

‘선한 사마리아인 법’에 따른 민사책임의 감경

- 응급의료에 관한 법률 제5조의2를 중심으로 -

김 천 수*

I. 서 설

II. 무상조력행위에 관한 민법의 규율

1. 무상조력행위와 민법
2. 무상조력행위와 불법행위
3. 무상조력행위와 사무관리

III. 응급의료법 제5조의2의 적용 요건과 효과

1. 응급의료법 제5조의2의 적용 요건
2. 응급의료법 제5조의2의 적용 효과

IV. 결 어

I. 서 설

우리 법체계는 소위 ‘선한 사마리아인 법’(the good Samaritan law)을 응급 의료에 관한 법률 제5조의2에서 담고 있다. 이 조문의 상위법으로는 민법의 ‘사무관리’에 관한 두 조항(민법 제734조 제3항 단서와 제735조)이 있다. 이들 규정에서 행위자의 경과실에 대한 민사책임을 면제하는 것은 ‘불법행위’에 관한 최상위 규정인 일반불법행위 규정(민법 제750조)과 연관된다. 이들 법 내지 관련 조항 사이의 관계를 규명하는 것이 소위 ‘선한 사마리아인 법’ 해당 규정의 해석 및 입법에 관한 논의를 전개하는 데 필요하다.

* 논문접수: 2014. 11. 11 * 심사개사: 2014. 11. 11. * 수정일: 2014. 12. 10. * 게재확정: 2014. 12. 20.

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

* 이 논문은 2012년도 유기천교수기념사업출판재단 해외연구보조비에 의하여 지원되었음.

이 글에서 논의되는 행위는 ‘긴급한 상황’에서 ‘의무 없이’ 이루어진 ‘무상조력행위’이다.¹⁾ ‘긴급한 상황’이란 ‘응급의료’의 상황보다 넓은 개념이다. 응급의료는 응급환자²⁾만을 전제로 하는 조력행위이다.³⁾ 긴급한 상황에서 이루어진 무상조력행위를 염두에 두고 논의를 전개하고자 한다. ‘무상’의 조력이라고 하여 논리필연적으로 ‘의무 없이’ 이루어진 조력에 해당하는 것은 아니다. 무상이지만 공적 또는 사적 의무에 따른 조력일 수도 있기 때문이다. 이 글에서는 그러한 의무 없이 이루어진 경우에 한하여 논의할 것이다. 이처럼 무상조력행위란 매우 넓은 개념임에도 불구하고, 이 글에서 그 개념범위를 이렇게 좁히는 이유는 바로 ‘민법’이 규율하는 “긴급사무관리”(동법 제734조)와 ‘응급의료에 관한 법률’의 “선의의 응급의료”(동법 제5조의2)의 관련성과 상호관계를 분석하고자 함이 이 글의 목적이기 때문이다.

이처럼 조력대상이 응급환자라면, 그에 대한 무상조력행위와 관련된 조력자의 민사책임은 기본적으로 민법과 응급의료법에 의하여 규율된다. 이하에서는 먼저 그 일반법으로서의 민법상 규율을 살펴보고 이어서 응급의료법 제5조의2를 검토한다. 이러한 검토를 위한 비교법적 고찰의 일환으로 영미의 ‘선한 사마리아인 법리’를 개별 쟁점에서 살펴본다.⁴⁾

1) 이 논문에서 말하는 무상조력행위의 ‘조력’은 ‘응급의료에 관한 법률’(이하에서는 ‘응급의료법’이라고 함)에서의 ‘응급의료’에 포함되는 행위의 하나인 ‘구조’(응급의료법 제2조 제2호)보다 더 넓은 개념이다. 본래는 무상구조행위라는 표현을 사용하였지만 동 규정의 ‘구조’와의 혼란을 피하기 위하여 표현을 ‘조력’으로 바꾸었다.

2) 응급의료법 상 ‘응급환자’의 개념에 대하여는 동법 제2조, 동 시행규칙 제2조, 동 규칙 별표 1 참조.

3) 응급의료법 상 ‘응급의료’의 개념에 대하여는 동법 제2조 제2호 참조.

4) 이 법리에 대한 연구가 우리 응급의료법 제5조의2에 대한 해석상의 쟁점을 발견하고 입법의 방향을 설정하는 데 많은 도움이 되었음을 밝힌다. 이 논문에서 영미의 논의는 Rachael Mulheron, *Medical Negligence: Non-Patient and Third Party Claim*(2010)[이 문헌은 ‘Mulheron, ~면’ 또는 ‘Mulheron, 주~’으로 인용함]만을 인용한다. 영미의 논의에 관하여는 2013. 3. 29. 한국민사법학회 산하 미국법연구회에서 발표한 적이 있다.

II. 무상조력행위에 관한 민법의 규율

1. 무상조력행위와 민법

조력의 무상성이라는 측면에서 ‘대체로’ 계약관계를 전제할 수 없다. 계약에 따른 무상조력행위를 이론적으로 상상할 수 없는 것은 아니다. 하지만 당사자의 관계를 총체적으로 파악하여도 ‘무상으로’ 조력할 의무를 당사자에게 부과하는 계약은 현실적으로 찾기 어렵다. 무상조력행위를 한 의사와 환자 사이를 사실적 계약관계론으로 규율하자는 견해⁵⁾도 있다. 유의할 것은 사실적 계약관계론이 적용된다고 하여 조력행위가 (사실적으로 인정되는) 계약상 의무로서 착수되는 것이 아니라는 점이다. 사실적 계약관계론에 입각하여도, 무상조력행위에 관한 사실적 계약관계는 일단 계약상 의무 없이 조력행위가 이루어짐으로써 성립하는 것이며 그 이후의 법률효과를 계약법적으로 규율하겠다는 것이다. 그 대표적인 것이 조력자의 대가지급청구권의 인정 여부이다. 이미 행한 노무제공에 적절한 보수를 계약상의 대가의무로서 이행할 수 있는지의 문제이다. 이를 인정하는 것이 비용상환청구권만을 인정하는 사무관리 법리[민법 제739조]보다 현실에 부합하기 때문이다. 이 점은 상법 제61조와 같은 취지에서 상환을 요구할 수 있는 비용의 산정을 보수에 준하여 인정하는 판례⁶⁾에 의하여 해결될 수 있다고 하겠다. 물론 이들 판결은 관리자와 본인 사이에 계약관계를 인정한 것은 아니며, 관리자가 보수를 기대하면서 직업 또는 영업의 일환으로 제공한 노무이어야 한다는 점이다. 아무튼 이 논문의 주제는 조력행위로 인한 ‘민사책임’이므로 이러한 논의는 주제를 벗어나는 것이므로 이 정도로만 언급한다.

그렇다면 무상조력행위로 인한 민사책임에 적용할 민법의 영역은 법정채권을 발생시키는 세 법리, 즉 사무관리, 부당이득 그리고 불법행위이다. 후술하

5) 석희태, 「의료과오 민사책임에 관한 연구」, 연세대 대학원 박사학위논문, 1988, 제17면.

6) 대법원 2010.1.14. 선고 2007다55477 판결 등.

는 응급의료법은 제5조의2에서 “선의의 응급의료에 대한 면책”이라는 표제에서 무상조력행위로 인한 손해배상에 관하여 특별규정을 두고 있다. 이 규정은 위에서 말하는 무상조력행위의 상당한 부분에 적용될 것이지만, 그 적용에서 제외되는 경우는 위 민법의 해당 법리에 의해 규율될 것이다.

부당이득의 법리가 무상조력행위로 인한 법률관계에 적용되는 측면이 있다. 즉 조력으로 인하여 입은 조력자의 손실과 피조력자의 이익 사이에 인과관계가 인정된다면 조력자는 부당이득의 법리에 따라 피조력자에게 이익의 반환을 청구할 수 있다. 하지만 이 글에서 논의하고자 하는 주제는 조력행위로 인하여 피조력자가 입은 손해의 귀속에 관한 것이므로 여기서는 이를 상론하지 않는다.

그렇다면 무상조력행위의 민사책임에 관한 민법의 법리로는 불법행위와 사무관리이다.

2. 무상조력행위와 불법행위

무상조력이라도, ‘행위와 손해 그리고 양자 사이의 조건적 인과관계로 구성되는 가해행위’, ‘위법성’ 및 ‘유책성’이라는 세 요건이 구비되면 불법행위가 된다.⁷⁾ 즉 조력과 관련하여 피조력자의 법익침해가 있었고, 조력행위가 없었더라면 그러한 법익침해가 없었을 경우, 조력행위에 위법성이 조각되지 않는 한, 조력자가 법익이 침해될 것이라는 점을 인식하였거나 법익침해라는 손해를 예견하고 회피할 가능성이 있었던 경우에, 조력자는 피조력자의 법익침해라는 손해에 대하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 지게 된다.

무상으로 자발적으로 조력행위를 하였다는 점이 위 요건과 관련하여 어떠

7) 불법행위 요건을 이렇게 셋으로 분류하는 견해는 종래 없었다. 하지만 이렇게 분류하는 것이 타당하다는 종래 필자의 생각에는 변함이 없다. 그 요건 분류에 관한 기존의 논의 및 사건의 소개에 대하여는 김천수, “기왕증을 포함한 피해자의 신체적 소인 및 진단과오가 불법행위책임에 미치는 영향”, 『성균관법학』, 제16권 제3호, 2004, 제42면 및 “우리 불법행위법의 소묘”, 『민사법학』, 제52호, 2010, 제533면 등 참조.

한 법률적 의미를 가지는가의 문제를 본다. 우선 생각할 수 있는 요건이 위법성이다. 즉 행위의 무상성 내지 자발성이 위법성 조각사유로 인정된다면, 그 구체적인 사유의 유형으로는 긴급피난(민법 제761조 제2항)을 생각할 수 있다. 특히 응급환자라면 조력행위는 “급박한 위난을 피하기 위”한 행위라고 할 것이다. 문제는 두 가지이다. 하나는 동조가 피난행위자 본인이 처한 위난만이 아니라 다른 사람이 위난에 처한 경우에도 적용되는지 여부이다. 또 하나는 “부득이 타인에게 손해를 가한 경우”라는 동조 적용 상황에 관한 표현이 무상조력행위에도 해당하는지 여부이다. 여기서 “타인”은 긴급피난 행위자 이외의 모든 사람을 의미하는가 아니면 긴급피난 행위자 및 그 피난행위로 보호되는 법익의 주체도 제외하여야 하는가의 여부이다.

응급환자의 무상조력행위의 경우란 피난행위자 본인이 아닌 다른 사람이 위난에 처한 경우이며,⁸⁾ 그로 인하여 손해를 입은 자가 피난행위로 인하여 보호되는 법익의 귀속주체, 즉 피난행위의 수혜자 자신인 경우이다. 대체로 민법 제761조의 “위난”은 피난행위자의 위난에 한하지 않는 것임이 동조의 문언 자체에서 추론된다. 동조의 제1항은 정당방위를 “자기 또는 제3자의 이익을 방위”하는 행위로 규정하고 있으며, 동조 제2항의 긴급피난에도 준용되는 동조 제1항의 이러한 태도는 제2항의 긴급피난에도 마찬가지로 적용된다고 이해된다. 하지만 수혜자가 피해자인 경우에도 동조 제1항의 정당방위나 제2항의 긴급피난의 법리가 적용되는지 여부에 대한 논의는 보이지 않는다.

무상조력행위라는 긴급피난행위로 보호되는 수혜자의 법익(이하에서는 ‘수혜법익’이라고 함)은 그 위난 자체가 방치되는 경우 침해가 예상되는 생명 등의 신체적 인격법익이다. 한편 긴급피난 행위 자체로 인하여 침해된 법익(이하에서는 ‘피해법익’이라고 함)이 수혜자의 소유물 등 재산적 법익인 경우에 역시 긴급피난의 법리가 적용되지 않는다고 하면 이는 부당하다는 점은 쉽게 인정될 것이다. 그렇다면 피해법익이 수혜법익과 마찬가지로 신체적 인격법

8) 물론 피난행위자가 다른 사람과 함께 위난에 처한 경우, 그 다른 사람의 조력이 문제되는 경우라면 마찬가지이다.

익이라면 긴급피난의 법리가 적용되지 않는다고 해야 할 특별한 이유는 없을 것이다. 물론 수혜법익과 피해법의 사이의 균형이라는 긴급피난의 ‘상당성’ 요건이 구비되었는지 여부는 별개의 문제이다.

이상과 같이 본다면 긴급피난의 요건이 구비되는 무상조력행위의 경우에, 그로 인한 피해자의 손해에 대한 조력자의 배상책임은, 설사 무상조력행위가 불법행위로서의 가해행위 및 유책성이라는 요건이 구비되어도 위법성이 조각되어, 부인된다고 할 것이다. 하지만 이러한 해석론에 반대하는 견해에 입각한다면 무상조력행위자의 책임이 위법성 조각의 법리로는 면제되지 않을 것이다.

3. 무상조력행위와 사무관리

무상조력행위자가 응급환자를 조력할 의무가 없음에도 조력한 경우라면 이는 전형적인 사무관리이다. 그러한 관리행위에서 민사책임에서 중요한 요소가 본인의 “이익”(민법 제734조 제1항)과 “의사”(동조 제2항)이다. 의사와 이익은 상호 보완적이며 전자가 우선한다. 즉 사무관리자는 본인의 의사를 알았거나 알 수 있으면 그 의사에 따라야 하고,⁹⁾ 알 수 없다면 이익에 따라야 한다.¹⁰⁾ 본인의 의사를 알거나 알 수 있는데 그 의사에 적합한 방법으로 관리하지 않거나, 본인의 이익을 알 수 없다면 본인의 이익에 가장 부합하는 방법으로 조력하지 않는 경우, 사무관리자는 무과실 손해배상책임을 지기 때문이다(동조 제3항 본문).

사무관리자의 손해배상책임에 관한 ‘민법 제734조 제3항 본문’은 민법 제750조의 특별규정이다. 민법 제734조는 민법 제750조의 요건, 즉 가해행위, 위법성, 유책성의 요건 가운데 유책성 요건을 배제하여 그 책임을 강화하고 있

9) 사무관리자가 따라야 하는 의사는 “사회상규에 비추어 합리적”이어야 한다는 견해(『민법 주해[XVII]』, 박영사, 2005, 제25면[이하에서는 ‘주해 ~면’으로 인용함])는 타당하다.

10) 민법 제734조는 동시에 충족할 것을 요구하도록 해석될 여지가 있지만 이렇게 이해하는 것이 적절하다. 같은 취지에 입각한 견해로 주해 제28면; 『주석민법』, 채권각칙(5), 한국사법행정학회, 1999.[이하에서는 ‘주석 ~면’으로 인용함], 제364면 등 참조.

는 것이다. 그런데 민법 제750조의 특별규정인 ‘제734조 제3항 본문’ 그 자체에는 특별규정이 또 두 개가 있다. 이들 특별규정이 적용되는 경우에는 무과실은 물론이고 경과실에 대하여도 책임을 면제시키고 있다. 그 하나는 조력이 “공공의 이익”에 적합한 경우이고(민법 제734조 제3항 단서: 이하에서는 이를 ‘공익적 사무관리’하고 함),¹¹⁾ 다른 하나는 조력이 “긴급”한 경우이다(민법 제735조: ‘긴급사무관리’).

여기서 ‘공익적 사무관리’로서 경과실이 면책되는 조력행위의 예로는 가령 감염병의 확산을 막기 위한 강제 진료가 있다. 이러한 조력행위가 ‘감염병의 예방 및 관리에 관한 법률’에 의하여 정당화되는 것은 “보건복지부장관, 시도지사 또는 시장군수구청장”의 강제처분(동법 제42조)에 따른 경우이다. 이러한 보건복지부 장관 등의 지시에 따른 해당 공무원의 행위로 인하여 발생한 손해의 배상책임은 국가배상법 제2조에 의하여 규율될 것이다. 이 경우 대부분은 법령에 의한 행위로서 위법성이 조각될 것이며, 동법의 규정(동조 제2조 제2항) 및 이와 관련된 대법원 판례에 따라 공무원 개인은 그 경과실에 대하여 국가에 대한 구상책임 및 그 피해자에 대한 배상책임 모두 면책된다.¹²⁾ 그러한 강제처분에 따른 업무의 일환으로서가 아니라 자발적으로 이루어진 강제 진료라면 설사 감염병 환자라고 하여도 민법의 ‘공익적 사무관리’에 관한 법리에 따라 그 경과실이 면책된다고 할 것이다. 문제는 민법 제734조 제3항 단서가 말하는 “공공의 이익”의 범위이다. 가령, 그 자발적 조력이 환자의 방치에 따른 건강보험 재정의 악화를 막는 효과가 있으면 언제나 “공공의 이익에 적합”하여 공익적 사무관리라고 할 수 있을지는 의문이다. 경과실 면책의 범위가 지나치게 확대되도록 해석하는 것은 적절하지 않을 것이다.

‘긴급사무관리’로서 경과실이 면책되려면 “생명, 신체, 명예 또는 재산에 대

11) 공익적 사무관리에 해당하는 관리행위의 주체에 대하여는 공무원담당자 등의 제한이 없다. 일반인이 행한 관리행위도 공공의 이익에 부합하면 공익적 사무관리가 된다.

12) 동법 제80조 제3호는 제42조에서 말하는 장관 등의 지시에 불응한 공무원에 관한 벌칙이 아니라, 장관 등의 지시에 따라 공무원이 실행하는 조치에 대하여 협조하지 아니한 감염병환자 등에 대한 벌칙을 규정하고 있다.

한 급박한 危害”(민법 제735조)가 있고, 이를 피하기 위한 조력이어야 한다. 의료행위의 경우에 긴급사무관리의 법리를 제한적으로 적용하자는 견해가 있다.¹³⁾ 이 견해에 따르면, “전문적인 치료시설이 있는 곳에서 의료상의 권한을 가지고 의료행위를 하는 경우”에는 경과실 면책을 부인하고, “그렇지 못한 응급상황에서의 처치행위”에 한하여 긴급사무관리 규정을 적용하자는 것이다. 민법 제735조는 수혜자인 본인의 상황(“생명, 신체, 명예 또는 재산에 대한 급박한 위해”가 우려되는 상황)에 적용되는 것이다. 그러한 요건이 구비된 경우에도, 사무관리자가 “의사 등 전문적 지식과 기술을 가진 자”라면 사무관리 행위의 상황이 열악한 경우(“전문적인 치료시설이 있는 곳에서 의료상의 권한을 가지고 의료행위를 하는 경우”가 아닌 “응급상황”일 것)라는 요건을 추가하는 견해이다. 이 견해에 따라 긴급사무관리 규정의 적용이 배제되는 경우란 사무관리 자체가 성립되지 않는 경우가 대부분일 것이다. “전문적인 치료시설이 있는 곳에서 의료상의 권한을 가지고 의료행위를 하는 경우”에는 사무관리 성립요건인 “의무 없이” 타인의 사무를 관리하는 경우가 아닐 것이기 때문이다. 여기서 의무란 위임계약과 같은 계약상 의무만이 아니라 공법상의 그것도 포함되기 때문이다.¹⁴⁾ 아무튼 위와 같은 견해에 의한다면 긴급사무관리의 법리가 적용되지 않는 무상조력행위가 적어도 이론상으로는 존재한다.

한편 민법상 긴급사무관리는, 그 적용범위에 “생명, 신체”만이 아니라 “명예 또는 재산에 대한 급박한 危害”의 경우도 포함되므로, 아래에서 볼 응급의료법 제5조의2에서 말하는 “선의의 응급의료”보다는 넓은 개념이다.

III. 응급의료법 제5조의2의 적용 요건과 효과

이상과 같이 무상조력행위에 따른 민사책임을 민법의 규정만으로 규율함에

13) 주해 제62면.

14) 주해 제44면 참조.

는 관련 규정의 내용이나 해석론에 따라 한계가 있음을 알 수 있다.¹⁵⁾ 이러한 점에서 응급의료법 제5조의2는 존재의의가 있음은 분명하다. 이하에서는 먼저 동조의 문언을 분석하고, 그 적용요건과 효과를 살펴본다.

1. 응급의료법 제5조의2의 적용 요건

편의상 이하에서 응급의료법 제5조의2가 규율하는 행위를 하는 사람을 ‘조력자’, 그 대상이 되는 사람을 ‘피조력자’, 그 행위 ‘조력행위’라고 표현한다.

가. 피조력자에 관한 요건

응급의료법 제5조의2에서 조력행위의 대상은 응급의료법상 ‘응급환자’ 가운데, “생명이 위급한” 응급환자이어야 한다. 응급의료법 상 ‘응급환자’란 “질병, 분만, 각종 사고 및 재해로 인한 부상이나 그 밖의 위급한 상태로 인하여 즉시 필요한 응급처치를 받지 아니하면 생명을 보존할 수 없거나 심신에 중대한 위해(危害)가 발생할 가능성이 있는 환자 또는 이에 준하는 사람으로서”(응급의료법 제2조), 응급의료법 시행규칙 “별표 1의 응급증상 및 이에 준하는 증상”이 있거나 그러한 “증상으로 진행될 가능성이 있다고 응급의료종사자가 판단하는 증상”이 있는 사람이다(응급의료법 시행규칙 제2조).

동 시행규칙상 증상 판단의 주체인 “응급의료종사자”를 여기서는 ‘조력자’로 보아야 할 것이다. 조력자가 피조력자를 생명이 위급한 응급환자라고 판단한 것이 합리적이라면 경과실 면책이 허용되어야 한다. 생명이 위급한지 여부, 응급환자인지 여부 등에 관한 판단의 오류에 대한 규율은 일반적 법리에 맡겨져 있다. 평균적 조력자¹⁶⁾가 그 기준이 될 것이다. 평균적 조력자가 생명의 위

15) 배현아, “한국의 착한 사마리아인법: 응급의료에 관한 법률 제5조의2 적용과 해석”, 『사법』, 제28호, 2014, [이하에서는 ‘배현아, ~면’으로 인용함], 107면은 “응급구조로 발생한 과실 손해”에 대한 민사상 면책이 “민법상의 긴급사무관리 등 기존의 제도에 의해 해결할 수 있다고 한다.

16) 조력자가 속한 인적 집단의 평균적 판단능력을 가진 자이다. 물론 인적 집단을 구성하는 객관적 징표로 의사 등 조력자의 직업이 중요한 예이다.

급이 아니라고 판단할 수 있는 경우라면, 설사 구체적 행위자가 생명의 위급으로 판단하여 조력행위를 하였더라도 경과실 면책의 보호는 받지 못한다.

한편 의료인은 응급환자를 다른 의료기관에 이송하는 경우에는 지체 없이 내원 당시 작성된 진료기록의 사본 등을 이송하여야 한다는 의료법 제21조 제5항의 의무 위반이 문제된 사건에서 대법원은 “환자이송시 초진기록 송부의무의 대상이 되는 ‘응급환자’의 개념도, 응급의료법이 정한 내용을 중심으로 객관적이고 일반적인 의학의 수준과 사회통념을 표준으로 결정되어야 하고, 단지 그 환자의 주관적인 느낌이나 의료기관의 행정처리의 편의를 위한 환자 상태의 분류 등에 좌우되어서는 안 될 것이다.”라고 판단한 바 있다.¹⁷⁾ 응급환자의 개념을 응급의료법의 그것으로 한다는 규정이 없는 의료법에서도 응급환자 개념 범위를 판단하는 데에는 응급의료법의 규정을 중요한 기준으로 본 점, 그리고 주관적 판단이 아니라 객관적 판단 즉 사회통념을 제시한 점 등에서 타당한 판결이다.

생명이 위급하지 않지만 “즉시 필요한 응급처치를 받지 아니하면 생명을 보존할 수 없거나 심신에 중대한 위해(危害)가 발생할 가능성이 있는 환자 또는 이에 준하는 사람”은 제외되는지 의문이다. 응급의료법 제5조의2가 말하는 “생명이 위급한 응급환자”가 “즉시 필요한 응급처치를 받지 아니하면 생명을 보존할 수 없”는 환자만을 의미하는지 여부의 문제이다.

나. 조력자에 관한 요건

조력행위가 통상의 자신의 업무와 관련되거나 그 연장선상의 일인 경우에는 논란이 있을 수 있다.¹⁸⁾ 이에 대하여 응급의료법은 일단 분명한 입장을 취

17) 대법원 2007. 5. 31 선고 2007도1977 판결.

18) 호주에는 가령 앰블런스나 소방차 승선자들과 같이 재난조력 노력의 일환으로 조력하도록 파견된 전문 조력자들은 선한 사마리아인 법의 보호를 받지 못하며, 이유는 그들이 급여를 받는다는 기대에서 조력 노력을 한다는 주장[Mulheron, 주122: Eburn, Emergency Law(Sydney, 2005), 제48면], 기내 응급사고에 대하여 같은 입장을 취한 견해 등이 있다 [Mulheron, 주123: “Legal Clouds …” (West Australian, 4 Jun 2008), 제4면 참조. 항공의무

하고 있다. 업무 수행 중이 아니라면 업무와 관련되거나 그 연장선상의 조력행위라고 하여도 경과실 면책을 받는다는 것이다.

응급의료법 제5조의2는 동조가 적용되는 조력자를 둘로 나누고 있다. 조력행위가 업무와 관련이 있는 사람과 관련이 없는 사람이다. 업무와 관련이 있는 사람으로는 ‘응급의료종사자’ 및 ‘법령상 응급처치 제공의무를 가진 자’이다. 응급의료종사자는 의료인과 응급구조사이다. 업무와 관련 있는 사람들, 즉 의료인, 응급구조사, 그리고 ‘응급처치 제공의무자’는 업무수행 중이 아닐 때 행한 조력행위만이 동조의 면책을 받는다. 조력행위와 무관한 일을 하는 사람의 경우에는 업무수행 중인지 여부를 불문함은 당연하다. ‘응급의료종사자’ 및 ‘법령상 응급처치 제공의무를 가진 자’ 이외의 사람의 조력행위는 애초부터 업무수행 중의 행위일 수 없기 때문이다. 결국 모두를 포함하여 “업무수행 중이 아닌” 사람이라고 말할 수 있을 것이다. 업무수행과 무관하게 조력행위를 한 사람만이 동조의 적용을 받는다.¹⁹⁾

응급의료법상 “응급의료종사자”란 “관계 법령에서 정하는 바에 따라 취득한 면허 또는 자격의 범위에서 응급환자에 대한 응급의료를 제공하는 의료인과 응급구조사”이다(응급의료법 제2조 제4호). “의료인”이란 응급의료법에 특별한 언급 없이 사용되고 있는 용어이지만 의료법의 그것²⁰⁾으로 이해하면 될 것이다. 이렇게 이해한다면 여기의 의료인은 의료법의 의사, 치과의사, 한의사, 조산사 및 간호사이며, ‘약사법’이라는 고유의 직업법을 가진 약사는 이 개념에서 빠진다고 할 것이다. “응급구조사”에 대하여는 응급의료법에서 상세한 규정을 두고 있다.²¹⁾ 응급의료법은 “법령상 응급처치 제공의무를 가진 자”로

후송에서의 ‘유급의료호송인’인 경우임]. 미국에서도 같은 입장을 취한 견해가 있다 [Mulheron, 주124에 인용된 각 문헌 참조. 광역 전염병 상황에서 자원 요청에 응해서 보수를 받은 경우임].

19) 이러한 점에서 이 요건을 편의상 ‘업무무관성’이라고 표현하기로 한다.

20) 의료법 제2조(의료인) ① 이 법에서 “의료인”이란 보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사를 말한다.

21) ‘응급구조사’에 대하여는 응급의료법 제7장에서 10개의 조문을 두어 그 자격, 결격사유 등을 규정하고 있다.

“「선원법」 제86조²²⁾에 따른 선박의 응급처치 담당자”와 “「119조력·구급에 관한 법률」 제10조²³⁾에 따른 구급대”를 예시한다(응급의료법 제5조의2 제1호).

“다른 법령에 따라 응급처치 제공의무를 가진 자”에서 “다른 법령”에 조력의무를 포괄적으로 규정한 형법 제18조와 제271조 제1항도 포함되는지 여부에 대하여, 이를 포함시키는 취지의 견해도 있다.²⁴⁾ 타당한 견해이다. 그렇다면 그 조문들의 해석에 따라 조력의무가 발생하는 업무를 수행하는 중의 사람은 그 업무에서 벗어난 시점에 행한 응급처치에 대하여서만 경과실 면책이 될 것이다.

“응급의료종사자”의 “면허 또는 자격의 범위”라는 표현의 위치가 문제이다. 응급의료종사자는 책임감면을 받으려면 응급의료법 제5조의2 제2호의 적용을 받아야 한다. 그런데 현행 문언대로 적용한다면 그가 업무수행 중이 아닌 때에 “면허 또는 자격의 범위” 밖의 조력행위를 한 경우에는 책임감면을 받을 수 없게 된다.

업무수행 중이 아닌 자가 조력행위를 했다는 점에서 응급의료법 제5조의2의 제목은 “선의의 응급의료”라고 표현한다. 하지 않아도 되는데 했다는 점에서 그러한 표현을 사용한 것이다. 여기서 말하는 “선의”란 영미법권의 ‘the good Samaritan law’의 ‘good’을 번역한 것이라 하겠다. 그 동안 민법에서 ‘선의’란 용어는 행위자가 어떠한 사실을 모르고 한 행위이어서 그 행위에 대한 비난가능성을 감면하는 취지로 사용되어 왔다. 응급의료법에서는 그와 다른 의

22) 선원법 제86조(응급처치 담당자) ① 제84조 또는 제85조제1항에 따른 의사나 의료관리자를 승무시키지 아니할 수 있는 선박 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 선박의 선박소유자는 선박에 응급처치를 담당하는 선원(이하 “응급처치 담당자”라 한다)을 두어야 한다. <이하 생략>.

23) 제10조(119구급대의 편성과 운영) ① 소방방재청장등은 위급상황에서 발생한 응급환자를 응급처치하거나 의료기관에 긴급히 이송하는 등의 구급업무를 수행하기 위하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 119구급대(이하 “구급대”라 한다)를 편성하여 운영하여야 한다. ② 구급대의 종류, 구급대원의 자격기준, 이송대상자, 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. ③ 구급대는 안전행정부령으로 정하는 장비를 구비하여야 한다.

24) 배현아, 제111면.

미로 사용되었다고 할 것이다. 그야말로 ‘착한’이란 뜻이라고 하겠다. 이는 표현의 잘못을 지적하고자 함이 아니고 단지 그러한 의미라는 점을 언급하고자 함이다. 영미법권의 ‘the good Samaritan law’에서 ‘good’의 함의에는 무상성 (without fee)가 있다는 점은 유의해야 할 대목이다. 이에 대하여는 아래의 효과론에서 언급한다.

다. 조력행위에 관한 요건

(1) 조력행위의 내용

조력행위는 응급의료 또는 응급처치의 제공이다. 응급의료법상 “응급의료”는 “응급처치”를 포함하는 개념이다. “응급의료”는 “응급환자가 발생한 때부터 생명의 위험에서 회복되거나 심신상의 중대한 위해가 제거되기까지의 과정에서 응급환자를 위하여 하는 상담·구조(救助)·이송·응급처치 및 진료 등의 조치”이며(응급의료법 제2조 제2호), “응급처치”는 “응급의료행위의 하나로써 응급환자의 기도를 확보하고 심장박동의 회복, 그 밖에 생명의 위험이나 증상의 현저한 악화를 방지하기 위하여 긴급히 필요로 하는 처치”이다(응급의료법 제2조 제3호). 경과실 면책이 인정될 수 있는 조력행위는 규정상으로는 응급의료종사자, 법령상 응급처치 제공의무자, 일반인으로 구별되지만, 관련규정을 종합적으로 살펴 궁극적으로는 분석하면 의료인인가의 여부에 따라서 구별될 것이다. ‘의료인이 아닌 사람’²⁵⁾의 조력행위는 “상담·구조(救助)·이송” 및 “응급처치”에 한정될 것이다. ‘의료인’의 조력행위에는 “상담·구조(救助)·이송”, “응급처치”뿐만 아니라 “진료”도 포함되지만 이는 모든 진료가 아니라 “면허된 것”에 한한다.

‘응급의료’와 ‘응급처치’라는 ‘이원적’ 용어구사가 필요한 이유는 의료인 이외에는 의료행위가 금지되는 의료법의 규율에서 찾을 수 있다.²⁶⁾ ‘응급의료’

25) 응급구조사, 법령상 응급처치 제공의무자, 기타 일반인을 포함한다. 응급구조사도 응급처치에 한하는 이유는 아래에서 상술한다.

26) 의료법 제27조는 제1항 본문에서 “의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며

의 정의에서 응급의료법은 ‘응급처치’와 ‘진료’를 구별하여 병렬하고 있다. 조력행위가 의료법에 저촉되지 않도록 ‘응급처치’라는 용어를 창출한 것으로 이해된다. 응급의료에서 ‘의료’는 의료법이 의료인의 각 면허범위로 제한하여 허용하는 의료행위에서의 ‘의료’보다 넓은 의미라고 할 것이다. ‘응급의료’라는 단어는 상황을 설명하는 ‘응급’과 행위 내용을 표현하는 ‘의료’의 조합이다. 그런데 응급의료의 행위 내용에는 아래와 같이 세 유형이 있으며 이들 모두가 소위 의료법에 의하여 규율되는 의료행위에 해당하지는 않기 때문이다.

경과실 면책이 허용되는 조력행위에는 세 유형이 있다. “상담·구조(救助)·이송”, “응급처치”, “진료”이다. 이들을 모두 포함하는 용어가 ‘응급의료’이다. 경과실 면책이 인정될 수 있는 조력자는 네 유형으로 구별이 가능하다. 즉 조력자는 ‘의료인’, ‘응급구조사’, ‘법령상 응급처치 제공의무자’, 기타 ‘일반인’으로 구별된다. ‘의료인’과 ‘응급구조사’를 함께 담는 용어가 ‘응급의료종사자’이다(응급의료법 제2조 제4호 참조). 이들을 적절하게 짝짓기를 하는 것이 필요하다. 응급의료종사자에 의료인과 응급구조사, 응급의료종사자가 아닌 사람에게 법령상 응급처치 제공의무자와 일반인이 있어서 행위자는 크게 보면 둘이나, 세부적으로 나누면 넷이 된다. 이 가운데 행위와 짝짓기를 함에 있어 의료인을 제외하고는 문리해석이 부적절하다. 이하에서 상세하게 언급한다.

우선 응급의료종사자를 본다. 이들은 업무 수행 중이 아닌 때에 행한 ‘응급의료’에 대하여 경과실 면책을 받을 수 있다. 문제는 의료인이 아닌 응급의료종사자인 응급구조사이다. 응급환자의 조력에 많이 참여하게 될 응급구조사의 경우에는 응급의료법이 특별규정을 두고 그들의 업무범위를 규정하고 있다. 응급의료법 제41조에 의하면 응급구조사의 업무범위는 상담·구조(救助)·이송 및 응급처치인데,²⁷⁾ 제5조의2에서는 응급처치를 포함하는 ‘응급의료’를

의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다.”고 규정하는데, 예외를 인정하는 단서에 따른 ‘각 호’에 응급환자에 대한 진료는 포함되어 있지 않다.

27) 응급의료법 제41조(응급구조사의 업무)는 “응급구조사는 응급환자가 발생한 현장에서 응급환자에 대하여 상담·조력 및 이송 업무를 수행하며, 「의료법」 제27조의 무면허 의료행위 금지 규정에도 불구하고 보건복지부령으로 정하는 범위에서 현장에 있거나 이송

경과실 면책의 조력행위로 넓게 설정한 것처럼 보인다. 업무 수행 중에는 일정한 공간에서의 ‘응급처치’만 허용하는 응급구조사에게 업무 수행 중이 아닌 때에 경과실 면책이 허용될 수 있는 조력행위에는 ‘응급의료’로 넓게 할 이유가 없다. 업무 수행 중이 아니라는 사실은 “의사로부터 구체적인 지시”를 받아야 한다는 ‘업무상 의무’(응급의료법 제42조 참조)로부터도 자유로운 상태임을 의미한다는 점에 유의할 필요가 있다. 응급구조사가 경과실 면책을 받을 수 있는 조력행위는 “본인이 받은 면허 또는 자격의 범위에서 한 응급의료”(응급의료법 제5조의2 제2호)인데, 그 범위를 동법 제41조는 ‘응급처치’에 한정하여 결국 동법 제5조의2에서 말하는 ‘응급의료’는 응급구조사의 경우 결국 상담·구조(救助)·이송 및 응급처치이고 그 범위조차도 응급의료법 시행규칙에서 제한을 두고 있다.²⁸⁾

응급의료종사자가 아닌 사람은 ‘응급처치’에 관하여 경과실 면책을 받게 된다. 응급의료종사자가 아닌 사람도 돌로, 즉 ‘법령상 응급처치 제공의무자’와 ‘일반인’으로 나뉜다. “법령에 따라 응급처치 제공의무를 가진 자”가 업무수행 중이 아닌 때에 하는 조력행위도 ‘응급처치’에 한한다.

이상과 같은 문리해석의 결과 응급의료종사자를 제외한 모든 사람은 ‘응급처치’만이 경과실 면책이 허용되는 조력행위이다. 전술한 바와 같이 응급의료로 예시된 행위는 세 종류이다. 즉 “상담·구조(救助)·이송”, “응급처치”, “진

중이거나 의료기관 안에 있을 때에는 응급처치의 업무에 종사할 수 있다.”라고 규정하며, 동법 제42조(업무의 제한)는 “응급구조사는 의사로부터 구체적인 지시를 받지 아니하고는 제41조에 따른 응급처치를 하여서는 아니 된다.”고 제한하는데 동조 단서에서 “다만, 보건복지부령으로 정하는 응급처치를 하는 경우와 급박한 상황에서 통신의 불능(不能) 등으로 의사의 지시를 받을 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 하여 의사의 지시 없이 응급처치를 할 수 있게 한다. 한편 동 시행규칙 제33조(응급구조사의 업무)는 “법 제41조의 규정에 의한 응급구조사의 업무범위는 별표 14와 같다.”고 하며(별표 14의 인용은 생략), 동 시행규칙 제34조(경미한 응급처치)는 “법 제42조 단서의 규정에 따라 응급구조사가 의사의 지시를 받지 아니하고 행할 수 있는 응급처치의 범위는 제33조의 규정에 의한 2급응급구조사의 업무범위와 같다.”고 규정한다(이상에서 인용된 법문의 밑줄은 필자에 의한 것임).

28) 응급구조사의 조력행위를 굳이 면허 범위로 제한하는 입법에 대한 의문을 제기하는 견해가 있다. 배현아, 제117~118면. 그 면허 범위가 매우 포괄적이어서 실제 적용상 문제는 없을 것이나 입법기술상으로는 경청할 지적이다.

료”이다. ‘응급처치’와 ‘진료’를 분리시킨 것은 응급처치를 진료행위로 보지 않겠다는 입법 태도로 이해된다. 그렇게 하여 일반인의 응급처치는 진료행위가 아니라고 함으로써 의료법과 모순되는 상황을 피하고 있는 것이다. 물론 기도 확보나 심장박동 회복의 방법에 따라서는 특히 관련 교육을 받지 않은 일반인에게 허용되기 어려운 경우도 있다. 자신이 감당할 수 없는 방법을 미숙하게 사용한 경우에 중과실이 인정될 가능성이 높아진다.²⁹⁾

그런데 문제는 ‘응급의료종사자가 아닌 조력자’의 조력행위인 ‘응급처치’에 “상담·구조(救助)·이송”이 포함되지 않는다는 점이다. 전술한 바와 같이 응급구조사는 응급처치가 그의 업무범위에 포함되기 때문에 “상담·구조(救助)·이송”이 경과실 면책되는 행위의 개념에 포함된다. 하지만 법령상 응급처치 제공의무자나 기타 일반인의 경우에 “상담·구조(救助)·이송”의 행위가 경과실 면책의 대상에서 제외된다고 해석하는 것은 부적절하다. 이는 목적론적 해석상 응급의료종사자가 아닌 조력자들에게도 “상담·구조(救助)·이송”에 따른 경과실 면책도 허용되는 것이 타당하다. 가령 ‘이송’과 같은 행위야말로 119 대원 및 일반인의 조력행위로 쉽게 예상할 수 있는 행위이다.³⁰⁾

(2) 조력행위의 무상성

영미법권의 ‘the good Samaritan law’에서는 조력행위의 무상성을 매우 중요한 요건으로 제시한다. 심지어 조력행위에 대하여 조력자가 환자가 아니라 다른 사람으로 사례를 받은 경우는 선한 사마리아인 법에 따른 면책을 받을 수 있는지 논의된다.³¹⁾ 가령 탑승객을 도와준 승객 의사가 항공사로부터 감사표

29) 영미에서 gross negligence가 인정되는 행동으로 제시되는 세 유형, 1) ‘고의’(wilful intent)의 정도에 이르는 행동, 2) 매우 ‘미숙함’(incompetence)을 나타내는 행동, 또는 3) 큰 ‘손해’(damage)를 끼치는 행동 가운데[Mulheron, 제216면], 2)의 유형에 유사한 경우라고 하겠다.

30) 아일랜드 법개정위원회는 선한 사마리아인 법 초안에 가장 넓은 적용범위를 제시하여, 조력(assistance), 조언(advice), 돌봄(care)을 포함시켰다. 선한 사마리아인의 행위로 인정되는 조력행위의 범위에 대한 영미법권의 입법례에 대하여는 Mulheron, 제221~222면 참조.

시인 선물을 받으면 그러한 면책의 혜택을 받지 못하는지 여부이다. 그래서 영미의 경우 대가 즉 제공한 노무와 등가성이 없는 가벼운 선물조차도 수령을 거부하는 경우가 언론에 종종 보도된다.³²⁾ “fee”의 개념 범위에 속하지 않을 가치인 선물조차 거부하는 데에는 경과실 면책의 혜택을 받지 못할 우려 때문이라고 한다.³³⁾ 이러한 점에서 우리의 ‘무상’ 개념과 다른 의미의 ‘선의’(good) 개념을 생각해 볼 수 있다.

우리의 경우 응급의료법은 경과실 면책에 무상성을 요구하지 않는다. 업무 수행 무관성 등 다른 요건만 구비되면 조력자가 내심에 그 대가 내지 사례를 기대하였는지(expectation of fee or reward) 여부를 불문하고, 설사 사후적으로 조력자가 환자 측 또는 제3자로부터 경제적 이익을 얻더라도 경과실의 면책을 받을 수 있다고 하는 것이 응급의료법의 태도라고 할 것이다. 심지어 구소자는 후술하듯이 피조력자에게 비용의 상환도 청구할 수 있다.

(3) 조력행위의 장소

응급의료법의 경과실 면책 요건에 공간적 제한은 없다. 업무수행 중이 아닌³⁴⁾ 응급의료종사자가 응급의료기관내에서 조력행위를 한 경우에도 응급의료법 제5조의2가 적용될 것이다.³⁵⁾ 따라서 의료기관 내에서 의료인에 의한 조력행위라고 하여도, 업무 수행중이 아니라면, 면책의 혜택을 받을 수 있다.³⁶⁾ 문제는 업무수행중인지 여부의 판단이다. 나아가서 공간은 과실의 판단

31) Mulheron, 제218~219면.

32) 관련 미국 신문기사.

33) 물론 앰블런스 종사자들이 비용의 전보를 받았으므로 선한 사마리아인으로서의 보호를 받지 못한다는 주장을 배척한 캐나다 브리티쉬 콜럼비아 대법원 판결(Mulheron, 주99에서 인용된 Fraser v Kelowna Motocycle Club 1988)도 있다. 이에 대하여 이 결정은 브리티쉬 콜럼비아 선한 사마리아인 법의 ‘자발적으로 제공된 조력의 의도’를 매우 넓게 해석한 것이라는 평가도 있다. Mulheron, 주120, 121 참조.

34) 가령 퇴근길에 병원 구내에서 응급환자를 조력한 경우 등.

35) 인터넷에 “Volunteers in Emergency Department(VED)”라는 단어로 자료를 검색하다 보면 의외로 응급실 자원봉사자를 찾는 광고를 발견한다. 이러한 자원봉사자가 여기서 말하는 선한 사마리아인 법의 혜택을 받아야 하는지 여부는 추후에 검토할 필요가 있다.

36) ‘의료기관 내부에서 발생한 응급상황’(in-hospital emergencies)과 ‘의료기관 외부에서 발

기준에 영향을 줄 것이다. 의료인이 행한 조력행위의 장소가 의료시설이 준비되어 있는 장소인지 아니면 그렇지 않은 장소³⁷⁾ 사이에는 과실 기준이 달라지기 때문이다. 한편 의료법은 응급환자를 진료하는 경우를 의료기관내에서 진료해야 한다는 원칙에 대한 예외의 하나로 규정한다.³⁸⁾ 영미법권에서도 병원이나 의료기관 내에서 제공된 조력에는 선한 사마리아인 법이 적용되지 않는다는 원칙은 대체로 없는 것 같다.³⁹⁾

(4) 손해의 발생 및 유책성에 관한 요건

응급의료법 제5조의 2는 조력행위로 인하여 피조력자에게 손해가 발생한 경우를 규율한다. 여기서 규율대상이 되는 손해는 조력행위 자체가 야기한 것에 한한다. 그 손해의 전제로서 ‘침해된 법익’에는 재산적 법익 및 인격적 법익 모두가 포함되며, 그 침해로 인하여 구체화된 손해 가운데 재산상 손해만이 아니라 정신상 손해도 규율대상이 된다고 할 것이다. ‘손해의 발생’이라고 하는 요건은 후술하는 효과론에서 상세하게 다시 언급하기로 한다. 응급의료법 제5조의 2가 적용되는 효과의 핵심이 경과실 면책이며 그 면책되는 배상책임은 어떤 손해에 관한 것인가를 다루는 것은 효과론의 내용이기도 하다.

응급의료법 제5조의 2에 따라 민사책임이 경감되려면 조력행위로 야기된 손해의 발생에 관하여 ‘고의’나 ‘중대한 과실’이 없어야 한다. 무과실 면책이 당

생한 응급상황’(extra-hospital emergencies)을 선한 사마리아인 법은 구별하지 않는다고 하겠다. 다만 후술하듯이 같은 수준의 실수라고 하여도 인적 물적 의료설비의 구비 여부에 따라 경과실과 중과실로 달라질 수 있다는 점은 물론이다.

37) 가령 자동차 등 운송수단 내부이거나 길가 등.

38) 의료법 제33조(개설 등) ① 의료인은 이 법에 따른 의료기관을 개설하지 아니하고는 의료업을 할 수 없으며, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 외에는 그 의료기관 내에서 의료업을 하여야 한다. 1. 「응급의료에 관한 법률」 제2조제1호에 따른 응급환자를 진료하는 경우

39) 관련 논의는 Mulheron, 제222~223면 참조. 다만, 미국 캘리포니아 주 보건안전법 제 1799.102조에 의하면, 선의로 그리고 보상을 바라지 않고 응급의료로 응급현장에서 제공한 자는 그 행위로 야기된 민사적 손해배상책임을 지지 않지만, 의료 care가 늘 제공되는 응급실 기타 장소는 응급의 현장에 포함되지 않는다고 한다. 하지만 우리의 경우에는 업무무관성이라는 요건이 충족되지 않은 경우가 될 것이다.

연한 것이 아님은 이미 사무관리 법리에서 보았다. 물론 공익적 사무관리나 긴급사무관리 요건을 구비한다면 무과실 면책은 물론이고 경과실 면책도 인정됨도 이미 보았다.

응급의료법 제5조의2 역시 선의의 응급의료에 대하여 무과실 및 경과실 면책을 인정한다. 문제는 경과실과 중과실의 구별이며 이는 사실의 문제이다. 중대한 과실이란 과실의 중대성, 즉 주의를 게을리 한 정도가 무겁고 크다는 의미이다.⁴⁰⁾

손해배상책임 요건으로서의 과실이란 행위를 함에 있어서 그 행위로 인한 법익침해 내지 손해라는 결과발생의 가능성을 알 수 있었고 결과발생을 막을 수 있었는데 몰랐거나 막지 않았다는 의미이다. 동일한 상황에서 보통사람이 ‘보통의 주의’를 기울이면 결과발생 가능성을 알 수 있고 결과발생을 막을 수 있는데 그 ‘보통의 주의’를 게을리 한 것이 과실이다. 이러한 과실을 중과실과 비교하여 경과실이라고 한다. 중대한 과실이란 보통사람이 ‘약간의 주의’만 기울였어도 알 수 있었는데 몰랐다면 인정된다. 다시 말하면 ‘보통의 주의’를 기울여야 알 수 있었거나 막을 수 있었던 결과라면 ‘경과실’이 인정될 것이고 ‘약간의 주의’를 기울여도 알 수 있었거나 막을 수 있었던 결과라면 ‘중과실’이 인정될 것이다. 하지만 이러한 기준 역시 추상적이다.

생각건대 경과실과 중과실을 구별하는 실익은 고의 증명의 어려움을 덜어

40) 영미 판례상 gross negligence에 대한 설명은 우선 평균인의 행위기준에서 접근하는 시각과 예견되는 결과의 심각성에서 접근하는 시각의 두 가지이다. 전자로는, ‘책임감 있고 능숙한(reponsible and competent) 사람들이 습관적으로 처신하는 기준’으로부터 매우 현저하게 이탈한 경우(very marked departure)로서 의식적인 잘못이 없는 경우 즉 고의가 아닌 경우라는 판례[Mulheron, 주101에서 인용한 캐나다 판결 가운데 특히 Walker v Coates 1968 참조]의 시각이 있다. 후자로는, ‘큰 손해(a high magnitude of injury)를 야기한 과실로, 보통을 넘는, 즉 고도의 주의를 기울여지지 않으면 사망, 심각한 부상 등 큰 손해를 야기하는 것이 거의 불가피한 불행(mishap)이 닥치는 경우’라는 판결[Mulheron, 주102에서 인용된 캐나다 판결로 Doern v Phillips Estate 1994, Ogilvie v Donkin 1949 등 참조]가 있다. 아일랜드의 입법안에서는 중과실을 규정하는데 미숙(incompetence)의 정도가 매우 높다는 점(a very high degree)과 신체 손해(personal injury)가 초래될 실질적 위험이 있다는 점(substantial personal injury)의 두 요소가 모두 구비되는 경우를 중과실이라고 정의한다[Mulheron, 주108]. 특히 손해라는 결과의 정도를 가지고 과실의 정도를 판단하는 것은 우리도 앞으로 검토해 볼만하다고 하겠다.

주는 데서 찾아야 할 것이다. 경과실이든 중과실이든 모든 단계의 과실책임을 면제시키는 경우라면 피해자는 행위자가 결과발생의 가능성을 알았음에도 행위를 감행한 고의를 증명해야 하고, 그것이 가능하려면 행위자가 결과발생의 가능성을 알았다는 행위자의 주관적 내부적 용태를 증명해야 하는데 이는 대체로 쉽지 않다. 과실은 보통사람을 기준으로 하므로 객관적 용태의 증명으로 인정된다. 이 역시 쉬운 일은 아니지만 고의의 증명에 비하면 쉬운 일이다. 따라서 경과실만 면책한다면 피해자는 고의보다 증명이 상대적으로 쉬운 중과실만 증명하여 손해의 배상을 받을 수 있게 된다. 행위자가 알았다는 사실을 부인한다면, 피해자는 보다 어려운 고의 증명을 하려고 노력할 필요 없이, 그 발생한 결과가 보통 사람이 ‘약간의 주의’만 기울여도 알 수 있어서 막을 수 있었다는 사실만 증명하면 되기 때문이다.

이러한 증명의 관점에서 입법정책적으로 본다면, ‘경과실 면책’의 제도는 사실 고의 책임만 묻고자 하는 경우에 선택할 수 있는 현실적 대안이 된다고 하겠다. 판례는 해석으로 일정한 사실을 알았던 자만 보호에서 배제하는 경우에도 중과실로 몰랐던 자도 역시 보호에서 배제하는 경우가 있는데,⁴¹⁾ 이는 이러한 점에서 타당하다고 하겠다.⁴²⁾

나아가서 유의할 것은 여기서 고의나 과실은 응급의료나 응급처치의 실패라는 결과에 대한 것이 아니라는 점이다. 생명이 위급한 응급환자를 살리지 못

41) 가령 채권양도에 관한 민법 제449조 제2항 단서에 따르면, 양수인이 양도금지 특약을 알았던 악의의 양수인에게는 그 특약으로 대항할 수 있는데, 몰랐던 데 중과실이 있는 양수인에게도 채무자가 대항할 수 있도록 하는 판례의 태도가 그러하다.

42) 고의와 중과실 사이의 주관적 용태상 차이 없음을 시사하는 언급을, 병원 응급실 과실에 관한 미국 Texas 주의 2009년 판결(Guzman v Memorial Hermann Hosp Sys)에서 찾을 수 있다. Texas Civil Practice and Remedies Code 제74.152조의 “wilfully or wantonly negligent”에 대한 해석이 문제되었는데, ‘wilful’은 ‘의도적이고 고의적’임을 의미하고 ‘wanton’은 무자비하며 비인간적인 것이고 ‘주저함이 없는’(without check or limitation) 상태인데, 이러한 ‘wanton’이 없는 ‘wilful’은 없다는 것이다. 한편 ‘wilful and wanton negligence’를 인정하려면 최소한 ‘gross negligence’와 같은 수준의 증명이 요구되며, ‘wilful and wanton negligence’가 ‘gross negligence’와 malice 사이에 있다면 그 스펙트럼의 어디에 해당하는가를 나타내는 수학적 엄밀성이 요구되는 것은 아니라고 한다. 이상은 Mulheron, 주119 참조.

한 점에 대한 고의·과실을 말하는 것이 아니라는 점이다. 응급의료나 응급처치라는 조력행위로 말미암아 새로운 법익 침해가 발생하는 점에 대한 고의·과실을 의미한다는 점이다. 따라서 피조력자의 상태를 가지고 경과실·중과실을 논의할 것은 아니다. 물론 그러한 상태가 새로운 법익침해의 가능성에 영향을 줄 수 있으므로 그러한 상태의 피조력자를 대한다는 상황에 놓일 평균인의 주의의무를 기준으로 한다는 것은 책임법의 기본원칙이다.

2. 응급의료법 제5조의2의 적용 효과

“재산상 손해와 사상(死傷)에 대하여 ... 그 행위자는 민사책임과 상해(傷害)에 대한 형사책임을 지지 아니하며 사망에 대한 형사책임은 감면한다.” ‘필요적’ 감면이다.⁴³⁾

가. 효과와 관련된 조문 제목과 본문의 표현상 문제

조문 제목에서 “면책”은 제목만으로는 민형사상 책임을 전면적으로 면제시키는 것으로 오해할 우려가 있다. 하지만 내용을 본다면 그렇지 않음을 알 수 있을 것이다. 즉 경과실의 경우에 한하여 민형사상 책임이 면제되고 다만 사망에 따른 형사책임은 감면되는 것이다. 내용에 부합하는 제목이라면 “면책”보다는 “책임의 감면”이 적절할 것이다.

본문은 적용의 효과를 “생명이 위급한 응급환자에게 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 응급의료 또는 응급처치를 제공하여 발생한 재산상 손해와 사상(死傷)에 대하여 고의 또는 중대한 과실이 없는 경우 그 행위자는 민사책임과 상해(傷害)에 대한 형사책임을 지지 아니하며 사망에 대한 형사책임은 감면한다.”고 표현한다.

우선 “재산상 손해와 사상(死傷)”이 문제이다. 손해배상책임에서 법익과 손

43) 형의 ‘임의적’ 감면을 규정하는 응급의료법 제63조와 다르다.

해는 구별된다. 우선 법익은 인격적 법익, 재산적 법익, 환경적 법익으로 구별되며 인격적 법익에는 정신적 인격법익과 신체적 인격법익이 있다. 각 법익의 침해 자체가 추상적 손해이며 이는 정신과 재산 위에 구체적으로 나타난다.⁴⁴⁾ 그래서 손해는 정신상 손해와 재산상 손해이다.⁴⁵⁾ “사상(死傷)”은 신체적 인격법익이 침해된 현상을 말하는 것이다. 그 “사상(死傷)”이라는 ‘신체적 인격법익의 침해’ 현상에서 역시 정신상 손해와 재산상 손해가 발생한다. “재산상 손해와 사상(死傷)”이라는 동조의 문언은 법익침해로 나타난 결과와 법익침해 현상 자체를 병렬한 표현이 되고 만 것이다.

생각건대 이 문언은 ‘재산적 법익의 침해와 신체적 인격법익의 침해’를 표현하고자 의도한 것이라고 이해할 수 있을 것이다. 이러한 의도대로 문언을 다시 적는다면 “발생한 재산상 손해와 사상(死傷)에 대하여” 부분을 “생명이나 신체 또는 재산을 침해한 것에 대하여”라고 하는 것이 보다 적절할 것이다.

나. 동법 제5조의2에 따라 경과실 면책이 인정되는 범위

경과실 면책이 인정되는 손해는 “응급의료 또는 응급처치를 제공하여 발생한” 것이어야 한다. 그 법익은 전술한 바와 같이 재산적 법익 및 인격적 법익을 불문한다. 이러한 법익침해가 응급의료나 응급처치를 조건으로 발생한 경우, 민법 제393조의 범위 내에 있는 모든 손해에 대하여 경과실 면책이 인정되는 것이다. 따라서 응급처치는 아니지만 응급의료의 내용인 “상당·구조(救助)·

44) 손해의 개념, 법익과 손해의 관계 및 법익을 세 동심원으로 설명하는 필자의 시각은 필자의 기존 문헌인 “기왕증을 포함한 피해자의 신체적 소인 및 진단과오가 불법행위책임에 미치는 영향”(2004) 및 “우리 불법행위법의 소묘”(2010) 등에서 소개한 바 있다. 가령 ‘손해의 개념’에 대한 국내 논의는 ‘손해의 범위’ 또는 ‘손해액의 산정’에 관한 논의와 혼선을 빚고 있다는 것이 필자의 시각이다. 한편 판결문에서 손해와 법익을 구별 못하는 듯이 보이는 표현이 등장하는 것에는 이와 같은 기본 개념에 관한 정립이 미진한 탓도 있다고 하겠다. 본인의 시각과 다른 견해를 소개함이 이 논문에서는 적절하지 않아서 이에 관한 상세한 논의는 생략한다.

45) 이를 정신적 손해와 재산적 손해라고 하여도 무방하다. 재산상 손해를 소극적 재산손해와 적극적 재산손해로 구별하여 이를 정신상 손해와 합치는 관점을 소위 ‘손해 삼분설’이라고 하는 것이다.

이송’ 과정에서 발생한 법익침해 내지 손해도 포함되어야 한다.⁴⁶⁾

민법 제393조의 범위 내에 있는 손해에는 정신적 손해도 포함됨은 물론이다. 문제는 동조의 “재산상 손해와 사상(死傷)”이라는 표현이다.⁴⁷⁾ 이는 면책 대상이 되는 손해의 표현이 아니라 전술한 바와 같이 면책되는 침해행위의 대상인 법익의 표현이라고 보는 것이 합리적이다. 즉 ‘재산적 법익의 침해와 신체적 인격법익의 침해’에 대하여 경과실을 면책하는 것이며 그 면책 대상이 되는 손해는 재산적 인격적 법익 침해로 인한 재산상 손해와 정신상 손해 모두이다.

유익할 것은 응급의료로 인하여 야기된 새로운 법익침해이어야 한다. 이미 신체적 인격법익 침해를 입어 “생명이 위급한 응급환자”에게 응급의료로 인하여 새로운 재산적 법익 또는 신체적 인격법익의 침해가 발생해야 한다. 기존 법익침해로 인한 사망 위험은 회피하였지만 새로운 법익침해로 인한 손해가 배상의 대상이며 그러한 경우 무과실은 물론이고 경과실의 경우도 면책된다는 것이다.

기존의 법익침해와 새로운 법익침해의 구별은 사실의 문제이다. 구별이 쉽지 않은 경우도 있을 것이다. 하지만 응급의료법 제5조의2가 적용되는 경우란 조력자를 상대로 하여 피조력자 측에 의해 새로운 법익침해에 대한 손해배상 청구 소송이 제기된 경우이다. 그 소송절차에서 원고인 피조력자 측의 증명으로 그러한 구별이 인정되어 새로운 법익에 대한 손해배상책임을 지게 될 조력자가 동조에 따른 항변을 하는 경우임에 유의해야 할 것이다. 따라서 동조의 적용을 논의함에 있어서는 기존 법익 침해와 새로운 법익 침해 사이의 구별의 문제를 논의할 것은 아니다.

한편 동조의 문언상 위 침해 법익의 주체가 응급환자인지 분명하지 않다. “생명이 위급한 응급환자”에게 응급의료를 제공하는 과정에서 제3자의 법익

46) 배현아, 제121~122면에서 언급되는데 “이송 과정에서도 발생할 수 있는 2차 손상(예를 들어 교통사고 등)”이 민법 제393조의 범위 내라면 경과실 면책되는 손해의 범위에 포함됨은 물론이다.

47) “위자료에 대한 면책을 제외”한 것인지(배현아, 제123면) 등과 같은 의문이 제기될 수 있는 표현이다.

이 침해된 경우이다. 가령 응급환자를 긴급하게 이송하다가 행인을 다치게 한 경우이다. 이러한 경우까지 포함하는 규정으로 해석되어서는 안 될 것이다. 이들 제3자의 법의 침해는 민법의 일반 법리에 따라 유책성 유무, 위법성 유무 등의 법리에 의하여 해결되어야 할 것이다. 이들은 무상조력행위의 수혜자가 아닌 제3자이기 때문이다.

면책의 범위와 관련하여 유의할 것은 응급의료가 의료인만이 그 면허 범위에서 할 수 있는 의료행위인데 조력자가 그러한 면허가 없는 사람이라면 의료법에 따른 형사처벌의 문제가 있을 수 있다. 경과실 면책은 재산의 손괴나 신체의 손상에 관한 형사처벌에 관한 것이지, 의료법 위반의 형사책임과는 무관하다. 이는 형법 일반 이론에 의하여 처벌 관련 논의가 전개되어야 하는데 민사책임을 논의하는 이 논문에서는 논의하지 않는다.

다. 조력자의 피조력자에 대한 비용청구권의 인정 여부

전술한 바와 같이 ‘the good Samaritan law’에서 ‘good’의 함의인 무상성(without fee)이 영미법권의 동 법리가 적용되는지 여부의 매우 중요한 쟁점이다. 우리의 응급의료법은 우리는 업무 관련성만으로 규율하는 점과 다르다.

다른 측면에서 본다면 조력자가 피조력자 측에게 비용을 청구할 경우에도 응급의료법의 경과실 면책 규정이 적용되는지 여부에 대하여, 특히 명문으로 무상성의 언급이 없다는 점에서 긍정하여야 할 것이다. 긍정의 논거는 이러하다. 첫째, 전술한 바와 같이 민법 제735조는 응급의료법 제5조의2에 대하여 일반법이며, 그 특별법인 응급의료법 제5조의2에는 손해의 귀속만 규정하고 있다는 점이다. 조력비용의 귀속은 일반법인 민법 제735조가 속하는 사무관리 규정인 민법 제739조에 따라 관리자인 조력자는 피조력자인 본인을 위하여 필요비 또는 유익비를 지출한 때에는 본인에 대하여 그 상환을 청구할 수 있다고 하여야 한다. 둘째, 유상과 무상의 구분은 상호 대가의 수수 여부를 기준으로 이루어진다.⁴⁸⁾ 조력자가 제공한 노무와 주관적 등가성이 있는 대가의 수수가 있다면 무상의 조력행위는 아닐 것이다. 그러한 대가의 수수가 사전의 약정으

로 이루어지는 것이 아니라 사후에 감사의 표시로 이루어지는 경우라고 하여도 이는 행위의 무상성을 훼손하지 않는다.

IV. 결 어

요약하건대, 무상조력행위가 이상과 같은 응급의료법 제5조의2에 의하여 경과실 면책이 허용되지 않는 경우에 민법의 법리가 적용되는바, 동조의 적용요건 가운데 피조력자, 조력자, 조력행위 등에 관한 요건의 구비 여하에 따라 민법의 법리에 따라 민사책임의 면책이 논의될 수 있다. 그러한 민법의 법리로는 일반불법행위상 위법성 조각사유로서 특히 긴급피난의 법리, 불법행위의 특별규정인 긴급사무관리 등이 있다.

한편 응급의료법은 제5조에서 국민 일반에게 응급환자에 대한 신고 및 협조 의무를 부과하고 있다.⁴⁹⁾ 현재 이 규정은 국민 일반에 대하여 조력의무를 규정한 것은 아니지만, 향후 조력의무를 부과하는 경우에는 사무관리자의 본인에 대한 비용상환청구권과 같은 권리를 인정하는 특별규정도 함께 두지 않으면 안 된다. 부연하면 이렇다. 만일 동법에 의하여 보편적인 조력의무가 일반인에게 부과된다면, 이러한 의무가 사무관리 성립요건으로서의 “의무 없이”에서 말하는 “의무”에 해당한다고 해석될 경우 사무관리는 성립되지 않고, 따라서 그러한 조력자는 사무관리의 성립으로 인정되는 ‘비용상환청구권’을 향유하지 못하므로, 사무관리의 성립을 막는 그러한 규정을 둔다면 적어도 민법이 보장하는 수준의 조력 유인인 ‘비용상환청구권’의 특별규정을 두어야 할 것이다.

이 논문과 관련된 쟁점으로 응급의료법 제5조의2로 말미암아 면책된 경과실로 입은 손해는 응급환자 등 피조력자가 감수해야 하는가의 여부이다. 이는

48) 부담부 증여가 여전히 무상 권무의 계약임을 상기하면 될 것이다.

49) 응급의료법 제5조(응급환자에 대한 신고 및 협조 의무) ① 누구든지 응급환자를 발견하면 즉시 응급의료기관등에 신고하여야 한다. ② 응급의료종사자가 응급의료를 위하여 필요한 협조를 요청하면 누구든지 적극 협조하여야 한다.

민법 제734조 제3항 단서의 공익적 사무관리나 민법 제735조의 긴급사무관리의 경우에도 해당하는 의문이 될 수 있다. 즉 두 규정의 어느 하나가 적용됨으로 인하여 면책된 경과실로 입은 손해는 본인(피조력자)이 감수해야 하는가 여부이다. 감수해야 한다는 것은 민법학에서는 의문의 여지없이 긍정된 것이라고 할 것이다. 우리 사회 일각에서 국가가 법을 만들어서 면책시킨 경과실이므로 국가가 책임져야 한다는 논리를 전개한다면 이는 민법의 위 규정에도 해당하는 논리이다. 가해자와 피해자 사이의 손해 귀속의 조정, 자발적 조력의 동기 제공과 그에 따른 손해 귀속의 조정 등을 통해 사회 질서를 유지하는 것은 공동체 전체의 관점에서 그 유익성이 긍정된다. 하지만, 개인적 차원에서도 자발적 조력으로 큰 희생이 회피될 가능성을 염두에 둔다면 그 조력으로 말미암아 야기된 경과실 손해의 감수라는 현실은 부당한 것이 아니라고 하겠다.

끝으로 응급의료법은, 제5조의2에서 업무와 무관한 조력행위에 대한 민형사상 책임의 감면 이외에, 업무 수행 중 응급의료종사자와 응급처치 제공의무를 가진 자가 행한 응급의료나 응급처치로 인하여 응급환자가 사상에 이른 경우, 중대한 과실이 없는 경우에는 형을 감면할 수 있다고 규정한다.⁵⁰⁾ 119조력·구급에 관한 법률도 같은 취지의 규정을 두고 있다.⁵¹⁾ 이들의 감면의 규정

50) 응급의료법 제63조(응급처치 및 의료행위에 대한 형의 감면) ① 응급의료종사자가 응급환자에게 발생한 생명의 위험, 심신상의 중대한 위해 또는 증상의 악화를 방지하기 위하여 긴급히 제공하는 응급의료로 인하여 응급환자가 사상(死傷)에 이른 경우 그 응급의료행위가 불가피하였고 응급의료행위자에게 중대한 과실이 없는 경우에는 정상을 고려하여 「형법」 제268조의 형을 감경(減輕)하거나 면제할 수 있다. ② 제5조의2제1호나목에 따른 응급처치 제공의무를 가진 자가 응급환자에게 발생한 생명의 위험, 심신상의 중대한 위해 또는 증상의 악화를 방지하기 위하여 긴급히 제공하는 응급처치(자동제세동기를 사용하는 경우를 포함한다)로 인하여 응급환자가 사상에 이른 경우 그 응급처치행위가 불가피하였고 응급처치행위자에게 중대한 과실이 없는 경우에는 정상을 고려하여 형을 감경하거나 면제할 수 있다.

51) 119구조·구급에 관한 법률 제24조(구조·구급활동으로 인한 형의 감면) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 구조·구급활동으로 인하여 요구조자를 사상에 이르게 한 경우 그 구조·구급활동 등이 불가피하고 구조·구급대원 등에게 중대한 과실이 없는 때에는 그 정상을 참작하여 「형법」 제266조부터 제268조까지의 형을 감경하거나 면제할 수 있다. 1. 제4조제3항에 따라 위급상황에 처한 요구조자를 구출하거나 필요한 조치를 한 자 2. 제13조제1항에 따라 구조·구급활동을 한 자.

에 민사책임의 감면이 배제되어 있음에 유의해야 한다. 민사책임과 형사책임이 동일선상에서 규율될 수 없음은 물론이다. 동일한 상황에서도, 행위자에 대한 형사처벌과 발생한 손해의 귀속은 달리 규율되어야 한다. 업무 수행 중이 아닌 경우에는 형사처벌을 민사책임보다 강화한 응급의료법 제5조의2와 업무수행 중인 경우에는 형사처벌을 민사책임보다 완화한 동법 제63조의 비교 등 논의는 다음으로 미룬다.

주제어 : 응급의료, 긴급피난, 선한 사마리아인법, 긴급사무관리

[참 고 문 헌]

- 김천수, “기왕증을 포함한 피해자의 신체적 소인 및 진단과오가 불법행위책임에 미치는 영향”, 『성균관법학』, 제16권 제3호, 2004.
- _____, “우리 불법행위법의 소묘”, 『민사법학』, 제52호, 2010.
- 『민법주해[XVII]』, 박영사, 2005.
- 배현아, “한국의 착한 사마이리아인법: 응급의료에 관한 법률 제5조의2 적용과 해석”, 『사법』, 제28호, 2014.
- 석희태, 「의료과오 민사책임에 관한 연구」, 박사학위논문, 연세대 대학원, 1988.
- 『주석민법 채권각칙(5)』, 한국사법행정학회, 1999.
- Rachael Mulheron (2010), *Medical Negligence: Non-Patient and Third Party Claim* (Ashgate).

Exemption from Civil Liability in the Good Samaritan Law

Cheonsoo, Kim

Professor at Law school Sungkyunkwan University

=ABSTRACT=

In this paper the good Samaritan civil liability is argued. In many cases some damage could be caused by an emergency medical service. In such situations the degree of duty of care taken by the service provider would be alleviated depending upon the degree of emergency.

Then the service provided by anyone not carrying any duty to do so could be generally ruled by the ‘Korean Civil Act’ Article 735. This article is related to the management of affairs in urgency. The application of this article means the mitigation of civil liability of the service provider. If the service provider not carrying any duty to provide it “has managed the affairs” of the service “in order to protect the” victim “against an imminent danger to the latter’s life”, the provider “shall not be liable for any damages caused thereby, unless he acted intentionally or with gross negligence”.

Korea has another rule applied in such a situation, that is the Korean ‘Emergency Medical Service Act’ Article 5-2. This article is established for the exemption from responsibility for well-intentioned emergency medical service. It could be referred to as the Good Samaritan law. It provides: “In cases where no intention or gross negligence is committed on the property damage and death or injury caused by giving any emergency medical service or first-aid treatment falling under any of the following subparagraphs to an emergency patient whose life is in jeopardy, the relevant actor shall not take the civil liability ...”

In this paper the two articles is compared in the viewpoints of the requirements for and effects of the application of them respectively. The ‘Korean Civil Act’ Article 735 is relatively general rule against the the Korean ‘Emergency Medical

Service Act' Article 5-2 in the same circumstance. Therefore the former could be resorted to only if any situation could not satisfy the requisites for the application of the latter.

In this paper it has suggested that the former article be more specific for the accuracy of making decision to apply it; and that the latter be revise in some requirements including the victim, the service provider, and the service.

Keyword: Emergency medical service, Act of necessity, The good Samaritan law, Management of affairs in urgency