

대리모계약에 의한 출산과 그 법적 문제

朴東璵*

I. 문제의 제기	2. 代理母契約의 類型
II. 代理母의 定義와 그 類型	3. 代理母契約의 內容
1. 代理母의 定義	4. 代理母契約의 效力
2. 代理母의 類型	5. 대리모에 의해 출생한 子의 가족 법상 지위
III. 대리모계약과 관련된 外國에서의 논의	V. 代理母契約에 立法政策的 檢討
1. 美國에서의 現狀	1. 엄격제한의 방안
2. 독일의 경우	2. 광범위하게 인정하는 방안
3. 日本의 경우	3. 엄격한 요건하에 예외적으로 인정하는 방안
IV. 代理母契約과 출생한 子의 法的地位	VI. 結 論
1. 대리모계약의 定義	

I. 문제의 제기

자신의 혈육에 대한 집착이 비교적 강한 우리나라에서는 이미 전통적으로 처가 불임인 경우, 첩을 들이거나 소위 '씨받이'를 통해서라도 남편의 아이를 얻어 家를 이어야 한다는 생각이 매우 강하였고, 그 사고는 오늘날에도 우리의 의식속에 남아있다. 한 일간지에 의하면 우리나라의 불임부부는 대략 100만쌍에 이르며, 이 중 대리모 출산 건수에 관하여 정확한 통계는 없지만 대략 전국적으로 70~80여건이 이뤄지는 것으로 추정되고 있다.¹⁾ 우리나라에서도 대리모계약에 의해 출생한 자가 현실적으로 존재하고 있음에도 불구하고 이를 둘러싼 법적 분쟁을 대비한 법규가 없

* 光云大學校 法科大學 法學科 助教授

1) 동아일보 2001년 11월 16일자 기사 참조.

다는 점은 큰 문제가 아니라고 할 수 없다.

이와 관련하여 2001년 11월 15일자로 대한의사협회에서 발표한 의사윤리지침에는 대리모에 관한 내용을 담고 있다. 비록 이 '의사윤리지침'이 법적 구속력을 갖지 않고 의사에게 대리모에 대한 인공수정시술과 관련하여 윤리적 판단의 기초를 제공하는 내부지침의 성격을 갖고 있다고는 하지만, 대리모에 의한 출산을 긍정적으로 평가하고 있다는 점이 문제되었다. 즉 동지침 제56조 제2항에²⁾ 비추어 볼 때, 금전적 거래의 목적이 없는 대리모관계는 인정된다고 해석될 여지가 있으며, 인공수태시술에 관한 윤리를 규정한 동지침 제55조 제1항 단서에서는³⁾ 배우자 사이 이외의 인공수정도 가능하다는 것으로 이해될 수 있다. 이와 같은 의사윤리지침에 담겨있는 대리모에 관한 판단은 법적, 사회적 파장을 일으키고 있다.

우리의 하급심판례에서도 씨받이에 의한 법률관계가 문제가 된 적이 있었다. 즉 법률상 처가 있는 남자가 다른 여자와 사이에 아들을 낳아주면 경제적 대가를 지급할 것을 약정한 이른바 씨받이 계약은 공서양속에 반하는 법률행위로서 무효라고 하였다.⁴⁾ 그러나 이 판결은 성적 접촉을 전제로 한 대리모계약을 판단한 것에 불과하고 체외수정을 통한 대리모 계약에 대해서 일반적인 판단을 한 것은 아니다.

이하에서는 주로 아무런 규정이 없는 현행법제하에서 이미 대리모에 의해 현실적으로 출생한 자의 父性과 母性을 어떻게 결정해야 하는지의 문제를 포함하여 가족법상의 지위에 대한 판단과 함께, 정책적인 관점에서 대리모제도를 규율하는 법규정이 필요한지의 여부, 필요하다면 어떻게 규율해야 할 것인지에 대한 문제를 중심으로 살펴보기로 한다.

2) 의사윤리지침 제56조 제2항에서는 '금전적 거래 목적의 '대리모 관계'는 인정하지 아니한다'고 규정하고 있다.

3) 의사윤리지침 제55조 1항에서 '의사가 인공수정 등 법률로 허용된 방법으로 불임부부가 자녀를 갖는 것을 돕는 행위는 허용된다. 단, 배우자 사이 이외의 인공수정은 장려되지 않는다'고 규정하고 있다.

4) 대구지법 91가합8269. 사실관계를 보면, 1985년 당시 19세이던 원고는 딸만 셋인 당시 45세인 피고의 아들을 낳아주면 20평짜리 아파트와 1천만원을 받기로 하고 동거하던 중, 아들을 낳아 피고와 피고의 처의 혼인중의 출생자로 신고되었으나 아파트와 1천만 원을 주지 않자 이에 소송을 제기한 사건이었다.

II. 代理母의 定義와 그 類型

1. 代理母의 定義

대리모는 일의적으로 사용되고 있는 것이 아니라 다양한 의미를 갖고 사용되고 있다. 보통 代理母란 부인의 자궁에 이상이 있는 불임부부가 자녀를 갖는 것을 돕기 위하여 그 부인을 대신하여 자신의 자궁으로 태아를 양육하는 여성⁵⁾이라고 이해된다. 또는 불임부부를 위해 조력된 임신에 의해 포태한 아이를 출산하기로 약정한 성년에 이른 여성⁶⁾으로 정의되기도 한다. 이러한 대리모의 정의는 연혁적으로 대리모제도가 부인의 불임 원인을 불문하고 이를 극복하기 위한 수단으로 발전되어왔음에 기초하고 있다. 그러나 오늘날에는 단지 불임의 극복이라는 목적에서 벗어나 대리모제도가 이용될 가능성이 매우 높아져 있는 상태⁷⁾임을 고려해 볼 때, 위와 같은 정의는 실제로 행하여지고 있는 대리모계약을 포섭하지 못하게 된다. 따라서 불임부부만이 대리모에 의해 출산을 기획하는 것만은 아니기 때문에 대리모를 불임부부를 위한다는 목적을 갖고서 임신하는 여성만을 의미하는 것으로 볼 수는 없다.

다른 견해에 의하면 다시 대리모를 ‘어떤 여자가 아기가 출생하면 다른 사람에게 넘겨 줄 목적으로 임신을 하는 것’으로 정의⁸⁾하기도 하지만, 이에 의하면 혼인중의 夫와의 관계에서 임신한 아이라도 타인에게 인도할 목적만 갖고 있으면 대리모라고 이해되어야 할 것인데, 이는 문제된 대리

5) 의사윤리지침 제56조; 동지 엄동섭, “대리모계약”, 저스티스 제34권 제6호(2001), 89면; 이회규, “대리모계약의 실태 및 사법상의 문제점”, 수원지방변호사회지 7호(1997), 59면. 더 나아가 이러한 대리모는 소위 AID(Artificial Insemination by Donor)라고 이해하기도 한다. 최성배, “대리모에 관한 법적 고찰”, 사법논집 29집(1998), 475면.

6) Uniform Status of Children of Assisted Conception Act(1988) Section 1 (4).

7) 예컨대 직장여성이 임신기간중 직장생활의 어려움을 극복하기 위한 수단으로 부부의 정자와 난자를 체외수정하여 대리모에게 이식하거나, 출산으로 몸매가 망가지는 것을 방지하기 위한 수단으로 대리임신과 대리출산을 강행하는 경우, 미혼의 남성 또는 동성애자가 아이를 원하는 경우도 상정할 수 있다.

8) 이경희, 가족법(친족상속법), 법원사(2002), 177면.

모 범위를 초과한 개념정의라고 할 것이다.

따라서 '대리모란 출생한 자를 타인에게 인도할 것을 내용으로 하는 당사자간의 합의에 의해 夫이외의 자의 정자로 수정한 후 임신 및 출산한 여성'으로 정의하는 것이 바람직하다.⁹⁾ 이와 같이 정의할 때에만 자신이 제공한 난자를 통해 수정되거나 난자도 역시 제3자(대부분의 경우 의뢰한 모)의 것이며 순전히 출산만을 대신하는 출산대리모도 포함될 수 있다. 또한 자신의 난자와 자신의 夫의 정자에 의해 자연 임신된 경우에 단순히 출생할子を 타인에게 인도할 의도를 갖는 여성은 대리모의 개념에서 배제될 수 있을 것이다.

이와 같이 이해되는 대리모는 다음과 같은 몇가지의 유형으로 분류될 수 있을 것이다.

2. 代理母의 類型

(1) 인공수정의 방법으로 남편의 정자와 대리모의 난자로 수정하여 출산한 경우

가장 전형적인 형태의 대리모의 형태로 보통 처에게 불임원인이 있는 경우에 남편의 정자를 처 이외의 여성에게 인공수정하는 방법을 말하며, 보통은 이와 같은 과정을 거쳐 임신한 여성을 대리모로 이해하기도 한다.¹⁰⁾ 이와 같은 대리모를 유전적 대리모(genetic surrogacy)라고 한다. 그러나 인공수정이 발전되지 못한 시기에도 이미 제3자와 남편이 성적 접촉을 통하여 대신 임신하고 출산케 하는 소위 '씨받이'와 같은 제도가 존재하고 있었으며 이를 통해 임신한 여성도 대리모의 한 경우로 볼 수 있

9) 그 이외에도 대리모를 법적으로 정의하고 있는 독일의 경우 입양중개법(Adoptionsvermittlungsgesetz) 제13a조에서 '대리모는 합의에 의거하여, 1. 인공적 또는 자연적 임신을 하거나 또는 2. 자신의 것이 아닌 수정란(Embryo)을 자신에게 이식하게 하거나 또는 기타의 방법으로 임신하고, 출산후에는 그子を 입양 또는 기타의 방법으로 항구히 양도하기로 한 여성'을 의미한다고 규정하고 있다. 이러한 태도는 기본적으로 영국의 대리모계약법(Surrogacy Arrangements Act 1985) Sec 1 (2)에서 한 대리모의 정의와 같은 것이다.

10) 樋口範雄, 代理母の親子關係, 判例タイムス No. 747 (1991), 184면.

을 것이다.¹¹⁾ 오늘날에도 현실적으로 체외수정을 통하지 않고 이와 같은 성적 접촉을 통하여 아이를 얻고자 하는 경우도 상당히 많을 것으로 예상된다. 체외수정을 위한 난자의 채취는 여성의 건강에 상당한 부담이 될 뿐만 아니라, 많은 비용이 소요되기 때문이다. 따라서 대리모의 난자를 이용하여 대리모에게 착상시키고자 할 때에는 성적 접촉을 통한 임신도 많다고 볼 수 있다.¹²⁾

(2) 부부의 정자와 난자를 채취하여 제3자인 대리모에게 수정하여 출산시키는 경우

위와 같은 대리모제도에서 더 나아가 夫의 정자와 妻의 난자를 체외수정하여, 이 수정란을 처 이외의 제3자의 자궁에 착상시켜 임신 및 출산하게 하는 방식도 이용된다. 이 때에 임신 및 출산하는 여성도 대리모라고 할 수 있을 것이다. 이러한 대리모를 특히 出産代理母 또는 子宮代理母라고 하며 특히 대리모가 자와는 유전적으로는 전혀 무관계하다는 점에서 完全代理母라고도 불리운다.¹³⁾ 대리모의 유전인자가 자에 존재하지 않고 의뢰인 부부의 유전인자가 그대로 아이에게 이어진다는 점에서 당사자에게는 선호될 여지가 많다. 다만 의뢰인부부의 처에게 배란이 존재하는 등의 조건이 전제된다는 점에서 첫 번째 유형의 대리모제도보다는 활용범위가 적을 수도 있다. 그러나 이와 같은 출산대리모제도는 불임을 극복하기 위한 수단을 넘어 미용상의 목적, 사회경력의 유지목적 등 사회적으로

11) 오늘날에도 대리모제도를 규율하고 있는 독일의 입양중개법(Adoptionsvermittlungsgesetz) 제13a조에서는 자연적인 방법(성적 접촉)에 의한 대리모를 별도로 구별하고 있지 않고 있다. 그러나 독일에서는 대리모제도를 근본적으로 금지하고 있기 때문에 성적 접촉을 통한 대리모를 별도로 구별할 필요가 없는 것이다. 미국의 일부 주에서와 같이 대리모제도를 인정한 경우라도 성적 접촉을 통한 대리모계약의 효력은 부정되어야 할 것이다.

12) 다만 이와 같은 경우에는 특별히 의학기술에 의한 조력이 필요하지 않기 때문에 인공수정에 의한 것으로 볼 수 없으며, 당사자간의 합의만으로 충분히 가능하기 때문에 통계자료의 산정도 어려울 것이다. 이와 같은 계약은 민법 제103조의 공서양속의 위반으로 효력이 없음은 당연한 것이다.

13) 위 첫 번째 유형의 대리모를 독일에서는 'Ersatzmutter'라고 하는 반면에 이와 같은 출산대리모를 Leihmutter라고 하여 개념적으로는 분리하고 있으나 입양중개법에서는 양자의 개념도 역시 포괄하여 규율하고 있다.

승인하기 어려운 목적을 위해서 악용될 여지가 매우 높다고 할 것이다. 나아가 대리모인 여성은 타인을 위한 출산도구로 사용된다는 점에서 사회정책적으로 바람직하지 못하다는 비판이 강하게 제기되고 있다.

(3) 제3자의 난자와 남편의 정자를 수정하여 다른 제3자인 대리모에게 출산시키는 경우

처에게 난자가 생성되지 않을 뿐만 아니라 허약한 체질, 고령 등을 이유로 출산도 불가능한 때에는 제3자의 난자와 남편의 정자를 수정하여 또다른 제3자인 대리모에게 출산시키는 방법도 가능할 것이다. 대리모의 난자를 이용할 때 아이에 대한 애정이 발생하여 대리모에 의해 아이의 인도가 거부되는 것이 배제될 가능성이 많다는 점에서 이와 같은 대리모의 유형이 불가능한 것은 아니다. 또한 의뢰인부부의 입장에서 어차피 제3자의 난자를 통하여 임신해야 하는 경우라면 우성의 난자제공자와 또한 신체적으로 건강한 대리모를 분리하여 출산하게 하려는 것도 현실적으로 있을 수 있다.

(4) 제3자의 정자와 처의 난자를 수정하여 제3자인 여성에게 수정·출산시키는 경우

위와 같은 방법 이외에도 다시 남편에게 불임원인이 있고 또한 처에게도 임신이 불가능한 원인이 있을 때에는 제3자의 정자와 처의 난자를 수정하여 제3자에게 수정/출산시키는 경우도 가능할 것이다. 특히 부부중 일방의 것이라도 자신들의 유전인자를 지닌 아이의 출산을 원할 가능성이 있다는 점 등을 고려할 때 가능할 것이다.

(5) 제3자의 정자와 난자를 채취하여 또다른 제3자인 대리모에게 수정/출산시키는 경우

부부 쌍방이 모두 임신을 불가능하게 하는 요소를 갖추고 있는 경우가 있을 수 있다. 대리모가 자신의 유전인자를 지닌 아이의 출산후 아이의 인도를 하지 않는 경우를 막기 위해서 대리모와 난자제공자를 달리 하고

자 하는 경우도 발생할 수 있다. 대리모의 입장에서 볼 때 제3자의 수정란을 이식한다는 점에서 위 2)의 유형과 유사하다고 볼 수도 있으나 친자관계를 확정할 때에는 출산모와 유전적 모가 다를 뿐만 아니라 대리출산을 위임한 주체인 意圖母가 별도로 존재한다는 점에서 또다른 문제를 야기한다.

위와 같이 대리모를 통한 출산이 문제될 수 있는 경우는 모두 5가지로 분류하여 생각해 볼 수 있다. 실질적으로 위와 같이 다양한 형태로 나타날 수 있는 대리모에 의한 출산의 문제에서 가장 빈번하게 일어나는 대리모출산의 형태는 위 1)과 2) 유형의 경우라고 판단된다.

따라서 대리모에 의해 출생한 자의 법률적 지위를 논함에 있어서 이 두가지 경우를 전제로 하여 살펴보기로 한다.¹⁴⁾

Ⅲ. 대리모계약과 관련된 외국에서의 논의¹⁵⁾

1. 美國에서의 현황

미국에서의 통계자료를 보면 1995년에서 1998년까지 대리모에 의한 출산비율이 가파르게 상승하고 있다. 즉 1995년에는 200회의 대리모시술이 보고되었으나, 1998년에는 809회의 것이 공식보고되어 그간 약 4배의 증가율을 보이고 있다.¹⁶⁾

14) 그 이외의 경우에는 별도의 문제를 야기하는 경우에만 개별적으로 언급하기로 한다.

15) 여기서 설명하는 미국, 독일, 일본의 경우 이외에 영국 및 프랑스에서의 논의에 대해서는 松川正毅, フランスにおける人工生殖と世論, 講座/現代家族法, 第3巻 親子, 日本評論社(1992), 105면 이하; 홍춘의, “현대 프랑스 친자법과 친권법의 발전과 동향”, 가족법연구 13호(1999), 312면이하; 고정명/신관철, “대리모계약의 모성추정에 관한 고찰”, 법학논총(국민대), 10집(1998) 23면 이하 참조.

이희규, “대리모계약의 실태 및 사법상의 문제점”, 수원지방변호사회지 7호(1997), 85면 이하; 최성배, “대리모에 관한 법적 고찰”, 사법논집 29집(1998), 487면 이하;

16) Society for Assisted Reproductive Technology and the American Society for Reproductive Medicine, Assisted Reproductive Technology in the United States and Canada: The American Society for Reproductive Medicine/Society for Assisted Reproductive Technology Registry: Fertil Steril 69(1998), 389-398 and the same Registry: Fertil Steril 77(2002), 18-31

(1) 判例의 경향

1) 출산대리모계약에 관한 건

이에 대해서는 유명한 베이비 M사건과 Johnson v. Calvert사건에서 대리모계약을 유효하다고 보면서 유전적 모에게 모성을 인정하고 있다.

i) 베이비 M 사건

최초로 대리모와 관련된 법적인 문제가 제기된 것은 1987년에 뉴 저지 주에서 일심판결이 있었던 소위 '베이비 M' 사건이었다.

신체가 허약해 아이를 포태하여 출산할 수 없었던 Stern부인을 위해 남편인 Stern은 자신의 부인의 난자와 자신의 정자를 채외수정하여 제3자인 Whitehead부인을 대리모로 하여 출생한 아이를 인도받고 그 대가로 의료비용 이외에 1만달러의 비용을 지급하기로 하는 소위 출산대리모의 계약을 체결하였다. 그런데 Whitehead부인이 아이의 인도를 요구하게 되었다. 이에 대한 1심판결(New Jersey Superior Court)에서는 출산의 방법도 프라이버시권의 일종인 출산할 권리로 보호받아야 하며, 정자기증자에 대한 代理父가 가능하듯이 대리모계약도 유효하다고 판시하고 있다. 그리고 친권자를 결정하는 것은 '자의 최선의 이익'을 위해 판단되어야 하는데 대리모가 거짓말을 하고 있다는 점, 계약을 위반했다는 점, 경제적 어려움이 있다는 점, 그리고 Stern부부는 양부모로서의 장점을 갖추고 있다는 점을 이유로 대리모계약의 특정이행을 통해 자를 부에게 인도하고 생모의 친권을 종료한다고 판시하였다.

그러나 그 후에 주대법원은 1심판결의 대부분을 파기하였다. 우선 대리모계약은 주의 실정법과 공서양속에 위반되고 범죄적 성격을 갖고 있는 것으로 무효라고 판단하였다. 판결의 내용을 보면 친권을 포기하는 계약상의 동의 또는 소송을 제기하지 않겠다는 합의는 법원에 의해 강제이행될 수 없다고 보았다.¹⁷⁾

그러나 나아가 한 여성이 자원하여 무상으로 대리모가 되기로 하는 합의가 있다면 그러한 계약은 유효하며, 이러한 법원의 결정이 헌법적 제한

17) New Jersey Supreme Court, 537 A.2d 1234.

하에서 입법부의 대리모계약에 대한 선택을 배제하는 것은 아니라고 하고 있다.¹⁸⁾ 따라서 Stern부인이 한 입양의 효력을 부정하고 대리모인 Whitehead부인을 모로 인정하였다. 그러나 아이가 이미 만 2년동안 Stern가에서 양육되었음 등을 이유로 Stern씨에게 양육권을 인정하되 생모의 면접권을 인정하였다.¹⁹⁾

즉 이 판결에서 언급한 대리모계약의 무효임을 밝히는 근거는 금전지급이 친권포기와 아이의 인도의 대가로서의 성격을 갖고 있다는 점, 여성의 출산을 위한 도구화를 인정하게 된다는 점, 불임부부의 생식권도 타인의 권리를 침해하면서까지 인정될 수 없다는 점, AID는 인정되는 것과 마찬가지로 대리모계약이 인정되어야 한다는 반론을 논박하면서 두 유형은 출산에 관여하는 시간적 격차가 매우 크기 때문에 동일하게 다루어질 수 없다는 점에서 찾는다.

ii) Johnson v. Calvert 사건

부부의 수정란을 출산대리모에게 착상시켜 출산하기로 하고 인도하고 그 대가로 1만달러를 받기로 한 계약에서 출산대리모가 아이를 인도하지 않자 아이의 인도를 청구한 사건이 캘리포니아에서 발생하였다.²⁰⁾ 이 사건에서 출산대리모는 아이에 대한 부모의 권리를 갖지 못하며, 출산대리모계약은 합법적이며 강제할 수 있다는 하급심의 판결을 유지하였다. 그 논거는 출산하고자 하는 의도로 아이를 출생시키고자 한 意思를 가졌던 者가 캘리포니아 법에서는 법적인 모라고 하면서, 임신하여 출산한 여성(출산모)보다는 의도한 모를 더 호의적이라고 하였다.²¹⁾ 또한 대리모계약

18) Id. 1234-1235. 그러나 2000년 현재까지 뉴 저지주에서 대리모계약에 대비하는 법률을 정비하려는 시도가 없다.

19) 생모의 면접권(visitation right)은 주 대법원이 판단하지 않고 환송된 사실심에 의해 면접권이 인정되었다. NJ, Superior Court Ch. Div. 542 A, 2d 52.

20) Supreme Court of California, 851 P. 2d 776 (1993). 캘리포니아 주가 미국내에서는 대리모계약이 가장 선호되는 지역으로 알려져 있고 미국 내의 약 35-40개의 대리모 기관이 존재하고 1000건 이상으로 추산되는 대리모출생의 대부분이 캘리포니아 주에서 이루어진다고 한다. Kim Dellihier, State Leads Surrogacy Trend, But Lacks Regulation, The Press-Enterprise (Riverside, CA), Nov. 19, 1998, at C01.

21) Id. at 782.

을 무효로 하는 것은 대리모측에게 개인적 경제적 선택을 상실시키는 것이며 동시에 의도부모(intending parents)에게 자신의 유전적 정보를 가진 아이를 출산할 수 있는 유일한 수단을 부정하는 것이라고 하고 있다.²²⁾ 또한 금전지급도 친권포기의 대가라기보다는 태아를 임신기간동안 몸속에서 키워준 것에 대한 대가이기 때문에 입양시 금전지급을 할 수 없다는 입양법을 위반한 것은 아니라고 판시하고 있다.

2) 유전적 대리모 (전통적 대리모)사건의 경우

Matthew사건²³⁾에서 캘리포니아의 항소법원(appellate court)은 유전적 대리모에 의한 대리모계약상의 동의가 여전히 유효하다고 보면서 의뢰인 부모에게 아이를 두는 것이 아이에게 최선의 이익이기 때문에 특히 대리모는 자신의 행위를 완벽하게 이해하면서 친권을 양도했으므로 아이에 대한 입양의 합의는 취소될 수 없다고 하였다.

사건의 개요는 다음과 같다. Nancy는 1984년 한 신문에서 대리모계약에 관심있는 불임부부를 확인하고 대리모가 되기로 하고 대리모계약을 체결하였다. 이에 의해 의뢰인부부의 남편의 정자를 갖고 인공수정이 있고 나서 약 9개월 후인 1986년 9월에 Matthew를 출산하였고, 3일후에 양육권(custody)을 의뢰인부부에게 양도하였다. 의뢰인남편은 부가 되었고, 의뢰인처는 1986년 11월에 대리모와 합의한 입양동의서를 제출하여 입양을 하고자 하였다. 그런데 이 때 대리모는 그녀의 계약에의 동의를 철회하려고 하면서 그 논거로 대리모계약을 불법이기 때문에 철회할 수 있는 충분한 이유가 있다고 주장하였다.²⁴⁾ 이 문제에 대해 항소법원은 대리모계약의 합법성에 대한 판단을 거부하고, 엄격히 입양절차에 의해 판단하고자 하였다. 따라서 '아이에 대한 최선의 이익(best interests of the child)'의 기준에 의해 대리모의 청구를 기각하고 의도부모에 의한 입양을 인정하였다.²⁵⁾

22) Id. at 785.

23) 284, Cal. Rptr. (Ct. App. 1991).

24) Id. at 24.

25) 법원판단의 근거는 출생후 4일째부터 계속하여 양모와 살고 있었다는 것이 중요한 판단의 기준이라고 하였다. Id at 30-32.

(2) 立法的 動向

1) 주 법률의 태도

대리모에 관한 주법은 매우 다양하게 나타나고 있다. 즉 일부의 주에서는 일체의 대리모제도를 부정하고 있기도 하고 일부는 엄격한 조건하에서 대리모계약의 강제이행을 승인하고 있다. 그러나 대부분의 주에서는 대리모제도에 대한 입법을 하지 않고 있다. 대표적인 몇몇 주의 대리모에 관한 성문법적 접근태도를 살펴보기로 한다.

i) Nevada주는 Arkansas와 마찬가지로 대리모제도를 제한된 방법으로만 허용하고 규율하고 있다. 보다 제한적인 입장을 취하는 네바다 주법에서는 계약당사자의 개별적인 의무와 책임을 위시하여 아이의 부모, 양육권을 포함하여 각 당사자의 개별적인 권리를 상세히 정한 계약을 요구하고 있다.²⁶⁾

보수지급과 관련하여 Nevada 주는 '계약에서 상세히 정하여진 아이의 출산과 관련된 의학적이고 필수적인 생활비' 이외에는 그 어떤 대가도 금지하고 있다.²⁷⁾ 그 법률은 당사자가 유산등의 우발적 사실에 당사자가 대비하고 필수적으로 대리모계약과 관계된 그들의 규율을 갖도록 하는 목적을 지향하고 있다. 그러나 보상(compensation)을 금지하는 것 이외에는 별다른 지침을 제시하고 있지 않다.

ii) Arkansas주는 대리모제도를 조금 더 광범위하게 규율하면서 일부는 입양법제도와 관련하여 이해하고 있다.²⁸⁾ 예컨대 친권의 포기를 조건으로 한 금전지급은 불법이지만, 그 이외에 보상은 허용하고 있다.

대리모출산자의 친자법적 지위에 대해서 다음과 같은 추정규정을 두고 있다.²⁹⁾ 인공수정에 의해 한 여성에게서 태어난子は 그 여성과 그의 夫의 아이로 추정된다. 그러나 대리모의 경우에는 그러하지 아니하고 다음의 사람들의 자로 추정된다. : (1) 생물학적 부와 이 부가 혼인중인 때에

26) Nev. Rev. Stat. Ann. 126.045 (Michie 1993).

27) Id. 126.045(3).

28) Ark. Code Ann. 9-9-206 (Michie 1991)

29) Id. 9-10-201.

모가 되려고 의도했던 그 여성, 또는 (2) 생물학적 부가 미혼인 경우에는 그 자 또는 (3) 익명으로 제공된 정자가 인공수정에 사용된 대리모의 경우에 모가 되려고 의도했던 여성이 부 또는 모로 추정되는 것이다. 결국 Arkansas 주법에 의하면 대리모에 의해 출생한 자의 법적인 부모는 의도한 부모라고 추정한다. 그러나 이때에도 대리모계약의 내용과 과정에 대해서는 별도의 규율을 하고 있지는 않다.

iii) Florida주³⁰⁾에서는 자궁대리모를 할 때에는 임신에 앞서 당사자사이의 계약체결을 요구하고 있다. 이 때에 구체적인 당사자의 지위, 계약의 내용 등을 명시할 것이 요구되는데, “위임한 부부”는 18세 이상이며 법적으로 혼인해야 하며, 의도모는 신체적으로 출산예정일까지 포태할 수 없거나, 임신할 경우 그녀 또는 태아의 건강이 위태로워야 한다. 대리모는 18세 이상이어야 하며,³¹⁾ 이전에 출산경험이 요구되지는 않는다.

또한 대리모에게 “출산전, 출산과정상, 그리고 출산후의 기간에 직접적으로 관계된 합리적인 생활비, 법적, 의학적, 정신적, 심리적 비용”의 보상을 허락한다는 점에서, Nevada주보다는 약간 더 많은 보상(compensation)을 승인하고 있다.

계약에 의해 출산대리모가 동의해야 할 것은 “임신을 위해 이러한 의료기술의 개입이 있어야 했다는 것이 유일한 계약의 근거”임과, “출산전의 건강에 대해서 합리적인 의학적 지시와 의학적 치료와 진단에 따를 것”이다.

또한 자궁대리모는 자의 출산에 관한 일체의 친권을 양도하고 [사전약속된] 재판절차를 진행할 것에 동의해야 한다. 반면에 의도모도 자의 장애(impairment)여부에 관계없이 출산후 즉시 자에 대한 양육권을 인수하여 모든 부모로서의 권리와 의무를 인도할 것이 요구된다.

Florida법에 의하면 적어도 의도부모의 한쪽이 아이의 유전적 부모인 경우에 의도부모를 부모로 추정하고 있다. Arkansas의 주법에서는 부모의

30) Fla. Stat. § 63:212, 742.15 (West Supp. 1993).

31) 대리모의 연령에 대해 언급하고 있는 대부분의 주에서는 이와는 달리 적어도 21세 이상일 것을 요구하고 있다.

양쪽이 모두 아이와 아무런 유전적 관련이 없는 경우에도 의도(intend)에 기초한 부모의 추정을 하고 있다는 점에서 차이가 있다.

iv) New Hampshire와 Virginia주에서는 대리모계약의 유효성을 광범위하게 인정하고 있다. 즉 대리모계약이 합법적이나 강제이행이 되지 않는다고 하는, 즉 대리모계약은 각 당사자의 선택에 따라 폐지될 수 있다는 내용을 담고 있으면서, 동시에 법원에 의해 대리모계약의 감독뿐만 아니라 그 조건과 강제이행을 규율하는 가장 광범위한 내용을 담고 있다.

가) New Hampshire³²⁾에서는 법원에 의해 “사전에 허가된” 대리모계약만이 법에 의해 승인되며, 대리모계약의 당사자는 임신에 앞서 법원에 그 계약의 허가(authorization)를 구해야 한다.³³⁾

허가를 위해 법원은 모든 당사자로 하여금 의학적 심리적 평가를 받아야 하며 잠재적, 신체적, 심리적, 재정적 그리고 법적 의무를 모두 인식하고 계약서에 동의했음을 요구하게 된다.

심리검사시에 부모에의 적합성판단이 고려되어야 하며, 대리모와 의도 부모의 가정조사(home study)가 포함되어야 한다.

의도부모는 혼인중일 필요가 없다. 의도부모는 대리모의 임신과 관련된 모든 비용 - 상실한 임금 (wages), 건강과 생활보험, 상당한 변호사 비용, 법정비용, 상담비용을 포함한 -에 대해서 책임을 부담한다. 실제로 대리모는 오직 이 비용만을 보상받게 된다. 또한 의도부모는 합의(계약)를 위반했을 때 자의 양육에 대해 책임을 부담해야 한다. 대리모계약이 승인되기 위해서 의도모는 신체적으로 수태할 수 없어야 한다.

대리모계약의 법제를 갖고 있는 대부분의 주와 같이 New Hampshire에서도 대리모는 최소 21세 이상이어야 하며 최소 한번 이상의 성공적 임신의 경험이 있어야 할 것이 요구된다.

계약에서 대리모는 오로지 출산에 앞서 자와 자신에 관계된 모든 건강 관리 결정과 그 후 “유예기간”동안 낙태결정을 포함한 책임의 내용을 상

32) N.H. Rev. Stat. Ann. § 168-B:23 (1994).

33) 플로리다의 입법에서는 단순히 임신에 앞서 계약의 체결만을 요구하고 있다는 점에서 법원의 동의를 요구하는 점에서 그 요건이 보다 엄격하다고 할 것이다.

세히 규정해야 한다.

대리모가 이와 같은 결정을 할 수 없는 경우에, 계약에 달리 규정하고 있지 않으면, 건강관리에 관한 결정은 의도부모에 의해야 한다.

또한 자의 출산후 72시간동안 우선하여 어느 때라도 대리모는 계약을 해제하고 자를 보유할 자신의 권리를 행사할 수 있도록 규정하고 있다. 특별한 사유가 있을 때에는 그 기간이 1주로 연장될 수 있다.

제3자가 대가를 받고 대리모제도를 권유하거나 중재하는 것은 경범죄에 해당된다.

나) Virginia 주의 입법³⁴⁾은 대리모계약이 사전에 승인되었는지에 따라 달리 취급하고 있지만, 기본적으로 대리모계약을 합법적으로 보는 구도를 확립했다.

그 계약이 사전 승인되었다면 의도모는 그 자의 법적 부모로 간주되는 반면에, 사전승인이 없다면 출산대리모와 그 夫가 자의 법적 부모로 추정된다.

사전승인을 얻기 위해서는 대리모와 그의 夫, 그리고 의도부모가 대리모계약을 체결하고 법원에 그 승인을 구해야 한다.

계약의 승인절차과정은 뉴 햄프셔주의 필수조건과 유사하다. 즉 대리모와 그의 夫의 가정조사 뿐만 아니라 의도부모 모두가 가정조사에 기초한 양부모로서 요구되는 적합성기준을 만족시켜야 한다. 그러므로 모든 당사자는 육체적 심리적 검증과정을 거치고 대리모계약의 가능한 효과에 대한 상담을 받아야 한다.

모든 당사자의 동의가 충분히 통지되었고 자발적이라고 인정될 때, 법원은 계약을 승인할 것이다. 법원은 아이의 이익을 대변할 후견인 (guardian)을 임명해야 하고, 필요하다면 대리모의 이익을 대변할 변호사를 선임해야 한다.

그러나 대리모계약이 법원에 의해 사전승인되지 않은 경우 유전적 대리모와 자궁대리모의 경우를 달리 취급한다. 즉 당사자가 유전적 대리모

34) Va. Code Ann. § 20-158 (Michie Supp. 1994).

계약을 했다면 아이를 출산한 모가, 자궁대리모라면 유전적 모가 법률상 모로 추정된다. 그러나 의도부모 중 일방이라도 유전적 부 또는 모라면 의도된 아버지가 아이의 아버지이다.

의도부모의 양자 모두가 자에 대한 유전적 기여를 하지 못한 경우에 대리모와 그녀의 남편이 부모이다. 이러한 경우 의도부모는 입양절차에 의해서만 친권을 취득할 수 있다.

비용과 관련하여 계약의 사전 승인여부와 관계없이 “합리적인 의료 및 부수적 비용”만을 대리모에 대한 보상으로 인정하고 있다.³⁵⁾ 이러한 승인으로 인해 “조력받은 임신의 수행에 필요한 비용”에 대한 보상이 포함되고, 임신기간과 즉시 그에 따른 건강관리 비용, “약물투여와 임산부를 위한 의류, 거주를 위한 추가적이고도 합리적인 비용, 그리고 임신에 기인한 다른 생활비”를 포함한다.

v) 대리모계약을 전면적으로 부정하는 법제도를 갖고 있는 주도 있다. 예컨대 Arizona,³⁶⁾ Indiana,³⁷⁾ North Dakota³⁸⁾주는 모든 형태의 대리모계약을 무효로 공서양속에 반하는 것으로 취급한다. 반면에 New York,³⁹⁾ Utah⁴⁰⁾주에서는 보수지급(영리적 대리모제도)이 수반된 대리모계약은 어떠한 것도 효력이 없고 강제이행할 수 없다고 한다. Kentucky,⁴¹⁾

35) Id. 20-156.

36) Ariz. Rev. Stat. § 25-218 (1991)에서 “그 누구도 대리모계약의 형태를 권유하거나 중재하거나, 알선해서는 안된다”고 규정되어 있다.

37) Ind. Code. § 31-20-1-1 (1998)에서 “주의회는 대리모계약의 어떤 내용도 강제하는 것은 공서양속에 반함을 선언한다”고 되어 있다.

38) N.D. Cent. Code §§ 14-18-01에서 14-18-07 (1991 & Supp. 1995),까지에서 “어떤 여성이 대리모가 되거나 조력임신에 의해 임신된 아이의 모로서의 권리와 의무를 포기(양도)하는데 동의한 어떠한 계약도 효력이 없다”고 하고 있다.

39) N.Y. Dom. Rel. Law § 123 (Mckinney Supp. 1995)에서 “누구도 대리모임신과 관련하여 직간접적으로 어떠한 보수, 보상 또는 다른 보상을 요구하거나 수령할 수 없으며, 알선, 중재 또는 그 이외의 방법을 대리모계약을 주선하는데 보수를 받을 수 없다”고 규정하고 있다.

40) Utah Code Ann. § 76-7-204 (1995)에서 “어떤 사람, 기관 또는 중개자도 어떤 여성이 인공수정을 받거나 다른 절차에 동의하고 그 후 출생하는 아이에 대한 모로서의 권리를 종결하는데 동의하는 데에서 이득을 얻는 계약의 당사자가 될 수 없다. (c) 본 장을 위반하여 시작된 계약이나 동의는 공서양속에 반하는 것으로 효력이 없고 강제이행할 수 없다”고 규정하고 있다.

41) Ky. Rev. Stat. Ann. § 199.590 (Michie/Bobbs-Merrill 1991 & Supp. 1994)

Louisiana,⁴²⁾ Nebraska,⁴³⁾ Washington⁴⁴⁾ 주에서도 반대급부가 있는 대리모계약은 효력이 없고 강제이행할 수 없다고 한다. Michigan주에서는 더 나아가 대리모에 대한 보상과 관련된 출산대리모계약을 형사처벌하고 있다.⁴⁵⁾

2) 연방차원에서의 접근

미국에서는 1988년 통일주법위원회(Uniform Status of Children of Assisted Conception Act)의 전국회의에서 '조력임신된 자의 지위에 관한 통일법(Uniform Status of Children of Assisted Conception Act)'을 제정하였다. 이 법은 대리모에 관한 내용만을 담고 있는 것은 아니지만 대리모제도에 대하여 자세하게 다루고 있다.

우선 공통적으로 인정되는 Section 1에서 각종 정의를 내리고 있다. 우선 동 (3)항에서 의도부모(intended parents)란 '상호 혼인한 남성과 여성으로, 양자 또는 일방의 정자 또는 난자를 이용하여 조력된 임신에 의한 대리모에 의해 출산한 아이의 부모가 된다는 본 [법]의 규정에 동의한 자들을 의미한다'고 되어 있다. 나아가 (4)항에서는 대리모를 정의하고 있는데, 대리모란 '의도부모를 위해 조력된 임신에 의해 포태한 아이를 출산하기로 약정한 성년에 이른 여성'을 의미한다고 규정하고 있다.

그러나 구체적으로 대리모계약을 유효로 하거나 무효로 하는 두가지 선택적 내용을 담고 있다. 즉 이에 典範으로 할 수 있는 두개의 선택안(Alternative A와 B)을 두가지로 두고 있다는 특징이 있다. 특히 선택안 A는 대리모계약이 유효임을 전제로 하고 있는 반면에 선택안 B는 원천적으로 대리모계약을 무효로 보면서, 출생한 아이의 부성과 모성을 정하는 기준을 제시하고 있다.

구체적인 내용은 다음과 같다.

우선 대리모계약을 유효로 하는 선택안 A에 의하면 대리모계약은 서면

42) Louisiana R.S. 9:2713 (1991).

43) Neb. Rev., Stat. § 25-21-200 (1989).

44) Wash. Rev. Code §§ 26.26.210-260 (West Supp. 1995).

45) 그러나 미시간 항소법원은 Doe v. Attorney General 사건(487 N.W. 2d 484 (Mich. Ct. App. 1992))에서 자원하여 임신후 아이에 대한 모권을 포기하는 것과 관련된 대리모계약도 무효이고 강제이행할 수 없다고 하였다.

으로 작성되어 법원에 승인절차를 받아야 유효한 것으로 인정된다.⁴⁶⁾ 계약의 당사자는 대리모와 의도부모, 그리고 대리모가 혼인중인 경우에는 그 남편이 당사자가 된다. 계약내용은 아이의 권리와 의무를 의도부모에게 양도하고 의도부모를 부모로 하는데에 동의한다는 것을 담고 있어야 한다.

또한 법원의 승인을 받기 위해서는 약정서의 첨부, 아이의 후견인의 선임, 청문회 등의 실시, 의도모의 임신불능, 의도부모의 부모로서의 자격검증, 당사자 합의의 신중성의 검토, 대리모의 임신 및 분만의 경험, 제반비용부담의 규정이 요구된다. 또한 대리모의 임신전에는 모든 당사자의 해제권행사의 가능성이 보장되고, 임신후에는 대리모가 180일 이내에 해제할 수 있으며 의도부모에 대해 책임을 부담하지 않는다.

출생한 자의 친자법적 지위에 대해서도 언급하고 있는데, 의도부모를 법률상 부모로 인정하고 있다.

그러나 대리모를 부정하는 선택안 B에서는 대리모약정 자체는 효력이 없는 것으로 하되, 대리모에 의해 출생된 아이의 모는 대리모가 되며, 대리모계약의 당사자였던 대리모의 남편이父가 되도록 하고 있다.

선택안 A의 내용은 다음과 같다

Section 5 [대리모 약정]

(a) 대리모는 조력임신된 아이의 모로서의 모든 권리와 의무를 양도하고 의도부모는 Section 8에 의해 아이의 부모가 된다는 내용에 대리모, 대리모가 혼인중인 경우에는 그의 夫, 그리고 의도부모는 서면으로 약정해야 한다.

(b) 약정이 임신전에 Section 6에 따라 법원에 의해 승인되지 못했다면, 그 약정은 효력이 없고 대리모가 출생한 아이의 모가 되며, 대리모의 夫가 그 약정의 당사자인 경우에는 아이의 父가 된다. 대리모의 남편이 약정의 당사자가 아니거나 대리모가 미혼인 때에는 아이의 부성은 통일친

46) 만약 법원의 승인을 받지 못한 때에는 대리모계약은 효력이 없고 대리모와 그 남편이 부모가 된다고 한다. 이 때에도 대리모의 남편이 대리모계약의 당사자가 아닌 경우에는 아이의 父가 될 수 없다고 한다.

자법(Uniform Parentage Act)에 의해 결정된다.

Section 6 [대리모약정의 승인을 위한 청구와 청문]

(a) 의도부모와 대리모중 일방이 주에 거주하는 경우에 대리모약정을 승인할 전속법원(appropriate court)에 청구를 해야 한다. 대리모가 혼인중일 경우 그 남편은 청구에 동참해야 한다. 약정서 사본이 청구서에 첨부되어야 한다. 법원은 조력임신을 통해 대리모에 의해 포태된 자의 이익을 대변할 후견인(guardian)을 선임하고 대리모를 대변할 변호인을 선임해야 한다. [선임할 수 있다]

(b) 법원은 청구에 대해 청문회를 개최하고 대리모약정의 입증, 절차개시후 12개월 동안 조력임신의 승인, 약정에 따라 의도부모가 조력임신에 의해 임신된 아이의 친권자임의 선언, 그리고 후견인과 대리모의 변호인 해임 등의 절차를 해야 한다. 다음의 것을 확인해야 한다.

(1) 법원이 관할권이 있고 모든 당사자가 아래 (e)에 의한 관할권에 복종하고 이 주법이 이법과 약정에서 발생하는 모든 문제를 규제한다는 사실,

(2) 의도모는 아이를 포태할 수 없거나 태어날 아이 또는 의도모 또는 아이에 대한 육체적 정신적 건강에 대한 불합리한 위험이 없으면 임신할 수 없음과 의학적 증거에 의한 조사결과,

(3) [관련된 아동복지기관]은 의도모와 대리모의 가정조사를 했고 그 결과의 사본이 법원에 제출되었다는 사실,

(4) 의도부모, 대리모, 대리모가 혼인중인 경우에는 대리모의 남편이 이 주에서 양부모에 적합한 기준을 충족한다는 사실,

(5) 모든 당사자가 자원하여 약정했고, 그 조건과, 성질, 의미, 절차의 효과에 대하여 숙지했다는 사실,

(6), 대리모는 적어도 1회 이상의 임신과 분만의 경험이 있고, 다른 아이의 포태가 아직 출산하지 않은 아이와 대리모 또는 출산한 후의 아이에 대한 육체적 정신적 건강에 불합리한 위험을 요구하지 않으며 이러한 사실이 의학적 증거에 의해 확인된 사실,

(7) 모든 당사자는 [자격을 갖춘 건강관리 전문가 또는 사회복지사]에 의해 대리모제도의 효과와 관련하여 상담을 받았고, 약정을 하고 이행할 당사자의 능력에 대한 결론을 포함하고 있는 보고서가 법원에 제출되었다는 사실,

(8) 당사자에 의해 동의되었거나 법에 의해 요구된, 모든 의학적 심리적 검사 또는 유전적 검토의 결과보고서가 법원에 제출되었다는 사실과 당사자에게

유효했다는 사실.

(9) 아이의 출산때까지 Section 7에 의해 약정이 해제되는 경우에 그 비용에 대한 책임을 포함하여 대리임신과 관계된 모든 합리적인 건강관리비용을 위한 합리적인 규정이 존재한다는 사실.

(10) 약정은 본질적으로 개인의 어떠한 이익에도 유효하지 않을 것이라는 사실

(c) 대리모약정에 이와 다르게 규율되지 않았다면, 법정비용, 변호사 비용 및 재판절차와 관련한 모든 다른 비용과 지출은 의도부모에게 부과된다.

(d) 재판절차와 관련된 다른 법 또는 vital statistics에도 불구하고, 법원은 본 조에 의한 모든 청문과 절차를 녹화하도록 지휘해야 한다. 법원은 절차의 모든 기록을 비밀로 유지하고, 입양에 적용될 동일한 기준하에 검사되도록 유지해야 한다.

(e) 법원의 소송지휘는 본 조항에 의해 절차가 개시된 후에 출생한 아이가 생후 180일이 될 때까지 대리모제도에서 발생하는 모든 문제에 대해 배타적이고 지속적인 관할권을 갖는다.

Section 7 [대리모약정의 해제]

(a) 제6조에 의한 절차가 개시된 후이나 대리모가 조력임신에 의해 포태하기 전에는 담당법원, 대리모, 그의 남편, 또는 의도부모는 서면에 의하여 다른 모든 당사자에게 해제의 통지를 하고 해제의 통지를 법원에 제출함으로써 대리모약정을 해제할 수 있다. 그에 따라 법원은 제6조에 의해 개시된 절차를 무효로 해야 한다.

(b) 제6조에 의해 승인된 동의서에 따라 조력임신을 위해 난자를 제공한 대리모는 동의에 따라 최후 인공수정후 180일 이내에 법원에 서면의 통지를 제출함으로써 약정을 해제할 수 있다. 약정당사자에 대한 통지와 청문후에, 대리모가 자진하여 약정을 해제했고 해제의 본질과 의미와 효과를 이해하고 있다는 사실인정이 있으면, 법원은 6조에 의해 진행된 절차를 무효화해야 한다.

(c) 대리모는 본 조에 따라 약정을 해제하는 것에 대해 의도부모에게

책임지지 않는다.

Section 8. [승인된 대리모약정에 의한 친권]

(a) 친권에 다음 규정은 제6조에 의해 승인된 대리모약정에 적용된다:

(1) 대리모에 대한 아이의 출생으로 의도부모는 그 아이의 부모이며, 대리모와, 혼인중인 경우에는 그의 남편은 법원이 제7조 (b)에 의한 절차를 무효로 하지 않는 한, 아이의 부모가 아니다.

(2) 대리모에 의한 해제의 통지후에 법원이 제7조 (b)에 의한 절차를 무효화한 경우에 대리모가 출생한 아이의 모가 되며 그녀의 남편도 약정의 당사자인 경우에는 그 자가父가 된다. 대리모의 남편이 약정의 당사자가 아니거나 대리모가 미혼일 때, 아이의 부성은 통일친자법(Uniform Parentage Act)에 의해 결정된다.

(b) 아이의 출산에 대해 의도부모는 조력임신후에 300일 이내에 대리모에게서 아이가 출산되었음을 법원에 서면에 의한 통지를 첨부해야 한다. 그리고 법원은 부모로서 의도부모를 적시한 출생증명서의 발급을 [Department of Vital Statistics]에 지시하고, [Department of Vital Statistics]의 기록에 출생기록 원본을 발급하는 절차를 개시해야 한다.

Section 9. [대리모제도 ; 다양한 규정]

(a) 제6조에 의한 절차에 기초한 대리모약정은 대가의 지급(payment of consideration)에 관한 규정을 들 수 있다.

(b) 대리모약정은 자신의 건강관리 또는 배와 태아의 건강관리와 관련하여 결정할 수 있는 대리모의 권리를 제한할 수 없다.

(c) 제6조에 의한 절차의 개시가 시작된 후 대리모의 혼인은 절차의 유효성에 영향을 주기 않으며, 대리모약정에 대한 대리모의 남편의 동의는 요구되지 않으며, 또한 출생한 아이의 父가 아니다.

(d) 제6조에 의한 절차에 의거하여 조력임신된 후 300일 이내에 대리모에게서 출생한 아이는 조력임신에 의한 것으로 간주된다. 이러한 간주는 출생을 통지를 받은 자와 통지후 180일 이내에 아이와 약정당사자가 당사자로 적시된 이의의 소를 제기하지 않은 모든 사람에게 최종적으로 인정된다.

(e) 건강관리규정은 제6조에 의해 시작된 절차에 관한 사본의 수령전에는 대리모를 모로 인정하거나 제6조에 의해 시작된 절차에 관한 수령 후에는 의도부모를 부모로 인정하는 것은 아니다.

선택안 B

Section 5 [대리모약정]

어떤 여성이 대리모가 되거나 조력임신에 의해 포태된 아이의 모로서의 권리와 의무를 양도(포기)하는 것에 동의한 약정은 효력이 없다. 그러나 그녀(대리모)는 출생한 아이의 모이며, 대리모의 남편이 계약당사자인 경우에는 아이의 아버지이다. 대리모의 남편이 계약당사자가 아니거나 대리모가 미혼인 경우에 아이의 부는 통일친자법에 의한다.

2. 독일의 경우

독일에서는 대리모계약의 무효를 명시적으로 언급하고 있지는 않다. 비록 1989년에 개정된 입양중개법(Adoptionsvermittlungsgesetz) 제13a조에 대리모의 의미를 정의하고 있지만, 대리모에의 합의를 명시적으로 무효로 하거나, 법률적 금지에 위반한 법률행위를 무효로 하는 규정(제134조 BGB)에 의해 효력이 없음을 명시하고 있지는 않다. 그러나 위 입양중개법의 입법이유⁴⁷⁾를 고려해 볼 때, 그 대리모계약은 무효임을 전제로 하고 있다.⁴⁸⁾ 그 후 1990년에 제정된 배아보호법(Embryonenschutzgesetz)에서도 대리모에게 행하는 인공생식행위에 대해서는 형사처벌을 하도록 하고 있어 원천적으로 금지하고 있다.⁴⁹⁾ 그리고 이미 위법이 적용되기 전에도 이

47) BT-Drucks 11/4154, S.6에서 모를 정하는 합의는 이러한 방법에 의해 출생된 아이의 중요한 이해(Belange)를 도외시한다는 점을 강조하며, 모와 출생전의 자와의 특수한 성질의 관계로 인해 일종의 고용(Dienstleistung)으로서의 임신을 인수하지 못한다고 밝히고 있다.

48) Soergel-Liemann, Kommentar zum BGB, 13.Aufl.(2000), Anh Vor §1741 Rn, 38.

49) 여기서 독일의 배아보호법 규정체계를 자세히 이해해야 할 필요가 있다. 이 법 제1조 1항 제7호에 의하면 '자신의 아이를 출산후 제3자에게 항구히 인도할 용의가 있는 여성에게 인공수정을 시술하거나 그녀에게 인간배아를 이식하는 자'는 3년 이하의 징역형이나 벌금형에 처하도록 하고 있다. 그러나 다시 이 법 제9조 2호에 의하면 의사만이 '

미 이러한 대리모계약은 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반됨(제138조 BGB)을 이유로 그 효력이 부정되었다.⁵⁰⁾

다만 유의할 것은 이 법의 같은 조 제3항에 의해 대리모와 대리모를 의뢰한 자는 형사처벌되지 않는 것으로 규정되어 있다.

나아가 대리모중개행위도 금지되어 있다. 입양중개법 제13b조에서 '대리모중개란 대리모에 의한子を 입양하거나 기타의 방법으로 항구히 받아들일려는 자를 대리모가 될 용의가 있는 여성을 연결시키는 것'으로 정의하면서 다시 동법 제13c조에서 대리모중개는 무효임을 천명하고 있다. 더 나아가 동법 제14c조에서 무상이라도 이러한 대리모중개를 한 자는 1년 이하의 징역 또는 벌금형이, 또한 이로 인하여 재산적 이득을 취한 자는 2년 이하의 징역 또는 벌금형이, 영업적 또는 기업적으로 이를 중개하는 자는 3년 이하의 징역 또는 벌금형에 처하도록 규정되어 이러한 중개행위를 형사법적으로 처벌하고 있다.

결국 대리모제도에 대한 독일법의 입장을 정리해 보면 대리모계약은 무효이며, 대리모와 대리모를 의뢰한 자의 형사처벌은 없으나 이러한 대리모에게 인공수정을 하는 자, 대리모를 중개한 자는 형사처벌까지 받도록 함으로써 매우 강하게 대처하는 것으로 파악된다.

3. 日本의 경우

일본에서 인공생식과 관련한 법제를 두고 있지 않는 것은 우리의 실정과 유사하다.⁵¹⁾ 다만 현실적으로 생식의료 보조기술에 의해 출생한 아이

인간배아를 여성에게 이식할 수 있도록' 하고 있어 양자의 규정이 상호 모순되는 것으로 보이기도 한다. 그러나 이 법 제9조는 일반적 인공수정이 (의사에 의해 시술되는 경우) 가능함을 밝힌 것이며 특히 대리모에 대한 인공수정은 여전히 형사처벌을 받도록 되어 있음에 유의해야 한다.

50) OLG Hamm VersR 1986, 243 = NJW1986, 781. 다만 Deutsch, Medizinrecht, 4Aufl.(1998), Rn.435에서는 대부분 대리모계약에서 지급되는 금전과 관련하여 이득은 인정할 수 없지만 비용의 배상은 공익에 위반되지는 않는다고 하고 있다.

51) 床谷文雄(곽동헌 역), "日本家族法에 관한 最近의 諸問題 - 日本에 있어서 生物學的 社會的 法的 親子關係의 三面". 家族法研究 제11호(1997), 659면.

가 1998년부터 2000년까지의 사이에 47,591명이 출생한 것으로 보고되고 있다. 이로 인하여 발생하는 제반 문제를 해결하기 위해 의학, 윤리학, 법학등의 전문가로 구성된 “厚生科學審議會先端 療技術評 部會 生殖補助 療技術에 관한 專門委員會”가 1998년부터 약 2년간에 걸친 연구결과를 발표하였다.⁵²⁾ 다양한 생식보조의료에 대한 평가기준을 다음의 여섯 가지를 설정하고 이에 따라 검토하였다. 즉 1. 태어날 아이의 복지에 우선해야 한다 2. 사람을 오로지 생식의 수단으로 취급해서는 안된다 3. 안전성을 충분히 배려한다 4. 우생사상을 배제한다 5. 상업주의를 배제한다 6. 인간의 존엄을 준수한다는 점이었다. 그런데 이 보고서에는 대리모제도에 관한 평가가 포함되어 있는데, 여기서는 이를 토대로 하여 일본의 대리모제도에의 접근태도를 살피고자 한다.

기본적으로 이 보고서에서는 유전적 대리모뿐만 아니라 출산대리모도 금지되어야 하는 것으로 보았다. 그 논거로 우선 임신 및 출산을 제3자에게 출산하도록 하는 것에서, 사람이 생식의 수단이 되어 기본 평가기준에 반한다는 점, 임신 및 출산의 위험을 10개월 동안 24시간 계속하게 하는 것도 안전성이 배려되지 못한다는 점, 또한 출산대리모의 경우에도 출산모가 10개월동안 아이를 기르고 있다는 점을 고려하면 모성을 인정할 수 있어 아이의 부모를 정하는 과정에서 분쟁이 발생하게 되어 태어날 아이의 복지에도 반한다는 점을 근거로 하여 대리모제도를 금지하는 것으로 파악하였다.

IV. 代理母契約과 출생한 子の 法的 地位

1. 대리모계약의 定義

대리모계약은 ‘부부중 처가 불임인 경우에 제3의 여인으로 하여금 夫

52) 厚生科學審議會先端 医療技術評價部會 生殖補助 医療技術に関する 專門委員會, 精子 卵子 胚の提供等による 生殖補助 医療のあり方についての 報告書, (2000). http://www1.mhlw.go.jp/shingi/s0012/s1228-1_18.html

의子を 임신케 하여 인도해 줄 것을 내용으로 하는 계약⁵³⁾으로 이해하는 것보다는 앞서 대리모의 정의에서 본 바와 같이 부부의 불임극복의 목적에 의하지 않는 대리모계약까지 포함시켜야 할 현실적 요구를 고려하여 ‘일단 夫이외의 자의 정자로 체외수정을 통한 임신과 출생한 후에는 타인에게 인도할 것을 내용으로 하는 당사자간의 합의’로 정의되어야 한다. 이와 같이 볼 때 대부분의 대리모계약에 대리모에게 반대급부로서의 금전지급이 포함되기는 하지만 이것이 대리모계약의 본질적인 요소는 아니다.⁵⁴⁾

2. 代理母契約의 類型

아이의 임신과 출산 및 그의 인도를 본질적 요소로 하는 계약이므로 도급계약으로 이해하는 견해와 대리모에 자율적 판단하에 임신을 유지하고 출산하는 것이 보장된다는 점에서 위임계약으로 보는 견해도 있다.⁵⁵⁾ 또는 독일의 입양중개법의 입법이유서에서 밝히고 있는 바와 같이 대리모계약은 일종의 고용계약으로서의 성격을 갖는다고 이해할 수도 있다.⁵⁶⁾

구체적인 경우에 개별적으로 당사자가 합의한 내용에 따라 계약의 유형이 달라질 수 있을 것이다. 그러나 기본적으로 대리모계약을 위와 같이 정의할 때 출생한 자의 인도를 목적으로 하고 있기 때문에 단순히 대리 임신과 출산만이 계약내용이라고 볼 수 없기 때문에 위임계약적 요소는 배제되어야 할 것이다. 또한 고용계약은 본질적으로 타인의 노무를 이용하는 것을 내용을 하며, 고용인의 지시/복종관계가 전제되고 있어야 하는데, 대리모의 경우 의뢰인으로부터 대리임신 및 그 출산에 대해 의뢰인의

53) 구연창, “대리모계약의 세계적 동향”, 저스티스 제22권(1989), 119면.

54) 반대로 최성배, “대리모에 관한 법적 고찰”, 사법논집 29집(1998), 479면에서는 대가 지급도 대리모계약의 내용으로 이해하기도 한다.

55) 구연창, “대리모계약의 법적 접근”, 경희법학 제23집(1988), 63면에서도 위임계약에 가까운 가족법상의 특수한 계약의 일종으로 본다.

56) BT-Drucks 11/4154, S. 6.

지시를 받는다고 볼 수 있다. 그러나 이 경우에도 당사자 합의의 본질이 아이의 인도에 있다고 할 때에는 단순히 고용계약으로 보기 어려운 점이 있다.

도급계약으로 보면 대리모가 의뢰인의 지시없이 대리임신 및 출산을 완성하여 이를 의뢰인에게 인도하는 것을 그 내용으로 볼 수 있으나, 도급계약은 본질적으로 보수지급을 그 내용으로 하기 때문에(민법 제664조) 대리모가 무상으로 아이를 출산하여 인도해 주기로 한 경우를 포섭할 수 없게 된다. 이와 같은 반대급부가 본질적 계약의 요소이기 때문에 발생하는 문제는 고용계약의 경우도 마찬가지다(민법 제 655조). 결국 대리모계약에 관한 유효/무효의 판단에 앞서 계약의 유형을 고려해 볼 때, 혼합계약으로 이해하는 것이 바람직하다고 보인다.

3. 代理母契約의 內容

대부분의 대리모는 반대급부를 받을 것을 전제로 하여, 타인을 위해 자신의 夫 이외의 제3자의 정자에 의해 임신하여 출생한 후에 그 아이를 인도하기로 하는 계약을 체결하게 된다. 또한 금전지급등의 반대급부의 대가로 아이의 인도뿐만 아니라 대리모부부의 친권의 포기 및 양육권포기도 포함되기도 한다. 그러나 우리나라의 경우에는 대리모출생자를 자신의 혼인중의 출생자로 신고하기 때문에 대리모는 출생한 아이와 관련된 일체의 권리를 행사하지 않으며, 이의를 제기하지 않겠다는 것과 그 대가로 일정한 금액지급을 합의를 하는 것이 대부분일 것이다.

대리모계약의 당사자는 생부(의뢰인)를 일방당사자로 하고 대리모와 대리모가 혼인중인 경우에는 그 대리모의 夫를 타방당사자로 하게 된다.

4. 代理母契約의 效力

현행법상 대리모계약의 효력을 인정할 수 있을 것인가의 문제가 제기된다. 우선 쟁점으로 부각되는 것은 첫째 타인으로 하여금 출산을 하게

하는 것과 그에 대한 금전적 대가를 지급하는 대리모계약이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 것인지, 친권의 포기 내지 양도가 가능한 것인지를 둘러싸고 유효설과 무효설이 주장된다.

(1) 有效說

사회학적 관점에서 볼 때 불임부부의 자녀출산의 최후의 수단으로 이용되는 것까지 막을 수는 없다는 점이 유효설의 가장 중요한 논거로 제기된다.⁵⁷⁾ 따라서 일정한 전제조건이 충족이 있다면 대리모계약을 인정하는 것이 필요하다고 본다.

또한 현실적으로 이미 대리모계약에 의한 출산이 이루어지고 있다면, 이를 금지하는 것보다는 양성화하여 법질서 내에 포섭시켜야 한다는 주장도 가능하다.

또한 의학기술적으로 위와 같은 대리임신과 출산이 가능함에도 불구하고 이를 금지하는 경우에 그 실효성을 유지할 수 있는지에 대해서도 의문을 제기한다.

또한 대리모의 자의 인도거부, 의뢰부부의 인수거부, 임신중 생부 등의 사망이나 이혼의 경우와 같이 예견가능한 복잡한 문제를 계약에 의한 규율이 가능하게 하는 것이 바람직하다는 관점에서 대리모계약의 효력을 인정하면서, 지나치게 불합리한 내용을 갖고 있을 때에 그 계약의 무효를 인정하는 것이 바람직하다는 주장이 있다.⁵⁸⁾

법리적으로 대리모계약 중에서 대리모가 친권을 사전에 포기하는 것은 인정되지 않지만 이로 인하여 대리모계약 전부가 무효가 되는 것은 아니라고 한다. 즉 혼외자에 대한 친권자를 결정할 때 우선 당사자의 협의에 의하도록 하고 있음(민법 제909조 4항)에 비추어 볼 때, 사전에 친권자를 사전에 결정하는 것이 가능한데, 친권양도약정은 무효이나 무효행위전환

57) 김민중, "대리모와 그 법률문제", 판례월보 244호(1991), 20면 이하; 동, "생명윤리와 민법", 저스티스 65호(2002), 136면.

58) 엄동섭, "대리모계약", 저스티스 제34권 제6호(2001), 105면.

의 법리(민법 제138조)에 의해 친권자결정의 사전약정으로 그 효력을 인정할 수 있다고 한다. 다만 이 때에도 사전약정의 강제이행은 불가능하다고 한다.⁵⁹⁾

(2) 無效說

기본적으로 대리모계약 자체가 선량한 풍속기타 사회질서에 어긋나는 것으로 무효라고 파악하는 것이 우리나라의 지배적인 견해이다.⁶⁰⁾

특히 최후에 행하는 불임극복이라는 목적을 위한 것이 아닌 대리모계약도 충분히 가능한데, 이를 인정하는 것은 바람직하지 않다는 점을 강조한다.

특히 대가를 받고서 대리모가 되는 것은 대리모를 마치 단순한 인큐베이터로 취급하는 결과가 되어, 여성의 인격권을 침해하고 여성에 대한 착취를 전제로 하고 있다고 한다.

법리적으로도 친권양도의 합의는 강행법규인 민법 제927조에 위반하여 효력이 없는데, 이는 대리모계약의 핵심적 부분이므로 대리모계약의 전부는 효력이 없다고 해야 한다고 주장한다.⁶¹⁾ 독일과 프랑스, 미국의 일부 주에서 이러한 이유로 대리모제도를 금지하고 있을 뿐만 아니라 그 실효성을 확보하기 위한 수단으로 형사처벌까지 강화하고 있는 실정이다.

나아가 친권양도의 약정을 아이의 출산전에 당사자가 충분히 고려하여 결정했기 때문에 당사자의 의사가 존중되어야 한다는 긍정설의 논거에 대해, 임신과 출산과정에서 아이에 대한 심리적 변화는 사전에 인식할 수 없기 때문에, 친권양도의 충분한 고려후의 포기는 원칙적으로 불가능하다

59) 임동섭, 전제논문, 106면.

60) 대표적으로는 김주수, 친족상속법, 법문사(1998), 270면; 이경희, 가족법(친족상속법), 법원사(2002), 180면; 양수산, “인공수정에 관한 제문제의 합헌성 고찰”, 현대가족법과 가족정책(김주수교수화갑기념논문집)(1988), 259면.

61) 이덕환, “대리모출산의 친자법상 문제”, 법학논총(한양대), 13집(1996), 211면; 최성배, “대리모에 관한 법적 고찰”, 사법논집 29집(1998), 499면 이하.

고 한다.⁶²⁾

무효행위전환에 의해 친권자결정의 사전약정으로 전환되어 유효하고 이와 같은 친권자결정에 대한 사전약정은 성질상 그 강제이행을 인정할 수 없다는 것은 실질적으로 이러한 사전약정의 효력을 부정하는 것과 다르지 않다는 결론에 도달한다.

사회적으로 볼 때, 예컨대 영리목적이 없는 대리모계약이 인정된다고 하면 결국은 이로 인하여 실질적으로 영리목적의 대리모계약이 출현하게 됨을 막지 못하게 되어 결국은 이를 인정하게 된다. 또한 현실적으로 버려지는 아이가 많음에도 불구하고 이러한 비정상적이고도 부정적인 결과를 내포하고 있는 방법에 의해 자신의 혈육을 고집하는 것을 법이 인정하는 것은 바람직하지 않다고 볼 수 있다.

(3) 檢 討

대리모계약의 효력을 인정할 것인가는 대리모계약이 민법 제103조의 선량한 풍속기타 사회질서에 어긋나는 법률행위에 해당되는지의 판단의 문제로 전제된다. 이 문제는 단순히 법리적인 판단만으로는 해결할 수 없으며, 오히려 재산적 계약과는 달리 신분법상의 계약이라는 점, 그 중에서도 새로운 생명의 탄생과 관련되어 있다는 점을 고려하여 대리모제도에 대한 일반인의 법감정에 대한 신중한 의식조사가 전제되어 판단해야 할 문제이다. 또한 일률적으로 모든 대리모계약을 일괄하여 무효로 보거나 유효로 보거나 하는 것은 바람직하지 않다. 구체적인 대리모계약을 내용으로 하여 살펴볼 문제이다. 그러나 이미 대리모계약이 성립해 있고 임신이 되어 있는 경우에 사후적으로 그 계약의 유/무효를 검토하는 것은 그 효력을 무효화하더라도 출산될 아이를 무효화할 수는 없기 때문에 사전적으로 대리모계약을 포함한 대리모제도의 일반적인 내용을 확정하는 것이 필요하다.

62) Abby Brandel, Legislating Surrogacy: A Partial answer to feminist Criticism, 54 Md. L.Rev. 488, 495.

그러나 현행법제도를 기초로 하여 판단할 때에는 이와 관련된 제반 문제를 해결할 수 있는 법규가 존재하지 않기 때문에 위와 같은 이유로 대리모계약의 유효성을 원칙적으로 인정하지 않는 것이 바람직하다. 특히 현재 행하여지고 있는 대부분의 대리모계약이 유상의 계약으로 이루어지고 있음을 고려할 때에 더욱 그러하다.

다만 대리모계약의 효력을 근본적으로 인정할 것인지, 다양한 형태의 대리모계약 중에서 인정되는 유형은 어떠한 것인지, 또 어떠한 조건하에서 인정할 것인지, 또한 친자관계를 어떻게 결정할 것인지를 담고 있는 특별법에 의한 문제해결이 바람직하다고 제안한다.

5. 대리모에 의해 출생한 자의 가족법상 지위

- 대리모계약이 유효인지 무효인지에 대한 논의와는 별도로 실제 대리모계약에 의한 출산이 이루어지고 있다고 볼 때, 그 아이에 대한 친자법적 지위에 대한 연구가 있어야 할 것이다. 이 경우에도 다시 대리모의 난자를 이용한 유전적 대리모와, 의뢰인 부부의 수정란을 이용한 소위 출산 대리모의 경우를 구별하여 논해야 할 것이다.

(1) 遺傳的 代理母에 의해 출생한 자의 親子法的 地位

1) 母子關係의 確定

대리모계약의 유효성 여부와 관계없이 현실적으로 대리모에 의한 출산이 행하여지고 있고, 이에 의해 출생한 자가 존재하는 이상 그 아이의 법률상의 모는 대리출산을 의뢰한 모인지, 출산한 대리모인지가 결정되어야 한다. 이 경우에는 출산대리모의 경우와는 달리 일반원칙에 의해(Mater semper certa est) 출산모를 법적인 모로 인정하여야 할 것이다.⁶³⁾ 왜냐하면 이 때에는 출산모와 유전적 모가 동일하며, 출산의 동기가 다른 여성

63) 이회규, "대리모계약의 실태 및 사법상의 문제점", 수원지방변호사회지 제7호(1997), 76면; 김민중, "생명윤리와 민법", 저스티스 65호(2002), 137면; 엄동섭, "대리모계약", 저스티스 제34권 제6호(2001), 109면.

에 의해 야기되었다는 점이 모성을 결정할 때, 다른 결과를 낳는 것은 아니기 때문이다.

특히 대리모를 의뢰하는 경우에는 이미 그 자를 의뢰인 부부의 친생자로 만들려는 의도가 대부분의 경우 전제되기 때문에 대리모출생자를 생부와 그 처의 친생자로 출생신고를 하게 될 것이다. 이 때에는 대리모와 생모자관계도 인정되지 않는다. 이에 대해서 대리모가 그 출생자와의 생모자관계를 인정받기 위해서는 이러한 출생신고에 대해 이의를 제기해야 한다. 그 이의제기 방법으로는 이미 의뢰인의 친생자로 출생신고가 되어 있다면, 그 모와는 친생자추정을 받지 아니하므로 대리모는 현재 법률상 모로 되어 있는 생부의 妻와 자의 친생자관계부존재 확인의 소를 제기하여야 한다. 이로 인하여 친생자관계가 없음이 확인된 경우에는 대리모는 자신의 자로 인지를 함으로써(민법 제855조 1항) 대리모와 생부사이의 혼인외의 자가 되며, 생모자관계가 인정될 수 있다.

그러나 이 경우도 다시 친권자를 정하는 소송에 의해 생부가 친권자로 인정되고 다시 생부의 妻가 입양의 절차를 거쳐 그 자와 친자관계를 유지할 수 있을 것이다.⁶⁴⁾

대리모가 친생자관계부존재확인 소에 의해 친생자관계가 아님을 주장하고 자신과의 혼인외의 자임을 입증하여 적어도 생모자관계를 인정받을 수 있을 것이다.

2) 父子關係의 確定

대리모가 혼인중인 경우에 대리모출생자는 원칙적으로 대리모의 夫의 친생자로 추정된다(민법 제844조 제1항). 원만하게 대리모계약관계가 이

64) 이와는 달리 生父에 의한 출생신고는 인지의 효력을 인정한 판결이 있다. 대판 1993.7.27. 91므306에서 인지신고에 의함이 없이 일반 출생신고에 의하여 호적부상 등재된 친자관계를 다투기 위하여는 민법 제865조가 규정하고 있는 친생자관계부존재확인 소에 의하여야 할 것인바, 호적법 제62조에 부가 혼인외의 자에 대하여 친생자 출생신고를 한 때에는 그 신고는 인지의 효력이 있는 것으로 규정되어 있으나, 그 신고가 인지신고가 아니라 출생신고인 이상 그와 같은 신고로 인한 친자관계의 외관을 배제하고자 하는 때에도 認知에 관련된 소송이 아니라 親生子關係否存在確認의 訴를 제기하여야 한다고 판시하고 있다. 이와는 달리 인지에 대한 이의의 소에 의해 그 효력을 다투어야 한다는 견해가 있다. 김주수, 친족상속법, 법문사(1998), 262면.

행되는 경우라면 대리모의 부가 대리모출생자에 대해서 친생부인의 소를 제기하여 친생자관계가 부정되어야 한다.

이 단계에서 판례는 무제한적 추정설에서 입장을 바꿔 혼인중의 출생자인 경우에도 친생자의 추정을 받지 않는 경우를 인정하는 소위 제한설(제한적 추정설)의 입장을 취한다는 점에 주의해야 한다.⁶⁵⁾ 제한설중에서도 다시 사실상 이혼상태, 실종, 夫의 장기복역 등으로 인하여 夫의 자를 포태할 수 없는 것이 명백하게 인정될 경우에만 친생자추정을 부정하는 외관설⁶⁶⁾과 친생자추정의 범위를 좁혀 명백한 생식불능, 혈액형의 배치, 명확한 인종상의 차이(피부색 등)의 경우에도 친생자추정이 부정되어야 한다는 혈연설,⁶⁷⁾ 그리고 가정평화가 유지되고 있는 경우에는 친생자추정을 부정하고, 가정평화가 유지되는 경우에는 외관설에 의한다는 절충설⁶⁸⁾이 주장되고 있다.⁶⁹⁾

이와 같은 견해중에 대리모의 夫에게 생식능력이 없는 등 명백한 포태불능이 아닐 때, 대리모계약을 동의한 경우에도 그 夫의 친생자 추정을 받는 것으로 보아야 하는지에 대해서는 다른 결론에 도달하게 된다. 우선 무제한적 추정설을 취하거나, 제한적 추정설의 경우에도 외관설 및 절충설에 의하는 경우에는 대리모의 夫의 친생자로 추정받게 된다. 따라서 대

65) 대판전합 1983.7.12 82므59. 이 판결에 대해 비판적 견해로는 정귀호, "친생자의 추정과 친생부인의 소", 민사판례연구 VI(1993), 197면.

66) 박병호, 가족법, 한국방송통신대학교 출판부(1995), 159면; 이준영, "인공임신에 의해 출생한 자의 친생자관계에 관한 입법론적 고찰", 가족법연구 제11호(1997), 114면.

67) 조미경, "친생부인의 소에 관한 비교법적 고찰", 가족법연구 제11호(1997), 166면.

68) 김주수, 친족상속법, 법문사(1998), 242면; 이경희, 가족법(친족상속법), 법원사(2002), 145면.

69) 판례는 일관하여 '민법 제844조 제1항의 친생추정은 반증을 허용하지 않는 강한 추정이므로, 처가 혼인 중에 포태한 이상 그 부부의 한쪽이 장기간에 걸쳐 해외에 나가 있거나, 사실상의 이혼으로 부부가 별거하고 있는 경우 등 동거의 결여로 처가 夫(夫)의 자를 포태할 수 없는 것이 외관상 명백한 사정이 있는 경우에만 그 추정이 미치지 않을 뿐이고, 이러한 예외적인 사유가 없는 한 누구라도 그 자가 夫의 친생자가 아님을 주장할 수 없는 것이어서, 이와 같은 추정을 번복하기 위하여는 부가 민법 제846조, 제847조에서 규정하는 친생부인의 소를 제기하여 그 확정판결을 받아야 하고, 이러한 친생부인의 소가 아닌 민법 제865조 소정의 친생자관계부존재확인 소에 의하여 그 친생자관계의 부존재확인을 구하는 것은 부적법하다'고 하고 있다. 대판 2000므292.

리모의 夫가 친생부인의 소를 제기하여 친생자관계를 부정하지 않으면 생부로 이를 주장할 수 없다. 그러나 혈연설의 입장에서 볼 때에는 대리모계약에 의해 출생한 자라는 사실을 입증하게 되면 친생자의 추정을 받지 않는 것으로 보게 된다. 특히 친생자 추정을 받게 되면 친생부인의 소를 제기할 수 있는 사람은 원칙적으로 자의 모의 夫만이 가능하므로(민법 제846조),⁷⁰⁾ 대리모의 夫가 친생부인의 소를 제기하지 않는 경우에는 生父인 정자제공자도 자신이 생부임을 주장할 방법이 전혀 배제된다는 점을 생각해 볼 때, 소위 혈연설에 의하여 대리모의 남편과 출생자와의 친생자추정을 부정하는 것이 바람직하다.⁷¹⁾

결국 대리모출생자의 경우에 대리모의 夫에 의한 친생부인의 소가 없어도 제3자인 生父가 인지를 통하여 자신과의 친자관계를 인정받게 되어 소위 생부와 대리모와의 혼인외의 자가 된다.⁷²⁾

3) 子の 依賴人 夫婦에의 入養

그 다음의 단계로 대리모와 생부중에 단독 친권자가 결정되어야 하는데(민법 제909조 2항), 보통은 生父가 단독친권자가 된다.⁷³⁾ 그리고 단독 친권자가 된 생부는 자의 친권자로서 자신의 妻에게의 입양에 대한 代諾(민법 제869조)을 통해 생부의 妻와 대리모출생자와의 養母子關係가 인

70) 그 이외에 夫가 금치산자인 경우에는 후견인이, 후견인이 소제기를 하지 않는 경우에는 금치산자인 夫가, (민법 제848조 1항 및 2항) 자의 출생전, 또는 출생을 알고 1년 내에 夫가 사망한 경우에는 夫의 직계존속이나 직계비속이(민법 제851조), 유언에 의한 부인을 했을 때에는 유언집행자가(민법 제850조) 부인의 소를 제기할 수 있으나, 그 이외에 母나 子는 친생부인의 소를 제기하지 못하게 된다. 이에 대하여 입법론적으로는 母 또는 子에게도 친생부인의 소를 인정해야 한다는 견해가 강하게 제기되고 있다. 이경희, 가족법(친족상속법), 법원사(2002), 147면; 조미경, "친생부인의 소에 관한 비교법적 고찰", 가족법연구 제11호(1997), 196면 이하.

71) 입법적으로 친생부인의 소의 제소권자가 夫만으로 한정되어 있는 것에서 모와 자에게도 소권을 인정하자는 것이 지배적 견해이다. 그러나 현행법을 전제로 한 해석론의 범위내에서 볼 때 여전히 夫만이 제소권자이므로 문제의 해결을 위해서는 대리모계약에 의한 출생자는 대리모의 남편의 친생자로의 추정을 받지 못하는 것으로 해석해야 할 것이다.

72) 만약 대리모인 자가 미혼인 경우에는 민법 제844조의 친생자 추정이 있을 수 없으므로 바로 生父가 이에 대해서 인지를 할 수 있다.

73) 이 때 보통 대리모와 생부와의 합의에 의해 친권자가 결정되며, 합의가 없으면 법원에 의해 친권자가 결정되지만 보통 생부가 단독친권자로 결정될 것이다.

정되어 대리모출산을 의뢰한 부부가 법률상 부모의 지위를 취득하게 된다. 그러나 이 경우에도 우리 민법은 불완전양자제도를 취하고 있으므로 대리모는 생모로서 대리모출생자와의 생모자관계는 여전히 유지된다는 점에 유의해야 한다.

(2) 出産代理母에 의해 出生한 子の 親子法的 地位

한 부부의 수정란은 단순히 제3자인 대리모에게 착상하여 출산한 경우, 유전적 부모와 출산한 모의 부부중 어느 쪽에 법적 친자관계가 인정되어야 할 것인지는 매우 어려운 문제를 야기한다.

1) 父子關係의 確定

유전적 모를 법률상의 모로 인정되는 경우에 그 부성은 어떻게 결정되어야 하는지의 문제가 발생한다. 이 때 유전적 모에게 법률적 모성을 인정한다면 유전적 모가 포태하지 아니하였으므로 유전적 모의 남편의 아이로 추정받을 수 없으며, 동시에 출산모를 위한 추정규정이 불가능하므로 출산모의 남편과의 친생자관계에서 혼인중의 자의 지위를 취득할 수 없어 누구와도 부자관계를 갖지 못한다는 비판을 하게 된다.⁷⁴⁾ 이러한 모순을 해결하기 위해서라도 출생자의 법률적 모는 출산모에게 인정해야 한다고 주장한다.⁷⁵⁾

그러나 이러한 비판은 타당하지 않다. 우선 유전적 모에게 모성을 인정하기 위한 포태의 의미가 인공수정과 같은 경우를 예상하지 않고 출산의 사실이 당연히 그 모임을 입증하는 것이라고 보는 견해에서만 인정될 수 있는 것이다. 민법 제844조에서 말하는 '포태'는 그 의미가 출산모일 뿐만 아니라 유전적 모임을 전제로 하여, 부성을 정하는 출발점으로 그 자를 남편의 아이로 하고 있는 것이다. 그러므로 이와 같이 유전적 모와 출산모가 다른 경우는 포태라는 사실만으로 출산모를 법률상 모로 할 수 없

74) 이준영, "인공임신에 의해 출생한 자의 친생자관계에 관한 입법론적 고찰", 가족법연구 제11호(1997), 125면.

75) 나아가 이준영, 앞의 글 129면에서는 출산모에게 모자관계의 부인권도 인정하지 않는다.

기 때문에, 원천적으로 대리모의 남편에게 민법 제844조에 의한 추정을 받지 못하게 된다.⁷⁶⁾

이 때 모성을 인정된 자의 남편이 출생자의 부모 추정받는 것으로 보는 것이 민법 제844조의 취지에 맞는 해석이라고 생각된다.⁷⁷⁾

2) 母子關係의 確定

이 경우에 출산모와 유전적 모 중에 누구를 모로 인정해야 할 것인가를 결정하는 것은 대단히 어려운 문제를 야기한다고 보인다. 인공수정시술이 가능하기 전에는 출산에 의해 모성이 인정되는 것으로 보는데 아무런 문제가 없었다. 적어도 출산의 사실에서 당연히 그 아이의 유전적 모자관계도 인정되었기 때문이다. 즉 *mater semper certa est*의 원칙은 인공수정을 전제하지 않은 경우만을 전제로 한 것으로 이해되어야 한다. 그러나 오늘날에는 출산모와 유전적 모를 달리하는 경우가 가능하며 이 때의 모성을 결정해야 기준을 설정해야 하는 새로운 문제가 제기된다. 이는 기본적으로 현행법의 해석론에 의할 때 *Johnson v. Calvert* 사건에서 나타나는 것과 같이 유전적 모와 출산모가 모두 자신이 법률적 모임을 주장할 수 있는 근거가 있기 때문에 입법적으로 해결하는 것이 가장 바람직하다. 그러나 이미 이러한 유형의 대리모출생자가 존재하는 이상 이에 대한 모성을 결정하는 특별법이 없다고 해도 현행법에 의해 누구에게 모성을 인정해야 할 것인가를 법리를 구성해야 한다.

이에 대해서는 다음의 3가지의 주장이 가능하다. 우선 대리모에게 그 모성을 인정하는 방법과, 유전적 모에게 그 모성을 인정하는 방법, 그리

76) 이에 대해서 대리모의 남편과 대리모출생자는 민법 제844조의 제한사유로 이해하여 의뢰인이 이해관계인으로서 민법 제865조에 의한 친생자관계부존재확인소를 제기하여 형식적 부자관계를 해소한 후에 자를 인지할 수 있도록 하자는 견해도 있다. 최성배, “대리모에 관한 법적 고찰”, 사법논집 29집(1998), 526면.

77) 입법정책적으로 이를 명확히 하여 보통의 경우를 전제로 한 포대에 의한 경우뿐만 아니라, 대리모제도와 같이 특별한 경우에 일정한 여성에게 생모자관계가 인정되는 경우에 그 남편과의 친생자의 추정을 인정하는 것이 가능할 것이다. 이를 위하여 대리모제도에 관한 특별법규에서 부성을 정하는 규정도 두는 것이 바람직하다. 다만 우리 민법 제844조를 대리모와 같은 경우까지 확대적용할 수 있도록 내용을 ‘처가 혼인중 출생자의 모로 추정되면 그 자는 부의 자로 추정한다’고 구성할 수도 있으리라고 판단된다.

고 출산모와 유전적 모 양자에게 모성을 인정하는 방법이다.

우선 대리모에게 모성을 인정해야 한다는 주장의 논거로 모자관계는 출산이라는 사실에 기인한다는 점.⁷⁸⁾ 부모는 유전적 관계보다는 자궁에서 시작하는 사회적 관계가 유전적 요소보다 존중되어야 한다는 점.⁷⁹⁾ 유전적 모를 법률상 모로 인정하게 되면 출산모는 단순히 아이를 출산하는 기구로 사용하게 되어 출산모의 인간의 존엄성을 침해하게 된다는 점, 10개월의 포태기간 중에 태교의 내용에 따라 성격형성과 지적 유전자의 결정이 가능하다는 점 등을 이유로 출산모가 법률상 모가 되어야 한다고 본다.⁸⁰⁾

둘째로, 유전적 모를 법률상의 모로 보아야 한다는 견해가 있다. 우선 그 논거로는 부성의 판단은 혈액검사 등 유전적 요소에 의해 판단하면서 모자관계의 판단은 유전적 관계에 의하지 않는 것은 성차별이라는 점, 자녀의 부모가 되려는 의사가 존중되어야 하며, 출산모에게는 이러한 의사가 없었다는 점,⁸¹⁾ 또한 자녀의 복리를 고려하여 친자관계가 결정되어야 한다는 점⁸²⁾을 근거로 의뢰인에게 이를 인정하는 것이 타당할 것이라고 한다.

셋째로, 유전적 모에게는 양모에 준하는 지위를, 출산모에게는 생모의 지위를 인정하는 제도적 장치를 주장하면서, 대리모출생자의 호적상 모란에 유전학상의 모와 출산의 모의 성명을 모두 기재하는 방법⁸³⁾의 강구를 주장하기도 한다.

첫째의 방법과 같이 대리모를 법률상 모로 인정하게 되면, 의뢰인 부부

78) 대판 1966.4.26. 66다214에서 혼인외의 출생자와 모자관계는 출생이라는 사실로 발생하기 때문에 원칙적으로 인지가 필요없다고 판시하고 있다.

79) 이준영, "인공임신에 의해 출생한 자의 친생자관계에 관한 입법론적 고찰", 가족법연구 제11호(1997), 128면

80) 엄동섭, "대리모계약", 저스티스 제34권 제6호(2001), 109면.

81) 이는 Johnson v. Calvert 사건의 다수의견이기도 하였다.

82) Johnson v. Calvert 사건의 소수의견이었다. 동지로는 이덕환, "대리모출산의 친자법상 문제", 법학논총(한양대), 13집(1996), 219면; 고정명/신관철, "대리모계약의 모성추정에 관한 고찰", 법학논총(국민대), 10집(1998), 36면.

83) 최성배, "대리모에 관한 법적 고찰", 사법논집 29집(1998), 515면.

의 처가 모가 되지 않는 것으로 해석되므로, 대리모계약을 억제하는 효과를 인정할 수 있을 것이다. 즉 임신을 유지할 수 없는 중대한 사유가 없음에도 불구하고, 예컨대 임신으로 인한 몸매관리상의 문제, 직업수행상의 불리함의 극복과 같은 부당한 이유로 대리모에 의한 출산이 일반화되는 것을 막을 수 있을 것이다. 또한 2인 이상의 모를 인정하는 것은 바람직하지 않다고 판단된다. 특히 입양의 경우 생모자와의 관계를 유지하는 불완전양자제도에 대한 비판을 고려할 때,⁸⁴⁾ 출산모와 유전적 모 중 1인에게 모성을 인정하는 것이 바람직할 것이다.

사건으로는 우선 고려되어야 할 자녀의 복지를 염두에 두면 유전적 모를 법률상의 모로 인정하는 것이 바람직하다고 판단된다. 이미·자가 출생하였고, 또 유전적 모에게 모성이 인정되지 않으면, 친생부인 내지 친생자관계부존재확인의 소와 인지를 통해 생부와 대리모의 혼인외의 자가 되고, 친권자가 되는 생부가 자의 유전적 모인 자신의 처에게 입양하는 과정을 통하여 법정모자관계가 인정될 수 있을 것이다. 결국 아이는 유전적 모의 슬하에서 양육될 것이며, 대리모와의 생모자관계라도 유지해 주어 발생할 이익과 그렇게 함으로써 아이를 실제 양육하는 모와의 관계를 양모자관계로 남겨두는 불이익을 아이의 입장에서 비교할 때, 친생자의 지위를 바로 인정해 주는 것이 바람직하다. 그렇다면 우리 사회에서 과연 입양자의 지위를 인정하는 것보다 친생자로서의 지위를 처음부터 인정해 주는 것이 바람직하다고 생각된다.⁸⁵⁾

84) 불완전양자제도에 대한 비판 및 복지형 양자제도로의 입법적 추세와 우리의 양자제도에 대해서는 박병호, 가족법, 한국방송통신대학교 출판부(1995), 179면; 이경희, 가족법(친족상속법), 법원사(2002), 183면 이하 참조.

85) 이와 같은 견해외에도 모성의 충돌시 민법 제909조 4항을 유추적용하 유전적 모와 대리모가 협의로 친권행사자를 정하고 협의가 없으면 가정법원에 친권행사자의 지정을 청구할 수 있다는 견해가 있다. 김용한, 신친족상속법론, 박영사(2002), 185면.

V. 代理母契約에 立法政策的 檢討

1. 엄격제한의 방안

대리모제도에 대한 접근은 그 여부를 떠나 대리모제도의 자체를 완전히 부정하는 것이 가능할 것이다. 더 나아가 대리모의 금지 내지 제한의 방법을 둘러싸고도 형사책임까지 인정하는 방법도 고려될 수 있을 것이다. 특히 독일이나 일부 미국의 주에서 취하고 있는 그러한 방법이 가능할 것이다.

이 경우에도 형사처벌의 대상을 대리모계약의 알선 및 중개자와 그 시술의료인과 대리모계약의 당사자 중, 어느 범위로 인정할 것인지를 파악해야 할 것이다.

2. 광범위하게 인정하는 방안

대리모계약은 그 반대급부의 존부여부에 관계없이 이를 인정하는 방법으로 접근할 수 있을 것이다. 당사자의 진실한 의사여부만이 확인되면, 의사표시의 일반론 등 법리적 구성을 통하여 이를 해결할 수도 있을 것이다.

3. 엄격한 요건하에 예외적으로 인정하는 방안

대리모에 대하여 절충적 방안으로 일정한 조건을 갖춘 대리모계약의 유효성을 인정하는 것이 가능할 것이다. 이미 대리모에 의한 출산이 행하여지고 있는 현실을 고려할 때, 이를 양성화해야 할 필요성이 매우 높으며, 출산대리모제도의 경우 그야말로 불임극복의 최후의 수단일 수밖에 없음이 전제된다면, 생식권 보호의 차원에서도 예외적이지만 이를 긍정하는 것이 바람직하다.⁸⁶⁾ 다만 그 이외의 경우에 대리모계약을 사법상 효력

86) 동지 최성배, "대리모에 관한 법적 고찰", 사법논집 29집(1998), 529면.

이 없는 것에서 나아가 형사처벌을 가능하게 함으로서 건전한 방향으로 대리모제도를 유도하는 것이 필요하다고 할 것이다.

VI. 結 論

의사윤리지침 제56조에 의하면 금전적 거래의 목적을 가진 대리모계약은 부정되며, 이러한 대리모에 대한 시술을 금지하고 있다. 그러나 앞서 본바와 같이 금전적 거래가 없는 경우에도 일정한 요건의 구비가 전제되었을 때 대리모계약을 인정하는 것이 바람직하다 할 것이다.⁸⁷⁾ 우선 대리모계약과 관련된 특별법을 제정할 때 고려되어야 할 것으로는 다음의 것들을 생각할 수 있을 것이다.

1. 대리모계약은 부부의 불임을 극복하기 위한 최후수단으로 이용되어야 한다.⁸⁸⁾ 따라서 단순히 출산을 회피하기 위한 수단으로 이용될 수 없다. 따라서 법률상 부부가 될 수 없는 동성애자인 경우, 미혼남이 아이를 원하는 경우에는 대리모제도를 이용할 수 없도록 해야 할 것이다.

2. 유전적 대리모계약은 배제되어야 한다.

대리모를 인정하는 경우에도 불임을 극복하기 위한 최후의 수단이어야 하며, 계약내용이 당사자의 이해를 떠나 사회적 관점에서도 수용가능한 것이어야 한다. 그렇다면 불임부부가 타인의 난자 및 자궁을 이용해서까지 아이를 출산하고자 하는 욕구를 법이 용인해야 하는가라는 문제에 봉착한다. 출산대리모의 경우, 그 목적이 의뢰인뿐만 아니라 대리모도 이타

87) 그러나 법률상 인정되는 형태의 대리모계약이 아닌 경우에, 이에 관련된 행위를 하는 자에게 형사처벌을 하는 것이 필요하다고 할 것이다. 특히 그 방법으로 독일의 배아보호법의 입법태도가 고려될 수 있을 것으로 생각된다. 즉 대리모계약의 당사자는 형사처벌을 받지 않지만, 대리모가 되기 위해서는 반드시 의료시술을 받아야 하고, 경우에 따라서 중개기관이 개입하기 때문에, 이러한 자에 대해서 형사처벌을 하는 방법이 고려될 수 있을 것이다.

88) Katherine B. Lieber, Selling the Womb: Can the Feminist Critique of Surrogacy Be answered?, 68 Ind. L.J. 205, 226.

적인 생각에서 이루어지는 경우라면 이를 인정할 수 없을 것이다.⁸⁹⁾

특히 유전적 대리모의 경우 현행 가족법상 대리모와 생모자관계가 유지되기 때문에, 일정한 가까운 친족에 의해 대리임신과 출산이 이루어질 때 대리모출생자의 가족관계가 바람직하지 않게 형성될 여지가 있어 태어날 자의 福利에서도 바람직하지 않다.

3. 반대급부가 없어야 한다.

여기서 의미하는 반대급부에는 친권의 포기, 즉 아이의 양도에 대한 대가가 금지되는 것은 물론이고, 또한 출산의 고통에 대한 일정한 위자료까지도 금지되어야 할 것인지를 판단해야 한다.⁹⁰⁾ 그러나 일정한 비용, 예컨대 출산비, 진료비 등 일체의 의료비용은 의뢰인에게 부담하는 것은 반대급부가 있다고 볼 수 없을 것이다.

4. 대리모계약은 이행에 앞서 법원에 의한 사전 검증작업 및 사전 허가가 요구된다.

이에 의해 당사자는 자율적으로 계약을 체결해야 하며, 사전에 충분히 대리모계약의 내용 및 대리임신 및 출산의 육체적, 정신적, 재정적 위험 및 그 통계적 내용 등을 숙지했었는지를 확인하고, 의도부모 및 대리모의 정신적 육체적 건강상태의 검사가 있었는지를 확인하여야 할 것이다.

89) 이와는 반대로 출산대리모의 경우 더욱 착취적이라는 이유로 이를 인정할 수 없다는 견해도 있다. 최성배, "대리모에 관한 법적 고찰", 사법논집 29집(1998), 478면. 그러나 대리모계약의 내용을 이해하면서, 법원등에 의한 사전승인을 요구할 때 대리모에 대한 착취의 문제는 해결될 수 있으리라 생각된다.

90) 아이의 출산으로 인하여 직면할 위험뿐만 아니라 대리모로부터 제공된 서비스에 대한 대가를 지급하는 것은 당연한 것이라고 한다. Larry Gostin, A Civil Liberties Analysis of Surrogacy Arrangements, in Surrogate Motherhood: Politics and Privacy 3, 9. (Larry Gostin ed., 1990) 더 나아가 이러한 이타성에 근거한 대리모계약의 무상성은 대부분 일정한 친족에 의해 이루어 지는데, 이 때에는 오히려 대리모출생자의 문제를 야기할 위험이 크다고 한다. Abby Brandel, Legislating Surrogacy: A Partial answer to feminist Criticism, 54 Md. L.Rev. 488, 521.

이 요건에 의해 구체적인 대리모제도를 이용하고자 하는 당사자와 관련된 구체적 이유가 법원에 의해 합리적으로 검증될 수 있을 것이다. 예컨대 노력으로 인한 출산이 불가능한 경우에 대리모제도를 이용할 수 있을 것인가의 문제는 구체적인 정황을 고려해서만이 판단할 수 있을 것이다. 나아가 사전 승인을 요구하는 것은 태어날 아이의 복리를 고려해서도 필요하다고 할 것이다.

5. 출산대리모의 경우 아이의 친자법적 지위를 정하는 기준이 마련되어야 한다.

법률상의 모를 유전적 모에게 인정해야 하는가, 출산모에게 인정해야 하는지의 문제에 대해서 현행의 친자법에서는 명확하지 않다. 특히 유전적 모를 법률상 모로 정하고자 할 때에는 출산모와 아이와의 관계를 어떻게 설정할 것인가의 문제, 부성을 정하는 문제도 함께 고려되어야 한다.

6. 대리모계약의 중개기관을 등록, 관리하여 음성적으로 이루어지는 대리모출산을 사전에 억제하는 것이 요구된다.

7. 생모자관계를 대리모에게 인정해 주는 경우(유전적 대리모의 경우에 더욱 그러하다), 대리모와 의뢰인 부부사이에 일정한 촌수의 친족관계를 넘는 경우에만 인정할 것인지에 대해서 정해야 할 것이다.

이를 유효한 대리모계약의 조건으로 두게 되는 경우, 무상으로 대리모가 되어주고자 하는 사람을 찾을 수 없게 되어, 대리모제도가 이용되지 못하게 될 소지가 많다. 그러나 예컨대 자매간에 대리모가 되기로 한 경우, 아이를 둘러싼 분쟁이 발생할 소지가 근본적으로 많다는 점에서 대리모계약의 유효요건으로 하는 것도 생각해 볼 수 있다.