

사실혼 배우자 일방의 사망과 재산의 청산

문 홍 안*

목 차

- | | |
|-------------------|-----------------------------------|
| I. 서 론 | 2. 학설의 검토 |
| II. 사실혼의 보호의 필요성 | IV. 상속법리에 의한 청산방안 |
| 1. 사실혼의 개념 | 1. 전제 |
| 2. 사실혼의 성립 | 2. ‘사실상혼인관계존부확인청구제도’를
이용한 보호방안 |
| 3. 사실혼의 보호 | 3. 개별적·선택적 상속권 부여 방안 |
| III. 청산을 위한 법리 구성 | V. 결론 |
| 1. 법리구성상의 필요성 | |

I. 서 론

대법원은 2006년 일방 배우자가 사망하여 사실혼관계가 해소된 경우 생존 사실혼 배우자에게 재산분할청구권이 인정되는지 여부에 대한 판단에서 민법 제839조의2를 유추적용할 수 없다는 견해를 밝혔다.¹⁾ 즉 “사실혼관계에 있었던 당사자들이 생전에 사실혼관계를 해소한 경우 재산분할청구권을 인정할 수 있으나, 법률상 혼인관계가 일방 당사자의 사망으로 인하여 종료된 경우에도 생존 배우자에게 재산분할청구권이 인정되지 아니하고, 단지 상속에 관한 법률 규정에 따라서 망인의 재산에 대한 상속권만이 인정된다는 점 등에 비추어 보면, 사실혼관계가 일방 당사자의 사망으로 인하여 종료된 경우에는 그 상대방에게 재산분

* 건국대학교 법과대학 교수

1) 대법원 2006. 3. 24. 선고, 2005두15595 판결.

할청구권이 인정된다고 할 수 없다”고 그 이유를 판시하였다. 그 이후 학계에서는 생전에 사실혼이 해소되는 경우에 사실혼배우자는 재산분할청구를 할 수 있는데 비해, 사망으로 인하여 사실혼이 해소되는 경우에는 아무런 보호를 받지 못한다는 것은 불합리하다고 보고 이러한 문제를 해결하기 위한 다양한 이론을 제기하고 있다.²⁾

한편 대법원은 2009년 사실혼관계의 당사자 중 일방이 갑자기 의식불명상태에 빠지고 그 의식불명 기간에 상대방이 사실혼관계의 해소를 주장하면서 재산분할심판청구를 한 사안에서, 위 사실혼관계는 상대방의 의사에 의하여 해소되었고 그에 따라 재산분할청구권이 인정된다고 보아 원심을 파기 환송하였다.³⁾ 즉 판례는 당사자의 사망으로 인한 사실혼관계 해소의 경우에 재산분할청구권을 부인하는 태도를 취하고 있는 법상태를 전제로 재산분할청구제도의 제반 취지를 살릴 방도는 무엇인지를 강구할 필요가 있다는 점을 고려하였음을 판결이유에서 설시하고 있다. 이러한 대법원의 태도는 생존 사실혼배우자에게 생명이 위독한 다른 일방 배우자를 상대로 사실혼을 해소하고 재산분할심판을 청구하도록⁴⁾ 장려하는 셈이 되었다. 이러한 상태가 불합리하다는 것은 이론의 여지가 없다.

법률혼 부부에게 인정되는 재산분할청구권이나 상속권을 사실혼 부부에게 인정하지 않는 이유는 근본적으로는 법률혼과 사실혼을 동등하게 취급할 수 없기 때문일 것이다. 법률혼과 사실혼을 동등하게 대우하

2) 윤진수, “사실혼배우자 일방이 사망한 경우의 재산관계”, 저스티스 제100호(한국법학원, 2007), 5쪽 이하; 김상용, “사실혼 배우자의 상속권에 관한 시론(試論)”, 중앙법학 제9집 제2호(중앙법학회, 2007), 511쪽 이하; 박인환, “사망에 의한 사실혼의 해소와 재산분할의 유추”, 가족법연구 제21권 3호(한국가족법학회, 2007), 161쪽 이하; 지원림, “사실혼에 관한 약간의 비판적 고찰”, 가족법연구 22권 3호(한국가족법학회, 2008), 461쪽 이하; 박종용, “사실혼 배우자의 보호”, 가족법연구 제21권 3호(한국가족법학회, 2007), 139쪽 이하 등.

3) 대법원 2009. 2. 9. 선고, 2008스105 판결.

4) 김주수/김상용, 친족상속법 제10판(법문사, 2010), 269쪽.

지 않는 현실에서 사실혼 배우자를 법률혼 배우자와 동등하게 대우한다는 것은 법률혼 제도를 약화시키게 될 것이다. 그렇다면 법률혼주의를 취하고 있는 법체계 속에서 사실혼 배우자를 보호하여야 할 당위성은 어디에 있는 것일까. 보다 근본적으로는 사실혼은 무엇을 말하는 것일까. 이 논문에서는 이러한 문제의식을 가지고 사실혼 당사자의 일방이 사망한 경우 법률적인 공백상태에 있는 생존배우자 내지 사망한 배우자의 상속인을 보호하기 위한 방안을 모색해 본다.

Ⅱ. 사실혼의 보호의 필요성

1. 사실혼의 개념

사실혼이란 실질적으로는 혼인생활을 영위하여 사회적으로는 혼인 관계에 있다고 인정되면서도 혼인신고를 하지 않았기 때문에 법률상의 혼인으로 인정받지 못하는 남녀의 결합관계이다.⁵⁾ 이러한 사실혼이 성립하기 위하여는 당사자 사이에 혼인의사와 부부로서의 공동생활이 있어야 한다.⁶⁾ 판례도 “사실혼이라 함은 당사자 사이에 혼인의 의사가 있고, 객관적으로 사회관념상으로 가족 질서적인 면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있는 경우”라고 한다.⁷⁾ 이를 나누어 살펴본다.

5) 김용한, 친족상속법 보정판(박영사, 2003), 164쪽.

6) 박 철, “사실혼의 성립요건”, 민사판례연구XIX(박영사, 1997), 326쪽, 이 이외에 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하지 않아야 한다는 사회적 정당성을 성립요건으로 추가하였다. 대법원 1995. 9. 26. 선고, 94므1638 판결.

7) 대법원 1995. 3. 10. 선고, 94므1379, 1386(반소) 판결.

2. 사실혼의 성립

2.1 혼인의사

혼인의 요건으로서 혼인의 의사는 남녀가 영속적으로 결합하여 경제적 생활공동체를 형성하고 혼인이라는 사회적 제도에 따른 권리·의무를 취득하겠다는 의사라고 할 수 있다. 혼인의사에 대하여는 실질적 의사설, 형식적 의사설 등의 대립이 있다. 전자는 일반적으로 정신적, 육체적으로 결합하여 그 시대의 사회통념에 좇아서 혼인이라고 볼 수 있는 생활공동체를 형성하려는 의사이고, 후자는 혼인의사란 혼인신고에 의하여 법률상의 부부관계를 형성하려는 의사이다. 사실혼의 요건으로서 혼인의 의사를 요구하는 학자들도 대체로 실질적 의사설을 지지하고 있다.⁸⁾

혼인의사의 판단은 일반적으로는 관습상의 의식, 상당기간 계속된 공동생활 등의 외형적 표식에 의하여 추인된다고 한다.⁹⁾ 혼인의 의사는 남녀의 영속적 결합을 전제로 하는 것이며, 경제적 생활공동체를 형성하고자 하는 의사이다. 또 혼인은 대개 남녀의 성적 결합을 전제로 자녀를 출산하여 양육하는 것이 일반적이므로 남녀가 성적으로 결합하여 자녀를 출산하고 함께 양육하였다면 혼인의 의사를 사실상 추정할 수 있을 것이다. 혼인의 의사는 사회제도로서의 혼인을 성립시켜 제도로서 정형화된 효과를 받아들이는 의사이므로 사회 관습에 따른 혼인의 예식을 거쳤거나 사회통념상의 혼인생활의 실체가 있는 경우에는 혼인의 의사가 사실상 추정될 수 있을 것이다. 다만, 혼인이 대개 남녀의 성적 결합을 전제로 하는 것이기는 하지만 신체적, 정신적 장애로 인하여 성적 결합

8) 윤진수, 주2)의 논문, 8쪽.

9) 김상준, “혼외가족의 법률문제－사실혼이론을 중심으로”, 민사판례연구XVIII(박영사, 1996), 530쪽.

이 불가능한 경우라고 하더라도 당사자 사이에 정서적 결합관계가 있고 경제적 생활공동체를 형성하고자 하는 의사의 합치가 있다면 혼인의 의사가 있다고 하여야 할 것이다. 또한 신체적 장애로 인하여 자녀의 출산이 불가능하거나, 당사자 사이에 자녀를 출산하지 않기로 합의한 경우도 마찬가지로 해석하여야 할 것이다.¹⁰⁾

2.2 부부공동생활

법률혼에서와 달리 사실혼에서는 부부공동생활의 실체가 요구된다. 판례는 “객관적으로 사회관념상 가족 질서적인 면에서 부부공동생활”을 인정할 만한지의 여부를 그 판단기준으로 들고 있다.¹¹⁾ 부부공동생활을 하고 있다면 구체적으로는 동거생활을 하며 경제적인 생활공동체를 형성하고 있어야 한다. 공동생활비용의 부담, 가사노동의 분담 또는 역할 분담, 부양 등의 경제적 의존 및 협력관계를 유지하는 것을 의미한다. 또 일반적으로 부부 사이에서 요구되는 윤리적·도덕적 의무를 이행하였는지의 여부도 부부생활의 실체를 판단하는 기준이 될 것이다. 예컨대, 상대방의 집안의 제사, 혼사 등에 참석하였는지의 여부, 상대방에 대한 부양의 정도 등이 그 판단기준이 될 것이다. 지역사회에서 부부로 서 인식될 만한 행동이 있었는지의 여부 및 지역사회에서의 세평 등도 판단기준이 될 수 있을 것이다.¹²⁾

10) 박 철, 앞의 논문, 347-348쪽.

11) 대법원 1984. 8. 21. 선고, 84므45 판결(공 1984, 1554쪽)에 의하면, “이혼한 후 독신으로 지내는 청구인과 미혼 남성인 피청구인이 남의 이목을 피하면서 동침하는 등 교제하면서 그 관계에 관하여 피청구인의 부모에게 알린다든가, 결혼승낙을 받은 바 없고, 더군다나 결혼식을 치른 바도 없다면 양인의 간헐적 정교관계만으로는 비록 그들 사이에 자식이 태어났다 하더라도 서로 혼인의사의 합치가 있었다거나 혼인생활의 실체가 존재한다고는 할 수 없어 사실상의 혼인관계가 성립하였다고 볼 수 없다”고 한다.

12) 박 철, 위의 논문, 348-349쪽.

부부공동생활의 실체가 존재한다면 이는 당사자의 의사에 기한 것일 것이고, 그렇다면 사회통념에 따라 사회습속상의 부부관계를 형성하려는 의사는 존재한다고 보아야 할 것이며,¹³⁾ 이러한 사실혼에 대하여 보호를 하고자 하는 것이다.

3. 사실혼의 보호

사실혼의 보호를 법률혼과 동일시해야 한다는 의미로 이해하는 견해가 있다. 즉 사실혼 배우자는 혼인신고를 행정관청에 하지 않았을 뿐 실질적 혼인관계에 있다는 점을 고려해 보면 상속인에서 사실혼 배우자를 제외하는 것은 혼인차별이라는 입장이다.¹⁴⁾ 그러나 오늘날 사실혼을 법률혼과 달리 취급해야 한다는 견해 속에서 사실혼을 보호하고자 하는 태도가 지배적이다. 사실혼과 법률혼의 차이가 정당하다고 주장하는 주장의 근거로 가장 유력한 것은 사실혼 당사자들은 그 의사에 따라 법률혼을 선택하지 않았다는 것과 법률관계의 명확성을 위하여는 법률혼제도가 필요하다는 것이다.¹⁵⁾ 따라서 사실혼 당사자들은 언제든지 혼인신고를 통하여 법률혼을 성립시킬 수 있음에도 이를 하지 않는 것이어서 이러한 차별을 감수할 수밖에 없다. 한편 법률혼 제도가 가지는 법적 명확성이라는 이점을 포기할 수 없는 한 사실혼을 법률혼과 동일하게 취급할 수 없다. 하지만 사실혼이 해소되는 경우에 경제적으로 약한 지위에 있는 사실혼 배우자의 보호도 필요하다. 그렇다면 사실혼 배우자를 어느 정도로 어떻게 보호하여야 법률혼제도의 의미를 살리는 것이 될지 검토하기로 한다.

13) 윤진수, 앞의 논문, 8쪽.

14) 김엘림, “혼인차별과 법의 지배”, 사회적 차별과 법의 지배 정인섭 편(박영사, 2004), 37쪽. 이에 대하여 윤진수 같은 책 53쪽에서, 법률이 법률혼을 사실혼보다 우대한다고 하더라도 이를 가리켜 허용되지 않는 차별이라고 할 수 없다는 비판이 있다.

15) 윤진수, 앞의 논문, 29쪽.

Ⅲ. 청산을 위한 법리 구성

1. 법리구성의 필요성

부부공동생활이 해소된 경우에 그들의 협력으로 형성된 재산이 청산되어야 함은 당연하고, 사실혼이 해소된 경우에도 다르지 않다. 재산분할청구권의 본질이 공유재산의 청산과 아울러 그 공유재산의 형성에 기여한 상대방 배우자에 대한 생활보장을 도모하고자 함에 있고 사실혼에 관하여도 그 해소의 시점에서 재산분할청구권을 인정할 필요가 있다. 주지하다시피 양 당사자의 생존 중 사실혼이 해소된 경우에 판례는 이혼에 준하여 민법 제839조의2를 유추적용하여 재산분할청구를 인정하며,¹⁶⁾ 학설도 대체로 이에 따르고 있다.¹⁷⁾ 그러나 일방 당사자가 사망한 경우 재산의 청산에 대하여는 상황이 달라진다. 법률혼에 있어 배우자 일방이 사망한 경우, 생존배우자에게는 배우자상속권이 인정될 뿐만 아니라(§1003) 유류분제도에 의하여 일정비율의 유류분이 보장된다. 하지만 사실혼관계에 있는 배우자 일방이 사망한 경우, 생존 사실혼배우자에게 배우자상속권이 인정되어야 한다는 견해도 있지만¹⁸⁾ 대다수의 견

16) 대법원 1995. 3. 10. 선고, 94므1379, 1386 판결; 대법원 1995. 3. 28. 선고, 94므1584 판결.

17) 김주수/김상용, 앞의 책, 254쪽; 박동섭, 친족상속법 3정판(박영사, 2009), 183쪽; 이경희, 요해 가족법(법원사, 1997), 145-146쪽 등. 다만 지원림, 앞의 논문, 484-485쪽에서는 통설이나 판례가 재산분할청구에 관한 제839조의2가 사실혼에 유추적용될 수 있다고 하는 점에 대한 검토가 있어야 할 것이라고 한다. 즉 법률혼에서도 내조의 공은 특유재산의 추정을 반복한 사유가 되지 못하지만, 재산분할에서는 처가 가사노동을 분담하였다는 등으로 내조를 함으로써 夫의 재산의 유지 또는 증가에 기여하였다면 그 재산은 재산분할의 대상이 된다는 점에 비추어 재산분할청구는 법률혼에 주어진 일종의 특혜로 볼 수 있다고 한다. 그렇다면 법률혼에 주어진 특혜인 재산분할청구권을 사실혼에 유추적용함에 신중하여야 할 것이라고 하여 통설적 견해를 비판한다.

18) 정광현, 신친족상속법요론(법문사, 1961), 154쪽; 이경희, 앞의 책, 142-143쪽은,

해는 이를 부인하고 있다.¹⁹⁾ 사실혼이 일방 배우자의 사망으로 해소되는 경우에도 잔존 배우자의 생활보장적 측면의 문제는 여전히 남아 있음에도 그러한 잔존 배우자에게 상속권을 인정치 않는다는 것은 조기에 사실혼관계가 파탄에 이른 경우에는 그의 생활보장을 고려하여 재산분할청구권을 인정하는 반면 평화롭게 평생 상대방과 부양협조를 계속하다가 사별한 자에 대하여는 아무런 권리를 인정치 않는 것이 되어 형평에 어긋나게 된다. 가족관계등록부에 공시되지 않아서 상속인을 확정하기 어렵고, 따라서 상속채권자 등 이해관계인에게 피해를 입힐 수 있다는 점 등을 근거로 한다.²⁰⁾ 그 결과 사실혼배우자의 협력으로 형성된 재산이 재산 형성에 전혀 기여가 없는 상속인에게 귀속됨으로써 생존 사실혼배우자의 권리 내지 사망배우자의 상속인의 권리를 침해하게 된다. 생각건대 사실혼의 입증곤란이라는 문제는 증거방법의 양과 관련된 문제일 뿐 법률혼 배우자가 가족관계등록부에 의하여 상속권을 인정받는 것과 아무런 질적인 차이도 없는 것인데 이러한 사실혼의 입증곤란의 문제를 내세워 상속권을 부정한다면 사실혼에 부여되는 다른 준혼적 효과는 어떻게 입증을 하여 인정된다는 것인지 의문이다.²¹⁾

이러한 불합리를 해소하기 위해 학설은 크게 재산분할청구권의 유추적용, 부양청구권의 인정, 배우자상속권의 인정, 재산법적 법리구성 등으로 이를 시정하려고 하나 법리구성의 장단점을 내포하고 있다.

이혼시의 재산분할이나 배우자상속권은 모두 부부재산의 청산이나 생존배우자의 생활보장이라는 공통의 근거를 가진다는 점을 들어 사실혼배우자의 상속권을 인정하여야 한다고 한다.

19) 박윤직, 상속법(박영사, 1997), 55쪽; 김주수/김상용, 앞의 책, 249쪽; 박동섭, 앞의 책, 190쪽; 박 철, “사실혼의 성립요건”, 민사판례연구 19집(박영사, 1997), 352쪽 이하; 임성근, “사실혼의 보호와 그 한계”, 판례연구 8집(부산판례연구회, 1996. 9), 495쪽.

20) 박윤직, 앞의 책, 55쪽.

21) 김상준, “혼외가족의 법률문제”, 민사판례연구 18집(박영사, 1996), 535-536쪽.

2. 학설의 검토

2.1 재산분할청구권 유추적용설의 근거와 비판

통설과 판례는 생전에 사실혼관계를 해소한 경우에 재산분할에 관한 제839조의2를 유추 적용한다. 그런데 사실혼배우자의 일방이 사망한 경우에도 재산분할청구권을 유추적용할 것인지에 대하여 재산분할규정의 유추적용은 사실혼배우자에게 상속권이 없는 현실에서 불합리한 결과를 방지하고 공동생활자의 이익을 지킬 수 있다고 한다. 즉, 사실혼에는 이혼의 관념이 없고, 사실혼에서 사망에 의한 해소나 생전의 해소는 본질적 차이가 없고, 혼인 중 형성된 실질적 부부공동재산의 청산과 부양이라는 목적에 적합한 구제수단으로서 재산분할에 관한 제839조의2의 유추적용으로 다양한 사실혼의 양태에 알맞은 개별적 처리가 가능하다고 한다.²²⁾

그러나 이 입장에 대하여는 우선 사실혼배우자의 일방이 사망한 경우 법률혼배우자에게도 인정되지 않는 재산분할청구권을 잔존 사실혼배우자에게 인정하는 것은 민법체계의 정합성을 깨뜨리는 것으로서 해석론의 범위를 벗어나는 것이다.²³⁾ 잔존 사실혼배우자에게 재산분할을 허용한다면 법정상속인이나 수유자 등 제3자의 권리를 침해할 가능성을 지적할 수 있다.²⁴⁾ 이 이외에도 재산분할청구권은 법률혼에 주어진 특례로서 과연 통설이나 판례와 같이 사실혼에 재산분할청구권을 유추적용하

22) 권순한, “상속법의 미래와 과제”, 가족법연구 제14호(한국가족법학회, 2000. 12), 378쪽; 박인환, 앞의 논문, 206쪽.

23) 윤진수, 앞의 논문, 33쪽; 손승은, “사실혼관계 해소와 관련한 문제점”, 재판자료 101집 가정법원사건의 제문제(상)(법원행정처, 2003), 349쪽.

24) 김시철, “일방 당사자의 사망으로 인하여 사실혼관계가 종료된 경우 그 상대방에게 재산분할청구권을 인정할 수 있는지”, 대법원판례해설 61호 2006 상반기(법원도서관, 2006. 6. 12), 495-496쪽.

는 것에 대한 근본적인 검토가 필요하다는 견해에 의하면 일방 당사자의 사망에 의한 잔존 사실혼배우자의 보호라고 하지만 이의 적용은 신중하여야 한다는 비판도 있다.²⁵⁾

2.2 입법론적 부양적 청구권 인정설의 근거와 비판

사실혼배우자가 상속인들에 대하여 기본적으로 부양을 위한 청구권을 행사하도록 하면서, 이 배우자가 망자에게 현저한 재산적 기여를 하였다면 청산적 청구도 인정하는 입법에 의한 해결방안이다. 부양을 필요로 하는 사람이 부양을 받아야 한다는 것은 인간으로서의 기본적인 생존을 위한 최소한의 요구이기 때문이다. 따라서 부양적 청구에는 부양을 필요로 하는 정도, 현저한 기여의 유무 등 객관적으로 쉽게 파악할 수 있는 사항이 심리의 대상으로 될 것이므로 심리에 많은 부담을 주지 않을 뿐만 아니라 당사자들 사이에 분쟁이 생길 우려도 그다지 크지 않다고 한다.²⁶⁾ 그리고 현행법상 이와 유사한 제도로 기여분, 특별연고자에 대한 분여 등이 있으나 그 법적 취급에 있어서는 증여와 마찬가지로 이해할 수 있다고 한다. 구체적으로는 증여세 면탈의 수단으로 악용

25) 지원림, 앞의 논문, 484-485쪽. 특히 이 견해는 법률혼에서도 내조의 공은 특유재산의 추정을 반복한 사유가 되지 못하지만, 재산분할에서는 처가 가사노동을 분담하였다는 등으로 내조를 함으로써 夫의 재산의 유지 또는 증가에 기여하였다면 그 재산은 재산분할의 대상이 된다는 점에 비추어 재산분할청구는 법률혼에 주어진 일종의 특례로 보고 있다. 이 외에도 이상훈, “이혼에 따른 재산분할청구사건의 재판실무상 문제점에 대한 고찰”, 법조 제42권 6호(법조협회, 1993), 91쪽도 “자에 대한 양육자 지정청구는 법조문의 명문상의 이혼이나 혼인의 무효 또는 취소의 판결을 하는 경우에 한하여 신청할 수 있으며, 사실혼관계나 일시적인 정교관계로 인하여 출생한 데 대하여 위 규정을 확대해석할 수는 없다”고 하는 대법원 1979. 5. 8. 선고, 79므3 판결의 태도로 미루어 보아 가사소송법상 사실혼배우자의 경우에 재산분할청구를 할 수 있다는 명문의 규정이 없는데도 이를 인정하는 것이 받아들여질지는 의문이라 하여 부정적인 입장이다.

26) 윤진수, 앞의 논문, 36-37쪽.

됨을 방지하기 위하여 원칙적으로 법원에 청구하여야 하고, 청구권 행사 기간을 단기로 정하며, 청구권자의 범위를 일정기간 동거한 사람에 한정하며, 부양을 필요로 하는 정도와 현저한 기여의 유무 등을 제시하고 있다.²⁷⁾

그러나 이 견해는 부양적 요소가 1차적이고 청산적 요소가 2차적인 것이 된다는 문제가 있다.²⁸⁾ 또 부양청구권을 인정하더라도 생존 사실혼배우자의 부양을 부부간의 부양으로 볼 것인가 혹은 친족간의 부양으로 볼 것인가 문제되지만 이를 부부간의 1차적인 부양으로 보기에는 어려울 것이다.²⁹⁾ 그렇다면 부양권리자와 부양의무자의 구체적 재산상황에 따라 그 내용이 달라지게 되고 공동재산의 청산이라는 제도적 취지가 퇴색될 수 있다. 생존 사실혼 배우자 보호의 필요성은 사실혼관계 중 부부 공동의 노력으로 형성한 재산에 대한 청산의 기회를 부여하여 불공평을 해소하는 것이지 사후 부양에 있는 것은 아닐 것이다. 부양청구권의 입법으로 그러한 불공평이 해소될 수 있을지 의문이다.

2.3 입법론적 배우자상속권설의 근거와 비판

상속제도의 존재의의는 잠재적 공유관계의 청산기능과 사후부양의 기능에 있다고 보고, 법률혼배우자와 사실혼배우자와 사이에 본질적 차이가 없음을 근거로 입법적 근거를 두고 사실혼배우자의 상속권을 인정하고자 한다.³⁰⁾ 즉 사실혼 배우자에게 상속권을 인정하는 것이 상

27) 윤진수, 앞의 논문, 37쪽; 지원림, 앞의 논문, 각주 82) 참조.

28) 박인환, 앞의 논문, 202쪽.

29) 지원림, 앞의 논문, 486쪽.

30) 김상용, 앞의 논문, 512-514쪽, 521-522쪽. 이 견해는 민법 제812조의 2(사실상혼 인관계존재확인청구), 제1003조(배우자의 상속순위), 제1003조의 2(상속인이 되는 사실혼의 배우자), 제1009조(법정상속분), 제1010조(대습상속분)에 대한 개정사안을 제시하고 있다.

속제도의 존재의의나 정책적 차원에서 볼 때 타당하다고 해도, 이것만으로는 사실혼 배우자의 상속권을 입법화하는데 한계가 있다. 사실혼 배우자의 상속권을 도입하려면 사전에 그에 수반하여 나타날 수 있는 상속으로 인한 법률관계의 불안정, 상속채권자와 같은 이해관계인의 이익 침해 등을 해결할 수 있는 구체적 방안이 마련되어야 한다는 전제에서 그 대안을 피상속인의 사후 인지판결에 의해서 상속권을 취득하게 되는 혼인 외의 자의 상속에 관한 법리에 기초하여 입법론을 제안한다. 이에 의하면 사실혼 관계가 일방의 사망으로 해소된 경우에 생존한 일방이 상속인이 되기 위해서는 반드시 법원에 사실상혼인관계존재확인청구를 하여야 한다. 사실혼의 존재를 확인하는 재판의 확정에 의해서 청구인은 사실혼 배우자의 신분을 인정받게 되고, 상속개시 시에 소급하여 상속권을 취득하지만 제3자의 권리를 해하지 못한다. 따라서 재판이 확정되기 전에 다른 공동상속인이 이미 상속재산을 제3자에게 매각처분한 때에는 사실혼 배우자는 제3자에 대하여 상속회복청구를 할 수 없으며, 단지 공동상속인에 대하여 자신의 상속분에 따른 가액의 지급을 청구하는 것으로 만족한다.³¹⁾

그러나 이 견해에 대하여는 중혼적 사실혼과 같이 준혼으로서의 보호적격을 갖추지 않은 사실혼 등에서는 재산관계의 청산이 이루어지지 않으며, 사실혼 배우자의 협력에 의하여 형성된 재산의 청산에 의문을 제기한다. 즉 생존배우자 명의의 재산은 청산되지 않을 수 있다고 한다.³²⁾ 또 모든 사실혼 배우자에 대한 획일적인 상속권의 부여가 실무계에 있어서 사실혼 인정을 보다 엄격하게 하는 계기가 됨으로써, 다양한 실질적 가족 생활공동체를 사실혼으로 보호할 수 있는 가능성을 축소시킬 염려는 없는지 신중한 판단이 필요하다고 한다.³³⁾

31) 김상용, 위의 논문, 534쪽.

32) 박인환, 앞의 논문, 187쪽 참조.

33) 박인환, 위의 논문, 200-201쪽.

2.4 재산법적 법리구성에 대한 근거와 비판

재산법적 법리구성을 통한 구제방법의 대표적인 것이 공동소유의 법리를 활용하는 것이다. 즉, 부부재산의 형성과정에서 잔존배우자의 기여 정도나 가사노동의 본질에 대한 정확한 평가, 부양적 요소를 고려한 잠재적 지분의 축적을 인정하고, 상속개시 이전에 이러한 지분이 잠재되어 있다가 사실혼 당사자의 일방이 사망하면 그 잠재적 지분이 현재화되어 상속인들과 일종의 공동소유관계에 놓이게 된다는 해석방법을 취한다. 이 경우 공유지분권 확인 또는 공유물분할청구의 방식에 의하여 생존사실혼 배우자의 권리를 인정해 줄 수 있을 것이라고 한다.³⁴⁾ 또 재산의 정의는 부부의 일방에 속하나 실질은 부부가 공동으로 협력하여 취득함으로써 부부의 공유에 속하는 실질적 공유재산이 존재하게 되는데, 재산분할은 이와 같은 실질적 공유재산의 내부적 공유관계를 해소하여 분할하는 절차로 이해한다. 그런데 부부의 내부적 실질적 공유관계는 명의신탁의 법리에 의하여 설명할 수밖에 없다고 한다. 그 결과 명의신탁해지청구와 재산분할청구는 민사소송이나 가사비송이나 그 절차만을 뿐 법적 성질 및 효과가 동일한 것이 된다고 한다. 사망에 의한 사실혼 해소의 경우에는 명의신탁해지청구만이 사망한 사실혼 배우자와 생존사실혼 배우자 사이의 공동생활 중 형성된 재산의 귀속에 관한 분쟁을 해결할 수 있는 방법이 된다고 한다.³⁵⁾

재산법적 법리 구성에 있어서는 청산의 경우에 당사자 쌍방의 기여 내지 협력만이 고려될 뿐이므로 재산분할청구에서 인정되는 부양적 요소를 고려할 수 없다는 단점이 있고³⁶⁾ 이러한 법리에 의하여 구제되는 경우가 그다지 많지 않을 뿐만 아니라 결과의 예측가능성이 없어서 매우

34) 김상준, 앞의 논문, 536-537쪽.

35) 손승은, 앞의 논문, 358쪽.

36) 이재강, “사실혼 배우자의 법적 지위”, 재판실무연구(광주지방법원, 1998), 124쪽.

불확실하다는 점을 들어 실효성에 의문을 표한다.³⁷⁾ 또한 민사소송사건에 의하므로 재산분할청구의 가사비송사건에서와 달리 법원의 후견적·조정적 역할이나 특히 가사에만 기여한 경우의 가사노동을 어떻게 평가할 것인가 하는 점이 문제될 수 있을 것이다.³⁸⁾ 한편 법리 구성에 있어서 공유론은 사실혼 당사자의 협력에 의하여 형성된 재산만이라는 한계가 있고, 형성된 재산이 부동산인 경우에는 공시의 결여로 대외적 주장이 곤란하다,

2.5 소결

사실혼 배우자 일방의 사망으로 인한 생존배우자 내지 사망배우자의 상속인에게 사실혼관계 중에 형성된 재산에 대한 권리를 인정하기 위한 법리를 구성하기 위한 각 견해는 그 나름대로의 합리적 근거를 갖추고 있지만 이론적 난점도 보이고 있어 어느 한 견해에 의해 문제를 해결하기에는 한계가 있다. 그렇다면 논리적인 정합성에 초점을 맞추어 해결의 실마리를 도출해 이론을 구성해 보는 것이 차선의 방책이 아닐까 생각한다. 그렇다 하더라도 일방 당사자의 사망으로 인한 사실혼배우자의 보호는 법률혼에서 생존배우자가 향유할 수 있는 보호범위 이내라는 내재적 한계를 전제로 한다. 즉 현행 상속법 하에서 법률혼부부 중 생존배우자는 상속법리에 의하여 보호받을 수밖에 없는바, 생존 사실혼배우자도 상속법리의 보호법익의 범위 내에서 보호방안을 모색하는 것이 논리적이라고 생각한다.

37) 윤진수, 앞의 논문, 34쪽.

38) 이재강, 앞의 논문, 124쪽; 윤진수, 위의 논문, 19쪽.

Ⅳ. 상속법리에 의한 청산방안

1. 전제

상속이란 상속인의 재산에 대한 권리·의무의 포괄적 승계이므로 법적 안정성이 무엇보다 중요하다.³⁹⁾ 따라서 상속인은 가족관계등록부의 기재에 의하여 객관적·확실적으로 공시되어야 하는데 사실혼관계에 있다는 것만으로는 가족관계등록부의 기재와 같은 입증상의 확실성을 갖지 못한다. 그렇다면 사실혼배우자라는 사실이 확정·공인될 수 있다면 생존배우자의 재산청산에 있어 가장 큰 장애가 제거되어 상속법리에 의한 청산방안의 도입가능성을 높이게 될 수 있을 것이다. 사실혼의 보호에서 가장 취약한 문제점으로 제기 되었던 법적 명확성의 문제가 해소될 수 있다. 그런데 현행법이나 판례에⁴⁰⁾ 의하더라도 사실혼 당사자 쌍방이나⁴¹⁾ 일방이 사망한 후 과거의 사실혼관계를 가족관계등록부에 공시할 수 있는 방안은 없다. 다만 사실상혼인관계존부확인청구의 소를 통하여 사실혼배우자 관계를 객관적으로 확인하여 이에 대한 법적 보호 방안을 대안으로 모색해 보고자 하는 것이다.

39) 이경희, “상속법의 문제점과 개선방안”, 금강 김철수 교수 화갑기념논문집(박영사, 1993), 978쪽.

40) 대법원 1991. 8. 13. 선고, 91스6 결정. 그 사실관계는 X는 망 Z와 사실혼관계에 있었는데, Z가 사망한 후 검사를 상대로 하여 Z와의 사실혼이 존재하였다는 확인을 구하는 심판을 청구하여 승소하자, Z와의 혼인신고서를 00구청장에게 제출하였으나 해당 00구청장이 혼인신고서를 수리하지 않음으로써 이를 부당하다고 하면서 그 신고를 수리를 수리하는 처분을 명하여 달라는 취지로 호적공무원에 대한 불복신청을 하였는데, 원심법원은 각하결정을 하였고 X가 재항고하였으나 대법원은 재항고를 기각하였다.

41) 대법원 1988. 4. 12. 선고, 87므104 판결.

2. ‘사실상혼인관계존부확인청구제도’를 이용한 보호방안

2.1 제도의 취지

사실상혼인관계존부확인청구제도는 1963년 가사심판법 제정 당시 사실혼관계에 있는 여성배우자를 보호할 목적으로 도입된,⁴²⁾ 우리 가족법이 가지고 있는 특별한 제도(가사심판법 제2조 1항 병류 나호)라고 볼 수 있다.⁴³⁾ 입법당시의 사정이 혼인신고가 잘 이행되지 않았고 특히 이로부터 피해를 받는 측은 여성이었기 때문에 이 제도의 필요성이 정책적으로 요구되었다.⁴⁴⁾ 즉 사실혼관계가 확인되는 경우 일방적인 혼인신고가 가능하게 되어 법률혼이 성립되므로 사실혼배우자로 하여금 법률혼에서 인정되는 보호를 받을 수 있도록 하려는 것이었다.⁴⁵⁾ 그 결과 사실혼 중의 출생자를 혼인 중의 출생자로 할 수 있다.⁴⁶⁾ 그러나 이 소송을 통하여 혼인신고를 강제할 정도라면 사실혼이 이미 파탄직전에 가 있는 경우가 많을 것이고, 현재에도 사실혼관계가 존속되고 있다면 당사자 일방의 혼인신고로 유효한 법률혼을 성립시킬 수 있으므로 사실상혼인관계존재 확인청구제도는 그 실효를 거두기 어려운 상태에 있었다.⁴⁷⁾

42) 가사심판법은 가사소송법(1991. 1. 1. 법률 제4300호)으로 다시 제정되었다. 가사소송법은 사실상혼인관계존부확인의 소를 소송사건으로 규정(가사소송법 제2조 제1항 가. (2)나류사건 제1호)하여 시행되고 있다.

43) 한봉희, 2010년 개정판 가족법(푸른세상, 2010), 145쪽; 한봉희, “사실혼 배우자의 법적지위”, 고시계 제34권 제5호(고시계사, 1989. 5), 97쪽.

44) 한봉희, 위의 논문, 98쪽.

45) 김주수/김상용, 앞의 책, 257쪽; 한봉희, 앞의 논문, 97쪽.

46) 박동섭, 앞의 책, 236쪽; 한봉희, 앞의 논문, 98쪽.

47) 한봉희, 위의 논문 98쪽과 임정평, 친족상속법(단국대출판부, 1982), 202-203쪽은, 입법당시의 사정이 혼인신고가 잘 이행되지 않았고 특히 이로부터 피해를 받는 측은 여성이었기 때문에 이 제도의 필요성이 정책적으로 요구되었을지 모르나 현재로서는 그 존속의 의미가 희박해진 것으로 생각된다고 한다. 사실상혼인관계존재확인 청구제도의 실효성이 낮은 것은 이 외에도 이 소에 의한 판결이 확정되기 전에 타인

오늘날 사실혼은 법률에 의하여 보호되는 경우도 있으므로 당사자 사이의 관계가 법률상의 보호를 받을 수 있을지 다툼이 있는 경우 재판에 의하여 이를 확정하여 상대방의 불이익을 구제할 필요가 없을지 검토한다.

2.2 과거의 사실혼관계에 대한 존부확인 소송의 대상여부

사실혼배우자 일방이 사망한 경우 과거의 사실혼관계도 사실상혼인 관계존부확인의 소의 대상이 되는지에 대하여는 학설은 견해가 나뉜다. 우선 부정적인 견해는, 사실혼관계를 전제로 하는 분쟁이 생긴 경우에 다툼이 생긴 현재의 법률관계에 관한 심판을 받으면 되므로 구태여 과거의 사실혼관계존부확인을 구할 필요가 없다고 한다.⁴⁸⁾ 예컨대 사실혼이 파탄된 경우에는 부당파기 당사자에게 직접 손해배상을 청구하면 되고, 당사자 일방이 사망한 경우에도 공무원연금법 등 사회보장에 관한 특별법에서 사실혼 배우자에게 연금지급청구권 등을 인정하고 있으면 직접 그 지급을 구하는 이행의 소를 제기하면 되고 따로 확인의 소를 제기할 실익이 없다고 한다.⁴⁹⁾ 이에 대하여 긍정설은 과거의 법률관계라도 현재의 권리 또는 법률상의 지위에 대한 위협이나 불안을 제거하기 위하여 그 법률관계에 관한 확인판결을 받는 것이 유효적절한 수단이라고 인정될 때에는 그 법률관계의 확인소송은 즉시 확정의 이익이 있고, 또 이렇게 보는 것이 확인소송의 분쟁해결기능과 분쟁예방기능에도 합치된다고 할 것이며, 혼인·입양과 같은 신분관계는 그것을 전제로 하여 수많은

과 혼인신고를 한다거나, 판례가 인정하는 바와 같이 사실혼관계존재확인의 확정판결이 있더라도 이 판결에 기한 혼인신고가 있어야 법률혼이 성립되므로 확정판결 이후에 타인과 먼저 혼인신고를 하면 확정판결은 의미가 퇴색될 수밖에 없다.

48) 윤진수, “검사를 상대로 하는 사실상혼인관계존부확인청구”, 대한변호사협회지(대한변호사협회, 1986. 4), 62-63쪽.

49) 이재강, 앞의 논문, 129쪽.

법률관계가 발생하고 그에 관하여 일일이 개별적으로 확인을 구하는 번잡한 절차를 반복하는 것보다 과거의 법률관계 그 자체의 확인을 구하는 편이 관련된 분쟁을 일거에 해결하는 유효적절한 수단일 수 있는 경우에는 예외적으로 확인의 이익이 인정된다고 한다.⁵⁰⁾

법원의 태도도 종래의 하급심판례는 과거의 사실혼은 확인청구의 대상이 되지 않는다는 견해를 취한 적이 있었고,⁵¹⁾ 대법원은 ‘사실혼관계에 있던 당사자 일방의 사망 후 사실혼관계존부확인청구를 하는 경우에는 민법 제865조의 제척기간에 관한 규정이 유추적용된다’고 판시한 바 있으나,⁵²⁾ 그 사안이 제척기간 도과를 이유로 원고의 소를 각하한 것이어서 검사를 상대방으로 한 소의 제기가 허용되는지 여부가 명백하지 않았다.⁵³⁾ 1995년 3월 28일 대법원은 과거의 사실혼관계존부확인청구에 확인의 이익이 인정됨을 정면으로 인정⁵⁴⁾ ‘사실혼관계에 있던 당

50) 이재강, 위의 논문, 130-131쪽.

51) 서울가정법원 1964. 12. 24. 심판 65드○○○, 법조 17권 12호(법조협회, 1968), 58쪽.

52) 대법원 1983. 3. 8. 선고, 81므76 판결.

53) 그 이유에 대하여 이재강, 앞의 논문, 각주 122)에 의하면, 원심(서울고등법원 1981. 10. 5. 선고, 81르26)은 첫째 사실혼 배우자의 일방이 사망한 경우 당사자적격에 관한 규정이 없어 검사를 상대방으로 할 수 없고, 둘째 그렇지 않다 하더라도 과거의 사실관계의 확인을 구함에 그치는 것이어서 확인의 이익이 없으며, 셋째 그렇지 않다고 하더라도 검사를 상대로 제소하려면 친생자관계존부확인 소와 인지청구의 소에 관한 규정 중 제척기간에 관한 규정도 유추적용하여야 할 것인데 이 사건 소는 제척기간 경과 후에 제기된 것이어서 부적법한 것이라는 본안전 항변에 대하여, 첫째와 둘째의 각 주위적 항변에 대한 판단은 하지 않고 세 번째 예비적 항변에 대하여 판단함으로써 이 사건 소가 부적법하다는 결론을 내렸고 대법원은 이를 그대로 유지한 것이어서 위 첫째 및 둘째 본안전항변에 포함된 쟁점에 관하여 판단한 것은 아니라고 한다.

54) 대법원 1995. 3. 28. 선고, 94므1447 판결. 그 사실관계는 원고 X는 1968. 6. 27. 생의 미혼녀로서 1991. 1. 중순경 친구의 소개로 1964. 8. 10. 생의 미혼남인 갑남과 사귀다가 1991. 2. 24.경부터 갑남이 경영하던 구두방에서 동거생활을 시작하면서 갑남의 모친인 Y1을 수시로 방문하여 그 집안일을 거들기도 하였다. 갑남은 구두방을 그만 두고 서울에서 건설공사 현장에서 일용노동자로 일하였고, 원고 X는 갑남을

사자 일방이 사망하였더라도, 그 사실혼관계존부확인청구가 현재적 또는 잠재적 법적 분쟁을 일거에 해결하는 유효, 적절한 수단이 될 수 있는 한, 그 과거의 사실혼관계존부확인청구에는 확인의 이익이 인정되는 것⁵⁵⁾이고, 이러한 경우 법률에 명문의 규정이 없더라도 친생자관계존부확인청구에 관한 민법 제865조와 인지청구에 관한 민법 제863조의 규정을 유추적용하여, 생존 당사자는 그 사망을 안 날부터 2년 내에⁵⁵⁾ 검사를 상대로 소를 제기할 수 있다고 하였다.

법원에서 과거의 사실혼존재확인 소에 대한 인용판결의 주문례는, “원고와 소외 망 ○○○사이에 …부터 …까지 사실혼인관계가 존재하였음을 확인 한다.”⁵⁶⁾ 또 “원고와 소외 망 ○○○사이에 위 망인의 사망당시에 사실혼관계가 존재하였음을 확인 한다.”⁵⁷⁾고 각 판시하고 있어 사실혼 배우자임을 명확히 알 수 있다. 종래 사실혼의 입증곤란의 문제를 내세워 상속권을 부정할 수 있는 근거가 제거된 셈이다.

사실혼관계가 잠재적으로는 여러 가지 법률관계의 전제가 될 수 있고, 그 존부확인청구는 그 법률관계들과 관련한 분쟁을 일거에 해결하는 유효·적절한 수단일 수 있기 때문에 그러한 분쟁해결의 길을 열어 놓는 것이 바람직하다.⁵⁸⁾ 이 판결 이후 사실혼 배우자 일방이 사망한 경우 생존 당사자로서는 공동생활 중 형성된 재산관계, 양육관계 등의 정리를 위하여 사실상 혼인관계존부확인 소를 통하여 분쟁해결의 방법을 모

따라와 공사현장 근처의 여관에서 동거생활을 계속하였는데, 갑남이 1992. 5. 25. 지하철 공사장에서 추락하여 같은 해 5. 27. 사망하자 산업재해보상보험법상 유족급여의 수급권을 둘러싸고 원고 X와 Y1 사이에 분쟁이 생겨 원고 X가 이 사건 소송을 제기한 사건이다.

55) 2005년 민법 제865조와 민법 제863조의 개정에 따라 생존 당사자는 그 사망을 안 날부터 2년 내에 검사를 상대로 소를 제기할 수 있다.

56) 서울가정법원 1995. 5. 10. 선고, 94트86789 판결(확정).

57) 서울가정법원 1996. 10. 11 선고, 95트63745 판결(확정).

58) 부구육, “당사자 일방이 사망한 경우의 사실혼관계존부확인청구”, 법조 45권3호(법조협회, 1996), 147쪽.

색해 볼 수 있는 가능성이 높아졌다.⁵⁹⁾ 사실상혼인관계존재확인청구제를 활용하여 사실혼 ‘배우자’임이 확인되면, 그 배우자에게 상속법에 따른 상속권을 인정하는 방안도 고려해 볼 수 있지 않을까.

3. 개별적 · 선택적 상속권 부여 방안

사실혼관계에서 형성된 재산에 대한 청산은 사실혼이 보호가치가 있는 것인지 여부와 관계없이 긍정되어야 하는 것이고,⁶⁰⁾ 여러 사회적 입법이 상속개시 당시 피상속인과 동거하면서 그에 의하여 부양을 받고 있던 사실혼 배우자에게 일정한 유족급부청구권을 현실적으로 인정하는 점 등을 종합적으로 고려해 볼 때 생존 사실혼배우자나 사망한 배우자의 상속인에 대한 재산적 청산은 필요하다.⁶¹⁾ 하지만 사실혼 관계에 있던 중 배우자 일방이 사망하여 상속이 개시되면 피상속인에게 사실혼 배우자가 있는지의 여부를 객관적으로 확정할 수 없으므로 사실혼 배우자는 상속개시 시에는 상속인의 자격을 가질 수 없다. 그렇다면 사실혼 관계 중 형성된 재산의 청산이나 부양청구 등을 원하는 사실혼배우자에게 사실상혼인관계존재확인의 소를 통하여 사실혼 배우자임을 확인받

59) 그러나 대법원 1995. 11. 14. 선고, 95므694 판결은 “사실혼 기간 중 망인 명의로 취득한 재산이 원고와의 공유임을 주장하기 위한 전제로서 사실혼관계의 존재확인이 필요하다는 원고의 주장에 대하여는 앞으로 그러한 재산에 대한 공유관계를 주장하게 될 소송절차 안에서 그 주장의 전제가 되는 망인과의 사실혼관계 존재를 주장·입증할 수 있으므로 그로써 충분하다”는 이유로 사실상혼관계존재확인청구를 기각하였다. 또 대법원 1991. 8. 13. 선고, 91스6 결정은 사망한 사실혼의 배우자와의 혼인신고를 목적으로 하는 사실상혼인관계존재확인청구도 받아들이지 않았다. 이에 대하여 이희배, 주석 가족법판례연구(삼지원, 2007), 491쪽에서 “이 판례는 확인의 이익이 부정되어야 한다고 보고 있음은 납득하기 힘들다”고 평가하고 있다.

60) 예컨대 근친혼적 사실혼이나 증혼적 사실혼에 관하여 존속의 보장은 어렵더라도 재산관계의 청산 등은 필요하다. 이 점에 관하여는 무엇보다도 재산 관계의 청산이 없다면 오히려 더 비윤리적일 수 있다. 박 철, 앞의 논문, 338쪽 참조.

61) 김상준, 앞의 논문, 536쪽.

도록 함으로서 상속인 지위의 불확실성은 제거될 수 있지 않을까 생각한다. 물론 이러한 사건은 입법론적 배우자상속권설과 같이 생존 사실혼배우자에게 상속권을 인정한다. 다만, 입법론적 배우자상속권설이 민법 제812조의2(사실상혼인관계존재확인청구)를 신설하여 입법론적 해결을 도모하는데 비하여 사건은 법원의 후견적 기능을 중시하는 입장에서 법원이 기존의 사실상혼인관계존재확인의 소의 법익을 확대하고자 노력한다면 당장이라도 가능하다는 입장에서⁶²⁾ 입법론적 배우자상속권설과 견해를 달리한다.⁶³⁾ 특히 법원이 ‘(앞부분 생략) 재산분할청구제도의 제반 취지를 살릴 방도는 무엇인지를 강구할 필요가 있다는 점도 고려’하여 내린 2008스105 결정에 비추어 보면 향후 사법부의 역할에 대한 기대가 크다. 가치 영역에서의 첨예한 대립을 법적 문제로 치환하여 해결하는 방식을 통해⁶⁴⁾ 대법원의 정책적 판단이 확대되길 기대한다.

법원의 적극적 후견기능에 의하여 생존 사실혼 배우자가 사실상혼인관계존재확인의 소에서 승소한다면 사실혼 ‘배우자’임이 확인되어 공인을 받는 셈이다. 이 사실혼 배우자에게 사실혼관계 중에 형성된 재산에

62) 입법론적 배우자상속권설이 민법개정을 통하여 사실상혼인관계존재확인청구제도를 신설하여 사실혼배우자를 명패하게 보호하고자 한다. 그러나 우리 법은 이미 1963년 가사심판법 제정 당시 사실상혼인관계존재확인청구제도를 도입하여 활용하고 있었고, 1990년 가사심판법을 가사소송법으로 다시 제정하면서 사실상혼인관계존재확인 소를 소송사건으로 규정(가사소송법 제2조 제1항 가. (2)나류 사건 제1호)하여 시행하고 있다. 사건은 사실혼의 보호를 민법전에 편입하는데 따른 법률혼과의 정합성 논란에서 벗어나면서 실질적으로 사실혼의 보호를 도모할 수 있는 방안을 강구하고자 하는 점에서 입법론적 배우자상속권설과 차이가 있다.

63) 입법론적 배우자상속권설을 취하는 견해는 사실혼 배우자에게 상속권을 보장하려면 우선 사실혼 배우자를 상속인의 범위에 포함시키는 법규정이 마련되어야 한다(구체적으로는 사실혼 배우자의 상속순위에 관한 규정이 마련되어야 한다). 그러나 그와 같은 규정이 마련된다고 해도 사실혼 배우자가 어떤 방식으로 상속권을 취득하며, 행사할 수 있는가에 대해서 구체적인 규정이 보완되지 않으면 사실혼 배우자의 상속권은 실현되기 어렵다고 한다. 김상용, 앞의 논문, 520쪽.

64) 이계수, “정부정책을 다루는 행정소송에서 사법부의 역할”, 건학 80주년 기념 하반기 교내교수 학술대회(건국대학교 법학연구소, 2011. 12. 9), 42쪽.

대한 청산적 의미의 상속이나 부양청구권 등을 인정하자는 것이다. 이 경우 민법 제864조, 제865조 제2항을 유추적용하여 사실혼 배우자의 일방이 사망한 사실을 안 날부터 2년 내에 검사를 상대로 소를 제기할 수 있다고 해석한다. 사실혼관계존재확인의 소 등의 절차에 의할 경우 상속개시 시에 상속인이 확정되지 아니하고, 장기간 상속인 불확정 상태가 지속되는 불합리가 발생할 수 있다. 하지만 이러한 문제들은 피상속인의 사후 인지판결을 받은 혼인외 자의 경우에 준하여 처리하면 될 것이다, 일단 상속개시 시에는 상속인들이 상속재산을 승계하고, 생존 사실혼 배우자가 검사를 상대로 사실혼관계존재확인청구를 하여 확정되면, 상속개시 시에 소급하여 상속인 자격을 취득하되, 상속재산이 이미 분할된 경우에는 상속분 상당에 대한 가액반환만을 청구할 수 있도록 하면 상속인뿐만 아니라 상속재산과 관련된 제3자도 보호할 수 있다. 이는 생존 사실혼 배우자뿐만 아니라 사망한 사실혼 배우자의 상속인들도 생존 사실혼 배우자를 상대로 사실혼관계존재확인의 소를 제기하여 사실혼관계에서 형성한 재산관계를 청산할 수 있는 것으로 해석한다.

한편 법원은 부부공동생활의 실체와 혼인의사가 있었는가의 여부를 판단기준으로 사실혼 부부를 인정한다. 그런데 부부공동생활의 실체는 객관적인 근거에 의해서 그 존재여부를 판단할 수 있지만, 혼인의사는 그 존재여부를 객관적인 기준에 의해서 판단하기 쉽지 않다. 그러므로 당사자 사이에 혼인신고를 하지 않기로 하는 합의와 같은 예외적인 상황이 없는 한 당사자 사이에 부부와 같은 공동생활의 실체가 있으면 일반적으로 혼인의사가 존재했던 것으로 추정하게 될 것이다.⁶⁵⁾ 따라서 사실혼관계존재확인청구제도에 의하여 상속인 여부가 확정되도록 한다면 실질적으로 사실혼관계에 있으면서도 이의 적용을 원하지 않는 경우 사실혼 당사자의 자유의사를 존중할 수 있을 것이다. 이러한 경우 공동의 재산에 대한 청산은 당사자의 자치에 맡기는 것이 확일적 상속규정의

65) 대법원 2000. 4. 11. 선고, 99므1329 판결 참조.

적용보다 합리적이다.

생존 사실혼배우자에게 개별적·선택적으로 상속권을 인정한다 하더라도 사실혼 배우자의 상속권은 상속채권자 등 이해관계인의 이익을 부당하게 침해하고 결과적으로 상속으로 인한 법률관계를 불안정하게 만드는 요인이 될 수 있다. 그런데 민법 제864조의 피상속인의 사망 후의 인지청구에 의하여 상속인이 된 혼인외의 자의 상속에 관한 문제해결 법리는 사실혼 배우자의 상속권에 시사하는 바가 크다.⁶⁶⁾ 사실혼 배우자는 상속이 개시되었을 때에는 상속인의 자격을 가질 수 없다. 그러므로 사실혼 배우자를 제외한 나머지 상속인(예컨대, 피상속인의 부모, 자녀 등)이 일단 재산을 상속하게 된다. 상속의 승인이나 포기 등으로 상속인이 확정되면 상속채권자, 유증받은 자 등의 이해관계인은 상속인에 대하여 변제를 청구할 수 있으므로, 피상속인에게 사실혼 배우자가 있었던 경우에도 상속인의 불확정으로 인한 손해의 염려가 없다. 물론 상속인이 확정되면 공동상속인은 상속재산을 분할할 수 있다. 그런데 사실상혼인관계존부확인청구의 소에 의하여 사실혼 ‘배우자’로서의 신분을 확인받게 되면 상속개시 시로 소급하여 상속권을 취득하게 되고, 이러한 소급효는 제3자의 권리를 해하지 못한다. 또 제1014조의 규정을 유추적용하여 사실혼배우자를 보호할 수 있을 것이다. 즉 다른 공동상속인이 상속재산을 분할하지 않은 경우에는 사실혼 배우자도 상속인으로서 상속재산의 분할에 참가할 수 있다. 그러나 다른 공동상속인들이 이미 상속재산을 분할했거나 처분한 경우 사실혼 배우자는 다른 공동상속인에 대하여 자신의 상속분에 상당하는 가액의 지급을 청구하는 것으로 만족해야 할 것이다.

66) 김상용, 앞의 논문, 518쪽.

V. 결 론

사실혼은 형식적으로 혼인신고를 하지 않았다는 점을 제외하면 법률혼과 다르지 않다. 사실혼의 부부도 동거, 부양, 협조하고, 정조의무를 지키며, 공동의 협력으로 재산을 형성한다. 그런데 일방의 사망으로 인하여 사실혼이 해소된 경우 공동의 노력으로 형성된 재산에 대한 생존 배우자의 권리행사에 흠결이 있다. 법률혼주의 원칙을 고수하여야 하는 입장에서는 사실혼 배우자에게 상속권을 인정할 수 없기 때문에 생기는 문제이다. 학설은 제도의 실질적 목적과 기능, 민법의 형식적 체계, 논리적 구조 등을 기준으로 생존 사실혼배우자를 보호하기 위한 해석론적 노력을 기울이고 있다.

법률혼주의를 원칙으로 하는 현실에서 사실혼을 어떻게 보호하여야 할 것인가. 아무리 사실혼을 보호한다고 하더라도 기본적으로 그 보호의 범주는 법률혼에서의 보호범주를 초과할 수 없다. 사실혼관계에 있는 양 당사자가 사실혼관계를 해소하는 경우에는 재산분할청구권제도를 유추적용함으로써 사실혼 당사자를 보호하게 된다. 그렇다면 논리적으로 보자면 일방 당사자가 사망하여 사실혼관계가 해소되는 경우 공동으로 형성해 놓은 재산에 대한 청산은 상속제도에서 정한 상속효과의 범주 이내에서 이루어져야 한다. 이는 생존 사실혼배우자뿐만 아니라 사망한 사실혼배우자에게도 적용되어야 할 것이다.

이러한 전제하에서 사건은 상속의 법리에 의하여 사실혼 당사자의 이해조정을 도모하고자 하였다. 우리 가족법에 특유한 ‘사실상혼인관계 존부확인청구제도’를 재음미하는 것으로부터 법리구성의 단서를 도출하였다. 일방 사실혼배우자가 사망한 경우 사법부가 정책적 판단을 확대하고자 노력한다면 생존 사실혼 배우자는 사실상혼인관계존재확인소의 통하여 입법적 조치가 없더라도 사실혼 ‘배우자’임을 공인받을 수 있을 것이다. 종래 사실혼의 입증곤란(법적 명확성)의 문제를 내세워

상속권을 부정하던 이유가 제거된 셈이다. 개별적·선택적으로 사실혼 배우자임이 공인되는 경우 배우자상속제도를 유추적용하여 사실혼관계 중에 형성된 재산의 청산이나 부양청구권 등의 권리를 인정할 수 있을 것이다. 사실혼 배우자도 법률혼 배우자 같이 피상속인의 사후, 상속재산의 형성에 대한 기여에 상응한 상속분을 가져야 하고, 상속재산에 의해서 생활을 유지해야 할 필요성이 인정되기 때문이다. 하지만 다양한 형태의 동거가족의 출현, 자기결정권을 존중한다는 차원에서 모든 사실혼 당사자에게 획일적인 배우자상속을 인정하기 보다는 사실상혼인관계존재확인인의 소를 제기하는 경우에 한하는 개별적·선택적 보호방안을 제안하였다.

이상의 내용을 아래의 도표에서 정리한다.

〈사실혼보호를 위한 해석론〉

구분	법률혼		사실혼	
	청산방법	공시	공시	청산방법
양 당사자의 생존중 해소(이혼 등)	재산분할제도	가족관계 등록부	X	재산분할제도 유추적용
일방 당사자의 사망으로 인한 해소	상속제도			사실상혼인관계존재확인인의 소를 통한 (개별적·선택적) 배우자상속제도 유추적용

(투고일 2011년 12월 31일, 심사(의뢰)일 2012년 1월 26일, 게재확정일 2012년 2월 8일)

주제어 : 사실혼, 사실혼배우자, 사실상혼인관계존부확인인의 소, 사실상혼인관계존부확인제도, 생존 사실혼배우자상속권, 사실혼보호, 상속제도, 재산분할제도, 상속재산의 청산, 부부재산제

참고문헌

1. 단행본

- 곽윤직, 상속법, 박영사, 1997.
김용한, 친족상속법론 보정판, 박영사, 2003.
김주수/김상용, 친족상속법 제10판, 법문사, 2010.
박동섭, 친족상속법(3정판), 박영사, 2009,
이경희, 요해 가족법, 법원사, 1997.
정광현, 신친족상속법요론, 법문사, 1961.
한봉희, 2010년 개정판 가족법, 푸른세상, 2010.

2. 논문

- 권순한, “상속법의 미래와 과제”, 가족법연구 제14호, 한국가족법학회, 2000.
김상준, “혼외가족의 법률문제”, 민사판례연구 18집, 박영사, 1996.
김상용, “사실혼 배우자의 상속권에 관한 시론”, 중앙법학 제9집 제2호, 중앙법학회, 2007.
김시철, “일방 당사자의 사망으로 인하여 사실혼관계가 종료된 경우 그 상대방에게 재산분할청구권을 인정할 수 있는지”, 대법원 판례해설 61호, 법원도서관, 2006.
김준모, “재산분할제도의 성격”, 재판자료 101집 가정법원사건의 제문제(상), 법원행정처, 2003.
박병호, “사실혼의 취소”, 법률신문 1279호, 법률신문사, 1978. 12.
박인환, “사망에 의한 사실혼의 해소와 재산분할의 유추”, 가족법연구 제21권 3호, 한국가족법학회, 2007.

- 박종용, “사실혼 배우자의 보호”, 가족법연구 제21권 3호, 한국가족법학회, 2007.
- 박 철, “사실혼의 성립요건”, 민사판례연구 19집, 박영사, 1997.
- 부구욱, “당사자 일방이 사망한 경우의 사실혼관계존부확인청구”, 법조 45권3호, 법조협회, 1996.
- 손승운, “사실혼관계 해소와 관련한 문제점”, 재판자료 101집 가정법원사건의 제문제(상), 법원행정처, 2003.
- 윤진수, “검사를 상대로 하는 사실상혼인관계존부확인청구”, 대한변호사협회지, 대한변호사협회, 1986.
- _____, “사실혼배우자 일방이 사망한 경우의 재산관계”, 저스티스 제100호, 한국법학원, 2007.
- 이경희, “상속법의 문제점과 개선방안”, 금량 김철수 교수 화갑기념논문집, 박영사, 1993.
- 이진기, “부부재산분할청구권의 보전을 위한 취소권제도 비판”, 인권과 정의 392호, 대한변호사협회, 2009.
- 이재강, “사실혼 배우자의 법적 지위”, 재판실무연구, 광주지방법원, 1998.
- 임성근, “사실혼의 보호와 그 한계”, 판례연구 8집, 부산판례연구회, 1996.
- 전경근, “현행 민법상 부부재산제의 문제점과 개선방안”, 가족법연구 19권 1호, 한국가족법학회, 2005.
- _____, “부부재산제개정안에 관한 연구”, 가족법연구 제20권 3호, 한국가족법학회, 2006.
- 지원립, “사실혼에 관한 약간의 비판적 고찰”, 가족법연구 22권 3호, 한국가족법학회, 2008.
- 한봉희, “사실혼 배우자의 법적지위”, 고시계 제34권 5호, 고시계사, 1989.

[Abstract]

Death of a Spouse of de facto Marriage and the Liquidation of Property

Heung-Ahn Moon*

The Supreme Court recently stated that under case number 2005DU15595 Civil Code Section 382 Article 2 cannot be applied for the right to claim division of the matrimonial property by a surviving spouse of a de facto marriage at the termination of the marriage by the death of one partner. Since then, the academic world has openly questioned if it is appropriate to have no protection in the case of a de facto marriage termination by death of one party given that one is entitled to claim for the separation of matrimonial property if both parties are alive at the termination of marriage.

In Case number 2008SU105 one de facto marriage party claimed the end of de facto marriage and the division of property while the other party was in a comma. The Supreme Court ruled in favor of the right to claim for separation of property on the grounds that the marriage was terminated by one of the parties before the death of the other party. This decision has set a precedent for filing a law suit for the separation of property when one of the parties experiences a critical health condition. This is undoubtedly unreasonable. To discourage such a situation it is therefore necessary to enact an alternative solution to protect the surviving spouse or the heir of the

* Professor, Collage of Law, Konkuk University

dead party at the termination of a de facto marriage by the death of one partner. This study reviews the established theories and proposes the use of private opinion to find a means to protect the surviving spouse or the heir of the dead party who is in a state of legal limbo.

The scope of protecting de facto marriage fundamentally cannot exceed that of legally binding marriage. The parties in common law marriage are protected by inferring the property division claim system when their relationship is terminated. Then when the relationship is ended by the death of one party, liquidation of the property jointly formed during the period marriage should be made within the range of the inheritance system. This should be applied not only to the surviving party of the de facto marriage but also to the dead party.

On the premise of the above mentioned logic, this study aims to find a way to mediate the parties in a de facto marriage relationship by the legal principles of inheritance. It starts from the review of the unique system that one can request to verify if an actual de facto marriage relation exists(사실상 혼인관계존부확인청구제도) in family law. If the Ministry of Justice tries to have a broader view on the existing policy with the case where one partner in the de facto marriage is dead, the surviving partner can be recognized as an official spouse of the de facto marriage according to the kind of lawsuit to confirm the existence of de facto marriage(사실상혼인관계존재확인소) even without the other legislative measures. Once the surviving partner is recognized as an official spouse, the spouse can be entitled with the right to claim matrimonial property by applying the inheritance system. After the death of an inheritor, a spouse from a de facto marriage deserves a part of the inherited property for the portion of his/her contribution toward the formation of matrimonial property in the same manner as the spouse from

a legal marriage. With the appearance of diverse forms of cohabitation, to respect self-determination and to uniformly admit the spouse inheritance for all parties in de facto marriage, it is suggested to protect the surviving parties with matrimonial property personally and optionally only when one files the kind of lawsuit to confirm the existence of de facto marriage(사실상혼인 관계존재확인인 소).

Key Words : Cohabitation, Spouse of de facto Marriage, a Kind of Lawsuit to Confirm the Existence of Common Law Marriage, a Kind of Lawsuit to Confirm the Existence of Common Law Marriage, the Inheritance Right of Surviving Cohabitant, Inheritance for Spouse, Protection of de facto Marriage, Liquidation of Property System, Liquidation of Inherited Property, Matrimonial Property system