한국위기관리논집 제11권 제3호 2015. 3 309~327쪽

‘원치 않은 삶’ 소송과 의료과오책임*

- 인간존엄성 위기 논의를 중심으로 -

Action for Damages resulting from "Wrongful Life" and the Responsibility of Medical Malpractice

- Focusing on Issues around the Crisis of Human Dignity -

Hwa Shin Ryoo**

Chung-Buk National University, 1 Chungdae-ro, Seowon-Gu, Cheongju, Chungbuk, Korea

Abstract

This paper is about ' "Wrongful Life" torts. In a suit for ‘wrongful life’, the plaintiff(usually an infant) brings an action(usually against a physician) claiming that some negligent action has caused the plaintiff's life, say by not informing the parents of the likely prospect that their child would be born with severe defects. The most perplexing feature of this is that the plaintiff is claiming that he would have been better off if he had never been born. A number of arguments have appeared which purport to show that ‘wrongful life’ claims should not be allowed, either because it is senseless to claim that one would be better off if one had not existed or that it is impossible to assess the extent to which someone has been damaged by being brought into existence. This paper investigated various cases in which ‘Unwanted child' can be born, and the origin and definition of lawsuits for ‘wrongful life’, reviewing the issues about the damage and its evaluation in terms of human dignity and values violation.

Key words: Wrongful Life, Unwanted child, Responsibility of Medical Malpractice

국문초록

본 논문은 선천성 장애아의 ‘원치 않은 삶’ 소송에 관한 연구이다. 원치 않은 삶 소송은 원고(장애아)가 (의사를 상대로) 선천성 장애를 갖고 태어날 가능성을 부모에게 제대로 고지하지 않은 과실로 인해 자신이 장애를 갖

* 이 논문은 2012년도 충북대학교 학술연구지원사업의 연구비 지원에 의하여 연구되었음.

** Tel: +82-43-261-3589, E-mail: lawdeo@cbnu.ac.kr.

Submission & Publication Process

Received: Mar. 1, 2015 / Revised: Mar. 9, 2015 / Accepted: Mar. 20, 2015

1738-8368 © 2015 Crisis and Emergency Management: Theory and Praxis. All rights reserved.

www.kci.go.kr

고 출생하게 되었다는 것을 원인으로 한 손해배상소송이다. 이 소송의 특징은 원고가 장애를 갖고 출생한 것이 인공임신중절로 출생하지 않는 것과 비교하여 손해라고 주장하는 데에 있다. 이 연구에서는 '원치 않은 아이'가 발생할 수 있는 다양한 유형과 '원치 않은 삶' 소송의 유래와 정의를 살펴보고, 손해 및 손해액 평가의 문제를 인간 존엄과 가치의 침해 여부와 관련하여 검토해 보았다. 이를 위하여 관련 국내 판례와 프랑스의 페르쉐(Perruche) 사건과 같은 외국의 사례들을 분석하였다. 결과적으로, 의사의 과실이 존재하는 한 원치 않은 삶 소송을 인정하는 것이 오늘날 일반적으로 행해지는 산전 진단의 목적과 장애아의 인간 존엄 및 복지 증진을 위해 보다 더 바람직하다고 본다. 이 때 손해배상책임의 대상이 되는 손해는 부모의 낙태결정권의 침해로 인하여 장애를 동반한 출생에 이르게 되었다는 점에 주목하여야 할 것이다.

주제어: 원치 않은 삶, 원치 않은 아이, 손해로서의 아이, 의료과오책임

Ⅰ. 들어가며

"인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간존재의 근원이다." 이는 우리 헌법재판소가 생명권을 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선험적이고 자연법적인 권리로서 선언하면서 앞서 언급한 내용이다(헌법재판소 1996. 11. 28. 95헌바1 결정).

오늘날 생명과학 및 의료기술의 발달로 인해 태아에 대한 산전 진단 및 태아 성별 검사는 물론 인공보조생식술, 착상 전 유전자검사 등 인간의 초기 생명체에 대한 의료적 개입이 활발히 진행되고 있다. 인간의 삶의 질을 향상시키고 개인의 알 권리 등을 존중하는 차원에서 환영받을 현대기술이기는 하지만, 인간존엄의 문제, 생명체의 시작 시기, 과학연구의 허용 범위, 의사의 법적 의무, 형사법적 규제 여부 등 많은 윤리적·법적 문제를 야기하기도 한다. 이를테면, 태아 성별 검사가 여아 낙태라는 파행적인 사회문제로 이어지면서 의사의 태아성감별행위등금지의무가 형법상 낙태죄 처벌 규정에 더하여 의료법상 의무로 규정되었다가 2008년 7월 31일 헌법재판소의 헌법불합치결정으로 인해 임신 32주로 제한되었다(의료법 제20조). 오늘날 산전진단기술도 막상 태아 손상 여부를 진단하여 치료를 위해 의료적으로 개입하려는 것이 아니라 그 결과에 따라 손상된 태아의 출생을 막아야 한다는 사회적 합의를 강화하는데 기여하고 있다. 모자보건법에 장애아의 낙태를 허용한다는 규정은 없지만, 장애아의 출산은 그 부모에게 엄청난 심리적·경제적 부담이 된다는 사회적 인식과 장애 자체에 대한 거부감으로 인해 장애의 위험성을 가진 태아는 낙태될 우려가 있다(이지수, 2012: 44). 그런데 부모가 장애아의 출산을 염려하여 정밀한 산전검사를 받았음에도 불구하고 의사의 과실로 잘못 판정되거나 고지되지 않은 경우, 임부는 정상아로 믿고 출산하였으나 장애아를 출산하게 됨으로써 받은 정신적 충격과 장애아 양육에 드는 경제적·사회적 비용에 대한 배상을 의사에게 청구할 수 있는가는 많은 철학적·윤리적 문제를 야기하게 된다. 아이의 출생과 관련한 생명체의 고귀함, 인간 존엄이라는 법철학적·헌법학적 문제는 자녀양육에 따른 민사상 부양료 등의 문제와 결부되면서 현실에서는 "원치 않은 아이(Unwanted Child)", "손해로서의 아이(Kind als Schaden)" 논쟁으로 이어지고 있다. 특히 장애아

www.kci.go.kr

의 경우, 장애아 양육에 드는 부양료 및 정신적 고통에 대한 위자료 배상을 둘러싼 '원치 않은 출산' 및 '원치 않은 삶' 소송이 지속적으로 제기되고 있다.[1] 그 동안 아이를 손해로 볼 수 있는지, 그렇지 않다면 계획에 어긋난 출산으로 인하여 발생한 아이의 부양료를 손해로 볼 수 있는지에 대한 논의가 전개되어 왔다. 더 나아가 장애를 갖고 태어난 아이의 손해배상청구 문제는 무엇이 인간존엄을 위한 것인가에 대한 인식의 재고를 필요로 한다.

이 논문에서는 손해로서의 아이 논쟁을 촉발하고 있는 원치 않은 삶 소송에 한정하여 살펴보기로 한다. 이를 위하여 원치 않은 삶 소송의 유래와 정의, 원치 않은 삶 논란의 핵심인 손해 및 손해액 평가의 문제에 관하여 논의하기로 한다. 덧붙여, 장애아 자신이 손해배상을 청구하는 것이 인간존엄성 상실을 초래하는 것인지에 대해 많은 사회적 논란을 불러일으켰던 대표적인 원치 않은 삶 소송인 프랑스 페르쉐 사건을 검토함으로써 향후 원치 않은 삶 소송의 발전에 의미 있는 시사점을 발견하고자 한다.

Ⅱ. '원치 않은 아이' 의 유형과 '원치 않은 삶' 의 정의

1. '원치 않은 아이' 의 소송 원인

의료행위로 인해 부모의 기대와는 달리 '원치 않은 아이'를 출산하게 되는 경우로는 먼저 의료과오의 발생 시기에 따라 임신 전과 후로 구분할 수 있다.

임신 전 단계에서는 부부가 아이의 임신을 피할 목적으로 피임시술 내지 불임수술을 받았으나 의사의 과실로 인해 그 의료처치가 실패하여 임신이 된 경우이다. 그 외에도 의사가 혼전검사결과를 제대로 알리지 않아 임신한 경우, 체외수정을 시술하는 과정에서 배아감수상의 과실로 인해 배아를 더 이식한 경우 혹은 착상 전 유전자진단상의 과실로 인해 유전질환을 가진 배아가 이식된 경우 등을 들 수 있다.

임신 후 단계에서는 임신 여부에 대한 진단 또는 태아손상 여부에 관한 산전진단을 잘못하여, 또는 임신중절수술을 받았으나 그 수술이 실패하여 원하지 않은 아이를 출산한 경우이다. 임신 후 단계에서는 임신 그 자체에 의사의 과실이 개입되어 있지 않지만 의사의 과실로 인하여 원치 않은 임신이 계속 유지된 경우로서 원치 않은 아이 소송의 원인이 된다.

---

1) 지난 2014년 7월 20일, 대전고등법원 제1민사부는 자녀가 아무런 이상이 없다던 병원 검사와는 달리 지적장애 1급 판정을 받고 태어나자 그 부모가 대학병원과 의사를 상대로 제기한 손해배상청구소송에서, 태아의 질환은 모자보건법이 허용하는 낙태사유가 아닌 점을 들어 자녀의 장애를 미리 알았다고 하더라도 아이를 낙태할 결정권이 없으므로 낙태결정권이 침해되었다는 주장은 받아들일 수 없다며 원고의 청구를 기각하였다(KBS News, 2014. 7. 20).

www.kci.go.kr

1) 임신 전 단계의 과실

(1) 피임시술 내지 불임수술의 실패로 인해 아이를 임신한 경우

임신 전 단계에서는 산모의 가족계획이나 건강을 이유로 시술한 피임 · 불임 수술의 실패로 원치 않은 아이가 임신되는 경우가 많다. 예를 들어, 자궁 내 루프의 삽입이나 제거에 있어서 의사의 과실이 있는 경우, 피임약 처방에 있어서 의사의 과실이 있는 경우, 의사의 과실로 정관절제수술 또는 난관결찰수술이 실패한 경우이다. 정관절제수술의 경우에는 수술 후 정자 수를 확인하는 검사가 이루어지는데 이 과정에서 정자가 모두 제거되었다고 잘못 알려 부인이 임신한 경우도 여기에 포함된다.

(2) 혼인 전 건강검진 결과를 제대로 고지 받지 않아 아이를 임신한 경우

부모가 혼인 전 건강검진(혼전검사)을 받았으나 의사의 과실로 잘못 예견되거나 장애아 출산에 관한 위험성이 적절히 고지되지 못하여 임신을 피하지 못한 경우이다. 예를 들어, 의사가 풍진에 대한 면역 항체가 없음을 알리지 않아 임신 초기에 임부가 풍진에 감염되면서 선천성 풍진증후군을 가진 아이를 임신하게 된 경우이다.[2)]

(3) 체외수정시술시 배아 감수상의 과실 또는 착상 전 진단상의 과실로 인해 임신한 경우

오늘날 첨단 보조생식술의 발달로 인해 의사와 난임부부 간에 체외수정시술을 위한 의료계약이 체결되고 있다. 이 때, 여성의 자궁에 이식할 배아 수에 대하여 구체적으로 약속을 한 경우에 의사는 계약의 내용에 따른 배아 수를 이식하여야 한다. 그런데 의사의 과실로 약속한 배아보다 많은 수의 배아가 이식되어 다태아가 포태되고 다생아가 출생한 경우에 계획하였던 아이 이외의 아이는 원치 않은 아이에 해당될 수 있다.

한편, 현행 생명윤리및안전에관한법률 제50조 제2항에 의하면, 유전자검사기관은 근이영양증이나 그 밖에 대통령령으로 정하는 유전질환을 진단하기 위한 목적으로 배아 또는 태아를 대상으로 유전자검사를 할 수 있고, 동법 시행령 제21조에서 혈우병 등 62개의 검사 가능한 유전질환들을 언급하고 있다. 이 때, 체외수정시 착상 전 진단[3)]을 통하여 유전적 결함이 없는 배아를 선택하여 자궁 내에 착상시킬 수 있음에도 불구하고 의사가 주의의무를 다하지 못하여 부모와 같은 유전질환을 가진 배아를 이식한 경우에는 부모의 기대와는 다른 원치 않은 아이가 발생할 수 있다.

---

2) 이러한 경우, 프랑스 파기원 제1민사부에 의한 1991년 7월 16일의 판결에서는 자녀가 풍진 감염 및 장애를 예방할 기회를 상실한 것과 의사의 과실 간의 인과관계를 인정한 바 있다. 검사는 손해(dommage)를 피하기 위해 실시된 것이며, 검사가 이루어지지 않은 것으로 인해 당해 손해(dommage)를 피할 기회의 상실로부터 손해(préjudice)가 발생하였다고 지적하였다(Cass. IreCiv., 16 juill. 1991: Bull. civ. I, n°248).

3) 착상전진단술이란 모체에서 채취한 난자를 시험관에서 정자와 인공수정기법을 통하여 수정시킨 후에 전배아(pre-embryo)단계에서 일정한 유전자검사를 통하여 유전병 유무를 진단하는 기술이다. 유전자검사 이후 선별된 수정된 배아를 모체의 자궁에 이식시켜서 유전병적인 소인이 없는 건강한 아기를 출산시킬 수 있는 방법을 말한다(신동일, 2006: 17).

www.kci.go.kr

2) 임신 후 단계의 과실

(1) 임신진단상의 과실로 인해 아이를 출산한 경우

임신여부에 대한 진단을 잘못하여 임부가 낙태할 기회를 상실한 경우이다. 즉, 임부가 임신중절을 할 기회를 갖기 위해서는 자신이 임신하였다는 사실을 알아야 하는데 임부가 적기에 임신하였다는 진단을 받지 못해 낙태의 기회를 상실한 경우이다.

(2) 산전진단상의 과실 또는 설명의무 위반으로 인해 태아의 장애를 고지 받지 못하여 아이를 출산한 경우

산전진단을 통해 의사는 장애아가 태어날 것을 예측할 수 있었음에도 불구하고 과실로 이를 밝혀내지 못하거나 장애아의 출산가능성에 대한 적절한 정보를 제공하지 않음으로 인해 임부가 정상아로 생각하고 낙태의 기회를 상실한 채 원치 않은 장애아를 출산한 경우이다.

일단 산전진단이라 함은 태아가 출생하기 전에 이루어지는 모든 진단으로서 정의될 수 있다. 일반적으로는 임신된 상태의 태아 기형 여부, 염색체 이상 여부 등의 질병 유무를 판단하고 진단하는 것을 말한다. 산전진단 방법으로는 PCR과 같은 유전자수준의 검사방법과 고배율 현미경을 이용한 염색체 수준의 검사방법이 있다. 오늘날 다운증후군, 터너증후군 등 염색체 이상 질병을 선별하기 위한 일명 기형아검사를 위하여 모체혈청삼중검사(트리플테스트), 초음파검사 등의 비침습적인 방법이 이용되기도 하고, 태아의 혈액을 직접 뽑거나(탯줄천자) 양수나 태반조직의 일부를 채취하는 방법(양수천자, 융모막검사)이 이용되기도 한다.

여기서 원치 않은 아이는 임부가 염색체 이상아 내지 기형아 출산의 위험을 우려하여 양수검사를 받았고, 염색체 이상이 없다는 검사결과를 믿고 출산하였으나 출생아가 다운증후군인 경우 등에 발생할 수 있다.

또, 의사가 태아 장애를 확인하기 위한 다른 정확한 검사방법이 있음에도 이를 설명함이 없이 부정확한 검사방법의 결과만을 기초로 정상이라고 말함으로써 정상아라고 생각하고 낳은 아이가 장애아인 경우가 이에 해당한다.

(3) 임신중절수술의 실패로 인하여 아이를 출산한 경우

임부가 임신중절수술을 받았으나 의사의 과실로 수술이 실패하면서 임신이 지속되고 아이가 태어난 경우에도 원치 않은 아이 소송의 원인이 된다.

2. '원치 않은 삶' 소송의 유래와 용어 정의

원치 않은 아이 소송이 처음 제기되었던 미국의 1960년대 Zepeda v. Zepeda 사건[4]은 혼인 외의 자

www.kci.go.kr

가 친부를 상대로 소를 제기한 사건이었으며, William v. State 사건[5]은 혼인 외의 자가 정신질환에 걸린 모를 감호한 주립병원을 상대로 소 제기를 한 사건이었다. 두 사건 모두 건강한 아이가 출생한 사례로서 법원은 원치 않은 아이의 원치 않은 삶(wrongful life)에 대한 배상청구를 부정하였다. 본래 '원치 않은 삶'이라는 용어는 사회적으로 불우한 환경에서 태어난 결과를 이유로 제기된 소송을 의미하는 것이었다. 원치 않은(wrongful)의 의미를 '불법적인'이 아닌 것으로 번역하는 것은 그 때문이다.

이와 같이 원치 않은 삶의 초기 개념은 아이가 정상아이든 장애아이든, 누가 소송을 제기하든, 원치 않은 아이가 출생한 경우의 모든 소송을 의미하는 것이었고, 그 중 소송당사자인 원고가 부모(또는 부모의 일방)인 출생 관련 불법행위를 따로 '원치 않은 출산(wrongful birth)' 으로 분류하였다(봉영준, 2011: 223; 이덕환, 2013: 453)[6] 그런데 앞서 혼인 중의 자로 태어날 권리를 침해하였다고 하는 원치 않은 삶 소송은 혼인 외의 자에 대한 사회적 차별이 해소되면서 그 수가 줄어들고 피임, 중절 및 산전진단 기술이 발전하면서 '장애아'에 의한 원치 않은 삶 소송으로 변화·발전하였다.

일반적으로 건강한 아이가 출생한 경우에는 부모에 의한 '원치 않은 임신(wrongful conception/pregnancy)' 소송으로 명명되며, 장애아 출생의 경우와는 구별된다. 앞서 언급된 원치 않은 아이의 유형 중 피임시술·불임수술 또는 임신중절수술 등의 실패로 인하여 아이를 임신하고 정상아를 출산한 경우가 이에 해당한다. 1977년 미네소타주(州) 대법원이 Sherlock v. Stillwater Clinic 사건[7]에서 처음으로 임신 전 과실에 근거한 불법행위를 다른 출생 관련 불법행위와 구별하기 위하여 원치 않은 임신이라는 새로운 용어가 도입되었다(봉영준, 2011: 223) 원치 않은 임신은 원치 않은 건강한 아이를 출산한 경우이므로 장애아가 출생한 경우만큼 소송의 수나 필요성이 크지는 않다고 본다. 반면, 강간 또는 근친상간에 의한 임신의 경우에는 여성의 의지에 반한 원치 않은 임신이었다고 하더라도 의료과오로 인한 것이 아니므로 오늘날 원치 않은 임신 소송에는 포함시키지 않는 것이 타당하다(봉영준, 2011: 224).

이와 같이 원치 않은 아이와 관련한 소송 유래를 살펴보면, 원치 않는 삶 소송이라고 언급되는 것은 선천성 장애아가 출생한 경우에 아이가 의사를 상대로 하는 손해배상소송이라는 협의의 것이고, 광의의 원치 않는 삶 소송은 타인의 과실로 인해 불우한 상황에서 태어난 건강한 아이의 경우를 포함한다.

본 논문에서도 원치 않은 삶 소송은 장애아 출생의 경우에 한정하여 좁게 해석하기로 한다. 그리고 부모의 혼전검사 및 태아의 산전진단 과정에서의 과실 또는 불임수술의 실패 등으로 선천성 장애아가 출생한 경우에 장애아 스스로가 제기하는 소송을 원치 않은 삶 소송으로, 그러한 아이의 부모(또는 부모의 일방)가 제기하는 소송의 원인을 원치 않은 출산 소송으로 구분함을 그 전제로 한다.[8] 원치 않

4) 190 N.E. 2d 849(Ⅲ. Ct.App. 1963).
5) 223 N.E. 2d 343(N.Y. 1966).
6) 여기서 원치 않은 삶(wrongful life), 원치 않은 출산(wrongful birth) 등의 용어는 보통법상의 불법사망 내지 생명침해의 손해(wrongful death)의 용어에서 유추·변형된 것이라고 한다(Deutsh, E./양삼승. 1983: 69; 봉영준, 2011: 222).
7) 260 N.W. 2d 169(Minn. 1977).

www.kci.go.kr

은 삶 소송을 장애아에 한정하는 이유는, 아이의 입장에서 원치 않은 삶에 너무나 다양한 주관적 요소가 개입될 수 있기 때문이다. 장애라는 다소 객관적인 정황이 필요하다. 또, 정상인의 삶보다 장애인의 삶에 더 많은 사회적 배려가 요구된다. 소송에서도 장애 여부에 따라 배상의 범위가 달라지며, 실제 장애아를 둔 경우에 부모의 양육비 부담이 크다. 특히 오늘날은 의료기술의 발전으로 인해 임신 과정에서 산전진단을 통한 기형아검사가 보편화되었고, 이를 통해 태아의 기형·장애가 진단되었을 때 출산이 거부되고 있는 상황을 부인할 수 없다. 임부는 임신 중인 태아가 정상아이면 출산하고 장애아나 기형아이면 낳지 않으려고 의사에게 검진을 의뢰한다. 의사가 장애 여부를 제대로 진단하지 못하고 혹은 다른 정확한 검사방법이 있음에도 이를 설명함이 없이 부정확한 검사방법의 결과만을 기초로 정상이라고 말하는 등 의료상의 과실로 인해 정상아라고 생각하고 낳은 아이가 장애아인 경우가 오늘날 원치 않은 삶 소송을 제기하는 대부분의 원인을 이루고 있다.

결국 원치 않은 삶 소송은 비록 장애를 가지고 출생하기는 하였지만 완전한 인간으로서의 가치를 지니는 아이가 자신의 존재 자체를 손해로 보아 스스로 손해배상을 청구하는 것이 인정될 수 있는가에 관한 것이다(전병남, 2001: 17).

아래에서는 원치 않은 삶 소송에서의 논란의 핵심인 손해 및 손해액의 평가 문제에 관하여 인간 생명의 존엄과 가치의 침해 여부와 관련하여 살펴보기로 한다.

Ⅲ. 오늘날 '원치 않은 삶' 소송에서의 의료과오책임 논쟁

1. 인간 존엄 위기 논의와 법률적 쟁점

전통적인 의료과오소송은 의료종사자들의 직접적인 과실 있는 행위로 인하여 환자에게 발생한 손해배상문제이다. 장애아 출산과 관련해서도 의료과오책임은 의사 등의 직접적인 과실로 인해 아이에게 장애가 발생하였거나 의사가 아이의 장애 발생을 방지하지 못하였다는 것을 이유로 의사에게 일반적인 불법행위책임을 지도록 하는 것이다. 이를테면, 태아의 산전 검사를 위한 의료처치 과정에서의 과실, 출산 중 의료기기의 오작동, 또는 잘못된 약 처방 등으로 장애아가 태어난 경우 등이다.

그런데, 의사의 과실에 의해 장애가 발생한 것이 아니라 의사의 과실에 의해 장애아의 출산이 이루어진 경우, 이는 새로운 불법행위 논쟁을 불러일으킨다. 임신 전 부모에 대한 건강검진 또는 임신 중 태아에 대한 산전진단 과정, 즉 검사의 시행, 검사결과의 판단, 검사결과의 설명 등의 과정에서 의사의 과실로 인해 그 부모로 하여금 정상아가 출생할 것으로 오인케 하여 출산에 이르도록 한 경우에 문제되는 의료과오책임으로서 특히, 장애아 자체가 청구하는 손해배상청구소송이 오늘날 원치 않은 삶 소송이다.

8) 원치 않은 아이의 유형에 대한 세밀한 분류에 관해서는 이은영(2009: 71-105) 참조.

www.kci.go.kr

먼저, 민법상 불법행위로 인한 손해배상청구를 인정하기 위해서는 의사의 과실과 인과관계 있는 손해가 발생하여야 한다. 원치 않은 삶 소송에서 무엇을 손해로 볼 것인가는 손해배상책임의 판단에 앞서 인간존엄과 관련한 철학적 · 헌법적 차원에서 먼저 풀어야 할 가치 판단의 문제이다. 장애를 가진 아이의 출생 혹은 장애를 가진 아이 자신의 존재 자체를 손해로 평가할 수 있는가, 임신중절을 태아의 이익으로 볼 수 있는가, 나아가 태아가 계약상 제3자에 해당하는가, 태아에게 해를 미치는 계약이 유효한가 등이 문제가 된다. 손해를 인정하는 입장이든 부정하는 입장이든 모두 인간 생명의 존엄과 가치라는 동일한 명제에 기초하고 있다. 또, 살아서 태어난 결과로서 손해배상청구권을 갖는 아이에 의한 소송이 그 아이에 대한 임신중절수술의 시행을 내용으로 한 계약상 채무불이행책임에 대한 추궁과 양립할 수 있을까 등에 대한 의문이 남는다.

아이의 원치 않은 삶을 이유로 한 손해배상 인정 여부는 우리나라는 물론 외국에서도 윤리적 · 법적으로 커다란 논쟁을 불러일으키고 있다. 이하에서 우리 대법원의 입장을 먼저 살펴보고 비교법적으로 검토해 보고자 한다.

2. 장애아의 손해배상청구 여부

원치 않은 삶 소송에서 아이의 출생을 법적인 손해로 평가할 수 있는가, 그리고 부모의 원치 않은 출산 소송과 별도로 아이 자신이 청구하는 원치 않은 삶 소송을 인정할 수 있는가의 문제에서 우리 대법원은 매우 부정적인 입장을 취하고 있다.

대법원 1999. 6. 11. 선고 98다22857 판결에 의하면, 의사가 기형아 판별확률이 높은 검사 방법에 관하여 설명하지 않아 임산부가 그러한 검사를 받지 못한 채 다운증후군에 걸린 아이를 출산한 사안에서 장애아 스스로가 제기한 양육비 및 위자료 배상청구를 부정하였다. 본 판결의 요지는, 다운증후군은 모자보건법이 정하고 있는 유전성질환이 아니어서 합법적인 낙태가 인정되지 않으므로 의사가 태아의 검사를 철저히 했더라도 그 아이에 대한 적법한 낙태결정권은 인정되지 않는다는 것이며, 인간생명의 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 수 없다는 것이다.

그 후 대법원 2001. 6. 15. 선고 2000다17896 판결에서도 정기적인 초음파검사는 물론 임신주기에 맞는 트리플검사, 양수천자검사, 태아심장초음파검사를 받았으나 임산부가 구개열, 소두증(小頭症, microcephaly), 정신 및 운동발달 장애가 있는 아이를 출산한 사안에서, 위와 같은 이유로 장애아가 제기한 손해배상청구를 부정하였다.

www.kci.go.kr

이와 같이 우리 대법원은 원치 않은 삶 소송을 부정하므로 장애아가 출생한 경우에는 원치 않은 출산 소송으로서, 정상아가 출생한 경우에는 원치 않은 임신 소송으로서 부모가 제기하여 다투어야 하는 상황이다. 우리나라에서 원치 않은 출산 소송으로 분류될 수 있는 대법원 판결은 모두 임신 후 태아에 대한 산전검사상의 과실과 관련된 것이고, 임신 전 부모에 대한 건강검진상의 과실 또는 불임수술의 실패로 인하여 장애아를 임신·출산한 경우와 같은 예는 존재하지 않는다. 산전검사상 과실과 관련된 판례도 모자보건법상 임신중절원인에 해당하지 않는 장애 사건이라는 특징이 있으며, 대법원은 모자보건법상 허용되지 않는 낙태결정권의 침해를 인정하지 않았다.[9] 산전진단상의 과실로 모자보건법상 임신중절요건에 해당하는 사안으로는 하급심이지만 척추성근위축증(SMA)이 있는 아이를 출산한 서울서부지방법원 2006. 12. 6. 선고 2005가합4819 판결이 유일하다(봉영준, 2011: 243).

원치 않는 아이가 '손해'인지에 관하여는 하급심(확정)이지만 불임수술계약의 불이행으로 인하여 원치 않은 아이를 출산한 사건인 서울고등법원 1996. 10. 17. 선고 96나10449 판결을 참조할 수 있다. 당시 원치 않은 임신으로 인하여 자녀를 출산하게 되어 향후 이를 양육하고, 교육을 시키게 됨으로써 원고 부부가 양육비 등을 부담하게 되는 것이 과연 이 사건 채무불이행으로 인한 원고 부부의 손해에 해당하는가의 점에 관하여 분만비 및 위자료 외의 양육비·교육비에 대해서는 헌법 제10조에 기초한 생명권 존중과 민법상 친권자의 자녀부양의무에 비추어 손해가 아니라고 판단하였다. 원치 않은 아이 자체는 손해가 아니더라도 아이의 출생으로 인하여 발생하는 부양료 내지 양육비를 손해로 볼 수 있는가에 대해서는 학설의 대립이 있어 왔다.[10] 독일의 사례(BVerG 96, 375 = NJW 1998, 519)와 같이 원치 않은 아이가 손해인지, 그 양육비 상당의 손해배상을 인정하여야 하는 것인지에 대한 헌법재판소 결정은 아직 없다.

우리 대법원 판결 취지와 같이 원치 않은 삶 소송을 부정하는 학설의 몇 가지 근거로는 첫째, 장애아는 의료계약의 당사자가 아니며, 장애아가 자신의 출생을 막아 줄 것을 요구할 권리가 있다거나 의사에게 낙태시킬 의무가 있다는 것은 인간의 존엄과 가치를 침해한다는 점, 둘째, 인과관계면에서 장애의 원인은 선천적인 것이지 의사의 의료상 과실에 의한 것이 아니라는 점, 셋째, 차액설에 입각한 손해의 개념에 비추어 볼 때, 손해를 입기 전의 상태인 비존재의 출생 전 상태와 손해를 입은 후의 상태인 장애가 있는 출생 후 상태 간의 차이를 비교한다는 것은 불가능하기도 하지만, 출생하지 않는

9) 대법원 1999. 6. 11. 선고 98다33062판결, 대법원 2002. 6. 25. 서고 2001다66321 판결 등

10) 부모가 자신이 낳은 아이에 대한 부양의무를 손해로 평가하는 것은 헌법 제10조에 기한 아이의 존엄성을 해하는 것이므로 인정할 수 없으며, 아이 자체가 손해가 아닌 이상 태어난 아이가 장애아라고 하더라도 그로부터 파생된 부양의무는 손해가 아니라는 견해로는 강희원(1997: 59)을 들 수 있으며, 아이와 부양의무는 일체로 이해되어야 하므로 아이로부터 파생된 부양의무를 아이와 분리하여 손해로 파악할 수 없다는 견해로는 전병남(2001: 21 및 32)가 있다. 반면에, 아이 자체는 손해가 아니지만 경제적 부담을 손해로 인정하고 손해배상책임을 인정하는 것이 법정책적이나 사회정책적 차원에서 더 긍정적이라는 견해로는 최재천(1997: 96)이 있으며, 장애아의 출생으로 인한 손해배상의 범위에 있어서도 장애로 인하여 추가적으로 소요되는 양육비용만을 배상하여야 하는 한다는 견해(윤진수, 1999: 54)와 장애아의 출산으로 인하여 소요되는 모든 비용을 배상하여야 한다는 견해(최재천, 1997: 97)가 대립된다.

www.kci.go.kr

것이 장애를 갖고 출생한 것보다 낫다는 판단하에 아이의 출생을 손해로 파악한다면 인간 생명의 존엄과 가치라는 헌법적 대전제에 반한다는 점, 넷째, 현실적으로 의사에게 손해배상책임을 인정할 경우에 의사에게 과도한 부담이 될 수 있다는 점, 다섯째, 원치 않은 삶 소송을 인정할 경우에 동종의 부양비용에 대해 부모의 청구와 아이의 청구가 중복되는 문제가 발생한다는 점 등을 들고 있다(전병남, 2001: 37-40; 강신웅, 2000: 639-640).

그러나 산전진단술이 국내 의료계에서 이미 활발하게 사용되고 있고 최근에는 유전체분석기술을 통해 유전체정보가 질병의 예방과 진단에 적극 활용되고 있는 상황에서, 의사의 의료상 과실 또는 설명의무 위반이 존재함에도 불구하고 의료과오책임이 인정되지 않는 것은 불합리하지 않는가, 배상하여야 할 손해의 개념을 아이 자체의 출생, 즉 생명으로 볼 것이 아니라 장애를 동반한 출생으로 볼 수는 없는가, 또 원치 않은 삶 소송을 부정하는 것이 장애아가 겪는 현실적 장애 내지 고통을 무시하는 것이 되어 도리어 인간의 존엄과 가치에 위배될 수 있지 않는가 하는 점 등이 새롭게 논의될 필요가 있다. 이를 위하여 미국, 영국, 독일, 프랑스의 원치 않은 삶 소송의 경향을 살펴보는 것은 의미 있는 작업이라고 생각된다.

3. 비교법적 고찰

1) 미국

대체로 미국은 주(州)법 또는 판례를 통해 원치 않은 삶 소송에 대해 부정적인 입장을 취하고 있다. 그 이유는 그들이 살아있다는 사실로부터 손해가 있다고 볼 수 없고, 의사가 비록 부모에 대하여 주의의무가 있음이 명백하더라도 아이에 대한 의무가 있는지는 의문이라는 것이다(강신웅, 2000: 621; 권오봉・윤석찬, 2010: 11).

그러나 선천성 장애아의 원치 않은 삶 소송을 인정한 첫 번째 하급심 판례는 1980년 캘리포니아(California)주(州) 고등법원의 Curlender v. Bio-Science Laboratories 사건이다. 이 사건은 임신 전 원고의 부모가 테이・삭스병(Tay-Sachs disease) 보인자 검사를 받았음에도 불구하고 이를 잘못 실시한 연구소의 과실로 인해 그러한 질병을 가진 아이를 출산한 사례였다. 법원은 원치 않은 삶 소송의 기저에 있는 문제는 타인에 의한 과실의 직접적인 결과로서 자식이 고통을 갖고 존재하는 것이라고 하여, 공서(公序)는 사회복지를 포함하여 고려되어야 한다며 아이의 청구를 인정하였다. 배상의 범위는 짧은 수명 동안 입은 고통, 장애로 인한 간병비(부모가 간병비를 배상받은 때에는 이중수취 불가)가 포함되었으며, 징벌적 손해배상도 인정되었다(106 Cal.APP.3d 811, 165 Cal.Rptr. 477).

그 후 미국의 주(州)대법원에서 인정된 1982년 Turpin v. Sortini 사건은 첫째 아이의 유전성 청각장애 검사에서 그 아이는 전혀 듣지 못하는 상태(全聾)였음에도 불구하고 의사들은 첫째 아이의 청력이 정상 범위 내라고 잘못 고지함으로써 이를 믿은 부모에 의해 전혀 듣지 못하는 상태인 둘째 아이

www.kci.go.kr

가 임신·출산된 사례이다. 이는 임신 전 단계에서 의사의 과실로 인하여 장애아가 출산된 경우이다. 부모는 둘째 아이를 대리하여 '정상아로 태어날' 기본적 권리가 박탈된 것에 대한 통상손해 및 청각장애로 인한 특수 교육 및 훈련, 청각장치 비용에 관한 특별손해 등을 청구하였다. 본 판결은 통상손해가 아닌 특별손해에 한해 배상을 인정하였으며, 자녀가 미성년자인 기간 동안의 의료비에 관해서는 부모가 배상을 청구하고 있으므로 그 자녀의 청구는 사실상 성년 후의 의료비에 한정되었다. 법원은 생명말기에 연명장치의 제거에 관한 자기결정을 규정한 자연사법을 원용하면서 '일정한 상황에서 공서(公序)는 생명 및 죽음의 상대적 가치에 기반한 개인의 자기결정권을 지지한다' 라고 판시하였다(31 Cal.3d 220, 643 P.2d 954, 182 Cal.Rptr. 337).

2) 영국

영국 법원은 원치 않은 삶 소송을 부정한다. 영국은 1967년 낙태법(Abortion Act, 1967)에 의해 의학적·사회적 이유 및 태아 조항에 의한 낙태가 합법화되고 있다(石井美智子, 1983: 411-416). 1976년에는 태아기형으로 유명한 사건인 탈리도마이드(thalidomide) 재앙을 계기로 선천성장애(민사책임)법(Congenital Disability(Civil Lialbility) Act 1976, 이하 '1976년법'으로 함)이 제정되었다(今井雅子, 1990: 160-164). 1976년법은 전체 6개 조항으로 출생 전 침해(pre-natal injury)에 관한 규정을 두고 있다. 동법 제1조 제1항은 '부모 어느 쪽에 대해 정상으로 건강한 자식을 가질 능력에 영향을 주는 사건'(제2항 a) 또는 '임신 중의 모 또는 출생 시의 모 또는 자녀에게 영향을 주는 사건(제2항 b)'의 결과로서 자녀가 장애를 갖고 출생하고 모 이외의 자가 그에 관하여 책임을 지는 경우에 자녀는 불법행위에 기한 손해배상소송을 제기할 수 있다는 취지를 규정하고 있다. 영국의 법률위원회(Law Commission)는 권고를 통해 원치 않은 삶 소송에 대하여 어떠한 소송 원인도 없을 것, 만약 있다면 그것은 사회적·윤리적으로 의사들에게 가혹한 부담이 된다는 것, 의사들의 잠재의식 속에서 의심스러운 경우에는 손해배상청구에 대비하여 낙태를 장려하도록 압력이 가해질 위험성이 있음을 지적하였다(本田, 2003: 36).

영국에서의 원치 않은 삶 소송은 선천성 풍진증후군 아이의 출생에 관한 1982년 항소법원의 맥케이(McKay) 판결에서 부정되었다. 본 판결에서 원치 않은 삶 소송은 위 1976년법 제1조 제2항 b가 규정한 '자녀가 그 사건이 없었다면 존재하지 않았을 장애를 갖고 출생한 경우' 에 해당하지 않는다고 판시하였다. 즉, 제2항 b는 장애 있는 출생을 일으킨 사건이 없었다면 자녀는 정상아로서 건강하게 출생하였을 것이라는 가정을 의미하는 것이지, 자녀가 아예 출생하지 않았을 것이라는 점을 상정하는 것은 아니라는 것이다. 본 판결은 장애아 자신에게 소송원인이 없는 이유로 다음 사항을 제시하고 있다. 첫째, 의사의 의무 부존재이다. 의사가 태아의 생명을 끊을 법적 의무가 있는 것은 아니며 태아가 죽음에의 법적 권리를 갖는다고 해서도 안 된다는 것이다. 둘째, 배상 산정의 불가능이다. 의사의 과실이 없었다고 하더라도 자녀는 장애를 갖고 출생하였을 것이고, 의사가 책임을 지는 것은 출생 그 자

www.kci.go.kr

체이며, 법원이 비존재(non-existence)와 장애 있는 존재와의 가치를 비교하는 것은 불가능하다는 것이다. 셋째, 공서양속(public policy) 위반이다. 존재를 끊는다고 하는 법적 의무는 인간 생명의 존엄함과 신성함에 반하는 것이고, 경도한 장애에 대해서도 중절을 권하지 않았던 의사에 대해 자녀가 소송을 제기할지도 모른다는 우려, 또 중절하지 않은 자녀의 소송에 의해 가정생활이 붕괴되거나 부모와 자식 간에 불화가 생길 가능성이 있다는 것이다.[11]

3) 독일

독일 연방헌법재판소 제1재판부의 1997년 11월 12일 결정은 원치 않은 임신 사례에서 아이 자체는 손해가 아니라고 하더라도 부양에 필요한 손해의 배상을 인정하는 것은 인간의 존엄 및 기타 기본권을 침해하지 않는다고 보았다(JZ 1998, 358). 그러나 독일은 출산과정에서 의사의 과실에 의해 장애가 발생한 것이 아닌 이상 출생아에게는 제3자보호효가 미치지 않는다고 하면서(BGHZ 86, 240), 장애아 자신이 제기하는 원치 않은 삶 소송에 대해서는 부정적인 입장을 취하고 있다. 그러나 원치 않은 아이도 태아인 동안에는 소위 형성 중인 인격권(werdende Persoenlichkeitsrecht)이 있기에 직접적인 손해배상청구권이 인정될 수 있다는 견해도 있다(Deutsch, 1995: 614).

4) 프랑스

프랑스에서 원치 않는 삶의 문제를 다룬 2000년 11월 17일의 파기원(Cour de Cassation) 판결(세칭 '페르쉐 사건')은 현재까지 상당한 논란의 대상이 되고 있다(법률신문, 2003.2.7). 제1심 판결이 원치 않은 삶 소송을 인정하자 항소법원이 이를 부정하였고 이에 대한 1차 파기신청에 대해 프랑스의 대법원인 파기원은 장애아에 대한 손해배상을 인정하였다. 그러나 그 환송법원이 저항판결을 내리면서 장애아의 청구권이 부정되었으며, 그에 대한 2차 파기신청에 대해 파기원은 상고이유를 받아들여 환송법원의 판결을 파기하고 장애아 자신의 손해배상청구권을 인정하는 우여곡절을 겪었다. 그러나 이 판결의 기초를 이루는 법적 논리가 전통적인 책임법리에 반한다는 다수견해의 반대에 부딪히자 결국 2002년 3월 4일에 세칭 반(反)페르쉐법이 제정되면서 장애아 자신의 손해배상청구권이 부정되었다(이덕환, 2013: 469-471).

아래에서는 이러한 프랑스의 원치않은 삶 소송 사례인 세칭 페르쉐사건을 분석하면서 향후 원치 않은 삶 소송의 발전방향을 논의하는 계기로 삼고자 한다.

11) McKay v. Essex Area Health Autority [1982] Q. B. 1166; [1982]2 W. L. R. 890; [1982]2 All E. R. 225, C. A.

www.kci.go.kr

Ⅳ. 프랑스의 '원치 않은 삶 소송', 세칭 "페르쉐(Perruche) 사건"의 검토

1. 사실관계

임신 초기에 풍진 감염의 의심이 있던 페르쉐(Perruche) 부인에게 의사와 의료생물학연구소(이하 '연구소'라 함)는 항체검사 결과를 잘못 전달하여 출생아에게 장애가 없다고 믿도록 했다. 페르쉐 부인은 아이가 장애를 가질 가능성이 있을 경우에는 임신중절을 할 의사를 표명하였다. 그러나 1983년 1월에 출생한 아이는 선천성 풍진증후군(Gregg syndrome)의 징후, 즉 심각한 신경장애, 청각장애, 우안의 녹내장, 그리고 심장병 등의 증상을 보였으며, 항상 타인의 도움이 필요한 상태였다. 부모는 의사, 연구소와 그 보험회사를 상대로 손해배상청구소송을 제기하였다.

2. 재판과정 및 판결요지

이 사건 제1심 재판소는 1992년 1월 13일, 부(父)를 대리인으로 한 아이의 손해배상청구 및 질병보험금고에 의한 급부반환청구를 인정하였다. 법원은 의사 및 연구소가 아이의 건강상태에 대해 책임이 있다고 판결하였다.[12]

그러나 항소심인 파리(Paris)공소원은 아이에 의한 청구를 인정하지 않았다.[13] 공소원은 우선 페르쉐 부인의 손해에 대해 '계약상 수단채무의 이행에서' 과실 있는 의사는 페르쉐 부인에게 손해를 배상하여야 한다고 판결하였다. 반면, 장애아의 손해에 대해서는 의사의 과실과 인과관계가 없다고 판단하였다. '모가 임신중절을 결정할 수 없었기 때문에 아이가 풍진에 감염되었다는 사실만으로는 자녀가 배상받을 수 있는 손해를 구성할 수 없다', '아이가 겪고 있는 중대한 후유증은 모의 자궁 내에서 감염된 풍진이 유일한 원인이다', '회복할 수 없는 감염은 아이에게 고유한 것이고, 의사의 과실로 인해 발생한 것이 아니다' 라고 하면서, 그 배상을 부정하였다.[14]

페르쉐 부부와 초급질병보험금고는 의사 및 연구소의 과실과 아이가 풍진에 감염되는 것을 회피할 수 있는 기회의 상실 간에는 인과관계가 존재하고, 공소원 판결은 프랑스민법 제1147조에 위반된다는 최초의 파기신청을 하였다. 최초의 파기원 판결은 페르쉐 부부의 신청을 인용하였다. '의사의 과실이 모의 풍진으로 아이가 입은 손해(dommage)를 초래하였다' 라고 판단하면서, 과실과 아이의 손해(prèjudice) 사이의 인과관계 및 제1심 재판소에 의해 부여된 가불금 반환에 한해 원심판결을 파기하였다.[15]

이로 인해 소송은 오를레앙(Orléans)공소원으로 환송되었다. 그런데 오르레앙공소원은 위 파기원 판

12) Pierre SARGOS, Rapp. JCP 2000, Ⅱ, 10438, p.2293.
13) CA Paris, 17 déc. 1993: D. 1995. Somm. 98, obs, Jean PENNEAU
14) CA Paris, 17 déc. 1993, préc. note(6).
15) Cass. 1reCiv., 26 mars 1996: Bull. civ. Ⅰ, n°156.

www.kci.go.kr

결에 저항하며 아이에 의한 청구를 인정하지 않았다.[16] 그 이유는, 아이는 의사 및 연구소에 의해 행해진 과실과 인과관계 있는, 즉 배상 가능한 손해(prėjudice indemnisable)를 입지 않았다는 것이다. 아이는 의사 등에 대해서 자신이 손해(dommange)의 원인으로서 그들의 과실로 인하여 생의 과정을 중단하도록 하기에 충분한 평가자료가 제공되지 않았기 때문에 출생에 이르게 되었다는 사실을 원용할 수 없다고 하였다.

이에 페르쉐 부부 및 초급질병보험금고는 위 판결이 프랑스민법 제1147조에 위반된다는 두 번째 파기신청을 하였다. 드디어 2000년 11월 17일, 파기원은 위 환송법원의 판결을 파기하고 장애아 자신의 손해배상청구권을 인정하였다. 즉, '페르쉐 부인과 체결한 계약을 이행함에 있어서 의사 및 연구소가 저지른 과실로 인하여 페르쉐 부인이 장애아의 출산을 피하기 위한 임신중절의 선택을 방해받음으로써 아이는 장애를 안고 태어나게 되었다. 그러므로 아이는 이러한 의사 등의 과실에 의하여 발생한 손해(prėjudice)의 배상을 청구할 수 있다' 라고 판결하였다.[17]

3. 세칭 반(反)페르쉐법의 제정

1) 제정경위

2000년 페르쉐 판결이 선고되자 장애인단체는 위 판결이 장애인의 삶과 부모의 희생 · 애정을 부정하는 것이라고 비난하였다. 또, 손해배상책임을 폭넓게 지게 된 의사들의 항의도 잇따랐다. 즉, 페르쉐 판결이 배상가능한 손해가 되는 생명의 존재를 인정한 것이고, 임신 중절되는 것이 바람직하다고 하는 것은 살 가치가 없는 생명이 존재하고 삶보다도 죽는 것이 바람직한 경우가 있다는 것을 밝히는 것이라며 비판하였다(Mattei, 2001: 91). 결국 페르쉐 판결에 반대하는 법안이 제출되었다. 2002년에 페르쉐 판결의 논란에 종지부를 찍기 위해 '환자의 권리와 보건제도의 질에 관한 2002년 3월 4일 법률'(이하 '반(反)페르쉐법'이라 함)이 제정되었고 그 모두(冒頭)에 반페르쉐 규정이 수록되었다.

2) 내용[18]

16) CA Orléans, 5 févr. 1999: RTD civ. 2000, p.80, obs. Jean HAUSER.
17) Cass. Ass. Plén., 17 nov. 2000; Bull. civ. Ⅰ, n°9.
18) 2002년법은 5편으로 이루어진 126개 조항에 이른다. 제1편 '장애인에 대한 연대'가 소위 반(反)페르쉐법이며, 이는 2개의 조항으로 이루어진 짧은 것이다. 그 중 제1조 제1항의 규정은 다음과 같다. ① 누구도 출생만을 이유로 하는 손해를 주장할 수 없다. ② 의료상 과실로 인해 장애를 갖고 태어난 자는 그 과실 있는 행위가 직접적으로 장애를 일으킨 경우 또는 이를 악화시킨 경우, 또는 그 행위로 인해 장애를 완화시킬 조치가 이루어지지 않은 경우에 그 손해에 대한 배상을 청구할 수 있다. ③ 전문가 또는 의료기관이 명백한 과실(une faute caractėrisée)로 인해 임신 중에 발견하지 못한 장애를 갖고 태어난 자녀의 부모에 대해 책임을 질 경우에는 그 부모는 자신에 대한 손해배상만을 청구할 수 있다. 그 손해에 자녀의 생애에 걸친 장애로부터 발생한 특별비용은 포함될 수 없다. 후자에 대한 보상은 국민연대(la solidaritė nationale)에 속한다. ④ 제1항의 제규

www.kci.go.kr

반(反)페르쉐법 제1조 제1항 ①의 규정은 원치 않는 삶의 소송을 부정하였다. 이것은 오직 출생만을 손해로 하는 소송은 불가하다는 것이다. 특이하게도 프랑스에서는 강간 또는 근친상간에 의해 태어난 자녀의 손해배상청구가 인정되고 있다[19]. 아이는 심리적 외상을 가한 가해자에게 그 피해에 대해 직접 손해배상을 청구할 수 있다. 근친상간 사례에서 가해자인 부는 아이의 존재 및 손해의 창출자가 된다. 반면에 페르쉐 사건과 같은 장애아 출생 사례에서 의사는 생명을 발생시켰을 뿐이다. 프랑스에서 아이에 의한 소송은 장애(handicap)를 손해로 하는 것과 임신 상황(situation)이 문제되는 것으로 나뉘어, 전자만이 반페르쉐법에서 부정되었다. 이 법률의 제정과정에서 볼 때, 아이가 장애를 갖는 경우로서 그 장애가 의사의 책임으로 귀속되지 않는 경우에는 장애아의 배상청구가 부정된다는 것이었다. 그리고 프랑스에서 강간 또는 근친상간에 의한 임신의 경우에 건강한 아이에 의한 배상청구가 인정되는 것은 비교법적으로 볼 때도 매우 특징적이다.

한편, 위 ①의 규정이 출생을 이유로 한 장애아의 손해배상청구를 금지하고 있는 반면, 같은 항 ②의 규정은 출생 전 침해, 특히 의료상 과실로 인한 아이의 소송을 인정하고 있다.

같은 항 ③의 규정은 부모에 대한 배상을 정신적 손해에 한정하고 있다. 이는 우리나라에서 부모에게 정신적 손해배상을 인정하게 된 것과 유사하다(대법원 2002. 6. 25. 선고 2001다66321 판결). 그러나 우리나라에서는 정신적 손해의 내용이 부모의 낙태결정권 침해로 인한 위자료 부분을 제외하고 예기치 않은 기형아 출산으로 인한 정신적 고통에 대한 위자료만 인정을 하였지만, 프랑스에서는 출산선택에 대한 기회의 상실이라는 점에서 다소 차이가 있다. 또 '명백한 과실(une faute caractérisée)'이란 프랑스 민사책임법에서는 찾을 수 없는 개념이고, '통상의 민법상 과실'보다는 중대한 것이다. 국민의회에서 채택되었을 때에는 '중과실(faute lourde)'의 개념을 사용하였으나, 이 용어는 1992년 국사원판결[20]에 의해 의료행위에 관해서는 사용할 수 없게 되었다. 한편, 국민 연대(la solidarité nationale)는 장애를 갖고 살아가야 하는 현실적 부담을 경감하기 위한 사회정책적인 것으로 보인다.

같은 항 ④가 규정하는 '진행 중의 소송절차'는 페르쉐 판결의 재이송심을 그 사정권에 포함한 것으로 보인다. 그러나 두 번째 파기원 판결에 구속된 파리공소원은 2002년 12월 11일, 19세가 된 페르쉐 부인의 장애아에게 재산적, 신체적, 그리고 정신적 손해에 대한 배상 모두를 인정하였다[21]. 공소원은 500,000프랑(76,224유로)의 가불금을 위 아이에게 인정한 제1심판결을 지지하였으나, 이미 지불을 행한 초급질병보험금고는 정치적 이유 등으로 2002년 7월 3일 의사 등에 대한 230만유로의 청구를 포기하였다[22]. 따라서 의사 등에게는 그 상환을 구하지 못했다. 결국 페르쉐 사건의 동향을 본다면, 국민연대의 기능은 여전히 질병보험금고 등의 사회기구에 맡겨져 있다고 할 수 있다. 여기서 질병보험금고는 장애인의 비용을 부담하는 국민연대의 구체화라고 할 수 있다(本田, 2003: 45).

정은 진행 중 소송절차에 적용된다. 다만 배상 원칙에 대해 철회불능으로 결정된 것에 관해서는 한정되지 않는다.

19) Cass. Crim. 4 fév. 1998: Bull. Crim., n°43.

20) CE, 10 avril 1992: Rec. CE, p.171, ccncl. Hubert LEGAL; AJDA 1992, p.355.

21) CA Paris, 11 déc. 2002: Le Monde, 13 déc. 2002.

22) http://www.yanous.com/news/actualite/actualite0207.html

www.kci.go.kr

3) 평가

반페르쉐법은 장애아의 부양문제는 국민적 연대로 해결하되, 장애아 자신의 원치 않은 삶 소송은 부정하는 입장을 분명히 하였다. 그러나 이 법이 의사들의 책임 경감을 위해 의사들의 주도 하에 급히 제정된 것임은 부정할 수 없다. 원래의 법률명에서 알 수 있듯이 이 법은 환자의 권리와 보건제도에 대한 광범위한 내용이 규정되어야 함에도 불구하고 법률 모두에 출생만을 손해로 하는 것은 불가능하다는 반페르쉐 규정이 삽입된 것은 페르쉐 판결로 인한 사회적 동요를 조금이라도 빨리 진정시키고자 한 것으로 보인다.

Ⅴ. 나오며: 원치 않는 삶 소송의 발전 방향

선천성 장애아의 원치 않은 삶 소송은 존엄한 인간 존재와 그 근원으로서의 생명 가치라는 철학적·헌법적 문제, 임부의 낙태결정권의 문제, 장애인으로서의 삶과 고통의 문제, 손해의 평가 및 손해액 산정의 문제, 의사들의 책임 부담 및 보험 문제 등 민감한 부분이 복잡하게 얽혀 있다. 각국에서 장애아의 손해배상청구 인정 여부, 특히 프랑스의 페르쉐 판결을 둘러싼 입장 대립은 이러한 점을 잘 체감하게 해 준다. 우리나라에서는 원치 않은 아이에 대한 논의가 최근 전개되었지만 원치 않은 삶에 대한 문제는 원치 않은 출산과 임신의 문제에 비해 많이 가려져 있다.

원치 않은 삶을 이유로 한 논의에서는 임신중절을 태아의 이익으로 할 수 있는가, 살아서 태어난 결과로서 배상청구권을 갖는다고 하는 아이에 의한 소송이 그 아이를 중절한다고 하는 계약상 채무불이행책임의 추궁과 양립할 수 있을까에 대한 문제가 매우 중요하다. 각국에서 원치 않은 삶 소송을 부정하는 입장의 근거는 의사의 낙태의무 및 인과관계 등의 부존재, 배상 산정의 불가능, 인간의 존엄과 가치의 침해 내지 공서양속 위반 등으로 정리할 수 있다. 반면, 장애아의 원치 않은 삶 소송을 인정하려는 견해는 의사의 과실이 아이의 장애를 일으킨 직접적인 원인은 아니지만 임부에게 아이를 출산하게 함으로써 다른 다양한 요인과 함께 손해가 발생하는 원인이 되었다는 것이다. 본 논문에서 검토한 페르쉐 판결의 경우, 결과적으로 상당인과관계설이 아닌 조건설(등가설)에 입각한 것으로 보이며, 채무불이행책임에 근거한 파기신청에 대해 불법행위(프랑스민법 제1382조) 및 태아를 계약의 제3자로 한(같은 법 제1165조) 법조문을 근거로 손해배상청구를 인정하였다. 프랑스 민법전에서 태아에 대한 불법행위책임을 규정하는 조문(우리 민법 제762조에 해당)은 존재하지 않지만, 프랑스 판례 및 학설은 상속 등의 규정(프랑스민법 제725조, 제906조, 제961조, 제1082조)을 불법행위에 근거한 손해배상청구에도 유추적용하고 있다.[23] 제3자를 위한 계약도 로마법 이후 당사자주의 원칙에 대한 예외로서 넓게 인정해 오고 있다.

23) Cass. 2eCiv., 21 avr. 1966.

www.kci.go.kr

향후 원치 않은 삶 소송은 다음과 같은 이유에서 소송 성립을 인정하는 것이 바람직하다고 본다.

첫째, 산전진단과 선택적 낙태와의 관계이다. 오늘날 산전진단은 장애의 예방과 치료를 위한 것이 아니라 가족계획 및 산전관리 차원에서 장애아의 출산을 염려하여 장애가 확인될 경우에 이를 회피·제거하려는 의도가 크다. 실제, 산전진단과 낙태는 산전보호의 한 과정으로 관례화되어 있으며, 정부는 모성보호차원에서 이들 검사에 대한 보조를 확대해 가고 있다(이지수, 2012: 58). 장애아의 손해배상청구를 부정하는 것은 우리 사회 전반에서 겪게 될 장애로 인한 불편함과 고통을 직시하지 않는 것이다. 현행 모자보건법도 태아의 장애나 질환에 관한 직접 조항은 아니지만 사람의 장애와 인공임신중절사유를 연결하고 있다(같은 법 제14조 제1항). 국내 산부인과에서 산전진단은 임신과정에서의 필수항목처럼 이미 보편적으로 실시되고 있고, 장애라는 나쁜 결과를 예측하기 위해 합법적으로 실시되는 것임에도 의사의 오진으로 장애아가 출생한 것에 대해 의사에게 책임을 추궁할 수 없다는 것은 불합리하다.

즉, 산전검사를 통해 태아 손상을 쉽게 확인할 수 있게 되면서 현행 모자보건법상 임부나 배우자의 장애나 질환은 태아의 장애나 질환으로 쉽게 치환되고(같은 법 제14조 제1항 제1호), '임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치거나 해칠 우려가 있는 경우'에 인공임심중절을 허용한다는 모자보건법 규정을 확대 적용하면서(위 같은 항 제5호) 낙태가 가능한 것으로 간주되어 왔다는 것이다. 개인의 선택은 진공상태에서 이루어지는 것이 아니라 사회문화적인 환경의 산물이며 장애인에 대한 사회의 부정적인 태도가 개인의 태도로 내면화되어 산전 진단과 낙태의 과정에 작용하고 있다는 것은 부정할 수 없다. 광범위한 산전 진단과 낙태를 가능하게 했던 유전학의 실천을 개인의 선택으로만 볼 수 없으며 국가나 사회가 행하는 강제성은 법률적 제한을 통한 의도적 개입뿐만 아니라 장애아의 양육에 드는 '경제적, 사회적 비용이라는 압력'을 통해 '낙태로 이끄는 강제력으로 작용할 수 있다'고 한다. 산전진단과 낙태행위는 개인적 행위로 보이지만 철저히 사회적인 행위라는 것이다(이지수, 2012: 44-48).

둘째, 손해배상 인정을 위한 구성요건 및 손해배상 인정 근거로서의 모자보건법의 문제이다. 먼저, 임신 전 의료상 과실은 물론 생명체로서 형성 중인 태아 기간 동안의 의료상 과실에 대해서도 출생한 이후에는 장애아에게 직접적인 손해배상청구권이 인정될 수 있다고 본다. 이 때, 손해는 아이의 출생 내지 생명이 아니라 장애, 즉 보다 정확히 말하면 장애를 동반한 출생으로 보아야 한다. 설령 태어나지 않을 권리라고는 말하지 않더라도 적어도 중대한 장애를 갖고 태어나지는 않았을 것이라는 이익이 도출되고 이러한 이익침해가 손해로 평가될 수 있다고 본다.

여기서, 원치 않은 삶 소송을 부정하는 우리 대법원의 판결이유 중 하나는, 부모의 낙태결정권의 유무를 중시하여 모자보건법상 인공임신중절사유에 해당하지 않아 합법적인 낙태가 인정되지 않을 경우에는 의사가 태아의 검사를 철저히 했더라도 아이에 대한 적법한 낙태결정권이 없다고 본다. 그러나 법원 판단에 기초하고 있는 모자보건법상 인공임신중절사유는 현재 태아 손상에 대한 직접 조항으로 개정될 필요가 있음은 물론, 태아 장애 등 합리적이고 현실적인 인공임신중절사유에 대한 사회적 합

www.kci.go.kr

의가 시급히 필요한 상황이다. 권오봉・윤석찬(2010: 518)에 의하면, 실제 다운증후군 등의 태아 손상이 진단될 경우에 낙태시술이 공공연하게 압도적인 비율로 이루어지고 있음에도 법원에서 이를 합법적 낙태가 아니라는 법리적 측면만을 내세워 손해배상청구를 인정하지 않는 것은 현실과 법의 괴리를 법원이 조장하고 방치하는 결과가 되며, 일선 병원에서 기형아인지 여부에 따라 산모가 임신중절의 시행여부를 판단하기 위하여 이루어지는 사실상의 이유에 기하여 태아가 기형아라면 그 태아를 출산하여 키울 것인지 여부를 선택하고 대비할 수 있는 자기결정권, 소위 산전검사 결과에 따른 낙태결정권이 침해되었다고 보는 것이 타당하다고 한다. 법원은 적어도 현실에서 지켜지지 않는 법에 기초하여 손해배상책임 법리를 구성해서는 안 되며, 산전 검사결과에 따른 낙태의 기회에 대한 권리(낙태결정권) 내지 낙태기회의 상실을 근거로 배상을 인정하는 것이 바람직하다고 본다,

셋째, 손해배상책임 인정에 따른 인간존엄 및 자녀의 복리와 관련해서이다. 원치 않은 삶을 이유로 한 손해배상소송이 살 가치가 없는 생명의 존재를 인정함으로써 인간의 존엄과 가치에 반하는 것이 아니라, 아이가 장애에도 불구하고 인간의 존엄성에 합치하는 여건 아래에서 살아야 할 것을 허여함에 필요한 배상으로서의 성격을 가져야 한다고 본다(법률신문, 2006. 2. 3). 프랑스 페르쉐 판결의 경우, 위 판결이 내려진 2000년 당시 페르쉐 부인의 아이는 이미 17세가 되었고, 몇 개월 뒤에는 미성년자가 아닌 아이 자신의 명의로 부모의 사망 후에도 생애에 걸친 배상을 얻도록 파기원이 배려했다고 볼 수 있다. 적어도 물질적으로 장애아가 살아갈 수 있도록 현실적인 차원에서 배상하고, 가족 또는 사회에서 버려지지 않도록 하는 것이 오히려 인간의 존엄과 가치라는 명분에 부합한다. 원치 않은 삶 소송을 인정하는 것이 장애아의 삶의 고통을 덜어주는 방법이라고도 할 수 있다(강신웅, 2000: 622면). 의사의 과오가 아이의 장애를 유발한 것은 아니지만 의사의 오진으로 인해 가장 큰 피해자는 장애를 안고 있는 아이이다. 부모에 대한 배상을 인정하면서 장애아에 대해서는 손해배상을 인정하지 않는 것은 모순이다. 만약 부모가 원치 않은 출산 소송을 통해 손해배상금을 지급받지 못하고 사망한 경우 그 아이가 의사에게 원치 않은 삶에 대한 아무런 배상도 받을 수 없다는 것은 불공평하다(강신웅, 2000: 633면). 이 때 배상되어야 할 손해의 범위는 장애인으로서 살아가고 있는 고통에 대한 아이의 위자료와 특수 교육 및 훈련 비용, 의료비, 개호비, 장애에 따른 보조구입비 등의 특별손해이다.[24] 단, 동종의 부양비용 등에 대해 부모의 청구와 아이의 청구가 중복되는 문제가 발생해서는 안 되므로 원치 않은 출산 소송의 부모에게 먼저 인정하고 아이의 청구는 아이가 성년이 되는 날 이후부터 장애가 지속되는 한 인정되어야 할 것으로 본다.

산전진단술이 급격히 발전하고 있는 만큼, 그리고 고양된 국민의 권리의식만큼, 향후 원치 않은 삶 소송은 보다 증가할 것으로 예상된다. 아이에 의한 손해배상소송을 인정하는 것이 인간의 존엄과 가치 및 장애아의 복리증진을 위해 보다 바람직하다고 생각한다.

24) 이와 달리 장상아의 삶에 필요한 통상의 손해 및 장애로 인한 특별손해가 배상되어야 한다는 견해도 있다(이덕환, 2013: 483).

www.kci.go.kr

참고문헌

강신웅. 2000. 원하지 않은 아이 출생에 관한 의사의 책임: 미국·독일·한국판례상의 부양료 배상을 중심으로. 비교사법. 7(2): 613-643.

강희원. 1997. 의학기술발전과 손해의 개념: "원치 않은 아이(子)"는 손해인가? 인권과 정의. 254: 53-62.

권오봉, 윤석찬. 2010. 원치 않은 아이의 출생과 의료과오책임. 부산대학교 법학연구. 51(1): 503-524.

봉영준. 2011. 원치 않은 임신에 대한 아이의 부양비. 의료법학. 12(2): 219-263.

신동일. 2006. 착상전진단술에 대한 생명형법적 고찰. 한국형사정책연구원 연구총서.

윤진수, 1999. 의사의 과실에 의한 자녀의 출생으로 인한 손해배상책임. 법조. 48(7): 31-60.

이덕환. 2013. 의사법연구. 서울: 율곡미디어.

이은영. 2009. 원치 않은 아이 소송의 개념정의와 유형화에 대한 새로운 시도. 중앙법학. 11(2): 71-105.

이지수. 2012. 손상을 가진 태아의 산전 진단과 낙태에 관한 장애학적 논의: 표현주의 주장을 중심으로 한 하나의 고찰. 한국장애인복지학. 18: 43-63.

전병남. 2001. 원치 않은 아이의 출생과 의사의 손해배상책임: 우리나라의 판례와 학설의 동향. 의료법학. 2(1): 13-42.

최재천. 1997. "원치 않은 아이"와 손해배상책임. 인권과 정의. 256: 81-98.

Deutsh, E., 양삼승. 1983. 의사법 및 의사의 책임에 관한 최근의 국제적 동향. 법조. 32(8): 65-78.

石井美智子. 1983. 医療」としての堕胎: 英國1967年堕胎法の改正論理にみる同法の特徴と問題点. 唄孝一編『医療と法と倫理』岩波焦点

今井雅子. 1990. 望まない子の出生に對する医師の責任: イギリスにおけるwrongful life訴訟 · wrongful birth訴訟 · wrongful conception訴訟. 比較法. 29.

本田まり. 2003. Wrongful life 訴訟における損害(1): フランス法を中心に. 上智法學論集.

Deutsch, E. 1995. *Das Kind oder sein Unterhalt als Schaden.* VersR.

Jean-François Mattei. 2001. *Santé Sociale: Ces Absurdités Qui Nous Entourent.* Conviction.

http://www.yanous.com/news/actualite/actualite0207.html(2015. 2. 10 최종방문)

류화신: 충북대학교 법학전문대학원 법학과 부교수, 법학박사이다(lawdeo@cbnu.ac.kr).

www.kci.go.kr