부의 결정기준으로서 부자관계설정의사의 기능 및 한계

김 상 헌*

목 차

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 비배우자 사이의 인공수정
1. 서울가정법원 2000드단7960 판결의 정리
2. 비배우자 사이 인공수정의 허용성
3. 인공수정자의 민법 제844조 적용 가능 여부
4. 부의 동의와 친생부인의 관계
Ⅲ. 사실혼관계에서의 인공수정
1. 서울가정법원 2009드합13538 판결의 정리
2. 사실혼 해소시기의 판단과 AIH 인정의 관계
3. AID의 경우 인지청구가 가능한지 여부
4. AIH의 경우 인지청구가 가능한지 여부
5. 검토
Ⅳ. 나오며

Ⅰ. 들어가며

현대 인공생식기술의 발달은 그동안 당연하다고 여겨졌던 자와 부모 사이의 관계확정은 혈연관계에 따라 정해져야 한다는 생각에 의문을 가져왔다. 이것은 종래의 법리인 모에 있어서 출산주의,[1] 부에 있어서

* 광주고등법원 재판연구원

1) 다양한 법적 시스템 속에서도 '모'라는 것은 적어도 법적인 모는 아이를 출산한 여성을 말한다고 한다. Daniel gruenbaum, "Foreign Surrogate Motherhood: mater semper certa erat", *American journal of comparative law* 제60권(2012), 476쪽. 일본에서도 모의 결정은 출산주의에 따르고 있는데, 이를 판시한 最高裁判所第二小法廷 平成18年(許)第47号에 관한 평석으로는, 吉田邦彦, "人工生殖に關する最近の最高裁裁判例(凍結精子による死後生殖事例及び代理母事例) について：札幌身分法・家事實務研究會の紹介を兼ねて", 判例タイムズ 1371号(判例タイムズ社, 2012), 67-76쪽; Marcelo de alcantara, "Surrogacy in Japan: Legal Implications for Parentage and Citizenship", *Family court review* 제48권

민법 제844조의 친생추정에 따른 결정기준만으로는 변화된 현실에 맞는 해결을 할 수 없다는 것을 뜻한다. 즉 기본 법리 이외에도 당해 사안 배후에 있는 사회 현상에 관한 근원적 문제에 대한 이해와 통찰력을 기초로 새로운 법리의 제시가 요구되는 사안이라고 할 것이다.

이처럼 새로운 인공생식기술의 발달에 따른 법적 친자관계의 기준을 어떻게 마련하여야 할 것인지는 입법론으로 해결하여야 하는 문제도 있지만, 현행법에 근거한 해석론을 통하여 그 방안을 모색해보는 것도 의미있는 연구가 될 것이라고 생각한다. 특히 대리모의 경우 그 결정기준에 관하여는 많은 연구가 있었는데, 이에 반하여 인공수정에 있어 부의 결정기준에 관하여는 상대적으로 연구성과가 적었다. 일본의 경우에는 最高裁判所 第二小法廷 平成16年(受)1748号 判決을 통하여 사후수정자와 사망한 부는 법률상 친자의 기본적 법률관계가 발생할 여지가 없다고 판시하면서, 부와의 법률상 친자관계 형성에 관한 문제는, 사망한 부의 보존 정자를 사용하는 인공생식에 관한 생명 윤리관, 출생자의 복지, 친자 또는 친족관계를 형성하는 관계자의 의식, 사회 일반의 생각 등 다각적인 관점에서 검토하여야 한다는 취지의 판시를 한 바 있다.[2] 그러나 우리나라의 경우에는 아직 이러한 부의 결정기준에 관하여 명확하게 판시한 경우를 찾기 어려운데, 다만 판례가 부를 결정함에 있어 부가 되려는 의사 즉, 부의 동의와 같은 의지적 요소를 어떻게 평가하고 있는지를 살피면, 앞으로 인공생식에 따른 부의 결정기준을 마련함에 있어 참고가 될 것이므로 이에 관한 고찰은 의미 있는 연구라고 할 것이다. 따라서 본 논문은 인공수정에 따른 부를 결정함에 있어 부자관계설정의사의 존부라는 부의 의지적 요소가 어떻게 작용하는지 그 기능의 한계는 무엇인지에 관하여 대표적인 판례들을 통하여 살펴본다.

(2010), 417-428쪽.

2) 동 판결의 결론이 타당하는 평석으로는 한삼인/김상헌, "사후수정자(死後受精子)의 인지청구에 관한 연구: 일본 最高裁判所 第二小法廷 2004年(受)1748號의 평석을 중심으로", 경희법학 제48권 제3호(경희대학교 법학연구소, 2013), 129-156쪽.

Ⅱ. 비배우자 사이의 인공수정[3)]

부의 정자에 의해서는 포태가 불가능한 무정자증, 정자사멸증 등의 절대적 남성 불임이 있는 경우에는 이에 관한 효과적인 치료법이 없는 이상 제3자로부터 정자의 제공을 받아야 인공수정을 실시할 수 있다. 그러나 제3자가 제공한 정자는 배우자의 정자가 아니라는 점에서 혼인의 취지에 반하는 것이 아닌가라는 의문과 함께 그에 의하여 태어난 자와 부와의 관계는 어떻게 되는가라는 질문이 생긴다. 만약 태어난 자와 부 사이에 일정한 법률적 관계가 형성된다면 부가 친생부인권을 행사할 수 있는지를 검토하면 법률상 부의 결정기준을 탐구할 수 있을 것이다.

1. 서울가정법원 2000드단7960 판결[4)]의 정리

1.1 사안의 개요

피고는 1985. 8. 26. A와 혼인신고를 마치고 법률상 부부로 살다가 1994. 4. 19. 협의이혼하였다. 피고와 A는 혼인생활을 하던 중 자녀가 생기지 않아 병원에서 검사를 받은 결과 피고가 불임이라는 사실을 알게 되었다. 이에 피고와 A는 타인의 정자를 제공받는 방식의 인공수정방법으로 자녀를 갖기로 합의하고 이에 따라 A는 고려대학교 의료원

3) 인공수정에 관하여는 법률적으로 2가지의 구분이 중요하다. 그 하나는 모의 부의 정자에 의한 인공수정(Artificial Insemination by Husband, AIH)이고 다른 하나는 모의 부가 아닌 제3자의 제공자에 의한 인공수정(Artificial Insemination by Donor, AID)이다. 후자에 있어서도 모의 부가 인공수정에 동의한 경우가 법률적으로 쟁점이 될 것이다. 남편의 정자이든 타인의 정자이든 이를 모의 난자 또는 타인의 난자와의 결합을 통해 제3자의 자궁에서 출산케 하는 문제는 대리모 연구에서 주요하게 다루므로, Ⅱ.의 논의는 제3자의 정자를 모의 난자와 인공수정하여 모가 출산한 경우에 한정한다.

4) 2000. 9. 24. 당심 확정됨.

안암병원에서 정자를 제공받아 인공수정방법에 의하여 원고를 포태, 1988. 11. 1. 원고를 출산하였고, 피고가 피고의 호적에 원고의 출생신고를 하여 원고는 피고의 호적에 피고를 부(父)로, A를 모(母)로 하여 그들 사이에서 태어난 친생자로 등재되었다.

원고는 원고의 모(母)인 A가 피고가 아닌 다른 사람의 정자를 제공받아 인공수정에 의하여 원고를 포태하여 출산한 것이므로 원고와 피고 사이에는 친생자관계가 존재하지 않는다고 주장하면서 피고에게 그 확인을 구하였다.

1.2 판결요지

민법 제844조 제1항은 '처(妻)가 혼인중에 포태한 자는 부(夫)의 자로 추정한다'고 규정하고 있고, 위 인정사실과 같이 피고와 A의 혼인중에 피고와 A의 합의에 의하여 위 인정과 같은 방식의 인공수정방법으로 A가 원고를 포태하여 출산한 것이므로 원고는 피고의 친생자로 추정받는다 할 것이고, 위 인정과 같이 피고가 아닌 타인의 정자를 제공받아 한 인공수정에 의하여 원고가 포태되었다는 점만으로 위 친생추정을 번복할 수도 없다 할 것이므로 원고의 주장은 이유 없다. 따라서 원고의 청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

2. 비배우자 사이 인공수정의 허용성

비배우자 사이 인공수정은 간통이 성립할 수 있는지에 관하여 다소 논란의 여지가 있는데, 헌법적 측면에서 비배우자 사이의 인공수정을 금지하여야 할 필요가 있는가에 관하여 의문을 제시하는 견해[5]가 있는

5) 권영설, "인공수정의 헌법학적 접근", 인공수정의 법리(법무부, 1987), 155쪽 이하 참조.

가 하면, 비배우자 사이의 인공수정이 선량한 풍속에 반하는가는 여전히 논의의 필요가 있다는 견해[6]가 있다는 것이 이를 증명한다. 허용부정설의 입장에서는 동일한 정자에 의한 대량인공수정은 근친혼을 발생케 하여,[7] 유전학적 균형성이 깨질 우려가 있다고 주장한다.

그러나 이러한 위험성은 최소한의 법적 규율을 통하여 관리가 가능하고, 실제로 비배우자 사이에 인공수정을 하는 경우는 정자제공자의 신상을 파악하는 것이 보편적이기에 이러한 근거가 허용성 자체를 부정하는 이유가 될 수는 없다. 엄격한 윤리적 기준에 따르면 비배우자 사이의 인공수정에 문제가 없다고는 할 수 없으나 전면적으로 금지하여야 할 만큼 윤리적 문제가 심각하다고 하기에는 부족하다. 특히 생식분야에 있어 법적 개입을 검토하는 경우에는 인간의 생식문제는 일신전속적 영역으로 그 생식의 종류나 방법은 원칙적으로 그 자유가 보장되어 국가 개입은 배제되어야 한다.[8] 따라서 비배우자 사이의 인공수정에 의한 인공출산도 원칙적으로 전면적 규율의 대상이 될 수는 없다. 다만 선량한 풍속 위반의 문제는 남아 있는데 이는 남편의 동의 즉 의지적 요소를 통하여 해결할 수 있다고 생각한다. 즉 정자제공에 금전적인 지급이 과하게 전제되는 등 약정 자체에 제정법 위반이나 선량한 풍속 위반의 점을 찾을 수 없다면 비배우자 사이의 인공수정이란 이유만으로는 그 허용성을 부정할 수 없을 것이다.[9]

---

6) Dagmar Coester-Waltjen, *Die kunstliche Befruchtung beim Menschen -Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten B zum 56. Deutschen Juristentag Berlin 1986* (C.H.Beck, 1986), 45쪽 이하 참조. 비배우자 사이의 인공수정이 선량한 풍속에 위반된다는 주요한 논거는 '자의 행복'이 침해될 우려라고 한다.

7) 근친혼의 사례를 지적한 견해는 Elizabeth L.Gibson, "Artificial Insemination by Doner: Information, Communication and Regulation", *Journal of Family Law* 제30권(1991-1992), 24쪽.

8) 동지의 견해로 송영민, "인공수정에 있어서 부의 동의의 법적 성질", 가족법연구 제21권 제1호(한국가족법학회, 2007), 206쪽; 김민중, "인공수정에 의한 자의 출산의 법률문제", 법학연구 제19집(전북대학교 출판부, 1992), 113쪽.

9) 외국 판례 역시 초창기에는 간통으로 보는 태도를 취하고 있다가 점차 합법적으로

3. 인공수정자의 민법 제844조 적용 가능 여부

3.1 학설

3.1.1 적용부정설

민법 제844조는 인공수정에 따른 출산을 예상할 수 없었던 상황에서 제정되었으므로, 자를 '혼인중인 부'에 의하여 임신하지 아니한 상황이 분명한 인공수정에 따른 출산의 경우에는 친생추정을 적용할 수 없다는 견해이다.[10] 이러한 견해에 따르면 비배우자 사이에 태어난 인공수정자는 '친생자의 추정을 받지 않는 혼인중의 출생자'가 된다. 그러므로 친생자관계부존재확인의 소(민법 제856조)로 부자관계를 부인할 수 있다. 다만 친생자관계부존재확인의 소는 이해관계인이면 누구나 제기할 수 있어 자의 이익이 소에 의하여 침해될 우려[11]가 있으므로 이를 보호하기 위하여 적용부정설은 준정이론,[12] 양자관계설정론[13] 등과 같은 보

인정하는 방향으로 전환하였고 최근에는 많은 나라들이 입법으로 비배우자 사이의 인공수정을 합법화하고 있다. 이경희, "인공수정자의 친자법상 지위", 가족법연구 제2호(한국가족법학회, 1988), 30쪽.

10) 학계에서는 독일 민법 제1591조가 이를 명문으로 규정하고 있다고 한다. "Das Kind ist nicht ehelich, wenn es den Umstanden nach offenbar unmöglich ist, daß die Frau das Kind von dem Manne empfangen hat." 한봉희, "인공수정자법의 연구", 법학연구 제14집(전북대학교 법학연구소, 1987), 20쪽.

11) 한봉희, 위의 논문, 1987, 20쪽 이하.

12) 비배우자 사이의 인공수정자에 대하여 부가 인공수정자를 자기의 자로 인정하는 의사가 분명하고, 그 모와 부 사이에 혼인관계가 존재한다는 면을 살피면, 민법 제855조 제2항에 의한 준정 규정을 유추적용하여 인공수정자를 혼인중의 출생자로 인정할 수 있다는 이론이다(한봉희, 위의 논문, 1987, 20쪽 참조). 그러나 준정을 하기 위해서도 자연적 친자관계는 요구되며, 다만 준정은 '정당한 부부관계가 없는 시절'에 낳은 자를 혼인에 의하여 혼인중의 출생자로 인정하는 제도이므로, 부의 실자가 아닌 인공수정자를 준정에 의하여 혼인중의 출생자로 인정하는 것은 타당하지 않다는 비판이 있다(김민중, 앞의 논문, 114쪽).

13) 일본의 宮崎孝二郎 교수가 1955년 주장한 이론으로 前田達明 등이 따르고 있는 오래된 이론이다. 前田達明, "人工受精子の法的地位", 判例タイムズ 537(1984),

완이론을 주장한다.

3.1.2 적용긍정설

적용긍정설은 민법 제844조를 제한적으로 적용하자는 견해 및 이를 지지하는 판례의 입장[14]에 따라 민법 제844조를 해석하더라도, 비배우자 사이의 인공수정자에 대하여 이를 적용하지 아니할 이유가 없다는 학설이다.[15] 즉 제한설의 적용범위에 있어 부가 생식불능이라면 부부

7-8쪽. 우리나라에서도 비배우자 사이에 태어난 인공수정자는 출생과 동시에 대부분 불임부부의 친생자로 출생신고되는데, 이러한 허위출생신고의 효력에 관하여 대법원은 '아직 출생신고를 하지 아니한 자를 양자로 하는 입양에 있어서 당사자 사이의 합의로 입양신고에 대신하여 입양할 당사자가 양자가 될 자를 그 처와의 사이에서 출생한 적출자로 출생신고하면 입양의 효력이 발생한다'(대법원 1947. 2. 25. 선고, 1947민상126 판결 등)고 판시하고 있으므로, 불임부부가 인공수정자를 친생자로 허위의 출생신고하는 경우에도 입양의 효력을 인정하자고 주장한다. 그러나 양자관계설정설에 대해서는 양친자관계가 파양에 의하여 해소될 수 있기 때문에 인공수정자의 지위보호에 미흡하다는 지적(정연욱, "인공수정과 그 법률문제", 법조 제5호(법조협회, 1986), 63쪽; 한봉희, 위의 논문, 1987, 21쪽)이 있으나, 친양자제도의 도입을 통하여 이러한 문제는 일정 부분 해결되었다고 생각한다.

14) "민법 제844조는 부부가 동거하여 부의 자를 포태할 수 있는 상태에서 자를 포태한 경우에만 적용되고, 부부 가운데 일방이 장기간 해외에 나가 있거나, 사실상의 이혼으로 부부가 별거하고 있는 경우 등 동거의 결여로 처가 부의 자를 포태할 수 없는 사정이 명백하면 친생자추정이 적용되지 아니한다"라고 판시한 대법원 1983. 7. 12. 선고, 82므59 판결에 기초한다. 판례의 입장인 제한설은 장기별거, 생사불명, 사실상의 이혼 등 부의 자를 포태할 수 없는 객관적 사정이 명백한 경우 민법 제844조 제1항에 의한 친생자추정은 인정하지 아니한다.

15) 일본에서는 다수설을 점하고 있다고 평가된다. 岩志和一郎, "AIDによって生まれてきた子の身分關係：日本と西ドイツの比較を通じて", 判例タイムズ 709(判例タイムズ社, 1989), 50쪽. 특히 2013년 12월 10일 最高裁判所第三小法廷平成25年(許1)第5号 決定을 통하여 성 동일성 장애자의 성별 취급의 특례에 관한 법률에 기초하여 성별 취급 변경 심판을 받은 자의 아내가 AID로 혼인 중에 임신한 자는 남편과 아내와의 성적 관계 결과로 낳을 수 없다고 하더라도 남편의 자식으로 추정된다는 획기적인 판결은 이를 단단하게 지지하고 있다. 이에 관한 원심 판결 평석으로는 渡邊泰彦, "性別の取扱いを變更した夫の妻が非配偶者間人工授精(AID)により出産した子の嫡出出産届", 法學セミナー(增刊)速報判例解說 12권(日本評論社, 2013), 121-126쪽.

가 같이 생활하더라도 부에 의한 임신이 불가능하므로 이를 임신할 수 없는 객관적 사정으로 평가하여 민법 제844조 제1항의 적용을 배제하여야 한다는 혈연설[16]과 부의 생식불능은 자를 포태할 수 없는 외관적 사정이 아니므로 민법 제844조 제1항에 따른 친생자추정을 하여야 한다는 외관설[17] 중 후설의 입장이다. 비배우자 사이의 인공수정은 부가 생식불능인 경우에 행하여지는 것이 일반적이라는 점에서 후자의 견해인 외관설에 따를 때 전면적인 적용이 가능하다. 이러한 견해는 자의 친생추정배제의 사유는 제3자가 객관적으로 보았을 때 바로 인지할 수 있는 경우이어야 하는데, 그렇지 아니하고 조사 등을 통하여 실체적인 사실을 검토하는 것은 이미 자의 복지에 반하고 민법이 제844조에 친생추정의 규정을 둔 취지에 맞지 아니한다는 이유를 제시하고 있다. 따라서 적용긍정설의 입장에 따른다면 친생부인의 소에 의해서만 인공수정자와 남편 사이의 친생자추정관계를 복멸시킬 수 있을 것이다.

3.2 평가

(1) 양자관계설정론은 부부 사이에 과연 양자를 설정하려는 의사 있었는가에 관한 근본적인 의문이 있다. 특히 비배우자간의 인공수정의 법률문제를 친양자제도를 통하여 다루며 친생부인의 소를 인정하려는 입장에 대하여 당사자가 양자 관계를 원하였다면 인공수정이 아닌 입양이라는 방법을 택했을 것이라는 비판이 존재해 왔다. 또한 법리적으로

16) 정연욱, 위의 논문, 67쪽. 부의 생식불능이나 혈액형, 인종적 특징에 의하여 부의 자가 될 수 없는 사정이 있으면 친생자로 인정하지 아니하는 견해이다. 혈연설에 기초한 듯한 하급심판결로는 서울가정법원 2002. 11. 19. 선고, 2002드단53028 판결. 다만 이 판결을 가정파탄설에 따른 것으로 해석 가능하다는 주장으로는, 윤진수, "보조생식기술의 가족법적 쟁점에 대한 근래의 동향", 서울대학교 법학 제49권 제2호(서울대학교 법학연구소, 2008), 74쪽.

17) 한봉희, 위의 논문, 1987, 24쪽. 자를 포태할 수 없는 '외관적' 사정이 아닌 한 일단 친생자로 인정하는 견해이다.

민법 제874조에 따라 부부 어느 한쪽만의 입양은 불가능한데, 일방의 친자임은 분명한 사안에서는 입양의 효과가 발생한 경우로 볼 수도 없다 할 것이다. 그러므로 적용부정설의 보완이론 등은 실제 인공수정의 행태에 적합하지 아니하다.

(2) 법리적인 검토가 어렵다면 새로운 법률제정을 통하여 해결하는 방법이 있다는 것은 누구나 알고 있다. 우리나라는 종전 의회에서 체외수정 등에 관한 법률안, 의료보조생식에 관한 법률안, 생식세포 등에 관한 법률안을 제출하여 이를 규율하려 하였으나 임기 만료로 폐기된 바 있다.[18] 다만 이러한 법이 제정되기 전에는 현행법에 따른 해석을 하여야 할 것인데, 우리 가족법이 인공수정에 관하여 특별히 예외 규정을 두고 있지 아니하는 한, 그 혈연적 관계의 존부가 부자관계설정을 확정하는 단 하나의 조건일 뿐이라는 법리가 밝혀지지 않은 지금, 부의 생식불능은 제3자가 밝힐 수 있는 외관적 사항이 아니므로 자의 복리와 민법 제844조의 입법 취지에 비추어 비배우자의 인공수정에 따라 태어난 자도 그 친생추정을 받는다고 할 것이다.[19]

---

18) 제17대 국회에서 발의된 것으로 특히 체외수정 등에 관한 법률안(2006. 4. 29. 박재완 의원 대표발의)은 보건복지부 장관 소속하에 체외수정관리본부의 설치하여 체외수정에 관한 업무를 관리하도록 규정하고 있는데, 이는 프랑스가 2004년 생명의학청을 창설하고 생명 및 건강과학을 위한 국가윤리자문위원회에 독립관청으로서의 지위를 부여하는 등 국가가 생명윤리관계에 감독기능을 강화하는 서구의 행보와 그 뜻을 같이 하였다. 이현수, "프랑스 생명윤리법상 생명 및 건강과학을 위한 국가윤리자문위원회(CCNE)의 법적 지위", 일감법학 제16호(건국대학교 법학연구소, 2009), 365쪽 참조.

19) 앞서 살펴본 最高裁判所第三小法廷平成25年(許1) 第5号 決定외에 아내가 남편의 동의를 얻어 제3자로부터 정자의 제공을 받아 출산한 인공 수정자는 적출추정이 미치는 자로 보는 것이 상당하고, 아내도 남편과 자식 사이에 친자 관계가 존재하지 않는다는 주장을 할 수 없다고 판시한 일본 판결로는 東京高等裁判所 第4民事部 平成10年(ラ)第927号 決定; 다만 동 판결에서는 남편의 동의를 얻어 인공 수정에 따라 출생한 자의 친권자를 정하는 것은 자의 복지에 영향을 주는 일이므로 종합적으로 고려하여 모를 친권자로 정하였다. 이에 관한 평석으로는 棚村政行, "夫の同意

4. 부의 동의와 친생부인의 관계

앞에서 살펴본 바와 같이, 비배우자 사이의 인공수정에서는 부와 인공수정자 사이에 유전적 공통관계가 없다는 점이 분명하지만, 민법 제844조를 통하여 친생자로 추정된다. 그렇다면 부는 친생자로 추정된 자에 대하여 친생부인의 소를 제기할 수 있는지가 문제 되는데, 이를 살피면 부의 동의가 부자관계설정에 어떠한 역할을 하는지를 밝힐 수 있을 것이다.

4.1 부의 동의가 없는 경우

부가 비배우자 사이의 인공수정을 동의하지 아니한 경우에 부의 친생부인권은 인정될 것이다.[20] 자의 모가 부와의 혼인 중에 부의 동의 없이 비배우자 사이의 인공수정에 의하여 자를 임신하고 출산하는 것은 간통에 따른 임신을 통하여 자를 출산하는 경우에 이르지는 않으나 그 子에 대하여 친생추정의 효과가 발생하게 된다면, 남편이 부가 되지 아니할 권리를 행사하기 위한 이의 제기는 형평의 원칙상 인정된다. 그러므로 부는 '그 사유가 있음을 안 날로부터 2년 내'에 자 또는 모를 상대로 친생부인의 소를 제기할 수 있다(민법 제847조 제1항).

を得て第三者から精子の提供を受け出生した人工授精子について父母が離婚した後に親權者をめぐって爭われ, 母親が親權者に指定された事例', 判例タイムズ 1036(平成11年度 主要民事判例解說(判例タイムズ社, 2000), 154-156쪽. 특히 친생추정과는 별개로 친권자의 지정은 계속성과 현상존중과 모성 우선의 양 기준을 적절히 검토하여야 한다는 견해로는 二宮周平, "人工受精子の嫡出推定と親權者指定", 判例タイムズ 1009(判例タイムズ社, 1999), 91쪽.

20) 양수산, "인공수정자와 관련되는 법률상의 문제점 연구", 가족법연구 제3호(한국가족법학회, 1989), 105쪽.

4.2 부의 동의가 있는 경우

부가 비배우자 사이의 인공수정에 동의[21]한 경우 친생부인권의 인정 여부에 관하여는 견해의 대립이 있다.

4.2.1 긍정설

가족법 규정 중에서도 특정한 자가 혼인 중의 자로서의 법적 지위를 가지는가는 강행 규정임이 분명하고 부모의 합의에 따라 좌우될 문제가 아니라는 이유로 친생부인권의 행사가 가능하다는 견해이다.[22] 이 견해에 따르면 부의 친생부인권은 단기제척기간이나 승인에 따른 친생부인권의 상실에 의하지 아니하고는 제한되거나 배제되지 아니한다. 친생부인으로 인공수정자가 혼인 외의 자가 된다고 할지라도 혼인 외의

---

21) 국내에서는 비배우자간 인공수정에 의한 동의는 설명의무 등의 불확실성으로 인하여 방식 면에서 불완전하다. 영국에서는 2008년 '인간 수정 및 배아발생에 관한 법률(Human Fertilisation and Embryology Act, 이하 HFE법)을 개정하면서 부모자녀관계의 법적 확정이 이루어지도록 기존 법 조항을 수정한 바 있는데, 그 주요 내용은 HFE청이 제시하는 서면동의서를 통하여 인공출산자 등의 부모를 확정하는 시스템으로 구성한다는 것이다. 영국의 '인간 수정 및 배아발생에 관한 법률' 개정에 따른 법적 근거 및 동의 방식에 관한 자세한 기술로는 김은애, "비배우자간 인공수태 시술에 따른 부모확정의 법적 문제에 관한 소고", 법학 논집 제14권 제1호(이화여자대학교, 2009), 51-86쪽. 우리 법에서도 유사한 제도를 도입할 충분한 의미가 있다. 일본에서도 서면동의서가 있다면 적어도 동의가 있었음을 추정할 수 있는 구조가 되어야 한다는 견해(花元彩, AID子の法的親子關係：－アメリカにおける夫の同意の立證をめぐつて, 比較法研究 74권(有斐閣, 2012), 298쪽)가 있는가 하면 국내에서도 공증 또는 인가된 의료기관에 대한 서면제출 필요성에 대한 주장(권재문, "보조생식시술에 대한 표현부의 동의의 의미와 효과", 동아법학 제43호(동아대학교 법학연구소, 2009), 347-354쪽)이 꾸준히 제기되고 있다.

22) 양수산, 위의 논문, 107쪽 이하 참조. 특히 2002년 4월 독일 민법 제1600조 제2항(부가 제3자의 정액 제공에 의한 인공수정을 동의한 경우에는 부 또는 모는 친생부인권을 행사할 수 없다.) 이 제정되기 전 독일 연방대법원(BGH)의 판례는 이러한 긍정적 견해를 지지하고 있었다. 독일판례 가운데 BGHZ 87, 169; BGH NJW 1983, 2073 참조.

자의 지위가 향상되었기 때문에 친생부인에 따른 자의 행복이 침해될 위험은 없다는 것을 실질적인 근거로 들고 있다.[23] 특히 부의 역할을 할 준비나 의사가 전혀 없는 모의 夫가 父로서의 역할을 이행할지 의심되고, 부가 자의 혈통 등에 관한 비밀을 공개하는 경우에는 부자관계를 설정하지 아니한 만 못한 결과를 초래하여 자의 복리보호라는 가족법상의 이념을 훼손할 우려가 있다고 주장한다.

4.2.2 부정설

자신의 진지한 의사로 아내가 제3자의 정자로 인공수정을 하여 출산한 경우 친생부인의 소 제기는 허용되지 아니한다는 입장이다.[24] 일반적으로 친생추정의 적용을 받아 부로 인정되는 표현부[25]는 민법 제847조의 기간 동안 아내의 자를 자신의 자로 인정할 것인가를 결정할 수 있으나, 이처럼 제3자의 정자로 인공수정을 함에 동의하는 경우에는 그 시술 전에 이미 충분한 숙고를 거쳐 동의하였으므로 위 일반적인 경우와 달리 보아야 한다고 한다. 그러므로 부가 자신의 정자가 아닌

---

23) 양수산, 위의 논문, 111쪽. 이 부분은 다소 의문이 있는데, 친생부인의 효과는 자를 혼인외의 자로 만드는 것이지만, 이 경우의 자는 혼인외의 자로 태어나 인지 등을 청구하여 부자관계를 설정할 수 있는 혼인외의 자와는 구별되는 자로, 친생부인이 된 부에게는 그 부자관계설정을 다시 요구할 수 없고 정자제공자와 특별관계에 있지 아니하는 한 인지청구의 인용을 받기가 어려운 위치에 있는 자이므로 일반적으로 말하는 혼인 외의 자와 같은 선상에서 논하기 어렵다.

24) 이근식, "인공수정과 법률문제", 법조 제4호(법조협회, 1966), 22쪽; 이경희, 앞의 논문, 65쪽; 한봉희, 앞의 논문, 1987, 25쪽. 신의칙상의 이유로 부정한 최근 판례로는 대구지방법원 2007. 5. 24. 선고, 2006드단22397 판결. 동지의 국내판례로는 서울가정법원 1983. 7. 15. 선고, 82드5134; 서울가정법원 1983. 7. 15. 선고, 82드5110・83드1226; 서울가정법원 1986. 1. 15. 선고, 85드5884; 서울고등법원 1986. 6. 9. 선고, 86르53. 동지의 프랑스 판례로 Tribunal de grande instance de Bobigny, le 18 janvier 1990, D. 1990, 332, note Saujot 참조.

25) Scheinvater에 대한 번역이다. 조미향, "친생부인의 소에 관한 비교법적 고찰", 가족법연구 제11호(한국가족법학회, 1997), 190쪽, 종전에는 가부라는 표현이 있었다.

제3자의 정자로 인공수정을 함에 한 동의는 책임이 중대한 의사표시로 인공수정 이후에는 취소할 수 없는 결정이라고 한다.[26] 그렇다면 이러한 취소할 수 없는 결정을 한 부가 다시 이러한 배제된 취소권의 행사로 친생부인의 소를 제기하는 것은 '자신의 선행행위에 반한 반격'(venire contra factum proprium)으로 허용되지 아니하거나 금반언(Estoppel) 원칙에 반하는 권리남용이라는 것이다.[27] 외국을 살피더라도 명문으로 친생부인을 배제하는 스위스 등의 국가가 있고[28] 미국에서도 판례 등을 통하여 부가 일단 동의한 경우 그 인공수정자에 대하여 친생부인권을 행사할 수 없다고 규제하는 것을 비교법적으로 주장한다.[29] 또한 민법 제846조가 부의 친생부인권을 규정한 입법 취지나 승인에 따른 친생부인권 포기이론을 통하여 이론적 근거를 마련하고 있다.[30]

---

26) 일본에서도 이러한 동의가 어떠한 의미인가에 관하여, 적출성 승인의 의사표시 정도라는 설(鈴木禄弥, 親族法講義(創造社, 1988), 123쪽)과 적출성 승인 이상의 강한 의사표시라는 설(中川高男, 親族・相続法講義(新版)(ミネルヴァ書房, 1995), 194쪽), 적출부인권 포기의 의사표시라는 설(野田愛子, 現代家族法―夫婦・親子(日本評論社, 1996), 149쪽)의 대립이 있다.

27) 한봉희, "인공수정자와 법률문제", 정범석 교수 기념논문집(1977), 337쪽.

28) 스위스 민법 제256조 제3항, "부는 제3자를 통한 임신에 동의한 경우 소를 제기할 수 없다(Der Ehemann hat keine Klage, wenn er der Zeugung durch einen Dritten zugestimmt hat).

29) 미국의 경우 In re Marriage of Buzzanca, 72 Cal. Rptr. 2d 280(Cal. Court of Appeal, 1998. 3. 10).

30) 정연욱, 앞의 논문, 71쪽. 제3자의 정자를 이용하여 출생한 인공수정자에 대하여 부가 적출부인청구를 한 사안에서 남편이 아내의 인공 수정에 의한 임신, 출산을 승인하였다거나 자기의 적출자식으로서 승인하였다고 인정할 수 없다는 이유로 그 청구를 인용한 일본 판결(大阪地方裁判所 第11民事部 平成９年(タ)第242号 判決)은 친생부인권 포기이론을 차용한 듯한 취지로 해석될 수 있다. 결국 그 승인이 있었는지 여부는 사실인정의 문제라고 할 것이다. 이에 관한 평석은 早野俊明, "人工授精子の摘出推定(平成10. 12. 18 大阪地判)", アルテスリベラレス(岩手大学人文社会科学部紀要 68(2001), 189-195쪽. 친생자추정을 부정하고 친양자설정이론을 취한다면 친생부인권의 문제는 처음부터 논할 필요가 없다. 이제정, "친자관계확인소송의 심리상 주요 논점", 재판자료; 가정법원사건의 제문제 제101집(법원도서관, 2003), 455쪽 참조.

4.2.3 판례[31)]

"…피고가 원고의 정자에 의해서가 아니라 A가 1995. 8. 8. 00의료재단에서 다른 사람의 정자를 공여받아 인공수정을 통하여 출생한 사실은 앞서 살펴본 바와 같다. 그러나, 을 제1, 2호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고는 A와 같이 00의료재단을 방문하여 진단을 받은 결과 무정자증으로 인하여 원고와 A와 사이에는 임신이 불가능함을 알고 1995. 7. 14. A가 다른 사람의 정자를 공여받아 인공수정을 하는 것에 동의하면서, 인공수정으로 태어난 출생아를 정상적으로 양육하고, 도덕적・사회적・법적 문제를 포함한 모든 책임을 지기로 한 사실, 그 후 인공수정을 통하여 피고가 출생한 사실을 인정할 수 있고, 달리 반증이 없다.

위 인정사실에 의하면, 비록 원고와 피고 사이에 혈연에 의한 부자관계가 성립되지 않는다고 하더라도, 원고는 처인 A가 다른 사람의 정자를 공여받아 인공수정을 통하여 피고를 출산하는 것에 동의하면서 법적 문제를 포함한 모든 책임을 지기로 하여 피고를 자신의 자로 인정하였다고 봄이 상당하므로, 그 후 A와 이혼하였다고 하여 다시 피고에 대한 친생을 부인하는 것은 신의칙에 반한다…."

4.3 검토

(1) 먼저 민법 제846조가 규정한 부의 친생부인권의 입법 취지는 부의 비배우자 사이의 인공수정자에 대한 친생부인권을 부정하는 근거가 되기 어렵다. 과거에는 동 규정을 혈통 절대 존중에 기초를 둔 것이라기보다는, 오히려 자의 지위 보호에 중점을 두고 있다고 평하는 견해[32)]가 있었으나, 관련 조항인 민법 제847조를 헌법재판소가 판단함에 부의

31) 대구지방법원 가정지원 2007. 8. 23. 선고, 2006드단22397 판결. 2007. 9. 13 당심 확정.

32) 한봉희, 앞의 논문, 1987, 25쪽.

자의 인정은 최소한 자신의 자임을 모르는 상태에서 결정권을 부여해서는 아니 된다는 취지가 판시된 지금은 혈통주의와 자의 지위 보호의 조화에 근거한다고 보아야 하므로 입법 취지만으로 친생부인권을 부정하기에는 부족하다.

(2) 신의칙에 의하여 친생부인의 소를 제기할 수 없다는 주장 또한 이를 가족관계에 일정 부분 원용이 가능하다고 하더라도, 신의칙 등 일반원리의 적용은 보충적으로 하여야 함이 원칙인 점, 특히 상속법과 같은 재산관계 이외의 가족관계에서 이를 적용하는 것은 극히 신중할 필요가 있어 만연히 이를 주장하기에는 부적절한 점이 있다는 것은 차치하더라도, 공적 기록인 가족관계등록부 상 당사자들은 부자관계로 남아 있을 것인데, 그렇다면 그 남아 있는 당사자 사이의 관계는 무엇인가에 관하여 여전히 답하지 못하고 있다. 물론 친생부인권을 행사할 수 없어 부자관계로 인정할 수밖에 없겠지만, 신의칙만을 이유로 부자관계를 인정하여야 한다는 것은 그 근거가 부족하다.[33] 다음으로 비배우자간의 인공수정에 따른 자의 법률문제를 신의칙으로 다룬다면 결정적인 문제가 나타날 수 있는데, 부가 자를 부당하게 대우하는 경우가 발생하는 경우, 모 역시 민법 규정에 따라 부와 자 사이의 친생자관계를 단절할 친생부인권을 행사할 수 있다. 그렇다면 모에는 친생부인권이 인정되고, 부에게는 친생부인권이 인정되지 아니한다는 것이 되는데, 이는 가족법 체계 특성상 나타나는 획일적, 확정적 신분관계 규율 理想에 반하는 문제가 생긴다. 따라서 이러한 경우 모에게도 신의칙을 적용할 수 있는가를 재론하여야 하는 불편함이 있다.

(3) 승인에 따른 친생부인권 포기 이론을 동의한 비배우자 사이의 인공수정에 적용할 수 있다는 견해에 관하여는, 비배우자 사이의 인공

33) 이는 금반언의 원칙 적용을 주장하는 견해에도 동일한 논리로 반박할 수 있다.

수정에 대한 부의 동의가 '일반적' 친생부인권의 포기와 동일하다고는 볼 수 없지만 동의한 비배우자 사이의 인공수정에 목적론적으로 적용 가능하다고 해석할 여지는 있다. 그러나 민법 조문 해석상 승인에 따른 친생부인권 포기는 출산 후에 친생자임을 승인한 경우로 한정하여야 하므로 인공수정의 동의와 같은 사전적 동의에 이를 적용하는 것은 확장해석의 여지가 있다. 사전 동의가 친생부인의 포기로 귀결되는 것은 아니기 때문이다.

(4) 그렇다면 결국 부가 처의 유전자가 존재하는 아이를 자신의 아이로 가지고 싶다는 그 진의에 중점을 두어야 하고, '법률상 부'는 순수하게 생물학적 또는 유전적 관점에서 판단하는 것이 아니라 사회통념에 비추어 '법률상 부'의 개념을 결정하여야 변화하는 생식환경에 부합하는 기준이 될 것이다. '법률상 부'의 결정에 관한 사회통념은 자의 복지를 확보하고, 친족·상속법 질서와 조화를 꾀하는 관점뿐만 아니라 생식 보조 의료와 자연생식과의 유사성 정도, 생식 보조 의료의 사회적 수용 정도 등을 종합하여 검토하고 판단하여야 하지만, 거기에 더하여 부의 의지적 요소가 중요하게 작용한다고 할 것이다. 인공수정에 있어 부의 동의, 즉 의지적 요소는 입양이 아이의 탄생에 기여하는 바가 없는데 반하여, 인공수정에 따른 자의 탄생에는 생물학적 부의 역할과 마찬가지로 그 탄생에 절대적인 지배권을 가질 정도로 기여하는 바가 크다는 점을 고려하여야 할 것이다. 또한 그 동의는 다른 법률상의 동의와는 다른 특징이 있다. 이러한 동의는 부자관계 설정의사로 그 기여도의 절대성 때문에 취소할 수 없는 동의이고, 오히려 생물학적인 부자관계에 있어 부가 아님을 주장할 수 없는 것과 마찬가지로 이는 동의에 따른 법률상 부자관계를 해소할 수 없는 상태로 만드는 효력이 있다고 할 것이다. 그러므로 부의 친생부인의 인정 여부에 관하여 이러한 부의 부설정의사를 이유로 법률상 부자관계가 설정되었으므로 더 이상 이를

다투지 못한다고 평가하여야 부뿐만 아니라 모, 자 어느 누구도 친자관계를 부정할 수 없는 것이다.[34]

Ⅲ. 사실혼관계에서의 인공수정

1. 서울가정법원 2009드합13538 판결의 정리

1.1 사안의 개요

1.1.1 원고 3과 피고의 동거생활

피고는 A 대학교에 재학 중이던 2001. 7.경 컴퓨터 채팅을 통해 B 대학을 졸업하고 치과병원 실장으로 일하던 원고 3을 알게 된 후 2001. 9.경 만나기 시작하다가 그 무렵 피고가 거주하던 원룸에서 성관계를 하였고, 원고 3은 2001. 12.경 피고가 거주하던 원룸 부근 오피스텔로 이사하여 생활하였다. 원고 3은 2002. 2.경 임신중절수술을 하는 등 그 해 상반기에 두 번의 자연유산을 하였다.

피고는 뉴질랜드로 연수를 떠났다가 2003. 2.경 귀국하였고, 그 후부

34) 그러므로 부의 자에 대한 복지의 위협은 민법상의 친권박탈에 의해서만 가능하다. 부의 AID에 대한 동의가 법적 부자관계를 창설하는 면이 있는가에 관한 검토가 필요하다는 입장으로 本山敦, "非配偶者間人工授精子(AID子)と嫡出推定", ジュリスト1164 호(有斐閣, 1999), 139쪽. 비록 항소심(福岡高等裁判所 第4民事部 平成9年(ネ)제1160호 判決)에서 파기되었지만 남성이 자신의 아이가 아닌 자를 임신한 여성과 이를 알면서도 결혼하고 결혼생활 중 그 아이를 자신의 자로 인정하는 여러 가지 정황을 행한 경우, 단지 혈연적 관계만으로 부자관계를 부정하는 것은 타당하지 아니하다는 일본 판결(大分地方裁判所 民事第2部 平成6年(タ)제54호 判決)은 부의 의지적 요소가 혈연관계와 동등할 정도로 중요하다는 것을 시사 한다고 할 것이다. 국내에서 동의 그 자체에 의하여 부자관계를 설정하는 것으로 이론 구성하는 것이 논리적이라는 견해로는 송영민, 앞의 논문, 196쪽.

터 자신의 기숙사 또는 자취방에는 가끔 들르면서 원고 3의 거주지에서 2008. 12. 초경까지 동거생활을 하였다. 원고 3은 2007. 3.경 임신중절을 원인으로 한 자궁선근종 진단을 받은 바 있다.

피고는 2007. 5.경 원고 3과 함께 목포에 내려가 원고 3의 부모에게 인사를 드렸고, 2007. 6. 16. 목포에서 치러진 원고 3 아버지의 고희연에도 참석하여 가족들과 함께 사진을 찍었으며, 사람들이 언제 결혼식을 하느냐고 묻자 가능한 빨리하는 방향으로 하겠다고 말하였다. 피고는 2008년 봄경 원고 3과 함께 웨딩박람회에 다녀왔고, 원고 3에게 결혼식장에 대하여 모교 교수회관이 있으니 알아보겠다고 말하여 원고 3이 교수회관에 상담을 하기도 하였으며, 2008. 12. 4. 피고가 제안하여 함께 사주를 보러 다녀오기도 하였다.

1.1.2 동거생활 청산 경위

그런데 피고는 2008. 3.경 인터넷 채팅으로 C 대학 1학년에 재학 중이던 소외 1을 알게 되었고, 2008년 여름경부터 소외 1과 성관계를 맺으면서 관계를 지속하였는데, 소외 1은 피고에게 원고 3과 헤어지기를 종용하였다. 원고 3은 2008. 12.경 피고에게, 동거 중인 오피스텔의 임대차기간이 만료되니 결혼식을 하기 전 신혼집부터 먼저 구하자는 등의 말을 하였다. 그 후 피고는 피시방에 간다면서 동거 중인 오피스텔로 귀가하지 않았고, 원고 3에게 피고의 청주 집에 전세금을 가지러 내려간다고 하였다. 그런데 원고 3이 피고와 만나지 못하고 있던 중 소외 1이 2008. 12. 15. 마치 피고의 동생인 것처럼 가장하여 소외 2라는 이름으로 원고 3에게 수차례 전화하여, 원고 3은 결혼 예정임을 말해 주었다. 피고는 2008. 12. 17. 원고 3에게 피고의 부모가 결혼을 반대하여 정신이 없으니 당분간 목포에 내려가 있으라고 한 후 연락을 끊었다. 원고 3은 피고와 연락이 되지 않자 걱정하다가 치과병원에 휴직계를 제출하고 2008. 12. 23. 피고의 대학원 연구실을 방문하였고, 원고 3과 마주친 피고는 소외 1에게

전화한 후 원고 3과 함께 동거하던 오피스텔로 가서 목포에서 올라와 있던 원고 3의 어머니에게 집안 반대 때문에 결혼하지 못한다고 말하던 중, 소외 1이 위 오피스텔을 찾아와 피고를 데리고 나갔으며, 그 후 피고는 원고 3과 동거하던 오피스텔에서 퇴거하였다.

1.1.3 피고의 정자제공 경위 및 원고 3의 출산 등

그 후 피고는 원고 3에게 집안 반대로 결혼을 할 수 없으니 헤어지자고 하였고, 이에 원고 3은 2009. 1. 8. 피고 및 피고의 동생을 가장한 소외 1을 만났는데, 그 자리에서 원고 3은 피고에게 "하혈로 병원 처방을 받고 있는 중인데 자궁이 안 좋아지고 있으니 아기를 갖고 싶고, 만약 아기가 생기면 결혼을 반대하는 피고 부모님에게도 좋지 않겠느냐"고 말하여, 피고는 그렇게 해주겠다고 하였으나, 피고의 동생을 가장한 소외 1은 그 자리에서 절대 안 된다고 하였다. 피고는 원고 3에게 2009. 1. 16.까지 여러 차례에 걸쳐 휴대폰으로 원고 3의 건강을 걱정하는 메시지를 보냈다. 그 후 원고 3은 피고로부터 공증을 위해 2009. 1. 21. 변호사 사무실로 나오라는 연락을 받고 피고를 만나러 갔는데, 피고는 자신이 가져온 각서 초안을 보여주며 원고 3에게 그대로 받아 적으라고 하였다. 원고 3은 피고가 가져온 각서 초안에 헤어진다는 내용이 있어 이를 쓰지 않겠다고 거부하였으나, 피고가 각서를 쓰지 않으면 정자제공을 해 주지 않겠다고 하여 마지못해 피고가 부르는 대로 다음과 같은 내용의 각서를 작성하였고, 같은 날 이를 공증받았다.

<다음>

원고 3은 2009년 1월 23일 강남구 ○○○○병원을 통해서 피고에게 정자를 증여받는다(단, 정자제공은 3회까지 한다). 정자 제공을 했는데 건강하지 않은 경우에는 횟수를 요구하며 피고는 거기에 응하는 조건이어야 한다.

본인이 피고에게 정자를 증여받은 후 원고 3은 다음의 사항을 지킬 것을 약속한다.

- 원고 3을 비롯한 일가친척 및 지인은 피고를 비롯한 피고의 일가친척 및 지인에게 일체의 연락 및 접촉을 하지 않는다.

- 피고는 정자 증여 이후의 사건들(임신, 출산, 육아, 양육)에 있어서 어떠한 책임도 지지 않으며, 원고 3과 그 일가친척 및 지인들은 피고와 그의 일가친척 및 지인에게 어떠한 책임도 묻지 않는다. 이를 어길 시 원고 3은 피고가 원하는 어떠한 처벌이라도 받는다. (각서의 무효 여부를 떠나서 이것은 헤어지려는 의도이고 사실혼 그 자체는 해소되었다.)

피고는 각서에 따라 정자제공을 하였고, 그때마다 피고의 동생이라는 소외 1이 따라다니자 원고 3은 이를 이상하게 여기기 시작하였다. 원고 3은 피고가 제공한 정자로 2009. 3.경 시험관아기 시술에 성공하여 네쌍둥이를 임신하게 되었고, 의사로부터 선택유산을 해야 하므로 배우자의 동의가 필요하다는 말을 듣고 피고에게 연락하였으나, 피고와 다투는 과정에서 소외 1이 피고의 동생이 아니라 피고가 사귀어 오던 여자임을 알게 되었다. 피고는 그 무렵 배우자로서 선택유산에 동의하였고, 2009. 7.경 원고 3의 요청에 의해 양수검사동의서를 작성해 주기도 하였다. 원고 3은 2009. 12. 1. 원고 1, 2를 출산하였다. 원고 1, 2와 피고에 대한 유전자검사결과 피고가 원고 1, 2의 친부일 확률은 99.999999% 이상이다. 이에 원고 3이 원고 1, 2를 대리하여 피고를 상대로 인지청구를 하였다.[35]

35) 피고는 인공수정 시술로 아이를 낳기를 원하는 원고 3에게 정자만 제공한 사람으로서 불특정사람을 위해 정자를 정자은행에 기증한 사람과 다를 것이 없으며, 비배우자 간 인공수정(Artificial Insemination by Donor : 약칭 AID, 이하 'AID'라 한다)의 경우 원칙적으로 인공수정에 의해 출생한 자와 그의 생물학적 부(父) 사이에 법률상 친생자관계가 성립한다고 볼 수 없고 인지청구도 할 수 없으며, 생물학적 부(父)의 동의가 있는 경우에만 법률상 친자관계가 성립한다고 할 것이므로, 원고 3에게 정자를 제공할 당시 원고 1, 2의 부(父)가 될 의사가 없었던 피고에 대한 인지청구는 허용되지 않는다고 주장한다.

1.2 판결요지

(1) 인공수정이란 남녀 사이의 자연적 성행위에 의하지 않고 인위적인 시술에 의하여 수태하게 하는 것으로, 배우자의 정액을 사용하는 경우(Artificial Insemination by Husband: 약칭 AIH, 이하 'AIH'라 한다)와 비배우자의 정액을 사용하는 AID의 경우가 있다. AIH에 의하여 출생한 자의 친자관계는 자연적인 성결합 대신에 인공적인 기술이 사용되었을 뿐이어서 통상의 자와 마찬가지로서 민법 제844조에 의해 부(父)의 친생자로 추정받는다고 할 것이고, 사실혼 부부 사이에 AIH에 의한 출생자가 있으면 그 출생자는 모의 혼인 외의 자가 되나, 그 후 부부가 혼인신고를 하게 되면 민법 제855조 제2항에 기해 준정(準正)에 의한 혼인 중의 자가 된다고 봄이 상당하다. 이와 달리 AID의 경우, 남편이 인공수정에 동의한 경우에 한하여 AID에 의하여 출생한 자는 친생추정을 받는 혼인 중의 출생자가 되고 남편의 친생부인권이 부인되는 한편 AID에 의하여 출생한 자는 정자제공자가 불특정다수로서 그들이 정액을 제공한 후 정액의 행방을 구체적으로 알지 못할 것을 전제로 나중에 수정된 정자의 주인을 찾아 인지청구를 할 수 없다고 할 것이다.

(2) 이 사건의 경우, 위 가.항 기재 인정 사실에 의할 때 원고 3과 피고 사이에 사실혼 관계가 존재하였음을 인정할 수 있고, 정자제공자도 피고로 특정되어 있는 점, 피고가 배우자로서 선택유산 및 양수검사에도 동의한 점, 원고 3이 만약 피고와 혼인신고를 하게 되면 원고 1, 2는 민법 제855조 제2항에 기해 준정(準正)에 의한 혼인 중의 자가 되는 법률상의 지위에 있다는 점, 그럼에도 피고에게 원고 1, 2의 부(父)가 될 의사가 없었다는 이유만으로 원고 1, 2의 인지청구를 허용하지 않는다면 이는 부(父)의 일방적인 의사에 기해 사전에 자의 신분적 이익을 박탈하는 것은 물론 자의 인격의 독립성을 침해하는 것으로서 허용될

수 없다는 점 등을 종합하여 고려하면, 피고가 원고 3에게 정자를 제공하면서 이 사건 각서를 작성받은 사실만으로는 피고를 불특정다수를 위해 정자를 정자은행에 기증한 사람과 동일하게 보기 어렵다. 따라서 정자제공 당시 피고에게 부(父)가 될 의사가 없었다는 이유만으로 이 사건이 비배우자인 불특정 제3자의 정액을 통해 자녀를 출산한 AID의 경우와 동일함을 전제로 하는 피고의 주장은 이유 없다.

2. 사실혼 해소시기의 판단과 AIH 인정의 관계

2.1 대상 판결은, 사실혼은 주관적으로는 혼인의 의사가 있고, 또 객관적으로는 사회 통념상 가족질서의 면에서 부부공동생활을 인정할 만한 실체가 있는 경우에 성립한다고 할 것인데(대법원 1998. 12. 8. 선고, 98므961 판결 등 참고), 인정 사실에서 나타난 바와 같이, 피고가 2003. 2.경부터 2008. 12.경까지 약 6년간 원고 3과 동거하면서 여러 번 결혼의 의사를 표시하였고, 원고 3 아버지의 고희연에 참석하여 다른 직계비속들과 함께 가족사진을 찍는 등 사위처럼 행동하였으며, 원고 3의 부모를 비롯한 친척들에게 곧 결혼식을 할 것이라고 말했던 점, 실제로 원고 3과 피고가 결혼식 장소를 물색하고 사주를 보러 다녀오는 등 결혼식 준비를 하였던 점, 원고 3은 임신을 하면 피고 부모의 결혼 반대를 극복할 수 있으리라는 생각으로 피고에게 정자 제공을 요청한 것으로 보이는 점, 피고도 원고 3의 요청에 따라 정자를 제공하였고, 이 사건 각서와는 별개로 정자제공 무렵 피고가 원고 3에게 보낸 문자메세지의 내용은 매우 호의적이었던 점 등을 종합하여 고려하면, 원고 3과 피고는 주관적으로 혼인의 의사와 객관적으로 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있었다고 보는 것이 상당하다고 판시하였는데, 이는 판시 이유를 원용하여 인정할 수 있을 것이다.[36]

36) 다만 원고 3은 스스로 임신중절을 한 경우도 있고, 피고 역시 이 점에 관하여 특별히

2.2 또한, 대상 판결은 원고 3과 피고가 2008. 12.경부터 별거한 이후 사실혼관계는 파탄에 이르렀다고 평가하였는데, 사실혼의 해소시점에 관하여 분명한 언급이 없다. 만약 사실혼의 해소시기가 AIH 또는 AID 판단에 결정적인 영향을 미치는 것이라면 대상 판결 사안상 원고 3의 인공수정에 따른 임신 시까지는 사실혼의 해소가 있지 아니하고 사실혼관계 기간이었다고 평가하여야 할 것인데, 이는 사실혼관계의 해소시기에 관한 판례 및 학계의 일반적인 입장에 따르면 수긍하기가 어려운 점이 있다. 즉 사실혼관계는 사실상의 관계를 기초로 하여 존재하는 것이므로 당사자 일방의 사망과 사실상 이혼의 합의에 의하여 해소되는 것은 물론, 당사자 일방이 이를 파기하여 공동생활의 사실이 없으면 해소되는 것이다.[37] 이는 법률상 혼인이 협의나 조정 또는 재판에 의하지 않으면 해소될 수 없는 것과 구별되는 것으로, 사실혼 그 자체를 법률상 혼인에 준하여 보호하여야 한다는 주장만으로 사실혼 해소 시점까지 법률혼의 해소 시점에 관한 법리를 그대로 원용할 수는 없다. 그러므로 사실혼관계의 성립요건 중 하나가 일시적이 아니라 실질적으로 더 이상 회복의 가망이 없다고 인정되는 시점에서는 그 사실혼 파탄시기가 원칙적으로 사실혼 해소 시점과 일치한다고 보아야 할 것이다.

슬퍼하는 행태가 없었던 점, 원고 3의 부 고희연 참석에 따른 혼인의사의 표시는 연인관계라고 하더라도 충분히 그러한 행위와 발언을 할 수 있다는 점, 피고는 원고 3과 공동생활을 하는 오피스텔 외에도 따로 주거지가 있었던 점 등 위 사안이 일반적인 사실혼관계에 부합한다고 보기는 어려우나, 나머지 인정 사실과 우리 판례의 사실혼을 보호하려는 기조를 더하면 사실혼관계의 성립을 인정할 수 있다. 사실혼 보호에 관한 다양한 이론적 구성은 星野英一 / 編集代表、民法講座 7(有斐閣, 2012), 55쪽 이하 참조.

37) 주석 민법(친족 2)(한국사법행정학회, 2005), 490쪽. 일본에서도 다소 견해의 대립은 있으나 당사자가 일방적으로 파기하고 공동생활의 사실이 없게 되면, 손해배상책임의 문제가 발생할 뿐 사실혼 관계 자체는 해소되는 것으로 보고 있다. 谷口知平 / ほか編集代表、島津一郎・阿部徹 / 編, 新版注釈民法(22)(有斐閣, 2008), 269쪽; 近江幸治, 民法講義(7)親族法・相続法(成文堂, 2010), 48쪽.

2.3 그렇다면 대상 판결 사안에서 피고가 2008. 12. 23. 원고 3과 함께 동거하던 오피스텔에서 퇴거하고, 그 후 원고 3에게 집안의 반대로 결혼을 할 수 없으니 헤어지자고 얘기한 시점 즈음이나 혼인 의사가 분명히 사라진 각서 작성 시점에서는 사실혼의 해소가 이루어졌다고 하여야 할 것이다. 그러므로 사실혼의 해소시점을 기준으로 판단한다면 원고 3은 독신여성으로 AID를 통하여 인공수정을 하였다는 결론에 이르게 된다. 따라서 대상 판결이 피고의 AID에 근거한 주장은 받아들일 수 없다고 판시한 것을 검토하기 위하여 AID 또는 AIH에 있어 인지청구 인용 가능성을 먼저 살펴본다.

3. AID의 경우 인지청구가 가능한지 여부

3.1 인공수정의 시점에 사실혼 관계가 해소되었다고 보는 입장에서 대상 판결 사안을 살피면, 원고 3은 피고와 사실혼의 관계에 있었고 피고의 정자로 임신을 하였으므로, 앞서 Ⅱ.에서 살펴본 배우자가 있으나 다른 남성의 정자로 임신한 경우의 법률관계보다 오히려 독신녀가 인공수정에 따라 자를 출산한 경우의 법률관계와 유사하다. 독신녀가 인공수정을 통해 자를 출산하는 경우는 AID에 해당[38]한다. 정자제공자가 불특정한 제3자(정자 은행 등)일 수도 있고, 특정한 제3자(친구, 친척 등)일 수도 있다. 이 경우 친생모는 독신녀이고 친생부는 정자제공자일 것이지만, 인공수정자는 원칙적으로 독신녀의 혼인 외 자로 남을 것이다. 이때 그 출생자는 정자제공자를 수색하여 인지 청구할 수 있는지에

38) 독신녀에 대한 인공수정 허용 여부에 대하여는 부가 없는 출산이 예상되므로 자의 이익에 반한다는 점을 근거로 금지해야 한다는 견해가 다수이지만, 여성의 행복추구권에 자녀를 낳을 권리가 포함되며 독신녀도 입양할 수 있다는 점에서 긍정하는 견해(이경희, 앞의 논문, 47쪽)도 유력하다. 다만 아직 우리 사회에서는 의사 측에서 독신녀의 인공수정을 거부하고 있는데, 사안에서 배우자의 동의를 요구하는 것 또한 이러한 이유이다.

관하여, 정자제공자가 인공수정을 위하여 정자를 제공하는 행위 자체는 부가 되기 위한 통상의 행위와는 전혀 그 성질을 달리하고 또 정자제공자 자신도 그 당시 부가 될 의사가 없었음에도 친자관계를 인정하는 것은 타당하지 아니하다는 견해[39]가 있다. 이에 반하여 현대 친자법의 최대 이상인 '자의 복리'를 위해서는 양부모가 존재하는 것이 바람직하다는 점을 생각할 때, 정자제공자와 자 사이에 친자관계를 인정하여야 한다는 견해[40] 또한 있다.

3.2 생각건대 독신녀가 AID에 의해 자를 출산한 경우에는 그 동기, 독신녀와 정자제공자의 관계, 정자제공자의 자에 대한 태도 등 제반 사정을 고려하여 인지청구 가능 여부를 판단하여야 할 것인데, 특히 특정한 제3자인지 여부는 그 당부에 있어 중요한 판단요소이다. 이는 불특정 제3자가 부가 되려는 의사가 없이 정자를 제공하는 것과는 다른 면이 있기 때문이다. 불특정한 제3자는 정자제공이라는 단순한 기계적인 행위를 함에 그치지만, 특정한 제3자는 독신녀와의 관계를 통하여 자신의 행위 결과, 즉 자의 성장 과정을 지켜볼 수 있는 지위에 있으므로, 자와의 생물학적 부자관계를 부정할 수는 없다고 할 것이다. 이때 부의 부가 되지 아니하려는 의지적 요소는 위의 제반 사정에 비추어 형평에 반하는 의사가 되므로, 그 의사의 효과를 인정할 수 없다. 즉 AID에서 정자제공을 한 특정한 제3자의 의지적 요소는 인지청구 가능 여부를 판단하는 제반 사정에 따라 제한될 여지가 있다고 할 것이다.[41]

4. AIH의 경우 인지청구가 가능한지 여부

대상 판결 사안을 사실혼이 해소되지 아니한 경우로 보는 경우, AIH

39) 송덕수, 신민법강의(박영사, 2012), 1827쪽.
40) 김용한, 친족상속법(박영사, 2004), 191쪽.
41) 같은 취지의 견해로는 이경희, 앞의 논문, 48쪽.

로 출생한 인공수정자에게는 부의 동의 유무와 관계없이 민법 제844조에 따른 친생추정 법리가 적용된다. 모는 출산이라는 사실에 의하여 쉽게 확정할 수 있지만, 부가 누구인지는 쉽게 바로 확정하기가 어렵기 때문이다.[42] 그러므로 AIH 시술에 따라 출생한 인공수정자는 그 출생이 혼인성립 후 200일 후 또는 혼인 해소 후 300일 이내이면 민법 제844조 제2항의 적용을 받아 친생추정을 받는 혼인중의 자가 될 것이고, 그 출생이 혼인 성립 후 199일 이내면 친생추정을 받지 않는 혼인중의 자가 될 것이다. 대상 판결과 같이 사실혼 부부 사이에 AIH에 의한 출생자가 있으면 그 출생자는 '혼인외의 자'가 되나, 그 후 혼인신고를 하게 되면 준정에 의하여 '혼인중의 자'가 될 것이다.[43]

5. 검토

5.1 대상 판결은 사안이 AID인가 AIH인가의 문제를 사실혼 해소 시기 문제로 해결하지 아니하였다. 또한 원고 측이 인지청구를 하게 된 제반 사정을 살피긴 하였으나 위의 양자의 인공수정방법 중 어디에 해당하는지를 명확히 판시하지 아니하고, 다만 결론적으로 인지청구 인용이 가능하다고 말하여, 동 사안을 AIH에 가까운 것으로 판시하였다고 추론할 뿐이다.[44] 그러나 AIH와 AID의 구별은 위에서 살펴본 바와 같이 친자관계설정에 있어 법률관계가 달라지는 면이 있으므로, 그 기준을 명확히 할 필요가 있다. 따라서 AIH와 AID의 구별기준 역시 법률상 부의 판단 기준과 마찬가지로 생물학적인 부분을 기준으로 부의 의지적 요소를 더하여 평가하여야 할 것이다. 다만 이러한 기준에 따르

42) '어머니는 항상 확실하지만, 아버지는 항상 불확실하다(mater semper certa est, pater semper incertus est)'라는 법언이 이를 말한다.

43) 이경희, 위의 논문, 36쪽.

44) 이와 같은 취지로 해석한 견해로는, 송재일, "사실혼관계의 해소를 조건으로 한 인공수정의 법률관계", 가족법연구 제26권 제1호(한국가족법학회, 2012), 57쪽.

면 대상 판결에서의 피고는 그 의사에 비추어 원고 측의 부가 되지 아니하여야 할 것인데, 판례의 취지를 추론하면 원고 측의 인지청구가 인용되어 원고 1, 2와 피고는 부자관계가 설정되었다고 할 것이므로, 이는 위와 같이 子의 성장 과정을 지켜볼 수 있는 지위에 있는 者는 제반 사정에 비추어 자신의 행위에 반하는 주장을 하는 것이 형평에 반하는 경우에는 그 의지적 요소만으로 자신이 부가 되려는 의사가 없었다는 주장을 할 수 없다는 보충적 기준을 시사한 것으로 보인다. 그렇다면 대상 판결 사안은 사실혼 해소 시점과 별개로 AIH로 다루어 판단하여야 할 것이며, 이러한 점에서 대상 판결의 결론은 타당하다.

5.2 다만 판결에 아쉬운 것은 사실혼 해소 시점을 적용한다면 이는 AID에 해당한다고 할 것인데, AID의 경우에도 대상 판결과 같이 정자 제공자와 모가 특정 관계에 있고, 제반 사정을 살펴 인지청구가 가능하다고 인정된다면 부자관계가 설정될 수 있음을 밝히는 데까지 나아가지 못한 점이다. 판결의 중요한 목적이 구체적 분쟁의 종국적 해결에 있음을 알고 있다는 것으로 자위한다. AID로 인공수정을 하려는 여성과 그와 특정관계에 있는 정자제공 남성 간에 정자제공자는 태어날 자에 대한 부가 아니라는 합의를 한 경우라면 어떻게 하여야 하는가는 다소 다른 차원의 문제인데, 이러한 경우라고 하더라도 남성이 특정되는 경우에는 그 제반 사정에 비추어 합의 당사자 의사만으로 부자관계를 부인할 수 없다고 보는 것이 가족법상 신분의 획일적 규율성에 부합할 것이다. 또한 태어날 자의 복리 등을 고려하더라도 위와 같이 보는 것이 타당한데, 당사자 사이에 그러한 합의가 지속적으로 유지된다면 굳이 일방 당사자가 상대방에게 인지청구 등을 하여 부자관계를 확인할 이유가 없어 법률적 문제는 개재되지 아니할 것이라는 현실적인 이유도 있다. 결국 특정한 관계에 있는 자들 간의 인공수정은 그 합의 또는 부의 부가 되지 아니하려는 의지적 요소만으로 부자관계를 부정할 수 없다.

Ⅳ. 나오며

인공생식기술의 발달은 불임으로 고통받고 있는 부부에게 인공수정을 통하여 자녀를 가질 기회를 주어 긍정적인 모습으로 다가왔지만, 한편 현대 가족법으로 해결하기 어려운 복잡한 법률관계 또한 발생시켰다. 특히 부자관계에 있어서 위에서 살펴보았듯이 AID의 경우 남편의 동의가 있었는지에 따라 태어난 子가 불안정한 지위에 놓이게 될 우려가 있기 때문에, 먼저 정자제공을 받을 것에 동의한 부부가 정자제공을 이용하여 子를 얻은 경우, 유전적으로 관련이 없어도 子의 복리를 위하여 남편은 그 아이의 父인 것을 부정할 수 없도록 하는 규정의 법률을 제정하는 것이 근본적인 해결방안이지만, 지금의 가족법 원리에 따르더라도 충분히 부의 의지적 요소인 부자설정의사를 부자관계형성의 중요한 판단요소로 고려한다면 충분히 이를 극복할 수 있음을 강조한다. 다만 이러한 부자설정의사 또한 형평에 반하는 형식으로 나타나는 경우, 즉 특정관계에 있는 남성으로서 자신의 정자제공에 따른 자의 탄생에 동의하면서도 부가 되려는 의사는 부정하는 방법을 취하는 경우에는 그 의지적 요소가 제한되는 형태가 될 것인데, 이 점이 바로 의지적 요소의 한계라고 할 것이다. 다만 이를 판단하기 위해서는 AID를 통해서라도 자를 낳으려는 여성의 동기, 그 여자와 정자제공자의 관계, 정자제공자의 자에 대한 태도 등 제반 사정을 살펴 결정하여야 하는 것은 당연하다.

(투고일 2013년 12월 30일, 심사(의뢰)일 2014년 1월 16일, 게재확정일 2014년 2월 21일)

주제어 : 보조생식기술, 친생추정, 부의 결정기준, 부자관계설정의사, 의지적 요소

참고문헌

1. 단행본

김용한, 친족상속법, 박영사, 2004.

법무부, 법무자료총목록 제79집, 인공수정의 법리, 법무부, 1987.

송덕수, 신민법강의, 박영사, 2012.

주석 민법(친족 2), 한국사법행정학회, 2005.

星野英一 / 編集代表、民法講座 7, 有斐閣, 2012.

近江幸治, 民法講義 (7) 親族法・相続法, 成文堂, 2010.

谷口知平 / ほか編集代表、島津一郎・阿部徹 / 編, 新版注釈民法(22), 有斐閣, 2008.

鈴木禄弥, 親族法講義, 創造社, 1988.

中川高男, 親族·相続法講義＜新版＞, ミネルヴァ書房, 1995.

野田愛子, 現代家族法—夫婦·親子, 日本評論社, 1996.

Dagmar Coester-Waltjen, *Die kunstliche Befruchtung beim Menschen -Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten B zum 56. Deutschen Juristentag Berlin 1986*, C.H.Beck, 1986.

2. 논문

권재문, “보조생식시술에 대한 표현부의 동의의 의미와 효과”, 동아법학 제43호, 동아대학교 법학연구소, 2009, 329-359쪽.

김민중, “인공수정에 의한 자의 출산의 법률문제”, 법학연구 제19집, 전북대학교 출판부, 1992, 91-137쪽.

김은애, “비배우자간 인공수태시술에 따른 부모확정의 법적 문제에 관한 소고”, 법학 논집 제14권 제1호, 이화여자대학교, 2009.

51-86쪽.

송영민, “인공수정에 있어서 부의 동의의 법적 성질”, 가족법연구 제21권 제1호, 한국가족법학회, 2007, 187-212쪽.

송재일, “사실혼관계의 해소를 조건으로 한 인공수정의 법률관계”, 가족법연구 제26권 제1호, 한국가족법학회, 2012, 25-70쪽.

양수산, “인공수정자와 관련되는 법률상의 문제점 연구”, 가족법연구 제3호, 한국가족법학회, 1989, 93-134쪽.

윤진수, “보조생식기술의 가족법적 쟁점에 대한 근래의 동향”, 서울대학교 법학 제49권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2008, 66-96쪽.

이경희, “인공수정자의 친자법상 지위”, 가족법연구 제2호, 한국가족법학회, 1988, 27-51쪽.

이근식, “인공수정과 그 법률문제”, 법조 제15권 제4호, 법조협회, 1966, 14-23쪽.

이제정, “친자관계확인소송의 심리상 주요 논점”, 재판자료; 가정법원사건의 제문제 제101집, 법원도서관, 2003, 417-483쪽.

이현수, “프랑스 생명윤리법상 생명 및 건강과학을 위한 국가윤리자문위원회(CCNE)의 법적 지위”, 일감법학 제16호, 건국대학교 법학연구소, 2009, 353-376쪽.

정연욱, “인공수정과 그 법률문제”, 법조 제35권 제5호, 법조협회, 1986, 49-78쪽.

한봉희, “인공수정자법의 연구”, 법학연구 제14집, 전북대학교 법학연구소, 1987, 1-35쪽.

한봉희, “인공수정자와 법률문제”, 정범석 교수 기념논문집, 1977, 323-340쪽.

한삼인/김상헌, “사후수정자(死後受精子)의 인지청구에 관한 연구: 일본 最高裁判所 第二小法廷 2004年 (受)1748號의 평석을

중심으로", 경희법학 제48권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2013, 129-156쪽.

早野俊明, "人工授精子の摘出推定（平成10. 12. 18 大阪地判", アルテス　リベラレス(岩手大学人文社会科学部紀要) 68, 2001, 189-195쪽.

花元彩, AID子の法的親子關係 : -アメリカにおける夫の同意の立證をめぐつて, 比較法研究 74권, 有斐閣, 2012, 298쪽.

田中通裕, "人工授精子の嫡出推定と親権者指定", 判例タイムズ 1009, 判例タイムズ社, 1999, 89-92쪽.

吉田邦彦, "人工生殖に關する最近の最高裁裁判例 (凍結精子による死後生殖事例及び代理母事例) について : 札幌身分法·家事實務研究會の紹介を兼ねて", 判例タイムズ 1371号, 判例タイムズ社, 2012, 67-76쪽.

前田達明, "人工受精子の法的地位", 判例タイムズ 537, 1984, 7-8쪽.

岩志和一郎, "AIDによって生まれてきた子の身分關係 : 日本と西ドイツの比較を通じて", 判例タイムズ 709, 判例タイムズ社, 1989, 49-60쪽.

渡邊泰彦, "性別の取扱いを變更した夫の妻が非配偶者間人工授精(AID)により出産した子の嫡出出産届", 法學セミナ-(增刊)速報判例解說 제12권, 日本評論社, 2013, 121-126쪽.

棚村政行, "夫の同意を得て第三者から精子の提供を受け出生した人工授精子について父母が離婚した　後に親權者をめぐって爭われ, 母親が親權者に指定された事例", 判例タイムズ 1036(平成11年度 主要民事判例解說), 判例タイムズ社, 2000, 154-156쪽.

本山敦, "非配偶者間人工授精子(AID子)と嫡出推定", ジュリスト 1164호, 有斐閣, 1999, 136-139쪽.

Daniel gruenbaum, “Foreign Surrogate Motherhood: mater semper certa erat”, *American journal of comparative law* 제60권, 2012, 475-506쪽.

Elizabeth L.Gibson, “Artificial Insemination by Doner: Information, Communication and Regulation”, *Journal of Family Law* 제30권, 1991-1992, 1-44쪽.

Marcelo de alcantara, “Surrogacy in Japan: Legal Implications for Parentage and Citizenship”, *Family court review* 제48권, 2010, 417-430쪽.

[Abstract]

Capabilities and Limitations of Intention to set up Father-child Relationship in the Judgment of Decision Standard of Paternity

Sang-Hun Kim*

In case of our country, it's difficult to find the precedence of giving clear judgment of the decision standard of paternity; nevertheless, looking into how the legal principle evaluates the volitional element like the intention of becoming a father, or a father's consent when the precedent decides on paternity will be a reference in arranging the decision standard of paternity consequent on test-tube reproduction; in this context, consideration of this issue will be a meaningful research.

Accordingly, this paper looked into how a father's volitional element equal to the existence or non-existence of the intention of setting up a father-child relationship works on deciding on paternity consequent on artificial insemination, and what is the limit to the function of a father's volitional element through the representative precedents. In case of an artificial insemination donor(hereinafter, "AID"), especially in a father-son relationship, there follows the concern that a new baby might be in an unsafe position depending on a husband's consent to artificial insemination; therefore, in case a couple, who consented to getting sperm donation first, has a baby using sperm donation, the enactment of the law providing that

* Law clerk in Gwangju High Court of Justice

the relevant husband cannot deny paternity of the baby is the task that should be preceded for the baby's welfare though it is not related genetically; nevertheless, this paper puts emphasis on the fact it's possible to fully surmount this problem only if the legal system can fully think of the intention of establishing a father-child relationship, which is a volitional element of paternity, as an important judgment factor in father-child formation even if following the present family law principle.

Nevertheless, in case such an intention of father-child establishment appears in an inequitable form, or in case a man in a specific relationship takes a method of denying his intention of becoming paternity even while consenting to the birth of a baby consequent on donation of his own sperm, it becomes the form restricted in the volitional element, which is the very limit in a volitional element.

Key Words : assisted reproductive technology, presumption of paternity, judgment of the decision standard of paternity, intention of setting up father-child relationship, volitional element