

전문간호사 자격인정 등에 관한 규칙 일부 개정령안
입법예고에 대한 의견서

2021. 10. 13.

법무법인 기회

변호사 송 기 방
변호사 김 완 수

1. 서설

금번 보건복지부는 “전문간호사 자격인정 등에 관한 규칙” 중 제3조 전문간호사의 분야별 업무범위의 개정을 포함한 일부 개정에 관하여 입법예고를 하였습니다. 본 의견서는 위와 같은 전문간호사 자격인정 등에 관한 규칙 일부 개정령(이하 ‘개정령안’이라고 합니다) 중 제3조 전문간호사의 분야별 업무범위에 대한 개정의 타당성에 대한 의견을 개진하기 위함입니다.

이번 개정령안 중 전문간호사의 분야별 업무범위에 대한 규정이 타당한지에 관하여 입법예고 기간 중 각계에서 다양한 의견들이 개진되었고, 특히 「의사의 지도, 지도에 따른 처방 하에 시행하는 (중략) 진료에 필요한 업무」라는 문구 부분이 불법의료행위를 조장하는 규정인지, 상위법에 위반하여 내용상 한계를 넘어서는 규정인지, 여부 등이 쟁점이 되었습니다.

이에 관하여 본 법무법인은 전문간호사제도의 도입취지, 현행 의료법과의 관계, 개별 규정의 해석상 문제가능성 등을 살펴보고 이번 개정령안의 타당성에 대한 의견을 개진하고자 합니다.

2. 전문간호사 자격인정 등에 관한 규칙 일부 개정령 규정의 타당성

가. 전문간호사 제도에 대하여

(1) 전문간호사제도의 도입과정

우리나라의 “전문간호사제도”는 1973년에 마취, 보건, 정신보건 영역에서의 “분야별 간호사”제도의 도입을 그 시작으로 하였습니다. 이후 2000년에 이르러 의료법에 ‘분야별 간호사’ 명칭이 “전문간호사”로 개정되었고, 2006년에 이르러 보건복지부령으로 「전문간호사 자격인정 등에 관한 규칙」이 제정되었습니다.

위와 같은 전문간호사 자격인정 등에 관한 규칙이 제정되었던 2006년 당시 그 제정이유를 살펴보면 「전문적 의료서비스에 대한 요구가 증대함에 따라 전문간호사 제도를 도입하여 시행하고 있으나 현재 그 내용이 의료법 시행규칙과 보건복지부 고시에 나누어 규정되어 있어 이를 알기 어렵게 되어 있고 또한 그 내용도 미흡한 부분이 많으므로 이를 통일하여 체계적으로 규정하고 미흡한 부분을 보완함으로써 동 제도의 효과적 운영을 통하여 우수한 전문간호사를 양성하고 의료서비스의 질을 향상시키려는 것임¹⁾」 이라고 하고 있습니다.

이처럼 전문간호사 제도는 의사 수의 부족, 보건의료분야의 전문화, 간호전문화 등 시대적 변화에 따른 전문적 의료서비스에 대한 의료수요자의 요구에 부응하고자 정부 정책으로서 도입된 것입니다.

(2) 전문간호사 업무범위에 대한 법적 규정의 부재와 이에 대한 논의의 과정

앞서 살펴본 바와 같이 전문간호사제도가 전문의료서비스에 대한 요구에 부응하고자 정부정책으로서 도입되었음에도 불구하고 그간 약 20년의 기간이 지나왔음에도 전문간호사 업무범위에 대한 아무런 규정이 존재하지 않았습니다. 그러던 중 대법원에서는 「마취액을 직접 주사하여 척수마취를 시행하는 행위는 무면허 의료행위에 해당한다(대법원 2010.3.25.선고2008도590판결)」는 취지의 판결을 하였고, 그 판결이유에서 「전문간호사라고 하더라도 마취분야에 전문성을 가지는 간호사인 자격을 인정받은 것 뿐」이라고 판시를 하였습니다. 전문간호사 제도의 도입취지가 전문적 의료서비스에 대한 요구에 부응하기 위한 것이었다는 점에 비추어볼 때 위 대법원 판시는 그동안 「마취전문간호사는 의사의 지시에 따른 마취행위를 할 수 있다」는 보건복지부의 유권해석과 상반되게 이를 무면허 의료행위라고 판시함으로써 전문간호사 제도의 도입취지를 잘못 이해하고 무용화시켜, 오히려 전문간호사의 업무수행을 상당히 위축시키게 만들어 버렸습니다.

1) 보건복지부령 제364호. 2006. 7. 7.제정이유 참조

해당 판결 이후 “전문간호사의 업무에 관한 사항”은 전문간호사제도의 본질적인 사항임에도 불구하고 이에 대한 명확한 규정이 법률에 마련되어 있지 않아 전문적 간호의 제공이라는 제도적 취지 달성에 한계가 있다는 문제점이 지적되기에 이르렀고, 아울러 전문간호사는 전문간호사 교육과정을 거쳐 국가시험에 합격하여 해당 분야의 전문성을 갖춘 의료인력임에도 불구하고 그 업무범위에 관한 입법의 부재로 인하여 임상현장에서 일반간호사와 전문간호사의 업무분화가 명확하지 않다는 지적과 함께 업무범위를 입법하기 위한 다양한 의견들이 개선되게 이르렀습니다.

이에 따라 2018. 3. 27.에 이르러 일부개정되고 같은날 시행된 법률 제15540호 의료법에서는 제78조의 제4항을 신설하며 「전문간호사의 자격구분, 자격기준, 자격시험, 자격증, 업무범위, 그 밖에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다²⁾」라고 모법에 규정하고 상세한 내용은 보건복지부령에 위임하게 되었습니다.

(3) 전문간호사 자격인정 등에 관한 규칙 일부 개정령 도입과정 및 취지에 대하여

위와 같이 2018. 3. 27. 일부개정되고 같은날 시행된 법률 제15540호 의료법의 제정·개정이유를 살펴보면 「현행법에는 전문간호사가 행할 수 있는 업무 범위에 대한 별도의 규정이 없어 일반간호사와 동일한 업무만 수행할 수 있는지, 전문업무도 수행할 수 있는 것인지, 불분명한 측면이 있으므로 시행규칙에 위임되어 있던 전문간호사의 자격인정 요건을 법률에 명시하며, 전문간호사 자격을 인정받은 경우 해당 분야에서 간호 업무를 수행하도록 함으로써 전문간호사 자격 제도를 활성화하고 전문의료인력을 효율적으로 활용하려는 것임³⁾」이라고 밝히고 있습니다.

2018. 3. 27.자 의료법의 개정 취지를 살펴보면 이전에 이미 전문간호사 자격제도가 도입되어 있고 이를 활성화 할 필요성이 있음에도 불구하고 그간 전문업무를 수행할 수 있는지에 대한 업무범위에 대한 규정이 없다는 점을 지적하고 있습니다. 즉

2)의료법(법률 제15540호, 2018. 3. 27. 일부개정) 제78조 제4항

3)의료법(법률 제15540호, 2018. 3. 27. 일부개정) 제정·개정이유 참조

2018. 3. 27. 의료법의 일부개정 당시 전문간호사 제도를 활성화하고 전문의료인력을 효율적으로 활용하기 위해서는 전문간호사로 하여금 전문업무를 수행할 수 있도록 하여야 함에도 불구하고 업무 범위에 대한 별도의 규정이 없는 입법적 공백을 지적한 것이라 할 수 있습니다. 그리고 이에 따라 보건복지부에서는 금번 2021. 8. 2. 「전문간호사 자격인정 등에 관한 규칙」에 전문간호사 13개 분야별 업무범위 규정을 포함한 일부개정안을 입법예고 하게 된 것입니다.

(4) 전문간호사제도의 업무범위에 관한 제정필요성에 따른 제정의 방향성

앞서 살펴본 바와 같이 전문간호사제도는 일반간호사제도와의 차별성과 전문성을 전제로 하여 도입되었습니다. 전문간호사제도가 전문적 의료서비스에 대한 요구의 증가에 응답하기 위한 목적을 위해 도입되었다는 점, 그럼에도 불구하고 일반간호사와 구별되는 업무범위에 대한 입법이 존재하지 않아 이를 도입할 필요성에 대한 논의가 제기되어 왔다는 점, 특히 문제되는 이번 개정령안의 위임근거가 되는 모법의 개정취지가 현행 규정의 체계 상으로는 일반간호사와 동일한 업무만 가능한 것인지, 전문업무도 수행할 수 있는 것인지에 대한 구별이 되지 않는다는 것을 문제점으로 지적하고 있는 점 등을 종합적으로 살펴보면 전문간호사의 업무범위는 일반간호사의 업무범위와 차별성을 둘 필요성이 있다는 것을 명백히 알 수 있습니다.

나. 현행 의료법과의 관계

(1) 해당 개정령안 내용이 현 의료법 제2조 제2항 제5호 간호사의 업무에 관한 규정과의 관계에서 해당 개정령안이 무면허 의료행위를 야기하는지 여부에 대하여

이번 개정령안이 의료법 제2조 제2항 제5호 제나목 「의사, 치과의사, 한의사의 지도하에 시행하는 진료의 보조」를 넘어서는 규정으로서 상위법 규정의 면허범위를 넘어서 무면허 의료행위를 야기한다는 지적이 있습니다.

이러한 지적은 현행 의료법 제2조 제2항 제5호 제나목에서 간호사의 업무범위를 ‘진료의 보조’로 규정하고 있는데 이번 개정령안 ‘진료에 필요한 업무’라고 된 것은 ‘진료의 보조’를 넘는 범위를 예정하는 것이고, 곧바로 면허의 범위를 넘기 때문에 무면허 의료행위가 된다는 해석을 전제로 하는 것으로 보입니다.

하지만 의료법의 체계상 면허범위를 넘어서는 것인지 아닌지에 대한 판단은 단지 의료법 제2조의 규정만을 가지고 판단해야만 하는 것은 아니고 각 법률규정 및 법률의 위임을 받은 위임명령이 정하고 있는 허용되는 업무 범위를 파악한 후 개별·구체적 상황에서 해당 행위가 허용되는 업무 범위를 초과하는 것인지 아닌지에 대하여 검토되어야 하는 것입니다.

따라서 개정령안에서 전문간호사의 업무범위가 ‘진료에 필요한 업무’라고 규정된다고 하더라도 전문간호사의 의료행위가 무면허행위가 된다거나 무면허 의료행위를 야기하는 것은 아니라고 보여집니다. 일부 법 제2조의 진료의 보조와 다른 업무범위에 대한 표현이 있다고 하더라도 그것이 곧 무면허 의료행위를 야기한다고 하는 주장은 무면허의료행위를 판단하는 기준을 법 제2조만을 근거로 해야한다는 것을 전제로 하는 것으로서 법 제27조 위반여부를 판단하는 방법에 대해 너무나 경직된 법구해석이거나 오해가 있는 주장입니다.

오히려 현행 의료법체계야말로 전문간호사 및 업무를 지시하는 의사의 행위가 무면허 의료행위로 의제될 가능성이 높습니다. 전문간호사제도가 모법인 의료법에 명백하게 규정되어 있고, 실제로 1만6천명 이상의 전문간호사가 배출되어 다양한 의료현장에서 의사수의 부족을 위한 의료공백을 메우고자 하는 필요에 의해 활동을 하고 있음에도 불구하고 이들의 업무범위가 현실에 맞게 규정되지 않았기 때문에 실제 임상현장에서 환자의 안전을 위해 행해지고 있는 많은 의료행위들이 무면허 의료행위로 의제될 소지가 있게 됩니다. 그리고 또 실제 의료현장에서 전문간호사에 대한 업무를 지시하는 의사 역시 무면허의료행위에 대한 교사범으로 의제될 가능성이 매우 높습니다.

위와 같이 이번 개정령안이 '진료에 필요한 업무'를 규정하여 전문간호사로 하여금 무면허 의료행위를 하도록 야기한다는 주장은 무면허 의료행위를 판단하는 기준을 오해하고 있는데서 비롯된 주장입니다. 오히려 이번 개정령안이 입법화되어 '진료에 필요한 업무'로 규정되어야만 수많은 의료진의 의료행위를 적법한 의료행위로 포섭할 수 있고, 국민의 건강을 보호하고 증진하고자 하는 의료법의 목적에도 부합하는 것이라고 보아야 할 것입니다.

(2) 개정령안 제3조 전문간호사의 업무범위와 의료법 제2조 제2항 제5호와의 관계

이번 개정령안은 의료법 제78조의 전문간호사 규정 제4항의 위임에 따라 전문간호사의 업무범위를 규정하는 것을 골자로 하고 있습니다. 따라서 일반간호사의 임무를 전제로 규정된 의료법 제2조 제2항 제5호의 범위와는 별개의 독립된 규정으로 제78조의 위임에 따른 업무 범위를 정해야 합니다.

앞서 살펴본 바와 같이 전문간호사제도의 도입취지, 전문간호사로 하여금 3년 이상의 임상경력을 가지고 전문교육과정을 거친 후 자격시험을 통과할 것을 요구하는 것은 일반간호사와는 구별되는 전문업무를 수행할 수 있도록 하기 위함입니다. 만약 이번 개정령안을 통하여 전문간호사의 업무범위를 규정하면서 의료법 제2조 제2항 제5호 일반간호사의 임무규정을 구체화하는 방식을 택하게 된다면 일반간호사의 임무를 재차 나열하는 것이 지나지 않게 되므로 전문간호사제도를 도입한 취지에도 맞지 않을뿐더러 일반간호사와 달리 전문업무를 수행하도록 하고자 하는 위임한 모법인 의료법 제78조의 신설취지에도 부합하지 않게 됩니다.

(3) 개정령안 제3조 전문간호사의 업무범위와 의료법 제78조 제3항과의 관계

또한 개정령안 제3조 규정이 의료법 제78조 제3항의 '간호업무'를 넘어서는 규정이라는 취지의 일부 주장 역시 존재하는데 이는 의료법 제78조 제3항의 '간호업무'를

법 제2조 제2항 제5호 제나목의 ‘진료의 보조’에 국한하여 해석하는 것을 전제로 합니다.

하지만 앞서 살펴본 바와 같이 전문간호사의 업무범위를 같은 법 제4항을 통해 새롭게 규정하도록 한 취지는 일반간호사의 업무를 규정한 법 제2조와 별개로 규정하도록 한 것입니다. 따라서 전문간호사의 업무를 규정하면서 이를 다시 법 제2조와 연결하여 정하는 것은 ‘전문간호사의 업무범위’를 정하도록 한 위임의 취지를 몰각하는 것이 됩니다.

다. 개정령안이 명확성원칙을 위배하여 불법의료행위를 조장할 가능성이 있는지 여부에 대하여

입법적으로 개별 행위들에 대한 규정을 제정함에 있어서는 예시적 규정으로 규율하는 방법과 열거식 규정으로 입법화하는 방식이 가능합니다. 만일 개별행위들이 개인의 권리·의무를 제한하는 규정이라면 이는 열거적 방법이 타당합니다. 하지만 개정령안과 같이 업무범위를 규정함에 있어서 개별행위들을 모두 열거적 방법으로 나열하는 것은 불가능합니다. 오히려 이번 개정령안에서 대표적인 업무의 예시를 들고 ‘이에 준하는’이라는 제한을 통하여 그 범위를 명확히 하고자 한 것이라 보여집니다.

라. 개정령안이 전문간호사로 하여금 ‘진료’를 하도록 하는 규정인지 여부

일부에서는 개정령안이 ‘진료에 필요한 업무’라는 표현을 사용한 점을 지적하며 의사의 고유한 의료행위인 ‘진단과 치료’를 침범하고 있다고 지적합니다. 하지만 개정령안을 살펴보면 어디에도 전문간호사로 하여금 ‘진료’가 가능하다고 규정하고 있는 부분이 없습니다. 또한 13개 분야의 모든 규정에서 ‘의사의 지도 하에’ 라는 제한이 포함되어 있습니다. 따라서 의사의 지도가 없이 행해지는 행위들에 대해서는 제재가 가능하도록 되어 있습니다. 이밖에도 지도하에 행해지는 업무의 예시를 들며 ‘이에 준하는’이라는 제한을 두고있는바, 의사의 지도만 있다고 하더라도 제한없는 행위들이 가



능한 것은 아닙니다.

3. 맺음말

전문간호사제도의 도입과정 및 취지에 비추어 살펴보면 이번 개정령안의 입법을 위임하고 있는 의료법 제78조는 일반간호사와 전문간호사의 업무범위가 구별되지 않은 문제의식에서 출발하고 있다는 것을 알 수 있습니다. 의료법 제78조에서 표현되는 입법자의 의지는 간호사의 임무를 규정하는 의료법 제2조와는 별개로 전문간호사의 전문업무범위를 규율할 것을 요구하고 있는 것입니다. 전문간호사의 업무범위가 의료법상 무면허 의료행위가 된다는 것은 무면허의료행위를 법 제2조에 국한하여 해석해야 한다는 전제에서나 가능한 것이고, 전문간호사의 업무범위를 현행 의료현장에 맞도록 하는것이야 말로 임상현장에서 활동 중인 전문간호사와 이들을 지도하는 의사들을 잠재적인 범죄자가 되지 않도록 보장해 줌과 동시에 의료수요자의 요구에 부합하는 것이 됩니다. 한편 개정령안에서는 발생할 수 있는 면허범위의 일탈을 예방하고자 '의사의 지도하에' '이에 준하는' 등의 제한을 통하여 환자의 안전에 만전을 다한 규정이라고 보여집니다.

위와 같이 이번 개정령안은 모법의 위임에 근거한 타당한 개정이라고 보여지고 법 위반의 여지가 있는 것은 아니라고 판단됩니다.

2021. 10. 13.

법무법인 기희
변호사 송기희 
변호사 김완수 

보건복지부 귀 중