

## 重婚取消의 相續法的 效果

金 承 錫\*

### < 日 次 >

- I. 事實의 概要
  - 1. 重婚關係의 成立
  - 2. 後婚 配偶者의 相續關係
- II. 爭點의 整理
- III. 婚姻舉行地 方式에 의한 婚姻의 效力
  - 1. 涉外的 婚姻 方式에 대한 立法例
  - 2. 原告의 婚姻申告方式과 婚姻關係의 成立
- IV. 重婚取消의 身分法的 效果
- V. 重婚取消의 相續法的 效果
  - 1. 遡及效說
  - 2. 非遡及效說
  - 3. 第1審의 判斷
- VI. 結 論

\* 事件의 表示

대법원 1991.12.10. 선고 91므535 판결

제주지방법원 1994.5.26. 선고 92가합1595 판결

### I. 事實의 概要

#### 1. 重婚關係의 成立

\* 辯護士, 法과 政策研究所 特別研究員.

原告와 소의 망 임영길은 1964.5.12. 일본국 동경도 신숙구에서 결혼식을 올리고 1965.3.29. 日本國法에 따라 동경도 신숙구장에게 婚姻申告를 마쳤으나 우리나라 민법, 호적법에 따라 그 지역을 관장하는 재외공관장에게 이를 신고하거나 위 임영길의 본적지에 혼인신고를 하지는 아니하였다. 위 임영길은 1979년경부터 제주도에 왕래하기 시작하면서 피고를 만나 내연관계를 맺고 1980. 1. 10.에 그들간에 아들을 낳자 그 호적에 原告나 原告와 사이에 일본에서 낳은 자식들이 입적되어 있지 않음을 기화로 1981.2.13. 被告와 다시 婚姻申告를 하여 被告가 위 임영길의 호적에 妻로서 入籍되었으며 위 임영길은 1989.8.9. 사망하였다. 한편 原告는 被告가 위 임영길의 법률상 妻로서 호적상 등재되어 있고 위 임영길의 사망에 따라 被告와 사이에 출생한 아들이 戶主相續을 한 것으로 호적상 등재되어 있는 사실을 모르고 있다가 1990.2. 하순경 자식들과 함께 제주를 다녀가려고 여권수속을 밟는 과정에서 위와 같은 사실을 알고서는 1990.3.26. 혼인거행지인 일본국 방식에 따라 위 임영길과 혼인하였다는 내용의 혼인증명서를 첨부하여 일본국 요코하마 주재 대한민국 총영사에게 호적정리를 신청하고 위 총영사가 이를 제주시장에게 송부함으로써 위 임영길의 호주상속자로 되어 있는 위 임영길의 호적부에 被告가 법률상의 妻로서 등재되어 있는 상태에서 原告도 그 母란에 등재되면서 위 임영길과 1965.3.29. 혼인한 사항이 기재되었다. 이에 原告는 涉外私法 제15조 제1항 단서 『婚姻舉行地法』에 根據한 일본국 민법 규정에 따른 위와 같은 혼인신고는 유효하므로 그 후에 성립된 被告와 위 임영길간의 혼인은 重婚이 된다고 하여 被告를 상대로 濟州地方法院에 婚姻取消의 청구를 하였다. 原告의 위 請求는 第1審과 第2審에서 原告 勝訴判決이 각 宣告되어 被告의 上訴로 大法院까지 올라가 1991.12.10. 原告 勝訴로 確定되었고 1992.5.14. 被告는 위 임영길의 戶籍에서 除籍되었다.

## 2. 後婚 配偶者의 相續關係

위 망 임영길의 유산으로서는 제주도와 일본에 수신했던 달하는 부동산, 유가증권, 예금채권 등이 있었는데, 被告는 위 망 임영길의 사망후인 1989.11.30. 제주도 소재 위 부동산에 관하여 피고와 그 친아들의 명의로 공동상속등기하였기 때문에 原告는 위 重婚取消請求와 並行하여 被告의 財産相續은 法律上 配偶者자가 아닌 者의 相續이므로 無效라고 主張하여 그 財産相續登記의 抹消登記節次의 履行을 구하였다. 다만 重婚取消請求가 대법원에서 심리중에 있었으므로 확정이 안된 상태라서 부득이 법률상 배우자의 법정상속분 전체에 대한 말소등기절차를 구하지 못하고 前婚 配偶者(原告)와 後婚 配偶者(被告)는 각 2분의 1씩 법정상속분을 공유한다는 주장을 하여 원고 승

소의 확정판결을 받았으나 나중에 중혼취소의 판결이 확정되자 別訴로서 後婚 配偶者가 前婚 配偶者의 법정상속분을 共有하는 것은 不當利得하고 있는 것이므로 後婚 配偶者에게 귀속된 그 절반의 법정상속분의 말소등기절차청구를 1992.9. 경 제주지방법원에 냈다.

## II. 爭點의 整理

重婚取消의 相續法的 效果를 論하기에 앞서서 먼저 在外韓國人間의 外國에서의 혼인이 유효하게 성립하는 경우로서 어떤 것이 있으며 또 이 사건은 어느 경우에 해당되느냐를 확인하고 나서 重婚取消의 身分法的 效果로서 遡及效의 문제를 다음에서 살펴본다. 그 다음으로 중혼취소의 효과로써 前婚 配偶者가 법률상 배우자의 법정상속분 전체를 차지할 수 있느냐 아니면 後婚 配偶者와 공동상속할 수 밖에 없느냐에 대하여 우리 民法에는 明文 規定이 없는 관계로 學者들간에 見解가 엇갈리고 있는 바 日本國 民法 제748조의 규정과 관련하여 그 法 解釋論을 展開하고자 한다.

## III. 婚姻舉行地 方式에 의한 婚姻의 效力

### 1. 涉外的 婚姻 方式에 대한 立法例

섭외적 혼인에 있어서 어느 나라 방식에 따라야 하는가에 대하여 立法例로는 婚姻舉行地法에 의한다는 絶對的 舉行地法主義(영국, 미국, 덴마크, 한국, 일본 등), 自國內의 婚姻은 自國法에 의하게 하고 外國에서의 婚姻은 屬人法 또는 舉行地法 中 하나를 선택할 수 있게 하는 選擇的 舉行地法主義(서독, 프랑스, 이태리, 벨기에, 폴란드 등), 本國法에 의하도록 하는 絶對的 本國法主義(그리스, 이란, 터키 등)가 있다. 우리나라 涉外私法 제15조 제1항 但書에서는 婚姻의 方式은 婚姻舉行地의 法에 의한다고 規定함으로써 絶對的 婚姻舉行地法主義를 採擇하고 있다<sup>1)</sup>.

따라서 在外 韓國人間의 外國에서의 혼인이 유효하게 성립되는 경우로는 첫째, 혼인거행지의 방식에 의하여 혼인하는 경우가 있는 바 그러한 경우에는 그 거행지의 방식에 의한 행위가 완료된 때 그 혼인을 성립한다고 할 것이고 재일동포가 일본국 방식에 의한 혼인을 한 때의 혼인성립시기는 일본 당국에 신고한 날이라고 할 것이고

1) 法源行政處, 裁判資料 第34輯 涉外事件의 諸問題(下), 282면 이하, 黃山德, 金容漢 共著, 新國際私法, 260면 이하.

(섭외사법 제 15조 제1항 본문 및 단서 참조 : 혼인당사자가 호적법 제40조 제1항, 제 41조에 따라 일본국 방식에 의한 혼인을 하였다든 사실을 증명하는 서면을 일본에 주재하는 한국의 재외공관장에게 제출하고 재외공관장은 이를 당사자 본인의 本籍地의 市, 邑, 面의 長, 法源, 기타 該當 官公署에 송부함으로써 호적부에 혼인한 사실을 등재하게 되나 이는 이미 성립한 혼인에 대하여 보고적 신고에 불과함), 둘째, 거행지방식에 의한 혼인절차를 거치지 않고 바로 그 나라에 주재하는 한국의 재외공관장에게 한국의 호적법에 정한 혼인신고를 하는 경우가 있는 바, 그러한 경우에는 재외공관장이 이를 수리한 때에 그 혼인이 성립한다고 할 것이며(민법 제814조, 섭외사법 제15조 제2항 참조 : 이 경우 재외공관장은 수리한 혼인신고서를 호적법 제41조에 따라 당사자 본인의 本籍地의 市, 邑, 面의 長, 法源 기타 該當 官公署에 送付하여 호적에 기재하도록 하는 바 이는 이미 성립된 혼인의 事後登載節次일 뿐임) 셋째, 혼인당사자들이 앞서 본 2개의 방법에 의하지 않고 직접 본적지에 혼인신고서를 제출하거나 송부하는 경우가 있는 바 그러한 경우에는 국내에서 혼인한 경우와 같은 방식에 의하여 혼인이 성립된다 할 것이다.

## 2. 原告의 婚姻申告方法과 婚姻關係의 成立

在日同胞인 原告와 위 임영길 사이에 일본에서 혼인한 경우에는 위 세가지 방법 중 어느 하나의 방법만 마치면 유효한 혼인으로 성립된다 할 것인 바 이 사건 原告가 위 첫번째 방법에 따라 1965.3.29. 위 임영길과 사이에 혼인거행지인 일본국의 방식에 의하여 그 관할당국인 일본국 동경도 신숙구장에게 혼인신고를 함으로써 호적부에 등재여부와 관계없이 그 날자로 위 임영길과 법률상 부부관계가 성립되었다는 원고의 주장에 대하여 事實審(광주고등법원 1991.7.19. 선고 90르353 판결) 및 法律審(大法院 1991.12.10. 선고 91므535 판결) 모두 이를 인정하고 前婚 配偶者인 原告는 重婚者(위 임영길)이 사망한 후에도 그 사망에 의하여 重婚으로 形成된 身分關係가 消滅하는 것은 아니므로 생존한 중혼의 일방당사자(被告)를 상대로 重婚取消을 求할 利益이 있다고 판시하였다.

## IV. 重婚取消의 身分法的 效果

우리 民法이 配偶者있는 者는 다시 婚姻하지 못하며 이를 違反한 경우에는 婚姻取消의 事由에 해당된다고 규정하고 있다(민법 제816조 제1호, 제810조 참조). 重婚取消

의 訴訟節次는 訴提起에 앞서 調停을 申請하여야 하고, 調停을 거치지 않고 訴를 제기한 경우에는 家庭法院이 職權으로 調停에 회부한다. 婚姻을 取消한다는 趣旨의 判決이 확정되면 그 때로부터 혼인은 해소되고 이 판결은 제3자에게도 효력을 미치게 된다. 그러나 이 判決은 遡及效가 없으므로(민법 제824조 참조) 既往에 婚姻에 의하여 발생한 諸般事項은 婚姻 中の 것으로서 效力을 維持하게 된다. 따라서 그子是 婚姻 中の 者로의 身分을 유지하며, 成年擬制도 유지된다<sup>2)</sup>. 다만 重婚 配偶者가 법정 상속권자로서 그 남편이 遺産에 대한 相續權을 취득하느냐의 여부에 관하여는 論難이 있다.

## V. 重婚取消의 相續法的 效果

### 1. 遡及效說

우리 民法은 重婚을 當然無效라고 규정하지 않고 取消할 때까지는 後婚도 일단 유효라고 보는 이상 前婚 配偶者와 後婚 配偶者는 各各 配偶者의 相續分의 2분의 1씩을 취득한다고 해석하여야 할 것이나, 前婚 配偶者가 그 남편의 사망 후에 後婚 配偶者에 대한 取消權을 裁判上 行使하여 그 取消請求를 인용하는 判決이 확정되면 身分法上的 效果는 遡及效가 없으나 상속관계에 있어서는 死亡 時에 後婚關係가 解消되었다고 볼 수 있어서 後婚 配偶者는 相續權이 없다는 見解이다. 이 學說의 法的 根據는 婚姻取消의 效力에 관하여는 原則적으로 遡及效를 인정하지 아니하면서도 財産關係에 관하여는 例外的으로 遡及效를 인정하여 婚姻取消의 경우 혼인 당시 取消原因이 있음을 알지 못한 當事者는 婚姻에 의하여 취득한 財産을 現存하는 利益이 限度내에서 返還하여야 하고, 그 取消原因이 있음을 알고 있었던 當事者에게는 婚姻으로 인하여 얻은 利益의 全部를 반환하도록 규정하고 있는 日本國 民法 제748조에 둔다<sup>3)</sup>.

이 說의 立場에서 原告는 위 임영길의 사망 후 前婚 配偶者인 自己가 後婚 配偶者인 被告를 상대로 重婚取消審判請求를 하여 1991.12.10. 原告 勝소판결이 확정된 이상 被告는 위 임영길의 死亡 時에 遡及하여 그 配偶者의 字格과 相續人의 字格을 同時에 상실하게 되므로 위 임영길의 死亡으로 인한 配偶者의 相續分은 原告에게만 歸屬된다는 主張을 하였다.

2) 金容旭, 金 演 共著, 家事訴訟法, 100면 이하; 金壽洙, 親族相續法, 140면 이하.

3) 日本國, 有斐閣, 註釋民法(24), 相續(1), 221면 이하; 金壽洙, 前掲書, 141면 이하.

## 2. 非遡及效說

우리 民法 제824조는 婚姻取消의 효력은 既往에 遡及하지 아니한다고만 규정하고 있을 뿐이고 財産關係에 관하여는 日本國 民法 제748조와 같은 例外 規定을 두지 아니한 우리 法制下에서는 離婚의 경우에 準하여 婚姻取消判決의 效力은 將來에 向하여만 그 효력을 미친다는 見解이다<sup>4)</sup>.

이 입장은 예외적으로 遡及效를 인정하고 있는 民法 제860조(認知的 遡及效)의 규정과 대비하여 볼 때 身分行爲의 取消權의 行使는 既成의 事實關係를 尊重하고 身分의 生活의 安全을 도모하여야 한다는 新分법의 특수성에서 財産행위의 취소와는 다른 성질을 지니고 있으므로 소급효를 인정하여서는 안된다는 것이다.

## 3. 第1審의 判斷

第1審은 非遡及效說의 立場에서 重婚取消判決의 確定에도 불구하고 그 確定 前에 취득한 피고의 위 임영길의 상속인으로서의 지위에는 아무런 영향이 없다고 해석함이 상당하다 할 것이므로 원고와 피고는 모두 위 임영길의 배우자로서 위 망인의 사망으로 인하여 배우자에게 상속될 상속분의 2분의 1씩을 취득한다고 판결하였다<sup>5)</sup>.

## VI. 結 論

위 第1審의 判決에 대하여 敗訴한 原告가 抗訴하여 現在 光州高等法院 濟州部(사건번호 95나209호)에서 심리중에 있다. 原告의 抗訴理由는 다음과 같다.

만일 非遡及效說에 입각한 第1審의 판시이유에 따른다면 被相續人인 配偶者(男便)가 生存 中에 前婚 배우자가 重婚取消의 勝訴 確定判決을 받는 경우에는 後婚 配偶者는 相續權이 없게 되나, 이 事件의 경우처럼 被相續人인 配偶者가 死亡한 後 前婚 配偶者가 重婚取消의 勝訴 確定判決을 받은 경우에는 死亡이라는 事件으로 인하여 後婚 配偶者가 相續權을 취득하는 奇異한 結論에 이르게 된다. 더구나 前婚 配偶者가 그 남편의 死亡 前에 重婚取消의 訴訟를 提起하여 審理 中 그 남편이 死亡하였고 그 取消判決은 그 사망 후에 확정되었다는 경우를 상정해 본다면 死亡이라는 偶然한 事情의 介入으로 인하여 前婚 配偶者의 相續權의 範圍가 달라지게 되므로 이러한 法解釋

4) 金容旭, 金 演 前揭書, 101면 이하.

5) 濟州地方法院 1994.5.26. 宣告 92가합1595 判決.

은 法的 安定性의 原則上 取할 바가 아니라는 것이 그 論據이다.

요컨대 第1審은 善意의 제3자 保護 또는 具體的 妥當性의 原理에 바탕을 두고 위와 같은 結論을 낸 것으로 思料되나, 婚姻取消의 身分法上 效果와 相續法上의 效果를 區別하는 立場인 遡及效說의 見解가 法理上 더 明確하다고 思料된다.

끝으로 이 論爭에 관한 法律審인 大法院의 判斷을 期待하면서 그때 가서 이 論題를 완성하고자 한다.