia/master/master.do?_method=view&MAS_IDX=101013000836640) 참조 (2024. 1. 19. 최종 검색)

71) 정맥주사의 방식으로는 직접 정맥에 약물을 주입하는 방법(Intravenous Injection)과 정맥에 연결된 튜브에 주사기로 약물을 주입하는 방법(Side Injection)이 있는데, 후자가 전자보다 난이도가 낮다.

72) 보건복지가족부 보건의료정책실 편, 의료법령 민원질의·회신사례집, 보건복지가족부(2008), 6면[보건의료정책과-691(2005. 2. 28.)]에 의하면, ‘의사의 지도하에 간호(조무사)가 주사하는 행위는 가능하며’라고 하여 주사의 종류에 상관없이 위임이 가능하다고 설명하고 있고, 위 사례집 317면[의제01254-67779호(1985. 8. 29.자 질의회신)]에서도 ‘혈맥주사행위는 의사의 업무범위에 해당되며 간호사는 진료의 보조업무로서 의사의 지도하에 혈맥주사행위를 할 수 있을 것으로 사료됨’이라 하고 있으나, 위험성이 높은 주사의 경우에는 이를 허용하기 어렵다고 본다.

73) 정규원, 앞의 논문, 33면

74) 대법원 2003. 8. 19. 선고 2001도3667 판결

75) 위 판결을 의사와 간호사 사이에 신뢰의 원칙이 적용된 것이 아니라, 의사의 결과발생 예



## 나) 수혈

판례<sup>76)</sup>는 의사인 피고인이 간호사에게 수혈을 위임하면서 혈액형이 다른 환자 2명의 혈액봉지를 구분하지 않고 간호처치대에 함께 올려두었는데(표면에 성명, 혈액형은 기재되어 있었음), 간호사가 혈액봉지를 오인하여 잘못 수혈한 사안에서 ‘수혈은 종종 그 과정에서 부작용을 수반하는 의료행위이므로, 수혈을 담당하는 의사는 혈액형의 일치 여부는 물론 수혈의 완성 여부를 확인하고, 수혈 도중에도 세심하게 환자의 반응을 주시하여 부작용이 있을 경우 필요한 조치를 취할 준비를 갖추는 등의 주의의무가 있다.’는 이유로 의사에게 과실책임을 인정하였다. 위와 같은 판시는 환자에 대한 부작용의 가능성 및 의사에 대한 신속한 대처를 이유로 수혈에 관한 의사의 지도·감독의무의 범위가 간헐적인 지도·감독만으로는 부족하고 진료현장에 입회할 필요가 있다는 입장으로 보이고, 이에 대하여 찬동하는 견해<sup>77)</sup>도 있다. 그러나 수혈의 위험성은 위 판례에서 언급한 바와 같이 수혈로 인한 부작용에서 비롯되므로 최초 수혈 시에는 그 위험성에 대비하여 의사로 하여금 입회하도록 할 필요가 있으나, 이후의 수혈은 굳이 의사의 입회가 필요 없고 간헐적인 지도·감독만으로도 충분하다고 보아도 무방하다.<sup>78)</sup> 위 사례에서 간호사에 대한 수혈의 위임이 처음이 아니었던 점과 의사 과실의 중점이 환자들의 혈액봉지를 함께 둠으로써 혼동의 가능성을 유발한 데에 있다는 점을 고려하면, 신뢰의 원칙의 적용 예외로서 행위자 자신이 스스로 주의의무를 위반하여 특별히 위험한 상태를 야기하였기 때문에 책임이 인정된 것으로 보는 것이 타당하다.

## 다) 마취제의 투여

마취제의 투여는 환자의 신체에 중대한 영향을 미치고 응급상황에서

건가능성 자체를 부정한 판례로 이해하는 견해로는 천진호, 앞의 논문, 110면

76) 대법원 1998. 2. 27. 선고 97도2812 판결

77) 정규원, 앞의 논문, 34면; 이인영, 앞의 논문, 207면; 이상돈·김나경, 앞의 책, 166면(다만, 위 견해는 수혈이나 마취제의 위임이 허용될 수 없고, 다만 이행보조자로서 도울 수 있을 뿐이라고 하고 있다)

78) 전지연, 앞의 논문, 54-56면도 같은 취지로 보인다.

즉각적인 대처가 필요한 의료행위이므로 의사만이 할 수 있는 의료행위라고 할 것이어서 간호사에게 위임할 수 없다. 판례<sup>79)</sup>도 같은 취지에서 마취액을 직접 주사하여 척수마취를 시행한 사안에서 ‘척수마취행위는 약제의 선택이나 용법, 투약 부위, 환자의 체질이나 투약 당시의 신체 상태, 응급상황이 발생할 경우 대처능력 등에 따라 환자의 생명이나 신체에 중대한 영향을 미칠 수 있는 행위로서 간호사에게 위임할 수 없다고 판시한 원심의 판단이 정당하다.’고 하였다. 위 사안은 마취분야 전문간호사가 의사의 구체적 지시 없이 독자적으로 마취약제와 사용량을 결정하여 투여한 사안인데, 대법원은 ‘비록 전문간호사라고 하더라도 마취분야에 전문성을 가지는 간호사 자격을 인정받은 것뿐이어서 비록 의사의 지시가 있었다고 하더라도 의사만이 할 수 있는 의료행위를 직접 할 수 없다.’라고 보았다. 이에 대하여 전문간호사의 자격을 허용하고 있는 의료법의 취지와 전문간호사가 활동하는 의료영역을 고려한다면, 일반 간호사와는 달리 의사의 지시하에 제한된 범위 내에서 독자적인 의료행위를 할 수 있도록 하고 그 범위 내에서 신뢰의 원칙을 적용하는 것이 바람직하다는 견해가 있다.<sup>80)</sup> 그러나 전문간호사라고 하더라도 그 업무가 진료의 보조행위에 한정되고 마취 중에는 위 사례와 같이 환자에게 직접적인 위해를 가할 우려가 큰 진료행위들이 다수 있으므로 마취간호사라고 하더라도 간호사에게 독자적으로 마취제의 투여를 허용하기는 어려워 보인다. 한편, 위 판례와는 달리 프로포폴에 의한 수면마취 시 의사가 직접 투여함이 원칙이라면에도 간호사에게 사이드 인젝션(Side Injection) 방식<sup>81)</sup>으로 프로포폴을 투여하게 하더라도 의사가 현장에 참여하여 구체적인 지시·감독을 하면 위임도 가능하다는 취지의 판례<sup>82)</sup>도 있다. 위

79) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2008도590 판결

80) 천진호, 앞의 논문, 111-112면

81) 주 71 참조

82) 대법원 2014. 9. 4. 선고 2012도16119 판결; 대법원 1990. 5. 22. 선고 90도579 판결도 같은 취지[마취제인 에폰톨을 주사함에 있어 의사가 직접 주사하든가, 간호사나 간호조무사에게 주사케 하는 경우에는 보다 안전하고 일반적인 사이드 인젝션(side injection)의 방법을 택하고 의사가 그 장소에 입회하여 지도·감독을 할 의무가 있다고 판시한 사례] 위 의료법령 민원질의·회신사례집 7면[의정 65507-124(2005. 10. 25.)]에 의하면, ‘마취간호사는 단독으로 마취행위를 할 수는 없으나, 의사의 지시에 따라 마취행위를 할 수 있

두 판결의 판시 차이는 주사하는 마취제의 성질이나 인체에 대한 위험성, 주사방법 등의 차이에서 비롯된 것으로서 동일선상에서 비교하기는 어려워 보인다.

## V. 결어

의료행위의 분업 중 수직적 분업이 상위의료인의 지시·감독과 하위의료인의 그에 대한 복종관계를 본질적인 요소로 한다고 하더라도, 수직적 분업도 분업적 의료행위에 해당하는 이상 다른 의료인의 과실행위에 대한 예견가능성만을 이유로 형사책임을 묻는 것은 적절하지 않다. 상위의료인이라는 이유만으로 하위의료인의 의료행위에 대하여 광범위한 지시·감독의무를 부과하게 되면, 분업적 의료행위에 참여하지 않으려 할 것이고, 부득이 참여한다고 하더라도 하위의료인의 의료행위에 대한 적절성 감독으로 인하여 온전히 자신의 업무에 집중하지 못하게 된다. 따라서 형사상 개별책임의 원칙과 신뢰의 원칙에 비추어 형사책임의 적절한 제한이 필요하다. 다만, 수직적 분업의 특성상 당해 의료행위의 내용과 난이도, 당시 환자의 상태, 하위의료인의 지식·경험의 정도, 우리의 임상현실 등을 종합하여 상위의료인이 적절한 지도·감독의무를 이행할 것을 전제로 한다. 특히 하위의료인이 의사인지, 간호사 또는 간호조무사인지에 따라 지식과 경험의 정도가 다르므로 개별적 상황에 맞게 적절한 지도·감독의무의 수준을 파악하는 것이 중요하다.

이러한 의료행위 분업의 형사책임에 관한 논의는 인공지능(Artificial Intelligence, AI)을 활용한 의료행위에 대해서까지 확장되고 있다. 현재 사회의 전부분에 걸쳐 인공지능의 물결이 흘러들고 있고, 이는 의료부분도 다르지 않아 인공지능을 활용한 진단이 속속 도입되고 있다. 아직은 보조수단으로 활용하는 수준으로 보이지만 인공지능을 활용한 협업적 분업행위가 일상화될 때가 머지않은 것으로 보인다. 인공지능에 대하여 형

---

다'고 설명하면서도 마취를 시행한 후 수술 중 일어난 마취사고에 대해서는 마취전문의나 수술집도 의사가 1차적으로 책임이 있다고 보고 있다.

사책임을 부과하는 문제가 법인의 형사책임 인정 여부에서와 같은 관점에서 논의될 수 있고, 이 글에서 검토한 형사책임의 제한의 관점에서 논의될 수 있다.<sup>83)</sup> 수직적 분업에 대한 명쾌한 법리의 정리가 향후 도입될 것으로 예상되는 여러 형태의 분업에 대한 이론적 기초가 되어 줄 것이다.

(논문투고일: 2024. 1. 20., 심사개시일: 2024. 3. 5., 게재확정일: 2024. 3. 27.)



**신동훈**

분업적 의료 행위, 수직적 분업, 의료행위의 위임, 신뢰의 원칙, 형사책임의 제한

83) 인공지능을 이용한 의료행위의 법적 쟁점에 대한 검토에 관하여는 박영호, “AI를 이용한 의료행위의 법률적 쟁점”, 법학평론 제13권, 서울대학교 법학평론 편집위원회(2023. 4.)와 정채연, “의료 인공지능의 활용과 의료 환경의 변화에 따른 법적 쟁점: 협업, 의무, 그리고 책임”, 영남법학 제56권, 영남대학교 법학연구소(2023. 6.) 각 참조, 특히 정채연, 위의 논문, 50면에서는 의료인의 일정한 지휘·감독하에 인공지능시스템을 활용하였을 경우 수직적 분업관계가 성립하는 것으로 보아 신뢰의 원칙을 적용할 가능성이 열려 있다고 한다.

## 【참 고 문 헌】

### I. 단행본

- 김성돈, 형법총론(제8판), 성균관대학교 출판부(2022)  
 김일수·서보학, 새로쓴 형법총론(제12판), 박영사(2014)  
 배종대, 형법총론(제17판), 홍문사(2023)  
 신동운, 형법총론(제14판), 법문사(2022)  
 이상돈·김나경, 의료법강의(제1판), 법문사(2009)  
 이재상·장영민·강동범, 형법총론(제10판), 박영사(2019)  
 임웅, 형법총론(제11정판), 법문사(2019)  
 정성근·박광민, 형법총론(전정3판), 성균관대학교 출판부(2020)  
 보건복지가족부 보건의료정책실 편, 의료법령 민원질의·회신사례집, 보건복지가족부(2008)

### II. 논문

- 류기환, “의료행위에서 감독과실에 관한 연구”, 법학연구 제60집, 한국법학회(2015. 12.)  
 이인영, “의료분업과 신뢰의 원칙”, 연세법학연구 제6집 제1권, 연세법학회(1999. 6.)  
 이재석, “의료행위에 있어 과실범의 성립요건 -대법원 1996. 11. 8. 선고 95도2710 업무상과실치사-”, 의료법학 제3권 제2호, 대한의료법학회(2002. 12.)  
 전병남, “의료분업과 신뢰의 원칙”, 의료법학 제4권 제1호, 대한의료법학회(2003. 6.)  
 전지연, “분업적 의료행위에서 형사상 과실책임”, 형사판례연구(12), 한국형사판례연구회, 박영사(2004. 7.)  
 전지연, “의사와 간호사의 분업적 의료행위에서의 형사상 과실책임 -대법원 1998. 2. 27. 선고 97도2812 판결-”, 의료법학 제1권 제1호, 대한의료법학회(2000. 5.)  
 정규원, “의료과실과 분업적 의료행위”, 형사재판의 제문제 제4권, 형사재판실무회, 박영사(2004. 12.)

- 정영일, “분업적 의료행위에 있어서 형법상 과실책임”, 형사판례연구 (6), 한국형사판례연구회, 박영사(1998. 7.)
- 정채연, “의료 인공지능의 활용과 의료 환경의 변화에 따른 법적 쟁점: 협업, 의무, 그리고 책임”, 영남법학 제56권, 영남대학교 법학연구소(2023. 6.)
- 천진호, “분업적 의료영역에 있어 신뢰의 원칙의 적용”, 법학논총 제 35권 제2호, 전남대학교 법학연구소(2015. 8.)
- 최호진, “분업적 의료행위에 따른 형사책임의 분배 -특히 수직적 의료 분업을 중심으로-”, 형사법연구 제19권 제1호, 한국형사법학회(2007. 3.)
- 최호진, “분업적 의료행위에 있어서 주의의무위반 판단기준과 그 제한 규칙들”, 의료법학 제19권 제2호, 대한의료법학회(2018. 9.)
- 황만성, “환자의 전원(轉院)에 있어서의 의료과실”, 형사판례연구(19), 한국형사판례연구회, 박영사(2011. 6.)

### Ⅲ. 인터넷 자료

1. 대한전공의협의회 자료실, 정책제안서/토론문  
[정책제안서 220811] 전공의 근로환경 개선을 위한 기본 방향  
<https://youngmd.org/197/?q=YToyOntzOjEyOjRZXl3b3JkX3R5cGUiO3M6MzoiYWxsIjtzOjQ6InBhZ2UiO2k6Mjt9&bmode=view&idx=12992337&t=board> (2024. 1. 19. 최종 검색)
2. 두피디아(백과사전), 주사[injection, 注射]  
[https://www.doopedia.co.kr/doopedia/master/master.do?\\_method=view&MAS\\_IDX=101013000859487](https://www.doopedia.co.kr/doopedia/master/master.do?_method=view&MAS_IDX=101013000859487) (2024. 1. 19. 최종 검색)
3. 두피디아(백과사전), 동맥주사[intra-arterial injection, 動脈注射]  
[https://www.doopedia.co.kr/doopedia/master/master.do?\\_method=view&MAS\\_IDX=101013000836640](https://www.doopedia.co.kr/doopedia/master/master.do?_method=view&MAS_IDX=101013000836640) (2024. 1. 19. 최종 검색)

Abstract

## Vertical division of medical practice and limitation of criminal liability

Shin, Donghoon

Professor of Law School at Sungkyunkwan University

The rapid development of medicine and medical devices has led to the specialization of medical care, and as a result, it has become routine for medical professionals of various parts to cooperate for effective diagnosis and treatment. This cooperation may occur horizontally, such as between equal doctors, but it may also occur vertically due to an instruction/supervision relationship, such as between a supervising specialist and a resident, or between a doctor and a nurse. If a large number of medical personnel jointly practice medicine, the possibility of excessive liability increases due to communication errors or quality problems of some medical personnel. As a result, there may be a tendency not to participate in division of labor medical practice and it can lead to problems such as inability to fully concentrate on one's work. Therefore, criminal liability for medical personnel who trust that another medical personnel's medical practice is being performed properly, needs to be appropriately limited by dividing the area of liability or applying the principle of trust. The vertical division of labor has different characteristics from the horizontal division of labor due to the instruction and supervision of lower-level medical personnel by higher-level medical personnel. Although it can be said that lower-level medical personnel have a narrower scope of duties and authority or less knowledge and experience in the relevant medical field than higher-level

medical personnel, it should be seen that part of the medical practice can be delegated under certain conditions, considering that all medical personnel have passed national tests through a process prescribed by the state, and our clinical reality that many tasks are entrusted to lower-level medical personnel based on the lack of medical personnel, and medical resource distribution. It is difficult to uniformly establish the requirements for delegation due to the variety of vertical division of labor, but it is appropriate to decide whether the delegation of the medical practice is allowed in consideration of the duties of the lower-level medical personnel under medical law, the content and difficulty of the relevant medical practice, the patient's condition at the time, and the degree of knowledge and experience of the delegated lower-level medical personnel.



---

**Shin, Donghoon**

Division of medical practice, Vertical division of labor, Delegation of medical practice, The principle of trust, Limitation of criminal liability