



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

박사학위논문

인공생식의 민법상 쟁점에 관한 법리 연구

A Study on the Legal Principles of Civil Law Issues
in Artificial Reproduction

제주대학교 대학원

법 학 과

김 상 현

2015년 8월

인공생식의 민법상 쟁점에 관한 법리 연구

지도교수 한 삼 인

김 상 현

이 논문을 법학 박사학위 논문으로 제출함

2015년 6월

김상현의 법학 박사학위 논문을 인준함

심사위원장

연기영



위

원

김상현



위

원

박재용



위

원

조은희



위

원

한삼인



제주대학교 대학원

2015년 6월

**A Study on the Legal Principles of Civil Law
Issues in Artificial Reproduction**

Kim, Sang Ilun

(Supervised by Professor Dr. Han, Sam In)

A thesis submitted in partial fulfillment of the requirement
for the degree of Doctor of Law

2015. 6

**Department of Law
GRADUATE SCHOOL
JEJU NATIONAL UNIVERSITY**

<국문초록>

오늘날 사회가 급변하고 현대과학의 발전에 따라 법률적 사안도 점차 다양하고 복잡해지고 있다. 이것은, 사회현실에서의 구체적 분쟁의 해결은 종래의 법리적용만으로는 합리적이고 타당한 해결을 할 수 없음을 의미한다. 인공생식분야도 예외는 아니다. 관련하여, 외국의 입법례도 그 발전에 따른 입법화를 가속하고 있지만, 그 발전속도를 따라가고 있지 못하며, 보다 근본적으로 그 발전속도에만 맞추어 입법을 정비하는 것이 과연 타당한가에 관한 근본적인 의문에 봉착하게 되었다. 즉, 인공생식분야는 인류가 먹고 마시고 입을 것을 일정 부분 해결한 지극 자신의 자를 낳고 싶다는 본능적인 문제를 적나라하게 충족시켜 주고 있으며 가까운 장래에는 내가 원하는 아이인 맞춤형 아기를, 더 나아가 나와 같은 본인을 재생산하는 단계에까지 이르게 될 전망이다.

위와 같은 방법적인 단계에 이르면 인공생식기술에 대한 놀라움을 넘어 과연 인간이란 무엇인가라는 생명의 근원에 대한 문제 제기를 하지 아니할 수 없고, 인공생식방법으로 태어난 자의 친자관계는 어떻게 해결한 것인가의 의문과 함께 자신의 신체를 매개로 타인의 인공생식에 기여하는 자인 정자제공자나 대리모의 경우는 법률적 규율 대상이 되는지, 그 범위는 어떻게 되는지 등에 관한 물음은 계속될 수밖에 없다. 결국 현대의 인공생식기술은 종교적·윤리적·사회적인 문제뿐만 아니라 법적인 문제를 야기시켰고, 이것은 인간의 권리능력 인정시점, 남자가 아버지라는 부성 문제, 친생자 추정, 혈연주의에 따른 부모확정 등에 관한 기존의 민법상 가치에도 커다란 혼란을 가져왔다.

그러나 이러한 문제들을 해결하기 위하여 외국에서는 다양한 입법이 이루어지고 있음에 반하여, 우리는 생명과학기술의 발전에서의 생명윤리와 그 안전 도모를 목적으로 하는 '생명윤리 및 안전에 관한 법률'과 같은 규제 차원의 법률만이 있을 뿐, 위와 같은 민사법적 문제에 대응할 수 있는 평분의 법규가 제정되어 있지 않고, 다만 인공생식 전반을 아우를 수 있는 법률안의 입법적 시도가 있었을 뿐이다. 그렇다면 현재로서는 인공생식에 따른 민사법적 문제와 이에 따른 분쟁은 민사법 특히 민법규정의 해석론을 통하여 규율할 수밖에 없다. 그런데 이러한 해석론에도 그 한계가 있을 것이며 이는 인공생식을 전혀 예상하지 못한 민법상 흠결에 기인하는 것이 자명한 것인바, 본 논문은 이와 관련한 학설과 판례에 따른 일반론을 기초로 인공생식의 방법에 따라 제기될

수 있는 몇 개의 개별적인 민법상 쟁점을 심도 있게 다루어, 이를 현행 민법 규정하에서 해결방안을 모색해 보고 그 흠결 또는 한계를 지적하여 이러한 민법상 쟁점을 해결할 수 있는 법리를 입법론을 중심으로 제시하는 것을 목적으로 하였다. 특히 본 논문은 현대 인공생식기술의 발달은 그동안 당연하다고 여겨졌던 자와 부모 사이의 관계확정은 혈연관계에 따라 정해져야 한다는 사고에 의문을 가지고, 부자관계설정은 이와 함께 생명 윤리관, 출생자의 복리, 친자 또는 친족관계를 형성하는 관계자의 의식, 사회통념 등 다각적인 관점의 검토가 필요하다는 주장과 함께 부가 되려는 의사, 즉 의지적 요소의 지위를 부자관계 확정 하나의 요건으로 상승시키는 것이 필요하다는 점을 분명히 하고 있다. 이를 위하여 단순한 이론적 탐구에 그치지 아니하고 부의 부자관계를 설정하려는 의지적 요소의 다양한 모습들을 살펴봄으로써 구체적으로 그 기능이 어떠한지를 논증하고, 법률행위는 의지요소와 행위요소로 이루어져 있다는 기본적인 법리를 재확인하여, 비로소 정자제공자에게 왜 친자관계를 설정할 수 없는지까지 밝히고자 하였다. 또한 대리모의 모자관계의 기준 및 대리모계약의 유효성 여부에 관하여도 현대가족법 이면에 민민히 흐르는 인간존중의 사상과 여성인권보호의 필요성을 더하여 상세히 고찰하였다. 이 점에서 본 논문은 기존의 논문과 다른 논의의 시각과 방법적 모색의 바탕 위에서 출발하고 있다 할 것이다.

따라서 본 논문은 인공생식의 일반론을 살펴며 민법상 쟁점을 정리하고 각국의 입법례를 비교하여 그 장단점을 살펴보고 그 시사점을 도출하여, 판례 및 구체적인 사안에 나타난 현행법상의 해결능력을 평가하면서 그 한계를 점검해 본 결과, 인공생식에 관한 현행법상의 쟁점에 대한 해결 법리로서의 입법론을 제시할 수 있었다. 본 논문에서 살핀 민법상 쟁점에 관한 주요 내용을 요약·정리하면 다음과 같다.

첫째, 사후수정은 ‘생명윤리 및 안전에 관한 법률’ 규정뿐만 아니라 사망한 부의 보존정자를 사용하는 인공생식에 관한 생명 윤리관, 사회통념 등 다각적인 관점에서 우리 사회에서는 원칙적으로 금지하는 것이 바람직하다. 다만 일단 사후수정에 따라 출생한 자는 그 생물학적 부의 자로 인정하여야 할 것인가의 문제가 발생하나, 친생추정기간이 지난 경우는 부자관계설정을 혈연관계만으로 인정할 수는 없고, 출생자의 복리, 친자 또는 친족관계를 형성하는 관계자의 의식을 고려하더라도 친자관계는 형성되지 아니한다고 보아야 한다. 다만 예외적인 사후수정의 허용성은 엄격한 요건하에 관련기관의 조사 및 허가를 통하여야 할 것이고, 사후수정의 기간을 합리적 범위 내로 제한하여 태어난 자에게 사망한 부의 자로서 지위를 인정해야 할 것인가의 문제는 추후

검토의 필요성이 있다.

둘째, 부의 동의가 있는 없는 비배우자 간 인공수정으로 태어난 출생자에 관하여 외관설에 기초한 판례 법리에 따를 때, 일반적인 임신과의 차이점을 찾기 어렵고 가정의 평화와 자의 복리를 위하여 친생추정을 하여야 한다.

셋째, 체외 배아는 그 생성과정에 있어서 체내 수정과 방법적인 구별만이 있을 뿐, 인간이 되는 발전 가능성에서 큰 차이는 없으므로 태아와 같은 지위를 인정하여야 할 것이다.

넷째, 대리모계약의 유효성 여부에 관하여 무효설과 유효설을 비롯한 제한적 유효설이 거론되나 법리적 검토와 함께 이미 대리모계약이 성행하고 있는 현재 상황을 고려하면 사회적·정책적 이유를 보완하여 판단할 필요가 있다. 그렇다면 계약법적인 관점, 여성인권법적인 관점, 사회법적인 관점 등에 비추볼 때 대리모계약의 유효성을 인정하기 어려우나, 대리모계약이 현실적으로 존재하므로 대리모계약을 체결하는 여성을 보호할 필요성과 불임을 이유로 고통받는 의뢰부부의 이익을 고려한다면 단순히 무효로 볼 수는 없다. 그러므로 계약에 민법 제103조 소정의 사회적 타당성을 결하지 아니하는 엄격한 내용요건을 부여하여 일정한 형태의 대리모계약을 인정하는 것이 바람직하다.

다섯째, 생식체 제공자의 익명성은 인공생식에 따라 태어난 자가 생식체 제공자의 신원을 알 수 있게 하는 것이 타당하다는 관점에서 그 보장의 한계가 있다. 자의 알권리와 제공자의 익명성을 비교·형량하면, 자가 인공수정 사실을 알게 된 것을 전제로 일정한 연령에 도달하여 부를 찾는 경우 생식체 제공자의 익명성은 제한된다고 할 것이다.

여섯째, ‘법률상 부’는 순수하게 생물학적 또는 유전적 관점에서 판단하는 것이 아니라 사회통념에 비추어 ‘법률상 부’의 개념을 결정하는 것이 변화하는 생식환경에 맞는 기준이 될 것이다. ‘법률상 부’의 결정에 관한 사회통념은 자의 복리를 확보하고, 친족·상속법 질서와 조화를 꾀하는 관점뿐만 아니라 인공생식과 자연생식과의 유사성 정도, 인공생식의 사회적 수용 정도 등을 종합하여 검토하고 판단하여야 하지만, 이에 더해 부의 의지적 요소가 중요하게 작용한다고 할 것이다.

일곱째, 위에서 살핀 민법상 한계 및 쟁점에 관한 해결 법리로서의 입법론을 민법에 모두 반영하여야 할 것인지는 의문이다. 인공생식과 같은 특별한 사항을 일반법인 민법에서 다루는 것은 친생추정 등과 같은 가족법이 규율할 수 있는 최소한 범위에 그

쳐야 하고, 인공생식에 관한 일반적 사항은 인공생식기술의 발전과 함께 사회인식의 변화가 동반되어 그 점진적 변화가 예상되므로 특별법 형태로 제정하는 것이 타당하다. 따라서 그 특별법의 내용은 인공생식 기술 관련을 비롯하여 대리모계약 전반을 포괄적으로 규율하는 것이 바람직할 것이다.

이처럼 본 논문은 우리 법에서 나타날 수 있는 인공생식의 다양한 사례를 민법상 쟁점으로 현출하고 다각적인 관점에서 심도 있게 분석하여 해결 법리로서의 입법론까지 제시한 의의가 있으나, 그 입법론은 좀 더 다양화할 여지가 있는 인공생식문제에 대처할 구체적 입법을 위하여 기본적인 틀을 마련하는 데 중점을 두었으므로 본 입법론을 바탕으로 앞으로 국제법적, 의학적, 사회적 관점 등에 기초한 종합적인 측면에서의 세부적인 입법론이 전개되기를 기대한다.

주제어: 인공생식, 부모 결정기준, 친생자 추정, 체외 배아, 대리모

목 차

제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 선행연구와의 차별성	3
제3절 연구의 방법과 범위	5
제2장 인공생식에 관한 법리 일반론	7
제1절 인공생식의 개념과 입법 현황	7
1. 인공생식의 개념	7
2. 인공생식의 이용 및 입법 현황	10
제2절 체내 인공수정	12
1. 체내 인공수정의 의의와 유형	12
(1) 체내 인공수정의 의의	12
(2) 체내 인공수정의 유형	13
2. 배우자 간 인공수정(AIII)	15
(1) 배우자 간 인공수정자의 법적 지위	15
(2) 부의 냉동보존정자를 사용한 인공수정	17
3. 비배우자 간 인공수정(AID)	25
(1) 비배우자 간 인공수정의 허용성	26
(2) 비배우자 간 인공수정자의 법적 지위	27
(3) 정자제공자의 법적 지위	32
4. 기타 인공수정의 문제	34
(1) 사실혼관계에서의 인공수정	34
(2) 미혼모의 인공수정	36
(3) 성전환자의 인공수정	39
제3절 체외 인공수정	42
1. 체외 인공수정의 의의와 방법	42

(1) 체외 인공수정의 의의	42
(2) 체외 인공수정의 시술 방법	43
2. 체외 인공수정의 허용성 등에 관한 문제	45
(1) 체외 인공수정의 허용성	45
(2) 체외 인공수정의 안정성	46
(3) 체외 인공수정과정에서의 유전적 조작	47
3. 체외 인공수정자의 법률상 지위	48
(1) 배우자 간 체외 인공수정자	49
(2) 비배우자 간 체외 인공수정자	49
4. 배아의 법적 문제	52
(1) 배아의 정의	52
(2) 배아의 법적 보호 필요성	56
제4절 대리모	56
1. 대리모의 정의 및 유형	56
2. 대리모계약의 의의 및 법적 성질	58
3. 법률상 모의 결정기준	60
(1) 결정기준에 관한 견해	61
(2) 검토	63
제3장 인공생식에 관한 주요 국가의 입법례와 판례 동향	65
제1절 미국	65
제2절 영국	72
제3절 프랑스	75
제4절 독일	78
제5절 일본	83
제6절 정리 및 시사점	86
제4장 인공생식에 관한 민법상 쟁점	93
제1절 인공수정의 법률관계	93

1. 배우자 간 사후수정자의 인지청구	93
(1) 인지청구의 인정 여부	94
(2) 판례	96
(3) 검토	104
2. 비배우자 간 인공수정의 친생부인	106
(1) 친생부인의 인정 여부	106
(2) 판례	108
(3) 검토	109
3. 사실혼배우자 간 인공수정의 인지청구	111
(1) 인지청구의 인정 여부	112
(2) 판례	117
(3) 검토	120
4. 성전환자와 자 간의 부자관계	122
(1) 친생추정 법리의 적용 여부	123
(2) 판례	123
(3) 검토	129
5. 제외 배아의 법적 지위	130
(1) 제외 배아의 권리능력 인정 여부	131
(2) 판례	135
(3) 검토	136
제2절 대리모의 법률관계	139
1. 대리모계약의 유효성	139
(1) 대리모계약의 효력 인정 여부	140
(2) 판례	143
(3) 검토	144
2. 법률상 부의 결정기준	147
(1) 대리모 출생자에 대한 민법 제844조 적용 여부	148
(2) 판례	153

(3) 검토	160
3. 대리모 출생자의 법적 지위와 대리모계약 이행의 분제	164
(1) 대리모 출생자의 법적 지위	164
(2) 대리모계약 이행의 구체적 모습	166
(3) 판례	172
(4) 검토	174
제3절 소결	174
제5장 인공생식에 관한 민법상 쟁점의 해결 방안	177
제1절 입법 방향	177
1. 입법의 필요성	177
2. 입법 방식	178
제2절 입법론적 제안	179
1. 체내 인공수정	179
(1) 사후수정 허용요건	179
(2) 친생자관계 명분화	181
(3) 인공수정 동의절차에 관한 상세규정 명분화	185
2. 체외 인공수정	186
(1) 배아의 성격 명분화 및 부정사용금지	186
(2) 생식체 제공자의 익명성 보장의 한계설정	187
3. 대리모	188
(1) 대리모계약의 유효성 여부	188
(2) 대리모계약의 당사자자격	189
(3) 대리모계약의 검증 및 대리모 시술승인	190
(4) 대리모계약 불이행의 효과	191
(5) 대리모 출생자의 법적 지위	192
제6장 결론	193

참고문헌	197
ABSTRACT	218

제1장 서론

제1절 연구의 목적

오늘날 사회의 변화와 현대과학의 발전에 따라 법률 사안도 다양하고 복잡해지고 있다. 이것은, 사회현실에서의 구체적 분쟁의 해결은 종래의 법리적용만으로는 합리적이고 타당한 해결을 할 수 없음을 의미한다. 생명의학 등과 관련하여 제기되는 법률문제 중 하나인 사후수정자의 법적 지위문제를 살펴보더라도 이에 대한 친자관계의 확인은 양부모 생존 시 태어난 자의 권리를 침해하여 '자의 최선의 복리'를 추구하는 현대 친자법 이념에 반한다는 평가가 있고, 또한 정자의 냉동 보존이 반영구적으로 가능하다는 전제에서 냉동 보존 후 50년 뒤에 이를 통한 임신과 출산이 실행되는 경우 '세대'라고 하는 종래의 전통적 가치가 부정되며, 그 결과 헌법상 보장된 인간으로서의 존엄과 가치가 근본적으로 흔들릴 위험이 있다는 주장과 함께 그 반대의 견해도 반반치 않다. 이러한 법적 사안에 대한 평가는 민법의 기본 법리 외에도 사안의 배후에 있는 사회현상에 관한 근원적 문제에 대한 이해와 통찰력에 기초한 해결방안의 제시가 요구된다.

이렇듯 다양한 법률상 논쟁의 대상이 되는 쟁점 중 인공생식분야는 여전히 뜨거운 논란이 계속되고 있고, 외국의 입법례도 그 발전에 따른 입법화를 가속하고 있지만, 그 발전속도를 따라가고 있지 못하며 보다 근본적으로 그 발전속도에 맞추어 입법을 정비하는 것이 과연 타당한가에 관한 근원적인 의문에 봉착하게 되었다. 즉 인공생식분야는 인류가 먹고 마시고 입을 것을 일정 부분 해결한 지금 자신의 자를 낳고 싶다는 본능적인 문제를 직나라하게 충족시켜 주고 있으며 가까운 장래에는 내가 원하는 아이인 맞춤형 아기를, 더 나아가 나와 같은 본인을 재생산하는 단계에까지 이르게 할 전망이다. 그런데 이러한 단계에 이르기 위해서는 그 실험적인 경과를 이어가기 위하여 자연적인 성관계의 방법으로는 그 표본을 만들 수가 없으므로 필연적으로 체내·체외 인공수정의 방법을 통하여

유전자분석 또는 유전자치료방식을 취하지 아니할 수 없을 것이다. 이에 더하여 인간과 이종 간의 교배를 통한 인간복제의 가능성을 타진하고, 연구목적을 이유로 하는 정자·난자와 같은 생식체나 배아에 대한 인위적인 조작을 할 수밖에 없다. 다른 한편에서는 이러한 인공생식기술 발전의 수혜만을 입을 수 있는 계층이 생길 것이며, 이에 종속할 수밖에 없는 사회적 계층에 속한 관계로 자신의 생식체나 신체를 제공하여야 하는 자들도 있을 것이다.

위와 같은 방법적인 단계에 이르렀던 인공생식기술에 대한 놀라움을 넘어 과연 인간이란 무엇인가라는 생명의 근원에 대한 문제 제기를 하지 아니할 수 없고, 인공생식방법으로 태어난 자의 친자관계는 어떻게 해결할 것인가의 의문과 함께 자신의 신체를 매개로 다인의 인공생식에 기여하는자인 정자제공자나 대리모의 경우는 법률적 규율 대상이 되는지, 그 범위는 어떻게 되는지 등에 관한 물음은 계속될 수밖에 없다. 결국 현대의 인공생식기술은 종교적·윤리적·사회적인 문제뿐만 아니라 법적인 문제를 야기시켰고, 이것은 인간의 출생 시에 따른 권리능력 인정시점, 남자가 아버지라는 구성 문제, 친생자 추정, 혈인주의에 따른 부모확정 등에 관한 기존의 민법상 가치에도 커다란 혼란을 가져왔다.

그러나 외국 법제는 이러한 문제들을 해결하기 위하여 다양한 입법이 이루어지고 있음에 반하여, 우리 법제에는 생명의학기술의 발전에서의 생명윤리와 그 안전 도모를 목적으로 하는 '생명윤리 및 안전에 관한 법률'과 같은 규제 차원의 법률만이 있을 뿐, 위와 같은 민사법적 문제에 대응할 수 있는 명분의 법규가 제정되어 있지 않고, 다만 인공생식 전반을 아우를 수 있는 법률안의 입법적 시도가 있었을 뿐이다. 그렇다면 현재로서는 인공생식에 따른 민사법적 문제와 이에 따른 분쟁은 민사법 특히 민법규정의 해석론을 통하여 규율할 수밖에 없다. 그런데 이러한 해석론에도 그 한계가 있을 것이며 이는 인공생식을 전혀 예상하지 못한 민법상 흠결에 기인하는 것이 자명한 것인바, 본 논문은 이와 관련한 학설과 판례에 따른 일반론을 기초로 인공생식의 방법에 따라 제기될 수 있는 몇 개의 개별적인 민법상 쟁점을 심도 있게 다루어, 이를 현행 민법 규정하에서 해결 방안을 모색해 보고 그 흠결 또는 한계를 지적하여 이러한 민법상 쟁점을 해결할 수 있는 법리를 입법론을 중심으로 제시하는 것을 목적으로 한다.

제2절 선행연구와의 차별성

인공생식에 관한 민법상 쟁점을 다룬 선행연구를 살펴보면, ① 인공생식 전반에 따른 법률상 문제를 그 유형별로 다루며 각 학설 및 판례를 제시한 뒤 소평을 개진한 것,¹⁾ ② 인공생식 전반에 대한 일반론을 정리하면서 입법론을 제시한 것,²⁾ ③ 인공생식에 따른 법률상 문제 중 부와 모의 친생추정의 문제를 다루며 입법론을 제시한 것³⁾ 등이 있다.

이들 연구는 인공생식기술에 따른 문제 전반을 다루며 각 쟁점에 대한 문제 제기를 하였다는 점에는 의의가 있으나, 그 해결방법이 구체적인 실례에 따른 분석이라기보다는 이론적인 접근방식을 주로 취하였고, 친생추정의 문제도 부에 있어서는 법리적인 해석방법에 그쳤으며 주로 대리모의 모성 결정문제를 다루는데 안주하기도 하였다. 또한 아쉬운 점은 대상이 된 쟁점을 다루며 우리 민법상 혈통주의에 대한 논의 등을 비롯한 기존 법리의 재고찰이 필요하다는 것을 강조하여 그 대안을 피력할 필요가 있다 할 것인데 뚜렷이 이에 관한 의견을 개진한 선행연구는 보이지 아니한다.

다만 개별 학술연구논문에서는 인공생식에 따른 현대적 법적 쟁점 중 하나인 부자관계의 확정은 혈연관계에 따라 정해져야 한다는 기준은 인공생식의 동의방법을 통하여 완화 또는 수정되어야 하는 것이 아니냐는 의문을 제기하였다.⁴⁾ 그러나 이러한 논의의 근거 역시 영국 등의 입법례를 들며 부의 동의를 법적 성질을 탐구하는 데 진력할 뿐, 부자관계 성립요건에 관한 기본적 가치를 훼손하지 아니하려고 하며 혈연주의의 근간에 관한 본질적인 문제 제기는 전혀 되지 아니하고 있다. 특히 영국 등의 입법례를 통한 그 부의 동의를 의미에 관한 논의는 일면만을 고찰한 시각이 아닌지 의문이 있다. 예를 들어 정자제공자는 정자제공

1) 맹광호, “보조생식에 관한 민법상의 문제점”, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 2005.

2) 김준원, “인공수정에 관한 법리적 연구”, 조선대학교 대학원 박사학위논문, 1995.

3) 윤혜란, “인공수정자의 친생추정에 관한 입법론적 고찰”, 숭실대학교 대학원 박사학위논문, 2008.

4) 윤혜란, “비배우자간 인공수태기술에 따른 부모확정의 법적 문제에 관한 소고”, 「법학 논집」 제14권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2009; 권재문, “친생자관계의 결정기준에 관한 인권법적 모색-유럽인권협약 체제를 중심으로-”, 「인권과 정의」 제406호, 대한변호사협회, 2010; 권재문, “보조생식기술에 대한 표현부의 동意的 의미와 효과”, 「동아법학」 제43호, 동아대학교 법학연구소, 2009; 송영민, “인공수정에 있어서 부의 동意的 법적 성질”, 「가족법연구」 제21권 제1호, 한국가족법학회, 2007 등.

의 동의를 통하여 너는 자신과 혈연관계가 있는 인공수정자에게 인지 등을 통하여 부자관계를 맺을 기회를 박탈하게 되기도 하는 것이 영국 등의 입법례인데, 이러한 동의만으로 혈연관계에 있는 자 간의 권리를 박탈할 수 있는 근거는 과연 무엇인지에 관한 남은 전혀 제시되지 않고 있다.

따라서 본 논문은 현대 인공생식기술의 발달은 그동안 당연하다고 여겨졌던 자와 부모 사이의 관계확정은 혈연관계에 따라 정해져야 한다는 생각에 문제점을 표하지 아니할 수 없었다. 혈인주의에 따른 부자관계의 기준은 현재도 그 굳건함을 자랑하고 있고, 우리나라와 같은 동양사회에서는 더욱 그러하다. 그러나 혈인관계만으로는 현대 인공생식기술의 발달에 비추어 그 기준의 타당성을 긍정하기는 어렵다. 부자관계설정은 이와 함께 생명윤리관, 출생자의 복리, 친자 또는 친족관계를 형성하는 관계자의 의식, 사회통념 등 다각적인 관점의 검토가 필요하다는 주장이 가까운 일본 판결을 통하여 제기되었고, 이러한 가운데 인공생식은 부의 동의와 같은 부분을 통하여 부자관계를 확정하여야 하는 것이 아니냐는 입법론적 견해가 나타나는 지금, 본 논문의 쟁점 중 하나의 테제가 바로 부자관계에 있어서 혈연관계뿐만 아니라 부가 되려는 의사, 즉 의지적 요소의 지위를 부자관계 확정의 하나의 요건으로 상승시키는 것이 필요하다는 점이다. 이를 위하여 단순한 이론적 탐구에 그치지 아니하고 부의 부자관계를 설정하려는 의지적 요소의 다양한 모습들을 살펴봄으로써 구체적으로 그 기능이 어떠한지를 논증하고, 법률행위는 의지요소와 행위요소로 이루어져 있다는 기본적인 법리를 재확인하여, 비로소 정자제공자에게 왜 친자관계를 설정할 수 없는지까지 밝히고자 한다. 또한 대리모 출생자의 부모 결정기준 및 그 계약의 유효성 여부에 관하여도 현대가족법 이면에 면면히 흐르는 인간존중의 사상과 여성인권보호의 필요성을 더하여 상세히 고찰하였다. 이러한 점에서 본 논문은 기존의 선행연구와는 다른 논의의 시각과 방법론으로 논술하고 있다 할 것이다.

제3절 연구의 방법과 범위

본 논문은 인구주제와 관련한 저서·논문 등 각종 문헌의 의미 내용을 밝히는 민법 해석학 연구방법을 주로 취하고, 필요한 범위에서 국내외 대표적 판례의 견해를 검토하는 판례연구방법을 보충적으로 취한다. 그리고 본 논문의 입법론 개진의 시사점을 얻기 위하여 외국 주요 국가의 입법례를 분석·검토하는 비교법적 연구방법을 병행하기로 한다.

본 연구의 논술 체계 내지 그 범위는 다음과 같다.

제1장에서는 연구의 목적과 선행연구와의 차별성을 중심으로 연구의 방법과 범위를 기술한다.

제2장에서는 인공생식의 개념과 이용현황을 필두로 체내 인공수정과 체외 인공수정, 대리모로 그 유형을 크게 나누어 법리 일반론을 기술하면서 본 논문에서 다루고자 하는 민법상 쟁점을 제시한다. 구체적으로 체내 인공수정에서는 배우자 간의 인공수정자의 법적 지위, 부의 냉동보존정자를 사용한 인공수정에서의 친자관계를 중심으로, 비배우자 간의 인공수정에서는 그 인공수정의 허용성과 함께 부의 동의와 친생부인의 관계에 관하여 개괄적으로 다루고, 성전환자의 인공수정 문제를 더하여 살핀다. 또한 체외 인공수정에서는 체외 인공수정의 허용 여부와 함께 체외 배아의 법적 지위를 고찰한다. 마지막으로 대리모 부분에서 대리모계약의 법적 성질을 비롯한 그 유효성 일반론, 법률상 모의 결정기준을 여성인권적인 관점을 더하여 논술한다.

제3장에서는 인공생식에 관한 주요 국가의 입법례와 판례의 동향을 살피는데, 각 입법례와 함께 본 논문과 관련된 주요 논쟁을 다루어 각 국가의 관심사를 부각하였고, 개정 입법례와 판례를 반영하여 최신 흐름을 개관할 수 있도록 한다.

제4장에서는 민법제정 당시 인공생식을 예상하지 못하였으므로, 민법상 이에 관한 한계 또는 그 흠결이 있는 쟁점을 중심으로 구체적인 사안 특히 판례를 통하여 논술하는데, 국내 사례가 없는 경우 우리 민법과 가장 유사한 구조를 취하고 있는 일본 판결례를 두고 심도 있는 논의를 한다. 이러한 논제를 증명할 사안으로 사후수정, 비배우자 간의 인공수정, 성전환자의 인공수정, 체외 배아의 법적

지위, 대리모계약관계 등을 주요하게 다루며 우리 민법상의 쟁점 나아가 생명윤리 및 안전에 관한 법률상의 문제점까지 살펴 헌행법의 문제점을 더욱 두드러지게 나타내어 그 해결 법리 및 방안의 연결점을 찾는다. 이러한 과정을 통하여 인공생식에 따른 부를 결정함에 있어 부자관계설정의사의 존부라는 부의 의지적 요소가 어떻게 작용하는지 그 기능의 한계는 무엇인지에 관한 논의의 현황은 분명해진 것이다.

제5장에서는 앞에서 살펴 인공생식에 관한 민법상의 쟁점을 해결할 수 있는 법리 또는 그 방안을 논하는데, 먼저 부의 결정기준으로서 부자관계설정의사의 중요성을 강조하여 혈인주의에 따른 친자관계는 부가 되고자 하는 인간 본인의 삶을 추구하려는 의지와 제반 사정이 인정되는 그를 위하여 한발 물러날 필요가 있다는 점을 주장하며 그 이유를 밝힌다. 이에 더하여 친생자관계, 배아의 성격, 생식체 제공자의 익명성 보장 한계, 대리모계약의 유효성 여부 등에 관한 명분화를 위한 제언을 입법론을 포함한 해결 법리로 제시한다.

제6장에서는 본 연구에서 논술한 쟁점의 주요 내용을 요약·정리하고, 인공생식에 관한 우리 민법상 쟁점에 대한 해결의 법리로서의 입법론의 대강을 개진하여 후행연구의 시사점을 제시한다.

제2장 인공생식에 관한 법리 일반론

제1절 인공생식의 개념과 입법 현황

1. 인공생식의 개념

인공생식(Artificial Reproduction)은 생식의학적 방법으로 정자, 난자 등의 생식자(gamete)를 이용하여 임신이 이루어진 상태를 말한다.⁵⁾ 이러한 인공생식이 가능하도록 하는 방법적인 적용을 인공생식기술 또는 보조생식술이라고 한다.⁶⁾ 초기에는 체외수정 기술(IVF-ET)⁷⁾로부터 출발하였으나 이후 다양한 기술 방법으로 발전되었다. 특히 남녀의 자연스러운 성적 교섭에 의하지 아니하고도 인간 생식을 가능하게 하는 가장 기본적인 인공생식기술은 체내 인공수정(artificial insemination)이라고 할 것이다.

체내 인공수정은 남성으로부터 마스터베이션과 같은 인위적 방법으로 채취한 정자를 여성의 배란기에 자궁경 혹은 질에 주입하여 난자와 결합하게 하는 방법

-
- 5) 이러한 형태를 보조생식으로 이해하고 해석하는 경우도 있으나 보조생식은 그 기술과 결합하여 보조생식 기술(Assisted Reproductive Technology)란 단어로 많이 쓰이고 있고, 일반적인 생식에 대한 보조적인 면을 부각하는 단점이 있다. 또한 비슷한 용례로 인공출산이라는 말이 있으나 이 역시 여성의 출산 지위 면에서 바라본 시각으로 영미권에서는 거의 사용하지 아니하는 용어인데, 주로 일본 학계에서 종래 사용 하였던 기간이 있었다. 그러나 인공생식은 자연생식과 동위의 말로 현대사회에서 이러한 생식형태로 태어나는 자가 늘어나고 있는 상황에 비추어, 그 행태에 자연생식에 대비한 독자성을 인정할 필요가 있는 점, 생식이라는 것 자체가 남성과 여성의 공동 협조 아래 생성되는 면이 있다는 점, 이러한 논의 아래 각종 논문 및 판례에서 인공생식이라는 단어를 사용하는 예(Athena Liu, *Artificial Reproduction and Reproductive Rights*, Ashgate Pub Co, 2007; 맹광호, “인공생식에 관한 가족법상의 문제점”, 「가족법 연구」 제21권 제3호, 한국가족법협회, 2007; 정연철, “인공생식의 입법례에 관한 연구”, 「동의논집」 제28권 제2호, 동의대학교 법학연구소, 1998; 石井美智子, 「人工生殖の法律学—生殖医療の発達と家族法」, 有斐閣, 1994; 樋口範雄, “人工生殖と親子関係”, 「ジュリスト」1059号, 有斐閣, 1995; 吉田邦彦, “人工生殖に關する最近の最高裁裁判例(凍結精子による死後生殖事例及び代理母事例)について: 札幌身分法·家事實務研究會の紹介を兼ねて”, 「判例タイムズ」1371号, 判例タイムズ社, 2012; 最高裁判所 第二小法廷 平成 16年(受)1748号 判決 등)가 늘어나고 있고, 동 단어가 법률명으로써 쓰이고 있다는 점(대만의 人工生殖法)을 종합하여 본 논문에서는 ‘인공생식’이라는 용어를 사용하기로 한다.
- 6) 김석현, “보조생식술(ART)”, 「과학과 기술」 제37권 제10호, 한국과학기술정보연구원(KISTI), 2004, 78 쪽 참조.
- 7) “in in-vitro fertilization and embryo transfer”의 줄임말로 시험관 아기 기술이라고도 하며 양쪽 난관이 없거나 중증 자궁내막증 등 일반적인 불임치료로는 가능하지 아니한 경우 주로 시행한다.

인데, 생식의학적, 법률적으로 종류를 구분하고 있다. 물론 제외 인공수정 방법 역시 이러한 구분을 원용할 수 있다. 인공수정이라는 것이 성 기능 장애 등과 같이 의학적인 원인 등에 따라 부부가 정상적인 성행위를 할 수 없거나 자인적인 성적 교섭에 의하더라도 임신이 되지 아니하는 경우에 이를 이용할 것이므로 일반적으로 배우자의 정자를 인공수정방법에 따른 시술에 사용할 것이다. 이러한 인공수정방법을 ‘배우자 사이의 인공수정’(artificial insemination by husband)이라고 하며 흔히 AIH라고 약칭한다. AIH는 후술하다시피 법률상 문제가 되지 아니한다. 그러나 배우자인 부에게 무정자증 등의 정자 자체에 이상이 있는 경우에는 부의 정자로는 인공수정이 불가능할 것이므로 정자은행 등을 통한 부가 아닌 제3자의 정자를 이용하지 아니할 수 없다. 이러한 인공수정형태를 ‘비배우자 사이의 인공수정’(artificial insemination by doner)이라고 하며 흔히 AID라고 약칭한다. 제외수정 시술 방법에 따른 시험관아기(a test-tube baby)나 대리모 분체에 관한 논의가 발생하기 전에는 AID가 가장 보편적인 인공수정방법이었고 법률적인 문제가 집중되었다.

AIH와 AID의 중간형태로, 배우자인 부의 정자가 의학적인 문제가 있다고는 할 수 없지만 정자의 양이 적거나 활동이 미흡하여 수정이 어려운 상황에 놓여 있는 경우에는 인공수정을 위하여 부의 정자와 제3자의 정자를 섞어 사용하는 경우가 있다. 이러한 방법을 칼테일처럼 혼합하듯이 인공수정을 한다고 하여 ‘혼합적 인공수정’(confused artificial inscmination)이라고 하며 흔히 CAI라고 약칭한다. 그러나 CAI는 남편에게 자신의 정자가 임신의 요인이 될 수도 있다는 심리적 향상 면에서는 가치가 있으나 가장 일반적이지 아니하는 방법이고, 부의 결정 등에 AID보다 더 복잡한 문제를 일으키므로 거의 사용되지 아니한다.⁸⁾

배우자인 부에게 생식적인 장애가 있는 AID와 반대로 처에게 주로 불임원인이 있는 경우 사용하는 인공생식적 방법이 대리모에 의한 출산이다. 대리모계약은 주로 처에게만 생식적 장애가 있을 때 대리모와 부부 또는 배우자인 부 사이에 출산에 관한 계약을 맺는 형태가 될 것이나 배우자인 부에게도 생식적인 장애가 있는 경우에도 가능한 사용방법이다. 후술하겠지만 이에 관하여는 윤리적 비난과 함께 법률적 효력 여부도 다툴이 있고 대리모가 출산한 자를 계약한 부

8) William P. Statsky, Family Law, Delmar Cengage Learning, 2012, p.520.

부에게 주지 아니하는 문제를 해결하는 방법은 여성의 모성본능보호라는 사회적 논쟁을 일으키기도 하였다.

처에게 불임원인이 있는 경우 위와 같은 대리모계약의 방법을 사용하지 아니하고 처의 난자를 채취하여 시험관 내에서 수정시킨 뒤 성장한 배아를 다시 자궁경부를 통하여 자궁 안에 이식하는 방법을 체외수정기술(IVF-ET)이라고 한다. 이러한 시험관수정(In Vitro Fertilization: IVF)이나 수정란 이식(Embryo Transfer: ET)은 처에게 나팔관폐쇄(blocked or damaged Fallopian tubes)등의 원인이 있는 경우에 대비한 인공생식기술이라는 점에서도 앞서 살핀 AID와 구별된다. 체외수정 기술에 따라 태어난 아이를 시험관아기(A Test Tube Baby)라고 하며 여성 불임치료의 마지막 방법이다.

이러한 인공생식방법을 기초로 난자와 정자를 같이 섞어 난관 안에 넣어주는 방법인 생식세포 난관 내 이식법(GIFT, gamete intrafallopian transfer), 체외에서 수정된 난자인 접합자를 난관 안에 넣어주는 방법인 접합자 난관 내 이식법(ZIFT, zygote intrafallopian transfer), 난할 중인 배아를 난관 안에 넣어주는 방법인 배아 난관 내 이식법(TEF, tubal embryo transfer), 난자와 정자를 같이 섞어 골반강 내로 넣어주는 방법인 생식세포 복강 내 이식법(POST, peritoneal oocyte and sperm transfer), 미세보조수정술(MAF, microassisted fertilization) 또는 미세조작술(micromanipulation)로 정자를 난자의 투명대(zona pellucida) 바로 밑으로 넣어주는 방법인 투명대하 정자주입술(SUZI, subzonal sperm insertion), 마찬가지로 미세조작술로 정자를 직접 난자 세포질 내로 넣어주는 방법인 난자 세포질 내 정자주입술(ICSI, intracytoplasmic sperm injection, 정자직접주입법이라고도 한다) 등 다양한 방법으로 발전되었다.

이러한 다양한 기술 방법이 있음에도 최근에는 다시 체외수정기술로 귀결되고 있는데, 특수한 경우에는 난자 세포질 내 정자주입술과 같은 미세보조수정술을 병용하고 있다. 1978년 로버트 에드워즈 박사가 체외수정기술로 최초의 시험관아기인 루이스 브라운을 탄생시킨 이후 미국에서만 수백 개의 기술센터가 생겼을 뿐만 아니라 수많은 기술적 진보가 이루어졌고 이에 임신 성공률은 비약적으로 증가하였는데, 35세 미만의 여성의 경우 최대 39%의 정상출산비율(live birth rates)을 보이고 있다고 한다.⁹⁾ 우리나라에서도 1985년 서울대학교병원에서

제외수정시술로 첫 시험관아기가 탄생한 이후 100개 이상의 시술 센터에서 연간 2만 건 이상의 보조생식술이 시술되고 있다.¹⁰⁾

2. 인공생식의 이용 및 입법 현황

우리나라에서의 인공생식 즉 보조생식이 이루어지고 있는 현황에 관하여는 종전 대한산부인과학회에서 매년 발간기준으로 3 4년 전의 데이터를 취합하여 보고서를 만들고 있었다. 다만 최근 보조생식학회가 출범함에 따라 이러한 보고서 작성 기능을 동학회에 이관시켰는데 학술지 형태로 발간된 바는 없는 상태이다. 따라서 대한산부인과학회에서 가장 최근 조사 시점인 2012년 당시 보건복지부에 배아생성의료기관으로 인준된 의료기관을 대상으로 취합한 조사결과를 종합¹¹⁾하여 현황을 추론하여 본다.

2009년 인준된 144개의 의료기관 중 74개의 보조생식술 시술기관에서 시술사례를 보고하였는데, 총 27,947건의 보조생식술을 시행하였다. 대한산부인과학회에서는 2000년 58개의 시술기관에서 15,619건을, 2001년에는 53개의 시술기관에서 총 14,667건을, 2002년에는 69개 시술기관에서 18,310건을, 2003년에는 48개 시술기관에서 14,667건을, 2004년에는 65개 시술기관에서 17,802건을, 2005년에는 76개 시술기관에서 19,149건을, 2006년에는 81개 시술기관에서 29,733건을, 2007년에는 74개 시술기관에서 27,150건을, 2008년에는 78개의 시술기관에서 28,029건을 보고받은 바 있다.

보조생식술의 시술 방법별 분포를 보면, 2008년에는 총 28,029건 중 IVF(ICSI를 병행한 경우는 제외)는 9,976건(44.5%), ICSI는 12,439건(55.5%)로 IVF와 ICSI 시술의 합이 총 22,415건(80.0%)인데, 이는 대부분의 인공생식술이 신선 배아를

9) Centers for Disease Control and Prevention, "Use of assisted reproductive technology--United States, 1996 and 1998", Morbidity and Mortality Weekly Report 51/5, 2002, pp.97-101; Thomopoulos C/Tsioufis C/Michalopoulou H/Makris T/Papademetriou V/Stefanadis C, "Assisted reproductive technology and pregnancy-related hypertensive complications: a systematic review", 27 Journal of Human Hypertension 148, Nature Publishing Group, 2013, p.148.

10) 김석현, 앞의 논문, 78쪽.

11) 대한산부인과학회, "한국 보조생식술의 현황: 2009년", 「Obstetrics &Gynecology Science」 제56권 제6호, 2013, 353-361쪽; 대한산부인과학회, "한국 보조생식술의 현황: 2008년", 「Obstetrics &Gynecology Science」 제54권 제12호, 2011, 741-763쪽 참조.

이용하여 이루어지고 있음을 알 수 있다. 이는 2009년에도 IVF(ICS를 병행한 경우는 제외)는 35.8%, ICSI는 43.1%를 유지하여 그 기초를 이어가고 있다. 또한 2008년에 시험관아기 냉동보존 배아이식(frozen embryo replacement, FER)은 5,399건(19.3%)이 시행되었고, 난자공여시술(oocyte donation)은 210건(0.7%), 생식세포 난관 내 이식술(gamete intrafallopian transfer, GIFT)은 2건, 접합자 난관 내 이식술(zygote intrafallopian transfer, ZIFT)은 3건이었는데, 이 역시 2009년 냉동보존배아이식(FER)은 20.4%, 난자공여(OD)은 0.7%로 비슷한 수치를 유지하고 있다.

2009년 보조생식술을 받은 여성의 연령을 살펴보면, 30-34세가 46.1%로 가장 많은 비율을 차지하고, 35-39세가 36.0%로 차 순위 비율을 가져갔다. 또한 출생아의 태양을 살펴보면, 단태임신(Singleton)은 53.5%, 쌍둥이 임신은 45.3%로 인공수정이 아닌 일반적인 임신으로 쌍둥이가 태어날 비율이 3%임을 고려하면 쌍둥이 임신의 비율이 매우 높다고 할 것이다.

이렇듯 우리나라의 인공생식시술은 조사 이래로 꾸준히 증가하고 있는데, 이는 임신을 목적으로 수행하는 일반적인 의료행위의 하나로 인정받고 있다는 뜻으로 해석할 수 있다.¹²⁾ 따라서 인공생식은 다양화, 첨단화는 최근 대리모 모집 등에 나타난 인공생식기술의 수단적 용도 문제와 함께 그 보편화에 비추어 일정한 제도권 내의 법이 마련되어야 한다는 요구를 받고 있다.

종전에는 1993년 1월 경희의료원의 체외수정사건을 계기로 의료윤리에 대한 비판과 함께 체외수정과 체내수정 등 ‘인공수정’에 대한 법제화 필요성이 강하게 제기된 바가 있어, 1993년 2월 15일 대한산부인과학회는 ‘비배우자 인공수정의 시행지침’의 시행을 결정하였고, 이를 계기로 대한의사협회에서 1993년 5월 ‘인공수태에 관한 윤리선언 및 시술지침’을 공표하는 등 자정노력을 하였다.

그러나 이러한 지침들은 법이 가지는 강제성을 가지지 못한다는 사회적 비판과 함께 입법에 대한 요구로 나타났다. 이후 제17대 국회에서 보조생식의료와 관련하여 보조생식에 관한 의료법적 규제와 친자법제 전반을 내용으로 하는 ‘체외수정 등에 관한 법률안¹³⁾(2006)’과 ‘의료보조생식에 관한 법률안¹⁴⁾(2006)’ 그리고

12) 이정현, “보조생식의료의 법제화를 위한 제언 -자의 법적 지위를 중심으로-”, 「법조」 제656호, 법조협회, 2011, 124쪽 참조.

‘생식세포 등에 관한 법률안¹⁵⁾(2007)’이 발의되었다. 특히 ‘체외수정 등에 관한 법률안’은 대리모 의뢰를 실제적으로 금지하는 결과가 될 것이라는 비판¹⁶⁾도 제기되는 등 이러한 법률안들은 제17대 국회 회기만료와 함께 폐기되었다. 가장 최근에는 18대 국회에서 이영애 의원을 비롯한 10인이 2012. 2. 10. ‘보조생식에 관한 법률안’을 발의한 바 있다. ‘생명윤리 및 안전에 관한 법률’이 비배우자 간의 보조생식이나 대리모 문제와 같은 중요한 사항에 관하여 규정하고 있지 아니하여 사회적 문제가 방지되고 있다는 이유로 제안되었는데, 보조생식에 있어 금지되어야 할 사항을 규정하는 한편, 잔여 배아가 발생하지 아니하도록 하고 보조생식시술의 횟수를 제한할 뿐만 아니라, 보조생식시술 대상자에게 미리 설명해야 할 사항을 규정하여 여성의 건강을 보호하는 등의 내용을 담고 있었다.¹⁷⁾ 동 법률안 역시 임기만료와 함께 폐기되었다. 현재는 인공생식전반에 포괄적으로 적용할 수 있는 입법은 없는 상태이다.¹⁸⁾

제2절 체내 인공수정

1. 체내 인공수정의 의의와 유형

(1) 체내 인공수정의 의의

13) 박재완 의원이 2006년 4월 28일 대표 발의한 법률안으로 주요 내용은 대리출산 허용 여부를 허가 사항으로 규정하고 생식세포를 기증받은 부부에게서 태어난 자는 그 배우자의 혼인 중의 자로 규정하여 친자 관계를 명시하였다.

14) 양승조의원이 2006년 10월 19일 대표 발의한 법률안으로 주요 내용은 대리모계약을 무효로 규정하고 생식세포를 기증받은 부부에게서 태어난 자는 기증받은 부 또는 모의 자가 된다고 명시하였다.

15) 정부가 2007년 11월 발의한 법률안으로 여성의 인권과 건강권의 중요성, 여성의 취약한 지위를 이용한 난자채취과정의 문제점 등을 중점을 두고 만들어졌다.

16) 박철호, “대리모계약에 대한 유효성 논란과 법리분석”, 「한양법학」 제20권 제4집, 한양대학교 법학연구소, 2009, 283쪽.

17) 동 법안 제7조에는 배아 유전자검사 제한도 다루고 있어 선진적인 견해를 가진 안으로 평가된다.

18) 다만 모자보건법 제11조에 근거를 둔 난임 극복 지원사업을 통하여 정부와 지방자치단체는 난임 등 생식건강 문제 극복을 위한 지원을 하고 있다. 정부는 2015년 현재, 법률혼 상태의 만 44세(부인연령 접수일 기준)이하의 자로 난임시술을 요하는 난임진단서를 제출하고, 전국가구 월평균 150% 이하로 건강보험료 본인부담금 납부금액 기준 가족 수별 건강보험료 이하인 가구에 해당하는 자는 난임극복지원 대상자가 되는데, 인공수정은 3회 각 50만 원, 시험관을 통한 체외수정은 3회 각 190만 원이 지원된다.

체내 인공수정은 남성의 정자를 인공적으로 여성의 질을 통하여 자궁 등 생식기 내에 주입하여 수정을 유도하여 임신하는 것이다. 체내 인공수정은 인공생식술 중에서 가장 단순하고 기본적인 방법이다. 즉 정액 이외의 여러 가지 단백질, 효소 등의 정액물질과 비정상 정자를 분리, 제거하기 위하여 배양액으로 씻는 방법을 통하여 순수한 정자만을 추출한 후 배란기를 전후하여 자궁강 내나 난관으로 직접 정자를 넣어주는 것이다.¹⁹⁾ 체내 인공수정은 그 의학적 적응증으로 남성의 정자 수가 2000만/ml 이하로 적거나, 정자의 활동성이나 침투능력이 떨어지는 경우, 혹은 자궁경관 점액이나 성교 후 점액검사에서 적합성이 낮은 경우 등을 들 수 있고,²⁰⁾ 다른 부분은 정상이어야 한다.

일반적으로 처음에는 자인배란주기나 클로미펜²¹⁾ 등을 이용한 배란유도제를 복용하면서 3-4개월간 실시하게 되며, 이때 임신이 되지 아니하는 경우 과배란유도주사를 생리 2-3일 전부터 맞으면서 여러 개의 난자를 배란시키는 과배란 인공수정을 2-3회 실시하게 되는데, 시술상 임신율은 10-15%로 알려졌고, 반복시술시 누적임신율이 높아진다고 한다. 과배란 인공수정의 경우는 20% 내외의 임신 성공률을 보이고 있다고 한다.²²⁾ 최근 미국에서는 체내 인공수정을 시술함에는 신선한 정액보다는 냉동 정액을 사용하는 것이 일반화되고 있다²³⁾. 냉동 정액의 사용은 냉동과정이 의학적으로 복잡하고 상대적으로 비용이 많이 든다는 단점을 가지고 있는데, 일단 정액이 냉동되면 정액이 실질적으로 훼손되거나 변질하는 경우는 거의 없다고 한다.²⁴⁾

(2) 체내 인공수정의 유형

1) 일반적 유형

19) 정규원, "보조생식술의 법적 문제", 「의료법학」 제4권 제1호, 한국사법행정학회, 2003, 323-324쪽 참조.

20) Warren Freedman, Legal Issues in Biotechnology and Human Reproduction: Artificial Conception and Modern Genetics, Quorum Books, 1991, p.3; 대한산부인과학회, 「부인과학」, 칼빈서적, 1997, 636쪽 참조.

21) 뇌하수체에 작용하여 성선(性腺)을 자극하는 호르몬인 고나도트로핀(gonadotropin) 분비를 촉진하는 약, 배란 유발제로 쓰인다.

22) 서울대학교 불임클리닉(<http://www.seoulivf.com/content.html?article=22>).

23) Barry R. Furrow et al., Health Law 2nd ed., West Group, 2000, p.959.

24) 정규원, 앞의 논문, 324쪽.

체내 인공수정은 배우자 간 체내 인공수정(artificial insemination of husband: AIH)과 비배우자 간 체내 인공수정(artificial insemination of donor: AID), 혼합적 체내 인공수정(confused artificial insemination: CAI)으로 구분된다. 배우자 간 체내 인공수정은 여성 측에 불임의 원인이 있는 경우에는 적어도 난관의 손상이나 막힘이 없어야 하고, 만약 남편의 정자 수가 부족하거나 혹은 활동성이 떨어지는 경우라면 남편의 정자를 채취하여 정액을 인공적으로 여성의 자궁 내로 주입하여 임신 유도할 수 있을 것이다. 배우자 간 체내 인공수정에 대한 최초의 보고는 1785년 런던으로부터 온 스코틀랜드인 외과의 John Hunter에 의하여 사교로 요도하연증(hypospadias)이 된 남성의 정액을 받아 부인의 질 내에 주입하여 임신에 성공한 것이다.²⁵⁾

비배우자 간 체내 인공수정은 배우자가 아닌 제3자로부터 제공된 정액을 여성의 자궁강 내로 임신을 위하여 직접 주입하는 방법인데, 남성배우자의 치유 불가능한 무정자증이나 심각한 유전 질환 등을 이유로 제3의 남성인 정자제공자의 정자를 사용하여 부인의 임신을 도모하는 경우이다. 최초의 비배우자 간 체내 인공수정의 성공은 1884년 미국 필라델피아 제퍼슨 의과대학의 William Pancoast 교수가 무정자증의 남편을 둔 여성에게 제3자인 의대생으로부터 기증받은 정자를 주입하여 시술한 것으로 당시에는 비밀로 하였고, 25년 후에야 보고된 바 있다.²⁶⁾

혼합적 체내 인공수정의 경우 앞서 살펴보았듯이 남편에게 자신의 정자가 임신의 요인이 될 수도 있다는 심리적 향상 면에서는 가치가 있고 이것은 주로 부성을 부인할 수 있는 효과적인 검사방법이 없었던 시기에 사용되었으나 현재는 부의 결정 등에 AID보다 더 복잡한 문제를 일으키는 방법이라고 할 것이다.

2) 특수한 유형

위 일반적 방법은 법률상 여성배우자나 사회적 여성배우자(사실상의 처)가 남편이든 제3자의 정자를 인공수정의 방법으로 임신하는 것을 기본으로 하지만 이

25) Tommaso Falcone, William W. Hurd, Clinical Reproductive Medicine and Surgery-A Practical Guide, Springer, 2007, p.539.

26) Richard Lynn, Eugenics: A Reassessment Human Evolution, Behavior, and Intelligence, Greenwood publishing Group, 2001, p.259.

에 관한 좀 더 특수한 경우로, 남편의 정자를 이용한 대리모의 인공수정이나 제3자의 정자를 이용한 대리모의 인공수정을 통하여도 체내 인공수정이 이루어지고 있는데, 다만 태어난 자의 지위의 문제가 일반적 유형과는 다른 부분이 있다. 이에 관하여는 대리모의 논의에서 상술한다.

2. 배우자 간 인공수정(AIII)

배우자 간 인공수정에 대하여 사랑의 합의행위로 생명이 탄생되어야 함에도 인위적인 조작이 개입되었다는 이유로 종교적·윤리적 관점에서 문제를 제기하는 가톨릭 교회의 입장도 있으나 불임에 대한 통상적인 치료방법 중 하나로 보아 특별한 법적 문제는 발생하지 아니한다는 것이 일반적인 견해이다.²⁷⁾ 하지만 이러한 인공수정형태를 인정한다고 하더라도 배우자 간 인공수정에 따라 출생한 자는 배우자 간 자인생식에 따라 출생한 자와 구별할 이유가 있다는 등 민법 제844조의 적용에 견해의 대립이 있고, 처가 부의 사망 후에 냉등보존 중인 부의 정자를 사용하여 인공수정을 한 경우 그 법률관계가 어떻게 되는지 여전히 논쟁의 대상이 되므로 배우자 간 인공수정자의 법적 지위와 함께 사후수정의 문제를 다루어본다.

(1) 배우자 간 인공수정자의 법적 지위

배우자 간 인공수정자의 지위를 논하기 위해서는 친생추정 법리를 규정한 민법 제844조의 적용 여부를 먼저 살펴볼 수 있다. 그런데 헌법재판소는 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자녀를 전남편(夫)의 친생자로 추정하는 민법 제844조 제2항 중 “혼인관계종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자”에 관한 부분은 입법 재량의 한계를 일탈하여 모가 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권, 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 침해하여 헌법에 합치되지 아니한다는 이유로 헌법불합치결정을 내렸다.²⁸⁾ 다만 헌법재판소는 친생추정제도 자체의 합헌성은 인

27) 정규원, 앞의 논문, 334쪽.

28) 헌법재판소 2015. 4. 30 선고 2013헌마623 결정. 이에 대한 자세한 내용은 본 논문 제4장 제2절 2. 참

정한 뒤, 그 예외를 인정하지 아니하고 일률적으로 시기로만 규정한 동 규정 부분이 헌법에 합치되지 아니한다고 판단하였고, 입법개정이 되기 전까지는 동 규정 부분을 계속 적용할 것을 주문으로 결정하였다. 따라서 친생추정의 새로운 입법 내용은 추단해보아야 할 것이나 현재 동 조항의 효력은 여전히 유지되고 있으며, 결정 내용을 살펴더라도 300일이라는 시일의 일방적 적용이 문제 되었을 뿐, 친생추정 규정 필요성은 인정되고 있으므로 친생추정에 관한 기존 논의는 여전히 의미 있다고 할 것이다.²⁹⁾ 그렇다면 배우자 간 인공수정에 따라 출생한 자는, 배우자 간 자연생식에 따라 출생한 자와 구별할 이유가 없다는 점에서 혼인 중에 임신한 자는 혼인 중의 자가 된다는 민법 제844조의 적용을 받아 혼인 중의 출생자가 된다. 다만 민법 제844조 제2항의 친생자 추정 규정상 나타난 시기의 적용에 있어 인공수정에 따른 출산의 경우에도 그대로 적용하여야 한다는 견해³⁰⁾와 인공수정의 경우는 일반적인 임신이 출생자가 부의 자라는 것을 직접 증명하기 어려운 경우와는 달리 부의 정자를 통하여 임신한 것을 확인할 수 있으므로 그 출생의 시기를 구분하지 아니하고 부의 친생자로 볼 수 있다는 견해³¹⁾의 대립이 있다. 생각건대, 인공수정의 시술 경위나 시술 방법이 통일되어 있다고 보기 어려우므로 언제나 부의 정자를 확인한다고 할 수 없는 점, 부의 친생추정의 문제는 일괄하여 적용하는 것이 그 입법 취지에 맞는 점, 언제든지 부의 정자임을 확인하여 친생자로 인정받을 수 있어 큰 불이익이 있다고 보기는 어려운 점 등을 살펴보면, 이원적 적용구조는 지양하고 인공수정에도 민법 제844조 제2항과 같은 시기의 적용은 여전히 필요하다고 할 것이다.

다만 처가 부의 승낙이 없거나 부의 의사에 반하여 AIH 시술을 받은 경우에는 논란이 있을 수 있다. 아내가 의사에게 검진 목적으로 추출한 부의 정액을 자신에게 수정해 달라고 부탁하는 경우가 대표적인 것이다.³²⁾ 부자관계설정은 혈연관계에 기초하여 부의 의지적인 요소, 자의 복리 및 제반 사정을 살펴서 결정되

조.

29) 그러므로 본 논문에서는 헌법재판소의 헌법불합치 부분은 적시하면서 각 인공생식 형태에 따른 민법 제 844조의 적용 여부를 개별적으로 논술한다.

30) 김주수·김상용, 「친족·상속법」, 법문사, 2008, 305쪽.

31) 맹광호, 앞의 논문(2005), 14쪽; 김민중, “생명공학의 발달에 따른 민사법적 문제”, 「민사법학」 제21호, 한국민사법학회, 2002, 15쪽.

32) 김준원, 앞의 논문, 58쪽-59쪽.

는 것이라고 할 것인데, 제시한 사안은 먼저 법률상 부부인 점, 부의 의지적 요소 또한 부부라는 실제형성적인 외관과 혈연관계 아래에서는 그 기능적인 한계가 있다는 점, 본인의 동의 없이 자신의 정액으로 임신과 출산이 되더라도 그 출생자를 자신의 아이로 보지 않는 것은 남편을 정자제공자와 마찬가지로의 지위를 인정한다는 점 등에 비추어 친생자 추정규정은 적용된다고 보아야 한다.³³⁾

또 민법 제844조의 혼인성립의 날³⁴⁾에는 사실혼성립의 날도 포함하여 해석하고 있는 우리 다수설³⁵⁾에 따르면, 사실혼 계속 기간에 사실혼 배우자의 정자를 통하여 인공수정된 경우, 혼인신고 후 200일이 되지 아니하는 날에 출생한 인공수정자는 그 출생이 사실혼성립의 날로부터 200일 후인 것을 증명하면, 부의 친생추정을 받는다고 할 것이다.³⁶⁾ 즉 사실혼 부부 간의 AIII는 그 출생자가 일단 혼인 외 출생자가 될 것이나 그 후 혼인신고를 하게 되면 준정이 인정되어 혼인 중의 자가 될 것이고, 그 출생이 민법 제844조 제2항이 기준 내에 있게 되면 친생자 추정을 받는다. 그러나 사실혼 관계가 법률혼으로 바뀌지 아니하는 다음에야 부의 인지와 자의 인지 청구로 해결할 수밖에 없을 것이다.

(2) 부의 냉동보존정자를 사용한 인공수정

정자와 난자를 냉동 보존하여 수정할 수 있는 기술이 발달한 이후 대부분의 인공수정은 냉동정자를 사용하고 있다. 다만 배우자 간 인공수정은 비배우자 간의 인공수정과 달리 오히려 신선한 정자를 사용하는 경우가 많다. 그러나 배우자 간에도 부득이하게 냉동정자를 사용하여야 하는 경우가 있는데, 특히 방사선 치료를 요하는 치료를 하는 경우 후에 임신 목적으로 자신의 정자를 냉동시켜 인공수정을 도모하는 예를 들 수 있다. 그런데 이러한 냉동정자의 보관 중 부부가

33) Cordula Junghans, Der familienrechtliche Status des durch artifizielle Insemination gezeugten Kindes, Reinische Friedrich-Wilhelms-Universität, 1987, S.67.

34) 민법 제844조 제2항 전단 부분인 “혼인성립의 날로부터 200일 후” 부분은 헌법재판소 헌법불합치결정의 대상이 되지 아니하여 그 효력은 여전히 유효하다. 다만 민법 제844조 제2항 후단의 개정과 함께 수정될 가능성도 있다.

35) 김용한, 「친족상속법」, 박영사, 2004, 174쪽; 김주수·김상용, 앞의 책, 269-270쪽; 박병호, 「가족법」, 한국방송통신대학, 1999, 158쪽; 이경희, 「가족법」, 법원사, 2008, 163쪽 등.

36) 우리 판례도 다수설과 마찬가지로 사실혼을 포함하여 해석하고 있다고 하며, 대법원 1963. 6. 13. 선고 63다228 판결을 그 예로 드는 견해(송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2013, 1822쪽)도 있으나, 동 판결은 구민법에 관한 것이라 그대로 인용하기는 어렵다.

이혼하거나 부가 사망하는 경우에는 특별한 법률문제가 발생한다.³⁷⁾ 즉 그 정자 사용의 결정권은 누구에게 있는지, 만약 일방에 의하여 상대방의 동의 없이, 특히 부가 사망한 경우 단순히 생전 부의 동의에 따라 인공수정자를 출산하게 되었을 때 그 친자관계는 어떻게 되는지에 관한 논의가 있다.

우리나라의 생명윤리 및 안전에 관한 법률 제23조 제2항 제2호는 사망한 자의 정자 또는 난자로 수정시키는 행위를 금지하고 있다고 해석한다.³⁸⁾ 이에 대하여 사망한 부가 생전에 서면에 의하여 동의를 한 때에는 사후수정을 허용하여야 한다는 견해도 있다.³⁹⁾ 외국의 경우는 제한된 조건에 이를 인정하는 영국, 이스라엘, 미국과 같은 입법례도 있다. 일본은 현재까지 이에 관한 입법이 없다.

1) 냉동정자보관계약의 법적 성질

사후수정은 냉동정자보관계약을 통하여 이루어지므로 부의 사망 후 냉동정자의 처리문제를 해결하기 위해서는 냉동정자보관계약의 법적 성질을 규명할 필요가 있다. 특히 계약의 법적 성질에 따라 부의 사망 후 배우자가 보존정자의 반환을 청구할 수 없다는 결론에 이르게 된다면, 사후수정이나 사후인지를 허용하지 아니할 가능성이 크다는 이유도 있다.⁴⁰⁾ 현행법상 정자를 냉동 보관하는 것을 금지하거나 제한하는 규정이 없다면 그 보관계약이 특별히 선량한 풍속에 반하지 아니하는 한 무효는 아닐 것이다.⁴¹⁾

보존정자의 법적 지위에 대하여 생명권 긍정설, 물건성설 등이 있으나 보존정자와 같은 생식세포는 다른 조직과 같은 단순한 물건도 인간도 아닌 특별한 중간 부류에 속하므로 원칙적으로 생식세포를 제공한 자가 진정한 의미의 소유권은 아니나 법률이 허용하는 범위 내에서 그 처리에 대한 결정권을 가진다고 보

37) 이혼 후 인공수정에 관한 자세한 논의는 맹광호, 앞의 논문(2005), 16-18쪽.

38) 위 법률조항이 타당하다고 하는 견해로는 맹광호, 앞의 논문(2007), 8-9쪽. 다만 위 법률조항은 부의 사후 부의 냉동정자를 이용하여 시험관에서 수정란을 만들고 이를 여성의 자궁에 착상시켜 임신시키는 경우에 적용되고, 부 사후 부의 냉동정자를 이용하는 전통적인 인공수정 방법(체내수정을 의미하는 것으로 보인다)에 따르는 경우에는 적용하지 아니한다는 견해(이경희, “사후포태의 자기결정권에 관한 일고찰”, 「가족법연구」 제21권 제3호, 한국가족법학회, 2007, 208쪽)가 있다.

39) 김민중, “사후수정(사후포태)의 입법론적 고찰”, 「가족법연구」 제19권 제2호, 한국가족법학회, 2005, 122쪽; 정현수, “망부의 동결정자에 의한 인공수정자의 법적 지위”, 「성균관법학」 제18권 제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2006, 352-353쪽; 이경희, 위의 논문, 222쪽 이하 등.

40) 보존정자를 생명으로서의 성격만으로 파악할 경우, 계약으로 규율하기가 대단히 곤란할 것이다.

41) 이에 반대하는 견해로는 양수산, “인공수정자와 관련된 법률상의 문제점 연구”, 「외법논집」 제21집, 한국외국어대학교 법학연구소, 1988, 590쪽.

는 것이 타당하다.⁴²⁾ 보존정자 등의 생식세포는 인간으로의 발전이 예상되므로 단순한 권리의 객체인 물건으로 취급하기는 곤란하기 때문이다.

냉동정자보관계약의 법적 성질을 임치계약 유사의 무명계약으로 본다면 부의 사망 후에 당사자 사이에 특약이 없는 한 계약상의 권리의무가 상속 일반원리에 의하지 아니하고 잔존배우자에게 승계된다는 논리를 구성하여야 하는데, 그 결과 잔존배우자가 보존정자의 반환청구권을 행사할 수 있는 근거를 마련하여야 한다는 등의 이유로 재산법적 논리에 따른 해결에 부정적인 견해가 있다.⁴³⁾ 그러나 이러한 보관계약은 그 성격에서 일단 임치계약으로서의 특성이 있을 수밖에 없는데 보존정자의 지위를 고려하여 임치계약 유사의 비전형계약 또는 특수계약이라고 할 수 있다.⁴⁴⁾ 다만 일반적인 임치계약에서는 계약상의 권리의무가 계약당사자의 배우자 기타 상속인에게 승계될 수 있으나 보존정자의 반환청구권을 제한 없이 인정한다는 것은 보존정자의 물건성을 인정하는 것과 마찬가지로 이에 대한 일정한 제한은 필요하다. 따라서 부는 자의 생식을 위하여 자기 자신의 정자가 어떻게 사용되어야 하는지에 대한 결정권을 단지 수정이 시행되는 시기에만 행사할 수 있다고 하며 정자의 사용에 대한 결정권은 결정권자의 사망과 동시에 소멸한다는 견해는 눈여겨볼 만하다.⁴⁵⁾

2) 사망한 부와 사후수정자의 친자관계

사후수정을 금지함에도 출생한 사후수정자와 사망한 부 사이의 친자관계 확정의 문제는 이와 별개의 문제로, 인지청구 가능 여부와 관련된다. 우리 민법상 친자관계는 혼인 중의 자와 혼인 외의 자로 구분된다. 혼인 중의 자는 민법 제 844조⁴⁶⁾의 추정을 받는지에 따라 친생자로 추정을 받는 혼인 중의 자와 친생자로 추정을 받지 아니하는 혼인 중의 자가 있다. 혼인 외의 자는 법률상 혼인관계

42) 김민중, 앞의 논문(2005), 126쪽.

43) 이정희, 앞의 논문, 221쪽.

44) 김민중, 앞의 논문(2005), 133쪽.

45) Dagmar Coester-Waltjen, Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten B zum 56. Deutschen Juristentag Berlin 1986, C.H.Beck: München, 1986, S.38ff.

46) 앞서 살펴보았듯이 헌법불합치결정된 부분이 있지만, 친생추정제도의 의의는 여전히 인정된다. 다만 사후수정에 있어서는 헌법불합치결정된 민법 제844조 제2항의 “혼인관계종료의 날로부터 300일 이내에 출생한 자” 부분이 다루어져야 할 것인데, 현재 계속 적용 상태이므로 기존의 논의를 그대로 옮긴다.

에 있지 아니하는 남녀 사이에 태어난 자를 말한다. 민법은 혼인 외의 자와 부의 친자관계 형성을 인지에 따라 정하고 있다. 민법 제844조를 인공생식에 적용할 수 있는지는 전술하였지만, 사후수정으로 출생한 자에게 동 규정이 적용할 것인지는 부가 사망한 후 인공수정되었다는 점에서 특별한 점이 있다. 먼저 배우자간의 인공수정이 자연생식과 구별된 이유는 없다는 점에서 민법 제844조의 친생 추정규정은 사후수정에도 적용 가능할 것이다.⁴⁷⁾ 따라서 사후수정으로 태어난 자가 민법 제844조 제2항이 규정하고 있는 ‘혼인관계종료의 날로부터 300일 내’에 출생한 때에는 일단 부의 친생자로 추정된다. 다만 부의 친생자로 추정되더라도 그 포태가 혼인 중에 이루어지지 아니한 사실을 증명한다면 그 추정은 번복될 것이다. 이러한 방법은 친생부인의 소를 통하여야 할 것이다. 만약 사후수정자가 위 친생추정기간 내에 태어나지 아니하였다면 어떻게 될까? 먼저 친생추정을 받지 아니하는 것은 분명하다. 따라서 그 자에 대하여 친자관계를 부인하려면 친생자관계부존재확인의 소로도 충분하다(민법 제865조). 일반적으로 사후수정이 부의 사망 후 상당한 기간이 경과한 때에 이루어진다는 점을 생각한다면 대부분의 사후수정은 친생자추정을 받지 못할 것이다. 그런데 혼인관계의 종료원인이 이혼에 있는 경우에는 비록 위 추정기간 후에 출산하였지만, 혼인 기간 내 전남편의 정자로 포태하여 출산한 경우는 친생추정을 받지 아니하는 혼인 중의 자가 될 여지가 있는데 반하여, 사후수정의 경우에는 남편이 사망 후 인공수정하였으므로 명백히 혼인 기간 내에 포태하지 아니하였음이 분명한데 이러한 경우 그 친자관계를 어떻게 보아야 하는지에 관하여 견해의 대립이 있다.

가. 혼인 중 출생자설

혼인 중 출생자설은 사후수정에 따라 태어난 자와 부 사이의 부자 관계를 적극적으로 인정하려는 학설⁴⁸⁾이다. 이 학설은 AIH로 출생한 아이는 부부의 혼인 중 출생자란 것을 전제로 하는데, 아내가 부의 사후에 냉동 보존된 부의 정자를 이용하여 인공수정을 한 경우에는 친생자 추정이 미치지 아니하는 가능성⁴⁹⁾도

47) 김민중, 앞의 논문(2005), 138쪽.

48) 野村豊弘, “人工生殖と親子の決定”, 『家族法改正への課題』, 日本加除出版, 1993, 315面 이하 참조.

49) 만일 사후수정에 의한 자가 혼인관계종료의 날로부터 300일(논문 심사 청구일 기준 계속 적용을 전제로) 후에 태어나면 친생자로 추정을 받지 못한다(민법 제844조 제2항). 부가 불의로 사망한 후 상당한 기간이

있으므로 결국 부자관계를 정립하기 위해서는 인지 청구가 필요하기도 하다고 한다. 인지청구 소송에서 모의 인공수정에 남편의 정자가 사용된 것을 증명하면 남편이 사후수정자의 법적인 부가 되며, 사후수정자는 부부 사이의 자이므로 혼인 외 출생자가 아닌 혼인 중 출생자가 되는 것이 타당하다고 설명한다.⁵⁰⁾ 그러나 이 학설 역시 태어난 자의 문제가 아닌 부의 사후에 냉동 보존된 정자를 이용하여 인공수정을 하는 것 자체는 인정할 수 없다고 한다.⁵¹⁾

특히 일본에서는 혼인 중 출생자설에 대하여 남편이 사망한 이상, ‘아내가 혼인 중에 임신한 자녀’(일본 민법 제772조⁵²⁾)로 볼 수 없다는 비판이 있으나, 적어도 종의 재생산을 가능하게 하는 보존정자가 존재하는 한, 일본 민법 제772조에서의 남편은 사망하지 아니한 것으로 간주하고 사후수정에 따른 출생자를 ‘아내가 혼인 중에 임신한 자녀’로 해석할 수 있다고 반론한다.⁵³⁾ 사후수정이 바람직하지 않더라도 당해 행위의 당사자가 아닌 출생자의 법적 지위를 차별하거나 부정하는 방법으로 바람직하지 아니한 행위를 억제하려는 것은 아무런 책임도 없는 사람에게 법적인 부모를 허락하지 않는 매우 무거운 책임을 부과하는 것으로 부당하다는 이유에서이다.⁵⁴⁾ 인공수정 임상실정에 비추어 볼 때, 우발적인 사정에 따른 남편의 사망을 알지 못한 채 인공수정이 이루어질 가능성도 있는 점, 자연 생식 과정에서도 부의 생존이 불가결한 요건은 아니라는 점, 임신의 정확한 시점 역시 증명이 불가능하므로 자연생식의 경우에도 부의 생물학적인 사망 후에 모가 임신한 자라 하여도 혼인 중 출생자 지위를 취득하는 경우가 있다는 점, 사후인지에 의한 소는 제소기간의 제한이 있어 남편 사망 후 3년 이내에 소를 제기하였는가로 친자관계 성립 여부가 결정되는 불균형이 있다는 점 등 보존정자에 의한 출생자를 사망한 남편의 혼인 중 출생자로 인정하는 것이 필요하다고

경과한 뒤 보존정자로부터의 사후수정이 이루어지는 경우가 많으므로 친생자추정을 받지 못할 가능성이 크다.

50) 野村豊弘, 前掲論文, 332-333面 참조.

51) 野村豊弘, 上掲論文, 342面 참조.

52) 第七百七十二条(嫡出の推定) 妻が婚姻中に懐胎した子は, 夫の子と推定する. 婚姻の成立の日から二百日を経過した後又は婚姻の解消若しくは取消の日から三百日以内に生まれた子は, 婚姻中に懐胎したものと推定する(제772조(적출의 추정) 아내가 혼인 중에 임신한 자는 남편의 자로 추정한다. 혼인 성립의 날부터 200일을 경과하거나 혼인 해소 또는 취소의 날로부터 300일 이내에 태어난 자는 혼인 중에 임신한 것으로 추정한다).

53) 家永登, “日本にをける人工受精の状況”, 『家族と医療』, 弘文堂, 1995, 426-427面.

54) 家永登, “亡夫の凍結精子による出生子の法的地位-高松高裁2004年7月16日判決を契機として”, 『専修法学論集』 95号, 2005, 175面.

한다.⁵⁵⁾

일본에서는 사후수정자와 정자제공자인 부 사이의 혼인 중 출생자성격을 더욱 강하게 주장하는 견해도 있는데, 사후수정에 있어 부와 자는 반드시 동시에 존재할 수밖에 없다는 당시 존재의 원칙은 자연생식논리로 이에 적용할 수 없고 남편의 자인 점이 명백하므로 남편 사후 300일을 초과하여 출생한 자라고 하더라도 친생자 추정을 받지 아니하는 혼인 중 출생자로 신고할 수 있다고 한다.⁵⁶⁾ 이러한 주장에 대하여 현행 일본 민법을 지나치게 무시하고 있다는 비판도 있다. 즉 현행 일본 민법은 인공수정자를 고려하고 있지 아니하고 인공수정자에 관한 입법이 없으므로 이러한 문제가 발생하는 것인데, 앞의 주장은 새로운 입법을 적용하지 아니하는 한 불가능하다는 것이다.⁵⁷⁾

나. 혼인 외 출생자설

혼인 외 출생자설은 아내가 사망한 남편의 정자를 이용하여 아이를 낳더라도 그 아이는 미망인에게서 출생한 자로 혼인 외 출생자의 지위만을 얻을 것으로 생각하였을 것인데,⁵⁸⁾ 이러한 아내의 의사를 근거로 주장한 것이 동 학설의 시조이다.⁵⁹⁾ 이 견해는 사후수정에 의하여 출생한 자는 사후인지에 따라 혼인 외 출생자가 될 가능성은 있으나 상속권은 인정되지 아니한다고 한다.⁶⁰⁾ 초기에는 이

55) 家永登, 前掲論文(2005), 175-179面. 이에 대하여 사망의 상대설은 친속하지 아니한 개념이고 자연적 혈연관계가 있다는 것만으로 혼인 중 출생자성격이 부여되는 것도 아니라는 점, 남편의 사망에 따라 혼인 관계는 해소되므로 사후수정에 따라 임신한 아이는 '혼인 중 임신한 자녀'라고 할 수 없고 혼인 중 출생자일 수도 없다는 점을 고려하면 이를 지지할 수 없다는 입장도 있다(岡林伸幸, “夫の死後における人工授精子の認知請求(2006. 9. 4. 最高二小判)”, 「千葉大学法学論集」 22卷 2号, 2007, 6面 참조). 특히 대상 판결 사안을 살피더라도 모가 부의 사망을 인지하지 못하고 우발적인 사정에 의한 것이 아니라 모가 부의 사망을 확인하고 인공수정을 실시한 경우이므로 우연성이나 임신의 불확실한 시점 등의 이유 주장은 적용할 수 없고, 출소기간의 제한은 자연생식의 경우에도 적용하는 것인데, 이를 해결하려는 방안으로 혼인 중 출생자성격을 그 대안으로 주장하는 것은 제소제도 자체를 부인하는 결과라고 한다.

56) 唄孝一・人見康子, “対談:体外受精と医事法”, 「Law School」 2卷 1号, 1979, 立花書房, 48-49面.

57) 岡林伸幸, 前掲論文, 7面. 또한 사후수정은 허용할 수 없다는 것을 전제한다면, 이를 위반하여 실시한 인공수정은 남편의 정자라는 이유만으로는 혼인 중 출생자임을 주장할 수 없다고 해석하는 것이 타당하다고 한다(床谷文雄, “人工生殖子の親子關係をめぐる解釈論と立法論”, 「民法学の軌跡と展望(國井和郎先生還暦記念論文集)」, 日本評論社, 2002, 454面).

58) 人見康子, “体外受精をめぐる法律問題”, 「ジュリスト」 828号, 有斐閣, 1985, 44面. 다만 의사가 혼인 외 출생자설의 근거가 될 수 있는지는 의문이 있다.

59) 다른 시각에서 혼인 외 출생자라고 평가하는 견해도 있다. 즉 우리 민법 제844조는 '혼인 중'에 임신한 것에 방점이 있으므로 자의 출생시기가 친생추정기간 내에 있었다고 하더라도 사후수정으로 태어난 자는 혼인 외 출생자라는 주장(김민중, 앞의 논문(2002), 16쪽; 맹광호, 앞의 논문(2005), 20쪽)이다.

60) 鈴木祿弥, 「親族法講義」, 創造社, 1988, 123面.

처럼 결론을 단정적으로 서술하기만 하였을 뿐, 그 근거를 제시하지 않았는데, 남편 동의의 필요성이나 사후인지 제소기간의 제한 문제는 언급하지 아니한 경우도 많았다.⁶¹⁾

혼인 외 출생자설은 혼인 외 출생자 지위를 인정하더라도 사후인지제도는 생존 중의 친자관계 존재를 사후에 결정하는 제도이지 망자와 친자관계를 확인하는 제도는 아니므로 사후수정자의 사후 인지에 부정적인 견해가 일반적이나,⁶²⁾ 사망한 부의 동의를 요건으로 사후인지를 인정한 일본 고등법원 판결⁶³⁾과 관련하여 자의 복리의 관점에서 동 판결 결과의 특별한 사정을 인정한 견해도 있다.⁶⁴⁾ 후자의 견해는 사후수정을 원칙적으로 부정하나, 그럼에도 인공수정이 이루어진 경우에는 남편의 동의가 있을 것을 요건으로 사후인지를 인정하여야 한다는 뜻으로 해석할 수 있다.⁶⁵⁾

이처럼 동의를 요건으로 사후인지가 가능하다는 주장의 근거는 자의 복리에 있다고 할 수 있는데, 사후수정자에게 인지 청구가 인정되지 아니한다면 법률상 부를 가질 수 없을 뿐 아니라 부계혈족과는 친족관계를 형성할 수 없어 자의 보호에 문제가 생긴다는 이유에서이다. 따라서 사후인지를 긍정하면 사후수정자는 친자관계인정으로 부계혈족에 대하여 부양청구권을 가지게 되어 자의 복리관점에 부합한다고 한다.⁶⁶⁾ 또한 사후수정문제는 입법에 따른 해결이 바람직하나, 입법할 때까지는 부의 사후 3년 이내의 인지 청구를 인정하는 현행법을 자의 복리관점에서 해석하여 적용하면 된다고 한다.⁶⁷⁾

다. 부자관계 부정설

부자관계 부정설은 냉동 보존을 시킨 본인 사후에는 보존정자에 대한 권리

61) 岡林伸幸, 前掲論文, 7面.

62) 石井美智子, 前掲論文, 34面.

63) 高松高等裁判所 第4部 平成15年(ネ)第497号 判決.

64) 村重慶一, “夫の死後夫の精子で出生した子の認知請求”, 「戸籍時報」 566号, 日本加除出版社, 2004, 30面 참조.

65) 동의를 내용으로 정자를 채취하는 동의만으로 충분한가 아니면 사후 AIH를 실시하는 것에 대한 동의까지 필요한가에 관하여, 사후수정자의 혼인 중 출생자성격을 부정하는 입장에서, 정자의 채취를 동의하였다면 인지에 의한 부자관계, 즉 혼인 외 출생자관계의 성립은 인정하여도 좋다는 견해가 있다(床谷文雄, 前掲論文, 454面).

66) 石井美智子, “凍結精子”, 「月刊法学教室」 316号, 有斐閣, 2007, 3面.

67) 石井美智子, 上掲論文, 3面. 다만 사후인지에 관한 현행법 해석상 남편의 사후 3년 후에 인공수정에 따라 출생한 자는 자연적 혈연은 있어도 법적인 친자관계를 인정하기 어렵다고 한다(石井美智子, 前掲書, 9面).

또한 사라지는데, 그럼에도 사후수정에 따라 출생한 자의 법적 지위를 논해야 한다면, 혼인 해소 후 300일 이내에 태어나지 아니하는 한, 민법의 친생추정규정은 적용되지 아니하고, 임신 시 존재하지 않은 부와 자의 관계를 법적으로 연결하는 것은 불가능한 일이므로 인지 청구도 가능하지 않다는 견해이다.⁶⁸⁾ 부자관계는 존재할 수 없고 모자관계만이 존재한다는 입장으로 사후수정을 인정할 수 없다는 전제를 생각하면 논리적으로 일관성이 있다고 평가할 수 있다.

부자관계 부정설은 생물학적인 친자관계가 있다면 법적인 친자관계를 인정하여야 한다는 혼인 중 출생자설에 대하여, AID에 의한 인공수정자와 같이 생물학적으로 친자관계가 없음에도 법적 친자관계가 발생하는 경우가 있다는 점을 제시하며, 친자관계 인정은 법적인 평가이므로 생물학적 친자관계에 항상 부합하여야 하는 것은 아니라고 한다. 또한 법적 요건 등⁶⁹⁾으로 진실한 친자관계를 외면하는 경우도 있으므로 생물학적 근거만으로 친자관계를 주장하는 것은 타당하지 아니하다고 반박한다. 이처럼 친자관계는 실제적 진실이나 의사가 반영되지 못할 가능성이 크므로 공서의 요소가 짙은 영역이라고 주장한다.⁷⁰⁾ 사망한 부의 동의 요건에 관하여도, 자의 출생이 사망한 부의 의사에 합치하고 생물학적 친자관계가 있다고 하더라도 현행법상 인지는 생전에 임신한 자녀를 대상으로 하므로 사후수정자가 제기하는 인지의 소는 부적법하다고 한다. 따라서 사망한 부가 생전에 사후수정으로 자의 출생을 바라고 있었고 출생한 자와 생물학적 친자관계가 있더라도 그 동의가 친부관계설정에 아무런 효력을 발휘할 수 없다고 주장한다.⁷¹⁾

결국 사후수정자의 친자관계 인정 여부는 민법이 규정하지 아니한 것에 관한 것으로 법률규정이 없는 경우에 관한 해석문제라고 한다.⁷²⁾ 혼인 중 출생자설을

68) 松川正毅, “フランスに於ける人工生殖と法(2完)·人工授精をめぐる問題”, 「民商法雑誌」 105卷 3号, 有斐閣, 1991, 340面.

69) 예를 들어 제소기간 등이 있다.

70) 松川正毅, “妻が夫の死亡後に夫の冷凍精子を体外受精して出産した子が死後認知を求めた請求が棄却された事例”, 「判例評論」 547号, 日本評論新社, 2004, 195面.

71) 松川正毅, 上掲論文, 195面.

72) 水野紀子, “死者の凍結精子を用いた生殖補助医療により誕生した子からの死後認知請求を認めた事例”, 「判例タイムズ」 1169号, 判例タイムズ社, 2005, 100面. 또한 자의 복지를 근거로 사후인지를 인정하려는 견해에 대하여 장기적인 관점에서 자와 亡者 간에 부자관계를 만드는 것은 스티그마(정신적 부담, 상처; 낙인 또는 오명의 뜻이 일반적이지만 水野紀子 교수는 이렇게 해석하고 있다)가 될 가능성도 있으므로 사후인지를 인정하는 것이 반드시 자의 복리로 이어지는 않는다고 지적한다. 이에 더하여 남편의 사후에 AIH를 실시하는 것이 모에 아이를 낳지 않을 자유를 진정으로 보장한 상태에서 한 자기결정의 소산인지

심정적으로 지지하지만 법 해석상 사후수정자를 '혼인 중에 임신한 자'로 해석하기는 어렵다는 이유로 현시점에서는 부자관계 부정설을 지지한다는 견해도 같은 입장이다.⁷³⁾ 법률상 부자관계는 모자관계와 마찬가지로 혈인의 존재를 기반으로 성립하는 개념이지만, 현행 (일본) 민법은 자연생식을 전제로 규정하고 있고 인공생식은 자연생식을 보조하는 본질적 제한이 있으므로 자연생식과는 별개의 논의가 필요하다고 한다. 이러한 별개의 논리로 생명윤리와 젠더의 관점, 출생할 자의 이익, 유사 사례와의 균형, 당사자의 귀책성 및 선례로서의 기능 등을 든다.⁷⁴⁾

3. 비배우자 간 인공수정(AID)

부의 정자에 의해서는 임신이 불가능한 무정자증 등의 절대적 남성 불임이 있는 경우에는 이에 관한 효과적인 치료법이 없는 이상 제3자로부터 정자의 제공을 받아야 인공수정을 실시할 수 있다. 그러나 제3자가 제공한 정자는 배우자의 정자가 아니라는 점에서 혼인의 취지에 반하는 것이 아닌지라는 의문과 함께 그에 의하여 태어난 자와 부와의 관계는 어떻게 되는지 의문이 생긴다. 만약 태어난 자와 부 사이에 일정한 법률적 관계가 형성된다면 부가 친생부인권을 행사할 수 있는지 또한 살펴볼 수 있는데, 이를 통하여 자연생식뿐만 아니라 인공생식을 포함한 법률상 부의 결정기준에 관하여도 일정 부분 논의할 수 있을 것이다. 또한 반대로 부가 되려는 의사 없이 정자를 제공한 자의 법적 지위를 살펴보면 그 결정기준을 보다 명확하게 알 수 있을 것이다.

의문이라고 한다.

73) 小野幸二, “人工生殖における親子関係”, 「ケース研究」248号, 家庭事件研究会, 1996, 34面.

74) 二宮周平, “認知制度は誰のためにあるのか(4):人工生殖と親子関係(家族法と戸籍を考える15)”, 「戸籍時報」607号, 日本加除出版社, 2006, 20面. 이 견해는 생명윤리 관점에서 인공수정이 생식보조의료인 이상, 자연생식으로 불가능한 죽은 사람의 정자를 통한 임신을 인위적으로 실현하여 새로운 생명을 탄생시키는 것은 의료영역을 넘는 것이라고 한다. 남성과 여성이 살아있다는 것을 전제로 양측의 수정, 임신을 보조하는 인공수정 사용법은 이미 남성이 사망한 단계에서 그 사망한 남성의 정자를 이용하는 방법과는 본질적으로 차이가 있다는 것이다. 게다가 사후수정을 인정하는 것은 여성에게 출산하여야 한다는 압박이 더욱 강화될 우려가 있다는 실제적 이유도 들고 있다. 또한 친자관계의 인정이 자의 이익이나 유사 사례와의 균형론에 부합하는지에 관하여도 회의적 의견을 표명하고, 당사자의 귀책성이나 선례로서의 기능 등의 관점에서도 사후수정에 대한 입법이 이루어질 때까지는 현행법을 무리하게 적용하여서는 아니 된다고 한다. 따라서 사후수정자와 사망한 남편 간의 친자관계 성립은 부정되고 사후인지는 인정할 수 없다고 한다.

(1) 비배우자 간 인공수정의 허용성

비배우자 사이 인공수정⁷⁵⁾은 간통이 성립할 수 있는지에 관하여 다소 논란의 여지가 있는데, 헌법적 측면에서 비배우자 사이의 인공수정을 금지하여야 할 필요가 있는가에 관하여 의문을 제시하는 견해⁷⁶⁾가 있는가 하면, 비배우자 사이의 인공수정이 선량한 풍속에 반하는가는 여전히 논의의 필요가 있다는 견해⁷⁷⁾가 있다는 것이 이를 증명한다. 허용부정설의 입장에서는 동일한 정자에 의한 대량 인공수정은 근친혼을 발생케 하여⁷⁸⁾, 유전학적 균형성이 깨진 우려가 있다고 주장한다.

그러나 이러한 위험성은 최소한의 법적 규율을 통하여 관리가 가능하고, 실제로 비배우자 사이에 인공수정을 하는 경우는 정자제공자의 신상을 파악하는 것이 보편적이기에 이러한 단거가 허용성 자체를 부정하는 이유가 될 수는 없다. 엄격한 윤리적 기준에 따르면 비배우자 사이의 인공수정에 문제가 없다고는 할 수 없으나 전면적으로 금지하여야 할 만큼 윤리적 문제가 심각하다고 하기에는 부족하다. 특히 생식분야에 있어 법적 개입을 검토하는 경우에는 인간의 생식분체는 일신전속적 영역으로 그 생식의 종류나 방법은 원칙적으로 그 자유가 보장되어 국가 개입은 배제되어야 한다.⁷⁹⁾ 따라서 비배우자 사이의 인공수정에 의한 인공출산도 원칙적으로 전면적 규율의 대상이 될 수는 없다. 다만 선량한 풍속

75) 인공수정에 관하여는 앞서 살펴보았듯이 법률적으로 2가지의 구분이 중요하다. 그 하나는 모의 부의 정자에 의한 인공수정(Artificial Insemination by Husband, AIH)이고 다른 하나는 모의 부가 아닌 제3자의 제공자에 의한 인공수정(Artificial Insemination by Donor, AID)이다. 후자에 있어서도 모의 부가 인공수정에 동의한 경우가 법률적으로 쟁점이 될 것이다. 특히 비배우자 간 인공수정자는 네 가지 형태가 될 것인데, 첫째 남편 이외의 제3자의 정자에 의한 인공수정자, 둘째 아내 아닌 제3의 여자의 난자를 빌려 체외수정을 한 후 수정란을 아내의 자궁에 착상시키는 이른바 제2자의 난자에 의한 인공수정자, 셋째 제3자의 정자-난자를 체외수정한 수정란을 아내의 자궁에 착상시켜 출생한 인공수정자, 넷째 남편과 아내의 체외수정란을 제3자인 대리모의 자궁에 착상시켜 분만하는 이른바 대리모에 의한 인공수정(Artificial Insemination by the Surrogate, AIS)자를 말한다(한삼인, 「민법총칙」, 화산미디어, 2015, 105쪽). 둘째 셋째의 논의는 체외수정으로 주로 이루어지고 남편의 정자이든 타인의 정자이든 이를 모의 난자 또는 타인의 난자와의 결합을 통해 제3자의 자궁에서 출산케 하는 문제는 대리모 부분에서 주요하게 다루므로, 이하의 논의는 제3자의 정자를 모의 난자와 인공수정하여 모가 출산한 경우에 한정한다.

76) 법무부, 「인공수정의 법리」, 1987, 155쪽 이하 참조.

77) Dagmar Coester-Waltjen, 앞의 책, S.45ff 참조. 비배우자 사이의 인공수정이 선량한 풍속에 위반된다는 주요한 논거는 '자의 행복'이 침해될 우려가 있기 때문이라고 한다.

78) 근친혼의 사례를 지적한 견해는 Elizabeth L.Gibson, "Artificial Insemination by Doner: Information, Communication and Regulation", 30 Journal of Family Law 1, 1991-1992, p.24.

79) 같은 견해로 송영민, 앞의 논문, 206쪽; 김민중, "인공수정에 의한 자의 출산의 법률문제", 「법학연구」 제19집, 전북대학교 법학연구소, 1992, 113쪽.

위반의 문제는 남아있는데 이는 남편의 동의 즉 의지적 요소를 통하여 해결할 수 있다고 생각한다. 즉 정자제공에 금전적인 지급이 과하게 전제되는 등 약정 자체에 제정법 위반이나 선량한 풍속 위반의 점을 찾을 수 없다면 비배우자 사이의 인공수정이란 이유만으로는 그 허용성을 부정할 수 없을 것이다.⁸⁰⁾

(2) 비배우자 간 인공수정자의 법적 지위

1) 인공수정자의 민법 제844조 적용 가능 여부

가. 확설의 대립

모자관계에 관하여 오늘날에는 논란 여지가 있지만 일반적으로 출산이라는 자연적 사실로 인지할 수 있으나 부자관계는 외관으로 바로 인지할 수가 없다. 그 혈인관계를 유전자 검사를 통하여 확인할 수 있겠지만 그러한 행위가 가정의 안정과 자의 이익을 해할 염려가 있으므로 일정한 요건이 구비되면 일률적으로 부자관계를 추정하는 제도가 민법상 친생추정제도이다.⁸¹⁾ 따라서 자가 부의 생물학적 자가 아니더라도 부가 친생부인의 소를 제기하여 인용을 받지 아니하는 한 부의 친생자로 추정된다. 그러나 배우자 간 인공수정과 마찬가지로 비배우자 간 인공수정에 있어서도 인공생식을 예정하지 아니한 시대에 친생추정제도를 도입한 민법 제844조 규정을 적용할 수 있는지는 견해의 대립이 있다. 이것은 비배

80) 외국 판례 역시 초창기에는 간통으로 보는 태도를 취하고 있다가 점차 합법적으로 인정하는 방향으로 전환하였고 최근에는 많은 나라들이 입법으로 비배우자 사이의 인공수정을 합법화하고 있다(이경희, “인공수정자의 친자법상 지위”, 「가족법연구」 제2호, 한국가족법학회, 1988, 30쪽). 특히 영국은 민사 판결로 MacLennan v MacLennan 사건을 통하여 인공수정이 간음에 해당하지를 판시한 바 있다. 동 사건의 개요 및 그 판결 내용(MacLennan v MacLennan 1958 S.C. 105; 1958 S.L.T. 12 (Outer House, Court of Session, Scotland); Roger B. Dworkin, Limits: The Role of the Law in Bioethical Decision Making, Indiana University Press, 1996, p. 62)은 다음과 같다. 즉, MacLennan 부부는 1952년 8월에 결혼하였지만, 결혼은 성공적이지 못했다. 부부는 잠시 후 별거에 들어가게 되었는데, MacLennan 부인은 미국으로 가서 1955년 7월에 여자아이를 임신하였다. 남편인 MacLennan은 간음을 이유로 이혼소송을 제기하였고, 이에 대하여 Mrs MacLennan은 간음을 통하여 임신한 것이 아니고 인공수정을 통하여 아이를 가졌다고 항변하였다. 재판부는 간음의 정의와 제3자의 정자를 통한 인공수정이 이에 해당할 수 있는지를 판단하여야 할 상황에 놓이게 되었다. 재판부는 “간음은 물리적으로 존재하는 두 당사자가 있어야 하고, 성적인 교접행위가 있어야 한다. 정자와 난자 사이의 어떠한 상호작용이 있는 것은 필요치 아니하다.” 라고 판시하면서 인공수정은 간음을 구성하지 아니한다고 하였다. 다만 MacLennan 부인은 인공수정을 한 어떠한 증거도 제출하지 못하였다. 따라서 남편인 MacLennan은 이혼을 할 수 있었다.

81) 김주수, 「주석 민법(친족 3)」, 한국사법행정학회, 2010, 42쪽; 小野善弘, “親子關係における血縁について”, 「現代家族法の諸相(高野竹三郎先生古稀記念)」, 成文堂, 1993, 322면.

우자 간 인공수정의 경우는 일방배우자의 동의로 시행하는 경우가 대부분일 것인데, 추후 일방배우자의 동의 특히 부의 동의 여부에 따라 아이가 출생한 후 생물학적인 아버지가 아닌 법률상 남편이 친생부인을 행사할 수 있는지와 관련하여 중요한 법률문제를 야기한다.

먼저 비배우자 간 인공수정에 민법 제844조의 규정을 적용할 수 없다는 견해는, 민법 제844조는 인공수정에 따른 출산을 예상할 수 없었던 상황에서 제정되었으므로, 자를 ‘혼인 중인 부’에 의하여 임신하지 아니한 상황이 분명한 인공수정에 따른 출산의 경우에는 친생추정을 적용할 수 없다고 한다.⁸²⁾ 이러한 견해에 따르면 비배우자 사이에 태어난 인공수정자는 ‘친생자의 추정을 받지 않는 혼인 중의 출생자’가 된다. 그러므로 친생자관계부존재확인의 소(민법 제856조)로 부자관계를 부인할 수 있다. 다만 친생자관계부존재확인의 소는 이해관계인이면 누구나 제기할 수 있어 자의 이익이 소에 의하여 침해될 우려⁸³⁾가 있다. 이러한 이유로 자의 이익을 보호하기 위하여 보완이론이 주장되는데, 준정이론과 양자관계설정론이 대표적이다. 준정이론은 비배우자 사이의 인공수정자에 대하여 부가 인공수정자를 자기의 자로 인정하는 의사가 분명하고, 그 모와 부 사이에 혼인관계가 존재한다는 점을 살펴보면, 민법 제855조 제2항에 의한 준정 규정을 유추적용하여 인공수정자를 혼인중의 출생자로 인정할 수 있다는 이론⁸⁴⁾이다. 그러나 준정을 하기 위해서도 자연적 친자관계는 요구되며, 다만 준정은 ‘정당한 부부관계가 없는 시절’ 낳은 자를 혼인에 의하여 혼인 중의 출생자로 인정하는 제도이므로, 부와 혈연관계도 없어 실질적 자가 아닌 인공수정자를 준정에 의하여 혼인 중의 출생자로 인정하는 것은 타당하지 아니하다는 비판이 있다.⁸⁵⁾ 양자관계설정론은 일본의 宮崎孝二郎 교수가 1955년 주장한 이론으로 前田達明 등이 따르고 있는 오래된 이론이다.⁸⁶⁾ 우리나라에서도 비배우자 사이에 태어난 인공수정자는 출생과 동시에 대부분 불임부부의 친생자로 출생신고되는데, 이러한 허위출생신고의

82) 학계에서는 현행 독일 민법 개정 전 제1591조가 이를 명문으로 규정하고 있었다고 한다. “Das Kind ist nicht ehelich, wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Frau das Kind von dem Manne empfangen hat(한봉희, “인공수정자법의 연구”, 「법학연구」 제14집, 전북대학교 법학연구소, 1987, 20쪽).”

83) 한봉희, 위의 논문, 20쪽 이하.

84) 한봉희, 위의 논문, 20쪽 참조.

85) 김민중, 앞의 논문(1992), 114쪽.

86) 前田達明, “人工受精子の法的地位”, 「判例タイムズ」 537号, 判例タイムズ社, 1984, 7-8面.

효력에 관하여 대법원은 “아직 출생신고를 하지 아니한 자를 양자로 하는 입양에 있어서 당사자 사이의 합의로 입양신고에 대신하여 입양할 당사자가 양자가 될 자를 그 처와의 사이에서 출생한 적출자로 출생신고하면 입양의 효력이 발생한다”⁸⁷⁾고 판시하고 있으므로, 불임부부가 인공수정자를 친생자로 허위의 출생신고하는 경우에도 입양의 효력을 인정하자고 주장한다. 그러나 양자관계설정설에 대해서는 양친자관계가 파양에 의하여 해소될 수 있기 때문에 인공수정자의 지위보호에 미흡하다는 지적⁸⁸⁾이 있다. 다만 친양자제도의 도입을 통하여 이러한 문제는 일정 부분 해결되었다고 생각한다.

이러한 적용부정설을 또 다른 근거에 따라 지지하는 견해가 있는데, 친생추정의 법리를 무한히 적용하여서는 아니 되고 부의 생식불능이나 혈액형, 인종적 특징으로 부의 자가 될 수 없는 객관적 사정이 있으면 친생자로 인정하지 아니하여야 한다는 것이다. 이에 따르면 결국 친생추정의 법리는 제한적으로 적용·해석하여야 한다는 것인데 그 제한적 해석 사유에는 부의 생식불능 또한 포함되므로 인공수정의 경우 친생추정의 법리를 적용할 수 없다는 것이다. 이를 친생추정 법리를 제한하여 적용하는 학설 중 혈연설⁸⁹⁾이라고 부른다.

이에 반하여 민법 제844조 적용부정설은, 친생추정의 법리를 제한적으로 적용하자는 견해에는 기본적으로 동의하나 다만 그 추정 예외사유에 있어 생식불능과 같이 외관으로 바로 인지할 수 없는 사유는 이에 포함할 수 없다고 하며, 그렇다면 비배우자 사이의 인공수정에 있어서도 그 생식불능이 외관상 바로 인지할 수 없다는 것은 같으므로 친생추정규정을 적용할 수 있다고 한다.⁹⁰⁾ 이를 위

87) 대법원 1947. 2. 25. 선고 1947민상126 판결 등.

88) 정연옥, “인공수정과 그 법률문제”, 「법조」 제35권 제5호, 법조협회, 1986, 63쪽; 한봉희, 앞의 논문, 21쪽.

89) 정연옥, 위의 논문, 67쪽. 부의 생식불능이나 혈액형, 인종적 특징에 의하여 부의 자가 될 수 없는 사정이 있으면 친생자로 인정하지 아니하는 견해이다. 혈연설에 기초한 듯한 하급심판결로는 서울가정법원 2002. 11. 19. 선고 2002드단53028 판결. 다만 이 판결을 가정파탄설에 따른 것으로 해석 가능하다는 주장으로는, 윤진수, “보조생식기술의 가족법적 쟁점에 대한 근래의 동향”, 「법학」 제49권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2008, 74쪽.

90) 岩志和一郎, "AIDによって生まれてきた子の身分關係: 日本と西ドイツの比較を通じて", 「判例タイムズ」 709号, 判例タイムズ社, 1989, 50面. 일본은 민법 제772조의 해석에 있어 이를 형식적으로 해석하는 무제한설(高野竹三郎, 「摘出性の否認」, 家族法大系 IV, 有斐閣, 1970, 17-19面)과 구체적인 사정에 따라 제한적으로 해석하는 제한설로 대립하고 있는데, 특히 제한설은 그 제한 사유인 구체적인 사정을 부의 자를 포탈할 수 없는 객관적 사정, 예를 들어 장기별거, 생사불명 등이 명백한 때에는 친생자 추정을 받을 수 없다는 견해이다. 다만 부의 생식불능이 명백한 경우에도 친생자 추정이 미치느냐에 관하여는 의견이 나누어지는데, 부가 생식불능인 경우에는 부부의 동거사실이 있더라도 부에 의한 처의 포탈은 불가능하므로 처가 부의 자를 포탈할 수 없는 객관적 사정에 포함하여 민법 제772조의 적용을 배제하자는 견해(中川

혈연설과 구분하여 외관설이라고 부르며⁹¹⁾ 우리 판례의 입장이다.⁹²⁾ 비배우자 사이의 인공수정은 부가 생식불능인 경우에 행하여지는 것이 일반적이라는 점에서 외관설에 따를 때 전면적인 적용이 가능하다. 동 견해는 조사 등을 통하여 실제적인 사실을 검토하는 것은 이미 자의 복리에 반하고 민법이 제844조에 친생추정규정을 둔 취지에 맞지 아니하므로 친생추정배제의 사유는 제3자가 객관적으로 보았을 때 바로 인지할 수 있는 경우만을 말한다고 한다. 따라서 민법 제844조 적용긍정설의 입장에 따른다면 친생부인의 소에 의해서만 친생자관계를 없앨 수 있을 것이다.

나. 검토

민법 제정 당시 인공생식상황을 예상하지 못했다는 이유로 민법 제844조 적용을 부정하는 것은 친생추정제도의 존재의의를 오해한 면이 있고, 그 보완이론 중 양자관계설정론은 부부 사이에 과인 양자를 설정하려는 의사 있었는가에 관한 근본적인 의문이 있다. 특히 비배우자 간의 인공수정의 법률문제를 친양자제도를 통하여 다루며 친생부인의 소를 인정하려는 입장에 대하여 당사자가 양자관계를 원하였다면 인공수정이 아닌 입양이라는 방법을 택했을 것이라는 비판이 존재해 왔다. 또한 법리적으로 민법 제874조에 따라 부부 한쪽만의 입양은 불가능한데, 일방의 친자임은 분명한 사안에서는 입양의 효과가 발생한 경우로 볼 수도 없다 할 것이다. 그러므로 적용부정설의 보완이론 등은 실제 인공수정의 행태에 적합하지 않다.

善之助編, 「註釋親族法」, 法文社, 1956, 166面)와 부의 생식불능은 객관적 사정으로 볼 수 없으므로 민법 제772조의 적용이 가능하다는 견해(我妻榮, 「親族法」, 有斐閣, 1973, 211面)가 있다. 현재 일본은 제한설 중 후설이 다수설이고 우리나라도 같다. 특히 2013년 12월 10일 最高裁判所 第三小法廷 平成25年(許)第5号 決定을 통하여 성 동일성 장애자의 성별 취급의 특례에 관한 법률에 기초하여 성별 취급 변경 심판을 받은 자의 아내가 AID로 혼인 중에 임신한 자는 남편과 아내와의 성적 관계 결과로 낳을 수 없다고 하더라도 남편의 자식으로 추정된다는 획기적인 판결은 이를 단단하게 지지하고 있다. 이에 관한 원심 판결 평석으로는 渡邊泰彦, “性別の取扱いを變更した夫の妻が非配偶者間人工授精(AID)により出産した子の嫡出出産届”, 「法學セミナー(増刊)速報判例解説」 12卷, 日本評論社, 2013, 121-126面.

91) 한봉희, 앞의 논문, 24쪽. 자를 포태할 수 없는 '외관적' 사정이 아닌 한 일단 친생자로 인정하는 견해이다.

92) “민법 제844조는 부부가 동거하여 부의 자를 포태할 수 있는 상태에서 자를 포태한 경우에만 적용되고, 부부 가운데 일방이 장기간 해외에 나가 있거나, 사실상의 이혼으로 부부가 별거하고 있는 경우 등 동거의 결여로 처가 부의 자를 포태할 수 없는 사정이 명백하면 친생자추정이 적용되지 아니한다”라고 판시한 대법원 1983. 7. 12 선고 82므59 판결에 기초한다. 판례의 입장인 제한설은 장기별거, 생사불명, 사실상의 이혼 등 부의 자를 포태할 수 없는 객관적 사정이 명백한 경우 민법 제844조 제1항에 의한 친생자 추정은 인정하지 아니한다.

민법 제844조 규정은 헌법재판소의 취지대로 일정한 제한적 적용이 불가피할 것이고 그 제한사유로 생식불능이나 혈액형 등은 조사가 동반되지 아니할 수가 없다는 점에서 자의 안정적인 지위 또는 자의 복리에 반하고 친생추정제도 본질에도 맞지 아니하다는 점에서 외관설에 따른 민법 제844조 적용설이 타당하다. 사실 이러한 새로운 법적인 문제는 입법으로 해결하는 것이 바람직하다. 그러나 우리나라는 앞서 살펴본 바와 같이 종전 의회에서 체외수정 등에 관한 법률안, 의료보조생식에 관한 법률안, 생식세포 등에 관한 법률안을 제출하여 이를 규율하려 하였으나 임기 만료로 폐기된 바 있다.⁹³⁾ 다만 이러한 법이 제정되기 전에는 현행법의 해석을 통하여 해결할 수밖에 없는데, 우리 가족법이 인공수정에 관하여 특별히 예외 규정을 두고 있지 아니하는 한, 부의 생식불능은 제3자가 밝힐 수 있는 외관적 사항이 아니므로 자의 복리와 민법 제844조의 입법 취지에 비추어 비배우자의 인공수정에 따라 태어난 자도 그 친생추정을 받는다고 할 것이다.⁹⁴⁾

2) 부의 동의와 친생부인의 관계

비배우자 사이의 인공수정에서는 부와 인공수정자 사이에 유전적 공통관계가 없다는 점이 분명하지만, 현행법상 해석으로 민법 제844조를 통하여 친생자로 추정된다고 검토하였다. 그렇다면 부는 친생자로 추정된 자에 대하여 친생부인의 소를 제기할 수 있는지가 문제 되는데, 이는 부의 인공수정에 대한 동의 여부에 따라 그 해석을 달리하고 있다.

93) 제17대 국회에서 발의된 것으로 특히 체외수정 등에 관한 법률안(2006. 4. 29. 박재완 의원 대표발의)은 보건복지부 장관 소속하에 체외수정관리본부의 설치하여 체외수정에 관한 업무를 관리하도록 규정하고 있는데, 이는 프랑스가 2004년 생명의학청을 창설하고 생명 및 건강과학을 위한 국가윤리자문위원회에 독립 관청으로서의 지위를 부여하는 등 국가가 생명윤리관계에 감독기능을 강화하는 서구의 행보와 그 뜻을 같이 하였다(이현수, “프랑스 생명윤리법상 생명 및 건강과학을 위한 국가윤리자문위원회(CCNE)의 법적 지위”, 「일감법학」 제16호, 건국대학교 법학연구소, 2009, 365쪽 참조).

94) 일본은 京高等裁判所 第4民事部 平成10年(ヲ) 第927号 決定을 통하여 아내가 남편의 동의를 얻어 제3자로부터 정자의 제공을 받아 출산한 인공 수정자는 적출추정이 미치는 자로 보는 것이 상당하고, 아내도 남편과 자식 사이에 친자 관계가 존재하지 않는다는 주장을 할 수 없다고 판시한 바 있다. 다만 동 판결에서는 남편의 동의를 얻어 인공 수정에 따라 출생한 자의 친권자를 정하는 것은 자의 복리에 영향을 주는 일이므로 종합적으로 고려하여 모를 친권자로 정하였다(棚村政行, “夫の同意を得て第三者から精子の提供を受け出生した人工授精子について父母が離婚した後に親権者をめぐって争われ母親が親権者に指定された事例”, 「判例タイムズ」 1036号, 判例タイムズ社, 2000, 154-156面). 특히 동 결정에 대하여는 친생추정과는 별개로 친권자의 지정은 계속성과 현상준중과 모성 우선의 양 기준을 적절히 검토하여야 한다는 견해(田中通裕, “人工授精子の嫡出推定と親権者指定”, 判例タイムズ 1009号, 判例タイムズ社, 1999, 91面)가 있다.

먼저 부가 비배우자 사이의 인공수정을 동의하지 아니한 경우에 부의 친생부 인권은 인정될 것이다.⁹⁵⁾ 다만 부가 비배우자 사이의 인공수정에 동의한 경우에는 친생부인권의 인정 여부에 관하여는 견해의 대립이 있다. 판례는 신의칙을 통하여 친생부인권 행사를 부정하고 있다.⁹⁶⁾ 과연 이러한 학설과 판례의 법리가 타당한가에 관하여는 본 논문의 제4장에서 자세히 다룰 것이지만, '법률상 부'의 새로운 개념설정과 부의 동의에 다른 법률상 동의와 다른 특성이 있음을 이해하지 아니하는 한 이러한 문제를 종래 논리로 해결하기 어렵다고 할 것이다.

(3) 정자제공자의 법적 지위

비배우자 간의 인공수정에서는 제3자에 의한 정자제공이 필수적이다.⁹⁷⁾ 이 경우에 정자제공자의 신분은 노출되지 아니하는 것이 일반적이므로 정자제공자와 인공수정자 사이에 친생자관계는 실제로 문제 되기는 어렵다. 그러나 정자제공자의 익명성이 해제되어 노출되거나 그 신원을 알 수 있는 관계에 있는 경우에는 양자 사이에 친생자관계를 인정할 수 있는지 문제 된다.

친자관계를 단순히 혈연관계만을 기준으로 판단한다면 인공수정자와 정자제공자 사이에 친자관계는 존재한다고 하여야 한다. 그러나 부자관계는 혈인적인 요소와 함께 의지적 요소를 포함한 제반 사정을 살펴 판단하여야 한다는 견해⁹⁸⁾에 따르면 양자 사이에 부자관계를 인정하는 어렵다고 할 것이다. 부가 되려는 의사가 전혀 없는 정자제공자에게 이를 인정하는 것은 부자관계결정의 법리에

95) 양수산, 앞의 논문, 105쪽.

96) “..피고가 원고의 정자에 의해서가 아니라 A가 1995. 8. 8. 00의료재단에서 다른 사람의 정자를 공여받아 인공수정을 통하여 출생한 사실은 앞서 살펴본 바와 같다. 그러나 을 제1, 2호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고는 A와 같이 00의료재단을 방문하여 진단을 받은 결과 무정자증으로 인하여 원고와 A 사이에는 임신이 불가능함을 알고 1995. 7. 14. A가 다른 사람의 정자를 공여받아 인공수정을 하는 것에 동의하면서, 인공수정으로 태어난 출생아를 정상적으로 양육하고, 도덕적·사회적·법적 문제를 포함한 모든 책임을 지기로 한 사실, 그 후 인공수정을 통하여 피고가 출생한 사실을 인정할 수 있고, 달리 반증이 없다. 위 인정사실에 의하면, 비록 원고와 피고 사이에 혈연에 의한 부자관계가 성립되지 않는다고 하더라도, 원고는 처인 A가 다른 사람의 정자를 공여받아 인공수정을 통하여 피고를 출산하는 것에 동의하면서 법적 문제를 포함한 모든 책임을 지기로 하여 피고를 자신의 자로 인정하였다고 봄이 상당하므로, 그 후 A와 이혼하였다고 하여 다시 피고에 대한 친생을 부인하는 것은 신의칙에 반한다...”(대구지방법원 가정지원 2007. 8. 23 선고 2006드단22397 판결)

97) 체외수정을 포함한 넓은 의미에서의 비배우자 간 인공수정에서는 제3자에 의한 생식체 제공, 즉 정자와 난자 모두가 문제 될 것이다. 제3자의 난자제공에 따른 법률문제는 본 장 제3절 3.에서 다룬다.

98) 김상현, “부의 결정기준으로서 부자관계설정 의사 의 기능 및 한계”, 「일감법학」 제27호, 건국대학교 법학연구소, 2014, 256쪽.

비추어 타당하다고 할 수 없다. 특히 기존 가족법 법리에 따르면이라도 부의 동의 하에 인공수정을 시술받은 여자가 자를 출산하였는데, 전혀 알지 못하는 정액제공자가 그 자를 인지하고 법률상 부가 된다는 것은 매우 부당하다고 평가한다.⁹⁹⁾ 첫째 자를 보호하는 결과가 되지 못하고 모 및 그 부에 대해서도 불이익이 되고,¹⁰⁰⁾ 둘째 정자제공자의 입장에서도 다수의 인공수정자로부터 인지청구를 받는 것은 이익이 되지 아니하며, 셋째 현재는 별로 이용이 되지 않고 있지만, CAI에 의한 방법 즉 수인의 정액을 혼합하여 시술하는 경우에는 더욱 불합리하다는 이유를 제시한다.¹⁰¹⁾ 또한 정자제공자는 타인의 치료를 위하여 의료기관에 혈액을 제공하는 자의 법적 지위와 비슷하다고 한다.¹⁰²⁾ 이러한 지위의 자에게 법률상 부자관계를 인정하기는 어렵다.¹⁰³⁾ 외국의 입법례, 특히 미국의 통일친자법도 정자제공자는 AID 출생자의 부가 아니라고 규정하였다.¹⁰⁴⁾

또한 정자제공자는 인공수정자와 모의 건강을 위하여 건강진단이나 정자검사 등을 성실하게 이행할 절차적 의무가 있고 의료기관 역시 이를 충분하게 행하여 AIDS와 같은 감염의 가능성을 차단할 필요가 있다.¹⁰⁵⁾ 따라서 의사가 손상된 정자 혹은 유전적 질환이 있거나 AIDS 등 질병에 걸린 정자를 인공수정에 사용하여, 그 결과로 자가 기형으로 태어나거나 선천적으로 질병을 안고 태어난 경우, 의사는 주의의무의 위반에 의한 손해배상책임을 부담한다고 보는 것이 타당하

99) 이경희, 앞의 논문(1988), 44쪽.

100) 임정평, “친자관계의 인부에 관한 특수문제”, 「법학논총」 제15집, 단국대학교 법학연구소, 1989, 91쪽.

101) 이경희, 앞의 논문(1988), 44쪽. 정자제공자와 인공수정자 사이에 친자관계를 인정하는 것은, 법과 도덕은 그 내용에 있어서나 효력의 면에서 교차하고 있고 또한 상호보완관계에 있으므로 도덕에 반하는 법률 해석은 허용할 수 없다는 취지로 반대하는 입장도 있다(김주수, 「친족·상속법」, 법문사, 2002, 266-267쪽).

102) 이승우, “인공수정자의 친자관계에 관한 연구”, 「비교사법」 제11권 제2호, 한국비교사법학회, 2004, 255쪽; 같은 지위를 인정하면서도 정자제공자는 일반적으로 의료기관으로부터 보수를 받을 수밖에 없다는 견해도 있다(이경희, 위의 논문(1988), 45쪽).

103) 한봉희, 앞의 논문, 26쪽.

104) Uniform Parentage Act, Section 5. (a) ...생략. (b) The donor of semen provided to a licensed physician for use in artificial insemination of a married woman other than the donor's wife is treated in law as if he were not the natural father of a child thereby conceived.

105) 최근 캐나다 커플이 미국 정자은행을 상대로, 제시되었던 정자제공자의 신원 경력과 실제 경력이 다르다는 이유로 손해배상청구를 하였는데, 동 정자제공자로부터 탄생한 자가 36명이라고 한다. 특히 미국 최대 정자은행인 ‘캘리포니아 크라이오 बैं크(CCB)’의 경우는 2010년 당시 총 10만 명에게 판매될 수 있는 정자를 보유하고 있었다고 한다. 일반적으로 1명의 정자제공자의 확보로 최대 35쌍의 커플에게 잉태의 기회를 줄 수 있다고 하는데, 유전적 질환의 철저한 심사가 되지 아니하면 필연적으로 질병을 지닌 아이가 탄생할 수밖에 없는 구조이므로 심사의 엄격함과 함께 제공 횟수의 제한 또한 법으로 규정할 필요가 있다 (<http://blog.chosun.com/blog.log.view.screen?userId=wjdtj11&logId=7740726> 참조).

다.¹⁰⁶⁾

4. 기타 인공수정의 문제

(1) 사실혼관계에서의 인공수정

사실혼은 사실상 부부로서 혼인한 부부와 같은 공동생활을 하고 있으나 우리 민법상 요구되는 혼인신고라는 형식적 요건을 갖추지 않았기 때문에 법률혼으로 인정되지 아니하는 부부관계를 의미한다.¹⁰⁷⁾ 이것은 우리나라의 전통적인 혼인형태는 사실혼주의였다고 평가할 수 있으므로 별도로 사실혼 개념을 인정할 필요가 없었으나,¹⁰⁸⁾ 일본식민지 시대를 통하여 혼인신고제도가 도입되면서 사실혼 보호문제가 논의되었고 이러한 이유로 학설은 다른 법률혼주의 나라보다 사실혼을 상당히 보호하는 입장을 지지하고 있다.¹⁰⁹⁾ 다만 사실혼의 법적 성격에 대하여 초기에는 ‘혼인예약’이라고 보고 부당파기자는 혼인예약 불이행에 따른 손해배상을 하도록 하였으나, 점차 사실혼의 성립에서도 혼인신고 이외에는 법률혼의 일반적 요건을 충족하도록 하면서, 이러한 사실혼은 신고를 전제로 하는 것이 아닌 한 법률혼에 준하는 포괄적 법률효과를 인정하는 것으로 변화하였다.¹¹⁰⁾ 판례는 사실혼을 주관적으로는 혼인의 의사가 있고, 또 객관적으로는 사회통념상 가족질서의 면에서 부부공동생활을 인정할 만한 실체가 있는 경우에 성립한다고 판시한다.¹¹¹⁾ 이렇듯 사실혼이 성립하면 사실혼 배우자 사이에서는 법률혼에 준하는 포괄적 권리와 의무가 발생하는데, 법률혼과 마찬가지로 혼인에 따른 신분적 효과로서 사실혼의 배우자 사이에는 동거, 부양, 협조의무와 정조의무가 발생

106) 연기영, “인공수정의 의사법적 과제”, 「인공수정의 법리」, 법무부, 1987, 242쪽; 김민중, 앞의 논문(1992), 132쪽.

107) 변화순·조은희, 「다양한 가족 출현에 따른 쟁점과 가족관련법의 방향 정립에 관한 연구」, 한국여성개발원, 2003, 76쪽 이하.

108) 김주수, “사실혼의 개념과 사실혼 보호이론의 재검토”, 「법학논총」 제2권, 숭실대학교 법학연구소, 1986, 127쪽; 조은희, “사실혼·동거가족의 법률문제와 해결방안”, 「법학연구」 제12집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2009, 112쪽.

109) 박인환, “사실혼보호법리의 변천과 과제”, 「가족법연구」 제23권 제1호, 한국가족법학회, 2009, 134쪽 이하 참조; 박종용, “사실혼 배우자의 보호”, 「가족법연구」 제21권 제3호, 한국가족법학회, 2007, 139쪽 이하.

110) 김주수·김상용, 앞의 책, 249쪽; 박병호, 앞의 책, 140쪽.

111) 대법원 1998. 12. 8. 선고 98므961 판결 등.

하고,¹¹²⁾ 정당한 이유 없이 일방적으로 사실혼 관계를 해소하는 경우에는 손해배상책임이 있다.¹¹³⁾ 사실혼의 부부 사이에도 법률혼의 재산적 효과가 발생한다.¹¹⁴⁾ 사실혼 배우자 사이에도 일상가사에 관한 대리권과 함께 일상가사채무에 관한 인대채무가 발생하며, 사실혼을 해소하는 경우에는 사실혼 배우자에게 재산분할을 청구할 수 있다.¹¹⁵⁾

이렇게 법률상 혼인관계는 아니지만, 사실혼관계에 있는 남녀 사이에도 달리 임신을 하는 방법이 없는 경우에는 인공수정이 허용된다고 하여야 할 것이다.¹¹⁶⁾ 사실혼을 법률혼과 임신의 목적에 있어서 구분할 이유가 없기 때문이다. 인공수정자의 모와 사실혼관계에 있는 정자제공자는 법률혼에 이르지 않았기 때문에 사실혼 중 인공수정으로 태어난 자에게는 민법 제844조에 따른 친생자 추정은 적용할 수 없다. 그러므로 사실혼관계에 있는 남녀 사이의 인공수정 또한 모자관계는 출산이라는 사실을 통하여 당연히 발생할 수 있지만, 자의 부에 대한 관계는 자동적으로 형성되지 아니하며 출생자는 혼인 외의 자가 된다. 자의 모와 사실혼관계에 있는 부에 대한 친자 형성은 사실혼관계에 있는 부의 인지 또는 부를 상대로 한 재판상 인지청구의 소로 가능할 것이다. 특히 사실혼 부부가 혼인하면 민법 제855조 제2항에 따른 ‘준정’이 되어 혼인 외 출생자인 인공수정자는 혼인 중 출생자가 된다. 물론 이는 사실혼관계에 있는 남편의 정자를 사용한 인공수정을 통하여 자가 태어난 경우로, 단순한 제3자가 제공한 정자를 사용한 경우와는 구분된다. 단순한 제3자가 제공한 정자는 비배우자 간의 인공수정에서의 정자제공자의 지위로 대체하여 논술할 수 있을 것이다. 그러나 사실혼관계에서는 보다 복잡한 문제가 발생하는데 이것은 사실혼 해소시점의 판단에 따라 AIH인지 AIĐ인지 나누어지고, 그 판단 시점이 용이하지 아니하다는 것이다. 이로 인하여 사실혼관계인 혹은 사실혼관계였던 부가 친생부인을 할 수 있는지가 문제된다.¹¹⁷⁾

112) 김주수·김상용, 앞의 책, 251쪽.

113) 조은희, 앞의 논문, 124-125쪽.

114) 김주수·김상용, 앞의 책, 231쪽.

115) 조은희, 앞의 논문, 125-126쪽.

116) 영국의 개정된 HFEA법 역시 제2장 ‘보조생식이 개입된 경우에 있어서의 부모확정에 관한 부분’에 이성 간 법률혼관계에 있는 부부, 이성 간 사실혼관계에 있는 부부, 동성 간 시민동반자관계에 있는 커플, 동성 간 사실상 시민동반자관계에 있는 커플을 규율하고 있는 것을 본다면 사실혼관계의 인공수정은 허용된다고 본다.

(2) 미혼모의 인공수정

1) 미혼모의 정의

미혼모의 사전적인 의미는 결혼하지 아니한 채 아이를 출산한 여성이라고 할 것이다. 그러나 이러한 미혼모는 크게 두 가지 유형으로 나눌 수 있는데, 첫째는 자신이 미혼모의 길을 자의적으로 선택한 여성이고 둘째는 미혼모에 대한 의식 없이 결과적으로 미혼모가 된 여성이다.¹¹⁸⁾ 이러한 이유로 미혼모라는 용어 사용에 관하여는 다소 이견이 있는데, 미혼모는 지금은 결혼하지 아니하였으나 이후 결혼이라는 제도 안으로 흡수되어야 하는 존재로 보는 개념이지만, 비혼모(single by choice, mother by choice)는 결혼을 거부 또는 선택의 문제로 사고하여 현재 결혼하지 아니한 자를 말하는 용어란 이유로 후자가 더 적절하다는 주장¹¹⁹⁾이 있다. 인간은 결혼에 관하여 자기결정권을 가지고 있다는 점에서 충분히 설득력 있는 견해이나 아직 일반화한 용어사용은 아니므로 본 논문에서는 미혼모라는 용어를 사용하기로 한다.

2) 미혼녀의 인공수정 허용성

미혼녀가 임신하여 자를 출산한다는 사실은 일반인의 인식에서 아직은 생소한 현상이다.¹²⁰⁾ 임신은 결혼을 통해서 하는 것이 사회윤리에 맞고 남성과의 육체적 결합 없이 처녀로서의 임신은 불가능하다는 뜻이었다. 그러나 오늘날은 남성과의 육체적 결합 없이도 '정자은행'에 냉동된 정자제공자의 정자에 의한 인공수정을 통하여 얼마든지 미혼여성도 임신하고 자를 출산할 수 있다.¹²¹⁾

117) 이에 관하여는 제4장 제1절 3.에서 상술한다.

118) 那須宗一外編, 「家族病理と家族福祉」, 誠信書房, 1981, 165面.

119) 정현미, “비혼모에 대한 한국사회 처우와 권리보장 방안”, 「이화젠더법학」 제2권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2011, 113쪽; 권희정, “인권, 모성권, 아동복지 측면에서 본 비혼모를 둘러싼 쟁점들”, 「이화젠더법학」 제2권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2011, 56쪽 등.

120) 미혼녀가 임신하여 미혼모가 되는 경우의 보호 문제에 관하여는 다양한 논의가 있다. 특히 미혼모 가족이라고 할 수 있는 혼인 외의 자는 미혼모가 출산 또는 양육하는 과정에서 여러 가지 어려운 상황에 놓일 수 있다(조은희, “미혼모 가족의 법적 지위”, 「홍익법학」 제12권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2011, 146쪽 참조).

121) 우리 법에서는 여성동성연애자가 혼인할 수 없기에 미혼여성에 포함될 것이다. 영국에서는 2004년 시민동반자법(Civil Partnership Act)이 제정되면서 동성 간 시민동반자관계에 있는 자들이 상속, 사회보장 및 연금, 그리고 시민동반자관계에 있는 아이에 대한 책임과 의무, 의료기관에서의 보호자 지위 등에 관하여 이성 간 법률혼관계에 있는 자들과 동등한 권리를 가질 수 있게 되었다. 특히 동성에 행위를 당사자의 자유로운 선택사항으로 여기고 도덕의 관점에서 허용 여부를 논하는 것은 권력적 개입과 다름없으며 당사

다만 미혼여성이나 여성동성연애자의 인공수정에서는 특별한 법률문제가 제기된다.¹²²⁾ 우선 미혼녀에 대한 인공수정은 자가 법적 공동체인 가족에서 태어나야 하고 자의 출생은 모와 부의 사실상의 협력 또는 ‘공동행위’로부터 비롯되어야 한다는 원칙¹²³⁾에 위반된다는 것이다. 물론 자인적 임신에 의해서도 흔히 자가 ‘한 부모만 있는 가정(Ein-Eltern-Familie)’에서 태어날 가능성을 배제할 수 없으며 부모가 이혼하면 자는 어차피 한 부모만 있는 가정에서 성장하여야 한다. 민법 제855조 제1항도 역시 생부든 생모든 어느 한 부모 사이에서의 자를 인정하는 것을 전제로 한다. 그러므로 법적 공동체인 가족에서 탄생하여야 한다는 것보다는 최소한 남녀의 사랑의 결합과정이 있어야 한다는 점에 의미를 더 두고 있는 것으로 보인다. 또한 비정상적이거나 불안정한 파트너관계를 통하여 태어난 자는 흔히 그 행복이 침해될 위험이 있다는 지적과 부를 향한 자의 갈등으로 인하여 모에 대한 자의 관계가 원만하지 아니한 경우가 발생할 수도 있다고 한다. 그러므로 인공수정에 의한 미혼녀의 자 출산은 허용되지 아니하며 미혼녀에 대한 인공수정과 관련하여 체결된 계약은 선량한 풍속에 위반되기 때문에 그 효력을 인정할 수 없다는 결론에 이른다.¹²⁴⁾

그러나 독신여성에게도 자녀를 낳을 권리라는 행복추구권이 있다.¹²⁵⁾ 또한 독신여성이 인공수정을 통하여 자녀를 낳을 경우에는 자녀를 낳을 충분한 제반 여건 등 심리적 물질적 준비가 되어 이를 실행하는 경우가 대부분인바 불안정한 파트너관계를 이유로 부정하는 것은 무리가 있다. 현실적으로도 한부모 가정이 존재하고 다양한 가족체계가 자리하고 있음을 고려한다면 독신여성의 인공수정을 통한 출산을 배제할 이유가 없다.¹²⁶⁾ 미혼녀가 일정한 나이가 들어 아이를 출

자를 사회적으로 불리하게 대우하면 아니 된다고 주장하는 견해가 있다(이경희, “동성혼인의 보호에 관한 국제적 동향”, 「제3회 한국법률가대회 학술발표자료」, 2002).

122) 자연생식이 아닌 인공생식의 영역에서의 미혼모는 미혼녀의 자기결정의사로 인공수정을 통하여 임신한 경우를 상정하는 것이 대부분일 것이므로 적어도 종래 미혼모의 지위보다는 나은 위치에서 모로서의 권리를 향유할 수 있을 것이다. 그러나 대리모의 문제도 다른 시각에서 살펴보면, 대리모가 미혼인 경우는 인공수정에 따른 미혼모의 모권 문제이므로 늘 여성의 자유로운 의사결정의 영역에 있다고 보기도 어렵다.

123) 카톨릭 교회의 입장이다.

124) 양수산, 앞의 논문, 127쪽; 김민중, “인공적 인간생식을 위한 체외수정과 그 법률문제”, 「인권과 정의」 제8호, 대한변호사협회, 1990, 108쪽.

125) 미혼여성의 인공수정인정문제가 여성이 출산시기와 아이를 낳을 것인가를 결정하는 자기결정권의 요체에 해당할 수 있다. 생식보조에 있어서의 자기결정권의 문제에 대한 자세한 내용은 김민규, “생식보조의료와 사적생활상의 자기결정권”, 「법학연구」 제51권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2010.

126) 영국의 HFEA 제13조 제5항이 아동의 이익을 고려한다면 독신여성이 인공출산을 할 가능성이 있다는 주장도 이와 같다(윤진수, 앞의 논문, 94쪽).

산하는 것이 현대 사회의 가치이념에 직접적으로 반한다고 볼 수도 없다. 인공수정을 통하여 자를 출산하는 것이 선량한 풍속에 반한다는 것에 관한 증명이 없고 선량한 풍속은 그 용어 자체로 그 시대의 의미에 따라 가변적이기 때문이다.

3) 미혼녀의 인공수정과 친자관계

독신여성의 증가에 따라서 조만간 국내에서도 이러한 형태의 인공수정은 늘어날 것이다. 또한 여성동성인애자의 증가에 따라서는 동성인 여성 사이에서도 제3자인 남성의 정자를 사용한 인공수정을 통하여 둘 사이의 자를 갖기를 희망할 수 있다. 이렇게 독신여성이나 여성동성인애자가 자를 출산한 경우 그 친자관계를 살펴본다면, 먼저 혼인관계에 있지 아니한 여성이 인공수정을 통하여 출산한 자는 그 미혼녀의 혼인 외 자가 된다. 미혼녀의 인공수정에 의한 자의 출산은 부의 확정에 있어서 어려운 문제가 발생한다.¹²⁷⁾ 미혼녀의 인공수정에 있어서는 보통 정자제공자는 미혼녀에 의하여 ‘부’로서 고려가 되지 아니하는 제3자¹²⁸⁾이다. 그러나 미혼녀가 비록 정자제공자를 부로 고려하지 아니하고 있을지라도 경우에 따라서 정자제공자는 자의 혼인 외의 부로 확정될 수 있다. 특히 자의 모와 정자제공자가 인공수정을 통하여 자가 출생한 후 혼인하면 민법 제855조 제2항에 의하여 준정이 되므로, 자는 혼인 중의 출생자가 될 것이다.¹²⁹⁾ 정자제공자는 제공 당시에는 부가 될 생각이 없었고 모 역시 부로 할 생각이 없었으나 결혼을 통하여 이를 용인할 의사가 표출되었으며 민법 제855조 제2항 역시 그때로 혼인 중의 부로 인정하고 있기에 결혼 전에는 최소한 혼인 외의 자의 지위를 인공수정자에게 인정함이 자의 복리에 맞을 것이다. 그러나 정자제공자 이외의 제3자는 비배우자 간의 인공수정과 같은 논리로 미혼녀에 대한 인공수정을 통하여 출생한 자의 친생부가 될 수는 없다.

127) 만일 미혼녀가 인공수정 후 자가 출생하기 전에 혼인하면 자는 그 배우자의 친생자가 될 수 있으며, 이 경우에 친생부인과 그 효과에 대한 문제가 제기된다. 또한 정자가 후에 혼인한 배우자에 의하여 제공되었는가에 따라서 그 결과에 차이가 발생한다.

128) 이러한 이유로 정자제공자에 대한 인지나 인지청구를 부정하는 견해가 있다(오호철, “보조생식술을 통해 태어난 자의 친자관계에 관한 소고”, 「법학연구」 제33집, 한국법학회, 2009, 181쪽).

129) 자연생식방법에 따른 미혼모의 출산은 추후 생물학적 부에 의한 임의인지로 미혼모에 의하여 형성되어 있는 신분관계를 그 의지에 반하여 개입할 가능성이 있음에 반하여 정자제공자는 이러한 지위를 인정하지 아니하는 것이 대체적인 견해이므로 이와 같은 과정을 겪을 염려는 없을 것이다(정현미, 앞의 논문, 128쪽 참조).

(3) 성전환자의 인공수정

인공수정은 성전환자와 배우자 등 사이에서도 문제 될 것인데, 지금까지 국내에서 활발히 논의되지 않는 않았다. 그런데 최근 일본최고재판소는 ‘성동일성장해자의 성별 취급의 특례에 관한 법률’에 따라 성별취급변경을 받아 결혼한 부라고 하더라도 처의 인공수정에 동의하여 자를 낳은 경우, 그 자는 성별취급변경을 받은 부의 친생자로 추정되어 혼인 중 출생자로 호적에 기재되어야 한다고 판시하였다.¹³⁰⁾ 우리 역시 이러한 법률적 문제가 가까운 시일 내 발생할 가능성이 크므로 성별정정을 인정하기 위한 요건 일반론을 간단하게 살펴보고 성전환자를 부로 둔 인공수정에서의 부자관계는 제4장에서 상세히 다루기로 한다.

1) 성별정정을 인정하기 위한 요건 일반론

성전환자를 부로 둔 인공수정의 논의는 넓은 의미의 생식분능 또는 무정자증에 따른 인공수정문제라고 할 것이지만 그 무정자증의 원인이 병중에 있는 것이 아니라 원래 타고난 성별에 그 원인이 있으므로 다른 경우와는 구별된다.¹³¹⁾ 따라서 성별의 전환을 특례법 등에 따라 인정하는 요건을 간략히 살펴본다.

일본은 2003. 7. 16. ‘성동일성장해자의 성별 취급의 특례에 관한 법률’을 제정

130) 最高裁判所 第三小法廷 平成 25年 (許) 第5号 決定. 동 결정은 인공수정에 있어서 부자관계기준에 관한 기존의 논의에서 한 단계 더 나아간 것으로 평가받고 있다. 그 판시내용을 살펴보면, 비배우자 사이의 인공수정을 통하여 출생한 자는 외관설에 따라 친생추정 법리의 적용을 받을 수 있다는 기존의 견지를 성전환자에 있어서도 동일하게 원용할 수 있다는 것을 명백하게 밝혔는데, 그 인공수정에 부의 동의가 있는 경우 일본 판례가 신의칙 등에 따라 부는 친생부인권을 행사하지 못한다고 판시하고 있음을 고려할 때, 결론적으로 성전환자가 혼인 중 출생자로 기재한 자는 확정적으로 그의 법적인 자가 되는 효과까지 동반한다(村重慶一, “性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律(特例法)に基づいて性別の取扱いを男性に変更した者の妻が婚姻後に第三者からの精子提供により出産した子につき父の欄を空欄とされた戸籍の訂正許可申立てが認められた事例[最高裁第三小法廷平成25.12.10決定]”, 「戸籍時報」 708号, 日本加除出版社, 2014, 62-64面).

131) 最高裁判所 第三小法廷 平成 25年 (許) 第5号 決定에서 X1이 진단받았던 성동일성장애(gender identity disorder)는 생물학적으로는 완전히 정상이지만 인격적으로는 자기가 반대 성에 속한다고 생각하는 증상인데, 개인의 신체적 성별 특징인 성(sex)과 사회적, 심리적 성별 역할인 성(gender)이 일치하지 아니하는 것을 말한다. 이것은 마음과 몸의 성은 일치하지만 성적 대상이 동성인 동성애와는 다른 것으로 적절한 정신적 면접상담이나 호르몬요법의 도움을 필요로 하는 정신적 질환이다. 성동일성장애자의 정의와 법적 지위에 관한 보다 자세한 설명은 이로서, “성전환자와 동성애자의 민법상 지위”, 「의료법학」 제2권 제2호, 대한의료법학회, 2001; 현소혜, “성전환자의 민사상 법적 지위”, 「가족법연구」 제16권 제2호, 한국가족법학회, 2002. 성동일성장애자가 특례법에 따라 성이 변경된 경우, 호적상 성별표기 변경문제 뿐만 아니라 호적외 서면의 성별변경 및 이름 변경, 직장 내에서의 문제 등에 관하여 논의한 것으로는 大島俊之, “性同一性障害と法的諸問題”, 「九州法学会会報(2010年 学術大会)」, 九州法学会, 2010, 9-13面.

하여 시행하고 있다. 위 법률 제정 시에는 그 성별변경 요건으로 ① 20세 이상일 것, ② 현재 결혼하지 않은 상태일 것, ③ 현재 자녀가 없을 것, ④ 생식선이 없거나 생식선의 기능이 영구적으로 흡결된 상태일 것, ⑤ 그 신체에 다른 성별의 성기와 유사한 외관을 갖추고 있을 것을 규정하였다. 다만 자녀가 없을 것이라는 요건의 헌법위반문제가 대두하였는데, 일본 최고재판소는 2007. 10. 19. 위 법률 제3조 제1항 제3호가 ‘현재 자녀가 없을 것’을 요건으로 하는 것은 자녀가 있는 자에 대하여 성별변경을 인정하는 경우 가족 전서에 혼란을 일으키고, 자녀의 복리 관점에도 반하는 등의 문제가 발생할 수 있으므로 그 합리성이 없다고 할 수 없어 헌법에 위반되지 아니한다고 판시하였다.¹³²⁾ 그 후 동 조항은 2008. 6. 8. ‘현재 미성년의 자녀가 없을 것’으로 완화 개정된 바 있다.¹³³⁾ 우리나라도 2006년 대법원 전원합의체 결정을 통하여 성전환자에 대한 호적상 성별기재의 정정을 허용한 후,¹³⁴⁾ ‘성전환자의 성별 정정 허가 신청사건 등 사무처리 지침’을 마련하여 등록부 정정을 허용하고 있다. 다만 일본과 같은 특별법을 제정하지 아니하고 위와 같은 예규를 바탕으로 판결을 통하여 성전환자의 등록부 정정을 인정하고 있는 것이다. 특히 대법원은 현재 혼인 중이거나 미성년자인 자녀를 둔 성전환자의 성별정정은 허용되지 아니한다고 판시¹³⁵⁾하고 있어 그 제한 내용은 일본의

132) 最高裁判所 第3小法廷 平成19年 10月 19日 決定으로 이에 관한 평석으로는 加藤慶二, “性同一性障害と立法裁量論:最高裁第三小法廷平成19年10月19日決定·最高裁第一小法廷平成19年10月22日決定”, 「law review」 10号, 明治学院大学大学院法務職研究科, 2009, 101-112面. 일본에서는 타 국가의 성동일성장애자의 호적등록요건에 관하여도 큰 관심을 보이며 그 등록요건을 꾸준히 개선하고 있다(ドイツ憲法判例研究会, “性同一性障害者に戸籍法上の登録要件として外科手術を求める規定の違憲性(ドイツ連邦憲法裁判所 第一法廷 2011. 1. 11 決定)”, 「自治研究」 89卷 9号, 第一法規, 2013, 152-158面).

133) 그 법리적 검토에 관하여는 김선일, “미성년자인 자녀를 둔 성전환자의 성별정정신청을 허용할 것인지 여부”, 「사법」 제19호, 사법발전재단, 2012.

134) “..나. 호적법 제15조 제4호는 호적에 기재할 사항으로 성별을 규정하고, 제49조 제2항 제1호는 출생신고서에 자(자)의 성별을 기재하여야 한다고 규정하고 있어, 출생 시의 개인의 성별이 호적에 기재되도록 하고 있다. 성전환자의 경우에는 출생 시의 성과 현재 법률적으로 평가되는 성이 달라, 성에 관한 호적의 기재가 현재의 진정한 신분관계를 공시하지 못하게 되므로, 현재 법률적으로 평가되는 성이 호적에 반영되어야 한다. 현행 호적법에는 출생 시 호적에 기재된 성별란의 기재를 위와 같이 전환된 성에 따라 수정하기 위한 절차 규정이 따로 마련되어 있지 않다. 그러나 진정한 신분관계가 호적에 기재되어야 한다는 호적의 기본원칙과 아울러 아래에서 보는 여러 사정을 종합하여 보면, 위와 같이 성전환자에 해당함이 명백한 사람에 대하여는 호적정정에 관한 호적법 제120조의 절차에 따라 호적의 성별란 기재의 성을 전환된 성에 부합하도록 수정할 수 있도록 허용함이 상당하다...”(대법원 2006. 6. 22.자 2004스42 전원합의체 결정)

135) 대법원 2011. 9. 2. 자 2009스117 전원합의체 결정의 다수견해는, “성전환수술에 의하여 출생 시의 성과 다른 반대의 성으로 성전환이 이미 이루어졌고, 정신과 등 의학적 측면에서도 이미 전환된 성으로 인식되고 있다면, 전환된 성으로 개인적 행동과 사회적 활동을 하는 데에까지 법이 관여할 방법은 없다. 그러나 성전환자가 혼인 중에 있거나 미성년자인 자녀가 있는 경우에는, 가족관계등록부에 기재된 성별을 정정하여, 배우자나 미성년자인 자녀의 법적 지위와 그에 대한 사회적 인식에 곤란을 초래하는 것까지 허

위 특례법 내용과 유사하다고 할 것이다.

2) 성전환자의 인공수정 허용성

우리의 ‘성전환자의 성별 정정 허가 신청사건 등 사무처리 지침’ 요건에 따라 남성으로 인정되는 자는 자신의 정자에 의하여 임신할 수 없는 성전환자이므로 특별하지 아니하는 한 제3자로부터 정자를 받아야 그 아내가 인공수정을 할 수 있다는 점에서 비배우자 사이의 인공수정(AID)¹³⁶⁾을 먼저 서술하여야 할 것이다. 다만 AID에 따른 인공수정이 허용되는지, 이러한 인공수정에 따라 태어난 자에게도 친생추정의 법리를 적용할 수 있는지에 관하여는 이미 살펴보았으므로, 성전환자 부부의 AID와 다른 부부의 AID 사이에 구분할 점이 있는지를 중심으로 고찰한다.¹³⁷⁾ 성전환자의 인공수정은 필연적으로 비배우자 사이 인공수정이 될 수밖에 없는데, 그 허용성에 관하여 견해의 대립¹³⁸⁾은 있으나, 생식분야에 있어 법적 개입을 검토하는 경우에는 인간의 생식문제는 일신전속적 영역으로 그 생식의 종류나 방법은 원칙적으로 국가 개입이 배제되어야 하고¹³⁹⁾ 특히 성전환자의 인공수정은 성전환을 법으로 허용하여 부부임을 인정하는 이상 자식을 낳으려는 인간 본연의 욕구를 전면적으로 금지하여야 할 만큼 윤리적 문제가 크다고 할 수는 없다. 그렇다면 정자제공에 급전적인 지급이 과하게 전제되는 등 약정 자체에 제정법이나 선량한 풍속을 위반하지 아니하였다면 성전환자의 인공수정 역시 비배우자 사이의 인공수정과 마찬가지로 그 허용성을 부정할 수 없다고 본다.

용할 수는 없으므로, 현재 혼인 중에 있거나 미성년자인 자녀를 둔 성전환자의 성별정정은 허용되지 않는다.”라고 그 제한 사유를 밝히고 있다.

136) 앞서 살펴보았듯이 인공수정은 크게 모의 부의 정자에 의한 인공수정(Artificial Insemination by Husband, AIH)과 모의 부가 아닌 제3자의 제공자에 의한 인공수정(Artificial Insemination by Donor, AID)으로 구분할 수 있는데, 남편의 정자이든 타인의 정자이든 이를 모의 난자 또는 타인의 난자와의 결합을 통해 제3자의 자궁에서 출산케 하는 문제는 대리모 부분에서 주요하게 다루므로, 이하의 논의는 제3자의 정자를 모의 난자와 인공수정하여 모가 출산한 경우에 한정한다.

137) 永沼淳子, “性同一性障害者の父子関係”, 「名古屋大學法政論集(中舎寛樹教授退職記念論文集)」 254号, 2014, 877-906面.

138) 비배우자 사이의 인공수정 허용성에 관하여는 이경희, 앞의 논문(1988), 30쪽.

139) 같은 견해로 송영민, 앞의 논문, 206쪽; 김민중, 앞의 논문(1992), 113쪽.

제3절 체외 인공수정

1. 체외 인공수정의 의의와 방법

(1) 체외 인공수정의 의의

체외 인공수정(이하 ‘체외수정’이라고 한다) 및 배아이식(IVF ET ; In Vitro Fertilization Embryo Transfer)은 난소 내에 있는 난자를 체외로 채취하여 인위적으로 받은 정액과 시험관 내에서 수정시킨 후, 그 수정란을 자궁 내에 이식하여 임신하게 하는 인공수태 방법이다.¹⁴⁰⁾ 이처럼 체외수정은 난자를 체외로 채취한 후 실험실 등의 시험관 내에서 인공적으로 정자와 수정시킨 후 다시 체내인 자궁으로 이식하는 2단계 과정을 거친다. 따라서 그 출생한 자를 시험관에서 수정되었다고 하여 시험관아이(test tube baby)라고 부른다.¹⁴¹⁾ 체외수정은 일반적으로 복원불가능한 여성의 나팔관 손상으로 정자와 난자가 결합이 어려운 경우, 자궁 내박중으로 자연임신이나 인공수정이 어려운 경우 등 여성에게 불임의 요소가 있는 경우에 사용되었으나, 현재는 남편이 희소정자증 등의 이상이 있는 경우에도 사용하고 있고, 원인 불명하게 임신이 되지 아니하는 경우에도 사용하는 등 인공수정 방법에 있어서 최후의 수단이라고 할 것이다. 이러한 시험관 내에서의 체외수정은 정자와 난자가 결합하여 수정란이 되는 환경을 조성하기 때문에 나팔관의 기능을 수행하고 있다고 할 수 있다.¹⁴²⁾

체외수정의 유형으로 윤리적 논쟁의 여지가 있는 경우는 불임부부가 제3자로부터 정자, 난자를 받는 경우이다. 특히 난자를 생산할 수 없는 불임여성이 제3자로부터 제공된 난자를 사용하여 자신의 자궁에 이식하는 경우나 난자를 생산

140) 대한의학협회, 인공수태 윤리에 관한 선언, 1993년 5월. 물론 난관 폐쇄로 인하여 체내에서 수정할 수 없는 경우에 난자를 채취하여 체외에서 수정시키고, 그 수정란을 배양한 후 자궁에 삽입, 착상시켜 자를 출산하는 방법(김민중, 앞의 논문(2002), 38쪽)이라는 등 다양한 정의가 있지만 위 의미와 달리 볼 만한 점은 없다.

141) 이인영, “체외수정에 관한 입법론적 고찰”, 「가족법연구」 제19권 제2호, 한국가족법학회, 2005, 168쪽.

142) Keith Alan Byers, “A Growing Need for Consumer-Oriented Regulation of In Vitro Fertilization Industry”, 18 Journal of Legal Medicine 265, 1997, pp.274-275.

할 수 있지만 아이를 임신할 수 없는 여성이 제3자의 자궁을 사용하는 경우와 같은 대리모의 문제가 가장 중요한 논쟁의 대상이다.¹⁴³⁾

(2) 체외 인공수정의 시술 방법

최초의 시험관 아기인 루이스 브라운이 1978년 7월 25일에 태어난 것은 기적과 같았다. 영국 생리학자인 에드워즈와 산부인과 의사인 페트릭 스텝토우는 루이스 브라운을 탄생시키기 전인 1970년대 중반 상당한 좌절감을 느끼고 있었다. 배란 촉진제 등을 사용하여 일정한 임신을 성공시켰으나 자궁 외 임신으로 밝혀지는 등 곤란을 겪는 중 브라운 부부를 만나게 되었고, 레슬리 브라운이 임신 6개월이 되었을 때, 그 임신이 사실이 밝혀져 언론의 관심과 공격을 받았지만 결국 성공하게 되었다.¹⁴⁴⁾ 에드워즈와 스텝토우의 체외수정은 자연적인 월경주기에서 얻은 난자를 사용한 것이지만, 그 후 과배란유도방법의 개발로 보다 많은 난자를 만들 수 있게 되어 임신율을 높일 수 있었다. 난자채취방법 또한 발전하여 체외수정은 불임치료의 중요한 부분을 담당하게 된다.¹⁴⁵⁾

체외수정 시술 방법을 개관해보면, 첫째 체외수정과 배아이식법(IVF-ET ; In Vitro Fertilization Embryo Transfer)으로 이는 성숙한 난자를 난소에서 채취하여 정자와 체외에서 수정시킨 후, 그 수정란을 배양하여 다시 자궁 속에 이식하는 방법이다. 체외수정은 체내인 난관에서 이루어져야 할 수정과정이 체내에서는 난관의 이상으로 어려우므로 체외에서 이루어지는 것이다. 일반적으로 난자의 과배란을 유도, 성숙한 난자와 건강한 정자를 채취, 채취한 난자와 정자의 수정을 유도, 수정란을 배양, 배아를 여성의 자궁내막에 이식, 임신을 유지하기 위한 자궁내막보강과정을 거친다.¹⁴⁶⁾ 둘째 생식세포 난관 내 이식법(GIFT, gamete intrafallopian transfer, 배우자 난관 내 이식이라고도 한다)으로 이는 난자와 정자를 같이 섞어 난관 안에 넣어주는 방법인데, 대부분의 불임 시술과 마찬가지로, 임신 성공 여부는 부부의 나이와 여성 난자의 품질에 따라 다르다. 그것은

143) 이인영, 앞의 논문, 169쪽 참조.

144) <http://www.pbs.org/wgbh/americanexperience/features/general-article/babies-worlds-first/>

145) 체외수정방법에 관한 자세한 설명은, 대한산부인과학회, 앞의 책, 667-682쪽 참조.

146) 맹광호, 앞의 논문(2005), 76쪽.

GIFT 시술 과정을 거치면 약 25-30% 정도의 임신 확률¹⁴⁷⁾이 생기고, 다중 임신은 약 3분의 1 정도로 추정된다. 1986년 10월 영국에서 최초로 토드 홀든(Todd Holden)이 생식세포 난관 내 이식법으로 태어난 바 있다. 셋째 접합자 난관 내 이식법(ZIFT, zygote intrafallopian transfer)으로 이는 체외에서 수정된 난자인 접합자를 난관 안에 넣어주는 방법인데, 생식세포 난관 내 이식법과 거의 유사하다. 생식세포 난관 내 이식법이 정자와 난자를 혼합하여 난관에 이식하는 것과는 달리 채취한 난자를 체외에서 남편의 정자와 수정을 유도한 다음 수정이 확인된 난자만을 골라 난관에 이식하는 방법이다. 넷째 배아 난관 내 이식법(TET, tubal embryo transfer)으로 이는 체외수정 후 24시간 이상 배양하여 난할 중인 배아를 난관 안에 넣어주는 방법이다. 일반적으로 배아 난관 내 이식법은 25 40 범위 내의 임신 성공률이 있다고 한다.¹⁴⁸⁾ 다섯째 생식세포 복강 내 이식법(POST, peritoneal oocyte and sperm transfer)으로 이는 난자와 정자를 같이 섞어 골반강 내로 넣어주는 방법이다.¹⁴⁹⁾ 여섯째 투명대하 정자주입술(SUZI, subzonal sperm insertion)으로 이는 미세보조수정술(MAF, microassisted fertilization) 또는 미세조작술(micromanipulation)로 정자를 난자의 투명대(zona pellucida) 바로 밑으로 넣어주는 방법이다. 또한 이 방법은 전핵(pronuclei)을 형성하는 인간 정자의 운동성의 잠재력을 평가하는 데 적용되었다.¹⁵⁰⁾ 일곱째 난자 세포질 내 정자주입술(ICSI, intracytoplasmic sperm injection, 정자직접주입법이라고도 한다)로 이는 투명대하 정자주입술과 마찬가지로 미세조작술로 정자를 직접 난자 세포질 내로 넣어주는 방법인데, 일반적으로 남편의 정액이 극히 불량한 경우, 즉 정자 수가 1cc당 100만 마리 미만이거나, 정자의 운동성이 거의 없는 경우 등에 사용한다. 여덟째 원형정자세포 미세주입법(ROSI, 난자세포질 내 정자세포 주입술이라고도 한다)으로 이는 남편이 정자를 생산하지 못하는 경우에 정액, 교환 생체검사 등으로 아직 완전한 정자로 발달되기 전의 상태인 원형정자세포를 정

147) Asch RH/Ellsworth LR/Balmaceda JP/Wong PC, "Pregnancy after translaparoscopic gamete intrafallopian transfer", 2 the Lancet 1034, 1984, pp.1034-1035.

148) <http://www.ivf-infertility.com/gift/gift6.php>

149) Mason B/Sharma V/Riddle A/Campbell S, "ULTRASOUND-GUIDED PERITONEAL OOCYTE AND SPERM TRANSFER (POST)", 329 the Lancet 386, 1987, p.386.

150) Mina Alikani/Alexis Adler/Adrienne M. Reing/Henry E. Malter/Jacques Cohen, "Subzonal sperm insertion and the frequency of gamete fusion", 9 Journal of Assisted Reproduction and Genetics 97, 1992, p.97.

자직접주입법과 같은 방법으로 직접 난자 세포질 내에 주입하는 방법이다. 원형 정자세포(round spermatid)는 정자가 만들어지는 과정에서 아직 꼬리가 형성되지 아니한 단계의 세포로 구형의 정자세포인데 운동성이 없는 세포다. 마지막으로 무정자증 환자의 고환정자추출법(TESE, Testicular sperm extraction)은 국소 마취 고환에서 조직 일부를 제거하고 고환 내의 정자를 회수한 다음 정자 미세주입법을 이용하여 임신을 가능하게 하는 방법이다.¹⁵¹⁾ 등 추출법은 정자 기증자의 필요성을 감소시켰다. 일단 남편의 고환조직에서 정자의 생산능력이 있어야 하고 정관 등에 폐쇄가 없어야 가능한 시술 방법이다.

2. 체외 인공수정의 허용성 등에 관한 문제

(1) 체외 인공수정의 허용성

1) 허용부정설

로마 카톨릭 신학자들은 체외수정에 대하여 대체로 부정하는 태도를 보인다.¹⁵²⁾ 교황 바오로 6세는 1968년 7월 25일 “인간 생명: 출산규범(Humanac Vitae :On the Regulation of Birth)”이란 성명으로 결혼한 책임 있는 부부를 위한 출산에 관한 카톨릭 교회의 정통 가르침을 발표한 바 있고, 신앙 교리성(Congregation for the Doctrine of the Faith)에 의하여 1987년 2월 22일 “인간 존엄성 존중과 출산의 존엄성에 관한 가르침(Instruction on Respect for Human Life Its Origin and on the Dignity of Procreation)”을 공포한 바 있다. 특히 후자의 발표는 로마 카톨릭 교회의 관점에서 생물 의학문제를 다루고 있는데, 교회가 체외수정(IVF)에 대한 반대를 분명히 하였다는데 그 의미가 있었다. 당시 IVF는 비교적 새로운 것임을 고려할 때 상당한 반향을 예상한 것이라고 할 것이다. 카톨릭 교회의 입장은 결혼한 부부의 전반적인 인공수정(Artificial insemination) 자체를 혼인의 행위(the conjugal act)로 인한 결실이 아니므로 이

151) Sam D. Graham/James Francis Glenn/Thomas E. Keane, Glenn's urologic surgery, Lippincott Williams &Wilkins, 2004, pp.472-482.

152) 이인영, 앞의 논문, 178쪽.

떠한 상황에서도 비도덕적이라고 비판하는데,¹⁵³⁾ 교회 내에서도 배우자 사이의 인공수정은 남편의 정자가 난자와 잘 수정할 수 있도록 도와주는 비교적 간단한 의술이라는 이유로 도덕적 문제가 없다고 보는 신학자들도 있다.¹⁵⁴⁾

2) 제한적 허용설

체외수정시술 자체가 불임치료를 위한 목적으로 시작되었고, 인간은 자신의 생명을 낳으려고 하는 본능을 충족시키기 위한 부분이 있다는 것을 고려하여 대부분 국가는 임신이 되지 아니하는 부부 사이에 임신의 목적으로 체외수정을 하는 것은 허용하고 있다. 다만 체외수정의 형태 등에 있어서 남용의 위험성을 막기 위하여 제한적인 형태의 허용 입법방식을 채택하였다.¹⁵⁵⁾

(2) 체외 인공수정에 관한 안전성

체외수정이 태어날 자에게 안전한가의 논의는 처음부터 제기되었지만, 최초 체외수정자의 탄생 이후 통계를 살펴보면, 쌍생아 등 다태아 출산과 저체중아 출산 비율이 높은 것을 제외하고는 선진적인 장애아 비율이 자연적인 임신에 따라 출생한 아이보다 높은 것은 아니다.¹⁵⁶⁾ 다만 이러한 조사결과는 아직은 단기적인 통계수치이고 표본 사례 또한 일정한 의미를 부여할 수 있는 정도의 집단이 형성되었다고 보기는 어려우므로 장기적인 위험에 관하여는 여전히 의문이 있다.¹⁵⁷⁾ 특히 체외수정을 통하여 아이가 출생하였다는 의미 이상으로 그러한 아이가 환경에 적응하면서 성장하는 과정이 중요하다고 할 것인데, 인간의 수명을 생각한다면 중년 이후 병증의 발생도나 수명의 장단에 관한 연구는 아직은 존재할 수 없다는 것이다.¹⁵⁸⁾

153) Lewis Petrinovich, Human Evolution, Reproduction, and Morality, The MIT Press, A Bradford Book, 1998, p.279.

154) 이인영, 앞의 논문, 179쪽 참조.

155) 미국 대부분 주는 체외수정을 제한적인 형태로 허용하고 있는데, 미국 텍사스 주법 또한 체외수정은 최소한 연속적인 5년 이상 기간 불임 이력을 가진 환자와 그 배우자가 다른 불임치료로는 더는 임신을 할 수 없는 경우 당사자의 생식체인 정자와 난자만으로 체외수정을 할 수 있다고 규정하고 있다. 각국의 체외수정에 대한 자세한 태도는 본 논문 제3장 각 절의 국가 입법례 참조.

156) Jana C. Merrick/Robert H. Blank, Reproductive Issues in America, ABC-CLIO, 2003, p.40.

157) 이인영, 앞의 논문, 185쪽.

158) 체외수정을 통한 최초의 아이 출산이 18년밖에 되지 아니하였고, 전 세계적으로 출생한 아이가 너무 적

이러한 이유로 체외수정과 관련하여 잠재적인 위험요소를 언급하는 견해도 있다.¹⁵⁹⁾ 난자의 발달을 유도하는 과배란유도제 사용이나 정자를 비롯한 생식체와 배아를 보존하기 위한 냉각기술의 사용에 의해서도 그 위험성은 발생할 수 있고,¹⁶⁰⁾ 그중에서 가장 우려되는 것은 복수 배아의 착상 및 다태아 임신을 조장하는 기술과 관련하여 생길 수 있는 미숙아 출산의 위험성을 들고 있다. 미국은 1995년 750만 건 이상의 출산에 관한 인구보고서를 작성한 바 있는데, 미숙아 자체가 높은 유아사망률과 연결되는 요인이라고 밝혔다.¹⁶¹⁾ 우리나라의 경우 2009년 보조생식술을 통한 단태임신(Singleton)은 53.5%, 쌍둥이 임신은 45.3%로 나타났다는데, 인공수정이 아닌 일반적인 임신으로 쌍둥이가 태어날 비율이 3%임을 고려하면 쌍둥이 임신의 비율이 매우 높다고 할 수 있다.¹⁶²⁾ 즉 다태아 임신을 조장하는 기술과 관련하여 미숙아 출산의 위험성은 여전히 높고 이에 관한 추가적 연구가 필요하다.

우리나라에서도 황우석 사건을 통하여 제기된 문제이지만, 여성이 난자를 제공하기 위하여 배란촉진제를 사용하는 경우 난소암의 위험을 2.5배 증가시킨다는 우려가 있다. 미국의 보고서 또한 난소자극을 유발하는 불임치료제의 처방은 어떤 조건에서는 난소암이 발생할 가능성을 상당히 증가시킬 수 있다고 한다.¹⁶³⁾ 이러한 조사는 불임치료의 계획을 하거나 난자제공을 할 경우, 배란촉진제 등의 사용에 주의하여야 한다는 것을 보여주고 있다.

(3) 체외수정과정에서의 유전적 조작

체외수정을 의뢰하는 부모에게 임신불능의 사유뿐만 아니라 유전적인 질환이 있을 경우에 이를 어떻게 규율할지는 어려운 과제이다. 이 역시 배아의 권리를 어떻게 이해할 것이냐는 민법적인 문제와도 관련된다. 특히 유전적인 질환이 있

어서 장기적인 효과에 관한 통계적 연구가 이루어지기는 어렵다는 견해도 있다(Thomas DC·Kushner T 엮음 / 김완구·이상현·이원봉 역, 「탄생에서 죽음까지: 과학과 생명윤리」, 문예출판사, 2003, 85쪽).

159) 이인영, 앞의 논문, 184쪽.

160) Jana C. Merrick / Robert H. Blank, 앞의 책, p.40.

161) Thomas DC·Kushner T 엮음 / 김완구·이상현·이원봉 역, 앞의 책, 85-86쪽.

162) 대한산부인과학회, 앞의 논문(2013), 353-361쪽 참조.

163) Thomas DC·Kushner T 엮음 / 김완구·이상현·이원봉 역, 앞의 책, 86쪽.

는 배아에게 유전적인 치료를 하기 위해서는 임신과정에서 착상 전 유전자 진단¹⁶⁴⁾과 산전 진단¹⁶⁵⁾을 이용한 유전자 진단이 필수적이라고 할 것이다. 따라서 이러한 유전자 진단에 관한 허용 여부에 관하여는 많은 논란이 전개되고 있다.¹⁶⁶⁾ 배아 연구의 일부분으로 논의되고 있는 착상 전 유전자 진단에 대하여는 배아의 지위와 관련하여 유전자 검사 후 배아를 폐기하여도 되는지의 문제도 있다. 이러한 우생학적인 문제는 자녀의 유전형질을 선택한다는 단순히 개인적인 차원에서 그치는 것이 아니고 여러 가지 사회적인 문제를 초래할 수 있다는 점에 그 심각성이 있다. 배아의 선별이 일반화되어 유전적 요인에 의한 신체적 장애가 미리 극복될 수 있는 상황이 된다면, 배아 선별을 하지 않아 장애를 가지고 태어난 사람을 사회 일원으로 받아주지 않거나 그들에 대한 태도가 바뀔 우려가 있다.¹⁶⁷⁾ 또한 고비용을 감당할 수 있는 사람만이 배아 선별을 할 수 있다는 점에서 불평등의 문제가 발생할 수도 있다. 따라서 최단 의료기술이 치료를 넘어 아름다움을 위한 목적으로 사용되고 있는 것을 살펴더라도, 착상 전 유전자 진단이 유전적 질병을 예방하기 위한 수단인 아닌 일정한 유전적 특성이 있는 배아를 선별하는 수단으로 사용할 위험을 어렵지 않게 예상할 수 있다. 그렇다면 이러한 진단술은 예외적으로 부모 또는 임신을 원하는 자가 의료기준이 요구하는 유전병이 있는 경우에만 제한적으로 시도되어야 한다. 착상 전 진단술이나 산전 진단술, 그리고 유전자 치료술을 이용한 우생학적 시도는 생명침해라는 측면과 아울러 종국적으로는 인간이 인간을 선별하여 인간을 대상화할 우려가 있기 때문이다.

3. 체외수정자의 법률상 지위

164) 착상 전 유전자 진단(Preamplantation Genetic Diagnosis: PGD)이란 체외수정을 통해 생성된 배아를 자궁에 임신을 목적으로 하는 착상을 시키기 전에 그 유전적 결함을 알아내기 위해 행해지는 최근의 기술을 말한다(Bonnie Steinbock, Preimplantation Genetic Diagnosis and Embryo Selection, A Companion to Genetics(Burley and Harris ed.), Blackwell Publishers, 2002, p.175).

165) 착상 전 유전자 진단 전에 행하여졌던 검사이다. 일반적으로 융모막 검사(chorionic villus sampling: CVS)나 양수검사(amniocentesis)까지 이를 수 있다.

166) Hans Lilie/ 이민식 역, “착상 전 유전자 진단과 배아 연구”, 「형사정책연구소식」 제63호, 한국형사정책연구원, 2001, 15쪽.

167) 황만성, “인간의 생식자와 배아의 법적 보호에 관한 연구”, 한양대학교 대학원 박사학위논문, 2003, 158쪽 참조.

체외수정은 체내수정과 비교하여 그 시술 절차에 있어서 체외에서 수정한 수정란을 체내에 이식하는 2단계 과정을 거치는 차이가 있을 뿐, 친생자관계 추정 등의 법률적인 문제는 체내수정과 본질에서 다르지 아니하다. 다만 체외수정은 난자의 모와 자궁의 모가 달라지는 대리모 문제가 대두할 가능성이 있으므로 친생자관계추정에 관하여 다양한 견해가 등장한다.

(1) 배우자 간 체외수정자

배우자 사이에서 임신 불능 처의 난자와 부의 정자를 체외수정하고 처의 자궁에 이식하여 출산한 경우는 법적 문제가 발생하지 아니한다. 즉 배우자 사이의 체외수정에 따른 출생자는 AIII의 방법으로 출생한 자의 경우와 시술 절차의 차이만이 있으므로 민법 제844조의 요건만을 충족한다면 당연히 부성추정이 되고 특별한 법률상 문제는 없다.¹⁶⁸⁾ 그러나 냉동 보존되었던 부의 정자를 부의 사망 후 처가 체외수정을 통하여 자를 출산한 경우에는 친생자 추정이 되는지, 인지청구가 가능한지 등에 관한 문제가 발생할 수 있다. 앞서 살펴보았듯이 일본에서는 이와 같은 문제를 다룬 판결¹⁶⁹⁾이 등장하였는데, 우리나라 역시 냉동 보존한 정자를 통한 체외수정이 성공하고 있으므로 같은 사례의 발생이 예상된다.

(2) 비배우자 간 체외수정자

비배우자 사이의 체외수정은 제3자의 정자나 난자와 같은 생식체 제공으로 다양한 형태가 나타나는데, 이에 따라 체외수정자의 지위는 달라진다.

1) 제3자의 정자를 사용한 체외 인공수정

처의 난자와 제3자의 정자를 체외수정하여 처의 자궁에 착상시킨 경우에는 체내수정이 아닌 체외수정을 택한 것만 구별될 뿐 본질적으로 다르다고 평가되지 아니하므로 AII의 경우와 거의 같다. 따라서 비배우자 사이의 인공수정자에

168) 김주수, 앞의 책(2002), 286쪽; 천중숙, 「한국가족법론」, 법문사, 1985, 118쪽 참조.

169) 最高裁判所 第二小法廷 平成16年(受)第1748号 判決.

대하여 민법 제844조를 적용할 수 있는지에 대한 논의는 제3자의 정자제공에 따른 체외수정에도 그대로 적용이 될 것이다. 또한 자신의 진지한 의사로 아내가 제3자의 정자로 인공수정을 하여 출산한 경우 친생부인의 소 제기는 허용되지 아니한다는 입장¹⁷⁰⁾ 등에 관한 논의도 마찬가지다. 다만 처가 부의 동의를 받지 아니하고 제3자의 정자로 체외수정을 하고 자를 출산한 경우에는 민법 제840조 제6호의 ‘기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유’에 해당할 수 있으므로, 부는 재판상 이혼청구를 할 수 있다.

2) 제3자의 난자를 사용한 체외 인공수정

부의 정자와 제3자의 난자를 체외수정하여 처의 자궁에 착상시킨 경우이다. 먼저 부는 자신의 생식체로 체외수정을 하였으므로 이를 통하여 태어난 체외수정자가 민법 제844조에 따른 친생자추정의 적용을 받는 것은 앞서 살펴보았듯이 인정하는 것이 다수설이다. 다만 중요한 법적 문제가 발생하는 것은 난자의 제공자는 유전적 인관성이 있는 모이고, 처는 자궁을 통한 육체적 관계가 있는 모라고 할 것인데, 어느 사람을 법률상 모로 인정할 것인가란 부분이다.

법률상 모를 결정하는 기준에 관하여는 기본적으로 유전적인 부분을 중요시하는 염색체기준설과 전통적 가족법 원리인 출산주의에 따른 출산기준설로 크게 나눌 수 있다. 염색체기준설은 최근 인공수정기술의 발달에 부합하는 기준이라고 주장하며 염색체야말로 친자관계를 결정하는 데 있어 가장 중요한 요소¹⁷¹⁾라고 평가한다. 출산기준설은 “모는 항상 확실하다(mater semper certa est).”라는 근본원칙은 인공수정이 발달한 현재에도 여전히 그 의미의 변화는 없다고 주장하면서 특히 임신기간 동안 모와 자 간에 특별한 유대감이 형성된다는 것을 가장 중요한 근거로 제시한다.¹⁷²⁾ 보다 자세한 논의는 대리모 부분에서 하겠지만, 먼저 모에 있어서는 의학상으로 착상에서 출산까지 기간에 태어난 자궁의 모와 심리적, 육체적으로 깊이 관련되어 있고, 아이의 본능은 자궁의 모를 향하고 있는

170) 이근식, “인공수정과 그 법률문제”, 「법조」 제15권 제4호 법조협회, 1966, 22쪽; 한봉희, 앞의 논문, 25쪽. 신의칙상의 이유로 부정된 최근 판례로는 대구지방법원 2007. 5. 24. 선고 2006드단22397 판결.

171) Brahams D, “The Hasty British Ban on Commercial Surrogacy”, 17 Hastings Center Report 16, 1987, pp.18-19.

172) Pamela Laufer-Ukeles, “Approaching Surrogate Motherhood: Reconsidering Difference”, 26 Vermont Law Review 407, 2002, pp.442-446.

점,173) 불임부부는 처의 체내에서 자신들의 자가 자라고 있다고 인식하고 있는 점, 난자제공자의 출생하게 된 자가 자신의 자라는 인식은 관념적인 자의 범위를 넘을 수 없다는 점¹⁷⁴⁾ 등을 살펴보면 모자관계는 혼인 중에 있는 출산한 모에 발생한다고 보아야 할 것이다. 특히 AID의 경우 정자제공자에게 어떠한 법적 권리를 인정하지 않는 것이 지배적인 추세이고 입법의 경향이라는 것을 참작할 필요도 있다.¹⁷⁵⁾

그렇다면 처가 제3자 제공의 난자로 체외수정을 한 경우 민법 제846조에 따라 체외수정자에게 친생부인을 할 수 있는가에 대한 문제가 발생한다. 민법 제846조가 처에게도 친생부인권이 있음을 밝혔지만, 이것은 자신의 자가 부의 아들이 아니라는 것을 주장하기 위한 것이 주요 목적이고 위와 같이 자신이 낳은 아이가 자신의 아이가 아니라는 주장은, 자신의 의도에 반하여 의료기관의 과실 등에 따라 자신의 난자가 아닌 다른 여성의 난자로 체외수정된 배아를 이식받아 임신·출산한 것이 아닌 이상 가능하지 않다고 해석하여야 할 것이다.¹⁷⁶⁾

3) 제3자의 정자와 난자를 사용한 체외 인공수정

제3자로부터 각 난자와 정자를 모두 받아 체외수정한 경우는 의뢰부부 모두 출생한 체외수정자와 유전적인 관계가 없게 된다. 그러나 이 경우는 체외수정자의 지위에 관한 1)과 2) 사례를 결합한 것과 다르지 않으므로, 체외수정자의 출산이 민법 제844조의 기간 내이면 원칙적으로 그 부의 친생자 추정을 인정함이 타당하고, 모자관계 또한 출산을 통하여 인정된다고 보는 것이 타당하다. 정자나 난자제공자와 자간의 친자관계를 부정하는 방향과도 일치하는 귀결이다.¹⁷⁷⁾

4) 대리모 형태의 체외 인공수정

대리모의 법적 유효성에 관하여는 논란이 있으나 실제적으로 태어난 체외수정자의 지위와 관련하여는 그 유효성 여부와 관계없이 일정한 지위를 부여하는

173) G. J. Annas/S. Elias, "In Vitro Fertilization and Embryo Transfer: Medicolegal Aspects of a New Technique to Create a Family", 17 Family Law Quarterly 199, 1983, pp.203-206.

174) 고정명, "체외수정에 대한 법적 소고", 「가족법연구」 제6권, 한국가족법학회, 1992, 142쪽.

175) 김준원, 앞의 논문, 105쪽.

176) 동지의 견해로, 맹광호, 앞의 논문(2005), 93쪽.

177) 人見康子, 前掲論文, 42-43面.

것이 필요하므로, 간단히 살펴본다. 예를 들어, 첫째 부의 정자와 처의 난자를 제외수정하여 제3자의 자궁에 착상시킨 경우, 둘째 제공자의 정자와 처의 난자를 제외수정하여 제3자의 자궁에 착상시킨 경우, 셋째 부의 정자와 제공자의 난자를 제외수정하여 제3자의 자궁에 착상시킨 경우, 넷째 각 제공자로부터 각 난자와 정자를 받아 제외수정하여 제3자의 자궁에 착상시킨 경우는 제외수정과 대리모 출산이 결합함으로써 매우 복잡한 문제를 발생시킨다.¹⁷⁸⁾

첫째의 경우는 앞서 살핀 출산기준설에 따르면 자궁대리모를 법률상 모로 인정하는 것이 타당할 것이다.¹⁷⁹⁾ 다만 부의 경우는 친생자 추정은 적용되지 아니할 것이나 자궁대리모에게 남편이 없는 한 인지청구를 통하여 친자관계를 설정할 수 있을 것이다. 둘째, 셋째, 넷째의 경우 모두 출산기준설에 따르면 자궁대리모를 법률상 모로 인정할 것이고, 셋째의 경우는 부의 정자를 제공하였으므로 자궁대리모에게 남편이 없는 한 인지청구를 통하여 친자관계를 설정할 수 있을 것이다. 그러나 이러한 유형이 실제로 이루어질지는 의문이 있다. 대리모계약의 유효성을 인정하는 견해에 의하더라도 그 요건을 엄격하게 규정할 것을 요구하고 있음을 생각한다면, 이는 규제 대상이 될 것이다.

4. 배아의 법적 문제

(1) 배아의 정의

배아의 정의에 관하여는 수정란 등과 같은 의미인가와 관련하여 다소 이견¹⁸⁰⁾이 있다. 이러한 논의는 배아의 법적 보호 필요성과 관련되어 있으므로, 먼저 일상적인 의미에서 착상 후 인간으로서의 전개과정을 살펴본 뒤, 의학적 정의와 각국의 입법적 정의를 바탕으로 그 정의를 검토하고자 한다.

178) 유형에 관하여는 김준원, 앞의 논문, 105쪽 참조.

179) 이에 관한 자세한 설명은 본 장 제4절 대리모 부분에서 다룬다.

180) 정규원, “인간배아복제의 법적 문제점”, 「의료법학」 제2권 제2호, 대한의료법학회, 2001, 78쪽 이하. 본 논문에서 배아를 뜻하는 영문인 ‘embryo’에 대한 번역도 통일되어 있지는 아니하다. ‘배’라고 해석(유전학연구회, 「유전학용어사전」, 세문사, 1996, 118쪽; 일본의 ‘인간에 대한 클론기술 등 규제에 관한 법률’)하기도 하고, ‘배자’라는 단어를 사용(황적인, “21세기 과학발달과 인간존엄성 침해에 대한 민사책임”, 「저스티스」 제29권 제3호, 한국법학원, 1996, 46쪽)하기도 하는데, 현재 배아라는 용어를 사용하는 것이 다수이므로 이를 사용한다.

1) 배아의 발생학적인 형성과정¹⁸¹⁾

정자와 난자가 나팔관에서 수정되면 23쌍의 인간의 염색체 수를 지닌 단세포 수정란인 접합자(zygote)가 생성된다. 수정 후 약 36시간이 지나면 최초의 분열이 일어나 접합자는 내측에 있는 두 개의 투명막(zona pellucide)안에서 분할알갱이(blastomere)라고 불리는 세포로 분열된다. 이러한 분할알갱이는 약 3일 정도 후까지 8개의 분할알갱이로 분열되는데, 그 크기는 분열이 계속되면서 점차 작아지고 동일한 크기를 유지한다. 이 단계에서의 배아 발달은 단순한 세포분열에 의하여 세포의 수가 늘어나는 증식(proliferation)에 그치고 아직 간, 심장 등과 같이 여러 형태의 조직으로 변화하는 분화(differentiation)단계에 이르지 아니하였으므로 개체를 이루는 모든 형태의 조직으로 발달할 수 있는 전능성(totipotency)이 있다.¹⁸²⁾ 따라서 하나 또는 그 이상의 세포들은 다른 세포와 상관없이 태아로 발전할 수 있어 발생의 초기 단계에 배아가 둘로 분리되면 유전적 동일성을 가진 일란성 쌍생아가 탄생할 수 있다.¹⁸³⁾

분화가 계속되어 세포 수가 16개에 이르면, 이 상태의 접합자를 오디배 또는 상실배(morula)라고 한다. 상실배는 곧 자궁강 내로 들어가는데 이때 상실배의 중심부 분할알갱이들 사이에는 주머니배 공간(blastocyst cavity)이라는 공간이 생기며, 이 단계의 수태물(conceptus)을 주머니배(blastocyst, 낭포배, 배반포)라고 한다. 이 단계의 주머니배는 자궁강 내의 분비물에 떠 있는 상태일 뿐, 아직 자궁점막에 부착되지는 아니하였다. 자궁점막 착상¹⁸⁴⁾은 수정이 발생한 후 약 6-7일 후에 시작된다. 착상 후 일주일이 지나면 주머니배 내부세포는 급속하게 분열하여 배아원반(embryonic disc)을 형성하는데, 배아원반은 외배엽, 중배엽, 내배엽으로 구분된다. 또한 수정 후 14일이 경과하면 배아원반의 위쪽 표면에는 원시선(primitive streak)이 나타나지만 이 시기의 배아는 머리카락으로 구별되지

181) 이를 발생학상의 정의로 해석하는 견해(이학춘, “인간배아의 법적 지위에 관한 연구”, 「동아논총」 제 40집, 동아대학교 법학연구소, 2003, 131쪽)도 있다.

182) 심호섭, “배아간세포의 진보, 줄기세포치료의 전망”, 「2000년 대학원 의학과 공통세미나 자료집」, 아주대학교 대학원, 2000, 10쪽. 배아로부터 전능성을 가진 세포를 얻어 분화를 억제하면서 시험관 내 배양을 계속하게 되면 세포들은 전능성은 유지하면서 계속 증식하는 세포로 변하는데 이러한 세포를 배아줄기세포(embryonic stem cell)라고 한다.

183) 맹광호, 앞의 논문(2005), 105쪽.

184) 주머니배가 자궁점막의 상피와 접촉하여 부착하고 자궁내막에 묻히는 과정을 ‘착상(implantation)’이라고 한다.

는 아니하고, 구체적인 기관으로 발달할 준비만을 하고 있을 뿐이다. 그러나 곧 구체적인 신체기관으로 성장한다.

발생학적으로는 이렇게 원시선이 나타나는 수정 후 2주부터 모든 신체기관이 형성되는 수정 후 8주까지의 존재는 배아(embryo)로, 8주 이후 신체기관이 단순히 양적인 성장을 하는 시기의 존재는 태아(fetus)로 구분하는 것이 일반적이다.¹⁸⁵⁾

2) 의학적 정의

대한산부인과학회는 배아는 수정 후 2주가 지난 상태를 말하는 것으로 정의하고 있다.¹⁸⁶⁾ 반대해석을 하면 수정 후 2주간은 배아가 아닌 것으로 이해할 수 있다. 미국의 경우에는 2004년 미국 산부인과학회 윤리위원회에서 “Preembryo Rearch”라는 위원회 보고서를 발간하면서 인간의 발달과정 중 수정 후 약 14일, 즉 원시선(pre mitive streak)이 나타나는 시기까지를 전(前)배아(preembryo)라고 명명하고 배아(embryo)는 수정 후 2주 이후부터 시작되어 8주에 종료되는 것으로 구별하여 전배아 시기에 의미를 부여하려는 시도가 있었다.¹⁸⁷⁾ 그러나 전배아와 배아의 구분은 많은 생물학자와 생명윤리학자의 반대론으로 현재까지 인체발생학 교과서를 비롯한 일반적인 의학 교과서에는 사용되지 아니하고 있다.¹⁸⁸⁾ 따라서 미국 의학계 역시 배아는 수정 후 2주가 지난 상태를 말하는 것으로 이해할 수 있다.

3) 입법적 정의

독일의 배아보호법은 제8조 제1항에서 “이 법에서 말하는 배아라 함은 세포 핵 융합 이후 수정되어 분화 능력이 있는 사람의 난자를 말하며, 나아가 배아로

185) National Bioethics Advisory Commission, Human Stem cell research and Potential for Clinical Application, Ethical issues in Human Stem Cell Research, 1999, p.10.

186) 대한산부인과학회, 「산과학」, 군자출판사, 2007, 72쪽.

187) 반희성 · 오윤경, “체외배아의 민법상 지위에 관한 비교법적 검토”, 「국제법무」 제4권 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2012, 70쪽.

188) 서 경, “착상 전 배아의 도덕적 지위”, 「대한산부학회지」 제51권 제3호, 대한산부인과학회, 2008, 287쪽. 다만 미국 산부인과학회 윤리위원회는 2006년 “Using Preimplantation Embryos Rearch” 보고서를 발간하면서 preembryo라는 용어를 Preimplantation embryo(착상 전 배아)라는 용어로 대체한 바 있다(ACOG Committee Ethics, ACOG Committee Opinion No. 347, November 2006: Using Preimplantation Embryos for rearch, Obstet Gynecol, 2006, pp.1305-1317).

부터 채취되어 일정한 조건에서 분열하여 개체로 발생할 수 있는 전능성을 가진 세포를 포함한다.’라고 정의하고 있다. 영국은 인간 수정 및 배아 발생에 관한 법률(Human Fertilisation and Embryology Act) 제1조에서 (a) 배아는 수정이 완성된 살아있는 인간의 배아를 의미하며, (b) 또한 수정 중에 있는 난자를 포함한다고 규정하였다. 일본은 인간 환원기술 등 규제에 관한 법률에서 배아는 하나의 세포(생식세포를 제외한다) 또는 세포군으로 그 자체로 인간 또는 동물의 태내에서 발생 과정을 거쳐 하나의 개체로 성장할 가능성이 있는 것 중 태반 형성 개시 전의 것을 말한다(제2조 제1호)라고 규정하였다. 우리의 생명윤리 및 안전에 관한 법률 제2조 제2호는 “배아라 함은 수정란 및 수정된 때부터 발생학적으로 모든 기관이 형성되는 시기까지의 분열된 세포군을 말한다.”라고 규정하고 있다. 다른 국가의 입법례와 마찬가지로 수정의 요건을 충족하면 수정 후 2주라는 기간을 요구하지 아니하고 수정된 난세포(수정란) 그 자체도 배아로 인정한다는 취지로 해석할 수 있다.

4) 검토

우리나라와 다른 나라의 배아에 관한 법적 정의는 형식상 다소 차이가 있으나 본질에서 수정란을 포함하여 배아로 보고 있다. 특히 외국의 입법례는 원시선이 출현하기 이전인 14일 미만의 것으로 자궁에 착상되지 아니한 상태에서도 배아로서 즉 초기 배아로서 전능성을 가지고 있다는 것에 큰 의미를 두고 있다. 이는 이 시기의 각 세포는 각 개체로 성장할 수 있는 잠재력을 지니고 있어 모든 각 세포가 인간 개체로 성장할 가능성이 크다는 점을 염두에 둔 사정 때문이다.

따라서 이하에서는 발생학적이거나 의학적인 의미에서의 배아의 정의도 의미가 있으나 배아가 인간과 유사한 지위를 가졌는지 또는 그 처리에 있어서 유의할 부분이 어떠한 것인지를 법적으로 명확히 다루기 위해서는 수정 후 2주 이내의 배아(초기 배아 또는 착상 전 배아)¹⁸⁹⁾를 포함하여 적어도 모든 기관이 형성되기 전의 인간발전 단계에 있는 세포를 배아로 정의한다.

189) 헌법재판소 2010. 5. 27. 선고 2005헌마346 결정에서는, 수정 후 14일이 경과하여 원시선이 나타나기 전의 수정란의 상태를 ‘초기 배아’라고 정의하고 있다.

(2) 배아의 법적 보호 필요성

배아를 위와 같이 정의하면 체외수정을 통하여 모체 밖에서 생성된 배아 즉 체외 배아는 신체에서 분리된 정자와 난자의 결합으로 생성된 것이므로, 소유권의 객체로 보아야 하는지 아니면 태아처럼 인간생명체로 보아 법적인 보호를 할 필요가 있는지 논의가 될 것이다. 이는 배아에 권리능력을 인정할 것인지와 관련하여 중요한 쟁점이므로 우리 법과 판례가 이를 어떻게 다루고 있는지에 관하여는 제4장에서 상세히 살펴본다.

제4절 대리모

대리모계약은, 체외수정을 통한 출산대리모의 경우 시술상의 어려움과 비용부담이 크긴 하지만 일단 성공하면 불임부부 양쪽의 유전자를 가진 아이를 얻을 수 있다는 매력으로 우리 사회에서도 사회적 관심이 높아지고 있다. 다만 이러한 대리모계약이 자궁 임대형식이 되어 여성인권에 반한다는 비판은 지속해서 제기되어 왔는데, 기존 논의가 새로운 법리의 제시라는 이유로 우리 사회의 선량한 풍속 기타 사회 질서와 유리되는 것은 아닌지 의문이다. 또한 대리모계약 체결 후 대리모가 긴 임신기간 동안 형성된 아이에 대한 애정에 기인하여 자의 인도를 거부하는가 있음을 살핀다면, 과연 계약법적인 문제로만 접근할 수 있는지에 관한 검토 또한 필요하다고 할 것이므로, 이러한 관점에 여성을 단순한 출산도구로 사용하는지에 관한 윤리적 문제 및 여성인권적 측면을 더하여 고찰해본다.

1. 대리모의 정의 및 유형

대리모계약에 관하여 여성주의자들은 임신과 양육은 별개의 기능일 수 있다고 하며 대리모 분제를 신생아매매나 착취계약의 관점에서 볼 것이 아니라 공동출산을 하는 형태로 이해¹⁹⁰⁾하기도 하는데 이러한 대리모에 대한 견해를 평가하

190) Rosemarie Tong, *Feminist Approaches to Bioethics: Theoretical Reflections and Practical*

기 위하여 먼저 대리모에 대한 정의가 선행되어야 할 것이다.

대리모는 일반적으로 ① 부와 그 처 사이의 체외수정란을 제3자인 여성에게 착상시켜 출생시킬 경우에 제3자인 여성¹⁹¹⁾ ② 의뢰부부를 위해 성교 이외의 방법에 의한 정자와 난자의 수정 또는 배아이식으로 이루어진 임신을 통해 자를 포태하기로 계약한 성인여성¹⁹²⁾ ③ 부인의 자궁에 이상이 있는 불임부부가 자녀를 가지는 것을 돕기 위하여 그 부인을 대신하여 자신의 자궁으로 태아를 양육하는 여성¹⁹³⁾ 등으로 정의되고 있는데 이는 대리모를 임신의 주체로서 바라본 정의이다.¹⁹⁴⁾ 대리모를 ① 한 여성이 인공수정을 받아 낳은 아이를 수정 전의 합의로 제3자(아이를 원하는 부모 또는 그 한쪽)에게 넘겨주는 대리출산¹⁹⁵⁾ 또는 ② 처의 불임을 극복하기 위한 인공생식으로 성교에 의하지 않고 다른 여성에게 인공수정이나 체외수정으로 생긴 수정란을 이식하여 자를 출산하는 방법¹⁹⁶⁾ 등으로 정의하는 것은 최단에 기술발전을 이룬 인공생식방법의 하나로서 정의한 것이다. 이러한 정의를 살펴보면 대리모에서의 여성은 자신의 몸을 계약의 대상으로 하고 있음을 알 수 있다. 대리모의 유형 중 의미 있는 것으로 ① 회태모 (gestational mother)¹⁹⁷⁾ ② 유전적 모(genetic mother)¹⁹⁸⁾ ③ 대리모

Applications, Springer Netherlands, 1997, p.206.

191) 김주수·김상용, 앞의 책, 289쪽.

192) Uniform Status of Children of Assisted Conception Act (2000) Section 1. 원문은 "Surrogate means an adult woman who enters into an agreement to bear a child conceived through assisted conception for intended parents"이라고 정의한다.

193) 2001년 제정 당시의 의사윤리지침 제56조 제1항. 2006년 개정 지침에는 정의규정이 없다.

194) 대리모계약형태가 대리모의 난자와 자궁을 모두 빌리는 경우와 자궁만을 빌리는 경우로 나눌 수 있다는 점에서 위의 정의가 이러한 모든 형태를 포함한다고 보기는 어렵다. 또한 우리나라에서는 성교로서도 이루어지는 형태가 있음을 고려한다면 정의 ②도 불완전하다.

195) 한웅길, "인공생식의학의 발전에 따른 사법상의 제 문제", 「Juris Forum」 창간호, 충북대학교 법학연구소, 1998, 101쪽.

196) 김민중, 앞의 논문(2002), 44쪽.

197) 회태모에 관하여 미국자유인권협회(American Civil Liberties Union)는 다음과 같이 정의하고 있다. 회태모란 '출산 후에 자에 대한 권리를 포기할 의도로서 다른 사람을 위하여 자를 회태하여 분만하는 것에 동의하는 여성을 말한다'(Larry Gostin, Surrogate Motherhood, Indiana University Press, 1990, p.293; 이창상, "대리모계약의 논란과 법적 문제점", 「경성법학」 제14집 제2호, 경성대학교 법학연구소, 2005, 24쪽). 회태모라는 용어를 살펴보면 gestational이란 단어 자체가 임신과 관련된 언어로서 매우 중립적인 의미이다. 그러므로 체외수정을 받았는지 자궁과 난자를 같이 제공하였는지의 의미가 존재하지 않는다. 그러므로 대리모계약에서 독자적인 용어로 사용할 의의가 적으며 이러한 언어의 모호성으로 genetic mother와의 정의의 혼란 또는 중복이 생긴다.

198) 유전적 모란 대리출산 협정에서 태어나는 자의 법적 감호적 부모가 되기를 희망하는 의도를 가지고 유전물질, 즉 난자를 제공하는 여성(회태모) 외의 비익명 여성을 말한다(이창상, 위의 논문, 24쪽). 다만 이러한 유전적 모의 정의는 '회태모 이외'를 제거하고 회태모 정의 안에 유전적 모가 있는 것으로 평가하는 것이 보다 바람직할 것이다. 그러므로 회태모는 일반적인 정의이고, 회태모는 유전적 모와 자궁대리모로 나눌 수 있다고 본다. 대리모의 유형이란 점을 고려한다면 유전적 대리모(genetic surrogate mother)와

(Ersatzmutter)¹⁹⁹)가 있다.

대리모의 정의와 유형을 살펴보면 대리모는 부와 처 사이의 체외수정란을 착상하거나 부의 정자를 인공수정 혹은 자인수정을 하여 자를 인도목적으로 출산한 여성으로 정의할 수 있다. 그러므로 이러한 정의에 따라 대리모는 크게 유전적 대리모(genetic surrogate mother)²⁰⁰)와 자궁(출산)대리모(gestational surrogate mother)로 분류할 수 있다. 본 논문은 이러한 분류법에 따라 설명한다.

2. 대리모계약의 의의 및 법적 성질

대리모계약 역시 대리모 정의가 다양해짐에 따라 일의적으로 정의하기 어렵다. 특히 그 정의의 어려움은 대리모출산 형태의 다양성과도 관련되는데, 예를 들면 부부가 자신들의 정자와 난자를 체외수정시킨 후 대리모의 자궁에 착상시키는 경우, 남편의 정자와 제3의 여성(대리모 또는 난자제공자)의 난자를 체외수정시킨 후 대리모의 자궁에 착상시키는 경우 또는 대리모와 출산을 의뢰한 남성이 직접적인 성관계를 통하여 대리모의 임신을 유발하는 경우, 남편이 아닌 제3의 남성이 정자 제공자로서 정자를 제공하고 이것을 아내의 난자와 체외수정시킨 후 대리모의 자궁에 착상시키는 경우, 제3의 남성과 제3의 여성에게 정자와 난자를 모두 받아 체외수정시킨 후 대리모의 자궁에 착상시키는 경우가 있다. 위 네 가지 형태의 대리모 출산과정에서 셋째와 넷째 방식은 잘 이용되지 않고²⁰¹) 이러한 방식은 둘째 방식과 함께 ‘생명윤리 및 안전에 관한 법률’에 따라 정자와 난자의 상업적 매매가 금지됨으로써 어느 정도 법적 제재가 가능해졌다. 그러나 위 방식 중 가장 널리 이용되고 있는 첫째 방식인 자궁(출산)대리모에 대한 법적 규제는 현재 우리나라에서 찾아보기 어렵다.

자궁대리모(gestational surrogate mother)라고 정의하는 것이 타당할 것이다.

199) 처가 불임 때문에 부가 되기를 희망하는 남편의 정액을 사용하여 인공수정을 받을 의사가 있는 여성이 회태, 출산한 자를 그 불임부부에게 인도하는 경우, 그 여성을 대리모(Ersatzmutter)라 한다(이창상, 앞의 논문, 24쪽).

200) traditional surrogate mother라고도 하는데 자신의 부 이외의 자의 정자와 자신의 난자 간의 (체내 또는 체외)인공수정을 통해 자를 출산한다는 점에서 기존의 AID방식의 인공수정과 동일하나 그 자의 출산이 대리모와 그의 부를 위한 것이 아니라 오히려 정자제공자와 그 처를 위한 것이라는 점에서 AID와 목적이 다르다.

201) 셋째 방식은 동성부부인 경우를 거론할 수 있고 넷째 방식은 부부 둘 다 불임의 요인이 있는 경우를 생각해 볼 수 있다.

그렇다면 종래 대리모계약의 정의인 ‘제3자인 대리모의 자궁에 수정란을 착상 시켜 자를 출산하기 위하여 처를 대신하여 자를 낳아주는 대리모와 자를 원하는 부부 사이에 체결하는 계약’²⁰²⁾ 또는 ‘부부 중 처가 불임의 원인이 있는 경우에 제3의 여성으로 하여금 부의 자를 임신케 하여 인도해 줄 것을 내용으로 하는 계약’²⁰³⁾은 위의 다양한 대리모 출산형태를 포섭하기 어렵고 가능하지도 않다. 그러므로 대리모계약은 대리모 정의를 고려하여 ‘불임부부와 제3의 여성 간에 부와 처 사이의 체외수정란을 착상하거나 부의 정자를 인공수정 혹은 자인수정을 하여 자를 인도목적으로 출산하기로 하는 계약’으로 정의하는 것이 타당하다.

대리모계약은 대리모의 출생자 인도 의무, 대리모 측의 친권 포기, 자의 입양을 위한 의뢰부부의 사전 동의 등을 내용으로 하는데, 민법상 전형계약에는 직접 해당되지 아니하므로, 그 법적 성질을 어떻게 볼 것인가가 문제 된다.²⁰⁴⁾ 대리모 계약은 아이의 임신과 출산 및 출생자의 인도를 본질적인 요소로 하는 계약이므로 도급계약과 유사한 계약으로 보거나²⁰⁵⁾ 대리모의 자율적인 판단 아래 임신을 유지하고 출산하는 것이 보장된다는 점에서 민법상의 위임계약과 유사한 계약²⁰⁶⁾으로 볼 수 있다. 또한 대리모가 의뢰부부를 위하여 아이를 임신하여 출산하는 것을 일종의 노동력 제공이라고 본다면 고용계약에 유사한 성격을 가진다고 이해할 여지도 있다.²⁰⁷⁾ 여기에 더하여 혼합계약²⁰⁸⁾이라는 설도 있지만, 아이

202) 김민중, 앞의 논문(2002), 45쪽.

203) 구연창, “대리모계약의 세계적 동향”, 『저스티스』 제22권, 한국법학원, 1989, 119쪽; Lori B. Andrews, *New Conceptions*, St. Martin Press, 1984, p.197. 이러한 정의는 임신하는 과정이 의뢰자의 정자로 인공 수정하는 경우뿐만 아니라 성적 결합을 통하여 이루어지는 경우도 고려한 것으로 보인다. 성적 결합에 의한 대리모계약은 우리나라의 씨받이 풍습과 유사하다고 볼 수 있다. 소위 첩으로 두는 것이 아니라면 대리출산의 의미만을 두는 것인가란 문제가 있으나 현대사회에서 부부의 정조의무를 고려할 때 이와 같은 의미의 대리모계약 인정 여부는 더욱 복잡한 양상을 가진다. 다만 1985년 제정된 영국의 대리모계약법 제1조 제2항은 반드시 인공수정에 의한 대리모출산에 한정하지는 않았다(석 홍, “미혼모와 혼외자의 법리연구”, 영남대학교 대학원 박사학위논문, 1990, 130쪽).

204) 이러한 법적 성질에 대한 논의는 계약법이 비전형계약의 성립을 제한하지 아니한다는 것을 고려한다면 대리모계약의 성립요건으로 이어질 것이다. 그러나 더욱 중요한 논의의 의미는 이를 위임이나 도급, 고용의 성질을 가진 것으로 보면 가족법상의 법리를 적용하지 아니할 가능성이 커져 대리모계약의 유효성을 인정하기가 용이하다는 점에 있다. 그러므로 대리모계약의 성질을 그 유효성을 다루기 전에 살필 필요가 있다.

205) Medicus, *Das Fremde Kind(Komplikationen bei Leihmutterchaften)*, Jura 1986, S.302ff. (맹광호, 앞의 논문, 2005, 145쪽 재인용)

206) 구연창, “대리모계약의 법적 접근”, 『경희법학』 제23집, 경희대학교 법학연구소, 1988, 63쪽. 가족법상의 특수한 계약의 일종으로 보는 것이 타당하나 현행 계약법상의 위임계약에 가장 가까운 성질을 가진다고 한다; 엄동섭, “대리모계약”, 『저스티스』 제34권 6호, 한국법학원, 2001, 110쪽. 대리모계약은 무명계약이지만 위임계약에 가장 가깝다고 한다.

207) 맹광호, 앞의 논문(2005), 145쪽.

와 부모의 관계를 설정한다는 측면을 생각하고 가족법 원리의 적용이 필요하다는 점에서 가족법상의 특수한 계약²⁰⁹⁾으로 보는 것이 타당하다.²¹⁰⁾

3. 법률상의 모의 결정기준

인공생식기술을 예상할 수 없었던 시기에는 전통적인 가족법원리 즉 출산주의에 따라 법률상 모를 결정하는 것이 자의 법적 지위를 안정화하고 확실적인 기준을 제시할 수 있어서 그 타당성이 인정되었다. 그러나 새로운 생식기술을 통한 생산이 가능한 현대사회에서 과인 출산을 기준으로 모를 결정하는 것이 합리적인가에 대하여 의문을 가지는 견해가 있다. 즉 대리모 계약을 통하여 자의 인도를 둘러싼 당사자 간의 분쟁이 발생하는 것은 극히 드문 일²¹¹⁾이므로 출산주의에 따라 대리모를 법률상 모로 보고 의뢰부부는 입양부모의 지위만을 인정하는 것은 오히려 당사자의 의사를 무시하고 법률관계를 불안정하게 한다는 것이다.²¹²⁾ 특히 미국에서는 이러한 이유로 전통적인 가족법원리가 아닌 새로운 법률상의 모성결정기준을 제시하려는 시도가 있었는데, 이는 염색체기준설, 출산기준설, 의도기준설의 대립으로 나타났다.²¹³⁾ 법률상 모의 결정기준은 대리모계약을

208) 박동진, “대리모계약에 의한 출산과 그 법적 문제”, 「의료법학」 제3권 제1호, 대한의료법학회, 2002, 78-79쪽.

209) 특수한 계약설의 입장에서 미국 역시 대리모계약의 목적달성과 후일의 분쟁방지를 위하여 정교하고 엄격한 내용의 계약서를 작성하는 것이 보통이다. 이것은 달리 말하면 대리모계약의 유효성에 대한 법원의 명확한 통일된 견해가 현재까지 없다는 뜻이다. 대체로 널리 이용하고 있는 것은 두 가지 방식이다. 하나는 Brophy변호사에 의한 Kentucky방식이고 다른 하나는 Keane변호사에 의한 Michigan방식이다(N. Keane and D. Breo, *The Surrogate Mother*, Everest House, 1981, pp.270-298). 이러한 방식 중 친권종료절차에 중점을 두고 있는 방식이 Kentucky방식이고 부자확인소송절차에 중점을 두고 있는 것이 Michigan방식이다. Surrogate mother Contract agreement (Irving J. Sloan, *Law of adoption and surrogating parenting*, Oceana Publications, Inc., 1988, pp.111-120)는 친자관계에 관한 것 이외에 대리모에 지급될 보수, 임신 중 대리모의 건강 관리상의 준수 사항, 출산 후의 친자 감정 등에 관한 상세한 사항을 서면으로 요구하고 있음을 알 수 있다.

210) 다만 대리모계약의 그 유효성에 관하여는 제4장에서 다루기로 한다.

211) 미국에서 입양의 경우에는 자를 인도하기 전에 마음을 바꾸는 비율이 전체의 75%이나 대리모계약의 경우에는 전체 사안의 1% 정도에 불과하다고 한다(Katherine B. Lieber, “Selling the Womb: Can the Feminist Critique of Surrogacy Be Answered?”, 68 *Indiana Law Journal* 205, 1992, pp.215-216 참조).

212) 현소혜·김수정, “대리모계약의 효력”, 「법학연구」 제9권, 서울대학교 법과대학, 2002, 8쪽. 즉 대리모 계약 체결 시 부모가 되기를 원하는 부부의 헌법상 보호되는 사적 결정과 함께 자발적으로 대리모계약에 참여하려는 대리모의 결정 모두를 전혀 고려하지 아니하는 결과를 가져온다는 것이다(이인영, “대리모에서의 모성 결정에 관한 고찰”, 「연세 의료·과학기술과 법」 제2권 제1호, 연세대학교 법학연구원 의료·과학기술과 법 센터, 2011, 138쪽).

213) Colette Archer, “Scrambled Eggs: Defining Parenthood and Inheritance Rights Of Children Born

유효로 보든, 무효로 보든 인공생식방식에 의하는 경우에는 난자제공자와 출산한 자가 다를 수 있는 경우가 있다는 점에서 그 논의는 필요하므로 이를 살펴본다.

(1) 결정기준에 관한 견해

1) 염색체기준설

염색체기준설은 자신의 유전자를 지닌 자손을 가지려는 연망이 최근의 인공 수정기술이나 대리모계약체결의 형태로 나타났으므로 법률상 부모란 적어도 유전적 관련성이 있어야 한다고 주장한다. 또한 과거에는 출산한 모는 혈인적으로도 태어난 자와 동일하다고 할 것이나 인공수정기술의 발달로 현재는 출산모와 유전적 모를 구분할 수 있게 되었다고 한다. 즉 난자제공자와 출산한 자가 각 다른 경우에는 특별한 문제가 발생하므로 이를 달리 평가하기 위한 현대법적인 새로운 기준이 필요하다는 것이다. 염색체야말로 친자관계를 결정하는 데 있어 가장 중요한 요소라고 평가하고 출생한 자의 형질을 결정하는 것은 모의 유전자이며 출산은 이에 아무런 영향을 끼치지 아니한다고 한다.²¹⁴⁾ 따라서 유전적 대리모 계약에서는 난자제공자인 대리모의 이익이 우선하는 반면 자궁대리모의 경우에는 생물학적 모인 의뢰모의 이익이 우선하게 된다.²¹⁵⁾ 또한 유전적 형질을 가지지 아니하는 출산모에게 법률상의 모의 지위를 부여하고 보호하는 것은 오히려 여성의 성 역할을 정형화함으로써 남녀평등의 원칙에 반할 수도 있다는 주장

Of Reproductive Technology”, 3 Loyola Journal of Public Interest Law 152, 2002, p.152.

214) Brahams D, “The Hasty British Ban on Commercial Surrogacy”, 17 Hastings Center Report 16, 1987, pp.18-19.

215) Johnson v. Calvert 사건에서 캘리포니아 주 1심 법원은, Calvert 부부가 아이의 발생학적, 생물학적, 자연적 부모이므로 자궁대리모인 Johnson은 아이에 대한 부모의 권리를 가지지 못한다고 판시하였다. 즉 이는 법원이 자와 유전적 관계에 있는 의뢰인 모에게 법적인 모의 지위를 부여한 것으로, 출산모인 Johnson은 유전적으로 동일성이 없는 타인이라는 것이다. 이러한 판단의 근거에는 적어도 의뢰인 부부와 대리모인 출산모 사이에 자의 출생 후에 자를 유전적 부모에게 인도할 것을 합의한 사정도 고려하였을 것이다(재판부는 이를 자의 복리 원칙의 합치문제로 평가한 바는 있다). 동 사안에 관한 캘리포니아 항소법원 또한 “친자법상 출산모는 법률상 모가 아니므로 그녀는 자와의 관계에 있어 헌법상 자유권적 이익을 누릴 수 없다.”라고 판시한 뒤, “Civil Code 제7014조의 부성에 관하여 혈액검사를 요구하는 규정은 유전적 관계가 전혀 없는 출산모에게도 적용되는 것이며, 부자관계에 있어서는 유전적 관계를 살피면서 모자관계에는 이에 의하지 아니하는 것은 성에 대한 차별이다.”라고까지 하여 유전자적인 기준을 분명히 하였다. 이러한 항소심 판결에 대하여는 대리모계약을 체결하려는 의뢰인 부부의 권리는 옹호되지만 그로 인한 대리모계약의 확산을 우려하고 출산모가 처음부터 임신을 통하여 태아와 심리적, 사회적 관계를 형성하여 자의 출산에 긴요하게 참여하고 있는 점이 간과되었다는 비판이 있다(김혜숙, “미국과 한국에 있어서의 체외수정의 문제점”, 「가족법연구」 제7호, 한국가족법학회, 1993, 314쪽).

을 한다.²¹⁶⁾

2) 출산기준설

출산기준설은 출산모를 전통적인 가족법원리에 따라 자의 법률상 모로 인정한다. 모는 자를 임신하여 10개월간 태교를 한 다음 출산하므로 모자관계는 출산으로 확정된다는 것이다. 특히 “모는 항상 확실하다(mater semper certa est)”라는 근본원칙은 인공수정이 발달한 현재에도 여전히 그 의미의 변화는 없으며 다른 예외는 인정하지 않는다. 따라서 유전적 대리모뿐만 아니라 모자간에 유전적 관련성이 전혀 없는 자궁대리모도 출산하였다는 사실만으로 법률상 모로 인정한다.²¹⁷⁾ 미국의 경우 출산모의 남편을 자의 부로 추정하고 있는 주가 많은데 이것은 출산기준설에 따른다는 의미로 해석할 수 있다.²¹⁸⁾ 출산기준설의 가장 강력한 논거는 임신기간 동안 출산모와 자간에 특별한 유대감이 형성된다는 것이다.²¹⁹⁾ 특히 뉴욕대 교수인 Barbara Katz Rothman는, 출산모는 자와의 신체적, 사회적 관계 때문에 난자제공자인 의뢰모에 우선하여 법률상 모로 인정되어야 하고, 난자제공자를 모로 하는 것은 자궁에서 시작된 사회적 관계를 무시하는 것이 된다고 한다.²²⁰⁾ 또한 여성상품화 및 여성착취의 위험방지를 위해 자궁대리모를 보호하는 것은 당연하다고 한다.²²¹⁾

216) 엄색체 기준설은 엄색체에 따라 모의 지위를 정하면 자궁대리모는 원칙적으로 출생한 자의 모가 아니므로 계약을 강제하더라도 유아매매의 위험이 없는 반면, 유전적 대리모는 법률상 모의 지위를 가지므로 대리모계약을 강제할 수 없다. 따라서 의뢰모가 아이를 인도받기 위해서는 입양의 절차를 거치게 된다. 이 과정에서 대리모의 모권은 보호받을 수 있으므로 가족법관계에 이질적인 계약법 원리가 적용되는 것을 피할 수 있고 자의 복리에도 합치되며 부모의 의미에 관한 사회통념과도 부합한다고 한다(Herbert T. Krimmel, “The Case Against Surrogate Parenting”, 13 Hastings Center Report 35, 1983, p.38).

217) 吉田邦彦, 前掲論文, 70-71 面. 우리 대법원 또한 모자관계는 출산이라는 사실로 확정한다. 대법원은, “혼인 외 출생자와 모와의 모자관계는 출생이라는 사실로 발생하기 때문에 부친의 경우와는 달리 원칙적으로 인지의 필요가 없고..”라고 판시한 바가 있다(대법원 1966. 4. 26. 선고 66다214 판결).

218) 특히 아칸소 주법 34-721(B), 34-721(A)를 살필 수 있겠다(U.S. Congress, Office of Technology Assessment, Infertility: Medical and Social Choice, 1988, p.282).

219) Pamela Laufer-Ukeles, Approaching Surrogate Motherhood: Reconsidering Difference, 26 Vermont Law Review 407, 2002, pp.442-446. 일단 유대감이 형성된 대리모와 자의 관계를 계약에 근거하여 부정하는 것은 대리모의 이익뿐만 아니라 자의 이익에도 반한다고 한다.

220) 김혜숙, 앞의 논문, 312쪽.

221) Nicole M. Healy, “Beyond Surrogacy: Gestational Parenting Agreements Under California Law”, 1 UCLA Women’s Law Journal 89, 1991, pp.102-120. 출산모와 자간의 유대감 개념의 모호성에 대한 지적으로는 John Lawrence Hill, “What Does It Mean To Be A Parent?-The Claims of Biology As The Basis For Parental Rights”, 66 New York University Law Review 353, 1991, pp.399-405.

3) 의도기준설

의도기준설은 부모와 자 관계의 핵심은 생물학적 연관성이 아니라 자녀를 출생케 하려는 의도라고 한다. 먼저 대리모나 정자, 난자 기증자도 자의 출생에 일정한 역할을 담당한 점은 인정한다. 그러나 이들이 대리모계약을 거절하더라도 이들의 역할은 다른 사람에 의하여 대체할 수 있는데 반하여, 의뢰모의 의도가 없었다면 자의 출생은 불가능하다는 점을 강조한다.²²²⁾ 의뢰모가 대리모의 계약 이행을 신뢰한 이상 그 신뢰는 보호받을 가치가 있고 대리모로서도 계약이 이행 되어야만 하는 것임을 인식하였다면 자에 대한 애정을 억제할 것이므로 대리모보다 의뢰모의 의도가 중요하다는 것이다. 의도기준의 시기에 관하여는 출산 당시가 아니라 임신 당시를 기준으로 법률상 모를 결정하는 것이 자의 안정적 지위 확보를 위하여 바람직하다고 한다.²²³⁾

(2) 검토

미국 Virginia 주법처럼 단순한 자궁제공자로서의 자궁대리모와 난자와 자궁을 동시에 제공하는 유전적 대리모를 구별하여, 자궁대리모계약에서는 출산모를 법률상 모로 인정하고, 다만 의뢰부부가 법원이 승인한 대리모계약을 체결하는 경우에는 의뢰모의 의사를 존중하여 의뢰모를 법률상 모로 인정하는 예외적 규정을 두어 각 사안에 따라 달리 적용기준을 두는 법안도 있다.²²⁴⁾ 이러한 입법형태와 이론대립에 대한 고민으로 출산이나 유전적 요인 모두에 그 중요성을 인정하여, 두 기준을 조화롭게 연결하는 것이 자의 복리에 적합하다는 이유로, 유전적·혈연적 관계만이 있는 의뢰모는 출산에 개입하지 아니하였으므로 양모에 준하는 지위를 인정하고, 출산모인 대리모는 생모의 지위를 인정하는 제도적 장치의 필요성을 역설하는 주장도 있다.²²⁵⁾

222) 青木勢津子, “人工授精子·体外受精子の父母は誰か”, 「立法と調査」 146号, 参議院事務局企画調整室, 1988, 22-27面.

223) Richard F. Storrow, “Parenthood By Pure Intention: Assisted Reproduction And The Functional Approach To Parentage”, 53 Hastings Law Journal 597, 2002, pp.603-622.

224) VA. CODE ANN. 20-158(D)-(E)(Supp. 1991); 미국법이 아직도 대리모 부분을 포함한 인공수정과 관련된 문제를 분석하는 초기 단계에 있다고 평가하는 견해로는, Michael J. Broyde, “The Establishment of Maternity and Paternity in Jewish and American Law”, 3 National Jewish Law Review 117, 1988, pp.117-158.

그러나 모자관계의 기준을 다소 기술적인 부분을 고려하여 결정하기는 어렵고, 가족법의 특성상 명확한 기준을 제시하는 것이 필요하다는 점에서 일의적인 판단 기준이 요구된다. 위 학설들을 살펴보면 염색체기준설은 아이의 출산을 하는 여성의 특수성을 무시하고 유전의 인속성에 중심을 두는 가부장제에 오히려 봉사하는 약점을 가지고 있고, 의도기준설은 출산모의 자에 대한 애정을 인위적으로 억제하거나 그 가치를 평가절하하는 결과를 가져와 우리 사회에 가치에 비추어 윤리적이라고 할 수 없다. 또한 인공생식기술이 발달하였다고 하더라도 우리 법상의 모의 결정기준인 출산기준설은 여전히 의미가 있는데, 특히 부자관계 결정기준으로서 부가 되려는 의사의 중요성 문제 논의와는 달리 여성 인권적인 측면이 고려되어야 할 것이다.²²⁵⁾ 따라서 출산모의 자에 대한 사회적인 인대감 등을 고려한다면 법해석관점에서 출산기준설이 가장 타당하다. 이것은 앞서 살펴 보았듯이 대리모를 임신을 위한 도구로 사용하는 가장 전형적인 방법이 자궁 임대 즉, 자궁대리모인 점에서 이러한 자궁대리모계약에 있어서도 논리적으로 일관성 있는 기준이 된다.

225) 최성배, “대리모에 관한 법적 고찰”, 『사법논집』 제29집, 법원도서관, 1998, 515쪽.

226) AID에 따른 부자관계가 생물학적인 요소를 배제한 의사기준설로 귀결되고 있다는 이유로 모자관계에 있어서도 이와 같은 취지인 의도기준설에 따라 규율할 것을 고려해 볼 필요가 있다는 주장도 있다(윤우일, “대리모계약에 기해 출생한 자의 친자관계 결정기준”, 『경희법학』 제47권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2012, 287쪽).

제3장 인공생식에 관한 주요 국가의 입법례와 판례 동향

비교법적인 고찰로 미국을 비롯한 5개의 주요 국가에 한정하여 본 논문 주제와 관련한 입법례와 대표적인 판례를 검토해 본다.

제1절 미국

미국은 1964년 조지아주에서 인공생식에 관한 법안이 최초로 통과된 이후, 여러 주에서 인공생식 관련법을 제정하게 되었는데, 1973년에 이르러 통일법전국 위원협의회(the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws)는 통일친자법(the Uniform Parentage Act)을 입법하였다. 통일친자법은 친자관계나 유아양육 등에 획기적인 전환을 가져왔다.²²⁷⁾ 또한 미국은 1976년 의회의 정자를 대리모의 난자에 인공수정하는 방법을 처음으로 시행한 이후, 의회인 부부의 정자와 난자를 제외수정하여 대리모 자궁에 착상시키는 방법까지 1986년에 성공하자 대리모에 따른 출산이 상당히 이루어지게 되었다.²²⁸⁾ 이러한

227) 자세한 내용은 이화숙, “2002년 미국 통일친자법 제정의 의미와 그 내용”, 「가족법연구」 제17권 제1호, 한국가족법학회, 2003.

228) 대리모계약의 유효성에 관한 주대법원 판례로는 Stern v. Whitehead(일명 Baby M 사건)이 있다. 동 사건의 개요 및 그 판결 내용(Susan Markens, Surrogate motherhood and the Politics of Reproduction, University of California Press, 2007, pp.3-6 참조)은 다음과 같다. 대리모계약에 따라 불임 가정의 남편인 Mr. Stern으로부터 정자를 인공수정 받아 아이(Baby M)를 출산한 대리모 Mrs. Whitehead가 출산 후 아이의 인도를 거부함에 따라 Mr. Stern이 대리모계약의 이행을 청구한 사건이다. 먼저 1심 법원인 New Jersey Superior Court는 대리모계약의 유효성을 인정하였다. 법원의 Mr. Stern의 청구 인용에 따라 Mrs. Whitehead의 Baby M에 대한 친권은 종료되었고, Mr. Stern에게 Baby M에 대한 감호권이 이전되어 Mrs. Stern의 입양을 인정하였다. 이에 대리모인 Mrs. Whitehead가 뉴저지 주 대법원에 상소하였으며 주 대법원은 1심판결과는 달리 이 사건의 대리모계약은 주의 법률과 공서양속에 반하는 것으로 무효라고 판시하였고 이에 따라 대리모 Mrs. Whitehead의 친권 포기과 Mr. Stern의 아내인 Mrs. Stern에 의한 Baby M의 입양은 모두 무효임을 판시함으로써 대리모인 Mrs. Whitehead에게 Baby M의 모의 지위를 인정하였다. 다만 주 대법원은 Baby M의 부와 모로 인정된 Mr. Stern과 Mrs. Whitehead 중 어느 쪽에 Baby M의 감호권을 인정할 것인가에 관하여 ‘아이의 최선의 이익(the best interest of child)’이라는 기준을 적용하여 Mr. Stern에게 Baby M에 대한 감호권을 인정하였다. 대법원은 양쪽 가정의 경제적 형편과 가정 사정, 각자의 성격 등을 비교하여 볼 때 Mr. Stern에게 Baby M에 대한 감호권을 인정하는 것이 baby M의 최선의 이익에 적합하다고 판단하였다. 다만 Mrs. Whitehead에게는 방해받지 않는 방문권을 부여하였다. 이를 살펴보면 대리모계약은 기본적으로 뉴저지 주법과 공공정책에 반하여 효력이 없음을 말하고 있으나, 대리모계약의 유효성과는 별론으로 자의 복리 기준으로 감호권을 행사할 자를 정한 것에 그 의의가 있다. 동 판결에 대한 여성주의적 입장에서의 평가는 Beth Kiyoko

이유로 미국은 1988년 통일법전국위원회에서 ‘보조적 임신에 따른 자의 지위에 관한 통일법(Uniform Status of Children of Assisted Conception Act)’을 제정하여 대리모계약을 자세히 규율하게 되었다. 미국은 2009년 인간복제금지법(Human Cloning Prohibition Act of 2009)을 비롯한 줄기세포 관련법도 제정한 바 있으나, 본 논문에서 논하는 민법상 쟁점은 앞서 살펴본 두 가지 법률이 주로 다루고 있다고 할 것이다.

주요 입법 내용을 살펴보면, 2002년 개정된 미국의 통일친자법은 사망한 배우자가 생전에 서면으로 동의하면 사후수정으로 출생한 자녀의 아버지가 된다고 규정하였다.²²⁹⁾ 즉 미국은 사후수정을 조건적으로 인정하는 태도이다.²³⁰⁾ 그러나 이러한 사후수정을 통하여 태어난 자에 대한 상속권 등 그 법적 지위에 관하여는 여전히 논의가 진행 중이다. 특히 인방대법원은 *Astrue v. Capato* 사건²³¹⁾을 통하여 사회보장국이 사후수정자에 유족이행금의 수급자격을 인정하지 아니한 해

Jamieson, *Real Choice: feminism, freedom, and the limits of law*, The Pennsylvania State University, 2001, pp.124-127 참조; Chief Justice였던 Wilentz의 견해는 *New Jersey Supreme Court, Excerpts From the New Jersey Supreme Court In the Case of baby M*, in Gostin, ed., *Surrogate Motherhood*, Appendix I, p.253 참조.

229) “If a spouse dies before placement of eggs, sperm, or embryos, the deceased spouse is not a parent of the resulting child unless the deceased spouse consented in a record that if assisted reproduction were to occur after death, the deceased spouse would be a parent of the child(배우자가 난자, 정자 또는 배아의 착상 전에 사망한 경우, 그가 인공생식이 사망 후에 이루어져도 아이의 부모가 되리라는 것을 서면으로 동의하지 아니하는 한 태어난 자의 부모가 될 수 없다).” *Uniform Parentage Act §707*, 2000 (amended 2002).

230) 자세한 논의는 서중희, “사후포태에 의하여 출생한 자의 법적지위에 관한 미국의 동향: *Astrue v. Capato*, 132 S. Ct. 2021(2012) 판결을 중심으로”, 「법학논총」 제27권, 국민대학교 법학연구소, 2014.

231) *Astrue v. Capato*, 132 S. Ct. 2021(2012); 동 사건의 개요 및 그 판결 내용(서중희, 위의 논문, 88-90 쪽 참조)은 다음과 같다. *Capato* 부부의 남편인 로버트(Robert)는 1999년 5월 결혼한 후, 얼마 지나지 않아서 식도암 진단을 받고 화학요법을 받게 되었다. 부부는 자녀를 낳기를 원했기에 불임이 될 가능성이 큰 화학요법 치료에 앞서 로버트의 정자를 냉동보존하였다. 로버트의 치료요법 강도가 높았음에도 처 카렌(Karen)은 치료 중에 자연임신을 하여 2001년 8월 자를 출산하였다. 부부는 아들에게 형제를 만들어 주고 싶었으나, 로버트는 2002년 3월 사망하였다. 로버트는 사망 전 플로리다 주에서 유언을 작성하였으며, 카렌 사이의 아들과 전처로부터 태어난 두 명의 자녀를 수증자로 지정하였다. 부부는 장래에 태어날 아이를 다른 아이들과 동순위로 하고 싶다는 취지를 변호사에게 말하였으나, 유언에는 로버트 사후에 임신한 아이에 대한 설시는 없었다. 카렌은 로버트의 사망 후 사후수정을 통하여 쌍둥이를 출산하였다. 이후 카렌은 쌍둥이를 위하여 사회보장유족이행금을 신청하였으나, 사회보장국이 이를 각하하였고, 행정법심판관과 연방지방법판소는 이러한 신청각하판단을 지지하였다. 반면 항소심인 미합중국 제3순회구 항소재판소는 미합중국법전 제42편 사회보장법 제416(e)가 ‘자’를 ‘피보험자의 자 또는 법적인 양자’로 정의하고 있으므로, 카렌이 낳은 쌍둥이는 피보험자인 로버트의 생물학적인 자가 분명하므로 플로리다주의 무유언 상속법에서의 상속능력 여부와 관계없이 유족이행금의 수급자격을 가진다고 하며 연방지방법판소 판결을 일부 파기하였다. 이에 관하여 연방대법원은, 플로리다 주법이 피보험자로부터의 무유언상속을 인정하지 아니한다는 이유로 사후수정자의 유족이행금의 수급자격을 부정한 사회보장국의 사회보장법 해석은 유일한 합리적인 해석은 아니라고 하더라도 최소한 허용되는 해석이라고 판시하면서, 사후수정자에게 유족이행금의 수급자격을 인정하지 아니한 사회보장국의 사회보장법 해석은 미합중국헌법의 평등조항에 위반하지 아니한다고 판결하였다.

석이 미합중국헌법의 평등조항에 위반하지 아니한다고 판결하였는데, 동 판결에 대하여 사후수정자의 상속권 등에 관한 복직론적 해석이 필요하다는 이유로 비판적인 견해가 있다.²³²⁾ 미국 대부분 주는 체외수정을 제한적인 형태로 허용하고 있는데, 미국 텍사스 주법 또한 체외수정은 최소한 인속적인 5년 이상 기간 불임 이력을 가진 환자와 그 배우자가 다른 불임치료로는 너는 임신할 수 없는 경우 당사자의 생식체인 정자와 난자만으로 할 수 있다고 규정하고 있다. 또한 통일친자법은 모자관계는 출산에 따라 성립하는 것으로 규정²³³⁾하고, 부가 처의 인공생식 등에 동의하였다면 부는 출생한 자의 부가 되며, 정자제공자는 출생한 자의 부가 되지 아니함을 분명히 하였다.²³⁴⁾

미국 대부분 주는 체외 배아의 법적 지위에 관하여 규정하고 있지 아니하다. 다만 Louisiana 주법은 수정란을 법률상 인격을 갖춘 민사법상의 지위를 인정하고, 관할법원은 체외수정을 시술한 자나 그 상속인 또는 담당의사가 소송을 제기

232) 서종희, 위의 논문, 95-102쪽.

233) 동법 제2장 제201조 제(a)항 (1). 다만 유효한 대리모계약의 경우에는 의뢰인 부부의 자가 될 여지도 있다(동법 제8장 제801조 이하). 이러한 통일친자법 규정에 따른 대리모계약의 모 결정에 관한 사안으로는 Johnson v. Calvert 사건이 있다. 동 사건의 개요 및 그 판결 내용(Johnson v Calvert, 5 Cal. 4th 84, 1993)은 다음과 같다.

Mrs. Calvert는 자궁적출수술을 받았으나 난자를 생산할 수 있는 여성인데, 대리모 Anna Johnson과 자신의 난자와 남편인 Mr. Calvert의 정자를 체외 수정하여 만들어진 배아를 Anna Johnson의 자궁에 이식한 뒤 아이를 출산하게 되면 Johnson은 그 아이에 대한 모든 친권을 포기하고 아이를 Calvert 부부에게 인도하기로 하는 내용의 대리모계약을 체결하였다. Johnson은 대리모계약의 이행 대가로 1만 달러를 받기로 약정하였으나 아이를 출산한 뒤 그 인도를 거부하여 소송이 제기되었다.

캘리포니아 주 1심 법원은, Calvert 부부가 아이의 발생학적, 생물학적, 자연적 부모이므로 Johnson은 아이에 대한 부모의 권리를 가지지 못하며, 이 사건 대리모계약은 적법하고 Johnson의 인도 거부에도 불구하고 강제이행이 가능하다고 판시하였다. 항소심 역시 같은 결론을 유지하였다.

그러나 상고심인 캘리포니아 주 대법원은 1심과 항소심의 결론을 같이 하면서도 그 근거를 달리했는데 주 대법원은 우선, Johnson은 아이를 출산한 점, Mrs. Calvert는 난자를 제공함으로써 아이와 발생학적으로 관련을 맺고 있기 때문에 두 여성 모두 Uniform Parentage Act가 규정하는 모자관계의 증거(natural mother에 대하여 'established by proof of her having given birth to the child'라고 규정하고 있다)를 제시하고 있다고 판단한 뒤, 다만 캘리포니아 법은 한 아이에게 한 명의 어머니만을 인정하고 있으므로 두 여성 모두 인용 가능한 모자관계에 관한 증거를 제출한 이 경우에는, 대리모계약에 따른 당사자들의 의도를 탐구하여야만 모를 확정할 수 있다고 판시하였다.

이에 따라 대리모계약에 따른 당사자들의 의도를 살펴보면, Calvert 부부의 의도는 Johnson을 통하여 아이를 출산하는 것이지 Calvert 부부의 배아를 Johnson에게 기증하는 것이 아니며, Johnson이 사후에 변심한 것이 Mrs. Calvert가 그 아이의 어머니라는 결론을 무효화시키는 근거가 되지 못한다고 판단하였다. 결국, Mrs. Calvert가 아이를 키우고자 의도한 여성인 어머니라고 판시하였다.

대리모계약의 효력을 인정한 부분이나 모권결정의 방법에 있어서 Baby M. 사건의 판결 결과와 비교할 수 있으나, 각각 유전적 대리모와 자궁대리모의 경우로 사안이 다르므로 동일하게 평가하여서는 곤란하다.

동 판결에 대한 보다 자세한 설명은 Jamieson, Beth Kiyoko, 앞의 책, pp.142-144; Brent Parker Smith, "Anna J. v Mark C.: Proof of the Imminent Need for Surrogate Motherhood Regulation", 30 Journal of Family Law 493, 1992, pp.493-517.

234) 동법 제7장 제702조, 제703조.

하는 경우 체외수정란 자체의 권리를 보호하기 위하여 그 후견인을 임명할 수 있다는 규정²³⁵⁾을 두고 있는데, 뉴멕시코 주법²³⁶⁾ 또한 모체로 이식된 배아는 사람으로 다루고 있지만 이식 전 배아는 법률상의 사람으로 인정할 수 없다는 뜻의 규정을 두고 있다.²³⁷⁾ 그러므로 체외 배아에 관한 대부분의 논의는 확설과 판례에 집중된다고 보아야 할 것이다. 특히 미국에서의 체외 배아 본질에 관한 논의는 인구 목적으로 생성된 체외 배아를 무엇으로 평가하여 다룰 것이냐인데, 이에 관하여 ‘인간성 인정설’은 체외 배아는 인간이므로 인격이 있는 존재로 권리 능력에 따른 착상할 기회가 있다고 하며, 따라서 이러한 착상에 해가 될 수 있는 수정란 조사, 냉동 보존, 폐기 등 인구 목적에 따른 조치는 금지된다고 주장한다.²³⁸⁾ 반면 ‘물건성 인정설’은 체외 배아는 인간에게 분리된 신체조직과 마찬가지로 물건의 성격이 있다는 견해로, 정당한 처분권자의 동의가 있다면 배아의 폐기, 연구 및 실험, 냉동보존 등의 행위는 제한 없이 허용된다는 것이다.²³⁹⁾ 또한

235) Louisiana Revised Statutes TITLE 9:124·126

§124. Legal status

“As a juridical person, the in vitro fertilized human ovum shall be given an identification by the medical facility for use within the medical facility which entitles such ovum to sue or be sued. The confidentiality of the in vitro fertilization patient shall be maintained(체외수정란은 이를 사용한 의료기관 측과의 소송에서 하나의 법인격체로 다루어져야 한다. 다만 체외수정시술자의 익명성은 유지되어야 한다).”

§126. Ownership

“An in vitro fertilized human ovum is a biological human being which is not the property of the physician which acts as an agent of fertilization, or the facility which employs him or the donors of the sperm and ovum. If the in vitro fertilization patients express their identity, then their rights as parents as provided under the Louisiana Civil Code will be preserved. If the in vitro fertilization patients fail to express their identity, then the physician shall be deemed to be temporary guardian of the in vitro fertilized human ovum until adoptive implantation can occur. A court in the parish where the in vitro fertilized ovum is located may appoint a curator, upon motion of the in vitro fertilization patients, their heirs, or physicians who caused in vitro fertilization to be performed, to protect the in vitro fertilized human ovum's rights(체외수정란은 담당의사나 그를 고용한 의료기관, 생식체 제공자의 소유가 아닌 생물학적 인간이다. 체외수정시술자가 자신의 신원을 드러낼 경우에는 루이지애나 민법에 따른 부모로서의 권리가 보전될 것이다. 다만 체외수정시술자가 신원을 나타내지 아니할 경우에는 착상이 이루어질 때까지 임시보호자로 간주될 뿐이다. 체외수정란이 위치한 관할법원은 체외수정을 시술한 자나 그 상속인 또는 담당의사가 소송을 제기하는 경우 체외수정란 자체의 권리를 보호하기 위하여 그 후견인을 임명할 수 있다).”

236) N.M. STAT. ANN. § 24-9A-1(D) (2000).

237) Cynthia Reilly, “Constitutional Limits on New Mexico's In Vitro Fertilization Law”, 24 New Mexico Law Review 125, 1994, pp.137-138.

238) Krimmel HT/Foley MJ, “Abortion: An Inspection into the Nature of Human Life and the Potential Consequences of Legalizing Its Destruction”, 46 Cincinnati Law Review 725, 1977, pp.756-757.

239) Robertson JA, “Embryo, Family and Procreative Liberty”, 59 South California Law Review 939, 1986, pp.939-997; Coleman J, “Playing God or Playing Scientist: A Constitutional Analysis of State Laws Banning Embryological Procedures”, 27 Pacific Law Journal 1331, 1996, p.1342.

모체 내 이식 전의 체외 배아는 인간의 분리된 신체 조직보다는 존중되어야 하겠지만 실제 인간의 권리를 그대로 부여하기는 어렵다는 견해가 절충설²⁴⁰⁾로, 앞으로 인간이 될 수 있는 잠재성이 있는지를 인간성 인정의 기준으로 본다. 미국 법원은 *Del zio v. Presbyterian Hospital* 사건²⁴¹⁾을 통하여 수정란 파괴문제를 최초로 다룬 이래, *Davis v. Davis* 사건²⁴²⁾에서 초기 배아는 ‘사람’도 아니고 ‘물

240) G. J. Annas/S. Elias, 앞의 논문, p. 210.

241) *Del zio v. Presbyterian Hospital*, No. 74 Civ. 3588(CES) 1978 U.S. Dist. LEXIS 14450; 동 사건의 개요 및 그 판결 내용은 다음과 같다. 델 지오 부부(John E. Del Zio와 Doris Del Zio)는 1973년 9월 12일 프레스바이테리안 병원에서 뉴욕병원의 윌리엄 스위니(William Sweeney)와 프레스바이테리안 병원의 IVF 전문가인 랜드럼 셰틀러(Landrum Shettles)의 공동 주재로 IVF시술을 받았다. 그러나 시술받은 하루 뒤인 그 다음날 아침 산부인과 주임교수인 밴드 윌(Raymond L. Vande Wiele)이 시험관 안의 수정란을 없애도록 지시하였다. 사건 당일 오후에는 공동시술자였던 윌박사와 스위니 박사도 모두 이 사실을 알게 되었다. 주임교수인 윌이 수정란을 없애도록 한 이유는 IVF시술의 안정성뿐만 아니라 공동시술자들의 시술 능력에 관한 의심 때문이었다. 이에 원고인 델 지오 부부는 수정란을 재산으로 보고 그 횡령과 횡령으로 인한 정신적 손해배상을 청구하였다. 즉 원고들조차 수정란을 물건 또는 재물로 다룬 측면이 있어 재판부가 수정란 등의 지위에 관하여 정면으로 판단하고 있지 아니하였지만(Rao R, “PROPERTY, PRIVACY, AND THE HUMAN BODY”, 80 Boston Law Review 359, 2000, p.359), 수정란의 파괴를 거의 최초로 다룬 판결이다. 결국 이 사건은 델 지오 부부의 정신적 피해에 대한 보상을 인정하였다.

242) *Davis v. Davis* 842 S.W.2d 588(Tenn. 1992); 동 사건의 개요 및 그 판결 내용은 다음과 같다. 메리 수(Mary Sue)는 1979년 열여덟의 나이로 주니어 루이스 데이비스(Junior Lewis Davis)와 결혼하여 4년 여 만에 걸쳐 임신하고자 노력하였다. 그녀는 5번이나 임신을 하였지만, 그 임신은 모두 자궁외임신이었고 결국 나팔관을 파열시키는 결과로 이르게 되었다. 이 때문에 메리 수는 불임이 되었고, IVF시술을 결심하게 되었다. 그녀는 먼저 녹스빌에 있는 이스턴 테네시 불임센터의 레이 킹(Ray King) 박사의 프로그램에 참여하였지만, 실패를 거듭하자 킹 박사가 새롭게 고안한 냉동보존법을 시도하게 되었다. 시술 과정은 다음과 같았는데, 27세의 메리 수로부터 1988년 12월 일곱 개의 난자를 추출하고 남편의 정자와 수정하였다. 동 배아는 시험관 내에서 세포를 확장하여 나갔는데, 그 중 두 배아만 메리 수의 자궁에 착상시키고 나머지는 냉동시켰다. 그런데 이번에도 자궁착상은 실패하였다. 위 부부는 두 달 후 1989년 2월 별거를 시작하였고, 남편인 주니어 루이스는 이혼을 청구하였다. 이혼소송에서는 냉동되었던 배아의 처리문제가 논의되었는데, 메리 수는 임신목적으로 배아를 이용하고자 하는 의사가 있었다(Dan Fabricant, “International Law Revisited: Davis v. Davis and the Need for Coherent Policy on the Status of The Embryo”, 6 Connecticut Journal of International Law 173, 1990, pp.173-174). 그러나 주니어 루이스는 이혼하려는 메리 수에게서 자신의 아이가 생기는 것을 원하지 않았다. 즉 주니어 루이스는 부가 되기를 원하지 않았고, 그의 동의 없이 이루어진 메리 수의 임신은 그의 “생식의 권리”에 대한 침해라고 주장하였다. 1심 법원은 배아가 물건이 아니고, 사람이라는 것을 전제로 양육권의 분쟁과 유사하게 판단하였다. 즉 ‘자녀의 이익에 대한 최선’이라는 기준에 따라 배아 자체가 태어날 것을 원할 것으로 추정된다고 결론을 내리고, 메리 수가 임신의 권리를 가진다고 평가하였다.

주니어 루이스는 1심 판결에 항소하였고, 고등법원은 이와 반대되는 판결을 하였다. 항소심 소송 중에 당사자의 상황 변화가 발생하였다. 메리 수는 다른 이와 재혼하였고, 더는 냉동한 배아를 통한 임신을 원하지 아니하였다. 다만 동 배아가 다른 불임부부에게 기증되기를 원하였다. 그렇다면 폐소할 경우 가장 심한 고통을 받게 되는 사람은 자신의 의지에 반하여 부가 될 수 있는 주니어 루이스이므로 이를 좀 더 살피게 되었다. 결국 항소심은 원고인 주니어 루이스는 아이를 가지지 아니할 헌법상의 권리를 가지며, 어느 일방의 의사에 반하여 임신을 시키는 것에 어떠한 공공의 이익도 없다고 판단하였다.

메리 수는 이에 불복하여 테네시주 대법원에 상고하였다. 대법원은 항소심 판단을 그대로 유지하였다. 주 대법원은 주니어 루이스의 부가 되지 아니할 이익이 메리 수의 다른 사람에게 기증하고자 하는 이익보다 우월하다고 판시하면서, 병원이 통상적인 절차에 따라 냉동 보존된 배아를 처리하도록 하였다.

동 판결은 배아의 지위에 관하여 판시 이유에서 설명하고 있는데, 그 지위는 미국불임학회가 정한 윤리적 기준에 따르고 있는 것으로 평가된다(Les A. McCrimmon, “GAMETES, EMBRYOS AND THE LIFE IN BEING: THE IMPACT OF REPRODUCTIVE TECHNOLOGY ON THE RULE AGAINST PERPETUITIES”, American Bar Association, 34 Real Property, Probate and Trust Journal 697,

건'도 아니지만, 인간 생명으로 발전할 가능성 때문에 특별한 보호를 받아야 하는 지위에 있다는 견해를 밝혔다. 그 뒤 배아에 관한 소유 개념 적용을 회피한 York v. Jones 사건²⁴³), 그렇다고 배아를 인간으로 볼 수는 없다는 Kass v. Kass 사건²⁴⁴) 등 일련의 판시를 하였는데, 이는 일반적으로 미국 대법원이 전충

2000, p.698). 재판부는 "엄격하게 말하자면, 초기 배아는 '사람'도 아니고 '물건'도 아니지만, 인간 생명으로 발전할 가능성 때문에 특별한 보호를 받아야 하는 지위에 있다."라고 판시하였다.

243) York v. Jones, 717 F. Supp 421 (E.D. Va. 1989); 동 사건의 개요 및 그 판결 내용은 다음과 같다. 스티븐 요크(Steven York)와 리사 아들러 요크(Risa Adler York)부부는 자연적인 방법으로는 아이를 가질 수가 없어서 정상적인 방법으로는 아이를 가질 수가 없어서 IVF 기술을 결정하였다. 요크부부는 1986년 버지니아주 노포크(Norfolk)에 있는 존스 병원(THE HOWARD AND GEORGEANNA JONES INSTITUTE FOR REPRODUCTIVE MEDICINE)의 불임치료 프로그램에 참여하면서, 병원이 제시한 '배아냉동에 관한 동의서'에 서명하였다. 동 문서는 배아의 냉동에 관한 절차를 설명하고 냉동된 요크부부의 배아에 관한 권리를 정하는 내용을 포함한 것으로, '우리(부부)는 우리의 배아 처분에 관한 결정할 책임이 있다.…… 이혼하는 경우, 냉동 보존된 배아에 관한 법적 소유권은 재산권에 관한 규정에 따라 결정하며 관할권이 있는 법원의 결정에 따라 양도할 것을 인정한다'는 내용 등이 있었다. 요크 부부는 동의서에 서명한 뒤, 통상적인 절차에 따라 6개의 배아를 생성하였는데, 그 중 5개는 부인인 리사에게 이식하였고 나머지 1개는 냉동 저장하였다. 그런데 요크부부는 1988년 존스 병원 측에 냉동 저장된 배아를 캘리포니아 L.A.에 있는 다른 병원으로 이송해 줄 것을 요구하였다. 병원 측은 그 요구를 거부하였다.

결국 본 사안으로 소송으로 발전하게 되었는데, 법원은 위 동의서를 사전합의로 보고, 이러한 합의로 요크부부와 병원 사이에는 신탁관계가 창설된 것이라고 평가하였다. 따라서 계약법의 원칙을 우선 적용하여, 신탁관계는 그 신탁관계가 종료하였을 경우 신탁의 대상이 된 목적물은 수탁자가 신탁자에게 돌려주어야 할 의무가 있음이 일반적이므로 동 사안 또한 이에 따라야 한다고 하면서, '피고는 배아에 관한 원고의 재산적 권리를 충분히 인식하여야 하며, 배아를 기증하거나 관리하기 위한 피고의 권리는 제한적일 수밖에 없다'고 판시하였다.

동 판결에 관하여는 법원이 배아에 관하여 재산법적인 소유 개념을 적용하는 것을 회피하고 신탁관계를 이유로 판시하고 있으나, 그 내용을 살펴보면 신탁관계가 배아에 대한 재산적인 권리를 인정하는 것과 별반 차이가 없다는 평가가 있다(Amy S. Pignatella Cain, "Property Rights in Human Biological Materials: Studies in Species Reproduction and Biomedical Technology", 17 Arizona Journal of International and Comparative Law 449, 2000, p.456).

244) Kass v. Kass, 696 N.E.2d 174(N.Y. 1998); 동 사건의 개요 및 그 판결 내용은 다음과 같다. 스티븐 카스(Steven Kass)와 마우린 카스(Maureen Kass)는 1988년 7월 결혼하였고 임신하기 위하여 노력하였다. 마우린은 태어나기 전 디에틸stil베스트롤(diethylstilbestrol)에 노출된 까닭에 임신에 어려움이 있었다. 카스 부부는 체내 인공수정(artificial insemination) 방법으로 여러 차례 실패하자 1989년 8월 롱아일랜드 포트 제퍼슨에 있는 마더 병원(John T. Mather Memorial Hospital)에서 IVF 기술을 받기로 하였다.

카스 부부는 배아를 냉동하기 전인 1993년 5월 12일, 병원에서 제공한 4개의 동의서 양식에 서명하였다. 본 동의서는 IVF시술과 배아 이식에 관한 일반적 동의서와 냉동 보존된 배아의 처분에 관한 동의서 등으로 구성된 것이었다. 사안의 발단은 냉동 보존된 배아의 처분에 관한 동의서 내용이었다. 이 동의서는 "우리(불임시술을 받는 부부)가 임신을 원하지 아니하거나 냉동 보존된 배아의 처분에 관하여 결정권을 행사할 수 없는 경우, 냉동 보존된 배아를 생물학적 연구를 위하여 IVF 프로그램에 사용하거나 허가된 연구에 사용하는 것을 원합니다."라는 내용이 담겨있었다. 의사는 1993년 5월 20일 마우린으로부터 16개의 난자를 채취하였고 이로부터 9개의 배아가 생성되었다. 4개의 배아는 대리모를 원하는 마우린의 여동생에게 이식되었고 나머지 5개는 냉동 보존되었다. 그런데 카스 부부는 이식의 결과가 좋지 않다는 것을 알게 되었고, 마우린의 여동생도 더는 동 프로그램에 참여하지 않았다. 그 후 카스 부부는 이혼을 결심하였다.

카스 부부는 1993년 6월 7일 이혼합의서를 작성하였는데, 동 합의서에서는 "마더병원에 냉동 보존되어 있는 5개의 냉동 배아에 관하여는 (병원에서 제공한) 동의서에 적시된 방법으로 처분되어야 하며, 마우린 카스, 스티브 카스 및 그 누구도 동 배아의 양육에 관하여 소송할 수 없다."는 내용 또한 있었다.

마우린은, 1993년 6월 28일 자신의 이혼과 배아의 파괴 및 양도에 반대한다는 취지를 병원과 IVF 시술 담당자에게 알렸다. 한 달 후, 마우린은 다른 임신방안을 찾기 위하여 냉동 보존된 배아에 대한 양육권을 주장하는 소송을 하였다. 이에 남편인 스티븐은 배아를 사용하여 임신하려는 어떠한 시도도 허용할 수 없고, 부부가 이미 서명한 동의서의 유효성을 근거로 냉동된 배아는 연구목적으로 기증되어야 한다고 주장

설을 취한 것으로 이해된다.

‘보조적 임신에 따른 자의 지위에 관한 통일법’은 미국의 각 주가 대리모계약을 유효로 보는 ‘Alternative A’ 안²⁴⁵⁾과 무효로 보는 ‘Alternative B’ 안²⁴⁶⁾ 중 하나를 선택하여 채택하도록 하고 있다. 다만 대리모계약을 유효로 보는 경우에도 동법 제6조에 따른 법원의 승인절차를 거쳐야 한다.²⁴⁷⁾ 동법의 이러한 태도는 미국의 각 주가 대리모계약의 효력에 대하여 달리 평가하고 있는 가장 중요한 원인이 되었다. 현재 전반에 가까운 주들이 대리모계약을 규율하는 법규를 가지고 있다.²⁴⁸⁾ 주 대부분은 대리모계약이 무효라고 선언하기만 하고 있으나,²⁴⁹⁾ 몇몇

하였다.

1심 법원은 예상하지 못한 상황이 발생한 경우, 냉동 보존된 배아가 IVF 프로그램 연구에 사용되는 것을 동의하였다는 이유만으로 전부인의 권리가 인정되지 아니하는 것은 아니라는 근거로, 마우린에게 IVF 프로그램을 통하여 발생한 배아에 대한 권리를 인정하였다.

이에 대해 항소심은, 1심 법원의 판단을 번복하여, 마우린은 IVF 시술 동의서의 효력에 구속된다고 결정하였는데, 배아에 관한 처분의 문제는 생식적 선택의 영역으로 privacy권이나 신체의 완전성과는 관계가 없고, 헌법적인 측면에서도 배아를 인간으로 볼 수는 없다는 것에 근거하였다. 상고심 또한 항소심의 판시 이유를 받아들였다.

245) SECTION 5. SURROGACY AGREEMENT

(a) A surrogate, her husband, if she is married, and intended parents may enter into a written agreement whereby the surrogate relinquishes all her rights and duties as a parent of a child to be conceived through assisted conception, and the intended parents may become the parents of the child pursuant to Section 8(대리모가 혼인한 경우에는 그 夫와 의뢰인은 서면으로 다음과 같은 계약을 체결할 수 있다. 대리모는 계약에 따라 제공된 정자 등으로 포태된 자에 대한 모든 권리와 의무를 포기하고, 의뢰인은 제8조에 따라 그 자의 친권자가 된다).

(b) If the agreement is not approved by the court under Section 6 before conception, the agreement is void and the surrogate is the mother of a resulting child and the surrogate's husband, if a party to the agreement, is the father of the child. If the surrogate's husband is not a party to the agreement or the surrogate is unmarried, paternity of the child is governed by [the Uniform Parentage Act](계약이 포태 전 제6조에 따른 승인이 없는 경우, 계약은 무효가 되며 대리모는 출생한 자의 모가 되고, 대리모의 夫도 계약당사자인 경우에는 그 부가 출생한 자의 父가 된다. 대리모의 부가 계약당사자가 아닌 경우 또는 대리모가 미혼인 경우에는 통일친자법에 따른다).

246) SECTION 5. SURROGATE AGREEMENTS

An agreement in which a woman agrees to become a surrogate or to relinquish her rights and duties as parent of a child thereafter conceived through assisted conception is void. However, she is the mother of a resulting child, and her husband, if a party to the agreement, is the father of the child. If her husband is not a party to the agreement or the surrogate is unmarried, paternity of the child is governed by [the Uniform Parentage Act](여성이 대리모가 되거나 인공생식으로 포태된 자의 부모로서의 권리 및 의무를 포기하는 것을 합의하는 계약은 무효이다. 그러나 대리모는 출생한 자의 모이고 대리모의 夫가 계약당사자인 경우 그 부가 자의 父가 된다. 대리모의 부가 계약당사자가 아니거나 대리모가 미혼인 경우 자의 父性 결정은 통일친자법에 따른다).

247) 보조적 임신에 따른 자의 지위에 관한 통일법 제6조는 대리모계약의 유효성을 승인하기 위한 신청절차를 명시하여 법원이 아이를 바라는 부부의 처에게 불임원인이 있는 사실(the intended mother is unable to bear a child or is unable to do so without unreasonable risk to an unborn child.), 부부의 가정과 대리모의 조사, 양친이 되려는 자에게 요구되는 부모의 적격성을 모든 당사자가 갖추고 있는 사실, 계약의 임의성, 대리모가 적어도 한번 출산경험이 있는 사실(the surrogate has had at least one pregnancy and delivery..) 등을 살핀 뒤, 심리학적인 검사와 유전적 검사 등을 통하여 판단하도록 규정하고 있다.

주들은 대리모계약을 금지하고 계약당사자와 중개업자를 형사처벌하는 규정을 두고 있기도 하다.

제2절 영국

영국은 의회에서 1982년 생명윤리에 관한 영국생명윤리위원회(Committee on Bioethical Issues)를 설립하여 인간의 생명을 다루는 생식의학 및 유전공학의 법적·윤리적 논의를 공식화하였다. 그 후 1984년 위 위원회의 입법보고서를 기초로 1990년 ‘인간 수정 및 배아 발생에 관한 법률(Human Fertilisation and Embryology Act 1990, 이하 HFEA라고 한다)’을 제정²⁵⁰⁾하였다. 동법은 일정한 상황에서 아이의 법적 부모로 다룰 수 있는 사람에 관한 조항을 만들기 위하여 대리모계약법(the Surrogacy Arrangements Act 1985)의 내용을 수정·포함한 결과를 2008년 개정에 반영하였다.²⁵¹⁾

영국은 모자관계에 있어서는 인공생식을 통하여 자를 출산한 여성이 모가 되며 다른 여성은 모가 되지 아니하는 것을 원칙으로 하고, 남자가 생전에 서면으로 사후수정 및 그에 의하여 출생한 자녀의 아버지가 된다는데 동의를 하였다면 그 남자는 출생한 자녀의 아버지가 된다고 HFEA에서 규정하였다.²⁵²⁾ HFEA 제 1조는 (a) 배아는 수정이 완성된 살아있는 인간의 배아를 의미하며 (b) 또한 수정 중에 있는 난자를 포함한다고 규정하여, 배아는 적어도 수정의 요건을 요구하

248) 강남진, “대리모의 실태와 그 법적 문제점에 관한 연구”, 「민사법연구」 제12집 제2권, 대한민사법학회, 2004, 105쪽.

249) 뉴욕주 법은 대리모계약은 무효이고 계약과 관련된 대가수수를 금지하고 있는데 반해, 네브래스카주, 워싱턴주, 루이지애나주 등에서는 대가지급이 있는 대리모계약은 금지하나 무상의 대리모계약은 허용하고 있다(강남진, 위의 논문, 105쪽).

250) 제정 경위에 관하여는 Julie McCandless/Sally Sheldon, “No Father Required? The Welfare Assessment in the Human Fertilisation and Embryology Act 2008”, 18 Feminist Legal Studies 201, 2010, p.201 이하 참조.

251) 2008년 개정법은 보조생식이 개입된 경우에 있어서의 부모확정에 관한 부분(PARENTHOOD IN CASES INVOLVING ASSISTED REPRODUCTION)이 제2장으로 추가되어 기존법 첨부사항을 기술한 제1장(AMENDMENTS OF THE HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY ACT 1990)과 함께 대리모계약에 관한 세부 사항 등을 규율하는 제3장(MISCELLANEOUS AND GENERAL)으로 크게 세 부분으로 구성되었다. 특히 개정법은 자녀의 복리에 대한 고려차원에서 의료기관에 요구되었던 제한을 삭제하였는데, 이에 관한 자세한 논의는 Julie McCandless/Sally Sheldon, 위의 논문, pp.202-225.

252) 자세한 내용은 김은애, “비배우자간 인공수태기술에 따른 부모확정의 법적 문제에 관한 소고”, 「법학논집」 제14권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2009, 66-80쪽.

고 있다. 영국은 종래 체외 배아의 본질이 무엇인지에 관하여, 배아의 세포핵을 다른 사람이나 다음 발전단계에 있는 배아 등에서 채취한 핵으로 치환하는 행위는 허가되지 아니한다(HFEA 제3조 (3)d)는 규정을 이유로, 인간복제기술은 금지되는 사용방법임을 명시하였으므로 인간성 긍정설 입장으로 이해되었다. 이러한 논의는 복제 양 돌리를 탄생시킨 기술이 금지사용방법인지까지 연결되었는데 관청인 HFEA(The Human Fertilisation and Embryology Authority)는 이 역시 금지되는 기술임을 밝히기도 하였다. 다만 발전적인 논의 속에서 영국의회는 2001년 1월 22일 정부가 회의에 부친 인간배아복제 허용법안을 통과시켜, 분임치료에만 허용되고 있었던 인간배아인구의 허용범위를 인구목적의 배아생산 및 배아복제로 넓혀 적어도 법률에 따른 인간배아복제는 허용하는 근거를 마련하기도 하였다.²⁵³⁾ 이러한 인구는 상원위원회가 인간배아복제의 초기인구단계부터 조사, 감독할 수 있도록 하여 그 남용을 억제하는 방안을 마련하였다. 이와 함께 기존 금지되었던 14일 이전의 배아에 대한 치료목적 인구 또한 허용하는 것으로 개정하였다.²⁵⁴⁾ 그러나 이러한 태도가 체외 배아를 단순히 물건으로 보는 견해로 변경된 것이라고 할 수는 없다.²⁵⁵⁾ 기술하였다시피 인간배아복제는 여전히 허가사

253) House of Commons Research Paper: Stem Cell Research and Regulations under the Human fertilization and Embryology Act 1990(revised edition), 13th December 2000, p.28.

254) House of Commons Research Paper, 위의 책, p.29. HFEA는 2000년 8월에 발표된 Donaldson Report의 권고사항을 받아들여 개정하면서, 14일 이전의 배아는 만성질환에 걸리거나 손상된 조직 또는 장기의 치료 등에 관한 배아줄기세포 연구를 위하여 사용할 수 있다고 규정하였다.

255) 영국은 여전히 체외수정 후 잔여 배아의 사용하기 위하여 생식체 제공자의 유효한 동의를 엄격히 요구한다.

HFEA 1990 SCHEDULE 3 Consents to use of gametes or embryos

6. In vitro fertilisation and subsequent use of embryo(체외수정과 이후 배아 사용)

- (1) A person's gametes must not be used to bring about the creation of any embryo in vitro unless there is an effective consent by that person to any embryo the creation of which may be brought about with the use of those gametes being used for one or more of the purposes mentioned in paragraph 2(1) above(사람의 생식체는 위의 2(1)에서 언급한 하나 또는 그 이상의 목적으로 사용될 생식체와 그로 인하여 형성될 배아에 관하여 그 사람의 유효한 동의가 없으면 체외에서 배아를 형성시키는 데에 사용할 수 없다).
- (2) An embryo the creation of which was brought about in vitro must not be received by any person unless there is an effective consent by each person whose gametes were used to bring about the creation of the embryo to the use for one or more of the purposes mentioned in paragraph 2(1) above of the embryo(체외에서 형성된 배아는 위의 2(1)에서 언급한 하나 또는 그 이상의 목적으로 사용될 배아를 형성하는 데에 필요한 생식체 제공자의 유효한 동의가 없으면 어떠한 사람에게도 제공될 수 없다).
- (3) An embryo the creation of which was brought about in vitro must not be used for any purpose unless there is an effective consent by each person whose gametes were used to bring about the creation of the embryo to the use for that purpose of the embryo and the embryo is used in accordance with those consents(체외에서 형성된 배아는 배아의 사용을 위하여 배아를 형성하는 데에

항이고 세포핵치환에 따라 생성된 배아를 사용하는 연구는 관리관청인 HEFA가 충분한 확인과정을 거쳐 위 법 통제하에 이루어지고 있기 때문이다. 다만 최근 영국은 희귀 혈액질환을 앓고 있는 아들을 둔 영국인 부부가 아들과 조직이 맞는 골수를 얻을 목적으로 체외수정을 한 다음 아들과 골수가 일치하는 배아를 선택하여 임신하는 것을 허용하여, 착상 전 유전자 진단을 공식적으로 인정하고 있다는 논란을 일으키기도 하는 등 생식의학이나 유전공학 분야에서 다소 진보적인 성향을 띄고 있다.

대리모 분야에서도 1985년의 Cotton Baby 사건²⁵⁶⁾을 계기로 대리모계약법 (Surrogacy Arrangement Act)을 제정하여 영리목적으로 시술하는 의료인이나 의료기관에 관한 처벌규정을 두었다. 다만 대리모 자신이 대가를 받거나 대가를 지급한 의뢰인 부부는 처벌 대상에서 제외하였다(동법 제2조 제1항 단서). 위 법에서 말하는 영리목적은 대리모 이외의 자가 대리모계약으로 대가를 받거나 그 대가를 받기 위하여 대리모계약을 체결하는 것으로 정의하였다. 앞서 살펴보았듯이 대리모계약뿐만 아니라 인공수정 전반을 규율할 목적으로 제정된 1990년 HFEA는 ‘정자나 난자 또는 배아를 이식받아 임신한 여성이 그 출생자의 모가 된다.’(동법 제27조)라고 규정을 통하여 모의 결정에 있어서 출산주의를 채택, 대리모계약에 따라 출생한 자와 대리모의 관계를 분명히 하였다.²⁵⁷⁾

사용된 생식체 제공자들의 개별적인 유효한 동의가 없으면 다른 목적으로 사용될 수 없고 그들의 동의된 사용 목적에 따라야 한다).

(4) Any consent required by this paragraph is in addition to any consent that may be required by paragraph 5 above(이 단락에 요구된 동의는 단락 5에 요구될 수 있는 동의에 추가된다).

256) In re C (A Minor) (Wardship: Surrogacy), 1985 F.L.R 846; 동 사건의 개요 및 그 판결 내용은 다음과 같다. 미국인 부부가 임신이 되지 아니하자, 미국의 대리모 알선업자에 의뢰하여 영국에 있는 여성과 대리모계약을 체결하고 6,500파운드를 비용으로 지급하였다. 대리모계약은 아이의 출산 후, 대리모는 아이를 인도함과 동시에 친권을 포기한다는 내용이었다. 대리모는 영국에서 인공수정으로 아이를 출산하였고, 미국인 부부는 아이를 인도받으려 하였으나, 영국의 관계 당국이 이를 금지하는 조치를 하였다. 이에 따라 미국인 부부는 피후견인 절차(wardship proceeding)의 개시와 아이에 대한 감호권(the right of the care and control) 부여를 영국 법원에 청구하였다. 영국 법원은 추후 법원의 요구가 있을 때에는 언제든지 아이를 영국의 사법당당하에 두는 것을 조건으로 미국인 부부의 청구를 인용하였다. 이는 대리모계약의 계약법상 효력을 인정한 취지로 해석된다.

257) 樋口範雄, 前掲論文, 132面.

제3절 프랑스

프랑스는 의료기술의 발전속도를 입법이 따라가지 못한다는 각계의 의견을 반영하여 1986년 정책입안을 시작하였고, 유전형질의 보호, 유전검사의 규제, 출생 전 진단과 배아연구 규율 등을 논의, 보완하면서 1994년 상하원의 의견조정을 거쳐 ‘생명윤리법’으로 일컬어지는 3개의 법률, 즉 ‘건강 보건영역에서 기명 정보의 취급에 관한 법률(Loi n°94 548 du 1er juillet 1994)’, ‘인체 존중에 관한 법률(Loi n°94 653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain)’ 및 ‘인체유래물의 이용과 기증 및 인공수정과 출산 전 검사에 관한 법률(Loi n°94 654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l’utilisation des éléments et produits du corps humain, à l’assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal)’을 제정하였다. 동 생명윤리법은 프랑스가 첨단의료기술에 대하여 포괄적 윤리원칙으로 접근하고 있다는 것을 보여주고 있는데, 인간의 장기 조직, 유전자, 수정란 등 생점이 될 수 있는 대상을 공통 원칙에 따라 규제하고 있다. 즉 위 대상물을 개인적인 필요에 따라 마음대로 다루는 것은 사적 자치의 분제라고 할 수 있으나, 인체의 이용과 생식이 상업화에 이르면 더 큰 가치인 공익으로 제한된다는 것이다. 따라서 생명윤리법은 당연히 강행규정이요 형사제재가 예정되어 있다. 그 후 2004년 8월 6일 생명윤리에 관한 법률(Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique)을 제정한 뒤, 2011년 7월 7일 제2차 생명윤리에 관한 법률(Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique)까지 입법화하여 앞서 살펴본 3개의 법률과 함께 생명과학 전반을 규율하고 있다.²⁵⁸⁾

프랑스는 1984년 *Parpalaix v. CECOS* 사건²⁵⁹⁾을 통하여 사후수정에 관한 열

258) 프랑스 생명윤리법체계는 일정한 장애물들을 점진적으로 제거하는 방향으로 입법이 이루어지고 있다는 평가로, 홍기원, “프랑스 생명윤리법체계에 관한 연구(1): 생명윤리에 관한 법률(2004. 8. 6. 법률 제 2004-800호)”, 「생명윤리정책연구」 제2권 제2호, 이화여자대학교 생명의료법연구소, 2008, 167쪽.

259) Katz GA, *Parpalaix v. CECOS: Protecting Intent in Reproductive Technology*, 11(3) *Harvard journal of law & technology* 683, 1998, pp.683-698; 한봉희, 앞의 논문, 14쪽; 김민중, 앞의 논문 (1990), 105쪽 등 참조. 동 사건의 개요 및 그 판결 내용은 다음과 같다. *Parpalaix*라는 미망인이 사망한 남편의 자를 낳기 위하여 냉동보존 중인 부의 정자에 대한 소유권을 이유로 그 정자의 인도를 부의 사망 후 정자은행 보존센터(CECOS)에 대하여 청구하였다. 이에 프랑스법원은 냉동정자에 대한 미망인의 소유권을 인정하였다. 정자은행 보존센터와 사망자 사이의 계약은 근본적으로 유효하나 그 계약은 프랑스민법 제1915조 이하의 임치계약이나 장기이식에 관한 법률에 따라 처리되는 것이 아니고, 일종의 특수한 계약

던 논쟁이 벌어졌는데, 이후 프랑스 파기원에서 이를 인정하지 아니한다는 태도를 분명히 밝힌 바 있다.²⁶⁰⁾ 그러나 2011년 제2차 생명윤리에 관한 법률을 통하여 남편의 죽음에 의하여 인공수정의 과정이 중지되었다면 남편이 생전에 이를 동의한 것을 조건으로 사후수정은 인정된다고 규정하여 방향을 전환하였다. 다만 남편 사망 후 6개월에서 18개월 사이에만 이루어져야 한다는 기간의 제약은 있다. 프랑스는 자인생식을 비롯한 인공생식에 있어서의 모자관계에 관한 명문규정은 없지만 출산한 여성을 자의 모라고 이해하고 있다.²⁶¹⁾ 부자관계에 관하여는 프랑스 민법에서 규정하고 있는데, 법률상 부부의 경우 우선 친생추정을 통하여 부를 정하고 있고,²⁶²⁾ 인공수정 등에 부의 동의가 있었던 경우에는 모든 친자관계 부문에 분쟁의 소를 할 수 없도록 하고 있다.²⁶³⁾ 또한 공중보건법(Code de la santé publique)으로 체외수정을 규제하고 있는데, 인공생식기술은 분임 치료의 목적으로 시술되고 자녀에게 특별히 중한 질병이 이전되는 것을 피할 목적으로도 행하여질 수 있다²⁶⁴⁾고 명시하여 체외수정의 허용성에 있어서 제한적 허용설로 평가받고 있다. 전차상으로도 체외수정 등의 인공생식을 하기 위해서는 여러 분야 전문가의 특별한 인터뷰를 거친 후에 부부 또는 연인 두 명 모두의 사전 동의가 있어야 한다.²⁶⁵⁾ 과거에는 미혼 연인이 일정한 공동생활을 2년간 영위하였음을 증명하였어야 하나 이제는 이러한 의무를 부과하지 아니하여 그 요건이 좀 더 완화되었다.²⁶⁶⁾

으로서 정자은행 보존센터는 정자보존을 의뢰한 정자제공자에 대하여 반환의무가 있다고 판시하였다. 이에 대하여 프랑스가 사후수정을 명확히 인정한 듯한 취지로 해석하는 견해(한봉희, 위의 논문, 14쪽)도 있으나 동 판결은 정액의 냉동 보존 혹은 사망한 남편의 정자에 대한 미망인의 인도청구권만을 인정하였고, 냉동정자를 통한 미망인의 인공수정에 관하여 구체적인 판시가 없이 다만 그러한 사후수정을 규율하는 법률이 없다는 것을 위 특수한 계약의 유효 여부를 판단하는 하나의 근거로 원용하여 미망인의 권리구제에 온 힘을 다한 판결이었음을 살핀다면, 사후수정에 관한 명확한 태도를 드러낸 것은 아니다. 오히려 동 판결 이후 프랑스 최고 법원인 파기원은 사후수정에 관하여 부정적인 판결을 하였다.

260) “인공수정의 유일한 목적은 구성된 가족 사이에 아이의 출생을 가져다주는 목적이어야 하며, 인공수정의 과정 및 이러한 과정의 추구는 인공수정의 마지막 단계인 배아의 주입 전에 남편의 사망으로 인공수정을 하려는 부부의 관계가 해소되는 경우에는 불가능하다”라고 판시하였다 [Cass. 1re civ., 9 janv. 1996, n° 94-15998; Bull. civ. 1996, I, n° 21; JCP G 1996, II, 22666, note C. Neirinck; RD sanit. soc. 1996, p.623, note A. Terrasson de Fougères ; D. 1996, jurispr. p.376, note F. Dreifuss-Netter (헌법재판소, 「생명과학기술의 발전과 헌법」, 2012, 381쪽 재인용)].

261) 오호철, 앞의 논문, 170쪽.

262) 민법 제312조.

263) 민법 제311-20조.

264) 공중보건법 제L. 152-2조 삽입.

265) 공중보건법 제L. 2141-2조 개정.

266) 2011년 생명윤리에 관한 법률 제20조.

이에 더하여 공중보건법은 검사, 연구 또는 실험의 목적으로 인간의 배아를 체외에서 조작하는 행위를 금지함으로써 핵 치환 복제기술에 따른 배아 생산을 원천적으로 금지하고 있다.²⁶⁷⁾ 체외에서 연구 또는 실험의 목적으로 인간배아를 만드는 행위를 처벌하는 규정을 덧붙으로써 해석상 치료목적의 복제배아생산도 금지하고 있다.²⁶⁸⁾ 특히 ‘인체 존중에 관한 법률’은 누구도 인간 종의 완전성을 침해할 수 없다고 하면서 우생학적 조치를 금하는 원칙을 두고 있다. 이에 따라 배아를 임신 목적을 불문하고 대가 지급을 통하여 취득하는 형태는 처벌 대상으로 규정하였다(프랑스 형법 제511조의15, 제511조의 18). 종합하면, 프랑스 입법은 체외 배아의 법적 지위에 관하여 인간성 인정설에 가장 가깝다고 할 수 있다.

한편 프랑스의 ‘인체 유래물의 이용과 기증 및 인공수정과 출산 전 검사에 관한 법률’은 착상 전 유전자진단을 규율하는 명문의 규정을 두고 있다(동법 제11조 내지 제15조). 착상 전 유전자 진단에 관한 직접적인 내용은 공중보건법 제L. 162조의 17에서 규정하고 있다.²⁶⁹⁾ 착상 전 유전자 진단에 관한 보건의료법 제L. 162조의17을 위반한 행위는 처벌되고 있다(프랑스 형법 제511조의21).

대리모에 관하여는 Baby Vanesa 사건²⁷⁰⁾ 이후 다소 부정적인 견해가 주류였는데, 타인을 위한 임신계약 금지가 프랑스민법 제16조²⁷¹⁾로 규정되면서 대리모

267) 공중보건법 제L. 152의 8조.

268) 연구 또는 실험의 목적으로 신체 외에서 배아를 생성하는 행위를 처벌하는 규정이 있음을 살핀다면, 규정의 해석상 치료적 복제 형태로 복제배아를 생산하는 것 역시 금지하는 것으로 해석하는 것이 타당하다는 견해가 있다(이인영, “의료형법적 규제영역으로서의 생식적 복제와 치료적 복제”, 「연세법학연구」 제 8권 제1호, 연세법학회, 2001, 100-101쪽).

269) 동조에 따르면 체외 배아로부터 채취된 세포에 대한 생물학적 진단은 일정한 요건이 충족되어야 예외적으로 인정된다. 1. 착상 전 유전자 진단을 하는 의사의 남녀 모두 그 가족의 상황에 비추어 인공수정을 하는 경우 불치병으로 판단되는 중대한 유전적 질병의 자를 출생할 높은 가능성의 증명, 2. 질병의 원인이 부모 중 어느 쪽에 있는지에 관한 사전 특정, 3. 당사자의 착상 전 유전자 검사에 대한 서면 승낙, 4. 질병의 검사와 예방, 치료하는 수단으로 사용되었다는 목적 충족, 5. 착상 전 유전자 진단 허가 시설에서의 시술이라는 등의 엄격한 요건을 정하고 있다.

270) Le mond December 18, 1987, p.112(윤혜란, “대리모계약규정을 위한 법률안의 제안”, 「법학논총」 제16집, 숭실대학교 법학연구소, 2006, 343쪽 재인용); 동 사건의 개요 및 그 판결 내용은 다음과 같다. 대리모에게 출산을 의뢰한 부부는 당시 남자가 60세, 여자는 53세였다. 대리모는 여자인 Vanesa를 출산하였으나 심경의 변화를 일으켜 아이를 인도하지 않았고, 이 때문에 법적 분쟁이 발생하였다. 법원은 생모인 대리모 부부로부터 그 아이를 데리고 오는 것은 사회제도를 통하여 아이를 유괴하는 것과 다름없으므로 대리모 부부에게 양육권을 인정하였다. 이러한 판시는 프랑스가 대리모제도를 인정하지 아니하는 것으로 이해되었다. 다만 1990년 6월 15일 파리지방법원의 결정에 따르면 대리모출산의 선택방법은 개인 의지의 표명이며 양자의 동의하에 개인적 책임을 지는 관계이므로 금전적인 상행위를 제외하고는 일반 위계 질서에 위배되지 아니한다는 판시로 대리모계약의 새로운 방향을 제시하였다는 평가도 있으나, 이러한 결정례의 내용을 살펴더라도 대리모계약 자체를 유효로 본다는 의미는 아니다(최성배, 앞의 논문, 488쪽 참조).

271) 프랑스 민법 제16조의 7은 “타인을 위한 출산 또는 임신에 관한 약정은 무효이다.”라고 규정하고 있다.

계약은 유무상을 구별하지 아니하고 무효로 본다. 다만 그 유효성에 관하여는 여전히 열편 논쟁이 계속되었지만, 2011년 생명윤리에 관한 법률에도 별다른 명시 규정이 없어 일반적으로 프랑스는 무효설을 취하고 있는 것으로 평가된다.

제4절 독일

독일은 1984년 인양법무성에 벤다위원회(Benda Kommission)를 설치하여 체외수정 등의 문제점을 검토한 뒤, 그 결과인 벤다보고서(Benda Bericht)의 법안을 수정, 배아보호법(Embryonenschutzgesetzes)을 제정하였다. 동법은 2011년 최종 수정되어 현재도 시행되고 있다. 한편 독일은 1989년 입양중개법(Adoptionsvermittlungsgesetz)을 개정하여 대리모에 관하여도 규율하려고 하였는데, 동법 제13a조는 대리모에 관한 정의를 한 뒤, 제13c조에서 “대리모 중개행위는 금지된다.”는 중개행위에 관한 금지규정을 두고 있었다. 동 금지규정에 관하여 입양중개법의 취지 등을 살펴보면, 대리모계약이 무효임을 전제로 그 중개행위를 금지하였다는 것을 알 수 있다는 입장에 따라 대리모계약은 독일 민법 제134조²⁷²⁾에 따라 무효인지가 문제되었다.²⁷³⁾ 이러한 논란은 앞서 소개한 배아보호법이 개정

272) BGB § 134 Gesetzliches Verbot

“Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.”

(독일 민법 제134조 법률상 금지: 법률의 금지에 위반하는 법률행위는 그 법률로부터 달리 해석되지 아니하는 한, 무효이다.)

273) Soergel-Liermann, Kommentar zum BGB, 13. Aufl., 2000, Anh Vor §1741 Rn.38(강남진, 앞의 논문, 2004, 107쪽 재인용). 독일에서 대리모계약의 효력과 그에 따른 양육자 결정에 관한 판결로는 Marusina Case(NJW 1985, S.2201)가 있다. 동 판결은 1985년 3월 19일에 있었던 베를린고등법원의 대리모 사건을 다룬 것인데, 그 개요 및 판결 내용은 다음과 같다.

의뢰부부는 15년 전에 혼인하여 다섯 명의 자녀를 둔 부부와 대리모계약을 한 뒤, 의뢰남편의 정액을 대리모에게 제공하여 대리모는 인공수정으로 여아인 Marusina를 낳았다. 이에 의뢰부부는 소년보호국에 입양신청을 하였으나 소년보호국은 대리모 방법으로는 양자를 할 수 없다는 이유로 그 입양을 거절하였다. 한편 대리모는 Marusina에 대한 친권을 포기할 경우 그 아이에 대한 친권이 의뢰부부에게 발생하고 자신의 친권은 상실된다는 병원 측의 말을 듣고 딸인 Marusina를 자신의 집으로 데려갔다. 이에 소년보호국은 소를 제기하였고 심리를 맡은 후견재판소는 독일 민법 제1666조(사건 당시 독일 민법 제1666조는, 자녀의 신체상 또는 정신상의 안녕이 부모의 보호권 남용, 태만, 무책임 또는 제3자의 위해로 보호되지 아니한다면 후견재판소는 부모가 그 보호를 다하지 아니하였거나 할 능력이 없는 것으로 보고 이를 대신하여 필요한 조치를 취하여야 한다고 규정되어 있었다. 동 조항은 현재 폐지되었다.)를 근거로 하여 Marusina를 대리모로부터 강제 격리시켜 고아원에 수용하도록 하고, 대리모의 다른 5명의 아이 역시 가정으로부터 격리하도록 판결하였다.

대리모 부부는 이 결정에 불복하여 자의 인도를 요구하는 항소를 하였는데, 베를린고등법원은 Marusina

을 통하여 대리모를 통한 인공수정 등의 이식행위를 처벌하는 규정을 두어 이를 명백히 한 것으로 일단 종결되었다.²⁷⁴⁾ 다만 대리모와 의뢰인 부부는 형사처벌되지 아니하는 것으로 규정하여,²⁷⁵⁾ 배아보호법 역시 인공수정 시술자 등에 대한 처벌로 의사에 대한 형사특별법 성격이 있다고 평가된다.²⁷⁶⁾

배아보호법은 사망한 남자의 정자를 고의로 인공수정한 자는 처벌하고 있으므로 사후수정은 금지된다.²⁷⁷⁾ 독일은 민법에서 모자관계의 기준이 출산임을 분명히 하였으므로 인공수정 등에 있어서도 출산한 여성을 모로 보고 있다.²⁷⁸⁾ 또한 모의夫가 아이의 父가 되는 것을 전제로 제3자의 정자제공에 동의한 부부 사이의 인공수정으로 자를 출산한 경우 夫를 비롯한 자의 모도 부가 아버지임을 다룰 수 없도록 하고 있다.²⁷⁹⁾ 체외수정의 허용성에 관하여 배아보호법은 기본적으로 불임치료의 수단으로서의 생식기술만을 인정하고 있는데, 이는 장차 인간이 될 생명으로서의 배아를 임신 목적이 아닌 다른 연구에 이용되는 것을 방지하기 위한 것이다. 특히 제2조에서는 임신 이외의 목적으로 배아를 체외에서 배양시킬 수 없도록 하고 있기 때문에 배아줄기세포 연구는 물론 핵 치환 복제기술의 이용하여 복제배아를 생산하는 치료적 목적의 복제도 금지하고 있다고 해석한다. 이러한 이유로 제3자인 여성으로부터 난자를 받아 남편의 정자와 체외에서 수정

가 대리모 부부의 양육을 통하여도 그 보호가 미흡하다고 할 수 없고, 대리모 부부가 Marusina를 출산한 후 바로 의뢰부부에게 인도하겠다는 의사는 있었으나 현재 자기의 보호 아래 Marusina를 두고 있고 자의 복지를 위하여 계속 노력할 것이라는 이유 등으로 Marusina를 대리모 부부에게 인도하였다. 동 판결에 관하여는 대리모관계에 대한 윤리적 또는 법적인 평가를 떠나 부모의 역할 수행과 자의 복지를 고려하여 의뢰부부보다 대리모 부부를 더 적합한 양육자로 결정하였다는 견해(고정명, 「인공출산의 법리와 실제」, 교문사, 1991, 190쪽)가 있다.

274) 동법 제1조 제1항 제7호는 대리모에게 인공수정을 행하거나 인간의 배아를 이식하는 것은 금지한다고 규정하고 있다. “es unternimmt, bei einer Frau, welche bereit ist, ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen (Ersatzmutter), eine künstliche Befruchtung durchzuführen oder auf sie einen menschlichen Embryo zu übertragen(출생 후 아이를 제3자에게 영구히 넘기려는 여자(대리모)에 대하여 인공수정을 하거나 사람의 배아를 이식한 자).”

275) 동법 제1조 제3항.

276) 박철호, “대리모계약에 대한 유효성 논란과 법리분석”, 「한양법학」 제20권 제4집, 한양대학교 법학연구소, 2009, 260쪽.

277) 동법 제4조. “Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer ... 3. wissentlich eine Eizelle mit dem Samen eines Mannes nach dessen Tode künstlich befruchtet (다음의 행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 벌금에 처한다. ...3. 사망한 남자의 정자로 난자를 고의로 인공수정한 자).”

278) BGB § 1591 Mutterschaft

“Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat.”

(독일 민법 제1591조 모: 아이의 모는 출산한 여성이다.)

279) 독일 민법 제1592조 제1호, 제1600조 제2항.

한 후, 그 배아를 처에게 이식하는 ‘난자제공에 의한 체외수정’은 금지하고 있다.²⁸⁰⁾ 따라서 임신 목적이 아닌 체외수정에 관한 의사와 연구자의 행위를 엄격하게 규제하는 방식을 취하고 있다.

또한 배아보호법은 배아의 정의에 관하여 제8조 제1항에서 “이 법에서 말하는 배아라 함은 세포핵 융합 이후 수정되어 분화 능력이 있는 사람의 난자를 받으며, 나아가 배아로부터 채취되어 일정한 조건에서 분열하여 개체로 발생할 수 있는 전능성을 가진 세포를 포함한다.”²⁸¹⁾라고 한 뒤, 같은 법 제8조 제2항에서는 세포핵 융합 이후 수정된 난세포가 24시간 이내에 단일세포 상태를 벗어나지 못할 것이 확실한 경우 외에는 난세포의 분화능력은 자동적으로 추정하는 것으로 규정하였다. 적어도 시기적으로 수정과정에 있는 세포는 배아로 보지 아니하고 세포의 분화능력을 배아 판단의 본질적인 기준으로 평가하고 있다고 할 수 있다.²⁸²⁾

이에 더하여 배아보호법은 배아의 생명을 보호하고 기본권 주체로 인정한다. 또한 분임치료를 위한 생식기술은 인정하나 잔여 배아 인구 등은 엄격히 금지하고 있다. 특히 인간의 생식세포를 인공적으로 조작하는 것은 의료의 목적으로도 금지하고 있다.²⁸³⁾ 즉 체외에서 배아를 조작하거나 여성으로부터 자궁 내 착상이 완료하기 전에 채취한 배아를 양도하거나 배아 유지 외의 목적을 위하여 획득 또는 이용한 자의 처벌에 관한 규정을 두고 있다(같은 법 제2조).²⁸⁴⁾

그러나 독일 민법은 배아보호법과 같은 배아에 관한 명분규정이 없이 체외

280) 독일 배아보호법 제1조 제1항은 여성에게 다른 여성의 미수정 난자를 이식하는 자는 처벌하는 것으로 규정하고 있다. “Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. auf eine Frau eine fremde unbefruchtete Eizelle überträgt(다음의 행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 벌금에 처한다. ...1. 여자에게 다른 여자의 수정되지 않은 난자를 이식한 자).”

281)“Als Embryo im Sinne dieses Gesetzes gilt bereits die befruchtete, entwicklungsfähige menschliche Eizelle vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an, ferner jede einem Embryo entnommene totipotente Zelle, die sich bei Vorliegen der dafür erforderlichen weiteren Voraussetzungen zu teilen und zu einem Individuum zu entwickeln vermag.”

282) 최민영, “배아연구와 형법적 보호법익-독일과 한국의 예를 중심으로”, 「고려법학」 제57호, 고려대학교 법학연구원, 2010, 71쪽.

283) 독일은, 배아의 연구를 위해서는 배아줄기세포법(Stammzellgesetz)에서 규율하고 배아의 보호를 위해서는 배아보호법을 통하여 각각 규율하고 있다. 다만 배아줄기세포법은 배아줄기세포의 수입 또는 사용이 특히 배아보호법 규정과 같은 법규에 반하지 않아야 한다는 규정을 두고 있는 등 그 내용에 있어서도 배아의 생성을 독일 내에서 금지하고 매우 엄격한 연구목적을 위해서만 수입과 그 사용이 허용되고 있으며, 연구계획서 또한 독립적인 중앙윤리위원회의 심사를 받게 하고 있는 점이 있어 배아보호법과 그 제를 같이 한다고 할 것이다(헌법재판소, 앞의 책, 351-363쪽 참조).

284) 이인영, 앞의 논문(2001), 95-96쪽.

배아의 법적 지위에 관한 학설 논쟁이 격렬하다. 체외 배아는 태아 이전의 단계에 있고 모체 밖에 존재하고 있으므로, 체외 배아가 인간으로 발전하기 위해서는, 체외수정이 요구하는 모체로의 이식이라는 단계가 필수적인 까닭에 그 생성 시기 또한 문제 된다.

이러한 체외 배아의 법적 지위 논의는, 신체 일부였던 정자와 난자와 같은 생식체를 이용하여 신체 밖에서 배아를 형성한 것이 체외 배아이므로, 언뜻 신체에서 분리된 신체 일부를 물건으로 볼 수 있는지에 관한 논의와 연관되어 물건성을 먼저 살필 수 있다. 독일 민법 제90조²⁸⁵⁾는 유체물만이 물건이라고 정의하고 있는데, 독일에서는 신체에 대하여 사람 그 자체와 사람에게 지배되는 객체로서의 신체는 구분되고 분리된 신체 일부를 원래의 신체에 다시 붙일 목적이 없다면, 분리된 신체 일부는 물건성이 인정된다는 것이 주류적인 견해이다.²⁸⁶⁾ 다만 분리된 신체의 소유자는 분리된 신체의 물건성을 인정하여 자유롭게 그 처분행위를 할 수 있지만, 처분행위 후 분리된 신체 일부가 타인의 신체로 완전히 부합되었다면 분리된 신체의 물건성은 상실된다고 한다.²⁸⁷⁾ 위 신체에 관한 이론을 체외 배아에도 그대로 적용하는 입장²⁸⁸⁾도 있으나 독일의 다수 견해는 정자와 난자와는 달리 생식세포 수준을 넘어 인간으로 성장하는 단계에 있는 배아에 물건성이 없다고 한다. 분리된 정자와 난자는 그 자체만으로 더는 발전할 수 없지만, 수정을 통하여 형성된 배아는 인간으로서의 성장이 가능하므로 배아를 정자와 난자와 같은 생식세포와 동일하게 인식하기는 어렵다는 것이다.²⁸⁹⁾

따라서 독일의 다수 견해와 같이 체외 배아의 물건성이 부정된다면, 체외 배아에 바로 인간성을 부여할 수 있는지 또한 문제 된다. 이것은 배아에 태아와 같

285) BGB § 90 Begriff der Sache

“Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände.”

(독일 민법 제90조 물건의 개념: 이 법률에서 물건이라 함은 유체물만을 말한다.)

286) 최민수, “체외 배아의 민법상 지위에 관한 고찰”, 「추계학술대회 자료집」, 한국민사법학회, 2011, 143쪽.

287) Tauptiz J, “Wem gehört das Menschliche Genom?”, in: Andreas Mietzsch(Hrsg.), Kursbuch Biopolitik, 2004, S.110-112.

288) Bildsborfer P, Rechtliche Probleme der In-vitro-Fertilisation und des Embryotransfers, MDR 1984, S.803-804.

289) 비록 체외 배아가 모체 내에 있는 배아보다 인간으로 성장하기 위해서는 환경적 배려와 모체 내 이식이 필요하지만, 인간 발전 단계 중에 있다는 점은 같다고 한다(Monika Lanz-Zumstein, Die Rechtsstellung des unbefruchteten und befruchteten menschlichen Keimguts: ein Beitrag zu zivilrechtlichen Fragen im Bereich der Reproduktions- und Gentechnologie, VVF, 1990, S.277ff).

은 정도의 인간성을 부여할 것인지와 관련된다. 따라서 체외 배아에 형성 중인 인간과 같은 성질이 있다고 본다면 태아와 마찬가지로 살아서 출생할 것을 전제로 사람의 권리능력에 관한 규정을 유추 적용할 수 있을 것이다. 다만 인간의 성질을 인정하더라도 배아보호법을 비롯한 명문의 규정이 그 인정 시기에 관한 명확한 언급을 하지 아니하여 다툼은 있다. 특히 체외 배아의 생성 후 모체이식 전에 부가 사망한 경우 체외 배아가 사망한 부모로부터 상속을 받을 수 있는지는, 독일 민법 제1923조 제2항²⁹⁰⁾이, 상속개시시점에 아직 출생하지 아니하였지만 이미 잉태(생성)되었던 자는 상속개시 전에 출생한 것으로 본다는 규정의 ‘잉태 또는 생성’의 해석과 관련될 것이다. 따라서 그 ‘생성’을 인간의 성질을 가지는 생명의 시작으로 이해한다면 ‘생성’의 의미를 어떻게 파악하느냐에 따라 체외 배아의 권리능력 또는 상속능력 여부를 판단할 수 있을 것이다.

이에 관하여 ‘생성’의 의미를 수정으로 해석하여 수정한 때가 인간생명의 시작이라고 평가하는 견해가 수정 시설이다. 독일 민법 제1923조는 피상속인이 사망할 당시 아직 출생하지 아니한 자를 출생한 자와 비교하여 불이익을 당하지 아니하도록 그 상속권을 보다 보호하기 위하여 만들어진 규정임을 고려한 입장이다.²⁹¹⁾ 따라서 이 견해는 피상속인의 사망 시 모체 밖에서라도 수정된 상태의 배아라면 인간생명이 시작된 것으로 평가하여 독일 민법 제1923조 제2항에 따라 상속권을 인정하여야 한다고 한다. 이에 반하여 배아 이식설은 ‘생성’의 시점을 체외 배아가 모체 내로 이식되었을 때를 기준으로 한다. 체외 배아는 모체 외에 있는 상태만으로는 그 존재가 계속될 것이라는 지속성을 확신할 수 없고, 모체 내의 이식을 통한 ‘생성’ 시점을 지나야 지속적인 인간발전과정을 기대할 수 있다는 이유에서이다.²⁹²⁾ 또한 수정 시설에서 말하는 독일 민법 제1923조의 입법 취지는 독일 민법 제정 당시 체외수정을 예상할 수 없었으므로 체외 배아에 그

290) BGB § 1923 Erbfähigkeit

“(1) Erbe kann nur werden, wer zur Zeit des Erbfalls lebt.

(2) Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits gezeugt war, gilt als vor dem Erbfall geboren.”

(독일 민법 제1923조 상속: (1) 상속개시시점에 살아있는 자만이 상속인이 된다. (2) 상속개시시점에 아직 생존하고 있지 아니하지만, 이미 잉태되었던 자는 상속개시시점 전에 출생한 것으로 본다.)

291) 최민수, “체외배아의 민법상 지위-독일과 한국의 비교를 중심으로-”, 「민사법학」 제58호, 한국민사법학회, 2012, 49쪽.

292) Heinrich Lange/Kurt Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, C.H.Beck: München, 1995, § 4 III, 2b.

대로 원용하기는 어렵다는 근거를 더하고 있다.²⁹³⁾ 다만 이 이론은 모체 내로 이식하는 시점에 따라 출생 간주시점이 달라질 수 있으므로 다른 상속인들의 지분 등의 확정시기가 불안정해질 수 있는 난점은 있다. 독일의 다수 견해라고 할 것이다. 체외 배아에게 인간성을 부여할 수 있는 시기에 관한 논의는 계속되고 있다. 이것은 배아를 어떻게 해석할 것인지의 정의에 관한 논의와는 또 다른 문제이다.

독일은 착상 전 유전자 진단에 대하여 독일인양의사협회를 중심으로 많은 논의가 있었다. 이러한 결과로 약 8년에 걸친 논쟁 끝에 2009년 4월 24일 유전자진단법(Gendiagnostikgesetz)을 제정하여 단계적으로 그 효력을 발효, 최종적으로 2012년 2월 1일에 전부 발효되었는데, 출산 전 유전자 진단에 관하여는 엄격한 요건하에 일부 인정하는 것으로 하였다.²⁹⁴⁾ 이에 더하여 착상 전 유전자 진단에 관한 법률(Gesetz zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik)을 2011년 제정하여 기존 배아보호법의 일반적 금지를 대체, 엄격한 요건하에 인정하는 것으로 선회하였다.²⁹⁵⁾

제5절 일본

일본은 1997년 9월 총리의 자문기관인 국가과학기술회의에 생명윤리위원회를 구성하여 배아 등을 포함한 인간복제기술연구를 통제하는 법안에 관한 의견수렴

293) Gerhard Zierl, “Zivilrechtliche Aspekte artifiziereller Reproduktion”, DRiZ, 1986, S.302-303.

294) 동법 제15조.

295) 이에 따라 배아보호법 제3조에 뒤이은 제3a조가 신설되었다. 특히 독일은 동 조항이 제정되기 전에 착상 전 유전자 진단 사건(BGH, 06. 07. 2010 - 5 StR 386/09)이 있었는데, 동 사건의 개요 및 그 판결 내용은 다음과 같다. 체외수정을 위하여 생성된 체외 배아가 부부 일방에게 유전적 질병이 있는 관계로 특히 유산, 출생 후 신생아 사망률이 높을 우려가 있는 질병인 경우, 이러한 위험의 상황을 방지하고자 하는 부부 일방의 소원을 들어주기 위하여, 착상 전 유전자 진단을 한 사안이다. 이러한 진단을 한 산부인과 의사가 배아보호법에 위반된다는 이유로 기소된 것에 대하여, 독일연방대법원은 인공수정된 배아세포가 자궁에 착상되기 전까지는 유전적 결함이나 유전적 질환이 있는지를 살펴보기 위한 유전자검사는 배아보호법에 위반되지 아니한다는 판결을 하였는데, 다만 중대한 유전적 손상에 대한 검사에 한하여 이를 인정하는 엄격한 태도를 취하였다. 이러한 착상 전 유전자 검사는 낙태를 회피할 수 있는 중요한 방안이라고 밝혔는데, 이와 같은 목적 범위를 벗어나 배아세포의 선택을 통해 특정 성별의 아이를 얻고자 하는 목적으로는 사용될 수 없다는 점도 판시 이유로 명시하였다. 이러한 판결에 대하여 “맞춤형 아기의 가능성”이 열렸다는 반대론도 제기되는 등 논란이 컸으나 착상 전 유전자 진단에 관한 법률(Gesetz zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik)의 제정을 통하여 그 요건을 엄격히 하는 것으로 논의가 정리되었다.

을 시작하였다. 동 과정을 거쳐 일본 문부과학성은 ‘인간 클론기술 등의 규제에 관한 법률안’을 제출, 2000년 12월 6일 공포하였다.

위 법률은, 인간 또는 동물의 배아 또는 생식 세포를 조작하는 클론기술 등은 특정 인간과 동일한 유전자 구조를 가지는 인간을 만들거나 인간과 동물의 중간적 개체를 만들어내는 등의 위험이 있을 수 있으므로 인간 존엄의 유지 또는 인간의 생명 및 신체의 안전 확보 등을 고려하여야 한다고 하면서, 적어도 클론기술 등 중 이러한 기술에 따라 생성된 배아를 인간 또는 동물의 태내에 이식하는 것은 금지하는 것이 타당하다는 논조에서 만들어졌다.²⁹⁶⁾

인간 클론기술 등 규제에 관한 법률에 따르면, 배아는 하나의 세포(생식세포를 제외한다) 또는 세포군으로 그 자체로 인간 또는 동물의 태내에서 발생 과정을 거쳐 하나의 개체로 성장할 가능성이 있는 것 중 태반 형성 개시 전의 것을 말한다(제2조 제1호²⁹⁷⁾)고 규정하였다. 배아를 정의함에 생식세포를 제외한 것으로 보아 적어도 수정요건은 요구한다고 해석할 수 있다. 또한 동법은 인간복제에 관한 정의와 함께 제3조에서 인간 클론배 및 인간·동물 교잡배, 인간성 융합배를 인간 또는 동물의 체내에 이식하는 행위는 금지함을 분명히 하였다.²⁹⁸⁾ 다만 위 인간 클론배 등의 생성, 양수 또는 수입 등에 관하여는 동 법에서 규율하지 아니하고, 일본 문부과학성 장관의 지침에 따르도록 위임하였다(동법 제4조). 이에 따라 문부과학성령으로 지침이 마련되어 시행되고 있는데, 그 주요 내용은 인간 클론배 등의 생성 요건에 관한 사항, 인간 클론배 등의 양수 기타 취급 요건에 관한 사항, 인간 클론배 등의 취급에 있어서 배려하여야 하는 절차이다. 이러한 점을 살펴보면 제외 배아를 물건으로 다루고 있지는 아니하는 것으로 평가된다. 다만 앞서 살펴본 국가처럼 서구사회에서 쟁점이 되었던 ‘제외 배아의 지위’ 문제가 일본사회에서는 거의 문제시되지 않았던 것이 위 법과 같은 입법이 순조로워진 요인도 되는데, 사실 일본에서는 복제배아의 연구 이용과 배아줄기세포 확

296) 다만 클론기술 등에 따른 배아의 생성, 양수 및 수입 등의 규제를 통하여 인간복제자나 중간개체의 출현은 방지하면서 첨단기술발전을 독려하려는 의도이다.

297) 第二条 この法律において、次の各号に掲げる用語の意義は、それぞれ当該各号に定めるところによる。
胚:一の細胞(生殖細胞を除く)又は細胞群であって、そのまま人又は動物の胎内において発生の過程を経ることにより一の個体に成長する可能性のあるもののうち、胎盤の形成を開始する前のものをいう。

298) 第三条 何人も、人クローン胚、ヒト動物交雑胚、ヒト性融合胚又はヒト性集合胚を人又は動物の胎内に移植してはならない。

립을 위한 배아의 이용 등의 '배아의 지위'가 문제 되는 경우에 대한 논의가 거의 없었다.

위 법은 그 부칙을 통하여 시행 후 3년 이내에 종합적인 상황 변화 등을 고려하여 재검토를 요구하고 있는데, 동법이 상당히 빠른 속도로 입법화된 점을 고려하여 차후 법분 보완을 예정하고 기술변화사정에 효과적으로 대응하기 위한 목적이다. 이것은 동법이 어떠한 이론적인 근거에 기반을 두었다기보다는 실천적인 요구에 따라 제정된 것임을 추측하게 한다. 일본은 이러한 기초에서 2001년 9월 '인간배아 줄기세포 제작 및 사용에 관한 지침'을 마련하여 엄격한 요건에 따른 허가를 통하여 공식적으로 배아줄기세포의 인구를 허용하였다.

그러나 일본은 여전히 인공생식 분야에 관한 규율일반법을 가지고 있지 아니하여 체외수정 허용의 문제나 사후수정 인정에 관한 논쟁은 여전히다.²⁹⁹⁾ 다만 일본산부인과학회의 '체외수정·수정란이식에 관한 기준(1983년)' 등의 지침서가 있을 뿐이다. 이러한 지침서는 체외수정을 자인생식을 통하여는 임신이 불가능한 법률혼 부부에게 허용하고 있다. 일본산부인과학회는 임의가임의 수단법인에 불과하므로 실제 그 규범력이 있지 아니하지만, 체외수정의 허용성에 관한 논의 역시 무제한적으로는 인정되지 아니하는 것으로 이해된다. 일본 역시 이러한 이유로 인공생식 전반에 관한 규율을 목적으로 입법안이 제시되기도 하였으나, 현재까지 실현되지 아니하고 있다. 다만 종전 후생노동성 주관으로 인공생식에 관한 입법안 보고자료³⁰⁰⁾에 따르면, 비배우자 간 인공수정으로 제공된 정자·난자·잔여 배아를 사용하는 체외수정·이식은 인정하나, 대리모출산은 금지하고, 정자·난자·잔여 배아의 제공에 대한 금전 등의 수수를 일절 금했다. 생식보조의료의 대상은 이러한 제공을 받지 않고서는 임신할 수 없는 불임증의 법률혼 부부에 한정하고, 본 의료에 의해 태어난 아이는 일정연령에 달하면 제공자에 관한 정보공개(information disclosure)를 청구할 수 있다고 하였다. 또한 태어날 아이의 법적 친자관계, 아이를 출산한 여성을 어머니로, 그 배우자를 아버지로 규정하기 위한 법정비가 특별히 검토되고 있었다.³⁰¹⁾

299) 특히 사후수정자의 인지청구에 관한 판결로는 最高裁判所 第二小法廷 平成16年(受)第1748号 判決.

300) 정자, 난자, 배(아)의 제공 등에 따른 생식보조의료제도의 정비에 관한 보고서(2000년). 후생노동성 산하 의학, 간호학, 생명윤리학, 법학 전문가들로 구성된 생식보조의료기술에 관한 전문위원회가 제시한 보고서이다.

또한 일본은 일반적으로 대리모계약을 무효로 보고 있음에도,³⁰²⁾ 대표적인 저출산 국가로 낮은 결혼 등에 따른 불임이 많아 외국대리모를 구하는 등 대리모 출산이 성행하자, 이와 같은 현상에 대응하기 위하여 일본 집권 자민당은 2014년부터 대리모를 통한 출산을 조건부로 허용하는 방안을 추진하고 있다. 그 내용을 살펴보면, 의뢰부부 중 일방이 선천적으로 자궁이 없거나 질병 치료로 자궁을 직출한 경우에 한하여 체외수정 한 수정란을 제3자의 자궁에 이식하는 방식의 대리출산을 허용하도록 하고 있다. 이러한 법률안은 난자매매 등에 대한 단속기준을 마련하는 것과 저출산에 따른 노동력 감소의 문제를 해결하려는 방안으로 평가받고 있다.³⁰³⁾ 따라서 일본은 현재 인공수정에 관한 일반적 법률은 제정되어 있지 아니한 상태이다.

제6절 정리 및 시사점

미국은 ‘통일친자법’과 ‘보조적 임신에 따른 자의 지위에 관한 통일법’을 통하여 자연생식뿐만 아니라 인공생식 전반의 친자관계나 유아양육, 대리모 등을 다루고 있다. 통일친자법은 사후수정을 조건적으로 인정하고 있고, 미국 대부분 주

301) 그러나 이러한 논의 및 입법안은 2004년 당시 일본 자민당 내에서 ‘아이를 낳는 권리를 국가가 규제해선 안된다’는 등 이유로 반발함에 따라, 법안 제출을 유보되었고, 당시 자민당 국회의원들 사이에서도 ‘혈연을 중시하는 일본사회에서 정자, 난자 제공은 친숙하지 않다’는 의견이 있었다. 의학신문 2004. 1. 29. 자 http://www.bosa.co.kr/umap/sub.asp?news_pk=41102.

302) 대리모의 효력과 관련된 판결로는 最高裁判所 第二小法廷 平成18年(許)第47号 判決이 있다. 동 사건의 개요 및 그 판결 내용은 다음과 같다.

일본인 부부 A와 B는, B가 자궁암 치료 때문에 자궁 적출 수술 등을 받아 임신이 불가능하게 되자, A의 정자와 B의 난자를 이용하여 미국 네바다 주에 거주하는 미국여성과 대리모 계약을 하여 쌍둥이 아이를 출산케 하였는데, 이를 일본에서 일본인 부부인 A와 B의 자로 출생신고 하려고 하였으나, 담당관청이 이를 수리하지 아니하자 이에 불복하여 소송을 제기한 사건이다.

이들 부부와 대리모인 C는, C가 태어난 자식에 대하여는 일본인 부부인 A와 B를 법률상 부모로 승인하고, 대리모 C의 부부는 태어난 자에 대한 보호권이나 방문권 등 어떠한 법적 권리 또는 책임도 없다는 내용의 유상대리출산계약을 맺었고, 이러한 대리모계약의 유효성을 인정하는 네바다 주 법원에 의하여 일본인 부부와 태어난 자 사이에 친생자관계가 있다는 확인판결을 받았다.

그럼에도 일본최고재판소는, 네바다 주의 판결은 일본 민사소송법 제118조 제3호상의 “판결 내용이 일본에서의 공의 질서 또는 선량의 풍속에 반하지 않을 것”이라는 요건에 반하여 그 판결의 효력을 인정할 수 없고, 이 사건 자의 모는 일본법에 따라 출산한 여성인 대리모이며, 일본법이 출산주의를 규정할 당시 인공보조생식에 관한 고려가 없었지만, 이 사건 재판을 하는 시점에 있어서도 공의 및 자의 복리를 고려한다면 출산주의라는 일의적이고 명확한 기준에 따라 판단하는 것이 타당하다고 판시하였다.

303) http://news.heraldcorp.com/view.php?ud=20140627000346&md=20140630004022_BL (2014. 6. 27. 헤럴드경제)

는 체외수정을 일정한 불임 이력을 요구하는 등 일정한 요건을 부여하여 제한적으로 허용하고 있다. 또한 체외 배아의 법적 지위에 관하여 규정하고 있지 아니하는 주가 대부분이나 Louisiana나 New Mexico 주법은 그 지위에 관한 규정을 두었다. 다만 미국 인방대법원은 체외 배아는 인간의 분리된 신체 조직보다는 존중되어야겠지만 실제 인간의 권리를 그대로 부여하기는 어렵다는 질충설의 입장에서 앞으로 인간이 될 수 있는 잠재성이 있는지를 인간성 인정의 기준으로 본다. 대리모계약에 관하여는 그 효력 안을 선택할 수 있도록 하고 있는데, 전반에 가까운 주들이 대리모계약을 규율하는 법규를 가지고 있다.

영국은 개정된 '인간 수정 및 배아 발생에 관한 법률'로 대리모 부분을 포함하여 인공생식 전반을 다루고 있다. 사후수정은 생전 남편의 동의를 전제로 그 유효성을 인정하고 있고, 체외수정에 있어서 다른 나라보다 그 허용범위를 넓혀 진보적이라고 평가받고 있다. 또한 체외 배아 역시 인간성 긍정설의 입장이나 치료목적 인구를 위하여 폭넓게 이용할 수 있도록 하였다. 친자관계에 있어서 대리모뿐만 아니라 인공생식 전반에 있어서의 모를 원칙적으로 출산모로 인정하여 모자관계를 분명히 하였다.

프랑스는 '생명윤리법'으로 일컬어지는 3개의 법률을 통하여 첨단의료기술을 규율하고 있다. 사후수정은 많은 논의를 통하여 현재는 남편의 죽음에 의하여 인공수정의 과정이 중지되었다면 남편이 생전에 이를 동의한 것을 조건으로 인정하고 있다. 체외수정은 불임 치료의 목적으로 시술되나 자녀에게 특별히 중한 질병이 이전되는 것을 피할 목적으로도 할 수 있어 제한적으로 허용하고 있다. 체외 배아의 지위에 관하여 명분을 두고 있지는 아니하지만, 인간성 인정설에 가장 가깝다고 평가된다. 대리모에 관하여는 민법 규정의 해석을 통하여 무효로 해석하는 것이 판례의 태도이다.

독일은 배아보호법과 입양중개법을 통하여 생명과학분야와 대리모계약을 규율하고 있다. 사후수정에 관하여 배아보호법은 금지하고 있는 것으로 평가되며, 체외수정은 기본적으로 불임치료의 수단으로서만 인정하는 제한적 허용설의 입장이다. 배아보호법은 배아의 기본권 주체성을 인정하나 민법에 체외 배아의 지위에 관한 명분의 규정이 없이 인간성을 부여할 수 있는 시기에 관한 논의는 계속되고 있는데, 배아이식설이 다수설로 인정받고 있다. 대리모계약에 관하여는

배아보호법의 개정을 통하여 금지하는 것을 명백히 밝혔다.

일본은 '인간 클론기술 등의 규제에 관한 법률'을 통하여 인간 또는 동물의 배아 또는 생식 세포를 조작하는 클론기술 등을 규제하고 있다. 그러나 인공생식 전반에 관한 일반법이 없어 사후수정 인정 등에 관하여 여전히 논란이 있다. 대리모계약은 무효로 보는 것이 판례의 태도였으나, 대리모계약을 조건부로 허용하는 방안을 추진 중이다.

쟁점별로 사후수정의 경우, 외국의 입법례를 보면 이를 엄격하게 금지하는 독일과 같은 나라도 있고, 일정한 조건을 부여하여 허용하는 미국이나 영국과 같은 나라도 있다. 우리나라와 사정이 비슷한 일본은 최고재판소판결³⁰⁴⁾을 통하여 허용되지 아니함을 분명히 하였는데, 국내에서도 사후수정 허용 여부에 관한 활발한 논의가 있었던 것은 아니다. 다만 미국의 경우 통일친자법이 사후수정으로 출생한 자에게도 사망한 부의 친생자가 될 수 있는 요건을 부의 서면에 의한 사후수정에 대한 동의로 규정하였는데, 이는 부의 의사를 존중하여 사후수정자에게 일정한 법적 지위를 부여하였다는 의미는 있으나, 앞서 살펴보았듯이 정자의 냉동 보존이 반영구적으로 가능하다는 전제에서 냉동 보존 후 50년 뒤에 이를 통한 임신 및 출산이 실행되는 경우 '세대'라는 종래의 전통적 가치가 부정되며, 그 결과 헌법상 보장된 인간으로서의 존엄과 가치가 근본적으로 흔들릴 위험에 놓이게 될 우려가 있고, 당장 현실적으로 사후수정자가 상속인으로 인정되기 위해서는 어느 시점에 출생하여야 하는지에 관한 문제도 남겼다. 즉 사후수정자의 법적 지위를 제한 없이 인정할 결과 부의 사망 후 수십 년이 지나 냉동정자를 통하여 출생한 경우 상속분쟁이 발생할 우려가 있는 것이다. 특히 미국 각 주는 무유언상속권에 관하여 각기 다른 입장에 서서 입법화된 경우가 많은데, 이와 연동하여 사후수정자가 사회보장법에 따른 유족이행금을 청구할 수 있는지 또한 *Astruc v. Capat* 사건에서 분제된 것을 알 수 있다. 따라서 사후수정의 인정 여부는 논의가 더 되어야겠지만 적어도 사후수정을 인정하는 요건으로, 부의 서면 동의에 더하여 프랑스의 제2차 생명윤리에 관한 법률처럼 사망 후 6개월에서 18개월 사이에만 이루어져야 한다는 기간의 제한이 필요하다는 점을 알 수 있다.

다음으로 인공생식에 따른 자의 부모 결정기준에 관하여 일본을 제외하고 산

304) 最高裁判所 第二小法廷 平成16年(受)第1748号 判決.

퍼센 국가 모두 민법에 규정하였는지 특별법에 규정하였는지의 차이는 있지만, 모자관계는 출산에 따라 성립하고 타가 처의 인공생식에 동의한 경우에는 그 동의한 부가 출생한 자의 아버지가 된다는 형식을 취하고 있다. 이는 여러 국가에서 이미 인공생식에 따른 자의 법적 지위를 확정하기 위한 입법 논의를 하였고, 많은 토의를 통하여 이와 같은 결론에 이르렀다는 것을 말한다. 다만 그 동의형식이 어느 정도 세밀한 부분까지 고려하여 이루어지는지가 중요할 것인데, 영국의 HFEA가 단순히 처의 인공생식에 동의한다는 동의서에 족하지 아니하고 동의한 부가 출생한 자의 법적인 아버지가 됨을 명시하고 이에 관한 충분한 설명을 요구하고 있는 점은 참고할 만하다. 이러한 세부적인 사항이 명문화되어 있는 서면동의서가 추후 일어날 수 있는 법적인 분쟁을 미리 방지하고 자의 법적 지위 안정을 유지하는 것에 큰 도움을 줄 것이다.

체외 배아의 법적 지위 역시 나라별로 이를 달리 취급하고 있는데, 우리나라에서는 이에 관한 활발한 문제 제기가 없었지만, 특히 독일과 미국의 경우는 체외 배아의 인구 목적 범위를 제한하기 위한 논쟁을 시작으로 체외 배아의 인간성 인정 여부에 관한 논의가 계속되고 있다. 우리의 생명윤리 및 안전에 관한 법률은 정자와 난자는 불임치료의 목적으로는 사용할 수 있으나 유상으로 거래되는 것은 금지³⁰⁵⁾한다는 단순한 사용 목적 제한만을 규정하는 데에 그치고 있어서 외국의 입법례와 판례 동향이 특히 필요한 부분이다. 인간의 생식체인 정자나 난자로 구성된 체외 배아는 인체로부터 분리되어 있으므로 분리된 혈액, 안구 등과 같이 그 법적 성격을 단순한 물건으로 보아야 할 것인지, 생식체를 제공한 자가 체외 배아에 대하여 소유권을 행사할 수 있는지, 행사할 수 있다면 일반적인 소유권의 내용을 그대로 인정하기는 어렵고 일정한 제한이 있는지 등에 관한 논의는 우리나라에서도 충분히 발생할 수 있는 법률문제이다. 미국 법원은 Davis v. Davis 사건을 통하여 초기 배아는 ‘사람’도 아니고 ‘물건’도 아니지만, 인간 생명으로 발전할 가능성 때문에 특별한 보호를 받아야 하는 지위에 있다는 견해를 밝히는 등 판례 축적을 통하여 체외 배아의 지위를 구성하고 각 사안에 따라 유연하게 적용하고 있다. 특히 우리 법상 체외 배아를 물건으로 보는 한 제3자에 의하여 일부 훼손된 경우, 소유권 침해에 따른 불법행위로 구성하여 그 책임을

305) 생명윤리 및 안전에 관한 법률 제23조 제3항.

물을 수 있을 것인데, Louisiana 주법처럼 체외 배아가 일정한 소송 아래에서는 법인격이 인정된다고 규정한다면 체외 배아의 본질을 규명하지 아니하고도 일정한 보호를 할 수 있어 입법론으로 고려할 여지가 있다. 따라서 체외 배아를 소유권의 객체로 보아야 하는지 아니면 태아처럼 인간생명체로 보아 법적인 보호를 할 필요가 있는지에 관한 문제는 체외 배아에 권리능력을 인정할 것인지의 논제로 연결된다.

마지막으로 대리모계약에 관하여, 영국과 미국은 상업적인 대리모계약의 유효성은 부인하지만 일정한 요건이 충족된 대리모계약은 인정하거나 대리모계약의 효력을 각 주가 선택할 수 있도록 하여 사회 현실을 반영하려고 한 반면, 독일과 프랑스는 여전히 대리모계약을 인정하지 아니하고 엄격한 제한을 하려는 입장을 견지하고 있다. 결국 대리모계약은 의뢰부부가 법원을 통하여 그 이행을 청구하는 경우에 분제 될 것인데, 그 본질은 양육권을 누가 가질 것인가이고 가장 중요한 판단요소는 자의 최선의 이익 즉 자의 복리일 것이다. 그런데 판례 동향을 살펴보면 흥미로운 사실이 있는데, 미국과 영국은 이를 판단함에 양쪽 가정의 경제적 형편과 가정 사정, 각자의 성격 등을 비교하여 의뢰부부에게 양육권을 인정하였으나 프랑스와 독일은 Baby Vancssa 사건과 Marusina 사건을 통하여 대리모부부도 충분히 아이를 키울 수 있다고 판시한 것이다. 이는 같은 기준에서도 어느 요소를 더 중요하게 생각하는가에 따라 판단이 달라질 수 있다는 것과 함께 프랑스와 독일이 다른 나라와 달리 대리모계약에 대한 규율이 강하다는 것을 방증한다. 만약 의뢰부부에게 양육권을 인정한다면 법이 대리모를 무효로 하고 있더라도 실질적으로 인정하는 것과 다를없는 결과에 이를 수 있기 때문일 것이다. 우리 역시 사회에서 현실로 일어나고 있는 대리모문제를 외면하지 않고 적어도 유·무효에 대한 태도를 분명히 밝힐 필요가 있다. 이러한 점에서 최근 일본에서 대리모에 대한 입법을 진행하고 있는 점은 시사하는 바가 크다.

종합하여 인공생식에 관련된 각국의 입법례와 판례를 살펴보면 다음과 같은 사실을 알 수 있다. 첫째, 각국은 정부 차원에서 산하연구단체를 통한 꾸준한 입법론적 연구와 일반인에 대한 설문조사연구를 바탕으로 인공생식에 관한 입법을 추진하였다는 것이다. 이에 반하여 우리는 규제법인 ‘생명윤리 및 안전에 관한 법률’ 이외에 정부가 주도한 것은 보이지 아니하고 다만 의원발의를 통하여 이에

관한 법안이 추진되었을 뿐이다. 또한 외국의 경우 입법 발의 및 법안 내용, 법안의 수가 어떠한 목적 또는 주제를 가지고 진행되고 있다. 이는 인공생식현황에 관한 근시안적이거나 단락적 접근방법이 아니라 향후 입법방향까지 설정하여 추진하고 있다는 것이다. 특히 입법화된 법률이 지속적으로 상황변화에 대처할 수 있도록 개정 등을 주도할 기구를 두고 있다. 관련 기구는 꾸준한 활동을 하는데, 일단 창설된 기구는 인구·관리 등을 통하여 인공생식실정을 반영, 발전된 입법안을 제시하고 있다. 다만 입법 구조적인 면에서는 이러한 기구의 창설을 진보적이라고 평가할 수 있지만, 기능적인 면에서는 인공생식의 규제적인 부분을 강조하기보다는 생명윤리와 관련된 인구 즉 도구를 활용하는 길을 합법적으로 계속 넓혀나가는 작업을 하고 있으므로 양날의 검과 같은 역할을 하고 있다. 이는 앞으로 개선하여야 할 과제로 남을 수 있는데, 제한적인 요건하에 종전에 금지되었던 행위가 허용·완화되는 입법이 각국에서 추진되고 있는 양상이다. 덧붙이면 국가마다 인공생식에 관한 각 논제에 대한 규율은 조금씩 차이가 있다. 이는 생명의 학기술을 비롯한 인공생식 사안 발생의 인위 시점이나 지역적 특성을 반영하고 있는 것으로, 특정한 외국 논의를 무작정 받아들이기보다는 우리의 실정에 들어맞는 입법론을 참고하거나 재구성할 필요가 있다는 것을 시사한다. 특히 우리나라는 혈인주의 사고가 깊은 곳이고 친자관계를 결정함에 여성의 동의나 자기결정권이 만족할 만한 환경조건에서 행사되고 있는지 의문이 있으므로 이 부분을 세심하게 살펴 입법에 반영할 필요가 있다.

둘째, 각국의 인공생식과 관련된 입법은 기존 개별법으로 나누어 사안을 다루고 있던 모습이 점차 통합되거나 관련법 체계로 구성됨으로써 단일화·통일화되고 있다. 이것은 각국에 입법화된 기존 법 내용과 신법 조문 내용이 모순되는 점이 있거나 불명확한 의미로 해석되는 등의 문제를 해결하기 위함이다. 규제 또는 장려대상에 대한 입법이 일반적으로 초기에는 개별법으로 시작하여 점차 여러 법률이 통합하는 과정을 거치게 되는데, 이러한 과정을 그대로 받아들여야 하는 부분도 있겠지만 우리 입법 현실에 비추어 법의 제·개정이 쉽지 아니하다는 점을 고려할 때, 처음부터 논의의 깊이를 더하여 통합법 형태로 시작하는 것이 보다 바람직할 것이다.

셋째, 앞서 관련 기구 설치와 함께 언급한 점이 있지만, 인공생식 관련법의

내용을 살펴더라도 기존에 금지되고 반대되었던 부분이 입법을 통하여 제한적으로 허용되면서 일면 진보화되고 있다고 평가받고 있다. 다만 생명 존중의 가치가 생명공학적 또는 생명의학적 가치 아래 다소 후퇴하고 있는 양상이다. 어떠한 이론적 설명을 통하여 논리적 재구성을 통한 반박을 하더라도 이러한 현상은 명확한데, 최소한의 생명 윤리적 핵심적 가치는 존중하고 이를 위반한 규제대상은 세밀한 규정을 통하여 엄격하게 다루면서 이외 다른 부분은 일정한 요건하에 허용하는 방향으로 나아가는 것이 필요하다. 이것은 생명학과 관련된 입법은 의제에 관한 충분한 논의와 주체적인 기본 인식 또는 지침에 따라 실현되어야 개별적으로 나타나는 문제점들을 효과적으로 대응할 수 있다는 것으로, 대리모에 관한 각국의 규제방안이 영리 목적 또는 상업주의는 배척하면서, 자의 복리가 무엇인지란 핵심적 가치에 중점을 두고 문제를 해결해나가고 있는 점³⁰⁶⁾은 참고하여야 할 것이다.

마지막으로 각국 판례에 나타난 사례들을 살펴보면, 일본의 최고재판소판결³⁰⁷⁾ 등에 나타난 마와 같이 하나의 나라에서가 아닌 여러 국가를 그 재판관할로 설정할 수 있을 정도로 국제적인 법률분제가 발생하고 있는데, 특히 인공생식은 인공생식 당사자의 주거지, 인공생식 기술지가 각 다른 경우가 많아 국제법으로도 문제 된다는 것을 알 수 있다. 따라서 이는 인공생식 관련 입법은 의료법적, 사회법적, 국제법적인 관점에서의 검토가 필요하다는 것을 보여준다.

306) 같은 견해로는 이봉림, “대리모계약의 유효성 여부와 입법논의를 위한 제요소 연구”, 「법학연구」 제 28권 제4호, 원광대학교 법학연구소, 2012, 169쪽.

307) 最高裁判所 第二小法廷 平成18年(許)第47号 判決.

제4장 인공생식에 관한 민법상 쟁점

인공생식에 관한 일반론을 다룬 제2장과 주요 국가의 입법례와 판례를 살핀 제3장을 통하여 우리 법체계에서도 민법 제정 당시 인공생식을 예상하지 못하였으므로, 민법상 이에 관한 한계 또는 그 흠결이 있다는 점을 알 수 있었다. 이러한 논제를 증명하기 위하여 본 장에서는 사후수정, 비배우자 간의 인공수정, 성 전환자의 인공수정, 체외 배아의 법적 지위, 대리모계약관계에 관한 쟁점을 주요하게 다룬 판결 또는 사안을 통하여 생명윤리법상의 문제점까지 살펴 현행법의 쟁점이나 흠결을 더욱 두드러지게 나타낸 뒤 제5장에서 제시할 그 해결 방안의 연결점을 찾아본다. 특히 본 장에서는 구체적인 사안 특히 판례를 통하여 쟁점을 기술하는데, 국내 사례가 없는 경우 우리 민법과 가장 유사한 구조를 취하고 있는 일본 판결례를 두고 논의한다.

제1절 인공수정의 법률관계

1. 배우자 간 사후수정자의 인지청구

제2장에서 기술하였듯이, 부 사후에 그 정자로 출생한 자의 지위에 관하여 학계에서 활발한 논의가 있었던 것은 아니다. 다만 아버지 없이 자를 인위적으로 만들어 내는 것은 출생할 자에게도 바람직한 결과를 가져오지는 않을 것이라는 이유에서 부 사후에 그 보존정자를 이용하여 인공수정하는 것 자체는 원칙적으로 부정하는 견해³⁰⁸⁾도 있으나 일정한 요건을 더하여 허용하는 방향도 필요하다고 하는 주장도 있다.³⁰⁹⁾ 그럼에도 사후수정에 따라 자가 출생한 경우, 그 자의 법적 지위를 어떻게 해석하여야 할 것인지는 일단 별개의 문제라는 점에서 인식

308) 野村豊弘, “生殖補助医療と法的親子関係に関する一考察—最近の事例を中心に”, 「民法学における法と政策(平井宜雄先生古稀記念)」, 有斐閣, 2007, 788面.

309) 김민중, 앞의 논문(2005), 122쪽.

을 같이 하고 있다.³¹⁰⁾ 이미 출생한 사후수정자와 사망한 부 사이의 관계를 다루는 것은 인공생식과 관련된 친자관계를 어떻게 다룰 것인지의 입법론과 연결된다. 따라서 처가 사망한 부의 보존정자를 이용하여 임신한 경우에 관한 사안을 직접적으로 다룬 국내 판결은 아직 없으나, 우리 민법과 유사한 체계를 가지고 있으면서 역시 사후수정에 관하여 직접적인 법률을 가지지 못한 일본에서의 사례는 우리 민법에 주는 시사점이 있을 것이다. 특히 일본의 最高裁判所 第二小法廷 平成16年(受)第1748号 判決³¹¹⁾은 사후수정자의 지위에 관하여 판시한 것으로, 동 판결의 의미를 통하여 사후수정자의 인지청구 인정 여부의 문제를 다루어 본다.

(1) 인지청구의 인정 여부

혼인 외의 자와 그 부와의 친자관계는 인지로만 발생하나,³¹²⁾ 모와의 친자관계는 인지가 필요하지 않고 자의 출산으로 당연히 발생한다.³¹³⁾ 인지는 임의인지와 강제인지로 구분되는데, 임의인지는 생부 또는 생모만이 할 수 있고, 부는 포태 중에 있는 자도 인지할 수 있으며(민법 제858조), 유언으로도 할 수 있다(민법 제859조 제2항). 강제인지는 생부 또는 생모가 임의인지를 하지 아니하는 경우, 부모의 의사와 관계없이 자와 그 직계비속 또는 법정대리인이 생부나 생모를 상대로 인지청구의 소를 제기하는 것을 말한다(민법 제863조). 인지에 있어서 생존한 부 또는 모를 상대로 인지청구하는 경우는 제척기간의 제한이 없으나, 부 또는 모가 사망한 경우는 그 사망을 안 날로부터 2년 이내에 검사를 상대로 인지청구의 소를 제기하여야 한다(민법 제864조).

그런데 사후수정자를 친생자로 볼 수 있는지에 관하여는 앞서 살펴본 바와 같이 학설의 대립이 있다.³¹⁴⁾ 이러한 논쟁은 바꾸어 말하면 사후수정자가 혼인

310) 二宮周平, 前掲論文, 17面.

311) 동 판결은 일본 민법이 체외수정을 다루고 있지 아니하여 남편의 사후에 체외수정으로 출산한 아이의 지위에 관한 문제를 직접 해결할 수 있는 규정이 없는 상태에서, 최고재판소가 최초로 이에 관한 견해를 제시한 사건으로 주목받았다.

312) 대법원 1997. 2. 14. 선고 96므738 판결.

313) 대법원 1992. 7. 10. 선고 92누3199 판결.

314) 본 논문 제2장 제2절 2. (2) 참조.

중 자가 아니라고 할 경우 인지를 통하여 사망한 부와 친자관계를 형성할 수 있는지로 연결된다. 이와 함께 사망한 부가 생전에 자신의 정자를 통한 처의 사후수정을 동의하는 의사표시를 한 경우, 그 의사표시가 사후수정 인정요건이나 유언인지의 의사표시로 인정할 수 있을 것인지 또한 살필 수 있다.

먼저 임의인지를 살펴보면, 민법은 포태 중인 자 즉, 태아에 대한 인지를 인정하고 있을 뿐이다(민법 제858조). 따라서 냉동정자로 보관 중인 상태에서는 아직 태아라고 할 수 없으므로 부가 자기의 정자를 통한 사후수정을 원하더라도 민법 제858조에 따른 유언인지는 되지 아니할 것이다.³¹⁵⁾

다음으로 강제인지가 가능한지에 관하여는 혼인 중 출생자설과 혼인 외 출생자설, 부자관계 부정설이 취하는 견해가 다르다. 혼인 중 출생자설³¹⁶⁾은 사후수정에 따라 태어난 자와 부 사이의 친자관계를 적극적으로 인정하는 견해이므로 친생추정이 적용되는 기간에 출생하였다면 인지라는 요건 자체가 필요 없으나 사후수정은 일반적으로 그러한 기간 이후 태어나는 현실적인 문제로 인지청구의 소를 인정한다. 혼인 외 출생자설은 사망한 부의 동의와 사후인지 제소기간 요건을 충족하는 한 인지청구가 가능하다고 한다. 즉 인공생식에 따른 포태의 경우 인지청구를 인정하기 위하여는, 인지를 인정하는 것이 상당하지 아니하다는 특단의 사정이 없는 한, 자와 사망한 부 사이에 자연혈연적인 친자관계가 있을 것이란 요건 외에 사망한 부가 사후수정을 동의하였을 것이라는 요건이 충족될 필요가 있다고 한다.³¹⁷⁾ 현행의 인지청구에 관한 규정은 인공생식기술이 발달되지 아니하고 자연생식만이 있던 시대에 제정된 제도이지만, 비록 민법상 인지규정이 사후수정에 따른 자의 출산을 예정하고 있지 아니하였다고 하더라도, 그러한 사실이 반드시 인지청구를 인정하는 요건으로서 자가 부의 생존 중에 포태되어야 할 필요가 있는 것은 아니라는 주장이다.³¹⁸⁾ 인지청구는 혼인하지 아니한 남녀로부터 출생한 자에 대하여 사실상의 부와의 자연혈연적인 친자관계를 객관적으로

315) 김민중, 앞의 논문(2005), 143쪽.

316) 家永登, 前掲論文(1995), 426-427면.

317) 정현수, 앞의 논문, 361쪽. 민법 제863조의 인지청구의 소는 혼인 외에 출생한 자를 사실상의 부 또는 모가 자신의 자라고 임의로 인정하여 신고하지 아니하는 경우 자연혈연적인 친자관계 그 자체의 객관적인 인정에 따라 법적 친자관계를 설정하는 제도임을 전제로, 결국 인지제도는 자연혈연적인 친자관계가 있는 것을 법적 친자관계 설정의 기초로 하고 그 객관적 인정에 따라 법적 친자관계를 설정하는 제도라고 한다.

318) 김민중, 앞의 논문(2005), 146-147쪽.

인정하여 법적 친자관계를 설정하는 제도이므로, 인지청구의 인정에 있어 포태시의 부의 생존을 요건으로 할 이유는 없다는 점을 근거로 한다.³¹⁹⁾ 부자관계 부정설은 혼인관계가 해소된 후에는 인공수정에 따른 생식이 허용되지 아니하는 것과 마찬가지로, 비록 사후수정자가 인지청구를 하더라도 그 인지청구는 인정되지 아니한다는 것이다. 민법상 인지청구는 사후수정에 따른 인지를 예정하고 있지 아니하였는데, 강제인지는 부가 자를 인지하지 않는 경우에 대비하여 소송을 통하여 법적 친자관계를 창설하는 제도이므로 인지청구권자도 부가 자발적으로 인지할 가능성이 있는 자에 한하여야 한다는 것을 근거로 한다. 또한 우리 민법상 사후인지 청구(민법 제864조)도 자의 포태 후에 부가 사망한 것을 전제로 인정되고, 친자관계는 공서의 요소가 짙은 영역으로 생물학적인 근거만으로는 부족하다는 이유를 더한다.³²⁰⁾

(2) 판례: 最高裁判所 第二小法廷 平成16年(受)第1748号 判決

1) 사안 개요

A와 B는 1997년 5월 8일에 혼인한 부부(이하 부부라 함)이다. A는 혼인 전부터 만성골수성 백혈병 치료를 받고 있었는데, 혼인으로부터 약 반년 후, 골수 이식수술을 하게 되었다. 부부는 혼인 후 불임 치료를 받았으나, B가 여전히 임신을 하지 못하고 A가 골수 이식 수술을 해야 하는 상황에 이르게 되자, 수술에 따른 대량 방사선 투과로 무정자증이 되는 것을 염려하였다. 이러한 이유로 부부는 1998년 6월경, D 병원에 A의 정자를 냉동 보존하였다. A는 골수 이식 수술을 받기 전인 1998년 여름경, B에게 자신이 사망하는 일이 생겨도 B가 새혼하지 않을 의사라면, 자신의 아이를 낳아 주길 바란다는 말을 하였다. 또한 A는 골수 이식 수술을 받은 직후에도, 그의 부모에게 자신에게 무슨 일이 생기면 B로 하여금 보존 정자를 이용하여 자를 낳아 家를 잇게 하고 싶다는 의향을 말하였고, 그 후 A의 동생과 숙모에게도 같은 취지의 말을 하였다.

부부는 A의 골수 이식 수술이 성공하여 A가 직장에 복귀한 1999년 5월, 불임

319) 정현수, 앞의 논문, 362쪽.

320) 松川正毅, 前掲論文(2004), 195面; 김민중, 앞의 논문(2005), 144-146쪽.

치료를 재개하는 것으로 결정하였고, 동년 8월 말 무렵, E 병원으로부터 보존 정자를 받아 체외수정을 하는 승낙을 하였다. 그러나 A는 시술하기 전인 동년 9월 19일 사망하였다. B는 A의 사망 후 A의 부모님과 상담한 뒤, 보존 정자를 사용하여 체외수정할 것을 결정하고, E 병원에서 보존 정자를 이용한 체외수정을 하였다. B는 2001년 5월 10일 C를 출산하여 친생자출생신고를 하였으나, 혼인중에 포태한 자가 아니라는 이유로 신고는 수리되지 아니하였다. 이에 B는 분복신청을 하였으나 인용되지 아니하여 C를 대리하여 사후인지의 소를 제기하였다.

2) 소송의 경과

가. 제1심 판결 요지³²¹⁾

일본 민법 제787조³²²⁾에서 정한 사후인지의 소는 직출자³²³⁾가 아닌 자와 혈연상 부 사이에 법률상 부자관계를 형성하는 것을 목적으로 하는 소이다. 민법 제정 당시에는 체외수정 등의 생식보조 의료기술이 존재하지 아니하였으므로, ‘혈연상 부’는 성 교섭에 의하여 자의 어머니를 임신하게 한 사람을 말하는 것으로, 그 개념이 명확하였다. 그러나 생식보조 의료의 발달로 성 교섭을 거치지 아니하는 임신이 가능하게 되어, 종래 ‘혈연상 부’라는 개념 역시 다소 변화가 생길 것 처럼 보이지만, 그 본질은 여전히 변함이 없다. 즉 종래 ‘혈연상 부’는, 의사적 요소는 고려하지 아니하고 생물학적 또는 유전적 견지에서 객관적으로 부자관계를 확정할 수 있으면 그 개념요건을 충족한 것으로 생각하였던 경향도 있었지만, 체외수정에 따른 부의 형성 요소와 마찬가지로 자연적 생식의 경우에도 부에 관하여는 모와의 성 교섭 자체로 의사적 요소를 포함하고 있는 것으로 해석할 수 있다. 그렇다면 인지의 소의 전제가 되는 ‘혈연상 부’는 순수하게 생물학적 또는 유전적 관점에서 판단하는 것이 아니라 사회통념에 비추어 ‘법률상 부’의 개념을

321) 松山地方裁判所 民事 第1部 平成14年(夕) 第25号 참조.

322) 第七百八十七条(認知の訴え) 子, その直系卑属又はこれらの者の法定代理人は, 認知の訴えを提起することができる. ただし, 父又は母の死亡の日から三年を経過したときは, この限りでない. [제787조(인지의 소) 자, 그 직계 비속 또는 그 법정 대리인은 인지의 소를 제기할 수 있다. 다만 부 또는 모의 사망의 날로부터 3년 이내에 제기하여야 한다.]

323) 법률적인 혼인관계에 있는 부모 사이에서 태어난 자를 말하는 것으로 우리나라의 혼인 중의 출생자와 같은 개념이나 일본에서 사용하는 명칭을 그대로 인용한다.

결정하여야 할 것이다. ‘법률상 부’의 결정에 관한 사회통념은 자의 복리를 확보하고, 친족·상속법 질서와 조화를 꾀하는 관점뿐만 아니라 생식 보조 의료와 자연생식과의 유사성 정도, 생식 보조 의료의 사회적 수용 정도 등을 종합하여 검토하고 판단할 수밖에 없다. 따라서 이 사건과 같은 보존정자의 사후이용은, 사자(死者)와의 성직 교섭에 따른 수정은 있을 수 없는 점, 이러한 방식의 인공수정은 자연임신과정과의 괴리가 현저한 점, 인공수정으로 태어난 자의 부를 정자 제공자로 하는 것에 관한 사회적 인식은 여전히 부정적인 점을 살펴보면, 사망한 부를 사후수정자의 ‘법률상 부’로 인정하기 어렵다.³²⁴⁾

나. 항소심 판결 요지³²⁵⁾

일본 민법 제787조는 생식보조 의료가 존재하지 아니하고, 남녀 간의 자인적 생식행위에 따른 임신, 출산만이 문제 되던 시대에 제정한 것이지만, 이러한 배경만으로 남성 사망 후에 그 남성의 보존 정자를 사용한 인공생식방법에 따라 여성이 임신하여 출산한 자(이하 사후수정자라 함)가 후에 인지를 청구하는 것 자체를 허락할 수 없다는 사유가 되지는 아니한다. 일본 민법 제787조에 규정하는 인지의 소는 부 또는 모가 혼인 외에 출생한 자를 자신의 자로 인정하여 신고하지 아니한 경우, 양자 간 혈인상 친자관계가 존재한다는 객관적 사정을 인정하는 것에 따라 법률상 친자관계를 형성하는 제도이다. 따라서 모가 자를 임신하고 있을 때 부가 생존하고 있어야 한다는 동시존재의 원칙은 인지청구를 인용하기 위한 요건이라고 할 수 없다. 또한 사후수정자에 대한 인지가 인정되는 경우, 부를 상속하거나 부에 의한 감호, 양육 및 부양을 받을 수는 없지만, 부의 친족과 친족관계가 되고 부의 직계혈족으로 대습상속권을 취득하는 등의 법률상 실익이 있다.

다만 부부 간 자연생식에 따른 임신은 남편의 의사에 의한 것임을 쉽게 인정할 수 있는데 반하여, 아내가 남편의 의사에 상관없이 그 보존정자를 이용한 인공생식방법에 따라 임신한 경우에까지 그 출산한 자 모두가 인지의 대상이 된다고 한다면, 남편의 의사가 전혀 개재되지 아니한 채 남편과 자 사이에 법률상 친

324) 이러한 이유로 원고의 사후인지청구는 기각되었다.

325) 高松高等裁判所 第4部 平成15年(ネ) 第497号 참조.

자관계가 생길 가능성이 있게 된다. 이것은 남편에게 예상 외의 무거운 책임을 부과하는 면이 있어 타당하지 아니하다. 그렇다면 인공생식에 따라 출생한 자의 인지청구를 인정하기 위해서는 남편이 해당 인공생식에 대하여 동의하는 요건이 필요하다고 해석하여야 할 것이다.

이를 정리하면, 사후수정자의 인지청구를 인정하기 위해서는, 인지를 인정하는 것이 상당하지 아니하다는 특단의 사정이 없는 한, 자와 부 사이에 혈연상 친자관계가 존재할 것에 더하여 부가 해당 사후수정자를 임신하는 인공생식방법에 대하여 동의할 것을 요한다고 할 것이다.

사안을 살펴보면, 사후수정자 C는 부 A의 사망 후 보존정자를 사용한 체외수정으로 모인 B가 출산한 자로 A와 혈연상 친자관계가 존재하고, A는 자신의 사망 후 B가 보존정자를 사용하여 임신하는 것에 동의한 사실이 인정된다. 또한 원고의 청구를 인용하는 것이 타당하지 아니하다는 특단의 사정이 없으므로, C의 인지 청구를 인정하기 위한 위의 요건을 모두 충족하였다고 할 것이다.

3) 최고재판소판결³²⁶⁾

민법상 친자에 관한 법제는 혈연상 친자관계에 기초하여 직출자에 관하여는 출생에 따라 당인히, 비직출자에 관하여는 인지를 요건으로 출생자와 부 사이에 법률상 친자관계를 형성하는 것이다. 그런데 오늘날 생식보조 의료기술을 이용한 인공생식은 자연생식 과정의 일부를 대체할 뿐만 아니라, 사후수정자와 같이 자연생식으로는 불가능한 임신도 가능하게 하였다. 그렇다면 민법상 친자에 관한 법제는 적어도 사후수정자와 사망한 부 사이의 친자관계를 예상하고 있지 아니한 것은 분명하다.

그렇다면 사후수정자에 있어, 그의 부는 임신 전에 사망하였으므로 사후수정자의 친권자가 될 수 없고 부양 등에 있어서도 사후수정자는 부로부터 감호, 양육 및 부양을 받을 수 없으며 부의 상속인이 될 수도 없다. 또한 대습상속 역시, 대습상속인이 피대습인이 상속하였을 그의 피상속인 유산에 관여하는 제도이므로 대습원인이 사망인 경우, 대습상속인이 피대습인을 상속할 수 있는 지위에 있어야 할 것인데, 피대습인인 부를 상속할 수 없는 사후수정자는 대습상속인도 될

326) 最高裁判所 第二小法廷 平成16年(受)第1748号 참조.

수 없다.

이처럼 사후수정자와 사망한 부는 위의 법제가 정하는 법률상 친자의 기본적인 법률관계가 발생할 여지가 없다. 따라서 양자의 법률상 친자관계 형성에 관한 문제는, 사망한 부의 보존 정자를 사용하는 인공생식에 관한 생명 윤리관, 출생자의 복리, 친자 또는 친족관계를 형성하는 관계자의 의식, 사회통념 등 다각적인 관점에서 검토하여야 한다. 결국, 이를 인정하기 위한 요건이나 효과를 정하는 입법이 최종적으로 해결하여야 하는 문제이고, 이러한 입법이 없다면 사후수정자와 사망한 부의 법률상 친자관계는 인정되지 아니한다고 할 것이다.

4) 판결에 대한 검토

가. 사실심 판결의 법리 및 검토

제1심 판결은 일본 민법 제정 당시에는 생식보조 의료기술이 존재하지 않았기 때문에, 인지청구에서 말하는 ‘혈인상 부’는 성 교섭에 따라 모에게 자를 임신시킨 사람을 가리킨다며 전통적인 친자관계의 의의를 확인하고 있다.³²⁷⁾ 다만 생식보조 의료기술의 발전에 따라 ‘혈연상 부’의 개념에 변화가 생긴 현재는 의사적 요소를 이에 더하여야 할 것이라고 새로운 ‘혈인상 부’ 결정 법리를 제시한다.³²⁸⁾ 다만 제1심 판결의 이러한 새로운 ‘혈연상 부’의 결정 법리도 사후수정자를 친자관계의 영역으로 인도하지 못하는데, 그 이유는 그 기준을 ‘사회통념’으로 설정하였기 때문이다. 제1심 판결은 현시점에서 정자제공자의 사망 후, 보존정자로 출생한 자를 정자제공자의 자로 인정해야 한다는 사회적 인식은 아직 부족하다고 하였다.³²⁹⁾ 그리고 제1심 판결은 사실인정에 있어 정자제공자인 A가 생전에 자신의 사망 후 보존정자를 사용하는 것에 동의하였다고 보지 않아, 부의 동

327) 岡林伸幸, “夫の死後における人工授精子の認知請求(平成16. 7. 16. 高松高判)”, 「千葉大学法学論集」20卷 1号, 2005, 125面 참조.

328) 제1심 판결은 종래에 논의되었던 부의 개념에도 의사적 요소는 포함되어 있었다고 하면서 그 본질이 달라진 것이 없다고 하나, 사실 제1심의 판결은 새로운 부의 개념 요소를 현대적으로 창출한 것이다. 인공 수정방식에 따른 자의 출생현상을 고려하여 전통적인 가족법원리가 아닌 새로운 법률상의 부모결정기준 중 하나인 의도기준설을 엄두에 두고 판시한 것으로 보인다. 의도기준설에 관한 자세한 설명 및 평가는, Archer C, 앞의 논문, p.152; 青木勢津子, 前掲論文, 22-27面; Richard F. Storrow, 앞의 논문, pp.603-622.

329) 岡林伸幸, 前掲論文(2007), 4面.

의가 있었던 경우에 관하여는 판단하지 않았다. 마지막으로 법률상의 부가 없는 불이익은 있을 수 있으나, 친자관계를 인정하는 것이 반드시 자의 복리와 연결된다고 단언할 수 없고 오히려 자에게 부담을 줄 수도 있다는 등의 사유로 원고의 사후인지 청구를 기각하였다. 그러므로 제1심 판결은 ‘사회통념’과 친자관계인정에 따른 이익과 불이익의 ‘비교 형량’이 사후인지 부정의 법리로 작용하였다.

항소심 판결은 인지의 요건으로 ‘자인혈연적 친자관계’와 ‘사실상 부의 동의’라는 두 가지 요건을 제시한 뒤 사안이 이를 충족하고 있는가를 판단하는 판결 작성 기본원리에 충실하였다.³³⁰⁾ 다만 이러한 방식을 택하는 경우 그 전제로 말한 위 두 가지 요건이 정당한지가 문제 될 것인데, 항소심은 다음과 같은 이유를 말한다. 우선 사후인지제도는 자인혈연적인 친자관계가 존재한다는 것을 법적 친자관계 설정의 기초로 삼는데, 이는 자인혈연적인 친자관계가 있는가에 대한 객관적 인정에 따라 법적 친자관계가 형성한다는 것이다. 따라서 사후인지제도는 자인혈연적 친자관계를 객관적 사정에 따라 인정하면 되는 것이어서 임신 당시 사실상 부가 생존하고 있을 것이란 요건은 부적절하다고 한다. 사후인지에 있어 인공수정의 경우에는 동시존재의 원리를 배제한다는 취지의 판시라고 할 것이다. 이러한 논리라면 사후수정자는 혼인 중 출생자설에 근거하여 사후인지제도를 자유롭게 이용할 수 있다고 판단할 수 있었다. 그러나 항소심은 자인임신은 부의 의도에 따른 것으로 인정되지만, 정자를 보존한 경우에 정자제공자의 의사와 상관없이 이를 통하여 출생한 자 모두가 인지를 청구할 수 있다고 한다면, 부는 자신의 의사와 상관없이 법적 친자관계가 발생할 가능성이 있는 자가 출생하는 것을 허용해야만 하는 상황이 될 수 있다고 한다. 이러한 사태는 자연임신의 경우와 비교하여 정자를 보존한 남성에게 예상 밖의 무거운 책임을 부과하는 일이 되므로 타당하지 아니하다는 결론을 내며 사후인지의 제한을 가한다.³³¹⁾ 즉 인공수정에 따른 출생에는 당해 임신에 대한 부의 동의, 즉 부의 의사가 개입되어야 한다고 판시한 것이다.

종합하면, 제1심 판결은 새로운 ‘혈연상 부’의 개념을 제시하면서도 그 판단은

330) 遠藤隆幸, “夫死亡後, 生前冷凍保存した精子を用いて妻が体外受精を受け出生した子からの死後認知請求が認容された事例(2004. 7. 16. 高松高判)”, 「朝日法学論集」 32号, 2005, 34面 참조.

331) 岡林伸幸, 前掲論文(2007), 4面.

‘사회통념’이라는 기준에 따라야 한다는 뜻을 밝혔다. 일본에서 ‘사회통념’은 대리 모계약 등에 있어 새로운 법리의 전개가 필요할 때마다 그 제동을 위하여 등장하는 용어인데, 법적인 용어와 사회적 용어의 양면성을 가지고 있는 단어이다. 다만 이를 ‘조리(條理)에 근거한 기준’이라고 해석할 수는 있을 것이다.³³²⁾ 이에 반하여 항소심 판결은 사후인지제도의 취지에서 그 근거를 찾고 있는데, 종래 인지제도에서 취해왔던 입장을 상당히 바꾸어 사망개념의 상대설을 실질적으로 채택한 것이라고 할 것이다. 이처럼 양 판결은 인지제도를 바라보는 시선의 차를 분명히 하였다. 양 판결은 또한 사안을 다름에 있어 사실인정을 달리한 부분이 있다. 특히 그 달리한 부분은 항소심에서 사후인지의 인정요건 중 하나로 제시된 ‘부의 동의’가 있었는지에 관한 것이다.³³³⁾ 제1심 판결은 부의 동의가 없는 것으로 보아 부의 동의가 사후인지의 인정요건에 해당하는지에 관하여 언급을 하지 아니하였다. 항소심은, ‘부의 의도는 자신이 사망한 후에도 모의 동의가 있다면, 보존정자를 이용하여 자신의 자녀를 낳아주기를 바란다는 희망을 내포하고 있고, 이 희망은 진지한 것이다’라고 판시하고 있는데 동意的 요식성은 요구하고 있지 않다. 다만 양 판결 모두 의도적이든 비의도적이든 법률상 부모의 결정기준으로 최근 논의되고 있는 의도기준설을 일부 원용하고 있는데, 제1심 판결은 종래 ‘혈연상 부³³⁴⁾’의 개념에 의사적 요소가 있다고 밝혔고, 항소심 판결은 의사를 사후인지 인정의 제한요건에 위치시켰지만, 법률상 부는 자에 대하여 출생의사가 있어야 함을 모두 분명히 하였다. 마지막으로 양 판결은, ‘비교 형량’의 형평 원리를, 제1심은 자가 친자관계 인정에 따른 유·불리가 있는가를 판단하기 위한 기준으로 사용하였고, 항소심은 전면적인 사후인지의 인정은 부에게 예상 밖의 무거운 책임을 지우므로 자의 이익과 비교하여 부의 동의를 요건화하는 것으로 사용하였다. 제1심 판결과 항소심 판결의 이유는 이처럼 합치하는 부분을 찾기가 어려운데, 전술하였다시피 사안에 접근하는 근본 출발점이 달랐다는 점에 그 원인이 있다.

332) 岡林伸幸, 上掲論文(2007), 5面 참조.

333) 岡林伸幸, 上掲論文(2007), 3面.

334) 사후인지상의 혈연상 부이므로 그 실질은 법률상 부임이 자명하다.

나. 최고재판소판결에 대한 평가

사망한 부와 출생한 자의 친자관계를 긍정하는 견해와 부정하는 견해의 차이는 ‘생명 윤리관’과 ‘자의 복리’의 개념을 이해하는 방식이 다른 것에 비롯되었다. 이러한 학설의 논의 속에서 항소심 판결은 사후수정에 있어 ‘자인혈인적 친자관계’와 ‘사실상 부의 동의’의 요건을 충족한다면 사후인지가 가능하다는 결론을 내린 것에 반하여, 항소심 판결의 상고심인 최고재판소판결은 사후인지의 인정은 다각적인 검토를 통하여 인정할 수 있어야 한다고 판시하였다. 그렇다면 항소심이 제시한 요건이 최고재판소판결의 다각적 검토 기준을 대체할만한 요건이 될 것인지가 중요하다. 곧 항소심이 제시한 요건 중 전자의 요건은 객관적, 사실적인 것으로 자인혈인적 친자관계가 없다면 인지청구를 인정할 수 없다는 것이 자명하므로, 후자의 요건인 ‘사실상 부의 동의’가 생명윤리와 젠더의 관점, 자의 복리, 모의 자기결정권, 공서의 영역 관점 등에 기초한 판단 기준을 대신할 만한 기준으로 충분한지가 문제 될 것이다.

먼저 부의 동의, 그 자체의 효력에 관하여 살펴본다. 민법의 사적 자치의 원칙은 개인이 자신의 의사에 따라 법률관계를 형성할 수 있다는 원칙이다. 그러나 이 원칙은 무제한으로 인정되는 것이 아니라, 법질서 안에서 실현하여야 할 가치로 평가되고 있다.³³⁵⁾ 즉 개인의 의사는 법질서가 허용하는 범위 내에서 선택으로서의 의미가 있다는 것이다.³³⁶⁾ 그렇다면 사후수정을 인정하고 있지 아니하는 한, 사후수정을 하려는 의사는 법적 친자관계 발생이란 효과를 발생시킬 수 없고, 허용되지 아니하는 사후수정에 대한 동의 역시 공서양속에 반하여 무효라고 할 것이다.³³⁷⁾ 또한 부의 동의라는 요건은 사실인정에 있어서 어려움이 있다. 즉 부의 동의가 무엇에 대한 동의인지 아직 명확하게 일치된 견해가 없는 이유로, 사실심에서도 동의가 있었는지에 관하여 달리 판단한 것을 보면, 이는 동의의 해석 기준을 명확히 하더라도 이를 사후인지 인정이라는 효과를 얻어내기 위한 결정적인 요건으로 판단하는 것은 매우 부담스러운 일이 될 수 있다는 것을 뜻한

335) 한삼인, 앞의 책, 288쪽 참조.

336) 岡林伸幸, “法における自由”, 『民法学の課題と展望(石田喜久夫先生古稀記念)』, 成文堂, 2000, 47면 이하 참조.

337) 松川正毅, “亡夫の凍結精子による出産子と死後認知”, 『私法判例リマックス』 31号 (2005 [下]), 平成16年度 判例評論 法律時報別冊 所収, 日本評論社, 2005, 68면.

다. 결국 어느 정도의 동의 태양이 사후수정자와 사망한 부의 부자관계를 연결해 줄 수 있는지에 관한 모호함을 해결하기 위하여, 서구의 예처럼 서면동의서를 요구하면, 전제적 논쟁이라 할 수 있는 사후수정 그 자체를 인정하는 결과와 다름 없게 된다.

제1심이 제시하고 있는 사회통념과 최고재판소판결이 말하는 다각적인 관점을 통합하더라도 여러 기준요소 중 사후인지를 긍정할 만한 기준은 ‘자의 복리’라고 생각한다. 상고심의 원고 소송대리인인 역시 ‘일본 민법이 사후임신을 상정하고 있지 아니하였다고 하더라도 현재 자는 출생하였고 친족들로부터 축복을 받으며 성장하고 있으므로, 자의 복리를 위하여 사후인지규정에 따른 인지를 인정하고 친자관계를 형성하는 것이 일본 헌법 제13조, 국제인권규약, 아동의 권리에 관한 조약 등에 근거한 인권 존중의 취지에도 부합하는 합리적인 해석이라고 생각한다.’³³⁸⁾고 주장한 바 있다. 그러나 자의 복리 내용은 반드시 분명하게 드러나는 것은 아니다. 자가 친족에게 축복받으며 성장하고 있다면 사후인지를 인정하지 않아도 충분히 행복하게 살아갈 수 있고, 반대로 친자관계의 인정이 자의 복리에 좋지 아니한 결과로 나타날 수 있는 여지도 얼마든지 있다.³³⁹⁾ 이처럼 사후수정 영역에서 자의 복리는 굉장히 추상적 형태로 나타난다고 할 것이다. 따라서 자의 복리 개념은 다양하여 논란이 있고, 판결 사안에서도 사후인지를 인정하는 것이 반드시 자녀의 복리로 이어지는 것은 아님을 알 수 있는데,³⁴⁰⁾ 그렇다면 자의 복리 관점만으로 사후인지를 인정하기에는 새로운 법리 제시의 요건에 비추어 부족하다. 즉 자의 복리는 사후인지 인정판단의 하나의 기준은 될 수 있더라도 결정적인 중요사항이 될 수는 없다. 따라서 다각적인 관점에서 사후수정자와 사망한 부의 법률상 친자관계는 인정되지 아니한다는 최고재판소판결의 결론은 타당하다고 할 것이다.

(3) 검토

338) 村重慶一, 前掲論文(2004), 31面.

339) 동지의 견해로, 岡林伸幸, 前掲論文(2007), 10面.

340) 松川正毅, 前掲論文(2004), 196-197面.

이처럼 사후수정자의 인지청구 인정 여부는 생명윤리관, 자의 복리, 모의 자기결정권, 공서의 영역 관점을 고려하더라도 사후수정에 있어 사후인지를 인정하여야 할 이유가 분명히 도출되지 아니하고, 설령 사후인지를 인정하여야 할 당위가 있다고 하더라도, 사후수정에 있어 사후인지를 인정하기 위한 요건에 관한 합의, 즉 부의 동의를 요건으로 할 것인가 등에 관한 일치가 이루어지고 있지 아니한 우리의 현시점에서, 사후수정자의 친자관계 인정 여부에 관한 규정이 입법화될 때까지는 현행 우리 민법 제864조로 해석·적용하여야 한다. 즉 사후수정으로 태어날 자에게 어떠한 법적 지위를 부여할 것인가와 관련하여, 첫째 사후수정에 동의한 정자제공자가 무가 되려는 의사가 더 강하다는 추정만으로 친자관계를 인정할 수 있는지, 둘째 동시존재 원칙의 예외를 인정할 만큼 친자관계의 인정만이 자의 복리에 기여할 수 있는지, 셋째 장기간이 흐른 뒤의 사후수정을 제한하여 세대의 분절을 해결할 수 있다고 하더라도 사후수정자의 법적 지위는, ‘그런에도’ 출생한 자의 지위를 논하는 것으로 사후인지의 인정이 중국적으로 세대라는 개념의 해체를 가져올 수 있지는 않은지, 넷째 여성의 자기결정권이 진정으로 보장된 상태에서 그 결정이 되었는지 여전히 의문이 있다. 게다가 ‘부의 동의’는 아직 그 내용에 관하여 의견의 일치가 있지 않은 다음에야 선불리 사후인지 인정의 하나의 요건으로 할 수는 없다. 이러한 이유로 사후인지에 관한 입법이 없는 상황에서는 현행법에 따라 해석하여야 하고, 다각적인 관점에서 아직은 사후수정자와 사망 부 사이에 친자관계를 인정할 수 없다는 결론에 이르러야 하므로 이에 관한 적절한 입법적 논의가 필요하다.³⁴¹⁾ 다만 사후수정에 부정적인 학계의 동향으로 볼 때, 친생자 지위의 부여 및 사후인지를 부정하는 입법이 이루어질 가능성이 크므로 사후인지를 긍정하는 견해는 그다지 현실적이지 않다고 생각한다. 이는 앞서 살펴보았듯이 부의 동의가 생명윤리관, 인간의 존엄과 자의 복리, 모의 자기결정권 등을 모두 아우르고 대체할 정도의 요건적 요소가 될 수 있는지에 관하여 회의적 결론에 이르렀기 때문이다.³⁴²⁾

341) 이렇게 의학 진보에 따라 사후수정이 가능하게 되었음에도 이를 민법이 규정하고 있지 않은 것은 ‘법의 흠결’이 있다고 보며, 어떻게 보면 성문법국가에서 아무리 법을 완비하고자 하더라도 새로운 법률문제를 모두 망라하여 규율할 수 없으므로 법의 불완전성 문제가 필연적으로 발생하게 된다는 견해가 있다(오호철, “부의 사후생식을 통해 태어난 자의 법적 지위에 관한 고찰”, 『법학연구』 제28집, 한국법학회, 2007, 198쪽).

342) 한삼인·김상현, “사후수정자(死後受精子)의 인지청구에 관한 연구: 일본 最高裁判所 第二小法廷 2004

2. 비배우자 간 인공수정의 친생부인

비배우자 사이의 인공수정은 제2장에서 부와 인공수정자 사이에 유전적 공통 관계가 없다는 점이 분명하지만, 현행법상 해석으로 민법 제844조를 통하여 친생자로 추정된다고 검토하였다. 그렇다면 부는 친생자로 추정된 자에 대하여 친생부인의 소를 제기할 수 있는지가 쟁점이 될 것인데, 이를 우리나라의 판결인 서울가정법원 2000. 8. 18. 선고 2000드단7960 판결을 통하여 비배우자 간 인공수정을 통하여 태어난 자에 대하여 친생부인을 할 수 있는지에 관한 쟁점을 다루어 본다.

(1) 친생부인의 인정 여부

1) 부의 동의가 없는 경우

부가 비배우자 사이의 인공수정을 동의하지 아니한 경우에 부의 친생부인권은 인정될 것이다.³⁴³⁾ 자의 모가 부와의 혼인 중에 부의 동의 없이 비배우자 사이의 인공수정에 의하여 자를 임신하고 출산하는 것은 간통에 따른 임신을 통하여 자를 출산하는 경우에 해당하지는 않을 것이다. 다만 출생한 자에 대하여 친생추정의 효과가 발생하게 된다면, 남편이 부가 되지 아니할 권리를 행사하기 위한 이의제기는 형평의 원칙상 인정된다. 그러므로 부는 ‘그 사유가 있음을 안 날로부터 2년 내’에 자 또는 모를 상대로 친생부인의 소를 제기할 수 있다(민법 제847조 제1항).

2) 부의 동의가 있는 경우

부가 비배우자 사이의 인공수정에 동의³⁴⁴⁾한 경우 친생부인권의 인정 여부에

年 (受)1748號의 평석을 중심으로”, 「경희법학」 제48권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2013, 149쪽.

343) 양수산, 앞의 논문, 105쪽.

344) 국내에서는 비배우자 간 인공수정에 의한 동의는 설명의무 등의 불확실성으로 인하여 방식 면에서 불완전하다. 영국에서는 2008년 ‘인간 수정 및 배아 발생에 관한 법률(Human Fertilisation and Embryology Act, 이하 HFEA법)을 개정하면서 부모자녀관계의 법적 확정이 이루어지도록 기존 법 조항을 수정한 바 있는데, 그 주요 내용은 HFEA정이 제시하는 서면동의서를 통하여 인공출산자 등의 부모를 확정하는 시스템으로 구성한다는 것이다(김은애, 앞의 논문, 51-86쪽). 우리 법에서도 유사한 제도를 도입할 충분한 의미가 있다. 일본에서도 서면동의서가 있다면 적어도 동의가 있었음을 추정할 수 있는 구조가 되어야 한다

관하여는 견해의 대립이 있다.

긍정설은 가족법 규정 중에서도 특정한 자가 혼인 중의 자로서의 법적 지위를 가지는가는 강행규정임이 분명하고 부모의 합의에 따라 좌우될 문제가 아니라 하는 이유로 친생부인권의 행사가 가능하다는 견해이다.³⁴⁵⁾ 이 견해에 따르면 부의 친생부인권은 단기제척기간이나 승인에 따른 친생부인권의 상실에 의하지 아니하고는 제한되거나 배제되지 아니한다. 친생부인으로 인공수정자가 혼인 외의 자가 된다고 할지라도 혼인 외의 자의 지위가 향상되었기 때문에 친생부인에 따른 자의 행복이 침해될 위험은 없다는 것을 실질적인 근거로 들고 있다.³⁴⁶⁾ 특히 부의 역할을 할 준비나 의사가 전혀 없는 모의 자가 부모로서의 역할을 이행할지의문이고, 부가 자의 혈통 등에 관한 비밀을 공개하는 경우에는 부자관계를 설정하지 아니한 것보다 못한 결과를 초래하여 자의 복리보호라는 가족법상의 이념을 훼손할 우려가 있다고 주장한다.

부정설은 자신의 진지한 의사로 아내가 제3자의 정자로 인공수정을 하여 출산한 경우 친생부인의 소 제기는 허용되지 아니한다는 입장이다.³⁴⁷⁾ 일반적으로 친생추정의 적용을 받아 부로 인정되는 표현부(表見父)³⁴⁸⁾는 민법 제847조의 기

는 견해(花元彩, “AID子の法的親子關係 : -アメリカにおける夫の同意の立證をめぐる-”, 『比較法研究』 74卷, 有斐閣, 2012, 298面)가 있는가 하면, 국내에서도 공중 또는 인가된 의료기관에 대한 서면제출 필요성에 대한 주장(권재문, 앞의 논문(2009), 347-354쪽)이 꾸준히 제기되고 있다.

345) 양수산, 앞의 논문, 107쪽 이하 참조. 특히 2002년 4월 독일 민법 제1600조 제2항(부가 제3자의 정액 제공에 의한 인공수정을 동의한 경우에는 부 또는 모는 친생부인권을 행사할 수 없다)이 제정되기 전 독일연방대법원(BGH)의 판례는 이러한 긍정적 견해를 지지하고 있었다. 독일판례 가운데 BGH NJW 1983, S.2073 참조.

346) 양수산, 위의 논문, 111쪽. 이 부분은 다소 의문이 있는데, 친생부인의 효과는 자를 혼인 외의 자로 만드는 것이지만, 이 경우의 자는 혼인 외의 자로 태어나 인지 등을 청구하여 부자관계를 설정할 수 있는 혼인 외의 자와는 구별되는 자로, 친생부인이 된 부에게는 그 부자관계설정을 다시 요구할 수 없고 정자 제공자와 특별관계에 있지 아니하는 한 인지청구의 인용을 받기가 어려운 위치에 있는 자이므로 일반적으로 말하는 혼인 외의 자와 동등하게 보기는 무리가 있다.

347) 이근식, 앞의 논문, 22쪽; 한봉희, 앞의 논문, 25쪽. 신의칙상의 이유로 부정한 최근 판례로는 대구지방법원 가정지원 2007. 8. 23. 선고 2006드단22397 판결. “..피고가 원고의 정자에 의해서가 아니라 A가 1995. 8. 8. 00의료재단에서 다른 사람의 정자를 공여받아 인공수정을 통하여 출생한 사실은 앞서 살펴본 바와 같다. 그러나, 을 제1, 2호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고는 A와 같이 00의료재단을 방문하여 진단을 받은 결과 무정자증으로 인하여 원고와 A와 사이에는 임신이 불가능함을 알고 1995. 7. 14. A가 다른 사람의 정자를 공여받아 인공수정을 하는 것에 동의하면서, 인공수정으로 태어난 출생아를 정상적으로 양육하고, 도덕적·사회적·법적 문제를 포함한 모든 책임을 지기로 한 사실, 그 후 인공수정을 통하여 피고가 출생한 사실을 인정할 수 있고, 달리 반증이 없다. 위 인정사실에 의하면, 비록 원고와 피고 사이에 혈연에 의한 부자관계가 성립되지 않는다고 하더라도, 원고는 처인 A가 다른 사람의 정자를 공여받아 인공수정을 통하여 피고를 출산하는 것에 동의하면서 법적 문제를 포함한 모든 책임을 지기로 하여 피고를 자신의 자로 인정하였다고 봄이 상당하므로, 그 후 A와 이혼하였다고 하여 다시 피고에 대한 친생을 부인하는 것은 신의칙에 반한다...” 동지의 프랑스 판례로 Tribunal de grande instance de Bobigny, le 18 janvier 1990, D. 1990, 332, note Saujot 참조.

간 동안 아내의 자를 자신의 자로 인정할 것인가를 결정할 수 있으나, 이처럼 제3자의 정자로 인공수정을 함에 동의하는 경우에는 그 시술 전에 이미 충분한 숙고를 거쳐 동의하였으므로 위 일반적인 경우와 달리 보아야 한다고 한다. 그러므로 부가 자신의 정자가 아닌 제3자의 정자를 사용하는 인공수정에 대한 동의는 책임이 중대한 의사표시로 인공수정 이후에는 취소할 수 없는 결정이라고 한다.³⁴⁹⁾ 그렇다면 이러한 취소할 수 없는 결정을 한 부가 다시 이러한 배제된 취소권의 행사로 친생부인의 소를 제기하는 것은 ‘자신의 선행행위에 반한 반격’(venire contra factum proprium)으로 허용되지 아니하거나 급반언(Estoppel) 원칙에 반하는 권리남용이라는 것이다.³⁵⁰⁾ 외국을 살펴더라도 명문으로 친생부인을 배제하는 스위스 등의 국가가 있고³⁵¹⁾ 미국에서도 판례 등을 통하여 부가 일단 동의한 경우 그 인공수정자에 대하여 친생부인권을 행사할 수 없다고 규제하는 것을 비교법적으로 주장한다.³⁵²⁾ 또한 민법 제846조가 부의 친생부인권을 규정한 입법 취지나 승인에 따른 친생부인권 포기이론을 통하여 이론적 근거를 마련하기도 한다.³⁵³⁾

(2) 판례: 서울가정법원 2000. 8. 18. 선고 2000드단7960 판결

1) 사안 개요

- 348) Scheinvater에 대한 번역이다(조미경, “친생부인의 소에 관한 비교법적 고찰”, 「가족법연구」 제11호, 한국가족법학회, 1997, 190쪽), 종전에는 가부라는 표현이 있었다.
- 349) 일본에서도 이러한 동의가 어떠한 의미인가에 관하여, 적출성 승인의 의사표시 정도라는 설(鈴木祿弥, 「親族法講義」, 創造社, 1988, 123面)과 적출성 승인 이상의 강한 의사표시라는 설(中川高男, 「親族·相続法講義(新版)」, ミネルヴァ書房, 1995, 194面), 적출부인권 포기의 의사표시라는 설(野田愛子, 「現代家族法—夫婦·親子」, 日本評論社, 1996, 149面)의 대립이 있다.
- 350) 한봉희, “인공수정자와 법률문제”, 「정법석막사화갑기념논문집」, 법전출판사, 1977, 337쪽.
- 351) 스위스 민법 제256조 제3항, “부는 제3자를 통한 임신에 동의한 경우 소를 제기할 수 없다(Der Ehemann hat keine Klage, wenn er der Zeugung durch einen Dritten zugestimmt hat).”
- 352) 미국의 경우 In re Marriage of Buzzanca, 72 Cal. Rptr. 2d 280(Cal. Court of Appeal, 1998).
- 353) 정연옥, 앞의 논문, 71쪽. 제3자의 정자를 이용하여 출생한 인공수정자에 대하여 부가 친생부인의 소를 제기한 사안에서 남편이 아내의 인공수정에 의한 임신, 출산을 승인하였다거나 자기의 적출자로서 승인하였다고 인정할 수 없다는 이유로 그 청구를 인용한 일본 판결(大阪地方裁判所 第11民事部 平成9年(タ)第242号 判決)은 친생부인권 포기이론을 차용한 듯한 취지로 해석될 수 있다. 결국 그 승인이 있었는지 여부는 사실인정의 문제라고 할 것이다. 이에 관한 평석은 早野俊明, “人工授精子の抽出推定(平成10. 12. 18. 大阪地判)”, 「アルテスリベラレス(岩手大学人文社会科学部紀要)」 68号, 2001, 189-195面. 친생자추정을 부정하고 친양자설정이론을 취한다면 친생부인권의 문제는 처음부터 논의할 필요가 없다(이제정, “친자관계확인소송의 심리상 주요 논점”, 「재판자료; 가정법원사건의 제문제」 제101집, 법원도서관, 2003, 455쪽 참조).

피고(男)는 1985. 8. 26. A(女)와 혼인신고를 마치고 법률상 부부로 살다가 1994. 4. 19. 협의이혼하였다. 피고와 A는 혼인생활을 하던 중 자녀가 생기지 않아 병원에서 검사를 받은 결과 피고가 불임이라는 사실을 알게 되었다. 이에 피고와 A는 타인의 정자를 제공받는 방식의 인공수정방법으로 자녀를 갖기로 합의하고 이에 따라 A는 고려대학교 의료원 안암병원에서 정자를 제공받아 인공수정 방법에 의하여 원고를 포태, 1988. 11. 1. 원고를 출산하였고, 피고가 피고의 호적에 원고의 출생신고를 하여 원고는 피고의 호적에 피고를 부(父)로, A를 모(母)로 하여 그들 사이에서 태어난 친생자로 등재되었다.

원고는 원고의 모(母)인 A가 피고가 아닌 다른 사람의 정자를 제공받아 인공수정에 의하여 원고를 포태하여 출산한 것이므로 원고와 피고 사이에는 친생자 관계가 존재하지 않는다고 주장하면서 피고에게 그 확인을 구하였다.

2) 판결 요지

민법 제844조 제1항은 ‘처(妻)가 혼인중에 포태한 자는 부(夫)의 자로 추정한다’고 규정하고 있고, 위 인정사실과 같이 피고와 A의 혼인중에 피고와 A의 합의에 의하여 위 인정과 같은 방식의 인공수정방법으로 A가 원고를 포태하여 출산한 것이므로 원고는 피고의 친생자로 추정 받는다 할 것이고, 위 인정과 같이 피고가 아닌 타인의 정자를 제공받아 한 인공수정에 의하여 원고가 포태되었다는 점만으로 위 친생추정을 번복할 수도 없다 할 것이므로 원고의 주장은 이유 없다. 따라서 원고의 청구는 이유 없이 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

(3) 검토

민법 제846조가 규정한 부의 친생부인권의 입법 취지는 부의 비배우자 사이의 인공수정자에 대한 친생부인권을 부정하는 근거가 되기 어렵다. 과거에는 동규정을 혈통 절대 존중에 기초를 둔 것이라기보다는 자의 지위 보호에 중점을 두고 있다고 평가하는 견해³⁵⁴⁾가 있었으나, 헌법재판소가 관련 조항인 민법 제

354) 한봉희, 앞의 논문(1987), 25쪽.

847조를 판단하면서 부의 자의 인정은 최소한 자신의 자임을 모르는 상태에서 결정권을 부여해서는 아니 된다는 취지를 밝힌 이상, 혈통주의와 자의 지위 보호의 조화에 근거한다고 보아야 하므로 입법 취지만으로 친생부인권을 부정하기에는 부족하다.

신의칙을 근거로 친생부인의 소를 제기할 수 없다는 주장 또한 이를 가족관계에 일정 부분 원용이 가능하다고 하더라도, 신의칙 등 일반원리의 적용은 보충적으로 하여야 함이 원칙인 점, 특히 상속법과 같은 재산관계 이외의 가족관계에서 이를 적용하는 것은 극히 신중할 필요가 있어 만연히 이를 주장하기에는 부적절한 점이 있다는 것은 차치하더라도, 공적 기록인 가족관계등록부상 당사자들은 부자관계로 남아있을 것인데, 그렇다면 그 남아있는 당사자 사이의 관계는 무엇인가에 관하여 여전히 남하지 못하고 있다. 물론 친생부인권을 행사할 수 없어 부자관계로 인정할 수밖에 없겠지만, 신의칙만을 이유로 부자관계를 인정하여야 한다는 것은 그 근거가 부족하다.³⁵⁵⁾ 다음으로 비배우자 간의 인공수정에 따른 자의 법률문제를 신의칙으로 다룬다면 결정적인 문제가 나타날 수 있는데, 예를 들어 부가 자를 부당하게 대우하는 경우가 발생하는 경우, 모 역시 민법 규정에 따라 부와 자 사이의 친생자관계를 단절할 친생부인권을 행사할 수 있다. 그렇다면 모에는 친생부인권이 인정되고, 부에게는 친생부인권이 인정되지 않는다는 결론에 이르게 되는데, 이는 가족법 체계 특성상 나타나는 획일적, 확정적 신분관계 규율에 반하는 문제가 생긴다. 따라서 이러한 경우 모에도 신의칙을 적용할 수 있는가를 재론하여야 하는 불편함이 있다.

승인에 따른 친생부인권 포기 이론을 동의한 비배우자 사이의 인공수정에 적용할 수 있다는 견해에 대하여는, 비배우자 사이의 인공수정에 대한 부의 동의가 '일반적' 친생부인권의 포기와 동일하다고는 볼 수 없지만 동의한 비배우자 사이의 인공수정에 복직론적으로 적용 가능하다고 해석할 여지는 있다. 그러나 민법 조문 해석상 승인에 따른 친생부인권 포기는 출산 후에 친생자임을 승인한 경우로 한정하여야 하므로 인공수정의 동의와 같은 사전적 동의에 이를 적용하는 것은 확장해석의 여지가 있다. 사전 동의가 친생부인의 포기로 귀결되는 것은 아니기 때문이다.

355) 이는 금반언의 원칙 적용을 주장하는 견해에 대하여도 동일한 논리로 반박할 수 있다.

그렇다면 결국 부가 처의 유전자가 존재하는 아이를 자신의 아이로 가지고 싶다는 그 진의에 중점을 두어야 하고, ‘법률상 부’는 순수하게 생물학적 또는 유전적 관점에서 판단하는 것이 아니라 사회통념에 비추어 ‘법률상 부’의 개념을 결정하여야 변화하는 생식환경에 부합하는 기준이 될 것이다. ‘법률상 부’의 결정에 관한 사회통념은 자의 복리를 확보하고, 친족·상속법 질서와 조화를 꾀하는 관점뿐만 아니라 인공생식과 자인생식과의 유사성 정도, 인공생식의 사회적 수용 정도 등을 종합하여 검토하고 판단하여야 하지만, 거기에 더하여 부의 의지적 요소가 중요하게 작용한다고 할 것이다.³⁵⁶⁾ 인공수정에 있어 부의 동의, 즉 의지적 요소는 입양이 아이의 탄생에 기여하는 바가 없는 데에 반하여, 인공수정에 따른 자의 탄생에는 생물학적 부의 역할과 마찬가지로 그 탄생에 절대적인 지배권을 가진 정도로 기여하는 바가 크다는 점을 고려하여야 할 것이다. 또한 그 동의는 다른 법률상의 동의와는 다른 특징이 있다. 이러한 동의는 부자관계 설정의사로 그 기여도의 절대성 때문에 취소할 수 없는 동의이고, 오히려 생물학적인 부자관계에 있어 부가 아님을 주장할 수 없는 것과 마찬가지로 이는 동의에 따른 법률상 부자관계를 해소할 수 없는 상태로 만드는 효력이 있다고 할 것이다. 그러므로 부의 친생부인의 인정 여부에 관하여 이러한 부의 부자관계설정의사를 이유로 법률상 부자관계가 설정되었으므로 더는 이를 다투지 못한다고 하여야 부뿐만 아니라 모, 자 누구도 친자관계를 부정할 수 없는 것이다.³⁵⁷⁾

3. 사실혼배우자 간 인공수정의 인지청구

사후수정에 있어서의 인지청구 인정 여부에 관하여 앞서 살펴보았으나 사실혼배우자 간 인공수정의 인지청구 인정 여부는 혼인관계가 유지되고 있는 것인

356) 김상헌, 앞의 논문, 244쪽.

357) 그러므로 부의 자에 대한 복리의 위협은 민법상의 친권박탈에 의해서만 가능하다. 일본에서는 부의 AID에 대한 동의가 법적 부자관계를 창설하는 면이 있는가에 관한 검토가 필요하다는 입장(本山敦, “非配偶者間人工授精子(AID子)と嫡出推定”, 「ジュリスト」 1164号, 有斐閣, 1999, 139面)이 있다. 비록 항소심(福岡高等裁判所 第4民事部 平成9年(ネ)第1160号 判決)에서 파기되었지만, 남성이 자신의 아이가 아닌 자를 임신한 여성과 이를 알면서도 결혼하고 결혼생활 중 그 아이를 자신의 자로 인정하는 여러 가지 정황을 행한 경우, 단지 혈연적 관계만으로 부자관계를 부정하는 것은 타당하지 아니하다는 일본 판결(大分地方裁判所 民事第2部 平成6年(タ)第54号 判決)은 부의 의지적 요소가 혈연관계와 동등할 정도로 중요하다는 것을 시사한다고 할 것이다. 국내에서도 동의 그 자체에 의하여 부자관계를 설정하는 것으로 이론 구성하는 것이 논리적이라는 견해(송영민, 앞의 논문, 196쪽)가 있다.

지 등의 사실인정 문제까지 종합하여 논의된다. 사실혼은 우리 법에 따라 법률혼에 가까운 보호를 받고 있고 이 역시 혼인의 형태라고 할 것인데, 인공수정을 사실혼 배우자 간에도 인정할 것인지, 인정한다면 그 인공수정시술 등의 형태는 법률혼과 차이가 없는지 좀 더 강화된 심사요건이 필요한 것인지, 사실혼은 혼인관계 결속력이 법률혼에 비하여 낮다는 평가가 있는데 외부에서 혼인파탄 등에 관하여 충분히 알 수 없음에도 만연히 배우자 간 인공수정 형태로 취급할 것인지 등의 복잡한 법률문제를 불러일으킨다. 따라서 사실혼배우자 간 인공수정으로 태어난 자의 지위를 살펴보는 것은 혼인파탄에 따라 AID 영역에 속하면서도 특정한 관계에 있는 자들 간의 친자관계에 관한 고찰을 할 수 있으므로 의미가 있다고 할 것이다. 우리 판결 사안인 서울가정법원 2011. 6. 22. 선고 2009드합13538 판결을 통하여 사실혼배우자 간 인공수정의 인지청구 인정 여부에 관한 쟁점을 살펴본다.

(1) 인지청구의 인정 여부

1) 사실혼의 성립요건

우리 민법상 사실혼은 혼인의 의사가 있고 사회 통념상 부부공동생활을 인정할 만한 실체가 있는 경우 성립한다.³⁵⁸⁾ 먼저 사실혼의 정의 또는 개념은 나라마다 다양하게 제시하고 있지만, 객관적 요건으로서의 부부공동생활이라는 혼인생활의 실체는 있어야 한다는 점은 공통적이다.³⁵⁹⁾ 사실혼 개념 자체가 이러한 사실상의 혼인공동체를 보호하기 위한 것이기 때문이다. 상당한 기간 계속되는 동거는 남녀(파트너) 사이의 안정성과 계속성을 나타내고 이것은 사회적으로 보호할 가치가 있는 부부공동생활의 실체에 접근하는 계기가 될 수 있으므로 부부공

358) 판례도 사실혼의 성립에 당사자 사이의 혼인의사와 객관적으로 사회관념상으로 가족질서적인 면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있을 것을 요구하고 있다(대법원 2001. 1. 30. 선고 2000도4942 판결; 대법원 1998. 12. 8. 선고 98므961 판결 등 참고).

359) 독일의 비혼인생활공동체(nichteheliche Lebensgemeinschaft), 프랑스의 비혼인동거(concubinage), 영국의 혼인 외 동거(cohabitation)라는 개념이 우리의 사실혼과 비교할 수 있을 것인데, 모두 혼인하지 아니하였으나 혼인과 같은 공동생활을 상당기간 유지하고 있는 상태를 말한다. 우리나라와 달리 혼인의사는 그 요건으로 하지 아니한다. 다만 그 공동생활의 결속력을 중요한 판단 기준으로 하고 있다. 특히 독일의 비혼인생활공동체에 관한 설명으로는 조은희, “독일의 비혼인생활공동체와 한국의 동거관계에 대한 제언”, 『한양법학』 제24권 제3집, 한양법학회, 2013, 599쪽 이하 참조.

동생활의 실체는 지속적인 동거 사실로부터 추난된다.³⁶⁰⁾ 그러나 부부공동생활의 실체를 인정하기 위하여 반드시 계속적 동거만이 필요한 것인지에 관하여 분제점을 제기³⁶¹⁾하면서 사회적으로 보호할 가치 있는 부부 공동생활의 실체 인정은 '사회적 공인성'도 중요한 척도라는 견해도 있다.³⁶²⁾ 사회적으로 그리고 부모 등 친족으로부터 부부로서 인정받고 있었는가는 보호 가치 있는 사실혼과 단순한 남녀의 동거를 구분하는 중요한 판단 기준이라는 이유에서이다. 따라서 동거 견해에 따르면 결혼식은 사실혼 성립에 필요한 혼인의사를 증명할 뿐만 아니라 사회적 공인성도 인정할 만한 사실이 될 것이다. 판례 또한 일반적으로 결혼식을 하였다고 하면 특별한 반대 사정이 없는 한 실제 동거에 들어가지 아니하였거나 그 기간이 매우 짧은 경우라 하더라도 사실혼으로 보호하고 있다.³⁶³⁾ 반대로 부모에게 혼인생활의 실체에 관하여 알린 바가 없거나 혼인 승낙을 받은 적도 없고, 결혼식을 한 바도 없다면, 남녀의 간혈적 정교관계만으로는 그들 사이에 자가 출생하였다고 하더라도 혼인의사의 합치가 있었다거나 혼인생활의 실체가 존재한다고는 할 수 없어 사실혼이 성립하였다고 볼 수 없다.³⁶⁴⁾ 다음으로 우리의 사실혼은 주관적 요건으로 혼인의사의 합치를 요구하고 있는데,³⁶⁵⁾ 혼인의사가 없는 남녀관계는 단순한 혼외관계로서 사실혼의 보호범위 밖이다. 혼인의사에 관하여 확실은 사실혼의 혼인의사에 관하여 별도로 논하지 아니하고 법률혼의 혼인의사와 동일한 것으로 인정한다.³⁶⁶⁾ 다만 법률혼의 혼인의사는 혼인신고의사를 포함할 것인가와 관련하여 견해의 대립이 있다. 실질적 의사설³⁶⁷⁾은 우리 사회에서 혼인의사란 일반적으로 부부로서 정신적·육체적으로 결합하여 생활공동체를 형성할 의사를 말하는 것으로 다만 일반적으로 부부관계로서 인정되는 정신적·

360) 송재일, “사실혼관계의 해소를 조건으로 한 인공수정의 법률관계”, 「가족법연구」 제26권 제1호, 한국가족법학회, 2012, 36쪽.

361) 박병호, 앞의 책, 139쪽.

362) 송재일, 앞의 논문, 37쪽.

363) 대법원 1998. 8. 21. 선고 97므544·551 판결. 결혼한 부부가 신혼여행 후 8일간 동거하다가 일방이 가출하고 다른 일방은 5개월 정도 가출한 일방을 기다린 사안으로 사실혼의 부당파기로 보았다.

364) 대법원 2008. 2. 14. 선고 2007도3952 판결.

365) 다수설이다(이경희, 「가족법」, 법원사, 2006, 138-140쪽).

366) 김주수·김상용, 앞의 책, 247쪽.

367) 김주수, “혼인의 합의와 무효행위의 추진,” 「관례월보」 제164호, 관례월보사, 1984, 148쪽. 이러한 실질적 의사설이 주장하는 혼인의사는 복잡한 현대 사회에서 그 내용을 가늠하기 어렵다고 하면서, 특히 당사자가 임의로 혼인신고를 하고 난 후 그것이 허위신고였다고 하여 무효를 주장하는 경우 이를 인용할 것인가에 대하여 적절한 답을 줄 수 없다는 비판이 있다(조은희, “가장혼인의 법률문제에 대한 고찰”, 「한양법학」 제22권 제2집, 한양법학회, 2011, 379쪽).

육체적 결합이 있으면 당사자 사이에 혼인신고를 하지 아니하기로 약정하였거나 혼인의사를 철회하지 아니하는 이상 당연히 법률상 유효한 혼인을 성립시킬 혼인신고의사는 추정된다는 견해이다. 이에 반하여 형식적 의사설³⁶⁸⁾은 형성적 가족법상 법률행위가 원칙적으로 가족관계등록부의 신고와 관련되어 있어 혼인이 신고되지 아니하면 효력이 발생하지 아니하는 점을 지적하면서 혼인의사를 신고에 따라 법률상 부부관계를 형성하려는 의사로 파악하는 견해이다. 판례는 혼인 합의란 법률혼주의를 택하고 있는 우리나라 법제하에서는 법률상 유효한 혼인을 성립시키는 합의를 말하는 것이므로 양성의 정신적·육체적 관계를 맺는 의사가 있다는 것만으로는 혼인의 합의가 있다고 할 수 없고 혼인의사에는 혼인신고를 거쳐 법률상으로도 부부가 되겠다는 의사로 본다.³⁶⁹⁾ 따라서 혼인의사에는 당연히 혼인신고의사가 포함된 것으로 해석한다. 그러나 이러한 판례의 해석은 부부 공동생활의 실제 그 자체를 사회적으로 보호하고자 하는 사실혼 보호의 목적에 맞지 아니하는 결과로 이어질 수 있다는 점에서 비판을 받기도 한다.³⁷⁰⁾

2) 사실혼의 해소요건

사실혼 배우자는 배우자 일방의 사망 이외에, 언제든지 사실혼 해소의 합의를 하거나 일방적인 파기에 의하여 사실혼 관계를 해소할 수 있다. 즉 사실혼관계는 사실상의 관계를 기초로 하여 존재하는 것이므로 당사자 일방의 사망과 사실상 이혼의 합의에 따라 해소되는 것은 물론, 당사자 일방이 이를 파기하여 공동생활의 사실이 없으면 해소되는 것이다.³⁷¹⁾ 이는 법률상 혼인이 협의나 조정 또는 재판에 의하지 않으면 해소될 수 없는 것과 구별되는 것으로, 사실혼 그 자체를 법률상 혼인에 준하여 보호하여야 한다는 주장만으로 사실혼 해소시점까지 법률혼

368) 실질적 의사설의 '사회관념상의 혼인의사'를 비판적 시각으로 보면서, 혼인은 법률제도로서의 혼인을 의미하므로 법의 정형에 혼인을 하려는 의사를 혼인의사로 보아야 한다는 법적 의사설도 있다(조미경, "혼인의사와 신고", 「가족법연구」 제10호, 한국가족법학회, 1996, 66-77쪽).

369) 대법원 1983. 9. 27. 선고 83므22판결.

370) 윤진수, "사실혼배우자 일방이 사망한 경우의 재산문제-해석론 및 입법론", 「저스티스」 통권 100권, 한국법학원, 2007, 9-10쪽. 다만 판례 역시 사실혼관계가 객관적으로 성립한 경우에는 당사자 사이의 혼인의사가 불분명한 경우라 할지라도 혼인신고의사를 포함한 혼인의사의 존재는 추정된다고 판시하고 있다(대법원 2000. 4. 11. 선고 99므1329 판결).

371) 김주수, 주석 민법(친족 2), 한국사법행정학회, 2010, 522쪽. 일본에서도 다소 견해의 대립은 있으나 당사자가 일방적으로 파기하고 공동생활의 사실이 없게 되면, 손해배상책임의 문제가 발생할 뿐 사실혼 관계 자체는 해소되는 것으로 보고 있다(谷口知平外 編集代表, 島津一郎·阿部徹 編, 「新版注釈民法(22)」, 有斐閣, 2008, 269면; 近江幸治, 「民法講義(7)·親族法·相続法」, 成文堂, 2010, 48면).

의 해소시점에 관한 법리를 그대로 원용할 수는 없다. 그러므로 사실혼관계의 성립요건 중 하나가 일시적이 아니라 실질적으로 너는 회복의 가망이 없다고 인정되는 시점에서는 그 사실혼 파탄시기가 원칙적으로 사실혼 해소시점과 일치한다고 보아야 할 것이다.³⁷²⁾ 또한 사실혼 해소의 합의는 협의이혼에 준하여 처리하여야 한다.³⁷³⁾ 정당한 사유가 없는 일방적 해소의 경우에 파기자가 손해배상책임을 부담한다.³⁷⁴⁾ 제3자가 파기에 가담한 경우에는 그 제3자는 불법행위에 따른 손해배상 의무를 질 것이다.³⁷⁵⁾ 사실혼 해소의 정당한 이유의 여부는 이혼사유에 준하여 판단할 수 있다는 견해³⁷⁶⁾도 있으나, 이혼원인규정(민법 제940조)과 이혼취소사유에 관한 규정(민법 제816조)을 참고로 하여 사실혼이 해소되기까지 나타난 당사자 사이의 관계를 종합적으로 참작하여 판단하여야 할 것이다.³⁷⁷⁾

3) 사실혼 해소시기 판단에 따른 인지청구 인정 여부

이러한 사실혼의 해소시점을 살펴보면, 인공수정을 하는 시기가 사실혼의 해소를 인정할 수 있는 시기와 연결된 경우 그 친자관계 및 인지청구가 가능한지 논의할 필요가 있다. 특히 사실혼관계에서의 인지청구는 다른 관계와 구별되는 특별한 점이 있는지를 검토하기 위하여 AID와 AIH에 있어서 인지청구 인용 가능성을 먼저 살펴본다.

가. AID의 경우 인지청구 인정 여부

인공수정의 시점에 사실혼 관계가 해소된 경우는, 사실혼의 처와 남편의 사실혼은 이미 파탄된 채, 사실혼 남편의 정자로 임신을 하였으므로, 배우자가 있으나 다른 남성의 정자로 임신한 경우의 법률관계보다 오히려 독신녀가 인공수정에 따라 자를 출산한 경우의 법률관계와 유사하다. 독신녀가 인공수정을 통해 자

372) 다만 이러한 사실혼 해소시점의 결정은, 일방당사자의 사망보다 이별에 따른 시점판단이 더욱 어렵다고 할 것이다. 이것은 법률상 이혼과 같이 그 해소시점이 공시되는 것이 아니기 때문이다.

373) 박병호, 앞의 책, 142쪽.

374) 대법원 1963. 11. 7. 선고 63다587 판결; 대법원 1977. 3. 22. 선고 75므28 판결.

375) 대법원 1983. 9. 27. 83므26 판결. 다만 법률혼의 경우, 혼인파탄 후에 제3자가 부부 일방과 성적 행위가 있었다고 하더라도 제3자에 대하여 손해배상청구는 인정되지 아니한다고 판시하였다(대법원 2014. 11. 20. 선고 2011므2997 전원합의체 판결).

376) 김주수·김상용, 앞의 책, 256쪽.

377) 조은희, 앞의 논문(2009), 124쪽; 박병호, 앞의 책, 142쪽.

를 출산하는 경우는 AID에 해당한다.³⁷⁸⁾ 정자제공자가 불특정한 제3자(정자 은행 등)일 수도 있고, 특정한 제3자(친구, 친척 등)일 수도 있다. 이 경우 친생모는 독신녀이고 친생부는 정자제공자일 것이지만, 인공수정자는 원칙적으로 독신녀의 혼인 외 자로 남을 것이다. 이때 그 출생자는 정자제공자를 수색하여 인지청구할 수 있는지에 관하여, 정자제공자가 인공수정을 위하여 정자를 제공하는 행위 자체는 부가 되기 위한 통상의 행위와는 전혀 그 성질을 달리하고 또 정자제공자 자신도 그 당시 부가 될 의사가 없었음에도 친자관계를 인정하는 것은 다당하지 아니하다는 견해³⁷⁹⁾와 현대 친자법의 최대 이상인 ‘자의 복리’를 위해서는 양부모가 존재하는 것이 바람직하다는 점을 생각할 때, 정자제공자와 자 사이에 친자관계를 인정하여야 한다는 견해³⁸⁰⁾가 있다. 그런데 사실혼 해소에 따른 전 사실혼 남편의 정자제공은 이러한 제3자에 의한 정자제공과는 다른 의미가 있는데, AID 입에도 그 정자제공자(전 사실혼 남편)와의 관계가 ‘특정’되어 있다는 것에 다른 사안과 구별된다.

생각건대 독신녀가 AID에 의해 자를 출산한 경우에는 그 동기, 독신녀와 정자제공자의 관계, 정자제공자의 자에 대한 태도 등 제반 사정을 고려하여 인지청구 가능 여부를 판단하여야 할 것인데, 특히 특정한 제3자인지 여부는 그 당부에 있어 중요한 판단요소이다. 이는 불특정 제3자가 부가 되려는 의사가 없이 정자를 제공하는 것과는 다른 면이 있기 때문이다. 불특정한 제3자는 정자제공이라는 단순한 기계적인 행위를 함에 그치지만, 특정한 제3자는 독신녀와의 관계를 통하여 자신의 행위 결과, 즉 자의 성장 과정을 지켜볼 수 있는 지위에 있으므로, 자와의 생물학적 부자관계를 부정할 수는 없다고 할 것이다. 이때 부의 부가 되지 아니하려는 의지적 요소는 위의 제반 사정에 비추어 형평에 반하는 의사가 되므로, 그 의사의 효과를 인정할 수 없다. 즉 AID에서 정자제공을 한 ‘특정’한 제3자의 의지적 요소는 인지청구 가능 여부를 판단하는 제반 사정에 따라 제한될 여

378) 독신녀에 대한 인공수정 허용 여부에 대하여는 부가 없는 출산이 예상되므로 자의 이익에 반한다는 점을 근거로 금지해야 한다는 견해가 다수이지만, 여성의 행복추구권에 자녀를 낳을 권리가 포함되며 독신녀도 입양할 수 있다는 점에서 긍정하는 견해(이경희, 앞의 논문(1988), 47쪽)도 유력하다. 다만 아직 우리 사회에서는 의사 측에서 독신녀의 인공수정을 거부하고 있는데, 사안에서 배우자의 동의를 요구하는 것 또한 이러한 이유이다.

379) 송덕수, 앞의 책, 1837쪽.

380) 김용한, 앞의 책, 191쪽.

지가 있다고 할 것이다.³⁸¹⁾

나. AIII의 경우 인지청구 인정 여부

인공수정의 시점에 사실혼이 해소되지 아니하였다면, AIII로 출생한 인공수정자에게는 부의 동의 유무와 관계없이 민법 제844조에 따른 친생추정 법리가 적용된다. 모는 출산이라는 사실에 의하여 쉽게 확정할 수 있지만, 부가 누구인지는 쉽게 바로 확정하기가 어렵기 때문이다.³⁸²⁾ 그러므로 AIII 시술에 따라 출생한 인공수정자는 그 출생이 혼인성립 후 200일 후 또는 비록 헌법불합치 결정을 받았지만 현재 계속 적용되는 혼인 해소 후 300일 이내이면 민법 제844조 제2항의 적용을 받아 친생추정을 받는 혼인 중의 자가 될 것이고, 그 출생이 이 시기를 벗어나게 되면 친생추정을 받지 않는 혼인 중의 자가 될 것이다. 대상 판결과 같이 사실혼 부부 사이에 AII에 따른 출생자가 있으면 그 출생자는 ‘혼인 외의 자’가 되나, 그 후 혼인신고를 하게 되면 준정에 의하여 ‘혼인 중의 자’가 될 것이다.³⁸³⁾

(2) 판례: 서울가정법원 2011. 6. 22. 선고 2009드합13538 판결

1) 사안 개요

피고는 A 대학교에 재학 중이던 2001. 7.경 컴퓨터 채팅을 통해 B 대학을 졸업하고 치과병원 실장으로 일하던 원고 3을 알게 된 후 2001. 9.경 만나기 시작하다가 그 무렵 피고가 거주하던 원룸에서 성관계를 하였고, 원고 3은 2001. 12.경 피고가 거주하던 원룸 부근 오피스텔로 이사하여 생활하였다. 원고 3은 2002. 2.경 임신중절수술을 하는 등 그 해 상반기에 두 번의 자연유산을 하였다.

피고는 뉴질랜드로 연수를 떠났다가 2003. 2.경 귀국하였고, 그 후부터 자신의 기숙사 또는 자취방에는 가끔 들르면서 원고 3의 거주지에서 2008. 12. 초경까지 동거생활을 하였다. 원고 3은 2007. 3.경 임신중절을 원인으로 한 자궁선근증 진단

381) 김상헌, 앞의 논문, 253쪽; 이경희, 앞의 논문(1988), 48쪽.

382) ‘어머니는 항상 확실하지만, 아버지는 항상 불확실하다(mater semper certa est, pater semper incertus est)’라는 법언이 이를 말한다.

383) 이경희, 앞의 논문(1988), 36쪽.

단을 받은 바 있다.

피고는 2007. 5.경 원고 3과 함께 목포에 내려가 원고 3의 부모에게 인사를 드렸고, 2007. 6. 16. 목포에서 치러진 원고 3 아버지의 교회인에도 참석하여 가족들과 함께 사진을 찍었으며, 사람들이 언제 결혼식을 하느냐고 묻자 가능한 빨리하는 방향으로 하겠다고 말하였다. 피고는 2008년 봄경 원고 3과 함께 웨딩박람회 다녀왔고, 원고 3에게 결혼식장에 대하여 모교 교수회관이 있으니 알아보겠다고 말하여 원고 3이 교수회관에 상담을 하기도 하였으며, 2008. 12. 4. 피고가 제안하여 함께 사주를 보러 다녀오기도 하였다.

그런데 피고는 2008. 3.경 인터넷 채팅으로 C 대학 1학년에 재학 중이던 소외 1을 알게 되었고, 2008년 여름경부터 소외 1과 성관계를 맺으면서 관계를 지속하였는데, 소외 1은 피고에게 원고 3과 헤어지기를 종용하였다. 그 후 피고는 피시방에 간다면서 동거 중인 오피스텔로 귀가하지 않았고, 원고 3에게 피고의 청주 집에 전세금을 가지러 내려간다고 하였다. 피고는 2008. 12. 17. 원고 3에게 피고의 부모가 결혼을 반대하여 정신이 없으니 당분간 목포에 내려가 있으라고 한 후 연락을 끊었다. 원고 3은 피고와 연락이 되지 않자 2008. 12. 23. 피고의 대학원 연구실을 방문하였고, 원고 3과 마주친 피고는 함께 동거하던 오피스텔로 가서 원고 3의 어머니에게 집안 반대 때문에 결혼하지 못한다고 말하였으며, 그 후 피고는 원고 3과 동거하던 오피스텔에서 퇴거하였다.

그 후 피고는 원고 3에게 집안 반대로 결혼을 할 수 없으니 헤이지자고 하였고, 이에 원고 3은 2009. 1. 8. 피고를 만났는데, 원고 3은 피고에게 피고 부모님의 반대를 극복하기 위해서 아기를 가지겠다고 말하여, 피고는 그렇게 해주겠다고 하였다. 그 후 원고 3은 피고로부터 공증을 위해 2009. 1. 21. 변호사 사무실로 나오라는 연락을 받고 피고를 만나러 갔는데, 원고 3은 피고가 가져온 각서 초안에 헤이진다는 내용이 있어 이를 쓰지 않겠다고 거부하였으나, 피고가 각서를 쓰지 않으면 정자제공을 해 주지 않겠다고 하여 마지못해 피고가 부르는 대로 각서³⁸⁴⁾를 작성하였고, 같은 날 이를 공증받았다.

384) 각서의 내용은 다음과 같다.

“원고 3은 2009년 1월 23일 강남구 ○○○○병원을 통해서 피고에게 정자를 증여받는다(단, 정자제공은 3회까지 한다). 정자 제공을 했는데 건강하지 않은 경우에는 횟수를 요구하며 피고는 거기에 응하는 조건이어야 한다.

원고 3은 피고가 제공한 정자로 2009. 3.경 시험관아기 시술에 성공하여 네쌍둥이를 임신하게 되었고, 의사로부터 선택유산에 대해 하므로 배우자의 동의가 필요하다는 말을 듣고 피고에게 인락하였으나, 피고와 다투는 과정에서 소외 1이 피고의 동생이 아니라 피고가 사귀어 오던 여자임을 알게 되었다. 피고는 그 무렵 배우자로서 선택유산에 동의하였고, 2009. 7.경 원고 3의 요청에 따라 양수검사동의서를 작성해 주기도 하였다. 원고 3은 2009. 12. 1. 원고 1, 2를 출산하였다. 원고 1, 2와 피고에 대한 유전자검사결과 피고가 원고 1, 2의 친부일 확률은 99.999999% 이상이다. 이에 원고 3이 원고 1, 2를 대리하여 피고를 상대로 인지청구를 하였다.³⁸⁵⁾

2) 판결 요지

이 사건의 경우, 위 인정 사실에 의한 때 원고 3과 피고 사이에 사실혼 관계가 존재하였음을 인정할 수 있고, 정자제공자도 피고로 특정되어 있는 점, 피고가 배우자로서 선택유산 및 양수검사에도 동의한 점, 원고 3이 만약 피고와 혼인 신고를 하게 되면 원고 1, 2는 민법 제855조 제2항에 기해 준정(準正)에 의한 혼인 중의 자가 되는 법률상의 지위에 있다는 점, 그럼에도 피고에게 원고 1, 2의 부(父)가 될 의사가 없었다는 이유만으로 원고 1, 2의 인지청구를 허용하지 않는다면 이는 부(父)의 일방적인 의사에 기해 사전에 자의 신분적 이익을 박탈하는 것은 물론 자의 인격의 독립성을 침해하는 것으로서 허용될 수 없다는 점 등을 종합하여 고려하면, 피고가 원고 3에게 정자를 제공하면서 이 사건 각서를 작성 받은 사실만으로는 피고를 불특정다수를 위해 정자를 정자은행에 기증한 사람과 동일하게 보기 어렵다. 따라서 정자제공 당시 피고에게 부(父)가 될 의사가 없었

본인이 피고에게 정자를 증여받은 후 원고 3은 다음의 사항을 지킬 것을 약속한다.

- 원고 3을 비롯한 일가친척 및 지인은 피고를 비롯한 피고의 일가친척 및 지인에게 일체의 연락 및 접촉을 하지 않는다.
- 피고는 정자 증여 이후의 사건들(임신, 출산, 육아, 양육)에 있어서 어떠한 책임도 지지 않으며, 원고 3과 그 일가친척 및 지인들은 피고와 그의 일가친척 및 지인에게 어떠한 책임도 묻지 않는다. 이를 어길 시 원고 3은 피고가 원하는 어떠한 처벌이라도 받는다.”

385) 피고는 인공수정 시술로 아이를 낳기를 원하는 원고 3에게 정자만 제공한 사람으로서 불특정다수를 위해 정자를 정자은행에 기증한 사람과 다를 것이 없으며, 비배우자 간 인공수정(Artificial Insemination by Donor: AID)의 경우 원칙적으로 인공수정에 의해 출생한 자와 그의 생물학적 부(父) 사이에 법률상 친생자관계가 성립한다고 볼 수 없고 인지청구도 할 수 없으며, 생물학적 부(父)의 동의가 있는 경우에만 법률상 친자관계가 성립한다고 할 것이므로, 원고 3에게 정자를 제공할 당시 원고 1, 2의 부(父)가 될 의사가 없었던 피고에 대한 인지청구는 허용되지 않는다고 주장한다.

다는 이유만으로 이 사건이 비배우자인 불특정 제3자의 정액을 통해 자녀를 출산한 AID의 경우와 동일함을 전제로 하는 피고의 주장은 이유 없다.

(3) 검토

먼저 대상 판결은 원고 3과 피고는 주관적으로 혼인의 의사와 객관적으로 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있었다고 보는 것이 상당하다고 판시하였는데, 이는 판시 이유를 원용하여 인정할 수 있을 것이다.³⁸⁶⁾ 또한 대상 판결은 원고 3과 피고가 2008. 12.경부터 별거한 이후 사실혼관계는 파탄에 이르렀다고 평가하였는데, 사실혼의 해소시점에 관하여 분명한 언급이 없다. 만약 사실혼의 해소시기가 AIII 또는 AID 판단에 결정적인 영향을 미치는 것이라면 대상 판결 사안상 원고 3의 인공수정에 따른 임신 시까지는 사실혼의 해소가 있지 아니하고 사실혼관계 기간이었다고 평가하여야 할 것인데, 이는 사실혼관계의 해소시점에 관한 판례 및 학계의 일반적인 입장에 따르면 수증하기가 어려운 점이 있다. 앞서 살펴보았듯이 사실혼의 경우 파탄은 실질적으로 사실혼의 해소시점과 같다고 할 것인데, 그렇다면 대상 판결 사안에서 피고가 2008. 12. 23. 원고 3과 함께 동거하던 오피스텔에서 퇴거하고, 그 후 원고 3에게 집안의 반대로 결혼을 할 수 없으니 헤어지자고 얘기한 시점 즈음이나 혼인 의사가 분명히 사라진 각서 작성 시점에서는 사실혼의 해소가 이루어졌다고 하여야 할 것이기 때문이다. 그러므로 사실혼의 해소시점을 기준으로 판단한다면 원고 3은 AID를 통하여 인공수정을 하였다는 결론에 이르게 된다. 따라서 피고가 자신은 정자를 정자은행에 기증한 사람과 다를 것이 없으며, 이 사건 인공수정은 AID이므로 출생한 자와 친자관계가 성립할 수 없다는 주장은 인용할 수 있을 것인데, 대상 판결의 재판부가 이를 받아들이지 아니한 것은 사실혼 해소시점만을 기준으로 한다면 타당한 결론이라고 할 수 없다. 따라서 재판부가 사실혼관계에서의 인지청구문제는

386) 다만 원고 3은 스스로 임신중절을 한 경우도 있고, 피고 역시 이 점에 관하여 특별히 슬퍼하는 행태가 없었던 점, 원고 3의 부 교회원 참석에 따른 혼인 의사의 표시는 연인관계라고 하더라도 충분히 그러한 행위와 발언을 할 수 있다는 점, 피고는 원고 3과 공동생활을 하는 오피스텔 외에도 따로 주거지가 있었던 점 등 위 사안이 일반적인 사실혼관계에 부합한다고 보기는 어려우나, 나머지 인정 사실과 우리 판례의 사실혼을 보호하려는 기초를 더하면 사실혼관계의 성립을 인정할 수 있다. 사실혼 보호에 관한 다양한 이론적 구성은 星野英一 編集代表, 「民法講座 7」, 有斐閣, 2012, 55面 이하 참조.

다른 관계와 구별되는 특별한 점이 있는지를 검토하였다고 볼 수 있다.

이렇듯 사실혼에서의 인지청구 인정 여부는 사실혼 해소시기와 AID인지 AIH 인지의 문제를 연결하여 논의하기 어렵다. 대상 판결처럼 원고 측이 인지청구를 하게 된 제반 사정을 살펴본 하였으나 위의 양자의 인공수정방법 중 어디에 해당하는지를 명확히 판시하지 아니하고, 다만 결론적으로 인지청구 인용이 가능하다고 말하는 정도에 그치는데, 이를 통하여 동 사안을 AIII에 가까운 것으로 판시하였다고 추론할 뿐이다.³⁸⁷⁾ 그러나 AIII와 AID의 구별은 위에서 살펴본 마와 같이 친자관계설정애 있어 법률관계가 달라지는 점이 있으므로, 그 기준을 명확히 할 필요가 있다. 따라서 AIII와 AID의 구별기준 역시 법률상 부의 판단 기준과 마찬가지로 생물학적인 부분을 기준으로 부의 의지적 요소를 더하여 평가하여야 할 것이다. 다만 이러한 기준에 따르면 대상 판결에서의 피고는 그 의사에 비추어 원고 측의 부가 되지 아니하여야 할 것인데, 판례의 취지를 추론하면 원고 측의 인지청구가 인용되어 원고 1, 2와 피고는 부자관계가 설정되었다고 할 것이다. 따라서 이는 위 피고와 같이 자의 성장 과정을 지켜볼 수 있는 지위에 있는 '특별'하거나 '특정'한 사람이 제반 사정에 비추어 자신의 행위(정자 제공)에 반하는 주장을 하는 것이 형평에 맞지 않다고 판단되는 경우에는, 부가 되지 아니하려고 하였다는 단순한 그 의지적 요소만으로 부자관계를 부정할 수 없다는 보충적 기준을 시사한 것으로 보인다. 그렇다면 사실혼의 인공수정에 있어서는 사실혼 해소시점과 별개로 AIH와 같은 성질로 다루어 판단하여야 할 것이다.

또한 인공수정시점에 사실혼이 해소되었다고 하는 사실혼 해소시기를 적용하더라도 그 특별함이 있는데, 이는 AID에 해당한다고 할지라도 정자제공자와 모가 '특정' 관계에 있고, 제반 사정을 살펴 인지청구를 인정함이 타당하다면 인지청구를 통하여 부자관계가 설정될 수 있다고 하여야 한다. 다만 AID로 인공수정을 하려는 여성과 그와 특정관계에 있는 정자제공 남성 간에 정자제공자는 태어날 자에 대한 부가 아니라는 합의를 한 경우라면 어떻게 하여야 하는가는 다소 다른 차원의 문제이지만, 이러한 경우라고 하더라도 남성이 특정되는 경우에는 그 제반 사정에 비추어 합의 당사자 의사만으로 부자관계를 부인할 수 없다고 보는 것이 가족법상 신분의 확실적 규율성에 부합할 것이다. 이것은 태어날 자의

387) 이와 같은 취지로 해석한 견해로는, 송재일, 앞의 논문, 57쪽.

복리 등을 고려하더라도 위와 같이 보는 것이 타당한데, 당사자 사이에 그러한 합의가 지속적으로 유지된다면 굳이 일방 당사자가 상대방에게 인지청구 등을 하여 부자관계를 확인할 이유가 없어 법률적 문제는 개재되지 아니할 것이라는 현실적인 이유도 있다. 결국 ‘특정’한 관계에 있는 자들 간의 인공수정은 그 합의 또는 부의 부가 되지 아니하려는 의지적 요소만으로 부자관계를 부정할 수 없다고 보아야 할 것이다. 이처럼 사실혼 배우자 간의 인공수정은 그 인공수정요건을 분명히 하지 아니하면 사실혼 자체가 성문화되어있는 혼인이 아니므로 친자관계 인정에 더 큰 어려움 또는 흠결이 발생한다. 그러므로 이 부분에 있어서 민법상 한계는 분명히 존재하며, 정자제공자라고 할 수 있는 사실혼 배우자가 자신은 부가 되려는 의사가 없었다고 주장하는 예기치 못한 상황이 사실혼관계 또는 특정 관계에서 발생하게 되는 것이다.

4. 성전환자와 자 간의 부자관계

인공생식기술은 여성에서 남성으로 성전환하였으나 정자를 통한 생식능력이 없이 아이를 가질 수 없는 자도 제3자의 정자를 이용하여 배우자를 통한 자를 가질 수 있도록 하였다. 그러나 이는 기본적으로 AID에 따른 인공수정형태라고 할 것인데, 성전환자 부부의 인공수정에 있어서도 AID에서 논의되었던 친생추정의 법리를 그대로 적용할 수 있는지 논의된다. 다만 지금까지 국내에서 활발한 논의가 있었던 것은 아닌데, 최근 일본최고재판소는 最高裁判所 第三小法廷 平成 25年(許)第5号 決定을 통하여 일본법상 ‘성동일성장해자의 성별 취급 특례에 관한 법률’에 따라 성별취급변경을 받아 결혼한 부라고 하더라도 처의 인공수정에 동의하여 자를 낳은 경우, 그 자는 성별취급변경을 받은 부의 친생자로 추정되어 혼인 중 출생자로 호적에 기재되어야 한다는 판시를 하였다. 우리 법상 ‘성전환자의 성별 정정 허가 신청사건 등 사무처리 지침’은 실질적으로 일본법상 ‘성동일성장해자의 성별 취급 특례에 관한 법률’과 유사하고 양국의 민법 규정 또한 그 체계가 비슷하므로, 국내에도 성전환 부부가 계속하여 탄생하고 있는 지금, 부자관계설정기준으로서의 혈연주의가 다양한 가족 형태 속에서 어떠한 의미가 있는지, 위 최고재판소 판결에 나타난 성전환자와 자 간의 부자관계를 인정할

수 있는지에 관한 쟁점을 다루어본다.

(1) 친생추정 법리의 적용 여부

성전환자는 자를 가지기 위하여 제3자의 정자를 통한 인공생식에 의존할 수 밖에 없는데, 이러한 비배우자 사이의 인공수정 등을 통하여 출생한 자가 성전환자와 어떠한 관계인지는 우리 민법 제844조의 친생추정규정의 적용 여부에 따라 달리 해석할 여지가 있으므로 이를 살펴본다. 비배우자 사이의 인공수정에 친생추정규정을 적용할 수 있는지에 관하여³⁸⁸⁾ 적용부정설과 적용긍정설의 대립이 있음은 이미 기술하였는데, 법률제정 및 개정을 통하여 친생추정의 법리와 인공수정의 관계를 규율하지 아니하는 한 현행법에 따른 해석을 하여야 할 것이고, 외관적으로 밝혀지지 아니하는 사유까지 친생추정의 법리를 배제하는 사유로 하기에는 가정의 평화 및 자의 복리에 반한다는 이유로 외관설에 따른 적용긍정설이 타당하다고 검토하였다. 그렇다면 외관설에 근거하여 친생추정 법리의 적용 범위를 검토하여야 할 것인데, 부의 생식불능은 제3자가 밝힐 수 있는 외관적 사항이 아니고 성전환자 역시 남성이 아님을 한눈에 알아보는 것이 아닌 이상, 그 생식불능의 사유는 일반적인 생식불능의 사유와 구별할 것이 없으므로 이는 같은 외관적 범위를 가진 사유로 논의할 수 있을 것이다. 따라서 친생추정 법리의 입법 취지에 비추어 성전환자를 주로 둔 인공수정에 따라 태어난 자도 그 친생추정을 받는다고 하여야 한다.³⁸⁹⁾

(2) 판례: 最高裁判所 第三小法廷 平成 25年 (許) 第5号 決定

1) 사안 개요

신청인 X1은 여성으로 출생하였지만, 성동일성장애³⁹⁰⁾ 진단을 받았고, 2008년

388) 보다 자세한 논의는 본 논문 제2장 제2절 3. 참조.

389) 김상헌, “성전환자의 부자관계에 관한 소고”, 『아주법학』 제8권 제1호, 아주대학교 법학연구소, 2014, 270쪽.

390) 원문은 性同一性障害이지만 우리나라에서는 일반적으로 性同一性障碍라고 하므로 법률명을 제외하고는 性同一性障碍로 통일하여 적시한다.

에 성동일성장해자의 성별 취급 특례에 관한 법률(이하, 특례법이라고 함) 제3조³⁹¹)에 따라 남성으로의 성별 취급 변경 판결을 받았다. 그리고 같은 해 X1은 여성 X2와 혼인하였다. X2는 X1의 동의하에 다른 남성의 정자를 제공받아 비배우자(非配偶者) 간 인공수정(이하 AID라고 함)으로 자(子)를 포태하였고, 2009년 자(子) A를 출산하였다.

X1과 X2는 B시장에게 A를 적출자로 하는 출생신고서를 제출하였으나, 기재에 미비한 부분이 있다는 이유로 수리되지 않았다. 이로 인하여 출생신고서를 철회하고, Y구로 지역을 옮긴 후, 2012년 Y구청장에게 A를 X1과 X2의 적출자로 하는 출생신고서를 제출하였다. Y구청장은 출생신고서에 기재된 부모와의 친족관계란 등이 미비하다는 이유를 들어 추완(追完)을 최고하였으나, X1이 이에 따르지 않자, 자(子)의 부(父)란을 공란으로 하여 A를 X2의 비적출자로 호적 기재하였다. X1과 X2는 2012년 3월 A를 적출자로 호적에 기재하여야 한다며, 호적법 제113조의 호적 정정 허가를 요구하며 가정법원에 이의를 제기하였다. X1과 X2는 2012년 둘째를 출산하였고, Y구청장은 종전대로 그 적출자 출생신고서 제출에 대하여 X2의 비적출자로 직권 기재하였다.

2) 소송의 경과

가. 제1심 결정 요지³⁹²)

391) (성별 취급 변경 심판)

제3조 ① 가정 법원은 성동일성장해자가 다음 각 호의 요건을 충족하는 것을 이유로 청구를 하는 경우, 성별 취급 변경심판을 할 수 있다.

1. 20세 이상이어야 한다.
2. 현재 결혼하지 않았어야 한다.
3. 현재 자가 없어야 한다.
4. 생식선이 없거나 생식선의 기능이 영구적으로 흠결된 상태이어야 한다.
5. 그 신체에 다른 성별에 따른 신체의 성기에 관한 부분에 근사하는 외관을 갖추고 있어야 한다.

원문은, “性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律

(性別の取扱いの変更の審判)

第三条 家庭裁判所は、性同一性障害者であって次の各号のいずれにも該当するものについて、その者の請求により、性別の取扱いの変更の審判をすることができる。

- 一 二十歳以上であること。
- 二 現に婚姻をしていないこと。
- 三 現に子がいないこと。
- 四 生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること。
- 五 その身体について他の性別に係る身体の性器に係る部分に近似する外観を備えていること。”

특례법 3조에 따라 남성으로의 성별 취급 변경 판결을 받아, 남성으로서의 생식 능력이 없다는 사실이 호적 기재상 객관적으로 명백하므로 자(子)는 신청인 부부의 적출자라고 추정할 수 없다. 일반적으로 적출추정이 미치지 않는 자(子)라 하여도 형식적으로 모에 의하여 부와 혼인 중에 포태한 자인 적출자로 출생신고되는 경우, 호적 사무를 담당하는 기초자치단체장은 친자관계 부존재확인의 확정 판결 등으로 적출추정이 미치지 아니한다는 사실이 확인되지 않는 한, 적출자로서의 출생신고서를 수리하지 않을 수 없다. 그러나 이는 호적사무심사의 한계에 따른 사실상의 결과에 불과하며, 이 자(子)에 대하여 적출추정이 미치지 아니하는 이상, 적출자로서의 법적 보호를 할 수 없음은 명백하며, 적출자로 취급해야 한다는 사실이 민법상 요청되고 있는 것도 아니다.

호적 자체에서 자(子)를 적출자로 추정할 수 없다는 사실이 객관적으로 명백하므로 호적사무를 담당하는 기초자치단체장이 비적출자로 호적에 기재하는 것은 기초자치단체장의 심사권 범위 내이며, 객관적인 사실과도 일치하므로 본 건 호적기재는 '법률상 허용되지 않는 것 또는 그 기재에 착오나 혹은 실수가 있는 것'에 해당하지 아니한다. 본 건과 같이 비배우자 간 인공수정으로 처가 포태한 자(子)에 대하여 남편의 동의가 있는 것을 요건으로 남편의 자(子)로 하는 입법론은 가능하나, 일본에서는 아직 그러한 입법이 이루어지지 않았기 때문에 신청인 부(父)가 인공수정에 동의하였다는 사실만으로 자(子)와의 부자관계를 인정할 수는 없다.

나. 항소심 결정 요지³⁹³⁾

적출친자관계는 혈연을 기초로 하면서 혼인을 기반으로 판정하는 것으로, 민법 제772조³⁹⁴⁾는 아내가 혼인 중에 회태한 자는 남편의 아이로 추정하는데, 혼인 중의 회태인지 여부를 자의 출생시기에 따라 그 기간을 정하여 추정함으로써 가

392) 東京家政裁判所 平成 24年 (家) 第3027号 참조.

393) 東京高等裁判所 平成 24年 (ヲ) 第2637号 참조.

394) 일본 민법 제772조 (적출의 추정) 아내가 혼인 중에 임신한 자는 남편의 자로 추정한다.

혼인 성립의 날부터 200일을 경과하거나 혼인 해소 또는 취소의 날로부터 300일 이내에 태어난 자는 혼인 중에 임신한 것으로 추정한다.

“第七百七十二条 (嫡出の推定) 妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。

婚姻の成立の日から二百日を経過した後又は婚姻の解消若しくは取消しの日から三百日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する。”

정의 평화를 유지하고 부부관계의 은밀한 일을 공개하는 것을 방지하며 부자관계의 조기안정을 도모하기 위함이다. 그렇다면 호적 기재상 남편이 특례법 제3조 제1항의 규정에 따라 남성으로서의 성별을 변경하는 심판을 받은 자인 경우 그 자(해당 남편)와 자식은 혈인관계가 없는 것이 명백하다고 할 것이니, 이 경우에는 민법 제772조를 적용할 전제가 결여된 것이라고 할 것이다.

3) 최고재판소 결정 요지³⁹⁵⁾

특례법 제4조 제1항³⁹⁶⁾은 성별의 취급변경심판을 받은 자는 민법 기타 법령의 규정 적용에 관하여 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 성별이 다른 성별로 바뀐 것으로 본다는 취지로 규정되어 있다. 따라서 특례법 제3조 제1항의 규정에 따라 남성으로 성별 취급변경심판을 받은 자는 이후 법령의 규정 적용에 남자로 간주되기 때문에 민법의 규정에 따라 남편으로 결혼하여 혼인 중 그 아내가 출산한 자는 민법 제772조에 따라 그자(당해 남편)의 자로 추정된다고 할 것이다. 다만 민법 제772조 제2항 소정의 기간 내에 아내가 출산한 자라고 하더라도 아내가 포태하여야 할 시기에 이미 부부가 사실상 이혼을 하여 부부의 실태가 없거나 원격지에 오랫동안 거주하여 부부 간에 성적인 관계를 맺을 기회가 없었다는 것이 분명한 경우에는 그 자는 실질적으로 동조의 추정을 받지 않음이 판례의 태도에 비추어 당연하다 할 것이다. 그러나 성별취급의 변경심판을 받은 자는 아내와의 성직관계를 통하여 자를 얻었을 것이라는 예상을 하기 어렵지만, 그러한 자가 결혼하는 것은 인정하면서 다른 한편 혼인의 주요 효과인 동조상의 직출추정적용을, 아내와 성적인 관계의 결과로 자를 얻을 수 없다는 이유만으로 인정하지 아니하는 것은 상당하다고 할 수 없다.

살피건대, A는 아내인 항고인 X2가 혼인 중에 잉태한 자로, 남편인 항고인 X1이 특례법 제3조 제1항의 규정에 따라 성별의 취급 변경심판을 받은 자라고

395) 最高裁判所第三小法廷平成25年(許)第5号 참조.

396) (성별취급 변경심판을 받은 자에 관한 법령의 취급)

제4조 성별취급 변경심판을 받은 자는 민법 기타 법령의 규정 적용에 관하여는 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 그 성별에 대하여 다른 성별로 바뀐 것으로 본다.

“(性別の取扱いの変更の審判を受けた者に関する法令上の取扱い)

第四条 性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、民法(明治二十九年法律第八十九号)その他の法令の規定の適用については、法律に別段の定めがある場合を除き、その性別につき他の性別に変わったものとみなす。”

하더라도 민법 제772조의 규정에 따라 항고인 X1의 자식으로 추정되며, A가 실질적으로 동조의 추정을 받지 아니할 사정, 즉 부부의 실태가 없다는 등의 명백한 사정 또한 보이지 아니한다. 그렇다면 A는 민법 제772조의 규정에 따라 친생자로 호적 신고하는 것은 인정되어야 하며, A가 동조에 따른 적출의 추정을 받지 아니하는 것을 이유로 하는 본 호적 기재는 법률상 허용되지 아니하는 것으로 이 사건 호적 정정은 허용되어야 할 것이다.

4) 결정에 대한 검토

제1심 결정은 X1과 A 사이의 혈인관계에 관하여 직접 언급하고 있지는 않지만, 논의의 전제로 혈인관계의 유무는 결정적 요인이 되고 있다.³⁹⁷⁾ 이것은 항소심 결정이 적출친자관계는 혈인을 기초로 하면서 혼인을 기반으로 판정하는 것이라고 명백하게 판시한 점을 살펴더라도 알 수 있다. 따라서 제1심 결정과 항소심 결정은 그 내용의 구성은 다소 다르지만 기본적으로 혈인주의라는 동일한 논리에 근거하여 판시되었다. 다만 친생추정을 판단함에 성전환자인 신청인 남편이 '생식능력이 없다'는 사실은 '호적 기재상' 객관적으로 명백하다는 점을 강조하여, 성전환자가 아닌 선천적으로 남성 성별을 가진 남편으로 구성된 부부와는 구별하고 있다. 이것은 성전환자는 '외관상 명백하게' 생식능력이 없음을 알 수 있다는 전제를 더해주어야 동 사실심 결정이론이 선천적으로 남성인 부부 사이에서 AID에 따라 출생한 인공수정자에 미치는 것을 방지하고, 일본 판례 및 학계가 앞서 살펴본 기존의 AID에 따라 출생한 인공수정자도 친생추정의 법리를 적용받을 수 있다는 입장을 유지할 수 있기 때문이다.

사실심 결정은 이러한 판시의 근거를 일본 민법 제772조는 예전부터 인정되어오던 혈연주의를 바탕으로 구성된다는 점에서 찾고 있다. 그런데 이는 AID로 인한 출생자의 친생추정분계에서 살펴보았듯이 혈연주의가 과연 현대에서도 절대적으로 유효한 가치인지 의문이 있고, 이를 내세우지 아니하더라도 적어도 외관설의 입장에서 무정자증 등에 따른 생식불능을 친생추정의 법리를 적용하지 아니할 예외적 사유로 보지 않는 이상 성전환자의 생식불능과 무슨 차이가 있는지 명백하지 않다는 것이다. 특히 일본의 호적법 또는 우리나라의 가족관계의 등

397) 渡邊泰彦, 前掲論文, 122面 참조.

록 등에 관한 법률의 해석상 형식적 심사권만을 가지는 호적공무원의 심사 범위가 이러한 것을 판단하는 영역까지 미쳐야만 그 신청을 받아들이지 않을 것인데, 사실심의 판시는 이에 관한 구체적인 심사범위를 논함이 없이 아래와 같은 이유에서 상당한 변명으로 대신하였다고 할 수 있다.³⁹⁸⁾

제1심 결정은 호적 자체에서 자(子)를 적출자로 추정할 수 없다는 사실이 객관적으로 명백하다고 판시하였는데, 일본의 호적 또는 등록부에 기재된 성별 취급 변경 사실은 신분 사항란에 ‘2003년 법률 제111호³⁹⁹⁾ 제3조에 의한 재판 발효일’ 등으로 기재하여 일반인들이 쉽게 알 수 없도록 보호하고 있다. 이를 살피면 성별취급 변경기재는 매우 민감한 개인정보라고 할 것이다. 그렇다면 호적 사무 담당자가 그 내용을 이해할 수 있다고 하여 함부로 이용할 수 있는 정보가 아니다. 오히려 적출추정에 따른 친생자 등록을 거부함으로써 이러한 개인정보가 공개될 우려까지 생기는 것이다. 즉 특별법 취지상 호적 사무 심사에서 다룰 수 없는 사항 또는 정보라고 보아야 한다.⁴⁰⁰⁾ 이는 우리의 가족관계의 등록 등에 관한 법률과 ‘성전환자의 성별 정정 허가 신청사건 등 사무처리 지침’ 하에서도 같은 취지로 이해할 수 있다.

또한 특별법 제4조 제1항을 살펴더라도 남성으로 성별 취급을 변경한 성전환자는 법률에 특별히 정해놓은 사항이 있는 경우를 제외하고는 남성으로 간주된다. 이러한 이유로 성전환자는 다른 성별인 여성과 혼인이 가능한 것이다.⁴⁰¹⁾ 그렇다면 당연히 혼인에 따른 자의 친생추정에 관한 일본 민법 제772조의 적용 대상이 되는 것이다. 민법상 성전환자는 일본 민법 제772조의 적용을 제외한다는 특별 규정이 없기 때문이다. 이러한 논리는 우리 민법하에도 그대로 적용할 수 있다.

사실심 결정은 추정이 미치지 아니하는 자의 범위를 판단함에 일본 판례의

398) 처가 자를 포태할 당시 동서의 결여 등으로 포태할 수 없는 사정이 외관상 객관적으로 명백한 때에는 그 추정이 미치지 않고 혼인의 자로 되기 때문에 그러한 사실이 확정판결 등의 이유에 나타나면 형식적 심사권밖에 없는 호적공무원이라도 이를 근거로 신고의 수리 여부를 심사하는 것은 심사권한의 범위 내에 속하는 사항이라고 볼 수 있으나 사안처럼 특별법에 따라 성별변경이 된 자는 이와 동일 선상에서 논의할 수는 없을 것이다(안구환, “친생자 추정과 호적”, 『사법논집』 제38집, 법원도서관, 2004, 546쪽 참조; 정상태, “호적공무원의 직무영역에 관한 고찰”, 『법조』 제33권 제6호, 법조협회, 1984, 128쪽 참조).

399) 일본의 ‘성동일성장해자의 성별 취급의 특례에 관한 법률’임.

400) 동지의 견해로 渡邊泰彦, 前掲論文, 124면.

401) 물론 부부가 異性이 아니더라도 兩性이면 된다는 견해도 있으나 이에 관한 논의는 동 결정의 쟁점은 아니므로 일반적인 인식 기준으로 설명하였음을 밝힌다.

기본입장인 외관설을 여전히 원용하고 있다. 그렇다면 성전환자가 성동일성장애로 성별변경이 되었다는 것은 신분 사항관으로 일반인들이 알 수 없음에도 외관으로 알 수 있다고 판시하는 것은 일반이 보는 외관과 호적사무집사관이 보는 외관이 다르다는 이중잣대를 인정하는 결과가 되어 외관설 본인의 의미와 모순된다.⁴⁰²⁾ 이것은 오히려 민법상의 논리적 접근보다 성전환자에 대한 차별 문제로 귀결되는 난점까지 발생한다.⁴⁰³⁾

이에 반하여 대상 결정이 성별취급 변경심판을 받은 자는 아내와의 성적관계를 통하여 자를 얻었을 것이라는 예상을 하기 어렵지만, 그러한 자가 결혼하는 것을 인정한다면 다른 특별한 규정이 없는 한 혼인의 주요 효과인 적출추정규정의 적용은 가능하다는 판시는 특례법을 제정한 취지에 비추어 다당하다. 법률혼관계인 처가 혼인 중에 임신한 자(子)의 부자관계를 이처럼 조기에 확정시키는 결과가 되더라도 일본 민법은 제772조의 적출 추정과 함께 제774조 이하 부인의 소 제도를 마련하였으므로 이를 통하여 그 추정을 번복하면 되는 것이다. 이것은 호적의 심사범위와는 다른 영역의 논의이다. 다만 대상 결정과 같이 인공수정이 성전환자인 부의 동의를 통하여 이루어진 경우 그 부가 부인의 소를 제기할 수 있는가는 별도로 살펴야 하겠지만,⁴⁰⁴⁾ 동의가 이루어지지 않았다고 하더라도 호적에 친생자로 기재할 수 없다고 할 수는 없다. 대상 결정은 적출추정규정을 적용함에 외관설의 기준을 충실히 지켰다고 평가할 수 있다.

(3) 검토

우리 판례 역시 친생추정규정을 적용함에 외관설의 기준에 따르고 있다. 그러므로 성전환자 부부 사이의 인공수정에 따라 부자관계가 분제 되는 경우, 부부의 실태가 없다는 명백하다는 사정 등의 예외사유에 해당하지 아니하므로 그대로

402) 사실심은 생식불능은 친생추정을 부인할 수 있는 외관적 사정이 아니라는 외관설의 입장을 따르면서도 호적기재라는 매개물을 통하여 성전환자 즉, 생식불능자의 객관적인 임신불능은 현출된다는 논리인데, 기본적으로 다수설인 외관설에 근거한 것이다.

403) 다만 이러한 성전환자의 인권보호에 관한 국제규범의 발전과 그 입법례 등에 관하여는 오미영, “성전환자의 성별정정 허가에 관한 고찰: 각국의 입법례 및 판례의 분석을 중심으로”, 「미국헌법연구」 제24권 제3호, 미국헌법학회, 2013, 143-177쪽.

404) 앞서 기술하였듯이 이러한 경우에는 친생부인을 할 수 없다고 보는 것이 타당하다.

우리 민법 제844조 친생추정규정을 적용할 수 있다. 즉 우리의 ‘성전환자의 성별 정정허가신청사건 등 사무처리지침’에 따르면이라도 신청인이 성전환수술을 받아 현재 생물학적인 성과 반대되는 신체의 성기와 흡사한 외관이 있음을 확인하는 의사의 소견서가 요구되고 있지만, 그 사실이 객관적으로 명백하다고 하더라도 제3자에게 명백하다고 할 수는 없다.⁴⁰⁵⁾ 따라서 우리 법상 성전환자가 문제 될 사안 역시 성전환자를 차별할 이유가 없다는 인권법적인 측면과 함께 외관설에 따라 일본 최고재판소 판결례를 참조할 수 있을 것이다. 다만 성전환자와 자 사이의 부자관계 논의를 고찰하면서 우리 민법이 새로운 형태의 가족공동체관계에 소홀한 것은 아닌지 의문이 있다.

5. 체외 배아의 법적 지위

생명의학기술의 발달은 끊임없는 인구를 통하여 진행하고 있는데, 인공생식분야에 있어서는 체외 배아를 대상으로 한 인구는 필수이다. 특히 서구에서는 이러한 체외 배아에 인간성을 부여할 수 있는지 등 그 법적 지위에 관하여 많은 논쟁이 있었지만, 일본을 비롯한 우리 동양사회에서는 별다른 논의가 없이 체외 배아 인구 규율에 대한 입법이 이루어졌다. 다만 최근 착상 전 배아 즉 초기 배아의 지위에 관하여 생명권의 기본권 주체성을 부정한 헌법재판소 결정⁴⁰⁶⁾이 헌법적 관점에서 다양한 논의를 불러일으켰고, 생명윤리 및 안전에 관한 법률을 비롯한 특별법은 이를 위반한 행위에 관한 처벌 규정을 두고 있어 형법적 관점에서 이를 다룬 판결⁴⁰⁷⁾과 함께 논쟁이 된 바 있다. 그러나 민법은 체외 배아의 지위에 관하여 아무런 규정이 없고 이에 관한 판결도 있지 아니하여 학설로만 그 권리능력 인정 여부 등 그 법적 지위를 다루고 있다. 체외 배아는 신체에서 분리

405) 대상 결정의 재판관인 木内道祥의 보충의견 또한 유사한 취지이다.

406) 헌법재판소 2010. 5. 27. 선고 2005헌마346 결정.

407) 대법원 1985. 6. 11. 선고 84도1958 판결은 형법상 낙태죄와 관련하여 “인간의 생명은 잉태된 때부터 시작되는 것이고 회입된 태아는 새로운 존재와 인격의 근원으로서 존엄과 가치를 지니므로 그 자신이 이를 인식하고 있던지 또 스스로를 방어할 수 있는지에 관계없이 침해되지 않도록 보호되어야 한다 함이 헌법 아래에서 국민 일반이 지니는 건전한 도의적 감정과 합치”라고 판시하였는데, 체외 배아에 관한 판결은 착상 시 단계의 배아라고 할 수 있는 태아에 대하여 인간의 권리인 생명권을 인정하고 있다는 것을 알 수 있다(황만성, “인간 생식자, 배아 및 태아의 형사법적 보호”, 「생명윤리」 제12권 제1호, 한국생명윤리학회, 2011, 63-64쪽).

된 정자와 난자의 결합으로 생성된 것이므로, 소유권의 객체로 보아야 하는지 아니면 태아처럼 인간생명체로 보아 법적인 보호를 할 필요가 있는지에 대한 논의는 배아에 권리능력 등을 비롯한 권리 주체성을 인정할 것인지와 관련하여 중요한 쟁점이므로 이하에서 고찰한다.

(1) 체외 배아의 권리능력 인정 여부

체외 배아의 법적 지위 논의는, 신체 일부였던 정자와 난자와 같은 생식체를 이용하여 신체 밖에서 배아를 형성한 것이 체외 배아이므로, 언뜻 신체에서 분리된 신체 일부를 물건으로 볼 수 있는지에 관한 논의와 연관되어 물건성을 먼저 검토할 필요가 있다.

1) 체외 배아의 물건성

우리 민법은 물건에 관하여 “본법에서 물건이라 함은 유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력을 말한다”라고 정의하고 있다(민법 제98조). 민법상 물건은 유체물 또는 관리 가능한 자연력일 것, 관리가능성이 있을 것, 인간이 아닌 외계의 일부일 것, 독립된 것일 것이라는 요건을 충족시켜야 할 것이다.⁴⁰⁸⁾ 따라서 이러한 기준에 따르면 당연히 인간의 몸은 민법상의 물건이 될 수 없고 신체 일부도 물건은 아니다. 다만 신체 일부의 경우는 적어도 신체에 고착하고 있어야 하므로 신체 일부이더라도 이로부터 분리된 것인 모발, 치아, 혈액 등은 물건이라고 평가한다. 반대로 본래 신체 일부는 아니었으나 의학적 도움으로 신체에 부착된 의치, 의안 등은 인격성이 인정되어 물건으로 평가할 수 없을 것이다.

이러한 물건에 관한 명분 규정의 해석에 따르면 신체에서 분리되어 있다고 평가할 수 있는 정자, 난자와 같은 생식체 또는 생식세포를 통하여 외부에서 생성된 체외 배아는 물건으로 볼 수 있을 것이다. 그러나 체외 배아는 위 의치, 의안 등과는 달리 그 자체로서 인간생명으로 발전할 가능성이 있는 존재이기 때문

408) 한삼인, 앞의 책, 252-254쪽. 유체물은 공간 일부를 차지하고 사람의 오감을 통하여 그 존재를 알 수 있는 물질, 즉 고체, 액체, 기체를 말한다. 관리가능성의 의미는 지배가 가능하다는 것이고 외계의 일부는 인격성을 인정할 수 없는 비인격성이란 뜻이다.

에 단순히 신체 외부로 이탈한 신체 일부와 같은 종류로 논의하기는 어렵다. 우리나라 학설 대부분이 체외 배아를 단순한 물건으로 인정하지 아니하고 적어도 분리된 생식세포조차도 생명윤리 및 안전에 관한 법률에서 일반 물건과는 달리 유상매매의 대상으로 할 수 없는 것으로 제한하고 있음을 살핀다면, 체외 배아는 이보다 더한 보호 가치가 있다. 그렇다면 체외 배아의 물건성은 부인된다고 볼 수 있고, 인간으로 발달할 가능성만으로 인간과 같이 취급할 수 있는가의 문제만이 남게 된다.

2) 체외 배아의 인간성

민법 제3조는 ‘사람은 생존하는 동안 권리와 의무의 주체가 된다’고 규정하고 있다. 그러나 민법은 민법 제762조와 같은 몇 개의 조항을 통하여 태아에게도 일정한 권리를 명분으로 인정하고 있다. 그렇다면 배아는 적어도 태아에 이를 정도로 발달한 상태는 아니라고 할 것인데, 이러한 태아의 권리를 체외 배아에 인정할 수 있는 것인지, 체외 배아와 태아 사이에 발달학적 측면 외에 구별점이 있는 것인지는 체외 배아의 인간성을 논의하는데 전제적으로 해결하여야 할 부분이다. 따라서 먼저 인간과 태아의 권리능력을 간단히 살펴보고, 이러한 권리능력에 관한 논의가 체외 배아에도 적용할 수 있는지 검토한다.

가. 사람과 태아의 권리능력

권리귀속의 주체가 될 수 있는 지위 또는 자격을 권리능력 또는 법인격이라고 하는데, 이는 누군가가 권리 주체가 될 수 있다는 추상적·잠재적인 법률상의 지위를 말하는 것이지 구체적인 지위를 논하는 것은 아니다.⁴⁰⁹⁾ 민법은 이러한 권리능력을 사람에게 대하여 인정하고 사람에게 대하여 어떠한 제한을 두고 있지 아니하다. 이것은 자유민주주의 국가원리에 비추어 사람에게 따라 권리능력의 차별이 없어야 한다는 권리능력 평등 원칙의 당연한 결과이지만, 어느 시대 어느 국가에 서나 당연히 인정된 것이 아니고 역사적인 산물을 법의 규정에 따라 인정한 것

409) 권리능력에 대응하는 개념으로는 의무능력이 있으나, 근대사법이 권리중심으로 구성되어 있으므로 권리능력이라고 명명하였을 뿐, 내재적으로 권리능력은 의무능력을 포함하고 있다고 보아야 할 것이다(한삼인, 위의 책, 101쪽).

으로 본다.⁴¹⁰⁾ 민법 제3조는 권리능력의 존속기간을 규정하고 있지만, 그 시기에 관하여는 언급이 없다. 존속기간에 관하여 ‘생존하는 동안’이라고 규정하였으므로 사람의 출생 시가 그 처음이라고 할 것이나 출생 시라는 정의에는 다툼이 있다. 출생의 정의에 관하여는 다양한 견해⁴¹¹⁾가 있으나, 전부노출설이 다수설⁴¹²⁾과 판례⁴¹³⁾의 태도이다. 사람이 살아서 태어난 이상 권리능력이 있는 것은 당연하고 인공수정자라고 하여 달리 해석할 이유가 없다.⁴¹⁴⁾

전부노출설에 따르면, 권리능력의 시기는 출생 시이므로 출생, 즉 전부 노출되기 전의 태아는 원칙적으로 권리능력이 없을 것이다. 그러나 이러한 원칙만을 고수한다면, 태아 역시 온전한 사람이 될 가능성이 매우 큰 생명체임에도 그 법적 보호가 소홀해질 수 있고 사회 법감정과 유리되는 경우도 발생하게 된다. 따라서 일정한 법률관계에서는 태아가 출생한 것으로 의제하여 태아에게 권리능력을 인정하고 그 이익을 보호해 줄 필요성이 있다는 것을 인식하게 되었다. 이러한 태아의 이익을 구현하는 방법으로 일반적 보호주의방식⁴¹⁵⁾과 개별적 보호주의방식⁴¹⁶⁾이 있다. 어떠한 법률구성논리로 태아에게 출생 의제규정을 통한 권리능력을 인정할 것인지에 관하여는, 태아인 동안에는 권리능력을 취득하지 못하나 살아서 출생한 때에는 그 권리능력 취득 효과가 문제 되는 사안이 시작된 시점까지 거슬러 올라가 발생한다고 보는 정지조건설과 태아인 동안에도 권리능력이 인정되는 개별적 사항 범위에서 제한적 권리능력이 있지만 사산한 경우에는 권리능력 취득 효과가 소급하여 소멸한다는 해제조건설로 그 견해가 나뉜다.

410) 송덕수, 앞의 책, 371쪽.

411) 한삼인, 앞의 책, 103쪽. 진통설 또는 분만개시설(산모가 해산에 앞서 주기적인 통증이 시작되는 시점을 출생으로 보는 견해로서 형법상 출생의 시기에 관한 통설이다) · 일부노출설(태아가 모체에서 밖으로 일부 나왔을 때 출생으로 보는 견해로서 구형법상의 통설이었다) · 전부노출설 · 독립호흡설(태아가 모체에서 완전히 밖으로 나와 자사의 폐로 독립하여 호흡하는 때를 출생으로 보는 견해로서 의학상의 통설이다) 등이 있다.

412) 한삼인, 위의 책, 103쪽.

413) 대법원 1976. 9. 14. 선고 76다1365 판결.

414) 한삼인, 앞의 책, 104쪽.

415) 모든 법률관계에 있어서 태아를 이미 출생한 것으로 보는 태도이다. 로마법 원칙으로 스위스 민법(제31조 제2항)이 취하고 있다. 태아의 이익을 충분히 보호할 수 있는 장점이 있지만, 구체적으로 어떤 범위에서 출생한 것으로 보아야 할 것인지 분명하지 아니한 단점이 있다(한삼인, 위의 책, 106쪽).

416) 상속 등 중요한 법률관계에 한하여 태아의 권리능력을 개별적으로 인정하는 태도이다. 독일 민법, 프랑스 민법, 우리 민법이 따르고 있다. 적용범위가 명확한 장점이 있으나 태아의 이익 보호범위가 넓지 못하다는 단점이 있다(한삼인, 위의 책, 106쪽). 우리 민법은 개별적 보호주의를 따르고 있는데, 명문의 규정으로 인정하는 것은 불법행위로 말미암은 손해배상청구(제762조), 상속권(제1000조 제3항), 대습상속권(제1001조), 유증(제1064조), 유류분(제1064조) 등이 있다.

민법상 태아에 관한 규정은 태아의 이익을 보호하기 위한 규정이지 거래 안전을 위한 규정이 아니고 일반적으로 출산율은 사산율과 비교하여 압도적으로 높다는 이유로 해제조건설이 다수설이나,⁴¹⁷⁾ 사산율이 비록 크다고는 할 수 없으나 여전히 사산의 위험은 있고 해제조건설은 복잡한 법률관계를 발생시킬 우려가 크다는 이유로 정지조건설을 지지하는 견해 또한 존재한다. 우리 대법원은 모와 함께 모체 내에서 사망한 태아에게 손해배상청구권을 인정할 수 있는지가 문제된 사안을 판시⁴¹⁸⁾하였는데 정지조건설을 따르는 것으로 평가된다. 그러나 위 학설 및 판례는 태아가 출생한 이상 권리능력이 있는 자로 인정하는 것에는 차이가 없다.

나. 체외 배아의 권리능력

앞서 살폈듯이 체외 배아에 물건성은 부정되고 인간성이 인정된다면, 체외 수정은 체내수정과는 달리 정자와 난자를 채취하여 이를 시험관에서 수정시킨 후 자궁으로 이식하는 2단계 과정을 거치므로,⁴¹⁹⁾ 어느 시점을 태아와 유사한 인격체로 다룰 수 있는지에 관하여 논의할 수 있다. 만약 수정 시를 태아와 유사한 인격체로 인정하게 된다면 다시 태아의 권리능력 부분을 원용하여, 착상 시점을 지나 출생을 하게 되는 체외 배아는 민법에서 태아에게 부여한 권리를 동일하게 누릴 수 있다. 따라서 우리나라에서 활발한 논의는 없지만, 민법상 권리능력을 인정할 정도의 단계에 속하는 체외 배아의 시기, 다시 말하면 태아와 다름없는 권리능력을 인정할 수 있는 체외 배아의 단계에 관한 주장은 살펴볼 의미가 있다.⁴²⁰⁾

수정 시점은 배아는 수정 순간부터 보호할 가치가 있는 인간생명체이므로 태아와 동일한 법적 지위와 인격성을 가지고 있다는 견해이다. 인간생명에 대한 민법상 보호는 의학기술의 발달에 따라 배아 연구 등으로 부실의 위험성도 있으므로

417) 한삼인, 위의 책, 107-108쪽.

418) “태아가 특정한 권리에 있어서 이미 태어난 것으로 본다는 것은 살아서 출생한 때에 출생시기가 문제 사건의 시기까지 소급하여 그때에 태아가 출생한 것과 같이 법률상 보아 준다고 해석하여야 상당하므로 그가 모체와 같이 사망하여 출생의 기회를 못 가진 이상 배상청구권을 논할 여지 없다.”(대법원 1976. 9. 14. 선고 76다1365 판결)

419) G. J. Annas/S. Elias, 앞의 논문, pp.203-205.

420) 이러한 논의는 어느 단계의 체외 배아를 처분하면 재산상속의 선순위나 동순위에 있는 자를 낙태한 것으로 보아 상속결격사유가 있는지 또는 형법상 낙태죄를 구성하는지 등에도 의미가 있다.

로 이에 대한 보호책으로 인간 생명 범위를 넓게 해석하여야 한다는 것이다.⁴²¹⁾ 결과적으로 이러한 견해에 따르면 수정된 수정란은 권리능력이 있고 착상할 기회가 있으며, 착상 전 수정란에 위해를 줄 수 있는 조사 등 일체의 행위는 금지된다.⁴²²⁾

이에 반하여 착상 시설은 착상 전의 수정란은 분리된 신체조직보다는 보호되어야 하지만 태아와 동일한 지위를 가진다고 보기는 어렵다는 견해이다. 체외 배아는 모체 밖에서 있는 상태만으로는 그 존재가 계속되리라는 것이라는 것을 확신할 수 없고, 결국 모체 내의 착상을 통하여 생성 시점을 지나야 인간으로서 지속적인 발전과정을 이행할 수 있다는 이유이다. 이 견해 또한 착상 전의 수정란이 인간생명의 상징으로 존중되어야 하는 점에는 수정 시설과 같은 입장⁴²³⁾이지만 권리능력 부분에서는 착상 후 수정란만이 태아와 같은 지위에 있다는 것이다. 즉 태아의 시기를 착상 시로 인정하는 다수설로 연결된다.

(2) 판례: 헌법재판소 2010. 5. 27. 선고 2005헌마346 결정

1) 사안 개요

청구인 배아 일(1)(이하 ‘청구인 1’이라고 한다), 배아 이(2)(이하 ‘청구인 2’라고 한다)는 2004. 12. 9. 부산 동구 초량3동 소재 A 의료재단 부산분원 내에서 임신의 목적으로 청구인 X(이하 ‘청구인 3’이라고 한다)으로부터 채취된 정자와 청구인 Y(이하 ‘청구인 4’라고 한다)로부터 채취된 난자의 체외 인공수정으로 생성된 배아 중 청구인 4의 체내에 이식되지 않고 남아 위 의료재단에 보존되어 있는 배아들이다. 청구인 3, 4는 부부로서 임신의 목적으로 위와 같이 정자 또는 난자를 제공하여 청구인 1, 2를 생성하게 한 배아생성자들이다. 나머지 청구인들은 산부인과 의사, 산부인과 의사 겸 교수, 윤리학 교수, 대학생, 법학 교수 등의 직업을 가진 사람들이다. 청구인들은 ‘생명윤리 및 안전에 관한 법률’ 제16조 제1

421) Abin Eser, “Forschung mit Embryonen in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht”, in: Hans-Ludwig Günther (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik—strafrechtliche Schranken? Tübinger Beiträge zum Diskussionsentwurf eines Gesetzes zum Schutz von Embryonen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1987, S.263ff.

422) 김천수, “인공수정에 대한 법적 고찰”, 『의료법학』 제2권 제2호, 대한의료법학회, 2001, 100쪽.

423) 고정명, 앞의 논문, 15-16쪽.

항, 제2항 등이 임신목적의 배아 생성을 허용하면서 인공수정배아를 인간이 아닌 세포군으로 규정하여 이에 대한 연구목적의 이용 가능성을 열어두고 있고, 잔여 배아의 보존기간과 그 폐기 및 연구에 관해 불충분하게 규율하고 있으며, 생성 배아의 수효에 관한 제한 및 인공수정을 할 수 있는 전제와 기준·방법 등에 대하여 규율하지 않고, 체세포핵이식행위를 통해 생성된 체세포복제배아의 연구·폐기를 허용함으로써 청구인들의 기본권을 침해한다고 주장하며 2005. 3. 31. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2) 헌법재판소 결정 요지

헌법재판소는, 초기 배아 상태였던 배아 청구인인 청구인 1. 청구인 2의 헌법소원심판 청구에 대하여, “초기 배아는 수정이 된 배아라는 점에서 형성 중인 생명의 첫걸음을 떼었다고 볼 여지가 있기는 하나 아직 모체에 착상되거나 원시선이 나타나지 않은 이상 현재의 자인과학적 인식 수준에서 독립된 인간과 배아 간의 개체적 연속성을 확정하기 어렵다고 봄이 일반적이라는 점, 배아의 경우 현재의 과학기술 수준에서 모태 속에서 수용될 때 비로소 독립적인 인간으로의 성장가능성을 기대할 수 있다는 점, 수정 후 착상 전의 배아가 인간으로 인식된다거나 그와 같이 취급하여야 할 필요성이 있다는 사회적 승인이 존재한다고 보기 어려운 점 등을 종합적으로 고려할 때, 기본권 주체성을 인정하기 어렵다.”고 판단하면서 초기 배아와 태아를 구분하여 착상 전의 배아, 즉 초기 배아는 생명권의 주체가 아니라는 이유로 헌법소원 심판청구를 각하하였다.

(3) 검토

1) 체외 배아의 권리능력 인정 시기

착상 전 체외 배아 단계에서도 수정된 상태라면 적어도 정자와 난자의 결합을 통하여 인간생명의 시초가 된다는 점에서 그 보호 가치가 있다. 체외에 있는 수정란과 체내에 있는 수정란은 그 장소에 있어서 구별점은 있으나, 전체적인 발달과정을 살펴보면 인간으로 진화할 가능성에 있어서 큰 차이가 있다고 보기는 어렵다. 특히 현대의학에서는 착상 전 단계의 체외 배아를 다루며 연구할 기회가

많은데, 이를 만연히 인간발전 가능성이 더 적다는 이유로 소홀히 다룰 수는 없다. 착상 전 단계의 체외 배아를 태아와 같이 인정하더라도 결국 민법규정에 따른 개별적 보호와 함께 출생을 조건으로 하여야 하므로, 수정단계부터 권리능력을 인정하더라도 법적 안전성을 해하지 아니한다. 따라서 생명공학발달에 따라 인간생명 보호 범위를 넓힐 수 있는 수정 시설이 해석론적으로 타당하다고 할 것이다.⁴²⁴⁾ 아래에서는 이러한 수정 시설의 인정에 따른 체외 배아의 법적 지위를 구체적인 법률관계에서 착상 시설과 비교하여 검토한다.

2) 체외 배아의 권리주체 인정 여부에 따른 구체적 법률관계

가. 체외 배아의 권리능력의 범위

태아 단계가 아닌 체외 배아 또한 권리능력이 있다는 수정 시설에 따르더라도 앞서 살펴본 마와 같이 태아에 있어서 개별적 보호주의를 취하는 민법 규정 안에서 해석되어야 할 것이다. 적어도 체외 배아가 태아보다 더 많은 보호를 받아야 할 이유는 없기 때문이다. 즉 이미 출생한 사람과 같은 일반적 권리능력을 인정할 수 없고, 불법행위에 따른 손해배상청구권이나 상속 등에서 제한적으로 그와 유사한 권리를 인정받을 수 있을 것이다. 따라서 태아의 출생에 관련된 법률상 지위에 관한 논의는 체외 배아에서도 동일하게 적용할 수 있을 것인데, 적어도 태아의 출생을 조건으로 하는 것처럼 체외 배아도 발전단계를 지나 출생을 하게 되는 것을 조건으로 태아가 가지는 권리능력에 준하는 보호가 타당할 것이다.⁴²⁵⁾ 다만 이러한 조건을 정지조건으로 볼 것인지 해제조건으로 볼 것인지의 차이만 있을 뿐이다. 그런데 체외 배아의 경우 체외수정기술의 발달에 따라 장기간의 냉동 보존이 가능하는 등 출생 여부 및 시기를 조정할 수 있어 법률관계의 불확정 상태가 장기화할 수 있는 여지가 태아보다 더 크다고 할 것이다.⁴²⁶⁾ 따라

424) 특히 착상 시설은 수정상태와 착상상태에 구별의 실익이 있을 정도로 큰 배아 발전이 있다고 보기 어려운 점, 체외 배아의 경우 수정 후 장기간 냉동 보존이 가능하므로 사용자의 임의 착상 시점에 따라 체외 배아의 보호 시기가 달라지는 점, 그러한 임의 착상 시점 전까지 체외 배아의 보호 공백이 발생하는 점 등에서 난점이 있다고 할 것이다.

425) 같은 견해로는 최민수, 앞의 논문(2012), 59쪽.

426) 그러나 인공생식기술의 발달로 수정란의 착상이라는 것 자체가 과거처럼 어려운 기술이 아니라는 점을 고려할 때 냉동 보존의 장기화가 착상 전 상태와 착상 후의 상태의 구별점에 큰 영향을 줄 수 없다. 오히려 그 장기간 법적 보호 공백을 메우기 위해서도 착상 전 체외 배아에 대해서 일반 물건과 같이 취급할

서 비록 권리능력의 인정시기는 체외 배아의 권리보호 필요성을 이유로 수정 시로 볼 것이나 체외 배아가 살아서 출생할 것을 전제로 그 권리능력 취득의 효과가 소급하여 적용된다는 정지조건설이 보다 간명하다고 할 것이다.

나. 불법행위에 따른 손해배상청구

의사가 체외수정시술을 하면서 그 잘못으로 체외 배아에 대하여 어떠한 침해가 발생하여 체외 배아가 기형아로 발전하여 출생한 경우, 체외 배아가 의사에 대하여 불법행위에 따른 손해배상청구를 할 수 있는가를 논의할 수 있다. 체외 배아에 대하여 태아와 같은 권리능력을 인정하는 견해에 따르면, 체외 배아는 의사를 상대로 손해배상청구를 할 수 있을 것이다. 앞서 살펴보았듯이 체외 배아에 있어서 정지조건설이 보다 타당하다고 하였으나, 해제조건설에 따르더라도 체외 배아가 출생하지 못하고 사산하거나 유산하는 경우에는 손해배상청구를 할 수 없음은 양 확설에 차이가 없다. 체외 배아에 대하여 권리능력을 부정하는 견해에 따르면 기형아로 출생하더라도 체외 배아의 정자, 난자 제공자나 그 부모에게 인격권의 침해 또는 배아 손괴에 따른 손해배상청구는 가능할 것이나, 체외 배아에 의사에 대한 불법행위에 따른 손해배상청구를 인정할 수는 없을 것이다.

다. 재산상속

태아에 이르지 아니한 착상 전 단계의 체외 배아를 모체 내에 이식하기 전에 모의 남편이 사망한 경우, 그 체외 배아가 후에 출생하면 사망한 자의 상속권을 주장할 수 있는지도 논의할 수 있다. 수정 시설에 따라 체외 배아의 개별적 권리능력을 인정한다면 상속권 주장이 가능할 것이다. 그러나 착상 시설, 즉 태아 정도에 이르러야만 개별적 권리능력이 인정된다는 견해에 따르면 이에 이르지 아니한 상태에서는 후에 출생한다고 하더라도 상속권을 주장할 수 없는 결과가 된다. 수정 시설을 취하고 정지조건설에 따른다면 결국 체외 배아가 출생한 뒤 자신의 상속분에 대하여 반환청구를 하는 형식을 취하게 될 것이다. 태아에 대습상속권이나 유류분권이 있다는 다수설에 따를 때, 수정 시설은 이 역시 인정할 것이다.

수는 없고 태아에 준하는 인격적 보호가 필요하다.

라. 유증

유증은 민법 제1073조 제1항에 따라 유언자가 사망한 때로부터 효력이 발생 하는 것이므로, 유언자의 사망 시점에 태아상태라던 유언 시에는 태아 단계에까지 이르지 아니하였더라도 유증의 효력을 받는다는 것이 일반적 견해이다.⁴²⁷⁾ 그렇다면 체외 배아 또한 권리능력이 있다는 견해에 따르면, 체외 배아의 부와 모가 체외시술에 동의하여 착상 전 단계의 체외 배아를 형성하였으나 착상되기 전에 그 부가 사망하였고, 종전에 유언이 있었던 경우, 유증의 효력을 받을 것이다. 다만 출생하기 전의 체외 배아의 법률적 지위에 관하여 정지조건설과 해제조건설의 대립이 있는 것은 상속에서의 문제와 같다. 체외 배아의 권리능력을 부정하는 견해에 따르면 유증의 효력을 받을 수 없을 것이다.

마. 제3자를 위한 계약에서의 수익자

제3자를 위한 계약에서 수익자는 계약 당시 현존하지 아니하거나 특정되지 아니하여도 될 뿐 아니라 권리능력이 없더라도 가능하다는 견해⁴²⁸⁾에 따르면, 착상 전의 체외 배아에 권리능력을 인정할 수 있는가의 논의와 관계없이 수익자로서 인정할 수 있다.⁴²⁹⁾ 다만 체외 배아가 수익자로 된 후에 착상되지 아니하거나 착상 후 사산하여 출생하지 못한 경우에는 비록 제3자를 위한 계약의 성립은 논의될 수 있으나 그 효력이 발생하지 않을 것임은 분명하다.

제2절 대리모의 법률관계

1. 대리모계약의 유효성

우리나라에서도 대리모계약이 이루어지고 있음에도 직접적으로 규율하는 법률은 현재까지 없다.⁴³⁰⁾ 따라서 그 유효성에 관하여는 여전히 논란이 되고 있는

427) 다만 유언 시에 임신조차 되어 있지 아니한 상태인 경우에는 조건부 유증으로 검토될 수 있겠으나 무효라고 보는 것이 타당하다(송덕수, 앞의 책, 1985쪽).

428) 송덕수, 위의 책, 1352쪽.

429) 반희성·오윤경, 앞의 논문, 88쪽.

데, 일본의 경우도 대리모를 직접 다루는 법률이 없음을 앞서 살펴보았다. 다만 우리는 인공수정을 통한 대리모계약의 유효성을 다룬 판결⁴³¹⁾이 없으나 일본은 最高裁判所 第二小法廷 平成18年(許)第47号 判決을 통하여 인공수정을 통한 대리모계약은 효력이 없음을 밝힌 바 있다. 이에 우리 민법과 유사한 체계와 법리를 가지고 있는 일본 최고재판소판결 내용과 함께 대리모계약의 유효성에 관한 견해를 통하여 대리모계약의 유효성에 관한 쟁점을 검토한다.

(1) 대리모계약의 효력 인정 여부

1) 무효설

무효설은 대리모계약은 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하여 무효라고 입장이다. 구체적인 근거로 대리모계약은 금전적인 거래를 통하여 이루어지면서 상업화의 우려가 있고 여성의 생식기능과 출생한 자를 금전과 결부된 계약의 급부대상으로 만들어 인간의 존엄과 가치에 반한다는 점,⁴³²⁾ 대리모가 금전만을 주목적으로 할 때에는, 일반적으로 자의 모체 내에서의 성장기간 동안 임신부와 자간에 정신적으로 밀접한 관계가 필요함에도, 대리모가 임신기간에 음주, 흡연 등을 하여 자와 모의 자인적인 관련을 통해 형성되는 관계를 침해할

430) 생명윤리 및 안전에 관한 법률이 대리모계약에 대하여 간접적으로 규율하고 있음은 전술하였다. 과거 2001년 제정 당시 의사윤리지침 제56조 제2항은 ‘금전적 거래 목적의 대리모 관계는 인정하지 않는다.’라고 규정한 뒤 제3항에서는 ‘의사는 금전적 거래관계에 있는 대리모에게 인공수정이나 수정란 착상 등의 시술을 시행하여서는 아니 된다.’라고 규정하고 있었다. 동 지침은 내부적 규제의 성격이므로 이 규정이 대리모계약의 유효성 여부에 대하여 법적 평가를 한 것은 아니라 선언적 의미에 불과했다. 동 지침은 2006년 개정을 통하여 난자매매금지만을 규정하고 대리모계약문제에 관한 규정은 삭제되었다.

431) 다만 자연생식에 따른 대리모계약의 효력을 판시한 것으로는 서울고등법원 2006. 12. 22. 선고 2006나39371 판결(원심은 수원지방법원 2006. 3. 30. 선고 2005가합7408 판결)이 있다. 동 사안은, A는 2002. 6. 5.경 자신의 아이를 낳아 줄 사람을 찾다가 C의 소개로 B를 만나게 되었는데, A는 B가 A의 아이를 낳아 길러주면 그 대가로 2억 5,000만 원을 2007. 12. 20.까지 지급하기로 하고, B에게 발행일 2002. 6. 5., 지급일 2007. 12. 20., 액면금 2억 5,000만 원으로 된 약속어음 1장을 발행, 이를 공증하였는데, A도 처가 있고, B도 남편이 있는 사례였다. 제3자인 원고가 이러한 약속어음금지청구를 한 사건에서 재판부는, 약속어음의 원인채권인 이 사건 약정은 대리모 출산을 조건으로 한 것으로 선량한 풍속 및 사회질서에 위반하는 약정이어서 민법 제103조에 따라 무효라 할 것이고, 이에 따라 원고의 A에 대한 양수금 청구는 더 나아가 살필 필요 없이 이유가 없다고 판시하였다.

432) 고정명·신관철, “대리모계약의 모성추정에 관한 고찰”, 「법학논총」 제10권, 국민대학교 법학연구소, 1998, 12쪽. 이러한 입장은 대리모거래를 위한 사이트가 존재하는 현실을 반영하였다고 할 수 있다. 대리모제도는 대리모를 단순한 자궁대여자로 취급하고, 대리모에게 감정을 부정하는 기계와 같이 행동할 것을 요구하여 모에 대한 착취임과 동시에 모독이라는 입장 역시 이와 같다(Keane N/ Breo D, 앞의 책, pp.310-313).

수 있으므로 사회질서에 반한다는 점,⁴³³⁾ 민법 제927조는 친권의 내용 중 대리권과 재산관리권의 사퇴만을 허용하고 있고 친권 자체의 사퇴는 인정하고 있지 않기 때문에 대리모계약에서 가장 중요한 내용인 출생자에 대한 친권양도는 강행법규인 민법 제927조에 위반되므로 대리모계약 전부가 무효로 된다는 점⁴³⁴⁾을 제시하고 있다. 또한 사회적, 윤리적 근거로 혼인의 순결에 대한 도전,⁴³⁵⁾ 궁핍한 여성을 착취하는 수단⁴³⁶⁾이나 인격격하현상을 가져와 인간의 존엄에 반한다는 이유⁴³⁷⁾를 거론하는 입장도 있다.

2) 유효설

유효설은 현행법상 대리모계약을 명시적으로 금지하는 법규가 없고 이를 민법 제103조 위반으로 볼 수 없다는 입장이다. 유효설의 법적 근거는 다음과 같다. 첫째 인간에게 부여된 가장 숭고한 친부직 권리가 종족보존, 혈통계승, 양육 등인데 임신할 수 없는 여성을 위해 대리모에 의한 출산이라는 치료방법이 있음에도 대리모계약을 무효로 한다면, 개인의 종족보존 및 양육에 관한 사생활의 권리를 침해하는 것이 되어 헌법상 보장된 출산의 권리까지 저해한다.⁴³⁸⁾ 둘째 경제적으로 어려운 상태에 있는 여성이 대리모계약을 체결하는 경우가 많다고 하더라도 다른 사유에 따른 계약체결 원인이 적지 아니하고,⁴³⁹⁾ 재산이 적은 여성

433) 양수산, 「인공수정에 관한 제문제의 합헌성 고찰」, 「현대가족법과 가족정책: 김주수 교수 화갑기념논문집」, 삼영사, 1998, 259쪽. 대리모계약이 주로 금전적인 목적에 의해 이루어지고 있는 특성을 고려하여 대리모보다는 자의 이익을 반영하는 입장이다. 대리모관계는 비자연적이고 여성의 본성 특히 모성에 반한다는 주장도 이와 유사하다(Robin West, *Caring for Justice*, New York University Press, 1997, pp.55-59).

434) 이덕환, “대리모출산의 친자법적 문제”, 「법학논총」 제13집, 한양대학교 법학연구소, 1996, 211쪽. 이는 대리모에게 친권이 있음을 전제한 입장으로 평가할 수 있다. 가족법상의 기본원칙에 반하므로 무효라는 입장 역시 이와 유사하다고 볼 수 있다(Wadlington W, “Artificial conception: The challenge for family Law”, 69 *Virginia Law Review* 465, 1983, p.496).

435) 카톨릭 교회의 입장으로 결혼한 커플의 Artificial insemination 역시 혼인의 행위(the conjugal act)로 인한 결실이 아니기에 어떠한 상황에서도 비도덕적이라고 비판한다(Lewis Petrinovich, *Human Evolution, Reproduction, and Morality*, The MIT Press, A Bradford Book, 1998, p.279). 대리모가 사랑으로 결합된 남녀 사이에 국한되어야 할 출산과정에 개입하는 것은 부정적이라는 이유를 부정설의 근거로 소개하는 견해도 있다(이경희, 앞의 책(2006), 203쪽). 기독교 역시 기본적으로 대리모계약을 부정하는 입장이다(서종희, “대리모계약에 관한 연구”, 「가족법연구」 제23권 제3호, 한국가족법학회, 2009, 75쪽).

436) 박은정, 「생명공학 시대의 법과 윤리」, 이화여자대학교 출판부, 2000, 523쪽. 대리모를 지원하는 여성 대부분이 출산 대가로 지급되는 금전을 목적으로 자궁을 대여한다는 점을 들어, 이를 인정하는 것은 궁핍한 여성을 착취하는 행위를 합법화하는 결과가 된다고 한다.

437) 이경희, 앞의 책(2006), 203쪽.

438) 김민중, “대리모와 그 법률문제”, 「판례월보」 제244호, 판례월보사, 1991, 20쪽 이하.

이 부유한 여성보다 대리모가 되는 경우가 많다고 하더라도 대리모계약이 저임금 등에 따른 고용을 통한 착취보다 훨씬 크게 가난한 여성을 착취하였다는 증거가 없다.⁴⁴⁰⁾ 또한 대리모는 대리모계약을 체결할 완전한 권리를 가지고 있고 자신의 결정에 따라 신체를 사용할 수 있기 때문에 계약이 진실로 자발적이라면 착취의 문제는 발생하지 않는다.⁴⁴¹⁾ 셋째 대리모 계약은 약정에 따른 친권자결정이고 대리모와 자 사이의 특별한 관계에 대한 고려가 어느 정도 이루어져 있으므로 대리모를 단순히 도구화한다고 보기는 어렵다.⁴⁴²⁾ 또한 대리모에게 금전을 지급하는 것은 아이에 대한 대가가 아니고 대리모의 대리임신 및 출산이라고 하는 서비스에 대한 반대급부이므로 공서양속에 반한다고 볼 수도 없다.⁴⁴³⁾ 넷째 대리모에 의한 출산이 이미 현실적으로 많이 이루어지고 있는데 이를 금지하는 것이 실효성이 있는지 의문이고 오히려 이를 양성화하여 법전서 안에서 포섭하는 것이 바람직하다.⁴⁴⁴⁾ 따라서 대리모가 출산 후 자의 인도를 거부하는 경우, 의뢰부부 측에서 子의 인수를 거부하는 경우, 대리모 임신 중에 의뢰부부가 사망하거나 이혼하는 경우 등 예견 가능한 복잡한 문제들을 미리 계약을 통해 규율하기 위해서라도 대리모계약을 인정하고, 다만 예외적으로 개별약정의 내용이 지나치게 불합리한 경우에만 해당 내용 또는 계약 전체를 무효 선언함이 타당하다.⁴⁴⁵⁾ 다섯째 타인을 위하여 임신한다는 것은 사회적, 윤리적 관점에서 비윤리적, 부도덕한 것으로만 평가할 수는 없고 타인에 대한 사려 깊은 배려로부터 나오는 더 높은 차원의 이타적 행위로 이해할 수 있다.⁴⁴⁶⁾ 따라서 대리모계약의 유효성을 인정하는 것이 대리모계약당사자들의 심리적 부담을 덜어주고 계약체결 과정에서 수반될 수 있는 사기나 간취 등의 문제를 예방할 수 있다.⁴⁴⁷⁾

439) 이덕환, 앞의 논문, 208쪽.

440) Johnson v. Calvert 사건의 다수 견해.

441) 박은정, 앞의 책, 253-254쪽. 대리모의 친권포기는 강압에 의한 것이 아니라 임신 전의 자의에 의해 결정되는 것이므로 유효성을 인정하는 입장 또한 이와 같다(Lori B. Andrew, 앞의 책, pp.227-229). 일본에서도 대리모계약의 유효성의 인정요건으로 자기결정의 중요성을 특히 고려해야 한다는 논의가 지속적으로 제기되고 있다(石井美智子, 「代理母」, 有斐閣, 2008, 117面 이하 참조).

442) 엄동섭, 앞의 논문, 106쪽.

443) 김민중, 앞의 논문(2002), 21쪽.

444) 박동진, 앞의 논문, 81쪽.

445) 엄동섭, 앞의 논문, 106쪽.

446) 이경희, 앞의 책(2006), 203쪽. 다만 비상업적 대리모가 이타적 대리모의 가치를 유지시키는 이타심의 단순한 행위로 볼 수 없다고 하면서 이에 대한 속고가 필요하다는 견해(김향미, “대리모 논란에 대한 법리적 이해”, 「법철학연구」 제15권 제1호, 한국법철학회, 2012, 90쪽)도 있다.

447) 엄동섭, 앞의 논문, 112쪽.

3) 제한적 유효설

제한적 유효설은 대리모계약이 무상인 경우에 한하여 제한적으로 그 유효성을 인정하는 견해이다.⁴⁴⁸⁾ 현행 법질서는 부모가 타인이 친생자를 양육하도록 양도하는 입양이라는 법제도를 이미 인정하고 있으므로 같은 종류의 신분상의 법률행위라고 할 수 있는 대리모계약의 유효성을 인정하여도 무방하다는 것이다. 특히 대리모계약은 대리모의 자유의사에 따라 친권 포기 및 입양합의 등을 하므로 자를 사고파는 계약과 달리 불 여지가 있다는 주장이다. 따라서 대리모에 의한 출산이 처의 절대적 불임극복을 위한 최후수단이고 유일한 방법인 때에는 불임부부의 종족보존과 자의 양육을 바라는 희망을 충족시켜줄 필요가 있으므로 이타적인 감정에 따른 무상의 대리모계약은 그 유효성을 인정할 수 있다고 한다.⁴⁴⁹⁾

(2) 판례: 最高裁判所 第二小法廷 平成18年(許)第47号 判決

1) 사안 개요⁴⁵⁰⁾

일본인 부부 A와 B는, B가 자궁암 치료 때문에 자궁 직출 수술 등을 받아 임신이 불가능하게 되자, A의 정자와 B의 난자를 이용하여 미국 네바다 주에 거주하는 미국여성과 대리모 계약을 하여 쌍둥이 아이를 출산케 하였다. 이들 부부와 대리모인 C는, C가 태어난 자식에 대하여는 일본인 부부인 A와 B를 법률상 부모로 승인하고, 대리모 C의 부부는 태어난 자에 대한 보호권이나 방문권 등 어떠한 법적 권리 또는 책임도 없다는 내용의 유상대리출산계약을 맺었고, 이러한 대리모계약의 유효성을 인정하는 네바다 주 법원에 의하여 일본인 부부와 태

448) 대리모가 영아판매나 노예계약에 준하는 착취적인 요소가 있지만 아이를 임신하기 어려운 여성들에게 대리모를 이용하여 아이를 얻을 기회를 제공한다면, 그러한 여성들에게 오히려 혜택이 되는 장점도 있으므로 대리모제도를 활용하는 방법이 중요하다는 입장이다(Laura M. Purdy, Surrogate Mothering: Exploitation or Empowerment? in Bioethics: An Anthology, Helga Kuhse and Peter Singer (eds.), Oxford: Blackwell Publishing, 1999, pp.103-112). 많은 미국의 입법자들이 대리모에게 금전지급을 하는 부분에 대하여 심한 거부 반응을 보였다는 것은 무상이라면 달리 해석할 수 있는 여지를 준다(Lewis Petrinovich, 앞의 책, p.276).

449) 김민중, 앞의 논문(2002), 45-46쪽. 대리모는 대리모계약을 통한 금전적인 대가가 다른 일을 통해 얻는 대가보다 경제적인 이익이 크기 때문에 대리모 역할을 선택한다고 할 수 있지만, 자식이 없는 사람들을 위해 아이를 출산한다는 자긍심을 가지고 선택하는 경우도 있다는 점에 근거한다(오병선, “대리모관계의 법리와 윤리문제”, 「인권과 공익법」 제1권, 서강대학교 법학연구소, 2007, 74쪽).

450) 吉田邦彦, 前掲論文, 67-76面.

이난 자 사이에 친생자관계가 있다는 확인판결을 받았다. 그러나 일본에서 일본인 부부인 A와 B의 자로 출생신고 하려고 하였으나, 담당관청이 이를 수리하지 아니하자 이에 불복하여 소송을 제기한 사건이다.

2) 판결 요지

위와 같은 사정에도 일본최고재판소는, 네파다 주의 판결은 일본 민사소송법 제118조 제3호의 “판결 내용이 일본에서의 공의 진서 또는 선량의 풍속에 반하지 않을 것”이라는 요건에 반하여 그 판결의 효력을 인정할 수 없고, 이 사건 자의 모는 일본법에 따라 출산한 여성인 대리모이며, 일본법이 출산주의를 규정할 당시 인공생식에 관한 고려가 없었지만, 이 사건 재판을 하는 시점에 있어서도 공의 및 자의 복리를 고려한다면 출산주의라는 일의적이고 명확한 기준에 따라 판단하는 것이 타당하다고 판시하였다.⁴⁵¹⁾

(3) 검토

대리모에 관한 일본최고재판소의 판결 내용과 이상의 학설들을 살펴보면, 과연 대리모는 완전한 정보를 공유하며 자발적으로 대리모계약을 체결한 것인지, 대리모계약의 효력을 인정하는 것이 결국 여성 착취와 여성 상품화로 변질할 위험은 없는지, 대리모계약의 효력 인정 여부와 자의 복리분제와의 상관성은 있는지 등의 의문을 제기할 수 있다. 그러므로 대리모계약의 유효성 인정은 법리적 검토와 함께 이미 대리모계약이 성행하고 있는 현재 상황을 고려하여 사회적, 정책적 이유를 보완하여 판단할 필요가 있다.⁴⁵²⁾

먼저 대리모 역시 여성으로서 합리적 결정을 통하여 계약을 체결하였으므로

451) 이 판결에 대하여는 모자관계를 객관적, 일의적으로 결정하여야 한다는 명제에 구속되어 출산주의만을 중요시한 경향이 크고, 임신 중에 모성이 자란다는 사실 또한 증명되지 아니한 다음에야 분만사실만을 친자관계 확정기준으로 중요하게 여길 필요가 없다는 비판이 있다(星野豊, “代理出産契約に基づき出生した子の親子関係(平成 19. 3. 23. 最高二小決)”, 「法律時報」 82卷 2号, 日本評論社, 2010, 116-119面). 민소법상의 공의 질서 해석을 너무 엄격하게 적용한 것이 아닌가라는 비판으로는 北村賢哲, “外国人代理母が出産した子を日本人夫婦の实子として出生届をすることの可否(平成 19. 3. 23. 最高二小決)”, 「千葉大学法学論集」 23卷 2号, 2008, 173-184面. 일본의 현행법에 따른 여러 문제에 관한 자세한 사례별 논의는, 小島二郎, “代理母に關する法律問題: とくに生まれてきた子の法的地位について”, 「21世紀の民法(小野幸二教授還暦記念論集)」, 法學書院, 1996, 494-497面.

452) 박동진, 앞의 논문, 81쪽 견해.

대리모 계약은 유효하다는 주장은 대리모를 원하는 여성의 결정능력이 과연 일반적인 평균여성의 능력에 비추어 이와 동등한 정도인지 판단하기 곤란하므로 인정하기 어렵다.⁴⁵³⁾ 물론 이러한 견해에 대한 반론으로 여성의 계약체결능력을 신뢰하지 않는 보호주의적 태도라는 주장도 있으나,⁴⁵⁴⁾ 대리모는 일반적인 여성에 관한 문제라기보다는 사회적 약자에 관한 문제가 더욱 크다는 점에서 반론은 적절하지 아니하다. 상업적 대리모계약, 특히 자궁대리모의 경우에는 빈곤계층의 여성이 종사하게 될 가능성이 매우 큰데,⁴⁵⁵⁾ 대리모계약체결이 자발적인 경우를 찾기가 쉽지 아니하고 가사 자발적으로 체결한 계약이라 할지라도 그 실질이 남성을 위한 성적 서비스를 제공하는 계약에 불과하다면, 결과적으로 여성의 자율성이 여성 간의 차별을 발생시키거나 생물학적인 부의 이익에 여성을 종속시키게 된다.

또한 계약당사자 사이에 완전한 정보가 제공되지 아니하면 일방당사자인 대리모가 자율적인 상황에서 계약을 체결하더라도 대리모계약의 효력을 인정하여서는 아니 된다는 주장은, 완전한 정보제공 여부는 계약의 조건으로 가능하나 완전한 정보제공이라는 전제가 충족되지 아니하면 원칙적으로 취소의 문제로 해결하는 것이지 유효성 여부의 판단 기준으로 활용하기는 곤란하므로 인정하기 어렵다.⁴⁵⁶⁾

453) J. S. Mill의 자기결정권을 근거로 대리모의 자기결정권의 강조는 서구 선진국의 여성주의자들이 제3 세계 여성 인권문제를 그들의 기준으로 설정하고 접근하여 사회 현실을 반영하지 못하는 결과가 되기도 하는데, 대리모계약의 유효성 인정은 고소득여성들의 인권에만 합치하는 것이 아니냐는 의문점도 있다(山田卓生, “代理母と自己決定權”, 『醫師法生命倫理』, 信山社, 2010, 255-266面). 사실 여성이 이러한 자기결정권을 행사할 수 있는 인간이라는 시각을 가지게 된 시점도 얼마 되지 아니하였다(조은희, “여성주의적 시각에 비추어 본 법의 기본가정들”, 『법과정책』 제17집 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2011, 247-248쪽).

454) 현소혜 · 김수정, 앞의 논문, 10쪽. 대리모는 출산경험이나 계약상 의무조항들 그리고 대중매체의 접근 등을 통하여 자녀를 포기해야 한다는 사실과 그로 말미암은 심리적인 문제들에 관하여 충분한 정보를 가지고 있고, 어떠한 결과가 발생한 후에야 그 결과의 진정한 의미를 알 수 있다고 한다면 성전환수술이나 낙태수술에 대한 동의 심지어 혼인까지도 불완전한 정보에 기초한 행위로 그 효력을 잃게 된다고 할 것이다(Lori B. Andrews, “Beyond Doctrinal Boundaries: A Legal Framework For Surrogate Motherhood”, 81 Virginia Law Review 2343, 1995, pp.2362-2363 참조).

455) 다만 많은 하층 여성들이 가정부나 청소부 등 일용잡역 직에 종사하고 있다고 하여 이러한 직업이 여성을 착취하는 직업이므로 금지되어야 한다고 주장할 수는 없는 것처럼, 착취의 위험이 있다면 그 위험만을 규율하면 되는 것이지 정당한 노동을 제공하고 대가를 지불받는 것 자체를 불가능하게 하여서는 아니 된다는 견해가 있다(현소혜 · 김수정, 위의 논문, 11쪽).

456) 출산 경험이 없는 대리모는 물론이고 출산경험이 있는 대리모 역시 출산한子を 포기한다는 것이 어떠한 의미인지는 실제로 경험하기 전에는 알 수 없는데, 이를 완전한 정보제공의 불이행으로 평가하여 대리모가 자의 인도를 거절하는 상황을 해결하는 방안으로 활용할 수 있을 것이다. 물론 이는 대리모계약성립을 인정된 뒤의 문제이다(Margaret F. Brinig, “A Maternalistic Approach To Surrogacy: Comment On

여성의 대리모계약체결 자유가 여성의 상품화를 가져올 것이라는 지적에 대하여는, 여성도 자신의 몸에 대해 스스로 결정할 권리를 가지고 있고 남성이 정자를 팔 수 있다면 여성도 난자를 팔 수 있어야 하며 여성의 상품화 범위 역시 명확한 것은 아니므로 대리모계약이 그러한 결과를 가져오지 아니할 것이라는 반론⁴⁵⁷⁾도 있으나, 단순한 정자의 기증을 임신과 출산의 고통을 수반하는 대리모 계약을 같은 논리로 접근하는 것은 곤란하고 최근 상업적인 대리모회사가 등장하고 있는 현황에 비추어 여성의 상품화 범위를 정하지 못할 이유가 없다는 점에서 인정하기 어렵다.

현행민법은 면접교섭권과 관련하여 자녀의 복리를 고려할 것을 규정(민법 제 837조 제3항)하고 있으므로 양육권자나 친권자 등을 결정함에 있어서 이를 가장 우선하여 고려하여야 할 원칙이다. 그렇다면 계약으로 부모를 결정하는 대리모계약의 특성상 그 효력의 인정 여부도 자의 복리문제를 고려하지 아니할 수 없다.⁴⁵⁸⁾ 다만 자의 복리문제와 관련하여 대리모계약에서의 금전지급은 대리모의 봉사에 대한 대가지급일 뿐이라는 주장은 유아매매의 문제를 회피하기 위한 기교적인 구성이다.⁴⁵⁹⁾ 그런데 자는 자궁에 있는 동안 대리모와 정신적인 연대감을 느끼며 성장하였으므로 대리모와 떨어진다면 출생의 근원에 대한 심리적 불안감을 무의식적으로 가진 수 있으나, 언제나 대리모가 자의 양육권자나 친권자로서 적합한 것은 아니며 출생 직후 의뢰부부에게 인도된다면 자는 의뢰부부와 연대감을 형성하게 되어 그 관계의 깊이가 대리모와의 관계보다 더 높을 수도 있다. 그러나 친부모 사이의 문제가 아닌 대리모계약에서 자의 복리에 관한 결정은 원칙적으로 법관의 객관적인 판단보다는 대리모의 주관적인 판단에 우선권을 주는

Richard Epstein's Surrogacy: The Case for Full Contractual Enforcement”, 81 Virginia Law Review 2377, 1995, p.2388 참조).

457) Lori B. Andrews, Surrogate Motherhood: The Challenge for Feminists, in Surrogate Motherhood, Larry Gostin ed., 1990, pp.167-168.

458) 일본에서도 대리모계약의 법적 규제의 필요성에 관한 중요한 이유로 자의 이익 존중을 다룬다. 그러나 일본사회 역시 혈통이란 표현에서 보듯이 혈연에 기초한 관계의 중요성이 강조되고 있으므로 대리모계약의 유효성을 쉽게 인정하기는 어려운 여건이다(山田卓生, “代理母と法的規制の必要性: 民法の立場から”, 『醫師法生命倫理』, 信山社, 2010, 241-254면).

459) 의뢰부부는 이미 출생한 자에 대하여 금전을 지급하고 이를 인도받는 것이 아니고 자의 출생을 위한 계획을 세우고 이를 실행에 옮기기 위해 대리모계약을 이용하는 것이며 이 과정에서 금전을 지급하는 것은 실질적으로 병원에 출산비용을 지급하는 것과 같다고 주장(현소혜·김수정, 앞의 논문, 12쪽)이 있지만, 현실적으로 대리모비용은 출산비용수준에 그치지 아니하며 만약 출산비용지급에 그친다면 대리모계약도 이루어지기 어려울 것이다. 그러므로 단순히 출산비용의 예와 비교할 수는 없다.

것이 대리모계약의 특수성에 비추어 타당한 것이다. 즉 의뢰부부는 자를 간절히 원하였으므로 자의 심리적 불안 역시 의뢰부부의 애정으로 극복될 것이라는 점도 임신기간에 형성된 대리모의 자에 대한 현재의 애정보다 더 중요할 수는 없다. 그렇다면 대리모 스스로 자에게 가장 적합한 부모를 결정할 선택권이 있다는 것은 대리모계약의 유효성을 쉽게 인정할 수 없는 근거가 된다.

그러므로 계약법적인 면, 여성인권법적인 면, 사회적인 면 등에 걸쳐 대리모 계약의 유효성을 인정하기 어렵다. 그러나 대리모계약이 성행하고 있는 현실을 반영하여 대리모계약을 체결하는 여성을 보호할 필요성이 있고 분임을 이유로 고통받는 의뢰부부의 희망을 외면할 수는 없으므로 단순히 무효로 볼 수는 없다. 그러므로 엄격한 조건을 부여하여 대리모계약을 인정하는 방향이 법 정책적인 관점에서 타당하다.⁴⁶⁰⁾

2. 법률상 부의 결정기준

대리모 출생자의 부자관계에 관한 법률분제는 AID나 AIH로 인한 인공수정의 논의와는 조금 다른 부분이 있다. 정자제공자가 누구인지에 관한 논의와는 별개로 AID나 AIH는 인공수정을 한 부부 사이에 중점을 두는 데 반하여, 대리모 출생자의 경우에는 의뢰부부와 이러한 의뢰를 받은 대리모 사이에 중점이 있기 때문이다. 즉 대리모 출생자의 법률관계에서의 대리모의 남편은 의도하지 아니한 부자관계가 바로 설정되어 버릴 가능성이 크고, 대리모계약 자체가 제3자를 통한 출산목적에 있으므로 또 다른 문제가 발생한다.

먼저 대리모가 미혼이라면 대리모출생자는 혼인 외의 자가 될 것이므로 부성 추정분제를 살필 이유가 없다는 것은 당연하다. 그러나 대리모가 혼인한 상태에서 남편이 있다면 그 남편과 자의 법률관계는 출산이라는 사실을 기준으로 하는 모자관계와 달리 혈연을 기준으로 하므로 달리 평가할 여지가 있다. 과거에는 혈액검사 등을 통한 부자관계를 확정하기 어려워 혼인 중에 태어난 자에 대하여는 남편의 자로 추정하여 가정의 평화를 유지하는 규정의 의미가 있었을 수 있으나

460) 한삼인·김상헌, “대리모계약의 효력에 관한 소고”, 『외법논집』 제37권 제1호, 한국의국어대학교 법학연구소, 2013, 169쪽.

현재는 유전자검사 등으로 혈연 유무를 확인하는 것이 어려운 것이 아닌 시대가 되었다. 그럼에도 민법 제844조의 부성추정규정의 존재 의의는 있는 것인지 대리모의 출생자를 누구의 자로 할 수 있는지에 관하여 살펴볼 의미가 있다. 특히 헌법재판소는 최근 민법 제844조 제2항 일부를 헌법불합치 결정하면서 그 의미를 판시한 바가 있으므로 그 내용과 함께 대리모 출생자에도 이를 적용할 수 있는지 검토한다.

(1) 대리모 출생자에 대한 민법 제844조의 적용 여부

1) 민법 제844조의 취지와 친생자 추정의 범위

모자관계는 출산이라는 자인적 사실이 외부적으로 드러나는 것⁴⁶¹⁾으로 알 수 있지만, 부자관계는 외관으로 바로 인지할 수가 없다. 따라서 그 혈연관계를 밝힐 수는 있겠으나 밝히는 과정에서 오히려 가정의 안정을 해할 염려가 있으므로 민법은 일정한 요건이 구비되면 일률적으로 부자관계를 추정하는 법정혈족주의를 원칙으로 하고 있다.⁴⁶²⁾ 따라서 자가 부의 생물학적인 자가 아니더라도 부가 친생부인의 소를 제기하여 인용을 받지 아니하는 한 부의 친생자로 추정된다.⁴⁶³⁾

민법 제844조 제1항은 “처가 혼인 중에 포태한 자는 부의 자로 추정한다.”라고 규정하여 형식적으로 혼인 중에 출생한 자는 부의 자로 추정하고 이러한 추정을 부인하려면 민법 제846조, 제847조에 따라 부의 친생부인의 소를 제기하는 구조로 되어 있다. 따라서 본조에 따라 친생자 추정을 받는 자는 혼인 중의 자가 되고 추정을 받지 못하는 자는 혼인 외의 자가 된다. 부는 혼인 외의 자를 인지를 통하여 자신의 자로 할 수 있다.

또한 동법 제844조 제2항에서 친생자 추정의 전제가 되는 ‘혼인 중’의 시기를 정하여 그 친생자 추정범위를 밝히고 있다.⁴⁶⁴⁾ 그런데 본조에서 문제가 되는 것

461) 다만 본 논문이 살펴보았듯이 모자관계 또한 인공수정기술의 발달로 대리모출산이 가능해졌으므로 생물학적인 모와 출산하는 모가 분리되는 현상이 발생하였다. 다만 예전부터 남성의 자에 대한 생물학적인 연유를 판단하는 것과는 구별된다는 점에서 인용한다.

462) 김주수, 「주석 민법(친족 3)」, 한국사법행정학회, 2010, 33쪽; 小野善弘, 前掲論文, 322面.

463) 다만 이처럼 친생부인의 소를 인정하고 있으므로 기본적으로 혈연적 부자관계를 지향한다고 할 것이다.

464) 그 시기 중 ‘혼인관계종료의 날로부터 3백일 내’ 부분은 살펴본 바와 같이 그 예외를 인정하지 아니하였다는 이유로 헌법불합치결정되었다.

은 첫째 실질적으로는 친생자이나 형식적으로는 친생자 추정을 받지 못하는 경우이고, 둘째 형식적으로는 친생자 추정을 받으나 실질적으로는 친생자가 아닌 경우이다. 첫째의 경우는 법률혼 전 동거생활이나 사실혼 중에 임신하였다가 혼인성립일 200일 전에 출생한 경우이다. 우리의 과거 결혼 모습은 형식적인 혼인신고보다는 실질적으로 같이 부부생활을 하는가에 중점이 있었고, 실제로 결혼식을 올리고 같이 살고 있다고 하더라도 혼인신고는 상당 기간이 지난 후에 하는 경우도 빈번하였다. 따라서 일반적인 인식이 사실혼관계를 혼인 외라고 생각하지 아니하였고, 단순히 결혼식만을 하더라도 혼인 중이라고 생각하는 점, 사실혼 또한 민법상 일정한 보호를 받으며 부부의 정조의무 등도 법률혼의 경우와 달리 볼 수 없는 점 등을 이유로, 동거 후에 법률혼으로 되었다면 부가 자를 부인하지 아니하는 한 혼인 중의 자로 보는 것이 타당하다는 견해가 있었다.⁴⁶⁵⁾ 이에 대하여 대법원은 과거 호적예규와 관련되어 “혼인 전의 출생자에 대하여 부가 혼인 후에 혼인 중의 출생자의 출생신고를 할 때에는 호적법 제62조의 규정에 의하여 인지신고의 효력과 부모의 혼인에 의한 혼인 중의 자의 신분취득의 효력이 병유한다.”라고 판시함으로써 민법 제844조의 친생자 추정규정을 적용하지 아니하고 같은 법 제855조 제1항의 혼인 외의 자에 대한 인지와 동조 제2항의 준정에 의한 혼인 중의 자로 해결한 바 있다.

둘째의 경우가 아내가 비록 혼인 성립 후 200일 이후에 자를 출산하였으나 실질적으로 그 자가 남편의 아이가 아닌 제3자의 아이인 경우이다. 이러한 경우에도 민법 제844조의 친생자 추정규정을 무제한적으로 인정하고 다만 친생부인의 소로 해결하여야 하는가 아니면 어떠한 기준에 따라 제한적으로 인정할 것인가에 관하여 견해가 나누어져 있다.

가. 무제한설

처가 자를 임신할 당시 남편과 법률상 형식적인 혼인상태에 있기만 하면 처가 출산한 자는 민법 제844조의 친생추정을 받아 부의 친생자로 추정한다는 견

465) 고정명, “인공수정과 친자법”, 『인공수정의 법리』, 1987, 법무부, 200쪽. 민법 제844조 제2항의 ‘혼인성립’의 개념에는 사실혼성립의 날도 포함된다는 것이다. 따라서 법률혼 성립 200일 미만에 태어난 자도 친생부인에 관한 입증을 하지 아니하는 한 친생자 추정을 받는다고 주장한다.

해이다. 부부 간의 정조의무는 가정의 평화와 가족제도의 유지에 필수불가결한 것이고 처가 혼인 중에 포태한 자는 당연히 부의 자일 수밖에 없으므로 민법은 일률적으로 부의 자로 추정하고 부가 가정의 비밀을 들추면서까지 부자관계를 부인하는 경우에는 친생부인의 소로써 추정을 뒤집을 수 있으므로 민법 제844조의 명분에 반하면서까지 제한적으로 해석할 이유가 없다는 것이 논거이다. 즉 부의 자를 포태할 수 없는 명백한 사실로 부자관계를 부정할 수밖에 없는 경우에도 위와 같이 추정을 번복할 수 있는 방법이 있는 이상 불합리하지 않다는 것이다.⁴⁶⁶⁾ 무제한설에 따르면 남편이 수감 중이거나 외국에 거주하는 등 객관적으로 부부관계를 할 수 없는 이유가 있더라도 처가 혼인 중 임신하여 출산한 자는 언제나 남편의 친생자로 추정된다.

나. 제한설

제한설은 처가 남편의 자를 임신할 수 없는 이유가 있는 때에는 추정의 효력을 제한하는 견해이다. 그 사유에 관하여는 다소 이견이 있는데 남편이 외국에 거주하거나 교도소에 수용되는 등 장기 부재를 통하여 명백한 동서의 결여가 있어 처가 부의 자를 임신하였다고 인정하기 불가능한 경우에만 친생자 추정을 배제하는 입장(외관설), 부의 생식불능이나 혈액형, 인종적 특징에 따라 부의 자가 될 수 없는 사정이 있으면 친생자로 추정하는 것은 제한하여야 한다는 입장(혈연설⁴⁶⁷⁾)과 함께 질충설로 분류되는 합의설, 가정파탄설 등이 있다.

(가) 외관설

외관설은 동서 중인 부부는 임신을 위한 성교행위가 있다고 할 것이고 처는 정조의무를 지켜야 하므로 처와 다른 남자 사이에 성적인 교섭행위가 있었다고 하더라도 혼인 중에 출생한 자의 아버지는 동서 중인 법률상 남편이 되어야 한다는 당위성 및 사실에 기초한다.⁴⁶⁸⁾ 따라서 부부의 동서가 없음에도 임신한 경우에는 위와 같은 당위성의 근거가 사라지므로 부의 자로 추정하지 아니할 수 있다는

466) 대법원 1983. 7. 12. 선고 82므59 전원합의체판결의 소수의견. 위 소수의견을 지지하는 평석으로는 정귀호, “친생자의 추정과 친생부인의 소”, 「민사판례연구」 제6권, 민사판례연구회, 1984, 185쪽 참조.

467) 특히 혈연설의 입장은 앞서 살펴보았듯이 AID의 경우까지 친생자추정의 제한사유로 보고 있다.

468) 이계정, 앞의 논문, 425쪽.

것이다.⁴⁶⁹⁾ 남편 이외의 자가 처의 부정을 드리내어 가정의 평화를 흔드는 것은 부당하다는 근거로 외관반으로 남편의 자인지 판단할 수 있다면 진실한 친자관계를 밝힐 수 있는 과정을 허용하지만, 이러한 정도에 이르지 아니하여 특별한 조사과정이 필요하다면 친생자 추정의 효력이 미친다는 것이다. 무제한설 보다는 혈연주의에 가깝지만 후술할 가정파탄설이나 혈연설에 비하면 추정을 배제하는데 엄격한 입장이다.⁴⁷⁰⁾ 우리나라의 다수설 및 대법원판례의 입장이고, 종래 일본의 다수설 입장이다.⁴⁷¹⁾ 외관설은 친생자 추정을 할 수 없는 임신이 불가능한 상태를 ‘동서의 결여’라는 외관상 명백한 사정에 한정한다. 일반적으로 임신 중에 남편이 실종선고를 받고 실종 중인 경우, 수감 중인 경우, 외국에 체류 중인 경우, 사실상 이혼상태인 경우 등을 그 사정으로 거론한다.⁴⁷²⁾ 자와 부모 간에 인종이 다른 경우도 포함한다는 견해도 있다. 반면 남편이 직장 등의 사유로 일시적으로 별거하고 있는 경우,⁴⁷³⁾ 남편이 생식불능인 경우, 혈액형 검사 결과 자와 부자관계를 인정할 수 없는 경우 등은 추정력을 배제할 수 없다고 한다.⁴⁷⁴⁾

그러나 외관설은 추정력을 배제하는 요건의 엄격성을 완화하는 계기를 마련하였지만, 외관이라는 틀에 사로잡혀 본격적인 완화와는 거리가 먼 결론이 되었는데, 부부 간의 별거 중에도 부부의 교섭이 있으면 추정이 회복되고 동거 중이더라도 교섭이 불가능한 경우에는 추정을 배제할 수 있는 유인성이 필요하다는 점, 추정규정의 취지는 이해하나 그렇다 하더라도 진실한 친자관계를 살피는 것에는 부족함이 있다는 점, 외관설에 따르는 경우 임신 당시 부부의 동서 여부를 등을 통하여 부자관계를 부정하기에 충분한 외형적 사실이 없다면 곧바로 친생자관계부존재확인정구는 배척하여야 한다는 결론에 이른다는 것인데, 이미 가정이 파탄되어 부자관계의 부존재에 관하여 당사자 사이에 다툼이 없고 자를 포함하여 이해관계인 누구에게도 이익이 되지 아니하는 상황에서 이러한 결론에 이른다는 것은 이해하기 어렵다는 점⁴⁷⁵⁾ 등의 비판이 있다.

469) 我妻榮, 「親族法」, 有斐閣, 1961, 221面.

470) 이제정, 앞의 논문, 426쪽.

471) 我妻榮, 前掲書(1961), 221面; 島津一郎, 「家族法入門」, 有斐閣, 1981, 191面.

472) 我妻榮, 上掲書(1961), 221面.

473) 대법원 1990. 12. 11. 선고 90므637 판결은 단순히 부부가 평상 시에 별거하고 있다는 사정만으로는 추정을 받지 않는 사유가 될 수 없다고 한다.

474) 我妻榮, 前掲書(1961), 221面; 近江幸治, 前掲書, 105面.

475) 中川高男, 「親族·相続法講義」, ミネルヴァ書房, 1992. 180-181面; 二宮周平, 「家族法」, 新世社,

(나) 혈연설

혈연설은 친생자 추정규정 역시 혈연주의에 기초하여야 한다는 입장이다. 따라서 부부의 동서가 없는 경우와 같은 외관에 한정하지 아니하고 부의 생식불능, 혈액형 조사 등으로 객관적으로 부자관계가 존치할 수 없다는 결과가 나온 경우에는 추정규정은 배제되어야 한다고 한다.⁴⁷⁶⁾ 일부 하급심판결은 혈연설에 따른 것으로 평가된다.⁴⁷⁷⁾ 혈연성은 위와 같이 혈연주의에 합치되는 면은 있으나 부부가 아닌 제3자의 개입으로 평온한 가정을 위태롭게 할 위험이 있고 친생추정을 두어 친생부인으로만 그 추정을 복원할 수 있도록 한 입법 취지에도 반하는 점⁴⁷⁸⁾이 있다는 등의 비판이 있다.

다. 전충설

(가) 합의설

친생부인의 소의 제기요건을 엄격하게 한 근거는 가정의 평온과 부부의 사생활에 대한 비공개 등의 이유가 있는 것인데, 관련 당사자인 부부와 자의 합의가 있다면 보호의 필요성이 없고, 조기에 직출자⁴⁷⁹⁾를 확정시키는 것은 자의 이익에도 부합하므로, 당사자의 합의가 있으면 친생자 추정은 배제되어 친생자관계존부 확인의 소를 제기할 수 있다는 견해이다.⁴⁸⁰⁾ 그러나 합의설은 부가 합의를 거부한다면 친자관계를 다룰 수 없어 그 이론적 한계가 있고, 당사자의 합의만으로 법이 정한 제소요건을 변경할 수 있다는 생각은 지나치고 친생자 추정을 비롯한 입법 취지에도 반한다는 등⁴⁸¹⁾의 비판이 있다.

(나) 가정파탄설

2005, 165面.

476) 박동섭, 「친족상속법」, 박영사, 2003, 203쪽.

477) 서울가정법원 1994. 7. 15. 선고 93드89828 판결 등.

478) 二宮周平, 前掲書, 163面.

479) 일본의 학설이므로 직출자의 표현으로 쓰이고 있으나 우리 법의 혼인 중의 자와 큰 차이가 없다. 일본에서 嫡出子는 현재 일본의 통설, 판례에 따르면 “혼인관계에 있는 남녀 간의 子” 또는 “혼인에 의하여 출생한 子”라고 정의하고, 그 요건으로 ① 母가 처의 신분을 가질 것, ② 혼인 중에 포태하였을 것, ③ 夫의 子일 것을 요한다고 한다(松坂佐一, 「民法提要-親族法·相續法」, 有斐閣, 1992, 106面 참조).

480) 福永有利, “摘出推定と父子關係不存在確認”, 「家族法の理論と実務-家庭裁判所の30年·別冊判例タイムズ」 8号, 判例タイムズ社, 1980, 254面.

481) 谷口知平外 編集代表, 島津一郎·阿部徹 編, 「新版注釈民法(23)」, 有斐閣, 2004, 176面; 二宮周平, 前掲書, 165-166面.

가정파탄설은, 외관설과 혈연설이 가정의 평온과 혈연주의에 대한 양자택일적 사고로 친생자 추정 문제를 접근하고 있는 것을 비판하면서 두 가치의 조화를 강조하는데, 가정의 평온과 함께 부와 자의 이익 보호, 혈연주의 등 친생자 추정과 친생부인제도의 근거에 놓여 있는 이념을 종합적으로 살펴 추정의 예외를 결정하여야 한다는 입장이다.

친생부인제도는 가정의 평온을 위한 제도이므로 부부공동생활이 계속되고 있는 경우에는 엄격한 추정의 법리에 따를 것이지만, 부부가 형식상 결혼생활은 계속하고 있으나 실질적으로 혼인이 파탄되어 별거상태에서 처가 자를 양육하는 등 이미 가정의 평온상태가 깨어져 있는 경우에는 혈연주의를 우선시켜 친생자 추정은 적용할 수 없다고 한다. 다만 처의 부정 등으로 부부 사이에 일시적인 불화가 있더라도 부부생활은 계속되고 있는 경우에는 가정의 평온과 자의 이익을 우선하여 친자관계의 존부를 다룰 수 없다고 한다. 일본의 유력설⁴⁸²⁾이고 일본의 하급심판결 또한 이에 따르는 것⁴⁸³⁾이 있다. 우리나라에서도 이를 지지하는 견해⁴⁸⁴⁾가 있다.

가정파탄설에 대하여는, 가정파탄의 기준은 객관적으로 판단하기가 어렵고 가정의 평온이라는 개념은 극히 유동적이라 일단 그 평온이 깨어지고도 얼마든지 회복될 여지가 있어 일정 기간을 두고 이를 판단하는 것만으로 친생자 추정문제를 확정하는 것이 타당한지 의문이라는 점, 이렇게 가정파탄의 기준이 명확하지 아니한 상태에서 자에 대한 안정된 양육상태가 부부의 일방적 의사로 복멸될 우려가 있어 자의 이익에도 크게 이바지하지 못하는 점⁴⁸⁵⁾이 있다는 비판이 제기된다.

(2) 판례: 2015. 4. 30. 선고 2013헌마623 결정

1) 대법원 판례 동향

482) 松倉耕作, “嫡出推定と子の幸福”, 『民商法雑誌』 78卷 2号, 有斐閣, 1978, 84面.

483) 일본 가정재판소의 실무는 가정파탄설 내지 합의설을 취한 것이 많다고 한다(二宮周平, 前掲書, 168-169面).

484) 양수산, 「친족상속법」, 한국외국어대학교출판부, 1998, 349쪽; 이화숙, “친생자추정과 친생부인의 소”, 『사법행정』 제33권 제4호, 한국사법행정학회, 1992, 79쪽.

485) 谷口知平外 編集代表, 前掲書, 176-177面; 二宮周平, 前掲書, 165-169面.

중전의 우리나라 대법원의 판례⁴⁸⁶⁾는 “법률상 부부관계가 계속 중에 처가 포태한 자는 부의 자로 추정된다 함이 민법 제844조 제1항에서 규정되어 있고, 이러한 자의 친생을 부인하려면 민법 제847조 제1항의 규정에 의하여 확정판결을 받는 도리밖에 없으며 부부가 사실상 이혼하여 여러 해 동안 별거생활을 하던 중에 자를 포태한 경우에도 위 추정은 번복되지 않는다고 할 것이다.”라고 판시하여 형식적으로 해석하였는데, 부부가 사실상 이혼상태로 여러 해 동안 생활하던 중에 임신한 경우에도 친생추정을 인정하였다. 따라서 이를 복변하기 위해서는 요건이 엄격한 친생부인의 소를 제기하여야 한다고 하였다. 이러한 대법원의 판결에 대하여 형식적인 해석에만 기울어져 구체적인 진실 발견을 도외시한다는 비판이 있었다. 이러한 논의를 바탕으로 수원지방법원의 제1심 심판⁴⁸⁷⁾과 서울고등법원의 제2심 판결⁴⁸⁸⁾에서 “피청구인은 위 청구 외인과 청구인과의 법률상의 부부관계가 계속 중 포태한 자이니 이는 민법 제844조 제1항의 규정에 의하여 청구인의 친생자로 추정된다 할 것이고, 이러한 자의 친생을 부인하려면 동법 제847조 제1항의 규정에 따라 친생부인의 소에 의할 수밖에 없다 할 것이므로 이 건 주된 청구는 부적법하다.”라고 친생자부존재확인청구를 기각한 판결에 대하여, 대법원⁴⁸⁹⁾은 “민법 제844조는 친생자의 추정에 관하여 (1) 처가 혼인 중에 포태한 자는 부의 자로 추정한다. (2) 혼인성립의 날로부터 200일 후 혼인관계 종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자는 혼인 중에 포태한 것으로 추정한다고 규정하고 제846조 이하에 그 추정을 받는 경우의 친생부인의 소를 규정하고 있으나 위 제844조는 부부가 동거하여 처가 부의 자를 포태할 수 있는 상태에서 자를 포태한 경우에 적용되는 것이고 부부의 한쪽이 장기간에 걸쳐 해외에 나가 있거나 사실상의 이혼으로 부부가 별거하고 있는 경우 등 동서의 결여로 처가 부의 자를 포태할 수 없는 것이 외관상 명백한 것이라 할 것이어서 그 전제사실을 갖추지 아니한 위 경우에까지 이를 적용하여 요건이 엄격한 친생부인의 소에

486) 대법원 1968. 2. 27. 선고 67므34 판결.

487) 수원지방법원 1981. 12. 30. 선고 81므388 심판. 청구인과 前부인은 혼인신고를 마친 법률상의 부부였으나 이혼심판확정에 따라 이혼신고를 하였는데, 전부인이 혼인 중 다른 남자와 바람이 나서 가출을 하는 등 청구인과 별거 상태에서 자(피청구인)를 출산하고 청구인의 호적에 출생신고를 하였으나, 청구인이 민법 제847조 제1항의 제척기간 도과로 친생부인의 소를 제기할 수 없게 되자 동법 제865조에 따른 친생자관계부존재확인을 구하는 청구한 사안이다.

488) 서울고등법원 1982. 10. 4. 선고 82르21 판결.

489) 대법원 1983. 7. 12. 선고 82므59 전원합의체판결.

의하게 함은 도리어 제도의 취지에 반하여 진실한 혈연관계에 이긋나는 부자관계의 성립을 촉진시키는 등 부당한 결과를 가져올 수 있기 때문이다.”라고 하여 종전의 관념을 깨고 제한설에 입각한 판결을 하여 사건을 원심으로 환송하였다.⁴⁹⁰⁾

그 후 대법원 판례⁴⁹¹⁾는 일관되게 “민법 제844조 제1항의 친생자추정은 다른 반증을 허용하지 않는 강한 추정이므로, 처가 혼인 중에 포태한 이상 그 부부의 한 쪽이 장기간에 걸쳐 해외에 나가 있거나 사실상의 이혼으로 부부가 별거하고 있는 경우 등 동서의 결여로 처가 부의 자를 포태할 수 없는 것이 외관상 명백한 사정이 있는 경우에만 그러한 추정이 미치지 않을 뿐이고 이러한 예외적인 사유가 없는 한 아무도 그 자가 부의 친생자가 아님을 주장할 수 없는 것이어서, 이와 같은 추정을 번복하기 위하여는 부가 민법 제846조, 제847조에서 규정하는 친생부인의 소를 제기하여 그 확정판결을 받아야 하고, 이러한 친생부인의 소의 방법이 아닌 민법 제865조 소정의 친생자관계부존재확인의 소의 방법에 의하여 그 친생자관계부존재확인을 소구하는 것은 부적법하다.”라고 판시하여 위 친생자추정의 범위에 대하여 외국 거주, 교도소 수감, 사실상 이혼 등 동서의 결여가 명백한 경우에만 이를 제한하는 입장을 취하여 일반적으로 외관설 기준에 따른 것으로 평가받고 있다. 또한 이러한 대법원 기준으로 인공수정자에 대하여 하급

490) 다만 동 판결의 소수의견은, “민법 제844조가 그 제1항에 처가 혼인 중에 포태한 자는 부의 자로 추정한다. 그 제2항에 혼인성립의 날로부터 200일 후 또는 혼인관계 종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자는 혼인중에 포태한 것으로 추정한다고 규정한 것은 근원적으로 부부간의 정절과 가정의 평화를 기대하는 법의 정신을 그 바탕으로 하며 혼인을 비롯한 우리나라 신분법 체계에 연유하는 것으로 풀이된다. 부부간의 정절의무는 그 가정의 평화와 가족제도의 유지에 필수불가결한 것이며 따라서 혼인 중에 포태한 자는 당연히 그 부의 자일 수밖에 없는 것이므로 민법은 이를 일률적으로 부의 자로 추정하고 남편이 그 가정의 파탄에도 불구하고 그 가정의 비밀을 들추면서까지 부자관계를 부인하는 경우에는 친생부인의 소에 의하여 위 추정을 번복하고 신분관계질서의 신속한 안정을 위하여 이와 같은 친생부인의 소제기에 제척기간을 정하고 있는 바이므로 이 친생부인의 소에서 추정을 번복하는 사실을 증명하여 이 추정을 뒤집을 수가 있는 것이니 이는 민법 제844조의 명문에 반하면서까지 이를 제한적으로 해석하여야 할 이유가 있다고 할 수 없다. 또 우리나라의 신분법 체계는 혼인에 있어서도 호적의 신고로서 그 효력이 생하도록 되어 있어 이와 같은 우리 민법 체계상 위 민법 제844조의 혼인 중이라는 혼인은 법률상 유효한 혼인을 말하는 것이며 사실혼을 뜻하는 것이 아님이 명백하여 사실상 부부관계가 있다고 하더라도 혼인신고가 없으면 그 사이에 출생한 자는 혼인 외의 자일 수밖에 없고, 혼인신고가 된 법률상 혼인 중의 자라고 하더라도 그 성립 후 200일이 경과한 후에 출생한 자가 아니면 역시 친생자라고 할 수 없고, 또 혼인관계가 종료하였다고 하더라도 300일 이내에 출생한 자는 혼인 중에 포태한 것으로 볼 수밖에 없는 것이어서 이는 앞에서 논급한 바와 같이 부부 간의 정절을 바탕으로 하여 부부관계의 순수성과 질서를 위하는 한편 신고에 의하여 혼인의 효력이 생하게 한 신분관계 법률체계의 당연한 귀결이다.”라고 하여 종전 견해를 그대로 고수하였다.

491) 대법원 1984. 9. 25. 선고 84므84 전원합의체판결; 대법원 1988. 4. 25. 선고 87므73 판결; 대법원 1992. 7. 24. 선고 91므566 판결; 대법원 2000. 8. 22. 선고 2000므292 판결.

심492)은 “타남의 정액에 의한 인공수정으로 태어난 자도 혼인 중에 포태하여 출산한 것이므로 친생자관계부존재확인의 심판을 구할 수 없다.”라고 판시하여 친생자추정의 예외사유에는 해당하지 아니하는 것으로 판단한 바 있다.

2) 헌법재판소 결정

헌법재판소는 다음과 같은 사안을 통한 헌법소원심판청구에 대하여 2015. 4. 30. 선고 2013헌마623 결정을 통하여 민법 제844조 제2항 중 “혼인관계종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자” 부분에 관한 의견을 밝혔다.

가. 사안의 개요

청구인(母)은 2005. 4. 25. X(夫)와 혼인하였다가 2011. 12. 19. 이혼에 합의하고 서울가정법원으로부터 협의이혼의사 확인을 받은 다음 2012. 2. 28. 관할 구청에 이혼신고하였다. 이후 청구인은 Y(生父)과 동거하면서 2012. 10. 22. 딸(子)을 출산하였다. 청구인은 2013. 5. 6. 관할 구청을 방문하여 딸의 출생신고를 하려 하였으나, 담당 공무원으로부터 그 딸이 혼인관계종료의 날로부터 300일 내에 출생하였으므로 전남편의 성(姓)에 따라 전남편의 친생자로 가족관계등록부에 기재되며, 이를 해소하기 위하여는 친생부인의 소를 제기하여야 한다는 말을 듣고 출생신고를 보류하였다. 서울의대 법의학교실의 유전자검사 결과 딸은 Y의 친생자로 확인되었고, Y는 딸을 자신의 친생자로 인지하려 하였다. 이에 청구인은, 혼인 종료 후 300일 내에 출생한 자를 전남편의 친생자로 추정하는 민법 제844조로 인하여 청구인의 기본권이 침해된다고 주장하면서, 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 헌법재판소 결정 요지

헌법재판소는 위 헌법소원심판 청구에 대하여,

“..가. ‘혼인종료 후 300일 이내에 출생한 자’란 친생추정 기준의 원칙적 함의성

492) 서울가정법원 1983. 7. 12. 선고 82드5134 심판; 서울가정법원 1986. 1. 15. 선고 85드5884 심판.

모자관계는 임신과 출산이라는 자연적 사실에 의하여 그 관계가 명확히 결정되나, 부자관계는 그 관계 확정을 위한 별도의 요건이 필요하므로 이를 위해 친생추정제도가 도입되었다. 심판대상조항은 처가 혼인 중에 포태한 자 또는 혼인관계 종료 뒤 3백일 안에 출생한 자는 부(夫)의 자로 추정한다. 그러나 최근 유전자검사 기술의 발달로 과학적 친자감정이 가능하게 되었으므로, 위와 같이 개인성에 기반을 둔 친생추정제도를 계속 유지할 필요가 있을지 의문이 제기될 수 있다. 그러나 출생과 동시에 자에게 안정된 법적 지위를 부여함으로써 자의 출생시 법적 보호의 공백을 없앴다는 측면에서 친생추정은 여전히 자의 복리를 위하여 매우 중요하며, 친자관계에 대하여 다툼이 없는 대다수의 경우 친자관계를 형성하기 위하여 특별한 절차를 밟을 필요가 없다는 점을 고려하면 친생추정제도는 계속 유지될 필요성이 있다. 민법 제844조는 포태시기를 근거로 처가 혼인 중에 포태한 자는 부(夫)의 자로 추정하는 한편, 출생시기를 근거로 혼인 성립의 날로부터 200일 후 또는 혼인 종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자는 혼인 중에 포태한 것으로 추정한다. 태아의 임신기간이 통상 280일(40주)인 것은 의학적으로 인정되는 사실이고, 산모의 개인적 차이를 고려하더라도 출산일로부터 역산하여 200 300일 이내에 포태되었을 것이라고 추정하는 것은 경험칙에 부합하기 때문이다. 이러한 사정을 종합하면, 심판대상조항이 혼인 종료 후 300일 이내 출생 여부를 친생추정의 원칙적 기준으로 삼고 있는 것은 합리성이 인정된다.

나. '혼인종료 후 300일 이내에 출생한 자'를 아픈 법률상 예외 없이 전남편의 친생자로 추정하고, 이에 따른 친생추정을 엄격한 친생부인의 소를 통해서만 해결하도록 하는 것의 위헌성

심판대상조항의 친생추정 기준은 민법이 1958. 2. 22. 제정된 이래 한 번도 개정되지 아니한 채 오늘까지 이르고 있다. 그런데 그 제정 당시에는 이혼율이 낮고 이혼 후 재혼도 흔치 않았기 때문에, 여성이 전혼(前婚) 종료일로부터 300일 이내에 전남편이 아닌 다른 남자의 자를 출산하는 일은 사회적으로 드물었다. 또한 여성에게는 이혼 후 6개월간의 재혼금지기간이 존재하였기 때문에(구 민법

제811조), 여성이 전혼 종료일로부터 6개월 이후 생부와 재혼하여 포태한 자가 전혼 종료일로부터 300일 이내에 출생하는 것은 법률적으로 불가능하였다. 그러므로 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자를 법률상 예외 없이 부(夫)의 친생자로 추정하되, 이에 어긋나는 경우라면 엄격한 친생부인의 소를 통하여만 해결하도록 하는 것이 합리적이었다. 그러나 오늘날 사회적·법률적 상황은 이러한 친생추정의 기준이 만들어진 당시와는 크게 달라졌다. 우선 사회적으로 이혼 및 재혼에 대한 사회적 인식이 변화하여 이혼율 및 재혼건수가 증가하였고, 법률적으로 여성의 재혼을 일정기간 금지하던 구 민법 제811조도 2005. 3. 31. 삭제됨. 한편 협의상 이혼의 경우 2007. 12. 21. 이혼숙려기간 제도가 도입되고(민법 제836조의2), 재판상 이혼의 경우 1990. 12. 31. 조정전치주의가 도입된 결과(가사소송법 제50조), 혼인관계가 파탄에 이른 뒤 법률상 이혼의 효력이 발생하기까지 시간 간격마저 크게 늘어났다. 그 결과 여성이 부(夫) 아닌 생부의 자를 포태하여 혼인 종료일로부터 300일 이내에 그 자를 출산할 가능성이 증가하게 되었다. 나아가 과거에는 존재하지 아니하던 유전자검사 기술의 발달로 부자관계도 의학적으로 정확하게 확인할 수 있게 되었다.

그런데 심판대상조항에 따라 친생추정이 되면, 혼인종료 후 300일 내에 출생한 자가 전남편의 친생자가 아님이 명백하고 전남편이 친생추정을 원하지 않으며 생부가 그 자를 인지하려는 경우에도, 가족관계등록부에는 일단 전남편인 부(夫)의 성(姓)에 따라 부(夫)의 친생자로 등록될 수밖에 없다. 그로 인하여 우선 모의 경우, 전남편과 이혼하고 새로운 가정을 꾸려 출산한 생부의 자가 가족관계등록부에 전남편의 자료 기재되고 이를 해소하기 위해서는 제소기간 내에 전남편을 상대로 친생부인의 소를 제기해야 하는데, 이러한 사정은 모가 이혼 후 새로운 가정을 꾸리는 데 부담이 된다. 또한 부(夫)의 경우, 전처가 이혼 후 출산한 제3자의 자가 자신의 친생자로 추정되어 가족관계등록부에 등록되고 이에 따라 부양의무를 부담하게 되는데, 그로부터 벗어나려면 모의 친생부인의 소를 기다리거나 2년의 제척기간 안에 스스로 친생부인의 소를 제기해야 하는 부담을 지게 된다. 나아가, 모 또는 부(夫)가 친생부인의 소를 제기하지 않아 2년의 제척기간이 도과하면, 자는 생부에게 인지를 청구할 수 없고 생부도 자를 인지할 수 없어, 진실한 혈연관계를 회복하는데 장애가 되고 있다. 친생추정제도는 모자관계

와 달리 부자관계의 정확한 증명이 실질적으로 불가능하다는 전제 아래 만들어진 것이다. 그러나 유전자검사 등을 통하여 친자관계 증명이 가능하게 된 현 상황에서 부자관계 입증 곤란은 더 이상 친생추정의 근거가 되기 어렵게 되었다. 또한 심판대상조항과 같이 모와 부(夫) 사이의 혼인이 이미 종료된 경우를 전제로 친생추정을 적용하는 경우에는 가정의 평화 유지를 그 입법취지로 볼 수 없다. 따라서 심판대상조항의 입법취지로는 자의 법적 지위를 신속히 안정시킬 필요성만 남게 되었다. 그런데 사회적으로 이혼 및 재혼이 크게 증가하고 법률적으로 여성의 재혼금지기간도 폐지되었으며 협의상 및 재판상 이혼에 필요한 시간이 상당히 늘어난 이상, 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자가 부(夫)의 친자일 개인성은 과거에 비하여 크게 줄어들게 되었다. 그리고 유전자검사를 통해 생부로 확인된 사람이 자신의 친자를 인지할 적극적 의사가 있는 경우에는 자의 법적 지위에 공백이 발생한 여지도 없다. 그러므로 이러한 경우 심판대상조항은 본래의 입법취지에는 아무런 기여를 못한 채 친자관계를 신속히 진실에 맞게 합치시키고 새로운 가정을 이루려고 하는 당사자의 의사를 도외시하는 결과만 초래한다. 이러한 문제를 해소하기 위하여 독일에서는 부(夫)와의 혼인 중에 출생한 자라도 그 출생일이 이혼소송 계속 이후이고 생부가 그 자를 인지한 경우라면 부(夫)의 친생추정을 제한하는 예외규정을 두고 있다. 이혼소송이 계속 중이라면 이미 가정의 평화가 깨진 상태이고 이때 출생한 자를 생부가 인지하여 그 자의 법적 지위가 안정된 경우 굳이 이혼한 전남편의 친생자로 추정할 아무런 법률상 이익이 없기 때문이다. 이러한 경우에도 전남편을 자의 부(父)로 정한 다음 반드시 친생부인의 소를 거치도록 강제하는 것은 무의미한 절차의 낭비이다. 이미 모와 부(夫)의 혼인관계가 종료된 이후에 자가 출생하였고 이 사건과 같이 생부가 그 자를 인지하려는 경우마저도, 아무런 예외 없이 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자를 부(夫)의 친생자로 추정함으로써 오직 친생부인의 소를 통해서만 그 친생추정을 번복하도록 하는 심판대상조항은, 친생추정의 주된 목적인 자의 복리에 비추어 보아도 지나치게 불합리한 제한이다..”

라는 이유로 위헌성을 인정하였으나, 심판대상조항에 대하여 단순위헌으로 결정하면, 혼인종료 후 300일 이내에 출생한 자에 대한 친생추정이 즉시 없어지게 되

므로, 그 자가 부(夫)의 친생자임이 명확한 경우에도 친생추정이 소멸되어 자의 법적 지위에 공백이 발생하게 된다는 이유와 함께 심판대상조항의 위헌상태를 어떤 기준과 요건에 따라 개선할 것인지는 원칙적으로 입법자의 형성재량에 속한다는 이유로, 심판대상조항에 대하여 헌법불합치로 결정하되, 입법자의 개선입법이 있을 때까지 계속 적용을 명하였다.

(3) 검토

먼저 헌법재판소 결정의 의미를 살펴보면, 헌법재판소는 ‘혼인종료 후 300일 이내에 출생한 자’를 아무런 법률상 예외 없이 전 남편의 친생자로 추정하는 부분이 위헌성이 있다고 한 것이지, 친생추정제도 자체를 부인하는 것은 아니다. 특히 헌법재판소는 오늘날에 유전자검사를 통하여 친자감정이 가능하더라도 친생추정제도는 필요하다고 하였고, 다만 혼인관계가 파탄되어 있는 경우에는 우리 법의 이혼속려제도와 사회 전반의 변화된 이혼에 대한 사고 등으로 예전처럼 그 기간을 통하여 일률적인 적용이 어렵다는 판시로, 이러한 과정에서 유전자검사 등을 통한 친자확인 또한 용이해졌다는 뜻으로 해석된다.⁴⁹³⁾ 그런데 이러한 위헌성으로 쉽게 단순위헌이라고 결정할 수 없었던 이유는 매우 복잡한 입법형성에 관한 문제가 있기 때문이다. 헌법재판소는 유전자검사를 통하여 자와 생부 그리고 법률상 부의 친자관계가 확인 가능하다는 뜻을 피력하였는데, 이는 자의 DNA와 같은 유전자를 임의로 취득 가능한지에 관한 법률상 쟁점을 불리일으킨다. 특히 독일은 BVerfG, 1 BvR 421/05 vom 13. 2. 2007, Absatz-Nr. (1-102) 판결, 즉 연방헌법재판소의 DNA 감정서 판결을 통하여 동의가 없는 유전자검사를 통한 친부확인의 결과가 재판절차에 증거로 사용할 수 없음에도 매우 빈번하게 이루어지고 있고, 이를 처벌할 수 없었던 상황과 관련하여 친자확인과 관련된 입법부작위가 있었음을 확인한 바 있다. 그 내용은 당해 아동이나 법적인 대리인으로서의 모의 동의 없이 부의 해명을 위하여 비밀리에 수집된 DNA 감정서가

493) 특히 동 규정 부분이 입법형성의 한계를 벗어난 것으로서 모가 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권 및 행복추구권, 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 침해하였다고 결정한 것은 우리 헌법재판소가 모권 및 양성평등에 깊은 관심을 두고 그 보호를 위하여 진력하고 있다는 것을 보여주는 것으로 일본과 비교하더라도 진일보한 면이 크다.

법원에서 진행되는 친생부인의 소에 사용될 수 있는지를 아동의 정보자기결정권 침해와 관련하여 판단한 것이다. 그런데 우리 헌법재판소의 결정은 오늘날 유전자검사를 통하여 생부확인이 쉽게 가능하다는 뜻도 포함되어 있는데, 이러한 절차상의 문제를 살펴보면 이것이 매우 어려운 해결 과정을 거쳐야 함을 알 수 있다. 또한 헌법재판소 결정을 유심히 살펴보면, 종래 우리 대법원이 민법 제844조 해석과 관련하여 외관설을 취하면서 그 예외적 사유를 판례법상 인정한 것을 일부 인정하면서 이러한 예외적인 사항이 민법 제844조에 반영되지 아니한 점을 지적한 것을 알 수 있다. 즉 부부 간에 동서가 없는 경우에는 남편 혈인의 자가 출생하기는 어려우므로 그 예외적 사유를 인정하는 판례 및 학설은 여전히 유효하다는 것이다. 헌법재판소는 동 결정의 의의를 설명하면서 외국 입법례를 소개하였는데, 일본 민법의 경우에는, 혼인종료 후 300일 이내에 출생한 자를 전남편의 친생자로 추정하는 것이 실태에 맞지 아니함을 고려하여, 2007년 법무성 지침을 통하여 혼인종료 후 300일 이내에 출생한 자라도 의사의 증명서에 의하여 그 포태가 혼인 중에 이루어지지 않았음이 의학적으로 증명되면 그 친생추정을 제한하도록 하고 있다는 점을 가미하였다. 그러나 일본 최고재판소는 최근까지도 친생추정규정을 적용함에 여전히 혈연주의적인 요소도 고려하지만, 그 적용의 예외적인 사유는 엄격한 외관설에 근거하여 판시하고 있다. 이것은 최근 부부의 실체가 없어진 것은 아닌 부부 사이에 출생한 자가 DNA검사를 통하여 남편의 자가 아니고 이혼 후에 동거하고 있는 남자의 자임이 밝혀졌다고 하더라도, 이는 친생부인의 소에 의하여 친자관계를 부인할 수 있는 것인지 친생자관계부존재확인소의 소를 통하여 다투는 것은 가능하지 않다는 일련의 판결⁴⁹⁴⁾이 보여주고 있다. 그

494) 最高裁判所 第1小法廷 平成24年(受)第1402号 判決; 最高裁判所 第1小法廷 平成25年(受)第233号 判決. 동 판결은 2014. 7. 17. 같은 날에 선고되었다. 판시 내용에 있어서 거의 동일하므로 最高裁判所 第1小法廷 平成24年(受)第1402号 判決을 사실관계부터 살펴본다. A와 B는 1999년 혼인하였다. 그 뒤 아내인 B는 2008년 무렵부터 C와 교제하게 되었지만, A와 B는 계속하여 동거하였으므로 부부의 실체가 없는 것은 아니었다. B는 이러한 상황에서 임신하였는데, 임신한 아이는 C와의 사이에 생긴 자라고 생각하고 임신사실을 A에게 알리지 않았고 A는 임신을 전혀 눈치채지 못하고 있었다. B는 2009년 병원으로 가서 X를 출산하였다. B는 X가 누구의 아이냐는 A의 질문에 '몇 번밖에 보지 못한 남자'라고 대답하였다. A는 더는 묻지 아니하고 X를 A와 B의 자녀로 출생신고한 뒤 자신의 자로 키웠다. 그러나 A가 2010년 B와 C가 계속 만나고 있음을 알고 부부 사이가 나빠지자, A와 B는 협의이혼하였다. B는 X의 친권자가 되었다. B는 X의 법정대리인 자격으로 2011년 A에게 친생자관계부존재확인소의 소를 제기하였다. 현재까지 B와 X는 C와 함께 생활하고 있다. X측의 사적인 DNA 감정결과에 따르면 C가 X의 생물학상 paternal 확률은 99.999998%라고 한다. 1심 재판부는 위와 같은 사실관계를 근거로 X와 A의 사이에는 생물학적 관점에서 친자관계가 존재하지 아니하므로 일본 민법 제772조의 친생추정은 적용할 수 없다고 판시한 뒤, 친생추정제도는 가정의 평온을 유지하고 자녀의 양육환경을 안정시키는 것이 목적이므로 해석되는데, 이 사

리므로 헌법재판소결정은 혼인종료 후 300일이라는 시기의 일률적인 적용의 위헌성을 지적하면서 그 입법개정의 필요성을 말한 것이지, 친생추정제도 전반에 대한 판례 범리를 부정한 것은 아니라는 것이다. 그렇다면 물론 친생부인의 소의 필요성 없이 친생추정을 벗어나기 위하여 어떠한 규정이 요구되는지는 입법자의 판단이 있어야 할 것이지만, 적어도 대리모와 관련된 입법이 예상되지 아니하는 한에는 대리모의 부와 대리모출생자 사이에 민법 제844조의 친생추정규정이 적용되는지는 현행법 해석론에 근거하여 살펴볼 필요가 있다.

대리모의 부와 자에 대하여 민법 제844조의 친생추정규정이 적용되어서는 아니 된다는 견해는, 대리모에게 남편이 있는 경우 대리모의 자는 대리모의 부의 생물학적인 자는 아니지만, 그 자에게 민법 제844조의 친생자 추정규정을 적용하게 되면 친생부인의 소를 제기하여야 하는데, 요건이 엄격한 친생부인의 소를 인정할 실익이 있는지를 비롯한 현실적인 문제를 제기한다. 특히 대리모계약은 엄격한 요건을 충족하면 유효하다는 입장에 따르면 대리모계약을 인정한 다음에야 민법 제844조의 친생자 추정을 적용하는 것은 논리적으로 맞지 아니하다는 것이다. 또한 판례가 취하고 있는 외관설은 사실상 이혼, 외국에서의 장기 체류, 교도소 수감 등 한정적 사유로만 친생추정의 예외를 들고 있는데, 이는 인공생식 기

건에서는 이미 A와 B는 이혼한 상태이고 B와 X, C가 함께 생활하고 있음을 살핀다면, 일본 민법 제772조의 적출추정을 배제하여도 그 취지에 반하지 아니한다고 하여 X의 청구를 인용하였다.

이러한 1심 판결에 대하여 A는 항소하였고, 2심 재판부는 친생추정제도와 친생부인제도의 취지는 가정 내의 비밀과 평온을 보호하고 이에 더하여 평온한 가정에서 양육을 받아야 할 子의 이익의 부당한 침해를 방지하는 데 있다고 하면서, 다만 이러한 취지가 손상되지 아니할 특단의 사정이 인정되고 생물학적인 친자관계의 부존재가 객관적으로 분명한 경우에는 친생추정이 배제된다고 판시하였다. 이러한 관점에서 이 사건을 살펴보면, A와 X 사이에 생물학적인 친자관계가 없음이 과학적으로 증명되고, A와 B는 이혼하였고 X가 친권자인 B에 의하여 감호되고 있는 점 등에 비추어 친생추정은 배제된다고 봄이 타당하다는 이유로 A의 항소를 기각하였다.

그러나 일본 최고재판소는 다음과 같은 이유로 원심인 2심 판결을 파기하고 X의 소를 각하하였다. “민법 제772조에 의해 친생추정을 받는 子에 대하여 친생자인 것을 부인하려면, 夫로부터 친생부인의 소가 있어야 하고, 그 제소기간을 1년으로 정한 것은 신분관계의 법적 안정을 위한 것으로 합리성이 있다. … 남편과 子와의 사이에 생물학적인 부자관계가 인정되지 아니하는 것은 과학적 증거에 따라 분명하고, 夫와 처가 이미 이혼하여 子가 친권자인 처에 의하여 감호되고 있는 사정이 있으며 이에 더하여 생물학적인 父와 순조롭게 성장하고 있더라도 子의 신분관계상 법적 안정을 유지할 필요가 없어지는 것은 아니므로 친생자관계부존재확인 소를 통하여 당해 부자관계의 존부를 다룰 수 없다고 봄이 상당하다. …다만 민법 제772조 제2항 소정의 기간 내에 처가 출산한 子에 대하여, 처가 그 子를 임신할 시기에 이미 부부가 사실상의 이혼을 하여 부부의 실체가 없거나 또는 멀리 거주하는 관계로 부부 사이에 성적 관계를 가질 기회가 없었음이 분명한 등의 사정이 존재하는 경우에는, 그 子는 실질적으로는 동조의 추정을 받지 아니하는 친생자에 해당한다고 할 것이므로 친생자관계부존재확인 소로 이를 다룰 수 있다. …다만 이 사건에서는 子의 임신 시기에 이러한 사정이 있었음이 인정되지 아니한다.” 동 판결에 대한 평석으로는 류일현, “친생자 추정이 미치는 범위와 그 한계-최근의 일본 최고재판소 판례(2014년 7월 17일 판결)을 소재로 하여-”, 「2015년도 춘계학술대회자료」, 한국비교사법학회, 2015.

술발전은 외면한 채 남녀의 성교로만 임신할 수 있고 이러한 객관적인 행위를 할 수 없는 상태에서는 남편의 자를 임신할 수 없다는 지극히 형식적이고 전근대적인 논리라는 것이다. 지금은 처가 남편의 정자를 냉동 보존하여 두었다가 필요한 시기에 이를 사용할 수 있고 남편이 아닌 제3자의 정자와 타인의 난자를 제외수정하여 처의 자궁에 착상시키는 시술이 이루어지고 있는데, 이러한 과정에서 친생자관계를 밝히는 것은 어려운 문제가 아닌 점⁴⁹⁵⁾, 친생자관계를 밝히는 것은 인간의 출생근원을 밝히고 헌법상 개인의 기본권인 행복추구권과 관련된 결코 포기할 수 없는 국가적 과제로 이것 또한 자의 복리를 위한 최선의 방법이라고 할 수 있는 점,⁴⁹⁶⁾ 대리모계약의 유·무효 법리를 차치하더라도 계약서 자체가 친자소송에서 증거서류가 될 수 있고, 당사자의 증언 등이 가능하다는 사정 등을 살펴보면, 대리모의 남편과 대리모출생자 사이에 민법 제844조의 규정을 적용할 필요는 없다는 주장이다.

그러나 민법 제844조의 입법 취지가 가정의 안정에 있다는 것인데, 대리모의 남편이 대리모계약 사실을 알고 있는 경우도 다수이겠지만, 아닌 경우도 충분히 예상할 수 있다는 점에서 대리모계약서류 등의 증거서류를 통하여 추후 명백히 알 수 있다는 이유만으로 이를 배제할 수 없는 점, 대리모계약서류나 증인의 증언 등 또한 대리모당사자들이 아닌 제3자가 쉽게 취득할 수 있는 증거도 아닌 점을 고려한다면 이를 외부에서 쉽게 알 수 있다고 보기도 어려우므로 전통적인 외관설의 입장에 따를 때 제한 또는 예외사유로 당연히 인정할 수 없는 점, 친생부인의 제척기간 역시 개정을 통하여 ‘친생부인의 사유가 있음을 안 날’을 기산점으로 삼아 과거처럼 그 시기를 청구인의 과실 없이 놓치는 경우는 찾기 어려운 점⁴⁹⁷⁾, 자의 친생추정배제의 사유는 제3자가 객관적으로 보았을 때 바로 인지할 수 있는 경우이어야 하는데, 그렇지 아니하고 조사 등을 통하여 실제적인 사실을 검토하는 것은 오히려 자의 복리에 반한다는 점 등을 살펴보면, 현행법해석으로는 민법 제844조는 대리모의 남편과 대리모출생자 사이에도 적용되어야 할 것

495) 특히 총유전자인자분석(Genomanalyse)을 통하여 개인의 유전적 특성을 발견함으로써 친자관계를 감별하는 법제도의 변화를 요구하는 견해로는, 최성배, 앞의 논문, 525쪽; 이승환, “유전자감식의 적용례를 통한 문제점의 고찰”, 「법조」 통권 제500호, 1998, 215쪽 참조.

496) 최성배, 위의 논문, 524쪽 이하.

497) 특히 동 개정법에 관하여는 헌법재판소 2015. 3. 26. 선고 2012헌바357 결정을 통하여 합헌결정을 하였다.

이고 친생부인의 소에 의해서만 친생자 추정관계를 복명시킬 수 있다고 보는 것이 타당할 것이다.

이렇듯 대리모의 부에게도 민법 제844조는 적용되어야 하는데, 앞서 살펴보았듯이 AID의 부에게도 민법 제844조는 적용하여야 한다는 점을 논하였다. 다만 각 부가 인공수정이나 대리모계약사실을 알고 있는 경우, 대리모의 부는 혈연관계뿐만 아니라 의지적으로도 전혀 부가 되고 싶은 마음이 없는 자이나, AID의 부는 부가 되려는 마음이 적어도 인공수정 시에는 있어야 하는 자이므로 그 구분이 있다. 따라서 외형상 민법 제844조라는 똑같은 조문의 적용이 가능함에도 그 부의 의지적 요소에서 차이가 있다. 그러므로 현행법상 민법 제844조 적용이 가능한 것으로 해석하여야 하겠지만, 인공생식에 따른 법률관계에서 동조가 본래 기능을 발휘하고 있는지 의문이 생길 수밖에 없다. 이는 현행 민법의 한계라고 할 것이다. 결국 대리모 출생자의 부의 결정에 있어서도 부의 의지적 요소를 살펴 입법화될 필요가 있다.⁴⁹⁸⁾

3. 대리모 출생자의 법적 지위와 대리모계약 이행의 문제

대리모계약을 무효로 보더라도 일단 자를 출산하게 되면 그 자는 존재하고 있는 사람이므로 유효결과 마찬가지로 그 법률상의 지위를 논의하지 아니할 수 없다. 다만 대리모계약을 유효로 보게 된다면 그 이행의 문제가 남아있을 뿐이다. 우리 법원 역시 비록 자연생식에 따른 대리모계약을 다른 사안이지만 그 유효성과 함께 양육권이 쟁점이 된 판결⁴⁹⁹⁾이 있는데, 동 판결의 소개와 함께 대리모 출생자의 법적 지위와 대리모계약의 이행문제를 다루어본다.

(1) 대리모 출생자의 법적 지위

우리 민법에 따르면 앞서 논의하였듯이 대리모가 출산한 자는 대리모 부부의

498) 헌법재판소의 헌법불합치결정은 혼인파탄에 따른 친생추정규정의 위헌성을 지적하는 것이나, 동조의 입법형성권이 발휘될 것이므로 대리모의 법률관계에서도 부의 의지적 요소를 고려한 친생추정규정 예외사유의 입법화를 기대해본다.

499) 서울중앙지방법원 2009. 7. 7. 선고 2007가단264255 판결.

자로 추정된다(민법 제844조). 그러므로 유효설에 따를 경우 의뢰부부에게 부모의 자격을 부여하기 위한 절차가 필요하다.⁵⁰⁰⁾ 먼저 대리모가 미혼이라면 의뢰부부 중 출생자의 남편인 생부가 출생자를 자신의 혼인 외의 자로 인지하고, 대리모는 출생자의 생부를 그 아이의 유일한 친권자로 동의하면, 생부는 이를 승낙하여 단독의 친권자가 되는 절차를 거칠 것이다. 이때 의뢰부부 중 아내는 출생자를 입양하면 될 것이다.⁵⁰¹⁾ 대리모가 기혼이라면 대리모 남편에 의한 친생부인절차(민법 제846조)가 있어야 앞서 살핀 절차를 이행할 수 있다. 전술한 마와 같이 대리모 출생자는 대리모 부부의 자로 추정 받기 때문이다.⁵⁰²⁾ 그러나 이러한 이행의 절차를 대리모가 거부하는 경우에는 유효설의 입장에서 의뢰부부의 남편이 친생부인의 소를 제기할 수 있을 것이다.

대리모계약이 무효가 되면 정자를 제공하고 부의 책임과 지위를 가지려 하였던 의뢰부는 계약 당시 의사와는 달리 AID의 정자제공자와 유사한 지위로 전락한다. 따라서 대리모가 출산한 자의 생물학적인 부임에도 대리모의 부가 친생부인의 소로써 자와의 친자관계를 부인하지 않는 한 의뢰부는 그를 인지할 수 없다.⁵⁰³⁾ 그러나 자와 대리모의 사이의 관계를 친생자 추정을 받는 혼인 외 출생자로 이해하는 입장에 따르면, 의뢰부도 이해관계인으로서 민법 제865조에 의한 친생자관계부존재확인의 소를 제기하여 형식적 부자관계를 없앤 후에 자를 인지할 수 있다. 이때 대리모출생자의 법적 지위는 자의 복리 및 안정을 위하여 신속하게 확정할 필요가 있으므로 대리모계약을 무효로 보더라도, 대리모의 부는 계약서에 서명한 당사자의 한 사람으로 실정법상의 가능한 범위 내에서 최선의 조치를 할 사무관리의무가 있다는 주장이 있다.⁵⁰⁴⁾ 동 견해는 자가 출생한 후 의뢰부

500) 구연창, 앞의 논문(1988), 82쪽.

501) 다만 대리모가 계약의 이행을 거부하는 경우, 대리모와 생부 사이에는 친권자지정을 위한 협의를 하여야 한다(민법 제909조 제4항). 당사자 간에 협의가 되지 아니하는 경우에는 생부가 가정법원에 친권자지정을 신청하여야 할 것이다. 가정법원의 판단하에 생부를 친권자로 지정하게 되면 아내의 입양절차(대략 입양절차가 될 것이다. 민법 제869조)를 통하여 의뢰부부의 자가 된다.

502) 앞서 살펴보았듯이 대리모계약에 따른 출생자의 경우, 계약서의 존재와 시술자의 증언 및 진료기록 등이 존재하므로 더는 민법 제844조가 적용하지 아니한다는 주장이 있을 수도 있으나 판례 및 다수설에 따른 외관설의 입장에서 이를 받아들이기 어렵고, 대리모의 경우에도 민법 제844조의 추정규정은 적용된다. 다만 대리모계약상 의뢰인의 동의를 인지의사로 보고 곧바로 출생신고에 인지의 효력을 인정하여 대리모가 출산한 자를 인지된 혼인 외 출생자로 이해하려는 주장은 있다(고정명, 앞의 책, 204쪽).

503) 대법원 1978. 10. 10. 선고 78므29 판결.

504) 최성배, 앞의 논문, 526-527쪽.

443) 최성배, 위의 논문, 527쪽.

부로부터 더 많은 돈을 받아 낼 목적으로 자에 대한 친권을 주장하면서 친생부인에 협력하지 않는 등 법의 흠결을 오용한다면, 이는 권리남용으로 너는 대리모의 부를 보호해서는 아니 되며, 이를 위하여 대리모는 물론 의뢰부부에게도 대리모의 부와 자와의 친생자 추정을 번복할 수 있는 소구권의 제도화를 입법론으로 제시한다.

또한 인공수정자의 출생근원에 대한 알권리가 사회적 문제로 대두하고 있는 이상, 인공수정방식을 통한 대리모 출생자가 의뢰부부의 자로 성장한 후에 자신의 생모를 알고 싶어 그 신원을 알려달라는 청구를 할 경우가 예상된다.⁵⁰⁵⁾ 그러나 대리모 출생자의 생모에 대한 알권리문제는 실질적으로 양자의 생부모에 대한 출생근원에 대한 접근방법에 따라 해석하면 될 것이므로 인공수정자의 알권리문제만큼 심각하지 않다고 보는 견해가 일반적이다.⁵⁰⁶⁾

(2) 대리모계약 이행의 구체적 모습

대리모계약의 효력인정 여부에 관하여는 앞서 살펴보았다. 다만 효력을 인정하는 견해에 따르면 대체로 계약서에는 대리모에게 지급할 보수액, 정자를 통한 임신절차 또는 그 방법, 임신기간 건강관리방법 및 준수사항, 출산 후의 유아인도, 대리모 부부의 친권종료절차에 관한 동의, 친자감정에 관한 사항, 의뢰자와 출생자 간의 입양관계 등의 사항은 포함되어 있어야 한다고 한다.

따라서 대리모계약의 유효성을 인정한다면, 위 사항에 대하여 그 이행을 청구할 수 있을 것이다. 또한 당사자 중 일방이 계약을 위반한 점이 있다면 그 불이행의 책임을 물어 손해배상을 청구할 수 있고, 강제집행 또는 계약해제의 문제도 거론할 수 있을 것이다. 반대로 대리모계약의 유효성을 부인한다면 대리모계약은 무효이므로 그 법적 구속력에 따를 손해배상, 강제집행 또는 계약해제를 할 수 없다. 그렇다면 계약 내용상에 포함된 대리모의 보수지급청구권과 의뢰자의 유아인도청구권도 인정되지 아니할 것이다. 이하에서는 대리모계약을 바라보는 각 입

505) Wadlington W, 앞의 논문, p.500.

506) 최성배, 위의 논문, 527쪽. 특히 인공수정의 경우에는 배우자의 정자 이외의 다른 남성의 정자를 각태 일하여 사용하거나 수인에 의한 혼합정자를 사용한 경우라면 인공수정자의 유전자감식 방법을 사용한다 하여도 그 출생근원을 밝히기는 쉽지 않다고 한다.

장에 따라 어떠한 이행상의 문제점이 발생하여 당사자의 권리의무에 영향을 미치는지 살펴본다.

1) 이행청구

대리모계약을 무효로 본다면 처음부터 이행의 문제는 발생하지 아니한다. 따라서 의뢰인이 보수를 지급하지 아니하더라도 대리모는 그 지급을 청구할 수 없고, 대리모가 출산한 자를 인도하지 아니하더라도 의뢰인이 그子を 강제인도청구할 수도 없다. 그런데 대리모계약이 무효임에도 당사자들이 계약 내용에 따라 약속한 보수를 지급하거나 유아를 인도한 경우에 그 보수의 반환 또는 유아인도청구가 가능할 것인가가 문제 된다. 이러한 논의는 불법원인급여에 관한 민법 제 746조의 적용 여부에 따라 해결할 수 있을 것이다. 민법 제 746조의 ‘불법’은 법률에 위반한 점만으로 부족하고 ‘선량한 풍속 기타 사회질서’에 위반한 점이 있어야 적용할 수 있다.⁵⁰⁷⁾ 앞서 살펴보았듯이 대리모계약은 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효로 보는 것이 무효설의 일반적인 견해이므로, 그 계약 내용의 이행에 동 규정을 원용할 수 있을 것이다. 그러나 민법 제 746조는 적용대상을 ‘재산의 급여’나 ‘노무의 제공’에 한하므로 유아인도의 점에는 적용할 수 없다고 보아야 한다. 따라서 지급된 보수는 반환 청구할 수 없지만 유아의 인도는 자의 복리를 위하여 청구할 수 있다고 본다.⁵⁰⁸⁾

대리모계약을 유효하다고 보는 견해는 계약 내용에 포함된 사항들은 효력이 발생하고, 당사자는 그 이행을 청구할 수 있다고 한다. 따라서 상대방이 이행을 거절하는 등의 사유가 발생하면 강제이행을 청구하거나 계약을 해제할 수 있을 것이다. 물론 채무불이행에 따른 손해배상을 물을 수도 있을 것이다. 다만 강제이행으로서 자의 인도가 가능한가에 관하여는 그러한 강제는 가정의 평화와 미풍양속을 기본으로 하는 가족법의 원칙에 반한다는 이유로 재고가 여지가 있다는 견해가 있다.⁵⁰⁹⁾

507) 대법원 1983. 11. 22. 선고 83다430 판결.

508) 구연창, 앞의 논문(1988), 78쪽.

509) 岩志和一郎, “ドイツにおける代理母問題”, 「判例タイムズ」 597号, 判例タイムズ社, 1986, 12面.

2) 의뢰부부의 보수지급의무

가. 보수의 의미와 내용

대리모를 지원하는 자들은 대부분 경제적인 상황이 어려워 출산 대가로 큰 수입을 얻기 위한 목적이 있다. 그러나 이러한 금전 수수에 따른 대리모계약은 금지하는 것이 일반적인 입법례이다. 대부분 국가에서 이러한 형태는 유아거래형식으로 보기 때문이다.⁵¹⁰⁾ 이에 대하여 정자제공자는 일정한 금원을 받는 데 반하여, 난자제공자는 금원을 받지 못한다는 것은 평등원칙에 반한다는 반론도 있다.⁵¹¹⁾ 그러나 정자는 산물로서의 특징을 가지고 통일가격으로 거래될 수 있으나 대리모에 있어서 난자제공은 단순히 난자를 매매하는 것이 아니고 자를 임신하여 출산한다는 개인화된 서비스라고 할 것이므로 달리 보아야 한다는 견해⁵¹²⁾가 보다 설득력 있다.

다만 대리모가 일반적으로 열악한 지위에 있는 점을 고려하여, 적어도 보수 부분은 인정해주기 위한 고안으로, 대리모에게 지급되는 보수의 성질을 대리모계약상의 보수채무로 이해할 것이 아니라 부의 자에 대한 양육비 상당의 지급채무 또는 의뢰부부의 대리모에 대한 최선의 사례로 이해하는 입장도 있다. 대리모계약을 가족법상 특수한 위임계약의 일종으로 보는 경우 대리모에게 지급되는 보수는 대리모계약상의 보수채무로는 무효이지만 양육비채무로는 유효하다는 등의 성질 전환의 필요성을 주장하는 견해도 같은 입장이다.⁵¹³⁾

대리모계약상 보수는 대부분 선금금 형태로 일정금액을 일부 지급하고, 대리모가 출산하면 나머지 대금을 지급하는 형식으로 이루어진다. 특히 대리모가 임신 전 건강진단에 필요한 비용과 인공수정비용 등을 청구하면 의뢰인이 당연히 이를 선급하여야 할 것인데, 대리모가 이러한 선금금을 받지 않았다면 인공수정시술을 거부하여도 이행지체 등 채무불이행의 분제는 발생하지 아니할 것이다. 위 비용 등의 지급시기를 특별히 계약에서 정하지 아니한 이상, 먼저 지급하여야

510) G. J. Annas/S. Elias, 앞의 논문, p.221; 이경현, “대리모계약”, 「인공수정의 법리」, 법무부, 1987, 279쪽.

511) Lori B. Andrews, “Removing the Stigma of Surrogate Motherhood - Should Our Laws be Changed to Reflect the New Moral and Medical Realities”, 4 Family Advocacy 20, 1981-1982, p.44.

512) 최성배, 앞의 논문, 505쪽.

513) 최성배, 위의 논문, 506쪽.

할 성격의 비용이기 때문이다. 반대로 대리모가 인공수정을 하기 위하여 필요한 비용을 자신의 계산으로 미리 지급한 경우에는 그 지급한 날 이후의 이자를 더하여 청구할 수 있을 것이다. 선급금을 제외한 나머지 비용은 현실적으로 유아를 인도할 때 지급될 것이다. 따라서 대리모계약을 함에 이를 동시이행관계로 약정해두는 것이 분쟁의 소지를 줄일 것이다.

나. 보수지급을 불이행한 경우

무효설에 따르면 유상의 대리모계약 자체를 무효로 보기 때문에 의뢰부부의 대가지급의무는 발생하지 아니한다. 그럼에도 의뢰부부가 선급금 형태로 금전을 지급하였다면, 민법 제746조의 불법원인급여에 해당하여 이미 지급한 금전의 반환을 청구할 수 없음은 앞서 살펴보았다. 다만 직접 보수지급청구는 할 수 없지만, 출산에 필요한 필요비와 정신적, 육체적 고통에 따른 손해배상, 출생자에 대한 양육비, 임신 중에 일할 수 없는 것에 대한 일실수익 등은 가능하다는 견해가 있다.⁵¹⁴⁾ 유효설은 의뢰인은 대리모에게 보수지급의무가 있으므로 대리모가 자를 출산하여 의뢰부부에게 인도하여 주었으나 의뢰부부가 보수를 지급하지 아니한 경우, 대리모는 대가의 지급을 청구할 수 있다고 한다. 또한 대리모가 자를 인도하지 못한 이유가 자인유산에 있다면 적어도 임신기간에 해당하는 보수와 유산에 따른 병원비 등은 지급하는 것이 타당하다는 주장이 있다.⁵¹⁵⁾

3) 대리모의 출생자 인도 의무

대리모계약은 대리모가 자를 출산하여 의뢰부부에게 인도하는 것을 주 내용으로 한다. 따라서 대리모는 자를 출산하면 의뢰부부에게 인도할 의무가 있다. 그러나 대리모가 자를 출산한 후 자에 대한 애정으로 그 인도를 거부하거나, 약정한 보수금액 이상을 받기 위한 목적으로 인도를 거부하는 사례가 있다.

대리모계약을 무효로 보는 견해는 대리모에 대리모계약의 이행으로써 출생자 인도 의무가 없다고 한다. 또한 대리모가 이미 출생자를 의뢰부부에게 인도하였다고 하더라도 앞서 살펴보았듯이 사람의 인도에는 민법 제746조를 적용할 수 없

514) 박철호, 앞의 논문, 276쪽.

515) 엄동섭, 앞의 논문, 110쪽.

이 다시 출생자의 인도를 청구할 수 있다고 한다. 다만 의뢰부부는 의뢰부의 정자로 아이를 출산한 경우, 인지를 통하여 법적인 친자관계를 인정받거나 대리모에게 남편이 있다면 친생부인의 소를 유도하여 대리모 남편과 출생자의 부자관계를 소멸시키고 의뢰부와의 친자관계를 인정받으려고 할 것이다. 이러한 과정에서 친권자의 지정을 청구하고(민법 제909조 제4항), 친권자로 지정되면 출생자 인도청구(가사소송법 제2조 제1항 2. 나 마류사건 제3호, 제5호)를 하는 방법을 취할 것이다.⁵¹⁶⁾ 대리모계약을 유효로 보는 견해는 대리모가 아이를 출산하여 의뢰부부에게 인도할 의무가 있다고 한다. 대리모가 인도를 거부한 경우 출생자의 인도를 자제하여야 한다는 견해⁵¹⁷⁾도 있지만, 대체로 의뢰부부가 법원에 유아인도청구권을 행사하여 대리모계약의 목적을 달성할 수 있다고 한다. 유아인도청구에 대한 심판은 즉시항고가 가능하므로 담보를 제공하게 하지 아니하고 가집행을 명할 수 있고(가사소송법 제42조 제1항), 판결로 유아인도를 명하는 경우도 이와 같다(동조 제3항). 이것은 유아의 인도는 자의 복리를 위하여 신속하게 이루어져야 할 필요성 때문이다.⁵¹⁸⁾

4) 의뢰부부의 출생자 인수 의무

대리모가 출생자의 인도를 거부하는 경우와 반대로 의뢰부부가 출생자의 인수를 거부하는 경우도 있다. 출생자에게 장애가 있거나 유전 질환이 있는 경우, 의뢰부부가 원하는 성별이 아닌 경우, 의뢰부부가 이혼 등으로 너는 아이를 원하지 아니하는 경우 등의 이유로 할 것이다. 의뢰부부가 이러한 이유로 출생자 인수를 거부하는 경우 그 법률관계에 관하여 살펴보는 것은 의미가 있을 것이나, 출생자의 혈액형 등의 검사 결과 의뢰부부의 자가 아닌 것으로 밝혀진 이유로 인수가 거부된 경우는 그 책임이 대리모에 있으므로 의뢰부부에게 인수 의무가 있다고 할 수 없다.

516) 박철호, 앞의 논문, 277쪽.

517) 미국은 대리모계약을 강제집행할 수 없는 신사협정(Gentlemen's Contract)으로 보고 있다(Katie M. Brophy, "A Surrogate Mother Contract to Bear a Child", 20 Journal of Family Law 263, 1981-1982, p.264).

518) 이러한 유아의 인도명령에 대한 집행방법은 직접강제설과 간접강제설의 의견대립이 있는데, 대리모의 유아는 아직 의사능력이 있다고 보기는 어려울 것이므로 유체동산의 인도집행절차에 준하여 직접 강제할 수 있을 것이다. 다만 그 집행을 함에는 일반동산의 경우와는 달리 세심한 주의가 필요한 것은 당연하다(법원행정처, 「법원실무제요(가사 I)」, 2010, 252쪽).

대리모계약을 무효로 보는 견해에 따르면, 의뢰부부는 대리모가 출산한 자를 인수할 의무가 없다. 다만 대리모는 출생자의 생부를 상대로 인지청구의 소를 제기하여 이를 통한 양육비청구는 가능할 것이다(민법 제863조). 대리모계약을 유효로 보는 견해에 따르면, 의뢰부부가 대리모 출생자를 인수하여야 할 의무가 있다. 먼저 출생자에게 장애나 유전 질환이 있는 경우를 살펴본다. 대부분의 대리모계약은 임신 중 검사 등을 통하여 지속적인 관리를 할 것을 예정하고 있는데, 이것은 태아에 이상이 있는 경우 의뢰부부가 이를 인수하기가 어려우므로 대리모 스스로 임신중절을 하려는 목적이다.⁵¹⁹⁾ 특히 모자보건법 제14조에 따른 법률상 임신중절이 가능한 사유인 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환 등이 있는 경우 임신중절을 하지 아니할 이유는 특별히 없다. 그럼에도 대리모가 임신한 자를 출산한 경우 의뢰인은 이를 거부할 수 없다고 보아야 한다. 대리모 출생자는 인간이므로 하자 있는 물건으로 다룰 수 없기 때문이다.⁵²⁰⁾ 다만 의뢰부부는 약정에 위반하여 출산한 대리모에게 계약위반을 이유로 질병 등 치료에 필요한 비용을 손해배상으로 청구할 수 있을 뿐이다. 또한 의뢰부부가 대리모의 출산 전에 임신한 자가 어떠한 유전 질환이 있음을 알았다고 하더라도 사전약정을 이유로 대리모에게 임신중절이라는 이행을 강제할 수는 없다고 보아야 한다. 대리모가 스스로 임신중절을 하는 경우는 그 이유에 비추어 위법성 조각사유가 있다는 것이지 사적 당사자들 사이의 계약으로 인간의 생명을 경시하는 행위를 하는 것은 용인하기 어려우므로 대리모에게 약정위반에 따른 손해배상책임은 물을 수 있더라도 임신중절을 강요할 수는 없다.⁵²¹⁾ 그러나 대리모 임신 중에는 검사를 통하여 자의 이상 여부를 알지 못하였으나 자가 출생한 이후에 유전 질환이 있음을 알게 된 경우에는 의뢰부부가 이를 인수하여야 한다. 다만 의뢰부부가 이러한 경우 인수를 거부하는 경우가 대부분일 것이므로 실제로는 계약위반에 따른 손해배상청구로 해결하여야 할 것이다.

다음으로 원하지 아니하는 성별의 자가 출생한 경우에는 의뢰부부는 출생자의 인수를 거부할 수 없다. 특히 대리모는 사전에 아들을 약정하고 계약을 하는

519) 이것은 착상 전 유전자 진단과 달리 건강한 아이를 낳기 위한 일반적인 검사절차라고 할 것이다.

520) 박철호, 앞의 논문, 278쪽.

521) 박철호, 위의 논문, 278쪽.

경우도 있는데 이러한 약정의 효력은 인정하기 어려우므로 이를 이유로 인수를 거부할 수도 없다. 다만 의뢰부부가 실제로 인수를 거부하는 경우는 인수거부 그 자체를 이유로 손해배상청구가 가능하다.

의뢰부부가 이혼한 경우에도 의뢰부부 모두 출생자에 대한 인수의무가 있다고 할 것이다. 의뢰부부 모두가 사망하였다면 대리모계약 특성상 상속인이 없을 것이고, 있다고 하더라도 이러한 계약 내용을 인수시킨다는 것은 무리가 있으므로 계약은 소멸하였고 인수의무도 없다고 보는 것이 타당하다. 의뢰부부 일방이 사망하였다면 생존한 일방이 그 인수의무를 이행하여야 하고, 이를 거부하는 경우에는 대리모가 일방에 대하여 계약위반에 따른 손해배상을 청구할 수 있다.

5) 대리모계약의 해제와 손해배상

대리모계약을 무효라고 한다면 대리모계약의 효력은 인정되지 아니하므로 계약해제의 문제는 논의할 이유가 없다. 그러나 대리모계약을 유효로 보는 입장은 대리모계약이나 민법의 계약해제사유가 발생한 경우, 대리모계약을 해제할 수 있을 것이다. 계약해제를 통하여 대리모계약에 나타난 권리와 의무는 모두 소급하여 소멸하고 양 당사자들은 상대방에 대하여 원상회복을 하여야 한다(민법 제 548조 제1항). 대리모가 임신하지 아니한 경우에는 이러한 법률적용에 어려움이 없으나, 대리모가 임신한 경우에는 계약해제와 함께 임신중절을 할 수 있는지가 문제 된다. 대리모계약의 해제와 임신중절의 문제는 달리 보아야 할 것이다. 앞서 살펴본 바와 같이 임신중절을 강제이행할 수 없는 것과 마찬가지로 모자보건법상의 사유에 해당하지 아니하고 대리모가 반삭에 가까워진 경우에는 임신중절을 원상회복분제로 다루기는 어렵다. 이 부분은 귀책사유가 있는 자가 손해배상 책임을 통하여 해결하여야 할 부분이다.⁵²²⁾

(3) 판례: 서울중앙지방법원 2009. 7. 7. 선고 2007가단264255 판결

522) 최성배, 앞의 논문, 510쪽. 따라서 유전자감식 등에 의하여 의뢰부부의 혈족이 아닌 것이 분명하거나 산모가 계약상의 의무를 이행하지 않고 약물의 남용 등으로 선천적 기형아를 출산하는 등 의뢰부부가 책임질 수 없는 사유로 대리모가 아이를 출산한 경우에는 의뢰부부에게는 손해배상의 책임이 없고, 반대로 의뢰부부가 대리모를 상대로 계약이 유효라고 믿었기 때문에 받은 손해배상을 청구할 수 있다는 견해를 밝히고 있다.

1) 사안 개요

B와 C는 1982. 11. 4. 혼인신고를 하였으나, 슬하에 자녀가 생기지 않자 2003. 7. 11. 협의이혼을 하였는데, 그 후 B는 자녀를 출산할 여자를 찾아 2003. 8.경 베트남국제결혼 알선인의 주선으로 A를 만났고, 2003. 10. 8. A와 혼인을 하였다.

A는 같은 달 10. 25. 한국에 입국하여 B와 동거하게 되었고, D를 임신하게 되었다. B는 D를 출산하기 한 달 전에 C를 찾아가 아이를 키워달라고 부탁하였고, A가 2004. 8. 13. D를 출산하자 D를 B에게 데려다 주었다.

A는 2004. 9. 3. 베트남에 있는 부모를 방문하였고, 그때 B가 A에게 미화 7천 달러를 지급하였으며, B도 같은 달 23. 출국하여 베트남에서 함께 머무르다가 같은 달 27. 입국하였다. A는 베트남에서 돌아온 직후 F를 임신하였는데, 출산이 다가오자 B는 A에게 이혼하여 출 것을 요구하였고, 이후 A가 2005. 7. 7 F를 출산하자 곧바로 C에게 데려가 D와 함께 키웠다.

A도 B와 소원해지자 협의이혼에 동의하여 B는 2005. 7. 20. 자녀들의 친권자 및 양육자를 B로 지정하여 협의이혼 신고를 하였다. A는 F를 출산한 직후 B로부터 2만 달러를 지급받았으며, 2005. 7. 21. 베트남으로 출국하였다. B는 2005. 8. 17. 다시 전처인 C와 혼인신고를 하였다.

A는 2005. 8. 23. 한국으로 돌아와 B와 D를 만난 후 2005. 9. 27. 출국하여 베트남으로 갔다가 2005. 10. 다시 입국하였으나, B와 연락이 되지 않아 계속 자녀들을 만나지 못하였다. 이러한 경위로 A는 자녀들을 만나지 못하고 있다는 이유로 손해배상청구를 하였다.

2) 판결 요지

법원은 B와 C는 연대하여 A가 자녀를 만날 기회를 잡지 못하는 등의 원인에 따른 정신적 손해를 배상할 의무가 있고 하며, 가사 대리모약정이 있었다 하더라도, 생모로부터 그 자녀의 양육권을 배제하는 약정은 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위로서 그 자체로 효력이 없다고 판시하였다.

(4) 검토

종합하면, 대리모계약 유효설에 따른 경우 현행 민법상 대리모가 출산한 자는 대리모 부부의 자로 추정될 것이므로 의뢰부부에게 부모의 자격을 부여하기 위한 절차가 필요할 것이고, 대리모계약을 무효로 보게 되면, 의뢰부부가 부모의 책임과 지위를 가지려 하였던 계약 의사는 무시되는 결과를 가져온다. 이처럼 대리모계약의 효력인정 여부에 따라 이행의 구체적 모습이 달라지는 것을 보았다. 즉 유효설에 따르면 대리모계약서에 분쟁이 예상되는 부분은 미리 약정으로 하였으므로 이러한 사항에 대하여 그 이행을 청구할 수 있었다. 다만 대리모계약의 유효성을 부인한다면 대리모계약은 무효이므로 그 법적 구속력에 따른 손해배상을 비롯한 강제집행 또는 계약해제를 할 수 없었다.

결론적으로 대리모 출생자의 지위와 대리모계약의 효력인정 여부에 따른 구체적 법률관계를 판례와 함께 구체적으로 검토하였으나, 대리모계약의 효력인정 여부가 확정되지 아니하는 한 기존의 일반적인 계약 법리에 따른 논의가 있을 뿐이다. 따라서 대리모계약의 특성을 고려하여 대리모를 비롯한 계약당사자의 보호 공백을 매우고 여성인권보호에 적합한 요건을 갖춘 법률안이 마련되어 이를 해결할 필요성이 있다.

제3절 소결

이상에서 살펴본 바와 같이 인공생식과 관련한 민법상 쟁점을 다루는 데 있어 민법이 일정한 역할을 하고 있는 점은 있으나 구체적인 사안을 해결하기에는 그 규정의 한계 내지 흠결로 인하여 해석의 어려움이 있다. 따라서 그동안 이와 같은 인공생식에 따른 실제적인 분쟁 현실과 법 규정의 사이의 공백을 다음과 같은 학계의 해석론과 판례이론으로 매워나갔다고 평가할 수 있다.

먼저 사후수정의 허용성에 관하여는 이를 부정하는 것이 일반적인 견해지만 이미 사후수정으로 출생한 자의 법적 지위를 논하는 것은 별개의 문제로 인식하고 있다. 이에 따라 현행법하에도 사후인지 인정요건 중 하나로 '부의 동의'를 제

시하는 입장이 있으나 사후수정자에게 어떠한 법적 지위를 부여할 것인가를 검토하기 위해서는 생명윤리관, 인간의 존엄과 자의 복리, 모의 자기결정권, 공서의 영역 관점 등을 잘 포섭하여 평가하여야 할 것인데, 사후수정이 우리나라에서는 일반적으로 대를 이으려는 의도에서 이루어질 것이 예상되는 만큼 여성의 자기결정권이 충분히 보장된 상황에서 행하여지는지 의문이고, 특히 사망한 부와의 친자관계 인정만이 자의 복리에 기여하는지에 관하여 충분한 토의가 있었다고 할 수 없다. 따라서 '부의 동의'의 내용에 관한 합의도 이루어지지 아니한 상태에서 다각적인 관점에서 아직은 친생추정이 미치지 아니하는 사후수정자와 사망한 부 사이에 친자관계를 인정할 수 없다. 다만 이러한 입법적 불비를 어떻게 해결할 것인가에 관한 방안의 필요성은 제기되었다.

다음으로 비배우자 간 인공수정의 친생부인 인정 여부와 사실혼배우자 간 인공수정의 인지청구 인정 여부, 성전환자와 자간의 부자관계 인정 여부는 모두 현재 배우자가 아닌 제3자의 정자로 인공수정이 이루어진 경우 그 부자관계를 어떻게 평가할 것인가의 문제이다. 특히 생명의학발달에 따라 인공생식현황이 지속적으로 증가할 것이 예상되는 이상, 인공생식을 예상하지 못했던 현행 민법상 친생추정규정으로 이를 해결할 수 있는지가 논의되었으나, 현행 민법에 따르더라도 일정 부분 해석론에 근거하여 그 지위를 설명할 수 있다는 것은 전술하였다. 다만 이러한 인공생식방법에 따른 친자관계는 명분으로 규정하여 그 논란을 미리 방지할 필요가 있고, 또한 이러한 친자관계는 부의 의지적 요소를 고려하여야 할 것이다. 특히 사실혼은 그 해소시기와 관련하여 배우자인 상태에서 인공수정이 시술되었는지 평가하기가 곤란한 경우도 있는데, 특정한 제3자의 정자로 인공수정이 이루어진 경우에는 제반 사정을 고려하여 인지청구를 통한 부자관계를 설정할 수 있음을 밝혔다. 다만 이러한 인공생식방법에 따른 친자관계 역시 다른 외국입법례와 마찬가지로 입법화를 통하여 해결하는 것이 바람직한 것이다.

체외 배아의 권리 주체성은 현대생명의학기술발달과정에 가장 중요한 논제로 다루어졌다. 체외 배아의 성격을 어떻게 보는가에 따라 유전적인 질병치료 등의 목적으로 진행되는 연구의 범위가 설정되기 때문이다. 이 때문에 서구에서는 치열한 논쟁을 통하여 점차 그 연구 범위를 제한적인 요건 아래 넓혀가고 있는데, 우리나라와 일본을 비롯한 동양사회에서는 이에 관한 큰 논의가 없었다. 이는 동

양사회가 그동안 체외 배아를 현실에서 큰 제약 없이 다루어왔고 인간과 같은 성격의 생명체로 인정하지 않는 인식이 많았기 때문이다. 그러나 체외 배아단계에서도 수정된 상태라면 적어도 정자와 난자의 결합을 통하여 인간생명의 시초가 된다는 점에서 그 보호가치가 있고, 전체적인 발달과정을 살펴보면 인간으로 진화할 가능성에 있어서 착상된 배아와 큰 차이가 있다고 보기는 어렵다. 따라서 생명의학발달에 따라 인간생명 보호 범위를 넓힐 수 있는 수정 시설이 해석론적으로 타당하다고 할 것이고 입법론 역시 이러한 전제에서 시작하여야 한다.

마지막으로 대리모계약은 특히 자궁대리모의 경우, 빈곤계층의 여성이 체결할 가능성이 크므로 이에 따른 여성 사이의 사회적 지위의 불균형이 생식영역에까지 이어지는 점, 과잉 이러한 계약이 계약당사자들끼리 동일한 정보를 통하여 체결하고 있는지 의문인 점, 이론적 구성을 통하여 회피하려고 하나 여성상품화에 기여한다는 것을 부인하기 어려운 점 등에 따라서 그 유효성 여부에 견해의 대립이 있었다. 그러나 계약법적인 면, 여성인권법적인 면, 사회적인 면 등을 고려하더라도 대리모계약의 유효성을 인정하기는 어려우나, 대리모계약이 사회 현실적으로 존재하는 한 대리모계약을 체결하는 여성을 보호할 필요성이 있고 불임을 이유로 고통받는 의뢰부부의 소망을 고려하여 단순히 무효로 볼 수는 없다. 따라서 외국입법례와 같이 일정한 제한적 요건을 통하여 대리모계약을 인정하는 것이 타당하다.

이처럼 우리 민법은 사후수정의 효력에 관한 명시적인 언급이 없고, 또한 인공수정자의 지위에 관하여 명분으로 규정하지 못하고 해석에 의존하고 있다. 따라서 새로운 쟁점으로 등장하고 있는 성전환자의 인공수정 문제에 대한 해결은 더욱 어려운 면이 있고, 대리모에 관하여는 독립적인 입법안조차 발의되지 못하였다. 종합하면, 인공생식에 관한 민법상 쟁점을 다루면서 우리 법의 한계를 이해하고 이에 관한 해결 법리로서 특히 입법론을 제시할 필요가 있다는 것을 알 수 있었다.

제5장 인공생식에 관한 민법상 쟁점의 해결 방안

본 장에서는 제4장에서 살펴본 인공생식에 관한 민법상의 쟁점을 해결할 수 있는 법리 또는 그 방안을 주로 입법론을 통하여 제시한다.

제1절 입법 방향

1. 입법의 필요성

인공생식은 인간이 자식을 낳고자 하는 기본적인 욕구를 충족시켜주고, 국가 역시 인구정책에 도움이 되는 바가 있으므로 제도적으로 규율할 필요가 있다.⁵²³⁾ 그러나 우리는 현재 ‘생명윤리 및 안전에 관한 법률’을 통하여 일부 규율하고 있으나 그 내용을 보더라도 인공생식에 따른 법률관계를 실질적으로 해결해 줄 수 있는 규정은 없다. 외국의 경우 인공생식에 따른 다양한 사례가 출현함에 따라 입법제안과 함께 입법정비가 동시에 진행되고 있음에 반하여 우리는 실제 사례가 법률분제로 드러나지 아니하였다는 이유로 이론적인 논의에 머무르고 있다. 그러나 앞서 살펴보았듯이 사후수정이나 비배우자 간의 인공수정으로 태어난 자의 지위 문제만 하더라도 해결의 법리, 특히 입법론을 제시해준다면 이러한 생식을 통하여 태어난 자를 둔 당사자들 사이의 법률관계를 간명하게 해 줄 것이다. 또한 체외수정과정에서의 체외 배아의 법적 지위와 대리모계약의 문제는 생식권과 인간의 존엄성 사이의 규범조화적인 해석 또는 해결을 필연적으로 불리일으키는데 이에 대한 방관은 단순한 법적인 논란에 그치지 아니하고 사회적 폐단으로 나타날 우려도 있다는 점에서 그 입법의 필요성은 더욱 크다. 그러므로 인공생식에 관한 입법은 법외의 인공생식기술을 법 내로 가져와 개인의 권리를 실현하는 것과 함께 사회안정에 이바지하는 역할을 할 것이다.

523) 김상찬, “대리모에 관한 입법론적 연구”, 『법과정책』 제19집 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2013, 152쪽 참조.

2. 입법 방식

인공생식자와 부모 간의 관계를 다루어야 할 민법은 제정 당시에 인공생식환경을 예상하지 못하였으므로 이에 관한 규정이 없고, 인공수정으로 출생한 자가 출현한 후에도 아직 민법의 개정을 서두르지 못하고 있다는 것은 앞에서 살펴보았다. 이에 대하여 인공생식분야에 관하여 어느 정도의 입법적 연구가 되어 있다고 하더라도 이를 민법에 반영하여야 하는지는 의문이 있다는 견해도 있다.⁵²⁴⁾ 특히 민법은 일반적이고 공통적인 생활관계를 규율하는 일반법이기 때문에 인공생식과 같은 특별한 문제를 다룬다는 것은 신중히 생각하여야 할 문제이고 인공생식에 관한 사항은 생명의학의 발전과 국민의식의 변화에 따라 가변적으로 다를 필요성도 있다는 이유에서이다.⁵²⁵⁾ 그러나 적어도 친자관계의 민은 민법에서 다를 필요가 충분히 있다고 본다. 특히 독일의 경우 개정 논의를 통하여 2002년 개정 민법 제1600조 제2항에서 “부모가 제3자의 정자를 이용한 인공수정에 동의하여 자녀가 출생한 경우, 부 또는 모에 의한 부자관계의 부인은 배제된다.”라는 취지를 규정하여 인공생식의 문제를 일반법으로 편입시킨 바 있다.⁵²⁶⁾ 또한 우리 헌법재판소도 민법 제844조의 친생추정규정이 비록 친생추정제도의 근간은 살리고 있으나 예외적으로 이를 배제할 수 있는 사유를 제시하지 아니하였다는 이유로 헌법불합치결정을 하였으므로 필연적으로 인공생식에 따른 친생추정문제를 거론하지 아니할 수 없다. 그러나 나머지 관련 쟁점이나 기술적이고 정책적인 부분은 민법개정보다는 특별법을 마련하는 것이 바람직하다. 특히 인공생식 관련 기술 자체의 규제에 관한 사항은 특성상 민법에서 규정할 사항은 아니다. 다만 기존 의료법이나 모자보건법, 생명윤리 및 안전에 관한 법률에서 이를 규정하기 보다는 대리모를 포함한 인공생식분야를 독립적으로 다룰 수 있는 별도의 법을 제정하여 영국의 입법체처럼 통합적으로 다루든지, 아니면 프랑스처럼 몇 개의 법이 기동형식을 가지고 건련관계를 유지한 채 다양한 사안들을 해결하는 방안을 생각해보아야 한다.⁵²⁷⁾ 그러나 우리 국회의 환경과 국민적 정서를 생각한다

524) 김준원, 앞의 논문, 167쪽.

525) 이정식·한동관, “인공수정의 입법에 관한 연구”, 「한국의료법학회지」 제7권 제1호, 한국의료법학회, 2000, 17쪽.

526) 김상찬, “AID에 의하여 출생한 자녀의 법적 지위”, 「법학연구」 제41집, 한국법학회, 2011, 101쪽.

면, 관련법이 분산되어 규정되는 것보다는 하나의 통합법으로 규율되어 있을 때 실제 생활에서 그 법률관계 확정 및 규제를 인식하고 법적 실효성을 높일 수 있을 것이다. 따라서 인공생식에 관한 입법적 방안은 친자관계는 민법에 규율하고 나머지 부분은 민법의 친자관계를 천명한 것을 기준으로 독립한 특별법을 제정하여 인공생식의 기술 및 대리모계약에 관한 모든 문제를 포괄적으로 다루는 것이 가장 적절한 입법형태라고 할 것이다.⁵²⁸⁾

제2절 입법론적 제안

1. 체내 인공수정

(1) 사후수정 허용요건

‘생명윤리 및 안전에 관한 법률’에서는 사망한 자의 정자 또는 난자로 수정시키는 행위를 통한 임신목적의 배아 생성을 금지하고 있고 이를 위반하면 처벌을 받는다는 것은 앞서 살펴보았다. 또한 사후수정 역시 이를 인정할 만한 사회적 합의가 도출되지 아니한 이상, 설불리 그 법적 유효를 주장하기도 어렵다고 할 것이다.⁵²⁹⁾ 다만 미국이 통일친자법을 통하여 사망한 부의 생전 서면 동의가 있다면 사망한 부의 친생자가 될 수 있음을 밝혔다고 하나 우리의 정서에 맞는 입법형태는 아니다. 또한 프랑스의 경우 부의 생전 서면 동의가 있고 사후수정이 사망 후 6개월에서 18개월 사이에 이루어진다면 사후수정자에게 친생자의 지위를 인정한다는 것인데, 혈연주의가 강한 우리 사회에서 생존해있는 처에게 남편의 가족들이 대를 이어가기 위한 압박으로 시행될 가능성도 부인하기 어렵다. 따

527) 다만 현실적으로 대리모에 관련된 규정만으로 특별법을 신설한 입법례는 찾아보기는 어렵다는 이유로 대리모에 한하여 별도 규정을 둘 실익이 없다는 견해는, 한림대학교, 「대리모 관련 문제점 고찰 및 입법 정책방안 모색」, 보건복지부, 2005, 151쪽.

528) 이러한 과정에서 기존의 모자보건법 내용 중 일부와 생명윤리 및 안전에 관한 법률은 독립된 특별법에 편입하는 방식을 취하고, 이러한 특별법이 제정된 이후에도 변화하는 사회정황을 법 개정에 반영할 수 있는 주무부 산하 관련 기구의 활동은 계속되어야 한다.

529) 김민중, 앞의 논문(2005), 115쪽.

라서 외국 입법례를 참고하더라도 극히 짧은 시간인 사망 시와 하루 정도의 차이가 있는 경우는 검토해볼 여지는 있으나 사망자가 자신의 사망 후에도 사후수정을 허락한다는 동의는 부가 되려는 동의로서 인정하기 어렵다는 점⁵³⁰⁾, 이러한 동의에 법적 효력을 인정하는 것은 민법 제103조 위반의 여지가 있다는 점⁵³¹⁾ 등을 고려하면, 우리 법 상황에서 수용할 수는 없다. 다만 처가 배우자 간 인공수정이나 체외수정과 같은 인공생식시술을 하는 도중에 부가 사망한 경우와 같이 수정 시에 동시존재성이 존재하는 것으로 인정할 정도에 이른 경우에는 예외적으로 허용된다고 할 것이다. 이러한 사후수정 허용요건과 달리 이미 출생한 사후수정자와 사망한 부 사이의 친자관계 형성은 별개의 문제로, 우리 민법 제844조 제2항의 기간 내에 출생한 자는 친생자추정을 받을 것이고 그 기간 외에 태어난 자는 친생추정을 받지도 못할 뿐만 아니라 앞서 살핀 마와 같이 혼인 외의 자가 된다. 특히 후자의 경우 태어난 사후수정자는 일본의 최고재판소판결⁵³²⁾을 통하여 살피본 마와 같이 현행 민법으로는 사망자와 부자관계를 인정하기 어렵다. 따라서 이러한 흠결을 보완하기 위하여 사후수정자는 부의 사망 사실을 안 후 1년 이내에 검사를 상대로 인지청구가 가능하다는 규정을 입법화하여 적어도 자가 스스로 이를 결정할 여건을 마련하여 주고, 그 인지청구의 요건으로 부가 생전에 인공수정 등에 명확한 동의를 하였고, 처의 자유로운 의사결정에 따라 인공수정이 이루어진 제반 사정 등을 살펴서 법원이 인지청구개시결정을 하는 방법으로 입법화되어야 할 것이다.

또한 보존정자 등 생식체 보관을 엄격하게 관리하여야 할 것인데, 결혼하거나 사실상 혼인관계에 있는 부부 또는 등록절차를 거친 남성만이 임신 목적의 냉동정자를 보관할 수 있도록 자격 요건을 강화하고 냉동 보존기간 및 연장, 갱신회수를 제한하여야 할 것이다. 이와 함께 폐기를 요구할 수 있는 사유를 명확히 하고 제공자가 현존하고 있음을 확인한 후 인공생식시술을 개시하도록 하는 법률

530) ‘부의 동의’ 내용에 관하여 아직 의견일치가 있지 아니하여 사후인지 인정의 하나의 요건으로 인정하기가 어렵다.

531) 사후수정의 허용성을 논하면서 일반적으로 사망한 부가 생존 시 잔존배우자에 의한 사후수정을 서면에 따라 동의한 경우에는 보존정자에 따른 임신이 가능하다는 입법론이 제시(김민중, 앞의 논문(2005), 122쪽; 오호철, 앞의 논문(2007), 202-203쪽; 이경희, 앞의 논문(1988), 49쪽)되고 있으나 이러한 동의 형식 또는 목적이 가능한지는 의문이다.

532) 最高裁判所 第二小法廷 平成16年(受)第1748号 判決.

안이 마련될 필요가 있다.⁵³³⁾

(2) 친생자관계 명문화

1) 혈연주의에 따른 친자관계설정에 관한 의문점

과거에는 남녀 간의 생식세포를 통하여 자인생식의 방법으로 임신·출산한 유전적, 생물학적인 모와 유전적 부만이 존재하였으므로 부모의 개념을 정의하는 방식은 한가지로 충분하였고, 그 기준 역시 혈연관계에 따르는 것이 타당하였다. 하지만 인공생식기술의 이용으로 필연적으로 제3자의 생식체를 이용하지 아니할 수 없는 경우에까지 혈연적인 이유로 그 친자관계를 부정할 것인가는 생명의학기술이 발달한 현시점에 ‘부모’의 개념을 어떻게 정의할 것인가의 문제와 함께 고민해 보아야 할 부분이다.⁵³⁴⁾

부모결정에 관한 제도는 당시 사회의 문화적 배경이나 종교적 배경과 밀접한 관련성을 가지고 있기 때문에 각 나라에서도 기본적인 면에서는 같을 수 있지만, 논의 부분에서 미세한 차이를 보일 수 있다. 그러나 앞서 살펴보았듯이 세계적인 추세는 종래의 혈연관계를 벗어나 부의 의사와 같은 의지적 요소를 중요시하는 방향으로 전개되고 있는데, 아직도 우리는 부모의 정의 및 범위를 실질적 생활공동체를 중심으로 파악하기보다는 혈족관계를 전제로 정의하고 있다. 그러나 현대 가족의 특성은 개인의 선택에 따라 유동적으로 재구성이 가능한 생활공동체형식으로 변화하고 있다는 것을 인식하여야 한다.⁵³⁵⁾ 또한 인공생식기술의 발전에 따라 예전에 예상하지 못한 형태로 태어난 자가 있으나 이 역시 권리의 객체가 아니고 하나의 인권을 가진 권리의 주체라는 사실과 친권이란 것은 현대독일 헌법학계에서도 이타적 기본권, 봉사하는 기본권이라고 하여 종래 부모 권리의 중심이 아닌 자를 위한 기본권이라는 새로운 개념의 기본권을 창출하고 있다.⁵³⁶⁾ 이

533) 생명윤리 및 안전에 관한 법률 제25조는 배아(수정란)의 보존기간에 대하여는 5년 이내로 규정하고 있으나 정자나 난자 등의 생식체에 관해서는 아무런 규정이 없다.

534) 김은애, “법적 부모 규정 방식 변화의 필요성”, 「한국여성 철학」 제12권, 한국여성철학회, 2009, 135쪽.

535) 가족을 좀 더 개방적인 측면에서 바라보고 혈연적 관계가 아닌 2인 이상의 친밀한 관계를 갖는 다양한 집단을 구성하여 살아가는 대안적 형태로 지칭하면서, 사회의 정치적 개입에 따라 변화하고 그러한 변화에 대하여 역동적으로 적응할 수 있는 사회제도의 하나로 설명하고 있다(조홍식·김인숙·김혜란·김혜련·신은주, 「가족복지학」, 학지사, 2007, 28쪽).

는 친자관계의 당사자 영역이 확대됨에 따라 필연적으로 그 관계의 새로운 정립이 필요함을 시사하고 있다. 국제사회가 모는 출산을 기준으로 결정하고 부에 대한 추정 규정을 두면서, 인공생식기술이 개입된 경우 당사자의 의사를 중요하게 여기는 태도는 일반적인 부자관계설정에도 받아들여 구성해볼 필요가 있다.⁵³⁷⁾ 특히 친자관계설정에 혈연주의를 강조하는 것은 인간이 살아가는 데 가장 중요하다고 할 수 있는 부모와 자식 간의 관계를 DNA 검사와 같은 과학적인 방법만으로 결정한다는 것으로 이해할 수도 있어 아쉽기만 하다.⁵³⁸⁾

2) 부의 결정기준으로서 부자관계설정의사의 중요성

부자관계를 확정함에 혈인관계는 큰 의미가 있다는 것을 부정할 수 없다. 다만 아버지가 아이와 혈인관계를 가지기 위해서는 어머니와 성적인 결합 또는 인공수정에 따른 정자의 제공이 있어야 할 것인데, 그러한 모든 행위가 과연 부자관계를 위한 목적으로만 이루어지는 것인지는 여전히 의문이 있다. 부자관계라는 것을 생물학적, 사회학적인 의미로 해석한다면 그 목적 부분을 달리 해석할 수도 있겠지만, 부자관계가 다양한 법률관계에서 논의되고 있는 점을 살펴보면, 그러한 성적인 결합 등도 법률행위의 범위 안에서 해석되어야 할 것이다. 그렇다면 아버지가 되려는 의사가 없이 부자관계가 형성된다는 것이 어떠한 의미인지 밝히는 과정에서 부의 의지적 요소는 중요하게 고려될 수밖에 없고, 성적인 결합 또는 난자와 정자의 결합을 통한 혈연적인 관계만이 부자관계설정에 절대적인 가치를 가진다고 볼 수도 없을 것이다. 특히 아버지가 되려는 의사를 바탕으로 자식을 키우고 사랑하며 일생을 사는 것이 인간 본연의 삶을 영위하는 것임을 비추어 볼 때, 무정자증이든 성전환에 의한 것이든 생물학적 아버지가 될 수 없는 자도

536) Bodo Pieroth/Bernhard Schlink/Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, C. F. Müller, 2013, S.178. 친권의 의미에 관하여도 “친의 권리라 하는 것은 친과 자 사이에 혈연이 있다고 하는 것만으로 완전하게 발생하는 것은 아니다. 그를 위해서는 약간 더 지속적인 관계를 필요로 한다. ... 중략,,..관련당사자와 더 나아가 사회 전체로서의 가족관계의 중요성은 단순히 혈연이라고 하는 사실뿐만 아니라 매일 가족이 접촉하며 자의 예의범절을 가르치면서 삶의 방식을 배우게 하는 친의 역할에서 발생하는 감정적인 연계에서 유래하는 것이다.”라는 판결은 부모와 자의 관계를 다시 한번 생각할 기회를 준다 [Lehr. v. Robertson, 463 U.S. 248. at 250-61(1983)(강남진, 앞의 논문, 122쪽 재인용)] .

537) 이정현, 앞의 논문, 151-152쪽; 김민규, “비혼인동거자 사이의 인공수정과 그 법률관계- 미국 버지니아주 Breit v. Mason and L.F. 케이스를 소재로 -”, 「가족법연구」 제26권 제3호, 한국가족법학회, 2012 등 참조.

538) 부모관계에 대한 접근은 다양한 방법으로 나타낼 수 있는데, 독일에서 친자관계를 자녀의 복리관점에 중점을 두고 논의되고 있는 것은 시사하는 바가 크다(김상찬, 앞의 논문(2011), 102쪽).

아버지가 되는 방안을 마련하는 것이 공동사회의 과제이다. 따라서 혈연관계가 없더라도 공고한 혈연주의의 한쪽을 이들을 위하여 내어주는 것이 보편적 가치에 부합한다고 할 것이다. 이러한 논리적 귀결은 인간에 대한 이해 특히 타자를 이해하는 방법을 익히는 것이 전제되어야 할 것이다.

그렇다면 결국 부가 처의 유전자가 존재하는 아이를 자신의 아이로 가지고 싶다는 그 진의에 중점을 두어야 하고, ‘법률상 부’는 순수하게 생물학적 또는 유전적 관점에서 판단하는 것이 아니라 사회통념에 비추어 ‘법률상 부’의 개념을 결정하여야 할 것이다. ‘법률상 부’의 결정에 관한 사회통념은 자의 복리를 확보하고, 친족·상속법 전서와 조화를 꾀하는 관점뿐만 아니라 인공생식의 사회적 수용 정도 등을 종합하여 검토하고 판단하여야 하지만, 거기에 더하여 부의 의지적 요소 또한 중요하게 고려하여야 할 것이다.

3) 모의 결정기준으로서의 출산의 중요성

앞서 살펴보았듯이 부모결정이 문제 되는 것은 타인으로부터 생식체를 받아 이용한 비배우자 간의 인공수정에서 가장 문제 된다. 특히 ‘어머니’라는 당연한 개념은 인공생식기술의 발달에 따라 유전적인 모, 포태적 모, 사회적 모라는 형태로 나타나 기존의 생각에 의문을 가져왔다. 결국 이것은 난자를 제공한 여성과 임신·출산한 여성 가운데 누구를 법적인 모로 인정할 것인지의 법적 논의로 귀결된다고 할 것이다. 대리모 부분에서 이를 논한 바 있지만, 좀 더 넓은 의미에서 결론을 내릴 필요가 있다. 즉 앞서 살펴보았듯이 대리모뿐만 아니라 인공생식 전반에서 난자를 제공하는 유전적인 모, 아이를 출산한 출산모, 태어난 아이의 양육을 담당하는 모까지 역할을 나눌 수 있다. 이처럼 자를 출산하는 과정에서도 모가 되려는 의지적 요소 특히 자기결정권의 문제는 중요하다. 예를 들어 사후수정에 있어서 사망한 남편의 정자를 이용하여 자를 출산한 여성은 태어난 자의 모가 될 것인데, 만약 그 과정에서 자신의 독자적인 결정을 통하지 아니하고, 사망한 남편의 가족으로부터 대를 이어야 한다는 강권으로 자를 낳은 경우를 과연 남녀의 자연적인 성적 결합에 따른 자의 출생상황과 단순하게 비교할 수 있을지 의문이다. 다만 이제 모성을 논함에 종래의 논쟁과는 구별하여야 할 것은 모성이 부성과 관련하여서만 논의할 시기는 지났다는 것이다. 물론 우리나라에서는 보편

화하지는 아니하였지만, 시민동반자관계(civil partnership)라는 이름의 동성혼을 인정하는 영국에서는 여성동성애자들이나 미혼여성의 인공생식을 통한 자의 출산을 법적으로 허용하고 있는데, 전자의 경우 실질적으로 두 여성이 태어나는 아이의 모와 또 다른 한편의 모로서 각각 법적 지위를 인정받을 수 있도록 하고, 후자의 경우도 임신·출산한 여성만이 태어나는 아이의 모로서의 법적 지위를 인정받을 수 있도록 하여 부성과 모성의 필연적 결합에 대한 일반적인 인식을 바꾸어 놓았다.⁵³⁹⁾ 부의 존재를 요구하는 것은 가정의 전형적인 모습을 제시하는 것일 뿐 현대화된 다양한 가정의 모습을 반영한 것은 아니기 때문이다. 가정은 부모라는 성별이 존재하여야 하는 당위적인 모습보다 자와의 교감의 집합체라는 것을 생각할 때, 충분히 독자적인 모성의 논의는 전개할 수 있다. 또한 자의 복리나 최선의 이익을 논하는 경우 보통 부모 중 일방의 능력이나 자격 등의 경제적인 부분이 중요하게 작용하기도 하는데, 과연 그러한 것이 자의 복리에 꼭 부합하는 것은 아님을 상기할 필요도 있다. 결국 현대적인 모의 결정기준 역시 오늘날 논의될 수 있는 가족 또는 가정형태를 전제로 논의되어야 한다. 다만 이러한 기준을 설정함에 단순히 기준설정의 편의나 용이성을 바탕으로 혹은 그러한 기준을 가져야만 하는 당위성을 이유로 하여서는 아니 되고, 모성이라는 것은 결국 인간의 삶, 즉 출생과 삶의 영위, 죽음에 가장 밀접하게 연관되어 있다는 점에서 그 결정은 인간의 자기 이해에 바탕을 두어야 할 것이다.⁵⁴⁰⁾

이러한 점을 종합하면, 인공생식기술의 발달이 현저한 지금에도 여전히 출산을 기준으로 한 모의 결정은 유효하다는 것이다. 대리모계약의 경우 법적인 관점에 더하여 여성인권적인 측면에서도 출산주의의 타당성을 주장하였지만, 인공생식 전반에 있어서의 모의 결정에서도 제3자의 난자제공을 받아 출산한 여성을 모로 보는 것이 가장 타당하다는 결론에 이른다. 이러한 결론은 여성은 출산으로 자의 모임이 명백히 증명된다는 종래의 출산주의가 타당하다는 것이 아니라, 유전학적인 부분과 의지적인 면을 종합하여 살펴도, 현대 생식상황에 가장 부합하는 새로운 기준은 출산주의라는 것을 말한다. 이러한 의미에서 출산주

539) 김은애, 앞의 논문(2009), 123쪽.

540) 이러한 생명윤리적 함의를 지적한 견해로는 박준석, “보조생식술과 부모 결정: 법적·철학적 함의”, 『생명윤리정책연구』 제7권 제2호, 생명의료법연구소, 2013, 16쪽.

의는 여성의 모권에 부합하는 중요한 장치라고 할 것이다.

4) 친생자관계 명문화의 필요성

현행 민법의 해석으로도 인공생식관계에서 친생추정은 인정하여야 할 것이다. 그러나 비배우자 간의 생식체를 이용한 경우에는 인공수정자는 친생부인이나 친생자관계부존재확인의 소를 거치는 등 어려움을 통하여 자신의 지위가 확정될 처지에 놓이게 된다. 따라서 인공생식의 특성과 함께 앞서 살핀 부의 의지적 요소를 고려한 제반 사정을 고려하여 의뢰한 부의 자가 되는 것을 포함한 인공생식에 있어서의 친생자관계를 명문으로 규정하여야 할 필요가 있다.⁵⁴¹⁾ 미국의 통일친자법을 비롯한 외국의 법제는 모자관계는 출산에 따라 성립하고夫가 처의 인공생식에 동의한 경우에는 그 동의한 부가 출생한 자의 아버지가 된다는 형식을 취하고 있다. 그 동의서에는 인공생식 자체에 동의내용도 있어야 하겠지만 동의한 부는 출생한 자의 법적인 부가 됨을 명시하여야 자의 법적 지위 안정을 유지할 수 있을 것이다. 특히 인공생식 중 대리모관계는 대리모가 결혼한 경우 대리모의 부와의 친생추정분쟁이 발생할 수 있음을 앞서 살펴보았으므로 별도의 항을 마련하여 규정되어야 할 것이다.⁵⁴²⁾

(3) 인공수정 동의절차에 관한 상세규정 명문화

위와 같이 인공생식을 통한 친생자관계 명문화가 실현되기 위해서는 전제적으로, 이러한 인공생식기술이 부모의 명확한 동의를 통하여 이루어진다는 것이 인정되어야 한다. 동의절차가 불명확하다거나 불비한 점이 있다면 이로 인한 법적인 분쟁이 계속될 수밖에 없다. 이러한 절차를 논의하지 아니하고 부의 동意的 법적 성질에 집중하여 설명하는 것도 의미가 있을 수 있으나,⁵⁴³⁾ 인공수정절차에

541) 따라서 법률상 부의 동의를 얻어 처가 인공생식기술을 통하여 자를 출산한 경우 그 자는 동의한 부의 자로 본다는 형태가 될 것이다. 특히 비배우자 간 인공수정으로 태어난 자의 법적 지위는 의뢰한 부모의 자로 보는 것이 타당하다고 하며, 우리 민법이 친부모관계를 단절시키는 친양자제도를 창설한 점에 비추어 본다면, AID로 태어난 자의 친자관계를 이처럼 규율하는 것이 특별히 법질서에서 이질적이라고 볼 수 없다는 견해도 있다(이정현, 앞의 논문, 153-154쪽).

542) 성윤미·김숙정, “보조생식술을 통해 태어난 자의 친자관계에 대한 법률안의 제안”, 「의생명과학과 법」 제7권, 원광대학교 법학연구소, 2012, 261쪽.

543) 권재문, 앞의 논문(2009), 336-340쪽 참조; 송영민, 앞의 논문, 190-207쪽.

부가 되려는 의사를 확인하는 사항을 삽입한다면 보다 정확한 부의 의지적 요소를 확인할 수 있다. 이러한 의지를 확인하는 절차는 태어나는 자와 그 자의 부모가 되려고 하는 자들 사이의 법적인 관계를 확정함에 매우 결정적인 요소가 된다. 동의는 임신이 성립한 경우에는 동의가 철회될 수 없음을 분명히 하여 이를 서면으로 기술하여야 한다.⁵⁴⁴⁾ 그런데 우리의 ‘생명윤리 및 안전에 관한 법률’ 제24조 제2항에 따르면 배아 생성의 목적에 관한 사항 등을 설명 및 동의사항으로 규정하고 있을 뿐, 부모가 되려는 의지의 확인 또는 제3자의 정자제공을 받아 출산하더라도 그 자의 부가 된다는 등의 법적 부모의 확정에 관한 사항은 없다. 또한 반대로 동법 제24조 제1항은 정자, 난자와 같은 생식체 제공자와 그 배우자를 상대로 인공수정기술에 관한 설명을 할 것을 규정하고 있으나, 이 역시 생식체 제공자가 태어난 자를 친생자로 인지할 수 없다는 의사의 확인절차를 통하여 부모가 되려는 의사가 없음을 확정시킬 필요가 있다. 이러한 절차는 사전설명에 그쳐서는 아니 되고 상담제공을 통하여 이루어져야 한다는 주장⁵⁴⁵⁾이 있으나, 그 동의의 중요성에 비추어 제3자의 생식체를 통하여 인공수정하는 경우는 복지와 같은 관계기관이나 법원의 확인을 통하여 그 진정성을 충분히 심리하는 방향으로 입법화가 이루어져야 할 것이다.⁵⁴⁶⁾

2. 체외 인공수정

(1) 배아의 성격 명분화 및 부정사용금지

배아는 기본적으로 임신의 목적으로 사용되는 것이다. 다만 우리의 ‘생명윤리 및 안전에 관한 법률’은 앞서 살펴보았듯이 동의를 전제로 한 그 보관 또는 폐기와 함께 잔여 배아 연구방법이 제시되어 있다. 그러나 이에 관하여는 좀 더 세심한 배려가 필요할 것으로 보인다. 배아를 통한 연구는 근본적으로 배아의 희생을

544) 반대해석하면 임신 전에는 철회할 수 있어야 할 것이다.

545) 김은애, 앞의 논문(2009), 63쪽.

546) 다만 인공수정 등에 관한 서면동의서나 확인방법에 관하여는 영국의 Human Fertilisation and Embryology Act 2009를 참조할 수 있을 것이다. 이에 관한 상세한 설명은 김은애, 위의 논문(2009), 66쪽 이하.

조건으로 이루어질 텐데, 체외 배아의 법적 지위에 관하여 독일과 미국의 경우 체외 배아의 연구목적범위를 제한하기 위하여 인간성 인정 여부에 관한 논의가 계속되고 있는 현황과 미국 Louisiana 주법처럼 체외 배아가 일정한 소송 아래에서 그 보호 필요성을 이유로 법인격이 인정되고 있는 사정은 국내에서도 참고하여야 할 것이다. 따라서 배아의 권리능력을 일정 부분 인정하는 것이 타당하다는 본 논문의 검토에 기초하면, 그 입법방향을 설정함에 최소한의 윤리적인 문제는 해결하고 가장 안정적으로 배아를 공급받는 방안으로서 입법하기보다는 여전히 인간생명을 존중하는 견지에서 ‘인간의 구분화(Ausdifferenzierung des Menschseins)’를 지양하고 배아의 부정 사용을 엄격히 규제하는 것이 바람직할 것이다.⁵⁴⁷⁾ 배아 역시 앞서 살펴본 성장 과정에 따라 특별히 구분할 것이 아니라 법적 의미의 중요성을 살펴, 영국의 HFEA처럼 충분한 설명을 통한 제공자의 동의를 바탕으로 그 사용방법이 정해져야 한다.⁵⁴⁸⁾ 또한 추후 그 동의의 변경 가능성을 규정하고 매년 그 동의를 확인하여야 하며 동의에 따른 보존기간을 단계적으로 명시할 필요가 있다. 이것은 배아의 성격 명문화는 전제로 하여야 실효성이 있을 것이다.

(2) 생식체 제공자의 익명성 보장의 한계설정

생식체 제공자는 우리 민법 규정에 비추어 그 제공요건을 정함에 피수술자의 직계존비속, 형제자매, 8촌 이내의 혈족인 경우에는 그 생식체를 제공할 수 없다고 규정하여야 한다. 시술관계인은 이러한 부분을 확인하기 위해서 매년 제출된 자료와 시술의뢰인의 가족관계를 검토할 수밖에 없다. 철저한 관리가 당연히 이루어질 것이 법이 요청하는 사정이지만 그 과정에서 정보의 유출가능성은 언제나 존재한다. 이것은 사실의 문제이지만 생식체 제공자의 익명성 보장이라는 법적 보호가 호기심을 자극한 결과일 수 있다. 따라서 생식체 제공자는 적어도 장래에 혈연의 자가 찾아올 위험을 감수하고서라도 제공의사가 있어야 할 것이

547) 김일수, “배아 생명에 대한 법적 이해와 법정책의 방향”, 『형사정책연구』 제13권 제3호, 한국형사정책연구원, 2002, 22쪽 참조.

548) 제3장에서 살펴본 HFEA 1990 SCHEDULE 3 부칙 6. 참조.

며, 다만 그 자에 대한 부양책임은 없다고 하여야 할 것이다. 이것은 인공생식에 따른 부모확정분계와 함께 명시되어야 한다. 그러나 자신의 생명의 근원을 알고자 하는 자의 권리를 박탈할 수는 없다. 이것은 설명조차 듣지 못하고 선택의 여지 없이 인공수정자로 태어난 자에게 너무나 가혹한 결과이다. 예를 들어 인공수정자가 부가 아닌 자의 정자를 통하여 태어났다는 것을 알게 된 경우, 일정한 연령에 도달하게 되면 그 정자제공자를 찾는 길을 열어 두어야 한다.⁵⁴⁹⁾ 그러나 인공수정자가 성인연령에 도달한 경우 인공수정으로 태어났다는 것을 일별 의무를 규정할 필요는 없다. 다만 이를 알게 된 사정이 있고 생식체 제공자를 만나고 싶어하는 경우, 제공자의 익명성은 일정한 요건하에 제한된다는 것을 명시하여야 한다. 이를 통하여 생식체 제공자의 수가 줄어들 것이라는 우려도 있을 수 있으나, 인공수정은 여전히 통상적인 임신방법은 아니라는 점, 인공수정에 따른 부모확정이 입법과 함께 건고하게 이루어진다면 인공수정자 역시 굳이 생식체 제공자를 찾아 나설 이유도 상당 부분 없어질 것이라는 점, 생식체 제공자는 설명을 통하여 본인의 의사로 그 제공 여부를 결정한 것에 비하여 인공수정자는 선택의 여지가 없었으므로 자의 알권리 보호에 보다 주력해야 한다는 점, 반대로 정자제공자가 부로서 자를 찾는 것은 사전에 충분한 설명과 동의를 거쳤으므로 인정할 수 없도록 하는 것이 자의 복리에 부합한다는 점에서 편면적으로 규정할 필요가 있다.

3. 대리모

(1) 대리모계약의 유효성 여부

인공수정 등의 방법에 따른 대리모계약은 여성이 출산결정과 출산시기를 조절할 수 있는 장점도 있어 여성의 역량을 일에 투입할 기회를 증대시켰다. 그리

549) 유엔의 아동의 권리에 관한 조약(Convention on the right of Child) 제7조 제1항은 아동은 자신의 부모를 알권리가 있다고 명시하였다. 자가 일정한 나이가 되었을 때, 출생의 근원을 알권리의 필요성에 관한 자세한 내용은, Dena Moyal/Carolyn Shelley, "Future child's Right in New Reproductive Technology: Thinking Outside the Tube and maintaining the Connections", 48 Family court Review 431, 2010, p.431 이하 참조.

나 자본주의 하에서의 대리모계약은 여성 간에도 자본에 따라 모성존중이 위협 받는 계기가 되었고, 자의 복리도 누가 판단할 것인지 확정하기 어려운 상태를 초래하였다. 특히 이러한 사정들은 대리모계약이 우리 민법상의 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는지의 문제와 함께, 미국과 영국 같은 서구에서의 대리모에 대한 논의를 우리 사회에 그대로 가져오는 것은 무리가 있다는 결론에 이른다. 우리와 같은 동양문화권인 일본에서도 지금에서야 그 입법을 추진하고 있지만 아직은 입법의 실현이 요원한 상태이다. 그러므로 대리모계약은 원칙적으로 무효로 봄이 타당하다. 그러나 법 정책적 관점에서 대리모계약은 원칙적으로 무효이나 당사자자격요건과 그 목적 등에 있어서 엄격한 요건을 부과하여 입양이나 법원의 허가를 통한 부모의 변경을 내용으로 하는 제한적인 효력중심의 법안을 마련하여야 할 필요가 있다.

(2) 대리모계약의 당사자자격

대리모계약의 의뢰인자격은 앞서 살핀 미국의 ‘보조적 임신에 따른 자의 지위에 관한 통일법’ 제6조처럼 불임부부에게만 인정하는 것이 타당하다. 따라서 선진국의 여성이 후진국의 여성을 대리모로 하여 자신의 일에 대한 진력이나 몸매 유지 등의 목적으로 계약하는 것은 금지되어야 할 것이다. 다만 성전환자인 경우에는 그 결혼이 인정되는 이상 임신목적을 위한 대리출산은 허용된다고 보아야 한다. 동성애관계에서의 동반자자격으로 임신이 필요한지에 관하여는 아직 사회합의로 허용분위기가 형성되어 있지 아니한 상황에서 이를 입법화할 수는 없을 것이다.

대리모의 자격은 외국과 달리 결혼전력과 관계없이 현재 배우자가 없는 여성에 한정하는 것이 우리의 정서에 맞을 것이다. 대리모계약은 법 정책적으로 일정한 요건을 충족할 경우에만 가능하도록 할 것이므로, 배우자가 있는 경우에까지 대리모를 인정할 이유는 크지 아니하다. 또한 대리모가 임신과정에서 아이에 대한 애착 등을 감당하지 못할 정도에 이르지 아니할 자체도 필요하므로 최소한 1년 이상 출산한 경험이 있는 여성만이 계약당사자가 되도록 할 필요가 있다.⁵⁵⁰⁾

550) 미국의 보조적 임신에 따른 자의 지위에 관한 통일법 제6조 (b)의 (6) 참조.

물론 의뢰인으로서의 최선의 아이가 태어나기를 원할 수 있으나 대리모계약의 입법화는 계약무효설에 근거하여 법 정책적으로 인정되는 것이고, 우생학적으로 우월한 아이를 얻을 목적이 아니라 인간이 가지고 있는 최소한의 욕구를 충족시켜 준다는 이유로 체결되는 것이 일반적이므로 이에 한정되어야 할 것이다. 또한 대리모는 1회에 한하여 대리모계약을 할 수 있는 것으로 하여야 할 것이다. 직업군이 형성되는 것을 제어하여야 할 필요성이 있기 때문이다.⁵⁵¹⁾ 이것은 정자제공자에게도 해당하는 일이다. 물론 의뢰부부와 대리모가 친족관계라면 윤리적인 문제가 발생할 수도 있으므로 이에 대한 제한도 필요하다.

(3) 대리모계약의 검증 및 대리모 시술승인

대리모계약의 이용은 그에 앞서 법원이나 제3의 관련 기관에 의한 철저한 검증이 요구된다. 먼저 대리모계약내용이 사후에 발생할 수 있는 법률적 분쟁을 방지하기 위하여 상세하게 기술되어 있을 필요가 있다.⁵⁵²⁾ 관련 기관이 마련한 표준계약서가 대리모계약에 이용된다면 검증에 도움이 될 것이다. 대리모계약을 이용할 필요성에 대해서도 당사자의 판단이 아니라 법원이나 관련 기관의 판단을 통하여야 할 것이다. 구체적으로는 당사자가 자율적으로 대리모계약을 체결하였는지 여부, 당사자가 충분히 대리모계약의 내용 및 대리임신 및 출산의 육체적, 정신적 위험 등을 숙지하였는지를 확인하여야 한다.⁵⁵³⁾ 나아가 의뢰부부와 대리모의 정신적, 육체적 건강상태의 검사도 요구된다. 법원 등은 위와 같은 요건을 중심으로 대리모계약을 이용하고자 하는 당사자의 사정과 출생한 자의 복리를 고려하여 합리적으로 검증하여야 할 것이다.⁵⁵⁴⁾ 이러한 검증절차를 통하여 대리모계약이 승인되면 인공생식으로 출산한 자에 관한 부모확정규정이 제정될 것을 전제로 그에 따른 직용을 받게 된다.⁵⁵⁵⁾ 이에 더하여 대리모 시술을 위한 병원

551) 다만 제한적 유효설의 입장에서는 대리모를 지원하려는 여성이 등록하면 관련 부처에서 관리하는 대리모 공공제도화의 논의도 있다(김상찬, 앞의 논문(2013), 146쪽).

552) 통상 대리모계약에 명시되어야 할 내용으로 대리모 보수의 지급 및 방법, 계약 전 건강검진 및 유전적 가계조사, 대리모의 임신 중 준수사항, 낙태요구 및 그에 따른 의무, 임신 중 유산 및 사산 시의 계약 내용변경, 유아의 인도, 출산 후 대리모에 발생한 장해에 대한 손해배상 문제 등이 거론되고 있다(한림대학교, 앞의 책, 104쪽).

553) 박동진, “대리모제도의 법적 문제”, 『법학연구』 제15권 제1호, 연세대학교 법학연구소, 2005, 53쪽.

554) 서중희, 앞의 논문(2009), 96쪽.

또한 국가에서 승인된 기관으로 제한하는 것이 타당하다.

(4) 대리모계약 불이행의 효과

대리모계약은 그 계약에 따라 대리모가 의뢰부부에게 출생자를 인도하는 것이 핵심적인 내용인데, 앞서 살펴보았듯이 그 인도가 거부되는 경우 대리모계약 유효설과 무효설의 입장이 다르므로, 유아인도청구와 인지청구소송 여부, 강제집행이나 손해배상청구에 관한 입법적 해결이 필요하다. 대리모계약이 입법을 통하여 제한적인 요건하에 검증을 거쳐 그 효력이 인정된다면 유효설의 입장에서 규정되는 방향이 바람직할 것이다. 또한 대리모계약은 그 특성상 당사자의 인격과 밀접하게 관련되어 있으므로 가사 유효하게 성립하였다고 하더라도 일정한 요건이 충족된다면 추후 당사자들의 해지 가능성을 인정해 줄 필요가 있으며, 앞서 본 외국입법례도 상당수 이를 허용하고 있다.⁵⁵⁵⁾ 따라서 임신 이후에도 해지를 허용할 것인지 여부, 그리고 이에 따라 임신중절이 허용될 수 있는지 등을 검토해 볼 필요가 있다. 모자보건법 제14조와 관련하여 대리모의 경우 일정한 기간 등의 요건을 이유로 임신중절이 가능한 예외적 규정을 신설하여 동 규정을 회피할 수도 있겠으나, 계약을 이유로 생명을 침해한다는 것은 허용하기 어렵다는 점에서 일방적 해지는 손해배상으로만 해결하여야 하고 임신중절은 모자보건법 제14조의 규정 내의 이유에서만 가능하다고 할 것이다. 일방적 해지에 따른 대리모 출생자에 대한 양육책임의 위험은 대리모계약 당사자가 예상 가능한 결과이므로 이를 부담하여야 한다. 이러한 해지나 손해배상의 문제는 국제사법적 고려가 필요하다. 즉 대리모계약이 우리나라와 다른 나라 사람들 사이에 체결되었다면 국제사법의 문제가 발생할 수 있어 이에 대한 비교법적 검토를 하여야 한다. 실제로 대리모의 문제는 국내의 문제에 머무르는 것이 아니라 국제사법적인 문제로

555) 미국의 보조적 임신에 따른 자의 지위에 관한 통일법 제6조 참조.

556) 미국 플로리다 주는 무상의 대리모계약을 사전에 계획된 입양으로서 유효하다고 보고 대리모에게 출산 후 일정 기간 내에 철회권을 인정한다. 미국의 보조적 임신에 따른 자의 지위에 관한 통일법 제7조도 임신하기 전의 해지통지를 인정하고 있다(After entry of an order under Section 6, but before the surrogate becomes pregnant through assisted conception, the court for cause, or the surrogate, her husband, or the intended parents may terminate the surrogacy agreement by giving written notice of termination to all other parties and filing notice of the termination with the court..).

연결될 가능성이 많다.⁵⁵⁷⁾

(5) 대리모 출생자의 법률상 지위

앞서 살핀 바와 같이 대리모 출생자의 모는 일단 출산모가 되는 것이 타당하고, 추후 법원의 허가를 받아 의뢰모의 자로 변경하는 것이 가능하도록 하는 것이 필요할 것이다. 친양자설정으로는 부족한 부분이 발생할 수 있기 때문이다. 부의 확정은 대리모에게 남편이 있는 경우, 앞서 살펴보았듯이 대리모계약에도 친생추정규정의 적용은 달라진 것이 없으므로 대리모 출생자의 대리모 남편에 대한 친생자 추정은 인정하여야 할 것이다. 이처럼 복잡한 법률문제가 발생할 여지가 있으므로 대리모는 배우자가 없는 여성만이 할 수 있도록 하여야겠지만, 이미 태어난 자의 부의 확정은 또 다른 문제이다. 따라서 진정하게 부가 되려는 의사가 누구에게 있는지, 의뢰부에게 정자제공의 혈인적인 요소가 있는지 등의 제반 사정을 살펴서 친생부인 또는 친생자관계부존재확인을 통한 출생자의 부를 확정하는 해석론도 중요하지만, 대리모계약의 부모확정을 입법적으로 해결하는 것이 보다 타당할 것이다.⁵⁵⁸⁾

557) 서종희, 앞의 논문(2009), 98쪽; 김상찬, 앞의 논문(2013), 150쪽.

558) 김상찬, 위의 논문(2013), 150쪽 참조.

제6장 결 론

인공생식은 불임부부의 아이를 가지고 싶다는 인간의 기본적인 욕구를 충족시켜 주어 개인의 행복에 이마지한 점도 있지만, 자인생식이 아닌 인공생식상황을 염두에 두지 아니하고 제정된 현행 민법하에서는 인공생식으로 태어난 자의 법적 지위와 함께 부모 결정기준, 대리모문제 등의 예기치 아니한 과제를 우리에게 안겨주었다. 다만 우리 법에서 인공생식과 관련한 유일한 입법이라고 할 수 있는 ‘생명윤리 및 안전에 관한 법률’이 시행되고 있지만, 주로 생명윤리 관점에서 생식체의 매매나 배아 연구를 규율하기 위한 규제적인 성격이 강하여 이를 통한 입법적 해결을 기대하기에는 무리가 있었다. 따라서 민법상 해석론과 판례를 통하여 문제가 되었던 사안들을 해결하기에 급급하였는데, 외국의 경우 인공생식에 관한 입법을 통하여 인공생식 전반을 다룰 수 있는 근거를 마련하고 있는데 반하여, 우리는 그 필요성을 절감하고도 아직 근거를 마련하지 못하는 형편이다. 그러나 앞서 살펴보았듯이 사후수정이나 비배우자 간의 인공수정으로 태어난 자의 지위 문제만 하더라도 이에 관한 입법이 이루어진다면 이러한 생식을 통하여 태어난 자를 둔 당사자들 사이의 법률관계를 간명하게 해 줄 것이다. 이처럼 인공생식에 따른 각 당사자의 법적 지위의 안정화는 사회발전의 요체인 가정의 평화를 유지하고 인공생식이라는 새로운 형태의 생명탄생에 대하여 책임 있는 의식을 고취할 수 있는 계기가 될 것이다. 따라서 본 논문은 인공생식의 일반론을 살피며 민법상 쟁점을 정리하고 각국의 입법례를 비교하여 그 장단점을 살피고 그 시사점을 도출하여, 판례 및 구체적인 사안에 나타난 현행법상의 해결능력을 평가하면서 그 한계를 점검해 본 결과, 인공생식에 관한 현행법상의 쟁점에 대한 해결 범리로서의 입법론을 제시할 수 있었다. 앞에서 살핀 본 논문의 쟁점과 관련한 주요 내용을 요약·정리하면 다음과 같다.

첫째, 사후수정은 ‘생명윤리 및 안전에 관한 법률’ 규정뿐만 아니라 사망한 부의 보존정자를 사용하는 인공생식에 관한 생명윤리관, 사회통념 등 다각적인 관점에서 우리 사회에서는 원칙적으로 금지하는 것이 바람직하다. 따라서 인공생식

을 위하여 생식체나 배아는 의뢰인의 사망과 함께 폐기하여야 한다는 등의 명분 규정을 두어야 한다. 다만 일난 사후수정에 따라 출생한 자는 그 생물학적 부의 자로 인정하여야 할 것인가의 문제가 발생하나, 친생추정기간이 지난 경우는 부자관계설정을 혈인관계만으로 인정할 수는 없고, 그러한 부의 인공수정에 대한 동의가 본인의 사후수정에 관하여 허락한 것은 아닌 이상 부의 의지적 요소는 제한된다고 할 것이며, 출생자의 복리, 친자 또는 친족관계를 형성하는 관계자의 의식을 고려하더라도 친자관계는 형성되지 아니한다고 보아야 한다. 다만 예외적인 사후수정의 허용성은 엄격한 요건하에 관련 기관의 조사 및 허가를 통하여야 할 것이고, 사후수정의 기간을 제한하여 태어난 자에게 사망한 부의 자로서 지위를 인정하는 것은 입법으로 해결하여야 할 것이다.

둘째, 부의 동의가 있든 없든 비배우자 간 인공수정으로 태어난 출생자에 관하여 외관설에 기초한 판례 법리에 따를 때, 일반적인 임신과의 차이점을 찾기 어렵고 가정의 평화와 자의 복리를 위하여 친생추정을 하여야 한다. 또한 그 동의를 한 부가 혈인관계의 부존재를 이유로 친생부인의 소를 제기할 수 있는지 여부에 관하여 학설의 대립이 있으나, 그 동의의 의미 및 제반 사정을 고려할 때 부자관계설정의사가 있는 것으로 평가되므로 친생부인의 소를 부정하는 것이 타당하다. 이렇게 인공수정자의 법적 지위의 확정은 새로운 생식에 따라 태어난 자에 대한 법률관계를 간명하게 하고 사회안정의 요체인 가정평화에 이바지하는 바가 클 것이므로, 이를 입법화할 필요가 있다.

셋째, 체외 배아는 그 생성과정에 있어서 체내 수정과 방법적인 구별만이 있을 뿐, 인간이 되는 발전가능성에서 큰 차이는 없으므로 태아와 같은 지위를 인정하여야 할 것이다. 이러한 지위를 인정하더라도 결국 민법규정에 따른 개별적 보호와 함께 출생을 조건으로 하여야 하므로(판례가 취하는 정지조건설), 수정단계부터 권리능력을 인정하는 것이 법적 안정성을 해하지 아니한다. 따라서 생명 의학기술의 발달에 따른 인간생명 보호범위를 넓힐 수 있는 수정 시설이 해석론적으로 타당하다. 그렇다면 체외 배아의 이와 같은 권리 주체성에 관한 입법적 불비를 보완할 필요가 있다고 할 것이다.

넷째, 대리모계약의 유효성에 관하여는 학설상 다툼이 있으나, 법리적 검토와 함께 이미 대리모계약이 성행하고 있는 현재 상황을 고려하면 사회적·정책적 이

유를 종합하여 판단할 필요가 있다. 그렇다면 계약법적인 관점, 여성인권법적인 관점, 사회법적인 관점 등에 비춰볼 때 대리모계약의 유효성을 인정하기 어려우나, 대리모계약이 현실적으로 존재하므로 대리모계약을 체결하는 여성을 보호할 필요성과 불임을 이유로 고통받는 의뢰부부의 이익을 고려한다면 단순히 무효로 볼 수는 없다. 그러므로 계약 내용에 엄격한 요건을 부여하여 일정한 형태의 대리모계약은 유효성을 인정하는 방향이 바람직하다.

다섯째, 생식체 제공자의 익명성은 인공생식에 따라 태어난 자가 생식체 제공자의 신원을 알 수 있게 하는 것이 타당하다는 관점에서 그 익명성 보장의 한계가 있다. 국제법적으로도 유엔의 아동의 권리에 관한 조약(Convention on the right of Child) 제7조 제1항은 자의 알권리는 인정하는 것이 옳다고 규정하고 있으므로 익명성과의 규범조화적 관점에서 비교·형량하면, 자가 인공수정사실을 알게 된 것을 전제로 일정한 연령에 도달하여 부를 찾는 경우, 생식체 제공자의 익명성은 제한된다고 할 것이다.

여섯째, 대법원 판결은 민법상 친자관계에 관하여 혈연관계를 기초로 혼인 중의 자는 당연히 부자관계가 성립하고, 혼인 외의 자에 대해서는 인지를 요건으로 그 부자관계를 형성한다고 판시하고 있다. 이것은 혈연을 중심으로 부모의 의사에 따라 법적 부자관계를 맺는 형태라고 할 것이다. 그러나 혼인 중 자에 대한 부자관계를 설정할 때에도 부가 되려는 의사는 당연히 있었을 것인데, 인공생식의 영역에서는 이러한 부의 의지적 요소의 기능에 주목할 필요가 있다. 특히 친생자 추정규정은 가정평화를 위한 점도 있음을 살펴보면, 적어도 혼인생활의 외관을 유지하고 있는 부부는 본인과는 혈연관계가 없지만 부부 일방과 혈연 또는 유전자관계가 존재하는 아이를 낳고 싶다는 그 진의에도 중점을 두어야 한다. '법률상 부'는 순수하게 생물학적 또는 유전적 관점에서 판단하는 것이 아니라 사회통념에 비추어 '법률상 부'의 개념을 결정하여야 변화하는 생식환경에 맞는 기준이 될 것이다. '법률상 부'의 결정에 관한 사회통념은 자의 복리를 확보하고, 민법 질서와 조화를 꾀하는 관점뿐만 아니라 인공생식과 자연생식과의 유사성 정도, 인공생식의 사회적 수용 정도 등을 종합하여 검토하고 판단하여야 하지만, 이에 더하여 부의 의지적 요소 또한 중요하게 고려하여야 할 것이다. 그러므로 제3자의 정자제공을 통해서라도 부가 되려는 의사로 인공수정에 대하여 동의한

자는, 법률상 부가 된다는 충분한 설명이 더해진 상태에서 그 진정성이 인정된다는 조건으로 부자관계설정의사에 따른 법률상 부자관계가 설정되었다고 할 것이므로, 더는 친생부인 등을 통하여 다투지 못한다고 하여야 할 것이다.

일곱째, 이러한 민법상 한계 및 쟁점에 관한 해결 법리로서의 입법론을 민법에 모두 반영하여야 할 것인지는 의문이다. 민법은 일반적이고 공통적인 생활관계를 규율하는 일반법이기 때문에 인공생식과 같은 특별한 사항을 동 법률에서 다루는 것은 친생추정 등과 같은 민법(친족편)이 규율할 수 있는 최소한의 범위에 그쳐야 하고, 인공생식에 관한 일반적 사항은 인공생식기술의 발전과 함께 그 점진적 변화가 예상되므로 특별법 형태로 제정하는 것이 타당하다. 따라서 특별법의 내용은 인공생식 기술 관련을 비롯하여 대리모계약 전반을 포괄적으로 규율하는 것이 가장 적절한 입법형태라고 할 것이다.

이처럼 본 논문은 우리 법에서 나타날 수 있는 인공생식의 다양한 사례를 민법상 쟁점으로 현출하고 다각적인 관점에서 심도 있게 분석하여 해결 법리로서의 입법론까지 제시한 의의가 있으나, 그 입법론은 좀 더 다양화할 여지가 있는 인공생식문제에 대처할 구체적 입법을 위하여 기본적인 틀을 마련하는 데 중점을 두었으므로 본 입법론을 바탕으로 앞으로 국제법적, 의학적, 사회적 관점 등에 기초한 종합적인 측면에서의 세부적인 입법론이 전개되기를 기대한다.

참고문헌

I. 국내문헌

1. 단행본

- 대한산부인과학회, 「부인과학」, 칼빈서적, 1997.
- _____, 「산과학」, 군자출판사, 2007.
- 법원행정처, 「법원실무제요(가사 I)」, 2010.
- 법무부, 「인공수정의 법리」, 1987.
- 한림대학교, 「대리모 관련 문제점 고찰 및 입법정책방안 모색」, 보건복지부, 2005.
- 헌법재판소, 「생명과학기술의 발전과 헌법」, 2012.
- 고정명, 「인공출산의 법리와 실제」, 교문사, 1991.
- 김용한, 「친족상속법」, 박영사, 2004.
- 김주수, 「주석 민법(친족 2)」, 한국사법행정학회, 2010.
- _____, 「주석 민법(친족 3)」, 한국사법행정학회, 2010.
- 김주수 · 김상용, 「친족 · 상속법」, 법문사, 2008.
- 박동섭, 「친족상속법」, 박영사, 2003.
- 박병호, 「가족법」, 한국방송통신대학교, 1991.
- 박은정, 「생명공학 시대의 법과 윤리」, 이화여자대학교 출판부, 2000.
- 변화순 · 조은희, 「다양한 가족 출현에 따른 쟁점과 가족관련법의 방향 정립에 관한 연구」, 한국여성개발원, 2003.
- 양수산, 「친족상속법」, 한국외국어대학교출판부, 1998.
- 이경희, 「가족법」, 법원사, 2008.
- 송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2013.
- 조흥식 · 김인숙 · 김혜란 · 김혜련 · 신은주, 「가족복지학」, 학지사, 2007,

- 친중숙, 「한국가족법론」, 법문사, 1985.
- 한삼인, 「민법총칙」, 화산미디어, 2015.
- _____, 「계약법」, 화산미디어, 2011.
- Thomas DC · Kushner T 엮음 / 김완구 · 이상현 · 이원봉 역, 「탄생에서 죽음까지: 과학과 생명윤리」, 문예출판사, 2003.

2. 논문

- 대한산부인과학회, “한국 보조생식술의 현황: 2009년”, 「Obstetrics&Gynecology Science」 제56권 제6호, 2013.
- _____, “한국 보조생식술의 현황: 2008년”, 「Obstetrics&Gynecology Science」 제54권 제12호, 2011.
- 강남진, “대리모의 실태와 그 법적 문제점에 관한 연구”, 「민사법연구」 제12집 제2권, 대한민사법학회, 2004.
- 고정명, “체외수정에 대한 법적 소고”, 「가족법연구」 제6권, 한국가족법학회, 1992.
- _____, “인공수정과 친자법”, 「인공수정의 법리」, 법무부, 1987.
- 고정명 · 신관철, “대리모계약의 모성추정에 관한 고찰”, 「법학논총」 제10권, 국민대학교 법학연구소, 1998.
- 구연창, “대리모계약의 법적 접근”, 「경희법학」 제23권 제1호, 경희대학교 법학연구소, 1988.
- _____, “대리모계약의 세계적 동향”, 「저스티스」 제22권, 한국법학원, 1989.
- 권영설, “인공수정의 헌법학적 접근”, 「인공수정의 법리」, 법무부, 1987.
- 권재문, “친생자관계의 결정기준에 관한 인권법적 모색-유럽인권협약 체제를 중심으로-”, 「인권과 정의」 제406호, 대한변호사협회, 2010.
- _____, “보조생식시술에 대한 표현부의 동의의 의미와 효과”, 「동아법학」 제43호, 동아대학교 법학연구소, 2009.
- 권희정, “인권, 모성권, 아동복지 측면에서 본 비혼모를 둘러싼 쟁점들”, 「이화젠더법학」 제2권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2011.

- 김민규, “생식보조의료와 사적생활상의 자기결정권”, 「법학연구」 제51권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2010.
- _____, “비혼인동거자 사이의 인공수정과 그 법률관계-미국 버지니아주 Breit v. Mason and L.F. 케이스를 소재로-”, 「가족법연구」 제26권 제3호, 한국가족법학회, 2012.
- 김민중, “생명공학의 발달에 따른 민사법적 과제”, 「민사법학」 제22호, 한국민사법학회, 2002.
- _____, “대리모와 그 법률문제”, 「판례월보」 제244호, 판례월보사, 1991.
- _____, “사후수정(사후포태)의 입법론적 고찰”, 「가족법연구」 제19권 제2호, 한국가족법학회, 2005.
- _____, “인공적 인간생식을 위한 체외수정과 그 법률문제”, 「인권과 정의」 제8호, 대한변호사협회, 1990.
- _____, “인공수정에 의한 자의 출산의 법률문제”, 「법학연구」 제19집, 전북대학교 법학연구소, 1992.
- 김상찬, “AID에 의하여 출생한 자녀의 법적 지위”, 「법학연구」 제41집, 한국법학회, 2011.
- _____, “대리모에 관한 입법론적 연구”, 「법과정책」 제19집 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2013.
- 김상헌, “부의 결정기준으로서 부자관계설정의사의 기능 및 한계”, 「일감법학」 제27호, 건국대학교 법학연구소, 2014.
- _____, “성전환자의 부자관계에 관한 소고”, 「아주법학」 제8권 제1호, 아주대학교 법학연구소, 2014.
- 김석현, “보조생식술(ART)”, 「과학과 기술」 제37권 제10호, 한국과학기술정보연구원(KISTI), 2004.
- 김은애, “비배우자간 인공수태시술에 따른 부모확정의 법적 문제에 관한 소고”, 「법학논집」 제14권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2009.
- _____, “법적 부모 규정 방식 변화의 필요성”, 「한국여성 철학」 제12권, 한국여성철학회, 2009,
- 김일수, “배아 생명에 대한 법적 이해와 법정책의 방향”, 「형사정책연구」 제13

- 권 제3호, 한국형사정책연구원, 2002.
- 김선일, “미성년자인 자녀를 둔 성전환자의 성별정정신청을 허용할 것인지 여부”, 「사법」 제19호, 사법발전재단, 2012.
- 김성은, “凍結精子を用いた死後胎子による認知請求”, 「법학연구」 제28집, 전북대학교 법학연구소, 2009.
- 김주수, “사실혼의 개념과 사실혼 보호이론의 재검토”, 「법학논총」 제2권, 숭실대학교 법학연구소, 1986.
- _____, “혼인의 합의와 무효행위의 추인”, 「판례월보」 제164호, 판례월보사, 1984.
- 김준원, “인공수정에 관한 법리적 연구”, 조선대학교 대학원 박사학위논문, 1995.
- 김천수, “인공수정에 대한 법적 고찰”, 「의료법학」 제2권 제2호, 대한의료법학회, 2001.
- 김향미, “대리모 논란에 대한 법리적 이해”, 「법철학연구」 제15권 제1호, 한국법철학회, 2012.
- 김혜숙, “미국과 한국에 있어서의 체외수정의 문제점”, 「가족법연구」 제7호, 한국가족법학회, 1993.
- 맹광호, “보조생식에 관한 민법상의 문제점”, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 2005.
- _____, “인공생식에 관한 가족법상의 문제점”, 「가족법연구」 제21권 제3호, 한국가족법학회, 2007.
- 반희성 · 오윤경, “체외배아의 민법상 지위에 관한 비교법적 검토”, 「국제법무」 제4권 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2012.
- 박동진, “대리모계약에 의한 출산과 그 법적 문제”, 「의료법학」 제3권 제1호, 대한의료법학회, 2002.
- _____, “대리모제도의 법적 문제”, 「법학연구」 제15권 제1호, 연세대학교 법학연구소, 2005.
- 박인환, “사실혼보호법리의 변천과 과제”, 「가족법연구」 제23권 제1호, 한국가족법학회, 2009.

- 박중용, “사실혼 배우자의 보호”, 「가족법연구」 제21권 제3호, 한국가족법학회, 2007.
- 박준석, “보조생식술과 부모 결정: 법적 · 철학적 함의”, 「생명윤리정책연구」 제7권 제2호, 생명의료법연구소, 2013.
- 박철호, “대리모계약에 대한 유효성 논란과 법리분석”, 「한양법학」 제20권 제4집, 한양대학교 법학연구소, 2009.
- 류일현, “친생자 추정이 미치는 범위와 그 한계-최근의 일본 최고재판소 판례(2014년 7월 17일 판결)을 소재로 하여-”, 「2015년도 춘계학술대회자료」, 한국비교사법학회, 2015.
- 서 경, “착상 전 배아의 도덕적 지위”, 「대한산부학회지」 제51권 제3호, 대한산부인과학회, 2008.
- 서종희, “사후포태에 의하여 출생한 자의 법적 지위에 관한 미국의 동향: Astrue v. Capato, 132 S. Ct. 2021(2012) 판결을 중심으로”, 「법학논총」 제27권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 2014.
- _____, “대리모계약에 관한 연구”, 「가족법연구」 제23권 제3호, 한국가족법학회, 2009.
- 석 흥, “미혼모와 혼외자의 법리연구”, 영남대학교 대학원 박사학위논문, 1990.
- 성윤미 · 김숙정, “보조생식술을 통해 태어난 자의 친자관계에 대한 법률안의 제안”, 「의생명과학과 법」 제7권, 원광대학교 법학연구소, 2012.
- 송영민, “인공수정에 있어서 부의 동의의 법적 성질”, 「가족법연구」 제21권 제1호, 한국가족법학회, 2007.
- 송재일, “사실혼관계의 해소를 조건으로 한 인공수정의 법률관계”, 「가족법연구」 제26권 제1호, 한국가족법학회, 2012.
- 심호섭, “배아간 세포의 진보, 줄기세포치료의 전망”, 「2000년 대학원 의학과 공통세미나 자료집」, 아주대학교 대학원, 2000.
- 안구환, “친생자 추정과 호적”, 「사법논집」 제38집, 법원도서관, 2004.
- 양수산, “인공수정에 관한 제문제의 합헌성 고찰”, 「현대가족법과 가족정책: 김주수 교수 화갑기념논문집」, 삼영사, 1998.
- _____, “인공수정자와 관련되는 법률상의 문제점 연구”, 「가족법연구」 제3호,

- 한국가족법학회, 1989.
- 엄동섭, “대리모계약”, 「저스티스」 제34권 제6호, 한국법학원, 2001.
- 연기영, “인공수정의 의사법적 과제”, 「인공수정의 법리」, 법무부, 1987.
- 오미영, “성전환자의 성별정정 허가에 관한 고찰: 각국의 입법례 및 판례의 분석을 중심으로”, 「미국헌법연구」 제24권 제3호, 미국헌법학회, 2013.
- 오병선, “대리모관계의 법리와 윤리문제”, 「인권과 공익법」 제1권, 서강대학교 법학연구소, 2007.
- 오호철, “부의 사후생식을 통해 태어난 자의 법적 지위에 관한 고찰”, 「법학연구」 제28집, 한국법학회, 2007.
- _____, “보조생식술을 통해 태어난 자의 친자관계에 관한 소고”, 「법학연구」 제33집, 한국법학회, 2009.
- 윤우일, “대리모계약에 기해 출생한 자의 친자관계 결정기준”, 「경희법학」 제47권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2012.
- 윤진수, “보조생식기술의 가족법적 쟁점에 대한 근래의 동향”, 「법학」 제49권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2008.
- _____, “사실혼배우자 일방이 사망한 경우의 재산문제-해석론 및 입법론”, 「저스티스」 통권 100권, 한국법학원, 2007.
- 윤희란, “인공수정자의 친생추정에 관한 입법론적 고찰”, 숭실대학교 대학원 박사학위논문, 2008.
- _____, “대리모계약규정을 위한 법률안의 제안”, 「법학논총」 제16집, 숭실대학교 법학연구소, 2006.
- _____, “비배우자간 인공수태기술에 따른 부모확정의 법적 문제에 관한 소고”, 「법학논집」 제14권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2009.
- 이경현, “대리모계약”, 「인공수정의 법리」, 법무부, 1987.
- 이경희, “인공수정자의 친자법상 지위”, 「가족법연구」 제2호, 한국가족법학회, 1988.
- _____, “사후포태의 자기결정권에 관한 일고찰”, 「가족법연구」 제21권 제3호, 한국가족법학회, 2007.
- _____, “동성혼인의 보호에 관한 국제적 동향”, 「제3회 한국법률가대회 학술발

- 표자료」, 2002.
- 이근식, “인공수정과 법률문제”, 「법조」 제4호, 법조협회, 1966.
- 이덕환, “대리모출산의 친자법적 문제”, 「법학논총」 제13집, 한양대학교 법학연구소, 1996.
- 이로문, “성전환자와 동성애자의 민법상 지위”, 「의료법학」 제2권 제2호, 대한의료법학회, 2001.
- 이봉림, “대리모계약의 유효성 여부와 입법논의를 위한 제요소 연구”, 「법학연구」 제28권 제4호, 원광대학교 법학연구소, 2012.
- 이승우, “인공수정자의 친자관계에 관한 연구”, 「비교사법」 제11권 제2호, 한국비교사법학회, 2004.
- 이승환, “유전자감식의 적용례를 통한 문제점의 고찰”, 「법조」 제500호, 법조협회, 1998.
- 이인영, “대리모에서의 모성 결정에 관한 고찰”, 「연세 의료·과학기술과 법」 제2권 제1호, 연세대학교 법학연구원 의료·과학기술과 법 센터, 2011.
- _____, “의료형법적 규제영역으로서의 생식적 복제와 치료적 복제”, 「연세법학연구」 제8권 제1호, 연세법학회, 2001.
- _____, “체외수정에 관한 입법론적 고찰”, 「가족법연구」 제19권 제2호, 한국가족법학회, 2005.
- 이정현, “보조생식의료의 법제화를 위한 제언-자의 법적 지위를 중심으로-”, 「법조」 제656호, 법조협회, 2011.
- 이정식 · 한동관, “인공수정의 입법에 관한 연구”, 「한국의료법학회지」 제7권 제1호, 한국의료법학회, 2000.
- 이제정, “친자관계확인소송의 심리상 주요 논점”, 「재판자료; 가정법원사건의 제문제」 제101집, 법원도서관, 2003.
- 이창상, “대리모계약의 논란과 법적 문제점”, 「경성법학」 제14집 제2호, 경성대학교 법학연구소, 2005.
- 이학춘, “인간배아의 법적 지위에 관한 연구”, 「동아논총」 제40집, 동아대학교 법학연구소, 2003.
- 이화숙, “2002년 미국 통일친자법 제정의 의미와 그 내용”, 「가족법연구」 제

- 17권 제1호, 한국가족법학회, 2003.
- _____, “친생자추정과 친생부인의 소”, 「사법행정」 제33권 제4호, 한국사법행정학회, 1992.
- 이현수, “프랑스 생명윤리법상 생명 및 건강과학을 위한 국가윤리자문위원회(CCNE)의 법적 지위”, 「일감법학」 제16호, 건국대학교 법학연구소, 2009.
- 임정평, “친자관계의 인부에 관한 특수문제”, 「법학논총」 제15집, 단국대학교 법학연구소, 1989.
- 정규원, “보조생식술의 법적 문제”, 「의료법학」 제4권 제1호, 대한의료법학회, 2003.
- _____, “인간배아복제의 법적 문제점”, 「의료법학」 제2권 제2호, 대한의료법학회, 2001.
- 정귀호, “친생자의 추정과 친생부인의 소”, 「민사판례연구」 제6권, 민사판례연구회, 1984.
- 정상태, “호적공무원의 직무영역에 관한 고찰”, 「법조」 제33권 제6호, 법조협회, 1984.
- 정연옥, “인공수정과 그 법률문제”, 「법조」 제35권 제5호, 법조협회, 1986.
- 정연철, “인공생식의 입법례에 관한 연구”, 「동의논집」 제28권 제2호, 동의대학교 법학연구소, 1998.
- 정현미, “비혼모에 대한 한국사회 처우와 권리보장 방안”, 「이화젠더법학」 제2권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2011.
- 정현수, “망부의 동결정자에 의한 인공수정자의 법적 지위”, 「성균관법학」 제18권 제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2006.
- 조미경, “친생부인의 소에 관한 비교법적 고찰”, 「가족법연구」 제11호, 한국가족법학회, 1997.
- _____, “혼인의사와 신고”, 「가족법연구」 제10호, 한국가족법학회, 1996.
- 조은희, “여성주의적 시각에 비추어 본 법의 기본가정들”, 「법과정책」 제17집 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2011.
- _____, “사실혼 · 동거가족의 법률문제와 해결방안”, 「법학연구」 제12집 제2

- 호, 인하대학교 법학연구소, 2009.
- _____, “미혼모 가족의 법적 지위”, 「홍익법학」 제12권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2011.
- _____, “독일의 비혼인생활공동체와 한국의 동거관계에 대한 제안”, 「한양법학」 제24권 제3집, 한양법학회, 2013.
- _____, “가장혼인의 법률문제에 대한 고찰”, 「한양법학」 제22권 제2집, 한양법학회, 2011.
- 최민수, “체외 배아의 민법상 지위에 관한 고찰”, 「추계학술대회 자료집」, 한국민사법학회, 2011.
- _____, “체외배아의 민법상 지위-독일과 한국의 비교를 중심으로-”, 「민사법학」 제58호, 한국민사법학회, 2012.
- 최민영, “배아연구와 형법적 보호법익-독일과 한국의 예를 중심으로”, 「고려법학」 제57호, 고려대학교 법학연구원, 2010.
- 최성배, “대리모에 관한 법적 고찰”, 「사법논집」 제29집, 법원도서관, 1998.
- 한봉희, “인공수정자법의 연구”, 「법학연구」 제14집, 전북대학교 법학연구소, 1987.
- _____, “인공수정자와 법률문제”, 「정범석박사화갑기념논문집」, 법전출판사, 1977.
- 한삼인 · 김상현, “사후수정자(死後受精子)의 인지청구에 관한 연구: 일본 最高裁判所 第二小法廷 2004年 (受)1748號의 평석을 중심으로”, 「경희법학」 제48권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2013.
- _____, “대리모계약의 효력에 관한 소고”, 「외법논집」 제37권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2013.
- 한웅길, “인공생식의학의 발전에 따른 사법상의 제 문제”, 「Juris Forum」 창간호, 충북대학교 법학연구소, 1998.
- 황만성, “인간의 생식자와 배아의 법적 보호에 관한 연구”, 한양대학교 대학원 박사학위논문, 2003.
- _____, “인간 생식자, 배아 및 태아의 형사법적 보호”, 「생명윤리」 제12권 제1호, 한국생명윤리학회, 2011.

- 황적인, “21세기 과학발달과 인간존엄성 침해에 대한 민사책임”, 「저스티스」 제29권 제3호, 한국법학원, 1996.
- 현소혜 · 김수정, “대리모계약의 효력”, 「법학연구」 제9권, 서울대학교 법과대학, 2002.
- 현소혜, “성전환자의 민사상 법적 지위”, 「가족법연구」 제16권 제2호, 한국가족법학회, 2002.
- 홍기원, “프랑스 생명윤리법체계에 관한 연구(I): 생명윤리에 관한 법률(2004. 8. 6. 법률 제2004-800호)”, 「생명윤리정책연구」 제2권 제2호, 이화여자대학교 생명의료법연구소, 2008.
- Hans Lilie/ 이민식 역, “착상 전 유전자 진단과 배아 연구”, 「형사정책연구소식」 제63호, 한국형사정책연구원, 2001.

II. 국외문헌

1. 일 본

<단행본>

- 鈴木禄弥, 「親族法講義」, 創造社, 1988.
- 星野英一 編集代表, 「民法講座 7」, 有斐閣, 2012.
- 那須宗一外 編, 「家族病理と家族福祉」, 誠信書房, 1981.
- 近江幸治, 「民法講義(7) · 親族法·相続法」, 成文堂, 2010.
- 谷口知平外 編集代表, 島津一郎·阿部徹 編, 「新版注釈民法(23)」, 有斐閣, 2004.
- 鈴木禄弥, 「親族法講義」, 創造社, 1988.
- 中川高男, 「親族·相続法講義」, ミネルヴァ書房, 1992.
- 野田愛子, 「現代家族法—夫婦·親子」, 日本評論社, 1996.
- 前田陽一 · 本山敦 · 浦野由紀子, 「民法VI · 親族·相続(第2版)」, 有斐閣, 2012.
- 松坂佐一, 「民法提要—親族法·相続法」, 有斐閣, 1992.
- 二宮周平, 「家族法」, 新世社, 2005.

我妻榮・有泉亨・遠藤浩・川井健，「民法(3)・親族法・相続法」，勁草書房，2005.

我妻榮，「親族法」，有斐閣，1973.

能見善久・加藤新太郎 編，「論点体系判例民法(9)・親族」，第一法規，2012.

石井美智子，「代理母」，有斐閣，2008.

石井美智子，「人工生殖の法律学—生殖医療の発達と家族法」，有斐閣，1994.

島津一郎，「家族法入門」，有斐閣，1981.

〈 論 文 〉

星野豊，“代理出産契約に基づき出生した子の親子関係(平成19. 3. 23. 最高二小決)”，「法律時報」 82巻 2号，日本評論社，2010.

北村賢哲，“外国人代理母が出産した子を日本人夫婦の実子として出生届をすることの可否(平成 19. 3. 23. 最高二小決)”，「千葉大学法学論集」 23巻 2号，2008.

小島二郎，“代理母に関する法律問題：とくに生まれてきた子の法的地位について”，「21世紀の民法：小野幸二教授還暦記念論集」，法學書院，1996.

青木勢津子，“人工授精子・体外受精子の父母は誰か”，「立法と調査」 146号，参議院事務局企画調整室，1988.

山田卓生，“代理母と自己決定権”，「醫師法生命倫理」，信山社，2010.

_____，“代理母と法的規制の必要性：民法の立場から”，「醫師法生命倫理」，信山社，2010.

野村豊弘，“生殖補助医療と法的親子関係に関する一考察—最近の事例を中心に”，「民法学における法と政策(平井宜雄先生古稀記念)」，有斐閣，2007.

_____，“人工生殖と親子の決定”，「家族法改正への課題」，日本加除出版社，1993.

二宮周平，“認知制度は誰のためにあるのか(4):人工生殖と親子関係(家族法と戸籍を考える15)”，「戸籍時報」607号，日本加除出版社，2006.

_____，“人工受精子の嫡出推定と親権者指定”，「判例タイムズ」 1009号，判例タイムズ社，1999.

- 家永登, “日本にをける人工受精の状況”, 「家族と医療」, 弘文堂, 1995.
- _____, “亡夫の凍結精子による出生子の法的地位—高松高裁平成16年7月16日判決を契機として”, 「専修法学論集」 95号, 2005.
- 樋口範雄, “人工生殖と親子関係”, 「ジュリスト」 1059号, 有斐閣, 1995.
- 岡林伸幸, “夫の死後における人工授精子の認知請求(平成18. 9. 4. 最高二小判)”, 「千葉大学法学論集」 22巻 2号, 2007.
- _____, “夫の死後における人工授精子の認知請求(平成16. 7. 16. 高松高判)”, 「千葉大学法学論集」 20巻 1号, 2005.
- _____, “法における自由”, 「民法学の課題と展望(石田喜久夫先生古稀記念)」, 成文堂, 2000.
- 唄孝一・人見康子, “対談: 体外受精と医事法”, 「Law School」 2巻 1号, 立花書房, 1979.
- 床谷文雄, “人工生殖子の親子関係をめぐる解釈論と立法論”, 「民法学の軌跡と展望(國井和郎先生還暦記念論文集)」, 日本評論社, 2002.
- 人見康子, “体外受精をめぐる法律問題”, 「ジュリスト」 828号, 有斐閣, 1985.
- 石井美智子, “非配偶者間の体外受精と家族法上の問題点”, 「法律のひろば」 51巻 9号, きょうせい, 1998.
- _____, “凍結精子”, 「月刊法学教室」 316号, 有斐閣, 2007.
- 村重慶一, “夫の死後夫の精子で出生した子の認知請求”, 「戸籍時報」 566号, 日本加除出版社, 2004.
- _____, “性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律(特例法)に基づいて性別の取扱いを男性に変更した者の妻が婚姻後に第三者からの精子提供により出産した子につき父の欄を空欄とされた戸籍の訂正許可申立てが認められた事例(最高裁第三小法廷平成 25. 12. 10 決定)”, 「戸籍時報」 708号, 日本加除出版社, 2014.
- 松川正毅, “フランスに於ける人工生殖と法(2完)・人工授精をめぐり問題”, 「民商法雑誌」 105巻 3号, 有斐閣, 1991.
- _____, “妻が夫の死亡後に夫の冷凍精子を体外受精して出産した子が死後認知を求めた請求が棄却された事例”, 「判例評論」 547号, 日本評論新社, 2004.

- _____ , “亡夫の凍結精子による出産子と死後認知”, 「私法判例リマックス」 31号(2005 [下] , 平成16年度判例評論 法律時報別冊 所収), 日本評論社, 2005.
- 松倉耕作, “嫡出推定と子の幸福”, 「民商法雑誌」 78巻 2号, 有斐閣, 1978.
- 水野紀子, “死者の凍結精子を用いた生殖補助医療により誕生した子からの死後認知請求を認めた事例”, 「判例タイムズ」 1169号, 判例タイムズ社, 2005.
- 小野幸二, “人工生殖における親子関係”, 「ケース研究」 248号, 家庭事件研究会, 1996.
- 小野善弘, “親子関係における血縁について”, 「現代家族法の諸相(高野竹三郎先生古稀記念)」, 成文堂, 1993.
- 遠藤隆幸, “夫死亡後, 生前冷凍保存した精子を用いて妻が体外受精を受け出生した子からの死後認知請求が認容された事例(平成 16. 7. 16. 高松高判)”, 「朝日法学論集」 32号, 2005.
- 渡邊泰彦, “性別の取扱いを變更した夫の妻が非配偶者間人工授精(AID)により出産した子の嫡出出産届”, 「法學セミナー(増刊)速報判例解説」 12巻, 日本評論社, 2013.
- 前田達明, “人工受精子の法的地位”, 「判例タイムズ」 537号, 判例タイムズ社, 1984.
- 田中通裕, “人工授精子の嫡出推定と親権者指定”, 「判例タイムズ」 1009号, 判例タイムズ社, 1999.
- 大島俊之, “性同一性障害と法的諸問題”, 「九州法学会会報(2010年 学術大会)」, 九州法学会, 2010.
- 加藤慶二, “性同一性障害と立法裁量論 : 最高裁第三小法廷平成19年10月19日決定・最高裁第一小法廷平成19年10月22日決定”, 「law review」 10号, 明治学院大学大学院法務職研究科, 2009.
- 永沼淳子, “性同一性障害者の父子関係”, 「名古屋大学法政論集(中舎寛樹教授退職記念論文集)」 254号, 2014.
- 岩志和一郎, “AIDによって生まれてきた子の身分関係: 日本と西ドイツの比較を通じて”, 「判例タイムズ」 709号, 判例タイムズ社, 1989.

_____, “ドイツにおける代理母問題”, 「判例タイムズ」 597号, 判例タイムズ社, 1986.

早野俊明, “人工授精子の摘出推定 (平成 10. 12. 18 大阪地判)”, 「アルテスリベラレス(岩手大学人文社会科学部紀要)」 68号, 2001.

花元彩, “AID子の法的親子関係: -アメリカにおける夫の同意の立證をめぐって”, 「比較法研究」 74巻, 有斐閣, 2012.

吉田邦彦, “人工生殖に関する最近の最高裁裁判例(凍結精子による死後生殖事例及び代理母事例) について: 札幌身分法・家事実務研究會の紹介を兼ねて”, 「判例タイムズ」 1371号, 判例タイムズ社, 2012.

高野竹三郎, “摘出性の否認”, 「家族法大系 IV」, 有斐閣, 1970.

棚村政行, “夫の同意を得て第三者から精子の提供を受け出生した人工授精子について父母が離婚した後に親権者をめぐって争われ母親が親権者に指定された事例”, 「判例タイムズ」 1036号, 判例タイムズ社, 2000.

福永有利, “摘出推定と父子関係不存在確認”, 「家族法の理論と実務-家庭裁判所の30年・別冊判例タイムズ」 8号, 判例タイムズ社, 1980.

本山敦, “非配偶者間人工授精子(AID子)と摘出推定”, 「ジュリスト」 1164号, 有斐閣, 1999.

ドイツ憲法判例研究会, “性同一性障害者に戸籍法上の登録要件として外科手術を求める規定の違憲性(ドイツ連邦憲法裁判所第一法廷 2011. 1. 11 決定)”, 「自治研究」 89巻 9号, 第一法規, 2013.

2. 구미

<단행본>

House of Commons Research Paper: Stem Cell Research and Regulations under the Human fertilization and Embryology Act 1990(revised edition), 13th December 2000.

U.S. Congress, Office of Technology Assessment, Infertility: Medical and

- Social Choice, 1988.
- National Bioethics Advisory Commission, Human Stem cell research and Potential for Clinical Application, Ethical issues in Human Stem Cell Research, 1999.
- ACOG Committee Ethics, ACOG Committee Opinion No. 347, November 2006: Using Preimplantation Embryos for research, Obstet Gynecol, 2006.
- Bodo Pieroth/Bernhard Schlink/Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, C. F. Müller, 2013.
- Barry R. Furrow et al., Health Law 2nd ed., West Group, 2000.
- Beth Kiyoko Jamieson, Real Choice: feminism, freedom, and the limits of law, The Pennsylvania State University, 2001.
- Bilsdorfer P, Rechtliche Probleme der In-vitro-Fertilisation und des Embryotransfers, MDR, 1984.
- Bonnie Steinbock, Preimplantation Genetic Diagnosis and Embryo Selection, A Companion to Genetics(Burley and Harris ed.), Blackwell Publishers, 2002.
- Dagmar Coester-Waltjen, Die künstliche Befruchtung beim Menschen-Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten B zum 56. Deutschen Juristentag Berlin 1986, C. H. Beck: München, 1986.
- Heinrich Lange/Kurt Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, C. H. Beck: München, 1995.
- Irving J. Sloan, Law of adoption and surrogating parenting, Oceana Publications, Inc., 1988.
- Jana C. Merrick/Robert H. Blank, Reproductive Issues in America, ABC-CLIO, 2003.
- Keane N/Breo D, The Surrogate Mother, Everest House, 1981.
- Larry Gostin, Surrogate Motherhood, Indiana University Press, 1990.

- Laura M. Purdy, *Surrogate Mothering: Exploitation or Empowerment?* in *Bioethics: An Anthology*, Helga Kuhse and Peter Singer (eds.), Oxford: Blackwell Publishing, 1999.
- Lewis Petrinovich, *Human Evolution, Reproduction, and Morality*, The MIT Press, A Bradford Book, 1998.
- Lori B. Andrews, *New Conceptions*, St. Martin Press, 1984.
- _____, *Surrogate Motherhood: The Challenge for Feminists*, in *Surrogate Motherhood*, Larry Gostin ed., 1990.
- Monika Lanz-Zumstein, *Die Rechtsstellung des unbefruchteten und befruchteten menschlichen Keimguts: ein Beitrag zu zivilrechtlichen Fragen im Bereich der Reproduktions- und Gentechnologie*, VVF, 1990.
- Richard Lynn, *Eugenics: A Reassessment Human Evolution, Behavior, and Intelligence*, Green wood publishing Group, 2001.
- Robin West, *Caring for Justice*, New York University Press, 1997.
- Roger B. Dworkin, *Limits: The Role of the Law in Bioethical Decision Making*, Indiana University Press, 1996.
- Rosemarie Tong, *Feminist Approaches to Bioethics: Theoretical Reflections and Practical Applications*, Springer Netherlands, 1997.
- Sam Graham D/James Francis Glenn/Thomas E. Keane, *Glenn's urologic surgery*, Lippincott Williams &Wilkins, 2004.
- Susan Markens, *Surrogate motherhood and the Politics of Reproduction*, University of California Press, 2007.
- Tommaso Falcone/William W. Hurd, *Clinical Reproductive Medicine and Surgery-A Practical Guide*, Springer, 2007.
- Warren Freedman, *Legal Issues in Biotechnology and Human Reproduction; Artificial Conception and Modern Genetics*, Quorum Books, 1991.
- William P. Statsky, *Family Law*, Delmar Cengage Learning, 2012.

〈논 문〉

- Centers for Disease Control and Prevention, Use of assisted reproductive technology—United States, 1996 and 1998, Morbidity and Mortality Weekly Report 51/5, 2002.
- Abin Eser, Forschung mit Embryonen in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht, in: Hans-Ludwig Günther (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik—srafrechtliche Schranken? Tübinger Beiträge zum Diskussionsentwurf eines Gesetzes zum Schutz von Embryonen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1987.
- Amy S. Pignatella Cain, Property Rights in Human Biological Materials: Studies in Species Reproduction and Biomedical Technology, 17 Arizona Journal of International and Comparative Law 449, 2000.
- Archer C, Scrambled Eggs: Defining Parenthood and Inheritance Rights Of Children Born Of Reproductive Technology, 3 Loyola Journal of Public Interest Law 152, 2002.
- Asch RH/Ellsworth LR/Balmaceda JP/Wong PC, Pregnancy after translaparoscopic gamete intrafallopian transfer, 2 the Lancet 1034, 1984.
- Brahams D, The Hasty British Ban on Commercial Surrogacy, 17 Hastings Center Report 16, 1987.
- Brent Parker Smith, Anna J. v. Mark C.: Proof of the Imminent Need for Surrogate Motherhood Regulation, 30 Journal of Family Law 493, 1992.
- Coleman J, Playing God or Playing Scientist: A Constitutional Analysis of State Laws Banning Embryological Procedures, 27 Pacific Law Journal 1331, 1996.
- Cordula Junghans, Der familienrechtliche Status des durch artifizielle

- Insemination gezeugten Kindes, Reinische Friedrich-Wilhelms-Universität, 1987.
- Cynthia Reilly, Constitutional Limits on New Mexico's In Vitro Fertilization Law, 24 New Mexico Law Review 125, 1994.
- Dena Moyal/Carolyn Shelley, Future child's Right in New Reproductive Technology: Thinking Outside the Tube and maintaining the Connections, 48 Family court Review 431, 2010.
- Daniel Gruenbaum, Foreign Surrogate Motherhood: mater semper certa erat, 60 American journal of comparative law 475, 2012.
- Dan Fabricant, International Law Revisited: Davis v. Davis and the Need for Coherent Policy on the Status of The Embryo, 6 Connecticut Journal of International Law 173, 1990.
- Elizabeth L. Gibson, Artificial Insemination by Doner: Information, Communication and Regulation, 30 Journal of Family Law 1, 1991-1992.
- Gerhard Zierl, Zivilrechtliche Aspekte artifiziereller Reproduktion, DRiZ, 1986.
- George J. Annas/Sherman Elias, In Vitro Fertilization and Embryo Transfer: Medicolegal Aspects of a New Technique to Create a Family, 17 Family Law Quarterly 199, 1983.
- Herbert T. Krimmel, The Case Against Surrogate Parenting, 13 Hastings Center Report 35, 1983.
- John Lawrence Hill, What Does It Mean To Be A Parent?-The Claims of Biology As The Basis For Parental Rights, 66 New York University Law Review 353, 1991.
- Julie McCandless/Sally Sheldon, "No Father Required"? The Welfare Assessment in the Human Fertilisation and Embryology Act 2008, 18 Feminist Legal Studies 201, 2010.
- Katz GA, Parpalaix v. CECOS: Protecting Intent in Reproductive

Technology, 11(3) Harvard journal of law & technology 683, 1998.

Katherine B. Lieber, Selling the Womb: Can the Feminist Critique of Surrogacy Be Answered?, 68 Indiana Law Journal 205, 1992.

Katie M. Brophy, A Surrogate Mother Contract to Bear a Child, 20 Journal of Family Law 263, 1981-1982.

Keith Alan Byers, A Growing Need for Consumer-Oriented Regulation of In Vitro Fertilization Industry, 18 Journal of Legal Medicine 265, 1997.

Krimmel HT/Foley MJ, Abortion: An Inspection into the Nature of Human Life and the Potential Consequences of Legalizing Its Destruction, 46 Cincinnati Law Review 725, 1977.

Les A. McCrimmon, 'GAMETES, EMBRYOS AND THE LIFE IN BEING: THE IMPACT OF REPRODUCTIVE TECHNOLOGY ON THE RULE AGAINST PERPETUITIES', American Bar Association, 34 Real Property, Probate and Trust Journal 697, 2000.

Lori B. Andrews, Beyond Doctrinal Boundaries: A Legal Framework For Surrogate Motherhood, 81 Virginia Law Review 2343, 1995.

_____, Removing the Stigma of Surrogate Motherhood - Should Our Laws be Changed to Reflect the New Moral and Medical Realities, 4 Family Advocacy 20, 1981-1982.

Margaret F. Brinig, A Maternalistic Approach To Surrogacy: Comment On Richard Epstein's Surrogacy: The Case for Full Contractual Enforcement, 81 Virginia Law Review 2377, 1995.

Marcelo de alcantara, Surrogacy in Japan: Legal Implications for Parentage and Citizenship, 48 Family court review 417, 2010.

Mason B/Sharma V/Riddle A/Campbell S, ULTRASOUND-GUIDED PERITONEAL OOCYTE AND SPERM TRANSFER (POST), 329 the Lancet 386, 1987.

Michael J. Broyde, The Establishment of Maternity and Paternity in

- Jewish and American Law, 3 National Jewish Law Review 117, 1988.
- Mina Alikani/Alexis Adler/Adrienne M. Reing/Henry E. Malter/Jacques Cohen, Subzonal sperm insertion and the frequency of gamete fusion, 9 Journal of Assisted Reproduction and Genetics 97, 1992.
- Nicole M. Healy, Beyond Surrogacy: Gestational Parenting Agreements Under California Law, 1 UCLA Women's Law Journal 89, 1991.
- Pamela Laufer-Ukeles, Approaching Surrogate Motherhood: Reconsidering Difference, 26 Vermont Law Review 407, 2002.
- Robertson JA, Embryo, Family and Procreative Liberty, 59 South California Law Review 939, 1986.
- Rao R, PROPERTY, PRIVACY, AND THE HUMAN BODY, 80 Boston Law Review 359, 2000.
- Richard F. Storrow, Parenthood By Pure Intention: Assisted Reproduction And The Functional Approach To Parentage, 53 Hastings Law Journal 597, 2002.
- Wadlington W, Artificial conception: The challenge for family Law, 69 Virginia Law Review 465, 1983.
- Storrow RF, Parenthood By Pure Intention: Assisted Reproduction And The Functional Approach To Parentage, 53 Hastings Law Journal 597, 2002.
- Thomopoulos C/Tsioufis C/Michalopoulou H/Makris T/Papademetriou V/Stefanadis C, Assisted reproductive technology and pregnancy-related hypertensive complications: a systematic review, 27 Journal of Human Hypertension 148, Nature Publishing Group, 2013.
- Tauptiz J, Wem gehört das Menschliche Genom?, in: Andreas Mietzsch(Hrsg.), Kursbuch Biopolitik, 2004.

Ⅲ. 인터넷 사이트

[http://www.seoulivf.com/content.html?article=22.](http://www.seoulivf.com/content.html?article=22)

<http://www.pbs.org/wgbh/americanexperience/features/general-article/babies-worlds-first/>

<http://www.ivf-infertility.com/gift/gift6.php>

http://news.heraldcorp.com/view.php?ud=20140627000346&md=20140630004022_BL

ABSTRACT

A Study on the Legal Principles of Civil Law Issues in Artificial Reproduction

Kim, Sang Ilun

Department of Law

Graduate school

Jeju National University

Directed by professor Han, Sam In

With the rapid change of today's society and the development of modern science, legal matters are becoming ever more diverse and complicated. This means that specific disputes in actual life in the society cannot meet reasonable and valid solutions through application of conventional legal principles alone. Artificial reproduction remains a hot potato and foreign legislations are accelerating to catch up with its development. Still, they aren't quite catching up with the speed of its development, and more fundamentally, people have come to harbor fundamental questions on whether legislation suited to the speed of the development is appropriate. Specifically, now that humankind has satisfied its needs for food and clothes to some extent, artificial reproduction openly fulfills the instinctive desire for offspring. In the near future, people will go from there and reach the stage in which one can get a child customized to one's specific preferences, and furthermore, perform reproductive cloning of oneself.

When one reaches the stage of methodological exploration, one cannot but go beyond a surprise at the artificial reproduction technology and raise a question on the origin of life, asking "what is a human being?" One must ask not only how one makes of the parentage of a child who is born through

artificial reproduction, but also whether a sperm donor and a surrogate mother who serve as media in contributing to the artificial reproduction of others should be subjected to legal regulation and of what scope. After all, the modern day technology for artificial reproduction has created not only religious, ethical, and social questions, but also legal questions. Furthermore, it has brought huge confusion to the existing civil code values related to exactly when legal capacity is recognized in the birth of a human child, the question of fatherhood that requires the masculinity of a father, presumption of one's own child, and finalization of parents based on blood kinship.

Foreign legal systems have achieved various legislations in order to address such issues. In contrast, the Korean legal system has only regulatory laws such as Bioethics and Safety Act, designed to promote the bioethics and safety involved in the development of bioengineering technology. The country's legal system has not created any explicit laws that can respond to such civil code issues and has instead made an attempt to legislate on the full gamut of artificial reproduction. Then, civil code issues and disputes related to artificial reproduction cannot but be regulated through civil law interpretation. But, such interpretation must have limitations, which are evidently due to flaws in the civil code that never foresaw artificial reproduction. Therefore, in this thesis, I aim to make an in-depth treatment of several different civil code issues that may arise with the method of artificial reproduction, based on the generalities derived from related theories and precedents, and seek possible solutions under the current civil code provisions and pointing out their flaws or limitations, thus presenting legal principles that can solve such civil code issues *de lege ferenda*. Mindful that modern technology for artificial reproduction has thrown doubt on the previously taken-for-granted belief that a parents-child relationship has to be determined by blood kinship, I suggest that establishing a father-child relationship further requires a review of multiple perspectives such as

bioethics, the welfare of the child, the perception of related persons that constitute own child or family relation, and the thoughts of the general public, and clearly make it necessary to upgrade the intention to become a father, that is, the volitional element involved to a requirement that finalizes a father-child relationship. For this purpose, I do not stop at a purely theoretical inquiry but examine the various aspects of the volitional element involving a father who wants to establish a father child relationship to argue specifically how it functions, reaffirm the basic legal principle that a legal act is composed of volitional element and behavioral element, and finally demonstrate why a father child relationship cannot be established with a sperm donor. Also, with regard to the criteria for a mother child relationship with a surrogate mother and the validity of such a contract, I have also taken a close look while taking into consideration the idea of human dignity and the need for protecting women's rights, which permeate the modern family law. In this respect, this thesis has started with different perspective and methodology than the existing theses adopted.

In this thesis, I have examined the generalities on artificial reproduction, summarized civil code issues, and surveyed legislations in different countries for the purpose of comparing their advantages and disadvantages. And then, by evaluating the solution provided by current laws that appear in precedents and specific cases and checking their limitations, I have been able to present a *lex ferenda* as a legal principle that can solve the issues in current laws related to artificial reproduction. Major details may be summarized as follows.

Firstly, I think it is desirable to basically ban posthumous insemination, not only in accordance with the provisions of Bioethics and Safety Act, but also from other various perspectives including the bioethical view and general population's thoughts on the artificial reproduction that uses a deceased father's preserved sperm. It is questionable whether a child born out of a posthumous insemination should be recognized as a biological child. However,

if legal period for presumptions of parentage has expired, establishment of a father-child relationship cannot be recognized through blood kinship alone, and thus, a father child relationship should be seen as not established, even when considering the welfare of the child and the perception of related persons that constitute own child or family relation. However, exceptional admissibility of posthumous insemination should come through investigation and approval with strict requirements by a related agency. And it needs to be considered whether to recognize a child who is born as the child of a deceased father by limiting the period for posthumous insemination.

Secondly, regardless whether there is a father's agreement or not, if one follows the legal principle of the precedents grounded in the theory of appearance with regard to a child born through artificial insemination between non spouses, it is hard to find any differences with ordinary pregnancy, and thus, parentage should be presumed for family peace and the child's welfare.

Thirdly, a strict legal interpretation would call an in-vitro embryo a thing. But because it may be discriminated from in-vivo fertilization only methodologically and registers no big difference in its potential as a human being, we should recognize an in-vitro embryo just like a fetus.

Fourthly, while people have argued that a surrogate mother contract is invalid, valid, or limitedly valid, one needs to supplement one's judgment with social and policy-related reasons when considering the current frequency of surrogate mother contracts. In that case, it is difficult to recognize the validity of a surrogate mother contract from the perspectives of contract law, women's right law, and social laws. Since surrogate mother contracts exist, however, one cannot find such a contract absolutely invalid, if one considers the need to protect women who enter into a surrogate mother contract and the interests of a client couple suffering from infertility. Therefore, it should be desirable to recognize a surrogate mother contract of a certain kind while enforcing strict requirements on such a contract.

Fifthly, there is a limit to guaranteeing the anonymity of a gamete donor, in that it makes sense to let a person born through artificial insemination know the identity of the gamete donor. When we compare and weigh a child's right to know and a donor's anonymity, the gamete donor's anonymity will be limited, in case the child comes to know of the artificial insemination, reaches a specified age, and goes out in search of the father.

Sixthly, to fit a changing reproductive environment, the concept of 'a legal father' should be determined not from the purely biological or genetic perspective, but in view of socially accepted idea. In determining 'a legal father', one should make a judgment while considering socially accepted ideas such as securing a child's welfare, seeking a harmony with the order as provided by laws on family relation and inheritance, similarity between artificial and natural reproduction, and social acceptance of artificial reproduction. In addition, one should find a father's volitional element as important.

Seventhly, it is questionable whether we should reflect *lex ferenda* completely in civil code as a legal principle that can address the civil code limitations and issues. Since civil code is an ordinary law that regulates ordinary and common relationships in life, it should treat special affairs like artificial reproduction only in the minimum scope including presumption of parentage that is regulated by family law. General matters related to artificial reproduction should be incorporated into a special law, as the development of artificial reproduction technology and the accompanying change in public perception are expected to bring gradual changes. Therefore, the content should comprehend the full gamut of a surrogate mother contract including the surgery for artificial reproduction.

Thus, although Korea is aware of the legal and social problems of artificial reproduction, related discussions have been led by academia while they have yet to get the occasion to draw public attention. So, it is my hope that a

review in this thesis leads to an adequate examination of planned legislations as legal principles that can address the issue, which will base a discussion on the legal, medical, and social perspectives and thereby realize legislation through a consensus.

Key words: artificial reproductin, parents criteria, paternity assumption, in vitro embryo, surrogate mother