

# 결혼제도 밖 생활공동체 보호에 대한 법적 쟁점 및 외국의 입법례와 합의

박선영(한국여성정책연구원 연구위원)

## 1. 들어가며; 문제의 소재와 대상

제로로서의 가족은 혼인과 혈연에 의해 구성된다. 여기서 말하는 혼인이란 1남 1녀의 정신적·육체적 결합으로, 민법이 정한 형식적 요건인 혼인신고의 절차를 이행할 때 혼인의 효력이 적용된다.<sup>1)</sup> 이처럼 현행민법은 법률혼주의를 채택하고 있고, 법률혼에 기반하여 가족의 범위를 정하고 있다.<sup>2)</sup>

그러나 개인의 인생관과 가치관의 변화는 가족을 구성하는 방식에 다양화를 가져왔다. 비혼을 선택하거나 법률혼을 거부하는 자의 증가, 혼인 상대로서 여성이 아닌 동성을 선택하는 동성애자의 가시화, 혼인하지 않은 상태에서 아이를 출산하는 미(비)혼모의 증가 등이 그것이다.

문제는 이처럼 가족구성을 둘러싼 다양한 변화라는 현실을 법이 수용하지 못함으로써 법률혼이 아닌 관계, 즉 사실혼, 비혼생활공동체, 동성간 생활공동체 등의 결혼제도 밖의 생활공동체는 법외 존재로서 존재하게 된다는 것이다.

우리나라는 결혼제도 밖의 생활공동체 중 '주관적으로 당사자 사이에 혼인의 의사가 있고, 객관적으로는 사회관념상 혹은 가족질서적 측면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 인정'되는 경우에는 법률혼에 준하여 보호해왔다. 준혼 이론에 근거한 사실혼 보호는 법률혼만을 유일하고 정당한 남녀관계로 보지 않지만 남녀관계의 정당함을 항상 혼인과 대비하여 파악해왔다. 사실혼 가족에 대한 실태인식은 당사자는 정식으로 혼인하고 싶지만 제반사정으로 혼인하지 못한 것, 즉 법률혼에의 원망(願望)을 전제로 하고 있기 때문이다. 따라서 준혼 이론은 혼인의사의 유무에 의해 사실혼과 비사실혼을 구별하기 때문에 준혼 이론에 근거한 사실혼에 대한 보호는 다양한 실태를 가지고 있는 결혼제도 밖 생활공동체를 보호하기에는 한계를 갖는다.

현재, 전통적 의미의 사실혼, 즉 법률혼을 하고 싶지만 사정이 여의치 않아 하지 못하는 경우는 거의 없다고 하겠다. 오히려 결혼제도 자체를 거부하는 비혼생활공동체나 혼인 그 자체를 할 수 없는 동성커플이 가시화되고 있다. 그리고 여성의 사회, 경제적 지위향상은 성별역할분업을 전제로 한 법률혼을 상대적으로 약화시킬 것으로 전망된다.

이와 같은 상황에서 이 글은 법률혼적 관계가 아닌 다양한 생활공동체 중, 2인의 성애적 결합을 전제로 하는 사실혼, 비혼생활공동체, 동성간 생활공동체에 초점을 맞추어 이와 같은 결합방식에 대한 법적 보호 방안을 마련하기 위해 외국의 입법례를 검토하고, 외국의 입법례가 한국사회에 주는 함의를 모색하는 것을 목적으로 한다.

## 2. 결혼제도 밖 생활공동체의 법적 쟁점

1) 민법 제812조 (혼인의 성립) ①혼인은 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」에 정한 바에 의하여 신고함으로써 그 효력이 생긴다.

2) 민법 제779조 (가족의 범위) ①다음의 자는 가족으로 한다. 1. 배우자, 직계혈족 및 형제자매, 2. 직계혈족의 배우자, 배우자의 직계혈족 및 배우자의 형제자매, ②제1항제2호의 경우에는 생계를 같이 하는 경우에 한한다.

## 가. 사실혼의 법적 쟁점

### 1) 사실혼의 개념

사실혼이란 “당사자 사이에 혼인의 의사가 있고, 객관적으로 사회관념상으로 가족질서적인 면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있는 경우” 로 정의하는 것이 판례의 일반적 경향이다.<sup>3)</sup>

사실혼에서 문제되는 것은 경제적으로나 사회적으로 약자의 지위에 있는 일방 당사자를 어떻게 보호할 것인가 하는 것으로 이 점은 반드시 혼인의 의사 유무에 따라 달라지는 것은 아니기 때문에 사실혼의 개념은 혼인의사와 혼인의 실체 모두를 요구할 필요가 없다. 객관적, 외형적으로 보아 법률혼과 마찬가지로의 공동생활을 영위하는 것으로 이해하면 충분하다(윤진수, 2007: 10). 외국에서도 혼인 외의 동거관계를 다룸에 있어서 반드시 혼인의 의사 유무에 따라 차이를 두고 있지는 않다. 독일의 경우에는 독일 연방헌법재판소의 판례가 혼인 외의 생활공동체를 다음과 같이 정의하고 있다. 즉 혼인 외의 생활공동체란 지속적인 관계를 지향하는 남자와 여자의 생활공동체로서, 동일한 종류의 다른 생활공동체를 허용하지 않으며 내적인 결속에 의하여 특징지어지고, 상호간에 파트너를 위한 책임을 발생시키는 것으로서, 단순한 가계공동체와 경제공동체를 넘어서는 것이라고 한다.

독일 연방헌법재판소의 판례에 따르면 사실혼에 비혼생활공동체를 포함시켜 그 범위를 확장시킬 수 있다.

### 2) 사실혼에 대한 현행 법적 보호

근래 학설의 통설은 사실혼을 혼인에 준하는 “준혼 관계” 로 보고 신고를 전제로 하는 것을 제외하고는 법률혼에 준하는 효과를 인정하고 있다. 판례도 이러한 경향에 따라 사실혼의 부당한 파기에 대하여 「……그런데 사실상의 혼인관계에 있는 부부관계가 정당한 이유없이 파기되었을 경우에는 당사자일방은 과실있는 상대방에 대하여 채무불이행으로 인한 손해배상을 청구할 수 있는 동시에, 고의 또는 과실로서 권리를 침해할 것이라 하여 불법행위로 인한 손해배상을 청구할 수 있다고 하겠으며……」 라고 판시하고 있다.<sup>4)</sup>

사실혼에 대한 현행 법적 보호는 사실혼 유지 시 발생하는 사실혼의 효과와 사실혼 해소 시의 법적 보호로 나누어 볼 수 있다.

#### 가) 사실혼의 효과

사실혼의 효과를 부부공동생활체를 전제로 인정되는 신분적·재산적 효과와 신고를 전제로 하는 효과, 그리고 민법 이외의 법률에서의 효과 등 세 가지로 나누어 살펴볼 수 있다. 그러나 이 가운데 신고를 전제로 하는 효과는 법률혼과 관련된 부분에 대해 유추 적용되지 않는 보호 내용에 해당된다. 따라서 사실혼에 대한 법적 보호 내용은 이를 제외한, 민법과 민법 이외의 법률로 나누어 살펴본다.

첫째, 부부공동생활체를 전제로 인정되는 효과로서 주로 민법에서 이루어지는 법적 보호이다. 부부공동생활체를 전제로 인정되는 효과는 신분적 효과와 재산적 효과로 크게 나눌 수 있는데 먼저 혼인의 신분적인 효과는 일반적으로 인정해도 무방할 것이다. 즉 부부간 서로 동거부양협조의 의무가 있

3) 대법원 2001. 4. 13. 선고 2000다52943 판결

4) 대법원 1970. 4. 28. 69므73판결

고, 또한 정조의 의무도 있다고 보아야 한다. 또한 사실혼 당사자의 관계는 제3자에 대해서도 보호되어야 하는데, 즉 사실혼의 夫를 살해한 자는 사실혼의 처와 그 사이의 자녀의 물질적·정신적 손해를 배상할 책임이 있다.<sup>5)</sup> 그 밖에 판례는 「사실상 혼인관계에 있는 배우자도 다른 배우자가 제3의 불법행위로 인하여 상해를 입은 경우에는 자기가 받은 정신의 고통에 대한 위자료를 청구할 수 있다」라고 하며,<sup>6)</sup> 사실혼의 처와 정교를 맺은 자에 대하여 사실혼의 夫는 불법행위로 인한 손해배상을 청구할 수 있다고도 한다.<sup>7)</sup> 그리고 사실혼관계에 부당하게 간섭하여 사실혼관계를 파탄시킨 자는 손해배상의 책임을 져야 한다고 하고 있다.<sup>8)</sup> 혼인의 재산적 효과에 있어서 이중 일상가사에 대해서는 서로 대리권이 있고(민법 제827조), 그 대리권행사로 인한 채무에 대해서는 연대책임을 진다고 보아야 한다(민법 제832조). 부부의 특유재산을 인정하여야 할 것은 법률상의 부부와 마찬가지로 조금도 다를 바 없다(민법 제831조).

둘째, 민법 이외의 법률에서의 보호 내용이다. 사실혼 관계는 사실상 부부공동생활을 기초로 하기 때문에 배우자 일방의 사망이나 당사자 사이의 합의에 의하여 해소된다. 또한 배우자 일방이 혼인생활을 파탄에 이르게 함으로써 부부공동생활의 실체가 없으면 그것으로 사실혼 관계는 해소된다. 사실혼의 해소 시에도 법률상 이혼에 준하여 여러 효과가 인정된다. 이에 특별법령 중에 사실혼 배우자의 보호규정을 두어 사실혼 배우자도 유족연금 등을 수령할 수 있도록 하였고, 사실혼 배우자가 사망하였을 경우에 상대방 배우자에게 주거권 승계를 인정하는 규정을 주택임대차보호법 중에 두게 되었다. 근로기준법 제44조는 유족범위의 제1순위로 되어 있는 배우자에 사실상 혼인관계에 있는 자를 포함시키고 있고 그 외에도 공무원연금법, 군인연금법, 사립학교교원연금법, 선원법시행령, 산업재해보상보험법도 사실혼 배우자를 유족범위에 포함시키고 있다. 또 주택임대차보호법에서는 사실혼 배우자에게 임차권과 채권적 전세권의 승계를 인정하고 있다(한국가정법률상담소, 2007: 70).<sup>9)</sup>

#### 나) 사실혼 해소

첫째, 사실혼 당사자 쌍방의 생존 중 사실혼이 해소된 경우이다. 이 때에는 사실혼 당사자 일방이 상대방을 상대로 하여 법률혼이 해소된 경우와 마찬가지로 재산분할을 청구할 수 있는가 하는 점이 주로 문제된다. 학설상은 이를 긍정하는 것이 거의 대부분이다. 그 논거로서는 법률혼에 대한 민법의 규정 중 혼인신고를 전제로 하는 규정은 사실혼에 유추 적용될 수 없지만 부부재산의 청산의 의미를 갖는 재산분할에 관한 규정은 부부의 생활공동체라는 실질에 비추어 인정되는 것이므로 사실혼관계에도 준용 또는 유추 적용하는 것이 타당하다는 것이다.(윤진수, 2007: 12)

둘째, 사실혼 당사자 일방의 사망으로 사실혼이 해소된 경우이다. 먼저 이러한 경우 생존한 사실혼 배우자가 상속권을 가지는가에 관하여는 이를 부정하는 것이 통설이다. 그 근거는 사실혼은 이를 확정하기 어렵고, 상속에 의한 재산의 귀속은 거래질서와 관련되며, 배우자상속인인지의 여부는 호적상

5) 대법원 1967.1.31, 66다2216판례는 사실상의 배우자에 대해서도 민법 제 752조에 의한 손해배상청구권을 인정하고 있다.

6) 대법원 1969.7.22, 69다684판결

7) 대법원 1959. 2. 19, 4290민상749; 대법원 1961. 10. 19, 4293민상531

8) 대법원 1965. 5. 31, 65므14; 대법원 1963. 11. 7. 63다587; 대법원 1970. 4. 28, 69므73

9) 관련된 법률 조항을 자세히 살펴보면, 근로기준법시행령 제44조제1항제1호, 국민연금법 제3조 2항과 군인연금법 제3조제1항, 사립학교교원연금법 제2조제2항, 국가공무원법 제33조제2항, 범죄피해자구조법 제5조제1항, 국가유공자등예우및지원에관한법률 제5조제1항, 독립유공자에우에관한법률 제5조제1항, 고용보험법 제44조제1항, 산업재해보상보험법 제4조제3항, 별정우체국법 제2조제1항, 그리고 선원법 제90조 등에서도 같은 취지의 규정을 두고 있다. 또한 사실혼 배우자의 일방이 사망한 경우 주택임대차보호법 제9조와 제12조에서는 타방 배우자에게도 임차권과 채권적 전세권의 승계를 인정하고 있다.

명확한 기준에 의하여 구별될 필요가 있기 때문이라고 한다. 반면 긍정설은 이혼시의 재산분할이나 배우자상속권은 모두 부부재산의 청산이나 배우자의 생활보장이라는 공통의 근거를 가지고 있는데, 사실혼관계가 해소되는 경우에 재산분할청구권의 규정을 유추적용하면서도 상속만을 배제하는 것은 균형을 잃은 해석이라고 하여 사실혼 배우자 사이에도 상속을 인정하여야 한다는 견해도 있다. 다른 한편 이처럼 사실혼 배우자에게 상속권이 인정되지 않는 경우에 재산분할청구권이 인정될 수 있는가 하는 점은 이제까지는 그다지 활발하게 논의되지 않았다.

이상으로 사실혼의 개념 및 현행법과 판례에 의한 사실혼에 대한 법적 보호의 범위에 대해 살펴본 것이다. 사실혼에 대한 법적 보호에 있어서 문제점으로 지적할 수 있는 것은 다음과 같다. 첫째, 혼인의 의사와 혼인생활의 실체를 요구하고 있다는 점이다. 이것은 사실혼의 보호 범리인 준혼 이론으로부터의 당연한 요청이라고 할 수 있지만, 준혼 이론은 혼인의 원망을 전제로 하는 것이기 때문에 결혼제도 그 자체를 거부하거나 혼인의 의사가 없는 생활공동체를 보호할 수 없다는 한계를 갖는다. 둘째, 사실혼의 법적 보호의 범위의 문제이다. 사실혼으로 인정될 경우, 법률혼에 준하는 권리가 인정되나, 배우자 사망 시 상속권이 인정되지 않고, 중혼적 사실혼이 인정되지 않는다는 문제가 있다. 셋째, 사실혼의 보호 범리가 준혼 이론에 근거하고 있기 때문에 동성커플의 경우 사실혼의 대상에 포함되지 않는다는 것이다. 20년 간 여느 이성애자 부부와 다를 바 없이 함께 생활하며 재산을 모은 동성커플 중 한명이 상대가 휘두르는 폭력으로 인해 관계 해소를 원했고 이에 따라 파트너 여성을 상대로 재산 분할 및 위자료를 청구한 사건에서 법원은 " 혼인이라 함은 일부일처제를 전제로 하는 남녀의 정신적, 육체적 결합을 의미하며 동성 간의 동거관계는 사회 관념상 가족질서적인 면에서도 용인 될 수 없기 때문에 법률혼에 준하는 보호를 할 수 없다"<sup>10)</sup>고 판시했다.

#### 나. 비혼생활공동체의 법적 쟁점

앞서 살펴보았듯이 사실혼이란 혼인의 의사와 혼인의 실체가 있는 법률혼이 아닌 남녀간의 결합을 말한다. 그렇다면 혼인의 의사는 없지만 일시적 동거와는 구별되는 생활공동체를 형성하여 생활하는 비혼생활공동체의 경우는 법적 보호를 받을 수 있는가.

비혼생활공동체는 사실혼과 구별되어 법적 보호를 받지 못한다. 비혼생활공동체는 혼인의 의사가 없다는 점에서 사실혼과 구별되지만 그 종류가 다양하기 때문에 일률적으로 법적 보호에서 제외시키는 것은 동거 해소시의 부양, 재산의 분배, 손해배상, 거주를 위한 주택문제 등 약자를 방치해버리는 결과가 될 수 있다는 점에 문제가 있다. 예컨대, 비혼생활공동체 해소 시 공동의 노력으로 형성한 재산을 일방이 독차지하는 것을 방지하는 것이 될 수 있기 때문이다.

당사자 간의 동거의사의 합치가 있고, 동거생활을 시작하여 장기간 생활공동체를 형성하고 있는 것이 인정되는 비혼생활공동체의 경우에는 법적 보호의 대상이 되어야 한다.

이 경우, 동거의사의 합치는 남녀가 경제적으로 생활공동체를 형성하고자 하는 의사의 합치를 말하고 동거의사는 혼인의사와는 달리 영구적인 결합관계를 형성하고자 하는 의사를 요하는 것은 아니지만 일시적인 결합관계 또는 한시적인 결합을 전제로 하는 것은 아니다.

그리고 생활공동체라고 함은 일반적으로 동일한 주거에서 생활비용을 공동으로 분담하는 관계를 말한다. 실제생활과 경제적인 면에서 상호의존적·상호협조적인 결합관계를 형성하는 것을 말한다.

10) 인천지법 2004. 7. 23. 선고 2003드합292 판결

#### 다. 동성간 생활공동체의 법적 쟁점

앞서의 사실혼과 비혼생활공동체를 정의함에 있어서 전제는 혼인이 가능한 남녀커플을 대상으로 한다는 점이다. 그러나 동성 간 생활공동체의 경우에는 혼인 그 자체가 불가능하다는 점에서 이들과는 차이가 있다. 물론 현행 국내법에서는 동성커플 관계를 명문으로 금지하는 조항을 가지고 있지 않기 때문에 동성 간의 혼인이 불가능하다고 단정하기 어렵다는 주장이 있을 수 있다.

그러나 우리 사회의 인식은 부모와 그의 자녀로 구성된 이른바 ‘핵가족’을 정상적인 가족 형태로 규정한다. 사회정책의 기본단위 역시 정상가족을 중심으로 하고 있다. 가족을 구성하고 있지 않거나 ‘정상가족’이 아닌 가족, ‘동성커플’ 등은 국가적 보호 대상에서 배제되고 있다. 특히, 동성커플의 경우는 배우자가 동성이라는 이유로 가족으로 인정되지 않기 때문에 배우자에게 인정되는 제반의 권리를 배제 당한다. 즉, 세금, 연금, 보험 등의 무혜택, 재산분할과 상속 등의 권리 배제, 병원이나 감옥에서의 면회 불가 등 이에 해당된다.

오랜 기간 우리 사회에서는 혼인이란 사회가 부부로 인정하는 ‘한 남자와 한 여자’가 평생토록 정신적·육체적으로 결합함을 의미한다는 것에 대해 의문이 제기되지 않았다. 혼인의 목적이 생식과 자녀의 양육에 있다면 혼인을 남녀 간의 결합으로 한정하는 것은 어느 정도 합리성이 인정된다. 인간의 재생산은 인간 사회가 존속하는 한 불가결하기 때문이다.

그러나 서로 애정에 기반 한 지속적인 생활공동체인 동성 간의 결합이 단지 이성간의 결합이 아니라는 이유로 법적 보호에서 배제되는 것은 헌법이 모든 국민에게 보장하고 있는 행복추구권과 평등권을 침해하는 것이 될 수 있다.

지금까지 동성커플의 법적 보호에 대한 지배적인 견해는 동성커플은 전혀 보호할 수 없다는 것이었다. 즉, 우리 헌법 제36조 1항이 혼인과 가족생활은 '양성의 평등'을 기초로 성립되고 유지된다고 규정하는 것은 헌법이 예정하고 있는 혼인이란 남녀간의 결합을 의미한다는 것이다<sup>11)</sup>. 또한 동성에 관계는 사회관념상 혼인적 공동생활관계라고 볼 수 없고, 동성에 관계를 할 의사는 혼인의사라고 볼 수 없으므로 혼인으로서 무효라고 보거나, 동성간의 혼인은 혼인의 법률 요건을 충족하고 있다고 볼 수 없으므로 혼인의사를 갖추지 못한 무효인 결합이라고 볼 수밖에 없다는 것이다<sup>12)</sup>.

그러나 동성커플의 법적 보호를 제기하는 입장에서는 동성커플의 법적 보호에 대한 구체적인 방안에 대해서는 차이가 있지만 동성 커플의 법적 보호의 근거를 헌법상의 행복추구권(제10조)과 평등권(제11조)에서 찾는다는 점은 입장이 거의 일치한다. 즉, 헌법상 행복추구권의 핵심인 자기결정권은 자기 삶의 방식은 스스로 결정할 수 있는 권리며, 가족 형성의 권리는 자기결정권에 포함되어 있다는 것이다. 따라서 동성 간의 가족형성의 권리를 인정하지 않는 것은 행복추구권을 침해하는 것이다. 또한, 동성애가 헌법 제11조 1항(평등권)의 '사회적 신분'에 해당된다면 이성애자에 비해 동성애자가 차별받지 않는 법제의 마련은 정당성을 가질 수 있다는 것이다<sup>13)</sup>.

11) 윤진수, 「혼인의 자유」, 『한국법학 50년-과거·현재·미래(II)』, 한국법학교수회, 1998.

12) 이경희, 「동성혼인(Same-Sex Marriage)의 보호에 관한 국제적 동향」, 『세계화 시대의 법·법률가』, 한국법학교수회, 2002. 10.

13) 김민중, 「동성애」, 변화순조은희, 『다양한 가족 출현에 따른 쟁점과 가족관련법의 방향 정립에 관한 연구』, 한국여성개발원, 2004., 박선영, 「동성애자의 성적자기결정권과 가족형성의 권리」, 『시민과 변호사』, 2002.1월호., 강달천, 『동성애자의 기본권에 관한 연구』, 중앙대학교 박사학위논문, 2000.

### 3. 결혼제도 밖 생활공동체의 법적 보호에 대한 외국의 입법 유형 및 특징

이상으로 결혼제도 밖 생활공동체에 대한 법적 쟁점에 대해 살펴보았다. 이하에서는 혼인 밖 생활공동체에 대한 외국의 입법 유형 및 특징을 검토하는 것을 통해 함의를 모색한다.

#### 가. 입법내용 유형 및 특징

외국의 결혼제도 밖 생활공동체에 대한 법적 보호 내용을 유형화하면 다음과 같다.

##### 1) 사실혼에 대한 법적 보호

대부분의 나라에서는 사실상의 생활공동체에 대해 어떤 형태로든 법적 보호를 하고 있다. 그러나 그 보호의 범위와 방법은 국가에 의해 차이가 있다.

프랑스와 멕시코의 경우는 민법에 사실혼에 관한 규정을 별도로 두고 있다. 프랑스에서는 사실혼을 "커플로서 생활하는 이성 또는 동성의 2인 사이에 안정성과 계속성을 보이는 공동생활에 의해 특징지워지는 사실상의 결합"으로 정의하고 있다. 사실혼에 동성커플이 포함되는 것이 특징적이다.<sup>14)</sup> 그러나 사실혼에 어떠한 법적 효과를 부여할 것인지에 대해서는 민법에 규정되어있지 않다. 이에 비해 멕시코에서는 사실상의 처에게 부의 상속권을 인정하고, 사실상의 부에 대해 부성조사부성추정을 인정한다. 또한 배우자가 사망한 경우, 생존 배우자에게 유족연금의 수급권을 인정하는 것을 명문화하고 있다. 그러나 이처럼 사실혼을 민법에 규정하는 국가는 소수이다. 한국을 포함해 대다수의 국가는 법률혼 보호의 관점에서 사실혼을 민법을 통해 규율하고 있지 않다.

오히려 많은 국가에서는 사실혼을 민법 이외의 특별입법과 사회보장법 그리고 판례를 통해 손해배상청구권, 사회보장 등의 권리를 인정한다. 예컨대 영국에서는 개별법률을 통해 임대주택의 임대권의 상속, 생활보호, 가족급부, 소득보장 등의 사회보장상의 권리와 사실혼 배우자가 사망한 경우 가해자에 대한 생존 배우자의 손해배상청구권을 인정하고 있다. 이 중 손해배상청구권은 한국, 일본, 프랑스의 경우는 법률이 아닌 판례에 통해 인정하고 있다. 또한 사회보장을 사실혼 가족으로까지 확대하여 보호하는 것은 많은 국가에서 보여지는 공통점이다.

사실혼에 대한 법률상의 규정 유무와 관계없이 사실혼과 관련해서 법적 분쟁이 발생했을 경우 이것은 법원에서 다루어지게 된다. 판단 내용은 국가마다 다르다. 한국과 일본처럼 사실혼을 법률혼에 준하는 것으로 인정하여 법률혼에 인정되는 규정을 사실혼에도 적용하는 국가는 소수에 불과하다. 프랑스, 독일, 스위스의 법원은 혼인과는 관계없는 민법상의 규정 즉 재산상의 규정, 불법행위, 계약, 부당이득 등을 근거로 사실혼 분쟁을 해결하고 있다.

##### 2) 비혼생활공동체에 대한 법적 보호

비혼생활공동체에 대한 법적 보호는 동거법, 파트너십등록법을 통해 이루어지고 있다. 파트너십등록은 파트너십계약과 등록파트너십으로 구분할 수 있다.

#### 가) 동거법

14) 사실혼에 동성커플을 포함시키는 나라는 스위스, 호주, 헝가리, 네덜란드, 벨기에, 포르투갈 등이다.

동거법을 통해 비혼생활공동체를 법적으로 보호하는 국가 중 대표적인 나라가 스웨덴이다. 스웨덴의 경우에는 동성, 이성을 불문하고 동거커플에게는 동거법가 적용된다. 동거법은 1986년에 제정되어 다음 해에 시행된 「동거자의 공동주거에 관한 법률」(Lag om sambors gemensamma hem)과 「동성애자 동거법」(Lag om homosexuella sambor)이 2002년에 「동거법」(Sambolag)으로 통일되었다.

「동거법」이 적용되는 조건은 일정기간 동거하고 있을 것, 생계를 함께 하고 있을 것, 성관계를 상정할 수 있는 형태의 관계일 것이다. 동거법에서는 관계해소 시 재산분할의 방식이 정해져 있고 일방이 불이익을 받지 않도록 배려하고 있다. 관계 해소 시 일방으로부터 재산분할 청구가 있는 경우에 공동이용의 목적으로 취득한 주택(토지, 가옥)과 가재도구는 당사자 간 평등하게 분할한다. 또 공동 이용하고 있는 주택과 가재도구는 상대방의 동의없이 처분할 수 없다. 상속은 유언이 없으면 할 수 없지만 기초금액의 2배(2003년에 8000유로)상당의 재산에 대한 권리는 인정된다. 이 밖에 스웨덴 국적과 주소를 갖고 있는 사람의 상대방은 주거권이 인정되고 시민권 신청에 있어서 심사기간이 짧고 현재와 과거에서 상대방이 폭력을 행사한 경우 법적 보호의 대상이 된다. 상대방에게 장기이식을 할 수 있고 사고와 질병에 의해 의료기관에서의 결정과 설명 등에 대해 환자가 대응할 수 없을 경우 입원 시에 환자가 기입한 '가까운 사람'이 친족에 해당하는 것으로 인정된다.

#### 나) 파트너십등록제도

파트너십등록제도를 법정화 한 유형은 크게 파트너십계약과 등록파트너십으로 나누어지고 대상에 의해서는 동성커플만을 대상으로 한 파트너십등록제도, 이성커플도 포함되는 파트너십등록제도로 나눌 수 있다.

한국에서는 생활공동체에 대한 제도는 혼인밖에 없지만 유럽을 중심으로 한 나라에서는 혼인 이외의 생활공동체를 대상으로 하는 파트너십제도를 가지고 있다. 국가에 의해 제도 내용에는 차이가 있지만 동성커플의 법적 보호를 위해 만들어졌다는 점에서는 공통점이 있다.

##### (1) 당사자의 범위

이성과 혼인할 수 있고 동성과는 혼인할 수 없다면 여기에는 남녀 간에 성별에 기인한 불평등은 아니고, 동성커플에게 혼인이 인정되지 않는 것은 성별에 기인한 차별이 아니기 때문에 성차의 평등은 문제가 되지 않는다. 따라서 동성커플의 법적 보호를 문제로 하는 경우에는 남성과 남성, 여성과 여성, 남성과 여성이라는 구조간의 평등이 문제가 된다.

결합의 문제로서 파트너십제도를 동성커플에게만 인정할 것인가, 이성커플에게도 인정할 것인가라는 당사자의 범위를 확정하는 문제는 파트너십제도의 설계에 커다란 영향을 미친다. 당사자의 범위의 차이가 발생하는 배경에는 평등을 바라보는 태도의 차이가 있다.

파트너십제도의 당사자 범위에서 고려되는 평등에는 다음의 ①과 ②의 두 단계가 있다.

① 이성커플에는 혼인이 인정되고 혼인에 의해 의무를 부담하고 권리도 갖는다. 동성커플에게는 그것이 전혀 인정되지 않는 것은 불평등이라는 견해로부터 출발하여 동성커플에게도 어떤 형태의 법적 보호를 인정해야 한다는 평등에 대한 태도.

② 동성커플에게는 혼인과는 다른 제도가 인정되어 있다. 그것을 동성커플만이 독점하는 것은 불평등이라는 평등에 대한 태도

②의 의미의 평등이 달성되면 결과적으로 ①의 의미에서의 평등이 달성되지 않는다. 이 두개의 평등을 동시에 만족시키는 것은 어려운 과제이다.

예컨대, 혼인과 같은 권리와 의무를 갖는 파트너십제도를 이성커플, 동성커플에게 평등하게 인정하면 이성커플이 당사자의 범위에 포함되는가와 관계없이 ①의 평등은 달성되고 동성커플에게는 만족할 수 있는 제도이다. 그러나 명칭만이 다를 뿐 같은 내용의 것이 2개 있다면 어느 하나는 불필요하게 된다. 이를 위해 파트너십제도를 설계할 때 이성커플을 고려하면 혼인과 차이가 있는 제도를 채용할 것이 요구된다. 혼인에 최대한의 권리와 의무를 정한다고 하면 새롭게 채용될 파트너십제도에서는 혼인과 비교해 차이가 있는 제도를 설계하게 된다. 따라서 이성커플에게도 인정하는 파트너십제도를 채용하는 경우에는 동성커플은 혼인과 동일한 내용을 갖는 파트너십등록제도를 갖는 것은 불가능하다. 또는 동성커플에게 혼인과 동일 내용의 파트너십제도를 인정하는 경우에는 이성커플을 당사자로 포함하는 것은 가능하지 않다.

이 문제를 정면에서 다룬 것이 네덜란드의 등록파트너십제도이다. 효과는 혼인과 거의 유사하지만 등록의 해소의 절차를 간소화하고 적출 추정을 인정하지 않는 등 혼인과의 차이를 두고 있다.

파트너십제도에서의 당사자의 범위를 정하는 문제는 평등 문제만이 결정적인 것은 아니다. 동성커플을 당사자로 하는 파트너십제도에 반대하는 사람들은 이성커플도 당사자가 되는 제도를 상대적으로 쉽게 받아들이기 때문에 입법이 상대적으로 수월하다는 정책적 고려도 존재한다.

#### (가) 동성커플만을 대상으로 한 파트너십등록제도

덴마크, 노르웨이, 스웨덴, 아일랜드, 독일, 핀란드, 영국, 미국의 일부 주, 스위스 등이 동성만을 대상으로 한 파트너십등록제도를 채용하고 있다. 각각의 나라와 지역에 따라 인정되는 법적 보호의 범위에는 차이가 있지만 이성 간의 결혼제도에 대응하는 것으로 성격을 갖는다는 점에서는 공통점이 있다.

#### (나) 이성커플도 포함되는 파트너십등록제도

네덜란드, 프랑스, 벨기에, 룩셈부르크, 미국의 일부 주(캘리포니아주, 하와이주), 이탈리아의 일부 지역, 뉴질랜드 등이 이성커플도 이용할 수 있는 파트너십등록제도를 채용하고 있다. 이성커플도 이용할 수 있기 때문에 인정되는 법적 보호의 범위는 법률혼에 비해 협소하다. 앞서 살펴본 데로 이것은 법률혼보다도 법적보호(법적 의무)가 적은 파트너십제도를 동성커플만 이용할 수 있는 것은 불공평하다는 견해에 의한 것이다.

동성만을 대상으로 하든 이성도 포함되든 간에 파트너십등록제도는 사실혼, 법률혼과는 다르다. 파트너십등록제도는 법률에서 정하는 일정한 절차를 거쳐야 하는 것에 비해 사실혼은 그와 같은 절차는 필요없다. 법률혼과의 차이는 등록 수속과 인정되는 법적 효과가 다르다는 점에 있다. 작은 차이라고 하더라도 등록의 절차, 인정되는 법적 효과의 차이는 법률혼이라는 명칭, 구조를 취하지 않고 새로운 제도를 만든 근거가 되기 때문이다.

### 2) 계약의 등록인가, 신분의 등록인가

다음으로 구별할 수 있는 것은 등록의 성격이 계약인가 신분인가에 있다.

#### (가) 파트너십계약



파트너십계약이란 프랑스의 공동생활약정(PACS)로 잘 알려져 있듯이 2인의 당사자 간의 재산 관계를 계약으로 규율하고 그 계약을 등록하는 것을 말한다. 벨기에의 '법적 동거' 도 여기에 포함된다. 계약의 등록으로 신분등록을 포함하지 않는 점에서 등록파트너십과는 구별된다.

프랑스의 공동생활약정이라 함은 "공동생활을 영위할 목적으로 이성 또는 동성의 성년의 자연인 사이에서 체결되는 계약"(프랑스민법 제515조의1)을 말한다. 프랑스는 1999.11.15. 「공동생활약정에 관한 법률」을 제정함으로써 당사자 간의 결합관계에 혼인, 사실혼, 공동생활약정의 유형이 포함되었다. 공동생활약정은 이성 또는 동성 간의 공동생활을 내용으로 하는 계약으로 혼인과는 구별되는 개념이다. 공동생활약정과 혼인의 차이는 첫째, 당사자들이 부담하는 의무의 종류와 내용이 다르다는 것이다. 혼인은 배우자에게 정조의무, 부양의무, 부조의무, 구조의무와 동거의무(프랑스민법 제21조 또는 214조)가 발생하지만 공동생활약정은 부양의무와 동거의무만 발생한다. 그리고 혼인당사자의 부양의무는 물질적인 것에 한하지 않지만 공동생활약정에서의 부양의무는 물질적인 것에 한정된다. 다만 공동생활약정은 하나의 계약관계이기 때문에 공동생활약정자는 이를 성실하게 이행할 의무를 갖는다. 공동생활약정은 혼인이 아니기 때문에 혼인 배우자에 관한 규정이 적용되지 않는다. 예컨대, 배우자 직계존속에 대한 부양의무에 관한 규정(프랑스민법 제206조, 207조), 배우자 사이의 형사면책에 관한 규정(프랑스형법 제3112조의 12), 친족에 의한 재판회피에 관한 규정(프랑스민사소송법 제314조) 등은 공동생활약정자에게는 적용되지 않는다

둘째, 공동생활약정은 동성뿐만 아니라 이성간에도 인정되고 사실혼과는 구별된다. 사실혼은 사실적 관계로서 공시의 대상이 되지 않으며 법의 의한 체계적·제도적 보호의 대상이 되지 않기 때문에 중혼 내지 근친혼 금지의 규정이 적용되지 않고, 당사 간의 부양의무도 발생하지 않는다.

#### (나) 등록파트너십제도

등록파트너십제도는 그 내용이 국가마다 다르고 하나의 입법 패턴이 존재하는 것은 아니다. 독일의 2004년 12월 31일까지의 생활파트너십법(Lebenspartnerschaftsgesetz), 스위스의 파트너십법(Partnerschaftsgesetz)은 내용적으로는 혼인과 다르고 또한 혼인과의 차이가 강조되었다. 네덜란드의 등록파트너십제도는 혼인과 동일한 효과를 가지지만 등록해소에서 혼인과의 차이가 강조된다.

독일의 생활파트너십법은 2004년 개정에 의해(2005.1.1 시행) 그 효과가 혼인과 유사하게 되었다. 동성등록파트너십제도를 최초로 입법화한 덴마크를 시작으로 노르웨이, 스웨덴, 아일랜드, 핀란드에서는 등록파트너십제도는 혼인의 규정을 대부분 준용하고 혼인과 별다른 차이가 없다.

#### 다) 복수 제도의 병용

혼인과 파트너십등록제도 중의 선택, 파트너십계약과 등록파트너십 중의 선택이 인정되는 국가와 당사자 간의 성별에 의해 이용할 수 있는 제도가 정해져 있는 국가가 있다.

프랑스에서는 동성커플에게는 공동생활약정 밖에 없지만 이성커플에게는 혼인, 공동생활약정 중에서 선택할 수 있다. 벨기에에서는 동성혼이 인정되기 때문에 이성커플과 동성커플 모두 혼인과 등록파트너십제도를 선택할 수 있다.

등록파트너십제도를 채용하고 있는 나라에서는 이성커플은 혼인, 동성커플은 등록파트너십제도라는 당사자의 성별에 의해 결정되고 선택을 인정하지 않는 국가가 대부분이다.

네덜란드만이 이성커플은 혼인과 등록파트너십제도 중에서 선택할 수 있고 동성커플에게도 동성혼

의 도입에 의해 선택이 가능하게 되었다. 혼인과 등록파트너십제도는 체결과 해소의 절차, 이성커플에게 적출자 추정 적용의 가부만이 다르다.

스위스에서는 제네바와 같은 프랑스권의 칸톤에서 칸톤법의 민사연대협약과 연방법의 동성등록파트너십, 혼인이라는 3개의 제도가 병존하고 이성커플에게는 민사연대협약과 혼인, 동성커플에게는 민사연대협약과 등록파트너십제도 간의 선택이 인정된다.

### 3) 동성간 생활공동체의 법적 보호 - 동성혼

동성간 생활공동체에 대한 법적 보호는 사실혼의 범위를 동성커플까지 포함시키는 경우와 파트너십 등록제도, 그리고 동성혼의 승인을 통해 이루어지고 있다. 동거법과 파트너십등록제도는 법률혼과의 일정 차이를 두고 이들 간의 결합을 보호하는 형태를 취하고 있는 반면, 동성혼은 혼인의 정의에 동성을 포함시키는 것으로 하여 이성혼과 동일한 권리와 의무가 발생하는 형태를 채용하고 있다.

2000년 네덜란드는 동성혼을 결혼제도에 흡수하는 법을 통과시켜 동성혼을 인정한 최초의 국가가 되었다. 즉 "이성 또는 동성의 2인이 혼인을 체결 할 수 있다"고 민법을 개정하여 2001년 4월1일부터 시행하고 있다. 벨기에 역시 2003년 1월 30일 "혼인은 이성 간, 동성 간의 2인 사이에서 이루어질 수 있다"라고 민법을 개정하여 동성혼을 인정하였다.

## 4. 우리사회에 주는 함의

이상으로 결혼제도 밖 생활공동체를 사실혼, 비혼생활공동체, 동성간 생활공동체로 나누어 각각의 법적 쟁점과 외국의 입법 유형과 특징을 살펴보았다.

결혼제도 밖 생활공동체에 대한 법적 보호는 국가마다 다양한 제도를 가지고 있고 유일한 방법이나 방향성이 있는 것은 아니다. 그러면 한국에서는 결혼제도 밖 생활공동체에 대한 법적 보호는 어떠한 방식과 내용으로 해야 하는가에 대해 살펴본다.

결혼제도 밖 생활공동체에 대해서는 일정의 범위에서 법적으로 승인할 필요가 있다. 문제는 법적 보호의 방식과 내용이다. 몇 가지 방안을 제안하면 다음과 같다. 첫째, 사실혼의 범위를 확장시켜 동성커플, 비혼생활공동체를 사실혼으로 인정하는 것이다. 사실혼이 인정되면 여 준혼이론이 적용되어 당사자 뿐 아니라 일상가사책무의 연대책임도 제3자보호로서 유추 적용되고 넓은 범위에서 법률 효과가 인정된다. 그러나 사실혼 범위의 확장을 통해 결혼제도 밖 생활공동체를 보호하는 것은 법률혼 중심에서 탈피하지 못함으로 가족구성의 다양한 형태를 잔여적 범주로 고정화시킬 우려가 있다. 왜냐하면 사실혼 보호의 전제는 법률혼에의 원망이 전제하고 있기 때문이다. 그리고 전통적 의미의 사실혼은 거의 사라졌다는 현실과 개인의 자기결정권에 의해 결혼제도 밖에 존재하는 다양한 결합관계를 혼인에 준하는 관계로 재단하는 것은 개인의 자기결정권을 무시하는 것이 될 수 있다.

둘째, 필요한 경우에 각 특별법(예컨대 주택임대차보호법, 연금법, 보험법 등)에서 개별적으로 생활공동체를 구성하고 있는 이성, 동성커플에 대하여도 혼인상의 배우자와 같은 법적 지위를 인정하는 것이다.

셋째, 유럽과 같이 등록파트너십제도를 채용하는 것이다. 이때 문제가 되는 당사자의 범위를 동성커플로 한정할 것인지, 이성커플까지도 포함할 것인지이다. 혼인이 가능한 이성커플도 이용 가능한 제도를 창설하는 것은 선택 가능성을 확대한다는 차원에서는 의미가 있을 수 있으나 실익이 별로 없다는 점에 문제가 있다. 예컨대, 혼인체결, 해소 절차는 현행보다 더 간단하게 하기 어렵고 다른 제도와의 차이를 마련하기도 어렵다. 혼인과 차이를 두기 위해 공증에 의한 등록과 해소라는 방식을 채용

하면 현행 결혼제도보다도 엄격한 절차가 된다. 부부재산제의 내용도 혼인이 별산제를 채용하고 있는데 등록파트너십이 그것과는 다른 부부공유제와 같은 당사자 간의 재산적 결합을 강하게 강제하는 제도를 도입할 이유가 없다. 한국의 혼인법에서는 최저한의 혼인법의 규정, 과도한 사실혼의 보호 사이에서 이성 간 파트너십계약이 들어갈 여지가 별로 없다.

따라서 등록파트너십제도는 동성커플을 대상으로 하는 것이 바람직하다고 생각된다. 그러면 동성커플만을 대상으로 한 등록파트너십은 어떤 내용을 갖는 제도로 설계할 것인가가 문제이다. 동성커플만을 대상으로 하는 등록파트너십은 혼인과 유사한 권리와 의무를 규율하는 방향으로 설계하는 것이 외국의 입법경향이라 할 수 있다. 결혼제도에서 동성 간의 결합이 배제되어 있다는 불평등을 전제로 하고 있지만, 동성혼이 아닌 혼인과는 별도의 제도를 창설하여 혼인과 유사한 권리와 의무를 부여하는 것은 배우자로서의 권리와 의무를 동성커플에게 확대하는 것으로 이것은 동성혼을 인정하는 것과는 다르다. 동성혼 인정에는 혼인이란 무엇인가라는 어렵고 지나한 논쟁을 통과해야 하기 때문이다.