

妊娠前 不法行爲責任

- 미국판례를 중심으로 -

李 德 煥 *

〈目 次〉	
I. 序 說	IV. 妊娠前 不法行爲責任
II. 妊娠前 不法行爲의 概念	1. 判例의 態度
1. wrongful life 訴訟	2. 判例의 分析
2. 出産前 損害訴訟	V. 우리 民法上의 解釋
III 訴訟原因의 類型	1. 民法 第762條
1. 醫療過失	2. 關聯 判例의 分析
2. 製造物責任	3. 私 見
3. 第 3類型의 過失	VI. 結 語

I. 序 說

미국의 법원에서는 이미 수십년 전부터 출산전 불법행위의 영역으로서 임신전 불법행위에 의하여 발생한 출산전 손해에 대한 아이의 소송원인의 유효성에 관하여 논의하여 왔다.¹⁾ 현대 의료기술의 진보는 보다 이른 태아의 성장단계에서 출산전 손해배상소송을 제기할 수 있도록 하였다. 미국법원에서는 출산전 불법행위를 인정하는데 있어서 비록 속도는 느릴지라도 손해의 발생을 예견할 수 있고 인과관계를 증명할 수 있

* 법학박사, 한양대학교 법과대학 부교수

1) 미국에서는 1946년부터 출산전 불법행위(Prenatal Torts)로 인한 소송원인을 인정하였으며, 1973년부터는 그 범위를 확대하여 임신전 불법행위(Preconception Torts)의 소송원인을 인정하고 있다.

는 경우에는 의료기술의 진보에 보조를 맞추려고 노력하여 왔다. 출산으로부터 좀 더 먼 시점에서 발생하는 과실행위에 대한 이러한 책임의 확대는 그렇게 쉬운 전환이 아니었다. 의학은 인류의 발달에 있어서 괄목할 만한 진보를 가져다 주었으며, 불법행위법은 이 새로운 의학지식을 수용하기 위하여 그것의 전통적인 원리 내지 원칙을 극복하려고 고심하여 온 것이다.²⁾ 그 결과로서 아이는 그 자신이 포태되기 전에 발생한 의사의 과실로 인하여 손해를 입었거나, 또는 장애가 있는 상태로 태어난 경우에도 배상을 받을 수 있게 된 것이다. 이러한 책임문제는 임신전 불법행위의 개념이 예견가능성과 주의의무와 같은 기존의 전통적인 불법행위법상의 관념과 조화를 이룰때에 발생하는 것이다. 현재 미국의 3분의 1가량의 州에서는 출산전 불법행위 소송에 있어서 손해배상책임을 부과할 것을 고려하고 있다.³⁾ 본고에서는 미국에서 형성·발전되고 있는 임신전 불법행위에 관한 법리를 관련 판례를 중심으로 하여 고찰하고자 한다.

II. 妊娠前 不法行爲의 概念

임신전 불법행위는 일반적으로 원고의 임신전에 야기된 불법행위로 인하여 입은 손해에 대한 소송으로 정의된다.⁴⁾ 임신전 불법행위 사례에 있어서의 손해는 실제로는 임신후에 발생한다. 이러한 임신전 불법행위는 출산전 불법행위⁵⁾의 범주에 속하는 다른 불법행위와 구별된다.⁶⁾ 임

2) PROSSER and KEETON on the Law of Torts §55 (W.Page,Keeton,et al,eds, 5th ed 1984).

3) 미국의 California, Colorado, Georgia, Illinois, Indiana, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, New York, Ohio, Oklahoma, Pennsylvania, Louisiana, Missouri의 16개주에서 임신전 손해문제를 다루고 있다.

4) Grover v. Eli Lilly & Co., 159 N.E.2d 696, 698(Ohio, 1992).

5) 出産前 不法行爲는 통상 원고의 출산전에 야기된 불법행위로 인하여 입은 손해에 대한 소송으로 정의된다.(KEETON ET AL., supra note 2, §55, 367).

6) 일반적으로 임신전 불법행위는 ①아이에게 손해를 야기한 어머니에 대한 위법행위, ②원하지 않은 아이를 태어나게 한 피고에 의한 행위, 또는 부작위로 나누어진다. ②의 범주에는 원하지 않은 출산(wrongful birth), 원하지 않은 삶(wrongful birth), 원하지 않은 임신(wrongful Conception)이 포함된다.(KEETON ET AL., supra note 2, §55, 370).

신전 불법행위소송은 피고의 과실이 아이의 출생의 원인이 된 wrongful life소송과 피고의 과실이 아이에게 손해를 야기한 출산전 손해소송의 두가지 유형⁷⁾으로 나누어진다.

1. wrongful life 訴訟

wrongful life 소송은 대부분의 과실있는 사례에서와 같이 단지 피고의 과실이 없었다면 원고가 손해를 입지 않았을 것을 주장하는 것이 아니라,⁸⁾ 차라리 피고의 과실이 없었다면 원고가 전혀 태어나지 않았을 것이고, 장애를 입고 태어남으로 인한 손해와 고통을 받지 않았을 것이라고 주장하는 것이다.⁹⁾ Massachusetts주 대법원은 Payton v. Abott Labs사건의 판결에서 원고의¹⁰⁾ wrongful life 주장의 핵심을 “우리는 태어나지 않은 것이 더 나았을 것”이라는 것으로 정의하였다. 미국의 대다수의 판례¹¹⁾에서는 장애인 자신이 원고가 되어 제기하는 이와 같은 wrongful life 소송의 원인을 부정하고 있다. 판례에서 이러한 소송원인을 부정하는 주된 이유는 인간에게 태어나지 않을 권리는 없으며, 이를 인정한다는 것은 낙태보다 출산을 선호하는 입법상 표현된 정책을 무너뜨린다고거나,¹²⁾ 또는 장애아의 건강상태는 어떤 특정인에 의하여 가해진 것이 아니라 장애아 자신의 유전적 구성에 의한 것¹³⁾이라고 하여 법적 손해를 부인하는데 있다. 또한 법원은 생존(life)과 비생존(non life)의 가치를 결정할 능력이 없으

7) wrongful life소송은 피고의 과실로 인하여 아이가 건강하게 태어날 기회를 상실한 것을 이유로 한 소송이고 출산전 손해소송은 피고의 과실이 없었다면 아이가 건강하게 태어났을 것을 이유로 한 소송이다(Siemieniec v. Lutheran Gen. Milunsky, 406. mass. 777. 780. 551. N.E. 2d 8,10 (1990).

8) Viccaro v. Milunsky, 406. Mass. 777. 780. 557. N.E.2d 8. 10(1990).

9) Harbeson v. Park-Davis, Inc. 656 P.2d 483, 494(wash. 1983).

10) 386 Mass. 558. 437 N.E. 2d 173 (1982).

11) Lloyd v. North Broward Hosp Dist. 590 So. 2d 984(FIA 1990) ; Viccaro v. Milunsky 406 Mass. 777, 551 N. E. 2d 8 ; Azzolino v. Dingfelder, 315 N. C. 103. 337 S.E. 2d (1985) ; Goldberg v. Ruskin, 128 A. 3d, 1029, 8411 Decl, 471 N.E. 2d 530(1984), Dinatale v. Lieberman, 409. So 2d 512(Fl. 1982).

12) Siemenc v. Lutheran General Hosp, 117 II 2d 230, III I, Dec 302, 512 N.E. 2d 691(1987).

13) Ellis v. Sherman, 512 Pa. 14, 515 A.2d 1327 (1986).

며, 이러한 상황에서 도달할 수 있는 유일한 결론은 생존은 비생존보다 더 고귀하다는 이유를 들고 있는 판례도 있다.¹⁴⁾ 또한 판례는 인간의 생존은 그것이 장애를 입었다고 하여도 비생존에 관계가 있는 법적으로 인정할 수 있는 손해를 구성하지 않으며,¹⁵⁾ 비록 장애를 입었더라도 아이의 생존은 손해가 아니라 차라리 부모가 임신을 계속할 것인가의 여부 등을 선택할 기회를 박탈당하는데 대한 손해라는 것을 이유로 들기도 할 뿐만아니라,¹⁶⁾ 태어나기 전에 보호받았거나, 또는 낙태되었어야 할 심각한 장애를 입고 태어난 아이는 비록 그러한 장애를 입었다고 하여도, 생존 그 자체는 기소할 수 있는 손해가 아니며, 의료과오소송에도 속하지 않음을 이유로 하여 소송원인을 부정하는 판례¹⁷⁾도 있다. 최근의 판례¹⁸⁾에서는 임신을 계속할 것인가의 여부를 결정할 자격은 부모에게 있을 뿐 아이에게 있는 것이 아니기 때문에 이러한 소송원인을 인정할 수 없다는 독특한 입장을 밝히고 있다. 그러나 임신 24주까지의 낙태를 합법화한 1970년의 형법개정 이후에는 미국의 몇개의 주에서 wrongful life 소송을 인정하고 있다. 이 소송을 처음으로 인정한 New York주 고등법원 항소부의 판결¹⁹⁾에서 판례법은 기술·경제·사회의 변화와 함께 하여야 하며 개정된 형법상 아이를 가지지 않을 부모의 권리를 침해하는 것은 정상아로 태어날 수 있는 아이의 기본권에 대한 불법행위가 성립될 수 있다고 하여 아이의 손해배상청구를 허용하였다. 그후 California주 대법원판결²⁰⁾에서는 법률문제로서 공공정책이 모든 환경아래에서 장애를 가

14) Payton v. 386 Mass. 558, 437 N.E. 2d 281.

15) Lininger v. Eisenbaum, 746 P. 2d 1202 (Co. 1988).

16) Garrison v. Medical Center of Delaware, 581 A.2d 288 (De. 1989).

17) Flangan v. Willinans, 87 Oh, 3d. 7968, 623 N. E. 2d 185(1993).

18) Walker by Pizano v. Mart, 790 P. 2d 735(Aw. 1990)

19) Park v. Chesson 60 A.D. 2d 80, 400 N.Y. S 2d 110(1997) ; Becker v. Schwartz, 60. A.D. 2d 587, 400 N.Y.S. 2d 119(1977).

20) Turpin v. Sortini, 31 Cal, 3d 20, 643 P. 2d 954, 182Car, Rptr. 337(1982) 이 사건의 사실관계는 첫째아들에 대한 청각검사시에 의사의 과실로 인하여 첫째 아들이 유전성 귀머거리인 것을 그 부모가 몰랐기 때문에 둘째 아들을 임신하여 출산하였는데, 그 둘째 아들도 귀머거리가 된 것이다. 이에 둘째 아들은 귀머거리가 되지 않은 완전한 정상적인 인간으

진 삶이 반드시 비생존보다 낫다는 사실을 확립하였다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 어떠한 상황에서 특히 생명의 연장이 인간의 존엄성의 상실과 아무 이익이 없는 불필요한 고통의 원인이 된다면 치료에 의하여 유지되고 있는 삶에의 거부를 허용하는 것에 비추어보면 공공정책상 삶과 죽음의 상대적 가치에 관하여 인간 스스로가 결정할 수 있는 개인의 권리가 있는 것이라고 하여 아이 자신의 손해배상청구를 인정하였다. 그리고 Washington주 대법원판결²¹⁾에서는 장애아의 의료비와 장애에 관련된 특별비용은 아이의 부모와 주에서 부담하게 될 것이므로 그 비용의 부담을 실제로 그러한 아이의 비용을 발생시킨 과실있는 집단이 대신하여야 할 것이라고 하여 소송원인을 인정하고 있다. 또한 New Jersey주 대법원판결²²⁾에서는 의료과오소송에서 통상외의 비용을 배상받을 권리는 부모가 소송할 것인지의 여부에 전적으로 의존하여서는 아니됨을 이유로 아이의 미성년동안 뿐만 아니라 아이의 성년동안에 발생할 것으로 예상되는 통상적인 의료비의 배상을 인정하고 있다.

2. 出産前 損害訴訟

임신전 불법행위소송의 원인은 역시 출산전 의료과오소송으로부터 인정될 수 있다. 이러한 소송은 임신전에 발생한 과실이 출산전의 과정에서 장애, 또는 손해를 입힌 것이라고 주장한다.²³⁾ 원고의 임신전에 발생한 과실행위에 대한 출산전 책임의 확장은 출산전 과실에 의한 소송으로부터 발전된 논리이다.²⁴⁾ 실제로 임신전 불법행위의 선례는 모두 출산

로 태어났을 아이의 기본권의 상실에 대하여 일반손해 및 그 청각장애의 결과 생애에 걸쳐 부담하는 특별한 교육, 훈련 및 보청기에 대한 통상외의 비용에 대한 특별손해의 배상을 청구하였다.

21) Harbeson v. Parke-Davis, Inc., P.2d 483 (wash,1984).

22) Procanik by Procanik v. Cillo, 97 N.J. 339, 487 A.2d 755 (1984).

23) Marita A. Driscoll, Comment, A step backward for the infant plaintiff in preconception tort action ; Albala v. City of New York, 15 Conn. Rev. 161(1982).

24) Bonnie Baxt Silber, Preconception Negligence : Where is the zone of Danger, 13 J. Juv. l. 67.69 (1992).

전 과실을 다룬 판례법에 의존하고 있다. 임신전 불법행위를 처음으로 수용한 법원은 이전의 범주를 벗어나 의무의 개념을 확장시켰다. 이것은 법이 그 당시의 의료기술의 진보에 보조를 맞추기 위하여 이루어진 것이다.²⁵⁾ 아이의 출산전에 발생한 과실을 이유로 소송을 제기한 Dietrich v. Northhampton사건에 대한 Massachusetts주 대법원판결²⁶⁾에서 Holmes판사는 태아는 손해를 입은 당시에는 분별할 수 있는 완전한 개체가 아니고 모체의 일부이므로 의무를 부담하지 않는다고 하였다. 이 사건이 발생한 시기에는 아직 아이의 출산과 관련된 의학이 발전되지 않은 상태에 있었기 때문에 그 당시의 의학 지식에 기한 無義務의 原則(no duty rule)은 동법원에서 합리적인 것으로 판단되었다. 따라서 이 원칙은 당시의 출산전·임신전 불법행위 모두에 쉽게 조화될 수 있었으며²⁷⁾ 태아의 과실있는 손해에 관한 법원의 판결에서 확고히 유지되어 왔다. 그러나 1940년대에 이르러 새로운 의학의 진보와 아이의 출산과 관련된 탁월한 의학지식에 힘입어 Dietrich사건에서의 無義務의 原則은 미국의 대부분의 州에서 그 지지를 잃게 되었다. Dietrich사건의 판결은 1946년 Columbia미연방지역법원은 Bonbrest v. Katz 사건의 판결에서 자궁내에 있는 동안 손해를 입은 태아에게 배상청구권을 인정하였다. Bonbrest사건의 판결에서 McGuire판사는 법은 의학의 발전과 보조를 맞추어야 한다고 판시하였으며, 이에 따라 태아는 독립한 개체로 존재할 수 있게 되었고 의사는 산모와 아이 모두에게 의무를 부담하게 되었다. 이 판결 이후에는 법원에서 태아의 「生存可能性」²⁸⁾이 있는 후에 발생하는 손해에 대

25) Id. 70.

26) 138 Mass. 14(1884) 이 판결은 산모가 잘못 수리된 고가도로에서 떨어짐으로 인하여 조기출산된 아이가 곧 사망한 사건에 관한 것이다.

27) Peter B. Babin, Note, Preconception Negligence : Reconciling on Emerging Torts 67 Geo. L.J.1239, 1242(1979).

28) 「生存可能性」이란 태아가 산모로부터 독립하여 존재하는 것이 가능해지면 추정되는 법적으로 상정된 시기로서 미국의 대법원은 이를 24-28주, 영국에서는 28주로 보고 있다. 초기의 크리스토프교에서는 「胎動」을 생명의 증거로 보았으며 유래의 랍비법정은 임신이 의견상으로 확실한 때는 권리의 획득시기로 보았다.

해서만 소송원인을 인정하는 경향이 점증하게 되었다. 이러한 경향은 1900년 Illinois주 대법원의 소수의견에 의하여 시작되는데,²⁹⁾ 이 소수의견은 1953년 동법원의 *Amann v. Faidy* 사건의 판결³⁰⁾에서 비로소 채용되었으며, 1960년 Massachusetts주 대법원의 *Keyes v. Construction Service, Inc* 사건의 판결³¹⁾에서도 생존가능성이 있는 후에 발생하는 과실의 결과로서 인정되는 출산전 손해에 대한 아이의 소송원인은 여전히 인정되었다. 그러나 몇년이 지난후 Massachusetts주 대법원은 *Torigian v. Watertown New Co* 사건의 판결³²⁾에서 과실행위 당시에 태아의 생존가능성의 여부에 관계없이 과실에 의하여 손해를 입은 태아는 출생후에 소송원인을 유지할 수 있다고 함으로써 출산전 손해에 대한 소송에서 아이의 권리를 확장시켰다.

그 당시 미국의 다수의 판례³³⁾와 학설³⁴⁾은 태아의 생존가능성이 없는 것이 손해배상을 청구하는데 있어서 장애가 될 수 없다는 입장을 취하고 있었다. 1975년에 Massachusetts주 대법원은 *Mone v. Greyhound Lines* 사건의 판결³⁵⁾에서 출산전 손해소송에서 아이의 권리를 더욱 확장시켰다. *Mone* 사건 이전에는 손해를 입은 태아가 wrongful death 소송³⁶⁾을 제기

29) *Allaire v. St. Luke's Hosp*, 56 N.E. 638, 640 (Ill. 1900) 이 판결에서 Boggs 판사는 의학지식의 상태는 어떤 점에서 태아가 모체의 밖에서 생존할 수 있는가의 여부를 판정하는데 충분히 정교하다고 주장하고, 태아가 모체밖에서 존재할 수 있는 시점을 독립한 개체로서 존재하는 것으로 보았다.

30) 114 N.E. 2d 412 (Ill. 1953).

31) *Keyes*, 340 Mass. 637, 165 N.E. 2d 915.

32) 352 Mass. 446, 225 N.E. 2d 926 (1967).

33) E.g., *Hombuckle v. Plantation pipe Line Co*, 93 S.E. 2d 727 (Ga. 1956); *Daley v. Meier* 178 N. E. 2d 691 (Ill. Ct. App. 1961), *LaBlue v. Specker*, 100 N.E.W. 2d 445 (Mich. 1960); *Pennett v. Hymers* 147 A. 2d 108 (N.H. 1958). ; *Smith v. Brennan*, 157 A. 2d 497 (N.J. 1960) ; *Kelly v. Gregory*, 129 N.Y.S. 2d 914 (N.Y. 1953) ; *Sinker v. Kneale*, A. 2d 93 (Pa. 1960).

34) E.g., FOWLER v. HARPER & FLEMING JAMES, JR. THE LAW OF TORTS §18. 3 (1965) ; WILLIAM L. PROSSER, HANDBOOK OF THE LAW OF TORTS §63 (3d. ed. 1964) ; David A. Gordon, The unborn plaintiff, 63 MICH. L. REV. 579, 589-90 (1965) ; Note, The impact of Medical Knowledge on the Law Relating to Prenatal Injuries, 110 U. PA. L. REV. 554, 562-64 (1967) ; Comment, Renatal Injuries and wrongful Death, 18 VAND. L. REV. 847, 852-54 (1965).

35) 368 Mass. 354, 359, 331 N.E. 2d 916, 919 (1975).

36) wrongful death (不法死亡) 소송이란 타인의 불법행위에 의하여 죽어서 태어난 아이의 부모가 피고를 상대로 제기하는 소송을 말한다.

하려면 살아서 태어나야 된다고 하였으나, 동법원은 타인의 불법행위로 인하여 태어나기 전에 사망한 생존가능성이 있는 태아는 wrongful death 규정과 관련하여 하나의 개인으로 생각하였다. 동법원은 wrongful death 규정을 해석할 목적으로 태아의 생존가능성에 관하여 살아서 태어나야 된다는 요건을 선택한 이유나 논거를 발견할 수 없다고 하였다. 그리고 심하게 손해를 입은 아이가 죽어서 태어나거나, 또는 살아서 태어나는 것에 따라 소송상의 권리를 부여하는 것은 비합리적이고 인위적일 뿐만 아니라 정의롭지 못한 것이라고 하면서 태아가 살아서 태어나야 된다는 요건을 폐기하였다.³⁷⁾ 이 판례를 통하여 동법원이 출생으로부터 먼 시점에서 발생한 과실행위를 포함한 불법행위책임도 인정하고 있음을 엿볼 수 있다. 최근의 경향은 태아의 생존가능성의 판별이 어렵다는 것을 이유로 임신과 출산사이에 불법행위로 인하여 발생하는 손해에 대하여 소송을 제기할 권리를 태아에게 인정하고 있다. McNulty사건³⁸⁾ 이전에 미국 대법원이 다른 임신전 과실 사건들은 wrongful life이론에 근거하여 제기된 소송들이었다. McNulty사건은 Massachusetts주 대법원이 출산전 손해이론을 도입한 책임이론을 적용한 임신전 불법행위와 관련된 첫 번째 소송이었다. 임신전 불법행위에 대한 wrongful life소송은 법원이 지지할 수 없는 논거에 기한 새로운 소송원인을 인정할 것을 요구하고 있다. 그러나 임신전 불법행위로 인하여 입은 출산전 손해에 대한 소송원인의 인정은 기존의 책임이론의 신중한 확장을 요구하고 있다.

Ⅲ 訴訟原因의 類型

임신전 불법행위에 의한 소송은 다른 방식으로 분류될 수 있음에도

37) Mone, 368 Mass, 360. 331 NE 2d 920 : 아이의 증상이 즉시 사망할 수 있는 심각한 것이라면 배상청구권이 없다. 그러나 몇시간 또는 몇분후에 사망한 경우에는 소송에 이길 수 있다. 실제적으로 상처가 심할수록 면책의 가능성은 높아진다.

38) Elizabeth F. Collins, An overview and Analysis : Prenatal Torts, Preconception Torts, wrongful death and wrongful Birth : Time for a New Framework, 22 J. FAM. L. 677, 680-82 (1983-84).

불구하고 미국법원들은 그 소송원인을 의료과실, 제조물책임, 그리고 의료과실과 제조물책임에 의한 것이 아닌 제3유형의 과실소송의 세가지 유형으로 분류하고 있다.

1. 醫療過失

임신전 과실로부터 초래되는 손해에 대한 소송은 일반적으로 ① 여자의 생식기능에 대한 과실있는 치료, ② 장래의 임신에 잠재적으로 손해를 끼칠 수 있는 상태의 진단에 대한 과실있는 실패의 두가지 유형으로 제기되고 있다. 과실있는 진단의 사례는 지금까지 오직 Rh인자의 불일치와 풍진에 대한 면역의 실패에서 발생하고 있다.

(1) 女子의 生殖機能의 治療에 관계된 醫療過失

미국의 34개의 주는 의사의 과실이 여자의 생식기에 손해를 초래한 결과 그 여자가 후에 아이를 만삭시까지 임신할 수 없게 한 경우에 의사에게 임신전 과실에 대한 책임을 부과할 것인가의 여부를 고려하였다.³⁹⁾ New York주는 無限責任의 두려움 때문에 이러한 소송유형에서 손해배상을 부인하였다.⁴⁰⁾ 그리고 Bergstresser사건의 판결에서 연방법원은 이러한 소송원인의 인정은 다른 유형의 임신전 손해소송에서 책임을 부과하려는 Missouri주의 의지를 논리적으로 확장하게 된다고 하였다.⁴¹⁾ Michigan주는 이러한 소송유형에서 원고가 ① 후에 임신된 아이가 과실에 의하여 손해를 입었으며,⁴²⁾ ② 그 과실이 후에 임신한 태아에게 예견할 수 있는 손해를 야기하게 된 사실⁴³⁾을 주장하는 한 책임을 부과하려고 하였다.

39) Bergstresser v. Mitchell, 577 F. 2d 22(8th Cir 1978) : leartin v. st. John Hosp. & Medical Ctr. Corp., 517 N.W. 2d 787 (Mich. Ct APP) appeal dismissed, 522 N.W. 2d 631 (Mid 1994) Abala v. City of New York, 429 N.E. 2d 713(Mich. 1990).

40) Abala, 429 N.E. 2d 787.

41) Bergstresser v. 579 F. 2d 25-26.

42) Martin, 517 N.W. 2d 789-90 : Carr, 451 N.W.2d 585-86.

43) Martin, 517 N.W. 2d 789 : Carr, 451 N.W. 2d 587.

(2) 豫見可能한 損害를 야기한 醫療過失

대다수의 미국 법원들은 Rh因자의 오진과 풍진에 대한 면역의 실패로 인한 임신전 과실에 대하여 책임을 부과하고 있다. Illinois주 대법원의 Renslow v. Mennonite Hospital사건의 판례⁴⁴⁾는 이러한 유형의 임신전 불법행위책임을 처음으로 인정한 것이다. 이 사건에서 피고는 수차례에 걸쳐 당시에 13세였던 Rh-혈액형인 원고의 어머니에게 Rh+혈액을 수혈한 것이다. Illinois주 대법원은 이 사건의 판결에서 아이는 그 아이의 어머니에 대한 의무의 위반으로 인하여 발생한 예견가능한 출산전 손해로부터 자유롭게 태어날 권리를 가진다는 사실을 인정하였다. 미국의 New York주⁴⁵⁾와 Pennsylvania주⁴⁶⁾ 및 California주⁴⁷⁾에서는 이러한 소송의 유형에 있어서 책임을 제한할 의지를 보였다. 그리고 Colorado주,⁴⁸⁾ Illinois주,⁴⁹⁾ Indiana주,⁵⁰⁾ Massachusetts주,⁵¹⁾ Mississippi주,⁵²⁾ Missouri주⁵³⁾와 Oklahoma주⁵⁴⁾는 Rh인자의 오진을 이유로 제기한 소송에서 책임을 부과하였다. 또한 풍진에 대한 검사 및 면역의 실패를 이유로 제기한 소송에서 Michigan주⁵⁵⁾는 책임을 부과하였으며, Massachusetts주⁵⁶⁾에서는 책임을 부과할 의지를 보여주고 있다. 그밖에 Georgia주⁵⁷⁾와 Louisiana주⁵⁸⁾는 이러한 문제가 그들의 법정에서 다루어진다면 책임을 부과할 의지를 보이고 있다.

44) 351 N.E. 2d 87(Ill. App. Ct. 1976., affd. 367 N.E. 2d 1250 (Ill. 1877).

45) Bergstresser, 136 N.Y.S. 2d 533.

46) Morgan, 143 F. Supp. 581.

47) Hegyes, 286 Cal. Rptr. 99-100.

48) Empire, 764 P. 2d 1196.

49) Renslow, 367 N.E. 2d 1250-56.

50) Walken, 604 N.E. 2d 595.

51) Ulian v. Coony, civ. N. 12-123-92(Mass. App. Ct. Aug. 19, 1992).

52) Sweeny, 642 So. 2d 336.

53) Lough, 886 S.W. 2d 856.

54) Grahhaam, 847 P. 2d 352-53.

55) Monusk, 437 N.W. 2d 368.

56) McNulty, 613 N.E. 2d 906-07.

57) McAuley, 303 S.E. 2d 260.

58) Pitre, 530 So. 2d 1157.

2. 製造物責任

몇 개의 미국 법원은 제조물책임에 의하여 임신전 손해에 대한 책임을 부과하려는 것으로 보인다.⁵⁹⁾ 예컨대 California주 항소법원은 제조물책임을 다른 불법행위에 의한 소송원인과 구별하고 결합있는 제품에 의하여 야기된 손해를 배상받을 수 있는 원고의 계층을 확대할 의지를 보이고 있다.⁶⁰⁾ 임신전 손해에 대한 소송원인을 인정한 첫 사례는 바로 이 제조물책임에 기초하고 있다. 출산을 조절하는 약을 잘못 복용하여 다운 증후군에 감염된 딸을 출산한 Jorgensen사건의 판결⁶¹⁾에서 제10순회법원은 Oklahoma법을 적용하여 임신전 불법행위에 의하여 손해를 입은 아이가 소송을 제기할 수 없다면 임신전에 생산된 식품에 의하여 손해를 입은 아이도 마찬가지로 소송원인을 가질 수 없다는 사실을 비유하였다.⁶²⁾ 지금까지 미국 법원은 주로 제약회사의 과실에 대하여 제조물책임을 소송원인으로 고려하여 왔다. 그밖에 New York주는 후에 임신된 아이에게 염색체변형을 초래한 결합있는 제조물에 의하여 발생한 손해에 대하여 책임을 부과할 것인가의 여부를 고려하였다.⁶³⁾ 제약회사의 과실에 대한 대부분의 소송은 제3세대의 DES소송에 관한 것이다. Maryland주,⁶⁴⁾ Minnesota주,⁶⁵⁾ New York주,⁶⁶⁾ 그리고 Ohio주⁶⁷⁾는 이러한 유형의 소송에서 책임을 부과하지 않았다. Illinois주⁶⁸⁾와 Oklahoma주⁶⁹⁾는 이러한 소송의 청구를 유지하였지만 특별히 책임을 과하지는 않았다. Pennsylvania주⁷⁰⁾의

59) Hegyes, 286 Cal. Rptr. 89n. 4.

60) Id.

61) Jorgensen v. Meade Johnson Laboratories, Inc, 483 F. 2d 237(10th. cir. 1973).

62) Id. 239-240.

63) Catherwood, 498 N.Y.S. 2d 704-05.

64) Sorrells, 737 F. Supp. 679.

65) Loerch, 445 N.W. 2d 560.

66) Enright, 570 N.E. 2d 204.

67) Grover, 591 N.E. 2d 700-01.

68) McMahon, 774 F. 2d 838.

69) Wood, 38 F. 3d 514.

70) DeMayo v. schmitt, NO. 625, 1989 Phila. Cty, Rptr. LEXI. S. 73, 2(C.P. Phila Cty,Dec. 28, 1989).

법은 불확실하지만 Philadelphia주 예심법원은 제3세대 DES의 소송청구자는 과실에 기하여 소송원인을 주장할 수 있다고 판결하였다. 그러나 New York주 법원은 과실, 엄격책임, 보증의 위반, 그리고 사기이론하에 결합있는 제조물에 의하여 야기된 손해에 대한 책임부과를 거부하였다.⁷¹⁾

3. 第 3類型의 過失

미국에서는 다만 California주,⁷²⁾ Georgia주,⁷³⁾ 그리고 Indiana주⁷⁴⁾만이 의료과실 또는 제조물책임에 의한 것이 아닌 임신전 과실소송에서 책임을 부과할 것인가의 여부를 고려하고 있다. California주와 Georgia주의 사례는 자동차사고에 관한 것이고, 이 사건에서 양 법원 모두 책임을 부정하였다. Indiana주의 사례는 난방로의 수리과실에 관한 것이며, 법원은 임신전 과실소송에서 의무의 제한에 의하여 소송을 방해하지 않았다. California주 항소법원은 특별한 관계나, 또는 결합있는 제조물이 없으면 책임을 부과하여서는 안된다고 판결하였다. 동법원은 이러한 소송의 유형에서 합리적인 범위내에서 책임을 유지하는 것은 중요하다고 강조하였다. Georgia주의 법원에서는 어머니가 하반신불구가 되고 그로 인하여 아이를 성공적으로 자연분만할 수 없었던 사례에서 책임을 부정하였다. Indiana주의 Second National Bank v. Sears Roebuck & Co. 사례⁷⁵⁾에서는 피고가 과실에 의하여 난방로를 들여놓음으로써 임신부가 일산화탄소를 흡입하였고, 그 결과 후에 임신한 아이는 심한 신체적 장애를 입고 태어나게 되었다. 원고는 이 사건에서 다른 이유로 인하여 승소하지 못하였

71) Caatherwood, 498 N.Y.S. 2d 705-706, 동법원은 DES의 노출과 복용사례에서 책임제한의 필요성은 그것이 증명되기 어렵고 사기소송이 증가하기 때문에 가장 엄격한 제조물소송에서 인정하는 통상적인 광범위한 책임을 보다 더 중요하다고 판시하였다.

72) Hegyes, 286 Cal. Rptr. 89.

73) MCAuley, 303 S.E. 2d 258.

74) Second Nat'l Bank, 390 N.E. 2d 230.

75) 390 N.E. 2d 229(Ind. 1979).

지만, 법원은 이 사건을 1심 재판때까지 소송절차를 유지할 것을 허용하였다.

IV. 妊娠前 不法行爲責任

1. 判例의 態度

(1) 概 觀

과실행위 당시에는 아직 임신되지 않은 아이에 대하여 손해를 입힌 불법행위자에게 책임을 과하기 시작한 것은 비교적 근래의 현상이다. 미국법원들은 1946년 이전에는 전통적인 불법행위의 관념에 따라 과실행위시에 태어나지 않은 아이에게 배상청구권을 인정하지 않았기 때문에 임신전 과실에 대한 책임문제를 고려하지 않았다. 초기의 미국의 법원들은 출산전 손해문제를 다루는 데 있어서 두가지 원리를 적용하여 책임을 부정하였다. 즉 ① 불법행위 당시에 존재하지 않은 사람에게 어떠한 의무가 지워질 수 없으며, ② 인과관계를 증명하기 어렵고 소송이 가장될 염려가 있다는 것이다.⁷⁶⁾ 태아는 다른 법적 목적을 위해서는 하나의 개인으로 고려되었지만, 그것의 존재는 의무가 지워질 것인지의 여부나 과실에 대한 책임이 부과될 것인지의 여부를 결정할 목적으로는 인정되지 않았다.⁷⁷⁾ 이와같이 태아를 의무부담의 대상에서 제외하는 판결은 심한 비난을 받았다. 이러한 비난은 20세기 말에 이르러 미국의 다수 법원들의 급속한 판결의 파기를 야기시켰다.⁷⁸⁾ 그 결과 출산전 손해를 입고 살아서 태어난 아이는 소송원인을 유지할 수 있었고, 관할법원 어디서든지 배상을 받을 수 있게 되었다. 출산전 손해에 대한 소송에 있어서 해결되지 않은 하나의 주요한 문제는 태아가 과실행위시에 어느

76) KEETON ET AL. Supranote 2, §55, 367.

77) Id. §67-68.

78) Renslow, 367 N. E. 2d 1252. 이러한 원리의 변화는 "아마도 보통법의 전통에 대한 가장 급속한 전환으로 묘사된다".

정도의 성장단계에 도달하여야 배상청구권을 인정받을 수 있을 것인가에 있다. 당시의 법원들이 태어나지 않은 개인에게는 아무런 의무도 부담할 수 없다는 법칙과 더불어 출발하고 있었기 때문에 대다수의 법원은 태아가 하나의 개인으로 간주되어 법의 보호를 받을 수 있는 시기를 결정하려고 시도하였다. 이 문제에 관한 초기의 판례에서의 접근방법은 과실행위시에 생존능력이나 태동이 있는 아이에 한하여 책임을 인정하였다. 몇개의 법원은 아직도 태아의 생존가능성이나, 또는 태동을 책임제한의 기준으로 삼고 있지만, 한편 다른 법원들은 태아가 임신된 시기를 기준으로 하여 책임을 부과하였다.⁷⁹⁾ 그리고 몇개의 법원에서는 책임의 기준을 더 확장시켜 원고가 과실행위시에 개인이었는가의 여부를 묻지 않고 원고의 임신전 과실행위가 있는 사례에서도 책임을 부과하고 있다. 그러나 임신전 과실소송에서 책임을 부과하고 있는 법원들 중에서는 주의의무를 부과함에 있어서 일정한 제한을 두고 있는 법원들이 있는 반면에 엄격한 제한을 두기보다는 오히려 의무의 부과에 관한 복잡한 문제를 다른 불법행위의 그것과 마찬가지로 다루는 법원들도 있다. 현재 미국은 16개주에서 임신전 불법행위에 대하여 책임을 묻는 문제를 고려하고 있다. 이들 주 가운데 7개주⁸⁰⁾는 임신전 불법행위에 대하여 손해배상청구권을 인정하고 있으며, 4개주⁸¹⁾는 이를 부정하고 있다. 그리고 5개주⁸²⁾는 제한된 상황아래서 불법행위후의 임신에 대하여 의무가 부과됨을 인정하고 있다.

(2) 認定한 判例

불법행위 이후에 임신한 아이에 대한 소송원인을 처음으로 인정한 판

79) Id. 368-69.

80) 임신전 불법행위에 대한 배상청구권을 인정한 州에는 Colorado, Illinois, Indiana, Michigan, Mississippi, Missouri와 Oklahoma주가 포함된다.

81) 임신전 불법행위에 대한 배상청구권을 부정한 州에는 Maryland, Minnesota, New York와 Pennsylvania주가 포함된다.

82) 제한된 상황에서 임신전 불법행위에 대하여 의무가 부과됨을 인정하는 州에는 California, Georgia, Louisiana, Massachusetts와 Ohio주가 포함된다.

례는 연방 제10지역 항소법원의 Jorgensen v. Meade Johnson Laboratories, Inc 사건⁸³⁾에 관한 것이다. 이 판례에서 원고는 어머니가 임신전에 피고 회사에서 제조한 피임약을 복용한 것이 후에 임신된 쌍둥이 딸의 염색체에 변화를 가져왔다고 주장하였다.⁸⁴⁾ 제 1심법원은 Oklahoma주법에서는 허용되지 않는 소송행위라는 것을 이유로 이 사건을 기각하였다. 왜냐하면 주장하고 있는 불법행위의 소송원인이 원고의 임신전에 발생하였기 때문이다. 그러나 위 항소법원은 Oklahoma주는 피고에 의하여 불완전한 상품이나 도구가 제조되고 시장에 공급됨으로 인하여 궁극적으로 고통을 당하는 피해자를 일반적으로 인정한다고 하여 제1심 법원의 기각을 번복하였다.⁸⁵⁾ 이 판결은 불법행위 후에 임신된 원고에게 엄격한 제조물책임을 근거로 하여 제조자를 상대로 소송을 할 수 있는 원인을 제공함으로써 미래의 소송당사자에게 소송의 기회를 주었다. 그리고 임신전 과실을 인정한 중요한 판례의 하나인 Renslow v. Mennonife Hospital 사건⁸⁶⁾에서는 원고는 주장된 과실이 있을 후 오랫동안 시간이 흐른 뒤에 태어난 아이였다. 원고는 이 사건에서 혈액형이 Rh-인 그의 어머니가 13살이었을 때 병원측의 과실에 의하여 Rh+혈액이 수혈됨으로써 그 자신의 혈액순환에 장애를 일으켜 무産과 뇌손상을 초래한 것이라고 주장하였다.⁸⁷⁾ 이 소송에서 원고는 아직 임신되지는 않았지만, 병원측의 산모에 대한 의무위반으로 손해가 예견될 수 있는 장래의 아이에 대하여

83) 483 F. 2d 237(10th Cir. 1973).

84) Id. 238.

85) Id. 240. 동법은 소송원인의 계속적인 진행을 허락하는 것은 "그와 같은 문제는...과실로 인하여 손해를 입은 태아가 만약 살아서 태어난다면 소송원인이 주어진다"는 지배적인 견해와 일치한다고 판시하였다.

86) 67 Ill. 2d 348, 367 N.E. 2d 1250(1977).

87) Id. 349 N.E. 2d 1251. 이 사건의 제 1심법원은 손해를 입었을 당시에 아직 원고가 임신되지 않았기 때문에 소송원인이 없다는 것을 근거로 하여 청구를 기각하였다. 이에 항소법원은 아직 과실행위의 시점을 인식하지 못했기 때문에 소송원인을 부인하여서는 안된다는 것을 주장하기 위하여 Jorgensen사건의 판례를 인용하여 제 1심의 결정을 번복하였다. Illinois주 대법원은 항소심이 번복을 "치밀하고 논리적인 견해에 근거한 것으로 판시하여 항소심의 번복을 유지하였다.

부담하게 될 주의의무를 법원으로 하여금 인정하여 줄 것을 요구하였다. Illinois주 대법원은 이 사건에서 의무는 필연적으로 정책적 이익의 표현이라는 사실을 깨닫고, 논리와 건전한 정책이 법적 의무의 인정을 요구한다는 결론을 내렸다. 그리고 아이는 산모에 대한 의무위반으로 인하여 발생한 예견가능한 출산전 손해로부터 자유롭게 태어날 권리가 있으며,⁸⁸⁾ 아직 태어나지 않은 아이에 대한 손해를 감소하거나 방지할 수 있는 의료기술의 발전에 비추어 볼 때 건전한 사회정책은 이 사례에서 의무의 확장이 요구된다고 하였다. 동법원은 이러한 결론에 도달한 이전의 사례는 거의 없었다는 것을 인정하면서 몇 개의 법원과 주석가들이 아이의 존재는 불법행위당시에 법적 의무를 발견하는데 있어서 전제가 될 수 없다고 주장하여온 사실을 주목하였다.⁸⁹⁾ 동법원은 임신전 불법행위의 소송원인의 인정은 세대를 이은 영속적인 책임을 초래할 것에 대한 피고인의 우려를 표시하였지만, 이 Renslow사건은 손해가 계속 후세대에게 영향을 주지 않는다고 하였다. 그리고 아이의 후세대에게까지 배상을 인정할 것인가의 여부에 대해서는 이 문제가 정식으로 법원에 상정될 때까지 판결을 내리지 않기로 결정하였다. Illinois주 대법원은 이 사건의 판결에서 의무는 고정된 개념이 아니라는 사실을 판시함으로써 출산전 불법행위에 따른 의무의 개념을 확장시켰다. 그리고 최근에 임신전 불법행위의 소송원인을 인정한 또 하나 중요한 판례는 제 8 순회 법원이 Missouri주법을 해석하여 판결한 Bergstreser v. Mitchell사건⁹⁰⁾이다. 이 사건은 원고가 임신전 피고의 과실있는 제왕절개로 인하여 분만도중에 손해를 입었기 때문에 소송을 제기한 것이다. 동법원은 Missouri주 판례법이 살아서 태어난 아이에게 태아로 있을 동안에 입은 손해에 대해

88) Id. 1255.

89) Id. 1255-56.

90) 577 F. 2d 23-24 (8th Cir. 1978)(Construing Missouri Law) 법원은 이 사례를 어떤 법원에서 어떤 의견을 표시할 기회를 전혀 가지지 못했던 특이하고 새로운 법적인 문제로 특징지었다.

여 소송원인을 인정하고 있기 때문에 원고는 임신전 과실행위에 기하여 배상청구권을 행사할 수 있다고 판결하였다. 그 후 1993년 Missouri주 대법원은 *Lough v. Rolla women's clinic*사건의 판결⁹¹⁾에서 Rh인자의 오진으로 인한 임신전 과실에 대하여 원고에게 배상청구권을 인정하였다. 동법원은 다른 주들의 판례를 철저히 분석한 후에 이러한 소송을 인정하면 수많은 소송이 제기될 우려가 있다는 다른 법원들의 주장을 받아들이지 않았다. 동법원은 이러한 사례에 광범위한 無義務의 原則의 적용을 부정하였지만, 모든 임신전 과실에 대하여 책임을 부과할 것을 주장하지도 않았다. 그리고 그 책임을 부과하는 데 있어서 ① Rh인자의 진단과 치료는 특히 후에 임신된 아이를 위한 것이고, ② 이러한 사례에서는 임신되지 않은 아이에 대한 의무부과와 산모의 이익보호사이에 충돌이 생기지 않는다는 두가지 요소를 강조하였다.⁹²⁾

Renslow사건의 판결이 있은후 11년이 지난뒤에 Michigan주 항소법원의 *Monusko v. Postle*사건의 판결⁹³⁾에서도 역시 임신전 과실문제를 다루었다. 이 사건에서 원고는 임신전에 그 자신의 어머니에게 행한 풍진에 대한 면역과 검사에 실패한 의사의 과실로 인하여 풍진에 감염되었다고 주장하면서 소송을 제기하였다. 동법원은 아이가 살아서 태어났을 때 임신전 과실행위로 야기된 손해에 대하여 소송원인을 가지는가의 여부, 바꾸어 말하면 이러한 상황에서 불법행위 당시에 존재하지 않은 원고에게 의무를 부담하는지의 여부의 문제에 대하여 입장을 분명히 하였다.⁹⁴⁾ 동법원은 면역되지 않은 사람은 풍진에 감염될 수 있고, 만약 임신한다면 풍진증후군에 고통을 당하는 아이를 출산할 수 있다는 사실은 쉽사리 예견할 수 있다고 결론을 내렸다. 면역과 검사가 특별히 후에 태어날

91) 866 S.W. 2d 851(Mo. 1993)(en banc).

92) Id. 854. 몇개의 법원은 의료과오소송에 있어서 의무를 부과한다면 이익의 충돌이 있을 수 있다는 것에 초점을 맞추어 임신전 사례에서 책임을 부정하였다.

93) *Monusko v. Postle*, 437 N. W. 2d 367, 368(Mich. Ct. APP. 1989)

94) Id. 368-69 (quoting *Renslow*, 367 N.E. 2d 1269 (Dooley, J., Concurring)).

아이에게 풍진증후군의 예방을 위하여 계획되었기 때문에 법원은 피고가 원고에게 주의의무를 부담한다는 것을 발견하였고⁹⁵⁾ 따라서 임신전 손해에 대한 소송원인은 존재하는 것으로 밝혀졌다. 최근에 Michigan주 항소법원은 *Martin v. St. Jhon Hospital & Medical center Corp*사건의 판결⁹⁶⁾에서 과실행위당시에 임신되지 않았던 태아의 wrongful death에 대하여 부모에게 손해배상청구권을 인정하였다.⁹⁷⁾ Colorado 주 대법원은 *Empire & Casulty Co. v. St. Paul Firl & Marine insurance Co*사건의 판결에서 의사가 과실로 인하여 임신부의 Rh인자가 태아의 Rh인자와 상반됨을 파악하지 못한 것에 대하여 원고의 손해배상청구를 인정하였다. Rh인자의 진단에 대한 의사의 과실있는 실패가 후에 임신된 아이에게 심한 신체적 손상을 입혔기 때문이다.⁹⁸⁾ 동법원은 바로 그날 Colorado주가 wrongful life소송원인을 인정하지 않는다고 판결하였지만 이 소송에서는 아이의 손해배상청구를 인정하였다.⁹⁹⁾ 이 판례에서 제기된 문제는 임신전 손해소송에 있어서 보험의 填補를 의사의 과실에까지 확장시키느냐의 여부에 관한 것이었다. 동법원은 의사의 오진과 Rh인자의 상반을 치료하지 못한 것에 대하여 보험회사에게 책임을 부과하였지만, 다른 임신전 손해소송을 어떻게 다룰 것인가에 대해서는 언급하지 않았다. 한편 Indiana주 대법원은 *Walker v. Rinck*사건의 판결¹⁰⁰⁾에서 Indiana주법에서는 wrongful life소송원인을 인정하지 않음에도 불구하고 임신전 과실에

95) Id. 369-70.

96) 517 N.W. 2d 787(Mich. Ct. APP) appeal dismissed, 522 N.W. 2d 631(Mich. 1994) 이 판례는 한 여인의 생식기의 과실있는 치료로 인하여 후에 임신된 태아에게 손해를 입힌 사건에 관한 것으로, 여기서 원고는 과실있는 치료가 임신된 아이에게 더 많은 위험이 초래될 수 있다는 사실은 의학적으로 널리 알려져 있음을 주장하였다.

97) 764 P. 2d 1191(Colo. 1988).

98) Id. 1193-94.

99) *Lininger v. Eisenbaum*, 764 P. 2d 1202, 1203, 1210 n.10 (Colo. 1988).

100) 556 N.E. 2d 1088(Ind. ct. APP. 1991), vacated 604 N. E. 2d 591 (Ind. 1992) 이 사건의 전심 법원인 Indiana주 제 3지역 항소법원은 본건의 판결에서 *Albala*사건의 논리에 따라 임신전 불법행위의 소송원인을 부정하였다. 그러나 동주 제 1지역 항소법원은 *Yeager v. Blommington Obstetrics Gynecology inc*사건 (585 N.E. 2d 696, 697 (Ind. ct. APP. 1992)의 판결에서 임신전불법행위에 대한 소송원인을 인정하였다.

대한 소송원인을 인정하였다.¹⁰¹⁾ 이 사건은 산모의 혈액형의 오진과 손위형제의 출산후 RhoGAM 투여의 실패에 관한 것이다. 동법원은 이전의 Indiana주 항소법원의 Second National Bank v. Sears Roebuck & Co 사건의 판례¹⁰²⁾를 근거로 하여 이 사건을 판결하였다. 동법원은 Walker의 건강은 RhoGAM의 투여에 의하여 영향을 받는 것이 아니라, 그 치료는 장래에 태어날 아이를 손해로부터 보호하기 위하여 계획된 것이므로 피고는 원고에게 의무를 부담하게 된다는 결론을 내렸다. 장래에 임신될 아이에 대한 잠재적인 가해는 쉽사리 예견할 수 있고, 후에 임신된 아이에게 해를 가할지 모르는 어머니의 치료간에는 충돌가능성이 존재하지 않는다는 것이다.¹⁰³⁾ 동법원은 장래에 아이를 가지는데 관련되는 위험에 대한 부모의 지식은 의사의 책임을 면제하는 요소가 아니라는 결론을 내렸다. 즉 인과관계를 부정하기 위해서는 이러한 의사의 면책원인을 불법행위당시에 예견할 수 있어야만 되는 것이 아니라 어머니가 장래에 다시 임신할지도 모른다는 사실은 RhoGAM투여에 대한 의사의 과실있는 실패당시에 예견할 수 있었다는 것이다. 최종적으로 법원은 원고의 주장은 Indiana주의 제한규정에 의하여 방해받지 않았다고 판시하였다.¹⁰⁴⁾ 최근에 Mississippi주 대법원도 Sweeny v. Preston사건의 판결¹⁰⁵⁾에서 Rh인자의 오진에 관련된 임신전 wrongful death소송에서 배상청구권을 인정하였다. 동법원은 제한규정에 초점을 맞추었고,¹⁰⁶⁾ 과실행위시에 임신되지 않은 개인에게 배상청구권을 인정함에 따르는 결과에 대해서는 언급

101) Id. 593, IND. CODE §34-1-1-11(Supp. 1996).

102) 390 N.E. 2d 229(Ind. 1979) 이 사례는 피고가 과실에 의하여 난로의 염관을 들여놓음으로써 임신부로 하여금 일산화탄소를 마시게 한 것으로, 아이는 그 당시에는 임신되지 않았지만 후에 임신된 아이는 심한 신체상의 장애를 가지고 태어났다. 원고는 이 사건에서 다른 이유들 때문에 패소하였지만, 법원은 본건에 관하여 재판시까지 임신전 불법행위 소송절차에 따를 것을 허용하였다.

103) Walker, 604 N.E. 2d 595.

104) Id. 596.

105) 642 So. 2d 332 (Miss. 1994).

106) Id. 333-36.

하지 않았다. 소수의 판사들은 책임의 부과에 대하여 활발하게 논의하였지만, 그들의 반대는 책임 그 자체의 인정에 관한 것은 아니었다. 차라리 반대의견은 제한규정은 배상청구를 방해하고 또한 Rh인자의 상반에 대한 위험을 알면서도 아이를 임신한 부모의 행위는 후에 임신된 아이에 대한 손해를 초월하는 원인을 구성한다는 결론을 내렸다.¹⁰⁷⁾

(3) 否定한 判例

미국연방지방법원은 Sorrells v. Lilly & Co사건의 판결¹⁰⁸⁾에서 Maryland주법을 적용하여 제 3세대의 DES¹⁰⁹⁾배상청구에 대하여 피고의 책임을 부정하였다. 그러나 Maryland주가 다른 유형의 임신전 과실소송에서 의무를 부과할 것인가는 분명하지 않다. 왜냐하면 법원이 이 문제를 다룰 때 현재의 Maryland법은 DES를 복용한 어머니의 태어나지 않은 손녀에게까지 피고의 의무를 확장시키지 않는다는 간단한 선고만 하였기 때문이다.¹¹⁰⁾ 그리고 Minnesota주의 유일한 임신전 과실소송인 Loerch v. EliLilly & Co 사건¹¹¹⁾도 역시 제 3세대의 DES배상청구에 관한 것이었다. 이 사건의 판결에서 Minnesota주 대법원은 의견이 반으로 나누어져 제 3세대인 DES원고에 의하여 제기된 소송을 기각하였다. 동법원의 의견은 단지 3개의 문장으로 구성되었으며, 다른 유형의 임신전 과실소송을 어떻게 규율할 것인가에 대해서는 언급하지 않았다. 한편 New York주의 첫 임신전 과실소송인 Berg v. New York Society for Relief of the Ruptured & Crippled사건¹¹²⁾은 과실로 인하여 Rh-혈액을 가진 여자에게 Rh+혈액을

107) Id. 339, 342(Hawkim, J., dissenting).

108) 737 F. supp. 678 (D.D.C 1990).

109) DES(Diethylstilbestrol)는 천연여성호르몬과 같은 생물학적 효과를 나타내는 화학적 호르몬제이다. 미국의 식품의약국(FDA)에서는 1947년 유산방지를 위하여 DES를 승인하였다. 그러나 DES를 복용한 임산부의 태아에게 신체적 이상을 야기한다는 것이 증명되어 FDA는 1971년에 임산부의 DES복용을 경고하였다.

110) Sorrells, 737 F. Supp. 679 (Citing welan v. Eli Lilly & Coy., Civ. Action No. 87-2620(D.D.S July 1, 1988)

111) 445 N.W. 2d 560 (Minn.1989).

112) 136 N.Y.S. 2d 528(N.Y. Supp. ct. 1954), rev'd. 146 N.Y.S. 2d 548(N.Y.App.Div 1955), Rev'd. 136. N.E. 2d 523 (N.Y.1956)

잘못 수혈한 것에 관한 것이다. 이 여자는 후에 사산아를 출산하는 산고를 겪었다. 동법원은 이 사건의 판결에서 임신전 과실책임문제에 대하여 구체적으로 논급하지는 않았지만, 아이가 출산과정에서 살아서 태어나지 않았음을 이유로 손해배상청구를 부정하였다.¹¹³⁾ 동법원은 살아서 태어나는 것을 손해배상청구의 전제조건으로 하였기 때문이다. 그 후 New York주 항소법원은 *Albala v. City of New York*사건의 판결¹¹⁴⁾에서 임신전 과실에 대한 소송원인을 확고하게 부정하였다. 이 사건에서 원고는 산모가 7년전의 낙태수술에서 입은 상해로 인하여 자신에게 심한 뇌의 손상을 초래하였다고 주장하였다. 동법원은 임신전 불법행위의 소송원인의 인정은 합리적인 범위를 벗어난 전통적인 불법행위개념의 확장을 요구하는 것이라고 하면서 정책적인 이유에 기하여 손해배상청구를 부정하였다. 동 법원은 출산전 불법행위의 경우에는 산모와 태아가 서로 독립하여 의무부담의 대상이 되고, 또한 그들 각자가 직접적으로 손해를 입을 수 있는 위험영역내에 있는 규명할 수 있다는 사실을 적시하면서 임신전 불법행위를 출산전불법행위와 구별하였다.¹¹⁵⁾ 또한 동법원은 임신전 불법행위소송을 wrongful life소송과도 구별하였다.¹¹⁶⁾ 동법원은 의무문제에 관하여 단지 예견가능성이 유일한 기준이라면 우리는 논리적으로 책임의 확장을 제한할 수 없기 때문에 예견가능성만으로는 법적 의무를 부담지울 수 없다고 하면서 잠재적 책임의 한계에 대하여 우려를 표시하였다.¹¹⁷⁾ 최종적으로 동법원은 임신전 불법행위의 인정은 실무에서 방어의학을 초래하게 될 수 있다는 것을 지적하였다. 그리고 법은 모

113) Id. 533.

114) 445 N.Y.S 2d 108 (N.Y.1981).

115) Id(Citing *Woods v. Lancet*, 102 N.E. 2d 691, 900 (N.Y. 1951).

116) Id(Citing *park. v. Chessin*, 413 N.Y.S. 2d 895, 900(N.Y.1978). Park사건에서 법원은 아이는 완전한 기능을 가진 인간으로 태어날 기본적인 권리를 가지지 않았다는 것을 이유로 wrongful life소송원인을 부정하였다. 그리고 이 소송원인은 Hobson의 장애를 입은 상태에서 서의 생존과 비생존을 비교하여 손해를 산정할 것이 요구되지만 법적으로 이를 비교할 수 없다고 하였다.

117) *Albala*, 445 N.Y. 2d 110.

든 손해를 구제할 수 없다는 결론을 내리고 원고의 임신전 불법행위소송을 부정하는데 있어서 정책적인 이익의 형평을 신중하게 고려하였다.¹¹⁸⁾ 따라서 동법원은 출산전 불법행위에 비유되는 것을 포괄적으로 기각하였으며, 또한 공공정책은 불법행위책임의 잠재적 영역에 대한 제한을 요구한다는 결론을 내렸다. 그리고 몇년이 지난 후 New York주 항소법원은 *Catherwood v. American Sterilizer Co*사건의 판결¹¹⁹⁾에서 *Albala*사건의 결정을 더욱 확대하였다. 이 사건에서 임신전에 어머니가 에틸렌산화물에 노출되어 자신의 염색체에 손상을 입은 아이가 과실, 엄격한 제조물책임, 보증의 위반, 사기를 이유로 하여 손해배상을 청구하였다. 동법원은 이 사건을 판결함에 있어서 공공정책을 근거로 한 *Albala*사건의 판례를 인용하였다. 원고의 손해는 그 인과관계를 예견할 수 있었고, 또한 확인할 수 있는 손상으로 초래되었다. 그러나 이 판결은 공공정책이 그렇게 요구했던 책임을 제한하기 위한 법원의 의무에 대한 활용이었다.¹²⁰⁾ 임신전 불법행위에 대한 소송원인을 인정하기 위해서는 아직 임신되지 않은 아이에 대한 의무의 근거가 필요하며, 이러한 의무는 잠재적인 생명을 보호하는 의무라는 말로 표현될 수 있는 것이다. 이 판례에 기하여 동법원은 New York주 항소법원의 정책과 조화되지 않는 제조물책임상의 의무를 인정하고, 원고의 소송원인을 부정하였다.¹²¹⁾ 또한 New York주 대법원은 *Enright v. EliLilly and Co*사건의 판결¹²²⁾에서 제3세대의 DES배상청구에 관련된 임신전 과실소송에서 다시 한번 책임의 부과를 부정하였다. 동법원은 정책적인 고려는 부과된 의무에 제한을 요구한다는 *Albala*사건의 판결을 재확인시켰다. 법원이나 입법기관이 가끔 DES사례와 그들의 특유한 증명문제에 대하여 우려를 표시한다는 것을 인정하면서 동법원은 단순히 이 사례가 DES에 관한 것이라는 이유로

118) Id. 110-11.

119) 498 N.Y.S. 2d 703, 704(N.Y.App. CT.1986), aff'd 511 N.Y.S.2d 805(N.Y.APP.Div. 1987).

120) Id. 705.

121) Id. 706.

122) 568 N.Y.S.2d 550(N.Y.1991).

소송원인을 다른 사례에 채용하기를 거부하였다.¹²³⁾ Enright사건은 의료과오 대신에 단지 어머니가 DES의 노출로 인하여 손해를 입었기 때문에 Albala사건과는 달랐던 것이다. 제조자가 결함있는 생산품에 관계된 손실을 보상하는데 더 좋은 지위에 있는 한 Albala사건에서 나타나는 동일한 문제는 제조물책임의 사례에도 존재한다.¹²⁴⁾ 동법원은 Albala 판례의 입장을 재확인하면서 소송원인의 인정은 인위적이고, 임의적인 한계를 확정하지 않고는 제한될 수 없다는 것을 적시하였다. 그리고 알려진 바와 같이 노출된 DES의 파상효과는 세대로 이어질 수 있기 때문에 감당할 수 있는 범위내로 책임을 제한하는 것이 법원의 의무라고 하였다.¹²⁵⁾ 동법원은 하나의 판례에서 책임부과를 인정한다면 그것이 곧 감당할 수 없는 책임의 확대를 초래할 것을 우려하였다. 또한 연방지역법원은 Morgan v. United States사건¹²⁶⁾의 판결에서 Pennsylvania주법을 적용하여 부적절한 수혈에 관한 임신전 불법행위에 있어서 책임의 부과를 부정하였다. 다수의견은 제한규정에 초점을 맞추었지만 동법원은 과실행위시에 임신되지 않은 아이를 대신한 소송원인을 기각하였다. 즉 동법원은 1940년에 Berlin v. J. C Penny Co사건의 판결¹²⁷⁾에서 나타난 Pennsylvania주 대법원의 세귀절의 의견서에 근거하여 이 소송을 기각한 것이다. Berlin사건의 판결에서 동법원은 규정이 없는 한 과실행위시에 태아였던 아이는 출산전 손해를 배상받을 수 없다고 하였다. 1960년에는 Berlin판결을 비평한 Sinkler v. Kneale사건¹²⁸⁾을 Pennsylvania주 대법원이 판결하였다. 동법원은 태아시에 손해를 입은 아이에게 소송절차의 진행을 허용함으로써 소송에 대한 예심법원의 반대를 번복하였다. 그러나 이 판결은 태아에 관한 것이고 임신전 손해에 관한 것이 아니기 때문에 임신전 과실에 대

123) Id. 533.

124) Id. 554-55.

125) Id. 155.

126) 143F. Supp. 580(D. N. J. 1956).

127) Id.(Citing Berlin V. J. C Penney Co., 16 A. 2d 28 28 (Pa. 1940).

128) 164 A. 2d 93 (Pa. 1960).

한 현재의 Pennsylvania주법의 상태는 불확실하다.¹²⁹⁾ 최근에 Philadelphia 주 예심법원은 DeMayo v. schmitt사건의 판결¹³⁰⁾에서 임신전 소송에서 의무를 부과할 의지를 보였지만, 아직까지 항소법원은 이러한 의무를 인정하지 않았다.

(4) 肯定的인 判例

미국의 5개주에서는 몇 개의 임신전 과실소송에서 의무를 부과할 의지를 보였지만 지금까지 제기된 소송에서는 의무를 부과하지 않았다. California주 항소법원은 Hegyes v. Unjian Enterprises, Inc사건의 판결¹³¹⁾에서 임신전 과실에 대하여 책임을 부과할 것인가의 여부에 관한 문제에 직면하게 되었다. 이 사건에서 과실있는 운전자가 원고의 어머니에게 손상을 입힌 결과, 그후에 임신한 산모의 확대손해를 회피하기 위하여 제왕절개에 의한 조기출산을 하였으나 그로 인하여 아이가 손상을 입었다. 동법원은 후에 임신된 아이의 최초의 진술을 기각하고 전문가의 과실이나 제조물책임이 없을 때에는 후에 임신된 태아를 손해로부터 보호하기 위하여 법적 의무를 과하는 것은 California주에는 없다고 판결하였다.¹³²⁾ 동법원은 이 소송에서 책임을 부과하지 않았지만 ① 특별한 관계가 존재하거나¹³³⁾ ② 소송이 결합있는 제품으로부터 입은 손해에 기할 경우에는 책임을 부과할 의지를 보였다. 동법원은 특별한 관계의 목적이 건강한 아이의 출생을 위한 의료혜택을 제공하는데 있다면 그 관계의 존재는 의무의 근거가 될 수 있다고 판결하였다. 또한 후에 임신된 아이는 그 전문가와의 관계에서 제 3자로서 이익을 받는 사람이기 때문에 그 아이를 보호하기 위하여 책임을 부과할 의지를 보였다.¹³⁴⁾ 제조물

129) Id. 96.

130) NO. 625. 1989 phila. Cty. Rptr. LEXIS 73. 1 (CP, Phila. Cty. Dec. 28. 1989).

131) 286(al. Rpty. 85(Cal. Ct. APP.1991).

132) Id. 87-90. 여기서 「특별한 관계」란 피고와 미성년인 원고에게 의무를 부담지우게 하는 어머니사이의 관계를 말한다.

133) Id. 90, 93.

134) Id. 93.

책임소송에서는 디자인이나 생산품에 결함이 있을 때에는 당사자나, 또는 예견가능성에 관계없이 아직 임신되지 않은 사람을 포함한 영향이 미치는 모든 사람에게 제조물책임이 있다고 판시하였다.¹³⁵⁾ 논리정연한 소수의견은 California주의 선례가 의료과실이나 제조물책임소송에서만 임신전 과실소송이 가능하다는 제한을 두고 있는 다수의견을 비판하였다. 이 소수의견은 California주의 선례와 다른 주의 소송을 철저히 분석한 뒤에 임신된 원고를 보호하기 위하여 자동차사고에서 책임을 부과하는 것은 California주법과 불법행위체계의 정책들과 일치한다고 주장하였다.¹³⁶⁾ 그리고 Georgia주 대법원은 *Hornbuckle v. Plantation Pipe Line Co.*, 사건의 판결¹³⁷⁾에서 과실이 첫 번째 태동후에 발생한 경우에만 태아가 출산전 과실에 대하여 소송을 제기할 수 있다는 이전부터 존재하여온 Georgia주의 규칙을 따르지 않았다. 동법원은 과실행위시에 임신되었다는 사실만으로도 아이에게 출산전 과실에 대한 배상청구권행사를 인정하였다. 그리고 27년이 지난후 Georgia주 대법원은 *McAuley v. Wills*사건의 판결¹³⁸⁾에서 출산전 과실소송에서의 책임을 임신전 과실에까지 확장시키는 문제에 직면하게 되었다. 이 사건에서 운전자의 과실로 인하여 하반신 불구자로 된 여자가 후에 임신하여 아이를 출산하였으나, 손상을 입은 그 아이는 태어난지 하루만에 사망하였다. 산모는 사망한 아이에 대하여 wrongful death소송을 제기하였다. 이에 대해 예심법원은 과실행위시에 임신되지 않은 아이에게는 법적의무를 부담하지 않아도 된다고 주장하면서 이 소송원인을 기각하였다. 항소법원에서도 역시 예심법

135) Id. 89 & n.4.

136) Id. 106(Johnson, J.,dissenting). 여기서 소수의견을 표명한 Johnson판사는 “나는 Turpin소송과 여기서 긍정적으로 인용한 여러 소송에서 이 의무가 오직 의료행위자나 약품 그리고 이와 비슷한 상품들의 제조자에게만 부과되는 것을 암시하는 어떠한 것도 발견할 수 없다. 그러므로 나는 이 의무가 일반적인 불법행위자들에게 적용되고, 사고 후 임신된 어린이들에게 이미 확장되어 왔다고 본다. 따라서 법원이 이 의무를 책임의 불필요한 확장이라고 판결한다면 이는 오류를 범하는 것이다. 이 의무는 부당하지 않을뿐만 아니라 이미 발생되어온 것이기도 하다.”고 비평하였다.

137) 93 S. E. 2d 727(Ga. 1956).

138) 303 S. E. 2d 258(Ga. 1983).

원의 판결을 확정하였다. Georgia주 대법원은 항소법원의 판결을 그대로 유지하였지만, 임신되지 않은 아이에게는 주의의무가 없다고한 예심법원의 판결에는 찬성하지 않았다.¹³⁹⁾ 동법원은 이 사건의 임신전 과실소송에서 피고의 책임을 부정하는 판결을 하였으나, 다른 관할법원에서 제약회사를 상대로 한 의료과오¹⁴⁰⁾와 제조물책임¹⁴¹⁾상의 임신전 과실에서 책임을 부과한 것에는 찬성하였다. 동법원은 이 소송에서 두가지 假定에 기하여 피고의 책임을 부정하였다. 즉 ① 만약 자동차사고가 산모로 하여금 생존할 수 있는 아이를 출산하지 못하게 하였다면 이에 대해서는 그녀 개인의 손해배상청구소송에 의하여 충분히 배상받을 수 있으며 ② 자동차사고가 산모로 하여금 건강한 아이를 출산하지 못하게 하지 않았다면 산모의 하반신 불구에 부적절한 방법으로 아이를 출산시킨 것은 가해운전자의 책임을 면제하는 예견할 수 없는 매개의 원인을 구성한다는 것이다. 또한 Louisiana주 대법원은 Pitre v. Opelousas General Hospital사건의 판결¹⁴²⁾에서 의사의 과실있는 수난관절찰수술로 인하여 계획하지 않고 원하지 않았던 아이를 출산한데 대하여 그 아이는 수난관절찰과는 관계없는 선천성장애아로 태어난 것이다라고 하여 손해배상청구권의 행사를 부정하였다.¹⁴³⁾ 동법원은 의사는 아이를 선천성장애로부터 보호해줄 의무는 없다고 했지만, 임신전 불법행위소송에서 절대로 책임을 부과해서는 아니된다는 피고의 주장도 받아들이지 않았다. 또한 동법원은 현재, 또는 미래의 사회구성원에게 예견할 수 있는 손해를 입힐 수도 있는 작위 또는 부작위를 피하기 위하여 사회에 대하여 책임을

139) Id. 260. 동대법원은 Renslow사건과 Bergstreser사건의 판결을 긍정적으로 인용하여 「사실 심법원이 피고는 임신되지 않은 아이에게 주의의무가 없다고 결정한 것이 대하여 우리는 반대한다. 적어도 어떤 경우에는 피고가 임신되지 않은 아이에게 주의의무를 부담하여야 한다.」고 언급하였다.

140) (Bergstreser v. Mithell, 577 F. 2d 22(8th Cir. 1978) ; Renslow v. Mennonite Hosp., 367 N. E. 2d 1250(I 11,977).

141) Jorgensen v. Mead Johnson Labs., Inc., 483 F. 2d 237(10th Cir. 1973).

142) 530 So. 2d 1151(La. 1988).

143) Id. 1157.

부과하는 것은 적절한 것이라고 하였다. 또한 동법원은 의료과오나 결함있는 제품으로 인하여 손해를 입은 피해자에 대하여 배상이 필요하다는 것을 강조하였다. 최근에 연방지방법원은 *Lareau v. Page*사건의 판결¹⁴⁴⁾에 Massachusetts주법을 해석하여 임신전 과실에 대한 책임문제를 판시하였다. 이 사건에서 산모에게 과실행위가 행하여졌을 때에 임신되지 않았던 두 아이가 배우자권의 상실에 대하여 소송을 제기하였다. 동법원은 과실행위후에 임신되었지만 산모가 손상을 발견하기 전에 임신된 아이에게는 소송원인을 유지할 것을 허용하였다. 그러나 손상을 발견한 후에 임신된 딸의 소송은 기각하였다. 동법원은 후에 임신된 아이는 미래에 Rh인자의 불일치로 입을 수 있는 손해를 방지하기 위하여 그들 어머니에 대한 의사의 RhoGAM투여의 실패에 기한 소송원인의 주장을 할 수 있다는 상급법원의 판례¹⁴⁵⁾를 인용하였다. *Lareau*사건의 판결이 있던 같은 해에 Massachusetts주 대법원은 *McNulty v. McDowell*사건의 판결¹⁴⁶⁾에서 Massachusetts주는 약간의 상황에서는 임신전 손해에 대한 소송원인을 인정한다고 하였다. 이 사례는 한 여자의 풍진에 대한 면역여부의 파악에 실패한 의료과오소송에 관한 것이다.¹⁴⁷⁾ 동법원은 책임을 부과하지 않았지만 그 판결은 풍진면역에 대하여 검사하여야 할 의무가 없는 의사와 환자관계의 특성에 근거를 두었다. 동법원은 *Monusko v. Postle*사건의 판결¹⁴⁸⁾을 인용하였지만, *McNulty*사건에서 제시된 사실과 *Monusko*사건에서 제시된 사실은 다르다고 주장하였다. 그러므로 Massachusetts주는 약간의 상황에서는 임신전 과실에 대한 소송원인을 인정할 의지가 있음이 분명한 것으로 보인다.¹⁴⁹⁾ 그리고 Ohio주 대법원도 *Grover v. Eli Lilly*

144) 840 F. Supp. 920, 922(D. Mass. 1993). *affd.*, 39 F. 3d 384(1st. 1994).

145) *Ulian v. Cooney*, Civ. No. 12-129-92(Mass. Ct. App, 19, 1992).

146) 613 N. E. 2d 904(Mass.1993).

147) *Id.* 906, 907.

148) 437 N.W. 2d 367(Mich. Ct. App 1989) *Monusko*사건에서 어머니는 아이의 임신에 대하여 의사의 도움을 청하기 위하여 의사를 방문하였으나, *McNulty*사건에서 어머니는 미래의 임신에 대하여 의사와 상담하지 않았다.

149) *Id.* 907 & n.6.

& Co사건의 판결¹⁵⁰⁾에서 제 3세대 DES소송에 있어서 책임의 부과를 거부하였고, 실제로 약을 복용한 사람과 약이 자궁내에 직접적으로 노출된 사람에 대한 피고의 책임을 제한하였다.¹⁵¹⁾ 동법원은 광범위한 無義務의 原則을 채용하지 않았지만, 반면에 이 소송에서 주장된 손해는 책임을 부과할 만큼 충분한 예견가능성이 없다고 판시하였다.¹⁵²⁾ Ohio주 대법원은 위 사건의 임신전 과실소송에서는 책임을 부과하지 않았으나, 다른 임신전 과실소송에서 후에 임신된 원고가 입은 손해에 대한 예견가능성이 높을 때에는 책임을 부과할 여지가 있음을 보여주고 있다.

2. 判例의 分析

(1) 醫師·患者간의 合意關係의 缺如

의료과오소송에서 책임이 성립하려면 그 요건의 하나로서 의사·환자간에 치료에 관한 합의관계가 존재하여야 하며, 이러한 관계로부터 의사의 환자에 대한 주의의무가 발생하는 것이다. 그리고 의사에게 책임을 부과하기 위해서는 의사·환자간의 합의는 과실있는 치료시에 존재하여야 한다.¹⁵³⁾ 그러나 의사·환자간의 합의관계로부터 발생한 주의의무는 임신전 불법행위 사례에서는 그렇게 쉽게 발견되지 않는다. 이러한 의사·환자간의 관계는 어머니와 의사 사이에는 성립되어 있지만 후에 임신된 아이와 의사 사이에는 합의관계가 존재하지 않는다.¹⁵⁴⁾ 미국 법원은 아직 임신되지 않은 아이는 어떤 의미에서는 미래의 어머니에게 피고의 임신전 서비스제공에 대하여 계약을 체결한 것이 아니라고 하여 합의관계가 없는 임신전 불법행위에 대한 의료과오소송을 인정할 수 있

150) 591, N. E. 2d 696(Ohio, 1992) (4-3 decision).

151) Id. 700.

152) Id. 698 n.1.

153) Doherty v. Hellman, 406 Mass. 330, 333, 546 N.E. 2d 931(1989).

154) Monusko, 437, N.W. 2d 732. 이 판례에서 소수의 의견자인 Mackenzie판사는 임신전 불법행위사례는 의료과실외의 단순한 과실은 포함하지 않는다는 것을 법원이 잊어서는 아니 된다고 강조하면서 의사의 주의의무는 의사·환자사이의 관계로부터 발생한다고 주장하였다.

는 다른 이유를 채용하였다.¹⁵⁵⁾ Indiana주 법원은 계약상의 제 3수익자에게 의무를 부담하는 것과 유사하게 합의에 의하여 성립한 의사·환자의 관계에 있어서 그 수익자에게도 의무를 부담하게 되며, 후에 임신된 아이는 아직 임신되지 않은 아이의 건강을 보호할 목적으로 고려된 치료에 대하여 의사와 어머니사이의 합의관계의 수익자가 된다고 하였다. 또한 전문가가 제공하는 그러한 서비스가 부분적으로는 제 3자를 위한 지식을 가지고 있을 경우에는 수익자에 대해서도 의무가 존재하게 된다는 것이다.¹⁵⁶⁾ 제8순회 항소법원은 원고와 피고인 의사사이에 합의관계가 없는 임신전 불법행위에 대한 의사의 책임을 발견하기 위하여 공공정책의 고려에 의존하였다.¹⁵⁷⁾ 동법원은 임신전 과실로 인하여 손해를 입은 살아서 태어난 아이는 이른바 불법행위자에 대하여 소송원인을 가진다고 판결하였다. 동법원은 이러한 사례에서 아이가 배상을 받지 못한다면, 그 아이는 구제받지 못하게 될 것이라고 하였다. 동법원의 소송원인의 인정은 아무런 구제를 받지 못하는 억울한 피해자의 발생을 방지하기 위한 공공정책에 의하여 이루어진 것으로 보인다.¹⁵⁸⁾ 동법원의 후에 임신된 아이에 대한 의사의 의무에 대한 피상적인 취급은 어떠한 상황에서 이러한 의무가 존재하게 되는가를 결정하는데 있어서 그 유효성을 제한하고 있다. 그럼에도 불구하고 의료과오소송에 있어서 임신전 불법행위문제를 다루고 있는 대다수의 법원은 제3의 수익자이론도 채용하지 않고, 후에 임신된 아이에게 배상을 인정하기 위한 공공정책에도 의존하지 않고 있다.¹⁵⁹⁾ 대다수의 법원은 후에 임신된 아이가 가해자의

155) Walker v. Rinck, 604 N.E. 2d 591,594-95(Ind, 1992) 이 판례는 손해로부터 아이를 보호하고 어머니의 혈액의 이상민감성을 제거하기 위하여 어머니에게 RhoGAM의 투여에 대한 의사의 실패를 다루었다 ; Yeager v. Bloomington obsterics & Gynecology. Inc., 585 N.E. 2d 696, 698(Ind. Ct. APP. 1992).

156) Walker, 604 N.E. 2d 594-95.

157) Bergstreser v. Mitchell, 577. F. 2d 22 (8th, Cir. 1978).

158) Id. 25.

159) Monusko. v. Posttle, 437 N.W. 2d 367. 369(Mich. Ct. APP 1989) ; Renslow v. Mennonite Hosp., 367 N.E. 1250 (Ill, 1997).

행위가 피해자에게 손해를 입힐 위험성에 대한 예견가능성을 증명할 것을 요구하고 있다.¹⁶⁰⁾ 그것은 임신전 불법행위문제를 다룰 때 전통적인 용어인 「예견가능성」과 의무를 선호하여 사용하고 있는 Massachusetts주 대법원의 McNulty사건의 판결에서 나타나고 있다. 의무의 개념은 얼마나 먼 시점까지 책임을 확장시킬 것인가에 대한 법원의 정책결정을 의미한다.¹⁶¹⁾ 법원은 독단적인 그 무엇이 될지도 모르는 정책노선을 끌어내기 위하여 의무의 개념을 사용하여야만 할 것이며, 또한 이러한 정책을 결정하는데 있어서는 역사와 정의, 제안된 규칙의 편리함에 대한 관념과 그들의 결정에 있어서 손실을 감수하여야 할 사람들의 사회적 신념을 고려하여야 할 것이라고 한다.¹⁶²⁾

(2) 注意義務의 存在

Renslow v. Mennonite Hospital사건¹⁶³⁾은 임신전 불법행위로부터 초래되는 손해에 대한 책임을 의료공급자에게 주장하기 위하여 의무의 개념을 사용한 주요 판례이다. Illinois주 대법원은 예견할 수 있는 손해를 방지하기 위하여 후에 임신된 아이에게 주의의무의 부담을 인정하였다. 따라서 아이는 손해가 아이의 임신전에 발생하였음에도 불구하고 과실행위에 대하여 불법행위자에게 소송을 제기할 권리를 가질 수 있게 되었다. 동법원은 아이는 그의 어머니에 대한 의무위반으로 인하여 발생한 예견가능한 출산전 손해로부터 자유롭게 태어날 권리가 있다는 결론을 내렸다. 그리고 동법원은 불법행위와 손해간의 시간적 간격의 존재를 비물

160) Monusko v. Postle, 437 N.W. 2d 367, 369(Mich. Ct. App.1989) ; Walker V. Rinck, 604 N.E. 2d 591, 594(Ind. 1992) ; Cowe v. Forum Group, Inc., 595 N.E. 2d 630, 636(1991) ; yeager v. Bloomington Obstetrics, 585 N.E. 2d 696, 698 (Inc. Ct. App. 1992) ; Pitre v. opelousas Gen. Hosp., 530 So. 2d 1551, 1158(La. 1988).

161) Robertson v. Jr., Toward Rational Boundaries of Torts Liability for Injury to the Unborn Unborn: Prenatal Injuries, Preconception Injuries and wrongful life, 1978 DUKE LJ. 1401, 1414 (1978). 의무란 법에 의하여 어떤 사람이 손해로부터 보호될 것인가의 여부를 지시하는 그러한 정책적 고려의 총체적인 표현에 불과하다 ; Renslow, 367. N. E 2d at 1254. 결국은 법원은 공동사회의 도덕에 기하여 의무의 존부를 결정할 것이다.

162) William. L Prosser, Palsgraf Revisited, 52 MICH. L. Rev. 1.27 (1953)

163) 637 N.E. 2d 1250 (Ill. 1997).

질인 것으로 보았는데 이것은 불법행위사가 아닌 손해를 입었을 당시에 소송원인이 발생한다는 사실에 그 근거를 두고 있다.¹⁶⁴⁾ 또한 동법원은 아이의 임신후 과실행위에 대해서는 피고에게 책임을 부과하면서 임신 전 과실에 대해서는 원고가 구제를 받을 수 없도록 하는 것을 비논리적인 것으로 간주하였다.¹⁶⁵⁾ 이러한 Renslow판결의 성과와 전통적인 전문 용어로서의 의무에 대한 그것의 적용이 다수의 법관과 법학자에게 호의적으로 수용되었음에도 불구하고 그것은 특히 견해의 범위와 관련하여 비판에 직면하게 되었다.¹⁶⁶⁾ 임신전 불법행위 책임을 인정함에 있어서 고유의 난제는 아직 임신은 되지 않았지만 잠재적인 원고의 존재는 예견할 수 있다는 관념이 전제로 되고 있다는 사실이다.¹⁶⁷⁾ 임신전 불법행위사례에서 책임의 확장에 중요한 점은 태아의 실질적인 존재가 아니라 태아의 예견가능성이다.¹⁶⁸⁾ 이것은 현행의 배상범위를 제한하는 실질적인 수단이 없는 영속적 책임문제를 초래한다. 임신전 불법행위에 있어서 의무의 확장을 결정하는 데는 명확한 한계가 없다.¹⁶⁹⁾ 동법원은 정책적 고려와 법관의 현재의 인식이 책임의 범위를 좁히게 될 것이라고 하였다. 그러나 이러한 통칙적인 표현은 의무가 확장될 때를 분석하여 유용한 지표를 제공하지 못한다.¹⁷⁰⁾ 따라서 불법행위 당시에 존재하지 않았던 원고에게 의무가 있는지의 여부에 대한 문제는 여전히 남아 있다.¹⁷¹⁾ 몇 개의 법원은 책임의 유일한 척도로서 인과관계에 의하여 임신 전 불법행위소송을 인정하려고 한다.¹⁷²⁾ 이러한 법원은 의무의 원칙에

164) Driscoll, supra note 23,164.

165) Renslow, 637 N.E. 2d 1255.

166) Robertson, supra note 162, 1436.

167) Dawn R. Duvens. Note, Terts prior to Conception ; A New theory of Liability, 56 NEB. L. REV. 706, 718-719(1977).

168) Babin, supra note 27, 1255,

169) Robertson, supra note 162, 1436.

170) Id. 1437.

171) A. Weisenfeld, Comment,From Prenatal to Preconception Torts-Beyond the Logical to the Absurd, 2 WHITTIER L,REV.503,513(1980).

172) Babin supra note 27, 1255, Jorgensen v. Meade Lab. Inc., 483 F. 2d 237 (1973) : park v. Chessin, 400 N.Y.S. 2d 110 (1977).

의한 소송가능성을 받아들이지 않고, 책임의 근거를 사실상의 인과관계에 두고 있다. 임신전 불법행위책임에 대한 이러한 인과관계상의 접근은 의무와 그 위반을 추정한다.¹⁷³⁾ 인과관계는 청구자가 유효한 소송원인을 가지는가의 여부를 결정하는데 있어서 유일한 기초로 사용되고, 또한 배상의 기초로 사용된다. 이러한 견해는 모든 사건의 피해자가 배상을 받게 되고 손해를 분산시킨다는 신념을 조장한다.¹⁷⁴⁾

임신전 불법행위에 대한 이러한 접근은 그의 과실이 손해의 원인이 된 피고인 의사에게 그 손해를 배상시키는 공공정책의 목표에 이바지한다. 그러나 반론자들은 과실과 임신전 불법행위에 대한 이러한 인과적 접근은 의사와 국민이 저야할 부담을 제한하는 정책적 이익의 대립을 무시한 것이라고 한다.¹⁷⁵⁾ Massachusetts주 대법원은 대다수의 법원이 오로지 인과관계에 기한 책임을 거부함에 따라서 소송할 수 있는 인과관계를 제한하기 위하여 의무와 예견가능성의 사용을 선호하는 것으로 보인다. McNulty사건에서 동법원은 후에 임신된 아이에 대한 의무의 인정은 의사에 대한 어머니의 관계의 기능을 하게 된다는 것을 암시하고 있다.¹⁷⁶⁾

(3) 過失行爲의 時點

미국법원들은 임신전 불법행위에 관하여 두가지 강력하고 대립되는 공공정책을 고려하고 있다. 즉 그것은 ① 과실있는 행위로 인한 손해로부터 아이를 보호하는 것과,¹⁷⁷⁾ ② 예견할 수 없는 개인에 대한 의무부담을 회피하는 것이다.¹⁷⁸⁾ 초기의 미국법원들은 피고의 과실행위의 시점과 관련하여 출산전 불법행위사례를 다루었다.¹⁷⁹⁾ 과실행위의 시점에 관

173) Gorden, supra note 34, 590-591.

174) Luke K. Cooperrider, A Comment on the Law of Torts, 56 MICH. L. REV. 1291, 1299 (1958).

175) Renslow, 637 N. E. 2d 1263 (Ryan, J., dissenting).

176) McNulty, 415 Mass. 373, 613 N.E. 2d 907.

177) Babin supra note 27, 1256.

178) Albala v. City New York, 429 N.E. 2d 786 (N.Y.1981).

179) Babin supra note 27, 1256.

한 명확한 한계선원칙은 손해가 의학적으로 입증될 수 없는 사례에서 책임제한을 위하여 사용되었다. 의료기술의 발전은 임신전 과실행위에 의한 손해의 위험을 점차적으로 태아의 더 이른 성장단계, 심지어는 임신전에도 예견할 수 있게 하였다.¹⁸⁰⁾ 법원들은 주의의무의 개념을 유동적이고 변화하는 개념으로 파악하여 현재의 사회와 의료의 상태에 보조를 맞추기 위하여 계속적으로 그 지위를 변경하여왔다. 그 결과 의료기술의 발전에 따라 원고가 출생한 때로부터 먼 시점에서 발생한 과실행위에 의하여 발생한 손해에 대해서도 배상청구를 인정하게 되었다. 즉 출산전 과실의 원인이 의사의 임신전 행위나 부작위였다는 사실을 의학적으로 충분히 증명할 수 있으면 손해 배상청구는 그 행위나 부작위가 발생한 시점과 관계없이 인정될 수 있다는 것이다.¹⁸¹⁾

임신전 불법행위사례에 있어서 피고의 과실행위의 연대순의 시점은 출산전 불법행위에 관련된 사례에서 보다 덜 중요하다. 따라서 임신과 관련되는 과실행위의 시점은 의무의 존재를 결정하는데 있어서 결정적인 요소가 아니다.¹⁸²⁾ 과실행위의 시점은 이론적으로 의무를 결정하는데 있어서 부적절한 것이다. Renslow사건에서 법원은 과실행위와 입은 손해간의 시간적 간격은 결정적인 것으로 보지 않았다. 이와 비슷하게 Monusko사건에서 Michigan주 항소법원은 발생한 손해와 과실행위간에 상대적으로 짧은 시간의 중요성을 강조하지 않았다. 임신전 불법행위의 사례에서 더 중요하게 고려되는 것은 의사가 임신을 예견하고 과실을 발생시켰는가의 여부이다. 결국은 잠재적인 태아에 대한 주의의무는 임신을 예견하고, 어머니에 대한 의사의 진료가 행하여졌는가에 존재할 수 있다.¹⁸³⁾ 의사의 진료가 임신을 예견하고 행하여 졌을 때 그 당시에

180) Renslow, 637, N.E. 2d 1255.

181) Babin supra note 27, 1256.

182) Driscoll, supra note 23, 164.

183) McNulty, 415 Mass. 374, 613 N.E. 2d 907 ; Monusko, 473 N.W 2d 369 ; Hegyes, 234 Cal. App. 3d 1118.

는 아직 임신되지 않았던 원고는 그 의사가 주의의무를 부담하게 되는 예견가능한 개인이 될 수 있는 것이다. 따라서 의사가 임신을 예견하지 않고 아이가 임신한 년도에 그 산모를 진료하는 경우에는 주의의무가 발생하지 않는다. 임신을 예견하지 않고 진료를 한다면 의사는 원고의 장래의 존재에 대하여 기대할 이유가 없기 때문이다.

(4) 因果關係

임신의 예견은 후에 임신된 아이의 예견가능성을 결정하는데 있어서 가장 중요한 고려사항이다. 임신을 예견하면서 진료를 하는 경우에는 후에 임신된 아이를 예견할 수 있으므로 그 아이에 대하여 주의의무가 발생한다. 후에 임신된 아이에 대한 주의의무의 발생에 있어서 다른 중요한 고려의 대상은 입은 손해와 과실행위간의 인과관계이다.¹⁸⁴⁾ 태아에게 발생한 손해는 직접적으로 의사의 임신전 과실에 의한 것이어야 한다. 초래된 손해가 과실행위이나, 또는 표준적인 의료절차를 따르지 아니하여 발생한 것이 의학적으로 잘 알려진 사실이라면 후에 임신된 아이가 입게 되는 손해는 합리적으로 예견할 수 있을 것이다.¹⁸⁵⁾ 피고인 의사가 특별히 임신을 예견하고 출산전에 어머니를 진료하는 동안에 불법행위가 발생한 경우에는 주의의무를 부담하게 되며, 의사의 과실행위와 후에 임신된 아이에게 발생한 손해사이에는 인과관계가 존재하게 된다. Massachusetts주 대법원은 후에 임신된 아이에게 의사의 주의의무의 존재를 인정하기 위해서는 손해가 의사의 행위나 부작위로 인하여 직접적으로 발생하여야만 된다고 하였다. 그리고 동법원은 부작위가 특별히 후에 임신된 아이에 대한 손해를 방지하기 위하여 계획된 진료에 관계되는 것이라면 더욱 더 주의의무를 인정하려는 것으로 보인다.¹⁸⁶⁾

(5) 政策的인 義務의 決定

책임의 범위를 명확하게 하는데 있어서 정책적인 고려는 대단히 중요

184) Id. 906-907 ; Monusko, 437, N.W. 2d 275 ; Hegyes, 234, Cal. App. 3d 1125.

185) Hegyes, 234 Cal, APP, 3d 1125.

186) McNulty, 415 Mass, 373, 613 N.E.2d 906-07.

한 것이다. 미국법원은 법적의무를 부과함에 있어서 일반적으로 위협의 경제적 중대성, 어느 쪽이 손해를 방지하고, 또한 그 손해를 부담하는데 있어서 최상의 지위에 있는가를 고려하였다.¹⁸⁷⁾ 임신전 불법행위에 책임을 부과함으로써 법원은 건전한 인간의 생존가능성에 대한 이익을 보호할 수 있으며, 타인에게 부과되는 주의의무는 바로 이러한 이익을 보호하기 위한 것이다.¹⁸⁸⁾ Illinois주 대법원은 Renslow사건의 판결¹⁸⁹⁾에서 중대한 신체적·정신적 장애를 초래하는 손해의 위험은 법적 의무의 부과를 뒷받침한다고 하였다. 나아가 의료분야에서는 출산전 과실에 의한 손해를 진단하고 경감하기 위한 효과적인 의료기술을 개발하여 왔기 때문에 의사나 병원은 손해를 방지할 수 있는 최상의 지위에 있을 뿐만 아니라, 개인적으로서의 원고보다 손해를 배상할 수 있는 유리한 지위에 있다고 하였다. 따라서 동법원은 이러한 정책적인 고려는 법적 의무의 성립을 뒷받침한다는 결론을 내렸다. Massachusetts주 대법원의 William판사는 자연적 정의는 타인의 과실로 인하여 발생한 손해로부터 초래하는 신체적·정신적 장애에 의하여 손해를 입지 않고 삶을 영위할 아이의 법적 권리를 인정할 것을 요구하고 있다.¹⁹⁰⁾ 그리고 아이는 건전한 기능을 가지고 출생한 권리를 가진다는 사실에 기초하여 임신전 과실에 대하여 아이에게 배상을 인정하여야 된다고 한다.¹⁹¹⁾ 임신전 불법행위에 있어서 주의의무의 인정은 손해를 입은 측에 대한 경제적 부담을 경감하게 되며, 또한 손해배상의 인정은 과실행위를 포괄적·지속적으로 억제하게 될 것이다.¹⁹²⁾ 그러나 New York주의 법원들은 임신전 불법행위사례에서 이러한 정책적인 의무를 부정하였다. New York주 항소법원은 Endresz v.

187) Note, Preconception Tort Ciability : Renslow v. Mennomite Hospital, 27 DE PAUL, L. Rev. 891, 901 (1978).

188) Robertson, supra note 161, 1438.

189) Renslow, 67 Ill, 2d 358, 367 N.E. 2d 1255.

190) Weisenfeld supra note 171 507.

191) Collins supra note 38, 683.

192) Turpin v. Sortini, 643 P. 2d 954, 966, n.15 (Cal. 1982).

Friedberg사건의 판결¹⁹³⁾에서 소송의 부정은 의무가 없기 때문이 아니고, 원고가 살아서 태어나지 않았기 때문에 의무도 부과할 수 없다고 하였다. 그리고 동법원의 Catherwood사건의 판결¹⁹⁴⁾에서 Mintz판사는 임신전 불법행위를 인정하기 위해서는 임신되지 않은 아이에 대한 의무의 발견이 요구되는데, 이러한 의무는 오직 생명의 잠재성을 보호하기 위한 측면에서 될 수 있다고 하였다. 그리고 New York주 항소법원은 Albala사건의 판결¹⁹⁵⁾에서 임신전 불법행위는 합법적인 소송원인이 아니라고 전제하고, 임신되지 않은 아이에 대한 의무는 예견가능성과 인과관계에의 범위에 의하여 제한될 수 있으므로 오직 예견가능성만으로는 주의의무를 부과할 수 없다고 하였다. 동법원은 임신전 불법행위의 소송원인을 인정하면 불법행위의 개념을 과도하게 확대시키고, 무제한의 책임, 사기 소송 또는 방어의료를 초래할 우려가 있다고 하였다. 또한 동법원은 이 판결에서 「법은 발생한 모든 손해를 구제할 수 없다」는 사실을 반복하여 언급하고 있다.¹⁹⁶⁾ 그러나 이러한 Albala사건에서의 견해는 학자들에 의하여 비판되어 왔으며,¹⁹⁷⁾ 다른 관할법원들은 이 판결을 설득력있는 것으로 보지 않고 있다.¹⁹⁸⁾ 후에 임신된 아이에게 의무가 존재하느냐의 여부에 관한 문제를 고려하여온 대다수의 법원은 의무의 존재를 긍정적으로 판단을 하고 있다.¹⁹⁹⁾

(6) 永續的 責任問題

미국에 있어서 임신전 불법행위의 수용은 소송의 증가, 사기적 소송,

193) 248, N.E. 2d 901(N. Y. 1969).

194) Catherwood v. American Sterilizer Co., 498 N.Y.S. 2d 703 (Sup. Ct. 1986).

195) Albala, 429 N.E. 2d 788.

196) Id. 789.

197) PROSSER & KEETON, supra note 1. §55 : Comment, Preconception Tort as a Basis for Recovery, 60 WASH. U. L. Q. 275, 295(1981) ; Driscoll, supra note 165, 181.

198) Heryes v. Unjian Enters., Inc., 234 Cal. APP. 3d 1103, 1118 (1991) ; Walker v. Rink, 604 N.E. 2d 591, 595(Ind. 1992) ; MaNulty v. McDoWell, 415 mass. 369, 372, 613, N.E. 2d 904, 906 (1993) ; Monusko v. Postle, 437 N.W. 2d 367, 369 (Mich. ct. APP, 1989).

199) Hegyes v. Unjian Enters., Inc., 234 Cal. APP. 3d 1103, 1118 (1991) ; Walker v. Rinck, 604 N.E. 2d 591, 595 (Ind. 1992) ; yeager v. Bloomington Obstetrics & Gynecology, Inc., 585 N.E. 2d 696, 697-98 (md. 1992) ; Monusko v. Postle, 437 N.W. 2d 367, 369(Mich. ct. app. 1989).

책임의 영속성에 대한 우려로 인하여 억제되어 왔다.²⁰⁰⁾ 임신전 불법행위의 소송원인을 인정한 Renslow사건의 판결²⁰¹⁾에서 소수의견은 수년동안 잠복하여 있는 유전성 장애와 같이 소송원인이 세대로 계승되는 것을 우려하고, 얼마나 오랜동안 의사가 이러한 잠재적 소송에 대하여 책임을 부담하여야 하는가를 확정할 수 없다고 하였다. 그러나 다수의견에 의하면 과실있는 행위후에 임신된 첫 세대의 소송과 후세대의 소송 사이에 차이를 두어야 할 원칙적인 이유는 없으므로 법원이 원고인 첫 세대에게 배상을 인정한다면 후세대에게도 배상을 하여야 될 것이라고 한다.²⁰²⁾ 다만 여러 세대에 걸쳐 이러한 소송을 불법행위자에게 감당케 하는 것은 발생한 손해에 비례하지 않는 부담을 지우게 될런지도 모른다. 따라서 미국의 몇 개의 주에서는 Renslow사건의 판결후 빈번한 소송이 제기될 우려에 대비하여 임신전 불법행위사건에 적용할 제한적 규정을 제정하였다.²⁰³⁾ 한편 미국법원들은 임신전 불법행위의 존재를 인정함에 있어서 배상할 수 있는 손해와 배상할 수 없는 손해를 현재의 재판관의 지각에 일치하여 합리적으로 구별하는 그것의 전통적인 역할을 효과적으로 운용하는 사법부에 의존하여 왔다. 따라서 정책적인 고려에 따라 책임을 부과할 것을 지시하는 소송에서 의무의 존재를 제한하는 법원의 고유능력과 자유재량에 의하여 이러한 영속적인 책임을 최대한 보호될 수 있을 것이라고 하였다.²⁰⁴⁾

그러나 이러한 세대로 계승되는 소송에 대한 우려는 첫째로, 임신되지

200) Collins supra note 38, 683 n. 7.

201) Renslow, 637 N.W. 2d 1264 (Ryan J. Dissenting).

202) Id (Johnson, J. dissenting) : Walker, 604 N.E. 2d 597 (Shepard, J. dissenting).

203) Illinois주 입법부는 과실행위시부터 8년내에 소송을 제기하여야 된다는 제한적 규정을 제정하였고 (735 Ill. CoM. STAT. ANA. 5/13-212(b) (Smith-Hurd 1991), Arizona주의 법에서는 3년내에 소송을 제기해야 하는 제한을 두고 있다. 그리고 Missouri주에서는 1986년에 의료과오소송의 제한규정을 개정하여 의료소송은 2년내에 제기하도록 규정하고, 미성년자는 성년이 될 때까지 소송을 제기할 수 있도록 하고 있다 (Mo. Rev. STAT. §516.105(1986)).

204) Renslow, 367 N.E. 2d 1255.

않은 아이의 여러 세대에 걸친 임신전 소송은 보고된 바 없으며.²⁰⁵⁾ 둘째로 임신전 소송은 과실행위당시에 임신되지 않았던 아이의 세대들 중 제 1세대를 넘은 청구자에 의하여 제기되지는 않을 것이므로 정당화될 수 없다는 것이다. 더구나 독극물은 그러한 손해를 야기할 수 있음에도 불구하고 지금까지 이러한 소송이 제기된 적이 없었으며, 또한 미래의 여러 세대에 걸친 소송이 제기된다면 책임은 그 당시로 제한될 수 있는 것이다. 따라서 법원은 지금까지 실현되지 않았고, 결코 발생할 수 없는 우려를 이유로 임신전 소송에 있어서 배상을 부정하여서는 아니될 것이라고 한다.²⁰⁶⁾

V. 우리 民法上의 解釋

임신전 불법행위소송에서 가장 문제가 되는 것은 과실행위시에 아직 임신되지 않은 아이가 권리능력을 가지는 하나의 개체로서 타인이 그에 대하여 의무를 부담할 수 있느냐이다. 우리나라에서는 아직 이 문제를 직접적으로 다룬 판례는 없으며, 최근에 이와 관련된 판례²⁰⁷⁾가 나와 주목되고 있을 뿐 학설상 구체적으로 논의되지도 않고 있다. 따라서 우리 민법에 있어서 불법행위법의 해석과 관련판례의 분석을 통하여 아직 임신되기 전에 모체에 대한 과실행위로 인하여 후에 임신되어 태어난 아

205) *Bowe v. Abbott Labs., Inc.*, 608 N.E. 2d 223 (Ill. App. Ct. 1992). 이 소송은 제 3세대에 관한 것이다 : 약을 복용한 할머니 : 태아때에 DES에 노출되어 만삭때까지 아이를 임신할 수 없었던 어머니 : 조기출산된 손녀. 그러나 이는 오직 임신전 과실소송에 관한 손자의 소송일 뿐이다. DES소송이 제 3세대를 넘어 확장된다는 것은 의심스럽다. 왜냐하면 조기출산된 아이는 출산능력이 없거나, 또는 그 아이가 출산할 수 있다면 후손에 손해를 입힐 지도 모르기 때문이다.

206) JULIE A. GREENBERG, RECEPTUALISING PRECONCEPTION Torts, 64 TENN. L. REV. 315, 345(1997).

207) 우리나라에서는 최근에 임신전 불법행위의 범주에 속하는 소송의 유형인 원하지 않은 임신(wrongful conception)에 관한 판결(서울고판, 1996.10.17, 96나10449), 원하지 않은 출산(wrongful birth)에 관한 판결(대판 1997. 11.26, 97다36842), 그리고 원하지 않은 삶(wrongful life)에 관한 판결(대판 1999.6.11, 98다22857)이 나온바 있다.

이가 권리의 주체로서 가해자에게 손해배상을 청구할 수 있는가를 살펴 본다.

1. 民法 第762條

우리 민법 제762조는 태아는 손해배상의 청구권에 관하여는 이미 출생한 것으로 본다고 규정하고 있다. 이 규정에 의하면 태아는 부모가 타인의 불법행위로 생명침해를 받은 경우에는 그 자신의 고유의 재산적·정신적 손해에 대하여 배상청구권을 가지게 된다.²⁰⁸⁾ 그러면 이와는 반대로 태아 자신이 타인의 불법행위로 인하여 손해를 입은 경우에도 불법행위가 성립될 수 있는지가 문제된다. 판례는 임신중의 母가 교통사고의 충격으로 인하여 미숙아를 早産하였으나 제대로 성장하지 못하고 사망한 경우에 관하여 그 불법행위는 한편으로는 산모에 대한 불법행위인 동시에 다른 한편으로는 태아 자신에 대한 불법행위의 객체가 될 수 있다고 하면서 태아는 모체내에서 독자적으로 불법행위의 객체가 될 수 있다고 한다.²⁰⁹⁾ 이러한 판례의 견해는 민법 제762조가 태아를 권리의 주체로 될 수 있음을 인정하고 있으므로, 당연히 의무의 객체도 될 수 있다고 해석한 것으로 본다. 따라서 우리 민법의 해석상 임신 후의 과실에 의하여 태아가 손해를 입은 경우에는 출산전 불법행위가 성립되어 그에 대한 배상을 청구할 수 있다. 그러나 여기에서 문제가 되는 것은 태아가 임신되기 전에 산모에 대한 과실행위로 인하여 후에 임신되어 태어난 아이가 손해를 입었을 경우에도 의무의 객체로 되어 불법행위가 성립될 수 있는가에 관한 것이다. 민법 제762조에 의하면 태아가 권리능력을 인정받기 위해서는 불법행위 당시에 회태되어야 하는 것으로 해석된다. 따라서 후에 태어난 아이는 임신전 불법행위로 인하여 입은 손해에 대해서는 배상받을 수 없게 되는 것이다.

208) 대판 1962. 3.15, 4294 민상 903; 대판 1967. 9.26, 67 다 1684.

209) 대판 1968. 3. 5, 67 다 2869.

2. 關聯判例의 分析

원하지 않은 임신으로 인하여 부모가 의사를 상대로 손해배상을 청구하는 소송유형인 wrongful conception²¹⁰⁾에 관한 대법원 판례는 아직까지 나온 것이 없다. 서울고등법원은 제왕절개수술 및 불임수술에 관한 의료계약을 체결하였으나, 대학병원에서 의사의 과실로 인하여 제왕절개수술만을 하여 다시 임신하게 된 부부가 분만계약위반을 이유로 하여 손해배상청구소송을 제기한 사건의 판결²¹¹⁾에서 원고 부부의 청구를 인용하여 임신으로 인한 분만비용과 채무불이행에 따른 위자료를 인정하였다. 그러나 아이의 부양비와 교육비의 배상에 관하여는 「불임수술」이 아직 구체화되지 않은 인간의 생명 및 그 탄생에 반하는 것이고 또한 위 불이행으로 인한 원하지 않은 아이의 임신 및 그 탄생은 부모의 입장에서 보면 부모로 하여금 그 아이에 대한 부양의무를 지게 한다는 점에서 일은 경제적 손해를 가져온다고 볼 수 있다는 점을 인정하면서, 아이의 시각에서 보면 유일한 생명을 구해준 은혜로운 행위가 된다는 점에서 그 법적 특수성이 있으므로 과연 그 계약이 불이행으로 인하여 부모가 손해를 입게 될 것인가의 문제는 부모의 재산상의 이익과 아이의 생명권중 어디에 우월한 지위를 인정할 것인가의 문제로 귀착되는 것으로 보았다. 이 판례는 임신전의 모체에 대한 의사의 부작위로 인하여 후에 아이가 임신되어 원하지 않은 정상아로 태어남으로 인하여 부모가 손해를 입는다는 점에서 아이자체가 손해를 입고 태어난 경우의 임신전 불법행위와 다르다고 할 것이다.

wrongful birth소송²¹²⁾에 관한 우리나라의 대법원판례²¹³⁾는 의사의 과실

210) wrongful Conception이란 가족계획이나 임신부의 건강상의 이유등으로 인하여 행하여진 의사의 불임수술, 피임수술, 인공임신중절수술에대한 과실이나, 또는 불임수술 전후의 설명해태와 임신진단에 있어서의 과실, 약사와 제약회사의 피임약교부시의 과실등으로 인하여 정상아가 태어난 경우에 부모가 청구하는 손해배상소송의 원인을 말한다.

211) 서울고판 1996. 10. 17. 96나 10449

212) wrongful birth라 함은 선천성장애아의 출산을 예견하였음에도 불구하고 의사의 과실로 인하여 불임, 또는 임신중절의 기회를 빼앗겨 장애를 입고 태어난 아이의 부모가 의사에게 손해배상을 청구하기 위하여 제기하는 소송원인을 말한다.

213) 대판 1997. 11. 26. 97다 36842.

로 인하여 장애아를 출산한데 대하여 부모가 의사를 상대로 설명의무·
 검사의무를 위반하였다는 것을 이유로 하여 위자료를 청구한 사건에 관한
 것이나, 대법원은 이 판결에서 원고와 피고 모두의 상고를 기각하여 원
 고에게 위자료를 인정한 원심판결²¹⁴⁾인 항소심의 판단이유와 결론이 그
 대로 유지되었다. 이 사건에서 원심은 의사가 기형아의 출산위험 등에
 관하여 설명의무를 위반함으로써 원고가 기형아의 출산여부에 대한 자
 기결정권을 침해로 입게된 정신적 손해만을 인정하고, 그 밖에 원고가
 기형아를 출산함으로써 입은 정신적 손해는 인과관계의 결여를 이유로
 부정하고 있다. 이 사례는 임신후 태아로 있는 동안 의사의 과실이 있었
 다는 점에서 출산전 불법행위에 해당하며, 아이의 장애는 의사의 과실
 에 의한 것이 아니고 선천성 유전에 의한 것이라는 점에서 임신전 과실
 에 의하여 후에 임신된 아이가 직접 손해를 입은 경우의 임신전 불법행
 위와 다르다고 할 것이다. 또한 이 경우에 의사의 과실이 임신전에 있게
 되면 임신전 불법행위의 유형에 속하게 될 것이다. wrongful birth소송에
 서는 의사의 과실로 인하여 원하지 않은 장애아가 태어난 것을 이유로
 부모가 의사를 상대로 하여 손해배상을 청구한다는 점에서 임신전 잠재
 적 생명의 보호에 대한 주의의무는 문제되지 않는 것으로 본다. 또한 가
 장 최근에 제기된 wrongful life소송²¹⁵⁾은 임신전이나 또는 태아로 있는 동
 안에 의사의 과실로 인하여 장애를 입고 태어난 아이가 원고가 되어 손
 해배상을 청구한다는 점에서 넓게는 임신전 불법행위의 하나의 유형에
 속하는 것이다. 대법원은 의사의 출산전 기형아 검사의 잘못으로 부모
 가 낙태할 기회를 박탈당하여 아이 자신이 장애아로 태어난 것을 이유

214) 춘천지방법원 1997. 6. 27선고, 96나 4187판결 : 이 사건은 1심 당시 만 33세로 기형아의
 가족력이 있고, 첫아이 또한 기형아 여부가 문제된 적이 있는 산모가 산전 진료시 의사
 에게 기형아 검사를 강력하게 요청하였고 초음파검사등을 시행한 결과 정상으로 판명되
 어 출산을 하였는데 다운증후군으로 판명된 기형아를 출산하게 된 것이다.

215) wrongful life란 선천성 장애를 지닌채 태어난 아이가 의사의 과실로 인하여 그 부모가
 자신의 출생을 회피할 수 있는 기회를 박탈하였다는 것을 이유로 하여 의사에게 손해배
 상을 청구하는 소송원인을 말한다.

로 향후 장애에 대한 치료비 및 부양비를 청구한 사건의 판결²¹⁶⁾에서 의사에게 주의의무위반·설명의무위반의 점이 없다고 하여 청구를 기각한 원심의 판결²¹⁷⁾을 확정하였다. 이 판결은 인간생명의 존엄성과 그 가치의 무한함에 비추어 볼 때 어떠한 인간이 되려고 하는 존재가 타인에 대하여 자신의 출생을 막아줄 것을 요구할 권리를 가진다고 보기 어렵다고 판시하고 있다. 그리고 장애자체가 의사나 다른 누구의 과실로 말미암은 것이 아니므로 치료비들은 장애아가 청구할 수 있는 손해가 아니라고 한다. 이 사례는 임신후 장애아가 태아로 있을 동안에 의사의 과실이 행하여진 것이므로 출산전 불법행위에 해당한다. 이러한 유형의 소송에서도 wrongful birth소송에서와 같이 장애아는 의사의 과실에 의하여 직접손해를 입지 않은 것이다.

3. 私 見

위에서 살펴보았듯이 우리민법 제 762조의 해석에 의하면 태아로 있는 동안에만 원리능력이 인정된다. 그리고 최근에 나온 임신전 불법행위의 범주에 속하는 판례를 분석한 결과 태아는 모체와는 별개로 권리능력을 인정받고 있지만, 임신전 불법행위로 인하여 후에 임신되어 태어난 아이가 법적 의무부담의 객체가 될 수 있다는 문제가 직접 다루어지지 않았다. 그러나 단지 불법행위당시에 의무의 객체로 될 수 있는 아이가 존재하지 않았다고 하여 후에 그로 인하여 실제로 손해를 입은 아이가 배상을 받지 못한다고 하는 것은 사회에서 발생한 손해의 공평·타당한 부담을 지도원리로 하는 현대 불법행위원리에 어긋나는 것이다. 불법행위의 성립에 있어서 가해행위와 손해의 발생간에 시간적 간격의 존재는 아무런 의미가 없으므로 피해자가 불법행위당시에 수태되었으나 의 여부에 관계없이 가해자는 그로 인하여 발생한 손해를 배상하여야

216) 대판 1999. 6. 11. 98다 22857.

217) 춘천지방법원 1997. 7. 3 선고, 97가합 65판결.

할 것이다.²¹⁸⁾ 불법행위소송은 불법행위시가 아닌 손해가 발생할 때에 제기되기 때문이다. 즉 가해자의 과실행위당시에 손해가 발생하면 바로 책임이 부과되는 것이고, 가해자의 과실행위가 장래에 손해를 발생시킨다면 장래의 손해발생을 요건으로 하는 책임이 부과될 것이다. 이러한 조건부 장래의 책임은 어느 개인이 장래에 손해를 입을 당시에 절대적 책임으로 된다. 불법행위법에서는 피해자의 사후적 타당한 구제가 더 중요한 것이며, 따라서 구체적 타당성보다는 더 존중되는 특질이 있게 마련이다.²¹⁹⁾

임신전 불법행위에 있어서 책임을 인정하기 위해서는 아직 임신되지 않은 잠재적 생명에 대하여 어떻게 법적 의무를 부과할 수 있는나의 전통적인 불법행위의 관념에서 벗어나야 할 것이다. 여기서 중요한 것은 가해자의 과실행위가 아직 임신되지 않은 생명에 대하여 손해의 위험을 발생시키느냐의 여부에 따라 임신전 불법행위의 책임문제를 해결하여야 할 것이다. 따라서 불법행위당시에 가해자의 과실이후에 임신되어 태어날 아이에게 손해의 발생을 예견할 수 있고, 그 가해행위와 손해와의 사이에 인과관계가 존재한다면 임신전 손해는 배상되어야 할 것이다.

VI. 結 語

미국의 판례와 학설은 손해를 입은 아이에게 배상을 인정하는 것이 기본적인 불법행위원리와 부합함을 논증하면서, 또한 정책적인 고려를 강력히 촉구하면서 임신전 불법행위문제를 해결하여왔다. 이러한 임신전 불법행위소송의 맥락은 의사가 태아에게 부담하는 의무와 출산전 불법행위에 관련된 판례법의 발전에 의존하였다. 출산전 불법행위의 발전

218) 독일판례에서도 부부가 수혈로 인하여 유전적 질병에 감염되었음을 알았음에도 불구하고 성생활을 함으로써 임신한 사건에서 후에 태어난 아이에게 손해배상을 인정하였다.(BGHJZ 1951, 758).

219) 곽윤직, 채권법각론, 박영사, 1991, 602면.

은 임신전 불법행위의 결과로서 입게되는 출산전 손해에 대한 소송원인을 인정하는데 있어서 적절한 기초를 제공하고 있다. 미국법원들은 초기의 출산전 불법행위사례에서 적용되어온 부적절한 해결방법에 영향을 받아 태어나, 또는 아직 임신되지 않은 잠재적인 생명에 법적 의무를 부여할 것인가의 여부에 초점을 맞추어 임신전 불법행위에 있어서 인위적으로 손해배상책임을 제한하여 왔다. 이와 같은 접근방법은 많은 비판을 받았으며, 이에 법원들은 임신전 불법행위상의 책임을 인정하기 위하여 의무를 확대하려고 노력하였다. 그 결과 아직 임신되지 않은 잠재적 생명에 대해서도 가해자의 과실행위가 장래에 손해를 초래할 위험이 예견되는 경우에는 주의의무가 부담되고, 또한 Holmes판사에 의해 주창된 장래의 손해발생을 조건으로 하는 이른바 조건부 장래의 책임이 부과되기에 이른 것이다. 최근 미국법원들은 여러 가지 유형의 출산전 손해소송에서 이러한 조건부 장래의 책임을 가해자에게 책임을 부과하기 위한 기초로 사용하고 있다. 오늘날 대다수의 미국법원은 전통적인 불법행위의 관념을 벗어나 아직 임신되지 않은 잠재적 생명에게도 법적 의무를 부담하고, 예견가능성과 인과관계에 기하여 임신전 불법행위상의 손해배상책임을 인정하고 있다. 물론 현재에도 몇 개의 법원에서는 소송의 폭증, 방어진료등을 이유로 모든 임신전 소송에서 배상을 부정하고 있으며 또한 임의적으로 책임제한을 하고 있다. 그러나 미국에서의 임신전 불법행위에 대한 책임의 인정은 의료기술의 발전과 보조를 맞추어 불법행위의 관념도 변화되어야 함에 비추어 타당한 것이라고 생각된다. 이에 우리나라에서도 최근에 임신과 출산에 관련된 출산전 손해소송에 관한 대법원판례가 나온 것에 비추어 머지 않아 임신전 불법행위가 문제될 것이므로 이에 관한 법리의 형성·발전이 요망되고 있다.