

## 대리모가 대리출산한 자녀를 상대로 친생자관계존재확인을 구하는 경우, 모의 결정 및 소권 남용의 기준

- 대법원 2025. 4. 24. 선고 2022므15371 판결을 중심으로 -

신 봉 근\*

### 〈국문초록〉

현대 보조생식기술(ART)의 비약적인 발달은 임신과 출산을 탈신체화하며 유전적 모, 출산모, 의도모가 분리되는 ‘부모의 다원화’ 현상을 야기하고 있다. 본 연구는 대리모가 자신이 직접 출산한 자녀를 상대로 친생자관계존재확인을 구한 대법원 2025. 4. 24. 선고 2022므15371 판결을 중심으로, 대리출산 자녀의 법률상 모(母)의 결정 기준과 가사소송법상 소권 남용의 범리를 심층 분석하였다.

대상판결의 기초가 된 사건은 자신의 난자와 의뢰인 남편의 정자를 사용해 아이를 출산한 ‘유전적 대리모’가 친생자관계존재확인의 소를 제기한 사안이다. 이에 대해 대법원은 다음과 같은 기념비적인 범리를 제시하였다.

첫째, 대리모계약의 절대적 무효성을 재확인하였다. 여성의 몸을 도구화하고 태어날 자녀를 거래의 객체로 삼는 대리모계약은 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효이며, 이에 부수된 친권 포기 합의 등도 효력이 없다.

둘째, 법률상 모자관계의 성립 기준으로 ‘출산설(분만설)’을 유지하였다. 대법원은 유전적 연관성이나 당사자의 의사보다 ‘출산’이라는 객관적·자연적 사실을 신분관계 확정의 유일한 기준으로 보았다. 따라서 유전적 모이자 출산모인 원고는 원칙적으로 자녀와의 법률상 친생자관계가 성립하며 소를 제기할 당사자적격을 가진다.

셋째, ‘자녀의 복리’를 근거로 한 ‘소권 남용’의 범리를 전격 도입하였다. 대법원은 비록 생물학적·법률적 친모임이 명백하더라도, 소 제기의 목적이 금전적 갈취에 있고 그 과정에서 자녀의 평온한 양육 환경을 파괴하여 복리를 현저히 해친다면 이는 신의성실의 원칙에 반하는 소권 남용으로서 허용될 수 없다고 판시하며 원고 승소의 원심판결을 파기하였다.

이러한 판결은 우리 가족법의 패러다임을 전통적인 ‘혈연적 진실주의’에서 ‘아동의 실질적 복리와 관계적 정의’로 전환시켰다는 점에서 중대한 의의를 지닌다. 그러나 판례의 해석만으로는 의뢰인 부부의 법적 지위가 입양 등 우회적 절차에 의존해야 하는 등 본질적 한계가 존재한다.

따라서 본 연구는 입법적 과제로 (가칭) 「인공생식 및 대리출산에 관한 특별법」 제정을 제안한다. 구체적으로는 상업적 대리모는 금지하되 이타적 대리모를 제한

\* 전북대학교 동북아법연구소 전임연구원, 법학박사.

적으로 허용하고, 가정법원의 사전 허가제 도입, 영국의 사례를 참고한 ‘친권명령 (parental order)’ 제도의 신설, 그리고 자녀가 성인이 된 후 자신의 기원을 알 수 있도록 하는 출생 이력 등록 시스템 구축 등이 필요하다.

주제어 : 대리모, 대리출산, 출산설(분만설), 자녀의 복리, 소권의 남용, 친생자관계존재확인의 소, 인공생식 및 대리출산법, 친권명령

• 투고일 : 2026.03.31. / 심사일 : 2026.04.22. / 게재확정일 : 2026.04.26.

## I. 서론

### 1. 연구의 배경

현대 의학과 생명공학의 비약적인 발달은 인류에게 난임 극복이라는 축복을 선사하였으나, 동시에 혈연 중심의 전통적인 가족법 체계에 근본적인 의문을 던지고 있다. 과거에는 남녀의 자연스러운 성적 결합을 통해서만 가능했던 임신과 출산이 체외수정(IVF), 인공수정, 정자 및 난자의 공여 등 다양한 보조생식기술(assisted reproductive technology, ART)을 통해 탈신체화되면서, 생물학적 부모와 법률적 부모, 나아가 양육을 의도한 부모가 서로 일치하지 않는 ‘부모의 다원화’ 현상이 빈번하게 발생하고 있다.<sup>1)</sup>

특히 자녀를 낳아 가족을 이루고자 하지만 생리적 문제 등으로 인하여 직접적인 임신 및 출산이 불가능한 부부가 제3자의 조력을 받는 ‘대리모 계약’ 내지 ‘대리출산(surrogate motherhood)’은 인간의 존엄성과 생명 윤리, 그리고 가족의 본질에 대한 격렬한 법적·사회적 논쟁을 야기한다. 우리나라의 경우 ‘대리모 계약’을 금지하는 명시적인 법률은 아직 없으나, 판례와 학설은 영리 목적의 대리모 계약은 민법 제103조에 의하여 ‘선량한 풍속 기타 사회질서’에 반하므로 무효라고 보는 견해가 지배적이다.

---

1) 전통적인 가족법상 ‘어머니는 항상 확실하다(Mater semper certa est)’는 원칙은 출산이라는 객관적 사실에 근거하여 모자관계를 확정해 왔으나, 보조생식기술은 이를 유전적 모, 출산모, 의도모로 분절시켰다.

## 2. 문제의 제기

현재 우리나라는 대리출산을 엄격히 규제하지도, 그렇다고 제도적으로 수용하지도 않는 이른바 ‘입법적 공백’ 상태에 놓여 있다. 이러한 상황에서 대리출산을 통해 태어난 자녀의 법률적 모자관계를 누구로 설정할 것인가의 문제는 단순히 혈연의 진실을 찾는 과정을 넘어, 자녀의 복리와 가족의 안정성을 어떻게 조화시킬 것인가라는 고도의 정책적 판단을 요구한다. 그동안 가정법원의 판례는 유전적 관계가 없음에도 불구하고 출산의 객관적 사실을 중시하여 대리모를 법률상 어머니로 보거나,<sup>2)</sup> 반대로 자녀의 복리를 위해 의뢰인 부모의 지위를 우선적으로 고려해야 한다는 입장<sup>3)</sup> 사이에서 고심해 왔다.

특히 최근 대법원은 친생자관계 존부 확인의 소에서 ‘확인 이익’ 및 ‘원고적격’에 관하여 엄격한 인격적·가족법상 이익을 요구하는 전원합의체 판결을 선고한 바 있다.<sup>4)</sup> 이는 대리출산 자녀를 둘러싼 소송에서도 단순한 혈연적 일치 여부보다 ‘신분관계의 안정’과 ‘자녀의 복리’가 중요한 판단 척도가 되어야 함을 시사한다.

## 3. 대상판결의 의의

이러한 법리적 흐름 속에서 대법원 2025. 4. 24. 선고 2022므15371 판결(이하 ‘대상판결’이라 함)은 보조생식기술의 발달로 인해 분절된 ‘모(母)’의 개념에 대해 법원이 답한 가장 능동적이고 후견적인 판결로 평가된다. 본 판결은 단순한 하급심 판결의 파기라는 소송법적 의미를 넘어, 우리 가족법의 패러다임을 ‘혈연의 객관적 확인’에서 ‘아동의 실질적 복리와 평온한 삶의 수호’로 전환하는 중대한 결단을 내렸다는 점에서 기념비적 의의를 지닌다.

대상판결의 구체적인 의의는 다음과 같이 정리할 수 있다. 대리출산의 법적 쟁점에 있어 획기적인 이정표를 제시하였다. 대상판결은 모의 결정 기준으로서 ‘출산설(birth rule)’을 재확인하여 신분관계의 실체법적 명확성을 수호하는 한편, 친생자관계존재확인의 소에 ‘소권 남용’의 법리를 전격 도입하여 절차법적

2) 서울가정법원 2018. 5. 9. 자 2018브15 결정.

3) 서울가정법원 2019. 11. 1. 선고 2018가합30142 판결.

4) 대법원 2020. 6. 18. 선고 2015므8351 전원합의체 판결에서, 민법 제777조에서 정한 친족이라는 사실만으로 친생자관계 존부 확인의 소를 제기할 수 있는지의 여부가 쟁점이 되었는데, 제3자가 소를 제기하려면 단순히 친족이라는 사실만으로는 부족하고, 판결을 통하여 제거될 수 있는 현존하는 법적 불안이 존재해야 함을 명시하였다.

타당성을 도모함으로써, 법의 목적인 법적 안정성과 합목적성을 절묘하게 조화시켰다. 즉, ① 대리모 계약이 무효임에도 불구하고 출산한 여성(대리모)이 법률상 어머니라는 원칙을 재확인하면서도, ② 생물학적·법률적 친모임이 명백한 경우라 할지라도 친생자관계존재확인의 소의 목적(확인의 이익)이 반윤리적이고 자녀의 복리를 현저히 해친다면 ‘소권 남용’에 해당하여 허용할 수 없음을 명시적으로 선언하였다. 이는 신분법의 영역에서 오랫동안 신성시되어 온 ‘진실한 혈연관계의 부합’이라는 가치가, 자녀의 구체적인 양육 환경 수호와 ‘아동의 복리’라는 실질적 가치 앞에서 제한될 수 있음을 인정한 것이다.

이는 곧 전통적 ‘혈연주의(biologism)’에서 아동의 평온한 삶을 우선하는 ‘관계적 정의(relational justice)’로의 패러다임의 전환을 의미하며, 법을 기계적으로 적용하지 않고 아동을 자본의 논리로부터 구원하는 ‘최후의 후견인(parens patriae)’으로서의 역할을 수행한 것이라고 평가할 수 있다. 결국, 대상판결은 가사소송법상 ‘친생자관계존재확인의 소’라는 진실한 신분관계를 회복하기 위한 도구가, 도리어 신분관계를 교란하고 아동의 인격권을 침해하는 무기로 진락하는 것을 방지하고자 하는, 법원의 적극적인 의지가 투영된 판결이라 할 수 있다.

#### 4. 연구의 목적과 범위

본 연구는 현대 가족법에서 ‘혈연적 진실’과 ‘아동의 복리’가 충돌할 경우에 법은 누구의 손을 들어주어야 하는가에 대한 본질적인 질문을 던지고자 한다. 이에 대상판결의 사실관계와 판결 요지를 분석하고, 기존의 출산설(birth rule)과 유전설(genetic rule) 및 의도설(intent rule)의 대립 속에서 대상판결이 취한 논리적 정당성을 검토한다. 또한, 가사소송에서 소권 남용의 법리가 적용되는 구체적 기준과 범위를 정하고, ‘이해관계인’의 확인의 이익과 소권 남용의 상관관계를 규명한다. 나아가 프랑스, 영국, 미국 등 주요국의 입법례를 참고하여 우리나라의 현실에 부합하는 대리모 관련 입법 방향과 자녀의 복리를 최우선으로 하는 친족법 체계의 재구성 방안을 제시하고자 한다.

이를 위해 제II장에서는 대상판결의 기초가 되는 사실관계와 당사자의 주장, 그리고 대법원의 판단 요지를 객관적으로 분석한다. 제III장에서는 사안의 전제가 되는 유전적 대리모계약의 민법 제103조 위반 여부 및 사법상 효력 한계를 살피고, 우리 판례가 고수하고 있는 ‘출산설’의 논리적 근거를 검토한다. 그리고 본 대상판결의 핵심인 ‘친생자관계존재확인의 소에서의 소권 남용 법리’가

갖는 의미와 그 해석론적 한계를 비판적으로 평석한다. 마지막으로 제IV장에서는 영국, 미국 등 주요국의 입법례를 참고하여 상업적 대리모를 근절하고 아동의 법적 지위를 신속히 확정하기 위한 (가칭) 「인공생식 및 대리출산에 관한 특별법」 제정 등 입법적 과제를 제시하고자 한다.

## II. 대상판결의 요지와 쟁점

### 1. 기초적 사실관계 및 당사자의 주장

#### 1) 기초적 사실관계

원고(대리모)는 2005년경 인터넷 대리모 카페를 통하여 알게 된 의뢰인 부부(남편 ○○○, 아내인 제1심 공동피고 2)와, 자신의 난자와 자궁을 제공하여 아이를 출산해 주기로 하는 이른바 ‘상업적 대리모계약’을 체결하였다.<sup>5)</sup> 원고는 당초 자녀 인도의 대가로 8,000만 원을 지급받기로 약정하였고, 2006년 9월 피고(사건 본인)를 출산한 직후 의뢰인 부부에게 인도하였다. 의뢰인 부부는 약정금을 지급한 뒤 자신들을 친부모로 출생신고를 마쳤으며, 피고는 평온한 가정환경에서 성장해 왔다. 그러나 원고는 피고가 생후 100일경이 되었을 무렵부터 돌연 태도를 바꾸어 출생의 비밀을 폭로하겠다고 협박하였다. 원고는 2007년부터 2012년까지 30회 이상의 협박을 하였으며 총 5억 원 이상을 갈취하였다. 이 과정에서 금전을 대가로 친권을 포기하고 향후 양육에 이의를 제기하지 않겠다는 각서를 수차례 작성·교부하기도 하였다.

결국, 원고는 자신이 피고를 직접 분만하였을 뿐만 아니라 유전학적으로도 생물학적 친모임을 내세워, 피고를 상대로 민법 제865조에 기한 친생자관계존재확인의 소를 제기하였다. 소송 과정에서 피고의 대리출산 사실이 드러나게 되었고, 당시 11세에 불과했던 미성년 자녀인 피고는 극심한 정신적 충격을 받아 학업을 중단하고 해외로 출국하는 등 인권과 복리가 심각하게 침해되었다.

#### 2) 당사자의 주장 요지

원고 측은 우리 민법 해석상 ‘출산한 사람이 모(母)’라는 분만설의 원칙이

---

5) 본 사안은 타인의 배아를 이식받는 단순한 ‘자궁대리모(gestational surrogacy)’가 아니라, 원고 자신의 난자와 의뢰인 남편의 정자를 체외 수정하여 착상 및 출산하는 ‘유전적 대리모(genetic surrogacy)’라는 점에서 사안의 특수성을 갖는다.

확고하며, 특히 본 사안은 원고의 난자를 사용한 유전적 친모임이 명백하므로, 상업적 대리모계약의 무효 여부나 자신의 과거 범죄 사실(공갈 등)과는 무관하게 피고와의 친생자관계가 법률상 엄연히 존재한다고 주장하였다.

반면, 실질적으로 자녀를 양육해 온 피고 측은 원고가 처음부터 양육 의사가 없었고 오직 금전적 갈취를 목적으로 소권을 남용하고 있다고 항변하였다. 이미 안정적으로 형성된 10여 년간의 양육 환경과 피고가 입은 치명적인 정신적 피해를 근거로, 원고의 친생자관계존재확인의 소의 제기는 자녀의 복리를 정면으로 침해하는 신의칙 위반이라고 항변하였다.

## 2. 소송의 경과 및 법원의 판단 요지

### 1) 원심의 판단

원심은 민법상 모자관계는 오직 ‘출산’이라는 자연적·객관적 사실에 의해서만 결정된다는 출산설의 원칙을 고수하였다. 원고가 거액을 목적으로 상업적 대리모계약을 체결하고 부당한 공갈 행위를 일삼았더라도, 피고를 임신하고 분만한 생물학적 모성이라는 사실 자체는 변함이 없으므로 대리모계약의 반사회성(무효) 여부와 무관하게 법률상 친생자관계가 성립한다고 보아 원고 승소 판결을 내렸다.<sup>6)</sup>

### 2) 대법원의 판단

반면, 대법판결(대법원 2025. 4. 24. 선고 2022므15371 판결)은 원심의 모자관계 성립 기준에 관한 원칙적 법리, ‘출산설’을 수긍하면서도, 원고의 친생자관계존재확인의 소의 제기가 신의성실의 원칙에 반하는 ‘소권 남용’에 해당하여 허용될 수 없다며 원심판결을 파기환송하였다. 대법원의 주요 판결 요지는 다음과 같다.

#### (1) 대리모계약의 절대적 무효

보조생식 기술을 통하여 임신·출산한 자녀를 타인에게 인도할 것을 내용으로 하는 이른바 대리모계약은 여성의 몸을 도구화하고 태어날 자녀를 거래의 객체로 삼아 인간의 존엄성을 침해하므로, 민법 제103조의 ‘선량한 풍속 기타 사회질서’에 반하여 절대적 무효임을 재확인하였다. 나아가 대리모가 자녀의

---

6) 서울가정법원 2018. 5. 18. 자 2018브15 결정.

친생모로서 갖는 권리(친권)의 일체를 포기하기로 한 당사자 사이의 합의 역시 효력이 없다고 판단하였다.

#### (2) 친생자관계의 성립 기준 - 출산설의 유지

무효인 대리모계약에 의해 출산을 했다고 하더라도, 모와 자녀 사이의 혈연관계는 유전적 일치 여부를 떠나 임신과 출산이라는 자연적 사실만으로 성립한다고 보았다.<sup>7)</sup> 따라서 대리모인 원고에게 원칙적으로 자녀의 '법률상 친생모'로서 친생자관계존재확인의 소를 제기할 수 있는 당사자적격이 인정된다고 보았다.

#### (3) 자녀의 복리를 이유로 소권 남용을 인정 - 파기환송 사유

대법원은 본 사안의 가장 핵심적인 쟁점으로서, 신분관계의 존부를 구하는 소송이라 할지라도 내재적 한계가 있음을 명확히 하였다. 형식적으로 진실한 신분관계의 존부를 구하는 소송이라고 할지라도 내재적 한계가 존재하며, 그것이 '자녀의 복리'에 현저하게 반하는 특별한 사정이 존재한다면 예외적으로 권리의 남용에 해당하여 허용될 수 없다고 판시하였다. 본 사건에서 원고가 장기간에 걸쳐 고액의 금전적 대가를 수령하였고 자녀의 출생 사실을 외부에 누설하는 등 자녀의 복리에 중대한 위해를 가할 정황이 있었음에도, 원심이 이러한 '소권의 남용' 여부에 대한 심리를 다하지 않은 점을 지적하며 파기환송하였다.

### 3. 대상판결의 주요 쟁점

본 대상판결의 사실관계와 대법원의 논리 전개를 바탕으로 할 때, 본 사안은 현대 가족법 학계에서 가장 첨예하게 대립하는 다음의 세 가지 핵심 쟁점을 포함하고 있다.

#### 1) 상업적·유전적 대리모계약의 사법상 효력과 한계

첫 번째 쟁점은 대리모계약의 유효성 여부이다. 본 사안에서 거액의 대가가 수수된 상업적 대리모계약, 그중에서도 난자와 자궁을 모두 제공한 유전적 대리모계약의 반사회성의 정도와 사법적 효력의 한계이다. 이와 관련하여, 영미

---

7) 원심인 서울가정법원 2018. 5. 18. 자 2018브15 결정 등에서도 우리 민법상 부모를 결정하는 기준은 유전적 공통성이나 의뢰인의 의사가 아닌 '모의 출산'이라는 자연적 사실임을 명시한 바 있으며, 대법원 역시 이와 동일한 법리를 전개하였다.

법의 ‘비상업적 대리모의 예외적 허용’에 관한 논의가 우리나라에 시사하는 바가 무엇인지에 대해서도 검토할 필요가 있다.

## 2) 대리출산 자녀의 법률상 모의 결정 기준과 출산설의 타당성

두 번째 쟁점은 대리모계약이 민법 제103조 위반으로 무효인 경우에도 출생한 자녀의 법률상 모는 반드시 확정되어야 하는데, 누구를 법률상 모로 볼 것인가의 문제이다. 본 사건은 원고가 유전적 모(母)임과 동시에 출산 모이므로 ‘유전설’과 ‘출산설’의 결론이 일치한다. 그러나 대법원이 유전적 연관성이나 의사(당사자의 의도)를 배제하고, 오직 ‘출산’의 객관적 사실만을 모자관계의 유일한 창설 근거로 고수한 것이 과연 현대 생명공학의 시대에 부합하는 타당한 해석론인지에 대한 비판적 고찰이 요구된다.

## 3) 친생자관계존부확인 소에서의 소권 남용의 법리와 자녀의 복리

세 번째 쟁점은, 원고가 생물학적·법률적 친모임이 명백하여 원고적격과 확인의 이익이 인정됨에도 불구하고, 이를 ‘소권 남용’의 법리로 배척한 점의 타당성 여부이다. 신분관계 소송에서 ‘자녀의 복리’를 이유로 진실한 혈연관계의 확인을 막는 것이 소송법적으로 허용될 수 있는지, 만약 허용된다면 그 구체적 요건과 한계를 명확히 규명해야 한다. 이는 ‘혈연적 진실주의’에 바탕을 둔 우리 가족법이 ‘아동의 복리 중심주의’로의 패러다임의 전환을 보여주는 대목이다.

# Ⅲ. 대상판결의 쟁점에 대한 검토

## 1. 대리모계약의 사법상 효력

### 1) 대리모계약의 법적 성질

대리모계약의 효력을 논하기에 앞서, 사법상 대리모계약의 법적 성질을 어떻게 파악할 것인지에 대해서 규명할 필요가 있다. 이에 대해서는, 대리모의 출산아 인도의무와 의뢰인의 보수지급에 착안하여 대리모계약을 일종의 ‘도급계약’으로 이해하기도 하고, 임신과 출산 과정이 대리모의 자율적 판단에 위임된다는 점에서 ‘위임계약’으로 이해하기도 하며, 타인을 위한 노동력의 제공에 중점

을 둔 ‘고용계약’으로 이해하기도 한다. 그러나 대리모계약은 임신과 출산 및 친권의 귀속이라는 고도의 신분적·인격적 요소를 포괄하고 있으므로, 이를 단순한 재산법상의 전형계약으로 포섭하기는 어려우며 가족법상의 특수한 혼합계약으로 파악하는 것이 타당하다.<sup>8)</sup>

## 2) 대리모계약의 유효성 여부

이 계약의 유효성에 관하여 학계는 신체 도구화와 착취 위험을 비판하는 무효설, 재생산권 보장과 현실적 양성화를 주장하는 유효설, 상업적 목적은 금지하되 자발적이고 이타적인 동기의 계약은 허용하자는 제한적 유효설로 대립하고 있다.

### (1) 무효설

대리모계약은 여성의 신체를 도구화하고 자궁을 상품화하여 인간의 존엄성을 침해할 위험이 크고 경제적으로 취약한 여성에 대한 착취 위험을 수반한다는 점에서, 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되어 무효라는 견해이다.<sup>9)</sup> 특히 영리 목적으로 금전적 대가가 수반되는 상업적 대리모계약은 신생아를 거래의 객체(물건)로 취급하는 매매와 다를 바 없으며, 임신과 출산을 통하여 형성되는 대리모의 모성과 출생아 사이의 정서적 유대감을 도외시하고 친권의 사전 포기를 강제한다는 점에서 강행규정의 위반이라고 본다(대법원 2019. 10. 14. 자 2018스424 결정).

### (2) 유효설

현대사회에서 불임부부의 고통을 덜어주고 이들의 헌법상 행복추구권 및 재생산권(reproductive rights)을 보장하기 위하여 계약자유의 원칙상 대리모계약의 효력을 인정해야 한다는 견해이다. 현실적으로 음성적인 대리모 시술이 빈번히 이루어지고 있으므로, 이를 무조건 금지하기보다는 법제도 내에서 허용하여 부작용을 최소화 하는 것이 현실적이라고 주장한다. 최근에 불임(난임)부부의 기본권 보장의 측면에서 유력하게 논의되고 있다.

8) 김주수·김상용, 친족·상속법, 법문사, 2024, 271면.

9) 김주수·김상용, 앞의 책, 2024, 271~272면; 송택수, 친족상속법, 박영사, 2024, 235~236면; 윤진수, 친족상속법강의, 박영사, 2023, 188면.

## (3) 제한적 유효설

경제적 대가를 목적으로 하는 상업적 대리모는 금지하되, 불임을 극복하기 위한 최후의 수단으로서 순수한 자발적·이타적 동기에서 이루어지는 ‘비상업적(이타적) 대리모계약(altruistic surrogacy)’에 한해서는 예외적으로 효력을 인정하자는 절충적 견해이다.<sup>10)</sup> 난임 부부의 행복추구권과 재생산권(reproductive rights)을 보장해야 하며, 생명공학의 발달로 유전적 연결고리를 유지할 수 있는 인공임신을 원천적으로 차단하는 것은 기본권의 침해라는 것이다. 법정정책적 측면에서 타당한 견해라고 본다. 다만, 이 경우에도 엄격한 요건 하에 법원의 사전 허가나 생명윤리위원회의 심의를 받아야 한다는 점이 강조된다.

## 3) 외국의 입법례

비교법적으로 대리모계약에 기한 자녀 인도 청구와 관련하여, 미국 뉴저지주 대법원의 1988년 ‘Baby M’ 사건(109 N.J. 396, 537 A.2d 1227, 1988)이나 독일 베를린고등법원의 1985년 ‘Marchina’ 사건(1 U 2511/84) 등 외국의 판례에서도 대리모계약을 공서양속의 위반으로 보아 자녀의 인도를 목적으로 하는 계약의 효력을 부인한 바가 있다.

프랑스와 독일 등 대륙법계 국가들은 대체로 대리모계약을 철저히 금지하며 무효로 취급한다. 프랑스 파기원(Cour de cassation)의 1991년 ‘Alma Mater’ 사건(90-20.105)에서 대리모계약은 인간의 존엄성을 훼손하고 ‘신분 불용통성의 원칙(principe d’indisponibilité de l’état des personnes)’<sup>11)</sup>에 반한다며 그 효력을 전면 부정하였다.<sup>12)</sup>

반면에, 영국은 1985년 「대리모계약법(Surrogacy Arrangements Act 1985)」을 통해 상업적 대리모를 금지하되, 인도적 차원의 이타적 대리모는 허용한다.

10) 김천수, “대리모의 법적 문제”, 민사법학 제21호, 2002, 14면 이하; 박영복, “대리모계약의 민사법적 성질과 효력”, 안암법학 제19호, 2004, 483면; 박철호, “대리모계약에 대한 유효성 논란과 법리분석”, 한양법학 제20권 제4집, 한양법학회, 2009, 272~274면; 배성호, “대리모에 의해 출생한 자의 법적 지위”, 인권과 정의 제345호, 대한변호사협회, 2005, 24면; 신영호, “인공생식과 친족법상의 제문제”, 비교사법 제12권 제2호, 2005, 37면 이하; 오호철, “대리모에 관한 소고”, 법학연구 제34집, 한국법학회, 2009, 194면; 윤석찬, “인공임신을 통한 대리모계약의 유효론과 제반쟁점”, 영남법학 제44호, 영남대학교 법학연구소, 2017, 112·114면.

11) ‘신분 불용통성의 원칙(principe d’indisponibilité de l’état des personnes)’이란 개인의 성명, 성별, 국적, 친자관계와 같은 가족법상의 신분은 사적인 계약이나 개인의 의사만으로 마음대로 처분하거나 변경할 수 없다는 원칙을 의미한다.

12) 김현진, “대리모를 둘러싼 프랑스의 법적 동향”, 강원법학 제54권, 강원대학교 비교법학연구소, 2018, 72·74~75면.

특히 ‘친권명령(parental order)’ 제도를 통하여 대리모가 낳은 아이에 대한 법적 부모의 지위를 의뢰인 부부에게 이전할 수 있는 길을 열어두고 있고, 미국은 캘리포니아주를 비롯한 일부 주들이 상업적 대리모까지 허용하며 법적으로 매우 유연한 대리모 친화적(surrogate-friendly)인 태도를 취하고 있는 등, 각국의 입법에 차이가 있다.<sup>13)</sup> 우리나라도 대리모계약을 단순히 무효로만 판단하지 않고 구체적인 입법 가이드라인을 제정할 필요가 있다.

#### 4) 대상판결의 태도

대리모계약이 사법상 유효한지의 여부에 대한 논의는 대상판결의 사안에서 파생되는 신분적, 재산적 법률관계의 향방을 결정하는 전제 조건이다. 대상판결은 기존 판례<sup>14)</sup>의 태도를 재확인하며 무효설의 입장을 재확인 하였다. 대상판결은 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」의 입법 취지에 비추어 영리 목적의 대리모뿐만 아니라, 의뢰인 부부의 정자와 난자를 사용한 이타적 자궁대리모라 할지라도 자녀의 인도 및 신분적 권리의 포기를 내용으로 하는 계약은 민법 제103조의 ‘선량한 풍속과 사회질서에 반하는 법률행위’로서 절대적 무효라고 판시하였다(대법원 2025. 4. 24. 선고 2022므15371 판결). 그 주된 논거는 다음과 같다.

첫째, 인간의 생명과 신체는 어떠한 경우에도 거래의 객체가 될 수 없음에도 불구하고, 대리모계약은 여성의 자궁이라는 생식기관을 도구화하고, 출산될 생명을 거래의 객체(물건)로 삼아 상업화할 위험이 매우 크다. 둘째, 자녀를 낳아 의뢰인 부부에게 인도하고 친권 및 양육권을 포기하기로 하는 사전 약정은 친족법상 부여된 부모의 고유한 권리·의무를 당사자의 임의적 계약으로 처분하는 것으로서 가족법 질서의 근간을 훼손한다.<sup>15)</sup> 특히, 본 사안은 원고가 자신의 난자와 의뢰인 부부 중 남편의 정자를 체외 수정하여 임신·출산한 전형적인 ‘유전적 대리모(genetic surrogacy)’ 계약이다. 이러한 유전적 대리모의 경우, 타인의 배아를 이식받는 자궁대리모(gestational surrogacy)보다 모성의 사실과 신체적·정신적 유대의 단절로 인한 윤리적 문제가 훨씬 더 심각하다.

13) 김주수·김상용, 앞의 책, 272~273면.

14) 대법원 2019. 7. 4. 선고 2018므10251 전원합의체 판결은 대리모계약은 민법 제103조에서 정한 ‘선량한 풍속 기타 사회질서’에 위반되어 절대적 무효라고 보았다.

15) 또한, 대리모계약에 기한 자녀의 인도 청구나 대리모계약을 전제로 한 입양 등도, 그 계약의 반사회성을 이유로 효력을 부인하는 태도를 취하고 있다.

## 2. 보조생식술에 의한 대리출산 자녀의 법률상 모(母)의 결정기준

대리모계약의 효력이 부인된다고 할지라도, 이미 출생한 자녀의 법적 지위(법률상 모는 누구인가)는 반드시 확정되어야 한다. 체외수정 및 대리착상 기술의 발달로 ‘유전적 어머니(난자 제공자)’와 ‘출산 어머니(분만자)’가 분리되는 현상이 발생함에 따라, 현행법상 명문의 규정이 없는 가운데 법률상 모를 누구로 정할 것인지에 대하여 견해가 대립하고 있다.

### 1) 모의 결정기준에 관한 학설

#### (1) 출산설(분만설)

로마법 이래의 “어머니는 항상 확실하다(Mater semper certa est)”라는 법언의 전통적 모성 보호의 원칙에 의하여, 민법상 어머니와 자녀 사이의 법적 관계는 유전적 일치 여부보다는 ‘아이를 몸으로 직접 낳았다’는 출산의 사실을 기준으로 결정된다는 견해이다.<sup>16)</sup> 모자관계는 ‘출산’이라는 자연적·객관적 사실만으로 명확히 확정되는 관계이며, 수정란 이식 등 보조생식술이 발달하더라도 이 원칙은 변하지 않는다고 본다.<sup>17)</sup>

그 논거로서, 아버지는 혼인 여부나 유전자 검사 등을 통하여 ‘추정’하거나 ‘확인’해야 하는 대상이지만, 어머니는 ‘출산’이라는 객관적인 사실에 의하여 즉시 명백하게 인식할 수 있으므로 기아나 유전자를 알 수 없는 경우에도 혼란 없이 모자관계를 확정할 수 있어서 법적 안정성과 객관적 명확성을 담보할 수 있다는 것이다. 그리고 유전자를 제공한 것보다 10개월간의 임신 동안 태아와 임신부가 상호작용을 하며 형성하는 신체적·심리적 유대가 친자관계의 본질이고, 출산하기 위해 여성이 감수하는 신체적 고통, 건강상의 위험, 분만이라는 노동(labor)을 법적 모성 결정의 결정적 요소로 보아야 한다는 것이다. 또한, 민법 제855조 제2항의 유추해석에 의하여, 혼인 외의 출생자가 인지된 경우에 생모와 자녀 사이에는 별도의 인지 없이도 출산 사실만으로 당연히 친자관계가 성립한다는 것이다.

이 견해는 법적 안정성과 소송과정에서 입증의 간소화를 꾀할 수 있고, 아이가 출생과 동시에 법적 어머니를 갖게 되어 의료나 행정 절차에서 방치될

16) 김주수·김상용, 앞의 책, 273면; 송덕수, 앞의 책, 235면; 윤진수, 앞의 책, 188면~189면; 이은영, 친족상속법, 박영사, 2022, 257면.

17) 대법원 2019. 7. 4. 선고 2018므10251 전원합의체 판결.

위험이 없으므로 아동 복리의 측면에서 유리하다는 장점이 있다.

## (2) 유전설(유전자 기준설)

난자를 제공하여 아이와 유전적(생물학적) 공통성을 지닌 여성(주로 의뢰인)을 법적 어머니로 인정해야 한다는 입장으로서, 과학기술의 발전으로 혈연관계의 객관적 증거가 명확해졌으므로 DNA 정보를 제공한 여성을 진정한 모로 확정해야 한다는 견해이다.<sup>18)</sup>

그 논거로서, 현행법상 아버지(부성)를 결정하는 핵심적인 기준은 ‘유전적 혈연관계(DNA)’이므로 부성(父性) 결정 기준과의 형평성(양성평등의 원칙)을 지켜야하고, 민법상 친족 관계의 근간은 ‘자연적인 혈연(유전적 연결)’에 바탕을 두고 있으므로 생물학적 진실에 부합하는 유전모를 법적 모로 보는 것이 타당하다는 것이다. 그리고 현대 의학(생식보조의술)의 발달로 ‘유전모’와 ‘분만모’가 분리되는 현상이 발생했으므로 과거의 분만설을 적용하는 것은 시대착오적이라는 것이다. 또한, 유전적 질환 등 의학적 대처를 하기 위해서는 자신의 유전적 기원을 아는 것이 필수적이므로 유전적 유대 관계를 갖는 여성을 법적 어머니로 인정하는 것이 자녀의 복리 및 헌법상 보장되는 ‘유전적 정체성을 알 권리’에 부합한다는 것이다.

이 견해는 인공생식에 참여한 의뢰인 부부의 진정한 의사(가족 형성의 의도)를 존중하고, 유전적 유대가 없는 대리모에게 원치 않는 모성 의무를 강제하는 것을 방지할 수 있다는 장점이 있다.

## (3) 의사설(당사자 의도설)

대리모를 통한 모자관계 성립에서 출산의 자연적, 생물학적 출산 사실이나 유전적 연결보다는 ‘누가 부모가 되려는 의사(procreative intent)를 가지고 아이를 기획하였는가?’ 즉, 아이를 갖고자 하는 주관적인 의사와 양육 의지를 기준으로 모(母)를 결정해야 한다는 견해이다.<sup>19)</sup>

18) 한삼현, 가족법, 박영사, 2025, 242면; 김천수, 앞의 논문, 25면 이하; 박희호, “대리모에 관한 법적 문제”, 법학연구 제18권 제1호, 경북대학교 법학연구소, 2008, 272~275면; 신영호, “대리모에 있어서의 친자관계 - 특히 모의 결정기준을 중심으로 -”, 가족법연구 제19권 제1호, 한국가족법학회, 2005, 171~174면; 최봉경, 가족법연구 제19권 제2호, 한국가족법학회, 2005, 175~180면.

19) 박동진, “대리모계약의 민법적 쟁점”, 연세법학연구 제12권 제2호, 131~134면; 이견숙, “대리모 출산에 있어서의 모의 결정기준에 관한 연구”, 가족법연구 제19권 제2호, 2005, 51~57면; 이지희, “대리모에 의하여 출생한 자의 모(母)의 결정에 관한 연구”, 가족법연구 제23권 제2호, 한국가족법학회, 2009, 205~215면.

이 견해는 주로 미국 캘리포니아주 대법원의 1993년 Johnson v. Calvert, 5 Cal. 4th 84 판례<sup>20)</sup>의 영향을 받았는데, 부모가 되고자 하는 의사를 가진 자가 부모로서의 권리와 의무를 부담하는 것이 자녀의 복리에 가장 부합한다고 주장하며, 재생산권의 핵심적 요소로서 ‘의사’의 중요성을 강조한다. 이 견해는 출산설이나 유전설을 따를 경우 대리모나 난자 기증자가 아이를 원치 않을 때 아이가 법적 보호자가 없는 상태(limping parentage)에 놓이는 위험을 방지할 수 있다는 장점이 있으며, 현대의학의 현실을 가장 잘 반영하는 이론으로 평가 받고 있다.

## 2) 대법원 판례의 태도 및 대상판결의 적용

대법원은 일관되게 인공생식 자녀의 모자관계 결정에 있어서, 유전적 연관성이나 당사자의 의도보다는 ‘모의 출산’이라는 객관적 사실이 모자관계를 결정하는 유일한 기준이라고 보고 있다. 즉, 대법원은 모성의 보호와 자녀의 복리, 법적 안정성을 이유로, 유전자의 제공자가 누구인지와 관계없이 자녀를 직접 임신하고 분만한 자를 법률상 어머니로 보아야 한다고 판시하였다.<sup>21)</sup>

대상판결도 역시 우리 민법과 종래 판례의 확고한 태도인 ‘출산설’을 재확인하였다. 유전설이나 의사설을 취할 경우 여성을 단지 출산에 봉사하는 수단으로 취급하고 형성된 모성을 억제하게 되어 우리 사회의 일반적 가치와 아동의 최선의 이익에 반한다고 본 것이다. 이는 유전적 연관성이나 당사자의 합의보다 출산이라는 객관적 사실을 중시함으로써 신분관계의 조기 안정과 여성의 출산 도구화를 방지하기 위함이다.<sup>22)</sup> 그러나 출산설은 유전적 모의 권리를 본질적으로 침해한다는 비판을 면하기 어렵다.

본 사안의 가장 큰 법리적 특징은, 원고가 타인의 난자를 이식받은 것이 아니라 자신의 난자를 제공하여 출산한 ‘유전적 모’이자 ‘출산 모’라는 점이다. 즉, 원고는 출산설뿐만 아니라 유전설에 의하더라도 피고의 완벽한 법률상·생물학적 어머니가 된다. 그러므로 대리모계약이 무효라는 사실이나 원고의 범죄행위와는 무관하게, 원고와 피고 사이의 법률상 친생자관계의 성립 자체는 부

20) 이 사건은 의뢰인 부모(Crispina Calverts)의 수정란을 대리모(Anna Johnson)에게 이식하여 출산한 ‘비유전적(포괄적) 대리모’ 사안이었다. 유전적 모와 출산 모가 일치하지 않을 경우, 누구를 법적인 모로 볼 것인가가 쟁점이었는데, 유전적 모인 의뢰인을 법률상 모로 확정하고, 대리모의 권리를 부정했다(1993. 5. 20. 선고).

21) 대법원 2020. 06. 18. 선고 2015므8351 전원합의체 판결; 대법원 2019. 7. 4. 선고 2018므10251 전원합의체 판결 등.

22) 서울가정법원 2018. 5. 18. 자 2018브15 결정.

정할 수 없다. 여기에서 깊은 고민과 딜레마가 발생한다. 법률상 명백한 원고의 어머니로서의 법적 지위를 어떠한 논리로 통제하여 아동을 보호할 것인가에 관한 문제가 대두된 것이다.

### 3. 친생자관계존재확인의 소의 소송요건 - 소권 남용의 법리와 그 적용

#### 1) 존부확인의 소의 원고적격 및 확인의 이익의 제한

민법 제865조에 의한 친생자관계존부확인의 소는 친생부인의 소(제846조)와 달리 제소기간의 제한이 없고 당사자적격의 범위가 넓게 인정된다. 원고는 피고를 직접 출산한 자로서 원고적격이 인정되며, 가족관계등록부상 친모에 대한 기재가 누락되어 있으므로 원칙적으로 권리보호의 이익(확인 이익)도 구비하였다.

그러나 최근 대법원 2020. 6. 18. 선고 2015므8351 전원합의체 판결 이후, 가사소송에서 확인의 이익은 단순한 사실적·경제적 이해관계가 아닌 ‘신분법적 이해관계’를 기준으로 판단하여야 한다는 것이 확립되었다.<sup>23)</sup> 그런데, 대상판결은 이에 진일보하여, 확인의 이익이 형식적으로 존재하더라도 그 권리의 행사가 신의성실의 원칙에 반하는 ‘소권 남용’에 해당할 경우 이를 배척할 수 있다는 혁신적인 법리를 적용하였다.

#### 2) 소권 남용의 법리에 의한 한계의 설정 - 자녀의 복리를 우선

본 사안에서 대리모인 원고는 대법원이 채택한 ‘출산설’에 따른 경우 해당 자녀의 법률상 친모이므로, 친생자관계존재확인의 소를 제기할 수 있는 당사자적격(원고적격)과 형식적인 확인의 이익을 원칙적으로 구비하였다. 그러나 대상판결의 핵심은 형식적으로 권리의 행사가 가능할지라도, 그것이 ‘자녀의 복리(child’s welfare)’에 현저히 반할 경우에는 신의칙상 ‘소권의 남용’에 해당하여 배척될 수 있다는 점을 천명한 데 있다. 대상판결이 신분관계의 객관적 진실을 규명하는 소송에 대하여 예외적으로 권리의 남용을 인정한 결정적 논거는 ‘자녀의 복리(child’s welfare)’이다.

대법원이 원고의 청구를 배척한 구체적 논거는 첫째, 소 제기의 목적이 부당하다는 것이다. 원고는 자녀(피고)에 대한 모성이나 양육의 의사가 아닌 경제적 이익을 취하려고 소를 제기한 것이다. 둘째, 소송으로 인한 양육 환경의

23) 대법원 2020. 11. 19. 선고 2020므14144 판결; 대법원 2022. 6. 30. 선고 2021므11331 판결.

파괴와 아동의 극심한 피해이다. 피고는 출생 직후부터 11년간 의뢰인 부부를 친부모로 믿고 평온하게 성장해 왔으나, 원고의 악의적 소의 제기로 감당할 수 없는 정신적 충격을 받았다. 셋째, 혈연적 진실과 실질적 복리의 이익형량의 문제이다. 대법원은 ‘혈연적 진실’이라는 이익과 ‘아동의 인권과 복리’라는 이익을 비교 형량하였다. 그 결과, 아무리 생물학적·법률적 친모라고 할지라도 자녀의 삶을 파괴하면서까지 형식적인 신분관계를 강제할 권리는 없다고 판단한 것이다.

### 3) 대상판결의 평가 - 법적 안정성과 합목적성의 조화

본 대상판결은 가족법상 신분관계를 확정하는 소송에서 권리남용의 항변을 매우 엄격하게 제한해 오던 종래 대법원의 보수적 입장에서 탈피한 것이다. 대리모계약을 둘러싼 난제를 해결함에 있어서, ‘모자관계의 성립(출산설)’이라는 법적 안정성을 훼손하지 않으면서, ‘소권의 남용’이라는 소송법적 방어기제를 통하여 합목적성(아동의 복리) 내지 구체적 타당성까지 도모한 것으로 평가된다.<sup>24)25)</sup>

이는 우리나라의 가족법이 전통적인 생물학적 혈연주의를 넘어, 실질적인 양육과 아동의 복리를 최우선 가치로 삼는다는 패러다임의 전환을 맞이하고 있음을 상징적으로 보여준다. 다시 말하면, 이익 형량의 원칙에 의해 ‘혈연적 진실’이라는 실체법적 가치가 ‘신의칙과 자녀의 복리’라는 더 큰 법익 앞에서 제한될 수 있다고 본 것이다. 비록 대리모계약은 ‘선량한 풍속과 사회질서’에 반하는 법률행위로서 무효라고 할지라도, 이미 태어난 아동의 최선의 이익을 수호하기 위하여 법원이 ‘소권 남용의 법리’를 적극 차용하여 부당한 신분 소송을 통제하겠다는 확고한 의지를 보여준 것으로서, 앞으로의 관련 판례에 중요한 시금석이 될 것이다.

24) 김나래, “대리모계약에서의 모자관계 결정에 대한 논의”, 저스티스 제205호, 한국법학원, 2024, 48~49·62면; 김민주, “대리모계약의 효력과 대리모를 통해 출생한 자녀의 모(母)의 결정기준 및 친생자관계존재확인 소가 소권 남용이 될 수 있는 예외”, 대법원판례해설 제143호, 법원도서관, 2025, 138·141~142면.

25) 신분관계 확인 소송에서 권리남용을 인정하는 것은 법적 안정성을 해칠 우려가 있어 매우 예외적이고 신중해야 한다는 비판도 존재하나, 본 사안과 같이 친권자의 지위가 금전 갈취의 도구로 악용되고 ‘신분적 폭력’을 행사하여 아동에 대한 심각한 정서적 학대가 자행된 경우에는 국가(법원)의 후견적 개입이 정당화된다는 것이다.

#### 4. 대상판결에 대한 비판적 고찰 및 반론

본 대상판결은 자녀의 복리를 최우선으로 하여 구체적 타당성을 확보하였으나, 전통적인 혈연주의와 신분법의 엄격성을 중시하는 견지에서는 다음과 같은 비판이 제기될 수 있다. 이에 대한 비판적 검토와 반론을 통해 ‘소권 남용’의 법리 적용의 정당성을 고찰하고자 한다.

##### 1) 신분등록의 진실성과 공신력 저해

가족관계등록부는 객관적 혈연 사실을 그대로 반영하여 공시해야 하며, 이는 국가 신분 행정의 정당성을 담보하는 핵심이다. 원고의 주관적 동기가 부당하다고 할지라도 법률상 명백한 친모 관계를 부정하고 허위의 신분관계를 방치하는 것은 신분등록 제도의 공신력을 훼손할 수 있다는 비판이 제기될 수 있다.

그러나, 신분등록의 정확성이라는 공익도 중요하지만, 그보다 상위의 헌법적 가치는 ‘혈존하는 아동의 인간다운 삶과 인격권’이다. 대법원 2020. 6. 18. 선고 2015므8351 전원합의체 판결 이후 법원은 신분법적 정의를 단순한 유전적 수치(DNA)와 같은 기록의 일치가 아닌 아동 복지와 같은 실질적 관계의 보호 및 법적 안정성으로 이해하고 있다.<sup>26)</sup> 따라서 신분관계의 안정을 파괴하고 자녀를 볼모로 삼는 소의 제기를 배척하는 것은 오히려 국가의 신분질서 유지 목적을 본질적으로 수호하는 길이다.

##### 2) 아동의 알 권리 침해

자신의 생물학적 기원을 알 권리는 인간의 존엄성에서 유래하는 핵심적 인격권이다. 법원이 소권의 남용을 이유로 재판 절차를 차단하는 것은, 자녀가 자신의 유전적 정체성을 확인할 수 있는 기회를 국가가 박탈하는 결과를 초래한다는 비판이 제기될 수 있다.

그러나, 자녀의 ‘알 권리’는 자녀 스스로가 주체가 되어 권리로써 행사할 때 보호받는 가치이다. 대리모가 자신의 경제적 이익이나 보복을 목적으로 자녀의 의사에 반하여 강제로 출생의 비밀을 폭로하는 것까지 ‘알 권리’라는 이름으로 보호할 수는 없다. 본 판결은 혈연주의를 부정하는 것이 아니라, 혈연주의가

26) 대법원 2021. 12. 23. 자 2018스5 전원합의체 결정; 대법원 2024. 5. 23. 선고 2020므15896 전원합의체 판결 등.

아동의 인격권을 파괴하는 도구로 악용될 때 이를 제어하는 ‘헌법적 안전장치’로서 기능하는 것이다.

### 3) 소권 남용의 법리의 예외성과 자의적 해석의 위험

신분관계 소송에서 ‘소권의 남용’을 인정하는 것은 법적 안정성을 해칠 우려가 있으므로 매우 신중해야 한다. ‘자녀의 복리’나 ‘신의칙’과 같은 불확정 개념에 의존하여 실제법상 명백한 권리를 배척하는 것은 법원의 자의적 판단을 조장하고 법적 예견 가능성을 저하시킨다는 비판이 제기될 수 있다.<sup>27)</sup>

그러나, 가사소송법이 지향하는 후견적 정의는 기계적인 실체법의 적용을 넘어선다. 본 사안과 같이 장기간에 걸친 금전의 갈취, 자녀에 대한 정서적 학대 등과 같이 권리 행사의 극단적인 일탈이 명백한 경우에는, 국가가 ‘최후의 후견인(parens patriae)’으로서 개입하는 것이 정당화된다. 이는 신분법이 생물학적 숙명론에 간하지 않고 ‘관계적 정의’를 향하여 나아가 있음을 보여주는 정교한 법 해석이다.

## IV. 대상판결의 평가와 입법적 과제 및 정책적 제언

### 1. 대상판결의 긍정적 평가

본 대상판결은 생명공학의 발달로 야기된 현대 가족법상의 난제를 현행 민법의 해석론적 한계 내에서 최대한 조화롭게 규율하고자 한 법원의 결단이 반영된 기념비적 판결이다.

#### 1) 출산설의 유지 - 법적 안정성의 수호

대법원은 유전적 연관성이나 당사자의 주관적 의사가 아닌 ‘출산’이라는 객관적·자연적 사실을 모자관계의 유일한 결정 기준으로 재확인하였다. 본 사안의 원고는 유전적 모(母)임과 동시에 출산모이므로 어느 견해에 의하더라도 피고의 모라는 사실에는 변함이 없으나, 만약 대법원이 상업적 대리모계약의 반사회성만을 이유로 모자관계의 성립을 부정하였다면, 가족법 질서의 근간이

27) 김나래, 앞의 논문, 48~49면; 이소은, “친생자관계 부존재 확인의 소의 소송요건에 관한 연구 -대법원 2020. 6. 18. 선고 2015므8351 판결을 중심으로-”, 가족법연구 제35권 제2호, 한국가족법학회, 2021, 385~386면.

훼손되고 가족관계등록의 실무상 큰 혼란이 초래되었을 것이다.

## 2) 소권 남용의 법리 적용 - 합목적성의 도모

대상판결의 혁신적 성과는 기계적인 법리의 적용이 초래할 수 있는 부당한 결과를 민법 제2조의 ‘신의성실의 원칙’ 및 ‘소권 남용’의 법리를 매개로 효과적으로 차단하였다는 점이다. 대법원은 원고의 친생자관계존재확인의 소의 제기를 ‘진실한 신분관계의 회복’이 아닌 ‘금전적 갈취 및 보복을 위한 부당한 소권 행사’로 규정하였다. 과거에 대법원은 신분관계 소송에서 권리남용의 항변을 극히 제한적으로만 수용해왔으나, 본 대상판결은 형식적 진실주의보다 ‘현재 안정적으로 형성된 양육 환경과 아동의 최선의 복리’가 우위에 있음을 천명함으로써, 가족법의 패러다임이 혈연 중심에서 아동의 복리 중심으로 전환되었음을 선언한 것이다.

## 2. 현행 해석론의 본질적 한계

합목적성 내지 구체적 타당성의 도모에도 불구하고, 실정법이 부재한 상황에서 판례의 해석론에만 의존하여 대리모 문제를 규율하는 것은 다음과 같은 본질적인 한계를 지닌다.

### 1) 법적 절차상의 문제와 법적 지위의 불안정성

대상판결의 논리에 따르더라도, 원고(대리모)의 청구가 배척된다고 해서 곧바로 의뢰인 부부(제1심 공동피고 2)와 출생 자녀 사이에 법률상 친생자관계가 자동 창설되는 것은 아니다. 현행 판례의 실무상 의뢰인 부부가 자녀를 합법적으로 양육하기 위해서는 ‘친양자 입양’ 등과 같은 우회적이고 복잡한 절차를 거쳐야만 한다(대법원 2019. 7. 4. 선고 2018므10251 전원합의체 판결). 그런데, 입양의 요건을 충족하지 못하여 법원이 입양을 불허할 경우에, 자녀의 법적 지위가 불안정한 상태에 놓이게 될 위험성이 있다.<sup>28)</sup>

### 2) 소권 남용의 법리의 예외성과 자의적 적용의 우려

가사소송에서 ‘소권 남용’의 법리는 권리 행사의 극단적인 일탈을 막기 위한

---

28) 김나래, 앞의 논문, 48면; 김민주, 앞의 논문, 138·142면; 김현진, “대리모제도를 위한 입법 제안”, 법학연구 제27권 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2024, 28·31면.

최후의 수단(ultima ratio)이다. 대리모계약을 둘러싼 친자관계의 분쟁을 ‘소권의 남용’이라는 불확정 개념에 의존하여 해결하려는 것은 법적 안정성을 심각하게 위협할 수 있다. 만약 의뢰인 부부가 장애를 가지고 태어난 자녀의 인수를 거부하고, 대리모 역시 양육을 거부하는 상황이 발생한다면, 소권 남용의 법리만으로는 자녀의 인권과 복리를 보호하기 어렵다.<sup>29)</sup>

### 3. 입법적 과제 및 정책적 제언

대상판결은 입법적 공백 상황에서 사법부가 내린 교육지책으로서 합목적성 내지 구체적 타당성을 확보하였으나, 판례의 해석론만으로는 현대의 보조생식 기술이 야기하는 복잡한 신분 분쟁을 근본적으로 해결하기 어렵다. 이러한 해석론적 딜레마를 근본적으로 해결하기 위해서는 입법적 결단이 필요하다. 현재 우리나라는 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」에서 영리 목적의 배아 거래 등을 금지하고 있을 뿐, 대리모의 출산을 규율하는 법률이 없다.

본 사안에서 드러난 상업적 대리모계약의 폐해를 근절하고, 인공생식 아동의 복리를 수호하기 위하여, (가칭) 「인공생식 및 대리출산에 관한 특별법」의 제정이 시급하며, 고려해야 할 입법·정책적 방향과 요소는 다음과 같다.

#### 1) 「인공생식 및 대리출산에 관한 특별법」 제정

우선, 대리모 제도의 상업화를 방지하기 위한 명확한 규율이 필요하다. 영국의 1985년 「대리모계약법(Surrogacy Arrangements Act 1985)」은 상업적 대리모 계약을 금지하고 있으나, 상업적 알선 단체에 규제의 초점이 맞춰져 있으며 계약 당사자인 대리모와 의뢰인 부모는 제재의 대상이 되지 않도록 하여, 윤리적 비난과 현실적 필요 사이에 균형을 맞추고 있다. 또한, 미국의 2017년 「통일친자법(Uniform Parentage Act 2017)」은 대리모가 되려는 여성은 21세 이상이어야 하고 과거에 1명 이상의 아동을 출산한 경험이 있어야 한다고 규정하고 있으며, 2021년 뉴욕주 「아동 부모 안전법(Child Parent Security Act)」도 21세 이상의 시민권자 또는 영주권자일 것과 의학적 검진 및 정신건강 상담을 받드시 받도록 하고 있다.<sup>30)</sup>

29) 김나래, 앞의 논문, 48~49면; 김민주, 앞의 논문, 138면; 김현진, 앞의 논문, 31면; 이소은, 앞의 논문, 385~386면.

30) 김현진, 앞의 논문, 11~12·14~16면; 이소은, “대리모계약의 법적 문제에 관한 연구 - 영국과 미국의 입법례를 중심으로-”, 법학논총 제30권 제4호, 단국대학교 법학연구소, 2020,

우리나라도 영리 목적의 상업적 대리모(대리출산)는 금지하되, 난임 극복의 목적으로 예외적으로 허용되는 이타적 대리모의 경우 법률을 통해 대리모 및 의뢰인 부모의 엄격한 연령, 출산 경험 등의 요건을 법제화해야 한다. 또한 대리모가 자궁 임대 수단으로 전락하는 것을 방지하기 위해 의뢰인 부모는 불임인 경우에만 대리모 계약을 허용하도록 해야 한다. 다시 말하면, 진정한 난임 부부의 고통을 덜어주기 위한 최후의 수단으로서, 금전적 대가 없이 가족이나 친인척 등에 의해 자발적으로 이루어지는 비상업적·이타적 대리모에 한하여 예외적으로 허용하는 방안을 검토해야 한다.

## 2) 가정법원의 사전 허가제 및 계약 해제권 보장

대리모 계약은 일반 계약과 달리 그 내용과 관련하여 많은 분쟁이 예상되므로 명확하고 엄격하게 규율하는 것이 필수적이다. 미국의 2017년 「통일친자법」은 대리모 계약에 따른 보조생식 시술이 이루어지기 전에 법원에 의하여 계약의 유효성을 사전에 확인받도록 의무화하고 있으며, 계약 체결 과정에서 양 당사자가 독립적인 법률대리인의 조력을 받도록 하고 있다.<sup>31)</sup> 그리고, 이스라엘의 경우는 1996년 「대리모계약법(Surrogacy Agreements Law 1996)」에 의하여, 대리모계약이 성립하기 위해서는 보건부 특별위원회(7인)의 승인을 받도록 하고 있는데, 대리모계약의 체결 과정에서 계약 당사자들이 합의를 하여야 하며, 대리모와 아동의 건강 또는 권리를 침해할 우려가 없다는 점이 확인되면 대리모계약을 승인할 수 있다.<sup>32)</sup>

우리나라도 대리모 계약의 투명성을 확보하고 신체 착취를 방지하기 위하여, ‘사전 허가제(pre-conception legal clearance)’를 도입하여 계약 체결 전에 반드시 가정법원의 사전 허가나 ‘생명윤리위원회’의 심의를 받도록 해야 하고, 이 과정에서 의뢰인 부부의 의학적 난임 상태, 대리모의 자발적 동의 여부 및 신체적·정신적 상태를 철저히 심사하여 사후 분쟁을 막아야 한다. 또한, 대리모와 의뢰인 부모 모두 대리모 계약의 체결 과정에서 독립적인 법률대리인의 조력을 받도록 해야 한다.

---

293~294·301~306면.

31) 김나래, 앞의 논문, 51~52면; 김현진, 앞의 논문, 14~16면; 이소은, 앞의 논문, 305~306면; 최성경, “대리모계약의 효력과 모자관계 결정”, *홍익법학* 제21권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2020, 350면.

32) 또한, 동법에 의하면 의뢰부부는 입양 절차를 거치지 않고 대리 출산 자녀의 부모가 될 수 있도록 하고 있다. 엄동섭, “代理母契約에 관한 外國의 立法例”, *가족법연구* 제19권 2호, 한국가족법학회, 2005, 47면.

한편, 미국의 2017년 「통일친자법」은 배아 이식 전이나 임신 전에 언제든지 서면 통지로서 계약을 해제할 수 있도록 하고 있고, 뉴욕주의 「아동 부모 안전법」도 임신 전의 계약해제권을 명시하고 있다. 대리모 계약은 여성의 신체와 결부된 고도의 인격적 성격을 지니는 계약이기 때문에, 설사 유효하게 성립한 계약이라고 할지라도 일정한 요건 하에 당사자들의 계약해제권을 명문으로 보장함으로써 신체에 대한 위법한 강제집행의 가능성을 차단해야 한다.

### 3) 모자관계 확정 및 친권 귀속의 명문화 - 친권명령 제도의 도입

가장 핵심적인 과제는 법에서 대리모 출산아의 법적 지위를 직접 규정하여 출생 직후 자녀가 법적 사각지대에 놓이는 것을 막는 것이다. 영국의 1990년 「인간 수정 및 배아에 관한 법률(Human Fertilisation and Embryology Act 1990)」은 아동을 임신하고 출산한 여성을 원칙적인 모(母)로 규정하면서도, 의뢰인 부모가 자녀 출생 후 6개월 이내에 법원에 ‘친권명령(parental order)’을 신청하여 아동의 법적 부모가 될 수 있는 제도를 마련하였다. 이 경우, 대리모의 동의는 출생 후 최소 6주가 경과한 후에 이루어져야 유효한 것으로 하여 대리모를 보호하고 있다. 다른 한편, 미국 2017년 「통일친자법」은 요건을 준수하여 체결된 출산 대리모(gestational surrogacy) 계약의 경우, 의뢰인 부모가 아동이 출생한 즉시 해당 아동의 유일한 법적 부모가 된다고 선언함으로써 의뢰인 부모의 법적 지위를 더욱 신속하게 보호한다.<sup>33)</sup>

우리나라의 입법에 있어서도 출생 후 아동의 법적 지위가 불안정해지는 것을 막고 자녀의 복리를 최우선으로 보장하기 위하여, 영국의 ‘친권명령’제도나 미국의 입법례를 차용하여 적법한 허가를 받은 이타적 대리모의 경우에는, 자녀의 출생과 동시(대리모의 출산 직후 또는 출산 전 일정 시점)에 법원의 결정에 의하여, 친권이 의뢰인 부부에게 신속하게 이전·확정되도록 하는 특별 규정을 신설하여 ‘친권명령’ 제도를 도입해야 할 것이다.

또한, 모의 결정 기준으로 출산설의 원칙을 유지하더라도, 대리모 계약에 의한 출산의 경우 의뢰인 부모가 친생자관계에 준하는 법적 지위를 신속하게 취득할 수 있도록 ‘특별 입양’ 또는 ‘간이 인지’ 절차를 마련함으로써, 자녀의 법적 지위가 불안정해지는 위험을 최소화하여 출생 직후부터 완전한 법적 보호를 받을 수 있는 제도의 틀을 마련해야 할 것이다.

33) 김현진, 앞의 논문, 11~12·14~16면; 이소은, 앞의 논문, 293~295·301~306·321면.

#### 4) 특별대리인 제도의 시행 및 소권 남용 판단의 가이드라인의 제정

가사소송에서 부모나 대리모의 사익을 배제하고, 오로지 아동의 이익만을 대변할 수 있는 독립된 전문가인 ‘특별대리인(guardian ad litem)’이 소송에 반드시 참여하도록 해야 하고, 대상판결의 사안에서 자녀의 정신적 피해가 결정적 판단 근거가 되었음을 상기할 때, 아동의 주관적 복리를 객관적으로 입증하고 소송에 현출시킬 수 있는 전문가 제도의 활성화가 요구된다.

한편, 가사소송에서 소권 남용의 법리는 예외적으로만 인정되어야 하므로, 법원의 자의적인 판단을 막기 위한 명확한 평가 지표가 마련되어야 한다. 구체적으로는, 금전 갈취 목적의 명백성, 아동에게 가해진 구체적인 정신적 피해의 정도, 양육 부모와 자녀 간의 실질적 유대 관계 등을 구체적인 가이드라인으로 제시하여 법적 예견 가능성을 높여야 한다.

## V. 결론

인류의 오랜 역사 속에서 ‘어머니’라는 존재는 잉태와 출산이라는 가시적이고 자연적인 사실을 통하여 명백하게 증명되어 왔다. 그러나 보조생식기술(ART)의 발달은 생물학적 모, 유전적 모, 그리고 양육을 의도한 사회적 모를 철저히 분리시킴으로써, “어머니는 항상 확실하다(mater semper certa est)”라는 가족법의 명제를 뿌리째 흔들고 있다.

본 연구에서 심층적으로 고찰한 대법원 2025. 4. 24. 선고 2022므15371 판결은, 생명과학의 발전과 입법의 흠결 사이에서 발생한 극단적 법익 충돌을 사법부가 어떻게 통제해야 하는가를 보여주는 기념비적인 사안이다. 특히 본 사안은 대리모가 자신의 난자를 제공한 ‘유전적 친모’이자 ‘출산모’로서 완전한 생물학적 모성을 갖추었음에도 불구하고, 미성년 자녀에게 지울 수 없는 정신적 피해를 주었다는 점에서 상업적 대리모 제도의 심각한 폐해를 여실히 보여준다.

### 1. 대상판결의 평가 - ‘혈연적 진실’에서 ‘실질적 복리’로의 패러다임의 전환

본 대상판결에 대한 가장 핵심적인 평가는, 대법원이 가족법의 최고 이념을 ‘혈연적 진실의 객관적 확인’에서 ‘아동의 실질적 복리와 평온한 삶의 수호’로

전환하는 중대한 결단을 내렸다는 점에 있다. 다시 말하면, 전통적 ‘혈연주의 (biologism)’에서 아동의 평온한 삶을 우선하는 ‘관계적 정의(relational justice)’로의 패러다임의 전환을 의미하며, 법을 기계적으로 적용하지 않고 아동을 자본의 논리로부터 구원하는 ‘최후의 후견인(parens patriae)’으로서의 역할을 수행한 것이라고 평가할 수 있다.<sup>34)</sup>

종래 대법원은 신분관계 소송에서 권리남용의 항변을 극히 예외적으로만 수용해 왔다. 신분관계는 대세적 효력을 지니므로 법적 안정성이 최우선시 되었기 때문이다. 그러나 대상판결은 원고가 유전적·생물학적 친모임이 명백하여 형식적인 소송요건(확인 이익)을 갖추었음에도 불구하고, 그 권리 행사가 오직 금전적 갈취와 보복이라는 부당한 목적에 기인하며 자녀의 양육 환경을 파괴한다는 이유로 이를 ‘소권 남용’의 법리를 적용하여 배척하였다. 생물학적 진실이 아무리 명백하더라도 그것이 자녀의 생존과 정서적 안정을 위협할 경우, 법은 그 권리 행사를 결코 조력하지 않겠다는 단호한 입장을 표명한 것이다. 이는 한국의 가족법이 유교적·혈연 중심주의에서 벗어나, 자녀를 독립된 인격체이자 권리의 주체로 존중하는 아동 중심적 패러다임으로 전환하였음을 보여준다.

## 2. 대상판결의 시사점 - 사법적 해석론의 본질적 한계

대상판결은 대리모 출산을 둘러싼 복잡한 이해관계를 조정함에 있어 합목적성 내지 구체적 타당성을 확보하려 노력하였으나, 사법적 해석론이 지니는 내재적 한계를 노출하고 있다. 이는 개별 사건의 해결을 넘어 제도적 완결성을 제고해야 하는 법치주의의 관점에서 다음과 같은 비판적 검토를 요한다.

### 1) 소권 남용의 법리의 보충성과 예측 가능성의 저해

‘소권 남용’의 법리는 실제법적 권리관계가 명확함에도 불구하고, 그 권리 행사가 정의 관념에 반할 때 예외적으로 허용되는 ‘최후의 보루(ultima ratio)’적 성격을 갖는다. 대상판결은 대리모의 청구가 지닌 반사회성과 부당성을 근거로 원심을 파기함으로써 결론의 타당성을 확보하였다. 하지만 신분법의 영역에서 ‘남용’이라는 불확정 개념을 주요 판단 잣대로 삼는 것은 법적 안정성과 예측 가능성을 저해할 우려가 크다.<sup>35)</sup> 신분 관계는 제3자 및 공공의 이익과 직결되

34) 김나래, 앞의 논문, 48~49·62면.

므로 무엇보다 명확한 규범에 의해 규율되어야 하는데, 사법부의 가치 판단에 따라 소권의 허용 여부가 달라진다면 당사자들은 자신의 신분적 지위를 확신할 수 없는 유동적 상태에 놓이게 된다.

## 2) 신분 창설적 기능의 부재와 불완전한 친자관계의 지속

가장 본질적인 한계는 소권 남용의 법리가 ‘방어적 기제’에 그친다는 점이다. 대리모의 청구를 배척한다고 하여도, 유전적 부모인 의뢰인 부부와 자녀 사이에 법률상 친생자 관계가 즉시, 자동으로 창설되는 것이 아니다. 즉, 대상판결의 논리에 의하더라도, 실무상 의뢰인 부부는 여전히 ‘친양자 입양’이라는 우회적이고 복잡한 절차를 거쳐야만 자녀를 합법적으로 양육할 수 있다.<sup>35)</sup> 이는 사법적 해석만으로는 현행법의 완고한 출산설(분만설)을 깨트리거나 새로운 신분 질서를 창조할 수 없음을 보여주는 것이다. 결국, 신분법적 공백은 ‘입법적 불비’를 의미하므로, 사법부의 해석이 아닌 입법자의 결단을 통해서만 치유될 수 있는 영역임을 시사하고 있다.

## 3. 인공생식 시대에 부합하는 입법적·정책적 제언

대리모 문제는 더 이상 법원의 판결에만 의존할 수 없는 중대한 사회적 문제이다. 대리 출산으로 태어난 생명을 보호하기 위하여 (가칭) 「인공생식 및 대리출산 특별법」을 제정하여, 다음과 같은 제도를 도입할 것을 제안한다.

### 1) 상업적 대리모의 금지와 이타적 대리모의 제한적 허용

생명이 거래의 객체로 전락하는 것을 막기 위해 상업적 대리모와 알선 행위는 인간의 존엄성에 대한 위협이므로 엄격하게 처벌해야 한다. 그러나 이를 전면 금지할 경우 음성적 거래와 생식 관광(fertility tourism)의 풍선효과가 발생하므로, 진정한 난임 극복을 목적으로 하는 ‘비상업적·이타적 대리모’에 한해서는 국가의 관리 하에 제한적으로 허용하는 방안을 마련해야 한다.

35) 김현진, 앞의 논문, 31면.

36) 대법원 2019. 10. 14. 자 2018스424 결정은 대리모 출산 자녀에 대한 구체적인 행정 절차 지침을 제시했는데, 의뢰 부부가 법적 부모가 되기 위해서는 일단 대리모 명의로 출생신고를 한 뒤, ‘친양자 입양’ 등의 절차를 거쳐야 한다고 판시하였다.

2) 사전 허가제 및 다층적 스크리닝 제도의 도입

이타적 대리모를 허용하더라도 사후 분쟁을 막기 위해서는 철저한 ‘사전 법적 통제’가 필수적이다. 시술 이전에 가정법원 또는 신설될 ‘국가생명윤리 심의 위원회’를 통하여 의뢰인 부부의 의학적 난임 상태, 대리모의 신체적·심리적 적합성 및 자발적 동의 여부를 심사하는 ‘사전 허가제(pre-conception legal clearance)’를 의무화 하여 사후 분쟁을 예방해야 한다.<sup>37)</sup> 이 과정에서 양 당사자에게 독립된 법률대리인과 심리 상담사를 배정하여 권리와 의무를 명확히 고지함으로써, 본 사안에서 나타난 사후적 금전 갈취나 협박의 여지를 원천적으로 봉쇄해야 한다.

3) 친권명령 제도의 신설

가장 시급한 정책적 대안은 아동의 법적 지위를 출생과 동시에 확정하는 것이다. 영국의 입법례를 우리나라의 실정에 맞게 차용하여, 적법한 사전 허가를 받은 대리 출산의 경우, 입양 절차를 생략하고 출생 즉시 법원의 결정으로 의뢰인 부부에게 친권이 귀속되도록 하는 ‘친권 명령(parental order)’ 제도를 신설하여, 자녀가 규범적 공백 없이 완전한 법적 보호를 받도록 해야 한다.<sup>38)</sup>

4) 출생 이력 등록제의 구축

의뢰인 부부의 법률상 부모의 지위를 확정하더라도, 자녀가 장차 자신의 유전적 기원과 출생 과정을 알 권리는 헌법상 기본권이다. 따라서 자녀의 알 권리와 유전적 정체성을 보호하기 위하여 대리출산으로 출생한 자녀가 성인이 되었을 때 자신의 유전적 모와 출산 모의 정보를 열람할 수 있도록 하는 ‘중앙 출생 이력 등록 시스템’을 정책적으로 구축해야 한다.<sup>39)</sup>

#### 4. 맺음말

본 대상판결은 “법은 부도덕한 자의 경제적 탐욕에 맹목적으로 봉사하지 않으며, 무고하게 태어난 생명의 복리가 그 어떤 혈연적 진실보다 우선한다.”라는 규범적 메시지를 던졌다. 아동의 인권과 복지의 수호를 더 이상 법원의 판결에만 의존할 수 없다. 그러므로 이제는 입법적 과제를 수행해야 한다. 대리

37) 김현진, 앞의 논문, 14~16·28면.

38) 이소은, 앞의 논문, 293~295·321면.

39) 김나래, 앞의 논문, 54·58면; 김현진, 앞의 논문, 31면; 이소은, 앞의 논문, 295·321면.

대리모가 대리출산한 자녀를 상대로 친생자관계존재확인을 구하는 경우, 모의 결정 및 소권 남용의 기준 / 신봉근 227

출산으로 태어난 모든 자녀가 범의 사각지대가 아닌 안전한 법제도의 보호망에서 성장할 수 있도록 하는 입법적 결실이 조속히 맺어지기를 기대한다.

[참고문헌]

1. 국내 문헌

- 김주수 · 김상용, 친족 · 상속법, 법문사, 2024.
- 송덕수, 친족상속법, 박영사, 2024.
- 윤진수, 친족상속법강의, 박영사, 2023.
- 이은영, 친족상속법, 박영사, 2022.
- 한삼현, 가족법, 박영사, 2025.
- 김나래, “대리모계약에서의 모자관계 결정에 대한 논의”, 저스티스 제205호, 한국법학원, 2024.
- 김민주, “대리모계약의 효력과 대리모를 통해 출생한 자녀의 모(母)의 결정기준 및 친생자관계존재확인 소가 소권 남용이 될 수 있는 예외 - 2025. 4. 24. 선고 2022므15371 판결: 공2025상, 896”, 대법원판례해설 제143호, 법원도서관, 2025, 123~145면.
- 김상찬 · 박지훈, “대리모계약의 유효성에 관한 연구”, 국제법무 제3집 제2호, 제주대학교 법과정책연구소, 2011.
- 김은애 · 유수정, “완전대리모 및 자궁대리모가 개입된 배우자간 보조생식술에서 법적 부모 결정 문제”, 한국의료윤리학회지 제21권 제3호, 한국의료윤리학회, 2018.
- 김천수, “대리모의 법적 문제”, 민사법학 제21호, 한국민사법학회, 2002.
- 김현진, “대리모를 둘러싼 프랑스의 법적 동향”, 강원법학 제54권, 강원대학교 비교법학연구소, 2018.
- \_\_\_\_\_, “대리모제도를 위한 입법 제안”, 법학연구 제27권 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2024.
- 박동진, “대리모계약의 민법적 쟁점”, 연세법학연구 제12권 제2호, 2005.
- 박영복, “대리모계약의 민사법적 성질과 효력”, 안암법학 제19호, 2004.
- 박철호, “대리모계약에 대한 유효성 논란과 법리분석”, 한양법학 제20권 제4집, 한양법학회, 2009.
- 박희호, “대리모에 관한 법적 문제”, 법학연구 제18권 제1호, 경북대학교 법학연구소, 2008.
- 배성호, “대리모에 의해 출생한 자의 법적 지위 -생명윤리법의 개정 내지 생식보조의료에 관한 새로운 민사특별법의 제정을 위한 시론-”, 인권과 정의

- 제345호, 대한변호사협회, 2005.
- 신영호, “인공생식과 친족법상의 제문제”, 비교사법 제12권 제2호, 2005.
- \_\_\_\_\_, “대리모에 있어서의 친자관계 - 특히 모의 결정기준을 중심으로 -”, 가족법연구 제19권 제1호, 한국가족법학회, 2005.
- 엄동섭, “代理母契約에 관한 外國의 立法例”, 가족법연구 제19권 2호, 한국가족법학회, 2005.
- 오호철, “대리모에 관한 소고”, 법학연구 제34집, 한국법학회, 2014.
- 윤석찬, “인공임신을 통한 대리모계약의 유효론과 제반쟁점”, 영남법학 제44호, 영남대학교 법학연구소, 2017.
- 윤혜란, “대리모계약규정을 위한 법률안의 제안”, 법학논총 제16집, 숭실대학교 법학연구소, 2006.
- 이건숙, “대리모 출산에 있어서의 모의 결정기준에 관한 연구”, 가족법연구 제19권 제2호, 2005.
- 이봉림, “대리모계약의 유효성 여부와 입법논의를 위한 제요소 연구”, 원광법학 제28권 제4호, 원광대학교 법학연구소, 2012.
- 이소은, “친생자관계 부존재 확인의 소의 소송요건에 관한 연구 -대법원 2020. 6. 18. 선고 2015므8351 판결을 중심으로-”, 가족법연구 제35권 제2호, 한국가족법학회, 2021.
- \_\_\_\_\_, “대리모계약의 법적 문제에 관한 연구 -영국과 미국의 입법례를 중심으로-”, 영남법학 제48호, 영남대학교 법학연구소, 2018.
- 이시윤, “대리모에 의한 출산과 그 법적 제문제”, 민사법학 제11·12호, 한국민사법학회, 1994.
- 이준호, “친생자관계 존부 확인의 소에서의 원고적격과 확인의 이익 -대법원 2020. 6. 18. 선고 2015므8351 전원합의체 판결을 중심으로-”, 법학논총 제46권 제3호, 숭실대학교 법학연구소, 2022.
- 이지희, “대리모에 의하여 출생한 자의 모(母)의 결정에 관한 연구”, 가족법연구 제23권 제2호, 한국가족법학회, 2009.
- 정영호, “민법 제865조에 의한 친생자관계존부확인 소의 원고적격”, 판례연구 제32집 제2호, 대법원 판례해설, 2021.
- 최봉경, 가족법연구 제19권 제2호, 한국가족법학회, 2005.
- 최성경, “대리모계약의 효력과 모자관계 결정”, 홍익법학 제21권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2020.
- 한삼인·김상현, “대리모계약의 효력에 관한 소고”, 법학연구 제27권, 제주대학교

법학연구소, 2010.

2. 외국법 자료

미국 2017년 「통일친자법(Uniform Parentage Act 2017)」

영국 1985년 「대리모계약법(Surrogacy Arrangements Act 1985)」

1990년 「인간 수정 및 배아에 관한 법률(Human Fertilisation and Embryology Act 1990)」

이스라엘 1996년 「대리모계약법(Surrogacy Agreements Law 1996)」

[Abstract]

Criteria for Determining Maternity and Abuse of the Right to Sue in Parentage Confirmation Actions by Surrogate Mothers:  
Analysis of Supreme Court Decision 2022Meu15371(April 24, 2025)

Shin Bong Geun\*

The advancement of assisted reproductive technology(ART) has led to the ‘pluralization of parenthood,’ separating genetic, gestational, and intended mothers. This study examines the landmark Supreme Court Decision 2022Mu15371 (April 24, 2025), which addressed legal motherhood and the ‘abuse of the right to sue’ in surrogacy cases.

The Court established three pivotal principles:

- Invalidity of Surrogacy Contracts: Surrogacy contracts are absolutely void under Article 103 of the Civil Act for violating public order and social morals.
- Maintenance of the Birth Rule: The ‘birth rule’(Mater semper certa est) remains the standard for determining legal motherhood, identifying the woman who delivers the child as the legal mother regardless of genetic links.
- Abuse of the Right to Sue: A lawsuit for confirmation of a biological relationship can be dismissed as an ‘abuse of the right to sue’ if it severely harms the child’s welfare. In this case, the surrogate’s claim was dismissed due to her malicious intent of financial extortion, which traumatized the child.

This ruling represents a paradigm shift from traditional ‘biologism’ to ‘relational justice’ centered on the best interests of the child. However, judicial interpretation alone cannot resolve the legal instability faced by intended parents. Therefore, the study proposes enacting a ‘Special Act on Assisted Reproduction and Surrogacy’. This legislation should include a ‘parental order’ system and a

---

\* Researcher, Institute for Northeast Asian Law, Jeonbuk National University.

'prior court authorization system' to ensure the child's legal protection from birth.

Keywords : Surrogacy, Birth Rule, Child Welfare, Abuse of Right to Sue, Action Demanding Confirmation of Denial or Existence of Paternity, Special Act on Assisted Reproduction and Surrogacy, Parental Order