

2020. 11. 11. 보도 자료

국민과 함께하는 정의의 파수꾼

공보관실 02)708-3411 / 팩스 02)766-7757



제 목 : 11월 12일 변론 안내

- 헌법재판소는 오는 **11. 12.(목) 14:00** 대심판정에서 아래 사건에 대한 변론을 열 예정이오니, 참고하시기 바랍니다.

연번	사건번호 및 사건명	청구인 (대리인)	이해관계인 (대리인)	비 고
1	2018헌바115 민법 제809조 제1항 등 위헌소원	청구인 A (장셋별 외 3)	법무부장관 (정부법무공단)	

붙임 : 관련사건 보도자료 1부. 끝.

보 도 자 료

근친혼 금지의 혼인의 자유 침해 여부에 관한 사건

[2018헌바115 민법 제809조 제1항 등 위헌소원]

[변 론]

헌법재판소는 2020년 11월 12일(목) 14:00 대심판정에서, 2018. 2. 19. 접수된 2018헌바115 민법 제809조 제1항 등 위헌소원 사건의 변론을 열 예정이다.

이 사건은, 8촌 이내 혈족 사이의 혼인을 금지하고 이를 혼인의 무효 사유로 규정한 민법 제809조 제1항 및 제815조 제2호가 혼인의 자유를 침해하여 위헌인지 여부가 쟁점인 사안으로, 헌법재판소는 청구인 및 이해관계인의 변론과 참고인의 진술을 들은 뒤, 위 법률조항의 위헌 여부를 판단할 계획이다.



2020. 11. 11.

헌법재판소 공보관실

□ 사건개요

- 청구인 A는 청구 외 B와 2016. 5. 4. OO시장에게 혼인신고를 하였다. 이후 청구 외 B는 2016. 8. 1. 청구인과 6촌 사이임을 이유로 혼인무효확인의 소를 제기하였는데 OO가정법원 OO지원은 위 혼인신고가 8촌 이내 혈족 사이의 혼인신고이므로 민법 제809조 제1항, 제815조 제2호에 따라 무효임을 확인하였다.
- 이에 청구인은 OO가정법원에 항소하여 그 항소심 계속 중 8촌 이내 혈족 사이에서의 혼인을 금지하고 이를 혼인의 무효 사유로 규정한 민법 제809조 제1항, 제815조 제2호에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였으나, 청구인의 위 항소 및 신청이 모두 기각되자, 2018. 2. 19. 위 법률조항들의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

- 이 사건 심판대상은 8촌 이내 혈족 사이의 혼인을 금지하고 이를 혼인의 무효 사유로 규정한 민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정된 것) 제809조 제1항 및 제815조 제2호(이하 '심판대상조항'이라 함)가 청구인의 기본권을 침해하여 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

□ 주요 쟁점

- 8촌 이내 혈족 사이의 혼인을 금지하고 이를 혼인의 무효 사유로 규정한 심판대상조항이 과잉금지원칙을 위반하여 혼인의 자유를 침해함으로써 위헌인지

여부.

- 심판대상조항이 정한 근친혼의 범위가 입법목적이나 외국 입법례에 비하여 지나치게 넓고, 오늘날의 친족관념이나 가족개념에 부합하지 않는 것이어서 혼인의 자유, 특히 혼인에 있어서 상대방을 자유롭게 선택할 수 있는 자유를 과도하게 제한한 것인지 여부.

□ 청구인의 주장 요지¹⁾

- 모든 국민은 헌법 제10조 및 제36조 제1항에 따라 혼인의 자유를 보장받고 있으므로 이를 제한하기 위해서는 헌법 제37조 제2항에 따른 과잉금지원칙을 준수해야 한다.
- 심판대상조항은 8촌 이내의 혈족 사이의 혼인을 금지하고 있는데, 독일, 스위스, 오스트리아는 3촌 이상 방계혈족 사이의 혼인을 허용하고 있고, 미국, 영국, 프랑스, 이탈리아, 일본은 4촌 이상 방계혈족 사이의 혼인을 허용하고 있는 점 등에 비추어 보면, 심판대상조항이 정한 근친혼 금지의 범위는 지나치게 광범위하다.
- 공서양속의 관점에서 볼 때 심판대상조항이 8촌 이내의 혈족까지 근친혼 금지의 범위를 확장하고 이를 혼인무효사유로 규정한 것에 대해 일응 목적의 정당성 및 수단의 적합성을 긍정할 수 있겠으나, 근친혼 금지는 조선시대에 이르러서야 확립된 것으로 우리나라 전통의 가족제도나 사회질서라고 보기 어려운 점, 1997년 동성동본금혼 조항에 대한 헌법재판소의 헌법불합치 결정과 2005년 민법 개정을 통하여 동성동본금혼제도가 근친혼 금지 제도로 전환된 이래 친족관념이 변화하였고 혼인 및 가족에 대한 인식도 급격히 변화하였음에도 심판대상조항은 그러한 사정을 반영하지 못하고 있는 점, 유전학적 관점에서 보더라도 6촌 내지 8촌인 혈족 사이의 혼인의 경우에는 그 자녀에게 유전질환이 발현된 가능성이 비근친혼 자녀의 경우와 거의 차이가 없음에도 심판대상조항은 유전학적 위험성을 근거로 혼인을 금지하고 있는 점 등을 고려할 때 심판대상조항은 침해의 최소성 및 법익의 균형성에 위반된다.

1) 대리인 법률사무소 명진(장셋별, 박정훈, 조두경, 송민혁 변호사).

□ 이해관계인 법무부장관의 주장 요지²⁾

- 심판대상조항은 근친혼 부부 사이에서 출생한 자녀들에게 나타날 수 있는 유전 질환 및 생물학적 취약성을 방지하고, 우리 민족의 혼인풍속 및 친족 관념에 기초한 전통을 이어받으며, 공동체 내의 질서를 유지하기 위한 것으로 목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다.
- 민법 제777조 제1호는 8촌 이내의 혈족을 친족으로 규정하고 있고, 핵가족화된 오늘날에도 여전히 혈족을 중심으로 한 공동체 의식은 우리 사회의 기초를 이루고 있으며, 고령가구나 2세대 이상의 가구가 다수를 차지하고 있는 우리나라의 인구구조나 가족구성을 고려하더라도 8촌 이내 혈족 사이의 혼인 금지는 침해의 최소성에 부합한다.
- 8촌 이내의 혈족과 혼인할 자유가 우리 사회의 혼인 및 가족에 관한 질서를 유지하려는 공익보다 우월하다고 단정하기 어려우므로 법익균형성에 반하지 아니한다.

□ 청구인측 참고인의 의견 요지³⁾

- 근친혼은 혼인과 가족이라는 사회의 기초적 생활단위를 보장하기에 필요한 최소한의 한도에서는 반드시 금지되어야 하지만, 그 제도적 보장에 필요한 정도를 넘어서 개인의 자유를 무익하게 또는 과도하게 제한하여서는 안 된다.
- 역사적·비교법적으로 고찰하건대, 직계혈족 및 형제자매 간의 혼인 금지는 혼인과 가족생활의 제도적 보장을 위한 본질적 요소라고 할 수 있으나, 그 외 3촌 이상 방계혈족 사이의 혼인 금지는 시대적·사회적 산물로 혼인과 가족생활의 제도적 보장을 위한 필수적인 요소라 할 수 없다.
- 입법자가 사회질서의 유지나 공공복리 등을 위하여 법률로써 혼인의 자유를 제한한다 하더라도 과잉금지원칙을 준수하여야 하는바, 심판대상조항이 오로지 유전학적 목적에서 근친혼을 금지한 것이라면, 근친혼과 유전질환의 발병률 사이에는 인과관계가 없는 점, 유전질환의 발생은 혼인 당사자가 스스로 감당하여야 할 문제이지 국가가 개입할 문제가 아니라는 점, 혼인 금지를 통해 출산

2) 대리인 정부법무공단(서규영, 류태경 변호사).

3) 성균관대학교 법학전문대학원 현소혜 교수.

을 통제한다는 사고나 유전질환을 가진 자녀의 출산이 사회적 위험이나 손실이라는 인식은 인간의 존엄이나 생명윤리에 반하는 점, 유전학적 이유만으로는 법정혈족에게도 근친혼 금지 조항을 적용하는 이유를 설명할 수 없는 점 등을 고려할 때 목적의 정당성 자체가 부정된다.

- 설령 근친혼 금지의 목적이 가족 구성원 간의 성적 경쟁이나 성적 착취의 방이라는 사회적·심리적 목적에 있다 하더라도, 5촌 이상 방계혈족 간에는 더 이상 생활공동체라는 실체가 존재하지 아니한다는 사정을 고려한다면, 근친혼 금지의 범위를 4촌 이내의 방계혈족으로 축소함이 타당하고, 이것이 시기상조라면 개별가족의 구체적인 사정을 고려하여 법원이 혼인금지를 면제해 주는 방식으로 기본권 침해의 가능성을 최소화할 수 있으므로, 심판대상조항은 침해의 최소성에 반한다.
- 근친혼 금지의 목적이 가족 집단 간의 교류 확대를 통한 사회 발전의 도모에 있다 하더라도, 혼인을 통한 가족 집단 간의 교류나 새로운 문화의 유입은 추상적인 법익에 불과한 반면, 혼인이 무효로 됨으로써 일방 당사자가 축출이혼을 당하거나 부당하게 상속권을 박탈당할 수 있고 자녀가 혼인 외 출생자의 지위를 갖는 등 침해되는 사익은 구체적이고 현저하므로, 심판대상조항은 법익 균형성에 위반된다.

□ 이해관계인측 참고인의 의견 요지⁴⁾

- 심판대상조항을 입법할 당시에 유전학적 목적은 적극적으로 고려되지 않았고, 혼인을 금지한다고 하여 출산까지 막을 수는 없으므로 유전학적 이유는 근친혼을 금지하는 부수적인 이유에 불과하다.
- 위헌론에서는 다른 나라에 비하여 근친혼의 범위가 지나치게 넓다는 점을 강조하나, 친족 간 어느 정도 친소관계가 있어야 혼인이 꺼려질 정도인지에 대해서는 국가마다 경험적, 관습적, 감정적 인식이 다르고, 국내로 이주한 외국인들이 우리나라의 근친혼 범위가 넓어서 혼란을 겪는다 하더라도 근친혼을 어디까지 수용할 수 있는지는 해당 공동체의 구성원을 기준으로 판단하여야 할 문제이므로, 근친혼 금지의 범위를 결정하는 것은 입법재량사항이고, 입법자가 정한

4) 건국대학교 법학전문대학원 서종희 교수.

근친혼 금지의 범위가 외국 입법례에 비하여 지나치게 넓다고 하여 논리필연적으로 위헌이라는 결론을 가져오는 것은 아니다.

- 독일 등은 민법에 친족의 범위를 명시적으로 규율하고 있지 않지만 우리 민법 제777조 제1호는 8촌 이내의 혈족을 친족으로 규정함으로써 8촌 이내의 혈족이 근친이라는 점을 법률적으로 판단하고 있으므로, 민법 제777조 제1호와의 정합성을 고려하여 근친혼 금지의 범위를 8촌 이내의 혈족으로 정한 심판대상조항은 입법재량의 범위를 초과하였다고 볼 수 없다.

□ 직권지정 참고인의 의견 요지⁵⁾

- 우리 민법상의 촌(寸) 개념은 혈친 간의 친소관계를 표시하기 위한 것이고 한자의 종(從)이나 영어의 커즌(cousin)은 특정 인적 집단을 가리키는 집합명사이므로 외국의 입법례와 심판대상조항을 단순 비교하기는 어렵다. 또한 심판대상조항이 외국 입법례와 같이 특정 인적 집단에 대하여 근친혼을 금지한 것이 아니라 촌(寸) 개념을 사용하여 근친혼 금지의 범위를 설정한 것에 대하여서는 반드시 합리적인 이유가 제시되어야 한다.
- 민법상 ‘혈족’ 개념에는 부계·부변혈족은 물론 모계·모변혈족까지 모두 포함되는 것으로 보이는바, 이러한 규율 태도는 부변혈친과 모변혈친의 친소 정도가 대등하지 않고 그러한 관계가 오늘날에도 강하게 이어지고 있는 우리나라의 친족 및 가족관계의 특성을 그대로 반영하지 못한 것이다.
- 오늘날에도 특정 지역에서는 대대로 특정 문중끼리 혼인을 통하여 사회적 관계를 맺는 혼반(婚班)의 풍습이나 시어머니가 마음에 드는 친정의 먼 친척 여아를 며느리로 들이는 풍습이 남아 있어서 비교적 동성동본불혼의 원칙을 고수하고 있는 점을 고려할 때, 동성동본불혼은 부계혈족 중심의 씨족원리와 족외혼 원칙이 결합된 것으로 우리나라의 전통이라 할 수 있겠으나, 민법상 근친혼 금지는 조상중심적 인식이 아니라 자기중심적 인식을 바탕으로 하여 근친 여부를 결정하고 모계·모변혈족까지 광범위하게 근친의 범위를 확장하고 있다는 점에서 우리나라 고유의 풍속질서에서 유래한 규율이라고 보기 어렵다.
- 판단건대 민법상 근친혼 금지는 인류 보편의 근친상간금기와 우리 고유의 동성동본불혼으로부터 파생된 근친혼 금기(taboo)의 관념이 복합적으로 연관된 것

5) 서울대학교 인류학과 전경수 명예교수.

이라 할 수 있다. 근친상간금기는 인류사회의 보편적인 현상으로서 그 범위가 대체로 형제자매와 부모자식에 국한되며 유전학적 검토는 이러한 근친상간금기의 대상과 범주에서만 유의미하다. 반면에 근친혼 금기는 씨족을 구성하는 방식 중 하나인 ‘혼인’제도에 적용되는 것으로 국가나 시대마다 상이한 양상을 보이며, 우리나라의 근친혼 금기는 전통적으로 족외혼 원칙이나 동성동본불혼의 원칙으로 구현되었기 때문에 그로부터 파생된 근친혼 금지 규율 역시 이른바 족외혼 풍습, 즉 씨족이나 종족의 바깥으로부터 배우자를 선택하게 하여 씨족(clan) 내지 종족 간의 결합을 도모하는 데에 그 규율 목적이 있다고 할 수 있다.

- 인류보편적인 근친상간금기와 우리 고유의 동성동본불혼으로부터 파생된 근친혼 금기는 서로 그 출발점이 상이하므로 따로 분리해서 평가할 필요가 있는데, 이 사건에서는 전자보다 근친혼 금지의 범위를 확대한 것의 위헌성이 문제되므로, 주요 쟁점은 심판대상조항이 생물학적·유전학적 정설에 부합하는지에 있지 않고, 오늘날의 사회변화에 부합하는지 여부에 국한되어야 한다.
- 한국의 전통적인 가족제도는 종족의 시조를 중심으로 하나의 종파 내지 문중을 형성하고, 문중 아래 대문중과 소문중을 두되, 소문중이 분화된 최종 단계인 ‘동고조팔촌(同高祖八寸)’을 중심으로 가족을 구성하는 양상을 띠고 있다. 동고조팔촌은 당내(堂內)라고 하여 가장 가까운 혈족관계를 의미하는바, 이는 기제사를 모심에 있어서 4대봉사, 즉 고조까지 가례로서 기제사를 모신다는 인식에서 유래한다. 결국 8촌을 근친으로 여기는 관념은 조상중심적 인식체계를 기반으로 확립된 상례와 제례의 풍속에서 유래하는바, 오늘날 가족개념이나 친족개념에 변화가 있다 하더라도 여전히 문중이나 당내를 기반으로 상례나 제례가 유지·실천되고 있는 한, ‘8촌이 곧 근친’이라는 관념은 오늘날에도 여전히 보편타당한 관념이라 할 것이다.

반대로 오늘날의 한국사회에서 혼례문화는 제례나 상례와 달리 자기중심적 친족관계의 경향을 강하게 반영하고 있고, 상례와 제례에서 통제력을 발휘하였던 당내(堂內)라는 인식에도 어느 정도 구조적인 변화가 있음이 인정된다면, 그에 한하여 ‘8촌이 곧 근친’이라는 관념이 오늘날에도 여전히 보편타당한 관념이라고 단정하기는 어렵다는 반론도 가능하다.