

# 보도자료

## 8촌 이내 혈족 사이의 혼인 금지 및 무효 사건

[2018헌바115 민법 제809조 제1항 등 위헌소원]

### [ 선 고 ]

헌법재판소는 2022년 10월 27일, 근친혼의 금지와 무효에 관한 민법 조항들에 대하여 아래와 같은 결정을 선고하였다.

1. 재판관 5:4의 의견으로, 8촌 이내의 혈족 사이에서는 혼인할 수 없도록 하는 민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정된 것) 제809조 제1항은 혼인의 자유를 침해하지 아니하여 헌법에 위반되지 아니한다는 결정을 선고하였다. **[합헌]**

이에 대하여는 위 조항은 헌법에 합치되지 아니한다는 재판관 유남석, 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 문형배의 반대의견이 있다.

2. 재판관 전원의 일치된 의견으로, 민법 제809조 제1항을 위반한 혼인을 무효로 하는 민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정된 것) 제815조 제2호는 헌법에 합치되지 아니한다는 결정을 선고하였다. **[헌법불합치(잠정적용)]**



2022. 10. 27.

헌법재판소 공보관실

## □ 사건개요

청구인과 함○○은 2016. 5. 4. 혼인신고를 하였는데, 함○○은 2016. 8. 1. 청구인과 6촌 사이임을 이유로 혼인무효의 소를 제기하였고, 대구가정법원 상주지원은 위 혼인신고가 8촌 이내 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 제815조 제2호에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하였으나(대구가정법원 2017즈기1432), 2018. 1. 25. 청구인의 위 항소 및 신청이 모두 기각되자, 2018. 2. 19. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## □ 심판대상

- 이 사건 심판대상은 민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정된 것) 제809조 제1항(이하 ‘이 사건 금혼조항’이라 한다)과 제815조 제2호(이하 ‘이 사건 무효조항’이라 하고, 이 사건 금혼조항과 합쳐 이를 때는 ‘심판대상조항’이라 한다)가 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

## □ 결정주문

1. 민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정된 것) 제809조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.
2. 민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정된 것) 제815조 제2호는 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 2024. 12. 31.을 시한으로 개정될 때까지 계속 적용된다.

## □ 이유의 요지

### 1. 혼인과 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 자유의 제한과 한계

- 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유를 기본권으로서 보장하고, 혼인과 가족에 대한 제도를 보장한다. 입법자는 혼인 및 가족관계가 가지는 고유한 특성을 고려하여, 사회의 기초단위이자 구성원을 보호하고 부양하는 자율적 공동체로서의 가족의 순기능이 더욱 고양될 수 있도록 혼인과 가정을 보호하고, 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인·가족제도를 실현해야 한다. 다만, 이를 위해 개인이 혼인과 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유를 제한하는 경우에는 기본권 제한의 헌법적 한계를 준수하여야 한다.
- 심판대상조항은 8촌 이내의 혈족<sup>1)</sup> 사이의 혼인을 금지하고, 이에 위반한 혼인은 무효로 하여 ‘혼인과 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유’(이하 ‘혼인의 자유’라 한다)를 제한하고 있다. 이러한 제한이 헌법 제37조 제2항이 정한 기본권 제한의 한계 원리 내의 것인지 살펴본다.

### 2. 이 사건 금혼조항의 혼인의 자유 침해 여부

- 가까운 혈족 사이의 혼인(이하 ‘근친혼’이라 한다)의 경우, 가까운 혈족 사이의 서열이나 영향력의 작용을 통해 개인의 자유롭고 진실한 혼인 의사 형성·합치에 어려움을 초래할 수 있고, 성(性)적 긴장이나 갈등·착취 관계를 초래할 수 있으며, 종래 형성되어 계속된 가까운 혈족 사이의 신분관계를 변경시켜 개별 구성원의 역할과 지위에 혼란을 불러일으킬 수 있다. 이에 더하여, 인류

#### 1) 민법

**제767조(친족의 정의)** 배우자, 혈족 및 인척을 친족으로 한다.

**제768조(혈족의 정의)** 자기의 직계존속과 직계비속을 직계혈족이라 하고 자기의 형제자매와 형제자매의 직계비속, 직계존속의 형제자매 및 그 형제자매의 직계비속을 방계혈족이라 한다.

**제770조(혈족의 촌수의 계산)** ① 직계혈족은 자기로부터 직계존속에 이르고 자기로부터 직계비속에 이르러 그 세수를 정한다.

② 방계혈족은 자기로부터 동원의 직계존속에 이르는 세수와 그 동원의 직계존속으로부터 그 직계비속에 이르는 세수를 통산하여 그 촌수를 정한다.

**제777조(친족의 범위)** 친족관계로 인한 법률상 효력은 이 법 또는 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 다음 각 호에 해당하는 자에 미친다.

1. 8촌 이내의 혈족
2. 4촌 이내의 인척
3. 배우자

문화에서 보편적으로 금기시되는 근친상간(incest)은 근친혼 당사자나 그 자녀들이 가족·친족 사이에서 일반적으로 기대되는 신뢰와 애정에 기초한 사적 유대 및 협력관계를 갖기 어렵게 하여 가까운 혈족의 해체를 초래할 수 있다. 그 결과 우리 사회에서 1차적으로 가까운 혈족이 담당하는 구성원에 대한 보호와 부양에서 배제되는 구성원이 발생할 수 있다. 이 사건 금혼조항은 위와 같이 근친혼으로 인하여 가까운 혈족 사이의 상호 관계 및 역할, 지위와 관련하여 발생할 수 있는 혼란을 방지하고 가족제도의 기능을 유지하기 위한 것이므로 그 입법목적이 정당하다. 또한 8촌 이내의 혈족 사이의 법률상의 혼인을 금지한 것은 근친혼의 발생을 억제하는 데 기여하므로 입법목적 달성에 적합한 수단에 해당한다.

- 이 사건 금혼조항은, 촌수를 불문하고 부계혈족 간의 혼인을 금지한 구 민법상 동성동본금혼 조항에 대한 헌법재판소의 헌법불합치 결정의 취지를 존중하는 한편, 우리 사회에서 통용되는 친족의 범위 및 양성평등에 기초한 가족관계 형성에 관한 인식과 합의에 기초하여 근친의 범위를 한정하는 것이므로 그 합리성이 인정된다. 급속한 경제성장에 따른 산업화·도시화와 교통·통신의 발달, 전국적인 인구이동 및 도시집중 현상 등과 같이 친족 관념이나 가족의 기능에 변화를 가져올 수 있는 사회·문화적 변동이 계속되고 있는 오늘날의 상황에서도 친족 관념이나 가족의 기능에 관해 세대 간 견해의 변화가 있었다고 단정하기는 어려운 만큼, 민법이 정하고 있는 친족의 범위를 고려하여 정한 이 사건 금혼조항이 입법목적 달성에 불필요하거나 과도한 제한을 가하는 것이라고는 볼 수 없다.
- 한편, 이 사건 금혼조항이 정한, 법률혼이 금지되는 혈족의 범위는 외국의 입법례에 비하여 상대적으로 넓은 것은 사실이다. 그러나 근친혼이 가족 내에서 혼란을 초래하거나 가족의 기능을 저해하는 범위는 가족의 범주에 관한 인식과 합의에 주로 달려 있으므로 역사·종교·문화적 배경이나 생활양식의 차이로 인하여 상이한 가족 관념을 가지고 있는 국가 사이의 단순 비교가 의미를 가지기 어렵다. 이를 종합하면, 이 사건 금혼조항이 침해의 최소성에 반한다고 할 수 없다.
- 이 사건 금혼조항으로 인하여 법률상의 배우자 선택이 제한되는 범위는 친족관계 내에서도 8촌 이내의 혈족으로, 넓다고 보기 어렵다. 그에 비하여 8촌

이내 혈족 사이의 혼인을 금지함으로써 가족질서를 보호하고 유지한다는 공익은 매우 중요하다. 따라서 이 사건 금혼조항은 법익균형성에 위반되지 아니한다.

- 그렇다면 이 사건 금혼조항은 과잉금지원칙에 위배하여 혼인의 자유를 침해하지 않는다.

### 3. 이 사건 무효조항의 혼인의 자유 침해 여부

#### (1) 재판관 이선애, 재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이영진, 재판관 이미선의 헌법불합치 의견

- 이 사건 무효조항은 이 사건 금혼조항의 실효성을 보장하기 위한 것으로서 정당한 입법목적 달성을 위한 적합한 수단에 해당한다.
- 근친혼을 금지하는 이유는 근친혼으로 인하여 발생할 수 있는 가까운 혈족 사이 관계의 혼란을 방지하고 가족제도의 기능을 유지하기 위함이다. 그런데 이미 근친혼이 이루어져 당사자 사이에 부부간의 권리와 의무의 이행이 이루어지고 있고, 자녀를 출산하거나 가족 내 신뢰와 협력에 대한 기대가 발생하였다고 볼 사정이 있는 때에 일률적으로 그 효력을 소급하여 상실시킨다면, 이는 가족제도의 기능 유지라는 본래의 입법목적에 반하는 결과를 초래할 가능성이 있다. 또한 현재 우리나라에는 서로 8촌 이내의 혈족에 해당하는지 여부를 명확하게 확인할 수 있는 신분공시제도가 없다. 이에 혼인 당사자가 서로 8촌 이내의 혈족임을 우연한 사정에 의하여 사후적으로 확인하게 되는 경우도 있을 수 있다. 그럼에도 현행 가사소송법에 의하면 아무런 예외 없이 일방당사자나 법정대리인 또는 4촌 이내의 친족이 언제든지 혼인 무효의 소를 제기할 수 있는데, 이는 당사자나 그 자녀들에게 지나치게 가혹한 결과를 초래할 수 있다.
- 이 사건 무효조항의 입법목적은 근친혼이 가까운 혈족 사이 신분관계 등에 현저한 혼란을 초래하고 가족제도의 기능을 심각하게 훼손하는 경우에 한정하여 무효로 하더라도 충분히 달성 가능하고, 위와 같은 경우에 해당하는지 여부가 명백하지 않다면 혼인의 취소를 통해 장래를 향하여 혼인을 해소할 수 있도록 규정함으로써 가족의 기능을 보호하는 것이 가능하다.
- 결국 이 사건 무효조항은 근친혼의 구체적 양상을 살피지 아니한 채 8촌 이

내 혈족 사이의 혼인을 일률적·획일적으로 혼인무효사유로 규정하고, 혼인관계의 형성과 유지를 신뢰한 당사자나 그 자녀의 법적 지위를 보호하기 위한 예외조항을 두고 있지 않으므로, 입법목적 달성에 필요한 범위를 넘는 과도한 제한으로서 침해의 최소성을 충족하지 못한다.

- 이 사건 무효조항은 경우에 따라 개인의 생존권이나 자의 복리에 중대한 영향을 미치고, 한 당사자가 다른 당사자로부터 일방적으로 유기를 당하는 등의 이른바 축출이혼에 악용될 소지도 배제할 수 없다. 이 사건 무효조항을 통하여 달성되는 공익은 결코 적지 아니하나, 이 사건 무효조항으로 인하여 제한되는 사익의 중대함을 고려하면, 이 사건 무효조항은 법익균형성을 충족하지 못한다.
- 그렇다면, 이 사건 무효조항은 과잉금지원칙에 위배하여 혼인의 자유를 침해한다.
- 이 사건 무효조항의 위헌성은 이 사건 금혼조항에 의하여 금지되는 근친혼을 어떠한 예외도 없이 처음부터 무효로 하는 데에 있다. 근친혼이 가까운 혈족 사이의 신분관계 등에 현저한 혼란을 초래하고 가족제도의 기능을 심각하게 훼손하는 경우에도 무효로 하여서는 안 된다는 것은 아니다. 당사자와 그 자녀의 법적 지위에 대한 예외적 보호가 필요한 범위에 관하여는, 혼인과 가정을 보호하고 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인·가족 제도를 실현하여야 할 일차적 책임이 있는 입법자에게 맡기는 것이 바람직하다. 따라서 단순 위헌결정이 아니라 헌법불합치 결정을 선고한다.

## (2) 재판관 유남석, 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 문형배의 헌법불합치 의견

- 이 사건 무효조항은 이 사건 금혼조항의 실효성을 확보하기 위한 것으로 8촌 이내 혈족 사이의 혼인을 전부 무효로 하고 있다. 그런데 이 사건 금혼조항에 대한 (뒤의) 반대의견에서 밝히는 바와 같이 이 사건 금혼조항은 그 금지의 범위가 지나치게 광범위하여 헌법에 합치되지 아니한다. 따라서 이 사건 금혼조항의 실효성 확보를 위하여 이에 위반한 이 사건 무효조항도 헌법에 합치되지 아니한다.
- 이 사건 금혼조항의 개선입법으로 금지되는 근친혼의 범위가 합헌적으로 축

소되는 경우에 그와 같이 축소된 금혼 범위 내에서 이 사건 무효조항은 그 입법목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다.

- 이 사건 무효조항의 입법목적은 가령 직계혈족 및 형제자매 사이의 혼인과 같이 근친혼이 가족제도의 기능을 심각하게 훼손하는 경우에 한정하여 그 혼인을 무효로 하고 그 밖의 근친혼에 대하여는 혼인이 소급하여 무효가 되지 않고 혼인의 취소를 통해 장래를 향하여 혼인이 해소될 수 있도록 규정함으로써 기왕에 형성된 당사자나 그 자녀의 법적 지위를 보장하더라도 충분히 달성될 수 있다. 그럼에도 이 사건 무효조항은 이 사건 금혼조항을 위반한 경우를 전부 무효로 하고 있어서 침해최소성과 법익균형성에 반한다.
- 그렇다면 이 사건 무효조항은 과잉금지원칙에 위배하여 혼인의 자유를 침해한다.
- 이 사건 무효조항의 위헌성은 무효로 되는 근친혼의 범위가 지나치게 광범위하다는 데에 있다. 혼인이 금지되는 혈족의 범위, 금지된 근친혼 중에서 무효로 할 부분과 취소로 할 부분을 정하는 것은 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인 및 가족제도를 형성하여야 할 일차적 책임이 있는 입법자에게 맡기는 것이 바람직하다.

### (3) 소결

- 이 사건 무효조항에 대하여 2024. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용을 명하는 헌법불합치 결정을 선고한다. 다만 당해 사건에서는 이 사건 무효조항이 개정될 때를 기다려 개정된 신법을 적용하여야 할 것이다.

### 이 사건 금혼조항에 대한 반대의견(재판관 유남석, 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 문형배)

- 이 사건 금혼조항이 정한 근친혼 금지는 인류 보편적으로 형성된 근친상간 금기에서 유래하는 것으로, 가족질서를 유지하고 가족제도의 기능을 보호하는 데에 그 입법목적이 있다.
- 그런데 이 사건 금혼조항은 근친상간 금기의 범위를 훨씬 넘어 8촌 이내 혈족을 모두 금혼의 대상으로 삼고 있다. 8촌 이내의 혈족을 ‘근친’으로 여기는

관념이 오늘날에도 여전히 지역이나 세대를 불문하고 보편적으로 받아들여지는 통념이라고 보기 어렵고, 친족인지 여부를 확인할 수 있는 별도의 신분 공시제도가 마련되어 있는 것도 아니어서 상대적으로 촌수가 먼 친족의 경우에는 혈족관계의 존재나 그 촌수를 알기 어렵게 되었다.

- 독일, 오스트리아, 스위스, 프랑스, 영국, 일본, 중국 등 다수의 국가들이 이 사건 금혼조항에 비해 상대적으로 금혼의 범위를 좁게 규정하고 있고, 혼인의 자유는 보편적 인권으로서 존중되고 보호되어야 한다는 것이 오늘날 세계적으로 통용되는 관념이라 할 것이며, 국제결혼이 지속적으로 증가하고 해외 유입인구도 갈수록 늘어나고 있으므로, 입법자는 국제규범과의 정합성을 고려하여 혼인제도를 형성하도록 노력하여야 할 것이다.
- 그럼에도 이 사건 금혼조항은 만연히 민법상의 친족 범위에 맞추어 금혼의 범위를 규정하고 있다. 친족의 범위를 규정함에 있어서는 특정 촌수 범위 내에 있는 인적 집단에게 친족관계로 인한 법률상 효력이 미치도록 규정함이 타당할 것이나, 이 사건 금혼조항은 친족의 범위를 정하는 조항이 아니라 혼인의 자유를 제한하는 조항이므로, 입법자는 민법 제777조가 정한 친족의 범위와 상관없이 혼인의 자유를 제한할 필요가 있는 최소한의 범위 내에서만 금혼의 범위를 정하였어야 할 것이다.
- 유전학적 연구결과에 의하더라도 8촌 이내 혈족 사이의 혼인이 일률적으로 그 자녀나 후손에게 유전적으로 유해한지에 대한 과학적인 증거가 있었다고 보기 어려우므로, 유전학적 관점은 혼인의 상대방을 선택할 자유를 제한하는 합리적인 이유가 될 수 없다.
- 따라서 이 사건 금혼조항은 입법목적 달성에 필요한 범위를 넘는 과도한 제한으로서 침해최소성에 반한다.
- 나아가 이 사건 금혼조항을 통하여 가족질서를 유지하고 가족제도의 기능을 보호하려는 공익에 비하여 이 사건 금혼조항으로 인하여 침해되는 사익이 훨씬 더 중대하므로, 이 사건 금혼조항은 법익균형성에도 반한다.
- 그렇다면 이 사건 금혼조항은 과잉금지원칙에 위배하여 혼인의 자유를 침해한다.
- 이 사건 금혼조항의 위헌성은 근친혼 금지의 범위가 지나치게 광범위하다는 데에 있다. 근친혼 금지의 범위를 합헌적으로 개선할 방법에 관하여는 입법



형성권을 가지고 있는 입법자에게 맡기는 것이 바람직하다.

## 결정의 의의

- 이 사건 금혼조항은, 구 민법 상의 동성동본금혼조항에 대한 헌법불합치 결정(헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등)에 따라 동성동본금혼조항이 효력을 상실한 후, 근친혼 제한의 범위를 합리적으로 조정하기 위해 규정된 것이다. 헌법재판소는 이 사건 금혼조항이, 우리 사회에서 통용되는 친족의 범위 및 양성평등에 기초한 가족관계 형성에 관한 인식과 합의에 기초하여 근친의 범위를 한정하는 것으로서 과잉금지원칙에 위배하여 혼인의 자유를 침해하지 아니하므로 헌법에 위반되지 않는다고 결정하였다.
- 헌법재판소는 이 사건 무효조항이 이 사건 금혼조항에 위반한 혼인을 일률적으로 무효로 하여 헌법에 합치되지 아니한다고 결정하였다. 이는 근친혼이 가족제도의 기능을 심각하게 훼손하는 경우에도 무효로 하여서는 안 된다는 의미는 아니다. 입법자는 이 결정의 취지에 따라 개선입법을 하여 위헌적 상태를 제거하여야 한다.