

## 법제도에서 다양한 가족의 수용을 위한 개선

### Improvement for the acceptance of various families in the legal system

조 은 희\*  
Cho, Eun-Hee

#### 목 차

- I. 서론
- II. 사회 변화에 따른 다양한 가족유형
- III. 현행 혼인 및 가족 관련 규정에 대한 검토
- IV. 결론

#### 국문초록

혼인에 의한 가족형성의 견고성은 점차적으로 느슨해지고 가족의 탈 제도적 현상이 일어나고 있다. 일반적으로 인식되었던 부모와 자녀로 구성되었던 핵가족 역시 감소하면서 현재 우리 사회는 비혼인 공동체, 이혼한 한부모, 미혼인 한부모가 증가하고, 1인 가구의 수도 급격히 증가하는 등 다양한 가족의 유형은 일반화되고 있다.

그런 의미에서 국가가 변화하는 가족의 다양성을 법제도적으로 어느 정도 수용하고 있는가 검토할 필요가 있다.

이에 본 논문은 우선 현재 변화하는 사회 속에서 가족의 의미는 무엇이며, 어떠한 관점에서 가족을 이해하여야 하는지 살펴보았다. 계속해서 우리나라의

논문접수일 : 2020.02.04.

심사완료일 : 2020.02.21.

게재확정일 : 2020.02.21.

\* 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 교수

현재 법제도적 상황을 이해하기 위하여 현행법상 혼인 및 가족 관련 규정들을 살펴보았으며, 이에 대한 문제점을 검토하였다.

우리나라의 혼인과 가족관련 법제도가 여전히 전통적 틀을 벗어나지 못하고 있다는 점에서 헌법을 비롯하여 건강가정기본법, 민법 등에서의 혼인 및 가족과 관련된 법제도를 검토하였다. 다양한 가족을 수용하기 위하여 특히 헌법에서는 혼인 및 가족에 대한 인간의 자유권 보장, 개방성 등을 강조하면서 인간이 자신의 삶을 발현해 나아가는 다양한 삶의 방식을 법제도적으로 수용하여야 하는 점을 주장하였다. 건강가정기본법에서는 가족정책의 근간이 되는 기본법이 여전히 전통적 기본틀 속에서 변화하는 현 시대의 가족을 수용하지 못하고 있는 점을 검토·비판하였다. 민법에서는 가족의 개념, 사실혼 및 동거관계 그리고 동성관계 등 혼인 및 가족과 관련된 보다 구체적인 사항을 검토하였으며, 아울러 이성 및 동성간의 공동체 생활 혹은 동성혼에 관한 것에 대하여는 관련된 외국 사례를 통하여 우리에게 주는 시사점을 검토하였다.

사회의 변화 속에서 가족의 다양성은 법제도적으로 수용되어야 한다. 이는 헌법이 보장하는 개인이 자유롭게 자신의 삶의 방식을 선택할 자유권, 인격발현 혹은 행복추구권에 부합하는 것이다. 그러므로 이러한 헌법정신을 구체적으로 실현하는 법률, 즉 건강가정기본법, 민법 등에서도 이에 대한 문제점을 개선하고 보다 바람직한 방향으로 나아가야 할 것이다.

**주제어** : 다양한 가족, 사실혼, 생활동반자법, PACS, 혼인, 가족, 동성혼

## 1. 서론

개인은 자신의 삶의 방식을 스스로 선택할 자유가 있다. 혼인할 자유, 혼인하지 않을 자유, 혹은 자녀를 두거나 두지 않을 자유, 이혼할 자유 등 한 개인은 자신의 인격권과 행복추구권(헌법 제10조)을 갖으며, 헌법은 이를 보장한다. 그러나 한 개인이 자신의 인격의 발현과 행복을 위한 구체적인 선택과 행위는 한 사회 속에서 언제나 용인되어 왔던 것은 아니다. 과거를 돌아보면 혼인하지 않

은 남녀의 성관계는 부도덕한 것이었으며, 기혼자가 배우자가 아닌 다른 제3자와의 관계를 갖는 경우 간음죄, 간통죄로 처벌되었고, 동성관계 역시 형벌의 대상이었다. 그러나 오늘날 인간의 삶의 방식을 제한했던 많은 규정들은 이제 더 이상 존재하지 않으며, 과거의 역사 속으로 사라졌다. 현재 21세기 유럽 전역은 다양한 ‘가족유형’을 받아들이고 있으며, 비혼인 관계뿐만 아니라 동성 간 생활 공동체를 법으로도 인정하고 있다.

우리 헌법 제36조는 ‘혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다’. 이는 시대 변화에 따라 새롭게 형성되는 다양한 가족이 소외되거나 차별받지 않고 동등하게 발현되어야 하며, 국가가 이를 보장한다는 것을 의미한다.

이에 본 논문은 변화하는 사회 속에서 가족의 다양한 모습을 검토하고, 이에 혼인 그리고 가족과 관련된 현행 법제도가 다양한 가족의 수용을 위해 어떻게 변화되어야 하는지 검토하고자 한다.

## II. 사회 변화에 따른 다양한 가족유형

### 1. 가족의 의미

가족이란 무엇인가? 언뜻 이 질문에 대하여 명확한 답을 한다는 것은 쉽지 않다. 가족이란 용어는 여러 영역에서 사용된다. 그러나 가족 개념이 법과 관련이 있을 때 가족은 무엇을 의미하는가? 법에서 ‘가족’을 일반적으로 정의한다는 것은 거의 불가능하다.<sup>1)</sup> 전통적으로 가족은 부모와 함께 사는 자녀를 의미한다. 따라서 가족은 부모와 자녀로 구성된 2 세대(핵가족), 남과 여, 혼인한 부모, 가족 간의 친밀감, 가정 및 경제 공동체 등 이러한 특성으로 정의되기도 한다. 현재에도 이러한 가족에 대한 이해는 여전히 널리 퍼져 있지만 점점 더 많은 사람들의 삶과 일치하지 않는다.

1) Marina Wellenhofer, Familienrecht, 4. Auflage, C.H.Beck, 2017, S. 1.

이와는 달리 사람들의 삶의 방식은 더욱 다양하다. 예를 들어 비혼인 부모가 자녀를 양육하거나, 한부모가 자녀를 양육하거나, 혼인을 한 경우에도 무자녀로 살아가는 부부도 있으며, 동성애자가 함께 살아가는 경우도 있다.

우리가 무언가를 가족이라고 정할 때 가족에 대한 명확한 정의를 내릴 수는 없지만 가족이라는 범주에는 혼인, 친권, 연대성이라는 3가지 다양한 관점에서 바라볼 수 있으며<sup>2)</sup>, 이러한 관점 역시 변화하는 과정에 있다.<sup>3)</sup> 계속해서 위 3가지 관점과 그 변화하는 과정을 살펴보면 다음과 같다. 첫째로 가족에 있어서 혼인이 강하게 강조된다. 가족은 혼인한 배우자가 가정 안에서 함께 살아간다. 혼인은 가족을 구성한다. 그러나 오늘날 혼인율은 감소하고 있으며, 혼인한 부부에게 자녀가 반드시 요구되는 것도 아니다. ‘한국의 사회지표’조사에 따르면 혼인건수는 2012년에서 2018년까지 7년 연속 감소하였으며, 2018년에는 25만 7천 6백 건으로 전년대비 2.6% 감소하였다.<sup>4)</sup> 혼인율의 감소에 반해 사실혼이나 동거와 같은 비혼인 관계는 증가하고 있다. 2018년 조사에서 ‘결혼을 하지 않아도 같이 살 수 있다’고 대답한 사람들은 56.4%에 달한다. 이외에도 자녀의 출생과 관련하여 결혼하지 않고도 자녀를 가질 수 있다고 답한 사람은 30.3%에 달한다.<sup>5)</sup> 비혼인 관계에 대한 긍정적인 태도와 이들 관계에서도 자녀의 출산이 가능하다는 답은 혼인에 대한 의식이 약화되고 있음을 보여준다.

둘째는 친권이다. 가족은 부모와 자녀 사이 또는 자녀와 부모 사이의 책임 공동체이다. 또는 간단히 말해 아동이 있는 어느 곳이든 가족이 존재한다고 말할 수 있다. 그러나 사회의 변화 속에서 혼인과 가정공동체만이 가족을 구성하지 않는다. 가족은 부모와 자녀라는 관계에서 벗어나서 보다 새롭고 더 폭넓은

2) Norbert F. Schneider, “Was ist Familie? Eine Frage von hoher gesellschaftspolitischer Relevanz”, 이 글은 “가족이란 무엇인가”에 대하여 사회정치적인 관련성과의 문제를 서술하고 있다. 인터넷 주소 아래 참고.

<http://www.bpb.de/politik/grundfragen/deutsche-verhaeltnisse-eine-sozialkunde/138023/was-ist-familie>.

3) Norbert F. Schneider, “Was ist Familie? Eine Frage von hoher gesellschaftspolitischer Relevanz”, : 이 글에서는 가족의 3가지 관점과 독일 사회에서 변화하는 가족의 내용을 소개하였다. 본문에서는 우리나라의 통계자료를 통해 변화하는 우리 사회에서의 가족을 설명하였다.

4) 통계청, 2019, 3.20. 자 보도자료 「2018년 혼인·이혼 통계」, 4면.

5) 통계청, 2018, 11.6. 자 보도자료 「2018년 사회조사 결과(가족교육보건안전환경)」, 15면.

가족개념으로 범주화된다. 우리나라의 경우에도 ‘가족의 다양성에 대한 국민 여론 조사’에 따르면 법적으로 혼인·혈연관계로 가족의 범위를 제한하는 것에 대해 응답자의 32.7%가 동의하지 않는다고 응답하였다. 이는 가족 개념이 전통적인 혼인·혈연 중심에서 보다 확장되어 가고 있음을 의미한다.<sup>6)</sup>

셋째는 개방적이고 더 살아있는 연대를 강조한다. 가족은 두 사람 이상 사이의 독점적 연대 공동체이다. 여기서 반드시 혼인과 자녀의 존재는 중요하지 않다. 보건사회연구원의 다른 조사에 따르면 ‘배우자나 배우자 가족이 아닌 비혈연 관계에 있는 사람이라도 함께 지내면 가족인가’라는 물음에 79.3%가 가족이라는 것에 동의하였다.<sup>7)</sup>

가족개념에 대한 질문의 답은 사회정치적으로도 매우 관련이 깊다. 이는 어떤 삶의 방식이 사회적으로 합법적이고 또한 특히 보호와 지원에 합당한가를 결정하기 때문이다. 연대성, 독점성, 상대적 영속성 및 상호성, 이러한 특성은 가족의 현대 사상의 좋은 기초를 제공해 줄 수 있고, 더 나아가 민법에 근거한 혼인 및 가족의 엄격한 규범화를 해체 할 수 있기 때문이다.<sup>8)</sup>

## 2. 삶의 유형으로써 다양한 가족

사회과학의 분석에 있어서 가족이라는 개념은 역사적 변화 가능성과 이데올로기적 두려움 때문에 매우 제한적으로 사용된다. 그렇기 때문에 가족은 개인의 삶속에서 보여주는 유형과 같은 객관적인 개념이 더 적합하다. 개인의 삶의 유형은 사적 영역에서 가사를 함께 하는 공동생활을 포괄하며, 상대적이고 안정적인 관계를 대표한다. 이것은 일반적이고 포괄적인 개념으로 작용한다.

‘가족유형’은 부모 혹은 한부모와 자녀가 함께 생활공동체를 형성하는 경우이다. 여전히 우리 사회에서는 핵가족이 다수를 차지하지만 “혼인한 부부로 구성된 핵가족”은 가족유형의 일부분일 뿐이다. 이러한 가족에서는 고전적인 의미에

6) [http://www.mogef.go.kr/nw/enw/nw\\_enw\\_s001d.do?mid=mda700](http://www.mogef.go.kr/nw/enw/nw_enw_s001d.do?mid=mda700)(방문일자 2019.12.1).

7) 변수정, 「다양한 가족의 제도적 수용성 제고 방안, 연구보고서」, 2017-20, 한국보건사회연구원, 2017, 202-203면.

8) <http://www.bpb.de/politik/grundfragen/deutsche-verhaeltnisse-eine-sozialkunde/138023/was-ist-familie>(방문일자 2019.12.1).

서 남녀 간의 역할분담이 일어난다. 남자는 경제활동을 하는 유일한 가정경제의 공급자이고, 아내는 가사노동을 담당하는 주부이며, 어머니는 자녀양육에 있어서 더 많은 역할을 담당한다. 그러나 이러한 유형도 점차적으로 사라지고 있으며, “현대 핵가족”은 파트너가 서로 평등한 역할형성에 기반을 두고 있다.

개인의 사적 생활유형은 엄격한 구조형태를 갖고 있지 않다. 그보다 개인의 생활유형은 발전하는 과정 속에 있다고 본다. 개인은 자신에게 주어진 과제에 대한 성과를 내기 위해 노력하며, 이로 인해 개인의 삶의 형태는 역동적 일뿐만 아니라 생활 속에서 자신의 삶의 유형을 형성하고, 형성된 것은 전환되기도 하며, 이러한 과정을 통해서 특징지어진다.<sup>9)</sup> 전형적인 전환은 결혼, 부모가 되는 것, 자녀가 부모의 가정에서 이탈하거나, 배우자의 사망이나 이혼 등이다. 이처럼 가족은 고정된 것이 아니라 다양한 유형으로 가정될 수 있을 뿐이다. 이로 인해 각각의 개인은 자신의 사적인 생활 유형에 대하여 사회적 정당성을 주장할 수 있다. 가족은 자연의 법칙이 아니라 각각의 문화 및 사회적 조건에 의해 변화되는 사회 제도이며, 정해져 있는 것이 아니다. 모든 사회적 각인에도 불구하고 가족은 또한 개인에 의해 생겨나고 생활하며 형성되는 개인의 관계구조이다.<sup>10)</sup>

오늘날 유럽 전역에서 관찰되어지는 ‘가족유형’은 복잡하고, 그 규모는 축소되고 있으며, 다양화되고 있다.<sup>11)</sup> 이러한 다양한 가족의 유형을 나열해 보면 다음과 같다. 극소수에 불과하지만 3대 이상이 함께 사는 대가족, 혼인한 부부와 자녀, 혼인한 부부의 무자녀, 혼인하지 않은 부부와 자녀(사실혼가족, 동거가족), 이혼이나 배우자의 사망으로 인하여 한부모가족(모와 자녀, 부와 자녀로 구성된 가족), 재혼가족, 이혼한 자가 자녀와 함께 파트너관계를 형성하거나, 재혼하지 않은 채 각각의 자녀를 데려와 공동체를 형성하는 Patchwork 가족도 존재한다. Patchwork 가족도 여럿 분류할 수 있는데, 모와 자녀 그리고 파트너, 각자 남녀가 자녀가 있는 상태에서 구성되는 가족, 각자 자녀가 있으면서 또한

9) BVerfGE 76, 1(42); 36, 146(161); 31, 58(67f): 혼인과 가족생활은 자유롭게 형성할 자유권으로서 성격을 가진다.

10) <http://www.bpb.de/politik/grundfragen/deutsche-verhaeltnisse-eine-sozialkunde/138023/was-ist-familie>.

11) Marina Wellenhofer, Familienrecht, 4. Auflage, C.H.Beck, 2017, S. 3.

두 사람 사이에 공동의 자녀를 둔 가족이 있다. 이외에도 입양가족, 조손가족, 이모나 삼촌이 아동을 양육하는 친족가족도 가능하며, 위탁가족, 공동체가족(그룹홈), 한쪽 부모가 외국인인 가족이 있으며, 우리나라에서는 아직 인정하고 있지 않으나 동성애 가족 등이 있다.

가족정책적 관점에서 우선 이러한 다양한 가족은 유형별로 제시될 수 있어야 한다. 이는 가족의 생활유형이 다양하기 때문에 이들 가족에 대해 기대되는 역할도 다양하고, 이들에게 제공되어야 하는 국가의 지원도 다양하게 실행되어야 하기 때문이다.<sup>12)</sup>

### III. 현행 혼인 및 가족 관련 규정에 대한 검토

#### 1. 헌법에서 혼인과 가족의 해석

혼인에 있어서 헌법 제36조 제1항은 ‘혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다’ 라고 규정하고 있다. 헌법은 혼인을 정의하고 있지 않으나 혼인은 한 남자와 한 여자의 결합이며, 일부일처제, 중혼금지 등을 기본원칙으로 한다. 혼인은 국가의 승인을 필요로 하기 때문에 혼인신고를 통하여 그 효력을 발생한다(민법 제807조 이하). 이에 사실혼이나 동거 등 비혼인 생활공동체는 헌법상 혼인으로 인정되지 않는다.<sup>13)</sup>

독일 역시 비혼인 공동체를 혼인과는 분류시킨다. 독일연방법원은 1970년 혼외성을 더 이상 독일민법 제138조 제1항의 선량한 풍속에 반하는 것(Sittenwidrigkeit)이 아니라는 판결을 내렸으며,<sup>14)</sup> 그 이후부터 판례는 점차적으로 혼인과 유사한 동거를 하나의 사실로 받아들이는 쪽으로 기울었다.<sup>15)</sup> 결국 1983년 독일연방헌

12) Rosemarie Nave-Herz, Familie heute 7. Auflage, Wbg Academic, 2019, S. 17.

13) 헌재 2014. 8. 28. 2013헌바119, 26-2상, 311, 318.

14) BGH, 09.02.1970 - II ZR 76/68; BGH NJW 1970, 1540 : 혼인한 남성과 미혼 여성이 사업상 계약을 체결하였는데, 남성의 처는 이들의 계약을 선량한 풍속에 반하는 계약이라고 주장하였으나 법원은 선량한 풍속에 반하는 계약은 아니라고 판단하였다.

법재판소는 비혼인 공동체를 법률혼과 동일하게 취급하는 것은 허용되지 않으나 비혼인 공동체의 형성은 독일 기본법 제2조가 규정하는 개인의 인격발현과 인격의 자유로운 신장에 관한 것으로 용인되어야 한다고 보았다.<sup>16)</sup> 독일에서의 비혼인 공동체는 남녀 간의 공동체를 의미하며 동성 간의 관계는 이에 해당되지 않았다.<sup>17)</sup> 이에 동성 간의 공동생활은 ‘등록된 생활동반자법(Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft, 이하 생활동반자법(LPartG)이라 칭함)에 의하여 보장되었다.<sup>18)</sup> 그러나 동성혼을 인정하지 않았던 독일도 결과적으로 2017년 6월 연방참사원의 ‘혼인개방법’(Eheöffnungsgesetz)안이 통과되어,<sup>19)</sup> 결국 동성 간의 혼인을 인정함으로써 혼인을 모두에게 가능하도록 하였다.

우리나라의 경우 헌법재판소는 ‘혼인’이란 양성이 평등하고 존엄한 개인으로서 자유로운 의사의 합치에 의하여 형성된 생활공동체를 이루는 것으로 보고 있기 때문에<sup>20)</sup>, 법적으로 승인되지 않은 동성커플의 결합은 혼인개념에서 배제된다.<sup>21)</sup>

혼인제도와 동일하게 가족제도 역시 하나의 제도로 가족은 사회구성원을 재생산하고, 자녀의 양육과 사회화 기능을 담당하며, 또는 사회적 보호와 가족 상호간 정서를 지원하며, 사회적 정체성을 부여하며, 경제공동체 등 다양한 기능을 수행하고 있다. 이에 헌법에서 가족의 생성과 발전은 사회변화에 따라 수용되어야 한다는 의미에서 가족은 중립성 혹은 개방성을 갖는 것으로 해석되고 있다.<sup>22)</sup>

15) Rainer Frank(김동훈 번역), “독일법에 있어서의 비혼인적 공동생활”, 「가족법 연구」 제12호, 1993, 259-261면.

16) Rainer Frank(김동훈 번역), 상계논문, 260면.

17) OVG Hamburg FamRZ 1990, 1288.

18) 2001년 독일에서 동성간의 결합을 인정한 생활동반자법이 제정되었고, 이 법은 2017년 9월 까지 유효하다.

19) Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschliessung für Personen gleichen Geschlechts – Eheöffnungsgesetz, BGBl I 2787.

20) 헌재 2014. 8. 28. 2013헌바119, 26-2상, 311, 318.

21) 양건, 「헌법강의」, 법문사, 2016, 978면; 이재희, “국가와 가족”, 한국가족법학회 헌법재판연구원 공동학술대회 토론회 “헌법과 가족법”, 2019, 6. 14, 43-44면; 서울서부지방법원 2016. 5. 25. 자 2014호파1842 결정(동성간 혼인신고가 불수리 된 후 이에 불복하여 서울서부지법에 소를 제기한 사건에서도 법원은 현행법상 동성에 의하여 신청한 합의는 혼인의 합의라고 할 수 없으며, 이러한 합의에 따른 신고는 적법한 혼인신고라고 할 수 없다고 보았다).

22) Peter Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, Berlin : Duncker & Humblot, 1982,



전통사회에서 가족은 혼인을 통해 형성되었으나 오늘날 가족은 혼인에 의해서만 형성되지 않으며, 그 관련성도 약화되고 있다. 부부에게 자녀가 없는 경우도 있으며, 반면 다수의 아동은 비혼인 관계에서 출생하기도 한다. 독일연방헌법재판소는 헌법적 보호를 받는 가족은 법질서에 의해서 특정되거나 인정된 생활영역에서의 부모와 자녀로 구성된 결합체 내지 공동체 또는 자녀의 양육과 교육을 위한 권리와 의무가 발생하는 부모와 자녀의 포괄적 공동체로 해석하고 있다.<sup>23)</sup>

독일 사회에서 혼인과 자녀는 오래전부터 분리되었고, 많은 부부가 자녀를 낳지 않고 많은 아이들이 비혼인 관계에서 태어난다. 1993년 독일 법원은 혼인과 자녀의 분리를 인정하였다.<sup>24)</sup> 사회가 변화하면서 법에 대한 이해 역시 바뀌었다. 규정상 살펴볼 때 독일의 경우 1919년 독일의 바이마르헌법 제119조에서는 “혼인은 가족생활의 기초로써 헌법의 특별한 보호 속에 있다”라고 규정하여 바이마르헌법은 가족생활은 혼인을 통해 형성된다고 보았다. 그러나 1949년 헌법은 이 상태를 그대로 유지하지 않았다. 1949년 독일 기본법 제6조에서는 “혼인과 가족은 국가질서의 특별한 보호를 받는다.”라고 규정하여, 가족을 혼인과 대등하게 기본법에 추가하였다.<sup>25)</sup> 우리나라의 경우에도 건국헌법과 1962년 제3공화국 헌법 제31조에서 혼인과 가족이 분리되지 않았으며, 이 때 까지만 해도 가족은 혼인을 통해 형성되는 것으로 보았다. 그러나 1980년 제5공화국 헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성평등을 ...”이라고 규정하여, 문맥상 가족이라는 단어가 새롭게 등장하면서 혼인과 가족생활이 동일체가 아니고 서로 분리될 수 있다는 것을 보여 주었다.

혼인제도는 그 자체로 보호되어야 할 제도이며, 가족생활 역시 독자적인 제도로 이는 국가의 보호를 받는다.<sup>26)</sup> 혼인과 가족은 하나의 사회적, 법적 현상으

23 ff.; 임규철, “가족의 헌법상 의미에 관한 비판적 고찰”, 『헌법학연구』 제9권 제1호, 2003, 461면.

23) BVerfGE 10, 59(66), BVerfGE 48, 327; 허영, 『한국헌법론』 신2판, 박영사, 2002, 166면; 정문식, “헌법상 혼인과 가족생활의 보호 의미와 변화—독일헌법상 혼인과 가족생활의 보호에 관한 논의를 중심으로—”, 『한양법학』 제28권 제3집(통권 제59집), 2017, 238면.

24) 폴커 키즈/배명자 역, 『법은 얼마나 정의로운가』, 한스미디어, 2017, 199면.

25) 조은희, “사실혼 동거 가족의 법률문제와 해결방안”, 『법학연구』 제12집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2009, 109면.

26) Burgi, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 2002, Art.6, Rdnr. 21 :

로 법적으로 보장을 받으며, 일정한 지속성도 유지되어야 하지만 사회 변화에 따라 추상성, 개방성을 갖는다.<sup>27)</sup> 이에 개인이 선택한 삶의 유형이 비전형적인 형태라는 이유로 배제된다면 결국 헌법은 개인의 존엄과 그 인격을 침해하는 결과를 가져올 것이다.<sup>28)</sup> 그런 의미에서 시대 변화에 따른 ‘개방성’에 대한 검토는 혼인과 가족 영역에서도 중요한 과제가 아닐 수 없다.

## 2. 건강가정기본법에서의 가족에 대한 수용과 그 한계

### 가. ‘가족유지’라는 고정화된 기본원칙

건강가정기본법 제1조에서 ‘가족의 유지 및 발전을 위한 국민의 권리·의무와 국가 및 지방자치단체 등의 책임’을 규정하고 있다.<sup>29)</sup> 이는 국가가 지향하는 가족정책의 기본원칙이 ‘가족의 유지와 발전’이라는 측면을 보여줄 뿐만 아니라 국민에게도 이를 의무화하고 있다. 앞서 설명하였듯이 사회는 유동적이고 변화한다. 가족은 한 사회를 구성하는 하나의 구성요소로서 부단한 유동성을 갖는다. 이는 어떤 고정화된 것이 아닌 살아있는 것이기에 한 가족은 구성되고 분산되고 다시 다른 구성원과 결합하여 새로운 가족형태로 재구성되기도 한다. 이런 의미에서 건강가정기본법은 ‘가족의 유지’를 목적으로 할 것이 아니라 현재 존재하는 다양한 가족을 포괄하고 수용하는 기본이념을 수립하는 것이 바람직

Rolf Gröschner, in: Dreier, GG, Bd.I 1996, Art.6, Rdnr. 45.

27) Markus Kotzur, in: Stern/Becker(Hrsg), Grundrechte-Kommentar, Art. 6, Rdnr.15, 2. Auflage, 2016.

28) 이재희, “국가와 가족”, 한국가족법학회 헌법재판연구원 공동학술대회 헌법과 가족법 토론회, 2019. 06.14, 37-45면.

29) 건강가정기본법은 2004년 2월 제정되고 2005년 1월부터 시행되었다. 건강가정기본법의 제정 배경은 낮은 출산율과 이혼율의 증가로 인해 가족의 해체 등 가족이 위기에 처했다고 보는 가족의 커다란 변화 속에서 국가가 정책적으로 개입하여 가족의 문제를 예방하고 가족의 기능을 강화한다는 차원에서 제정되었다. 국가가 가족정책에 관한 기본틀인 기본법을 마련하는 것에 대한 반대 의견은 없었으나, 제정되는 과정에서 건강가정기본법의 이념과 그 내용에 대한 의견은 첨예하게 대립되었다. 당시 건강가정기본법의 내용을 비판적 시각에서 본 논문은 (윤홍식, “가족의 변화와 건강가정기본법의 대응 한국가족정책의 원칙과 방향정립을 위한 고찰”, 「한국가족복지학」, 14호, 2004; 이재경, “한국 가족은 ‘위기’인가? ‘건강가정’ 담론에 대한 비판”, 「한국여성학」 제20권 제1호, 2004) 등이다.

할 것이다.

#### 나. 가족이나 가정이나?

건강가정기본법 제3조 제1호에서 가족의 범주를 혼인·혈연·입양으로 이루어진 사회의 기본단위이며, 동조 2호에서 “가정”이라 함은 가족구성원이 생계 또는 주거를 함께 하는 생활공동체로서 구성원의 일상적인 부양·양육·보호·교육 등이 이루어지는 생활단위로 정의하고 있다. 건강가정기본법에서는 가족과 가정을 분류하고 있으며, ‘건강가정기본법’의 명칭에서 보여주듯 법령 역시 가족이 아닌 가정이라는 용어를 사용하고 있다.

그러나 헌법 제36조에서도 ‘혼인과 가족생활은’ 이라고 하여 가족이라는 용어를 사용하고 있으며, 민법 제779조에서 가족이라는 용어와 함께 가족의 범주를 규정하고 있다. 전통적으로 친족법과 상속법을 총괄하여 가족법이라고 칭하여 왔으며, 이를 재산법과 구별하여 이해하고 있다.<sup>30)</sup> 그럼에도 불구하고 건강가정기본법은 이미 오래 전부터 법규에서 사용하고 있는 ‘가족’이라는 용어를 사용하지 않고 ‘가정’이라는 용어를 사용한다는 것은 다른 법규와의 관계에서도 조화롭지 못하다.

#### 다. 가족생활에서의 개인존엄과 ‘가정’이라는 공동체

가족(family)의 사전적 의미는 부부를 중심으로 한, 친족 관계에 있는 사람들의 집단 또는 그 구성원을 의미하며, 가정(home)이라는 의미는 한 가족이 생활하는 집, 혹은 가까운 혈연관계에 있는 사람들의 생활 공동체를 의미한다. 용어의 의미상 가족이나 가정은 1인 이상이라는 면에서 공동체를 의미하나 ‘가족’은 개인이, ‘가정’은 공동체가 더욱 강조된다.

헌법은 가족생활이 ‘개인의 존엄과 양성평등’을 기본 바탕으로 영위되어야 한다고 규정하고 있다. 이러한 점에서 가족 구성원인 개인의 존중은 중요하다. 개

30) 상속법을 가족법의 일부로 다루는 데는 의문의 여지가 있다고 보고 있다(윤진수, “헌법이 가족법에 변화에 미친 영향”, 서울법대와 프라이부르크 법대의 공동 심포지움 자료, 2002 참조).

인의 존엄은 가정이라는 공동체 보다 우선시 되는 헌법적 가치이다. 개인의 존엄이 무시된 ‘가정 공동체’의 존중은 헌법정신에 부합되지 않는다. 이런 의미에서 건강가정기본법이 ‘가족’이 아닌 ‘가정’이라는 용어를 사용함으로써 개인 아닌 공동체를 중시하고 강조하고 있다는 점에서 이는 재검토될 필요가 있다.

#### 라. 혼인·혈연 중심의 좁은 가족범위

건강가정기본법 제3조제 1호는 가족의 범위를 혼인·혈연·입양으로 규정하고 있다. 이와 같은 가족의 범위는 현 다양한 가족을 포괄할 수 없는 가족의 범주를 설정하고 있다. 이에 이 법에 따라 출산과 양육, 직장과 가족생활의 양립, 가족 대상의 상담과 교육 등을 지원함으로써 가족을 유지하는 것이어서 1인 가구를 비롯한 다양한 가족을 포괄적으로 지원하기에는 한계가 있다.<sup>31)</sup> 또한 이 법은 가족의 경제적 욕구와 의료적 욕구 및 주거와 관련된 문제 등과 같이 타 사회 정책과의 연계 속에서 가족에 대해 광범위하게 접근해야 하는 정책적 영역에 직접적으로 개입하는 데에도 한계가 있다. 가족의 범위를 묻는 의식조사에서 전체 응답자의 67.5%가 가족은 혼인·혈연여부와 상관없이 생계와 주거를 함께하는 것으로 인정해야 한다는 데에 동의하고 있다.<sup>32)</sup> 공동생활을 하는 2인 이상을 모두 가족이라는 범주에 넣을 수는 없지만 혼인·혈연·입양 이외에도 이와는 무관하지만 공동의 주거와 가족경제, 양육 및 돌봄이 이루어지는 관계 등 다양한 가족을 포섭할 수 있는 가족의 범주는 확장되어야 한다.

#### 마. 건강가정과 비건강가정 ?

건강가정기본법 제3조 제1호에서는 혼인·혈연·입양의 좁은 가족범위를 규

31) 고경환·강지원·김용민, 「가족복지서비스 전달체계의 운영평가 - 상담서비스 네트워크를 중심으로」, 연구보고서 2008, 한국보건사회연구원, 2008, 50-51면. 이진숙, “가족의 다양화에 따른 가족 서비스 지원 체계 효율화 방안 모색” 「보건복지포럼」 제52권 0호, 한국보건사회연구원, 2017, 80면.

32) 변수정, 「다양한 가족의 제도적 수용성 제고 방안」, 연구보고서 2017, 한국보건사회연구원, 2017, 202-203면.

정하고 있으면서 다른 한편으로는 동법 제15조에서 ‘다양한 가족의 욕구충족을 위한 정책을 수립’하도록 규정하고 있다. 더 나아가 동법 제21조 제4항에서는 “국가 및 지방자치단체는 한부모가족, 노인단독가정, 장애인가정, 미혼모가정, 공동생활가정, 자활공동체 등 사회적 보호를 필요로 하는 가정에 대하여 적극적으로 지원하여야 한다”라고 규정하고 있다.

이 규정에서 정한 혼인·혈연 중심의 가족은 ‘정상가족’ 또는 ‘건강가정’이고, 반면 그 외의 가족은 ‘요보호가족’, ‘비정상가족’으로 설정되고 있다. 가족정책적 관점에서 각각의 가족은 유형별로 요구되는 사항이 다를 수는 있다. 그런 점에서는 다양한 가족에 대한 맞춤형 형식으로 접근할 필요는 있다.<sup>33)</sup> 그러나 법제도가 혼인과 혈연으로 구성된 가족을 기준으로 삼아 그 외의 가족을 차별하는 것은 바람직하지 않다.

오늘날 개인의 삶의 방식으로 표현되는 가족의 유형은 ‘정상적’이거나 ‘비정상적’이라는 기준을 세울 수 없다. 혼인·혈연으로 구성된 가족도 가족의 유형 중 하나이다. 다양성에는 우열이 있을 수 없다. 그런 의미에서 모든 다양한 가족유형은 평등하다는 인식 속에서 출발해야 한다.

### 3. 민법에서의 다양한 가족의 수용과 그 한계

#### 가. 가족의 범위

민법 제779조는 가족의 범위를 규정하고 있다.<sup>34)</sup> 민법 제779조는 혼인여부와 관계없이 직계혈족을 가족의 범주에 포함시키고 있다. 기존의 호주제하에서 미혼의 모가 자녀를 양육한다고 하더라도 자녀가 부의 호적에 입적되는 경우 모와 자녀 사이는 가족이 아니며, 호적에 등록된 부와 자녀 사이가 가족으로

33) 여성부(연구자: 정현숙·정영화·천혜정·양성은·조은희), 「가족관련기본법 제정을 위한 기초조사 및 평등가족기본법(안) 마련」, 2003, 12면.

34) 민법 제779조 ①다음의 자는 가족으로 한다.  
 1. 배우자, 직계혈족 및 형제자매  
 2. 직계혈족의 배우자, 배우자의 직계혈족 및 배우자의 형제자매  
 ②제1항 제2호의 경우에는 생계를 같이 하는 경우에 한한다.

간주되었다는 점에서 위의 1호의 규정은 호주제하에서의 가족범위의 문제를 해결한 셈이다.<sup>35)</sup>

그 외에도 민법 동조 제1항에서는 형제자매, 그리고 제2항에서 제1항 제2호와 사실상 생계를 같이하는 경우 가족의 범위에 포함시키고 있는데, 이는 직계혈족의 배우자는 며느리와 사위, 배우자의 직계혈족은 장인, 장모 및 배우자의 형제자매는 아주머님, 시동생, 시누이, 처남, 처제, 처형 등도 가족의 범위에 속하는 것으로 기존 호주제하에 속하지 않았던 가족이 보다 확장되었다. 이처럼 혼인·혈연관계에서 직계혈족이 아닌 형제자매를 가족에 포함시킨 것과 민법 제779조 제1항의 2호에서 생계를 같이하는 경우 혈연관계가 아닌 인척관계에 있는 처남, 처제 등도 가족의 범주에 포함시킨 것은 우리 국민이 형제자매 관계를 중시한다는 점과 생활공동체 관계를 중시하는 것으로 해석할 수 있을 것이다.

그러나 다른 한편 호주제 폐지 후 이를 대체할 민법 제779조의 규정(가족의 범위)이 필요했는가에 대하여 논란의 여지가 있었다. 민법상의 가족구성원 사이에 부부, 친자, 형제자매 사이에 존재하는 법률관계 외에 가족구성원이라는 지위에서 특별한 법률관계가 생기는 것도 아니므로 굳이 가족개념을 민법에 들 현실적 필요가 없으며, 또한 다른 법령에 가족개념을 쓰고 있는 것이 많이 있기 때문에 민법에서의 가족개념은 그 개별법의 입법목적, 취지에 따라 그 내용과 의미가 각기 다를 수밖에 없기 때문에 민법에 가족개념을 정의할 필요가 없다.<sup>36)</sup> 이러한 의견은 타당하며, 외국의 입법례에서도 민법에 가족개념을 명시하지 않는 것이 일반적이다.<sup>37)</sup>

그러나 오랫동안 호주를 중심으로 유지되었던 호주제 폐지로 인해 가족의 범주가 전면 변화되어야 하는 상황에서 당시 이 자리를 비워놓는다는 것은 가족의 상실 혹은 가족의 부재를 우려한 국민적 정서의 반영이 작용했다고 본다. 이런 의미에서 민법 제779조는 어떤 기능을 하기 보다는 단지 '상징적 의미'로 제정되었다고 볼 수 있을 것이다.

35) 이화숙, 『2005년 개정가족법 해설 및 평가』, 세창출판사, 2005, 36면.

36) 이승우, "한국가족법의 최근의 동향", 『성균관법학』 제18권 제2호, 성균관대학교비교법연구소, 2006, 193면: 본 논문에서 가족개념을 민법에 규정할 필요가 없는 여러 가지 이유를 설명하고 있다.

37) 이은정, "가족의 범위", 『가족법연구』 제20권 1호, 한국가족법학회, 2006, 194면.

그러나 앞서 설명하였듯이 가족은 사회변화 속에서 유동적이며, 다양한 요소에 의하여 형성되며, 다양한 특징을 갖는다. 단지 자녀가 있는 곳은 어디든 가족으로 유형화 시킬 수 있지만 이것 역시 법적인 문제에서 충분하지는 않다. 실질적으로 가족은 사실과 규범의 관계 속에서 항상 새롭게 결정되어야 한다. 이런 의미에서 현행 민법 제779조의 가족에 대한 규정은 규정에 대한 실익이 없을 뿐만 아니라, 현 사회의 다양한 가족을 수용하는데 ‘걸림돌’이 될 수 있다. 이런 점에서 이 규정은 폐지되어야 할 것이다.

#### 나. 배우자

민법 제779조에서 ‘배우자’는 가족범주에 속하며, 민법 제777조 제3호에서 배우자는 친족범위에 포함된다. 배우자는 혈연관계가 아닌 혼인으로 맺어진 관계이다. 여기서 배우자를 친족에 포함시키는 것에는 반론의 여지가 있다. 민법상 배우자는 구체적으로 그들 간의 권리의무관계를 규정하고 있으므로 이를 친족범위에 규정하는 실익은 없다.<sup>38)</sup>

다른 한편 배우자가 가족에 속한다고 하였을 때 배우자란 민법상 법률혼을 의미하는 것이고, 이에 따라 엄격히 해석한다면 혼인하지 않은 사실혼 관계나 동거 관계에 있는 자들은 상호간 배우자가 아닌 파트너관계에 있으며, 이로써 그들은 서로 가족이 아니다. 이런 점에서 민법에서의 가족의 범주를 확정하는 것은 다양한 가족의 범주를 포괄하지 못한다는 문제를 갖게 된다.

### 4. 비혼인 생활공동체의 법적 수용과 그 한계

#### 가. 일반론

민법상 혼인은 혼인의사의 합치와 혼인신고를 통해 그 효력을 인정하고 있기 때문에 법률혼이 아닌 그 밖의 남녀의 생활공동체는 비혼인 공동체이다. 여기에는 사실혼 관계, 동거관계, 동성혼 등이 있으며, 이들 관계는 그들의 구체적인

38) 김주수·김상용, 「친족상속법」, 법문사, 2013, 443면.

법률행위를 확정할 수 없기 때문에 법적으로 규율하는 것이 어렵다. 이러한 관계하에 있는 당사자는 혼인제도 밖에 있으며, 이는 국가의 개입이나 간섭을 원치 않는다고 추정할 수 있다는 점에서 이들의 자유로운 의사는 충분히 고려되어야 한다.<sup>39)</sup>

그러나 다른 한편 비혼인 관계에 있는 자들이 혼인을 선택하지 않았다고 해서 이들이 법으로 부터 전적으로 자유로워지기를 원하는 것은 아니다.<sup>40)</sup> 법률혼에서 규정하고 있는 내용에 동의할 수 없지만 어떤 면에서 그들은 그들 관계에서 형평에 부합하는 적절한 판단이 존재하기를 원한다. 그런 의미에서 이들 사이에서 분쟁이 발생하는 경우 관련 규정이 없기 때문에 구체적인 사건에서 법원의 판단이 필요하게 된다. 법원은 현행법을 기초로 적절하게 이를 판단하여야 하는 과제를 안고 있다. 우리나라는 비혼인 관계 중에서 사실혼 관계의 경우 법원에서 이에 대한 문제를 해결하고 있다.

비혼인 관계의 경우 개인과 개인 사이의 관계에서 발생되어진 문제로 보아 민법의 일반규정에 따른 법을 적용하거나 물권법 혹은 채권의 규정을 적용할 수도 있다. 그 외에도 가족법상의 규정이 유추 적용되기도 한다.<sup>41)</sup> 독일의 경우 비혼인 관계의 문제가 가족법에서 유추 적용할 수 있는 것은 부부의 특별한 내용을 담고 있는 것은 아니며,<sup>42)</sup> 일반적인 친밀한 관계 사이에서 일어날 수 있는 것으로 판단한다. 그러나 국가 마다 이에 대하여는 차이를 보이며, 우리나라의 경우 사실혼의 경우 법원은 혼인에 준하는 관계로 이들의 문제를 해결하기도 하지만, 외국의 여러 국가에서는 비혼인 관계에 있어서 법원의 판단을 통하거나 혹은 혼인과 유사한 법률을 제정하여 이성과 동성관계의 권리의무를 규율하고 있다.

39) 독일에서 비혼인 공동체에 대한 규정은 존재하지 않는다. 비혼인 공동체에 대한 혼인법의 유추 적용도 상당히 거부되고 있다(Klaus Schnizler, Münchener Anwalts Handbuch Familienrecht, 2008, 1061).

40) Ingeborg Schwenzer, JZ 1988, 781, 782.

41) BGH FamRZ 1980, 40; OLG Düsseldorf, NJW 2006, 1535.

42) 예를 들어 비혼인 관계에서 독일민법 제1359조에서 규정하고 있는 부양청구권은 발생하지 않는다(조은희 “독일의 비혼인생활공동체의 한국의 동거관계에 대한 제안”, 「한양법학」 제24권 제3집, 한양법학회, 2013 609-610면).



## 나. 사실혼 및 동거관계와 문제점

### (1) 사실혼 및 동거관계

우리나라의 경우 민법에 혼인하지 않은 비혼 생활공동체에 관하여 규정을 두고 있지 않으나 “사실상 혼인관계에 있는 자”는 법원의 판례를 통해 준혼관계로 인정되고 있으며, 기타 개별법 즉, 공무원 연금법(동법 제3조 3호), 교직원연금법(동법 제2조), 산업재해보상보험법(동법 제4조), 선원법시행령(동법시행령 제29조), 주택임대차보호법(동법 제9조) 등에서 사실혼 관계에 있는 자를 보호하고 있다. 법률혼주의 하에서 사실혼을 보호하는 것은 한계가 있으므로 이처럼 특별법에 의하여 보호하는 것이 현재로서는 타당하다.<sup>43)</sup>

우리나라의 경우 비혼인 생활공동체는 사실혼과 동거로 분류된다. 법원은 ‘사실상 부부로서 혼인생활을 하고 있으면서 단지 혼인신고를 하지 않은 관계를 사실혼으로 인정하고 있다.’<sup>44)</sup> 사실혼의 경우 세 가지의 전제요건이 충족되어야 한다. 즉, 당사자 간 혼인에 대한 의사의 합의가 있어야 하며, 당사자 간 공동생활이 존재하여야 하며<sup>45)</sup>, 이들 관계가 사회 관념상 가족질서에 반하지 않아야 한다. 이로 인해 중혼적 사실혼은 사실혼으로 인정되지 않는다.<sup>46)</sup> 이들에 대한 법적 보호는 법률혼에 준하는 범위 안에서 인정되고 있다. 준혼 이론에 의거하여 사실혼은 몇몇을 제외하고는 혼인한 부부와 같이 그들 사이에 권리·의무 관계가 동일하게 발생한다. 이들 사이에 동거·부양·협조의무 및 정조의무가 인정되며, 사실혼 관계의 파탄시 일방은 상대방에게 이에 대한 정신적, 물질적 손해배상을 청구할 수 있다. 사실혼의 처와 성관계를 가진 제3자에 대하여 사실혼의 부는 불법행위로 인한 손해배상청구를 할 수 있다.<sup>47)</sup> 또한 사실혼의

43) 한봉희, 『가족법』, 푸른세상, 2005, 96면.

44) 김주수·김상용, 『친족상속법』, 법문사, 2008, 245면; 조은희, “사실혼 동거 가족의 법률문제와 해결방안”, 『법학연구』 제12집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2009, 112-113면 참고.

45) 남녀 사이에 공동의 자녀가 출생하였으나 간헐적으로 만났을 뿐 동거하지 않았기 때문에 사실혼관계를 인정하지 않았다(대법원 1984.8.21. 선고, 84므45판결).

46) 대법원 1995.7.3, 94스30; 대법원 1995, 9.26, 94므1638; 대법원 1996.9.20, 96므530; 대법원 2007.2.22 선고 2006두18584.

47) 대법원 1961. 10. 19, 4293민상531(사실혼의 처와 성관계를 가진 제3자에 대하여 사실혼의 부는 불법행위로 인한 손해배상청구를 할 수 있다고 판시하였다).

해소로 인해 재산분할도 가능하다.

그러나 사실혼 관계는 혼인관계가 아니므로 친족관계, 인척관계는 성립되지 않으며, 사실혼 배우자간은 후견인이 될 수 없다. 그리고 무엇보다 일방 배우자의 사망에 대하여 상대방의 상속권이 인정되지 않는다.<sup>48)</sup> 또한 이들의 공동의 자녀는 혼외자에 속한다. 사실혼 관계는 이렇듯 법적으로 보호되는 측면이 있으나 사실혼이 아닌 동거관계는 이들이 공동생활을 형성하였으나 당사자 간 혼인의사가 없는 것으로 이들 관계는 법적인 보호에서 완전히 배제된다.

## (2) 사실혼 및 동거관계의 문제점

우리나라에서 사실혼의 법적 보호는 이론적으로나 실무적으로 어느 정도 실현되었다고 평가되고 있다.<sup>49)</sup> 사실혼 관계가 증명되는 한 이들 관계를 혼인에 준하는 관계로 인정한다는 점에서 이러한 평가는 긍정할 만하다. 그러나 여기서 지적하고자 하는 것은 사실혼으로 인정되는 전제조건에 대한 것이다.

우선 사실혼의 중요한 전제조건 중 하나인 ‘혼인의사’여부에 관한 것이다.<sup>50)</sup> 사실혼이 성립되기 위해서는 당사자 간 혼인의사가 존재하여야 한다. 남녀가 오랫동안 공동생활을 하였다고 하더라도 혼인의사가 없었다면 이들 관계를 사실혼으로 인정할 수 없다. 이처럼 ‘혼인의사’는 상당히 중요한 요소로 작용한다.

우리나라에서 혼인의 성립요건에서 혼인의사는 실질적인 의사설과 형식적 의사설, 형식적 의사 및 실질적 의사설, 법적 의사설, 구체적 가치판단설, 승인의사설 등으로 구분되고 있는데,<sup>51)</sup> 실질적 의사는 ‘당사자가 부부로서 정신적·육체적으로 결합하여 생활공동체를 형성할 의사’이다.<sup>52)</sup> 형식적 의사는 혼인신고를 함으로써 가족관계등록부상 혼인으로 기재하려는 신고의사가 있으면 혼인의사가 있다고 보는 견해이다.<sup>53)</sup> 이 설에 의하면 혼인을 성립시키는 의사의 합의

48) 대법원 2006. 3. 24. 선고 2005두15595 판결; 김시철, “일방당사자의 사망으로 인하여 사실혼 관계가 종료된 경우 그 상대방에게 재산분할 청구권을 인정할 수 있는지(2006.3.24. 선고 2005두15595 판결)”, 『대법원판례해설』 제61호, 법원도서관, 2006, 497면.

49) 박인환, “사실혼보호법리의 변천과 과제”, 『가족법연구』 제23권 1호, 한국가족법학회, 2009, 153면.

50) 김용욱, “한국의 사실혼”, 『가족법연구』 제6호, 한국가족법학회, 1992. 12. 213-215면.

51) 혼인의사와 관련된 학설에 대한 자세한 내용은 조은희, “가장혼인의 법률문제에 대한 고찰”, 『한양법학』 제22권 제2집 2011.5, 한양법학회, 377-380면 참조.

52) 김주수·김상용, 『친족상속법』 제15판, 법문사, 2018, 113면.

는 외형적인 의사표시의 일치로 충분하다고 보며, 혼인신고가 있을 때 혼인에 대한 합의는 이미 포함되었다고 본다.<sup>54)</sup> 현재 다수설과 판례<sup>55)</sup>는 실질적 의사설을 따르고 있어 혼인에 대한 실질적 의사 없이 이루어진 혼인은 무효가 된다.<sup>56)</sup> 실질적 의사설은 혼인에 관한 표의자의 내심의 효과의사를 중시한다. 결국 혼인의사는 부부관계를 맺겠다는 의사이다. 현대 사회에서 혼인하고자 하는 당사자의 내면적 부부관계의 내용을 기능하기는 쉽지 않다. 또한 실질적 의사설의 다른 문제점은 당사자가 임의로 혼인신고를 하고 난 후에도 그것이 허위신고였다고 무효를 주장하면 그 혼인은 무효일 수밖에 없다는 점에서 이에 대한 적절한 답을 줄 수 없다는 것이다.<sup>57)</sup>

이처럼 실질적 혼인의사의 여부를 판단하는 것은 쉬운 일이 아닐 뿐 아니라<sup>58)</sup>, 이러한 혼인의사가 혼인신고 의사까지 포함하는 것으로 이해하게 되면 사실혼의 전제조건에서의 ‘혼인의사’를 충족하기란 더욱 쉽지 않다.<sup>59)</sup> 이런 관점에서 볼 때 사실혼 관계에서 혼인의사 여부에 대한 기준과 이에 대한 엄격한 적용은 남녀의 사실상의 공동생활의 보호대상이 축소될 수밖에 없다.

이로 인해 법률혼에 준하는 사실혼의 인정이 법률혼과 같은 높은 수준의 요건을 충족하도록 요구되었고, 이에 따른 효과에 있어서도 혼인에 준하도록 하여 탄력적인 효과의 부여가 어렵게 되었으며, 이것은 결국 사실혼 보호의 범위를 보다 엄격히 함으로써 법률혼제도를 위협한다고 인식되거나 법률혼과는 모순되는 새로운 유형의 사실혼에 대해서는 보호하려하지 않는 결과를 가져오게 된다.<sup>60)</sup> 지적은 타당하다. 혼인의사가 없다는 이유로 동거관계가 배제되는 것은 사실혼관계를 인정하고 있는 상황에서 동거관계는 그 속에서 묻히게 된다.

53) 정관현, 『한국가족법연구』, 서울대학교출판부, 1967, 753면.

54) 지원림, 『민법강의』 제8판 홍문사, 2009, 1815면. 송덕수, 『민법강의(하)』, 박영사, 2007, 739면.

55) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014므4734, 4741; 대법원 2011. 9. 2. 자 2009스117.

56) 대법원 1996. 11.22. 96도2049.

57) 조은희, “사실혼 동거 가족의 법률문제와 해결방안”, 『법학연구』 제12집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2009, 379면.

58) 윤진수, “사실혼배우자 일방이 사망한 경우의 재산문제-해석론 및 입법론”, 『저스티스』, 2007, 9-10면.

59) 윤진수, 『친족상속법 강의』, 제2판, 박영사, 2018, 144면.

60) 박인환, “사실혼보호법리의 변천과 과제”, 『가족법연구』 제23권 1호, 2009, 153면.

오늘날 혼인율이 감소하고 혼인연령이 높아가는 상황에서 동거관계의 형성 가능성은 더욱 높아가고 있다. 동거를 혼인으로 가는 과도기적 실험적 과정으로 이해하거나 여전히 도덕적 윤리적으로 바람직하지 못하다는 사회적 시선이 존재한다. 그러나 동거가 단순히 혼인의 전 단계로 이해하기 보다는 혼인을 대체하는 삶의 형태로 유지될 가능성도 적지 않다. 동거관련 조사에 따르면 미혼남녀의 56.8%가 동거 의향이 있는 것으로 나타났으며, ‘결혼하지 않아도 자녀를 가질 수 있다’라고 대답하였다. 이는 전체 미혼 남녀가 비혼인 관계를 형성할 뿐만 아니라 자녀출생을 통해 가족형성도 가능하다는 것을 보여주고 있다.<sup>61)</sup>

결국 사실혼이든 동거이든 이들 비혼인 공동체 관계에 대한 보호의 목적은 이들의 공동생활관계에 있다는 점에서 이들 관계에 대한 법적인 보호는 이들의 지속적이고 안정적인 공동생활에 있어야 할 것이다.<sup>62)</sup> 이에 남녀가 지속적이고 안정적인 공동생활을 유지할 경우 이들 관계는 ‘혼인의 의사’ 여부와는 상관없이 보호되어야 할 것이다.

#### 다. 동성혼 및 동성 파트너관계

우리나라의 대법원은 혼인이란 남녀의 결합으로 이해하고 있으며,<sup>63)</sup> 동성간의 혼인신고불수리에 대한 각하결정에 있어서도 우리 민법이 혼인을 남녀 간의 결합으로 해석하고 있으며 또한 다수의 학설도 민법이 혼인을 묵시적으로 남녀 간의 결합을 전제한다고 보고 있다.<sup>64)</sup>

그러나 동성혼을 합법화한 29개 국가나 혹은 동성커플에 대하여 민사결합 혹은 생활공동체의 한 형태로 법적으로 인정하고 있는 37개 국가는<sup>65)</sup> 혼인이 반

61) 오정아·변수정, 데이터마이닝 의사결정나무 분석을 활용한 미혼남녀의 동거의도 예측모형 탐색, 『사회과학연구』 30(2), 2019, 163-179면 참고: 한번도 결혼하지 않은 18-44세 사이 미혼의 데이터만 추출하여 최종 280명의 응답을 분석한 것이다.

62) 박인환, “사실혼보호 법리의 변천과 과제”, 『가족법연구』 제23권 1호, 한국가족법학회, 2009, 160, 161면 참조.

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

64) 지원립, 『민법강의』, 제16판 홍문사, 2019, 1876면; 윤진수, 『친족상속법강의』 제2판, 박영사, 2018, 30면; 송덕수, 『친족상속법』 제4판, 박영사, 2018, 18면; 서울서부지방법원 2016. 5. 25. 자 2014호파1842 결정

드시 이성 간의 결합체로만 해석될 수 없으며, 동성 간도 혼인할 권리 혹은 법적으로 그들의 공동체를 인정받을 권리가 있음을 제시하고 있다.<sup>66)</sup>

혼인이나 가족제도의 생성과 발전은 사회변화에 따라 수용되어야 한다는 의미에서 중립성 혹은 개방성을 갖는다.<sup>67)</sup> 일부일처혼의 경우도 당연한 기본적인 원칙으로 이해하고 있으나 역사적으로 볼 때 일부다처제를 인정하는 사회도 존재하고 일처다부제 혹은 영혼결혼을 인정하는 사회도 존재한다.<sup>68)</sup>

하나의 제도는 당시 사회의 환경속에서 필요에 따라 형성된다. 이러한 의미에서 혼인제도의 가변성 역시 열려있으며, 개인의 삶의 방식이 필요에 의하여 자유로이 선택되어질 수 있다는 측면에서 볼 때 동성관계의 형성이 사회제도적으로 인정될 수 있는 여지는 어떤 경우에도 열려있다. 이에 미국은 미연방 수정헌법 제14조에 의해 보호되는 기본권은 개인의 존엄성과 자율성은 개인이 자신의 사적인 영역을 선택할 수 있는 권리이며, 이에 동성혼은 이러한 헌법에 의한 기본권으로 개인의 선택의 확장을 의미한다고 보았다.<sup>69)</sup>

결국 동성혼 혹은 동성 파트너관계를 인정하는 근거는 이성 간의 공동생활관계뿐만 아니라 동성관계도 본질적으로 이들의 생활방식은 크게 다르지 않다는 것이다. 이들은 상호간 관계 속에서 공동의 재산형성, 협력과 부양이 이루어지고, 공동의 친밀성, 공동의 애정과 신뢰를 바탕으로 구성되고 상대에게 상속이

65) 손명지, “동성혼의 재고”, 『가족법연구』 제33권 제3호, 한국가족법학회, 2019, 202면 참고; 2019년 9월 기준 동성혼을 합법화한 국가는 네덜란드(2001), 벨기에(2003), 캐나다(2005), 스페인(2005), 남아프리카 공화국(2006), 노르웨이·스웨덴(2009), 포르투갈·아이슬란드·아르헨티나(2010), 덴마크(2012), 브라질·프랑스·우루과이·뉴질랜드(2013), 영국(2014), 룩셈부르크·미국·아일랜드(2015), 그린란드·콜롬비아(2016), 핀란드·패로제도·몰타·독일·호주(2017), 오스트리아·대만(2019) 등 29개국이다.

66) 성중탁, “동성혼에 관한 쟁점과 전망”, 『가족법연구』, 한국가족법학회, 31권 1호, 2017, 232면.

67) Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 1982, 23 ff.; 임규철, “가족의 헌법상 의미에 관한 비판적 고찰”, 『헌법학연구』 제9권 제1호, 2003, 461면.

68) 신은주, “우리나라에 있어서 동성혼의 법적 수용에 관한 고찰”, 『원광법학』 제35집 제1호, 원광법학연구소, 2019, 240면 인용: 남아메리카의 특정한 인디언, 북아메리카의 몇몇 에스키모인, 틀링깃족, 알류트족 및 알래스카해안의 카니아뮤트 족 등에서 일부다처제를 찾아 볼 수 있다. 티벳과 인접 산록지역에서도 일처다부제가 널리 행해지고 있다고 한다(Westermarck, Edward, 정동호·신영호 역, 『인류혼인사』, 세창출판사, 2013, 295면). 영혼결혼은 J. F. 맥리언, 김성숙 옮김, 혼인의 기원-원시사회의 약탈혼, 나남출판, 1996, 97면 참고.

69) 동성혼 인정에 대한 자세한 근거내용은 성중탁, 전제논문, 231면 참조; Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438; Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 참조.

나 재산을 분할할 욕구가 존재한다. 이러한 점에서 이들 동성관계가 배제되어야 할 이유는 크지 않다. 2013년 독일연방헌법재판소는 혼인한 부부에게 세금 분할 혜택을 주면서 생활동반자관계에 주지 않는 것은 근거가 없다고 판결하였다.<sup>70)</sup> 이는 법적인 측면에서 동성관계의 여러 가지 면이 이성 부부와 유사하다는 것을 인정한 것이며, 다만 가장 큰 차이로 인식되는 것은 자녀의 재생산이다. 이에 자녀의 재생산이 혼인과 본질적으로 동일시 될 수는 없을 것이다.

이로 인해 동성관계도 자녀입양 및 양육이 가능한가? 하는 문제는 뜨거운 이슈가 되었다. 현재 동성혼과 파트너관계를 인정하는 국가에서는 자녀의 입양과 양육을 인정하고 있다. 동성 부모가 자녀의 복리에 끼치는 영향에 대해서 자녀의 복리를 해친다고 주장이 제기될 수 있다. 그러나 여성이 아이를 입양하고 공동생활을 하는 여자친구(동성파트너)와 아이를 함께 양육하는 것을 국가가 이를 막을 수는 없으며, 위의 사례에서처럼 동성의 2인이 함께 생활하면서 아이를 양육하는 것이 자녀에게 반드시 부정적으로만 볼 수도 없다.<sup>71)</sup>

## 5. 이성 및 동성의 생활공동체 관계 법률과 동성혼에 대한 외국의 사례

### 가. 호주

호주는 법원의 판단에 따라 사실상 관계(de facto relationship)를 혼인과 유사한 경우 법적인 지위를 보호하여 왔다. 2000년대 이후 부터는 혼인과 유사성을 인정하기 보다는 동거의 여러 요소들을 고려하여 사실상 관계를 인정하기 시작했다.<sup>72)</sup> 호주는 연방가족법(Family Law Act 1975 이하 FLA)에 명시적으로 이들 사실상 관계를 인정하기 전부터 각 주 혹은 연방의 다른 법률에서 사실상

70) BVerfG NJW 2013, 2257.

71) 모가 혼자서 아이를 양육하면서 함께 살고 있는 여자친구(동성파트너)와 아이를 양육하는 것을 국가가 막을 수는 없다. 누가 누구와 아이를 키우느냐는 혼인 증서가 있느냐 생활동반자관계냐 혹은 둘 다 아니냐와 상관없다.

72) Jenni Millbank, Jenni, The Changing Meaning of 'De Facto' Relationships. Sydney Law School Research Paper No. 06/43; Current Family Law, Vol. 12, No. 82, 2006. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=910137>; [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=910137](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=910137)(방문일자, 2019. 12. 9.)

공동체 관계를 사회복지, 가정폭력, 유산, 보험 등 다양한 영역에서 부분적으로 보호하고 있었다.<sup>73)</sup> 이것은 이성 파트너에 관한 보호규정에 국한된 것이었다. 그러나 1999년부터 2000년 초반까지 호주 전역에서 사실상의 배우자 또는 사실상의 관계를 성별에 관계없이 인정하기 시작하였다.<sup>74)</sup>

사실상 관계의 요건은 이들 커플이 법적으로 혼인 또는 가족 관계에 있지 않으며, 관계의 모든 상황을 고려할 때, 그들이 진정으로 국내에서 공동생활을 하는 커플로서 살아가는 관계를 ‘사실상 관계’로 정의한다(FAMILY LAW ACT 1975 - SECT 4AA(1)).<sup>75)</sup> 연방가족법 상 위의 실질적 요건만 충족하면 사실상 관계가 되며, 등록이나 공증 등과 같은 절차적 요건은 필요하지 않다. 다른 국가의 입법례와 비교할 때 특이한 점은 ‘사실상 관계’를 인정함에 있어서 일방이 다른 배우자와 혼인관계에 있거나 혹은 다른 누군가와 사실상의 관계에 있지 않을 것이 요구되지 않는다.<sup>76)</sup>

‘사실상 관계’의 여부에 대하여 법원이 이를 판단하나 위의 판단을 용이하게 하기 위하여 입법에 반영된 것들은 관계의 기간, 공동생활의 성격, 성적인 관계 여부, 경제적 의존 여부 또는 정도, 상호간의 부양, 재산의 소유권, 자녀 대한 돌봄과 지원, 주법에 따른 등록여부 등이다. 법원은 사안에 따라 적절하게 가중치를 두어 판단할 수 있다(FAMILY LAW ACT 1975 - SECT 4AA(2)).

친자관계에 있어서 법적 효과로는 혼인과 사실상의 관계를 동일하게 규정하고 있다. 당사자가 입양하거나 다른 일방의 동의하에 입양한 경우에도 친자관계가 인정된다. 입양의 경우 2년 이상 함께 생활하여야 한다.

호주는 2008년 연방 가족법을 개정하여 사실상 관계의 재산법적 문제에 관한

73) <https://www.riksbyggen.se/inspiration/juridiska-fragor/gava-och-arv/>.

74) [https://de.wikipedia.org/wiki/Eingetragene\\_Partnerschaft](https://de.wikipedia.org/wiki/Eingetragene_Partnerschaft)(방문일자.2019. 12. 9).

75) [http://classic.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol\\_act/fla1975114/s4aa.html](http://classic.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/fla1975114/s4aa.html)(방문일자. 2019. 12. 9).  
FAMILY LAW ACT 1975 - SECT 4AA  
De facto relationships  
Meaning of de facto relationship

(1) A person is in a de facto relationship with another person if:

(a) the persons are not legally married to each other; and  
(b) the persons are not related by family (see subsection (6));  
(c) having regard to all the circumstances of their relationship,

76) [http://classic.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol\\_act/fla1975114/s4aa.html](http://classic.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/fla1975114/s4aa.html)(방문일자. 2019. 12. 9).

VIIIAB 편을 신설하였다. 이에 사실상 관계에도 혼인에서 규율하고 있는 동일한 규정이 다수 포함되어 적용되고 있다. 이에 부부재산제와 마찬가지로 사실상 관계에 있어서도 Western Australia를 제외한 모든 영역에 재산에 관한 것이 적용된다. 사실상 관계의 해소 후 재산에 관한 청구는 2년 이내에 제기되어야 한다. 퇴직연금(superannuation)의 분할의 경우 사실상 관계에도 적용된다.

그 밖에 가족세제혜택, 실업수당, 양육수당, 간병수당 등 가족수당을 지급하는 센터링크 역시 사실상 관계와 혼인 관계를 동일시하고 있다. 사실상 관계는 절차적 요건을 필요로 하지 않기 때문에 등록하지 않은 경우 말소를 위한 절차도 요구되지 않는다(FAMILY LAW ACT 1975 - SECT sub-section 4(1)).

#### 나. 프랑스

프랑스에서는 동거에 관한 상황이 민법, 사회법, 조세법 등과 연관되어 있음에도 불구하고 ‘동거’와 ‘공동생활(vie commune)’이라는 개념에 대한 법적인 정의는 존재하지 않았었다. 1999년 11월 15일 신설된 시민연대협약(이하 PACS 라고 함)은 동거에 계약의 성격을 추가한 것이다. 여기서 ‘동거는 2인 이상의 동성의 두 사람이 커플을 이루어 생활하는 안정적이며 지속적인 공동생활을 내용으로 하는 사실상의 결합(프랑스민법 제515-8조)’이라고 정의하였다. 1999년 법률에서는 동거에 대한 정의를 규정하고 있을 뿐 법적 효력에 대해서 침묵하고 있었기 때문에 판례를 통하여 특정 사안들이 분명해졌다.<sup>77)</sup> 1999년 이후 입법자는 PACS의 특수성을 유지하면서도 관련 법제도를 발전시키기 위해 노력해 왔으며, 법률의 해석과 판례의 형성을 통하여 보완되어져 왔다.<sup>78)</sup>

동거계약법은 단순한 합의만으로 성립하지 않으며, 이것이 유효하게 성립하기 위해서는 2인이 공동거소 관할의 신분등록공무원에게 공동으로 신고함으로써 PACS의 효력이 발생하며, PACS 당사자는 PACS 신고 시에 자신들이 작성한 협의서를 신분등록공무원에게 제출하고, 신분등록공무원은 PACS 신고를 등록

77) 전영, 프랑스에서의 혼인과 가족생활 연구-팩스제도와 동성혼을 중심으로-, 『비교헌법연구』, 2017-B-5, 헌법재판소, 32면.

78) 전영, 상계논문, 38면.



하고 신고에 대한 공고 절차에 착수한다(프랑스민법 제515의 3조). PACS 협의는 공증인을 통해서도 가능하다(프랑스민법 제515의 3조).<sup>79)</sup>

동거계약법의 법률적 효과는 이러한 약정에 의하여 당사자 사이에 신분관계의 변동이 생기는 것은 아니며 당사자 사이에 친족이나 인척관계는 성립되지 않는다. 상속권도 발생하지 않으며 또한 이들 이성 간에 동거계약법이 있었고 자녀가 출생하더라도 이들 간에 혼인과 같은 친생 추정은 인정되지 않는다.

결국 공동생활약정의 주된 효과에 있어서 이들 당사자는 쌍방이 상호간 그리고 물질적으로 부양할 의무를 진다. 이 부양 의무의 내용은 약정에 의해 정해진다(프랑스민법 제515조의 4 제1항). 동거계약자는 일방이 일상생활의 수요를 위하여 부담한 채무 및 공동의 주거에 관하여 지출한 비용에 대하여 연대하여 책임을 진다(프랑스민법 제515조의 4 제2항). 동거계약자는 공동생활 당사자가 유상으로 취득한 가구에 관하여 공유제를 채택하기로 합의한 때에는 동거계약의 당사자는 약정을 신고할 때 제출하는 약정서에 이 사실을 기재하여야 한다(프랑스민법 제515의 5 제1항). 이와 같은 기재가 없으면 가구는 균등한 비율로 공유하는 것으로 추정하며, 이 재산의 취득 시점을 알 수 없는 때에도 또한 같다(프랑스민법 제515의 5 제1항 제1문·제2문). 프랑스 민법은 PACS 두 당사자 사이의 정조의무에 관한 어떠한 규정도 하고 있지 않다. 그러나 헌법위원회는 PACS의 두 당사자의 결합 및 공동생활은 육체적 결합도 전제되는 것으로 보았다.<sup>80)</sup> 2006년 PACS개정을 통해 정조의무를 서로에 대한 존중, 즉, 신뢰를 협조 의무의 연장으로서 인정했다.<sup>81)</sup> 동거계약자는 언제든지 이 계약을 일방이 파기 할 수 있으나 일방의 해지자에게 과실이 있는 경우 손해배상책임을 면하지 못한다(프랑스민법 제515의 7 제2항).

PACS의 이러한 법적 효과에도 불구하고 동성커플에게 이것은 환영받지 못했다. 그 이유는 PACS가 혼인과 동등한 권리의무를 발생시키지 못했기 때문이다. 이에 PACS가 혼인에 근접하도록 상당부분 개정되었으나 특히 친자관계에 대한

79) 프랑스의 공증인의 지위 및 업무에 관해서는 안문희, “프랑스의 판사 없는 이혼에 관한 연구-2016년 11월 18일 법과 관련하여-”, 『가족법연구』 제31권 제1호, 2017, 329-330면 참조.

80) 안문희, “PACS(pacte civil de solidarite), 연대의무협약에 대한 연구: PACS 제정 후 십여 년이 지난 지금은?”, 『법과사회』 제42권, 2012, 213-214면.

81) 안문희, 상계논문, 214면.

부분은 여전히 상당한 차이가 존재했다.<sup>82)</sup>

결국 프랑스에서는 2013년 「동성혼허용법」이 제정되었다. 이에 프랑스민법 제 143조는 “혼인은 이성 혹은 동성의 두 사람에 의해 맺어진다”라고 규율하고 있다. 이에 「동성혼허용법」의 제정은 혼인제도의 중대한 변경 없이 평등원칙에 부합하여 혼인과 입양에 있어서의 성적지향을 이유로 한 차별을 없애고자 하였다.<sup>83)</sup> 「동성혼허용법」은 명시적으로 배우자가 단독으로 이전에 완전 또는 불완전 양자로 입양했던 아동을 현재 배우자가 입양할 수 있으며(순차입양(Sukzessiveadoption)), 이 조항은 민법에 신설되었다. 또한 동성커플 중 상대 배우자의 자녀를 공동으로 양육하다 파탄에 이르게 되는 경우 당사자가 자녀와 긴밀한 관계를 형성하였다면 면접교섭권을 갖게 하는 조항을 신설하였다. 그러나 이러한 친자관계에 관한 새로운 규정은 반드시 동성혼에게만 적용되는 것은 아니다.<sup>84)</sup>

#### 다. 독일

독일은 이성간의 비혼인 관계는 법원의 판례를 통해 규율하고 있다.<sup>85)</sup> 동성 관계에 있어서는 동성커플이 혼인신고를 하였으나 신분관계 담당 공무원이 이를 거부하자 이에 대하여 헌법소원을 하였고, 이에 1993년 독일연방헌법재판소는 기본법 제6조 제1항에 따른 혼인은 남성과 여성의 합의라는 근거로 이들이 혼인할 권리가 없음을 결정하였다.<sup>86)</sup> 그러나 이 결정은 혼인의 개념에 근본적인 변화가 일어났다고 볼 충분한 지표가 없어 향후 헌법해석이 변화할 가능성이 있음을 열어놓았다.<sup>87)</sup>

이에 2000년 11월 10일 독일연방의회에서 제정한 ‘생활동반자법(LPartG)’은

82) 김수정, “유럽에서 동성혼 합법화 경향-특히 영국과 프랑스를 중심으로”, 『가족법연구』 제29호, 2015, 239면.

83) 전영, 프랑스에서의 혼인과 가족생활 연구-팍스제도과 동성혼을 중심으로-, 『비교헌법연구』, 2017-B-5, 헌법재판소, 71면.

84) 김수정, 전제논문, 244면.

85) 독일의 이성간의 비혼인 공동체에 대하여는 조은희 “독일의 비혼인생활공동체의 한국의 동거 관계에 대한 제안”, 『한양법학』 제24권 제3집, 한양법학회, 2013 599-623면 참고.

86) BVerfG, Kammerbeschluss vom 01. Oktober 1993 - 1 BvR 640/93-, juris, Rdnr. 4.

87) BVerfG, Kammerbeschluss vom 01. Oktober 1993 - 1 BvR 640/93-, juris, Rdnr. 4.Rdnr. 5.

2001년 2월 16일 공포되었고, 같은 해 8월 1일부터 이 법률은 시행되었다. 이 법의 제정 당시 의회는 ‘혼인과 생활동반자 관계’는 다르다는 것을 언급했다.<sup>88)</sup> 그러나 생활동반자법의 제정 이후에도 이를 받아들일 수 없었던 독일의 바이에른주, 작센주, 튀링겐 주는 생활동반자관계를 반대하는 헌법소원을 헌법재판소에 제출하였다. 혼인한 부부에게만 주어졌던 권리를 동성 커플에게도 허용한다는 것은 헌법에 명시된 ‘혼인의 특별한 보호’를 해치는 것이라고 주장하였다. 그러나 헌법재판소는 이 법이 헌법에 반하지 않는다고 판결하였다. 독일기본법의 제6조가 발의되었을 당시 혼인에 대한 다양한 버전의 문장이 있었다. 어떤 경우에는 ‘헌법의 보호 아래에’, 어떤 경우에는 ‘특별한 보호 아래에’라는 것이었다. 당시 기록에서 혼인의 보호를 강화할지 약화해야 할지에 대한 것은 쟁점 사항이 아니었다. 이 두 표현에 있어서 내용 면에서 차이가 있었던 것은 아니며, 또한 헌법의 최고 조항인 인간의 존엄성조차도 ‘특별히’ 보호되지 않고 그냥 ‘보호된다’라고 규정하고 있는 것은 혼인이 ‘특별히 보호’되어야 할 이유가 있다고 주장할 수 없다는 것이다. 독일연방헌법재판소는 인간의 존엄은 혼인제도보다는 더 우선순위에 놓인다고 보았으며, 결국 다음과 같이 판결했다. “생활동반자법의 비판자는 기본법에서의 ‘특별’이라는 낱말에 너무 많은 의미를 두고 있다. 국가는 혼인을 보호해야 한다. 그렇다고 법적인 다른 동거 형식을 불리하게 할 필요도 없다. 그러므로 생활동반자법은 헌법에 위배되지 않는다.”<sup>89)90)</sup>

그 이후에도 생활동반자법에 대한 독일연방헌법재판소의 합헌 결정에 힘입어 독일연방의회는 혼인과 생활동반자 관계 사이에 남아 있는 차이를 해소하기 위해서 개정작업에 들어갔다. 그리고 이후에도 계속적으로 독일연방헌법재판소는 생활동반자 관계에 있는 이들에 대한 차별을 해소해 나갔다.<sup>91)</sup> 이에 계속해서 연방의회는 생활동반자법 개정에서 그동안 세법, 행정법 관련 규정 등을 보충한

88) BT- Brucksache 14/3751: Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften vom 16.02.2001: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/14/037/1403751.pdf> 참고.

89) BVerfG, Urteil vom 17. Juli 2002 - 1 BvF 1/01 -, BVerfGE, 105, 313-365, Rdnr. 46-47.

90) 폴커 키츠/배명자 역, 「법은 얼마나 정의로운가, 2017」, 한스미디어, 2017, 200-203면 참조.

91) 이보연, “독일 동성혼 인정 과정을 통해서 본 의회와 연방헌법재판소의 상호작용, 「서울법학」 제26권 제4호, 서울대학교법학연구소, 2019. 59면.

법안을 발의하였고, 2005년 1월 1일 개정안이 시행되었다.<sup>92)</sup>

그 후 2010년 독일연방헌법재판소는 증여 및 상속세법과 관련된 결정을 하게 되는데, 독일연방헌법재판소는 배우자에게는 광범위한 감면혜택을 주면서 생활동반자에게는 별다른 혜택을 부여하지 않은 것에 대한 헌법소원에서 생활동반자에 대한 차별을 정당화할 사정이 보이지 않는다고 판단하였다.<sup>93)</sup> 그동안 독일 기본법의 제6조의 근거에 따라 혼인과 생활동반자 사이는 차별화 되었으며, 이에 대한 것은 가족수당, 공공서비스에서 사회적 약자 보호, 상속세, 증여세 등이었다. 결국 2013년에 헌법재판소는 혼인한 부부에게 세금 분할(Ehegattensplitting)<sup>94)</sup> 혜택을 주면서 생활동반자관계에는 주지 않을 근거가 없다고 판결하였다.<sup>95)</sup>

독일연방헌법재판소는 2013년 2월 순차입양(Sukzessiveadoption)을 혼인과 동일하게 허용하였다.<sup>96)</sup> 순차입양은 일방이 아이를 입양하면 다른 일방이 입양할 수 있는 제도이다. 이것은 혼인한 부부에게만 허용되었으나 등록된 생활동반자 관계에서도 이러한 입양이 허용되게 되었다. 자녀양육비에 있어서도 2014년 부터는 연방자녀양육비법(Bundeskindergeldgesetz)에 의하여 생활동반자들도 자녀양육비를 지급받는다.

의회와 헌법재판소는 서로 생활동반자관계의 문제에 대하여 서로 공을 주고 받는다. 결과적으로 독일은 생활동반자법 제정 이후 연방헌법재판소의 판결에 의해 ‘혼인’의 법적 권리와 동법률의 ‘생활동반자’의 권리가 동등해지는 방향으로 변화되었다.<sup>97)</sup> 이에 혼인과 생활동반자와의 법적 효과는 더욱 더 유사해져서 둘 사이의 차이점은 이름 정도에 불과하게 되었다.

그러나 동성관계에 대한 법적인 인정은 이것으로 끝난 것은 아니었다. 연방 의회에서는 야당과 연방참사원이 주도하는 동성혼에 대한 노력이 이어졌다. 결국 2017년 6월 연방참사원의 ‘혼인개방법’(Eheöffnungsgesetz)안이 통과되어,<sup>98)</sup>

92) Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts, BGBl 2004, I 3396.

93) BVerfG, Beschluss vom 21. Juli 2010 – 1 BvR 611/07 –, BVerfGE, 126, 400–433.

94) 신옥주, “헌법상 혼인과 가족제도에 관한 고찰”, 『아주법학』 제9권 제3호, 2015, 172–173면 참고.

95) BVerfG, Beschluss vom 07. Mai 2013 – 2 BvR 909/06 –, BVerfGE, 133, 377–433, Rdnr. 72.

96) BVerfG, Urteil vom 19. Februar 2013 – 1 BvL 1/11 –, BVerfGE 133, 59–100, /06 –, Rdnr. 95.

97) 이정훈, “동성혼과 생활동반자법에 관한 연구” 『원광법학』 제32권 제2호, 2016, 83면.

‘모두를 위한 혼인(Ehe für alle)이 가능하도록 되었다.

이에 독일 민법 제1353조 제1항은 ‘혼인은 평생 동안 체결된다’라고 규정하고 있었으나 이는 2017. 9. 30 까지 유효했다. 2017. 10. 1부터 ‘혼인은 2인이 이성 혹은 동일한 성이 평생을 기간으로 하여 체결한다’라고 규정하여 동성관계도 혼인의 근거조항이 민법에 마련되었다.

## 6. 외국사례의 시사점 및 개선방안

이성 및 동성 간의 생활공동체 그리고 동성혼에 대한 외국의 사례는 국가마다 처한 사회적 상황이 다르기 때문에 다소 차이가 있으나 프랑스, 호주, 독일 등 여러 국가가 이러한 변화 과정은 우리에게 시사하는 바가 있다.

첫째 비혼인 공동체에 대한 인정 범위의 중심은 그들 관계가 모두 ‘사실상 공동생활’에 있다는 것이다. 즉 이들 입법례에서 보호되고 있는 것은 ‘혼인의사가 아닌 지속적이고 안정적인 공동생활관계에 있다. 호주의 경우 법원이 ‘사실상 관계’를 판단할 경우 그 판단기준은 ‘관계의 기간, 공동생활의 성격, 성적인 관계 여부, 경제적 의존 여부 또는 정도 상호간의 부양, 재산의 소유권, 자녀 대한 돌봄과 지원, 주법에 따른 등록여부 등(FAMILY LAW ACT 1975 - SECT 4AA(2)) 등 다양한 요소가 작용한다. 결국 ‘비혼인 관계의 법적인 인정 여부에 있어서 혼인의사가 아닌 이들 당사자 간의 사실상의 공동생활과 관련된 그 외의 다양한 요소가 이들의 관계를 인정하는데 고려되어야 할 것으로 본다.

두 번째는 법원이 비혼인 관계의 보호 범위를 정할 수 있으나 다른 한편 법률을 제정하여 이들 관계를 보호하는 것도 장점이 있다. 당사자가 혼인은 부정하지만 좀 더 완화된 형태의 법적 효과를 발생하는 PACS와 같은 공동체관계를 선택할 수 있도록 하는 것이다. 앞서 설명하였듯이 현재 사실혼과 동거를 아우르는 하나의 대안이 될 수 있을 것이며, 이러한 법률이 요구되고 있음을 지적

98) Das “Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts” (im Folgenden EheöffnungsG) vom 20.07.2017 ist am 28.07.2017 im Bundesgesetzblatt (BGBl. I S. 2787) veröffentlicht worden und am 01.10.2017 in Kraft getreten. Das Gesetz beruht auf einem Gesetzentwurf des Bundesrats, BT-Drs. 18/6665 v. 11.11.2015, den der Bundestag unverändert verabschiedet hat.

하고 있다.<sup>99)100)</sup> 현재 법원을 통한 보호되는 ‘사실혼’을 그대로 유지하면서 사실혼과 동거를 포섭할 수 있는 특별법의 제정도 가능할 것으로 본다. 프랑스의 PACS 같은 법이 제정된다면 이에 사실혼과 동거를 아우르는 이들 비혼인 관계가 법적으로 보호받을 수 있을 것이다.

세 번째는 동성관계 및 동성혼에 대한 법적 보호문제이다. 프랑스는 이성과 동성을 포괄하는 동거계약법인 PACS 가 있으며, 2013년 「동성혼허용법」을 제정하여 동성혼도 인정하였다. 독일의 경우 동성커플의 관계를 규율한 ‘생활동반자법’과 같은 법률을 제정하여 이들의 권리를 보호하다가 결국 2017년 ‘혼인개방법’(Eheöffnungsgesetz)안이 통과되어 ‘모두를 위한 혼인(Ehe für alle)’이 가능하도록 허용되었다. 호주의 경우에도 사실상 관계에서 이성과 동성을 포괄하고 있으며, 2017년에 이르러 동성혼도 합법화되었다.

우리나라가 현실적으로 동성관계를 제도적으로 인정하는 부분에 있어서 여전히 어느 정도의 사회적 합의를 필요로 하고 있으며 동성혼에 대한 사회적 합의를 단번에 이끌어 내기는 쉽지 않을 것이다. 그러나 이들 동성커플에 대한 보호도 필요하다. 이에 우선적으로 동성과 이성커플의 등록을 통한 프랑스의 PACS와 같은 제도를 도입하고 사회적 변화에 따라 동성혼에 대한 인정도 입법화되어야 할 것으로 본다. 결국 각 국가가 처한 사회적 상황을 무시할 수 없다는 점에서 우선적으로 프랑스, 호주, 독일 등의 국가에서처럼 동성관계에 대한 혼인과 유사한 권리와 의무를 부여하는 형태의 법률을 제정하여 제한적이거나 이들의 권리를 보호하는 것이 실현가능한 방법이라고 생각한다.

네 번째는 혼인에 대한 헌법적 해석에 관한 문제이다. 현재 우리나라에서는 동성혼을 인정하기 위해서는 헌법을 개정해야 가능하다는 견해<sup>101)</sup>와 헌법을 개정하지 않고 해석만으로도 가능하다는 견해가 있다.<sup>102)</sup> 전자의 경우 헌법제정

99) 변수정, 전계연구보고서, 252면; 이상욱, “프랑스 민법상의 PACS(동거계약)”, 『가정상담』 2019년 제9호(통권 433호), 한국가정법률상담소, 2019, 6-7면.

100) 정서연, “생활동반자관계에 관한 법률안의 내용 설명 및 입법의 효과”, 생활동반자에 관한 법률 토론회 새로운 가족, 제도의 모색 자료집, 2014, 15-19면. 진선미 의원이 생활동반자관계에 관한 법률을 발의하고자 하였으나 이루어지지 않았다.

101) 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2007, 216면; 김병록, “혼인 및 가족제도에 관한 연구-동성결혼 및 동성가족을 중심으로”, 『법조』 제58권 제4호, 법조협회, 2009, 160면; 이정훈, 전계논문, 93면. 등

권자들은 혼인이 통념상 남녀의 결합이라는 점에서 동성혼을 염두 해 두지 않았다고 해석하고 있다. 이에 혼인의 범위를 동성혼까지 확장하는 것은 헌법해석의 한계를 넘는 것이라고 본다. 후자의 경우 헌법 제36조는 동성혼 금지의 근거가 되기보다는 양성 관계적 평등성을 규정한 것으로 보고 있다. 우리의 헌법이 ‘양성’을 명시하고 있으나 동성혼을 금지하는 규정이 없다고 본다.<sup>103)</sup> 현재까지는 여전히 법원<sup>104)</sup>이나 헌법재판소<sup>105)</sup>는 혼인을 남녀의 결합으로 해석하고 있다. 그러나 사회변화에 따라 앞서 동성혼을 인정한 여러 헌법적 해석과 그 과정을 살펴보았듯이 혼인의 해석은 현재 보다는 넓게 해석될 수 있으며, 헌법은 개인의 삶의 형식을 본인 스스로 선택할 수 있는 자유, 행동할 수 있는 자유를 보호해야 한다는 점에서 우리 헌법재판소의 헌법적 해석에도 변화가 올 가능성은 열려 있다고 본다.

#### IV. 결론

오늘날 전통 가족은 해체되고, 다양한 가족의 확산은 우리 사회의 현실이다. 이에 다양한 가족을 법제도적으로 수용하는 것이 우리 사회가 당면한 중요한 과제이다. 본 논문에서는 현행 혼인과 가족 관련 규정 속에서 현재 다양한 가족을 수용하지 못하고 있는 문제점을 검토하였으며, 이에 대한 해결 방안을 제시하였다.

헌법 제36조는 ‘혼인과 가족생활은 양성평등과 개인의 존엄을 기초로 성립되고

102) 조홍석, “새로운 형태의 가족: 헌법적 가능성과 한계”, 『공법학연구』 제8권 제4호, 한국비교공법학회, 2007, 231-232면; 서종희, “한국에서의 호모사케르: 동성혼” 『원광법학』 제26권 제2호, 2010, 116면; 성중탁, “동성혼에 관한 법적 쟁점과 전망: 미국에서의 동성혼 합법화 결정 이후의 논의를 포함하여”, 『가족법연구』 제31권 제1호, 한국가족법학회, 2017, 242면.

103) 동성혼 가능성을 인정하는 입장은 대표적으로 성중탁, 동성혼에 대한 법적 쟁점과 전망, 법률신문 2017. 7. 3. 자 13면. 균형법상 동성애차별규정이 동성혼을 금지하는 것으로 해석할 것 인지는 해결해야 할 문제이다(정문식, “헌법상 혼인과 가족생활의 보호 의미와 변화-독일헌법상 혼인과 가족생활의 보호에 관한 논의를 중심으로-”, 『한양법학』 제28권 제3집(통권 제59집), 2017, 255면.

104) 서울서부지방법원 2016. 5. 25. 자 2014호파1842 결정.

105) 현재 2014. 8. 28. 2013헌바119, 26-2상, 311, 318.

유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다'. 현 사회에서 가족은 더 이상 혼인으로만 형성되지 않으며, 혼인제도와 가족생활은 분리된다는 점에서 가족은 혼인과 별개의 제도로서 인정되어야 한다. 개인은 자신의 사적 생활 영역을 선택할 권리가 있으며, 개인 삶속에서 형성한 다양한 가족유형은 보장되어야 한다. 미국에서는 동성혼을 수정헌법 제14조에 의한 기본권으로 개인의 선택의 확장을 의미한다고 보았다. 이와 관련하여 유럽인권협약(Europäische Menschenrechtskonvention) 제8조 제1항에서는 '모든 사람은 개인 및 가족생활, 거주 및 서신을 존중받을 권리가 있다'라고 규정하고 있다. 이 조항에 의하여 동성의 생활공동체관계는 '가족생활'로써 보호된다.<sup>106)</sup> 이는 결국 이성이든 동성관계이든 개인이 선택한 가족생활을 존중받아야 하며 국가는 이를 인정하고 보호해야 한다는 의미로 해석할 수 있을 것이다.

우리나라는 여전히 법제도적 동성혼 혹은 다양한 가족의 삶의 유형을 포괄적으로 수용하지 못하고 있다. 본문에서 설명한 혼인 그리고 가족과 관련된 법제도에서 헌법의 해석, 건강가정기본법, 민법 등은 혼인을 여전히 남녀의 결합으로 보고 있으며, 가족을 혼인이나 혈연의 틀 속에서 보고자 한다. 비혼인 생활공동체 관계는 사실혼관계의 특수성을 인정하지만 여전히 '혼인'의 기준에 매어있으며, 이들 관계가 '준혼관계'로 보호되고 있으나 사실혼에 대한 엄격한 해석으로 인해 오히려 보다 넓게 보호되어야 할 '사실상 생활공동체' 관계는 외면 당 하고 있다. 이에 사실혼과 동거를 포괄할 수 있는 '사실상 생활공동체법'의 제정이 요구된다. 본문에서 소개한 프랑스, 호주, 독일 등 여러 국가는 다양한 가족유형을 법제도적으로 해결하는 방법을 제시하고 있으며, 이는 우리에게 시사하는 바가 있다.

'사실상 생활공동체' 관계에 있는 커플은 혼인을 원하지 않으나 이들 관계가 법제도적으로 완전히 자유로워지기를 원하는 것은 아니다. 법률혼에서 규정하고 있는 내용에 동의할 수 없지만 어떤 면에서 그들은 그들 관계에 형평에 부합하는 적절한 기준이 존재하기를 원한다. 앞서 설명한 프랑스, 호주, 독일의 사례에서 보여주었듯이 '사실상 생활공동체'의 등록이나 신고에 대한 입법은 이들 관계를 규율하는데 도움이 될 수 있을 것이다. 이는 당사자 간 권리와 의무 관

106) EGMR, 24.6.2010 - Nr. 30141/04(Schalk und Kopf/österreich), Rz. 90-95 FamRZ 2016, Heft 22, 1897.



계를 등록 시 부터 분명히 할 수 있으며, 국가는 가족정책을 실현하는데 있어서 보다 용이하게 이들에게 서비스를 지원할 수 있다는 점에서도 실익이 있다. ‘사실상 생활공동체’를 위하여 입법화가 이루어진다면 소위 ‘사실상 생활공동체 법<sup>107)</sup>’ 혹은 ‘생활동반자법’은 이성과 동성을 모두 포함하는 것도 가능할 것이다. 그러나 우리의 사회적 현실을 감안한다면 동성혼에 대한 인정이 단 시일 내에 이루어지기는 쉽지 않기 때문에 우선적으로 이성간의 관계만 적용을 하고 후일 동성혼도 포괄하는 방법도 가능할 것이다.

우리는 빠른 사회변화 속에서 미래의 가족이 어떤 형태로 변화되어 갈 것인지를 예측할 수 없다. 그러나 현재 시점에서 언급할 수 있는 것은 미래의 가족은 현재와 다를 수 있다는 것이다. 현 사회의 가족의 해체를 60, 70년대의 가족형태로 되돌리는 것은 불가능하다. 오히려 법제도는 사회 변화에 따른 다양한 가족유형과 이에 따르는 가족의 내부구조의 변화에 대하여 빠르게 대응해야 한다. 그동안 노동시장과 정치적인 근거로 일과 가족의 양립이라는 합의점을 찾기 위한 노력이 전개되었고, 직장에서 가족친화성이 더욱 강화되었다. 또한 자녀양육에 있어서도 부가 생계를 부양하는 자에서 자녀양육을 담당하는 자로의 변화를 더욱 기대하게 되었다.

결국 계속되는 가족의 변화를 자세히 예견할 수 없지만 법제도는 시대 변화에 따라 다양한 가족의 유형을 어떻게 수용해야 할 것인가 라는 과제를 안고 있다고는 말 할 수 있을 것이다. 누구든 자신의 가족적 삶의 형식을 인정받는 사회에서 살아간다는 것은 행복한 일이다.

## 참고문헌

### 1. 국내문헌

고경환·강지원·김용민, 『가족복지서비스 전달체계의 운영평가 - 상담서비스 네트워크를 중심으로』, 연구보고서 2008-23-1-2. 한국보건사회연구원.

107) 이는 독자적으로 칭한 것임.

- 2008.
- 계희열, 『헌법학(중)』, 서울: 박영사, 2000.
- 김주수·김상용, 『친족상속법』, 법문사, 2008.
- \_\_\_\_\_, 『친족상속법』, 법문사, 2013.
- \_\_\_\_\_, 『친족상속법 제15판』, 법문사, 2018.
- 변수정, 「다양한 가족의 제도적 수용성 제고 방안, 연구보고서」, 2017-20, 한국 보건사회연구원, 2017.
- 송덕수, 『민법강의(하)』, 박영사, 2007.
- \_\_\_\_\_, 『친족상속법』 제4판, 박영사, 2018.
- 양 건, 『헌법강의』, 법문사, 2016.
- 윤진수, 『친족상속법 강의』, 제2판, 박영사, 2018.
- 이화숙, 『2005년 개정가족법 해설 및 평가』, 세창출판사, 2005.
- 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2007.
- 지원림, 『민법강의 제8판』, 홍문사, 2009.
- 플커 키즈/배명자 역, 「법은 얼마나 정의로운가, 2017」, 한스미디어, 2017.
- 한봉희, 『가족법』, 푸른세상, 2005.
- 허 영, 『한국헌법론』, 박영사, 2002.
- 김병록, “혼인 및 가족제도에 관한 연구-동성결혼 및 동성가족을 중심으로”, 『법조』 제58권 제4호, 법조협회, 2009.
- 김수정, “유럽에서 동성혼 합법화 경향-특히 영국과 프랑스를 중심으로”, 가족법연구 제29 1호, 한국가족법학회, 2015.
- 김시철, “일방당사자의 사망으로 인하여 사실혼관계가 종료된 경우 그 상대방에게 재산분할 청구권을 인정할 수 있는지(2006.3.24. 선고 2005두15595 판결)”, 『대법원판례해설』 제61호, 법원도서관, 2006.
- 김용욱, “한국의 사실혼”, 『가족법연구』 제6호, 한국가족법학회, 1992.
- Rainer Frank(김동훈 번역), “독일법에 있어서의 비혼인적 공동생활”, 『가족법연구』 제12호, 1993.
- 박인환, “사실혼보호법리의 변천과 과제”, 『가족법연구』 제23권 1호, 한국가족법학회, 2009.

- 서종희, “한국에서의 호모사케르: 동성혼” 『원광법학』 제26권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2010.
- 성중탁, “동성혼에 관한 법적 쟁점과 전망: 미국에서의 동성혼 합법화 결정 이후의 논의를 포함하여”, 『가족법연구』 제31권 제1호, 한국가족법학회, 2017.
- 손명지, “동성혼의 재고”, 『가족법연구』 제33권 제3호, 한국가족법학회, 2019.
- 신옥주, “헌법상 혼인과 가족제도에 관한 고찰”, 『아주법학』 제9권 제3호, 아주대학교 법학연구소, 2015.
- 신은주, “우리나라에 있어서 동성혼의 법적 수용에 관한 고찰”, 『원광법학』 제35집 제1호, 원광대학교 법학연구소, 2019.
- 안문희, “PACS(pacte civil de solidarite), 연대의무협약에 대한 연구: PACS 제정 후 십여 년이 지난 지금은?”, 『법과사회』 제42권, 법과사회이론학회, 2012.
- 안문희, “프랑스의 판사 없는 이혼에 관한 연구- 2016년 11월 18일 법과 관련 하여-”, 『가족법연구』 제31권 제1호, 한국가족법학회, 2017.
- 오정아·변수정, “데이터마이닝 의사결정나무 분석을 활용한 미혼남녀의 동거의도 예측모형 탐색”, 『사회과학연구』 30(2), 2019, 1.
- 윤진수, “헌법이 가족법에 변화에 미친 영향”, 서울법대와 프라이부르크 법대의 공동심포지움자료, 2002.
- \_\_\_\_\_, “사실혼배우자 일방이 사망한 경우의 재산문제 :해석론 및 입법론”, 『저스티스』 통권 100권, 한국법학원, 2007.
- 임규철, “가족의 헌법상 의미에 관한 비판적 고찰”, 『헌법학연구』 제9권 제1호, 한국헌법학회, 2003.
- 이보연, “독일 동성혼 인정 과정을 통해서 본 의회와 연방헌법재판소의 상호작용”, 『서울법학』 제26권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2019.
- 이은정, “가족의 범위”, 『가족법연구』 제20권 1호, 한국가족법학회, 2006.
- 이정훈, “동성혼과 생활동반자법에 관한 연구” 『원광법학』 제32권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2016.
- 이재희, “국가와 가족”, 한국가족법학회 헌법재판연구원 공동학술대회 헌법과 가족법 토론문, 2019.

- 이진숙, “가족의 다양화에 따른 가족 서비스 지원 체계 효율화 방안 모색” 『보건복지포럼』 252권 0호, 한국보건사회연구원, 2017.
- 여성부, 「가족관련기본법 제정을 위한 기초조사 및 평등가족기본법(안) 마련」, 2003.
- 전 영, “프랑스에서의 혼인과 가족생활 연구-팍스제도와 동성혼을 중심으로-”, 『비교헌법연구』, 헌법재판소, 2017-B-5.
- 정문식, “헌법상 혼인과 가족생활의 보호 의미와 변화-독일헌법상 혼인과 가족생활의 보호에 관한 논의를 중심으로-”, 『한양법학』 제28권 제3집, 한양법학회, 2017.
- 정서연, “생활동반자관계에 관한 법률안의 내용 설명 및 입법의 효과”, 생활동반자에 관한 법률 토론회 새로운 가족, 제도의 모색 자료집, 2014.
- 조은희, “사실혼 동거 가족의 법률문제와 해결방안”, 『법학연구』 제12집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2009.
- \_\_\_\_\_, “독일의 비혼인생활공동체의 한국의 동거관계에 대한 제안”, 『한양법학』 제24권 제3집, 한양법학회, 2013.
- \_\_\_\_\_, “가장혼인의 법률문제에 대한 고찰”, 『한양법학』 제22권 제2집 2011.5, 한양법학회, 377-380면 참조.
- 조흥석, “새로운 형태의 가족: 헌법적 가능성과 한계”, 『공법학연구』 제8권 제4호, 한국비교공법학회, 2007.

## 2. 외국문헌

- Berliner Kommentar zum Grundgesetz, / herausgegeben von Prof. Dr. Karl Heinrich Friauf, LL.M.[und 52 weitere]. - Berlin : Erich Schmidt Verlag, 2002.
- Horst Dreier(Herausgeber), Grundgesetz - Kommentar Bd.I, 1. Auflage, Tübingen : Mohr Siebeck, 1996.
- Klaus Schnizler, Münchener Anwalts Handbuch Familienrecht, hrsg. von Klaus Schnizler. Bearb. von Wolfgang Arens; Hansmanfred Boden ....

- 2., überarb. und erw. Auflage - München : Beck, 2008.
- Jenni Millbank, Jenni, The Changing Meaning of 'De Facto' Relationships, Sydney Law School Research Paper No. 06/43; Current Family Law, Vol. 12, No. 82, 2006.
- Marina Wellenhofer, Familienrecht, 4. Auflage, C.H.Beck, 2017.
- Markus Kotzur, in: Stern/Becker(Hrsg), Grundrechte-Kommentar, 2. Auflage, 2016.
- Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd.I 4. Auflage, München : Vahlen, 1999.
- Peter Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, Berlin : Duncker & Humblot, 1982.
- Rosemarie Nave-Herz, Familie heute 7. Auflage, Wbg Academic, 2019.
- Schmitt-Kammler, in: Sachs, Grundgesetz, 3. Auflage, 2003.

[Abstract]

## Improvement for the acceptance of various families in the legal system

**Cho, Eun-Hee**

*Professor, Jeju National University Law School*

The firmness of family formation by marriage is gradually loosening and deinstitutional phenomenon of family is taking place. Nuclear families, which consisted of generally recognized parents and children, have also declined, and nowadays, various families are becoming more common, such as the number of unmarried communities, divorced single parents, unmarried single parents, and the number of single households rapidly increasing.

Personalization is getting stronger. The lifestyle chosen by the individual is the manifestation of the personality, which must be respected.

The changing society must be reflected in the legal system, and in this sense, various ways of life and various family formations must be accepted at the legal level.

However, when looking at the current marriage and family system in Korea, various ways of life and various families are not accepted.

Therefore, this paper first examined what the meaning of family is in today's changing society and from which point of view the family should be understood. In order to understand Korea's current legal and institutional situation, I examined the regulations related to marriage and family in the current law.

In this regard, the problems of Korean marriage and family related legal system are still in the traditional framework. Through the foreign cases related to this, the implications for us were sought, and the ways to improve our legal system were also sought.

In the end, it cannot be predicted in detail that the family will continue to change, but it can be said that the legal system has the task of accommodating various family types according to changes in the times. It is a happy thing for anyone to live in a society where their family life style is recognized.

**Key words** : various family, marriage, Nonmarried community, Same-sex marriage, Cohabitation