

대리모계약의 유효성에 관한 연구

A study on the validity of surrogacy contracts

김 상 찬* · 박 지 혼**

Kim, Sang-Chan · Park, Ji-Heun

목 차

- I. 서론
- II. 대리모계약의 개념
- III. 대리모계약의 유효성 검토
- IV. 대리모계약의 법적문제
- V. 결론

국문초록

최근 생명공학의 발달, 특히 생식보조의료기술의 발달로 체내인공수정, 체외수정이 가능해졌고 이를 통해 대리모에 의한 출산이 현실화되었다. 이러한 현상은 아이를 갖지 못하는 불임부부에게 자녀를 가질 수 있도록 해준다는 점에서 매우 바람직한 것이기는 하지만, 한편 대리모 출산과 관련하여 친권다툼, 기형아 출산 등으로 인한 의뢰인의 출생아 인수거부, 대리모의 출생아 인도거부 등의 고전적인 다툼에서부터 시작하여, 최근에는 출생아를 제3자에게 돈을 받고 팔아버리거나, 출산의 고통회피와 몸매유지를 위한 상업적 대리모 계약을 체결하는 경우까지 나타나 사회적문제로 등장하고 있다.

논문접수일 : 2011.09.27

심사완료일 : 2011.10.26

게재확정일 : 2011.10.28

* 법학박사 · 제주대학교 법학전문대학원 교수

** 법학전문석사과정 · 제주대학교 법학전문대학원

이러한 사회적 이슈와 관련하여 세계 각국은 입법과 판례를 통하여 다양한 태도로 접근하고 있는데, 일부는 인간의 존엄성과 사회질서를 파괴시킬 수 있다는 점에 근거하여 대리모 계약을 불법으로 간주하여 전면적으로 금지하기도 하고, 다른 일부는 불임부부의 증가에 따른 그들의 자녀를 가질 권리라는 측면에서 제한적으로 허용하기도 한다. 하지만 우리나라에서는 불임치료와 대리모 시술에 관한 동의와 계약들은 불임과 대리모에 대한 공공보건의 관심이 되기보다 개인적 차원에서의 선택의 문제로 고려되어 사적인 결정의 문제로 다루어지고 있다. 때문에 대리모 계약과 관련하여 불임과 보조생식술에 관련된 행위자들 사이에 발생하는 갈등상황이나 문제들은 그것이 가지는 법적 중요성에도 불구하고 규제가 이루어지지 못하는 상황이다.

이 논문에서는 대리모계약의 개념, 그리고 대리모계약의 규제와 관련된 외국의 입법례, 대리모계약의 유효성에 관한 내외국의 학설 및 판례, 대리모계약과 관련한 법적 문제 등에 대하여 살펴본 후, 결론으로서 대리모계약 등을 전반적으로 규제하기 위한 입법의 필요성을 강조하고 있다. 이 논문은 현실적으로 불임부부가 자신의 유전자를 가진 아이의 탄생을 원하고 경제적으로 빈곤한 여성이 존재하는 한 금전급부를 수반한 대리모출산은 존재할 수밖에 없다면 오히려 이를 하나의 계약 유형으로 인정하고 그 법률적 효과를 정해야 한다고 하고 있다. 즉 계약의 당사자의 이익이 최대한 반영되면서 장래 출생할 아이의 권익을 동시에 보호할 필요가 있으므로, 조속한 시일 내에 대리모의 규제에 관한 법률을 제정해서 그 허용범위, 의뢰인의 자격, 대리모의 자격, 영리목적의 대리모계약의 금지, 대리모에 의한 출생아의 법적 지위, 대리모계약 해제로 인한 손해배상책임의 문제, 출생아의 인도 및 인수문제, 관계기관 또는 종사자의 비밀유지의무, 모의 친생자추정의 문제 등 전반적인 규정을 들 것을 제안하고 있다.

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

I. 서론

일반적으로 아이의 어머니는 출산이라는 객관적인 사실에 의하여 확정되지만 아이의 아버지가 누구인가는 객관적으로 확정하기 어렵다. 즉 '어머니는 항상 확실하지만, 아버지는 항상 불확실하다(mater semper certa est, pater semper incertus est)'라는 로마법의 법언처럼 어머니라는 존재는 포태와 임신, 출산의 과정을 통하여 아이를 낳고 자연스럽게 생물학적 의미뿐 만아니라 법적인 의미에서도 어머니가 된다고 생각되어져왔다. 그러나 최근 생명공학의 발달, 특히 생식보조의료기술의 발달로 체내인공수정, 체외수정¹⁾이 가능해졌고 이를 통해 대리모에 의한 출산이 현실화되었다. 결과적으로 난자를 제공한 여성과 자궁을 제공한 여성이 아이의 탄생에 있어 동등한 기여를 하였다는 점에서 생명의 탄생에서부터 생물학적인 모와 법적인 모가 다를 수 있는 상황이 발생하게 된 것이다.²⁾ 이는 인류의 역사를 통하여 생명에 대해 인류가 합의해 온 고귀한 윤리가치인 인간의 존엄성과 관련하여 생명의 탄생과정에 인간의 인위적인 기술이 개입할 수 있는지 혹은 개입가능하다면 어느 정도까지 허용될 수 있는지에 대한 종교적, 철학적 논쟁을 불러일으키는 계기가 되었다.

대리모 출산과 관련하여 다툼이 생기는 사례로서, 과거에는 '친권다툼'이나 쌍둥이 또는 기형아 출산 등으로 인한 '의뢰인의 출산아 입양거부' 등이 대부

1) 보조생식술은 인공수정(Artificial Insemination)과 체외수정(in vitro fertilization and embryo transfer, INF-ET)으로 나눌 수 있다. 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) 대리모출산의 경우, 난자를 제공한 여성을 모(母)로 인정해야 하는가 아니면 난자를 제공받아 자를 출산한 여성을 모로 하여야 하는가에 대해 사회통념상 어느 쪽의 여성을 출생한 자의 모로 하는가는 일의적으로 정하기는 매우 어려운 문제이다(오호철, "보조생식술을 통해 태어난 자의 친자관계에 관한 소고", 『법학연구』 제33집, 한국법학회, 2009.2. 167면, 171면). 반대로, 부(夫)가 아닌 제3자가 제공한 정자를 사용하여 인공수정하는 비배우자간의 인공수정(AID)의 경우에는 정자제공자와 부(夫) 중 누구를 아버지로 할 것인가의 문제가 있게 된다(이에 대하여는, 김상찬, "AID에 의하여 출생한 자녀의 법적 지위", 『법학연구』 제41집, 한국법학회, 2011.2. 85-108면 참조).

분이었으나 최근에는 대리모가 의뢰인의 수정란을 착상하여 낳은 아이의 인도를 거부하거나 제3자에게 돈을 받고 아이를 팔아버리는 경우까지 있게 되었다. 또한 중국에서는 상류층 여성 사이에서 임신과 모유수유로 인해 몸매가 망가지는 것을 피하면서 출산의 고통을 덜기 위하여 상업적 대리모 계약을 체결하는 경우까지 나타나 사회적인 논쟁을 불러일으키고 있다. 이러한 변화의 속도라면 가까운 미래에는 바쁜 직장 여성들이 임신을 하지 않고 생물학적 아이를 가질 수 있는 기회로 대리모 출산을 활용할지도 모른다는 우려도 있다.

이러한 사회적 이슈와 관련하여 세계 각국은 입법과 판례를 통하여 다양한 태도로 접근하고 있는데, 일부는 인간의 존엄성과 사회질서를 파괴시킬 수 있다는 점에 근거하여 대리모 계약을 불법으로 간주하여 전면적으로 금지하기도 하고, 다른 일부는 불임부부의 증가에 따른 그들의 자녀를 가질 권리라는 측면에서 제한적으로 허용하기도 한다. 하지만 우리나라에서는 불임치료와 대리모 시술에 관한 동의와 계약들은 불임과 대리모에 대한 공공보건의 관심이 되기보다 개인적 차원에서의 선택의 문제로 고려되어 사적인 결정의 문제로 다루어지고 있다. 때문에 대리모 계약과 관련하여 불임과 보조생식술에 관련된 행위자들 사이에 발생하는 갈등상황이나 문제들은 그것이 가지는 법적 중요성에도 불구하고 규제가 이루어지지 못하는 상황이다.

이 논문에서는 대리모계약의 개념과 대리모계약의 유효성 여부를 살펴본 후에 대리모계약과 관련한 법적문제에 대하여 살펴보고자 한다.

II. 대리모계약의 개념

1. 대리모 의의와 유형

대리모 임신은 대리출산(surrogate birth)이라고도 하며, 대리모 임신·출산해 주는 제3의 여성을 대리모(surrogate mother)³⁾라고 한다.

3) 대리모의 정의는 크게 두 가지 측면으로 나누어 볼 수 있는데, 하나는 “부인의 자궁에 이상이 있는 불임부부가 자녀를 갖는 것을 돕기 위하여 그 부인을 대신하여 자신의 자궁으로 태

대리모의 유형은 대체로, ①부(夫)의 정자와 대리모의 난자를 체외수정 또는 체내 수정하여 대리모가 출산하는 경우,⁴⁾ ②부의 정자와 처의 난자를 체외수정 하여 제3자인 대리모가 출산하는 경우,⁵⁾ ③부의 정자와 사망한 처의 난자를 체외수정하여 제3자인 대리모가 출산하는 경우, ④부의 정자와 제3자의 제공 난자를 체외수정 하여 다른 제3자인 대리모가 출산하는 경우, ⑤제3자의 제공 정자와 처의 난자를 체외수정하여 제3자인 대리모가 출산하는 경우, ⑥제3자의 정자와 제3자의 난자를 체외수정하여 제3자인 대리모가 출산하는 경우, ⑦제3자의 정자를 제3자인 대리모에게 체내수정하여 출산하는 경우 등으로 나눌 수 있다.⁶⁾

대리모의 유형을 분류할 때, 대리모가 자궁만 제공하는가 아니면 난자와 자궁을 제공하는가에 따라 '자궁제공형'과 '난자·자궁제공형'으로 나누기도 한다. 그 외에도 남편과 다른 여성의 성관계를 통하여 아이를 임신하는 이른바 '씨받이'라는 것이 대리모라는 용어로 사용되기도 한다. 그 외 대리모 계약에서 대가로 돈이 지불되는지에 따라 사례비를 받고 대리모가 될 경우를 상업적 대리모(commercial surrogacy)라고 하며 아무런 대가를 받지 않고 순수한 동기에서 아이를 출산해주는 대리모를 이타적 대리모(altruistic surrogacy)라

아를 양육하는 여성"이라는 정의이며(이 같은 맥락에서, 기본적으로 불임을 극복한다는 측면에서 정의하는 경우로, 엄동섭, "대리모계약", 『저스티스』 제34권 제6호, 한국법학원, 2001.12. 89면; 김민중, "생명공학의 발달에 따른 민사법적 과제", 『민사법학』 제22호, 한국민사법학회, 2002. 44면). 다른 하나는 "출생한 자를 타인에게 인도할 것을 내용으로 하는 당사자 간의 합의에 의해 부(夫) 이외의 자의 정자로 수정한 후 임신 및 출산한 여성"이라는 정의이다(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).

- 4) 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』 제29호, 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.
- 5) 이 유형의 대리모를 완전대리모(박동진, 상계논문, 28면), 또는 자궁대리모(엄동섭, 전계논문, 89면)이라고 한다.
- 6) 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.

부른다. 현대사회에서 압도적 다수의 대리모 출산은 상업적이다. 왜냐하면 대부분의 여성들은 아주 중대한 경제적인 유인책이 없는 경우에는 자신이 기르지 않을 자녀를 임신하여 출산하려고 하지 않기 때문이다.⁷⁾

대리모의 시작은 의뢰인의 필요에 의해 이루어진다. 의사들은 불임여성의 임신을 위한 더 이상의 의학적인 방법이 없을 때 대리모를 권유하게 되는데 직접 임신·출산을 할 수 없게 된 상태에서 의사에 의해 제시되는 대리모는 임신·출산을 위한 유일한 방법이자 마지막 치료단계가 된다. 합법적인 입양이라는 제도가 있음에도 불구하고 이러한 대리모가 필요한 이유는 대리모의 자궁을 통해서라도 자신의 유전자적 물질을 물려받은 자손을 갖고 싶은 종족 보존이라는 가장 기본적이고도 강력한 인간의 본능 때문일 것이다.⁸⁾

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,⁹⁾ 대리모출산은 2006년 기준 불임시술 병원별로 한해 적게는 3-4건, 많게는 10여건으로 전국적으로 100여건이 이루어지는 것으로 추정되고 있고,¹⁰⁾ 인터넷 사이트를 통해 공공연히 대리모를 구하고 이에 지원하는 여성을 연결해주는 브로커들이 활동하고 있다.¹¹⁾ 최근엔 일본인 불임부부가 한국인 대리모를 찾고, 한

7) 폴 콕스·김상득 역, 「생명윤리학」, 살림, 2004. 173면.

8) 자신의 아이를 갖고 싶은 것은 인간의 보편적인 바람이고 역사적으로도 오래 전부터 사회생활에서 나타나고 있는 현상이며, 일족의 존속번영을 위하여 자손이 필요하였던 시대에서는 특히 강하게 나타났다. 예컨대 구약성서 창세기 16장 1절-3절의 기록에 의하면 자식을 낳지 못했던 처사라는 남편 아브라함에게 “나의 여노예가 있는 곳에 들어가 주세요. 나는 그녀에 의해서 아이를 접지 받을지도 모르겠다.”라고 의뢰하여 여노예 하갈을 側妻로 하여 구 이스마엘을 낳게 하였다고 한다(이창상, “대리모계약의 논란과 법적 문제점”, 「경성법학」, 제14집 제2호, 경성대학교 법학연구소, 2005.12. 21면).

9) 구연창, “대리모계약의 세계적 동향”, 「저스티스」 제22권, 한국법학원, 1989. 118면.

10) 윤혜란, “대리모계약규정을 위한 법률안의 제안”, 「법학논총」 제16집, 숭실대학교 법학연구소, 2006.8. 328면.

11) 불임 부부와 난자제공자 및 대리모 등을 연결시켜 주고 돈을 받은 브로커가 경찰에 붙잡혔다. 이들이 개설한 인터넷 카페에는 1000여명이 넘는 회원들이 가입, 대리출산과 난자의 거래가 활발히 이뤄진 것으로 알려졌는데 경찰에 따르면 김씨 등은 인터넷 포털 사이트에 난자매매나 대리출산 알선 카페 5개를 개설한 뒤 불임 부부 등 임신이 어려운 여성과 돈을

국인 불임부부가 중국조선족 대리모¹²⁾를 원하며, 미국인 불임부부가 대리모에 의한 아이의 출산을 위해 인도로 여행을 가는 경우¹³⁾까지 등장하여 자국의 법망을 피하면서 저렴한 비용으로 대리모 계약을 체결하려는 의뢰인과 경제적 빈곤을 극복하고자하는 대리모 지원여성 간에 대리모계약이 국경을 초월하여 체결되고 있다.¹⁴⁾

2. 대리모계약

가. 의의

대리모계약은 “대리모의 신체를 통하여 아이를 출산하여 의뢰인에게 인도하도록 합의하는 대리모와 의뢰인 사이의 계약”이라고 정의할 수 있다. 즉 “대리모가 자신의 부(夫) 이외의 자의 정자로 체외수정을 통하여 아이를 임신하고 출산한 후에 의뢰인에게 인도할 것을 내용으로 하는 당사자 간의 합의”인 것이다.¹⁵⁾ 이같이 포괄적인 정의를 할 수 밖에 없는 이유는 현실적으로 발생하고 있는 대리모의 형태가 매우 다양하기 때문이다.

대리모 계약의 체결과정을 살펴보면 의사와 중개인을 사이에 두고 불임부부와 대리모를 지원한 여성이 계약 당사자가 된다. 난자제공형의 경우 처가 대리모를 통한 인공수정을 동의할 하여야 한다. 당사자 사이의 계약은 대리모가 체외수정을 통하여 임신, 출산을 하는데 있어 인공수정 전에 비용의 일부를 지급

받고 난자를 팔기 원하는 여성들을 연결시켜준 혐의다. 김씨 등은 난자를 매매하는 경우 300~500만원의 소개비를 받고 제공자와 의뢰자를 연결시켜 줬으며 대리모도 소개했던 것으로 드러났다(NEWSIS, 2008년 3월 20일 사회면 기사).

- 12) 최근 중국동포들이 대리모 역할을 하는 경우가 늘어나고 있다. 국내 대리모에 비해 사해비가 1천-2천만 원 정도가 적게 들 뿐 만 아니라 아이의 출생 후 친권 및 상속권의 분쟁 가능성이 낮고 익명성이 보장된다는 점에서 상대적인 장점으로 부각되고 있다(중앙일보 2008년 4월 30일).
- 13) 주간동아 2007년 8월 14일, 국제면.
- 14) 동아일보 2006년 4월 21일, 아시아면.
- 15) 박동진, “대리모계약에 의한 출산과 그 법적 문제”, 『의료법학』 제3권 제1호, 한국의료법학회, 2002.6. 78면.

하고 출산하여 아이를 인도한 후 나머지를 지급한다는 것과 아이의 친권을 일정한 기간 안에 유효하게 불임부부에게 양도한다는 내용을 약속한다.

이러한 계약은 법적 구속력이 없는 경우가 많아 아이의 인도 후에도 약속한 비용을 모두 받지 못하거나 임신 및 출산의 과정에서 신체적인 상해를 입어도 손해를 배상받지 못하는 등 법의 사각지대에 놓여 있으며 대리모 현상이 국내에 그치는 것이 아니라 국외의 해외브로커와 연결되어 활동영역의 광역화, 수법의 다양화, 비이성적 변화화로 변질되어 나가고 있어 분쟁이 발생할 경우 국제적인 외교마찰까지 발생할 우려가 있다.

나. 법적 성질

대리모계약의 법적 성질을 어떻게 볼 것인가에 대하여 학설은 도급계약설, 위임계약설, 고용계약설, 혼합계약설, 특수계약설 등으로 나뉘고 있다. 도급계약설은 대리모계약을 아이의 임신과 출산 및 출생자의 인도라는 '일련의 행위의 완성'을 목적으로 하므로 유상계약인 일종의 도급계약이라고 한다.¹⁶⁾ 위임계약설은 대리모의 자율적인 판단에 따라 임신의 유지와 출산이 보장되므로 일종의 민법상 위임계약에 유사하다고 본다.¹⁷⁾ 고용계약설은 대리모가 의뢰부부를 위하여 아이를 임신하여 출산하는 노동력의 제공이라고 보아 고용계약과 유사하다고 한다.¹⁸⁾ 혼합계약설은 당사자가 합의한 내용에 따라 계약의 유형이 달라질 수 있으므로 도급이나 위임계약, 또는 고용계약의 어느 한가지 성격으로만 이해하기 보다는 혼합계약으로 보아야 한다고 한다.¹⁹⁾ 특수계약설은 대리모에 대한 보수지급, 출산아 인도의무, 친권포기와 양도, 입양합의 등 다양하고 특수하므로 가족법상의 특수계약으로 보아야 한다고 한다.²⁰⁾

16) Medicus, "Das Fremde Kind: Kompikationen bei Leihmutterchaft", Jura 1986, S.302.

17) 김민중, 대리모와 그 법률문제, 「법학논총」 제13집, 한양대학교 법학연구소, 1996, 205면; 최성배, 대리모에 관한 법적 고찰, 「사법논집」 제29집, 법원행정처, 1998, 480면.

18) 맹광호, "대리모계약의 유효성 여부", 「비교사법」 제12권 제2호, 한국비교사법학회, 2005.6. 80면.

19) 박동진, 전제 "대리모계약에 의한 출산과 그 법적 문제", 78면.

20) 우리나라의 다수설이다. 이덕환, "대리모출산의 친자법적 문제", 「법학논총」 제13집, 한양대

Ⅲ. 대리모계약의 유효성 검토

1. 논의의 필요성

우리 사회에서 대리모를 바라보는 시각은 대체로 비판적이다. '씨받이'라는 기존 문화에 대한 부정적 이미지로 대리모를 바라보는가 하면 대리임신이 전 문화된 형태의 매춘에 해당한다고 보는 견해도 있고, 대리모 시술이 여성의 인간성을 말살시키며 특히 상업적인 대리모는 아이의 출생을 거래의 대상으로 하고 상품화한다는 점을 여성계와 종교계가 지적하고 있다. 또한 빈곤한 계층의 많은 여성들이 경제적인 이유로 대리모계약을 맺고 그로 인해 가난한 여성들이 부유한 여성들을 위해 이용당하게 되는 결과가 발생할 우려가 크다는 점도 지적된다.²¹⁾ 이러한 사회의 부정적인 시각에도 불구하고 불임부부들의 필요와 대리모를 지원하는 여성의 경제적 이유 때문에 대리모 계약은 현실적으로 체결되고 있다는 점에서 진지한 사회적 논의가 필요하다 할 것이다.

2. 생명윤리의 관점에서의 대리모계약

대리모계약은 생명윤리적 관점에서 윤리적 비난가능성이 많다. 첫째, 자신이 잉태한 아이를 판다는 점에서 생명을 판다고 할 수 있다.²²⁾ 이는 대리모 계약에서 대리모가 비용의 일부를 출산 전에 받고 나머지는 출산 후 친권포기한 이후 받는 것을 내용으로 하는 경우가 일반적으로 이때 뒤에 받는 비용은 실제로 아이에 대한 대가라고 볼 수 있는 것이다. 왜냐하면 대리모가 아이의

학교 법학연구소, 1996.10. 203면; 구연창, "대리모계약의 법적 접근", 『경희법학』 제23집, 경희대학교 법학연구소, 1988. 63면; 박철호, 전계논문, 257면; 박종원, "대리모계약에 관한 법적 고찰", 『비교사법』 제14권 제4호, 한국비교사법학회, 2007.12. 421면 등.

21) 이인영, 전계 "대리모에 관한 법률적 쟁점사항과 사회적 수용태도", 275면 이하.

22) 하버드 경영대학원 교수인 데보라 L. 스파는 불임치료, 난자·정자 매매, 시험관 아기, 대리출산, 인간 복제, 입양 등 한 생명 또는 온전한 인격체에 관한 비즈니스를 베이비 비즈니스라고 정의하면서 아이를 사고파는 시장이 존재한다는 것을 인정하고 있다(데보라 L. 스파, 『베이비 비즈니스』, 한스미디어, 2007. 31-35면 참조 이하).

친권을 포기하지 않고 아이의 인도를 거부할 경우 상대방은 이 비용을 지불할 필요가 없을 것이기 때문이다. 이는 인간 공동체에서 가장 연약한 신생아를 상업적 거래의 대상으로 전락시키는 것이므로 분명 인간존엄성을 훼손하는 비윤리적인 행위라고 할 수 있다. 둘째, 대리모의 입장에서는 자신의 몸을 타인에게 돈을 받고 판다는 점에서 여성이 대가를 받고 그들 자신을 인간인 큐베이터로 제공하는 것으로 볼 수 있는데 이로써 인간의 존엄성이 훼손된다는 점이다. 셋째, 불임부부가 대리모가 될 여성을 착취하고 상품화한다는 점에서 인간 가치에 반한다는 점이다.

또한 기독교나 카톨릭의 입장에서 볼 때 대리모는 신학적으로도 문제가 많다. 왜냐하면 자궁의 제공이든 아니면 자궁과 난자 모두의 제공이든 대리모는 생식 과정에 부부 이외의 제3자를 개입시킴으로써 결혼, 가정 그리고 생식에 관한 창조의 규범을 어기기 때문이다.²³⁾ 즉 인간이 존엄한 가치를 지니게 된 근본적인 이유는 인간이 하나님의 형상대로 창조되었다는 것이고 또 인간을 위해 그리스도께서 십자가 죽음을 당하셨다는 성경의 가르침으로 인해 인간은 결코 돈이나 다른 그 무엇을 이유로 상품처럼 거래되어서는 안된다는 윤리적 명령이 나오는데 대리모계약은 가족과 출산에 관한 성경의 입장과 정면으로 배치된다고 한다.²⁴⁾

그러나 인간의 원초적인 본능의 하나로 자신의 유전자를 가진 자식을 가지고 양육하는 기쁨을 누리하고자하는 욕망을 인정한다면 임신할 수 없는 불임부부가 자신의 유전자를 이용하여 아이를 낳고 싶어하는 욕망을 비난할 수도 없는 것이다. 특히 우리나라처럼 강한 혈연의식·가족주의 의식이 아직 남아 있는 사회에서는 입양의 경우 장애에 있을지도 모를 재산상속분쟁이나 가족

23) 다만 여기에서는 구약성경을 보면 하나님께서는 이혼, 일부다처제, 대리모 등을 통해 생식의 모범을 '위반'한 여러 경우들을 허용하고 있다는 것과 신약성경에서는 출산의 질서를 아주 중요하게 취급하고 있어 출산에 대한 제3자 개입을 금지하고 있다는 점에서 대리모에 대한 포괄적 금지를 입증하기에 충분할 만큼 성경이 이에 대해 명시적으로 말하고 있지 않다는 점에 대한 논쟁이 있다(폴콕스·김상득 역, 전계서, 172면).

24) 법학자 마가렛 래딩(Margaret Radin)이 말한 '양도할 수 없는 가치(market inalienable)'를 지닌 존재로서 인간은 존엄성을 선천적으로 타고난다는 사상을 전제로 미 연방헌법 수정조항 제13조에서는 인간존엄성을 침해하는 행위를 금지한다고 한다(폴콕스·김상득 역, 상계서, 459면).

부양의 문제들 때문에 입양을 꺼려한다. 그 결과 이들의 바람을 충족시키는 수단으로 선택하는 대리모계약이 당사자들 사이에 어떠한 강압도 없이 공연·평온하게 체결되었다는 전제하에서라면 이를 비윤리적이라는 이유만으로 비난할 수 없을 것이다. 또한 한 개인이 성적 접촉을 통한 출산의 자유를 갖는다면 그에게 성적 접촉을 하지 않고 자녀를 출산할 권리도 보장된다고 봄이 합리적일 것이다. 따라서 헌법상 생식의 권리가 보장 된다면 이 권리를 실현하기 위한 수단과 방법도 보호되어야 할 것이다. 대리모계약을 인정하는 국가나 인정하지 않는 국가나 모두 대리모 문제는 현실적으로 발생하는바 이미 발생한 대리모계약의 법적처리와 관련하여 출생한 자녀의 이익을 최선의 목표로 선택을 한다는 것을 기본으로 하여 각국의 현실에 맞게 대리모 문제를 규제하고 있는 점을 고려할 때 윤리적인 이유로 허용되지 않는다고 하여 논의를 끝낼 것이 아니라 사회적 변화 속에서 발생할 수 있는 추가적인 문제점을 해결하기 위한 방안의 논의를 계속해나가야 할 것이다.

3. 대리모계약의 법적 효력

가. 학설

대리모계약은 기존의 민법이 예상하지 못했던 새로운 법현상이다. 따라서 대리모계약에 대한 제정법상의 명문규정이 없는 우리나라에서는 대리모계약의 유효성 여부에 대하여 학설상 많은 논란이 있어 왔다. 종래에는 민법 제 103조의 반사회질서행위에 해당한다고 보아 무효로 보는 것이 다수의 견해였으나, 최근에는 대리모계약의 유효성을 인정해야 한다는 주장이 유력하다.

(1) 무효설

무효설은 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서에 대한 위반 등과 같은 이유로 대리모계약의 효력을 인정할 수 없다고 보는 견해이다. 이 견해의 근거로는, ①금전지급에 대한 반대급부로서 대리임신 내지 대리출산을 약정하는 대리모계약은 유상계약이 되고, 아이를 상품과 같이 매매하는 것과 같으며, 여성

을 임신을 위한 도구로 전락시켜 상품화·상업화하는 등 민법 제103조에 위반하여 인정할 수 없다는 견해,²⁵⁾ 강행법규인 민법 제927조에 위반되므로, 대리모 계약 전부가 무효라는 견해,²⁶⁾ 대리모와 태어날 출생아의 인간으로서의 존엄과 가치를 해치며, 아이의 복리를 해칠 수 있으므로 무효하는 견해²⁷⁾ 등이 있다.

무효설에 의하면 그 계약은 처음부터 효력이 발생하지 않으며 이행의 강제 가 불가능하게 되어 의뢰자는 아이의 인도를 청구할 수 없고 대리모도 약속된 보수를 지급받을 수 없다.²⁸⁾

(2) 유효설

유효설은 대리모계약이 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 행위하고 볼 이유를 찾을 수 없으며, 대리모계약을 금지하는 규정을 찾아 볼 수 없으므로 그 효력을 인정할 수 있다는 견해이다. 이 견해는, 대리모에 대한 금전의 지급은 아이를 상품으로 매매하는 것이 아니라 대리모의 대리임신이나 출산이라는 수고에 대한 반대급부로서 민법상 103조의 선량한 풍속에 반한다고 볼 수 없다고 하며,²⁹⁾ 또한 민법이 친권사퇴를 인정하지 않으므로, 대리모계약은 민법 제927조에도 위반되지 않으며,³⁰⁾ 실제로 친권양도약정이 무효가 되어도 민법 제909조 4항에서 생부와 대리모 등은 친권행사자를 협의하여 결정하도록 하여 당사자의 의사를 존중하고 있으므로, 친권자 결정에 대한 사전약정은 그 유효성이 인정된다고 할 수 있으며,³¹⁾ 사회적 관점에서 볼 때에도 아이를 간절히 원하는 불임부부가 자녀출산의 최후수단으로 대리모를 이용하는 것까지 막는다면 인간의 존엄과 가치를 해치는 결과가 된다고 본다.³²⁾

25) 고정명, “인공수정과 친자법”, 「인공수정의 법리」, 법무자료 제79집, 법무부, 1987, 225면; 구연창, 전계 “대리모계약의 법적 접근”, 71면; 김용한, 「신친족상속법론」, 박영사, 2002, 186면; 김주수, 「친족·상속법」, 법문사, 2002, 290면 등.

26) 이덕환, 전계논문, 211면.

27) 양수산, “인공수정에 관한 제문제의 합헌성 고찰”, 「현대가족법과 가족정책」, 김주수교수회갑기념논문집, 1988, 259면.

28) 이창상, 전계논문, 29면.

29) 김민중, 전계 “대리모와 그 법률문제”, 205면.

30) 맹광호, 전계논문, 86면.

31) 엄동섭, 전계논문, 106면.

이 견해는 대리모에 의한 임신·출산이 절대적 불임부부의 불임극복을 위한 최후의 수단이고 유일한 방법일 경우 그 계약의 효력을 인정할 수 있고 다만 아기 매매와 유사한 유상의 대리모계약은 민법 제103조의 반사회질서위반으로 무효이나 이타적 입장에서 체결하는 무상의 대리모계약은 유효한 것³³⁾으로 본다.

유효설에 의하면 당사자는 계약내용의 이행을 청구할 수 있으며 이행을 불응할 경우 당사자는 계약을 해제하거나 법원에 강제이행을 청구할 수 있으며 아이에 대한 인도청구권이 인정된다.³⁴⁾

(3) 제한적 유효설

제한적 유효설은 대리모계약이 무상인 경우에 제한적으로 그 유효성을 인정하자는 견해이다.³⁵⁾ 생각건대, 무효설의 입장에 선다면 대리모와 관련된 각종 분쟁을 해결할 수 있는 방안을 마련하기 어렵고, 대리모계약을 비윤리적, 반사회적이라고 하며 외면하여 법제도권 밖에 방치하는 결과가 되어 바람직하지 않으며, 편법을 통한 은밀한 불법행위를 조장하게 하는 결과를 가져오는 등 악순환을 가져오게 하므로 무효설은 타당하지 않다. 반대로 유효설에 의하면 여성을 임신도구화 하거나 아이를 상품화하는 등의 비판을 받을 수밖에 없어 역시 타당하지 않다.

결국 대리모계약이 민법 제103조에 위반하므로 무효라고 하여 금지할 것인지, 아니면 개인의 종족보존과 양육 등 사생활에 대한 헌법상의 권리를 보장하여 유효로 보아야 할 것인지의 문제로서 매우 어려운 문제이나, 양자의 결합을 어느 정도 보완할 수 있는 제한적 유효설이 대리모를 통해서라도 아이를 얻고자 하는 부부의 수가 증가하고 있는 현실을 도외시하지 않으면서 대리모와 출생아의 존엄과 가치를 보호할 수 있는 절충적인 입장으로서는 타당하

32) 박동진, 전제 “대리모제도의 법적 문제”, 31면.

33) 이창상, 전제논문, 31면.

34) 이창상, 상제논문, 29면.

35) 이희규, “대리모계약의 실태 및 사법상의 문제점”, 『사회과학논총』 제2집, 강남대학교, 1996, 55면; 최성배, 전제논문, 488면.

다고 생각된다.³⁶⁾

나. 입법동향

(1) 우리나라

일반적인 계약의 효력을 규정하는 민법에는 비전형계약에 속하는 대리모계약에 대한 명문의 규정이 없다.³⁷⁾ 따라서 일반조항인 민법 제103조에 의할 때 대리모계약은 반사회질서위반행위로 무효로 된다. 또한, 생명윤리법 제13조는 “누구든지 금전 또는 재산상의 이익 그 밖에 반대급부를 조건으로 정자 또는 난자를 제공 또는 이용하거나 이를 유인 또는 알선하여서는 아니된다”고 규정하고 있어, 이를 위반하는 경우 동법 제51조에 의하여 징역 3년 이하에 처해지게 된다. 다만 이는 대리모계약에 있어 불법적인 난자매매를 규제하는 것으로 자궁제공형의 경우 본법의 적용을 받지 않는다.

요컨대, 대리모 계약은 법적으로 보호받지 못하며 대리모와 의뢰인, 대리모와 중개인 사이에 작성하는 계약서는 계약불이행시 법적 권리를 주장하며 상대방에게 계약의 의무를 강제하기 위한 목적이 아니라 단지 대리모와 의뢰인, 대리모와 중개인 사이의 약속을 명문화해놓은 것에 불과하다고 할 수 있다.

과2006.4.28. 국회에 제출된 ‘체외수정 등에 관한 법률안’에서는 대리출산은 체외수정관리본부의 허가를 얻어서 할 수 있지만, 영리적 목적의 대리출산은 금지하고 있었다. 대리출산으로 출생한 아이는 대리출산을 의뢰한 부부의 혼인 중 출생자로 보고 대리모는 대리출산으로 출생한 자를 인지할 수 없으며, 대리모에 대한 인지청구나 대리출산을 원인으로 하는 친생자 관계 부존재 확인의 소도 금지하고 있었다.³⁸⁾ 또한 2006.10.19.에 발의된 ‘의료보조생식에 관

36) 동지: 박철호, 전계논문, 271-273면.

37) 대리모 계약이 대리모에게 보수를 지급하고 대리모는子を 출산하여 의뢰인에게 인도할 의무를 지며 친권을 포기할 것을 내용으로 하는 점에 비추어 민법이 규정하는 14개의 전형계약에 속하지 않는 비전형계약이다. 독일에서는 대리모 계약을 도급계약의 일종으로 파악하고 있다(박종원, 전계논문, 412면).

38) 이 법률안에 의하면, 대리출산은 체외수정관리본부의 허가를 얻어서 영리목적 이외의 대리출산을 허용하며 대리모는 1회 이상 정상적인 출산경험이 있는 여성이어야 하며 대리출산은 1회에 한정하며 이를 의뢰할 수 있는 자는 대리출산 이외의 방법으로는 출산이 불가능

한 법률안'에서는 대리모계약은 무효라고 규정하고 있으면서도 대리모 출산에 의한 의료비 지급청구 등 보건복지부령이 정하는 금원을 실비보상 차원에서 지급하도록 하는 약정 부분은 일부 유효하다고 규정하고 있었다.³⁹⁾ 그러나 이 두 법률안은 회기가 만료되면서 자동폐기되었다.

(2) 외국의 경우

독일은 1989년의 '입양증개법' 및 1990년의 '배아보호법'을 통하여 대리모 계약을 무효로 취급하며 대리모가 실제 계약에 의하여 아이를 낳아도 자의 모는 대리모라고 하여 대리모계약에 대하여 인정하지 않고 있다.⁴⁰⁾ 스웨덴의 경우 「체외수정 법에 의하여 대리모를 금지하고 있고, 일본의 경우는 아직 대리모에 관한 입법은 없으며, 판례나 학설을 통해 대리모계약을 무효로 보고 있다.⁴¹⁾ 영국은 1985년 대리모 계약법을 제정하여 세계에서 대리모에 관하여 가장 먼저 입법을 한 나라이다. 이법에 의하면 비상업적인 대리모의 경우에만 형사처벌을 하지 않고 아이를 분만한 여성이 그 아이의 모가 되며 아이의 출생 후 6개월 이내에 불임부부가 법원의 신청을 통해 아이의 부모가 될 수 있도록 함으로써 사실상 허용하고 있었다.⁴²⁾ 그 후 1990년에 인간수정 및 배아 연구에 관한 법률을 제정하고, 인공생식에 관하여 포괄적으로 다루고 있는데, 대리모출산의 경우 원칙적으로 분만한 여성이 모로 되고, 인공생식에 동의한 남성을 부로 하고 있으며, 대리임신에서는 처의 난자나 부의 정자 어느 한쪽 또는 양쪽 모두가 사용되고 있는 등의 일정한 요건을 충족하고 있는 경우에만 법원은 의뢰자 부부를 양친으로 한다고 결정하도록 하고 있다.⁴³⁾ 이스라엘

한 부부로 부부의 생식세포만을 수정관으로 생성할 수 있으며 이러한 대리출산으로 출생한 자는 대리출산을 의뢰한 부부의 혼인 중의 출생자로 본다.

39) 이는 실비보상을 내용으로 하는 대리모계약을 유효한 것으로 인정하고, 이를 넘는 내용의 대리모계약도 위 한도 내에서는 유효한 것으로 하려는 취지라고 이해할 수도 있다(윤진수, 전개논문, 84면).

40) 이에 관하여 자세히는, 오호철, 전개 "보조생식술을 통해 태어난 자의 친자관계에 관한 소고", 181면 참조.

41) 김상찬, 「의료와 법」, 도서출판 은누리, 2008, 254-155면 참조.

42) 이병화, "대리모계약에 관한 법적 고찰", 「동덕여성연구」 제8호, 2003, 173면.

43) 오호철, 전개 "보조생식술을 통해 태어난 자의 친자관계에 관한 소고", 180면.

엘은 대리모를 합법화 하며 대리모에게 결심을 바꾸어 자신의 아이를 양육할 권리와 임신한 태아를 낙태시킬 수 있는 권리를 부여하고 있다.⁴⁴⁾ 미국의 경우 '제공된 정자에 의해 임신된 자의 지위에 관한 통일법'이 제정되면서 대리모를 인정하는 A안과 대리모를 인정하지 않는 B안중에서 선택할 수 있도록 규정되어 각 州는 州法에 의해 달리 규정하고 있었다.⁴⁵⁾ 그 후 2000년에 통일주법위원회 전국회의에서 친자관계에 관한 모델법안으로서 새로운 통일친자관계법을 제정하고, 정자·난자의 제공자는 태어난 자녀의 부모가 아니라고 하고 있다. 그리고 대리모계약이 유효하기 위한 요건으로서 임신모가 될 수 있는 여성, 부가 있는 경우에는 그 부(夫), 정자·난자의 제공자, 부모가 될 의사를 갖고 있는 자가 당사자로서 서면에 의해 임신계약을 맺는 것이 가능하다는 규정을 두고 있다. 그리고 그 계약이 유효로 되기 위하여 법원에 의한 사전심사 및 사후심사에 관한 규정도 두고 있다.⁴⁶⁾

다. 판례

(1) 우리나라

한국인 남성 A씨는 부인 B씨와의 사이에 아이가 없던 중 이혼하고 베트남 여성 C씨와 혼인하였는데 아이 둘을 낳은 직후 이혼하였다. 그 후 A씨는 B씨와 혼인신고를 한 후 두 아이를 양육하고 있다. 이후 C씨는 아이의 친권과 양육권이 자신에게 있음을 이유로 가정법원에 소를 제기하였고 올해 2월 법원은 C씨의 양육권을 인정하지는 않았으나 면접교섭권이 있음을 인정하였으며, 7월 C씨가 전 남편 A씨를 상대로 낸 정신적 손해배상청구소송에서 2,500만원을 배상해야 한다고 하였다. 그 과정에서 A씨가 혼인 초기부터 C씨에게 '아이를 낳아 주고 이혼해 주면 돈을 주겠다'는 이른바 '대리모 약정'을 제안하였고, C

44) 엄동섭, "대리모계약에 관한 외국의 입법례", 「가족법연구」 제19권 제2호, 한국가족법학회, 2005.9. 47면.

45) 윤혜란, 전제논문, 337면.

46) 2007년 현재 6개주만이 이 통일관계친자법을 채택하고 있고, 대리임신을 인정하고 있는 주는 2개주에 불과하다고 한다(오호철, 전제 "보조생식술을 통해 태어난 자의 친자관계에 관한 소고", 179면; 石井美智子, 前掲論文, 18面).

씨가 위 제안을 받아들였다고 주장하였는 바 법원은 이러한 '대리모 약정'을 인정할 증거가 불충분하며 설사 대리모 약정이 있었다 하더라도, 위 약정 안에 C씨의 면접교섭권을 전면적으로 배제하는 내용이 포함되어 있다고 보기 어렵고, 그러한 내용이 포함되어 있다고 하더라도, 우리나라의 경우 현재 대리모와 관련된 법률규정이 정비되어 있지 않으므로, 현행 민법에 의거하여 검토해 보아야 하는데, 비양육친의 자녀에 대한 면접교섭권은 천부적인 권리인바, 이를 전면적으로 배제하는 당사자 간의 합의는 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위로서 효력이 없다고 판시하였다.⁴⁷⁾ 이 판례는 아이 출산 후 양육권을 넘기고 이혼한다는 약속 하에 혼인한 부부사이에 출생한 자녀의 면접교섭권의 문제로 제외수정을 전제로 하는 대리모의 경우에는 부합하지 않으나 대리모 계약에 대한 법적 견해를 피력하고 있는바 대리모 계약을 민법 제103조의 위반으로 무효로 보고 있다.

또한, A남은 B녀에게 아이를 낳아 길러주면 그 대가로 2억 5천만원을 지급하기로 하고 약속어음을 발행하였으나, B녀가 임신하지 못하자 A남이 B를 사기혐의로 고소한 사안에서, 법원은 "이 사건 약정은 대리모출산을 조건으로 한 것으로 선량한 풍속 및 사회질서에 위반하는 약정이므로 민법 제103조에 따라 무효"라고 보고 있다.⁴⁸⁾

(2) 미국의 경우

미국의 경우, 대리모계약을 무효로 보는 판결과 유효라고 하는 판결이 공존하고 있다. 대리모계약이 무효라고 한 사례를 보면, 우선 1987년 뉴저지주의

47) 전남편의 주장과 같이 C씨가 그 제안에 따라 자녀들을 출산하여 전남편에게 인도하고 그 대가로 돈을 받았다고 하더라도, 민법은 여자가 아이를 출산하면 바로 모자관계를 인정하고 있고, C씨는 A씨와의 법률혼 상태에서 자녀들을 출산하였으므로 법적으로 어머니의 신분 가지고 있다. 게다가 C씨가 자신의 난자를 제공하여 유전자를 아이들에게 대물림하고 출산의 고통을 감수한 유전학적, 생물학적 어머니이기도 하므로, 당연히 어머니로서 사건본인들을 면접교섭할 수 있는 권리가 있고, 이를 일방적으로 방해한 A씨의 행동에 의해 C씨가 입은 정신적 손해에 대하여 2,500만원을 배상할 책임이 있다고 하였다. 법원은 엄연한 인격체인 여성을 단지 출산의 도구로만 이용하는 대리모 약정은 그 자체로서 인격권에 대한 침해가 되기 때문에 손해배상 책임을 질 수 있다고 인정하였다(서울가법 2009.4.10. 자 2009브16 결정).

48) 수원지방법원 2006.3.30. 선고 제6부 민사부 판결사건.

Baby M사건을 들 수 있다.⁴⁹⁾ 이 사건은 대리모가 자를 포기한 경우 정자와 난자를 제공한 부부가 법적으로 자의 부모가 되는 절차나 중개기관의 감독에 관련한 소송이 있었으나 대리모가 자를 인도를 거부함으로써 대리모 계약 자체가 소송물의 중심논제가 되었다. 생화학자인 윌리엄 스텐은 홀로코스트 학살에서 살아남은 유일한 생존자로 자신의 아이를 갖기를 희망하였으나 부인이 불임이었다. 그리하여 메리 베스 화이트헤드를 대리모로 고용하여 대리모의 난자와 윌리엄 스텐의 정자를 체외수정 하여 임신을 하였다. 이후 화이트헤드는 멜리사 스텐이 태어나자 마음을 바꾸어 아이의 양도를 거부하였다. 이와 관련하여 법원은 대리모계약이 무효이며 화이트헤드를 멜리사의 생모이자 법적인 모로 인정하였다.⁵⁰⁾

1990년의 Johnson v. Calvert사건은 자궁제공형 대리모 계약을 유효라고 판단한 중요한 판례라고 할 수 있다.⁵¹⁾ 마크 칼버트는 아이를 갖기 원했으나 부인이 불임이었는데 부인의 직장 동료인 안나 존슨과 자궁제공형 대리모 계약을 체결하였는데 안나 존슨이 출산 전에 분할지급 받기로 약정한 금액을 지급 해주지 않을 경우 이후 아이를 포기하지 않겠다고 하여 불임부부가 미출생자의 법적부모가 자신들임을 확인하는 소송을 제기하였다. 그 과정에서 불임부부는 아이와의 유전적 관계를 근거로 자신들의 모권을 주장하였고 대리모는 아이를 출산한 사실을 바탕으로 자신의 모권을 주장하였다. 즉 혈액검사결과와 출산사실의 증명사이의 우월의 문제로 Common Law는 유전적 혈족관계를 부모의 기초로 보고 출산이 모의 지위를 나타내는 것이지만 모성의 필수조건은 아니라고 보았다. 즉 대리모가 수행한 출산기능은 아이의 출산에 필수적인 것이기는 하나 수정란의 이식 전에 대리모가 아이의 어머니로서의 권리를 주장

49) 이 사건에 관하여 상세히는, 박종원, 전제논문, 422-426면 참조.

50) 다만 아이의 이익을 우선으로 하여 스텐부부에게 아이를 키울 수 있게 하고 화이트헤드는 면접교섭권을 가진다고 판단하고 있다(Matter of Baby M, Supreme Court of New Jersey, 1988.109 N.J.396.537 A.2d1227).

51) 제1심 법원은 이들의 대리모계약은 합법적이며, 칼버트부부가 자연적·생물학적으로 출생아의 부모이므로 아이를 양육해야 하며, 대리모 안나는 아이와 아무런 유전학적 연관성이 없는 상태에서 아기와 관계할 어떤 권리도 없다고 판결하였고, 항소심도 이러한 태도를 유지하였으며, 캘리포니아대법원도 이러한 결론을 지지하였다(Johnson v. Calvert [Supreme Court of California, 1993.5 Cal. 4th 84, 19 Cal. Rptr. 2d 494, 851 P.776]).

할 의사를 표시하였다면 그 아이를 포태할 기회조차 없었을 것이라는 점에서 이후 대리모의 심경의 변화는 아이의 부모를 결정하는데 영향을 미치지 않는다고 하였다. 1998년의 *Buzzanca v. Buzzanca* 사건에서도 법원은 아이를 가질 의도를 중심으로 논하고 있다. 즉, 남편 John과 아내 Luanne가 제3자의 난자와 정자를 수정시켜 또 다른 대리모의 자궁에 이식하였고 이후 대리모가 Jaycee라는 아이를 출산하였는데 아이의 출산 전에 부부가 헤어졌는데 아내 Luanne가 남편 John을 상대로 자신들이 Jaycee의 법적부모이며 John은 아이의 부양의무를 이행하여야 한다고 소를 제기하였는바, 제1심 법원이 John이 아이의 아버지가 아니라는 판결을 하였으나 항소심에서는 John과 Luanne가 대리모계약의 합의를 하지 않았다면 Jaycee는 태어나지 않았을 것이므로 John이 아이의 법적 아버지이며 이는 기본적으로 금반언(estoppel)의 법리에 근거한 것이라고 하였다. 즉 출산의뢰여성, 난자제공자, 대리모가 모두 다른 사안에서 유일한 '부모가 될 의사'를 가지고 있었던 출산의뢰여성을 母로 인정하는 판단을 하였다.⁵²⁾ 결론적으로 대리모 계약에 있어 유전적 혈연관계와 출산사실의 양자를 모자관계설정의 수단으로 인정하더라도 그 두 가지 사실이 경합하는 경우 아이를 출산할 의사를 가졌던 사람이 캘리포니아법상 생모라고 하였다.

그러나 1998년의 *Robert Rascoe v. Mrs. Hoaglund* 사건⁵³⁾에서는 로버트 라스코부부가 입양이 어렵게 되자 대리모를 통하여 인공수정의 방법으로 아이를 낳은 사안에서, 대리모에게 지급하기로 한 1만달러는 출산과 관련된 비용을 과도하게 초과한 액수로서 사실상 경제적 어려움 때문에 양육권을 포기하게 한 것이 되어 공공복리에 반하므로 이들 사이의 대리모계약은 무효이고 이행될 수 없는 계약이라고 판시하고 있다. 이 판례는 제한적으로 대리모계약을 인정하고 있는 듯하다.

4. 소결

불임부부가 자신들의 아이를 갖기 위한 모든 노력이 수포로 돌아갔을 경우

52) *Buzzanca v. Buzzanca*. 72 Cal. Rptr. 2d 280(Cal. Court of Appeal, 1998).

53) *R. R. V. M. H.*, 689 N.E. 2d(Mass, 1998).

마지막 수단으로 선택할 수밖에 없는 것이 대리모계약이라는 점과 현재 이러한 계약이 암암리에 이뤄지고 있다는 점에서 이를 무효라고 보아 법적으로 금지하기만 한다면 대리모 계약에 의해 발생하는 많은 현상들에 대한 해결방안을 모색하기 힘들다. 대리모계약을 규제할 수 있는 관련법이 만들어진다고 해도 불임부부들의 자기보존 욕구와 극심한 경제난에 처한 여성들의 존재가 동시에 없어지는 것은 아니기 때문에 법망을 피하고자 음성화 되어버리는 상황을 초래할 수도 있다. 즉 특정한 국가가 대리모 계약을 금지하더라도 이를 허용하고 있는 다른 나라에 가서 대리모 계약을 체결한다면 이를 막을 방법이 없으며 탈법행위를 입증하기는 더더욱 힘들 것이다. 만약 이와 같이 대리모 출산이 음성화되어 버릴 경우, 그에 대한 파악과 대처가 더욱 곤란하게 되어 결국 문제를 더욱 악화시키고 점점 더 해결하기 어렵게 될 수도 있다. 결국 대리모계약을 금지하는 법률의 실효성이 많지 않을 것이라는 점에서 오히려 자의 복리와 조속한 법적지위의 안정을 위하여 인정하는 것이 타당하다고 할 수 있다.

기본권적 입장에서 볼 때 불임부부가 아이를 가질 권리, 즉 생식의 권리는 헌법이 보장하는 행복추구권에 포함되는 기본권에 해당하므로 보조생식술의 선택은 원칙적으로 보장되어야 한다. 즉 대리모계약을 사회윤리적인 관점에서 비윤리적이라는 점만을 강조하기 보다는 불임부부가 선택하는 또 다른 불임 치료의 방식으로 접근하여 대리모 계약이 유효하다고 볼 필요가 있다. 그러므로 비로소 대리모계약에 수반되는 문제들을 법제도 내에 편입시켜 해결할 수 있을 것이다. 따라서 민법이 규정하는 전형계약은 아니지만 공공기관에 의해 대리모계약이 증개되어 사기업에 의한 비정상적인 금전의 수수를 통제하며, 사전에 친권을 포기한 대리모일지라도 대리모의 계약의 해제권을 원칙적으로 인정하고 본 계약이 혼인한 부부가 불임 극복을 위해 선택하는 마지막 수단이라는 점 등의 조건이 충족될 경우 이를 유효하다고 인정하는 것이 사회현상에 적합하다고 할 것이다. 최근 인구감소에 따른 출산장려 정책들이 나오고 있으나 불임부부를 위한 명확한 정책들은 제시되지 못하고 있다. 이런 점에서 캐나다에서 논의된 친족이외의 자를 통해 자를 출산할 권리를 인정하면서 대리모를 정부기관에 공식 등록한 다음 고용보험수준의 보조금을 정부

가 지원한다는 내용의 대리모 공공제도화의 논의⁵⁴⁾는 우리에게 시사하는 바가 크다 할 것이다.

IV. 대리모계약의 법적문제

1. 대리모계약에서 발생하는 법률문제

추상적으로 대리모 계약의 유효성을 인정하더라도 기존의 전형계약과 다른 특질들 때문에 여러 가지 법적인 문제는 여전히 남는다. 이러한 문제의 유형으로는 크게 유상의 대리모계약 허용여부의 문제, 출생아의 모의 결정문제, 대리모계약을 통하여 출생한 출생아의 법적 지위문제,⁵⁵⁾ 의뢰부부의 권리 및 의무의 문제, 대리모의 권리 및 의무의 문제 등을 들 수 있다. 이러한 여러 가지 법률문제 중에서 여기에서는 첫째, 금전적 급부를 수반하는 대리모 계약을 어떻게 할 것인가의 문제, 그리고, 둘째, 대리모 계약에 의하여 태어난 아이의 모를 계약의 내용으로 정할 수 있는지의 문제, 즉 모의 확정문제, 셋째, 대리모계약의 구속력, 즉, 출생아의 인도 의무, 출생아의 인수의무, 계약해제의 문제 등을 중심으로 살펴보려 한다.

2. 유상의 대리모 계약의 인정여부

앞서 본 바와 같이 대리모계약을 인정하는 경우에도 이타적 대리모와 상업적 대리모를 구분하여 전자만을 유효로 인정하는 견해가 많다. 그러나 이타적 대리모의 경우에도 임신과 출산에 관련한 모든 비용을 의뢰인이 부담하며 기타 시간과 신체적 상해에 대하여 일정액의 비용을 지불하는바 상업적 대리모

54) 연합뉴스 2001.1.26. 세계면(캐나다의 대리모 공공제도화 검토) 참조.

55) 이에 대하여 자세히는, 서종희, "대리모계약에 관한 연구", 「가족법연구」 제23권 3호, 한국가족법학회, 2009.11, 85면; 조광훈, "대리모에 의한 출생자의 법적 지위에 관한 연구", 「사법행정」 제48권 3호, 한국사법행정학회, 2007, 19면 이하 참조.

와의 구별이 명확한 것은 아니다. 또한 대리모 계약에 부가되는 금전수수가 아이를 임신하고 출산하는 과정에서 일을 할 수 없는 것에 대한 일일수익과 대리모가 태내에서 아이를 건강하게 키우기 위한 최소의 비용⁵⁶⁾에 대한 보상이라는 점에서 친권을 포기하는 대가가 아니라고 본다면 이를 상업적이라고 볼 수 있을지 조차 의문이다.⁵⁷⁾ 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 불임 부부의 수에 비하여 아무런 대가 없이 대리출산을 해줄 여성은 극소수라는 점에서 대리모 여성에 대한 기본적인 보상은 외면할 수 없다. 따라서 임신한 기간과 출산의 고통을 감안하여 일정한 금액을 지급하는 상업적 대리모 계약도 유효하다고 보아야 할 것이다.⁵⁸⁾

3. 母의 확정

대리모 관련 논란의 핵심은 윤리적인 문제보다는 '모권 분쟁'이라는 법적 문제가 중심이 된다. 어머니로서의 권리가 난자를 제공하여 유전자를 대물림한 여성에게 있는지, 아니면 10개월 동안 자신의 자궁에서 키우고 출산의 고통을 감수한 여성에게 있는지가 문제이다. 대리모 여성이 자신이 낳은 아이에 대해 애정을 보이는 경우 대리모에 대한 부정적인 인식으로 인해 '돈을 더 받아 내려고 하는 행위'로 취급되며 의뢰인의 모성만을 진정한 모성인양 취급하

56) 윤혜란, 전계논문, 348면.

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

58) 다만 반대급부와의 관계에서 지나치게 많은 금액을 전제로 대리모의 권리를 제한하는 내용을 담은 계약을 한다면 이는 민법의 불공정계약이나 반사회질서에 해당하는 것으로 그 효력이 문제될 수 있다. 이는 상업적 대리모 계약이 원칙적으로 유효한가와는 측면을 달리한다고 할 수 있다. 한림대학교 이인영 교수는 "이타적 내지 희생적 정신으로 불임부부의 고통을 덜어주기 위하여 친척 또는 친구를 도와주기 위하여 대리모계약을 체결하는 경우에는 그 계약의 효력을 인정해야 한다는 사회적 경향이 나타나고 있다. 그러나 과연 상업적 대리모와 비상업적 대리모의 구별기준이 무엇인지 분명하지 않을 뿐 아니라, 처벌규정을 두고 상업적 대리모시술을 금지한다고 하더라도 과연 집행력을 가지고 실시될 수 있을 지 의문스럽다"고 하고 있다(쿠키뉴스, 2006년 5월 1일자, 대리모 사회의 필요악인가 필요선인가?).

는 것이 현재 사회적 분위기이다. 이로 인해 대리모가 모권을 주장하는 경우 의뢰인의 모권을 침해하는 불안요소로 여겨지며 경제적 취약점을 이용하여 금전으로 모권을 포기시키기도 한다. 그러나 한 생명을 자신의 신체를 통해 세상에 내놓는 경험이 돈으로 바뀌질 수 있는 것인지는 의문이다. 즉 모성이라는 것이 입양한 아이를 키우면서도 생기는 것처럼 자신과의 유전적 동질성이 없는 경우에도 임신·출산의 과정을 통해 생길 수 있는 자연스러운 본능이라고 생각된다. 그렇기 때문에 아이의 어머니가 누구인지에 대한 의문을 가지게 된다. 이러한 모권의 분쟁은 간혹 대리모가 낳은 아이가 종종 장애우이어서 의뢰인인 불임부부가 아이의 인수를 거부하거나 불임부부의 이혼, 불임부부의 사망의 경우 아이의 양육자가 불분명해 졌을 때 법적인 문제로 등장하게 된다. 모의 결정문제는 대리모의 출생자의 인도거부시 발생하는 문제, 경우에 따라서는 의뢰인의 인수거부나 인수불능의 경우에 발생하는 문제와도 관련된다.

난자제공형의 경우와 자궁제공형의 경우 모두 누가 어머니인가에 대해 상당한 논란이 있다. 일부 학자들은 유전적 형질을 기준으로 모를 정하여야 한다고 한다. 이 주장에 따를 경우 난자제공형의 경우 대리모의 모권이 인정되거나 자궁제공형의 경우는 대리모가 낳은 아이는 그녀의 자식이 아니기 때문에 아무런 권리도 주장하지 못한다.⁵⁹⁾ 그러나 모자의 관계가 유전적인 형질만으로 형성되는 것으로 보아 10개월의 포태기간동안 형성된 모체와 태아의 유대감이든가 태교의 중요성, 아이의 인격형성에 끼치는 대리모의 영향, 아이를 낳는 고통을 겪는 출산이라는 경험들을 단순히 대리모가 경제적 대가를 받는 것에 수반하는 노동력의 제공으로 규정하기 어렵다. 어떠한 경우에도 여성이 단순히 아이를 잉태하여 10개월을 키우고 세상에 내어놓는 인큐베이터 식의 기계에 불과하다고 할 수는 없기 때문이다.

어떤 학자들은 이런 경우 전통적인 입장에 따라 어머니를 결정해야 한다고 주장한다. 즉 아이를 낳은 여성이 어머니로서의 권리를 가져야 한다는 것이

59) 이는 현재까지 자궁제공형 대리모에 관해 가장 널리 논의되고 있는 논거로, Johnson v. Calvert(Supreme Court of California, 1993.5 Cal. 4th 84, 19 Cal. Rptr.2d 494, 851 p.776) 케이스의 결론이다.

다.⁶⁰⁾ 이 견해에 의하면 난자제공형의 대리모인지 자궁제공형의 대리모인지와 무관하게 대리모가 모권을 가진다. 이 경우 대리모는 불임부부에게 그 아이를 양보할 것을 선택할 수 있으며 그 전제는 자신이 아이를 기를 것인지 아니면 그 권리를 양보할 것인지를 결정하는 주체가 자신이라는 점을 정확히 인식하고 자유로운 의사에 기하여 결정을 할 수 있어야 한다는 것이다.

인간의 생명을 한마디로 정의내릴 수 없으나 그 탄생과정에서 눈에 보이지 않는 유전적인 형질의 중요성보다는 자궁에서 시작하는 사회적 관계가 존중되어야 한다고 본다. 따라서 자신의 몸을 통해 태동을 느끼며 신체변화를 몸소 겪으며 출산의 고통 뒤에 세상에 아이를 내놓은 대리모가 불임여성보다는 우선적인 모권을 가진다. 영국의 예와 같이 일단은 아이를 출산한 대리모가 모권을 가지나 법원의 허가를 얻어 불임여성을 법률상 모로 바꾸는 것을 허용하는 방법이 타당한 것으로 생각한다.⁶¹⁾

4. 대리모 계약의 구속력

대리모가 출생아를 의뢰인에게 인도하는 것은 대리모계약의 핵심적인 내용임에 틀림없으나, 대리모가 출생아에 대한 애정이나 약정한 보수의 불이행 등으로 출생아의 인도를 거부하는 경우가 발생할 수 있다.

대리모계약의 유효성을 인정한다면 당사자는 위의 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 유아인도 청구소송을 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 있을 것이다.⁶²⁾ 계약의 해제와 관련하여 대리모는 임신 전에는

60) Scott B. Rac, "Parental Rights and the Definition of Motherhood in Surrogate Motherhood".

61) 윤진수, 전계논문, 94면.

62) 윤혜란, 전계논문, 355면.

자유롭게 그 계약을 해제할 수 있고 임신 후에도 일정한 경우 계약을 해제하고 그 태아를 낙태시킬 수 있다고 봄이 타당하다.⁶³⁾

대리모계약을 무효로 보는 입장에서는 계약의 이행으로서 유아인도청구소송을 제기할 수 없으며, 이에 대한 강제집행도 할 수 없다.⁶⁴⁾

V. 결론

생명과학기술의 발달은 불임부부로 하여금 자신의 아이를 제3의 여성을 통하여 낳을 수 있는 길을 열어주었다. 이는 전통적인 방식에 의하여 출산이라는 사실행위로 아이의 모가 되던 것에 혼동을 가져왔고 결국 친자법 분야의 중심화두로 등장하기에 이르렀다. 현행 민법에 의하면 대리모 계약은 민법 제 103조의 '선량한 풍속 기타 사회질서'에 반하는 계약으로서 무효에 해당한다. 그러나 현실에서는 중개인을 통해 활발히 대리모 계약이 체결되고 있으며 오히려 법의 보호를 받지 못하는 것을 악용하여 당사자사이에서 일방적인 계약 위반은 물론 중개인이 중개행위를 이유로 거액의 수수료를 요구하는 경우도 생기고 있다. 이러한 현실에서 대리모 계약의 무효성만을 주장할 수는 없으므로 이미 발생한 현실적 문제를 인정하고 이를 적절히 해결하기 위한 제도적 장치가 필요하다고 할 것이다.

생명과학기술은 인권의 문제에서도 새로운 패러다임을 요구한다. 과거의 인권 문제가 침해되는 집단이 명확했다면 생명과학의 발전으로 인해 발생하는 인권침해의 사례에서는 누가 인권의 침해자이며 누가 보호받아야 할 당사자인지가 불명확해졌다. 즉 대리모의 입장에서는 신체와 관련한 인권의 문제와 모권의 주체로서의 인권 등이 문제되나 의뢰인의 입장에서는 생식의 권리라

63) 미국의 대리모 허용안 제7조에서는 남자를 제공한 대리모에 한해 최초의 인공수정일로부터 180일 이내에 그 계약의 해제를 허용하며 이 경우 대리모는 의뢰인 부부에 대해 계약해제에 따른 책임을 지지 않는다고 규정하고 있다. 우리의 현행 모자보건법에서도 한정적으로 임신중절을 허용하고 있으므로 그 사유에 해당하는 경우 대리모는 낙태를 할 수 있다고 봄이 타당하다(엄동섭, 전제 "대리모계약", 111면).

64) 윤혜란, 전제논문, 354면.

는 점에서 대리모의 모권을 제한하는 것이 이들의 인권보호에 적합할 것이다. 따라서 대리모계약과 관련한 인권의 문제는 일방의 인권침해만으로 설명할 수 없는 점에서 생명·연구윤리의 관점과 인간의 복지라는 점에서 조화를 찾아야 할 것이다.

현실 속에서 대리모 계약은 불임부부가 자신의 유전자를 가진 아이의 탄생을 원하고 경제적으로 빈곤한 여성이 존재하는 한 금전급부를 수반하며 존재할 수밖에 없다. 그렇다면 오히려 이를 하나의 계약 유형으로 인정하고 그 법률적 효과를 정하는 것이 중요할 것이다. 즉 계약의 당사자의 이익이 최대한 반영되면서 장래 출생할 아이의 권익을 동시에 보호하는 입장에서의 입법이 요구된다 할 것이다. 요컨대, 가급적 조속한 시일 내에 대리모에 관한 법률을 제정해서 그 허용범위, 의뢰인의 자격, 대리모의 자격, 영리목적의 대리모계약의 금지, 대리모에 의한 출생아의 법적 지위, 대리모계약 해제로 인한 손해배상책임의 문제, 출생아의 인도 및 인수문제, 관계기관 또는 종사자의 비밀유지의무, 모의 친생자추정의 문제 등 전반적인 규정을 두어야 할 것이다. 이러한 입법론에 대하여는 향후의 과제로 남긴다.

참고문헌

- 김상찬, 「의료와 법」, 도서출판 온누리, 2008.
김용한, 「신친족상속법론」, 박영사, 2002.
김주수, 「친족·상속법」, 법문사, 2002.
데보라 L. 스파, 「베이비 비즈니스」, 한스미디어, 2007.
박은정, 「생명공학 시대의 법과 윤리」, 이화여자대학교출판부, 2000.
이경희, 「가족법」, 법원사, 2002.
폴콕스·김상득 역, 「생명윤리학」, 살림, 2004.
- 고정명, “인공수정과 친자법”, 「인공수정의 법리」 법무자료 제79집, 법무부, 1987.

- 구연창, “대리모계약의 법적 접근”, 『경희법학』 제23집, 경희대학교 법학연구소, 1988.6.
- _____, “대리모계약의 세계적 동향”, 『저스티스』 제22권, 한국법학원, 1989.
- 김민중, “생명공학의 발달에 따른 민사법적 과제”, 『민사법학』 제22호, 한국민사법학회, 2002.
- _____, 대리모와 그 법률문제, 『법학논총』 제13집, 한양대학교 법학연구소, 1996, 205면:
- 김상찬, “AID에 의하여 출생한 자녀의 법적 지위”, 『법학연구』 제41집, 한국법학회, 2011.2.
- 박동진, “대리모계약에 의한 출산과 그 법적 문제”, 『의료법학』 제3권 제1호, 한국의료법학회, 2002.6.
- _____, “대리모제도의 법적 문제”, 『법학연구』 제15권 제26호, 연세대학교 법학연구소, 2005.6.
- 박종원, “대리모계약에 관한 법적 고찰”, 『비교사법』 제14권 제4호, 한국비교사법학회, 2007.12.
- 박철호, “대리모계약에 대한 유효성 논란과 법리분석”, 『한양법학』 제20권 제4집, 한양법학회, 2009.11.
- 서종희, “대리모계약에 관한 연구”, 『가족법연구』 제23권 3호, 한국가족법학회, 2009.11.
- 양수산, “인공수정에 관한 제문제의 합헌성 고찰”, 『현대가족법과 가족정책』, 김주수교수화갑기념논문집, 1988.
- 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.
- 윤진수, “보조생식기술의 가족법적 쟁점에 대한 근래의 동향”, 『법학』, 제49권 제2호, 서울대학교, 2008.6.

- 윤혜란, “대리모계약규정을 위한 법률안의 제안”, 「법학논총」 제16집, 송실대학교 법학연구소, 2006.8.
- 이덕환, “대리모출산의 친자법적 문제”, 「법학논총」 제13집, 한양대학교 법학연구소, 1996.10.
- 이병화, “대리모계약에 관한 법적 고찰”, 「동덕여성연구」 제8호, 동덕여자대학교 한국여성연구소, 2003.
- 이은주, “생명공학기술과 대리모의 행위성”, 「한국여성철학」 제10권, 한국여성철학회, 2008.
- 이인영, “대리모에 관한 법률적 쟁점사항과 사회적 수용태도”, 「법과사회」 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.
- 이희규, “대리모계약의 실태 및 사법상의 문제점”, 「사회과학논총」 제2집, 강남대학교, 1996.
- 조광훈, “대리모에 의한 출생자의 법적 지위에 관한 연구”, 「사법행정」 제48권 3호, 한국사법행정학회, 2007.
- 최성배, 대리모에 관한 법적 고찰, 「사법논집」 제29집, 법원행정처, 1998.
- 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.
- Medicus, “Das Fremde Kind: Kompikationen bei Leihmutterchaft”, Jura 1986.

[Abstract]

A study on the validity of surrogacy contracts

Kim, Sang-Chan

Professor, Law School, Jeju National Univ.

Park, Ji-Heun

The Master's Course, Law School, Jeju National Univ.

Today the development of bio-engineering, particularly with the development of artificial insemination makes it available for infertile couples to make the gestational surrogacy contracts with the prospective surrogate mother. It is obvious fact that there is actually surrogacy contracts in our society. Surrogate Mothers are used when women who wish for a child, but cannot be pregnant through both inner and outer insemination methods. But the surrogate mother contract appears and the problems (the status of the child resulting from this contract, the legitimate mother, the possibility of termination, etc.) which forecast it cannot entirely before are proposed. The problem of many law will be able to occur. But there is no legislation in Korea with regard to this contract, whether it is valid or invalid It indicates that there are limitations on solving these problems through current statutes.

Each nations are taking the position which differs each other in about permission and prohibition of surrogate mother system. However the surrogate mother occurs from all countries, the nation which permits a surrogate mother contract or the nation which forbids a surrogate mother contract.

This Article show that the problem surrounding the validity of surrogacy contracts is necessary to provide by Law. However we have reached to the end finding surrogate mother must be allowed. Because, looking at the

effective side, prohibiting surrogate mother does not mean usage of illegal surrogate mother would be disappeared forever. Therefore we must refer to international perspectives on the foreign legislation in order to provide with some guideline for Korea legislation regulating the surrogacy contracts. Through international perspectives, we have to establish a law for the effect of this contracts and the requirement for validating the surrogacy contracts. In order to prevent legal disputes over the decision of mother child relationship in case of childbirth through gestational surrogacy, it is necessary to provide by law that the client mother is the legitimate mother. The best interest of the child resulting from surrogacy should be the goal for legislation and surrogate mother for profit must be prohibited.

Key Words : surrogate mother, surrogacy contract, surrogate birth, artificial insemination, inner artificial insemination, outer artificial insemination