

친생자관계부존재확인

[서울가법 2016. 9. 21. 2015르1490]



【판시사항】

법률상 부부인 甲과 乙이 甲의 무정자증으로 자녀가 생기지 않자, 乙이 제3자로부터 정자를 제공받아 시험관시술로 丙을 출산하였고 혼외 관계로 丁을 출산하였으며, 甲이 丙과 丁을 甲과 乙의 자녀로 출생신고를 하였는데, 그 후 甲이 丙과 丁을 상대로 친생자관계부존재확인을 구한 사안에서, 소가 부적법하다고 한 사례

【판결요지】

법률상 부부인 甲과 乙이 甲의 무정자증으로 자녀가 생기지 않자, 乙이 제3자로부터 정자를 제공받아 시험관시술로 丙을 출산하였고 이후 혼외 관계로 丁을 출산하였으며, 甲이 丙과 丁을 甲과 乙의 자녀로 출생신고를 하였는데, 그 후 甲이 丙과 丁을 상대로 친생자관계부존재확인을 구한 사안에서, 乙이 甲의 동의를 얻어 제3자로부터 정자를 제공받아 시험관시술을 통한 인공수정의 방법으로 丙을 임신·출산하였으므로, 丙은 민법 제844조 제1항에 따라 甲의 친생자로 추정되어 丙에 대한 친생자관계부존재확인의 소는 부적법하고, 甲과 丁 사이에는 친생자관계가 존재하지 않으나, 甲은 늦어도 丁이 초등학교 5학년 무렵 교통사고를 당했을 당시에 병원 검사를 통하여 丁이 甲의 친자가 아니라는 사실을 이미 알고 있었는데도 상당히 오랜 기간 동안 丁이 친생자로 출생신고된 사실에 관하여 문제 삼지 아니한 채 丁과 동거하면서 아버지로서 丁을 감호·양육하며 양친자적 생활관계를 계속 유지하여 왔던 점 등을 종합하면, 甲이 丁의 입양을 추인하고 친모인 乙의 사실상의 대낙을 받는 등 입양의 실질적 요건이 모두 갖추어져 甲과 丁 사이에는 양친자관계가 유효하게 성립되었고, 甲과 丁 사이에 파양에 의하여 양친자관계를 해소할 필요가 있는 등의 특별한 사정이 없으므로, 丁에 대한 친생자관계부존재확인의 소는 확인의 이익이 없어 부적법하다고 한 사례.

【참조조문】

민법 제2조, 제844조 제1항, 제865조, 제883조, 제905조 제4호

【전문】

【원고, 항소인】

【피고, 피항소인】

【제1심판결】 서울가법 2015. 10. 23. 선고 2013드단71039 판결

【변론종결】 2016. 8. 26.

【주문】

】

1. 원고의 항소를 기각한다.

2. 항소비용은 원고가 부담한다.

【청구취지 및 항소취지】 제1심판결을 취소한다. 원고와 피고들 사이에는 각 친생자관계가 존재하지 아니함을 확인한다.

【이유】

】 1. 인정 사실

가. 원고는 소외인과 1985. 8. 2. 혼인신고를 마친 법률상 부부이다.

나. 원고와 소외인은 결혼 후에도 자녀가 생기지 않자 1992년경 ○○○병원에서 검진받은 결과 원고가 무정자증이라는 진단을 받았다.

이에 원고와 소외인은 제3자로부터 정자를 제공받아 시험관시술을 통해 자녀를 갖기로 하였다.

이후 소외인은 피고 1을 임신하였다.

다.

소외인은 1993. 3. 20. ○○○병원에서 피고 1을 출산하였고, 원고는 1993. 3. 29. 원고와 소외인의 자녀로 피고 1의 출생신고를 마쳤다.

라. 소외인은 혼외 관계를 통해 피고 2를 임신하여 1997. 7. 15. ○○○병원에서 피고 2를 출산하였고, 원고는 1997. 8.

6. 원고와 소외인의 자녀로 피고 2의 출생신고를 마쳤다.

마. 원고와 소외인은 부부갈등으로 인해 2013. 6. 28. 서울동부지방법원에 2013호1939로 협의이혼의사 확인신청서를 제출하였다.

원고와 소외인은 2013. 8. 20. 두 사람의 이혼이 확정된 이후의 권리관계를 정리한 협의이혼 이행각서와 친권포기각서를 각 작성하고 위 각서들을 공증받았다.

위 각서들에는 원고와 소외인의 재산분할에 관한 내용과 더불어 원고가 성년인 피고 1의 양육비를 지급할 의무가 없고, 피고 2의 친권 및 양육권을 포기하며, 피고 2의 양육비로 고등학교를 졸업할 때까지 월 50만 원씩을 지급하되 피고 2에게 증여하는 예금 총 34,265,530원으로 위 양육비 전액이 지급된 것으로 갈음하기로 하는 내용이 포함되어 있다.

바. 원고와 소외인은 혼인 이후 이 사건 소 제기 무렵까지 피고들과 함께 동거해 왔다.

피고들은 원고가 자신들의 친부가 아니라는 사실을 알지 못한 채 살아오다가 위 협의이혼의사 확인신청 무렵 원고와 소외인이 다투는 과정에서 원고가 피고들은 자신의 친자가 아니라고 말하는 것을 듣고 이를 알게 되었다.

사. 원고는 2013. 9. 26. 이 사건 소를 제기하였다.

그리고 원고와 소외인의 위 협의이혼의사 확인신청은 2013. 10. 4. 취하되었다.

한편 원고는 소외인을 상대로 2013. 10. 8. 서울가정법원에 이혼 등을 구하는 조정신청을 하였으나 조정이 성립되지 아니하여 2014. 8. 19. 소송으로 이행되었고, 소외인도 원고를 상대로 2014. 12. 17. 이혼 등을 구하는 반소를 제기하였으며[서울가정법원 2014드합307336(본소), 2015드합30077(반소)], 소송계속 중이던 2015. 10. 30. 원고와 소외인이 이혼하기로 하는 등의 내용으로 조정이 성립하였다.

아. 제1심법원의 △△△병원에 대한 혈액 및 유전자 감정축탁결과 원고와 피고 1은 유전학적으로 부녀관계에 있다고 볼 수 없고, 원고와 피고 2도 유전학적으로 부자관계에 있다고 볼 수 없다는 결과가 나왔다.

자. 제1심법원 및 이 법원은 피고 1이 ○○○병원에서 제3자의 정자 제공에 의한 시험관시술을 통해 출생하였는지를 확인하기 위하여 위 병원에 사실조회를 하였으나, 위 병원은 의료기록 보존기간 도과로 진료기록이 없다고 회신하였

다.

[인정 근거] 갑 제1 내지 5호증, 을 제1 내지 7, 9, 11 내지 13호증(이상 각 가지번호 포함)의 각 기재 및 영상, 제1심법원의 △△△병원에 대한 혈액 및 유전자 감정촉탁결과, 제1심법원 및 이 법원의 □□□□대학교○○○병원에 대한 각 사실조회결과, 변론 전체의 취지

2. 당사자의 주장

가. 원고의 주장 내용

1) 피고 1에 대하여

원고는 소외인이 제3자로부터 정자를 제공받아 시험관시술을 통해 피고 1을 임신, 출산하는 데 동의한 사실이 없고 단지 이를 묵인하였을 뿐이다.

그런데 아래의 2)항에서 주장하는 바와 같이 원고는 소외인이 혼외 관계를 가져 피고 2를 출산하였다는 사실을 나중에 서야 알게 된 이상 피고 1에 관해서도 ○○○병원에서 제3자로부터 정자를 제공받아 시험관시술을 통해 출생하였음을 인정할 수 없다.

그리고 원고는 무정자증으로 인한 생식불능이므로 피고 1에 대하여 친생추정이 미치지 않는다.

2) 피고 2에 대하여

피고 2는 소외인이 원고에게 양해나 동의를 구하지 않고 혼외 관계를 통해 임신, 출산한 소외인의 혼외자이다.

원고는 소외인이 원고와의 부부관계를 통해 피고 2를 자연임신, 출산하였다고 생각하였다.

그런데 소외인과 협의이혼 절차를 진행하던 무렵 원고가 소외인에게 피고 2의 친부에 대해 추궁하여 이에 대한 소외인의 대답을 들은 후에야 비로소 피고 2가 소외인의 혼외자임을 알게 되었다.

또한 원고는 무정자증으로 인한 생식불능이므로 피고 2에 대하여 친생추정이 미치지 않는다.

3) 입양 여부

원고는 양친자관계를 창설할 의도로 피고들에 대한 출생신고를 한 것이 아니고, 입양의 실질적 요건도 존재하지 않으므로 원고와 피고들 사이에 각 양친자관계가 형성되었다고 볼 수 없다.

설령 그렇지 않더라도, 원고와 피고들 사이에는 민법 제905조 제4호 소정의 재판상 파양 사유인 그 밖에 양친자관계를 계속하기 어려운 중대한 사유가 존재하므로 재판상 파양을 구하는 의미에서 이 사건 친생자관계부존재확인을 구한다.

나. 피고들의 주장 내용

1) 피고 1에 대하여

소외인은 원고의 동의를 얻어 ○○○병원에서 제3자로부터 정자를 제공받아 시험관시술을 통해 피고 1을 임신, 출산하였다.

그럼에도 불구하고 원고가 피고 1에 대하여 친생부인을 하는 것은 신의칙에 반한다.

2) 피고 2에 대하여

소외인은 원고의 동의를 얻어 혼외 관계를 통해 피고 2를 임신, 출산하였고, 피고 2가 출생한 때부터 원고는 피고 2가 자신의 친자가 아니라는 사실을 알고 있었다.

3) 친생추정에 따른 본안전향변

피고들은 원고의 친생자로 추정되므로 원고와 피고들 사이에 각 친생자관계부존재 확인을 구하는 이 사건 소는 부적법하여 각하되어야 한다.

4) 입양의 효력

피고들이 원고의 생물학적 친자가 아니라 하더라도 적어도 원고가 양친자관계를 창설할 의도로 친생자출생신고를 하고 입양의 실질적 요건도 모두 구비되어 있으므로 양친자관계가 형성되었다.

3. 판단

가. 피고 1에 대하여

1) 기본법리

인공수정이란 남녀 사이의 자연적 성행위에 의하지 않고 인위적인 시술에 의하여 수태하게 하는 것으로, 배우자의 정자를 사용하는 경우와 배우자가 아닌 정자 제공자인 제3자의 정자를 사용하는 경우가 있고, 제3자의 정자를 사용한 인공수정의 경우 배우자인 남편이 동의한 경우에 한하여 인공수정에 의하여 출생한 자녀는 민법 제844조 제1항에 의하여 그 부(夫)의 친생자로 추정되고 금반언의 원칙에 따라 그 부(夫)는 친생부인권도 행사할 수 없다.

2) 판단

갑 제3호증의 1, 2, 을 제1호증의 3, 을 제2호증의 1 내지 3, 을 제4, 6, 9, 11, 13호증의 각 기재 및 영상에 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉, 원고는 1992년경 무정자증이라는 진단을 받아 그 무렵 소외인이 ○○○병원에서 제3자로부터 정자를 제공받아 시험관시술을 통한 인공수정의 방법으로 임신하는 것에 대하여 동의한 점, 이후 소외인은 피고 1을 임신하여 1993. 3. 20. ○○○병원에서 출산하였고, 원고는 1993. 3. 29. 피고 1의 출생에 대하여 아무런 문제도 제기하지 아니한 채 원고와 소외인의 자녀로 피고 1의 출생신고를 마친 점, 피고 1의 출생기록에 붙어 있는 출생 직후 피고 1의 사진 중 인적 사항이 기재된 부분의 오른쪽 상단에 체외수정(In Vitro Fertilization)의 약자인 'IVF'가 쓰여 있는 점, 배우자 있는 자가 제3자의 정자를 사용하여 인공수정을 할 경우 그 선행절차로 불임검사, 인공수정과 제3자 정자 제공에 대한 동의서 작성 등과 같은 배우자의 협력 및 동의가 반드시 필요하므로 소외인이 원고 몰래 병원에서 제3자의 정자를 사용하여 인공수정을 통해 피고 1을 임신하는 것은 사실상 불가능한 것으로 보이는 점 등을 종합하여 볼 때, 소외인은 원고의 동의를 얻어 제3자로부터 정자를 제공받아 시험관시술을 통한 인공수정의 방법으로 피고 1을 임신, 출산하였음을 인정할 수 있다.

따라서 피고 1은 민법 제844조 제1항에 의하여 원고의 친생자로 추정되므로, 민법 제865조 소정의 친생자관계부존재 확인의 소에 의하여 그 친생자관계의 부존재확인을 구하는 것은 부적법하다(설령 피고 1에 대한 이 사건 소를 친생부인을 구하는 취지로 선행하더라도, 원고가 제3자의 정자를 사용한 피고 1의 인공수정에 동의하였으므로 금반언의 원칙에 따라 친생부인권을 행사할 수 없다).

나. 피고 2에 대하여

1) 기본법리

민법 제844조 제1항에 의한 친생자 추정은 부부가 동거하여 처가 부의 자를 포태할 수 있는 상태에서 자를 포태한 경우에 적용되는 것이지 부부의 한쪽이 사실상의 이혼으로 별거하고 있는 경우 등 동서의 결여로 처가 부의 자를 포태할 수 없는 것이 외관상 명백한 사정이 있는 경우에는 그 추정이 미치지 않는다고 새겨야 할 것이고(대법원 1988. 5. 10. 선고 88므85 판결 등 참조), 나아가 친생자 추정 및 친생부인 제도에 관한 입법은 부성의 정확한 감별이 실질적으로 불가능하고 처의 부정행위가 극히 드물었던 시대적 배경하에 이루어진 것인데, 과학적 친자감별기법의 발달로

친자감정을 함으로써 친생자 추정이 혈연에 반하는지 여부를 명확하게 판단할 수 있을 뿐 아니라 부부간의 정조의 무에 대한 인식이 예전보다 저하된 현재에 이르러서는 이와 같은 친생자 추정의 법리를 무조건적으로 유지하기 어려운 점, 동서의 결여로 부의 자를 포태할 수 없는 것이 외관상 명백한 사정이 있는 경우에 그 추정이 미치지 않는다고 해석하면서도, 이와 달리 보다 더 과학성 및 객관성이 담보되는 유전자검사 등에 의하여 부의 자가 아니라는 점이 명백히 밝혀진 경우까지 그 추정이 미친다고 할 합리적인 이유가 없는 점 등을 종합하면, 부부 사이의 동서의 결여뿐만 아니라 유전자형 배치의 경우에도 친생자 추정의 효력은 미치지 않는다고 봄이 타당하다.

2) 친생자관계의 부존재

위 인정 사실에 의하면, 원고와 피고 2 사이에는 친생자관계가 존재하지 아니함이 분명하다고 할 것이다.

3) 양친자관계의 성립

당사자가 입양의 의사로 친생자 출생신고를 하고 거기에 입양의 실질적 요건이 구비되어 있다면 입양의 효력이 발생하고, 이 경우의 허위의 친생자 출생신고는 법률상의 친자관계인 양친자관계를 공시하는 입양신고의 기능을 하게 되는 것이며, 또한 친생자 출생신고 당시에는 입양의 실질적 요건을 갖추지 못하였더라도 그 후에 입양의 실질적 요건을 갖추게 된 경우에는 무효인 친생자 출생신고는 소급적으로 입양신고로서의 효력을 갖게 된다고 할 것인데, 여기서 입양의 실질적 요건이 구비되어 있다고 하기 위하여는 입양의 합의가 있을 것, 15세 미만자는 법정대리인의 대낙이 있을 것, 양자는 양부모의 존속 또는 연장자가 아닐 것 등 민법 제883조 각 호 소정의 입양의 무효사유가 없어야 함은 물론 감호·양육 등 양친자로서의 신분적 생활사실이 반드시 수반되어야 한다(대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다4862 판결 등 참조).

위 인정 사실 및 갑 제4호증, 을 제5호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉, 원고는 아무리 늦어도 피고 2가 초등학교 5학년 무렵이던 2008년경 교통사고를 당했을 당시에는 병원 검사를 통하여 피고 2가 자신의 친자가 아니라는 사실을 이미 알고 있었던 것으로 보이는 점, 그럼에도 불구하고 원고는 이 사건소를 제기할 무렵까지 상당히 오랜 기간 동안 피고 2가 친생자로 출생신고된 사실에 관하여 아무런 문제를 삼지 아니한 채 피고 2와 동거하면서 아버지로서 피고 2를 감호·양육하며 양친자적 생활관계를 계속 유지하여 왔던 점, 원고와 소외인이 2013. 8. 20. 피고 2의 친권자 및 양육자로 소외인을 지정하고, 원고가 피고 2에 대한 친권 및 양육권을 포기하며 피고 2의 양육비로 고등학교를 졸업할 때까지 월 50만 원씩을 지급하되 피고 2에게 증여하는 예금 총 34,265,530원으로 위 양육비 전액이 지급된 것으로 같음하기로 하는 내용의 협의이혼 이행각서와 친권포기각서를 작성하여 공증받은 점, 피고 2는 그동안 원고가 자신의 친부가 아니라는 사실을 알지 못한 채 살아오다가 원고와 소외인 사이에 불화가 심해져 위 협의이혼의사 확인신청 무렵 이들이 다투는 과정에서 원고가 피고 2는 자신의 친자가 아니라고 말하는 것을 듣고서야 비로소 그와 같은 사실을 알게 된 점 등을 종합하여 볼 때, 적어도 위 협의이혼 의사 확인신청 이전에는 원고가 피고 2의 입양을 추인하고 친모인 소외인의 사실상의 대낙을 받는 등 입양의 실질적 요건이 모두 갖추어져 원고와 피고 2 사이에는 양친자관계가 유효하게 성립되었다고 할 것이다.

4) 파양사유의 부존재

원고는 피고 2와 사이에 민법 제905조 제4호 소정의 재판상 파양 사유가 존재한다고 주장한다.

그러나 원고는 오래전부터 피고 2가 자신의 친생자가 아니라는 점을 잘 알고 있었음에도 소외인과의 부부관계에 별다른 문제가 없는 동안에는 이를 문제 삼지 아니하다가 부부 사이에 불화가 심해지자 피고 2와의 재판상 파양을 주장하는 것으로 이를 민법 제905조 제4호 소정의 재판상 파양 사유인 '그 밖에 양친자관계를 계속하기 어려운 중대한

사유가 있는 경우'에 해당한다고 보기는 어렵고, 달리 원고와 피고 2 사이에 파양 사유가 존재함을 인정할 증거가 없으므로, 원고의 위 주장은 이유 없다.

5) 소결

따라서 위에서 본 바와 같이 원고와 피고 2 사이에 파양에 의하여 양친자관계를 해소할 필요가 있는 등의 특별한 사정이 없으므로, 원고의 피고 2에 대한 친생자관계부존재 확인을 구하는 이 사건 소는 확인의 이익이 없어 부적법하다.

4. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 소는 모두 부적법하므로 각하할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로 원고의 항소를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

판사 허부열(재판장) 김태은 박건창