

사기에 의한 혼인취소에 있어서 고지의무*

A Study on the duty to notify in Annulment of a marriage because of wilful deceit

조 은 희**
Cho, Eun-Hee

목 차

- I. 서 론
- II. 사기에 의한 혼인취소의 법적 해석
- III. 혼인취소의 고지의무에 대한 판례의 동향
- IV. 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015므654, 661 판결
- V. 결 론

국문초록

우리민법은 혼인의 의사표시에 결함이 있는 경우 즉, 혼인하고자 하는 일방이 다른 상대방에게 혼인을 결정하는데 중대한 착오에 빠지도록 한 경우, 이로 인해 성립된 혼인을 취소할 수 있도록 하고 있다(민법 제816조).

특히 민법 제816조 3호의 ‘사기에 의한 혼인’은 혼인취소사유의 하나로 이는 일방의 행위가 혼인의 본질에 반하거나 혼인하고자 하는 상대방이 이러한 사실을 알았더라면 혼인하지 않았을 것이라는 판단 하에 이루어지고 있다. 이러한 행위는 적극적인 행위를 통해 이루어질 뿐만 아니라 상대방이 혼인을 결정하는

논문접수일 : 2017. 01. 30.

심사완료일 : 2017. 02. 13.

게재확정일 : 2017. 02. 13.

* 이 논문은 2016학년도 제주대학교 학술연구지원사업에 의하여 연구되었음.

** 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 교수

데 중대한 영향을 줄 수 있는 사실을 은폐하거나 고지하지 않으므로 발생한다. 독일민법의 경우에도 독일민법 제1314조 제2항 3호에서 ‘악의적 기망에 의한 혼인’은 취소할 수 있도록 규정하고 있다.

본 논문은 우리민법 제816조 3호의 ‘사기에 의한 혼인취소’에 있어서 고지의 무에 대한 것을 중점적으로 검토하였다. 이에 우선 ‘사기에 의한 혼인취소의 법적 해석을 살펴보았다. 또한 그동안 이와 관련된 우리나라와 독일판례의 동향을 살펴보았다. 또한 사기에 의한 혼인취소의 고지의무에 있어서 최근 대법원 판례는 괄목할 만한 중요한 판결로 대하여 보다 상세히 검토하였다. 그동안 판례는 구체적 사건에서 출산경력 및 자녀가 있는 경우, 혼인 및 이혼경력, 사실혼 전력, 양성애자적 성적 지향, 정신병 등을 상대방에게 고지하지 않은 경우 혼인을 취소할 수 있다고 판결한 바가 있다. 그러나 본 판결에서는 ‘출산경력을 고지하지 않은 것이 상대방의 혼인의 의사결정에 영향을 미칠 수 있었을 것이라는 사실만으로 이를 일률적으로 고지의무를 인정하여서는 아니되고’라고 판시하고 있다. 여기서는 본 판결에 대한 분석과 타당성에 대하여 검토하였다.

주제어 : 혼인취소, 혼인취소사유, 사기혼, 악의적 기망, 국제혼인, 아동성폭력, 혼인의 본질

1. 서론

때로 혼인하고자 하는 남녀는 혼인을 성사시킬 목적으로 상대방에게 자신의 개인적 신상이나 경제적 능력 등을 과장한다. 이는 사소한 거짓말에서 악의적 기망에 이르기 까지 그 행태는 다양하다. 이러한 행위는 적극적인 행위뿐만 아니라 상대방이 혼인을 결정하는데 중대한 영향을 줄 수 있는 사실을 은폐하거나 고지하지 않는 소극적 행위를 통해서도 발생한다.

이에 민법은 혼인하고자 하는 일방이 상대방에게 혼인을 결정하는데 중대한 착오에 빠지도록 한 경우 그 혼인을 취소할 수 있도록 하고 있다(민법 제816조).¹⁾ 민법에서 규정하고 있는 혼인취소는 민법이 정하고 있는 혼인취소사유에

의하여야 하며, 이러한 법정원인을 제외한 다른 사유로 혼인을 취소할 수 없다(민법 제816조 제2항). 이러한 혼인취소제도는 사기에 의하여 성립한 혼인관계의 해소와 그에 대한 책임을 지게 하므로 혼인의 의사결정의 자유를 보장하고 개인의 존엄을 기초로 한 혼인질서를 확립하려는데 그 목적이 있다.

민법이 정하고 있는 혼인취소사유는 혼인적령 및 미성년자의 혼인, 근친혼 및 중혼(1호), 부부생활을 계속할 수 없는 악질 기타 중대한 사유(2호) 그리고 사기·강박에 의한 혼인이다(3호)(민법 제816조).

본 논문에서 중점적으로 논하고자 하는 것은 민법 제816조 제3호의 ‘사기에 의한 혼인취소’에 있어서 고지의무에 관한 것이다. ‘사기에 의한 혼인취소’는 일방이 사기로 인한 착오에 빠져 혼인하게 된 것으로 이러한 혼인이 취소되기 위해서는 사기로 인하여 생긴 착오가 일반적으로 사회 생활관계에 미치는 영향이 크고, 일방의 행위가 혼인의 본질에 반하거나 또는 이 사실을 알았더라면 혼인하지 않았을 정도로 위법한 경우이어야 한다.²⁾

그동안 법원은 구체적 사건에서 출산경력, 이혼경력이 있는 배우자가 이를 고지하지 않았거나 혹은 악의적으로 자신의 학력, 재산상의 상황을 속였거나 혹은 양성애적 성적지향을 가진자가 이를 상대방에게 고지하지 않고 혼인하는 경우 혼인취소를 판결한 바가 있다.

가장 최근 사기에 의한 혼인취소 사건으로는 국제혼인 관계에서 발생한 것으로 이는 ‘한국인 남성과 혼인한 베트남 여성이 혼인 당시 13세 때 베트남에서 약탈혼을 당하고, 아이를 출산한 경력을 고지하지 않았다는 이유로 제기된 사건이다. 원심인 전주지방법원의 판결은³⁾ ‘베트남 여성이 자신의 과거 출산경력을 결혼증거인이나 남편에게 알리지 않은 것은 기망에 의한 것으로 혼인은 취소될 수 있다고 보았다. 그러나 대법원은 ‘여성이 아동성폭력범죄 등의 피해를 당해

1) 우리나라의 경우 2013년 가사소송사건을 살펴보면, 전체 혼인해소사건이 51,621건의 경우 이혼으로 인한 혼인해소가 42,244건(82.8%), 기타 8190건(15.9%), 혼인무효·취소1187건(2.3%)으로 나타났다. 대법원 사법통계; <http://media.daum.net/economic/others/newsview?newsid=20150314104605203>.

2) 김주수, 「주석 민법(친족1)」, 한국사법행정학회, 2010, 329면.

3) 전주지방법원 2014. 6. 24. 선고 2013드단5209 판결; 전주지방법원 2015. 1. 19. 선고 2014르445 판결.

출산을 하였고, 현재 자녀와의 관계가 단절된 상태로, 상당한 기간 양육이나 교류 등이 이루어지지 않은 경우, 출산경력을 고지하지 않은 것이 민법 제816조 제3호에서 정한 혼인취소사유에 해당되지 않는다고 판시하였다.⁴⁾ 이는 법원이 기존 출산경력과 관련된 혼인취소 사건에서 출산경력은 고지의무에 해당한다고 본 판결과는 다른 주목할 만한 판결이다.

이에 본 논문은 우리 민법 제816조 3호의 ‘사기에 의한 혼인취소’에 대한 법적인 해석과 그동안 법원의 판례의 동향을 살펴보고자 한다. 또한 앞서 소개한 최근 대법원 판례는 사기에 의한 혼인취소의 고지의무에 있어서 이것을 어떻게 판단해야 할 것인가를 구체적으로 보여준 판례이므로 이 판례에 대해서도 논하고자 한다. 이를 검토함에 있어 우리와 동일하게 독일민법은 제1314조 제2항 3호에서 ‘악의적 기망에 의한 혼인취소’를 규정하고 있으며, 이를 함께 소개하고자 한다. 양국이 문화, 관습, 도덕적인 기준이 다르기 때문에 이 문제를 비교법적으로 검토하기 어려운 점이 있어 본 논문에서는 관련 독일민법과 판례를 소개하는 정도로 의미를 두고자 한다.

II. 사기에 의한 혼인취소의 법적 해석

1. 가족법에서 사기의 개념

가. 우리 민법

사기는 고의로 사람을 기망하여 착오에 빠지게 하는 위법한 행위이다.⁵⁾ 민법상 의사표시가 완전히 유효하기 위해서는 자유롭게 결정된 의사이어야 한다. 혼인 역시 자유로운 의사에 의한 결정이어야 함은 물론이다. 그러나 이러한 자유로운 의사가 위법한 행위의 방해를 받아 한 의사표시라면 그 효력을 그대로 인정할 수 없을 것이다. 왜냐하면 이를 인정할 경우 표의자에게 매우 부당한 결

4) 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015므654, 661 판결.

5) 곽윤직·김재형, 「민법총칙(제9판)」, 2013, 박영사, 322-323면.

과를 가져올 수 있기 때문이다. 그러므로 민법은 이러한 의사표시를 취소할 수 있도록 규정하고 있다(민법 제110조).

그러나 민법에서 규정하고 있는 진의 아닌 의사표시(민법 제107조), 통정허위 표시(민법 제108조) 및 착오로 인한 의사표시(민법 제109조), 의사표시를 취소(민법 제110조) 등에 관한 규정은 가족법에는 적용되지 않는 것으로 보고 있다. 이는 가족법상의 법률행위에 있어서 당사자의 진정한 의사가 절대적으로 존중되어야 한다고 보기 때문이다. 이에 부부간의 사기에 의한 하자 있는 의사표시는 취소할 수 있으나 이를 민법 제110조⁶⁾에 적용할 수 없고, 민법 제816조 제3호에서 규정하고 ‘사기에 의한 혼인취소’에 의한 가족법상의 특별규정에 따라야 하는 것으로 본다.⁷⁾ 제3자가 사기를 행한 경우에도 마찬가지로 민법 제110조는 적용되지 않는 것으로 보기 때문에 이에 혼인의 상대방이 그것을 알았거나 알 수 있었는지의 여부는 문제되지 않는다. 왜냐하면 자신의 배우자를 선택하는 혼인의 중요성에 비추어 볼 때 당연하다고 보기 때문이다.⁸⁾

이에 민법 제816조 제3호에서 규정하고 ‘사기에 의한 혼인’은 혼인이 사기로 인하여 착오에 빠져 혼인하게 된 것으로 혼인이 취소되기 위해서는 사기로 인하여 생긴 착오가 일반적으로 사회 생활관계에 미치는 영향이 크고, 일반인도 그와 같은 기망에 의한 착오가 없었더라면 혼인하지 않았을 정도로 위법한 것이어야 한다.⁹⁾ 또한 사기는 혼인의 당사자 일방뿐만 아니라 제3자가 적극적으로 허위의 사실을 고지한 경우, 그리고 소극적으로 고지를 하지 아니하거나 침묵한 경우도 이에 포함된다. 그러나 불고지 또는 침묵의 경우에는 법령, 계약, 관습 또는 조리 상 사전에 사정을 고지할 의무가 인정되어야 위법한 기망행위로 보고 있다.¹⁰⁾ 이에 ‘관습 또는 조리 상 고지의무가 인정되는지 여부는 당사

6) 민법 제110조 ①사기나 강박에 의한 행위는 취소할 수 있다.

②상대방 있는 의사표시에 관하여 제3자가 사기나 강박을 행한 경우에는 상대방이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 의사표시를 취소할 수 있다.

7) 김주수·김상용, 「친족상속법」, 법문사, 2012, 20면; 이경희, 「가족법」, 법원사, 2008, 11면.

8) 김주수, 전계서(주 2), 328면; 박동섭, 「친족상속법(제4판)」, 박영사, 2013, 117면; 이경희, 「가족법(제2전정판)」, 법원사, 2012, 79면; 지원림, 「민법강의(제12판)」, 홍문사, 2014, 1864면; 송덕수, 「친족상속법」, 박영사, 49면.

9) 김주수, 상계서(주 2), 329면. 서울가정법원 2004. 1. 16. 선고 2002드단69092 판결.

10) 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015므654, 661 판결.

자들의 연령, 초혼인지 여부, 혼인에 이르게 된 경위와 그때까지 형성된 생활관계의 내용, 당해 사항이 혼인의 의사결정에 미친 영향의 정도 등 구체적·개별적 사정과 함께 혼인에 대한 사회인의 인식과 가치관, 혼인의 풍속과 관습, 사회의 도덕관·윤리관 및 전통문화까지 종합적으로 고려되어야¹¹⁾ 한다고 보는 것이 판례의 입장이다.

나. 독일 민법

악의적 기망의 개념은 독일민법 제123조에서 언급되고 있으며, 이는 가족법상 독일민법 제1314조 제2항 3호¹²⁾의 ‘악의적 기망’을 이해하는데 보충적 의미로 받아들이고 있다. 독일민법 제123조에 따르면 ‘①악의적 기망에 의하여 또는 위법하게 강박에 의하여 의사표시를 결의하게 된 사람은 의사표시를 취소할 수 있다. ②제3자가 사기를 행한 경우에 타인에 대하여 행하여지는 의사표시는 상대방이 사기를 알았거나 알아야 했던 때에만 취소할 수 있다. 의사표시의 상대방이 아닌 사람이 의사표시에 대하여 직접 권리를 취득한 경우에 취득자가 사기를 알았거나 알아야 했던 때에는 의사표시는 그에 대하여 취소될 수 있다.’

혼인과 관련하여 ‘악의적 기망’은 그것이 객관적으로 혼인의 본질에 반하지 않아야 하는 것이 중요하다. 악의적 기망은 고의에 의하여 발생하거나 혹은 기망자가 상대방으로 하여금 혼인을 결정하도록 유도하여 착오에 빠지도록 하는 행위이다. 이러한 악의적 기망은 거짓된 혹은 왜곡된 허구 혹은 압력이나 사실에 대한 침묵을 통하여도 이루어진다.¹³⁾

11) 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015므654, 661 판결.

12) 기존 독일의 혼인법(Ehegesetz) 제23조, 제26조에서는 혼인의 무효에 대한 규정을 두고 있었는데, 이들 무효혼과 취소할 수 있는 혼인에 대한 법적 효과에 있어서 무효혼은 취소할 수 있는 혼인과 거의 유사하다고 보아 1998년 개정 독일민법에서 무효사유(Nichtigkeitgründe)는 혼인취소사유(Aufhebungsgründe)로 통합 규정되었다(윤진수, “혼인 성립에 관한 독일 민법의 개정에 관한 고찰”, 『민법논고[IV]』, 박영사, 2009. 107면 이하).

13) Wellenhofer, Münchner Kommentar BGB, C..H.Beck, 6. Auflage, 2013, S. 173.

2. 사기행위와 인과관계

가. 우리 민법

사기행위는 상대방이 혼인을 결정하는데 중대한 영향을 미쳐야 한다. 이에 사기행위와 혼인체결 간에는 인과관계가 존재한다. 다시 말해 사기행위가 혼인을 결정하는데 원인으로 작용했어야 한다.¹⁴⁾ 또한 인과성은 당사자가 당시 이 사실을 알았더라면 혼인하지 않았을 것이라는 판단 하에 이루어진다.¹⁵⁾

우리 법원은 ‘사기에 의한 혼인취소’에 있어서 일방의 행위는 혼인의 본질에 반하는 것으로 판단하고 있다.¹⁶⁾ 민법상 혼인의 본질은 인간의 종족보존의 본능에 기초한 남녀의 결합관계이며,¹⁷⁾ 남녀가 평생 동안 부부로서 공동생활을 형성하기로 하는 친족법상의 합의이다.¹⁸⁾ 또한 혼인의 본질은 남녀가 일생의 공동생활을 목적으로 하여 도덕 및 풍속 상 정당시 되는 결합을 이루는 법률상, 사회생활상 중요한 의미를 가지는 신분상의 계약으로서 이는 양성 간의 애정과 신뢰에 바탕을 둔 인격적 결합이라고 보고 있다.¹⁹⁾ 이러한 혼인의 본질에 대한 정의는 정해져 있는 것은 아니며, 구체적인 사건에서 판단되어진다고 할 수 있을 것이다.

나. 독일 민법

독일민법상 기망행위와 인과성과의 관계에 있어서 이론을 살펴보면, 기망의

14) Johnnsen/Herich/Henrich, Rn. 60; Erman/Roth Rn. 8; Palandt/Brudermüller Rn. 12.

15) Müncher Kommentar /Wellenhofer Rn. 13; Erman/Roth Rn. 8; Palandt/Brudermüller Rn. 12.

16) 김주수, 전게서(주 2), 329면; 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015므654, 661 판결; 서울가정법원 2014. 7. 9. 선고 2013드단83889 판결.

17) 김주수·김상용, 전게서(주 7), 69면.

18) 송덕수, 「민법강의(하)」, 박영사, 2007, 737면; 대법원 1960. 8. 18. 선고 4292민상995판결; 대법원 1995. 12. 8. 선고 94므1676, 1683판결; 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014므4734 판결.

19) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014므4734 판결; 대법원 1960. 8. 18. 선고 4292민상995 판결; 대법원 1995. 12. 8. 선고 94므1676, 1683 판결; 대법원 1996. 11. 22. 선고 96도2049 판결; 대법원 2010. 6. 10. 선고 2010므574 판결; 대법원 1985. 9. 10. 선고 85도1481 판결.

원인성에서 두 가지가 전제되어야 한다. 하나는 객관적으로 혼인의 본질의 진정한 가치(richtige Würdigung der Wesen der Ehe)에 대하여 반해야 하며, 그리고 다른 하나는 주관적으로 사정에 대한 인식(Kentnis der Sachlage)에 방해를 받은 경우이다.

객관적인 관점에서 혼인의 본질에 반한다는 것은 발생한 상황이 모두 혼인취소로 받아들여질 수는 없으며, 사소하거나 중요하지 않은 경우는 제한된다. 결국 발생되어진 기망이 최소한 혼인 공동생활에 진정으로 위험을 가져올 요소이어야 한다.²⁰⁾

주관적인 관점에서 기망당한 배우자가 혼인을 체결하기 전에 실질적인 사정을 알았다면 어떻게 행동했을까?가 검토되어야 한다. 이는 당사자 개인이 주관적으로 혼인체결에 있어서 중요하다고 생각하지 않은 것이 혼인체결과 행위 사이에 인과관계가 될 수 없다고 보기 때문이다. 예를 들어 혼인 후 얼마 되지 않아 수차례 부정행위를 한 남편이 처가 혼인 전 성관계가 복잡하였다는 사정을 알았다면 혼인하지 않았을 것이라는 주장을 한다면 이는 받아들이기 어려울 것이다. 왜냐하면 당사자의 주관적 관점에서 자신은 그러한 행위를 하면서 상대방의 이와 같은 사실을 알았다면 혼인하지 않았을 것이라는 사실을 증명하기는 어렵기 때문이다.²¹⁾ 또한 기망당한 자가 주관적인 관점에서 어떤 사정이 중요하지 않다고 생각하거나 혼인을 결정하는데 영향을 주지 않는다고 간주하였다면 이는 인과관계가 있었다고 보기는 부족하다.²²⁾ 예를 들어 아이를 원치 않는다고 여러 번 말한 남성이 여성이 생식능력이 없다는 사실을 고지하지 않았다는 이유로 혼인을 취소하기는 어려울 것이다.

3. 당사자 혹은 제3자로 인한 사기

가. 우리 민법

20) Reinhard Voppel, Staudinger BGB, Sellier de Gruyter Verlag, 2015, S. 375.

21) OLG Celle NdsRpfl. 1959, 248.

22) OLG München FamRZ 2008, 1536.

사기당한 자는 항상 일방 배우자이어야 한다. 부모가 그 당사자가 될 수는 없다. 그러나 사기자는 당사자뿐만 아니라 친족이나 친구, 중매자 등 제3자가 될 수 있다.²³⁾ 판례 역시 이러한 태도를 취하고 있어 혼인취소와 함께 제3자에게 손해배상을 판결한 바가 있다. 이에 관한 사례를 살펴보면,²⁴⁾ 원고는 처이고 피고는 부의 형과 2인으로 이들은 부와의 혼인을 소개하고 권유한 사람들이다. 이들 제3자는 부가 “전도가 유망한 청년이고 신랑감으로서 손색이 없다고 말하면서 원고에게 위 소외인과 혼인할 것을 권유하였고, 형인 피고 김×회는 자기보다 훨씬 낫다”고 하면서 결혼하면 행복하게 살 것이라고 하는 등 원고에게 결혼할 것을 권유하였다. 법원은 원고가 위 소외인이 정신착란증 환자임을 전혀 모르고 보통 건강한 사람인줄 알고 혼인을 하게 된 사실을 인정하였으며, 부(상대방)가 소극적으로(위 부 김y회가 정신착란증 환자라는 사실을 숨기고) 원고와 혼인하는데 가담하였으니 동 소외인 및 피고 김×회와 2인은 공동불법행위에 의한 손해를 배상할 의무가 있다고 판시하였다. 법원은 부는 자신이 정신착란증 환자임을 고지하지 않았으므로 원고로 하여금 혼인의사를 표시하도록 하게 하였고, 다른 제3자들은 부의 이러한 질병의 사실을 알고 있음에도 적극적으로 원고에게 혼인을 권유하는 등의 행위를 한 것에 대한 책임이 있다고 보았다.

나. 독일 민법

독일에서는 제3자의 기망에 대하여 우리와는 다르다. 독일의 경우는 제3자가 일방(기망당한 자)을 기망한 경우 상대방은 이를 인식하고 있어야 비로소 일방은 혼인을 취소할 수 있다. 상대방은 이를 적극적으로 인식(positiv Kenntnis)하고 있었어야 하며, 이를 인식했어야(Kennen-Müssen) 하는 것은 아니다.²⁵⁾

제3자가 기망하는 것을 안 상대방은 기망당하는 일방에게 그 착오를 설명해야 할 의무가 있다. 상대방은 그가 제3자가 자신에 대하여 거짓을 말하였다는

23) 대법원 1977. 1. 25. 선고 76다2223 판결; 의정부지법 민사7단독: <http://blog.naver.com/attorneyhy/220467745546>(방문일자, 2016.9.14) : 국제혼인중개업체는 결혼중개비용 950만원에 위자료 1000만원을 더한 1950만원의 손해배상판결을 받았다.

24) 대법원 1977. 1. 25. 선고 76다2223 판결.

25) Dieter Schwab, Familienrecht, 12. Auflage, Verlag C.H.Beck, 2003. S. 41.

것을 알면서도 이를 기망당한 배우자에게 고지하지 않거나 제3자의 기망에도 가만히 침묵으로 묵인하여 혼인에 이르게 하였다면 이는 그에게 악의적 기망이 있었다고 본다.²⁶⁾

4. 신의성실, 위법한 권리행사

가. 우리 민법

사기에 의한 혼인취소를 요구하는 경우 신의성실을 위반하거나 위법한 권리 행사가 있어야 한다.²⁷⁾ 파혼의 사례를 한 예로 들면²⁸⁾ 법원은 ‘..당사자 일방은 자신의 학력, 경력 및 직업과 같은 혼인의사를 결정하는 데 있어 중대한 영향을 미치는 사항에 관하여 이를 상대방에게 사실대로 고지할 신의성실의 원칙상의 의무가 있다’고 판시하였다. 약혼자가 다른 일방을 속인 것이 혼인의 의사를 결정하였던 일방의 입장에서 보면 상대방의 이러한 신의성실의 원칙에 위반한 행위로 인하여 상대방에 대한 믿음이 깨어져 이들 사이에 애정과 신뢰에 바탕을 둔 인격적 결합은 기대할 수 없으며, 갑과의 약혼을 유지하여 혼인을 하는 것은 사회생활 관계상 합리적이라고 할 수 없으므로 민법 제804조 제8호 소정의 ‘기타 중대한 사유가 있는 때’에 해당하여 약혼의 해제는 적법하다고 보았다.

애정과 신뢰를 바탕으로 하는 혼인의 경우도 이에 해당한다. 사기에 의한 혼인취소의 경우에도 판례에서는 ‘...사회통념상 당사자나 제3자에게 그에 대한 고지를 기대할 수 있는지와 이를 고지하지 아니한 것이 신의성실 의무에 비추어 비난받을 정도라고 할 수 있는지 까지 심리한 다음,....’²⁹⁾으로 판시하고 있다.

나. 독일 민법

26) Wellenhofer. a.a.O.,S. 173.

27) 김주수, 전게서(주 2), 329면.

28) 대법원 1995. 12. 8. 선고 94므1676, 1683 판결.

29) 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015므654, 661 판결.

악의적 사기를 원인으로 한 혼인취소의 요청은 신의성실을 위반하고 위법한 권리행사가 이루어진 경우이다. 악의적 기망은 공정성과 올바른 사고를 현저히 위반한 것이어야 한다. 예를 들어 악의적 기망이 중대하지 않을 때 사기의 책임이 약하거나 그리고 악의적 사기가 아니거나 혹은 단지 사소한 범주내에서 혼인생활에 영향을 미치지 않거나 그리고 그것이 작용되어질 경우, 혼인취소가 요구될 수는 없을 것으로 보고 있다.³⁰⁾

5. 민법 제816조 제2호와 제3호 및 이혼사유 제840조 6호

민법 제816조는 혼인취소사유에서 민법 제816조 제2호는 ‘부부생활을 계속할 수 없는 악질 기타 중대한 사유’ 그리고 민법 제816조 제3호는 사기·강박에 의한 혼인취소를 규정하고 있다. 민법 제816조 제2호의 경우 혼인 당시 당사자 일방이 부부생활을 계속할 수 없는 악질 기타 중대한 사유 있음을 알지 못한 때, 혼인을 취소할 수 있다. 부부생활을 지속할 수 없는 중대한 사유로 ‘악질’을 예로 들고 있는데, 성병이나 불치의 정신병 등이 이에 해당한다고 보고 있다.³¹⁾ 이외에도 어떠한 사유가 중대한 사유인가는 구체적인 사정을 고려하여 결정되어야 할 것이다.

민법 제816조 제2호와 제816조 제3호가 서로 유사한 점은 통상적으로 혼인 당사자가 혼인 전 상대방에게 그러한 사유가 있음을 알았더라면 상대방과 혼인하지 않았을 것이라고 인정되는 경우 중대한 사유가 있다고 판단한다. 또한 이러한 사유를 알지 못한 상대방에게 과실이 있는가의 여부는 문제가 되지 않는 것으로 해석하고 있다.³²⁾

이 두 조항이 서로 다른 의미를 갖는 것은 일방이 중대한 사실을 적극적으로 알지 못하게 하였다면 이는 민법 제816조 제3호의 사기에 해당할 것이나³³⁾ 중대

30) BGHZ 29, 265, 270; NJW 1959, 876; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 4, 2015, S. 374.

31) 김주수, 전제서(주 2), 327면.

32) 김주수·김상용, 전제서(주 7), 121면.

33) 대법원 1977. 1. 25. 선고 76다2223 판결.

한 사실을 소극적으로 감춘 경우는 민법 제816조 제2호에 해당한다고 보고 있다.³⁴⁾ 이와 관련된 판례에서는³⁵⁾ ‘피고가 혼인 전부터 성기능 장애사실을 알고 있었음에도 이를 숨기고 원고와 혼인하였다고 인정하기 부족하다고 판단하여 민법 제816조 제3호에 기한 원고의 혼인취소 본소청구를 기각한 바’라고 판시하고 있다. 이는 결국 민법 제816조 제3호에 의한 혼인취소는 중대한 사실을 알고 있었음에도 불구하고 이를 의도적으로 숨기는 경우에 한한다고 보아야 할 것이다.

또한 우리 민법은 재판상 이혼사유 중 “혼인을 계속하기 어려운” 중대한 사유가 있는 경우 이혼을 청구할 수 있도록 규정하고 있어(민법 제640조 6호), 이 조항과도 서로 유사하다. 판례는 민법 제816조 제2호의 “혼인을 계속하기 어려운” 중대한 사유는 재판상 이혼의 사유(민법 제840조 6호)보다는 엄격히 제한하여 해석함으로써 그 인정에 신중을 기하여야 한다고 보고 있다.³⁶⁾ 그러나 다른 한편 이들 조항이 서로 유사한 상황에서도 별도로 이러한 혼인취소사유(민법 제816조 제2호)를 두는 것이 타당한지에 대한 의문이 제기되고 있다.³⁷⁾ 계속해서 판례의 동향에서는 사기에 의한 혼인취소에 한정하지 않고 민법 제816조 제2호의 경우에도 고지의무와 관련된 부분을 함께 소개하고자 한다.

IV. 혼인취소의 고지의무에 대한 판례의 동향

1. 우리나라 판례의 동향

가. 출산경력 및 자녀의 유무

법원은 일방이 혼인 당시 출산경력(자녀유무)이 있었음에도 불구하고 이를 고지하지 않고 혼인한 것은 민법 제816조 제3호에 따른 혼인취소사유가 된다고

34) 김주수·김상용, 전거서(주 7), 120면.

35) 서울가정법원 2005. 3. 10. 선고 2004르910 판결.

36) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014므4734 판결.

37) 윤진수 편, 「주해친족법 제1권」, 박영사, 2015, 169면.

보았다.³⁸⁾³⁹⁾ 사건을 살펴보면, 한국 남성이 필리핀 여성과 국제혼인을 하였다. 이들은 필리핀에서 혼인신고를 한 남성만 한국으로 귀국하였는데, 그 후 여성이 비자문제로 한국에 입국하지 못하자 한국 남성은 필리핀으로 여성을 데리러 갔다가 그녀에게 자녀가 있다는 사실을 알게 되었다. 법원은 국제혼인증개업자가 한국 남성에게 여성에 대한 신상정보를 제공해야 하는 의무를 소홀해 하였으므로 이에 대한 손해를 배상할 것과 혼인취소를 판결하였다.

다른 판례에서도 일방 배우자가 자신의 학력, 혼인경력, 출산경력 등에 대하여 적극적으로 거짓말을 한 경우 법원은 일방의 행위를 기망행위로 보아 민법 제816조 제3호에 따라 혼인취소를 인정하였다.⁴⁰⁾ 사건을 살펴보면, 원고 갑과 피고 을은 1996년경 본격적으로 교제하기 시작하였는데, 피고 을은 원고에게, 자신이 1962년생(원고보다 두 살 연상이다)으로 혼기를 놓친 노처녀인데, ○○대학교 교육학과를 졸업하고 ○○중학교에서 교직생활을 하다가 전교조 사건으로 사직하였으며 장녀이고 여동생 한 명과 오빠 두 명이 있는데 큰오빠가 ○○대학교 교수라고 소개하였다. 그러나 피고 을은 실제로는 1955년생으로 ○○○○전수학교를 졸업하였고 1976. 12. 20. 한○○와 혼인하여 그 사이에 두 명의 자녀를 두었고, 1981. 2. 20. 한○○와 이혼한 후 1983. 1. 20. 장○○과 혼인하여 그 사이에 딸 한명을 두고 1990. 5. 22. 장○○과 이혼한 경력이 있고, 교직생활을 한 경력은 없다. 혼인취소 여부에 대하여 법원은 피고 을은 원고에게 자신의 학력, 혼인경력, 출산경력 등에 대하여 거짓말하고 이로 인하여 착오에 빠진 원고가 혼인의 의사를 표시한 것이고, 위와 같은 기망에 의한 착오가 없었더라면 원고가 혼인에 이르지 않았을 것으로 보았다.

그러나 위와는 달리 앞서 설명한 최근 판결에서 법원은 성폭력에 의하여 자녀를 출산한 경우 고지의무가 없다고 판시한 바 있다.⁴¹⁾ 이는 한국인 남성과 혼인한 베트남 여성이 국제혼인을 하였는데, 처는 13세 때 베트남에서 약탈혼

38) 의정부지법 민사7단독: <http://blog.naver.com/attorneyhy/220467745546>(방문일자, 2016.9.14).

39) 법원은 일방이 다른 사람과의 성관계로 임신한 아이를 부부 사이의 아이로 기망하고 상대방과 혼인신고를 한 경우 이 혼인은 취소할 수 있다고 판시한 바 있다(부산가정법원 가사1단독 혼인취소청구소송(2015드단12112)).

40) 서울가정법원 2006. 8. 31. 선고 2005드합2103 판결.

41) 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015므654, 661 판결.

을 당한 후 아이를 출산한 바가 있다. 그러나 그녀는 혼인 당시 이러한 사실을 고지하지 않았으며, 이에 부는 민법 제816조 3호에 따른 사기에 의한 혼인취소를 제기하였다. 원심인 전주지방법원의 판결은⁴²⁾ ‘베트남 여성이 자신의 과거 출산경력을 결혼중개인이거나 남편에게 알리지 않은 것은 기망에 의한 것으로 이 혼인은 취소되어야 한다고 보았다. 그러나 대법원은 출산경력을 고지하지 아니한 경우에 그것이 상대방의 혼인의 의사결정에 영향을 미칠 수 있었을 것이라는 사정만을 들어 일률적으로 고지의무를 인정하여 제3호 혼인취소사유에 해당한다고 하여서는 안되고, 출산의 경위와 출산한 자녀의 생존 여부 및 그에 대한 양육책임이나 부양책임의 존부, 실제 양육이나 교류가 이루어졌는지 여부와 시기 및 정도, 법률상 또는 사실상으로 양육자가 변경될 가능성이 있는지, 출산경력을 고지하지 않은 것이 적극적으로 이루어졌는지 아니면 소극적인 것에 불과하였는지 등을 면밀하게 살펴보아야 하며, 출산경력에 대하여 고지함으로써 당하게 될 당사자의 명예 또는 사생활 비밀의 본질적 부분이 침해될 우려가 있는지를 또한 고려해야 하며, 또한 사회통념상 당사자나 제3자에게 그에 대한 고지를 기대할 수 있는지와 이를 고지하지 아니한 것이 신의성실 의무에 비추어 비난받을 정도라고 할 수 있는지 까지 심리한 다음, 그러한 사정들을 종합적으로 고려하여 신중하게 고지의무의 인정여부와 위반 여부를 판단함으로써 당사자 일방의 명예 또는 사생활 비밀의 보장과 상대방 당사자의 혼인 의사결정의 자유 사이에 균형과 조화를 도모하여야 한다고 판시하였다.

나. 사실혼 전력과 직업

법원은 사실혼 전력과 직업을 속인 것은 기망행위로 민법 제816조 제3호에서 정한 사기에 의한 혼인에 해당하므로 이 혼인은 취소되어야 한다고 판시하였다. 위 사건을 살펴보면, 갑과 을은 2012년 9월 교제를 시작하여 2012년 12월에 헤어졌다가 다시 2013년 5월에 만나 7월에 혼인신고를 하였다. 그런데, 을은 12월에서 갑과 혼인하기 전까지 다른 남자와 사실혼관계에 있었던 것을 갑에게

42) 전주지방법원 2014. 6. 24. 선고 2013드단5209 판결; 전주지방법원 2015. 1. 19. 선고 2014르445 판결.

알리지 않았고, 또한 을은 자신이 애견샵을 운영한다고 하였으나 애견샵을 운영하면서 남자 유흥접객원을 유흥업소에 공급하는 일도 겸하고 있었다는 사실을 알리지 않고 혼인하였다. 이에 대하여 대법원은 피고의 사실혼 전력과 직업은 원고가 피고와의 혼인의사를 결정함에 있어서 매우 중요한 요소라 할 것인데, 피고는 이에 대하여 원고에게 제대로 알리지 않았고, 원고가 이러한 사실을 알았더라면 이 사건 혼인을 하지 않았을 것으로 판단되므로, 이는 민법 제816조 제3호 소정의 혼인취소 사유인 ‘사기로 인하여 혼인의 의사표시를 한 때’에 해당한다고 판단하였다.⁴³⁾

배우자의 혼인취소 사건은 아니지만 약혼자 일방이 직업 및 학력과 관련하여 상대방을 속인 경우 사건을 살펴보면, ‘남성은 자신이 전주고등학교 부설 방송통신고등학교를 나왔음에도 불구하고 전주고등학교를 졸업하였으며, 당시 서울시 산하 세종문화회관 소속 기능직 8등급 공무원이었음에도 불구하고 서울시 일반 행정직 7급 공무원으로 세종문화회관에 파견 근무하고 있는 것처럼 거짓 말을 하였다.’ 이에 법원은 약혼파기를 인정하였다⁴⁴⁾

또한 직업 및 재산관계에 대하여 다른 판례에서는 ‘통상 재산관계나 경제적 능력, 집안내력, 직업 등에 대한 기망은 혼인의 본질적 내용에 관한 것이 아니며 혼인 후 허위가 발견되었더라도 그러한 혼인은 이혼에 의하여 해소됨이 바람직하다고 하겠으나, 그러한 기망이 적극적인 허위사실의 고지 등 위법한 수단에 의한 것이고 일반인도 그와 같은 기망에 의한 착오가 없었더라면 혼인에 이르지 않았다고 보이는 경우에는 혼인의 취소가 허용된다’고 보았다.⁴⁵⁾

다. 양성애자적 성적 지향

법원은 일방이 혼인 시 양성애자적 성적 지향에 대하여 고지하지 않은 것은 민법 제816조 제2호의 ‘부부생활을 계속할 수 없는 악질 기타 중대한 사유에 해당한다고 보아 혼인취소사유가 된다고 판시하였다. 사건을 살펴보면, 갑(부)은

43) 서울가정법원 2014. 7. 9. 선고 2013드단83889 판결.

44) 대법원 1995. 12. 8. 선고 94므1676, 1683 판결.

45) 서울가정법원 2004. 1. 16. 선고 2002드단69092 판결.

여성이 되고자 하는 성적 지향성을 가진 양성애자임에도 불구하고 이를 배우자에게 고지하지 않고 혼인하였다. 가정법원은 배우자의 성적 지향성은 혼인을 결정하는 데 중요한 사유이며, 이는 결혼생활을 유지할 수 없는 “악질의 사유”에 해당한다고 판단하였다.⁴⁶⁾

라. 임신가능여부 및 성기능장애

법원은 임신가능여부 및 성기능장애에 관한 사건이 민법 제816조 제2호의 ‘부부생활을 계속할 수 없는 악질 기타 중대한 사유에 해당하지 않는다고 판시하였다.⁴⁷⁾ 사건을 살펴보면, 甲(처)이 배우자인 乙(부)을 상대로 乙의 성기능장애 등을 이유로 민법 제816조 제2호에 따른 혼인취소를 청구하였다. 원심판결에서는 갑과 을이 중매로 만나 혼인하였고, 신혼생활 중이었음에도 원고와의 성관계를 극히 꺼려왔고, 성관계에서도 어려운 점이 있었으며, 처가 혼인 직후부터 임신을 원하였으나 아이가 생기지 않자 부에게 불임검사를 받도록 하였고, 그 결과 부가 무정자증에 다성염색체에 선천적 이상이 있다는 진단이 나온 사실 등을 인정하였다. 이에 원심은 처가 자녀를 원하나 기대할 수 없는 점 그리고 부의 이러한 상태가 향후 개선될 수 있다고 볼 자료가 부족한 점 등을 들어 부부생활을 계속할 수 없는 악질 기타 중대한 사유가 있다고 판단하였다.⁴⁸⁾

그러나 대법원은 이와는 달리 제반 사정에 비추어 甲의 부부생활에 乙의 성기능장애는 크게 문제 되지 않았다고 보았으며, 설령 乙에게 성염색체 이상과 불임 등의 문제가 있다고 하더라도 이를 들어 민법 제816조 제2호 에서 정한 ‘부부생활을 계속할 수 없는 악질 기타 중대한 사유’에 해당한다고 보기 어렵고, 성기능장애는 약물치료, 전문가의 도움 등으로 개선이 가능하다고 보았다. 또한 ‘혼인의 본질은 양성 간의 애정과 신뢰에 바탕을 둔 인격적 결합에 있다고 할 것이고, 특별한 사정이 없는 한 임신가능 여부⁴⁹⁾는 민법 제816조 제2호

46) <http://blog.naver.com/PostView.nhn?blogId=rkfcia&logNo=220346468299>(방문일자 2016. 9.18).

47) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014므4734 판결.

48) 부산고법 2014. 10. 1. 선고 (창원)2013르158, 165 판결.

49) 민법 제816조 제2호의 부부생활을 계속할 수 없는 악질 기타 중대한 사유에 해당한다고 볼

의 부부생활을 계속할 수 없는 악질 기타 중대한 사유에 해당한다고 볼 수 없다'라고 하여 혼인취소는 이혼사유의 민법 제840조 6호의 경우와는 달리 엄격히 해석하여 인정에 있어서 신중을 기해야 한다고 하였다.

마. 본인 동일성에 대한 착오

법원은 일방의 사기가 본인 동일성에 착오를 일으킬만한 것으로 보아 혼인취소를 인정하였다.⁵⁰⁾ 이 사건을 살펴보면, '중국인인 처(피고)와 한국인 부(원고)가 혼인을 하였는데, 혼인신고하기까지 피고가 원고에게 자신 및 가족관계에 대하여 피고의 아버지는 한국의 변호사이고, 어머니는 홍콩 출신 중국계 영국인으로 영국 bbc방송의 피디이며, 할아버지는 국민은행의 대주주였고, 외할머니는 청나라의 황족이었으며, 소외 2는 피고와 사촌관계이다. 피고 자신은 유럽에서 태어나 자랐고, 영국 ○○대학에서 금융학을 전공하였으며, 중국에서 일하다가 1997년 무렵부터 국민은행에서 이사(또는 감사)로 일하고 있는데, 중국에 원고의 사업에 도움이 될만한 사람을 많이 알고 있다.'는 등의 사항이며, '피고가 최근에 어머니로부터 현재의 아버지와 어머니는 친부모가 아니고 친아버지는 중국의 외교관이었는데 피고가 어렸을 적 비행기 사고로 친어머니와 함께 돌아갔으며 현재의 아버지와 어머니가 친부모처럼 피고를 키웠다는 말을 들었는데, 친부모가 누구인지 수양부모에게 물어보지 않아 피고 자신도 친부모가 누구인지 모른다'는 등의 사실을 말한 바가 있다.

판례에서는 피고의 본인신문결과, 가사조사관 작성의 조서보고서의 기재내용만으로 이를 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없어 피고가 과연 어떤 사람인지 의심할 정도에 이르는 등 그 기망의 정도가 배우자의 동일성에 관한 착오를 일으킬 정도라고 하였다. 결국 처는 혼인 전 자신의 직업이나 가족관계, 재산관계, 혼인전력, 집안내력 등을 원고에게 적극적으로 기망하여, 일반인도 위와 같은 기망에 의한 착오가 없었더라면 혼인에 이르지 않았을 것으

수 없다고 한 판례: 대법원 1960. 8. 18. 선고 4292민상995 판결; 대법원 1995. 12. 8. 선고 94므1676, 1683 판결.

50) 서울가정법원 2004. 1. 16. 선고 2002드단69092 판결.

로 보이므로, 혼인취소를 판결하였다.

바. 혼인공동생활을 할 의사

법원은 일방 배우자가 혼인 당시 예초부터 혼인생활을 할 의사가 없었다고 보아 혼인취소를 인정하였다.⁵¹⁾ 원고와 피고는 2010.12.22.혼인신고를 마쳤고, 피고는 2011.6.22.대한민국에 입국하여 원고 및 원고 모친과 함께 지내다가 2011.8.25.경 가출하였다. 위 사례에서 피고가 가출한 후 피고가 남긴 일기장이 발견되었는데, 여기에는 피고가 원고에 대한 애정이 없고 베트남에 있는 애인을 그리워하는 내용이 담겨있었다. 법원은 피고가 처음부터 원고와의 혼인을 명목으로 한국에서 돈을 벌어 △△에 있는 애인에게 돌아갈 계획이었을 뿐, 원고와의 혼인생활을 할 의사가 없었음에도 이를 숨기고 원고를 기망하여 혼인에 이르게 하였다고 봄이 상당하다고 보았으며, 이에 민법 제816조 제3호에 의한 혼인취소를 판단하였다.

2. 독일 판례의 동향

기망은 침묵을 통해서 발생할 수 있는데, 이는 개별적인 사건에서 특히 고지 의무가 발생할 때이다.⁵²⁾ 일반적인 고지의무는 존재하지 않는다.⁵³⁾ 고지의무는 상대의 질문을 받았을 때 혹은 밝힐 것을 요구받았을 때 이에 관하여 설명되어야 한다.⁵⁴⁾ 그러나 이러한 고지의무에 대한 상황은 일방이 일정한 관점에서 특별히 가치 있다고 하는 것에 대하여 알기를 원할 경우이다.⁵⁵⁾

독일의 법원은 다음과 같은 상황에서는 고지의무가 있다고 판시하였으며, 이를 소개하면 다음과 같다:

51) 대전가정법원 2014. 1. 16. 선고 2012르632 판결.

52) RGZ 52, 306; Staudinger/voppel, 2012, Rn.24.

53) BGH FamRZ 2006, 1201, 1202.

54) RG Warn 1926, Nr. 91; BGH FamRZ 1958, 314, 315.

55) Vgl. RG DR 1944, 416.

우선 고지의무에 대한 상황은 혼인의 본질에 비추었을 때 이것이 혼인의 공동생활(eheliche Lebensgemeinschaft)과 가족생활(Familienleben)에 기본적으로 의미가 있는 경우이다.⁵⁶⁾ 이에 대한 예를 들면, 성생활의 불능(Beiwohnungsunfähigkeit)⁵⁷⁾ 혹은 절대적으로 성생활에 의사가 없거나(Beiwohnungsunwilligkeit),⁵⁷⁾ 불임(Unfruchtbarkeit), 생식능력이 없는 경우(Zeugungsunfähigkeit), 불치의 혹은 전염된 혹은 유전적인 병(unheilbare, ansteckende oder erblicher Krankheit) 예를 들면, 에이즈(Aids), HIV 감염(HIV-Infektion), 성병(Geschlechtskrankheit),⁵⁸⁾ 동성애적 기질(homosexuelle Veranlagung)⁵⁹⁾의 경우이다.

또한 여성이 혼인을 결정해야 하는 시기에 이미 다른 남성의 아이를 임신하고 있는 경우,⁶⁰⁾ 미성년 자녀가 있는 경우 및 한 남성이 그의 약혼녀에게 자신이 혼인한 경력이 있고 이 혼인관계에서 자녀가 있고 그로인해 부양의무를 위반하여 처벌을 받았다는 것을 알리지 않은 경우,⁶¹⁾ 혹은 다른 여성과 법률혼관계에 있는 경우,⁶²⁾ 전혼관계에서 의무를 지고 있는 경우,⁶³⁾ 성매매자(Postitution)로 오랫동안 활동한 경우이다.⁶⁴⁾

그러나 현재 보호관찰기간으로 인한 중요하지 않은 전과사실이 있는 경우는 이에 해당되지 않는다고 판결하였다.⁶⁵⁾ 성전환수술(operativer Geschlechtswechsel)을 한 경우 이를 상대방에게 고지해야 할 의무가 있는가에 대하여는 다양한 판

56) BGH FamRZ 1958, 314, 315.

57) Vgl. OLG Köln FamRZ 2000, 189, 820; OLG Stuttgart NJW 2004, 2247(Sterilisation); aA OLG Zweibrücken FamRZ 2006, 1201, 1203: wohl auch BGH FamRZ 2006, 1201, 1202.

58) OLG Hamburg FamRZ 1982, 1211, OLG München FamRZ 2008, 1536, Erbkrankheit der Mutter(Chorea Huntington).

59) BGH FamRZ, 1958, 314, 315.

60) BGHZ 29, 265, 268; OLG Hamm FamRZ 1964, 438, 439; OLG Karlsruhe NJW-RR 2000, 737; aA OLG Stuttgart FamRZ 2005, 2070 (wenn sich aufgrund der Gesamtsituation dem Bräutigam erhebliche Zweifel an seiner Vaterschaft aufdrängen mussten).

61) OLG Celle, FamRZ 1965, 123.

62) AG Warendorf FamRZ 2006, 1377, 1378; OLG Nürnberg FamRZ 1966, 104 (nichteheliches Kind).

63) Vgl. OLG Celle FamRZ 1965, 213, 214.

64) Vgl. OLG Brandenburg FamRZ 2006, 1376, 1377; Kurzfristige Ausübung genügt nach Palandt/Brudermüller Rn. 11 nicht.

65) AG Kulmbach NJW 2002, 2112.

결이 있다.⁶⁶⁾ 이러한 경우 최소한 생식능력(Zeugungsfähigkeit)이 있는가에 대한 것은 중요하다고 본다.

한편 법원이 당사자가 직접적인 질문하지 않은 경우 기본적으로 고지의무가 없다고 본 판례는 다음과 같다. 혼인전의 성생활, 사소한 신체적인 결함(예를 들어 청각장애(Schwerhörigkeit),⁶⁷⁾ 신경기능장애(Nervenzusammenbruch), 수개월의 요양원(Heilanstalt)에서의 체류하였거나⁶⁸⁾ 가벼운 처벌,⁶⁹⁾ 종교, 혹은 전직 카톨릭 신부였던 경우,⁷⁰⁾ 애정에 관한 속임이 기망이 된 사건에서 판례는 이를 기망이라고 보지 않았으며, 이에 혼인취소를 기각하였다.⁷¹⁾ 자녀에 대한 혹은 피임(Empfängsverhütung)에 대한 기대도 동일하게 효력이 있다. 혼인 전에 상대방에게 이에 대한 질문을 하지 않은 경우, 파트너가 이러한 기대에 대한 요청에 부응하지 않았을 때 이를 기망이라고 할 수는 없다고 보았다.⁷²⁾

V. 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015므654, 661 판결

1. 사실관계

원고(1975년생)는 국제결혼중개업을 하고 있던 C의 권유로 베트남 여성 피고(1990년생)를 소개받아 2012. 4. 9. 김제시에서 피고와의 혼인신고를 하였다. 피고는 2012. 7. 28. 한국에 입국하여 원고 및 원고의 모 E, 원고의 계부 F과 함께 거주하면서 혼인생활을 하였는데, F이 2013. 1. 18. 및 2013. 1. 25. 피고를 강간하고, 2013. 1. 24. 피고를 강제추행하였으며, 이에 피고는 F을 형사고

66) Abl. Bräklein StAZ 2008, 297, 301; zum Themenkreis näher vor § 1303 Rn. 11 f.

67) OLG München HRR 1940 Nr.71.

68) BGH FamRZ 1967, 372, 376.

69) AG Kulmbach NJW 2002, 2112: 그러나 중한 처벌의 경우는 혼인취소가 가능하다.

70) OLG Frankfurt FamRZ 1964, 258, 260.

71) OLG Zweibrücken, FamRZ 2002, 1560; Vgl. BGH FamRZ 2006, 1201, 1202; OLG Hamm FPR 2004, 26; OLG Brandenburg FamRZ 2008, 1534, 1535.

72) OLG Klön, FamRZ 2000, 819, 820.

소하면서 집을 나왔다. 그 후 F는 전주지방법원 2013고합30 호로 성폭력범죄의 처벌등에관한특례법위반죄 등으로 기소되어 2013. 5. 30. 위 법원에서 징역 7년의 유죄판결을 선고받았다.

원고는 위 형사사건 항소심 재판 계속 중이던 2013. 8. 무렵 피고가 원고와 혼인하기 전에 다른 남자와 사이에서 아이를 출산하였다는 사실을 알게 되었다. 피고는 이 사건에서, 피고가 2003. 10.경 베트남에서 베트남 소수민족인 타이족 남성으로부터 납치되어 강간을 당하여 임신을 하게 되었고, 2004. 8.경 아들을 출산하였는데 위 남성이 아들을 데리고 가 버렸으며, 그 후에도 위 남성이 계속 친정집에 찾아와 금전을 요구하여 결국 피고는 2004. 12.경 친정집을 떠나 식당 등지에서 일하며 지냈다고 주장하였다.

원고는 피고가 자신의 출산전력을 알리지 않고 혼인한 것은 사기로 인한 혼인으로 이에 혼인취소의 소를 제기하였다.

2. 판결의 요지

가. 원심판결의 요지⁷³⁾

원심은 ‘원고와의 혼인 상대방인 피고와 결혼중개업자는 혼인 전 원고에게 피고의 출산경력에 관한 사실을 고지하여 원고로 하여금 혼인 여부에 관하여 신중하게 결정할 수 있도록 하여야 함에도 불구하고, 피고는 원고에게 자신의 과거 출산경력에 대하여 알리지 않았고 베트남 현지 결혼중개업자인 D도 원고에게 이를 알리지 않음으로써 원고를 기망하였다 할 것이고, 초혼인 원고가 국제결혼중개업체를 통하여 베트남 국적의 피고를 만나 피고도 초혼인 것으로 알고 혼인을 하게 된 사정 및 통상 혼인 당사자 일방의 출산경력 은 타방 당사자의 혼인에 관한 의사결정에 있어서 중대한 고려요소에 해당하는 점 등에 비추어 볼 때 원고가 피고의 출산경력을 알았더라면 피고와 혼인에 이르지 않았을 것이라고 봄이 상당하므로, 결국 원고는 민법 제816조 제3호가 정한 혼인취소

73) 제1심판결 전주지방법원 2014. 6. 24. 선고 2013드단5209, 2014드단2924 판결.

제2심판결 전주지방법원 2015. 1. 19. 선고 2014르445, 2014르452 판결.

사유인 ‘사기로 인하여 혼인의 의사표시를 한 때’에 해당한다’고 하였다.

법원은 피고 측 주장에 대하여 ‘피고의 출산은 미성년자에 대한 납치, 강간 피해의 결과이고 피고의 자유의사에 반한 것이었으며, 당시 미성년자였던 피고는 그로 인하여 회복하기 어려운 정신적 트라우마를 경험하였는데, 납치, 강간과 같은 끔찍한 과거의 경험을 혼인 상대방에게 고지하도록 하는 의무를 지운다면 이는 피해자인 피고에게 2차 피해를 가하는 것인 점을 고려하면, 피고가 출산경력을 고지하지 않은 행위가 혼인의 본질에 반하는 것으로 볼 수 없어 위법한 기망행위에 해당하지 않으므로 혼인취소사유가 존재하지 않는다고도 주장하나, 피고 스스로도 결혼중개업자에게는 출산경력을 사실대로 고지하였다고 주장하고 있을 뿐만 아니라, 출산경력의 고지 자체가 곧바로 2차 피해를 야기한다고 보기는 어려우며, 혼인의사를 결정함에 있어서 출산경력이 차지하는 중대성 등에 비추어 보면, 피고가 주장하는 바와 같은 미성년자로서 납치, 강간을 당하여 출산을 하게 되었다는 사정만으로는 그러한 출산경력을 혼인 상대방인 원고에게 고지할 의무를 면한다고 볼 수 없어, 피고가 출산경력을 고지하지 않은 행위가 위법한 기망행위에 해당하지 않는다고 할 수 없으므로, 피고의 위 주장도 이유가 없다’고 하였다.

나. 대법원 판결요지

대법원은 당사자가 성장과정에서 본인의 의사와 무관하게 아동성폭력범죄 등의 피해를 당해 임신을 하고 출산까지 하였으나 이후 자녀와의 관계가 단절되고 상당한 기간 동안 양육이나 교류 등이 전혀 이루어지지 않은 경우라면, 출산의 경력이나 경위는 개인의 내밀한 영역에 속하는 것으로서 당사자의 명예 또는 사생활 비밀의 본질적 부분에 해당하고, 나아가 사회통념상 당사자나 제3자에게 그에 대한 고지를 기대할 수 있다거나 이를 고지하지 아니한 것이 신의 성실 의무에 비추어 비난받을 정도라고 단정할 수도 없으므로, 단순히 출산의 경력을 고지하지 않았다고 하여 그것이 곧바로 민법 제816조 제3호 에서 정한 혼인취소사유에 해당한다고 보아서는 아니된다’고 판시하였다.

3. 대법원 판결에 대한 검토

출산경력에 대한 고지의무가 문제가 되었던 사안에서 대법원의 판단을 몇 가지 쟁점으로 나누어 살펴보고자 한다.

가. '법령, 계약, 관습 또는 조리상 고지의무에 대한 인정

법원은 소극적 행위의 경우 고지의무에 해당하는 것은 '법령, 계약, 관습 또는 조리상 사전에 그러한 사정을 고지할 의무가 인정되어야 위법한 기망행위로 볼 수 있다'라고 판시하고 있다. 이에 판례에서는 관습 또는 조리상 고지의무가 인정될 수 있는지의 보다 구체적인 사항은 다음과 같다고 예시하고 있다. : 당사자들의 연령, 초혼인지 여부, 혼인에 이르게 된 경위와 그때까지 형성된 생활관계의 내용, 당해 사항이 혼인의 의사결정에 미친 영향의 정도, 이에 대한 당사자 또는 제3자의 인식 여부, 당해 사항이 부부가 애정과 신뢰를 형성하는데 불가결한 것인지, 또는 당사자의 명예 또는 사생활 비밀의 영역에 해당하는지, 상대방이 당해 사항에 관련된 질문을 한 적이 있는지, 상대방이 당사자 또는 제3자로부터 고지 받았거나 알고 있었던 사정의 내용 및 당해 사항과의 관계 등의 구체적·개별적 사정과 더불어 혼인에 대한 사회일반의 인식과 가치관, 혼인의 풍속과 관습, 사회의 도덕관·윤리관 및 전통문화까지 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다'는 것이다.

결국 고지의무는 사회일반의 인식과 가치관, 관습, 사회의 도덕관등에서 벗어나지 않으며 혼인생활 및 가족생활에 중요한 영향을 미칠 수 있는 요소 등으로 구성되어 있다.

나. 미성년 자녀가 있는 경우

혼인하고자 하는 당사자에게 자녀가 있는 경우 이는 상대방에게 혼인을 결정하는데 있어서 중요한 요소로 작용할 수 있다. 그동안 판례는 '혼인 당사자의 혼인경력, 출산경력 등은 상대방이 혼인의 의사를 결정함에 있어서 매우 중요하

게 고려하는 요소라고' 판시하고 있으며, 이를 고지하지 않은 경우 혼인취소를 판결한 바 있다.⁷⁴⁾ 여기서 출산경력이란 여성이 출산을 하여 자녀가 있는 경우를 의미하는 것으로 보아야 할 것인데, 남성은 출산을 하지 않으므로 남녀를 불문하고 자녀가 있는 경우로 봄이 타당하다고 본다. 자녀의 경우 미성년 자녀로 한정할 필요는 있을 것이다. 미성년 자녀의 경우 일방이 현재 자녀를 양육하고 있지 않는 경우에도 부모는 미성년 자녀가 성년이 되기까지 양육비를 지불하는 등의 부모로서의 양육의무를 이행해야 하기 때문에 앞으로 혼인하려는 당사자의 혼인생활이나 가족생활에 영향을 미칠 수 있다는 점에서 고지의무가 있다고 할 것이다.

다. 아동성폭력에 의한 출산경력

대법원은 베트남 여성의 아동성폭력에 의한 출산경력을 그냥 일반인의 출산으로 보지 않았다. 대법원은 '혼인의 당사자 일방 또는 제3자가 출산의 경력을 고지하지 아니한 경우에 그것이 상대방의 혼인의 의사결정에 영향을 미칠 수 있었을 것이라는 사정만을 들어 일률적으로 고지의무를 인정하고 제3호 혼인취소사유에 해당한다고 하여서는 아니 된다고' 하여 출산경력의 경우에도 모두 동일한 출산경력으로 단순히 판단해서는 안된다는 것을 판시하고 있다.

이에 판결은 계속해서 '출산의 경력이나 경위가 알려질 경우 당사자의 명예 또는 사생활 비밀의 본질적 부분이 침해될 우려가 있는지..' 등이 고려되어야 한다고 보았다.

아동성폭력에 의한 출산이라는 개별 사안에서 베트남 여성의 출산은 미성년자(당시 13세)에 대한 납치, 강간 피해의 결과이고 피고의 자유의사에 반한 것이며, 이에 아동은 법으로부터 보호 받아야 할 권리가 있다. 특히 아동권리에 관한 협약에 따르면 아동이 성범죄의 피해자인 경우 아동권리에 관한 협약에서 당사국은 모든 형태의 성적 착취와 성적 학대로부터 아동을 보호할 의무를 지니며(아동권리에 관한 협약 제34조), 당사국은 모든 목적과 형태의 아동의 약취

74) 의정부지법 민사7단독: <http://blog.naver.com/attorneyhy/220467745546>(방문일자, 2016.9.14). 부산가정법원 가사1단독 혼인취소청구소송(2015드단12112).

유인이나 매매 또는 거래를 방지하기 위한 모든 적절한 국내적, 다국 간의 조치를 취해야 함을 규정하고 있다(동협약 제35조).⁷⁵⁾

우리나라에서도 아동·청소년의 성보호에 관한 법에 따라 아동·청소년을 성범죄로부터 보호하는 규정을 두고 있으며, 특히 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제31조(법률 제14236호 일부개정 2016. 05. 29)에서는 아동 성폭력 피해에 대한 누설을 금지하는 조항을 두고 있다.⁷⁶⁾ 아동의 경우 범죄피해와 피해정력은 드러나지 않도록 보호되어야 하는 것이다.

아동이 성인이 된 경우라도 본인이 아동기 때 당한 범죄피해 사실은 본인인원치 않는다면 이를 누설하거나 고지할 의무를 강요당해서는 안 될 것이다. 이는 개인의 내밀한 영역에 속하는 것으로서 당사자의 인격권에 해당하는 것을 본다.

라. 출산 후 교류 및 양육의 문제

대법원은 여성의 출산 경위는 물론 출산 후 여성과 자녀와는 관계에 있어서 여러 가지 양육 상황을 검토하고 있다. 즉, 판례에서는 ‘출산의 경위와 출산한 자녀의 생존 여부 및 그에 대한 양육책임이나 부양책임의 존부, 실제 양육이나 교류가 이루어졌는지 여부와 그 시기 및 정도, 법률상 또는 사실상으로 양육자가 변경될 가능성이 있는지 등 이 고려되어야 한다’ 고 판시하고 있다. 법원은 남성이 아들을 데리고 가버렸고, 이후 이들 간은 상당한 기간 동안 양육이나 교류 등이 전혀 이루어지지 않은 단절된 상태이며, 또한 사실상 앞으로도 양육자가 변경될 가능성이 없다는 사실을 인정하였다.

이는 베트남 여성의 출산경력이 그녀의 한국에서의 혼인생활에 영향을 미칠

75) 정현미, “아동성폭력으로 인한 출산경력과 혼인취소의 법적 쟁점과 정책적 과제”, 「이화여자대학교 법학논집」 제20권 제1호, 2015.9, 140면 참조. 위 논문에서는 이에 대한 보다 상세한 내용을 담고 있다.

76) 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제31조 ① 아동·청소년대상 성범죄의 수사 또는 재판을 담당하거나 이에 관여하는 공무원 또는 그 직에 있었던 사람은 피해아동·청소년 또는 대상 아동·청소년의 주소·성명·연령·학교 또는 직업·용모 등 그 아동·청소년을 특정할 수 있는 인적사항이나 사진 등 또는 그 아동·청소년의 사생활에 관한 비밀을 공개하거나 타인에게 누설하여서는 아니 된다.

수 있는지의 여부 혹은 그녀가 어느 정도 자녀와 관계를 중요하게 인식하고 있었느냐? 혹은 앞으로 다시 양육책임의 가능성이 있느냐 등의 문제와도 관련이 있는 것으로 보인다. 이는 그녀가 자녀와 지속적인 교류가 있었던 상황과는 다르며, 자녀와 오랫동안 단절된 상황에서 그녀가 이를 고지하지 않았다는 것은 법원이 고지의무를 판단함에 있어서 고려 요소가 되었을 것으로 본다.

마. 사생활 비밀의 보장과 혼인 의사결정의 자유 사이의 균형

이러한 모든 부분이 검토되어진다 해도 신의성실에 비추어 비난받을 정도라면 이 역시 인정하기 어렵다는 점에서 법원은 신의성실 의무에 비추어 비난받을 정도가 되어서는 안된다고 보았다. 또한 이 모든 사정들을 종합적으로 고려하여 신중하게 고지의무의 인정 여부 그리고 그 위반 여부를 판단함으로써 일방의 명예 또는 사생활 비밀의 보장과 상대방의 혼인 의사결정의 자유 사이에 발생할 수 있는 균형있고, 조화있는 결정이 되어야 한다고 하였다.

V. 결론

혼인은 남녀가 부부공동생활을 목적으로 하여 부부공동체를 형성하고자 하는 신분상 계약으로써 그 본질은 애정과 신뢰에 바탕을 두고 있다. 이에 일방이 악의적으로 상대방을 기망하여 혼인에 이르게 하였다면 그 혼인관계는 유지되기 어려우며, 그 의사표시는 하자과 결함이 있는 것으로 이러한 혼인은 취소될 수 있어야 하며, 이에 민법은 제816조의 3호에 사기로 인한 혼인은 취소할 수 있음을 규정하고 있다.

사기행위는 적극적 행위뿐만 아니라 중요한 사실을 침묵한 경우에도 발생한다. 앞서 본문에서 검토한 관련 판례에서 법원은 거의 일관되게 사기로 인한 혼인은 일방의 행위가 혼인의 본질에 반하거나 혼인하고자 하는 상대방이 이러한 사실을 알았더라면 혼인하지 않았을 것이라는 판단을 하고 있다.

특히 침묵을 통한 기망행위에 있어서 어떠한 사실이 혼인에 영향을 미치는

중요한 사실로 상대방에게 고지해야 할 의무인가 문제일 것이다.

본 논문은 가장 최근 ‘성폭력으로 인한 출산경력’에 대한 대법원 판결(대법원 2016. 2. 18. 선고 2015므654, 661 판결)이 고지의무에 대한 주목할 만한 판결이라고 보았다. 그동안 판례는 구체적 사건에서 출산경력 및 자녀가 있는 경우,⁷⁷⁾ 혼인 및 이혼경력, 사실혼 전력, 양성애자적 성적 지향, 정신병 등을 상대방에게 고지하지 않은 경우 혼인을 취소할 수 있다고 판결한 바가 있다. 그러나 본 판결에서는 ‘출산경력을 고지하지 않은 것이 상대방의 혼인의 의사결정에 영향을 미칠 수 있었을 것이라는 사정만으로 이를 일률적으로 고지의무를 인정하여서는 아니되고’ 라고 판시하고 있다. 이것이 갖는 의미는 어떠한 사실이 ‘고지의무’로 정해져 있는 것은 아니며 이는 다만 구체적이고 개별적인 사건 안에서 그에 대한 판단이 이루어져야 한다는 것을 보여주고 있다. 이 때 다양한 여러 가지의 상황들이 종합적으로 검토되어야 한다는 것이다.

결국 대법원은 ‘아동성폭력 범죄로 인한 출산경력’을 고지할 의무가 없다고 판단하였는데, 이는 앞서 설명하였듯이 국내법과 국제법은 아동의 권리는 보호되고 있으며, 아동기 때 당한 범죄피해 사실은 본인이 원치 않는다면 이를 누설하거나 고지할 의무를 강요당해서는 안 될 것이다. 이는 개인의 내밀한 영역에 속하는 사생활 비밀의 본질적 부분으로 통상적으로 상대방에게 말하는 것을 기대할 수 없다는 점에서 이 판결은 타당하다고 본다.

참고문헌

[국내문헌]

- 곽윤직·김재형, 「민법총칙 9판」, 박영사, 2013.
 김용한, 「친족상속법」, 박영사, 2004
 김주수, 「주석 민법 [친족1]」, 한국사법행정학회, 2010.

77) 서울가정법원 2006. 8. 31. 선고 2005드합2103 판결.

김주수·김상용, 「친족상속법」, 법문사, 2006, 2012, 2015.

박동섭, 「친족상속법」, 박영사, 2013

송덕수, 「민법강의(하)」, 박영사, 2007.

송덕수, 「친족상속법」, 박영사, 2015

이경희, 「가족법」, 법원사, 2008, 2012.

정혜정외 다수, 「가족과 젠더」, 신정, 2009.

지원림, 「민법강의」, 제12판, 홍문사, 2014.

편집대표 윤진수, 「주해친족법」 제1권, 박영사, 2015.

윤진수, “혼인 성립에 관한 독일 민법의 개정에 관한 고찰”, 「민법논고 [IV]」, 박영사, 2009.

정현미, “아동성폭력으로 인한 출산경력과 혼인취소의 법적 쟁점과 정책적 과제”, 「이화여자대학교 법학논집」 제20권 제1호, 2015.

[외국문헌]

Alexander Lüderitz, Familienrecht, 27. Aufl., München, 1999.

Münchener Kommentar BGB, C..H.Beck, 6. Auflage, 2013.

Nina Dethloff, Familienrecht, 31. Auflage, 2015

Christian Sering, Das neue “Zwangsheirat-Bekämpfungsgesetz”, In: Neue juristische Wochenschrift : NJW. – München, Frankfurt, M. : Beck. – Bd. 64, 2011.

Dieter Schwab, Familienrecht, 12. Auflage, Verlag C.H.Beck, 2003.

Dieter Henrich/Kurt Johannsen (Hrsg.), Ehe, Scheidung, Trennung, Folgen, Kommentar, 3. Aufl. 1998.

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 4, Familienrecht §§ 1297 – 1352, Anhang zu §§ 1297 ff : (Verlobnis, Eheschließung, Aufhebung, faktische Lebensgemeinschaft), Berlin : Sellier- de Gruyter, Verlag, 2015.

[Abstract]

**A Study on the duty to notify in Annulment of a
marriage because of wilful deceit**

Cho, Eun-Hee

Professor, Law School, Jeju National University

The Annulment of a marriage is a judicial ending of an erroneous marriage. It is different from a divorce, which also is at the request to the Family Court. The Annulment of a marriage is – in addition to divorce and death of one of the spouses – the third reason, by which a marriage can end. The repealed marriage has been – in spite of its contestability – a legal fact and is different from a nullity of a marriage, a marriage that has never existed in a legal sense because of fraud: one of the spouses agreed to the marriage based on the lies or misrepresentation of the other.

I discuss how annulment of a marriage due to deception is done according to the Korean and the German law system.

In the German and Korean law a marriage is not valid, if an intentional deception by a marriage partner or a third party took place, but the rules in both countries differ in detail. In the German Civil Code referred to in Article 1314 (2) No 3 is written: if a spouse accepting the marriage because of wilful deceit and he/she had not agreed on marrying the spouse if he/she knew about the situation, the marriage can be challenged and should be withdrawn. But this shall not apply if the unknown situation relates to her/his financial assets or is due to a third party without the knowledge of the other spouse. In Korean Civil Code to 816 No 3 is written: if the marriage came about by wilful deceit or threat, it may be

challenged and should be repealed.

In my work I discuss the legal situation and the a judicial precedent in two states. I also analyzed a decision of the Korean Supreme Court (Supreme Court 2016. 2. 18. 선고 2015므654, 661). Here I have discussed the validity and appropriateness of this decision.

Key words : Annulment of a marriage, marriage, wilful deceit, nature of the marriage, Child sexual assault, International marriage