

【일반 연구논문】

대리모의 법적 문제점과 입법 필요성에 관한 연구

나은지* · 권오성**

- I. 들어가며
- II. '대리모'에 관한 각국의 입법례
 - 1. '대리모'를 허용하는 국가
 - 2. '대리모'에 부정적인 국가: 독일, 프랑스, 중국
 - 3. '대리모'에 관한 규정이 존재되어 있는 국가: 미국, 호주
 - 4. '대리모'와 관련한 적극적인 입법이 없는 국가: 일본
- III. '대리모'와 관련한 우리나라의 법제 현황
 - 1. 국회에 제출되었으나 입법에 이르지 못한 법률안들
 - 2. 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」의 일부 조항
 - 3. 대한의사협회 등의 「윤리지침」
- IV. '대리모' 관련 입법에 있어 고려해야 할 사항
 - 1. 공법적 측면에서의 고려할 사항
 - 2. 사법적 측면에서의 고려할 사항
- V. 맺으며

* 성신여자대학교 일반대학원 석사과정(법학전공)

** 성신여자대학교 법과대학 부교수

I. 들어가며

최근 국내에서 아내가 남편의 사후 냉동시켜 두었던 정자를 해동하여 아이를 출산한 사건이 있었다.¹⁾ 아이의 출생신고 과정에서 행정기관이 남편이 사망한 후 임신한 경우이므로 그 친부(親父)로 이미 사망한 남편을 등록할 수 없다는 결정을 내리자 아내는 법원에 인지청구의 소를 제기하였는데, 법원은 아내의 주장을 받아들여 유전자 검사 결과 등에 의해 친생자임을 인정할 수 있다는 판결을 내렸다.²⁾ 이처럼 의학기술의 발달에 따라 자연적으로는 아이를 가질 수 없는 상황임에도 불구하고 보조생식기술을 이용하여 자녀를 낳는 일이 가능해졌다.³⁾

이러한 보조생식기술의 발달과 관련하여 소위 ‘대리모’의 문제가 중요한 법적 쟁점으로 다뤄지고 있는바, ‘대리모’란 일반적으로 대리출산 의뢰에 따라 본래 어머니가 되어야 할 여성을 대신하여 제3의 여성이 임신하여 대신 출산을 하는 경우에 있어서의 제3의 여성을 가리키는 말로 사용된다.⁴⁾ 대리모는 자궁만을 제공하는 경우와 자궁과 난자를 함께 제공하는 유형으로 나뉘며, 그 외에도 반대급부를 받는지 여부에 따라 상업적 대리모, 이타적 대리모(비상업적 대리모)로 구분하기도 한다.

오늘날 국내에서도 이러한 대리모 시술이 현실적으로 행하여지고 있어

-
- 1) “죽은 남편 냉동 정자로 낳은 아기…법원, 친자 인정”, 뉴스1, <<http://www.news1.kr/articles/?2334959>>, 2015. 9. 2 15:14:59.
 - 2) 서울가정법원 2015. 7. 3. 선고 2015드단21748 판결.
 - 3) 보조생식술(assisted reproductive technology, ART)이란, 대한산부인과 보조생식술 윤리지침상의 용어정리에 의하면 넓은 의미로 인간의 난자 또는 정자를 체외로 채취하여 임신을 도와주기 위해 행하여지는 여러 종류의 시술을 의미하며(광의의 보조생식술), 좁은 의미로는 인간의 난자를 체외로 채취하여 임신을 도와주기 위한 여러 종류의 시술(협의의 보조생식술)을 말하는데, 통상 체외 수정 시술과 연관된 모든 시술의 의미한다.
 - 4) 박동진, “대리모제도의 법적 문제”, 『法學研究(The Yonsei law review)』, (2005), 26-27면.

그 법적 규율의 필요성이 있음에도 불구하고⁵⁾ 우리나라에는 아직까지 ‘대리모’ 문제를 직접적으로 규율하는 법률이 입법되어 있지 않다. 즉 국내에서는 대리출산에 대한 법적 규율을 위한 입법이 수차례 시도되기는 하였으나 실제 법률의 제정에는 이르지 못하는 못하였고, 다만 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」에서 난자와 정자의 상업적 매매 등을 금지하고 있어 (동법 제23조 제3항, 제66조 제1항 제4호) 난자나 정자의 매매가 매개되어 있는 형태의 대리출산이 금지된다고 할 수 있을 것이다. 그러나 자궁만을 제공하는 대리출산 또는 정자나 난자를 무상으로 공여 받은 대리출산의 경우에는 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」이 적용되기 어려울 것이며, 따라서 현재 대리모 시술은 법적 구속력이 없는 대한의사협회 및 대한산부인과학회의 윤리지침 등으로 해결되고 있는 실정이다.

본고에서는 관련 입법의 미비로 인하여 국가가 대리모 및 대리출산을 통하여 출생한 자에게 발생할 수 있는 인권 침해 문제에 적절하게 대응하지 못하고 있는 현실에 비추어 대리모와 관련한 다양한 법률문제들을 합리적으로 규율할 수 있는 입법이 조속히 이루어질 필요가 있음을 전제로, 대리출산에 관한 각국의 입법례와 우리나라의 법제의 현황을 살펴보고, 향후 대리출산과 관련한 입법을 추진하는 과정에서 고려되어야 할 점을 공법(公法)적 측면과 사법(私法)적 측면으로 나누어 살펴보고자한다.

II. ‘대리모’에 관한 각국의 입법례

1. ‘대리모’를 허용하는 국가

(1) 이스라엘

이스라엘은 1991년 채외 수정과 대리모의 여러 측면들을 검토하기 위한

5) “대리모…사회의 필요악인가”, 일요서울, <www.ilyoseoul.co.kr/news/articleView.html?idxno=115789>, 2015. 9. 2. 19:29:10 방문.

전문가 위원회를 구성하였고, 동위원회는 1994년 대리모 계약의 합법화(legalization)를 권고하는 내용의 보고서를 발표하였다. 이에 따라 이스라엘 의회는 1996년 위 보고서를 기초로 일정한 조건하에 상업적으로 대리모를 합법화하는 법률을 제정하였는바,⁶⁾ 동법은 대리모 계약이 7인으로 구성된 위원회의 승인을 받아야 한다고 규정하고 있다.⁷⁾ 동 위원회는 양 당사자들이 자유롭게 합의에 도달 하였는지 여부, 산모의 건강이나 아이의 건강 또는 권리에 위협이 없었는지를 확인하여 승인을 할 수 있다. 동법은 그 외에도 대리모 계약과 관련하여 대리모 의뢰 부부는 법률적으로 혼인한 상태여야 하고 의뢰부부의 남편의 정자를 사용할 것 제외 수정으로 임신 할 것을 요구한다. 또한 대리모는 미혼의 여성이고, 이스라엘 주민이어야 한다. 동법은 보수에 관해서도 규정하고 있으며, 종교도 고려대상이 되고, 대리모 시술을 받는 여성의 동의를 받는 절차가 엄격하게 요구된다.⁸⁾ 또한 대리모 계약에 의해 대리포태를 하였더라도 임신 중 대리모가 원할 경우 낙태에 관한 법률에 따라 태아를 낙태 할 수 있는 권리를 부여하고 있으며, 대리모가 마음을 바꾸어 임신한 아이를 자신의 아이로 데리고 있을 수 있는 권리를 법원이 승인한 경우 인정하고 있다.⁹⁾

(2) 그리스

그리스는 2002년 12월 23일 「인간 생식에 있어서의 의료보조에 관한 법률」을 제정하였다. 이 법률은 그리스 민법 제1455조에서 제1484조에 편입되었다.¹⁰⁾ 대리모 계약은 법원의 허가를 받아야 하고, 의뢰인과 출산하는 여성 및 출산하는 여성의 남편 등 대리모 계약 당사자들의 서면 합의를

6) 권은지, “대리모 산업의 윤리적 문제와 해결방안-비상업적 대리모의 법적 보호를 중심으로-”, 『ATE』, (2015), 155면.

7) David A. Frenkel, “LEGAL REGULATION OF SURROGATE MOTHERHOOD IN ISRAEL”, *Medicine and Law*, 20 Med. & L., (2001), p.1.

8) 이인영, “대리모에서의 모성 결정에 관한 고찰”, 『연세 의료·과학기술과 법(Yonsei Journal of Medical and Science Technology Law)』, (2011), 130면.

9) 서종희, “대리모계약에 관한 연구”, 『가족법연구』, (2009), 59면.

10) 김상찬, “대리모에 관한 입법론적 연구”, 『法과 政策(Law & Policy Review)』, (2013), 142면.

필요로 하고 있다(그리스민법 제1458조). 동법은 아이를 바라는 여성이 의학적으로 임신이 불가능 하며, 대리모가 임신에 적합한 상태이어야 법원의 허가가 인정된다. 사전에 법원으로부터 허가를 득한 대리모 의뢰 여성은 자신이 임신하는 것이 불가능한 경우에 한하여, 본인의 남자 또는 제3자의 난자를 수정하여 대리모에게 배아를 이식하는 방법의 대리모를 합법적으로 인정하고 있다. 출생자는 의뢰한 모의 자로 추정된다(그리스민법 제1464조).¹¹⁾

(3) 영국

영국에서는 미국의 대리모 알선업자와 대가를 지급하는 상업적인 대리모 계약을 체결한 미국인인 대리모 의뢰 부부가 아이를 인도받기 전에 대리모가 아이를 병원에 남겨두고 떠난 baby cotton case(1985)를 계기로 대리모 문제가 다루어졌는바,¹²⁾ 위 사건에서 영국 법원은 상업 대리모 계약의 도덕적·윤리적·사회적 영향은 아이의 최상의 이익이 무엇인지를 결정하는데 부적절하고, 아이의 유전적인 대리모는 자발적으로 친권을 포기하였으며 의뢰부부는 명확하게 아이를 원하고 아이를 잘 돌볼 수 있는 사람들로 여겨졌기 때문에 법원은 의뢰부부에게 아이의 양육권을 부여하여 아이를 미국으로 데리고 떠날 수 있도록 하였다.

위 사건 이후 영국은 1985년 7월 영리를 목적으로 한 대리모 계약의 알선 및 그에 대한 광고를 범죄로서 금지하는 「대리모 계약법(surrogacy arrangements Act 1985)」을 제정하였는바, 동법은 대리모 계약이 상업적으로 이루어지는 경우에는 처벌하였으나 사적·비상업적으로 이루어지는 경우에는 대리모와 의뢰 부부에 대한 처벌 규정이 없었다. 1990년 「인간 수정 및 발생에 관한 법률(Human Fertilization and Embryology Act)」이

11) 서종희, 전제논문, 60면.

12) Arthur Serratelli, "SURROGATE MOTHERHOOD CONTRACTS: SHOULD THE BRITISH OR CANADIAN MODEL FILL THE U.S. LEGISLATIVE VACUUM?", George Washington Journal of International Law and Economics, 26 Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ. 633, (1993), p.4.

제정 되었는데 대리모 계약에 관해서 유효한 계약으로 인정하고 있다. 이 법률에 의하면 대리모 계약은 법적 구속력이 없어서 법원에 소송을 제기하여 강제로 이행토록 할 수 없다. 1994년 「인간 수정 및 발생에 관한 법률(Human Fertilization and Embryology Act 1994)」은 상업적 대리모를 형사처벌 하도록 규정하였다.¹³⁾ 2008년 11월에는 1985년 대리모 계약법과 1990년의 법률을 합쳐 「인간 수정 및 발생에 관한 법률(Human Fertilization and Embryology Act 2008)」로 개정하였다. 이 법률은 대리출산 신청인의 확대, 부자관계 기준의 세분화, 신청기준을 명확하게 하는 등의 내용이 담겨있다.¹⁴⁾ 「인간 수정 및 발생에 관한 법률」에 따르면 원칙적으로 대리모가 태어나는 자녀의 친권자가 된다. 대리임신의 경우, 일정한 요건을 갖추면 아이의 출생 후 6개월 이내에 의뢰 부부가 법원에 자신들이 출생한 아이의 부모가 되도록 하는 것을 청구할 수 있다. 이후 법원의 친권명령서를 받으면 그 명령서에 따라 대리출산을 의뢰한 부부에게 친권이 양도되게 된다.

(4) 태국

종래 상업적 대리모에 관한 법적 규제가 없었던 태국에서는 2014년 발생한 두 가지 사건으로 인해 상업적 대리모를 금지하는 법률을 입법하려는 움직임이 적극적으로 나타났다. 하나는 호주인 부부가 태국 여성 대리모에게서 태어난 아이를 장애가 있다는 이유로 인도를 거부해 국제적으로 문제가 된 사건이다.¹⁵⁾ 이 사건을 조사하는 과정에서 방콕의 한 아파트에서 생후 1개월에서 2년 사이의 아기 9명이 베이비시터와 함께 발견되었는데 이 아이의 생부는 한명의 일본인 남성이었다.¹⁶⁾ 위 사건들로 인

13) 이인영, 전제논문, 128면.

14) 김현정, “대리모 여성의 심리사회적 고통 체험 연구: Parse의 인간되어감 방법을 적용하여”, 『사회복지연구(Korean journal of social welfare studies)』, (2010), 51-52면.

15) “Conflicting claims over Thai surrogate baby case”, BBC, <<http://www.bbc.com/news/world-asia-28636126>>, 2015. 9. 7. 14:49:06 방문.

16) “태국, 상업적 대리모 금지법 승인”, LA중앙일보,

해 태국에서는 최근 2015년 7월 30일 상업적 대리모를 금지하는 「출산지원기술에 관한 법률」이 제정되었는바, 동법은 태국에서 대리모 출산을 하기 위한 요건으로 결혼한 지 3년 이상 된 남녀 부부만 대리모 출산을 할 수 있고, 부부 중 한 사람은 태국 국적자일 것을 요구하고 있다. 한편, 대리모의 요건도 원칙적으로 의뢰하는 여성의 자매여야 하며, 자매가 없는 여성은 관련 법규에 적합한 여성에게만 의뢰 가능하다. 이 법률의 시행으로 기존에 태국에서 대리모 출산을 하던 외국인과 동성애자는 사실상 대리 출산이 불가능해졌다.

(5) 베트남

베트남은 2015년 3월 15일 대리모를 통한 출생을 허용하는 혼인가족법 개정안이 시행되었다. 개정된 베트남 가족법은 상업적 대리모를 금지하고(제5조), 인도적 대리모(비상업적 대리모, 이타적 대리모)만을 허용하고 있다. 인도적 목적의 대리 임신에 관하여 동법 95조 이하의 규정에 자세한 요건이 마련되어 있는바, 먼저 의뢰 부부에 관한 조건으로는 대리모 계약에 관하여 각 측이 자원할 것, 서면으로 할 것, 아내의 불임을 권한 있는 의료기관이 확인할 것, 부부에게 친자가 없을 것, 의료적 범리적 심리적 자문을 받을 것 등을 요구하고 있고 대리모에게도 의뢰 부부의 친척일 것, 자녀출산의 경험이 있을 것, 대리 임신은 1회만 가능한 점을 인식할 것, 임신에 적절한 연령일 것, 임신 능력에 관해 권한 있는 의료기관이 확인할 것, 혼인 중의 대리모 여성은 남편의 동의를 서면으로 받을 것, 의료적 범리적 심리적 자문을 받았을 것을 규정으로 하고 있다. 이외에도 정부가 구체적으로 규율할 것을 같이 규정하고 있다. 이하 법률에서는 대리 임신에 관한 합의에 대해서도 요건을 적극적으로 규율하고 있다. 동법은 대리모의 권리와 의무, 의뢰 부부의 권리와 의무에 대해서도 상세하게 규정하고 있다. 대리임신과 관련하여 분쟁이 발생한 경우 베트남 법원이 권한을 가진 기관으로서 해결을 하게 된다(제99조).

베트남 정부는 이러한 입법을 통해 대리모 행위를 합법화하였고 대리모 시술을 하는 병원을 지정하여 불임 부부가 대리모를 활용할 수 있도록 하였다.¹⁷⁾

베트남 혼인가족법을 살펴보면 적극적인 규정을 통해 이타적 대리모를 허용하여 불임부부의 어려움을 해소하고 한편으로는 상업적 대리모 계약을 금지하여 대리임신 제도가 악용되는 일을 막으려는 의도를 확인할 수 있다. 이는 적극적인 입법을 통한 문제 해결방법이며, 정부가 강력하게 개입하는 유형으로 볼 수 있다.

2. ‘대리모’에 부정적인 국가: 독일, 프랑스, 중국

(1) 독일

독일의 입양중개법(Adoptionsvermittlungsgesetz)은 상업성 여부를 불문하고 대리출산을 알선·중개하는 행위를 처벌한다(동법 제13c, 13d조). 동법은 대리모 중개행위를 금지하고 이를 위반한 경우 행위자를 처벌한다고 규정하고 있다. 또한 행위가 상업성과 대가성을 가진 경우 가중하여 처벌한다. 위 법률 외 배아보호법(Embryonenschutzgesetz)에서도 대리모와 관련된 규정을 마련하고 있다. 이 법률은 대리모에 의한 인공수정이나 수정란의 이식행위를 금지하고, 인공수정 시술자나 수정란 이식 시술자에 대한 처벌규정을 두고 있다. 그러나 입양중개법과 마찬가지로 대리모와 의뢰 부부를 처벌하는 규정은 없다. 따라서 영업목적으로 이미 대리모 계약이 성립 되었다면 그 계약의 유효성과 무효성에 대해 규정이 없기 때문에 대리모를 통하여 아이가 태어난 경우에 아이의 법적 지위에 대해서도 규정하고 있지 않다.

대리모 계약에 관하여 종래 독일 민법은 대리모 계약은 민법 §138(1)에 의해서 무효라고 인정하고 있었으나, 입양중개법과 배아보호법이 도입된

17) “베트남 대리모 합법화”, 동아일보,

<<http://news.donga.com/3/all/20150320/70226554/1>>, 2015. 9. 2. 19:29:15 방문.

이후 대리모 계약은 강행법규 위반으로 보아 민법 §134에 의해 무효가 된다고 보는 것이 일반적인 태도이다. 따라서 대리모를 통해 태어난 아이의 법적 지위에 관한 문제가 발생하며 이외에도 대리모에게 지급한 보수 반환 청구권 등의 문제도 발생한다.

독일은 1998년 친자관계법 개정을 통하여 독일 민법 §1592를 신설하여 출산한 여성이 어머니가 되는 것으로 규정하고 있다. 따라서 의뢰 부부 중 아내는 출생자와 친자관계를 맺기 위해서 입양절차를 밟아야만 한다. 대리모가 혼인 중이라면 대리모의 남편이 출생자의 아버지가 되지만 대리모의 남편은 민법 §1600에 의거하여 친생부인권을 행사할 수 있다. 이 경우 대리모가 혼인하지 않은 경우와 마찬가지로 취급된다. 대리모가 혼인하지 않은 경우 출생자의 부자관계는 인지나 법원의 확정을 통해 이루어진다. 대리모의 출산 과정에서 의뢰 부부의 정자가 사용된 경우, 유전적 아버지의 인지를 통해 의뢰부와 출생자 간의 친자관계가 맺어진다. 제3자의 정자를 이용하여 대리모 계약이 이루어진 경우에도 의뢰 부부 중 남편이 출생자를 인지하면 친자관계가 형성된다.¹⁸⁾

(2) 프랑스

프랑스는 1992년 「생명윤리에 관한 기준」에서 대리모를 금지하였으며, 판례도 대리모 계약을 무효라고 판시하고 있다. 1994년 제정된 「인체보호에 관한 법률」에서도 대리모 계약이 무효임이 명시되고 있으며, 그 중 일부는 민법의 규정으로 삽입되었다.¹⁹⁾ 프랑스 민법 제16조의 7에 의하면 타인을 위한 출산 또는 임신에 관한 약정은 무효로 취급된다. 출생자의 법적 지위와 관련하여 프랑스민법에서는 출생자의 어머니는 아이를 출산한 대리모가 되는 것이 일반 원칙이며, 대리모가 이를 부인하는 것은 불가능하다. 대리모가 결혼한 경우 그 남편이 태어난 아이의 아버지가 되며, 대리모가 혼인하지 않은 경우에는 아이를 인지한 남성이 아버지가 된

18) 김현정, 전계논문, 52면.

19) 이인영, 전계논문, 126면.

다. 프랑스는 반대급부가 있는지 여부를 불문하고 대리모 계약 자체를 불법으로 정하고 있으므로 대리모를 통해서 자녀가 태어났다면 입양으로 친자관계를 정리해야 한다. 그러나 이러한 일반 원칙이 부인된 판결도 존재하는데 이 때문에 대리모를 통해 자녀를 얻으려는 사람들은 대리모가 허용된 나라에서 시술을 한다.²⁰⁾ 최근 유럽 인권재판소의 판결에 따르면 대리모에게서 태어난 출생자에게 의뢰부부의 자녀로 등록될 권리를 인정하였다.²¹⁾

(3) 중국

중국은 「인류보조생식기술관리방법」, 「인류정자저장고관리방법」, 「인류보조생식기술과 인류정자저장고 윤리원칙」에 의해 대리출산을 금지하고 있다. 「인류보조생식기술관리방법」 제3조는 모든 의료기관 및 의료종사자는 모든 형식의 대리임신시술을 시행해서는 아니 된다고 규정하고 있다. 동법 제22조에서는 대리임신시술을 시행하는 의료 기구에 대하여 성·자치구·직할시정부의 위생행정부문에서 경고처분을 하거나, 3만 원 이하의 벌금을 부과하고 책임자에게는 행정처분을 내린다고 규정하고 있으며 범죄에 해당하는 경우에는 형사책임을 묻는다고 명시하고 있다. 다만 위 규정들은 규제대상을 중국내 의료기관과 의료종사자에 한해서 적용하므로 적용대상을 한정적으로 보고 있다. 따라서 대리모 계약 당사자들이 의료기관이나 의료종사자들을 통하지 않고 대리임신시술을 하거나 외국에서 대리모 시술을 하는 경우 중국의 현행법으로는 이를 규제할 방법이 없는 것이 사실이다. 또한 대리임신을 통해 태어난 아이의 법적 지위에 대한 규정도 없는 상태이다. 이 경우 중국에서는 법관의 자유재량에 따라 판단되기 때문에 법관의 판정결과는 법적 안정성과 예측가능성을 결여하고 있다.²²⁾

20) 김지연, “인공수정자의 법적 지위에 관한 연구”, 『의료법학』, (2015), 109면.

21) Case of *Mennesson v. France*, Application n. 65192/11, Judgment 26 June 2014. Judgment of the Fifth Section of the European Court of Human Rights sitting as a Chamber.

3. ‘대리모’에 관한 규정이 혼재되어 있는 국가: 미국, 호주

(1) 미국

미국에서는 Baby M사건 이후 각 주에서 대리모 규제법의 제정이 추진되었다. Kentucky주, Michigan주 등은 형법으로 대리모를 금지하고 있고 Washington주처럼 대리모 알선을 금지하는 주도 있다. New York주, Utah주 등은 대리모 계약은 유효하다고 보지만 그 이행을 강제할 수 없다고 본다. Florida주는 상업적 대리모를 허용하는 법률이 있어 대리모 계약을 합법화하고 있고 강제할 수 있다. 이처럼 주법의 차원에서는 대리모에 관하여 여러 가지 방법으로 규제를 하고 있다.²³⁾

한편, 연방법의 차원에서는 1988년 8월 통일법 전국위원회는 인공 수정으로 태어난 아이의 친자관계와 관련하여 「Uniform Status of Children of Assisted Conception Act」를 제정하였다. 이 법률은 1989년 2월 미국법률가협회에 의하여 승인 되었고, 대리모 계약의 유효성 여부를 두고 유효로 규정하는 A안(Alternative A)과 무효로 보는 B안(Alternative B)으로 나뉜다.²⁴⁾ A안에서는 의뢰인과 대리모가 법원에 대리모 계약의 승인을 신청하면 법원이 의뢰 부부 중 처의 불임이 의학적으로 증명되는지, 의뢰 부부는 입양할 수 있는 부모의 조건을 만족하는지, 대리모는 최소 1회 이상의 출산 경험이 있는지, 대리모 계약의 당사자가 계약의 효과를 이해하고 있는지에 관하여 각 요건을 심리 하여 승인을 하고 출생자의 친권자는 의뢰 부부가 된다고 선언한다. B안에서는 대리모 계약이 무효이므로 대리모에게서 태어난 아이는 대리모의 자녀가 된다. 1989년 North Dakota주는 최초로 통일법을 선택하였는데 대리모 계약에 관해서는 B안을 채택하였다. 1991년 Virginia주는 통일법 A안을 선택하여 1993년부터 시행하고 있다.²⁵⁾

22) 이화, “중국에서의 대리모 법적 제문제에 관한 소고”, 『아세아여성법학(Asian women law)』, (2011), 127-130면.

23) 서종희, 전계논문, 63-64면.

24) 박동진, 전계논문, 37-43면.

UPA 2000(Uniform Parentage Act 2000)은 NCCUSL(미국 통일주법에 관한 국가 위원회, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws)에 의해 2000년 승인되고 2002년 개정되었는데 여기에는 인공 임신으로 태어난 출생자의 법적 지위에 대한 규정이 나타나있고 유전적 대리모인 전통적 대리모 규정에서 정자와 난자의 제공자는 출생자의 부모가 아니라고 되어있다. 대리모 계약이 유효하기 위한 요건으로 UPA 2000 제802호는 대리모가 되려는 여성, 정자·난자의 제공자, 부모가 되려는 의뢰 부부를 그 당사자들로 하고 대리모가 되려는 여성은 생식보조 의료를 받는 것에 합의해야 하며 출생자의 친권의무를 포기할 것을 정하고 있다. 예외적으로 대리모 여성이 출산한 아이의 부모가 되기를 원하는 경우 계약이 유효로 되기 위한 법원의 사전, 사후 심사 규정이 마련되어 있다. 단, 이 규정의 채택 여부는 각 주마다 다르다.²⁶⁾²⁷⁾

(2) 호주

호주의 일부 주에서는 상업적 대리모를 금지하고 일부 주에서는 이타적 대리모(비상업적 대리모)는 허용하고 있다.²⁸⁾ 호주는 1984년 인공생식에 관하여 각 주가 설치한 정부위원회가 「체의수정에 관한 배아의 취급에 관한 보고」를 하였는데, 이에 기초하여 불임법의 입법이 이루어졌다. 이 법은 대리출산 계약의 무효, 대리 출산자의 권유, 모집 등의 광고 금지, 대리 출산 계약에 의하여 금전을 주고받는 행위를 금지하며, 이를 위반한 경우에는 이를 처벌하는 형벌이 규정되어 있다.²⁹⁾

25) 이인영, 전계논문, 131-133면.

26) 2010년 기준으로, UPA 2000은 Alabama, Delaware, New Mexico, North Dakota, Oklahoma, Texas, Utah, Washington, Wyoming 9개 주에서 채택하고 있다.

27) 이화숙, "2002년 미국 통일친자법 제정의 의미와 그 내용", 『가족법연구』, (2003), 127-134면.

28) South Australia주, Victoria주, western Australia주에서는 상업적인 대리모를 금지하고 이타적 대리모는 허용하고 있다.

29) 김현정, 전계논문, 51면.

4. ‘대리모’와 관련한 적극적인 입법이 없는 국가: 일본

일본에서 대리모 문제가 사회적 이슈로 등장한 것은 대표적으로 두 가지 사건에 의해서였다. 첫 번째는 1990년대 말 네즈 원장의 산과부인과 학회 회고에 반한 일본 최초의 대리모 출산(2001년 공표)이고, 두 번째는 2005년 유명 연예인 무카이 아키가 대리모를 통해 출산한 자식의 친자신고 관련 소송들이다. 일본은 대리출산에 대해서 부정적인 입장의 분위기를 가지고 있으나 이러한 사건들로 인해 일본 사회에서 대리모 문제에 관한 논의의 필요성이 생겼다.³⁰⁾ 지난 2001년 이후 일본 후생노동성과 일본 산과부인과학회의 입법검토 및 학회 회고 등을 통해서 대리모 출산을 인정하지 않는 입장을 확인할 수 있었다. 그럼에도 불구하고 적극적으로 입법은 이루어지지 않았으며, 산과부인과학회의 회고도 강제성을 가지지 않아 법적으로 대리출산 금지가 규정되어 있지는 않았다. 이러한 상황을 종합해보면 일본에서는 대리모 문제에 관한 긍정·부정에 대해서도 사회적 합의는 이루어지지 않았고 지금까지 계속 논의 중이었다.³¹⁾ 한편, 최근 자민당 합동회의에서 대리모출산을 통해 태어난 아이의 친자관계에 관하여 민법의 특례 법안을 의결하였다. 이 법안에 의하면 실제 아이를 낳은 여성이 법적으로 어머니가 된다.³²⁾

30) 백승홍, “대리임신의 문제점에 관한 고찰 : 최근 일본에서의 논의를 중심으로”, 『한국사회과학연구(Korean journal of social science)』, (2007), 10-11면.

31) 김현정, 전제논문, 49-50면.

32) “월요법창 대리모 출산”, 법률신문,

<www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=94826> 2015. 9. 10. 23:23:45 방문.

III. '대리모'와 관련한 우리나라의 법제 현황

1. 국회에 제출되었으나 입법에 이르지 못한 법률안들

(1) 체외수정 등에 관한 법률안(2006. 4. 29. 박재완 의원 대표발의)

「체외수정 등에 관한 법률안」은 입법의 사각지대로 남아있는 체외 수정과 관련하여 안전성과 윤리성을 확보하고, 이러한 시술로 태어난 출생자의 지위 등을 명확히 규정하는 법률을 제정하고자 하는 이유에서 발의되었다. 이 법률안은 제1조에서 “체외수정과 이를 위한 생식세포의 기증 및 출생자의 법률적인 지위에 관한 사항을 정함으로써, 체외수정과 관련된 사람과 체외수정으로 출생한 사람의 안전을 보장하고 생명윤리를 확립함을 목적으로 한다.”고 규정하고 있다. 동 법률안 제2조에서는 대리출산을 배우자끼리 생식세포를 체외 수정하여 생성된 배아를 다른 여성의 자궁에 주입하여 출산하는 것이라고 보고 대리모를 대리출산을 하는 여성이라고 정의하고 있다. 대리출산에 관해서는 제3조에서 체외수정관리본부의 업무로 하여 허용여부를 결정하도록 하고 있다. 이어서 제14조에서는 영리목적 대리출산을 금지하고 있는데 다만 대통령령이 정하는 범위 안에서 임신으로 인해 발생하는 의료비, 교통비등 비용 및 임신기간과 산후조리기간의 일실소득 상당액에 관하여는 그러하지 아니하다고 규정하고 있다. 또한 대리모와 대리 출산 의뢰인의 자격에 대해서도 적극적으로 규정하고 있다. 대리모의 자격은 제15조에서 1회 이상의 출산 경험이 있고, 배우자가 있는 경우 서면동의를 받을 것, 건강검진을 받을 것 등을 요구하고 있다. 대리출산 의뢰인과 관련해서는 제16조에서 반드시 법률혼일 것을 요구하고 대리출산 이외의 다른 방법으로는 출산이 불가능한 부부여야 하며 부부의 생식세포만을 이용해야 한다는 조건이 명시되어 있다.

출생자의 법률관계와 관련해서는 동 법률안 제22조에서 규정되어 있다. 출생자는 의뢰 부부의 혼인 중 출생자로 간주하고, 대리모의 인지를 제한하여 대리출산 의도에 부합하도록 하였고, 출생자의 대리모에게 인지청구의 소를 제기 할 수 없도록 하고, 대리출산을 원인으로 “친생자관계부존

재확인의 소”를 제기할 수 없도록 하여 대리출산을 허가사항으로 규정하는 것을 전제로 대리출산으로 인하여 발생하는 신분관계를 정리하였다.

(2) 의료보조생식에 관한 법률안(2006. 10. 19. 양승조 의원 대표발의)

「의료보조생식에 관한 법률안」은 의료보조생식으로 태어난 자의 복리를 위하여 그의 부모를 정하며 의료보조생식의 안정성과 투명성을 확보하여 건전한 가족문화 형성에 기여함을 목적으로 한다. 이 법률안은 제2조 제4호에서 대리모를 자신이 임신하여 출산한 자를 타인의 자로 할 것을 계약한 여성으로 정의하고 있다. 동 법률안 제11조에서 대리모 계약은 무효로 보면서도 대리모 계약 중 대리모 출산에 의한 의료비 지급청구 등 보건복지부령이 정하는 금원을 실비보상 차원에서 지급하도록 하는 약정 부분을 일부 유효하다고 보고 있다. 이는 대리 출산을 억제하면서도 이미 발생한 대리출산과 관련해서 일반적으로 사회적 약자의 지위에 위치한 대리모를 보호하기 위한 취지로 이해된다. 위와 같은 규정의 실효성을 담보하기 위하여 이 법률안 제14조 제3호는 대리모 계약임을 알도 의료보조생식 시술을 한 의료법인이나 의사(제11조 제2항)는 1년 이하의 금고 또는 5천만원이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다. 이 법률안은 모든 유형의 대리모 계약을 원칙적으로 무효로 규정하고 있다.

(3) 생명윤리 및 안전에 관한 법률 일부개정법률안(2009. 6. 2. 김소남 의원 대표발의)

이 개정안은 의학기술의 발달로 불임부부가 대리모를 통한 유전적인 연관이 있는 출생자를 얻을 가능성이 커졌고, 이러한 방법으로 불임부부가 자녀를 얻고자 하는 경우 출생자의 신분관계가 어지러워지고, 전통적인 가족제도의 정당성과 보호, 인권 침해, 출생자의 생명과 존엄성 등 복합적인 문제가 발생할 수 있음에도 불구하고 이에 대한 법적 사회적 윤리적 기준이 미비하여, 암암리에 대리모출산이 이루어지고 있어 이를 규

제할 필요성이 있다고 한다. 따라서 누구든지 영리를 목적으로 대리모를 알선하거나 유인하는 대리모증개행위를 금지하여 사회적, 윤리적 및 안전성 측면에서 인간의 존엄성과 생명을 보호하려는 의도를 가지고 있다. 위 법률안은 자녀를 원하는 혼인 중의 부부에게 재산상의 이익, 그 밖의 반대급부를 조건으로 대리모를 연결시켜주거나 대리모 계약 체결의 기회를 알려주는 대리모 증개행위를 금지하고 있다.(개정안 제13조의2 제1항 신설) 동조 제2항에서도 증개행위를 통한 대리모 계약을 무효로 보고 있으며, 동조 제3항에서는 의사에게 대리모 시술을 금지하고 있다. 실효성을 확보하기 위해 제51조 벌칙 조항에 신설 규정을 마련하여 위반한 자는 3년 이하의 징역에 처한다. 이 개정안은 특히 대리모의 유상 증개, 알선을 금지하고 있는 것이 특징이다.

(4) 보조생식에 관한 법률안(2012. 2. 10. 이영애 의원 대표발의)

「보조생식에 관한 법률안」은 기존의 생명윤리 및 안전에 관한 법률과 같은 관련 법률에서 대리모 문제와 같은 중요사항에 대하여 규정이 없어 많은 사회적 문제들이 방치되고 있으므로, 위 법률안을 통해 보조생식에 있어 금지되어야 할 사항을 규정하고자 한다. 따라서 제1조에서 “이 법은 임신을 위한 보조생식(補助生殖)에 관한 기본사항을 정하여 여성의 건강을 보호하고 인간 배아의 생명을 존중하는 것을 목적으로 한다.”고 규정하고 있다. 위 법률안은 제2조 제2항에서 대리모를 “자녀를 가지고자 하는 사람의 의뢰를 받아 보조 생식을 이용하여 임신, 출산을 한 후 그 자녀를 의뢰한 사람에게 인도할 목적으로 임신, 출산하는 여성”이라고 정의하고 있으며, 대리모를 이용하는 행위 및 그에 대한 증개 알선 행위를 금지하여(법률안 제4조 제4호) 이를 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 5천만원이하의 벌금형에 처한다고 규정하고 있다.(법률안 제9조) 따라서 이 법률안은 반대급부의 여부를 불문하고 대리모 자체를 금지하는 것으로 보인다.

2. 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」의 일부 조항

「생명윤리 및 안전에 관한 법률」은 배아의 생성에 관한 준수사항을 규정한 제23조 제3항에서 “누구든지 금전, 재산상의 이익 또는 그 밖의 반대급부를 조건으로 배아나 난자 또는 정자를 이용하거나 이를 유인하거나 알선하여서는 아니 된다.”라고 규정하고 있다. 이를 위반한 경우 동법 제66조 제1항 제4호에 의거하여 3년 이하의 징역에 처한다.

대리출산의 과정에서 제공된 정자, 난자 및 자궁의 제공자에 따라 대리출산의 유형을 분류할 경우, 반대급부를 조건으로 난자 또는 정자를 제공하는 ①남편의 정자와 제3의 여성의 난자를 보조생식술을 이용하여 수정 후 제3의 여성의 자궁에 이식하는 방법과 ②제3의 남성의 정자를 아내의 난자와 체외 수정하여 제3의 여성의 자궁에 이식하는 방법 그리고 ③제3의 남성의 정자를 제3의 여성의 난자와 체외 수정 또는 인공 수정하여 제3의 여성의 자궁에 이식하는 유형은 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」을 적용하여 규제될 수 있을 것이다. 그러나 현행 생명윤리법은 정자·난자를 무상으로 공여하는 행위에 대해서는 금지하고 있지 않으므로 공여를 통해 정자, 난자를 제공받은 경우에는 법적으로 금지하는 규정이 없어 이를 처벌 할 수 없다. 그뿐만 아니라 의뢰 부부의 정자·난자를 수정하여 대리모의 자궁에 이식하는 경우(자궁 대리모)에도 특별한 규율이 없다.

3. 대한의사협회 등의 「윤리지침」

대한의사협회는 2001년 4월 19일 의사윤리지침을 제정하고 같은 해 11월 15일 공포하였다. 이 지침의 제56조는 대리모에 관한 사항을 규율하고 있는데, 특히 동조 제2항에서는 “금전적 거래 목적의 ‘대리모 관계’는 인정하지 아니한다”고 규정하고, 제3항에서는 “의사는 금전적 거래 관계에 있는 대리모에게 인공수정이나 수정란 착상 등의 시술을 시행하여서는 아니 된다.”고 명시하였다. 그러나 2006년 4월 22일 의사윤리지침은 전문 개정되었는데, 개정지침 제14조 인공수태시술에 관한 일반조항만이 규정되어 있고, 대리모에 관한 세부적인 조항은 삭제되었다.³³⁾ 한편, 대한산부

인과학회는 「보조생식술 윤리지침」³⁴⁾을 규정하고 있다. 이 지침은 난자 및 정자 공여에 의한 시술이나 대리출산 등과 관련하여 적정한 시술을 통해 공여자나 대리모의 신변과 건강 보호, 보상 및 권리와 의무 법적·윤리적 지위 등을 보장하려는 목적을 가지고 있지만 법적 강제성은 없다.³⁵⁾

IV. ‘대리모’ 관련 입법에 있어 고려해야 할 사항

1. 공법적 측면에서의 고려할 사항

(1) 대리모의 자기결정권의 문제

헌법재판소는 판례를 통해 “헌법 제10조는 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있는바, 개인의 인격권, 행복추구권에는 개인의 자기운명결

33) 의사는 성별을 선택하여 임신하고자 하는 자에게 인공수정 등의 시술을 하여서는 아니 된다. 의사는 인공수정에 필요한 정자 및 난자의 매매 등 불법적인 거래행위에 관여하여서는 아니 된다. 의사는 인공수정에 필요한 정자 및 난자를 제공한 자의 신원을 공개하여서는 아니 된다. 이 지침에서 규정하지 않은 사항은 대한의사협회가 제정한 인공수태윤리에 관한 선언을 준용한다.

34) 2011년 1월 17일 Version 6.0

35) 2. 대리모에 관한 사항

- 1) 대리모는 임신 유지와 출산에 지장이 없는 건강한 여성을 대상으로 한다. 단, 출산 경험이 없는 여성은 대상에서 제외함을 원칙으로 한다.
- 2) 대리모의 나이는 임신유지와 분만의 합병증을 고려하여 만 45세 미만으로 한다.
- 3) 대리모는 배아이식, 임신 유지 및 출산에 필요한 적정한 검사를 받아야 한다.
- 4) 대리모는 시술이 진행되는 동안 자연임신이 되지 않도록 해야 한다.
- 5) 시술 의사 및 시술 기관은 대리모 및 보호자로부터 다음의 사항들에 대하여 설명하고 이에 대한 동의서를 받아 보관해야 한다.
 - (1) 시술 과정 및 관련 합병증과 그에 대한 치료
 - (2) 출생아의 친권이 유전적 부모에게 있다는 사실과 친권을 주장하지 않겠다는 동의
 - (3) 대리모 임신과 관련하여 유전적 부모와 금전적인 관계가 없다는 사실
 - (4) 대리모는 임신과 출산 전 과정에 거쳐, 태아와 산모의 건강에 관한 의사의 조언과 치료에 따라야 하며, 음주와 흡연, 임의의 약물 복용을 금해야 한다.

정권이 전제되는 것.”이라는 입장을 취하고 있다.³⁶⁾ 현재는 인격권을 인간의 존엄과 가치에서 찾고 있으며, “헌법 제10조가 정하고 있는 행복추구권에서 파생되는 자기결정권 내지 일반적 행동 자유권은 이성적이고 책임감 있는 사람의 운명에 대한 결정, 선택을 존중하되 그에 대한 책임은 스스로 부담함을 전제로 한다.”고 판시하여 생명·신체의 처분에 대한 자기결정권을 인정하고 있다. 일반적 행동 자유권은 적극적으로 어떤 행동을 하거나 소극적으로 아무런 행동을 하지 않는 자유를 아우른다.³⁷⁾ 대리모는 난자나 자궁의 처분권이 대리모에게 있다는 것과 생명과 건강에 대한 처분권이 인정되어야 한다고 주장할 수 있다. 그러나 난자와 자궁을 제공하면서 반대급부를 받는 경우에는 신체를 상업적으로 판매하는 것과 같은 문제를 가져오며 더 나아가 아동 매매까지 연결 될 수 있다는 점에서 무제한 인정하기 어려운 측면이 있다.³⁸⁾

한편, 반대급부 없이 난자·자궁을 공여하는 경우 신체에 대한 자기 결정권은 대리모에게 인정된다고 여기는 견해가 있을 수 있다. 이 입장은 난자나 자궁의 공여는 장기기증과 유사한 측면이 있고³⁹⁾, 여성에게는 보편적으로 임신·출산에 관한 자기결정권이 인정되므로 원칙적으로 난자·자궁을 제공하는 것이 허용된다고 볼 것이다. 자기결정권이라는 특성에 따라 허용 시에는 반드시 대리모의 자발적인 결정(동의)이 요구된다고 본다. 이 경우에는 대리모 계약도 계약이므로 강제집행이나 손해배상 청구가 가능하다고 볼 것이다.

36) 헌법재판소 1990. 9. 10. 89헌마82: “헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”라고 규정하여 모든 기본권을 보장의 종국적 목적(기본이념)이라 할 수 있는 인간의 본질이며 고유한 가치인 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다. 그리고 개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고, 이 자기운명결정권에는 성행위여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적자기결정권이 또한 포함되어 있으며 간통죄의 규정이 개인의 성적자기결정권을 제한하는 것임은 틀림없다.”

37) 김수갑, 『기본권론-이론과 실제-』, (서울:진원사, 2013), 175-183면.

38) 이준일, 『인권법-사회적 이슈와 인권』, (서울:홍문사, 2014), 501면.

39) 이준일, 상계서, 501-502면.

일반적 행동의 자유는 헌법 제37조 제2항에 따라서 본질적인 내용을 침해하지 않는 한 법률로써 제한이 가능하다. 특히, 대리모를 통한 자녀의 출산은 사회도덕이나 풍속양속에 크게 영향을 미칠 수 있으므로 법률에 의해서 제한이 가해질 수 있다. 또한 대부분의 대리모는 경제적인 이유로 자원하는 경우가 많다. 따라서 동의가 있다 하더라도 자발적인 동의였는지 여부는 확인하기 어렵다. 또한 대리모의 난자 제공이나 자궁 제공은 인간을 상품화 한다는 점에서 인간의 존엄과 가치를 본질적으로 침해하는 측면이 있다. 인간의 존엄성을 해치는 신체 거래는 허용될 수 없으므로 특히, 대가가 있는 경우에는 금지해야 한다. 따라서 허용 가능성은 비상업적 대리모(이타적 대리모)의 경우에만 가능성이 있다고 보아야 할 것이다.

(2) 의뢰 부부의 자녀를 가질 권리⁴⁰⁾의 인정 문제

자신과 유전적으로 이어진 자녀를 갖고자 하는 욕망은 인간의 본질적인 욕망으로 하나의 자녀를 가질 권리라는 측면에서 인권으로 볼 수 있다. 의뢰 부부는 헌법 제10조의 행복추구권과 헌법 제17조의 사생활 형성의 자유로부터 출산권이라는 기본권을 갖게 된다. 출산권을 근거로 하여 가장 넓은 범위까지 대리모를 인정하는 견해에 따르면 대리 출산을 허용하게 되는 경우 불임 부부 외에 모든 부부에게도 대리모 출산이 허용될 수 있다고 보고 더 나아가 독신 여성·독신 남성에게도 대리모를 통한 출산이 허락 된다⁴¹⁾고 한다. 반면, 불임부부에게만 의뢰인의 자격을 허용하여야 한다는 입장이 이와 대립한다.⁴²⁾

출산권이 모든 부부에게 인정되어야 한다면, 불임부부로서는 그러한 권리를 향유하는 것이 불가능하다고 봐야 하며 이들의 출산권을 보장해 줄 수 있는 방법은 유일하게 대리모를 통한 출산으로 생각되는 바, 불임부부에게만 대리모 출산 의뢰 자격을 부여하는 것은 평등의 원칙에도 부합하

40) 김향미, “대리모 논란에 대한 법리적 이해”, 『법철학연구』, (2012), 88-90면.

41) 이준일, 전계서, 504면.

42) 박동진, 전계논문, 51면.

는 것으로 생각될 수도 있다.

(3) 아동의 권리의 보호 문제

헌법 제36조에 따라 인간 존엄을 바탕으로 친자관계가 이루어져야 한다고 해석으로부터 더 나아가 자신의 존재, 출생 및 친자확인에 대한 권리까지도 기본권에 속한다고 볼 수 있다. 이러한 측면에서 대리모에게서 출생한 자는 의뢰 부부의 아이로서 성장하였음에도 불구하고 헌법상 '알 권리'에 따라 법원에 자기의 대리모의 존재나 제3자의 정자 혹은 난자를 이용한 경우 그 제공자의 존재에 대한 정보를 청구할 경우가 발생할 수 있다. 여기에는 의료상의 필요와 근친혼의 방지를 위해 정보공개 청구권이 인정되어야 한다는 견해가 있다.⁴³⁾

한편, 대리모에게서 태어난 출생자는 신분관계에 법적 논란이 생겼을 때 그 상황에 대한 설명을 듣고 스스로 판단하여 자신의 의사를 펼칠 능력을 가지고 있기 어렵다. 그러나 이러한 능력이 없다고 해서 아이의 생명 가치를 타인의 일방적인 처분에 맡겨서는 아니 된다.⁴⁴⁾ 아동의 권리는 헌법에 명시되어 있지는 않지만 우리나라는 1991년 11월 20일 유엔아동권리협약(Convention on the Rights of the Child 이하, UNCRC)을 비준하였다. UNCRC 제4호는 “당사국은 이 협약이 명시한 권리의 실현을 위해 입법적, 행정적 조치를 비롯해 모든 적절한 조치를 취해야 한다.”고 규정하고 있다. 대리모를 통해 태어난 출생자도 아동의 범위에 속하기 때문에 국가는 아동이 가정적인 환경과 사랑과 이해 속에서 성장할 수 있도록 노력해야 할 것이다.

(4) 대리출산에 관한 국가 개입의 정당성 및 개입의 한계

대리모 문제를 해결하기 위해 국가가 개입하는 것이正当한지 여부에

43) 서종희, 전계논문, 81면.

44) 김향미, 전계논문, 81면.

대해서도 의견이 나뉠 수 있다. 국가 개입이 정당한지 부당한지에 대한 입장은 어떤 관점을 취하는지에 따라 달라진다. 먼저, 헌법 제10조에서 근거를 찾을 수 있는 법률관계에 관한 행동의 자유로서 근대 민법의 대원리인 계약 자유의 원칙에 의거하여 대리모 계약을 바라보면, 사인이 자유롭게 계약을 한 것이므로 국가가 개입할 문제가 아니라고 생각할 수 있다. 이러한 입장에서는 대리모 계약의 당사자들의 자율적인 의사결정에 따라 의사의 합치에 이른 것으로 당사자사이의 문제이지 국가가 개입할 이유가 없다는 것으로 볼 것이다.

그러나 계약 자유의 원칙도 사회 정의를 실현하기 위해 여러 제약을 받는다는 점에서 대리모 문제는 사회에 영향을 미칠 수 있으므로 제한할 수 있다고 보아야 한다. 사적자치의 무한대로 인정될 수는 없을 것이고 국가가 법률로 대리모 문제에 개입하는 것은 허용된다고 볼 것이다.

2. 사법적 측면에서의 고려할 사항

(1) 대리모 계약의 유효성 등

대리모 계약은 의뢰 부부가 보조생식술을 이용하여 부부의 정자·난자 또는 부부의 일방의 정자·난자, 제3자의 정자·난자를 수정하여 제3자의 자궁을 이용하여 자녀를 출산하고, 그를 인도받는 것을 내용으로 하는 당사자 간의 합의라고 정의될 수 있는바,⁴⁵⁾ 이러한 계약의 유효성과 관련하여서는 견해의 대립이 있는바, 대리모 계약의 무효를 주장하는 입장의 주된 논거는 이러한 계약은 강행법규 위반과 선량한 풍속 위반이라는 점이다. 즉 민법 제927조는 가족법적 지위는 사적 처분의 대상이 될 수 없다고 규정하고 있고, 제924조는 반대해석을 하게 되면 친권의 포기 또는 양도는 허용되지 않으므로 대리모 계약은 강행법규에 위반하는 것으로 볼 수 있다. 한편, 대리모 계약은 자궁을 상품화하여 여성을 도구로서 존재하게 하므로 여성 착취의 문제를 가져오고, 계약에 의해 대리 임신을 하

45) 박동진, 전계논문, 30면.

였더라도 대리모와 태아 사이의 특별한 관계를 고려하지 않는다는 점에서 선량한 풍속에 반한다고 한다.⁴⁶⁾

현행 민법의 해석상으로는 대리모 계약의 유효성을 인정하는 것은 어려울 것으로 생각한다. 그러나 이미 대리모 계약은 음성적으로 이루어지고 있는 현실을 고려할 때, 대리모 계약을 금지하는 것은 실효성이 없으며 출생자의 복리를 위해서는 오히려 이를 양성화하여 법률로 규율할 필요가 있다고 생각한다. 다만, 유상의 대리모 계약의 유효성을 인정하는 것에 대해서는 충분한 사회적 합의가 있다고 보기 어렵다는 점에서 이타적 대리모처럼 불임부부를 위해 무상으로 이루어진 경우에 한하여 이를 허용하는 방안을 고려할 필요가 있다고 생각한다.

(2) 가족법상 문제

대리모 계약의 유효성 여부와 관계없이 대리모에게서 태어난 출생자의 신분관계는 가족법으로 정해진다는 점에서, 대리모 계약과 관련한 가장 큰 문제 중 하나는 가족법상의 문제라고 할 것이다.

출생자의 신분관계는 부모의 결정이 아닌 가족법에 따라 정해지는데, 대리모와 관련한 별도의 입법이 없는 현재로서는 현행 법규에 따라 출생자의 지위를 정할 수밖에 없을 것이다.⁴⁷⁾ 이와 관련하여 현행 민법은 모자 관계의 추정은 명문 규정을 두고 있지 않으나, *Master semper certa est*라는 로마법 이래 일반원칙에 따라서 임신하여 출산한 자가 어머니가 되므로, 현행 민법에 따르면 유전학적 결합과 무관하게 대리모가 어머니가 될 것이다.⁴⁸⁾ 대리모 계약의 유효성을 불문하고 대리모와 출생자의 친자관계는 당연히 인정되므로 의뢰부부의 모자 관계는 인정되지 않는다.⁴⁹⁾

한편, 현행 민법은 제844조에 부의 친생자 추정 규정을 두고 있으므로

46) 김상찬, 전계논문, 143면.

47) 서종희, 전계논문, 82-90면.

48) 현소혜, “대리모계약을 둘러싼 기본권 충돌의 해결”, 『아세아여성법학(Asian women law)』, (2005), 369면.

49) 김상찬, 전계논문, 149면.

대리모가 기혼인 경우에는 대리모의 배우자가 출생자의 아버지로 추정된다. 따라서 대리모가 기혼인 경우 대리모의 부(夫)가 출생자의 아버지로 추정되므로 원칙적으로 그가 친생부인의 소를 제기해야만 의뢰부가 인지를 통해 출생자의 생부로서의 법적 지위를 획득하게 된다. 한편, 대리모가 미혼의 경우라면 의뢰부가 인지함으로써 부자관계가 인정된다.⁵⁰⁾ 한편, 대리모 측이 출생자의 인도를 거부하고 자신의 아이로 키우려 하는 경우에도 출생자의 법적 지위에 관한 문제가 발생하게 된다. 이 경우 대리모가 미혼인지 기혼인지 여부에 따라 접근방법이 나뉜다. 대리모가 기혼인 경우는 위에서 밝힌 바와 같이 대리모 자신 또는 대리모의 남편(夫)이 친생관계부존재확인 소를 제기하여, 대리모의 남편과 출생자의 부자관계가 부인된 후 의뢰부부가 인지할 수 있다. 대리모가 미혼인 경우에는 의뢰부의 인지로 출생자와 부자관계가 형성된다.

이와 같이 대리출산의 경우 자의 가족법상 지위에 대한 별도의 입법이 없는 상황에서는 자의 가족법상 지위가 불안정하게 되는데, 대리출산의 제한적 허용을 전제할 경우 대리출산에 있어서의 자의 가족법상 지위에 관한 입법이 필요하다고 생각한다. 앞서 살펴본 「체외수정 등에 관한 법률안」 제22조는 대리출산으로 출생한 자를 대리출산을 의뢰한 부부의 혼인 중 출생자로 간주하고, 나아가 대리출산 의뢰부부, 대리모, 대리출산으로 출생한 자(子) 사이의 법적 지위가 대리출산의 당초 의도와 달라지는 것을 방지하기 위하여, 대리모는 출생한 자(子)를 인지할 수 없도록 규정하고, 출생한 자(子) 등은 대리모에 대하여 인지청구의 소를 제기할 수 없도록 규정하며, 대리출산을 원인으로 친생자관계부존재확인 소를 제기할 수 없도록 규정하고 있었는데, 이러한 내용은 향후 입법을 추진함에 있어 고려할 필요가 있다고 생각한다.

50) 서종희, 전제논문, 85-86면.

V. 맺으며

대리모에 관한 법적 규제의 여부와 관계없이 우리나라에서도 대리모에 의한 출산은 공공연하게 벌어지고 있다. 따라서 이러한 대리모의 허용 여부에 관한 윤리적, 종교적 측면에서의 논란은 별론으로 하더라도, 법적인 관점에서 대리모와 대리출산과 관련하여 발생하고 있는 다양한 법률문제에 대하여 입법적으로 대응이 필요하다는 점은 부정하기 어려울 것으로 생각한다. 다만 아직까지 국내에서는 대리출산과 대리모를 어떻게 규율할 것인지에 관한 사회적 합의가 이루어졌다고 평가하기는 어렵다는 점에서 종래 대리모에 관하여 국회에 다수의 법률안이 제출되었음에도 실제 입법에 이르지 못한 상황이 이해가 되지 않는 것은 아니다. 그러나 대리출산 및 대리모와 관련한 법률문제를 규율할 법률이 제정되어 있지 않음으로 인하여 대리출산 과정에 관련된 당사자들 중에서 가장 취약한 입장에 있는 대리모를 통하여 출생한 아이에 대하여 적절한 법적 보호를 제공할 수 없다는 사실은 문제라고 생각한다. 따라서 향후 대리모 및 대리출산에 관한 입법을 추진함에 있어서는 대리출산을 통하여 출생한 자에게 적절한 법적 보호를 제공함을 최우선의 과제로 둘 필요가 있다고 생각한다. 특히 이러한 과정에 있어서 대리모를 통해 태어난 자의 가족법상 지위, 즉 친생관계를 어떻게 규율할 것인지에 관한 명확한 입법은 시급한 과제라고 할 것이다.

한편, 공법적인 측면에서 대리출산은 허용하여 국가가 직접 구체적인 규율을 통해 대리모 문제를 해결할 것인지, 아니면 원칙적으로 금지하고 예외를 허용하는 방식으로 규제할 것인지에 관한 사회적 합의를 위한 노력이 필요할 것이다. 다만 인격권을 헌법적 가치로 인정하고 있는 우리나라의 법제에서 국가가 대리모를 전면적으로 허용하는 입법을 하는 것은 용이하지 않을 것으로 생각되나, 이와 같이 법률로 대리모를 금지한다고 해도 현실적으로 대리모에 의한 출산 자체가 이루어질 가능성은 여전히 높으며, 가족법의 측면에서 대리출산한 자의 법적 보호에 관한 규율은 여전히 필요할 것이라고 생각한다.

[참고문헌]

[국내문헌]

[단행본]

이준일, 『인권법-사회적 이슈와 인권』, (서울: 홍문사, 2014).

김수갑, 『기본권론-이론과 실제-』, (서울: 진원사, 2013).

성낙인, 『헌법학』, (서울: 법문사, 2015).

장영수, 『헌법학』, (서울: 홍문사, 2014).

[논문]

권은지, “대리모 산업의 윤리적 문제와 해결방안-비상업적 대리모의 법적 보호를 중심으로-”, 『ATE』, (2015).

김상찬, “대리모에 관한 입법론적 연구”, 『法과 政策(Law & Policy Review)』, (2013).

김지연, “인공수정자의 법적 지위에 관한 연구”, 『의료법학』, (2015).

김향미, “대리모 논란에 대한 법리적 이해”, 『법철학연구(Korean journal of legal philosophy)』, (2012).

김현정, “대리모 여성의 심리사회적 고통 체험 연구: Parse의 인간되어감 방법을 적용하여”, 『사회복지연구(Korean journal of social welfare studies)』, (2010).

박동진, “대리모제도의 법적 문제”, 『法學研究(The Yonsei law review)』, (2005).

백승흠, “대리임신의 문제점에 관한 고찰 : 최근 일본에서의 논의를 중심으로”, 『한국사회과학연구(Korean journal of social science)』, (2007).

서종희, “대리모계약에 관한 연구”, 『가족법연구』, (2009).

이인영, “대리모에서의 모성 결정에 관한 고찰”, 『연세 의료·과학기술과 법 (Yonsei Journal of Medical and Science Technology Law)』, (2011).

이화, “중국에서의 대리모 법적 제문제에 관한 소고”, 『아세아여성법학 (Asian women law)』, (2011).

이화숙, “2002년 미국 통일친자법 제정의 의미와 그 내용”, 『가족법연구』, (2003).

정철, “국민안전과 존엄을 위한 의료법제의 정비”, 『법학논총』, (2015).

현소혜, “대리모계약을 둘러싼 기본권 충돌의 해결”, 『아세아여성법학 (Asian women law)』, (2005).

[자료]

“태국, 상업적 대리모 금지법 승인”, LA중앙일보,

<www.koreadaily.com/news/read.asp?art_id=2744821>, 2015. 9. 7.
15:10:09

“[음지서 변성 중인 대리모 시술 (중)] “인도 5천만·美 2억원” 문의 4시간 만에 답장”, 국민일보, <news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0922787172&code=11131100&cp=nv>, 2015. 9. 2. 20:15:12

“죽은 남편 냉동 정자로 낳은 아기…법원, 친자 인정”, 뉴스1,

<<http://www.news1.kr/articles/?2334959>>, 2015. 9. 2 15:14:59

“월요법창 대리모 출산”, 법률신문,

<www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=94826>
> 2015. 9. 10. 23:23:45

“태국 대리모 출산 왜 성행하나”, 한국일보,

<www.hankookilbo.com/v/649ed482fb7b41b087d65391ae6e0daf> 2015.
9. 10. 23:32:06

[해외문헌]

David A. Frenkel, “LEGAL REGULATION OF SURROGATE MOTHERHOOD IN ISRAEL”, *Medicine and Law*, 20Med. & L., (2001)

Arthur Serratelli, “SURROGATE MOTHERHOOD CONTRACTS: SHOULD THE BRITISH OR CANADIAN MODEL FILL THE U.S. LEGISLATIVE VACUUM?”, *George Washington Journal of International Law and Economics*, 26 Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ. 633, (1993)

【국문초록】

대리모의 법적 문제점과 입법 필요성에 관한 연구

의학기술의 발달에 따라 자연적으로는 아이를 가질 수 없는 상황임에도 불구하고 보조생식술을 이용하여 자녀를 낳는 일이 가능해졌다. 한국에서는 점진적인 불임 부부의 수의 증가에 따라 대리모 문제는 점점 더 심화되고 있다. 그럼에도 불구하고 현재 국내에는 대리모 임신을 직접적으로 규제하는 법률은 없다. 해외에서는 대리모 여성들을 도구로 취급하는 문제와 더불어 여성들의 생활환경 및 건강에 대한 문제가 드러나고 있다. 그뿐만 아니라 태어난 아이가 기형이나, 장애를 가진 경우 아이의 인도를 거부하는 의뢰 부부들의 태도로 인해 아이의 인권이 유린되고 있다. 이는 우리나라에도 충분히 발생할 수 있는 문제이다. 그러므로 이러한 문제들을 미연에 방지하기 위해서라도 대리모 여성과 그 여성으로부터 태어나는 출생자의 최소한의 보호를 위한 법률은 필요한 실정이다.

출생자의 법적 지위와 관련된 사항은 일반화된 명확한 규정으로 처리하는 것이 이상적일 것이나 현행 법령이 없는 지금으로서는 법원의 해석 정도가 대안이라고 볼 수 있다. 그러나 해석론에 법을 맡겨 놓는 것은 법적 안정성과 예측가능성을 크게 떨어뜨려 일반 국민의 법 생활에 지장을 초래하는바, 대리모를 통해 태어난 출생자의 지위를 명확하게 해줄 입법은 반드시 필요하다고 판단된다. 다만 대리모 문제를 전면 허용하여 국가가 직접 구체적인 규율을 통해 대리모 문제를 해결할 것인지 원칙적으로 금지하고 예외를 허용하는 방식으로 규제할 것인지에 대해서는 사회적 합의를 이끌어낸 다음 입법하는 것이 부작용을 최소화 하는 방안일 것이다.

【주제어】

대리모, 대리출산, 보조생식기술, 대리출산계약, 출생자

【ABSTRACT】

A study on the legal problem of surrogate mother and
the need for legislation

Na Eun-Ji

Department of law The Graduate school of Sungshin Women's University

Kwon Oh Seong

Attorney at law, Associate professor of Sungshin Women's University College of law

Recently, a woman bore a baby using her husband's sperms after his death. Through development of medical technology, assisted reproductive techniques (ART) enable people who can't become pregnant naturally to become parents.

In Korea, infertile couples have gradually increased. So the problem of surrogate motherhood has been intensified. Nevertheless, there is no legislation to resolve the surrogate issue.

On the outside, the problem revealed that surrogate mothers are treated like a tool. Also, surrogate mother's health and their residential environment have already become problems. If children who were born from surrogate mothers have malformation or disability, couples who contract with surrogate mothers will refuse to retrieve them. This is intended to trample the human rights of children. This problem is likely to occur in Korea. Therefore it should legislate for surrogate motherhood and children to protect from legal dispute.

About the legal status of the child whom surrogate mother gave birth to it is ideal that dealing with generalized specific rules. But there are no regulations for surrogate motherhood. In this case, we

resolve the problem using the court's decision. Relying on the court's ruling without the law brings on a bad influence upon legal stability and predictability. Thus at least the law will have to be made in legal position for the child whom surrogate mother gave birth to. Meanwhile, the nation which allows people to have child using surrogate contract or prohibit surrogate motherhood turns on social agreement that reduce side effects of legislation.

【Keywords】

Surrogate mother, Surrogate birth, A.R.T.(Assisted Reproductive Techniques), Surrogacy Contract, Child whom surrogate mother gave birth to