

인공수정자의 법적 지위에 관한 연구

김 지 연*

- I. 서
- II. 인공생식기술
 - 1. 서
 - 2. 인공생식기술의 유형
 - 3. 국내 인공생식 현황
- III. 인공수정자의 법적 지위
 - 1. 민법상 인공수정자의 법적 지위
 - 2. 헌법상 기본권과의 관련성
 - 3. 소결
- IV. 해외 입법례
 - 1. 미국
 - 2. 영국
 - 3. 프랑스
 - 4. 독일
 - 5. 일본
 - 6. 소결
- V. 인공수정에 관한 입법안
 - 1. 서
 - 2. 행정적 규제에 관한 입법안
 - 3. 친자관계 귀속에 관한 입법안
- VI. 결

* 논문접수: 2015. 5. 5. * 심사개시: 2015. 5. 10. * 수정일: 2015. 6. 10. * 게재확정: 2015. 6. 20.

* 성균관대학교 법학연구소 연구원, 성균관대학교 법학전문대학원 학술박사과정

* 이 논문은 2014~2016년도 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단-글로벌 박사 펠로우십 사업의 지원을 받아 수행된 연구임(No. 2014H1A2A1021748).

I. 서

환경오염이 심화되고 사회가 복잡해지면서 스트레스가 많은 현대인들의 난임¹⁾ 확률은 과거에 비해 높아지고 있다. 생명과학에 관한 연구는 질병 치료, 생명 연장, 식량문제 해결과 같은 긍정적 영향과 함께 유전자 변형에 따른 위험성, 기본권 침해 등 부정적 영향을 동시에 갖고 있다. 그렇기 때문에 각 이익주체 간에 적절하고 균형 있는 법적 규율이 필요하다.

먼저 II장에서는 인공생식의 유형과 현황을 설명하겠다. 인공수정²⁾은 배우자간 인공수정(AIH; Artificial Insemination by husband)과 비배우자간 인공수정(AID; Artificial Insemination by Donor)으로 나누어지며, 흔히 시험관아기³⁾로 알려져 있는 체외수정도 배우자간 체외수정과 비배우자간 체외수정(정자제공에 의한 경우, 난자제공에 의한 경우, 배(胚)제공에 의한 경우)으로 나누어진다.⁴⁾ 여기에 더해 대리모 문제와 사후(死後)수정도 함께 검토하겠

- 1) 2012년 2월 1일 전부 개정(2013년 3월 23일 시행, 2014년 3월 18일 일부 개정 및 신설)된 생명윤리 및 안전에 관한 법률에 의하면, ‘불임’이라는 용어를 ‘난임’으로 변경하였다. 이에 대한 이해로 조홍석, “개정 생명윤리법의 체계 내용 그리고 문제점”, 『공법학연구』, 제13권 제4호, 2012년, 253면. ‘불임’이라는 부정적인 용어가 불임가정에 대한 사회적 편견을 조장할 우려가 있어 난임 가정에 희망을 주고 난임에 대한 사회적 인식을 전환하려는 취지로 ‘임신하기 어려운 일 또는 그런 상태’를 뜻하는 ‘난임’이라는 용어로 변경하였고 보고 있다.
- 2) 인공수정이라 할 때 수정기술의 방법적 유형에 따라 한자를 달리하는 학설이 있다. 즉 受精(fertilization)과 授精(Insemination)으로 나누어, 受精은 정자와 난자의 융합을 뜻함에 비해, 授精은 정자(정자가 함유된 정액)를 난자가 있는 곳으로 보내는 것으로 정자와 난자의 융합이 반드시 이루어지는 것은 아니다. 그러므로 인공수정은 ‘受精을 위해 授精행위를 하는 것’이라고 한다. 김천수, “인공수정에 관한 법적 고찰”, 『의료법학』, 제2권 제2호, 대한의료법학회, 한국사법행정학회, 2001년, 285~286면.; 고정명, 「인공적 임신의 법리적 고찰」, 박사학위논문, 경희대학교 대학원, 1988년, 6~8면에서 授精이란 용어에는 여성의 독립된 주체성이 나타나지 않는다고 하며, 남녀가 동등한 주체임을 나타내는 受精이라는 용어가 타당하다고 한다.
- 3) 영국의 외과 의사 존 헌터(John Hunter, 1728~1793)가 인공수정을 처음 시도한 이래, 세계적으로 널리 실시되고 있다. 세계 최초 시험관 아기는 1978년 7월 25일, 영국에서 태어난 Louise Brown이라는 여자아기이다. 우리나라에서도 1953년 4월 정창선 박사에 의하여 최초로 체내인공수정에 의해 여아가 탄생하여 아시아에서는 일본과 싱가포르에 이어 세 번째로 체외수정에 성공하였다.
- 4) 배우자 간의 인공수정과 체외수정은 법적인 문제가 없고 통상 난임 치료로 인정되고 있으므로 본 연구에서는 사후수정의 경우를 제외하고는 검토하지 않겠다.

다. 우리나라는 대리모 계약에 관한 규정이 없어 관련 소송을 공서양속 위반으로 보아 무효로 판시하고 있다. 그러나 많은 나라에서 이미 법률로 규율하고 있고, 우리의 사회적 상황 또한 대리모 입법은 필요하다고 생각된다.

III장에서는 인공수정자의 법적 지위에 관한 민법의 규율을 살펴보겠다. 그리고 인공수정 과정과 결과에서 권리주체별로 문제되는 헌법상 기본권을 검토 하겠다. 여기에는 인공수정자와 그의 부모(친생모와 배우자인 남편, 사실상 유전적 친부인 정자제공자), 인공수정을 시술한 의사라는 각 주체의 기본권이 문제된다.

IV장과 V장에서는 각 나라별로 인공수정을 바라보는 시각과 판례, 법률 규정을 살펴보고, 이를 통해 인공수정에 관한 입법안을 제시해보고자 한다. 인공수정자의 법적지위에 관한 연구는 생명윤리와 관련된 모든 법률에 기초적인 가이드라인을 제시해 줄 것이다.

II. 인공생식기술, A.R.T. (Artificial Reproductive Technology)

1. 서

현재 이용되는 인공생식 기술을 의학적으로 분류하면 자궁내정자주입술인 인공수정과 체외수정으로 이루어지는 시험관아기, 그리고 대리모 등이다. 그러나 의학적 구분과는 달리 사회에서 인식되는 인공수정은 위 세 가지 기법을 모두 포함하는 경우가 일반적이다. 그러므로 이하 본고에서 말하는 인공수정은 남녀 간의 자연적 성행위가 아닌 인공적인 방법으로 남자의 정자와 여자의 난자를 결합시켜 하는 것을 의미하며, 이러한 과정으로 출생한 자녀를 인공수정자라 하겠다.⁵⁾

현행법은 남녀 간의 자연적 성행위에 의한 출산만을 예정하고 있으므로 인

5) 박동섭, 『제4판 친족상속법』, 박영사, 2013년, 293면.

공수정에 내포된 문제를 해결하기 위해 입법적 검토가 필요하다.⁶⁾ 대부분의 학설은 인공수정 허용론이지만, 종교적·윤리적인 면에서 부정설⁷⁾을 취하기도 한다.

과학이 발전함에 따라 인류는 대부분의 질환을 치료할 수 있고 보조의료기구의 도움으로 불완전한 신체를 대신할 수도 있다. 그러나 질병치료를 위한 과학의 응용은 자신의 신체에 그치는 반면 인공생식은 또 다른 생명의 탄생을 가져온다. 물론 혼인이라는 가족제도는 다음 세대의 탄생을 예정하고 있고, 자녀를 원하는 부부에게 난임은 상실감을 주며 사회적으로도 손실이다. 그러므로 난임을 질병의 한 유형으로 보아 치유한다면 생래적 욕구로서 자녀를 원하는 부부의 행복추구권을 만족시킬 수 있다.

하지만 부부의 유전자를 지닌 자녀를 출생케 하는 것이 아닌, 제3자의 유전자가 개입된 출생을 이와 같은 연장선상에서 이해할 수 있을지는 의문이다. 왜냐하면 현행법은 가족제도의 보호를 위해 부부가 아닌 타인과의 성행위를 이혼사유로 하며 가족이 기초가 되어 사회로 확대되는 형태를 바라고 있기 때문이다. 또한 양자법의 기본 원리도 부모가 없는 자녀에게 부모를 만들어주려는 것이며, 부모가 없는 아이를 태어나게 하려는 것은 아니기 때문이다. 또한 독신자나 동성 커플이 인공수정을 하는 경우도 마찬가지다. 이는 자녀의 자기정체성에 큰 혼란을 주는 행위이며 부모가 동시에 존재하는 것을 기본으로 하는 가족제도에서 벗어나므로 제한되어야 한다.

2. 인공생식기술의 유형

부부의 생식세포로 이루어지는 인공수정이나 체외수정은 유전학적인 자녀

6) 고현덕, 전계논문, 6면.

7) 김천수, 전계논문, 301~302면. 인공수정 자체가 생명 탄생의 자연 질서를 파괴하는 문제점, 시술 과정에서 생식체나 수정란이 손상될 위험, 자연적 생명탄생 과정의 우생학적 기능 상실 등으로 인한 문제점 때문에 전면 금지설을 주장하고 있다. 그러나 전면 금지설을 취하더라도 인공수정으로 인해 자녀가 출생하였을 때는 아이의 복리를 최우선으로 하여 너그러운 해석론을 전개해야 한다는 견해이다.

이므로 법적으로 그다지 문제가 없으나, 생식세포를 타인으로부터 제공받아 인공생식을 하는 경우는 부양과 상속에서 문제가 생길 수 있다. 특히 대리모는 출산이 타인에게서 이루어지므로 출생한 자녀의 인수, 인도 거부 등 여러 문제가 발생할 수 있다.

가. 인공수정(artificial insemination; 자궁내정자주입술)

남녀 간의 자연적 성행위에 의하지 않고 남편 또는 정자제공자의 정액에서 채취된 정자를 자궁에 주입하여 수정하는 인공생식 기법이다. 남편이 정자 생식 능력이 있어서는 문제가 없으나 성기능 장애가 있는 경우와 무정자증, 무정액증, 정자 감소증 등 절대적 남성 불임의 경우에 이용된다.

나. 체외수정(in vitro fertilization; 시험관 아기, test tube baby)

나팔관 폐쇄의 경우에 난자와 정자를 채취하여 시험관에서 수정시킨 후 그 수정란을 아내의 자궁에 착상시켜 임신을 시도한다. 이 때 수정란 착상 확률을 높이기 위해 다수의 수정란을 이식한다. 다태아 착상 시 임부와 태아의 건강상 위험을 피하고 안전한 출산을 위해 통상 두 명의 태아를 남겨두고 선택적 낙태를 하는데⁸⁾, 이것은 모자보건법상의 사회적 낙태적응사유⁹⁾에는 해당하지 않는다.

다. 대리모

부인의 자궁에 이상이 있을 때, 예를 들어 자궁유착이나 자궁적출, 자궁내막

8) 서울가정법원 2011. 6. 22. 선고 2009드합13538판결, 사실혼관계의 해소를 조건으로 시험관아기 시술을 하고 네쌍둥이가 임신이 되자 두 명의 태아를 선택 유산한 판례.

9) 모자보건법 제14조 (인공임신중절수술의 허용한계)

① 의사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에만 본인과 배우자(사실상의 혼인관계에 있는 사람을 포함한다. 이하 같다)의 동의를 받아 인공임신중절수술을 할 수 있다.
5. 임신의 지속이 보건 의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우, 다수 수정란의 착상을 5호의 사유를 넓게 해석하여 포함시킬 수 있을지는 의문이다. 왜냐하면 현재 우리나라의 인큐베이터 기술은 세계에서도 인정할 정도로 발달되어 있어 미숙아 출생의 의료적인 문제를 해결할 수 있기 때문이다.

중 같은 경우에는 위의 방법으로는 임신을 할 수 없다. 이러한 유형의 난임 부부가 자신의 자녀를 갖기 위해 마지막으로 선택하는 방법이 대리모이다.¹⁰⁾ 대리모는 출산으로 당연히 어머니가 정해지던 과거와는 달리, 난자를 제공한 유전적 어머니, 자궁을 제공한 생리적 어머니, 양육을 원하는 사회적 어머니 등 여러 유형의 어머니가 존재하는 상황을 초래하였다.¹¹⁾

판례¹²⁾는 대리모 계약을 공서양속에 위배하는 것으로 보아 무효로 판결을 내리고 있지만, 현실에서는 공공연한 비밀로 대리모가 이루어지고 있고 매스 미디어의 소재로도 자주 보이는 낯설지 않은 현상이다. 대리모가 산부인과에

10) 김민중, “인공적 인간생식을 위한 「체외수정」과 그 법률문제”, 『인권과 정의』, 제168호, 대한변호사협회, 1990년, 104면에서 대리모를 ‘불임치료방법’으로 서술하고 있는데, 개인적인 생각으로는 대리모에 의한 임신을 불임의 치료로 볼 수는 없을 것 같다. 그러므로 대리모에 의한 임신은 불임의 대안적 방법으로 보거나 다른 용어가 사용되어야 할 것이라 생각된다.

11) 이정현, “보조생식의료의 법제화를 위한 제언-자의 법적 지위를 중심으로-”, 『법조』, 통권 제656호, 법제처, 2011년, 118면에서 보조생식기술은 “모의 자연적 행위였던 출산의 의미를 사회적 행위로 재구성할 가능성을 열어놓게 되었다”고 하고 있다.

12) 성적 교섭을 도구로 한 대리모 계약을 “선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위로서 무효”라고 하였다. 대구지판 1991. 9. 17. 91가합8296; 서울고판 2006. 12. 22. 2006나39371; 그러나 이 판례가 성적 교섭 없이 체결된 대리모 계약에 대해 민법 제103조 위반으로 판단한 것은 아니다. 체외수정을 하지 않고 대리모와 자연적 성행위를 통해 임신을 하는 것(과거에 씨받이라고 인식되어 왔던 방법)은 형법에서 간통죄로 처벌되었으나 현재는 간통죄가 위헌판결을 받아 민법상 이혼사유에만 해당한다. 그러므로 이런 경우에는 유전적 대리모라고 할 수 없다.; 서울가법 2009.4.10. 자 2009브16 결정 [친권자변경등] 재항고 [각공2009하,1409] 이 판결은 대리모 약정으로 혼인을 하고 자녀를 출산 후 대가를 지급하고 이혼한 사례이다. 20년을 넘게 혼인생활을 했던 부부가 불임을 이유로 이혼을 한 후 동남아 여성과 남편이 자녀 출산만을 위해 대리모약정과 혼인을 하고 2명의 자녀를 낳았다. 사안에서는 첫째 아이를 낳고 베트남에 가서 여성의 부모에게 미화 7천 달러를 주고, 둘째 아이를 출산한 후 대리모에게 2만 달러를 주고 협의이혼 하였다. 첫째 아이는 출산 후 즉시 첫 번째 부인이 키우고 있었으며 대리모와 이혼 후 첫 번째 부인과 바로 혼인을 하고 자녀들의 양육도 원래 부부가 하고 있는 사례이다. 판결 요지에서는 돈을 받고 대리모를 한 후 이혼하기로 하는 계약을 했더라도 면접교섭권은 친부적인 권리로서 이를 전면적으로 배제하기로 한 행위는 민법 제103조 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한다고 보았다. 이 판례는 특이하게 법원이 직권으로 면접교섭권을 인정하였다. 그 이유로는 가족관계등록부상에도 대리모인 베트남 여성이 친모로 등록되어 있으므로 자녀들의 정서를 위하여도 면접교섭권은 인정되어야 한다고 보았다. 대리모를 합법적으로 하기 위해 베트남 여성을 이용하여 혼인 후 이혼을 하고 원래의 아내와 다시 혼인을 한 특별한 경우이나, 돈을 주고 하는 국제결혼이 혼한 요즘 세태를 생각한다면 가법계 지나칠 수 없는 판례이다.

서 진료를 받고 출산을 하는 과정에서 의뢰부부의 아내로 행세하기 때문에, 임신과정이나 출생 후에 분쟁이 생기지 않는 한 대리모임을 알 수 있는 방법은 없다. 그러므로 대리모 계약으로 태어난 자녀의 복지를 위하여 현실적인 법적 기준을 제시하는 것이 바람직하다. 사회적 현실과 자신의 자녀를 원하는 난임부부의 행복추구권을 고려하여 제한적으로 대리모를 인정하자는 학설도 있다.¹³⁾ 대리모는 우리나라 뿐 아니라 해외에서도 증가하고 있는 추세다.¹⁴⁾

(1) 유전적 대리모(surrogate mother)

대리모의 난자와 남편의 정자를 체외수정하여 대리모의 자궁을 이용한 경우를 말한다.¹⁵⁾

13) 배성호, “대리모에 의해 출생한 자의 법적 지위 - 생명윤리법의 개정 내지 생식보조의료에 관한 새로운 민사특별법의 제정을 위한 시론 -”, 『인권과 정의』, 345호, 대한변호사협회, 2005, 20면. 난임부부에 한해서만 대리모를 인정하고, 출산능력이 있는 여성이나 동성애 부부의 경우에는 대리모를 제한하자고 하고 있다.

14) 최근 중국 중앙(CC)TV는 난자매매와 대리모 실태의 심각성에 대해 말하면서 20세를 전후한 젊은 여성이 이러한 행위를 돈벌이 수단으로 여기고 있는 현실에 대해 조명하였다. 연합뉴스(2015. 01. 10.), <http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2015/01/10/0200000000AKR20150110042800083.HTML?input=1195m>.

이들 여성은 대리출산 조직이 어떻게 자신의 몸에서 난자를 채취하는지, 난자 채취의 위험성이 얼마나 큰지 등에 대해서는 무지한 상태였다. 중개업자들은 주로 농촌의 가난한 여성들을 대리모 알선 대상으로 삼고 있다. 이들은 인터넷 등에 ‘아들을 임신하면 100만 위안(약 1억 7천569만원)’이라는 광고를 내걸고 있지만, 실제로는 10여만 위안을 받을 뿐이다. 이 여성들은 ‘고객’이 지정한 성별의 아이를 임신하지 못하면 중절수술을 받아야하는 처지로 내몰린다. 여자아이는 대부분 인공유산 대상이다. CCTV는 다섯 번에 걸친 대리임신을 거쳐 남자아이를 얻은 ‘고객’도 있다고 전했다. 특히 대리모를 통해 1년에 200명의 아이를 출산했다는 한 중개업자의 말을 인용하며 중국의 대리출산조직이 전국적인 범위에서 활동하고 있다고 고발했다. CCTV는 “중국법률은 정자, 난자, 배아 매매와 대리모 행위를 금지하고 있지만, 대리출산 광고가 버젓이 인터넷에 떠돌고 이를 단속하는 기관은 거의 없다”며 당국에 강력한 대책을 마련할 것을 촉구했다.

15) 서울가정법원결정 1996.11.20. 95드89617 인척간의 대리모 계약이 가족관계 질서를 어지럽힐 수 있는 것을 보여주는 판결이다. 올케(처남댁)가 시누이(남편의 누나)를 대신하여 대리모 시술을 받고, 이후 양쪽 부부 모두 사이가 나빠졌다. 먼저 대리모 부부가 출산 후 6개월 만에 이혼하고, 자신이 대리모로 낳은 아이를 양육하고 있던 중, 의뢰부부의 남편과 동거를 하였고 그 아내(시누이)가 간통죄로 이들을 고소하였다. 그 후 대리모 의뢰부부인 시누이 부부가 이혼하고 결국 대리모였던 올케(처남댁)와 정자제공자인 의뢰부부의 남편(시누이의 남편)이 혼인신고를 한 사안이다.

(2) 출산대리모(완전대리모)

부부의 생식세포를 제외수정하여 대리모의 자궁에 착상시켜 자녀를 출생시키는 경우를 말한다. 의뢰부부의 유전학적 자녀라는 점에서는 난임부부의 소망을 이룰 수 있지만, 자궁만을 빌려주는 대리모의 관점에서는 인간이 출생을 위한 도구가 된다는 비판이 있다. 또한 임신 기간 동안 여러 위험이 존재할 수 있고 태아와 산모의 교감도 중요한데, 경제적 이유로 대리모를 선택한 임신부가 자신의 자녀와 같은 정성을 쏟을지는 의문이다. 반면 임신기간에 자신의 아이처럼 느껴 출산 후 아이의 인도를 거부하는 문제도 발생할 수 있다.

(3) 제3자의 생식세포가 이용된 대리모

부부 일방의 생식세포와 대리모가 아닌 타인의 생식세포를 제외수정하거나, 타인의 생식세포만으로 제외수정하여 대리모를 하는 경우이다. 전자는 적어도 자녀에게 부부 일방의 유전자가 있지만, 후자는 타인의 자녀를 입양하는 경우와 다를 바 없다.

라. 사후(死後) 수정¹⁶⁾

남편의 사망 후 자녀를 원하는 아내가 남편의 냉동정자로 인공수정을 하거나, 인공수정 시술 도중 남편이 사망하고 그 후 수정란을 착상시켜 임신하는 경우 상속 등에서 문제가 발생한다. 민법상 태아는 상속과 불법행위에 있어서는 행위능력을 인정받지만, 남편의 사망 후 착상이 된 태아는 친자관계의 결정이나 상속에서 보호받지 못한다. 만약 인공수정에 남편이 동의하였고 그 동의를

16) AIH 중 남편의 사망 300일 이내에 출생한 자에 대하여는 남편의 자녀로 추정된다(즉, 인공수정이 남편의 사후에 있었지만 임신은 통상 280일이 소요되므로 출생이 남편 사망 후 300일 이내인 경우). 만약 이러한 경우 남편의 친족에 의해 사후수정이 증명되었을 때 일단 출생한 자녀는 아내의 혼인 외의 자녀가 되겠지만, 유전자검사 등에 의해 사망한 남편의 자녀임을 증명하였을 때 사후인지의 문제가 발생한다. 사후인지가 가능하다면, 아내와 자녀가 공동상속인이 될 것이며, 사후인지가 부정된다면 아내와 사망한 남편의 부모가 공동상속인이 된다.

철회하지 않은 상태에서 사고로 사망한 경우, 남편의 사망을 모르는 시점에서 아내에게 시술이 이루어져 임신이 되었다면 이러한 인공수정자를 보호하지 않는 것은 형평에 어긋난다.

인공수정에의 동의를 남편이 사망 이전에 철회하였는가의 여부가 사후수정으로 출생한 인공수정자의 법적 지위를 결정함에 있어 주요 관건이 된다. 사망 이전에 남편의 동의 철회가 있었다면 아내의 혼외의출생자로서의 지위만을 부여해야 하며, 동의 철회가 없이 남편이 사망했다면 부부의 친생자로 인정해야 한다.¹⁷⁾ 한편 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」 제23조 제2항 제2호에서는 사후 수정을 금지하고 있다.¹⁸⁾

3. 국내 인공생식 현황

현대사회는 사회적·문화적 변화에 따라 독신가정, 다문화가족, 덩크족(DINK; Double Income, No Kids), 편부모가족, 재혼가족 등 다양한 형태의 가족이 생겨났고, 혼인·자녀·가족에 대한 가치관도 다양해졌다. 이에 따라 육아문제, 저출산 문제 등과 함께 난임 문제가 대두되었다.¹⁹⁾ 난임 진단자수는

17) 김민중, “死後受精(死後胞胎)의 立法論的 考察”, 『法曹(Lawyers Association journal)』, Vol. 54, No. 6, 한국가족법학회, 2005, 122면에서는 사망한 남편의 서면 동의를 생전에 있었다면 사후 수정을 허용하여야 한다고 한다.

18) 이 규정에 위반하여 사후수정을 하여 자녀가 태어난다면 어떻게 처리하여야 할 것인가에 대해 자녀의 생명을 보호받아야 할 법익으로 보아 사회적 합의와 정책적 판단에 의하여야 한다는 주장도 있다. 이정현, 전제논문, 125~126면; 한편, 생명의 가치가 사회적 합의와 정책적 판단에 맡겨질 수 있는 것인가라는 의문이 있을 수 있다. 그러나 과거 정부의 산아제한정책 등을 보면 사회적 분위기와 정책적 의도에 따라 여론이 형성되고 국민적 판단이 이끌어지는 경향을 알 수 있다. 즉 정부가 사회·정책적으로 가족 질서에 개입하여 경제적인 측면을 고려하려 했었고, 이는 외국의 경우도 마찬가지이다. 중국은 다자녀 출산 시 벌금을 부과하거나 다른 불이익을 주는 등 강력한 조치를 취하고 있기 때문에 아이의 탄생을 숨기거나 출생신고를 하지 않는 경우가 많다. 또는 이와 반대로 급격한 인구 감소가 있는 나라에서는 출산을 장려하기도 한다. 우리나라도 현재 저자세마다 다른 정책을 쓰고 있다. 자녀를 출산할 때 보조금을 주거나 아이의 양육에 혜택을 주는 경우도 있고 자녀의 수에 따라 다른 보조금을 지급하기도 한다. 자녀를 낳는 것은 부부의 권리이자 선택이지만, 사회정책과 문화에 의해 영향을 받을 수도 있다.

19) 국가기록원, 가족계획 표어 시대별 변화 내용

<http://theme.archives.go.kr/next/specialDay/subInfo.do?specialDayId=00000048>

매년 19만 명 수준이며²⁰⁾ 건강보험통계연보에 의하면 ‘여성난임증’으로 진단되어 진료 받은 여성 수(원인불명과 남성 난임을 제외하고)는 ICD 298분류의 ‘여성난임증’ 진단자 실제 인원을 기준으로 2004년 104,699명, 2007년 134,318명, 2009년 135,749명이다.²¹⁾

인공수정을 할 때 정신적 고통과 경제적 부담을 함께 받는 난임 부부를 위해 인공수정 시술비 지원사업이 2010년에 도입되어 국가적인 차원에서 지원을 하고 있다. 법적 혼인 상태에 있는 난임 부부 중 전국 가구 월평균소득 150%이 하이면서 의료비 지원접수일 기준 45세 미만 여성이어야 한다. ‘난임 부부 지원사업 중앙심의위원회’의 가이드라인에 의하면 원인불명 난임, 남성요인²²⁾, 자궁내막증, 35세 이상인 여성의 경우 난임 기간이 6개월 이상²³⁾이면 해당되고, 1인당 최대 3회까지 1회 50만원 한도로 지원가능하다.²⁴⁾ ‘난임 부부 시술비 지원사업’을 통해 2011년 1년 동안 제공된 시술비 지원 건은 인공수정이 총 31,684건, 이 중 임신성공률은 11.3%이며 2010년 시술비 지원대상자를 1년 여 간 추적한 결과 생존아 출산 성공률은 9.2%이다.²⁵⁾ 신생아출산율과 연도별 인공수정(자궁내정자주입술) 건수, 체외수정 건수는 이하에 그림과 표로 나타내겠다.²⁶⁾ 이러한 인공생식 증가는 세계적인 추세라 볼 수 있다.²⁷⁾

인구증가를 위해 출산을 장려하던 시대에서 산아제한 정책으로 변화하였다가, 최근 급격한 저출산·고령화 사회로의 진입이 문제되고 있다. 지속적인 인구 억제 정책 추진과 여성의 사회진출 증가, 출산·교육 등의 사회적 비용 증가로 출산율은 2인 이하로 낮아졌다. 2000년대가 되어 급격한 저출산으로 인한 경제적·사회적 문제가 대두되자, 정부는 다자녀 가정에 대한 각종 혜택 부여나 출산 장려를 위한 사회적 기반 확충 등의 정책을 마련하고 있다.

20) 황나미, 『정부 난임 부부 시술비 지원사업 현황과 평가』, 한국보건사회연구원, 2013, 2면.

21) 황나미, 장인순, 백소혜, 『(2010년) 난임 부부 인공수정 시술비 지원사업 결과 분석 및 평가』, 보건복지부 한국보건사회연구원, 2011년, 33면.

22) 남성요인으로 정계정맥류가 없다는 신체검사 확인 후 정자수가 적거나 정자활동성이 저하되어 있는 경우, 사정장애 등 기타 남성불임의 경우 등임.

23) 나팔관 검사(HSG) 결과 나팔관이 최소한 한쪽은 정상이어야 함.

24) 황나미, 장인순, 백소혜, 전계논문, 51~52면.

25) 황나미, 전계논문, 6면.

26) 보건복지부 모자보건사업안내(2006-2014).

27) KRAUSE & MEYER, Family Law 5th, THOMSON WEST, 2007, P. 156. 2003년 미국에서는 냉동배아의 수가 40만 건을 넘는 것으로 추정하고 있다.



〈그림 2-1〉 신생아 출산율²⁸⁾

〈표 2-1〉 인공수정(자궁내정자주입술) 건수

년도	2010	2011	2012	2013	2014
시술건수	31,681건	33,459건	40,000건	33,460건	38,000건

〈표 2-2〉 체외수정 건수

년도	2008	2009	2011	2013	2014
시술건수	13,267건	17,167건	30,356건	33,560건	39,000건

III. 인공수정자의 법적 지위

1. 민법상 인공수정자의 법적 지위

가. 서

민법 제844조 제1항은 아버지를 추정하는 규정으로 어머니를 정하는 조문은 민법에 없다.²⁹⁾ 이것은 인공생식기술의 발달을 예상하기 전에 규정된 것으로

28) 2013년 11월 25일 통계청 인구 동향 조사.

29) 이는 “Mater semper certa est, Pater semper incertus est (The mother is always certain, the father is always uncertain).”라는 로마법의 법언에서 보이는 바와 같이, 출산이라는

로 해석론만으로 현실에서 발생하는 문제를 해결하기는 어렵다.

나. 학설과 판례의 태도

민법 제844조³⁰⁾의 해석에 따라 자녀의 친생성 인정 여부를 다르게 판단한다.

(1) 민법 제844조의 해석에 관한 학설

(가) 외관설

부부가 사실상 이혼 상태 등 내부적으로 별거하여 남편의 아이를 임신할 가능성이 없는 상황에서 출산한 경우라도 그 자녀는 남편의 친생자로 추정된다.³¹⁾ 하지만 부부가 동거하지 않는 사실이 객관적, 외부적으로 명확히 드러난 때는 그 자녀는 친생추정이 미치지 않는 것으로 해석한다. 판례도 이와 같은 해석을 하고 있다.³²⁾ 이 학설은 남편과 혈연 가능성이 전혀 없는 A.I.D.의 경우에는 친생자추정을 하면서, 남편이 잠시라도 아내에게 다녀가서 임신 가능성이 있는 장기 부재의 경우는 친생추정을 배제한다는 비판을 받고 있다.

(나) 혈연설(불능설)

남편의 생식불능이나 혈액형의 배치, 유전자 감정으로 인해 명백히 생물학

자연적 행위에 의해 당연히 어머니가 정해지는 것으로 본다.

30) 민법 제844조(부의 친생자의 추정) ① 처가 혼인 중에 포태한 자는 부의 자로 추정한다. ② 혼인성립의 날로부터 2백일 후 또는 혼인관계종료의 날로부터 3백일 내에 출생한 자는 혼인 중에 포태한 것으로 추정한다.; 본조 제2항은 헌법재판소 2015. 4. 30. 자2013헌마623 결정에 의해 헌법불합치 판결을 받았다. 현재는 “사회적·의학적·법률적 사정변경을 전혀 반영하지 않은 채 아무런 예외 없이 일률적으로 300일의 기준만 강요하는 것은 어머니가 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권과 행복추구권, 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 침해한다.”고 하였다. 그러나 이것으로 인공수정자의 지위에 관한 학설의 해석이 달라지는 것은 아니다. 현재의 판결은 이혼 후 재혼을 한 경우 혼인관계 종료 후 300일 이내에 출생한 자녀의 아버지를 유전자검사로 증명할 것을 전제로 한 사안이고, 정자제공에 의한 인공수정은 이미 혈연관계가 없음을 알면서 남편이 시술에 동의했을 경우이다.

31) 김주수·김상용, 전제서, 282면.

32) 대판 1983. 7. 12, 82므59(전원합의체).

적 자녀가 아닌 사정이 내부적으로 존재할 때는 친생자 추정이 미치지 않는다고 본다. 외부인은 모르더라도 부부 사이에 진실한 혈연이 아니라는 것을 잘 알고 있는 경우까지 친생자 추정을 하는 것은 옳지 않다고 한다.

(다) 절충설

가정에 평화가 지속되고 있다면 당사자의 의사를 고려하여 친생추정을 미치게 하고, 이미 파탄이 났다면 예외적으로 진실한 혈연에 치중하여 친생자추정을 미치지 않는다고 본다. 혼인 중 임신한 자녀에 대해 남편의 친생자로 추정하고 요건이 엄격한 친생부인의 소에 의해서만 부자관계를 제거할 수 있도록 한 이유는 혈연진실주의와 더불어 가정의 평화도 보호하고자 함이라고 한다.³³⁾ 이 견해는 가정평화라는 모호한 개념을 사용했다는 비판을 받고 있다.

(2) 남편의 인공수정에의 사전 동의 여부에 따른 친생추정의 해석

(가) 남편의 동의가 있었던 경우

대부분의 학설은 남편의 동의를 받은 인공수정의 경우에는 친생추정을 받는 혼인중의 출생자가 된다고 해석한다.³⁴⁾ 판례는 외관설에 입각하여 인공수정자에게 친생자로서의 지위를 인정하였지만³⁵⁾, 최근 혈연설에 입각하여 남편의 동의를 받은 인공수정자에 대한 친생자성을 부정한 판례³⁶⁾도 있다.

친생추정을 받는 인공수정자에 대한 친자관계 부인의 방법은 친생부인의 소에 의하여야 하고 친생자관계부존재확인소를 청구할 수는 없다.³⁷⁾ 그러

33) 김주수·김상용, 전계서, 283면.

34) 전계서, 316면. 인공수정자를 혈연설에 따라 남편의 자녀로 추정하지 않는다면 이해관계인은 누구나 인공수정자에 대해 친생자관계부존재확인의 소를 제기할 수 있게 된다.

35) 서울가판 2000. 8. 18. 2000드단7960.

36) 서울가판 2002. 11. 19. 2002드단53028.

37) 친생부인의 소는 부 또는 처만이 원고적격(예외적으로 검사도)을 갖고 제소기간도 안 날로부터 2년 이내이지만, 친생자관계부존재확인의 소는 이해관계인은 모두 원고적격을 가지며 제소기간도 제한이 없다. 그러므로 자녀의 복리에 미치는 영향에서 큰 차이를 가져온다.

므로 인공수정자를 친생자로 추정하는 해석은 자녀에게 안정된 법적 지위를 준다. 남편이 인공수정에 사전 동의를 하여 출생한 자녀에게 친생부인의 소를 제기하면, 학설³⁸⁾은 이러한 행위를 금반언의 원칙(신의칙)에 반한다고 해석한다.

한편 인공수정자를 양자로 보거나³⁹⁾ 준정이론을 유추 적용하는 학설⁴⁰⁾도 있다. 하지만 양자법이 개정되어 미성년 자녀를 양자로 할 때 가정법원의 허가가 요건이다. 그러므로 입양의 실질을 갖추었으면 무효행위 전환 법리에 따라 무효의 친생자출생신고를 입양으로 인정하던 판례나 학설도 변화할 가능성이 있다.⁴¹⁾

(나) 남편의 동의가 없었던 경우

남편의 동의 없이 인공수정을 하여 자녀가 태어났다면, 민법 제844조의 규정에 따라 해석한다. 즉, 혼인 중에 포태하였거나 혼인성립의 날로부터 2백일 후 또는 혼인관계종료의 날로부터 3백일 내에 출생한 자는 혼인 중에 포태한 것으로 추정을 받게 된다. 이 경우에는 남편이 친생부인의 소를 그 사유가 있음을 안 날로부터 2년 내에 제기하여야 한다. 그러나 위의 기간 외에 태어난 자녀의 경우에는 이해관계인이 민법 제865조에 의한 친생자관계존부확인의 소를 제소기간의 제한이 없이 제기할 수 있다. 아내의 이러한 독단적인 행위는 민법 제840조 제6호의 “혼인을 계속할 수 없는 중대한 사유”에 해당하고, 민법 제

38) 김주수·김상용, 전거서, 316면.; 이경희, 전거서, 200면.; 박동섭, 전거서, 294면.

39) 김천수, 전계논문, 309면. 남편의 친생자로 이미 출생신고가 된 경우에는 무효행위전환의 법리에 따라 입양법리가 적용되며, 그러한 출생신고 전에는 입양계약의 효력에 따라 일방적 신고가 가능해진다고 본다. 또한 인공수정에 동의한 남편이 신고 전 입양 의사를 철회하는 것은 신의칙 및 자녀 복리의 차원에서 허용되어서는 안 된다고 한다. 남편이 인공수정에 동의를 함에 의해 자녀의 생명이 탄생하게 되므로, 고아의 입양과는 다르다고 한다.

40) 고정명, “인공수정자와 친자법”, 『법무자료』, 제79집, 1987년, 206면. 인공수정자를 자신의 친생자로 인정하겠다는 남편의 의사와 그들의 혼인관계로 인해, 남편이 한 출생자신고를 묵시적 인지로 보아 준정이론을 유추적용하고 있다.

41) 양자법에서 규정한 법원의 허가는 양자의 복리를 위한 엄격한 형식적 요건이므로, 인공수정시 남편의 동의가 입양시 법원의 허가를 대신할 수는 없다.

840조 제1호의 부정행위에는 해당하지 않는다.⁴²⁾ 실제로는 인공수정을 할 때 남편의 동의서가 있어야 하므로⁴³⁾, 아내가 남편의 서명을 위조한 사례를 들 수 있다.

다. 기타 논점들

(1) 자녀의 출생정보에 대한 접근성 허용 여부와 인지의 문제

자녀의 출생정보접근권의 인정은 정자제공자의 익명성과 대립되는 관계에 있다.⁴⁴⁾ 이 권리에 대해서는 인정설⁴⁵⁾, 부정설⁴⁶⁾, 제한적 인정설⁴⁷⁾이 있다. 이에 비해 유증은 누구에게나 할 수 있으므로 자녀의 복리를 위해 유증 목적으로 정자제공자가 인공수정 정보를 열람하고자 할 때는 허용하자는 학설⁴⁸⁾도 있다. 그러나 자녀의 정서적 문제를 고려한다면 정자제공자의 인공수정 기록 열람은 엄격한 요건 하에 제한하거나 또는 불허해야 한다.

「생명윤리 및 안전에 관한 법률」의 규정⁴⁹⁾을 인공수정 정보열람 및 접근에

42) 박동섭, 전계서, 295면. 의학적·기술적·기계적인 개념인 인공수정과 도덕적 관념인 부정은 다르다고 한다.; 同擘 고정명, 전계논문, 76면.

43) 김주수·김상용, 전계서, 318면 각주 90); 스웨덴 인공수정법 제2조에서는 남편의 서면동의서가 절대요건으로 되어있다.

44) 김천수, 전계논문, 317면.

45) 김민중, “인공수정에 의한 자의 출산의 법률문제”, 『법학연구』, 제19집, 전북대학교, 1992년, 123~124면.

46) 고정명, 「인공적 임신의 법적 고찰」, 박사학위논문, 경희대학교 대학원, 1988년, 28면에서 인공수정자의 출생정보를 비밀로 하는 것이 사회 관념에 비추어볼 때 타당하다고 한다. 그러나 자녀의 이익을 보호하는 방향으로 나아가야한다고 하며 시안에서는 제한적 긍정설을 제시하고 있다.

47) 고정명, 전계논문, ‘인공적 임신에 관한 법(시안)’ 제8조 (비밀유지의무)에서 ‘인공수정자의 성년이라는 시기를 조건으로 제한적으로 인정하고 있다.’

48) 이경희, 전계서, 201면.

49) 생명윤리 및 안전에 관한 법률 제18조 (개인정보의 제공)

- ① 인간대상연구자는 제16조제1항에 따라 연구대상자로부터 개인정보를 제공하는 것에 대하여 서면동의를 받은 경우에는 기관위원회의 심의를 거쳐 개인정보를 제3자에게 제공할 수 있다.
- ② 인간대상연구자가 제1항에 따라 개인정보를 제3자에게 제공하는 경우에는 익명화하여야 한다. 다만, 연구대상자가 개인식별정보를 포함하는 것에 동의한 경우에는 그러하지 아니하다.

유추적용하면 인공수정자가 출생정보를 알고자 할 때, 성년이 된 이후에는 허용해야 할 것이다. 반대로 정자제공자(인공수정자가 의뢰부부의 자녀로 된 이상은 제3자성을 인정해야 한다)가 자녀에 대한 인공수정기록을 열람하고자 할 때는, 자녀가 동의를 하지 않았다면 부정해야 할 것이다.

출생정보에 대한 접근성 허용 문제는 생물학적 아버지인 정자제공자에 대한 강제인지와 그의 자녀에 대한 임의인지 문제를 발생시킨다. 대부분의 학설은 두 경우 모두 부정하고 소수의 견해만 허용한다고 해석한다. 먼저 부정설은 정자제공자의 자녀에 대한 강제인지를 허용하면 인공수정자의 안정된 가정생활을 보호할 수 없고, 자녀의 정자제공자에 대한 임의인지를 허용하면 정자제공자가 후에 원치 않는 인지청구를 당하게 되어 불합리하다고 한다.⁵⁰⁾ 이에 반해 긍정하는 견해는 정자제공자가 생식능력이 없어져 혈연의 자녀를 찾고자 하거나, 인공수정 부부와 정자제공자가 긴밀한 관계가 있고 남편이 사망한 경우라면 자녀의 부양을 위해 정자제공자를 아버지로 인지하면 복리에 도움이 된다고 한다.⁵¹⁾ 그러나 이것은 일반화할 사안이 아니므로 위와 같은 사례가 발생한다면 일반양자제도를 활용하면 된다.⁵²⁾

생명윤리 및 안전에 관한 법률 제19조 (기록의 유지와 정보의 공개)

- ① 인간대상연구자는 인간대상연구와 관련한 사항을 기록·보관하여야 한다.
- ② 연구대상자는 자신에 관한 정보의 공개를 청구할 수 있으며, 그 청구를 받은 인간대상연구자는 특별한 사유가 없으면 정보를 공개하여야 한다.
- ③ 제1항 및 제2항에 따른 기록·보관 및 정보 공개에 관한 구체적인 사항은 국가위원회의 심의를 거쳐 보건복지부령으로 정한다.

50) 김주수·김상용, 전제서, 316면.; 김형배·김규완·김명숙 공저, 『민법학강의 제13판』, 신조사, 2014, 1846면.; 박동섭, 전제서, 296면.

51) 이경희, 전제서, 200~201면에서 AID의 경우에는 정자제공자의 자녀에 대한 강제인지나 자녀의 정자제공자에 대한 임의인지 모두 부정되어야 한다고 하며, 독신여성의 인공수정의 경우에는 일괄적인 처리를 하면 오히려 불합리한 결과를 가져올 수 있으므로 여러 상황을 검토하여 친자관계의 인정여부를 결정하자고 한다. 그러면서 인공수정 부부가 이혼한 경우 등에는 자녀의 복리에 부합할 때에 한해 인지청구를 인정하는 것이 타당하다고 한다. 그래서 정자제공자가 인공수정자에게 유증을 하기 위해 자녀를 찾고자 할 때에는 그 기록을 열람할 수 있도록 하여도 무방하다고 한다.

52) 일반양자제도에서도 친생부모나 법정대리인의 동의나 승낙이 필요하므로 인공수정을 한 부부가 정자제공자의 입양을 반대할 경우는 동의를 하지 않으면 될 것이다.

(2) 유전 정보 공개 문제

인공수정에 제공되는 정자 혹은 난자의 유전 정보를 사전 공개 할 수 있는지와 그 공개 범위 문제는 지속적인 논제이다. 통상 인공수정을 하려는 부부는 유전적 결함이 없는 자녀를 원한다. 그런데 배아 및 태아에 대한 유전자 치료의 금지를 규정하고 있는 생명윤리 및 안전에 관한 법률과의 연계성을 생각하면 문제가 있다. 사람은 존재 그 자체로 존엄성을 지니므로 신체나 정신의 불완전함이 있는 상태로 출생하였다고 경시될 수는 없다. 하지만 태아 단계에서 결함이 발견되었을 때조차 부모에게 미래에 다가올 시련을 감수하라고 강요하는 것은 너무 가혹하다.

그러나 인공수정 여부가 외부에 쉽게 알려질 수 있는 유전적 불일치는 미리 방지하는 것이 자녀의 복리를 위해서도 좋을 것이다. 예를 들어 혈액형의 불일치를 가져오는 유전적 정보는 공개하는 편이 좋다고 생각한다. 즉 의학적·면역학적 문제들을 고려한 입법이 되어 규제론에만 치중하지 않도록 하여야 한다. 또한 인공수정 전에 의뢰부부와 의 충분한 사전 상담도 보장되어야 한다.

(3) 폐기되는 배아와 낙태되는 태아의 문제

다태아 착상 시 통상 1~2개의 수정란만을 남기고 나머지는 낙태를 한다. 형법상 낙태죄보다 살인죄의 죄형이 더 무거운 것은 형성 중인 인격체의 법익보다 이미 완성된 인격체로서의 생명 침해를 중시한 것이다. 그런데 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」 제66조 (벌칙) 제2항에서는 난임치료법 및 피임기술의 개발을 위한 연구 등 외에 다른 목적으로 잔여배아를 사용한 경우, 그 죄형을 낙태죄의 죄형보다 더 높은 3년 이하의 징역에 처하고 있다.⁵³⁾ 이는 낙태죄와

53) 생명윤리 및 안전에 관한 법률 제29조 (잔여배아 연구)

① 제25조에 따른 배아의 보존기간이 지난 잔여배아는 발생학적으로 원시선(原始線)이 나타나기 전까지만 체외에서 다음 각 호의 연구 목적으로 이용할 수 있다.

1. 난임치료법 및 피임기술의 개발을 위한 연구
2. 근이영양증(筋異營養症), 그 밖에 대통령령으로 정하는 희귀·난치병의 치료를 위한 연구

살인죄 사이에 죄형의 균형을 이루는 형법 체계에 반한다.

하지만 인격의 기초인 배아 또는 수정란에 대한 이용 및 연구·폐기는 신중해야 한다. 단순히 배아 및 수정란이 태어나 사람에 비해 인격과 신체의 완성도가 낮다는 이유만으로 죄형을 낮춰야 하는 것은 아니다. 배아와 수정란에 대한 유전공학적 연구는 치료를 넘은 창조의 단계까지 갈 수 있으므로, 제한목적을 넘은 이용에 대한 처벌을 엄중하게 하는 것이다.

(4) 허용하지 않는 인공수정으로 출생한 자녀의 보호문제

위법하게 시술된 인공수정, 특히 대리모 시술로 자녀가 출생하였을 때 그의 보호와 관계자들 사이의 법적 문제 해결이 문제된다. 위법한 대리모 시술을 행한 의료인에 대한 처벌은 난자의 유상매매를 금지하고 있는 생명윤리법을 유추적용 할 수 있다. 그러나 현실에서는 대리모가 의뢰부부의 아내인 것처럼 진료를 받기 때문에 의료인의 고의가 없어 처벌은 어렵다. 마찬가지로 대리모도 금전적 대가를 증명하지 않는 한 그 처벌이 곤란하므로, 현재 대리모를 억제하는 방법은 출생한 자녀에 대한 법적인 어머니로서의 책임을 묻는 것을 생각할 수 있다.

통상 대리모에 관한 법적 분쟁은 의뢰부부의 아내로 위장하여 인공수정 시술을 받고 출산을 한 후, 자녀의 인도·인수나 금전적 지급 문제로 충돌이 생겨 자신이 대리모임을 밝히면서부터 발생한다. 일단은 자녀를 출산한 대리모가 어머니가 되고 의뢰부부가 입양의 절차를 거쳐 자신들의 자녀로 할 수 있으나, 대리모 계약 위반을 이유로 하여 손해배상을 청구할 수는 없다. 왜냐하면 대리모 계약은 민법 제103조 위반으로 무효이기 때문이다. 의뢰부부의 입장에서 남편이 인지를 하고 양육권을 주장하는 수밖에 없다. 만약 대리모가 기혼인 경우에 민법에 따라 대리모 남편의 자녀로 친생추정을 받는 경우를 예상할 수

3. 그 밖에 국가위원회의 심의를 거쳐 대통령령으로 정하는 연구 제66조(벌칙) 제2항 제29조제1항을 위반하여 잔여배아를 이용한 자는 3년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

있지만, 분쟁의 과정에서 대리모 시술이 증명되므로 같은 방법으로 자녀에 대한 양육권과 친권을 주장하여야 한다.

반대로 자녀의 성별이나 장애를 이유로 의뢰부부가 아이를 거부할 경우도 있다. 만약 의뢰부부의 정자로 이루어진 출산이라면 인지청구권을 행사하여 양육 책임을 지우고, 정자제공자가 개입된 경우라면 대리모 시술에 의뢰부부의 남편이 동의하였음을 들어 금반언의 원칙으로 자녀를 보호할 수 있다.

2. 헌법상 기본권과의 관련성

가. 알권리 vs. 사생활과 비밀의 자유

‘알권리’는 헌법 제21조 표현의 자유 속에 포함되어 보장되는 헌법상 권리로 인공수정자도 자신의 생물학적 근본에 대한 알권리를 지닌다. 인공수정자의 알권리는 인공수정 계약 당사자인 부부와 정자제공자의 기본권과 충돌하는 부분이 있다.

인공수정자의 출생정보 접근권으로 정의되는 알권리를 침해하는 가장 위험한 요소는 은밀한 불법시술이다.⁵⁴⁾ 적법절차에 의한 정자 기증은 정자제공자에 관한 정보가 수집 및 보존되어 인공수정자가 출생정보에 관한 것을 열람할 수 있지만, 불법 정자매매는 정자기증자의 신원 파악이 어렵다.

친생자로 양육할 의사를 갖고 인공수정을 한 부부는 그 사실을 비공개하기를 원하며, 자녀가 성장 후 정자제공자를 찾으려 할 때 상실감을 느낄 수도 있다. 하지만 자녀가 성인이 되어 출생정보에 대한 것을 알고자 할 때는 오랜 양육과 동거 기간을 거쳤으므로, 출생정보로 인해 정서적 유대가 깨지는 원인이 되지는 않는다.

그러나 정자제공자의 익명성으로 대표되는 ‘사생활의 비밀과 자유’와는 상당 부분 충돌이 있다. 정자제공자는 인공수정으로 출생한 자녀가 미래에 자신

54) 김천수, 전계논문, 301면.

을 아버지로서 찾을 것은 예상하지 않는다. 만약 그에게 인공수정자의 생물학적 아버지가 될 수 있다는 내용을 고지한다면 정자 제공을 꺼려할 것이다. 무한성으로 특징지어지는 정액 속 정자의 경우 단 한 번의 기증으로도 수많은 인공수정자를 출생케 할 수 있으므로, 이 두 주체 간 기본권 상충 문제는 세심한 검토가 요구된다.

다음으로 정자제공자가 인공수정자를 생물학적 자녀로서 알권리는 위의 프라이버시권과 반대선상에 있다. 안정된 가정에서 양육되고 있는 자녀를 자신의 자녀로 하고자 한다면 당연히 허용될 수 없다. 하지만 자녀의 복리가 위태로운 지경에 처하고 자신의 유전적 근원을 알고자 한다면 정자제공자의 알권리는 인정할 수도 있다. 그러나 이것은 엄격한 요건 하에서만 인정되어야 한다.

나. 행복추구권

「생명윤리 및 안전에 관한 법률」 제50조에서 태어나 배아에 대한 유전자 검사를 제한적이거나 허용하고 있지만, 제47조에서는 정자·난자·배아·태아에 대한 유전자 치료를 금지하고 있다.⁵⁵⁾ 그렇다면 검사 후 치료의 필요가 있을

55) 생명윤리 및 안전에 관한 법률 제47조 (유전자치료) 별칙규정

- ① 유전자치료에 관한 연구는 다음 각 호의 모두에 해당하는 경우에만 할 수 있다. 다만, 보건복지부장관이 정하는 질병의 예방이나 치료를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 그러하지 아니하다.
 1. 유전질환, 암, 후천성면역결핍증, 그 밖에 생명을 위협하거나 심각한 장애를 불러일으키는 질병의 치료를 위한 연구
 2. 현재 이용 가능한 치료법이 없거나 유전자치료의 효과가 다른 치료법과 비교하여 현저히 우수할 것으로 예측되는 치료를 위한 연구
 - ② 유전자치료는 배아, 난자, 정자 및 태아에 대하여 시행하여서는 아니 된다.
- 제50조 (유전자검사의 제한 등) 별칙규정
- ① 유전자검사기관은 과학적 증거가 불확실하여 검사대상자를 오도(誤導)할 우려가 있는 신체 외관이나 성격에 관한 유전자검사 또는 그 밖에 국가위원회의 심의를 거쳐 대통령령으로 정하는 유전자검사를 하여서는 아니 된다.
 - ② 유전자검사기관은 근이영양증이나 그 밖에 대통령령으로 정하는 유전질환을 진단하기 위한 목적으로만 배아 또는 태아를 대상으로 유전자검사를 할 수 있다.
 - ③ 의료기관이 아닌 유전자검사기관에서는 질병의 예방, 진단 및 치료와 관련한 유전자검사를 할 수 없다. 다만, 의료기관의 의뢰를 받아 유전자검사를 하는 경우에는 그러하지 아니하다.

때 이러한 전면적 금지로 부모의 행복추구권이 침해되는지를 살펴보자.

이처럼 정자·난자·배아·태아에 대한 유전자 치료는 법으로 금지되어 있고, 모자보건법에서 규정하고 있는 낙태의 요건에도 자녀의 유전적 질병은 위법성 조각사유가 아니다. 그러므로 정자제공자에 의한 인공수정에서 임신 당시 유전적 문제를 알게 되거나 출생 후 질병이나 장애를 알게 된 때, 남편은 혈연관계가 없음을 이유로 자녀에 대한 부양을 거부할 수도 있다.

건강한 자녀를 원하는 부모의 행복추구권이 잘못 이해되면 생명과학의 발전 방향이 질병의 치료나 보존으로 향하지 않고 창조나 개량으로 가게 될 것은 명약관화하다. 인간 존엄성에 대한 내재적 제한으로서 인공수정에서 건강한 자녀(또는 우월한 자녀)에 대한 선택권은 남과 여의 애정이 전제된 자연적인 성적 결합으로 출생하는 아이들과 같은 맥락에서 이해되어야 한다. 그러므로 자녀에 대한 유전적 선택은 계획할 수 없으며, 인공수정시 부모에 대한 유전자 정보 공개 제한은 적극적으로는 우월한 유전자를 선택할 권리, 소극적으로는 장애 내지 질병이 없는 자녀를 선택할 권리(행복추구권)를 침해한다고 볼 수 없다.

다. 학문의 자유

인공수정에 대한 학문연구의 자유는 연구과제와 방법, 기간, 장소를 연구자가 자유로운 의사로 선택할 수 있음을 말한다. 적극적인 방법으로 배아나 수정란을 가지고 인공수정기술을 연구하거나, 잔여 배아와 수정란을 생명과학연구에 이용하는 것을 가정해보자. 이러한 연구의 파급효과는 매우 커서 장점과 위험 요소를 함께 지니고 있으므로 무제한 인정될 수는 없다. 더 나아가 잔여 배아나 수정란을 임신 등의 목적 외로 이용하는 행위는 생명윤리법에서 엄중히 처벌하고 있다.

④ 유전자검사기관은 유전자검사에 관하여 거짓표시 또는 과대광고를 하여서는 아니 된다. 이 경우 거짓표시 또는 과대광고의 판정 기준 및 절차, 그 밖에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

이것 또한 상대적 기본권으로 다른 기본권 주체의 법익과 비교형량하여 구울된다. 그러나 학문의 자유를 지나치게 제한하면 인간에게 필요한 학문의 발전이 지체되어 인류의 미래에 부정적 효과를 주므로, 다른 법익과 균형을 맞추는 범위 내에서라면 좀 더 적극적인 연구도 허용될 수 있다고 본다.

3. 소결

인공수정자의 출생과 보호에 관한 명문 규정은 민법에 없지만, 민법 제844조의 해석론에 따라 인공수정에 동의한 남편의 친생자로 보아 보호하고 있다. 판례도 인공수정에 동의한 남편이 후에 친생부인의 소를 제기하여 자녀와의 법적 부자관계를 종료시키고자 할 때에는 금반언의 원칙(신의칙)을 들어 이러한 청구를 배척하고 있다.

인공수정자와 난임 부부, 정자제공자, 의사(학자) 사이에 기본권 충돌 문제가 있을 때 다른 법익과의 이익형량을 통해 그 인정 범위가 결정되므로 조화로운 균형을 갖도록 해석해야 한다.⁵⁶⁾

IV. 해외 입법례

1. 미국

미국 연방정부는 인공수정이나 체외수정에 대한 직접적인 재정지원을 하고 있지는 않지만, 1980년부터 14개의 주에서는 보험회사를 통한 난임 진단과 시술을 보장하고 있다.⁵⁷⁾ 인공수정에 대해 미국은 통일친자법으로 규율하고 있다.

56) 정재황, 『기본권 연구 I』, 길안사, 1999년, 382면. “여러 기본권들 간의 상충이 있더라도 어느 기본권들을 전적으로 희생시킬 것이 아니라 가능한 한 상호간의 최대한의 보장이 가능하도록 조절되어야 한다.”고 제안하고 있다.

57) Arkansas, California, Connecticut, Hawaii, Illinois, Maryland, Massachusetts, Montana, New Jersey, New York, Ohio, Rhode, Island, Texas and West Virginia주, 황나미, 장인순, 백소혜, 전개논문, 47면.

기증자의 정자와 아내의 난자로 인공수정을 하여 아내의 자궁에 착상했다면 1973년에 제정된 통일친자법(Uniform Parentage Act) 5조에 의해 자녀는 인공수정을 한 부부의 법적인 자녀로 인정된다.⁵⁸⁾ 이 때 시술은 부부의 서면 동의를 받아 면허가 있는 의사가 해야 하며, 정자제공자는 법률에 의해 인공수정자의 생물학적 아버지로 인정되지 않는다.⁵⁹⁾ 또한 통일친자법 제3조에서는 “제공된 정자 등에 의한 임신 후 혼인이 취소 또는 무효가 된 경우에도, 자녀의 출생을 알고 2년 이내에 어머니와 자녀를 당사자로 한 소송이 제기되고 남편이 제공된 정자 등에 의한 임신에 동의하지 않았음이 증명되지 않는 한, 그 임신으로 자녀를 낳은 여성의 남편을 자녀의 아버지로 한다.”고 규정하고 있고, 제4조에서는 “정자, 난자의 제공자는 제공된 정자 등에 의한 임신으로 출생한 자녀의 친권자가 아니다. 그 사람의 난자 또는 정자를 사용하여 배아의 이식 전 또는 성교 이외의 방법으로 자녀를 임신하기 전에 사망한 경우 그 사람은 자녀의 친권자가 아니다.”라고 되어 있다.⁶⁰⁾ 남편의 사후에 인공수정으로 출생한 자녀는 원칙적으로 사망한 남편의 자녀가 아니라고 하지만, 예외적으로 사망한 남편의 서면동의를 있었다면 그는 사후수정으로 출생한 자녀의 아버지가 되고, 그로부터의 상속도 허용된다.⁶¹⁾

대리모의 경우에는 의뢰커플⁶²⁾과 당사자가 서면 계약서를 작성하고 서명하여야 한다.⁶³⁾ 의뢰커플은 혼인성립 여부와 상관없이 90일 이상을 함께 거주하여야 하고, 아내에게 불임 요소가 있거나 임신으로 인한 위험이 있어야 한다. 계약서의 내용에는 대리모나 생식세포 기증자의 자녀에 대한 권리·의무의 포기 조항과 이로 인해 태어난 자녀가 의뢰커플의 법적인 자녀가 된다는 조항

58) Harry D. Krause & David D. Meyer, Family Law FOURTH EDITION, WEST PUBLISHING CO., 2009, p. 320.

59) KRAUSE & MEYER, Ibid., p. 154~155.

60) 고현덕, 전계논문, 21~22면.

61) UPA(Uniform Parentage Act) §707, 김민중, “死後受精(死後胎胞)의 立法論的 考察” 『法曹(Lawyers Association journal)』, Vol. 54, No. 6, 한국가족법학회, 2005, 120면에서 재인용.

62) 미국은 인공수정을 법적 부부에 한정하지 않기 때문에 커플이라는 용어를 사용하였다.

63) UPA §801, §807, §808

이 있어야 하며 동의가 표시되어야 한다. 만약 대리모가 혼인 중에 있다면 대리모 남편의 동의도 필요하다. 그리고 이 계약서는 법원의 확인을 요한다. 대리모는 기혼, 미혼 여부를 불문하지만 출산 경험이 최소한 한번 이상은 있어야 한다.⁶⁴⁾ 대리모 계약의 해지도 인정하고 있지만 임신 이전에만 가능하고, 만약 의뢰부부가 자녀의 인수를 거부한다면 법원이 그들에게 출생한 자녀의 법적 부모임을 확인하는 것을 명령할 수 있게 규정하고 있다.⁶⁵⁾

한편, 미국에서는 정자은행에서 구입한 정자를 통해 매년 3만 명의 어린이가

64) 엄동섭, “대리모계약에 의한 입법례”, 『가족법연구』, 19권 2호, 한국가족법학회, 2005, 47면. 미국과 달리 이스라엘에서는 대리모가 미혼일 것을 요한다.

65) 미국의 대리모 계약과 관련된 판결로 유명한 것은 일명 Baby M 사건(New Jersey Supreme Court, 537 A.2d 1227 (1988))이다. 이 판례에서 의뢰부부 남편의 정자와 대리모의 난자로 태어난 자녀의 인도를 대리모가 거부하였다. 대법원은 의뢰부부와 대리모의 여러 사정을 종합하여 판단한 결과, 의뢰부부에게는 감호권(Custody)을 인정하고 대리모에게 어머니로서의 지위와 감시나 방해가 없는 방문권을 부여하였다. 기타 인공수정에 관한 판례로는 다음과 같은 것들이 있다.

- A. *Breit vs Mason and L.F. Case*(정자제공자의 부성 인정과 관련한 판결, 김민규, “비혼인 동거자 사이의 인공수정과 그 법률관계”, 『가족법연구』, 한국가족법학회 제26권 제3호, 2012년, 138면에서 재인용). 정자제공자인 Breit과 출생한 자녀의 어머니인 Madison 사이에서 Breit이 아버지를 결정하는 소를 제기할 권리가 있는지 여부가 문제된 사안에서, 사실심법원은 어머니와 정자제공자인 Breit 사이에 자발적으로 부성을 확인하는 서약의 효력을 배제하였고, [Code §20-49.2]에 근거하여 Breit을 아버지로 인정해 달라는 청구도 기각하였다.(전계논문, 144면. [Title 20, Chapter 9, Code §§20-156 to-165]는, ‘보조생식에 의하여 임신한 자녀의 부모를 결정함에 있어서 제공자는 임신한 여성의 남편이 아닌 한 보조생식술에 의하여 임신한 자녀의 친권자가 될 수 없다’고 규정하고 있다. 따라서 어머니는 [Code §20-158 (A)(3)]이 절대적인 법률상 제한사항으로 아버지의 자격을 규정하고 있다고 주장했고, 따라서 당해 서약은 처음부터 무효라고 하였다.) 이에 대하여 항소심법원은 혼인상태에 있지 아니한 남성이 여성의 요청에 따라 자신의 정자를 제공하고 성립에 다름이 없는 부성확인을 서약한 경우에도 보조생식술에 의하여 출생한 자녀의 아버지임을 확인하기 위하여 소를 제기할 권리를 잃지 않는다고 판단하였다.
- B. *Davis v. Davis Case* (이혼 후 母의 수정란에 대한 결정권, *Davis v. Davis*, 842 S.W. 2d 589 Tenn. 1992. 김민중, 전계논문, 132면에서 재인용). *Davis* 부부는 혼인 중에 인공생식 목적으로 정자은행에 7개의 수정란을 냉동보관 하였다. 당시 *Davis* 부부는 잉여 수정란의 사용방법에 대한 약정은 하지 않았다. 그 후 *Davis* 부부는 이혼소송을 하고, 아내가 이혼 후 임신을 할 목적으로 정자은행에 보관중인 수정란에 대한 관리권 및 소유권을 주장하였다. 이에 남편은 자신은 이혼 후에는 자녀를 가질 의도가 없다고 하며 반대하였다. 테네시주 하급 법원은 아내가 체외수정을 통하여 자녀를 임신할 기회를 가져야 한다고 판시하였다. 그러나 항소심은 남편은 자녀를 가지지 않을 헌법상의 권리를 가지고, 당사자 일방의 의사에 반하여 수정란의 이식을 강제할 규정은 없다고 판단하였고, 대법원도 수정란을 사용하지 않으려는 다른 당사자의 이해관계가 더 보호되어야 한다고 하여 아내의 수정란에 대한 결정권을 인정하지 않았다.

태어나며 현재 100만 명에 이른다. 이들은 인터넷을 통해 같은 정자에서 태어난 형제, 자매를 찾으면서 가족의 정의를 다시 만들고 있다.⁶⁶⁾ 미국 정자은행의 대부분은 정자제공자를 익명으로 하기 때문에 정자번호만을 알 수 있다.⁶⁷⁾

2. 영국⁶⁸⁾

배아 또는 정자와 난자를 착상시켜서 임신하고 있거나 출산한 여성이 출생한 자녀의 어머니가 된다.⁶⁹⁾ 이 규정은 배아나 정자와 난자의 착상을 영국 외의 지역에서 시행했는지라도 적용된다.⁷⁰⁾ 그러나 출산한 여성의 자녀가 되지 않게 하기 위해 입양의 목적을 갖는 때에는 적용되지 않는다.⁷¹⁾

남편이 인공수정에 동의하지 않았다는 것이 보이지 않는다면 그는 출생한 자녀의 아버지가 된다.⁷²⁾ 남편의 사망 이후에 정자로 배아를 만들어 착상하였거나 사망 이전에 배아를 만들었으나 착상을 사망 후에 한 경우, 서면으로 인공수정에 동의 하였던(또는 철회하지 않았다면) 자녀 출생 42일 이내에 아버지를 정하는 서면을 제출하면 그가 아버지가 된다.⁷³⁾ 그리고 남편의 정자가 아닌 다른 사람의 정자로 배아를 만들고 남편이 인공수정에 대한 동의를 철회하지 않은 상태에서 사망하고 이후 착상을 하여 자녀가 태어났을 때, 출생

66) 미국 콜로라도의 라이언 크레이머(15세)와 그의 어머니 웬디는 '기증자 형제자매 등록 (www.donorsiblingregistry.com)'이란 웹사이트를 열었다. 현재 7,173명이 개인정보를 등록했고, 이 중 1503명은 정자가 같은 반쪽 형제자매를 찾았다.

67) 서울신문, "美 기증정자의 형제·자매 찾기 '붐'", 2006-03-06.

68) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>, Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

69) HFE Act §33 (1) The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child.

70) HFE Act §33 (3) Subsection (1) applies whether the woman was in the United Kingdom or elsewhere at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs.

71) HFE Act §33 (2) Subsection (1) does not apply to any child to the extent that the child is treated by virtue of adoption as not being the woman's child.

72) HFE Act §35 (1).

73) HFE Act §39.

42일 이내에 아버지를 정하는 서면을 제출하면 사망한 남편이 자녀의 아버지가 된다.⁷⁴⁾ 그러나 자신의 정자를 타인의 임신 목적에 동의하여 제공한 사람은 인공수정으로 태어난 자녀의 아버지로 인정되지 않는다.⁷⁵⁾ 또한 39조에 의해 사망 이후 인공수정이 된 경우에는 아버지가 되지 않는다.⁷⁶⁾

대리모⁷⁷⁾의 경우는 다음과 같다. 대리모를 의뢰하는 커플 중 적어도 1인의 생식세포가 체외수정에 이용되어야 하며, 출생 이후 6개월 이내에 부모확정명령신청을 하여야 한다. 또한 부모확정명령의 신청과 결정 시기 모두에 출생한 자녀와 공동생활을 하고 있어야 하며, 결정되는 시기에 의뢰자 모두 18세 이상이어야 한다. 이러한 과정을 거치면 대리모에게서 출생한 인공수정자는 부모확정명령을 받은 의뢰 부부의 법적 자녀가 된다. 1985년에 제정된 ‘대리모계약법(Surrogacy Arrangement Act)’ 제3조에서 대리모 광고를 금지하고 있기 때문에, 그 결과 대리모 계약이 가족이나 친척 간에만 이루어지게 되는 것을 유도하고 이것이 입법자의 의도라고 한다.⁷⁸⁾ 대리모의 범위에 관한 것은 문화의 특성에 따라 다르게 가치판단 할 수 있다. 엄마이면서 동시에 이모가 되는 것은 가족법상 질서를 파괴한다고 볼 수도 있으며, 반면에 태아의 건강한 출산과 복잡한 법적 분쟁을 방지하는 면에서는 긍정적인 효과가 있다고 볼 여지도 있다.

3. 프랑스

비배우자 간 인공수정에 대한 프랑스의 입법방향은 사회 변화에 따라 변화했다.⁷⁹⁾ 처음에는 익명으로 제공된 정자와 난자로 인공수정을 허용하였고 이때

74) HFE Act §40 (1).

75) HFE Act §41 (1).

76) HFE Act §41 (2) 이 경우는 39조를 반대해석하면 서면동의를 없거나 서면동의를 철회된 경우이다.

77) HFE Act §54

78) Robert G. Lee & Derek Morgan, *Human Fertilization & Embryology* (2001), p.198. 소관 상임위원회의 토론 시 보건부 장관이었던 Kenneth Clark는 “자매 사이의 계약이 모든 사람에게 가장 해가 적다.”고 하였다(Official Report, House of Commons, Standing Committee B, 25 April 1985, col. 7). 엄동섭, 전제논문, 41면에서 재인용.

인공수정 부부의 요건은 생식 가능한 연령으로 적어도 부부 일방의 유전적 출생이어야 하며, 2년 이상 지속적인 혼인생활과 의학적으로 확인된 난임을 요건으로 하고 있었다.⁸⁰⁾ 그 후 개정법은 사실혼에 요구되는 요건인 2년 이상 동거 조항을 삭제하고, 난모세포의 유리화(냉동결정체의 형성을 감소하면서 난모세포의 보존을 향상시키는 것을 돕는 과정)를 허용하였다.⁸¹⁾ 현재는 남녀 커플이면 연령이나 결혼여부와 상관없이 인공수정의 수혜대상이지만 의학적 원인의 난임만 지원하기 때문에, 독신여성과 동성애 커플은 지원 대상에서 제외하며, 부부나 커플 중 한명이 중병에 걸린 경우는 시술을 허용하지 않는다.⁸²⁾

프랑스는 인공수정에 관한 것은 생명윤리법에 포함하여 관리하고 있다.⁸³⁾ 이 법은 생명존중을 위한 일반원리를 제시한 후 엄격한 행정적·사법적 규제를 하는 방식을 취하며, 생명윤리 입법 전체의 실효성을 확보하기 위해 엄중한 형사제재를 체계화하고 있다.⁸⁴⁾ 그리고 친자관계는 민법 제311조의 19에서 규정하고 있다. 제3의 기증자를 매개로 한 의료보조생식의 경우 기증자와 출생한 자녀 사이에는 어떠한 친자관계도 설정될 수 없으며 기증자에 대해 법적인 책임소송도 제기될 수 없게 하고 있다.⁸⁵⁾

프랑스는 유·무상을 불문하고 대리모 계약을 불법으로 규정한다.⁸⁶⁾ 대리모 계약에 의해 자녀가 출생하였다면 일반 원칙에 따라 입양으로 친자관계를 해결하는데 이것을 부인한 판결도 있다.⁸⁷⁾ 그래서 대리모를 원하는 사람들은

79) 프랑스는 1994년 7월 29일 생명윤리에 관한 법률을 제정하고 2011년에 개정하였다.
 80) トビアス・ヘルムス 著;野澤紀雅, 遠藤隆幸 譯, 生物學的出自と親子法: ドイツ法・フランス法の比較法的考察, 東京: 中央大学出版部, 2002, p. 113.
 81) 정재황, 『생명과학기술의 발전과 헌법』, 성균관대학교 법학전문대학원, 2012년, 274면.
 82) 황나미, 장인순, 백소해, 전계논문, 44~45면.
 83) 각주 68)의 B. Davis v. Davis Case, 전계논문, 전계면.
 84) 김명수, 「생명공학에 관한 헌법적 고찰」, 홍익대학교 대학원 석사논문, 2002, 72면.
 85) 고현덕, 전계논문, 15면.
 86) 프랑스 민법 제16조의 7.
 87) Rec. Dalloz 1994, Jur. 581. 엄동섭, 전계논문, 69면에서 재인용. 대리모 계약을 무효라고 하는 이유는 인체나 신분이 처분불가능하다는 법원칙을 위배하였기 때문이라고 한다. 또한 입양법의 목적을 들어 대리모 계약을 무효로 보았다. 즉, 부모가 없는 자녀에게 가정을 만들어주는 것이 목적이며, 부모가 없는 자녀를 탄생하게 하는 것이 아니라고 판시

대리모를 법적으로 허용하는 나라에서 시술을 시도한다. 이에 관한 최근 판결로 대리모로 출생한 자녀에게 가계 출생 등록 권리를 인정한 것이 있다.⁸⁸⁾

4. 독일

독일의 인공수정은 원칙적으로 배우자간에만 인정되고, 비배우자 간에는 예외적으로 의사회에 설치된 위원회에 사전 신청을 한 경우만 인정한다.⁸⁹⁾ 1990년 제정된 「독일 태아보호법」에 의해 인공수정 지원정책이 이루어진다. 정부의 보상 예산은 제한이 없다고 되어있지만, 실제로는 정부가 인공수정 시술 비용의 50%를 부담하며 수혜대상은 기혼 여성 40세, 남성은 난임 수술 경험이 없는 경우로 제한하고 있고, 추가 시술의 경우 ‘질병기금(Sick Fund)’의 허락을 받아야 한다.⁹⁰⁾ 보조생식술에 대한 보험급여는 독일인구의 약 90%에 해당하는 공적건강보험 대상자들에게 적용되지만, the Code of social Law에 있는 특별규정의 적용을 받는다.⁹¹⁾

남편이 인공수정에 동의하였을 경우 인공수정자는 그의 자녀로 인정되며, 독일도 사후수정을 금지하고 있지만 남편의 사망 즉시 체외수정이 실시되고 사후 300일 이내에 출생한 경우 그의 자녀로 추정될 수 있다.⁹²⁾ 대리모의 경

하고 있다.

88) NEWSis(2014. 06. 2마, http://www.newsis.com/article/view.htm?cID=&ar_id=NISX20140626_0013009895).

유럽 인권재판소는 프랑스 정부가 대리모에서 태어난 자녀의 출생 등록을 거부하는 것은 잘못된 것이라고 판시했다. 라바세 부부가 대리모를 합법적으로 인정하는 미국에서 대리모를 통해 자녀를 출생하였고 프랑스에서 그들의 자녀로 등록하려했으나, 프랑스 당국과 법원은 이를 거부하였다. 이에 라바세 부부는 프랑스 스트라스부르에 있는 유럽연합 법원에 이에 관한 내용을 소로 제기했다. 유럽 법원은 프랑스가 부모와 자녀 간의 관계를 인정하지 않아 자녀의 권리를 침해했다고 판결하고, 5000 유로(660만원)의 손해 배상을 프랑스 정부에 명령했다.

89) トビアス・ヘルムス 著; 野澤紀雅, 遠藤隆幸 譯, 전계서, p. 114의 각주 231).

90) 황나미·장인순·백소해, 전계논문, 45면.

91) 황나미·신현웅·장인순·박재정·김해남, “임신 및 출산을 위한 인공수정 시술비 지불보상 현황과 정책방향”, 한국보건사회연구원, 2012년, 63면.

92) 이정현, “보조생식의료의 법제화를 위한 제언 - 자의 법적 지위를 중심으로 -”, 『법조』, 통권 656호, 법제처, 2011년, 139면.

우는 비배우자 간 인공수정을 금지하고 있는 것과 같은 취지로 태아보호법을 통해 금지하고 있고 민법상 강행규정 위반인 무효로 보는 것이 독일 학계의 통설이므로, 대리모로 출생한 자녀를 양육하기 위해서는 입양의 절차를 거쳐야 한다.⁹³⁾

1989년 1월 31일 독일연방헌법재판소 판결⁹⁴⁾에서는 모든 사람은 기본법에 의하여 보장된 인격권에 기해 자신의 유전적인 근원을 알 권리가 있다고 하며 이로 인해 익명의 정자제공은 허용될 수 없다고 해석되고 있다.⁹⁵⁾ 이는 UN 'Convention on the right of Child(아동의 권리에 관한 조약)'⁹⁶⁾와도 궤를 같이 한다.

5. 일본

일본에서 인공수정 지원대상은 남녀 모두 해당되고, 연 10만 엔씩 5년간 지급되고 있다.⁹⁷⁾ 또한 일본은 의과대학 내에 윤리위원회를 두어 구체적인 실시 기준을 제시하고 있는데, 체외수정에서의 윤리적 비난을 최소화하기 위함과 자녀를 포함한 당사자 보호에 대한 사회적 책임이 그 목적이다.⁹⁸⁾ 일본 후생성 자문기관인 '후생과학심의회'의 '생식보조의료기술 전문위원회'는 2000년 12월 26일 제 3자의 정자 및 난자 사용을 조건부로 인정하는 최종 보고서를 마련했다.⁹⁹⁾

93) 전개논문, 전개면.

94) BVertGE 79, 256 = NJW 1989, 891 = FamRZ 1989, 255.

95) 고현덕, 전개논문, 20면.

96) 제7조 제1항 아동은 자신의 부모를 알 권리를 가진다.

97) 황나미·장인순·백소해, 전개논문, 48면.

98) 고정명, 전개논문, 89면 각주 33). 일본 윤리위원회의 체외수정에 대한 구체적인 실시 기준은 다음과 같다. ① 수정란의 법적 지위 및 실험, 연구의 허가요건, ② 수정란의 불법 파괴에 대한 특별한 형벌규정, ③ 수정란의 매매금지과 처벌, ④ 의뢰자 부부의 체외수정 입회권, ⑤ 기형아가 생길 경우 사회보험 문제, ⑥ 관계당사자의 Privacy 권리보호권, ⑦ 기타 중대한 기준위반에 대한 벌칙 등이다.

99) 연합뉴스, "日 제3자 정자 제공 조건부 인정 추진", 2000.12.27.

보고서의 내용은 다음과 같다. ① 법률상의 불임 부부에 한해 제3자로부터 제공받은 정자나 난자를 사용해 체외 수정하거나 수정란 이식이 가능하도록 하되, 정자 및 난자

일본도 인공수정자의 법적 지위에 관한 특별한 규정은 없고 우리나라와 같은 학설과 판례의 동향을 보이고 있다. 일본 민법 제772조¹⁰⁰⁾에서 친생자 추정에 대하여 규정하고 있고 제775조에서 친생부인의 소를 규정하고 있다. 친생부인의 소의 출소기간을 부가 자의 출생을 안 때부터 1년 이내로 규정하고 있음이 2년으로 규정하고 있는 우리와 다른 부분이다. 일본 민법에는 우리와 같은 친자관계부존재확인 소의 규정은 없지만, 2003년에 제정된 人事訴訟法 2조 2호에 친자관계부존재확인 소(조정전치주의)가 규정되어 확인의 이익이 있는 자는 누구든 당사자적격이 있으며 제소기간의 제한도 없다.¹⁰¹⁾

일본의 최근 판례 중에서는 사망한 남편의 냉동정자를 이용하여 아내가 사망 이후에 체외수정을 하고 자녀를 출생하여, 그 자녀가 남편을 상대로 인지청구를 하였을 때 그것을 인용한 것이 있다.¹⁰²⁾ 대리모의 경우는 공서양속 위반

- 제공 시는 익명과 무상 원칙을 지킨다. ② 생식 의료를 통해 태어난 자녀가 유전상의 부모가 누구인지는 알 수 없도록 하되, 제공자가 사전에 인정한 부분은 알려줄 수 있다. ③ 친권에 대해서는 생식 의료를 이용해 자녀를 낳은 여성을 어머니로, 이에 동의한 남편을 아버지로 법률에 명기한다. ④ 대리모 출산이나 영리 목적의 알선은 금지한다.
- 100) 일본민법 제772조(친생자의 추정) ①처가 혼인 중에 포태한 자는 부의 자로 추정한다. ②혼인이 성립한 날로부터 2백일을 경과한 후 또는 혼인이 해소 또는 취소된 날로부터 3백일 이내에 출생한 자는 혼인 중에 포태한 것으로 추정한다.
- 101) 内田 貴, 民法 IV [補訂版] 親族·相續, 東京大學出版會, 2011, p. 175~176.
- 102) 한삼인·김상현, “사후수정자(死後受精子)의 인지청구에 관한 연구”, 『慶熙法學』, 제48권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2013, 132~135면; 일본 最高裁判所 第二小法廷 2004年(受)1748号7의 판결이유는 다음과 같다.

일본 민법 제787조가 생식 보조 의료가 존재하지 아니하고, 남녀 간의 자연적 생식행위에 따른 임신, 출산만이 문제 되던 시대에 제정한 것이지만, 이러한 배경만으로 남성 사망 후에 그 남성의 보존 정자를 사용한 인공생식방법에 따라 여성이 임신하여 출산한 자녀(이하 사후수정자라 함)가 후에 인지를 청구하는 것 자체를 허락할 수 없는 것은 아니라고 판시하였다. 또한 일본 민법 제787조에 규정하는 인지의 소는, 부 또는 모가 혼인 외에 출생한 자를 자신의 자로 인정하여 신고하지 아니한 경우, 양자 간 혈연상 친자관계가 존재한다는 객관적 사정을 인정하는 것에 따라 법률상 친자관계를 형성하는 제도이므로, 어머니가 자녀를 임신하고 있을 때 남편이 생존하고 있어야 한다는 동시존재의 원칙은 인지 청구를 인용하기 위한 요건이라고 할 수 없다고 판결하였다. 또한 사후수정자에 대한 인지가 인정되는 경우, 상속이나 감호, 양육 및 부양을 받을 수는 없지만, 그의 친족과 친족관계가 되고 직계혈족으로 대습상속권을 취득하는 등의 법률상 실익이 있다고 보았다. 다만 부부간 자연생식에 따른 임신은 남편의 의사에 의한 것임을 쉽게 인정할 수 있는데 반하여, 아내가 남편의 의사에 상관없이 그 보존 정자를 이용한 인공생식방법에 따라 임신한 경우까지 그 출산한 자녀를 인지의 대상이 된다고 한다면, 남편의 의사가 전혀 개재되지 아니한 채 남편과 자녀 사이에 법률상 친자관계가

으로 보아 무효로 판결하고 있다.¹⁰³⁾ 일본 산부인과 학회에서는 내부지침으로 대리모시술을 금지하고 있다.

6. 소결

인공수정자에게 친생자로서의 지위를 부여하기 위해 미국과 프랑스는 인공수정 부부의 법적 자녀로서의 지위를 부여하고 있고, 정자제공자의 자녀에 대한 친권자로서의 권한은 인정하지 않는다. 미국과 일본은 정자제공자의 익명성을 원칙으로 하는데 이것은 그의 프라이버시권을 보호하기 위한 것이며 정자제공을 독려하는 효과도 있다. 반면 독일은 누구나 자신의 유전적 근원을 알 권리가 있다고 하여 정자제공자의 익명성은 허용하지 않는다. 독일은 배우자간 인공수정이 원칙이고, 비배우자 간에는 제한된 조건 하에서만 허용하기 때문이다.

이러한 법제들은 인공수정자의 복리를 위한 정책으로 향후 우리의 법 개정에서 참조할 만하다. 국가 차원의 인공시술 지원 정책과 특히 인공수정 부부의 자녀로 인정하는 명문규정은 우리 법제에서도 고려되어야 한다. 또한 사회 환경이 변화하고 의학기술이 발전한 현재는 인공생식에 관한 행정적 규제와 더불어 대리모에 관한 입법도 이루어져야 할 것이다.

생길 가능성이 있게 되는데, 이는 남편에게 예상외의 무거운 책임을 부과하는 면이 있어 타당하지 아니하므로 인공생식에 따라 출생한 자녀의 인지 청구를 인정하기 위해서는 남편이 해당 인공생식에 대하여 동의하는 요건이 필요하다고 보았다. 즉, 사후수정자의 인지 청구를 인정하기 위해서는, 인지를 인정하는 것이 상당하지 아니하다는 특단의 사정이 없는 한, 자녀와 남편 사이에 혈연상 친자관계가 존재할 것에 더하여 남편이 해당 사후수정자를 임신하는 인공생식방법에 대하여 동의할 것을 요한다고 하였다.

103) 동경고재, 2006년 9월 29일 결정; 판례시보(제1957호), 판례시보사(2007. 4), 20면. 부부의 생식세포로 배아를 생성하고 미국 네바다 주에서 대리모를 의뢰하여 쌍생아를 출생시킨 후 네바다 주의 법에 따라 자신들의 자녀로 출생신고를 한 후, 일본에서 그들의 자녀로 출생신고를 하려 하였으나 거부된 판례.

V. 인공수정에 관한 입법안¹⁰⁴⁾

1. 서

인공수정자의 법적 지위를 논함에 있어 선결문제가 될 기술적 방법에 대한 행정 규제에 따라 인공수정의 허용범위와 법적 효과가 달라진다. 따라서 세부적인 인공수정의 의료법적인 문제들은 특별법으로 규제하는 것이 효과적이다. 그리고 인공수정자의 부모를 정하는 규정은 양육과 상속에서 중요한 차이를 가져오므로 친자관계의 규정은 민법에 편입되어야 한다.

2. 행정적 규제에 관한 입법안

제1장 배아생성 의료기관

제1조 인공생식에 관한 통일적 정부기관부처를 만든다.

제2조 배아생성 의료기관에 대한 관리·감독의 표준운영지침을 마련한다.¹⁰⁵⁾

104) 기간이나 연령, 횟수에 관한 규정은 현행 의학 수준과 사회적 인식을 고려하여 향후 변경될 수 있다.

105) 이러한 규정을 마련해야 하는 이유는 다음과 같다. 남자와 정자의 불법 매매로 인해 익명성이 담보가 되고, 인공수정으로 출생한 자녀가 후에 자신의 기원을 찾고자 할 때 전혀 정보를 알 수 없게 된다. 이것은 출생의 기원이라는 존엄성에 대한 알권리인 헌법적 기본권을 침해하는 것이며, 의학적 질환 등의 문제가 생겼을 때도 아무도 책임질 수 없게 되는 문제를 발생시킨다.: 글로벌뉴스통신(허승렬기자), 2014. 04. 08.

<http://www.globalnewsagency.kr/news/articleView.html?idxno=19011>.

보건복지부의 '난자·정자의 불법 매매 혐의 적발 현황'에 따르면 불법 매매 적발 건수는 2011년 381건, 2012년 403건에서 2013년 871건으로 크게 증가하였다. 그러나 난자·정자 불법 매매를 관리해야 하는 주무부처의 단속 인력은 1명에 불과하다. 난자·정자 불법 매매는 윤리적 문제의 위험과 함께, 시술대상자의 사후 안전성을 보장할 수 없는 문제도 있다. 현행법령에 따르면 난자 채취는 평생 3회로 제한되며 6개월 이상의 기간을 두고 채취하여야 하지만, 불법 매매의 경우 이를 위반하여 난자를 과도하게 채취하는 등의 형태가 발생하고 있다.

이러한 규정들은 생명윤리 및 안전에 관한 법률을 일부 개정함으로써 해결할 수 있다. 이와 관련하여 국회 보건복지위원회 새정치민주연합 간사인 이목희(서울 금천)의원은 2014년 4월 4일 최근 증가하고 있는 난자·정자 불법 매매를 근절하기 위해 「생명윤리 및 안전에 관한 법률 일부개정법률안」을 대표 발의하였다. 개정안의 주요 내용은 다음과 같다. 보건복지부장관이 난자와 정자의 불법 매매 의심이 가는 온라인 자료를 발견했

제3조 배아생성 의료기관이 위법행위를 했을 시에는 표준운영지침 내에 처벌규정을 둔다.

제2장 인공수정 부부의 요건

제4조 최소한 부부 일방의 유전적 일치를 요한다. 즉 남편이나 아내의 정자나 난자 중 적어도 하나는 인공수정에 이용되어야 한다.¹⁰⁶⁾

제5조 법률혼 부부에 한해 서면동의를 요건으로 인공수정을 허용한다.¹⁰⁷⁾

제6조 적어도 1년 이상의 혼인 지속기간과 1년 이상의 난임 기간을 필요로 한다. 난임 판정은 자격을 갖춘 의사에 의한다.

제7조 인공수정을 하려는 부부는 만 45세 이하이어야 한다.

제3장 정자제공자

제8조 정자제공자는 성년자로 만 40세 이하이어야 한다.

제9조 정자 제공은 1인당 5번 이하로 제한한다.

제10조 민법상 근친혼 금지 범위에 있는 자는 정자제공을 할 수 없다.¹⁰⁸⁾

제11조 정자제공시에는 정자제공에 필요한 건강사항과 기본적인 인적 사항만을 기록한다.

제12조 인공수정자가 성인이 된 후 그 기록을 열람하고자 하는 때에는 정자제공자의 정보를 공개한다. 그 외 이해관계인은 자녀의 복리와 관계

을 때 정보통신망 운영자에게 그 자료의 전송방지나 중단조치를 요청할 수 있고, 위반 시에는 이백만원 이하의 과태료를 부과하도록 하는 것이다. 그리고 주무부처가 배아생성 의료기관에 대한 지도·점검을 3년에 1번씩만 실시하고 있어 난자·정자 불법 매매에 대한 관리가 부실한 실정인 것을 지적하면서 보건복지부장관이 배아생성 의료기관의 표준운영지침을 마련하도록 하는 것을 담고 있다.

- 106) 인공수정에 정자와 난자를 모두 타인의 것으로 한다면, 입양과 같은 결과가 된다.
 107) 미혼이나 동성 커플의 경우에까지 인공수정을 허용한다면, 부모 중 한 사람이 없는 자녀가 출생하는 결과를 초래하므로 자녀의 복지에 반한다.
 108) 자신의 혈통과 비슷한 자녀를 갖고자 하는 부부의 소망을 일견 이해할 수 있지만, 각주 15)의 판례에서 본 것처럼 이것은 가족법상의 질서를 무너지게 하는 행위로 금지한다.

된 사항을 입증하여 주무관청의 허가를 받은 경우에만 열람할 수 있다.
기타 제3자는 인공수정 관련 정보를 열람할 수 없다.

제4장 대리모¹⁰⁹⁾

제13조 대리모를 하려는 자는 다음 각 호의 규정에 맞는 자격을 갖추어야 한다.

1. 대리모는 적어도 한번 이상의 출산 경험이 있어야 하며, 대리모를 하기에 적합한 건강상태여야 한다. 이것을 확인하기 위해서는 자격을 갖춘 의료인의 증빙을 요한다.¹¹⁰⁾
2. 대리모는 대리모 계약 당시 법률혼 관계에 있어서는 안 된다.¹¹¹⁾
3. 민법상 근친혼 금지 범위에 있는 자는 대리모가 될 수 없다.¹¹²⁾
4. 최소한 의뢰부부 일방의 유전적 일치를 요한다. 즉 남편이나 아내의 정자나 난자 중 적어도 하나는 인공수정에 이용되어야 한다.¹¹³⁾

제14조 대리모에게 임신 과정에서 필요한 병원비나 기타 필요한 금액을 지급할 수는 있지만, 금전적 목적의 대리모는 금지한다. 또한 금전적 목적의 대리모를 구하는 광고도 금지한다.¹¹⁴⁾

제15조 대리모 계약은 주무관청의 심사를 받는다.¹¹⁵⁾

제16조 대리모계약은 대리모의 임신 전에는 서로 자유로이 해지할 수 있

109) 대리모에 관한 문제는 일단 그 허용 여부에서 출발을 달리하여 법적 효과가 크게 달라지나, 입법안에서는 필자의 견해에 따라 허용의 경우만을 제시하였다.

110) 이 조항은 태아의 건강보호를 위해 반드시 필요한 조항이다.

111) 대리모 부부의 가족법상의 질서를 방해할 우려가 있기 때문이다.

112) 이것은 의뢰부부의 가족법상의 질서를 유지하기 위해서이다. 영국에서처럼 자매가 대리모가 되는 경우 태아인 시기에는 정서적으로 가장 대리모에 적합할 수도 있겠지만, 출생 이후 대리모가 엄마인 동시에 이모가 되어 자녀에게 정서적 혼란을 초래하므로 금지한다.

113) 부부의 정자와 난자로 체외수정을 하여 대리모를 하거나(완전대리모), 부의 정자와 대리모의 난자로 인공수정 내지 체외수정을 하여 대리모를 하거나, 정자제공자의 정자와 의뢰부부 아내의 난자로 체외수정을 하여 대리모를 하는 경우에만 허용한다.

114) 대리모의 신체가 인공생식에 이용되는 특성상 호혜적 목적의 대리모만을 허용한다.

115) 대리모를 허용하는 경우 허가제로 한다면 좀 더 쉽게 대리모를 이용할 것이며 심사제로 한다면 허가제에 비해 그 절차가 엄격할 것이다.

다. 그러나 임신 후에는 대리모와 태아의 건강상의 이유를 제외하고는 어떠한 경우에도 해지할 수 없다.

제17조 주무관청의 심사를 받은 대리모계약을 이유 없이 이행하지 아니한 경우에는 상대방에 대해 손해배상의 책임을 진다.

제18조 제15조의 심사를 받지 않은 대리모계약이나 심사를 받고 불허된 대리모계약에 의해 대리모시술을 한 경우, 대리모시술을 한 자는 2년 이하의 징역이나 벌금형에 처한다.

제5장 사후 수정

제19조 남편의 사망 후 냉동 보관된 그의 정자나 수정란으로 하는 인공수정은 허용하지 않는다.

제20조 남편이 인공수정에 대한 동의서를 철회하지 않은 상태에서 사망한 경우, 사망 직후에 바로 인공수정이 이루어졌고 남편의 사망 후 300일 이내에 자녀가 출생한 때는 허용되는 인공수정으로 본다.

제21조 제19조와 제20조에 위배되는 인공수정 시술을 한 자는 2년 이하의 징역이나 벌금형에 처한다.

3. 친자관계 귀속에 관한 입법안¹¹⁶⁾

제1장 정의

제1조 인공수정은 부부간의 자연적인 성적 교섭에 의하지 않은 인공생식 기법에 의해 임신하게 하는 모든 방법을 통칭한다. 이에선 자궁내정자 주입술과 체외수정, 대리모 등이 포함된다.

제2조 인공수정자는 제1조의 인공생식 기법에 의해 출생한 자를 통칭한다.

116) 이하의 규정은 민법전에 편입한다.

제2장 부모

제3조 인공수정시술에 남편이 동의하였을 경우 그로 인해 출생한 자녀는 그의 자녀가 된다.

제4조 남편이 인공수정에 대한 동의서를 철회하지 않은 상태에서 사망한 경우, 그의 사망 직후에 바로 인공수정이 이루어졌고 남편의 사망 후 300일 이내에 자녀가 출생한 때는 그가 인공수정자의 아버지가 된다.

제5조 생식세포제공자는 어떠한 경우에도 인공수정자에 대한 권리나 의무가 없다. 타인을 위하여 자궁만을 빌려주어 대리모가 되기로 계약한 자도 같다.

제6조 인공수정을 의뢰한 부부의 아내는 인공수정자의 어머니가 된다.

제7조 심사를 받지 않은 대리모와 심사를 통과하지 못한 대리모의 경우 각 호의 규정에 따른다.

1. 부부의 정자와 난자로 인공수정을 하여 대리모를 통해 출산한 경우에는 대리모를 어머니로 한다.
2. 1호의 경우 인지를 통해 의뢰부부의 남편이 아버지가 된다.
3. 그러나 자녀 출생 이후 14일 이내에 대리모를 의뢰한 부부가 입양신고서를 제출하였을 경우에는 이에 의해 그들의 친양자가 된다.¹¹⁷⁾
4. 의뢰부부 남편의 정자와 대리모의 난자로 임신과 출산이 된 경우, 1호와 2호의 규정은 동일하나, 모자관계의 결정은 친양자 심판에 의하여 자녀의 복리를 살피 정한다.

117) 대리모를 허용하는 예외적 상황에서는 친양자 입양과 같은 엄격한 심사가 주무관청에 의해 이루어짐을 전제로 하므로 자녀의 출생 후 바로 의뢰부부의 법적인 자녀로 하여야 하지만, 위법한 대리모의 경우에는 문제가 발생할 수 있다. 하지만 출생한 자녀의 보호를 위해 의뢰부부가 자녀를 거부하는 경우가 아니라면, 친생자와 같은 법적 효과가 인정되는 친양자로 하여야 한다. 그리고 임신기간 동안 대리모와 태아 사이에 정서적 교감이 이루어져 출산 후 자녀의 인도를 대리모가 거부하는 일도 발생할 수 있으므로 위와 같은 조항은 필요하다. 그러나 이것이 대리모를 출산의 도구로 전락시키는 것은 아니다. 왜냐하면 난임 부부가 대리모라는 인공생식 방법을 선택할 때, 서로의 자유로운 의사에 기해 계약을 하고 주무관청의 엄격한 심사를 받기 때문이다. 이는 부모가 있는 자녀를 입양하는 경우와 비슷한 유형으로 볼 수 있고 영아 매매와 같은 불법적 행위는 아니다.

제3장 인공수정자의 인도와 인수

제8조 사전 동의와 자유로운 의사에 의해 인공수정 계약을 맺은 자들은, 그로 인해 출생한 자녀에 대해 인도 및 인수 의무가 있다.

제9조 이를 거부하는 자에게는 주무관청이 강제 인도(인수) 명령을 내릴 수 있다. 강제 인도(인수)명령을 거부하는 경우에는 인도(인수)시까지 감치 및 과태료 처분을 함께 명할 수 있다.

VI. 결

지금까지 인공수정자의 법적 지위에 대한 우리 법규의 해석과 판례, 기본권과의 관련성 문제, 그리고 해외 법제에 관해 검토하였다. 먼저 환경오염의 심화나 기타 여러 문제로 인한 난임의 증가를 생각한다면 인공수정은 허용하여야 한다. 하지만 인공생식을 통해 태어난 자녀가 후에 친생자성을 부정 받는다면 그의 법적 지위는 크게 흔들리게 된다. 그러므로 미국이나 프랑스처럼 인공수정 당사자인 난임 부부를 법적인 부모로 하여 그들의 친생자로서의 지위를 갖게 하는 규정이 명문화되어야 한다.

기본권 주체들 간에 서로 상충되는 부분이 발생했을 때는 ‘자녀의 복리’를 우선적으로 고려해야 한다. 왜냐하면 자신의 자유로운 의지로 인공수정을 선택한 난임 부부나 정자제공자·대리모와는 달리, 인공수정자는 출생을 선택할 기회가 없었기 때문이다. 그러한 행위의 결과 인공수정자가 인격을 지닌 개체로 출생하였으므로, 자녀를 보호하기 위한 법해석은 너그럽게 해야 한다.

또한 생명공학의 발달은 인류의 치료와 보존만을 위해야 하고 창조나 개량의 방향은 금지해야 한다. 인간은 존재 자체로 존엄성을 인정받아야 하며 개체 간 우열관계에 따른 지배적·수직적 관계는 있을 수 없다. 빠르게 변화하는 사회현상을 법이 모두 규율할 수는 없지만, 개정론이나 입법론을 논의할 때 신축성을 가진 법망이 형성되어 있어야 해석론으로 대비할 수 있다.

여기에 더해 행정법적 규제에 대한 연구와 사회 인식, 의료 수준에 대한 조사가 이루어져야 한다. 해외 법제를 연구하여 입법에 참고하기 위해서는 먼저 우리의 문화와 사회 현상을 파악해야만 적절한 입법을 할 수 있다. 또한 다학문간 통섭적 연구를 통한 균형 있는 규율이 필요하다. 인공수정자에 관한 연구는 향후 다른 생명공학 연구의 법적 해석 기준을 마련함에 있어 초석이 될 것이다. 또한 생명 개체의 시작인 배아와 착상된 수정란, 인공수정자를 보호하기 위해 좀 더 적극적인 입법안의 검토가 요구된다.

[참 고 문 헌]

<단행본>

- 김주수·김상용, 『제11판 친족·상속법』, 법문사, 2013.
김형배·김규완·김명숙 공저, 『제13판 민법학강의』, 신조사, 2014.
박동섭, 『제4판 친족상속법』, 박영사, 2013.
성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2009.
양 건, 『헌법강의』, 법문사, 2011.
이경희, 『8정판 가족법』, 법원사, 2013.
정재황, 『기본권 연구 I』, 길안사, 1999.
한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2014.
허 영, 『한국헌법론』, 박영사, 2010.

<논문>

- 고정명, “인공수정자와 친자법”, 『법무자료』, 제79집, 1987.
_____, 「인공적 임신의 법리적 고찰」, 박사학위논문, 경희대학교 대학원, 1988.
고현덕, 「인공수정자의 가족법상 법적 지위에 관한 연구」, 광주대학교 대학원 석사학위논문, 2011.
김명수, 「생명공학에 관한 헌법적 고찰」, 홍익대학교 대학원 석사논문, 2002.
김민규, “비혼인동거자 사이의 인공수정과 그 법률관계”, 『가족법연구』, 제26권 제3호, 한국가족법학회, 2012.
김민중, “死後受精(死後胞胎)의 立法論的 考察”, 『法曹(Lawyers Association journal)』, Vol. 54, No. 6, 한국가족법학회, 2005.
_____, “인공수정에 의한 자의 출산의 법률문제”, 『법학연구』, 제19집, 전북대학교, 1992.
_____, “인공적인간생식을 위한 「체외수정」과 그 법률문제”, 『인권과 정의』, 제168호, 대한변호사협회, 1990.
김천수, “인공수정에 관한 법적 고찰”, 『의료법학』, 제2권 제2호, 대한의료법학회, 한국사법행정학회, 2001.
배성호, “대리모에 의해 출생한 자의 법적 지위 - 생명윤리법의 개정 내지 생식보조

- 의료에 관한 새로운 민사특별법의 제정을 위한 시론 -”, 『인권과 정의』, 345호, 대한변호사협회, 2005.
- 엄동섭, “대리모계약에 의한 입법례”, 『가족법연구』, 19권 2호, 한국가족법학회, 2005.
- 이정현, “보조생식의료의 법제화를 위한 제언 - 자의 법적 지위를 중심으로 -”, 『법조』, 통권 656호, 법제처, 2011.
- 이준원, 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」의 한계와 해결방안, 가톨릭대학교 생명대학원 석사논문, 2011년.
- 정재황, 『생명과학기술의 발전과 헌법』, 성균관대학교 법학전문대학원, 2012.
- 조홍석, “개정 생명윤리법의 체계·내용 그리고 문제점”, 『공법학연구』, 제13권 제4호, 2012.
- 한삼인·김상헌, “사후수정자(死後受精子)의 인지청구에 관한 연구”, 『慶熙法學』, 제48권 제3호, 경희대학교법학연구소, 2013.
- 황나미·신현웅·장인순·박재정·김해남, 『임신 및 출산을 위한 인공수정 시술비 지불보상 현황과 정책방향』, 한국보건사회연구원, 2012.
- 황나미·장인순·백소해, 『(2010년) 난임부부 인공수정 시술비 지원사업 결과 분석 및 평가』, 보건복지부 한국보건사회연구원, 2011.
- 황나미, 『정부 난임부부 시술비 지원사업 현황과 평가』, 한국보건사회연구원, 2013.
- Harry D. Krause & David D. Meyer, Family Law FOURTH EDITION, WEST PUBLISHING CO., 2009.
- KRAUSE & MEYER, Family Law 5th, THOMSON WEST, 2007.
- トビアス・ヘルムス 著; 野澤紀雅, 遠藤隆幸 譯, 生物學的出自と親子法: ドイツ法・内田 貴, 民法Ⅳ〔補訂版〕親族・相續, 東京大學出版會, 2011.

[국문초록]

인공수정자의 법적 지위에 관한 연구

김지연(성균관대학교 법학연구소 연구원,
성균관대학교 법학전문대학원 학술박사과정)

난임과 인공수정은 증가하고 있음에 비해 이에 대한 법적 규율은 미비한 상태이며, 인공수정으로 출생한 자녀의 법적 지위는 불안하다. 현재는 해석에 의해 해결하고 있지만 향후 입법이 필요한 분야로, 우리 문화와 현재 사회의 인식 정도, 의료 수준의 발달 정도, 국외 여러 나라의 선행 입법례 등을 종합적으로 검토하여야 한다.

특히 입법론에서 고려하여야 할 것은 법을 위반하여 자녀가 출생한 경우, 그의 복리이다. 법이 미래의 모든 사항을 규율할 수는 없기 때문이다. 인공수정자의 복리는 이에 관한 상세한 입법이 없는 현재에서도 중점적 고려사항이다. 자신의 자유 의지와 적극적인 행위로 인공수정을 선택한 성인과 달리 인공수정자는 출생에의 선택권이 없기 때문이다.

이하 본고에서는 인공생식 기술의 유형과 현황을 설명하고, 해석과 판례에서 나타나는 인공수정자의 법적인 지위와 기타 문제 등을 살펴보겠다. 그리고 해외 입법례를 통해 향후 입법안의 방향을 제시하겠다. 인공수정의 기술적 부분에 관한 입법안은 생명윤리 및 안전에 관한 법률에 포함시키고, 인공수정자의 친자관계에 관한 법적 지위 부분은 민법전에 편입하는 방식을 취하겠다.

인류의 미래에 도움을 주는 생명과학의 발전은 장려되어야 하지만 인간의 창조나 개량을 향한 연구는 지양해야 한다. 그러므로 본 연구가 현실과 과학을 접목하여 법적인 기준을 제시할 수 있는 단초가 되기를 기대해본다.

주제어 : 인공생식, 인공수정, 인공수정자, 시험관아기, 대리모

A Study of Legal Status of Artificial Insemination Child

Kim, Ji Yeon

Researcher, A legal Institute of Sungkyunkwan University

=ABSTRACT=

Currently, infertility and artificial insemination have increased. However, there is no detailed legislation about this. In this study, I'll consider the legal status of artificial insemination child. Through the examination of the overseas legislation, we may get the reference of the future legislation. If we consider the increasing of infertility, artificial insemination should be allowed. And due to the well-being of artificial insemination child, such as the United States and France, the artificial insemination child should be regarded the legal child of the infertile couples. When the contradiction between the subject's basic rights has occurred, we need to consider the welfare of the child preferentially. Because the artificial insemination child has no selection of opportunity in birth, unlike adults who select the artificial insemination in their own free will. The development of biotechnology should be for the treatment of human. But creation and improvement of human must be prohibited. In addition, the social investigation of recognition about A.R.T. and general public administrative legal regulation should be made. There is a need for balanced discipline through a multi-disciplinary research. This study may be providing a legal interpretation criteria of other biotechnology researches.

Keyword: A.R.T. (Artificial Reproductive Technology), A.I.D. (Artificial insemination by donor), Artificial insemination child, Test tube baby, Surrogate mother