

원하지 않은 妊娠과 出産에 관한 法的 問題

-미국의 판례를 중심으로-

李 德 煥*

I. 序 說	1. 詐欺에 의한 訴訟
II. 訴訟原因의 類型	2. 過失에 의한 訴訟
1. 원하지 않은 妊娠(Wrongful conc- eption)	IV. 損害賠償
2. 원하지 않은 출산(Wrongful birth)	1. 損害賠償의 範圍
3. 원하지 않은 삶(Wrongful life)	2. 賠償額의 算定
III. 訴訟原因의 發展	V. 結 語

I. 序 說

오늘날 의학 및 의료기술의 눈부신 발달로 인하여 醫事法분야에 복잡하고 새로운 법률문제가 대두되고 있다. 특히 피임과 불임에 관한 의료기술의 현저한 진보에 의하여 인간이 임신과 출산을 자유롭게 조절할 수 있게 됨으로써, 부모가 원하는 자녀를 가질 수 있는 이른바 가족계획을 실현할 수 있게 되었다. 또한 최근에는 자녀에 대한 희생 보다는 개인의 가치관의 변화와 더불어 여성의 사회적·경제적 지위의 변화, 아이를 양육할 경제적 능력의 결여 등으로 인하여 출산을 기피하는 사람들이 증가하고 있다. 더구나 법적으로 일정한 조건하에 낙태가 인정되고 있어서 자녀의 출산을 더 이상 원하지 않거나, 초음파·양수천자술 등의 태아의 검진에 의하여 밝혀진 유전적 질병 등을 이유로 낙태가 많이 이루어지고 있다. 그러나 의사가 이러한 피임 및 불임 등의 절차상의 과실로 인하여

* 한양대학교 법과대학 교수, 법학박사

夫婦가 원하지 않은 아이를 출산하거나, 또는 畸形兒를 출산하여 가족계획에 실패한 경우에는 심각한 윤리적·법적 문제가 발생하게 되는 것이다. 즉 의사가 과실로 인하여 불임수술에 실패하거나, 필요한 설명을 하지 않음으로써, 또는 기형아의 검진을 잘못하거나, 낙태에 관한 정보를 제공하지 않아서 원하지 않은 아이를 임신·출산하였을 경우에는 부모나 아이의 의사에 대한 손해배상청구의 인정여부 및 그 범위에 관한 문제가 발생하게 된다. 이러한 문제는 그 손해의 대상이 고도의 가치가 상정되어 있는 인간의 생명과 관련되어 있기 때문에 아직까지 명확한 해결책이 확립되지 않은 채 논쟁이 계속되고 있다. 오늘날 이와 같은 원하지 않은 아이의 임신과 출산에 관련한 의사책임영역에서 새로운 專門用語¹⁾가 굳어지고 있다. 이 용어는 미국에서 발생하였으며, 아직도 미국으로부터 중요한 動因을 얻고 있다. 그러나 독일·일본 등에서도 수십년 전부터 이에 관한 판례가 나왔으며 학설상으로도 논의되고 있다. 우리 나라에서도 최근에 이 문제에 관한 판례²⁾가 나오고 있으며 일부문헌³⁾에서도 조금씩 논의가 되고 있다. 본고에서는 의사의 과실로 인하여 원하지 않은 많은 아이를 임신하고 출산한 경우에 부모 또는 아이가 의사에 대하여 청구할 수 있는 손해배상의 문제에 관하여 미국의 판례를 중심으로 하여 살펴보고자 한다.

1) 이러한 용어에는 wrongful conception(pregnancy), wrongful birth, wrongful life의 세가지 유형이 있다. wrongful birth는 wrongful life와 마찬가지로 common law상의 wrongful death 개념의 변형이고, wrongful life라는 용어는 1963년 미국 Illinois주 항소법원의 Zepeda v. Zepeda사건의 판결에서 처음으로 사용되었으며, wrongful birth의 개념은 이로부터 갈라져 나온 것이다. 독일에서는 이를 unerwünschte Empfängnis(원하지 않은 임신), unerwünschte Geburt(원하지 않은 출산), unerwünschte Leben(원하지 않는 삶)이라는 용어로 사용하고 있다(Deutsche, unerwünschte Empfängnis, unerwünschte Geburt und unerwünschtes Leben verglichen mit wrongful conception, wrongful birth und wrongful life des anglo-amerikanischen Rechts). 본고에서도 이들 용어를 독일의 用例에 따라 번역하여 사용하기로 한다.

2) 서울고등법원 1996. 10. 17 선고, 96나10449 판결 ; 대판 1997. 11. 26. 95다36842; 대판 1999. 6. 11. 98다22857.

3) 강희원, 의료기술발전과 손해의 개념(-원치않은 아이는 손해인가?-), 人權과 正義, 1997.10, 제254호.

II. 訴訟原因의 類型

1. 원하지 않은 妊娠(Wrongful conception)

wrongful Conception은 부부가 아이의 임신을 피할 목적으로 의료처치를 받았으나, 의사의 과실로 인하여 임신·출산한 경우에 그 의사로부터 손해배상을 청구하기 위하여 정상적이고 건강하지만 계획하지 아니한 아이의 부모가 제기하는 소송이다.⁴⁾ 미국에서는 이러한 소송을 일반적으로 의료과오소송의 일종으로 보고 있다.⁵⁾ wrongful conception소송은 가족계획이나 임신부의 건강상의 이유 등으로 인하여 행하여진 의사의 불임수술⁶⁾·피임시술⁷⁾·인공임신중절수술⁸⁾에 대한 과실이나 또는 불임수술전후의 說明懈怠⁹⁾와 임신진단에 있어서의 과실,¹⁰⁾ 약사나 제약회사의 피임약 교부시의 과실,¹¹⁾ 콘돔의 사용실패¹²⁾등으로 인하여 제기되고 있다. 이 소

-
- 4) Jill E. Garfinkle, Note, *Burk v. Rivo: Toward a More Rational Approach to Wrongful Pregnancy*, 36 VILL. L. REV. 808 (1991).
- 5) Renee Madeleine Hom, Note, *Wrongful Conception: North Carolina's Newest Prenatal Tort Claim-Jackson v. Bumgardner*, 65 N.C.L. REV. 1077, 1077 (1987).
- 6) *Miller v. Rivard*, 180 A.D.2d 331, 585 N.Y.S.2d 523 (1992); *Hatter v. Landsberg*, 386 Pa. Super 438, 563 A.2d 146 (1989); *C. S v. Nielson*, 767 P.2d 504 (Ut, 1998); *Wofford v. Davis*, 764 P.2d 161(OK, 1998); *Burke v. Rivo*, 406 Ma, 764, 551 NE, 2d (1990).
- 7) 피임용 자궁링(IDU)의 삽입이나 제거에 있어서의 과실등(*Yasar v. Cohen*, 483 SO.2d 1099, 1099 (La. Ct. App. 1986); *Jackson v. Bumgardner*, 347 S.E.2d 743, 744-45 (N.C. 1986); *Foy v. Greenblott*, 141 Ca. A.3d 1, 190 CaR. 84 (1983).
- 8) *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).
- 9) *Marshall v. Union of Chicago Hosps and Clinics*, 165 Il. A.3d 754, 117. Il. Dec. 389, 520 N.E.2d 740 (1987); *Pitre v. cpelousas General Hosp*, 530 So. 2d 1151 (La, 1998).
- 10) *Pines v. Dr. Carlos D Moreno, Inc*, 569 So.2d 203 (LaA, 1990),cert den, *Lassen v. Caruso*, 585 So.2d 568 (La, 1991); *Rinard v. Bizcak*, 177 MiA, 287, 441 N.W.2d 441 (1989); *Foy v. Greenblott*, 141 CaA.3d 190 CaR. 84 (1983).
- 11) *Wocdersonv Ortho Pharmaceutical Corp*, 235 Ks. 387, 681 P.2d 1038 (1984); *Jones v. Ortho rtho Pharmaceutical Corp*, 163 CaA.3d 396, 209 CaR. 456 (1985); *Marder v. Searle and Co*, 630 F. Supp. 1087 (DMd, 1986), affd without op, *Wheelahan v. GD. Searle and Co*, 814 F.2d 655 (4th Cir, 1987).
- 12) *J.P.M. & B.M. v. Schmid Lab., Lnc.*, 428 A.2d 515, 516 (NJ. Super, Ct. App. Div. 1981).

송은 태어난 아이가 정상아라는 점에서 일반적으로 의사의 불임시술·임신중절수술시의 과실등으로 인하여 장애아가 태어난 경우에 부모에 의하여 제기되는 wrongful birth소송과 구별된다. 종래에는 이 소송을 wrongful birth소송에 포함시키는 사례¹³⁾도 있었지만 최근의 경향은 이를 장애아 출생의 경우와 구별하고 있다.

2. 원하지 않은 출산(Wrongful birth)

wrongful birth는 의사의 과실로 인하여 아이의 출산을 피하는데 도움을 주게 될 정보를 제공받지 못했다는 것을 이유로 하여 장애아의 부모가 제기하는 의료과오소송의 일종이다.¹⁴⁾ 이 소송의 전제는 의사의 과실이 없었더라면 장애를 입은 아이가 태어나지 않았을 것이라는 사실이다. 이 경우에 의사가 범할 수 있는 과실은 통상적으로 두가지 유형으로 분류되고 있다. 첫번째 유형은 의사가 확립된 醫療慣行을 위반하면서 부모가 장애아를 임신할 위험이 있는지의 여부를 판단하기 위하여 자신에게 맡겨진 검진에서 장애를 감지하지 못하였을 때 야기된다.¹⁵⁾ 여기서 부부는 의사가 주의를 기울였다면 장애아를 임신할 위험을 알았을 것이고, 따라서 그러한 아이를 임신하지 않았을 것이라고 주장한다. 두번째 유형은 의사가 확립된 의료관행에도 불구하고 이미 아이를 임신한 부부에 대하여 태아의 검진에 실패하였을 때 야기된다.¹⁶⁾ 이 경우에 부부는 의사가 주의를 기울여 檢診하였다면 아이가 장애아로 태어날 것을 알았을 것이고, 따라서 그들이 임신을 중절하게 되었을 것이라고 주장한다. 즉 아이의 부모

13) 미국법원들은 일반적으로 wrongful conception과 wrongful pregnancy를 동일한 개념으로 간주하고 있으나 Florida주의 법원들은 전자는 불임수술이나, 피임절차의 과실에 의한 임신으로 야기된 손해에 대하여 배상을 청구하는 경우이고, 후자는 단지 과실있게 행하여진 낙태절차에 의한 임신으로 야기된 손해에 대하여 배상을 청구하는 경우로 구별하고 있다. 또한 wrongful birth에 wrongful conception을 포함시키고 있다(Public Health Trust v. Brown, 388 So. 2d 1084, 1085 (3d D.C.A. 1980).

14) W. Page Keeton et al., Prosser and Keeyon on the Law of Torts 55, 370-73 (5th ed, 1984).

15) Id. 55, 370-71.

16) Id.

는 의사의 과실이 아이를 가질 것인가의 여부에 대한 그들의 결정을 불가능하게 하였고, 더구나 그들이 선천성장애의 가능성에 대하여 적절하게 설명을 들었더라면 임신을 피하였거나 임신을 중절하였을 것이라는 사실을 주장한다.¹⁷⁾ 판례상 의사의 과실과 아이의 장애의 내용에 관한 대표적인 사례는 임신초기에 풍진의 감염을 진단하지 못하거나, 또는 임신초기의 풍진이 태아에게 미치는 영향을 임산부에게 알리지 않아 선천성풍진 증후군에 감염된 아이를 출산한 경우, 임산부의 고령으로 다운증후군에 감염된 아이를 출산할 위험성이 높은데도 양수검사의 이용에 관하여 설명하지 않았거나, 또는 그 양수검사를 잘못하여 다운증후군에 감염된 아이를 출산한 경우, 과거에 장애아를 출산하였고 인종 등으로 미루어 볼때 부모가 유전병의 보균자인 것이 의심되는 데도 검사방법을 알려주지 않을 뿐만 아니라 그 검사를 바르게 하지 않고 그 결과도 정확하게 알리지 않거나,¹⁸⁾ 또는 遺傳病에 감염된 아이의 출산을 방지하기 위하여 행하여진 불임·임신중절수술의 실패로 인하여¹⁹⁾ 유전병에 감염된 아이가 출산한 경우 등이 있다.

3. 원하지 않은 삶(Wrongful life)

wrongful life라 함은 선천성장애를 지닌 채 태어난 아이가 의사의 과실로 인하여 그 부모가 자신의 출생을 회피할 수 있는 기회를 박탈당하였다는 것을 이유로 하여 의사에게 손해배상을 청구하는 소송의 원인을 말한다.²⁰⁾ wrongful life 소송의 이론적 배경은 의사는 태아를 대신하여 행위

17) Btake v. Cruz, 698 P.2d 315, 10 FLR, 1660 (1d, 1984).

18) E.g., Berman v. Allan 80 N.J. 421, 404 A.2d 8 (1979); Phillips v. United States, 575 F. Supp. 1309 (D.S.C. 1983) 1 Alguijay v. ST, luke's Roosevelt Hosp. Ctr., 63 N.Y. 2d 244, 483 N.Y.S. 2d 994 (1984); Azzolino v. Dingfelder, 315 N. C. 103, 337. S. F.2d 528 (1985).

19) E.g., Speck v. finegolol, 497 Pa. 77, 439 A.2d 110 (1981); Fassoulas v. Ramey, 450. S.2d 22 (Fal, 1984).

20) wrongful life 소송은 wrongful birth 소송과 병합되어 청구하는 경우가 많으며, 최근 미국의 몇 개의 州法院에서는 아이 자신의 손해배상청구권을 인정하고 있어서 주목되고 있다. 우리나라에서도 최근에 아이 자신이 의사를 상대로 손해배상청구를 한 사례가 있다(춘천지법 1997. 97가합65).

할 부모에게 장애아가 태어날 가능성에 대한 정보를 제공하여야 할 의무를 부담하고 있으며, 또한 부모가 그러한 정보를 제공받았더라면 아이의 임신을 피하였을 것이라는 사실에 있다.²¹⁾ 이 경우에 아이는 의사의不注意가 자신의 장애의 원인이 된 것이 아니고, 의사가 그의 부모에게 장애아의 출산위험에 대한 진단설명을 하지 않은 것이 그 자신이 출생한 원인이 된 것이라고 주장하는 것이다. 이 소송은 wrongful birth소송과 같은 원인에 의하여 단독으로 제기되기도 하지만, 두 개의 소송이 동시에 제기되기도 한다.

Ⅲ. 訴訟原因의 發展

미국에 있어서 원하지 않은 임신과 출산을 원인으로 한 소송은 법원들이 피임·불임수술·임신중절을 법적 선택권으로 인정하지 않았기 때문에 그 발전이 늦어지게 되었다.²²⁾ 더구나 미국법원들은 특히 아이가 건강하게 태어난다면 公共政策의 고려에 의하여 아이의 출산으로 인한 손해배상이 배제된다는 것을 이유로 삼았다.²³⁾ 이 법원들에 의하면 건강한 아이의 출산은 축복받은 것으로, 결코 법적으로 인정되는 손해로 간주되지 않았다. 1973년 미국연방대법원은 Roe v. wade사건의 판결²⁴⁾에서 가족계획에 대한 여성의 권리는 헌법상의 권리임을 판시하였다. Wade사건의 판결과 같이 다른 주요한 미국연방대법원의 판결에서도 피임·불임·임신중절을 헌법상의 권리로 인정하였다.²⁵⁾ 이러한 판례들은 미국에서 지난

21) Continental Canalty Co., v. Empire Casualty Co, 713 P.2d 384 (CoA, 1985), affd in part and revd in part on other grounds, 764 P.2d 1911(1988).

22) Christensen v. Thomby, 255 N.W. 621-22 (Minn, 1934).

23) Id. 621, 622.

24) 410 U.S. 113 (1973). 이 사건은 임신중인 독신녀 Jane Roe가 Texas주 형법의 낙태금지 규정 때문에 낙태수술을 받을 수 없다는 것을 이유로 소송을 제기한 것이다. 미국연방법원은 이 사건의 판결에서 낙태금지를 내용으로 한 Texas주의 형법규정을 위헌·무효로 선언하였으며, 이로써 당시까지 특별한 이유가 아니면 법적으로 허용되지 않았던 낙태가 합법화된 것이다.

25) Wade, 410 U. S. 113 (낙태할 권리의 인정); Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972) (미

30년 이상 발전하여온 wrongful conception 및 wrongful birth와 wrongful life소송원인을 인정하는데 있어서 動因을 제공하였다.

1. 詐欺에 의한 訴訟

의사의 불임수술의 과실로 인하여 원하지 않은 건강한 아이를 출산한 것을 이유로 제기한 첫 번째 소송은 1934년 미국의 Minnesota주 대법원이 판결한 Christensen v. Thornby사건²⁶⁾에 관한 것이다. 동법원은 이 사건의 판결에서 불임수술에 대한 계약은 의료의 필요성이 내포되었을 때는 적어도 공공정책에 반하는 것이 아니라고 판시함으로써 wrongful conception 소송원인의 발전을 향한 시금석을 마련하였다.²⁷⁾ 이 판결이 상징하는 것은 그 당시에는 가족계획에 대한 부정적인 태도가 優勢하였음에도 불구하고 가족의 규모를 제한할 수 있는 부모의 권리를 인정하였다는 것이다. 이 사건에서 동법원은 피고인 남편이 의사가 수술을 성공적으로 하였고, 임신을 방지하게 될 것이라고 한 사실은 詐欺라고 주장하였기 때문에 단순히 그 소송을 사기에 기초를 두어 심리하였다.²⁸⁾ 동법원은 원고인 남편이 詐欺의 구성요건을 입증하지 못하였기 때문에 사기에 의한 소송원인을 가질 수 없다고 판결하였다. 동법원에 의하면 남편의 수술은 아내를 출산으로 인한 돌발사고로부터 구하기 위하여 행하여졌고, 그 목적은 이루어졌기 때문에 의사는 詐欺의 의도가 없었다는 것이다. 더구나 동법원은 건강한 아이의 출산을 손해가 아닌 축복받은 것으로 간주하였다.²⁹⁾ 그러나 동법원은 원고가 계약위반이나 의료과오를 주장하고, 그러한 이론에

혼자의 피임약·피임용구의 사용권의 인정); Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965) (미혼자의 피임약·피임용구의 사용권의 인정).

26) 225 N.W. 621. 이 사건에서 남편은 그의 아내가 다른 아이를 임신하면 위험하다는 충고를 받아들여 정관절제수술을 하였다. 피고인 의사는 수술을 하였고, 불임을 보증하였다. 그러나 그후에 그의 아내는 임신하였고, 건강상의 주요한 합병증 없이 건강한 아이를 출산하였다.

27) Id.

28) Id. 622.

29) Id.

의하여 소송을 제기하였다면 勝訴하였을 지도 모른다는 사실을 암시하였다. 이 사건에서 남편의 정관절제수술의 동기는 그의 아내가 다시 임신을 함으로써 침해될 수 있는 건강을 보호하기 위한 것이었다. 따라서 동법원은 이 사건의 판결에서 치료적 이유로 불임수술을 하였기 때문에 임신으로 인하여 산모는 손해를 입지 않았다고 하여 손해배상을 인정하지 않았다.³⁰⁾ 당시의 미국법원들이 불임 자체를 위법한 것으로 간주하였기 때문에 이러한 사건에서 원고는 의사의 과실을 이유로 소송을 제기할 수 없었으며, 의사가 수술후의 불임을 보증한다고 주장한 것은 사기나 허위진술이라는 이론을 사용하는데 집중되었다. 동법원의 판례는 당시의 대다수의 州들이 불임수술을 인정하지 않거나, 또는 불임수술계약을 법적인 것으로 인정하지 않았기 때문에 더 이상 확산되지는 않았다.

2. 過失에 의한 訴訟

의사의 불임수술의 과실로 인하여 건강한 아이가 태어난 사례에 있어서 과실에 의한 해결방법을 처음으로 사용한 판례는 Ball v. Mudge사건³¹⁾에 관한 것이었다. 1964년 Washington주 대법원은 이 사건의 판결에서 정관절제수술에 있어서 의사의 과실은 원고인 아내의 임신에 상당한 원인이 아니었다고 주장하였다.³²⁾ 이 사건에서 夫婦는 남편의 성공적인 불임에 실패하였고, 수술후의 주의사항을 알려 주지 않음으로써 표준적인 醫療慣行에 벗어났다는 사실을 주장하면서 의사를 상대로 과실에 의한 소

30) Id.

31) 391 P. 2d 201 (Wash, 1964). 이 사건에서 남편은 이미 제왕절개수술에 의하여 세명의 아이를 출산한 아내가 더 이상 출산하게 되면 건강이 위협하게 된다는 산부인과 의사의 충고로 정관절제수술을 하였다. 그 밖에도 이 夫婦는 경제적으로 또 다른 아이를 양육할 여유가 없었다. 따라서 남편은 정관절제수술을 하였고, 그의 아내와 부부생활을 계속하였다. 의사는 그 남편에게 수술후의 검사나, 주의사항을 알려 주지 않았다. 그 후 그의 아내는 임신하였고, 건강상의 주요한 합병증없이 다시 제왕절개에 의하여 건강한 아이를 출산하였다.

32) Ball, 391 P. 2d 203-04.

송을 제기하였다. 이 소송에서 원고인 남편은 부모의 고통뿐만 아니라 아이의 출산·보호·생계 및 부양에 관련된 비용의 배상을 청구하였다.³³⁾ 동법원은 과실소송을 부정함에 있어서 정관수술에 의한 남편의 불임이 의학적으로 가능하였던 것이기 때문에 의사의 행위는 임신에 상당한 원인이 되지 않았다는 것을 이유로 하였다. 따라서 그의 아내의 임신은 의사가 정관절제수술을 하는데 있어서 반드시 과실이 있었다는 것을 의미하지는 않았다. 의사가 원고인 남편에게 수술 후의 주의사항을 알려주지 않았음에도 불구하고 동법원은 공동사회에 있어서 통상적인 주의의 표준으로부터 벗어나지 않았다고 판단하였다.³⁴⁾ 더구나 동법원은 원고는 아이를 지극히 사랑하였고, 또한 아이를 양자로 보내는 것도 \$50000에 매매하는 것도 고려하지 않았으므로 배심원이 건강한 아이의 출산으로부터 어떤 손해를 입지 않았다고 결론내리는 데 합당한 것이었다고 하였다.³⁵⁾ 그 후 1967년 California주 고등법원은 Custodio v. Bauer사건³⁶⁾에서 처음으로 wrongful conception의 과실소송에서 의사의 행위는 아이의 출산의 상당한 원인이었고, 따라서 아이의 부양비는 비록 건강한 아이가 태어났다고 하더라도 배상되어야 한다고 판시하였다. 이 사건에서 원고인 남편과 그의 아내는 의사가 과실에 의하여 수난관튜브가 부분적으로 脫漏된 불임수술을 하였다고 주장하면서 의사를 상대로 일곱가지의 다른 소송원인에 의하여 아이가 성년이 될 때까지의 부양비와 출산비 및 정신적 고통에 대한 손해배상을 청구하였다.³⁷⁾ 동법원은 의사의 행위가 임신의 상당한 원인이 되었다는 사실을 인정하였다. 그 밖에도 동법원은 미국연방대법원이 피임과 불임을 할 수 있는 헌법상의 권리를 인정하였기 때문에 공공

33) Id.

34) Id. 204.

35) Id.

36) 59 Cal. Rptr. 466,472. 이 사건에서 원고인 남편과 그의 아내는 아홉번째 아이를 가진 후 다시 임신을 하게 되면 그의 아내가 방광과 신장의 상태가 악화될 것이기 때문에 불임수술을 받았다. 의사가 수술의 성공을 보증하였음에도 불구하고 그의 아내는 1년후에 임신하였다.

37) Id. 466.

정책은 실패한 不妊手術에 대한 소송원인을否認하지 않는다고 판단하였다.³⁸⁾ 동법원에 따르면 아이의 출산은 명백히 예견할 수 있는 의사의 과실의 결과였으며, 불임수술은 더 이상 위법한 것도 아니고, 또한 공공정책에 반하는 것도 아니기 때문에 아이의 출산으로 발생한 손해는 배상되어야 한다는 것이다.³⁹⁾ 또한 동법원은 불임수술로 인한 신체적·정신적 고통에 대한 손해배상을 인정하였으며, 나아가 가족은 아이의 출산으로 인하여 경제적 손실을 입었기 때문에 아이의 부양비는 배상될 수 있다고 판단하였다. 그러나 동법원은 손해배상은 원하지 않은 아이 자체에 대한 것이 아니고, 새로 태어난 아이가 가족의 수입에서 지워진 다른 가족들의 몫을 감소시키지 않도록 가족의 재정을 다시 보충하는 것이라는 사실을 명백히 하였다.⁴⁰⁾ 이러한 판결은 당시의 사회적 윤리가 避妊과 不妊을 허용하는 경향이었으며, 또한 경제적 향상을 도모하는 의미에서의 가족계획은 공공정책에 반하지 않는다는 판단에서 나온 것으로 보인다. 그후 1971년에 Michigan주 고등법원은 Troppi v. Scarf사건⁴¹⁾의 판결에서 아이의 부양에 대한 이익은 그로부터 발생한 어떤 손해액보다 더 가치가 있다는 공공정책상의 이유를 더 이상 유효한 것으로 인정하지 않았다.⁴²⁾ 나아가 1988년 Utah주 대법원은 C.S v. Nielson사건⁴³⁾의 판결에서 법원들이 의사에게 불임수술의 과실로부터 免責을 제공하는 관념을 비난하였다.⁴⁴⁾ 최근에 이러한 문제를 판결한 대다수의 미국법원들은 원고에게 적어도 건강한 아이의 임신과 출산으로 인하여 발생한 비용을 배상하고 있다.⁴⁵⁾

한편 미국에서는 환자의 권리운동이 본격적으로 일어나기 바로 전인

38) Id. 473 (citing Griswold, 381 U.S. 479).

39) Id. 473, 477.

40) Id. 477.

41) 187 N.W.2d 511 (Mich. Ct. App. 1971).

42) Id. 517.

43) 767 P.2d 504 (Utah 1988).

44) Id. 509.

45) Mason v. Western Pa. Hosp., 453 A.2d 974 (Pa. 1982); Sherlock v. Stillwater Clinic, 260 N.W.2d 169 (Minn. 1977); Burke v. Rivo, 406 Mass. 764, 766-67, 551 N.E.2d 1, 3 (1990).

1960년도 후반부터 wrongful birth소송과 wrongful life소송이 제기되기 시작하였다. 그러나 미국법원들은 임신부의 낙태권을 헌법상의 권리로 인정한 Roe사건의 판결이전에는 이 두가지 유형의 소송원인을 인정하지 않았다. 1967년 이 두가지 유형의 소송을 처음으로 다룬 New Jersey대법원은 Gleitman v. Cosgrove사건의 판결⁴⁶⁾에서 아이의 손해는 법적으로 인정할 수 있는 손해가 아니며, 인간의 생명의 고귀함을 지지하는 공공정책을 이유로 원고의 청구를 기각하였다. 법원들이 이러한 소송의 원인을 인정하기 시작한 것은 1973년 임신부의 낙태권리가 헌법상 보호된 권리라고 판시한 Roe v. Wade 판결 이후부터 이다. Roe사건의 판결이래 태아의 결함을 간파하거나 예측하는 의학적 능력이 놀랄 만큼 확장되었다. 출산전 태아의 검사⁴⁷⁾나, 진단⁴⁸⁾분야에 있어서의 진보는 법원들이 장애아의 임신가능성이 있는 여성에 대한 적절한 검진과 상담에 필요한 적용할 수 있는 주의의 표준을 판단하도록 하였다.⁴⁹⁾ 따라서 법원들은 태아에 결함이 있을 때 임신부가 임신을 계속할 것인가의 여부에 대한 선택을 不注意로

46) 49 N.J. 22, 227 A. 2d 689 (1967); 사건개요: Gleitman부인이 피고 산부인과에서 임신 2개월의 진단을 받았을 때, 의사에게 약 1개월 전에 풍진에 걸렸던 사실을 말하고 그것이 태아에게 미치는 영향에 대하여 물었다. Cosgrove박사와 그녀의 조수 Dolan박사는 분명히 그리고 반복하여 그 질병이 태아에게 영향을 미치지 않는다고 대답하였다. 출생한 남아는 몇주 후에 시력·청력·언어장애 등이 있는 것으로 판명되었다. 이에 원고인 부부는 의사가 과실로 風疹이 아이에게 미치는 영향을 알려 주지 않았기 때문에 임신중절을 선택할 기회를 상실하였다는 것을 이유로 하여 소송을 제기하였다.

47) 출산전의 검사는 임신 전후에 비정상적인 아이를 임신할 가능성이 많은 여자를 밝히려고 하는 것이다. 이러한 여자는 의사를 처음 방문했을 때 자신의 病歷을 알림으로써 그 가능성이 밝혀질 수 있다. 예컨대, 장애아를 출산할 가능성이 많은 증후에는 산모의 고령, 염색체에 이상이 있는 기존의 자녀, 출산장애에 대한 가족력, 임신동안에 기형발생의 병원체에의 노출등이 포함된다 [THE AMERICAN COLLEGE OF OBSTETRICIANS AND GYNECOLOGISTS, STANDARDS FOR OBSTETRIC-GYNECOLOGIC SERVICES 18-19 (6th ed 1985)].

48) 출산전의 진단은 잠재적인 태아의 질병이나, 장애를 간파하기 위하여 다양한 의료기술을 사용하는 것을 말한다. 출산전 진단에 대한 특수한 기술에는 양수천자, 초음파검사, 태아경에 의한 검사, 용모막돌기생검, 산모의 혈청 alpha-fetoprotein검사 등이 포함되고 있다 (PRESIDENT'S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH, SCREENING AND COUNSELING FOR GENETIC CONDITION 23-31 (1983)).

49) Harbeson v. Park-Davis, Inc, 98 Wash, 2d 460, 466, 656 P. 2d 483, 488 (1983).

박탈한 의사는 불법행위법의 일반원리에 의하여 그 자신이 야기한 손해에 대하여 배상해야 한다고 판결하게 되었다. Texas주 대법원은 Jacobs v. Theimer사건의 판결⁵⁰⁾에서 원고가 임신하였던 1968년에는 州에서 낙태를 금지하고 있었음에도 불구하고 wrongful birth소송원인을 인정하였다. 또한 Gleitman사건의 판결후 12년 후에 New Jersey주 대법원은 공공정책은 변화하였고, 법원들이 wrongful birth에 대한 불법행위를 인정하여야 한다는 그들의 판결을 뒷받침함에 있어서 Roe사건의 판결을 인용하였다. 동법원은 Berman v. Allan사건의 판결⁵¹⁾에서 이전의 입장을 변경하여 의사의 책임을 묻지 않는 것은 태어난다면 유전적 결함으로 고통을 겪을 태아를 낙태할 헌법상의 권리행사를 선택하게 될 부모들에게 부적절한 안내를 한 의사의 과실에 대하여 免責하는 결과를 초래하게 될 것이라고 강조하였다.⁵²⁾ 그리고 wrongful life소송은 1980년 California주 고등법원의 Curlender v. Bio-Science Laboratories사건의 판결⁵³⁾에서 처음으로 인정되었다. 동법원은 소송원인을 부정한 초기의 법원들의 판결에 동조하지 않고, 장애아는 실제로 신체적·정신적 고통을 당하기 때문에 통상적인 손해는 산정될 수 있다고 판시하였다.⁵⁴⁾ 그후 1982년에 California주 대법원은 Turpin v. Sortini사건의 판결에서 wrongful life소송은 공공정책상 불완전한 인간의 생명에 대한 존엄과 가치를 위협하는 것이므로 부정되어야 한다는 견해를 분명히 거부하고, 오히려 공공정책은 生死의 상대적 가치에 대한 개인의 결정권을 인정한다는 입장을 취하였다. wrongful birth 소송은 불법행위법에서 논리적이고 필연적으로 발전하여 왔으며⁵⁵⁾ 오늘날 미국

50) 519 S.W.2d 846 (Tex. 1975).

51) 404 A.2d 8 (NJ. 1979).

52) Id. 14.

53) 106 Cal. App. 3d 811, 165 Cal. Rptr. 477 (1980). 이 사건에서 의사는 부모가 Tay-sach 질병을 유발할 유전자를 보유하고 있는가의 여부를 검진한 결과 임신을 해도 아이는 그 질병에 감염되지 않는다고 하여 산모가 임신을 하였으나 후에 그 질병을 지닌 아이를 출산하였다.

54) Id. 830, 165 Cal. Rptr. 489.

55) Harbeson v. Park-Davis, Inc. 98 Wash. 2d 467, 656 P. 2d 488 (1986).

의 대다수의 州에서는 이 소송의 원인을 인정하고 있다.⁵⁶⁾ 그러나 인간의 삶이라는 고도의 가치가 상정되어 있는 wrongful life소송은 몇 개의 州에서만 인정되고 있을 뿐이다. 그리고 이 두가지 유형의 소송에서 장애아의 출산에 따른 재산적·비재산적 손해의 배상범위가 확립되지 않아 판례와 학설상 논란이 계속되고 있다.

IV. 損害賠償

최근 미국과 독일 등에서는 원하지 않은 아이를 임신하고 출산한 경우에 의사나 병원을 상대로 한 부모의 손해배상청구권을 인정하는 경향으로 흐르고 있으나, 여전히 아이 자체가 손해인가 또는 그로부터 발생하는 아이의 생계비 내지 부양비가 손해의 범위에 포함되는가에 관한 문제를 둘러싸고 논쟁이 계속되고 있다. 의사의 불임수술이나 임신중절수술의 실패 또는 선천성장애아의 검진·상담의 과오로 인하여 출생한 원하지 않은 아이가 손해로 될 수 있는가에 관하여는 출생한 아이가 정상아이든 장애아이든 그 자체는 인격권을 가진 하나의 비재산적 개체로서 손해로 될 수 없다는 것이 일치된 견해이다.⁵⁷⁾ 따라서 생명권은 태아도 그 보호대상이 되며 장애아라고 하여 인간으로서의 固有의 가치를 부정하거나 생존가치가 없는 것으로 단정하여서는 아니될 것이다. 아이는 가치의 실현을 의미하므로 비록 원치 않은 아이라고 하더라도 아이 그 자체를 손

56) 1999년 현재 미국의 22개 州와 Columbia지역에서 wrongful birth소송의 원인을 인정하고 있다.

57) 최근 우리나라 판례에서는 불임수술계약을 체결하고도 불임수술은 하지 않아 건강한 아이가 태어난 사건에서 헌법 제10조, 민법 제752조, 형법 제250조 내지 제256조의 규정 등에 비추어 비록 원치 않은 임신에 의하여 출생한 아이라고 할지라도 그 아이의 생명권은 절대적으로 보호되어야 할 가치로서 부모의 재산상의 이익에 우선하는 것이라 하여 아이의 출생을 손해로 보고 있지 않다(서울고판 1996.10.17. 선고, 96나10449 판결). 또한 독일연방헌법재판소(BVerfG)도 이 경우 독일기본법 제1조 1항에 비추어 불임수술의 실패로 인하여 출생한 아이의 존재자체가 손해의 원천으로 평가될 수 없다고 하여 아이 그 자체는 손해가 아니라고 판시하고 있다(BGHZ 124, 128, BGHZ 76, 249). 최근의 미국판례에서도 아이는 가치가 있는 존재이며 아이가 부모에 대하여 손해로 간주되어서는 아니된다고 하고 있다[Rouse v. Wesley, 196 MiA, 624, 494 N.W. 2d 7(1992)].

해로 분류할 수 없는 것이다. 또한 원하지 않은 아이가 출생한 경우에 아이 그 자체는 손해가 될 수 없다는 사실에는 견해가 일치하지만, 그 아이로부터 발생하는 부양비도 손해로 볼 수 것인가에 대해서는 더 극단적인 논쟁이 계속되고 있다. 아래에서 원하지 않은 임신과 출산에 관한 소송의 유형별 손해배상범위와 배상액의 산정의 법리를 살펴본다.

1. 損害賠償의 範圍

(1) 원하지 않은 妊娠(Wrongful conception)

아이의 출산을 원하지 않는 부부가 가족계획을 목적으로 하는 불임수술은 그것이 비록 치료행위는 아니라고 할지라도 사회통념상 적법한 것으로 인정되고 있다. 그러나 이러한 불임수술 등의 실패로 인하여 원하지 않은 임신을 하고 정상아를 출산한 경우에 의사가 어느 범위까지 손해배상책임을 부담하여야만 하는가에 관하여는 아직 확정되지 않은 채 논란이 계속되고 있다.⁵⁸⁾ 이 경우의 손해배상범위에 임신중절과 불임을 위한 再手術에 소요되는 비용만 포함되는지, 아니면 임신으로 야기되는 출산비와 위자료뿐만 아니라, 더 나아가 아이가 출생하지 않으면 부담하지 않아도 되는 아이의 부양비까지도 포함되는지가 문제되고 있다.

1) 損害賠償方法의 概觀

오늘날 wrongful conception은 미국법원에서 폭넓게 소송원인으로 인정되고 있다.⁵⁹⁾ 그러나 손해배상액의 산정방법을 둘러싸고 논쟁이 계속되고

58) 미국에서는 현재 33개 주와 Columbia지역에서 이 문제를 규율하고 있다. Nevada주에서만 이 경우에 손해배상을 전액 부정하고 있다. Alabama주 등 26개 주의 관할법원에서는 대부분 통상적인 불법행위법상의 손해액은 인정하고 있지만, 아이의 부양비는 부정하고 있으며, Arizona, California, Connecticut, Maryland, Michigan, Minnesota 등 6개 주의 관할법원에서는 아이의 부양비를 인정하되, 부모가 아이로부터 얻은 이익을 상계하고 있다. 그리고 Ohio, Wisconsin, New Mexico주에서는 이익의 상계없이 부양비 전액을 인정하고 있다.

59) Christopher D. Jerram, Note, Child Rearing Expenses as Compensable Damage in wrongful conception Case: *Burke v. Rivo*, 24 CREIGHTON L. REV. 1643, 1643 (1991).

있다. 그중에서 가장 논쟁의 여지가 많은 것은 부양비의 배상에 관한 것이다. 현재 미국법원들이 사용하고 있는 손해배상방법은 ① 전액배상 부정, ② 제한배상, ③ 손익상계, ④ 전액배상의 네가지로 분류되고 있다.

① 全額賠償 否定

미국법원들은 태아기의 불법행위의 빈도가 증가하고 있던 20년 전까지만 해도 wrongful conception소송에 있어서의 손해배상에 관하여 배상액 전부를 부정하는 것을 가장 유력한 방법으로 사용하였다.⁶⁰⁾ 그러나 지금은 단지 Kansas주와 Nevada주의 법원에서 wrongful conception소송에서 불법행위도 인정하지 않고, 또한 손해배상도 인정하지 않은 채 아직까지 배상액 전부를 부정하는 방법을 고수하고 있다.⁶¹⁾ 이 두개 州의 대법원은 이러한 소송원인을 부정하기 위하여 사용된 건강한 아이는 손해가 아니라는 舊普通法上の 원리를 적용하였다. 따라서 이 법원들은 공공정책상의 이유로 wrongful conception에 대한 소송원인은 존재하지 않는다고 판결하였다.⁶²⁾ 1986년 Nevada주 대법원은 Szekeres v. Robinson사건의 판결에서 wrongful conception에 대한 어떤 배상도 부정하였고, 이러한 사례는 과실 구조하에 분석될 수 없다고 하였다.⁶³⁾ 동법원은 의사의 과실이나 注意를 결여한 행위도 아이의 출산에 기여하였고, 건강한 아이의 출산은 법적으로 배상할 수 있는 손해가 아니기 때문에 과실에 의한 불법행위책임은 발생하지 않는다고 판단하였다.⁶⁴⁾ 그럼에도 불구하고 동법원은 이러한 소송에 있어서 불법행위책임의 부정은 원고가 계약위반을 이유로 提訴하였

60) Christensen v. Thornby, 255 N.W. 620 (Minn. 1934); Shaheen v. Knight, 11 Pa. D. & C.2d 41 (Lycoming Cdunty 1957).

61) Byrd v. Wesley Med. Ctr., 699 P.2d 459, 468 (Kan. 1985); Szekeres v. Robinon, 715 P.2d 1076, 1077-78 (Nev. 1986).

62) Szekeres, 715 P.2d, 1077-78.

63) Id. 1079. 이 사건에서 불임수술을 받은 여자가 임신을 하였고, 그 후 건강한 아이를 출산하였다. 그 여자는 그 자신과 새로 태어난 아이, 그 아이의 형제가 아이의 출산으로 인하여 손해를 입었다는 것을 이유로 수술한 병원과 그 담당의사를 상대로 소송을 제기하였다. 또한 그 아이의 아버지는 아내의 임신동안에 배우자권의 침해에 의하여 손해를 입었다고 하여 그 배상을 청구하였다.

64) Id. 1077.

을 때에도 손해배상을 받을 수 없다는 것을 의미하지는 않는다고 하였다. 또한 동법원은 과실로 인한 wrongful conception소송원인의 존재를 부정함에 있어서 건강한 아이의 출산은 잘못된 것이 아니기 때문에 손해를 인정할 수 없다고 판단하였다. 나아가 동법원은 의사의 과실로 인하여 건강한 아이를 출산한 것을 이유로 한 이러한 소송을 그 과실의 결과로 장애나 사망과 같은 손해가 발생하여야만 되는 의료과오소송과 구별하고 있다.⁶⁵⁾

② 制限賠償

wrongful conception사례에 있어서 두번째 손해배상방법은 제한배상으로, 현재 대다수의 미국법원들이 이 방법을 채택하고 있다.⁶⁶⁾ 이 방법을 사용하는 법원들은 의사의 과실의 직접적인 결과로 발생한 손해의 배상은 인정하지만, 아이의 부양비의 배상은 공공정책상의 이유를 근거로 하여 부정하고 있다.⁶⁷⁾ 1989년 Ohio주 대법원은 Johnson v. Universal Hospital

65) Id. 1078.

66) 미국의 26개 주와 Columbia州區에서 이 방법을 채용하고 있다. Boone v. Mullendore, 416 So.2d 718, 721-23 (Ala. 1982); Wilbur v. Kerr, 628 S.W.2d 568, 571 (Ark. 1982); Coleman v. Garrison, 349 A.2d 8, 12-14 (Del. 1975); Flowers v. District of Columbia, 487 A.2d 1073, 1077-78 (D.C. 1984); Fassoulas v. Ramey, 450 So.2d 822, 824 (Fla. 1984); Fulton v. Dekarb, 314 S.E.2d 654-55; Cockrum v. Baumgartner, 447 N.E.2d 385, 390-91 (Ill.), cert. denied, 464 U.S. 846 (1983); Garrison, 486 N.E.2d 10; Nanke v. Napier, 346 N.E.2d 520, 523 (Iowa, 1984); Johnson v. Elkins, 736 P.2d 935, 940 (Kan. 1987); Schork v. Huber, 648 S.W.2d 861, 863 (Ky. 1983); Pire v. Opelousas Gen. Hosp., 530 So.2d 1511, 1161-62 (La. 1988); Macomber v. Dillman, 505 A.2d 810, 813 (Me. 1986); Girdley v. Coat, 825 S.W.2d 295, 298-99 (Mo. 1992); Kingsbury v. Smith, 442 A.2d 1003, 1006 (N.H. 1982); Portadin, 432 A.2d 559-60; Jackson v. Bumgardner, 347 S.E.2d 743, 749-50 (N.C. 1986); Johnson v. University Hosps., 540 N.E.2d 1370, 1375-78 (Ohio 1989); Morris, 746 P.2d 188-89; Mason, 453 A.2d 976; Smith v. Gore, 728 S.W.2d 738, 750-5 (Tenn. 1987); Terrel v. Gacia, 496 S.W.2d 124, 127-28 (Tex. 1973), cert. denied, 415 U.S. 927 (1974); C.S. v. Nielson, 769 P.2d 504, 513-16 (Utah 1988); Miller v. Johnson, 343 S.E.2d 301, 307 (Va. 1986); Meckerman v. Aasheim, 687 P.2d 850, 854-56 (Wash. 1984); James G v. Caserta, 332 S.E.2d 872, 882-83 (W. Va. 1985); Beardslet v. Wirdsma, 650 P.2d 288, 292-93 (Wyo. 1982); Rinard v. Biczak, 441 N.W.2d 441, 444-45 (Mich. Ct. App. 1985); Bushman v. Burns Clinic Medical Ctr., 268 N.W.2d 683, 686 (Mich. Ct. App. 1978).

67) Illinois주 대법원은 Cockrum v. Baumgartner사건의 판결에서 아이의 부양비의 배상을 부정하는 공공정책상의 이유를 다음과 같이 적시하였다. 즉 ① 그러한 손해는 너무 공론적인 것이다. ② 아이가 후에 그 자신이 원하지 않은 아이로 타인의 금전으로 부양된다

사건⁶⁸⁾의 판결에서 손해의 제한배상은 wrongful conception소송에서 가장 적합한 배상방법이라고 하였다.⁶⁹⁾ 동법원은 다른 州에서 사용하고 있는 손해배상방법을 탐구한 후 부양비는 너무 공론적인 것이며, 아이의 생명에 정가표를 붙이는 것은 거의 불가능하기 때문에 부양비의 배상은 설득력이 없다고 판단하였다. 나아가 동법원은 Ohio주의 공공정책은 건강한 아이의 출산은 그 부모에게 손해가 될 수 없다는 것을 지지한다고 하였다.⁷⁰⁾ 통상적인 의료비는 wrongful conception소송에 있어서 손해의 한 요소로서 배상되고 있다. 이러한 의료비는 의사의 과실로 인하여 발생한 첫 번째의 실패한 불임수술과 출산 전후에 발생한 치료비나 입원비, 그리고 두번째 불임수술을 한 경우에는 그에 소요된 추가비용을 포함한다.⁷¹⁾ 또한 산모는 아이의 임신·출산으로 인하여 逸失한 임금이나 수입에 대하여 배상받을 수 있다.⁷²⁾ 미국판례는 wrongful conception소송에 있어서 아이의 임신과 출산으로 인하여 부모가 입은 정신적 고통과 산모의 신체적 고통, 그리고 두번째 불임수술에 관련된 산모의 신체적 고통을 손해로 인정하여 그에 대한 慰藉料를 배상하고 있다.⁷³⁾ 그러나 이 경우에 아이의 부모외의 형제·자매등 다른 가족의 정신적 고통에 대한 손해배상은 인

는 것을 알면 정서적 私生兒가 된다. ③ 그러한 손해배상액은 의사에게 의무위반에 비례하지 않는 과도한 부담을 주는 것이 된다. ④ 부양비를 허용하면 詐欺에 의한 소송이 증가한다. ⑤ 부모가 얻은 정신적 이익은 법적 사실로서 포함된 금전상의 부담보다 더 가치가 있다고 하였다.

(68) 이 사건에서 원고는 세명의 의사에 의하여 과실있는 수난관결찰수술을 받았다. 그후 원고는 임신하였고, 건강한 아이를 출산하였다. 이에 원고는 그 자신의 임신·출산에 관련된 고통, 개인적인 손해, 그리고 아이의 부양비의 배상을 청구하기 위하여 의사를 상대로 소송을 제기하였다.

69) Johnson, 540 N.E.2d 1378.

70) Id. 1378.

71) Flax v. McNew, 896 S.W.2d 839 (Tex., 1995); Girdley v. Coat, 825 S.W.2d 295 (Mo., 1992); Hitzeman v. Adam, 518 N.W.2d 102 (Neb., 1994); C.S v. Nielson, 767 P.2d 504 (Ut., 1988).

72) Fulton -Dekalb Hosp Authority v. Graves, 252 Ga., 441,314 S.E. 2d 653 (1984); Jean Charles v. Planned Parenthood Association, 99 A.D.2d 542, 547 N.Y.S.2d 622 (1984); Johnson v. Terr, FIR 2375 (Wi., 1983); James G v. Caserta, 332 S.E.2d 872 (Wv., 1985).

73) Flax v. McNew, 896 S.W.2d 839 (Tex., 1995); Girdley v. Coats, 825 S.W.2d 295 (Ho., 1992); Hitzeman v. Adam, 518 N.W.2d 102 (Neb., 1994); Anderson v. Wiener, 100 A.2d 919, 474 N.Y.2d 801 (1984).

정하지 않고 있다. 그리고 婦人이 의사의 과실로 원하지 않은 임신·출산을 하게 된다면 그 夫는 적어도 일시적으로 안정 및 부부관계, 서비스 기타 配偶者權을 상실하게 된다. 미국판례는 원하지 않은 임신과 출산에 따른 배우자권의 상실에 대하여 손해배상을 인정하고 있다.⁷⁴⁾ 그러나 이 경우에 夫婦 모두가 배우자권에 대한 손해배상을 청구한다면, 婦의 청구는 부정된다.⁷⁵⁾ 그리고 이러한 배우자권에 대한 손해는 임신과 출산 직후까지의 기간동안에 한하여 인정되고 있다.⁷⁶⁾

③ 損益相計

wrongful conception 사례에 있어서 세번째 손해배상방법은 손해액을 이익과 상계하는 방법이다.⁷⁷⁾ 이 배상방법을 적용하고 있는 법원들은 과실 있는 불임수술의 사례에서 아이의 부양비를 의사의 과실의 직접적이고 예견가능한 결과로 보아 부모에게 아이의 부양비의 배상을 인정한다.⁷⁸⁾ 그러나 이 법원들은 아이의 부양비의 배상은 부모가 건강한 아이를 가짐으로써 얻는 재산적·비재산적 이익과 상계되어야 하기 때문에 전액배상까지는 인정하지 않는다. 이 법원들은 원고가 피고의 불법행위로 인하여 손해를 입었지만, 동시에 원고가 이익을 얻었을 때는 그 이익은 균등한 한도내에서 배상액의 경감에 고려되어야 한다는 불법행위에 관한 Restatement(2)의 제920조항으로부터 이 방법을 이끌어 내었다.⁷⁹⁾ 이 방법을 채용하는 미국법원들은 아이의 부양비가 이익보다 많을 때에는 배심원의 심사에 의하여 이익과 부양비의 차액을 원고에게 배상토록 하고 있다.⁸⁰⁾ 또한 이 방법의 옹호자는 부모가 아이를 가짐으로써 얻는 이익은

74) Flax, 896 S.W.2d 839 (Tex., 1995); Hitzemann, 518 N.W.2d 102 (Neb., 1994).

75) White v. United States 510 F. Supp. 146 (D.K., 1981).

76) Boone v. Mullendore, 416 So.2d 718 (Al., 1982); Coleman v. Garrison, 327 A.2d 757 (De., 1974). Bowman v. Davis사건[48 Ohst 2d 41,356 N.E.2d 496(1976)]의 판결에서 남편에게 12500달러의 배우자권에 대한 배상을 인정하였다.

77) University of Ariz. Health Sciences Ctr. v. Superior Ct., 667 P.2d 1294, 1297 (Ariz., 1983).

78) Id., 1299.; Ochs v. Borrelli, 445 A.2d 883 (Conn., 1982); Jones v. Malinowski, 473 A.2d 429 (Md., 1984); Burke v. Rivo, 406 Mass. 764, 551 N.E.2d 1 (1990); Sherlock v. Stillwater Clinic, 260 N.E.2d 169 (Minn., 1977).

79) RESTATEMENT(SECOND) OF TORTS §920 (1979).

80) University of Ariz. Health Sciences Ctr., 667 P.2d 1294.

아이를 부양하고 교육하는 것으로부터 발생하는 손해보다 더 가치가 있다는 관념을 받아 들이고 있다. 몇 개의 미국법원들은 이 방법을 改善하여 왔으며, 불임수술을 하게 된 원고의 動機를 참작하였다.⁸¹⁾ 손익상계에 의한 손해배상방법에 있어서 부모의 불임수술의 동기를 참작한 법원들은 그 동기가 주로 경제적인 것에 있었다면 아이의 부양비의 배상은 더 많이 인정하였다. 그러나 불임수술의 동기가 유전적 결함을 피하기 위한 것이거나, 또는 산모의 건강을 위한 것일 때는 아이의 부양비의 배상은 덜 정당화시키고 있다.⁸²⁾ 이 법원들은 부모에 대한 이익과 손해는 상황에 따라 변하는 것이기 때문에 건강한 아이를 출산한 모든 사례에서 전액배상을 하는 것은 불공정하고 위험한 것이라고 한다.⁸³⁾

④ 全額賠償

wrongful conception 사례에 있어서 손해배상에 대한 네번째 해결방법은 최근에 두 개의 미국법원에서 인정하고 있는 전액배상이다.⁸⁴⁾ 이 방법을 적용하는 법원들은 아이의 부양비를 포함한 임신과 출산에서 발생하는 모든 손해액에 대하여 배상을 인정하고 있다. 이 법원들은 다른 유형의 불법행위소송의 손해배상에서 통상적으로 부양비등 모든 배상액이 산정되고 있기 때문에 아이의 부양비의 배상은 공론적인 것이 될 수 없다고 판단하였다.⁸⁵⁾ 또한 비록 건강한 아이가 태어났다고 하더라도 부모는 그들이 피하고자 했던 비용들을 부담해야 하기 때문에 공공정책의 고려는 아이의 부양비와 교육비를 배제하지 않는다고 하였다.⁸⁶⁾ 이 방법을 적용하는 법원들에 의하면 부양비의 청구는 순수히 아이의 부모가 입은 경제적 손해에 대한 것이며, 이 손해는 본질적으로 부모가 아이의 가치에 대하여 疑問을 가지는 것이 아니라 단지 아이를 부양하기 위한 수단을 가

81) *Burke v. Rivo*, 551 N.E.2d 1, 6 (Mass. 1990).

82) *Id.* 5.

83) *Id.* 437.

84) *Marciniak v. Lundborg*, 450 N.W.2d 243, 248 (Wis. 1990); *Lovelace Med. Ctr. v. Mendez*, 805 P.2d 603 (N.M. 1991).

85) *Id.* 245.

86) *Id.* 249.

질 필요를 인정한 것이다.⁸⁷⁾ 그러므로 의사의 과실의 예견가능한 결과에 대한 손해배상의 인정은 인간의 삶에 높은 가치를 두고 있는 자들의 바람에 어긋나지 않는다고 한다. 또한 부모가 입은 손해는 재산적인 것이므로 그들이 건강한 아이를 가짐으로써 어떤 이익을 얻는다고 하더라도 그러한 이익은 아이의 부양을 위한 재산적 손해와 상계되어서는 아니된다는 것이다.⁸⁸⁾ 더구나 부모가 아이로부터 얻을 지도 모르는 어떤 사랑과 紐帶는 그 아이의 양육을 위하여 부모가 청구하는 재산적 손해에 대한 이해관계를 말하는 것이 아니다. 따라서 법원은 부모가 아이를 사랑하게 되는 등으로부터 얻는 정신적 이익을 재산적 손해와 상계하여 그 배상액을 경감시켜서는 아니된다고 하였다.⁸⁹⁾ 나아가 이 법원들은 개인은 가족 계획에 관한 권리를 가지고 있으며, 따라서 피임 및 불임을 헌법상 보장된 개인의 사생활에 대한 합법적인 권리로 보고 있다.⁹⁰⁾ 그리고 이러한 개인의 사생활에 대한 권리는 개인이 임신여부를 자유로이 결정할 수 있도록 한다는 것을 강조하고 있다. 또한 이들 법원에 의하면 wrongful conception 소송은 자신의 신체적 기능을 조절할 수 있는 여성의 권리를 보호하므로 의사의 과실있는 불임수술로 인하여 궁극적으로 원하지 않은 아이를 임신한 여성은 피임에 대한 선택권을 박탈당하게 되는 것이다.⁹¹⁾ 따라서 아이의 부양비의 부정은 결국은 개인의 사생활에 대한 권리를 부정하게 된다고 한다.⁹²⁾

2) 아이의 扶養費

① 概 觀

대다수의 미국법원에서는 공공정책에 기한 이론적 근거를 사용하여 아

87) C.S. v. Nielson, 767 P.2d 504, 521 (Utah, 1988).

88) Marcciniak v. Lundborg, 450 N.W.2d 243, 249 (Wis, 1990).

89) Mason v. Western Pa. Hosp., 453 A.2d 974, 981(Pa, 1982).

90) Bowman v. Davis, 356 N.E.2d 496, 499 (Ohio 1976).

91) Betancourt v. Gaylor, 344 A.2d 336, 339 (N.J. Super. Ct. Law Div. 1975).

92) Johnson v. University Hosps., 540 N.E.2d 1370, 1379 (Ohio 1989).

이의 부양비를 손해로 인정하지 않고 있다. 이와 같은 법원의 태도는 원고를 불법행위가 없었던 상태로 원상회복시킨다는 전통적인 불법행위법상의 손해배상액의 산정원리에 어긋나는 것임에도 불구하고 전혀 비논리적이거나, 새로운 사실이 아닌 것으로 받아 들여지고 있다. 그러나 미국의 16개 州⁹³⁾의 법원에서 부양비의 인정에 대한 찬성과 반대의견은 5대 4의 다수판결로 채워진다는 것에 비추어 볼 때, 부양비를 인정하려는 경향이 강하게 나타나고 있다. 소수의견자인 Faulkner판사는 부양비의 인정여부에 관한 논쟁을 의사가 그 자신의 과실에 대하여 책임을 져야 할 것인가의 여부에 대한 절실한 문제를 연막속에 숨긴 것이라고 일컫고, 아이의 부양비를 인정하되 부모에게 발생한 이익을 공제할 것을 주장하고 있다.⁹⁴⁾ 그리고 아이의 부양비의 부정은 그들의 가족계획을 위한 헌법상의 권리를 침해한 것이라고 한다. 최근에는 미국의 몇 개의 州法院에서 원하지 않은 임신과 출산에 대하여 부모와 아이에게 부양비를 인정하는 판례가 나오고 있으며, 이러한 판례는 漸増할 것으로 보인다. 한편, 독일연방법원의 최근 판례⁹⁵⁾에서도 의사가 의료 및 상담을 계약을 통하여 경제적 부담을 방지하는 것을 함께 위임받은 경우에는 의사의 책임은 이러한 경제적 결과에도 미친다고 하여 아이 자체에서 파생되는 부양비를 인정하고 있다.

② 判例上의 見解

wrongful conception소송에 있어서 아이의 부양비에 관한 판례를 살펴보

93) Alabama, Arkansas, District of Columbia, Florida, Georgia, Illinois, Iowa, Kentucky, Louisiana, Maine, North Carolina, Oklahoma, Pennsylvania, Wyoming.

94) Boone v. Mullendore, 416 So. 2d 725-26.

95) BGH NJW 1994, S. 790, 791. 독일연방헌법재판소도 1997. 12. 11 장애아를 출산한 사건의 판결(BGH 1993. 11.16 판결에 대한 헌법소원사건)에 대하여 의사가 의사책임에 대한 민사법원의 판결이 독일기본법 제1조 제1항에 위배되는지 여부에 대한 사건에서 “판결의 기초가 된 민사법상의 계약책임과 불법행위책임규정(특히 제612조, 제276조, 제249조, 제823조 1항, 제847조)은 헌법상의 의구심을 낳지 않는다고 하였다. 그리고 계약책임과 관련하여 이 판결은 부양의무를 민법 제249조의 의미상의 손해로서 볼 수 있고, 또 차액설에 의해 손해를 산정하는 재산적 손해의 전통적인 이해에 기초하고 있음을 밝히고, 또한 이 판결은 의사의 직업상의 책임이 새로운 경우에도 확대되어야 할 오래전부터 발전되어온 일반적 계약책임에 대한 기본원칙에 기인한다”고 판시하여 1993. 5. 28에 밝힌바 있는 종전의 견해를 번복하여 BGH의 견해를 지지하고 있다.

면 첫째, 아이의 부양비를 완전히 부정하는 견해, 둘째, 아이의 부양비를 인정하되 부모가 얻은 이익과 상계하는 견해, 셋째, 아이의 부양비 전부를 인정하는 견해로 나누어진다.

(i) 否定하는 견해

아이의 부양비를 부정하는 대다수의 미국판례에서는 공공정책상 정상적이고 건강한 아이의 출산은 법적으로 인정할 수 있는 손해로 보지 않고 있다. 이에 관하여 판례⁹⁶⁾는 부양비의 배상을 인정하는 것은 부모가 아이를 원하지 않았을 뿐만 아니라 아이가 그들에게 최소한의 가치와 이익만 있다는 사실을 증명하여야 된다고 한다. 그런데 부모가 이러한 사실을 법정에서 증명하는 것은 보기 흉한 것이어서 公序良俗에 어긋난다는 것이다. 또한 판례⁹⁷⁾는 건강하고 정상적인 아이가 그 부모에게 손해가 될 수 있는지의 여부를 명확하게 입증할 수 없으므로 아이의 부양비, 교육비에 대한 배상을 인정할 수 없다고 한다. 그리고 New York州의 대법원 판례에서는 건강한 아이로부터 부모가 얻게 되는 도덕적·사회적·정서적 이익은 순수한 경제적 이익보다 우선하는 것이며, 건강한 아이의 출산을 법적 손해로 판단하는 것은 부모의 경제적 부담에 따라 인간의 생명의 불변하는 고유가치를 顛倒하는 부적절한 일이라고 하였다.⁹⁸⁾ 또한 그러한 손해는 너무 추상적이어서 무형의 복잡한 부모의 이익과 균형을 맞추어 계산할 수 없으므로 부양비를 구조적으로 허용할 수 없다고 한다.⁹⁹⁾ Oklahome주 대법원판례¹⁰⁰⁾에서도 정상적이고 건강한 아이의 출산은 그것이 비록 불임수술의 실패로 인한 것이라도 부양비는 아이의 출산으로 얻은 부모의 이익에 의하여 상계되므로 배상할 수 없다고 하였다 이와는 달리 아이를 위하여 통상적으로 필요로 되는 양육비와 교육비는 부모가

96) Cockrum v. Baumgartner, 95, 11 2d 193, 69 Li, Dec. 168, 447, N.E.2d 385 (1983), cert den, Raja v. Michael Reese Hosp. 104 Sct. 149 (1983).

97) Wakerman v. Aasheim, 102 Wa.2d 411, 687 P.2d 850 (1984).

98) O'Toole v. Greengerg, 64 N.Y.2d 427, 488 N.Y.S.2d 143, 477 N.E.2d 445 (1985).

99) Delaney v. Krafte, 98 A.D. 2d 28, 470 N.Y.S.2d 936 (1984).

100) Morris v. Sanchez, 746 P.2d 184 (OK, 1987); Goforth v. Porter Medical Associates, Inc, 755 P.2d 678 (OK, 1988).

부담하여야 할 필요불결한 비용이므로 이러한 비용을 가해자에게 전가할 수 없다는 입장을 취하고 있는 판례¹⁰¹⁾도 있다. 그밖에도 판례¹⁰²⁾는 아이의 부양비를 인정하면 가해자인 의사의 경제적 부담이 과중하게 됨으로써 자연히 불임수술 및 낙태수술의 비용을 高額化하는 사회적 악영향을 초래할 것이며, 소송의 증가는 물론 손해배상액이 증대될 뿐 아니라, 나아가 詐欺에 의한 손해배상청구도 증가될 염려가 있다고 하여 부양비를 부정하고 있다.

(ii) 損益相計하는 견해

부모에게 아이의 부양비에 대한 배상청구권을 인정하고 손익상계의 원칙을 적용하는 입장은 원하지 않은 임신에 관한 소송을 다른 의료과오소송과 구별하지 않고 불법행위법상의 원리를 적용한다는 일관성이 있고, 손해액을 산정에 고려한다는 유연한 해결책이라는 점 때문에 몇 개의 州에서 채용하고 있다. Michigan주 고등법원은 Troppi v. Scarf 사건의 판결¹⁰³⁾에서 아이의 부양비를 포함한 원고의 손해배상청구를 인정하고 손익상계의 원칙을 적용하였으며, 부모가 아이로부터 얻는 이익을 손해배상액을 산정하는데 있어서 하나의 요소로 보고 있다. 이 판결에서는 동법원은 손익상계의 원칙을 적극적으로 채용하고 손해액의 새로운 조정기준을 제시하였다. 또한 Minnesota주 대법원은 Sherlock v. Stillwater Clinic사건의 판결¹⁰⁴⁾에서 아이로부터 얻는 부모의 이익을 상계하였고 합리적으로

101) Smith v. Gore, 738 S.W.2d 278(Tenn 1987): 이 판례에서는 Common law나 실정법상 미성년자의 부양의무는 양친에게 과해지는 것이고, 州의 실정법상으로도 부모는 미성년자를 감호·부양하여야 할 책임이 있다고 하는 공서양속을 규정하고 있기 때문에 피고의 당해 아이에 대한 부양책임은 인정할 수 없다고 판시하였다.

102) Rick v. Medical Protective Co, 64 Wis. 2d, 514, 219, S.W. 2d, 242 (Wis. 1974).

103) 31 Mich. App. 240, 187 N.W.2d 511(Mich. Ct. App. 1971): 약제사의 피임약 처방의 과실로 인하여 7번째의 건강한 아이를 출산하게 된 부부가 손해배상을 청구한 사건이다. 법원은 이 판결에서 임신 및 그에 따른 염려·능력의 상실과 고통은 아이의 양육에 복잡하게 관련되어 있기 때문에 아이의 경제적 비용을 손해의 항목으로부터 분리하는 것은 옳지 않다고 하고, 손익상계의 원칙을 적용하여 가족의 규모, 수입, 부모의 연령, 결혼상태 등을 고려하여 손해액을 산정하는 것이 합리적이라고 판시하고 있다.

104) 260 N.W. 2d 169, 176 (Minn. 1977): 불임수술의 과실에 의하여 정상아를 출산하게 된 사건에서 법원은 가족계획이 실질적으로 많은 사람들에게 의하여 수용되고, 실정법에 의

예견가능한 부양비에 대한 손해배상청구를 인정하였으며, 손익상계의 목적은 부당하게 상대방이 이익을 얻는 것을 방지하는 것이기 때문에 부모가 얻은 아이의 조력, 기쁨 등이 부양비의 경감을 요구한다고 하였다. 나아가 Jones v. Mallinowski사건의 판결¹⁰⁵⁾에서 부모가 아이를 사랑하지 않고, 원하지 않은 것이 아니라 의사의 직접적이고 예견가능한 과실의 결과가 부모로 하여금 임신중절수술에 의하여 피임할 수 있는 권리를 가지게 된 부담을 지우기 때문이며, 이와 관련하여 건강한 아이를 출산한데 대한 손해의 평가는 의사의 과실에 의하여 실질적으로 손해를 입은 부모의 특수한 이익¹⁰⁶⁾에 초점을 맞추어야 된다고 하고 그 이익을 상계한 아이의 부양비를 인정하였다. 최근의 미국에서는 가족계획상의 動機에 따라 법률상 인정되는 손해의 범위를 정하는 판결이 나와 주목되고 있다. 그러나 이러한 판결은 불법행위법의 원칙상 높이 평가되고는 있지만 부양비의 배상을 경제상의 이유에 한하여 인정하고 있다는 점이 비판되고 있으며,¹⁰⁷⁾ 또한 가족계획상의 동기를 원고가 입증하기가 곤란하다는 점도 지적되고 있다.¹⁰⁸⁾

(iii) 認定하는 견해

아이의 부양비를 완전히 부정하는 판례와는 반대로, 부모가 아이로부터 얻는 이익을 상계하지 않고 부양비 전부를 인정하는 판례도 있다. 미국의

하여 장려되고 있으며, 연방법원도 출산을 제한하는 헌법상의 권리를 인정하고 있으므로 아이가 부모에게 주는 이익이 부양비의 부담보다 더 크다고 하는 것은 근시안적인 것이라고 판시하고 있다.

105) 299. Md. 257, 473 A. 2d 429 (1984): 이 판결에서 법원은 아이의 부양비가 산정불가능하고 추상적이기 때문에 배상이 부정되는 것은 아니다. 그러한 비용은 부모가 아이를 성년이 될 때까지 교육·부양하는데 필요한 합리적이고 예견가능한 비용에 대하여 통상적인 계산방법에 의하여 산정된다고 판시하였다.

106) 부모가 얻게 되는 이익은 임신중절수술의 이유가 ① 유전적인 것일 때에는 장애아의 출생의 예방, ② 치료적인 것일 때에는 모체의 건강상의 손해예방, ③ 경제적인 것일 때에는 아이로부터 발생하는 추가적인 비용의 회피에 있다.

107) Christopher D. Jerran, Child Rearing Expenses as a Compensable Damage in A wrongful Conception Case: *Burke v. Rivo*, 24 Creighton L.R. 1643 (1981).

108) Jill E. Garfinkle, Note, *Burke v. Rivo: Toward A More Rational Approach to Wrongful Prgnancy*, 36 Villanova L.R. 805 (1991)

Wisconsin주 대법원은 *Marciniak v. Lunderg*사건의 판결¹⁰⁹⁾에서 성년이 될 때까지의 아이의 부양비는 불임수술의 과실에 의하여 야기된 손해로서 부모가 배상받을 수 있으며, 나아가 이 부양비는 부모가 아이의 존재가치로부터 얻는 이익과 상계될 수 없다고 하였다. 또한 New Mexico주 대법원은 *Lovelance Medical Center v. Mendez*사건의 판결¹¹⁰⁾에서 불임수술의 실패로 인하여 원하지 않은 건강한 아이가 태어난 사실을 원고가 입증한다면 아이의 부양비를 배상받을 수 있다고 판시하여 가족단위의 경제적 안정을 도모할 부모의 권리를 인정하였다. 동법원은 부양비의 청구를 인정함에 있어서 불임수술의 동기는 결정적인 요소가 아니며, 원하지 않은 정상아의 출산은 動機에 관계없이 경제적 상황을 변화시킬 뿐만 아니라, 동기를 정확하게 파악하는 것도 곤란하다고 한다. 이 판결에서는 경제적 안정성의 이익을 보호법의 중의 하나로 보아 아이가 성년이 될 때까지의 부양비를 인정하였다. 그러나 아이의 부양에 수반하는 비재산적 손해에 대해서는 배상을 인정하지 않았다. 이 판례는 wrongful conception소송에 있어서 손해란 무엇인가라는 難題에 대하여 법 개념에 반하는 논지를 전개하는 것으로서 이를 지지하는 판례는 거의 없다.

3) 父母의 損害에 대한 賠償

① 財産的 損害

계획외의 아이를 임신·출산한 경우에 아이의 부모는 필연적으로 그에 따른 의료비를 지출하게 된다. 통상적인 의료비는 미국의 wrongful conception소송에 있어서 손해의 한 요소로서 배상되고 있다.¹¹¹⁾ 이러한

109) 153. Wi. 2d 59, 450 N.W. 2d 243 (1990): 동법원은 판결에서 ① 부양비는 피고의 직접적인 과실에 의한 결과이므로 부양비를 산정할 수 있다는 점, ② 청구권의 인용이 아이 자신을 원하지 않은 부담은 아니라는 점, ③ 원고가 아이에게 쏟은 애정에 의하여 경제적 부담이 없어지는 것은 아니라는 점, ④ 부양비의 피고에의 전가는 부모의 책임론과는 구별된다는 점을 지적하고 있다.

110) 111 N.M 336, 805 P.2d 603 (1991).

111) *Harke v. McKelway*, S. 26 F. Supp. 97 (D. Dc. 1981); *Public Health Trust v. Brown* 338 So.2d 1084 (Fl. 1980); *Goforth v. Porter Medical Associate, Inc.*, 755 P.2d 678 (Ok. 1988); *Szekers v. Robinson*, 715 P.2d 1076 (Nv. 1986); *Fulton-Dekalo Hosp Authority v. Graves*, 252 Ga. 441, 314 S.E.2d 653 (1984).

의료비는 의사의 과실로 인하여 발생한 첫번째의 실패한 불임수술비, 출산 전후의 치료의 결과로서 발생한 모든 의료비·입원비 그리고 두번째 불임수술을 한 경우 그에 소요된 추가비용을 포함한다.¹¹²⁾ 이와 같은 의료비는 공공정책에 반한다는 것을 이유로 그 배상을 부정할 수 없다. 의료비의 배상을 부정하는 것은 의사의 배상책임을 전적으로 면제하게 됨으로써 불법행위를 허용하게 될 것이며, 따라서 부적절한 치료로부터 야기되는 손해를 부정한다면 그로 인한 부당한 면책은 醫業에 까지 확대될 것이라고 한다.¹¹³⁾ 그리고 산모는 계획외의 아이의 임신·출산으로 인하여 필연적으로 임금과 수입을 상실하게 된다. 따라서 예기치 못한 임신과 출산으로 상실된 임금은 손해로 인정되어 배상을 청구할 수 있다.¹¹⁴⁾

② 非財産的 損害

(i) 慰藉料 미국판례는 원하지 않은 아이의 임신과 출산으로 인하여 부모가 현실적으로 입은 정신적 고통과 산모의 신체적 고통, 그리고 두번째의 불임수술에 관련된 산모의 신체적 고통을 손해로 인정하면서 그에 대한 위자료를 배상하고 있다.¹¹⁵⁾ 그러나 이 경우에 아이의 부모의 형제·자매 등 다른 가족의 정신적·신체적 고통에 대한 손해배상은 인정하지 않고 있다. 父도 계획외의 아이의 출생으로 인하여 정신적·경제적으로 직접 영향을 받고, 또한 아이를 부양·監護하여야 할 의무를 부담하므로 wrongful conception 소송에서 의사의 과실에 대하여 손해배상을 청구할 母의 권리를 공유한다.¹¹⁶⁾ 최근에는 우리나라에서도 의사의 과실

112) Flax v. McNew, 896 S.W.2d 839 (Txa, 1995); Girdley v. Coat, 825 S.W.2d 295 (Mo, 1992); Hitzeman v. Adam, 518 N.W.2d 102 (Nb, 1994); CS v. Nielson, 767 P.2d 504 (Ut, 1988).

113) Wilczonski v. Goodman 731 Il. A.3d 51, 391 N.E.2d 479 (1979).

114) Fulton-Dekalb Hosp Authority v. Graves, 252 Ga. 441, 314 S.E.2d 653 (1984) ; Jean Charles v. Planned Parenthood Association, 99 A.D.2d 542, 47 N.Y.S.2d 622 (1984); Johnson v. Terry, FIR, 2375 (Wi, 1983); James G v. Caserta, 332 S.E.2d 872 (Wv, 1985).

115) Flax v. McNew, 896 S.W.2d 839 (Txa, 1995); Girdley . Coats, 825 S.W.2d 295 (Ho, 1992); Hitzeman v. Adam, 518 N.W.2d 102 (Nb, 1994); Anderson v. Wiener, 100 A.2d 919, 474 N.Y.2d 801 (1984).

116) 71 N.C. App. 107, 321 S.E.2d 541 (1984).

로 인하여 원하지 않은 아이가 태어난 사건의 판결¹¹⁷⁾에서 위자료를 인정하고 있다.

(ii) 配偶者의 慰勞費 婦人이 예기치 못한 임신을 하거나 피임수술의 실패로 임신상태가 지속되어 원하지 않은 아이를 출산하게 된다면 그 夫는 적어도 일시적으로 안정 및 배우자 관계, 서비스 기타 配偶者權을 상실하게 된다. 미국의 판례에서는 원하지 않은 임신과 출산에 따른 夫의 배우자권상실에 대한 손해배상을 인정하고 있다.¹¹⁸⁾ 그러나 이 경우에 夫 婦 모두가 배우자권의 상실에 대한 손해배상을 청구한다면 婦의 청구는 부정된다.¹¹⁹⁾ 그리고 이러한 배우자권의 상실에 대한 손해는 임신과 출산 직후까지의 기간동안에 한하여 인정되고 있다.¹²⁰⁾ Bowman v. Davis 사건의 판결¹²¹⁾에서 남편에게 12500달러의 배우자권상실에 대한 배상을 인정하였다.

(2) 원하지 않은 出産(Wrongful birth)

1) 財産的 損害

① 아이의 부양비

대다수의 미국법원들은 wrongful birth소송에서 아이의 부양비의 배상을 부정하고 있다. 이러한 접근방법의 기본원리는 부모는 정상적인 아이를 원하였고, 부모가 됨으로써 이익을 얻는 동안에 부양비가 발생하게 될 것이라고 한다. 이러한 이론은 임신부는 낙태후에 다시 임신을 하여 건강한 아이를 출산하게 될 것이고, 따라서 아이의 부양비는 어차피 발생하게 될 것을 가정하고 있다.¹²²⁾ 또한 둘째 아이의 부양비는 사실상 첫째 아이에

117) 서울고등법원 1996. 10. 17선고 96나10449 판결.

118) Flax v. McNew, 896 S.W.2d 839 (Txa, 1995); Hitzemann v. Adam, 518 N.W. 2d 102(Nb, 1994); Fulton-Delkallb Hosp Authority v. Graves, 252 Ga. 441, 314 S.E.2d 653 (1984); James G v. Caserta, 332 S.E.2d 872 (WV, 1985); Blash v. Gilsson, 173 GaA 104, 325 S.2d 607 (1984); McKernan v. Aashein, 102 Wa.,2d 411, 687 P.2d 850 (1984).

119) White v. United States 510 F. Supp. 146 (Dks, 1981).

120) Boone v. Mullendore, 416 So.2d 718 (Al, 1982); Coleman v. Garrison, 327 A.2d 757 (De, 1974); Bushman v. Burns Clinic Medical Center, 83 Mia, 453, 268 N.W.2d 683 (1978).

121) 48 Ohst 2d 41, 356 N.E. 2d 496 (1976).

122) Gleitman v. Cosgrove, 49 N.J. 22, 65, 227 A.2d 689, 712 (1967).

대한 손해배상액의 산정에서 빌려오게 되고 배상할 수 있는 손해액은 단지 아이의 장애로 인한 추가된 비용으로 한정되는 것으로 본다.¹²³⁾ 그러나 미국의 제7순회 항소법원은 Robak v. United States사건의 판결¹²⁴⁾에서 예상되는 장애아의 부양비 총액에서 정상적인 아이의 부양비를 공제한 단지 장애로 인하여 추가된 비용의 배상만을 인정한 지방법원의 판결¹²⁵⁾을 번복하고 장애아의 부양비 전액을 인정하였다. 동법원은 이 사건에서 원고의 유일한 선택은 장애아를 가지거나, 또는 전혀 장애아를 가지지 않는 것이며, 원고의 소송은 의사의 과실로 인하여 낙태에 대한 선택권을 박탈당한 것을 근거로 하고 있다고 판단하였다. 따라서 동법원은 正常兒의 부양비를 포함한 장애아의 출산에 따른 모든 비용은 의사의 과실로 인하여 발생하였기 때문에 원고에게 배상되어야 한다고 판결하였다.

② 통상외의 비용

1975년 Texas주 대법원은 Jacobs v. Theimer사건의 판결¹²⁶⁾에서 처음으로 wrongful birth소송을 제기한 원고에게 의사의 과실로 인하여 원하지 않은 장애아를 출산한 경우에 그 부모에게 재산적 내지 정신적 손해의 배상을 인정하였으며, 그 후부터 배상범위에는 차이가 있지만, 다수의 판례에서 부모에게 손해배상을 인정하고 있다. 이와 같은 판례의 태도는 부모는 장애아의 출산을 회피할 권리를 가지고 있기 때문에 원하지 않은 장애아의 출산 그 자체가 소송의 대상이 되는 손해로 될 수 있다는 사실을 근거로 하고 있다. 이 경우에 대부분의 판례¹²⁷⁾에서는 재산적 손해로서 아이의 장애로 인한 통상외의 의료비와 교육비를 인정하고 있다. 그리고 최근의

123) Jacobs v. Theimer, 519 S.W.2d 846 (Tex. 1975).

124) 658 F.2d 471 (7th Cir. 1981).

125) 523 F. Supp. 982 (N.D. Ill. 1980).

126) Jacobs v. Theimer, 519 S. 2d 846 (Tex. 1975): 이 판결에서 원고인 부인이 풍진에 걸리게 된 아이의 신체적 장애의 치료비 및 간호비의 배상을 구하는 소송이 공공정책상의 고려 때문에 금지될 수 없다고 하였다.

127) Dumer v. Michael's Hosp., 69 Wis.2d 766, 233 N.W.2d 372 (1975); Becker v. Schwartz, 46 N.Y.2d 401, 386 N.E.2d 807, 413 N.Y.S.2d 895 (1978); Moores v. Lucas, 405 So.2d 1022 (Fla. App. 1981); Fassoulas v. Ramey, 450 So.2d 822 (Fla. 1984).

몇 개의 판례¹²⁸⁾에서도 아이의 장애로 인한 통상외의 부양비까지도 재산적 손해의 범위에 포함시키고 있다. 나아가 이 경우에 재산적 손해배상의 범위를 더욱 확대하여 장애아에 대한 산모의 통상외의 介護를 포함한 정상아에게 제공되는 봉사를 초과하는 봉사도 통상외의 손해로 보아 그 배상을 인정하는 판례¹²⁹⁾도 있다. 그밖에 의사의 과실로 인하여 발생한 의료비와 병원비, 산모가 입은 신체적 고통, 배우자권의 상실에 대한 배상을 인정한 판결도 있으나, 산모가 입은 신체적 고통이 무엇이고 배우자권의 상실이 무엇을 초래하였는지를 설명하지는 않았다.¹³⁰⁾ 이와 같이 미국 판례에서는 장애아와 관련된 재산적 손해의 배상범위가 일률적으로 확정되지 않은 채 논란이 계속되고 있다. 또한 여기서 원하지 않은 장애아에 대한 재산적 손해의 배상 기간을 어느 시점을 기준으로 하여야 될 것인가에 관한 어려운 문제가 발생한다. 이 문제에 관하여 장애아가 성년이 될 때까지의 재산적 손해배상을 인정하는 판례¹³¹⁾와 장애아의 무능력 등을 이유로 성년 이후 까지도 그 배상액을 인정하는 판례¹³²⁾로 나뉘어지고

128) Garrison v. Medical Center of Delaware, 581, A.2d 288 (De, 1989, opinion issued oct, 1990); proffitt v. Bartolo, 162, NIA, 35, 412 N.W.2d 232 (1987); appedn, 430 Mi, 860 (1988); Harbeson v. Parke · Davis, Inc, 656 P.2d 483 (Wash, 1983).

129) Smith v. Cote, 128 N.M 231, 513 A.2d 341 (1986): 이 판결에서 장애아에 대한 母의 통상외의 손해에는 장애아의 운동 · 목욕 · 음식제공 같은 부모의 책무 내지 의무도 포함되며 아이의 장애에 필요로 하는 봉사에 대해서도 배상을 받을 수 있다고 한다.

130) Keel v. benach, 624 So. 2d 1022, 1030 (Ala, 1993).

131) New York州 대법원은 이 문제에 관하여 주의 법에서 부모는 성년에 달한 이후의 아이의 부양을 계속할 의무가 없다고 하여 21세 이후의 아이의 통상 외의 비용을 부정하였다[Bani-Esraili v. Lerman, 69 N.Y.2d 807, 513 N.E.2d 947 (1987)] : 그리고 Kansas州 대법원은 wrongful birth 소송에 있어서의 손해는 아이가 무능력인 때에 한하여 배상된다고 하였다[Arche v. United States Pept of the Army, 247 Ks, 276, 798 P.2d 477 (1990)].

132) 이에 관한 판례로는「통상외의 비용은 아이가 미성년인 때 뿐만 아니라, 만일 아이가 육체적 · 정신적 무능력으로 그 스스로가 부양될 수 없다면 성년이 된 후에도 손해배상을 받을 수 있다는 판례」James G v. Caserta, 332 S.2d 872 (WV, 1985); Smith v. Cote, 128 N.M, 231, 513 A.2d 341 (1986)』, 18.42세 부터 40세까지의 예상되는 아이의 요양소에서 요양비 \$791, 394를 포함한 아이의 출생시부터 40세까지의 재산적 손해의 총액을 \$1,283,765로 인정한 판례[Phillips v. United States, 575 F. Supp, 1309 (D.S.C, 1983)], 성년 이후의 아이의 부양비 · 의료비는 그것이 재판을 통하여 정당하게 입증된 한도에서 배상받을 수 있다고 한 판례[Blake v. Cruz, 1698 P.2d 315 (1d, 1984)], 부모는 아이 스스로가 부양할 수 없는 경우에는 아이를 부양할 계속적인 의무를 지게 되므로 아이의 생활에 필요한 예견할 수 있는 손해와 부모의 한쪽이나, 또는 양쪽으로부터 독립할 때까지

있다.

2) 非財產的 損害

미국법원들은 과실에 의하여 입은 정신적 고통에 대한 소송원인을 부정하는 전통적인 불법행위법의 원리를 반영하여 wrongful life소송에서 정신적 손해배상을 주저하여 왔다. 그러나 예외적으로 정신적 고통이 불법행위책임의 독자적인 구성요건인 신체적 충격을 수반하는 경우나,¹³³⁾ 또는 그 고통이 危險領域내에 존재하는 것으로부터 발생하는 경우에는¹³⁴⁾ 인정하고 있다. 또한 몇 개의 미국법원들은 단순히 타인의 위험이나, 손해를 목격하였다는 것을 이유로 순수한 과실의 기준하에 정신적 고통이 예견가능하고 피고의 과실에 의하여 상당하게 야기되었다면 傍觀者로서 그에 대한 배상을 인정하고 있다.¹³⁵⁾ 그리고 최근의 판례에서는 산모를 의사의 과실의 직접적인 피해자로 보거나,¹³⁶⁾ 또는 산모를 피고인 의사의 의무의 상대방으로 보아¹³⁷⁾ 정신적 고통에 대한 손해배상을 인정하고 있다. wrongful birth 소송에서 부모에게 정신적 손해를 인정하는 경우에도 판례는 그 배상범위를 제한하고 있다. 즉 판례는 의료비·상담료와 같은 유형의 금전상의 손해로 야기되는 부모의 정신적 고통으로 인한 손해에 한하여 배상을 인정하고 있으며, 오로지 장애아 자체의 출산으로 야기되

의 아이의 장래의 생계비를 배상받을 수 있다고 한 판례[Garrison v. Medical Center of Delaware, 581, A.2d 288 (De. 1989, opinion issued Oct. 1990)] 등이 있다. 최근의 영국판례는 원고측이 그 장애아를 가지지 않았다면 다른 아이를 가졌을 것이며, 장애아를 돌보아야 하는 부담 때문에 그 출산을 결정하지 않았을 것이라고 하여 손해배상을 산정함에 있어서 최저부양비를 인정하고 있다(Allen v. Bloombury HA, 193, 1A, ER 651). 한편 독일연방대법원은 최근에 유전학적 판단을 잘못하여 장애아를 출산한 사건의 판결에서 단지 장애로 인하여 추가로 지출되는 비용 뿐만 아니라 정상적인 아이에게 소요되는 모든 부양비도 배상하여야 된다고 판시하고 있다(BGH NJW 1994, 788ff).

133) Knaub v. Gotwalt, 422 Pa. 267, 220 A.2d 646 (1966).

134) Falzone v. Busch, 45 N.J. 559, 214 A.2d 12 (1968); Battalla v. State, 10 N.Y.2d 237, 219 N.T.S.2d 34, 176 N.E.2d 729 (1961).

135) Dillon v. Legg, 68 Cal. Rptr. 72, 441 P.2d 912 (1968); Sinn v. Burd, 404 A.2d 672 (Pa. 1979).

136) Gendek v. Poblete, 636 A.2d 113, 117 (N.J. App. Div. 1993).

137) Ferrara v. Bernstein, 582 N.Y.S.2d 673, 678 (1st. Dept' 1992).

는 정신적 손해에 대한 배상은 부정하고 있다.¹³⁸⁾ 또한 부모는 아이의 장애에 관련된 정신적 고통에 대해서는 배상받을 수 없으며, 계획외의 원하지 않은 아이의 출산과 그들의 가족계획상의 자유를 예기치 못하게 제한당함으로 인하여 야기된 정신적 고통에 대한 배상만을 인정하고 있다.¹³⁹⁾

우리나라에서도 1997년 대법원판결¹⁴⁰⁾에서 처음으로 의사의 과실로 인하여 장애아가 출생한데 대하여 부모가 의사를 상대로 설명의무위반, 검사의무위반을 이유로 위자료만을 청구한 사건에서 단지 설명의무위반을 이유로 한 위자료만을 인정한 원심판결¹⁴¹⁾을 확정하였다. 이 사건에서 법원은 기형아가 출생함으로써 받은 정신적 손해의 배상에 관하여는 인과관계의 존재를 인정할 수 없다고 하여 그 배상을 부정하였다.

(3) 원하지 않은 삶(wrongful life)

1) 訴訟原因의 否定

wrongful life소송은 의사의 과실로 인하여 장애아를 출산한 사건에 있어서 장애아 자신이 원고가 되어 제기하는 소송이라는 점에서 부모가 제기하는 wrongful birth소송과 다르다. 대다수의 미국판례¹⁴²⁾에서는 장애아가 제기하는 wrongful life소송원인을 부정하고 있으며, 9개주¹⁴³⁾에서는 法

138) Smith v. Cote, 128 N.H. 231, 513 A. 2d 341(1986).

139) Haymem v. Wilkerson, 535 A.2d .880 (D.C.A. 1987).

140) 대판 1997. 11.26, 97다36842.

141) 춘천지방법원 1997. 6.27. 선고 96나4187 판결요지 : 피고의사는 원고의 주치의로서 원고가 특별히 기형아 검사에 집착하면서 그 의뢰를 요구한 점, 산모가 비교적 고령인 점, 모체혈청 단백질 검사는 정확도가 떨어지는데 그 검사결과가 정상기준치중 하한에 가까운 점 등은 물론 자신의 오진이었을 가능성까지 고려하여 원고에게 트리플마커검사법, 양수천자검사법 등에 관하여 그 필요성, 위험성 등을 설명함으로써 원고들로 하여금 다른 검사를 받을 것인지의 여부에 관하여 판단할 기회를 줄 의무가 있었는데 이를 위반하였다 할 것이고 이로 인하여 태아의 출산여부에 대한 원고의 자기결정권을 침해하였다 할 것이므로 원고들이 입은 정신적 손해를 배상할 의무가 있다 할 것이다.

142) 현재 18개 주의 법원에서 wrongful life소송을 부정하고 있다.

143) wrongful life 소송만 금지하는 법령: Indiana, Ind. Code Ann. §34-1-1-11 (1996). North Dakota, N.D. Cent. Code §32-03-43 (1995). wrongful birth · wrongful life 소송을 금지하는 법령: Idaho, Idaho Code §5-334 (1995); Minnesota, Minn. State § 145, 424(1), (2) (1993); Missouri, Mo. Rev. Stat. §188. 130 (1995); North Carolina, N.C.Gen. Stat §14. 45 1(e) (1996); Pennsylvania, 42 Pa. Cons. Stat. §8305 (1993); Utah, Utah Code Ann §78-11-24 (1993) wrongful birth · life · conception 모두를 금지하는 법령: Codified Laws Ann. §21-55-1 & 21-55-2 (1987).

습으로 이 소송을 금지하고 있다. 판례에서 이러한 소송의 원인을 부정하는 주된 이유는 장애아는 결코 법적으로 인정할 수 있는 손해를 입지 않았다는 것이다. 즉 판례는 인간에게 태어나지 않을 권리는 없으며, 이를 인정한다는 것은 낙태보다 출산을 선호하는 입법상 표현된 정책을 무너뜨린다거나¹⁴⁴⁾ 또는 장애아의 건강상태는 어떤 특정인의 과실에 의한 것이 아니라 장애아 자신의 遺傳因子에 의한 것¹⁴⁵⁾이라고 하여 법적 손해를 부인하고 있다. 또한 판례는 인간의 존재는 그것이 장애를 입었다고 하더라도 非存在에 관계되는 법적으로 인정할 수 있는 손해를 구성하지 않으며,¹⁴⁶⁾ 비록 장애를 입었더라도 아이의 삶은 손해가 아니라, 차라리 부모가 임신을 계속할 것인가의 여부 등을 선택할 기회를 박탈당한 것에 대한 손해라고도 한다.¹⁴⁷⁾ 그리고 출생 전에 보호받았거나, 또는 낙태되었어야 할 심한 장애를 지니고 태어난 아이는 비록 그러한 장애를 가졌다고 하여도 삶(life), 그 자체는 提訴할 수 있는 손해가 아니며, 또한 의료과오 소송에도 속하지 않는다는 것을 이유로 소송원인을 부정하는 판례도 있다.¹⁴⁸⁾ 나아가 판례¹⁴⁹⁾는 비록 wrongful life가 법적으로 인정할 수 있는 손해라고 하더라도 그 배상액의 산정이 불가능하기 때문에 소송원인을 인정할 수 없다고 한다. 즉 인간의 생명은 비교의 대상이 없기 때문에 정상아 또는 非正常兒로 태어난 경우의 손해를 비교할 수 없을 뿐만 아니라 장애를 입은 생명과 장애를 입기 전의 건강상태 사이의 차이를 금전적 가치로 산정할 수 없다는 것이다. 최근의 판례¹⁵⁰⁾에서는 임신의 계속 여

144) *Siemienc v. Lutheran General Hosp.*, 117 Ill 2d 230, 113 Ill Dec 302, 512 N.E. 2d 691 (1987).

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

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

147) *Garrison v. Medical Center of Delaware*, 581 A.2d 288 (De. 1989 opinion issued Oct. 1990).

148) *Flanagan v. Willinans*, 87 Oh A.3d 768, 623 N.E.2d 185 (1993).

149) *Blake v. Cruz*, 698 P.2d. 315 (Id. 1984).

150) *Walker by Pizano v. Mart*, 790 P.2d 735 (Az. 1990): 법원은 본 판결에서 부모가 임신을 계속할 것인가의 여부에 대한 선택권을 의사의 과실로 박탈당하여 장애아를 출산하였다면 그들은 wrongful birth 소송에 의하여 손해배상을 청구하였을 것이라고 한다. 또한 의사의 과실의 유일한 결과는 아이가 출생했다는 사실이며, 만약 아이가 부모의 장애에 대한 의사의 경고에도 불구하고 임신의 계속을 결정하였다면 아이는 법적으로 소송을 제기할 수 없다고 한다.

부를 결정할 수 있는 자격은 부모에게 있을 뿐, 아이에게 있는 것이 아니기 때문에 이러한 소송원인을 인정할 수 없다는 독특한 입장을 밝히고 있다. 즉 의사가 부주의로 인하여 산모가 잘못된 임신을 중절할 권리를 행사할 수 있도록 정보를 제공하지 못한 것에 대한 책임은 부모에게 질 뿐이며, 아이에게 지는 것이 아니라는 것이다.

최근에 춘천지방법원의 판결에서도 인간의 생명의 존엄성과 그 가치의 무한함에 비추어 볼 때 어떠한 인간이 되려고 하는 존재가 타인에 대하여 자신의 출생을 막아줄 것을 요구할 권리를 가진다고 보기는 어렵다고 하여 이 소송원인을 부정하고 있다.

2) 訴訟原因의 인정

① 認定理由

현재 미국에서는 오직 3개의 州¹⁵¹⁾에서만 wrongful life소송의 원인을 인정하고 있다. 그러나 이러한 소송의 원인을 인정하는 법원들은 그 기초가 되는 정책적인 이유를 설명하기 위하여 서로 다른 논거를 사용하고 있다. 이러한 법원들은 wrongful life 소송은 장애를 입고 살아가는 삶에 대한 고통을 경감하는 수단으로 필요하다는 사실, wrongful life 소송은 다른 의료 과오소송에서와 마찬가지로 의료과실을 방지하는 행위라는 사실, 아이의 신체적 손상은 차치하고라도 유전적·선천적 질병에 감염된 아이는 어린 시절의 삶의 질을 저하시키는 과실행위로 인하여 손해를 입는다는 사실 등에 의존하여 왔다. New Jersey주 대법원은 非存在가 장애를 입은 삶보다 더 낫다는 개념을 전제로 하는 것이 아니라, 생활비의 필요에 근거를 두어 wrongful life소송을 인정하고 있다.¹⁵²⁾ Berman v. Allan사건의 판결¹⁵³⁾에서 소수의견을 제시한 Handler 판사는 의사가 부모에게 장애아의 출산 가능성에 대하여 설명을 하지 않은 것은 그들의 태아가 입게 되는 중대하고 영구적인 장애를 알지 못하는 출산을 앞두고 있는 부모로 하여금

151) 1999년 현재 California, New Jersey, Washington주에서만 이 소송의 원인을 인정하고 있다.

152) Procanik v. Cillo, 487 A.2d 755, 763 (N.J. 1984).

153) Berman, 1404 A.2d 15-18.

큰 고통을 당하게 한다는 사실에 기하여 아이의 감소된 어린시절에 대한 손해배상을 인정하는 이유가 된다고 하였다. 또한 그로 인한 부모의 정신적 고통은 아이의 삶의 질에 필수적으로 장애를 주고 법적 손해를 구성한다고 하였다. 그리고 장애아의 출산여부와 관련된 wrongful birth와 wrongful life소송의 핵심 관건은 헌법상 보장된 부모의 낙태권의 인정에 기초하고 있을 뿐만 아니라 급속한 의학의 발전에도 기초하고 있다.

② 損害賠償의 範圍

(i) 財產的 損害

wrongful life소송에 있어서 대다수의 미국 판례는 아이의 장애로 인한 특별손해에 대해서만 배상을 인정하고 있으며, 통상손해의 배상에 대해서는 삶의 가치와 배상할 수 있는 손해를 확정할 수 없다는 것 등을 이유로 부정하고 있다. California주 대법원은 Turpin v. Sortini사건의 판결¹⁵⁴⁾에서 아이 자신의 의료비 배상을 아이에게는 부정하면서 그 부모에게 인정한다는 것은 비논리적이고, 변칙적이라고 하면서 아이가 미성년일 경우에는 성년이 될 때까지 그 부모에게 손해배상을 인정하고, 그렇지 않은 경우에는 아이의 삶을 위하여 아이 스스로가 先天性障礙에 따르는 필요한 통상외의 비용을 청구할 수 있다고 한다. 이 판결에서는 특별손해로서 아이에게 장애의 치료 등에 필요한 통상외의 비용에 대한 배상만을 인정하였다. 그러나 통상손해에 대해서는 원고가 완전한 정상아로 태어날 가능성이 없기 때문에 그 내용은 원고의 주장과는 달리 완전하게 태어나지

154) 31 Cal. 3d 320, 643 P. 2d 954, 182 Cal. Rptr. 337 (1982): 이 판결에서 전통적인 과실 불법행위의 4가지 요소에 따라서 ① 의무는 출생전 뿐만 아니라 임신전까지 존재하는 것으로 보며, 피고가 임신부의 지랑칭복용에 따르는 위험에 대한 합리적인 예방책임을 취하지 아니함으로써 장애아가 태어날 수 있다는 사실을 예견할 수 있다. 그리고 장애아에게 손해배상을 인정하는 것이 생명의 가치를 부인하는 것이 아니며, 나아가 wrongful birth소송을 인정하였고, 유전상담, 출생전 검사의 사회목적의 촉진, 과실행위의 억제, 피해자의 구제라고 하는 모든 방침의 관점으로부터 wrongful life소송을 인정할 수 있다. ② 의무의 위반은 적절한 주의수준을 준수하지 않는 것이다. ③ 손해에 관하여는 일반적인 손해를 합리적으로 입증할 수 없지만 의료·특별훈련을 위한 통상 외의 특별손해는 입증할 수 있다. ④ 의사의 과실이 없었다면 장애아는 태어나지 않았을 것이며, 그 결과 통상외의 비용을 부담하지도 않을 것이다. 따라서 의사의 과실이 원고의 손해의 직접적인 원인이 된 것이라고 한다.

못한 것과 비례하여 장애를 가지고 태어남으로 인하여 입은 손해가 되지
만 그것이 과연 손해인가를 합리적으로 결정할 수 없으며, 또한 그것을
결정할 수 있다고 하더라도 통상손해를 공정하게 산정할 수 없다고 하여
그에 대한 배상을 인정하지 않았다. Washington주 대법원의 판결¹⁵⁵⁾에서는
장애아의 의료비와 장애와 관련된 기타 특별비용은 아이의 부모나 州에
서 부담하게 될 것이므로 wrongful life소송원인을 인정하여 그 비용부담
을 실제로 그러한 아이의 비용을 발생시킨 과실있는 집단이 대신하여야
할 것이라고 한다. NewJersy주 대법원의 판결¹⁵⁶⁾에서는 의료과오소송에서
통상외의 비용을 배상받을 권리는 부모가 소송할 것인지의 여부에 전적
으로 의존하여서는 아니됨을 이유로 아이의 미성년동안 뿐만 아니라 아
이의 성년동안에 발생할 것으로 예상되는 통상외의 의료비까지도 배상받
을 수 있다고 한다. 그러나 판례¹⁵⁷⁾는 아이의 일실수입에 대한 손해배상
을 인정하지 않고 있다. 즉 아이는 의사의 행위에 의하여 발생한 수입능
력을 결코 가지고 있지 않기 때문에 逸失收入에 대한 손해배상을 청구할
수 없다고 한다.

(ii) 非財産的 損害

미국이 wrongful life소송에서 장애아가 장애를 입고 태어남으로 인하여
야기되는 정신적 고통에 대한 손해를 배상받을 수 있다고 하는 판례는
하나도 없다. 이에 관하여 NewJersy주 대법원은 Procanik v. cillo사건의 판
결¹⁵⁸⁾에서 아이는 결코 정상적인 건강아로서 태어날 기회를 가질 수 없으
며, 그에게 주어진 유일한 선택은 非存在, 또는 장애를 지닌 삶이라고 하
였다. 그리고 비존재를 측정할 수 있는 합리적인 방법이 없을 뿐만 아니
라, 비존재와 장애를 지니고 존재하는 아이의 아픔과 고통을 비교할 방법

155) Harbeson v. Parke-Davis, 98 Wa.2d 460, 656 P.2d 483 (9184).

156) Procanik v. Cillo, 97 NJ. 339, 487 A.2d 755 (1984), on rend, 206 NJ. Super 270, 502 A.2d 94 (1985).

157) Andalon v. Superior Court, 162 Ca. A.3d 600, 208 CaR. 899 (1984).

158) Procanik v. Cillo, 97 NJ. 339, 487 A.2d 755 (1984), on rend, 206 NJ, Supper 270, 502 A.2d 94 (1985).

도 없다고 하였다. 또한 동법원은 만약 아이가 그 자신이 태어나지 않았더라면 더 좋았을 것이라고 주장하는 경우에는 장애를 입고 태어남으로 인하여 야기된 정신적 고통에 대한 손해배상은 너무나 공론적인 것이어서 허용될 수 없다고 하였다. Illinois주 대법원의 판결¹⁵⁹⁾에서도 아이는 소송의 기초가 되고 있는 질병과 건강상태에 관련된 고통에 대한 손해는 배상받을 수 없다는 입장을 취하고 있다.

2. 賠償額의 算定

(1) 아이의 扶養費

위에서 살펴 본 바와 같이 최근에 미국에서는 계획하지 않은 정상아에게 부양비를 인정하는 판례가 나오고 있다. 이에 따라 아이의 부양비의 산정이 문제가 된다. 몇 개의 미국법원에서는 부양비가 너무 공론적이고 불확실하며 진상조사원이 아이의 장래를 豫見해야 한다는 사실을 근거로 아이의 부양비의 부정을 정당화하고 있다.¹⁶⁰⁾ 그러나 사실상 부모가 청구하는 아이의 부양비는 공론적인 것이 아니다.¹⁶¹⁾ Troppi v. Scarf사건의 판결¹⁶²⁾에서 지적한 바와 같이 부양비의 산정은 다른 상황에서 통상적으로 많이 행하여져 온 것이다. 이와 같은 문제에 대하여 Maryland주 항소법원은 Jones v. Malinowski사건의 판결¹⁶³⁾에서 부양비의 산정은 아이가 성년이 될 때까지 부모가 부담하게 될 생계비·양육비·교육비 등에 관계되는 예견가능한 요소를 근거로 한다고 판시하고 있다. 이러한 아이의 부양비에는 전형적으로 주거비(전기·수도·가스 및 가구를 포함)·식비(가정·학교·음식점 모두)·교통비(보험료 포함)·의복비(세탁·수선료 포

159) Goldberg v. Ruskin, 113 Ill.2d 482, 101 Ill. Dec. 818, 499 N.E.2d 406 (1986)

160) Coleman v. Garrison, 349 A. 2d 8, 12 (Del. 1975).

161) Green v. Sudakin, 265 N.W.2d 411, 412 (Mich. Ct. App. 1978); Rivera v. State, 404 N.Y.S.2d 950, 953 (Cl. Ct. 1978).

162) 31 Mich. App. 240, 187 N.W.2d 511 (1971).

163) 229 Md. 257, 473 A.2d 429 (1984) : Marciniak v. Lundborg, 450 N.W.2d 243, 246 (Wis. 1990).

함) · 의료비(보험료혜택을 받지 못하는 서비스) · 교육비 · 탁아비 그리고 잡비 등이 포함된다.¹⁶⁴⁾ 중산층 가정의 아이에 대한 재정상의 경비는 갓난 아이에 대해서는 연간 \$7430, 2세부터 15-17세까지는 연간 \$9060로 산정된다.¹⁶⁵⁾ 따라서 1990년에 태어난 아이의 출생시부터 17세까지의 총경비는 중하층가정인 경우에는 \$151,170, 중류층가정인 경우에는 \$210,070, 상류층가정인 경우에는 \$293,400로 산정되고 있다.¹⁶⁶⁾ 부양비는 계획하지 않은 아이를 양육하는 부모 각자에 의하여 실제의 액면가격을 반영하여 산정하여야 한다. 따라서 상류층 부모에게 지급되는 배상액은 하류층 부모에게 지급되는 금액보다 많아야 한다. 부모는 진상조사원에 의하여 통상적으로 산정된 아이의 부양비를 청구하고 있다.¹⁶⁷⁾ 또한 아이의 부양비는 부동산 설계사나 보험회사에 의해서도 산정되고 있다. 심사원은 부양비 산정에 정통하여야 하고, 부양비에 포함되는 비용들을 파악하여야만 한다.¹⁶⁸⁾ 그리고 부양비를 산정하기 위하여 원고측에서는 전문가의 증명, 인구학 연구자료, 보험계리사의 정보를 이용할 수도 있다.¹⁶⁹⁾ 손해배상액은 수학적인 확실성에 기하여 산정할 필요가 없다. 즉, 대다수의 사례에서 손해배상액이 적당한 수준이면 받아들이고 있다.¹⁷⁰⁾ 다수의 미국법원들은 아이의 부양비는 다른 불법행위소송에서 통상적으로 배상되는 다른 유형

164) FAMILY ECONOMICSRESEARCHGROUP, AGRIC. RESEARCH SERV, U.S. DEP't of AGRIC EXPENDITURES ON A CHILD BY HUSBAND-WIFE FAMILIES : 1990, at 8-9 (1991). 출산 계획이 없던 아이에 대한 비용 : 1989년도의 아이의 정상분만비는 평균 \$4270이었다.

165) Id. 7. 여기서 중류층 가정은 과세전의 수입이 \$2,600-\$4,200 범위에 속하는 계층으로 정의된다.

166) Id. 8. 하류층 가정은 과세전 수입이 \$26,000 이하의 계층으로, 그리고 상류층 가정은 과세전 수입이 \$42,000이상인 계층으로 정의된다.

167) Boone v. Mullendore, 416 So.2d 726 (Ala, 1982) : Fulton-Delkalb Hosp. Auth. v. Graves, 314 S.E.2d 653, 656 (Ga, 1984) (Gregory, J, dissenting).

168) Morris v. Sanchez, 746 P.2d 184, 192 (Okla, 1987) : Sorkin v. Lee, 434 N.Y.S.2d 300, 304 (App. Term 1980).

169) Mckernan v. Aasheim, 687 P.2d 850, 855 (Wash, 1984) : Johnson v. University Hops, 540 N.E.2d 1370, 1379 (Ohio, 1989).

170) Beardsley v. Wierdsma, 650 P.2d 288, 296 (Wyo, 1982). : RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS §912 (1979).

의 손해액보다 더 쉽게 산정될 수 있다는 사실을 강조하고 있다.¹⁷¹⁾ 그러나 최근의 wrongful Conception판례에서 미국법원들이 원고가 요구하였거나 원고에게 배상한 아이의 부양비는 다른 주요한 불법행위소송에 있어서의 배상액에 미치지 못하고 있다.¹⁷²⁾

(2) 結果回避原則의 적용

원하지 않은 임신과 출산에 따른 손해배상액의 산정에 있어서 원고의 낙태나, 養子結緣에 의한 결과회피원칙을 적용할 수 있는지의 여부가 문제된다. 임신부가 임신중에 낙태를 하거나, 또는 아이를 출산한 후에 양자결연을 하게 된다면, 손해액은 각기 그 시점까지 발생한 것으로 제한되고 아이의 부양비는 전혀 문제가 되지 않을 것이다. 미국과 같이 임신초기에는 법적으로 낙태가 인정되고 있다면, 그 당시에 낙태를 하지 않은 이상 부모는 아이의 출생으로 인한 부양비를 부담할 용의가 있다고 할 것이므로 의사에게 그 배상을 청구할 수 없을 것이다. 그리고 이 경우에 임신부가 낙태를 하였다면 의사는 낙태에 소요된 비용과 그 낙태가 모체의 심신에 끼친 영향을 고려하여 위자료만 배상하면 될 것이다. 그러나 낙태가 법적으로 금지되거나, 임신이 판명된 시점이 법적으로 허용되는 낙태의 시기가 도과하여 낙태가 불가능한 경우에는 의사의 과실과 아이의 출생과의 사이에는 因果關係가 성립되므로 의사는 아이의 출산으로 인하여 부모가 불가피하게 입은 손해를 배상하여야 될 것이라는 논리가

171) *Burke v. Rivo*, 551 N.E.2d 1, 5 (Mass. 1990); *Miller v. Johnson*, 343, S.E.2d 301, 308 (va. 1986); *Hartke v. Mckelway*, 707 F.2d 1544, 1553-54, 1553-54 (D.C. Cir); *Ochs v. Borrelli*, 445 A.2d 883, 886 (Conn. 1982); *Macomber v. Dillman*, 505 A.2d 810, 817 (Me. 1986); *Girdley v. Coats*, 825 S.W.2d 295, 300 (Mo. 1992).

172) 예컨대, 1982년 California주의 *Morris v. Frudenberg*사건의 판례에서는 \$90,000, 1982년 Connecticut주의 *Ochs. v. Borrelli*사건의 판결에서는 \$56,375, 1981년 Columbia지역의 *Hartke v. McKelway*사건의 판결에서는 \$200,000, 1984년 Maryland주의 *Jones v. Malinowski*사건의 판결에서는 \$7,000, 1981년 Michigan주의 *Claphan v. Yanga*사건의 판결에서는 \$57,000의 부양비 내지 교육비가 청구되거나 배상되었다. 이와는 대조적으로 1985년의 조사에 의하면 영구적인 변화를 포함한 중대한 손해에 대한 1978년도의 배상액은 평균 \$349,000을 초과하고 있다. 한편 독일에서는 통상적인 부양비에서 5할을 공제한 장래의 부양비와 위자료를 인정하고 아이의 부양비조로 매월 430마르크, 위자료로 1,000마르크를 인정하고 있다(BGH JNW, 1995. S. 1609).

성립할 수도 있을 것이다. 미국법원들은 wrongful conception과 wrongful birth소송원인의 발전과 더불어 손해액을 경감하는 방법으로 불법행위에 관한 Restatement에서 규정하고 있는 결과회피원칙¹⁷³⁾의 적용에 관하여 간접적으로 언급하여 왔다.¹⁷⁴⁾ 그리고 몇 개의 미국법원들은 원하지 않은 임신과 출산에 관한 특수한 사례에는 결과회피원칙이 합당하게 적용될 수 없음에도 불구하고 이 원칙을 지지하였다.¹⁷⁵⁾ 또한 다른 법원들은 부모가 낙태나, 양자결연을 하지 않은 것은 아이의 부양에 대한 이익이 언제나 그 부양비의 부담보다 더 가치가 크다는 것을 입증한다고 하면서 결과회피라는 용어를 사용하였다.¹⁷⁶⁾ 그러나 대다수의 미국법원들은 법적으로는 원고가 손해액을 경감하기 위한 낙태나 양자결연이 요구되지 않는다고 판단하여 결과회피원칙을 적용하지 않고 있다.¹⁷⁷⁾ 예컨대 Troppi v.

173) RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS §918 (1979). 이 조항은 “타인의 불법행위에 의하여 손해를 입은 자는 불법행위가 있는 후에 자신의 합리적인 노력이나, 비용부담에 의하여 피할수 있었던 손해에 대해서는 배상을 청구할 자격이 없다”고 규정하고 있다.

174) Boone v. Mellendore, 416 So. 2d 728 (“태아를 만삭이 될 때까지 임신하고자 한 어머니의 결정에는 그 아이를 낳아서 양육하고자 하는 어머니의 결정이 내재되어 있다. 아이를 임신하고자 한 결정이 경제적으로 동기화된 것이 아니기 때문에 아이를 부양비는 경제적으로 산정될 수 없다.”); Coleman v. Garrison, 327 A.2d 757, 761 (Del. Super. Ct. 1974) (“동법원은 다른 법적인 대안들을 취할 수 있는 경우에서 조차 원고들이 그 아이를 양육하기로 결정하면 피고에 대하여 아이를 부양하는데 필요한 손해액을 산정하는 것은 합리적이라고 판단하지 않는다. 이와 같이 하는데 있어서 원고인 부모는 이익들이 아이를 양육하는데 수반되는 어떠한 어려움이나 비용보다 크다는 것을 나타내고 있다.”). 349 A.2d 8 (Del. 1975); Ziemba v. Stemberg, 45 App. Div. 2d 230, 234, 357 N.Y.S.2d 265, 270 (1974) (“합법적인 임신중절이 그 당시에 취할 수 있는 선택이었기 때문에 원고가 이와 같은 합법적 대안을 이용하지 않은 사실은 현재의 손해액 청구를 방지하는 작용을 하여야 한다.”).

175) Robak v. United States, 658 F.2d 471, 478-79 (7th Cir. 1981); Schork v. Huber, 648 S.W.2d 861, 862 (Ky. 1983).

176) 이러한 범주의 대표적인 사례인 Shabeen v. Knight사건의 판결[11 Pa. D. & C. 2d 41 (1957)]에서 법원은 많은 사람들은 그들이 후견과 양자에 대한 권리가 주어진다면 이 아이들을 부양하려고 할 것이라고 하였다. 이 사례는 아이의 부양비를 부정하는 대다수의 법원에 의하여 인용되었다 [Public Health Trust v. Brown, 388 So. 2d 1084, 1086 (Fla. Dist. Ct. App. 1980); Mason v. Western Pa. Hosp., 499 Pa. 484, 487, 453 A.2d 974, 976 (1982); Rieck v. Medical Protective Co., 64 Wis. 2d 514, 519-20, 219 N.W.2d 242, 245 (1974)].

177) Stills v. Gratton, 55 Cal. App. 3d 698, 709, 127 Cal. Rptr. 652, 658 (1976); Kingsbury v. Smith, 122 N.H. 237, 243, 442 A.2d 1003, 1006 (1982); Jones v. Malinowski, 299 Md. 257, 274, 473 A.2d 429, 438 (1984).

Scarf사건의 판결에서 법원은 법적으로는 어떤 임신부에게도 낙태나, 양자결연을 할 것을 요구할 수 없다고 하면서 양자결연의 부작용을 다음과 같이 적시하였다. 즉 ① 친부모가 아이를 양육하는 것이 바람직하고, ② 부적절하다고 판단되는 경우를 제외하고는 산모는 아이를 양육할 권리가 있으며, ③ 양자결연이 아이에 대하여 심리적으로 영향을 미치게 된다는 것이다.¹⁷⁸⁾ 일반적으로 이 문제에 관한 미국판례들은 불법행위에 의한 피해자는 예견되는 손해를 회피하거나 감소하기 위하여 비합리적인 노력을 할 의무가 없기 때문에 낙태나, 또는 양자결연에 의하여 손해를 경감할 필요가 없는 것으로 본다.¹⁷⁹⁾ 부모는 落胎나 양자결연을 택하여 손해를 경감할 것이 강제되지 않으며, 이러한 부모의 선택의 실패가 손해배상액을 산정하는데 있어서 상계로서 고려되지 않는다는 것이다. 피해자의 손해의 경감은 오로지 그것이 합리적인 방법으로 이루어졌을 경우에만 가능한 것이다.¹⁸⁰⁾ 아이를 계속 임신하지 않겠다고 하는 결정은 이미 임신한 아이의 낙태나, 또는 양자결연을 결정하는 것과는 전혀 다른 것이다. 만일 부모가 양자택일을 하여야 할 상황에 직면한다면 그들은 가장 바람직한 선택을 할 것이기 때문에 손해배상으로부터 배제당하지 않는다.¹⁸¹⁾ 그리고 부모가 임신한 아이를 낙태할 권리를 가지고 있지만 그 권리가 자동적으로 의무로 轉換되는 것이 아니므로, 부모는 임신한 아이를 낙태하거나, 양자결연을 하여 그들의 손해를 경감할 아무런 의무가 없는 것이다. 또한 피고는 오직 합리적인 손해액 산정이 요구되기 때문에 부모에게 그러한 감경행위를 요구할 권리를 가질 수 없는 것이다. 이미 임신한 아

178) Id. 259, 187 N.W.2d 520.

179) Johnson v Univ Hosp of Cleveland, 44 Ohst 3d 49, 540 N.E. 2d 1370 (1989).

180) 미국의 원하지 않은 아이의 임신과 출산에 관한 소송은 법정에서 과실불법행위소송의 당사자주의의 절차에 대하여 특별히 부적합한 문제를 발생시켰다. 그 문제의 하나가 결과회피원칙의 적용이다. 이러한 소송에서 이 원칙의 적용은 원고가 의사의 과실의 결과를 합리적으로 피할 수 없었다는 것을 입증할 수 있을 때 한하여 손해를 배상받을 수 있다는 것을 의미한다. 이러한 유형의 과실소송에 결과회피원칙의 적용은 중대한 도덕적 문제가 있을 뿐만 아니라 낙태나, 양자결연에 대한 부모의 신념과 아이의 동반관계의 가치를 필연적으로 추구하고 있다.

181) Univ of Arizona v. Pima Country, 150 Az. 184, 722 P.2d 352 (1986) ; Lindsey v. Dempsey, 153 Az. 230, 735 P.2d 840 (1987).

이를 낙태하거나, 또는 양자결연한다는 것은 부모와 아이 사이에 발전되어 온 정서적 결속을 무시하는 것으로 아이의 최상의 이익과 부모의 자연적인 본능에 비추어 볼 때 비합리적인 것이다. 그러므로 부모가 임신한 아이의 낙태 내지 양자결연을 하지 않더라도 그것이 의사의 책임문제에는 전혀 영향을 미치지 않는 것이다. 이러한 결과회피원칙은 양자결연이 쉽지 않은 장애아가 태어난 경우로서 원고들이 의사의 과실이 없었다면 낙태를 하였을 것이라고 주장하는 wrongful birth소송에는 더욱 합당하게 적용될 수 없는 것으로 보인다.

(3) 損益相計原則의 적용

결과회피원칙과 더불어 원하지 않은 임신과 출산에 관한 손해배상액의 산정에 있어서 손익상계의 원칙이 적용될 수 있느냐의 여부가 마찬가지로 문제되고 있다. 대다수의 미국법원들은 이 경우에 손익상계원칙에 의한 손해배상방법에 동의하지 않는다.¹⁸²⁾ 그러나 몇 개의 미국법원들은 불법행위법에 관한 Restatement상의 손익상계원칙¹⁸³⁾의 적용을 주장하여 왔다.¹⁸⁴⁾ 대다수의 미국법원들은 이 소송에서 부모는 아이로부터 사랑과 애정을 경험하고 아이의 성취로부터 自負心을 갖게 되며, 아이와의 紐帶로부터 기쁨을 얻기 때문에 부모가 되는 것은 전통적으로 이익이 되는 것으로 생각하여 왔다.¹⁸⁵⁾ 그리고 이러한 이익은 부모의 어떤 부담보다 더 가치가 있는 것으로 간주하여 왔다. 따라서 몇 개의 미국법원들은 손익상계의 원칙을 적용하여 진상조사원인 배심원에 의하여 원고가 얻은 이익을 원고의 손해액에서 상계하고 있다.¹⁸⁶⁾ 예컨대, Arizona주 대법원은

182) Schork v. Huber, 648 S.W.2d 861, 863 (Ky. 1983); Johnson v. University Hosps., 540 N.E.2d 1370, 1378 (Ohio 1989).

183) RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS §920 (1979).

184) Custodio v. Bauer, 251 Cal. App. 2d 303, 59 Cal. Rptr. 463, 476 (1967); Sherlock v. Stillwater Clinic, 260 N.W.2d 169, 176 (Minn. 1977); Burke v. Rivo, 551 N.E.2d 1, 6 (Mass. 1990); Jones v. Malinowski, 473 A.2d 429, 434 (Md. 1984).

185) Troppe v. Scarf, 31 Mich. App. 240, 187 N.W.2d 511 (1971).

186) Restatement(Second) of Torts 920 (1979)에서는 피고의 행위가 손해를 야기하였을 때, 그로 인하여 손해를 입은 원고가 동시에 특별한 이익을 얻게 된다면, 그것이 공평한 한도 내에서 손해배상액의 경감에 고려되어야 한다고 규정하고 있다.

University of Arizona Health Sciences Center v. Superior Court사건의 판결¹⁸⁷⁾에서 아이의 부양비는 배상될 수 있으나, 부모가 아이로부터 얻은 이익에 의하여 상계되어야 한다고 판시하였다. 동법원은 경우에 따라서는 계획의 아이의 출산이 부모에게 심각한 재산적·정신적 문제를 야기할 수 있기 때문에 건강한 아이의 출산이 언제나 이익이 되지 않는다는 사실을 인정하였다.¹⁸⁸⁾ 또한 동법원은 아이의 부양비는 사례의 특수한 상황에 따라 부모에게 준 재산적·비재산적 이익에 의하여 상계되어야 한다고 판단하였다. 이 법원들은 손해가 배상되기 전에 배심원이 모든 상황을 형량하기 때문에 이 원칙의 적용만이 각 사례에서 불법행위법의 목적을 달성하는데 있어서 가장 정확하고 충실한 결과를 가져올 수 있다고 한다.¹⁸⁹⁾ 그러나 최근에 순수한 이익으로서의 부모에 대한 이러한 견해의 유효성은 의심되어 왔다. Minnesota주 대법원은 부모의 이익이 자동적으로 그 부담보다 가치가 있다고 보는 것은 근시안적인 것이라고 주장하였다.¹⁹⁰⁾ 이러한 견해에 찬동하는 소수의견은 삶이 존중되는 권리이고, 개인의 삶이 그 자신에게 고귀한 것이라고 가정하더라도 미성년자를 보호하여야 할 의무를 가진 자들에게 자동적으로 이익만 주고 부담을 주지 않는다는 결론이 나오는 것은 아니라고 하였다.¹⁹¹⁾ 만약 부모가 되는 것이 더 이상 순수한 이익이 되는 것이 아니라면, 어떤 이익에 기인하는 가치가 손해배

187) 667 P.2d 1294, 1297 (Ariz, 1983). 이 사건에서 원고인 부부는 이미 세명의 자녀가 있었기 때문에 더 이상 아이를 갖지 않기로 결정하였다. 남편이 정관절제수술을 하였으나, 그의 아내는 임신하여 건강한 아이를 출산하였다. 따라서 이 부부는 의사와 병원을 상대로 아이의 부양비를 포함한 손해배상을 청구하는 소송을 제기하였다.

188) Id. 1299-1300.

189) Id. 1031; Jones, 473 A.2d 438; Burke v. Rivo, 551 N.E.2d 1, 6 (Mass, 1990).

190) Sherlock v. Stillwater Clinic, 260 N.W.2d 169, 175 (Minn, 1977).

191) Cockrum v. Baumgartner, 99 Ill. App. 3d 275, 425 N.E.2d 971 (Linn, J., concurring). 만약 정상적인 아이의 부양이 순수한 부담이 될 수 있다면, 무서운 질병으로 비정상성의 고통을 입는 아이의 부양은 아마도 축복받은 사건과 균형이 맞지 않는다 [Christensen v. Thornby, 192 Minn. 123, 255 N.W.2d 620 (1934)]. 어느 평석자는 부모는 늙었을 때 아이가 그들에게 봉사하는 경우에 아이로부터 경제적 이익을 얻는다고 주장한다. 그러나 이 주장은 비정상적인 아이가 그 자신과 부모를 부양할 수 없을 경우에는 적용될 수 없다 [Note, wrongful Birth Damages: Maclate and Mishandling by Judicial Fiat, 13 VAL. U. L. REV. 127, 159-60 (1978)].

상액으로 부터 경감되어야 할지의 여부가 문제된다. 비록 부모가 되는 것이 이익이라는 견해를 수용하더라도 불법행위법에 관한 Restatement상의 어떤 이익은 그 이익이 손해를 입은 것과 동일한 이해관계에 있는 경우에만 손해의 경감에 고려될 수 있다.¹⁹²⁾ 이 사례에서 동일한 이해관계의 제한은 건강한 아이의 출산으로 부모가 얻는 정신적 이익은 정신적 손해에 의하여 상계하는데 적용되는 것을 의미하게 될 것이다.¹⁹³⁾ 그리고 아이의 부양비에 적용할 수 있는 상계는 아이로부터 기대되는 재산적 이익이 될 것이다. 그러나 상계를 인정하는 법원들은 두가지 방법에서 불법행위에 관한 Restatement상의 규정을 잘못 적용하고 있다. 즉 이 법원들은 ① 손해액을 다른 이해관계에 있는 이익으로 상계하고 있으며, ② 이 원칙은 공평한 배상액의 경감을 간과하고 있다. 그러나 한편 손익상계원칙의 적용을 지지하는 견해에 의하면 계획외의 아이에 대한 경제적 부담과 정신적 고통은 뒤엉켜 있고, 근본적으로 동일한 이해관계에 있기 때문에 이러한 주장은 설득력이 없다고 한다.¹⁹⁴⁾ 또한 이 원칙이 不當利得의 관념에 기초를 두고 있기 때문에 동일한 이해관계의 제한을 엄격하게 해석하는 것은 많은 사례에서 부당이득의 발생을 허용하게 된다고 판단하고 있다.¹⁹⁵⁾ 그러나 부모에게 주어진 정신적 이익은 이들이 두개의 서로 다른 이해관계이기 때문에 아이의 부양비의 배상을 경감하기 위하여 사용되어서는 아니된다.¹⁹⁶⁾ 부모가 아이로부터 얻는 정신적 이익이 아이의 부양에 따르는 경제적 부담보다 더 가치가 크기 때문에 아이의 부양비를 부정하는 법원들은 단지 이 원칙을 잘못 적용한 것이다. 이러한 정신적 이익은 장애아가 태어난 wrongful birth의 경우에는 기대하기 어려울 것이

192) RESTATEMENT(SECOND) OF TORTS §920, comment b (1979).

193) Marciniak v. Lundborg, 450 N.W.2d 243, 248-49 (Wis. 1990).

194) Troppi, 187 N.W.2d 518. 이 판결에서 법원은 임신과 그에 따르는 고통은 뒤엉켜 있기 때문에 계획외의 아이에 대한 부양비로부터 그러한 부분의 손해액을 분리한다는 것은 비정상적인 것이 될 것이라고 하였다.

195) University of Ariz. Health Sciences Ctr., 667 P.2d 1031 (Gordon, J., concurring in part and dissenting in part).

196) Id. 248-49.

며, 장애아는 그 자신조차 부양할 수 없기 때문에 재산적 이익은 더욱 기대할 수 없을 것이다. 또한 법원들이 부모가 아이로부터 얻는 이익과 아이의 부양비를 상계하는 경우에는 부모의 아이에 대한 사랑과 애정을 궁지에 몰아 넣게 된다. 더 나아가 피고가 원고에게 그들의 의사에 반하여 그러한 이익을 강요하도록 허용하는 것은 이 원칙의 목적에 반한다. 따라서 이 원칙에 대한 정당하고, 적절한 固守는 어떤 상계없이 아이의 부양비의 배상을 인정하는 것이다.¹⁹⁷⁾ 또한 이 원칙은 몇가지 측면에서 공공정책을 攪亂시키고 있다. 예컨대 배심원이 아이가 부모에게 대하여 이익이 되는 가치에 가격표를 매긴다고 하는 것은 불가능하다고 한다.¹⁹⁸⁾ 또한 손익상계의 원칙을 적용하는 법원들은 그들이 전통적인 불법행위법의 원리를 가장 적게 벗어나야 함에도 불구하고, 또한 그들의 접근방법이 더 좋다고 하면서도 손해경감의 의무와 같은 다른 불법행위법의 원리를 잘못 적용한 것이다.¹⁹⁹⁾ 또 다른 분석상의 결함은 부모의 비용부담과 이익의 실질적인 산정에서 발견된다. 즉 wrongful conception 사례에서 손익상계의 원칙은 부모가 이미 이익이 부담보다 가치가 없다는 것을 분석하였고, 그래서 불임수술을 했다는 사실을 무시한 것이다.²⁰⁰⁾ 그리고 무엇보다도 배심원이 통상적으로 그들의 손해배상을 항목별로 세분화하지 않았기 때문에 배상액을 확정하기가 어렵고, 또한 그 비용과 이익을 상계함에 있어서 그들이 어떻게 산정되는가를 이해할 수가 없다.²⁰¹⁾ 뿐만아니라 손익상계원칙의 실질적인 적용을 분석한 믿을 만한 통계자료도 없는 것이다. 따라서 원하지 않은 임신과 출산에 관한 사례에서 손익상계원칙은 합당하게 적용될 수 없는 것으로 보인다.

197) *Marciniak v. Lundborg*, 450 N.W.2d 243, 245, 249 (Wis., 1990); *Lovelace Medical Ctr. v. Mendez*, 805 P.2d 603, 618-20 (N.M., 1991).

198) *Johnson*, 540 N.E.2d 1378.

199) *University of Ariz. Health Sciences Ctr.*, 667 P.2d 1303.

200) *Marciniak*, 459 N.W.2d 249.

201) *Jones*, 473 A.2d 431.

IV. 結 語

원하지 않은 임신과 출산에 관계되는 소송은 손해의 대상이 高度의 가치가 상정되어 있는 인간의 생명과 관련되어 있기 때문에 그 손해의 배상범위를 정하는데 있어서 매우 어려운 문제가 발생하고 있다. 미국은 이러한 문제를 해결함에 있어서 전통적인 불법행위법리를 벗어나 인간의 삶의 가치를 최우선적으로 한 公共政策를 고려하여 손해배상의 여부 및 그 범위를 정하여 왔다. wrongful conception 소송에서는 부모가 아이의 출산으로 입은 손해외에 정상적으로 태어난 아이의 부양비까지 배상하여야 할 것인지의 여부가 문제의 초점이 되고 있다. 이에 관하여 대다수의 미국법원들은 아이의 부양비의 배상을 부정하고 있다. 한편 아이의 부양비를 인정하는 법원들도 부모가 아이로부터 얻는 이익과 상계하고 있다. 그러나 최근에는 이 소송을 전통적인 불법행위법의 원리가 적용되는 의료과오소송으로 간주하여 아이의 임신과 출산에 관련된 비용뿐만 아니라, 아이의 부양비도 인정하는 판례가 나오고 있으며, 학설에서도 이를 지지하고 있다. 이 소송은 아이를 가지지 않으려고 하는 원고의 확고한 선택에 대한 구제책이라고 볼 수 있다. 그리고 아이가 정상아라고 하여도 부모가 아이의 출산을 원하지 않은 것이므로 그들의 가족계획에 대한 선택권이 박탈된 것이다. 아이의 부양에 수반되는 비용은 결코 무시할 수 없으며, 경우에 따라서는 가족은 재정상의 窮乏을 면하지 못할 수도 있을 것이다. 따라서 이 경우에 피해자에 대한 손해배상액은 다른 의료과오소송에서와 같이 산정하되 불임수술의 動機 등 여러 가지 요소를 참작하여 신중을 기하여 산정하여야 할 것이다. 부모의 불임수술의 동기가 가정의 열악한 경제적인 측면에 있는 경우에는 아이의 부양비의 배상은 어느정도 고려되어야 할 것이다. 그리고 부모가 정상적인 아이로부터 얻는 정신적 이익이 있다면, 그것은 부모에 의하여 청구되는 정신적 손해배상액과 상계하면 될 것이다. 이러한 사례에서 배상액의 산정은 기본적인 불법행위법의 원리에 의하는 것이 오히려 공공정책상의 曖昧한 이론적 논거에 의한 것보다는 훨씬 나을 것으로 본다. 이러한 긍정적인 손해배상은 계획하지

많은 아이를 양육할 수 있는 경제적 수단에 의하여 가족의 안정을 추구하는 사회적 요청을 재확인하는 것이다. 위와는 달리, 의사의 과실에 의하여 장애아가 태어난 경우에는 wrongful birth소송과 wrongful life소송이 병합적으로 제기될 수 있다. 이 경우에 미국의 대다수의 법원은 아이의 장애는 의사의 과실에 의한 것이 아니고 선천적인 것이므로 손해를 입지 않았으며, 공공정책상 非存在보다도 장애를 입고 살아가는 삶이 더 가치가 있다고 하여 부모와 아이에게 부양비배상을 부정하고 있다. wrongful birth소송에서 대다수의 미국법원들은 아이의 유전적 장애에 의하여 야기된 통상외의 비용만을 배상하고 있다. 이 경우에 부모는 아이의 임신을 원하여 양육할 의사가 있었기 때문에 아이의 통상적인 부양비는 배상되지 않아도 가족의 경제적 부담에는 문제가 없을 것으로 보인다. 그러나, 유전적 장애를 입은 아이는 가끔 가족뿐만 아니라 사회에도 적지 않은 정신적·재산적 부담을 주면서 不具者로서 불완전한 삶을 살아 가야 한다. 따라서, 특히 중대한 장애를 가진 자에 대해서는 실질적인 부양비는 손해액 산정에 고려되어야 하며, 부모나 아이 가운데 어느 한쪽에서 부양비를 배상받아야 할 것이다. 이러한 유형의 소송에서도 장애아를 태어나게 한 의사의 과실이 전제되어 있으며, 전통적인 불법행위의 성립요건인 의무의 존재, 그 의무의 위반, 인과관계, 그리고 손해가 증명될 수 있다. 따라서, 불법행위자는 이러한 유형의 소송에서 그 자신이 야기한 손해에 대하여 배상책임을 지는 것이 원칙이라고 할 것이다. wrongful life소송은 미국법원들이 주장하듯이 인간의 가치를 저하시키려고 하는 것이 아니라 오히려 사회에 깊이 뿌리내린 책임원리를 유지하려는 시도라고 볼 수 있다. 아이가 의사의 과실로 인하여 태어난다면, 그 아이도 손해배상을 받을 권리가 있다. 이 문제는 신학적 또는 철학적 전제를 요건으로 하는 것이 아니다. 이것은 순수하고 단순한 過失의 문제로 보아야 할 것이다. 의료기술의 발전으로 현재의 심각한 장애가 미래에는 심각하지 않거나 심지어는 완치될 수도 있는 것이다. 결국은 유전적 질병을 치료할 수 있는 의료기술의 발전으로 원고는 원하지 않은 삶보다는 만족스럽지 못한 삶을 이유로 하여 소송을 제기하게 될 것이다. 다만 이러한 유형의 불법행

위소송은 중대한 장애를 입은 자에 한하여 제기되어야 할 것이다. 한편 wrongful life소송의 인정은 발전된 遺傳醫學으로 보다 철저히 진료에 임하여야 할 의료서비스공급자의 의무를 확대시킴으로써 유전상으로 장애를 입은 아이의 출산을 미연에 방지할 수 있을 뿐만 아니라 동시에 더 주의깊은 의료서비스도 보장받을 수도 있을 것이다.

周知하는 바와 같이 우리나라에서도 이미 원하지 않은 아이의 임신과 출산문제로 인한 소송이 제기되어 이에 관한 배상문제를 다룬 판결이 나왔으며, 환경오염 등에 의하여 장애아의 출산이 증가할 것으로 보인다. 따라서, 우리나라에서도 이러한 유형의 소송이 증가할 것이며, 이에 대비하여 이 문제에 관한 법리의 형성·발전이 시급히 요청되고 있다.