

Wrongful Life로 인한 障 碍 兒 自 身 의 醫 師 에 대 한 損 害 賠 償 請 求

尹 眞 秀*

I. 序 論	3. 學 說 上 의 論 의
II. 獨 逸 에 서 의 論 의	V. 프 랑 스 에 서 의 論 의
1. 判 例	1. 判 例
2. 學 說 上 의 論 의	2. 判 例 에 대 한 반 응
III. 美 國 의 判 例	VI. 우 리 나 라 에 서 의 論 의
IV. 영 국 에 서 의 論 의	1. 判 例
1. 判 例	2. 學 說
2. Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976과 wrongful life	VII. 私 見
	VIII. 結 論

I. 序 論

현대 에 이르러 의 학 기 술 의 발 달 로 말 미 암 아 장 래 출 생 할 자 녀 에 게 장 애 가 있 을 것 인 가 여 부 도 쉽 게 예 측 할 수 있 게 되 었 다. 이 자 체 는 커 다 란 진 보 라 하 겠 으 나, 다 른 한 편 그 로 인 하 여 여 러 가 지 문 제 가 파 생 되 고 있 다. 즉 장 차 태 어 날 자 녀 에 게 유 전 적 인 질 병 이 나 다 른 장 애 가 있 을 것 을 미 리 예 측 할 수 있 게 되 면, 그 러 한 자 녀 를 처 음 부 터 임 신 하 지 않 거 나, 또 는 일 단 임 신 한 경 우 에 는 이 를 낙 태 하 는 방 법 을 선택 할 수 있 게 되 는 것 이 다.

이 러 한 선택 자 체 가 법 적, 윤 리 적 으 로 논 란 의 대 상 이 될 수 있 는 것 은 말 할 필 요 도 없 다. 그 런 데 여 기 서 다 루 려 고 하 는 것 은, 이 러 한 선택 그

* 서울대 法大 副 教 授

자체에 대한 것이 아니라, 그러한 선택이 법적으로 허용되는 경우에, 그러한 선택을 위하여 필요한 의학적 정보를 제공한 의사 등의 전문가가 잘못된 정보를 제공함으로써 그러한 선택을 방해하였다면, 그로 인하여 부담하게 되는 양육비라든지 치료비 등에 관하여 의사 등을 상대로 하여 손해배상책임을 물을 수 있는가 하는 점이다.

예컨대 구체적으로 말한다면, 가령 부모가 자신이 낳게 될 자녀에게 유전적인 장애가 나타날 것을 염려하여 그러한 장애가 나타난다면 자녀를 출산하지 않을 생각으로 의사에게 문의하였으나, 의사가 이를 부정하여, 의사의 답변을 신뢰하고 자녀를 출산하였는데 그 자녀에게 염려하였던 유전적 장애가 나타난 경우라든지, 또는 임신 중인 여성이 임신 초기에 風疹에 감염되었는데, 이처럼 풍진에 감염된 여성이 출산한 자녀는 심한 장애를 나타낸다는 사실을 알고 있기 때문에, 풍진에 감염된 사실이 확인되면 낙태를 할 생각으로 의사에게 문의하였으나, 의사가 풍진이 아니라고 잘못 답변한 결과로서, 결국 장애가 있는 자녀를 낳게 된 경우 등이다.

이러한 사례도 다시 누가 손해배상을 청구하는가에 따라 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 그 하나는 위와 같이 장애아를 출산한 부모가 손해배상을 청구하는 경우이고, 다른 하나는 장애아 자신이 손해배상을 청구하는 경우이다. 영미에서는 전자의 경우를 wrongful birth, 후자의 경우를 wrongful life라고 부르고 있으며, 다른 나라에서도 이러한 호칭이 일반적으로 쓰이고 있다.¹⁾

이러한 문제는 외국에서는 비교적 일찍부터 문제되어 왔고, 그에 관한 재판례도 많으나, 우리 나라에서는 근래에 이르러서야 이 문제가 논의되

1) 이 이외에 부모가 자녀를 낳지 않으려고 하였는데 의사 등의 과실로 인하여 그 계획에 어긋나게 正常兒를 출산한 경우를 wrongful conception 또는 wrongful pregnancy라고 한다. 이러한 용어에 대하여는 尹眞秀, “醫師의 過失에 의한 子女의 出生으로 인한 損害賠償責任(1)”, 法曹 1999. 7. 33면 및 그곳의 註 2) 참조. 위 논문에서는 장애아의 부모가 손해배상을 청구하는 경우를 障碍兒 父母型, 障碍兒 자신이 손해배상을 청구하는 경우를 障碍兒 自身型이라고 불렀다.

었고,²⁾ 최근에는 위 wrongful life에 관하여 장애아 자신의 손해배상청구권을 부정한 대법원 판결도 선고되었다.³⁾

이하에서는 주로 위 후자의 경우, 즉 장애아 자신의 손해배상청구에 초점을 맞추어 외국의 판례와 학설상의 논의를 소개하고 간단한 해석론을 전개하여 보고자 한다. 이 문제에 관하여는 원래 미국에서부터 논의가 비롯되었으나, 이에 대하여는 이덕환 교수가 따로 발표하였으므로 여기에서는 미국에서의 논의는 간단히 언급하는 데 그치며, 미국만큼 활발한 논의가 벌어지고 있는 독일의 상황을 중점적으로 살피고, 이 이외에 영국과 프랑스에서의 논의에 대하여도 언급하고자 한다.

II. 獨逸에서의 논의

1. 判 例

獨逸聯邦大法院(Bundesgerichtshof, BGH)은 1983. 1. 18. 판결⁴⁾에서 장애아 출산으로 인한 손해배상책임의 문제에 관하여 최초로 견해를 표명하였다.⁵⁾

가. 사실관계

제1원고(여아)는 제2원고(妻)와 제3원고(夫) 사이에서 1977. 2. 24. 태어났다. 그런데 제2원고는 그 임신 초기에 風疹에 걸려서 그 결과로 심한

2) 이 문제를 다룬 국내의 문헌으로서는 尹眞秀(註1) 외에 全炳南, “원치않는 삶과 醫師의 損害賠償責任”, 法曹 2000. 3. 198면 이하 및 위 글 201면 註 3)에서 열거하고 있는 것들 참조.

3) 大判 1999. 6. 11., 98다22857(公 1997하, 1361).

4) BGHZ 86, 240 = JZ 1983, 447 mit Anm. Deutsch.

5) 이 판결 이전에 연방대법원은 1980. 3. 18.의 두 판결(BGHZ 76, 249; BGHZ 76, 259)에서 wrongful conception, 즉 가족계획에 실패하여 정상아를 출산한 사안에 관하여는 부모가 정상아인 자녀를 양육하는 데 드는 비용을 의사 등에게 손해배상으로 청구할 수 있다는 견해를 밝혔다. 이에 대하여는 尹眞秀(註1), 34 - 41면 참조.

장애를 가진 제1원고를 낳게 되었다.⁶⁾ 원고들은 피고인 산부인과 의사에 대하여, 피고가 제2원고가 풍진에 걸린 사실을 발견하지 못하여 제2원고로 하여금 임신중절을 할 수 없게 하였다고 하여, 손해배상청구를 하였다. 원심은 원고들의 청구를 모두 기각하였는데, 이에 대하여 원고들이 상고하자 연방대법원 제6민사부는 제1원고의 상고는 기각하고 부모들인 나머지 원고들의 상고만을 인용하여 이 부분 원심판결을 파기 환송하였다.

나. 理由의 要旨

피고가, 제2원고의 풍진 감염에 따른 제1원고의 중증의 장애의 위험을 조사하여야 할 계약상의 의무를 제대로 이행하지 못하였다는 점에는 의문의 여지가 없다.

이러한 귀책사유 있는 피고의 계약침해(이는 동시에 제2원고의 건강침해에도 해당한다)로부터는 부모의 청구권은 인정되지만, 자녀 자신의 청구권은 인정되지 않는다.

(1) 부모의 청구권

a) 모의 청구권

제1원고의 출생으로, 母의 결정에 의하여 임신중절에 의하여 예방할 수 있었던 위험이 실현되었다. 그로 인하여 母에게 발생한 손해는 피고가 자신의 계약 침해에 의하여 야기하였고, 따라서 기본적으로는 이를 배상하여야 한다. 이러한 손해는 계약법상의 재산적 손해로서, 母가 자녀를 위하여 전부 또는 부분적으로, 경우에 따라서는 평생 부담하여야 할 재정적 및 물질적인 양육비용으로서 존재한다. 원고의 소송대리인은, 부모에게는 손해로 인한 추가비용만이 문제되고, 건강한 자녀에게도 발생하였을 양육

6) 임신 초기에 母가 풍진에 걸리면 장애아를 낳을 확률이 매우 높는데, 조사에 따라 다르나 임신 1개월일 때에는 11 - 58%, 임신 2개월이면 12 - 36%, 3개월이면 8 - 15%, 4개월이면 7% 이하라고 한다. 高波澄子, 先天性風疹症候群兒出生と損害について, 山 正男・五十嵐 清・藪 重夫 古稀記念 民法學と比較法學の諸相 II, 1997, 72 - 73면 참조. 우리 母子保健法 제14조 제1항 제2호, 시행령 제15조 제3항도 풍진을 인공임신중절수술이 허용되는 전염성질환으로 열거하고 있다.

비용은 문제되지 않는다는 것을 명백히 하였으므로 당 재판부는 이 추가 비용의 청구에 대하여만 판단한다. 이러한 추가비용이 친족법상의 부양의 무에 대응한다는 점은, 책임 있는 제3자에 대한 관계에 있어서 재산적 손해로서 특징 지우는 것에 장애가 되지 않는다. 이로부터 계획에 어긋나게 출산한 자녀의 경우와 마찬가지로, 그 장애가 있는 상태로서는 어머니의 희망에 따르면 태어나지 않았을 자녀에 있어서도 적어도 그 장애로 인한 추가비용은 배상되어야 할 손해로 문제될 수 있다.

그리고 母의 위자료에 관하여는, 임신 그 자체는 의사의 과실에 의한 것이 아니라 母의 자유로운 결정에 의한 것이거나, 또는 母가 감수한 것이기 때문에, 장애로 인한, 자연적이고 문제없는 출산과 결부되는 고통을 초과하는 고통의 부담만이 민법 제847조에 의한 위자료 청구권의 발생 근거가 될 수 있다고 본다. 이 이외에 심한 장애를 입은 자녀를 가지게 됨으로 인하여 입는 정신적 부담으로 인한 위자료 청구권은 獨逸의 法秩序와는 異質的인 것이다. 명예의 보호의 영역에서 인격권 침해로 인한 위자료 유사 배상을 인정하는 연방대법원의 판례는 이 경우에까지 확장될 수 없다. 무엇보다도 그 기본에 있어서 법적 규율에 위반하는 금전 배상이 一般的 人格權의 放射로서의 “家族計劃의 權利(Recht auf Familienplanung)”의 침해에 대하여 부여될 수는 없다.⁷⁾

b) 父의 請求權

父에게도 처에게와 마찬가지로 금전적 및 물질적 비용으로 인한 손해 배상청구권이 인정된다. 父도 치료관계의 보호영역에 편입되었다. BGHZ 76, 259, 262에서 선언된 원칙은 여기서도 마찬가지로 적용된다.

(2) 子女의 請求權

7) 독일민법 제253조는 “재산손해가 아닌 손해는 법률로 정하여진 경우에만 금전에 의한 배상을 청구할 수 있다”고 규정하여 정신적 손해로 인한 위자료 청구권이 인정되는 경우를 제한하고 있고, 제847조는 불법행위로 인한 위자료 청구권을 신체 또는 건강의 침해 및 자유의 침탈(제1항)과 부녀에 대하여 윤리에 반하는 범죄가 행하여지거나 혼인 외의 성교를 하게 한 경우(제2항)의 경우에만 한정하고 있다. 이에 대한 예외로서 판례상 인정되고 있는 것이 이른바 一般的 人格權(Allgemeines Persönlichkeitsrecht)의 침해로 인한 위자료인데, 이 판례는 이러한 일반적 인격권의 침해로 인한 위자료가 가족계획의 권리 침해의 경우에는 인정될 수 없다고 한 것이다.

당 재판부는, 항소심과 마찬가지로, 자녀는 피고의 의무위반으로부터 청구권을 이끌어낼 수 없다고 본다. 이에 관한 영국 抗訴法院(Court of Appeal)의 1982. 2. 22. 판결(McKay v. Essex Health Authority and Another)도 자녀의 청구권을 부정하였고, 영국의 법률도 그러하며, 미국에서도 이러한 견해가 지배적이다. 독일에서도 자녀의 청구권을 부정하는 견해가 압도적이라고 할 수 있다.

태아에게 장애가 있을 것으로 예견되고, 따라서 사회나 그 자신의 견지에서도 무가치하다는 이유로 태아의 출생을 방지할 직접적인 불법행위법상의 의무는, 일반적인 완전성의 보호를 지향하는 불법행위법의 행위규범의 범위 내에서는 이질적인 것이고, 그러한 의무는 존재하지 않는다. 着床 이후의 태아도 포함하는 인간의 생명은, 가장 고차적인 법익으로서, 절대적으로 보전할 가치가 있다. 제3자에게는 그 가치에 대한 판단을 할 권한이 없다.

그러므로 배상 의무를 발생시키는 피고의 의무 위반은 母와의 치료관계에서 나올 수밖에 없는데, 계약의무가 불법행위법상의 의무를 발생시킬 수도 있으나, 생명을 가능하게 하거나 그 방지를 하지 않는 것이 민법 제 823조 제1항에 의하여 보호되는 법익의 침해에 해당하지 않는다. 무엇보다도 심한 장애가 있는 생명이 無生命이라는 대안과 비교하여 법률적인 의미에서 손해에 해당하는지, 아니면 그래도 여전히 더 유리한 상태인지에 관한 일반적인 구속력 있는 판단은 불가능하다.⁸⁾

그러므로 피고가 아직 태어나지 않은 胎兒 保護 效果의 합의에 의하여 이 태아에 대하여 이행하여야 할 직접적인 계약상의 의무만을 따져 보기만 하면 되는데, 당 재판부는 이 또한 긍정할 수 없다. 태아가 책임을 발생시키는 피고의 행동이 있을 당시에는 아직 권리능력을 취득하지 않았다는 이유만으로 그러한 의무를 부정할 수는 없지만, 당 재판부로서는 무엇보다도 현행법이 母에게 명시적으로 母 자신의 고유한 이익을 위하여

8) 이 판결은 여기서 영국의 위 McKay v. Essex Health Authority and Another 사건 판결에서의 Stephenson 판사의 다음과 같은 의견을 인용하고 있다. "Man, who knows nothing of death or nothingness, cannot possibly know, whether that is so."

만 임신중절을 허가하고 있다는 점에서, 그러한 보호 효과의 합의가 있다고 인정할 수 없다.

뿐만 아니라 이러한 독일 임신중절법상의 특수한 형태는 별론으로 하더라도, 그러한 결론은 불가피하다. 이는 원심이 실시하고 있는 것처럼, 법적 주체로서 자신의 존재와 권리능력을 발생시키는 행위로부터 청구권을 이끌어내는 것은 생각할 수 없다는, 형식논리적인 점이 중요한 것은 아니다. 이보다는 이러한 사례에 있어서는 법률적인 청구권의 규율이 감수할 수 있는 한계에 도달하여 넘어섰다는 데 있다. 인간은 자신의 생명을 자연이 형성하여준 대로 받아들여야 하고, 다른 사람이 이를 방지하거나 또는 폐기하여 달라고 하는 청구권을 가지지 않는다. 母는 법질서로부터 그러한 결정권을 인정받았다고 하여, 이것이 자녀의 非存在에 대한 청구권을 근거지울 수는 없다. 기타 모든 사정이, 여기서는 책임에 대한 법적 규율이, 광범위하게 운명적이고 자연에 의한 사물의 경과에 있어서는 더 이상 의미를 가지지 않고, 인내할 수 없는 그러한 영역이 시작된다는 것을 가리킨다.

다. 이 判決의 의의

결국 이 판결은, 자녀의 장애로 인한 추가비용은 부모가 다같이 손해배상으로서 청구할 수 있고,⁹⁾ 그 외에 母는 장애로 인하여 통상적인 출산에 따르는 고통을 넘어서는 고통을 받은 때에만 위자료를 청구할 수 있지만, 모가 장애아를 가지게 된 데 대한 위자료는 청구할 수 없으며, 또한 장애아로 태어난 자녀 그 자신은 손해배상을 청구할 수 없다고 한 것이다.

이러한 연방대법원의 판례는 그 후에도 별다른 변화가 없이 유지되어 왔다. 다만 장애아 자신이 아닌 장애아의 부모가 장애아 출산을 이유로 손해배상을 청구할 수 있는가, 또는 정상아 출산을 이유로 손해배상을 청

9) 이 판결은 통상의, 정상아인 경우에도 소요되는 비용까지 청구할 수 있는가 하는 점에 대하여는 판단을 유보하였으나, 그 후의 연방대법원 1983. 11. 22. 판결(BGHZ 89, 95 = JZ 1984, 886)은, 장애아 출산으로 인한 양육비 상당의 손해는 장애로 인한 추가비용에 국한되지 않으며, 피고는 전체의 양육비용을 배상하여야 한다고 하였다.

구할 수 있는가 하는 점에 관하여는 독일연방헌법재판소 제2재판부 1993. 5. 28. 판결¹⁰⁾이 종래의 판례에 대하여 재검토할 필요가 있다고 하였으나, 그 후의 연방대법원 1993. 11. 16. 판결¹¹⁾은 위 연방헌법재판소의 판결에도 불구하고 장애아 출산의 경우에 부모가 의사 등에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다고 하는 것이 헌법상 문제가 없다고 하여 종래의 판례를 고수하였고, 연방대법원 1995. 3. 28. 판결,¹²⁾ 연방대법원 1995. 6. 27. 판결¹³⁾은 정상아 출산의 경우에 관하여도 종래의 판례를 고수하였으며, 이러한 연방대법원의 판례는 연방헌법재판소 제1재판부 1997. 11. 12. 결정¹⁴⁾에 의하여 지지를 받았다.¹⁵⁾

2. 학설상의 논의

가. 否定說

장애아 자신이 장애를 가지고 태어난 데 대하여 의사에게 손해배상을 청구할 수 있는가 하는 점에 관하여는, 부모의 청구와는 달리 이를 부정하는 견해가 다수설이라고 할 수 있다.¹⁶⁾

우선 의사가 이러한 장애아에 대하여 불법행위법상의 의무를 부담하는가에 대하여는, 독일 민법 제823조 제1항은 생명의 보호를 지향하는 것이지 그 제거를 지향하는 것이 아니므로, 출산을 막지 못하였음을 이유로 하는 불법행위법상의 의무는 존재하지 않는다고 한다.¹⁷⁾

그리고 장애아가 그 母가 의사와 체결한 계약에 기한 손해배상청구권

10) BVerfGE 88, 203 = NJW 1993, 1751 = JZ 1993 Sonderausgabe.

11) BGHZ 124, 128 = JZ 1994, 305.

12) BGHZ 129, 178 = NJW 1995, 1609.

13) NJW 1995, 2407.

14) JZ 1998, 358.

15) 상세한 것은 尹眞秀(註1), 50 - 60면 참조.

16) 이 점에 관한 상세한 학설의 상황은 Picker, Schadensersatz für das unerwünschte eigene Leben }wrongful life{, 1995, S. 12 Fn. 27 참조.

17) Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, 1994, §76 II 1 f)(S. 383)이 대표적이다.

을 가질 수 있는가에 관하여는, 당시에는 그 아동은 태아의 상태로서 직접적인 계약의 당사자가 될 수는 없었으므로, 이 경우에 태아를 위한 제3자 보호호 있는 계약(Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte)을 인정할 수 있는가가 문제되는데, 이 태아는 낙태를 통하여서만 출산이 방지될 수 있었으므로 이처럼 제3자 보호호 있는 계약을 인정할 수는 없다고 한다.¹⁸⁾

나. 肯定說

그러나 장애아 고유의 손해배상청구권을 인정하여야 한다는 견해도 있다. Deutsch는, 자녀는 母가 의사와 체결한 계약의 보호범위 내에 있고, 아직 수태되지 않은 사람도 이 보호범위 내에 포함될 수 있으므로, 자녀는 보호받을 가치가 있는 이익이 있으면 불법행위법에 의하여 보호를 받을 수 있으며,¹⁹⁾ 특히 장래의 생명 보호를 위한 事前效(Vorwirkung)를 고려하여야 하는데, 아직 출생하지 않은 자의 임박한, 형성 중의 인격권 (bevorstehende, werdende Persönlichkeitsrecht)은 태아가 출생하면 의미를 가지며, 헌법상 규정된 인격권 보호의 폭에 비추어 보면, 자녀에게 아무런 배상청구권을 인정하지 않는 것은 불합리한 제한이라고 한다.²⁰⁾

Backhaus는, 장애아 출생 직후에 독신의 母가 사망한 경우에는 장애아는 아무런 배상을 받을 수 없게 된다는 점을 생각하여 보면, 장애아의 부모 아닌 장애아 자신이 제1차적으로 이해관계를 가진다는 점이 명백하고, 또 장애아 자신이 장애로 인한 추가비용을 청구하는 경우에는 장애아의 부모가 청구하는 경우에 제기될 수 있는 의문이 존재하지 않는다는 점 등을 들어 장애아 자신의 손해배상청구를 인정하여야 할 필요성을 제기하고 있다. 그리고 이 경우 장애아 자신의 불법행위로 인한 손해배상청구

18) MünchKomm/Gottwald, §328 Rdnr. 109.

19) 여기서 母가 임신 전 또는 임신 중에 병에 걸려서 그 병이 태아에게 전염되어 병에 걸린 채로 출생한 자녀의 손해배상청구권을 인정한 연방대법원의 판례(BGHZ 8, 243)를 인용하고 있다.

20) Deutsch, Das Kind oder sein Unterhalt als Schaden, VersR 1995, S. 614. Giesen, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl., 1995, Rdnr. 67도 같은 취지이다.

권은 인정될 수 없어도,²¹⁾ 중한 장애가 있는 자녀가 출생하지 않도록 할 것이 의사의 임무라고 본다면, 이러한 계약의 목적이 장애로 인한 추가비용을 포섭한다는 것은 의심할 여지가 없다고 한다.²²⁾

Picker의 견해는 독특한데, 그는 원칙적으로는 부모나 장애아 자신의 손해배상청구권을 인정하는 것이 장애아의 生命의 不可侵性(Sakrosanktheit)에 어긋나기 때문에 인정하여서는 안 되지만, 통설이나 판례와 같이 부모의 손해배상청구권을 인정하면서 장애아의 손해배상청구권을 인정하지 않는 것은 평등 대우의 명령(Gleichbehandlungsgebot)에 어긋나기 때문에, 양자를 다 인정하지 않거나 아니면 양자를 다 인정하여야 한다고 주장한다.²³⁾

Ⅲ. 美國의 判例

미국의 각 주 법원의 판례는, 대체로 장애아 자신의 wrongful life를 이유로 하는 손해배상청구를 부정한다.²⁴⁾ 이 소송을 불허하는 다수의 주는 대체로, 법과 문명은 일반적으로 인명의 부재보다는 존재에 높은 가치를 부여하므로 원고가 살아 있기 때문에 손해배상을 받을 수 있다는 판결을 한다는 것은 받아들일 수 없고, 또 원고는 피고의 과실이 없었다면 있었을 상태에 놓여질 수 있어야 한다는 불법행위로 인한 손해배상의 기본원칙이 이 소송의 경우에는 실현 불가능하다는 것이다. 왜냐하면 원고의 주장은 피고의 과실이 없었다면 원고가 건강하고 결함이 없는 생명을 가졌을 것이 아니라 원고는 태어나지 않았을 것이기 때문이라는 것이다.²⁵⁾

21) 이 경우에 장애 자체를 제거할 수 있는 가능성은 처음부터 없었으며, 또 태아의 형성 중의 인격권은 결국 자기 자신의 존재하지 않을 권리를 주장하는 것이 된다고 하여 Deutsch의 주장을 비판하고 있다.

22) Backhaus, Inwieweit darf die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden bewertet werden? MedR 1996, S. 205.

23) Picker(註16), S. 71 ff.

24) 최초의 선례는 New Jersey 주 대법원이 1967. 3. 6. 선고한 Gleitman v. Cosgrove 판결, 49 N.J. 22, 227 A.2d 689 (1967)이다.

25) 金天秀, “기형아의 출산과 의사의 설명해태책임”, 비교법실무연구회 1999. 4. 27. 발표 논문 11면 참조.

그러나 California 주²⁶⁾ 및 Washington 주,²⁷⁾ New Jersey 주²⁸⁾ 대법원은 wrongful life를 이유로 하는 자녀 자신의 손해배상청구를 인정한다.²⁹⁾

IV. 영국에서의 논의

1. 판례

이 문제에 관한 영국의 지도적 판례는 항소법원(Court of Appeal)이 1982. 2. 19. 선고한 McKay and Another v. Essex Area Health Authority and Another³⁰⁾ 판결이다.

이 사건의 사실관계는 대체로 다음과 같다. 즉 이 사건의 제1원고는 1975. 8. 15. 경에 출생한 아이이고, 제2원고는 그 어머니인데, 제2원고는 제1원고를 임신하고 있던 초기에 風疹에 감염되었고, 그의 의사인 제2피고가 제2원고의 혈액을 채취하여 실험실을 운영하고 있는 제1피고에게 풍진 감염 여부의 확인을 요청하였으나 제1피고는 과실로 풍진에 감염되지 않았다고 답변하였다. 그리하여 제2원고는 제1원고를 출산하였으나, 제1원고는 풍진 감염의 결과로 중대한 장애를 가지고 태어난 것이다.

그리하여 원고들은 피고들을 상대로 하여 손해배상을 청구하였는데, 원고들의 청구내용 가운데에는 피고들의 과실이 없었더라면 제2원고는 자신이 풍진에 감염된 사실을 알고 제1원고를 낙태하였을 것인데 그렇게 하지 못하여 제1원고를 출산함으로써 인하여 손해를 입었다는 것이 포함되어 있었다. 그러나 司法補佐官(master)은 제1원고의 피고들에 대한 위와

26) Turpin v. Sortini, 31 Cal.3d 220, 182 Cal.Rptr. 337, 643 P.2d 954 (1982).

27) Harbeson v. Parke-Davis, Inc., 98 Wn.2d 460, 656 P.2d 483 (1983).

28) Procanik v. Cillo, 478 A.2d 755, 1984.

29) 근래의 논문인 Mark Strasser, "Wrongful Life, Wrongful Birth, Wrongful Death, and the Right to Refuse Treatment: Can Reasonable Jurisdictions Recognize All But One?", 64 Missouri Law Review 29 ff.(1999)는 주로 환자 자신이 치료를 거부할 권리가 있다는 점을 근거로 하여 wrongful life 소송을 인용하여야 한다고 주장한다.

30) Court of Appeal, [1982] Q.B. 1166.

같은 청구가 합리적인 청구원인(reasonable cause of action)을 제시하지 못하였다고 하여 변론 없이 기각하였다(strike down).³¹⁾ 이에 대하여 제1원고가 불복하자, 판사는 위 청구가 명백하게 이유가 없는 것은 아니라고 하여 변론을 진행하여야 한다고 판결하였다. 이에 대하여 피고들이 항소를 하자, 抗訴法院(Court of Appeal)은 제1원고의 청구는 합리적인 청구원인을 제시하지 못하였다고 하여 사법보좌관의 판단을 지지하였다.

Stephenson 판사가 선고한 판결 이유의 요지는 대체로 다음과 같다.

첫째, 제1원고는 피고들의 행위로 인하여 장애를 입은 것이 아니며, 제1원고가 주장할 수 있는 권리란 장애를 가지고서는 태어나지 않을 권리, 즉 낙태를 당할 권리일 뿐인데, 의사는 어머니에 대하여 의무를 부담할지는 몰라도 태아에 대하여 낙태를 할 법적인 의무를 부담하거나, 태아가 스스로 죽을 법적인 권리를 가지지는 않는다고 한다. 태아에 대한 관계에서 그러한 의무를 부담시키는 것은 인간 생명의 신성함에 대한 또 다른 침입을 허용하는 것이 되어 公共 秩序(public policy)에 반하고, 장애아의 생명이 정상아의 생명보다도 가치가 없을 뿐만 아니라 그 생명을 유지할 가치가 없다는 것을 의미하게 된다고 한다.

둘째, 장애아 자신의 손해를 측정할 방법이 없다고 한다. 자녀에게 상해를 입히지 않은 사람이 책임을 져야 할 손해란 장애를 가지고 태어나게 한 상황과, 태아의 생명이 종료된 상태와의 차이일 것인데, 법원으로서 위 두 번째의 상황을 평가할 방법이 없다고 한다. 즉 사망의 기대로 인한 손해를 평가한다는 것은 인간 지식의 영역 밖에 있는 결정적인 요소를 포함하는 도덕적 판단을 요구하는 것으로서, 손해산정의 어려움은 이러한 임무를 거부하기에 좋은 이유가 아니지만, 그러한 손해 산정이 불가능하다는 것은 이러한 임무를 거부하기에 충분한 이유라고 한다.³²⁾³³⁾

31) 다만 제1원고의 청구 가운데에는 제1피고가 적시에 제2원고에게 약물을 투여하였다면 풍진 감염으로 인한 피해를 줄일 수 있었다는 부분이 있는데 이 부분은 무변론기각에서 제외되었다.

32) 이 판결은 Gleitman v. Cosgrove(1967) 227 A. 2d 689 등 장애아 자신의 손해배상청구를 부정한 미국의 판례들을 열거하고 있다.

33) Ackner 판사의 동조의견도 대체로 이와 같다.

반면 Griffiths 판사는, 자신으로서는 무변론 기각을 거부한 법관의 재량에 간섭하여서는 안 된다고 하면서도, 자신도 영국 법은 이러한 'wrongful life'를 이유로 하는 청구를 인정할 수 없다는 결론에 이르렀다고 하였다. 그는 제1원고의 청구를 받아들일 수 없는 가장 강력한 이유는, 손해를 평가하는 데서 생기는 참을 수 없고 해결할 수 없는 문제 때문이라고 하면서, 이러한 경우의 손해 산정은, 장애아로서는 죽는 것(태어나지 않는 것)이 사는 것보다 낫다는 것을 근거로 하여서만 이루어질 수 있는데, 죽음에 대하여 아무 것도 알지 못하면서 이러한 질문에 대하여 대답할 수는 없고, 이러한 질문은 전적으로 법적인 결정의 관할밖에 있는 것이라고 한다.

2. Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976과 wrongful life

다른 한편 영국에서는 이러한 wrongful life의 문제가 1976. 7. 22.부터 시행된 Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976에 의하여 입법적으로 해결되었는가 하는 점에 관하여 논의가 있다. 이 법률은 출생한 자녀가 어떤 경우에 자신의 출생 전의 불법행위를 이유로 손해배상을 청구할 수 있는가 하는 점을 다루고 있는데,³⁴⁾ wrongful life의 경우에 장애아 자신이 직접 손해배상을 청구할 수 있는가 하는 점에 대하여 직접 규정하고 있는 것은 아니다. 그럼에도 불구하고 위 McKay v. Essex Area Health Authority 판결(註30)은, 위 법률에 의하여 위 법률 시행 후에는 장애아 자신의 손해배상청구권은 인정되지 않는 것으로 보았다.³⁵⁾ 이 점에 대하여는 Ackner 판사가 상세하게 설명하고 있는데, 입법자의 의도가 그러하였고,³⁶⁾ 위 법률이 이러한 입법자의 의도를 나타내기 위하여 다음과 같은

34) 예컨대 이 법은 어머니가 임신 중에 과도하게 술을 마시거나 담배를 피우거나 또는 약물을 오용하였다고 하더라도 자녀에 대하여는 책임을 지지 않는다고 규정하고 있다.

35) 위 McKay 판결의 사건 자체는 위 사건의 제1원고의 출생이 위 법률 시행 전이므로 위 법률의 적용을 받지 않는다.

36) 여기서는 Law Commission Report on Injuries to Unborn Children (1974) (Law Com. No. 60) (Cmnd. 5709)의 paragraph 89 및 Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury (1978) (Cmnd. 7054-1), paragraph 1485를 들고 있다.

표현을 사용하였다고 한다. 즉 위 법률 Section 1 Subsection (2) (b)는 위 법률이 적용되는 사태(Occurrence)를, 임신 중 또는 분만 중에 母體에 영향을 미쳐서 아동이 그러한 영향이 없었더라면 존재하지 않았을 장애를 가지고 태어난 경우로 한정하고 있는데,³⁷⁾ 이는 장애를 가진 아동의 분만을 가져온 그러한 사태가 없었다면 아동이 정상적이고 건강한 경우를 말하는 것이지, 아동이 전혀 태어나지 않았을 경우를 말하는 것은 아니라고 한다.

나아가 위 법률 Section 4 (5)는, 이 법률은 이 법률 통과 전이 아니라 통과 후의 분만에 적용되고, 통과 후의 분만에 관하여는 그 통과 전에 효력을 가지고 있던 모든 법을 代置한다고 규정하고 있으므로,³⁸⁾ 이 법이 통과된 1976. 7. 22. 이후의 분만에 관하여는 wrongful life를 이유로 하는 청구가 가능한지 여부에 대하여 아무런 의문이 있을 수 없다고 한다.

이러한 설명에 대하여 찬성하는 견해도 있으나,³⁹⁾ 이에 대하여 의문을 제기하는 견해도 있다. 즉 위 법률은 단지 아동의 장애에 관한 청구 (claims by 'a child in respect of disabilities'⁴⁰⁾에 관하여만 보통법을 폐지하는 것이므로, 아동의 청구는 장애로 인하여 야기된 재정적 손해에 관한

37) 위 법률 Section (2)의 원문은 다음과 같다.

An occurrence to which this section applies is one which—

(a) affected either parent of the child in his or her ability to have a normal, healthy child;

or

(b) affected the mother during her pregnancy, or affected her or the child in the course of its birth, so that the child is born with disabilities which would not otherwise have been present.

38) 원문은 다음과 같다.

This Act applies in respect of births after (but not before) its passing, and in respect of any such birth it replaces any law in force before its passing, whereby a person could be liable to a child in respect of disabilities with which it might be born; but in section 1(3) of this Act the expression "liable in tort" does not include any reference to liability by virtue of this Act, or to liability by virtue of any such law.

39) Clerk & Lindsell on Torts, 17th Ed., 1995, 7-20 (by Dugdale and Tettenborn); Winfield & Jolowitz On Tort, 14th Ed. by W. V. H. Rogers, 1994, p. 711. 다만 후자는 이러한 설명은 임신 중의 사태에 대하여는 타당하지만 임신 전의 사태에 대하여는 그만큼 분명하지 않다고 한다.

40) section 4(5)

것일 뿐, 장애 그 자체에 대한 것은 아니라는 주장이 가능하며, 또 임신 전의 사태를 다루는 section 1 (2) (a)는 'wrongful life'에도 적용될 수 있다고 한다.⁴¹⁾

3. 학설상의 논의

이처럼 판례가 wrongful life를 이유로 하는 장애아 자신의 손해배상을 부정하는 근거를 다음과 같이 제시하면서 이에 대하여 비판하는 견해가 있다.⁴²⁾

첫째, 책임 부정의 근거는 의사가 손해를 야기한 것이 아니라는 점에 있는데, 손해를 입힌다는 것은 사태를 악화시키는 것이나, 아이는 처음부터 장애가 있었기 때문이며, 가령 *Anns v. Merton London Borough Council*⁴³⁾에 있어서와 같이 지방자치단체가 建物の 基礎를 검사하지 않고 建築을 승인하였으나 그 후 건물에 이상이 생긴 경우에 지방자치단체가 그 건물 자체의 이상을 초래하지 않은 것처럼,⁴⁴⁾ 의사가 아동의 장애를 초래한 것은 아니라는 것이다. 그러나 이에 대하여는 이러한 논증은 논리적으로는 매력이 있을지 몰라도 지나치게 법률적이며, 사람을 하자 있는 건물과 비교하는 것은 '인간적인 요소(human factor)'를 개념상의 일관성을 위하여 완전히 무시하는 것이고, 법원으로서의 아동의 경제적 손해에 대한 청구를 인정하여야 한다고 한다.

둘째, wrongful life 청구를 인정하는 것은 생명이 손해라는 것을 시사하는데, 법관들은 비록 장애가 있는 생명이라고 하여도 생명이 없는 것보다는 낫다고 보았다고 한다. 그러나 이는 그러한 장애아의 부모뿐만 아니라 대다수의 사람들에게도 설득력이 없으며, 그러한 판단은 관계되는 개인에

41) Markesinis and Deakin, *Tort Law*, 3th Ed. 1994, pp. 256 f. Clerk & Lindsell(註39), 4-38(by Carty)도 이 문제는 여전히 貴族院이 달리 결정할 여지가 있다고 한다.

42) Markesinis and Deakin(註41), pp. 255 f.

43) [1978]A.C. 728.

44) 이 사건에서는 지방자치단체의 책임이 인정되었으나 이 판결은 그 후 *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 AC 398에 의하여 변경되었다.

게 맡겨져야 한다고 한다.

셋째, wrongful life 청구를 인정하게 되면, 의사로 하여금 낙태를 촉진하도록 하는 의무를 지우는 것이 된다고 한다. 그러나 정밀하게 분석한다면 법은 의사에게 낙태를 할 의무를 지우는 것이 아니라 어머니에게 태아의 상태에 대하여 조언하고 낙태를 할 것인지의 선택을 어머니에게 맡기는 것일 뿐이며, 태아의 이상을 이유로 하는 낙태가 법에 의하여 허용되는 이상, 의사에게 어머니에게 낙태를 할 수 있는 권리가 있음을 알리는 의무를 부과하는 것이 公共秩序(public policy)에 반하는 것은 아니고, 또 이러한 의무가 어머니에게 wrongful birth 청구를 인정하기 위하여 이용되는 의무와 다를 것이 없다고 한다.

넷째, 법원으로서 손해를 산정하는 것이 불가능하다고 하는 주장이 있다. 그러나 손해액 산정의 어려움이 손해배상을 허용하지 않는 좋은 이유가 되지 못한다는 것은 너무도 당연한 것이며, 법원이 장애가 있는 생명을 정상적인 사람과 비교하여 그 금액을 이끌어내지 못할 아무런 이유가 없다고 한다.

V. 프랑스에서의 논의

1. 판례

프랑스 破棄院(Cour de Cassation) 第1民事部는 wrongful life 및 wrongful birth의 문제에 관하여 1996. 3. 26.의 두 판결⁴⁵⁾에서 처음으로 견해를 밝혔다.

가. 제1판결

이 사건 원고 부부는 1982년에 피고 의사에게 찾아가, 남편의 下肢 缺如가 자식에게도 유전될 수 있는 것인지를 알고자 했는데, 피고 의사는 유전되는 것이 아니라고 답변하였다. 그리하여 위 부부는 1987년에 아이

45) D(Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de legislation), 1997, Jur.35.

를 출산하였는데, 그 아이에게는 남편과 똑같은 증상이 나타났다.⁴⁶⁾ 그리하여 위 부부는 자신들 및 아이의 이름으로 피고 의사 및 그의 보험회사를 상대로 하여 자신들 및 아이가 입은 손해의 배상을 청구하였다.

원심인 파리 고등법원은 원고들의 청구를 인용하였고, 이에 대하여 피고들이 상고하였다. 그 상고 이유는 첫째, 원고 부부가 입은 손해는 낙태를 할 수 있는 機會의 喪失(perdre une chance)⁴⁷⁾일 뿐이므로 원심이 전체 손해의 배상을 명한 것은 위법이고, 또 피고 의사의 과실과 5년 후의 출산 사이에는 인과관계가 없다는 점, 둘째, 아이의 장애는 선천적인 것으로서 피고 의사의 과실로 인한 것이 아니라는 점이었다.

그러나 파기원은 피고들의 상고를 기각하였다. 우선 상고이유 첫째 점에 대하여는 피고의 잘못은 자녀를 가지기로 한 원고 부부의 결정과 직접적인 인과관계가 있고, 이는 단순한 기회의 상실이라고 하여 이를 배척하였다. 그리고 둘째 점에 대하여는, 의사가 남편의 장애가 그 후손에게 나타날 수 있다는 위험을 알리지 않은 것은 유전병을 가진 자녀의 임신과 직접적인 관계가 있으므로 원심판결은 정당하다고 하였다.

나. 제2판결

제2판결의 원고 부부 중 妻는 임신한 상태에서 풍진에 감염되었는데, 피고 의사 및 피고 의사의 의뢰로 妻의 풍진 감염 여부를 검사한 피고 연구소는 妻에게 풍진에 대한 면역이 형성되어 있다고 잘못 답변하여, 원고 부부는 아이를 낳았으나, 그 아이에게 풍진으로 인한 장애가 나타나자, 자신들 및 아이의 이름으로 피고들 및 그 보험회사를 상대로 손해배상을 청구하였다.

이에 대하여 원심인 파리 고등법원은, 원고 부부가 입은 손해의 배상은 인정하였으나, 아이의 손해배상청구에 대하여는, 아이가 풍진으로 인한

46) 의사는 남편의 증상이 유전되지 않는 Little 증상이라고 하였으나 실제로는 유전되는 Strumfeld-Lorrain 증상이었다.

47) 기회상실의 손해 이론에 대하여는 鄭泰綸, “機會喪失의 損害에 관한 연구”, 比較私法 제5권 1호, 1998, 169면 이하 참조.

결과를 감당하여야 한다는 것은 그 자체만으로는 배상될 수 있는 손해라고 할 수 없고, 아이가 입은 중대한 후유증은 피고들의 잘못으로 인한 것이 아니라 그 어머니의 자궁 속에서 풍진에 감염된 결과라는 이유로 이를 기각하였다.

그러나 파기원은, 원고 부부는 풍진에 감염되었다면 임신 중절을 할 의사를 명백히 하였는데 피고들의 잘못으로 처가 면역이 형성되었다고 잘못 믿게 하였고, 이러한 잘못은 아이가 입은 손해의 원천이 되었다고 판시하여 원심판결을 파기 환송하였다.

2. 판례에 대한 반응

위 판결에 대하여는 상이한 반응을 찾아볼 수 있다.

한 견해는, 특히 제2판결이 인과관계를 인정한 것은 당연하고, 아이의 손해도 명백하며, 다만 그러한 손해가 배상될 수 있는가 하는 점에 대하여는, 낙태 그 자체를 반대하는 사람이 아니라면 이 또한 부정될 수 없다고 하면서, 다만 판례는 프랑스 민법 제1147조를 들고 있어서 피고측의 아이에 대한 책임을 계약책임으로 보았음을 알 수 있는데, 태아가 계약을 체결할 수 있었는가, 부모가 임신 중인 아이를 대리하거나 그를 위하여 계약을 체결하였다고 생각될 수 있는가 하는 점에 대하여는 상당한 의심이 있지만, 계약책임으로 보든 불법행위책임으로 보든 실질적인 차이는 없다고 한다.⁴⁸⁾

반면 다른 견해는, 프랑스의 이제까지의 하급심 판례는 모두 wrongful life로 인한 청구를 부정하였으므로 파기원이나 國參事院(Conseil d'Etat)도 이를 부정할 것으로 예상되었었다고 하면서, 파기원은 의사가 책임을 져야 할 손해의 정확한 성격을 규정하는 수고를 하지 않았다고 한다. 그러나 실제로는 책임져야 할 손해는 풍진으로 인한 피해를 가진 채로 살아

48) P. Jourdan, RTDC(Revue trimestrielle de droit civil) 1996, 624 f. Ch. v. Bar, "Wrongful life in Frankreich", ZEuP(Zeitschrift für Europäisches Privatrecht) 2000, S. 121 ff.도 위 판결들은 아이에 대한 책임을 계약 책임으로 보았다고 한다.

있다는 것 그 자체인데, 법원은 감히 이를 명백히 밝히지 않았고, 이는 그러한 소송이 근거하는 이익의 정당성에 관하여 그러한 것으로부터 이끌어낼 수밖에 없는 결과를 두려워한 것이라고 하면서, 앞으로는 wrongful life 소송이 파기원에 의하여 인정되었다고 말할 수는 있겠지만, 이는 그 진정한 숨음을 감추기 위하여 偽裝된 언어에 의하여 이루어진 것이라고 한다. 그리하여 wrongful birth와 wrongful life 소송을 받아들이는 것은, 법관이 특정한 경우에는 非存在, 無가 삶보다 더 가치가 있다고 평가할 수 있다는 것을 인정하는 것으로서, 파기원은 위 두 판결에 의하여 위험한 길에 들어섰다고 한다.⁴⁹⁾

VI. 우리나라에서의 논의

1. 판례

이 문제에 관한 대법원의 판례로는 앞에서 언급한 大判 1999. 6. 11., 98다2287(註3)이 있다. 이 사건의 사실관계는 다음과 같다. 즉 이 사건 원고의 어머니는 원고를 임신하게 되자 자신이 임신한 원고가 정상아인지에 대하여 특별한 관심을 가지게 되어 의사인 제1피고에게 기형아 검사를 해줄 것을 부탁하였고, 제1피고는 검사 결과 태아가 정상이라고 답변하였으나, 실제로 출생한 원고는 다운증후군이라는 염색체 이상으로 인한 기형아로 태어났다. 이에 원고가 제1피고 및 제1피고를 고용하고 있던 병원인 제2피고를 상대로 하여, 제1피고가 자신의 어머니에게 기형아 판 별확률이 비교적 높은 검사법에 대하여 아무런 설명을 하지 아니하여, 자신의 어머니로 하여금 확실한 검사 방법을 택하여 태아가 기형아인지의 여부를 확인하고 만일 그 태아가 기형아라면 낙태할 수 있는 기회를 상실하게 함으로써, 기형아(다운증후군)인 원고 자신을 태어나게 하였다고 주장하면서, 원고 자신의 향후 치료비 및 양육비 상당의 손해 중 일부를 청

49) J. Roche-Dahan, D. 1997, jur. p. 38 et suiv.

구하였다.

그러나 대법원은 우선 다운증후군은 모자보건법 소정의 인공임신중절 사유에 해당하지 않으므로, 원고의 부모가 원고가 다운증후군에 걸려 있음을 알았다고 하더라도 원고를 적법하게 낙태할 결정권을 가지고 있었다고 보기 어려우므로, 원고의 부모의 적법한 낙태결정권이 침해되었음을 전제로 하는 원고의 이 사건 청구는 이 점에 있어서 이미 받아들이기 어렵다고 하였다.

나아가 대법원은 “원고는 자신이 출생하지 않았어야 함에도 장애를 가지고 출생한 것이 손해라는 점도 이 사건 청구원인 사실로 삼고 있으나, 인간 생명의 존엄성과 그 가치의 무한함(헌법 제10조)에 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 없다”고 판단하여 원고의 청구는 이유없다고 하였다.

이 사건에서 대법원이 태아가 다운증후군이라는 것이 적법한 임신중절 사유가 되지 않는다고 보았으므로, 그것만으로도 이 사건 원고의 청구를 배척하기에 충분하고, 따라서 장애를 갖고 출생한 것 자체를 이유로 손해배상을 청구할 수 없다고 하는 판단은 반드시 필요한 것이 아니라고도 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 대법원이 이와 같은 판단을 실시한 것은, 이러한 문제가 앞으로도 계속 생길 것으로 예상되므로 그러한 경우에 대비한 것으로 여겨진다.

2. 학 설

이 문제에 관하여 우리나라에서는 장애아 자신의 손해배상청구권도 인

정하여야 한다는 긍정설도 찾아 볼 수는 있으나,⁵⁰⁾ 부정설이 더 많다.⁵¹⁾

Ⅶ. 私 見

일반적으로 부모가 장차 태어날 아이가 장애아일 것을 알았더라면 그 아이를 낳지 않았을 것인데, 의사의 과실로 이를 알지 못하여 결국 장애아를 낳았다면, 부모로서는 그 의사에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다고 보아야 할 것이다.⁵²⁾ 그러나 장애아 자신의 손해배상청구는 인정할 수 없다고 보아야 할 것이다. 의료계약의 당사자가 장애아 출산을 우려하여 의사와 상담을 하는 경우에, 의사가 그 당사자에 대하여 적절한 진단과 조사를 함으로써 장애아를 출산하지 않도록 할 의무를 부담하는 것은 명백하다. 문제는, 그러한 의무를, 임신중의 태어나, 경우에 따라서는 아직 수태되지도 않은 태아에 대하여도 부담하는가 하는 점이다. 다른 말로 하자면, 이러한 임신 중의 태어나 또는 아직 수태되지도 않은 태아가, 의사에 대하여 자신이 출생하지 않게 하여 줄 것을 요구할 수 있는가 하는 점인데, 이는 부정할 수밖에 없다고 생각된다. 인간의 존엄을 규정한 헌법에 비추어 보더라도, 어떠한 인간 또는 인간이 되려고 하는 존재도, 다른 사람에 대하여 자신의 출생을 막아 줄 것을 요구할 권리를 가진다고 할 수는 없는 것이다. 의사가 장애아를 출산하지 않게 할 의무를 부담하는 것은, 어디까지나 의료계약의 당사자 내지 그 배우자 등에 대한 관계에서일 뿐이고, 장애아 자신에 대하여까지 그러한 의무를 부담한다고 할 수는 없는 것이다.

50) 崔在千, "원치 않은 아이와 損害賠償責任", 人權과 正義 1997. 12, 96면 이하. 여기서는 장애아 자신의 손해배상청구권 인정의 근거에 관하여는 대체로 독일의 Deutsch(註20)의 설명을 따르고 있다.

51) 尹眞秀, "醫師의 過失에 의한 子女의 出生으로 인한 損害賠償責任"(2), 法曹 1999. 8, 57면 이하; 全炳南(註2), 217면 이하. 또한 姜熙遠, "醫學技術發展과 損害의 概念", 人權과 正義 1997. 10, 58면 이하도 참조할 것.

52) 尹眞秀(註51), 53면 이하 참조. 다만 그 구체적인 손해배상의 범위에 관하여는 논란이 많다.

물론 현실적으로는 출생한 장애아 자신에게 그러한 손해배상청구권을 인정할 필요성이 있음을 부정할 수는 없다. 장애로 인하여 고통을 받는 것은 제1차적으로는 장애아 자신이며, 또 장애아가 부모의 양육을 받을 수 있는 것은, 부모가 생존하고 있는 경우에 한하여서이고, 부모가 사망한다면 더 이상 그러한 보호를 받을 수 없으므로, 부모에게만 의사에 대한 손해배상청구권을 인정하는 것만으로는 장애아의 보호에 충분하다고 할 수는 없다.

그럼에도 불구하고 현행법 이론상으로는 장애아 자신에게 그러한 청구권을 인정할 수는 없다고 보는 것이 불가피하다. 이러한 손해배상을 인정한다면 결국 장애아는 태어나지 않는 것이 더 좋다는 것이 되나, 이는 현행 법질서가 용인할 수 없는 것이다.

나아가 앞에서 본 것처럼 외국에서는 출생하지 않는 것과 장애를 가지고 출생하는 것을 비교하여 손해를 산정하는 것이 불가능하다는 것도 유력한 논거로 제시되고 있기는 하다.⁵³⁾ 그러나 이것이 반드시 결정적인 근거라고 할 수 있는지는 다소 의문이다.

그리고 과연 태어나지 않은 것이 더 좋았다는 판단을 누가 할 수 있는지도 의문이다. 우선 이러한 청구는 장애아가 미성년인 상태에서 부모가 법정대리인으로서 하게 되는데, 과연 부모가 장애아에 갈음하여 이러한 판단을 할 자격이 있는 것인지가 의심스럽다.⁵⁴⁾ 현실적으로도 부모에게 손해배상청구권을 인정하는 한 따로 자녀 자신의 손해배상청구권을 인정할 실익은 그다지 크지 않다고 할 것이다.⁵⁵⁾

Ⅷ. 結 論

장애아 자신이 자신이 태어나지 않게 했어야 한다는 이유로 의사를 상

53) 全炳南(註2), 219면 이하도 같은 취지이다.

54) 全炳南(註2), 221면도 같은 취지로 보인다. 다만 이에 대하여 Markesinis and Deakin(註41), p. 255 f.은 이러한 경우에도 법원이 부모의 의사를 무시하고 결정을 할 것이 아니라 부모가 의사 및 병원과 협조하여 결정하여야 한다고 주장한다.

55) Markesinis and Deakin(註41), p. 257 참조.

대로 손해배상을 청구할 수 있는가 하는 점에 대하여는 부정하는 것이 상당하다. 이 점에서 대법원의 판례는 적절하다고 여겨진다.

〈追 記〉

프랑스 파기원 充員合議部(l'Assemblée plénière)는 2000. 11. 17. 판결에 의하여 장애아 자신도 손해배상청구를 할 수 있다는 종전의 판례를 재확인하였다. 이 사건은 파기원이 1996. 3. 26. 파기환송하였던 풍진감염 사건⁵⁶⁾에 대한 재상고심 판결인데, 사건을 환송받은 오를레앙 고등법원은, 1999. 2. 5. 장애아 자신은 배상될 수 있는 손해를 입지 않았다고 하여, 환송판결의 취지와는 달리 장애아 자신의 손해배상청구를 받아들이지 않았다. 이 판결에 대하여 원고가 다시 상고하자 프랑스의 사법조직법(code l'organisation judiciaire) 제131-2조에 의하여 사건이 총원합의부에 회부되었다.⁵⁷⁾

파기원 총원합의부는, 의사와 연구소가 어머니와 체결한 계약을 이행함에 있어서 범한 과실로 인하여 그 어머니가 장애아의 출생을 피하기 위하여 임신을 중절할 수 있는 선택권을 행사하는 것이 방해되었다면, 그 장애아는 그 장애의 결과이고 과실로 인하여 입은 손해의 배상을 청구할 수 있다고 하여 다시 오를레앙 고등법원의 판결을 파기환송한 것이다.⁵⁸⁾⁵⁹⁾

56) 위 V. 1. 나. 참조.

57) 이러한 절차에 대하여는 崔炳德, 프랑스 破棄院(LA COUR DE CASSATION)의 組織과 運營, 構成, 役割, 管轄, 裁判資料(第59輯), 1992, 367면 이하; 閔中基, 프랑스 民事節次에서 破棄院의 還送判決과 還送後 法院의 判決이 충돌하는 경우 解決方案, 判例實務研究 IV, 2000, 312면 이하 참조.

58) JCP 2000, p. 2293 et suiv.에 위 사건에 관한 재판연구관 Sargos의 보고, 파기원 검찰총장 Sainte-Rose의 논고 및 파기원의 판결, 그에 대한 Chabas 교수의 평석이 실려 있다.

59) 이 판결은 프랑스에서 비상한 관심의 대상이 되어 얼마 안 되는 기간 동안에 여러 개의 평석이 발표되었다. 주요한 것으로 Viney, JCP 2001, 65 et suiv.; Mazeaud, Note, D. J. 332 et suiv.; Jourdain, Note, D. 2001, J. 336 et suiv.; Aubert, D. 2001, C. 489 et suiv.; Aynès, D. 2001, C. 492 et suiv. 등이 있다.