

혈액관련 사고에 대한 민사책임

-대법원판결 1998.2.13. 96다7854의 평석을 중심으로-

박 동 진*

I. 의 의	II. 혈액원의 일반불법행위책임의 성립
[사실관계]	요건으로서의 주의의무위반
[원고측의 주장내용]	III. 혈액원의 책임근거로서의 제조물책
[원심판결]	임법의 적용여부
[대법원 판결]	IV. 의사의 설명의무 위반
[판결의 연구]	V. 복수책임주체의 공동불법행위의 성
I. 문제제기	립여부

I. 의 의

혈액과 관련된 사고로 인하여 발생한 피해에 대한 구제방법은 여러 가지로 다양하게 나타나고 있다. 그 중에서 보험등 사회적 구제방법이 적절히 작용하지 못하는 사회에서는 그 피해를 야기한 자에 대한 민사책임이 주된 피해의 구제방법이 될 것이다. 특히 인간면역결핍바이러스(Human Immunodeficiency Virus)¹⁾에 감염된 혈액을 수혈하여 후천성면역결핍증(Acquired Immunodeficiency Syndrome)²⁾에 걸리게 된 경우에 야기되는 손해배상책임의 문제를 주대상으로 하여 살펴보고자 한다. 감염된 혈액을 공급한 자의 책임과 관련하여 이미 1995년도에 기초적인 판결이 나와 있다.³⁾ 그러나 이 대법원의 판결은 에이즈에 감염된 혈액을 공급한 자의 책

*연세대학교 법과대학 교수

1) 이하에서는 약칭하여 HIV라고 한다.

2) 이하에서는 에이즈(AIDS)라고 한다.

3) 대판 1995.8.25 선고 94다47803. 이 판결에 대한 평석으로는 강동세, "수혈로 인한 후천성면역결핍증(AIDS) 감염에 따른 법적 문제에 관한 연구", 법조, 46권 8호 (97.08), 136면 이하 참조.

임에 대해서만 판시하고 있었다.

그 후에 다시 1998년의 대법원의 판결⁴⁾에서는 혈액의 공급자에 대한 책임외에도 의료행위과정에서 에이즈감염혈액을 수혈한 의사의 행위에 의한 병원의 책임에 대해서도 판단하고 있어 이 판결에서 나타난 쟁점을 중심으로 검토해 보고자 한다.

[사실관계]

원심에서 확정된 사실관계를 보면 다음과 같다.

(1) 원고 안종이(1944.11.25.생인 여자)는 수차에 걸쳐 출산 및 유산 경력이 있는 주부로서 1989. 4. 26. 요실금증세와 하복부에 통증을 느껴 피고 학교법인 고려중앙학원이 운영하는 고려대학교 의과대학 부속 구로병원에서 진료를 받은 결과 방광요도류와 자궁탈출증이 있는 사실이 확인되어 같은 해 5. 14. 입원하여 5. 16. 질실자궁적출술을 시술받았다.

(2) 위 시술 전인 같은 해 5. 9. 위 시술 준비과정에서 실시된 원고 안종이에 대한 혈액검사결과에 의하면 혈액 중의 헤모글로빈(Hemoglobin) 수치가 12.4g/dl, 헤마토크리트(Hematocrit) 수치가 37.6퍼센트로서 정상적인 범위(여성의 경우 헤모글로빈 수치는 12 내지 14g/dl, 헤마토크리트 수치는 36 내지 48퍼센트)내에 있었는데, 위 시술 과정에서의 출혈로 인하여 같은 해 5. 17. 실시된 혈액검사결과에서는 헤모글로빈 수치가 9.9g/dl, 헤마토크리트 수치가 29.7퍼센트로, 같은 해 5. 20. 실시된 혈액검사결과에서는 헤모글로빈 수치가 8.6g/dl, 헤마토크리트 수치가 25.8퍼센트로 정상 이하로 떨어지면서 위 원고는 병원측에 어지럼증을 호소하게 되었고, 이에 위 병원측은 피고 대한적십자사로부터 공급받은 혈액인 농축적혈구 2단위(전혈 640cc에 해당하는 량, 혈액관리번호 11587, 47222)에 대하여 위 원고의 혈액과의 교차반응검사를 실시한 후 같은 날 위 원고에게 이를 수혈하였는데, 위 수혈 결과 그로부터 12시간이 경과한 후에 실시된 혈액검사결과에 의하면 헤모글로빈 수치가 11.5g/dl, 헤마토크리트 수치가 33.5퍼센트로 정상에 가깝게 회복되어 위 원고는 그 후 위 병원측으로부터 다른 필요한 치료를 받은 뒤 같은 해 5. 23. 퇴원하였다.

4) 대판 1998.2.13. 96다7854.

(3) 위 원고에게 수혈된 혈액중 혈액관리번호 47222호 혈액은 혈액관리법 제4조 제2항 제2호의 규정에 따라 혈액원을 개설하여 그 업무를 수행하는 피고 대한적십자사 산하 서울특별시 남부적십자혈액원이 같은 해 5. 15. 서울 관악구 신림동 전철역앞에서 행하여진 가두헌혈행사 중 소외 배중열(남, 1965. 1. 13.생)로부터 헌혈받아, 그 혈액의 인간면역결핍 바이러스(Human Immunodeficiency Virus, 약칭 HIV, 이하 에이즈 바이러스라고 한다) 감염 여부를 효소면역측정법이라는 방법으로 검사하여 이상이 없는 것(음성)으로 판정되자 이를 위 병원측에 공급한 것인데, 그 혈액은 위 효소면역측정법에 의한 판정결과와는 달리 실제로는 에이즈 바이러스에 감염(즉, 위음성이었음)되어 있었던 것이었다.

(4) 위 배중열은 위의 헌혈에 이어 같은 해 11. 2.에도 가두 헌혈을 하였는바, 피고 대한적십자사는 그 혈액에 대하여 효소면역측정법에 의한 에이즈 바이러스 감염여부를 검사한 결과 감염자(양성)로 판명되어 위 배중열이 과거에 헌혈한 경력이 있는지 조사한 결과, 위와 같이 같은 해 5. 15.에도 헌혈하였는데 그 혈액 중 적혈구 농축액이 다음 날 피고 학교법인 고려중앙학원 산하 구로병원으로 출고되어 위 원고에게 수혈된 사실을 추적조사를 통하여 확인하고 위 병원에 그 사실을 통보하였고, 위 병원은 추가적인 혈액검사를 통하여 같은 해 12. 15. 위 원고가 에이즈 바이러스에 감염된 사실을 확인하고 이를 관계기관에 통보하였으며, 위 원고는 같은 달 16.경 피고 대한민국 산하 보건사회부(현재의 보건복지부의 전신) 소속 공무원으로부터 자신이 위 수혈에 의하여 에이즈 바이러스에 감염되었음을 통보받았다.⁵⁾ 한편 이 사건 변론종결일 현재 위 원고에게

5) 또한 원심판결에서는 '에이즈 즉 후천성면역결핍증은 후천적으로 에이즈 바이러스의 감염에 의하여 야기되는 질병으로서 이러한 에이즈 바이러스는 1981. 6.경 미국에서 최초로 발견된 이래 1985년경부터는 의학계 일반에서 새로운 바이러스에 의한 질병의 하나로서 받아들여지게 되었고, 그후 에이즈는 급속도로 전 세계에 전파되어 1992년 현재 전세계 에이즈감염자는 500,000명을 초과하는 것으로 보고되고 있다. 에이즈 바이러스의 감염경로는 에이즈에 감염된 사람과의 성적인 접촉, 감염된 혈액의 수혈이나 감염혈액으로 제조된 혈액제제의 사용, 감염된 사람과의 주사바늘 및 주사기의 공동사용, 감염된 산모로부터 임신 중 또는 출산시 태아에게의 전파 혹은 모유에 의한 감염, 장기이식 혹은 인공적 임신을 위한 감염자로부터의 장기, 조직 및 정액의 제공에 따른 감염 등이 현재까지 밝혀져 있다. 에이즈 바이러스에 감염되면 인체는 면역의 기능을 상실하고 면역결핍에 의한 기회감염으로 인해서 모든 질병에 감염의 기회를 주게 되며, 감기에라도

에이즈 특유의 임상증상은 아직 나타나지 않고 있다.

[원고측의 주장내용]

이에 대해 에이즈에 감염된 안종이와 그의 남편 박창수, 그리고 그의 4 자녀들이 원고가 되어 대한민국과 혈액을 공급한 대한적십자사 및 위 의료시술을 한 병원측인 학교법인 고려중앙학원을 공동피고로 하여 정신적 고통에 대한 위자료지급을 청구하였다. 각각 위자료의 청구원인에 대해서는 각각 다음과 같은 내용을 전제로 하고 있다.

(1) 피고 대한민국에 대한 청구원인은 피고 소속 보건사회부장관 등 혈액관리담당 공무원들은 헌법 및 법률의 보건권에 관한 규정에 따라 수혈될 혈액의 안전성확보를 위하여 피고 대한적십자사 등 혈액원 운영자들이 혈액공급자로부터 혈액을 공급받는 경우 에이즈 바이러스 감염 여부를 철저히 검사하도록 지도·감독할 직무상 의무가 있음에도 항체 미형성기간에 있는 에이즈 바이러스는 검출해 낼 수 없는 불완전한 검사방법인 효소면역측정법을 피고 대한적십자사 등의 혈액원에서 공식적인 에이즈 바이러스 검사방법으로 채택하게 하거나 혈액원에서 위 효소면역측정법을 그 검사방법으로 채택한 것을 그대로 방치함으로써 그 직무상 의무에 위배하였고, 이러한 보건사회부장관 등 혈액관리담당 공무원들의 직무상 불법행위로 인하여 원고 안종이가 에이즈 바이러스에 감염되었으므로, 그 감염으로 인하여 원고들이 입은 손해에 대하여 피고 대한민국은 국가배상법 제2조 소정의 손해배상책임이 있으며, 가령 위 검사방법의 선택에 잘못이 없다고 한다면 결과적으로 국민들은 아무런 방비책도 없이 하자있는 혈액의 수혈로 인하여 에이즈에 감염될 위험에 놓여있는 셈이므로 피고 대한민국으로서선 선의의 국민이 입는 피해에 대한 보호대책을 마련하여야 함에도 이를 마련하지 아니한 과실이 있으니 위와 같은 경위로 에이즈에 감염되고도 아무런 보상을 받지 못하게

걸리게 되면 감기에서 폐렴, 만성기관지염, 피부병, 만성설사 등으로 병세가 쉽게 발전하고 그에 대한 뚜렷한 치료방법도 없어, 결국 에이즈는 발병하기만 하면 예후가 극히 불량하고 치유가 불가능하여 에이즈환자는 암, 폐렴, 식도염 등에 의하여 거의 예외없이 수년 내에 사망하는 것으로 보고되고 있음'을 밝히고 있다.

된 원고 안종이와 그 가족들인 나머지 원고들의 손해를 배상할 책임이 있다고 하였다.

(2) 피고 대한적십자사에 대한 청구원인으로 피고는 이 사건에서 문제된 혈액의 제조자로서 그 안전성확보를 위하여 혈액공급자로부터 혈액을 공급받는 경우 에이즈 바이러스 감염여부를 철저히 검사하여야 할 의무가 있음에도 이 사건에서 문제된 혈액에 대하여 효소면역측정법에 의한 검사만을 실시하여 양성반응이 나오지 않자 다른 확인절차를 생략한 채 이를 그대로 수요자에게 공급하여 준 과실과 에이즈 바이러스에 감염되었을 우려가 있는 자로부터의 혈액공급을 애당초 방지하기 위한 최선의 노력을 다하여야 함에도 불구하고 오히려 '헌혈을 하면 에이즈검사를 해드립니다'는 등의 문구를 헌혈용 차량에 부착하여 에이즈감염 위험군으로 하여금 헌혈을 통하여 에이즈 바이러스 감염여부를 확인하도록 간접적으로 충동하여 에이즈 바이러스에 감염된 혈액을 헌혈받을 가능성을 높게 하고 결과적으로 원고 안종이로 하여금 이 사건 감염에 이르게 한 잘못이 있다는 취지로 주장하였다.

(3) 피고 학교법인 고려중앙학원에 대한 청구원인으로, 위 피고 산하 구로병원 소속 의사들이 원고 안종이에게 이 사건 수혈을 함에 있어서 첫째, 수혈의 경우 매독, 간염, 에이즈 등의 병에 감염될 우려가 매우 높기 때문에 위험부담을 극소화하기 위하여 당장 수혈을 하지 않으면 환자의 생명에 직접 위험이 발생할 경우에 한하여 필요최소한의 양을 수혈하여야 하는 것임에도 불구하고 위 원고에게 필요불가결하지 않은 수혈을 한 잘못이 있고, 둘째, 가사 위 수혈조치가 정당하다 하더라도 피고 대한적십자사로부터 공급받은 혈액에 그 보관 도중 항체가 형성되어 최초 검사시 나타나지 않았던 항체가 재차 확인검사시 나타날 가능성도 있으므로 병원측으로서 수혈에 앞서 수혈하고자 하는 혈액의 에이즈 바이러스 감염여부를 확인 검사하는 등의 방법으로 에이즈 바이러스에 감염된 혈액이 수혈되지 않도록 하여야 함에도 불구하고 감염여부를 확인 검사하지 않은 잘못이 있으며, 셋째, 위 수혈에 앞서 환자 본인인 위 원고에게 수혈에 따른 부작용 등을 자세히 설명하여 그로 하여금 수혈의 승낙 여부를 결정할 기회를 주었어야 함에도 불구하고 아무런 설명이나 동의

도 없이 위 원고에게 수혈한 잘못이 있으므로 피고 학교법인 고려중앙학원은 위 병원 소속 의사등의 사용자로서 위와 같은 위법행위로 인하여 원고들이 입은 손해를 배상할 의무가 있다고 주장하였다.

[원심판결]⁶⁾

원고측의 청구에 대하여 서울고등법원은 피고 대한민국에 대해서는 손해배상책임이 없고, 피고 대한적십자사와 피고 학교법인 고려중앙학원은 그 배상책임이 있다고 판시하였다.” 그 판단이 이유에 대해서는 각각 다음과 같이 설시하고 있다.

(1) 우선 피고 대한민국은 ‘에이즈 바이러스에 감염되지 않은 순결한 혈액을 국민에게 공급하는데 필요한 제반 조치를 하여야 할 의무’가 있으며 이와 같은 ‘국가의 안전성확보의무는 국가배상책임의 전제가 되는 국민개개인에게 부담하는 의무로서 그 시대에 있어서 현실적으로 가능한 범위 내에서 최고의 의학적 기술수준에 따라 이행되어야 할 성질의 것’으로 판단함으로써 원칙적인 혈액공급에 대한 국가의 안전성확보의무의 존재를 인정한 것이다.

그러나 구체적으로 국가가 ‘피고 대한적십자사 등 혈액원에 대하여 공혈혈액 전부에 대하여 에이즈 감염여부 검사를 실시하도록 조치하는 한편(그 검사는 1990. 9. 8. 혈액관리법시행규칙의 개정으로 법제화되었다), 이 사건에서 문제된 헌혈시인 1989. 5. 이전까지는 에이즈를 전염병예방방법상의 지정전염병으로 고시하고, 에이즈의 예방과 감염자의 보호, 관리를 위하여 후천성면역결핍증예방법을 제정, 시행’하는 등 ‘보건사회부장관 등 혈액관리담당 공무원들이 수혈에 의한 에이즈감염의 예방에 관하여 적절한 조치를 취하지 아니하였다’는 할 수 없다고 판단하였다.

6) 서울고법 1995.12.26 94나36713.

7) 이 사건에서 피고인 대한적십자사가 이미 위로금 명목으로 금30,000,000원을 지급한 점 등의 사정을 참작하여 피고 대한적십자사가 원고들의 위 정신적 고통에 대한 위자료로 지급할 금액은 원고 안종이에 대하여는 금12,000,000원, 원고 박창수에 대하여는 금5,000,000원, 원고 박성중, 박정순, 박성진, 박성원에 대하여는 각 금1,500,000원으로 하였다. 나아가 피고 학교법인 고려중앙학원은 원고들의 정신적 고통에 대한 위자료로 원고 안종이에 대하여는 금15,000,000원, 원고 박창수에 대하여는 금 6,000,000원, 원고 박성중, 박정순, 박성진, 박성원에 대하여는 각 금2,000,000원으로 정하였다.

또한 혈액원이 헌혈된 혈액에 대하여 에이즈 바이러스 감염여부를 철저히 검사하도록 국가가 지도·감독할 직무상 의무가 이행된 것으로 판단하였다. 에이즈 바이러스 감염 여부의 검사방법은 크게 에이즈 바이러스 항원 자체를 검사하는 항원검사법과 에이즈 바이러스에 대한 항체를 검사하는 항체검사법이 있는데 항원검사법은 감염된 에이즈바이러스의 약 3 내지 12주 정도의 항체미형성기간동안에는 감염여부를 확인할 수 없다는 약점이 있어, 항원검사법이 항체미형성기간의 감염여부를 확인할 수 있어 더 정확하다고도 볼 수도 있다. 그러나 '항원검사법은 검사장비가 비싸고 검사소요기간이 비교적 길며 특수한 기술을 요하여 집단적 혈액검사방법으로는 적합하지 않고 또한 에이즈 바이러스 항원은 감염초기에 출현했다가 항체가 생기면서 일시적으로 소실되는 경향이 있어 이론적으로 항원 자체를 검사하더라도 에이즈감염여부를 확인할 수 없는 경우가 있을 뿐 아니라 현실적인 정확도도 아직 담보되지 아니하여 전세계적으로 연구용 내지 실험용으로 일부 사용되고 있을 뿐 집단적인 헌혈 혈액에 대한 검사방법으로 항원검사법을 채택하고 있는 국가는 아직 없으며, 만약 우리나라에서 집단적인 헌혈 혈액에 대한 검사방법으로 항원검사법을 채택 시행하게 된다면 기술적, 시간적, 경제적인 제약으로 인하여 수요자에 대한 혈액공급자체가 사실상 불가능하게 될 것으로 우려된다'는 점을 고려하여 '헌혈 혈액 전부에 대하여 에이즈 감염여부검사가 의무화될 당시 보건사회부에서는 그 검사방법을 사실상 피고 대한적십자사에 일임하였고 이에 따라 피고 대한적십자사는 1급 혈액원장 회의와 대한적십자사 혈액사업자문회의 등을 거쳐 위에서 (필자 첨가: 본 항체검사법의 일종인) 효소면역측정법을 검사방법으로 채택하였으며, 그 이후 모든 혈액원에서 효소면역측정법에 따라 제1차적 선별적인 검사를 행하고 그 검사결과 양성으로 나온 혈액에 대하여 감염여부를 정밀진단하기 위하여 그 혈액을 국립보건원에 보내어 (필자 첨가: 본 항체검사법의 또 다른 종류인) 웨스턴 블롯 검사법에 의한 검사를 받게 하고 있다'는 점에서 대한민국이 그와 같은 검사방법의 실시를 용인하고 사실상 이를 공인한 것이 검사방법의 선택에 있어 잘못된 것이라고 할 수 없음을 이유로 국가의 손해배상책임을 부정하였다.⁸⁾

(2) 혈액관리법의 관련규정에 따라 혈액원을 개설하여 수혈 또는 혈액 제제의 제조에 필요한 혈액을 채혈·조작·보존 또는 공급하는 업무를 내용으로 하는 혈액원으로서의 업무를 수행 피고 대한적십자사는 민사책임과 관련하여 판시한 내용을 검토한다.

수혈 또는 혈액제제의 제조를 위한 혈액의 순결과 공혈자 및 수혈자를 보호하고 혈액관리의 적정을 기하기 위하여 최선의 조치를 다하여야 할 고도의 주의의무가 있음은 원칙적으로 인정하고 있다. 다만 그 주의의무의 구체적인 내용은 '혈액을 채혈함에 있어서 그 시대에 있어서 현실적으로 가능한 범위 내에서 최고의 의학기술수준에 맞추어 병원균감염 여부를 검사하여 하자를 제거하는 노력을 기울이고 에이즈감염 위험군으로부터의 헌혈을 배제하는 등 위험성에 대한 예견의무와 결과회피의무라고 할 것이고, 이러한 주의의무의 위반 여부는 문제로 된 행위 당시의 일반적인 의학의 수준과 그 행위로부터 생기는 결과발생의 가능성의 정도, 피침해법익의 중대성, 결과회피의무를 부담함에 의해서 희생되는 이익 등이 함께 고려되어' 결정될 것이라고 하면서, 현재의 의학적 수준과 결과회피의무를 부담함에 의하여 희생되는 이익 등을 구체적으로 형량할 때 효소면역측정법에 의하여 음성으로 나타난 이 사건에서 문제된 혈액에 대하여 별도의 검사를 추가 시행하지 않은 것을 잘못이라고 할 수 없다고 판시하고 있다.

다만 에이즈감염의 위험이 있는 자로부터의 헌혈을 배제하지 못함에 대한 과실과 수혈로 인한 에이즈 바이러스 감염에 대한 결과회피의무를 위반함을 이유로 위자료지급의무를 인정하고 있다. 즉 이 사건에서 문제된 혈액의 채혈은 혈액원외의 장소에서도 가능하여 주로 가두 행사차량이나, 군부대 또는 학생들을 상대로 행하여 졌다. 이 때에도 작성되어야 할 헌혈자 신상카드상의 헌혈자 배중열의 인적사항중 직업란과 근무처란

8) 나아가 피해자에게 불가항력적인 피해가능성이 현존하지만 관련당사자의 과실을 입증하여 손해배상을 구하는 것만으로는 그 피해에 대한 만족스러운 보상을 받을 수 없을 것으로 보이므로, 피해자의 손해발생에 대한민국 소속 공무원의 구체적인 과실이 있었음이 인정되지 아니하는 이상 피고 대한민국이 그 손해를 보상하기 위한 입법조치를 취하지 아니하였다는 점만으로 피해를 입은 국민에 대하여 바로 불법행위를 구성하는 것은 아니라 할 것임을 이유로 수혈에 의한 에이즈 감염자에 대한 보상대책을 강구하지 아니한 것에 대해서도 책임을지지 않는다고 판단했다.

이 공란으로 되어 있었고 그 신상카드의 이면에 위 시행규칙 제9조에 규정된 채혈금지의 범위와 관련된 설문사항(16개항)에 대하여 헌혈자가 확인한 후 서명하도록 되어 있었는데 배중열이 이를 하지 않았다. 이와 같이 사전에 동성연애자나 성생활이 문란한 자 등 에이즈 감염위험군으로부터 헌혈이 배제될 수 있도록 헌혈의 대상을 비교적 건강한 혈액을 가졌다고 생각되는 집단으로 한정하고 헌혈자의 신상과 생활관계, 건강상태 등을 면밀히 조사하는 등 가두헌혈의 대상이나 방법을 개선하여야 할 의무가 있음에도 위 피고는 에이즈 감염위험군을 헌혈대상에서 제외하기는 커녕 오히려 에이즈 감염위험자들의 헌혈을 조장하였을 뿐만 아니라⁹⁾ 위 배중열로부터 헌혈받을 당시 헌혈자의 직업이나 생활관계 등에 대하여는 아무런 조사를 하지 아니하고 에이즈 감염여부에 대하여는 설문사항에 포함시키지도 아니하여 동성연애자인 위 배중열의 헌혈에 대하여 무방비상태에서 이를 허용하였고, 또 위 피고로서는 혈액을 공급함에 있어서 극히 예외적이기는 하나 수혈에 의하여 에이즈가 감염될 수도 있다는 경고 및 가능한 한 친족 등의 혈액으로 수혈받도록 하는 지시문을 표기하는 등 그 제품의 결함을 알려 수혈받는 자나 보호자들로 하여금 수혈에 앞서 그에 관한 판단을 위한 자료로 삼도록 하여야 함은 물론 대국민 홍보를 통하여 이러한 위험을 널리 알려 수혈을 받는 사람이 사전에 대처할 수 있도록 함으로써 수혈로 인한 에이즈 감염이라는 중대한 결과 발생을 최소화하는 등 이를 회피할 의무가 있다 할 것임에도 위와 같은 위험경고의 표기나 일반대중에 대한 홍보를 전혀 하지 아니하는 등 혈액 제조자로서의 잘못을 인정하고 있다.

(3) 피고 학교법인 고려중앙학원 산하 구로병원 소속 의사들이 원고 안중이에게 질실자궁적출술을 시술한 후 수혈조치를 취한 것은 의료과오에 해당되지 않는다고 하였다. 왜냐하면 원고 안중이의 헤모글로빈 수치는 8.6g/dl로서 수혈이 반드시 필요하다고는 할 수 없으나 빈혈에 대하여

9) 또한 판결문에서는 헌혈시 에이즈 바이러스 감염여부의 검사를 무료로 해준다는 홍보 포스터를 만들어 배포하여 에이즈 바이러스 감염확율이 높은 동성연애자 등이 헌혈을 통하여 에이즈 바이러스 감염여부를 확인하도록 조장하여 조사대상자인 동성연애자 251명 중 42명이 에이즈 감염여부 검사를 받은 일이 있는데 그 50퍼센트인 21명이 검사 방법으로 헌혈을 이용한 사실을 지적하고 있다.

의사가 일반적으로 취할 수 있는 조치의 하나로서 수혈을 고려할 수 있는 범위 내에 있었음을 그 근거로 하고 있다. 또한 의사의 치료는 그 성질상 고도의 전문적 지식과 기술을 필요로 하는 동시에 구체적인 사정에 따라 상당한 정도의 자유재량이 인정되어야 할 것이고, 의사 자신이 당시의 상황 등에 기하여 일반적으로 선택가능한 범위 내에서 가장 타당하다고 생각되는 처치를 선택하였다면 그것이 당시의 의학수준에 반하여 당연히 취해야 할 처치를 취하지 않았거나 혹은 당연히 하지 않아야 할 처치를 취하는 등 현저한 치료상의 과오를 범한 것으로 인정할 특별한 사정이 없는 한 그 선택에 잘못이 있다고 할 수는 없다고 판단한 것이다.

그러나 피고소속 의사들에게 부과된 설명의무의 위반을 인정하고 있다. 즉 수혈로 인한 에이즈 감염의 가능성이 의학계에 보편적으로 인식되어 있음에도 피고 소속 의사들이 원고 안중이에게 특별히 긴급한 상황이 아닌 상태에서 시행한 위 수혈조치에 즈음하여 위 원고에게 사전에 에이즈 감염위험에 관하여는 아무런 설명이 없었다는 것은 환자가 갖는 수혈여부 및 수혈혈액에 관한 자기결정권이 침해된 것으로 보았다. 나아가 이와 같은 의무는 그 예상되는 생명, 신체에 대한 위험성과 부작용 등의 발생 가능성이 희소하다는 것만으로는 설명의무가 면제된다고 할 수 없고, 현재 우리나라의 대부분의 의료기관에서 수혈에 따른 에이즈 감염 위험과 관련하여 환자의 승낙서를 따로 받지 아니하고 있는 사실만으로 환자의 수혈여부 및 수혈혈액에 관한 자기결정권을 박탈할 만한 불가항력적인 사유가 있었다고 보지 않았다.

(4) 결국 원심판결에 따르면 국가의 배상책임은 부정되었으나, 혈액을 제조하여 공급한 대한적십자사와 감염된 혈액을 이용하여 수혈한 병원에 대해서는 손해배상책임을 인정하고 있다. 나아가 한가지 특이한 점은 대한적십자사와 학교법인 고려중앙학원의 불법행위는 공동불법행위에 해당되지 아니하는 것으로 판단하고 있다는 점이다.

[대법원 판결]¹⁰⁾

(1) 원심판결에 대하여 피고인 대한적십자사가 상고하였는데, 그 상고 이유는 다음과 같다.

우선 대한 적십자사의 채혈상의 과실을 인정할 수 없다고 주장한다. 에이즈바이러스 감염증 항체가 미형성된 상태가 가능한 1,000,000분의 1의 위험성을 방지하기 위해 헌혈집단을 한정하지 않음에 과실을 인정할 수 없고, 제한을 하더라도 이건의 경우와 같은 항체 미형성혈액의 채혈이 없어진다는 보장도 없고, 나아가 가두헌혈의 대상이나 방법의 개선에 대한 지적이 없다는 점에서 피고에게는 과실이 없으며, 단지 불가항력에 의한 손해라고 주장한다.

나아가 에이즈 감염여부를 검사한다는 홍보가 감염자의 헌혈을 조장하는 것이라고 하지만, 원천적으로 채혈에 의한 에이즈 바이러스 감염자의 색출이 필요하다고 본다면 예외적으로 발생할 수 있는 항체미형성 에이즈감염 혈액의 채혈방지를 위해 감염자의 색출을 포기할 수 없으므로 이와 같은 채혈행위에 과실이 없다고 본다.

마지막으로 혈액공급상 경고 또는 홍보 등을 하지 아니한 것도 피해자에 대해서는 그와 같은 설명의무는 없다고 할 것이며, 또한 이와 같은 경고표시 내지 일반홍보가 있었다면 피해자가 수혈하지 않았을 것이라는 상당인과관계가 인정될 수 없음을 이유로 불법행위책임이 부정되어야 한다고 주장하였다.¹¹⁾

(2) 이와 같은 원고의 주장에 대해서 대법원은 다음과 같이 판시하고 있다.

우선 대한적십자사는 위험경고의 표시를 하지 않은 것은 주의의무의 위반이라고 할 수 없다고 판시하였다. 그러나 대한적십자사가 에이즈 바

10) 대판 1998.2.13. 96다7854.

11) 이 외에도 피고 학교법인 고려중앙학원도 상고를 하였으나 그 이유서를 보지 못하였으나, 대법원판결을 통하여 살펴보건대 에이즈감염의 가능성이 매우 적으므로 이에 대한 설명의무를 인정되지 않기 때문에 설명의무의 위반이 없으며, 에이즈감염이라는 하나의 손해에 대해서 다른 피고인 대한적십자사와 공동불법행위책임을 인정해야 할 것이라는 점을 이유로 상고했으리라는 추측이 가능하다.

이러스 감염여부의 검사를 무료로 할 수 있다는 점을 홍보하여 이를 조장한 점, 헌혈자의 직업, 생활관계에 대한 설문이 없고 문진도 없었다는 점은 에이즈 감염의 위험군의 헌혈을 배제하여 수혈로 인한 감염을 피해야 할 주의의무를 위반한 과실은 인정하였다.

또한 피고 학교법인 고려중앙학원 소속의사들에게 설명의무를 엄격하게 인정하고 있다. 즉 수혈에 의한 에이즈 바이러스 감염은 전형적인 수혈행위의 위험이라는 점, 그로 인한 피해가 매우 중대하다는 점을 들어 비로 그 발생가능성이 희소하다는 점이 있더라도 설명의무가 없다고는 할 수 없다고 보았다.

또한 위 학교법인과 대한적십자사의 불법행위는 공동불법행위에도 해당되지 않는데 학교법인 소속의사의 과실 및 위법행위는 피해자의 자기결정권이라는 인격권을 침해한 것이며, 대한적십자사의 과실 및 위법행위는 신체상해 자체에 대한 것이므로 양행위가 하나의 결과를 발생시킨 것이 아니므로 각 행위의 결과 발생을 구별할 수 있으므로 공동불법행위에 해당되지 않는다고 파악하였다.

[판결의 연구]

I. 문제제기

본 판결에서 민사책임과 관련하여 제기된 법리적 쟁점은 다음과 같다.

첫째, 혈액원의 피해자에 대한 책임근거로서 불법행위를 전제로 하고 있는데 특수한 형태의 불법행위를 규율하는 제조물책임법의 적용가능성에 대해서 검토하고자 한다.

둘째, 책임주체와 관련하여 혈액원과 그 혈액을 사용한 병원측은 피해자에 대해서 어떠한 형태의 책임을 어떻게 이해할 것인가의 문제가 제기된다. 즉 책임주체가 복수일 때 공동불법행위책임이 인정되기 위한 요건을 검토해야 한다. 나아가 감염된 혈액을 공급한 자에게도 불법행위책임 내지 제조물책임을 인정할 수 있는지의 문제도 추가적으로 검토되어야 할 사항이다.

II. 혈액원의 일반불법행위책임의 성립요건으로서의 주의 의무위반

민법 제750조에 의한 불법행위책임이 인정되기 위해서는 가해행위, 손해의 발생, 가해행위와 손해사이의 인과관계, 가해자의 고의·과실, 가해행위의 위법성이 구비되어야 한다. 이러한 요건중 본 판결에서 제기된 중요한 쟁점중의 하나는 주의의무위반의 존부에 관한 판단에서 찾을 수 있다.

(1) 주의의무의 불법행위법상의 지위

(가) 有責性 요소로서의 過失의 內容인 注意義務違反

보통 과실은 “일정한 결과가 발생한다는 것을 알고 있어야 함에도 불구하고, 不注意 즉 주의를 게을리 하였기 때문에 그것을 알지 못하고 어떤 행위를 하는 心理狀態”로 이해된다.¹²⁾

이 때 요구되는 ‘注意를 게을리한 心理狀態’가 과실로 파악되며, 이 때 과실판단의 핵심은 豫見可能性에서 찾는다. 그러나 이와는 달리 법익침해에 대한 예견가능성을 전제로 하지만 이를 예견하지 못한 예견의무의 위반만을 과실판단의 기준으로 볼 것이 아니라, 나아가 법익침해의 結果發生을 회피할 수 있었는데 회피하지 못하고 결과를 야기한 회피의무 위반이 과실판단의 핵심적 기준이 되어야 한다는 견해도 있다.¹³⁾ 즉 결과발생에 대한 豫見義務와 回避義務의 위반이라는 외연으로 나타난 행위자의 심리상태가 과실의 기준으로 이해한다.

이러한 견해는 모두 과실의 본질을 행위자의 심리상태로 파악하면서, 과실에는 개념적으로 어떠한 요소가 포함되어 있는지에 대한 것보다는 구체적으로 과실판단의 기준을 어떻게 결정해야 하는지에 더욱 큰 관심을 갖고 있다. 그리하여 과실여부를 판단하는 관점을 당해 행위자로 정해야 한다는 主觀的 過失說¹⁴⁾과 그 손해가 발생한 객관적 상황을 전제로 구

12) 郭潤直, 債權各論, 博英社(2000), 474면; 金相容, 債權各論(下), 法文社(1998), 133면.

13) 金疇洙, 債權各論 三英社(1997), 629면.

14) 國內의 지지자로는 金亨培, 民法學研究, 博英社(1986), 290면.

체적인 그 행위자가 아닌 평균인을 기준으로 판단해야 한다는 客觀的 過失說¹⁵⁾의 대립이 주로 문제된다. 이러한 '과실판단의 척도'에 대한 문제는 과실이 유책성 요소로 이해되어야 할 것인지, 위법성의 요소로 이해되어야 하는 것인지를 다루는 문제와 연계되어 있다.

과실을 보통 유책성의 요소로 이해할 때, 유책성 판단의 출발점이 행위자에 대한 個人的 非難可能性(persönliche Vorwurfbarkeit)에 있어야 한다. 그럼에도 불구하고 과실판단의 척도를 구체적 행위자가 아닌, 평균인의 관점에서 정하는 객관적 과실설은 이미 행위자가 개인적 주의의무를 준수한 경우에도 平均人에게 요구되는 주의의무를 준수하지 못했음을 이유로 과실이 인정되는데, 이는 당해 행위자에 대한 비난을 넘어서는 것이며, 따라서 더 이상 有責性 요소로 과실을 포섭하는 것은 포기되어야 한다는 비판을 받는다.¹⁶⁾

이러한 비판에 대응하여 과실을 유책성 요소로 유지시키려는 견해에서는 두가지 반론이 가능하다. 첫째, 원천적으로 과실판단의 척도를 객관적으로 하지 않고, 主觀的으로 파악하면 된다는 주장이 있다. 즉 과실판단의 척도를 평균인을 기준으로 하지 않고, 당해 행위자를 기준으로 판단하게 되면 개인적 비난가능성의 전제로 과실이 인정되고, 유책성의 요소로 이해하는데 무리가 없다는 견해이다. 이는 특히 과실의 내용에 대해 독일에서와 같이 명시적으로 규정하고 있지 않은 우리 민법에서는 主觀的 過失說에 의한 해석가능성이 비교적 넓게 인정될 수 있는 것이다. 그럼에도 불구하고 객관적 과실설이 지배적 견해가 된 이유가 신뢰보호, 내지 거래안전의 보호를 위해 피해자를 위한 損害填補가 행위자에 대한 矯正보다 중요하다는 민사책임 특성때문이었다는 사실을 볼 때,¹⁷⁾ 주관적 과실설은 그 타당성을 잃게 된다.

둘째, 과실판단의 尺度는 객관적으로 정할 수 있지만 과실의 本質은 여전히 인적 비난가능성에서 출발해야 한다는 점을 강조하는 것이다.¹⁸⁾ 즉

15) 郭潤直, 債權各論, 博英社(2000), 476면; 金相容, 債權各論(下), 法文社(1998), 134면; 李銀榮, 債權各論, 博英社(1999), 744면 참조.

16) 金亨培, 民法學研究, 博英社(1986), 285면 이하 참조.

17) 대표적으로는 Larenz, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 14.Aufl., 1987, §20 III, S.286, 참조.

법익침해에 대한 평균인의 예견가능성과 회피가능성이 주의의무위반에 의해야 한다는 점에서 주의의무위반은 책임요소로서의 과실을 구성하는 요소가 되지만, 단순히 法秩序의 違反을 의미하는 違法性단계에서 금지행위의 설정을 위한 注意義務違反과는 구별되어야 한다고 보게 된다.

(나) 유책성요소가 배제된 違法性요소로서의 注意義務違反

과실은 단순한 심리상태를 의미하는 것이 아니라 요구되는 注意義務의 違反 자체를 의미하는 것으로 이해하면서, 주의의무위반은 객관적 기준에 의해 설정되는 것이 타당하고, 주의의무 위반을 의미하는 과실은 위법성 개념에 포섭되어 있는 것으로 보아 주의의무위반이 있으면 바로 위법성을 인정할 수 있다고 주장되기도 한다.¹⁸⁾ 이 견해에 의하면 과실판단의 대상은 가해자의 심리상태가 아니라 주의의무의 위반 그 자체이며 예견가능성과 회피가능성은 주의의무의 결정단계에 흡수되는 것으로 보고²⁰⁾ 결국 주의의무위반의 판단이 과실판단의 기초가 된다고 한다. 또 불법행위의 요건중 과실을 유책성 요소로 이해하려면 행위자에 대한 비난이 가능해야 하는데, 객관적 과실판단설은 과실판단이 행위자를 전제로 하지 않고 평균인을 기준으로 한다는 점에서 주관적 불법행위성립요건이 될 수 없으므로, 과실개념에는 본질적으로 유책성 요소가 배제되었다고 주장한다.²¹⁾ 나아가 비교법적으로도 로마법상의 culpa와 injuria,²²⁾ 프랑스에서의

18) 拙稿, 獨逸不法行爲法構造의 再照明, 「민사법학」, 제17호, (1999), 163면; 崔興燮, “현대 불법행위법에서 민법 제750조의 過失과 違法性”, 김현태박사팔순기념논문집 「不法行爲法의 特殊問題」, (1997), 449면 참조.

19) 李銀榮, 債權各論 博英社(1999), 803면. 특히 유책성과 위법성의 구별이 무의미하다는 (총체적) 구성요건단축론을 주장하는 견해도 있다. 대표적으로 Brüggemeier, Deliktsrecht, 1986 Rn. 176참조. 그에 따르면 위무위반성과 과실은 동일한 것으로 평가된다. ders., Judizielle Schutzpolitik de lege lata - Zur restrukturierung des BGB-Deliktsrechts, JuS 1986, 969, 974참조: 이러한 접근방법에 대한 반론의 개괄은 Michael Börgers, Von den “Wandlungen” zur “Restrukturierung” des Deliktsrechts?, 1992 S. 106ff. 참조.

20) 李銀榮, 債權各論 博英社(1999), 742면.

21) 대표적으로는 Kötz, Deliktsrecht, 7.Aufl., 1996, Rn.117; Laufs, Deliktische Haftung ohne Verschulden, FS Gemhuber (1993), 245, 257f; Brüggemeier, Deliktsrecht, 1986, S. 92ff. 등 참조.

22) 이에 대해서는 崔秉祚, “로마 불법행위법연구: Les Aquila” 서울대 「법학」, 제29권 1호 (73호), 1988, 125면 이하 참조.

faute.²³⁾ 영미법에서의 negligence 등에서도 객관적 요건과 주관적 요건을 엄밀하게 구별하고 있지 않다는 것이 논거로 제시되기도 한다.²⁴⁾ 이러한 견해는 주로 과실보다는 위법성의 판단을 핵심적 불법행위성립요건으로 파악하고 있다. 행위에 대한 위법의 판단도 결과발생이 아니라 행위가 법 질서 위반을 의미하는 행태의무를 위반했는지에서 구하는 행위불법론이 타당하기 때문에 이러한 태도가 바람직하다고 주장한다.

요컨대 위법성과 과실판단을 하나로 통합하게 되면 책임요건이 단축되고 피해자의 입증부담도 경감된다는 점,²⁵⁾ 판례와 통설과 같이 과실판단의 척도를 객관화하여 추상적 일반인, 평균인을 기준으로 하는 경우에는 이미 행위자에 대한 개인적 비난가능성을 내용으로 하는 의사책임적 요소를 벗어난 것으로 과실과 위법성을 뚜렷이 구별할 수 없다는 점,²⁶⁾ 실정법조문의 구성상 우리 민법 제750조는 ‘... 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 ...’라고 구성되어 있으므로 과실은 위법행위의 판단요소로 이해할 수 있다는 점²⁷⁾을 이유로 하여 주의의무 위반에 과실과 위법성 판단이 포함된다고 보게 된다. 결국 이러한 주장에는 주의의무위반에는 과실과 위법성판단 과정에서 모두 동일하게 작용하는 이중적 기능을 전제로 하고 있다.

(다) 違法성과 有責性요소로서의 過失判斷과의 관계

위에서 본 것처럼 양자는 주의의무위반이라는 공통요소를 통해 상호 연결되어 있음은 분명하다. 과실을 유책성의 요소로 보아 결과의 예견가능성 내지 회피가능성에서 찾는 견해도 결국 이러한 가능성이 있으면서도 예견의무 내지 회피의무를 이행하지 않았음을 전제로 한다는 점에서 (주의)의무의 위반이 과실의 본질적 요소가 된다.

23) 이에 대해서는 金東勳, “프랑스 불법행위법 개관”, 「법조」, (1995. 1), 85면이하 참조.

24) 자세히는 幾代通/德本伸一, 不法行爲法, 有斐閣, 1993, 110면 이하 참조.

25) 李銀榮, “不法行爲法에서의 注意義務(하)”, 「판례월보」, 191호(1986/8), 36면.

26) 徐光民, “韓國不法行爲法の 변천과 不法行爲法學의 課題”, 「저스티스」, 제32권 제4호(1999), 93면. 그러나 다시 과실에서의 주의의무의 척도를 행위자의 주관적 능력을 기준으로 하는 주관적 과실설(金亨培, 民法學研究, 博英社(1986), 290면 이하)에 의하면 위법성과 과실의 개념을 구별하는 것이 필요하며, 이러한 객관적 주의의무위반은 위법성의 요소로 판단되어야 할 것으로 본다.

27) 徐光民, 不法行爲의 歸責構造 研究, 강원대학교출판부(1988), 96면.

그러나 주의의무위반이라는 도구를 같이 사용하고 있다는 사실만으로 과실불법행위에서 유책성과 위법성이 상호 혼합되어 있으며 양자를 별도로 고찰할 필요가 없다는 이론구축이 바람직하다는 결론에 도달하는 것은 아니다. 평균인을 기준으로 하는 과실유무를 판단하는 客觀的 過失說이 행위자의 능력을 기준으로 하여 비난가능성을 판단하지 않고 평균인을 기준으로 평가한다는 점에서 객관적 요소가 포함되어 있음을 부인할 수는 없다. 그리고 이러한 과실판단의 객관화의 노력은 가해자를 기준으로 하여 책임내용을 결정하는 형법과는 달리, 피해자의 입장에서 발생한 損害의 填補를 목적으로 하는 民事責任에서는 불가피하다고 하지 않을 수 없다.²⁸⁾

그러나 이러한 사실만으로 불법행위의 성립요건으로 비난가능성을 전제로 한 유책성이 완전히 포기되었다고 평가하는 것은 옳지 못하다. 이는 특히 과실개념이 주관적 책임요소이며 위법성과는 구별되는 독자적 존재 의미를 갖고 있기 때문이기도 하다.

우선 우리 민법상 통설이 과실판단의 척도를 객관적으로 판단하기 때문에 過失의 概念도 당연히 객관적이어야 하고, 결과적으로 과실이 위법성판단의 한 요소가 되어야 한다는 논리전개는 타당하지 않다. 즉 過失尺度의 문제와 過失概念 내지 과실의 本質문제는 구별되는 것으로, 우리 민법에서 과실의 본질은 주관적 요소로 인정하되 과실척도는 객관적으로 결정하는 것으로 이해할 수 있다.²⁹⁾ 위에서 본 것처럼 거래의 안전과 신뢰의 보호를 위해 피해자에게 발생한 손해의 전보가 불법행위제도의 목적을 고려할 때 정책적으로 과실판단의 척도가 객관화되었지만, 이것만으로 행위자에 대한 비난가능성이 완전히 배제되는 것은 아니다. 오히려 순수한 비난가능성을 고집하여 발생할 수 있는 불합리를 해결하기 위한 '보완방법'으로 과실판단의 척도를 객관화한 것으로 이해하는 것이 타당하다. 즉 유책성의 본질인 비난가능성의 정도가 약화되었을 뿐, 과실은

28) 민사책임과 형사책임과의 관계에 대해서는 鄭淇雄, "민사책임과 형사책임의 비교고찰(상)", 「사법행정」, 386호(1993. 2), 6면 이하; 김선수/임건면, "민법과 형법에 있어서의 과실의 체계적 위치", 「경남법학」, 11집(1996), 32면 이하 참조.

29) 崔興燮, "현대불법행위법에서 민법 제750조의 過失과 違法性", 김현태박사팔순기념논문집 「不法行爲法의 特殊問題」, (1997), 401면.

여전히 독립된 불법행위요건으로 이해되어야 한다. 그렇다면 객관적으로 요구되는 행태의무의 위반으로서의 주의의무의 위반³⁰⁾이 있다고, 그것만으로 바로 행위자에 대한 비난으로서의 불법행위책임을 물을 수 있는 것은 아니다. 즉 客觀的 行態義務의 위반을 위법성단계에서 평가한 후에 다시 행위자가 속한 집단의 평균인의 입장에서 그러한 행태의무를 준수할 수 있었음에도 불구하고 이를 위반했다는 점에 근거하여 행위자를 비난할 수 있는지의 문제가 유책성단계인 과실유무의 판단시에 다시 검토되어야 한다.

(라) 違法性判斷을 위한 注意義務와 過失判斷을 위한 注意義務의 구별 필요성

주의의무는 위법성 및 과실개념에서도 동일하게 사용되고 있지만 그 주의의무의 성질 및 기능이 다르기 때문에 위법성과 과실은 분리하여 고찰되어야 한다. 과실판단을 위한 주의의무의 위반이 피해자의 보호를 위해 가해자가 아닌 추상적 일반인에 의해 판단된다고 해도, 약화되었으나 여전히 비난가능성을 내용으로 하는 유책성 요소로 보아야 할 것이다.³¹⁾ 왜냐하면 과실개념에서의 주의의무는 이와 같이 객관적 기준에 의하는 경우에도 이미 행위자의 개인적 구체적 상황을 전제한 것임에 반해, 위법성에서의 주의의무는 요구되는 행위일반에 대한 추상적 기준으로 작용하기 때문이다.³²⁾ 평균인이 아닌 최고의 능력을 갖고 있는 자에게도 요구할 수 없는 주의의무를 위반한 때에는 과실판단에 앞서 이미 그 행위에 대한 평가로서의 위법성이 결여된 것으로 보아야 할 것이다. 다시 말해 위법성에서 판단되는 주의의무는 “최고도의 주의(Höchstmaß der Sorgfalt)”를 전제로 하는 행위준칙을 제시하는 반면에, 과실판단에서의 주의의무위

30) 이는 곧 행위에 대한 위법성판단을 의미한다.

31) 同旨 崔興燮, “현대불법행위법에서 민법 제750조의 過失과 違法性”, 김현태박사팔순기념논문집 「不法行爲法の 特殊問題」, (1997), 423면 참조.

32) 이때에 과실판단의 주의의무의 척도를 주관적으로 판단해야 한다는 주관적 과실설이 논리적 귀결이 되는 것은 아니다. 즉 구체적 상황을 고려하여 평균인을 기준으로 하여 과실의 유무를 판단할 수 있을 것이다. 이러한 의미에서 과실판단의 척도를 주관적으로 볼 것인지 객관적으로 볼 것인지의 문제는 과실개념을 유책성 요소로 할 것인지 위법성 요소로 할 것인지의 문제와는 구별되어야 한다. 拙稿, 獨逸不法行爲法構造의 再照明, 「민사법학」, 제17호, (1999), 149면. 崔興燮, “현대불법행위법에서 민법 제750조의 過失과 違法性”, 김현태박사팔순기념논문집 「不法行爲法の 特殊問題」, (1997), 400면 참조.

반은 구체적 상황을 전제로 평균인에게 요구되는 주의의무 위반을 의미하는 것으로 보아야 한다. 위법성판단을 위한 주의의무는 결국 행태의무를 의미하지만 과실판단을 위한 주의의무는 행위자와 관련된 비난가능성과 연결되어 있다. 이러한 입장에서 보면 위법성과 과실은 주의의무위반이라는 동일한 도구를 사용하지만 그 주의의무의 설정기준이 다르다는 점에서 동일한 것으로 볼 수 없다.³³⁾

(2) 본 판결에서 나타난 주의의무의 유무와 주의의무위반의 판단

(가) 일반론

우선, 에이즈 바이러스에 감염된 혈액을 검출하지 못하고 감염된 혈액을 병원에 공급한 혈액원(대한적십자사)에게 주의의무의 위반이 있었는지 판단되었다.³⁴⁾ 구체적으로는 헌혈의 대상집단을 한정해야 할 의무가 있는지, 의무가 인정된다면 어떠한 기준에 의해, 어떠한 때에 그러한 의무가 부과되는지를 검토되어야 하며, 아직 에이즈 항체가 형성되지 않은 상태에서도 이를 확인해야 할 의무가 법적으로 요구되는지 확인해야 한다. 이 때의 주의의무의 존재와 그 의무의 위반은 행위자와는 연결되어 있지 않은 위법성의 요소로 이해된다.

이렇게 위법판단의 전제로서 주의의무의 존부를 먼저 검토한 결과 객관적 주의의무가 인정될 때에는 유책성 요소로서 행위자관련적 시각에서

33) 다만 대부분의 판례에서는 주의의무위반여부를 판단할 때 위에서 본 것과 같은 행태 의무로서의 주의의무와 비난가능성을 전제한 주의의무의 위반을 분리하지 않고서 일괄적으로 판단하고 있기 때문에 과실과 위법성이 혼합된 것으로 파악하고 소위 “유책관계의 단축”이라는 결론에 도달한다. 李銀榮, “不法行爲法에서의 注意義務(하)”, 「판례월보」, 191호(1986/8), 33면.

34) 주의의무위반(Sorgfaltspflichtverletzung)이 있게 되면 과실과 위법성이 동시에 인정되므로 책임성립 요건이 상호 혼합되고 있는 것처럼 보이게 된다. 즉 과실의 개념과 위법성판단에서 주의의무위반이라는 동일한 척도가 사용되어 양 요건이 상호 접근해 가는 것으로 이해될 수 있는 것이다. 이러한 시도는 더 나아가 과실과 위법성을 개념적으로 통합해야 한다는 주장으로까지 발전하기도 한다. 李銀榮, “不法行爲法에서의 注意義務(하)”, 「판례월보」, 191호(1986/8), 37면. 그러나 이와 같은 구성요건단축론적 견해는 타당하지 않다. 비록 위법판단과 과실판단에서 모두 주의의무위반이라는 도구를 사용하지만 위법성판단에서의 주의의무위반은 행태의무위반을 의미하며, 과실판단에서의 주의의무위반은 통설 및 판례와 같이 객관적으로 판단하는 경우에도 행위자를 전제로 한 것이므로 유책성의 요소로 남아 있는 것이 바람직하며, 본질적으로 우리나라의 판결도 이와 같은 형태를 유지하고 있는 것으로 파악된다. 拙稿, ‘불법행위법에서의 주의의무의 기능’, 비교사법 제9권 2호 (2002), 157면 이하 참조.

주의의무의 위반여부를 검토해야 함은 앞에서 본 바와 같다.

주의의무의 유무를 판단하는 유형적인 기준이 아직 확립되어 있지는 않다. 다만 그러한 주의의무의 유무는 그로 인한 법익침해의 위험을 방지하기 위한 행위규범적 기능을 담당해야 한다는 점을 고려한다면 최종적으로는 행위자유의 보호와 잠재적으로 침해가능성이 있는 법익의 보호 사이에 이익형량이 문제된다고 할 것이다. 이를 위한 도구로는 우선 그 행위가 갖는 사회적 의미와 예상되는 피침해법익 내지 손해의 내용 및 정도, 손해발생의 개연성 등을 생각할 수 있다. 이러한 주의의무의 유무의 판단은 행위와 관련되어 있다는 점에서 위법성의 판단에서 이용될 수 있을 것이다.

혈액의 공급과 관련하여 수혈자나 혈액제제의 이용자 등의 생명·신체에 직접적인 영향을 미치는 것이어서 만일 그 업무가 적정하게 수행되지 못할 경우에는 국민 보건에 광범위하고도 중대한 위해를 가하게 될 것이 분명하다는 점을 들어 '현실적으로 가능한 범위 내에서 최고의 의학 기술 수준'에 맞추어 병원균 감염 여부를 검사해야 할 주의의무를 부과하고 있다.

다시 여기서 더 나아가 주의의무의 위반을 판단할 때에는 '행위 당시의 일반적인 의학의 수준과 그 행위로부터 생기는 결과 발생의 가능성의 정도, 피침해법익의 중대성, 결과회피의무를 부담함에 의해서 희생되는 이익 등이 함께 고려'해야 한다고 판시하고 있다.

결국 주의의무의 유무를 판단함에는 구체적인 당사자를 전제로 하지 않고서 일반적으로 요구되는 기준을 전제로 하고 있으며, 그 표현은 평균적 의학기술수준이 아닌 '최고의 의학기술 수준'에서 판단하고 있는 점에서도 확인되고 있다. 그러나 구체적인 사건에서 그와 같은 의무위반이 유책성 단계에서 검토될 때에는 '행위 당시의 일반적인 의학의 수준'을 기준으로 하고 있다.

(나) 채혈상의 과실

100만분의 일의 확률을 갖는 항체미형성의 감염혈액으로 인한 법익침해의 가능성밖에 없는 경우에도 분명 이를 예방해야 할 행태의무로서의 주의의무는 인정될 수 있다. 다만 이러한 주의의무가 잠재적 가해자에 의

해 준수될 수 있는지의 여부, 즉 법익침해의 결과발생에 대한 회피가능성이 인정될 때 비로서 과실로서의 주의의무위반이 인정되게 된다.

본 판결에서는 매우 낮은 결과발생 가능성밖에 없는 결과를 방지하기 위해서 혈액원이 취한 검사방법상으로는 잘못이 없다고 판시하고 있다. 그 논거로 비록 다른 검사방법이 가능하지만 다른 검사방법을 취하게 되면 기술적, 시간적, 경제적인 제약으로 혈액공급 자체가 사실상 불가능하게 되는 등의 사회전체적인 관점에서 그 불이익을 고려해 볼 때, 혈액원에게 다른 검사방법을 취하지 않았음에 대해서 주의의무의 위반을 인정하지 않았다.

그러나 다른 내용의 주의의무의 위반은 인정하고 있다. 헌혈집단을 건강한 자를 대상으로 제한하지 아니한 것에 대해서는 주의의무위반을 인정하고 있다. 즉 헌혈을 에이즈검사의 수단으로 유도한 것, 가두헌혈의 대상이나 방법을 개선하지 않아 감염된 헌혈의 가능성을 배제하지 않은 점 등에 대해서 주의의무의 위반을 인정했다. 나아가 비록 감염된 혈액에 의한 2차감염이라는 손해의 발생가능성이 100만분의 1에 불과하더라도 주의의무를 인정하고 있다. 왜냐하면 침해의 대상이 되는 법익의 침해가 직접적으로는 신체상해로 나타나지만, 결국은 별다른 치료가 불가능하여 사망에 이르게 된다는 점을 고려되어야 했기 때문이다. 결국 이러한 피침해법익의 중요성 등을 형량해 볼 때 손해발생에 대해서 과실을 인정하는 것이 불가피하였고, 과실의 내용을 정책적인 관점에서 정한 것이다. 혈액원이 채택한 혈액감염의 검사방법의 선택에 과실을 인정하는 경우 원칙적으로 혈액의 공급에 장애가 발생할 여지가 매우 높기 때문에 일반적인 주의의무의 위반을 인정한 것으로 보인다.

Ⅲ. 혈액원의 책임근거로서의 제조물책임법의 적용여부

당해 판결의 사건은 제조물책임법이 적용될 수 없음이 명확하다. 2002년 7월 1일부터 시행되고 있는 제조물책임법 부칙에 의하면 제조업자가 본법의 시행후, 즉 2002년 7월 1일 이후에 최초로 공급한 제조물부터 적용되는 것이기 때문에 혈액이 제조물에 해당되는지의 여부를 검토하지

전단계에서 본 법이 적용되지 않는다. 그러나 앞으로 이와 같은 사건이 발생하는 경우에도 제조물책임법이 적용될 수 없는지의 문제는 검토해 보아야 할 것으로 판단된다. 이는 혈액 및 혈액제제가 제조물로 볼 수 있는지의 판단을 대상으로 한다.

(1) 제조물로서의 혈액

혈액이 체내에 존재하는 경우에는 아직 제조물로 볼 수 없다. 다만 혈액이 의학적 사용을 위해 헌혈등의 방법으로 체외로 적출되는 경우에 이를 제조물로 볼 수 없는지 검토되어야 한다. 혈액이 체외로 적출되어 일정한 용기에 담겨져 타인에게 그대로 수혈되는 경우를 특히 전혈(whole blood)라고 하며 일정한 혈액의 요소를 다시 분리하여 혈장과 혈소판으로서의 적혈구와 백혈구로 분리될 수 있다. 타인에게 수혈할 때에는 전혈의 형태뿐만 아니라 혈장 내지 혈소판의 형태로 이루어질 수 있을 뿐만 아니라 수혈 이외에 다른 약제로 쓰일 수 있게 된다. 보통 전혈 이외에 일정한 가공과정을 거쳐 혈장 내지 혈소판의 형태로 존재한다면 이는 제조물로 볼 수 있을 것이다. 문제는 감염된 혈액이 채혈된 상태, 그 자체로 제조물개념에 포섭되는지 검토하기로 한다.

(가) 미국 제조물책임 리스테이트먼트

미국에서는 미국 법률협회(American Law Institute)에 의해 만들어진 제조물책임 관련 리스테이트먼트가 1998년에 대폭 수정되어 만들어졌다. 제조물 개념에 대해서는 19조에서 정의하고 있는데 이에 따르면 제조물이란 '(a) 사용 또는 소비를 위해 영업적으로 유통된 유체의 동산이다. 부동산, 전기와 같은 기타의 물건은 그 유통 및 사용의 관계가 유체동산과 유사하여 리스테이트먼트에서 언급된 법리를 적용함이 타당할 경우에는 제조물이다. (b) 서비스는 영업상 제공되었더라도 제조물이 아니다. (c) 인간의 혈액 내지 인체조직은 영업적으로 제공된 경우에도 이 리스테이트먼트가 적용되지 않는다'고 규정되어 있다.³⁵⁾

35) American Law Institute, Restatement of the Law, Torts, Products Liability, American Law Institute Publishers, 1998. 이하에서는 축약하여 칭할 때에는 영문으로는 Restatement Third, Torts: Products Liability로, 우리말로 '리스트에이트먼트'라고 부르기로 한다.

(나) 프랑스의 제조물책임법규

프랑스에서는 제조물책임에 관한 성문법규가 비교적 늦게 완성되어 1998년에야 비로서 제조물책임법리가 성문화되었다.³⁶⁾ 내용적으로는 제정 당시의 유럽어느 국가보다 피해자의 보호에 더욱 적극적이었음을 확인할 수 있다. 그 중의 한 예가 혈액이나 혈장 등 인체의 구성부분 또는 그 산물도 제조물책임법규가 적용된다고 규정하고 있다는 점이다.³⁷⁾ 더 나아가 인체의 구성부분 내지 그 산물의 안전성 결여로 인한 책임에는 일반적으로 인정되어 오던 개발위험의 항변까지도 배제하며 그 책임을 강화하고 있다는 점은 우리에게 시사하는 바가 크다고 할 것이다.³⁸⁾

(다) 우리 제조물책임법의 해석

원천적으로 단순히 혈액이기 때문에 제조물에 해당되지 않는 것은 아니다. 우리 제조물책임법 제2조 1호에 의하면 “제조물”이라 함은 다른 동산이나 부동산의 일부를 구성하는 경우를 포함한 제조 또는 가공된 동산을 말한다’고 규정되어 있어 가공된 동산까지도 포함된다. 채혈된 혈액을 기초로 다양한 혈액제제를 만드는 경우에는 당연히 제조물에 포함될 수 있을 것이다.

그러나 채혈된 혈액 자체도 제조물로 볼 수 있는지는 보다 자세한 검토가 요구된다. 위 제조물의 개념에서 보는 바와 같이 채혈하는 행위 자체는 제조의 의미로 볼 수는 없으나 가공개념에 포섭될 수 있다면 제조물로 볼 수 있게 된다.

가공의 개념과 관련하여 민법 제259조에서 정의한 가공개념에 따라 제조물책임법상 위한 가공의 의미를 새기는 방법이 있다. 제조물책임법 제8

36) 프랑스에서의 제조물책임법의 제정과정에 대해서는 양창수, “프랑스의 새로운 제조물 책임법”, 「민법연구(6)」(2001), 483면 이하 참조. 프랑스에서의 제조물책임법은 별도의 단행법 형태로 규율된 것이 아니라 민법의 한 내용으로 삽입되었다는 점에서 구성상의 특징이 있다.

37) 민법 제1386조의 12 제1항에서 ‘손해가 인체의 구성부분 또는 인체로부터 나온 산물로 인하여 발생한 경우에는 제조자는 1396조의 11 제1항 제4호가 정하는 면책사유를 원용할 수 없다’고 규정하고 있다.

38) 이는 혈액은행이 HIV병원균에 감염된 혈액을 공급하여 수혈받은 자들이 에이즈에 감염된 사건에서 피해자를 보호하기 위한 노력으로 일련의 판결의 태도를 법규에서 승인한 것으로 파악한다. 양창수, “프랑스의 새로운 제조물책임법”, 「민법연구(6)」, 491면 참조.

조에는 제조물의 결함에 의한 손해배상책임에 관하여 이 법에 규정된 것을 제외하고는 민법의 규정에 의해야 한다고 명시적으로 규율하고 있기 때문에, 민법 및 민법규정의 해석론이 원칙적으로 제조물책임에도 적용되어야 한다고 생각할 수 있다. 이에 따르면 민법상 가공이란 타인의 재료를 사용하여 새로운 물건을 제작하거나 또는 새로운 물건이 될 정도로 타인의 물건에 가하는 변경으로 이해된다.³⁹⁾ 민법에서 말하는 가공개념의 핵심요소는 새로운 물건성이 인정될 정도로의 제작 내지 변경에 있다고 할 것이다. 그러나 민법상의 가공개념에 구애될 필요없이 제조물책임을 위한 가공개념이 별도로 이해되어야 한다.⁴⁰⁾ 제조물책임법은 가공된 동산의 결함에 의해 발생한 손해의 귀속문제를 규율하기 위한 것으로 그規範의 목적이 서로 상이하기 때문에 민법상의 가공개념에 반드시 구속될 필요는 없다. 나아가 법 제8조가 지닌 의미도 본 법에서 규정된 것을 제외한 부분에 대해서만 민법의 규정에 의하도록 되어 있기 때문에, 민법규정이 아닌 그 해석론까지 그대로 적용되는 것은 아니라고 할 것이다.⁴¹⁾ 이러한 입장에 의하면 제조물책임법상 가공은 우선 천연재료에 인력이 투입되어 소비자들이 사용·소비할 수 있도록 만드는 과정에서 '위험의 증가'를 본질적 내용으로 하는 인간의 활동으로 이해된다.⁴²⁾ 이 때에도 제조 및 가공개념이 기계화된 생산공정만을 전제로 하는 것은 아니다. 결국 제조·가공에 의하여 위험이 창출되거나 본래의 위험이 증대된 경우에만 가공을 인정하는 것은 단순한 자연산물로서의 농축수산물을 제조물의 범위에서 제외하려는 목적을 달성하기 위해 필요한 것으로 보게 되고,

39) 이영준, 물권법, 박영사(2001), 504면 등. 이와는 달리 가공으로 언재나 원재료와는 다른 새로운 물건이 생길 것을 요건으로 하지는 않는다는 견해도 있다. 김상용, 물권법, 법문사(2003), 407면.

40) Staudinger-Oechler, 14. Aufl.,(2003), ProdHaftG § 2, Rn. 100. 이는 독일제조물책임법의 입법자의 의사이기도 하다. Entwurf eines Gesetzes über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz -ProdHaftG), BT-Drucks 11/2247, S. 17 참조. 일본에서도 마찬가지로의 견해가 지배적이다. 永田眞三郎, “製造物責任法の解説”, 「自由と正義」, 46卷 2號 (1995) 6면 참조.

41) 민법 제8조의 해석범위를 민법의 규정만의 적용을 의미하는지 민법규정의 해석론도 그대로 적용되어야 한다는 의미인지에 대해서는 拙稿, “제조물책임법에서의 손해배상”, 비교사법 제9권 3호(통권 18호) (2002년) 301면, 320면 참조.

42) Buchwaldt, Die erste Verarbeitung landwirtschaftlicher Naturprodukte und Jagterzeugnisse, NJW 1996, 17.

위험의 증가가 가공 개념의 그 본질적 요소가 된다. 물론 가공이 미가공을 구별하는 것은 구체적으로 사안에 따라 당해 제조물에 부가된 행위 등 여러 사정을 고려하고 사회통념에 의해 판단되어야 할 것이다.⁴³⁾

그렇다면 이와 같이 채혈은 기존의 위험의 감소해야 할 의무를 이행하지 않은 방법으로 제조물책임법상 가공개념에 포섭될 수 있을 것이다. 그렇다면 혈액원은 이와 관련하여 위험성을 감소시키지 않았을 때에는 이미 결함에 대하여 책임이 인정된다고 할 것이다.⁴⁴⁾ 이미 감염되어 있는 혈액의 감염여부를 확인하지 않고서 혈액제제를 만든 경우에 결함이 혈액제제를 만든 자에게 있다고 볼 수 있는 것인가에 대해서 원칙적으로 그 결함은 부작위에 의해서도 창출될 수 있다는 점을 고려한다면 혈액원은 제조자로서 책임을 부담해야 한다. 마찬가지로 감염된 혈액을 채혈하지 않을 의무를 위반하여 채혈하는 행위에 의해 통상적으로 기대가능한 안전성의 결여를 인정할 수 있어 결함이 있는 것으로 보아야 한다. 즉 이미 존재하는 위험에 대해서 이를 제거할 작위의무가 있을 때 부작위에 의해 위험성을 그대로 존속시키는 경우에도 역시 제조물책임을 인정해야 할 것이다.

(2) 결함의 인정여부

위에서 본 바와 같이 혈액원에 대해서는 위험제거의무를 부작위에 의하여 위반한 제조상의 결함이 인정될 수 있다. 나아가 표시상의 결함도 역시 인정될 수 있다. 그러나 본 판결에서 혈액원이 공급하는 혈액에 의해 에이즈 바이러스에 감염될 위험이 있다는 경고를 하지 않은 것에 대해서 책임이 없다고 판시한다. 그 논거로 혈액원은 그 혈액을 의료기관에만 공급하는 것이므로 의료기관에는 이와 같은 설명의무가 인정될 수 있으나, 수혈자에게도 이와 같은 설명의무를 인정할 수 없음을 제시하고 있다. 그러나 제조물책임과 관련하여 혈액원은 이와 같은 위험에 대한 표시상의 결함을 이유로 하여 제조물책임을 부담할 수 있을 것이다. 제조물책

43) 川口康裕, “製造物責任法の成立について”, 「ジュリスト」 No. 1051 (1994.9), 47면.

44) 그러나 결함있는 혈액 또는 신체조직의 제공자는 제조물책임을 부담하지는 않는다. 헌혈자나 장기제공자는 판매 또는 영업적 목적을 갖고 있지 않음을 이유로 면책되는 것이 아니라, 원칙적으로 이러한 자는 혈액이나 장기를 ‘제조’한 것으로 볼 수 없기 때문이다. Staudinger-Oechler, 14. Aufl., (2003), ProdHaftG § 2, Rn. 38 참조.

임은 기본적으로 불법행위책임을 전제로 하기 때문에 원칙적으로 최종 소비자에 해당되는 수혈자에게 이와 같은 표시를 해야 할 의무가 있다고 할 것이다.⁴⁵⁾

IV. 의사의 설명의무 위반

혈액관련사고에서 의사도 책임의 주체로 검토되어야 한다. 이 사건에서와 같이 수혈될 혈액이 감염되어 에이즈와 같은 질병이 발생할 수도 있다는 사실에 대한 설명이 있어야 한다. 환자는 자신의 질병에 대한 치료와 관련하여 치료의 여부 및 그 방법을 선택할 수 있어야 한다. 수혈에 대해서도 역시 마찬가지라고 할 것이다. 수혈을 피하는 방법에 의한 치료 방법을 선택하거나 다른 수혈방법을 찾기 위한 방법을 선택하기 위해서는 수혈로 인한 위험에 대해서 정확한 인식을 하는 것이 요구되며 이 때 의사의 수혈로 인한 위험에 대해서 설명해야 할 의무가 인정된다.

의사의 설명의무 위반과 관련된 본 판결의 특징은 에이즈 바이러스 감염혈액에 의한 손해의 발생가능성이 현실적으로는 극히 낮은 경우에도 피침해법익이 중요한 경우에는 그 가능성에 대한 설명의무가 부과된다고 판시한 점이다. 에이즈의 경우 그 치료방법이 현재에는 없어 최종적으로는 사망에 이르게 된다는 점에서 볼 때, 가능성은 적지만 수혈로 인하여 에이즈에 감염될 수 있음을 공지하여 환자의 자기결정권을 보호해주어야 할 것이다. 설명의무를 이행하지 않은 것은 결국 환자의 자기결정권을 침해한 것이며 이와 같은 자기결정권은 인격권의 한 구성요소로 파악하고 있다. 이러한 견해는 뒤에서 언급할 공동불법행위의 성립여부와 관련하여 중요한 의미를 갖는다.

45) 다만 그 표시의 정도가 감염된 수혈로 인하여 각종의 질병에 감염될 수 있음을 표시한 경우에는 명백히 에이즈에 감염될 수 있음을 표시하지 않았어도 표시상의 결함이 있다고 할 수 없을 것이다.

V. 복수책임주체의 공동불법행위의 성립여부

피해자가 에이즈 바이러스에 감염되는 손해에 대하여 감염된 혈액을 불법적으로 사용한 의료기관뿐만 아니라 감염된 혈액을 채혈한 혈액원에 대해서도 손해배상책임을 인정함으로써 복수의 책임주체가 발생하였다.

일반적으로 민법 제760조의 공동불법행위에 해당되면 같은 조 제1항의 협의의 공동불법행위이든 제2항의 가해자 불명의 공동불법행위이든 원칙적으로 발생한 손해의 전부에 대해서 부진정연대책임을 부담해야 하므로 피해자는 두텁게 보호되나 가해자들은 자신의 기여부분과 관계없이 전손해에 대해서 책임을 져야 한다.

대법원은 이사건에서 책임주체가 복수지만 공동불법행위책임을 인정하지 않았다. 피해자에게 발생한 법익의 동일성을 인정하지 않았기 때문이다. 즉 혈액원은 신체를 침해한 것이며, 의사는 인격권을 침해한 것으로 보았기 때문이다. 공동불법행위가 인정되기 위한 전제로 하나의 법익침해 내지는 손해에 대해서 다수의 가해자가 존재해야 한다. 피침해법익이 다르다면 상호의 행위간에 일정한 연관이 있는 경우에도 각각의 가해자는 각각의 손해에 대해서 배상책임을 부담해야 하기 때문이다. 본 판결에서는 혈액원과 의료원이 침해한 법익이 각각 다른 것이기 때문에 공동불법행위가 적용될 수 없는 것으로 본 것이다. 혈액원은 에이즈 바이러스에 감염시킴으로서 신체상해에 대한 것임에 반하여, 의료원은 환자의 자기결정권이라는 인격권의 침해를 전제로 하는 것이라고 파악한 것이다.⁴⁶⁾

46) 그러나 만일 환자가 에이즈 바이러스로 사망에 이르게 된 경우에도 역시 동일한 판단에 이르게 될 것인가는 별도의 문제로 검토되어야 한다. 독일민법에서와는 달리 우리 불법행위법에서는 손해의 동일성만을 요구하는 것으로 본다면 법익침해의 경로와는 무관하게 이 때에는 공동불법행위가 성립된다고 볼 여지가 있다.