

# 완전대리모/자궁대리모가 개입된 배우자간 보조생식술에서 법적 부모 결정 문제: 서울가정법원 2018.5.9.자 2018브15 결정 관련 사례에 대한 논의를 중심으로\*

김은애\*\*, 유수정\*\*\*

## 요약

자녀를 두어 가족을 형성하고자 하지만 만혼 등을 이유로 자연적인 방법으로는 임신·출산이 불가능하거나 어려운 사람이 증가하고 있다. 이러한 상황이 체외수정시술을 중심으로 하는 보조생식술의 발전과 맞물리면서, 자신의 난자를 사용하지 않고 임신·출산의 과정만을 대신해주는 완전대리모/자궁대리모가 개입되지만 부모가 되고자 하는 남녀의 생식세포를 통해 생성된 배아를 대리모에게 이식하는 방식인 배우자간 보조생식술을 통해 아이가 태어나는 경우가 발생하고 있다. 그러나 난임에 있어 다양한 보조생식술을 이용하는 것이 보편화된 현실 상황을 현행 「민법」과 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」이 반영하고 있지 못한 상태이다. 따라서 이러한 방식으로 태어나는 아이와 대리모와 아이의 출생을 의도한 부모 사이에서 법적 부모자관계를 형성하는 일에 문제가 발생하고 있다. 실제로 아이의 출생신고 시 제출된 출생신고서에는 모(母)가 되기를 의도한 여성(의도모)의 인적사항이 기재되어 있으나 출생증명서에는 임신·출산을 대신 담당한 여성(대리모)의 인적사항이 기재되어 있어 서로 일치되지 않는다는 이유로 출생신고가 불수리처분된 사례가 발생하였다. 이 사례에 대해, 최근 서울가정법원은 현행 「민법」상 부모 결정 기준 유지의 필요성, 출생신고서와 출생증명서상 모의 정보 불일치 시 출생신고 불수리의 정당성, 대리모의 법적 허용 불가능과 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 대리모 계약의 무효를 이유로 해당 출생신고의 불수리처분이 적절하다는 결정을 내린 바 있다. 이에 이 논문에서는 최근 서울가정법원 결정 관련 사례의 사실관계와 결정의 주요 내용을 살펴봄으로써 대리모 개입 임신·출산의 윤리적 법적 측면, 특히 의도부모와 아이의 법적 부모자관계 형성과 관련된 문제에 대한 향후 대응방안을 모색해보고자 하였다.

## 색인어

대리모, 보조생식술, 법적 부모, 의도부모, 출생신고, 완전대리모/자궁대리모

교신저자: 김은애, 이화여자대학교 이화사회과학원, Tel: 02-3277-2227, Fax: 02-3277-4221, e-mail: grace6516@hanmail.net

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6989-559X>

\* 이 논문은 2015년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2015S1A3A2046566).

\*\* 이화여자대학교 이화사회과학원 연구교수 \*\*\* 경희대학교 의과대학 의예과 학술연구교수

## I. 들어가며

### 1. 난임의 증가와 보조생식술의 보편화

만혼(晩婚)으로 인해 임신을 시도하는 시기가 늦어지고 스트레스나 환경오염 등을 이유로 남녀의 생식능력에 문제가 발생하는 경우가 많아지면서 자연적인 방법으로 임신하기 어려운 경우가 늘어나고 있으며, 이에 따라 난임(難妊)<sup>1)</sup>을 사유로 진료나 치료를 받는 경우도 증가하고 있다. 통계청 자료에 의하면 2017년 기준 우리나라의 평균 초혼 연령은 남자 32.9세, 여성 30.2세인데, 이는 전년에 비해 각각 0.2세, 0.1세 상승한 것이지만 10년 전과 비교하면 각각 1.8세, 2.2세 상승한 수치이다[1].<sup>2)</sup> 그리고 한국보건사회연구원의 2015년 조사결과에 따르면 난임 경험률은 초혼 연령이 35세 이상인 경우 27.5%로 가장 높았고, 그 다음이 30~34세 18%, 25~29세인 경우 13.1%, 24세 이하인 경우 9.5%인 것과 비교할 때 큰 차이를 보이는 것으로 나타났다[2]. 또한 보건복지부에 따르면 2016년에 난임으로 진료를 받은 환자는 221,000명(여성 158,000명, 남

성 63,000명)으로, 이는 2004년에 127,000명이었던 것에 비해 거의 2배 가까이 증가된 수치이다 [3,4].<sup>3)</sup>

난임의 해결에 도움을 주는 의학적 기술이 ‘보조생식술(assisted reproductive technology, 이하 ‘ART’라 한다)’이다. 이는 기본적으로 난자와 정자의 결합으로 수정란이 생성되는 장소에 따라 체내수정시술과 체외수정시술로 구분된다. 초창기 ART는 남성에게서 정액을 채취하여 이를 여성의 자궁이나 질에 직접 주입해주는 방식(자궁내정자주입술, artificial insemination)으로의 체내수정시술이었다. 하지만 ART의 발전으로 정자뿐만 아니라 난자까지도 체외에서 다루는 것이 가능해졌기에 이제는 난자와 정자 모두를 채취하여 수정시켜 생성된 배아<sup>4)</sup>를 여성의 자궁 내에 이식하는 방식(일명 ‘시험관아기기술’, in vitro fertilization and embryo transfer)으로의 체외수정시술이 주를 이루고 있다. 2014년에 보건복지부가 발표한 바에 의하면 2014년도에 자궁내정자주입술이 46,143건, 시험관아기기술을 비롯한 체외수정시술이 62,722건 시술되었을 만큼 이미 ART의 이용은 이미 일반화되어 있다[5].<sup>5)</sup>

1) 의학적으로는 임신 가능한 연령의 남녀가 정상적인 성교를 하고 피임을 하지 않는데도 일정기간 이내에 임신이 되지 않는 상태를 불임(不妊)이라고 한다. 하지만 당사자들의 입장을 고려하면 부정적 의미의 용어 사용이 자제되어야 한다는 점과, 의학적 불임 상태라고 하더라도 보조생식술을 통해 임신할 수 있는 가능성이 있다는 점이 고려되어, 최근 사회적으로나 법적으로는 난임(難妊)이라는 용어로 바뀌어 사용되고 있다(김은애, 보조생식술 관련 법 정책 발전의 의의와 향후 과제, 한국의료윤리학회지 2010 ; 13(3) : 205~227 각주 1번 참고). 실제로 보조생식술에 대한 규제 근거를 담고 있는 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」의 경우 제정 당시에서는 ‘불임’이라는 용어가 사용되었으나, “불임”이라는 부정적인 용어가 불임가정에 대한 사회적 편견을 조장할 우려가 있어 ‘임신하기 어려운 일 또는 그런 상태’를 뜻하는 ‘난임’으로 용어를 변경하여 난임 가정에 희망을 주고 난임에 대한 사회적 인식을 전환하려는 이유에서 이 법이 전부 개정되어 시행되기 시작한 2013년 2월 2일부터는 ‘난임’이라는 용어가 사용되고 있고(제29조 제1항 1호, 2012년 2월 1일 전부개정법 개정 이유 참고), 정해진 지원자격을 갖추고 있으면서 정해진 소득기준에 맞는 부부의 보조생식술 이용에 대한 비용을 지원해주는 정부 지원사업에서도 ‘난임’이라는 용어가 사용되고 있다(보건복지부 복지포 홈페이지 <http://www.bokjiro.go.kr> ‘한눈에 보는 복지정보’ 중 ‘생애주기-임신·출산’ 코너 〈난임부부 시술비 지원〉 안내 참고).

2) 이 자료는 우리나라 국민이 「통계법」 및 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」에 따라 2017년 1월 1일부터 12월 31일까지 전국의 시·구청 및 읍·면사무소에 신고한 혼인신고서를 기초로 작성한 결과이다.

3) 건강보험심사평가원 보건의료빅데이터개방시스템 국민관심질병통계 자료에 의하면 2017년에 난임으로 치료를 받은 남녀 환자의 수는 208,703명으로, 2001년에 126,865명이었던 것에 비해 2배 가까이 증가된 수치이다. <http://opendata.hira.or.kr/op/olap/olapMfrInlrInslInfo.do> 2018년 7월 10일 검색. 하지만 이 수치는 병원을 방문하여 검사를 받은 사람으로 한정하고 있기 때문에 병원을 방문하지 않았거나 분만에까지 이르지 못한 것이라도 임신을 했던 적이 있었던 이차성 난임까지 고려한다면, 난임으로 고통을 받는 사람들은 수십만 명에 이를 것으로 추정된다.

4) 법적으로는 배아가 ‘인간의 수정란 및 수정된 때부터 발생적으로 모든 기관이 형성되기 전까지의 분열된 세포군’으로 정의되어 있다(「생명윤리 및 안전에 관한 법률」제2조 3호).

## 2. 체외수정시술로 인한 변화: 생식세포 기증·수증 및 임신·출산 대리 가능

ART가 확대되면서 변화된 바는, 임신·출산을 담당할 여성에게 이식될 배아를 체외에서 생성함에 있어 부모가 되고자 하는 남녀(이하 '의도부모(意圖父母)'라 한다)의 생식세포(특히, 모(母)가 되고자 하는 여성의 난자)만이 아니라 자신들의 생식세포를 사용할 수 없는 사람을 위해 기증자가 되어주는 남녀의 생식세포(특히, 태어나는 아이의 모가 되고자 하지는 않으면서 타인의 부모됨에 도움을 주고자 하는 여성기증자의 난자)를 사용하는 일, 즉 생식세포의 기증·수증까지도 가능해졌다는 것이다.<sup>6)</sup> 실제로 난임의 원인 중 남성측 요인에는 무정자증이나 정자기형을 비롯한 정자 이상이 있고 여성측 요인에도 무배란이라는 난자 이상이 있는데, 이러한 경우 본인의 생식세포 사용이 사실상 불가능하여 타인으로부터 생식세포를 기증받아야만 배아 생성이 가능하다. 그러므로, ART는 이식될 배아 생성에 사용된 생식세포가 누구의 것인지에 따라, 즉 부부의 생식세포가 사용된 배우자간 보조생식술(spousal ART)과 기증자의 생식세포가 사용된 비배우자간 보조생식술(non-spousal ART)로 구분되기도 한다[5].<sup>7)</sup> 더 나아가, 생성된 배아의 이식 대상에 태어나는 아이의 모가 되고자 하는 여성(이하 '의도모'라 한다) 외에 태어나는 아이의 모가 되고자 하지는 않으면서 타인의 부모됨에 도움을 주고자 하여 임신·출산을 대신 담당해주는 여성(이하 '대리모'라 한다)이 포함될 수 있게 되었다. 실제

로, 난임의 원인 중 여성측 요인에 자궁기형이나 자궁내막증 등 자궁 이상뿐만 아니라 질병으로 인한 치료적 제거도 있는데, 이러한 경우 본인이 임신·출산을 하는 것이 사실상 불가능하여 타인이 이를 대신해주는 것밖에 방법이 없다. 그러므로, 실제로 임신·출산을 담당하는 사람이 누구인지에 따라서도 ART가 구분될 수 있다.

배아 생성에 누구의 생식세포가 사용되었는지와 임신·출산을 누가 담당하는지에 따라 유형을 구분해보면 <Table 1>과 같다. 참고로, 이 논문에서 살펴보고자 하는 서울가정법원 결정에서의 사례는 유형5에 해당한다.

대리모가 임신·출산에 개입되는 경우의 유형은 의도부와 대리모의 직접적인 성적 결합 여부, 그리고 대리모의 난자가 사용되는지 여부에 따라 구분될 수 있다. 전통적인 방식의 대리모는 의도부와 직접적인 성적 결합을 통해 임신에 이르는 것이었다. 그러므로 대리모의 난자가 사용될 수밖에 없었다. 반면, 현대적인 방식의 대리모는 ART의 발전에 힘입어 의도부와 직접적인 성적 결합이 없이도 - 의도부(경우에 따라서는 남성기증자)의 정자만을 대리모의 자궁 내로 주입해 주거나, 아니면 이를 사용하여 체외에서 생성된 배아를 대리모의 자궁에 이식하는 절차만으로 - 임신에 이를 수 있게 되었다는 점에서 전통적인 방식의 대리모와 차이가 있다. 따라서 대리모의 난자가 사용될 수 있지만 그렇지 않을 수도 있다.

어떤 방식으로든 대리모의 난자가 사용되는 경우에 있어서는, 결과적으로 태어나는 아이는 대리모와 임신·출산이라는 과정과 관련한 생물학

5) 참고로, 자궁내정자주입술의 경우 2013년에는 38,903건, 2012년에는 42,147건, 2011년도에는 41,217건 시술되었고, 시험관아기시술을 비롯한 체외수정시술의 경우 2013년에는 53,987건, 2012년도에는 48,237건, 2011년도에는 45,226건 시술되었다.

6) 난자 기증·수증은 합법적인 것으로서 이를 위한 동의 획득과 난자 기증자 보호를 위한 조치 관련 규정이 법에 마련되어 있다(「생명윤리 및 안전에 관한 법률」 제24조 및 제27조, 동법 시행령 제11조, 동법 시행규칙 제20조, 제23조, 제23조의2, 제24조).

7) 보건복지부가 발표한 「2014년도 배아보관 및 제공 현황 조사 결과」에 따르면, 2014년에 시행된 총 46,143건의 자궁내정자주입술 중 31예가 비배우자의 정자를 사용한 경우였고, 2014년에 시행된 총 62,722건의 체외수정시술 중 425예는 비배우자의 난자를 사용한 경우, 597예는 비배우자의 정자를 사용한 경우, 1예는 비배우자의 난자와 정자 모두를 사용한 경우였다.

<Table 1> 보조생식술(assisted reproductive technology, ART) 유형 구분

유형	배아 (유전적 연관성)		임신·출산 (생물학적 연관성)	비고
	정자	난자		
1	의도부	의도모	의도모	배우자간 ART
2	의도부	기증자	의도모	비배우자간 ART
3	기증자	의도모	의도모	비배우자간 ART
4	기증자	기증자	의도모	비배우자간 ART
5	의도부	의도모	대리모	배우자간 ART
6	의도부	대리모	대리모	비배우자간 ART
7	의도부	기증자	대리모	비배우자간 ART
8	기증자	의도모	대리모	비배우자간 ART
9	기증자	대리모	대리모	비배우자간 ART
10	기증자	기증자	대리모	비배우자간 ART

적 연관성뿐만 아니라 유전적 연관성까지도 갖게 되지만 의도모와는 이러한 연관성을 전혀 갖게 되지 않는다. 이러한 방식의 임신·출산 대리 부분 대리(partial surrogacy) 또는 유전 대리(genetic surrogacy)라 한다. 반면, 현대적인 방식에 있어 대리모의 난자가 사용되지 않고 의도모(경우에 따라서는 여성기증자)의 난자가 사용되는 경우에 있어서는, 결과적으로 태어나는 아이는 대리모와 임신·출산이라는 과정과 관련한 생물학적 연관성만을 갖게 되고, 유전적 연관성은 배아 생성에 자신의 난자를 제공한 의도모(또는 여성기증자)와 갖게 된다. 이러한 방식의 임신·출산 대리를 완전 대리(full surrogacy) 또는 자궁 대리(gestational surrogacy)라 한다. 특히, 배아 생성에 의도부모의 생식세포가 모두 사용된 경우라면 아이가 의도부모 모두와 유전적인 연관성을 갖게 되므로, 결과적으로는 ART와 무관하게 자연적인 방법으로 임신·출산된 아이가 자신의 부모 모두와 유전적인 연관성을 갖게 되는 것과 다를 바가

전혀 없다.

이렇듯 대리모 개입 임신·출산의 유형은 체외 수정기술이 가능해진 시점부터 ‘의도부와 직접적인 성적 결합 없이, 그리고 자신의 난자를 사용하지 않고, 단지 임신·출산의 과정만을 대리모가 대신해줄 수 있는 방식’으로까지 다양해졌다. 그리고 다양해진 유형만큼이나 태어나는 아이가 누구와 유전적인 연관성을 갖는지도 각기 다르므로, 이에 따라 윤리적 법적 쟁점이 될 만한 부분도 차이를 보일 수 있다.

대리모가 임신·출산을 담당해주는 경우에 있어 의도부와 직접적인 성적 결합이 있는지 여부와 배아 생성에 누구의 생식세포가 사용되었는지에 따라 유형을 구분해보면 <Table 2>와 같다. 참고로, 이 논문에서 살펴보고자 하는 서울가정법원 결정에서의 사례는 유형2에 해당한다.

<Table 2> 대리모 유형 구분

유형	의도부와의 직접적인 성적 결합	배아 (유전적 연관성)		비고
		정자	난자	
1	있음	의도부	의도모	전통적 대리
2	없음	의도부	의도모	완전/자궁 대리
3	없음	의도부	대리모	부분/유전 대리
4	없음	의도부	기증자	완전/자궁 대리
5	없음	기증자	의도모	완전/자궁 대리
6	없음	기증자	대리모	부분/유전 대리
7	없음	기증자	기증자	완전/자궁 대리

**3. 대리모 개입 임신 · 출산의 윤리적 법적 문제에 대한 논의의 필요성: 완전대리모/자궁대리모가 개입된 배우자간 보조생식술에서 법적 부모 결정 문제를 중심으로**

외국에서 유명 연예인들이나 운동선수가 대리모를 통해 자녀를 얻은 사실이 이미 여러 차례 기사를 통해 보도된 바 있다. 실제로 일부 국가들에서는 대리모에 의한 임신 · 출산이 아예 합법화 되어 있기도 하지만 그렇지 않은 국가들도 있다[6-10].<sup>8)</sup> 대리모에 의한 임신 · 출산이 불법인

국가들에서는 의도부모와 대리모가 합의를 이루어 모든 일이 아무 문제 없이 진행되더라도 임신 · 출산에 대리모가 개입된 것 자체만으로 윤리적 법적 문제가 제기될 수 있다[11].<sup>9)</sup> 대리모에 의한 임신 · 출산이 합법인 국가에서라도 의도부모와 대리모가 태어난 아이를 서로 키우겠다고 하거나 반대로 서로 키우지 않겠다고 하거나 [12],<sup>10)</sup> 비정상적으로/비일반적으로 많은 아이가 임신 · 출산되도록 하여 의도부모의 진정성이 의심되는 경우[13,14]<sup>11)</sup> 윤리적 법적 문제가 발생할 수밖에 없다.

8) 이스라엘에서는 법률혼관계에 있는 부부와 미혼의 대리모 간의 자유로운 합의와 대리모 및 아이의 건강이나 권리에 위험이 없다는 전제하에 법에 의해 존재하는 위원회의 승인을 받으면 대리모계약이 허용된다. 그리스에서도 의학적으로 임신이 불가능한 여성이 임신에 적합한 상태인 여성에게 임신 · 출산의 대리를 의뢰하는 경우로서 이에 대한 당사자들의 서면 합의하에 법원의 허가를 받으면 대리모계약이 허용된다. 반면, 독일에서는 대리모계약을 원칙적으로 금지하고 있으면서 의뢰자나 대리모가 아닌 시술자를 처벌하는 규정을 두고 있으며, 프랑스에서도 대리모계약을 무효로 하고 있다. 그러나 영국에서는 영리목적의 대리모계약만 금지할 뿐 비영리목적인 경우에 대해서는 처벌하지 않고 있으며, 미국의 경우 임신 전에 법원의 승인을 얻은 대리모 계약을 유효로 보거나 아니면 대리모계약을 아예 무효로 보는 기준 중 하나를 각 주가 선택할 수 있도록 되어 있다. 호주에서는 대리모계약이 무효이지만 일부 주에서는 비상업적 대리모가 허용되기도 하고 있으며, 태국에서는 상업적 대리모가 금지되어 있지만 결혼한 지 3년 이상 된 부부로서 그 중 한 사람이 태국 국적자이고 의뢰자 여성의 자매가 대리모가 되어주는 경우에 한해서 허용되고 있고, 베트남에서도 상업적 대리모가 금지되어 있지만 부부에게 친자가 없고 권한 있는 의료기관이 의뢰자 여성이 난임임을 확인한 상태에서 의뢰부부의 친척이면서 자녀 출산 경험이 있는 여성이 대리모가 되어주는 경우에 한해서 의뢰부부와 대리모 모두가 의료적·법리적·심리적 자문을 받는 것을 전제로 허용되고 있다.

9) 한국인 부부 2쌍이 2015년부터 대리모를 금지하고 있는 네팔에서 불법 원정 대리모 출산을 했다가 적발된 경우가 있었다.

10) ‘가미 사건’으로 알려진 태국의 대리모 사건은 호주인 부부를 위해 태국인 대리모가 돈을 받고 쌍둥이를 임신 · 출산했으나 그 중 건강한 아이만 데려가고 다운증후군을 가지고 태어난 아이는 데려가지 않은 사례이다. 이 사례에서 호주인 부부는 임신기간 중 이루어진 검사 결과 한 아이가 정상인 아닌 것을 알고 대리모에게 낙태를 요구했으나 대리모가 종교적인 이유로 낙태를 거부하고 출산한 것으로 드러났다. 참고로 이 사건 이후 태국에서 상업적 대리모 금지법이 통과되었다.

우리나라에서는 ART의 의학적 실재를 담당하고 있는 전문가들의 집단이라고 할 수 있는 대한산부인과학회가 앞서 살펴본 대리모 개입 임신·출산의 여러 가지 유형 중 이 사례에서와 같이 의도부모의 생식세포를 통해 생성된 배아를 이식하여 대리모가 임신·출산만을 대신해주는 경우에 대해서는 윤리적으로 허용 가능하다고 판단하고 있다. 이에 이러한 방식에 대한 세부적인 기준을 <보조생식술 윤리지침>에 명확히 제시하여 이에 따라 시술을 해오고 있다.<sup>12)</sup> 하지만 우리나라의 사회문화적인 분위기는 부모자관계에 있어서의 유전적 연관성과 혈통에 의한 가계계승을 매우 중요시하고 기혼자라면 임신·출산을 통해 자녀를 두는 것이 당연하다고 여기는 경우가 상당한 반면,<sup>13)</sup> 이러한 방식의 대리모 임신·출산이 명확하게 불법으로 규정되어 있지는 않지만 학계의 연구에 따른 다수의 입장이 대리모계약이 여성을 도구화하거나 태어나는 아이를 거래의 대상으로 하는 것이기에 ‘선량한 풍속 기타 사회질서에 어긋난다’는 이유로 무효라고 보는 것인 데다가[15-17], 사회문화적으로도 아직까지는 완전히 받아들여지고 있지는 않다. 이에 이러한 유형의 대리모 임신·출산이 암암리에 이루어지고 있음에도 불구하고 실제로 얼마나 이루어지고 있는지는 정확히 확인되지 않고 있다[18].<sup>14)</sup> 물론, 최

근에는 대리모계약을 금지하는 규정이 존재하지 않을 뿐만 아니라 이를 선량한 풍속 기타 사회질서에 어긋나는 행위로 볼 이유가 없으니 유효라고 보는 입장 외에, 대리모계약이 금전거래 없이 비상업적으로 이루어지는 경우를 그렇지 않은 경우와 구분하여 제한적으로나마 인정해줄 수 있어야 한다는 입장까지도 나타나고 있기는 하다[19-21].

이러한 상황에서 최근, 의도부모의 생식세포를 통해 생성된 배아를 대리모에게 이식하여 태어난 아이의 출생신고 시 제출된 출생신고서에는 모가 되기를 의도한 여성(의도모)의 인적사항이 기재되어 있는 반면 출생증명서에는 임신·출산을 대신 담당한 여성(대리모)의 인적사항이 기재되어 있어 서로 일치되지 않는다는 이유로 출생신고가 불수리처분된 사례에 대한 서울가정법원의 결정이 나왔다. 임신·출산의 대리행위와 관련하여 그간 우리나라에서 발생한 법적 분쟁 사례는 부(父)가 되고자 한 남성과 대리모가 직접적인 성적 결합을 통해 임신·출산한 경우이기에 대리모가 태어난 아이와 유전적 연관성을 가지므로 대리모가 임신·출산만을 대신해주기에 태어난 아이와 유전적 연관성을 가지지 않는 이 결정에서의 사례와 차이가 있거나,<sup>15)</sup> 아니면 대리모 임신·출산 자체가 직접적인 쟁점이 된 사건이 아니라 사

11) 일본 남성이 캄보디아와 태국에서 대리모를 고용해 10여 명의 아이가 한꺼번에 태어나게 한 사례도 있었다. 또한 미국-스페인 게이부부의 의뢰를 받아 이들 중 1명의 정자와 기증자의 난자를 사용하여 아이를 낳은 태국인 대리모가 의뢰인들이 동성커플인지 몰랐다고 주장하며 아이를 넘겨줄 수 없다고 하여 양육권을 둘러싼 문제가 법적 분쟁으로까지 이어진 사례도 있었다.

12) 참고로, 대한의사협회의 개정 전 <의사윤리지침>에는 금전거래가 관계되는 임신·출산 대리를 인정하지 않으므로 이러한 경우 대리모에게 시술을 시행해서는 안 된다는 내용이 있었으나 현재의 <의사윤리지침>에는 이러한 내용이 삭제되어 있다.

13) ‘엄마야 누나야’(2001년, MBC), ‘천만번 사랑해’(2009년, SBS), ‘빠꾸기 동지’(2014, KBS), ‘나도 엄마야’(2018, SBS) 등 대리모 개입 임신·출산이 주요 소재로 등장한 우리나라 드라마의 내용을 통해서 이러한 사회문화적인 분위기를 간접적으로나마 확인할 수 있다.

14) 대리모 관련 법규정이 없어 정확한 통계수치가 확인되지 않고 있다. 2015년에 국회 보건복지위원회 소속 김재원 의원이 보건복지부로부터 제출받은 ‘대리모 대리부 불법 사이트 적발현황’에 따르면, 대리모 및 대리부 알선 사이트 적발 건수가 2013년 62건에서 2014년 90건으로 45.2%가 늘어난 것으로 확인되었다. 이런 사이트 적발 건수가 늘어난 것만으로 임신·출산에 대리모가 개입되는 경우가 많다고 단정할 수는 없으나 대리모를 찾는 수요가 있기에 이런 사이트가 활성화되는 것이 아닌가 생각할 수는 있을 것으로 보인다.

15) 서울가정법원 2009년 4월 10일자 2009브16 결정의 경우, 부부에게 자녀가 생기지 않자 대리모를 통해 아이를 얻고자 가장이혼을 한 후 남편이 베트남 여성과 결혼하여 두 딸을 낳은 후 이 베트남 여성과 이혼하고 전처와 함께 아이들을 양육하는 상황에서,

건의 주요 쟁점과 관련한 사실관계 파악 중 대리모 문제가 일종의 영향 요소로서 연관되어 있는 것으로 확인된 경우일 뿐이다.<sup>16)</sup> 이 결정에서의 사례처럼 대리모가 개입되는 임신·출산에 있어 의도부모에게 가장 중요한 것은 자신들이 대리모에게서 태어나는 아이와 법적으로 부모자관계를 문제 없이 형성하는 일일 것이다. 이에 이 논문에서는 이러한 최근 서울가정법원 결정 관련 사례의 사실관계와 결정의 주요 내용을 살펴보고, 특히 이 결정에서의 사례에서와 동일한 방식으로 태어난 아이의 법적 부모 결정 문제에 대한 외국의 법과 판례와 더불어 우리나라에서의 관련 학문적 논의나 입법 시도 사례를 검토해보고자 한다. 이를 통해 대리모 개입 임신·출산의 윤리적 법적 측면, 특히 의도부모와 아이의 법적 부모자관계 형성과 관련된 문제에 대한 향후 대응방안을 모색해보고자 하였다.

## II. 서울가정법원 2018브15 결정 관련 사례의 사실관계와 결정의 주요 내용

### 1. 사실관계

당사자인 남녀는 2006년 8월 22일에 혼인신고를 마친 법률상 부부이다. 그러나, 이 부부는 자연적인 방법으로 임신하고 임신 상태를 유지하는 일이 어렵게 되어 대리모를 통해 자녀를 얻기로 하였다. 이 부부의 경우 자신들의 생식세포를 배아 생성에 사용할 수는 있었기에 배아 생성에는 자신들의 생식세포를 이용하고 임신·출산만을

대리모가 대신해주는 방식을 선택하였다. 이에 이 부부는 2016년 7월 26일에 한 병원에서 자신들의 생식세포를 통해 생성된 배아를 대리모에게 착상시켰다. 이 대리모는 2017년 3월 26일에 미국 로스엔젤레스의 한 병원에서 아이를 낳았다. 이 병원에서 발행한 출생증명서에는 대리모가 태어난 아이의 모로 기재되었다. 그러나 부부의 생식세포를 통해 생성된 배아가 임신에 사용되었으므로, 유전자검사를 실시한 결과 태어난 아이는 이 부부와 친자관계가 성립한다는 결론이 도출되었다.

이후 이 부부는 태어난 아이에 대해 2017년 12월 22일에 서울특별시 종로구청에서 출생신고를 하면서 출생신고서에 부부 중 남편을 아이의 부로, 아내를 아이의 모로 기재하였다. 그러나 해당 구청의 가족관계등록공무원은 이 부부가 작성하여 제출한 출생신고서에 기재된 모의 인적사항은 대리모에게 임신·출산을 의뢰한 여성이자 대리모에게 착상된 배아의 생성을 위해 사용된 난자를 제공한 여성의 것인 반면, 함께 제출된 출생증명서에 기재된 모의 인적사항은 실제로 임신·출산을 담당한 대리모의 것이기에 서로 일치하지 않는다는 이유로 출생신고 수리를 거부하고 2017년 12월 26일에 불수리처분을 하였다.

당사자인 부부가 해당 구청장을 상대로 출생신고 불수리처분에 대한 불복신청을 하였으나, 이 사안에 대한 제1심을 담당한 법원은 신청각하결정<sup>17)</sup>을 하였다. 그러나 당사자인 부부는 「가족관계의 등록 등에 관한 법률(이하 '가족관계등록법'이라 한다)」이 정한 비<sup>18)</sup>에 따라 출생신고 시 출

이 베트남 여성은 아이들에 대한 면접교섭권의 행사를 주장하는 반면 이 부부는 대리모 약정이 있었다는 이유로 이를 거부하는 상황과 관계되는 것이다. 또한 대구지방법원 1991년 9월 17일 선고 91가합8269 판결의 경우, 본처와의 사이에 딸만 셋을 두고 있는데 아들을 원하는 남성이 아들 출산 시 경제적 대가를 지급해주기로 하고 다른 여성과 동거생활을 시작하여 실제로 아들이 태어났으나 이 여성에게 약속한 대가를 지급해주지 않아 문제가 된 경우이다.

16) 서울가정법원 1996년 11월 20일 선고 95드89617 판결의 경우, 남매 부부 중 누나에게 난임 원인이 있어 아이를 낳을 수 없는 상황이기에 남동생의 부인이 난자를 제공하여 누나의 남편의 정자와 수정시킨 배아를 이용해서 남동생의 부인이 임신을 하여 조카를 낳아주었는데 결국 두 부부 모두 이 일과 관련하여 갈등이 깊어져 이혼에 이르게 된 상황과 관계되는 것이다.

생신고서를 작성하고 출생증명서를 첨부하여 제출했다는 점, 자신들이 자녀를 얻기 위해 대리모의 도움을 받은 것은 영리 목적의 대리모계약에 기반한 것이 아니었다는 점, 자신들의 생식세포를 사용하여 생성된 배아를 가지고 대리모가 임신·출산만을 대신해주는 경우가 법률상 금지된 것이 아니라는 점을 이유로 제1심을 담당한 법원의 결정이 부당하다고 주장하며 항고하였다.

그러나 제1심 결정에 대해 당사자인 부부가 신청한 항고심을 담당한 법원은 3가지 이유 - (1) 우리 「민법」상 부모를 결정하는 기준이 그대로 유지되어야 한다. (2) 출생신고서상 모의 정보와 출생증명서상 모의 정보가 일치하지 않는 경우에는 출생신고가 수리되어서는 안 된다. (3) 대리모가 우리 법령의 해석상 허용되지 않고, 대리모계약이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 것으로 「민법」 제103조에 의해 무효이다. - 를 들며 제1심 결정이 정당하기에 항고 이유가 없다고 보아 기각 결정을 하였다.

## 2. 항고심 기각 결정의 3가지 이유에 대한 법원 판단의 주요 내용

첫 번째 이유는, 우리 「민법」상 부모를 결정하는 기준이 그대로 유지되어야 하기 때문이라는 것이다. 이와 관련한 법원의 구체적인 판단 내용은 다음과 같다.

민법상 부자관계(父子關係)와 관련하여, 처가 혼인 중에 포태(胞胎)한 자는 친생자로 법률상 추정(제844조)되고, 친생부인의 소를 통하여서만 친생자관계를 깨뜨릴 수 있으며, 혼인 외의 출생자는 생부가 인지할 수 있다(제855조 제1항). 그러나 모자관계(母子關係)는 친생자로 추정하거나 그 친생자관계를 부인하는 명시적인 규정이 없고, 다만 혼인 외의 출생자에 대하여 생모가 인지할 수 있으나(제855조 제1항), 그 인지는 기아(棄兒) 등 모자관계가 불분명한 특수한 경우에 한하여 허용되고, 그 인지청구의 법적 성질도 생부에 의한 인지청구(형성소송)와는 달리 ‘확인소송’에 해당하며, 일반적인 혼인 외의 출생자와 생모 사이에는 생모의 인지가 없어도 ‘출산’으로 당연히 법

17) 서울가정법원 2018.2.14.자 2018호기13 결정. 참고로, ‘각하’는 ‘심사청구사항이 아닌 것에 대해 심사청구가 이루어지거나, 청구인 적격이 없는 자나 청구인이 될 수 없는 자가 심사청구를 하거나, 심사청구가 기간이 경과하여 제기되거나, 심사청구의 기재사항이 불비하거나 기타의 사유로 부적법하여 그 보정을 명하였음에도 소정의 기간 내에 보정하지 않는 등 심사청구의 제기가 적법하지 아니하여 심사청구를 심리하지 않기로 결정하는 것’을 말한다.

18) 제44조(출생신고의 기재사항)

② 신고서에는 다음 사항을 기재하여야 한다.

1. 자녀의 성명·본·성별 및 등록기준지
2. 자녀의 혼인 중 또는 혼인 외의 출생자의 구별
3. 출생의 연월일시 및 장소
4. 부모의 성명·본·등록기준지 및 주민등록번호(부 또는 모가 외국인인 때에는 그 성명·출생연월일·국적 및 외국인등록번호)
5. 민법 제781조 제1항 단서에 따른 협의가 있는 경우 그 사실
6. 자녀가 복수국적자인 경우 그 사실 및 취득한 외국 국적

④ 출생신고서에는 의사나 조산사가 작성한 출생증명서를 첨부하여야 한다. 다만 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 서면을 첨부하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 분만에 직접 참여한 자가 모의 출산사실을 증명할 수 있는 자료 등을 첨부하여 작성한 출생사실을 증명하는 서면
2. 국내 또는 외국의 권한 있는 기관에서 발행한 출생사실을 증명하는 서면

⑤ 제4항 단서에 따라 첨부하는 서면에 관한 구체적인 사항은 대법원규칙으로 정한다.

를상 친족관계가 생긴다고 해석하는 것이 일관된 판례(대법원 1967. 10. 4. 선고 67다1791 판결 등 참조)이다. 즉, 우리 민법상 부모를 결정하는 기준은 ‘모의 출산’이라는 자연적 사실이라고 할 것이다. 이에 대하여 인공수정 등 과학기술의 발전에 맞추어, 법률상 부모를 ‘출산’이라는 자연적 사실이 아니라 유전적인 공통성 또는 수정체의 제공자와 출산모의 의사를 기준으로 결정하여야 한다는 의견이 있을 수 있다. 그러나 ‘출산’이라는 자연적 사실은 다른 기준에 비해 그 판단이 분명하고 쉬운 점, 모자관계는 단순히 법률관계에 그치는 것이 아니라, 수정, 약 40주의 임신기간, 출산의 고통과 수유 등 오랜 시간을 거쳐 형성된 정서적인 부분이 포함되어 있고, 그러한 정서적인 유대관계 역시 ‘모성’으로서 법률상 보호받는 것이 타당한 점, 그런데 유전적 공통성 또는 관계인들의 의사를 기준으로 부모를 결정할 경우 이러한 모성이 보호받지 못하게 되고, 이는 결과적으로 출생자의 복리에도 반할 수 있는 점, 또한 유전적인 공통성 또는 수정체의 제공자를 부모로 볼 경우 여성이 출산에만 봉사하게 되거나 형성된 모성을 역제하여야 하는 결과를 초래할 수 있고, 그러한 결과는 우리 사회의 가치와 정서에도 맞지 않는 점, 정자나 난자를 제공한 사람은 민법상 ‘입양’, 특히 친양자 입양을 통하여 출생자의 친생부모와 같은 지위를 가질 수 있는 점 등에 비추어 보면, 우리 민법상 부모를 결정하는 기준은 그대로 유지되어야 한다고 판단된다.

두 번째 이유는, 출생신고서상 모의 정보와 출생증명서상 모의 정보가 일치하지 않는 경우에는 출생신고가 수리되어서는 안 되기 때문이라는 것이다. 이와 관련한 법원의 구체적인 판단 내용은

다음과 같다.

가족관계등록법에 의하면, 출생신고서에는 모의 성명, 본, 등록기준지 및 주민등록번호를 기재하여야 하고(법 제44조 제2항 제4호), 의사나 조산사가 작성한 출생증명서 또는 분만에 직접 참여한 자가 ‘모의 출산사실’을 증명할 수 있는 자료를 첨부하여 작성한 서면을 첨부하여야 하며(법 제44조 제4항), 만일 출생증명서 등을 첨부할 수 없을 때에는 가정법원의 출생 확인을 받아야 한다(법 제44조의2 제1항). 또한 가족관계등록규칙에 의하면, 출생증명서에는 출생의 연월일 및 장소, 모의 성명과 출생연월일을 기재하여야 하고(규칙 제38조 제2호, 제4호), 분만에 직접 참여한 자가 작성하는 서면에는 ‘모의 출산사실’을 증명할 수 있는 자료 등으로서 모 또는 자의 진료기록 사본 등 모의 임신사실 및 자의 출생사실을 증명할 수 있는 자료를 첨부하여야 한다(규칙 제38조의2). 나아가 혼인 외의 출생자에 대한 출생신고는 ‘모’가 하여야 한다(법 제46조 제2항). 위와 같은 출생신고에 관한 가족관계등록 법령의 문언이나 그 취지를 고려할 때에 출생신고서 및 출생증명서에 ‘모의 성명 및 출생연월일’을 기재하게 한 것은 우리 민법상 모자 관계를 결정하는 기준인 ‘모의 출산사실’을 출생신고에 의하여 확인하고, 출산에 의하여 자연적으로 형성된 모자관계를 법률적으로도 일치시키기 위한 조치이므로, 출생신고서에 기재된 모의 인적사항과 출생증명서에 기재된 모의 인적사항은 동일하여야 하고, 만일 그것이 일치하지 않을 때에는 출생신고서를 수리하여서는 아니 된다. 이 사건 기록에 의하면, 사건본인의 출생신고서에 기재된 모(신청외 1)의 인적사항과 출생증명서에 기재된 모(신청외 2)의 인적사

항이 일치하지 아니한 사실이 인정되므로, 서울특별시 종로구청 가족관계등록공무원이 신청인의 출생신고를 수리하지 아니한 처분은 적법하고, 그에 대한 불복신청을 각하한 제1심 결정에는 법령을 위반한 잘못이 없다.

세 번째 이유는, 대리모가 우리 법령의 해석상 허용되지 않고, 대리모계약이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 것으로 「민법」 제103조에 의해 무효이기 때문이라는 것이다. 이와 관련한 법원의 구체적인 판단 내용은 다음과 같다.

우리 민법상 모자관계의 결정 기준이 ‘모의 출산사실’인 점, 가족관계등록법상 출생신고를 할 때에는 출생신고서에 첨부하는 출생증명서 등에 의하여 모의 출산사실을 증명하여야 하는 점, 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것을 방지함으로써 생명윤리와 안전을 확보하고 국민의 건강과 삶의 질 향상에 이바지하고자 하는 생명윤리 및 안전에 관한 법률의 입법 목적 등을 종합하여 볼 때, 남편이 배우자 아닌 여성과의 성관계를 통하여 임신을 유발시키고 자녀를 낳게 하는 고전적인 대리모의 경우 뿐만 아니라, 본진과 같이 부부의 정자와 난자로 만든 수정체를 다른 여성의 자궁에 착상시킨 후 출산케 하는 이른바 ‘자궁(출산)대리모’도 우리 법령의 해석상 허용되지 아니한다고 할 것이고, 이러한 대리모를 통한 출산을 내용으로 하는 계약은 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 것으로서 민법 제103조에 의하여 무효라고 할 것이다.

### III. 서울가정법원 2018브15 결정의 주요 내용에 대한 분석과 비판

#### 1. 법적 부모자관계 형성 관련 현행 「민법」상 규정 이 현실 상황의 변화를 반영하고 있지 못한 문제

우리나라 「민법」은 혼인관계에 있는 부부가 존재하고, 이 중 아내가 임신을 하면 이 아이가 남편의 친생자로 법률상 추정되도록 되어 있으며(법 제844조 제1항), 이러한 부자관계에서의 친생자 추정의 번복은 친생부인의 소만으로도 가능하게 되어 있다(법 제846조 및 제847조). 그리고 만약 혼인관계에 있는 부부가 전제되지 않은 상태에서 아이가 태어나면 생부가 아이를 자신의 친생자로 인지할 수 있도록 되어 있다(제855조). 즉, 부자관계의 법적 형성은 아이를 임신한 여성과 법률혼관계에 있는 남편인지 여부 또는 아이의 생부임을 입증할 수 있는 증거를 가지고 있는지 여부에 따르도록 되어 있다. 반면, 임신·출산이라는 사실의 존재 자체가 모자관계의 법적 형성에 대한 부정할 수 없는 당연한 근거라고 할 수 있다는 이유로 우리나라 「민법」은 모자관계의 법적 형성에 대해서는 별도의 규정을 두고 있지 않을 뿐만 아니라 모자관계에서의 친생자 추정이나 친생부인의 소에 관한 규정도 두고 있지 않다. 또한 혼인관계에 있는 부부가 전제되지 않은 상태에서 아이가 태어나더라도 아이를 임신·출산한 여성은 인지 절차 없이 모자관계의 법적 형성이 가능하다.

이러한 「민법」상의 기준을 이번 사례에 적용해보면, 임신·출산을 담당한 대리모가 당연히 아이의 법적 모가 되고, 이 대리모와 법률상 혼인관계에 있는 남편이 있다면 이 사람이 아이의 법적 부가 된다. 하지만 대리모의 남편은 아이와 아무런 유전적 관계가 없을 뿐만 아니라 이 아이의

부가 되고자 의도한 바도 없을 것이므로 친생부인의 소를 제기하여 법적으로 형성되는 부자관계를 해소할 수 있고, 반면 당사자인 부부 중 남편의 경우 아이의 임신을 위해 사용된 배아의 생성에 있어 자신의 정자가 사용되었기에 아이와의 유전적 관계가 있음을 내세워 아이를 자신의 친생자로 인지할 수 있다. 다만, 당사자인 부부 중 아내의 경우에도 아이의 임신을 위해 사용된 배아의 생성에 있어 자신의 난자가 사용되었기에 아이와의 유전적 관계가 있음을 입증할 수 있음에도 불구하고, 모자관계의 법적 형성과 관련한 인지는 ‘기아(棄兒) 등 모자관계가 불분명한 특수한 경우에 한하여 허용되는 것’이고 그 성격도 형성소송이 아니라 ‘확인소송’이므로 다름이 있을 뿐만 아니라 가능한지 자체가 의문이다.

이러한 복잡함이 발생하는 이유는 「민법」상의 기준이 난임과 ART에 관한 사회적 의학적 측면에서의 현실, 특히 체외수정기술로 인한 변화라고 할 수 있는 생식세포 기증·수증 및 임신·출산 대리의 가능화와 실제적용이라는 변화를 전혀 반영하지 못한 탓이다. 물론, 항고심을 담당한 법원도 ‘과학기술의 발전에 맞추어’ 부모자관계 결정에 ‘유전적인 공통성’이나 ‘수정체(배아를 의미함)의 제공자(배아 생성을 위해 정자와 난자를 제공하고 부모가 되고자 의도한 사람을 말함)와 출산모(대리모를 의미함)의 의사’를 기준으로 해야 한다는 의견이 있을 수 있음을 언급하고는 있다. 그러나 그럼에도 불구하고, 임신·출산을 누가 했는지 그 자연적 사실에 대한 판단이 분명하고 쉽다는 이유를 들며 임신·출산을 담당한 여성이 대리모라고 하더라도 아이의 법적 모여야만 한다고 판단하였고, 임신부터 출산에 이르는 기간에 있어 이를 담당하는 대리모가 아이와 갖는 정서적인 유대관계를 이유로 그 모성이 반드시 보호되어야 하기에 대리모와 아이 사이의 법적

모자관계가 자동적으로 형성되어야 한다고 판단하였다. 그러나 이러한 법원의 판단에 대해 다음과 같은 의문이 제기된다.

첫째, 임신·출산을 누가 했는지 그 자연적 사실에 대한 판단만이 분명하고 쉬운가? 다른 분명하고 쉬운 방법은 전혀 없는가?

유전자검사 기술의 발전으로 아이가 태어난 이후 의도부모와 유전적 연관성을 갖는다는 점을 확인하는 일은 임신·출산을 누가 했는지 그 자연적 사실에 대한 판단만큼이나 분명하고 쉬우며, 그에 앞서 임신에 이르는 절차가 병원에서 정식으로 진행되므로 누구의 정자와 난자를 통해 배아가 생성되었는지를 확인하여 아이와 의도부모의 유전적 연관성을 확인하는 일도 분명하고 쉽게 가능하다. 그리고, ART의 발전, 특히 체외수정기술의 발전과 실제로 이를 사용하는 일의 보편화, 자녀를 두는 일은 단지 임신·출산에서 끝나는 것이 아니라 이를 시작으로 하는 장기간의 양육에 대한 책임과 의무가 뒤따르는 것이고, 무엇보다 부모가 자녀와 함께 살아감을 전제로 하는 것이라는 점을 감안하면, 법적 부자관계 형성과 관련해서 아버지가 되고자 하는 자가(여성이 아니기에 생물학적 한계가 있는 터라) 비록 직접 임신·출산을 하지 못했음에도 불구하고 근거(유전적 연관성)가 있다면 아이를 친생자로 인지할 수 있는 것처럼, 법적 모자관계 형성과 관련해서도 어머니가 되고자 하는 자가(여성이지만 생물학적 한계가 있는 터라) 비록 직접 임신·출산을 하지 못했더라도 아이를 친생자로 인지할 수 있을 만한 근거(유전적 연관성)가 있을 수 있다는 점 역시 고려되어야 한다.

둘째, 대리모의 모성은 대리모가 임신·출산을 담당한다는 이유만으로 절대적으로 보호되어야 하는 것인가? 의도부모의 부성과 모성은 왜 고려되지 않는가?

생물학적으로 직접 임신·출산을 담당하는 대리모가 신체적으로 느끼는 바를, 이를 직접 담당하지 않는 의도모가 동일하게 경험한다고 하는 것은 불가능할 수 있다. 하지만 의도부모가 대리모를 통한 아이의 임신을 결심하고 준비하는 순간부터 아이가 출생에 이르기까지의 전 과정에서 아이에 대한 부모로서의 책임감을 경험할 수 있고 아이와도 간접적으로나마 나름의 정서적인 유대관계를 맺을 수 있으므로 이들의 부성과 모성 역시 보호되어야 할 필요가 있을 것이다.

참고로, 「민법」에 의하면 1년 이상 혼인 중인 부부의 한쪽이 그 배우자의 미성년자인 친생자를 친양자로 입양할 수 있고, 이를 위해서는 친양자를 입양하려는 사람이 가정법원에 친양자 입양을 청구하여야 한다(제908조의2 제1항). 그리고 친양자가 될 사람의 친생부모가 친양자 입양에 동의하였고 친양자가 될 사람이 승낙한 경우라면 가정법원이 이러한 청구를 받아들여지게 되어 있으며, 친양자가 될 사람의 복리를 위하여 그 양육상황, 친양자 입양의 동기, 양부모의 양육능력, 그 밖의 사정을 고려하여 친양자 입양이 적당하지 아니하다고 인정하는 경우에는 가정법원이 이러한 청구를 기각할 수 있게 되어 있다(제908조의2 제2항 및 제3항). 즉, 내가 임신·출산한 아이가 아니더라도, 더 나아가 나와 유전적 연관성이 전혀 없더라도 부모가 되기로 의도하는 사람으로서 그 아이의 양육에 대한 책임과 의무를 성실히 이행하고자 하고 이를 뒷받침해줄 수 있는 환경을 갖추고 있다면 그러한 사람의 부성과 모성도 인정하고 있는 것이다. 이는, 내가 임신·출산한 아이거나 나와 유전적 연관성이 있는 아이더라도 더 이상 그 아이의 부모로 존재하기를 원하지 않아 포기하는 사람의 부성이나 모성보다도 의도부모의 부성과 모성을 중요시하는 것이라고 볼 수 있다.

이는 입양의 경우에도 유사한데, 「입양특례법」에 의하면 아이를 부양하기에 충분한 재산이 있고, 아이의 종교의 자유를 인정하고 사회의 구성원으로서 그에 상응하는 교육을 할 수 있으며, 아동학대·가정폭력·성폭력·마약 등의 범죄나 알코올 등 약물중독의 경력이 없는 등의 조건에 맞는 사람으로서 입양기관이 하는 소정의 교육(교육내용에 입양의 요건·절차 및 효과 외에 자녀의 양육방법, 입양아동의 심리 및 정서에 관한 정보 등이 포함되어 있음)을 받은 사람은 입양을 통해 양친이 될 수 있다(법 제10조 및 법 시행규칙 제5조). 물론 입양을 통해 자녀를 두는 것은 이미 존재하는 아이를 대상으로 하는 것이므로 임신·출산을 통해 자녀를 두는 것과 당연히 차이가 있기는 하지만 내가 임신·출산한 아이가 아니고 그래서 나와 유전적 연관성이 전혀 없을 지라도 부모로서 그 아이의 양육에 대한 책임과 의무를 성실히 이행하고자 하는 의도가 있고 이를 뒷받침해줄 수 있는 환경이 조성되어 있다면 이러한 사람을 아이의 부모로 인정받을 수 있도록 함으로써 그 부성과 모성을 존중하는 것이다.

위의 두 가지 경우와 비교하여 판단해보면, 대리모의 생물학적 모성만큼이나 대리모에게 임신·출산을 부탁해서라도 태어나는 아이의 부모가 되고자 하는 의도부모의 사회적 부성과 모성도 반드시 고려되어야 한다. 또한, 본래적으로 대리모는, 더욱이 이 사례에서처럼 부모가 되고자 하는 이들의 생식세포를 통해 생성된 배아를 이식 받는 경우에는, 아이와의 법적 모자관계 형성을 원하는 것이 아닐 뿐만 아니라 의도부모가 아이와의 법적 부모자녀 형성을 원한다는 것을 알고 있는 상태에서, 그리고 아이의 출생 후 모로서 양육책임を負고자 하는 것도 아닐 뿐만 아니라 의도부모가 아이의 부모로서 양육책임을 질 것이라는 것을 기대하고 있는 상태에서, 단지 타인의 부모됨을 위해 오

로지 생물학적 과정으로서의 임신·출산만을 대신 담당해주는 것뿐이다. 따라서, 대리모와 아이의 법적 모자관계 형성을 당연시하는 것은 오히려 대리모에게 상당한 부담을 주는 일일 수 있으므로, 임신·출산 담당 여부가 보호받아야 하는 모성의 소유 유무의 판단에 있어 유일한 기준이 된다거나 이를 이유로 결과적으로 대리모와 아이가 법적 모자관계 형성을 강요당하는 것은 적절하지 않다.

셋째, 임신·출산을 누가 했는지 그 자연적 사실에 대한 판단이 분명하고 쉽다는 이유와 대리모의 모성 보호를 이유로 대리모에게서 태어난 아이는 일단은 대리모의 아이로 출생신고가 되어야 하고 그 이후 입양이라는 절차를 거쳐 의도부모의 아이로 법적 지위가 변경되어야만 하는가?

물론 지금으로서는 「민법」상의 기준에 따라 대리모가 자동적으로 아이의 법적 모가 될 수밖에 없으므로 친양자 입양만이 유일한 방법이라는 점이 이해가 되기는 하지만 본래적으로 대리모는 아이와의 법적 모자관계 형성을 원하는 것이 아니고 태어난 아이에 대해 모로서 법적으로 양육 책임을 지고자 하는 것도 아닌데도 자신이 아이의 모가 되는 출생신고를 해야 하는 부담을 가질 수 밖에 없다는 점과, 이러한 방법과 관련해서는 오히려 대리모의 아이로 출생신고가 된 후 대리모가 의도부모에 의한 아이 입양에 동의하지 않음으로써 발생할 수 있는 문제에 대한 고려가 필요하다. 더욱이, 아이가 일단 대리모의 아이로 출생신고가 된 후 의도부모가 아이를 대리모로부터 입양하는 방식이 결과적으로 의도부모에게 출생자의 친생부모와 같은 지위를 갖게 해주는 것이라면, 절차의 개선을 통해서든 새로운 법적 기준의 마련을 통해서든 같은 결과에 보다 문제 없이 이르게 해주는 것이 바람직하다. 법원이 대리모 계약의 효력을 인정하지 않는 입장을 취하고 있으면서 대리모가 자신이 임신·출산한 아이를 의

도부모에게 입양하는 일을 충분히 가능한 일이자 이러한 경우에 있어서의 해법인 것처럼 제시한다면, 결국 대리모계약의 효력을 인정하지 않는 일은 사실상 의미가 없을 것이다. 오히려, 대리모가 무조건 일단 아이와 법적 모자관계를 형성하게 되고 친양자 입양이라는 절차를 거쳐야만 의도부모와 아이가 부모자관계를 형성할 수밖에 없다는 점은, 의도부모로 하여금 대리모가 친양자 입양에 동의하지 않을 경우에 대해 우려하게 만들어 허위출생증명서를 통해 출생신고를 하는 불법적인 시도를 하게 만들 여지가 있다.

참고로, 「민법」상의 규정에 의하면 혼인관계가 종료된 날부터 300일 이내에 아이가 태어나면 이 아이는 종료된 혼인관계에서 임신한 것으로 추정되고, 생부(生父)는 이 아이와의 법적 부자관계 형성을 위해 가정법원에 이 아이에 대한 인지의 허가를 청구할 수 있도록 되어 있다(제844조 제3항 및 제855조의2 제1항). 이러한 청구가 있는 경우 가정법원은 혈액채취에 의한 혈액형 검사, 유전인자의 검사 등 과학적 방법에 따른 검사 결과 또는 장기간의 별거 등 그 밖의 사정을 고려하여 허가 여부를 정하게 되어 있으며, 가정법원 으로부터 인지의 허가를 받은 생부가 이 아이를 혼인 외의 자로 친생자출생의 신고를 하면 이 신고가 인지의 효력을 발생시킬 뿐만 아니라(「가족관계등록법」 제57조 제1항), 설령 아이를 임신·출산한 여성(아이의 생부의 전처)이 재혼을 하여 법률혼관계에 있는 남편이 있더라도 이러한 법률혼관계를 이유로 아이가 여성의 재혼남편의 아이로 추정되지 않도록 되어 있다(제855조의2 제3항). 결국 이는 법적 부자관계 형성에 있어 인지 허가 청구를 하도록 하는 것을 통해 생부에게 아이의 부가 되고자 하는 의지가 있는지와 부가 되고자 하는 자와 자(子) 사이에 유전적 연관성이 있는 것으로 과학적 방법을 통해 증명되는지를

기준으로 하고 있는 것이라고 볼 수 있다. 특히, 이러한 경우 아이를 임신·출산한 여성과 그 배우자에 의한 출생신고가 이루어진 후 다시금 생부가 별도의 절차를 거쳐 자신과 아이의 법적 부자관계를 형성하도록 되어 있지 않은 점을 참고할 만하다.

## 2. 출생신고 관련 현행 「가족관계등록법」상 규정이 현실 상황의 변화를 반영하고 있지 못한 「민법」을 기준으로 하고 있는 문제

출생신고에 대해 규정하고 있는 우리나라 「가족관계등록법」 역시 임신·출산이 이루어지는 전제조건을 혼인관계에 있는 부부가 전제되어 있는지 여부로만 구분하고 있을 뿐이라는 점은 「민법」과 다르지 않다. 따라서 혼인관계에 있는 부부 사이에서 아이가 태어난 경우 출생신고 의무는 아이의 부와 모가 모두 이행할 수 있도록 규정되어 있는 반면(법 제46조 제1항), 혼인관계에 있는 부부가 전제되지 않은 상태에서 아이가 태어난 경우 출생신고 의무는 아이의 모만이 이행할 수 있도록 규정되어 있다(법 제46조 제2항). 즉, 아이의 임신·출산을 담당한 여성이거나 그의 법률혼 배우자만이 아이에 대한 출생신고를 하여 그 부모가 될 수 있도록 되어 있는 것이다. 이는 앞서 살펴본 우리 「민법」상 부모를 결정하는 기준과 정확하게 동일한 기준이다. 그리고 출생신고 시에는 출생신고서를 작성한 후에 출생증명서를 첨부하여 제출하여야 하는 것으로 규정되어 있다. 먼저, 이 중 출생신고서에는 출생신고 대상이 되는 아이의 성명과 성별, 출생의 연월일시와 장소 등의 아이에 관한 정보 외에, 아이를 자신의 자녀로 출생신고를 하는 부모의 성명 등 부모에 대해 알 수 있는 정보를 기재하도록 되어 있다(법 제44조 제2항 4호). 다만, 출생

신고서상에 자녀가 ‘혼인 중 출생자’인지 ‘혼인 외의 출생자’인지를 구별하여 기재하도록 되어 있다(법 제44조 제1항 2호). 다음으로, 출생증명서는 기본적으로 의사나 조산사가 작성한 것을 말하는데, ‘분만에 직접 참여한 자가 모의 출산사실을 증명할 수 있는 자료 등을 첨부하여 작성한 출생사실을 증명하는 서면’이나 ‘국내 또는 외국의 권한 있는 기관에서 발행한 출생사실을 증명하는 서면’이 이를 대신할 수 있도록 허용되어 있다(법 제44조 제4항 1호 및 2호). 그리고 여기에서 말하는 ‘모의 출산사실을 증명할 수 있는 자료’는 ‘모의 진료 기록 사본이나 자의 진료기록 사본 또는 예방접종 증명서 등 모의 임신사실 및 자의 출생사실을 증명할 수 있는 자료’를 말하고, ‘국내 또는 외국의 권한 있는 기관에서 발행한 출생사실을 증명하는 서면’은 ‘통일부장관이 발행한 북한이탈주민 신원 사실관계 확인서’와 ‘외국 관공서 등에서 발행한 출생신고사실을 증명하는 서면’을 말하는 것으로 규정되어 있다(법 제44조 제5항, 「가족관계의 등록 등에 관한 규칙」 제38조의2 제1항 및 제2항).

이러한 「가족관계등록법」상의 기준을 이번 사례에 적용해보면, 아이를 자신의 자녀로 출생신고를 하고자 한 것은 당사자 부부이므로 출생신고서상 부모의 정보로는 당사자 부부의 성명 등이 적시된 반면, 당사자 부부가 출생신고서에 첨부하여 제출한 출생증명서는 아이가 태어난 미국 로스앤젤레스의 한 병원에서 발행한 것이기에 직접 임신·출산을 담당한 대리모가 아이를 낳은 것으로 기재되어 있었으므로, 출생신고를 위해 제출된 두 가지 서류상에 기재되어 있는 모의 정보 - 법적 모자관계 형성을 위하여 출생신고를 하는 모의 정보와, 법적 모자관계 형성에 있어 가장 중요하고도 유일한 근거라고 「민법」이 인정하고 있는 자연적 사실인 임신·출산이라는 생물학적 과정을 직접 담당한 모의 정보 - 는 각각의

도모의 정보와 대리모의 정보이므로 다른 것이었다. 법원의 구체적인 판단 내용에 명시되어 있듯이, 법원은 모의 정보가 기재되어 있는 출생신고서와 모의 정보가 포함되어 있는 출생증명서를 함께 제출하도록 하는 것이 「민법」이 인정하고 있는 법적 모자관계 형성의 근거인 모의 임신·출산 사실이 출생증명서를 통해 확인되고 이를 근거로 출생신고를 수리하여 출생등록이 이루어지도록 함에 있어서도 법적 모자관계가 일치되도록 하려는 취지를 담고 있는 조치라고 판단하였다. 따라서, 두 서류상의 모의 정보가 일치되지 않았다는 이유로 해당 구청에서 출생신고가 받아들여지지 않은 것이기에 적법했고, 이러한 출생신고 불수리처분에 대한 불복신청을 각하한 제1심 법원의 결정도 아무런 문제가 없었던 것으로 보인다.

태어난 아이가 우리나라 국민으로 등록되는 일이나 법적 부모자관계 형성이라는 효력의 발생과 관련한 행정적인 처리에 있어 다수의 문서가 제출되어야 하는 경우라면, 문서상 내용의 정합성은 당연히 매우 중요한 요소이다. 그러나 이 사례에서 문서상 내용의 정합성이 문제될 수 밖에 없

었던 점 역시 「가족관계등록법」도 「민법」과 마찬가지로 난임과 ART에 관한 사회적·의학적 측면에서의 현실, 특히 체외수정기술로 인한 변화라고 할 수 있는 생식세포 기증·수증 및 임신·출산 대리의 가능화와 실제적용이라는 변화를 전혀 반영하지 못하고 있기 때문이다. 그러나 상위법상에 정해져 있는 바에 기반하여 하위법상에 정해진 바에 따라 이루어지는 행정적인 처리의 기준을 상위법의 개정 없이 개선할 수는 없는 것이 현실이다. 그러므로 부모자관계 형성에 있어 「민법」상 부모를 결정하는 기준이 그대로 유지되어야 하기 때문이라는 법원 결정의 첫 번째 이유와 관련하여 앞서 제기한 문제점들이 난임과 ART의 현실을 반영하여 해결되어야만 행정적인 처리에 있어서의 문제점들도 순차적으로 해결될 수 있을 것이다.

### 3. 대리모 임신·출산에 대한 명확한 현행법 규정이 존재하지 않는 문제

대리모와 관련된 규정을 마련하기 위한 입법 시도가 우리나라에서도 몇 차례 있었지만,<sup>19)</sup> 「민

19) 2006년 4월 28일에 발의되었던 「체외수정 등에 관한 법률안(의안번호 4331)」은 대리출산을 포함한 체외수정이 늘어나고 있으나 입법에 있어서는 사각지대로 남아있어 관련 당사자들의 안전이 위협받고 있고 생명윤리와 가족윤리가 붕괴될 우려가 있다는 이유에서 제안된 것으로, 영리목적의 대리 임신·출산은 금지하되 의도부모와 대리모가 법에 정해진 기준과 조건에 맞는 경우라면 체외수정관리본부의 허가를 받는 등 법에 정해진 절차적 조건을 갖추고 대리 임신·출산을 할 수 있도록 하고 이를 통해 태어나는 아이는 의도부모의 혼인 중의 출생자로 간주하도록 하는 내용을 담고 있었다. 그리고 2006년 10월 19일에 발의되었던 「의료보조생식에 관한 법률안(의안번호 5175)」은 의료보조생식으로 태어난 아이의 복리를 위하여 그의 부모를 정하여 의료보조생식의 안정성과 투명성을 확보하여 건전한 가족문화 형성에 기여하겠다는 목적에서 제안된 것으로, 대리모계약은 무효이고 따라서 의료법인이나 의사가 대리모계약임을 알게 되면 의료보조생식 시술을 해서는 안 되지만 대리모계약 중 대리모 출산에 의한 의료비 등에 대해 실비보상 차원에서 지급하도록 하는 약정 부분은 일부 유효로 보는 내용을 담고 있었다. 이 두 법안은 제 17대 국회의원 임기만으로 폐기되었다. 2009년 6월 2일에 발의되었던 「생명윤리 및 안전에 관한 법률 일부개정법률안(의안번호 5000)」은 의학기술이 발달하면서 부부가 다른 여성의 대리 임신·출산을 통하여 유전적으로 연관이 있는 출생아를 얻을 가능성이 확대되어 친자관계, 친권 및 양육권, 출생아의 생명과 존엄성 등 복합적인 문제가 발생할 수 있으나 우리사회는 이에 관한 법적 사회적 윤리적 기준이 명확하게 정립되어 있지 않고 대리모행위를 규제하는 법적 근거가 없어 특히 여성인권이 침해될 위험이 높아 영리 목적으로 대리모를 알선하거나 유인하는 대리모중개행위를 금지하여 사회적 윤리적 안전성 측면에서 인간의 존엄과 생명을 보호하려는 이유에서 제안된 것으로, 금전 또는 재산상의 이익, 그 밖의 반대급부를 조건으로 자녀를 원하는 혼인 중인 부부에게 대리모를 연결시켜주거나 대리모계약체결의 기회를 알려주는 대리모중개행위를 금지하고 이를 처벌하는 내용과 대리모중개행위로 인한 대리모의 임신·출산을 위한 인공수태시술을 한 자도 처벌하는 내용을 담고 있었다. 그리고 2012년 2월 10일에 발의되었던 「보조생식에 관한 법률안(의안번호 14659)」은 난임으로 인한 보조생식 시술이 증가하고 있으나 관련 법률에서 대리모 문제와 같은 중요한 사항에 관하여 규정하지 않고 있어 가족관계의 혼란, 대리모 여성의 도구화 등 많은 사회적 문제들을 방치하고 있는 상황이기에 여성의 건강을 보호하려는 등의 목적에서 제안된 것으로, 대리모를 이용하는 행위 및 그에 대한 중개·알선행위를 금지하는 내용을 담고 있었다. 이 두 법안 역시 제18대 국회의원 임기만으로 폐기되었다.

법」을 비롯하여 그 어떤 법에도 아직까지 명시적인 규정이 존재하지는 않는다. 그럼에도 불구하고 학계의 연구에 따른 다수의 입장은, 대리모계약은 아이를 상품과 같이 매매하는 것이자 여성을 임신·출산을 위한 도구로 전락시키는 것이고 더욱이 금전거래가 개입되면 결국 여성을 상품화하는 것으로 ‘선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위’이기에, 이러한 법률행위가 무효임을 명확히 규정하고 있는 「민법」상의 규정에 근거하여 무효이고, 따라서 대리모가 임신·출산한 아이는 의도부모가 아니라 대리모와 법적(부)모자관계를 형성하게 되는 것으로 보고 있다. 항고심을 담당한 법원은 이러한 학계의 입장만을 고려하여 판단하였다. 뿐만 아니라 대리모가 개입되는 임신·출산은 그 형태와 관계 없이 생명윤리 및 안전에도 맞지 않는 일이라고 보았다. 그러나 이러한 법원의 판단에 대해 다음과 같은 의문이 제기된다.

첫째, 이 사례처럼 부모가 되고자 의도한 남녀의 생식세포를 사용하여 생성된 배아를 이용해 대리모가 임신·출산만을 담당해주는 것이 선량한 풍속에 반하는 반사회적 행위인가? 대리모 임신·출산을 금지하거나 대리모계약을 직접적으로 문제시하는 명확한 현행법 규정이 존재하지 않는다는 이유로 이의 판단을 포괄적인 개념으로서의 반사회적 법률행위를 무효로 규정하고 있는 「민법」상의 규정에만 근거하여 판단하는 것이 적절한가? 이 규정에 근거하여 판단하더라도 현실 상황의 변화가 고려되어야만 하는 것이 아닌가?

「민법」에서 말하는 ‘선량한 풍속’이란 ‘사회의 일반적 도덕(윤리)개념, 즉 모든 국민에게 요구되는 최소한도의 도덕률’을 말하고, ‘법률은 사회질서를 유지하기 위한 수단이기 때문에 ‘반사회

적이라고 보여지는 행위(이하 ‘반사회적 행위’라 한다)’를 시인할 까닭이 없다’는 이유에서 민법에 선량한 풍속에 반하는 법률행위를 무효로 하는 내용이 정해져 있는 것이라는 식의 설명이 대체적이다.<sup>20)</sup> 그리고 ‘반사회적 행위’인지를 판단하는 기준으로는 (1) 「형법」상 범죄로 되는 행위를 목적으로 하는 것, (2) 일부일처제에 반하는 사항을 목적으로 하는 것, (3) 개인의 자유를 침해하는 것, (4) 상대방의 급박하고 분별력이 없음을 틈타서 행해진 폭리행위, (5) 현저한 사행적인 행위인지 여부가 제시되고 있다. 그런데 ‘사회의 일반적 도덕(윤리)개념’은 ‘사회의 변화’에 의해 영향을 받을 수밖에 없고, 그렇다면 사회의 변화에 따른 영향에 의해 개념도 변화되어 맞추어져야 할 것이다. 그리고 법률이 사회질서 유지를 위해 반사회적 행위를 시인하지 않는 것이라면, 반사회적 행위에 대한 판단에 있어 어떤 행위가 사회질서 유지에 어떤 영향을 주는지가 명확하게 확인되어야만 한다.

대리모에 의한 임신·출산이 실제로 얼마나 이루어지고 있는지 공식적으로 확인된 바는 없다. 하지만 대한산부인과학회는 ‘대리출산과 관련하여 걱정된 기술을 통해 대리모의 신변과 건강 보호, 보상 및 권리와 의무, 법적/윤리적 지위 등을 보장하는 것’을 제정 목적 중 하나로 하고 있는 <보조생식술 윤리지침(2017. 7. 1)>에서 대리모가 개입되는 임신·출산에 대해 규정하고 있다. 이 윤리지침상 ‘대리모’는 ‘타인에서 유래된 난자 및 정자를 통해 생성된 배아를 이식받는 여성’으로 정의되어 있고, ‘대리모를 통한 임신’ 역시 ‘부부 간의 정자와 난자로부터 형성된 배아를 타인의 자궁에 이식하여 임신을 시도하는 것’으로만 제한되어 있다. 즉, ART의 의학적 실재를 담

20) 공공의 질서, 선량한 풍속(公共의 秩序, 善良한 風俗). 도설(圖說) 법률용어사전(法律用語辭典). 2017. 2. 15. 법전출판사. Available from: <http://www.lawnb.com/Info/ContentView?sid=D0131C2869BCA683> [cited 2018 Aug 1]

당하고 있는 전문가들의 집단이라고 할 수 있는 대한산부인과학회는 앞서 살펴본 대리모 개입 임신·출산의 여러 가지 유형 중 이 사례에서와 같이 의도부모의 생식세포를 통해 생성된 배아를 이식하여 대리모가 임신·출산만을 대신해주는 경우에 대해서는 윤리적으로 허용 가능하다고 판단하고 있는 것이다. 실제로 이러한 규정 내용을 근거로 의료현장에서는 이미 상당히 오랜 기간 동안 대리모에 의한 임신·출산을 위해 필요한 의료행위를 시행해오고 있다. 그러나 이 사례와 같은 문제가 그간 발생하지 않은 것은 선량한 풍속이라는 일반적이고 추상적인 개념이 시대의 변화를 따르지 못하고 있어 이러한 방식으로 자녀를 두게 되었음을 타인에게 드러내는 것을 의도부모가 원하지 않고 이러한 의도부모의 입장을 충분히 이해하는 전문가들이 의도부모에게 협조해왔기 때문이 아닌가 한다. 그러나 궁극적으로 이는 그 누구도 원하지 않는 방식이고 그 누구도 제대로 된 보호를 받을 수 있는 방법이 아닐 것이다. 이에 대리모 임신·출산에 대해 아무런 명확한 기준을 제시하지 않고 있는 법과 시대의 변화에 뒤쳐져 대리모 임신·출산을 무조건 부정적인 것으로 보아 이의 양성화를 막는 사회문화가, 난임이 심각화된 현실이나 대리모를 통해서라도 자신과 유전적 연관성이 있는 아이를 임신·출산하여 가족을 이루고 싶은 개인들의 생각과의 사이에서 가지고 있는 괴리를 해결하기 위한 노력이 요구된다.

또한, 대리모 임신·출산과 관련하여 대한산부인과학회는 ‘대리모 시술의 적응증’으로 ‘선천적으로 자궁이 없는 경우, 암이나 자궁 출혈 또는 기타 질환으로 인해 자궁 절제술을 시행 받은 경우, 주요 장기의 질환으로 인해 임신 시 태어나 산모의 건강에 심각한 위해가 예상되는 경우, 중증도의 자궁내막 유착이나 자궁 결핵 등의 질환으

로 인해 자궁내막이 손상된 경우, 반복적 임신 유지 실패 또는 반복적 착상실패(다만, 향후 성공적인 임신이나 임신 유지 가능성이 매우 희박하다고 판단되는 경우)’를 규정하고 있어 유전적 연관성이 있는 자녀를 두기 위해 의도모가 임신·출산을 담당하는 것이 현실적으로 불가능한 경우이자 대리모가 임신·출산을 대신 담당해주어야만 가능한 경우에 한하여 대리모 시술이 가능하도록 하고 있는 것이다. 그리고 의도부모인 유전적 부모에 대해서는 혼인관계에 있을 것, 금전적인 관계에 의하여 대리모를 고용하지 않을 것, 체외수정을 위한 과배란 과정과 관련 합병증을 이해하고 이에 대해 서면으로 동의할 것, 체외수정시술에 필요한 일반적인 기본검사를 받을 것을 조건으로 제시하고 있고, 대리모는 ‘임신 유지와 출산에 지장이 없는 건강한 여성’을 대상으로 하는 것을 기본으로 하되, 출산 경험이 없는 여성이나 분만 횟수가 5번을 초과하거나 3회 이상의 제왕 절개술을 시행한 여성은 대상에서 제외하는 것을 원칙으로 하면서, 적어도 한 번 이상의 합병증이 없는 만삭 분만을 경험한 여성이면서 임신 유지와 분만의 합병증을 고려하여 만 21세 이상이면서 만 45세 미만인 여성을 대상으로 하는 것이 바람직하다고 규정하고 있다. 물론 대리모와 그 보호자가 출생아의 친권이 의도부모인 유전적 부모에게 있다는 사실을 인정하고 출생아에 대한 친권을 주장하지 않겠다는 것에 동의하여야만 대리모 시술이 가능할 수 있도록 전제하고 있다. 따라서, 대리모 임신·출산의 의뢰와 수락에 대해 의도부모와 대리모의 명확한 의사표시가 있음이 확인되고, 금전적인 관계로 인해 매개로 간주될 만한 여지가 없으며, 임신부터 출산에 이르기까지의 과정에서 대리모와 아이의 건강이 보호될 수 있는 등의 조건이 충족되는 경우라면, 이러한 방식의 임신·출산에 대해 「형법」은 아무런 규정

을 두고 있지 않고 있으므로 이는 이 법상 범죄로 되는 행위를 목적으로 하는 것이 아니고, 의뢰부부의 혼인관계는 자녀의 출생으로 인해 오히려 돈독해질 수 있으므로 일부일처제에 반하는 사항을 목적으로 하는 것도 아니며, 당사자들의 합의가 가장 중요하게 여겨지기에 개인의 자유를 침해하는 것도 아니고, 이는 상대방의 급박하고 분별력이 없음을 틈타서 행해진 폭리행위도 현저한 사행적인 행위도 아니기에 반사회적 행위라고 볼 이유가 없다.

둘째, 자녀를 두는 일은 사회구성원을 생산해 내는 것이기에 사회적인 차원의 일이기도 하지만 기본적으로 가족구성원을 두는 일이기도 개인적인 차원에서 더욱 중요하고 의미 있는 일이 아닌가? 이 사례처럼 부모가 되고자 의도한 남녀의 생식세포를 사용하여 생성된 배아를 이용해 대리모가 임신·출산만을 담당해주는 것이 사회질서 유지에 얼마나 악영향을 미칠 것인가?

누군가에게는 대리모를 통해 임신·출산하는 것이 자신의 자녀를 두는 일이 아니라 완전히 다른 사람의 일임에도 불구하고 그 사람이 자신과 같은 사회를 살아간다는 이유만으로 그 어떤 사정이 있더라도 절대로 허용될 수 없어 반드시 금지되어야 하는 것으로 여겨질 수도 있다. 그러나, 우려와 달리 대리모계약은 당사자들 사이에서 자유로운 의사에 따라 체결될 수 있고, 대리모계약에 따른 금전거래는 임신·출산이라는 수고에 대한 반대급부라고 볼 수 있으며, 태어나는 아이가 이를 자녀로 삼고자 하여 애쓰고 간절히 기다린 의도부모에게 인도되는 것이므로 아이의 이익에도 맞아 문제되지 않을 수 있다. 특히, 부모가 되기를 너무나 원하고 자신들의 생식세포로 배아를 생성하는 일까지는 가능하지만 단지 직접 임신·출산을 담당할 수는 없어 선택 가능한 유일한 방법이 대리모에 의한 임신·출산뿐인 사람들

에게 이를 금지하는 것은, 이들로 하여금 자신과 유전적 연관성이 있는 자녀를 두어 가족을 형성함으로써 누릴 수 있는 행복을 추구하지 못하게 하여 결과적으로 인간으로서의 존엄과 가치를 인정받지 못하게 되는 것이라는 점도 반드시 고려될 필요가 있다.

앞서 임신·출산에 의도부모 외에 생식세포 기증자나 대리모가 제3자로 개입되는 여러 가지 유형을 정리한 바 있다. 각각의 유형별로 검토를 해 보면 이 사례처럼 부모가 되고자 의도한 남녀의 생식세포를 사용하여 생성된 배아를 이용해 대리모가 임신·출산만을 담당해주는 것이 그나마 윤리적 법적 쟁점이 가장 적을 것으로 판단된다. 태어나는 아이의 최선의 이익이라는 측면에서 보더라도 아이는 의도부모 모두와 유전적 연관성을 가지므로 대리모를 통해 태어났다는 점만을 제외하면 ART와 무관하게 자연적인 방법으로 임신·출산된 아이와 사실상 다를 바가 없을 것이기에, 자신과 유전적 연관성을 오롯이 갖는 의도부모에 의해 양육되는 과정에서 아이에게 정서적인 혼란의 문제가 발생할 여지도 거의 없을 것으로 볼 수 있다. 그러므로 현실 상황의 변화를 반영하지 않고 무조건적인 금지를 주장하기보다는, 이러한 점들을 감안하여 최소한 이 사례에서와 같은 방식을 인도적인 차원에서 인정해주는 것이 음성화를 막고 양성화를 독려함으로써 결과적으로 의도부모와 대리모와 아이 모두의 권리를 보호해줄 수 있게 할 것이라는 점이 반드시 고려되어야 할 것이다. 그리고 더 나아가 대리모 임신·출산에 대한 기준이나 조건을 포함하는 법적 근거가 명확하게 마련되어야 할 것이다.

이를 위해 대리모계약을 전면적으로든 제한적인 일부에 대해서만든 인정을 하고 있는 국가들에서 제시하고 있는 법적 기준과 실제 분쟁 사례에 대한 판례들의 논리를 살펴서 반영할 수 있

도록 하는 일이 필요하다. 대리모 임신·출산을 원하는 수요가 있고 이러한 방식으로 자녀를 두는 경우가 실제로 존재하고 있음에도 불구하고 우리나라의 사회문화적인 특성상 현재로서는 전면적인 허용이 어렵다면, 의도부모나 대리모가 갖추어야 할 기본적인 조건을 제시함으로써 허용 범주를 단계적으로 접근하는 것이 적절할 것이다.<sup>21)</sup> 그리고 결과적으로 가장 핵심적인 부분은 의도부모와 아이가 법적 부모자녀관계를 안정적으로 형성하는 것인데, 이에 있어서는 애초부터 자신들이 태어나는 아이의 부모가 되고자 하여 이러한 방식으로의 임신·출산을 계획하고 실행한 의도부모의 의사가 중요시되어야 하고<sup>[22],<sup>22)</sup></sup> 태어나는 아이가 자신의 출생을 바랬고 자신과 유전적 연관성도 있는 의도부모에 의해 양육되는 것이 최선의 이익일 수 있음 또한 중요시되어야 할 것이다<sup>[22],<sup>23)</sup></sup>

셋째, 「생명윤리 및 안전에 관한 법률(이하 ‘생명윤리법’이라 한다)」이 이 사례에서와 같은 방식을 생명윤리 및 안전에도 맞지 않는 일이라고 보고 있는가? 오히려 「생명윤리법」은 다양한 보조생식술을 이용하는 것이 보편화된 현실 상황의

변화를 적극적으로 반영하고 있기에 향후 이 사례에서와 같은 방식도 인정하는 규정을 둘 수 있을 것으로 생각되지 않는가?

「생명윤리법」이 ‘인간과 인체유래물 등을 연구하거나, 배아나 유전자 등을 취급할 때 인간의 존엄과 가치를 침해하거나 인체에 위해(危害)를 끼치는 것을 방지함으로써 생명윤리 및 안전을 확보하고 국민의 건강과 삶의 질 향상에 이바지함’을 목적으로 하고 있는 것은 사실이다(제1조). 대리모에 의한 임신·출산 역시 생명윤리 및 안전에 관계되는 쟁점들을 담지하고 있기에 이 법의 목적과 연관성이 있다. 그러나 이 법 어디에도 대리모에 의한 임신·출산에 관계되는 내용, 특히 이를 생명윤리 및 안전에 맞지 않는 일이라고 보는 내용은 없다. 따라서 결정 이유에 이 법의 목적이 인용된 것은 적절하지 않다.

그리고 오히려 이 법에는 체외수정기술에 있어 생식세포(특히 난자)가 기증·수증되는 경우에 관한 규정이 포함되어 있다. 의도부모가 자신들의 생식세포로 배아를 생성할 수 없는 경우기에 타인의 생식세포를 제공받아 이용하면 의도모가 임신·출산을 직접 담당하기에 태어나는 아

21) 예를 들면, 영국에서는 1990년에 제정된 「인간수정 및 배아발생에 관한 법률(Human Fertilisation and Embryology Act)」을 통해 비상업적인 대리모 임신·출산만을 합법화하고 있는데, 이 법률에는 대리모계약과 관련한 시술은 허가를 받은 의료기관에서 행해져야 한다는 점과 의료기관은 시술의 세부사항까지를 관찰관청에 보고해야 한다는 점, 이를 통해 태어난 아이의 부모를 결정하는 기준과 아이의 법적 지위 등이 명시적으로 규정되어 있다.

22) 미국 Johnson v. Clavert 사건은 의도부모가 자신들의 생식세포를 배아생성에 사용할 수는 있으나 자궁절제술을 받아 임신·출산을 할 수 없는 의도모를 대신하여 임신·출산만을 담당해준 대리모가 아이를 출산한 후 인도를 거부한 사건이다. 이에 대해 법원은 의도모의 난자가 사용되어 의도모가 아이와 유전적 연관성을 갖고 있으며 대리모도 직접 임신·출산을 하였기에 아이와 생물학적 연관성을 갖고 있지만, 법적 모자관계 형성에 있어 모는 태어난 아이를 자신의 아이로 키우고자 의도하여 아이가 태어나도록 한 의도모, 즉 부모가 되고자 하는 의사가 있는 자로 판단되어야 하고, 의도부모에게 아이에 대한 모든 권리를 양도하기로 합의했던 대리모는 아이에 대한 어떠한 권리도 없다고 보았다.

23) 미국 Belsto v. Clark 사건은 의도부모가 자신들의 생식세포를 배아생성에 사용할 수는 있으나 자궁암으로 인해 임신·출산을 할 수 없어 의도모를 대신하여 그 자매가 임신·출산만을 대신해주는 대리모가 되어주었다. 그런데 아이가 태어날 무렵 병원에 출생증명서 발급에 대해 문의하면서 출생증명서상에는 아이를 낳은 대리모가 모로 기록될 것이라는 점과 대리모와 의도부가 혼인관계에 있지 않아 아이가 혼인 외의 자로서의 지위를 가지게 될 것이라는 사실을 알게 되었다. 이에 의도부모는 자신들의 혼인 중에 아이가 태어나는 것이기에 아이는 혼인 중의 자로서의 지위를 가져야 하고 자신들에게 입양될 이유가 없으며 출생증명서상에도 자신들이 부모로 기록되어야 한다고 주장하였다. 이에 대해 법원은 의도부모가 아이와 유전적 연관성을 가지고 있고 유전적인 특성에 기인한 가계의 장단점을 잘 알아 아이를 적절하게 양육할 수 있을 것이므로 의도부모가 부모가 되는 것이 아이를 위해 좋고, 부모자녀관계를 결정하는 법이 형성될 당시에는 임신·출산과 유전적 연관성이 분리될 수 없었으나 이제는 보조생식술에 의해 이의 분리가 가능해졌는데 아이와 유전적 연관성을 갖는 의도부모가 아이의 부모로서의 권리를 포기하지 않으면 아이의 출생에 유전적인 기여를 전혀 하지 않은 대리모는 모가 될 수 없다고 보았다.

이가 의도모와 생물학적 연관성을 갖더라도 그 유전적 연관성은 생식세포 기증자와 갖게 됨에도 불구하고 이를 인정하고 있는 것이다. 이는 태어나는 아이가 비록 의도부모와 유전적 연관성을 온전히 갖지 못하더라도 아이의 출생을 도모한 부부의 부성과 모성을 인정하기 위한 것이라고 할 수 있다. 반면 타인의 부모됨을 위해 자신의 생식세포를 기증만 할 뿐 태어나는 아이의 부나 모가 되고자 하는 의지가 없는 기증자에 대해서는 마치 타인의 생명과 건강을 위해 자신의 장기나 조직의 기증하는 사람의 경우와 다를 바 없이 보고 있는 것이라고 볼 수 있다. 이러한 점을 감안하면 이 법은 다양한 보조생식술을 이용하는 것이 보편화된 현실 상황의 변화를 받아들여 이에 대한 기준과 조건을 제시함으로써 이를 양성화함은 물론 결과적으로 당사자들이 이 법에 의해 보호될 수 있도록 하고 있는 것으로 여겨진다. 이에 향후 이 법이 대리모에 의한 임신·출산이 실제로 이루어지고 있는 현실 상황도 긍정적으로 반영해 내지 않을까 생각된다.

#### IV. 마치며

혼인은 하되 여러 가지 이유에서 아이를 두지 않는 덩크족(DINK; double income, no kids)이 늘어나고 있다지만, 그래도 아직 대다수의 사람들은 자신과 배우자 사이에서 아이를 낳아 가족을 구성하여 살아간다. 후자에 해당하는 사람들은 자녀됨 또는 부모됨으로 인한 행복을 향유하기로 결정하고 계획하고 실행한 사람들이라고 할 수 있는데, 앞서 살펴본 바와 같이 이러한 결정과 계획까지는 동일하게 할 수 있으나 여러 가지 이유로 실행이 불가능한 사람들이 존재한다. 보조생식술의 발전은 자연적인 방법으로는 임신·출산을 할 수 없는 사람들에게 분명 도움이 될 수 있는

것이지만, 의도부모 외에 생식세포 기증자나 대리모와 같은 제3자의 개입은 다양해진 보조생식술의 이용 유형만큼이나 복잡한 윤리적 법적 측면에서의 고민거리들을 만들어냈다. 2017년에는 미국의 한 아동병원의 연구진이 인공자궁 기술로 인간의 경우 23~24주 정도의 태아에 해당하는 양의 태아를 살렸다고 발표했다[23]. 물론 이 기술은 조산아 중에서도 너무 일찍 태어난 미숙아들을 살리기 위해 개발되고 있는 것이지만, 상당한 시간이 지난다면 인공자궁이 임신부터 출산에 이르기까지의 모든 과정을 담당할 수 있는 날이 도래할 수도 있을 것이라는 상상이 된다. 만약 실제로 이런 일이 가능해진다면 이를 통해 태어나는 아이의 모는 누구로 정해져야 하는지가-인공자궁 기계가 임신·출산을 담당했으니 모인지, 아니면 인공자궁이 사람이 아니므로 이에 이식된 배아의 생성에 난자를 제공한 여성이 모인지, 더 나아가 인공자궁 기계를 관리한 사람이 사실상 과정을 담당했으니 모인지, 심지어 인공자궁의 소유자가 이를 빌려준 것이니 모인지가-새로운 고민거리로 등장하지 않을까 생각된다. 그러나 이 경우에도 역시 일반적으로 법적 부모자관계 형성에 있어 주요하게 고려하는 바, 즉 누가 부모됨을 원하여 아이의 출생을 의도하고 준비하여 실행하였는지, 누가 임신·출산을 담당하여 아이와 생물학적 연관성을 갖는지, 누가 아이의 시작이라고 할 수 있는 수정란의 생성에 자신의 생식세포를 사용하여 아이와 유전적 연관성을 갖는지, 그리고 누가 부모로서 아이를 양육하는 것이 아이에게 최선의 이익인지가 종합적으로 고려되어야 할 것이다. 특히, 타인의 부모됨을 위해 도움을 주고자 하는 생식세포 기증자나 대리모의 선의와 이들의 건강, 이에 따라 당초 이들은 태어나는 아이에 대한 법적 부모자관계 형성을 주장하고자 하지도 않고 양육에 대한 책임을 지고자 하

지도 않는다는 점, 그러나 이들의 이러한 입장은 당초 의도부모의 입장과 정반대라는 점이 반드시 함께 고려되어야 할 것이다. ㉞

## REFERENCES

- 1) 통계청. 2017년 혼인·이혼 통계. 국가통계포털. Available from: [http://kostat.go.kr/portal/korea/kor\\_nw/2/1/index.board?bmode=read&aSeq=366737](http://kostat.go.kr/portal/korea/kor_nw/2/1/index.board?bmode=read&aSeq=366737) [cited 2018 Jul 3]
- 2) 이삼식. 2015 전국 출산력 및 가족보건·복지 실태조사. 한국보건사회연구원. 2015.
- 3) 건강보험심사평가원 보건의료빅데이터개방시스템 국민관심질병통계 자료. Available from: <http://opendata.hira.or.kr/op/opc/olapMfrn-IntrslInfo.do> [cited 2018 Jul 10]
- 4) 황미나. 저출산 극복을 위한 난임부부 지원 사업 현황과 정책방향. 한국보건사회연구원. 2010.
- 5) 보건복지부. 2014년도 배아보관 및 제공 현황 조사 결과. 2015. 11 기준.
- 6) 서정희. 프랑스법상 대리모계약으로 출생한 자의 부모결정기준과 자녀의 복리. 법학논집 2017 ; 24(1) : 217-241.
- 7) 이병화. 국제대리모계약에 관한 연구. 국제사법연구 2016 ; 22(1) : 123-188.
- 8) 나은지, 권오성. 대리모의 법적 문제점과 입법 필요성에 관한 연구. 법학논총 2015 ; 28(2) : 315-345.
- 9) 김상찬. 대리모에 관한 입법론적 연구. 법과 정책 2013 ; 19(1) : 129-156.
- 10) 이영규. 대리모에 의한 출산자의 모자관계. 법과 정책연구 2010 ; 10(1) : 83-108.
- 11) 중앙일보. 외교부 “네팔서 한국민의 대리모 출산사례 있다”. 2017. 12. 12. Available from: <http://news.joins.com/article/22197624> [cited 2018 Jul 12]
- 12) 동아일보. 해외 대리모가 낳은 쌍둥이… 한 아이는 장애라고 버려. 2014. 8. 3. Available from: <http://news.donga.com/3/all/20140804/65568362/1> [cited 2018 Jul 10]
- 13) 연합뉴스. ‘대리모 고용 13명 아이 출산’ 일 본인, 추가 대리출산 정황. 2016. 6. 17. Available from: <http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2016/06/17/0200000000AKR20160617062300076.HTML> [cited 2018 Jul 10]
- 14) THE ASIAN. 미국-스페인 게이 부부, 대리모 통해 얻은 딸 두고 양육권 분쟁 “게이 부모에게 아이 못준다”. 2016. 3. 24. Available from: <http://kor.theasian.asia/archives/160863> [cited 2018 Aug 8]
- 15) 구연창. 대리모계약의 법적 접근. 경희법학 1988 ; 23(1) : 59-84.
- 16) 이덕환. 대리모출산의 친자법상 문제. 법학논총 1996 ; 13 : 203-220.
- 17) 이창상. 대리모계약의 논란과 법적 문제점. 경성법학 2005 ; 14(2) : 21-52.
- 18) 청년의사. 대리모 알선 불법 사이트 1년새 2배 늘어. 2015. 9. 7. Available from: <http://www.docdocdoc.co.kr/news/articleView.html?newsacd=2015090700025> [cited 2018 Aug 10]
- 19) 맹광호. 대리모계약의 유효성 여부. 비교사법 2005 ; 12(2) : 71-106.
- 20) 엄동섭. 대리모계약에 관한 외국의 입법례 가족법연구 2005 ; 19(2) : 35-78.
- 21) 박동진. 대리모제도의 법적 문제. 법학연구 2005 ; 15(1) : 25-57.
- 22) 윤우일. 대리모계약에 기해 출생한 자의 친자관계 결정기준. 경희법학 2012 ; 47(3) : 265-294.
- 23) 허핑턴포스트코리아. 새끼 양을 대상으로 한 ‘인공 자궁’ 실험이 성공했다. 2017. 4. 26. Available from: [https://www.huffingtonpost.kr/2017/04/25/story\\_n\\_16246152.html?utm\\_id=naver](https://www.huffingtonpost.kr/2017/04/25/story_n_16246152.html?utm_id=naver) [cited 2018 Aug 14]

## Determining of Legal Parenthood in Full/Gestational Surrogate Mother: Focusing on the Case Related to 2018V15 Decision by the Seoul Family Court on May 9 2018\*

KIM Eun Ae\*\*, YOO Sujung\*\*\*

### Abstract

South Korea's "Civil Act" and the "Act on the Registration, etc. of Family Relationships" does not reflect the reality concerning the use of assisted reproductive technology and surrogate pregnancy. Legal questions still arise for children born through surrogate pregnancies. In some cases, birth registrations are being rejected because the personal information of the intended mother listed on the birth registration form is inconsistent with the personal information of the surrogate mother listed on the birth report. Moreover, the Seoul Family Court recently ruled that the rejection of birth registrations in such cases is appropriate due to the invalidity of surrogate contracts that violate public order, citing the need to maintain parent decision standards as per the existing "Civil Act." This article addresses some of the ethical and legal issues surrounding surrogacy, especially the formation of legal parenting policies for parents and children, by examining the facts and recent decisions of the Seoul Family Court.

### Keywords

surrogate mother, assisted reproductive technology, legal parenthood, intended parents, birth registration, full surrogacy/gestational surrogacy

---

\* This work was supported by the National Research Foundation of Korea Grant funded by the Korean Government (NRF-2015S1A3A2046566).

\*\* Ewha Institute for Social Sciences, Ewha Womans University: **Corresponding Author**

\*\*\* Pre-Medical Science, School of Medicine, Kyung Hee University