

# 의사와 간호사의 분업적 의료행위에서의 형사상 과실책임

- 대법원 1998. 2. 27 선고, 97도2812 판결 -

全智淵\*

〈目 次〉

I. 사실관계	영역의 분할을 인정하는가 ?
II. 제1심 판결요지	2. 대법원은 의사와 간호사의 수직적 분업의 경우에 책임영역의 분할을 인정하는가 ?
III. 제2심 판결요지	3. 대법원은 왜 수직적 분업에서 책임영역의 분할을 인정하지 않는가 ? 이는 타당한가 ?
IV. 대법원 판결요지	4. 수직적 분업을 인정할 경우 분업의 한계
[연구]	5. 수직적 분업이 가능한 분업에서의 진료의무의 위험감독의무에로의 전환
I. 문제의 제기	IV. 의사와 간호사 사이의 신뢰의 원칙
II. 분업적 의료행위에 대한 논의의 기초	V. 결 론
1. 의료행위의 분업필요성	
2. 의료분업으로 인한 위험성	
3. 의료분업으로 인한 처벌위험성의 합리적 제거방안	
III. 의사와 간호사 사이의 수직적 분업	
1. 대법원은 수평적 분업의 경우에 책임	

## I. 사실관계

1. 피해자(남, 57세)는 진주시 칠암동 소재 경상대학교 병원에서 간경화, 식도정맥류 출혈 등으로 주치의인 ○○○로부터 치료를 받는 자이다.

2. 동 병원의 인턴인 공소의 △△△는 주치의의 처방에 따라 신선 냉동혈장 3봉지(320ml)와 농축적혈구 1봉지(200ml)를 수령하여, 1996.5.25.

\* 한림대 법학부 교수

12:40경 첫번째 신선 냉동혈장 1봉지를 62병동 11호실에서 피해자에게 수혈하였다.

3. 같은 날 13:00경 같은 병원 지하 구내식당에서 △△△는 동 병원의 내과 인턴인 피고인에게 피해자에 대한 나머지 혈액 3봉지의 수혈을 인계하였고, 피고인은 같은 날 13:40경 피해자에게 두 번째 혈액봉지를 직접 교체한 후, 간호사에게 다음 혈액봉지를 교체하는 것을 맡겼다.<sup>1)</sup>

4. 같은 날 14:05경 피고인은 같은 병원에 입원한 다른 환자에게 수혈할 농축적혈구 1봉지를 수령하여 해당 환자에게 수혈하려고 하였으나, 환자가 화장실에서 관장 등의 시술을 받고 있어 그 혈액봉지를 피해자의 나머지 혈액봉지 2개와 구분하지 않고 간호처치대 위에 함께 놓아 두면서, 혈액봉지에 환자의 성명, 혈액형 등이 기재되어 있는 관계로 간호사가 오인하지 아니할 것으로만 생각한 나머지 별다른 주의를 환기시키지 아니한 채 회진에 대비하여 환자들의 X선 필름을 찾으러 X선실에 다녀온 후 환자들을 소독하였다.

5. 간호사는 같은 날 14:30경 자신이 교체해 준 세 번째 혈액봉지의 수혈이 다 끝나갈 무렵 피해자가 혈변을 보고 혈압이 떨어지는 증세를 보이자 이를 그 앞방에 있던 주치의에게 보고하여 수혈을 계속하라는 지시를 받았다.

6. 피해자 이외에 다른 수혈 환자가 있는 것을 모르고 있던 간호사는 14:40경 다급하게 수혈을 하느라고 혈액봉지의 라벨을 확인하지 아니하고 간호처치대 위에 놓여있던 다른 환자에게 수혈할 혈액봉지를 피해자에 대한 혈액봉지로 오인하고서, 혈액형이 B형인 피해자에 대하여 A형 농축적혈구를 수혈하였다.

7. 피고인은 같은 날 15:00경 관장시술로 수혈하지 못하였던 환자에게

1) 본래 의사는 환자의 수혈에 관한 시술의 책임이 있는 자라 할 것이나, 같은 병원은 인턴 부족으로 업무부담이 과중하여 1995. 3.경 병원 부서장 회의에서 간호사들이 인턴을 도와주기로 하는 결의를 하여, 첫번째 혈액봉지의 수혈은 의사가 직접 실시하되 수혈중인 환자에 대하여 혈액봉지를 교체하는 등의 일은 간호사들이 대신해 주는 관행이 있었다.

수혈을 하기 위하여 현장에 돌아와서, 간호처치대 위에 있던 환자의 혈액봉지가 없어진 것을 보고 비로소 환자의 혈액봉지가 피해자에게 잘못 수혈되고 있는 것을 발견하였으나 이미 피해자에게 약 60ml가 수혈되어, 피해자는 같은 달 26일 11:42경 급성 용혈성 수혈부작용 등으로 사망하였다.

8. 검사는 주치의, 피고인, 간호사를 업무상 과실치사죄로 기소하였다.

## II. 제1심 판결요지<sup>2)</sup>

1. 주치의와 피고인은 자신들이 직접 입회하여 혈액봉투를 확인하여야 할 뿐 아니라 수혈도중에 발생할 수 있는 부작용 등 만일의 사태에 대비하여야 하고, 간호사에 대하여 의사의 입회없이 수혈할 수 없도록 지도·교육하여야 하며, 자신들의 입회아래 간호사로 하여금 수혈하게 하더라도 수혈받는 사람에 대한 혈액봉투인지를 확인하여야 할 업무상 주의의무가 있다.

2. 주치의는 피해자가 수혈받는 장소에 직접 입회하지 않고 간호사로부터 피해자가 다량의 혈변을 보고 있다는 보고를 받고도 이에 대하여 아무런 확인을 하지 아니한 채 간호사로 하여금 수혈하도록 지시하고, 피고인과 간호사가 수혈을 하는 데 대하여 지도·감독을 하지 아니하였다.

3. 피고인은 간호사로 하여금 혼자 수혈하도록 내버려 두었다.

4. 간호사는 혈액봉투의 딱지를 확인하지 않은 채 다른 환자에게 수혈할 혈액을 피해자에게 수혈하는 업무상 과실을 저질렀다.

5. 이러한 이유로 간호사에게는 벌금 2백만원, 피고인과 주치의에게는 각 벌금 1백만원을 선고하였다.<sup>3)</sup>

2) 창원지방법원 진주지원 1997.1.8, 96 고단 950.

3) 이 판결에 대하여 주치의와 간호사는 항소를 포기하여 그 형이 확정되었으며, 피고인은 항소하여 2심에서 소송이 계속되었다.

### Ⅲ. 제2심 판결요지<sup>4)</sup>

1. 환자에 대한 수혈은 원칙적으로 의사가 직접 시술하여야 하고, 피해자에 대한 수혈 지시는 주치의가 공소외 인턴인 △△△에게 하였고, △△△는 이를 피고인에게 인계하였으므로 피고인은 피해자의 수혈에 관한 시술의 책임이 있는 자라 할 것이다.

2. 그러나 그 병원은 인턴 부족으로 업무부담이 과중하여 1995. 3.경 병원 부서장 회의에서 간호사들이 인턴을 도와주기로 하는 결의를 하여, 첫번째 혈액봉지의 수혈은 의사가 직접 실시하되 수혈중인 환자에 대하여 혈액봉지를 교체하는 등의 일은 간호사들이 대신해 주는 관행이 생겼고, 비록 그 관행이 의료시술의 원칙에 어긋나는 점이 있다 하더라도 수련과정에 있는 인턴에 불과한 피고인으로서 인턴의 수를 늘려 그 관행의 시정을 요구할 수 있는 사실상의 지위에 있었다고 볼 수 없으므로, 피고인의 지시·감독이 없는 상태에서 간호사가 임의로 혈액봉지를 교체한 행위에 대하여 피고인이 교육·감독의무를 해태하였다고 피고인에게 책임을 묻는 것은 피고인이 가지고 있지 않은 권한을 행사하지 아니한 책임을 묻는 것이라 할 것이다.

3. 피고인은 간호사가 문제의 농축적혈구를 피해자에게 수혈할 당시에는 다른 업무를 보고 있던 관계로 간호사로부터 이를 수혈한다는 보고를 받지 못하였으므로, 간호사가 피해자에 대한 수혈을 실시할 때 현장에 참여하여 지도·감독할 수 있는 상태에 있지 아니하였고, 오히려 간호사는 주치의에게 이를 직접 알리고 그의 지시에 의하여 관행에 따라 농축적혈구를 수혈하였으므로, 그 응급상황의 보고와 농축적혈구의 수혈 과정에 피고인의 과실이 개입할 여지가 없었다.

4. 따라서 이 사건 공소사실은 범죄의 증거가 없는 때에 해당하므로 원심판결 중의 피고인에 대한 부분을 파기하고, 피고인은 무죄이다.

4) 고등군사법원 1997.9.2. 97노 315.

#### IV. 대법원 판결요지

1. 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.

2. 의사는 전문적 지식과 기능을 가지고 환자의 전적인 신뢰하에서 환자의 생명과 건강을 보호하는 것을 업으로 하는 자로서, 그 의료행위를 시술하는 기회에 환자에게 위해가 미치는 것을 방지하기 위하여 최선의 조치를 취할 의무를 지고 있고, 간호사로 하여금 의료행위에 관여하게 하는 경우에도 그 의료행위는 의사의 책임하에 이루어지는 것이고 간호사는 그 보조자에 불과하므로, 의사는 당해 의료행위가 환자에게 위해가 미칠 위험이 있는 이상 간호사가 과오를 범하지 않도록 충분히 지도·감독을 하여 사고의 발생을 미연에 방지하여야 할 주의의무가 있고, 이를 소홀히 한 채 만연히 간호사를 신뢰하여 간호사에게 당해 의료행위를 일임함으로써 간호사의 과오로 환자에게 위해가 발생하였다면 의사는 그에 대한 과실책임을 면할 수 없다.

3. 피고인이 근무하는 병원에서는 인턴의 수가 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.

### [연 구]

#### I. 문제의 제기

대법원이 의료사고와 관련하여 이에 대한 형사법적 책임을 논의한 사

건은 그리 많지 않다. 이러한 의료사고에서의 형사사건 가운데 위의 사건은 특히 의료인 사이의 의료분업에 따른 형사책임 여부를 다루고 있다는 점에서 참조할 만하다. 그러나 의료분업에 따른 형사책임을 논하는 데에 있어서 아직 학계에서의 적극적인 논의나 소재가 충분하지 아니한 관계로 기대되는 수준의 논증이 가시화 되었다고 볼 수는 없는 것 같다. 따라서 본고는 이러한 논의를 위한 하나의 소재를 제공하고, 보다 충실한 논의를 위한 기초자료의 일환으로 이 사건을 다루고자 한다. 이를 위해 판례의 논증과정을 하나씩 분석하여 보면서 의료분업에 따른 적절한 형사책임의 분배가 이루어 질 수 있기를 희망한다.

의료사고에서 의료인의 형사책임을 묻는 경우에 그 논의는 기본적으로 형법상의 (업무상) 과실치사상죄에 집중된다. 여기서 더 나아가 위의 사건은 의료인 한명의 의료행위로 인하여 사고가 발생한 것이 아니라 수인의 의료인 사이의 역할분담에 따른 행위 중 의료사고가 발생한 경우이다. 이와 같은 경우에 의료인 사이의 책임분담을 확정하기 위하여 기존의 과실범에 관한 다양한 이론들이 문제된다. 예컨대 의료인은 의료행위 중 어떠한 주의의무를 부담하는가?, 의료행위 가운데 어떠한 범위내의 의료행위에서 역할을 분담하는 것이 가능한가?, 의료행위의 과정에서 의료인들 사이의 역할분담은 형법적으로 어떠한 의미를 가지는가?(역할분담=주의의무의 분담?), 역할분담의 인정여부는 발생된 결과에 대한 분담자의 형사책임에 어떠한 영향을 미칠 것인가?(객관적 귀속으로서 자기귀책성원칙?), 역할분담의 경우에 각 분담자는 다른 분담자의 행위를 어느 정도 신뢰하여야 하는가?(신뢰의 원칙의 적용?) 등등의 문제가 바로 이것이다.

이러한 내용들을 위의 사건과 관련하여 살펴보면 수혈이라는 의료행위시에 의료인은 어떠한 주의의무를 지니는가?, 수혈을 의사가 간호사에게 역할분담시키는 것이 (규범적으로) 허용되는가?, 간호사의 수혈이라는 의료계의 현실적인 역할분담이 의사에게 반드시 규범적인 형사책임을 가져오게 할 수 있는가?, 의사가 간호사에게 수혈을 위임한 경우 의

사는 간호사에 대하여 어떠한 주의의무를 부담하는가?, 또한 이 경우 어느 정도 간호사를 신뢰하여야 하는가? 등의 문제이다.

## II. 분업적 의료행위에 대한 논의의 기초

### 1. 의료행위의 분업필요성

오늘날 의학기술의 발달과 의료기기의 급속한 발전은 이와 필연적으로 결합되어 있는 의학부문의 전문화와 세분화를 가져왔다. 이와 같은 상황에서 의료의 영역에서 업무의 분담은 필연적이다. 이미 단순한 수술의 경우에도 수술전에 다른 전문의 및 담당의사의 진단과 처방, 수술 중의 집도의와 관련 의료인들의 시술, 그리고 수술후의 회복실과 일반 병실에서의 의료인의 활동과 같이 수 많은 의료인이 업무를 분담하고 있다.

이와 같이 오늘날의 종합병원에 행해지는 임상현실에서 의료전문인들이 팀을 이루어 각자가 자신의 전문영역에 속하는 의료활동을 할 수 밖에 없으므로 분업은 이미 하나의 '규범적 원리'로서 자리잡고 있다고 할 수 있다.<sup>5)</sup> 특히 우리 사회에선 환자들이 1,2차 의료기관에서 진료받아야 할 질병의 경우에도 바로 3차 의료기관에서 진료를 받으려는 경향이 크기 때문에 3차 의료기관의 의사들의 업무가 과중하여 의사의 업무 중 상당부분이 간호사에게 이양됨으로써 (수직적) 분업이 많이 행해지고 있다.

### 2. 의료분업으로 인한 위험성

의료행위의 전문화와 세분화 그리고 복잡한 특별의료기기의 사용 등에 의한 의료분업은 한편으로는 불치나 난치의 질병을 앓고 있던 환자

5) 동일한 취지로 이상돈, 의료형법, 1998, 101면; 정영일, 분업적 의료행위에 있어서 형법상 과실책임, 형사판례연구 VI, 1998, 52면.

들을 성공적으로 치료할 수 있도록 하였다는 점에서는 하나의 ‘은총 (Segen)’ 인 동시에, 다른 한편으로는 환자에 대한 새로운 위험원의 형성에 의한 하나의 ‘저주(Fluch)’ 로 받아들여 지고 있다.<sup>6)</sup> 왜냐하면 환자의 치료에 참가하는 의료인, 의료기술자, 의료보조인들이 많으면 많을 수록, 의료기기와 의약품의 사용이 까다롭고 위험하면 위험할 수록, 종합병원과 같이 역할분담적인 치료과정이 복잡하면 복잡할 수록 치료과정을 계획하고, 조정하고, 통제하는 데에 보다 더 신중함과 통찰력이 요구되기 때문이다. 모든 형태의 팀의료행위에서 이러한 전형적인 위험이 결부되어 있으며, 이는 환자에 대한 위험으로 작용할 뿐 아니라 경우에 따라서는 치료에 가담한 의료인에 대한 위험으로도 작용한다.

#### (1) 의료분업으로 인한 환자에 대한 위험성

의료행위의 분업을 통하여 환자는 더 전문화되고 수준 높은 의료서비스를 제공받아 건강증진에 커다란 도움을 받게 된다. 그러나 다른 한편으로는 의료분업으로 인하여 환자에게 이전의 분업화되지 않은 의료에서는 경험할 수 없었던 새로운 위험들이 발생할 수도 있다. 이와 같은 새로운 위험을 체계화하여 살펴보면 다음과 같은 유형들이 존재한다.<sup>7)</sup>

① 의사소통상의 하자(Kommunikationsmängel): 환자의 진료에서 업무분담을 하고 있는 의료인들 상호간에 행하여 지는 지시나 보고가 불완전하거나 불명확할 가능성

② 조정상의 하자(Koordinationsmängel): 환자의 진료에서 업무를 분담하고 있는 의료인들이 각기 취한 의료조치들이 서로 조율을 이루지 못할 가능성

③ 자질상의 하자(Qualifikationsmängel, Auswahlmängel): 환자의 진료에서 업무를 분담하고 있는 의료인들 가운데 어떤 특정한 의료인이 자신이 분담한 업무를 행하는 데 필요한 지식이나 경험이 부족할 가능성

6) Ulsenheimer, Arztstrafrecht, 2.Aufl., 1998, 119면.

7) Vgl. Ulsenheimer, Arztstrafrecht, 119-120면.



④ 분담영역 설정상의 하자(Kompetenzabgrenzungsmängel): 환자의 진료에서 업무분담의 내용이 불분명하여 환자의 진료에 필요한 어떤 업무를 어떠한 의료인도 담당하지 않게 될, 즉 업무분담상의 공백이 발생할 가능성

⑤ 위임상의 하자(Delegationsmängel): 환자의 진료에서 그와 같은 업무의 위임이 허용된다고 할 수 없음에도 불구하고 이를 위임하여 업무가 이루어질 가능성

## (2) 의료분업으로 인한 의료인에 대한 위험성

만일 의료분업에 참가한 의료인 각자가 환자에 대하여 행해진 진료조치 전체에 대하여 책임을 져야 한다고 보는 경우에는 의료분업에서 비롯되는 환자에 대한 전술한 위험들은 의료분업을 행한 의료인 모두에게도 위험으로 작용하여 “감당하기 어려운 과잉의 책임전가”<sup>8)</sup>가 일어나게 된다. 즉 의사는 다른 의료인이 그의 지시나 보고를 제대로 이해하지 못한 경우, 다른 의료인의 의료행위와 자신의 의료행위가 조율을 이루지 못한 경우, 다른 의료인이 그의 분담부분을 수행할 능력이 없거나 불충분한 경우, 업무분담이 불분명한 경우 등에 각각 발생하는 모든 위험을 예방하여야만 한다. 만일 이러한 위험을 예방하지 못하고 그 위험이 실현되어 결과가 발생하는 경우에는 의사는 발생한 모든 결과에 대하여 형사책임을 져야만 하기 때문이다. 분업이 의사에게 가져오는 법적인 위험은 여기에 그치지 않는다. 분업을 현실적으로는 인정하면서 규범적으로는 인정하지 않을 경우, 즉, 법적 책임의 구성에서 분업을 의미있는 요소로 수용하지 않을 경우에는 분업적 관계에 있는 다른 의료인이 행한 행위의 결과에 대해서도 의사는 비록 자신의 분업적 의료활동에서는 아무런 잘못이 없었다고 할지라도 책임을 져야만 한다.

8) 이상돈, 의료형법, 103면.

### 3. 의료분업으로 인한 처벌위험성의 합리적 제거방안

의료분업으로부터 전형적으로 발생하는 위험을 완전하게 예방한다는 것은 의료행위의 현대적인 조직형태, 즉 의사의 세부전문화와 팀작업의 현실을 고려할 때 의사에게는 기대가능한 일이 아니다. 이처럼 이행을 기대하기가 불가능한 의무의 불이행을 이유로 의사에게 의료과실의 형법적 책임을 인정해서는 안된다. 따라서 분업적 관계속에서 진료업무를 수행할 경우에는 첫째, 각기 분담한 업무를 통한 책임영역의 분할을 인정하여 자기귀책성의 원칙하에 형사책임을 제한할 필요성이 있으며, 둘째, 분업적 관계에 있는 의료인은 다른 의료인이 맡은 바 업무를 제대로 이행할 것이라는 점을 신뢰한 경우에는 신뢰의 원칙을 적용하여 그에 대한 형사책임을 제한하여야 할 것이다.

#### (1) 자기귀책성원칙을 통한 책임영역의 분할

분업적 의료행위에서 의사는 환자의 진료 전체에 대해서 형사책임을 지는 것이 아니라 그 진료 가운데 의학적, 임상적으로 자신이 분담한 의료영역에 대해서만 형사책임을 부담하여야 한다. 그래야만 의사와 같은 전문가의 업무영역에서도 형법상의 기본원칙인 '개별책임원칙'이 유지될 수 있기 때문이다. 다시 말해 분업이 행해진 진료에서 자기 자신이 담당한 영역에서 자기 자신의 귀책사유로 인한 경우에만 자신이 책임을 부담하고, 다른 분업자는 이러한 책임을 부담하지 않는다. 따라서 자기 귀책적인 책임분담은 타인의 책임을 배제하는 것으로 작용하고, 결국 분업은 '책임영역의 분할' (Teil der Verantwortungsbereiche)로 이어진다.

이와 같이 자기귀책성원칙의 기초가 되는 진료에서 분업은 수평적 분업과 수직적 분업의 두가지 유형이 존재한다.

첫째, 수평적 분업은 예를 들어 분만수술에 함께 참여하는 마취과 전문의와 산부인과 전문의와 같이 분업자들이 동등한 진료상 주의의무를 부담하는 경우이다.

둘째, 수직적 분업은 전문의와 수련의 또는 의사와 조수, 간호사 등에서와 지시와 복종의 관계에 토대하여 상위의 의료인은 지시하고 하위의

의료인은 그 지시에 따르는 위계질서를 특징으로 하는 경우이다.

(2) 신뢰의 원칙의 적용을 통한 형사책임제한

신뢰의 원칙(Vertrauensgrundsatz)은 도로교통의 영역에서 일어나는 사건에 대한 판례에서 발전된 이론이다.<sup>9)</sup> 신뢰의 원칙이란 모든 교통참여자는 자신이 교통규칙을 준수하는 경우에는 다른 교통참여자도 교통규칙을 준수하리라는 것을 신뢰하면 충분하고, 다른 교통참여자가 교통규칙을 위반하는 경우까지 예상하여 이에 대한 방어조치를 취할 의무는 없다는 것이다. 이러한 신뢰의 원칙은 현재에는 도로교통의 영역 뿐만 아니라 아주 일반적으로 적용되는 원칙, 즉 사회생활에서 다수인의 행동양식이 관련되는 경우에는 모두 다 적용할 수 있는 원칙으로 인정되고 있다.<sup>10)</sup> 분업적인 의료활동의 경우도 다수인이 참여하는 활동이므로 이와 같은 신뢰의 원칙이 적용될 수 있을 것이다. 따라서 분업적 의료행위에서 각각의 의료인은 자신이 분담한 업무에서 주의의무를 성실히 이행하면, 다른 의료관계자도 그들의 자신의 주의의무를 성실히 이행할 것이라고 신뢰하면 충분하고 다른 의료인의 주의의무위반까지 예상하여 의료행위를 할 필요는 없다. 만일 분업적 의료행위에서 신뢰의 원칙이 적용되지 않고 다른 의료인이 맡은 바 업무를 제대로 수행하지 못할 것이라는 의심을 품는 경우에는 자신이 맡은 업무에도 집중할 수가 없다. 예컨대 수술시에 마취과 전문의와 집도의가 서로를 신뢰하지 않고 상대방을 감독하는 데에도 주의를 기울여야 한다면 각자의 주의가 분산되어 수술실에서 모든 형태의 공동작업은 어렵게 될 것이며 이는 환자에게 추가적인 위협으로 연결될 것이다.<sup>11)</sup> 따라서 분업을 통한 의료행위에서 다른 의료인이 행한 치료행위에 대하여 이를 신뢰한 의료인은 형사책임

9) 이에 대한 상세한 설명은 전지연, 제조물의 하자에 의한 형사법상 책임에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1997, 104면 이하 참조.

10) 대표적으로 SK-Rudolphi, StGB, 6.Aufl., 1995, vor §1 Rn.72; Stratenwerth, AT I, 3.Aufl., 1981, Rn.1156; 박상기, 형법총론(전정판), 1999, 268-269면; 배종대, 형법총론(제5판), 1999, 150/23.

11) 명시적으로 vgl. BGH NJW 1980,650.

을 제한하여야 할 것이다.

### Ⅲ. 의사와 간호사 사이의 수직적 분업

이 사건에 대한 대법원의 견해에 의하면 “의사는 … 간호사로 하여금 의료행위에 관여하게 하는 경우에도 그 의료행위는 의사의 책임하에 이루어지는 것이고 간호사는 그 보조자에 불과하므로, 의사는 당해 의료행위가 환자에게 위해가 미칠 위험이 있는 이상 간호사가 과오를 범하지 않도록 충분히 지도·감독을 하여 사고의 발생을 미연에 방지하여야 할 주의의무가 있고, … 간호사에게 당해 의료행위를 일임함으로써 간호사의 과오로 환자에게 위해가 발생하였다면 의사는 그에 대한 과실책임을 면할 수 없다.”고 하여 의사와 간호사 사이의 역할분담에 따른 책임영역의 분할을 인정하지 않고 있다. 대법원의 이와 같은 입장과 관련하여 다음과 같은 몇가지 문제들을 검토해 볼 필요가 있다.

#### 1. 대법원은 수평적 분업의 경우에 책임영역의 분할을 인정하는가?

대법원이 의사들 사이의 수평적 분업에 대하여 책임영역의 분할을 인정하는가에 대하여 명시적으로 입장을 표명한 것은 없는 것으로 보인다. 다만 다음의 사건에서 그에 대한 단면을 관찰할 수 있을 뿐이다.

- 전문의 초빙 사건: 산부인과 전문의가 담당의사의 초빙을 받고 그가 처리중인 임산부에게 감자분만수술을 마치고 약 3시간 동안 수술결과를 세심히 감시하다가 수술 후의 다른 증세가 없으므로 혹시 분만수술시에 자궁구의 파열에서 오는 출혈에 대비·조치할 것을 담당의사에게 지시하고 임산부를 인계한 사건에서 그 후의 환자에 대한 관리와 조치의 책임은 그 담당의사에게 있는 것이고 일단 그 자리를 물러난 산부인과 전문의에게는 위 담당의사의 과실로 환자에게 발생한 결과에 대한 과실책임을 있다고 볼 수 없다고 판단하였다.<sup>12)</sup>

12) 대판 1970.2.6, 69도 2190.

- 수술지원요청 사건: 갑의사가 수술지원 요청에 의하여 수술(결석을 제거하고 난 뇨관의 협착부위를 절단하여 방광측부에 이식하는)을 한 후에 다른 의사들이 봉합수술을 하는 과정에서 이형수혈의 부작용으로 피해자가 사망한 사건에서 갑의사의 지원은 이식작업을 마치고 나옴으로써 끝난 것이고 그 후의 실제 관여하지 않았던 이형수혈에 대한 과실책임을 질 수는 없다고 하였다.<sup>13)</sup>

위의 두 사건에 대한 해석에서 초빙의사와 담당의사의 역할분담을 인정하고, 초빙의사의 과실을 부인한 것으로 보아 의사들 사이의 책임영역의 분할을 인정하여 책임을 부인한 것으로 판단할 수 있는 것으로 보인다.<sup>14)</sup> 의사들 사이의 의료분업이 실제로 많이 수행되고 있으며 그에 따른 의료사고의 발생가능성이 상당한 수준에 이를 것으로 생각됨에도 불구하고 판례에서 다루어지는 예가 거의 없다는 것 역시 이미 수사와 기소단계에서부터 이와 같은 책임영역의 분할을 인정하는 결과가 아닌가 생각된다.

## 2. 대법원은 의사와 간호사의 수직적 분업의 경우에 책임영역의 분할을 인정하는가?

이 문제에 대한 대답은 분명히 부정적이다. 판례는 대상사건에서 명시적으로 “의사는 ... 간호사로 하여금 의료행위에 관여하게 하는 경우에도 그 의료행위는 의사의 책임하에 이루어지는 것이고 간호사는 그 보조자에 불과하므로 ...”라고 하여 의사와 간호사의 관계는 업무의 분담을 통한 책임영역의 분할을 인정하지 않고, 현실적으로 업무의 분담이 있을지라도 그 분담으로 인한 책임은 의사에게 부담하게 하고 있다. 이와 같은 취지의 판례는 본 사건 뿐만 아니라 다음과 같은 여러 사건에서도 확인할 수 있다.

13) 대판 1970.1.27, 67 다 2829.

14) 물론 양 경우 모두 여기서 말하는 책임영역의 분할에 의하여 과실을 부인한 것이 아니라 신뢰의 원칙을 적용하여 과실책임을 부정하였다고 해석할 수도 있다.

- 항생제주사 사건: 의사인 피고인이 피해자의 아버지로부터 피해자가 전날 페니실린 주사를 맞고 가렵고 발진을 일으키는 부작용이 있었다는 말을 듣고도 간호견습생에게 또 다시 페니실린을 주사하게 하여 간호견습생이 이를 주사한 결과 피해자가 가렵고 토하고 싶다고 하며 용변을 보러 화장실에 가다가 실신하여 병실로 안겨 들어와 피고인의 응급조치를 받았으나 사망한 경우에서 의사인 피고인의 과실치사를 인정하였다.<sup>15)</sup>

- 에폰톨주사 사건: 산부인과 의사인 피고인이 피해자에 대한 임신중절 수술을 시행하기 위하여 마취주사를 시주함에 있어 피고인이 직접 주사하지 아니하고, 만연히 간호조무사로 하여금 직접방법에 의하여 에폰톨이 함유된 마취주사를 피해자의 팔에 놓아 상해를 입게하였다. 여기서 피고인이 스스로 주사를 놓든가 부득이 보조인에게 주사하게 하는 경우에도 주사할 위치와 방법 등에 관한 적절하고 상세한 지시를 함과 함께 스스로 그 장소에 입회하여 주사시행과정에서의 환자의 징후 등을 계속 주시하면서 주사가 잘못 없이 끝나도록 조치해야 할 의무가 있다고 하여 피고인의 과실을 인정하였다.<sup>16)</sup>

- 갑상선아전절제술 사건: 주치의인 피고인은 피해자를 위해 응급처치 기구를 병실에 준비해 둘 것과 피해자를 2시간 마다 활력체크할 것을 간호사에게 지시하고, 피해자에게 이상한 징후가 나타나면 급히 연락하도록 간호사와 피해자의 보호자에게 지시하였다. 그러나 간호사는 활력체크를 처음 1회만 실시하고 이를 실시하지 아니하였으며, 피해자가 호흡곤란으로 고통스러워 한다고 보호자가 2차례나 의사를 불러달라고 간호사에게 요청하였으나 간호사는 피해자의 상태를 확인하거나 의사에게 연락을 취하지 않았다. 피고인은 당직실에서 수면을 취하다가 간호사가 전화를 한 기회에 피해자의 상태를 물어보기만 하고 자신이 직접 피해자를 관찰하지 아니 하였다. 다시 피해자가 호흡곤란을 호소하고, 고통으로 몸부리치자 보호자는 간호사에게 의사를 불러 달라고 요청하였으나 간호사는 이를 확인하지도 않고 이에 응하지도 아니한 결과 피해자가 고통을 이기지 못하고 복도로 뛰쳐나와 쓰러져서 식물인간상태에 빠졌다. 여기서 피고인인 주치의는 직접 피해자의 경과를 살펴 필요한 처치를 시행하여야 함에도 불구하고 이를 시행하지 아니하였다는 이유로 과실을 인정하고 있다.<sup>17)</sup>

15) 대판 1976.12.28, 74 도 816.

16) 대판 1990.5.22, 90 도 579.

17) 대판 1994.12.22, 93 도 3030.

3. 대법원은 왜 수직적 분업에서 책임영역의 분할을 인정하지 않는가?  
이는 타당한가?

(1) 대법원이 의사와 간호사 사이의 수직적 분업에서 책임영역의 분할을 인정하지 않는 것은 기본적으로 의료법의 규정에 근거한 것으로 보인다. 의료법 제2조 제2항 제5호에 따르면「간호사는 상병자 또는 해산부의 요양상의 간호 또는 진료의 보조 및 대통령령이 정하는 보건활동에 종사함을 임무로 한다」고 규정하고 있다. 따라서 진료행위의 주체는 어디까지나 의사이며, 간호사는 의사의 진료의무를 이행하는 보조자에 해당된다. 그 결과 “... 간호사로 하여금 의료행위에 관여하게 하는 경우에도 그 의료행위는 의사의 책임하에 이루어지는 것이고 간호사는 그 보조자에 불과하므로, 의사는 당해 의료행위가 환자에게 위해가 미칠 위험이 있는 이상 간호사가 과오를 범하지 않도록 충분히 지도·감독을 하여 사고의 발생을 미연에 방지하여야 할 주의의무가 있고, 이를 소홀히 한 채 만연히 간호사를 신뢰하여 간호사에게 당해 의료행위를 일임함으로써 간호사의 과오로 환자에게 위해가 발생하였다면 의사는 그에 대한 과실책임을 면할 수 없다”고 주장하게 된다. 이와 같은 주장은 형식적으로는 타당한 것 처럼 보인다. 즉 ① 진료행위의 전체에 대한 의무는 의사가 부담하며, ② 진료행위의 일부를 간호사에게 맡기는 경우에는 간호사의 과오를 방지하기 위하여 간호사를 지도·감독할 의무가 있으며, ③ 간호사가 과실로 결과를 발생시킨 경우에는 그와 같은 지도·감독의무를 위반한 것으로 볼 수 있기 때문이다.

그러나 이러한 논증은 실질적으로는 적절하지 못하다. 위임된 업무에 관하여 간호사의 과실로 결과가 발생하는 경우에는 그것은 언제나 소급하여 의사의 지도·감독의무위반으로 작용하게 되며, 의사가 전체적인 책임을 부담하게 되기 때문이다.<sup>18)</sup> 또한 판례의 논증의 근거에는 채권법에서 발견되는 이행보조자의 책임논의가 바탕을 이루고 있는 것으로 생

18) 동일한 취지로 이상돈, 의료형법, 109면.

각된다. 즉 민법 제391조의「채무자의 법정대리인이 채무자를 위하여 이행하거나 채무자가 타인을 사용하여 이행하는 경우에는 법정대리인 또는 피용자의 고의나 과실은 채무자의 고의나 과실로 본다」는 규정과 같이, 환자에 대한 치료행위 전체에 대한 진료의무는 의료계약상의 채무자인 '의사'만이 부담하고, 간호사는 단지 채무자인 의사가 그 채무의 이행을 위해 사용하는 이행보조자일 뿐이라는 논리이다.<sup>19)</sup>

(2) 민사책임과 형사책임은 결합형태에서 출발하여 근대에 이르러 양자간의 분화가 이루어 졌다. 분화의 가장 큰 원인은 양자간의 기능상의 차이가 중요한 이유라고 생각된다.<sup>20)</sup> 즉 민사책임은 “발생한 손해의 공평, 타당한 분배 혹은 분담”<sup>21)</sup>을 주목적으로 하지만, 형사책임은 행위자 개인이 지킬 수 있고 또 지켜야 마땅한 생활세계의 기초규범을 유지하기 위해 제재적으로 부과되는 것이다. 따라서 민사상의 책임과 형사책임은 상호보완적이거나 의존적인 것이 아니라 상호 독립적, 무관계적인 특징을 나타낸다. 그러므로 민사책임에서 적용되는 귀속원리를 형사책임의 귀속에 그대로 적용하여서는 안된다.

엄격한 의미에서 형사책임은 행위자 개인의 책임, 즉 개별책임이다. 이에 따라 이행보조자의 과실은 비록 채무불이행이라는 민사법적 책임의 귀속에서는 채무자의 과실로 인정될 수 있지만, 형사책임의 귀속에서는 오직 그 이행보조자의 과실로 남을 뿐이다. 이행보조자의 과실행위는 채무자가 비록 이행행위를 지시할 수는 있지만 그 구체적인 이행과정에서 마치 자기의 행위처럼 지배조종할 수는 없기 때문이다.<sup>22)</sup> 따라서 채무자와 이행보조자의 형사책임은 민사책임과는 달리 각자가 부담하는 주의의무의 내용과 그 위반여부를 검토하여 따로따로 판단되어야

19) 이상돈, 의료형법, 109면.

20) 민사책임과 형사책임의 분화원인은 크게 ① 상이한 책임인정의 조건, ② 입증책임의 차이, ③ 양제도의 상이한 목표, ④ 소송성격의 차이 등에서 구하고 있다(박상기, 의료사고에서의 과실인정의 조건, 형사정책연구, 제10권 제1호(1999), 49-50면 참조).

21) 대판 1995.12.5, 94 다 57701.

22) 이상돈, 의료형법, 110면.



한다. 의사의 의료과실여부에 대한 형사소송에서는 무죄판결이 내려지지만, 의사에게 민사상의 손해배상책임을 인정하는 판결이<sup>23)</sup> 존재하는 것은 바로 이런 이유에서이다.

따라서 수직적 분업에서 의료인의 현실적인 분업활동을 인정하면서 분업에 대한 책임영역의 분할을 인정하지 않는 대법원의 입장은 수긍하기 어렵다.

#### 4. 수직적 분업을 인정할 경우 분업의 한계

의사와 간호사 사이의 수직적 의료분업을 인정하는 경우일지라도 간호사가 자신에게 분담된 업무에 대하여 과실로 결과를 발생시킨 경우 책임영역의 분할에 의하여 항상 의사의 형사책임이 배제된다고 할 수는 없다. 즉 수직적 분업의 경우에도 그 한계가 설정되어야 하며 이는 다음과 같은 두가지 조건 가운데 적어도 하나의 조건을 충족하여야만 분업으로 인한 의사의 진료의무가 제한될 수 있을 것이다.

##### (1) 위임가능한 업무의 의료분업

의사와 간호사 사이에 존재하는 수직적 의료분업이 진료업무의 성격상 의사로부터 간호사에게 위임될 수 있는 업무이어야 수직적 분업이 인정된다. 진료의 구체적 내용이 오직 의사에게만 배타적으로 귀속되는 업무나 책임영역에 속하는 경우에는 간호사에게 그 업무를 위임할 수 없다(위임금지). 이러한 의미에서 위임금지는 의사와 간호사 사이의 수직적 업무분담의 한계를 설정하며, 위임금지된 업무를 위임하여 결과가 발생하는 경우에 그에 대한 책임은 의사에게도 부과된다.

일반적으로 채혈은 의사의 지시에 의하여 간호사가 할 수 있는 것으로 위임금지에 해당하지 않는 것으로 본다.<sup>24)</sup> 문제는 사건이 된 수혈의

23) 예컨대 동일한 사건(소위 사랑니 발치 후 패혈증 사망사건)에 대하여 대법원은 형사소송에서는 피고인 의사에게 무죄를 선고하였으나(대판 1996.11.8, 95도 2710), 민사소송에서는 손해배상책임을 인정하였다(대판 1998.9.4, 96다 11440). 이에 대한 평석은 박상기, 의료과실과 과실인정조건, 형사판례연구[7], 1999, 38면 이하 참조.

24) Ulsenheimer, Arztstrafrecht, S.157; 이상돈, 의료형법, 111면.

경우 이러한 위임금지에 해당하는가이며, 이에 대하여는 다음과 같은 두가지 해석이 가능하다.

첫째, 수혈의 경우는 오로지 의사만이 행하여야 하며, 위임이 금지되는 행위로 보는 입장이다. 이러한 입장의 근거는 수혈은 채혈과는 달리 혈액형 타입의 동질성 검사를 하여야 하며, 수혈의 과정에서 혈액이 환자에게 적응성을 갖추고 있는가를 보아야 하기 때문이다.<sup>25)</sup> 이러한 의미에서 대상 판례가 지적한 “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 주장은 동일한 맥락이다. 따라서 이렇게 해석하는 경우에는 본 사건에서 의사가 수혈을 간호사에게 위임한 것은 위임금지에 어긋나기 때문에 의료분업을 통한 책임영역의 분할은 인정할 수 없고, 금지된 위임을 행한 의사는 간호사의 과실로부터 자유로울 수 없다.<sup>26)</sup>

둘째, 수혈의 전과정이 의사에게만 배타적으로 귀속하고 위임이 전적으로 금지된다고 보기는 곤란하다는 입장이다. 보건복지부에서 마련한 지침에 따르면 수혈혈액의 주입은 “의사 또는 간호사는 환자 또는 보호자에게 직접 환자 본인의 성명, 연령 및 혈액형 등을 구두로 질문하여 수혈될 혈관과 환자의 인적사항 및 혈액형 등이 동일한지를 반드시 확인한 후 수혈혈액을 주입하여야 한다”<sup>27)</sup>고 하여 간호사도 이를 행할 수 있도록 명시적으로 규정하고 있다. 또한 이전의 판례에서 “... 수혈도중에 있어서도 처음에는 의사가 직접 입회하여 극소량으로부터 서서히...”<sup>28)</sup>라고 하여 수혈의 전과정이 위임금지된 것은 아니라고 볼 수 있다.

25) 동일한 취지로 vgl. BGH Urteil v. 6.6.1967, 1 StR 131/67; 이상돈, 의료형법, 111면; 이인영, 의료분업과 신뢰의 원칙, 연세법학연구, 제6집 제1권(1999), 205면.

26) 이렇게 해석하는 경우에는 다음의 (2)에 해당하는 ‘기대가능한 규범의 위반’을 검토한 후 이것이 긍정되면 5.의 부분을 검토한다.

27) 보건복지부, 의료기관에서의 수혈착오와 투약과오를 방지하기 위한 지침, 1996, 5면.

28) 대판 1964.6.2, 63 다 804.

또한 대상판례에서 수혈의 경우가 여기에 해당하는지 명시적으로 표현하지는 않았지만 “... 간호사로 하여금 의료행위에 관여하게 하는 경우에도 ...”라고 표현하여 이러한 가능성을 열어 놓았다. 이렇게 해석하는 경우에는 수혈이 전적으로 위임금지된 것은 아니며, 따라서 이 사건에서 피고인이 위임금지된 의료행위를 위임하였다는 점만을 들어 과실을 인정하기는 곤란하다.<sup>29)</sup>

## (2) 기대가능한 규범의 위반

위임되는 진료업무가 의사의 배타적 업무에 속하기 때문에 위임이 법적으로 허용되지 않음에도 불구하고 의사가 그런 업무를 간호사에게 분담시킨 경우에도 의사가 언제나 형사책임을 지게 되는 것은 아니다. 수직적 의료분업은 대개 그런 분업 없이는 의사가 정상적으로 일반적인 진료업무를 수행할 수 없는 경우에 해당할 때가 많다. 엄격한 형사법적 규범논리에 따르면 ‘가능하지 않은 것’을 하지 않았다는 이유로 행위자가 의무위반의 행위를 하였다고 말할 수는 없다.<sup>30)</sup> 즉 민사책임과는 달리 의사가 업무를 직접 수행하는 것이 실제로 기대가능함에도 불구하고 직접 수행하지 않았다는 점이 확인되어야만 형사책임을 귀속시킬 수 있다.

사건에서 의사는 간호사에게 피해자에 대한 수혈을 위임하였다. 그러나 이러한 수혈은 전술한 첫번째 해석에 따라 의사 자신의 배타적 업무에 속하는 일이므로 위임금지에 해당하는 진료행위이다. 그럼에도 불구하고 수혈의 위임이 즉각적으로 의사의 책임으로 돌아올 수는 없다. 왜냐하면 비록 위임이 금지된 수혈을 간호사에게 위임하였지만, 위임금지된 수혈을 위임하지 않고 자신이 직접 수혈행위를 하는 것이 기대가능하여야 하기 때문이다. 여기서 만일 의사가 수혈을 위임하지 않고 직접

29) 이렇게 해석하는 경우에는 아래의 (2)의 ‘기대가능한 규범의 위반’을 검토하지 않고 5.의 부분을 검토한다.

30) Roxin, AT, Bd.1, 2.Aufl., 1994, 24/115 ff; Schönke/Schröder/Cramer, StGB, 25.Aufl., 1997, §15 Rn.204 ff.; 박상기, 형법총론, 271면; 이재상, 형법총론(제4판), 1999, 193면.

수행하는 것이 기대가능하지 않은 경우에는 그에 대한 규범위반을 물을 수 없을 것이다. 이 문제에 대해서는 다음과 같은 몇가지 관점에서 의사의 직접적 수혈은 기대가능하지 않다고 보여진다.

첫째, 피해자에 대한 첫번째 수혈에서 공소외 인턴인 의사는 수혈의 위험성을 알고 있으므로 자신이 직접 수혈을 행하였고, 이 후 두번째 수혈에서도 수혈업무를 인계받은 피고인 자신이 직접 수혈을 시행하였다. 이러한 수혈행위를 통하여 의사는 수혈로 인해 피해자에게 발생할 수 있는 부적응성과 같은 위험이 없다는 것을 확인할 수 있었을 것이다. 따라서 이 후의 수혈은 특별한 사정이 없는 한 문제없이 진행될 수 있으리라고 생각할 수 있다.

둘째, 의사 자신이 수혈의 전과정에 걸쳐 직접적으로 감독하여야 한다는 것은 임상현실에서는 불가능하다. 수시간에 걸쳐 진행되는 수혈을 항상 감독하여야 한다는 것은 그 의사로 하여금 다른 의료행위에 가담하는 것을 불가능하게 하며, 이는 결과적으로 환자 일반에 대한 위험으로 작용한다. 사건에서도 보는 바와 같이 피고인은 자신이 직접 두 번째 혈액봉지를 교체한 후, 다른 환자에게 수혈할 혈액을 수령하고, 이를 직접 수혈하려고 하였으며, 환자들의 X선 필름을 찾으러 X선실에 다녀오고, 환자들을 소독하는 등의 의료행위를 하였다. 따라서 수혈과정 전체의 업무를 직접 수행하는 것은 의사에게 기대가능하지 않았다.

셋째, 피고인이 근무하는 병원에서 수혈의 경우 두 번째 이후의 혈액봉지는 간호사가 교체하는 관행이 있다는 것은 이러한 수혈행위 전체를 의사가 직접 수행하는 것이 가능하지 않기 때문에 그러한 관행이 존재한다는 것을 보여준다.<sup>31)</sup>

따라서 의사의 간호사에 대한 수혈의 위임은 금지되기는 하였으나, 그

31) 여기서 판례의 “... 두 번째 이후의 혈액봉지는 인턴 대신 간호사가 교체하는 관행이 있다 하더라도, ... 관행에 따른 것이라는 이유만으로 정당화될 수는 없다”는 지적은 타당하다. 중요한 것은 관행이 존재한다는 사실이 아니라, 관행과 법규범이 충돌하는 경우에 개별적으로 법규범에 따라 행위하는 것이 기대가능하였는가의 여부이다.

와 같은 위임금지된 수혈행위 전체를 의사가 맡아서 수행하여야 하는 것은 기대가능하지 않다.

#### 5. 수직적 분업이 가능한 분업에서의 진료의무의 위험감독의무에로의 전환

수직적 분업에서 ① 의사가 간호사에게 위임가능한 업무를 위임한 경우나, ② 위임이 금지된 업무이기는 의사가 직접 수행하는 것이 기대가능하지 않기 때문에 이를 간호사에게 위임시킨 경우, 두 경우 모두 의사가 해당 의료업무로부터 완전히 형사책임을 배제되는 것은 아니다. 즉 수혈업무를 - 위임가능한 업무라는 이유이든, 직접적으로 수행하는 것이 기대가능하지 않다는 이유이든 관계없이 - 간호사에게 이를 분담시킨 경우에 의사의 책임은 수혈업무에서의 주의의무로부터 위험원을 감독할 의무로 변형된다. 왜냐하면 수직적 분업은 의사가 전문적인 지시를 행하고 간호사는 그 지시를 이행하는 관계속에서 진행되는 것이 때문이다. 따라서 간호사에게 업무를 분담시킨 의사는 그 간호사라는 '위험원을 관리하는 의무'<sup>32)</sup>를 부담하게 되는 것이다. 이와 같은 관리의무는 ① 간호사가 분업의 자질을 갖추고 있는가를 심사하고(자질심사의무), ② 분업의 구체적 내용이 간호사가 할 수 있는 일인지를 숙고하고(위임적 합성), ③ 간호사가 지시된 분업의 내용을 제대로 이해하고 있는지를 살피고(지시내용이해심사), ④ 간호사가 지시된 분업의 내용을 제대로 이행하고 있는가를 감독(의무이행감독의무)하는 네가지로 파악할 수 있다.

이와 같은 위험관리의무는 진료상의 주의의무처럼 진료가 진행되는 동안에 언제나 현실적으로 이행하여야 하는 것은 아니다.<sup>33)</sup> 즉 위의 네가지 위험원에서 실제 위험이 발생할 것이라는 '특별한 사정'이 일어나

32) Stratenwerth, Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, Eb.Schmidt-FS, 1961, 393면.

33) Stratenwerth, Eb.Schmidt-FS, 1961, 397면.

지 않는 경우에 의사는 간호사의 분업이 정상적으로 이행된다고 전제할 수 있다.

따라서 피고인인 의사는 간호사가 간호사자격시험에 합격하여 정상적으로 근무하였다면 간호사의 자질을 따로 심사할 필요가 없으며, 간호사에게 분담된 혈액봉지 교체업무가 이미 관행적으로 행해져 왔으므로 이것이 위임적합한지를 특별히 심사할 필요가 없고, 간호사가 분담된 수혈업무를 과거에도 수행하여 왔으므로 분업의 내용에 대한 이해여부를 심사할 필요도 없다. 간호사에 대한 감독의무도 ‘물샐틈 없는 감독’을 의미하는 것이 아더라<sup>34)</sup> 이따금씩 감독하는 것으로 충분하다.<sup>35)</sup>

외견상으로는 피고인이 전술한 위험감독의무의 모든 조건을 충족하는 것으로 보인다. 그러나 이러한 관리의무의 충족은 ‘보통의 경우’에 해당하는 것이며, 사건에서 의사 자신이 다른 환자의 혈액봉지를 피해자의 혈액봉지와 함께 놓아 둠으로써 실제 위험이 발생할 수 있는 ‘특별한 사정’이 존재한다. 즉 의사는 다른 환자의 혈액봉지를 피해자의 혈액봉지와 함께 놓아 둠으로써 분업의 정상적 진행에 대한 신뢰를 깨뜨리는 상황을 유발하였으며, 이는 의사의 간호사에 대한 위험관리 의무를 강화하게 하여 간호사가 잘못하여 다른 혈액봉지로 수혈하지 말 것을 지시하는 등의 행동을 취하여야 하는 것이다. 피고인은 이와 같은 위험관리 의무를 이행하지 아니하였으므로 발생한 결과에 대한 과실책임이 배제될 수 없는 것이다.

#### IV. 의사와 간호사 사이의 신뢰의 원칙

수직적 의료분업에서 책임영역의 분할을 인정하든 불인정하든 관계없

34) 만약 이러한 물샐틈 없는 감독의무를 요구한다면 사실상 분업의 의미는 사라진다(vgl. Stratenwerth, Eb.Schmidt-FS, 1961, 398면).

35) Kamps, Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt, 1981, 184면; Ulsenheimer, Arztstrafrecht, 151면; 이상돈, 의료형법, 115면.

이 수직적 분업의 분담자들 사이에 신뢰의 원칙이 적용되어 과실책임이 제한될 수 있다. 즉 피고인이 비록 위험관리의무를 위반하였지만 이는 또 다시 신뢰의 원칙에 의하여 과실책임이 부인될 수 있다는 것을 의미한다.

일부의 견해는 수직적 분업의 경우에는 원칙적으로 '신뢰의 원칙'이 적용되지 않는다고 주장한다.<sup>36)</sup> 그러나 수직적 분업의 경우 모두를 일률적으로 신뢰의 원칙을 부인할 것이 아니라 수직적 분업을 세분화하여 차별적으로 적용하는 것이 가능할 것으로 보인다.<sup>37)</sup>

그러나 위 사건과 관련해서 살펴보면 결론에서는 차이가 없다. 즉 수직적 분업의 경우에 신뢰의 원칙의 적용을 부인하는 입장에 따르면 의사는 간호사를 신뢰하여서는 안된다. 따라서 간호사의 과실은 전술한 바와 같이 그대로 의사 자신의 위험관리의무위반으로 인정되어 의사의 과실이 인정된다.

수직적 분업의 경우에도 신뢰의 원칙을 적용할 수 있는 입장에서조차 마찬가지이다. 본래 신뢰의 원칙은 무제한적으로 타당한 것은 아니며, 이 원칙은 일정한 범위에서 그 적용이 제한된다. 첫째, 신뢰의 원칙은 그 성립전제에서 보여지는 바와 같이 행위자 스스로 규칙을 위반하여 위험을 야기시킨 경우에는 다른 사람이 이를 극복할 것이라고 신뢰하여서는 안된다. 왜냐하면 신뢰의 원칙은 객관적 주의의무의 한계만을 설정하여 주는 것이지, 타인의 주의의무를 신뢰하여 행위자 스스로 객관적 주의의무에 위반하여 행위하여도 허용된다는 것을 뜻하는 것은 아니기 때문이다. 둘째, 신뢰의 원칙은 규칙에 따르는 행동이 예상되는 것이 어려운 경우, 즉 규칙을 위반할 것이 특별히 예상될 수 있는 경우에는 그 적용이 제한된다. 예컨대 어린아이가 길을 횡단하려는 경우에 그 아이의 행동이 교통규칙에 따를 것이라고 신뢰하는 것은 타당하지 않다.

36) 정영일, 의료과실에 있어서 위험의 분배, 법정고시 1998/6, 125면.

37) 예컨대 수직적 분업 가운데에서도 의사와 환자의 의료분업관계, 의사와 미숙련의료보조인 사이의 의료분업관계, 의사와 숙련 의료보조인 사이의 의료분업관계 등

세째, 구체적인 상황에서 상대방이 규칙을 위반할 것이 명백한 경우나 상대방이 이미 규칙을 위반한 경우에는 그에게 규칙에 합당한 행위를 할 것이라는 점을 신뢰하는 것은 정당하지 않다. 따라서 피고인이 의사는 자신의 다른 환자의 혈액봉지 투입으로 인하여 이미 자신이 규칙을 위반하여 행위하는 것이므로 이를 간호사가 알아서 잘 구별하여 수혈할 것이라는 점을 신뢰해서는 안되는 것이다.

## V. 결 론

이상에서 논의한 바를 요약하여 결론을 내리자면 다음과 같다.

1. 피고인과 간호사 사이의 의료분업과 같은 수직적 분업의 경우에도 책임영역의 분할이 인정되어야 한다.
2. 수직적 분업에서 책임영역의 분할에 대한 한계는 해당 업무의 위임 금지여부에 따라 결정되어 진다.
3. 수혈을 위임금지된 행위라고 해석하는 경우에는 현실적으로 피고인이 간호사에게 위임한 수혈행위에서 피고인과 간호사 사이에는 규범적인 '책임영역의 분할'은 일어나지 않는다. 따라서 간호사의 수혈업무과정에 발생하는 모든 결과는 피고인의 형사책임으로 귀속될 수 있다. 다만 수혈이 위임금지되어 있을 지라도 수혈 전과정을 피고인 자신이 직접 수행하는 것은 기대가능하지 않기 때문에 이 한도에서 피고인의 진료상의 주의의무는 간호사에 대한 위험관리의무로 전환된다.
4. 수혈을 부분적으로 위임가능한 행위라고 해석하는 경우에는 피고인이 간호사에게 위임한 수혈업무에 의하여 피고인과 간호사의 '책임영역의 분할'은 존재한다. 그러나 피고인이 간호사에게 위임가능한 업무인 수혈을 위임하였고, 따라서 책임영역의 분할이 존재한다는 이유로 피고인이 모든 진료상의 주의의무로부터 벗어나는 것은 아니다. 의사와 간호사라는 수직적 분업의 특성상 피고인이 가지고 있던 진료상의 주의의무는 간호사에 대한 위험관리의무로 전환된다.



5. 이와 같은 피고인의 위험관리의무는 보통의 경우에는 언제나 현실적으로 이행할 것이 요구되는 것은 아니다. 따라서 보통의 경우라면 피고인의 위험관리의무는 이행된 것으로 볼 수 있다. 그러나 피고인이 다른 환자의 혈액봉지를 기존의 피해자의 혈액봉지와 같이 덩으로써 '특별한 사정'이 발생하여 피고인에게는 보다 강화된 위험관리의무가 요구되나 피고인은 이를 이행하지 아니하였다. 따라서 피고인의 과실은 긍정된다.

6. 피고인의 강화된 위험관리의무는 간호사와의 사이에서 자신이 규칙을 위반한 행위를 한 것에 해당되므로 신뢰의 원칙을 적용할 수 없다. 따라서 피고인의 과실은 부정되지 않는다.

7. 따라서 피고인에게 업무상 과실치사죄의 형사책임을 물을 수 있다는 점에서는 대법원의 판결과 일치한다.