

사실혼으로서 동성생활공동체

차 선 자*

목차

- | | |
|-----------------------|----------------------|
| I. 들어가며 | IV. 사실혼 개념과 동성 생활공동체 |
| II. 혼인과 가족의 법적 의미와 보호 | V. 나가며 |
| III. 사실혼의 범위와 법적 보호 | |

I 국문초록

한국사회에서 가족은 다양한 변화를 경험하고 있다. 외형적으로는 4인 중심의 핵가족이 축소되고 1인 가구가 가장 다수를 차지하게 되었다. 또한 혼인율과 출생률이 심각하게 낮아지고 있다. 이러한 외형적 변화를 배경으로 국민들의 가족에 대한 인식도 새롭게 형성되고 있다. 최근에 가족다양성에 관한 조사를 보면 혼외동거에 대해서도 매우 수용적인 입장으로 나타나고 있다. 그러나 우리 법은 가족에 대한 내적 외적 변화를 전혀 수용하지 못하고 있다. 우리 민법은 법률혼을 원칙으로 하며 사실혼에 대해서는 아무런 규정을 두지 않고 있다. 다만 학설과 판례의 이론을 통하여 사실혼으로 인정되는 관계에 대해서는 일정한 법적 보호를 인정하고 있다.

그런데 학설과 판례가 사실혼 관계를 정의하는 방식은 명확하지 않다. 법률혼이 가능한 관계를 중심으로 혼인신고가 결여되어 있는 상황을 사실혼으로 보면서도 애초에 법률 규정상 혼인이 불가능했던 동성동본 관계도 사실혼으로 보호했다. 판례는 당사자 혼인의사, 사회적 승인 그리고 혼인기능

* 전남대학교 법학전문대학원 교수

논문접수일 : 2023. 7. 24., 심사개시일 : 2023. 8. 2., 게재확정일 : 2023. 8. 18.

을 수행하는 생활공동체가 있을 때 사실혼을 인정한다. 이 때 내면의 혼인 의사가 있었는지는 사회적 승인을 거친 생활공동체의 실체가 있을 때 긍정하고 있다.

그럼에도 불구하고 법원은 동성 간의 관계에 대해서는 사회적 승인을 받고 생활공동체를 형성했음에도 동성 간의 관계에 대해서 법률혼이 불가능한 관계라는 이유로 사실혼 관계 역시 부정하고 있다. 이 연구는 법원의 이러한 입장이 사실인정과 법 해석 단계에서 정당하지 않다는 점을 검토하고 동성관계 또한 당사자에게 혼인의사가 있으며 사회적 승인을 거쳐 생활공동체를 형성한 경우 사실혼 관계에 포함된다는 것을 강조하였다.

주제어 : 가족, 법률혼, 사실혼, 동성 생활공동체, 사실인정, 법관의 양심

I. 들어가며

최근 통계청 인구동향조사에 따르면 2021년 우리나라 가임기 여성의 합계출산율은 0.81로 나타났고 이마저 2022년에는 0.78명으로 낮아졌다.¹⁾ 낮은 출생율의 원인에 대해서는 다양한 분석이 제기되고 있는데 결혼제도 외부에 있는 다양한 가족 형태에 대한 사회적

1) 합계출산율

[단위 : 명]

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
합계출산율	1.23	1.24	1.30	1.19	1.21	1.24	1.17	1.05	0.98	0.92	0.84	0.81	0.78

출처: 통계청, 「인구동향조사」

자료: 통계청, 「인구동향조사」 각 연도

2021년 합계출산율 0.81은 OECD 38개국 가운데 최저수준이었고, 우리나라만 유일하게 합계출산율이 1만인 국가로 기록되었다. 이는 다른 저출산 국가인 이탈리아(1.25), 일본(1.30)과의 격차도 큰 것으로 나타났다. 유진성, 종사자 특성에 따른 혼인을 및 출산율 비교분석, KERI Insight, 한국경제연구원, 2022. 11. 2면.

편견이 저출생의 원인 중 하나로 언급되기도 한다.²⁾ 실제 우리나라는 비혼 관계에서 자녀를 출산하는 비율이 여전히 매우 낮으며 출산의 대부분이 법률혼 관계에서 이루어지고 있다.³⁾

이러한 편견과 함께 혼인율의 하락, 가구원의 감소, 법률혼과 이들 관계에서 출생한 자녀를 중심으로 구성되는 핵가족의 축소와 같은 가족에 대한 변화는 이미 오래전부터 진행되기 시작하였다. 우리나라의 혼인율 추이를 보면, 2010년대 중반 이전에는 남성과 여성 모두 혼인을 미루는 만혼 현상이 발견되나, 2010년대 중반부터는 대부분의 연령대에서 혼인 자체를 기피하는 현상이 강해지고 있는 것으로 나타나고 있다.⁴⁾ 또한 1인가구의 비율은 2000년대에는 15.5% 정도였으나 2022년에는 34.5%로 증가하였고,⁵⁾ 부부와 양(편)친 및 자녀로 구성되는 직계가족의 비중은 2000년에는 6.8% 정도였으나 2022년에는 3.6%로 축소되었으며 부부와 미혼의 자녀로 구성되는 핵가족은 2000년에는 57.5%를 차지하였으나 2020년에는 45.9%로 감소하여⁶⁾ 가구원 수는 지속적으로 줄어들고 있다.

2) 주로 로이터와 CNN과 같은 외국 언론들은 저출산의 원인 중 하나로 혼외 출산에 대한 부정적인 인식과 차별을 지적하고 있다 ; <https://www.reuters.com/article/us-southkorea-economy-policy-familyplann-idUSKBN0TZ03I20151216> ; <https://edition.cnn.com/2023/02/22/asia/south-korea-lowest-fertility-rate-record-2022-intl-hnk/index.html> 2023. 8월 19일 최종 방문.

3) OECD 국가들의 결혼 외 출산비중 평균은 40.7%를 기록하였으며 우리나라는 2018년 기준 2.2%로 조사국 가운데 가장 낮은 수준을 기록하였다, 유진성, 종사자 특성에 따른 혼인율 및 출산율 비교분석, KERI Insight, 한국경제연구원, 2022. 11, 4면. : 그러나 매년 전체 출생에서 법적으로 혼인 외 출생이 차지하는 비율의 변화 추이를 살펴보면, 대체로 1991년 이후 지속적인 상승 추세로 1990년대는 1%수준 이내에서 꾸준히 상승하여, 2010년대에 들어 2% 수준에 도달한다, 박종서 외, “한국 가족의 변동 특성과 정책적 함의 -1997년 외환위기 이후 변화를 중심으로-”, 한국보건사회연구원, 2020, 80면.

4) 이와 관련한 상세한 통계와 연령별 비교 분석은, 이태열, 우리나라 혼인율 급락의 구조적 특징, KiRi리포트, 2020년 3월 2일, KiRi보험연구원, 8면 이하 참조.

5) <https://www.index.go.kr/unify/idx-info.do?idxCd=5065> 2023년 8월 19일 최종방문.

이러한 외형적인 변화뿐만 아니라 국민의 혼인과 가족에 대한 인식도 크게 변화하고 있다. 통계청의 ‘2022년 사회조사 결과’에 따르면 결혼을 해야 한다고 생각하는 사람의 비중은 50.0%이며 남녀가 결혼을 하지 않더라도 함께 살 수 있다고 생각하는 사람은 45.9% (2012), 46.6%(2014), 48.0%(2016), 56.4%(2018), 59.7%(2020), 65.2% (2022)로 2012년 이후 계속 증가하고 있는 것으로 나타났다. 또한 결혼하지 않고도 자녀를 가질 수 있다고 생각하는 사람도 22.4%(2012), 22.5%(2014), 24.2%(2016), 30.3%(2018), 30.7%(2020), 34.7%(2022)로, 나타나 역시 지속적으로 증가하고 있다.⁷⁾ 또한 2019년 여성가족부의 가족다양성에 대한 국민 여론조사 결과에 따르면 응답자의 66.0%가 ‘사실혼, 비혼 동거 등 법률혼 이외의 혼인에 대한 차별 폐지’가 필요하다는 입장에 66.0%가 동의하고 있으며⁸⁾, 혼인과 혈연 관계를 중심으로 정의되는 가족의 범위를 사실혼과 비혼 동거까지 확장하는 것에 대해 찬성한다는 응답은 60.1%에 이르는 것으로 나타났다.⁹⁾

6) https://www.index.go.kr/unity/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1576 2023년 8월 19일 최종방문.

7) 통계청 보도자료 2022. 11. 16. 발표 : ‘주목할 만한 것은 ‘2020년 사회조사 결과’에 의하면 당시 결혼을 하지 않더라도 함께 살 수 있다’고 대답한 비율은 59.7%에 달하였고, 이를 연령별로 분석하면 13~19세 (76.1%), 20~29세 (78.5%), 30~39세 (74.2%), 40~49세 (66.5%), 50~59세 (50.4%) 60세 이상 (37.6%), 65세 이상 35%로 나타나 60대 이상을 제외한 전 연령층에서 과반 이상이 비혼동거에 긍정적인 인식을 갖고 있는 것으로 나타났다, <https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=174305> 2023. 7. 13. 방문.

8) 여성가족부, 가족다양성에 대한 국민 여론 조사, 52면 ; 2019년 5월 16일 ~ 5월 20일에 만 19세 이상 79세 이하 성인 남녀 1,009명(유효표본기준)을 대상으로 유/무선 RDD(Random Digit Dialing) 시스템 활용(유선 : 무선 = 3 : 7)하여 가족의 의미에 대한 인식, 다양한 가족에 대한 사회적 수용도 및 개인적 수용도(본인 및 자녀결혼 상대에 대한 생각), 다양한 가족지원정책 필요도에 대해 조사한 것으로 조사지역은 17개시도이며 표본오차는 95% 신뢰수준 ±3.1%p에 이른다.

9) 여성가족부, 가족다양성에 대한 국민 여론 조사, 58면.

이러한 인식의 변화를 반영하여 2014년도에는 「생활동반자관계에 관한 법률」을 발의하기 위한 논의가 있었고 최근에 비로소 혼인하지 않고 함께 생활하고 있는 실체를 중심으로 이들에게 법적 보호를 부여하기 위한 「생활동반자법(안)」이 국회에 발의되었다. 이 법(안)에 따르면 생활동반자 관계는 신고를 전제로 법적 보호가 인정된다.¹⁰⁾

그러나 한국여성정책연구원이 21019년 전국 만 19세 이상 65세 이하의 성인 대상 설문조사를 실시한 결과에 따르면, 우리 국민은 비혼 동거에 대해 수용적이며 이들 관계에 대해 차별을 폐지하는 것에 대해서도 긍정적인 인식을 가지고 있으면서도 정작 성인 2명이 동반자 관계로 계약을 하고 이를 공공기관에 등록하면 법률혼에 준하는 지위를 보장하여 여러 가지 정책과 제도상의 불이익을 최소화하고 사회적 자원에 접근할 수 있도록 하는 「생활동반자법」 도입에 대해 동의한다는 취지의 응답은 43.3%, 동의하지 않는다는 취지의 응답은 56.7%로 나타났다.¹¹⁾ 「생활동반자법」 도입을 찬성하는 이유는 법률적 측면, 비용 절감 등의 실용성, 개인의 권리 및 사생활 보장, 시대적 변화 반영 등이 제시되었으며, 반대 이유는 제도의 악용 가능성, 법률적 문제, 동성 파트너십 반대, 전통적인 가치관에 위배, 사회적 혼란 야기 등이 제시되었다.¹²⁾

결과적으로 우리 국민은 일면 비혼 동거 또는 혼외 출산과 같은

10) [생활동반자관계에 관한 법률안] (용혜인의원 대표발의) 2023. 4. 26.(의안번호 21647)에 따르면 생활동반자관계는 당사자의 주소지 또는 등록기준지를 관할하는 가정법원 또는 가정법원지원에 당사자 쌍방이 연서한 서면으로 신고함으로써 효력이 생기는 것으로 하고 있다(안 제9조 및 제10조).

11) 박복순, “가족의 다양화에 따른 법적 대응”, 한국여성정책연구원 제26차 젠더와 입법포럼 자료집, 2019, 71면.

12) 박복순, 위의 글, 73면.

가족의 변화에 대해 개방적인 인식을 보여주고 있는 것 같지만 여전히 이러한 관계에 대한 사회적 편견은 강하게 남아있으며 특히 이들에 대한 구체적인 법적인 보호를 인정할 것인지 여부에 대해서는 여전히 부정적인 입장이 강한 것으로 보인다. 특히 생활동반자법의 제정이 동성 파트너십에 대한 인정으로 이어질 수 있다는 우려를 가지고 있는 것으로 보인다. 따라서 발의된 「생활동반자법(안)」이 국회를 통과하여 동성 간의 비혼 생활공동체 관계가 법적 보호를 받을 수 있을지 여전히 불분명하다.

나아가 「생활동반자법(안)」이 국회를 통과하더라도 신고를 하지 않는 비혼 동거 관계에 대한 법적 보호는 여전히 남는 과제이다. 현재 우리나라에서 법률혼을 하지 않은 생활공동체에 법적인 보호가 부여되는 것은 사실혼으로 인정되는 경우가 유일하다. 그러나 사실혼에 대한 개념이 통일되어 있지 않기 때문에 정확히 어떠한 유형의 비혼 생활공동체가 사실혼 관계로 법적인 보호를 받을 수 있는지 여부는 명확하지 않다. 이 연구는 이러한 현실을 전제로 일정기간 비혼 생활공동체를 구성하여 생활하고 있는 자들을 보호하기 위하여 현행 법체계에서 사실혼의 개념을 어떻게 정립할 것인지 검토하는 것을 목적으로 한다. 또한 이성간에 인정되고 있는 사실혼 관계의 개념이 동성 간에 관계에는 어떻게 적용되고 있는지 검토한다. 마지막으로 동성 간의 관계에 대해 사실혼 개념을 적용할 수 있는지 그리고 이를 위해서는 이론적으로 어떤 부분이 명확히 정립이 되어야 하는지 검토하고자 한다.

Ⅱ. 혼인과 가족의 법적 의미와 보호

1. 입법을 통한 동성 생활공동체 보호와 한계

근대 국가를 거치며 확립된 개인의 자유와 평등은 이미 세계 각국의 헌법에서 명문화 과정을 거치며 국민의 기본적 권리로 인정되고 있다. 이러한 토대에서 근대로부터 이어지는 현대 사회는 대부분 열린사회를 지향한다. 열린사회란 각 개인이 일정한 권리와 자유를 보호받으며 일정한 영역에서는 정부가 권력을 행사하여 개입할 수 없는 사회를 말한다. 이에 따라 현대 사회는 종교에 대한 권리, 특정 주제에 대하여 자신의 생각을 형성하고 이에 대해 표현할 권리, 사생활의 영역을 보호받을 권리와 같은 것을 열린사회에서 보장되어야 하는 기본적인 자유의 권리로 인정한다.¹³⁾

근대 국가에서 확립된 자유와 평등에 대한 권리는 우리 국가의 헌법에도 그대로 반영되어 헌법 제10조에서는 인간으로서의 존엄과 행복추구권을 그리고 제11조에서는 모든 국민의 법 앞에 평등과 성별에 의한 차별받지 않을 권리를 보장하고 나아가 사생활의 비밀과 자유(제17조)를 비롯한 국민의 자유권을 기본권으로 보장하고 있다. 그리고 이러한 권리는 모든 국민에게 평등하게 보장되어야 한다. 따라서 다양한 소수자 집단에게도 자유에 대한 평등한 보장은 당연히 보장되어야 한다. 그런데 소수자에 대한 인권 보장은 오랜 시간 동안 운동을 통한 투쟁의 결과로서 비로소 실정법 체계 내에 포섭되는 역사를 가지고 있다. 18세기 이후 대표적인 소수자 집단이었던 여성의 평등권이 참정권과 교육의 기회를 주장하며 시작한 여성운

13) 김영기, “자유주의와 공동체주의 -국가의 중립성을 중심으로-”, 「철학연구」 제 95집, 대한철학회, 2005, 25면.

동을 거쳐 세계 각국의 헌법에 포함될 수 있었다는 것은 이러한 예를 잘 보여준다.¹⁴⁾ 우리 헌법도 근대 이후 차별의 대표적 대상이었던 여성의 평등의 중요성을 인지하고 헌법 제11조에서 ‘성별에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.’(제11조 제1항 제2문)고 명시하고 있다. 그 이외에 근로에 있어서 여성에 대한 차별금지는 제32조 제4항에서 규정하고, 여성의 복지와 권익향상은 제34조 제3항에서 그리고 혼인과 가족생활에서의 양성평등과 모성보호에 대해서는 제36조에서 별도로 상세히 규정하고 있다.

반면에 아동과 장애인을 비롯한 기타 다양한 소수자 집단에 대한 규정은 제11조에서 명시하지 않았고,¹⁵⁾ 제34조에서 노인과 청소년의 복지향상의 의무와 (제4항), 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민에 대한 국가의 보호에 관하여 규정하고 있다 (제5항). 그러나 헌법이 제11조에서 다양한 소수자 집단의 평등을 직접적으로 열거하지 않았다는 것이 이들에게 보장되어야 할 평등권이 부인되는 것은 아니다. 즉 헌법 제11조 제1항 제2문이 성별, 종교, 사회적 신분에 의하여 차별받지 않는다는 규정방식에 대하여 이를 예시적 규정으로 이해하는 입장은 다양한 소수자 집단에 대한 차별도 이 규정을 통하여 평등권을 보장 받는 것으로 본다. 반

14) 1789년 프랑스 혁명 이후 혁명선언은 모든 인간의 평등을 선언했으나 여성의 평등은 여기에 포함되지 않았다. 그러므로 프랑스 혁명은 미완의 혁명으로 평가할 수밖에 없으며 혁명 이후 2년 후인 1791년 올랭프 드 구즈에 의한 [여성과 여성 시민의 권리선언]이 촉발되었던 것은 이러한 상황을 잘 보여준다.

15) 이와 비교하여 독일의 기본법은 독일 기본법은 1994년 개정을 통하여 기본법 제3조 제3항 제2문에 “누구도 장애를 이유로 불이익을 받지 않는다” 라고 하는 조항을 추가하였다. 다만 독일도 아동의 평등권에 대한 규정은 아직 명문의 규정이 없으며 현재 독일에서는 차후 헌법 개정에 아동의 기본적 권리와 평등권을 헌법에 포함시키기 위한 운동이 전개되고 있다. <https://www.kinderrechte.de/kinderrechte/kinderrechte-ins-grundgesetz/> ; 2023. 7. 19 방문.

면에 제11조 제1항 제2문을 열거규정으로 보는 입장은 제2문은 차별 금지사유를 몇 가지로 명시하고 있으므로 이를 열거적인 것으로 보되, 이 조문에 명시되지 아니한 차별금지사유는 모든 국민의 법 앞에 평등을 규정한 제11조 제1항 제1문에 따라 판단되어야 한다고 한다.¹⁶⁾ 제11조 제1항 제1문과 제2문의 관계를 어떻게 이해하든 소수자 집단에 대한 기본적 인권은 우리 헌법이 모든 국민의 자유와 평등을 보장하고 있다는 원칙에 따라 해석을 통하여 보장될 것이다.

또한 헌법은 제37조 제1항에서 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.”는 것을 명확히 하고 있으므로 소수자들의 자유와 권리가 명시적으로 헌법에 규정되어 있지 않다고 하여도 이를 경시할 수 없을 것이다. 그리고 현실적으로 이들 소수자에 대한 기본권 보장을 위한 구체적인 법률이 존재하지 않는 상황에서 입법자의 활동은 헌법 제37조 제1항에서 규정하는 ‘열거되지 아니한 권리’를 보장하기 위한 필수적인 과제에 해당할 것이다.

그런데 현행 헌법 제40조에는 “입법권은 국회에 속한다”라고 규정하고 있으므로, 결국 ‘열거되지 않은 권리’를 실질법적인 권리로 확정하기 위해서는 입법 활동이 필요할 것이다. 따라서 입법자의 입법 활동은 헌법을 구체화하는 작업이며, 입법자는 자기 책임으로 국가질서를 형성하는 기능을 수행하는 것이므로 국회는 헌법에 위반되지 아니하는 범위 안에서 자유로운 입법형성권을 가진다.¹⁷⁾ 다만 이 때 입법자의 입법형성권 또한 결국 국민의 기본적인 권리를 보장하기 위한 것이므로 입법자가 정의와 형평에 반하거나 자의적인 내

16) 손상식, “평등권 침해여부에 대한 심사기준”, 헌법재판연구원, 2013, 24-26면.

17) 이부하, “입법자의 입법형성권의 내용과 한계”, 『법과 정책연구』 제13집 제1호, (사)한국법정정책학회, 2013, 93면.

용으로 입법을 하여 국민의 자유와 평등의 본질적 내용을 침해할 경우 위헌성을 면하기 어려울 것이다.¹⁸⁾

이러한 관점에서 볼 때, 「생활동반자법(안)」은 생활동반자를 선택하고 등록하여 법적인 보장을 받는 것을 목적으로 하므로 동성과 이성 파트너 모두가 포함되는 방향으로 제정되어야 헌법이 추구하는 모든 국민의 자유와 평등에 대한 권리를 보장하는 방법이 될 것이다.¹⁹⁾ 만일 동성관계를 배제하고 「생활동반자법」을 제정한다면 그것은 성차별에 해당하며 평등권을 침해하는 것으로 볼 수 있을 것이다.

그러나 「생활동반자법」은 아직 입법이 최종적으로 완료된 상황이 아니며, 향후 이 법이 국회를 통과하여 시행될 경우에도 여전히 신고하지 않고 생활동반자 관계를 형성하는 경우는 있을 것이므로 이들에 대한 법적 보호는 여전히 중요하다. 이와 관련하여 우리 국가에서 혼인과 가족제도를 보장하는 헌법상의 기본적인 권리를 법률 단계에서 보장하는 가장 기본적인 법은 민법의 친족·상속편이 해당된다. 친족상속법은 법률혼의 원칙과 혼인의 성립과 효과 그리고 혼인이 해소된 경우 당사자들의 법률관계를 규정함으로써 법률혼을 통하여 구성된 생활동반자 관계를 보호하고 있다. 그러나 혼인의 의지가 있어도 이를 법률적으로 구현하지 못하여 혼인신고에 이르지 못한 관계에 대해서는 아무런 규정을 두지 않았고, 이러한 관계는 학설과 판례의 이론을 통하여 사실혼으로 인정될 때 일정한 법적 보호를 인정하고 있다. 다만 이 경우에도 혼인과 동일한 모든 법적

18) 헌법재판소 1992. 4. 28, 선고 90헌마24 결정.

19) 현재 용혜인 의원이 대표 발의한 [생활동반자관계에 관한 법률(안)]은 성년이 된 사람은 당사자 간의 합의에 따라 생활동반자관계를 형성할 수 있도록 하므로 동성과 이성 관계에 대한 구별은 없는 것으로 해석된다.

효과를 인정하는 것은 아니며 혼인신고를 전제로 하는 것은 적용될 수 없다. 그런데 사실혼에 대한 법 규정이 없으므로 어떤 관계를 사실혼에 해당하는 것으로 볼 것인지에 대해서 논란이 된다. 따라서 이하에서는 어떠한 형태의 생활공동체 관계가 사실혼으로 인정되어 법적인 보호가 부여되는지 검토한다.

2. 혼인제도 보장의 의미와 사실혼

가. 혼인제도의 보장

우리 헌법 제36조는 혼인과 가족생활이 개인의 존엄과 양성평등 원칙에 따라 이루어져야 함을 규정하고 있다(동조 제1항). 일반적으로 다수의 견해는 동 조항을 제도보장으로 인정하면서도 제도보장이 기본권과 결합하는 것이 절대적으로 배제되는 것은 아니라는 점을 근거로, 동 조항은 제도보장뿐만 아니라 기본권 보장의 성질도 함께 가진다고 본다.²⁰⁾ 따라서 이 조항은 혼인 제도를 보장하고 동시에 혼인의 자유를 기본권으로 보장한다고 볼 수 있다.

그러나 헌법 제36조 제1항은 혼인 제도를 통하여 어떠한 혼인을 보장하는지에 대해서는 정의하지 않았으므로 구체적인 의미는 해석을 통하여 확인할 수 있을 것이다. 또한 헌법이 보장하는 혼인제도는 결국 입법자의 입법형성권을 통하여 법률로 더 구체적인 내용이 확정될 것이나 이 경우에도 헌법에서 보장하는 혼인의 본질적인 구조적 특징을 침해하는 것은 인정할 수 없다고 할 것이다. 구체적으로 혼인제도의 보장은 일부다처제나 일처다부제를 금지하고,²¹⁾ 시

20) 김철수, 헌법학신론, 박영사, 2010, 962면.

21) 혼인을 1남 1녀의 정신적 육체적 결합이라는 것을 혼인의 변하지 않는 요소로 설명하는 예로서, 헌법재판소 1997. 7. 16, 선고 95헌가6 결정.

한부 혼인이나 한 쪽 배우자의 일방적인 지배를 허용하지 않는 것 등을 그 내용으로 하며, 혼인의 내용이 사회의 변화에 영향을 받더라도 이러한 근본적인 구조적 특징은 헌법상 최소한의 보장내용으로서 변하지 않아야 한다.²²⁾

다만, 혼인제도가 재생산을 위한 토대로 보는 것을 혼인의 본질적인 특징으로 포함시켜야 하는지 여부는 명확하지 않다. 이를 혼인제도의 본질적 요소로 보고 혼인이 재생산과 양육의 기초가 된다는 전제에서는 혼인을 남녀 이성 간 자유로운 합의에 기초하여 장기적인 지속성을 가지는 생활 공동체적 특성에 국가의 협력이 더해지는 것으로 해석하는 입장도 있다.²³⁾ 그러나 역사적으로도 오늘날 우리 사회를 보아도 혼인이 재생산의 본질적 토대를 구성한다는 견해는 동의할 수 없다. 미혼 한부모가 점차 증가하고 있고 생식 과학 기술의 발전에 의한 재생산의 가능성이 현존하고 있으며 혼인 당사자의 일정한 사유로 처음부터 생식가능성이 없는 경우 그러한 혼인을 무조건 무효화하는 것은 아니라는 것을 고려할 때 혼인의 본질적 요소에 재생산은 포함된다고 해석할 수 없을 것이다.

이러한 관점에서 볼 때 동성 간의 혼인도 혼인제도의 범위로 포섭될 수도 있을 것이다. 이에 대해서는 헌법 제36조 제1항이 ‘양성의 평등’이라고만 규정하고 있고, 구체적으로 남녀 간의 평등이라는 표현을 사용하고 있지 않기 때문에 이에 구속되어 동성 간의 혼인을 부인할 필요는 없다고 보는 견해도 있으며,²⁴⁾ 또한 헌법제정권자가

22) BVerfGE 10, 59 혼인과 가족은 기본법 제6조 제1항에 따라 국가의 법질서에 특별한 보호를 받으며 그 본질적인 내용은 변화하지 않는다. 혼인은 남성과 여성의 결합으로 원칙적으로 해소할 수 없는 생활공동체이며 가족은 부모와 자녀의 포괄적인 공동체이며 부모는 자녀에 대한 보살핌과 교육의 권리와 의무를 부담한다. <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv010059.html> ; 2023. 7. 19. 방문.

23) 정애령, “동성 간 생활공동체의 법적 보장을 통한 현행 헌법상 혼인제도의 보완”, 『헌법학연구』 제26권 제2호, 한국헌법학회, 2020, 156-157면.

혼인의 개념을 규정할 때 동성 간의 혼인을 염두에 두지 않았으므로 그 허용여부에 대한 어떠한 가치결단도 내리지 않은 것이므로 헌법상 보장된 혼인의 개념에 동성 간의 혼인을 포함시킬 수 있는 것으로 해석될 가능성이 있다고 보는 입장도 있다²⁵⁾

또한 혼인의 자유가 보장된다는 것은 혼인을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유를 기본권으로서 보장하는 것을 의미한다.²⁶⁾ 따라서 국가가 결정한 이념이나 목표에 따라서 제36조 제1항에서 규정하는 혼인과 가족생활을 일방적으로 형성하는 것은 헌법상 용납될 수 없고, 혼인과 가족생활을 어떻게 꾸려나갈 것인지에 대해서는 개인과 가족의 자율적 결정권이 존중되어야 한다.²⁷⁾ 또한 우리 헌법은 제10조에서 개인의 인격권과 가치 및 행복추구권을 보장하고 있으며, 이는 개인의 자기운명결정권을 그 전제로 하고 있으며, 자기운명결정권에는 성적자기결정권 특히 혼인의 자유와 혼인에 있어서 상대방을 결정할 수 있는 자유가 포함되어 있다.²⁸⁾

24) 고보혜, “헌법상 국가의 혼인과 가족보호의무와 그 실현방안에 관한 연구”, 전남대학교 박사학위논문, 2011, 67면; 윤성호, “동성혼인에 대한 헌법적 고찰”, 「국가법연구」 제9권 제1호, 한국국가법학회, 2013, 245면.

25) 이준일, “헌법상 혼인의 개념 -동성간 혼인의 헌법적 허용가능성-”, 「공법연구」 제37집 제3호, 한국공법학회, 2009. 2, 187면.

26) 헌법재판소 1990.9.10. 선고 89헌마82 결정; 헌법재판소 1997. 7. 16. 선고 95헌가6내지13 전원재판부 결정.

27) 헌법재판소 2000. 4. 27, 선고 98헌가16 결정; 헌법재판소 2005. 2. 3, 선고 2001헌가9 결정; 헌법재판소 2005. 12. 22, 선고 2003헌가5 결정.

28) 헌법재판소 190. 9. 10. 선고 89헌마82 결정. 헌법 제36조 제1항이 자유권적 성격을 가지고 있다는 것을 넘어서 적극적으로 국가에 대해 혼인과 가족생활에 대한 권리를 보장하도록 하는 사회권적 성격도 가지고 있는지 여부에 대해서 학설은 일치하지 않는다. 긍정하는 입장에서는 국가가 혼인과 가족생활을 적극적으로 보호하고 장려해야 할 국가적 과제를 갖는다는 점에서 사회적 기본권 성격이 있다는 입장, 계획적, 헌법학(중), 박영사 2004, 820쪽; 헌법조문 체계상 혼인의 보장이 사회권 규정에 위치하고 있다는 점을 근거로 사회권성을 부정하기는 어렵다는 입장, 성낙인, 헌법학, 법문사, 2016, 1408쪽; 국가는 혼인관계가 성립·유

이처럼 제도보장의 대상으로서 헌법이 보호하는 혼인공동체는 입법권자의 입법형성권의 행사에 의해 구체적인 내용이 결정되지만,²⁹⁾ 이 경우에도 입법권자의 제도형성권은 무제한적인 것은 아니며, 제도의 내용을 구성하는 기본권에 의하여 입법형성의 자유가 제한될 수 있다. 따라서 제36조 제1항이 자유권적 기본권으로 국가에 의한 간섭을 받지 않고 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등의 바탕위에서 혼인과 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유,³⁰⁾ 즉 평등한 당사자가 혼인을 할 자유, 혼인한다면 누구와 혼인관계를 형성할 것인가의 여부를 결정할 수 있는 성적자기결정권³¹⁾ 뿐만 아니라 이렇게 형성된 혼인관계를 계속 유지할 것인가의 여부도 결정할 수 있는 자유와 같은 것은 혼인 제도를 보장한다는 이유로 침해될 수 없는 것으로 보아야 한다.³²⁾

또한 입법형성권자가 법률을 통하여 특정한 형태의 혼인만을 법률상 유효한 것으로 인정하고 있어도 그 내용이 헌법이 보장하는 혼인제도의 내용을 침해한다면 그 정당성을 인정받을 수 없을 것이다. 예컨대, 과거 우리 민법은 동성동본간의 혼인을 인정하지 않았으나 헌법재판소는³³⁾ “동성동본금혼규정은 개인의 존엄과 양성의 평등을

지될 수 있도록 기본적 여건을 마련할 의무를 지고, 혼인과 가족생활의 보장은 건전한 국가공동체의 구성을 위해 국가의 지원을 요청하는 사회권적 측면을 인정하는 입장, 장영수, 헌법학, 홍문사, 2017, 848쪽 이하. 등이 있다; 반면에 혼인을 맺을 권리 내지는 자유를 본질적인 구성 부분이므로 자유권으로 보는 입장으로, 홍성방, 헌법학 (중), 홍문사, 2010, 374쪽 이하 등이 있다.

29) 정극원, “제도보장의 성립과 현대적 전개”, 「헌법학연구」 제4집 제3호, 한국헌법학회, 1998, 254면.

30) 헌법재판소 1997. 7. 16. 선고 95헌가6내지13 전원재판부 결정.

31) 헌법재판소 1990. 9. 10. 선고 89헌마82 결정; 헌법재판소 1997. 7. 16. 선고 95헌가6내지13 전원재판부 결정.

32) 최갑선, “헌법 제36조 제1항에 의한 혼인과 가족생활의 보장”, 「헌법논총」 제14집, 헌법재판소, 2003, 502면.

33) 헌법재판소 1997. 7. 16. 선고 95헌가6내지13 전원재판부 결정

기초로 한 혼인과 가족생활의 성립 유지라는 헌법규정에 정면으로 배치된다”고 판시하여 현재는 8촌 이내의 혈족에 포함되지 않는 한 유효한 혼인이 가능하게 되었다. 결과적으로 헌법이 추구하는 혼인 제도의 내용에 따라서 민법에서의 유효한 혼인의 조건에도 변화가 발생하게 되는 것이다.

이와 같이 혼인의 본질에 재생산의 가능성을 본질적인 요소로 포함할 수 없다는 점, 법률에서 인정하는 혼인의 내용이 헌법이 보장하는 제도로서 혼인의 내용과 자유권으로 혼인에 관련된 기본권의 범위를 침해하는 정도에 이르러서는 아니 된다는 점을 고려할 때 동성 간의 혼인이 현행 헌법의 제도보장의 범위에 포함되는 것을 배제할 수 있는 명확한 근거는 여전히 부족하다고 본다.

나. 혼인제도와 사실혼

위에서 검토한 것과 같이 우리 헌법이 보장하는 혼인제도의 구체적인 내용은 민법상의 혼인과 관련한 규정을 통하여 구체화되어 실현된다. 그리고 우리 민법은 법률혼주의를 취하여 성인인 당사자 간에 혼인의 합의와 (제815조 제1호) 혼인신고(제812조 제1항) 유효한 혼인의 성립 조건으로 한다. 그리고 유효하게 성립된 혼인에 대하여 상호 동거, 부양, 협조의무와 (제826조), 부부재산제에 관한 규정의 적용 (제830조 이하), 상호간에 일상 가사 대리권을 (제827조 제1항)과 같은 혼인의 효과를 귀속시킨다.

법률혼주의 원칙에 따라 혼인신고가 혼인의 성립의 요건에 해당하므로 혼인신고 없이 동거·부양·협조와 같은 혼인의 기능을 수행하는 생활공동체를 구성해도 그 구성원들에게 혼인법에 준하는 법적 보호가 부여되는 것은 아니다. 다만 예외적으로 우리 민법은 학설과 판례를 통하여 사실혼 개념을 인정하여 혼인신고를 하지 않은

관계에 대해서도 사실혼에 해당한다고 판단될 경우 혼인법에 준하는 법적 효과를 부여하고 있다.

그런데 개인이 혼인신고 없이 생활공동체를 구성하여 혼인의 기능적 효과인 동거, 부양, 협조를 하면서 생활하는 원인은 성별과 관계없이 다양할 수 있다. 따라서 이러한 관계를 모두 사실혼으로 보고 혼인법에 준하는 법적인 보호를 인정할 것인지 여부는 여전히 명확하지 않으며 이는 학설과 판례를 통하여 형성된 사실혼의 개념을 어떻게 정의할 것인지에 따라 결정될 것이다. 그런데 구체적으로 사실혼의 개념을 어떻게 정의할지에 대해서는 논란이 있다. 따라서 이하에서는 사실혼의 개념을 검토하고 동성 간의 생활공동체 관계가 사실혼의 개념에 포함될 수 있을지 검토하기로 한다.

Ⅲ. 사실혼의 범위와 법적 보호

1. 민법상 사실혼의 개념과 보호범위

가. 사실혼 개념의 발생

전통적으로 우리나라에서 혼인은 오랫동안 六禮를 거행하고 마을 공동체로부터 혼인관계로 인정을 받을 후 공동생활을 시작하면 부부로 인정받았다. 그러나 이러한 혼인의 형식은 일제강점기에 이르러 변화하게 되었다. 일제는 조선을 강점한 후 1912년 [조선민사령]을 공포하여 조선에서 일본의 민법을 의용하기 시작했다. 당시 도입된 [조선민사령]은 원칙적으로 친족과 상속에 관한 규정은 조선에 적용하지 않고, 이에 관한 조선의 관습이 있을 경우 그에 따르도록 하였기 때문에 (1912년 [조선민사령] 제11조), 초기에는 우리나라

의 전통적인 혼례 형태가 유지되었다. 그러나 1922년 12월 7일 [조선민사령]은 조선총독부제령 제13호로 개정되었는데 이에 따르면 혼인은 신고함으로써 그 효력이 발생하는 것으로 하였다 (1922년 개정 [조선민사령] 제11조 제2항). 개정된 [조선민사령]은 1923년 7월 1일부터 시행되었는데 이 과정에서 기존의 전통적인 혼례 방식대로 혼인하고 혼인신고를 하지 않은 사실상의 부부관계가 발생하게 되었다.³⁴⁾

이러한 이유로 혼인신고를 하지 않았으나 전통적인 방식대로 혼례를 치루고 부부공동생활을 하고 있는 자들에게 일정부분 법률혼에 준하여 법적인 보호를 부여할 필요성이 발생하였다. 그러나 민법은 사실혼에 대해 명문으로 규정하고 있지 않기 때문에 사실혼 당사자들에 대한 법적 보호는 학설과 판례를 통하여 확립되었다. 학설과³⁵⁾ 판례는 사실혼을 당사자 사이에 혼인의 의사가 있고 이들 관계에 대한 사회적 승인이 있으며 혼인공동생활의 실체도 있으나 혼인신고만을 하지 않고 있는 관계로 정의하여,³⁶⁾ 이러한 관계에 대해서는 혼인의 효력과 같이 동거 부양 협조의 의무를 인정하였고³⁷⁾ 또한 혼인의 재산적 효과도 부여하였다.³⁸⁾

나. '혼인의사의 합치'의 의미와 사실혼

이처럼 사실혼으로 인정받기 위해서는 '혼인의사'가 있어야 하는

34) 김은경, “근대가족과 민주주의의 타자들 : 한일 민법 판례를 통해 본 사실혼과 중혼적 사실혼 처의 법적 지위와 시민권(1945~1979)”, 『역사연구』 제44권, 역사연구소, 2022, 253면.

35) 송덕수, 친족상속법, 박영사, 2015, 116면.

36) 대법원 1987. 2. 10, 선고 86므70 판결 ; 대법원 2001. 1. 30, 선고 2000도4942 판결 ; 대법원, 2006.3.24, 선고, 2005두15595 판결.

37) 대법원 1998. 8. 21. 선고 297므544·551 판결.

38) 대법원1980. 12. 22. 선고 93다52068·52075 판결.

데³⁹⁾ 그 의미에 대해서 학계에서는 실질적 의사설과 형식적 의사설이 대립하고 있다. 실질적 의사설은 ‘혼인의사’의 합치를 부부로서 정신적·육체적 결합하여 생활공동체를 형성하여 혼인생활을 하고자하는 의사의 합치로 보며 여기에 혼인신고의사는 포함되지 않는다고 본다.⁴⁰⁾ 반면에 형식적 의사설은 혼인의사는 신고의사만을 말하고 실질적 의사는 혼인의 유효성에 영향을 주지 않는다는 입장이다.⁴¹⁾

판례는⁴²⁾ 혼인의사의 본질에 대하여 “혼인신고가 있어도, 피청구인으로 하여금 국민 학교의 교사직으로부터 면직당하지 않게 할 수단으로 호적부상 부부가 되는 것을 가장하기 위하여 이루어졌을 뿐 당사자 사이에 혼인의 합의 즉 정신적, 육체적 결합을 생기게 할 의사로서 신고된 것이 아니면 청구인과 피청구인 사이에는 혼인의사의 합치가 없어 혼인은 무효”라고 하여 당사자 사이에 혼인의사의 합치의 본질적인 부분은 상대방을 정신적 육체적으로 배우자로 받아들이는 의사이지 혼인신고 자체를 목적으로 하는 것이 아니라고 하였다.

그러나 당사자사이에 혼인의사의 합치가 법률혼을 하려는 의사까지 포함해야 하는지에 대해서 판례는⁴³⁾ “혼인의 합의란 법률혼주의

39) 이에 대해서 상세히는 김영신, “혼인의사의 의미에 관한 고찰”, 『외법논집』 제36권 제4호, 한국외국어 대학교 법학연구소, 2012, 333면 이하 참조.

40) 김주수/김상용, 친족상속법, 법문사, 2013, 83면 ; 박동섭, 친족상속법, 박영사, 2013, 84면 ; 한봉희·백승흠, 가족법, 삼영사, 2013, 87면 ; 박희호, “혼인의 성립요건에 대한 소고”, 『가족법연구』 제25권 1호, 한국가족법학회, 2011, 8-9면.

41) 정광현, 한국가족법연구, 서울대학교 출판부, 1967, 753면 ; 배경숙·최금숙, 친족상속법강의, 제일법규, 2006, 55면.

42) 대법원 1980. 1. 29, 79므62 판결 ; 같은 입장으로 대법원 1996. 6. 28, 선고 94므1089 판결 ; 대법원 1996. 11. 22, 선고 96도2049 판결.

43) 대법원 1983. 9. 27, 선고83므22판결.

를 채택하고 있는 우리나라 법제 하에서는 법률상 유효한 혼인을 성립케 하는 합의를 말하는 것이므로, 양성간의 정신적, 육체적 관계를 맺는 의사가 있다는 것만으로 혼인의 합치가 있다고 할 수 없다.” 고 하여 혼인의사를 혼인신고를 거쳐 법률상으로도 부부가 되려는 의사까지 포함한다고 보았다. 따라서 판례는 혼인의사의 합치의 의미를 실질적으로 상대방을 정신적·육체적 배우자로 받아들이고 형식적인 면에서 혼인신고도 하고자 하는 의사의 합치까지 포함하는 것으로 보고 있다.⁴⁴⁾

혼인의사의 합치의 의미를 이와 같이 볼 때, 사실혼의 성립을 위한 혼인의사의 합치란 상대방을 자신의 배우자로 받아들이고자 하는 실질적 혼인의사와 법률상으로도 부부가 되려는 의사를 포함한 것으로 해석되어야 한다. 혼인의사의 합치에 대한 학설과 판례의 입장을 전제로 사실혼에 대한 개념을 정리하면 사실혼은 혼인신고를 하려는 의사를 포함하여 당사자 사이에 상대방을 실질적 배우자로 받아들여려는 혼인의사에 대해 합치가 있고, 이러한 관계에 대한 사회적 승인이 있었으며, 나아가 혼인공동생활의 실체가 있는 관계에서 일정한 사유로 실제 혼인신고가 결여된 관계를 의미하는 것으로 볼 수 있다. 이러한 입장에서 혼인의사가 없는 동거관계 또는 사회적 승인이 없이 간헐적 정교관계는 사실혼으로 보지 않는다.⁴⁵⁾ 또한 법률상 혼인한 부부가 별거하고 있는 상태에서 다른 한쪽이 제3자와 혼의의사로 실질적인 부부생활을 하더라도 사실혼으로 인정되지 않는다.⁴⁶⁾ 결과적으로 혼인의사의 의미를 중심으로 사실혼을 정의

44) 윤진수, 친족상속법, 39면.

45) 대법원 1984. 8. 21, 선고 84므45 판결 ; 대법원 1986. 3. 11, 선고 85므89 판결 ; 대법원 2001. 1. 30, 선고 2000도4942 판결.

46) 송덕수, 앞의 책, 116면.

하면 법률혼과 동일한 모든 요건이 갖추어졌으나 혼인신고만 아직 못하였거나 혼인신고 의사가 있으나 잠시 보류중인 정도의 관계만을 사실혼으로 볼 수 있을 것이다.

그러나 이처럼 사실혼의 성립요건으로 혼인의사의 유무를 가지고 판단하게 되면 당사자간의 내면적 혼인의사의 유무에 대한 판단이 쉽지 않으며, 또한 제3자가 이를 객관적으로 판단하기는 어려운 문제가 있다. 따라서 판례는⁴⁷⁾ 실제로는 객관적인 동거 사실이 있으면 대체로 혼인의 의사도 있었다고 보아 사실혼의 성립을 인정한다. 판례가 주로 고려하고 있는 것은 동거 사실의 유무 또는 그 장단, 부모 등 다른 사람에게 알려 결혼식과 같은 사회적 승인 단계를 거쳤는지 여부이다.⁴⁸⁾ 또한 혼인신고 없이 생활공동체를 구성하고 있는 유형은 점차 다양한 형태로 나타나고 있는 상황에서 혼인의 의사를 가지고 사실혼을 판단할 경우 혼인의사 없이 생활공동체를 형성하고 생활하는 자발적인 동거 생활공동체를 비롯하여 다양한 혼외 생활공동체의 법적 보호를 축소하는 결과를 가져오게 될 것이다.⁴⁹⁾ 나아가 국가가 개인의 다양성과 선택을 보장하고 이들이 선택한 다양한 유형의 생활공동체에 부합하는 법적 보호를 주고 있는 방향으로 바뀌고 있는 여러 나라들의 흐름에 비추어 볼 때,⁵⁰⁾ 국가가 혼인생활과

47) 대법원 1987. 2. 10, 선고86므70 판결.

48) 윤진수, 친중상속법강의, 박영사, 2022, 155면.

49) 이러한 입장으로 윤진수, 위의 책, 154면.

50) 유럽에서는 대체로 1990년대 중 후반 부터 동성 간의 생활공동체를 특별법을 통해 법적인 보호를 해왔다. 예컨대 독일은 2001년 [등록된 생활동반자법(eingetragene Lebensgemeinschaftsgesetz)]을 제정하였고, 이 법에 따르면 동성간에 생활공동체를 구성하고 등록한 경우에 혼인법에 준하는 법적인 보호를 제공하였다. 그러나 제 18대 연방의회에서 동성 간 혼인을 가능하도록 하는 법률을 통과시키면서 더 이상 특별법을 통한 보호가 아니라 혼인으로 인정하게 되었다. 이에 따라서 독일 [민법] 제1353조 제1항 제1문은 “혼인은 일생 동안 성립한다.”에서 “혼인은 이성 또는 동성의 두 사람 간에 일생 동안 성립한다.”로 개정하게 되었다. 프랑스도

관련한 개인의 다양한 선택을 적절하게 보호하지 못하고 있다고 볼 수 있다.

이러한 이유로 학계에서는 다양한 형태의 사실혼을 분류하고 있다. 예를 들어 ① 당사자가 법률혼 의사는 있으나 사실상 이유 혹은 우연적 사정으로 법률혼에 이르지 못한 사실적 우연적 사실혼, ② 중혼과 같이 법률적 장애로 인한 법률적 필연적 사실혼, 그리고 ③ 의도적으로 사실혼을 선택한 의도적 선택적 사실혼으로 분류하기도 하며,⁵¹⁾ ④ 무지, 경제적 빈곤, 인습에 따른 전통적 사실혼 외에 현대적 사실혼을 ⑤ 혼인장애 사유에 기인한 비자발적 유형과 일시적 유형 및 ⑥ 자발적 유형으로 나누기도 한다.⁵²⁾

위와 같은 분류의 방식은 다양하지만 법률혼의 의사가 없는 관계까지 포괄하여 생활공동체의 실체가 존재하는지 여부를 가지고 ‘사실혼’이라는 용어를 사용하는 것으로 볼 수 있다.

다. 동성동본 금혼시기 사실혼 관계

학계에서 혼인의사를 중심으로 사실혼을 정의하지 않고 생활공동체의 실체를 중심으로 사실혼을 인정하려는 노력에도 불구하고 학설과 판례를 통하여 인정되는 사실혼의 개념은 여전히 법률혼이 가능한 관계를 중심으로 혼인의사의 합치를 주요 요건으로 본다. 그런

1999년 이성 또는 동성을 모두 포함하여 성년의 자연인 사이의 [공동생활 약정에 관한 법률 (Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité)] 을 제정하여 등록된 동성간에 법적 보호를 부여했다. 그러나 2013년 [동성혼 인법]의 제정하여 프랑스 역시 동성간의 관계를 혼인으로 인정하게 되었다. 이에 따라 프랑스 민법은 제143조에서 “혼인은 이성 또는 동성 2인에 의하여 체결된다.”고 규정하고 있다.

51) 박인환, “사실혼 보호법리의 변천과 과제”, 「가족법연구」 제23권 제1호, 한국가족법학회, 2009, 154-157면.

52) 지원림, “사실혼에 관한 약간의 비판적 고찰”, 「가족법연구」 제22권 제3호, 한국가족법학회, 2008, 11, 461면.

데 과거 동성동본 금혼 시기에 동성동본 관계와 같이 혼인의사의 합치가 있으며, 사회적 승인을 받고 공동생활을 하고 있으나 일정한 법률적 장애로 혼인신고를 할 수 없는 경우, 이러한 관계는 혼인신고를 할 수 있는 가능성이 없기 때문에 사실혼에 포함되지 않고 단순 동거관계로 보아야 하는지 아니면 이들 관계는 법률혼을 하려는 의사 자체는 인정할 수 있고 다만 실질적으로 법률 규정에 따른 제약으로 혼인신고가 불가능한 것이므로 학설과 판례를 통하여 형성된 민법상의 사실혼으로 인정할 수 있는지 문제가 될 수 있다. 이하에서는 동성동본 금혼시기 사실혼의 개념이 어떻게 정립되었는지 검토하기로 한다.

(1) 동성동본 관계와 민법상 금혼의 범위

동성동본 관계가 우리 민법에 금혼의 범위로 포함되게 된 계기는 역시 일본의 민법을 의용하게 되면서 부터이다. 일제는 1912년 [조선민사령]에서 친족상속에 관한 사항은 조선의 관습에 의하여 처리하도록 하면서 (제11조), 조선의 관습에 대한 대대적인 조사에 착수하여 <관습조사보고서>를 간행하였다. 여기서 당시 조선후기의 법전이었던 <속대전>과 1905년 간행된 <형법대전>의 규정을 들어 동성동본금혼을 ‘조선의 관습’이라고 하였다.

이처럼 일제 강점기 동안 동성동본 금혼제도는 조선의 관습법으로 인정되었으나 민법제정 과정에서 이를 폐지하는 입장과 존치하는 입장이 대립하였고 결국 존치하는 방향으로 결정되면서 비로소 실정법적 규정이 되었다. 동성동본 금혼제도를 존치하는 입장의 법안은 대법원장이었던 김병로가 주도하였는데 당시 안은 “동성동본인 혈족사이에는 혼인하지 못한다.”는 규정과 함께 “선조의 계통이 분명하지 아니한 경우에는 이를 따르지 않는다.”는 단서 조항이 있

었다. 그러나 정작 민법이 국회를 통과할 때는 이 단서조항이 삭제되어 동성동본 금혼제도의 예외를 전혀 인정할 수 없는 더 광범위한 금혼법이 되었다.⁵³⁾

(2) 동성동본 관계와 사실혼

이처럼 동성동본 관계가 금혼의 범위에 포함되면서 민법 시행이후 동성동본 관계는 혼인과 가족생활에 있어서 심각한 제약을 받았다. 법률상 혼인을 하고 싶어도 실정법 규정상 혼인신고를 할 수 없었다. 그 결과 동성동본 관계에 있는 자들은 생활공동체를 구성하여 혼인의 기능을 수행하고 있어도 처음부터 법률혼이 불가능한 관계이므로 사실혼에 관한 학설과 판례의 입장에 따르면 이들을 사실혼으로 인정할 수 있을지 명확하지 않았다. 이를 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 학설과 판례는 유효한 사실혼의 요소를 당사자 사이에 혼인신고의 의사까지 포함된 혼인의 의사합치를 첫 번째 요건으로 한다. 이처럼 혼인의사를 법률혼을 성립시키려는 의사까지 포함되는 것으로 해석하면 동성동본 관계에서 혼인의사의 합치가 있었다고 볼 수 있는가? 당시 동성동본 관계는 법률혼을 할 수 없었던 관계라는 것이 명백하므로 이들 관계가 처음부터 법률혼을 성립시킬 의사는 없고 단지 생활공동체를 형성하려는 의사만 있었던 것으로 본다면 혼인의사의 합치가 있었다고 볼 수 없으므로 사실혼 개념에 부합하지 않는다.

그러나 당시 동성동본 관계는 당사자들의 법률혼 성립 의사는 있

53) 소현숙, “만들어진 전통으로서의 同姓同本禁婚制와 식민정치”, 『대동문화연구』 제96권, 성균관대학교 대동문화연구원, 2016, 52면 ; 소현숙, “부계혈통주의와 ‘건전한’ 국민 사이의 균열: 1950~70년대 동성동본금혼제를 둘러싼 법과 현실”, 『법과사회』 제51권, 법과사회이론학회, 2016, 206-207면.

었으나 법률상 제약으로 혼인신고를 할 수 없었다고 보아야 할 것이다. 정부가 [혼인에 관한 특례법]을 한시법으로 제정하여 이들의 혼인신고를 가능하도록 한 것은 동성동본 관계 당사자들에게 법률혼을 성립시킬 의사가 있다고 보았기 때문일 것이다.

둘째, 사실혼은 그 객관적 지표로서 ‘부부공동생활이라고 인정할 만한 혼인생활의 실체’가 있어야 한다.⁵⁴⁾ 이 기준에 따르면 당시 동성동본으로 가정을 꾸리고 생활한 자들은 ‘부부공동생활로 인정되는 혼인생활 실체’가 있었다고 볼 수 있는가? 여기서 ‘부부공동생활’이란 정신적 육체적으로 상대방을 자신의 배우자로 받아들이고 함께 생활하는 것을 의미하는 것으로 이해할 수 있으며 ‘혼인생활의 실체’란 혼인의 기능으로서 동거·부양·협조의 역할을 수행하고 살아가는 것을 의미한다고 해석될 것이다. 즉 ‘부부공동생활이라고 인정할 만한 혼인생활의 실체’란 혼인신고가 가능한 자들 사이에 혼인신고 없이 생활 공동체를 구성하여 생활한다는 의미로 해석되는 것이 아니고, 실질적으로 혼인의 기능을 수행하며 상대방을 배우자로 받아들이고 생활하는 공동체로서 실체가 있다는 것을 의미한다고 보아야 한다. 이러한 해석에 의하여 동성동본 간에 생활공동체 역시 ‘부부공동생활로 인정되는 혼인생활이 실체’가 있다고 인정되는 것이다.

셋째, 판례는 간헐적인 동거관계와 사실혼을 구별하는데⁵⁵⁾ 이때의 기준은 이들 관계에 대한 사회적 승인여부이다. 사실혼은 사회적 승인이 있는 경우에 인정되므로 동성동본간의 생활공동체의 경우도 사실혼으로 인정되려면 사회적 승인 여부가 필요한데, 이때의 사회적 승인이 반드시 가족구성원들의 승인이 본질적인 것인지 혼례식

54) 대법원 2001. 1. 30. 선고 2000도4942 판결.

55) 대법원 1986. 3. 11 선고 85므89 판결.

과 같은 의식이 있어야 하는지 문제가 될 수 있다. 판례는 혼례식이 있었던 경우 이는 명백한 사회적 승인이 있는 것으로 볼 수 있고 따라서 비록 혼인 공동생활의 실체가 부족한 경우에도 사실혼으로 인정하고 있다.⁵⁶⁾ 그런데 가족구성원의 승인여부가 사실혼의 본질적인 성립 요건인지는 명확하지 않다. 판례는 가족 내지 친족의 승인을 포괄적으로 언급하고 있지만 반드시 필수는 아닌 것으로 보인다. 가족 이외에도 대외적인 생활공동체의 실체에 의하여 사회적 승인이 추론될 수도 있다.⁵⁷⁾

또한 동성동본금혼 시기에 「혼인에 관한 특례법」을 한시법으로 제정하여⁵⁸⁾ 동성동본간의 사실혼 관계에 대해 혼인신고가 가능하도

56) 대법원은 혼인식을 하고 신혼여행을 다녀온 경우 공동생활의 실체가 없어도 통상의 경우라면 부부공동생활로 이어지는 것이 보통이므로 단계에서의 남녀 간의 결합의 정도는 약혼 단계와는 확연히 구별되는 것으로서 사실혼에 이른 남녀 간의 결합과 크게 다를 바가 없다고 하였다. 대법원 1998. 12. 8 선고 98므961 판결.

57) 대법원 1987. 2. 10, 선고 86므70 판결에 따르면 군의관인 피청구인이 청구인의 집에서 하숙을 하게 되면서 교제하던 중 결혼을 약속하여 같은 동리에 방 1칸을 얻어 사실상의 부부로서 동거생활을 시작한 후 피청구인이 같은 해 전근된 뒤에도 그 부대근처로 동거생활을 계속하였으며, 청구인이 입원하여 수술을 받고 40여일간 치료를 받는 동안에도 병실에서 기거하며 간병하고 입원치료비용도 청구인이 부담 지급하였고, 청구인이 아들을 낳은 후에는 약 2개월간 피청구인의 본가에 들어가서 살기까지 한 사실을 인정하며 이는 사실혼관계가 성립되어 있었다고 인정하였다. 여기서 가족의 승인 이외에 사회적 승인의 요소로 볼 수 있는 것은 전근된 후 부대 근처에서 동거생활을 하며 생활공동체 실체가 있었다는 점과 입원 중 병실에 기거하며 간병하고 입원치료 비용을 부담한 사실 등을 들 수 있다. 반면에 대법원 1979. 5. 8 선고 79므3 판결에 의하면 “우연히 알게 되어 교제하다가 1972.4.10.경 정교관계를 맺은 이래 수차 정교관계가 있어 일차 임신한 태아를 낙태시키고, 그 후 위 김△식을 출산한 사실은 인정되나 청구인과 피청구인이 동거생활을 하거나 혹은 약혼식, 결혼식 등을 거행하였다거나 객관적으로 부부공동생활을 영위하였다고 인정할 아무런 자료가 없으니 ... 사실혼관계에 있었다고 인정되지 아니한다고 판단하였다.

58) 정부는 동성동본 부부를 위한 일시적 방편으로 1978년, 1986년, 1996년 세 차례에 걸쳐 [혼인에 관한 특례법]을 한시법으로 제정 동성동본 관계에 혼인신고를

록 구제하였는데 이때 이 법의 적용을 받는 자가 혼인의 신고를 할 때에는 대법원 규칙⁵⁹⁾ 정하는 바에 의하여 필요한 서류를 첨부하여야 했다. 구체적으로 요구되는 서류로 ① 법 시행당시 출생자가 있는 때에는 이를 증명하는 서류, ② 법 시행 당시 동거사실을 증명하는 주민등록등본 ③ 성년자 2인이 연서한 별지 제1호 서식의 확인서이다. 이 중 ③의 요건은 동성동본간의 사실혼 관계임을 확인하는 확인자의 인적사항에 관한 것과 당사자와의 관계를 기재하도록 하고 있는데, 여기서 당사자와의 관계는 夫의 조부와 친지 또는 처의 조부와 친지 등으로 기재하도록 하였다. 따라서 반드시 가족이나 친족 구성원이 아닌 친지에 의해서도 사실혼 관계 존부에 대한 사회적 승인은 확인할 수 있었다. 이러한 요건들이 충족됨에 따라 동성동본 관계는 법률상 혼인의 제약이 명백한 관계에 대해서도 사실혼 관계를 인정한 것이다.

결과적으로 사실혼의 개념에 대해 학설과 판례가 요구하는 ‘혼인 의사의 합치’란 법률혼을 성립시킬 의사를 포함하여 상대방을 자신의 정신적·육체적 배우자로 받아들인다는 의사의 합치를 의미하지만, 이때 ‘법률혼을 성립시킬 의사가 의미하는 것이 법률적 제약 없어 ‘법률혼이 가능하다’는 것에 한정되는 것은 아니며, 현실적으로 법률혼이 불가능하더라도 당사자들이 ‘법률혼을 하고자 하는 의지가 있다’는 것을 의미하는 것으로 이해할 수 있다.

따라서 혼인과 동일한 모든 요건이 충족되었으나 우연적인 상황으로 혼인신고가 미비된 경우만 사실혼으로 인정하는 것이 아니라

할 수 있도록 구제대책을 마련하였다.

59) 국가기록원 ‘혼인에 관한 특례법 시행규칙’ (대법원 규칙 제980호)

<http://theme.archives.go.kr/viewer/common/archWebViewer.do?singleData=Y&archiveEventId=0049320508>.

혼인의 의지로 공동체를 구성하고 생활하고 있으나 민법상 금혼 범위에 포함되어 혼인신고를 할 수 없었던 경우까지도 사실혼으로 인정하였다고 볼 수 있다. 그러나 법률혼을 하고자 하는 의지가 있으나 법규상의 제약으로 할 수 없다는 의미가 법률관계의 정리를 통하여 법률혼이 가능함에도 불구하고 이를 이행하지 않으면서 막연히 법률혼을 희망한다는 경우까지 포함되는 것은 아니라고 할 것이다. 따라서 중혼적 사실혼 관계에 있는 당사자들이 법률혼을 희망한다고 해도 제도적으로 전혼관계를 해소할 수 있는 방안이 마련되어 있는 상황에서 전혼의 해소를 이행하지 않으면서 중혼적 사실혼 배우자와 법률혼을 희망한다는 주장만으로 법률혼을 성립시킬 의지가 있다는 것으로 해석할 수 없을 것이며 이들 관계는 보호되는 사실혼 관계로 인정할 수 없을 것이다.

2. 사회보장법에서 사실혼 개념과 보호범위

가. 사회보장 수급자의 지위와 가족관계

위에서 살펴본 것과 같이 우리 민법은 사실혼에 관한 규정을 두지 않고 학설과 판례를 통하여 이에 대해 혼인에 준하는 법적인 보호를 부여한다. 반면에 사실혼 관계에 대한 실정법상의 규정은 각종 사회보장 제도에서 확인할 수 있으며 사회보장에 대한 법적인 보호를 받고 있다. 즉 헌법은 제34조에서 모든 국민에게 인간다운 생활을 할 권리를 인정하며 국가가 사회보장과 사회복지 증진을 위하여 노력해야 한다고 규정하고 있다. 이에 따라 국가는 사회보장제도를 통해 국민의 인간다운 생활을 보장할 의무가 있다. 그리고 이는 [사회보장기본법]을 통하여 구체화되어 적용된다. 사회보장 중 사회보험의 경우 이에 가입한 자가 사회적 위험이 발생한 경우 급여청구권을 갖

지만 이에 비해 사회보상법, 공공부조법 및 사회복지 관련법에서는 가입자의 개념이 존재하지 않고 급여의 요건이 충족되면 개인은 급여 청구권자로서 채권자의 지위를 갖는다.⁶⁰⁾ 따라서 사회보장제도의 기본 단위는 급여요건을 충족한 개인이다.

그러나 [사회보장법]은 제6조에서 국가와 지방자치단체는 가정이 건전하게 유지되고 그 기능이 향상되도록 노력하여야 하며, 사회보장제도를 시행할 때에 가정과 지역공동체의 자발적인 복지활동을 촉진하여야 한다고 규정하고 있다. 이처럼 사회보장제도가 가정의 자발적 복지활동의 촉진을 사회보장제도 시행의 전제적인 요건으로 규정하고 있으므로 실제 사회보장제도의 수급자격을 결정할 때 가족관계에서의 지위는 매우 중요한 조건으로 검토되고 있다. 대표적인 공공부조 제도인 [국민기초생활보장법]이 수급자격의 결정에서 가족관계에서 인정되는 ‘부양의무자’가 있는지 이들의 소득수준이 어느 정도인지를 고려하고 있는 것은 (동법 제8조의 2) 이러한 예를 잘 보여준다.

사실혼 관계는 사회보장제도에서 인정되는 가족관계의 유형으로 법적인 보호를 받는다. 구체적으로 [국민연금법], [공무원연금법], 및 [산업재해보상보험법]은 사실혼 배우자를 배우자에 준하여 법적인 보호를 주는 것으로 규정하고 있으며,⁶¹⁾ [국민건강보험법]은 건강보

60) 전광석·박지순·김복기, 사회보장법, 신조사, 2022, 21면.

61) [국민연금법] 제3조 ② 이 법을 적용할 때 배우자, 남편 또는 아내에는 사실상의 혼인관계에 있는 자를 포함한다.

[공무원연금법] 제3조 2. “유족”이란 공무원이거나 공무원이었던 사람이 사망할 당시 그가 부양하고 있던 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사람을 말한다.
가. 배우자(재직 당시 혼인관계에 있던 사람으로 한정하며, 사실상 혼인관계에 있던 사람을 포함한다).

[산업재해보상보험법] 제5조 3. “유족”이란 사망한 사람의 배우자(사실상 혼인관계에 있는 사람을 포함한다. 이하 같다)·자녀·부모·손자녀·조부모 또는 형제자매를 말한다.

험 피부양자 자격에 “직장가입자의 배우자”만을 규정하여 (제5조 제2항 제1호) 사실상 배우자 관계에 있는 자는 법문에서 피부양자로 포함하고 있지 않지만 내부준칙(“자격관리 업무지침”)을 통해 직장가입자의 ‘배우자’에 ‘사실혼 배우자’가 포함되는 것으로 취급하고 있다. 따라서 혼인의 의사가 있는 당사자들이 혼인기능을 수행하는 생활공동체를 형성하여 생활하고 있을 경우 사실혼 배우자로 사회보장제도에 따른 법적인 보호를 받게 된다.

나. 사회보장제도에서 사실혼의 개념

위에서 검토한 바와 같이 사실혼이란 법률혼의 의사가 있어도 법적인 제약으로 할 수 없는 관계에 있는 당사자들이 사회적 승인을 거쳐 생활공동체를 형성한 경우까지도 포함된다. 그리고 이러한 사실혼 개념은 사회보장 관계에서도 확인할 수 있다. 즉 대법원은⁶²⁾ 1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정된 민법이 시행되던 당시 규정상 혼인무효관계에 있었던 국립 대학교 교수인 형부와 사실혼관계에 있던 처제가 2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정된 민법 시행 후 형부가 사망하자 유족연금을 신청한 데 대하여, 공무원연금공단이 1990년 개정된 민법의 규정상 형부와 처제 사이의 혼인은 무효이고 혼인무효에 해당하는 사실혼관계는 구 공무원연금법(2009. 12. 31. 법률 제9905호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항 제2호 (가)목의 사실상 혼인관계로 인정할 수 없다는 이유로 위 신청을 거부하는 처분을 한 사안에서, 형부와 처제 사이의 혼인에 관한 구관습법의 태도, 민법의 개정 경과 및 그 내용, 위 형부와 처제 사이의 사실혼관계의 형성경위, 그 사실혼관계가 가족과 친인척을 포함한 주변 사회에서 받아들여진 점, 약 15년간의 공동생활로 부부생활의 안정성과 신뢰

62) 대법원 2010. 11. 25. 선고 2010두14091 판결.

성이 형성되었다고 보이는 점 등을 종합하면, 비록 형부가 공무원으로 재직할 당시 시행되던 1990년 개정된 민법상 형부와 처제 사이의 혼인이 무효이었다고 하더라도 위 사실혼관계는 그 반윤리성·반공익성이 혼인법질서에 본질적으로 반할 정도라고 할 수 없고, 2005년 개정된 민법 부칙 제4조에 비추어 공무원연금공단은 2005년 개정된 민법이 시행된 이후에는 위 사실혼관계가 무효사유 있는 사실혼관계에 해당한다는 주장을 할 수도 없으므로, 위 사실혼관계는 구 공무원연금법 제3조 제1항 제2호 (가)목의 ‘사실혼관계’에 해당하고 위 신청인은 공무원연금법에 의한 유족연금의 수급권자인 배우자라고 본 원심판단을 수긍하였다.⁶³⁾

IV. 사실혼 개념과 동성 생활공동체

이처럼 우리 민법이 학설과 판례를 통하여 인정하고 있는 사실혼

63) 뿐만 아니라 대법원은 부부운전자한정운전 특별약관부 자동차 보험계약에서 중혼적 사실혼 관계에 있는 자에 대하여 사실혼은 당사자 사이에 주관적으로 혼인의 의사가 있고, 객관적으로도 사회관념상 가족질서적인 면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있으면 일단 성립하는 것이고, 비록 우리 법제가 일부일처주의를 채택하여 중혼을 금지하는 규정을 두고 있다 하더라도 이를 위반한 때를 혼인 무효의 사유로 규정하지 않고 단지 혼인 취소의 사유로만 규정하고 있는 까닭에(민법 제816조) 중혼에 해당하는 혼인이라도 취소되기 전까지는 유효하게 존속하는 것이고, 이는 중혼적 사실혼이라 하여 달리 볼 것이 아니라고 전제하여 비록 중혼적 사실혼관계일지라도 법률혼인 전 혼인이 사실상 이혼상태에 있다는 등의 특별한 사정이 있다면 법률혼에 준하는 보호를 할 필요가 있을 수 있다는 점을 인정하였다. 그리고 이러한 상황을 전제로 법률상 배우자와의 혼인이 아직 해소되지 않은 상태에서 甲과 혼인의 의사로 실질적인 혼인생활을 하고 있는 乙을, 甲이 가입한 부부운전자한정운전 특별약관부 자동차 보험계약상의 ‘사실혼관계에 있는 배우자’에 해당한다고 인정하였다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다64161 판결).

의 개념적 요소는 당사자가 법률혼을 하고자 하는 의사를 포함하여 상대방을 배우자로서 받아들이고 사회적 승인을 거쳐 혼인공동체의 기능을 수행하는 것으로 볼 수 있다. 그리고 여기서 법률혼을 하고자 하는 의사는 실정법상의 제약으로 법률혼이 불가능해도 인정할 수 있다. 사실혼에 대한 이러한 개념은 동성동본간의 관계와 근친혼으로 혼인이 불가능했던 형부와 처제의 관계를 사실혼으로 인정할 것에서 확인할 수 있다. 그런데 이러한 사실혼 개념을 가지고 동성간의 비혼 생활공동체에 적용할 때, 이들 관계 또한 ‘사실혼’으로 인정될 수 있을지 검토한다.

1. 판결에서 동성 생활공동체의 의미

인천지방법원은⁶⁴⁾ 2004년 동성(同性) 간의 사실혼을 주장 재산분할을 청구한 사건에 대해 판결하였다. 여기서 법원은 헌법이 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다. (제36조 제1항)”고 규정하고 있으므로, 모든 국민은 스스로 혼인여부를 결정할 수 있고 혼인을 할 경우 그 시기와 상대방을 자유로이 선택할 수 있는 것이며, 국가는 이를 보장해야 하는 것이라고⁶⁵⁾ 하였다.

그럼에도 불구하고 판결은 사실혼이 성립하기 위한 주관적으로 당사자 사이에 혼인의 의사가 있고, 객관적으로 사회 관념상 가족질서적인 면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있어야 한다고 전제하고, 이를 근거로 동성(同性) 간에 생활공동체에 대해 사실혼을 인정하지 않았다. 판결은 그 근거로 동성 간에 사실

64) 인천지방법원 2004. 7. 23 선고 2003드합292 판결.

65) 헌법재판소 1997. 7. 16. 선고 95헌가6 내지 13 전원재판부 결정 참조.

혼에 유사한 동거관계를 유지하여 왔다고 하더라도 ① 이들 관계에 부부로서의 공동생활을 영위할 의사였다고 보기는 어렵고, ② 또한 이러한 동거관계는 객관적으로 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있었다고 보기도 어려우며 ③ 사회 관념상 가족질서적인 면에서도 용인될 수 없다는 이유로 사실혼으로 인정하여 법률혼에 준하는 보호를 할 수는 없다고 하였다. 그러나 어떤 근거로 이러한 판단을 하고 있는지는 명확하지 않다.

또한 2016년 서울서부지방법원은⁶⁶⁾ 결정에서 동성 간에 서로 부양하고 협조하여 살아갈 것을 약속한 결합의사를 ‘혼인의사’가 아닌 ‘이 사건 합의’로 표현하고, 위 합의를 한 당해 동성의 신청인들이 양가 가족 및 친지를 초대하여 대외적으로 위 결합의사를 선언한 것을 ‘결혼식’으로 칭하지 아니하고 ‘당해 신청인들 사이에 이 사건 합의가 성립되었음을 확인한 후 이를 대외적으로 선언하는 의식’으로 지칭하여 동성 간에 혼인의 성립을 인정하지 않았다.

최근에는 생활공동체를 형성한 동성커플이 애초에 건강보험 피부양자 자격을 인정받았다가 동성이라는 이유로 등록이 취소된 사건에서 원고는 당사자 사이에 주관적으로 혼인의 의사가 있고 객관적으로도 부부공동생활을 인정할만한 혼인 생활의 실체가 있기 때문에 사실혼 배우자에 해당하여 피부양자 자격이 인정된다고 주장하였으나, 서울고등법원은⁶⁷⁾ 혼인과 사실혼에 관한 대법원의 판례⁶⁸⁾

66) 서울서부지방법원 2016. 5. 25.자 2014호파1942결정.

67) 서울고등법원법, 2023. 2. 21, 선고 202누32797

68) 대법원은 혼인은 남녀의 애정을 바탕으로 하여 일생의 공동생활을 목적으로 하는 도덕적·풍속적으로 정당시 되는 결합이라고 보았고(대법원 1999. 2. 12. 선고 97므612 판결 ; 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014므4734, 4741 판결 등 참조), 헌법 제36조제1항은 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가가 이를 보장한다고 선언하고 있는 바, 혼인이란 남녀 간의 육체적·정신적 결합으로 성립하는 것으로서 우리 민법은 이성간의 혼인만

에 근거하여 사실혼의 성립을 인정하지 않았다. 그러나 서울 고등법원은 “동성결합은 동거·부양·협조·정조의무에 대한 상호간 의사의 합치 및 사실혼과 동일한 정도로 밀접한 정서적·경제적 생활공동체 관계를 전제로 하는 것이므로 사실혼과 동성결합에 의하여 발생하는 권리의무의 내용은 본질적으로 이를 다르다고 할 수 없고…(중략) 국민건강보험법상 피부양자 제도의 운영은 경제적 능력이 없어 직장가입자에게 생계를 의지하는 사람에게도 건강보험을 적용하기 위해 도입된 제도라는 점 및 시대상황의 변화에 따라 사회보장 차원에서 보호의 대상이 되어야 할 생활공동체 개념이 기존의 가족 개념과 달라지고 있다는 점을 고려할 때…(중략) 사실혼 배우자 집단과 동성결합 상대방 집단은, 자신들의 성적인 지향에 따라 선택한 생활공동체의 상대방인 직장가입자가 그들과 이성인지, 동성인지만 달리할 뿐 본질적으로 동일한 집단으로 평가할 수 있다”고 하여 성적 지향을 이유로 한 차별임을 인정하였다.

2. 사실인정과 사실혼으로서 동성 생활 공동체

가. 동성 간에 법률혼의 의사를 포함한 혼인의사의 합치

앞서 검토한 바와 같이 사실혼의 성립에서 ‘당사자 간의 혼인의사의 합치’란 상대방을 정신적 육체적으로 결합하여 생활공동체를 형성할 의사를 의미하는 것으로 보며 내면의 주관적인 혼인의사의 유무를 판단할 때, 판례가 고려하는 것은 동거 사실의 유무 또는 그 장단, 부모 등 다른 사람에게 알렸는지, 결혼식을 했는지 등을 중심으로 추론하고 있다.⁶⁹⁾ 이러한 점을 볼 때, 동성 간에 법률혼을 성립시

을 허용하고 동성간의 혼인은 허용하지 않고 있다고 판시한 바 있다(대법원 2011. 9. 2. 선고 자2009스117 전원합의체 결정).

키려는 의사를 포함하여 상대방을 배우자로 받아들이고 사회적 승인을 거쳐 생활공동체를 구성하여 혼인 공동체의 기능을 수행할 경우 이들 관계를 사실혼에 해당하지 않는다고 판단할 수 있는 근거는 명확하지 않다.

인천지방법원은 생활공동체를 형성하고 살아온 동성커플의 관계에 대해 ‘부부로서의 공동생활을 영위한 의사였다고 볼 수 없다’는 전제에서 사실혼 관계를 부인하고 있다. 이것은 이들 관계가 법률상 혼인 관계를 성립시킬 수 없는 관계로 당사자 사이에 혼인의사의 합치가 인정될 수 없다는 전제에서 부부로서 공동생활을 영위할 의사가 없다고 판단한 것으로 보인다. 그러나 이미 검토한 것처럼 학설과 판례를 통하여 형성된 사실혼 개념에서 법률혼을 성립시킬 의사의 의미는 법률상 제약으로 법률혼이 현재 가능하지 않더라도 당사자들이 법률혼을 하고자 하는 의지가 있다면 법률혼을 성립시킬 의사가 있는 것으로 인정하고 있다.

또한 서부지방법원 판결에서는 동성 간에 서로 부양하고 협조하면 살아갈 것을 약속한 결합의사를 ‘혼인의사’가 아닌 ‘이 사건 합의’로 칭하면서 이들 관계에 혼인의사를 인정하지 않으면서 혼인 신고서를 불수리를 정당한 것으로 결론짓고 있다. 그러나 이들 관계는 법률혼을 할 의사가 명확히 있었기 때문에 혼인 신고서를 제출한 것이며 단지 명확하지 않은 법적 근거로 혼인 신고서가 불수리된 것이다. 따라서 이들이 법률혼을 성립시킬 의사를 포함하여 당사자 사이에 혼인의 의사합치가 없다고 볼 수 없다.

인천지방법원과 서부지방법원 모두 동성 간에 관계에 대해 혼인 의사를 부인할 때 이들 관계가 법률상 혼인할 수 없는 관계라는 전

69) 윤진수, 앞의 책, 155면.

제에 있는 것으로 보인다. 그러나 사실혼 관계에서 혼인의사의 합치는 반드시 법률혼이 가능한 관계에서만 인정되는 것은 아닐 뿐만 아니라, 동성 간에 법률혼이 인정되지 않는다고 본 근거 역시 정확하다고 볼 수 없다. 즉 서부지방법원은 민법에서는 혼인한 당사자를 지칭할 때 부부(夫婦), 혹은 부(夫) 또는 처(妻), 남편과 아내라는 용어를(민법 제826조, 제827조, 제847조, 제848조, 제850조, 제851조 등), 자녀에 대응하는 개념으로 부모(父母)라는 용어를 사용하고 있으므로(민법 제772조, 제781조 등), 우리 헌법이나 민법이 명시적으로 혼인이 남자와 여자의 결합이라고 규정하지는 않았지만, 혼인과 가족생활에 있어서 남녀의 구별과 남녀의 결합을 전제로 한 양성(兩性), 부부(夫婦), 부(夫) 또는 처(妻)남편과 아내부모(父母)라는 성구별적 용어를 사용한다는 이유로 이 사건의 합의를 혼인의 합의로 볼 수 없다고 판시하였다.

그러나 제826조 (부부간의 의무)와 제827조 (부부간의 가사대리권)은 혼인의 성립요건에 관한 규정이 아니라 이미 성립한 혼인이 어떠한 효과를 가져 오는 것인지에 대해서 민법 제4절 ‘혼인의 효력’ 제1관에서 ‘일반적 효력’으로 규정한 것이다. 반면에 혼인의 성립은 제3장 혼인 편 제2절 혼인의 성립 편에서 규정하고 있다. 그리고 혼인성립의 일반적인 요건은 제812조에서 혼인은 가족관계등록부에 신고함으로써 그 효력이 생기며 (동조 제1항), 신고는 당사자 쌍방과 성년자인 증인 2인의 연서한 서면으로 하여야 한다고만 규정하므로 (동조 제2항), 이 때 당사자가 ‘남녀’일 것을 명시한 것도 아니다. 그럼에도 불구하고 서부지방법원과 같이 혼인의 효과에서 ‘부부’라고 하는 이성커플에 대한 규정을 사용하였다는 것이 동성 간의 혼인의 성립의 유효성을 다투는데 근거로 사용된다면 혼인 성립의 결과로서 혼인의 효과가 원인된 혼인의 성립행위의 유효성을 증명하는 구

조가 된다. 그러나 혼인성립의 유효성과 유효하게 성립된 혼인의 효력은 별도의 논리적 지평을 가지는 것으로 후자를 전자의 근거로 사용할 수 없을 것이다.

나. 부부공동생활의 실체와 사회적 승인

그리고 사실혼 성립의 객관적인 요건으로 대외적 관계에서 ‘부부공동생활이라고 인정할 만한 혼인생활의 실체’를 필요로 하는데 이것은 이들 관계가 혼인의 기능인 동거·부양·협조하며 생활해왔다는 것을 의미한다. 관련하여 2004년 인천지방법원 사건의 당사자들은 1980. 5. 2.부터 2001. 3. 19.까지 20여 년간 공동의 노력으로 재산을 형성·유지하며 함께 생활하였다. 이렇게 볼 때 이들 관계는 20여 년간 동거하며 상호 부양과 협조하고 재산 형성을 함께하면서 혼인의 기능을 수행한 생활공동체였다고 볼 수 있다. 그러나 판결은 ‘부부공동 생활을 인정할만한 혼인생활의 실체’가 구체적으로 어떤 것을 의미하는지에 대한 설시 없이 당해 사건의 동성 간의 생활공동체에 대해 객관적으로 혼인생활의 실체가 있었다고 보기도 어렵다는 입장을 취하였다.

또한 서부지방법원 또한 동성의 신청인들이 양가 가족 및 친지를 초대하여 대외적으로 위 결합의사를 선언한 것을 ‘결혼식’으로 칭하지 아니하고 ‘당해 신청인들 사이에 이 사건 합의가 성립되었음을 확인한 후 이를 대외적으로 선언하는 의식’으로 지칭하였다. 이는 동성 간의 관계에 대한 사회적 승인을 부인하는 것이다. 이미 동성동본 금혼 시기에 [혼인특례법]에 따른 대법원 규칙에 의하면 동성동본 커플이 사실혼으로 인정받기 위한 요건으로 가족 또는 친지 2인이 연서한 서류로 사회적 승인 여부를 확인하고 있었던 것을 고려하면 서부지방법원이 신청인인 동성커플이 양가 가족과 친지를 초

대하여 자신들의 혼인식을 한 것은 법률혼 성립 가능성 여부를 떠나 이들이 혼인하고자 하는 관계라는 것에 사회적 승인을 거친 것으로 보아야 함에도 불구하고 오직 동성이라는 이유에서 이를 ‘결혼식’으로 정의하지 않은 것은 소송에서 사실인정 단계가 최종 판결에서 어떠한 영향을 끼치는지 잘 보여주는 예라고 본다.

다. 판결에서 사실인정과 동성 생활공동체

앞서 동성동본 관계가 금혼의 범위에 포함되었던 시기에 동성동본 관계를 사실혼으로 인정했던 기준을 서부지방법원 사건에 적용할 경우, 사건의 당사자들은 법률혼을 하려는 의사를 포함하여 실질적인 혼인의사의 합치가 있었다고 볼 수 있으나, 서부지방법원은 당사자들의 관계에서 혼인의사의 합치가 있었음을 인정하지 않았다. 또한 최근 건강보험 피부양자 자격 인정 문제에서도 원고는 당사자 사이에 주관적으로 혼인의 의사가 있고 객관적으로도 부부공동생활을 인정할만한 혼인 생활의 실체가 있기 때문에 사실혼 배우자에 해당하여 피부양자 자격이 인정된다고 주장하였으나, 서울고등법원은 혼인은 남녀의 애정을 바탕으로 하여 일생의 공동생활을 목적으로 하는 도덕적·풍속적으로 정당시 되는 결합으로 정의하는 대법원 판례에 근거하여⁷⁰⁾, 이들 관계를 사실혼으로 인정하지 않았다.

그러나 대법원이 혼인을 이와 같이 정의한다는 것이 동성 생활공동체를 구성한 당사자들에게 혼인의사의 합치가 없다고 볼 수 있는 근거는 될 수 없다. 즉 동성동본 금혼 관계를 사실혼으로 보호했던 것과 비교할 때, 혼인이 남녀를 전제로 한다는 것이 남녀 사이에 법률혼이 가능한 경우만 사실혼을 인정한다는 것을 의미하는 것으로

70) 대법원 1999. 2. 12. 선고 97므612 판결 ; 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014므4734, 4741 판결 등 참조.

해석할 수 없다. 따라서 동성 간에 혼인 의사가 있는 사실혼 관계를 주장한 것에 대해 위 대법원 판례를 근거로 법원이 사실혼을 부정할 수 없을 것이다. 그러나 인천지방법원, 서부지방법원 및 서울고등법원 모두가 동성 간의 관계를 사실혼으로 인정하지 않기 위하여 이들에게 혼인 의사의 합치가 있었다거나 친지와 가족들과 함께 결혼식을 했다는지, 장기간 생활공동체를 형성하여 부부공동생활의 실체가 있었다든지 하는 사실혼의 요소가 될 사안에 대한 사실관계 자체를 인정하지 않으면서 그 결과로 사실혼을 부인하고 있다. 판결의 과정에서 이러한 방식의 사실인정은 정당성을 인정할 수 있을지 의문이다.

전통적인 법 적용 모델인 삼단논법에서 법률의 해석과 사실인정은 서로 무관하게 작동하는 인식활동이다.⁷¹⁾ 그런데 소송에서 법관은 어떠한 사실을 선택하고 어떠한 사실을 선택하지 않을 것인지를 결정할 수 있는데 이 때 그 채부를 실질적으로 결정하는 것은 법관이 ‘사실인정’에 앞서 그 사건이나 그러한 종류의 사건에 대하여 어떠한 인상이나 견해를 가지고 있느냐에 좌우될 수 있다.⁷²⁾

또한 이렇게 하여 인정된 사실에 법규를 적용하여 결론을 도출하는 것이 판결의 원칙이지만, 법관이 그 결과가 지나치게 부당하다고 생각하는 경우에, 법적안정성을 유지하면서 타당한 결론을 이끌어 내기 위하여, 인정된 사실을 일부 변경하여 결론을 달리하기도 한다. 그러한 방법으로 법관이 사실을 ‘인정’하는 것이 아니라 ‘해석’하여 여기에 객관적인 (또는 독자적인) 의미를 부여하는 것이다.⁷³⁾ 판결

71) 이상돈, 기초법학, 법문사, 2010, 447면.

72) 이순동, “증거에 의하지 않는 사실인정”, 「사법」 제1권 제42호, 사법발전재단, 2017, 244-245면.

73) 이순동, 위의 글, 250면.

을 위한 이러한 방식의 절차에 대해서는 우리 대법원 판례도 인정하고 있다.⁷⁴⁾

이와 같이 법관의 사실인정 과정은 이미 사실에 대한 채부 단계에서 그리고 이를 해석하는 방향에서 당해 사건에 대한 법관의 인상이나 견해로부터 자유롭지 못한 과정이라고 볼 수 있다. 그 결과 대부분의 소송에서 법관이 ‘주체성’을 가지고 ‘사실’을 선택·해석·표현하여 인정된 ‘사실’이 결정되는 순간 실질적으로는 판결의 결론은 도출된다고 볼 수 있을 것이다.⁷⁵⁾ 이러한 관점에서 볼 때, 서부지방 법원에서 신청인인 동성커플이 동성 간에 서로 부양하고 협조하면 살아가갈 것을 약속한 것을 ‘혼인의사’가 아닌 ‘이 사건 합의’로 규정하고 이들이 양가 가족과 친지를 초대하여 자신들의 혼인식을 한 것을 ‘결혼식’으로 칭하지 않고 ‘당해 신청인들 사이에 이 사건 합의가 성립되었음을 확인한 후 이를 대외적으로 선언하는 의식’으로 정리한 것에서 이미 이 사건에 대한 결과는 예측할 수 있었다고 본다.

법관이 소송에서 이와 같은 방식의 사실에 대한 채부와 해석을 하

74) 즉 대법원은 1999년 낙찰대금에서 배당을 받지 못한 세입자가 임대인의 아들을 찾아가 임대차보증금을 어떻게 할 것인지 따지자 자신이 책임지고 해결하겠으니 걱정하지 말고 기다리라고 한 것에 대하여 원심이 피고가 그의 부친인 백남득이 반환하여야 할 임대차보증금을 반환하기로 약정한 것이라고 판단하였으나, 피고가 한 말의 내용, 그와 같은 말을 하게 된 동기 및 경위 등에 비추어 볼 때, 그 말의 객관적 의미는 피고가 그러한 의무를 법적으로 부담할 수는 없지만 사정이 허락하는 한 그 이행을 사실상 하겠다는 취지로 해석함이 상당하다고 하였다(대법원 1999. 11. 26. 선고 99다43486 판결) 이 예시는 임대차 계약이라고 하는 법률행위에 관련하여 당사자가 표시한 문언에 의하여 그 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 그 문언의 내용과 그 법률행위가 이루어진 동기 및 경위, 당사자가 그 법률행위에 의하여 달성하려는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고려하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 한다는 판례의 입장에 따른 것이다(대법원 1996. 10. 25. 선고 96다16049 판결 ; 대법원 1994. 3. 25. 선고 93다32668 판결 등 참조).

75) 이순동 앞의 글, 250면.

는 원인은 물론 법관 개인이 사건으로부터 받은 인상 및 가치관에 따른 영향도 있으나 자신이 선고한 판결이 자신에게 돌아오는 영향을 고려할 수밖에 없기도 할 것이다. 법관이 하려는 판단이 사회적으로 매우 큰 영향을 가지고, 파문을 불러일으킬 것이 예상되는 경우에, 법관 중에는 이를 감수하고 감행하려는 유형과, 현상을 유지하거나 판단을 유보하려는 유형이 있는 것은 다른 어느 사회와 다를 바 없다. 그리고 후자의 경우에 법관이 원하는 결론을 도출하는 방법으로, 사실인정과정에서 이를 조정하는 방법이 사용될 수 있는 것이다.⁷⁶⁾

결과적으로 동성동본 금혼 시기에 이들의 관계를 사실혼으로 인정했던 기준으로 볼 때, 동성 간의 관계도 민법상의 사실혼으로 볼 수 있음에도 불구하고, 이들 관계를 혼인 또는 사실혼으로 인정하지 않는 것은 법관이 소송에서 이를 인정할 경우 나타날 사회적 파장에 대한 우려 그리고 개인적인 가치관에 따른 영향으로 사실인정 과정에서의 조정으로 나타난 결과일 것이다.⁷⁷⁾

76) 이순동, 위의 글, 260-265면.

77) 그러나 이러한 법관의 행위는 단지 사실인정 과정에만 국한되는 것은 아니다. 현대와 같은 가치다원 사회에서 특히 노동, 환경 또는 인권문제와 같이 다양한 가치관이 공존하는 경우 법관은 언급한 다양한 원인이 법률해석의 과정에도 나타나게 된다. 이러한 영향을 축소하고 가치다원 사회에서 판사의 주관적 가치체계와 사회적 영향으로부터 좀 더 자유로울 수 있는 법률해석의 방법론으로 사건의 근저에 존재하는 합의 불가능한 근본 가치에 관해서는 말하지 않고 법 판단이 초래할 결과를 중시하여 문제를 해결하고자하는 법 실용주의적 해석론이 제시되기도 한다. 이에 대한 것은 김창희, “다원주의 사회와 실용주의적 법 해석”, 『법학연구』 제33권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2022, 2-3면. 다만 이러한 입장을 따르더라도 법 판단이 초래하는 결과의 의미를 무엇으로 이해하는지에 따라 판단은 다르게 전개될 수 있을 것이다.

V. 나가며

2005년 호주제도가 헌법불합치 결정을 받으면서 한국사회에서 가족관계에 대한 논의는 여러 가지 방향에서 지속적으로 진행되어 왔다. 이들 논의의 주요 내용에는 혼인과 가족의 의미를 어떻게 정의해야 하는지가 포함되어 있다. 가족을 법률혼을 통한 이성커플 사이에서 출생한 자녀로 구성된 공동체로 보고 이들 관계를 혼인과 가족으로 정의하는 민법(제779조)의 입장은 이 범위를 벗어난 다양한 관계를 가족으로 정의할 수 없게 만들어버린다. 결과적으로 이것은 배우자를 선택하고 가족을 구성하는 개인의 권리에 국가가 지나치게 개입함으로써 개인의 자유를 침해하는 것이다.

이처럼 법률혼의 원칙이 확고한 현실에서 민법이 법률혼 관계가 아니지만 법적인 보호를 인정하는 유일한 예는 사실혼 관계이다. 사실혼은 민법에 규정되어 있지 않으나 학설과 판례의 이론을 통하여 인정되는 관계로 시기별로 또한 법의 입법목적에 따라 보호되는 사실혼 관계의 범위는 확장되는 것으로 나타나고 있다. 즉 사실혼 관계가 우리 민법에서 인정되기 시작한 계기는 1912년 [조선민사령]에 따라 법률혼 개념이 도입되면서부터 이었고 당시의 기준에 의하면 법률혼이 가능한 관계이나 혼인신고를 하지 못한 경우를 사실혼으로 이해하였다.

이후 동성동본 관계에 대해 정부는 [혼인에 관한 특례법]이라는 한시법을 제정하여 이들 관계를 사실혼 관계로 보고 법적인 보호를 인정하였는데, 결과적으로 이 시기부터 사실혼을 인정하는데 가장 본질적인 요소인 당사자 사이에 '혼인의사의 합치'라는 개념을 당사자 사이에 법률혼을 성립시키려는 의사를 포함하여 상대방을 자신

의 배우자로 받아들여려는 의사로 해석하지만 이 때 법률혼을 성립 시키려는 의사가 반드시 법률혼이 가능한 관계일 것을 요구하는 것은 아닌 것으로 보았다. 그 결과 사실혼의 개념이 확장되어 실정법상의 제약으로 법률혼이 처음부터 불가능했던 관계에 대해서도 사실혼으로 법적인 보호를 인정하기 시작한 것이다.

그리고 이 기준에 따르면 법률혼 성립 가능성에 대해 민법의 해석상에 논란이 있는 동성 간의 생활공동체 관계도 충분히 사실혼으로 인정할 수 있다. 그럼에도 불구하고 동성 간의 생활공동체에 대해 사실혼으로 인정하지 않는 판결들은 대체로 대법원 판례의 혼인에 대한 정의 규정을 인용하여 이를 부인하고 있다.⁷⁸⁾ 그러나 검토한 바와 같이 대법원 판례가 혼인에 대해 남녀를 전제로 한다는 것이 법률혼이 성립되지 않는 관계는 사실혼도 부인된다는 것으로 해석할 수 없으므로 혼인의사 있는 동성 간의 관계에 사실혼을 부정하는 근거가 될 수 없다.

사실혼은 법률상 혼인이 가능한 관계뿐만 아니라 ‘혼인의사의 합치가 있고 사회적 승인을 거쳐 생활공동체를 형성하고 있어도 법적 장애로 혼인신고를 할 수 없는 관계’를 포함하는 것으로 본다면 동성 간의 결합에 대해서만 법률혼에 관한 대법원 판례를 중심으로 사실혼 개념을 적용하는 것은 법의 해석과 적용 단계에서의 이성커플과 동성커플을 차별하는 이중적인 기준을 사용하는 것이다.

나아가 동성 간에 혼인의사가 합치되고 사회적 승인을 거쳐 생활공동체를 형성한 관계에 대하여 법원은 당사자들의 의사에 반하여

78) 건강보험 피부양자 자격인정 사건에서도 서울고등법원은 동성간의 관계에 대해 혼인을 정의하는 대법원 1999. 2. 12. 선고 97므612 판결, 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014므4734, 4741 판결 등을 참조로 이들 관계는 사실혼은 아니라고 판결하고 있다.

이들의 혼인의사의 합치라는 개념 자체를 인정하지 않는다. 그런데 헌법은 제103조에서 “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.”고 규정하고 있다. 여기서 법관의 양심에 따라 독립하여 심판하는 것을 어떻게 이해해야 하는지는 매우 추상적이다. 학계에서는 법관의 양심이 주관적인 법관이 국민의 한 사람으로서 가지는 개인의 양심으로서의 그의 인격형성에 관계되는 내심의 양심이 아니라 법관 개인이 아닌 법을 해석하고 적용하는 법관이라는 지위에서 가지는 양심을 뜻한다고 해석한다.⁷⁹⁾ 그러므로 법관은 자신의 양심에 영향을 줄 수 있는 개인적인 경험이나 선입견, 이해관계 등으로 부터 형성된 의식이 사건을 판단할 때 영향을 주지 않는 방향으로 판결의 과정을 진행해야 하며, 사실행위에 대한 의미를 자의적으로 해석하는 것은 자제해야 할 것이다. 특히 동성 간의 당사자 혼인 합의에 의한 결합과 같은 사건에서 법관이 사실행위의 의미를 다르게 해석하여 당사자들의 혼인의 자유에 관한 기본적 인권이 침해될 수 있다면 더욱 자제해야 할 것이다.

혼인관계를 형성하는 권리의 가장 본질적인 것은 상대방 선택의 자유이다. 이처럼 본질적인 자기 결정의 권리를 국가가 제한하기 위해서는 반드시 법률에 명확한 규정이 있어야 한다. 민법이 근친간의 혼인을 무효로 보고 이를 명문화 하는 것은 그러한 예에 해당할 것이다(제815조). 그러나 동성 간의 혼인은 법문으로 금지하고 있는 것이 아님에도 불구하고 당사자 선택의 기본적 권리를 법관이 사실행위의 해석을 통해 침해하는 것은 기본권에 본질적인 권리를 침해

79) 법관의 양심에 대한 작동 방식에 대한 논의는, 박은정, “법해석방법에서 본 헌법 제103조 법관의 독립과 양심”, 『서울대학교 법학』 제57권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2016, 6월, 69면 이하 ; 특히 사안의 판단에서 법관의 양심의 작동방식과 의미는 69면 이하 참조.

하는 부당한 것이다. 따라서 동성 간의 상대방을 배우자로 받아들이고 동거·부양·협조하여 살아가기로 합의하여 사회적 승인을 거쳐 생활공동체를 형성하였으나 아직 혼인신고가 수리되지 않았을 경우 사실혼으로 인정되어야 하며 그에 준하는 법적인 보호가 인정되어야 할 것이다.

2017년도 소수자 인식에 대한 갤럽조사에 있어서 성소수자를 나의 친구, 이웃, 직장동료, 친구 또는 배우자의 관계로 받아들일 수 없다는 인식은 57%를 차지하는 것으로 나타났다. 이것은 전과자에 대해 이러한 관계를 받아들일 수 없다는 인식이 69%를 차지하고 그 뒤를 이어 성소수자와의 관계를 받아들일 수 없다는 인식이 높은 것으로 나타난 것이다. 이처럼 성소수자에 대한 국민 개개인의 수용도는 높지 않은 것으로 보인다.⁸⁰⁾ 그러나 국민 개개인이 성소수자와의 관계를 받아들이는 수용도가 낮다는 것이 국가가 이들 관계를 부인하고 차별할 수 있다는 근거가 되어서는 안 될 것이다. 개개인의 관계 형성은 각자의 자유이나 국가는 가치중립적인 관점에서 법률을 통하여 최대한 국민이 차별받지 않도록 해야 하며 판결과정에도 이것이 유지되어야 할 것이다. 그리고 이를 위하여 법관이 법률과 양심에 따라 심판할 때, 법관의 양심이 법관의 편견이 되지 않으려면 가치중립적인 입장을 확고하게 해야 한다. 향후 동성 간의 혼인과 사실혼 관계 성립에 대한 우리 국가의 전향적인 입장을 기대한다.

80) 신은주, 위의 글, 254면.

참고문헌

1. 국내문헌

- 계희열, 헌법학(중), 박영사, 2004.
- 고보혜, “헌법상 국가의 혼인과 가족보호의무와 그 실현방안에 관한 연구”, 전남대학교 박사학위논문, 2011.
- 김영기, “자유주의와 공동체주의 -국가의 중립성을 중심으로-”, 「철학연구」 제95집, 대한철학회, 2005.
- 김영신, “혼인의사의 의미에 관한 고찰”, 「외법논집」 제36권 제4호, 한국의국어 대학교 법학연구소, 2012.
- 김은경, “근대가족과 민주주의의 타자들 : 한일 민법 판례를 통해 본 사실혼과 중혼적 사실혼 처의 법적 지위와 시민권(1945~1979)”, 「역사연구」 제44권, 역사연구소, 2022.
- 김창희, “다윈주의 사회와 실용주의적 법 해석”, 「법학연구」 제33권 제2호, 충북대학교 법학연구소 2022.
- 김철수, 헌법학신론, 박영사, 2010.
- 박동섭, 친족상속법, 박영사, 2013.
- 박은정, “법해석방법에서 본 헌법 제103조 법관의 독립과 양심”, 「서울대학교 법학」 제57권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2016.
- 박인환, “사실혼 보호법리의 변천과 과제”, 「가족법연구」 제23권 제1호, 한국가족법학회, 2009.
- 박복순, “가족의 다양화에 따른 법적 대응”, 한국여성정책연구원 제26차 젠더와 입법포럼 자료집, 2019.
- 박중서 외, “한국 가족의 변동 특성과 정책적 함의 -1997년 외환위기 이후 변화를 중심으로-”, 한국보건사회연구원, 2020.
- 박희호, “혼인의 성립요건에 대한 소고”, 「가족법연구」 제25권 1호, 한국가족법학회, 2011.
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2016.
- 소현숙, “만들어진 전통으로서의 同姓同本禁婚制와 식민정치”, 「대동문화

- 연구」 제96권, 성균관대학교 대동문화연구원, 2016, 52면.
- _____, “부계혈통주의와 ‘건전한’ 국민 사이의 균열: 1950~70년대 동성동본금혼제를 둘러싼 법과 현실”, 『법과사회』 제51권, 법과사회이론회, 2016.
- 손상식, “평등권 침해여부에 대한 심사기준”, 헌법재판연구원, 2013.
- 송덕수, 친족상속법, 박영사, 2015.
- 신은주, “우리나라에 있어서 동성혼의 법적 수용에 관한 고찰”, 『원광법학』 제35권 제1호, 원광대학교 법학연구소 2019.
- 윤성호, “동성혼인에 대한 헌법적 고찰”, 『국가법연구』 제9권 제1호, 한국국가법학회, 2013.
- 윤진수, 친종상속법강의, 박영사, 2022.
- 여성가족부, 가족다양성에 대한 국민 여론 조사, 2019.
- 이부하, “입법자의 입법형성권의 내용과 한계”, 『법과 정책연구』 제13집 제1호, (사)한국법정책학회, 2013.
- 이상돈, 기초법학, 법문사, 2010.
- 이순동, “증거에 의하지 않는 사실인정”, 『사법』 제1권 제42호, 사법발전재단, 2017.
- 이준일, “헌법상 혼인의 개념 -동성간 혼인의 헌법적 허용가능성-”, 『공법연구』 제37집 제3호, 한국공법학회, 2009.
- 장영수, 헌법학, 홍문사, 2017.
- 전광석·박지순·김복기, 사회보장법, 신조사, 2022.
- 정극원, “제도보장의 성립과 현대적 전개”, 『헌법학연구』 제4집 제3호, 한국헌법학회, 1998.
- 정애령, “동성 간 생활공동체의 법적 보장을 통한 현행 헌법상 혼인제도의 보완”, 『헌법학연구』 제26권 제2호, 한국헌법학회, 2020.
- 지원림, “사실혼에 관한 약간의 비판적 고찰”, 『가족법연구』 제22권 제3호, 한국가족법학회, 2008.
- 최갑선, “헌법 제36조 제1항에 의한 혼인과 가족생활의 보장”, 『헌법논총』 제14집, 헌법재판소, 2003,

한봉희·백승흡, 가족법, 삼영사, 2013.

홍성방, 헌법학 (중), 홍문사, 2010.

2. 판례

대법원 1979. 5. 8 선고 79므3 판결

대법원 1980. 12. 22. 선고 93다52068 · 52075 판결

대법원 1984. 8. 21, 선고 84므45 판결

대법원 1986. 3. 11, 선고 85므89 판결

대법원 1987. 2. 10, 선고 86므70 판결

대법원 1994. 3. 25. 선고 93다32668 판결

대법원 1996. 6. 28, 선고 94므1089 판결

대법원 1996. 10. 25. 선고 96다16049 판결

대법원 1996. 11. 22, 선고 96도2049 판결

대법원 1998. 12. 8 선고 98므961 판결

대법원 1999. 2. 12. 선고 97므612 판결

대법원 1999. 11. 26. 선고 99다43486 판결

대법원 2001. 1. 30, 선고 2000도4942 판결

대법원 2001. 1. 30, 선고 2000도4942 판결

대법원 2006.3.24, 선고, 2005두15595 판결

대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다64161 판결

대법원 2010. 11. 25. 선고 2010두14091 판결

대법원 2011. 9. 2. 선고 자2009스117 전원합의체 결정

대법원 2015. 2. 26. 선고 2014므4734, 4741 판결

서울고등법원법, 2023. 2. 21, 선고 202누32797

인천지방법원 2004. 7. 23 선고 2003드합292 판결

서울서부지방법원 2016. 5. 25.자 2014호파1942결정

3. 헌법재판소 결정

헌법재판소 1990.9.10. 선고, 89헌마82 결정

헌법재판소 1992. 4. 28, 선고 90헌마24 결정

헌법재판소 1997. 7. 16. 선고 95헌가6내지13 전원재판부 결정

헌법재판소 2000. 4. 27, 선고98헌가16 결정

헌법재판소 2005. 2. 3, 선고2001헌가9 결정

헌법재판소 2005. 12. 22, 선고2003헌가5 결정

4. 인터넷 자료

[https://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=5474443,](https://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=5474443)

<https://www.ekoreanews.co.kr/news/articleView.html?idxno=64170>

<https://www.index.go.kr/unify/idx-info.do?idxCd=4229#>

<https://www.kinderrechte.de/kinderrechte/kinderrechte-ins-grundgesetz/>

<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv010059.html>

[http://theme.archives.go.kr/viewer/common/archWebViewer.do?singleData=](http://theme.archives.go.kr/viewer/common/archWebViewer.do?singleData=Y&archiveEventId=0049320508)

[Y&archiveEventId=0049320508.](http://theme.archives.go.kr/viewer/common/archWebViewer.do?singleData=Y&archiveEventId=0049320508)

<Abstract>

Civil Union by Same Sex as de Facto Marriage Relation

Cha, Seonja*

The Korean family has experienced diversity. Being in appearance, nuclear family has been reduced, single person household is getting absolute majority, and marriage and birth rate are seriously decreased. On the basis of superficial alterations, Koreans' perception about family is newly formed. As a result, people are most receptive to living together without marriage.

However, Korean legal system does not accept the internal and external transition of family at all. The Korean civil law stands on the principle of legal marriage and does not stipulate de facto marriage relation. Despite all that, de facto marriage relation which has been acknowledged by legal theory and precedents is provided legal protection. But, the definition about de facto marriage is not clear. Basically, when the parties which are able to marry with legally, live together under social recognition without marriage registration, it is protected as de facto marriage. On the other hand the couple who were in same family lineage and thereby could not legally marry with by the previous Korean civil Law were recognized as de facto marriage relation. Furthermore, in the case of social security like pension, the spouse who had been in prohibition of marriage by the Korean civil law, was recognized as de facto marriage partner.

Legal theory and precedents demand parties' intention of marriage, living together under supporting each other, and obtaining social approval as the conditions of de facto marriage. Parties' internal intention of marriage is

* Chonnam National University, School of Law

presumed when the couple live together under supporting each other and receive social approval. Nevertheless, the Korean court does not admit same sex couple as de facto marriage relation, even if they live together under supporting each other and obtaining social acknowledge. The reason for it is that they can not marry with legally. This paper examines that the position of Korean court is not proper in the stage of getting fact finding and applying provisions of Korean civil law in the lawsuit. It claims also that on the basis of major legal theory and precedents about de facto marriage same sex couple belong to the relation.

Key Words : family, legal marriage, civil union by same sex, fact finding, conscience of a judge