

# 원치 않은 임신에 대한 아이의 부양비

봉 영 준\*

- I. 서 설
- II. 원치 않은 임신의 개념
  - 1. 원치 않은 임신용어의 유래
  - 2. 원치 않은 임신의 개념
  - 3. 원치 않은 아이의 다른 유형과의 구별
- III. 원치 않은 임신소송의 원인·배경 및 모자보건법상 제한
  - 1. 원치 않은 임신소송의 원인
  - 2. 원치 않은 임신소송의 배경
  - 3. 원치 않은 임신과 모자보건법상의 제한
- IV. 원치 않은 임신에 대한 손해배상의 범위
  - 1. 서설
  - 2. 아이 자체의 손해성
  - 3. 부양비의 손해성 및 배상범위
- V. 결 론

## I. 서 설

오늘날 의료기술의 눈부신 발달로 아이의 임신과 출산을 자유롭게 조절할 수 있게 됨으로써 부부는 가족계획에 관한 선택권을 행사할 수 있게 되었다. 그리하여 경제적 사정 또는 산모의 건강 등을 이유로, 원치 않은 아이의 임신과 출산을 피임시술·불임수술, 임신중절수술 또는 아이의 출산을 위하여 인

\* 논문접수: 2011. 9. 12. \* 심사개시: 2011. 11. 10. \* 게재확정: 2011. 12. 10.

\* 한양대학교 법학전문대학원 법학연구소 연구조교수, 법학박사

공수정·체외수정(in vitro fertilization; IVF, 소위 시험관 아기) 등이 행하여지고 있다. 그러나 이러한 의료기술의 발전은 의사책임 분야에 복잡하고 새로운 법률문제를 발생시켰는데 그 중의 하나가 원치 않은 임신에 관한 것이다. 이는 각국에서 최근에 문제되고 있는 「원치 않은 아이(unwanted child)」<sup>1)</sup>의 하나의 유형으로서 부부가 아이의 임신을 피할 목적으로 피임시술·불임수술 또는 임신중절수술 등의 의료처치를 받았으나, 의사의 과실로 인하여 건강한 아이를 임신·출산한 경우에 부모가 제기하는 소송의 원인을 말한다.

이러한 원치 않은 임신도 일반적인 의료과오의 한 유형이므로 의사에게 손해배상책임을 묻기 위해서는 의사의 작위·부작위의 행위가 채무불이행 또는 불법행위가 성립하여야 한다. 그런데 원치 않은 임신소송은 의사의 과실로 인하여 상해 또는 사망이 발생하는 일반적인 의료과오로서의 채무불이행 또는 불법행위와는 달리, 아이의 출생이라는 생명의 탄생을 그 손해의 원천으로 보아 배상을 청구하는데 그 특징이 있다. 이 특징으로 인하여 건강한 아이의 출생을 손해의 원천으로 보아 아이의 존재로 인하여 발생하는 비용, 즉 양육비와 교육비를 청구하는 것은 헌법이 보장하는 인간의 존엄에 반하는 것으로 보아, 그 비용을 손해로 파악할 수 없다는 견해와, 책임법의 원리에 충실하여 의료과오로 인하여 양육비, 교육비의 손실을 야기한 것에 대하여 의사는 책임을 부담하여야 한다는 견해가 첨예하게 대립되고 있다. 또한 아이의 부양비를 손해로 본다면 어느 범위에서 어떤 기준에 의하여 그 배상액을 산정할 것인지가 문제되고 있다. 이러한 아이의 손해성 논쟁은 원치 않은 임신소송의 출발점이 되고 있다.

---

1) 원치 않은 아이(unwanted child)의 유형에는 피임시술·불임수술·임신중절수술 등의 실패로 건강한 아이가 출생한 경우에 아이의 부모가 제기하는 소송의 원인을 원치 않은 임신(wrongful conception/pregnancy), 장애아가 출생한 경우에 부모가 제기하는 소송의 원인을 원치 않은 출산(wrongful birth), 장애아 자신이 제기하는 소송의 원인을 원치 않은 삶(wrongful life)이라고 하여 세 가지가 있다(3분류법). 이에 관한 자세한 개념은 후술하기로 한다.

이 문제는 1934년 미국 법원에서 처음으로 다루어 졌으며, 그 후 각국의 법원들도 위와 같은 특수한 의료과오소송에서 손해배상을 둘러싸고 다양한 견해를 제시하여 왔다. 그리고 현재에도 원치 않은 임신소송에서 아이의 부양비의 인정여부와 그 배상범위에 관한 각국의 학설 및 판례에서의 견해가 통일되지 않은 채 논란이 계속되고 있다.

우리나라에서는 1980년에 원치 않은 임신에 관한 대법원판결<sup>2)</sup>이 나왔으나, 1990년대 후반에 이르러서야 비로소 이 문제가 본격적으로 논의되기 시작하였다. 그러나 이에 관한 국내의 판례<sup>3)</sup>는 물론 이 문제를 다룬 문헌도 많지 않은 관계로 그 논의 또한 활발하게 이루어지지 않고 있는 실정이다. 그동안 국내에서 판례가 많지 않은 주된 이유는 이 문제에 관한 법리가 소개되지 않아서 국민들이 원치 않은 임신 자체가 소송원인이 된다는 사실을 알지 못한 면에 있다고 할 것이다. 또한 아이의 출생을 축복으로 생각하여 이를 운명으로 받아들이려는 국민들의 정서도 작용하였으리라 생각된다.

그러나 최근에 아이의 양육에 따른 경제적 부담, 여성들의 사회적 진출의 확대, 자녀에 대한 가치관의 변화 등으로 가족 구성원의 수를 조절하기 위하여 피임시술이나 불임수술, 피임약의 복용이 늘어나고 있으며, 이에 따라 소송 또한 증가할 것으로 보인다. 더구나 오늘날 국민들의 학력이 높아지고 권리의식도 고양되어 일반적인 의료과오소송이 증가하고 있는 점에 비추어 볼 때 의료과오소송의 일종인 원치 않은 임신소송 또한 증가할 것으로 보인다.

2) 대법원 1980. 5. 13. 선고 79다1390 판결; 난관불임수술을 받았으나, 후에 자궁의 임신이 되어 의사를 상대로 손해배상을 청구한 사건이다. 이 사건에서 대법원은 의사의 과실을 인정하여 자궁외 임신의 제거에 대한 입원 및 수술치료비로 금 200,000원을 인정하였고, 위자료로 원고 부인에게 금 200,000원, 원고 남편에게 금 100,000원을 인정하였다. 자궁외 임신이었기 때문에 아이의 출생으로 인하여 발생하는 부양비는 논의되지 않았다.

3) 현재 원치 않은 임신소송으로 6건이 보고되고 있다. ① 대법원 1980. 5. 13. 선고 79다1390 판결(서울민사지방법원 1979. 7. 6. 선고 78나873 판결; 서울지방법원 성북지원 1978. 7. 27. 선고 77가단1905 판결). ② 서울고등법원 1996. 10. 17. 선고 96나10449 판결(서울지방법원 북부지원 1996. 2. 2. 선고 95가합4661 판결). ③ 서울지방법원 1999. 12. 1. 선고 99가합54290 판결. ④ 서울고등법원 2005. 4. 21. 선고 2004나3445 판결(의정부지법 고양지원 2004. 4. 29. 선고 2003가소42746 판결). ⑤ 전주지방법원 2008. 10. 30. 선고 2008가단13465 판결. ⑥ 수원지방법원 평택지원 2009. 7. 19. 선고 2008가단19398 조정결정.

따라서 본 논문에서는 의사의 과실로 원치 않은 아이를 임신·출산한 경우에 있어서 논란의 핵심인 부양비의 배상여부 및 그 범위에 관하여 살펴보기로 한다. 다만 선결문제로서 원치 않은 임신의 개념 및 그 범위도 문제되고 있는데 이에 관하여 먼저 살펴보기로 한다.

## II. 원치 않은 임신의 개념

### 1. 원치 않은 임신용어의 유래

원치 않은 아이소송이 처음 발생한 미국에서는 출생과 관련된 불법행위책임 소송에서 과실에 대한 청구원인과 별개로, 청구원인으로서 처음부터 “wrongful life”나 “wrongful birth”라는 용어를 사용한 것은 아니었다. 더구나 사기,<sup>4)</sup> 명예훼손<sup>5)</sup>과 같은 전통적인 불법행위 청구와도 구분되어 다루지도 않았었다.<sup>6)</sup> 그 후 wrongful 용어의 의미는 보통법상의 wrongful death(불법 사망)의 개념이 변형되어 wrongful life(원치 않은 삶)·wrongful birth(원치 않은 출산)에서 생성되었다.<sup>7)</sup> 이러한 원치 않은 아이소송과 관련되어 사용되어 왔던 “wrongful”의 개념은 미국에서의 본래의 개념인 “불법적인”(unlawful)을 의미하지 않고, 우리나라를 비롯한 대부분의 국가에서 “원치 않은”의 의미로 사용되어 왔다.

wrongful life라는 용어는 1963년 미국 Illinois州 항소법원의 Zepeda v. Zepeda 사건<sup>8)</sup>에서 wrongful death에 대응하여 처음으로 사용되었으며,<sup>9)</sup>

4) Custodio v. Bauer, 251 Cal. App. 2d 303, 59 Cal. Rptr. 463 (1967), 27 A. L. R. 3d 884.

5) Pinkney v. Pinkney, 198 So. 2d 52 (1967, Fla. App. D1).

6) Gregory G. Sarno, “Tort liability for wrongfully causing one to be born”, 83 A. L. R. 3d 15, (Originally published in 1978), I. § 2[a].

7) Darpana M. Sheth, “Better Off Unborn? An Analysis Of Wrongful Birth And Wrongful Life Claims Under The Americans With Disabilities Act”, 73 Tenn. L. Rev. 641, 2006, p. 645.

8) 41 Ill. App. 2d 240, 190 N.E. 2d 849 (1963); 이 사건은 건강하게 태어난 아이가 기혼자임을 속이고 그의 모와 사귀어 자신을 혼외자로 만든 것에 대하여 친부를 상대로 소송을 제기한

wrongful birth 개념은 이로부터 파생되었다. 즉 처음에는 “wrongful life”의 개념이 아이가 건강한 아이이든 장애가 있는 아이이든, 누가 소송을 하였는지를 불문하고 원하지 않은 아이가 출생한 경우의 모든 소송을 말하였고,<sup>10)</sup> 그 중 원고가 부모인 출생관련 불법행위를 “wrongful birth”라고 하였다(2분류법). 그런데 1977년 Minnesota州 대법원이 *Sherlock v. Stillwater Clinic* 사건<sup>11)</sup>에서 처음으로 임신 전 과실에 근거한 불법행위를 다른 출생관련 불법행위와 구별하기 위하여 “wrongful conception(원치 않은 임신)”이라는 용어를 창출하였다.<sup>12)</sup> 그리하여 결국은 원치 않은 아이로서 원치 않은 임신·원치 않은 출산·원치 않은 삶이라는 세 가지 유형의 용어가 형성된 것이다(3분류법). 아래에서는 이러한 세 가지 유형의 개념을 전통적인 입장(3분류법)에 따라 살펴보기로 한다.

## 2. 원치 않은 임신의 개념

원치 않은 임신(wrongful conception 또는 wrongful pregnancy)이란 부

---

것이다. 이는 오늘날 의료과오의 한 부분으로 다루어지고 있는 wrongful life소송과는 차이가 있다.

- 9) Maxine H. Linde, “Liability To Bastard For Negligence Resulting In His Conception”, 18 *Stan. L. Rev.* 530, 1966, FN. 5.
- 10) Kim katja Marina Heimere, “Wrongful birth—the claim for childrearing costs Compensation in Germany, U.K. and Australia a comparative study”, 2004, p. 3; W. Page Keeton et al., 『Prosser and Keeton』 on the Law of Torts, West 5thed. 1984, §55 pp. 370–372; 예를 들어 *Coleman v. Garrison*, 327 A. 2d 757 (De 1974), *Bowman v. Davis*, 48 Ohio St. 2d 41, 356 N.E. 2d 496 (1976) 사건에서 건강한 아이의 출산을 원인으로 부모가 제기한 소송에 대하여 wrongful life의 용어를 사용하였다.
- 11) 260 N.W. 2d 169 (Minn. 1977); 정관절제수술 후 정액검사의 결과를 잘못 알려주어 8번째 아이를 출산한 사건이다. 동 법원은 “비록 다른 법원들이 과실에 의한 불임수술 사건을 “wrongful birth” 소송이라고 하지만, 우리는 이러한 형태의 소송을 “wrongful conception” 소송이라고 이름 짓는 것이 더 적절하다고 본다. 왜냐하면 부모가 주장한 손해는 임신 시점에 발생하였기 때문이다. 그래야만 의사의 과실로 육체적·경제적으로 손해를 받고 있는 사람이 아이가 아닌 부모 자신이라는 것이 더 강조된다.”고 판시하고 있다(at 174~175).
- 12) Mee Jennifer, “Wrongful Conception: The Emergence of a Full Recovery Rule”, 70 *Washington Uni. Law Quarterly* 887, 1992, p. 892.

부가 아이의 임신을 피할 목적으로 피임시술·불임수술, 그리고 임신중절수술 등의 의료처치를 받았으나, 의사 또는 의료기관(그 밖에 약사, 제약사)의 과실로 인하여 그 의료처치가 실패하여 건강하지만 원하지 않은 아이의 임신 또는 임신의 유지·출산한 것을 말한다.<sup>13)</sup>

그리고 이러한 원치 않은 임신을 원인으로 하여 의사에게 손해배상을 청구하기 위하여 아이의 부모(또는 부모의 일방)가 제기하는 소송을 원치 않은 임신소송이라고 한다.<sup>14)</sup>

원치 않은 임신(wrongful conception)의 개념은 위와 같지만, 후술하는 원치 않은 출산(wrongful birth)의 개념을 광의(2분류)로 보면 원치 않은 임신은 원치 않은 출산의 한 유형으로 분류된다.<sup>15)</sup>

---

13) 대부분의 국가에서는 wrongful conception과 wrongful pregnancy를 동일한 개념으로 보면서, 양자의 개념을 서로 혼용하여 사용하고 있다. 그러나 첫째, 계획하지 않은 아이를 출산케 한 의료과오의 발생시점을 기준으로 구별하거나, 둘째, wrongful pregnancy가 의료과오 이외의 원인으로 원치 않은 아이를 임신하는 경우까지 포함하는 것으로 양자를 구별하기도 한다. 전자에 의한 구별은 wrongful conception은 임신 전에 의사의 과실이 있는 경우를 말하고, wrongful pregnancy는 낙태수술의 실패로 임신이 지속되는 경우와 같이 임신 후에 의사의 과실이 있는 경우까지도 넓게 포함하여 말한다. 후자에 의한 구별은 wrongful conception은 소송원인을 단지 피임·불임·낙태와 관련된 의료상의 과실에 의한 임신만을 의미하고, wrongful pregnancy는 무능력자인 여자를 보호하는 개인 또는 기관이 과실로 인하여 임신한 경우와 같이 의료상의 과실과 관계가 없는 임신을 포함한다. 이와 같이 강간이나 의사의 불임수술상의 과오로 여자의 의지(will)에 반한 임신의 측면에서의 wrongful pregnancy는 의료과오에 한정하거나, 임신 이전의 시점에 의료과오가 있다고 보는 wrongful conception보다 포괄적인 개념이다. 그러나 원치 않은 아이를 의료과오의 한 형태로 보는 것이 보통이므로 강간과 같은 사유를 포함하여 해석할 필요는 없을 것이다.

14) Shepards, 「Handling Pregnancy & Birth Cases (Family Law Series)」, McGraw-Hill Company, 1983 (Supplement 1996. 2.), p. 30.

15) Elizabeth F. Collins, "An Overview And Analysis: Prenatal Torts, Preconception Torts, Wrongful Life, Wrongful Death, And Wrongful Birth: Time For A New Framework", 22 Journal of Family Law 677, 1983/1984, FN. 67.

### 3. 원치 않은 아이의 다른 유형과의 구별

#### 가. 원치 않은 출산

##### (1) 개념

원치 않은 출산(wrongful birth)이라 함은 선천성 장애아의 출산을 예견할 수 있었음에도 불구하고 의사의 과실로 인하여 피임시술·불임수술의 실패로 장애아를 출산하였거나 또는 장애아 진단의 오진이나 임신중절수술의 실패로 임신중절의 기회를 빼앗겨 장애아를 출산한 경우 그 장애아의 부모가 의사에게 배상책임을 추구하고 위하여 제기되는 소송의 원인을 말한다.<sup>16)</sup> 이 소송의 전제는 의사의 과실이 없었더라면 장애아가 태어나지 않았을 것이라는 사실이다.<sup>17)</sup>

판례에 나타난 원치 않은 출산의 예를 들면 임신초기에 풍진의 감염을 진단하지 못하거나, 임신초기의 풍진이 태아에게 미치는 영향을 임산부에게 알리지 않아 선천성풍진증후군에 감염된 아이를 출산한 경우,<sup>18)</sup> 임산부의

16) Matthew Diehr, "The State Of Affairs Regarding Counseling For Expectant Parents Of A Child With A Disability: Do Acog's New Practice Guidelines Signify The Arrival of A Brave New World?", 53 Saint Louis University Law Journal 1287, Summer 2009, pp. 1298-1299.

17) 미국은 출생 전·후 검진에 있어서 다운증후군 및 그 외의 장애를 가진 아이의 모(母)에게 그 상황을 상세하게 알려주어야 하도록 법안을 제정하였다(Prenatally and Postnatally Diagnosed Conditions Awareness Act, 2008/10/8 Bush 대통령이 의회에서 통과된 법에 서명하였다).

18) Cass. ass. Plén., 17 nov. 2000, arret no 457; Civ. Ire 16 juill 1991. civ., I, no 248; Jacobs v. Theimer, 519 S.W. 2d 846 (Tex. 1975); Procanik v. Cillo, 97 N.J. 339, 478 A. 2d 755 (1984); Walker v. Mart, 790 P. 2d 735 (Ariz. 1990); Smith v. Cote 128 N.H. 231, 513 A. 2d 341 (N.H. 1986); Robak v. United States, 658 F. 2d 471 (7th Cir. 1981); Dumer v. St. Michael's Hosp., 233 N.W. 2d 372 (Wis. 1975); Blake v. Cruz, 698 P. 2d 315 (Idaho 1984); Proffitt v. Bartolo, 412 N.W. 2d 232 (Mich. Ct. App. 1987), overruled by Taylor v. Surender Kurpati, 600 N.W. 2d 670 (Mich. Ct. App. 1999); Eisenbrenner v. Stanley, 308 N.W. 2d 209 (Mich. Ct. App. 1981), overruled by Taylor v. Surender Kurapati, 600 N.W. 2d 670 (Mich. Ct. App. 1999); Procanik v. Cillo, 478 A. 2d 755 (N.J. 1984); Gleitman v. Cosgrove, 227 A. 2d 689 (N.J. 1967), abrogated by Berman v. Allan, 404 A. 2d 8 (N.J. 1979); Jacobs v. Theimer, 519 S.W. 2d 846 (Tex. 1975); McKay v. Essey Area Health Authority [1982] QB 1166; 東京地裁, 昭和 58年 7月 22日; 判例時報 1100号 89頁; 判例タイムズ 507号 246頁; 東京地裁, 平成 4年 7月 8日; 判例時報 1468号 116頁.

고령으로 다운증후군에 감염된 아이를 출산할 위험성이 높은데도 양수검사의 이용에 관하여 설명하지 않았거나, 또는 양수검사 또는 트리플마커검사를 잘못하여 윌리엄스증후군이나 다운증후군에 감염된 아이를 출산한 경우,<sup>19)</sup> 과거에 장애아를 출산하였으며, 그러한 이력으로 미루어 볼 때 부모가 유전병의 보균자인 것이 의심되는데도 검사방법을 알려주지 않았을 뿐만 아니라 그 검사를 바르게 하지 않고 그 결과도 정확히 알리지 않거나, 또는 질병에 감염된 아이의 출산을 방지하기 위하여 행하여진 불임·임신중절수술의 실패로 인하여 유전병에 감염된 아이가 출산한 경우,<sup>20)</sup> 기타 아이의 장애를 진단하지 못하여 장애아를 출산한 경우<sup>21)</sup> 등이 있다.

19) 대법원 1997. 11. 26. 선고 97다36842 판결; 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000다61947 판결; Phillips v. United States, 575 F. Supp. 1309 (D.S.C. 1983); Wilson v. Kuenzi, 751 S.W. 2d 741 (Mo. 1988); Becker v. Schwartz, 386 N.E. 2d 807 (N.Y. 1978); Azzolino v. Dingfelder, 337 S.E. 2d 528 (N.C. 1985); Blair v. Hutzel Hospital, 552 N.W. 2d 507 (Mich. Ct. App. 1996); Berman v. Allan, 404 A. 2d 8 (N.J. 1979); Phillips v. United States, 575 F. Supp. 1309 (D.S.C. 1983).

20) Cass. ass. Plén. 17 nov. 2000, arrêt no457; 東京地裁, 昭和 54年 9月 18日 判例時報 945号 65頁; Jacobs v. Theimer, 519 S.W. 2d 846 (Tx 1975); Becker v. Schwartz, 46 N.Y. 2d 406, 386 N.E. 2d 807, 413 N.Y. 2d 895 (1978); Eisbrenner v. Stanley, 106 Mi. A. 351, 308 N.W. 2d 209 (1989); Berman v. Allan 80 N.J. 421, 404 A. 2d 8 (1979); Speck v. finegolol, 497 Pa. 77, 439 A. 2d 110 (1981); Fassoulas v. Ramey, 450 So. 2d 22 (Fla. 1984); 척추뼈 갈림증(spina bifida) 판결로는 Keel v. Banach, 624 So. 2d 1022 (Ala. 1993); Reed v. Campagnolo, 630 A. 2d 1145 (Md. 1993); Dansby v. Thomas Jefferson Univ. Hosp., 623 A. 2d 816 (Pa. Super. Ct. 1993); 흑내장성 백치병(Tay-Sachs disease) 판결로는 Gildiner v. Thomas Jefferson Univ. Hosp., 451 F. Supp 692 (E.D. Pa. 1978); Munro v. Regents of the Univ. of Cal., 263 Cal. Rptr. 878 (Cal. Ct. App. 1989); Goldberg v. Ruskin, 471 N.E. 2d 530 (Ill. App. Ct. 1984); 겸상적혈구빈혈(sickle cell anemia) 판결로는 Dorlin v. Providence Hosp., 325 N.W. 2d 600 (Mich. Ct. App. 1982), overruled by Taylor v. Surender Kurapati, 600 N.W. 2d 670 (Mich. Ct. App. 1999); 낭포성섬유증(cystic fibrosis) 판결로는 Schroeder v. Perkel, 432 A. 2d 834 (N.J. 1981); Larsen 증후군 판결로는 Glidiner v. Thomas Jefferson University Hosp., 451 F. Supp. 692 (E.D. Pa. 1958); Moores v. Lucas, 405 So. 2d 1022 (Fla. Dist. Ct. App. 1981); 척추성 근위축증(SMA) 판결로는 서울서부지방법원 2006. 12. 6. 선고 2005가합4819 판결.

21) 대법원 1999. 6. 11. 선고 98다33062 판결(왼쪽손목의 발육부전); 대법원 2002. 6. 25. 선고 2001다66321 판결(정신지체 및 발육부전); 대법원 2001. 6. 15. 선고 2000다17896 판결(소두증 및 구개열).



## (2) wrongful birth와 wrongful conception 개념의 혼용

## (가) 미국에서의 구분 방법

미국의 많은 법원은 원치 않은 출산과 원치 않은 임신을 구별하는 세 가지 특징으로 아이의 건강상태, 의료과오의 시점, 그리고 과실이 발생한 상황을 들고 있다.<sup>22)</sup> 첫째, 태어난 아이가 장애아인가 건강한 아이인가로 구별하는 견해로서 미국·영국·독일·일본 등의 국가에서 일반적으로 인정하고 있는 방법이다. 즉 아이가 건강하게 태어난 경우에는 wrongful conception 소송이고,<sup>23)</sup> 의료과오 시점을 불문하고 장애를 갖고 태어난 경우에는 wrongful birth 소송<sup>24)</sup>에 해당한다. 둘째, 의료과오 시점을 기준으로 하는 견해이다.<sup>25)</sup> 의료과오가 임신 전에 발생한 경우에는 wrongful conception 소송에 해당하고,<sup>26)</sup> 따라서 이 경우에 피임시술·불임수술의 실패로 장애아가 출생 하더라도 wrongful conception 소송이 된다. 또한 임신 전 유전자검사의 과오가 있는 경우에도 마찬가지이다.<sup>27)</sup> 결국 임신중절수술의 실패의 경우에는 wrongful birth 소송이 된다.<sup>28)</sup> 셋째, 과실이 발생한 상황, 즉 부모의 행동에 근거하여 구별하는 입장이다. 부모가 피임시술이나 불임수술을 받기 위해 어떠한 행동을 취한 경우에는 wrongful conception 소송이고,<sup>29)</sup> 의사의

22) Kimberly D. Wilcoxon, "Statutory Remedies For Judicial Torts: The Need For Wrongful Birth Legislation", 69 University of Cincinnati Law Review 1023, Spring, 2001, pp. 1029~1030.

23) Siemieniec v. Lutheran Gen. Hosp., 512 N.E. 2d 691, 695~696 (Ill. 1987).

24) Keel v. Banach, 624 So. 2d 1022, 1024 (Ala. 1993); Goldberg v. Ruskin, 471 N.E. 2d 530, 536 (Ill. App. Ct. 1984).

25) Jackson v. Bumgardner, 347 S.E. 2d 743 (N.C. 1986) (임신 전 과오소송을 포함); Azzolino v. Dingfelder, 337 S.E. 2d 528 (N.C. 1985) (임신 후 과오소송을 부인); Garrison v. Foy, 486 N.E. 2d 5, 9 (Ind. Ct. App. 1985)(실패한 불임수술에 의한 장애아의 출산에 대해 wrongful pregnancy action이라고 하였다.); Pitre v. Opelousas Gen. Hosp., 530 So. 2d 1151, 1154 (La. 1988) (실패한 난관결찰술에 의한 albino증이 있는 장애아 출산에 대해 wrongful conception action이라고 하였다).

26) Jackson v. Bumgardner, 347 S.E. 2d 743 (N.C. 1986).

27) Gallagher v. Duke Univ., 852 F. 2d 773 (4th Cir. 1988).

28) Stills v. Gratton, 55 Cal. A. 3d 698, 701~702 (Cal. Ct. App. 1976); "의사의 과실은 낙태시술 중에 발생하였기 때문에 그 과실은 임신 후 발생한 것이다."

29) Atlanta Obstetrics and Gynecology Group v. Abelson, 398 S.E. 2d 557, 559 (Ga. 1990);

부주의한 상담이나 검사로 낙태의 기회를 상실케 한 것이 wrongful birth 소송이다.<sup>30)</sup> 이러한 입장에 의하면 임신중절이나 임신을 예방하지 못하여 장애아가 출생한 경우에도 wrongful conception 소송에 해당하게 된다. 반면에 부모가 올바르게 설명을 들었더라면 어떤 행동을 하였을 것이라는 가정이 인정되는 경우에는 wrongful birth 소송이 된다.<sup>31)</sup>

#### (나) 우리나라에서의 구분방법

우리나라에서는 원치 않은 아이의 하부 소송형태에 대하여 세 가지의 소송 형태를 인정하는 것이 일반적이다. 그러나 소송형태의 문언적 표기와 관련하여 개념 및 그 범위에 대하여 차이가 있다. 이에 관하여 살펴보면 다음과 같다. 제1설은 건강한 아이가 출생하여 그 부모가 제기하는 소송을 원치 않은 임신소송, 장애아가 출생하여 그 부모가 제기하는 소송을 원치 않은 출산 소송, 그리고 장애아가 출생하여 장애아 자신이 소송주체가 되는 원치 않은 삶 소송으로 분류한다. 이 견해가 국내·외의 일반적인 분류방법이다.<sup>32)</sup> 일부 유력한 견해<sup>33)</sup>는 이를 정상아형, 장애아 부모형, 장애아 자신형으로 분류

Arche v. United States, Dep't of the Army, 798 P. 2d 477, 478 (Kan. 1990).

30) Kush v. Lloyd, 616 So. 2d 415, 417 (Fla. 1992).

31) Basten v. United States, 848 F. Supp. 962 (M.D. Ala. 1994).

32) 이덕환, “원하지 않은 아이의 손해배상범위-미국판례를 중심으로”, 『법학논총』, 제16집, 한양대학교 법학연구소, 1999, 제2~4면; 윤진수, “의사의 과실에 의한 자녀의 출생으로 인한 손해배상책임”, 『판례실무연구[IV]』, 2000, 제120면; 김민중·박종원, “원치 않은 아이에 관한 의사의 손해배상책임”, 『법학연구』, 제22호, 전북대법학연구소, 2001, 제224면; 전병남, “원치 않은 아이의 출생과 의사의 손해배상책임-우리나라의 판례와 학설의 동향”, 『의료법학』, 제2권 제1호, 대한의료법학회, 2001, 제14~15면; 김천수, “기형아 출산과 의사의 설명해태책임”, 『판례실무연구(IV)』, 비교법실무연구회(박영사), 2000, 제176면; 이동진, “이른바 원치 않은 아이의 출생으로 인한 손해배상에 대한 오스트리아 최고법원의 판례”, 『인권과정의』, 제392호, 대한변호사협회, 2009, 4, 제106면; 강신웅, “원하지 않은 아이 출생에 관한 의사의 책임-미국·독일·한국판례상의 부양료 배상을 중심으로”, 『비교사법』, 제7권 제2호(통권 제13호), 한국비교사법학회, 2000, 제615면; 박영호, “Wrongful Conception과 Wrongful Birth 등에 대한 손해배상”, 『판례월보』, 제360호, 판례월보사, 2000, 9, 제13~15면; 李銀榮(한국외대교수), “원치 않은 불임시술·출생에 관한 법적문제”, 『한국의료법학회지』, 제6권 제1호, 1999, 12, 제74면; 권오봉·윤석찬, “원치 않은 아이의 출생과 의료과오책임”, 『법학연구』, 제51권 제1호(통권 63호), 부산대학교, 2010, 2, 제506면.

하고 있다. 제2설은 세 가지 소송형태를 인정하면서 문언적 표현에 중점을 두어 원치 않은 임신(wrongful conception)은 피임수술·불임수술의 실패와 같이 임신을 원하지 않았지만 의사의 과실로 임신하게 된 경우를 말하고, 원치 않은 출산(wrongful birth)은 낙태수술 실패와 같이 임신을 원하였지만 출산을 원하지 않은 경우라고 한다. 이 견해는 임신 후 적법한 사유가 있지 않는 한 낙태가 불가능하므로 아이를 출산하게 되는데 그 “출생”은 원치 않은 출산에 해당하여 결과적으로 원치 않은 임신은 원치 않은 출산에 흡수될 수밖에 없다고 한다. 또한 원치 않은 출산은 아이가 건강한 경우와 장애아인 경우를 모두 포함하고 있다.<sup>34)</sup> 제3설은 제2설과 마찬가지로 3개의 소송형태를 인정하면서 소송의 다양한 발생상황을 고려하고 손해배상 산정을 용이하게 하기 위하여 보조적 분류기준을 도입하고 있다.<sup>35)</sup> 제4설은 원치 않은 출산과 원치 않은 삶 2개만을 인정하고(2분류법), 원치 않은 출산소송의 원인으로 장애아의 출생은 물론 건강한 아이의 출생을 포함하고 있다.<sup>36)</sup>

#### (다) 구분방법에 대한 검토

생각건대 용어의 사용에 따른 각 유형의 범위를 설정하는데 있어서는 그 용어가 생성되었고, 소송유형으로 인정되어 왔던 미국의 역사적 배경과 현재의 상황을 고려하지 않을 수 없다. 앞서 살펴보았듯이 원치 않은 아이와 관련하여 처음부터 wrongful conception·birth·life의 용어가 사용된 것이 아니었으며, wrongful conception의 개념도 처음에는 wrongful birth의

33) 윤진수, 상계 논문, 제120면.

34) 최재천, “원치 않은 아이와 손해배상책임”, 『인권과 정의』, 제256호, 대한변호사협회, 1997, 제82~83면.

35) 이은영, “원치 않은 아이 소송의 개념정의와 유형화에 대한 새로운 시도”, 『중앙법학』, 제11집 제2호, 중앙법학회, 2009. 8, 제87면 이하; 이 견해는 보조적 분류기준을 도입하여 원치 않은 아이 소송의 유형을 세분화 하고 있는데 보조적 기준으로 첫째, 임신·임신중절·출산의 願望 여부에 따른 분류, 둘째 아이 및 부모의 건강상태에 따른 분류방법을 소개하고 있다. 또한 원치 않은 삶소송의 주체에 대하여 건강한 아이도 포함되지 못할 이유가 없다고 보고 있다.

36) 신현호, 『의료소송총론』, 육법사, 1997, 제432~434면.

개념에 포함되었다가 1977년에서야 비로소 파생되어 만들어진 용어이다. 그리고 이러한 유형의 소송에 대하여 가장 많은 이론과 판례가 형성되고 있는 현재의 미국에서 wrongful conception과 구분하여 wrongful birth에 대하여는 wrongful life와 같은 취지에서 장애아일지라도 출생하였다면 이를 손해로 볼 수 없다고 하여 이러한 유형의 소송제기 자체를 금지하는 판례와 입법이 늘고 있는 상황을 고려한다면 wrongful conception과 구별하여 분류하는 것이 더 적절할 것으로 생각된다.<sup>37)</sup> 물론 미국의 일부 州<sup>38)</sup>·호주<sup>39)</sup>·캐나다<sup>40)</sup>와 같이 2분류법을 취하는 것도 가능하다고 본다. 어떠한 견해에 의하더라도 사기, 폭행, 명예훼손 등과 같이 개개의 불법행위 유형에 따라 불법행위를 분류하는<sup>41)</sup> 미국과는 달리 우리나라는 민법 제750조에 불법행위의 일반규정을 두고 있고, 원치 않은 아이소송이 의료과오의 유형으로서 의미가 있으므로 위의 용어사용에 있어서 2분류법이나 3분류법에 집착할 필요는 없을 것으로 생각된다.

한편 제2설과 제3설은 기본적으로 용어의 의미에 충실한 설명으로서 이

37) 동지, 박영호, 전제 논문(각주 32), 제14면.

38) Margaret Fordham, "Blessing or Burden? Recent Developments in Actions for Wrongful Conception and Wrongful Birth in the U.K. and Australia", 2004 Singapore Journal of Legal Studies 462, December, 2004, FN. 5; Shepards, supra note 14, p. 104; 예를 들어 White v. United States, 510 F. Supp. 146 (D. Ks. 1981); Public Health Trust v. Brown, 388 So. 2d 1084 (Fl. 1980); M & Wife v. Schmid Laboratories, Inc, 178 N.J. Super 122, 428 A. 2d 515 (1981); Speck v. Finegold, 439 A. 2d 110 (Pa. 1981).

39) Cattanach v. Melchior, [2003] HCA 38; G. v. Armellin, [2008] ACTSC 68 (Bennett J.); 이와 달리 미국의 대부분 州·영국은 3분류법에 의한 용어를 사용하고 있다. 한편 캐나다의 Kealey et al v. Berezowski et al (1996), O.R. (3d) 37 (Ont. Gen. Div) 판결에서 Lex 판사는 3분류법에 의하면서도 원치 않은 임신(wrongful pregnancy)은 항상 임신 전의 과오에 의한 것이라고 하고, 원치 않은 출산(wrongful birth)은 장애아의 출산에 한정하고 있다.

40) PMD 장애아 출생사건인 Marcy White v. Gordon Watters, 2010. 7. 22. Quebec Superior N. 500-17-025581-052, R-272에서의 표현(소송계속 중인 7세까지의 비용으로 \$720,013와 미래 비용으로 \$2,807,119 기타 정신적 손해 등을 인정하였다.); Roe v. Dabbs et al., 2004 B.C.S.C. 957(정신적 손해로 \$55,000을 소득상실에 대하여 \$5,000을 인정함); Bevilacqua v. Altenkirk, 2004 B.C.S.C. 945에서의 Groberman 판사도 2분류법을 취하고 있다. 일부 논문(Gerald Robertson, Q.C., "Assessment of damages in wrongful birth cases", Expert Witness, summer 2003)에서는 여전히 2분류법으로 논하고 있다.

41) 서희원, 『영미법강의』, 박영사, 2000, 제377면.

견해에 의하면 부모의 유전적 질환에 대한 유전검사의 결과에 이상이 없다고 하여 임신하였으나 장애아를 임신한 경우 즉 “원치 않은 장애아의 임신”은 원치 않은 임신(wrongful conception)소송의 원인이 된다. 특히 아이의 출산에 대한 願望에 따른 보조적 기준에 의하면 불임수술의 실패로 원치 않은 임신이 되었지만 임신된 이후 부모가 아이의 출산을 원하여 아이의 출산을 원한 경우에는 이른바 “원치 않은 임신 및 원한 출산”이 되므로 임신에 따른 손해만이 배상범위에 포함된다고 한다. 그리고 “원치 않은 장애아의 임신”의 경우 장애아를 임신하고 유산·사산·낙태의 경우에는 원치 않은 임신이 되지만, 장애아를 출산하게 된 경우에는 원치 않은 임신과 원치 않은 출산이 경합되게 된다고 한다.

그러나 정상아와 장애아에 따라 그 배상범위에 있어서 차이가 있으며, 장애아의 임신에 따른 낙태의 자유와 결부된 법률적·사회적 문제점이 건강한 아이의 낙태와 다르다. 또한 임신은 건강한 아이 또는 장애아의 출산이라는 전체 사실에서의 발생하는 개개의 손해 원인에 불과하다는 점에서 위와 같이 하나의 결과사실에 대한 일부분만을 독자적인 소송원인 또는 불법행위유형으로 볼 이유는 없다고 본다.<sup>42)</sup> 그리고 “원치 않은 임신 및 원한 출산”의 경우에도 임신에 따른 손해만이 배상범위에 포함된다고 하는데, “원치 않은”은 당사자의 주관적 의사라기보다는 “객관화된 정황”을 의미한다고 보아야 하므로 내심으로는 “원하는 출산”이 되었더라도 객관적으로 “원치 않은 출산”임을 내세워 소송을 제기할 수 있으므로 원치 않은 출산소송(정상아인 경우 원치 않은 임신소송)에 포함되어야 할 것이다.

## 나. 원치 않은 삶

### (1) 개념

원치 않은 삶(wrongful life)이라 함은 선천성장애를 지닌 채 태어난 아이

42) 다만 손해배상청구권의 소멸시효 기산점에 있어서는 별개로 진행될 것이다.

자신이 직접 의사의 과실로 인하여 그 부모가 자신의 출생을 회피할 수 있는 기회를 박탈하였다는 것을 이유로 의사에게 손해배상을 청구하는 소송의 원인을 말한다.<sup>43)44)</sup>

## (2) 원치 않은 출산과의 관계

원치 않은 삶과 원치 않은 출산의 가장 큰 차이점은 소송을 제기하는 주체가 누구인가인데, 태어난 장애아 자신이 소송을 제기하면 원치 않은 삶소송이고 장애아의 부모가 제기하면 원치 않은 출산소송이 된다. 일반적으로 원치 않은 삶소송의 대부분은 원치 않은 출산소송과 함께 제기되지만, 원치 않은 출산과는 달리 대부분의 국가에서 원치 않은 삶소송을 인정하지 않고 있다.<sup>45)</sup>

43) Mary B. Sullivan, "Wrongful Birth And Wrongful Conception: A Parent's Need For A Cause Of Action", 15 *Journal of Law and Health* 105, 2000-2001, p. 106; 그런데 이론적으로 건강아가 원치 않은 삶소송을 제기하지 못할 이유는 없다고 보는 견해도 있다(이은영, *전계 논문(각주 35), 제92면*) 예를 들어 *Stills v. Gratlon*, 55 Cal. App. 3d 698, 127 Cal. Rptr. 652 (1976)가 그러하다. 그러나 국내·외의 지배적 견해는 장애아 자신형으로 논의되고 있다.

44) 우리나라에서의 원치 않은 삶소송(wrongful life action)은 98다22857 판결(다운증후군)과 2000다17896 판결(구개열, 소두증, 정신지체) 2건이 있을 뿐이다. 이들 판결에서 대법원은 인간 생명의 존엄성과 그 가치의 무한함에 비추어 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 않은 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 수는 없다고 하여 아이 자신의 청구를 기각하였다.

45) Ronen Perry, "It's a Wonderful Life", 93 *Cornell Law Review* 329, 2008, p. 330; 1967년 미국 New Jersey州 대법원 판결인 *Gleitman v. Cosgrove* (227 A. 2d 689 (N.J. 1967)) 판결을 리딩 Case로 하고 있으며, 이 사건에서 뱀가 임신초기에 풍진바이러스에 감염되었음을 의사에게 알렸으나 의사는 이를 무시하였고 결국 시각·청각장애는 물론 언어장애까지 갖는 아이가 출생하여 이 아이가 의사를 상대로 소송을 제기하였다. 동 법원은 원고의 청구를 기각하였다. 미국 대부분의 州에서 법률의 규정 또는 관례로 이러한 청구를 인정하고 있지 않고 있으며(California州, Washington州는 인정하고 있으며, New Jersey州는 1984년 입장을 바꾸어 청구를 인정하고 있다), 대부분의 국가들도 마찬가지이다. 다만 서유럽에서 유일하게 예외적인 판결로 2003년 the Court of Appeal of The Hague (Gerechtshof Den Haag)는 피고의 과실이 없었다면 아이가 태어나지 않았었을 것이라는 것을 근거로 장애아의 손해배상청구를 인정하였다. 즉 피고의 과실로부터 원고의 장애의 결과가 생겼다고 하였다. 그리고 상고심인 Supreme Court of the Netherlands (Hoge Raad)

### III. 원치 않은 임신소송의 원인·배경 및 모자보건법상 제한

#### 1. 원치 않은 임신소송의 원인

##### 가. 서설

의료과오의 발생 시기에 따라 원치 않은 임신소송은 임신 전 단계와 임신 후 단계에서 발생하는 의사의 과실을 원인으로 하여 제기된다. 임신 전 단계에서 의사의 과실로 인하여 아이를 임신한 경우에는 이를 특히 “wrongful conception”이라고 한다. 이 단계에서는 의사의 피임시술상의 과실, 불임수술상의 과실과 체외수정에 있어서 배아감수상의 과실이 있다.

한편 임신 후 단계에서는 의사의 과실로 임신한 여성을 임신하지 않았다고 오진하는 경우와 임신중절수술상의 과실이 있는 경우가 있다.<sup>46)</sup> 이 두 가지 경우는 임신 그 자체에는 의사의 과실이 개입되어 있지 않지만 의사의 과실로 인하여 원치 않은 임신이 계속 유지된 경우로서, 원치 않은 임신소송의 원인이 된다. 다만 과실에 의한 임신진단상의 오진과 임신중절수술의 실패로 인하여 의사가 손해배상책임을 지게 되는 것은 각국의 임신중절의 적용요건에 부합하였을 때에만 인정된다. 왜냐하면 인공임신중절이 법적으로 허용되지 않은 상태에서 임신중절의 자유 또는 임신중절의 기회 박탈이라는 권리를 침해할 수 없기 때문이다.<sup>47)</sup>

그리고 의료계약 전반에 걸쳐 요구되는 설명의무를 위반하는 경우에도 원치 않은 임신소송이 제기될 수 있다.

---

는 원고에게 생활비 및 고통에 대한 손해배상을 인정하였다(18 maart 2005, NJ 209).  
 46) Jill E. Garfinkle, “Burke v. Rivo: Toward A More Rational Approach To Wrongful Pregnancy”, 36 Villanova Law Review 805, 1991, pp. 808~809.

47) 우리나라를 포함하여 대부분의 국가의 법원에서도 낙태의 기회상실에 대한 손해배상은 임신중절의 적용요건을 갖추어야 한다고 보고 있다. 그러나 예외적으로 山口地裁 岩國支部, 1996. 10. 31. 判決 (判例時報 第1628号, 83頁)에서 모체보건법의 적용요건이 없는 임신중절에 대해 그 수술비를 손해로 인정한 바 있다.

## 나. 임신 전 단계

### (1) 피임시술의 실패

전형적인 원치 않은 임신소송은 피임시술의 실패의 경우에 제기된다.<sup>48)</sup> 예를 들어 자궁 내 루프의 삽입이나 제거에 있어서의 의사의 과실의 경우,<sup>49)</sup> 피임약 처방에 있어서의 과실이 있는 경우가 그러하다.<sup>50)</sup> 그리고 처음부터 피임시술의 의료계약을 체결한 경우는 물론, 수술도중 피임시술의 필요가 있어 의료계약을 체결한 경우에도 그 피임시술이 실패한 때에는 원치 않은 임신소송이 제기될 수 있다. 즉 자궁의 출혈이 있어 수술을 받는 도중에 자궁 내 피임기구(IUD)를 교체할 필요가 있어서, 동의를 받고 의사가 그 피임기구를 제거한 후, 다시 교체를 하지 않아 환자가 임신하게 된 경우에 의사의 주의의무위반으로 손해배상을 청구할 수 있다.<sup>51)</sup>

### (2) 불임수술의 실패

의사의 과실로 정관절제수술<sup>52)</sup>이나 난관결찰수술<sup>53)</sup>이 실패한 경우를 말

48) Ochs v. Borrelli, 187 Conn. 253, 445 A. 2d 883 (1982); Troppi v. Scarf, 31 Mi. A. 240, 187 N.W. 2d 511.

49) Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust, [2003] UKHL 52, 2003 4 All ER 987(루프 설치의 불완전).

50) Troppi v. Scarf, 31 Mi. A. 240, 187 N.W. 2d 511; 약사가 처방전에 기재되어 있는 피임약 대신에 안정제를 공급한 사건이다.(동 법원은 공공정책은 피임을 방해하지 않으며 오히려 피임은 헌법적으로 프라이버시권을 보호한다. 또한 공공정책은 약사가 처방을 할 때 주의의무를 다하도록 하는 불법행위체계에 우호적이다. 그리고 약사의 책임을 면해 주는 것은 부주의하게 약을 처방하지 못하도록 하는 것을 막는 것이라고 하여 약사의 책임을 인정하였다.)

51) Jackson v. Bumgardner, 318 N.C. 172, 347 S.E. 2d 743 (N.C. 1986).

52) 정관절제수술(vasectomy)이란 정관을 자르고 잘린 정관의 두 끝을 꿰매 정자의 이동을 차단하는 수술이다. 다른 피임시술법들 보다 효과가 확실하다고 할 수 있으며 영구적으로 지속되는 장점이 있다. 정관 수술 후 고환에서 생성되는 정자들은 부정관에 머물러 있다가 효소의 작용으로 녹아서 체내에 자연 흡수된다. 수술방법은 음낭에 작은 절개 부위를 만들고 이 부위를 통해 정관을 꺼내 정관을 묶은 후 정관을 다시 제자리로 돌려놓으면 시술이 종료된다. 흔히 시행되는 무도 정관 수술법은 특별한 기구를 사용하여 피부에 작은 구멍을 뚫고 정관만 피부 밖으로 끌어내어 정관 수술을 시행하는 방법이다. 수술 후에도 잔여 정자가 배출될 수 있으므로 10회 이상 기타 피임시술법을 시행하는 것이



한다. 남편에 대한 정관절제수술의 경우에는 수술 후 정자 수를 확인하는 검사가 이루어지는데, 이러한 검사에서 정자가 모두 제거되었다고 잘못 알려 부인이 임신한 경우도 불임수술의 실패유형으로 볼 수 있다.<sup>54)</sup> 불임을 목적으로 남편이 정관절제수술을 받은 경우에는 비록 그 부인과 의사와 사이에 계약관계가 없더라도 부인을 임신케 한데 대하여 의사는 책임을 지게 된다.<sup>55)</sup> 반대로 부인의 난관결찰수술에 실패한 의사의 책임이 인정되고, 그 남편에게 임신과 출산으로 인한 비용의 배상이 인정된다.<sup>56)</sup>

### (3) 체외수정에 있어서 배아감수의 과실

의사와 환자와의 사이에 체외수정계약을 체결하고 환자의 신체에 이식할 배아 수에 대하여 구체적으로 약속을 한 경우에는, 계약의 내용에 따른 배아 수를 이식하여야 한다. 그런데 의사의 과실로 약속한 배아보다 많은 수의 배아를 이식하여 다태아가 포태되고, 다생아가 출생한 경우에는 의사는 계획

바람직하고, 반드시 정액검사를 시행하여 정액에 정자가 더 이상 섞여 나오지 않는가를 확인해야 한다; Hackworth v. Hart, 474 S.W. 2d 377 (Ky. 1971); Sherlock v. Stillwater Clinic, 260 N.W. 2d 169 (Minn. 1977); Speck v. Finegold, 439 A. 2d 110 (Pa 1981); Cockrum v. Baumgartner, 99 Ill. A. 3d 271, 425 N.E. 2d 968 (1981); Weintraub v. Brown, 98 A.D. 2d 339, 470 N.Y. S. 2d 634 (1983); 이 밖에 정관에 폴리프로필렌제의 장치나 동선을 삽입하는 방법도 있다.

53) 개복에 의한 복식(複式)과, 질(腔)에서 절개하는 질식(腔式) 난관불임수술이 있고 수술에 의한 영향이 적은 질식을 많이 택하며 수술방법은 ① 마들레네르법 : 난관협부(卵管峽部)를 압박하여 결찰하는 방법. ② 난관의 일부 절제법 : 난관의 중앙부분을 고리모양으로 결찰하여 고리 끝부분의 난관을 절제하는 방법. ③ 난관 간질부 절제법. ④ 전체 난관 적출술 등이 있다. 이 중 일반적인 방법인 ①, ②의 난관결찰수술은 복강 내 혹은 배꼽 바로 아래의 일부를 절개하여 난관을 묶거나 절제하는 여성의 대표적인 불임수술로서, 난관결찰수술 이후 첫 해의 임신율은 0.4%이지만 10년 후에는 1.85%로 증가한다. 난관결찰수술 후에 나타나는 임신의 약 30%는 자궁외 임신이다; White v. United States, 510 F. Supp. 146 (D Ks. 1981); Custodio v. Bauer, 251 Cal. A. 2d 303, 59 Cal. Rptr. 463 (1967); Clevenger v. Haling, 379 Ma. 154, 394 N.E. 2d 1119 (1979); Sard v. Hardy, 379 A. 2d 1014 (Md. 1977); Ochs v. Borrelli, 187 Conn. 253, 445 A. 2d 883 (1982); Sard v. Hardy, 379 A. 2d 1014 (Md. 1977); Bruke v. Rivo, 406 Ma. 764, 551 N.E. 2d 1 (1990); 대법원 1980. 5. 13. 선고 79다1390 판결; 서울고등법원 1996. 10. 17. 선고 96나10449 판결.

54) Cockrum v. Baumgartner, 99 Ill. A. 3d 271, 425 N.E. 2d 968 (1981).

55) Miller v. Rivard, 180 A.D. 2d 331, 585 N.Y.S. 2d 523 (1992).

56) Hatter v. Landsberg, 386 Pa. Super 438, 563 A. 2d 146 (1989).

하였던 아이 이외의 아이의 임신·출산에 대하여 책임을 지게 된다.<sup>57)</sup>

한편 체외수정시 배아의 유전자 검사상 의사가 주의의무를 다하지 못하여 장애아가 출생한 경우에는 원치 않은 출산소송의 원인이 된다.

## 다. 임신 후 단계

### (1) 임신진단에서의 과실

임신여부에 대한 진단을 잘못하여 임부가 낙태할 기회를 상실케 한 경우이다.<sup>58)</sup> 즉 임부가 낙태를 할 기회를 갖기 위해서는 자신이 임신하였다는 것을

57) G. v. Armellin [2008] ACTSC 68 (Bennett J.); [2009] ACTCA 6, 호주의 캔버라지역 제1심에서 의사의 과실을 인정하지 않았던 것을 항소심에서 이를 번복하고 원고에게 부양비까지 손해배상을 인정하였다.) 독신녀인 원고(Ms. G)는 한명의 아이를 원해서 피고(의사 Armellin; 수도 Canberra에 소재한 임신 클리닉)와 체외수정(IVF)을 하기로 계약하였다. 의사는 체외수정의 경우에 수정되지 않을 위험 때문에 보통 2개의 배아를 수정시킨다고 하였으나, 원고 G는 2개의 배아를 수정하여 쌍둥이를 낳는 것 보다는 수정이 되지 않는 편이 낫다고 생각하여 1개만 수정하기로 하였다. 그러나 실제로는 2개의 배아가 이식되었고, 이는 John James 병원의 IVF 클리닉, 의사 Armellin, 그리고 원고와 사이에 의사소통상 오해에 기인한 것이었다. 제1심의 Bennett 판사는 의사 Armellin은 배아가 이식되는 John James 병원의 IVF 클리닉의 시스템에 따르기 때문에 과실이 없다고 하였다. 그러나 항소심에서는 제1심의 판결을 번복하고 의사 Armellin은 배아의 수가 정확하게 이식되었는지에 관하여 책임이 있으므로 손해배상책임이 있다고 판시하였다. 그리고 항소심은 원고에게도 IVF 클리닉의 의료진과의 의사소통상 과실이 있으므로 35%의 과실상계를 하였다. 동 법원은 원고가 배아를 줄이지 않거나 태아를 중절시키지 않은 결정을 하였다 하더라도 이는 정당한 이유가 있고 또한 의사의 과실과 인과관계를 단절시키지 않는다고 판시하였다. 결국 원고에게 임신과 출산으로 인한 정신적 고통으로 \$58,422을 쌍둥이를 임신하여 상실한 임금에 대하여 \$22,568을, 그리고 18세까지의 아이의 부양비로서 \$234,600(단 제3차교육과 사설고등교육 및 분리된 방은 포함하지 않았다. 그리고 초기 사망과 같이 인생의 굴곡에 대하여 15%의 감경이 이루어졌다)의 배상액이 인정(약 \$315,580)되었고 35%의 과실상계가 이루어져 배상액은 \$206,366.09으로 결정되었다.; OGH 2008. 8. 7. (6 Ob 148/08w(오스트리아 최고법원은 일관되게 원치 않은 임신소송에서는 모든 손해를 인정하지 않고 있다. 반면에 원치 않은 출산소송에서는 장애아에 드는 추가적 비용에 대한 배상뿐만 아니라 일반적인 부양비도 인정하고 있다.). 의사는 원고가 단지 2개의 배아만을 이식해줄 것을 요청했던 사실을 확인하지 않고 체외수정을 하는 과정에서 3개의 배아를 원고에게 이식하였다. 2004년 10월 12일에 원고는 건강한 쌍둥이를 낳았다. 여기서 원고 부부는 세 아이 중 한 아이의 출생비 등 다생아의 출생으로 인하여 발생하는 아이가 자립할 능력이 될 때까지의 모든 부양비를 종합병원에 청구하였다.

58) Ziembra v. Sternberg, 45 A.D. 2d 530, 357 N.Y.S. 2d 265 (1974); 임신하지 않았다고 잘못 진단하고, 곧 이어 임신 4개월 반임을 발견하였다; Raja v. Tulsy, 99 Ill. A. 3d 271, 54 Ill. Dec 751, 425 N.E. 2d 968 (1981); 이 판결에서 동 법원은 일반적인 의료과오소송과

알아야 하는데, 임부가 적기에 임신하였다는 진단을 받지 못해 낙태의 기회를 상실한 경우에는 임신진단상의 과실 있는 의사를 상대로 손해배상을 청구할 수 있다.<sup>59)</sup>

## (2) 임신중절수술의 실패

적법한 임신중절을 받을 수 있는 경우에, 의사의 과실로 임신중절을 실패하여 임신이 계속되고, 계획하지 않은 아이가 출생한 경우에 원치 않은 아이 소송의 원인이 된다.<sup>60)</sup> 이 때 건강한 아이가 출생한 경우에는 원치 않은 임신소송의 원인이 된다.

## 라. 설명의무위반

의사는 환자나 그의 보호자에게 질병의 종류와 내용 및 그 치료방법과 그에 따르는 위험 등 환자의 진료와 관계되는 중요한 사항을 설명해 주어야 한다.<sup>61)</sup> 이러한 의사의 설명에 기초하여 환자는 어떠한 치료 또는 수술을 받을 것인지를 스스로 결정할 수 있게 된다. 일반적인 의료행위에 있어서와 마찬가지로 원치 않은 임신에서도 의사의 설명의무를 부담한다. 즉 피임시술 및 불임수술 전·후에 의사의 설명이 해태된 경우에는 설명의무위반이 된다. 구

차이가 없다고 보았다. 따라서 원고는 부양비까지 청구하였으며 법원은 이를 인정하였다.  
59) Clapham v. Yanga, 102 Mi. A. 47, 300 N.W. 2d 727 (1981); Loriann Clapham(14세)는 혼미하고, 어지럽고, 월경을 하지 않아서 모(母)와 함께 의사를 찾아 갔으나 의사는 현기증과 저혈압으로 진단하였고, 이후 건강한 아이를 출산하였다; Rinard v. Bizcak, 177 Mi. A. 287, 441 N.W. 2d 441 (1989)(이 사건은 딸에 대한 임신진단을 잘못하여 자신들의 미성년인 딸이 아이를 출산하여 이 아이를 입양한 사건인데, 법원은 임신 및 출산과 관련한 손해배상을 인정하였으나, 미성년 딸의 부모의 아이의 부양비는 부정하였다).

60) Wilczynski v. Goodman, 73 Ill. A. 3d 51, 29 Ill. Dec. 216, 391 N.E. 2d 479 (1979); Jean-Charles v. Planned Parenthood Association, 99 A.D. 2d 542, 471 N.Y.S. 2d 622 (1984); Delaney v. Krafte, 98 A.D. 2d 128, 470 N.Y.S. 2d 936 (1984); Mears v. Alhadeff, 88 A.D. 2d 827, 451 N.Y.S. 2d 133 (1982).

61) 우리나라에서 원치 않은 임신소송에서 설명의무위반에 관하여 검토한 사례로는 다음과 같다.; 서울지방법원 1999. 12. 1. 선고 99가합54290 판결; 서울고등법원 2005. 4. 21. 선고 2004나3445 판결; 전주지방법원 2008. 10. 30. 선고 2008가단13465 판결; 수원지방법원 평택지원 2009. 7. 19. 선고 2008가단19398 조정결정.

체적으로 원치 않은 임신소송에서는 의사가 대안적 수술방법에 대한 설명을 하지 않은 경우, 수술 실패 확률을 설명하지 않아 수술방법에 대한 선택의 기회를 상실한 경우, 수술 후 일정기간 동안 성관계를 조심하라는 안전설명이 없는 경우, 사후피임약<sup>62)</sup> 처방시 설명의무위반 등이 있을 수 있다. 그리고 수술에 관한 설명서에 의존하여 수술을 받고 나중에 수술이 실패한 경우에는 의사의 설명은 이루어지지 않은 것이다.<sup>63)</sup> 그러나 의사가 난관결찰술의 실패 확률이 1%라는 사실을 설명하지 않은 것만으로는 설명의무를 다하지 않은 것으로 보지 않은 사례가 있다.<sup>64)</sup>

## 2. 원치 않은 임신소송의 배경

### 가. 가족계획의 보편화

오늘날 부부는 가족 구성원을 일정 수로 제한하고, 그 이상 자녀를 갖지 않을 목적으로 피임시술·불임수술을 행하는 것이 보편화 되어 있다. 이는 가족의 한정된 소득에 맞추어 생계를 꾸려가려는 가족계획에서 그 원인을 찾을 수 있다. 또한 여성의 지위가 향상되어, 사회 활동을 하는 여성이 증가된 점 및 성적 자기결정권에 따른 자신의 생활설계 등을 그 원인으로 볼 수 있다.

62) 사후피임약은 배란을 억제하거나, 배란이 이루어졌을 경우에 수정란(정자와 결합한 난자)이 자궁벽에 착상되는 것을 막아주는 것이다. 따라서 자궁벽에 착상되는 순간부터 임신으로 보는 의료계 입장은 사후피임약 처방상의 과오는 임신 전 의료과오(피임시술 실패)의 유형으로 볼 수 있다. 그러나 종교계에서는 정자와 난자가 결합하는 순간부터 임신으로 보기 때문에 사후피임약의 처방상의 과실은 임신 후 의료과오 유형으로 볼 수도 있다. 이러한 사후피임약은 현재 의사의 처방이 필요한 전문의약품이지만, 일반의약품으로 분류될 경우 약사에게도 원치 않은 아이의 법률문제가 발생할 것이다.(미국 FDA는 2006년 8월 사후피임약을 일반의약품으로 분류하여 18세 이상의 여성은 약국에서 의사의 처방이 없이 구입할 수 있도록 승인하였다. 따라서 약사에게도 원치 않은 아이소송이 중요한 법률문제가 되고 있다.) 우리나라에서 사후피임약 처방 시 설명의무를 위반한 사건으로는 서울고등법원 2005. 4. 21. 선고 2004나3445 판결이 있다.

63) Roman v. City of New York, 110 Misc. 2d 799, 442 N.Y.S. 2d 945 (1981).

64) Marshall v. Univ of Chicago Hosps & Clinics, 165 Ill. A. 3d 754, 117 Ill. Dec. 398, 520 N.E. 2d 740 (1987); 이 사건에서 원고가 실패율이 1%임을 설명 받았더라면, 성공확률이 90%에 불과한 경구피임약을 복용하였을 것을 입증하여야 하는데 합리적인 사람이라면 다른 불임수단을 선택할 이유가 없기 때문에 법원은 원고 청구를 기각하였다.

그런데 피임시술·불임수술상의 의사의 과실은 계획하지 않은 아이를 출산하게 하여 이러한 가족계획 또는 생활설계의 실패를 가져오게 된다. 원치 않은 임신소송의 대부분은 이러한 가족의 수를 제한하여 가족계획실현의 실패에서 기인한다.

## 나. 의료기술의 발전

현대에는 의료기술의 발달로 임신과 출산을 자유롭게 조절하게 됨으로써 가족계획을 할 수 있게 되었다. 즉 피임시술·불임수술 등이 그러하다.<sup>65)</sup> 이러한 의료기술의 발달에 따른 의사의 과실이 있는 경우에 원치 않은 임신소송이 발생하게 된다. 한편 최근에는 이러한 의료기술이 생명과학분야에까지 미쳐 단지 아이를 갖지 않으려는데 그치지 않고, 체외수정을 하여 배아를 체내에 이식하는 단계에까지 이르게 되었다. 이러한 체외수정에 있어서 의사가 체내에 이식하여야 할 배아 수를 조절하지 못하여 환자에게 의도하였던 수보다 많은 배아를 이식하여 임신·출산한 경우에도 원치 않은 임신소송이 발생한다.

## 다. 임신중절의 사회적 승인

미국, 프랑스, 독일, 벨기에 등 각국에서는 여성이 출산 또는 산아제한을 위하여 어떤 방법을 사용할지를 결정하는 것은 개인의 프라이버시의 문제로서 헌법상 보장받는 권리라고 보아, 생식의 자율성을 보장함으로써, 임신중절이 가능하게 되었다. 따라서 이러한 임신중절수술을 실패한 의사에게 책임을 묻는 소송이 인정되고, 증가되기 시작하였다.

우리나라에서는 1953년 형법 제정·시행 당시 낙태죄에 관한 규정을 둔 이래 여러 차례 이 규정의 삭제여부를 놓고 많은 논쟁이 있어 왔는데, 정부는

---

65) 그 밖에도 원치 않은 출산 및 원치 않는 삶소송과 관련하여 태아진단기술의 발전으로 이러한 소송이 증가되고 있다.

합법적인 인공임신중절수술의 형태로 낙태의 일부 합법화를 위하여 1973년 모자보건법을 제정하였다. 그러나 동법의 임신중절의 적용요건은 일정기간 동안 자유롭게 낙태의 자유가 인정되는 미국 등에 비하여 상대적으로 엄격하게 제한되어 있어서 우리나라에서 임신 후 단계의 원치 않은 임신은 소송원인으로 발생할 가능성이 적다고 할 것이다.<sup>66)</sup>

## 라. 국내에서 원치 않은 임신소송의 사례가 적은 이유

현재 원치 않은 임신소송으로 확인되고 있는 사건은 6건에 불과하다. 이렇게 우리나라에서 원치 않은 임신소송의 사례가 적은 이유로는 첫째, 건강한 아이가 출생하면 이를 기쁨으로 받아들이는 국민 정서가 있다는 점, 둘째, 원치 않은 임신 또는 출산을 한 부부가 동 사건이 소송의 원인이 되어 손해배상을 받을 수 있다고 인식하지 못한다는 점, 셋째, 변호사도 실무에서 이와 같은 사건에서 충분히 손해배상을 받을 수 있다는 것을 인식하지 못하고 있다는 점, 넷째, 낙태가 많이 이루어지는 현실에서 원치 않은 임신을 한 경우에 아이를 낳는 것보다 낙태의 방법을 선택한다는 점을 들 수 있을 것이다.

## 3. 원치 않은 임신과 모자보건법상의 제한

### 가. 모자보건법상의 인공임신중절의 제한에 따른 문제점

출산 전 임신진단, 임신중절과 같은 임신 후 단계에서 의사의 과실이 있는 경우에 의사에게 손해배상책임을 물을 수 있는가는 모(母)에게 낙태할 권리가 보장되는가가 중요한 관건이 된다.

미국이나 독일 같은 국가들은 임신 초기의 임신중절수술이 우리나라에 비하여 자유롭게 인정되고 있다. 특히 미국의 경우에는 임신 1/3 기간 동안은

66) 그러나 산전 유전자검사 등을 통하여 장애아를 식별함에 있어서 의료과오가 있는 경우에는 모자보건법상의 인공임신중절수술이 가능하므로 이 경우에 장애아를 임신·출산한 경우에는 원치 않은 출산소송이 제기될 수 있다.

임부의 낙태의 자유가 보장되고 있다. 따라서 이 기간 동안에 의사의 임신진단상의 과실이나 임신중절수술의 실패로 인하여 낙태의 기회를 상실한 경우 의사에 대하여 손해배상책임을 물을 수 있다.

그러나 우리나라는 모자보건법(동법 제14조,<sup>67)</sup> 동법시행령 제15조<sup>68)</sup>에서 낙태는 일정한 요건을 갖춘 경우에만 예외적으로 인정되므로 이러한 요건을 갖춘 경우에만 민사적으로 손해배상책임이 인정된다.<sup>69)</sup> 즉 원칙적으로 낙태의 자유가 보장되어 있지 않기 때문에 임신진단에 있어서의 과실과 임신중절수술상의 과실이 있더라도, 낙태의 기회상실에 대한 손해배상이나 실패한 의료비의 배상, 그리고 다시 임신중절수술을 받은 경우 그에 대한 비용의 배상은 청구할 수 없다. 또한 피임시술·불임수술의 실패에 따른 원치 않은 임신이 된 경우에 낙태와 관련된 비용의 배상을 받을 수 없게 되어, 출산을 강요하게 되는 결과도 발생하게 된다.

- 
- 67) 모자보건법 제14조 (인공임신중절수술의 허용한계) ① 의사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에만 본인과 배우자(사실상의 혼인관계에 있는 사람을 포함한다. 이하 같다)의 동의를 받아 인공임신중절수술을 할 수 있다. 1. 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 우생학적(優生學的) 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우 2. 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 전염성 질환이 있는 경우 3. 강간 또는 준강간(準強姦)에 의하여 임신된 경우 4. 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척 간에 임신된 경우 5. 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우 ② 제1항의 경우에 배우자의 사망·실종·행방불명, 그 밖에 부득이한 사유로 동의를 받을 수 없으면 본인의 동의만으로 그 수술을 할 수 있다. ③ 제1항의 경우 본인이나 배우자가 심신장애로 의사표시를 할 수 없을 때에는 그 친권자나 후견인의 동의로, 친권자나 후견인이 없을 때에는 부양의무자의 동의로 각각 그 동의를 갈음할 수 있다.
- 68) 모자보건법 시행령 제15조 (인공임신중절수술의 허용한계) ① 법 제14조에 따른 인공임신중절수술은 임신 24주일 이내인 사람만 할 수 있다. ② 법 제14조 제1항 제1호에 따라 인공임신중절수술을 할 수 있는 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환은 연골무형성증, 낭성섬유증 및 그 밖의 유전성 질환으로서 그 질환이 태아에 미치는 위험성이 높은 질환으로 한다. ③ 법 제14조 제1항 제2호에 따라 인공임신중절수술을 할 수 있는 전염성 질환은 풍진, 톡소플라즈마증 및 그 밖에 의학적으로 태아에 미치는 위험성이 높은 전염성 질환으로 한다.
- 69) 김민규, “불원아의 출산과 생활설계상의 자기결정권”, 민사법 이론과 실무 제7집 12월, 민사법의 이론과 실무학회, 2003. 12. 제144면에서는 임신중절행위의 금지는 형법상의 낙태죄의 규정목적으로 보고, 모자보건법상의 임신중절사유가 되지 않는다는 사유로 의사의 책임을 인정하지 않는 태도에 대하여 모자보건과 가족계획을 목적으로 규정한 모자보건법상의 취지를 고려하여 재검토할 필요가 있다고 하면서 설명의무는 낙태결정을 전제로 한 권리가 아니므로 생활설계상의 자기결정권을 침해받았다고 하고 있다.

## 나. 임신 후 단계와 모자보건법과의 관계

### (1) 원치 않은 임신과 모자보건법과의 관계

임신진단상의 과실과 임신중절수술의 실패를 원인으로 하는 원치 않은 임신소송은 건강한 아이의 임신에 대한 소송이므로 모자보건법 제14조의 적용요건을 갖추지 못한 것이 되어 결국 낙태가 허용되지 않게 된다. 따라서 불법적인 낙태를 전제로 한 진료 또는 수술계약은 허용되지 않으므로 결국 임신 후 단계에서의 원치 않은 임신은 원치 않은 임신소송 유형으로서는 큰 의미가 없을 수 있다. 다만 동법 제14조 제1항 제3호에서 “강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우”, 제4호에서 “법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척간에 임신된 경우” 그리고 5호에서 “임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우”에 있어서는 태아가 유전적 질환 등이 없더라도 여전히 임신중절수술을 할 수 있으므로 이에 대한 임신진단이나 임신중절수술의 실패가 있다면 원치 않은 임신소송으로서 의사의 책임을 문제삼을 수 있다. 또한 임신여부에 대한 진단상의 오진이 있는 경우에는 출산 또는 낙태의 적법성을 문제 삼음이 없이 진단자체에 대한 의사의 과실에 따른 임신진단비용, 위자료의 손해배상을 청구할 수 있다.

### (2) 원치 않은 출산과 모자보건법과의 관계

일반적으로 출산 전 임신진단에서는 아이의 장애여부를 확인하기 위하여 양수검사, 초음파검사 또는 유전자검사 등을 하게 되는데, 이러한 검사상의 오진이 없다는 것을 전제로 임부는 낙태수술의 기회를 가질 수 있다. 따라서 임신진단에 있어서 장애가 검사에 대한 과실과 장애가 있는 태아의 낙태수술상의 과실에 의한 유형은 주로 원치 않은 출산소송에서 주요한 문제로 다루어진다. 다만 이 소송에서의 손해배상책임도 각국에서 인정하고 있는 인공임신중절수술의 허용한계에 관한 법규정에 반하지 않는 한도에서 인정된다. 그런데 우리나라의 모자보건법 제14조는 다운증후군, 윌리엄스증후군의 경



우에는 인공임신중절의 적응요건에 해당하는 사유로 규정되지 않아 문제가 있다.<sup>70)</sup>

이와 같이 임신진단상 과실과 낙태수술실패는 보통 원치 않은 출산소송과 관련이 많은데, 우리나라에서 발생한 원치 않은 출산(wrongful birth) 소송은 모두 임신 후 산전검사상 오진으로 인하여 발생한 것이다. 이에 관하여 대법원은 모자보건법상 허용되지 않는(예를 들어 다운증후군, 윌리엄스증후군) 낙태의 기회에 대한 권리(낙태결정권)를 인정하지 아니하였다.<sup>71)</sup> 이와 함께 대법원은 원치 않은 출산소송에서 손해로서의 아이의 논쟁에 관한 직접적인 견해를 밝히지 않고 있다.

70) 우리나라에서의 원치 않은 출산소송으로 모두 7건이 보고되고 있다: ① 대법원 1997. 11. 26. 선고 97다36842 판결(춘천지방법원 1997. 6. 27. 선고 96나4187 판결; 춘천지방법원 1996. 10. 9. 선고 95가단7904 판결), ② 대법원 1999. 6. 11. 선고 98다22857 판결(서울고등법원 1998. 4. 14. 선고 97나40188 판결; 춘천지방법원 1997. 7. 3. 선고 97가합65 판결), ③ 대법원 1999. 6. 11. 선고 98다33062 판결(부산고등법원 1998. 6. 11. 선고 97나12792 판결; 부산지방법원 울산지원 1997. 9. 23. 선고 97가합5240 판결), ④ 대법원 2001. 6. 15. 선고 2000다17896 판결(서울고등법원 2000. 2. 15. 선고 99나51168 판결; 서울지방법원 1999. 8. 18. 선고 96가합63378 판결), ⑤ 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000다61947 판결(서울고등법원 2000. 9. 28. 선고 99나51588 판결; 서울지방법원 남부지원 1999. 8. 27. 선고 99가합5235 판결), ⑥ 대법원 2002. 6. 25. 선고 2001다66321 판결(부산고등법원 2001. 9. 14. 선고 2001나3788 판결; 부산지방법원 2001. 2. 13. 선고 99가합16425 판결), ⑦ 서울고등법원 2008. 5. 7. 선고 2007나6958 조정결정(서울서부지방법원 2006. 12. 6. 선고 2005가합4819 판결); 이 소송들의 특징은 모두 임신 후 산전검사상 과실과 관련된 것이다. 따라서 불임수술의 실패로 인하여 장애아를 임신·출산한 사건은 우리나라에서는 나타나지 않고 있다. 대법원 판결이 있는 6건은 임신 후 장애가 있는지에 관하여 산전검사를 한 사건이고, 모자보건법상 임신중절원인에 해당하지 않는 장애사건이라는 특징이 있다. 이들 사건에서 대법원은 모자보건법상 허용되지 않는 낙태의 기회 박탈에 대한 권리를 인정하지 아니하였다. 다만 2006년 사건은 임신후 산전검사를 잘못하여 모자보건법상의 임신중절요건에 해당하는 척추성근위축증(SMA)이 있는 아이를 출산한 사건이었는데, 제1심에서 위자료(부부 각 1,000만 원)와 장애에 따른 추가적인 양육비용(1억 4,000만 원)을 인정하였고, 제2심에서 제1심 판결금을 일부 감액한 1억 1,000여만 원에 조정이 성립되었다.

71) 따라서 원한 임신 원치 않은 출산유형은 낙태요건과 관련되어 모자보건법의 요건에 충실한 대법원 판례만이 나와 있고, 원치 않은 출산소송에서도 순수하게 의사의 피임수술·불임수술상의 과오로 장애아를 출산하여 손해배상을 청구한 사건의 판결(대법원 및 하급심)은 현재 없다. 결국 손해로서의 아이 여부에 관한 법원의 입장은 없다(현재 손해로서의 아이에 관하여 판시한 것은 원치 않은 임신소송인 서울고등법원 1996. 10. 17. 선고 96나10449 판결이 유일하다.)

## IV. 원치 않은 임신에 대한 손해배상의 범위

### 1. 서설

의료과오에 의하여 인간의 생명·신체·건강이 침해되고 그에 따른 재산적 손해가 발생한다. 따라서 의사의 과실로 인하여 신체가 침해되는<sup>72)</sup> 원치 않은 임신의 경우에도 일반적인 의료과오에서와 마찬가지로 환자(또는 환자 부부)에게 재산적 손해가 발생한다.

이러한 재산적 손해는 피임시술·불임수술, 인공임신중절수술 그리고 체외수정상의 의료과오를 원인으로 하거나, 그 수술자체는 과실이 없더라도 설명의무의 위반으로 인하여 재산적 손해가 발생할 수 있다.<sup>73)</sup> 여기에서 재산적 손해로는 적극적 손해로서 실패한 불임수술비, 임신·출산비, 치료비, 입원비, 약품비, 개호비, 부양비 그리고 소극적 손해로 산모의 일일수입 등을 들 수 있다.

한편 원치 않은 임신으로 환자(또는 환자 부부)가 정신적인 고통을 받은 자명하므로 이에 따른 정신적 손해도 발생한다. 구체적으로 살펴보면 (i) 생

72) 원치 않은 임신에 있어서 임신자체에 대한 신체침해성이 있느냐에 관하여 비교법적으로 견해의 대립이 있다. 설령 신체침해성을 부정하더라도 의사의 불임수술 실패라는 의료과오와 이로 인하여 발생한 의료비, 일일소득, 정신적 손해와 상당인과관계를 인정할 수 있다. 자세한 내용은 봉영준, 「원치 않은 임신에 대한 의사의 민사책임에 관한 연구」, 한양대학교 박사학위논문, 2011. 8. 제174면 이하 참조. 한편 우리나라에서의 원치 않은 임신소송인 서울지방법원 1999. 12. 1. 선고 99가합54290 판결에서 정관절제술이 성공적으로 시행되었고 시술 후 정액검사도 확인하였지만 0.1 내지 1 퍼센트의 자연개통이 될 수 있음을 설명하지 않았다는 것에 대하여 판례는 “환자에게 발생한 중대한 결과가 의사의 침습행위로 인한 것이 아닌 경우에는 … 설명의무위반이 문제될 여지가 없다”고 함으로써 임신자체를 신체침습으로 보지 않아 설명의무대상이 되지 않는다고 판시한 바 있다. 또한 전주지방법원 2008. 10. 30. 선고 2008가단13465 판결에서도 이와 같은 취지의 판결을 한 바 있다.

73) 의사의 설명의무위반에 대한 손해배상범위에 관하여 국내에서는 견해의 대립이 있으며, 판례는 의사의 설명의무위반과 신체침해와 상당인과관계가 인정되는 경우에 재산적 손해의 배상을 인정한다고 하면서도 설명의무위반 정도가 치료상 주의의무위반 정도일 것을 요구하고 있다. 결국 판례의 입장에 의하면 재산적 손해에 대하여는 사실상 부정(국내의 다수의 논문에 의하면 판례는 긍정설을 취하고 있다고 한다)하게 된다. 현재 재산적 손해를 인정한 판례는 1건(대법원 1996. 4. 12. 선고 95다59095 판결; 소위 미골통 판결) 뿐으로 보인다. 자세한 내용은 봉영준, 상계 논문(각주 72), 제232면 이하 참조.

식에 있어서의 자기결정권과 가족계획권에 대한 침해, (ii) 임신·출산에 따르는 두려움·고통과 임신·출산에 따르는 신체적 침해로 인한 불편함으로서의 정신적 고통이 인정된다. 또한 의사가 설명의무를 위반한 경우에는 환자는 자기결정권의 침해를 이유로 위자료를 청구할 수 있다.

여기에서는 첨예하게 견해가 대립하고 있는 원치 않은 임신으로 인한 부양비(양육비·교육비)의 인정여부에 관하여 살펴보기로 한다.

## 2. 아이 자체의 손해성

원치 않은 임신소송에서 의사의 책임은 “손해로써의 아이”라는 표제 하에 법윤리적인 문제와 관계되어 논의되어 왔다. 일반적으로 의료과오에서 법의 침해란 환자의 증세를 악화시키거나 또는 사망에 이르게 하는 경우 등을 말한다. 그러나 원치 않은 임신에 있어서는 일반적인 의료과오에서와 같은 신체침해가 아니라 건강한 아이가 태어난 경우로서 아이 자체를 손해로 볼 수 있는지가 문제된다. 이 경우에는 인간의 존엄이라는 고도의 가치가 상정되어 있어서 사회적인 합의 내지 법윤리적 합의가 존재하는 임신중절의 문제와도 밀접한 관련이 있다. 아이 자체를 손해로 볼 수 있는지에 대해서는 각국의 판례와 학설이 아이 자체는 인격권을 가진 하나의 비재산적 개체로서 손해가 될 수 없다는데 의견이 일치되어 있다. 그러나 아이 자체를 손해로 파악하지 않는다고 하더라도 원치 않은 임신에 대한 과실이 있는 의사에게 손해배상을 청구할 수 있는가에 대하여는 견해가 나뉘어 있다. 즉 과실이 있는 의사의 손해배상책임을 부정하는 견해는 건강한 아이의 출산은 축복이지 결코 손해일 수 없다고 하거나,<sup>74)</sup> 아이의 생명에 가격표를 붙이는 것은 불가능하고 건강한 아이의 출산은 손해가 될 수 없다고 한다.<sup>75)</sup> 또는 아이가 출생하지 않도록 하는데 비록 누군가의 과실에 의해 아이가 출생하였다 하더라도

74) Christensen v. Thornby, 255 N.W. 620 (Minn. 1934).

75) Johnson v. Universal Hospital of Cleveland, 540 N.E. 2d 1378 (Ohio 1989).

아이의 출생 그 자체는 법적으로 보상받거나 손해의 결과가 아니라고 한다.<sup>76)</sup> 따라서 원고는 아무런 손해도 받은 바 없다고 한다. 이러한 견해는 손해배상을 부정하는 입장으로서 아이의 존재를 손해로 파악하게 되면 헌법이 규정하고 있는 인간의 존엄성과 생명권 존중사상에 위반하고, 비록 원치 않은 임신에 의하여 출생한 자라 할지라도 그 자의 생명권은 절대적으로 보호되어야 한다거나, 또는 공공정책(public policy)에 근거하고 있다.

반면에 원치 않은 임신에 대한 과실이 있는 의사에게 손해배상책임을 인정하는 견해는 아이 자체는 손해가 될 수 없다는 것에는 동의하지만 의사의 책임은 아이자체가 아니라 아이를 부양하는데 드는 비용이나 원치 않은 임신으로부터 발생하는 비용이 손해라고 한다.

위와 같이 부양비의 인정여부에 대하여 서로 견해가 다름에도 불구하고, 아이자체에 대한 손해성은 부정하는 점에서는 대부분 의견이 일치하고 있다. 다만 아이에 대한 부양비의 손해성을 인정할 수 있는지에 대해서는 각 나라마다 입장이 다르고, 학설도 첨예하게 대립하고 있다. 이러한 논쟁은 프랑스가 파기원의 판결(Perruche 판결)을 수정하여 모든 출생과 관련하여 배상청구를 부정한 입법을 한 점, 영국의 판례가 건강한 아이와 장애아의 배상에 있어서 판결이 일관성이 없는 점, 캐나다의 판결에서도 건강한 아이의 부양비에 대한 판결이 일관성이 없는 점, 호주의 대법원 판결에도 불구하고 호주 3개 썬가 정상아 출산의 경우에 부양비청구를 금지하는 입법을 한 점, 오스트리아에서 민법을 개정하여 아이의 출생과 관련한 손해배상을 금지한 점을 보면 이해할 수 있다.<sup>77)</sup>

이러한 손해로서의 아이 논쟁의 근거에는 아이 자체에 대한 손해가 아니라 아이의 존재를 손해의 원인(원천)으로 보느냐에 있다. 그리고 아이를 손해와 분리할 수 있는가의 관점에 따라 달라진다.

76) Szekeres v. Robinson, 715 P. 2d 1076 (Nv. 1986).

77) 자세한 내용은 봉영준, 상계 논문(각주 72), 제36면 이하, 제3장 원치 않은 임신에 대한 각국의 동향 참조.

### 3. 부양비의 손해성 및 배상범위

#### 가. 서설

위와 같이 인간의 존엄을 규정한 헌법에 의해 아이 자체의 손해성을 부정하는 데는 이론적 대립이 없다. 그러나 여기서 바로 부양비상당의 손해배상 청구가 허용되지 않는다는 결론이 필연적으로 도출되는 것은 아니다. 즉 부양비의 손해성에 관하여는 인격체로서의 아이와 이로부터 야기된 부모의 생계부담과 구분될 수 있고 따라서 이는 아이의 인격을 해체시키는 것이 아니므로 부양비의 손해배상책임이 인정될 수 있다. 반면에 인간의 존재로부터 발생하는 인간의 어느 일부분에 대한 가치 부정은 생각할 수 없고 인격적 전체로서의 인간과 이의 존재로부터 발생하는 손해는 별개가 아니라고 볼 수도 있다. 이와 같이 부양비의 인정문제는 책임 있는 자에게 책임을 지운다는 책임법원리가 아이의 존재자체를 손해의 원천으로 파악하여 부양비를 인정하는 것은 인간의 존엄에 반한다는 헌법상의 원리와, 부모의 부양의무는 타인에게 전가할 수 없다는 가족법상의 법원칙이 충돌하는 문제이기도 하다.

현재 우리나라에서 원치 않은 아이 소송에서 부양비의 인정여부에 관한 견해로는 (i) 부양비를 전혀 인정하지 않는 견해,<sup>78)</sup> (ii) 부양비를 전부 인정하는 견해,<sup>79)</sup> (iii) 부양비를 인정하되 손익상계의 원칙을 적용하는 견해,<sup>80)</sup> 그

78) 윤진수, “의사의 과실에 의한 자녀의 출생으로 인한 손해배상책임”, 『법조』, 제48권 제8호 (통권 제515호), 1999. 제51면(한편 제54면에서는 정상아의 양육비를 부정하는 것과 형평상 장애아의 통상양육비는 부정되고, 추가양육비는 인정하여야 한다고 한다); 김 신, “원치 않은 아이의 출생과 의사의 손해배상책임”, 『판례연구』, 제12집, 부산판례연구회, 2001. 제752면(제754면에서는 장애아의 경우 통상양육비는 물론 추가양육비도 부정하고 있다); 김민중·박종원, 전계 논문(각주 32), 제230면(그러나 제238면에서는 원치 않은 출산소송에서 장애아의 양육비 부담이라는 원인을 제공한 의사가 장애로 인한 추가비용뿐만 아니라 전체의 양육비를 배상하여야 한다고 한다); 전병남, 전계 논문(각주 32), 제21~23면; 강희원, “의학기술발전과 손해의 개념-원치 않은 아이는 손해인가?”, 『인권과 정의』, 제254호, 대한변호사협회, 1997. 제59면; 한편 원치 않은 출산(장애아 사건)에 관하여, 이은영, 전계 논문(각주 32), 제88~90면에서는 장애아의 일반부양비, 특별부양비, 교육비의 청구를 부정하는 입장을 취하고 있다.

79) 이덕환, 전계 논문(각주 32), 제27면; 최재천, 전계 논문(각주 34), 제92~97면; 유길수, “원치 않은 아이에 대한 의사의 민사책임-일본판례를 중심으로-”, 『법학의 논총』, 조선

리고 (iv) 부모가 불임수술 등을 한 동기를 고려하여 부양비의 배상 여부를 결정하자는 견해<sup>81)</sup>가 있다.

그리고 부양비를 인정할 경우 그것을 어떤 방법에 의하여 산정할 것인지도 문제되는데, 부양비에는 의식주를 해결하기 위한 기본적인 생계비 이외에 교육비<sup>82)</sup>까지도 포함되며, 일반적으로 부양비에 대한 산정기간은 아이가 성년이 될 때까지의 기간으로 제한된다.<sup>83)</sup>

## 나. 부양비의 인정범위

### (1) 학설상 논의

#### (가) 부양비의 배상을 부정하는 견해

자녀의 부양비의 손해성을 부정하는 견해의 논거는 다음과 같다. 첫째, 아이 자체는 손해가 아니라고 하더라도 아이의 존재는 계약위반과 손해 사이의 손해 연관에 있어서 필요 불가결한 구성부분이기 때문에 아이와 부양의무는

대학교, 2001, 제361면; 이은영, 「원치 않은 아이에 따른 손해배상에 관한 연구」, 중대대학교 박사학위논문, 2008. 12, 제237면; 권오봉·윤석찬, 전계 논문(각주 32), 제16면; 남준희, 「원하지 않은 아이의 출산은 의사의 책임인가?」, 『법률신문』, 2006. 12. 11.

80) 강신웅, 전계 논문(각주 32), 제639면.

81) 소재선·김기영, “의료행위의 하자로 인하여 출생한 아이(子)의 양육비와 손해의 한계-독일의 판례와 학설을 중심으로-”, 『가족법연구』, 제16권 제2호, 한국가족법학회, 2002, 제224면; 이로문, “「생명과학」-원치 않은 아이, 인체, 성전환과 동성애에 대한 법적 고찰-”, 『MJ미디어』, 2004, 제175면.

82) Cokrum v. Baumgartner, 99 Ill. A 3d 271, 425 N.E. 2d 968 (1981); Sherlock v. Stillwater Clinic, 260 N.W. 2d 169 (Minn. 1977); M&Wife v. Schmid Laboratories, Inc, 178 N.J. Super. 122, 428 A. 2d 515 (1981).

83) Sherlock v. Stillwater Clinic, 260 N.W. 2d 169 (Minn. 1977); Cattanach v Melchior [2003] HCA 38; (2003) 215 CLR 1; Cataford v. Moreau (1978), 114 D.L.R. (3d), 585 (Que. S.C.)(Deschênes, C. 판사는 손익계산법에서 아이의 출생으로 인하여 부모가 받게 되는 사회보조금을 고려하면서 아이의 성년까지의 양육비는 순수하게 \$1,000 이하라고 하면서 원고가 얻는 정신적 이익은 위 금액을 초과한다고 하였다); Suite v. Cooke, [1993] R.J.Q. 514 (Que. S.C.); Boone v. Mullendore, 416 So. 2d 718 (Ala. 1982); Wilbur v. Kerr, 628 S.W. 2d 568 (Ar. 1982); Ochs v. Borrelli, 187 Conn. 253, 445 A. 2d 883 (1982); Anonymous v. Hospital, 35 Conn. Super. 112, 398 A. 2d 312 (1971); Coleman v. Garrison, 327 A. 2d 757 (De. 1974); Public Health Trust v. Brown, 388 So. 2d 1084 (Fl 1980); Maggard v. McKelvey, 627 S.W. 2d 44 (Ky. 1981); Clapham v. Yanga, 102 Mich. App. 47, 300 N.W. 2d 727 (1980) 등.

일체로 이해되어야 한다고 하면서 아이로부터 파생된 부양의무를 손해로 파악하는 것은 아이를 직접적이든 간접적이든 손해로 규정하는 것은 헌법 제10조에 기한 아이의 존엄성을 침해하는 것이다.<sup>84)</sup> 둘째, “원치 않은 아이”라는 사실의 입증을 강요하는 것은 생명권을 문제시할 뿐만 아니라 아이를 차별하거나 아이를 “원치 않은 아이”로 낙인을 찍어 아이가 이러한 사실을 알게 될 경우 정신적으로 손상을 입을 수 있다.<sup>85)</sup> 셋째, 부양의무는 부모에게 적지 않은 재산적 부담이지만, 부양의무는 생물학적 관계와 결부되어 있어서 친자관계가 해소되지 않는 한 부모는 자녀를 부양할 의무를 지는 것이며, 포기하거나 면제받거나 제3자에게 양도할 성질의 것이 아니다.<sup>86)</sup> 넷째, 원치 않은 아이의 경우 의사에게는 손해를 감축할 수 있는 방법이 없다는 것을 근거로, 의사는 비용을 야기하는 대상을 없어서 손해를 감축하려고 하여도 임신이 된 경우에 아이는 이미 법적 주체인 인간으로서 존재하고 있고, 모자보건법상의 임신중절기간이 초과되어 임신중절이 더 이상 합법적이지 않거나, 낙태의 지연으로 인하여 낙태를 행하는 것이 더 큰 위험을 포함하는 경우에는 비용 감축행위는 할 수 없으며, 또 태어난 후에는 아이를 부모와 분리하여 입양을 원하는 다른 사람에게 입양시켜 친부모의 손해를 감축하는 방법도 사실상 기대하기 어렵다고 하여 부양비 청구를 인정하여서는 안 된다.<sup>87)</sup> 다섯째, 부양의무를 손해로 평가하는 것은 이것을 인정하는 것의 긍정적인 측면과 부정적인 측면을 다함께 고려하여 긍정적인 면이 부정적인 면보다 많은가 아니면 그 반대인가 하는, 이익형량의 관점에서 해결하여야 하는데, 정상아가 태어난 경우에 있어서는 부양비 상당의 손해배상청구를 하는 것은 부정적인 면이 많고, 이것이 긍정적인 면보다 더욱 중대하기 때문에 부양비 상당의 손해배상청구는 인정되지 않아야 한다. 즉 자녀가 성장하여 부모를 부양할

84) 전병남, 전계 논문(각주 32), 제21~22면; 강희원, 전계 논문(각주 78), 제58~59면; 김민중·박종원, 전계 논문(각주 32), 제230면.

85) 전병남, 전계 논문(각주 32), 제21~22면; 윤진수, 전계 논문(각주 78), 제50면.

86) 전병남, 전계 논문(각주 32), 제22면; 강희원, 전계 논문(각주 78), 제58~59면.

87) 전병남, 전계 논문(각주 32), 제22~23면.

가능성이 있으며 자녀를 부모가 상속하는 경우, 그리고 자녀가 부모에게 주는 감정적인 만족감도 무시할 수 없다.<sup>88)</sup> 여섯째, 부양비 상당의 배상을 인정하는 것이 자녀에게도 이익이 된다는 것은 가족 사이의 결합의 결여를 금전적인 자극에 의하여 불러일으키려는 금전에 대한 맹신이며, 가족 간의 승인과 사랑을 살 수 있다는 가능성을 내포하고 있어 문제가 있다. 의사의 과실이 개입하지 않더라도 부모가 원하지 않던 자녀가 출생하는 경우는 얼마든지 있으므로 부모에게 부양비의 부담을 요구한다고 하여 그것이 기대할 수 없는 것을 기대하는 것은 아니다.<sup>89)</sup>

#### (나) 부양비의 배상을 인정하는 견해

자녀의 부양비의 손해성을 긍정하는 견해의 논거는 다음과 같다. 첫째, 자녀의 부양비를 손해로 인정하는 것은 계획에 어긋난 출산으로 인하여 발생한 부모의 부양비 부담을 손해로 보는 것이지 자녀 그 자체를 손해로 보는 것은 아니다. 태어난 아이가 비록 건강한 아이라고 하여도 부모가 원하지 않은 것이므로 부모의 가족계획에 대한 선택권이 박탈된 것이고, 부모가 아이를 가짐으로써 얻는 즐거움이 무엇이든 그들이 직면하는 경제적 부담은 결코 무시할 수 없을 것이며, 경우에 따라서는 경제적인 궁핍을 면하지 못할 수도 있다. 따라서 아이의 부양비의 배상은 그들 가족의 경제적 안정을 도모하여 물심양면으로 그들의 복리를 증진하게 될 것이므로 손해배상액은 다른 의료과 오소송에서와 같이 산정하여 아이의 부양비는 물론 예견 가능한 모든 손해에 대한 배상액도 포함하여야 할 것이다.<sup>90)</sup> 둘째, 원하지 않은 아이의 출산으로 인한 손해배상청구권을 인정하는 것이 개인의 생명권 존중이라는 우리 헌법의 근본이념에 배치된다는 것은 논리의 비약이며, 두 개념은 서로 차원을 달리하는 것이고 오히려 손해배상청구권을 인정하는 것이 출생한 아이의 생명

88) 윤진수, 전계 논문(각주 78), 제48면.

89) 윤진수, 전계 논문, 제51면.

90) 이덕환, 전계 논문(각주 32), 제734~735면.



권을 존중하는 것이다. 그리고 현대인은 생활계획의 범위 내에서 가족계획을 하는 점을 고려하여야 하며, 아이에 대한 부양비가 부모의 경제적 부담인 것은 부인할 수 없고 원치 않은 아이에 대한 사회보장적 장치를 기대하는 것이 사실상 불가능한 현실에 비추어 볼 때, 아이에 대한 부양비를 지급하는 것이 법정정책·사회정책적으로 아이를 현실적으로 보호해주며 실질적인 인간의 존엄성 보장의 길이 된다.<sup>91)</sup> 셋째, 피임시술·불임수술 등에 있어서 의사의 과실이 있고, 그 과실에 의하여 부양비가 발생하였으므로, 결국 과실에 대한 책임으로서 부양비를 긍정하여야 한다.<sup>92)</sup>

#### (다) 규범 목적론적 견해(경제적 동기에 의한 견해)

손해배상법에서 손해는 불법행위의 경우에는 책임규범 목적범위 내에 존재하여야 하고, 계약법적 책임의 경우에는 계약규범 목적범위 내에 있어야 한다. 따라서 부양비도 피임시술·불임수술 또는 인공임신중절수술 계약의 규범목적에 따라 판단하여야 한다는 견해이다.<sup>93)</sup> 이 견해는 우선 민법 제 750조에 따른 부양비가 손해로 인정될 수 있는가는 원치 않은 아이의 출산과 더불어 발생한 부모의 경제적인 부담이 각각의 진료계약 또는 의료자문계약의 대상이 되는 경우에는 보상의무가 있는 손해로서 인정된다고 한다. 특히 가족계획에 따른 불임수술상의 과실, 피임수단에 대한 불완전한 설명, 유전적 장애가 있는 아이의 출산에 대한 잘못된 설명, 또는 진료과오로 시술을 하지 않았거나 임신중절수술상의 과실의 경우에 특히 인정된다는 것을 예로 들고 있다. 불임수술의 경우에는 일반적으로 그 계약은 재산권의 보호를 목적

91) 최재천, 전계 논문(각주 34), 제96~98면; 남준희, 전계 사설(각주 79).

92) 유길수, 전계 논문(각주 79), 제361면; 이은영, 전계 논문(각주 79), 제208면; 남준희, 전계 사설.

93) 소재선·김기영, 전계 논문(각주 81), 제224면; 이로문, 전계서(각주 81), 제175면 이하; 박종용, “불임시술불이행으로 인한 자의 출생과 손해배상범위”, 『가족법연구』, 제11호, 한국가족법학회, 1997, 제434면(불임수술의 목적에 따라 경제적 목적인 경우에는 최소한의 양육비와 교육비를 손해배상범위에 점진적으로 인정하고, 모체의 건강상 이유인 경우에는 손해배상범위에서 제한하여 위자료산정에 참작하자고 한다).

으로 하고, 이러한 경제적 부담을 회피하기 위한 것이다. 임신중절수술의 경우에는 母의 부양비부담을 예방할 목적으로 행하여진 경우에는 계약의 보호 목적 범위에 포함할 수 있으나, 경제적 불이익을 회피하기 위한 문제가 아닌 임신부의 건강을 위한 목적의 경우에는 계약의 보호목적에 포함되지 않으므로 부양비책임을 인정하지 않는다고 한다.

#### (라) 손익상계의 원칙을 적용하는 견해

이 견해는 긍정설의 논거를 들면서도 아이의 부양비를 재산적 손해로서 인정하고 아이를 양육하면서 얻을 수 있는 정신적 만족 등을 금전적으로 평가하여 부양비 상당의 손해에서 이를 공제하는 것도 책임법에서 가능하다는 것을 전제로 부양비를 인정하여 부모의 재산적 손해를 정확히 파악한 후에 자녀가 부모에게 주는 정신적 이익을 평가하여 배상액의 범위를 조정하자는 것이다.<sup>94)</sup> 이 견해는 손익상계의 원칙을 적용함으로써 자녀가 가지는 고유한 가치를 참작할 수 있다는 장점이 있다고 한다.

#### (2) 판례

우리나라의 원치 않은 임신소송에서 양육비 및 교육비에 관하여 판시한 것은 1996년 난관불임수술 불이행으로 인한 임신·출산사건이 유일하다.<sup>95)</sup>

이 사건에서 제1심인 서울지방법원 북부지원은 분만비(금 610, 824원, 출산비·진료비·간병비가 금 4,550,000원이라는 원고 주장은 인정되지 않았다), 양육비, 교육비에 대한 원고 청구를 인정하였다. 양육비에 관하여는 “이 사건 본인의 출산으로 인하여 5인 가족이 된 사실, 1995. 1/4분기의 월평균

94) 강신웅, 전제 논문(각주 32), 제639면; 그러나 이 견해는 손익상계의 대상을 잘못 파악한 것으로 보인다. 아이로 인한 부양비의 손해는 아이로 인한 정신적 이익이 아니라 재산적 이익과 상계되어야 할 것이다. 또한 아이로 인한 정신적 이익은 정신적 고통에 대한 손해 배상인 위자료와 상계하는 것이 합당한 것으로 보인다.

95) 서울고등법원 1996. 10. 17. 선고 96나10449 판결(제1심: 서울지방법원 북부지원 1996. 2. 2. 선고 95가합4661 판결).

가계지출비는 4인 가족의 경우 금 1,481,300원, 5인 가족의 경우 금 1,625,000원인 사실을 인정할 수 있고 반증이 없으므로, 원고 등은 이 사건 본인이 태어난 1995. 7. 12.부터 동인이 성년이 되는 2015. 7. 12.까지 매월 금 143,700원(=1,625,000원-1,481,300원)을 이 사건 본인에 대한 양육비로 추가지출하게 된다고 봄이 상당하다.”고 판시하였다.

그리고 교육비에 관하여는 “갑 제9호중의 기재와 이 법원의 한국교육개발원장에 대한 사실조회결과에 변론의 전취지와 경험칙을 종합하면, 1994. 기준 연간 학생 1인당 평균 직접교육비는 유치원이 금 2,010,700원, 국민학교가 금 2,550,300원, 중학교가 금 2,746,400원, 고등학교가 금 3,053,100원인 사실을 인정할 수 있고 반증이 없으므로, 원고 등은 이 사건 본인이 만 5세가 된 다음날 이후의 최초 학년 초인 2001. 3.초부터 동인이 만 18세가 되는 날이 속하는 학년말인 2014. 2.말까지 위에서 인정한 각 금액을 이 사건 본인에 대한 교육비로 지출하게 된다고 봄이 상당하다.”고 하고, “원고는 대학교육비도 청구하나 경험칙상 보편적인 교육수준은 고졸이라 하겠으므로 이 부분 청구는 받아들이지 않는다.”고 판시하였다. 그리고 원고등도 제왕절개 수술이 예정보다 앞당겨져 집도의가 바뀐 상태에서 갑자기 시행되었으므로 수술 전에 집도의에게 불임수술에 대한 주의를 촉구하고 수술 후에도 불임수술의 시행여부를 확인하여야 할 주의의무가 있음에도 이를 게을리 한 잘못이 있고 이러한 원고 등의 과실 또한 손해의 발생이나 확대의 원인이 되었으므로 원고의 과실 비율을 20%로 인정하여 재산적 손해(분만비 610,824원 +양육비 23,655,462원+교육비 21,088,456원)의 80%인 금 36,283,793원의 배상을 인정하였다. 그리고 위자료로 원고 부부에게 각 5,000,000원을 인정하였다.

그러나 제2심인 서울고등법원은 분만비와 위자료청구는 인용하였으나, 그 외의 양육비 및 교육비 상당의 손해배상청구에 대하여는 이를 손해로 볼 수 없다고 하여 기각하였다. 동 법원은 “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 부양의 무 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 과실치사상죄) 등에서 사람의 생명을 해한 행위를 범죄로 규정하여 처벌하고 있는 점 등에 비추어 비록 원치 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 부양

의무를 ‘손해’로 파악할 수는 없다 할 것이다. 따라서, 피고의 채무불이행으로 인한 원치 않은 임신에 의하여 사건 본인의 출생으로 원고 부부가 자(子)가 성인이 될 때까지 그 양육비 등을 지출하게 된다고 하더라도 이는 원고 부부의 손해라고 볼 수 없으므로 그 비용이 손해임을 전제로 한 원고 부부의 이 부분 양육비 및 교육비 청구는 나머지 점에 관하여 더 나아가 살펴 볼 필요 없이 이유 없다 할 것이다.”고 판시하였다. 즉, 헌법 제10조가 개인의 생명권 존중과 기본적 인권을 보장하고 있고, 민법 제913조의 미성년의 자에 대한 부양의무는 제3자에게 전가할 성질이 아니라는 것을 이유로 자의 출생 및 그로 인한 부양의무를 “손해”로 파악할 수 없다고 하였다.

### (3) 검토

부양비의 배상을 부정하는 입장은 부양비를 인정하게 된다면 아이의 존재 자체에 대한 부정적인 가치판단이 들어가기 때문에 이는 인간의 존엄에 반한다고 한다. 이 입장은 기본적으로 위자료와 임신·출산비는 사실적 손해로 판단하여 배상을 인정하면서도, 동일한 재산적 손해임에도 불구하고 부양비에 대해서는 규범적 손해로 판단하여 그 배상을 부정하고 있다는 점에서 일관성이 없어 보인다. 즉 부양비 손해만을 규범적 손해로 보아 배상을 부정하고 있다. 그러나 임신·출산에 따르는 비용 및 위자료를 인정하는 것도 아이의 임신·출산 및 아이의 존재에 대한 부정적인 평가를 전제로 하는 것은 마찬가지이다. 오히려 태아인 상태에서 인간으로 출생하는데 발생하는 비용에 대한 부정적인 평가와 아이가 출생하여 이미 존재함으로써 발생하는 손해에 대한 부정적인 평가를 비교한다면 전자가 더 인간의 존엄에 반하는 것이 된다. 따라서 아이가 존재함으로써 금전적으로 양육을 받아야 하는 것보다 전자가 더 보호되어야 할 고귀한 성질의 것이며, 위자료의 경우에도 고귀한 생명의 잉태와 탄생이라는 점에서 마찬가지이므로 더욱 규범적으로 평가되어 그 손해를 부정하여야 할 것이다. 결국 부양비를 부정하는 입장은 오히려 임신·출산비 및 위자료도 부정하여야 논리적일 것이다.

규범목적론의 견해는 경제적 목적으로 불임수술 등을 받은 경우에는 의사의 부양비 책임을 인정하고 있는데, 이는 첫째로 더 이상 아이를 갖지 않겠다는 부모의 결정에 내재하는 명확한 동기를 판단하기는 사실상 어려움이 있고, 둘째로 母의 건강을 목적으로 수술을 한 경우에는 배상을 부정함으로써 같은 종류의 과실로 피해를 입은 부모에 대한 차별이 이루어져 불합리하다.

그리고 손익상계의 원칙을 주장하는 견해는 감정적인 만족감은 금전으로 환산할 방법이 없다. 또한 상계의 법리와도 일치하지 않는다. 즉 원치 않은 임신으로 인하여 재산적 이익이 발생하였다면 동일한 재산적 손해와 상계하여야 하고, 정신적 이익이 발생하였다면 역시 동일한 정신적 고통에 대한 손해배상인 위자료와 상계하여야 할 것이다.

생각건대 원치 않은 임신으로 태어난 아이에 대한 부양비 문제는 의사의 과실로 발생한 부모의 실질적인 손해를 전보하기 위한 것이지, 부양비를 부정하는 견해에서 주장하는 것과 같이 인간의 존엄성을 무시한다든지, 부양 의무를 의사에게 전가하기 위한 것은 아니다. 즉 첫째, 아이에 대한 부양비 배상을 인정하는 것은 아이에 대한 존엄성을 해치는 것이 아니라 진정한 의미에서의 아이의 복리와 존엄성을 존중하는 것이다. 부모의 부양비 부담으로 인한 소극적 재산상태는 자녀의 출생 그 자체에 의하여 발생하는 것이 아니고 부양 의무를 규정한 법규정에 근거한 것이며, 이러한 법규정은 자녀를 대상화하는 것이 아니고, 그와는 반대로 자녀를 인간으로서 승인하기 때문에 존재하는 것이다. 따라서 계획에 어긋난 출산으로 인하여 발생한 부모의 부양비 부담을 손해로 보는 것이지 자녀 그 자체를 손해로 보는 것은 아닌 것이다. 오히려 의사에 대한 부양비청구권을 부정함으로써 부모로 하여금 태어난 아이를 부담스럽게 하거나 손해처럼 인식되게 할 수도 있을 것이다. 둘째, 민법상 부양 의무는 포기하거나 면제받거나 제3자에게 양도하는 것은 허용되지 않는다고 하였는데, 부양 의무는 아이에 대한 양육과 교육 및 보호라고 하는 전체적이고 포괄적인 의무를 의미하는 것으로, 그 중 일부인 경제적 부분만을 책임이 있는 의사에게 부담지운다고 해서 부모의 부양 의무가 모두

의사에게 이전되는 것은 아니라고 본다. 셋째, 손해배상법상 중대한 직업상의 과실에 대하여 아무런 책임을 지지 않게 방치한다는 것은 책임법의 역할을 무의미하게 하는 것이 되며, 의사에게 책임 면제증을 부여하는 것과 같다. 즉, 원치 않은 아이에 대한 의사의 책임을 일반적으로 부정하는 것은 의사와 생식의학자들에게 책임법적인 면제증(특별허가증)을 부여하는 것이 되고, 생식의학과 출생 전 진단의 넓은 영역이 책임청구권으로부터 고립될지도 모르는 결과에 이를 수 있다. 따라서 책임법 원리에 충실하여 부양비의 청구를 인정하여야 할 것이다.

다만, 아이의 출생으로 경제적·정신적 이익이 있다면 손익을 상계하여야 할 것이다. 원치 않은 임신에서 아이에 대한 부양비는 부모가 아이로 인해 얻는 재산상 이익, 예를 들면 출산장려금이나 육아휴직수당, 아동수당, 세금혜택 등과 같은 사회복지로 인한 이익과 손익상계 할 수 있다. 또한 원치 않은 임신으로 출생한 아이가 부모에게 주는 기쁨과 행복, 만족감과 같은 정신적인 이익은 정신적 고통에 대한 손해배상인 위자료와 상계할 수 있다. 이 때 아이가 주는 기쁨의 정도가 매우 크므로 후술하는 정신적 손해배상의 대부분을 상계하여도 좋을 것이다. 이와 같이 손익상계를 할 때에는, 재산적 이익은 재산적 손해와 상계를 하고 정신적 이익은 위자료와 상계해야 한다.

## V. 결론

위에서 살펴본 바와 같이 원치 않은 아이를 의료과오의 특수한 유형으로 인정하여 건강한 아이의 출생을 둘러싼 손해배상의 범위에 관하여 첨예하게 견해가 대립되고 있다. 즉 의사의 진료상의 과실로 인한 환자의 사망·상해라는 악결과가 발생하는 일반적인 의료과오에 대하여는 민법상의 전통적인 책임법리에 의하여 그 배상범위가 정하여지므로 논란의 여지가 없다고 할 것이다(설명의무위반에 의한 악결과가 발생한 경우에 그 배상범위에 관하여는

견해가 대립되어 있고, 이는 원치 않은 임신에 대하여도 마찬가지로 문제된다. 그러나 원치 않은 임신의 경우에는 의료과오로 인한 악결과의 초래가 아니라 오히려 건강한 아이가 출생한 것이고, 손해배상의 문제도 그 손해의 대상이 고도의 가치가 상정되어 있는 인간의 생명과 관련되어 있기 때문에 손해배상범위, 특히 부양비의 인정여부 및 그 범위에 대하여 논란이 있다.

일반적으로 원치 않은 임신으로 인한 재산적 손해배상으로 실패한 피임시술·불임수술비, 임신중절수술비, 분만비, 실패한 임신중절수술비, 산후조리비, 불임수술을 다시 받는 경우 X-Ray비와 재수술비 등과 같이 임신과 출산 전후의 치료과정에서 발생한 모든 의료비는 인정되고 있다. 그리고 임신·출산의 상당기간 동안의 일일소득의 배상도 인정되고 있다. 또한 불임수술 등의 실패로 인한 가족계획권의 침해, 임신·출산의 두려움이나 고통(임신·출산으로 인한 신체침해에 따른 고통도 포함), 설명의무위반으로 인한 자기결정권의 침해 등으로 인한 정신적 고통에 대한 위자료가 인정된다.

논란의 대상이 되고 있는 부양비의 인정여부에 대하여는 아이는 손해가 아니라 행복을 가져다주는 기쁨 그 자체이므로, 아이의 부양비를 전통적인 책임법리에 의하여 배상하는 것은 윤리적으로 문제가 될 수도 있을 수 있지만, 부양비의 배상을 인정한다고 하여 아이의 인간으로서의 존엄을 훼손한다고도 할 수 없다고 할 것이다. 오히려 경제적으로 궁핍한 부모에게 아이의 부양비를 배상하는 것이 아이의 최대의 복리를 지향하는 현대 친자법의 이념에도 합치된다고 할 것이다. 뿐만 아니라 의료과오가 있는 의사에게 책임을 묻는 것이 손해를 공정하게 분담하는 전통적인 책임법리를 수호하는 것이 될 것이다.

**주제어** : 의료과오, 원치 않은 임신, 원치 않은 아이, 부양비



[ 참 고 문 헌 ]

1. 국내문헌

- 강신웅, “원하지 않은 아이 출생에 관한 의사의 책임-미국·독일·한국판례상의 부양료 배상을 중심으로”, 『비교사법』, 제7권 제2호(통권 제13호), 한국비교사법학회, 2000.
- 강희원, “의학기술발전과 손해의 개념-원치 않는 아이는 손해인가?”, 『인권과 정의』, 제254호, 대한변호사협회, 1997.
- 권오봉·윤석찬, “원치 않은 아이의 출생과 의료과오책임”, 『법학연구』, 제51권 제1호(통권 63호), 부산대학교, 2010. 2.
- 김민규, “불원아의 출산과 생활설계상의 자기결정권”, 『민사법 이론과 실무』, 제7집 12월, 민사법의 이론과 실무학회, 2003. 12.
- 김민중·박종원, “원치 않은 아이에 관한 의사의 손해배상책임”, 『법학연구』, 제22권, 전북대법학연구소, 2001.
- 김 신, “원치 않은 아이의 출생과 의사의 손해배상책임”, 『판례연구』, 제12집, 부산판례연구회, 2001.
- 김천수, “기형아 출산과 의사의 설명해태책임”, 『판례실무연구(IV)』, 비교법실무연구회(박영사), 2000.
- 남준희, “원하지 않은 아이의 출산은 의사의 책임인가?”, 『법률신문』, 2006. 12. 11.
- 박영호, “Wrongful Conception과 Wrongful Birth 등에 대한 손해배상”, 『판례월보』, 제360호, 판례월보사, 2000. 9.
- 박종용, “불임시술불이행으로 인한 자의 출생과 손해배상범위”, 『가족법연구』, 제11호, 한국가족법학회, 1997.
- 봉영준, 「원치 않은 임신에 대한 의사의 민사책임에 관한 연구」, 한양대학교 박사학위논문, 2011. 8.
- 소재선·김기영, “의료행위의 하자로 인하여 출생한 아이(子)의 양육비와 손해의 한계-독일의 판례와 학설을 중심으로-”, 『가족법연구』, 제16권 제2호, 한국가족법학회, 2002.
- 서희원, 『영미법강의』, 박영사, 2000.
- 신현호, 『의료소송총론』, 육법사, 1997.
- 유길수, “원치 않은 아이에 대한 의사의 민사책임-일본판례를 중심으로”, 『법학의

논총』, 조선대학교, 2001.

윤진수, “의사의 과실에 의한 자녀의 출생으로 인한 손해배상책임”, 『판례실무연구 [IV]』, 2000.

\_\_\_\_\_, “의사의 과실에 의한 자녀의 출생으로 인한 손해배상책임”, 『법조』, 제47권 제7호(통권 제514호), 제48권 제8호(통권 제515호), 법조협회, 1999.

이덕환, “원하지 않은 아이의 손해배상범위-미국판례를 중심으로”, 『법학논총』, 제16집, 한양대학교 법학연구소, 1999.

이동진, “이른바 원치 않은 아이의 출생으로 인한 손해배상에 대한 오스트리아 최고 법원의 판례”, 『인권과 정의』, 제392호, 대한변호사협회, 2009. 4.

이로문, “「생명과법」-원치 않은 아이, 인체, 성전환과 동성애에 대한 법적 고찰-”, 『MJ미디어』, 2004.

李銀榮(한국외대), “원치 않은 불임시술·출생에 관한 법적문제”, 『한국의료법학회 지』, 제6권 제1호, 1999. 12.

이은영, “원치 않은 아이 소송의 개념정의와 유형화에 대한 새로운 시도”, 『중앙법학』, 제11집 제2호, 중앙법학회, 2009. 8.

\_\_\_\_\_, 「원치 않은 아이에 따른 손해배상에 관한 연구」, 중앙대학교 박사학위논문 2008. 12.

전병남, “원치 않은 아이의 출생과 의사의 손해배상책임-우리나라의 판례와 학설의 동향”, 『의료법학』, 제2권 제1호, 대한의료법학회, 2001.

최재천, “원치 않은 아이와 손해배상책임”, 『인권과 정의』, 제256호, 대한변호사협회, 1997.

## 2. 외국문헌

Collins Elizabeth F., “An Overview And Analysis: Prenatal Torts, Preconception Torts, Wrongful Life, Wrongful Death, And Wrongful Birth: Time For A New Framework”, 22 Journal of Family Law 677, 1983/1984.

Diehr Matthew, “The State Of Affairs Regarding Counseling For Expectant Parents of A Child With A Disability: Do Acog’s New Practice Guidelines Signify The Arrival of A Brave New World?”, 53 Saint Louis University Law Journal 1287, Summer 2009.

Fordham Margaret, “Blessing or Burden? Recent Developments in Actions for

- Wrongful Conception and Wrongful Birth in the U.K. and Australia”, 2004 Singapore Journal of Legal Studies 462, December, 2004.
- Garfinkle Jill E., “Burke v. Rivo: Toward A More Rational Approach To Wrongful Pregnancy”, 36 Villanova Law Review 805, 1991.
- Gerald Robertson, Q.C., “Assessment of damages in wrongful birth cases”, Expert Witness, summer 2003.
- Heimere Kim katja Marina, “Wrongful birth-the claim for childrearing costs Compensation in Germany, U.K. and Australia a comparative study”, 2004.
- Jennifer Mee, “Wrongful Conception: The Emergence of a Full Recovery Rule”, 70 Washington Uni. Law Quarterly 887, 1992.
- Keeton W. Page et al., 「Prosser and Keeton」 on the Law of Torts, West 5thed. 1984.
- Linde Maxine H., “Liability To Bastard For Negligence Resulting In His Conception”, 18 Stan. L. Rev. 530, 1966.
- Perry Ronen, “It’s a Wonderful Life”, 93 Cornell Law Review 329, 2008.
- Sarno Gregory G., “Tort liability for wrongfully causing one to be born”, 83 A. L. R. 3d 15, (Originally published in 1978).
- Shepards, 「Handling Pregnancy & Birth Cases (Family Law Series)」, McGraw-Hill Company, 1983 (Supplement 1996. 2.).
- Sheth Darpana M., “Better Off Unborn? An Analysis Of Wrongful Birth And Wrongful Life Claims Under The Americans With Disabilities Act”, 73 Tenn. L. Rev. 641, 2006.
- Sullivan Mary B., “Wrongful Birth And Wrongful Conception: A Parent’s Need For A Cause Of Action”, 15 Journal of Law and Health 105, 2000-2001.
- Wilcoxon Kimberly D., “Statutory Remedies For Judicial Torts: The Need For Wrongful Birth Legislation”, 69 University of Cincinnati Law Review 1023, Spring, 2001.
- 東京地裁, 昭和 58年 7月 22日; 判例時報 1100号 89頁; 判例タイムズ 507号.
- 東京地裁, 平成 4年 7月 8日; 判例時報 1468号.
- 山口地裁 岩國支部, 1996. 10. 31. 判決; 判例時報 1628号.

## The Cost of Child Rearing for Wrongful Conception

Bong, Young Jun

*Hanyang University Doctor*

### =ABSTRACT=

“Wrongful conception” is a medical malpractice claim in which the plaintiff is the parent of a normal, healthy infant whose conception was unplanned and unwanted.

Medical malpractice in wrongful conception can be the result of a failure to provide informed consent to a patient, failure to properly perform a surgery, or a physician’s negligent handling of a patient’s problems. In the concrete, wrongful conception cases fall into two categories; those involving pre-conception negligence, such as a failed contraceptive, sterilization or failing of the controlling of embryo-number on the IVF, and those involving post-conception negligence, such as a failure to diagnose a pregnancy or to perform an abortion procedure. In addition, Medical malpractice can be the result of a failure to provide informed consent to a patient.

When bad results occur by medical malpractice or failure to provide informed consent to a patient, the range of recovery of damages is decided by a traditional civil liability law. However the calculation of damages for wrongful conception is not easy because the high value of life is included in that case. So many courts opinions in foreign country and Seoul High Court decision in 1996 allow damages for the pregnancy, birthing process and sterilization costs, but refuses to allow damages for child rearing expenses.

As to the range of recovery of damages for wrongful conception, one approach says that to allow damages in a suit such as this would mean that the physician would have to pay for the fun, joy and affection which plaintiff will have in the rearing and educating of the plaintiff’s baby. To allow such damages

would be against the dignity of the baby based on article 10 of the Constitution. However another approach says that damages are recoverable for all expenses related to child birth as well as for child rearing costs. Because the damages that the parents should bear a burden to the tort damage done is not a baby itself but child rearing costs. In other words, although the baby is healthy or not, economic burden of the parents can not be disregard. And denial of compensation for costs of child rearing may invalidate the role of liability law, grant the physician with a exemption certificate of liability. As a result, the medical field of procreation can be easily isolated from a liability of reparation. Therefore, on the liability law like the other medical malpractice action, parents who became pregnant or gave a birth by physician, wrongfully performed sterilization operation, etc. should be compensated for all damages relevant to unplanned and unwanted conception or birth as well as costs of child rearing.

Keyword : Medical malpractice, Wrongful conception, Unwanted child, Informed consent, Child rearing costs