

## 한국에서의 여성의 법적 지위에 관한 연구\* - 특히 민법을 중심으로 -

김유미  
울산대학교 법학부

### <요 약>

우리 헌법은 제 36조 제1항에서 양성 평등을 규정하고 있다. 민법 특히 가족법은 헌법의 정신을 구현하는 하위법으로서 우리 나라에서의 여성의 법적 지위를 가장 뚜렷하게 보여주는 분야라고 할 수 있다. 재산법도 가족법만큼은 아니지만 여성의 경제활동과 관련된 법적 지위를 보여준다. 이 글은 부계혈통과 남계혈족을 우선시하여 남녀를 차별하는 가족법과 재산법상의 각 규정과 제도 및 판례 등을 살펴보고 그에 대한 간단한 대책을 제시하였다.

## A Study on the Legal Status of Female in Korea(especially in Civil Law)

Kim, You-Mee  
Professor of Law

### <Abstract>

The Constitution of Korea provides the equality between the genders in its article 36 ②. The Korean Civil Law has to comply with the Constitution. But we can see more often the inequality between the genders in Civil Law(esp. family law) than other laws.

This paper surveyed and suggested the provisions and systems which showed the inequality between genders.

---

\* 이 논문은 2001년도 울산대학교의 연구비에 의하여 연구되었음.

In Korea the ideology of paternal blood lineage governs the family law. The family name, the bounds of kinship, the forbidden marriage between relatives, the succession to the headship of a family, a forbidden period of remarriage of a woman, the right of denial of paternity are all connected with paternal blood lineage. And the distinction in the marriageable age between genders, wife's portion in succession must be amended, too.

## I. 序

한국에서 여성이 어떠한 지위에 있는지는 다양한 시각에서 고찰할 수 있다. 그 중에서도 여성에게 어떠한 권리의무가 부여되고, 그것이 어떻게 법에 의해 규율되는가를 규명함으로써 한국사회에서의 여성의 지위를 살펴보는 것도 하나의 방법론이 될 수 있다. 우리 헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다”고 정하여 남녀 평등을 선언하고 있고, 정부는 유엔의 ‘여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 협약’에 가입한 상태이다<sup>1)</sup>.

그런데 우리 나라에서의 여성관과 가장 밀접한 관련을 맺고 여성의 법적 지위를 가장 적나라하게 드러내는 법 분야는 가족법 분야라고 할 수 있다. 재산법 역시 가족법만큼은 아니라 할지라도 한 사회의 경제 활동의 모습과 관습이 반영되는 분야이므로, 두 분야를 포섭하는 민법에서의 여성의 법적 지위를 고찰하는 것은 큰 의미가 있다. 이하 본 논문에서는 이러한 목적 하에 민법에서의 여성의 법적 지위를 구체적으로 살펴보고자 한다.

## II. 가족법에서의 여성의 지위

### 1. 친족의 범위와 여성

민법상 친족의 종류는 배우자, 혈족, 인척의 3종류이고(민법 제767조), 그 범위는 8촌 이내의 혈족, 4촌 이내의 인척, 배우자로 구성된다(동 법 제777조).

친족의 범위를 한정하는 이유는 친족인 신분에 기하여 일정한 법률상의 효과, 즉 부양관계, 친권, 후견, 친족회 관계, 상속관계 등의 경우에 일정한 법률상 효과를 발생시키기 위함이다. 그러므로 사회관습상의 친족과 법률상의 친족은 반드시 일치되지 않는다. 예컨대 우리 나라에 있어서 종래의 관습상의 친족은 亡者에 대한 애도의 정의 농도에 질고 열음에 따라 그 한계를 정하였던 것이다(有服親)<sup>2)</sup>.

1) 1984년 가입당시 정부는 제9조(여성의 국적취득·변경·보유에서의 평등), 제16조 제1항 다호(혼인증 및 혼인을 해소할 때의 동일한 권리와 책임), 라호(자녀에 관해서 부모로서의 동일한 권리와 책임), 바호(아동에 대한 보호, 후견, 재산관리 및 자녀입양 등에 동일한 권리와 책임), 사호(家族姓 및 직업을 선택할 권리를 포함하여 부부로서의 동일한 개인적 권리)를 유보하였고 이 중 제9조는 1999년에 국적법, 호적법, 민법의 일부 개정을 통하여 유보가 철회되었고, 제16조 제1항중 다, 라, 바호는 1991년에 민법개정으로 유보가 철회된 상태로 현재는 제16호 제1항 사호만이 유보된 상태이다.

2) 박병호, 가족법, 방송대학교 출판부, 1999, 43면.

그런데 1991년 개정이전의 민법에서는 친족의 범위가 8촌 이내의 父系血族 4촌 이내의 母系血族, 夫의 8촌 이내의 父系血族, 夫의 4촌 이내의 母系血族, 妻의 父母, 배우자로 되어, 父系와 母系, 夫族과 妻族사이에 차이가 있었다.

또 夫族이라도 夫의 父系와 夫의 母系(즉 여성의 입장에서 본다면 媿父와 媿母)에 차이를 두었고, 妻族으로는 오로지 장인과 장모(즉 妻의 父母)만이 親族의 범위에 들고 처남과 처제는 친족의 범위에 들지 못하였던 것이다. 이에 男女差別 혹은 夫婦差別이라는 비판이 있었고, 1991년 개정 법에서는 혈족은 父系 母系, 모두 8촌 이내로, 인척은 夫族 妻族 모두 4촌 이내로 같이 한계를 정했던 것이다. 따라서 현행법상 시당숙(夫의 5寸叔)은 더 이상 친족이 아니게 되었고 妻三寸은 친족의 범위에 들게 되었다.

또한 혈족의 정의(동 법 제768조)에 있어서도 방계혈족으로 종래는 '자기의 형제자매와 형제의 직계비속, 직계존속의 형제자매 및 그 형제의 직계비속'이라고 규정하여 자기의 자매의 직계비속(예컨대 생질)과 자기의 직계존속의 자매의 직계비속(예컨대 고종사촌) 등은 민법 제777조의 소정의 친족이 아닌 것으로 해석될 여지가 있었고, 그러한 해석론을 편 판결도 있었다<sup>3)</sup>. 그러나 이러한 해석은 지나치게 문리해석적이라 할 수 있다. 대법원 판결 중에는 편면적 혈족관계를 인정하여 외사촌 동생<sup>4)</sup>, 고종사촌 형수<sup>5)</sup>가 민법 소정의 친족으로서 형법 제328조 적용의 대상이 된다고 한 것도 있었다.

그러나 1991년 민법 개정법은 방계혈족을 '자기의 형제자매와 형제자매의 직계비속, 직계존속의 형제자매 및 그 형제자매의 직계비속'이라고 정의함으로써 앞의 예에 나왔던 경우는 모두 민법 소정의 친족의 범위에 포함되는 것으로 되었다.

현행 민법은 종래 민법에 비하여 母系와 妻系의 범위를 확대시킨 결과를 가져왔는데 특히 모계혈족을 어디까지 확대할 것인가에 대해서는 약간의 논란이 있다.

우선 형제자매에는 父系血族인 동부동모(同父同母)형제자매와, 동부이모(同父異母)형제자매, 그리고 母系血族인 동모이부(同母異父)형제자매가 포함되어야 하는데 1991년 이전의 판례는 상속권자인 형제자매는 부계혈족만을 뜻하므로 동모이부자매의 직계비속의 대습상속권을 부정하였고<sup>6)</sup> 이에 학계에서는 반대의 의견이 대부분이었다<sup>7)</sup>. 그러나 친족의 범위 규정에서 남녀차별, 부모차별을 없앤 이후에 나온 판결들은 동모이부(異姓同腹)형제자매의 상속권 및 유족급여수급권을 인정하고 있다<sup>8)</sup>.

모계혈족의 개념확장에 관련하여서는 상반된 견해가 있다.

母子외에도 직계존속에는 祖母·曾祖母·高祖母·外祖母·外曾祖母·外高祖母 등이 있고, 이들 직계존속의 형제자매 예컨대 조모의 형제자매(진외종조부와 진외대고모), 외조모의 형제자매, 또 이들 형제자매의 직계비속도 넓게 본다면 모계혈족에 해당할 수 있다. 그

3) 대판 1991. 8. 27, 90도2857 판결은 피고인이 피해자의 종고모(아버지의 사촌누나)의 손자인 경우에 민법 제777조 소정의 8촌이내의 부계혈족인 친족관계에 있다고 할 수 없어 피해자의 고소가 있어야만 죄를 논할 수 있는 경우(형법 제328조 제2항)라고 할 수 없다고 하였고, 대판 1980. 9. 9, 80도1335 판결은 이 종사촌의 경우에는 어느 쪽으로 보아도 그들의 직계존속의 자매의 직계비속밖에 되지 않는 관계이므로 민법 제777조 소정의 4촌이내의 모계혈족이라고 할 수 없다고 하였다.

4) 대판 1966. 2. 28, 66도105; 대판 1991. 7. 12, 91도1077.

5) 대판 1980. 3. 25, 79도2874.

6) 대판 1975. 1. 14, 74다1503.

7) 박병호, 앞의 책, 46면; 김주수, 친족·상속법(제5전정판), 법문사, 1998, 417면; 양수산, 친족상속법, 일신사, 1994, 76면 등.

8) 대판 1997. 11. 28, 96다5421 판결(상속권); 대판 1997. 3. 25, 96다38933 판결(산업재해보상보험금상의 유족급여수급권).

러나 父의 외가인 陳外家는 척의(戚義)를 따졌으나 母의 外家는 소원했던 전통적인 구 관습법도 고려하고 일정한 권리의무가 주어지는 친족으로서의 모계혈족의 지나친 외연 확장을 막기 위해서는 제한이 필요하고, 모계의 母를 “자기의 母”로 한정함과 동시에 모계혈족도 “모계의 父系血族”에 한정하여 “母의 父母血族”으로 해석하는 입장이 있고<sup>9)</sup> 판례도 이와 같은 입장을 취하고 있다<sup>10)</sup>. 그러나 이에 대해서 합리성이 없는 해석이라고 반대하는 견해도 있다<sup>11)</sup>. 자가 출생하면 父의 피와 母의 피를 모두 이어 받고 태어나며, 다만 代가 바뀔수록 그 농도가 똑같이 줄어든다는 것뿐인데, 혈족관계의 원근을 정하는데 부계와 모계를 차별함은 근거가 전혀 없다는 것이다.

## 2. 호주제와 여성

### 1) 여성의 호적상 지위

여성은 혼인하면 원칙적으로 夫의 家에 입적하고(민법 제826조 제3항) 子는 父의 姓과 本을 따르고 父家에 입적하게 되어있다(민법 제781조). 호적은 戶主를 기준으로 家別로 편제되므로(호적법 제18조) 배우자인 여성과 그 자녀는 父를 戶主로 하는 호적의 가족으로 등재된다. 夫가 妻의 호적에 입적하는 경우는 入夫婚의 경우인데 우리 나라에서 그 예는 아주 드물다<sup>12)</sup>.

우리 민법상 戶主는 一家의 계통을 계승한 자, 분가한 자, 기타 사유로 인하여 일가를 창립한 자로 정의되고(민법 제778조), 그 정의개념에서 볼 수 있듯이 호주승계란 대를 잇는다는 말과 거의 동의어로 사용되어 왔다. 호주승계는 피승계인의 직계비속 남자가 제1순위로 승계하고 여성인 직계비속녀(미혼인 경우에만 해당), 처, 직계존속녀 등은 직계비속남자의 후순위로 밀려있다(민법 제984조). 그러므로 혼인중 자녀인 딸은 제1순위인 직계비속남자가 혼인외의 출생자라 할지라도 호주승계인이 되지 못한다. 즉 호주 승계는 우선적으로 남자로부터 남자에게 이루어지는 것이 전형적인 것이었다.

물론 여자가 호주승계를 할 수 있는 경우가 없는 것은 아니다. 가령 직계비속남자가 없는 경우는 제2순위로 호주승계인이 될 수 있고, 입부혼인의 경우에는 妻가 戶主가 되고 夫와 子는 그 家의 家族이 된다. 또 여성이 분가한 경우(민법 제788조)나 혼인의 취소 혹은 이혼으로 인하여 일가 창립한 경우(민법 제787조)에도 戶主가 될 수 있다. 그러나 여성이 호주가 되었다더라도 그 여성이 혼인을 하게 되면 입부혼인이 아닌 한 그 여성은 다시 그 夫가 될 사람의 家의 입적해야 하므로 그 家는 폐가가 되거나 無後家가 되어 버린다(민법 제794조, 호적법 제14조, 호적예규 제569호). 흥미로운 것은 여호주가 혼인하기 위하여 폐가할 수 있다는 규정은 두면서(민법 제794조), 남호주가 입부혼인하기 위해서 폐가할 수 있다는 규정은 두지 않은 점이다.

한편 夫가 혼인외의 출생자를 인지하는 경우 그 妻의 동의취득여부가 전혀 문제되지 않

9) 박병호, 앞의 책, 47면; 김주수, 앞의 책, 425면.

10) 대판 1990. 4. 22, 80도485 판결에서는 외조모의 친동생은 민법 소정의 친족이라 할 수 없으므로 형법 제328조 제2항 소정의 친족에 해당되지 않는다고 하였다.

11) 양수산, 앞의 책, 75면.

12) 통계청 자료에 의하면 1995~2000년 사이의 입부혼은 각각 8건, 1건, 64건, 6건, 34건, 24건으로 매우 적다. [http://www.nso.go.kr/cgi-bin/sws\\_999.cgi](http://www.nso.go.kr/cgi-bin/sws_999.cgi)

는데 반하여 처가 夫의 혈족아닌 그녀의 직계비속을 입적시키려면 夫의 동의를 얻어야 하고, 그 직계비속이 他家의 가족인 경우에는 그 他家의 戶主의 동의까지 얻어야 하는 것으로 되어 있어(민법 제784조 제2항) 호적에 있어서 여성의 지위는 夫가 戶主로 되어있는 호적의 가족 구성원이며, 호주승계순위에서는 남성보다 후순위이고, 夫의 혼외자 입적시와는 달리 자신의 직계비속을 입적시킬 때에는 夫의 동의를 받아야만 하는 것이다.

이러한 처의 부가입적 등은 양성 차별을 조장하는 호주제의 핵심 조항으로서 위헌소송의 대상이 되고 있고, 현행 호주제에 갈음하는 새로운 신분등록제도의 대안으로서 가족부제, 1인 1적제 등이 제시되고 있다<sup>13)</sup>

## 2) 姓과 本

자가 母의 姓과 本을 따르는 경우는 종래에는 인지 받지 못한 혼인외의 출생자(민법 제782조 제2항)<sup>14)</sup>와 入夫婚姻의 소생자녀가 여기에 해당되었다(민법 제826조 제4항). 따라서 모가 한국인이고 부가 외국인인 경우 그 반대의 경우와는 달리(즉 父가 한국인, 母가 외국인) 그 자녀는 혼인중 출생자임에도 불구하고 호적에 등재하기가 곤란하였고 父가 출생지주의 국적법 국가의 외국인인 경우에는 무국적자까지 될 수 있었다. 이는 헌법상 남녀평등의 원칙에 위배되고 우리 정부가 1984년에 가입한 UN의 '여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약'의 정신에도 위배되는 것이었다. 이에 정부는 국적법 제2조 1항 1호를 개정하여 부계혈통주의에서 부모양계혈통주의로 전환하고, 민법 제781조 제1항에도 새로이 단서를 추가하여 부가 외국인인 때에는 母의 성과 본을 따르고 모가에 입적할 수 있도록 하는 동시에 호적법 제49조도 부분 개정하였다<sup>15)</sup>.

한편 姓과 本은 한번 취득하면 특별한 사유<sup>16)</sup>가 없는 한 불변인 것이 우리의 관습법이다. 그러므로 父의 성과 본을 따라 취득한 것은 혼인에 의해서나, 입양에 의해서도 변하지 않는다<sup>17)</sup>. 父와 다른 姓을 가진 자녀에 대한 사회적 편견이 깊은 우리 사회에서는 입양의 사실이 드러나는 것을 꺼리기 때문에 대개는 입양신고 대신 허위친생자 출생신고를 하고, 형법상 범죄가 되는 이런 행위의 결과에 대해서 우리 나라의 판례와 학설은 무효행위의 전환이론을 적용하여 입양신고로서의 효력을 인정하고 있다. 최근 요보호 아동의 경우가 아닌 보통 입양의 경우 양자의 성과 본을 양친(주로 양부)의 성과 본으로 변경할 수 있도록 하자는 '친양자제도'가 정부에서 제출한 민법 개정안에 들어가 있는데(민법 개정안 제908조의 2~제908조의 8)<sup>18)</sup> 그 전망은 아직 불투명하다.

13) 이회배·최진섭, 현행 가족법의 문제점과 개선방향 연구(호주제도 폐지를 중심으로), 대통령 직속 여성특별위원회, 1999, 93~105면.

14) 그러나 호적예규 제 467호에는 父가 인지하지 아니한 혼인외의 출생자라도 父의 성과 본을 알 수 있는 경우에는 부의 성과 본을 따를 수 있으나, 신고서 및 호적부 부모란에는 부의 성명을 기재할 수 없으며 호주와의 관련란만 기재하면 된다고 되어 있다. 대법원 예규집(호적편), 법원행정처, 1996, 178면.

15) 남녀차별의 문제뿐만 아니라, 아동의 그 자신과 부모의 국적·인종 등의 이유로 차별 받지 않을 권리(유엔 아동 권리협약 제2조)의 침해이기도 하였다. 김유미, 아동권리에 관한 국제협약과 우리 민사법, 제3회 한국 법률가 대회 발표문, 2002, 3면.

16) 미인식된 혼인외자가 후에 인지되어 父의 성과 본을 취득한 경우, 부모를 알 수 없어 법원의 허가 하에 성과 본을 창설한 후 부 또는 모를 알게 되어 그를 따르는 경우.

17) 민법상의 입양이 아닌 입양촉진 및 절차에 관한 특례법에 따른 입양의 경우에는 예외적으로 양부의 성과 본을 따른다(동법 제8조 1항). 그러나 특례법상의 입양은 요보호아동을 입양 대상으로 하고 있다(동법 제4조).

18) 이에 관한 자세한 설명은 권정희, 친양자법에 대한 고찰, 가족법연구 제12호, 1998, 438이하; 민법중 개

친양자제의 원래 취지는 양친자간의 성과 본을 같이 하여 현재 음성적으로 행해지고 있는 허위 친생자 출생신고를 없애고, 양친자사이 그리고 양자와 그 형제자매(양부의 친생자녀)의 유대감을 높이고 입양아동의 고통을 덜기 위한 것이었다. 특히 여성이 재혼하는 경우 後夫의 자녀가 아닌 동반자녀를 後夫의 친양자로 입적시키는 경우, 계부와의 성이 다른 문제로 말미암은 문제를 해결할 수가 있게 된다.

### 3. 혼인과 여성

#### 1) 혼인연령에서의 남녀 차별

우리 민법상 혼인 적령(혼인 가능 최저 연령)은 남자 만18세, 여자 만16세(제807조)로 되어 있다. 혼인에 최저연령을 둔 이유는 육체적으로나 정신적으로 미숙한 자의 혼인을 막음으로써 그 사회의 성립 기초를 건전하게 하려는 것이고 그 최저선은 각각의 역사적·사회적 사정에 따라 다르다. 우리 나라에서는 조혼의 폐습을 방지한다는 역사적 경험에서 나온 것이지만<sup>19)</sup> 실제로 오늘날 학업연장, 경제활동 등에 따른 결혼 지연으로 오히려 조혼의 예는 매우 드물다. 또 혼인연령에 남녀간의 차이를 두는 것은 양성간의 생리적 및 정신적 발달 정도의 차이를 고려한 것이라고 보통 설명하고 있다. 특히 동양에서는 남자의 혼인연령이 여자의 그것보다 높아야 한다는 것이 전통이고 그러한 전통은 여자가 남자보다 생물학적으로 일찍 성숙하며 남자는 한국 사회에서 차지하는 그들의 전통적 역할에 비추어 사회적으로 독립하는데 더 많은 시간이 필요하다는 믿음에 그 근거를 둔 것이라고 한다<sup>20)</sup>. 그러나 여자가 남자보다 정신적으로 더 일찍 성숙한다는 점은 과학적으로 입증된 바 없고 이러한 혼인 연령상의 차별을 두는 것은 여아의 최선의 이익에도 반할 위험이 있다는 지적을 받고 있다<sup>21)</sup>. 입법례에 따라서는 혼인연령에 남녀간의 차이를 두는 것도 있지만<sup>22)</sup> 혼인연령을 성년연령과 일치시키거나 남녀평등하게 규정하려는 것이 세계적인 추세이다. 독일, 스웨덴, 노르웨이, 이탈리아, 스페인, 영국<sup>23)</sup>, 미국의 많은 주 등은 혼인연령과 성년연령을 남녀 동등하게 정하고 있다.

#### 2) 여자의 대혼기간

민법은 남자의 재혼과는 달리 여자는 혼인관계가 종료한 날로부터 6개월을 경과하지 아니하면 혼인하지 못하도록 하고 있다(제 811조). 이는 재혼 후에 출생한 자녀가 前夫의 자인지, 後夫의 자인지 알 수 없게 되는 경우(민법 제844조의 친생추정 참조)를 방지하기 위한 것이라고 설명되고 있다. 따라서 전 혼인관계가 종료한 후 해산한 때와 같이 부성출들

정법률안에 관한 공청회, 국회법제사법위원회, 2002, 120~125면, 144~149면, 168~187면(윤진수, 민유숙, 김시철 진술부분).

19) 박병호, 앞의 책, 69면; 김주수, 앞의 책, 94면.

20) 예컨대 대한민국 정부, 아동권리 협약에 관한 제2차 국가보고서, 1999, 12면; <http://www.sebabo.net/old/humanright/nlreport.htm>

21) 박현석, 아동권리협약의 이행, 국제인권법 제2호, 1998, 245면.

22) 예컨대 프랑스 민법 제144조(남자 만18세, 여자 만15세); 일본민법 제731조(남자 만18세, 여자 만16세) 등.

23) 영국은 1929년 이래 1969년까지 남녀 모두 16세로 되었던 것을 1969년 성년연령을 18세로 인하하면서 혼인적령도 남녀 모두 18세로 하였다.

의 염려가 없는 경우에는 대혼기간의 제한 없이 재혼할 수 있고(민법 제811조 단서), 이 같은 취지는 악의의 유기를 이유로 한 이혼, 夫의 3년이상의 생사불명을 이유로 하는 이혼<sup>24)</sup>, 이혼 후 前夫와 재혼한 경우<sup>25)</sup>, 임신하지 않았다는 의사의 진단서가 있는 경우<sup>26)</sup> 등에도 적용되고 있다. 외국의 입법례로는 프랑스, 스위스, 이탈리아가 만 300일, 독일이 10개월, 대만이 6개월, 일본이 6개월을 규정하고 있다.

그런데 부성충돌을 방지하기 위해서라면 6개월까지 필요하지 않고 혼인종료의 날과 재혼사이에는 100일만 있으면 충분하고<sup>27)</sup> 더욱이 재혼금지기간을 위반한 재혼을 취소할 수 있도록 한 것은(민법 제818조 후단) 다분히 응보적 의미를 지니고 있으며 여자가 너무 빨리 재혼하는 것을 달갑게 여기지 않는 봉건적인 남녀관계에서 나온 것이라 할 것이다<sup>28)</sup>.

만약 재혼금지기간을 위반하여 재혼한 경우 그것을 취소한다 할지라도 그때는 이미 금지기간 설정의 취지는 달성할 수 없게 되고, 또 이 규정의 제한을 피하기 위해서 혼인신고를 늦게 한다면 그만큼 더 사실혼을 조장하게 되는 셈이다<sup>29)</sup>.

혼인의 자유와 권리, 행복추구권은 헌법이 보장하는 기본권이므로 가능한 남녀의 혼인조건에 차이를 두어서는 안 된다<sup>30)</sup>. 만약 부성충돌의 의혹이 존재하는 경우에는 DNA 감정 등 친자관계 감별검사를 통한 민법 제865조의 父를 정하는 소로 해결하면 될 것이므로<sup>31)</sup> 여성의 대혼기간 규정을 삭제하는 것이 타당하다. 정부가 제출한 개정안에도 여성의 대혼기간 규정은 삭제하는 것으로 나타나 있다<sup>32)</sup>.

### 3) 동본동본금혼과 여성

민법 제809조 제1항은 同姓同本인 血族사이에서는 혼인하지 못한다고 규정하고 이에 위반한 경우는 제816조에 의거하여 취소할 수 있도록 하고 있다. 또 제815조 제2호에 의하면 당사자간에 직계혈족, 8촌이내의 방계혈족 및 그 배우자인 친족관계가 있거나 있었던 때에는 그 혼인은 無效가 된다. 따라서 이들 조문에 따라 해석하면 8촌이내의 혈족이 되는 동성동본간의 혼인은 무효가 되고(이른바 근친혼), 9촌 이상 무한대 촌의 동성동본간의 혼인은 취소할 수 있다. 근친간의 혼인을 금지하는 것은 그 범위에 따라 차이가 있지만 세계적으로 공통된 것이다. 그러나 9촌 이상의 동성동본이면 그 촌수의 원근과 무관하게 취소할 수 있게 한 것은 합리적인 입법태도가 아니다. 더구나 우리 나라에서의 姓은 원칙적으로 모계혈통이 아니라 부계혈통만을 지칭하므로 이는 남계혈족만을 중시하는 것으로서 양성평등원칙에 반하며 헌법이 보장하는 혼인의 자유를 침해하는 것이다. 근친혼의 범위를 넘어선 동성동본간의 혼인을 우생학적 이유로 금지하는 것은 타당성이 없다.

헌법재판소도 동성동본금혼제가 사회적 타당성 내지는 합리성을 상실하고 아울러 인간

24) 호적예규 제268호.

25) 호적예규 제184호.

26) 호적예규 제385호.

27) 민법 제844조 제2항에 의하면 전혼 종료 날로부터 300일 내에 출생한 자는 前夫의 자로 추정되고 재혼 성립일로부터 200일후에 출생한 자는 後夫의 자로 추정되기 때문이다. 최행식, 혼인의 성립요건에 관한 재검토, 가족법연구 제10호, 1996, 105면.

28) 김주수, 앞의 책, 112면; 최행식, 위의 글, 106면.

29) 박병호, 앞의 책, 74면; 김주수, 앞의 책, 112면.

30) 최행식, 앞의 글, 106면.

31) 김주수, 앞의 책, 74면; 최행식, 앞의 글, 106면; 가족법 개정공정회 자료(김주수 부분), 법무부, 1998, 85면.

32) 정부제출 가족법 개정안, 2000, 10.16 국회제출.

으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 규정한 헌법이념 및 규정과 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활의 성립·유지라는 헌법 규정에 배치된다는 이유로 헌법 불합치 결정을 내렸다<sup>33)</sup>.

헌법 불합치 결정 이후 민법 제809조 제1항은 1999년 1월 1일 그 효력을 상실하고, 법원 실무에서도 근친혼의 범위를 넘어서는 동성동본 혼인인 경우 혼인신고를 접수하도록 하고 있다<sup>34)</sup>. 정부가 제출한 2000년도의 개정안은 종전의 동성동본불혼 규정을 없애고 대신 8촌 이내의 혈족(부계, 모계를 막론하고)사이의 근친혼만을 무효로 하고 있다(개정안 제809조 1항, 제815조).

#### 4) 부부재산제와 여성

##### (1) 부부별산제와 이혼 시 재산분할청구

부부일방이 혼인 전부터 가진 고유재산과 혼인 중 자기 명의로 취득한 재산은 그 사람의 특유재산이 된다(민법 제830조 제1항). 그리고 부부가 공동생활을 영위하는 과정에서 부부의 누구에게 속한 것인지 불분명한 재산은 부부의 공유로 추정된다(민법 제830조 제2항). 이러한 별산제는 외관상 부부평등의 지향점적인 제도로 보이지만, 우리 나라의 혼인형태의 주류를 차지하고 있는 主婦婚的 가족형태에서는 오히려 妻에게 불리한 제도이다. 처의 가정관리가 혼인 중의 재산관계에 반영되지 않기 때문이다. 일반적으로 혼인중 재산은 부부가 협력해서 취득한 것이므로 특유재산이기 위해서는 그 취득명의 뿐만 아니라 그 취득대가도 순전히 그 명의자 자신의 것으로만 되었을 경우에 인정되어야 한다<sup>35)</sup>.

이혼 시 재산분할의 경우(민법 제839조의 2) 이러한 취지를 살려 취득대가 등의 특유성이 증명되지 않으면 부부의 공유로 보아서 妻의 기여도에 따라 지분을 인정하고 있다. 또 부부일방의 고유재산이나 특유재산이더라도 구체적 사정에 따라서는 그 재산에 처의 기여도가 인정되어 이혼 시 재산분할의 대상이 될 수 있다고 하는 것이 판례의 태도이다. 예컨대 아파트가 혼인 전에 취득한 남편의 고유재산이라도 혼인후 처가 가사와 육아에 종사하면서 동시에 피아노 교습에 따른 수입을 얻어 위 아파트에 대한 용자금 채무를 일부 변제하고 혼인 생활 중 수입으로 조성한 금액을 시부에게 교부하여 결과적으로 남편이 혼인전 위 아파트 매수와 관련하여 부담한 시부에 대한 차용금 채무를 일부 변제한 경우, 위 아파트의 유지에 협력하여 감소를 방지하였거나 증식에 협력하였다고 보아 재산분할을 인정한 사례<sup>36)</sup>, 시부의 주택을 매각한 대금을 기초로 남편이 땅을 구입했다라도 결혼 후 남편이 이를 취득하고 유지함에 있어서 처가 적극적으로 헌신적인 가사노동과 가사비용의 조달로 직접, 간접으로 기여하여 특유재산의 감소를 방지한 경우 재산분할을 인정한 사례<sup>37)</sup> 등이 그 예가 될 것이다.

한편 이렇게 이혼의 효과로서 이루어진 재산분할에 대해 구 상속세법(1994. 12. 22, 법률 제4805호로 개정되기 전의 것) 제29조의 2 제1항 제1호는 일정기준에 의한 일정금액(구상

33) 헌재 1997. 7. 16, 95헌가 6 내지 13(병합).

34) 호적예규 제535호. 당사자간에 근친간이 아님을 확인하는 확인서나 확인자가 필요하다.

35) 박병호, 앞의 책, 95면; 김주수, 앞의 책, 146면.

36) 대판 1996. 2. 9, 94므635,642.

37) 대판 1994. 12. 13, 94므598; 동지의 판결로는 대판 1994. 5. 13, 93므1020; 대판 1993. 5. 25, 92므501; 대판 1993. 6. 11, 92므1054, 1061 등이 있다.



속세법 제11조 제1항 제1호)38)을 초과하는 재산에 대해 증여세를 부과하였다. 그러나 재산분할은 타방명의로 되어있던 자신의 지분을 되찾아오는 신탁재산의 명의회복의 성격을 띠므로 증여세 과세는 부당하다는 여성계의 반발과 이의 시정을 위한 노력 끝에 동 규정에 대한 헌법재판소의 위헌 결정이 있었다. 헌법재판소는 이혼시의 재산분할제도는 본질적으로 혼인 중 쌍방의 협력으로 형성된 공동재산의 청산이라는 성격에, 경제적으로 곤궁한 상대방에 대한 부양적 성격이 보충적으로 가미된 제도라 할 것이어서 이에 대하여 재산의 무상 취득을 과세 원인으로 하는 증여세를 부과할 여지가 없다고 하였다39).

헌법재판소의 위헌 결정이 있은 후, 이혼 시 재산분할의 방편으로 이루어진 자산이전은 양도소득세 과세 대상인 유상양도에 해당하지 않는다는 판결40), 재산분할 및 위자료 명목으로 부동산 소유권이 이전된 경우에 증여세의 과세 대상이 되지 않는다는 판결41) 등은 재산분할에 대한 이러한 시각을 여실히 보여주고 있는 것이라 하겠다.

## (2) 혼인비용

부부의 공동생활에 필요한 비용은 당사자간에 특별한 약정이 없으면 부부가 공동으로 부담하는데(민법 제833조), 반드시 같은 액수의 부담을 의미하지는 않는다. 처가 가사관리를 하는 것도 일종의 현물출자로 볼 수 있다.

## 4. 친자관계에서의 여성

### 1) 친생부인의 소와 처의 원고적격 문제

혼인성립의 날로부터 200일 후 또는 혼인종료일로부터 300일 내에 출생한 자는 혼인중에 포태한 것으로 추정되고 이러한 자는 夫의 子로 추정된다(민법 제844조). 이러한 자를 친생추정을 받는 자 혹은 적출추정을 받는 자라고 하는데 이들의 법적 지위를 깨기 위해서는 반드시 소송의 방법으로만 해야 하고 소 제기권자도 그 子의 母의 夫로 한정되어 있다(민법 제846조). 그런데 소제기권자인 夫가 가족의 명예라든지, 보복의 감정으로 친생부인의 소를 제기하지 않으면 혈연진실주의에 반할 수 있을 뿐만 아니라, 친생부인을 하지 않으면서 그 子에 대하여 심히 부당한 대우를 할 수 있으므로 친생부인의 소의 원고적격을 확대할 필요가 있다. 妻와 당해 子가 원고에 포함되어야 하는가에 대해서 많은 논란이 있었고 정부의 개정안과 일부 국회의원들이 제출한 개정안은 이점에서 일치를 보지 못했다42).

子에게 원고적격을 인정할 것인가의 문제는 별론으로 하고43) 여기서는 妻에게 원고적격을 인정하여야 하는 이유를 살펴본다.

처에게 친생부인의 소의 원고적격을 인정하게 되면 당사자가 아닌 처가 부자관계를 부인하는 문제점이 있다든가, 처가 그 자녀가 夫이외의 사람의 자식임을 주장하는 것이 되어

38) 1200만원×결혼연수+1억.

39) 헌재 1997. 10. 30, 96헌바14.

40) 대판 1997. 12. 13, 96누14401.

41) 대판 1997. 11. 28, 96누4725.

42) 2000. 10. 16 정부가 제출한 개정안은 妻만을 원고에 추가했고, 2000. 11. 27 최영희 의원 외 국회의원들이 제출한 개정안에는 妻와 子가 원고로 추가되어 있다.

43) 김유미, 아동권리 협약에 관한 국제협약과 우리 민사법, 9~10면.

부당하다는 견해가 있을 수 있다.<sup>44)</sup> 그러나 간통에 대한 제재와 친생부인권의 배제는 이론적으로 별개의 문제라고 할 수 있다<sup>45)</sup>. 夫가 妻와 화해의 전망없이 상당한 기간 별거하고 있거나 夫가 子에게 보복적 감정에서 심히 부당한 대우를 하는 경우 등에는 오히려 子의 복리를 위해서 친생부인을 하는 것이 윤리적으로 더 정당화될 수 있다<sup>46)</sup>.

그러므로 子에게 원고적격을 인정하지 않는다면 적어도 妻의 원고적격은 인정되어야 할 것이다. 妻의 원고적격을 인정하되 子의 복리나 가정평화를 위해서 혼인관계가 종료된 후 또는 혼인관계가 파탄된 때로 제한하여야 한다는 견해가 있다<sup>47)</sup>. 현실적으로 처가 친생부인권을 행사할 때에는 이미 가정의 평화가 깨어진 경우일 것이므로 구태여 그러한 제한을 둘 필요는 없다고 본다<sup>48)</sup>.

## 2) 부부공동입양

1991년 이전의 민법 제874조는 妻가 있는 자는 공동으로 함이 아니면 양자를 할 수 없고 양자가 되지 못한다고 규정하고 있어서 남편만이 입양의 주도권을 가지고 있었다. 개정 민법은 배우자가 있는 자가 입양을 할 때는 배우자와 공동으로 하여야 하고, 양자가 된 때에는 배우자의 동의를 얻도록 하여 남편이든 아내든 어느 일방만의 주도에 의한 입양이 지양되었다.

## 5. 상속법에 있어서의 여성의 지위

### 1) 배우자 상속분

세계의 상속입법은 배우자 상속권의 확대라는 추세에 있다. 현행법상 배우자의 상속 순위는 직계비속이 있으면 그 비속과 동 순위로, 직계비속이 없는 경우는 피상속인의 직계존속과 동 순위로, 직계존속도 없으면 배우자가 단독으로 상속한다(제1003조). 또 공동상속인이 되는 직계비속은 아들, 딸, 기혼, 미혼의 구별 없이 모두 균분이고 배우자는 직계비속의 상속분의 5할을 가산하여 상속한다. 따라서 우리나라에서는 직계비속의 수가 많을수록 배우자의 상속분은 줄어들게 된다.

그런데 배우자는 직계비속이나 직계존속과 같은 혈족 상속인과 달리 피상속인과 부부재산법 관계가 존재한다. 부부재산법적 요소가 배우자 상속권에 포함되어 있다면 배우자 상속권과 혈족 상속권을 동일선상에 놓고 고려하기는 곤란하다. 배우자의 상속분은 최소한 부부재산법상의 권리의 정도 또는 그 이상이 되어야 하든지, 혈족 상속인에 의해 그 내용이 줄어들거나 제약을 받지 않는 독립된 상속분으로 정해져야 한다는 주장도 가능하다<sup>49)</sup>.

### 2) 기여분과 배우자의 내조

44) 민법중 개정법률안에 관한 공청회 자료(구상진 부분), 68~69면.

45) 민법중 개정법률안에 관한 공청회 자료(윤진수 부분), 118면.

46) 민법중 개정법률안에 관한 공청회자료(문장운 부분), 15면.

47) 김상용, 모의 친생부인권에 관한 연구, 법조 제541호, 2001, 85면이하.

48) 민법중 개정법률안에 관한 공청회자료(윤진수 부분), 118면.

49) 권순환, 배우자 상속제도에 관한 비교법적 연구, 연세대학교 박사 학위논문, 1993, 117~118면.

상속인 중에서 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 관하여 특별히 기여한 자(피상속인을 특별히 부양한 자를 포함)가 있을 때에는 그 기여분을 고려해서 상속분을 정하게 되어 있다(민법 제1008조의 2).

우리나라의 실무는 남편과 함께 분식점 등을 운영하면서 종업원을 관리하는 등 피상속인(남편)의 사업에 주도적으로 노무를 제공함으로써 상속재산을 형성한 경우에는 배우자의 기여분을 인정(적극재산의 20%)한 것이 있는가 하면<sup>50)</sup> 공무원인 남편의 교통사고를 간병한 것은 부부간의 부양의무 이행의 일환일 뿐, 피상속인(남편)의 상속재산 취득에 특별히 기여한 것으로 볼 수 없으며, 아내가 남편과 별도로 쌀 소매업, 잡화상, 여관업 등의 사업을 하여 소득을 얻었다고 하더라도 이는 남편의 도움이 있었거나 남편과 공동으로 경영한 것이고, 더욱이 혼인생활 중에 상속재산인 계쟁부동산들보다 더 많은 부동산들을 취득하여 아내 앞으로 소유권 이전 등기를 마친 점등에 비추어 보면, 계쟁부동산(상속재산)의 취득과 유지에 피상속인의 처로서 통상 기대되는 정도를 넘어 특별히 기여한 경우에 해당한다고 볼 수 없다고 한 것도 있다<sup>51)</sup>.

구체적 사정이 다르지만 우리나라 판례의 태도는 단순한 처의 내조는 기여분의 산정요소가 아니라고 보는 듯하다. 생전에 이혼으로 부부관계가 종료된 경우에는 내조를 평가하여 재산분할에 참작하면서 사망으로 인한 부부관계 종료시에는 이를 고려하지 않음은 균형이 맞지 않다고 생각한다.

### Ⅲ. 재산법과 여성

#### 1. 여성의 일실효익

불법행위로 인한 손해배상 중 일실효익의 산정에 있어서 여성의 수입산정은 매우 어려운 문제라고 지적 받고 있다<sup>52)</sup>. 불법행위 당시 수입이 없는 자가 피해자가 된 경우에 일실효익 산정의 기준이 되는 수익에 관해서 소득상실설의 입장에서는 현실적인 소득을 일실효익 산정의 기초로 하기 때문에 대가를 현실적으로 받지 못하는 전업주부 등 수입이 없는 자에 대해서는 일실효익을 부정할 수 밖에 없을 것이다. 가동능력상실설에 따르면 일실효익은 상실한 가동능력의 총평가액이므로 그 평가는 현실적 급여가 없더라도 경제적 가치가 있는 한 그 평가의 자료가 된다고 볼 것이다<sup>53)</sup>.

전업주부의 가사노동이 무상노동이므로 일실효익의 손해를 현실의 가동능력을 상실함으로써 장차 얻을 수 있는 수입을 상실한 손해라고 파악한다면 독자적인 수입이 없고, 상실이익이론도 부정될 수 있지만, 주부의 가사노동에도 수입을 올리는 노동력이 행사되고 있다는 의미에서 잠재적으로 수익성을 인정해야 할 것이다<sup>54)</sup>. 현재의 손해배상액 산정의 범리에 의하면 전업주부의 손해배상금액은 무직자와 마찬가지로 도시의 여성 일용근로자의

50) 서울가법 1995. 9. 7, 94ㄴ2926.

51) 대결 1996. 7. 10, 95스30, 31.

52) 곽윤직, 채권각론, 박영사, 2000, 566면; 이은영, 민사법에서의 gender, 법학논집 제6권 1호, 2001, 417면.

53) 김중환 대표편집, 주석 채권각칙Ⅲ(김현채 집필부분), 한국사법행정학회, 1986, 450면.

54) 김중환 대표편집, 위의책, 452면.

임금을 기준으로 계산된다<sup>55)</sup>.

그러나 가정주부의 장래 얻을 수 있는 수입을 산정함에 있어 학력, 경력, 가정주부로서의 위치 등에 대하여 아무런 판단도 하지 아니한 채 가정부의 수입을 전제로 한 것이 위법이라는 판결이 있는가 하면<sup>56)</sup>, 가정교사인 미혼녀가 사고당시 이러한 월수입이 있다면 장래 결혼함으로써 가정주부가 된다 하여 위와 같은 정도의 수입이 없다고는 할 수 없다는 판결<sup>57)</sup>이 있어 주목된다. 뒤의 두 판결은 여성이 결혼 적령기까지만 직장에 다닌다는 종래의 고정관념이 잘못되었고, 여성은 주부이기만 하면 국졸이나 대졸이나 모두 노동생산성이 같다고 보는 것도 문제가 있음을 보여주는 것이라 하겠다.

실무의 예에서 보는 것처럼 주부의 일실 이익을 소득상실산정 방식에 의거하여 계산하면 주부의 단순노동만이 배상되므로 부당하고, 대체노동가치 산정방식에 따라 청소, 빨래 등의 단순노동, 요리와 같은 기능노동, 자녀교육 및 가정관리 등의 노동가치가 종합적으로 평가되는 것이 바람직하다<sup>58)</sup>.

## 2. 여성과 종중재산

종중은 조상제사의 목적으로 공동선조에서 나온 자손들(성과 본이 같은 자)로 구성되는 종족단체 내지 혈연단체이다. 현재 종중관계를 규율하는 법이 따로 없기 때문에 관습과 판례에 의하여 처리되고 있는데, 판례<sup>59)</sup>에 의하면 '종중은 공동선조의 분묘수호, 제사, 종원 상호간의 친목을 목적으로 하는 공동선조의 후손 중에서 성년이상의 남자를 종원으로 해서 구성되는 종족의 자연집단'이라고 한다.

종중이 소유하는 종중재산은 조상의 묘소가 있는 종산, 묘토 등으로 이루어진다. 종중재산의 법적 성격에 대해서는 판례는 '종중원이 집합체로서 물건을 소유하는 총유에 있어서 그 총유물의 관리는 종중원 총회의 결의에 의하는 것'이라고 하여 총유로 파악하고 있다<sup>60)</sup>. 종중재산을 총유로 파악하면 그 처분은 규약이 있으면 그에 의하고, 규약이 없다면 총회에서 관습상의 결의 방법에 의하게 된다(민법 제275조, 276조). 그런데 최근 종산과 묘토가 정부시책 등으로 토지가격이 급등하여 재산적 가치가 높아지자, 종원들이 조상 묘소 이장에 필요한 경비로 쓰고도 남는 수익을 남성 종원끼리 분배하자, 같은 조상을 모시고 같은 姓을 사용함에도 불구하고 종원자격이 부인되고 종중재산 매각대금 분배 과정에서 제외된 여성자손(특히 출가한 딸)들이 여성의 종원자격확인<sup>61)</sup>을 구하고 하급심에서 청구가 기각되자 남성에게만 종원자격을 인정하는 것은 남녀평등에 위반된다며 위헌소송을 준비하고 있는 실정이다.

성년 남자만을 회원으로 하는 종중규약은 양성평등을 선언한 헌법정신에 반하는 것으로

55) 대판 1991. 8. 13, 91다8890; 대판 1991. 6. 25, 91다9602; 대판 1966. 11. 12, 66다1504 등.

56) 대판 1968. 12. 24, 68다536.

57) 대판 1967. 10. 25, 67다1691판결.

58) 이은영, 채권총론, 박영사, 1999, 343면.

59) 대판 1966. 7. 26, 66다881; 대판 1977. 7. 12, 76다3004; 대판 1980. 9. 24, 80다640; 대판 1985. 10. 22, 83다카2396, 2397.

60) 대판 1992. 10. 13, 92다27034; 대판 1989. 2.14, 88다카3113; 대판 1972. 8. 22, 72다882; 대판 1967. 7. 18, 66다1660; 대판 1966. 3. 15, 65다2465. 박윤직, 민법총칙, 박영사, 1998, 188면.

61) 일부 종중은 정관에 종래에는 남녀 모두 종원으로 규정하다가 토지 매각 직전, 직후에 남성에 국한 된다고 정관 변경을 하였다.

차별의 소지가 있고, 그 차별이 합리적인 이유가 없는 한 정의에 반하며, 민법의 일반원칙인 사회적 타당성(제103조)에도 반하는 것이라고 할 것이다<sup>62)</sup>.

#### IV. 결어

이상에서 우리나라 민법 중 특히 여성과 관련된 분야를 법 규정의 해석과 판례를 통하여 알아보았다. 적어도 사법분야에서는 여성에게 불리한 규정이 많음을 알 수 있다. 법은 현재의 상태를 유지하면서 그를 둘러싼 법률 관계를 규율하는 것을 그 임무로 하지만, 한편으로는 선구자적인 역할을 담당하여야 한다. 현재의 민법 특히 가족법 분야에서의 남녀 차별적인 규정이나 제도를 생각해 본다면, 법은 현재 사회구성원의 관습과 의식을 반영한다는 역할에서 더 나아가 남녀평등의 가치 구현을 이끌어 내는 역할을 하여야 한다. 그러나 입법자들의 입법작업은 일반 국민들의 의식에 의해 뒷받침되어야 하므로 보다 근본적인 것은 국민들의 의식변화와 양성평등을 위한 부단한 노력이고 이러한 노력은 추상적·형식적 평등을 뛰어 넘는 실질적인 평등을 위한 노력이어야 할 것이다.

#### 참고문헌

- 곽윤직, 민법총칙, 박영사, 1998.  
 곽윤직, 채권각론, 박영사, 2000.  
 김주수, 친족·상속법(제5전정판), 법문사, 1998.  
 박병호, 가족법, 방송대학교 출판부, 1999.  
 양수산, 친족상속법, 일신사, 1994.  
 가족법 개정 공청회 자료, 법무부, 1998.  
 권순환, 배우자 상속제도에 관한 비교법적 연구, 연세대학교 박사학위 논문, 1993.  
 권정희, 친양자법에 대한 고찰, 가족법 연구 제12호, 1998.  
 김상용, 모의 친생부인권에 관한 연구, 법조 제541호, 2001.  
 김유미, 아동권리에 관한 국제협약과 우리 민사법, 제3회 한국법률가대회 발표문, 2002.  
 김종환 대표 편집, 주식채권각칙Ⅲ, 한국사법행정학회, 1986.  
 민법중 개정법률안에 관한 공청회 자료, 국회 법제사법위원회, 2002.  
 박현석, 아동권리협약의 이행, 국제인권법 제2호, 1998.  
 이은영, 민사법에서의 gender, 법학논집(이화여대) 6권 1호, 2001.  
 이은영, 채권각론, 박영사, 1999.  
 이화숙, 종중의 여성문제, 현대민사법 연구(최병욱교수 정년 기념 논문집), 법문사, 2002.  
 이희배·최진섭, 현행 가족법의 문제점과 개선방향 연구, 대통령직속 여성 특별 위원회, 1999.  
 최행식, 혼인의 성립요건에 관한 재검토, 가족법연구 제10호, 1996.

62) 이화숙, 종중의 여성문제, 현대 민사법 연구(최병욱교수 정년 기념 논문집), 법문사, 2002, 105면.