

민법상 자연혈족 간 금혼규정에 관한 고찰

- 헌법재판소 2022. 10. 27. 자 2018헌바115 결정의
타당성 검토를 중심으로 -

권 오 상*

〈국문초록〉

헌법재판소는 최근 민법 제809조 제1항은 합헌으로 판단하는 한편, 제815조 제2호는 헌법불합치 결정을 하였다. 대상결정을 검토하기 전에 현행 민법 규정의 내용과 외국의 입법례를 살펴보고, 우리나라의 경우 외국보다 근친혼 금지범위가 넓다는 점을 확인하였다.

헌법 제809조 제1항의 위헌여부와 관련하여, 이 조항은 가족제도 기능의 유지와 우생학적 이유, 전통의 계승 측면에서 입법목적의 정당성을 인정할 수 있고, 그 목적을 달성하는데 적합한 방법이어서 수단의 적합성도 인정된다. 침해의 최소성 관련하여 대상결정의 반대의견은 8촌 이내의 혈족을 근친으로 여기는 관념이 더 이상 사회의 통념이 아니라는 점, 실제 친족관계를 확인하기가 행정상 힘들다는 점, 외국의 입법례, 유전적 유해성이 증명되지 않았다는 점을 들어 최소침해의 원칙에 반한다고 주장한다. 하지만 8촌 이내의 혈족을 근친으로 여기는 것을 쉽사리 통념이 아니라고 보기 어렵고, 친족관계 확인의 어렵다는 사정이 곧바로 동조의 위헌성을 증명하는 근거로 보기는 어렵다. 또한, 외국의 입법례를 우리나라에 그대로 적용해야 할 논리필연적인 이유가 없고, 근친혼의 경우 유전질환 발생 위험성도 낮지 않다는 점을 고려할 때, 동조는 침해의 최소성과 법익의 균형성도 갖춘 조항으로서 합헌이라고 보아야 한다.

한편, 민법 제815조 제2호는 민법 제809조 제1항과 마찬가지로 입법목적의 정당성과 수단의 적합성을 인정할 수 있으나, 혼인의 무효가 이미 형성된 가족제도를 소급하여 상실시켜 당사자나 그 자녀에게 지나치게 가혹한 결과를 초래할 수 있다는 점 등을 고려할 때 최소침해의 원칙 및 법익의 균형성 원칙에 반하여 위헌이다. 민법 제815조 제2호의 개정은 입법정책의 문제이나, 3촌 이내의 근친 간 혼인의 경우에는 무효사유로 규정하고, 그 밖의 근친 간 혼인은 취소사유 있는 혼인으로 규정하는 것이 타당하다고 판단된다. 혼인무효의 범위를 이와 같이 규정한다면 민법 제809조 제1항의 실효성을 담보함과 동시에 혼인당사자 사이에 출생한 자녀에게 불이익이 돌아가는 범위도 최소화할 수 있을 것으로 예상되기 때문이다.

주제어 : 근친혼, 자연혈족 사이의 금혼, 혼인의 무효, 혼인의 취소, 혼인의 자유

• 투고일 : 2024.01.01. / 심사일 : 2024.01.22. / 게재확정일 : 2024.01.23.

* 전남대학교 법학전문대학원 부교수, 변호사.

[헌법재판소 결정의 요지]¹⁾

I. 사건의 개요

청구인과 A는 2016. 5. 4. 혼인신고를 하였다. A는 2016. 8. 1. 청구인과 6촌 사이라는 점을 이유로 혼인무효의 소를 제기하였고, 대구가정법원 상주지원은 위 혼인신고가 8촌 이내인 혈족 사이의 혼인신고이므로 민법 제809조 제1항, 제815조 제2호에 따라 무효임을 확인하였다(2016드단646). 이에 청구인은 대구가정법원에 항소하였고(2017르5150), 위 항소심 계속 중 8촌 이내 혈족 사이의 혼인을 금지하고 이를 혼인의 무효사유로 규정한 민법 제809조 제1항 및 제 815조 제2호에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하였으나(대구가정법원 2017 즈기1432), 2018. 1. 25. 청구인의 위 항소 및 신청이 모두 기각되자, 2018. 2. 19. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

II. 심판대상

이 사건 심판대상은 민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정된 것) 제809조 제1항과 제815조 제2호가 헌법에 위반되는지 여부이다.

[심판대상조항]

민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정된 것)

제809조(근친혼 등의 금지) ① 8촌 이내의 혈족(친양자의 입양 전의 혈족을 포함한다) 사이에서는 혼인하지 못한다.

제815조(혼인의 무효) 혼인은 다음 각 호의 어느 하나의 경우에는 무효로 한다.

2. 혼인이 제809조 제1항의 규정을 위반한 때

III. 청구인의 주장 요지

1. 민법 제809조 제1항에 관한 주장

민법 제809조 제1항은 가족질서와 사회질서의 유지 및 유전질환의 예방을 목적으로 한다. 그러나 오늘날 산업화, 도시화, 핵가족화로 인해 우리나라의 유

1) 헌법재판소 2022. 10. 27. 자 2018헌바115 결정.

교적 가족문화는 약화되었거나 해체되었으므로, 8촌 이내 혈족을 근친으로 여기는 관념은 보편타당성을 상실하였다. 또한 유전학적 이유는 인과관계에 관한 구체적 증명이나 소명 없이 단순히 막연한 우려에 근거한 것이므로, 민법 제809조 제1항의 정당한 입법목적이 될 수 없다.

오히려 민법 제809조 제1항은 동성동본금혼조항 폐지에 따른 입법의 공백을 보완하기 위해, 근친혼의 금지범위에 관한 진지한 논의 없이 민법 제777조 제1호가 규정한 친족범위 내에 있는 모든 혈족 간의 혼인을 일률적으로 금지한 것으로, 다른 나라의 입법례와 비교하였을 때 근친혼의 금지범위가 이례적으로 넓어, 국제결혼이 증가한 현대의 가족질서 혹은 혼인질서에 혼란을 가중시킨다.

결국 민법 제809조 제1항은 가족질서 또는 사회질서에 혼란을 일으킬 우려가 없거나 혹은 유전질환의 위험성이 없는 범위까지 합리적 이유 없이 혼인을 금지하므로 과잉금지원칙에 위반된다.

2. 민법 제815조 제2호에 관한 주장

민법 제815조 제2호는 8촌 이내인 혈족 간의 혼인을 일률적으로 무효로 규정함으로써, 혼인당사자가 진정한 의사를 가지고 혼인신고를 한 때에도 일방당사자나 제3자의 주장에 따라 언제나 혼인신고를 정정할 수 있어서 축출이혼의 방편으로 악용될 가능성이 있다. 또한 8촌 이내인 혈족을 확인하기 위한 신분공시제도가 구비되어 있지 아니함에도 민법 제815조 제2호가 8촌 이내인 혈족 간 혼인을 당연무효사유로 규정한 것은, 혼인의 당사자에게 불측의 손해를 야기함은 물론 그 사이에서 출생한 자녀의 복리를 심히 저해하므로, 과잉금지 원칙에 위배된다.

IV. 헌법재판소의 판단

1. 민법 제809조 제1항에 관한 판단(합헌)

1) 법정의견(합헌)

민법 제809조 제1항은 근친혼으로 인해 가까운 혈족 간의 상호관계와 역할 및 지위에 관하여 생길 수 있는 혼란을 막고 가족제도의 기능을 계속 유지하기 위한 것으로서 정당한 입법목적 달성에 적합한 수단이다. 민법 제809조 제1항은, 촌수를 불문하고 부계혈족 간의 혼인을 금지한 구 민법상 동성동본금혼조항에 대한 헌법재판소의 헌법불합치 결정의 취지를 존중하는 한편, 우리 사

회에서 통용되는 친족의 범위 및 양성평등에 기반을 둔 가족관계의 형성에 대한 인식과 합의에 기초해 혼인이 금지되는 근친의 범주를 정한 것으로서 그 합리성이 인정되며, 입법목적의 달성에 불필요하다거나 과도하게 제한을 가하고 있는 것이라고 볼 수는 없으므로 침해의 최소성에 반한다고 할 수 없다. 나아가 민법 제809조 제1항으로 인하여 법률상 배우자의 선택이 제한되는 범주는 친족관계 내에서도 8촌 이내인 혈족이므로, 그 범위가 넓다고 보기 어렵다. 그에 비하여 8촌 이내의 혈족 간 혼인을 금지함으로써 가족질서를 보호하고 유지하는 공익은 매우 중요하므로 민법 제809조 제1항은 법익균형성에 위반되지 아니한다. 그렇다면 민법 제809조 제1항은 과잉금지원칙에 위배되지 않아 혼인의 자유를 침해하지 않는다.

2) 반대의견(위헌)

민법 제809조 제1항은 가족질서를 유지하고 가족제도의 기능을 보호하기 위하여 가족 내에서의 혼인을 금지한 것으로 그 입법목적이 정당하며 수단의 적합성도 인정된다. 그런데 민법 제809조 제1항은 8촌 이내의 혈족을 전부 금혼 대상으로 삼고 있다. 하지만 8촌 이내 혈족을 ‘근친’으로 여기는 관념이 지금까지도 계속 지역 혹은 세대와 상관없이 보편적으로 용인되는 통념이라고 보기 어렵다. 현대사회에 들어 친족 사이의 왕래가 줄어들었고, 친족인지 여부를 확인할 수 있는 별도의 신분공시제도가 마련되어 있지도 않은 점, 8촌 이내 방계 혈족에 해당하는지를 알기 위해서는 부계와 모계 친족의 본적지를 일일이 확인한 뒤 해당 관공서에서 친족의 제적등본을 발급받아 열람·대조하는 방법 외에는 다른 증명방법이 없는 점, 외국의 입법례들이 민법 제809조 제1항에 비해서 상대적으로 금혼의 범위를 좁게 규정하고 있는 점, 유전학적으로도 8촌 이내인 혈족 간의 혼인이 일률적으로 그 자녀나 후손들에게 유전적으로 유해한지에 관한 과학적 증거가 있다고 보기 어려운 점 등을 고려하였을 때, 민법 제809조 제1항은 침해의 최소성에 반한다. 또한, 신고혼주의를 택하고 있는 우리나라의 경우 근친혼 당사자들은 혼인신고를 하지 않은 채 가족을 형성하고 가정생활을 영위할 가능성이 높아, 민법 제809조 제1항을 통하여 가족질서를 유지하고 가족의 기능을 보호하려는 공익에 비하여 민법 제809조 제1항으로 인하여 침해되는 사익이 훨씬 더 중대하므로 법익의 균형성에 반한다. 따라서 민법 제809조 제1항은 과잉금지원칙에 위배되어 혼인의 자유를 침해한다.

2. 민법 제815조 제2호에 관한 판단(합헌)

1) 재판관 5인의 헌법불합치의견

민법 제815조 제2호는 민법 제809조 제1항의 실효성을 보장하기 위한 것으로 정당한 입법목적 달성에 적합한 수단이다. 다만, 이미 근친혼이 이루어져 혼인당사자 간에 부부의 권리 및 의무의 이행이 있고, 자녀를 출산하거나 가족 내에 신뢰와 협력에 관한 기대가 생겼다고 볼 사정이 있는 때에도 그 효력을 일률적으로 소급하여 상실시키면, 이는 가족제도의 기능을 유지한다는 당초 입법목적에 반하는 결과를 불러일으킬 소지가 있다. 민법 제815조 제2호의 목적은 근친혼이 가까운 혈족 간의 신분관계에 현저한 혼란을 야기하고 가족제도의 기능을 중대하게 훼손하는 때에 한하여 무효로 규정하더라도 달성이 가능하다. 또한 이러한 경우에 해당하는지가 명확하지 않으면 혼인을 취소함으로써 장래를 향하여 그 혼인을 해소하도록 규정하여 가족의 기능을 보호하고 유지하는 것이 가능하므로, 민법 제815조 제2호는 그 입법목적의 달성에 필요한 범위를 넘어서는 과도한 제한이어서 침해의 최소성을 충족하지 못한다. 나아가 민법 제815조 제2호를 통해 달성하고자 하는 공익은 결코 적지 아니하나, 민법 제815조 제2호로 인해 제한되는 사익도 중대하다는 점을 고려하면, 민법 제815조 제2호는 법익균형성을 충족하지 못한다. 그렇다면, 민법 제815조 제2호는 과잉금지원칙에 위배되어 혼인의 자유를 침해한다.

2) 재판관 4인의 헌법불합치의견

민법 제809조 제1항에 대한 반대의견에서 밝히는 바와 같이 민법 제809조 제1항은 그 금지의 범위가 지나치게 광범위하여 헌법에 합치되지 아니하므로, 민법 제815조 제2호도 무효로 하는 근친혼의 범위가 너무 광범위하여 헌법에 합치되지 아니한다. 민법 제809조 제1항의 개선입법으로서 금지되는 근친혼의 범주가 합헌적으로 축소되는 때에 그와 같이 축소된 금혼의 범위 내에서 민법 제815조 제2호는 그 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정될 수 있다. 민법 제815조 제2호의 입법목적은 가령 직계혈족 및 형제자매 사이의 혼인과 같이 근친혼의 가족제도의 기능을 심히 훼손하는 경우에만 그 혼인을 무효로 하고 그 밖의 근친혼에 대하여는 혼인을 취소하여 장래를 향해서만 혼인이 해소될 수 있도록 규정함으로써 기왕에 형성된 당사자나 그 자녀의 법적 지위를 보장하더라도 충분히 달성될 수 있다. 그럼에도 민법 제815조 제2호는 민법 제809조 제1항을 위반한 때에는 전부 무효로 규정하고 있어서 침해의 최소성과

법익균형성에 반한다. 그렇다면 민법 제815조 제2호는 과잉금지원칙에 위배하여 혼인의 자유를 침해한다.

[연구]

I. 시작하며

일반적으로 혼인은 가족을 형성하는 기초가 되며, 가족은 사회와 국가를 구성하는 기본단위가 된다.²⁾ 민법상 혼인은 법률행위로서 일종의 계약이고, 혼인이 성립하기 위해서는 형식적 요건과 실질적 요건을 갖추어야 한다. 실질적 요건으로는 혼인 적령에 달하였을 것(민법 제807조), 부모 등의 동의를 얻을 것(민법 제808조),³⁾ 혼인당사자 사이에 일정한 친족관계 등 근친자가 아닐 것(민법 제809조), 중혼에 해당하지 않을 것(민법 제810조) 등의 요건 외에 혼인당사자 사이에 혼인의 합의가⁴⁾ 있어야 한다(민법 제815조 제1호).⁵⁾ 그리고 형식적 요건으로서, ‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’에 따라 혼인신고를 함으로써 그 혼인의 효력이 생긴다(민법 제812조). 이때의 신고는 혼인의 성립요건이므로, 혼인신고가 되지 않는 한 실질적인 요건을 모두 갖추어 부부관계를 지속하였더라도 법률상의 혼인이 아니다.⁶⁾

일단 혼인이 이루어지면, 이미 부부로서 공동생활의 실체가 있었을 뿐만 아니라 (특히, 그 사이에 자녀가 태어난 경우라면) 혼인 이전의 상태로 돌아가는 것이 불가능하므로 다른 재산상의 법률행위와는 달리 원상회복이 불가능하다.⁷⁾ 민법은 이러한 점을 고려하여 혼인무효의 사유를 당사자 간 혼인의 합의가 없는 경우와 일정한 범위의 친족이거나 친족이었던 경우 등 일정한 사유로 제한하고, 혼인의 취소에 대해서도 소급효를 인정하지 않는다.⁸⁾

2) 김주수·김상용, 친족·상속법 제19판, 법문사, 2023, 73면.

3) 미성년자가 혼인하는 경우 및 피성년후견인이 혼인하는 경우 적용되는 조항이다.

4) 혼인의 의사는 일반적으로 부부로서 육체적·정신적으로 결합을 통하여 생활공동체를 형성할 의사로 정의된다. 대법원 1985. 9. 10. 선고 85도1481 판결; 대법원 1996. 11. 22. 선고 96도2049 판결; 대법원 2015. 12. 10. 선고 2014도11533 판결.

5) 민법은 ‘당사자 사이의 혼인의 합의’를 직접 요건으로 규정하고 있지는 않지만, ‘당사자 사이에 혼인의 합의가 없는 경우’를 혼인무효의 사유로 규정함으로써 이를 당연히 전제하고 있다.

6) 양형우, 친족상속법 제15판, 정독출판사, 2024, 38면.

7) 송덕수, 친족상속법 제6판, 박영사, 2022, 40면.

이러한 상황에서 헌법재판소는 최근 8촌 이내의 혈족 사이에서는 혼인할 수 없도록 하는 민법 제809조 제1항에 대하여, 동조가 혼인의 자유를 침해하지 않아 합헌이라고 결정하였다. 반면에, 민법 제809조 제1항에 위반한 혼인의 효력을 무효로 규정한 민법 제815조 제2호는 혼인의 자유를 침해하여 위헌이라고 판단하되, 단순위헌결정을 하면 민법 제809조 제1항 중 합헌인 부분의 실효성을 담보할 수단이 없게 되어 용인하기 어려운 법적 공백이 발생한다는 점과 금지된 근친혼 중에서 무효로 할 부분과 취소할 수 있도록 할 부분을 정하는 것은 개인의 존엄 및 양성평등에 기초한 혼인 및 가족제도를 형성하여야 할 일차적 책임이 있는 국회가 합헌적 개선 방법을 강구하고 구체적인 입법 조치를 하는 것이 바람직하다는 이유로 2024. 12. 31.까지 개선 입법을 이행하여야 하도록 하고, 개선입법이 이루어질 때까지 민법 제815조 제2호를 계속 적용하기로 하는 헌법불합치 결정을 내렸다.⁹⁾

헌법재판소의 결정을 둘러싼 환경을 살펴보면, 현재 우리 사회는 4차산업혁명이나 초연결사회로 일컬어지는 등 과거에 비해 기술과 변화의 속도가 더욱 빨라졌고,¹⁰⁾ 가족의 형태 역시 기존의 대가족에서 핵가족화가 가속화되는 것을 넘어 1인 가구가 1,000만 세대에 육박하는 등 전통적인 가족의 체계에서 1인 가구나 2인 가구의 보편화가 이루어지고 있다.¹¹⁾¹²⁾ 이러한 상황에서 헌법재판소의 이번 결정은 동성동본 혼인 금지에 대한 위헌결정 이후에도 지금까지 효력을 유지해 온 8촌 이내의 혈족 사이의 혼인이 무효라는 규정을 위헌으로 판단함으로써 달라진 인식을 보여주었다.

민법 제815조 제2호에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정은 민법상 금지된

8) 민유숙 편집대표, 주식 민법 [친족 1] 제6판, 한국사법행정학회, 2020, 103면.

9) 박수연, “8촌 이내 근친혼 금지는 ‘합헌’, 혼인무효는 ‘헌법불합치’”, 법률신문, 2022. 10. 27; 전용모, “8촌 이내 혈족 사이에는 혼인할 수 없도록 하는 민법 조항 ‘합헌’”, 로이슈, 2022. 10. 27; 황재하, “8촌 이내 혼인금지 합헌...혼인무효는 헌법불합치”, 연합뉴스, 2022. 10. 27.

10) 4차산업혁명은 ‘디지털 혁명에 기반한 변화로서 인공지능, 로봇틱스, 사물인터넷 등의 기술진화가 초래하는 변화’를 일컫는다. 이에 관하여는 이수형, “4차 산업혁명 시대의 신산업: 경제적 및 진입규제적 특성과 함의”, 「법경제학연구」 제17권 제1호, 2020, 252면.

11) 행정안전부, 2023(2022. 12. 31. 기준) 행정안전통계연보, 2023, 130면. 이에 따르면, 2022. 12. 31. 기준 전체 주민등록 세대(23,705,814세대) 중 1인 세대(9,724,256세대)와 2인 세대(5,744,486세대)가 총 15,468,742세대를 차지하여 전체 세대 중 65.25%를 차지하고 있다.

12) 이러한 사회변화에 따라 민법 제779조의 가족의 범위도 시대변화에 따른 가족관계 규율의 대응 측면에서 타당하지 못하다는 비판이 있다. 이에 대해서는 최영신 외 7, “가족다양성 및 가족구조변동에 따른 민사법제 개편방안 연구 : 1인가구 중심”, 「연구총서 22-B-12」, 한국형사·법무정책연구원, 2022.

근친혼의 범위와 효력에 관하여 당해 결정에 그치는 것이 아닌, 향후 금지된 근친혼의 범위를 더욱 좁히고 금지된 근친혼이라 할지라도 그 효력을 무효가 아닌 취소로 보는 범위를 더욱 넓히는 판단을 할 것이라고 예상하게끔 하는 일종의 트리거(Trigger)로 작용할 수 있을 것으로 보인다. 다만, 헌법재판소는 민법 제809조 제1항에 대해서는 여전히 합헌이라는 의견을 유지하였는데 이 부분 판단이 타당한지에 대해서는 별도의 검토가 필요하다고 생각한다.

따라서 먼저 현행 민법상 근친혼 금지 규정 및 외국의 입법례를 통해 우리 민법과 어떠한 차이가 있는지를 살펴보고(Ⅱ),¹³⁾ 민법 제809조 제1항과 민법 제815조 제2호의 위헌성을 과잉금지원칙에 따라 살펴봄으로써 대상결정의 타당성과 바람직한 입법적 개선안을 마련하는 것으로(Ⅲ), 이 글을 맺고자 한다(Ⅳ).

Ⅱ. 민법상 자연혈족 간 금혼규정 및 외국의 입법례

1. 현행 민법상 근친혼 금지 규정

민법 제767조는 배우자, 혈족, 인척을 친족으로 규정하고, 민법 제768조는 직계혈족과 방계혈족의 개념을 규정한다. 민법 제777조는 친족관계로 인한 법적 효력이 미치는 범위를 8촌 이내의 혈족, 4촌 이내의 인척, 배우자로 규정하고 있다.¹⁴⁾

근친혼 금지는 민법 제809조가 규율하고 있다. 즉 8촌 이내의 혈족(친양자의 입양 전의 혈족을 포함한다) 사이에서는 혼인하지 못하고(제1항),¹⁵⁾ 6촌 이내

13) 민법상 금혼규정은 자연혈족 간 금혼, 법정혈족 간 금혼, 인척 간 금혼의 범위와 금혼규정 위반의 효과에 대해 차이를 두고 있다. 이 글에서는 헌법재판소의 심판대상이 된 자연혈족 간의 금혼규정에 초점을 맞춰 검토하기로 한다.

14) 구 민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정되고, 1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되기 전의 것) 제768조는 자기의 직계존속과 직계비속을 직계혈족이라 하고 자기의 형제자매와 형제의 직계비속, 직계존속의 형제자매 및 그 형제의 직계비속을 방계혈족이라고 규정하고, 제777조는 8촌 이내의 부계혈족, 4촌 이내의 모계혈족, 부(夫)의 8촌 이내의 부계혈족, 부(夫)의 4촌 이내의 모계혈족, 처의 부모, 배우자를 친족으로 규정하여 부계와 모계 사이 및 부(夫)와 처 사이에 혈족, 친족 범위에 차별을 두었다. 하지만 현행 민법 제768조 및 제777조는 부계와 모계, 부(夫)와 처를 구분하지 않는다. 이러한 규정 형식은 결과적으로 친족인 혈족의 범위를 더욱 넓히는 결과가 되었다.

15) 당초 구 민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정되고, 2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 제809조 제1항은 동성동본인 혈족 사이의 혼인을 금지하여 혼수를 불문하고 부계혈족 간의 혼인을 금지하였다. 이 조항에 대하여 헌법재판소가 인간의 존엄과 가

의 혈족의 배우자, 배우자의 6촌 이내의 혈족, 배우자의 4촌 이내의 혈족의 배우자인 인척이거나 이러한 인척이었던 자 사이에서는 혼인하지 못하며(제2항), 6촌 이내의 양부모계의 혈족이었던 자와 4촌 이내의 양부모계의 인척이었던 자 사이에서는 혼인하지 못한다(제3항). 민법 제809조 제1항의 8촌 이내의 혈족에는 직계혈족과 방계혈족이 모두 포함되고, 출생에 의해 맺어지는 자연혈족 외에 입양에 의해 맺어지는 법정혈족도 포함되며, 이는 부계혈족이건 모계혈족이건 마찬가지이다. 또한 민법 제809조 제2항과 제3항은 일정한 인척 사이의 금혼과 양부모계의 혈족 또는 인척이었던 사람 사이의 금혼을 규정하고 있다.

금친혼 금지 규정 위반 시 위반의 형태에 따라 법적 효과가 달라진다. 제809조 제1항의 규정을 위반한 때(민법 제815조 제2호),¹⁶⁾ 당사자 사이에 직계 인척관계가 있거나 있었던 때(민법 제815조 제3호), 당사자 사이에 양부모계의 직계혈족관계가 있었던 때(민법 제815조 제4호)에는 그 혼인이 무효이다. 그 외 민법 제809조 제2항과 제3항에 위반한 경우 등 나머지 금혼조항의 위반은 혼인의 취소사유로 규정하고 있다(민법 제816조 제1호).

무효혼의 경우에는 혼인에 관한 아무런 효과가 생기지 않는다.¹⁷⁾ 따라서 혼인무효판결이 확정되면 당사자 사이에서는 처음부터 혼인이 성립되지 않은 것으로 된다.¹⁸⁾ 다만, 반드시 무효판결이 있어야만 혼인이 무효로 되는 것은 아니며, 판결을 받지 않더라도 무효임을 주장할 수 있다.¹⁹⁾ 무효인 혼인관계에서

치는 물론 행복추구권을 규정한 헌법의 이념 및 개인의 존엄과 양성평등에 기초한 혼인과 가족생활의 성립·유지라는 헌법규정에 정면에서 배치되고, 남계혈족에만 한하여 성별에 따른 차별을 함으로써 헌법상 평등의 원칙에도 반하며, 그 입법목적이 정당하지 않다는 점에서 헌법 제37조 제2항에도 위반된다는 이유로 헌법불합치 결정을 함에 따라(헌법재판소 1997. 7. 16. 자 95헌가6 결정), 1999. 1. 1.부터 효력을 상실하였다. 현행 민법 제809조 제1항은 위와 같은 헌법재판소 결정의 취지를 고려하여 8촌 이내의 혈족(친양자의 입양 전의 혈족을 포함한다) 사이의 혼인을 금지하고 있다.

16) 구 민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정되고, 2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 제815조 제2호는 “당사자 간에 직계혈족, 8촌 이내의 방계혈족인 친족관계가 있거나 또는 있었던 때”에 혼인이 무효로 된다고 규정하였다. 하지만 1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정된 민법 제768조 및 제777조는 부계혈족과 모계혈족을 구분하지 않고 ‘8촌 이내의 혈족’을 모두 친족으로 규정하였으므로, 이에 따라 민법 제815조 제2호 역시 ‘혼인이 제809조 제1항의 규정을 위반한 때’로 개정되어 민법 제777조 제1호에 따른 친족의 범위와 민법 제809조 제1항이 정한 금혼의 범위 및 민법 제815조 제2호에 따른 혼인 무효의 범위까지 모두 ‘8촌 이내의 혈족’으로 통일되었다.

17) 과거 혼인무효의 효과에 관하여 당연무효설과 선언무효설의 견해 대립이 있었으나, 현재의 통설과 판례는 당연무효설을 따른다. 이에 관하여는 김용한, 신친족상속법론 신판, 박영사, 2002, 121면.

18) 박동섭·양경승, 친족상속법 제5판, 박영사, 2020, 46면.

19) 윤진수, 친족상속법강의 제3판, 박영사, 2020, 56면.

태어난 자녀는 혼인 외의 출생자로 보고(민법 제855조 제1항 2문), 상속 등의 권리변동 역시 무효가 된다.²⁰⁾ 혼인무효의 청구를 인용한 확정판결은 제3자에 게도 효력이 있으므로(가사소송법 제21조 제1항), 어느 누구도 그 유효를 주장하지 못한다.²¹⁾ 무효혼의 경우에 일방당사자는 과실있는 상대방에 대하여 손해배상을 구할 수 있고, 이에는 재산상의 손해뿐 아니라 정신상 고통에 대한 배상 역시 포함된다.²²⁾

한편 취소의 원인이 있는 혼인의 경우에는 법원의 판결에 의하여 취소될 때까지는 유효한 혼인으로 다루어진다.²³⁾ 취소판결이 확정되면 해당 혼인은 장래에 향해서만 해소되며 소급효가 인정되지 않는다(민법 제824조). 따라서 해당 혼인에서 출생한 자는 혼인 중의 자로 되고, 취소할 수 있는 혼인 중에 부부일방의 사망으로 인하여 상대방인 배우자가 상속인으로서 망인의 재산을 상속받은 이후에 그 혼인이 취소되었더라도 상속관계가 소급하여 무효로 되거나 그 상속재산을 법률상 원인 없이 취득한 것이라고 볼 수 없다.²⁴⁾ 혼인의 무효와 달리 혼인의 취소 시에는 재산분할청구권이 인정되므로 혼인성립 후 상당기간 동안 혼인관계가 지속된 뒤에 혼인이 취소된 경우라면 재산분할청구권의 의미가 크다고 볼 수 있다.²⁵⁾

이처럼 혼인무효와 혼인취소는 그 법적 효과 면에서 차이가 명확하다. 특히 혼인은 많은 재산관계의 기초가 되는 것이므로, 혼인의 무효에 절대적인 효과를 부여하는 것은 혼인 당사자 사이에서는 물론 제3자에 대한 권리관계의 안전을 해칠 수 있다.²⁶⁾ 또한 무효혼의 출생자는 혼인외의 출생자가 되어 사회적으로 여러 면에서 불이익을 받게 된다.²⁷⁾ 이러한 상황이 부당하다는 전제 아래, 입법론으로 혼인외의 출생자를 보호하기 위하여 혼인무효의 경우에도 혼인취소의 경우처럼 그 효과를 이혼에 준하도록 하는 것이 타당하다는 견해가 주장되기도 한다.²⁸⁾

20) 김형배·김규완·김명숙, 민법학강의 제15판, 신조사, 2016, 1821면.

21) 사법연수원, 가사재판연구, 2017, 81면.

22) 민법 제825조에 의한 민법 제806조의 준용에 따른 효과이다.

23) 대법원 1991. 12. 10. 선고 91므344 판결. 대법원은 중혼의 경우에 혼인의 효력이 문제된 사안에서, 혼인이 일단 성립된 경우라면 그 혼인이 실령 위법한 중혼에 해당하더라도 당연히 무효가 되지는 않고 법원의 판결에 따라 취소되는 때에 비로소 그 효력이 소멸되는 것이므로 해당 혼인을 취소한다는 확정판결이 없는 한 법률상의 부부라 할 것이어서 재판상 이혼의 청구가 가능하다고 판시하였다.

24) 대법원 1996. 12. 23. 선고 95다48308 판결.

25) 조은희, 친족상속법, 정독출판사, 2023, 79면.

26) 김주수·김상용, 앞의 책, 121면.

27) 한봉희·백승흠, 가족법, 삼영사, 2013, 106면.

요컨대 민법 제809조 제1항에 따라 8촌 이내의 혈족 간의 혼인은 금지되어 있고, 이에 위반할 경우 민법 제815조 제2호에 의하여 무효인 혼인이 된다. 무효혼의 경우에는 신분상으로는나 재산상으로는나 당사자들 간에는 물론 그 자녀나 제3자에게 미치는 효과가 크기 때문에 금혼의 범위나 무효혼의 범위를 결정하는 것은 신중해야 할 필요가 있다.

2. 자연혈족 간 금혼에 관한 외국의 입법례²⁹⁾

독일의 경우 직계혈족 사이 및 부모가 같거나, 부 또는 모가 같은 형제자매 사이에서는 혼인을 허용하지 않는다(독일 민법 제1307조 1문). 이러한 제한은 입양에 의해 혈족관계가 소멸한 경우에도 마찬가지로이다(독일 민법 제1307조 2문). 그리고 독일 민법 제1307조의 혈족관계가 입양에 의해 발생한 사람들 간에도 혼인하지 않아야 하나, 입양관계가 해소된 경우에는 혼인이 가능하다(독일 민법 제1308조 제1항). 또한 장래의 혼인당사자들이 입양으로 인하여 방계혈족관계가 발생하였다면, 가정법원은 혼인의 성립을 방해하는 중대한 사유가 없는 한, 동조 제1항의 적용을 면제할 수 있다(독일 민법 제1308조 제2항). 따라서 독일의 경우 직계혈족 및 형제자매 사이의 혼인만 금지할 뿐 3촌 이상인 방계혈족 사이의 혼인은 허용된다.³⁰⁾

프랑스는 모든 직계존속 및 직계비속, 형제자매, 숙부와 조카 사이, 숙모와 조카 사이의 혼인을 금지한다(프랑스 민법 제161조 내지 제163조). 다만 프랑스 공화국의 대통령은 중대한 사유가 있는 경우에 숙부와 조카 사이 또는 숙모와 조카 사이의 혼인 금지를 해제할 수 있다(프랑스 민법 제164조). 즉 프랑

28) 한봉희·백승흠, 위의 책, 106면; 김주수·김상용, 앞의 책, 121면.

29) 자연혈족 간 금혼에 관한 외국의 입법례를 소개한 선행연구 문헌으로는 윤진수, “민법상 금혼규정의 헌법적 고찰”, 『저스티스』 통권 제170-2호, 한국법학원, 2019; 조은희, “혼인무효·취소에 대한 검토와 독일 민법이 주는 시사점”, 『국제법무』 제9집 제2호, 제주대학교 법과정제연구원, 2017; 현소혜, “현행 민법상 근친혼 제도의 위헌성 - 8촌 이내 혈족 간의 혼인 금지 규정을 중심으로 -”, 『가족법연구』 제34권 3호, 한국가족법학회, 2020; 이준복, “민법상 근친간 금혼 규정에 대한 헌법적 고찰 - 최근 헌법재판소 결정(헌재 2022. 10. 27. 2018헌바115)에 대한 비판적 검토-”, 『유럽헌법연구』 제41호, 유럽헌법학회, 2023. 이하 외국의 입법례에 대한 내용은 위 각 문헌과 해당 국가의 민법 조항을 위주로 정리하였다.

30) 독일 외에 오스트리아와 스위스도 직계혈족 및 형제자매 간의 혼인만 금지할 뿐, 3촌 이상의 방계혈족 간의 혼인은 자유롭게 허용하고 있으나, 다만 입양 관계에 있어서는 3국의 법령이 차이가 있고 범위반의 효과에 대해서도 차이가 있다. 이에 관하여는 현소혜, 위의 논문, 129면.

스 민법에 의하면, 원칙적으로 3촌 이내 방계혈족 사이의 혼인을 금지하고 있고, 일정한 경우 혼인 금지의 해제가 이루어질 수 있지만 직계혈족 간의 혼인은 혼인 금지의 해제가 불가능한 절대적인 혼인 장애사유이다.³¹⁾³²⁾

일본의 경우 직계혈족이나 3촌 이내인 방계혈족 간에는 혼인을 할 수 없으나(일본 민법 제734조 제1항 본문), 입양으로 성립된 방계혈족 사이에는 혼인이 가능하다(일본 민법 제734조 제1항 단서). 하지만 입양으로 성립된 직계혈족 사이에도 혼인은 금지되고 입양이 종료된 후에도 마찬가지로 금지된다(일본 민법 제734조 제2항). 이에 위반한 혼인의 경우에는 혼인취소사유에 해당된다(일본 민법 제744조). 요컨대, 일본의 경우 4촌 이상의 방계혈족 사이의 혼인은 특별한 제한 없이 허용된다.

중국의 경우에도 직계혈족 또는 3대 이내의 방계혈족 간에는 혼인이 금지된다(중화인민공화국 민법전 제1048조). 다만, 중국의 경우, 촌수를 따질 때 세대계산법에 따라 본인 및 방계혈족의 공통된 조상에 달하기까지 세대 수를 비교하여 많은 쪽으로 계산한다. 즉, 형제자매의 경우에는 부모와의 사이가 2세대로 동일하므로 2세대인 방계혈족이고, 조카의 경우에는 부모와 본인은 2세대이나 부모와 조카가 3세대이므로 결국 본인과 3대인 방계혈족이 되므로 우리나라의 촌수계산법으로는 4촌이 된다.³³⁾

대만의 경우에는 중국보다 친족과의 혼인을 금지하는 범위가 넓다. 즉, 직계혈족과 6촌 이내의 방계혈족 간의 혼인은 금지된다(대만 민법전 제983조 제1항 제1호, 제2호). 그리고 직계혈족 간 혼인에 대한 제한은 혼인에 의한 관계가 해소된 후에도 계속 적용된다(대만 민법전 제 983조 제1항 제3호).

북한의 경우에는 우리와 마찬가지로 8촌까지의 혈족 사이의 혼인을 금지하고 있다(조선민주주의인민공화국 가족법 제10조). 이에 위반된 혼인의 경우 그 효력을 무효로 규정하고 있으나(조선민주주의인민공화국 가족법 제13조 1문), 그 무효인정은 재판소가 한다(조선민주주의인민공화국 가족법 제13조 2문). 또한 무효로 인정된 결혼은 처음부터 이루어지지 않은 것으로 하면서도(조선민주주의인민공화국 가족법 제14조 본문), 자녀양육문제는 이혼 규정에 따르도록 규정하고 있다(조선민주주의인민공화국 가족법 제14조 단서).

31) 이준복, 앞의 논문, 487면.

32) 3촌 이내의 방계혈족 사이의 혼인을 금지하는 국가는 프랑스 외에도 영국 혼인법과 미국 모범 혼인 및 이혼법(Uniform Marriage and Divorce Act)가 직계혈족, 형제자매 및 숙질 사이의 혼인을 금지하고 있다. 이에 관하여는 현소혜, 앞의 논문, 130면. 다만, 미국의 모범 혼인 및 이혼법은 각 주가 반드시 따라야 할 강제성이 있는 것은 아니다.

33) 윤진수, 앞의 논문(주 29), 265면; 현소혜, 앞의 논문, 133면.

3. 소결

현행 민법상 근친혼 금지 규정과 외국의 입법례를 통해 자연혈족 산의 금혼과 관련하여 공통된 사항을 확인할 수 있다. 직계비속이나 직계존속과의 혼인은 엄격히 금지되고, 형제자매 간의 혼인도 마찬가지로는 점이다. 부모와 자녀 사이, 형제자매 사이의 근친혼이 여러 문화권에서 보편적으로 금지되는 이유에 관해서는 다양한 주장이 제기된다.³⁴⁾ 각 문화권에서 근친상간이 금지되는 논거의 타당성은 별론으로 하더라도, 적어도 우리 사회 위와 같은 금지를 납득할 수 있는 이유는 자연혈족 중 직계존속과 직계비속이 갖는 책임과 의무, 윤리에서 찾을 수 있다.³⁵⁾ 그리고 이러한 책임과 윤리는 형제자매 간에도 존재한다고 볼 것이다.

만약 부모와 자녀 사이, 형제자매 사이에 혼인이 금지되지 않는다면, 가족 내에서 부모에 대해서나 자녀에 대해서 혹은 형제자매에 대해서 성적 긴장이 형성되고 갈등이 발생할 것이므로 위와 같은 역할의 분담을 기대하기가 어려울 뿐 아니라 가족의 개념은 붕괴될 여지가 크다.³⁶⁾ 즉 사회와 국가를 구성하는 기본단위가 되는 가족의 개념을 유지하고 보장하기 위해서라도 직계혈족이나 형제자매 사이의 혼인은 엄격히 금지되어야 할 필요가 있다.

외국의 입법례를 통해 또 한 가지 확인할 수 있는 사항은 다른 나라의 경우 대부분 우리나라보다 금지되는 자연혈족 간 혼인의 범위가 좁다는 점이다.³⁷⁾ 독일과 프랑스와 영국, 일본 등은 3촌 이내의 방계혈족 간 혼인을 금지하고 있고, 중국과 미국 일부 주들은 4촌 이내 방계혈족 간 혼인을 금지하고 있으며, 대만은 6촌 이내 방계혈족 간 혼인을 금지하고 있다. 8촌 이내의 방계혈족 사이의 혼인을 금지하는 국가는 북한 정도인 것으로 보인다.³⁸⁾

34) 직계존비속 사이, 형제자매 사이의 근친상간 금지의 이유를 어릴 때부터 같이 자란 사람에 대해서 성적 매력을 느끼지 못하기 때문이라고 설명하거나, 프로이트의 심리학에 따르면, 유전적 질병의 우려 때문으로 해석하는 등 다양한 주장이 제기된다. 이에 관하여는 윤진수 편집대표, *주해친족법 제1권*, 박영사, 2015, 120면.

35) 헌법재판소 역시 대상결정에서 “혼인과 혈연에 의하여 형성되는 친족의 경우... 직계존속은 직계비속에 대하여 경제적 측면에서는 물론 정신적·육체적 측면에서 올바른 사회구성원으로 성장할 수 있도록 양육하며 보호하고... 비속은 직계존속에 대하여 가족으로서의 책임 분담과 존경과 보은의 기본적 의무를 부담... 이는 친족 내지 가족에 있어서의 자연적·보편적 윤리”라고 판시하였다.

36) 현소해, 앞의 논문, 136면.

37) 신영호·김상훈, *가족법강의 제3판*, 세창출판사, 2018, 82면.

38) 북한을 대한민국과 별개의 국가로 보아야 하는지는 의문이나, 각자 독립된 가족법 체계를 갖추어 시행하고 있으므로 적어도 이 글의 논의에 한하여서는 별개 국가로 취급하기로

그런데 외국의 입법례가 현행 민법상 자연혈족 간 금혼규정과 다르다는 사실이 곧 현행 민법 규정이 부당하다는 것을 증명한다고 볼 수는 없다. 각 문화마다 가족의 개념을 인식하는 범위에 차이가 있을 수 있고, 이러한 인식의 차이는 자연혈족 간 혼인 금지에도 영향을 미치게 될 것이기 때문이다. 예컨대, 독일의 경우 자연혈족인 직계비속과 성교한 사람은 3년 이하의 자유형이나 벌금형에 처하도록 하고(독일 형법 제173조 제1항), 자연혈족인 직계존속과 성교한 사람은 2년 이하의 자유형이나 벌금형에 처하며, 자연혈족인 형제자매가 상간한 때에도 동일하게 처벌한다고 규정하여(독일 형법 제174조 제2항) 근친상간을 형법상의 범죄로 다루고 있다.³⁹⁾ 반면에 우리나라의 경우 자연혈족 간 금혼의 범위가 독일의 그것보다 넓지만, 직계혈족이나 형제자매 간의 상간을 형사처벌의 대상으로 삼고 있지는 않다.

또한 여러 국가가 4촌 이상의 자연혈족 간 혼인을 허용하고 있는 사실은 확인하였지만, 이러한 혼인이 유전적 질병 발생 가능성을 높인다는 점은 별도로 고려해야 한다. 일본의 경우, 선천성 농아가 출생할 가능성이 타인과의 결혼보다 4촌과의 결혼에서 7.8배 더 높게 나타났으며, 웨닐게톤 요증은 8.5배, 색소성 건피증은 10.5배, 전신 백피증은 13.5배, 소두증은 18.3배가 더 높게 나타나는 것으로 확인되었다.⁴⁰⁾ 이러한 점을 고려할 때 우생학적인 측면에서 보더라도 근친관계인 자연혈족과의 혼인은 바람직하지 않다는 점을 알 수 있다.

따라서 단순히 외국의 입법례와 현행 민법 규정이 규정하는 자연혈족의 금혼 범위가 다르다는 이유만으로 이 사건 근친혼 금지 조항이 위헌이라는 취지의 주장은 타당하다고 보기 어렵다. 즉, 이 사건 근친혼 금지 조항이 위헌인지 여부는 위에서 살핀 유전학적, 우생학적 이유와 사회 일반의 법 인식, 개인의 기본권 침해 정도, 우리 사회의 전통 등 다양한 요소를 고려하여 판단되어야 할 것이다. 그리고 이는 곧 이번 헌법재판소 결정의 타당성 검토와 직결되는 문제이다.

한다.

39) 그리고 독일 연방헌법재판소는 형법상 근친상간 규정은 합헌이라는 판결을 내렸다. 해당 사건에서 독일 연방헌법재판소는 친남매 사이의 상간은 타인과 사회적 이익이 침해되어 사생활의 핵심영역에 속하지 않고, 그 사이에 아이가 태어나면 아이도 피해를 입기 때문에 처벌조항은 합헌이라고 판단하였다. 이에 관하여는 안수길, “독일 연방헌법재판소의 ‘근친상간죄 판결’ 비평 -‘성풍속에 관한 죄’의 문제점-”, 『법학논총』 34권 1호, 한양대4학교 법학연구소, 2017, 109면.

40) 최행식, “同姓同本不婚 및 近親婚禁止를 둘러싼 문제”, 『법학연구』 제14집, 원광대학교 법학연구소, 1997, 136면.

Ⅲ. 헌법재판소 결정의 타당성 검토

1. 문제의 소재

대상결정의 심판대상은 8촌 이내 혈족 간의 혼인을 금지하고 있는 민법 제809조 제1항과 이에 위반된 혼인의 효력을 무효로 규정하고 있는 민법 제815조 제2호이다. 이 두 조항이 위헌에 해당하는지는 헌법 제37조 제2항에 따라 우리 헌법재판소가 확고히 확립하고 있는 과잉금지원칙 내지 비례의 원칙에 따라 판단하여야 할 것이다. 그리고 금혼조항인 민법 제809조 제1항이 위헌인지 여부에 따라 동조 위반의 효과를 규정한 민법 제815조 제2호가 영향을 받을 여지가 있지만, 다른 한편으로는 법 위반의 효과는 정책적 판단에 따라 달리 규정할 입법재량의 여지가 있으므로 반드시 금혼조항의 위헌 여부와 궤를 같이하여야 하는 것은 아니다. 헌법재판소 역시 위 두 조항의 위헌성을 각각 별도로 심사하였다.

2. 민법 제809조 제1항에 관한 판단의 타당성 검토

헌법재판소는 민법 제809조 제1항이 헌법 제36조 제1항에 근거한 ‘혼인과 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유(혼인의 자유)’를 제한하는 조항이라고 보고, 동조가 헌법 제37조 제2항이 정한 기본권 제한의 한계 원리 내에 있는 것인지를 심사하였다.⁴¹⁾ 다수의견은 동조가 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위배되지 아니하여 혼인의 자유를 침해하지 않는다고 판단한 반면,⁴²⁾ 반대의견은 8촌 이내의 혈족을 근친으로 보는 것을 통념이라고 보기 어렵다는 점과 혼인당사자들이 근친에 해당하는지를 확인할 수단이 마땅치 않

41) 헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장하여야 한다”고 규정하고 있다. 헌법재판소는 이 조항이 혼인과 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유를 기본권으로 보장하고, 혼인 및 가족제도를 보장하는 조문으로 본다. 헌법재판소 2002. 8. 29. 자 2001헌바82 결정.

42) 성낙인, 헌법학 제23판, 법문사, 2023, 1068면. 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수는 없다”고 규정하는 바, 여기서 기본권을 제한할 때 그 제한이 목적과 균형을 유지하여야 한다는 의미에서의 “필요한 경우”를 기본권제한에 있어서 비례의 원칙이라 일컫고, 헌법재판소는 이를 과잉금지의 원칙으로 표현하면서 위헌심사에 있어서 확고한 판단원칙으로 인정하고 있다.

은 점 및 외국의 입법례 등을 고려하였을 때 위헌이라고 보았다.

기본권 제한이 정당화되려면 입법의 목적이 정당하여야 하고(목적의 정당성), 기본권을 제한하는 조치가 해당 목적을 달성하기 위하여 효과적이며(적합성의 원칙), 적합성의 요청을 충족하는 경우에도 기본권의 제한이 최소한에 그쳐야 하고(최소침해의 원칙), 그 조치에 의하여 침해되는 기본권과 이를 통해 추구되는 공익 사이에 비례관계가 있어야 한다(법익균형의 원칙).⁴³⁾ 따라서 민법 제809조 제1항의 입법목적의 정당성부터 차례대로 살펴야 한다.

1) 목적의 정당성

헌법재판소는 민법 제809조 제1항의 입법 목적을 근친혼으로 인해 가까운 혈족 간 상호관계와 역할, 지위와 관련하여 생길 수 있는 혼란을 막고 가족제도의 기능을 위한 것으로 보았다. 하지만 가족제도의 보호라는 목적 외에도 친족 간의 혼인은 유전 질병의 발생 가능성을 높이기 때문에 이러한 위험성을 최소화하기 위한 목적도 있다. 이에 더하여 전통적으로 친족 사이의 혼인에 대한 윤리적, 도덕적 비난가능성이 크다는 점을 고려하였을 때, 전통문화의 준수도 동조의 입법목적의 하나로 파악할 수 있을 것이다.⁴⁴⁾

먼저 헌법재판소가 중점을 둔 가족제도의 기능보호는 헌법 제36조 제1항에 따른 국가의 의무이기도 하다.⁴⁵⁾ 자연혈족 간의 근친혼은 미성년 시기부터 오랜 기간 공동의 생활과 교류가 이뤄지는 과정에서 연령이나 항렬 등 가까운 자연혈족 내의 서열이나 영향력의 작용 등을 통하여 개인의 진실하고 자유로운 혼인 의사 형성이나 합치에 어려움을 가져올 수 있고, 근친혼의 가능성은 이러한 가까운 혈족 간에 성적인 긴장감이나 갈등 혹은 착취를 야기할 수도 있다.

또한 근친혼이 이루어지면 기존에 형성되어 지속되어 온 가까운 혈족 간의 신분관계를 변경하게끔 하므로 혈족 구성원의 지위와 역할에 큰 혼동을 불러

43) 전광석, 한국헌법론 제17판, 집현재, 2023, 274면; 헌법재판소 1992. 12. 24. 자 92헌가8 결정.

44) 윤진수, “민법 제815조 제2호에 대한 헌법불합치결정”, 2022. 11. 9.자 「법학연구」, 법률신문사, 2022, 3면에서는 근친혼 금지 이유 중 하나로 “친족 사이의 혼인 금지는 그에 대한 본능적인 도덕적 거부에 기인한다”는 점을 들었는데, 이러한 도덕적 거부감 역시 역사적, 문화적 전통으로부터 비롯된 것이라는 점에서 유사한 취지로 이해된다.

45) 헌법재판소 2000. 4. 27. 자 98헌가16 결정은 “헌법 제36조 제1항은 소극적으로는 국가권력의 부당한 침해에 대한 개인의 주관적 방어권으로서 국가권력이 혼인과 가정이란 사적인 영역을 침해하는 것을 금지하면서, 적극적으로는 혼인과 가정을 제3자 등으로부터 보호해야 할 뿐만 아니라 개인의 존엄과 양성의 평등을 바탕으로 성립되고 유지되는 혼인·가족제도를 실현해야 할 국가의 과제를 부여하고 있다”고 판시하였다.

일으킬 수 있다. 나아가 보편적으로 금기시되는 근친상간은 근친상간의 당사자나 그들로부터 출생한 자녀가 가까운 혈족에게 통상적으로 기대되는 애정과 신뢰에 기초한 사적 유대나 협력관계를 갖기 어렵도록 만들어 가까운 혈족의 해체까지 초래할 수 있다. 그 결과로 사회에서 1차적으로 가까운 혈족이 부담하는 구성원에 대한 부양과 보호에서 배제되는 구성원이 발생할 소지가 있다.

예를 들어 보호가 필요한 미성년자인 근친혼의 당사자에 대한 보호가 중지되거나, 근친혼 당사자가 부모에 대한 부양을 거부하는 경우 등과 같이 가족제도에 대한 일반적인 기대가 충족되지 못하는 상황이 발생할 수 있다.⁴⁶⁾ 이러한 점에 비추어 보면 민법 제809조 제1항은 근친혼에 따른 가까운 혈족 간의 상호관계와 역할, 지위 등과 관련하여 발생 가능한 혼란을 방지하고 가족제도의 기능을 유지하는 조치로서 그 입법목적이 정당하다고 볼 수 있다.

한편 유전적 질병의 발현 위험을 낮추는 것 역시 민법 제809조 제1항의 입법목적의 정당성을 부여하는 이유가 될 수 있다. 근친혼의 경우 특히 직계존속이나 직계비속 또는 형제자매 간의 근친상간은 유전적 질병의 발현 가능성을 크게 높인다.⁴⁷⁾ 일본의 경우 선천성 농아의 30%, 웨닐케론 요증의 35%, 색소성 건피증의 40%, 소구병의 44%, 전신 백피증의 46%, 전색맹의 53%, 소두증의 54%의 비율에 해당하는 환자들이 4촌 이내의 혈족 사이에 혼인한 양친을 두고 있는 것으로 나타났다.⁴⁸⁾ 즉 근친 사이의 혼인을 하면 열성유전자를 공유할 가능성이 커져 유전질환이 발현될 위험이 커질 우려가 있으므로 유전질환이 있는 자녀의 출산을 최소화하기 위하여 근친혼을 금지하는 것이다.⁴⁹⁾ 그러므로 이러한 근친 간의 혼인을 금지하는 것은 합리적 이유가 있으므로⁵⁰⁾ 그

46) 헌법재판소 2022. 10. 27. 자 2018헌바115 결정.

47) 중세 유럽에서 결혼을 통해 동맹을 다지며 가문과 제국을 번성시킨 합스부르크 가문은 권력을 유지하기 위해 수 세기 동안 3촌과 4촌 등 가족 내에서 혼인을 반복하였다. 그 결과 유명한 ‘합스부르크 가문의 주걱턱’ 외에도 대를 거듭할수록 후손들은 다양한 유전질환을 앓았고, 스페인 합스부르크 왕가의 마지막 국왕 카를로스 2세는 심각한 유전질환과 불임으로 후손을 남기지 못해 가문의 대가 끊어졌다.

48) 최행식, 앞의 논문, 135면. 이 논문에서는 이 같은 일본의 통계수치를 제시하면서 선천적 농아자 중 다수가 타인과의 혼인관계에서 태어났고 30% 정도만이 4촌 간의 혼인으로 태어났으므로, 근친혼만이 아니라 타인과의 혼인도 유전질환의 위험성이 도사리고 있다는 점을 지적한다. 하지만 일본 내에서 4촌 간의 혼인 비율이 6% 정도이고 94%가 타인 간의 혼인인데, 선천적 농아자의 30%가 4촌 간의 혼인으로 태어난 아기들이라면 4촌 간의 근친혼이 타인 간의 혼인에 비해 유전적 질환의 발현 가능성이 훨씬 더 높아지게 되는 것을 확인할 수 있으므로 유전질환 발현의 위험성은 근친혼이 타인 간 혼인의 그것보다 훨씬 더 크다고 볼 것이다.

49) 현소혜, 앞의 논문, 151면.

50) 윤진수, 앞의 논문(주29), 266면.

입법목적의 정당성이 인정된다고 볼 것이다.

이에 대하여 유전질환의 방지와 같은 우생학적인 이유는 민법 제809조 제1항의 정당한 입법목적으로 볼 수 없다는 반론이 있다. 그 논거로 근친혼과 유전질환의 발현은 인과관계가 불명확하다는 점과 근친 간의 혼인으로 출생한 자녀가 유전질환을 갖는 것은 근친혼 당사자가 각오하고 부담해야 하는 위험이므로 국가가 개입할 문제가 아니라는 점을 내세운다.⁵¹⁾

하지만 열성유전자가 자연혈족에게 이어질 확률을 따져보면, 근친혼과 유전질환의 발현 사이에 인과관계가 불명확하다는 주장이 타당하지 않은 것을 알 수 있다. 형제자매가 유전자를 나누어 가질 확률은 1/2이고, 그 자녀인 4촌 남매가 유전자를 나누어 가질 확률은 1/16이다. 나아가 6촌 사이에서 유전자를 공유할 확률은 1/64이고, 8촌 간에 유전자를 공유할 확률은 1/256이다. 이를 두고 촌수가 멀어질수록 유전질환의 발현 위험성이 낮아진다고 평가하는 견해도 있지만,⁵²⁾ 이러한 확률을 낮다고 보기는 어렵다. 예를 들어, 대표적 유전질환인 혈우병의 경우, 평균적으로 출생 남아 4,000 ~ 1만 명당 1명꼴로 발생하는 점을 고려하였을 때,⁵³⁾ 8촌 간에 열성유전자를 공유할 확률인 1/256을 두고 유전질환의 발현 위험성이 결코 적다고 평가하기는 어렵기 때문이다.

그리고 근친혼으로 인하여 출생한 자녀가 특정 유전질환이나 건강상의 문제가 발생하더라도 이것은 부모인 근친혼 당사자가 각오하고 감당해야 할 위험이고 국가가 개입해서는 안 될 문제라는 주장 역시 부당하다. 유전질환은 근친혼당사자의 자녀에게서 발현되므로 자녀가 가장 큰 피해자가 된다고 볼 수 있는데, 위와 같은 주장은 근친혼으로부터 출생한 자녀의 건강과 복리를 전혀 고려하지 않고 있기 때문이다. 국가는 인간의 존엄성과 기본적 인권을 확인하고 보장할 의무를 부담하고 있고(헌법 제10조), 혼인과 가족생활 역시 개인의 존엄을 기초로 성립되고 유지되어야 한다(헌법 제36조 제1항). 따라서 유전질환의 발생 위험을 낮추기 위한 목적으로 일정 범위 내 자연혈족 간의 근친혼을 막는 조치는 그 목적의 정당성이 충분히 인정된다고 판단된다.

또한 근친혼에 대한 도덕적 거부감이나 저항감은 종교적, 역사적, 문화적 배경에서부터 비롯된 것으로 볼 수 있을 것이다. 그런데 우리나라의 경우 무종교인이 절반에 달하고, 종교를 가지고 있는 나머지 절반의 인구도 개신교와 불교 및 천주교 등으로 나뉘어 있으므로,⁵⁴⁾ 근친혼에 대한 거부감이 단지 종교

51) 현소혜, 앞의 논문, 153면.

52) 최행식, 앞의 논문, 135면.

53) <https://www.amc.seoul.kr/asan/healthinfo/disease/diseaseDetail.do?contentId=32367>

적 이유 때문만은 아닌 것으로 볼 수 있다. 역사적으로 고려시대에는 비교적 근친혼에 대한 규제가 완화되어 있었던 반면, 조선시대부터 근친혼을 넘어 동성동본금혼이 확립되었던 점에 비추어 보면, 우리나라의 경우 근친혼에 대한 저항감은 유학을 국시로 하는 조선시대 이래의 역사적 전통에서부터 본격화된 것으로 이해할 수 있다. 그리고 국가는 전통문화와 민족문화를 계승하고 발전시킬 의무가 있다는 점에서(헌법 제9조), 전통의 보호 역시 근친혼을 금지하는 민법 제809조 제1항 입법목적의 정당성을 부여할 수 있는 하나의 근거가 될 수 있다고 생각한다.

이에 대해서는 특정 법 제도가 전통에 의해 뒷받침된다는 것만으로 그 제도를 합헌이라고 본다면, 이는 사람을 위해 법이 존재하는 것이 아닌 법을 위해 사람이 존재하는 것이 되어 부당하다는 반론이 있다.⁵⁵⁾ 어떠한 법 제도가 합헌이라고 하는 근거로 ‘전통’을 내세우는 것은 다른 근거로는 그 제도의 합헌성을 증명하기 어렵기 때문일 터인데, 전통이라는 점 자체만으로 기본권 침해로 정당화하는 사유가 될 수는 없다고 보는 견해 역시 같은 취지인 것으로 이해된다.⁵⁶⁾

하지만 현행 민법이 일정 범위 내 자연혈족 간의 혼인을 금지하는 것은 단지 ‘전통’이라는 점 하나만을 근거로 취해진 조치가 아니라, 근친혼으로 인한 유전질환의 발현 가능성을 낮추는 우생학적인 이유와 근친혼으로 인한 가족구성원의 역할과 책임이 혼란스럽게 되어 가족제도가 무너지는 것을 막기 위하여 취해진 조치이다. 오히려 대상결정이 강조하고 있는 가족제도의 기능 보호나 우생학적 이유가 근친혼 금지의 주된 이유이고, 전통문화의 계승이나 전통의 보호는 부수적인 이유로 파악하는 것이 더 합리적이다. 이러한 관점에서 본다면, (유교적, 종교적 이유 등으로 인하여) 근친혼 금지에 대한 거부감이나 저항감을 가지고 있는 우리의 ‘전통’ 내지 ‘전통문화’도 민법 제809조 제1항의 입법 목적을 정당화하는 하나의 근거로 작용할 수 있다고 판단된다.

(2) 수단의 적합성

기본권을 제한하는 조치가 목적을 달성하기 위하여 적합해야 한다. 그리고

54) <https://hrcopinon.co.kr/archives/28464>

55) 윤진수, “傳統的 家族制度와 憲法 -최근의 憲法 裁判所 判例를 중심으로-”, 「서울대학교 법학」 제47권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2006, 174면.

56) 정구태, “제사주제자의 결정방법에 관한 小考 -‘전통’의 관점에서 본 2008. 11. 20. 선고 2007다27670 전원합의체 판결의 비판적 검토- 「경희법학」 제45권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2010, 72면.

이때 적합성의 요청은 일반적으로 엄격하지는 않고 입법재량이 인정되므로 수단의 적합성은 해당 조치가 목적달성에 어느 정도 기여하는 것으로 충분할 뿐 아니라, 그 조치가 목적달성을 위한 유일한 수단일 필요도 없다.⁵⁷⁾ 헌법재판소 역시 “선택하는 수단은 목적을 달성함에 있어서 합리적인 판단에 입각하여 추구하고자 하는 사안의 목적을 달성함에 있어서 필요하고 효과적이어야 한다”고 판시하고 있다.⁵⁸⁾ 민법 제809조 제1항은 일정 범위 내의 자연혈족 간의 혼인을 금지하고 있고, 이는 동조의 입법목적 달성을 위해 필요하고 효과적인 방법이므로 수단의 적합성이 인정된다.

(3) 침해의 최소성⁵⁹⁾

적합한 수단이 여러 가지가 있는 경우에는 기본권을 제한하지 않거나 혹은 기본권을 가장 덜 제한하면서 목적을 달성할 수 있는 수단을 선택해야 한다. 기본권을 제한하지 않으면서 혹은 기본권을 가장 덜 제한하면서 목적을 달성할 수 있는 수단이 있음에도 불구하고 기본권을 제한하거나 또는 더 제한하는 수단을 선택하는 것은 침해의 최소성 원칙에 반한다.⁶⁰⁾ 다만 가장 합리적이며 효율적인 수단의 선택이 아니라고 하더라도 적어도 현저하게 불합리하고 불공정한 수단의 선택이 아니라면 침해의 최소성 원칙에 어긋나는 것은 아니다.⁶¹⁾

대상결정의 반대의견은 현대사회에서 8촌 이내의 혈족을 근친으로 여기는 관념이 변화되어 더 이상의 통념으로 보기 어렵다는 점, 실제 8촌 이내의 방계 혈족을 확인하기 위한 방법도 매우 번거롭다는 점, 외국의 입법례에 비해서도 현행 민법의 금혼범위가 너무 넓다는 점, 유전학적으로 8촌 이내인 혈족 간 혼인이 그 자녀나 후손에게 일률적으로 유전적으로 유해한지에 관한 과학적 증명이 있다고 보기 어려운 점을 근거로 민법 제809조 제1항이 침해의 최소성에 반한다고 주장한다.

그러나 8촌 이내의 혈족을 근친으로 여기는 것을 더 이상 우리 사회의 통념으로 보기 어렵다는 주장은 동의하기 어렵다. 현대사회에서 도시화와 핵가족화 등의 요인으로 전통적인 가족의 개념이 열린 건 부인할 수 없는 사실이다. 그러나 17세기 조선시대 중후반에 본격적으로 집성촌이 형성되기 시작한 이후부터

57) 전광석, 앞의 책, 275면.

58) 헌법재판소 1989. 12. 22. 자 88헌가13 결정.

59) 피해의 최소성 내지 최소침해의 원칙이라고도 한다.

60) 전광석, 앞의 책, 275면.

61) 헌법재판소 1996. 12. 26. 자 96헌가15 결정; 헌법재판소 2004. 12. 16. 자 2002헌마478 결정.

20세기(1930년 기준)에 이르러서는 전국적으로 15,000개의 집성촌이 형성되었고,⁶²⁾ 현재까지도 지방과 농촌 지역에 여러 집성촌이 그 명맥을 유지하고 있다.

비록 도시화와 핵가족화 등으로 인하여 더 이상 범위를 넘는 친족까지 한 마을에 모여 살던 시기는 이미 지났다고 할지라도, 8촌 이내의 혈족을 근친이라고 여기는 것을 더 이상 통념이 아니라고 보는 것은 신중해야 할 필요가 있다. 호주제도가 폐지된 이후 서로 혈족에 해당하는지와 그 촌수를 확인하는 것이 매우 번거로워졌다고 하더라도 실제로 8촌 이내의 혈족이라는 사실을 확인하게 될 경우, 우리 문화의 특성상 당사자들은 서로를 가까운 혈족으로 여길 가능성을 배제할 근거가 없기 때문이다.

한편 대상결정의 반대의견은 친족인지를 확인하는 방법이 마땅치 않다는 것을 침해의 최소성에 반한다고 주장하고 있으나, 이 역시 동의하기 어렵다. 호주제를 규정한 구 호적법이 폐지된 이후 현행법 아래에서는 옛 호적등초본의 기능을 가족관계증명서, 기본증명서, 혼인관계증명서, 입양관계증명서, 친양자 입양관계증명서로 나누어 운영하고 있으므로 당사자들이 신분관계를 확인하기가 매우 번거로운 것은 사실이다.⁶³⁾ 하지만 신분관계를 확인하는데 행정상의 번거로움이 있다고 하여 이것이 곧바로 해당 법 제도의 위헌으로 이어지는지는 의문이다. 호적법 폐지 이후 기존의 호적등초본에 기재된 정보는 대부분 전산화되어 제적등본의 형태로 보존되어 있고, 모든 증명서는 전산화되어 관리되고 있으므로 혈족관계를 지금보다 쉽게 확인하도록 하는 개선안의 마련도 불가능하다고 볼 수만은 없기 때문이다.

또한 외국의 입법례에 비하여 우리나라가 혈족의 혼인을 금지하는 범위가 넓다는 주장은 각각의 문화마다 각기 다른 입법배경을 가지고 있으므로 외국의 입법례를 우리나라의 현실에 그대로 적용하기도 어렵고, 그렇게 해야 할 논리필연적인 이유도 없다고 생각한다. 유전학적으로 8촌 이내인 혈족 사이의 혼인이 그 후손에게 유전적으로 유해한지에 관한 과학적 인과관계가 증명되지 않았다는 주장 역시 앞서 살핀 바와 같이 유전질환 발현의 위험성을 결코 낮

62) 박이택, “20세기 연양지역에서의 집성촌의 추이와 인구동학”, 『대동문화연구』 제102집, 성균관대학교 대동문화연구원, 2018, 381면. 1930년 국세조사의 일환으로 진행된 동족부락(집성촌) 조사가 진행되었고, 그 이후에는 전국의 집성촌을 조사한 적은 없다고 한다. 다만, 이 논문과 같이 특정 지역의 집성촌을 조사한 연구는 있으나, 전국적으로 파악한 연구나 조사 결과는 발견하기 어렵다.

63) 혼인당사자가 혼인을 할 때 8촌 이내의 방계혈족에 해당하는지 여부를 확인하기 위해서는 가족관계증명서 등에 그치지 않고, 부계혈족과 모계혈족의 제적등본을 열람하여 대조해야 한다. 특히, 8촌 이내의 혈족인지를 확인하기 위해서는 증조부대까지의 제적등본을 확인해야 할 것이다.

게 보기 어렵다는 점에서 타당하지 않다. 그리고 민법 제809조 제1항의 입법목적 달성을 위해서는 근친혼을 금지하는 것 이외의 다른 수단을 상정하기 어렵다. 결국 대상결정의 반대의견에도 불구하고, 민법 제809조 제1항은 침해의 최소성 요건을 준수하고 있다고 보아야 한다.

(4) 법익의 균형성⁶⁴⁾

입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 하거나,⁶⁵⁾ 최소한 균형관계에 있어야 한다.⁶⁶⁾ 민법 제809조 제1항으로 인하여 법률상 배우자 선택이 제한되는 범위는 친족 중에서도 8촌 이내의 혈족으로 넓다고 보기 어렵다. 그에 비하여 8촌 이내의 혈족 간 혼인을 금지함으로써 가족질서를 보호하고 유지한다는 공익은 매우 중요하다. 따라서 민법 제809조 제1항은 법익의 균형성에 위반되지 않는다.

3. 민법 제815조 제2호에 관한 판단의 타당성 검토

1) 헌법재판소의 헌법불합치 결정의 타당성

헌법재판소는 대상결정에서 민법 제815조 제2호의 위헌성에 관하여 재판관 전원일치 헌법불합치 의견을 냈다. 다만 다수의견(5인)은 민법 제809조 제1항을 합헌으로 보면서도 민법 제815조 제2호를 별도의 심사를 통해 위헌으로 판단한 반면에, 소수의견(4인)은 민법 제809조 제1항이 규정한 금혼범위가 지나치게 넓어 헌법에 불합치한다는 판단 아래 민법 제815조 제2호도 헌법에 불합치한다는 결론에 이르고 있다. 민법 제809조 제1항을 위헌으로 볼 수 없다는 점은 전향에서 살핀 바와 같으므로, 대상결정의 다수의견을 바탕으로 민법 제815조 제2호의 위헌성을 검토한다.

우선 민법 제815조 제2호는 민법 제809조 제1항의 실효성을 보장하기 위한 조항으로서 민법 제809조 제1항과 마찬가지로 가족제도의 기능 보호 등 입법 목적의 정당성을 인정할 수 있다. 또한 민법 제815조 제2호에 의하여 근친혼은 무효가 되어 처음부터 효력이 없는 것이므로 근친혼의 발생을 억제하는데 실질적인 방법이므로 입법목적의 달성을 위해 적합한 수단에 해당한다.

그런데 침해의 최소성과 관련하여, 이미 근친혼에 따라 당사자 간에 부부의

64) 이익형량의 원칙 내지 법익균형의 원칙이라고도 한다.

65) 헌법재판소 1990. 9. 3. 자 89헌가95 결정.

66) 전광석, 앞의 책, 276면.

권리와 의무이행 중이고, 자녀를 출산하였거나 가족 내에 신뢰 및 협력에 관한 기대가 생겼다고 볼 수 있는 사정이 존재함에도 일률적으로 그 효력을 소급하여 상실시키면 이는 가족제도의 기능 유지라는 본래 입법목적에 반하는 결과를 가져올 가능성이 있다. 그리고 현행 가사소송법에 의하면 일방당사자나 법정대리인 또는 4촌 이내의 친족이 언제든지 혼인무효의 소를 제기할 수 있는데(가사소송법 제23조), 이는 당사자나 그 자녀들에게 지나치게 가혹한 결과를 초래할 수 있다.

한편 민법은 혼인취소제도를 두어 혼인취소사유가 있는 경우에는 혼인취소 청구권자가 혼인의 취소를 주장하여 혼인의 취소가 확정되더라도 그 취소의 효력은 기왕에 소급하지 않고, 혼인취소의 상대방이나 자녀의 법적 지위가 이 혼에 준하여 보장된다(민법 제824조 및 제824조의2). 따라서 입법자로서는 근친혼이 가족제도의 기능을 심각하게 훼손하는 경우에 해당하는지 여부가 명백하지 아니한 경우에는 혼인취소제도를 활용하여 민법 제809조 제1항의 실효성을 담보하면서도 가족의 기능을 보호할 수 있다.

그럼에도 민법 제815조 제2호는 근친혼의 구체적인 양상을 살피지 아니한 채 8촌 이내인 혈족 간 혼인을 획일적으로 무효사유로 규정하고, 혼인관계의 형성과 유지를 신뢰한 당사자나 그 자녀의 법적 지위를 보호하기 위한 예외조항을 두고 있지 않으므로, 입법목적 달성에 필요한 범위를 넘은 과도한 제한이어서 최소침해의 원칙을 위배하였다.

한편, 민법 제815조 제2호는 8촌 이내인 혈족 간 혼인을 일률적으로 혼인무효사유로 규정함으로써 상당기간 유지하여 온 부부생활의 실체를 부인하고, 혼인관계의 형성과 유지를 신뢰한 당사자나 자녀의 법적 지위를 보호하지 아니하여 개인의 생존권이나 자녀의 복리에 중대한 영향을 미친다. 또한 당사자 서로 합의하여 혼인의 외형을 유지하고 있다가도 혼인무효 주장만으로 혼인관계가 손쉽게 해소될 수 있다고 한다면, 한 당사자가 다른 당사자로부터 일방적으로 유기를 당하는 등의 이른바 축출이혼으로 악용될 소지도 배제할 수 없다.

결국 민법 제815조 제2호를 통하여 민법 제809조 제1항의 실효성을 확보함으로써 가까운 혈족 간의 상호관계와 역할 및 지위에 관하여 생길 수 있는 혼란을 막고 가족제도의 기능을 보호하되 달성되는 공익은 적지 않지만, 민법 제815조 제2호로 인하여 제한되는 사익의 중대함을 고려하면, 동조는 법익의 균형성을 충족하지 못하는 것으로 볼 수 있다. 그러므로 민법 제815조 제2호는 과잉금지원칙에 위배되어 위헌이다.⁶⁷⁾

2) 입법적 개선안

민법 제815조 제2호는 8촌 이내 혈족 사이의 혼인을 일괄하여 무효로 규정하고 있으므로 헌법 제37조 제2항에 위반하여 혼인의 자유를 침해한다. 동조의 위헌 요소를 제거하여 개정하는 방안에 관하여는 여러 견해가 제시되고 있다. 다만 개정을 주장하는 견해는 민법 제815조 제2호만의 개정을 주장하기보다는 민법 제809조 제1항 근친혼의 범위부터 축소해야 한다고 지적한다. 이는 기존의 개정논의가 민법 제815조 제2호의 위헌성 및 개정의 필요성만을 따로 떼어 논의한 견해가 없었을뿐더러, 민법 제815조 제2호의 위헌여부는 민법 제809조 제1항의 위헌여부에 연동되어 있다고 보았거나 혹은 헌법재판소가 대상결정과 같이 민법 제809조 제1항은 합헌으로 둔 채 민법 제809조 제1항 위반의 효과를 규정한 민법 제815조 제2호만을 위헌으로 판단할 것이라는 점을 예상하지 못한 것에서 비롯된 것으로 보인다.

관련 조항의 개정을 주장하는 견해로는 방계혈족 간의 금혼범위를 4촌 이내로 축소하되 만일 4촌 이내의 방계혈족 간에 혼인이 이루어진 경우에는 2촌까지를 혼인을 무효로 하고 그 밖의 경우에는 혼인의 취소사유로 삼자는 견해,⁶⁷⁾ 민법 제815조 제2호를 삭제하고 민법 제816조 제1호를 개정하여 8촌 이내 혈족 간의 혼인을 장래효를 갖는 취소의 대상으로 두자는 견해,⁶⁸⁾ 혼인무효의 효과를 혼인취소의 효과에 준하도록 하자는 견해⁷⁰⁾ 등이 있다.

생각건대 민법 제809조 제1항의 합헌성을 확인한 이상, 민법 제815조 제2호에서 규정한 혼인무효의 범위만 축소하는 것으로 충분하다. 하지만 민법 제809조 제1항의 근친혼 중 무효혼과 취소사유 있는 혼인의 범위를 어느 지점에서 구분지어야 할지가 명확하지 않다. 이는 일종의 입법정책의 문제로 보아야 하고, 헌법재판소도 이러한 점을 고려하여 입법자에게 입법재량의 여지를 두는 민법 제815조 제2호의 한시적 적용 및 개정을 명하는 헌법불합치 결정을 내린 것으로 판단된다.

민법 제815조 제2호 개정 시 필수적으로 고려되어야 할 점은 혼인당사자 사이에서 출생한 자의 이익일 것이다. 혼인무효가 되면, 그 자녀는 혼인외의 출생자가 되어서 사회적으로 큰 불이익을 받게 될 것이기 때문이다. 따라서 이러한 점을 고려하였을 때, 3촌 이내의 근친 간 혼인의 경우에는 무효사유로 규정

67) 헌법재판소 2022. 10. 27. 자 2018헌바115 결정.

68) 윤진수, 앞의 글(주 44), 3면.

69) 이준복, 앞의 논문, 502면.

70) 한봉희·백승흠, 위의 책, 106면; 김주수·김상용, 앞의 책, 121면; 조은희, 앞의 논문, 270면.

하되 그 밖의 근친 간 혼인은 취소사유 있는 혼인으로 규정하는 것이 타당하다고 생각한다. 우리나라 역사상 직계혈족, 형제자매, 백숙부나 질녀 등 3촌 이내의 근친 간 혼인에 대하여는 언제나 엄격히 금지되어 왔고,⁷¹⁾ 현재에도 위법주 내의 혼인은 엄격히 금지되어야 할 혼인으로 인식하는 것이 사회일반의 통념으로 볼 수 있기 때문이다. 따라서 적어도 3촌 이내의 근친 간 혼인은 그 효력을 무효로 하여 강력하게 억제할 필요가 있다.

다만 4촌 이상의 친족 간 혼인의 경우에는 무효가 아닌 취소사유로 규정할 필요가 있다. 민법 제815조 제2호를 이같이 규정할 경우, 우리 사회에서 줄곧 엄격하게 터부시되어 온 근친상간을 지속적으로 엄격하게 방지하는 동시에, 4촌 이상의 친족 간의 혼인은 취소사유가 있는 혼인이 되어 설령 혼인당사자 사이에 출생한 자녀가 있다고 하더라도 혼인 취소의 효력이 장래를 향해서만 발생하여 그 자녀에게 불이익이 돌아가는 것을 막을 수 있으므로 법적 안정성이나 구체적 타당성을 기할 수 있을 것으로 기대된다.

IV. 결론

헌법재판소는 최근 민법 제809조 제1항은 합헌으로 판단하는 한편, 제815조 제2호는 헌법불합치 결정을 하였다. 대상결정을 검토하기 전에 현행 민법 규정의 내용과 외국의 입법례를 살펴보았고, 우리나라의 경우 외국보다 근친혼 금지범위가 넓다는 점을 확인하였다.

헌법 제809조 제1항의 위헌여부와 관련하여, 이 조항은 가족제도 기능의 유지와 우생학적 이유, 전통의 계승 측면에서 입법목적의 정당성을 인정할 수 있고, 그 목적을 달성하는데 적합한 방법이어서 수단의 적합성도 인정된다. 침해의 최소성 관련하여 대상결정의 반대의견은 8촌 이내의 혈족을 근친으로 여기는 관념이 더 이상 사회의 통념이 아니라는 점, 실제 친족관계를 확인하기가 행정상 힘들다는 점, 외국의 입법례, 유전적 유해성이 증명되지 않았다는 점을 들어 최소침해의 원칙에 반한다고 주장한다. 하지만 8촌 이내의 혈족을 근친으로 여기는 것을 쉽사리 통념이 아니라고 보기 어렵고, 친족관계 확인의 어렵다는 사정이 곧바로 동조의 위헌성을 증명하는 근거로 보기는 어렵다. 또한, 외

71) 근친혼에 대한 규제가 엄격했던 조선시대는 물론이고, 그 규제가 비교적 느슨했던 고려시대에도 4촌 이내의 근친혼을 금지했다.

국의 입법례를 우리나라에 그대로 적용해야 할 논리필연적인 이유가 없고, 근친혼의 경우 유전질환 발생 위험성도 낮지 않다는 점을 고려할 때, 동조는 침해의 최소성과 법익의 균형성도 갖춘 조항으로서 합헌이라고 보아야 한다.

한편, 민법 제815조 제2호는 민법 제809조 제1항과 마찬가지로 입법목적의 정당성과 수단의 적합성을 인정할 수 있으나, 혼인의 무효가 이미 형성된 가족 제도를 소급하여 상실시켜 당사자나 그 자녀에게 지나치게 가혹한 결과를 초래할 수 있다는 점 등을 고려할 때 최소침해의 원칙 및 법익의 균형성 원칙에 반하여 위헌이다. 민법 제815조 제2호의 개정은 입법정책의 문제이나, 3촌 이내의 근친 간 혼인의 경우에는 무효사유로 규정하고, 그 밖의 근친 간 혼인은 취소사유 있는 혼인으로 규정하는 것이 타당하다고 판단된다. 혼인무효의 범위를 이와 같이 규정한다면 민법 제809조 제1항의 실효성을 담보함과 동시에 혼인당사자 사이에 출생한 자녀에게 불이익이 돌아가는 범위도 최소화할 수 있을 것으로 예상되기 때문이다.

[참고문헌]

- 김상용, 가족법연구 II, 법문사, 2006.
- 김용한, 신친족상속법론 신판, 박영사, 2002.
- 김주수·김상용, 친족·상속법 제19판, 법문사, 2023.
- 김형배·김규완·김명숙, 민법학강의 제15판, 신조사, 2016.
- 민유숙 편집대표, 주식 민법 [친족 1] 제6판, 한국사법행정학회, 2020.
- 박동섭·양경승, 친족상속법 제5판, 박영사, 2020.
- 성낙인, 헌법학 제23판, 법문사, 2023.
- 송덕수, 친족상속법 제6판, 박영사, 2022.
- 신영호·김상훈, 가족법강의 제3판, 세창출판사, 2018.
- 양형우, 친족상속법 제15판, 정독출판사, 2024.
- 윤진수 편집대표, 주해친족법 제1권, 박영사, 2015.
- 윤진수, 친족상속법강의 제3판, 박영사, 2020.
- 전광석, 한국헌법론 제17판, 집현재, 2023.
- 조은희, 친족상속법, 정독출판사, 2023.
- 한봉희·백승흠, 가족법, 삼영사, 2013.
- 박이택, “20세기 언양지역에서의 집성촌의 추이와 인구동학”, 『대동문화연구』 제102집, 성균관대학교 대동문화연구원, 2018.
- 윤진수, “傳統的 家族制度와 憲法 -최근의 憲法 裁判所 判例를 중심으로-”, 『서울대학교 법학』 제47권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2006.
- _____, “민법상 금혼규정의 헌법적 고찰”, 『저스티스』 통권 제170-2호, 한국법학원, 2019.
- _____, “민법 제815조 제2호에 대한 헌법불합치결정”, 2022. 11. 9.자 『법률신문』, 법률신문사, 2022.
- 안수길, “독일 연방헌법재판소의 “근친상간죄 판결” 비평 -‘성품속에 관한 죄’의 문제점-”, 『법학논총』 34권 1호, 한양대학교 법학연구소, 2017.
- 이수형, “4차 산업혁명 시대의 신산업: 경제적 및 진입규제적 특성과 함의”, 『법경제학연구』 제17권 제1호, 한국법경제학회, 2020.
- 이준복, “민법상 근친간 금혼 규정에 대한 헌법적 고찰 -최근 헌법재판소 결정 (헌재 2022. 10. 27. 2018헌바115)에 대한 비판적 검토-”, 『유럽헌법연구』 제41호, 유럽헌법학회, 2023.

- 정구태, “제사주재자의 결정방법에 관한 小考 -‘전통’의 관점에서 본 2008. 11. 20. 선고 2007다27670 전원합의체 판결의 비판적 검토-”, 『경희법학』 제45권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2010.
- 조은희, “혼인무효·취소에 대한 검토와 독일 민법이 주는 시사점”, 『국제법무』 제9집 제2호, 제주대학교 법과정책연구원, 2017.
- 최영신 외 7, “가족다양성 및 가족구조변동에 따른 민사법제 개편방안 연구 : 1인 가구 중심”, 『연구총서 22-B-12』, 한국형사·법무정책연구원, 2022.
- 최행식, “同姓同本不婚 및 近親婚禁止를 둘러싼 문제”, 『법학연구』 제14집, 원광대학교 법학연구소, 1997.
- 현소혜, “현행 민법상 근친혼 제도의 위헌성 -8촌 이내 혈족 간의 혼인 금지 규정을 중심으로-” 『가족법연구』 제34권 3호, 한국가족법학회, 2020.
- 사법연수원, 가사재판연구, 2017.
- 행정안전부, 2023 행정안전통계연보, 2023.
- 박수연, “8촌 이내 근친혼 금지는 ‘합헌’, 혼인무효는 ‘헌법불합치’”, 법률신문, 2022. 10. 27.
- 전용모, “8촌 이내 혈족 사이에는 혼인할 수 없도록 하는 민법 조항 ‘합헌’”, 로이슈, 2022.10. 27.
- 황재하, “8촌 이내 혼인금지 합헌...혼인무효는 헌법불합치”, 연합뉴스, 2022. 10. 27.

[Abstract]

A Study on the Regulations for Prohibition of Natural Blood Marriage under Civil Law

- Constitutional Court 2022.10.27., focusing
on the rationality review of the 2018 Heonba115 decision -

Kwon, Ohsang*

The Constitutional Court recently judged that Article 809 (1) of the Civil Code was constitutional, while Article 815 (2) made a decision to be inconsistent with the Constitution. The current civil law regulations and foreign legislation were reviewed as a premise for reviewing the validity of the subject decision.

Article 809 (1) of the Constitution recognizes the legitimacy of legislative purposes related to the family system, eugenic reasons, and the succession of traditions. It also acknowledges the appropriateness of the means employed. Opponents of the decision argue that the societal understanding of considering blood relatives within the eighth cousin as relatives is outdated. They contend that confirming actual relatives is challenging and that foreign legislation and genetic hazards remain unproven. However, it is complex to deem blood relatives within the eighth cousin as relatives and difficult to immediately consider the challenges in confirming relatives as evidence for proving the agreement's unconstitutionality. Given the absence of a logical reason to apply foreign legislation to Korea and the non-negligible risk of genetic diseases in cases of intermarriage, the agreement should be viewed as constitutional, maintaining a balance between the minimum infringement and legal interests.

On the other hand, Article 815 (2) of the Civil Code can recognize the legitimacy of legislative purposes and the suitability of means, as in Article 809 (1) of the Civil Code, but it is unconstitutional, contrary to the principle of minimum infringement and the principle of balance of legal interests, considering that the invalidity of marriage can retroactively lose the family

* Associate Professor, Chonnam National University Law School, Lawyer

system that has already been formed, resulting in excessive harsh consequences for the party or its children. The revision of Article 815 (2) of the Civil Code is a matter of legislative policy, but in the case of in-laws within a third cousin, it is considered reasonable to define it as invalid, and other in-laws should be defined as marriages with reasons for cancellation. This is because if the scope of marriage invalidation is defined in this way, it is expected to ensure the effectiveness of Article 809 (1) of the Civil Code and minimize the scope of disadvantages to children born between marriage parties.

Keywords : intermarriage, prohibition of marriage between natural blood relatives, invalidity of marriage, cancellation of marriage, freedom of marriage