근대가족과 민주주의의 타자들*

: 한일 민법 판례를 통해 본 사실혼과 중혼적 사실혼 처의 법적 지위와 시민권(1945~1979)

김은경**

머리말: 권리주체로서 여성시민은 누구인가?

I. 선행연구 검토

II. 사실혼의 보호 법리와 '유사정상가족(pseudonormal family)' 담론

III. 사실혼과 중혼적 사실혼에 대한 학설

IV. 사실혼과 중혼적 사실혼 처의 소송과 판례

맺음말

국문초록

이 연구에서는 한일 민법 판례와 학설을 검토하여 사실혼과 중혼적 사실혼 처의 시민권에 대해 논했다. 이를 통해 2차 대전 후 새로 구성된 가족제도와 그에 기초해 수립된 민주공화국의 이상을 비판적으로 탐구했다. 특히 민주주의 헌법이 보장한 권리가 이성애 규범적 일부일처 가족제도 또는 '유사정상가족(pseudonormal family)'에 속한 국민에게만 허용된 것이었음에 주목했다. 또한 이 연구는 규범적 가족 내의 처와 딸을 중심으로 여성의 권리문제가 다루어져 왔던 한계를 극복하고자 했다. 가족제도의 경계 또는 밖에 있던 여성들의 법적 현실에 주목하여, 기존의 남녀평등론이 여성을 하나의 동질적 집단으로 전제했던 정체성 정치의 오류를 심문하고자 했다. 이는 여성 내부의 차이를 봉합하지 않고 시민적 권리를 확장하는 방법을 모색하기 위한 것이다. 또 민주주의의

---

* 이 논문은 2016년도 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2016S1A5B5A02023298). 유익한 논평을 해주신 익명의 세 분 심사위원들께 감사드린다.

** 한성대학교 상상력교양대학 조교수(eunkim1004@gmail.com).

탈식민화(decolonization)의 가능성을 탐색하기 위한 시도이기도 하다.

주제어: 사실혼의 처, 중혼적 사실혼의 처, 유사정상가족, 한일 가족법 판례, 여성 시민권, 민주주의의 탈식민화

머리말: 권리주체로서 여성시민은 누구인가?

국민을 대표하는 어머니, 딸, 누이는 국민회의의 일원이 되기를 요구한다. 여성의 권리에 대한 무지, 망각 또는 멸시만이 공공의 불행과 정부의 부패를 설명할 수 있는 유일한 원인들이기에, 여성의 함부로 침해할 수 없는 성스러운 천부적 권리들을 이 엄숙한 선언을 통해 공표한다. ... 여성 시민의 주장들이 언제나 헌법과 미풍양속의 유지, 모두의 행복에 기여할 수 있기를 바란다.¹⁾

여성이 실제로 덕망 있고 유용해지기 위해서는, 시민의 의무를 수행할 수 있도록 개인으로서, 시민으로서의 보호를 충분히 받아야 한다. ... 이 사회에서, 남편에게 충실하고, 자녀들을 젖먹이고 교육하지 않는 아내는 아내라는 이름에 거의 값하지 않으며, 시민이라는 이름으로 불릴 자격도 없다. 그러나 자연적인 권리들이 빠져버리면 의무들은 무의미해진다.²⁾

1793년 단두대에서 처형된 올랭프 드 구주(Olympe de Gouges)의 『여성과 여성 시민의 권리선언』과 영국 작가 메리 울스틴 크래프트(Mary Wollstonecraft)의 『여성의 권리옹호』는 근대 시민사회의 남성 중심성을 비판하며 ‘개인’으로서 여성의 권리를 제기한 페미니즘의 고전이다. ‘여성의 근대’를 열어젖힌 이 글의 배경인 18세기 유럽과 ‘포스트 민주주의’가 논의되는 21세기의 간극이 작지 않지만, 이것은 오늘날에도 곱씹어볼 만한 여

1) 올랭프 드 구주 지음, 박재연 옮김, 『여성과 여성 시민의 권리 선언』, 꿈꾸문고, 2019, 26쪽.

2) 메리 울스틴크래프트 지음, 문수현 옮김, 『여성의 권리 옹호』, 책세상, 2018, 142쪽.

러 논점을 제공한다. 그 가운데 특히 주목되는 부분은 세계사에서 여성의 권리가 제기되던 출발부터 권리주체로서 여성시민이 ‘어머니’, ‘딸’, ‘누이’로 호명되었다는 사실이다.³⁾ 대체 이런 상식과 관행은 어떤 역사적 과정을 통해 형성되었을까. 우리 인식의 ‘전체’인 가족제도를 넘어 그 외부에서 여성 시민권을 논할 수는 없을까. 과연 만인평등을 기치로 내건 근대 민주주의는 경계 밖의 여성들을 포용하며 그들의 시민권을 옹호했을까.

“민주주의는 페티시가 되어선 안 된다”는 주장이 말해주듯,⁴⁾ 근대 민주주의는 모든 ‘선한’ 욕망의 대리물이 돼서는 안 되며 절대적으로 수호해야 할 성전도 아니다. 오늘날 민주주의는 성찰의 대상이 되었고, 오랫동안 질문하지 않았던 자유, 평등, 권리에 대한 논쟁도 다시 점화되었다. 민주주의적 가치는 고정불변한 것이 아니라 정의와 연동된 것이므로 정의 패러다임의 변화⁵⁾에 따라 그것을 되묻는 작업을 피할 수 없기 때문이다.

이 글에서는 제2차 대전 이후 한국과 일본의 민주주의 제도화 과정에서 여성의 시민적 권리가 가족제도를 경계로 어떻게 차별적으로 위계화 되었는지, 그 포용과 배제의 정치를 비판적으로 고찰하고자 한다. 이를 위해 혼인신고를 하지 않고 부부관계를 유지한 사실혼의 처와 중혼 상태에 놓인 중

3) 케를 페이트먼은 남성 시민권과 다른 경로로 형성된 여성 시민권에 대한 정당한 평가가 필요하다고 주장했다. 남성이 군인과 노동자로서 시민권을 획득했다면, 여성은 어머니이자 자녀 교육자로서 시민권을 얻었다며 성별에 따라 각기 다른 시민권 개념이 발전되어 왔다고 했다. 이에 대한 비판과 논쟁은 다음을 참고, 상탈 무페 지음, 이보경 옮김, 『정치적인 것의 귀환』, 후마니타스, 2007, 130-134쪽; 오장미경, 『시민권과 젠더』, 『시민과 세계』 5, 2004, 363-367쪽.

4) 슬라보예 지젝·알랭 바디우 외 지음, 강수영 옮김, 『법의 무지』, 인간사랑, 2020, 27쪽.

5) 이에 대한 논쟁은 다음을 참조. 낸시 프레이저·악셀 호네트 지음, 김원식·문성훈 옮김, 『분배냐, 인정이냐?: 정치철학적 논쟁』, 사월의 책, 2014; 케빈 올슨 엮음, 낸시 프레이저 외 지음, 문현아·박건·이현재 옮김, 『불평등과 모욕을 넘어: 낸시 프레이저의 비판적 정의론과 논쟁들』, 그린비, 2017.

혼적 사실혼의 처의 법적 지위와 현실을 분석한다. 흔히 사실혼은 중혼적 사실혼을 포함해 쓰이기도 하지만, 이 글에서는 두 가지를 분리해 논한다. 특히 혼인신고 요건만을 결여한 사실혼의 처는 남녀평등의 이상 실현을 위해 그 법적인 권리가 보호의 대상이 되었지만, '미풍양속'의 교란자로 지목된 중혼적 사실혼의 처는 스스로 '선한 피해자'임을 증명하지 못하는 한 권리를 인정받지 못했음에 주목할 것이다. 이는 민주공화국의 권리주체로서 개인이 과연 누구인지, 남녀평등의 주체로서 여성시민이 누구인지 드러내는 작업이 될 것이다. 이를 통해 본 연구는 민주공화국이 표방한 평등의 이상과 남녀평등론자들이 주장한 평등 실현의 구호가 실은 배제의 정치와 짝하고 있었음을 밝힐 것이다. 즉 가족제도의 경계 또는 외부에 있던 여성들의 시민적 권리 박탈과 배제가 민주주의 오작동의 결과가 아니라, 그 자체로 이성애 규범적 일부일처 가족제도와 민주공화국의 형성 기제였음을 드러내고자 한다.

이 연구는 일국적인 관점을 지양하여 한국과 일본을 비교 검토한다. 두 나라의 근대가족제도는 서로 긴밀하게 영향을 주고받으며 형성되었고, 2차 대전 후 미국이 주도하는 동북아의 '민주화' 과정을 거쳐 재편되었다. 이 '민주화' 프로젝트는 성적 순결성과 이성애 규범성에 기초한 가족제도의 안정화와,⁶⁾ 여성의 인권 신장을 통해 가정의 민주화를 달성하는 작업과 병행해 진행되었다. 당시 한국이나 일본의 여성(또는 가정)이 때로 후진성의 지표

6) 이것은 냉전 출현과 함께 더 노골화되었다. 냉전기 미국에서 핵가족의 재생산과 안정화는 외부 사회주의의 위협으로부터 국가를 보호하기 위한 핵심 전략으로 간주되었다. 이런 안정화 전략은 이성애 규범성과 동성애 포비아에 기초해 이루어졌다. Marko Dumančić, "Introduction - Hidden in Plain Sight: The Histories of Gender and Sexuality during the Cold War," in *Gender, Sexuality, and the Cold War: A Global Perspective*, ed., Philip E. Muehlenbeck (Nashville, Tennessee: Vanderbilt University Press, 2017), p.6.

로, 때로 민주화의 상징으로 재현되었던 것은 이 때문이다.⁷⁾ 따라서 민주주의 제도화와 가족-젠더 의제를 분리해서는 안 되며, 일본으로 시야를 확장해 거시적인 맥락을 고려하는 것이 필요하다. 이에 본 연구는 2차 대전 후 한국과 일본에서 민주공화국 수립과 새 민법 제정이라는 변화된 상황에서 가족제도의 경계 또는 외부에 있던 여성들에 대한 학설과 판례를 통해 여성 시민권을 논할 것이다. 다만, 1980년대 이후에는 자유주의적 관점에서 사실혼 관련 논의가 전개된다는 점을 고려하여 연구대상을 1970년대까지로 한정하고자 한다.

I. 선행연구 검토

사실혼과 증혼적 사실혼의 처에 관한 선행연구는 법학 분야의 법리와 판례 분석이 대부분이며,⁸⁾ 유사한 주제로 첩의 존재양태와 생애경험 등의 연

7) 1945년 10월 연합군총사령관 맥아더(Douglas MacArthur)는 일본의 새 총리대신 시데하라 기주로(幣原喜重郎)가 방문하자 가능한 한 빨리 사회개혁을 단행하라며 구체적인 방향을 제시했다. 이 때 맥아더는 여성 의제를 제일 먼저 거론하며, 선거권 획득을 통한 여성해방은 가정의 안녕에 기초한 새로운 개념의 정부를 만드는 데 기여할 수 있을 것이라고 했다. 이는 미국 주도의 민주화 프로젝트에서 여성-가정-국가의 의제가 분리되지 않았음을 잘 보여준다. Douglas MacArthur, *Reminiscences* (New York: McGraw-Hill Book Company, 1964), p.336. 미국은 프로파간다를 통해 일본 여성을 남성 중심적 군사주의와 '봉건적' 가부장제의 희생자로 만드는 한편, 미국 점령과 민주화의 수혜자로 만들었다. 이에 대한 비판적 문제제기는 요네야마의 저서를 참고. Lisa Yoneyama, *Cold War Ruins: Transpacific Critique of American Justice and Japanese War Crimes* (Durham, NC.: Duke University Press, 2016), pp. 81-107.

8) 김혜숙, 「사실혼에 관한 비교법적 연구」, 이화여대 박사학위논문, 1989; 김성은, 「사실혼배우자의 법적 보호에 관한 연구」, 전북대 석사논문, 2003; 박인환, 「사실혼 보호법리의 변천과 과제: 사실혼의 발생유형과 보호의 개별화」, 『가족법연구』 23(1), 2009. 이 글의 분석대상인 1945년부터 1970년대까지 법학 분야 연구는 Ⅲ장에서 상술하겠다.

구가 있다.⁹⁾ 본 연구주제와 관련된 역사학 분야의 성과로는 홍양희,¹⁰⁾ 소현숙¹¹⁾ 김은경¹²⁾의 연구가 있다. 홍양희는 ‘사생아’ 탄생의 역사적 맥락을 분석하여 국가의 공인을 받지 못한 생명과 혼인관계가 어떤 사회적 낙인 속에서 배제되는지를 밝혔다. 이를 통해 차별과 배제를 생산했던 근대가족법의 젠더정치학과 식민성에 대한 날카로운 통찰력을 보여주었다.

소현숙은 1950년대 한국가정법률상담소의 활동을 통해 이태영과 여성주의 그룹의 모순성에 주목했다. 이는 당시 여성주의자들이 ‘정상가족’ 규범 생산에 연루되었던 사실을 비판적으로 문제제기한 시도라는 점에서 큰 의미가 있다. 그러나 이 중요한 질문을 이태영과 가정법률상담소의 상담 태도로 협소하게 접근한 점이 아쉽다. 이것은 이태영의 개인적 한계나 상담 방식이 아니라 당시 민주주의와 가족제도, 그리고 젠더 정치의 관련성 속에서 논의되어야 하기 때문이다.

김은경은 정부수립 후 제정된 민법이 법률혼주의를 배타적으로 고수하여 사실혼 처의 현실을 외면했다고 비판했다. 연구에서는 일부일처제의 제도화를 위한 법률혼주의 조항이 서자 입적 규정과 충돌하는 모순점(남편의 혼외자인 서자를 입적할 때 처나 호주의 동의를 필요로 하지 않은 점)을 지적

9) 정승화, 「한국 근대 가족의 경계와 그림자 모성: ‘식모-첩살이’ 경험 여성의 구술생애사를 바탕으로」, 『한국여성학』 31(3), 2015; 조은·조성윤, 「한말 서울지역 첩의 존재양식-한성부 호적을 중심으로」, 『사회와 역사』 65, 2004; 홍인숙, 「첩의 인정투쟁 - 근대계몽기 매체를 통해 본 ‘첩’의 재현과 그 운동성」, 『한국고전여성문학연구』 18, 2009.

10) 홍양희, 「‘애비 없는’ 자식, 그 낙인의 정치학」, 『고아, 족보 없는 자』, 책과 함께, 2014; 동북아역사재단 일제침탈사 편찬위원회 기획, 홍양희 지음, 『일제침탈사연구총서 27: 조선총독부의 가족 정책 - 식민주의와 가족·법·젠더』, 동북아역사재단, 2022, 272-331쪽.

11) 소현숙, 「1950~60년대 ‘가정의 재건’과 일부일처법률혼의 확산-한국가정법률상담소의 활동을 중심으로」, 『역사문제연구』 33, 2015.

12) 김은경, 「1950년대 가족론과 여성, 숙명여대 박사학위논문, 2007, 161-171쪽.

했으나, 법률혼 처나 혼인신고만 결여한 사실혼 처에 관심을 두었을 뿐 중혼적 사실혼 처나 첩에까지 시야를 확대하지 못했다. 후속 연구에서는 정부 수립 후 제정된 민법이 일부 자유주의적 개혁에도 불구하고 가부장제를 고고수하여 이후 여성 의제가 가족법개정운동에 집중되는 문제를 낳았다고 비판했다. 이에 “여성의 법적 권리 보장과 평등을 요구하는 여성계의 요구가 ‘정상 가족’ 담론을 강화하고 이것이 다시 ‘정상 국가’로 회귀하는 역설”이 빚어졌다고 지적했다. 그러나 더 논의를 진전시키지 못한 채 법률혼 처의 법적 지위에 한 해 여성의 권리 이슈를 다루었다.¹³⁾

일본의 연구는 한국에 비해 법학과 사회학 분야의 성과가 비교적 많이 축적되어 있는 편이다. 당대 학설을 제외하면, 사실혼과 법률혼의 법적 변천과정을 탐색하고 사회변화에 따른 한계를 분석한 연구가 다수다.¹⁴⁾ 대표적으로 니노미야 슈헤이(二宮周平)가 있다. 그는 내연보호법의 형성과정 등에 대한 비판적 분석을 통해 중혼이론이 사실혼 관계를 보호하는 데 일부 긍정적인 역할을 하였으나 중혼적 사실혼에 대해서는 법률혼이 사실상 이혼상태인 경우로 제한하여 이를 양자택일하는 한계를 보였다고 지적했다. 이런 이론은 1980년대 이후 가족의 다양화 현상과 법률혼에 규정되지 않는 커플의 자유로운 생활을 보장하지 못하는 문제가 있다고 비판했다.

13) 김은경, 「포스트-식민/제국’의 아이러니와 네이션의 자기변주: 제2차 세계대전 후 한일가족법 제정과 여성의 위치」, 『한국근현대사연구』 82, 2017, 277쪽; 「한국과 일본의 가족법에서 처의 지위와 여성의 ‘권리’(1945~1960)」, 『여성과 역사』 29, 2018; Eunkyung Kim, “‘Equal’ Second-Class Citizens: Postcolonial Democracy and Women’s Rights in Postliberation South Korea”, in *Rights Claiming in South Korea*, eds., Celeste L. Arrington, Patricia Goedde (Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2021).

14) 古川瓊子, 「事實婚の法的保護と内縁保護法理についての一考察」, 『岡山大学大学院社会文化科学研究科紀要』 27, 2009; 二宮周平, 『事實婚の現代的課題』, 東京: 日本評論社, 1990; 伊藤裕, 「内縁の保護から事實婚の保護へ」, 『鈴鹿短期大学紀要』 13, 1993; 西村信雄, 『戦後日本家族法の民主化(上巻)』, 京都: 法律文化社, 1978.

사카이 유이치로(阪井裕一郎)의 연구¹⁵⁾는 가장 주목되는 성과다. 전후 ‘가족의 민주화’에 대한 기존 논의가 주로 더 ‘민주적’이지 못한 한계를 지적한 데 반해, 사카이는 그 내적 논리를 비판적으로 분석했다. 사실혼과 관련하여 주목되는 부분은 일본의 전후 민주화와 남녀평등에 가장 적극적으로 나선던 진보적인 학자들에 대한 분석이다. 연구에 따르면, ‘가족의 민주화’ 논의를 이끌었던 민주화론자들은 대부분 법률혼주의를 민주주의의 실현으로 여겼다고 한다. 즉 법 규정을 강화하는 것이 전통적인 가족제도를 극복하고 근대적이고 민주적인 관계로 나가는 길이라고 믿었다는 것이다. 사카이는 법의 규제를 무조건 부정적으로 이해하는 소박한 다원주의로는 문제를 해결할 수 없다고 보고, ‘법률혼의 탈중심화’(이성애·생식원리에 기초한 부부가족에게만 정통성과 사회적 보장을 부여하는 법률과 제도를 반성적으로 재검토하는 것)가 필요하다고 역설했다.¹⁶⁾

이상에서 살펴본 바와 같이, 여러 연구 성과가 축적되어 있으나 여전히 여성들 사이의 차이와 시민권에 대한 논의는 부재하다. 그동안 가족법 연구에서 성 평등 문제는 주로 아내 또는 딸의 위치에 있는 여성이 얼마나 남편이나 호주 또는 아들과 동등한 권리를 갖고 있는가에 집중되어 있었다. 처와 딸의 법적 위치가 남편이나 아들의 그것에 준할 때 ‘남녀평등의 실현’으로 받아들여졌다. 가부장제적 가족제도와 ‘정상가족’ 담론을 비판해 온 여성주의 연구도 이와 크게 다르지 않다. 가족제도를 비판하면서도 가족제도 밖을 사유하는 데까지 나아가지 못했다.

15) 阪井裕一郎, 「家族の民主化-戦後家族社会学の〈未完のプロジェクト〉」, 『社会学評論』 63-1, 2012; 「家族主義と個人主義の歴史社会学 - 近代日本における結婚観の變遷と民主化のゆくえ」, 慶應義塾大学 博士論文, 2013.

16) 阪井裕一郎, 「家族主義と個人主義の歴史社会学 - 近代日本における結婚観の變遷と民主化のゆくえ」, 92-103쪽.

그 이유는 여러 각도에서 분석되어야 하겠으나 여기에서 두 가지만 언급하고자 한다. 먼저, 남녀평등과 민주주의를 이상적인 사상이나 가치로 전제하고 절대화했던 데에서 찾을 수 있다. 그동안 민주주의는 그 어떤 차별과 배제도 용인하지 않는 이상적인 제도로, 만능 치료사로 담론화되었던 것이 사실이다. 민주주의는 성차별, 인종차별, 계급차별 등 각종 불평등과 양립 불가능한 것으로 이해되었다. 이런 분위기에서 성차별 철폐를 주장하는 연구자와 활동가는 민주주의를 성 평등과 동의어로 자주 사용했다. 그러나 몇몇 여성주의 이론가가 지적했듯이, 민주주의는 성차별에 기초해 이루어졌으며 심지어 그 차별 시스템을 재생산해왔다. 일찍이 캐롤 페이트먼(Carole Pateman)은 역사적으로 근대 민주주의가 ‘동의’와 ‘계약’이라는 허울 속에 젠더, 인종, 소수자 차별을 내장한 채 제도화되었다고 주장했다.¹⁷⁾ 크리스틴 키팅(Christine Keating) 역시 ‘민주주의의 탈식민화(decolonizing democracy)’라는 관점에서 탈식민 인도의 민주주의 제도화가 인종적이고 성적인 차별에 기초해 이루어졌음을 비판적으로 분석했다.¹⁸⁾ 이는 동아시아의 민주주의와 젠더 의제를 이해하는 데 시사하는 바가 크다.

또한, 헌법에 명시된 자유와 평등을 누릴 수 있는 권리주체를 단일한 정체성을 가진 집단으로 전제했던 것도 문제로 지적될 수 있다. 그동안 여성 차별은 남성과 동등한 자유와 권리를 쟁취함으로써 완전히 해소될 수 있는 것쯤으로 단순화되어 왔다. 여성 차별을 철폐하고 지향해야 할 ‘완전한’ 시

17) 캐롤 페이트먼 지음, 이평화·이성민 옮김, 『여자들의 무질서』, 도서출판b, 2018, 59-97쪽, 323-346쪽.

18) Christine Keating, *Decolonizing Democracy: Transforming the Social Contract in India* (PA: The Pennsylvania State University Press, 2011), pp. 1-12 (as cited in Eunkyung Kim, “‘Equal’ Second-Class Citizens: Postcolonial Democracy and Women’s Rights in Postliberation South Korea”, p. 65).

민(또는 개인) 모델이 남성이었기 때문이다.¹⁹⁾ 이에 여성 내부의 차이가 사상된 채, 집단적이고 단일한 주체로서 추상적인 여성이 다양한 처지의 여성‘들’을 대체했다. 그러나 ‘여성’ 주체 역시 학문적으로 성찰해야 할 범주임에 분명하다.

이와 관련하여, 상탈 무폐의 “정체성의 문제와 여성주의”에 대한 글을 참고해 볼 필요가 있다. 그는 “본질주의가 인도하는 정체성의 견해는 급진적이고 다원적인 민주주의의 관점과 충돌하며 그런 정치(학)가 필요로 하는 새로운 시민권의 전망을 구축할 수 없게” 만들기 때문에, 그 비판자들은 “합리적이고 투명한 존재자로서의 주체 범주를 포기해 왔다”고 했다.²⁰⁾ 그에게 주체는 없고 위치만 있으며 그것은 항상 관계적이다. 그가 옹호하는 것은 사회적 관계들의 다양성에 상응하는 “주체 위치들의 집합”의 집합이라는 사회적 행위자의 관점이다. 따라서 무폐는 급진 민주주의 정치에 참여하려는 여성주의자는 “본질적 정체성의 해체야말로 자유와 평등의 원칙이 적용되어야 할 각종 사회적 관계들을 적절하게 이해하기 위한 필수 조건”임을 인정해야 한다고 강조했다.²¹⁾

이런 주장에 비추어 볼 때, 기존연구는 다양한 맥락 속에서 구성되는 주체 위치(의 교차점)에 주목하기보다 여성을 단일하고 고정된 정체성을 가진 집단으로 전제했다는 것을 알 수 있다. ‘남녀’평등의 당위론에만 집중할 뿐, “어떤 관계에서는 종속적이더라도 다른 관계에서는 지배적일 수 있다”²²⁾는 점에 민감하게 주의를 기울이지 않았다. 그 결과 여성 사이의 차이와 위계

19) 페미니즘의 탄생과 함께 시작된 이러한 역설에 대해서는 다음을 참조. 조앤 W. 스콧 저, 공임순·이화진·최영석, 『페미니즘 위대한 역설: 프랑스 여성참정권 투쟁이 담긴 세 가지 쟁점 - 여성, 개인, 시민』, 엘피, 2006, 33-60쪽.

20) 상탈 무폐 지음, 이보경 옮김, 『정치적인 것의 귀환』, 123쪽.

21) 위의 책, 125-126쪽.

22) 위의 책, 125쪽.

를 간과하고, 제도 밖 여성들의 시민적 권리문제를 사유하지 못했다.

시민권이란 정치적이고 법적인 권리뿐만 아니라 경제적·사회적·문화적 권리까지 포괄하는 것이다.²³⁾ 이 개념은 1948년 세계인권선언으로 성립된 국제 인권체제의 자유주의적 기반²⁴⁾을 벗어나 보다 확장된 형태로 시민적 권리를 사유할 수 있게 돕는다. 이 글은 이런 시민권 개념에 기초하여, 이성에 규범적 일부일체 가족제도의 경계 또는 밖의 여성들이 법적인 권리는 물론이고 사회적 인정체계 밖으로 내몰려 시민으로서의 권리를 침해받았던 역사적 과정을 심문하고자 한다. 특히 여성 시민권의 보호와 배제의 논리를 통해 민주공화국이 어떤 차별적 ‘정상가족’ 시스템을 발판 삼아 설립되었는지에 주목할 것이다.

이 연구는 절대화되고 이상화되었던 민주주의를 반성적으로 재고하는 작업이 될 것이다. 또한 자유주의적 인권(또는 여권)의 한계를 넘어 새로운 시민적 권리를 모색하고, 여성 내부의 차이를 드러냄으로써 정체성 정치의 한계를 사유하는 데 도움이 되고자 한다.²⁵⁾ 계약동거 부부나 동성 배우자와

23) 장미경, 「시민권(citizenship) 개념의 의미 확장과 변화」, 『한국사회학』 35(6), 2001.

24) 이에 대한 비판은 수지 김의 연구가 좋은 참고가 된다. 그녀는 인권이 어떻게 “포괄적인 정의를 배제하고 보호가 필요한 정치적 주체를 생산”하는지에 주목한 웬디 브라운(Wendy Brown)의 연구를 이론적 자원으로 삼아 자유주의적 인권담론의 문제점을 비판했다. Suzy Kim, “After Rights and the Liberal Order”, *Journal of Human Rights Studies* 1(2), 2018, p. 89.

25) 정체성 정치에 대한 문제제기는 여러 학자들에 의해 제기된 바 있다. 아사드 하이더 지음, 권순욱 옮김, 『오인된 정체성: 계급, 인종, 대중운동, 정체성 정치 비판』, 두번째판, 2017; 아이리스 매리언 영 지음, 김도균·조국 옮김, 『차이의 정치와 정의』, 모티브북, 2017. 이와 관련하여 페리트 구벤(Ferit Güven)의 주장도 흥미롭다. 그는 서구 중심적인 민주주의 담론을 비판하며 포스트식민의 관점과 이론적 장소로서 이주(immigration)에 주목했다. 그는 “이론적으로 이민자의 위치는 문화적으로나 정치적으로 우월적인 주체라기보다 탈식민화의 잠재적인 장소”라고 했다. 이는 민주주의의 탈식민화는 물론, 하나의 단일하고 고정된 주체에 특권을 부여하는 정체성 정치를 넘는 데 유용한 시각을 제공한다. Ferit Güven,

같은 동거가족을 보호하는 생활동반자법 논의에도 기여할 수 있을 것으로 기대한다.

II. 사실혼의 보호 법리와 ‘유사정상가족 (pseudonormal family)’ 담론

1958년 2월 22일 공포된 한국의 민법(1960년 1월 1일 시행)은 식민 유산인 호주제를 유지했지만, 처의 무능력 조항을 폐지하고 호주권을 크게 약화했다. 포스트식민 민주주의를 특징으로 한 새 민법은 일부 자유주의적 조항을 확대했으나 기본적으로 젠더 차별을 내장하고 있었다. 한편 패전국 일본은 GHQ/SCAP이 주도한 전후 개혁의 일환으로 천황제를 지탱해 왔던 호주제 중심의 가제도(家制度)를 폐지하고 1947년 12월 22일에 새 민법을 공포했다(1948년 1월 1일 시행).²⁶⁾ 한국과 일본의 헌법은 민주주의를 표방하고, 모든 국민은 법 앞에 평등하며 성별, 신앙 또는 사회적 신분에 의해 차별을 받지 않는다고 규정했다(대한민국 헌법 제8조, 일본 헌법 제14조). 또 혼인은 남녀동권을 기본으로 하고 혼인의 순결과 가족의 건강은 국가의 보호를 받는다고 명시했다(대한민국 헌법 제20조, 일본 헌법 제24조). 헌법의 하위법인 민법 총칙에서는 권리주체를 자연인으로서 “사람”으로 규정했다. 이는 일견 법에 의해 권리를 보장받는 주체가 평등한 개인인 것처럼 보이지만, “혼인의 순결” 조항이 시사하듯, 가족제도의 경계를 기준으로 배제와 차별의 가능성을 안고 있었다.

Decolonizing Democracy: Intersections of Philosophy and Postcolonial Theory (Lanham, Maryland: Lexington Books, 2015), pp. 6-7.

26) 김은경, 「포스트-식민/제국’의 아이러니와 네이션의 자기변주: 제2차 세계대전 후 한일가족법 제정과 여성의 위치」, 254-255쪽.

우리나라에서는 식민지시기 조선민사령 제11조 2차 개정으로 1923년 7월부터 법률혼주의가 시행되었다. 이로써 법률혼과 동시에 사실혼 관계가 발생했다. 혼인신고의 의무화 이전에는 혼인 예식을 치른 뒤 부부의 연을 맺거나 마을 공동체의 인정 아래 함께 살아도 전혀 문제되지 않았다. 오랜 혼인 관행은 법률혼주의가 실시된 뒤에도 사라지지 않아,²⁷⁾ 정부수립 후 법률혼주의를 고수한 민법으로 피해를 보는 여성들이 적지 않았다. 일본은 메이지 초기 혼인법에서 사실혼주의를 취했으나 메이지 31년(1898년) 민법에서 법률혼주의를 확고히 했다.²⁸⁾ 2차 대전 이후 새로 제정한 민법 역시 이를 유지하여 사실혼 문제를 야기했다.²⁹⁾

이처럼 사실혼은 법률혼주의의 시행과 동시에 발생한 것으로, 혼인 의사를 가지고 공동생활을 하는 남녀가 사회적 부부로서 함께 살면서도 혼인신고를 하지 않아 법률혼으로 인정받지 못한 관계를 말한다.³⁰⁾ 일본에서 법률

27) 사실혼의 전모를 알 수 있는 자료는 없다. 부분적인 통계를 통해 대강의 경향을 짐작할 수 있을 뿐이다. 여성문제연구원의 상담 통계를 보면, 전체 상담 건수 429건 가운데 혼인신고를 안 한 사례가 182건으로 전체의 약 42%를 차지했다. 이태영 역음, 『백문백답 여성법률상담실기』, 여성문제연구원, 1958, 178쪽; 김주수, 『신혼인법연구』, 한국연구도서관, 1958, 23-24쪽.

28) 阪井裕一郎, 『家族主義と個人主義の歴史社會学 - 近代日本における結婚觀の變遷と民主化のゆくえ』, 90쪽.

29) 일본의 사실혼 실태에 대해서는 다음을 참고. 太田武男, 『内縁の研究』, 東京: 有斐閣, 1965, 84-88쪽. 1900년 무렵부터 1960년대까지 사실혼 관련 소송사건 329건을 대상으로 당사자 관계와 소송 결과 등을 분석한 것으로 다음의 연구를 참고. 佐藤良雄, 『婚姻予約の研究(成城大学経済学部研究叢書 第六)』, 東京: 千倉書房, 1969, 10-23쪽.

30) 그동안 일본에서는 사실혼과 내연(内縁)을 혼용해 왔다. 내연은 실제 부부로서 공동생활을 하지 않는 별거 부부가 이혼 신고를 하지 않아 법적으로 정식 부부로 취급되는 관계인 외연(外縁)에 대비되는 용어다. 太田武男, 『内縁の研究』, 72쪽. 70~80년대 이후 사회변화에 따라 중혼·근친혼뿐만 아니라 혼인신고의 의사가 없는 커플이 많이 등장하면서, 이를 전통적인 내연과 구분하여 사실혼으로 명명하는 연구가 늘었다. 古川璣子, 『事實婚の法的保護と内縁保護法理についての一考察』, 50-51쪽.

혼주의를 시행한 초기에는 사실혼을 법적인 보호 대상으로 인식하지 않았으나, 1915년 1월 26일 일본 대심원 판결 이후 사실혼을 ‘혼인예약’으로 보고 보호하기 시작했다. 초기에는 ‘혼인예약’이 사실혼뿐 아니라 약혼을 뜻하기도 했다. 식민지조선에서는 조선고등법원의 1932년 2월 9일 판결과 1935년 2월 26일 판결이 이와 관련된 것이다.³¹⁾

이런 판례에 대한 이견이 제기되어 점차 사실혼은 약혼과는 다르게 인식되었다. 약혼은 당사자들의 혼인의사만으로 성립하는 데 반해 사실혼은 실제로 부부공동생활을 하는 점에서 차이가 있다는 것이다.³²⁾ 또 그것은 사통관계나 첩 관계와도 다르게 취급되었다. 법학자들은 주로 남성이 자신의 정처 이외의 여성을 경제적으로 원조하고 성적인 관계를 지속하는 첩 관계를 사실혼과 엄격히 구별했다. 혼인할 의사가 없이 일시적으로 결합하거나 부부 공동생활의 실체를 가지지 않고 은밀히 관계를 유지하는 사통관계도 사실혼의 범주에서 제외되었다.³³⁾ 요컨대 사실혼의 성립은 쌍방의 혼인 의사와 부부 공동생활의 지속성 여부를 핵심 요건으로 했다. 이런 전제가 충족된다면, 법적 배우자가 있는 사람이 이혼 신고를 하지 않은 채 다른 이성과 부부로서 공동생활을 영위하더라도 실제 부부관계의 실체가 여기에 있다면 이 역시 사실혼으로 인정되었다. 이것이 중혼적 사실혼이다.³⁴⁾

민법이 법률혼주의를 취하고 있어 사실혼에 대한 법 규정은 없으나, 그렇다고 해서 모든 사실혼 관계가 법적으로 구제받을 수 없는 것은 아니었

31) 이재화, 「사실혼의 내용과 사실혼존부확인청구제도」, 『사법논집』 2, 1972, 79-80쪽.

32) 정광현, 「사실혼보호의 현상과 그 강화론」, 『법학』 6(2), 1964, 78쪽; 太田武男, 『內縁の研究』, 72쪽.

33) 太田武男, 『內縁の研究』, 72쪽.

34) 원래 중혼적 사실혼은 사실혼이 중복된 관계를 말하는데, 일반적으로는 법률혼 배우자가 제3자와 사실상 혼인관계를 맺는 것으로 통용된다. 太田武男, 『內縁の研究』, 71쪽, 137쪽.

다. 앞서 언급했듯이, 초기에는 ‘혼인예약’이 사실혼의 보호 법리였다. 그러다가 사실혼이 약혼과는 질적으로 다르다는 견해가 설득력을 얻게 되면서 ‘혼인예약’은 준혼이론(準婚理論)으로 바뀌었다. 준혼이론은 혼인신고를 제외하고 법률혼의 일반적 요건을 충족하는 사실혼에 대해서는 법률혼에 준하는 포괄적인 법률 효과를 부여하는 이론이다.³⁵⁾ 즉 혼인 의사와 부부 공동생활의 지속성이라는 요건을 충족한 사실혼은 혼인에 준하는 법적 보호를 한다는 것이다. 준혼이론에 의해 보호되는 사실혼은 동거 의무, 부양협조 의무, 정조 의무가 있다. 일상의 가사 대리권이나 제3자에 대한 연대책임 등 민법에서 규정하고 있는 혼인의 효력 일부가 사실혼에도 적용된다. 그러나 혼인 적령 나이보다 어린 당사자가 부모의 동의를 받지 않았거나 재혼금지 기간을 위반했다라도 사실혼 성립이 무효가 되지 않는 점은 법률혼과 다르다.³⁶⁾

준혼이론은 현실에 존재하는 다양한 사실혼 관계를 보호하기에 턱없이 부족한 이론이었다.³⁷⁾ 사실혼과 중혼적 사실혼은 민법 밖에 있는 사회적 관계인데, 법률혼을 기준으로 그들의 보호 여부를 결정짓는 것은 그 자체로 모순이었다. 이는 시민적 권리를 누리기 위해서는 ‘정상가족’이나 그에 준하는 가족의 구성원이어야 한다는 것으로, 제도적으로 시민권을 제약하는 것

35) 박인환, 「사실혼보호법리의 변천과 과제: 사실혼의 발생유형과 보호의 개별화」, 134쪽.

36) 이근식, 「사실혼에 관하여」, 『법학논총』 7, 1966, 28쪽; 이재화, 「사실혼의 내용과 사실혼준부확인청구제도」, 81쪽.

37) 준혼이론의 모순을 비판하며 중혼적 사실혼을 근대적 계약관계로 접근해야 한다는 타케이 마사오미(武井正臣)의 주장은 보다 현실적이다. 그는 준혼이론에 의한 사실혼 보호는 일부일처제를 이념으로 한 민법 질서에 어긋나므로, 그 대안으로 계약이론을 제시했다. 이에 따라 중혼적 사실혼의 부당파기는 계약상 의무위반(채무불이행), 또는 쌍방의 권리침해(불법행위)로 볼 수 있다고 했다. 준혼이론 비판과 대안은 80~90년대 이후 본격적으로 제기되었다. 武井正臣, 『内縁婚の現状と課題』, 東京: 法律文化社, 1991, 48-52쪽.

이었다. 따라서 준혼이론은 그 자체로 또 다른 ‘정상성’을 창출하는 ‘유사정상가족(pseudonormal family)’ 담론이었다고 할 수 있다. 이는 중혼적 사실혼의 처나 첩을 아예 보호대상에서 제외하는 근거로 작용했다는 점에서 많은 문제를 야기했다.

Ⅲ. 사실혼과 중혼적 사실혼에 대한 학설

민주공화국의 수립 이후 남녀평등이 민주주의의 상징이자 새로운 시대정신으로 부상하면서 사실혼은 여성의 법적 현실과 직결된 중요 문제로 인식되었다. 이에 민법 제정과정에서 법률혼주의와 사실혼주의를 둘러싸고 치열하게 논쟁이 재개되었다. 하지만 두 나라의 논쟁 양상은 외형상 차이가 있었다. 한국에서는 보수 또는 중도 개혁을 표방한 세력이 법률혼주의를 강조했으나 일본에서는 주로 혁신주의자가 그것을 옹호했다.

먼저 한국의 경우를 보면, ‘전통론’을 고수한 김병로의 정부안과 ‘점진적 개혁론’을 표방한 장경근의 법제사법위원회안이 모두 법률혼주의를 강조했다. 특히 법제사법위원장 장경근은 매우 강경한 태도를 취했다. 그는 법률혼주의와 사실혼주의의 혼용은 결국 “악질 이중혼인, 사기혼인을 장려한다는 의미”라며³⁸⁾ 일부일처제 법률혼 확립에 확고한 의지를 드러냈다. 이와 달리, ‘남녀평등론’을 내세운 정일형 수정안은 ‘혼인성립선언제도’를 채택하여 법률혼주의와 사실혼주의를 병행하자고 했다. 여성문제에 관심을 가졌던 일부 의원들도 이에 동조했다.³⁹⁾ 남녀평등을 옹호한 사람들은 사실혼 보호에 목소리를 높였으나, 그 관심은 혼인신고를 하지 않은 본처를 구제하는

38) 국회사무처, 『국회속기록』 제26회 제58호, 1957.12.12., 12-13쪽; 김은경, 「1950년대 가족론과 여성」, 164-165쪽에서 재인용.

39) 김은경, 「1950년대 가족론과 여성」, 161-164쪽.

데 한정되어 있었다.

일본의 민법 제정과정에서도 법률혼주의와 사실혼주의의 병행 여부가 논란이 되었다. 흥미로운 사실은 가와시마 다케요시(川島武宜)⁴⁰⁾와 같은 진보주의 학자가 법률혼주의를 강하게 주장했다는 것이다. 가와시마는 혼례식 당일 신고의 중요성을 언급하며 혼인신고 없이 “민주화의 토대인 가족생활의 민주화는 절대로 확립될 수 없다”⁴¹⁾고 했다. 그는 법을 권리 본위로 보고, 권리와 의무를 보장하는 법제도를 의리(義理) 규범이 지배하는 가족주의의 대척점에 놓았다. 그런 권리체제를 근대적이고 민주적인 것으로 인식했다.⁴²⁾ 가와시마를 비롯한 혁신파는 신헌법의 민주주의에 입각해 일본 가제도를 비판하고 “개인이 호주권과 친권과 부권(夫權)이라는 권력에 복종하는 것은 개인의 평등 원칙에 위배된다”고 주장했던 세력이다. 이들은 민주주의에 부합하는 새로운 가족상을 강조하며 “자유롭고 독립적인 개인이 가족생활의 출발점이 되지 않으면 안 된다”고 했다.⁴³⁾ ‘부부와 미성년 자녀로 구성된 공동생활체’의 제도적 확립을 통해 남녀평등과 민주적 가족의 이상이 실현될 수 있을 것이라고 보았던 것이다. 그런데 이들이 새 가족 모델로 언급한 것은 유럽과 미국의 그것이었다. 혁신파는 ‘낡은’ 가족주의를 철폐하

40) 일본 도쿄대 교수인 가와시마 다케요시는 1946년 민법안 기초를 위해 조직된 사법성의 사법법제심의회의 간사로서 가·상속·호적법을 담당했던 인물이다. 그는 쿠루스 사부로(來栖三郎), 이소다 스스무(磯田進) 등과 함께 가제도 폐지에 앞장선 혁신파였다. 我妻榮 外, 『戦後における民法改正の経過』, 日本評論新社, 1956, 5-7쪽.

41) 川島武宜, 「事實婚主義と法律婚主義」, 『日本社會の家族的構成』, 東京: 日本評論社, 1947/1950, 202쪽; 阪井裕一郎, 「家族主義と個人主義の歴史社會學 - 近代日本における結婚觀の變遷と民主化のゆくえ」, 93쪽에서 재인용.

42) 川島武宜, 「權利の體系」, 『川島武宜著作集第10卷』, 東京: 有斐閣, 1951/1982, 225쪽; 阪井裕一郎, 「家族主義と個人主義の歴史社會學 - 近代日本における結婚觀の變遷と民主化のゆくえ」, 101쪽에서 재인용.

43) 川島武宜, 來栖三郎, 磯田進, 「法律學體系法律講話篇: 家族法講話」, 東京: 日本評論社, 1950, 16-20쪽.

고 영미와 같은 ‘민주적’ 가족을 만들려면 개인의 권리를 보장하는 법 제정이 시급하다고 본 것이다. 이들이 법적으로 보호받을 권리가 있다고 전제된 자유롭고 평등한 개인은 (서구의 가족모델로 상상된) 민주적인 가족제도의 구성원이었다. 이런 구상은 가족제도 밖에서 여성의 권리를 사유하기에는 근원적인 한계가 있었다. 이는 당시 남녀평등론과 민주화론의 내적 모순을 드러낸다.

이상과 같은 논의를 거쳐 한국과 일본의 민법은 모두 법률혼주의를 고수했다. 그러나 여전히 사실혼 관계는 무시할 수 없는 규모여서 공무원연금법, 군인연금법, 전몰군경유가족 연금법 등은 사실혼 배우자를 수혜자에 포함했다.⁴⁴⁾ 이런 현실에서 사실혼에 대한 법적인 보호 문제는 지속적으로 제기될 수밖에 없었다.

양국의 학설은 내용적으로 조금씩 다른 현실을 반영하고 있지만, 대략 세 가지로 나누어 볼 수 있다. 사실혼이 법률혼주의에 위배된다고 보고 그 혼인의 효력과 보호의 필요성을 부정하는 주장, 선의의 피해자만 보호해야 한다는 선택적인 입장, 사실혼을 사회적 사실로 인정하고 그 취소 전까지는 보호해야 한다는 주장 등이 그것이다. 주요 학자들의 주장을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 사실혼의 혼인 성립과 효력을 인정하지 않는 견해가 있다. 1915년 1월 26일 일본 대심원 판결(일명 ‘혼인예약유효판결’)에서 사실혼 부당파기에 대한 손해배상을 인정한 판례가 나와,⁴⁵⁾ 이후 학설에서 사실혼 보호를 부정하기란 쉽지 않았다. 한국에서 소수 의견이기는 하나 법률혼주의가 시행된 지 오래되어 더 이상 사실혼을 보호할 필요가 없다는 의견이 제기되기

44) 김용한, 『개고 친족상속법』, 박영사, 1964, 169쪽.

45) 太田武男, 『内縁の研究』, 91-92쪽.

도 했다. 정조근은 “지금도 사실혼 보호라고 외친다는 것은 국민이 법에 대한 인식이 박약하고 준법정신이 약하고 너무도 자기의 권리나 의무의 이행에 무관심하다는 것”이라며 사실상 반대론을 폈다. 혼인은 직접 신분변동을 목적으로 하는 신분행위이므로 혼인의사의 합치와 신고가 없으면 혼인의 효력을 인정할 수 없다는 것이 그의 주장이었다.⁴⁶⁾

일본에서 사실혼의 혼인 성립과 효력을 인정하지 않는 입장은 주로 중혼적 사실혼에 대한 논의에 집중되어 있다. 사실혼이 엄연한 법률관계인 한 그 보호를 위해서는 법적인 성립요건이 충족되어야 하는데, 중혼적 사실혼은 공서양속에 어긋날 뿐 아니라 중혼 규정에 위배되어 보호할 수 없다는 것이다. 대표적으로 시미즈 카네오(清水兼男)는 중혼적 사실혼이 당연 무효가 된다고 해석했다.⁴⁷⁾

둘째, 원칙적으로 사실혼 보호에 찬성하지만, 중혼적 사실혼 등 혼인성립 요건에 문제가 있는 경우 선택적으로 구제해야 한다는 의견이 있다. 민법 제정 시 헌법정신을 강조하고⁴⁸⁾ ‘남녀평등론’을 옹호했던 정광현은 사실혼 처의 보호를 가장 적극적으로 제기했던 인물이다. 그는 사실혼으로 피해를 받는 사람이 사실상 여성이라며 “양성의 본질적 평등의 실현을 목표로 하는 가족법의 민주화의 이상에서 보아 사실혼 문제를 중시할 필요가 있다”고 주장했다.⁴⁹⁾ 사실혼은 혼인신고만 하지 않았을 뿐 법률혼과 다르지 않다

46) 정조근, 「사실혼에 관한 문제점」, 『사법행정』 13(12), 1972, 16쪽.

47) 清水兼男, 「内縁の法律關係」, 『法政研究』 5(2), 26쪽; 太田武男, 「内縁の研究」, 139쪽에서 재인용.

48) 양현아는 민법 제정 시기 정광현의 주장을 여성계의 ‘남녀평등론’과 별개로 ‘헌법정신존중론’으로 분류했다. 그러나 정광현이 강조한 헌법정신이 내용적으로 남녀평등과 개인의 자유·평등에 초점이 있었고 당시 여성계도 헌법정신을 자주 거론했던 만큼, 양자를 엄격하게 분리하기는 어려워 보인다. 양현아, 『한국 가족법 읽기: 전통, 식민지성, 젠더의 교차로에서』, 창비, 2011, 250-254쪽.

49) 정광현, 「사실혼의 보호문제」, 『법정』 18(7), 1963, 74쪽.

는 것이 그의 일관된 입장이었다.⁵⁰⁾ 그에 따르면, 혼인신고는 혼인의 성립 요건이 아니고 효력발생 요건이다. 따라서 혼인신고의무 또는 혼인신고청구권을 인정하고 혼인신고의 강제이행을 통해 사실혼을 보호하고자 했다.⁵¹⁾ 이는 대체로 법학자들이 공유한 통설에 가깝다.⁵²⁾

그러나 학자들은 중혼적 사실혼의 보호에 대해서는 보수적으로 접근했다. 김주수는 원칙적으로 중혼적 사실혼은 법이 보호하기 어려우나, 선의의 피해자는 구제해야 한다고 했다.⁵³⁾ 김용한은 “아무리 사실혼이라 하더라도 법의 목적에 비추어 사회질서에 반하는 남녀의 결합을 보호할 수는 없기 때문에 제809조에 반하는 족내혼이나 중혼이 되는 사실혼은 보호할 수 없다고 해석한다. 그러나 이러한 경우에도 선의의 당사자는 상대방에 대하여 재산상·정신상의 손해배상을 청구할 수 있을 것”이라 했다.⁵⁴⁾ 장경학도 “선의의 당사자는 … 부당과기로 인한 배상청구를 할 수 있다”며 제한적 보호론을 폈다.⁵⁵⁾

정광현이 중혼적 사실혼 관계에서 ‘선의의 피해자’만을 구제대상으로 여겼던 것은 주목할 만하다.⁵⁶⁾ 그는 중혼적 사실혼의 보호문제에 대해서는 원칙적인 수준에서만 언급했다. 흥미로운 사실은 처음에는 그마저 인정하지 않았다는 것이다. 당시 악의적으로 유기를 당하거나 부당한 처우를 받는 사실혼의 처가 수두룩했기 때문에⁵⁷⁾ “사회적으로 정당시되는 혼인생활을 하

50) 정광현, 「사실혼보호의 현상과 그 강화론」, 77쪽.

51) 정광현, 「사실혼의 보호문제」, 74쪽.

52) 이봉, 「사실상의 혼인에(내연관계) 대한 고찰」, 『법정논총』 1, 1955; 고창현, 「사실혼의 해소에 관한 재론」, 『법조』 27(3), 1978.

53) 김주수, 「친족상속법」, 법문사, 1964, 169-170쪽.

54) 김용한, 「개고 친족상속법」, 170쪽.

55) 장경학, 「신고 친족상속법」, 서울고시학회, 1963, 151쪽.

56) 정광현, 「사실혼보호의 현상과 그 강화론」, 83쪽.

57) 이에 대한 한국의 상담 사례는 다음을 참고. 이태영 엮음, 『백문백답 여성법률상담

고 있는 남녀”만을 보호할 수 있다고 본 것이다.

사실혼이라 함은 사회적으로 정당시되는 혼인생활을 하고 있는 남녀로서 혼인신고가 없기 때문에 법률상 혼인으로 인정하지 않으나 양 당사자간에 혼인의 의사가 있고 법률에서 금지하는 근친혼관계나 중혼관계가 없는 자이며 동(同) 일인(一人)에 대하여 법률상의 배우자가 없을 것과 제2의 사실혼관계가 없는 사실상의 일부일처혼임을 절대조건으로 한다. 그러므로 동 일인에게 법률상의 처가 있는 경우에는 사실혼을 인정할 수 없으며 동 일인에게 수인의 사실상의 처도 이를 인정할 수 없다.⁵⁸⁾

“사실상의 일부일처혼임을 절대조건”으로 내세웠던 정광현은 이후 중혼적 사실혼 관계도 일부 보호해야 한다고 견해를 수정했다. 그러나 그 내용은 매우 빈약했다. 이에 관한 논쟁을 거의 찾아보기 어려울 만큼, 중혼적 사실혼의 보호 문제는 원칙적인 수준을 넘어 법적 정의를 실현하는 문제로 인식되지 못했다. 이처럼 당시 지배적인 학설은 혼인신고를 결여한 사실혼의 처는 보호가 필요하다고 여겼지만, 중혼적 사실혼 처의 보호에 대해서는 매우 소극적이었다. 이는 ‘유사정상가족(pseudonormal family)’ 담론이 사회적 실체로서 중혼적 사실혼의 법적 지위를 결정하는 잣대였음을 보여준다. 이처럼 사실혼 보호 학설은 역설적으로, 정당한 권리 보호가 필요한 여성과 그렇지 않은 여성을 나누고 위계화했으며, ‘유사정상가족’과 ‘비정상가족’을 구분하는 데 기여했다.

일본에서는 비교적 중혼적 사실혼을 선택적으로 보호해야 한다는 논의가 풍부하다. 사실혼을 여성문제로 보고 적극적으로 구제해야 한다고 여기는

실기』, 5-14쪽. 일본에서도 유사한 사례가 많았다. 松原徳滿, 野口三郎 監修, 『結婚離婚と扶養の法律相談: 書式と実務早わかり』, 東京: 高橋書店, 1966, 63-69쪽.
58) 정광현, 「사실혼의 보호문제」, 74-75쪽.

학자들이 적지 않았다. 사실혼 연구 전문가 오오타 다케오(太田武男)는 2차 대전 후 민법 개정으로 필연적으로 사실혼이 발생할 수 있는 구조가 사라졌지만(호주계승이나 부모의 동의 문제로 인한 혼인신고 미비), “개정 민법 아래에서 양성의 본질적 평등의 이상을 실현해야 한다는 요청은 새로운 의미에서 내연 보호의 길을 걷게 했다”고 진단했다.⁵⁹⁾ 전후 남녀평등의 이상을 실현하려는 분위기로 인해 더 적극적으로 사실혼의 처를 보호하려는 경향이 커졌다는 것이다. 이런 분위기에서 중혼적 사실혼이 미풍양속에 위배되더라도 선의의 당사자나 제3자에 대해서는 법적으로 보호해야 한다는 주장이 제기되었다.

나카가와 젠노스케(中川善之助)⁶⁰⁾는 혼인금지를 위반한 사실혼을 보호하는 것은 탈법행위를 행하는 결과가 될 수 있다고 전제하면서도, 선의의 당사자나 제3자를 위해서는 이를 준혼의 관점에서 다루어야 한다고 주장했다.⁶¹⁾ 와카즈마 사카에(我妻榮)⁶²⁾는 사실혼이 준혼으로 보호받기 위해서는 일정한 요건이 필요하다고 그 성립 요건을 강조했다. 중혼적 사실혼은 원칙적으로 법의 테두리 밖에 있어 무효지만, 그것은 재산 공유와 가사(家事)의 연대

59) 太田武男, 『判例·學說: 家族法』, 東京: 有斐閣, 1984, 11쪽.

60) 나카가와와 전후 민법 개정 시기 중도개혁파로서 가제도 폐지에 찬성했던 인물이다. 그는 새 민법이 “옛 친족상속법의 근본적 개혁을 기도한 것이 아니라 … ‘개인의 존중’과 ‘양성의 본질적 평등’에 위배되는 규정을 정리한 정도”라며 신헌법에 부합하는 현실적인 개혁이었다고 설명했다. 中川善之助, 『新民法の指標と立案經過の点描』, 東京: 朝日新聞社, 1949, 9-10쪽.

61) 中川善之助, 『親族法 上』, 東京: 青林書院, 1958, 322쪽.

62) 와카즈마 사카에는 일본 민법 개정 시기 미 점령당국의 의중을 파악해 가제도 폐지를 이끌었던 인물이다. 그는 나카가와 젠노스케와 함께 보수적인 임시법제조사회 위원과 귀족원·중의원을 설득하는 데 앞장섰다. 그러나 가제도를 유지하기를 원했던 보수파에게 씨(氏)가 가(家)를 대체하는 기능을 갖도록 하겠다고 약속하고 제구(祭具) 계승 조항을 도입하는 등 타협적인 태도를 보였다. 和田幹彦, 『戦後占領期の民法・戸籍法改正過程(十一・完)―‘家’の廃止を中心として』, 『法學志林』 106(4), 2009, 5쪽.

라는 다면성이 있기 때문에 사회적 사실로 존재하는 내연의 특성에 유의하여 각 사례의 특성을 따져보아야 한다고 했다. 이런 관점에서 법률혼이 사실상 이혼 상태에 있을 경우 선의의 사실혼 당사자의 피해에 대한 손해배상을 인정해야 한다고 주장했다.⁶³⁾ 오오타 다케오는 중혼적 사실혼이 중혼금지 규정을 위반했다는 사실보다 법률혼 배우자의 지위를 악화시켜 그 이익을 침해할 우려가 있기 때문에 문제라고 했다. 이에 중혼적 사실혼의 성립을 인정하고 보호하려면 중혼적 사실혼 당사자가 법률혼 배우자의 이익을 현저하게 훼손하는 일이 없어야 한다는 단서를 달았다. 즉 중혼적 사실혼 당사자가 법률혼을 파탄에 이르게 한 책임이 없어야만 법적으로 보호받을 가치가 있다는 것이다.⁶⁴⁾

셋째, 중혼적 사실혼의 취소 전까지는 혼인 효력을 인정해야 한다는 견해가 있다. 한국에서는 이런 학설이 눈에 띄지 않으나, 일본에서는 나카가와 준(中川淳)을 비롯한 일부 연구자들이 관련 논의를 발전시켰다. 나카가와와는 파탄주의 관점에서 중혼적 사실혼을 보호해야 한다고 역설했다. 즉 중혼적 사실혼 보호에서 가장 논란이 되는 법률혼 배우자의 존재와 관련하여, 중혼적 사실혼 당사자가 선의의 피해자든 법률혼을 파탄으로 이끈 장본인이든 상관없이, 법률혼이 객관적으로 파탄 상태라면 이를 인정하고 중혼적 사실혼 관계를 보호해야 한다는 것이다.⁶⁵⁾

63) 我妻榮, 『親族法』, 東京: 有斐閣, 1961, 194-201쪽.

64) 太田武男, 『內縁の研究』, 141쪽.

65) 中川淳, 「內縁保護と届出婚主義」, 『法學セミナ』 205, 1973, 68쪽; 김성은, 「사실혼배우자의 법적 보호에 관한 연구」, 76쪽에서 재인용. 나카가와와는 후속연구에서도 “법률혼이 완전히 객관적인 파탄상태에 빠져 있는 경우, 내연 당사자는 선의든 악의든 상관없이 법률혼의 효과를 해소하는 방향으로 구제를 요청할 수 있다”고 보았다. 법률혼의 객관적인 파탄 상황만으로 충분한 판단의 근거가 되기 때문에 유책주의로 중혼적 사실혼의 보호 여부를 결정짓는 것은 옳지 않다는 것이다. 中川淳, 「重婚的內縁の保護について」, 『ケース研究』 206, 1986, 9-10쪽.

사실혼 보호와 관련하여, 가장 현실적인 대안을 제시한 이는 와카즈마 사카에다. 그는 사실혼 관계가 중복되거나 중혼적 사실혼이라도 엄연한 사회적 사실로 사실혼 관계를 인정할 수 있다고 보았다. 이것은 가족제도의 이상이나 ‘유사정상가족(pseudonormal family)’ 담론에 의지해 또 다른 차별을 생산하는 대신, 다양한 생활공동체의 실상을 인정하고 이들의 권리를 최대한 법으로 보호하려는 것이었다.

내연의 처를 법률상의 처와 동일시하고 있는 특별법의 적용에 있어서는, 예를 들어 남편이 법률상의 부부관계를 그대로 두고 집을 나와 타지에서 내연관계를 맺고 노동자로 생활하는 경우 등에는 가족수당 및 기타 관계에서는 내연의 처자를 대상으로 해야 할 것은 말할 것도 없고, 남편이 사망한 경우 유족으로서의 취급도 내연을 대상으로 해야 한다. 이런 사회입법은 해당 사회관계에서 현실 생활공동체의 보호를 목적으로 하는 것으로 중혼적 내연인지 아닌지는 관계가 없기 때문이다. 법률상의 처에게는 안타까운 결과가 될 수도 있겠으나, 이 점은 이러한 입법의 목적 밖에 있다고 말할 수밖에 없다.⁶⁶⁾

이상에서 검토한 학설의 특징과 문제점을 정리하면 다음과 같다. 첫째, 혼인신고만 결여한 사실혼은 보호하자는 견해가 지배적이었으나 중혼적 사실혼에 대해서는 선택적인 태도를 취했다. 일부일처 법률혼주의가 민법의 근간이므로 이의 위반 여부가 중요하다고 보고 그 요건을 따졌다. 법학자들은 ‘선의의 피해자’와 ‘악의의 가해자’(법률혼을 파탄으로 이끈 책임이 있는 자)를 가르는 것에 몰두한 반면, 중혼적 사실혼 처의 개인 권리 구제에는 소극적이었다. 이에 대부분은 법률혼이 파탄 상태라는 사실이 명백하거나 ‘선의의 피해자’를 구제하는 수준에 머물렀다.

66) 我妻榮, 『親族法』, 204쪽.

둘째, 사실혼 보호를 둘러싼 학설은 법적으로 보호받을 자격이 있는 사실혼 관계의 '유사정상가족'과 중혼적 사실혼과 같은 위법적인 '비정상가족'으로 위계화했다. 정광현이나 일본에서 개혁 과제를 이끌었던 학자들도 이런 보호와 배제의 논리를 생산하는 데 기여했다. 이들은 법률혼과 다를 바 없는 처지의 여성을 보호하는 데 주력했을 뿐, 중혼적 사실혼의 처에 대해서는 구체적인 보호 방안을 제시하지 않고 미온적인 태도로 일관했다. 이는 법학자들의 개인적인 인식의 문제가 아니라, 당시 '민주적'이라고 상상된 근대 가족제도와 민주공화국의 이상이 내포한 한계에 기인하는 것이었다.

셋째, 일본에서 제기된 중혼적 사실혼의 보호 방안은 주목할 만하다. 와카즈마 사카에의 제안은 중혼적 사실혼의 처를 보호할 수 있는 가장 현실적이고 구체적인 대안이었다. 여성이 일정기간 남성과 함께 살며 아이를 낳아 양육하거나 가사를 도맡아 했다면, 남성에게 법적인 처가 있더라도 동거 기간의 돌봄 노동과 가사 노동에 대해서는 법적으로 인정받아야 마땅하다. 남성이 일방적으로 관계를 파기했다면 손해배상이나 위자료를 청구할 수 있어야 한다. 또 와카즈마의 주장처럼, 가족수당이나 유족의 지위도 부여해야 한다. 그러나 이런 진일보한 주장에도 한계가 없는 것은 아니다. 이들은 중혼적 사실혼에 한정해 논의했을 뿐, 첩과 같은 여성의 법적 구제에는 관심을 두지 않았다. 이미 첩계약을 무효로 본 판례⁶⁷⁾가 있어, 이를 아예 논외로 하고 사실혼과 분리했던 것으로 보인다. 그러나 현실에서 중혼적 사실혼의 처와 첩을 엄격하게 구분하기는 어렵다.⁶⁸⁾ 따라서 일본에서 대안으로 등장한 중혼적

67) 한국과 일본의 대표적인 첩계약 관련 판례는 다음을 참조. 山口与八郎, 『貞操問題と裁判』, 東京: 明治大学出版部, 1936, 76-80쪽; 「위자료」(대법원 1955. 7. 14., 4288민상156); 「소유권 이전등기 말소」(대법원 1966. 6. 21., 선고, 66다 530, 판결).

68) 첩계약과 지속성이 유지되는 성매매 관계를 구분하는 것 역시 쉽지 않다. 이와 관련된 일본의 판례와 양자를 구분하는 것에 대한 회의적 시각으로 아오야마 미치오

사실혼의 보호론 역시 또 다른 배제의 가능성을 안고 있었다고 하겠다.

IV. 사실혼과 중혼적 사실혼 처의 소송과 판례

한국과 일본에서 민주공화국이 수립되고 새로운 민법이 제정된 이후, 혼인신고의 중요성이 강조되고 의무교육이 시행 또는 확대되었다. 이에 사실혼이 다소 감소하는 경향을 보였으나 급격한 사회변동으로 그 양상은 더 다양하게 나타났다. 한국에서는 한국전쟁으로 호적의 소실, 피난과 이산, 장기행방불명자의 급증 등의 문제가 발생해 가족제도가 크게 이완되었다. 또한 민법의 동성동본금혼 조항으로 인해 비자발적인 사실혼이 생겨났다. 일본에서는 전후 경제부흥 과정에서 남성 노동자의 이동이 활발해져 기혼남성이 새로 이주한 지역에서 혼외관계를 맺고 본처와 따로 생활을 하는 일이 증가했다.

이런 현실에서 법률혼주의의 배타적 옹호는 여러 법적 문제를 야기했다. 일본은 특별법을 통해 혼인신고를 유도한 데 반해, 한국은 1963년 7월 31일 법률 제1375호로 가사심판법을 제정해 ‘사실상혼인관계존부확인청구’를 신청할 수 있도록 했다.⁶⁹⁾ 제1조는 “이 법은 인격의 존엄과 남녀의 평등을 기본으로 하여 가정평화와 친족상조의 건전한 공동생활의 유지에 기여함을 목적으로 한다.”⁷⁰⁾고 명시하여 이것이 남녀평등에 기초한 가족제도의 안정화에 있음을 분명히 했다. ‘사실상혼인관계존부확인청구’제도는 사실혼 관

(青山道夫)의 연구를 참고. 「いわゆるは昭和二二年勅令九号にいう売淫にあたるか」, 『判例時報』126, 1957, 6-8쪽; 青山道夫, 『続近代家族法の研究』, 東京: 有斐閣, 1958, 59-67쪽.

69) 공보부, 『관보』 제3503호, 1963. 7. 31., 4쪽.

70) 「가사심판법」(시행 1963. 10. 1.) (법률 제1375호, 1963. 7. 31., 제정)

계에 있는 한 배우자가 혼인신고에 협력하지 않거나 그것을 일방적으로 파기했을 때 가정법원이 사실혼 관계를 조정하거나 확인하는 것이었다. 즉 사실혼을 법률혼에 준하는 관계로 인정하는 절차를 제도화하고 이에 기초해 혼인신고를 유도하는 것이다. 이것은 혼인의사를 가지고 부부생활을 시작했으나 남편이 혼인신고를 방기해 유기되거나 불이익을 받는 사실혼의 처를 위한 보호 장치였다. 하지만 국가가 개입해 조정하고 공인하는 사실혼 관계는 그 자체로 모순을 내포하고 있었고, 이로 인해 중혼적 사실혼의 처는 더 배제될 가능성이 있었다.

실제 법의 태도는 어떠했을까. 다음에서 한국과 일본의 주요 판례를 통해 혼인신고만을 결여한 사실혼과 중혼적 사실혼에 대한 법의 태도를 비교해 보겠다. 소송 사건은 대체로 사실혼의 성립(중혼금지 위반 여부, 혼인 명령 및 부모 동의, 금혼 기간 등)과 해소, 그리고 법적 효과(사실혼 처의 재산 상속권과 거주지 승계권, 제3자의 가해행위에 대한 손해배상청구권, 자녀의 법적 보호 범위 등)를 둘러싼 것이다.

한국에서 혼인신고를 결여한 사실혼의 처에 대한 소송과 판례는 대체로 처를 보호하는 방향으로 진행되었다. 특히 사실혼의 부당파기에 대해서는 정당한 사유 없이 관계를 파기한 남성뿐만 아니라 그에 가담한 제3자(주로 시어머니)에게도 공동책임을 인정하는 등 피해자 중심으로 판결했다.⁷¹⁾ 또 사실혼의 남편이 제3자의 불법행위로 인해 상해를 입은 경우 그 사실혼의 처는 자신이 받은 정신적 고통에 대해 제3자에 손해배상을 청구할 수 있었다.⁷²⁾

71) 「혼인예약불이행으로인한손해배상」(대구고법 1961. 6. 7., 4294민공76, 제2민사부판결: 확정), 「약혼불이행으로인한위자료」(대법원 대법원 1965. 5. 31., 선고, 65므14, 판결), 「약혼불이행으로인한위자료」(대법원 1967. 1. 24., 선고, 66므39, 판결), 「혼인예약불이행으로인한위자료」(대법원 1975. 1. 14., 선고, 74므11, 판결).

72) 「손해배상」(대법원 1969. 7. 22., 선고, 69다684, 판결)

이와 달리, 중혼적 사실혼 사건은 소송 건수가 매우 적고 법의 판결도 엄격했다. 소수 사례⁷³⁾를 제외하고 처의 손해배상청구를 인정하지 않았다. 대법원 1962년 11월 15일 판결⁷⁴⁾ 사건은 중혼적 사실혼의 처가 17년 동안 사실혼 관계를 유지하며 살았던 남편에게 제기한 손해배상청구소송이다. 피고인 사실혼의 남편은 1920년 한 여성과 혼인했다가 1937년에 협의이혼을 했으며, 1938년에 다른 여성과 재혼했으나 2년 뒤 여성이 사망해 혼자되었다. 1943년 다시 세 번째 혼인을 한 상태에서 본처를 두고 원고와 만나 동거를 시작했다. 원고는 피고가 자신과 혼인의사가 없음을 확인하고 손해배상청구소송을 제기했는데, 원심은 피고가 원고와의 혼인예약을 파기한 것으로 보고 원고의 정신상의 손해를 배상할 책임이 있다고 판결했다. 그러나 대법원은 “피고가 원고와 동거생활을 할 당시에 독신 남자로서 원고와 적법한 혼인예약을 할 수 있었던 사실을 인정할 수 없으므로” 피고가 이를 부당 파기했다고 볼 수 없다고 했다. 이에 원심과 달리 원고의 요청을 받아들이지 않았다.

대법원 1965년 7월 6일 판결⁷⁵⁾ 사건은 중혼적 사실혼의 처가 혼인예약 불이행을 이유로 손해배상을 청구한 소송이다. 원고는 어머니가 경영하던

73) 법률혼이 사실상 이혼상태에 있을 때 중혼적 사실혼 관계라도 정당한 사실혼으로 보호해야 한다는 판례가 있다. 서울가정법원 1965년 5월 30일 판결(『법률신문』 제 637호, 1965. 7. 26.). 이재화, 「사실혼의 내용과 사실혼존부확인청구제도」, 82-83쪽에서 재인용.

74) 「손해배상」(대법원 1962. 11. 15., 선고, 62다631, 판결), 국가법령정보센터 <https://www.law.go.kr/precSc.do?menuId=7&subMenuId=47&tabMenuId=213&query=%ED%98%BC%EC%9D%B8%EC%98%88%EC%95%BD#licPrec150762>(검색일: 2022년 1월 12일)

75) 「남녀관계 해소에 따른 위자료」(대법원 1965. 7. 6., 선고, 65므12, 판결), 국가법령정보센터 <https://www.law.go.kr/precSc.do?menuId=7&subMenuId=47&tabMenuId=213&query=%ED%98%BC%EC%9D%B8%EC%98%88%EC%95%BD#licPrec152421> (검색일: 2022년 1월 12일)

술집에서 피고인 남편을 만나 사귀다가 남편의 아버지 집에 들어가 살며 아들을 낳아 길렀다. 남편에게는 그 전에 결혼식을 올린 사실혼의 처와 4남매가 있었다. 원고는 피고에게 처자식이 있다는 사실을 알고 있었으나 끝내 피고가 혼인의사를 밝히지 않자 손해배상청구소송을 제기했다. 이에 원심은 피고가 기혼자로서 다시 혼인하기 어렵다는 것을 원고가 잘 알고 있었기 때문에 혼인예약 불이행으로 인한 손해배상청구를 인정하지 않았다. 대법원도 원고의 상고를 기각했다.

서울가정법원의 1971년 2월 9일 판결⁷⁶⁾은 중혼적 사실혼의 처가 부양의무를 방기한 남편을 상대로 위자료와 부양료를 청구한 사건이었다. 1943년 일본에서 고등학교를 다니던 원고는 답임이던 피고가 자신이 미혼이라고 한 말을 믿고 결혼을 전제로 사귀었다. 해방 후 귀국하여 피고는 원고에게 서울에 방을 얻어 혼자 살게 하고 자신은 고향인 밀양으로 갔다. 생활비조차 지원받지 못한 원고는 피고에게 처자식이 있는 것을 알고 인연을 끊으려 했으나 피고의 만류로 관계를 지속하고 세 명의 딸을 낳았다. 결국 원고는 사실혼 해소에 따른 위자료와 자녀의 부양료를 청구하는 소송을 제기했다. 재판부는 이것을 기각했는데, 그 판결 이유는 다음과 같다.

배우자 있는 피청구인이 미혼녀이던 청구인에게 혼인할 것을 약정하고 동거하였다 하여도 이러한 약정은 객관적으로 반사회질서의 법률행위를 내용으로 삼고 있는 소위 부첩관계에 불과하고 이른바 사실혼관계라 할 수 없다 할 것이므로 이는 그 당사자 일방이 비록 그 상대방에게 배우자 있음을 아느냐 모르느냐에 불구하고 법률의 보호를 받을 수 없는 당연무효라 할 것이다. … 이 건 모든 청구는 … 권리보호요건을 갖추지 못한 경우이므로 이 건 청구를 모두 기각(한다).⁷⁷⁾

76) 「사실혼관계해소에 따른 위자료 및 부양료」(서울가법 1971.2.9., 70드 1374); 박병호, 『판례교재: 친족·상속법』, 법문사, 1974, 232쪽에서 재인용.

77) 박병호, 『판례교재: 친족·상속법』, 232쪽.

이처럼 한국 법원은 중혼적 사실혼 처를 법적으로 보호하는 데 매우 보수적이고 엄격한 잣대를 들이댔다. 법원의 판단 기준은 그저 법률혼 처의 존재 여부에 있었을 뿐 사회적 사실로 존재하는 중혼적 관계는 거의 인정하지 않았다. 한국에서 중혼적 사실혼 소송 사건이 많지 않은 것은 이러한 법의 태도가 영향을 미친 것으로 보인다. 이에 중혼적 사실혼의 처는 선의의 피해자든 아니든 법적으로 거의 구제받지 못했다. 아이를 낳고 오랜 기간 남성과 관계를 지속했다라도, 이런 여성들의 권리는 “권리보호요건을 갖추지 못한 경우”로 판별되어 방치되었다.

일본에서 사실혼 판례는 한국에 비해 훨씬 많다.⁷⁸⁾ 통설은 혼인신고만 결여한 사실혼은 준혼관계로 보호해야 한다는 것이었다. 앞서 언급한 바와 같이, 1915년 1월 26일 대심원은 “혼인의 예약은 장래에 적법한 혼인을 위한 것을 목적으로 하는 계약으로 그 역시 적법하고 유효”하며 어느 한쪽이 정당한 이유 없이 약속을 위반해 혼인을 거부한다면 “신의를 파기한 유형무형의 손해를 배상할 책임을 져야한다”고 판결했다.⁷⁹⁾ 이것은 이후 소송과 학설에 영향을 미친 중요한 판결이었다. 2차 대전 이후에도 이런 태도가 이어져 사실혼 당사자의 한쪽이 정당한 이유 없이 관계를 파기하는 경우에는 이를 고의나 과실에 의한 권리 침해로 보고 불법행위에 대한 책임을 물었다. 이에 그 피해자는 혼인예약 불이행으로 인한 손해배상과 아울러 불법행위에 대한 손해를 청구할 수 있었다.⁸⁰⁾

중혼적 사실혼은 소송 사건의 성격이나 판결마다 달랐다. 다이쇼 시기나

78) 전후 최고재판소의 판례 12건을 비롯해 하급심까지 총 139건의 판례에 대한 개략적 정보는 다음을 참고. 太田武男, 『內縁の研究』, 附録 判例索引.

79) 大審院 大正二年(才) 第六二一号(大正二年一月二十六日判決 民錄二一輯 49頁); 太田武男, 『內縁の研究』, 91-92쪽에서 재인용.

80) 太田武男, 『內縁の研究』, 94쪽; 太田武男, 『判例·學說: 家族法』, 12-13쪽.

쇼와 초기까지 중혼적 사실혼은 무효라는 견해가 지배적이었다. 2차 대전 이후에도 일부 판결은 이전의 통설을 유지했다. 대표적으로 1956년 1월 모리오카(盛岡)지방법원은 중혼적 사실혼은 사실상 부첩관계나 중혼적 관계일 뿐 공서양속에 위배되지 않는 정당한 관계가 아니라고 판결했다.⁸¹⁾

그러나 2차 대전 후에는 중혼적 사실혼도 사안에 따라 일반 사실혼 관계처럼 보호해야 한다는 판결이 증가했다. 특히 남편의 중혼 사실을 알지 못했거나, 그것을 알았다고 하더라도 거짓말에 속은 경우 여성을 구제하려는 경향이 늘었다. 1965년 11월 15일 히로시마(広島) 고등법원 판례는 ‘악의의 당사자’인 중혼적 사실혼의 처에게도 재산분할청구권을 인정하기도 했다.⁸²⁾ 그러나 대부분은 여성의 피해가 입증된 경우에 보호를 인정받을 수 있었다. 1959년 12월 판결은 그 예다.⁸³⁾ 한 여성이 처가 있는 직장 동료와 알고 지내다가 처와 이혼하고 자신과 혼인하겠다는 말을 믿고 그와 함께 살았는데, 남성은 끝내 약속을 어기고 본처와 재결합했다. 이에 여성은 남자를 고소하고 위자료를 청구했다. 재판부는 원고와의 혼인예약을 파기한 것에 대한 위자료 지급이 타당하다고 인정했다. 이와 유사하게, 중혼적 사실혼의 처가 남편에게 법적인 처가 있다는 것을 알고 교제를 시작했더라도 “정조 등의 침해”를 이유로 위자료 청구를 인정한 1969년의 판례가 있다.

여성이 남성에게 아내가 있음을 알면서 정교관계를 맺었다고 해도 정교의 동기가 주로 남자의 거짓 핏을 믿은 것이 원인일 경우에는 … 제반 사정을 참작하여 … 남성 측에게 위법성이 현저히 크다고 평가할 수 있을

81) 盛岡地 昭和二六年(ワ) 第九七号(昭和三一年五月三一日判決, 下級民集七卷五号 304頁); 太田武男, 『内縁の研究』, 144-145쪽에서 재인용.

82) 伊藤裕, 「内縁の保護から事實婚の保護へ」, 34쪽.

83) 東京地 昭和三二年(ワ) 第五五七九号(昭和三四年一二月二五日判決, 家裁月報一二卷六号 148頁); 太田武男, 『内縁の研究』, 146-147쪽에서 재인용.

때는 정조 등의 침해를 이유로 한 여성의 남성에 대한 위자료 청구는 허용되어야 하며, 이렇게 해석해도 민법 제708조의 법 정신을 위반하는 것이 아니라고 해야 한다.⁸⁴⁾

또 하나 주목되는 판례는 1968년 12월 도쿄지방법재판소의 판결이다.⁸⁵⁾ 이것은 중혼적 사실혼 판례 가운데 법적인 처뿐만 아니라 중혼적 사실혼의 처도 남편의 사망에 따른 보상을 받을 자격이 있다고 인정한 것으로 유명하다. 1949년 나가노현(長野縣)에 사는 농사꾼 A는 단신으로 도쿄에 가서 일을 하다가 여성 B를 만나 1955년부터 11년 간 동거생활을 했다. 여성은 A에게 혼인신고를 요구하는 과정에서 남편에게 법적인 처자가 있음을 알게 되었으나 곧 본처와 협의이혼을 하겠다는 말을 믿었다. 그러던 중 A가 교통사고로 사망해 B는 상주가 되어 자신의 자녀와 장례를 치렀다. 이후 가해자 측인 운수회사는 본처에게 찾아가 200만 엔에 합의했다. 그러나 B는 자녀가 A의 소생임을 밝히는 인지 소송을 제기해 승소한 뒤 자녀와 공동으로 운수회사에 손해배상 청구 소송을 제기했다.

이에 대한 판결에서 법원은 “물론 이와 같은 중혼적 내연관계는 이를 통상의 내연과 같이 대할 수는 없지만, 이를 공서양속에 반하는 절대 무효의 것으로 배척하고 떨쳐버리는 것은 오히려 사회적 타당성을 결하는 경우도 있어 … 준혼으로 보호해야 한다는 측면에서는 통상의 내연에 준하는 보호를 받을 수 있다고 보는 것이 타당하다.”고 했다.⁸⁶⁾ 법률혼이 사실상 파탄상태라면 중혼적 사실혼도 준혼으로 간주할 수 있다는 것이다. 또한 이 판결

84) 最高裁 昭和四四年(昭和四四年九月二六日判決, 最高民輯二三卷九号 1727頁); 太田武男, 『判例·學說: 家族法』, 24쪽에서 재인용.

85) 松田得二, 「重婚的內縁の保護: 昭和43・12・10東京地裁判決について」, 『岡山商大論叢』4(1・2), 1969, 21-22쪽.

86) 松田得二, 「重婚的內縁の保護: 昭和43・12・10東京地裁判決について」, 23쪽.

에서는 “중혼적 내연관계에 있는 처에 대해서도 부양청구권은 인정해야 하고, 따라서 그 침해를 일으킨 가해자에 대해 배상을 청구하는 것도 받아들여져야 한다. 다만 부양 상실 금액을 정산할 때 호적상의 처자가 존재하는 경우를 참작하여 상당의 금액이 이루어져야 한다.”라며 중요한 결정을 내렸다. 즉 중혼적 사실혼의 처도 남편이 타인의 불법행위로 인해 사망할 경우 가해자를 상대로 부양청구권 침해에 의한 손해배상청구권 소송을 제기할 수 있다고 인정한 것이다. 이에 도쿄지방법판소는 손해배상액을 나눠 법적 처자에게 1/3, 사실혼의 처자에게 2/3를 할당했다.⁸⁷⁾ 이는 당시로서 매우 진일보한 판결이었다.

이상에서 검토한 한일 양국의 판례의 특징과 논리를 정리하면 다음과 같다. 첫째, 한국에서 사실혼 판례는 혼인신고만을 결여한 사실혼을 준혼으로 보고, 그 부당과기로 인한 처의 피해를 구제하려고 노력했다. 또 ‘사실상혼 인관계존부확인청구’제도를 통해 사실혼의 일방적인 해소를 막고 이를 법률혼으로 견인하고자 했다. 그러나 중혼적 사실혼에 대해서는 매우 보수적이고 엄격한 잣대를 적용했다. 엄연한 사회적 사실로 존재하는 중혼적 사실혼의 실체를 인정하고 그 관계에서 피해를 받은 여성의 권리를 보호하는 데에는 거의 관심을 두지 않았다. 재판에서는 ‘선의의 피해자’조차 보호하려는 의지가 약했다. 재판부의 관심은 가족제도의 경계나 외부에 있는 여성들이 시민적 권리를 평등하게 향유할 수 있도록 하는 것에 있지 않았다. 그저 이들이 “권리보호요건”을 갖춘 ‘유사정상가족(pseudonormal family)’ 규범에 부합하는지 아닌지를 재단했을 뿐이다. 이것은 당시 법이 보호해야 할 여성과 그렇지 않은 여성을 어떻게 분리하고 배제했는지, 또 그 배제된 자들의 시민권을 어떻게 제한하고 있었는지 잘 보여준다.

87) 위의 글, 24쪽.

둘째, 일본에서는 혼인신고만을 결여한 사실혼 처의 부당파기 소송은 대체로 처를 보호하려는 태도를 견지했으나, 중혼적 사실혼은 이것이 '선량한 풍속'에 위배되는지를 판단의 근거로 삼아 보호에 신중한 태도를 보였다. 판결은 법률혼 관계의 파탄 정도가 명백하거나 '선의의 피해자'임을 입증한 경우 중혼적 관계라도 사실혼 처를 보호하고자 했다. 배우자 사망으로 인한 손해배상 소송에서 법률혼 처의 권리를 배타적으로 옹호하지 않고 중혼적 사실혼 처에게도 배상금 일부를 지급하라고 판결한 것은 특기할 만하다. 하지만 이런 진일보한 판결 역시 법률혼 관계의 파탄정도가 중요한 고려 요소였음을 부인하기 어렵다.

셋째, 양국 판례의 태도가 다른 것은 여러 역사 사회적인 이유가 있겠으나, 그 중에서 가족제도의 차이가 주요했을 것으로 보인다. 정부수립 후 한국은 호주 중심의 가족제도를 '전통'으로 중시하고 그대로 유지했으나, 전후 일본은 가제도를 천황제 파시즘의 토대로 여겨 폐지했다. 물론 일본에서 호주 중심의 가제도를 폐지했다고 해서 가부장제가 사라진 것은 아니었다. "가부장제 데모크라시"⁸⁸⁾는 전후 변화된 상황을 단적으로 보여주는 표현이다. 그럼에도 불구하고, 가제도의 폐지는 혼인제도와 관련된 사회 인식과 실천에 변화를 초래했을 것이다. 니시무라 노부오(西村信雄)에 따르면, 법률혼주의에 의해 혼인신고를 한다는 것은 단순히 서류상 혼인 등록을 한다는 의미가 아니라 가의 호주나 부모의 동의를 얻어 그 가적에 입적하는 행위를 말한다.⁸⁹⁾ 따라서 가제도의 폐지는 혼인을 가의 구성으로 보지 않고 개인의 의사에 따른 계약 행위로 인식하는 계기를 마련했을 것으로 보인다. 물론 호적제도를 그대로 유지하여 대부분 처가 남편의 호적에 입

88) 大越愛子, 井桁碧 編著, 『戦後思想のポリティクス(戦後・暴力・ジェンダー 1)』, 東京: 青弓社, 2005, 32-36쪽.

89) 西村信雄, 『戦後日本家族法の民主化(上巻)』, 241-242쪽.

적하는 게 현실이었다고 하더라도, 가제도 폐지가 변화의 계기가 되었던 것은 분명하다. 이것이 양국의 학설과 판례의 차이를 낳은 중요한 배경이라고 할 수 있다.

넷째, 한일 양국의 판례는 혼인예약과 준혼이론을 판결의 주요 근거로 삼았다. 그 중에서 민주주의와 남녀평등의 원칙을 거론한 판결문이 눈에 띄지 않는 점은 특기할 만하다. 흔히 남편의 부양의무 소홀과 작첩을 이유로 정처가 제기한 소송에서는 “남녀의 본질적인 평등”과 “인격의 존엄성”이 판단의 근거로 자주 명시되었다.⁹⁰⁾ 그러나 남편의 부양의무 소홀이나 일방적 관계 파기로 인해 생계의 위협과 사회적 낙인으로 고통 받는 사실혼과 중혼적 사실혼의 처의 경우 여성을 구제하는 결정을 내리더라도 판결문에서 민주주의의 원칙을 찾아보기 어렵다. 이것은 당시 위계화된 민주주의의 민낯을 드러낸다. 즉 남녀평등의 원칙 아래 우선적으로 지키고 보호해야 할 여성시민이 이성애 규범적 ‘정상가족’의 구성원이었음을 잘 보여준다.

다섯째, 판결문에서 남녀평등의 원칙 대신 등장하는 것은 여성의 정조권이다. 남성이 일방적으로 사실혼이나 중혼적 사실혼 관계를 부당 파기했을 때 정조권의 침해 여부가 소송에서 중요하게 다뤄졌다. 예컨대, 앞서 언급한 일본의 1969년 판결은 “정조 등의 침해”를 이유로 여성의 위자로 청구권을 인정했다. 그러나 재판부가 여성의 부당한 현실을 정조 침해로 본 것은 여권을 옹호하는 것과는 명백히 다르다. 메이지 시기부터 일본과 식민지 조선에서 법적으로 중시되어 온 정조권은 여성의 인격권을 의미하는 것이 아니었다. 그것은 일면 성적 자기결정권으로 해석될 여지도 있었으나, 기본적으로 근대 의학지식과 결부되어 국가 공익의 관점에서 섹슈얼리티가 재해석된 것이었다. 권리이자 의무로 중시되었던 여성의 정조는 일부일처 가

90) 박병호, 『판례교재: 친족·상속법』, 274쪽.

족제도와 양처현모주의를 위한 것이었다.⁹¹⁾ 무엇보다 정조권은 여성의 섹슈얼리티를 명예권으로 보는 시각을 담고 있었다. 정조권은 여성 개인의 시민적 권리가 아닌 ‘정조의 상실’ 여부에 따라 여성의 ‘명예’를 가늠하는 것으로, 그 자체로 폭력적이고 차별적인 성격을 띠고 있었다.⁹²⁾

맺음말

이 연구에서는 한일 민법 판례와 학설을 검토하여 사실혼과 중혼적 사실혼 처의 시민권에 대해 논했다. 이를 통해 2차 대전 후 새로 구성된 가족제도와 그에 기초해 수립된 민주공화국의 이상을 비판적으로 탐구했다. 특히 민주주의 헌법이 보장한 권리가 이성애 규범적 일부일처 가족제도 또는 ‘유사정상가족(pseudonormal family)’에 속한 국민에게만 허용된 것이었음에 주목했다.

또한 이 연구는 규범적 가족 내의 처와 딸을 중심으로 여성의 권리문제

91) 한봉석, 「정조(貞操) 담론의 근대적 형성과 법제화: 1945년 이전 조일(朝日) 양국의 비교를 중심으로」, 『인문과학』 55, 2014, 194-201쪽.

92) 여성 섹슈얼리티의 침해를 명예권으로 인식하는 문제에 대해서는 캐롤 글럭과 마가렛 스테츠의 비판을 참고할 필요가 있다. 국제사회에서 전시 강간이 공론화되었을 때 처음에는 이것이 살인이나 고문에 버금가는 폭력범죄가 아니라 명예에 반하는 범죄로 인식되었다. ‘명예’나 ‘존엄’은 피해자가 당한 폭력을 여성의 ‘순결’에 대한 침해로 전제하고 그 불명예가 강간 가해자보다 강간 피해자에게 해당되는 것임을 내포한다는 점에서 문제적이다. Carol Gluck, “Operations of Memory: ‘Comfort Women’ and the World”, in *Ruptured Histories: War, Memory, and the Post-Cold War in Asia*, eds., Sheila Miyoshi Jager, Rana Mitter (Cambridge, Massachusetts, London: Harvard University Press, 2007), p.75; Margaret D. Setz, “Wartime Sexual Violence against Women: A Feminist Response”, in *Legacies of the Comfort Women of World War II*, eds., Margaret D. Setz, Bonnie B. C. Oh (New York, London: M. E. Sharpe, 2001), pp.94-95.

가 다루어져 왔던 한계를 극복하고자 했다. 가족제도의 경계 또는 밖에 있던 여성들의 법적 현실에 주목하여, 기존의 남녀평등론이 여성을 하나의 동질적 집단으로 전제했던 정체성 정치의 오류를 심문하고자 했다. 이것은 여성 내부의 차이를 봉합하지 않고 시민적 권리를 확장하는 방법을 모색하기 위한 것이다. 또 민주주의의 탈식민화(decolonization)의 가능성을 탐색하기 위한 시도이기도 하다. 연구의 결론을 요약하면 다음과 같다.

첫째, 이 글에서는 사실혼 처와 중혼적 사실혼 처에 대한 한국과 일본의 법식식과 판례를 비교했다. 전자가 적극적으로 보호를 받았던 데 반해 후자는 ‘선의의 피해자’임을 입증하지 못할 경우 법의 보호를 받기 어려웠다. 혼인신고 요건을 결여한 사실혼 관계는 ‘유사정상가족(pseudonormal family)’으로 간주되어 그 처를 보호했지만, 중혼적 사실혼의 처는 권리보호요건에 해당되지 않는다고 보았다. 흥미로운 사실은 당시 헌법정신이나 남녀평등을 강조하며 ‘가족의 민주화’를 주장했던 학자들이 이런 배제의 논리를 생산하는 데 기여했다는 점이다. 이것은 당시 민주주의와 남녀평등이 어떤 지평에서 논의되고 구현되었는지 잘 보여준다. 즉 민주주의는 모든 차별에 반대하는 포용적인 절대 선이 아니라, 그 내부를 공고히 하기 위해 외부의 ‘비정상’을 생산하는 배제의 정치와 짝하고 있었던 것이다.

둘째, 한국의 학설과 판례가 중혼적 사실혼 보호에 소극적이었던 데 반해, 일본에서는 보다 다양한 보호 방안이 강구되었다. 대표적으로 와카즈마 사카에의 제안은 가장 현실적인 대안이었다. 그는 중혼적 사실혼의 처일지라도 가족수당이나 유족의 지위를 부여해야 한다고 주장했다. 또한 일본에서는 중혼적 사실혼의 처가 제3자의 과실로 사망한 남편의 사후에 법적인 처와 공동으로 손해배상청구권을 인정받은 판례가 있었다. 상대적으로 일본에서 중혼적 사실혼 처의 권리 보호에 더 적극적이었던 것은 가제도의 폐

지로 개인의 관점에서 권리문제에 접근하는 관행이 확대되었기 때문으로 보인다. 하지만 일본에서도 실제 중혼적 사실혼 처에 대한 법적 보호는 법률혼 관계가 명백하게 파탄 상태이거나 여성이 거짓 핏에 속은 경우가 대부분이었다. 이에 반해 중혼적 사실혼과 다를 바 없는 처지에 있던 첩은 법적 보호 논의에서 제외되었다. 이 역시 ‘유사정상가족(pseudonormal family)’ 담론이 여성들의 법적 보호 여부를 판단하는 기준이었다는 것을 보여준다.

셋째, 민주공화국의 평등의 이상과 달리, 중혼적 사실혼의 처나 첩과 같은 소수자의 시민적 권리는 제대로 보호받지 못했다. 국가권력과 법은 법률혼주의와 일부일처제를 배타적으로 옹호하여 ‘순풍양속’의 위반자들을 생산하고 낙인을 통해 여성들을 사회적 인정체계 밖으로 밀어냈다. 이처럼 가족제도의 경계 또는 외부에 있던 여성들은 민법의 남녀평등 조항이 동아시아 민주주의의 상징으로 선전되던 때조차 시민적 권리를 보호받기에는 함량미달인 존재로 인식되었다. 그러나 이들 존재는 그 자체로 ‘혼인의 순결성’을 담지한 ‘정상가족’과 이에 기초한 ‘정상국가’의 불가능성을 보여준다.

(논문투고: 2022.4.18. 심사완료: 2022.5.17. 게재확정: 2022.5.17.)

참고문헌

〈연구서〉

- 김용한, 『개고 친족상속법』, 박영사, 1964
- 김주수, 『신혼인법연구』, 한국연구도서관, 1958
- _____, 『친족상속법』, 법문사, 1964
- 낸시 프레이저·악셀 호네트 지음, 김원식·문성훈 옮김, 『분배냐, 인정이냐? : 정치철학적 논쟁』, 사월의 책, 2014
- 동북아역사재단 일제침탈사 편찬위원회 기획, 홍양희 지음, 『일제침탈사연구총서 27: 조선총독부의 가족 정책 - 식민주의와 가족·법·젠더』, 동북아역사재단, 2022
- 메리 울스턴크래프트 지음, 문수현 옮김, 『여성의 권리 옹호』, 책세상, 2018
- 박병호, 『판례교재: 친족·상속법』, 법문사, 1974
- 아사드 하이더 지음, 권순옥 옮김, 『오인된 정체성: 계급, 인종, 대중운동, 정체성 정치 비판』, 두번째테제, 2017
- 아이리스 매리언 영 지음, 김도균·조국 옮김, 『차이의 정치와 정의』, 모티브북, 2017
- 양현아, 『한국 가족법 읽기: 전통, 식민지성, 젠더의 교차로에서』, 창비, 2011
- 올랭프 드 구주 지음, 박재연 옮김, 『여성과 여성 시민의 권리 선언』, 꿈꾼문고, 2019
- 장경학, 『신고 친족상속법』, 서울고시학회, 1963
- 상탈 무페 지음, 이보경 옮김, 『정치적인 것의 귀환』, 후마니타스, 2007
- 슬라보예 지젝·알랭 바디우 외 지음, 강수영 옮김, 『법의 무지』, 인간사랑, 2020
- 조앤 W. 스콧 저, 공임순·이화진·최영석, 『페미니즘 위대한 역설: 프랑스 여성참정권 투쟁이 담긴 세 가지 쟁점 - 여성, 개인, 시민』, 엘피, 2006
- 케빈 올슨 엮음, 낸시 프레이저 외 지음, 문현아·박건·이현재 옮김, 『불평등과 모욕을 넘어: 낸시 프레이저의 비판적 정의론과 논쟁들』, 그린비, 2017
- 大越愛子, 井桁碧 編著, 『戦後思想のポリティクス(戦後・暴力・ジェンダー 1)』, 東京: 青弓社, 2005
- 武井正臣, 『内縁婚の現状と課題』, 東京: 法律文化社, 1991
- 山口与八郎, 『貞操問題と裁判』, 東京: 明治大学出版部, 1936
- 西村信雄, 『戦後日本家族法の民主化(上巻)』, 京都: 法律文化社, 1978
- 松原徳満, 野口三郎 監修, 『結婚離婚と扶養の法律相談: 書式と実務早わかり』, 東京: 高橋書店, 1966

- 我妻榮, 『親族法』, 東京: 有斐閣, 1961
- 我妻榮 外, 『戦後における民法改正の経過』, 日本評論新社, 1956
- 二宮周平, 『事実婚の現代的課題』, 東京: 日本評論社, 1990
- 中川善之助, 『新民法の指標と立案経過の点描』, 東京: 朝日新聞社, 1949
- _____, 『親族法 上』, 東京: 青林書院, 1958
- 佐藤良雄, 『婚姻予約の研究(成城大学経済学部研究叢書 第六)』, 東京: 千倉書房, 1969
- 川島武宜, 來栖三郎, 磯田進, 『法律學體系法律講話篇: 家族法講話』, 東京: 日本評論社, 1950
- 青山道夫, 『続近代家族法の研究』, 東京: 有斐閣, 1958
- 太田武男, 『内縁の研究』, 東京: 有斐閣, 1965
- 太田武男, 『判例·學說: 家族法』, 東京: 有斐閣, 1984
- Douglas MacArthur, *Reminiscences*, New York: McGraw-Hill Book Company, 1964
- Ferit Güven, *Decolonizing Democracy: Intersections of Philosophy and Postcolonial Theory*, Lanham, Maryland: Lexington Books, 2015
- Lisa Yoneyama, *Cold War Ruins: Transpacific Critique of American Justice and Japanese War Crimes*, Durham, NC.: Duke University Press, 2016

〈연구논문〉

- 고창현, 「사실혼의 해소에 관한 재론」, 『법조』 27(3), 1978
- 김은경, 「1950년대 가족론과 여성」, 숙명여대 박사논문, 2007
- _____, 「‘포스트-식민/제국’의 아이러니와 네이션의 자기변주: 제2차 세계대전 후 한일 가족법 제정과 여성의 위치」, 『한국근현대사연구』 82, 2017
- _____, 「한국과 일본의 가족법에서 처의 지위와 여성의 ‘권리’(1945~1960)」, 『여성과 역사』 29, 2018
- 박인환, 「사실혼보호법리의 변천과 과제: 사실혼의 발생유형과 보호의 개별화」, 『가족법 연구』 23(1), 2009
- 소현숙, 「1950~60년대 ‘가정의 재건’과 일부일처법률혼의 확산: 한국가정법률상담소의 활동을 중심으로」, 『역사문제연구』 33, 2015
- 정조근, 「사실혼에 관한 문제점」, 『사법행정』 13(12), 1972

- 오장미경, 「시민권과 젠더」, 『시민과 세계』 5, 2004
- 이근식, 「사실혼에 관하여」, 『법학논총』 7, 1966
- 이봉, 「사실상의 혼인에(내연관계) 대한 고찰」, 『법정논총』 1, 1955
- 이재화, 「사실혼의 내용과 사실혼존부확인청구제도」, 『사법논집』 2, 1972
- 장미경, 「시민권(citizenship) 개념의 의미 확장과 변화」, 『한국사회학』 35(6), 2001
- 정광현, 「사실혼 보호문제」, 『법정』 18(7), 1963
- _____, 「사실혼보호의 현상과 그 강화론」, 『법학』 6(2), 1964
- 정승화, 「한국 근대 가족의 경계와 그림자 모성: ‘식모-첩살이’ 경험 여성의 구술생애사를 바탕으로」, 『한국여성학』 31(3), 2015
- 조은·조성윤, 「한말 서울지역 첩의 존재양식-한성부 호적을 중심으로」, 『사회와 역사』 65, 2004
- 한봉석, 「정조(貞操) 담론의 근대적 형성과 범제화: 1945년 이전 조일(朝日) 양국의 비교를 중심으로」, 『인문과학』 55, 2014
- 홍양희, 「‘애비 없는’ 자식, 그 낙인의 정치학」, 『고아, 족보 없는 자』, 책과 함께, 2014
- 홍인숙, 「첩’의 인정투쟁 - 근대계몽기 매체를 통해 본 ‘첩’의 재현과 그 운동성」, 『한국고전여성문학연구』 18, 2009
- 古川瓊子, 「事實婚の法的保護と内縁保護法理についての一考察」, 『岡山大学大学院社会文化科学研究科紀要』 27, 2009
- 松田得二, 「重婚的内縁の保護: 昭和43・12・10東京地裁判決について」, 『岡山商大論叢』 4(1・2), 1969
- 伊藤裕, 「内縁の保護から事實婚の保護へ」, 『鈴鹿短期大学紀要』 13, 1993
- 中川淳, 「重婚的内縁の保護について」, 『ケース研究』 206, 1986
- 阪井裕一郎, 「家族の民主化-戦後家族社會學の〈未完のプロジェクト〉」, 『社會學評論』 63-1, 2012
- _____, 「家族主義と個人主義の歴史社會學 - 近代日本における結婚觀の變遷と民主化のゆくえ」, 慶應義塾大学 博士論文, 2013
- 和田幹彦, 「戦後占領期の民法・戸籍法改正過程(十一・完)-‘家’の廢止を中心として」, 『法學志林』 106(4), 2009

Carol Gluck, “Operations of Memory: ‘Comfort Women’ and the World”, in *Ruptured Histories: War, Memory, and the Post-Cold War in Asia*,

- eds., Sheila Miyoshi Jager, Rana Mitter, Cambridge, Massachusetts, London: Harvard University Press, 2007
- Eunkyung Kim, “‘Equal’ Second-Class Citizens: Postcolonial Democracy and Women’s Rights in Postliberation South Korea”, in *Rights Claiming in South Korea*, eds., Celeste L. Arrington, Patricia Goedde, Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2021
- Margaret D. Setz, “Wartime Sexual Violence against Women: A Feminist Response”, in *Legacies of the Comfort Women of World War II*, eds., Margaret D. Setz, Bonnie B. C. Oh, New York, London: M. E. Sharpe, 2001
- Marko Dumančić, “Introduction – Hidden in Plain Sight: The Histories of Gender and Sexuality during the Cold War,” in *Gender, Sexuality, and the Cold War: A Global Perspective*, ed., Philip E. Muehlenbeck, Nashville, Tennessee: Vanderbilt University Press, 2017
- Suzy Kim, “After Rights and the Liberal Order”, *Journal of Human Rights Studies* 1(2), 2018

[ABSTRACT]

The Others of Modern Family and Democracy Citizenship of Wives in Common-law Marriage in Civil Law Precedents of Korea and Japan (1945~1979)

Eunkyung Kim

This paper reviews civil law precedents of Korea and Japan to analyze the positions of wives in common-law marriage and bigamous common-law marriage and discuss their citizenship. By doing so, this paper reveals the modern family ideology and the paradox of democratic gender equality. Unlike their ideals, the civil laws of Korea and Japan that claimed to represent democratic republic nations after the World War II drove minorities, such as wives in bigamous common-law marriage relationships, out of the scope of legal protection and failed to protect their civil rights. In existing studies, the legal status of women was mainly limited to the rights of wives and daughters within the heteronormative family system. Beyond examining the substandard circumstances of women that existed on the boundary or outside the family system, this study discusses the legal reality and citizenship faced by women. Through such efforts, this study aims to overcome the limited perspectives and start a new debate on women's history. In addition, this study poses a question about democracy that had been supporting family laws reorganized after the World War II and interrogates the error of identity politics, where the theory of gender equality premised women to be in

one homogeneous group, seeking the possibility of decolonization of democracy and post-identity politics.

Key words : Wives in common-law marriage, wives in bigamous common-law marriage, pseudonormal family, family law precedents of Korea and Japan, women's citizenship, decolonization of democracy