

## 婚姻 成立에 관한 獨逸 民法의 改正에 관한 考察\*

尹 眞 秀\*\*

### I. 序論

독일 친족법은 1997년에서 1998년 사이에 대폭 개정되어 1998. 7. 1.부터 시행되고 있다. 위 개정은 실제로는 한 번에 이루어진 것이 아니고, 4차례에 걸쳐서 이루어졌는데, 주된 대상은 혼인성립에 관한 부분과 부모와 자녀 관계(親子關係)에 관한 부분 및 미성년 자녀의 부양에 관한 부분이었다.<sup>1)</sup> 이하에서는 1998. 5. 4.에 이루어진, 혼인의 성립에 관한 Eheschließungsgesetz에 관하여 그 개요를 살펴보기로 한다.<sup>2)</sup>

### II. 法 改正의 경과

독일 민법 제정 당시에는 혼인의 요건과 그 효과 등에 관한 규정이 민법전의 일

---

\* 이 글은 “現代家族法の 發達과 展望”이라는 제목으로 1999. 6. 19. 경희대학교에서 개최된 한국가족법학회 1999년도 하계학술대회에서 발표되었던 것을 기초로 한 것이다. 당시 지정토론자로서 참여하였던 부산대학교의 金相略 교수님과, 이 글의 초고를 읽고 유익한 비평을 하여 주신 서울대학교 崔秉祚 교수님께 감사의 뜻을 표한다.

\*\* 서울대학교 法科大學 助教授

1) 1997. 12. 4.의 das Gesetz zur Abschaffung der gesetzlichen Amtspflegschaft und Neuordnung des Rechts der Beistandschaft(Beistandschaftsgesetz); 1997. 12. 16.의 Kindschaftsreformgesetz; 1998. 4. 6.의 das Gesetz zur Vereinheitlichung des Unterhaltsrechts minderjähriger Kinder(Kindesunterhaltsgesetz); 1998. 5. 4.의 das Gesetz zur Neuordnung des Eheschließungsrechts(Eheschließungsgesetz)이다. 이 이외에 1997. 12. 16.의 Erbrechtsgleichungsrecht는 상속법 중 혼인외의 자녀에 대하여 고유의 상속권 대신 상속가액지급청구권(Erbersatzanspruch)만을 인정하고 있던 것을 폐지하고, 혼인 중의 자녀와 동일한 상속법상의 지위를 인정하였다.

2) 위 독일 친족법 개정 전반에 관한 문헌으로는 Dieter Schwab(Hrsg.), *Das neue Familienrecht*, 1998; Mühlens/Kirchmeier/Greifmann/Knittel, *Kindschaftsrecht*, 2. Aufl., 1998이 있다. 또한 Diederichsen, *Die Reform des Kindschafts- und Beistandschaftsrecht*, *NJW* 1998, 1977ff.; Weber, *Das Gesetz zur Vereinheitlichung des Unterhaltsrechts minderjähriger Kinder*, *NJW* 1998, 1992ff. 참조.

부에 포함되어 있었다. 그런데 국가사회주의자들이 집권한 후인 1938년에 이르러 혼인의 성립과 이혼에 관한 규정을 민법전에서 분리하여 독립된 婚姻法(Ehegesetz)으로 규율하기에 이르렀다.<sup>3)</sup> 제2차 세계대전의 종결로 국가사회주의는 붕괴하였지만, 당시 연합국이 구성한 통제위원회(Kontrollrat)는 위 혼인법을 형식적으로는 일단 폐지하였으나, 그 중 특별히 국가사회주의적인 색채를 가진 규정들만을 제거하였을 뿐, 그 나머지 혼인법 규정들은 그대로 유지하였다. 그 후 이전의 東獨은 위 혼인법을 폐지하고 새로운 親族法典(Familiengesetzbuch)으로 대치하였으나, 西獨에서는 1976년에 혼인법 중 이혼에 관한 부분만을 개정하여 민법전에 다시 받아들였고, 그 나머지 혼인의 성립에 관한 규정 등은 여전히 혼인법에 남아 있었다.

그 후 몇 차례 혼인법을 민법전에 다시 흡수하려는 노력이 있었으나 별다른 성과를 거두지 못하였는데, 1990년의 독일 통일을 위한 협상 과정에서 이에 대한 새로운 계기가 마련되었다. 즉 당시의 동독 대표들은 위와 같이 점령군에 의하여 계속 효력이 유지된 혼인법을 계속 유지하는 데 반대하여, 이를 민법전에 편입시키는 방법으로 개정하여야 한다고 주장하였고, 그에 대하여 서독의 대표도 동의하여, 새로운 개정이 이루어지게 된 것이다.<sup>4)</sup>

그리하여 독일 연방 정부는 1996. 2. 9.에 개정안을 제출하였고,<sup>5)</sup> 이에 대하여 연방의회와 연방참의원뿐만 아니라 학계에서도 열띤 토론을 거친 끝에 개정법률이 1998. 5. 4. 聯邦議會에서 의결되어 공포되고, 같은 해 7. 1.부터 시행되기에 이르렀다. 그 구체적인 내용은 아래에서 살펴보겠지만, 단순히 형식적으로 종래의 혼인법의 내용을 민법전으로 받아들인 것에 그친 것이 아니라 내용 면에서도 중요한 변경이 있었다.

### III. 婚姻 成立의 要件에 관한 개정

#### 1. 公示(Aufgebot)制度的 폐지

중전의 혼인법 제12조 제1항은, 혼인을 하기 전에 이른바 公示의 절차를 거쳐야 한다고 규정하고 있었다. 이 공시는, 당사자가 혼인을 하려고 한다는 것을 戶籍公務

3) 이는 당시의 國家社會主義(Nationalsozialismus)의 이념에 비추어 볼 때 혼인법은 동일 의 질서(Gleichordnung)에 근거하는 일반 민법과는 다른 기본 관념에 의하여 뒷받침되고 있다는 생각에 근거한 것이었다고 한다. Gutjahr, *Deutsches Recht* 1938, 311. Barth/Wagnitz, *Zur Neuordnung des Eheschließungsrechts*, *FamRZ* 1996, 833, Fn. 8에서 재인용.

4) Barth/Wagnitz(註3), 833f. 참조.

5) Gesetzentwurf der Bundesregierung (Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Eheschließungsrechts), Deutscher Bundestag: Drucksache 13/4898 vom 13. 6. 1996(이 는 인터넷 <http://dip.bundestag.de>에서 찾아볼 수 있다).

員(Standesbeamte)이 公的으로 게시하는 것으로서, 원칙적으로 1주일 이상 게시하여야 하는데, 그 목적은 당사자가 혼인할 능력이 있는가, 혼인에 장애 사유는 없는가 하는 점을 심사하는 데 도움이 되기 위한 것이라고 설명되고 있으나, 그 실제적인 효용은 별로 없다고 평가되어서, 개정 법률은 이를 폐지하여 버렸다.<sup>6)</sup>

## 2. 待婚期間(Wartezeit)의 폐지

중전의 혼인법 제8조는, 여자는 前婚 종료 후 10월이 경과하기 전에는 새로운 혼인을 할 수 없다고 규정하면서도 여자가 그 동안에 자녀를 출산하였거나, 호적공무원으로부터 면제(Befreiung)를 받은 때에는 그러하지 아니하다고 규정하고 있었는데, 개정법은 이 규정을 폐지하여 버렸다.

종래 위 대혼기간의 규정은 원래 여자가 재혼하고 얼마 되지 않아서 자녀를 출산한 경우에, 그 자녀가 前婚의 夫의 자녀로도 추정되고, 後婚의 夫의 자녀로도 추정되게 되는, 이른바 父性推定の 衝突을 막기 위한 것이었으나, 1943년부터는 위 부성추정의 규정이 개정되어, 중전의 제1600조 제1항<sup>7)</sup>은, 재혼한 여자가 낳은 자녀가 前婚의 夫의 자녀로도 추정되고, 後婚의 夫의 자녀로도 추정될 때에는 그 자녀는 後婚의 夫의 자녀로 본다고 규정하여 이 이후로는 이러한 대혼기간의 규정의 의미 없게 되었으므로, 개정법은 이를 폐지하여 버린 것이다.<sup>8)</sup>

## 3. 未成年者の 婚姻節次

중전의 혼인법 제1조, 제3조는, 원칙적으로 성년자에게 혼인능력을 인정하고, 다만 미성년자가 16세 이상이며 그의 장래의 배우자가 성년이 되었을 때에는 후견법원의 면제(Befreiung)를 얻어 혼인할 수 있으나, 이때에도 법정대리인의 동의는 필요하며, 법정대리인이 정당한 이유 없이 그 동의를 거부할 때에는 후견법원이 법정대리인에 갈음하여 동의할 수 있다고 규정함으로써, 후견법원의 면제와 법정대리인의 동의라는 2단계의 절차를 거치도록 하였다.

그러나 개정 민법 제1303조는, 미성년자의 혼인에 대하여 법정대리인의 동의를 요구하지 않고, 다만 법정대리인이나 기타의 감호권자가 이의를 제기할 때에는 그 이의에 상당한 이유가 없는 때에만 가정법원<sup>9)</sup>이 면제를 할 수 있도록 바꾸었다.

6) Muscheler, Der Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Eheschließungsrechts, JZ 1997, 1142는 이로써 800년 이상의 전통을 가졌던 혼인 공시제도의 전통이 종식되었다고 지적하고 있다.

7) 1998. 7. 1. 개정 후의 제1593조도 같은 내용으로 규정하고 있다.

8) Barth/Wagenitz(註3), 835f. 참조. 위 논문의 필자는 실제로 개정안 작성에 관여한 법무부의 공무원들이므로, 위 논문에서 개정안의 의도를 대체로 확인할 수 있다.

9) 면제의 주체가 중전의 후견법원에서 가정법원으로 바뀌었다.

#### 4. 直系姻戚 사이의 혼인 금지의 폐지

종래의 혼인법 제4조 제1항은, 직계혈족 사이의 혼인, 全血(Vollblütig) 및 半血(halbbblütig)의 형제자매<sup>10)</sup> 사이의 혼인 및 직계인척 사이의 혼인을 금지하고 있었다. 그런데 개정 민법 제1307조는 위 종전의 금혼 규정 중에서 직계인척 사이의 혼인금지 규정을 없애 버렸다. 그 근거는, 현재에도 이 금지에 대하여 광범위하게 면제가 이루어지고 있다는 점<sup>11)</sup>과, 그러한 금지가 의학적이나 유전생물학적인 근거에 의하여 정당화될 수 없다는 점<sup>12)</sup> 외에도, 그러한 혼인의 금지가 위헌이라는 주장이 있는 것에도 영향을 받은 것으로 보인다.<sup>13)</sup>

그러나 이에 대하여는 다음과 같은 반대론이 있다. 즉 직계인척 사이의 혼인을 금지하여야 하는 이유는, 繼父로부터 繼子女(Stiefkinder)를 보호할 필요가 있고, 또 媳父가 며느리에게 접근하기 위하여 아들의 혼인관계를 파탄시키는 것과 같이 가족관계 내에서 성적인 경쟁을 막을 필요가 있기 때문에, 이러한 직계인척 사이의 혼인은 여전히 금지되어야 한다는 것이다.<sup>14)</sup>

#### 5. 假裝婚姻(Scheinehe)의 금지

종전의 독일 혼인법은, 혼인을 하려는 당사자가 戶籍公務員 앞에서 직접 출석하여 혼인을 하겠다는 의사를 표시할 것을 요구하는 것(제11조 제1항, 제13조 제1항) 외에, 당사자 사이의 특별한 혼인의사(실질적 혼인의사)를 요구하고 있지는 않았다. 따라서 혼인이 성립하기 위하여는 형식적인 합의(der formale Konsens)만 있으면 그로써 충분하고, 당사자가 실질적으로 부부생활을 유지하려는 의사가 없는 이른바 假裝婚姻(Scheinehe)이라도 완전히 유효하며, 그것이 혼인의 무효사유나 취소사유에는 해당하지 않는다고 보는 것이 일반적이었다.<sup>15)</sup>

그러나 근래에 이르러 특히 외국인이 독일에 체류할 수 있는 허가를 얻기 위한 수단으로, 실질적으로 부부로서의 공동생활을 영위할 의사가 없으면서도 형식적으

10) 이는 부모가 같거나 부모 중 한쪽이 같은 형제자매를 말한다.

11) 종전의 혼인법 제4조 제3항은, 후견법원이 인척임을 이유로 하는 혼인금지에 대하여 면제를 선언할 수 있고, 그 면제는 중대한 사유가 있을 때에는 거부되어야 한다고 규정하고 있었다.

12) BT-Drucksache 13/4898 A. 2.

13) Barth/Wagenitz(註3), 835.

14) Bosch, Neuordnung oder nur Teilreform des Eheschließungsrechts? *NJW* 1998, 2010. Muscheler(註6), 1145f.도 개정법이 직계인척간의 혼인 금지 규정을 삭제한 것을 비판하면서, 혼인금지를 繼父母 - 繼子女 사이에만 국한하고, 면제의 가능성을 두면서, 그 면제(또는 면제 거부)의 사유를 구체적으로 규정하여야 한다고 주장한다.

15) Gernhuber/Coester-Waltjen, *Lehrbuch des Familienrechts*, 4. Aufl., 1994, §11 II 9(S. 113); MünchKomm/Müller-Gindillis, *EheGesetz* §13 Rdnr. 10, 15 등.

로만 혼인을 맺는 사례가 늘어남에 따라 호적공무원이 그러한 가장혼인임이 명백한 경우에 그 혼인에의 관여를 거부할 수 있는가 하는 것이 중요한 논점으로 등장하게 되었다. 하급심 판례 가운데에는, 이러한 가장혼인은 혼인제도의 남용으로서 허용될 수 없다고 하거나, 또는 이는 일종의 조건부 내지 기한부의 혼인이므로 허용될 수 없다고 하는 것들이 많았으나,<sup>16)</sup> 혼인법 제16조, 제28조는, 혼인법이 명문으로 규정하는 경우에만 혼인무효 및 취소가 인정된다고 규정하고 있는 점에서 해석론상의 난점이 있었다.

그럼에도 불구하고 정부의 개정안에서는 이 문제에 관한 아무런 규정이 없었는데, 그 이유는 이 문제는 혼인에 결부되는 개별적인 이익을 제한함으로써 해결될 문제이지 혼인의 요건으로서 다른 문제가 아니라고 보았던 점에 있었다.<sup>17)</sup>

그러나 개정안을 심의한 연방의회(Rechtsausschuß)에서는 이 문제에 관한 규정을 두기로 하여, 제1314조의 제2항 5호에서 혼인의 양당사자가 혼인을 함에 있어 제1353조 제1항에 의한 의무<sup>18)</sup>를 발생시키지 않는다는 합의를 한 때를 혼인의 취소사유로 규정함과 아울러, 제1310조 제1항에서는 혼인이 제1314조 제2항에 의하여 취소될 수 있음이 명백한 때에는 호적공무원이 그 혼인에의 관여를 거부할 수 있다고 명문으로 규정함으로써 종래의 논란을 입법적으로 해결하였다.<sup>19)</sup>

## 6. 外國人과의 婚姻節次

중전의 혼인법 제10조는 외국인은 자신의 국내법상 혼인의 장애사유가 없다는 本國의 증명서를 제출하여야만 혼인할 수 있다고 규정하고 있었는데, 개정법도 제1309조 제1, 2항에서 같은 규정을 두고 있으나, 중전의 규정을 다소 변경하였다.

첫째, 증명서를 제출하여야 하는 사람으로서 종래에는 단지 외국인이라고만 하였던 것을, 민법시행법 제13조 제2항의 규정에 따라 외국법이 적용되는 사람으로 한정하였다.<sup>20)</sup>

둘째, 그 증명서의 범위를 중전의 本國의 국내 公務所(innere Behörde)가 발급한 것뿐만 아니라, 그 본국과 체결된 조약에 따라 발급된 증명서에까지 확장하였다.<sup>21)</sup>

16) Hepting, Das Eheschließungsrecht nach der Reform, in: D. Schwab(Hrsg.)(註2), S. 19ff. 참조.

17) Barth/Wagnitz(註3), 839.

18) 제1353조 제1항: 혼인은 중신을 기약하여 체결된다. 배우자는 상호간에 혼인공동체로서의 의무를 부담한다; 그들은 서로 책임을 부담한다.

19) Hepting(註16), S. 28ff.는 입법자의 의도 등에 비추어 볼 때, 이 규정들은 외국인이 체류상의 이익을 얻을 것을 목적으로 하는 이른바 滯留婚姻(Aufenthaltsehe)에만 적용되는 것으로 해석하여야 한다고 주장한다.

20) 따라서 무국적자, 난민, 피난민 등과 같이 그 혼인의 요건이 독일법에 따라 정하여지는 사람들에 대하여는 혼인증명서의 제출이 요구되지 않게 되었다. Hepting(註16), S. 16f. 참조.

이 이외에 주소를 외국에 둔 무국적자나, 또는 본국의 관청이 그러한 증명서를 발급하지 않는 그러한 나라의 국민 등은 고등법원장으로부터 그러한 증명서 제출의 면제를 받을 수 있다는 점은 종전의 규정과 같다.

#### IV. 瑕疵 있는 婚姻의 效力

위 개정 법률의 가장 중요한 특징은, 종래 하자 있는 혼인을 無效(Nichtigkeit)인 경우와 取消(Aufhebung)의 대상이 되는 것으로 나누었던 것을 단일화하여 모두 취소할 수 있는 것으로 하였다는 것이다(제1313조 이하).

##### 1. 혼인의 非存在(Nichtehe)와 그 治癒

그러나 혼인의 非存在(Nichtehe)<sup>22)</sup>는 종전과 마찬가지로 여전히 인정된다. 여기서 혼인의 비존재란, 호적공무원 앞에서의 혼인의 합의라는 요건을 갖추지 못하였거나, 또는 同性婚姻과 같은 경우를 의미한다.<sup>23)</sup> 이 중 후자의 경우에는 그 하자가 치유될 여지가 없으나,<sup>24)</sup> 전자의 경우에 관하여는 개정 법률 제1310조 제3항은 다음과 요건을 갖춘 때에는 유효한 혼인이 성립한 것으로 다루고 있다.

첫째, 호적공무원이 혼인을 婚姻簿(Heiratsbuch)나 家族簿(Familienbuch)<sup>25)</sup>에 기재한 경우(제1호).

둘째, 호적공무원이 혼인 당사자의 공통의 자녀의 출생의 기재와 관련하여, 出生簿(Geburtsbuch)에 혼인이 성립하였다고 기재한 경우(제2호).

셋째, 호적공무원이 혼인당사자로부터 그 효력 발생을 위하여는 기존의 혼인을 전제로 하는 그러한 의사표시를 수리하고, 혼인 당사자들에게 법이 규정한 증명서를 발급한 경우.

그리고 이 모든 경우에, 혼인당사자들이 그 이후 10년간, 또는 일방이 사망한 경우에는 사망시까지 적어도 5년간 부부로서 살아왔을 것을 요한다.

21) 이는 주로 1997. 6. 5.의 법률(BGBI 1997, II 1086)에 의하여 독일이 가입한, 1980. 9. 5.의 CIES 협약 제20호 혼인증명서 발급에 관한 협약을 가리킨다. Hepting(註16), S. 18 Fn. 68) 참조.

22) matrimonium non existens라고도 한다.

23) Barth/Wagnitz(註3), 839; Bosch(註14), 2010; Hepting(註16), S. 38 등. 혼인의 당사자가 異性이어야 한다는 점에 대하여는 독일 민법상 명문 규정이 없으나, 당연한 것으로 여겨지고 있다. 同性婚姻에 대하여는 尹眞秀, 婚姻의 自由, 제1회 韓國法學者大會 論文集 (II), 1998, 72면 이하 참조.

24) Bosch(註14), 2009.

25) 婚姻簿나 家族簿는 호적공무원이 혼인이 성립한 경우에 호적법(Personenstandsgesetz)에 의하여 작성하는, 우리의 호적부에 유사한 서류이다.

이러한 규정은 주로 외국인과의 혼인에 있어서, 당사자가 독일법상의 혼인 성립을 위한 절차를 밟지 않았지만, 외국법에 의하여서는 유효한 혼인이 성립한 경우<sup>26)</sup>를 예상한 것이다.<sup>27)</sup> 종전에는 이러한 비존재하는 혼인의 치유는 인정되지 않았고, 다만 호적공무원이 아님에도 공적으로 호적공무원의 직책을 수행하면서 혼인을 가족부에 기재한 사람을 호적공무원으로 보도록 함으로써,<sup>28)</sup> 매우 제한된 범위에서만 치유가 인정되었었다.

이러한 개정법에 대하여는, 비존재인 혼인의 치유를, 당사자가 善意로 혼인관계를 유지하였다는 것 대신에, 단지 형식적인 요건에만 의존하도록 한 것은 부당하다고 하는 비판이 있다.<sup>29)</sup>

## 2. 하자 있는 혼인에 관한 종전의 규정

종전의 혼인법은, 앞에서 언급한 비존재의 경우를 논외로 한다면, 하자 있는 혼인이라도 일단 유효하게 성립하고, 다만 하자의 종류에 따라서 혼인의 무효(Nichtigkeit der Ehe)<sup>30)</sup>와, 혼인의 취소(Aufhebung der Ehe)로 구분하고 있었다. 혼인의 무효와 취소는 다같이 법원의 판결을 필요로 하는 점에서는 공통되지만,<sup>31)</sup> 혼인 무효의 경우에는 혼인무효 판결에 의하여 일단 성립하였던 혼인이 소급적으로 무효로 되는 반면,<sup>32)</sup> 혼인 취소의 경우에는 그러한 소급효가 없다는 점에서 구별된다고 보았다.

종래 혼인 무효사유로 규정되었던 것은 혼인법 제13조에 의한 혼인의 방식을 갖추지 않은 경우(제17조 제1항), 의사능력 또는 행위능력이 없는 경우(제18조 제1항), 중혼(제20조 제1항), 혼인이 금지되는 혈족 또는 인척 사이의 혼인(제21조) 등이었다. 반면 혼인 취소사유는 법정대리인의 동의 결여(제30조 제1항), 착오(제31조 제1항, 제32조 제1항),<sup>33)</sup> 약의의 기망(제33조 제1항), 강박(제34조) 등이었다.

26) 이른바 hinkende Ehe.

27) Barth/Wagnitz(註3), 843; Muscheler(註6), 1143 참조.

28) 혼인법 제11조 제2항.

29) Hepting(註16), S. 41f.

30) 혼인법 제16조-26조.

31) 무효에 대하여는 혼인법 제23조; 취소에 대하여는 혼인법 제29조.

32) 따라서 rückwirkende Vernichtbarkeit라고 하기도 한다. MünchKomm/Müller-Gindullis, Ehegesetz §16 Rdnr. 1 참조.

33) 혼인법은, 착오를 넓은 범위에서 혼인 취소사유로 인정하고 있었다. 즉 당사자가 혼인 성립 당시에 그것이 혼인 성립에 관한 것이라는 것을 몰랐을 때(제31조 제1항 제1문 첫째 경우) 뿐만 아니라 이를 알기는 하였으나 혼인의 의사표시를 하려고 하지 않았던 경우(제1항 제1문 둘째 경우)와, 혼인의 상대방이 누구인지에 관하여 착오를 일으킨 경우(제1항 제2문) 및 혼인 상대방의 인적 특성에 관하여 착오를 일으킨 경우(제32조 제1항)에 모두 혼인의 취소 사유가 되었다.

나아가 혼인 무효와 혼인 취소의 효과도 큰 차이가 나는 것은 아니었다. 즉 혼인 취소의 효과는 이혼과 같은데(제37조),<sup>34)</sup> 혼인 무효의 경우에도 그 재산법적 효과는 이혼의 효과에 관한 규정에 따르도록 되어 있었으므로(제26조),<sup>35)</sup> 재산법적으로는 혼인 무효와 혼인 취소 사이에는 차이가 없다.

그러므로 양자 사이에 차이가 생기는 부분은 부부의姓에 관한 부분과 상속에 관한 부분뿐이라고 할 수 있었다. 우선 부부의姓에 관하여는, 부부가 혼인으로 인하여 동일한姓(즉 婚姻名, Ehename)을 사용하던 경우에는 이혼으로 인하여 혼인이 종료되어도 그姓을 유지할 수 있고, 따라서 혼인이 취소된 경우에도 마찬가지로이지만, 혼인이 무효로 된 경우에는 그렇지 않았다.<sup>36)</sup>

그리고 가장 중요한 차이는 혼인이 무효 또는 취소로 되지 않은 동안에 부부 일방이 사망하면 생존 배우자가 사망한 배우자의 상속인이 될 수 있는가 하는 점이었다. 즉 단지 취소사유가 있는 혼인의 경우에는, 배우자 일방이 혼인의 취소를 청구한 후에 사망하면 그 상대방 배우자는 상속권이 없지만,<sup>37)</sup> 취소사유가 있더라도 혼인 취소의 소를 제기하지 않은 채 일방이 사망하면 더 이상 혼인 취소가 허용되지 않으므로<sup>38)</sup> 그 상대방 배우자는 상속을 받을 수 있게 된다.

반면 혼인 무효사유가 있는 경우에는, 당사자 일방의 사망으로 혼인관계가 종료되더라도 검사가 혼인무효의 소를 제기할 수 있으므로, 그 혼인 무효의 판결이 확정되면 생존 배우자는 상속권을 잃게 된다.<sup>39)</sup>

### 3. 改正法の 규정

이러한 종전의 규정과는 달리 개정법은 혼인의 무효 제도를 없애 버렸다. 즉 제1313조 제1항은, “혼인은 법원의 판결에 의하여서만 청구에 의하여 취소될 수 있다. 혼인은 판결의 확정에 의하여 취소된다. 혼인의 취소를 청구할 수 있는 요건은 이하의 규정에서 도출된다”고 규정하고 있다.

그리고 종전의 혼인무효 사유이던 미성년자의 혼인(제1303조), 행위능력 없는 자의 혼인(제1304조), 중혼(제1306조), 혼인이 금지되는 혈족 사이의 혼인(제1307조),<sup>40)</sup>

34) 다만 일정한 경우에는 장래에 향하여 그 재산법적인 효과를 배제할 수 있다. 제37조 제2항 참조.

35) 따라서 부부재산제나 剩餘共同制(Zugewinnngemeinschaft)의 청산 등도 모두 이혼의 경우와 같다.

36) MünchKomm/Wacke, §1355 Rdnr. 28; Muscheler(註6), 1148 등 참조.

37) 독일 민법 제1933조 제2문.

38) 독일 민사소송법 제619조 참조.

39) MünchKomm/Müller-Gindullis, Ehegesetz §27 Rdnr. 21.

40) 입양에 의하여 친족관계가 성립한 사람들 사이의 혼인은 금지되기는 하지만(제1308조), 일단 이들 사이에 혼인이 성립하면 이는 혼인의 취소사유가 되지 않고, 오히려 양부모



의사능력 없는 자의 혼인(제1314조 제2항 제1호) 등은 모두 혼인 취소사유로 바뀌었다(제1314조 제1항).

나아가 종전의 혼인취소사유도 일부 수정되었다. 즉 착오는 당사자가 혼인 성립 당시에 그것이 혼인 성립에 관한 것이라는 것을 몰랐을 때만 혼인의 취소 사유가 되고(제1314조 제2항 제2호), 나머지 종전의 착오를 이유로 하는 취소는 더 이상 인정되지 않게 되었다.<sup>41)</sup> 그리고 개정법률이 假裝婚姻을 혼인의 취소사유로 새로 추가한 것은 앞에서 살펴보았다.

나아가 개정법은, 그 취소의 청구권자를 제1314조 제2항 제2호 내지 제4호(착오, 사기 및 강박)의 경우에는 혼인 당사자로 한정하고, 그 이외의 경우에는 혼인 당사자뿐만 아니라 관할 행정청에게도 청구권을 인정하였으며, 중혼(제1306조)의 경우에는 전혼의 배우자에게도 청구권을 인정하였다(제1316조 제1항).

그리고 혼인이 이미 해소된 경우에는 취소청구는 더 이상 허용되지 않는다(제1317조 제3항).<sup>42)</sup>

혼인 취소의 효과에 관하여는, 그 취소 사유에 따라 제한적으로 이혼에 관한 규정에 의하도록 하고 있다(제1318조). 즉 이혼 후의 부양에 관한 규정들(제1569조에서 제1586조의 b)은, (1) 제1303, 1304, 1306, 1307, 1311조 위반<sup>43)</sup> 및 제1314조 제2항 제1, 2호<sup>44)</sup>로 인한 취소의 경우에는 혼인 성립 당시에 그 취소사유를 몰랐던 배우자를 위하여, 제1314조 제2항 제3, 4호<sup>45)</sup>로 인한 취소의 경우에는 사기 또는 강박의 상대방이었던 배우자를 위하여 적용되고, (2) 제1306, 제1307조<sup>46)</sup> 위반으로 인한 취소의 경우에 쌍방이 취소사유를 알았던 경우에는 그 쌍방을 위하여 준용된다. 그리고 공동의 자녀의 양육과 교육을 위한 부양에 관한 규정은, 부양의 거부가 그 자녀의 이익을 위하여 매우 부당한 때에 한하여 준용된다(제2항).

그 외에 법정 부부재산제에 관한 규정들(제1363조에서 제1390조) 및 사회보장급여의 분할(Versorgungsausgleich)<sup>47)</sup>에 관한 규정들(제1587조에서 제1587조p), 家財

와 양자 내지 그 직계비속 사이에 혼인이 성립하면 입양에 의하여 성립하였던 법률관계가 해소된다(제1766조). 이는 종전에도 마찬가지였다(혼인법 제7조 참조).

41) 우선 혼인의 의사표시를 하려고 하지 않았던 경우(혼인법 제31조 제1항 제1문 둘째 경우)와, 혼인의 상대방이 누구인지에 관하여 착오를 일으킨 경우(혼인법 제31조 제1항 제2문)는 실제로 거의 생각할 수 없기 때문에 이를 삭제하였고, 혼인 상대방의 특성에 관하여 착오를 일으킨 경우는 이혼사유에 해당한다고 보았기 때문이다. Barth/Wagnitz (註3), S. 840; Hepting(註16), S. 43 등.

42) 따라서 배우자 쌍방이 생존하고 있을 때 혼인 취소 청구가 제기되지 않은 한, 배우자 일방이 사망하면 다른 배우자는 확정적으로 상속인이 된다.

43) 미성년자의 혼인, 행위능력 없는 자의 혼인, 중혼, 금혼 친족 사이의 혼인, 혼인 방식.

44) 의사능력 없는 자의 혼인 및 착오.

45) 사기 또는 강박.

46) 중혼 및 금혼 친족 사이의 혼인.

道具法(Hausratsverordnung)<sup>48)</sup>에 관한 규정도 원칙적으로 준용된다(제3, 4항).

이처럼 개정법률이 혼인무효의 제도를 폐지한 근거는 무엇인가? 개정안 이유서는 다음과 같이 설명하고 있다. 즉 현행법의 이러한 二元性(Zweispurigkeit)은 이를 파악하거나 집행하는 것을 어렵게 할 뿐만 아니라, 그 실질적인 근거에 있어서도 의문이 있다고 한다. 즉 혼인 무효의 사유는 공공의 이익 침해에 있고, 혼인 취소의 사유는 제1차적으로 각 개인의 이익을 보호하는 데 있다고 하지만, 이는 비판의 대상이 될 수 있으며, 또한 혼인 무효에 소급효가 있다고 하는 원칙은 수많은 예외에 의하여 깨뜨려지고 실질적으로 제거된 것이나 마찬가지이며, 따라서 이러한 사실상의 “원칙 - 예외” 관계에 맞추어 장래에는 원시적으로 하자 있는 혼인의 종료를 위한 수단으로서 단지 장래효만이 있는 혼인의 취소를 규정하는 것이 바람직하다고 한다.<sup>49)</sup> 그리고 종전의 혼인 무효 사유에 해당하는 배우자도 상속을 받을 수 있고, 또 婚姻名(Ehename)을 그대로 쓸 수 있는 것에 관하여는, 무효와 취소를 통합하더라도, 종전의 무효사유가 존재할 때에는 사망으로 인하여 혼인이 해소되더라도 무효생존배우자의 상속권을 부정하게 하는 것도 고려할 수 있고, 또 종전의 무효사유가 존재할 때에는 婚姻名을 쓸 수 없게 하는 것도 고려할 수 있지만, 개정안은 이러한 규정을 의도적으로 채택하지 않았다고 한다. 오히려 개정안은, 일단 생활 관계를 유지한 혼인에 대하여는 현행법에 있어서처럼 소급적으로 법적인 승인이 거부되어서는 안 된다는 것을 전제로 하였고, 또 생존 배우자가 법정상속권을 가지는 것은 추정적인 피상속인의 의사에도 부합하고, 또 민법 제1371조에 의하여 부부재산제도의 분할도 회피할 수 있다고 한다.<sup>50)</sup>

#### 4. 개정법에 대한 비판

그러나 이처럼 개정법이 혼인무효의 제도를 폐지하여 버린 데 비판이 없지 않다. Bosch는, 중혼이나 가까운 혈족 사이의 혼인이 형법상으로도 처벌됨에도 불구하고 혼인의 효력에는 영향을 미치지 않는다는 것은 비논리적이라고 여겨지며, 일반인으로서 이를 이해할 수 없을 것이라고 한다. 그러므로 근본적인 결정은 종전과 마찬가지로 혼인의 無效化(Vernichtbarkeit)가 되어야 하고, 따라서 위와 같은 혼인은 원칙적으로 소급적으로 해소되어야 하며, 다만 그 혼인 중에 출생한 자녀의 신분과

47) 이를 年金清算이라고 번역하기도 한다. 曹美卿, 독일 離婚法에 있어서의 年金清算制度, 家族法研究 6, 1992, 153면 이하 참조.

48) 이는 이혼시에 주거 및 가재도구를 누가 차지할 것인가에 관한 법원의 결정을 규율하는 법이다.

49) BT-Drucksache 13/4898 vom 13. 06. 1996, Begründung A 3.

50) BT-Drucksache 13/4898 vom 13. 06. 1996, Begründung B, Zu dem Dritten Titel - Aufhebung der Ehe.

같은 일부의 효력만이 정상적인 혼인과 같이 존속하여야 할 것이라고 주장한다.<sup>51)</sup>

이에 반하여 Muscheler는 개정법의 태도를 원칙적으로는 긍정하면서도,<sup>52)</sup> 그 법률효과에 관하여는 종전의 혼인무효사유에 관한 한 婚姻名과 상속에 있어서의 차이는 그대로 유지되어야 한다고 주장한다. 즉 법률에 의한 婚姻名의 상실도, 종전 배우자의 성명 사용에 대한 거절권도 규정하고 있지 않는 改正案의 태도는 부당하다고 한다. 또 상속에 있어서는 개정안에 따르면 가령 重婚者가 사망 전에 혼인 취소의 소를 제기하고 그 판결 확정 전에 사망하면 後婚의 배우자는 상속인이 되지 못하는데 반하여, 동일한 사실관계에 있어서 後婚의 배우자가 사망하면 중혼자는 상속인이 되게 되며, 또 행정관청이 혼인취소소송을 제기하였기 때문에 배우자가 소송을 제기하지 않고 있다가 사망한 경우에는 상속에 아무런 영향을 주지 못하고, 또 배우자 중 아무도 혼인취소소송을 제기하지 않은 상태에서 일방이 사망하면 아무도 중혼자로부터 상속권을 빼앗을 수 없고, 또 중혼자가 사망하면 두 사람의 배우자가 상속을 하게 되어, 종전의 예외가 원칙이 되고 만다고 한다.

개정안의 이유서는 이에 대하여, 종전의 무효인 혼인의 생존 배우자가 법정상속인이 되는 것이 피상속인의 추정적 의사에 부합한다고 하지만, 이는 잘못된 것이, 혼인무능력자는 그러한 의사를 형성할 수가 없고, 아버지와 딸 사이의 혼인에 있어서는, 그러한 아버지의 의사는 그로 인하여 다른 자녀가 상속법상으로 경시되는 것을 정당화할 수는 없다고 한다. 그러므로 이러한 개정안의 이유는, 혼인 방식의 하자로 인한 무효의 경우어나 어느 정도 타당하며, 또 개정안이 민법 제1371조에 의하여 부부재산관계의 분할을 회피할 수 있다고 하는 것도, 이 조문을 무효인 혼인에 대한 상속법상의 처리에 관한 만병통치약으로 보는 것으로서 잘못이라고 한다. 그러므로 종전의 혼인무효의 사례에 있어서는 일방 배우자의 사망 당시에 종전의 혼인무효의 사유가 객관적으로 존재하는 한 상속권은 배제되어야 하며, 혼인무효의 청구가 제기되었는가 하는 것은 문제될 수 없다고 한다.<sup>53)</sup>

## V. 실종선고 후의 殘存配偶者의 혼인

혼인관계에 있는 배우자 일방이 실종되어 그에 대한 실종선고가 확정되었고, 잔존 배우자가 새로이 혼인하였는데, 그 후 실종되었던 배우자가 생존한 사실이 밝혀진 경우에 잔존 배우자의 새로운 혼인관계에 어떠한 영향을 미치는가 하는 점은 우리 나라에서도 매우 논란이 많은 문제이다.

51) Bosch(註14), 2010.

52) Muscheler는 개정안이 아직 법률로서 확정되기 전에 이에 대한 논평을 발표하였다.

53) Muscheler(註6), S. 1148f.

종래의 혼인법은, 이처럼 실종선고가 확정되었던 배우자가 생존하고 있다는 사실이 밝혀져도, 원칙적으로 새 혼인은 중혼으로 인하여 무효로 되는 것이 아니며,<sup>54)</sup> 새 혼인의 성립에 의하여 실종자와의 종전 혼인관계는 해소되고, 실종선고가 취소 되더라도 이는 마찬가지로 규정하면서도, 다만 後婚의 양 당사자가 혼인 당시에 실종자가 실종선고 당시에 생존하고 있었다는 사실을 안 경우에만 後婚이 무효로 된다고 규정하고(제38조 제1, 2항), 잔존배우자가 선의였을 때에는 잔존배우자는 후혼의 취소를 청구할 수 있으나, 이때에는 전혼의 배우자가 생존하고 있는 한 잔존배우자는 전혼의 배우자와만 혼인할 수 있다고 규정하고 있었다(제39조 제1, 2항).

개정법은 기본적으로는 종전 혼인법의 태도를 그대로 유지하면서도, 다만 잔존배우자가 후혼의 취소를 청구하여 받아들여졌을 때, 전혼의 배우자와만 혼인할 수 있다는 제한을 없앴다(제1319조, 제1320조). 이처럼 개정법이 종래의 제한을 폐지한 것은, 생존 배우자의 혼인을 제한한 것이 실제로 여러 불합리한 결과를 가져왔기 때문이라고 한다. 즉 잔존 배우자가 후혼 취소 후에 실종되었던 배우자와 다시 혼인하려고 하였으나 그것이 매우 어려운 경우가 많았고, 따라서 과거에는 이러한 제한을 피하기 위하여 후혼의 취소 대신에 후혼의 이혼이라는 방법을 이용하는 일이 많았으므로, 과거의 제한은 더 이상 받아들이지 않기로 하였다는 것이다.<sup>55)</sup>

학설도 이는 불필요한 혼인의 자유의 제한을 제거한 것이라고 하거나,<sup>56)</sup> 신 이혼법의 시행 후에는 이 문제는 후혼의 취소 대신 이혼에 의하여 회피될 수 있으므로 위와 같은 제한을 없앤 것은 논리적으로 일관성이 있는 것이라고 하여,<sup>57)</sup> 호의적으로 평가한다.

## VI. 우리 법에의 示唆.

위와 같은 독일법의 개정이 우리 법에 어떠한 시사를 줄 수 있을 것인가? 이는 쉽게 말하기는 어렵다. 혼인 성립에 관한 우리 민법의 기본 체계는 독일 민법의 그것과 상당한 차이를 보이고 있으므로, 개정된 독일 민법의 태도가 우리 민법에 바로 의미를 가지는 것은 아니다. 그럼에도 불구하고 다음과 같은 점에서 개정 독일 민법이 우리 민법에 참고가 될 수는 있다고 생각된다.

첫째, 개정 독일민법은 혼인의 자유를 확대하고 있다는 점이다. 이 점은 여자의 대혼기간의 폐지 등에서도 나타나지만, 특히 직계인척간의 혼인 금지를 없애 버렸다

54) 독일의 실종선고제도는 실종선고가 확정되더라도 실종자가 사망한 것으로 추정될 뿐이므로, 실종자가 생존한 사실이 밝혀지면 이론상으로는 중혼으로 될 수 있다.

55) BT-Drucksache 13/4898 B. zu §1320.

56) Bosch(註14), S. 2008

57) Muscheler(註6), S. 1144.

는 점에서 방계인척과의 혼인마저 금지하고 있는 우리 민법과는 매우 대조적이다.<sup>58)</sup>

**둘째**, 특히 외국인이 독일에서의 체류허가를 얻기 위하여 진정한 혼인의 의사가 없으면서도 가장혼인을 하는 것이 심각한 문제가 되고 있음을 확인할 수 있는데, 이 점은 우리 나라에서도 중요한 문제가 되고 있다.

**셋째**, 이른바 섭외적 혼인의 성립절차에 관하여 상세한 규정을 두고 있는 점은 우리 법이 본받아야 할 것으로 생각된다.

**넷째**, 가장 중요한 것은, 혼인의 무효와 취소의 구별을 없애 버린 점이다. 그런데 이에 관하여는 독일에서도 비판적인 견해가 유력하고, 우리 나라에서도 이러한 태도를 입법으로 채택하기는 어려울 것으로 전망된다. 특히 종래 무효인 혼인의 경우에는 당사자 일방이 사망하더라도 그 혼인이 무효로 확정되면 생존 배우자는 상속인이 되지 못하였는데, 이 점이 과연 타당한 것인지는 의문이다.

**혼인의 취소와 관련하여** 대판 1996. 12. 23, 95다48308(公 1997, 498)은, [민법 제 824조는 “혼인의 취소의 효력은 기왕에 소급하지 아니한다.”고 규정하고 있을 뿐 재산상속 등에 관해 소급효를 인정할 별도의 규정이 없는바, 혼인 중에 부부 일방이 사망하여 상대방이 배우자로서 망인의 재산을 상속받은 후에 그 혼인이 취소되었다는 사정만으로 그 전에 이루어진 상속관계가 소급하여 무효라거나 또는 그 상속재산이 법률상 원인 없이 취득한 것이라고는 볼 수 없다]고 하여 후혼 배우자의 상속권을 인정하고 있으나, 사건으로서는 이 점에 대하여 의문을 가진다. 만일 이처럼 혼인 취소에 아무런 소급효가 없다고 한다면, 과연 당사자 사망 후에도 혼인 취소가 인정되는 것(가사소송법 제24조 제2, 3항 참조)에 무슨 의미가 있을까?

58) 이 문제에 관하여는 尹眞秀(註23), 81면 이하 참조.

〈Résumé〉

## Die Reform des Eheschließungsrechts in Deutschland

Jinsu Yune\*

### I. Einleitung

In letzter Zeit ist es in Deutschland eine umfassende Familienrechtsreform durchgeführt worden. Dieser Aufsatz behandelt einen Teil dieser Reform, nämlich das Gesetz zur Neuordnung des Eheschließungsrechts (Eheschließungsrechtsgesetz) v. 4. 5. 1998.

### II. Die Entstehung des Gesetzes

Im Jahre 1998 wurden die die Ehe betreffenden Bestimmungen vom BGB herausgenommen und im Ehegesetz gesondert geregelt. Das Eheschließungsrechtsgesetz hat diese Bestimmungen wieder im BGB integriert.

Den Anlaß dafür hat die Wiedervereinigung Deutschlands gegeben. Die Verhandlungsführer der DDR bestanden darauf, daß das Ehegesetz durch eine Neuregelung im BGB abgelöst werden müsse.

Das Eheschließungsrechtsgesetz, das dadurch veranlaßt zur Welt gebracht worden ist, hat nicht nur der Form nach, sondern auch inhaltlich viele wichtige Veränderungen mit sich gebracht.

### III. Die Voraussetzungen der Eheschließung

Die Veränderungen in den Voraussetzungen der Eheschließung sind in der Hauptsache durch die Erweiterung der Eheschließungsfreiheit gekennzeichnet.

Das Aufgebot einer beabsichtigten Eheschließung ist abgeschafft, und die Bestimmung über die Wartezeit der Frau (EheG § 8) gestrichen worden.

Sehr kontrovers ist demgegenüber die Abschaffung des Eheverbots zwischen den Verschwägerten in gerader Linie.

Dagegen gibt es vehemente Kritik.

---

\* Assistant Professor of Law, Seoul National University

Außerdem sind die Voraussetzungen der Ehe des Minderjährigen und das Verfahren der Ehe mit dem Ausländer neu geregelt, und das Verbot der Scheinehe neu eingeführt.

#### IV. Die Wirkungen der fehlerhafte Ehe

Das Eheschließungsrechtsgesetz hat die bisherige Unterscheidung von der nichtigen und der aufhebbarer Ehe beseitigt und infolgedessen als die gesetzlich geregelte Folge der fehlerhafte Ehe nur Aufhebbarkeit angeordnet. So führt z. B. die Doppelerhe künftig nicht mehr zur Nichtigkeit der Ehe, sondern stellt nur einen Eheaufhebungsgrund dar.

Aber dagegen erheben sich einige Gegenstimmen.

#### V. Folgerung für das koreanischen Recht.

Die Eheschließungsreform in Deutschland ist auch für das koreanische Recht aufschlußreich.

Aber die Beseitigung der Ehenichtigkeit ist *de lege ferenda* nicht wünschenswert.