

보조생식술에 의해 출생한 자녀의 법적 지위와 친족관계*

-독일의 보조생식술에 의한 친자관계의 법률문제와 시사점을 중심으로-

Legal Status and Kinship of Children Born through Assisted Reproductive Technology

-Focusing on Legal Issues and Implications of
Paternity Through Assisted Reproductive Technology
in German Law-

조 은 희**

Cho, Eun-Hee

목 차

- | | |
|--------------------------------|---------------------------------|
| I. 머리말 | III. 우리나라의 인공출산에 의한 친자관계 |
| II. 독일 보조생식술에 의한 입법과 판례의
동향 | 의 판례 동향과 독일법이 주는 시사점
IV. 맺는말 |

우리나라와 독일은 혼인연령이 높아지고, 가임기 여성과 남성의 연령이 높아감에 따라 출산을 위한 생식 가능성이 낮아지고 있으며, 이로 인해 점차적으로 인공수정에 의한 출산의 수요가 증가하고 있다. 우리나라는 법률혼 및 사실혼 부부(2019년 이후)에게 보조생식술을 허용하고 있으며, 보조생식술은 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」, 「보조생식술 윤리지침」 등에 의해 시행되고 있다. 그러나 보조생식술에 의한 출생자가 적지 않음에도

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2023..56.487>

투고일: 2023. 11. 30. / 심사완료일: 2023. 12. 26. / 게재확정일: 2023. 12. 31.

* 이 논문은 2023학년도 제주대학교 교원성과지원사업에 의하여 연구되었음.

** 제주대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

Professor, Dr. jur., Law School at Jeju National University

불구하고, 아직도 민법이나 특별법에서 인공출산에 의한 친자관계를 규율하는 규정을 두고 있지 않다. 독일의 경우 혼인한 부부(동성·이성), 등록된 생활 파트너(동성), 동거커플(동성·이성) 그리고 독신여성 등 인공수정을 폭 넓게 허용하고 있으며, 이들의 가족법상의 친자관계를 법으로 규율하고 있다. 또한 독일은 난자기증과 대리모 출산을 법으로 금지하고 있으나 일단 출생한 자의 친자관계는 이와 분리해서 판단하고 있다. 이는 대리모 금지의 일반 예방적 사고만을 강조하다 보면 결과적으로 대리모에 의해 출생한 자녀에게 불이익을 가져올 수 있다고 보기 때문이다. 본 논문에서는 독일의 보조생식술에 의한 친자관계의 법률문제의 입법과 판례의 동향 그리고 현재의 상황에서 논의되고 있는 문제점 등을 검토하였다. 아울러 현재 우리나라 판례에서 최근 쟁점이 되는 사항을 부자관계, 모자관계, 대리모로 분류하여 이에 대한 쟁점적 사항을 논하고, 독일법이 우리에게 주는 시사점이 무엇인가를 검토 하였다.

[주제어] 보조생식술, 인공출산, 대리모, 생명윤리법, 재생산의학, 인공수정

I. 머리말

혼인연령이 높아가고, 가임기 여성과 남성의 연령이 높아감에 따라 출산 가능성은 낮아지고 있다. 부부의 무자녀에 대한 통계에 따르면, 기혼여성 중 무자녀 여성의 비중이 2010년 4.4%(67만명)에서 2020년 8.4%(139만명)로 4.0% 증가하였다.¹⁾ 부부가 의도적으로 자녀를 낳지 않는 경우도 있으나 자녀를 원하지만 자녀가 없는 경우도 다수에 이를 것이다. 독일의 경우 통계에 따르면 일곱 명의 부부 중 한 쌍은 이미 무자녀 상태이고, 자녀를 원하지만 자녀가 없는 경우 보조생식술을 통해 부모가 되고자 하는 이들의 수도 점점 증가하고 있다.²⁾ 우리나라의 경우에도 건강보험심사평가원의 자료에 따르면 정부의 난임 의료비 지원을 받아 보조생식술로 태어나는 신생아의 수는 2020년 2만8699명으로 증가하였으며, 이들은 전체 신생아 수의 10.6%를 차지한다.³⁾

1) 연합뉴스, “자녀 없는 기혼여성 8.4%...10년새 약 2배로 늘어(종합)”, 2021. 12. 24, <<https://www.yna.co.kr/view/AKR20211224066851002>>, 검색일: 2023. 4. 25.

2) Bundesministerium fuer Familie, Senioren, Frauen und Jugend, “Ungewollte Kinderlosigkeit 2020”, <<https://www.bmfsfj.de/resource/blob/161018/b36a36635c77e98bcf7b4089cd1e562e/ungewollte-kinderlosigkeit-2020-data.pdf>>, 검색일: 2023. 4. 25.

3) 중앙일보, “올해 신생아 8명 중 1명 ‘난임시술’로 탄생...2년새 3배로”, 2021. 07. 14, <<https://www.joongang.co.kr/article/24104933#home>>, 검색일: 2023. 4. 25.

현재 보조생식술은 난임 부부나 사실혼 부부(2019년 이후)에게 허용되고 있으며, 「생명윤리 및 안전에 관한 법률(이하 생명윤리법으로 약칭함)」에서 이를 규율하고 있다. 「생명윤리법」 이외에도 「생명윤리 및 안전에 관한 법률 시행령」 및 「생명윤리 및 안전에 관한 법률 시행규칙」, 「보조생식술 윤리지침」(2021. 1. 1.) 등은 생명윤리법에서 위임된 사항과 그 시행에 필요한 사항을 규정하고 있다. 이들 법규에 따라 난임 부부는 정자 혹은 난자를 기증받아 체내 혹은 체외 인공수정을 하여 자녀를 출산한다. 한편 「보조생식술 윤리지침」에서는 대리모 시술도 일정한 조건하에서 가능하다.

이렇듯 보조생식술에 의한 출산이 적지 않음에도 불구하고, 우리나라는 이들의 친자관계를 규율하는 규정은 없는 상태이다.⁴⁾ 독일의 경우 독일의 「배아보호법」 제1조 제1항 제7호(Das Embryonenschutzgesetz)에서 난자기증을 금지하고 있으며, 「입양의 알선 및 감독에 관한 법률 및 대리모의 알선 금지에 관한 법률」 제13조a(Gesetz über die Vermittlung und Begleitung der Adoption und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern, 이하 대리모알선금지법으로 약칭함)에서는 대리모 출산을 금지하고 있다. 그럼에도 불구하고 독일 민법에서는 보조생식술로 인하여 출생한 자녀에 대한 친자관계와 관련된 규정을 두고 있다. 동성혼의 인정 이후 그 허용범위가 확대되면서 이성 및 동성혼 부부, 등록된 생활 파트너커플(동성)(이하 생활파트너로 약칭함), 이성 혹은 동성 비혼 동거 커플, 독신여성 등 보조생식술을 폭넓게 인정하고 있다.⁵⁾ 또한 보조생식술로 인해 출생한 자녀를 입양해야 하는 상황에서 출산한 모의 배우자 혹은 상대 파트너가 자녀를 공동으로 입양하거나 혹은 계자녀 입양을 할 수 있도록 입양법을 개정하였으며, 무엇보다도 대리모출산이 금지되고 있음에도 불구하고 이와는 별개로 독일 민법에서는 대리모의 보조생식술로 인해 출생한 자에 대한 친자관계를 규정하고 있다.

우리나라도 현재 보조생식술로 출생하는 신생아가 적지 않고, 앞으로 더욱 증가할 수 있다는 점에서 인공수정으로 출생한 자녀와 관련된 친자관계에 관한 사항을 입법화하는 작업이 필요하다. 이러한 관점에서 본 논문에서는 독일의 인공출산에 의한

4) 제17대 국회에서 3개의 법률안이 제출된다 바 있다: 체외수정 등에 관한 법률안(2006. 4. 29. 박재완 의원 대표발의); 의료보조생식에 관한 법률안(2006. 10. 19. 양승조 의원 대표발의); 생식세포 등에 관한 법률안(2007. 11. 6. 정부 발의안). 이는 2008년 제17대 국회의회의기 만료로 폐기되었다.

5) Die Kinderwunschärztin, “Single-Frauen mit Kinderwunsch: Erfüllen Sie sich Ihren Traum vom eigenen Baby!”, <<https://kinderwunschaerztin.de/kinderwunsch/single-frauen-mit-kinderwunsch>>, 검색일: 2022. 7. 23; 파트너가 없는 독신 여성이 인공수정을 할 수 있는 전제조건은 독신여성의 어머니나 친구 등 공동으로 자의 양육비를 지불할 수 있는 자가 있어야 한다.

친자관계의 법률 규정 및 이와 관련된 판례의 동향을 살펴보고자 한다. 독일의 보조생식술에 의한 친자관계에 대한 법률문제는 그 허용범위가 넓기 때문에 사실상 이에 대한 검토는 방대하고 복잡하다. 그러므로 이를 부자관계, 모자관계 그리고 대리모로 분류하여 독일에서 쟁점적으로 다루어지는 사항을 중심으로 검토하고자 하며, 아울러 현재 우리나라의 판례에서 최근 쟁점이 되는 사항에 대해서 논의하고 독일에서 검토한 내용을 바탕으로 이에 대한 시사점을 찾아보고자 한다.

II. 독일 보조생식술에 의한 입법과 판례의 동향

1. 보조생식술의 방법

재생산 의학에 있어서 보조생식술에 의한 인공출산의 유형은 배우자간의 인공수정(AIH), 비배우자간의 인공수정(AID), 난자 또는 배아기증(Eizell- oder Embryonenspende) 그리고 대리모(Leihmutter)를 통한 방법으로 분류할 수 있다. 배우자간의 인공수정은 남편과 처가 생식능력이 있으나 자연적인 성적 교섭을 통해 임신할 수 없어서 남편에게서 추출한 정액을 다시 처의 자궁에 주입하여 수정, 출산하는 것을 말한다.⁶⁾ 이러한 인공수정 이외에도 정자와 난자를 처의 몸 외부에서 수정시킨 후 모의 자궁에 착상시키는 방법이 있다. 이러한 인공수정 방법은 처가 남편의 정액에 의하여 자를 출산하는 것이므로 가족법적으로 크게 문제되지 않는다.⁷⁾

비배우자간의 인공수정은 남편이 생식불능인 경우 다른 남성의 정자를 기증받아 처의 자궁에 주입하여 수정하는 체내 인공수정을 하거나 혹은 처의 난자와 기증된 정자를 체외수정 하여 임신하도록 하는 방법이다. 이 경우 일반적으로 전문의료기관에서 실행되지만, 부부가 의료기관의 도움 없이 제3자로부터 사적으로 정자를 기증받아 직접 시술하는 경우도 있다. 독일에서는 이를 소위 ‘컵방법(Bechersmethode)’이라고 하는데,⁸⁾ 독신여성이나 여성 동성커플이 이 방법을 많이 사용한다.⁹⁾ 이유는 경제

6) Brigitta Lurger, *Deutsches und Europäisches Familienrecht*, Springer Verlag, 1999, S. 210, 211.

7) 윤진수, “보조생식기술의 가족법적 쟁점에 대한 근래의 동향”, 서울대학교 법학 제49권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2008, 88-92쪽 참조.

8) FERTILA, “Die Bechersmethode für künstliche Befruchtung”, <<https://fertila.de/die-bechersmethode-fuer-kuenstliche-befruchtung>>, 검색일: 2023. 6. 3.

적 비용을 절감할 수 있으며, 정자 기증자를 선택할 수 있기 때문이다. 비배우자간의 인공수정은 출산한 모의 상대방 파트너(여성이 될 수도 있음)와 자녀와의 관계 그리고 사적 정자 기증자와의 부권의 문제, 자의 알 권리 등의 법적 문제가 발생할 수 있다.

독일에서 난자기증 및 배아기증은 금지(「배아보호법」 제1조 제1항 제7호)되고 있기 때문에 여성이 출산을 위해서는 외국에서 난자나 배아를 기증받아야 한다. 이 때 여성은 유전적 모는 아니지만 아이를 임신·출산하므로 생물학적 모이다. 한편 독일 내에서는 대리모(Leihmutter)도 금지하고 있기 때문에(「대리모알선금지법」 제13조a) 대리모 출산은 해외에서 이루어진다.¹⁰⁾ 대리모는 처가 가임 능력이 없는 경우, 다른 제3의 여성이 대신해서 자를 출산하는 것이다.¹¹⁾ 대리모가 출산을 하는 경우에도 우선 처와 부의 난자와 정자를 체외수정을 하여 대리모의 몸에 이를 착상시켜 자를 출산하는 방법이 있으며, 이 경우 대리모는 자궁 혹은 출산대리모로 자와 대리모는 유전적으로 아무런 관련이 없다. 한편 대리모는 처의 난자와 제3자의 정자를 혹은 제3자의 난자를 기증받아 처의 남편이나 혹은 제3자의 정자로 체외수정을 하여 출산하는 것도 가능하다.¹²⁾ 대리모 출산이 여러 유형으로 매우 복잡한 문제를 발생시키는 데, 여기서 모는 유전적인 모와 난자를 기증받아 출산하게 되는 자궁 대리모로 분류된다. 유전적인 모(genetische Mutter)는 출생자의 법적 부모가 되기를 희망하는 부모로 난자를 제공하고 대리모로 하여금 출산에 합의한 후 법적 부모가 되기를 희망한 모이다.¹³⁾ 자궁 대리모는 자녀를 출산하는데 문제가 없는 여성으로 난자와 정자를 제공받아 출산한 여성으로 유전적인 모와는 다르다. 이 때 유전적 모와 대리모 간의 법적 문제가 발생할 수 있다. 남성인 동성부부(혹은 커플)의 경우 대리모의 도움으로 두

9) babyartikel, “Schwanger werden mit Samenspende”, <<https://www.babyartikel.de/magazin/schwanger-werden-mit-samenspende>>, 검색일: 2023. 6. 3.

10) 독일에서는 대체모(Ersatzmutter)의 개념하에 대리모(Leihmutter)를 다루고 있다. 과학적 논의에서 대리모와 대체모를 구분하는 것이 일반적이다. 대체모의 경우 여성은 의뢰한 부부의 남편(파트너)과 자연적인 성적 교섭을 하여 자를 출산하기도 하며, 일반적으로 대체모의 난자와 의뢰한 부의 정자를 체외수정하거나 혹은 대체모의 난자와 제3자의 정자를 제공받아 체외수정하여 자를 출산하기도 한다. 여기서는 대체모와 관련된 인공수정의 친자관계는 다루지 않기로 하겠다.

11) 처가 가임능력이 있는 경우에도 대리모를 선택하는 사례가 서구에서 증가하고 있으나 여기서는 이 문제를 다루지는 않겠다.

12) 김준원, “인공수정에 관한 법리적 연구”, 조선대학교대학원 박사학위논문, 1995, 105쪽.

13) 이창상, “대리모계약의 논란과 법적 문제점”, 경성법학 제14집 제2호, 경성대학교 법학연구소, 2005, 24쪽.

남자는 파트너 중 적어도 한 명과 유전적으로 관련된 자를 가질 수 있다. 이때 가족법적으로 모자 관계의 대리모 문제가 발생할 수 있다.

2. 부자관계

2.1 인공수정에 동의한 부와 자녀에 대한 양육책임의 문제

독일법상 법적 부가 될 수 있는 경로는 우선 자녀의 출생 시점에서 남성이 모와 혼인 관계에 있는 경우이다(독일 민법 제1592조 제1호). 보조생식술에 의한 인공수정에 있어서 모가 부의 동의하에 출산을 한 경우 부는 자동적으로 자의 부가 된다. 그러나 2002년 법이 신설되기 전에는 부가 출생한 자를 상대로 친생부인을 할 수 있는지에 대해서는 논란이 있었다.¹⁴⁾ 독일연방대법원은 비배우자간 인공수정에서 부의 동의 및 출생한 자에 대한 부성을 승인한다는 의사표시만으로 부의 친생부인권이 배제되지 않는다고 하였다.¹⁵⁾ 다른 판결에서는 부가 인공수정의 합의하에 출생한 자녀에 대해서 친생부인을 할 수 있으나 자녀에 대한 양육의무는 면할 수 없다고 하였다.¹⁶⁾

한편 학계에서는 부가 친생부인의 소를 제기하는 것이 부의 권리남용이라고 볼 수 없다는 판결을 비판하였다. 학자들은 부의 동의하에 출생한 자에 대한 친생부인은 신의성실의 원칙을 위반한 권리남용이라고 보았으며, 이에 친생부인권은 부정되어야 한다고 하였다.¹⁷⁾

결국 2002년 독일민법 제1600조 제2항(현행 제4항)¹⁸⁾이 신설됨으로 이전의 친생

14) Ulrike Wanitzek, *Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung*, Gieseking, 2002, 251ff.; Andreas Spickhoff, "Vaterschaft und konsentrierte Fremdinsemination", *ACP 197. Bd., H. 4*, Mohr Siebeck, 1997, S. 413ff.

15) BGHZ 87, 169; FamRZ 1983, 686.

16) BGHZ 129, 297; FamRZ 1995, 861: 이 판례에 대한 자세한 내용은 박신욱, "제3자 정자제공형 인공수정에 대한 동의가 갖는 친자법상 의미", 가족법연구 제35권 제3호, 한국가족법학회, 2021, 116-118쪽 참조.

17) Franz Harder, "Wer sind Vater und Mutter?", *JuS 1986*, C.H.Beck, 1986, S. 507ff.; Erwin Bernat, "Statusrechtliche Probleme im Gefolge medizinisch assistierter Zeugung", *MedR Vol. 4*, C.H.Beck/Springer, 1986, S. 247ff.; Klaus Schumacher, "Fortpflanzungsmedizin und Zivilrecht", *FamRZ 1987*, Gieseking, 1987, S. 313ff.

18) 2002년 신설된 독일민법 제1600조 제2항은 항이 변경되었는데, 2013-2017년까지는 동조 제5항, 2017년 8월부터는 동조 제4항에서 규정하고 있다.

부인권에 대한 논쟁은 입법을 통해 해결되었다. 즉, 현행 독일민법 제1600조 제4항은 모와 인공수정에 동의한 남성(부 혹은 파트너)은 부자 관계에 있어서 친생부인 (Anfechtung der Vaterschaft)이 배제되며,¹⁹⁾ 이로써 동의한 남성(부 혹은 파트너)은 부자 관계에 대해 이의를 제기할 수 없다. 부와 자의 법적 친자관계의 문제에 있어서 결정적인 기준은 ‘동의’이다. 독일민법 제1592조 제1호에 따라 인공수정에 동의한 부는 자동적으로 혼인 중에서 태어난 자녀의 부가 될 뿐만 아니라 동거 파트너의 경우에도 독일민법 제1592조 제2호의 부의 인지, 제1594조에 의한 부로 인정된다. 이 두 규정은 부와 자녀 간 유전적 관계가 없는 경우에도 형성된다. 이에 부는 부모의 역할을 포기할 수 없으며, 자녀에 대한 양육책임을 져야 한다. 기본적으로 자녀를 낳기로 한 결정은 유전적 혈통을 대신한다고 본다.²⁰⁾

이에 대한 입법에 있어서 무엇보다 중요하게 작용한 배경은 출생한 자에 대한 양육책임을 문제이다. 부모가 ‘아이를 낳기로 한 결정’과 양육책임을 국제적으로도 널리 받아들여지는 원칙이다.²¹⁾ 이것이 의미하는 것은 부모가 되고자 하는 친권에 대한 의지 혹은 의도를 보장하기 위해서는 최우선적으로 출생 후 아이를 실질적으로 양육할 준비가 되어 있어야 한다. 또한 국제적으로 부모는 안정적이고, 지속적으로 아이를 돌볼 수 있는 사람이다.²²⁾ 이러한 사람이 가능한 빠르게, 즉시 부모로 정해질 수 있을 때 자녀의 복리는 실현되는 것으로 보고 있다.

한편 정자 기증자에게도 이러한 부모의 동의와 양육책임을 원칙이 적용될 수 있다. 정자 기증자가 정자를 정자은행에 제공했다면 그는 부모가 될 의지도 없고, 양육을 부담할 준비도 의사도 없는 것이다. 그러므로 그는 자녀를 원하는 부와는 달리 자녀의 출생에 책임이 없으며, 법적인 부모가 될 수도 없다.²³⁾

19) Andreas Roth, “Der Ausschluss der Vaterschaftsanfechtung nach Einwilligung in die heterologe Insemination(1600 Abs. 2 BGB)”, *DNotZ Vol. 805*, C.H.Beck, 2003, S. 805ff.

20) Nina Dethloff, “Was will der Staat? Mutterschaft als Regelungsaufgabe”, in: Röhre/Heiderhoff(Hrsg.), *Regelungsaufgabe Mutterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?*, Wolfgang Metzner Verlag, 2016, S. 19, 21.

21) Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, *Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Essen 2016 Band II/1: Sitzungsberichte - Referate und Beschlüsse*, C.H.Beck, 2017, S. 29.

22) Nina Dethloff, a.a.O., S. 9, 17.

23) Anne Röhre/Martin Löhnig/Tobias Helms, *Ehe, Familie, Abstammung -Blicke in die Zukunft, Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht*, Wolfgang Metzner Verlag, 2010, 49, 59 ff.

2.2 동거커플의 부자관계에 있어서 인지의 문제

혼인하지 않은 커플의 경우 모는 부의 정자로 인공수정하거나 혹은 제3자의 정자를 제공받아 출산할 수 있다.²⁴⁾ 전자의 경우 부는 모의 동의를 받아(독일민법 제1595조 제1항) 자를 인지하면 자의 법적 부가 될 수 있다. 후자의 경우에도 부가 자의 생물학적 부는 아니지만 자를 인지함으로써 자의 법적 부가 될 수 있다. 문제는 현행 독일민법 제1600조 제4항에서 모와 인공수정에 동의한 남성(부 혹은 파트너)은 부자관계에 있어서 친생부인(*Anfechtung der Vaterschaft*)이 배제되지만, 만약 부가 자녀를 인지하지 않는다면 부자관계는 재판에 의하여 확인되어야 한다(독일민법 제1600조의d).

현행 독일민법 제1594조 제4항에서는 부가 자녀의 출생 이전에도 자를 인지할 수 있으며, 자녀에 대한 인지는 신분등록관청(*Standesämter*), 법원(*Amtsgerichte*), 청소년청(*Jugendämter*) 그리고 관계자의 참여하에 공증사무소(*Notar*)에서도 가능하다.²⁵⁾ 다만 이것만으로는 충분치 않다고 보는 의견이 있다. 이는 남성이 인공수정에 ‘동의’할 때 부로 정해져야 한다는 것이며, 이것이 입법화되어야 한다고 주장한다.²⁶⁾ 그러나 독일 내에서 혼인하지 않은 커플의 비배우자간의 인공수정에서 이를 허용하는 것에 대해서는 부정하는 견해도 존재한다.²⁷⁾

24) 2012년 이후부터 연방 가족·노인·여성·청소년부(Das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend)에서는 자녀를 원하지만 출산할 수 없는 동거커플에게도 경제적인 지원을 하고 있다. 여성은 25-40세, 남성은 25-50세로 연령을 제한하고 있다(Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, “Kinderwunschbehandlung für Unverheiratete”, <<https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/aktuelles/alle-meldungen/kinderwunschbehandlung-fuer-unverheiratete-111986>>, 검색일: 2023. 6. 3.

25) Tobias Helms, “Die künstliche Befruchtung in der notariellen Beratung”, *RNotZ 2012 Heft 4*, C.H.Beck, 2012, S. 144.

26) Tobias Helms, “Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft - Herausforderungen durch neue Familienformen. Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag”, Karsten Altenhain, *Verhandlungen des 71. DJT Essen 2016, Band 1: Gutachten*, C.H.Beck, 2016, F 18 f.

27) Gernhuber/Coester-Waltjen, *Familienrecht 6. Aufl.*, C.H.Beck, 2010, § 53 II 7; Muscheler, “Vaterschaft durch Anerkennung und Feststellung”, *FPR 2005 Heft 5*, C.H.Beck, 2005, 177-179.

3. 모자관계

3.1 모에 대한 규정

독일에서 모자관계는 “*mater semper certa est*”(모는 항상 자녀를 낳은 여성이다)라는 법언이 적용되었다. 그러나 1998년 친자법을 개정하면서 독일은 비로소 독일민법 제1591조에 ‘자녀를 출산한 여성은 모이다’라는 규정을 두게 되었다.²⁸⁾ 1997년 친자법 개정 이전까지 여성이 타인의 난자로 보조생식술을 통해 임신하여 자녀를 출산한 경우 그녀를 법적인 모로 인정할 것인지에 대해서 견해의 대립이 있었다. 출산한 여성이 법적 모라는 견해(다수설), 모에 의한 인지가 가능하도록 해야 한다는 견해, 출산한 여성이 법적 모로 인정되지만 자녀에 의한 친생부인의 소를 인정해야 한다는 견해, 그리고 모자관계부존재확인의 소를 인정하여야 한다는 견해 등의 소수설도 있었다. 그러나 결국 입법부는 독일민법 제1591조에 자를 출산한 여성을 모로 확정하고 이를 입법화함으로써 문제를 해결하였다. 입법부는 제정 당시 재생산 의학의 발전으로 인해 모가 난자 또는 배아 기증의 결과로 다른 사람의 수정란 세포를 받아 자녀를 출산할 수 있고, 이에 출산모와 유전모가 서로 다를 수 있다는 것을 알고 있었다. 그러나 입법부는 이를 무시하고 독일민법 제1591조를 제정하였다.²⁹⁾ 실제로 독일에서는 난자 기증 및 배아 이식 관련된 행위는 금지되고 있으며, 대리모 출산도 법으로 금지하고 있다. 그러나 난자 기증이 허용되는 해외에서 난자를 기증받아 출산할 수 있다. 유럽 난자기증을 허용하는 국가는 덴마크, 네덜란드, 벨기에, 스페인, 오스트리아 등이다. 결국 해외에서 난자를 기증받아 출산한 자는 독일민법 제1591조에 따라 법적 모가 된다. 반면 난자 기증자는 출산에 대한 책임도 없고 부모가 되려는 의지도 없으며, 부모의 권리를 포기한 자이다. 그러므로 이들의 권리는 인정되지 않으며, 이는 앞서 설명한 정자 기증자의 경우와 마찬가지로이다.

28) Wellenhofer, *Münchener Kommentar 7. Auflage*, 2017, BGB §1591 Rn. 3.

29) Marina Wellenhofer, *Familienrecht*, C.H.Beck, 2017, S. 271.

3.2 동성혼 부부 및 생활 파트너, 비혼 동성 커플 그리고 사적 기증자와 자녀와의 법적 관계

3.2.1 동성혼 부부 및 생활 파트너

독일은 2017년 혼인개방법(Eheöffnungsgesetz)³⁰⁾이 통과되면서 동성혼을 인정하게 되어 동성부부도 자녀를 입양할 수 있게 되었을 뿐만 아니라 인공수정을 통해 자녀를 출산할 수 있게 되었다. 동성혼이 인정되기 전 독일은 2001년 「등록된 생활 파트너법(Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft, 이하 생활 파트너법이라 약칭함)」을 제정하였으나 생활파트너가 상대방의 자녀를 입양하는 것(계자녀 입양)을 고려하지 않았다. 그러나 2004년 생활 파트너법이 개정되면서 동성의 일방 파트너가 기존의 이성애자와의 관계에서 출생한 자녀를 데리고 온 경우 파트너의 자녀를 입양할 수 있게 되었다. 한편 생활 파트너 일방이 계자녀가 아닌 생물학적으로 관계가 없는 아이를 입양하고 상대 파트너가 이 아이를 순차적으로 친양자 입양(Sukzessivadoption)³¹⁾하는 것이 문제가 되었다. 이에 2013년 2월 연방헌법재판소는 이러한 순차적 친양자 입양이 혼인관계와 동일하게 허용되어야 한다고 하였다.³²⁾ 이로써 이들 파트너는 아이를 공동으로 양육할 수 있게 되었으나 여전히 공동입양이 가능한 것은 아니었다. 생활 파트너 커플이 순차적 입양이 아닌 공동으로 친양자 입양이 가능하게 된 것은 2017년 혼인개방법(Eheöffnungsgesetz)이 시행되면서 부터이다.³³⁾

인공출산과 관련해서는 동성혼 부부나 생활 파트너(특히 여성 커플) 당사자는 일방이 상대방의 승낙을 받은 후 정자를 제공받아 임신할 수 있으며,³⁴⁾ 이에 인공수정에

30) Das “Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts” (im Folgenden EheöffnungsgG) vom 20.07.2017 ist am 28.07.2017 im Bundesgesetzblatt (BGBl. I S. 2787) veröffentlicht worden und am 01.10.2017 in Kraft getreten.

31) 입양한 자를 다시 입양하는 것에 대해 여러 용어로 사용되고 있다: 재입양(윤진수, 친족상속법 강의 제1판, 박영사, 2016, 182쪽; 윤진수, 주해친족법 제1판, 박영사, 2015, 718쪽 현소해 집필부분; 안소영, “재입양의 허용에 관한 고찰”, 가족법연구 제29권 제3호, 한국가족법학회, 2015, 332쪽), 이중입양(김주수/김상용, 친족·상속법 제15판, 법문사, 2018, 364쪽; 오병철, “동성결합과 이중입양”, 인권과 정의 제479권, 대한변호사협회, 2019, 47쪽).

32) BVerfGE 133, 59; NJW 2013, 847.

33) 이보연, “독일 동성혼 인정 과정을 통해서 본 의회와 연방헌법재판소의 상호작용”, 서울법학 제26권 제4호, 서울시립대학교 법학연구소, 2019, 73쪽.

34) OLG Celle NJW-RR 2011, 1157.

동의를 한 당사자는 자녀의 출생 후 자녀에 대한 양육책임을 공동으로 부담한다.³⁵⁾ 2021년 8월까지 아이를 입양한 배우자 혹은 생활 파트너는 자녀의 출생등록부에 부모일방(Elternteil)으로 기재될 수 있었다. 그러나 2021년 8월 이후부터 배우자 혹은 생활 파트너는 모 혹은 부로 등록될 수 있게 되었다. 이에 자녀의 출생등록부에는 모가 두 명 혹은 부가 두 명 등록된다.³⁶⁾ 그러나 동성혼 부부나 생활 파트너가 정자은행을 통해 정자를 기증받지 않고 사적으로 정자를 기증받은 경우에는 달리 취급되고 있으며, 이에 관하여는 아래에서 후술하고자 한다.

3.2.2 비혼 동성커플

비혼 이성커플은 물론 동성커플도 상호간 동의를 한 경우 인공수정을 통해 부모가 될 수 있다. 그러나 특히 비혼 여성커플의 경우 정자은행에서 정자를 기증받아 모가 자녀를 출산한다 하여도 파트너와 출생한 자녀에 대하여 공동으로 양육책임을 실현하기에 부족한 점이 있었다. 비혼 여성커플의 경우 자를 출산한 모의 파트너는 동성혼 부부나 생활 파트너의 경우처럼 계자녀 입양이나 공동입양이 허용되지 않았기 때문이다.³⁷⁾ 비혼의 경우 일방이 상대방 자녀를 친양자 입양하면 생물학적 부모 일방과 자와의 법적 친족관계는 상실된다(독일민법 제1754조 이하). 그러므로 사실상 비혼커플의 일방이 아이에 대해서 법적으로 인정받을 수 있는 근거가 필요했던 것이다. 두 여성에게 부모로서의 공동양육의 책임과 자녀의 소속감을 강화시켜 주는 것은 법적 평등에 있어서도 부합한다.³⁸⁾ 그러므로 이들에게도 공동의 모성을 확립할 수 있도록 해야 한다는 주장이 있어 왔다.³⁹⁾

35) 동성 여성커플은 병원의 인공수정 비용이 만만치 않다는 사실을 알고 온라인에서 정자 기증자를 구해 집에서 본인들이 직접 인공 수정을 하는 자가수정 방식으로 기증자 한 사람의 정자를 커플이 나눠서 각각 인공수정에 성공하였다(연합뉴스, “뉴질랜드 동성 커플, 인공수정으로 ‘같은 아빠’ 아들 · 딸 낳아”, 2020. 12. 20, <<https://www.yna.co.kr/view/AKR20201220030400009>>, 검색일: 2022. 7. 26). 또한 여성커플의 경우 일방 여성의 난자와 정자 기증자의 정자를 체외수정하여 다른 일방 여성의 자궁에 착상시켜 출산하는 방법도 있다.

36) Lesben und Schwulverband, “NACH DER STIEFKINDADOPTION: GEBURTSURKUNDE MIT ZWEI MÜTTERN BZW. ZWEI VÄTERN MÖGLICH”, <<https://www.lsvd.de/de/ct/6781-Nach-der-Stiefkindadoption-Geburtsurkunde-mit-zwei-Muettern-bzw-zwei-Vaetern-moeglich>>, 검색일: 2023. 12. 27.

37) 독일에서 입양은 친양자 입양을 의미한다. 그러므로 독일민법 제1754조에 따라 일방이 미성년자를 입양하면 다른 생물학적 부모 일방의 법적 친족관계 부양 및 상속권은 상실된다(독일민법 제1754조 이하). 비혼의 커플의 상대방의 자녀를 입양한다면 자녀와 생물학적모의 법적 관계는 상실된다. 그러므로 비혼 커플의 경우 이를 법적으로 인정받을 수 있는 근거가 필요했던 것으로 볼 수 있다.

38) BVerfGE 133, 59, 91.

2019년 결국 독일연방헌법재판소는 이 문제와 관련하여 ‘혼인 당사자’가 미성년자를 입양하거나 배우자의 일방이 자녀를 입양하는 경우 자녀는 이들의 공동 자녀로서의 법적지위를 갖으며, 입양한 자는 친권자가 된다는 독일민법 제1754조 제1항 및 제2항은 독일 기본법 제3조 제1항에서 규정하고 있는 평등원칙과 합치하지 않는다고 판단하였다. 즉, 혼인하지 않은비혼인 동성(여성) 커플의 신청자(모의 파트너)에게는 법적인 부가 될 기회가 박탈되었으며, 이들은 혼인한 경우와 비교할 때 불평등한 처우를 받았다. 또한 이들 신청자에게는 자녀에 대한 차별도 존재한다. 입양아의 안정적인 가족관계를 형성하려는 적법한 목적에 따라 위와 같은 경우 입양이 배제될 필요는 없다. 그러므로 ‘입법자는 2020년 3월 31일까지는 독일민법 제1754조 제1항 및 제2항이 헌법에 부합하는 법률로 개정하여야 한다’라고 결정하였다.⁴⁰⁾

결국 독일의 입법부는 2020년 2월 비혼인 동성 커플의 파트너도상대 파트너의 자녀를 입양할 수 있는 법을 제정하였다. 이 규정은 독일민법 제1766조a에 의한 것으로 비혼 동성커플은 최소한 4년 동안 혼인과 유사한 공동생활을 하였고, 이미 공동의 자녀와 생활하였다면 계자녀를 공동으로 입양할 수 있다.⁴¹⁾

3.2.3 사적인 정자 기증자, 동성 커플 그리고 자녀와의 관계

독일에서 사적인 정자기증은 법적으로 허용된다. 자녀를 희망하는 자는 정자은행 이외에도 주변이나 인터넷의 기증자 포털을 통해 정자 기증자를 찾는다. 독신여성 혹은 여성 커플이 사적으로 정자를 기증받는 경우가 많은데, 이는 출생한 자녀가 후일 생물학적 부와 접촉할 수도 있기 때문이다. 사적인 정자 기증은 경제적으로도 저렴하기 때문에 보조생식술에 대한 재정적 부담을 갖는 경우 이를 더욱 선호한다.⁴²⁾

39) Tobias Helms, *Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft - Herausforderungen durch neue Familienformen. Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag*, F 35 ff(비혼인 관계는 혼인관계나 생활 파트너 관계가 아닌 상황에서 순차입양이나 계자녀 입양이 허용되지 않는다. 이는 독일의 입양법이 우리나라의 친양자입양과 같이 아이를 입양하면 상대방 부모와의 친자관계가 단절되기 때문이다. 이에 비혼인 동성커플이 인공수정으로 출산한 자를 동거인 상대방이 입양하면 그 모와의 관계는 법적으로 단절된다).

40) BVerfGE 151, 101; NJW 2019, 1793.

41) ROSE & PARTNER, “Adoption des Stiefkinds”, <<https://www.rosepartner.de/adoption-stiefkind.html#rptoc-title-4>>, 검색일: 2023. 5. 24.

42) Lesben- und Schwulenverband, “RATGEBER: KÜNSTLICHE BEFRUCHTUNG BEI GLEICHGESCHLECHTLICHEN PAAREN”, <https://www.lsvd.de/de/ct/1372-Ratgeber-Kuenstliche-Befruchtung-bei-gleichgeschlechtlichen-Paaren#herkunft_des_samens>, 검색일: 2023. 8. 3.

법적으로 사적인 정자 기증은 정자은행에서 기증받는 것과 법적으로도 동일하지 않다. 사적 정자 기증자는 기본적으로 법적 부모와 자녀 사이에 가족적 유대관계와 저촉되지 않을 때, 법적으로 보호를 받을 수 있으며, 헌법상 보호되는 가족적 유대관계가 존재할 때 생물학적 부가 법적 지위를 획득할 수도 있다.⁴³⁾ 이로써 출생한 자는 부에게 양육 및 부양청구권, 상속청구권 및 면접교섭권을 갖으며, 연방대법원은 부모 자녀에 대한 면접교섭권을 갖는다고 하였다.⁴⁴⁾

한편 일반적으로 남성이 정자은행에서 정자를 제공하는 경우 부의 권리를 포기할 수 있으며,⁴⁵⁾ 사적 정자 기증자의 경우도 마찬가지이다. 기증자가 부로서의 권리를 포기하였다면 법적 부로서의 재판상 확정도 배제된다(독일민법 제1592조 제3호).⁴⁶⁾

그러나 앞서 설명하였듯이 사적 정자 기증자가 부권을 포기하지 않는 경우 그에게는 부양의무 등이 발생한다. 부가 모와 미리 자녀에 대한 부양의무가 없다는 것을 서면으로 합의할 수 있으나 이는 사실상 법적인 효력을 갖지는 못한다. 이에 모는 합의에도 불구하고 부에게 자녀의 부양비를 청구할 수 있다.⁴⁷⁾

사적 정자기증과 관련된 최근의 사건은 동성혼 부부의 일방이 자녀와의 친족관계의 형성에서 혼인한 부부와 비교할 때 차별받고 있다는 사안이다. 사건에서 동성혼 여성 부부는 사적 정자 기증자의 기증을 통해 아들을 출산하였고, 자녀는 모가 양육하는 것으로 합의하였으며, 정자 기증자에게 자녀의 면접교섭권이 사전 합의된 상태였다. 그러나 부가 자녀를 더 자주 보기를 원하면서 이들 동성부부와 부의 갈등이 심화되었고, 결과적으로 이들은 부의 면접교섭을 거부하였다. 이에 부는 법원에 자신과 자녀의 친자관계를 확인하였다. 법원의 판결로 친부로 확인된 부는 계속적으로 자녀를 면접할 수 있게 되었다. 한편 법원은 모의 배우자가 선택할 수 있는 것은 부부 일방의 자녀를 입양하는 것이라고 하였다.⁴⁸⁾ 그러나 이러한 경우 모의

43) BVerfGE 108, 82, 104 f.

44) BGHZ 230, 174; FamRZ 2021, 1375.

45) BGH NJW 2013, 2589, 2591; 2015, 1820, 1821.

46) Bundesamt für Justiz, “Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 1766a Annahme von Kindern des nichtehelichen Partners”, <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_1766a.html>, 검색일: 2023. 8. 20.

47) familyship, “Samenspender”, <<https://www.familyship.org/glossar/privater-samenspender/>>, 검색일: 2022. 7. 26.

48) BGHZ 220, 58; NJW 2019, 153; NWB, “Eintragung im Geburtenregister: Eintragungsfähigkeit der Ehefrau der ein Kind gebärenden Frau als Mit-Elternteil; unterschiedliche Behandlung von verschieden- und gleichgeschlechtlichen Ehepaaren”, <<https://datenbank.nwb.de/Dokument/760268/>>, 검색일: 2023. 8. 3.

배우자는 부의 동의를 얻어야 한다(독일민법 제1747조 제1항 제2문)(그러나 부는 이 상황에서 입양을 동의하지는 않을 것이다). 이에 모는 이것이 위헌이라고 생각했다. 동성혼 배우자는 모와 혼인한 남성과 달리 아이와의 관계에서 친자관계를 형성할 수 없으며, 단지 입양을 통해서만 공동의 모가 될 수 있기 때문에 불이익을 받는다고 생각했다. 이 문제는 연방헌법재판소에 제소되었고, 이에 대한 결정은 아직 내려지지 않은 상태이다.⁴⁹⁾ 그러나 독일연방정부도 이를 위한 입법을 계획 중이라고 한다.⁵⁰⁾

4. 대리모

4.1 서

독일은 대리모의 출산을 금지하고 있다(배아보호법 제1조 제7호). 이에 대리모계약은 허용되지 않으며, 대리모 알선 행위도 금지된다(대리모알선금지법 제13조c). 그 이유는 포태 기간 중에 태아와 대리모 사이에서 형성된 유대관계가 출산 후 파괴된다는 점, 대리모로부터 출산한 자녀가 정체성의 혼란을 겪을 우려가 있다는 점, 의뢰부모가 자녀의 장애를 이유로 인수를 거부하는 경우와 같이 여러 가지 문제가 발생할 우려가 있다는 점 등을 고려한 것이다. 이와 같은 금지규정에도 불구하고 대리모계약의 유효성 여부와는 별개로 대리모 출생자의 부모를 정하는 기준과 방법이 외국에서 이루어진 경우 또는 독일에서 불법적으로 이루어지는 경우에도 이를 배제하지 않는다.

법은 난자 기증자나 출산을 의뢰한 부모에 의한 모자 관계의 논쟁적 사항을 규정하지 않고 있다. 대리모 시술을 알선하거나 실행하는 사람에 대한 형사처벌의 근거규정은 있지만 대리모출산 의뢰부부나 대리모를 직접 처벌하는 규정은 없으며, 의사나 알선자를 처벌한다. 이로써 독일의 적지 않은 부부(커플)가 외국에서 대리모를 구하고 대리모는 그곳에서 자녀를 출산한다. 대리모를 금지한다고 해서 이러한 대리모 출산여행을 막기 위한 행정조치를 마련하는 것은 기대하기 어렵고 이를 정당화하기

49) OLG Celle, vom 24. März 2021, Az.: 21 UF 146/ 20; Kammergericht Berlin, 24. März 2021, Az.: 3 UF 1122/20.

50) JuraForum, “Anspruch auf Feststellung der Vaterschaft nach privater Samenspende”, <https://www.juraforum.de/news/anspruch-auf-feststellung-der-vaterschaft-nach-privater-samenspende_258108>, 검색일: 2023. 8. 20.

는 더욱 어려운 것으로 보고 있다.⁵¹⁾

한편 국경을 넘어 간 대리모출산 사례에서 자녀의 법적 부모가 누구인가에 대한 판단은 쉽지 않다.⁵²⁾ 여기서 자녀의 출생지인 외국법의 관점에서 본 법적 상황과 독일법에 따른 법적 상황은 서로 다르기 때문이다. 대리모를 허용하는 국가는 예를 들어 독일의 인접국가인 영국, 그리스, 포르투갈 등은 조건은 다소 다르지만 대리모 출산을 허용하고 있다.⁵³⁾ 유럽 외 다수의 미국 주, 남아프리카 공화국, 캐나다, 러시아, 우크라이나 등도 일정한 전제조건이 충족된 경우 결과적으로 의뢰한 부모가 법적인 부모라고 규정하고 있다.⁵⁴⁾ 그러나 독일법의 관점에서 볼 때 해외에서 출산을 의뢰한 부모의 법적 친자관계가 외국 법원의 판결을 받았는지 아니면 외국법에 따라 직접적으로 확립되었는지에 따라 결과가 달라질 수 있다. 이에 계속해서 이 문제를 검토하고자 한다.

4.2 외국판결의 승인과 친자관계

외국에서 대리모에 의해 출생한 자녀가 그곳 법원에 의해 의뢰부모를 법적 부모로 승인한 경우 독일은 외국 법원의 판결을 승인할 것인가 문제이다. 독일 연방대법원의 한 결정 과정을 살펴보면, 독일인인 생활 파트너 당사자 중 1인이 자신의 정자와 제3자로부터 기증받은 난자를 이용하여 미국에서 대리모가 아이를 출산하였다. 의뢰부가 출생한 자를 인지한 후 캘리포니아 법원은 동성 생활 파트너가 자녀의 부모임을 판결하였다. 의뢰부와 파트너는 독일로 돌아온 후 신분등록 관청에 자신들을 해당 자녀의 친생부모로 출생등록부에 기록하여 달라는 취지의 신청을 하였다. 그러나 신분등록 관청은 신청서에 부모에 대한 지정이 기재되어 있지 않았다는 점을 들어

51) 이동수, “외국에서의 대리모출산과 친자관계 결정의 문제에 대한 소고 -독일과 우리나라의 판례의 동향을 중심으로-”, 가족법연구 제33권 제2호, 한국가족법학회, 2019, 403쪽.

52) Konrad Duden, “Ausländische Leihmutterschaft: Elternschaft durch verfahrensrechtliche Anerkennung”, *StAZ Vol. 67*, für Standesamtswesen, 2014, 164 ff.; Claudia Mayer, “Sachwidrige Differenzierungen in internationalen Leihmutterschaftsfällen”, *IPRax Vol. 34 No. 1*, Giesking, 2014, 57 ff.

53) Nina Dethloff, “Leihmutterschaft in rechtsvergleichender Perspektive”, Ditzgen/Weller, *Regulierung der Leihmutterschaft*, Mohr Siebeck, 2019, S. 55-67.

54) 대리모에 대한 비교법적인 고찰에 대해서는 Nina Dethloff, “Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder”, *JZ vol. 69 no. 19*, Mohr Siebeck, 2014, p. 922, 923 ff.; Tobias Helms, “Leihmutterschaft -ein rechtsvergleichender Überblick”, *StAZ 2013*, für Standesamtswesen, 2013, S. 114, 115 ff.

기각하였다. 그러나 결국 의뢰부모인 생활 파트너는 캘리포니아주 법원의 판결을 근거로 법원에 사후등록신청명령을 구하는 신청을 하였고, 이에 재항고신청에서는 이것이 인용되었다.⁵⁵⁾

이와 같이 일반적으로 외국적 요소가 있는 법률관계가 외국 법원의 판결에 의할 경우 독일은 독일 가사소송 및 비송사건절차법 제108조 제1항에 따라 외국 법원의 심판에 대한 승인을 결정하게 된다. 대리모 출산이 법으로 금지되어 있는 상황에서 독일법원은 외국판결에 대한 승인문제에 있어서 공서양속 위반에 대하여 판단한다. 이에 독일연방대법원은 위의 외국판결에 대한 승인 문제에 있어서 국제공서양속(international ordre public)은 준거법 지정단계에서 검토되는 공서양속 위반에 대한 기준보다는 더 완화된 판단이어야 한다고 보았다.⁵⁶⁾ 독일연방대법원은 대리모를 금지하는 밑바탕에 깔린 일반 예방적 사고는 소극적으로 적용될 수 있다고 보고 있으며,⁵⁷⁾ 또한 독일법에서 대리모를 금지하는 산모를 위한 강제적 규정은 대리모 예방을 위한 것이기 때문에 공서양속(ordre public)의 위반은 예외적 인정을 허용하지 않으나 오히려 자녀가 출생한 후에는 자녀가 별도의 법적 실체로써 고려 대상에 포함되어야 하며 일반적인 예방적 고려가 외국법에 따라 인정된 부모의 친자관계를 거부하는 것은 정당하지 않다고 판단하였다.⁵⁸⁾ 자녀가 이미 출생한 이상 대리모에 의해 출생하였다고 해서 차별받을 하등의 이유는 없다.⁵⁹⁾

이처럼 독일은 대리모 금지와 친자관계를 분리해서 판단하고 있다.⁶⁰⁾ 이것은 대리모 금지의 일반 예방적 사고만을 강조하면 결과적으로 자의 복리에 불이익을 가져올 수 있기 때문이다. 그러므로 의뢰부모 중 어쨌든 한 명이 자녀와 유전적으로 연결되어 있고, 대리모가 자발적으로 대리출산에 대한 합의를 하였고, 자녀의 출생 이후 대리모가 자녀를 자발적으로 인도한 경우라면 의뢰부모는 법적 부모로 인정된

55) BGHZ 203, 350; NJW 2015, 479; JZ 2016, 202 ff; Bundesgerichtshof, “Anerkennung einer kalifornischen Gerichtsentscheidung zur Leihmutterschaft”, <<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&nr=69758&linked=pm>>, 검색일: 2023. 7. 21.; 이동수, 앞의 논문, 360-361쪽에서 관련 사례를 자세히 소개하고 있다.

56) BGHZ 203, 350; NJW 2015, 479; JZ 2016, 202 ff.

57) BGHZ 203, 350; NJW 2015, 479; JZ 2016, 202 ff.

58) BGH NJW 2015, 479, 482; JZ 2014, 922, 926.

59) NJW-RR 2018, 1473; FamRZ 2018, 1846.

60) Claudia Mayer, “Ordre public und Anerkennung der rechtlichen Elternschaft in internationalen Leihmutterschaftsfällen”, *RabelsZ Vol. 78*, Mohr Siebeck, 2014, S. 551, 573.

다고 하였다.⁶¹⁾

4.3 독일에서 외국법에 의한 적용과 친자관계

외국법원의 판결이 없거나 혹은 외국에서 판결의 승인이 거부되거나 또는 대리모 출산을 의뢰한 부모 또는 대리모에 의해 출생한 자가 내국의 법원에 친자관계를 인정해 달라는 소를 제기하는 경우는 어떻게 될까? 이는 국제사법적 사안으로 독일법원은 우선적으로 친자관계의 준거법이 무엇인가를 정해야 할 것이다. 독일 민법시행법 제19조는 3개의 준거법을 선택할 수 있도록 규정하고 있다. (1) 자가 상거소를 가지는 국가의 법, (2) 부모의 각 일방에 대하여는 그 부모 일방의 국적법, (3) 모가 혼인한 경우에는 혼인의 효력이 있는 법이 준거법이 된다. 이들은 각각 선택적으로 경합할 수 있는데, 이러한 경우에는 자의 최우선이익이 되는 연결점이 준거법으로 정해진다.

독일 민법시행법 제19조 제1항 제1문에 의하면 ‘자녀의 혈통에 대한 것은 자녀의 상거소(*gewöhnliche Aufenthalt*)가 있는 국가의 법에 따라 준거법을 정한다’라고 하였다. 실무상 상거소는 적어도 6개월 이상 당해 장소에 체류할 것이 요구되는데, 의뢰한 부모가 외국에서 출생한 자녀를 몇 개월 안에 독일로 데려오는 데 성공하고, 계속적으로 자를 독일에서 양육한다면 자의 상거소는 출생지가 아닌 독일이다.⁶²⁾ 따라서 독일법의 일반적 혈통법의 원칙이 적용된다. 의뢰부는 독일민법 제1592조 제1호 또는 제2호에 따라 자를 인지함으로 법적인 부가 될 수 있다. 대리모에게 남편이 있는 경우 그가 친자관계를 부인하면, 의뢰한 부는 인지를 통해 법적 친자관계를 형성시킬 수 있다. 모는 독일민법 제1591조에 따라 대리모가 법적인 모가 되므로 의뢰한 모는 계자녀 입양을 통해 자녀를 입양할 수 있다. 2019년 독일연방대법원도 자녀의 모는 대리모이고 의뢰모가 친자관계를 원한다면 입양절차를 거쳐야 하는 것으로 판단하였다.⁶³⁾

남성 동성부부가 대리모를 통해 자녀가 출생한 경우도 동일하게 적용된다. 예정된 두 아버지 중 한 명은 유전적인 부이기에 친자관계를 인정할 수 있으나 다른 파트너는

61) BGH NJW 2015, 479, 482 f.

62) Cester-Waltjen, “Ausländische Leihmütter – Deutsche Wunscheltern”, *FF Vol. 186*, Deutscher Anwaltverlag, 2015, S. 186, 189; Bettina Heiderhoff, “Der gewöhnliche Aufenthalt von Säuglingen”, *IPRax Vol. 32 No. 6*, Giesking, 2012, S. 523, 525.

63) BGHZ 221, 300: NJW 2019, 1605.

계자녀를 입양할 수 있다. 한편, 대리모에게 남편이 있어 의뢰한 부의 인지가 불가능할 경우에는 의뢰한 부모 쌍방의 공동입양만을 고려할 수 있다. 이는 일반적으로 그렇듯이 의뢰한 부모 중 한 사람이 자녀의 유전적 부모이거나 둘 다 해당 자녀와 유전적으로 연결되어 있는 경우 적용된다.⁶⁴⁾

그러나 이러한 경로와는 달리 대리모에 의해 해외에서 태어난 자녀가 예를 들어 필요한 여행 서류를 입수하는 데 어려움이 있어 독일로 들어 올 수 없게 되는 경우 자는 어쩔 수 없이 장기간 출생 국가에 머무르게 된다. 독일 민법시행법 제19조 제1항에 의하여 출생지가 자의 상거소로 인정되기 때문에 준거법은 결국 출생지법이 된다. 대리모를 허용하고 의뢰부모를 법적 부모로 인정하는 국가인 경우 독일국적인 의뢰부모가 자의 법적 부모가 되며, 이러한 경우에는 자에게 독일여권이 발급될 수 있고, 독일로 입국할 수 있게 된다면 다시 자의 상거소는 독일이 되므로 다시 독일법이 준거법에 의한 친자관계를 판단하게 된다(상거소의 유동성). 그러나 독일여권이 발급되지 않을 경우도 배제할 수 없기 때문에 이렇듯 상거소의 연결점의 변경가능성은 자의 친자관계의 결정과정이 순환론적 모순에 빠지게 되는 매우 곤란한 문제가 발생한다.⁶⁵⁾

4.4 대리모 출산에서 의뢰부모를 직접 부모로 인정하는 문제

위의 사례에서 본 바와 같이 독일의 법적 상황은 외국 법원의 판결에 따라 의뢰부모로 승인받기도 하지만 판결을 받지 못한 경우 차이가 발생한다. 자녀의 상거소가 어디에 있느냐에 따라 의뢰부모는 독일에서 문제없이 법적 부모가 되거나 아니면 입양을 거쳐 법적 부모가 되어야 한다.

그러나 의뢰부모가 이러한 입양 절차를 거쳐야 하는 것은 불필요하며, 의뢰부모가 유전적 부모인 경우 자신의 자녀를 입양해야 하는 것은 기이한 일이고, 또한 입양을 하는 경우 의뢰부모에게 불리하기까지 하다는 견해가 있다.⁶⁶⁾ 실질적으로 의뢰한 부모가 출생한 자녀를 바로 독일로 데려 온 후 함께 살면 부모와 자녀의 관계가 계속

64) Nina Dethloff, *Die gemeinschaftliche Adoption durch eingetragene Lebenspartnerinnen: Die Sukzessivadoption reicht nicht!*, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2015, 21 ff.; Hans-Ulrich Maurer, “Zum Recht gleichgeschlechtlicher Partner auf Adoption”, *FamRZ* 2013, Giesecking, 2013, S. 752, 757.

65) 이동수, 앞의 논문, 394쪽.

66) Nina Dethloff, *Abstammung und Verantwortung: Elternschaft bei assistierter Reproduktion als Aufgabe der Rechtspolitik*, De Gruyter, 2017, S. 19.

될 것임에는 의심의 여지가 없다. 자녀의 복리 관점에서 자녀가 의뢰부모로부터 안정된 법적 관계를 갖는다는 것은 자녀에게도 이익이 된다. 의뢰한 부모에게는 자녀의 출생에 대한 책임이 있으며 법적인 친자관계가 형성되기를 원한다. 반면 대리모는 일반적으로 모가 되기를 원하지 않는다. 따라서 의뢰부모는 독일법에 일정한 조건을 두어 이를 충족하면 직접적으로 법적 부모로 지정하는 것이 타당하다고 보고 있다.⁶⁷⁾

그러므로 결국 대리모가 자발적으로 자를 출산할 것을 결정하였고, 의뢰부모 중 적어도 한 명이 자녀와 유전적으로 연결되어 있고, 대리모가 자녀를 의뢰부모에게 자발적으로 인도하였고, 또한 대리모가 자녀와 유전적으로 아무런 관련이 없다면 의뢰부모가 지체 없이 부모가 될 수 있도록 인정되는 것은 고려되어야 한다고 보고 있다.⁶⁸⁾

5. 자녀의 알 권리

5.1 자녀의 알 권리와 정자 기증자의 권리와 충돌

정자기증에 의한 인공수정의 문제는 자녀의 알 권리와 충돌한다. 자녀가 자신의 혈통을 알 권리는 헌법에서 보호하는 인격권(Persönlichkeitsrecht)에 근거한다.⁶⁹⁾ 독일연방헌법재판소는 출생이란 개인의 유전적 형질을 규정하는 것이며, 이로 인해 인격을 규정하는 요인이 될 뿐만 아니라 이와는 무관하게 개인의 의식속에서 자신의 정체성을 발견하거나 자기를 이해함에 있어서 결정적 위치를 차지한다고 보았다. 자녀가 자신의 유전적 부모를 알 권리는 일반 인격권에 속하는 것이며, 이는 헌법상 보장되는 권리라고 해석하였다.⁷⁰⁾ 그러나 반대로 이는 상대적으로 정자 기증자 인격권이 침해당할 수 있다. 독일의 판례는 정자 기증자는 사전에 자신의 신원을 비공개할 것을 전제로 하였기 때문에 이는 이행되어야 할 것으로 보았다. 그러나 2015년 독일연방대법원⁷¹⁾은 자녀의 알 권리는 정자 기증자의 인격권과 정자은행의 비밀준수

67) Duden, *Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Mohr Siebeck, 2015, 326 ff.; Tobias Helms, “Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft - Herausforderungen durch neue Familienformen. Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag”, F. 56.

68) Antje Schumann, “Familienrechtliche Fragen der Fortpflanzungsmedizin im Lichte des Grundgesetzes”, Henning Rosenau, *Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinengesetz für Deutschland*, Nomos, 2013, S. 155, 198.

69) BVerfGE 79, 256, 268 f.

70) BVerfGE 90, 263, 266 ff.

보다 앞선다고 보았다. 이에 개별 사안에 따라 담당의사는 정자 기증자를 공개할 의무가 있다. 그러므로 자녀가 혈통을 알고자 할 때 일정한 전제조건하에서 유전적 부의 신상을 공개하는 것은 형평에 부합한다고 보았다. 자의 알 권리가 전제되는 조건은 i) 아동의 생물학적 혈통이 단절되거나 혹은 법적인 부모가 없을 때, 이외에도 ii) 출생자가 유전적 질환으로 인하여 생물학적 부의 유전정보를 요하는 경우, iii) 현저한 정서적 불안이나 정신적 사유로 인해 필요한 경우이다.⁷²⁾

5.2 정자기증등록법에 따른 기증과 자녀의 알 권리

정자기증등록법이 제정되기 전 성인이 된 자녀는 유전적으로 관련이 없는 현재의 법적 부에 대해 친생부인의 소를 제기할 수 있었다. 이는 자녀가 자신의 혈통을 알 권리에 근거한 것으로 자녀는 특정 조건하에서 친생부인의 소를 제기한 후 자신의 유전적 부인 정자 기증자를 법적 부로 하는 소를 제기할 수 있다.⁷³⁾ 그러나 이로 인해 인공수정에 동의한 부의 법적 지위가 소멸되거나 혹은 정자 기증자에게 친자관계에 대한 재판상 결정이 내려지는 것은 모두 출생책임(Zeugungsverantwortung)의 원칙에 반하는 것이었다. 이에 독일은 이러한 문제를 해결하기 위하여 독일민법 제 1600조의d 제4항에 ‘정자기증등록법에 따라 의료기관에 정자를 제공한 자는 자녀의 부로 확인될 수 없다’라는 조항을 두어 정자 기증자가 부가 될 수 있는 상황을 차단해 버렸다.⁷⁴⁾

독일의 정자기증등록법(Gesetz zur Errichtung eines Samenspenderregisters und zur Regelung der Auskunftserteilung über den Spender nach heterologer Verwendung von Samen (Samenspenderregistergesetz - SaRegG))은 2017년 7월 17일 제정되어 2018년

71) BGHZ 204, 54: NJW 2015, 1098: <<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=70419&pos=0&anz=1>>, 검색일: 2022. 7. 26.

72) Petra Thorn, “Familienbildung mit Spendersamen: Forschungsstand, klinische Erfahrungen und juristische Erfordernisse aus psychosozialer Perspektive”, Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit, „Kinderwunschmedizin“-Reformbedarf im Abstammungsrecht?, Universitätsverlag Göttingen, 2015, p. 131; 윤석찬, “정자기증으로 출생한 자와 관련한 민사적 쟁점-정자기증으로 출생한 자의 신의칙에 근거한 알권리의 인정여부를 중심으로-”, 재산법연구 제34권 제4호, 한국재산법학회, 2018, 203쪽 참조.

73) Karl-Heinz Kirchmeier, “Zivilrechtliche Fragen der homologen und heterologen Insemination de lege lata et ferenda”, FamRZ 1998, Gieseking, 1998, p. 1281, 1284; BT-Drucks. 13/4899, 55 ff. 14

74) BR-Drucks. 454/17, 8; OLG Hamm, NJW 2013, 1167.

7월 1일부터 시행되고 있다. 이 법에 따르면 정자 기증자에 대한 모든 정보가 특정 등록부에 등록되며, 정자기증을 통해 출생한 모든 아동은 16세가 되면 부에 대한 정보를 알 권리를 보장받는다. 그러나 이 법의 주요내용에서 비배우자간 인공수정의 출생아는 정자 기증자에게 인지청구를 할 수 없으며, 부모의 양육권, 부양권 및 상속 권의 영역과 자녀의 혈연관계를 알 권리는 관련이 없다는 것을 명확히 하였다.⁷⁵⁾

III. 우리나라의 인공출산에 의한 친자관계의 판례 동향과 독일법이 주는 시사점

우리나라에서 보조생식술이 허용하는 범위는 독일의 경우와 비교하여 상당히 제한적이다. 독일은 동성혼 부부, 생활 파트너, 비혼 동거커플(동성·이성), 독신여성이 보조생식술에 의하여 자녀를 출산할 수 있다. 그러나 우리나라의 경우 혼인한 부부와 사실혼 부부로 그 범위를 한정하고 있고, 이들의 친자관계에 대한 법도 존재하지 않기 때문에 양국을 비교 검토한다는 것은 사실상 어려운 일이다. 다만 계속되는 내용에서는 우리나라의 인공출산에 의한 친자관계와 관련된 판례를 검토하면서 독일 법에서의 시사점을 찾고자 한다.

1. 부자관계

처가 비배우자간 인공수정으로 자녀를 출산한 경우 생물학적 부(정자 기증자)와 법적 부의 분리 문제가 발생한다. 우선은 부가 인공수정에 동의하여 자가 출생한 경우 자가 친생추정(민법 제844조)을 받는가가 문제이다. 혈연설에 따라 친생추정 자체를 부정하는 견해도 있으며,⁷⁶⁾ 하급심 판례에서는 혈연설에 따라 비배우자간 인공수정의 친생추정을 부정한 판결도 있다.⁷⁷⁾ 그러나 일반적으로 비배우자간 인공수정의 경우라도 혼인 중 부의 동의하에 자가 출생하였다면 친생추정을 받는 것으로

75) 박정일, “비배우자간 인공수정과 자녀의 혈연을 알 권리”, 의생명과학과법 제20권, 원광대학교 법학연구소, 2018, 113-114쪽.

76) 김천수, “인공수정에 관한 법적 고찰”, 민사법학 제21권, 한국민사법학회, 2002, 105쪽.

77) 서울가정법원 2002. 11. 19. 선고 2002드단53028 판결.

본다.⁷⁸⁾

그렇다면 친생추정을 받는 자에 대해 친생부인의 소(민법 제847조)를 제기할 수 있는가가 문제이다. 다수의 학자들은 부의 동의가 없었다면 자가 출생하지 않았으므로 부의 친생부인의 소를 허용하는 것은 신의칙에 반하는 것으로 본다.⁷⁹⁾ 다수의 하급심 판례에서도 친생부인의 소를 제기하는 것은 신의칙에 반한다고 보았다.⁸⁰⁾ 최근 대법원은 이에 관하여 의미 있는 판결을 내놓았는데, 처가 남편의 동의하에 비배우자간 인공수정으로 자녀를 출산한 경우 그 자녀가 남편과 혈연관계가 없다고 하더라도 친생추정이 미치고, 남편이 동의한 이상 친생부인의 소가 허용되지 않는다고 하였다. 또한 인공수정 자녀의 출생 이후 상당 기간 실질적인 친자관계를 유지하면서 자신의 자녀로 알리는 등 사회적으로 친자관계를 공시·용인해 왔다면 이는 ‘동의’와 마찬가지로 취급하였다.⁸¹⁾

우리 민법은 친생추정에 대한 예외를 인정하고 있는데, 이는 부부간 동서(同棲)의 결여로 처가 자를 포태할 수 없는 것이 외관상 명백한 사정이 있는 경우이다(외관설).⁸²⁾ 이러한 경우 이외에는 유전자형이 배치되는 경우라도 친생추정은 배제되지 않는다. 위 대법원 판결은 비배우자간 인공수정으로 인해 출생한 자녀의 경우에도 유전자형이 배치된다는 것으로 친생추정은 배제되지 않는다고 명시적으로 판시하였다.⁸³⁾ 결국 남편이 인공수정을 동의한 이상 친생추정을 받으며, 친생부인의 소가 허용되지 않아야 한다고 보는 의미있는 판결이라고 볼 수 있다.⁸⁴⁾ 그러나 위 대법원 판결이 종래 대법원의 외관설이 폐기되는지에 대해서는 명확히 하지 않았다고 보는 견해도 있다.⁸⁵⁾ 다른 한편 친생추정제도가 인공수정으로 인한 출산을 감안하지 않았던 만큼

78) 대법원 2019. 10. 23. 선고 2016므2510 전원합의체 판결.

79) 김주수/김상용, 친족·상속법 제8판, 법문사, 2005, 300쪽; 이경희, 가족법, 법원사, 2006, 194쪽; 맹광호, “인공생식에 관한 가족법상의 문제점”, 가족법연구 제21권 제3호, 한국가족법학회, 2007, 26-27쪽; 송덕수, 친족상속법 제2판, 박영사, 2016, 161쪽 등.

80) 서울가정법원 1983. 7. 15. 선고 82드5110, 83드1266 판결; 서울가정법원 1983. 7. 15. 선고 82드5134 판결; 대구지방법원 2006. 8. 23. 선고 2006드단22397 판결; 대구지방법원 가정지원 2007. 8. 23. 선고 2006드단22397 판결.

81) 대법원 2019. 10. 23. 선고 2016므2510 전원합의체 판결.

82) 대법원 1983. 7. 12. 선고 82므59 전원합의체 판결.

83) 대법원 2019. 10. 23. 선고 2016므2510 전원합의체 판결.

84) 장재용, “친생추정의 예외 인정 여부와 인공수정 자녀에 대한 친생추정 여부”, 사법 제52호, 사법발전재단, 2020, 804쪽.

85) 장윤순, “제3자 정자제공형 인공수정자녀 및 혈연관계 없음이 명백한 자녀에 대한 각 친생추정 적용여

친생추정을 인공수정의 영역에까지 확대하여 적용하는 것은 타당하지 않다고 보면서, 기존 대법원의 외관설을 계속 유지하기 보다는 오히려 그 예외를 확대시켜 친자관계에 있어서 부의 혈통확보 보다는 ‘자녀의 복리’에 더 초점을 맞추어야 한다는 견해도 있다.⁸⁶⁾ 이러한 친생추정 및 친생부인의 소에 대한 논의는 앞서 소개한 독일의 비배우자간의 인공수정에 대한 친생부인권에 대한 논의와 일맥상통하는 점이 있다. 독일은 결국 현행 독일민법 제1600조 제4항⁸⁷⁾의 신설로 이에 관한 논쟁을 해결하였다. 우리나라의 경우에도 이러한 문제가 입법을 통해 해결되는 것이 바람직할 것으로 본다. 이에 우선적으로는 인공수정 전에 인공수정에 대한 동의요건을 강화하여, 부의 동의에 대한 ‘진지한 의사표시’를 서면에 작성하도록 하는 것이다.⁸⁸⁾ 한편 사실혼 관계에서도 모가 부의 동의하에 인공수정으로 자를 출산하는 경우 부와 자녀의 법적인 친자관계가 안정적으로 확보될 수 있도록 하여야 할 것이다. 한 사건에서 사실혼관계의 당사자는 여성이 남성에게 출산·양육 등과 관련한 일체의 책임을 묻지 않기로 하고 인공수정에 합의하였다. 대법원은 남성이 양육책임이 없다는 각서를 작성하였다고 하더라도 이러한 사실만으로는 그를 이 정자은행에서 정자를 기증한 사람과 동일하게 볼 수는 없다고 보았다. 부가 인공수정을 동의한 이상 그는 부로 인정된다고 판결하였다.⁸⁹⁾ 결국 이 판결이 시사하는 바는 사실혼이든 아니면 비혼인 동거자이든 이들이 합의하에 인공수정을 하여 자가 출생하였다면 이들의 법적 친자관계는 부인될 수 없으며, 이를 혼인관계와 달리 취급하기에는 근거가 미약하다고 볼 수 있다.⁹⁰⁾

사실혼 부부의 경우 부가 인공수정에 동의하였음에도 불구하고 후일 부가 자를 인지하지 않는다면 자녀의 법적 지위는 불안정한 상태에 놓이게 된다. 그러므로 부가 인공수정의 동의와 함께 자에 대한 인지 혹은 후일 출생신고를 하는데 있어서 제도적 보완책이 요구된다. 최근 2023년 3월 23일 헌법재판소는 혼외자의 출생신고는 친모

부-대법원 2019. 10. 23. 선고2016므2510 전원합의체 판결을 중심으로-”, 법학연구 제61권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2020, 63-88쪽 참고).

86) 김선화, “친생추정과 ‘자의 복리’-대법원 2019. 10. 13. 선고2016므2510 전원합의체 판결-”, 저스티스 제179호, 한국법학원, 2020, 365-366쪽 참고.

87) 2002년 신설된 독일민법 제1600조 제2항은 항이 변경되었는데, 2013-2017년까지는 동조 제5항, 2017년 8월부터는 동조 제4항에서 규정하고 있다.

88) 김선화, 위의 논문, 376쪽.

89) 서울가정법원 2011. 6. 22. 선고 2009드합13538 판결.

90) 김민규, “비혼인동거자 사이의 인공수정과 그 법률관계-미국 버지니아주 *Breit v. Nason an L.F.* 케이스를 소재로-”, 가족법연구 제26권 제3호, 한국가족법학회, 2012, 162쪽 참고.

가 하도록 한 규정(가족관계등록법 제46조 제2항) 아동이 태어난 즉시 ‘출생 등록될 권리’를 침해한다는 이유로 헌법불합치 결정을 내렸다.⁹¹⁾ 결국 입법자는 가족관계등록법의 개정을 통해 부가 혼외자에 대한 출생신고를 할 수 있도록 하여야 할 것이다. 그러나 무엇보다 자의 출생 이전에 부가 인공수정을 동의하면서 자를 인지하거나 혹은 공중도 가능하게 할 필요가 있다. 이는 자의 출생 전 원천적으로 부의 양육책임을 확실히 하고 자의 법적 지위를 확보하는데 도움이 되기 때문이다.

2. 모자관계

우리 민법은 독일민법 제1591조의 경우처럼 모에 대한 규정을 두고 있지 않으나 불문율로 ‘자를 출산한 여성을 모’로 인정하고 있다. 여성이 인공수정을 통해 모가 되기 위해서는 ‘배우자의 동의’가 있어야 한다. 현재 동성커플(특히 여성커플)이나 독신여성의 인공수정을 허용하고 있지 않기 때문에 의학기술의 가능성에도 불구하고 모가 되고자 하는 여성의 권리는 제도적으로 제한을 받고 있다. 그러나 동거커플(이성·동성커플), 독신여성도 부모로서 자녀를 양육할 준비가 되어 있다면 이들도 부모가 될 수 있는 권리를 보장받을 수 있도록 하여야 할 것이다.

현재 동성 여성커플이나 독신여성이 자녀를 원하는 경우 외국에서 정자를 제공받아 인공출산을 하거나 아동을 입양한다. 현재 상황에서 동성커플의 공동입양은 가능하지 않으며, 일방이 단독입양을 하고 상대 파트너가 그 아이를 다시 입양하는 형태로 자녀를 공동으로 양육할 수 있다. 대법원은 여성인 갑이 병을 입양하고 동성에 관계에 있던 을이 입양의 의사로 병을 친생자로 출생신고 한 사례에서 당시의 민법 규정에 따라 적법하게 입양신고를 마친 사람이 동성애자라는 이유만으로 입양이 무효라고 할 수 없다고 판단하였다.⁹²⁾ 법원의 판단대로 동성관계에 있다는 이유만으로 일방이 입양한 자를 상대방 파트너가 재입양하는 것을 허용하지 않을 이유는 없을 것이다(일반양자의 관점에서). 그렇다면 동성커플이 입양이 아닌 보조생식술의 도움으로 자신의 유전적 아이를 갖을 수 있도록 허용하고, 상대방 파트너가 출생한 자녀를 입양하여 공동양육할 수 있도록 하는 것을 배제할 필요는 없을 것이다. 현행법상 독신여성도 입양할 수 있기 때문에 마찬가지로 보조생식술의 도움으로 자신의 아이를 출산할

91) 국회는 가족관계등록법 제46조 제2항을 2025년 5월 31일까지 개정해야 한다.

92) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012므806 판결.

수 있도록 하는 것도 고려해 볼 수 있다.

독일은 동성커플의 상대방이 자녀를 입양할 수 있도록 한 것에 더 나아가 2020년 독일민법 제1754조를 혼인한 부부와 혼인하지 않은 이성 및 동성커플에 차이를 두지 않도록 개정하였다. 즉, 부가 인공수정에 동의함으로써 부와 자의 친생자관계를 인정하였듯이 혼인 여부나 성별의 차이와 관계없이 이성 및 동성커플의 경우에도 상대방 파트너가 인공수정에 동의하였다면 파트너에게 자녀에 대한 부모로서의 권리를 인정하고 이들의 친자관계를 인정한 것이다(사적 정자기증의 경우는 제외). 결국 현재 우리의 상황에서 동성커플의 보조생식술을 허용하게 된다면 이들의 친자관계의 문제에 있어서 독일의 경우와 같은 과정을 거칠 것이라는 예견은 가능하다. 이에 모자관계에 대한 독일의 입법례와 판례의 동향은 시사하는 바가 있다.

3. 대리모

우리나라 법원은 대리모 계약을 민법 제103조에 따라 선량한 풍속을 위반한 것으로 보아 무효로 판단하고 있다.⁹³⁾ 최근 한 사건에서⁹⁴⁾ 의뢰부부와 대리모는 대리모계약을 체결하였고, 출산 대리모(자궁 대리모)는 LA에서 자를 출산하였고, LA 소재 병원은 대리모를 인공수정한 자의 친모로 기재하였다. 의뢰부모가 한국에서 출생신고를 하는 과정에서 출생신고서에 기재된 의뢰모의 인적 사항과 출생증명서에 기재된 모(대리모)의 인적 사항이 일치하지 아니하므로 출생신고는 수리되지 않았다. 법원은 이 사건에 대하여 출생신고를 처리하지 않은 처분은 적법하다고 하였으며, 이른바 ‘출산 대리모’는 우리 법령의 해석상 허용되지 아니하므로 대리모 계약을 무효라고 판단하였다.⁹⁵⁾ 법원은 모자관계를 결정하는 기준은 ‘모의 출산사실’이며, 대리모 출산의 경우에도 이는 그대로 적용되어야 한다고 보았다. 이에 난자를 제공한 사람(의

93) 서울가정법원 2009. 4. 10. 자 2009브16 결정; 서울가정법원 2018. 2. 14. 자 2018호기13 결정; 서울가정법원 2018. 5. 9. 자 2018브15 결정(이 판례에 대하여 찬성하는 의견의 논문: 최성경, “대리모계약의 효력과 모자관계 결정 -서울가정법원 2018. 5. 18. 자 2018브15 결정을 계기로 하여-”, 홍익법학 제21권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2020, 341-375쪽 참고).

94) 서울가정법원 2018. 5. 9. 자 2018브15 결정.

95) 이 사안에 대한 소개 및 평가로는 김문수, “대리모가 출산한 자의 친생자관계”, 법학연구 제28권 제4호, 연세대학교 법학연구소, 2018, 71쪽 이하; 김은애/유수정, “완전대리모/자궁대리모가 개입된 배우자간 보조생식술에서 법적 부모 결정 문제: 서울가정법원 2018.5.9.자 2018브15 결정 관련 사례에 대한 논의를 중심으로”, 한국의료윤리학회지 제21권 제3호, 한국의료윤리학회, 2018, 219쪽 이하.

뢰모)은 민법상 ‘친양자 입양’을 통하여 법적 친자관계를 형성할 수 있다고 하였다.

그러나 자의 유전적 부모가 의뢰부부인 상황에서 단지 출산 대리모가 자를 출산하였다는 사실만으로 의뢰부모와 자와의 친자관계가 부정되는 것이 올바른지에 대해서는 의문이다.⁹⁶⁾ 독일은 대리모를 금지하지만 일단 출생한 자의 친자관계는 이와 분리해서 판단하고 있다. 이는 대리모 금지의 일반 예방적 사고만을 강조하다 보면 결과적으로 대리모에 의해 출생한 자녀에게 불이익을 가져올 수 있기 때문이다. 우리나라에서도 이러한 취지에 대해서 같은 견해를 갖고 있는 학자들은 다수에 이른다.⁹⁷⁾

결국 현행 법체계상 출산 대리모가 출산한 자가 유전적 의뢰부모의 자가 되기 위해서 부는 자를 인지하여야 하지만, 대리모에게 남편이 있는 경우에는 우선 남편이 출생자에 대한 친생부인을 하여야 한다. 아니면 의뢰부모가 자를 공동 친양자 입양하는 방법도 있다. 의뢰부가 자를 인지하고, 의뢰모가 자를 친양자 입양하는 경우 입양은 절차를 필요로 하기 때문에 기간이 소요되며, 비용이 요구된다. 만약 출산대리모가 기혼 여성인 경우(대부분 출산경력이 있는 여성이 대리모가 되는 경우가 많다), 출산 후 자를 출생신고하여야 하는데 이 때 자의 성을 대리모 남편의 성 혹은 대리모의 성으로 기록해야 하기 때문에 입양시 성변경에 대한 문제와 비용도 발생한다. 또한 현행법 상 친생자와 친양자는 법적인 차이가 있기 때문에 양자가 되는 경우 자녀에게 불이익이 될 수도 있다. 예를 들어, 현행법은 친양자가 양친에 대한 패륜행위를 한 경우 파양이 가능하도록 규정하고 있다(민법 제908조의5 제2호). 의뢰부나 또는 의뢰모 중 일방만이 유전적 부모인 경우 유전적으로 상관이 없는 일방이 자녀에 대한 패륜행위를 원인으로 파양을 청구하는 것도 배제할 수 없기 때문에 자녀의 법적 지위는 친생자보다는 불안정한 상태에 놓이게 된다.

‘출산 대리모’는 자녀와 유전적으로 관계가 없을 뿐만 아니라 자녀를 양육할 의사도 없고, 준비도 되어 있지 않으며 이에 대한 책임을 부담하는 것도 원하지 않을 것이다. 그렇다면 결국 의뢰한 부모 중 적어도 한 명의 부모가 자녀와 유전적으로 연결되어 있고 대리모가 자녀와 유전적으로 관련이 없으며, 대리모 계약을 통해 출생한 자를 의뢰부모에게 자발적으로 인도하였다면, 의뢰부모가 신속히 법적 부모로

96) 이동수, 앞의 논문, 364쪽.

97) 권재문, “대리출산 자녀의 모자관계 결정기준”, 민사법학 제49권 제1호, 한국민사법학회, 2010, 128쪽 이하; 서종희, “프랑스법상 대리모계약으로 출생한 자의 부모결정기준과 자녀의 복리”, 법학논총 제24권 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2017, 233쪽; 전해정, “대리모가 낳은 자녀에 대한 친양자 입양”, 법학논고 제37집, 경북대학교 법학연구원, 2011, 278쪽 참조.

확정되는 것은 자의 복리에도 이익이 될 것이다.

한편 법조계에서는 대리모 출산이 ‘선량한 풍속을 위반하는 행위’로 보고 있지만 현재 「보조생식술 윤리지침(2021. 1. 1.)」에 의하면 대리모 출산은 보조생식술을 하기 전 일정한 요건을 충족하고 생명윤리심의위원회의 심의를 거치고, 대가성이 없다면 가능하다. 이러한 괴리현상은 법조계와 의학계 및 계약당사자 간의 상반된 인식과 행동양식에도 불구하고 이 문제를 구체적으로 규율하는 관련 제도가 부재한 것에 그 원인이 있다고 평가하고 있다.⁹⁸⁾ 이에 제도적으로 대리모 출산에 대해서 구체적인 규정을 두지 않을 경우 가족의 성립에 대한 사회적 가치관의 혼란과 분쟁의 발생, 대리모의 건강훼손 등이 발생할 수 있을 것으로 본다.⁹⁹⁾ 그러므로 대리모에 대한 법적인 논의로서의 대리모 계약에 있어서의 요건, 합의방식, 효과 그리고 의뢰 부모와 대리모의 법적지위, 출생한 자녀의 법적 지위, 계자녀 입양 등 이들의 대리모의 허용범위와 이들의 친자관계의 문제를 입법적으로 해결하는 것이 바람직할 것이다.¹⁰⁰⁾

IV. 맺는말

인류는 보조생식술의 도움으로 자녀를 가질 수 없는 사람도 갖을 수 있게 되었다. 그러나 우리 사회는 인공출산의 허용범위를 확장하는 것에 대해 활발히 논의하고 있지 않은 듯하며, 현재 보조생식술을 통한 자의 출생이 적지 않은 상황에서 아직 이들의 친자관계의 법적 문제에 대해 입법론적 해결책을 내놓지 못하고 있다.

인간에게는 자신의 유전자를 보존하고 싶어하는 욕구가 있다. 이러한 인간의 욕구는 이제 ‘부모가 될 권리’의 차원에서 다루어져야 할 것으로 본다. 그런 의미에서 본 논문은 보조생식술에 의해 출생한 자와 부모의 권리라는 관점에서 보조생식술을 폭넓게 인정하고 있는 독일의 상황을 그리고 다양한 가족관계의 범주 안에서 인공출산에 관한 친자관계의 법률문제를 어떻게 입법과 판례를 통해 해결해 나아가고 있는

98) 최아름/김성은/백경희, “대리모 계약·출산과 관련된 국내외 입법동향 및 국내 의료계와 법조계의 시각차에 대한 검토”, 과학기술과 법 제11권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2020, 390쪽.

99) 최아름/김성은/백경희, 위의 논문, 407쪽.

100) 현소혜, “대리모를 둘러싼 쟁점과 해결방안-입법론을 중심으로-”, 가족법연구 제32권 제1호, 한국가족법학회, 2018, 107-144쪽 참고.

가를 살펴보았다.

우리나라의 경우 현재 보조생식술은 법률혼 부부나 사실혼 부부에게만 허용되고 있으나 이는 앞으로 더욱 확대되어야 할 것으로 본다. 오늘날 가족은 혼인제도의 테두리 안에서 점점 탈피하고 있다. 사회적으로 다양한 가족이 인정되고 있는 만큼 인공출산의 경우도 그 다양성이 인정되어야 할 것이다. 물론 생명윤리적 관점에서 인공출산이 무분별하게 이루어지는 것에 대해서는 통제되어야 한다. 그러나 자에 대한 출산을 강제할 수 없듯이 자녀를 원하는 이들의 권리 역시 무제한적으로 제한할 수 없을 것이다. 이에 일정한 요건하에서 이에 대한 사회적 합의점을 찾을 수 있을 것으로 본다.

자녀의 출생은 그 자체로 법적 실체이다. 그러므로 이미 출생한 자녀는 존중되어야 하며, 이들이 어떤 절차를 통해 출생하였든 부모의 혼인여부가 어떠한 상관없이 이들의 신분과 양육, 부모를 알 권리 등의 문제는 법적으로 보장받아야 할 것이다. 아동권리협약 제8조에서 ‘당사국 정부는 이름과 국적, 가족관계 등 아동의 신분 보장을 위해 필요한 사항들을 법률로써 보장해야 한다’라고 규정하고 있다. 이에 우리도 보조생식술에 의한 친자관계와 관련된 다양한 법률문제를 입법적으로 해결하는데 더욱 힘을 기울여야 할 것으로 생각한다.

참고문헌

1. 단행본

- 김주수/김상용, 친족·상속법 제8판, 법문사, 2005.
- _____, 친족·상속법 제15판, 법문사, 2018.
- 송덕수, 친족상속법 제2판, 박영사, 2016.
- 윤진수, 친족상속법 강의 제1판, 박영사, 2016.
- _____, 주해친족법 제1판, 박영사, 2015.
- 이경희, 가족법, 법원사, 2006.
- Anne Röthel/Martin Löhnig/Tobias Helms, *Ehe, Familie, Abstammung -Blicke in die Zukunft(Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht)*, Wolfgang Metzner, 2010.
- Antje Schumann, “Familienrechtliche Fragen der Fortpflanzungsmedizin im Lichte des Grundgesetzes”, Henning Rosenau, *Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland*, Nomos, 2013.
- Brigitta Lurger, *Deutsches und Europäisches Familienrecht*, Springer Verlag, 1999.
- Gernhuber/Coester-Waltjen, *Familienrecht 6. Aufl.*, C.H.Beck, 2010.
- Marina Wellenhofer, *Familienrecht*, C.H.Beck, 2017.
- Nina Dethloff, “Was will der Staat? Mutterschaft als Regelungsaufgabe”, Röthe/Heiderhoff, *Regelungsaufgabe Mutterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?*, Wolfgang Metzner, 2016.
- _____, *Die gemeinschaftliche Adoption durch eingetragene Lebenspartnerinnen: Die Sukzessivadoption reicht nicht!*, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2015.
- _____, “Leihmutterschaft in rechtsvergleichender Perspektive”, Ditzen/Weller, *Regulierung der Leihmutterschaft*, Mohr Siebeck, 2019.
- _____, *Abstammung und Verantwortung: Elternschaft bei assistierter Reproduktion als Aufgabe der Rechtspolitik*, De Gruyter, 2017.
- Petra Thorn, “Familienbildung mit Spendersamen: Forschungsstand, klinische Erfahrungen und juristische Erfordernisse aus psychosozialer Perspektive”, Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit, „Kinderwunschmedizin“ -Reformbedarf im Abstammungsrecht?,

Universitätsverlag Göttingen, 2015.

Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, *Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Essen 2016 Band II/1: Sitzungsberichte - Referate und Beschlüsse*, C.H.Beck, 2017.

Tobias Helms, “Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft - Herausforderungen durch neue Familienformen. Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag”, Karsten Altenhain, *Verhandlungen des 71. DJT Essen 2016, Band 1: Gutachten*, C.H.Beck, 2016.

Ulrike Wanitzek, *Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung*, Giesecking, 2002.

Wellenhofer, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 7. Auflage*, C.H.Beck, 2017.

2. 학술지

권재문, “대리출산 자녀의 모자관계 결정기준”, 민사법학 제49권 제1호, 한국민사법학회, 2010, 125-157쪽.

김문수, “대리모가 출산한 자의 친생자관계”, 법학연구 제28권 제4호, 연세대학교 법학연구소, 2018, 71-103쪽.

김민규, “비혼인동거자 사이의 인공수정과 그 법률관계 -미국 버지니아 주 Breit v. Nason an L.F. 케이스를 소재로-”, 가족법연구 제26권 제3호, 한국가족법학회, 2012, 133-168쪽.

김선화, “친생추정과 ‘자의 복리’ -대법원 2019. 10. 13. 선고 2016므2510 전원합의체 판결-”, 저스티스 제179호, 한국법학원, 2020, 339-381쪽.

김은애/유수정, “완전대리모/자궁대리모가 개입된 배우자간 보조생식술에서 법적 부모 결정 문제: 서울가정법원 2018.5.9.자 2018브15 결정 관련 사례에 대한 논의를 중심으로”, 한국의료윤리학회지 제21권 제3호, 한국의료윤리학회, 2018, 219-240쪽.

김천수, “인공수정에 관한 법적 고찰”, 민사법학 제21권, 한국민사법학회, 2002, 82-116쪽.

맹광호, “인공생식에 관한 가족법상의 문제점”, 가족법연구 제21권 제3호, 한국가족법학회, 2007, 1-56쪽.

- 박신욱, “제3자 정자제공형 인공수정에 대한 동의가 갖는 친자법상 의미”, 가족법연구 제35권 제3호, 한국가족법학회, 2021, 105-130쪽.
- 박정일, “비배우자간 인공수정과 자녀의 혈연을 알 권리”, 의생명과학과법 제20권, 원광대학교 법학연구소, 2018, 91-120쪽.
- 서종희, “프랑스법상 대리모계약으로 출생한 자의 부모결정기준과 자녀의 복리”, 법학논총 제24권 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2017, 217-241쪽.
- 안소영, “재입양의 허용에 관한 고찰”, 가족법연구 제29권 제3호, 한국가족법학회, 2015, 333-366쪽.
- 오병철, “동성결합과 이중입양”, 인권과 정의 제479권, 대한변호사협회, 2019, 45-66쪽.
- 윤석찬, “정자기증으로 출생한 자와 관련한 민사적 쟁점 -정자기증으로 출생한 자의 신의칙에 근거한 알권리의 인정여부를 중심으로-”, 재산법연구 제34권 제4호, 한국재산법학회, 2018, 193-219쪽.
- 윤진수, “보조생식기술의 가족법적 쟁점에 대한 근래의 동향”, 서울대학교 법학 제49권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2008, 66-96쪽.
- 이동수, “외국에서의 대리모출산과 친자관계 결정의 문제에 대한 소고 -독일과 우리나라의 판례의 동향을 중심으로-”, 가족법연구 제33권 제2호, 한국가족법학회, 2019, 357-414쪽.
- 이보연, “독일 동성혼 인정 과정을 통해서 본 의회와 연방헌법재판소의 상호작용”, 서울법학 제26권 제4호, 서울시립대학교 법학연구소, 2019, 47-80쪽.
- 이창상, “대리모계약의 논란과 법적 문제점”, 경성법학 제14집 제2호, 경성대학교 법학연구소, 2005, 21-52쪽.
- 장윤순, “제3자 정자제공형 인공수정자녀 및 혈연관계 없음이 명백한 자녀에 대한 각 친생추정 적용여부 -대법원 2019. 10. 23. 선고 2016므2510 전원합의체 판결을 중심으로-”, 법학연구 제61권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2020, 63-92쪽.
- 장재용, “친생추정의 예외 인정 여부와 인공수정 자녀에 대한 친생추정 여부”, 사법제52호, 사법발전재단, 2020, 771-811쪽.
- 전혜정, “대리모가 낳은 자녀에 대한 친양자 입양”, 법학논고 제37집, 경북대학교 법학연구원, 2011, 251-286쪽.
- 최성경, “대리모계약의 효력과 모자관계 결정 -서울가정법원 2018. 5. 18. 자 2018브15

- 결정을 계기로 하여-”, *홍익법학* 제21권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2020, 341-375쪽.
- 최아름/김성은/백경희, “대리모 계약 · 출산과 관련된 국내외 입법동향 및 국내 의료 제와 법조계의 시각차에 대한 검토”, *과학기술과 법* 제11권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2020, 381-412쪽.
- 현소혜, “대리모를 둘러싼 쟁점과 해결방안 -입법론을 중심으로-”, *가족법연구* 제32권 제1호, 한국가족법학회, 2018, 107-148쪽.
- Andreas Roth, “Der Ausschluss der Vaterschaftsanfechtung nach Einwilligung in die heterologe Insemination(1600 Abs. 2 BGB)”, *DNotZ Vol. 805*, C.H.Beck, 2003, S. 801-880.
- Andreas Spickhoff, “Vaterschaft und konsentierter Fremdinsemination”, *ACP 197. Bd., H. 4*, Mohr Siebeck, 1997, S. 398-429.
- Bettina Heiderhoff, “Der gewöhnliche Aufenthalt von Säuglingen”, *IPRax Vol. 32 No. 6*, Gieseking, 2012, S. 523-526.
- Claudia Mayer, “Ordre public und Anerkennung der rechtlichen Elternschaft in internationalen Leihmutterschaftsfällen”, *RabelsZ Vol. 78*, Mohr Siebeck, 2014, S. 551-591.
- _____, “Sachwidrige Differenzierungen in internationalen Leihmutterschaftsfällen”, *IPRax Vol. 34 No. 1*, Gieseking, 2014, S. 57-62.
- Coesster-Waltjen, “Ausländische Leihmütter –Deutsche Wunscheltern”, *FF Vol. 186*, Deutscher Anwaltverlag, 2015, S. 186-189.
- Erwin Bernat, “Statusrechtliche Probleme im Gefolge medizinisch assistierter Zeugung”, *MedR Vol. 4*, C.H.Beck/Springer, 1986, S. 245-253.
- Franz Harder, “Wer sind Vater und Mutter?”, *JuS 1986*, C.H.Beck, 1986, S. 505-512.
- Hans-Ulrich Maurer, “Zum Recht gleichgeschlechtlicher Partner auf Adoption”, *FamRZ 2013*, Gieseking, 2013, S. 752-758.
- Karl-Heinz Kirchmeier, “Zivilrechtliche Fragen der homologen und heterologen Insemination de lege lata et ferenda”, *FamRZ 1998*, Gieseking, 1998, S. 1281-1284.
- Klaus Schumacher, “Fortpflanzungsmedizin und Zivilrecht”, *FamRZ 1987*, Gieseking, 1987, S. 313-324.
- Konrad Duden, “Ausländische Leihmutterschaft: Elternschaft durch verfahrensrechtliche

Anerkennung”, *StAZ Vol. 67*, für Standesamtswesen, 2014, S. 164-170.

Muscheler, “Vaterschaft durch Anerkennung und Feststellung”, *FPR 2005 Heft 5*, C.H.Beck, 2005, S. 177-179.

Nina Dethloff, “Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder”, *JZ vol. 69 no. 19*, Mohr Siebeck, 2014, S. 922-932.

Tobias Helms, “Die künstliche Befruchtung in der notariellen Beratung”, *RNotZ 2012 Heft 4*, C.H.Beck, 2012, S. 141-158.

3. 학위논문

김준원, “인공수정에 관한 법리적 연구”, 조선대학교대학원 박사학위논문, 1995.

[Abstract]

Legal Status and Kinship of Children Born through Assisted Reproductive Technology -Focusing on Legal Issues and Implications of Paternity Through Assisted Reproductive Technology in German Law-

Cho, Eun-Hee^{*}

In Korea and Germany, as the age of marriage increases and the age of women and men of childbearing age increases, the possibility of reproduction for childbirth is decreasing, and as a result, the demand for childbirth through artificial insemination is gradually increasing. Korea allows assisted reproductive technology for legally married and common-law couples (since 2019), and assisted reproductive technology is implemented in accordance with the 「Bioethics and Safety Act」, 「Assisted Reproductive Technology Ethical Guidelines」, etc. However, despite the fact that there are quite a few people born through assisted reproductive technology, there are still no provisions governing paternity through artificial birth in the Civil Act or special laws. In Germany, artificial insemination is widely permitted for married couples (same sex and opposite sex), registered living partners (same sex), cohabiting couples (same sex and opposite sex), and single women, and their paternity under the Family Act is legally recognized. It is being disciplined. In addition, Germany prohibits egg donation and surrogacy by law, but the paternity of the person born is judged separately from this. This is because it is believed that emphasizing only the general preventive thinking of banning surrogacy may result in disadvantages for children born through surrogacy. In this paper, we review trends in legislation and precedents on legal issues related to paternity through assisted reproductive technology in Germany, as well as issues being discussed in the current situation. In addition, we

^{*} Professor, Dr. jur., Law School at Jeju National University

classified recent issues in Korean case law into father-child relationships, mother-child relationships, and surrogate mothers, discussed these issues, and reviewed the implications of German law for us.

[Key Words] Assisted reproductive technology, artificial birth, surrogacy, bioethics law, reproductive medicine, artificial insemination