

## 대리모에 관한 입법론적 연구\*

### A Study on Surrogate Mothers from the Perspective of Legislation

김 상 찬\*\*  
Kim, Sang-Chan

#### 목 차

- I. 서론
- II. 대리모의 의의와 법적규율의 필요성
- III. 대리모에 관한 외국의 입법동향
- IV. 대리모에 관한 입법방향
- V. 결론

#### 국문초록

최근 우리나라에서도 대리모에 의한 출산이 빈번하게 이루어지고 있고, 심지어 상업적 대리모 출산이 출현하고 있으며, 이로 인한 분쟁도 끊이지 않고 있다. 대리모출산은 불임부부에게는 자녀를 가질 수 있는 희망이지만, 이를 규율하는 법률이 아직 제정되지 않았기 때문에, 대리모계약이나 대리모출산이 음성적으로 이루어질 수밖에 없고, 이로 인한 폐해가 날로 늘어가고 있어 더 이상 방치할 수 없는 시점에 이르고 있다.

대리모와 관련하여 세계 각국은 법률을 제정하거나 판례의 축적을 통하여

논문접수일 : 2012.12.25

심사완료일 : 2013.01.22

게재확정일 : 2013.01.24

\* 이 연구과제는 2012년도 삼정(森井) 이왕옥 발전기금으로 수행되었음.

\*\* 법학박사·제주대 법학전문대학원 교수

이를 해결하고 있으며, 이에 관한 갈등이나 분쟁을 해결하고 있는데 반하여, 우리나라에서는 아직 이를 규제하는 법률이 제정되지 않았기 때문에 학설과 민법의 해석에 의존할 수밖에 없고, 이로 인하여 대리모계약이나 대리출산과 관련하여 일어나는 분쟁을 해결하는데 많은 어려움이 있다.

이 논문에서는 대리모와 관련하여 일어나는 분쟁의 유형과 법적 규율의 필요성을 살펴본 후, 이에 관한 주요국가의 입법례를 분석하고, 마지막으로 우리나라의 대리모에 관한 입법론을 제시하고 있다. 이 논문에서 제시하는 입법론의 내용으로서, 대리모를 규율하는 특별법을 제정하고, 그 안에 대리모계약의 허용여부와 범위, 대리모계약의 당사자의 자격, 대리모계약의 검증 및 대리모 시술의 승인, 대리모계약 불이행의 효과, 대리모에 의한 출생아의 법적 지위, 국제사법적 문제를 고려한 규정을 둘 것을 제안하고 있고 마지막으로 입법방식을 제시하고 있다.

주제어 : 대리모, 대리모계약, 대리출산, 인공수정, 체내수정, 체외수정, 입법론

## 1. 서론

생식보조의료기술의 발달로 체내인공수정, 체외수정<sup>1)</sup>이 가능함으로 인하여, 자녀를 가지고 싶어도 가지지 못하는 불임부부에게는, 대리모에 의한 출산이 유일한 희망이 될 수 있다. 우리나라에 있어서도 이미 오래전부터 대리모를 통하여 아이를 갖는 경우가 한해 100여건 정도에 이를 것으로 추산하고 있으며,<sup>2)</sup> 인터넷을 통한 대리모 알선이 사회문제로 부각되고 있음은 주지의 사실이다.<sup>3)</sup>

1) 체외수정은 여성의 몸 안에서 정상적으로 일어났던 수정과정을 인체 밖에서 시행하여 임신을 유도하는 시술로 여성의 성숙된 난자와 남성의 정액을 채취하여 체외에서 수정시킨 후 그 수정란을 자궁 내에 이식하여 임신하게 하는 인공수태 방법이다(이인영, “체외수정에 관한 입법론적 고찰”, 「가족법연구」 제19권 제2호, 한국가족법학회, 2005.9, 169면).

2) 동아일보, 2001.11.16.(“불법대리모 출산 부추길 우려”) 참조.

3) 대리모출산의 경우, 난자를 제공한 여성을 모로 인정해야 하는가 아니면 난자를 제공받았을 출산한 여성을 모로 하여야 하는가에 대해 사회통념상 어느 쪽의 여성을 출생한 자의

최근에도 자신의 난자를 제공하여 불임부부 남편의 아이를 낳는 '씨받이' 역할을 하고 돈을 받은 대리모와 이를 알선한 브로커가 경찰에 붙잡히는 사건이 신문에 일제히 보도되었다.<sup>4)</sup> 이와 같이 음성적으로 이루어지고 있는 대리모에 의한 출산은 이제 더 이상 방치할 수 없는 사회적 문제로 대두되고 있다.

이와 관련하여 세계 각국은 입법을 통하여 이를 해결하고 있는데, 어떤 국가는 인간의 존엄성과 사회질서를 파괴시킬 수 있다는 점에 근거하여 대리모 계약을 불법으로 간주하여 전면적으로 금지하기도 하고, 일부 국가는 불임부부의 증가에 따른 그들의 자녀를 가질 권리라는 측면에서 제한적으로 허용하기도 한다. 우리나라는 2005년에 제정된 '생명윤리 및 안전에 관한 법률'이 있기는 하나, 현재 사회적으로 이슈가 되고 있는 불법적 대리모 출산에 대하여는 거의 규율하지 못하고 있다고 해야 한다.<sup>5)</sup>

그러므로 이 논문에서는 대리모에 대한 법적 규율의 필요성, 그리고 외국의 입법례에 대하여 살펴본 후, 이를 바탕으로 우리나라의 대리모에 대한 입법론을 제시하고자 한다.

## II. 대리모의 의의와 법적규율의 필요성

### 1. 대리모 의의

母로 하는가는 일의적으로 정하기는 매우 어려운 문제이다(오호철, "보조생식술을 통해 태어난 자의 친자관계에 관한 소고", 「법학연구」 제33집, 한국법학회, 2009.2, 167면, 171면).

- 4) 브로커들은 인터넷 사이트를 통하여 대리모와 불임부부를 모집하고, 불임부부 남편에게서 채취한 정자를 주사기로 대리모의 질에 주입해 임신이 되도록 하는 방법을 썼으며, 불임부부 남편과 대리모가 부부로 가장해서 병원에 인공수정을 받아 임신이 되도록 하는 방법을 쓰기도 했다. 출산에 성공하면 대리모는 4천만원, 브로커는 2천만원에서 2천5백만원을 받았다. 이 사이트를 통하여 대리모를 지원한 여성은 29명이었고, 이 중 9명은 자궁만 빌려주었고, 2명은 난자까지 제공해 아이를 낳았다고 한다(동아일보 2011.10.1., 서울신문 2011.10.15, 뉴스웨이 2011.10.4. 등)
- 5) 우리 '생명윤리 및 안전에 관한 법률'은 "누구든지 재산상 이익을 조건으로 정자 또는 난자를 제공 또는 이용하거나 이를 유인·알선해서는 안된다"고 규정하고 있다. 요컨대 부부의 정자와 난자를 가져와 수정시킨 뒤 수정란을 금전을 주고 대리모의 자궁에 착상시키는 행위는 불법이 아니며, 대리모가 난자까지 제공하는 경우에만 처벌받게 된다.

정상적인 성관계를 통하여 임신되지 않는 불임부부에 있어서, 정자와 난자가 문제가 없는 부부의 경우에는 배우자간 인공수정(AIH)을 통하여 자녀를 가질 수 있다. 그러나 부인의 난자는 이상이 없으나 남편의 정자에 문제가 있을 경우, 비배우자간 인공수정(AID)을 통하여 타인의 정자를 부인의 자궁에 인공수정하여 자녀를 가질 수 있게 된다.<sup>6)</sup> 그러나 대리모에 의한 출산은 부인이 임신하지 못하는 경우에 유용한 방법이다. 즉, 남편의 정자는 정상적이거나 부인의 난자 또는 자궁에 이상이 있어서 임신하지 못하는 경우, 남편의 정자와 대리모의 난자를 인공수정하여 대리모로 하여금 출산하게 하는 것이다. 이러한 대리모 임신은 대리출산(surrogate birth)이라고도 하며, 대리모 임신·출산해 주는 제3의 여성을 대리모(surrogate mother)라고 한다.

지금까지 대리모에 관하여 다양하게 정의되어 왔는데, 이를 크게 두 가지 측면으로 나눌 수 있다. 하나는 “부인의 자궁에 이상이 있는 불임부부가 자녀를 갖는 것을 돕기 위하여 그 부인을 대신하여 자신의 자궁으로 태아를 양육하는 여성”이라는 정의이며,<sup>7)</sup> 다른 하나는 “출생한 자를 타인에게 인도할 것을 내용으로 하는 당사자간의 합의에 의해 부(夫) 이외의 자의 정자로 수정한 후 임신 및 출산한 여성”이라는 정의이다.<sup>8)</sup> 전자는 불임부부의 불임을 극복하기 위한 수단이라는 데 중점을 둔 정의이며, 후자는 오늘날 실제로 다양하게 행해지고 있는 대리모계약을 포섭하기 위한 정의라고 할 수 있다.

대리모의 유형은, 대리모가 자궁만 제공하는가 아니면 난자와 자궁을 동시에 제공하는가에 따라 ‘자궁제공형’과 ‘난자·자궁제공형’으로 나누어진다. 그리고 대리모가 대가로 돈을 받고 대리모가 되는 경우를 상업적 대리모라고 하고, 아무런 대가를 받지 않고 순수한 동기에서 아이를 출산해주는 대리모를

6) AID에 의한 자녀에 대하여 자세히는, 김상찬, “AID에 의하여 출생한 자녀의 법적 지위”, 「법학연구」 제41집, 한국법학회, 2011.2. 85-108면 참조.  
7) 엄동섭, “대리모계약”, 「저스티스」 제34권 제6호, 한국법학원, 2001.12, 89면; 김민중, “생명공학의 발달에 따른 민사법적 과제 : 인위적 인간생식기술을 중심으로”, 「민사법학」 제21호, 한국민사법학회, 2002.3, 44면.  
8) 박동진, “대리모제도의 법적 문제”, 「법학연구」 제15권 제26호, 연세대학교 법학연구소, 2005. 6, 27면; 윤진수, “보조생식기술의 가족법적 쟁점에 대한 근래의 동향”, 「법학」 제49권 제2호, 서울대학교, 2008.6, 80면; 이경희, 「가족법」, 법원사, 2002, 177면.

이타적 대리모라고 한다. 또한 정자제공자를 기준으로, ①부(夫)의 정자와 대리모의 난자를 체외수정 또는 체내수정하여 대리모가 출산하는 유형,<sup>9)</sup> ②부의 정자와 처의 난자를 체외수정하여 제3자인 대리모가 출산하는 유형,<sup>10)</sup> ③부의 정자와 사망한 처의 난자를 체외수정하여 제3자인 대리모가 출산하는 유형, ④부의 정자와 제3자의 제공 난자를 체외수정하여 다른 제3자인 대리모가 출산하는 유형, ⑤제3자의 제공 정자와 처의 난자를 체외수정하여 제3자인 대리모가 출산하는 유형, ⑥제3자의 정자와 제3자의 난자를 체외수정하여 제3자인 대리모가 출산하는 유형, ⑦제3자의 정자를 제3자인 대리모에게 체내수정하여 출산하는 유형으로 나누기도 한다.<sup>11)</sup>

합법적인 입양이라는 제도가 있음에도 불구하고 이러한 대리모가 필요한 이유는 대리모의 자궁을 통해서라도 자신의 유전자적 물질을 물려받은 자손을 갖고 싶은 종족보존이라는 가장 기본적이고도 강력한 인간의 본능 때문일 것이다.<sup>12)</sup>

## 2. 법적 규율의 필요성

1970년대부터 대리모에 의한 출산이 본격적으로 이용되기 시작하였고, 1976년 미국에서 대리모에 의한 자녀출산이 보도된 이래 불임부부에게 아이를 갖게 하는 방법의 하나로 대리모출산은 중요한 역할을 담당하고 있다. 우리나라의 경우에도 1989년 10월 최초의 대리모에 의한 임신이 보도된 이후,<sup>13)</sup> 대리

9) 이 유형이 가장 전형적인 형태의 대리모이며, 이를 유전적 대리모(박동진, 상계논문, 59면), 또는 부분대리모(박은정, 「생명공학 시대의 법과 윤리」, 이화여자대학교출판부, 2000, 522면), 유전대리출산(이인영, “대리모에 관한 법률적 쟁점사항과 사회적 수용태도”, 「법과사회」 제 29호, 법과사회이론학회, 2005.12, 277면), 전통적대리모(石井美智子, “代理母-何を論議すべきか”, 「ジュリスト」 第1342號, 有斐閣, 2007.10, 10面)이라고 한다.

10) 이 유형의 대리모를 완전대리모(박동진, 상계논문, 28면), 또는 자궁대리모(엄동섭, 전계논문, 89면)이라고 한다.

11) 대리모의 유형에 관하여 자세히는, 오호철, “대리모에 관한 소고”, 「법학연구」 제34집, 한국법학회, 2009.5, 174-177면; 박철호, “대리모계약에 대한 유효성 논란과 법리분석”, 「한양법학」 제20권 제4집, 한양법학회, 2009.11, 255-256면 참조.

12) 이창상, “대리모계약의 논란과 법적 문제점”, 「경성법학」, 제14집 제2호, 경성대학교 법학연구소, 2005.12, 21면.

모출산은 2006년 기준 불임시술 병원별로 한해 적게는 3-4건, 많게는 10여건으로 전국적으로 100여건이 이루어지는 것으로 추정되고 있다.<sup>14)</sup>

인터넷 사이트를 통해 공공연히 대리모를 구하고 이에 지원하는 여성을 연결해주는 브로커들이 활동하고 있다.<sup>15)</sup> 예를 들어보면, 2011년 9월 경찰은 불임부부들에게 대리모를 알선하고 총 2억 여원을 챙긴 브로커 정모 씨를 의료법 위반 등의 혐의로 구속했다. 브로커 정모 씨는 인터넷에 대리모 카페를 개설하고 불임부부와 대리모를 모집해 2008년부터 최근까지 총 29차례에 걸쳐 대리모 시술을 알선했고, 그 중 11명은 임신에 성공했다. 그러나 경찰은 29건의 대리모 시술사례 중 법적 처벌은 난자를 제공한 단 2건만 가능하다고 하였다. 생명윤리법상 정자와 난자를 돈을 주고 사고파는 행위는 처벌할 수 있지만, 단순히 자궁만 제공한 사례는 처벌할 법적 규정이 없으며, 도덕적으로 비판할 수는 있어도 처벌은 불가능하다는 것이 이유였다.<sup>16)</sup>

또한 대리모로 나서는 여성들이 피해를 입어도 보호받을 아무런 제도적 장치가 없다. 이에 음성적으로 행해지고 있는 대리모 제도를 합법적으로 관리하자는 주장과 완전 금지해야 한다는 주장이 맞서고 있는 실정이다.

2011년 10월에 '백지연의 끝장토론'이라는 방송프로그램에서, "현대판 씨받이, 대리모 논란, 생명의 거래인가, 불임대안인가"라는 주제로 열띤 토론을 하였다. 이 자리에서, 대리모를 찬성하는 입장과 반대하는 입장을 가진 토론자들이 열띤 공방을 펼쳤다. 전자는 "대한민국은 내 핏줄이어야만 한다는 혈연주의를 극복해야 한다"면서 "불임의 고통은 충분히 이해하지만 부부가 최선의 노력을 해도 여의치 않을 때 불임 문제의 대안은 대리모가 아닌 입양이 되어야 한다"고 주장하며, 후자는 "입양과 같은 제도가 자리 잡기 전의 과도기에는 대리모라는 방법으로 불임의 고통을 조금이라도 극복하자는 것"이라고 반박했다.

13) 구연창, "대리모계약의 세계적 동향", 「저스티스」 제22권, 한국법학원, 1989.12, 118면.

14) 윤해란, "대리모계약규정을 위한 법률안의 제안", 「법학논총」 제16집, 숭실대학교 법학연구소, 2006.8, 328면.

15) 브로커들이 개설한 한 인터넷 카페에는 1000여명이 넘는 회원들이 가입, 인터넷 포털사이트를 통하여 대리출산과 난자매매가 활발히 이루어지고 있다고 한다(NEWSIS, 2008.3.20. 사회면)

16) 11명의 대리모가 경찰조사를 받았지만, 9명은 아무런 처벌 없이 풀려났으며, 난자를 제공한 2명과 이를 도운 간호조무사 1명만이 불구속 입건되었다(서울신문 2011.10.15. 사회면).

대리모 관련 법률과 관련해서도 “대리모 출산으로 태어난 아이의 정체성과 권의 보호를 위해 법 제정이 필요하다”는 주장과, “아기의 존엄은 지켜줘야 할 대상이지만, 법질서로 해결하기 보다는 이 사회의 문제로 해결하려는 보다 넓은 시각으로 사안을 보아야 한다”는 반론이 대립되었다.<sup>17)</sup>

전국 19세 이상 성인남녀 900명을 대상으로 한 설문결과, ‘불임부부들의 대리모 출산에 대해 어떻게 생각하는가’라는 질문에 59.2%가 ‘생명을 사고파는 윤리적 문제가 있기 때문에 반대한다’고 답했고, 23.1%가 ‘불임부부들의 마지막 희망이기 때문에 찬성한다’고 답했다. ‘찬성’의견의 남녀성비는 남자가 33.1%로 10명 중 3명, 여자가 13.7%로 10명 중 1명 꼴로 3배 차이를 보였다. 또한 ‘모든 의학적 방법에도 불구하고 불임이라면 어떻게 할 것인가’라는 질문에 62.5%가 ‘내 혈육은 아니지만 입양해 키우겠다’고 밝히고 있다.<sup>18)</sup>

한편, 대리모에 관한 법적 규제가 없지만, 불임부부가 자신의 아이를 가지기를 원하는 한 대리모계약은 음성적으로 이루어질 수밖에 없고, 이 과정에서 돈 때문에 자신의 자궁을 대여한 대리모는 브로커나 계약상대방이 계약대로 이행하지 않더라도 법적 보호를 받을 수 없다는 문제점이 있다.

이상에서 살펴본 바와 같이, 우리나라에서도 대리모계약 및 출산에 관해서는 어떤 형태로든지 규율될 필요가 있다고 할 것이다.

### 3. 우리나라의 대리모에 관한 입법론

우리나라는 현재 대리모를 규제하는 법률이 없다. 2003년 12월 ‘생명윤리 및 안전에 관한 법률’(이하 ‘생명윤리법’이라고 함) 제정당시 논의는 있었지만, 대리모에 관한 규정을 하지 않았다.<sup>19)</sup> 2001년 대한의사협회가 제정한 ‘의사윤리

17) tvN, “백지연의 끝장토론”, 2011.10.11.

18) 조사기관 : 리얼미터, 조사기간 : 2011.10.8. 표본수 : 900명, 표집오차 : 95% 신뢰구간에서 ± 3.3% p.

19) 생명윤리법에는 “누구든지 금전 또는 재산상 이익 그밖에 반대급부를 조건으로 정자 또는 난자를 제공 또는 이용하거나 이를 유인·알선해서는 안된다”고 규정하고 있다(동법 제13조). 결국 부부의 난자와 정자를 가져와 수정시킨 뒤 수정란을 금전을 주고 대리모의 자궁에 착상시키는 행위는 불법으로 해석되지 않는 것이다.

지침' 제56조 2항에서는 금전적 거래목적의 대리모관계를 인정하지 않는다는 규정을 두고 있었지만, 2006년 개정에서 삭제되었다.

2006년 4월 박재완의원이 대표발의한 '체외수정 등에 관한 법률안'은 비상업적인 대리모는 허용하되 금전거래는 금지하는 내용을 담고 있었고, 동년 10월 양승조의원이 대표발의한 '의료보조생식에 관한 법률안'에서는 대리모계약은 무효라고 규정하면서도, 실비보상을 약정하는 부분은 유효하다고 규정하고 있었다.<sup>20)</sup> 또한 2009년에는 김소남의원이 대표발의한 생명윤리법 개정안도 비상업적 대리모계약을 인정하는 취지를 담고 있었지만, 어떤 입법안도 통과되지 못하였다.

대리모에 관한 법의 제정이나 개정에 있어 가장 큰 걸림돌이 되는 것은 대리모문제에 관한 찬반양론이 극명하게 엇갈려 쉽게 합의할 수 없는데 있다. 금전적 대가를 받는 대리모 거래를 불법화하면 반대로 비상업적 대리모는 합법화해야 한다. 이는 불임부부들의 요구와 일맥상통하는 부분이긴 하지만, 보건복지부가 진행한 여론조사에서는 국민의 과반수가 비상업적인 대리모조차 인정해서는 안된다고 답했다고 한다.<sup>21)</sup> 요컨대 정부의 입장은 불임부부들을 위하여 대리모를 양성화하려고 해도 국민여론의 비판이 커서 불가능하다는 것이며, 이를 위해서는 국민적 합의가 선행되어야 한다는 것이라고 할 수 있다.<sup>22)</sup>

### Ⅲ. 대리모에 관한 외국의 입법동향

대리모의 경우 출산하는 자(대리모)와 어머니(의뢰인)가 달라지므로 많은 법률상의 문제가 있고, 윤리적으로도 납득하기 어려운 경우도 있으며, 비교법

20) 이에 관해서는 윤진수, 전계논문, 84면 이하 참조.

21) 우리 사회가 대리모를 바라보는 시각은 대체로 비판적이다. 대리임신이 전문화된 형태의 매춘이라는 시각도 있고, 특히 상업적 대리모는 아이의 출생을 거래의 대상으로 하고 상품화한다는 점을 여성계와 종교계가 지적하고 있다. 또한 빈곤한 계층의 여성들이 경제적인 이유로 부유한 여성들을 위해 이용당하게 되는 결과가 발생할 우려가 크다는 점도 지적된다(이인영, 전계 "대리모에 관한 법률적 쟁점사항과 사회적 수용태도", 275면 이하).

22) 서울신문 2011.10.15. 사회면.



적으로 보아도 국가의 종교, 국민의식 등에 의하여 대리모의 허용여부 등에 관하여 각기 다른 입장을 취하고 있다. 여기에서는 대리모의 규제를 중심으로 한 주요국가의 입법동향에 대하여 살펴보려 한다.

## 1. 대리모를 금지하는 입법례

### 가. 일본

일본은 1977년 10월 중의원 법무위원회에서 보조생식기술의 발달로 분만한자와 유전적 관계를 갖는 자가 분리되는 사태가 생길 수 있기 때문에 입법에 의한 해결이 필요하다는 인식하에 입법을 추진하려고 했지만, 민법상의 분만주의를 채용하여 새로운 입법을 하지 못하였다.<sup>23)</sup> 또한 1998년 10월 후생과학심의회 선단의료기술평가부회 밑에 각계의 전문가로 구성된 생식보조의료기술에 관한 전문위원회가 설치되고 생식보조의료의 규제방식, 출생된 자의 법적 지위 등에 관하여 검토하고, 정자·난자·배아의 제공 등에 의한 생식보조의료 방침에 관한 보고서를 작성하였으나 대리모는 금지되어야 한다는 결론을 내렸다.<sup>24)</sup> 그 후 2001년 6월 생식보조의료의 실시조건 등에 관한 규제의 정비를 검토하기 위하여 후생과학심의회에서 생식보조의료부회를 설치하였다. 여기에서도 대리모를 인정해야한다는 의견도 있었지만, 사람을 오로지 생식의 수단으로 다루어서는 안되고, 안전성을 충분히 배려해야 하며, 출생한 자녀의 복지를 우선할 것에 반한다는 이유로 대리출산은 금지되어야 한다고 하였다.<sup>25)</sup> 법무성도 2001년 2월, 제3자가 제공하는 생식세포에 의한 생식보조의료기술에 의하여 출생한 자의 민법상 친자관계를 규율하기 위한 법 정비를 목

23) 相原弘明, “人工受精・体外受精・代理母をめぐる法律上の諸問題”, 「レファレンス」, 國立圖書館調査及び立法考査局, 1987.1, 98面.

24) 厚生科學審議會先端醫療技術評價部會生殖補助醫療技術に関する専門委員會, “精子・卵子・胚の提供等による生殖補助醫療のあり方について報告書”, 「ジュリスト」 第1204號, 有斐閣, 2000.12, 102面.

25) 石井美智子, “非配偶者間 生殖補助醫療のあり方厚生科學審議會生殖補助醫療部會にの狀況”, 「ジュリスト」 第1243號, 有斐閣, 2003.4, 24面.

적으로 법제과학심의회 생식보조의료관련 친자법제부회를 설치했지만, 생식의료부회에서 대리모를 금지한다는 원칙을 전제하고 있었기 때문에 대리모에 관하여 다른 규정을 두지 않고 있었으며, 지금은 중단된 상태이다. 2004년에 후생노동성은 생식의료부회의 보고서에 따른 법률안을 정부안으로 제출하려 하였으나 여당으로부터 '자녀를 출산할 권리를 국가가 규제하는 것은 바람직하지 않다'는 견해가 있어서 단념하게 된다.

요컨대 일본은 대리모를 금지해야 한다는 견해가 지배적이긴 하지만, 자녀를 출산할 권리를 국가가 규제하는 것은 바람직하지 않다는 입장에서 아직까지 국가는 대리모에 관한 규율을 하지 않고 있다고 할 수 있다.<sup>26)</sup>

#### 나. 독일

독일은 1989년 11월에 개정된 '입양증개법'에서 "대리모란 합의에 의하여 인공적으로 자연적인 임신을 하거나 또는 자신으로부터 유래하지 않은 배아의 이식을 받거나 기타 방법으로 임신하고, 출산 후에 자를 제3자에게 입양을 위해 또는 기타 영속적인 수용을 위해 인도하기로 한 여성"이라고 처음으로 정의하고, 동법 제13c조 및 13d조에서 대리모의 알선을 금지하는 규정을 두었다. 그 후 1990년 12월 '배아보호법'을 제정하였다. 이 법 제정 이후에는 대리모계약이 원칙적으로 금지되었다.<sup>27)</sup> 즉 대리모계약은 강행법규 위반이며 독일민법 제138조에 의하여 무효가 된다고 본다.<sup>28)</sup> 그러나 배아보호법은 대리모에 의한 인공수정이나 수정란의 이식행위를 금지하고 있지만, 인공수정 시술자나 수정란 이식 시술자에 대한 처벌규정일 뿐, 대리모 자신이나 위탁한 부부를 처벌 대상으로 하지는 않는다. 영업목적으로 자궁을 대여하는 행위가 이루어졌다 해도 대리모는 처벌하지 않는다.<sup>29)</sup> 독일은 1998년 친자관계법 개정을 통하여

26) 稻態利和, "生殖補助醫療への法規制をめぐる諸問題-代理懐胎の是非と親子關係法制の整備等について-", 「立法と調査」第263號, 衆議院事務局, 2007.1, 131面.

27) Münchener-Lüderiz, Kommentar zum BGB, 3.Aufl., 1992, Anhang nach §1752(AdVermiG) Rn.16.

28) Soergel-Liermann, Kommentar zum BGB, Ergänzungsband zur 12. Aufl., 1991, Rn. 27 Vor §1741 Anh(AdVermiGes).

독일민법 제1591조를 새로이 신설하여 출산한 여성이 모가 되는 것으로 확정하였다.<sup>30)</sup>

#### 다. 프랑스

프랑스는 1992년 '생명윤리에 관한 기준'에서 대리모를 금지하였으며, 판례도 대리모계약을 무효라고 하였다.<sup>31)</sup> 1994년 제정된 '인체보호에 관한 법률'과 '인체의 일부의 제공 및 사용, 인체의 생산, 인공생식 및 출산진단에 관한 법률'을 통하여 재확인하였다. 그 중 일부는 민법에 삽입되었는데, 인체의 구성요소와 산출물에 재산적 가치를 부여하는 효과를 발생시키는 계약은 무효이고(민법 제16의5조), 타인을 위한 출산 또는 임신에 관한 약정은 무효(민법 제16의7조)라는 것이다.<sup>32)</sup>

## 2. 금지와 허용이 혼재되어 있는 입법례

#### 가. 미국

미국은 1988년 8월 통일주법위원회전국회의가 '보조적 임신에 의한 아이의 지위에 관한 통일법'(Uniform Status of Children of Assisted Conception Act, 이하 'USCACA'이라 함)을 입안하였고, 1989년 2월 미국법률가협회에서 승인하였다. 이 법은 미국의 각 주에 대하여 대리모계약을 유효로 보는 A안과 무효로 보는 B안 중 하나를 선택하도록 하였다. 그 결과 현재 미국에서 대리모

29) 엄동섭, "대리모계약에 관한 외국의 입법례", 『가족법연구』 제19권 제2호, 한국가족법학회, 2005.9, 97면.

30) 이러한 태도는 임신과정과 출산이라는 행위를 수행하고 있는 여성이 유전적인 모보다도 아동에게 사회적, 심리적, 육체적인 측면에서 출생아와의 관계에서 모의 지위를 인정하는 것이 타당하다는 입장에서 출발한다(서종희, "대리모계약에 관한 연구", 『가족법연구』 제23권 제3호, 한국가족법학회, 2009.11, 62면; Schuter, BGB Familienrecht, 2005, Heidelberg, S.192).

31) Rec Dalloz 1991, Jur 424.

32) 박철호, 전계논문, 260면; 서종희, 전계논문, 62면.

에 관한 제정법을 가지고 있지 않은 주가 많지만, 대리모계약의 사법상 효력에 대하여 제정법을 마련하는 주도 있다. 이들 제정법을 두는 주 중에도 대리모계약을 유효로 하는 주와 무효로 하는 주로 나뉘어 있다. 대리모계약을 유효로 하는 주에서도 대가성 있는 대리모출산 계약을 무효로 하는 주도 있다.<sup>33)</sup>

2000년 미국통일주법위원회전국회의는 친자관계에 관한 모델법안으로서 새로운 '통일친자관계법'(Uniform Parentage Act 2000, amended 2002)을 작성했다. 이 법 제7장에 전통적 대리모(surrogate mother)에 대한 규정을 두고 정자·난자의 제공자는 출생자의 부모가 아니라고 하였다. 제8장에서는 대리모라는 용어 대신에 임신모(gestational mother)를 사용하고 있는데, 대리모계약이 유효하기 위한 요건으로 임신모가 될 수 있는 여성, 부(夫)가 있는 경우에는 그 부, 정자·난자의 제공자, 부모가 될 의사를 갖고 있는 자가 당사자로서 서면에 의해 임신계약을 맺는 것이 가능하다는 규정을 두고 있다.<sup>34)</sup>

#### 나. 호주

호주는 1984년에 인공생식에 관하여 각 주가 설치한 정부위원회의 1984년 '체외수정에 의한 배아의 취급에 관한 보고서'에 기초하여 불임법을 제정하였다.<sup>35)</sup> 이 법은 대리출산계약을 무효로 규정하고 있으며(동법 제30조), 대리출산자의 권유·모집광고를 금하고 있고, 대리모계약에 의하여 금전을 지급하고 보수를 받는 행위에 대하여는 형벌규정을 두고 있다. 그러나 주에 따라서는

33) 대리모계약을 유효로 인정하는 주는 Arkansas, Florida, Illinois, Nevada, New Hampshire, Texas, Utah, Virginia, Washington, West Virginia이고, 이중 Nevada, New Hampshire, Washington, West Virginia는 대가성 있는 대리모계약을 금지하고 있다. Arizona주는 모든 종류의 대리모관계를 금지하고, Indiana, Kentucky, Louisiana, Michigan, Nebraska, New York, North Dakota주와 District of Columbia는 대리모계약을 무효로 하는 규정을 두고 있다고 한다(織田有基子, “生殖補助醫療とアメリカ法の現状-いわゆる代理母から出生した子の母親は誰か”, 『國際私法年報』 第6卷, 國際私法學會, 2004, 228面).

34) 2007년 현재 Delaware, North Dakota, Texas, Utah, Washington, Wyoming 등 6개 주가 이 법을 채택하고 있다(오호철, 전개 “대리모에 관한 소고”, 179면; 石井美智子, 前掲 “代理母-何を論議すべきか”, 18面).

35) 문성재, “대리모계약과 인공수정에 관한 비교법적 고찰”, 『경남법학』 제17집, 경남대학교 법학연구소, 2002.8, 212면.

비영업적 대리모를 허용하는 경우도 있다.<sup>36)</sup>

### 3. 비영리 대리모만 허용하는 입법례

#### 가. 영국

영국은 1985년 대리모계약법(Surrogacy Arrangement Act)을 제정하여, 영리적 목적의 대리모계약에 관한 협상의 제안·참여, 계약의 청약·승락, 정보수집 등 일련의 행위를 금지하고 위반시 형벌규정을 두고 있었다(동법 제2조 제1항). 그러나 대리모 자신이 대가를 받거나 지급한 의뢰부부는 처벌대상에서 제외하고 있었다(동항 단서). 그리고 영리목적이란 대리모 이외의 자가 대리모계약으로 대가를 받거나 그 대가를 받기 위해 대리모계약을 체결하는 것이라고 규정하고 있었다(동조 제3항). 요컨대 이 법에서는 대리모계약이 사적으로 비상업적으로 이루어지는 경우 대리모와 의뢰부부에 대한 처벌규정은 두지 않고 있었던 것이다.<sup>37)</sup> 그 후 영국은 1990년 '인간수정과 배아연구에 관한 법률'과 '인간수정과 태생에 관한 법률'을 제정했는데, 이법은 생식의료의 실시인가기관을 두고 일정한 범위에서 생식기술의 적절한 이용을 보장하면서, 남용하는 경우 행정규제와 형사처벌을 하도록 하고 있다. 이 법은 원칙적으로 분만한 여성이 출생아의 모가 되고 인공생식에 동의한 남성을 부로 하고 있다. 다만 대리임신의 경우 처의 난자나 부의 정자 어느 한쪽 또는 양쪽 모두 사용하고 있는 등 일정한 요건을 갖추고 있는 경우 아이 출생 후 6개월 이내에 의뢰부부가 법원에 신청하여 자신들이 출생아의 부모가 되도록 해달라는 명령을 청구할 수 있도록 하고 있다.<sup>38)</sup>

2008년 11월에 영국은 1985년의 대리모계약법과 1990년의 두 법률을 합쳐서 '인간수정과 태생에 관한 법률(Human Fertilization and Embryology Act

36) 박철호, 전제논문, 262면.

37) 엄동섭, 전제 "대리모계약에 관한 외국의 입법례", 38면.

38) 稻熊利和, 前掲論文, 130面; Robert G. Lee & Dereck Morgan, Human Fertilization & Embryology, Blackstone Press Ltd, London, 2001, p.200.

2008)로 개정하였다.<sup>39)</sup> 이 법률에서는 대리출산 신청인의 자격 확대, 부성판단의 기준 세분화, 신청기준의 명확화 등의 조치가 이루어지고 있다.<sup>40)</sup>

#### 4. 대리모를 허용하는 입법례

##### 가. 이스라엘

이스라엘은 1996년에 '정자은행 관리 및 인공수정에 관한 법률'을 제정하여 일정한 요건 하에 대리모계약을 허용하고 있다. 이 법은 7인으로 구성된 위원회의 승인을 받고 대리모계약을 체결할 수 있도록 하고 있는데, 승인요건은 당사자들의 자유로운 합의, 산모나 아이의 건강 또는 건강에 위험이 없을 것, 그리고 의뢰한 남성의 정자가 사용되고 체외수정에 의하여 임신이 이루어져야 하며 대리모는 미혼이고 이스라엘 주민이어야 할 것 등이다. 대리모에게는 실비가 보상될 수 있지만 그 이상의 보수는 지급될 수 없다고 한다. 대리모는 결심을 바꾸어 아이를 자신이 데리고 있을 수 있으며, 원할 경우 낙태도 가능하도록 하고 있다.<sup>41)</sup>

##### 나. 그리스

그리스는 2002년 '인간생식에 있어서의 의료보조에 관한 법률'을 제정하고, 이를 그리스민법 제1455조에서 제1484조에 편입시켰다. 대리모계약은 배아식 전에 법원의 허가를 받아야 하며, 아이를 원하는 자와 출산하는 여성 및 출산하는 여성의 남편 사이에 서면합의를 필요로 하고 있다(그리스민법 제1458조). 그리고 아이를 원하는 여성이 의학적으로 불임이어야 하며, 출산하는 여성이 임신에 적합한 상태이어야 한다. 인공수정이 이루어지면 출생자는 법

39) Mika Oldham, Blackstone's Statutes on Family Law, Oxford Univ. Press 2008, pp.644-653

40) 이에 대하여 자세히는, 서종희, 전계논문, 58-59면 참조.

41) 엄동섭, 전계 "대리모계약에 관한 외국의 입법례", 47면; 박철호, 전계논문, 259면.

원에 의하여 당해 허가가 부여된 여성의 자로 추정된다(동법 제1464조). 요컨대 법원의 사전허가를 받아 대리출산 한 경우에 의뢰한 모가 아이의 어머니라고 규정함으로써 독일이나 프랑스와는 반대의 입법태도를 보이고 있다.<sup>42)</sup>

## N. 대리모에 관한 입법방향

지금까지 살펴본 바와 같이, 우리나라에도 대리모 출산이 많이 이루어지고 있는데도 불구하고 어떤 규제도 없는 상태에서 방치하고 있어서 커다란 사회문제의 하나로 되고 있다. 그러므로 더 이상 대리모 문제를 학설이나 판례에 맡겨둘 것이 아니라 어떤 형식으로든 대리모를 법적으로 규제할 필요가 있다. 이하에서는 향후 우리나라의 대리모에 관한 입법 방향에 대하여 살펴보려고 한다.

### 1. 대리모계약의 허용여부

대리모에 관한 입법에 있어 가장 중요한 것은 말할 것도 없이 대리모계약을 허용할 것인가 하는 것이다. 대리모계약은 민법 제103조의 '선량한 풍속 기타 사회질서'에 반하는 계약으로서 무효라고 보는 것이 종래 우리나라의 다수설이지만,<sup>43)</sup> 최근에는 유효설이나 제한적 유효설을 위하는 견해도 많아지고 있으며,<sup>44)</sup> 현실적으로 대리모에 의한 출산이 공공연히 이루어지고 있으므로, 이

42) 엄동섭, 상계논문, 49면; 박철호, 상계논문, 259면.

43) 무효설을 취하는 견해로, 이경희, 전게서, 180면; 고정명, "인공수정과 친자법", 「인공수정의 법리」, 법무자료 제79집, 법무부, 1987, 225면; 구연창, "대리모계약의 법적 접근", 「경희법학」 제23집, 경희대학교 법학연구소, 1988.6, 71면; 김용한, 「신친족상속법」, 박영사, 2002, 186면; 김주수, 「친족·상속법」, 법문사, 2002, 290면; 이덕환, "대리모출산의 친자법적 문제", 「법학논총」 제13집, 한양대학교 법학연구소, 1996.10, 211면; 양수산, "인공수정에 관한 제문제의 합헌성 고찰", 「현대가족법과 가족정책」, 김주수교수화갑기념논문집, 1988.5, 259면; 이창상, 전계논문, 29면 등이 있다.

44) 유효설을 취하는 견해로, 맹광호, "대리모계약의 유효성 여부", 「비교사법」 제12권 제2호, 한국비교사법학회, 2005.6, 86면; 엄동섭, 전계 "대리모계약", 106면; 박동진, 전계논문, 27면; 등이 있으며, 제한적 유효설을 취하는 견해로, 박철호, 전계논문, 271-273면; 백승흠,

를 일률적으로 금지하는 것보다는 합리적인 일정한 범위 내에서 대리모계약 및 출산을 허용하는 것이 보다 실효성이 있을 것으로 생각한다.<sup>45)</sup>

## 2. 대리모 계약의 허용범위

대리모계약을 인정하는 경우에도 이타적 대리모와 상업적 대리모를 구분하여 전자만을 유효로 인정하는 견해가 많다. 그러나 이타적 대리모의 경우에도 임신과 출산에 관한 모든 비용을 의뢰인이 부담하며 기타 시간과 신체적 상해에 대하여 일정액의 비용을 지급하고 있으므로 상업적 대리모와의 구별이 명확하지 않다는 문제가 있다. 또한 대리모 계약에 부가되는 금전수수가 아이를 임신하고 출산하는 과정에서 일을 할 수 없는 것에 대한 일일수익과 대리모가 태내에서 아이를 건강하게 키우기 위한 최소의 비용<sup>46)</sup>에 대한 보상이라는 점에서 친권을 포기하는 대가가 아니라고 본다면 이를 상업적이라고 볼 수 있을지 조차 의문이다.<sup>47)</sup> 또한 대리모 계약에 의해 대리출산을 하는 여성의 입장에서 볼 때 신체적 불편과 건강, 시간적 손실, 노동력 상실로 인한 손해 등 그 희생이 적지 않다는 점과 상식적으로 대리모 계약을 원하는 불임부부의 수에 비하여 아무런 대가 없이 대리출산을 해줄 여성은 거의 없을 것이라는 점을 감안하면, 대리출산 여성에 대한 최소한의 기본적인 보상은 불가피한 것으로 보인다.

따라서 입법과정에서 상업적 대리모와 비상업적 대리모를 구분할 수 있는

“대리모계약의 문제점과 유효성여부”, 「비교법연구」 제6권 제1호, 동국대학교 비교법문화연구소, 2005.12, 125면; 김상찬·박지훈, “대리모계약의 유효성에 관한 연구”, 「국제법무」 제3집 제2호, 제주대학교 법과정책연구소, 2011.11, 57면 등이 있다.

45) 현재도 우리나라는 생명윤리법상 일정한 조건하에 배아생성을 인정하고 있고, 생식세포 제공자들의 동의를 얻어 반대급부 없이 제3자에게 양도하는 경우에는 생명윤리법 제13조 제3항에 위반되지 않아 얼마든지 제3자에 대한 무상양도라는 방법으로 대리모계약이 이루어질 수 있기 때문에, 대리모계약을 무효로 보아 금지하는 것은 무리가 있다고 한다(박동진, “출생전 생명에 대한 민사법적 고찰”, 「의료법학」 제10권 제1호, 2009.6, 98면; 서종희, 전계논문, 95면).

46) 윤혜란, 전계논문, 348면.

47) 합헌적 계약 해석의 법리에 따라 대리모 계약은 대리모에게 해제권이 보장되는 한 유효하고 이는 상업적 대리모계약인지 여부를 불문한다는 견해도 있다(맹광호, 전계논문, 85면).



명확한 기준을 제시해야 할 것이다. 즉 대리모에게 비용을 지급하는 경우 그 비용의 범위를 어디까지 인정할 것인지가 관건이 된다. 출산비용 등 의료비는 당연히 포함되겠지만, 임신·출산으로 인한 근로기회 상실에 대한 보상, 출산 후 몸매관리를 위한 비용, 아이와 이별하는데 대한 정신적 위자료 등을 포함시킬 것인지 여부, 포함시킨다면 그 금액은 어느 정도가 상당한 것인지 등에 관한 검토가 필요하다.<sup>48)</sup>

### 3. 대리모계약 당사자의 자격

#### 가. 의뢰인의 자격

대리모계약은 불임부부에게만 의뢰인의 자격을 허용함으로써 대리출산이 불임을 극복하기 위한 최후의 수단으로 이용될 수 있도록 해야 한다.<sup>49)</sup> 따라서 단순히 여성이 몸매관리나 미용을 위하여 출산을 회피하기 위한 수단으로 이용되는 것을 방지해야 하며,<sup>50)</sup> 동성애 커플이 대리모 출산을 원하는 경우에 이를 허용할 것인지 여부에 대한 검토도 필요하다.<sup>51)</sup>

#### 나. 대리모의 자격

- 
- 48) 미국의 경우 아이를 가질 수 없는 부부에게 도움을 주기 위하여 이타심으로 대리모가 되는 경우가 많은데, 대리모는 출산위험, 임신기간 중의 휴업보상 등을 고려하여 대략 2만달러 전후의 보수를 받는다고 한다(稻態利和, 前掲論文, 133面).
- 49) 미국의 1988년 USCACA는 의뢰인이 불임일 것을 요구하고 있었으나, 2002년 개정된 UPA는 이를 요구하지 않지만, 산모나 아이에게 위험이 따른다는 의학적인 증거가 있어야 한다. 인공임신이나 성적교섭을 통하여 임신할 수 있는 부부인 경우에는 단순히 임신의 불편을 피하기 위해서라는 이유만으로 대리모계약을 할 수 없다(이화숙, “2002년 미국통일친자법 제정의 의미와 그 내용”, 『가족법연구』 제17권 제1호, 한국가족법학회, 2003.3, 165면).
- 50) 박동진, 전계 대리모제도의 법적 문제, 51면; 배성호, “대리모에 의해 출생한 자의 법적 지위-생명윤리법의 개정 내지 생식보조의료에 관한 새로운 민사특별법의 제정을 위한 시론-”, 『인권과 정의』 제345호, 2005.5, 대한변호사협회, 20면.
- 51) 이 문제는 우리 사회에서 동성애나 동성애자의 결혼문제를 어떻게 볼 것인지에 대한 검토가 선행되어야 할 것이다(서중희, 전계논문, 96면).

대리모계약에 있어서는 대리모의 자격요건에 대한 검토도 이루어져야 한다. 이 경우, 배우자의 유무, 결혼경험의 유무, 출산경험의 유무, 의뢰인과의 친족관계 유무<sup>52)</sup> 등에 대하여 검토해야 한다. 예컨대, 미국의 경우 1988년의 '보조적 임신에 의한 아이의 지위에 관한 통일법'이나, 2000년의 '통일친자관계법'에서는 임신 및 분만 경험이 있는 여성만이 대리모가 될 수 있도록 하고 있다.

#### 4. 대리모계약의 검증 및 대리모시술의 승인

대리모계약 체결방식을 규정하고 계약서에 공증을 받도록 하거나 국가기관(법원이나 보건복지부)의 검증을 받고 허가를 받도록 하는 방법을 강구해야 한다. 예컨대 대리모제도를 이용해야 할 필요성에 대하여 당사자의 판단이 아니라 국가기관에 의한 검증이 필요하며, 의뢰인과 대리모의 자격 및 건강상태, 나아가 계약내용의 인지상태 등도 확인되어야 한다. 더 나아가 대리모 중개업자 내지 알선업자를 등록하도록 하고 국가가 이를 관리하도록 하여 음성적으로 이루어지는 대리모출산을 사전에 차단해야 한다.<sup>53)</sup> 그리고 대리모를 위하는 여성도 등록하도록 하여 정부에서 관리하면 좋을 것이다.<sup>54)</sup>

또한 대리모의 시술을 위한 병원 또한 국가에서 승인된 기관으로 제한하는 것이 바람직하다. 이렇게 대리모계약을 검증하고 대리모시술을 사전에 승인하는 이유는 대리모계약 자체를 사전에 통제할 필요성이 클 뿐만 아니라 태어날 아이의 복리를 고려하기 때문이다.<sup>55)</sup>

52) 일본의 경우 불임인 딸을 위하여 어머니가 대리모가 되어 자를 출산한 사례가 있고(讀賣新聞 2008.2.29.), 우리나라의 경우에도 친족이 대리모가 되어 자를 출생한 사례에서 분쟁이 발생한 경우(서울가정법원 1996.11.20. 선고 95드89617)가 있는데, 가까운 친족에 의한 대리출산한 경우 출생한 자의 가족관계가 바람직하지 않게 형성될 여지가 있으므로(맹광호, 전계논문, 93면), 대리모를 통해 태어날 자의 복리적 차원에서 이를 금지하는 것이 바람직하다(오호철, 전계 "대리모에 관한 소고", 194면).

53) 박동진, 전계 "대리모제도의 법적 문제", 53면.

54) 캐나다에서는 친족이외의 자를 통해 자를 출산할 권리를 인정하면서 대리모를 정부기관에 공식 등록한 다음 고용보험수준의 보조금을 정부가 지원한다는 내용의 '대리모 공공제도화'가 논의되고 있다고 한다(연합뉴스 2001년 1월 26일 세계면).

55) 박동진, 전계 "대리모제도의 법적 문제", 53면.

## 5. 대리모계약 불이행의 효과

### 가. 출생아 인도거부·인수거부의 경우

대리모가 출생아를 의뢰인에게 인도하는 것은 대리모계약의 핵심적인 내용인데, 대리모가 출생아에 대한 애정이나 약정한 보수의 불이행 등으로 출생아의 인도를 거부하는 경우가 발생할 수 있다. 이에 대하여 대리모계약의 유효성을 인정하는 학설은, 당사자는 대리모 계약에 의한 이행을 상대방에게 청구할 수 있으며 만일 불이행하는 경우에는 법원에 강제이행을 청구할 수 있고 임신 전이라면 계약을 자유롭게 해제할 수도 있다. 대리모가 아이를 인도하기를 거부하는 경우에도 불임부부 측은 법원에 유아인도청구소송을 제기하여 그 목적을 달성할 수 있고 반면에 불임부부가 아이의 인수를 거부하는 경우에는 아이의 생부를 상대로 인지청구소송을 제기할 수도 있고, 소송을 통하여 대리모 계약의 내용이 유효함을 주장하여 자의 인수를 강제할 수 있다고 한다.<sup>56)</sup> 그리고 대리모계약을 무효로 보는 입장에서는 계약의 이행으로서 유아인도청구소송을 제기할 수 없으며, 이에 대한 강제집행도 할 수 없다고 한다.<sup>57)</sup>

한편, 의뢰인이 대리모가 낳은 아이의 인수를 거부하는 경우가 있을 수 있다. 이에 대하여 학설은, 인수를 강제하는 것은 어려운 문제이므로 대리모는 인수위반을 이유로 의뢰인에게 손해배상을 청구할 수 있으며, 대리모가 직접 아이를 양육하는 경우 양육에 소요되는 비용을 청구할 수 있다고 하고 있다.<sup>58)</sup>

이러한 출생아의 인도거부 또는 인수거부의 경우 강제집행 여부나 손해배상청구 또는 양육비청구 등에 관해서도 입법적으로 해결할 필요가 있다.

### 나. 계약 해제의 경우

56) 맹광호, 전계논문, 98면; 윤혜란, 전계논문, 355면.

57) 대리모계약을 유효하다고 보더라도, 대리모계약은 신사협정에 불과하므로 법적으로 불완전한 구속력을 가지기 때문에 법적 강제는 할 수 없다고 하는 견해도 있다(김민중, 전계논문, 22면).

58) 김민중, 상계논문, 47면; 오호철, 전계 “대리모에 관한 소고”, 196면.

대리모가 계약 후에 마음이 바뀌어 계약을 해제하는 것을 인정할 것인가 하는 문제가 있다. 학설은 임신·출산과정에서 불가피하게 위험과 부담을 대리모가 지게 되므로 임신 전에는 대리모가 계약을 자유롭게 해제할 수 있지만 임신 후에는 모자보건법 제14조에 의하여 한정적인 범위 내에서만 인공임신 중절 수술이 가능하므로 일정한 경우에만 계약을 해제할 수 있다고 한다.<sup>59)</sup> 입법시 이러한 계약여부 및 계약해제의 효과로서의 손해배상책임 등에 대해서도 규정할 필요가 있다.

## 6. 대리모 출생아의 법적 지위

### 가. 모(母)의 확정

대리모가 낳은 아이가 중증 장애우이어서 의뢰인인 불임부부가 아이의 인수를 거부하거나 불임부부의 이혼, 불임부부의 사망의 경우 아이의 양육자가 불분명해졌을 때 '모권분쟁'이 일어난다. 즉, 모의 결정문제는 대리모가 출생아의 인도거부 시 발생하는 문제, 경우에 따라서는 의뢰인의 인수거부나 인수불능의 경우에 발생하는 문제와도 관련된다.<sup>60)</sup> 특히 난자제공형의 경우와 자궁제공형의 경우 모두 누가 어머니인가에 대해 상당한 논란이 있다.<sup>61)</sup> 일부 학자들은 유전적 형질을 기준으로 모를 정하여야 한다고 한다. 이 주장에 따른 경우 난자제공형의 경우 대리모의 모권이 인정되나 자궁제공형의 경우는 대리모가 낳은 아이는 그녀의 자식이 아니기 때문에 아무런 권리도 주장하지 못한다.<sup>62)</sup> 어떤 학자들은 이런 경우 전통적인 입장에 따라 어머니를 결정해야 한

59) 임동섭, 전제 "대리모계약", 111면.

60) 김상찬·박지훈, 전제논문, 67면.

61) 대리모와 관련하여 일반인을 대상으로 한 조사에서, 대리모출생자의 어머니를 누구라고 생각하느냐라는 질문에, 출산을 의뢰한 불임여성라고 응답한 사람이 55.7%, 대리모라고 응답한 사람은 41.7%, 모르겠다고 응답한 사람은 2.6%로 응답하고 있다(이인영, 전제 "대리모에 관한 법률적 쟁점사항과 사회적 수요태도", 304면).

62) Johnson v. Calvert(Supreme Court of California, 1993) 5 Cal. 4th 84, 19 Cal. Rptr.2d 494, 851 p.776.

다고 주장한다. 즉 아이를 낳은 여성이 어머니로서의 권리를 가져야 한다는 것이다.<sup>63)</sup> 영국의 경우 일단 아이를 출산한 대리모가 모권을 가지는 것으로 하고 법원의 허가를 얻어 불임여성을 법률상 모로 바꾸는 것을 허용하는 있다.<sup>64)</sup>

#### 나. 부의 확정

민법 제844조에 의하면 처가 혼인 중에 포태한 자는 부의 자로 추정되며, 혼인성립의 날로부터 200일 후 또는 혼인관계 종료의 날로부터 300일내에 출생한 자는 혼인 중에 포태한 것으로 추정한다. 따라서 대리모출생자는 일단은 대리모의 부(夫)의 친생자로 추정된다. 즉, 법률상 대리모출생자의 부(父)는 대리모가 미혼인 경우<sup>65)</sup>를 제외하고는 대리모의 배우자가 된다. 이에 따르면 결국 의뢰인은 대리모에게 정자를 제공하고도, 즉 대리모출생자의 유전학적 부(父)임에도 불구하고 친자관계를 인정받지 못하는 모순된 결과가 발생한다. 따라서 학설과 판례는 부(夫)의 친생자의 추정에 관한 민법 제844조의 해석에 있어서 무제한적 추정설<sup>66)</sup>을 버리고 제한적 추정설<sup>67)</sup>을 취하여 부(父)를 희망하는 의뢰인과 대리모출생자간에 친자관계를 인정하고자 하고 있다.

대리모계약을 통한 대리모임신의 경우, 의뢰인의 정자를 제공받아 대리모가 포태를 하였다든 객관적 사실이 명백히 존재한다. 따라서 대리모계약의 내용

63) 이 견해에 의하면 난자제공형의 대리모인지 자궁제공형의 대리모인지와 무관하게 대리모가 모권을 가진다. '모는 항상 확실하다(Mater semper certa est)'라는 일반원칙에 의하여 로마법 이래 모자관계는 출산에 의하여 당연히 성립한다. 즉, 대리모계약의 효력과 관계없이 모자관계는 출산이라는 사실에 의하여 당연히 발생한다. 따라서 법률상 대리모출생자의 모는 대리모이며, 이것은 대리모가 미혼인 경우에도 동일하다(Scott B. Rae, "Parental Rights and the Definition of Motherhood in Surrogate Motherhood", The Ethics of the New Reproductive Technologies, Christian Research Journal, 1994, p.16).

64) 윤진수, 전계논문, 94면; 김상찬·박지훈, 전계논문, 68면.

65) 대리모가 미혼모인 경우, 대리모출생자는 혼인 외의 자로서 부성추정의 문제는 발생하지 않는다.

66) 부부가 사실상 이혼하여 여러 해 동안 별거생활을 하던 중에 자를 포태한 경우에도 민법 제844조의 부의 친생자로 추정된다(대법원 1968. 2. 27. 선고 67므34판결).

67) 비록 혼인중일지라도 처가 그 배우자의 자를 포태할 수 없는 객관적 사정이 명백히 존재하는 경우에는 부의 친생자로 추정할 수 없다(대법원 1983. 7. 12. 선고 82므59 전원합의체판결).

에 따라서 대리모의 부는 대리모출생자에 대하여 친생부인의 소 또는 친생자 관계부존재확인의 소를 제기하여 친생자관계를 부정하여야 한다. 친생자관계가 부인되면 대리모출생자는 대리모와 의뢰인의 혼인 외의 출생자가 되고, 의뢰인은 민법 제855조 제1항에 의하여 인지할 수 있다. 그러나 인지를 하더라도 대리모출생자의 법률상의 부(父)인 의뢰인의 배우자, 즉 희망모는 대리모출생자의 법률상의 모가 될 수 없다. 따라서 희망모는 입양을 통해서만 대리모출생자와 양친자관계를 맺고 비로소 완전한 친권을 행사할 수 있다.<sup>68)</sup>

대리모에 관한 입법시 대리모가 낳은 아이의 모와 부의 결정에 대하여 직접 규정함으로써 대리모 출생아의 법적 지위를 확정하는 것이 바람직하다.

## 7. 국제사법적 문제의 고려

주지하는 바와 같이 인터넷상에서 대리모출산을 알선하는 카페가 난립하고 있으며 이의 내용을 보면 대리모의 문제는 국내에 국한하지 않고, 중국, 일본을 비롯한 동남아시아의 여러 국가와 관련된 국제적인 문제로 떠오르고 있고, 의뢰인이나 대리모 중 어느 한쪽이 외국인인 경우가 많아, 국제사법적 문제가 발생될 수 있다.<sup>69)</sup> 예컨대 출생자와 대리모계약의 준거법, 출생자의 국적을 포함한 국제법상 출생자의 법적 지위 등이 그것이다. 그러므로 대리모에 관한 입법에는 이러한 국제사법적인 문제를 고려하여야 한다.

## 8. 입법방식

외국의 입법례에 의하면, 대리모에 관한 입법 방식은 크게 세 가지로 나눌 수 있다. 첫 번째 방식은 민법(또는 친자관계법)을 개정하여 대리모를 규율하는 방법이다. 미국의 2000년 통일친자관계법, 독일의 1998년 친자관계법 개정

68) 생부는 대리모출생자의 단독친권자로서 자신의 처에게 입양에 대한 민법 제869조의 대락을 통해 대리모출생자와 자신의 처인 희망모 사이에 양모자관계가 인정된다.

69) 일본에서는 이미 국제소송법상 문제로 되고 있다. 이를 소개한 문헌으로는, 윤진수, 전계논문, 85-86면; 우병창, “과학기술의 발전과 일본가족법의 대응”, 「가족법연구」 제21권 제3호, 한국가족법학회, 2007.11, 101-102면 참조.

을 예로 들 수 있다. 두 번째 방식은 배아보호 또는 인공수정 등을 포함한 특별법을 제정하는 방식이다. 예컨대, 영국의 2008년 인간수정과 태생에 관한 법률, 독일의 1990년 배아보호법, 프랑스의 1994년 인체보호에 관한 법률, 이스라엘의 1996년 정자은행관리 및 인공수정에 관한 법률, 그리스의 2002년 인간생식에 있어서의 의료보조에 관한 법률 등이 그것이다. 마지막 방식은 비교적 구체적으로 대리모에 관하여 규율하는 방식이다. 영국의 1985년 대리모계약법, 미국의 1998년 보조적 임신에 의한 아이의 지위에 관한 통일법 등을 예로 들 수 있다.

우리나라의 대리모에 관한 입법방식도 대체로 세 가지가 있을 수 있다. 첫째 방식은 가족법을 개정하는 방식이다. 두 번째 방식은 '생명윤리 및 안전에 관한 법률'을 개정하거나, 이미 발의되었다가 폐기한 '체외수정 등에 관한 법률', 또는 '의료보조생식에 관한 법률'과 같은 보다 넓은 범위를 포함하는 특별법을 제정하는 방식이다. 세 번째 방식은 '대리모계약법' 또는 '대리모출산 관리에 관한 법률' 등과 같은 이름으로 대리모에 관한 보다 구체적인 명칭의 특별법을 제정하는 방식이다. 이중에서는 세 번째 방식이 가장 좋을 것으로 생각한다. 그리고 이 법률은 '가족법'이나 '생명윤리 및 안전에 관한 법률'을 기본법으로 하면서 대리모에 관한 구체적인 사항을 규율하는 특별법으로서의 지위를 가지는 것이 바람직할 것이다.

## V. 결론

오늘날 대리모에 의한 출산이 사회적 문제가 되고 있고, 그 유효성 또는 무효성을 주장하는 찬반양론이 치열한 것이 사실이다. '선량한 풍속 기타 사회질서의 위반', '자궁의 대여 내지 상품화', '아기매매', '인간부화기' 등을 하면서 대리모계약의 상업화에 대한 우려를 강하게 주장하는 무효론의 주장이나, 불임부부의 자녀에 대한 출산의 욕구, 나아가 인간으로서의 행복추구권은 헌법상의 권리로서 보장되어야 하며, 목적이 아니라 감사의 뜻으로 일정한 금전을 지급하는 것을 아기매매 내지 여성의 상품화로 폄하하는 것은 잘못된 것이라

는 유효론의 주장도 모두 옳아 보인다.

그러나 법이 대리모계약을 무효라고 하고 무효론자가 아무리 무효라고 주장해도, 실제로 우리사회에서는 대리모계약과 대리모출산이 빈번하게 일어나고 있고, 법의 규제를 피하여 음성적으로 이루어지면서 이를 알선하는 브로커만 이익을 챙길 뿐이고 의뢰인이나 대리모 모두 피해자가 되는 경우가 많다는 것을 마스크를 통하여 잘 알 수 있다.

어차피 불임부부에게 마지막 남은 희망이 대리모계약을 통한 자녀의 출산에 있고, 법의 규제와 상관없이 현실적으로 많이 이루어지고 있다고 한다면, 이를 비난하고 제한 내지 금지해야 한다고 주장할 것이 아니라, 오히려 현실에 맞게 법적으로 최소한의 기준을 정하고 제도적으로 인정하면서 기준에서 벗어난 대리모계약 내지 출산을 강도 높게 규제하는 것이 바람직할 것이다.

어느 인구학자에 의하면, 한 나라가 자립하려면 1억의 인구가, 한 도시가 자립하려면 200만명의 인구가 필요하다고 한다. 최근 우리나라 인구가 마이너스 성장을 하면서 이에 따른 출산장려 정책들이 나오고 있으나 불임부부를 위한 명확한 정책들은 제시하지 못하고 있다. 인구정책적인 입장에서도 대리모 출산에 관한 명확한 기준제시가 필요하다고 할 것이다.

## 참고문헌

- 김민중, "생명공학의 발달에 따른 민사법적 과제 : 인위적 인간생식기술을 중심으로", 「민사법학」 제21호, 한국민사법학회, 2002.3.
- 김상찬, "AID에 의하여 출생한 자녀의 법적 지위", 「법학연구」 제41집, 한국법학회, 2011.2.
- 김상찬·박지훈, "대리모계약의 유효성에 관한 연구", 「국제법무」 제3집 제2호, 제주대학교 법과정책연구소, 2011.11.
- 김용한, 「신친족상속법」, 박영사, 2002.
- 김주수, 「친족·상속법」, 법문사, 2002.
- 맹광호, "대리모계약의 유효성 여부", 「비교사법」 제12권 제2호, 한국비교사법



- 학회, 2005.6.
- 문성재, “대리모계약과 인공수정에 관한 비교법적 고찰”, 『경남법학』 제17집, 경남대학교 법학연구소, 2002.8.
- 박동진, “대리모제도의 법적 문제”, 『법학연구』 제15권 제1호, 연세대학교 법학연구소, 2005.6.
- \_\_\_\_\_, “출생전 생명에 대한 민사법적 고찰”, 『의료법학』 제10권 제1호, 2009.6.
- 박철호, “대리모계약에 대한 유효성 논란과 법리분석”, 『한양법학』 제20권 제4집, 한양법학회, 2009.11.
- 배성호, “대리모에 의해 출생한 자의 법적 지위-생명윤리법의 개정 내지 생식보조의료에 관한 새로운 민사특별법의 제정을 위한 시론-”, 『인권과 정의』 제345호, 대한변호사협회, 2005.5.
- 백승흠, “대리모계약의 문제점과 유효성여부”, 『비교법연구』 제6권 제1호, 동국대학교 비교법문화연구소, 2005.12.
- 서종희, “대리모계약에 관한 연구”, 『가족법연구』 제23권 제3호, 한국가족법학회, 2009.11.
- 양수산, “인공수정에 관한 제문제의 합헌성 고찰”, 『현대가족법과 가족정책』, 김주수교수화갑기념논문집, 1988.5.
- 엄동섭, “대리모계약”, 『저스티스』 제34권 제6호, 한국법학원, 2001.12.
- \_\_\_\_\_, “대리모계약에 관한 외국의 입법례”, 『가족법연구』 제19권 제2호, 한국가족법학회, 2005.9.
- 오호철, “대리모에 관한 소고”, 『법학연구』 제34집, 한국법학회, 2009.5.
- \_\_\_\_\_, “보조생식술을 통해 태어난 자의 친자관계에 관한 소고”, 『법학연구』 제33집, 한국법학회, 2009.2.
- 우병창, “과학기술의 발전과 일본가족법의 대응”, 『가족법연구』 제21권 제3호, 한국가족법학회, 2007.11.
- 윤진수, “보조생식기술의 가족법적 쟁점에 대한 근래의 동향”, 『법학』 제49권 제2호, 서울대학교, 2008.6.
- 윤혜란, “대리모계약규정을 위한 법률안의 제안”, 『법학논총』 제16집, 숭실대학교 법학연구소, 2006.8.

- 이경희, 「가족법」, 법원사, 2002.
- 이덕환, “대리모출산의 친자법적 문제”, 「법학논총」 제13집, 한양대학교 법학연구소, 1996.10.
- 이인영, “대리모에 관한 법률적 쟁점사항과 사회적 수요태도”, 「법과 사회」 제29호, 법과사회이론학회, 2005.12.
- \_\_\_\_\_, “체외수정에 관한 입법론적 고찰”, 「가족법연구」 제19권 제2호, 한국가족법학회, 2005.9.
- 이창상, “대리모계약의 논란과 법적 문제점”, 「경성법학」, 제14권 제2호, 경성대학교 법학연구소, 2005.12.
- 이화숙, “2002년 미국통일친자법 제정의 의미와 그 내용”, 「가족법연구」 제17권 제1호, 한국가족법학회, 2003.3.
- 稻態利和, “生殖補助醫療への法規制をめぐる諸問題-代理懐胎の是非と親子關係法制の整備等 について-”, 「立法と調査」第263號, 衆議院事務局, 2007.1.
- 相原弘明, “人工受精・體外受精・代理母をめぐる法律上の諸問題”, 「レファレンス」, 國立圖書館調査及び立法考査局, 1987.1.
- 石井美智子, “代理母-何を論議すべきか”, 「ジュリスト」第1342號, 有斐閣, 2007.10.
- \_\_\_\_\_, “非配偶者間 生殖補助醫療のあり方厚生科學審議會生殖補助醫療部會にの狀況”, 「ジュリスト」第1243號, 有斐閣, 2003.4.
- 織田有基子, “生殖補助醫療とアメリカ法の現状-いわゆる代理母から出生した子の母親は誰か”, 「國際私法年報」第6卷, 國際私法學會, 2004.
- 厚生科學審議會先端醫療技術評價部會生殖補助醫療技術に関する專門委員會, “精子・卵子・胚の提供等による生殖補助醫療のあり方について報告書”, 「ジュリスト」第1204號, 有斐閣, 2000.12.
- Johnson v. Calvert(Supreme Court of California, 1993.5 Cal. 4th 84, 19 Cal. Rptr.2d 494, 851.
- Mika Oldham, Blackstone's Statutes on Family Law, Oxford Univ. Press, 2008.
- Münchener-Lüderiz, Kommentar zum BGB, 3. Aufl., 1992.
- Robert G. Lee & Dereck Morgan, Human Fertilization & Embryology,

- Blackstone Press Ltd, London, 2001.
- Schuter, BGB Familienrecht, Heidelberg, 2005.
- Scott B. Rae, Parental Rights and the Definition of Motherhood in Surrogate Motherhood, *The Ethics of the New Reproductive Technologies*, Christian Research Journal, 1994.
- Soergel-Liermann, Kommentar zum BGB, Ergänzungsband zur 12. Aufl., 1991.

[Abstract]

## A Study on Surrogate Mothers from the Perspective of Legislation

Kim, Sang-Chan

*Professor, Jeju National University Law School*

These days, IVF surrogacy takes place from time to time in the country, leading even to emergence of IVF surrogacy for commercial purposes and consequent continuously-increasing disputes about it. While IVF surrogacy may provide infertile couples with hope of having children, laws regulating it have not been made in the country, and surrogacy agreement or IVF surrogacy is forced to take place covertly, resulting in increase of its harms and adverse effects to the critical point which needs some counter measures.

In connection with surrogate mothers, each country across the world makes laws or accumulates precedents to resolve this problem as well as conflicts and disputes arising from it. On the other hand, regulatory laws have not been made in the country and inevitably involved people have no other

way but rely on interpretation of theories and civil law, which causes much difficulties in solving disputes arising from surrogacy agreement or IVF surrogacy.

This paper firstly examines patterns of disputes related with surrogate mothers and necessity for legal regulation, and conducts analysis of relevant legislations of major countries, and finally proposes details of legislation for surrogate mothers. For it, this paper suggests legislation of a special law to regulate surrogate mothers, which includes allowance and scope of surrogacy agreement, qualification for surrogacy agreement, verification of surrogacy agreement and approval of operations for surrogate mothers, effects of non-compliance of surrogacy agreement, legal status of babies borne by surrogate mothers and consideration of private international laws. Lastly, this paper proposes methods of legislation.

**Key words** : Surrogate mothers, Surrogacy agreement, IVF surrogacy, Artificial insemination, Internal fertilization, External fertilization, Legislation