

# 원치 않은 아이의 출생과 의사의 손해배상책임

## -우리나라의 판례와 학설의 동향-

全 炳 南\*

I. 서론	III. 원치않는 출산과 손해배상책임
1. 문제의 소재	1. 판례
2. 분쟁의 유형	2. 평석
3. 논의의 전개	IV. 원치않는 삶과 손해배상책임
II. 원치않는 임신과 손해배상책임	1. 대법원 1999. 6. 11. 선고 98다 22857 판결
1. 서울고등법원 1996. 10. 17. 선고 96나10449 판결	2. 검토
2. 평석	V. 결론

## I. 서론

### 1. 문제의 소재

오늘날 의학의 발전은 인공수정 등의 방법을 통하여 아이가 없는 부부에게 아이를 낳게 해 주는 반면 피임을 통하여 임신을 하지 않거나, 임신중절수술을 통하여 아이를 출산하지 않을 수도 있으며, 더욱 태아진단을 통하여 태아의 장애여부를 확인하고 그 출산을 거부함으로써 인간의 생명창조에 관여할 수 있게 되었다. 그러나 이러한 의료행위의 과정에서 불임수술, 임신중절수술의 실패, 산전진단의 잘못 등으로 인하여 부모의 기대와는 달리 원치 않은 아이(Unwanted Child)를 출산하게 된 경우에는, 그 부모로서는 정신적인 혼란뿐만 아니라 아이에 대한 부양비용을 부담

\* 변호사

하게 됨에 따라 예상하지 못하였던 경제적 손실을 입게 되며, 아이 자신도 장애를 지닌 채 원치 않는 삶을 살아가야 함으로써 심한 정신적 고통을 겪는다. 이 경우 그 부모 또는 아이 자신은 원치 않는 출산의 원인을 제공한 의사를 상대로 손해배상을 청구하게 된다.

이러한 문제는 독일, 미국 등 외국에서는 비교적 일찍부터 논의가 되어 왔고, 그에 대한 판결례도 많이 축적되어 있으나, 우리 학계 및 실무에서는 구체적으로 논의가 이루어지고 있지 않다. 다만, 최근에 이르러 이러한 관심이 고조되고 있고,<sup>1)</sup> 판결도 조금씩 축적되고 있으므로 앞으로 많은 논의가 있으리라 생각된다.

## 2. 분쟁의 유형<sup>2)</sup>

### 가. 원치 않는 임신(wrongful conception[pregnancy])

‘원치 않는 임신(wrongful conception[pregnancy])’이란 부모가 약사로부터 피임약 대신에 위장약을 잘못 처방받아 피임의 효과를 보지 못하고 임신을 하였거나, 피임시술, 불임수술 또는 임신중절수술을 받았지만 그 수술

1) 현재 원치 않는 아이에 대한 논의는, 이덕환, 의사의 설명의무와 법적 책임론, 행법사, 1992, 137면 이하; 의료행위와 법, 문영사, 1997, 348면 이하; 선천성장애아 출생과 의사의 책임- 미국의 wrongful birth · wrongful life 소송에 대하여-, 석하김기수교수정년퇴임논문집, 언약, 1997, 899면 이하; 하경효, 의료과오사건에 있어서 손해배상의 범위와 손해배상액의 산정, 고려대학교 의사법학연구소 제6기 의료법학연구과정 교재, 1995, 10면 이하; 강희원, 의학기술발전과 손해의 개념 -원치 않는 아이는 손해인가?- 인권과 정의(1997.10.), 53면 이하; 최재천, ‘원치 않는 아이’와 의사의 손해배상책임, 인권과 정의(1997.12.), 81면 이하; ‘원치 않는 아이’의 출생과 의사의 위자료책임, 법률신문(1998.1.12), 14면; 신현호, 의료소송총론, 육법사, 1997, 433면 이하; 원치 않는 생명(상)(하), 보험법률 제3호(1995.6.); 김권호, ‘불임시술계약을 병원 과실로 이행하지 않아 아이가 태어난 경우’ 병원의 손해배상책임, 의료와 법률, 제3호(1997.봄), 한국의료법학연구소, 74면 이하; 이은영, 출생에 관한 법적 문제 분석, 연세대학교 보건대학원 의료와 법 고위과정 강의안, 8면 이하; 원치 않는 불임시술.출생에 관한 법적 문제, 한국의료법학회지(1999) 6권 제1호, 67면 이하; 윤진수, 의사의 과실에 의한 자녀의 출생으로 인한 손해배상책임, 법조(1999.7.), 31면, 법조(1999.8.), 28면 이하; 김천수, 기형아 출산과 의사의 설명해태책임, 비교법실무연구회(1999.4.27.) 등이 있다.

2) 분쟁의 유형에서 논의되는 wrongful birth, wrongful life라는 용어는 wrongful death(생명침해의 손해)라는 표현에서 유추된 것이다. E. Deutsch/양삼승, 의사법 및 의사의 책임에 관한 최근의 국제적 동향, 법조(1983.8.), 69면.

이 실패하여 임신을 하였고, 그로 인하여 원치 않은 '건강한 아이'를 출산한 경우에 부모가 의사를 상대로 아이의 출산으로 인한 손해배상청구소송을 제기하는 경우를 말한다.<sup>3)</sup>

#### 나. 원치 않은 출산(wrongful birth)

'원치 않은 출산(wrongful birth)'이란 부모가 장애아의 출산을 방지할 목적으로 수술을 하였으나 의사의 과실로 수술이 실패하여 장애아를 출산하였거나, 부모가 산전진단을 받았음에도 불구하고 의사의 과실로 장애아의 출산가능성에 대한 적절한 정보를 제공받지 못함으로써 원치 않은 '장애아'를 출산한 경우에 부모가 의사를 상대로 아이의 출산으로 인한 손해배상청구소송을 제기하는 경우를 말한다.<sup>4)</sup>

이 가운데 산전진단의 경우에는, 부모는 의사의 과실로 인하여 아이에게 장애가 발생하였거나, 의사가 아이의 장애발생을 방지하지 못하였다는 것을 이유로 소송을 제기하는 것이 아니라, 만일 의사가 적절한 산전진단을 하고 그 진단결과를 설명해 주었다라면 부모로서는 적법한 임신중절 또는 임신회피 등을 할 수 있었는데, 의사의 과실로 말미암아 그 권리를 침해당하였다고 주장한다.<sup>5)</sup>

3) D. Giesen, *International Medical Malpractice Law(IMML)*, J.C.B. Mohr(Paul Siebeck) Tbinggen Martinus Nijhoff Publishers, 1988, S.242; Barbra Werthmann, *Medical Malpractice Law: How Medicine Is Changing the Law*, LexingtonBooks, 1984, p.102; Patricia M.A. Beaumont, *Wrongful Life and Wrongful Birth*, CONTEMPORARY ISSUES IN LAW, MEDICINE AND ETHICS, Dartmouth Publishing Company Limited, 1996, p.101; Barry R. Furrow & Tomas L. Greaney & Sandra H.Johnson & Timothy Jost, Robert L. Schwartz, *HEALTH LAW*, Volume 2, West Publishing co.,1995, p.462; 丸山英二, 先天性障害児の出生とアメリカ法, *ジュリスト増刊総合特集*(1986), 219頁; 英美法辭典, 東京大學出版會刊, 1991, 919頁.

4) D. Giesen, a.a.O., S.243; Barbra Werthmann, op. cit., p.109.; Patricia M.A. Beaumont,op. cit., p.101; Barry R. Furrow, op. cit., p. 462; Michael J Powers, Nigel H Harris, *Medical Negligence*, Butterworths, 1994, p.419; Judith Areen, Patricia A. King, Steven Goldberg, Lawrence Gostin Alexander Morgan Capron, *LAW, SCIENCE AND MEDICINE*, The Foundation Press, Inc., 1996, p.1351; Kenneth H. York, John A Bauman, Doug Rendleman, *REMEDIES*, West Publishing Co., 1992, p.693; 丸山英二, 전계논문, 459頁; 최재천, 전계논문, 82면; 신현호, 전계서, 434면; 英美法辭典, 919頁; Black's Law Dictionary, West, 1993, p.1612.

5) Barbra Werthmann, op. cit., p.109.

#### 다. 원치 않는 삶(wrongful life)

‘원치 않는 삶(wrongful life)’이란 ‘원치 않은 출산(wrongful birth)’에 의하여 장애아가 태어난 경우에 장애아가 스스로 원고가 되어 부모에게 부여된 출산에 대한 선택권이 침해당함으로써 자신이 장애를 지닌 채 태어났다는 이유로 의사를 상대로 손해배상청구를 하게 된다.<sup>6)</sup> 이 경우 아이는 자신의 장애가 의사의 과실에 의한 것이라고 주장하는 것이 아니라, 의사가 그의 부모에게 위험에 대한 진단설명을 적절히 하지 않은 과실로 인하여 장애를 지닌 자신의 ‘출생’의 원인이 되었다는 것이다. 즉, 아이는 의사의 과실이 없었다면 세상에 태어나지 않았을 것이고, 따라서 장애로 인한 고통과 괴로움을 겪지 않았을 것이라고 주장한다.<sup>7)</sup>

### 3. 논의의 전개

‘원치 않은 임신(wrongful conception)’, ‘원치 않은 출산(wrongful birth)’, ‘원치 않는 삶(wrongful life)’은 그 기초적 사실관계는 동일하나, 서로 상이한 법률적 토대위에 논의가 전개된다.

원치 않은 임신, 원치 않은 출산의 경우에는 부모가 원치 않은 아이를 양육하는데 소요되는 부양비용을 손해로 보아 이를 제3자인 의사에게 전가시킬 수 있는가 라는 문제가 핵심이다. 또한 부양비용을 손해로 보는 경우에도, 그 배상범위는 아이의 양육에 필요한 부양비용 전체를 인정하여야 할 것인지, 아니면 장애로 인한 추가비용만을 인정할 것 인지의 여부, 또한 부양비용의 산정에 있어서는 실제로 소요된 양육비를 기준으로 할 것인지, 아니면 통상의 평균비용에 따라서 결정되어야 할 것인지 여

6) D. Giesen, a.a.O., S.243.; Barbra Werthmann, op. cit., p.115; Patricia M.A. Beaumont, op. cit., p.102; Michael A. Jones, Medical Negligence, Sweet & Maxwell, 1991, p.22; Barry R. Furrow, op. cit., p.462; Judith Areen, op. cit., p.1351.; 石川 稔/服部篤美/今井雅子, 先天的障害児の出生と醫師の責任, 判例タイムズ No. 676 (1982, 12.1.), 19頁; 丸山英二, 전계논문, 438頁; 최재천, 전계논문, 83면; 신현호, 전게서, 432면; 英美法辭典, 920頁; Black's Law Dictionary, p.1613.

7) Barbra Werthmann, op. cit., p.115.

부, 부양비용의 산정기간은 아이가 성년에 달할 때까지만 인정할 것인지, 아니면 장애가 지속되는 한 그 배상을 인정하여야 할 것인지 등의 문제가 제기된다.

반면 ‘원치 않는 삶(wrongful life)’은 비록 장애를 지니고 출생하기는 하였지만 완전한 인간으로서의 가치를 지니는 아이가 자신의 존재자체를 손해로 보아 손해배상을 청구하는 것이 인정될 것인가의 문제가 된다.

이하에서는 이러한 논지에 대한 우리나라의 판례와 학설의 경향에 국한하여 논의하기로 한다.

## II. 원치 않은 임신(Wrongful conception)과 손해배상책임

부모가 의사의 과실로 인하여 건강한 아이를 출산한 경우에 인간의 존엄성에 비추어 아이 자체는 손해가 아니라는 점에 대하여는 이견이 있을 수 없다. 나아가 아이의 존재 자체로부터 파생되는 부양의무를 아이와 분리하여 손해로 볼 수 있는지 여부가 문제된다. 또 부양의무를 손해로 보지 않는다면 아이의 출산과 관련된 위자료청구 역시 손해가 아닌지 여부도 문제가 된다.

### 1. 서울고등법원 1996. 10. 17. 선고 96나10449 판결<sup>8)</sup>

#### 가. 사실관계

원고 및 배우자 甲은 1989. 7. 5. 혼인신고를 마친 법률상 부부로서, 위 甲은 1993. 7. 21. 둘째 아이의 임신 21주 상태에서 피고 법인이 경영하는 K대학교 의과대학 부속병원 산부인과에서 위 대학교수인 원심 공동피고 A에게 산전진찰을 받은 결과 제왕절개 분만술이 필요한 태위이상(둔위)으로 판단되었으므로 1994. 1. 13. 13:00경 분만을 위하여 위 A교수의 특진신청을 하고 위 병원에 입원하게 되었는데, 위 甲과 원고(이하 ‘원고

8) 하급심판결집 96(2), 73면. 위 판결은 그대로 확정되었다.

부부'라 한다)는 위 대학병원측에 수술승낙서를 제출하면서 이미 2자녀를 가지게 된 상태여서 가족계획상 불임수술도 해 달라고 청약하였고, 위 대학병원측은 이를 이의 없이 받아들였으며, 담당의사인 위 A는 다음날 제왕절개 수술을 시행하기로 하였는데, 위 甲의 진통이 예정보다 빨리 시작되는 바람에 같은 날 18:11경 이미 퇴근한 위 A를 대신하여 위 대학병원 전공의 3년차인 원심 공동피고 B가 제왕절개 수술을 시행하여 남아(소외 乙)를 출산하게 한 사실, 위 대학병원측은 제왕절개 수술 과정에서 위 甲에 대하여 불임수술을 시행하지 아니하였고 그러한 사정을 원고 부부에게 설명조차 하지 않은 사실, 불임수술이 된 것으로 알고 있던 위 甲은 그 후 셋째 아이를 임신하여 1995. 7. 12. 서울 중랑구 중화동 소재 C 산부인과의원에서 남아(이하 '사건 본인'이라 한다)를 출산한 사실 등을 인정할 수 있고 반증이 없다. 이에 대하여 원고는 피고를 상대로 분만비, 양육비, 교육비, 위자료 등을 청구하였는데, 1심법원은 원고들의 청구를 모두 인용하였으나,<sup>9)</sup> 항소심인 서울고등법원에서는 분만비와 위자료만 인정하였을 뿐 양육비, 교육비 등 양육비용은 기각하였다.

#### 나. 판결의 요지

##### (1) 손해배상책임의 발생

피고 법인이 원고 부부의 불임수술의 청약을 이의 없이 받아들임으로써 원고 부부와 피고 사이에 불임수술에 관한 의료계약은 성립되었다 할 것이므로, 피고 법인은 동 계약의 불이행으로 인하여 원고 부부가 입은 손해를 배상할 책임이 있다.

##### (2) 손해배상의 범위

###### ① 분만비

9) 한편 원심법원인 서울지방법원 북부지원은 1996.2.2. 선고 95가합4661 판결에서, 피고 법인이 원고 등의 불임수술 청약을 이의 없이 받아들임으로써 불임수술에 관한 의료계약은 성립되었다 할 것이므로, 피고 법인은 동 계약의 불이행으로 인하여 원고 등이 입은 손해를 배상할 책임이 있고 판시하면서, 재산적 손해로서 금36,283,824원(분만비 610,824원+양육비 23,655,462원+교육비 21,088,456원)×80%책 임제한), 위자료로 원고들에게 각 금 5,000,000원을 인정하였다.

이 사건 채무불이행으로 말미암아 위 갑이 사건 본인을 출산하게 되어 원고 부부는 사건 본인의 분만비용을 지출하게 되었고, 이는 이 사건 채무불이행으로 인한 통상의 재산상 손해라고 할 것이다.

### ② 위자료

이 사건 채무불이행으로 말미암아 위 갑은 자신의 의사에 반하여 사건 본인을 임신·출산하게 되어 위 임신기간 및 출산 과정에서 심한 정신적 고통을 받게 되었고, 원고 역시 가족계획에 반한 위 차미자의 임신 및 출산으로 인하여 심한 정신적 고통을 입게 되었음을 경험칙상 넉넉히 인정할 수 있다 할 것이므로 피고는 금전으로나마 이를 위자할 의무가 있다.

### ③ 양육비 및 교육비

불임시술을 목적으로 하는 의료계약은 다른 일반계약과는 달리 그 이행으로서의 수술은 아직 구체화되지 않은 인간의 생명 및 그 탄생에 반하는 것이고, 오히려 그 불이행은 인간 생명의 탄생으로 직결되는 것이며, 또한 위 불이행으로 인한 원치 않은 아이의 임신 및 그 탄생은 부모의 입장에서 보면 부모로 하여금 그 자(子)에 대한 부양의무 등을 지게 한다는 점에서 일응 경제적 손해를 가져온다고도 볼 수 있으나 태어난 자(子)의 시각에서 본다면 유일한 생명을 구해준 은혜로운 행위가 된다는 점에서 그 법적 특수성이 있으므로, 과연 그 계약의 불이행으로 인하여 부모가 '손해'를 입게 될 것인가의 문제는 부모의 재산상 이익과 자(子)의 생명권 중 어디에 우월적 지위를 인정할 것인가의 문제로 귀착된다고 볼 것인데, 우리 헌법 제10조에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 규정하여 개인의 생명권 존중 및 기본적 인권 보장의 원칙을 천명하고 있고, 이를 받아 민법 제752조에서 타인의 생명을 해한 자는 피해자의 직계존속, 직계비속 및 배우자에 대하여는 재산상의 손해 없는 경우에도 손해배상의 책임이 있다고 규정하고, 형법 제250조 내지 제256조(살인 등의 죄), 제262조(폭행치사죄), 제268조(업무상 과실치사상 죄) 등에서 사람의 생명을 해한 행위를 범죄로 규정하여 처벌하고 있는 점 등에 비추어 비록 원

치 않은 임신에 의하여 출생한 자(子)라 할지라도 그 자의 생명권은 절대적으로 보호되어야 할 가치로서 부모의 재산상 이익에 우선하여야 한다고 보아야 할 뿐만 아니라(만일 반대로 해석하여 제3자가 채무불이행으로 인하여 아이의 생명을 탄생시키게 함을 법적 비난의 대상으로 삼아 그 제3자에게 손해배상의 형식으로 제재를 가한다면 이는 실질적으로 우리 헌법정신에 반하는 것이 될 것이다). 민법 제913조에서는 “친권자는 자(子)를 보호하고 교양할 권리의무가 있다.”고 규정하고 있고, 위 부모의 친권에 기한 미성년의 자(子)에 대한 부양의무는 원칙적으로 이를 면제받거나 제3자에게 전가할 수 있는 성질이 아니라 할 것이므로 비록 원치 않은 임신에 의하여 출생한 자(子)라고 할지라도 부모는 일단 출생한 자에 대하여는 부양의무를 면할 수 없다 할 것이고, 따라서 자의 출생 및 그로 인한 부양의무를 ‘손해’로 파악할 수는 없다 할 것이다.

## 2. 평 석

### 가. 학설의 검토

#### (1) 부정설

부모가 자신이 낳은 아이에 대한 부양의무를 손해로 평가하는 것은 헌법 제10조에 기한 아이의 존엄성을 해하는 것이므로 인정할 수 없다고 한다.<sup>10)</sup>

또 부양의무를 손해로 평가하는 것은 이러한 청구를 인정하는 것의 긍정적인 측면과 부정적인 면을 다 함께 고려하여 긍정적인 면이 부정적인 면보다 많은가 아니면 그 반대인가 하는, 이익형량의 관점에서 해결하여야 하는데, 정상아가 태어난 경우에 있어서는 양육비 상당의 손해배상청구를 하는 것은 부정적인 면이 많고, 이것이 긍정적인 면보다 더욱 중대하며, 따라서 양육비상당의 손해배상청구는 인정되지 않아야 한다는 것이다.<sup>11)</sup>

10) 강희원, 전제논문, 59면.

11) 윤진수, 전제논문, 법조(1999.8.), 48면.



(2) 긍정설

우리나라의 현실에 비추어 '원치 않은 아이'에 대한 사회보장적 장치를 기대하는 것은 도저히 불가능하다는 점에 비추어 볼 때 그에 따른 경제적 부담을 손해로 인정하고 손해배상책임을 인정하는 것이 법정책적이거나 사회정책적 차원에서 더 긍정적이라는 것이다.<sup>12)</sup>

나. 검토

(1) 양육비청구에 대하여

인간의 존엄성에 비추어 아이의 존재 자체가 손해가 아니라는 점에 대하여는 이론이 없다. 아이 자체는 손해가 아니라고 하더라도 아이의 존재는 계약위반과 손해사이의 손해 연관에 있어서 필요 불가결한 구성부분이기 때문에 아이와 부양의무는 일체로 이해되어야 할 것이다. 따라서 아이로부터 파생된 부양의무를 손해로 파악하는 것은 아이를 직접적으로가 아니라 간접적으로라도 손해라고 규정하여도, 그것은 헌법 제10조에 기한 아이의 존엄성을 침해하는 것이라고 할 것이다. 부양청구와 아이가 하나로써 통일체를 이루는데, 이러한 통일체의 일부를 손해라고 표현하는 것에는 반드시 이 통일체 자체와 그것의 다른 일부를 손해로 간주하는 것이 포함되어 있다고 보아야 하기 때문이다.<sup>13)</sup> 따라서 위와 같은 점을 고려해 볼 때 아이로부터 파생되는 부양의무를 아이와 분리하여 이를 손해로 파악할 수는 없다 할 것이다.

부양의무를 손해로 규정하는 것이 아이의 기본권의 침해가 아니라고 하더라도, 부모에게 손해배상청구권을 인정하려면, '원치 않은 아이'라는 사실이 입증되어야 한다. 이와 같이 법적으로 입증을 강요하는 것은 기본권의 침해가 된다고 할 것이다. 왜냐하면 손해배상청구권을 법적으로 인정하는 것은 아이의 생명권을 직접적으로 문제시해야 할뿐만 아니라 원치 않은 아이라는 사실을 입증하는 것은 아이를 차별하거나 또는 아이에

12) 최재천, 전계논문, 96면 이하.

13) 강희원, 전계논문, 59면.

게 ‘원치 않은 아이’라는 낙인을 찍기 때문이다. 더욱 아이가 이러한 사실, 즉 자신을 둘러싸고 손해배상청구사건이 있음을 알게 된 경우에는 심한 모순과 갈등, 정신적인 손상을 입게 될 수도 있다.<sup>14)</sup>

민법 제 913조는 「친권자는 자를 보호하고 교양할 권리의무가 있다」고 규정함으로써 친권의 근본취지를 표시하고 있다. 부모는 미성숙 자녀에 대하여 그가 사회의 일원으로서 자립할 수 있을 때까지 육체와 정신이 발달하지 않았기 때문에 입을지도 모르는 모든 위험이나 불이익으로부터 보호하고 양육하지 않으면 안 되는 이른바 부양의무가 있는데, 이 부양의무의 근거는 부모와 자의 신분관계에 그 근거를 두고 있다. 따라서 친자관계가 해소되지 않는 한 부모는 자녀를 부양할 의무를 지는 것이며, 이를 포기하거나 면제받거나 제3자에게 양도하는 것은 허용되지 않는다.

따라서 아이에 대한 부양의무가 부모에게 적지 않은 재산적 부담이지만, 부양의무는 생물학적 관계와 결부되어 있어서 친자관계가 해소되지 않는 한 부모는 자녀를 부양할 의무를 지는 것이며, 이를 포기하거나 면제받거나 제3자에게 양도하는 것은 허용되지 않기 때문에 부양의무를 제3자에게 전가하는 것은 가족법적 부양청구의 법적 성질에 반한다. 이는 부모가 아이를 원했던 경우나 원치 않았던 경우라도 마찬가지이다.

또한 원치 않은 아이의 경우 의사에게는 손해를 감축할 수 있는 방법이 없다. 즉, 의사는 비용을 야기하는 대상을 없애서 손해를 감축하려고 하여도 임신이 된 경우에는 아이는 이미 법적 주체인 인간으로서 존재하고 있고, 모자보건법상의 임신중절기간이 도과되어 더 이상 합법적이지 않거나, 낙태의 지연으로 인하여 낙태를 행하는 것이 더 큰 위험을 포함하는 경우에는 비용 감축행위는 할 수 없으며, 또 태어난 후에는 자를 부모와 분리하여 입양을 원하는 다른 사람에게 입양시켜 생부모의 손해를 감축하는 방법도 사실상 기대하기 어렵다.

이에 대하여 부양의무를 손해로 인정하지 않는다면 의사의 면책시켜주는 것이 되어 부당하다는 주장이 제기될 수도 있으나, 의사에게 면책된

14) 윤진수, 전제논문, 50면.

것은 부양비용만일 뿐 아래에서 보는 바와 같이 위자료를 인정하고 있으므로, 채무불이행 또는 불법행위를 저지른 의사에 대한 책임추궁은 여전히 유효하다.

따라서 부양비용을 손해로 보아 청구할 수 없으며, 이러한 관점에서 부모의 양육비청구를 기각한 위 법원의 판결은 타당하다 할 것이다.

#### (2) 위자료청구에 대하여

위자료 청구에 대하여는 학설과 판례가 모두 이를 긍정하고 있다. 원치 않은 임신의 경우에 양육비 청구가 인정이 되지 않는다고 하더라도 부모가 원치 않은 임신·출산하게 되어 위 임신기간 및 출산 과정에서 심한 정신적 고통을 받았다면, 그에 대한 위자료는 인정되어야 한다. 이 경우의 위자료는 아이의 존재로부터 파생된 정신적 손해, 즉 원치 않은 아이의 임신, 출산으로 인하여 부모가 입은 정신적 고통에 대한 것이 아니라 부모에게 전속된 임신, 출산에 대한 자기결정권(가족계획권이라고 해도 좋을 것이다)을 침해에 따른 것이다. 따라서 아이의 존재 자체가 손해가 아니므로 그로부터 파생된 부양의무도 손해가 아니라는 태도와도 모순되지 않는다.

### Ⅲ. 원치 않은 출산(Wrongful birth)과 손해배상책임

장애아를 출산한 경우에도 부양의무를 손해로 인정할 것인지의 여부, 장애아의 출산과 관련된 위자료 청구가 인정되는지의 여부가 문제된다.

#### 1. 판례

가. 춘천지방법원 1997.6.27. 선고 96나4187 판결<sup>15)</sup>

##### (1) 사실관계

15) 미공간: 한편 위 판결에 대하여 원고가 상고, 피고가 부대상고를 하였으나, 대법원은 위 상고 및 부대상고는 상고심절차에 관한 특례법 제4조 소정의 심리불속행사유에 해당한다는 이유로 위 법 제5조에 의하여 상고를 기각하였다. 대법원 1997. 11. 26. 선고 97다36842 판결.

원고 갑은 1994. 2. 3. 둘째 딸인 을을 임신한 후 임신 11주 6일 되던 날인 같은 해 4. 26.부터 피고 지방공사 강원도 춘천의료원에서 그 소속 산부인과 의사인 피고 A로부터 정기적으로 진찰을 받았다. 원고는 1960. 5. 10.생으로 위 임신 당시 만 33세였으며, 1990. 7. 13. 첫째딸을 낳았는데, 피고병원 의사로부터 선천성 뇌수종으로 진단받았다가 그 후 다른 병원에서 선천성 뇌수종이 아니라는 사실이 판명되어 정상아로 잘 자라고 있고, 원고 갑이 임신하기 이전에 원고 갑의 시누이 2명이 기형아를 출산한 사실이 있다. 원고 갑은 이와 같은 사정으로 인하여 자신이 임신한 아이가 정상아인지에 대하여 보통의 산모보다 더욱 큰 관심을 가지게 되었고, 이에 원고 갑은 1994. 5. 31. 피고 A에게 정기진단을 받으면서 기형아 검사를 시행해줄 것을 강하게 요청하였다. 피고 A는 초음파검사만을 한 후 태아는 정상이라며 그밖의 다른 기형아 검사를 하지 않으려고 하였으나, 원고 갑의 거듭된 요구에 마지 못하여 서울의 전문검사기관인 이원의료재단 이원임상검사센터에 초보적 기형아 검사인 에이.에프.피(A.F.P.)검사(모체혈청단백질검사)만을 의뢰하였고, 위 검사결과 그 수치는 정상기준치 범위내로 나왔다. 원고 갑은 위 검사후에도 피고 A에게 정기적으로 진찰을 받았는데, 그때마다 피고 A는 원고 갑에게 태아가 정상이라고 진단하였다. 원고 갑은 분만예정일보다 14일전인 1994. 10. 27. 둘째딸 乙을 낳았는데, 乙은 21번 염색체이상(다운증후군)의 기형으로 태어났다. 이에 원고들은 의사를 상대로 자기결정권의 침해에 따른 위자료 및 장애아의 출산으로 인한 위자료를 청구하였는데, 법원은 자기결정권의 침해에 따른 위자료 청구는 인정하였으나, 장애아 출산으로 인한 위자료 청구는 기각하였다.<sup>16)</sup>

## (2) 판결요지

### ① 자기결정권의 침해로 인한 위자료

피고 A는 원고 갑의 주치의로서 원고 갑이 보통의 산모와는 달리 특별

16) 원심법원인 춘천지방법원은 1996.10.9. 선고 95가단7904 판결에서 원고들의 위자료 청구를 인용하였다.

히 기형아 검사에 대하여 강하게 집착하면서 그 의뢰를 요구하였으므로, 원고 갑에 대하여 그 가게나 그의 시댁인 원고 병의 가게에 유전적 결함이 있거나 기형아 출산의 병력이 있는지 등에 관하여 물어보고, 나아가 산부인과 전문의로서 원고의 나이가 산모로서는 비교적 고령인 점과 이 사건 검사의 정확도가 떨어지는 점, 이 사건 검사 결과가 정상기준치 중하한에 가까운 점 등은 물론 자신이 오진이었을 가능성까지 고려하여 원고 갑에게 트리플마커 검사법 나아가 이를 확진하는 양수천자를 통해 염색체 행형을 분석하는 검사법 등에 관하여 그 필요성, 위험성 및 경제성 등 제반 사정에 관하여 설명함으로써 원고들로 하여금 다른 검사를 받을 것인지에 관하여 판단할 기회를 줄 의무가 있었는데 이를 위반하였다 할 것이고, 이로 인하여 그 태아의 부모가 될 원고들 스스로 보다 확실한 검사방법을 택하여 태아가 기형아인지의 여부를 확인하고, 만일 그 태아가 기형아라면 그 태아를 출산하여 키울 것인지 여부를 선택하고 대비할 수 있는 자기결정권을 침해하였다 할 것이고, 그로 인하여 원고들이 입게된 정신적 손해를 배상할 의무가 있다.

② 장애아 출산으로 인한 위자료

원고들은, 피고들이 위 손해이외에도 원고들이 기형아를 출산함으로써 받은 정신적 손해도 배상하여야 한다고 주장하나, 자기결정권의 침해로 인한 손해를 넘어 기형아출산으로 인한 손해의 배상까지 구하려면 설명의무위반과 기형아 출산과의 사이에 상당인과관계가 있어야 할 것인데, 이 사건 변론에 나타는 모든 증거에 의하여도 그 인과관계의 존재를 인정하기에 부족하다.

나. 서울고등법원 99나51588판결<sup>17)</sup>

(1) 사실관계

원고 갑은 1996.10.14. 피고 A가 운영하는 산부인과 병원에 내원하여 진료를 한 결과 임신사실을 알게 되었고, 그 후 약 10회에 걸쳐 위 병원에

17) 미공간. 현재 이 사건은 피고가 상고를 제기하여 대법원(2000다61947호)에 계류중이다.

내원하여 진료를 받았다. 당시 위 병원의 산부인과 과장으로 근무하면서 원고 갑을 담당하고 있던 피고 B는 1997. 1. 23. 위 원고에게 기형아 등의 산전선별검사의 일환으로 트리플마크(Triple Marker)검사를 시행하였는데, 위 검사결과 원고가 임신한 태아가 다운증후군에 해당할 확률이 4,000:1로 나타났고, 전체 결과와 산모의 나이, 체중 등을 고려할 때 이상이 없다는 Screening negative판정을 받았다. 그런데 1997. 6. 1. 원고 갑이 제왕 절개술로 출산한 소외 을에게 다운증후군의 증세가 나타나자 원고 갑은 을을 서울역 근처에 소재한 소아아동병원으로 옮겨 치료를 하였으나, 을은 1997. 7. 1. 선행사인 백혈병, 직접사인 심장마비로 사망하였다. 이에 대하여 원고는 좀더 정확한 검사를 받을 것인지의 여부에 대한 자기결정권을 침해당하였을 뿐만 아니라 준비이익도 침해당하게 됨에 따른 위자료 청구와 또 을이 다운증후군에 걸려 출생하고 또 합병증으로 사망함에 따라 지출한 치료비, 장례비등도 청구하였으나, 1심 법원은 자기결정권의 침해, 준비이익의 침해에 따른 위자료만을 인정하였을 뿐 치료비, 장례비 등의 청구는 기각하였다.

## (2) 원심판결의 요지<sup>18)</sup>

### ① 자기결정권, 준비이익의 침해로 인한 위자료

임신하였을 당시 연령이 32세에 달하여 초산으로서는 비교적 고령인 관계로 담당의사인 피고 B에게 기형아 출생가능성에 대하여 염려하며 진료를 의뢰한 원고 갑에 대하여, 피고 B는 기형아 등에 관한 선별검사인 트리플마크검사를 실시하면서도 그 검사의 내용에 관하여 별다른 설명도 하지 아니하였을 뿐만 아니라 검사결과에 대하여도 단순히 정상이라는 취지의 설명만 하였다면, 피고 B는 담당의사로서 환자에게 행하여야 할 진료행위에 대한 설명을 다하지 아니한 과실이 있다 할 것이고, 그러한 피고 B의 과실로 인하여 원고들은 보다 정확한 기형아 검사인 양수천자 검사 등을 받을 것인지 여부에 대한 자기결정권을 침해받았을 뿐만 아니라 그와 같은 확진검사를 받았더라면 임신한 태아가 기형아인 사실을 알

18) 서울지방법원 남부지원 98가합5235 판결.

수 있었을 것이고 따라서 기형아 출산으로 인하여 더 큰 정신적 충격을 완화하거나 그에 대비할 수 있었을 것인데, 그러한 사실을 알지 못함으로 인하여 더 큰 정신적 충격을 받는 손해를 입었다 할 것이므로(아래에서 판시하는 바와 같이 원고들에게 적법하게 낙태할 결정권이 인정되지 아니하므로 기형아 출산으로 인한 원고들의 정신적 고통은 피할 수 없으나, 이를 사전에 알아서 그에 대비할 수 있는 때에 비하여 모르고 출산하였을 때의 고통이 더 큰 것으로 인정하기로 하는 것임), 원고들이 입은 정신적 손해를 배상할 의무가 있다.

#### ② 다운증후군아에 대한 치료비용, 장례비용

원고가 위 을이 다운증후군에 걸려 출생하고 또 그 합병증으로 인하여 사망함에 따라 자신이 지출한 치료비용, 장례비용 및 이에 대한 지연손해금도 피고들이 배상하여야 한다고 주장하나, 원고가 그와 같은 손해의 배상을 구하기 위해서는 피고의 위와 같은 설명의무위반과 기형아 출생 사이에 인과관계가 있어야 할 것인데, 이 사건 변론에 나타난 모든 증거를 종합해도 그 인과관계의 존재를 인정하기에 부족하다.

#### (3) 고등법원 판결의 요지

##### ① 다운증후군아에 대한 치료비용, 장례비용

임신중인 태아가 정상아이면 출산하고 장애아나 기형아이면 낳지 않으려고 의사에게 검진을 의뢰하였는데, 의사가 장애 여부를 제대로 진단하지 못하였거나 또는 다른 정확한 검사방법이 있음에도 이를 설명함이 없이 부정확한 검사방법의 결과만을 기초로 정상이라고 말하는 등 의료상의 과실로 인하여 정상아라고 생각하고 낳은 아이가 장애인 경우에 의사는 태어난 아이의 장애로 인하여 발생한 재산적 손해(예를들어 장애로 인하여 추가되는 양육비용 등)를 부모에게 배상할 책임이 있으나, 이는 부모가 태아의 장애사실을 알았다면 장애를 낳지 않았을 것이 확실하다는 전제하에서만 인정되는 것이다. 따라서 만일 장애나 기형등을 이유로 임신중절이 허용되는 것이 아니라면 의사에게 위와 같은 의료상의 과실이 있다 하여도 신생아의 장애로 인하여 발생한 재산상 손해배상청구는 인정될 수 없다. 그런데 망인에게 나타난 증세인 다운증후군은 모자보

건법 제14조 제1항 및 동법 시행령 제15조 제2항에서 규정하고 있는 인공임신중절사유에 해당하지 않는바(대법원 1999.6.11. 선고 98다22857 판결), 원고들로서는 좀 더 정확한 검사를 통하여 망인이 다운증후군에 걸렸음을 미리 알았다 하더라도 적법하게 낙태할 수는 없으므로, 재산상 손해를 구하는 원고들의 주장은 이유없다.

### ② 준비이익의 침해로 인한 위자료

임신 후 의사에게 기형 여부의 검진을 의뢰하였는데 의사의 의료상 과실로 인하여 기형아인 사실을 밝혀 내지는 못하였으나 설사 이를 밝혀냈다 하더라도 그 증세가 다운증후군이어서 임신중절이 법적으로 허용되지 않는 경우에, 태아가 다운증후군의 증세를 가진 아이라는 것을 원고들이 미리 알았다면 기형아 출산으로 인한 정신적 충격을 완화하거나 그에 대비할 수 있었을 것인데 그러한 사실을 알지 못함으로 인하여 더 큰 정신적 충격을 받는 손해를 입었다고 단정할 수 없다.

원고들로서는 다운증후군 증세를 가진 태아를 적법하게 낙태할 수 없는바, 의사가 다른 검사방법을 선택하여 태아가 다운증후군임을 알게 되었을 경우 원고들은 임신 중에는 정신적 고통을 받게 되더라도 이를 사전에 미리 알고 대비함으로써 출산후에는 그 고통이 완화될 것이고, 반대로 이 사건에서와 같이 의사가 이를 밝혀 내지 못한 경우 임신중에는 원고들의 정신적 고통이 없는 반면 다운증후군을 가진 아이가 출생한 후에는 심한 정신적 충격을 받게 될 것인데, 위 사실을 미리 알았을 경우 원고들이 받게 되었을 고통이 그렇지 않을 경우 받게 될 고통과 비교하여 반드시 크다고 단정할 만한 자료가 없다. 따라서 원고들의 주장은 이유없다.

### ③ 설명의무위반으로 인한 위자료

망인에게 나타난 다운증후군이라고 하는 중대하고도 나쁜 결과가 피고 B의 의료행위로 인하여 발생한 것이 아닐뿐더러 이 사건의 경우 원고들이 침해받은 자기결정권이란 의사가 트리플마커 검사에 대한 설명뿐만 아니라 보다 정확한 검사법인 양수천자검사 등에 관한 설명을 하여 부모들로 하여금 더 정확한 검사를 받을 기회를 부여함으로써 태아가 기형아



인지 여부를 확인하고 만일 태아가 기형아라면 그 태아를 출산할 것인지 아니면 낙태를 할 것인지 여부를 선택할 결정권이라 할 것이지 정확한 기형아 검사인 양수천자 검사 등을 받을 것인지 여부에 대한 결정권은 아닌바, 다운증후군이 인공임신중절사유에 해당하지 않음은 위에서 본 바와 같으므로, 원고들로서는 망인이 다운증후군에 걸렸음을 알았다고 하더라도 적법하게 낙태할 결정권을 가지고 있다고 할 수 없다. 따라서 위 피고의 설명의무위반으로 원고들의 자기결정권이 침해되어 정신적 손해를 입었다는 원고들의 주장도 이유없다.

다. 대법원 1999.6.11. 선고 98다33062 판결<sup>19)</sup>

(1) 사실관계

원고 甲은 1995. 2. 2. 산부인과 전문의인 피고를 처음 방문하여 피고로부터 임신중이라는 진단을 받았고, 같은 해 3. 10.을 비롯하여 4차례에 걸쳐 피고로부터 초음파검사를 받은 다음 태아가 정상적으로 성장하고 있다는 진단을 받았으며, 1995. 9. 27. 소외 乙을 출산하였는데, 을은 왼쪽 손목 이하 부분이 발육부전상태였다. 이에 원고들은, 피고에게 초음파검사를 정밀하게 실시해줄 것을 촉구하였음에도 불구하고, 피고가 이를 소홀히 하여 태아의 발육부전상태를 확인하지 못함으로써 위 원고가 낙태여부를 결정할 자기결정권을 침해받았으므로 이로 인하여 원고들이 입은 정신적 고통에 대한 위자료를 지급하여야 한다고 소송을 제기하였는데, 1심, 2심, 대법원 모두 피고에게 과실이 없다는 이유로 원고들의 청구를 기각하였다.

(2) 1심판결의 요지<sup>20)</sup>

피고가 초음파검사에서 위 을의 기형을 발견하지 못하였다고 하여 곧 피고에게 어떠한 주의의무 위반이 있다고 단정하기 어렵다고 판시하면서, 가사 피고가 사전에 위 을의 기형여부를 확인하지 못한 점에 관하여 과

19) 법원공보 99. 7. 15. 1366면.

20) 부산지방법원 울산지원 1997. 10. 23. 선고 97가합5240 판결. 미공간.

실이 있다고 하더라도 위 을과 같은 왼쪽 손목 이하 발육부전은 모자보건법에서 규정한 낙태사유에는 전혀 해당이 없다고 할 것이어서 비록 원고들이 출산 전에 위 을의 사지기형에 대하여 미리 알았다고 하더라도 낙태하는 것은 법률상 허용되지 아니하고, 따라서 낙태를 전제로 하는 원고들의 주장은 도저히 받아들일 바 못된다.<sup>21)</sup>

### (3) 대법원 판결의 요지

대법원은 피고에게 어떠한 주의의무 위반이 없다는 원심의 사실인정과 판단을 인정하면서, 원고들의 자기선택권의 침해주장에 대하여, “가사 피고가 사전에 위 을의 기형여부를 진단하지 못한 점에 과실이 있다고 하더라도... 사정에 비추어 보면 이로 인하여 원고들이 낙태 여부를 결정할 수 있는 자기선택권이 침해받았다고도 할 수 없을 것이다”라는 원심 인용의 제1심 판시부분은 부가적. 가정적 판단에 지나지 아니하므로, 피고들의 위와 같은 과실이 인정되지 아니하는 이 사건에 있어 이 부분 상고이유는 굳이 판단할 필요가 없다.

## 2. 평 석

### 가. 학설의 검토

#### (1) 부정설

원치 않은 임신의 경우와 마찬가지로 아이 자체가 손해가 아닌 이상 태어난 아이가 장애아라고 하더라도 그로부터 파생된 부양의무는 손해가 아니라는 것이다.<sup>22)</sup>

손해배상의 범위에 관한 판단은 상당인과관계의 존부에 관한 법관의 규범적 판단이고, 그 판단시에는 의료정책적 배려가 어느 정도 개재되어

21) 한편 이 사건의 항소심인 부산고등법원은 1998. 6. 11. 선고 97나12792호로써 원심판결의 이유기재를 그대로 원용하여 원고들의 항소를 기각하였다.

22) 강희원, 전제논문, 59면. 다만 강희원은 건강한 아이가 출생한 경우와 장애아가 출생한 경우를 명확히 구분하고 있지 않으나 같은 이유로 양자의 경우를 모두 부정하는 것으로 보인다.

야 하는데, 의사로 하여금 주의를 기울여 임신출산에 관한 상담에 임하도록 하는 원치 않은 출생에 관한 의료과오책임은 손해억제적 기능에 비추어 볼 때 의료과오책임 자체는 인정할 필요는 있지만 그 책임범위를 지나치게 확대하는 것은 사회상규에 비추어 타당하지 않으므로, 부모의 자기결정권의 침해에 따른 위자료의 배상을 인정하는 정도로 의사와 환자측의 이해를 조절하는 것이 바람직하다고 한다.<sup>23)</sup>

## (2) 긍정설

원치 않은 임신의 경우와 마찬가지로 법정책적, 사회정책적 차원에서 이를 인정하여야 한다고 한다.<sup>24)</sup> 장애아의 경우에 장애로 인한 추가비용은 장애라는 사실 자체에 기인하는 것으로서, 이러한 장애는 부모에게 줄 수 있는 어떠한 이익에 의하여도 보상될 수 없는 성질의 것이며, 장애가 그 자체로서 소극적으로 평가되는 요소라는 것은 누구도 부인할 수 없으므로, 장애아에 대하여 손해배상을 명한다 하더라도 그것이 장애아의 존엄성을 해하는 것은 아니라는 것이다.<sup>25)</sup>

장애아의 출생으로 인한 손해배상의 범위에 대하여는, 장애로 인하여 추가적으로 소요되는 양육비용만을 배상하여야 한다는 견해<sup>26)</sup>와 장애아의 출산으로 인하여 소요되는 모든 비용을 배상하여야 한다는 견해<sup>27)</sup>가 대립된다.

23) 이은영, 전계논문, 89면.

24) 최재천, 전계논문, 96면 이하. 최재천 역시 건강한 아이가 출생한 경우와 장애 아가 출생한 경우를 원치 않은 출산의 경우를 명확히 구별하고 있지 않으나, 같은 이유로 양자의 경우를 모두 긍정하는 취지로 보인다.

25) 윤진수, 전계논문, 54면.

26) 윤진수, 전계논문, 54면 이하. 신현호, 원치 않은 생명(하), 33면 이하; 윤진수는 장애아 출산의 경우에는 그 부모는 정상아를 출산하려고 의욕하고 있었고, 따라서 정상아의 출산에 소요되는 비용 상당은 부담할 의사를 가지고 있었던 것이므로, 그 예상에 반하여 장애아가 출산한 경우에도 그로 인한 손해는 장애아 양육에 드는 비용 전체 가운데서 정상아의 양육에 소요되는 비용을 공제한 나머지지, 양육비용 전체를 손해로 볼 수는 없다고 한다. 한편 신현호는 이에 대하여 별다른 근거제시를 하지 않았다.

27) 최재천, 전계논문, 97면 이하. 여기에서는 원치 않은 출생과 관련된 손해는 아이 자체가 아니라 생계비 자체가 손해라고 파악하여야 한다고 함으로써, 장애아인 경우에 그로 인하여 소요되는 모든 양육비용을 배상하여야 한다는 견해를 취하고 있는 것으로 보인다.

## 나. 검토

## (1) 양육비 청구에 대하여

부모가 장애아를 출산한 경우에는 정상아를 출산한 경우와는 달리 그 임신 중에 태아의 장애를 알았더라면 그 부모가 태아를 임신중절하였을 것이라는 것을 전제로 하고 있는 만큼, 태아의 장애가 모자보건법상 임신중절사유에 해당되지 않는다면 양육비 상당의 손해배상청구는 처음부터 문제되지 않는다.<sup>28)29)</sup> 따라서 장애아를 출산한 경우에 있어서 부양의무가 손해인가의 여부는 적법한 임신중절사유가 존재할 때만이 의미가 있는데, 이에 대한 논의는 원치 않은 임신의 경우와 다를 바 없다고 생각된다. 즉, 아이 자체가 손해가 아닌 이상 그 아이가 정상아인지, 장애아인지 구별하여야 할 하등의 이유가 없으므로, 장애아를 출산하였다 하더라도 그로부터 파생된 부양의무는 손해로 볼 수 없다.

다만 부양의무를 손해라고 본다고 하더라도, 양육비 청구가 인정되기 위해서는 설명의무위반과 장애아의 출산과의 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하고, 그 설명의무위반은 치료과정에서 요구되는 주의의무위반과 동일시 할 정도의 것이어야 하는데,<sup>30)</sup> 이 경우에 의사의 주의의무위반

28) 모자보건법 제14조는 ① 본인 또는 배우자가 대통령령이 정하는 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우, ② 본인 또는 배우자가 대통령령이 정하는 전염성 질환이 있는 경우, ③ 강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우, ④ 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척간에 임신한 경우, ⑤ 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심히 해하고 있거나 해할 우려가 있는 경우에 본인 또는 배우자의 동의를 얻어 낙태할 수 있는 것으로 규정하고 있고, 그에 대한 모자보건법시행령 제15조 제2항에는 모자보건법 제14조 제1항 제1호의 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환을 “유전성 정신분열, 유전적 조울증, 유전적 간질증, 유전적 정신박약, 유전성 운동신경원 질환, 혈우병, 현저한 범죄경향이 있는 유전적 정신장애, 기타 유전성 질환으로서 그 질환이 태아에 미치는 위험성이 현저한 질환”이라고 규정하고 있고, 모자보건법 제14조 제1항 제2호의 전염성 질환을 “태아에 미치는 위험이 큰 풍진, 수두, 간염, 후천성면역결핍증 및 전염병예방법 제1조 제1항의 법정전염병”으로 규정하고 있다.

29) 윤진수, 전개논문, 53면.

30) 대법원 1996.4.12. 선고 95다56095 판결은 “의사가 설명의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 사망 등의 중대한 결과가 발생한 경우에 환자측에서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대하여 위자료만이 아닌 전 손해의 배상을 구하는 경우에는 그 설명의무위반이 구체적 치료과정에서 요구되는 의사의 주의의무위반과 동일시할 정도의 것이어야 하고, 그러한 위반행위와 환자의 사망과의 사이에 인과관계까지 존재함이 입증되어야 한다”고 하면서, “망인이 수술에 대한 설명을 들었더라면 위

과 동일시할 정도의 설명의무위반이란 어느 정도의 설명의무위반을 말하는지 그 의미가 모호할 뿐만 아니라, 또 산모가 의사로부터 태아의 장애에 대한 설명을 들었더라면 임신중절을 하였을 것이라는 인과관계의 인정은 아무런 의심없이 받아들여 질 수 있는 것인지 의문이다.

(2) 위자료 청구에 대하여

부양의무를 손해로 볼 수 없다는 견해에 의하더라도 태아의 장애가 모자보건법상 임신중절사유에 해당되는 경우에 의사의 과실로 인하여 출산에 대한 자기결정권이 침해되었다면 위자료 청구를 인정하여야 할 것이다.

이에 대하여 자기결정권의 침해에 따른 위자료를 인정하는 것은 산모의 출산에 대한 자기결정권을 태아의 생명권에 우선시킴으로써 아이의 존엄성을 해하는 것이 아니냐는 의문이 제기될 수 있으나, 태아의 생명권이 헌법상 절대적으로 보호되어야 하는 가치이기는 하지만 모자보건법상 적법한 임신중절사유가 있는 경우에는 예외적으로 산모의 출산에 대한 자기결정권이 우선한다는 것을 전제로 하는 것이다(즉 모자보건법이 헌법 제10조에 위배되는지의 여부는 별론으로 한다).

한편 춘천지방법원은 피고의 과실로 인하여 부모들이 출산에 대한 자기결정권을 침해당하였다는 이유로 위자료청구를 인정하고 있다. 그러나 위 사건에서 다운증후군은 모자보건법 제14조 소정의 인공임신중절사유에 해당되지 아니하므로, 부모가 태아가 다운증후군에 걸려 있음을 알았다고 하더라도 태아를 적법하게 낙태할 결정권을 가지고 있지 않기 때문에 출산에 대한 자기결정권이 침해되었다고 볼 수는 없다. 즉, 부모가 임신 중에 그 태아가 기형인 사실을 알았더라도 그 기형이 임신중절사유에 해당되지 않는다면, 그 부모로서는 아이를 출산하는 것 이외의 달리 선택할 수 있는 기회가 없기 때문에 이러한 경우에는 어떠한 자기결정권도 침해된 것이 없다고 보아야 한다. 따라서 서울고등법원이 낙태가 허용되

---

수술에 동의하지 않았을 것이고, 또 할로테인에 대한 부작용을 들었더라면 마취방법에 동의하지 않았을 것이다”고 판시하므로써 상당인과관계의 유무를 환자의 가정적 동의에 의존하고 있다.

지 않는 경우에는 원고에게는 자기결정권의 침해로 인한 어떠한 손해도 없다고 판시한 것은 타당하다 할 것이다.

또한 춘천지방법원은 장애아의 출산으로 인한 위자료 청구에 대하여 설명의무위반과 기형아 출산과의 사이에 상당인과관계가 없다는 이유로 기각하였으나, 이 경우의 위자료는 장애아의 존재로부터 파생된 정신적 손해, 즉 원치 않은 장애아의 출산으로 인하여 부모가 입은 정신적 고통에 대한 것이므로, 장애아의 존재 자체가 손해가 아닌 이상 장애아의 출산으로 인한 위자료 역시 손해로 볼 수 없기 때문에 인정해서는 안 될 것이다. 마찬가지로 서울지방법원 남부지원은 다운증후군아 출생에 따른 치료비, 장례비용의 청구에 대하여 설명의무위반과 기형아 출산과의 사이에 상당인과관계가 없다는 이유로 기각하고 있으나, 이 역시 아이의 존재 자체로부터 파생되는 비용이기 때문에 손해로 볼 수는 없다 할 것이다.

나아가 서울지방법원 남부지원은 준비이익의 침해에 대한 위자료를 인정하고 있다. 즉, 태아의 기형이 임신중절사유에 해당되지 않는다고 하더라도 그 부모가 미리 태아의 기형 여부를 알았더라면, 기형아 출산으로 인하여 더 큰 정신적 충격을 완화하거나 그에 대비할 수 있었을 것인데, 그러한 사실을 알지 못함으로 인하여 더 큰 정신적 충격을 받는 손해를 입었다는 것이다.

그러나 의사가 사전에 태아의 다운증후군을 진단하였다 하더라도 그 부모가 장애아의 부모로서 살아갈 길밖에 남아 있지 않다면, 어쨌든 아이가 다운증후군이기 때문에 겪는 부모의 정신적 고통은 태아의 기형여부를 산전에 알았던 산후에 알았던 간에 무슨 차이가 있는지 의문이다. 또 산전에 태아가 다운증후군이라는 사실을 알았을 때의 정신적 충격과 분만시에 태아가 다운증후군이라는 사실을 알았을 때의 정신적 충격을 비교, 교량하는 것이 가능한지도 의문이다.

따라서 서울고등법원이 원심법원의 판결을 파기하고 이러한 준비이익의 침해가 없다고 판시한 것은 정당한 것이다.

## IV. 원치 않는 삶(Wrongful life)과 손해배상책임

### 1. 대법원 1999. 6. 11. 선고 98다22857 판결<sup>31)</sup>

#### 가. 사실관계

이 사건의 사실관계는 춘천지방법원 1997. 6. 27. 선고 96나4187 판결의 사실관계와 같다. 다만, 이 사건에서는 장애아인 乙이 스스로 원고가 되어 피고에게 양육비 및 위자료 청구를 하였다.

#### 나. 원심판결의 요지<sup>32)</sup>

원고인 아이의 장애 자체가 피고 의사의 과실로 인하여 생긴 것이 아님은 명백하므로, 결국 원고의 청구는 원고 자신이 태어나지 않았어야 함에도 장애를 가지고 태어난 것이 손해라는 점을 근거로 하고 있다 할 것이다. 그러나 인간 생명의 존엄성과 그 가치의 무한함을 생각해 볼 때 원고가 장애를 갖고 출생한 것과 출생 전 인공임신중절로 출생하지 않는 것과 비교해서 손해의 유무를 판단할 수는 없는 것이다. 물론 원고가 기형아로 태어남으로써 정상인에 비하여 치료비와 양육비가 더 소요될 것임은 능히 짐작이 되나 이것이 피고 의사의 의료상의 과실(채무불이행이나 불법행위를 모두 포함한다)로 인한 원고의 손해라고 볼 수는 없어 그 사이에 상당인과관계를 인정할 수 없다.

#### 다. 대법원판결의 요지

(1) 다운증후군은 모자보건법이 정하고 있는 유전성 질환이 아니어서 원고의 부모가 다운증후군에 걸려 있음을 알았다 하더라도 원고를 적법하게 낙태할 결정권을 가지고 있었다고 보기 어렵다. 따라서 의사측에서 원고가 다운증후군에 걸린 사실을 검진하지 못했음을 이유로 청구한 손해배상은 이유 없다.

31) 법원공보(1999. 7. 15.), 1361면.

32) 서울고등법원 1998. 4. 14. 선고 97나40188 판결.

(2) 또한 인간생명의 존엄성과 그 가치의 무한함을 생각해 볼 때, 어떠한 인간 또는 인간이 되려고 하는 존재가 타인에 대하여 자신의 출생을 막아 줄 것을 요구할 권리를 가진다고 보기 어렵고, 장애를 갖고 출생한 것 자체를 인공임신중절로 출생하지 않는 것과 비교해서 법률적으로 손해라고 단정할 수도 없으며, 그로 인하여 치료비 등 여러 가지 비용이 정상인에 비하여 더 소요된다고 하더라도 그 장애 자체가 의사나 다른 누구의 과실로 말미암은 것이 아닌 이상 이를 선천적으로 장애를 지닌 채 태어난 아이 자신이 청구할 수 있는 손해라고 할 수 없다.

## 2. 검토

### 가. 학설의 검토

#### (1) 부정설

장애아 자신이 임신중절을 원하여 죽을 권리가 있느냐에 대한 문제는 인간에 대한 존엄과 생명권과 관련이 있는데, 장애아라고 하여 존엄성이 배제되는 것은 아니지만 태아인 상태에서는 의사능력이 없으므로 부인되어야 한다는 견해<sup>33)</sup>와, 의사가 장애아를 출산하지 않게 할 의무를 부담하는 것은 의료계약의 당사자에 대한 관계에서일 뿐이고, 장애아 자신에 대하여서 까지 그러한 의무를 부담한다고 할 수 없으므로 아이의 청구를 인정할 수 없다는 견해<sup>34)</sup>가 있다.

#### (2) 긍정설

이에 반하여 '아이'가 청구권을 가질 수 있느냐의 문제는 아이의 장애의 인생을 보호하기 위한 사전조치의 관점에서도 고려되어야 하는데, 헌법이 보장하고 있는 광범위한 인격권의 범위에 비추어 볼 때 아이에게 손해배상청구를 인정해주어야 하며, 임신 전 부모에 대한 하자있는 조언으로 인하여 현실적으로 피해를 입은 당사자는 바로 아이이기 때문에 아

33) 신현호, 전제논문, 42면.

34) 윤진수, 전제논문(1999.8), 57면.



이도 당연히 청구권을 갖는다는 견해<sup>35)</sup>와, 장애아가 의사를 상대로 손해배상청구를 하는 경우에는 부모가 청구한 때와는 달리 책임의 법리상 어려운 문제가 야기되지만, 인과관계가 인정된다면 「부모에 의해 의욕되지 않은 출산으로 인한 정신적 고통」에 대한 위자료는 인정되어야 한다는 견해<sup>36)</sup>가 있다.

#### 나. 검 토

원치 않는 삶을 이유로 한 아이의 청구에 대하여 판결 및 다수 학설은 이를 부정한다. 이러한 청구는 아래와 같은 이유들 때문에 부정되어야 할 것이다. 더욱 위 다운증후군아 출생사건에서는 위에서 언급한 바와 같이 다운증후군은 모자보건법상 적법한 임신중절사유에 해당되지 않기 때문에 부모의 낙태결정권이 침해되었음을 전제로 하는 아이의 청구는 인정될 수 없는 것이다.

##### (1) 의료계약의 부존재

의료계약의 당사자인 부모가 의사에게 임신중인 태아의 장애여부에 대하여 산전진단을 의뢰하는 경우에, 그 의사가 부모에게 부담하는 주의의무는 적절한 진단과 검사를 함으로써 태아의 장애여부를 확인하고, 이를 부모에게 고지하여 줌으로써 그 부모로 하여금 장애아의 출산여부를 결정하도록 하는 것인데, 이 경우 의사는 계약당사자가 아닌 임신중인 태아나 아직 수태되지도 않은 태아에 대하여도 이러한 의무를 부담하는가.<sup>37)</sup>

그런데 아이가 주장하는 것은 의사의 과실로 인하여 자신이 태내에서 감염되었거나, 의사가 그와 같이 감염되는 것을 예방하지 못하였다는 것이 아니라, 부모에게 그 위험에 대한 정확한 정보를 제공하지 않은 과실로 인하여 장애를 지닌 자신의 출생 원인이 되었다는 것이다. 즉, 의사의 과실이 없었더라면 자신이 세상에 태어나지도 않았을 것이고, 따라서 장애로 인한 고통도 느끼지 않았을 것이라는 것이다.

35) 최재천, 전계논문, 96면.

36) 이은영, 전계논문, 90면.

37) 윤진수, 전계논문, 57면.

그렇다면 이 경우 장애아의 유일한 권리는 장애를 갖고 출생하지 않을 권리 즉, 낙태될 수 있는 권리를 의미하는 것인데, 이 낙태의 권리는 산모에게만 모자보건법이 허용하는 범위내에서 인정되는 것이지, 태아 자신에게까지 허용될 수 없는 것이다. 왜냐하면 헌법상의 인간의 존엄과 가치에 비추어 보더라도 어떠한 인간 또는 인간이 되려고 하는 존재도, 다른 사람에 대하여 자신의 출생을 막아 줄 것을 요구할 권리를 가진다고 할 수 없는 것이기 때문이다.<sup>38)</sup>

반면 의사가 장애를 지닌 태아에 대하여 부담할 수 있는 유일한 의무는 그 태아를 낙태시키는 의무인데, 불법행위자에 대하여 손해배상을 명하는 민법 제750조는 생명의 보호를 지향하는 것이지 그 제거를 지향하는 것이 아니므로, 의사에게는 출산을 막지 못하였음을 이유로 하는 불법행위법상의 의무는 존재하지 않는다. 이러한 의무를 의사에게 부담하게 한다면 인간 생명의 존엄성에 대한 침해이며, 공공질서에도 반하는 것이다.

이에 대하여는, 의사의 부주의한 행위에 의하여 영향을 받은 자 가운데 일방에게 부과되는 주의의무가 타방에게는 부과되지 않는다고 하는 것은 의문이라고 하나,<sup>39)</sup> 의사가 장애아를 출산하지 않게 할 의무는 의료계약의 당사자인 부모에 대하여만 부담하는 것일 뿐이지, 당사자가 아닌 장애아 자신에 대하여서까지 그러한 의무를 부담한다고는 볼 수 없기 때문에 모순은 아니다.

## (2) 공서위반

아이가 손해배상을 청구하기 위해서는 의사의 과실로 인하여 아이에게 어떠한 손해가 발생하여야 한다. 그런데 아이의 장애 자체가 의사의 과실에 의하여 생긴 것이 아님은 명백하므로, 결국 아이의 청구에 있어서의 손해란 아이 자신이 태어나지 않았어야 함에도 장애를 지니고 태어난 것, 그 자체를 의미하는 것이다.

38) 윤진수, 전제논문, 57면.

39) Weir, supra note(2), at 227.

그러나 생명이란 중대한 장애를 갖고 있다 하더라도 존재하지 않는 것보다 소중한 것이기 때문에 손해로 파악할 수 없다. 비록 장애를 지니긴 하였지만 아이는 출생으로 인하여 사랑하고 사랑받을 수가 있으며, 행복과 기쁨을 체험할 수 있는 것인데, 이러한 행복과 기쁨은 출생에 수반되는 본질적 감정이다. 또한 아이가 장애를 지닌 채 세상을 살아가기보다는 차라리 이 세상에 태어나지 않은 쪽이 행복하다는 논리는, 우리 사회가 지니고 있는 어떠한 가치관에 비추어 보아도 인정될 수는 없는 것이다.

더욱 아이는 의사의 과실이 없었더라면 장애 없이 출산하는 것이 아니라 아예 태어나지도 않았다. 따라서 비록 과실에 의한 것이기는 하지만 자신의 출생을 도와준 의사를 상대로 자신의 출생을 저지하지 못하였다는 이유로 손해배상청구를 한다는 것은 자신의 출생 자체를 부정하는 것이며, 직접적으로, 또는 은연중에 생명의 가치를 부정하는 것이다.

### (3) 손해산정의 불가능

손해는 차액설에 따라 손해 전, 후의 원고의 상태를 비교하는 것이다.<sup>40)</sup> 이 경우에는 인공임신중절로 아이가 출생하지 않는 것과 아이가 장애를 갖고 출생한 것과의 비교하여야 하는데, 인간 생명의 존엄성과 그 가치의 무한함을 생각해 볼 때 이러한 비교를 통하여 손해의 유무를 판단할 수는 없다. 또한 손해를 입기 전의 상태인 비존재와 장애를 입은 상태인 생명 사이의 차이에 대하여 금전적 가치를 부여한다는 것은 불가능하다. 뿐만 아니라 아이로서는 자신이 '존재하지 않는 것'이 '장애를 지닌 채 존재하는 것'보다 더 낫다는 것을 증명하여야 하는데, 이 또한 불가능하다.

### (4) 손해산정시의 문제점

#### ① 장애정도의 문제

원치 않는 삶이란 아이가 출생하지 않는 것보다도 더 나쁘다고 평가되는 삶을 강제당하게 된 데에 대한 배상이 부여된다는 점은 이미 본바와 같다. 이것은 청구의 성립을 장애의 정도에 결부시킨다는 것인데, 그와

40) 대법원 1992. 6. 23. 선고 91다33070 판결; 대법원 1993. 11. 23. 선고 93다11180 판결 참조

같은 경우에는 적어도 책임의 성립에 필요한 장애는 어느 정도이어야 하는가, 또한 장애의 확정시기를 언제로 할 것인가, 더욱 '태어나서는 안 된다'라는 판단 주체는 누구인가 등의 점에서 문제가 제기된다.<sup>41)</sup>

우선 장애의 정도를 보면, 예를 들어 장애가 전농(全聾)에 불과한 경우에는 태어나지 않는 쪽이 더 나았을 것이라고 말할 수는 없다. 오히려 뇌성마비와 같은 복합적 장애를 지닌 경우와 대비해 본다면, 전농은 장애가 가볍다고 할 수 있다. 따라서 아이의 청구를 인정하기에 족한 장애란 어느 정도를 의미하는가의 문제는 단순히 의학적 기준을 적용하여 명쾌하게 구분지을 수는 없을 것이다.

또한 비출생, 출생의 선택을 인정할 수 있는 장애의 정도를 확정하였다 하더라도, '태어나지 않는 쪽이 더 낫다'고 하는 판단은 어느 누구의 기준에 의하더라도 매우 곤란한 것이다. 그 판단을 자기결정권의 행사라고 이해하는 한 장애아 자신의 주관적 의사가 중시될 것이지만, 이러한 결정을 할 수 없을 정도로 중장애가 있는 아이의 경우에는 누가 그와 같은 의사결정을 할 것인가 라는 문제가 생긴다. 이러한 경우에는 통상 그 부모가 의사결정을 한다고 보아야 할 것이지만, 그것은 평생 장애아를 돌보아야 할 '업보'를 지게 된 부모 자신의 고통의 표현이지, 장애아 자신의 의사라고 볼 수는 없는 것이다.

그렇다면 그와 같은 경우에 누가 '그 장애아는 태어나지 않는 것이 차라리 더 낫다' 라고 판단을 할 것인가.

## ② 부모의 청구와 중복되는 경우의 문제

장애로 인하여 발생하는 비용 즉, 부양비용에 대하여는 부모의 청구를 인용하는 것이 확립되어 가고 있는 것이 현재 각국의 추세인데,<sup>42)</sup> 아이의 청구도 인정한다면, 동종의 부양비용에 대해 부모의 청구와 아이의 청구가 중복되는 문제가 발생한다.<sup>43)</sup>

41) 石川 稔, 前掲論文, 20頁.

42) 각국의 경향에 대하여는 즐고, 원치 않은 아이(Unwanted Child)와 의사의 손해배상책임, 고려대학교 법무대학원 석사논문(1999.6.), 23면 이하 참조.

43) 石川 稔, 前掲論文, 20頁.

이에 대하여는 ① 아이가 미성년 기간동안에 발생하는 비용은 부모의 청구를, 성년이후에 발생하는 비용은 아이의 청구를 인정하는 입장,<sup>44)</sup> ② 아이의 청구만을 인정하는 입장<sup>45)</sup> ③ 부모의 청구만을 인정하는 입장<sup>46)</sup>으로 나뉘어져 있다.

만일 아이의 청구를 인정하지 않는다면, 부모가 아이의 부양기간중 사망하거나, 아이가 성년이 된 경우에 소요되는 부양비용은 어떻게 할 것인가.

이렇듯 아이의 청구를 인정한다고 하더라도, 부모의 청구와 아이의 청구의 중복에 대하여 보편적이고 구체적인 조정방법은 여전히 미해결인 상태로 남아있다.

## V. 결 론

이상에서의 논의를 종합하여 보면, 판례는 부모가 건강한 아이를 출산한 경우(원치 않은 임신)에는 위자료만을 인정할 뿐 부양의무를 손해로 인정하지 않고 있고, 부모가 장애아를 출산한 경우(원치 않은 출산)에는 위자료는 인정하였으나, 아직 부양의무가 손해인지에 대하여는 판결례가 없으며, 장애아가 소송을 제기하는 경우(원치 않는 삶)에는 그 청구를 인정하지 않는다. 반면 학설은 원치 않은 임신, 원치 않은 출산, 원치 않는 삶의 모든 경우에 있어 긍정설과 부정설이 대립되어 있고, 원치 않은 출산의 경우에도 손해배상의 범위에 대하여 전손해를 배상하여야 한다는 견해와 장애로 인하여 추가되는 비용만을 배상하여야 한다는 견해가 대립되어 있다. 이렇듯 원치 않은 아이의 출생과 관련된 법적 문제의 해결에 대하여 학설과 판례가 나뉠대로의 태도를 피력하고 있으나, 아직 일치된 해결책은 제시하지 못하고 있다.

44) Continental, supra note 33, 713 P. 2d, at 393.

45) Harbeson, supra note 11, 656 P. 2d at 491.

46) Azzolino, supra note 10, 322 S. E. 2d at 575.

이러한 문제의 해결은 인간의 존엄성 존중과 손해의 공평한 부담이라는 두 가치를 어떻게 합리적으로 조화시킬 것인가에 있는 것으로 보이는데, 이러한 점에서 부모가 소송을 제기하는 원치 않은 임신, 원치 않은 출산의 경우에는 위자료만을 인정하고, 장애아 자신이 소송을 제기하는 원치 않는 삶을 이유로 한 청구는 인정해서는 안 된다고 생각한다.

물론 이에 대하여는 판결의 추적을 통하여 실무의 노력과 학계의 비판적 연구가 지속된다면 좀더 현실적이고 합리적인 해결책을 모색할 수 있으리라 생각한다.