

# 생물학적 부모, 법적 부모, 그리고 사회적 부모<sup>\*</sup>

## - 아동 복리 우선의 관점에서 본 친자관계 확정을 중심으로 -

제철웅<sup>\*\*</sup>

### 목 차

- I. 문제제기
- II. 외국법에서의 친자관계의 확정
- III. 현행 민법의 친자관계 확정의 해석과 한계
- IV. 결 론

### 국문초록

민법 제844조는 혼인중 출생자의 출생 기간을 기준으로 법적 아버지를 추정한다. 이는 민법 제846조, 제847조와 더불어 법적 아버지와 자녀 관계를 확정하는 중추규정이다. 그런데 2005년 민법 개정 이전의 제847조 제1항은 자녀의 출생을 안 날로부터 1년 안에 친생부인의 소를 제기하게 하여 생물학적 아버지가 아님에도 법적 아버지의 책임을 떠안게 되어 자기결정권을 중대하게 침해하였다. 이에 대법원 전원합의체 1983.7.12. 선고 82므59 판결은 “동서의 결여”가 있을 때 민법 제844조의 적용에서 제외시키는 법 창설을 함으로써 위헌의 소지를 축소하였다. 그 후 헌법재판소는 민법 제847조 제1항은 헌법에 불합치한다는 결정을 하였고, 2005년 민법개정이 이루어졌다. 이 논문은 현 시점에서 대판(전) 82므59 판결을 변경하여 민법 제844조를 문언대로 해석하는 것이 시대에 적합하다고 주장한다. 이를 뒷받침하기 위해 영국과 독일의 친자관계 확정의 법을 비교분석하였다. 이를 토대로 친생부인의 소에 관한 민법 규정들은 부부와 아동 3자 간의 이익을 특히 아동보호에 중점을 두고 해석되어야 한다고 주장한다. 우리 법의 친생부인제도는 아동부양과 양육의 1차적 책임이 있는 법적 부모의 불확정상태를 조기

\* 이 논문은 2016년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2016S1A3A2924706).

\*\* 한양대 법학전문대학원 교수.

확정하기 위한 것이기 때문이다. 나아가 현행 민법의 친생부인제도는 부부의 이익은 비교적 충실히 보호하지만, 아동의 이익을 매우 불충분하게 보호하고 있음을 지적한다. 생물학적 부모를 법적 부모로 확정하고자 하는 아동의 이익을 권리로 보호해 줄 필요가 있다는 것이다. 끝으로 보조생식기술로 출생한 아동의 경우 법적 부모가 모두 없을 수 있는 위험성도 있기 때문에 법적 불확실성을 없애기 위해 입법적 정비가 시급히 이루어져야 한다는 것을 제안하고 있다.

## Ⅰ 주제어

친생부인, 친생자추정, 보조생식기술, 대리모, 법적 부모, 사회적 부모, 생물학적 부모

## I. 문제제기

(1) 아동이 태어나서 성인으로 성장하여 독립하기까지 여러 유형의 부모 역할이 있어야 한다. 첫째, 아동이 한 인간으로 독자성을 가질 수 있는 가장 중요한 원천은 유전자를 전달하는 부모이다(여기서는 생물학적 부모라 한다).<sup>1)</sup> 둘째, 아동이 신체적, 정신적으로 성장할 수 있게 직접 돌보면서 보호, 교양하고, 법정대리권으로써 아동의 권리와 의무를 대신 행사하는 부모가 있어야 한다(여기서는 법적 부모라 한다). 셋째, 법적 부모가 제 역할을 수행하지 못해 아동의 성장에 걸림돌이 될 경우 법적 부모의 역할을 대신 행사할 수 있는 사람이 있어야 한다(여기서는 사회적 부모라 한다).<sup>2)</sup>

법적 부모는 친권이 있는지와 무관하게 아동기 자녀를 위해 부양의무를 이행할

- 1) 생물학적 부모를 다양한 의미로 이해할 수 있다. 난자와 정자의 수정에 의해 인간으로 성장하게 한다는 의미에서의 유전적 부모(genetic parents)로 이해할 수도 있고, 성적 교섭에 의해 난자와 정자를 수정시키는 부모(coital parents)도 있을 수 있고, 대리모에 의한 출산, 출산 후 양육 부모로도 이해할 수 있다. 이에 대해서는 Herring, Family Law, p. 354 참조. 여기서는 관용되는 생모, 생부라는 표현 대신, 유전적으로 연결된 부모를 생물학적 부모라고 한다. 보조생식기술로 아동이 출생하는 경우가 적지 않기 때문이다.
- 2) 세 유형의 부모의 역할의 상이는 Re G (Children) (Residence: Same-Sex Partner) [2006] 1 FLR 436, paras 32-35 참조. 영국에서의 논의의 개관은 Herring(위 주 1), pp. 354 참조. 독일법에서의 논의의 개관은 MünchKomm/Wellenhofer, Vor § 1591 Rn. 18 ff. 참조.

책임이 있다.<sup>3)</sup> 법적 부모는 성인기의 자녀와의 관계에서 상호 부양의무가 있을 수 있다. 한편 유언으로 법정상속인을 배제할 수 있지만, 유류분제도로 인해 법적 부모와 자녀 간에는 경제적으로 밀접한 관련이 있다.<sup>4)</sup> 이에 반해 누가 친권 또는 그 기능을 보유해서 이를 행사하는가는 법적 부모와 별개로 아동의 최선의 이익을 고려하여 탄력적으로 운영할 수 있다. 즉 사회적 부모를 통해 친권자의 역할을 대신하여 행사할 수 있다.<sup>5)</sup> 이런 세 역할의 부모는 동일인일 수도 있지만, 각기 다를 수도 있다.

우리 민법은 혼인관계의 처가 아동을 출산한 때의 부부(민법 제844조 이하), 인지한 부 또는 처, 입양 부모를 아동의 법적 부모라고 규정한다. 이들이 생물학적 부모와 일치하지 않을 수 있다. 이 때 생물학적인 부모-자녀 관계를 확인하고자 하는 이익도 법적으로 보호할만한 가치가 있다.<sup>6)</sup> 우리 법은 친생부인의 소 제도

- 
- 3) 비양육, 비친권 법적 부모의 양육비용 부담의무(민법 제837조, 제909조), 법정대리인 아닌 부모의 동의 없이도 입양을 허가할 수 있는 사유의 하나로 자녀 부양의무를 이행하지 않은 경우를 든 민법 제870조 제2항 제1호, 제908조의2 제2항 제2호, 친권제한이 있더라도 부모의 법적 의무에 영향이 없다는 민법 제925조의3 등이 이를 전제한 것이다. 이에 관한 상론은 제철용, 부양청구권 및 부양비용상환청구권에 관한 몇 가지 해석론적 제안, 법학논총 제31집1호(2014.3), 476면 이하 참조. 아동 부양의무와 친권의 관계에 관하여 개괄적인 것은 윤진수, 친족상속법강의(제2판, 2018), 230면 이하 참조.
  - 4) 유류분은 유언의 자유를 제한하기 때문에 논란이 있다. 영국법은 유언의 자유를 중시하여 유류분권은 법정 상속인의 궁핍을 구제하는 수단으로만 인정한다. 반면 독일에서는 유류분은 아동, 부모, 배우자의 헌법상의 중요한 권리로서 다시 확인한 연방헌법재판소(BVerfG 112, 332) 판결 이후 2009년 민법개정을 통해 일부 수정된 유류분 제도를 유지하고 있다. 피상속인의 아동, 배우자, 부모에게만 인정되는, 배제불가하고, 개인적 궁핍을 고려하지 않은 법정의 최소가액. 법정상속분의 2분의1에 해당되는 금전청구권으로만 인정한다. 이에 대해서는 MünchKomm/Lange, BGB, § 2303 Rn. 3 ff. 참조.
  - 5) 부모의 직접 돌봄에서 벗어나 지방자치단체의 재정지원을 받는 보호시설이 아동을 직접 돌보는 것이 사회적 부모의 대표적 사례이다. ‘보호시설에 있는 미성년자의 후견직무에 관한 법률’은 보호시설의 장으로 하여금 미성년후견인이 되어 친권 기능의 일부 또는 전부를 행사할 수 있게 한다. 그러나 경험적 연구에 따르면 보호시설 책임자가 미성년후견인으로 선임되어 활동하는 경우는 드물다고 한다. 이에 관하여는 박명숙/제철용, 아동생활시설 미성년후견제도 실태에 대한 탐색적 연구, 한국사회복지교육(2018.12)9면 이하 참조.
  - 6) 우리나라에서는 입양특례법 제36조 이하에서 이를 보장한다. 그런데 보조생식기술의 도움을 받아 출생한 아동이 자신의 유전자적 부모가 누구인지를 확인하고자 하는 이익을 보장하는 입법이 없다. 반면 독일은 2007년 연방헌법재판소(BVerfG, FamRZ 7, 441)의 판결을 기점으로 부, 모, 자녀 중 누구라도 다른 부모나 자녀를 대상으로 출생의 생물학적 관계를

(민법 제846조 이하), 인지취소, 인지이의의 소(민법 제861조)를 통해 생물학적 부모와 법적 부모의 불일치를 해소할 수 있게 한다. 생물학적 부모가 아님에도 불구하고 인지하여 법적 부모가 된 경우 생물학적 부모 또는 아동이 인지이의의 소 또는 친생자관계존부확인 소를 통해 법적 부모의 지위를 부정할 수 있지만(민법 제862조, 제865조), 친생부인의 소의 적용을 받은 아동의 경우 생물학적 부모는 민법 제846조 이하의 친생부인이 선행되지 않는 한 기존 법적 부모의 지위를 부정할 수 없다.)<sup>7)</sup> 이렇게 함으로써 혼인 중 출생한 아동에 대한 법적 부모의 지위를 더욱 강화하고 있다.

(2) 친자관계 확정에 관한 현행 민법이 과연 현대의 가족제도 관념에 부합하는지 의문을 제기하는 경우가 드물지 않다. 무엇보다도 의학기술의 발전, 성적 자기결정권 존중 인식의 확산, 급격한 산업화와 가족기능의 약화 등 현대사회의 다양한 사회적 요인에 의해 생물학적 부모가 아닌 사람이 법적 부모로서 또는 사회적 부모로서 아동을 양육할 가능성이 더욱 빈번해졌기 때문이다. 특히 보조생식기술로 아동을 출산한 경우 생물학적 부모가 아닌 사람이 아동을 양육하는 경우가 빈번하다. 이 경우 법적 친자관계의 확정 및 부정에 관한 법적 규율이 명확하지 않기 때문에, 유전적으로 무관계한 사람이 아동을 실질적으로 돌보면서 보호와 교양을 제공할 때,<sup>8)</sup> 다음과 같은 법적 불확실성이 등장한다. 첫째, 이들을 친생자추정을 받는 자녀로 인정하여 친생부인의 소로써만 법적 부모를 부정할 수 있는지, 아니면 친생자관계존부확인 소 등을 통해 법적 부모-자녀를

---

알기 위해 유전자 검사를 할 것을 청구할 수 있도록 민법을 개정하였다(독일 민법 제1598조의a). 이 청구권은 부모와 자녀 간의 생물학적 연계성을 알고자 하는 이익을 법적으로 인정한 것이다. 그러나 법적인 친자관계에 영향을 미치지 않는다는 점이다. 영국은 2005년 4월 이후 정자가 기증된 경우 그 정자를 이용하여 보조생식기술로 출생한 아동은 기증자를 알 권리가 인정된다. the Human Fertilisation and Emroylogy Authority (Disclosure of Donor Information) Regulation 2004 참조.

- 7) 1960년 시행된 민법 제846조에서는 법적 아버지만을 친생부인의 소의 원고적격자로 인정하였다. 그러나 2005년 민법개정으로 법적 어머니도 친생부인의 소를 제기함으로써(민법 제846조, 제847조), 생물학적 아버지를 법적 아버지로 삼기를 원하는 어머니의 이익을 보장한다.
- 8) 보조생식기술을 이용하여 출산하고자 하는 부부가 자신의 정자와 난자를 이용할 수도 있지만, 제3자가 제공하는 정자와 난자를 이용할 수도 있고, 더 나아가 혼인관계 없는 사람이 보조생식기술을 이용할 수 있기 때문이다. 나아가 유전적으로 아무 관련이 없는 정자와 난자를 채취수정하여 대리모계약의 여성에게 이식하여 출산하는 경우도 있다.

인정할 수 있는지가 명확하지 않다. 둘째, 생물학적 부모-자녀 관계가 없으면 법적 부모-자녀 관계를 부정할 수 있는지에 대해서도 법적 불확실성이 있다.

(3) 법적 부모와 생물학적 부모를 일치시킬 것인지, 그 일치 이익을 제한하되 생물학적 친자관계를 알 이익을 보호할 것인가 등에 관하여<sup>9)</sup> 세 당사자, 즉 부모, 아동 간에 이익의 대립이 있을 수 있다. 현행 민법은 친생부인의 소 제도와 인지, 인지 취소, 인지의 제도, 친생자관계존부확인의 소 제도를 통해 생물학적 친자관계와 법적 친자관계를 일치시킬 기회를 보장한다. 그 중에서도 친생부인의 소 제도가 논의의 중심에 있다. 그런데 우리나라에서는 친생부인의 소 제도의 문제점을 분석하기 보다는 친생자추정 규정인 민법 제844조를 둘러싸고 논의가 진행되었다. 그것이 잘 드러나는 것이 대법원 전원합의체 1983. 7. 12. 선고, 82므59 판결이다.<sup>10)</sup> 위 대법원 판결은 “혼인한 부부 간에 동서의 결여로 처가 부의 자를 포태할 수 없는 것이 외관상 명백한 사정이 있는 경우 민법 제844조 제1항, 제2항을 적용하지 아니한다.”는 규범을 새롭게 창설하였다. ‘간주규정’이라면 몰라도, 해석론으로 ‘법률상의 추정’ 규정에 예외를 창설하는 예는 우리나라와 일본을 제외하고는 영국, 독일, 스위스<sup>11)</sup> 등등의 선진국에서는 찾기 어렵다.

위 대판 82므59 판결을 주어진 규범으로 전제한다면,<sup>12)</sup> 의학기술의 발달로

- 9) 우리나라에서도 친자관계의 확정과 무관한 생물학적 친자관계의 확인을 구하는 아동의 청구권을 인정할 필요성을 논하는 주장도 있다. 권재문, 친자관계와 독립된 혈연검사를 위한 법적 절차 도입의 필요성, 가족법연구 제23권2호, 193면 이하 참조.
- 10) 이 판결은 일본 최고재판소 1969.5.29.판결(민법제23권1066면)가 동일하게 소위 외관설을 채택한 것이다. 이에 대해서는 류일현, 친생자 추정이 미치는 범위와 그 한계: 최근의 일본 최고재판소 판례(2014년 7월 17일 판결)를 소재로 하여, 비교사법 제22권 3호, 1026면 참조.
- 11) 스위스 민법 제255조는 혼인 중 처가 아동을 출산하면 남편이 아동의 법적 아버지로 추정하고, 그 추정은 친생부인의 소를 통해서만 가능하다. 친생부인의 소는 아동의 출생과 자신이 생물학적 아버지가 아님을 안 때로부터 1년, 아동 출생으로부터 5년 내에 제기하여야 한다. 그런데 친생자추정 규정은 부부의 동서가 결여되었다 하더라도 그대로 적용된다. D TRosch/C. Funtoulakis/C. Heck, Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, 2. Aufl., 275 ff. 참조 영국과 독일은 후술한다.
- 12) 1960년 시행된 민법 제846조, 제847조는 법적 아버지만 친생부인의 소를 제기할 수 있게 하면서 그 출소기간을 아이의 출생을 안 날로부터 1년으로 정하였다. 일본 역시 동일한 규정을 두고 있고(제772조, 제774조, 제775조, 제777조), 일본 최고재판소는 출소기간을 제한한 것이 위헌이 아니라고 판단하였고(일본 최고재판소, 昭和 55.3.27. 선고, 家庭裁判月報

포태의 시점을 과학적으로 확인할 수 있게 되면서 포태 기간 동안 동서가 결여 되었음이 증명된 경우에도 위 법률론의 “동서의 결여”에 포섭될 수 있는가라는 의문이 제기될 수 있다. 또한 의학기술의 발달로 유전자 감식을 통해 친자관계가 성립할 수 없음이 “외관상 명백”하게 증명될 수 있기에 이 경우도 친생자추정을 받는 민법 제844조의 적용에서 제외하여야 한다는 목소리도 높아질 수밖에 없다.<sup>13)</sup>

그러나 이제까지의 논의는 친자관계의 확정을 둘러싼 부부의 이익에만 초점을 맞추었고, 정당한 법적 이익을 가진 또 다른 측인 아동의 이익은 고려하지 않았다는 한계가 있다. 달리 말하면 친생부인의 소, 인지 및 인지취소, 인지의 등을 부부 또는 혼인 관계 없는 남녀의 이익만이 아니라 아동의 이익이라는 관점에서 재조명할 필요가 있다. 이 글에서는 대판 (전) 82므59를 재조명해서 친자관계의 확정을 둘러싼 3 당사자 간의 이해관계를 정당하게 반영하여 친생부인의 소 제도를 해석할 수 있는 방안이 무엇인지, 해석론에도 불구하고 여전히 남은 문제를 해결하기 위한 입법적 조치는 무엇인지를 규명하고자 한다. 이를 위해 먼저 외국, 특히 영국과 독일에서는, 친자관계의 확정을 중심으로, 생물학적 부모, 법적 부모, 사회적 부모의 관계를 어떻게 설정하는지를 살펴보고, 이어서 현행 친생부인의 소의 정당한 해석론 및 입법적 과제를 제시하고자 한다.

32.8.66), 또한 통설도 ‘출생을 안 날’을 생물학적으로 자신의 자녀가 될 수 없는 아동의 출생을 안 날이 아니라 아동의 출생으로 해석한다(中川善之助/米倉明, 新版 注釋民法(23), 236면(松倉耕作 집필 부분)참조). 따라서 민법 제844조(일본 민법 제772조)의 적용범위를 제한하기 위한 다양한 해석론이 나오는 것은 불가피하다. 일본 학설의 현황은 류일현(위주 10), 1011면 이하; 정구태, 친생추정의 한계 및 친생부인의 소의 원고적격, 법학연구 제26권 1호(2015.6), 113면 이하; 정현수, 개정 친생추정제도에 대한 평가, 법학연구 제28권 2호(2017.12), 41면 이하; 中川善之助/米倉明 편집, 新版 注釋民法(23), 171면 이하(高利公之 /高利俊一 집필부분) 참조.

13) 민법 제844조에 상응하는 일본 민법 제772조의 적용에서 제외되는 범위에 관한 학설로는 외관설, 혈연설(실질설), 가정파탄설, 합의설 등이 있다고 한다. 이에 대해서는 류일현(위주 10), 1022면 이하 참조. 이제까지 주류 가족법 학설도 일본 학설의 흐름에서 크게 벗어나 있지 않다. 이에 대해서는 정구태(위주 12), 122면 이하 참조.

## II. 외국법에서의 친자관계의 확정

### 1. 영국

#### (1) 법적 부모를 확정하는 기준

영국법에서는 우리 법의 친생추정과 친생부인의 소, 인지와 인지취소의 소와 같은 제도가 없다.<sup>14)</sup> 영국법에서는 자녀를 출산한 여성이 법적 어머니인 것이 원칙이다.<sup>15)</sup> 보조생식기술을 활용하여 출산한 경우에도 출산 여성이 법적 어머니로 인정된다. 제3자가 제공한 난자로 포태되었다 하더라도 마찬가지이다(인공수정 및 배아법(the Human Fertilisation and Embryology Act=HFEA 2008, 제33조 제1항). 법적 어머니를 생물학적 어머니와 달리 출산에 초점을 두는 논거로는 임신의 전 과정에서 태아를 돌보고, 임신과 출산의 고통을 감내한 여성이 아동과 가장 밀접한 관련성이 있다는 것을 들고 있다.<sup>16)</sup> 그러나 출산 여성이 아닌 자도 법률에 따라 법적 어머니가 될 수 있다. 먼저 2002년의 입양과 아동법(the Adoption and Children Act 2002)에 따른 입양명령, 2008년의 인공수정과 배아법(the Human Fertilisation and Embryology Act=HFEA 2008) 제54조 이하에 따른 부모 명령(parental order)에 의해 출산 여성 아닌 자가 법적 어머니가 될 수 있다.<sup>17)</sup>

반면 법적 아버지를 결정하는 기준은 복잡하다. 먼저 아동과 유전적으로 연결된 사람이 법적 아버지인 것이 원칙이다. 그러나 인공수정과 배아법(HFEA 2008)에 따라 유전적으로 연결되지 않더라도 법적 아버지로 인정되는 경우도 있다. 또

14) 1987년 가족법개정법(the Family Law Reform Act 1987)으로 혼인중의 자녀와 혼인외의 자녀의 구분을 없앤 후, 양자 간에 법적 아버지가 될 수 있는 것에 차이가 없어졌기 때문에 법적 아버지가 되는 별도의 방법을 설정할 이유가 없다. 이에 대해서는 Herring(위 주 1), p. 118 참조.

15) Amptill Peerage Case [1977] AC 547 at p. 577 참조.

16) The Warnock Report, 1984; Herring(위 주 1), pp. 356 참조.

17) 보조생식기술로 출생한 아동의 친자관계 확정에 관한 소개로는 엄동섭, 대리모계약에 관한 외국의 입법례, 가족법연구 19권2호, 42면 이하; 현소혜, 대리모를 둘러싼 쟁점과 해결 방안-입법론을 중심으로, 가족법연구 제32권 1호, 115-116면 참조. 본문의 HEFA 서술은 2018년 개정법에 근거하였다.

한 2002년 입양 및 아동법(the Adoption and Children Act 2002)에 따른 입양명령(adoption order)이나 인공수정과 배아법 제54조 이하에 따른 부모 명령(parental order)에 의해서도, 위에서 언급한 법적 어머니만이 아니라, 법적 아버지도 될 수 있다.<sup>18)</sup> 그 밖에 반증가능하게 법적 아버지로 추정되는 경우도 있다. 법적 아버지로 추정되는 것은 우리 민법의 친생자추정과는 매우 다르다. 아동의 어머니와 혼인 중에 있는 남성은 법적 아버지로 추정된다. 또한 아동의 출생증명서에 아버지로 기재된 사람도 법적 아버지로 추정된다. 나아가 친권합의(parental responsibility agreement)<sup>19)</sup>가 있는 경우에도 법적 아버지로 추정된다. 끝으로 법원에서 주어진 사실관계를 토대로 아버지로 추정된다고 판결할 수도 있다.

그런데 아버지로 추정되었다고 하더라도 반증이 어렵지 않다. 법적 아버지로 추정받는 자는 언제라도 법원에 유전자감식명령을 신청해서 유전자감식을 통해 법적 아버지임을 부정할 수 있다(the Family Law Reform Act 1969 제26조, 제20조). 그런데 추정의 복멸은 더 많은 개연성(balance of probability)에 근거한다.<sup>20)</sup> 가령 법적 어머니가 혼인 외의 남자와의 사이에서 아동을 출산한 경우, 어머니가 아이의 생물학적 아버지에게 부양비를 청구하기 위해 아동지원기관(the Child Support Agency)에 신청하여 유전자 감식을 요청하였으나 혼인 외의 남성이 조사를 거부한 사건에서 법원은 남편이 아니라 혼인 외의 남성이 아이의 아버지로 추정된다고 판단한 것<sup>21)</sup>도 이 때문이다. 혹은 혼인 중에 아동이 출생하였다도 남편이 아동이 임신하였을 때 해외에 있었음을 증명함으로써 법적 아버지의 추정을 깨뜨릴 수 있다.

18) 대리모계약에 의해 아동이 출생한 경우가 그 예이다. 인공수정 및 배아법 제54조는 부부가 대리모계약의 위탁자인 경우 부모가 될 수 있는 요건을 규정하였고, 제54조의a는 신청인이 1인일 경우 부 또는 모가 될 수 있도록 하였다.

19) 혼외자가 출생한 경우 법적 아버지가 될 수 있는 가장 간단한 방법이 출생증명서에 아버지로 등록되는 것과 아동의 법적 어머니와 친권합의를 해서 법원에 등록하는 것이 있다. Re X (Parental Responsibility Agreement) [2000] 1 FLR 517에서는 이것은 국가 개입 없이 부모가 친권에 관해 합의하는 방법이라고 한다. 친권합의를 하는 법적 아버지는 생물학적 아버지일 필요가 없다.

20) Herring(위 주 1), p. 참조

21) F v CSA [1999] 2 FLR 244; Re P (identity of mother) [2011] EWCA civ. 795 참조(15세 아동이 유전자감식을 거부하자 법원은 그 거부를 근거로 아버지 추정에 관하여 결정할 수 있다고 판단하였다).

## (2) 보조생식기술을 활용한 출산에서의 법적 부모 확정

보조생식기술의 도움을 받아 아동이 출생한 경우에도 위의 원칙이 적용된다. 다만 인공수정과 배아법(HFEA 1990, 2008)에서 예외를 인정한다. 첫째, 정자를 면허 있는 의료진에게 기증한 남자는 의료진이 1990년 법 부칙 제3조에 따른 기증자의 동의조건에 맞추어 정자를 이용한 경우에는 아이의 아버지가 되지 않는다(2008년 법 제41조). 가령 남편이 아내의 임신을 위한 목적으로 정자를 기증하였으나 그 정자로 다른 여성이 임신한 경우에는 정자기증의 조건에 따른 사용이 아니기 때문에 위 법 제41조의 적용을 받지 못한다. 따라서 일반원칙에 따라 정자기증자가 아이의 법적 아버지가 된다.<sup>22)</sup>

둘째, 정자기증자가 사망한 후 출생한 아동에 대해서는 기증자가 법적 아버지가 되지 않는다(HFEA 2008 제42조 제1항). 그러나 정자기증자가 자신의 사망 후 정자 사용을 허가한 경우에는 사망 후 정자 이용을 통해 아이가 출생하더라도 기증자가 법적 아버지가 된다(HFEA 2008 제39조, 제40조). 셋째, 혼인 중의 아내가 보조생식기술을 이용해서 출산한 경우, 남편은 자신이 보조생식기술을 통한 임신에 동의하지 않았고, 이용된 정자가 자신의 것이 아님을 증명하지 않는 한 아동의 법적 아버지가 된다(HFEA 2008 제35조).<sup>23)</sup> 넷째, 남녀가 혼인하였는지, 성적인 관계를 맺은 사람인지, 같이 동거하는지와 무관하게 아동의 아버지에 관한 합의조건(agreed fatherhood conditions)에 따라 아동이 보조생식으로 출생한 경우 그 조건에 합의한 사람이 아동의 법적 아버지가 된다(HFEA 2008 제37조). 그 조건은 면허 있는 의사의 도움으로 여성(W)에게 제공된 시술의 결과 태어난 아동에 대해 남성(M)이 자신이 아버지로 인정되는 것에 동의한다는 것을 책임 있는 사람(면허 있는 의료진)에게 통지하고, W가 M이 아버지로 인정되는 것에

22) Leeds Teaching Hospital NHS Trust v A [2003] EWCA 259(Fam), [2003] 1 FLR 599. 이 사안에서는 아내의 난자와 남편의 정자를 체외 수정시켜 아내의 자궁에 착상하고자 하였으나, 의료진의 실수로 제3자의 정자와 아내의 난자가 수정된 사안이다. 여기서는 정자기증자의 동의 없이 이용되었기 때문에 위 법 제41조가 적용되지 않고, 증자기증자가 아이의 법적 아버지로 인정된 사안이다.

23) 위 Leeds Hospital 사건에서는 남편이 제공한 정자가 아닌 제3자의 정자가 아내의 난자와 수정되었기 때문에, 남편은 그 정자를 이용할 것을 동의한 것이 아니기 때문에 아동의 법적 아버지로 인정되지 않는다.

대해 동의한다는 진술을 책임 있는 사람에게 통지하고, M이나 W가 그 동의를 철회하지 않았으며, 위 통지 후 W가 M 아닌 다른 사람을 아동의 아버지로 인정되는 것에 동의한다는 통지를 책임 있는 사람에게 보내지 않거나, W가 아닌 다른 여성이 아이의 어머니로 인정되는 것에 동의한다는 통지를 책임 있는 사람에게 보내지 않았을 경우 ‘아버지에 관한 합의조건’이 있게 된다. 그러나 금혼 범위에 있는 사람 간에는 이 합의는 효력이 없다. 다섯째, 여성 동성커플 중 한 명이 보조생식기술을 이용하여 임신을 한 경우, 다른 여성 동성커플은 법적 아버지가 될 수는 없다. 그러나 제2부모(a second parent)의 지위를 얻을 수 있다. 동성커플이 인공수정과 배아법(HFEA 2008) 제42조 제1항의 의미에서 혼인하였거나 시민적 파트너 관계에 있고, 커플의 1인이 다른 커플의 난자에 제3자의 정자를 수정시켜 임신하게 하는 것에 동의하였다면 제2부모로서의 지위를 얻을 수 있다. 여섯째, 동성커플이 혼인하거나 시민적 파트너 관계에 있지 않더라도 ‘어머니에 관한 합의조건(agreed female parenthood provisions)’에 따라 출산한 경우라면 마찬가지로 제2부모로서 인정된다(HFEA 2008 제44조 제1항).

### (3) 대리모 계약으로 아동이 출생된 경우 법적 부모의 확정

영국은 1985년의 대리모계약법(the Surrogacy Arrangement Act 1985)으로 대리모계약을 규율한다. 대리모계약은 아동을 출산한 여성이 임신 전에 ‘아동을 출산할 경우 친권을 갖기를 희망하는 위탁자에게 인도’하겠다는 내용의 계약을 말한다(제1조 제2항). 출산 여성은 아동에 대한 친권을 행사하지 않고, 위탁자가 친권을 행사하기를 원하는 계약이다. 대리모계약에는 위탁부부의 정자 또는 난자가 제공되는 경우와 제3자의 정자, 난자로만 임신하는 경우로 구분할 수 있다. 이때 법적 어머니는 출산 여성이고, 법적 아버지는 아동에게 유전자를 물려 준 사람이다. 다만 인공수정과 배아법에 따라 정자를 기증한 경우에는 위 (2)에서 언급한 원칙에 따라 처리된다. 그런데 대리모계약이 있는 경우는 다음 두 가지 가능성이 있다.

첫째, 대리모가 아동을 인도한 경우, 위탁부부는 법원에 자신을 부모로 인정해 달라는 취지의 부모명령(parent order)을 신청할 수 있다(HFEA Act 2008 제54조).<sup>24)</sup>

그 명령의 효과로 아동은 신청자의 법적 자녀로 인정되고 친권도 신청인에게 귀속된다. 명령은 부모명령등록부(Parental Order Registry)에 기록된다. 부모명령을 내리기 위한 요건은 정자 또는 난자(혹은 모두)가 위탁자의 것이어야 하고, 부부, 시민적 파트너, 지속적 가족관계에 있어야 하며(금혼의 범위에 있어서는 안 된다), 위탁자가 18세 이상이어야 하며, 위탁자 중 1인은 영국에 주소지를 두고 있어야 하며, 명령을 할 시점에서 아동이 위탁자와 같이 살고 있어야 하며, 출생 후 6개월 이내에 신청이 있어야 하며, 아버지는 이 명령에 대해 조건 없는 동의를 해야 하며, 출산 어머니도 이 명령에 조건 없이 동의해야 하고, 출산 어머니의 남편도 이 명령에 조건 없이 동의해야 하며, 대가적 금전거래가 없어야 하며, 성적 관계에 의해 임신한 것이 아니어야 하며, 아동의 최선의 이익의 관점에서 법원은 판단하여야 한다.<sup>25)</sup> 부모명령은 간이한 입양명령과 다를 바 없다.<sup>26)</sup>

그런데 2016년 자신의 정자를 이용해서 대리모를 통해 ‘Z’라고 불리우는 아이를 출생하게 한 위탁남성이 1심 법원인 High Court의 가사부에 위 제54조를 1998년 인권법 제3조 제1항에 합치하게 해석해서 자신도 ‘부모명령’을 신청할 수 있도록 해 달라고 신청하였으나 가정법원장인 James Munby판사는 이를 기각하였다.<sup>27)</sup> 이에 아동의 생물학적 아버지는 2008년의 인공수정 및 배아법 제54조가 1998년의 인권법 제4조, 유럽인권협약 제8조, 제14에 합치하지 않는다고 선언해 달라고 다시 신청하였다. James Munby 가정법원장은 제54조가 유럽인권협약 제8조, 제14조에 합치하지 않는다고 선언하였다.<sup>28)</sup> 그 후 the Human Fertilisation and

24) 2016년 잉글랜드 아동-가족 사건 법원자문 및 지원 위원회(Child and Family Court Advisory and Support Service=Cafcass)의 조사에 따르면 2014-2015년 한해 Cafcass에 지원 서비스 제공을 위해 접수된 부모명령 사건은 242건, 2015-2016년 한해 295건이라고 한다. <https://www.cafcass.gov.uk/wp-content/uploads/2017/12/2014-15-figures-for-parental-orders-granted-from-international-surrogacy-arrangements.pdf> 참조. 최종방문 2019.4.10.

25) 그러나 대리모계약이 해외에서 체결되었고, 위 요건 중 한 두 개가 결여된 경우가 드물지 않은데 법원은 아동의 최선의 이익이라는 관점에서 부모명령을 내릴 수 있다고 한다. Re X (A Child) (Surrogacy:Time Limit) [2014] EWCA 3135(Fam); Herring(위 주 1), pp. 369.

26) 부모명령의 이런 특징을 감안하여 시행령의 제정에서도 입양법의 규정을 고려하고 있다는 점은 Department of health & Social Care, Human Fertilisation and Embryology (Parental Order) Regulations 2018(March 2018), pp. 8 참조.

27) Z (A Child), [2015] EWFC 73, 7, 7 September 2015.

28) Z (A Child) (No 2), [2016] EWHa 1191 (Fam), 20 May 2016.

Embryology Act 2008 (Remedial) Order 2018(2019년 1월 3일 발효)로 2008 인공수정 및 배아법을 개정하여 제54조의A조에 1인의 생물학적 아버지가 신청한 경우에도 부모명령을 내릴 수 있게 하였다.<sup>29)</sup>

둘째, 대리모가 아동을 인도하지 않는 경우가 있다. 대리모계약은 구속력이 없기 때문에(the Surrogacy Act 1985 제1조의A), 이를 강제할 수도 없고 계약위반을 이유로 한 손해배상청구를 할 수도 없다. 대리모가 아동의 법적 어머니가 된다. 이 때 위탁자와 대리모 간에 아동을 둘러싼 민사적 분쟁이 있을 수 있다. 이 경우 아동관련 민사 분쟁 규율조항인 1989년 아동법(the Children Act 1989) 제8조가 적용된다. 위탁자는 아동을 자신(들)과 같이 살 수 있게 해 달라는 내용의 아동 관련 관계조정명령(child arrangement order)<sup>30)</sup>를 신청할 수 있기 때문이다.<sup>31)</sup> 이 때 법원은 아동의 최선의 이익의 관점에서 판단한다. 대리모가 이 명령에 반대하지 않으면 명령을 내릴 것이다. 그러나 대부분 아동은 대리모와 더 밀접한 관련이 있기 때문에 법원은 아동 관계조정명령을 내리는 것에 대해 주저한다고 한다. Re P (Surrogacy: Residence) [2008] Fam Law 18 사건에서는 대리모가 유산하였다고 거짓말을 한 경우 아동이 위탁자 부부에게서 양육되는 것이 장기적으로 볼 때 아동의 최선의 이익에 부합한다고 판단하였다. 거짓말을 한 대리모의 심리상태가 장기적으로 볼 때 아동을 양육하는 데 적절하지 않다고 보았기 때문이다. H v S (Disputed Surrogacy Agreement) [2015] EWFC 36에서는 위탁부부가 아동을 양육하고, 대리모는 아동을 정기적으로 면접교섭할 것을 명하였는데, Russell 판사는 위탁부부는 대리모가 아동과 만나는 것에 개방적인데 대리모는

29) 이 과정은 Tim Jarrett, Children: Surrogacy-Single people and parental orders(UK), House of Common Briefing Paper, no. 8076(3 April 2019) 참조.

30) 아동관계조정명령(child arrangements order)은 2014년의 the Children and Families Act 2014 Schedule 2 para. 3에 따라 종전 아동법 제8조의 아동거주명령과 면접교섭명령을 통합한 것이다. 대리모계약의 위탁자들은 제8조 명령을 신청할 수 있는 당연 신청권자가 아니기 때문에 법원의 허가를 받아야만 제8조 명령을 신청할 수 있다(아동법 제10조 참조).

31) JP v LP [2014] EWCA 595 (Fam); Re C (A Minor)(Wardship; Surrogacy) [1985] FLR 846; Re P (Minor) (Wardship; Surrogacy) [1987] 2 FLR 421, [1988] FCR 140. 위탁 남성의 정자가 제공된 경우라면 아동의 법적 아버지이기 때문에 위 명령을 신청할 당연한 자격이 있지만, 그렇지 않은 경우(정자는 제3자의 것, 난자는 위탁자의 것) 신청을 하기 위해서는 법원의 허가가 있어야 한다.

위탁부부가 아동을 만나는 것에 저항적이고, 대리모가 법원에 거짓말을 하였을 뿐 아니라 법원 명령을 위반하였다는 것을 근거로 아동을 위탁부부가 양육하는 것이 더 낫다고 판단하였다.

#### (4) 친자관계 확정의 효과

위에서 설명한 원칙에 따라 법적 부모로 인정되면 아동을 부양할 의무가 있다. 부모가 부부인지는 문제되지 않는다. 가령 정자기증자가 법적 아버지로 인정되면 아동에 대해 부양의무를 부담한다. 친권을 가진 사람과 법적 부모가 다를 경우 법적 부모가 아동 부양비를 부담하는 것이 원칙이다.<sup>32)</sup> 법적 부모의 아동 부양의무와 달리, 성인 자녀는 법적 부모를 부양할 의무가 없다. 사회보장법 체계에서도 성인자녀를 ‘책임 있는 친족(a liable relative)’로 인정하지 않는다. 그러나 고령사회가 진행되면서 성인자녀가 법적 부모를 부양할 도덕적 의무가 있는지를 둘러싼 논쟁은 있다고 한다.<sup>33)</sup>

한편 아동은 법적 부모의 법정상속인이 될 수 있지만, 유언의 자유가 보장된 영국법에서는 유언에서 배제된 법정상속인은 아무런 권리도 없다. 다만 상속(가족과 피부양자를 위한 급여)법(the Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975)에 따라 가족 또는 피부양자는 법원에 유언에서 배제됨으로써 어려움에 처하게 되었음을 이유로 상속재산 중 일부를 배분해 줄 것을 신청할 수 있다. 이는 가족 또는 피부양자의 권리가 아니며 법원의 재량에 맡겨져 있다. 신청할 수 있는 사람의 범위는 피상속인의 배우자 또는 시민적 파트너, 피상속인이 재혼하거나 시민적 파트너관계를 다시 맺지 않은 경우의 종전 배우자 또는 종전 시민적 파트너, 피상속인 사망 직전 2년 간 피상속인과 동일한 가구에서 거주하면서 피상속인의 아내 또는 남편(시민적 파트너)로 생활한 사람, 피상속인의

32) 물론 입양이 되면 입양부모가 종전 법적 부모를 대신하기 때문에 종전 부모의 부양의무는 없어진다.

33) 상세한 것은 Herring(위 주 1), pp. 717 참조. 한편 영국의 아동지원법(the Child Support Act 1991), 아동부양법(the Child Maintenance and Other Payments Act 2008)은 아동부양의무는 법적 부모에게 있다고 규정하지만, 아동빈곤법(the Child Poverty Act 2010)은 국가의 아동부양책임을 전제하고 있다. 따라서 아동지원에 대한 국가책임이 폭넓게 인정된다.

자녀, 피상속인이 자녀로 인정한 사람, 피상속인의 사망 직전에 피상속인으로부터 부양을 받았던 사람 등이다.<sup>34)</sup> 피상속인과 이들의 관계, 이들의 기대치 등 여러 사정을 감안하여 법원의 재량적 판단으로 상속재산 중 일정 금액을 배분할 수 있다.

### (5) 사회적 부모가 되는 경로

영국법에서는 아동의 최선의 이익의 관점에서 법적 부모의 친권에 대해 민사법 및 공법의 양 방면에서 개입하고 있다. 아동에 대해 이해관계 있는 사람들은 법적 부모를 상대로 법원에 아동 관계조정 명령(거주명령과 면접교섭명령), 금지명령, 특정명령 등을 청구할 수 있고(아동법 제8조 명령), 지방자치단체도 공법적 개입으로서 아동보호명령 등을 청구할 수 있다(아동법 제31조 이하에 따른 공법적 개입). 아래는 2011년부터 2017년까지 아동법에 따른 민사적 개입과 공법적 개입 건수이다.

〈표 1〉 2011년 이후 아동법에 따른 공법명령 및 사법명령의 추이(England & Wales)

	결정 명령 유형	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
공법 명령	제31조 보호명령	20,155	20,442	19,305	19,888	21,587	25,685	25,553
	제35조 감독명령	1,236	1,222	1,170	1,231	1,519	2,149	2,597
	제44조 응급명령	1,918	1,818	2,047	1,952	1,688	1,756	1,603
사법 명령 (제8조 명령)	관계조정명령(거주)	35,791	36,411	35,842	27,340	24,280	27,028	29,149
	관계조정명령(면접교섭)	38,404	40,922	43,568	30,748	36,101	40,916	44,257
	금지명령	18,341	18,951	17,250	14,679	13,933	14,954	16,142
	특별명령	9,213	10,112	9,594	8,932	9,364	10,731	11,742

자료: 「Family Court Statistics Quarterly Tables 2018」에서 재구성<sup>35)</sup>

34) 이에 대해서는 Peter Birks, *English Private Law*, Bd. I, pp. 578 참조.

35) 1989년 아동법 이후 2011년까지의 추이에 대해서는 장영인, *학대피해아동 보호에서의 아동권리와 부모권리의 균형모색: 영국 아동보호관련법의 전개과정을 중심으로*, 아동과 권리 제17권 제4호(2013), 한국아동권리학회, 562면 참조.

## 2. 독일

독일은 1997년 민법의 아동관계법을 새롭게 규율하면서 1969년부터 지속되던 혼인 중의 자와 혼인 외의 자를 구분하는 법규정을 전부 없애고, 양자를 통일적으로 규율한다(독일 민법 제1591조부터 제1600조의d). 이로써 친생부인의 소와 인지취소, 인지의이의 소를 두는 우리 법과 달리, 법적 부모-자녀관계를 번복하는 제도를 친생부인의 소로 통일시켰다. 한편 2003년의 연방헌법재판소의 판결(BVerfG, FamRZ 2003, 816) 이후 친자관계를 부인할 수 있는 청구권자의 범위가 확대되어, 아동, 부모만이 아니라 일정한 요건 하의 생물학적 아버지도 친생부인의 소를 제기할 수 있게 되었다(독일 민법 제1600조).

### (1) 법적 부모 확정하는 기준

1997년의 민법개정을 통해 법적 어머니는 유전적으로 자녀와 모자관계가 있는지와 무관하게 아동을 출산한 사람이 어머니라고 규정한다(동 민법 제1591조).<sup>36)</sup> 그 결과 타인의 난자를 이용한 보조생식기술로 아동을 출산한 경우에도 난자 제공자가 아니라 임신한 여성이 법적 어머니가 된다. 법적 어머니는 법적 아버지와 달리 인지를 하거나, 친생부인의 소로 부인할 수 있는 대상이 아니다.<sup>37)</sup>

법적 아버지가 될 수 있는 경로는 다음 세 가지이다. 첫째, 아동 출생의 시점에서 법적 어머니와 혼인 관계에 있는 남성은 법적 아버지이다(동 민법 제1592조 제1호). 동호의 법적 아버지가 있을 경우, 다른 사람이 독일 민법 제1594조 제2항의 인지(Anerkennung)를 할 수도 없고,<sup>38)</sup> 독일 민법 제1600조의d의 친자관계

36) 그 이전까지는 타인의 난자를 이용한 보조생식기술로 아동을 출산한 여성을 법적 어머니로 인정할 것인지에 대해서는 견해의 대립이 있었다. 출산여성이 법적 어머니라는 견해(다수설), 모에 의한 인지가 가능하도록 해야 한다는 것, 출산 여성이 법적 어머니로 인정되지만 아동에 의한 친생부인의 소를 인정해야 한다는 견해, 모자관계부존재확인 소를 인정하여야 한다는 견해 등의 소수설도 있었다. 이에 대해서는 MünchKomm/Wellenhofer, § 1591 Rn. 3 참조.

37) MünchKomm/Wellenhofer, § 1591 Rn. 4 참조.

38) 독일 민법 제1594조 제2항에서 다른 사람이 법적 아버지인 경우 인지를 할 수 없게 규정하였다.

확인소송을 제기할 수도 없다(동조 제1항). 혼인 중의 자녀에 대해서는 친생부인의 소(Anfechtung)를 통해 법적 아버지의 지위가 배제되었거나 후술할 제1599조 제2항을 통한 인지가 아니고는 다른 사람이 법적 아버지로 인정될 수 없다. 제1593조는 남편의 사망 후 300일 이내에 아동이 출생한 경우에도 사망한 남편이 그 아동의 법적 아버지가 된다고 규정한다. 출생 300일 이전에 포태되었음이 확인된 경우에는 그 기간이 기준이 된다. 즉 이 때에도 사망한 남편이 아동의 법적 아버지가 된다. 그러나 아내가 재혼한 후 아동이 출생하였다면 재혼 남편이 아동의 법적 아버지로 추정된다. 전 남편 사망 300일 이내에 출생하였거나 300일 이전에 포태되었음이 확인되더라도 마찬가지이다. 그러나 재혼한 남편이 친생부인의 소를 제기하여 인용판결이 확정되면 전 남편이 법적 아버지로 추정된다.<sup>39)</sup>

둘째, 법적 어머니가 아동을 출산할 때 혼인하지 않았다면, 아동의 생물학적 아버지가 인지하여 법적 아버지가 될 수 있다(동 민법 제1592조 제2호).<sup>40)</sup> 친생부인의 소를 통해 동조 제1호의 법적 아버지성이 부인될 경우에도 생물학적 아버지가 인지할 수 있다. 인지는 조건이나 기한을 붙일 수 없다(동 민법 제1594조 제3항). 인지는 아동의 출생 전에도 할 수 있다(동 민법 제1594조 제4항). 그런데 인지에는 법적 어머니의 동의가 있어야 한다(동 민법 제1595조 제1항). 법적 어머니가 친권을 보유하지 않을 경우 아동의 동의를 받아야 한다(동 민법 제1595조 제2항).<sup>41)</sup> 임의인지의 경우 혼인 중의 자녀와 마찬가지로 인지가 생물학적 아버지일 필요가 없다. 이 절차는 법적 아버지를 정하는 절차이지, 생물학적

39) 물론 이 경우 전혼 남편은 친생부인의 소로써 친생부인을 할 수 있다. 이 때 제1600조의b 제2항에 의해 재혼 남편의 친생부인의 소가 확정될 때까지 제척기간이 진행되지 않게 한다.

Erman/Hammermann, BGB, § 1593 Rn. 6 ff. 참조.

40) 인지 및 그것에 대한 동의는 요식행위로서 공정증서로 하여야 한다. 독일 민법 제1597조 참조.

41) 법적 어머니가 친권을 가진 경우에도 아동의 동의가 있어야 한다. 어떤 경우이든 아동의 동의도 필요하다는 것이다. 그런데 이 때의 동의는 일신전속적인 것이어서 제한행위능력자라 하더라도 본인이 직접 하여야 한다. 독일 민법 제1596조는 동의를 할 아동 또는 법적 어머니가 제한행위능력자일 경우에도 스스로 동의하여야 한다고 한다. 그러나 어머니가 행위무능력자인 가정법원의 인가 하에 법정대리인이 동의할 수 있다(동항 제4문). 아동이 행위무능력자이거나(7세 미만), 14세 미만인 경우에는 법정대리인이 인지에 동의하여야 한다고 한다. 아동이 14세를 초과할 때에는 아동 스스로 동의하여야 하고 법정 대리인이 그것에 동의하여야 한다.

아버지를 확정하는 절차가 아니기 때문이다.<sup>42)</sup> 한편 이혼절차가 계속되어 있던 중에 아동이 태어난 경우는 자녀의 친생추정을 약화시키고 있다. 부부가 별거하였고, 아내가 다른 남자의 아이를 포태한 경우라도 남편을 일응 법적 아버지로 인정한다. 그러나 친생부인의 소를 거치지 않고 친자관계를 부정할 수 있도록 하기 위해 제1599조 제2항에서는 이혼소송 계속 후 아동이 출생한 경우, 이혼판결의 기판력이 생긴 후 1년이 경과할 때까지 생물학적 아버지가 아동을 인지하고 어머니와 중전의 남편이 이에 동의하면, 이혼판결의 기판력 발생 이후 아동을 인지한 아버지의 법적 자녀가 된다(동 민법 제1599조 제2항). 이 요건이 충족되지 않으면 중전의 남편이 친생부인의 소를 제기하여야 하고, 그 후 인지를 통해 법적 아버지가 될 수 있다.

끝으로 독일 민법 제1600조의d 또는 가사소송 및 가사비송법 제182조 제1항에 따른 친생자관계존재확인 소를 통해 법적 아버지가 확정될 수 있다. 이 규정에 의한 법적 아버지의 확정에는 앞의 두 경우가 적용되지 않을 때에만 가능하다. 따라서 이 사안은 대부분 법적 어머니가 생물학적 아버지를 법적 아버지로 인정하지 않으려고 할 때 생물학적 아버지가 자녀를 상대로 부자관계를 확인하기 위해 주로 이용하게 된다. 이 소송에서는 아이를 포태한 때 신청인이 법적 어머니와 동거하였다면 법적 아버지로 추정된다.<sup>43)</sup> 그러나 유전자 감식 기술의 발달로 이 추정은 그다지 의미가 없다. 실무에서는 혼인 외의 자녀는 대부분 인지를 통해 법적 아버지가 정해지고, 이 절차를 통해 법적 아버지가 정해지는 것은 매우 적다고 한다.<sup>44)</sup>

42) 인지의 경우 동구 출신 여성의 자녀를 인지하여 법적 아버지가 됨으로써 법적 어머니의 독일 체류 또는 아동수당 등을 받을 수 있는 기회를 제공하기 위한 불법적 목적(1000유로 또는 2000유로의 대가를 받고)으로 이용되기도 한다는 비판 때문에 2008년 인지 절차의 남용을 방지하기 위해 인지 증명 신분관청의 거부권(PSiG 제44조 제1항 제3문), 관할관청의 친생부인의 소 제기권(동 민법 제1600조 제6항)을 법제화하였다. 이에 대해서는 Mündler/Ernst/Behlert, Familienrecht, 7. Aufl., S. 118 f.; Erman/Hammermann, BGB 15. Aufl., § 1600 Rn. 2 ff. 참조. 관할관청이 친생부인의 소도 제기할 수 있었던 동 민법 제1600조 제6항은 2013년 연방헌법재판소에 의해 위헌결정을 받은 후 삭제되고 2017년 독일 민법 제1597조의a가 신설되었다. 이에 대해서는 아래 주 45 참조.

43) 아동의 출생 전 300일부터 181일까지의 시점을 포태 시기로 인정하고, 아동이 그 기간 이전에 포태되었음이 확인된 경우에는 그 시점을 기준으로 한다(제1600조의d 제3항). 따라서 그 기간 중에 신청인이 법적 어머니와 동거하였음을 입증하면 법적 아버지로 인정될 수 있다는 취지이다.

앞의 첫째와 둘째의 경로로 법적 아버지가 정해지면 친생부인의 소를 통해 법적 아버지성을 부정할 수 있다. 혼인 중의 출생, 인지, 또는 제1593조에 따라 혼인 종료 후 출생한 아동의 법적 아버지로 인정된 경우의 법적 아버지, 어머니, 아동, 그리고 법적 어머니의 포태 중 동거하였다고 선서한 남성, 즉 생물학적 아버지일 수 있는 사람<sup>45)</sup>이 친생부인의 소를 제기할 수 있다(독일 민법 제1600조).

친생부인의 소는 대리인을 통해 제기할 수 없다. 당사자 중 혼인 중 출생, 인지, 혼인 종료 후 출생한 아동에 대해 인지한 경우의 법적 아버지, 선서를 통해 자신이 생물학적 아버지라고 주장하는 남자, 법적 어머니는 직접 친생부인의 소를 제기하여야 한다. 제한행위능력자라 하더라도 법정대리인의 동의를 요하지 않는다. 다만 신청인이 행위무능력자,<sup>46)</sup> 행위능력이 제한된 아동인 경우에는

44) 1998년 이전까지만 하더라도 혼인 외 아이가 출생한 경우 법률규정으로 당연히 아동청소년관청이 보좌인의 지위를 취득하여 인지절차를 지원하였는데, 이 제도가 폐지되면서 관련 통계도 더 이상 수집되지 않는다고 한다. Münder/Ernst/Behlert(위 주 42), S. 120 f. 참조.

45) 독일법에서도 원래 친생부인의 소는 친생추정을 받는 법적 아버지만 제기할 수 있었는데, 1961년 가족법개정법(Familienrechtsänderungsgesetz)에 의해 아동이 추가되었고, 1998년 아동법개정(Kindschaftrechtsreformgesetz)을 통해 어머니가 추가되었으며, 일정 조건 하의 생물학적 아버지가 추가된 것은 2003년 연방 헌법재판소의 판결(BVerfG NJW 2003, 2151)이 계기가 되었다. 법적 아버지와 자녀 간에 사회적 가족관계가 없음에도 불구하고 생물학적 아버지(로 주장하는 자)에게 친생부인의 소를 제기할 수 없게 한 것은 연방 기본법 제6조 제2항 제2문에 위반된다는 것이다. 그 후 생물학적 아버지로 주장하는 사람도 친생부인의 소를 제기할 수 있게 하였다. 이에 대해서는 MünchKomm/Wellenhofer, § 1600 Rn. 2 참조. 그러나 생물학적 아버지는 법적 아버지와 자녀 간에 사회적 가족관계가 없는 경우에만 친생부인의 소를 제기할 수 있다(제1600조 제2항). 법적 아버지(혼인 중 태어난 자녀의 아버지, 인지한 아버지)가 아동을 사실상 책임지고 있거나, 사망의 시점에 사실상 돌보고 있었다면 사회적 가족관계가 있다고 하며, 법적 아버지가 법적 어머니와 혼인하였거나 아동과 오랜 기간 주거 공동체를 구성하고 있었다면 사실상 책임을 지고 있었던 것이라고 한다(동조 제3항). 한편 2008년 민법개정으로 지방자치단체도 친생부인의 소를 제기할 수 있었는데(2017년 개정 전 독일민법 제1600조 제6항), 이 규정은 2013년 연방헌법재판소 판결 BVerfGE 135, 38로 위헌결정을 받아 효력을 상실하였다. 이에 대해서는 MünchKomm/Wellenhofer, § 1600 Rn. 40 ff. 참조. 대신 2017년 민법개정으로 독일 민법 제1597조의a가 추가되었다.

46) 독일민법은 7세 미만 아동, 병적 정신상태로 인해 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에 있는 자(다만 일시적인 경우에는 그러하지 아니하다)를 행위무능력자라고 규정한다(동법 제104조). 반면 7세 이상의 미성년자(동법 제106조), 동 민법 제1903조에 따라 특정한 법률행위에 법적 지원자(Betreuer)의 동의(Einwilligung)를 받아야 하는 피지원 성인(Betruete)은 각각 제한행위능력자이다.

법정대리인이 소를 제기하여야 하는데(동 민법 제1600조의a 제3항), 법정대리인이 친생부인의 소를 제기하는 것은 피대리인인 본인의 복리에 부합할 경우에만 적법하다(동조 제4항 참조). 행위능력 있는 피후견인은 스스로 친생부인의 소를 제기할 수 있다.

친생부인의 소는 친생자관계가 존재하지 않는다는 사실을 안 때로부터 2년 내에 제기하여야 한다. 사회적 가족관계가 있다고 해서 그 기간의 진행을 정지시키지 아니한다(독일 민법 제1600조의b 제1항). 아동의 경우 자신의 법정대리인이 기간을 준수하지 못한 경우 아동이 성인이 된 뒤 친생부인의 소를 제기할 수 있다. 이 경우 성인이 될 때까지는 기간이 진행하지 않고, 2년의 기간은 아동이 안 때로부터 진행한다. 행위무능력자의 경우에도 마찬가지이다(독일 민법 제1600조의b 제3항, 제4항).<sup>47)</sup>

## (2) 보조생식기술을 활용한 아동 출산에서의 법적 부모 확정

독일은 1990년 제정되고, 2011년 개정된 형사법률인 배아보호법(Gesetz zum Schutz von Embryonen(Embryonenschutzgesetz-ESchG)을 통해 보조생식기술의 남용을 엄격하게 금지하고 있다. 동법 제4조 제1항 1호는 인공수정에 참여한 여성과 정자 기증자가 동의한 경우는 처벌하지 않는다고 규정함으로써 소극적으로 이를 금지하지 않는다. 여성에게 정자기증자는 남편일 수도 있고, 제3자일 수도 있다.<sup>48)</sup> 그러나 타인의 난자를 여성에게 이식하는 것, 즉 난자기증은 형사처벌을 받기 때문에 금지된다(동법 제1조 제1호). 따라서 대리모라 하더라도 자기 난자에 제3자의 정자를 이용하여 임신할 수 있을 뿐이다. 그렇지만 대리모 계약이 있는 여성에게 배아를 이식시키는 행위는 형사처벌을 받기 때문에(동법 제1조 제1항 제6호, 제7호)<sup>49)</sup> 독일에서는 시행되기 어렵다.

47) 출소기간은 제척기간이기는 하지만 독일 민법 제1600조의b 제5항은 제1598조의a에 따라 법적 부모나 아동이 생물학적 친자관계 확인을 위한 유전자검사 청구권을 행사하는 절차가 개시된 경우에는 제척기간이 진행되지 않도록 한다. Erman/Hammermann, BGB, § 1600b Rn. 34 ff. 참조.

48) 독일에서는 지난 10여년간 약 10만명의 아동이 보조생식기술로 출생하였고, 매년 1,000여명의 아동이 제3자가 기증한 정자를 이용한 보조생식기술로 출생한다고 한다. MünchKomm/Wellenhofer, § 1600 Rn. 53 참조.

보조생식기술을 통한 출생일 때 다음과 같은 법적 문제가 발생한다. 첫째, 제3자의 정자로 인공수정하는 경우가 있다. 2004년 개정된 독일 민법 제1600조 제5항(현행 제4항)은 보조생식기술을 활용하여 자녀를 출산한 경우, 특히 제3자가 정자를 기증한 경우 부부가 이를 동의한 경우에는 부부 모두 친생부인의 소를 제기할 수 없도록 규정하였다.<sup>50)</sup> 즉, 생물학적 아버지가 아니더라도 혼인 중의 남편이 법적 아버지가 된다. 다만 이 경우 아동은 제1598조의a를 통해 생물학적 부모에 관한 정보를 확인할 수 있는 청구권이 있다. 둘째, 혼인하지 않은 부부(시민적 파트너)가 자기 정자를 이용하여 보조생식기술로 아동을 출산한 경우, 아버지는 정자 제공자가 된다. 아버지가 인지를 거부하더라도 친생자관계확인의 소를 통해 법적 아버지가 정해지기 때문에 문제가 없다. 그런데 제3자의 정자를 이용한 경우는 문제가 생긴다. 이 때 혼인관계 없는 파트너는 인지를 통해 법적 아버지가 될 수 있다. 생물학적 아버지와 다르다 하더라도 법적 아버지가 될 수 있기 때문이다. 물론 이 때 법적 어머니와 아동의 동의를 받아야 한다.<sup>51)</sup> 만약 인지가 없는 경우라면, 친생자관계존재확인의 소를 통해 법적 아버지를 확정할 수 있다. 그러나 이 절차에서는 혼인관계 없는 파트너는 생물학적 아버지가 아니기 때문에 법적 아버지가 될 수 없다. 이 때 아동은 정자제공자에 관한 정보를 의사에게 청구할 수 있는지의 문제가 있다. 그것이 허용된다면 정자제공자를 상대로 친자관계존재확인의 소를 제기할 수 있을 수 있으나, 이 문제를 입법으로 해결하였다.<sup>52)</sup> 셋째, 앞의 두 경우 아동은 친생부인의 소를 제기할 수 있다.

49) 그러나 대리모와 대리모계약의 위탁자는 형사처벌을 받지 않는다(동법 제1조 제3항).

50) 법 개정 이전까지는 연방대법원은 제3자 정자를 이용하는 것에 동의하였다 하더라도 혼인 중의 남편에게 친생부인이 허용된다고 판단하였다(BGHZ 87, 169 ff.). 그러나 친생부인이 되더라도 아동은 자신의 법적 어머니의 남편(친생부인을 한 자)에 대한 부양청구권을 행사할 수 있다고 판단하였다(BGHZ 129, 297 ff.). 독일 민법 제1600조 제5항은 이런 혼란상을 없애기 위한 조치였다.

51) 의료실무에서는 제3자의 정자를 이용한 보조생식은 혼인한 부부에게만 시행하도록 하기 때문에 (Musterrichtlinien der Bundesärztekammer 참조), 이런 경우는 발생하기 매우 어렵다고 한다. Münder/Ernst/Behlert(위 주 42), S. 127 참조.

52) OLG Hamm, NJW 2013, 1167에서는 독일 민법 제1600조의d의 친자관계확인의 소를 제기할 수 있다고 하였으나, 그 후 제1600조의d 제4항을 입법하여 정자등록법에 따라 의료기관에 정자를 제공한 자는 친자관계확인의 소로 법적 아버지로 인정될 수 없게 하였다. 이 점은 위 II. 1 (2)에서 살펴 본 영국법과 다른 점이다.

아동이 제3자의 정자가 제공되었기 때문에 생물학적 아버지가 아니라는 이유로 친생부인의 소를 제기하여 인용될 경우 종전 법적 아버지에 대한 아동의 부양청구권은 소멸하게 된다(BGH, FamRZ 1995, 865).

### (3) 대리모 계약에서의 법적 부모 확정

독일에서는 대리모계약이 금지된다. 그러나 대리모의 난자와 제3자(위탁자)의 정자로 보조생식기술을 활용하여 아동이 출생한 경우, 법적인 어머니는 대리모가 되고(독일 민법 제1591조), 대리모가 타인과 혼인하고 있었다면 그 타인이 법적 아버지가 된다. 왜냐하면 혼인 중에 태어난 자녀의 경우 혼인관계에 있는 남편이 법적 아버지가 되기 때문이다(독일 민법 제1592조 제1호). 만약 위의 남편이 그 아이를 자신의 아이로 삼겠다는 의사를 출산 전에 미리 표시한 경우에는 친생부인의 소를 제기하지 못한다(독일민법 제1600조 제4항). 그 밖의 경우 위의 남편이 자신의 아내가 출산한 아동이 제3자의 정자로 포태되었음을 알았더라도 친생부인의 소를 제기하지 않으면, 정자제공자인 위탁자는 친생부인의 소를 제기할 수 없다. 다만 아동은 정자제공자의 정보를 확인한 후 친생부인의 소를 제기할 수 있다. 이 때 정자제공자인 위탁자가 그 아동을 인지하여 법적 아버지가 될 수 있다. 이 경우를 제외하면 대리모계약의 위탁자는 입양을 통해서만 아동의 법적 부모가 될 수 있다. 앞서 살펴본 영국법에서처럼 아동에 관한 민사적 분쟁으로서 부모명령(인공수정과 배아법 제54조 이하), 아동 관계조정명령(아동법 제8조) 등과 같은 제도가 없기 때문에, 입양 이외에는 달리 아동을 양육하거나 친권을 행사할 방법이 없다.

### (4) 친자관계 확정의 효과 및 사회적 부모가 되는 경로

아동의 법적 부모는 아동을 부양할 의무가 있고, 아동을 상속할 권리도 있다. 또한 아동은 법적 부모를 상속할 수도 있다. 나아가 법적 부모가 유언으로 아동을 상속에서 배제하더라도 아동은 자신의 고유한 권리로서 금전채권으로서의 유류분청구권을 가지게 된다.

반면 법적 부모가 친권행사를 제대로 하지 못하거나 권한을 남용할 경우에는

다양한 형태로 공적 개입이 이루어진다. 독일 사회보장법 제8권인 아동청소년지원법에 의해 청소년관청이 아동의 보조인(Beistand) 또는 보좌인(Pfleger), 나아가 후견인(Vormund)이 되어서 친권행사를 지원하거나 아동의 권리를 대리할 수 있으며, 부모가 아동을 잘 돌보지 못할 경우 청소년관청이 부모의 친권행사의 보조인이 되어 친권행사를 지원하기도 한다. 이렇게 보조인, 보좌인, 후견인이 된 사람이 부모의 친권을 행사할 수 있도록 함으로써 사회적 부모로서의 역할을 수행하기도 한다. 그러나 영국 아동법에서처럼 폭넓은 민사적 개입을 통해 사회적 부모가 될 수 있는 길을 보장하지는 않는다.

〈표 2〉 독일 아동청소년관청에 의한 아동보호

	보조 하에 있는 아동	청소년관청이 보좌인인 사건		청소년관청이 후견인인 사건	
		선임	법률로 당연 보좌	선임	당연 후견
1995	130,558	31,130	604,171	35,414	12,278
1998	706,414	28,046	-	35,272	13,001
2000	660,304	24,607	-	33,056	10,075
2005	689,046	26,957	-	30,447	9,311
2008	651,390	30,963	-	30,564	7,994
2010	630,562	32,556	-	31,377	6,478
2011	615,456	33,445	-	32,280	5,575
2012	605,728	33,489	-	31,619	4,950
2013	589,504	33,774	-	32,219	5,171
2014	571,607	32,808	-	35,825	5,323

출처: J. Münder/T. Trenczek, Kinder- und Jugendhilferecht, 8. Aufl., S. 237에서 재인용

### 3. 소결

의학기술의 발달, 성적 자기결정권의 존중 등으로 인해 생긴 새로운 사회현상에 대한 영국과 독일에서의 대응은 우리와 사뭇 다르다. 첫째, 생물학적 부모와 법적 부모의 상이로 인한 분쟁을 입법으로 해결하였다. 아이를 출산한 어머니를 법적 어머니로 인정하고 이를 부인할 수 없게 하는 것, 보조생식기술로 태어난 아동의 경우 생물학적 부모와 법적 부모의 상이를 법률로써 해결하는 것이 그것이다. 둘째, 법적 아버지의 추정은 반증이 가능한 추정이기<sup>53)</sup> 그 추정의 예외를 해석론으로 창설하려는 시도는 하지 않는다. 셋째, 법적 아버지가 생물학적 아버지와 다른 경우, 법률로 법적 아버지로 인정되는 경우(입양 또는 보조생식기술로 아동이 출생된 경우)가 아닌 한, 법적 아버지성을 부정할 수 있게 하는 것은 우리와 다를 바 없다. 독일법은 엄격한 출소기간을 두고 있지만, 부, 모, 아동의 이익을 모두 적절하게 반영하고 있다는 점에서 차이가 있다. 이에 반해 영국법은 법적 아버지성을 부정하는 데 기간제한이 없다. 대신 사회적 부모의 역할을 할 수 있는 다양한 경로를 열어 줌으로써 아동보호가 소홀해지지 않도록 한다.

## III. 현행 민법의 친자관계 확정 해석과 한계

### 1. 민법에 따른 법적 친자관계 확정의 특징

(1) 우리 민법은 법적 부모를 어떻게 확정하는가? 현행 민법은 법적 어머니와 아버지를 정의하지 않는다. 우리 민법은 법적 부모의 확정에 정당한 이해관계가 있는 여러 사람의 이익을 각기 달리 취급하고 있다. 첫째, 처가 자신과 생물학적으로 아무 관련이 없는 아동을 출산했다더라도 남편은 그 아이의 법적 아버지가 되겠다고 선택할 수 있다(민법 제852조).<sup>54)</sup> 처가 혼인 중 출산한 아동이 자신과

53) 영국법이든 독일법이든 친생추정은 생물학적 친자관계가 없음을 입증함으로써 반증할 수 있다. 다만 영국법은 출소기간에 제한을 두지 않는 반면 독일법은 출소기간의 제한이 있는 친생부인의 소를 제기하여 반증하여야 한다는 점에 차이가 있다.

생물학적으로 아무 관련이 없음을 알고서도 남편이 2년간 친생부인의 소를 제기하지 않으면 누구도 법적 아버지를 부정할 수 없다.<sup>55)</sup> 둘째, 우리 민법은 인지에서도 생물학적 아버지일 것을 요구하지 않는다.<sup>56)</sup> 자신이 생물학적 아버지라 믿고 인지하였으나 그것이 사기, 또는 중대한 착오에 기인하였다면 사기나 착오를 안 날로부터 6월을 지나면 더 이상 인지를 취소할 수 없다(민법 제861조). 법적 아버지로서 아동을 양육하면서 느낀 애착, 사랑, 책임감을 존중하여 계속 법적 아버지로서의 역할을 할 수 있게 한다고 볼 수 있다. 혼인 관계 없이 제3자의 아동을 출산한 여성과 혼인한 후 법적 아버지로서 그 아이를 양육하기를 희망하는 자가 그 아동을 인정한 경우 그의 이익 역시 보호가치가 있다는 것이다. 이 때에도 인지는는 법적 아버지로서 자녀에 대해 부양의무를 부담하여야 할 것이다.

54) 물론 법적 어머니는 친생부인의 소를 제기함으로써(민법 제846조, 제847조), 생물학적 아버지를 법적 아버지로 삼기를 원하는 어머니의 이익을 보장한다.

55) 법적 아버지와 자녀 사이에 별다른 갈등이 없이 양육을 하는 경우도 많을 것이다. 이 경우 친생자부존재확인 소를 제기할 수 있다면, 그것은 법적 아버지의 의사와 무관하게 그의 사망 후 상속에 관한 분쟁 때문일 수 있다. 가령 대판 2014.12.11., 2013므4591 사건도 그 유형이다.

56) 적지 않은 학자들이 임의인지의 주체를 생부 또는 생모라고 한다. 그렇지 않을 경우 인지는 무효라고 한다. 가령 윤진수(위 주 3), 177면 이하; 송덕수, 친족상속법(제3판), 143면, 145면 참조. 이런 해석은 민법 제861조의 문언해석과는 조화되기 어렵다. 무엇보다도 민법 규정 어디에도 생물학적 부모일 것을 요구하지 않고, 가족관계등록법에 따른 인지신고에서도 생부, 생모일 것을 요구하지 않는다. 한편 인지 대신 출생신고를 하기도 하는데(대판 1992.10.23., 92다29399 등에서는 입양의 요건이 갖추어졌으면 입양으로서의 효력이 있다고 한다), 일부 학설은 입양법의 개정에 따라 가정법원의 허가 없는 입양은 무효이기 때문에(민법 제883조 제2호), 이 판례는 더 이상 적용되지 않을 것이라고 주장하면서(가령 윤진수, 178면 참조), 생물학적 부모 아닌 사람의 출생신고의 효력에도 의문을 제기한다. 이런 해석은 민법 제138조의 무효행위의 전환이론을 유추적용하여 출생신고를 입양신고로서의 효력이 있다고 해석하였기 때문이다. 그런데 이 때의 출생신고를 인지신고로서의 효력이 있다고 해석하면, 인지 규정을 문언해석 하는 한, 인지자의 법적 부모로서의 책임을 부정하기는 쉽지 않다. 가령 아동의 생모와 혼인한 자가 생모의 동의 하에 인지신고 또는 그 목적으로 출생신고를 하였다면(인지취소의 소의 출생기간이 도과한 경우), 인지자는, 아동 또는 이해관계인이 제기한 인지이의의 소, 제865조에 따라 친생자관계부존재확인 소가 없는 한, 법적 아버지로서의 책임을 부정할 수 없을 것이다. 그럼에도 불구하고 입양의 효력은 없기 때문에(따라서 친생자관계부존재 소의 가능성이 있기 때문에) 법적 부모와 자녀 관계가 불안정해진다. 이런 사정을 고려하지 않은 현행 인지법이나 입양법은 입법론적으로 문제가 있다. 이 점은 다음 기회에 상론하기로 한다.

셋째, 그러나 생물학적 아버지가 법적 아버지가 되기를 원하는 이익도 보호할 필요가 있다. 우리 민법은 혼인한 배우자가 출산한 자녀 중 민법 제844조의 기간 내에 태어난 자녀에 대해서는 생물학적 아버지의 이익보다 법적 아버지의 이익을 더 중요하게 판단한다. 즉 생물학적 아버지는 친생자관계존부확인의 소를 제기할 수 없다. 그러나 인지의 경우에는 생물학적 아버지가 인지이의의 소 또는 친생자관계부존재확인의 소를 통해 법적 아버지가 될 수 있다.<sup>57)</sup> 혼외자의 법적 아버지의 이익은 혼인 중의 자의 법적 아버지의 이익과 비교할 때 경시되는 셈이다.

넷째, 생물학적 아버지를 법적 아버지로 삼기를 원하는 법적 어머니의 이익도 있다. 혼인중의 법적 어머니는 친생부인의 소를 통해 이를 실현할 수 있다. 그러나 혼인관계 없는 법적 어머니는 인지한 아버지와 아동 간에 친생자관계가 존재하지 않음을 소로써 확인받을 수 있다.

다섯째, 생물학적 아버지의 돌봄을 받고자 하는 아동의 이익도 있다. 그러나 우리 법은 혼인한 부부 사이에서 태어난 경우 아동의 이런 이익은 인정하지 않는다. 친생부인의 소는 부 또는 모만이 원고적격을 갖기 때문이다(민법 제846조, 제847조). 그러나 인지의 경우에는 언제든지 아동은 법적 부모와의 친생자관계부존재확인의 소, 생물학적 부모를 상대로 한 인지청구를 통해 자신의 이익을 실현할 수 있다.

이상에서 보듯이 우리 민법은 생물학적 부모와 법적 부모의 불일치를 수용하면서, 동시에 친자관계의 확정을 둘러싼 여러 이해관계를 나름의 방식으로 규율하고 있음을 알 수 있다. 그것이 비록 숙고 끝에 정당하게 고려된 것이 아니라 하더라도 해석론으로써 이를 부정하기에는 무리가 있을 것이다.

(2) 한편 법적 부모의 보호로부터 벗어난 수많은 아동이 있다. 아래 표에서

57) 다만 인지청구의 소를 통해 인지가 인용된 경우에는 가사소송법 제21조의 기관력의 제3차적 효력 때문에 생물학적 아버지도 법적 아버지를 주장할 기회를 잃게 된다. 그런데 우리 법에서는 법적 아버지가 되고자 하는 자는 아무 제한 없이 인지가 가능하기 때문에(민법 제862조는 자녀와 모가 인지 신고 있음을 안 날로부터 1년 이내에 인지이의의 소를 제기할 수 있는 길을 열어 줌으로써 소극적으로 대항할 수 있게 하였다.), 인지청구의 소는 통상 자와 그 직계비속 또는 그 법정대리인이 제기하게 된다. 민법 제863조도 이를 상정한 것이다.

보듯이 이들 아동은 지방자치단체의 지원을 받는 위탁가정 또는 보호시설에서 돌봄을 제공받고 있다.

〈표 3〉 연도별 요보호아동발생 및 보호조치현황

(단위 : 세대, 명, %)

연도	계	입양 전 위탁	가정위탁	소년소녀 가정	입양	시설입소		
						아동시설	장애아동 시설	공동생활 가정
2017	4,121		1,413	2	285			
2016	4,592		1,449	6	243			
2015	4,503	376	1,206 (26.8%)	-	239	2,211 (49.1)	13	458 (10.2)
2014	4,994	388	1,300 (26.0)	13	393	2,384 (47.7)	10	506 (10.1)
2013	6,020	516	1,749 (29.0)	20	478	2,532 (42.0)	39	686 (11.4)
2012	6,926	-	2,289 (33.0)	117	772	2,948 (42.6)	25	775 (11.2)
2011	7,483	-	2,350 (31.4)	128	1,253	3,108 (41.5)	32	612
2010	8,590	-	2,124 (24.7)	231	1,393	4,196 (48.9)	23	623 (7.25)

출처: 보건복지부 통계(<http://www.mohw.go.kr>)

연도별로 발생한 위 아동들 중 상당수는 가정으로 돌아가지 못하고 계속하여 아동보호시설에서 보호를 받고 있다. 이런 아동들의 누적 숫자는 아래 표와 같다.

〈표 4〉 아동복지법상의 보호대상 아동의 변화추이

(단위: 명)

연도	합계	아동양육 시설	아동일시 보호시설	보호치료 시설	아동종합 시설	자립지원 시설	공동생활 가정	가정위탁
2014	31,603	13,437	336	481	124	252	2,588	14,385
2015	30,365	12,821	350	447	140	243	2,636	13,728
2016	29,343	12,448	356	485	170	230	2,758	12,896

출처: 보건복지부, 2017 보건복지통계연보, 2017

이들은 사회가, 달리 말하면 이를 대표하는 국가가 사회적 부모로서 돌보아야 할 아동인 셈이다. 앞서 살펴 본 바와 같이 아동보호가 매우 발달되어 있는 영국이나 독일과 비교하면 우리나라는 사회적 부모로서 지자체가 돌보는 아동의 수는 현저히 적다고 할 수 있다. 사회적 부모의 역할이 강조되어야 할 시점이라는 것이다. 이런 시점에서 생물학적 아버지가 아니지만 법적 아버지가 된 사람이 친생부인의 소, 인지취소의 소를 통해 법적 아버지성을 부정할 기회가 충분히 보장되었음에도 불구하고 이를 이용하지 않다가 추후 다른 사정이 생기자 비로소 자신이 생물학적 아버지가 아님을 근거로 법적 아버지성을 부정하는 것을 어떻게 보아야 할까? 그것이 아동의 건전한 성장에 바람직한가? 생물학적 아버지를 찾아 그에게 자녀 양육의 책임을 맡기게 하는 것이 국가의 아동정책이어야 할까? 아니면 생물학적 아버지 아닌 법적 아버지가 이혼한 후 법적 아버지로서의 역할을 하지 못하게 된 경우 친권을 박탈하여 사회적 보호 하에 두거나, 생물학적 아버지 또는 제3자(이혼한 배우자와 혼인한 자)가 친양자로 입양하도록 지원하는 것이 적절한 법정책임일까? 친생부인의 소에 관한 민법 해석은 이런 철학적 배경과 무관할 수 없을 것이다.

## 2. 민법 제844조의 해석으로 친생자추정의 예외규정을 창설할 수 있는가?

(1) 성적 자기결정권이 존중되는 사회에서는 혼인 중 출생하거나, 사망으로 혼인 종료 후 일정 기간 내 출생한 아동은 모두 남편(사망한 경우 포함)의 자녀로 추정할 수 있을 것이다.<sup>58)</sup> 이혼 후 재혼 배우자와의 사이에 출생하였으나 전혼 남편의 자녀일 개연성도 있지만 독일 민법 제1593조 제3문, 제4문처럼 재혼 남편의 자녀로 추정하는 것이 더 합리적인 것이다. 성적 자기결정권을 존중하는 환경에서는 내밀한 관계를 맺는 사람과만 성적관계를 한다는 관념이 지배할 것이기 때문이다. 그 밖에도 아동의 아버지로 추정할 다양한 계기들이 있을 것이다. 우리

58) 독일 민법 제1592조 제1호, 제1593조 제1문, 스위스 민법 제255조 제1항, 제2항이 혼생자의 추정을 이렇게 하고 있다.

민법은 그 중 일정 사유에 대해서만 법률상 추정을 하고, 그 추정은 친생부인의 소로써 반증하도록 하였다. 그런데 1983년의 대법원은 당시 민법 제844조에 제3항을 추가하여 제1항, 제2항의 적용을 배제하는 것과 같은 효력이 있는 법창설을 하였다. 대판(전) 1983.7.12., 82므59 판결이 바로 그것이다.

이 판결에서의 다수의견은 “...부부의 한쪽이 장기간에 걸쳐 해외에 나가 있거나 사실상의 이혼으로 부부가 별거하고 있는 경우 등 동서의 결여로 처가 부의 자를 포태할 수 없는 것이 외관상 명백한 사정이 있는 경우”는 제844조의 적용범위에서 제외하였다. 그 근거로 제844조는 제846조 이하의 친생부인의 소에 관한 규정과 더불어 부부가 정상적인 혼인생활을 영위하고 있는 경우를 전제로 가정의 평화를 위하여 마련한 것이어서 그 전제사실을 갖추지 아니한 경우까지 이를 적용하는 것은 제도의 취지에 반하여 진실한 혈연관계에 어긋나는 부자관계의 성립을 촉진시키는 부당한 결과를 가져올 수 있다는 점을 들었다.

(2) 해석론으로 법률상 추정 규정인 민법 제844조의 적용범위를 제한할 수 있는가? 아니면 그렇게 할 필요가 있는가? 아동이 포태된 시점에 동서가 결여되었다면 혼인 중의 자녀로 사실상 추정될 수 없고, 법적 아버지와 유전자가 다를 경우에도 혼인 중의 자로 사실상 추정될 수 없음은 자명한 일이다. 이런 사유를 법률상 추정의 예외로 삼아 친생자관계존부확인의 소에 맡길지 여부는 전적으로 입법자의 재량에 맡겨져 있다. 그러나 해석론으로 제844조의 적용범위에서 생물학적 자녀가 아님을 확정할 수 있는 사유인 “동서의 결여”, “유전자상의 차이” 등을 제외하여 친생자관계존부확인의 소로 법적 아버지를 정하도록 하는 것은 해석의 한계를 벗어난 것이다.

그럼에도 불구하고 왜 대판(전) 82므59 사건에서 이 규정을 문제 삼았을까? 중요한 핵심은 당시 민법 제847조 제1항은 “부인의 소는 자 또는 친권자인 모를 상대로 하여 그 출생을 안 날로부터 1년 내에 제기하여야 한다.”고 규정하고 있었고, “그 출생을 안 날”을 자신이 생물학적 아버지가 아닌 자녀를 처(妻)가 출산한 것을 안 날이 아니라 자녀의 출생 자체를 안 날로 해석하였다는 것이다. 따라서 자녀 출생 후 오랜 시간이 지나 혈액형 검사 기타 사유로 자신이 생물학적 아버지가 될 수 없음을 안 경우 친생부인의 소를 제기할 수 없게 되었다. 이는

법적 아버지로 남을지 여부에 대한 선택의 기회가 박탈되었다. 이런 강요가 법적 아버지의 행복추구권, 자기결정권 등을 근본적으로 침해하는 것임은 말할 것도 없다. 그럼에도 불구하고 당시 헌법위원회가 제 기능을 수행하지 못 했기 때문에 당사자들이나 법원은 민법의 해석을 통해 그 부당함을 해결하고자 하였을 것이고,<sup>59)</sup> 따라서 제847조의 위헌성을 문제 삼기 보다 제844조의 적용범위를 축소시킴으로써 부당성을 해소하고자 하였을 것으로 추측된다. 달리 말하면 결론의 정당성에 집착하여 해석론으로는 매우 낮은 방법을 선택한 것이 82므59 판결이라고 평가할 수 있다.<sup>60)</sup>

이 규정이 헌법재판소 1997.3.27.선고 95헌가14, 96헌가7 결정으로 헌법불합치 결정을 받은 것은 때 늦었다. 그 후 2005년 민법 개정으로 현행 제846조, 제847조로 개정된 역사성을 감안하면 혼인 중에 출생한 자녀로 추정되는 기준을 정한 민법 제844조의 적용범위를 더 좁힐 것인지 여부가 논의의 중심에 있어서는 안 될 것이다. 오히려 거기에 예외를 둔 대판(전) 82므59를 변경해서 제844조 자체에 아무런 예외를 인정하지 않는 것이 더 바람직할 것이다.<sup>61)</sup>

### 3. 친생부인의 소의 제척기간은 왜 정당화되는가?

(1) 민법 제844조의 추정을 받는 자녀와의 친자관계를 부정하기 위해서는 친

59) 법률 제3551호로 개정된 1982년 당시 헌법위원회법 제12조는 당사자나 소송계속 법원의 판사가 헌법위원회에 위헌법률심판 제청을 할 수 있었지만, 대법원 전원의 3분의 2 이상으로 구성된 합의체에서 위헌으로 결정하여야 헌법위원회에 위헌심판결정신청서를 보낼 수 있게 하였다(동법 제15조). 따라서 하급심에서 위헌심판제청을 할 수 없는 구조였고 헌법위원회의 위헌법률심판 기능은 유명무실할 수 밖에 없었다.

60) 헌법재판소 2015.4.30. 선고 2013헌마623 결정은 2017년 개정 전 민법 제844조 제2항 중 “혼인관계종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자”에 관한 부분에 대해 헌법불합치결정을 하였다. 여기서는 위 헌법재판소의 결정을 상론하지는 않았지만, 민법 제844조의 “추정” 규정의 위헌여부를 문제 삼았다는 점에서 잘못된 접근을 하는 것은 대판 82므59판결과 다를 바 없다. 윤진수(위 주 3), 159면 이하도 현재결정의 문제점을 지적하고 있다. 많은 문제는 친생부인의 소를 제기할 원고적격의 범위에서 아동이 제외시킴으로써 발생함을 간과해서 안 될 것이다.

61) 윤진수(위 주 3), 163면도 동일한 취지이다.

생부인의 소만을 제기하도록 한 이유는 무엇인가? 현저히 발전된 현대 의학기술로 인해 유전자 검사가 이루어진다면 생물학적 아버지, 생물학적 어머니가 아님을 과학적으로 증명하는 것은 전연 어렵지 않다. 또한 발달된 의학기술로 포태의 시점이나 기간을 과학적으로 알 수 있고, 그 기간 동안 동서가 결여되었음을 증명하기도 매우 용이하다. 이런 사유가 있을 때 친생부인의 소가 아니라 친자관계존부확인 소를 제기하도록 하는 것이 타당할까? 첫째, 친자관계존부확인 소는 출소기간에 제한이 있지 않고, 부제소 합의에 법적 구속력을 부여할 수도 없다.<sup>62)</sup> 따라서 아동은 법적 부모가 없어질 수 있는 위험상황, 즉 불완전 상태가 오랫동안 지속될 수 있다. 아동을 양육하는 부부 간의 사소한 분쟁조차 아이를 둘러싼 분쟁으로 확대되어 아동 양육의 안정성이 크게 위협받을 것이다. 아동의 입장에서는 법적 부모가 공동으로 자신을 부양하고, 보호, 교양할 책임이 있는데 법적 아버지가 생물학적 아버지가 아니라는 이유로 언제라도 그 책임을 면할 수 있게 되면 아동의 건강한 성장이 위협받게 될 것이다. 법적 어머니 역시 생물학적 어머니가 아닐 경우 아이는 법적 부모 없는 고아로 전락하게 될 것이다.<sup>63)</sup> 생물학적 부모가 아니라는 이유로 법적 부모가 없어서 아동의 건강한 성장 기회가 박탈될 위험이 오랫동안 지속되는 것은 아동만이 아니라 사회 전체에 매우 위험한 결과를 가져 올 것이다. 점차 핵가족화하는 현대사회에서 아동을 나의 아이만이 아니라 남의 아이도 나의 아이와 마찬가지로 존중하며 보호하는 것이 나의 아이의 성장과 발전에도 유익할 것인데, 생물학적으로 나의 아이가 아니라는 이유로 언제든지 부양과 양육의 책임에서 벗어나게 하는 것은 아동의 건강한 성장이라는 사회질서에 위협이 될 수도 있기 때문이다.

둘째, 친생부인의 소 제도가 없다면 법적 부모가 아이를 잘 키우고 있음에도

62) 인지청구를 하지 않겠다는 합의는 법적 구속력이 없다. 대판 1987.1.20., 85므70; 대판 2001.11.27., 2001므353 등 참조. 인지청구권은 당사자가 임의로 처분할 수 있는 것이 아니기 때문이라고 한다. 마찬가지로 친자관계존부확인을 하지 않겠다는 합의 역시 법적 구속력이 인정될 수 없다.

63) 어머니의 친생자승인 또는 인지는 무의하다는 주장도 있다. 가령 송덕수(위 주 56), 143면 참조. 그러나 민법의 관련 규정 입법 당시에는 제3자 제공 난자로 출산하는 문제를 염두에 두지 않았다. 따라서 생물학적 어머니 아닌 출산모의 법적 어머니로서의 자격은 현행 법의 해석을 통한 규율 대상이 되어야 할 것이다.

불구하고 생물학적 부모가 자신의 아이임을 주장하며 친자관계존부확인의 소를 제기하는 것을 막을 수 없을 것이다. 이렇게 되면 깊은 애정을 가지고 양육을 양육해 왔던 법적 부모에게도 충격일 뿐 아니라, 아동의 건강한 성장에도 위함요소가 될 것이다.

(2) 우리나라나 독일 같이 친생부인의 소 및 인지제도를 두고 있는 나라에서는 아동의 보호를 위해서 법적 부모의 확정에 관한 불확실성 상태가 오래 지속되는 것은 결코 바람직하지 않다. 친생부인의 소는 “부부” 보호의 관점이 아니라, “아동” 보호의 관점 때문에 인정되는 것이라고 이해해야 할 것이다.<sup>64)</sup> 혼인 중 태어난 자녀를 둔 법적 아버지가 자신이 생물학적 아버지가 아님을 알았지만 자신이 법적 아버지가 되겠다고 승인한 경우에는 민법 제847조에도 불구하고 더 이상 친생부인의 소를 제기하지 못하게 한 것(민법 제852조)도 아동보호의 관점에서 친자관계의 불안정상태를 조기에 확정하기 위한 것이다.<sup>65)</sup> 특히 우리나라는 여전히 혼인관계를 중시하고, 혼인한 가정의 보호가 헌법적 가치이기 때문에 (헌법 제36조), 혼인중인 아동의 법적 부모를 혼인관계 없는 사이에 태어난 아동의 법적 부모보다 더 두텁게 보호하는 것이 납득되지 않는 것도 아니다.<sup>66)</sup> 인지한 법적 아버지를 둔 아동보다 혼인 중인 법적 아버지를 둔 아동을 더 두텁게 보호하는 것이 헌법 제11조의 평등권규정에도 불구하고, 헌법 제36조의 혼인한 가족보호의 정신에서 이해 못할 바도 아니라는 것이다.

친생부인의 소 제도는 생물학적 아버지 아닌 법적 아버지의 이익을 소홀히 취급하는 것은 아닌가? 그의 이익은 자신이 생물학적 아버지가 아님을 안 때로부터 2년의 기간 내에 친생부인의 소를 제기함으로써 충실히 보장된다. 법적 아버지의 이익과 아동의 이익이 충돌할 경우 아동의 이익을 더 보호하는 것은 성장

64) 윤진수(위 주 3), 164면도 친생부인을 혈연진실주의와 아동의 최선의 이익 간의 조화를 도모하기 위한 것이라고 한다.

65) 만약 이 때의 법적 아버지가 자기 아이가 아님을 모르고 승인한 것이라면 민법 제854조에 따라 취소할 수 있고, 그 때로부터 2년 내에 민법 제847조에 따라 친생부인의 소를 제기할지 여부를 판단하게 될 것이다.

66) 그러나 혼인중의 자녀와 혼인외의 자녀를 차별하지 않는 것이 헌법 제11조의 평등권 정신에 부합한다는 관념을 중시하면 이런 차별은 없애는 것이 타당할 것이다. 독일법이나 영국법에서 이런 차별을 인정하지 않는 것도 바로 평등권 정신에 입각한 것이다.

과정에 있는 아동의 특수성을 감안할 때 납득할만한 것이다.

그럼에도 불구하고 자신이 생물학적 아버지가 아님을 알았지만 2년의 출소기간을 준수하지 못한 법적 아버지가 그 후 심경에 변화가 생겼을 때 그것을 무시해도 좋은가? 우리 법은 그의 이익에 대해 아무런 관심을 두지 않는 것인가? 법적 아버지가 자신이 생물학적 아버지가 아님을 알고 제척기간을 훨씬 초과한 뒤 부부 사이의 갈등으로 이혼하게 되고, 더 이상 자녀를 양육하지 않고 자녀와의 관계도 단절될 수 있다. 이 때에도 법적 아버지는 자녀를 부양할 의무를 부담한다. 그러나 배우자가 재혼을 하였다면 자녀의 장래를 생각할 때 재혼 남편이 그 아이를 친양자로 입양하여 아동에게 새로운 기회를 제공할 기회를 제공하도록 법적 아버지가 지원하는 것이 자신이나 아동에 대한 책임을 다하는 길일 것이다. 전처가 아이의 생물학적 아버지와 재혼하였다면 더욱 친양자 입양을 지원하여야 할 것이다. 비록 그 아이가 나의 생물학적 아이는 아니더라도 아동의 최선의 이익을 위해 행동하여야 할 도덕적 책임이 사회 구성원에게 있고, 적어도 법적 아버지로서는 그러한 책임을 안아야 할 것이다.

한편 법적 부모의 확정에 또 다른 이해관계를 가진 사람 중에는 법적 어머니도 있다. 법적 어머니는 생물학적 아버지를 법적 아버지로 삼아 아동이 성장할 수 있도록 할 정당한 이익이 있기 때문이다. 2005년 민법개정을 통해 법적 어머니의 이익은 민법 제846조에 의해 친생부인의 소를 제기할 수 있는 자격을 갖게 되었기 때문에 법적 아버지와 동등한 정도로 보호받고 있다.

#### 4. 여전한 입법의 미비

(1) 현행 법적 친자관계 확정 제도에는 아동의 이익이 거의 반영되어 있지 않다. 아동은 자신의 생물학적 부모가 아닌 법적 부모가 그 책임을 제대로 수행하지도 않으면서 법적 부모로서의 지위를 부인하지도 않는 경우 자신의 생물학적 아버지와 친자관계를 회복할 길이 봉쇄되어 있다. 자신의 법적 부모가 자신의 법정상속인이고 유류분제도로 인해 유언으로 법적 부모를 배제할 수도 없다. 이런 사정을 감안하면 아동 역시 성인이 된 후 법적 부모가 생물학적 부모가 아님을 안 후 동일한

제척기간 내에 법적 부모를 부정할 수 있는 길을 열어 주는 것이 필요하다.<sup>67)</sup>

(2) 또 다른 입법적 미비는 보조생식기술을 이용하여 아동이 출생한 경우이다.<sup>68)</sup> 보조생식기술을 이용하여 아동이 출생한 경우 다양한 경우의 수가 있다. 부부의 난자와 정자를 이용하여 아동을 출산한 경우는 부부가 생물학적 부모이기 때문에 법적 문제가 생기지 않는다. 그러나 제3자가 제공한 정자 또는 난자를 이용하여 아동을 출산할 경우 우리 법에는 심각한 결함이 있다. 생물학적 부모와 법적 부모가 불일치하기 때문이다. 그 문제가 잘 드러나는 예는 부부가 제3자가 제공한 난자와 제3자가 제공한 정자를 이용하여 아내가 아동을 출산하는 경우이다. 우리 법에서는 난자기증이 가능하기 때문에 이런 출산도 가능하다.

이렇게 태어난 아동과 부부 간에는 생물학적으로 아무런 관련이 없다. 법률에 아무런 규정이 없는 현행법의 해석으로는 출산 여성이 법적 어머니로 사실상 추정될 것이다. 그러나 법적 어머니가 친생부인의 소 또는 친생자관계부존재확인인의 소를 제기할 수 없다고 단언하기는 어렵다.<sup>69)</sup> 만약 친생부인의 소 또는 친생자관계부존재확인인의 소를 제기할 수 있다면, 아동은 법적 부모를 모두 잃게 된다.

67) 서울가법 2018.10.30., 2018르31218의 사안은 법적 아버지(피고 1)가 피고 2를 혼인중의 자로 출생신고한 후 자신이 피고2의 생물학적 아버지가 아님을 알고 처와 이혼하였고, 피고 1은 그 후 원고와 혼인하였으며, 피고 2는 성과 본을 달리 변경하였는데, 원고가 피고 1, 2를 상대로 친생자관계부존재확인인의 소를 제기한 것이었다. 위 판결은 혼인관계의 실질적 파탄, 부자사이의 사회적, 정서적 유대의 단절, 혈액형 또는 유전자형의 배치를 통해 부자간의 혈연관계가 부존재함을 증명할 수 있을 것 등의 요건이 모두 갖추어진 경우 친생부인의 소가 아닌 친생자관계부존재확인인의 소로써 친자관계를 확인할 수 있다고 판단하였다. 그러나 이 요건 역시 친생부인의 소 제기 기간 도과 후 발생할 수 있는데, 친생자관계부존재확인인의 소를 제기할 수 있다고 함으로써 부부간의 사소한 분쟁이 극대화되거나 아동보호에 악영향을 주는 것으로 비화될 수 있다.

68) 학설들은 이 경우 새로운 입법이 필요하다고 주장해 왔다. 가령 유지홍, 첨단의료보조생식에 근거한 민법 제844조 친생자 추정에 관한 고찰, 법학연구 제26권 2호(2015.12), 151면 이하; 이승우, 비교사법 제11권 2호, 247면 이하; 김성은, AID 자의 법적 지위에 관한 연구, 가족법연구 제26권 3호, 169면 이하 등 참조.

69) 민법 제844조는 남편의 친생자임을 추정하는 규정이지, 처의 친생자를 추정하는 규정이 아니다. 남편과 유전적으로 연결되지 않은 자녀에 대해 그 남편이 친생부인의 소(친생추정을 받는 자일 경우) 또는 친생자관계부존재확인인의 소를 제기할 수 있듯이, 아내와 유전적으로 연결되지 않은 자녀에 대해 법적 어머니성을 부정하지 못한다고 해석할 수 있는지는 명확하지 않다.

부부의 결정으로 보조생식기술을 이용하여 태어났으나 법적 부모가 없어지는 위험을 국가와 사회가 방치해서는 안 될 것이다. 민법 제844조를 문언대로 해석한다면, 민법 제852조를 적용함으로써 문제의 상당부분을 없앨 수 있을 것이다. 제3자 제공 정자와 제3자 제공 난자로 체외 수정한 부부가 아이의 출생 후 혼인 중의 자녀로 출생신고 하였다면, 민법 제852조의 친생자임을 승인한 것으로 해석될 수 있기 때문이다.<sup>70)</sup> 그럼에도 불구하고 출생신고 이전 단계에서는 민법 제852조의 적용이 어려울 것이다. 체외수정에 동의하였기 때문에 그 의사에 구속력이 있다고 해석하는 것도 한계가 있다. 법률규정 없이는 신분관계에 관한 의사표시에 법적 구속력을 인정하지 않기 때문이다.

이런 이유로 보조생식기술을 이용한 아동 출산에 관한 규정을 시급히 민법에 포함시켜야 할 것이다. 이 때 영국법처럼 난자기증도 허용할 것인지, 아니면 독일법처럼 정자기증만 인정할 것인지 결정해야 할 것이다. 제3자의 정자나 난자가 이용된 경우 보조생식기술을 이용하는 부부가 자신의 의사를 요식행위로 표시하도록 하고, 아동이 출생하면 별도의 승인 절차 없이 법적 부모로 인정되도록 규정하는 것도 필요할 것이다. 이 경우 친생부인의 소를 제기할 수 없도록 민법 제852조의2를 두어 별도의 친생부인권 소멸 규정을 두는 것이 필요할 것이다.

(3) 또 다른 입법적 미비는 대리모계약이다. 대리모계약으로 출생한 아동의 법적 부모의 확정을 규율하는 법률 규정이 없기 때문이다.<sup>71)</sup> 첫째, 위탁자의 정자와 난자를 체외수정한 후 대리모가 출산한 아동을 위탁자에게 인도한 경우를 보자. 이 경우 위탁여성은 생물학적 어머니이지만, 이 아이를 출산하지 않았기 때문에 법적 어머니로 인정될 수 없다.<sup>72)</sup> 대리모는 법적 어머니이기는 하지만 생물학적

70) 윤진수(위 주 3), 189도 동일한 취지이다. 그러나 대구지법 가정지원 2007.8.23., 2006드단 22397; 서울가법 2016.9.21., 2015르1490은 친생부인의 소로써 친자관계를 부정할 수 있지만, 친생부인의 소는 신의칙상 제기할 수 없다고 본 반면, 서울가법 2002.11.19., 2002드단 53208은 친생자관계부존재확인 청구를 인용하였다.

71) 학설들의 견해는 매우 다양하지만, 입법으로 해결해야 한다는 견해가 대부분이다. 윤우일, 대리모계약에 기해 출생한 자의 친자관계 결정기준, 경희법학 제47권 3호, 265면 이하; 서종희, 대리모계약에 관한 연구, 가족법연구 제23권 3호, 45면 이하; 임동섭(위 주 18), 35면 이하; 현소혜(위 주 18), 107면 이하 등 다수 논문 참조.

72) 해석론으로 출산한 여성만이 아이의 법적 어머니이고, 친생부인의 소의 대상도 아니라고 해석하는 것은 법률 규정 없이는 가능하지 않을 것이다. 그럼에도 출산 대리모를 반증불가능 한

어머니는 아니기 때문에 승인을 통해 친생부인권이 소멸될 수도 있고(민법 제 852조), 친생부인의 소를 제기할 수도 있을 것이다. 그러나 이미 인도하였다면 승인이 있다고 할 수 없고 친생부인권도 그것을 이유로 소멸하지는 않을 것이다.

만약 대리모가 친생부인의 소를 제기하지 않았다면 생물학적 부모가 아이의 법적 부모가 되기 위해 많은 노력이 필요하다. 먼저 대리모가 친생부인의 소를 제기하도록 설득해야 한다. 그가 혼인하였다면 대리모의 남편도 친생부인의 소를 제기하도록 설득해야 한다. 그 후 비로소 생물학적 부모가 아이를 인지할 수도 있을 것이다. 그러나 인지가 가능한지에 법적 불명확성이 있다. 또한 위탁자의 의사는 혼인중의 자녀로 양육하려는 것이지 혼인외의 자녀로 양육하려는 것이 아니다. 또 다른 선택지로 생물학적 부모가 친양자 입양을 할 수도 있다. 그러나 친양자 입양절차 역시 법적 부모인 대리모와 그의 배우자의 동의가 필요하고, 불필요한 낭비가 수반될 것이다. 대리모가 아동을 양육할 의사가 없고 위탁자는 아동을 양육할 적극적인 의사가 있더라도 법적 난관이 있다는 것이다. 아이가 포 태되기 이전인 대리모 계약의 초기 단계에 비교적 간단한 절차로 당사자들의 의사를 명확히 해 두고 거기에 따라 법적 부모를 정하도록 하는 것이 아동의 이익에 가장 바람직할 것이다.

둘째, 대리모가 아이를 인도하지 않는 경우를 보자. 대리모가 법적 부모로서 아동을 제대로 양육할 수 있을지에 대해 의문이 있을 수 있다. 우리 법에서는 이 때 위탁자들이 개입할 여지는 없다. 영국법에서처럼 아동관계조정 명령을 신청할 수도 없고, 국가의 공법적 개입도 가능하지 않기 때문이다. 영국법에서처럼 아동에 관한 민사적, 공법적 개입을 보다 용이하게 하는 절차를 둔다면 아동을 인도하지 않는 대리모가 그 아동을 제대로 양육하지 못할 때의 문제를 해결할 수 있을 것이다.

---

법적 어머니로 해석하는 견해도 있다. 가령 윤진수(위 주 3), 190면 참조; 서울가법 2018.5.9., 2018브15는 방론으로 생물학적으로 아동과 아무 관련이 없더라도 출산 대리모가 아동의 어머니라고 한다. 산모가 임신기간 동안 태아가 성장하는 데 기여하고 또 출산에 고통이 있다는 것 등을 그 근거로 든다. 이를 토대로 생물학적 어머니가 아님에도 불구하고 출산 대리모가 당연히 생모이고, 친생부인의 소를 제기하지 못한다고 해석한다면, 제3자 제공 정자를 이용한 출산에 동의한 남편도 친생부인의 소를 제기하지 못한다고 해석해야 할 것이다(친생부인의 소를 제기하면 소각하 대상이 되어야 할 것이다). 정자를 제공한 아버지, 또는 제3자의 정자로 인공수정하기로 결정한 남편 역시 산모 못지 않게 태아에 대한 많은 애착과 관심을 기울이기도 하고, 규범적으로 그렇게 행동할 것을 요구하기 때문이다. 부모 모두에게 동등한 육아휴직을 주는 것도 바로 그런 규범적 명령에 근거한 것이다.

## IV. 결 론

아동의 출생과 성장에는 생물학적 부모, 법적 부모, 사회적 부모가 모두 필요할 수 있다. 생물학적 부모는 아동에게 생명의 원천을 제공하지만 법적 부모가 되지 않을 수 있다. 법적 부모는 아동부양 책임과 상속관계를 통해 아동과 긴밀한 경제적, 인적 공동체를 형성하지만, 아동을 자신의 가치대로 양육할 수 없는 경우도 있다. 미성년후견 또는 법률규정에 따른 아동보호기관이 사회적 부모로서 법적 부모를 대신하여 아동의 권리를 대리 행사하거나 아동 양육의 일부 또는 전부를 담당할 수 있기 때문이다. 핵가족화, 가족 기능의 해체 내지 약화, 의학기술의 발달 등으로 현대사회는 이런 여러 역할의 부모가 각기 달리 병존할 수 있다. 가족 기능이 약화될수록 법적 부모만이 아니라 국가도 사회적 부모로서 아동을 자기책임과 사회적 연대의식 하에 자기결정권을 행사할 수 있는 성인으로 성장하도록 지원할 책임을 져야 하기 때문이다. 그래야만, 미래의 아동이 자신이 입은 다양한 혜택을 사회를 위해 환원하게 될 것이다. 이런 선순환 과정을 통해 사회는 지속가능하게 성장할 수 있을 것이다.

부모와 자녀 관계를 규율하는 민법의 여러 규정들이 이런 내용을 숙고한 끝에 만들어진 것이 아니라 하더라도, 술한 민법 개정작업을 거친 현행 민법의 친자관계에는 여러 유형의 부모의 역할을 구분하고 고유한 역할과 기능을 부여하려고 노력한 흔적들이 있다. 법의 해석 권한 있는 법원이 입법자를 갈음하여 새로운 법을 창출할 수는 없다 하더라도 민법 규정에 내재한 이런 정신을 시대정신에 맞게 최대한 살려 나가는 것이 바람직할 것이다. 그러나 입법으로 해결하여야 할 문제에 시대정신에 맞지 않는 법창설로 대응하려는 것은 삼가야 할 것이다. 민법 제844조의 친생자 추정규정에 예외를 인정한 대법원 전원합의체 1983.7.12.선고 82므59 판결은 매우 낮은 해석기법이지만, 생물학적 아버지 아님에도 불구하고 자신의 결단과 무관하게 법적 아버지로서의 책임을 강요하는 2005년 민법 개정전의 친생부인의 소 제도의 결함을 부분적으로나마 해소하였다는 점에서 긍정적인 측면이 있었다. 그러나 헌법재판소 1997.3.27.선고 95헌가14, 96헌가7 결정으로 종전 민법 제847조 제1항의 헌법불합치결정과 2005년 민법 제846조, 제847조의

개정을 통해 그 역사적 기능도 마감해야 할 때가 왔다. 당시 대판 82므59 판결에서의 대법원은 친생부인의 소를 ‘부부’ 중심의 가정의 평화를 위한 규정으로 전제하고 논의를 하였지만, 유엔 아동권리협약 비준 이후 꾸준히 개정되어 온 민법에서의 친자관계법, 사회복지법 및 형법에서의 법제정 및 개정을 통해 아동의 복리를 우선 고려하는 관점이 확대되어 왔다. 이런 변화를 고려한다면, 민법의 친생부인의 소 제도는 법적 아버지의 불확정 상태가 오랫동안 지속되는 것이 아동의 건강한 성장에 큰 위해가 될 수 있기 때문에 단기의 제척기간을 두었다고 이해하여야 할 것이다. 이렇게 이해할 경우 민법 제844조는 이를 문리해석하는 것이 옳을 것이다. 자신이 생물학적 아버지가 아님을 안 법적 아버지로서는 친생부인의 소로써 자신의 이익을 충분히 보장받을 수 있기 때문이다.

그럼에도 불구하고 아동의 관점에서 볼 때 자신의 보호를 소홀하였던 법적 아버지 대신 생물학적 아버지를 찾고자 하는 이익과 가능성을 봉쇄한 현행의 친생부인제도는 입법적으로 정비되어야 한다. 나아가 보조생식기술로 아동이 태어난 경우 현행법의 해석으로는 메울 수 없는 아동보호의 공백이 있기 때문에 민법을 개정하는 것이 필요하다. 나아가 생물학적 부모가 아니라는 이유 등으로 아동 보호에 소홀한 법적 부모가 있을 때 국가가 사회적 부모로서의 역할을 수행하기 위해 보다 적극적으로 개입할 수 있게끔 아동보호를 위한 제도정비를 서둘러야 할 것이다. 이런 입법적 정비가 아니라, 개별 사안에서의 형평성을 빌미로 법적 부모에게 생물학적 부모가 아니라는 이유로 친생부인의 소가 아니라 친생자관계 부존재확인의 소를 제기할 길을 열어주는 것은 생물학적 부모의 역할을 강조한 나머지 아동 양육의 사회적 책임을 확대해 나가야 할 시대정신의 진전에 지장을 줄 것이다.

- 투 고 일: 2019년 5월 08일
- 심 사 일: 2019년 5월 17일
- 수 정 일: 2019년 5월 25일
- 게재확정일: 2019년 5월 28일

## [참고문헌]

권재문, 친자관계와 독립된 혈연검사를 위한 법적 절차 도입의 필요성, 가족법연구 제23권2호.

김성은, AID 자의 법적 지위에 관한 연구, 가족법연구 제26권 3호.

류일현, 친생자 추정 미치는 범위와 그 한계: 최근의 일본 최고재판소 판례(2014년 7월 17일 판결)를 소재로 하여, 비교사법 제22권 3호.

박명숙/제철웅, 아동생활시설 미성년후견제도 실태에 대한 탐색적 연구, 한국사회 복지교육 제44집(2018.12).

서종희, 대리모계약에 관한 연구, 가족법연구 제23권 3호.

송덕수, 친족상속법(제3판), 박영사.

엄동섭, 대리모계약에 관한 외국의 입법례, 가족법연구 19권2호.

유지홍, 첨단의료보조생식에 근거한 민법 제844조 친생자 추정에 관한 고찰, 법학연구 제26권 2호(2015.12).

윤우일, 대리모계약에 기해 출생한 자의 친자관계 결정기준, 경희법학 제47권 3호.

윤진수, 친족상속법강의(제2판, 2018), 박영사.

이승우, 인공수정자의 친자관계에 관한 연구, 비교사법 제11권 2호.

장영인, 학대피해아동 보호에서의 아동권리와 부모권리의 균형모색: 영국 아동보호 관련법의 전개과정을 중심으로, 아동과 권리 제17권 제4호(2013), 한국 아동권리학회.

정구태, 친생추정의 한계 및 친생부인의 소의 원고적격, 법학연구 제26권 1호(2015.6).

정현수, 개정 친생추정제도에 대한 평가, 법학연구 제28권 2호(2017.12).

제철웅, 부양청구권 및 부양비용상환청구권에 관한 몇 가지 해석론적 제안, 법학 논총 제31집1호(2014.3).

현소혜, 대리모를 둘러싼 쟁점과 해결방안-입법론을 중심으로, 가족법연구 제32권 1호.

中川善之助/米倉明, 新版 注釋民法(23), 有斐閣, 2011.

Peter Birks, English Private Law, Bd. I, Oxford University Press, 2000.

- Department of health & Social Care, Human Fertilisation and Embryology (Parental Order) Regulations 2018, 2018.
- Erman Kommentar zum BGB Bd. II, 15.Aufl., OttoSchmidt, 2017.
- Herring, Family Law, Pearson, 2017.
- Tim Jarrett, Children: Surrogacy-Single people and parental orders(UK), House of Common Briefing Paper, no. 8076, 2019.
- Müncheber Kommentar zum BGB, Bd. 9(Familienrecht II), C.H.Beck, 2017.
- Müncheber Kommentar zum BGB, Bd. 10(Erbrecht), C.H.Beck, 2017.
- Münder/Ernst/Behlert, Familienrecht, 7. Aufl. Nomos, 2013.
- J. Münder/T. Trenczek, Kinder- und Jugendhilferecht, 8. Aufl., Nomos, 2015.
- D TRosch/C. Funtoulakis/C. Heck, Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, 2. Aufl., Haupt, Verlag, 2015.
- The Warnock Report, Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, Department of Health & Social Security, 1984.

[Abstract]

**Biological, Legal, and Social, Parents**

– Confirmation of Relation between Parents and a Child from  
the Perspective of Child Welfare –

Je, Cheolung<sup>\*</sup>

Article 844 of Korean Civil Code is the presumption clause that a child born by a wife married with a husband within certain period during and after marriage and its closure is considered to be a child of that husband. This clause is one of main legal provisions based on which to decide a legal father depending on the period of birth. Before the revision of Korean civil code in 2005, articles 847(1) provided that a presumed legal father shall bring a cancellation suit after he knew his wife gave a birth to a child; otherwise he could not deny his legal fatherhood. This provision was declared, in 1993, by the Korean Constitutional Court to be incompatible with Korean Constitution because it infringed the self-determination by a husband of whether or not he is responsible for the maintenance of a child who has no biological connection with him. Before that decision, the plenary session of Korean Supreme Court in 1983 decided that article 844 did not apply to the case where a wife conceived a child during the time when the spouse did not live together. Thereby, Korean Supreme Court seems to have wanted to reduce possibility of unconstitutionality of that provision to some extent.

This paper argues that, in order to respect the intention of 2005 reformation of articles 846, 847, article 844 must be interpreted literally. To support this argument, this paper compares the parenthood laws in England and Germany, and concludes that Korean law related to the rebuttal of parenthood, articles 846 and 847, is

---

\* Hanyang University.

focused on the protection of child welfare to the effect that parenthood should be fixed as early as possible unless the legitimate interest of parents is neglected. This paper however argues that articles 846 and 847 do not pay legitimate respect to the interest of a child to know who are biological parents. In other words, a child should have an opportunity to know his or her biological parents or to sever the relation with his or her parents who have not cared for him or her. Lastly, this paper suggests that the uncertainty about parenthood in the case where a child is born with assisted reproduction should be removed by legislation.

▮ Key Words ▮

**Rebuttal of Parenthood, Presumption of legal fatherhood, Assisted Reproduction, Surrogacy, Legal Parents, Social Parents, Biological Parents**