

서울가정법원

제 1 부

결 정

사 건 2018브15 가족관계등록사무의 처분에 대한 불복신청
신청인, 항고인 A (*****-1*****)
서울 **구 ***로**길 *, ***호 (**동, *****)
소송대리인 변호사 ***
피신청인, 피항고인 서울특별시 C구청장
사 건 본 인 B (2017. *. **.생, 여)
제1심 결 정 서울가정법원 2018. 2. 14.자 2018호기13 결정

주 문

이 사건 항고를 기각한다.

신청취지 및 항고취지

제1심결정을 취소한다. 피신청인이 2017. 12. 26.에 한 신청인의 2017. 12. 22. 접수 사건본인에 대한 가족관계등록 신고불수리 결정을 취소한다. 피신청인은 사건본인의 모를 D로 하는 출생신고수리절차를 이행하라.

이 유

1. 기초사실

이 사건 기록에 의하면, 다음과 같은 사실이 인정된다.

가. 신청인과 D는 2006. 8. 22. 혼인신고를 마친 법률상 부부이다.

나. 신청인과 D는 자연적인 임신과 유지가 어렵게 되자, 서울***병원을 통하여 대리 모의 방법으로 출산하기로 하였다.

다. 이에 따라 위 병원에서는 2016. 7. 26. 신청인과 D의 수정란을 E에게 착상시켰다.

라. E는 2017. 3. 26. 22:48경 미국 ***** G병원에서 사건본인을 낳았고, 위 병원에서 발행한 출생증명서에는 사건본인의 엄마가 'E'로 기재되어 있다.

마. 유전자검사의 결과, 사건본인은 신청인 및 D와 친자관계가 성립한다는 결과가 나왔다.

바. 신청인은 2017. 12. 22. 서울특별시 C구청에 사건본인의 출생신고를 하면서 신고서의 모(母)란에 'D'를 기재하였다. 그러나 서울특별시 C구청의 가족관계등록공무원은 신고서에 기재한 모(母)의 성명과 출생증명서에 기재된 모(母)의 성명이 일치하지 않는다는 이유로 2017. 12. 26. 불수리처분을 하였다.

사. 신청인은 위 불수리처분에 대하여 불복신청을 하였으나, 제1심법원은 2018. 2. 14. 신청각하결정을 하였다.

2. 항고이유의 요지

신청인은, 가족관계의 등록 등에 관한 법률(약칭 : 가족관계등록법)이 정한 바에 따라 출생신고서에 출생증명서를 첨부하였고, 생명윤리 및 안전에 관한 법률(약칭 : 생명

윤리법)이 금지하는 영리 목적의 대리모계약도 아니며, 수정란을 착상하는 방법에 의한 대리모의 경우 법률상 금지된 것도 아니므로, 제1심결정은 부당하다고 주장한다.

3. 판단

가. 가족관계 등록 관련 규정 : 아래와 같다.

○ 가족관계의 등록 등에 관한 법률

제44조 (출생신고의 기재사항)

② 신고서에는 다음 사항을 기재하여야 한다.

1. 자녀의 성명·본·성별 및 등록기준지
2. 자녀의 혼인 중 또는 혼인 외의 출생자의 구별
3. 출생의 연월일시 및 장소
4. 부모의 성명·본·등록기준지 및 주민등록번호(부 또는 모가 외국인인 때에는 그 성명·출생연월일·국적 및 외국인등록번호)
5. 민법 제781조 제1항 단서에 따른 협의가 있는 경우 그 사실
6. 자녀가 복수국적자인 경우 그 사실 및 취득한 외국 국적

④ 출생신고서에는 의사나 조산사가 작성한 출생증명서를 첨부하여야 한다. 다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 서면을 첨부하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 분만에 직접 관여한 자가 모의 출산사실을 증명할 수 있는 자료 등을 첨부하여 작성한 출생사실을 증명하는 서면
2. 국내 또는 외국의 권한 있는 기관에서 발행한 출생사실을 증명하는 서면

⑤ 제4항 단서에 따라 첨부하는 서면에 관한 구체적인 사항은 대법원규칙으로 정한다.

제44조의2 (출생증명서가 없는 경우의 출생신고)

① 제44조 제4항에 따른 출생증명서 또는 서면을 첨부할 수 없는 경우에는 가정법원의

출생확인을 받고 그 확인서를 받은 날부터 1개월 이내에 출생의 신고를 하여야 한다.

- ② 가정법원은 제1항의 출생확인을 위하여 필요한 경우에는 직권으로 사실을 조사할 수 있으며, 지방자치단체의 장, 국가경찰관서의 장 등 행정기관이나 그 밖에 상당하다고 인정되는 단체 또는 개인에게 필요한 사항을 보고하게 하거나 자료의 제출을 요청할 수 있다.

제46조 (신고 의무자)

- ① 혼인 중 출생자의 출생의 신고는 부 또는 모가 하여야 한다.
- ② 혼인 외 출생자의 신고는 모가 하여야 한다.

○ 가족관계의 등록 등에 관한 규칙

제38조 (출생증명서의 기재사항)

법 제44조 제4항에 따른 출생증명서에 기재할 사항은 다음과 같다.

1. 자녀의 성명 및 성별. 다만, 작명되지 아니한 때에는 그 취지
2. 출생의 연월일 및 장소
3. 자녀가 다태아인 경우에는 그 취지, 출생의 순위 및 출생시각
4. 모의 성명 및 출생연월일
5. 작성연월일
6. 작성자의 성명, 직업 및 주소

제38조의2 (출생증명서를 대신하여 첨부할 수 있는 서면)

- ① 법 제44조 제4항 제1호에 따라 분만에 직접 참여한 자가 작성한 출생사실을 증명하는 서면에는 모의 출산사실을 증명할 수 있는 자료 등으로서 모의 진료기록 사본이나 자의 진료기록 사본 또는 예방접종증명서 등 모의 임신사실 및 자의 출생사실을 증명할 수 있는 자료를 첨부하여야 한다.

② 법 제44조 제4항 제2호의 국내 또는 외국의 권한 있는 기관에서 발행한 출생사실을 증명하는 서면은 다음 각 호와 같다.

1. 통일부장관이 발행한 북한이탈주민 신원 사실관계 확인서
2. 외국 관공서 등에서 발행한 출생신고사실을 증명하는 서면

③ 제1항 및 제2항에 관하여 필요한 사항은 대법원예규로 정한다.

○ 출생신고서에 첨부할 출생증명서등에 관한 처리지침(가족관계등록예규 제501호)

가족관계의 등록 등에 관한 법률 제44조 제4항에 따라 출생신고서에 첨부할 출생증명서등에 관하여는 아래와 같이 처리한다.

3. 의사나 조산사가 아닌 사람으로서 분만에 직접 관여한 자가 법 제44조 제4항 제1호에 따라 작성하는 출생사실을 증명하는 서면은 별지 서식(생략)에 따르고, 모의 출산사실을 증명할 수 있는 자료 등을 함께 첨부한 때에 출생신고를 수리하여야 한다.

나. 모자관계의 결정 기준

민법상 부자관계(父子關係)와 관련하여, 처가 혼인 중에 포태(胞胎)한 자는 친생자로 법률상 추정(제844조)되고, 친생부인의 소를 통하여서만 친생자관계를 깨뜨릴 수 있으며, 혼인 외의 출생자는 생부가 인지할 수 있다(제855조 제1항). 그러나 모자관계(母子關係)는 친생자로 추정하거나 그 친생자관계를 부인하는 명시적인 규정이 없고, 다만 혼인 외의 출생자에 대하여 생모가 인지할 수 있으나(제855조 제1항), 그 인지는 기아(棄兒) 등 모자관계가 불분명한 특수한 경우에 한하여 허용되고, 그 인지청구의 법적 성질도 생부에 의한 인지청구(형성소송)와는 달리 '확인소송'에 해당하며, 일반적인 혼인 외의 출생자와 생모 사이에는 생모의 인지가 없어도 '출산'으로 당연히 법률상 친족

관계가 생긴다고 해석하는 것이 일관된 판례(대법원 1967. 10. 4. 선고 67다1791 판결 등 참조)이다. 즉, 우리 민법상 부모를 결정하는 기준은 '모의 출산'이라는 자연적 사실이라고 할 것이다.

이에 대하여 인공수정 등 과학기술의 발전에 맞추어, 법률상 부모를 '출산'이라는 자연적 사실이 아니라 유전적인 공통성 또는 수정체의 제공자와 출산모의 의사를 기준으로 결정하여야 한다는 의견이 있을 수 있다. 그러나 '출산'이라는 자연적 사실은 다른 기준에 비해 그 판단이 분명하고 쉬운 점, 모자관계는 단순히 법률관계에 그치는 것이 아니라, 수정, 약 40주의 임신기간, 출산의 고통과 수유 등 오랜 시간을 거쳐 형성된 정서적인 부분이 포함되어 있고, 그러한 정서적인 유대관계 역시 '모성'으로서 법률상 보호받는 것이 타당한 점, 그런데 유전적 공통성 또는 관계인들의 의사를 기준으로 부모를 결정할 경우 이러한 모성이 보호받지 못하게 되고, 이는 결과적으로 출생자의 복리에도 반할 수 있는 점, 또한, 유전적인 공통성 또는 수정체의 제공자를 부모로 볼 경우 여성이 출산에만 봉사하게 되거나 형성된 모성을 억제하여야 하는 결과를 초래할 수 있고, 그러한 결과는 우리 사회의 가치와 정서에도 맞지 않는 점, 정자나 난자를 제공한 사람은 민법상 '입양', 특히 친양자입양을 통하여 출생자의 친생부모와 같은 지위를 가질 수 있는 점 등에 비추어 보면, 우리 민법상 부모를 결정하는 기준은 그대로 유지되어야 한다고 판단된다.

다. 제1심결정의 적법 여부

가족관계등록법에 의하면, 출생신고서에는 모의 성명, 본, 등록기준지 및 주민등록번호를 기재하여야 하고(법 제44조 제2항 제4호), 의사나 조산사가 작성한 출생증명서 또는 분만에 직접 참여한 자가 '모의 출산사실'을 증명할 수 있는 자료를 첨부하여 작성

한 서면을 첨부하여야 하며(법 제44조 제4항), 만일 출생증명서 등을 첨부할 수 없을 때에는 가정법원의 출생 확인을 받아야 한다(법 제44조의2 제1항). 또한 가족관계등록 규칙에 의하면, 출생증명서에는 출생의 연월일 및 장소, 모의 성명과 출생연월일을 기재하여야 하고(규칙 제38조 제2호, 제4호), 분만에 직접 관여한 자가 작성하는 서면에는 '모의 출산사실'을 증명할 수 있는 자료 등으로서 모 또는 자의 진료기록 사본 등 모의 임신사실 및 자의 출생사실을 증명할 수 있는 자료를 첨부하여야 한다(규칙 제38조의2). 나아가 혼인 외의 출생자에 대한 출생신고는 '모'가 하여야 한다(법 제46조 제2항).

위와 같은 출생신고에 관한 가족관계등록 법령의 문언이나 그 취지를 고려할 때에 출생신고서 및 출생증명서에 '모의 성명 및 출생연월일'을 기재하게 한 것은 우리 민법상 모자관계를 결정하는 기준인 '모의 출산사실'을 출생신고에 의하여 확인하고, 출산에 의하여 자연적으로 형성된 모자관계를 법률적으로도 일치시키기 위한 조치이므로, 출생신고서에 기재된 모의 인적사항과 출생증명서에 기재된 모의 인적사항은 동일하여야 하고, 만일 그것이 일치하지 않을 때에는 출생신고서를 수리하여서는 아니 된다.

이 사건 기록에 의하면, 사건본인의 출생신고서에 기재된 모(D)의 인적사항과 출생증명서에 기재된 모(E)의 인적사항이 일치하지 아니한 사실이 인정되므로, 서울특별시 C구청 가족관계등록공무원이 신청인의 출생신고를 수리하지 아니한 처분은 적법하고, 그에 대한 불복신청을 각하한 제1심결정에는 법령을 위반한 잘못이 없다.

라. 대리모가 법률상 허용되는지 여부

앞서 본 바와 같이 우리 민법상 모자관계의 결정 기준이 '모의 출산사실'인 점, 가족관계등록법상 출생신고를 할 때에는 출생신고서에 첨부하는 출생증명서 등에 의하여

모의 출산사실을 증명하여야 하는 점, 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것을 방지함으로써 생명윤리와 안전을 확보하고 국민의 건강과 삶의 질 향상에 이바지하고자 하는 생명윤리법의 입법목적 등을 종합하여 볼 때, 남편이 배우자 아닌 여성과의 성관계를 통하여 임신을 유발시키고 자녀를 낳게 하는 고전적인 대리모의 경우뿐만 아니라, 본건과 같이 부부의 정자와 난자로 만든 수정체를 다른 여성의 자궁에 착상시킨 후 출산케 하는 이른바 '자궁(출산)대리모'도 우리 법령의 해석상 허용되지 아니한다고 할 것이고, 이러한 대리모를 통한 출산을 내용으로 하는 계약은 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 것으로써 민법 제103조에 의하여 무효라고 할 것이다.

4. 결론

그렇다면, 제1심결정은 이와 결론을 같이하여 정당하므로, 신청인의 항고는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

2018. 5. 9.

재판장	판사	이은애
	판사	이동희
	판사	박상인