

혼인무효·취소에 대한 검토와 독일 민법이 주는 시사점

Study on Nullification and Cancellation of Marriage and Implications of German Civil Law

조 은 희*
Cho, Eun-Hee

목 차

- I. 서론
- II. 독일 민법의 혼인무효·취소
- III. 혼인무효·취소에 대한 쟁점사항과 독일 민법의 시사점
- IV. 결론

국문초록

본 연구는 혼인의 성립과 혼인의 결함으로 인하여 제기되는 혼인무효와 취소에 관한 것으로 우선적으로 독일 민법의 혼인무효·취소를 소개하였고, 계속해서 현행 민법상 혼인무효와 취소에 대한 몇 가지의 쟁점적 사항을 논의하면서 현행법과 문제점을 검토하였으며, 아울러 독일 민법이 우리에게 주는 시사점을 검토해 보았다.

우리 민법은 혼인무효와 취소를 통하여 혼인을 해소할 수 있으며, 이에 대한 법적인 효과도 상당히 다르다. 그러나 현대 사회의 변화와 이에 따라 가족 및

논문접수일 : 2017. 09. 30.

심사완료일 : 2017. 10. 19.

게재확정일 : 2017. 10. 20.

* 2017년도 제주대학교 학술연구지원사업에 의하여 연구되었음.

** 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 교수

혼인에 대한 가치관도 변화하면서 혼인무효와 취소제도 및 그와 관련된 법은 개정되고 있다. 이러한 변화는 독일과 유럽법의 혼인무효와 취소에 대한 법의 변화를 통해서도 알 수 있다. 반면 우리나라는 현재까지 혼인무효와 취소에 대한 커다란 변화없이 기존의 법제도가 그대로 유지되고 있다. 이에 본 연구는 혼인무효·취소와 관련된 혼인신고제도, 혼인의사에 관한 내용, 가장혼인, 혼인금지조항, 중혼의 처벌성 문제 그리고 혼인무효의 효과 등 몇 가지의 쟁점사항을 중심으로 현행 제도의 문제점 및 개선방안을 검토하였다.

주제어 : 혼인무효, 혼인취소, 혼인해소, 혼인의사, 혼인, 혼인신고

1. 서론

혼인의 무효와 취소는 혼인성립에 일정한 결함이 있을 때, 그 혼인관계를 해소시키는 제도이다. 국가마다 혼인무효와 혼인취소를 정하는 범위는 다르며, 그 효력에 있어서도 차이를 두고 있다. 이는 혼인무효가 혼인취소보다 혼인성립에 있어서 그 결함이 크다고 보기 때문이다. 그러나 현대 사회에서 각 국가의 혼인에 대한 정책적 고려 또는 정책적 인식 내지 사람들의 가치관은 변화하고 있고, 이는 혼인무효와 취소규정의 개정요인으로 작용하고 있다. 독일의 경우만 하더라도 기존 독일 혼인법(Ehegesetz)제23조, 제26조는 우리와 마찬가지로 혼인무효에 대한 규정을 두어, 혼인의 무효와 취소를 분류하고 있었다. 독일 혼인법에서는 혼인무효는 원칙적으로 소급효를 인정하였으나, 제한적으로 소급효를 인정하였다. 그러나 1998년 개정 독일 민법은 이를 폐지하였고, 혼인무효사유(Nichtigkeitgründe)와 혼인취소사유(Aufhebungsgründe)를 통합하였으며(독일 민법 제1314조), 그 효과에 대한 규정도 하나로 통합하였다(독일 민법 제1318조).¹⁾ 이러한 변화에는 여러 가지 원인이 있을 수 있으나 혼인의 무효·취소는 재산상의 법률행위와는 달리 이들 간에 이미 존재하였던 부부로서의 공동생활

1) Dieter Schwab, Familienrecht, 12. Auflage, Verlag C.H.Beck, 2003, S. 31; 윤진수, “혼인 성립에 관한 독일 민법의 개정에 관한 고찰”, 「민법논고 IV」, 2009, 207면 이하 참고.

을 원상회복 시킨다는 것은 불가능하며, 또한 자녀가 출생한 경우 이를 되돌린다는 것도 불가능하기 때문에 이들의 혼인해소에 대한 효과도 거의 다르지 않다고 보았기 때문이다.

현재 우리민법은 혼인의 성립요건에서 혼인무효·취소를 이원적으로 분류하고 있으며, 혼인무효의 효과는 상당히 제한적일뿐만 아니라 단지 손해배상책임만을 규정하고 있어(민법 제825조) 규정상으로도 상당히 미흡한 상태이다. 그동안 혼인의 무효와 취소에 관련된 연구는 현행법에 대한 해석론적인 측면에서 혹은 법을 정비하고 개선해야 한다는 입법론적인 측면에서 논의되었다.²⁾

이에 본 논문은 혼인무효와 취소가 개선되어야 한다는 관점에서 우선 독일 민법의 혼인무효와 취소를 검토하고 계속해서 우리나라의 혼인무효와 취소에 대한 현행법을 검토하고자 한다. 여기서는 우리나라의 현행제도에 있어서 쟁점이 될 만한 몇 가지 사항을 중심으로 검토하고자 하며, 개선 방안을 모색함에 있어서 독일 민법이 주는 시사점을 함께 찾아보고자 한다.

II. 독일 민법의 혼인무효·취소

1. 무효혼

가. 1998년 독일 민법 개정 이전의 혼인법

1998년 독일 민법 개정 이전의 혼인법은 혼인의 무효와 취소를 구분하였으

2) 한봉희, “혼인의 무효와 취소-비교법적인 고찰”, 『월간법제』 1965권 3호, 법제처, 1965; 권순한, “혼인의사와 혼인신고”, 『가족법연구』 제13호, 한국가족법학회, 1999; 양범석, “혼인의사(가장혼인을 중심으로)”, 『실무연구』 VIII, 서울가정법원, 2002; 지원림, “혼인무효에 관한 약간의 고찰-혼인의사를 중심으로-”, 『사법연수생논문집』 제17기, 사법연수원, 1988; 김계순, “혼인의사와 혼인무효”, 『중앙법학』 제9집 제4호, 중앙법학회, 2007; 김두년, “혼인신고의 법적문제와 개선방안-국제혼인을 중심으로-”, 『법학연구』 제46집, 한국법학회, 2012.5; 조은희, “가장혼인의 법률문제에 대한 고찰”, 『한양법학』 제22권 제2집, 한양법학회, 2011; 윤진수, “혼인성립에 관한 민법의 개정방향”, 『가족법연구』 제15권 1호, 한국가족법학회, 2001; 김성숙, “혼인의 무효, 취소규정의 정비를 위한 검토”, 『가족법연구』 제18권 2호, 한국가족법학회, 2004.

며, 무효혼의 경우 법원의 판결에 의하여 무효로 선고되기까지 혼인은 유효하다(독일 혼인법 제23조). 혼인무효사유는 혼인을 공고하지 않은 경우(동조 제17조), 중혼(동조 제20조), 근친혼(동조 제21조) 등이 이에 속한다.

혼인이 무효가 된다면 혼인의 효과는 소급하여 무효이다. 이는 장래에만 혼인관계가 해소되는 혼인취소와는 다르다. 그러나 당시의 독일 혼인법에서는 이러한 소급효의 일반원칙에 불과하였고, 사실상 소급효가 제한적으로 작용하였다. 이에 무효의 혼인관계에서 출생한 자는 혼인중의 자가 되었으며(독일 민법 제1591조 제1항), 무효혼의 경우에도 혼인에 의한 재산적 법률관계는 이혼에 관한 규정에 따르도록 규정하였다(독일 혼인법 제26조 제1항). 따라서 혼인이 무효로 확정되기 전까지는 재산의 효력은 유지되고 무효혼으로 확정판결이 된 경우에도 이혼에 준하여 취급되었다. 이것은 거의 소급효를 인정하는 것이나 다름없는 것이다.

그러나 선의인 당사자는 확정판결이 있은 후 6월 이내에 악의인 상대방을 대상으로 이혼에 관한 규정의 적용을 배제할 것을 선언할 수 있었다(독일 혼인법 제26조 제2항). 이 경우 선의인 당사자는 악의의 상대방에 대하여 장래에 부양의무를 면할 수 있게 되었다.³⁾

나. 독일의 현행 무효혼

현행 독일 민법의 무효혼은 혼인의 형식적인 전제조건에 결함이 있는 경우에만 가능하다. 독일 민법 제1310조 제1항 1문에 따라 ‘혼인은 혼인하고자 하는 자가 서로 혼인하기를 원한다는 것을 신분공무원의 면전에서 표시함으로써 체결하지 않거나’ 또한 혼인하고자 하는 자가 독일 민법 제1310조에 따라 개인적으로 출석하여 이를 선언하지 않은 경우(독일 민법 제1311조)⁴⁾ 혼인은 무효이다. 일반적으로 무효혼인 경우 이들 당사자 간의 법적인 효과는 발생하지 않는다.

3) 남효순, “혼인(중혼)취소의 소급효와 재산상의 법률관계-중혼배우자의 사망 후 취소판결에 의한 후혼생존배우자의 상속인자격 상실 여부”, 「민사판례연구」, 20권, 1998, 박영사, 4면 참고.

4) Vgl. BGHZ 43, 213, 227; BGH FamRZ 2003, 838: 독일인과 외국인과의 혼인이 외국법 혹은 종교혼에 따라 혼인하게 된 경우, 독일은 이를 인정하지 않는다; Alexander Lüderitz, Familienrecht, 27. Aufl., München, R. 179.

독일에서 혼인에 대한 착오 즉, 착오혼은 발생하지 않는다.⁵⁾ 그러나 만약 앞서 규정한 형식에 대한 착오로 인하여 체결된 혼인이라도 오랫동안 혼인관계가 유지되었다면 그 선의의 당사자는 보호를 받는다.⁶⁾ 이는 앞서 설명한 기존 혼인법의 규정을 독일 민법에 그대로 적용한 것이다.

또한 독일 민법상 무효혼은 남녀에 의한 혼인(Geschlechtverschiedenheit)이 아닌 경우이다. 독일은 동성간의 결합을 혼인이 아닌 혼인과 유사한 생활공동체법(Lebensgemeinschaft)으로 규정하고 있다. 유럽은 몇 년 전만해도 혼인은 남녀에 의하는 이성원칙이 분명히 존중되었다. 그러나 2001년 네덜란드는 첫 번째로 동성간에도 혼인을 허용하였으며, 그 다음으로 다수의 국가들이 뒤를 따랐다. 이렇듯 성에 대한 중립성은 지금껏 벨기에, 스페인, 포르투갈, 노르웨이, 스웨덴, 아이슬란드뿐만 아니라 덴마크(2012), 프랑스(2013), 스코틀랜드, 영국 그리고 웨일즈(2014), 룩셈부르크와 슬로바키아(2015) 그리고 아일랜드(2015), 핀란드(2017)로 이어졌다. 이와는 반대로 동유럽국가의 경우, 헝가리, 슬로바키아, 크로아티아 등은 혼인을 단지 남성과 여성의 결합이라고 정의하여 법제화하고 있다. 유럽 혹은 국제적 영역에서 점차적으로 이러한 이성원칙의 혼인은 회피되고 있는 것으로 나타나고 있다.⁷⁾

5) Nina Dethloff, Familienrecht, 31. Auflage, 2015, S. 34.

6) Nina Dethloff, a.a.O., S. 35.

7) 유럽인권재판소 (Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, EGMR)는 지금까지의 판례에서 혼인의 전통적 표상은 남녀의 결합이라고 보았고, 독일 혼인법 제12조는 동성애의 생활공동체 혹은 성전환자의 파트너를 보호하지 않았다(EGMR Urt. v. 17. 10. 1986, Az. 9532/81, Series A Nr. 106-Rees/Großbritannien; Urt. v. 27. 9. 1990, Az. 10843/84, Series A Nr. 184 - Cossey/Großbritannien). 그러나 2002년 법원은 일반적으로 성전환자가 다른 성을 가진자와 혼인할 권리가 있다고 판결하였다(EGMR FamRZ 2004, 173 m. Anm. Henrich; vgl. auch zu den Konsequenzen des fehlenden Eheschlusses des transsexuellen Partners von der Hinterbliebenenrente). 더욱이 유럽인권재판소(EGMR)는 오스트리아에서 발생한 오스트리아 대 Schalk und Kopf(EGMR(NJW 2011, 1421)사건에서 '유럽인권협약(EMRK) 제12조의 혼인의 개념은 이제 더 이상 이성 간의 혼인으로 제한되지 않는다'고 확정하였다. 이러한 판례의 전환을 가져온 기준이 되는 근거는 단지 유럽국가에서 동성 파트너를 위한 혼인의 개방성이 증가하고 있을 뿐만 아니라, 특히 유럽연합기본권헌장(Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union EU-GRCharta)의 제9조(혼인과 가족을 형성할 권리는 이 권리가 어떻게 실현될 것인가를 규정하는 것은 각 개별국가의 법률에 보장한다)의 혼인의 자유권에 대한 형식(Formulierung)이, 즉 유럽인권협약(EMRK) 제12조에 반해 이들의 내용은 다양한 성의 혼인에 대하여 아무런 제한을 두고 있지 않으며, 다만 국내의 입법자에게 동성애의 혼인을 허용할 것인

2. 혼인금지

모든 국민은 국가에 의한 간섭을 받지 않고 스스로 혼인을 할 것인가 하지 않을 것인가를 결정할 수 있고, 혼인의 시기와 그 상대방을 자유롭게 선택할 수 있는 혼인의 자유를 가진다.⁸⁾ 독일의 연방헌법재판소는 혼인금지에 관한 명확한 척도와 그 핵심내용을 구체화하지는 않았다.⁹⁾ 그러나 혼인금지는 혼인성립의 자유를 제한하는 것으로 당사자가 혼인을 합의할 수 없도록 하는 것이기 때문에 엄격해야 하고, 사실 혹은 형식요건이 제한적이어야 한다고 보았다.¹⁰⁾ 이에 독일 민법에서는 혼인금지조항에 대한 엄격한 제한범위를 두고 있다. 한편 이를 위반하는 경우 독일형법에서는 근친상간(Beischlafen)(독일형법 제173조)과 중혼(독일형법 제172조)을 처벌하는 규정을 두고 있다. 최근 독일의 연방헌법재판소는 근친상간 규정이 합헌이라는 판결을 내린바 있다.¹¹⁾

독일에서 혼인금지(Eheverbot)조항은 세 가지로 나누어 규정하고 있는데, 혼인한 자 혹은 동성과 생활파트너관계에 있는 자는 혼인할 수 없고, 친족간은 혼인할 수 없으며, 입양을 통한 친족관계에 있는 자는 혼인할 수 없다.

첫째 중혼금지 규정이다. 독일 민법에서 혼인은 일부일처에 의하여야 하며, 중혼(Doppelehe)은 금지되고 있다(독일 민법 제1306조). 최근 2005년 1월 1일부터 새로운 규정에 따라 동성간의 생활파트너관계(Lebenspartnerschaft) 역시 혼인장애(Ehehindernis)로 인정되어¹²⁾ 혼인한 혹은 생활파트너관계를 형성한 자

가를 위임하고 있다. 국내의 입법자가 동성간의 혼인을 허용할 때 이를 위한 유럽인권협약(EMRK) 제12조의 보호는 확장된다.

8) 헌법재판소 1997. 7. 16. 95헌가6등, 판례집 9-2, 1, 17 : BVerfGE 29, 166, 175; 36, 146, 162 : 105, 313, 342 참조.

독일 민법상 성년의 나이는 18세이며(독일 민법 제2조), 성년이 되기 전 혼인할 수 없다(독일 민법 제1303조 제1항). 그러나 혼인하고자 하는 일방이 16세이고, 그 배우자 될 사람이 성년인 경우 가정법원은 당사자의 신청에 의하여 이를 허용할 수 있도록 하고 있다(독일 민법 제1303조 제2항).

9) BVerfGE 31, 58, 70.

10) BVerfGE 31, 58, 70.

11) 안수길, “독일 연방헌법재판소의 근친상간죄 판결 비평 -성풍속에 관한 죄의 문제점-”, 「법학논총」 제34집 2호, 한양대학교 법학연구소, 2017.7. 106-109면.

12) Zur Verfassungsmäßigkeit BVerfGE 105, 313.

가 혼인하는 것은 금지되고 있다. 중혼은 취소할 수 있으나(독일 민법 제1314조 제1항) 또한 중혼은 형법상 처벌대상이 된다(형법 제172조, Doppellehe; doppelte Lebenspartnerschaft.).

둘째는 친족간은 혼인할 수 없다. 오늘날에도 유전적 원인을 우선으로 한 혼인금지는 여전히 유효하다. 더 나아가 핵가족하에서 성의 경쟁을 막고 개별적 가족구성원의 사회적 역할의 명확한 안전성을 확립하고자 한다는 점에서 근친혼에 대한 금지는 의심할 여지가 없다.¹³⁾ 독일 민법은 직계친족간 혼인을 금지하고 있으며, 방계인 경우 형제자매간에 전부 혹은 반혈족¹⁴⁾인 경우에 혼인을 금지하고 있다(독일 민법 제1307조 제1항). 또한 이들 근친간의 동침은 처벌될 수 있다(형법 제173조, Beischlaf zwischen Verwandten). 이것은 혈통을 기준으로 한 것이다. 법적으로 친족관계가 아니지만(독일 민법 제1591조, 독일 민법 1589조 제1항) 난자를 제공한 여자와 그녀의 아들과의 혼인은 허용되지 않는다. 동일하게 생물학적 부 혹은 정자제공자와 그의 딸은 법적으로 모의 남편 혹은 파트너관계가 인정되어 부로서 효력이 있을 때도 마찬가지이다(독일 민법 제1592조 1호 2호).

혼인은 또한 입양을 통한 친족관계가 해소된 경우에도 효력이 있다(독일 민법 제1307조). 혼인금지에 있어서 이와 같이 혈통은 법정친족관계에도 마찬가지이다. 아이의 법적인 모(독일 민법 제1591조) 혹은 부(독일 민법 제1592조 1호 그리고 2호)가 그들의 자녀와 혼인하는 것은 유전적인 것에 근거한 것이 아니라도 허용되지 않는다. 그러나 직계인척관계 간의 혼인은 더 이상 금지되지 않는다. 이에 시아버지와 며느리사이, 계부와 계딸은 혼인할 수 있다.

셋째로 입양으로 인하여 형성된 친족관계에 있어서 가족 내에서 친자와 양자는 서로 통합되어야 하기 때문에(독일 민법 제1754조, 제1770조, 제1772조) 이들 관계 역시 독일 민법 제1307조에서 규정하고 있는 혈통으로 인한 친족관계와 동일하게 혼인이 금지된다(독일 민법 제1308조 제1항). 그러나 파양 등으로

13) Dazu MünchKomm/Wellenhofer, § 1307 Rn.1; zweifelnd Palandt/Brudermüller, § 1307 Rn.1.

14) 반혈족이란 아버지가 같고 어머니가 다르거나(이복), 아버지는 다르고 어머니는 같은(이성동복 형제)를 의미한다(대법원 1997. 11. 28. 96다5421).

인하여 입양이 해소되는 경우 방계인 이들 형제자매간은 서로 혼인할 수 있다(독일 민법 제1308조 제1항). 그러나 독일 민법은 이러한 경우에도 이 혼인이 혼인체결의 중대한 원인에 반할 경우 제한될 수 있음을 규정하고 있다(독일 민법 제1308조 제2항).

독일뿐만 아니라 유럽에서 분명 혼인금지의 범위가 축소되는 경향을 보이고 있다. 역사적으로 혼인금지로 인한 혼인무효나 혼인취소는 증가하는 이혼의 자유와 함께 현격히 줄어들고 있다. 유럽인권협약(Europäischen Menschenrechtskonvention, EMRK) 제12조의 영향 하에 규정된 혼인의 자유는 결과적으로 그 수뿐만 아니라 기존의 엄격한 혼인장애(Ehehindernisse)¹⁵⁾에 대한 규정이 지속적으로 그리고 명확하게 축소되고 있다.

이는 우생학적인 이유뿐만 아니라 가족의 평화를 유지하기 위하여 친족간의 혼인금지가 폭넓게 축소되었으며, 이는 핵가족이 가족 유형의 중심이 되었다는 점에서 그 요인을 찾을 수 있다. 결국 오늘날에는 대부분 직계친족간 혼인을 금지하고 있으며, 방계인 형제자매의 전부 혹은 반혈족(이복이나 이성동복형제)관계에만 혼인을 금지하고 있다. 한편 독일은 인척간의 혼인은 제한하고 있지 않으며, 이를 제한하는 것은 유럽인권협약 제12조를 위반하는 것으로 보고 있다.¹⁶⁾

3. 혼인취소

가. 1998년 독일 민법 개정 이전의 혼인법

1998년 독일 민법 개정 이전의 혼인법에서 혼인취소사유는 혼인합의가 존재하지 않은 경우, 동의를 요하는 혼인이 동의를 받지 않은 경우(독일 혼인법 제30조 제1항), 의사표시의 하자있는 혼인으로 혼인의 착오(동조 제31조, 제32조)와 사기(동조 제33조), 강박으로 인한 혼인(동조 제34조)을 들 수 있다. 혼인의 취소는 소급효가 발생하지 않으므로 장래에 의하여만 효력을 발생한다(동조 제

15) 혼인장애는 혼인하고자 하는 당사자의 의사에 합치가 있다고 하더라도 혼인을 제한하는 것으로 중혼, 근친간의 혼인 등을 뜻하는 용어이다.

16) Siehe EFMR FamRZ 2005, 1971.

29조). 따라서 이혼에 준하는 법률상의 효과가 발생한다. 이에 따라 친권, 성명권, 부양권에 관하여 혼인의 취소는 이혼과 동일하게 취급한다(동조 제37조) 그러나 일방이 악의인 경우, 예를 들어 혼인 당시 일방이 착오가 있음을 알았거나, 사기 또는 강박을 하였거나, 사기 또는 강박이 있음을 알았을 경우에는 선의의 상대방에게 취소판결이 확정되기 6월 이전에 신고를 하면 장래에도 이혼에 준하여 발생하는 재산적 효력을 배제할 수 있다.

나. 현행 혼인취소사유

(1) 독일 민법 제1314조 제1항

독일 민법 제1314조에서 혼인취소원인을 규정하고 있다. 독일 민법 제1314조 제1항에서는 제1303조, 제1304조, 제1306조, 제1307조, 제1311조에 의한 혼인은 취소할 수 있음을 규정하고 있다. 우선 제1303조(혼인적령), 제1304조(행위무능력자), 제1306조(중혼), 제1307조(근친혼금지), 제1310조, 제1311조(혼인의 직접출석과 선언)에 관한 규정은 앞에서 설명하였으므로 이를 생략한다.¹⁷⁾

(2) 독일 민법 제1314조 제2항

위의 규정 이외에도 독일 민법 제1314조 제2항에서는 1-5가지의 혼인취소사유를 규정하고 있으며, 이에 대한 것은 다음과 같다.

(가) 무의식 그리고 일시적인 정신적 장애(1314조 제2항 1호)

일방 배우자가 혼인에 있어서 무의식(Bewusstlosigkeit) 혹은 일시적인 정신성 장애(Störung der Geistestätigkeit)로 인하여 혼인한 경우 혼인을 취소할 수 있다. 독일 민법 제1304조 제1항에서는 행위무능력으로 인한 혼인을 취소할 수 있도록 하였으나 독일 민법 제1314조 제2항 1호는 이를 보충한 것으로 일방 배우자가 혼인에 있어서 무의식(Bewusstlosigkeit) 혹은 일시적 정신성 장애(Störung der Geistestätigkeit)상태가 있는 경우에도 혼인은 취소할 수 있다고

17) 조은희, “독일의 국제혼인 관련법과 시사점”, 「한양법학」 제48권 제4집, 한양법학회, 2014, 250-253면 참조.

규정하고 있다. 어떤 사실이 무의식 상태 하에 있는 것인가에 대한 것은 애매하나 아마도 최면상태가 이러한 상황으로 고려될 수 있는 것을 것이다.¹⁸⁾ 또한 정신적 장애에 있어서 그 정신적인 장애가 어느 정도 지속되었는가가 문제될 수 있다. 당사자가 자유로운 의사를 결정하는데 제한되는 일시적인 장애도 이에 해당한다고 보았다.¹⁹⁾

(나) 착오(독일 민법 제1314조 제2항 2호)

혼인에 대한 착오(Irrtum)는 일방이 혼인에 대하여 그가 한 행위가 혼인이라는 것을 인지하지 못한 경우이다. 이러한 경우는 사실상 극히 드물게 발생한다.²⁰⁾ 누군가 혼인이 시범 혹은 영화촬영을 위한 것으로 알고 참여한 경우 착오가 될 수 있다. 다른 경우는 만약 독일에서 혼인하는 외국인이 독일어를 잘 모르는 경우 발생할 수가 있는데, 이 때 신분공무원은 혼인체결 시 통역사를 참석시켜야 한다(개인별신분등록관계규정 제2조 제2항). 혼인의 착오에 책임이 있는가는 중요하지 않다.²¹⁾

(다) 악의적 기망(독일 민법 제1314조 제2항 3호)

배우자가 혼인을 함에 있어서 당시의 상황(Umstand)이 악의적 기망(Arglistige Täuschung)을 통해 혼인을 결정하게 된 경우 혼인을 취소할 수 있는데, 이것은 혼인 당사자가 사실을 인식함에 있어서 그리고 진정한 혼인의 본질에 비취어 혼인을 결정하는데 방해받았기 때문이다. 이 조항은 독일 민법 제123조²²⁾와도 관련된다. 다만 기망당한 배우자는 상대배우자가 알지 못한 제3자를 통해 기망

18) Palandt/Brudermüller, Rn. 7.

19) RGZ 74, 110 ff.: 103, 399; BGH FamRZ 1970, 611.

20) AG Prüm FamRZ 2002, 1561.

21) Nina Dethloff, a.a.O., 2015, S. 41.

22) 독일 민법 제123조 ① 악의적 기망에 의하여 또는 위법하게 강박에 의하여 의사표시를 결의하게 된 사람은 의사표시를 취소할 수 있다.

② 제3자가 사기를 행한 경우에 타인에 대하여 행하여지는 의사표시는 상대방이 사기를 알았거나 알아야 했던 때에만 취소할 수 있다. 의사표시의 상대방이 아닌 사람이 의사표시에 기하여 직접 권리를 취득한 경우에 취득자가 사기를 알았거나 알아야 했던 때에는 의사표시는 그에 대하여 취소될 수 있다.

당한 경우 혼인취소를 할 수 없다(독일 민법 제1314조 제2항 2호). 이에 관한 내용은 ‘악의적 기망’ 부분에서 보다 상세히 설명하고자 한다.

(라) 위법한 강박(독일 민법 제1314조 제2항 4호)

혼인이 위법한 강박(widerrechtliche Drohung)으로 결정되어진 경우 혼인을 취소할 수 있다(독일 민법 제1314조 제2항 4호). 강박의 개념은 독일 민법 제123조에서 규정하고 있다. 여기서 강박의 의미는 위법한 것으로 그에게 행해진 목적 혹은 강박적인 수단이 위법한 것이거나 혹은 목적을 유인하기 위하여 합법적 수단으로 이행된 것이 법규정상 허용되지 않은 경우이다. 이러한 위법적인 강박은 혼인체결과 원인이 있어야 하며, 이로 인한 인과관계로도 충분하다. 강박은 객관적인 그리고 주관적인 요소를 포함한다. 객관적인 것은 강박자가 행위를 함으로 드난 것이 효과적인 해악이 있었음을 요구한다. 주관적인 것은 의도를 전제로 하는데, 강박 당한 자를 통해 일정한 행동이 혼인을 하도록 하거나 그렇게 하도록 하게 하는 경우이다. 해악(Übel)은 약혼자의 의사결정에 영향을 끼친 것으로 충분하다. 이러한 해악은 제3자(즉 약혼자의 가족구성원)를 통해서도 이루어질 수 있다. 독일에서 특히 이러한 혼인에 대한 강박은 터키가족이 어린 딸의 혼인에 있어서 강제로 부모가 정해진 남자와 혼인하도록 강박하는 경우가 있다. 이러한 강제혼인은 최소한 혼인을 체결한 자가 자신의 혼인여사의 왜곡으로 이루어진 것이다. 강압의 수단은 특히 신체적인 혹은 성적인 폭력이 아닌 가족구성원의 지속적인 압력(Druck)을 통해서도 발생한다.

강제혼인은 자유롭게 혼인을 할 수 있는 권리에 대한 침해(기본법 제6조 제1항)이다. 더욱이 이는 제12조 유럽인권협약(Europäische Menschenrechtskonvention)에 대한 위반이고 통일국가의 일반인권선언의 제16조에도 반한다.²³⁾ 독일형법 제237조에 따라 강제혼인은 처벌대상이 된다. 여기서도 혼인취소는 배우자가 강박 상황을 벗어난 후 이것을 알게 되었을 때 혼인을 계속할 의사가 있었다면 취소할 수 없다(독일 민법 제1315조 제1항 4호).

유럽 각국에서 발생하는 강제혼인의 조치를 살펴보면, 오스트리아의 건강과

23) Vgl. BT-Drucks, 17/4401 S. 8; Sering, NJW 2011, 2161.

여성을 위한 연방부는 2006년에 의사, 교육자, 사회복지사, 경찰, 검사 그리고 다른 개인이 특히 강제혼인을 신고할 수 있도록 데이터베이스(data base)를 구축하고 있다.²⁴⁾ 프랑스는 미성년자인 여아를 강제혼인으로부터 보호하기 위하여 혼인 연령을 16세에서 18세로 하였다. 독일에서 강제혼인은 독일형법 제237조에 따라 처벌할 수 있도록 규정하고 있으며, 스위스는 2012년 이후 그리고 스페인의 경우에도 2013년 이후 강제혼인을 하는 경우 형법상 강하게 처벌하고 있다.²⁵⁾

(마) 혼인공동생활을 원치 않는 혼인(독일 민법 제1314조 제2항 5호)

독일 민법 제1314조 제2항은 5호는 당사자가 독일 민법 제1353조 제4항에 의한 공동생활(Lebensgemeinschaft)이 형성되는 것을 원치 않으면서 혼인을 합의한 경우이다. 이것은 주로 가장혼인(Scheinehe)에 의한 것인데, 가장혼인은 이들이 공동의 혼인생활을 원치 않는다는 합의를 근거로 한 것으로, 이러한 합의는 혼인에 결함이 있다고 본다.²⁶⁾ 이는 특히 독일에서 국제혼인에 따른 가장혼인이 증가하자 1998.7.1부터 법을 개정하여 독일 민법 제1314조 제2항 5호에서 혼인의 양 당사자가 혼인을 함에 있어 제1353조 제1항에 의한 공동생활의 의무를 발생시키지 않는다는 합의를 한 경우에는 신분공무원은 독일 민법 제1310조에서 이러한 혼인을 취소할 수 있음을 규정하였다(독일 민법 제1310 제2항). 이것은 공무원이 인터뷰나 여러 가지의 상황을 통해 판단한다.²⁷⁾

가장혼인은 독일뿐만 아니라 유럽에서 빈번히 발생하는 혼인이다. 이는 초국적 영역에서 단지 혼인을 통해 체류하고자 하는 혹은 국적을 취득하고자 하는 사람이 증가하고 있어 이러한 가장혼인(Scheinehe)을 막으려는 규정은 더욱 증가하고 있다.²⁸⁾ 2003/86/EG 가족공동이행지침(Familienzusammenführungsrichtlinie)은

24) Zwangsheirat – Best Practice in anderen europäischen Ländern In: frauenrechte.de, Terre des Femmes e.V., abgerufen am 22. Juli 2017.

25) Nina Dethloff, a.a.O., 2015, 2015, S. 50.

26) 조은희, “가장혼인의 법률문제에 대한 고찰” 『한양법학』 제22권 제2집, 한양법학회, 2011.5, 381-387면.

27) 자세한 내용은 조은희, 상계논문, 2011, 381-387면 참조.

28) Vgl. Entschließung des Rates der Europäischen Union über Maßnahmen zur Bekämpfung von Scheinehen, ABI EG Nr. C382(1997), 1ff.

가장혼인을 막기 위하여 제3국적자인 배우자의 이주조건을 강화하였다.²⁹⁾ 그러나 2008년 유럽공동체재판소는 2004/38/EG 연합시민지침(Unionsbürgerrichtline)과 관련하여 이 지침에서 유럽연합시민 간 혼인하고자 할 때 연합국가는 규정상 이를 통제하지 않고 개인이 자유롭게 결정할 수 있도록 하였다. 이에 가장혼인을 막기 위한 규정에서 유럽공동체국가는 제외되었다.³⁰⁾

4. 혼인취소의 효과

앞서 설명하였듯이 독일의 경우 1998년 독일 민법 개정 이전 혼인법에서 혼인무효에서 제한적으로 소급효를 인정하지 않았기 때문에 혼인무효와 취소의 효과는 큰 차이를 보이지 않았지만 구별되고 있었다. 그러나 1998년 개정 독일 민법은 이를 폐지하고, 혼인의 무효사유(Nichtigkeitgründe)와 혼인취소사유(Aufhebungsgründe)를 통합하였으며(독일 민법 제1314조), 이들에 대한 혼인의 효과(Wirkung der Ehe)도 통합하여 혼인이 취소되는 이혼에 의한 규정에 적용을 받도록 하였다(독일 민법 제1318조). 이는 혼인을 통해 형성된 그리고 일반적으로 혼인으로 이미 행하여진 공동체생활이 소급하여 제거될 수는 없으며, 그동안 행하여진 생활이 무시되어서는 안된다고 보았기 때문이다.

그러나 혼인취소의 효과가 이혼법에 적용을 받도록 하고 있으나 매우 유연하게 규정하여, 전체적으로 이혼법이 적용되는 것은 아니며, 혼인취소사유마다 정하여 이혼법과는 다소 다른 적용을 받도록 하고 있다(독일 민법 제1318조). 예를 들어 독일은 이혼 후 배우자 부양에 대한 규정(독일 민법 제1569-1586b 조, der nacheheliche Unterhalt)을 두고 있는데, 혼인취소로 인한 경우 선의의 배우자에게만 이에 대한 적용을 받도록 하고 있다.³¹⁾ 중혼 혹은 중첩되는 파트너관계의 경우, 친족간 혼인의 경우 혹은 중대한 형식상 위반으로 인한 혼인의 경우 쌍방은 이혼 후 배우자 부양을 청구할 수 있다. 그러나 중혼의 경우 파트너의 첫

29) Siehe EuGH Urt. v. 27. 6. 2006, Az. C-540/03-Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union (kein Verstoß gegen Art. 14 I. V. m. Art. 8 EMRK).

30) EuGH Urt. v. 25. 7. 2008, Az. C-127/08.

31) Zu den Scheidungsfolgen unten § 6 Rn. 34 ff.

번째 혼인관계에 있는 자가 우선시 된다(독일 민법 제1318조 제2항 2호). 자녀양육을 위한 배상은 기본적으로 고려된다(독일 민법 제1318조 제2항 2문). 기본적으로 재산분할청구(독일의 경우 법정재산제인 잉여공동제의 청산(Zugewinnausgleich) 그리고 연금기대권청구권(Versorgungsanspruch)도 가능하다(독일 민법 제1318조 제3항). 법은 또한 일반적인 형평성을 유지하여야 한다는 측면에서 이혼시 청구할 수 있는 혼인주택(Ehewohnung), 가재도구(Haushaltsgegenstände)의 분할에 관한 규정도 혼인취소 시 동일하게 적용하도록 하고 있다(독일 민법 제1568a조, 1568b조). 그러나 이 역시 중혼의 경우 첫 번째 관계를 형성한 파트너를 우선적으로 고려하도록 규정하고 있다(독일 민법 제1318조 제4항).

유럽에서 혼인취소에 대한 소급효는 점차적으로 사라지고, 혼인취소의 효과는 많은 적든 이혼의 효과에 근접하는 경향을 보이고 있다. 이는 독일의 경우와 마찬가지로 당사자가 실질적인 혼인공동생활을 영위했다는 점에서 그 근거를 찾고 있다. 스웨덴의 경우 혼인무효·취소에 의한 혼인취소(Eheaufhebung)는 전면적으로 삭제되고, 혼인의 성립에 결함이 있는 경우 그것이 혼인이 성립되지 않았다고 볼 만큼 중대한 것이 아니라면 단지 이혼을 통해 혼인해소의 가능성만을 두고 있다.³²⁾

III. 현행 혼인무효·취소에 대한 쟁점 사항과 독일 민법의 시사점

1. 혼인의사의 합의에 대한 확인

민법상 혼인은 당사자 간 혼인의사의 합의가 있어야 하며(민법 제809조 1호), 가족관계의 등록 등에 관한 법률에 정한 바에 의하여 신고함으로써 그 효력이 생긴다(민법 제812조). 그러나 혼인신고가 되었다고 하더라도 당사자 사이에 혼인의 합의가 없는 때 그 혼인은 무효이다.

여기서 ‘혼인의사’가 무엇인가에 대한 해석에 대하여는 다양한 학설이 존재한

32) Nina Dethloff, a.a.O., 2015, S. 51.

다. 우리나라의 다수설과 판례는 실질적 의사설의 입장을 취하고 있다.³³⁾ 실질적 의사설에 의하면 혼인의사는 일반 사회통념상 부부관계를 성립시킬 의사이며, 부부관계를 맺는다는 것은 정신적 혹은 육체적 결합을 생기게 할 의사를 갖겠다는 것을 의미한다. 형식적 의사설은 혼인을 성립시키기 위한 합의는 외형적인 의사 표시의 일치로서 충분하다는 것이다.³⁴⁾ 그 외에서도 법적 의사설³⁵⁾, 사회습속적 유형과 법 정책적 가치판단을 종합적으로 고려하여야 한다는 설³⁶⁾, 승인의사설³⁷⁾ 등이 있다.³⁸⁾ 그동안 대법원이 내린 혼인무효에 대한 판결들을 보면 다음과 같다: ①정신적 혹은 육체적인 결합을 가질 의사없이 단지 어떠한 목적을 위한 혼인(가장혼인),³⁹⁾ ②혼인신고가 수리되기 전에 혼인의사를 철회하거나⁴⁰⁾, ③ 일방이 사망한 후에 혼인신고가 수리되거나,⁴¹⁾ ④혼인신고 당시에 일방이 의사능력이 전혀 없음에도 불구하고 혼인신고가 수리된 경우이다.⁴²⁾ ⑤상대방의 승낙 없이 임의로 혼인신고를 하는 경우(사실혼관계나 동거관계에 발생가능)⁴³⁾ ⑥이중

33) 대법원 1980. 1. 20. 선고 79므62, 63 판결.

34) 송덕수, 「민법강의(하)」, 박영사, 2007, 739면.

35) 조미경, “혼인의사와 신고”, 「가족법연구」 제10호, 한국가족법학회, 1996, 65면.

36) 이경희, 「가족법」, 법원사, 2006, 44면.

37) 권순환, “혼인의사와 혼인신고”, 「가족법연구」 제13호, 한국가족법학회, 1999, 93-94면.

38) 김계순, “혼인의사와 혼인무효”, 「중앙법학」 제9집 제4호, 중앙법학회, 2007, 47-48면 참조; 조은희, “가장혼인의 법률문제에 대한 고찰” 「한양법학」 제22권 제2집, 한양법학회, 2011.5, 377-380면

39) 대법원 1996.11.22. 선고 96도2049 판결(공 1997.1.1.(25), 142) ; 대법원 2009.10.8.자 2009스64 결정(공 2009하, 1865) 등. 대법원 2010.6.10. 선고 2010므574 판결(공 2010하, 1372)은 이에서 한 발 더 나아가 설령 부부 중 일방에게는 실질적 혼인의사가 있었다라도 다른 일방이 한국에 입국하여 취업하기 위한 방편으로 혼인신고를 한 때에도 역시 혼인의사의 합치가 없었던 것으로 보아 그 효력을 부인하고 있다.

40) 대법원 1983.12.27. 선고 83므28 판결(공 1984.2.15.(722), 263).

41) 다만 사실혼관계에 있었던 부부가 혼인신고를 하고 난 후에 일방의 의사능력이 상실된 경우는 혼인의사가 있는 것으로 추정하고 있다(대법원 1987. 4.28, 86므130).

42) 대법원 1996.6.28. 선고 94므1089 판결(공 1996.8.15.(16), 2373); 대법원 2012. 11. 29, 2012므2451 판결.

43) 대법원 1986.7.22. 선고 86므41 판결(공 1986.9.15.(784), 1108) ; 대법원 1989.1.24. 선고 88므795(공1989.3.1.(843), 300) 등. 단, 일방적 혼인신고라도 부부공동생활의 실체가 존재하고, 다른 일방에게 추인의 의사가 있음을 인정할 수 있다면 당해 혼인은 유효가 된다. 가령 대법원 1980.4.22. 선고 79므77 판결(공 1980.6.15.(634), 12828) ; 대법원 1984.10.10. 선고 84므71 판결(공 1984.12.1.(741), 1797) 등 참조.

호적 또는 가호적을 취적하면서 마치 원래의 본적지에서 이미 혼인신고를 마친 법률상 부부인 양 허위신고를 함으로써 호적에 기재된 혼인의 경우⁴⁴⁾ 등이다.

우리나라는 부부가 혼인신고를 하는 경우 양 당사자가 혼인신고서를 직접 제출하는 것이 아니라 당사자 일방이 혼인신고서를 제출하는 것도 가능하기 때문에⁴⁵⁾, 일방이 자의적으로 신고를 할 수 있으며⁴⁶⁾, 전혀 관계를 맺지 않은 제3자가 도장을 위조하여 상대방의 위임을 받은 것으로 속여 혼인신고를 하는 것도 가능하다. 앞서 나열한 판례에서 ③④⑤⑥의 경우는 모두 당사자 일방만도 혼인신고가 가능하기 때문에 발생한 사건이라고 볼 수 있다.

독일의 경우 혼인하고자 하는 자는 독일 민법 제1310조에 따라 개인적으로 출석하여 이를 공무원의 면전에서 혼인의 의사가 있음을 선언하여야 한다(독일 민법 제1311조). 이러한 절차를 행하지 않을 경우 이는 기본적으로 형식적인 혼인의 요건에 결함이 있다고 보기 때문에 그 혼인은 무효이다. 그러므로 독일에서는 혼인이 상대방의 의사없이 행해지거나 일방의 조작으로 이루어지는 혼인은 가능하지 않다.⁴⁷⁾

우리의 경우에도 민법과 가족관계등록에 관한 법률에 의하여 혼인신고 시 본인출석을 요건으로 하고 직접 출석하여 혼인의사를 확실히 선언하거나 혼인의사의 합의를 확인하는 절차를 보완한다면 혼인무효소송 부분에 있어서 발생하는 문제를 어느 정도 해결할 수 있을 것으로 본다.

2. 가장혼인을 혼인무효가 아닌 혼인취소사유로

가장혼인은 혼인하고자 하는 당사자가 부부가 될 의사가 없음에도 불구하고 특정한 목적을 달성하기 위하여 혼인제도를 이용하여 법률상 부부가 되는 것이

44) 대법원 1992.1.21. 선고 91므238 판결(공 1992.3.15.(916), 901) ; 대법원 1998.2.7.자 96마 623 결정(공 1998.4.1.(55), 905).

45) 이화숙, “가족법상 법률행위에 있어 의사와 신고”, 「민사법학」 제36호, 한국민사법학회, 2007, 633면.

46) 조미경, “혼인의사와 신고”, 「가족법연구」 제10호, 한국가족법학회, 1996, 84면; 이화숙, “가족법상 법률행위에 있어 의사와 신고”, 「민사법학」 제36호, 한국민사법학회, 2007, 633면.

47) Nina Dethloff, a.a.O., S. 34.

다. 예전에는 부부가 혼인관계를 원치 않으나 혼외자를 혼중자로 만들기 위하여 가장으로 혼인하는 경우가 있었다.⁴⁸⁾ 또한 최근 국제혼인이 증가하면서⁴⁹⁾ 외국인이 합법적으로 국내에 입국하기 위하여 혼인제도를 이용하는 경우가 많아지고 있다. 우리나라의 경우 ‘혼인은 당사자의 합의를 그 요건으로 하고, 당사자 사이에 합의가 없는 혼인은 당연무효이다. 이때, 혼인의 합의라 함은 양 당사자의 혼인의사의 일치를 뜻하고, 이는 사회관념상 부부라고 인정될 만한 정신적·육체적 결합을 생기게 할 의사를 말한다.’⁵⁰⁾ 그러나 혼인생활의 유형과 형태가 다양해지고 있는 사회에서 혼인의 ‘실질적 의사설’에 의한 혼인의사를 판단하는 것은 점차 어려워지고 있다.⁵¹⁾ 실질적 의사설에 의한 혼인의사란 일반적으로 남녀가 부부로서 정신적·육체적으로 결합하여 생활공동체를 형성할 의사라고 정의되고 있다.⁵²⁾ 그러나 이러한 판단기준은 모호하고 적절한 기준이 될 수 있을지 의문이 제기되고 있다.⁵³⁾ “사회관념 상 부부라고 인정되는 정신적·육체적 결합을 위한 의사”를 확정하는 것은 쉬운 일이 아니다.⁵⁴⁾ 혼인의사의 판단에 대한 어려움은 판례를 통해서도 나타난다. 외국인과의 혼인무효소송에서 나타나는 경향을 보면 베트남 여성이 혼인증명서를 발급받지 못하자 혼인의사를 철회한 경우⁵⁵⁾, 또한 외국인 여성이 혼인신고 후 한국에 입국하여 1달 후 가출한 경우⁵⁶⁾ 등은 혼인무효판결을 하였다. 그러나 법원은 비자발급의 기각으로 인해 여자가 한국에 들어오지 않은 경우, 아예 입국 안한 경우, 입국 후 가출하거나, 입국 후 다시 본국으로 출국하는 경우 등은 혼인무효가 아닌 이혼으로 판결하

48) 대법원 1975.5.27, 74므23.

49) 통계청의 2009년 혼인통계에 따르면 2008년 총 혼인건수 중 국제결혼의 비율은 11%이며, 농업·어업에 종사하는 남성의 국제결혼 비율은 2009년 35.2%(2008년도는 38.3%)에 이르고 있다.

50) 대법원 1996. 11. 22. 선고 96도2049 판결; 서울북부지방법원 2009. 2. 19. 선고 2008노1702 판결.

51) 권순한, “혼인의사와 혼인신고”, 「가족법연구」 제13호, 가족법학회, 1999, 100면.

52) 대판 1996.11.22, 96도2049; 대판 1985.9.10, 85도1481.

53) 김시현, “혼인의 무효”, 「판례연구」 제11집, 서울지방변호사회, 1998, 295-296면.

54) 한숙희, “국제혼인의 파탄사유에 관한 실증적 고찰”, 「가족법연구」 제24권 1호, 가족법학회, 2010, 123-124면.

55) 서울가정법원 2007드단55531.

56) 광주지방법원 해남지원 2008드단588.

였다.⁵⁷⁾ 위의 조사에서 법원은 사실관계가 비슷한 경우에도 어떤 경우에는 혼인의사의 결합을 받아들여 혼인무효의 판결을 하였지만 어떤 경우에는 혼인의사의 결합을 인정하지 않고 단순히 혼인파탄사유만을 인정하여 이혼판결을 내렸다. 그러나 사실상 혼인의사는 지극히 사적인 영역이기 때문에 혼인의사의 진정성을 파악 어렵고, 또한 혼인의사의 유무를 판단하기 위한 직접적인 증거를 확보하는 것도 쉽지 않다.⁵⁸⁾ 국제혼인의 경우 이러한 사건이 대부분 공시송달로 진행되고 있기 때문에 피고의 진술을 들을 수 없고, 이에 입증 증거로 원고의 주장에 대한 객관적인 증거가 없는 경우, 원고의 가족이나 이웃의 진술을 토대로 작성한 진술서만을 가지고 혼인무효를 인정해 주는 경우도 있다.⁵⁹⁾ 이와 관련하여 가장혼인에 대한 대법원의 혼인무효판결⁶⁰⁾에 대하여 대법원이 근거로 제시한 증거들이 혼인이 무효라는 판단을 내리기에는 충분치 않다고 지적된 바도 있다.⁶¹⁾

독일의 경우 가장혼인은 혼인무효가 아닌 혼인취소사유에 해당한다(독일 민법 제). 독일의 경우 당사자가 직접 출석하여 공무원의 면전에서 혼인의사를 선언한다고 하더라도 그 내면에 존재하는 혼인에 대한 실질적 의사를 판단할 수는 없다. 그렇다면 혼인의사에 대한 선언은 혼인의 성립에 있어서 단지 외형적인 의사표시⁶²⁾로 보며 그렇기 때문에 혼인의 성립의 구성요건에는 문제가 되지 않으며, 이는 다만 당사자의 내면의 의사와 표시가 합치하지 않은 것은 의사의 결합으로 보기 때문에 이는 혼인무효에 관한 것이 아닌 혼인취소의 문제이다.⁶³⁾ 이는 혼인신고를 혼인효과와 분리하여 생각할 수 없다고 본다면 혼

57) 한숙희, 전계논문, 125-127면.

58) 한숙희, 전계논문, 2010, 124면.

59) 전연숙, “국제가사소송사건의 실태분석 및 개선방안”, 「국제가사분쟁의 재문제 학술대회자료집」, 2006, 22면.

60) 대법원 2010.6.10, 2010므574.

61) 박영목, “혼인계약에서의 효과의사”, 「민사법학」 제51호, 한국민사법학회, 2010.12, 51면 참고.

62) 우리의 경우 혼인의사에서 실질적 의사설을 따르고 있다. 국제혼인에 있어 중국에서 혼인신고를 한 경우에도 한국에서 혼인식을 거행하고 ‘혼인생활에 들어갈 때에 비로서 완전한 혼인의사의 합치’가 있어 적법한 혼인이 성립되었다고 본 판례도 있다(충주지법, 1997.6.27. 96드1493, 96드1608).

63) 조은희, “가장혼인의 법률적 문제에 대한 고찰”, 380면.

인신고가 당사자의 합의로 행해진 경우 그 혼인은 유효하다고 보아야 할 것이며⁶⁴⁾, 이러한 점에서도 혼인은 가장혼인의 문제는 혼인무효가 아닌 취소사유로 보는 것이 타당하다고 본다. 또한 우리나라에서 가장이혼은 가장혼인과는 판례에서 가장이혼을 더 이상 실질적 의사설에 입장에 있지 않으며 ‘형식적 의사설’⁶⁵⁾의 입장에서 이를 받아들이고 있다.⁶⁶⁾ 결국 이런 관점에서 본다면 가장혼인은 혼인무효가 아닌 혼인취소에 해당하는 문제로 보아야 할 것이다.

3. 혼인무효에 대한 법원의 확정판결

혼인취소는 취소청구권자가 법원에 취소를 청구하여야 하고, 법원이 이에 대하여 취소판결을 확정하여야 한다(민법 제816조). 그러나 혼인무효에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그러므로 이에 관하여는 학설이 당연무효설과 혼인무효에 대한 확인판결의 확정에 의하여 비로소 소급적으로 무효가 된다는 견해로 나뉘고 있다. 당연무효설은 일반원칙에 따라 무효확인 소를 제기할 수 있으나 법원의 판결이 없더라도 이해관계인은 다른 소송에서 혼인의 무효를 주장할 수 있다고 본다.⁶⁷⁾ 예를 들어 이해관계인은 상속회복청구권의 소(민법 제999조)를 제기하면서 선결문제인 혼인무효를 주장할 수 있다는 것이다. 그러나 이와는 달리 혼인무효에 대한 확인판결의 확정에 의하여 비로소 혼인무효가 된다는 설이 있다. 이는 혼인무효에 대한 확인판결이 되어야 비로소 혼인무효가 되는 것이며 그 전까지 그 혼인은 유효하다고 보아야 한다는 설이다.⁶⁸⁾ 당연무효설을 비판적으로 보는 시각은 부부관계나 친자관계는 사회질서를 기초하는 신분관계이므로 혼인무효의 경우에도 획일적으로 취급할 공익적 필요가 있으며⁶⁹⁾, 혼인무효의 경우에도 소를 제기하여 확인하도록 하는 것이 신분관계인

64) 김유미, “가장혼인의 효력”, 『사법행정』 1월호, 한국사법행정학회, 1991.1. 94면.

65) 대법원 1993. 6. 11, 93므171.

66) 김주수·김상용, 『친족상속법』, 법문사, 2017, 176-178면.

67) 대법원 1956. 12. 22, 55다399 ; 대법원 2013. 9. 13. 2013두9564 판결.

68) 정광현, 『신친족상속법요론』, 법문사, 1962, 517면; 이시윤, 『신민사소송법』, 박영사, 2002, 170-173면; 송상현, 『민사소송법』, 박영사, 2004, 262-263면; 김주수·김상용, 『친족상속법』, 2017, 118면.

부부관계의 안정에 바람직하다고 본다.⁷⁰⁾ 또한 혼인무효는 당사자뿐만 아니라 제3자도 자신의 이익을 위하여 주장할 수 있기 때문에 혼인무효에 대한 판결을 통해 확정하는 것이 타당하다고 보고 있다.⁷¹⁾

이에 대하여 판례는 “중국 국적의 조선족 여성과 혼인한 것으로 신고한 자가, 혼인할 의사가 전혀 없음에도 그 여성을 한국에 입국시킬 목적으로 혼인신고를 하여 공전자기록등 불실기재로 없는 사실을 기재하도록 하였다” 등의 범죄사실로 유죄판결을 받아 확정된 사안에서, 위 혼인은 혼인의사의 합치가 결여되어 무효임이 명백하므로 혼인무효판결을 받지 않았더라도 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제105조에 따라 가정법원의 허가를 받아 가족관계등록부를 정정할 수 있다”고 하였다.⁷²⁾ 이 판결은 ‘혼인무효와 같이 관계인의 신분관계에 중대한 영향을 미치는 사항의 경우에는 확정판결을 받아서 가족관계등록부를 정정하는 것이 원칙’이라는 판례의 입장을 확인한 것이지만 위 사건과 같이 형사판결에 의하여 혼인무효 사실이 명백한 경우 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」 제105조⁷³⁾에 따라 간이한 방법으로 가족관계등록부를 정정할 수 있다는 것을 분명히 한 것으로 볼 수 있다. 이는 가족관계등록부의 정정을 위해서 또 다시 혼인무효판결을 받아야 한다면 이는 당사자뿐만 아니라 법원의 입장에서도 불필요한 절차를 반복하는 결과가 되기 때문이다.⁷⁴⁾

이와 관련하여 독일 민법은 제1313조에 명확하게 혼인은 청구에 의하여 법원의 판결을 통해 해소될 수 있으며, 혼인은 판결의 확정으로 해소된다고 규정하고 있다.⁷⁵⁾ 우리의 경우 앞서 설명하였듯이 혼인무효 사실이 명백한 경우 「가

69) 정광현, 전제서, 1962, 517-518면.

70) 김성숙, “혼인의 무효, 취소규정의 정비를 위한 검토”, 「가족법연구」 제18권 2 호, 한국가족법학회, 2004, 26-27면.

71) 이정희, 전제서, 67면.

72) 대법원 2009. 10. 8. 자 2009스64 결정.

73) 제105조 (무효인 행위의 가족관계등록기록의 정정)

신고로 인하여 효력이 발생하는 행위에 관하여 등록부에 기록하였으나 그 행위가 무효임이 명백한 때에는 신고인 또는 신고사건의 본인은 사건 본인의 등록기준지를 관할하는 가정법원의 허가를 받아 등록부의 정정을 신청할 수 있다[시행일 2008.1.1]

74) 김상용, “2000년대 민사판례의 경향과 흐름(가족법)-가족법 판례에 대한 정리 '친족편'”, 「민사판례연구」 33(하), 민사판례연구회, 2011. 4면.

75) 스위스민법 제104조, 프랑스민법 제180조, 러시아 신가족법 제27조, 북한혼인법 제13조 제2항,

족관계의 등록 등에 관한 법률」제105조는 간이한 방법으로 가족관계등록부를 정정할 수 있다는 것을 분명히 하고 있으나 이는 원칙에 대한 예외적 규정이다. 따라서 민법에 신분관계에 중대한 영향을 미치는 혼인무효는 확정판결을 받도록 하는 것이 바람직하다고 본다.

4. 혼인무효의 광범위한 근친혼 범위의 축소

우리민법은 혼인금지 조항으로 근친혼의 금지규정을 두고 있다(민법 제809조). 법에서 혼인을 금지한다는 것은 헌법 제36조에서 보장하고 있는 혼인의 자유를 제한하는 것으로 이는 관습상 모두가 인정할 수 있는 것이어야 한다. 이에 1997년 헌법재판소는 동성동본인 혈족간의 혼인을 금지하는 민법 제809조가 헌법 제36조 제1항이 보호하는 혼인의 자유를 침해한다고 결정하였다.⁷⁶⁾ 그 후 2001년 동성동본불혼제가 민법에서 그 형식마저 삭제되고 근친혼금지규정으로 전환하게 되었다.

현행 민법 제809조의 근친혼의 범위는 ①8촌 이내의 혈족(친양자의 입양 전의 혈족을 포함한다), ②6촌 이내의 혈족의 배우자, 배우자의 6촌 이내의 혈족, 배우자의 4촌 이내의 혈족의 배우자인 인척이거나 이러한 인척이었던 자, ③6촌 이내의 양부모계(養父母系)의 혈족이었던 자와 4촌 이내의 양부모계의 인척이었던 자이다. 민법 제815조는 근친혼의 무효사유를 혼인이 제809조 제1항의 규정을 위반한 때, 당사자간에 직계인척관계(直系姻戚關係)가 있거나 있었던 때, 당사자 간에 양부모계의 직계혈족관계가 있었던 때' 로 정하고, 혼인무효를 원인으로 한 근친혼의 범위를 제외한 나머지는 혼인취소사유가 된다.

당시 동성동본이 폐지되고 근친혼 범위를 정함에 있어서도 범위를 8촌 이내의 혈족을 포함한 것은 금혼의 범위가 여전히 넓다는 비판이 있었다.⁷⁷⁾ 그러나 이를 수용한 것은 당시 금혼범위를 급격히 변화시키는 것이 문화적 충격을 피

중국혼인법 제10조의 경우에도 혼인무효는 법원의 선고에 의한다고 규정하고 있다.

76) 헌법재판소 1997. 7. 16. 95헌가6등, 판례집 9-2, 1, 16. :

77) 당시 외국의 입법례에서는 근친혼금지 범위를 3촌 내지 4촌으로 하는 경우가 많다는 외국의 입법례를 소개한 논문은 양수산, “친족관계를 사유로 하는 금혼범위에 관한 입법론적 고찰”, 「외법논집」 제3집, 한국외국어대학교 법학연구소, 1996, 5면.

하기 위한 배려로 보았다.⁷⁸⁾ 그 이후에도 근친혼의 범위가 광범위하다는 의견이 있었다. 이는 혈통을 근거한다고 하더라도 그렇고, 혈통이 아닌 인척의 경우에도 마찬가지이다.⁷⁹⁾

독일의 경우 직계 인척관계간의 혼인은 더 이상 금지되지 않는다. 이에 시아버지와 며느리사이, 계부와 계딸은 혼인을 할 수 있다. 우리나라의 현행 근친혼의 범위는 사실상 합리적이지 않고 현실적이지도 않다. 서구의 가족문화와는 달리 유교사상을 바탕으로 한 우리의 가족문화는 서구와는 여전히 다른 측면이 있다. 우리의 가족문화는 친족 간의 강한 유대의식을 바탕으로 형성되었으며, 친족 간의 권리의무관계가 규율되어 온 것은 사실이다. 그러나 이러한 강한 유대의식은 산업화, 도시화, 핵가족화 혹은 단독 가구화로 인하여 약화·해체되고 있다.⁸⁰⁾ 그러므로 현행 민법의 근친혼 금지의 범위는 헌법 제36조가 보장하는 혼인의 자유와 개인의 행복추구권을 침해하고 있다는 점에서 개선되어야 할 것이다.

5. 중혼금지조항과 처벌성

중혼은 배우자가 있는 자가 다시 혼인하는 것으로 민법은 중혼을 혼인금지조항으로 규정하고 있다. 중혼이 판례에서 문제시 된 경우는 중혼의 제척기간이나 권리소멸시효에 관한 것이다. 민법에서는 혼인취소사유에 대하여 제척기간이나 권리소멸시효를 규정하고 있으나(민법 제819조 내지 제823조), 중혼은 다른 취소사유와는 달리 소멸시효를 규정하고 있지 않다. 판례는 이에 대하여 ‘이는 중혼의 반사회성, 반윤리성이 다른 혼인취소사유보다는 일층 무겁다고 본 입법자의 의사를 반영한 것이라고 해석하였다. 이에 전혼 배우자가 10년여 년 동안 혼인취소청구권을 행사하지 아니하였다 하여 그 권리가 소멸되었다고 볼 수 없다고 판시하였다.⁸¹⁾ 이와 관련하여 최근 헌법재판소는⁸²⁾ 중혼의 민법에 소멸시효기간을 규

78) 이화숙, 「2005년 개정가족법 해설 및 평가」, 세창출판사, 2005, 56면.

79) 김주수·김상용, 전거서, 2017, 97-98면; 윤진수, “혼인성립에 관한 민법의 개정방향”, 「가족법연구」 제15권 1호, 한국가족법학회 2001, 88-91면; 김성숙, 전거논문, 23면.

80) 민법 개정으로 2013년 7월 1일 친족회는 전면 폐지되고, 후견감독인 제도가 신설되었다는 것은 가족법에서 먼 친족간 권리의무관계가 약화되고 있음으로 보여준 것이다.

81) 대법원 1993. 8. 24. 선고 92므907 판결.

정하지 않은 것이 후혼의 배우자의 행복추구권을 침해한다는 헌법소원에 대하여 ‘법에서 중혼취소청구권의 소멸에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않다고 하더라도, 이 사건 법률조항이 현저히 입법재량의 범위를 일탈하여 후혼배우자의 인격권 및 행복추구권을 침해한 것은 아니라’고 판단하였다. 이는 ‘현행법이 중혼을 혼인무효사유가 아니라 혼인취소사유로 정하고 있으며, 혼인 취소의 효력은 기왕에 소급하지 아니하므로 중혼이라 하더라도 법원의 취소판결이 확정되기 전까지는 유효한 법률혼으로 보호받고 있으며, 후혼의 취소가 가혹한 결과가 발생하는 경우에는 구체적 사건에서 법원이 권리남용의 법리 등으로 해결하고 있기 때문이라고 하였다’. 일응 이러한 판단은 현행법상 타당한 결정이라고 본다.

독일의 경우도 우리나라와 유사한 상황이다. 독일 민법 제1317조에 혼인취소에 대한 신청에 대한 소멸시효기간을 규정하고 있다. 독일 민법 제1314조에서 규정하고 있는 혼인취소사유에서 기망이나 무의식 그리고 강압에 의하여 혼인이 성립된 경우 소멸시효기간은 이를 안날로부터 1년이며, 강제혼인인 경우는 3년이다. 또한 혼인한 미성년자가 혼인취소를 원한다면 그가 성년이 된 후 6개월 안에 혼인취소를 청구할 수 있다. 이외에 다른 혼인취소사유의 경우 독일 민법은 소멸시효기간을 규정하고 있지 않다. 이에 이외의 혼인취소사유는 일반적으로 이혼의 방식을 통해 혼인을 해소하도록 하고 있다.⁸³⁾ 이에 중혼은 이혼을 통해 해소하도록 하고 있다는 점에서 이혼으로 해소되기 전 중혼은 모두 혼인으로 유효하다고 볼 수 있을 것이다.

다른 한편 독일은 중혼의 경우 형법에 처벌규정을 두고 있다(독일형법 제172조). 독일의 경우처럼 혼인금지조항(근친혼의 경우도 마찬가지이지만)⁸⁴⁾을 위반하는 경우 형법에 처벌규정을 둘 수 있는가에 대한 의문이 제기될 수 있다.

우리민법상 중혼은 법률상 중혼과 사실상의 중혼으로 나눌 수 있다. 중혼이 발생하는 사례를 보면, ①외국에서 혼인한 자가 한국에 혼인신고에 대한 보고를

82) 헌법재판소 2014. 7. 24. 자 2011헌바275 결정.

83) <https://www.scheidung.org/annullierung-ehe-frist/> 검색일자 2017. 9.26.

84) 우리나라의 경우 ‘성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률’에서 4촌 이내의 혈족과 2촌 이내의 인척관계에 있는 자가 강간이나 강제추행 또는 준강간·준강제추행의 죄를 범한 경우 이를 가중 처벌하도록 규정을 두고 있다(동법 제7조).

하지 않아 혼인한 사실이 혼인부에 등록되지 않은 채 한국에서 다시 혼인한 경우이다. 또한 ②이혼하고 재혼한 경우 전혼이 무효나 취소가 되어 재혼한 후혼과 겹치게 되는 경우, 또한 실종선고의 취소로 인하여 전혼이 부활되어 후혼과 중혼이 된다. ①의 경우는 처벌이 필요하다고 본다. 국제화된 사회에서 외국에서도 혼인신고가 가능하기 때문에 본국에 혼인신고에 대한 등록을 하지 않고 의도적으로 이중혼을 다른 곳에서 한다는 것은 처벌대상이 될 수 있다고 본다. 그러나 ②의 경우 의도적이지 않았다는 점에서 처벌의 필요성은 그리 많지 않다고 본다. 다른 한편 중혼에 대한 처벌성 문제는 사실상 중혼(중혼적 사실혼)과 관련이 있을 것으로 본다. 현재 간통죄가 폐지된 상황에서 이혼법이 파탄주의로 전환하였을 경우 이에 중혼에 대한 문제를 다시 논의의 여지가 있다고 본다. 우리나라의 이혼법은 민법 제840조에 따라 유책주의를 근간으로 한 것이다. 현재 판례상 유책배우자의 이혼청구는 허용되고 있지 않다. 최근 유책주의 이혼에서 파탄주의 이혼으로 전환하여야 한다는 논의가 야기된 바가 있다. 이에 대하여 최근 대법원은 유책배우자의 이혼청구를 허용하지 않는 상황에서 무책주의적 파탄주의를 도입하게 되면 중혼관계(사실상 중혼관계)에서 전혼 배우자에 대한 축출이혼이 용인하는 것이라고 한바가 있다. 대법원은 계속해서 “여러 나라에서 간통죄를 폐지하는 대신 중혼에 대한 처벌규정을 두고 있는 것에 비추어 보면 이에 대한 아무런 대책없이 우리나라가 파탄주의를 도입한다면 법률이 금지하는 중혼을 결과적으로 인정하게 될 위험이 있다”고 하였다.⁸⁵⁾ 결과적으로 중혼의 처벌성 문제는 이혼법이 파탄주의로 전환하는 경우 함께 논의될 수 있는 사안이 아닌가 생각한다.

6. 혼인의 무효·취소의 효과

가. 혼인취소의 효과

혼인취소의 효과는 기왕에 소급하지 않는다(민법 제824조). 우리나라의 판례

85) 대법원 2015. 9. 15. 선고 2013므568 전원합의체 판결.

도 ‘중혼자가 사망하더라도 그 사망에 의하여 중혼으로 인하여 형성된 신분관계가 소멸하는 것은 아니므로 전혼의 배우자는 중혼취소를 구할 이익이 있다’라고 판시하고 있다.⁸⁶⁾ 중혼취소와 관련된 상속재산의 문제에 있어서도 판례는 ‘혼인 중에 부부 일방이 사망하여 상대방이 배우자로서 망인의 재산을 상속받은 후에 그 혼인이 취소된 경우에도 민법은 혼인의 취소의 효력은 기왕에 소급하지 아니한다(민법 제824조)’라고 규정하고 있을 뿐 재산상속 등에 관해 소급효를 인정할 별도의 규정이 없기 때문에 이미 이루어진 상속관계가 소급하여 무효라거나 또는 그 상속재산이 법률상 원인 없이 취득한 것이라고는 볼 수 없다고 하였다⁸⁷⁾, 이와 같은 대법원의 판결은 타당하다고 보았다.⁸⁸⁾

혼인취소의 효과가 언제나 절대적으로 소급하지 않는다면 당사자 일방이 사망하여 이미 혼인이 해소된 후에 새삼 혼인의 해소를 위한 혼인취소를 인정할 이익이 없게 된다. 그러나 위의 판결은 중혼자가 사망하더라도 그 사망에 의하여 형성된 신분관계가 소멸하는 것은 아니므로 전혼의 배우자는 중혼취소를 구할 이익이 있다고 하였다.⁸⁹⁾ 이는 타당하다고 본다.

다른 한편 우리 민법은 제824조에서 소급효를 부정하는 규정을 두고 있으나 독일의 경우처럼 혼인이 취소에 대하여 선의 혹은 악의의 당사자를 구분하고 이에 대한 효과에 적용하는 것을 고려하고 있지 않다. 선의의 당사자를 보호한다는 점에서 이를 구별하는 독일의 입법례는 시사하는 바가 있다.

나. 혼인무효의 효과

혼인무효의 효과는 명문으로 아무런 규정을 두고 있지 않으며, 해석상 무효혼은 소급효가 인정되지 않는 것으로 보고 있다. 부부의 사이에서 출생한 자는 혼외자이며(민법 제885조 제1항), 친자관계를 성립시키기 위해서는 부의 인지가

86) 대법원 1991. 12. 10. 91므344:

87) 대법원 1996. 12. 23. 95다48308; 대법원 1994.3.22. 선고 93다9392,9408 전원합의체판결; 제주지방법원 1994. 5. 26. 선고 92가합1595 판결.

88) 남효순, “혼인(중혼)취소의 소급효와 재산상의 법률관계-중혼배우자의 사망 후 취소판결에 의한 후혼생존배우자의 상속인자격 상실 여부”, 『민사판례연구』 20권, 1998, 박영사, 11면.

89) 윤진수, 『친족상속법 강의』, 박영사, 2016, 54면.

필요하다. 혼인무효의 경우 자의 법적 신분의 안정을 위하여 부가 자에 대한 친생자출생의 신고를 하였다면 이를 인지신고로 그 효력을 인정하거나(가족관계등록 등에 관한 법률 제57조, 개정 2015.5.18, 시행일 2015.11.19)⁹⁰⁾, 혹은 가사소송법 제25조 제2항에서 가정법원은 자에 대한 친권자 및 양육자 결정에 있어서 이혼과 혼인취소의 경우와 같이⁹¹⁾ 부모가 협의할 것을 권고하는 등 법의 개정을 도모하고 있다. 그러나 이러한 규정에도 불구하고 여전히 자의 법적 지위는 안정적이지 않은 상태이다.

민법에 자의 복리우선은 하나의 대원칙으로 작용하고 있다. 자에 대한 친권 행사에서(민법 제911조), 자의 친권자 지정함에 있어서(민법 제912조) 자의 복리를 최우선으로 하여야 함을 규정하고 있으며, 이외에도 가족법 전반에 걸쳐 ‘자의 최우선 복리’는 강조되고 있다. 그럼에도 불구하고 공동의 자녀이지만 부모의 혼인무효로 인한 경우 자의 법적 지위가 불안정하다는 것은 자의 복리를 위한 최우선의 고려가 이루어진다고 볼 수 없다. 그러므로 독일의 경우에서처럼 혼인무효의 경우에도 자가 그들 공동의 자녀라면 혼인취소와 같이 이혼의 경우와 동일하게 적용되도록 민법에 규정을 두어야 할 것이다.

이외에도 무효혼의 경우 사실상 당사자간 혼인생활이 존재하였다면 그 사실 관계를 부정할 수 없다고 볼 수 있으며 이에 재산분할청구에 대한 고려도 있어야 할 것이다. 앞서 설명하였듯이 독일의 경우 혼인무효와 취소의 효과는 통합되었고 이는 매우 유연하게 적용되고 있다(독일 민법 제1318조). 결과적으로 이들 모두는 원칙적으로 이혼법에 적용을 받도록 규정하고 있으나 이는 전체적으로 적용되는 것은 아니고, 일정한 범위에 한하여 적용을 받도록 하고 있다(독일 민법 제1318조).⁹²⁾ 현재 우리나라의 경우 혼인취소의 경우도 가사소송법에서는 재산분할청구권을 인정하고 있다(가사소송법 제2조 제1항 2호 나. 4). 이에 혼인무효의 경우에도 혼인공동생활이 어느 정도 지속되었다면 혼인취소와 동일하게 이를 적용하는 것이 타당할 것이다.

90) 대법원 1971. 11. 15, 71다1983.

91) 혼인취소의 경우 자의 양육책임과 면접교섭권에 관하여 제837조 및 제837조의 2의 규정을 준용하도록 하고 있다(민법 제824조의2).

92) 독일의 경우 이혼 후 배우자가 부양 등과 같이 우리나라의 이혼법과는 다른 점이 있어 이를 상세히 비교할 필요는 없을 것으로 본다.

V. 결론

우리 민법은 혼인무효와 취소를 구분하여 규정하고 있으며 이에 대한 효과도 다르다. 독일도 1998년 민법이 개정되기 전 우리의 경우와 마찬가지로였으나, 당시만 하더라도 혼인무효에 있어서 소급효가 원칙이었으나 제한적으로 소급효를 인정하였는데, 이는 무효의 혼인관계에서 출생한 자는 혼인중의 자로 그리고 혼인에 의한 재산적 법률관계는 이혼에 관한 규정을 따르도록 한 것이다. 이러한 규정은 1998년 독일 민법의 개정으로 혼인의 무효사유(Nichtigkeitgründe)와 혼인취소사유(Aufhebungsgründe)가 통합되면서(독일 민법 제1314조), 그 효과에 대한 규정도 하나로 통합되었다(독일 민법 제1318조).

이렇게 개정된 근거는 혼인의 무효와 취소의 원인이 어떠한 이들 사이에서 출생한 자와 혼인생활은 부정될 수 없다는 것이 가장 큰 원인으로 작용하였으며, 이러한 입법은 타당하다고 본다. 현재 우리민법은 독일 민법과는 달리 혼인무효와 취소를 이원적으로 분류하고 있으며, 혼인무효의 효과에 있어서도 이들 공동의 자녀를 혼외자로 그리고 이들 간 존재했던 공동생활도 부정되고 있어 이를 인정하지 않고 있다(민법 제825조).

그러나 앞서 설명한 독일 민법의 규정내용과 관련되는 유럽의 입법적 동향은 우리의 현행법과는 다른 방향으로 진행되어 왔다. 이에 본문에서는 우리의 민법의 혼인무효와 취소에 대하여 몇 가지 쟁점이 될 만한 사항을 검토하였으며, 이에 대한 개선방안을 제시해 보았다: 1. 혼인당사자의 혼인의사와 이를 확인하는 제도적 장치가 마련하는 것은 우리의 혼인신고제도의 문제점을 보완하는 것으로 현재 이로 인해 발생하고 있는 혼인무효와 관련된 문제점을 해결할 수 있다고 보았다. 2. 가장혼인은 다른 혼인무효사례와는 다르다는 점에서 주목해야 하며, 이에 ‘혼인의사에 있어서 현재 다수설과 판례의 입장인 ‘실질적 의사설’ 보다는 ‘형식적 의사설’이 타당하다는 점을 검토해 보았다. 3. 혼인무효는 혼인취소와 같이 법원의 확정판결이 필요하다고 제안하였다. 4. 혼인금지조항에 근친혼의 범위는 혼인의 자유를 제한한다는 측면에서 그 범위는 축소되어야 한다. 5. 중혼의 처벌성 문제는 이혼법과 관련하여 논의될 수 있는 사항이다. 6. 혼인

무효의 효과는 혼인취소와 유사한 형태로 취급되어야 하며, 이에 혼인외의 자를 혼인 중의 자로 하고 사실상 존재한 부부간 혼인공동생활을 인정하여 재산분할 청구도 인정되어야 할 것이다.

참고문헌

1. 국내문헌

저서

- 김주수 「주석친족상속법」, 법문사, 1984.
김주수·김상용, 「친족상속법」, 박영사, 2017.
송덕수, 「민법강의(하)」, 박영사, 2007.
송상현, 「민사소송법」, 박영사, 2004.
이경희, 「가족법」, 법원사, 2006.
이시윤, 「신민사소송법」, 박영사, 2002.
이화숙, 「2005년 개정가족법 해설 및 평가」, 세창출판사, 2005.
윤진수, 「친족상속법 강의」, 박영사, 2016.
정광현, 「신친족상속법요론」, 법문사, 1962.

논문

- 권순한, “혼인의사와 혼인신고”, 「가족법연구」 제13호, 한국가족법학회, 1999.
김계순, “혼인의사와 혼인무효”, 「중앙법학」 제9집 제4호, 중앙법학회, 2007.
김두년, “혼인신고의 법적문제와 개선방안- 국제혼인을 중심으로-”, 「법학연구」 제46집, 한국법학회, 2012.5.
김시현, “혼인의 무효”, 「판례연구」 제11집, 서울지방변호사회, 1998.
김상용, “2000년대 민사판례의 경향과 흐름(가족법)-가족법 판례에 대한 정리

- ‘친족편’, 「민사판례연구」 33(하), 민사판례연구회, 2011.
- 김성숙, “혼인의 무효, 취소규정의 정비를 위한 검토”, 「가족법연구」 제18권 2호, 한국가족법학회, 2004.
- 김유미, “가장혼인의 효력”, 「사법행정」 1월호, 한국사법행정학회, 1991.1
- 남효순, “혼인(중혼)취소의 소급효와 재산상의 법률관계-중혼배우자의 사망 후 취소판결에 의한 후혼생존배우자의 상속인자격 상실 여부”, 「민사판례연구」 20권, 민사판례연구회, 1998.
- 박영목, “혼인계약에서의 효과의사”, 「민사법학」 제51호, 한국민사법학회, 2010.12.
- 안수길, “독일 연방헌법재판소의 근친상간죄 판결 비평 -성풍속에 관한 죄의 문제점-”, 「법학논총」 제34집 2호, 한양대학교 법학연구소, 2017.7.
- 양범석, “혼인의사(가장혼인을 중심으로)”, 「실무연구」 VIII, 서울가정법원, 2002.
- 양수산, “친족관계를 사유로 하는 금혼범위에 관한 입법론적 고찰”, 「외법논집」 제3집, 한국외국어대학교 법학연구소, 1996.
- 윤진수, “혼인성립에 관한 민법의 개정방향”, 「가족법연구」 제15권 1호, 한국가족법학회, 2001.
- 윤진수, “혼인성립에 관한 독일 민법의 개정에 관한 고찰”, 「민법논고 IV」, 박영사, 2009
- 이회숙, “가족법상 법률행위에 있어 의사와 신고”, 「민사법학」 제36호, 한국민사법학회, 2007.
- 전연숙, “국제가사소송사건의 실태분석 및 개선방안”, 「국제가사분쟁의 재문제 학술대회자료집」, 2006.
- 조미경, “혼인의사와 신고”, 「가족법연구」 제10호, 한국가족법학회, 1996.
- 조은희, “가장혼인의 법률문제에 대한 고찰”, 「한양법학」 제22권 제2집, 한양법학회, 2011.
- 조은희, “독일의 국제혼인 관련법과 시사점”, 「한양법학」 제48권 제4집, 한양법학회, 2014.
- 지원림, “혼인무효에 관한 약간의 고찰-혼인의사를 중심으로-”, 「사법연수생 논문집」 제17기, 사법연수원, 1988.
- 한봉희, “혼인의 무효와 취소-비교법적인 고찰”, 「월간법제」 1965권 3호, 법제

처, 1965.
한숙희, “국제혼인의 파탄사유에 관한 실증적 고찰”, 「가족법연구」 제24권 1호, 가족법학회, 2010.

2. 외국저서 및 논문

Dieter Schwab Familienrecht, 12. Auflage, Verlag C.H.Beck, 2003
Nina Dethloff, Familienrecht, 31. Auflage, Verlag C.H.Beck, 2015
Alexander Lüderitz, Familienrecht, 27. Aufl., München, 1999.
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Auflage, 2012
Palandt, Bürgerlichen Gesetzbuch, 74. Auflage, 2015.
Zwangsheirat – Best Practice in anderen europäischen Ländern In: frauenrechte.de.
Terre des Femmes e.V., abgerufen am 22. Juli 2017.
Dieter Henrich, den Konsequenzen des fehlenden Eheschlieschluss des transsexuellen
Partners von der Hinterbliebenenrente.EGMR FamRZ 2004

[Abstract]

Study on Nullification and Cancellation of Marriage and Implications of German Civil Law

Cho, Eun-Hee

Professor of Jeju Lawschool

In Korean Family Law, there are two solutions to marital problems caused by defects in the marriage. One is nullity of the marriage and the other is marriage cancellation. The effects of marriage nullity and marriage cancellation

are different.

However, the German Civil Act merged the reason for nullification of marriage with the reason for cancellation, and provided the effect of eliminating the marriage as one single reason. I have examined the implications from the German Civil Code.

In conclusion, this study suggests the problems of marriage nullity and cancellation of the Civil Code and ways to improve them. We have tried to draw some implications for us through a review of German legislation. The proposed contents are as follows.

1. When filing a marriage notification, an institutional device should be provided so that the parties can confirm their intention to marry.
2. In the discussion about the marriage physician, “formal doctrine” is more appropriate than “practical doctrine” which is the position of the pluralists and precedents.
3. Invalidation of the marriage is required by the court.
4. The broad marriage relationship between nullity and cancellation must be reduced.
5. It is also possible to discuss punishment of ban on marriage.
6. The effects of nullity of marriage should be improved.

Key words : nullification of marriage, cancellation of marriage, dissolution of marriage, marital defect, marriage, registration of marriage