

협의상 이혼 제도의 개선 방안

이 상 욱*

< 목 차 >

- I. 서
- II. 협의상 이혼절차의 개선방안
- III. 이혼협의서의 개선방안
- IV. 결론

I. 서

우리나라의 현행 이혼법은 협의상 이혼(민법 제834조-제839조의 3)과 재판상 이혼(민법 제840조-제843조) 모두를 허용하고 있다는 점에 특색이 있다.¹⁾ 1960년 민법 제정 당시 협의이혼에 관한 내용으로서는 「제1관 협의상 이혼」이라는 제목 하에, “제834조 (협의상 이혼) 부부는 협의에 의하여 이혼할 수 있다. 제836조 (이혼의 성립과 신고방식) ①협의상 이혼은 호적법의 정한 바에 의하여 신고함으로써 그 효력이 생긴다. ②전항의 신고는 당사자 쌍방과 성년자인 증인 2인의 연서한 서면으로 하여야 한다”는 등의 내용으로 구성되어 있었지만,²⁾ 1979년 법원의 이혼의사확인제도가 도입되었고, 1990년에 면접교섭권(제

* 영남대학교 법학전문대학원 교수.

1) 윤진수, 「친족상속법강의」 제2판, 박영사, 2018, 82면.

2) 그 밖에 제835조 (무능력자의 협의상 이혼) ①미성년자는 부모 또는 후견인의 동의를 얻어 이혼할 수 있다. 부모 중 일방이 동의권을 행사할 수 없는 때에는 다른 일방의 동의를 얻어 이혼할 수 있다. ②금치산자는 후견인의 동의를 얻어 이혼할 수 있다. ③전2항의 경우에 부모 또는 후견인이 없거나 동의할 수 없는 때에는 친족회의 동의를 얻어 이혼할 수 있다. 제837조 (이혼과 자의 양육책임) ①당사자간에 그 자의 양육에 관한 사항을 협정하지 아니한 때에는 그 양육의 책임은 부에게 있다. ②전항의 양육에 관한 사항의 협정이 되지 아니하거나 협정할 수 없는 때에는 법원은 당사자의 청구에 의하여 그 자의 연령, 부모의

837조의 2)과 재산분할청구권(제839조의 2)이 신설되었으며, 2007년도에는 이혼 절차에 관한 내용으로서 이혼숙려기간제도(민법 제836조의 2)와 재산분할청구권 보전을 위한 사해행위취소권(제839조의 3) 등이 신설되었다. 뿐만 아니라 제835조(성년후견과 협의상 이혼)와 제836조(이혼의 방식과 신고방식) 및 제838조(사기, 강박으로 인한 이혼의 취소청구권)도 그 내용이 전면 또는 부분적으로 개정되었다.

이처럼 민법 제정 이후 오늘에 이르기 까지 협의상 이혼제도를 보완·개선 하려는 작업은 끊임없이 꾸준히 추진되어 왔음을 알 수 있다. 그동안 단행된 협의이혼 관련 민법 규정의 신설이나 개정 작업의 근간은 협의이혼을 병자한 강제적 축출 이혼을 방지하려는 의도(가정법원의 이혼의사 확인)를 비롯하여 무분별한 이혼을 자제하고(이혼숙려기간 도입), 특히 미성년자녀를 보호하려는 정책적 고려에서 자녀 양육비와 양육에 관한 전반적인 사항에 법원이 개입할 수 있도록 하는 등 국가(법원)의 후견적 역할이 강화되었던 것이라고 할 수 있다.³⁾ 즉, 1963년과 1977년의 협의이혼제도에 대한 수정·보완은 협의라는 미명 하에 이루어지는 일방적인 축출이혼을 방지하는데 초점을 두고 있었으며, 2007년 11월 국회를 통과하여 2008년 6월 22일부터 시행되고 있는 협의이혼에 관한 개정 내용은 이혼 후의 자녀양육문제를 해결하기 위하여 마련되었던 것이다.⁴⁾ 특히 우리나라의 경우 협의이혼 절차가 너무 간소하고 이혼의사 합치만 있으면 쉽게 이혼할 수 있는 무제한적이라는데 그 문제점이 있다는 시각⁵⁾도 이와 궤를 같이 한다.

오늘날 협의상 이혼은 이혼의 절대 다수를 점하고 있으며, 최근에도 협의상 이혼이 차지하는 비율은 감소하지 않고 여전히 증가하고 있는 추세인 듯하다. 통계청의 혼인·이혼 통계 결과를 소개하고 있는 2018년에 발간된 「사법연감」의 자료를 통하여 최근 10년간의 이혼 추이를 살펴보면, 시·군·읍·면에 접

재산상환 기타 사정을 참작하여 양육에 필요한 사항을 정하며 언제든지 그 사항을 변경 또는 다른 적당한 처분을 할 수 있다. ③진항의 규정은 양육에 관한 사항외에는 부모의 권리의무에 변경을 가져오지 아니한다. 제838조(사기, 강박으로 인한 이혼의 취소청구권) 사기 또는 강박으로 인하여 이혼의 의사표시를 한 자는 그 취소를 법원에 청구할 수 있다. 제839조(준용규정) 제823조의 규정은 협의상 이혼에 준용한다고 규정되어 있었다.

- 3) 박복순·박선영·신연희, 「협의이혼제도의 운용실태 및 개선방안」, 한국여성정책연구원, 2011, 6면.
- 4) 김주수·김상용, 「친족상속법」제15판, 법문사, 2018, 167면.
- 5) 방혜신, “우리나라 협의이혼제도의문제점과 개선방안”, 「재판자료」 제101집 가정법원사건의 제문제(상), 법원행정처, 2003, 671면.

수된 협의이혼 신고 건수는, 2008년 94,533건(재판상 이혼 22,464건), 2009년 99,182건(재판상 이혼 25,301건), 2010년 92,394건(재판상 이혼 24,994건), 2011년 91,022건(재판상 이혼 23,685건), 2012년 92,331건(재판상 이혼 22,450건), 2013년 93,601건(재판상 이혼 22,124건), 2014년 93,708건(재판상 이혼 22,181건), 2015년 89,963건(재판상 이혼 20,109건), 2016년 89,539건(재판상 이혼 19,314건), 2017년 88,440건(재판상 이혼 19,083건)으로서 협의이혼은 언제나 전체 이혼의 약 80%를 차지하고 있으며, 최근에는 더욱 증가하여 82%대를 유지하고 있음을 발견하게 된다.⁶⁾

해마다 감소하고 있는 혼인율과 이혼율에도 불구하고 협의이혼율은 여전히 일정한 수준을 유지하고 있다는 사실은, 이혼을 결심한 당사자들이 그만큼 협의이혼을 선호한다는 방증으로 볼 수 있다.

그런데 현행 민법상 협의이혼절차와 그 내용은 상당히 복잡하게 되어 있다. 이혼을 하려는 당사자가 가정법원에 협의이혼의사확인신청을 하면 먼저 가정법원이 제공하는 안내를 받아 전문상담인과의 상담권고제도를 거쳐 이혼숙려기간을 경과한 후, 미성년자녀의 친권자결정에 관한 협의서와 양육비부담조서 등을 작성하여 제출하게 되면 비로소 판사로부터 이혼의사를 확인받을 수 있게 되고, 이를 신고함으로써 이혼 절차는 종료하게 된다. 따라서 협의이혼을 하게 되는 과정에서는 주로 이혼을 결심한 당사자의 심리치료와 미성년자녀의 보호에만 치중되어 있을 뿐이고, 정작 이혼하게 되는 당사자의 경제적 문제는 법원이 개입하지도 않으며 어느 누구의 조언도 받을 수 없는 상태에 있음을 알 수 있다.⁷⁾

이러한 점을 감안할 때, 이제는 이혼하려는 당사자의 이혼의사 유무나 심리치료 등에 치중할 것이 아니라 경제적인 문제도 그 보호 영역에 포함시켜야 한다는 점을 지적하지 않을 수 없다. 왜냐하면 합의이혼을 빙자한 축출 이혼을 방지한다는 정책적 고려에서 가정법원이 당사자의 이혼의사를 확인하는 제도를

6) 법원행정처, 「사법연감」, 2018, 580면. 근래 전체 이혼건수가 감소하는 추세에 있고 이혼율이 정체되고 있는 듯이 보이는 것은(2016년과 2017년도의 협의이혼 비율은 동일하다) 혼인신고 건수 자체가 점차적으로 감소하고 있는 현상에서 비롯되는 것으로 이해된다. 즉, 2015년도의 혼인신고 건수는 306,419건이었지만 2016년도에 287,605건으로 2017년도에는 270,995건으로 줄고 있는데, 이는 2008년도(330,256건)를 기준으로 할 때 82.1%에 불과한 수준이다.

7) 물론 민법 제839조의 2는 재산분할청구권에 관하여 규정하고 있지만, 일반적인 내용에 불과하고, 더구나 재산분할청구권은 이혼한 날로부터 2년이 경과하면 소멸되고 만다(동조 제3항).

도입하였지만, 오늘날 합의이혼이라는 명분으로 축출 이혼이 자행될 우려는 그다지 보이지 않고, 오히려 합의이혼 절차를 빨리 종료하기 위하여 이혼 후의 경제적 능력 여부를 심각하게 고려하지도 않은 채 법원의 이혼의사 확인 절차를 통과함으로써 이혼절차가 종료된 후에야 비로소 경제적인 문제를 돌아보게 되어 또 다시 법원에 재산분할청구 절차를 진행하게 되는 경우가 상당 수 많다는 점이다.

이 문제의 해법을 고려하기 위해서 최근 프랑스에서 단행된 이혼제도의 개혁이라고 할 수 있는 제도로써⁸⁾ 2017년 1월 1일부터 시행되고 있는「재판 외의 상호 합의에 의한 이혼(divorce par consentement mutuel extrajudiciaire)」, 일명 「판사없는 이혼(divorce sans juge)」 제도를 살펴볼 때, 우리에게도 시사하는 바가 크다고 할 수 있다. 그 주된 내용은 「부부는 변호사들이 연서하고 공증인이 원본으로 보관한 사서증서를 통하여 서로 이혼에 합의할 수 있다(프랑스 민법 제229조 제1항)」는 민법규정에 따라 변호사들이 연서한 사서증서(acte sous signature privée) 형식의 협의서(convention)에 대해서 부부의 의사가 일치함을 변호사들이 확인하게 함으로써 종래 재판상의 협의이혼절차에서 판사의 역할이⁹⁾ 변호사에 의해 대체된 제도라고 할 수 있다.¹⁰⁾

이에 아래에서는 우리나라의 협의상 이혼제도의 문제점으로서 먼저 협의이혼 절차상의 문제점을 지적하고 그 개선방안으로서 프랑스의 「판사 없는 이혼」 제도를 도입하여 가정법원의 이혼의사 확인 등을 대체할 수 있는 방안 등을 검토하고, 나아가 양육과 친권자 결정에 관한 협의서 작성과 관련된 문제점을 지적한 후 역시 그 개선방안으로서 프랑스의 「판사 없는 이혼」제도에 의한 협의서 작성을 참고하여 문제점을 보완하는 방안을 검토함으로써 우리나라 협의이혼제도의 합리적인 개선방안을 모색해보고자 한다.

8) 최근 프랑스 가족법의 개혁 동향에 대해서는 이상욱, “프랑스 가족법의 동향”, 「가족법연구」 제32권 2호, 한국가족법학회, 2018, 191-214면. 참조.

9) 프랑스에서는 부부 상호합의에 의한 이혼(divorce par consentement mutuel)도 판사의 확인 판결을 받아야 한다(프랑스민법 제232조). 이로 인하여 상호합의에 의한 이혼도 그 절차가 시작하여 종료될 때까지 기간이 3.5개월 정도 소요된다는 사회적 여론에 일명 「판사 없는 이혼제도」가 도입되었던 것이다. Jean Garrigue, Droit de la famille, 2eéd, Dalloz(2018), p.231.

10) 자세한 내용은 안문희, “프랑스의 판사 없는 이혼에 관한 연구”, 「가족법연구」 제31권 1호, 한국가족법학회, 2017, 329-350면. 참조.

II. 협의상 이혼절차의 개선방안

1. 이혼에 관한 안내와 상담권고

협의상 이혼도 일종의 계약이기 때문에 그것이 성립하려면 당사자 사이에 이혼의 합의가 있어야 한다.¹¹⁾ 그런데 민법 제834조는 “부부는 협의에 의하여 이혼할 수 있다”고 규정하고, 제836조 제1항은 “협의상 이혼은 가정법원의 확인을 받아 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」의 정한 바에 의하여 신고함으로써 그 효력이 생긴다”고 규정하고, “전항의 신고는 당사자 상방이 성년자인 증인 2인의 연서한 서면으로 하여야 한다(동조 제2항)”라고 규정하고 있다. 또한 2007년 12월 21일 민법제836조의 2(이혼의 절차)가 신설되어 2008년 6월 22일부터 시행됨으로써 협의이혼의 절차는 상당히 복잡한 과정을 거치게 되었다. 즉 이혼당사자는 그들 사이의 갈등을 신경 쓰느라 자녀의 최선의 복리(the best interest of the child)를 위하여 친권자·양육자를 결정하고 양육비지급을 확보하는 문제는 충분히 신경 쓰지 못하거나, 나아가 이를 이혼교섭의 지렛대로 쓸 위험이 있다¹²⁾는 당시 사회적인 분위기에 편승하여 협의이혼제도의 개선이 지속적으로 논의됨으로써 이혼의사의 확인 이외에 가정법원에 의한 전문상담인의 상담권고와 숙려기간의 경과 및 양육비부담조서 작성 등의 제도가 도입되었던 것이다.

이에 따라 이제는 협의상 이혼을 하려는 자는 가정법원이 제공하는 이혼에 관한 안내를 받아야 하고 가정법원은 필요한 경우에 당사자에게 전문상담인의 상담을 받을 것을 권고할 수 있다. 즉, 법원사무관 또는 가사조사관은 협의이혼 안내서 및 이혼신고서를 신청당사자 쌍방에게 교부한 후 이혼절차, 이혼의 결과(재산분할, 친권, 양육권, 양육비, 면접교섭권 등), 이혼이 자녀에게 미치는 영향 등을 안내하여야 하고, 특히 이혼하려는 부부에게 미성년자녀가 있는 경우에는 양육과 친권자결정에 관하여 상담위원의 상담을 받도록 권고하여야 한다 [협의이혼의 의사확인사무 및 가족관계등록사무 처리지침. 가족관계등록예규 제525호(이하 ‘가족관계등록예규’라고 함) 4조 1항].¹³⁾

11) 송덕수, 「친족상속법」제4판, 박영사, 2018, 71면.

12) 윤진수 편집대표, 「주해친족법」 제1권, 박영사, 2015, 331면(이동진 집필).

13) 법원행정처, 「가족관계등록실무 II」, 2018, 12-13면.

협의이혼의사확인 사건을 관할하는 가정법원, 지방법원, 지원 또는 시·군법원은 「가사소송규칙」제12조의2 및 「가족관계의 등록 등에 관한 규칙」제73조 제5항에 따라 전문상담인을 상담위원으로 위촉하여 상담을 담당하게 하는 방식이나 외부 상담기관을 지정하여 상담을 담당하게 하는 방식 또는 두 가지를 병행하는 방식으로 상담 제도를 운영할 수 있으며, 시·군법원에서 위 상담 제도를 운영하는 경우에는 해당 시·군법원이 속하는 가정법원·지방법원 또는 지원의 장이 그 시·군법원의 상담위원을 위촉하거나 외부 상담기관을 지정한다 [가사재판, 가사조정 및 협의이혼 절차에서의 상담 및 자문 등에 관한 예규. 재판예규 제1637호(이하 '상담예규'라고 함) 제2조]. 이처럼 상담위원 및 자문위원의 위촉은 법원장·지원장이 위촉하게 되는데, 상담위원으로서는 심리학·정신의학·보건간호학·사회복지학·가족치료학·상담학·가족관계학·중독치료학 등 상담과 연관된 분야의 전문적 지식을 가지고 있으며 1개월에 1회 이상 법원의 상담업무를 담당할 수 있는 사람 중에서 위촉하고, 자문위원은 정신건강의학과 의사·심리학자·아동학자, 그 밖에 이에 준하는 전문가 중에서 2개월에 1회 이상 법원의 자문 업무를 담당할 수 있는 사람으로서 위촉하게 된다 (상담예규 제4조 3항). 협의이혼의사확인 신청사건의 당사자가 상담을 받으려고 하면, 지정된 상담위원 또는 법원사무관등이 당사자에게 우편, 전화, 팩시밀리, 전자우편 등 적절한 방법으로 상담일, 상담 장소 등을 통지하여야 하고, 상담위원은 당사자로 하여금 상담 전 질문지를 작성하게 할 수 있게 되어 있는데(상담예규 제14조), 질문지의 내용은 1)협의이혼의사 확인 신청사유(폭언·폭행, 부정행위, 장기간 별거, 고부갈등, 성격차이, 경제적 사유, 기타), 2)자녀 관련사항으로서(미성년자녀가 있고, 별거중인 경우에만 작성), 현재 자녀와 동거중인 양육친이 누구인지, 면접교섭 진행 여부, 양육비 지급 여부 및 액수, 양육자로 적정하다고 보는 사람과 그 이유 등을 기재하고, 상담시 주로 도움을 받고 싶은 사항이 부부 문제(이혼결정, 상대방에 대한 감정, 이혼과정에서의 스트레스 등)인지 자녀문제(친권·양육권, 면접교섭, 양육비 등)인지 기타 사항인지 체크하도록 되어 있다(전산양식 C1842). 상담은 1회기를 원칙으로 하지만 당사자가 장기 상담을 희망하는 경우에는 2회도 가능하며(상담예규 제15조. 전산양식 C1805-2), 상담위원은 상담을 마친 때에 지체없이 상담보고서를 법원에 제출하여야 하고, 당사자가 민법 제836조의 2 제2항에 정해진 기간의 단축 또는 면제를 주장할 경우에는 이에 관한 사항을 위 상담보고서에 기재하여야 한다(상

담예규 제16조).

그리고 이혼하려는 당사자 사이의 양육 및 친권자결정에 관한 협의가 원활하지 않아 협의서를 확인기일 1개월 전까지 제출할 수 없을 것이 예상되는 경우에는 지체 없이 가정법원에 심판을 청구할 것을 안내하여야 한다(가족관계등록예규 제525호 4조 2항). 또한 미성년자녀가 있는 당사자를 대상으로 하여 자녀양육안내를 실시하여야 하는데 [가사재판·가사조정 및 협의이혼의사확인 절차에서의 자녀양육안내 실시에 관한 지침, 재판예규 제1400호(이하 ‘재판예규’라고 함), 제3조 1항], 협의이혼의사확인 신청사건을 관할하는 법원은 당사자들에게 「민법」제836조의2 및 「가족관계의 등록 등에 관한 규칙」제73조 제1항에 따른 이혼에 관한 안내의 하나로서 자녀양육안내를 실시하여야 한다(재판예규 제4조 1항).¹⁴⁾

자녀양육안내의 내용은 다음과 같다(재판예규 제5조). “① 법원이 제공하는 자녀양육안내에는 아래의 사항이 포함되어야 한다. 1. 부모의 이혼과 지속적 갈등이 성장 과정에 있는 자녀에게 미치는 영향 2. 이혼 과정 및 이혼 이후 자녀의 정서적인 안정과 심리적·물리적 보호의 중요성 및 이를 위한 고려사항 3. 이혼 이후 자녀 양육에 있어서 부모의 역할 분담과 구체적인 행동지침. ② 법원은 자녀양육안내를 실시하면서 양육과 친권자결정에 관한 아래의 협의사항에 대해서도 안내할 수 있다. 1. 친권자 및 양육자의 지정 또는 변경 2. 양육비 및 면접교섭 등 양육에 관한 사항 3. 이혼 후의 양육협력관계 구축을 통한 자녀의 복리 증진에 관한 사항 등”이 된다. 그리고 법원서기관, 법원사무관, 법원주사, 법원주사보와 가사조사관 또는 각급 법원장이나 지원장이 위촉한 자녀양육안내 담당자(재판예규 제7조 1항)가 위에 언급한 내용의 자녀양육안내를 실시하게 되는데(재판예규 제6조), 법원사무관 등은 당사자 등에게 자녀양육안내문을 교부하는 등의 방법으로 자녀양육안내의 의의, 목적 및 필요성을 설명하고 관련 정보를 제공하며, 자녀양육안내를 받은 후 자녀양육안내 참석확인서를 제출할 것을 고지하여야 할 뿐만 아니라(재판예규 제9조 1항), 당사자 등에게 자녀양육안내를 받은 후 ‘양육과 친권자결정에 관한 협의서’를 작성하여 제출하여야 할 것을 안내하여야 하며(재판예규 제9조 2항), 자녀양육안내를 받지 않을 경우에는 숙려기간이 진행되지 않아 협의이혼의사 확인기일이 지정되지 않는다는 사

14) 협의이혼 의사확인 절차의 자녀양육안내에 관하여는「협의이혼의 의사확인사무 및 가족관계등록사무 처리 지침」에 우선하여 이 지침을 적용하게 된다(재판예규 제3조 3항).

실을 알려주어야 하고, 협의이혼의사확인신청을 한 다음날부터 3개월 안에 자녀양육안내를 받지 않을 경우에는 협의이혼의사확인신청이 취하되는 것으로 처리된다는 사실도 안내하도록 되어 있다(재판예규 제9조 3항).

협의이혼 신청자들에 대한 상담 지원은 크게 법원 소속의 상담위원을 위촉하는 방법과 외부 전문 상담기관을 활용하는 방안 및 양자를 병행하는 방법이 있는데, 2010년도 조사에 의하면, 법원 소속의 상담위원을 위촉하는 경우가 58.9%로 가장 많았고, 협의이혼 신청자들에게 외부 상담기관을 이용하도록 권고하는 경우는 19.6%였다고 한다.¹⁵⁾

자녀양육안내는 「협의이혼의 의사확인사무 및 가족관계등록사무 처리 지침」 제4조 제1항에 따른 이혼절차, 이혼의 결과에 관한 안내와 동시에 또는 분리하여 실시할 수 있으며(재판예규 제11조 1항), 자녀양육안내 담당자는 자녀양육안내에 관한 동영상을 상영하고, 내용을 설명하는 방법으로 자녀양육안내를 실시하게 되는데(재판예규 제11조 2항), 가사조사관이 배치되거나 자녀양육안내 담당자가 위촉된 법원은 위의 방법으로 자녀양육안내를 실시한 후 추가로 구두교육이나 별도의 자료를 통하여 이를 보완하여 실시할 수 있지만(재판예규 제11조 3항), 가사조사관이 배치되어 있지 않거나, 자녀양육안내 담당자가 위촉되지 않은 법원은 법원사무관 등이 자녀양육안내에 관한 동영상을 상영하는 방법으로 자녀양육안내를 갈음할 수 있다(재판예규 제11조 4항).

이와 같은 과정을 거치게 되면 비로소 법원의 협의이혼의사확인 기일이 지정되는데, 협의이혼의사확인 신청사건에서 미성년 자녀가 있는 사건의 협의이혼의사확인기일을 지정할 경우에는 자녀양육안내 참석확인서가 접수된 날부터 기산하여 「협의이혼의 의사확인사무 및 가족관계등록사무 처리 지침」 제1조 제2항(확인기일은 민법 제836조의2 제2항 각 호의 기간이 지난 후로 지정하되, 이혼에 관한 안내를 받은 날이 미성년인 자녀가 성년 도달 전 1개월 이내에 해당하는 경우 1개월이 지난 후로 확인기일을 지정하고, 성년 도달 전 1개월 후부터 3개월 이내 사이에 해당하는 경우 성년에 달한 날 이후로 확인기일을 지정한다)에 따라 확인기일을 지정하여야 하고(재판예규 제12조 1항), 협의이혼의사확인 신청사건의 담당판사는 자녀양육안내 참석확인서를 확인한 후에 협의이혼의사확인을 하여야 한다(재판예규 제12조 2항). 이혼의사확인신청서를 접수한

15) 박복순·박선영·신연희, 앞의 책, 108면.

날로부터 3개월이 경과하도록 당사자 일방 또는 쌍방이 이혼에 관한 안내를 받지 아니한 경우에는, 법원사무관 등은 취하간주로 사건을 종결처리하게 된다(가족관계등록예규 11조 3항).

한편 판례에 의하면, 협의이혼의사 확인절차는 확인당시에 당사자들이 이혼을 할 의사를 가지고 있는가를 밝히는데 그치는 것이고, 그들이 의사결정의 정확한 능력을 가졌는지 또는 어떠한 과정을 거쳐 협의이혼 의사를 결정하였는지 하는 점에 관하여서는 심리하지 않으므로, 따라서 협의이혼의사의 확인은 어디까지나 당사자들의 합의를 근간으로 하는 것이고 법원의 역할은 그들의 의사를 확인하여 증명하여 주는데 그치는 것이며, 법원의 확인에 소송법상의 특별한 효력이 주어지는 것도 아니라고 한다.¹⁶⁾

2. 문제점과 개선방안

위에서 설명한 것처럼 협의이혼 신청자들은 일단 가정법원이 제공하는 이혼 안내를 받아야 하고, 가정법원은 필요한 경우에 당사자에게 상담에 관하여 전문적인 지식과 경험을 갖춘 전문상담인의 상담을 받을 것을 권고할 수 있다(민법 제836조의 2 제1항).

그런데 2010년 실시된 실태조사 결과에 의하면, 법원의 협의이혼 담당 직원들의 대다수(응답자의 83.9%)가 상담을 권고하고 있는 것으로 응답한 반면에¹⁷⁾, 협의이혼 신청자들의 상담제도에 대한 인지도는 절반에 미치지 못하는 수준이고(미성년자녀가 있는 경우 43%, 미성년자녀가 없는 경우 36.1%), 아울러 미성년자녀가 있는 경우는 응답자의 24.9%, 미성년자녀가 없는 경우는 응답자의 20.3%만이 상담권고를 받은 경험이 있다고 한다.¹⁸⁾ 당시 법원 직원들의 권유와 홍보에도 불구하고 협의이혼 당사자들에게 상담제도의 존재를 인식시키고 참여를 독려하기에는 충분하지 못하였기 때문으로 추측된다고 하는데¹⁹⁾, 사실 상담권고제도가 2007년 도입되어 불과 3여년 정도밖에 경과되지 않았다는 점에서 충분히 이해하지만, 실제로 아직까지는 상담권고에도 불구하고 실제 상

16) 대판 1987. 1. 20, 86므86.

17) 박복순·박선영·신연희, 앞의 책, 112면 : 박복순, “협의이혼제도의 운용실태 및 개선방안”, 『가족법연구』 제26권 1호, 한국가족법학회, 2012, 11면.

18) 박복순·박선영·신연희, 앞의 책, 114면 : 박복순, 앞의 논문, 12면.

19) 박복순·박선영·신연희, 앞의 책, 115면 : 박복순, 앞의 논문, 12-13면.

답이 이루어지는 비율은 낮은 편이라고 한다.²⁰⁾

그런데 문제는 상담내용이다. 즉, 전국의 법원과 건강가정지원센터,²¹⁾ 한국가정법률상담소 등의 무료상담기관과 연계하여 상담을 실시하고 있는데, 그 주된 내용은 이혼예방을 위한 갈등해결 상담(이혼을 고려하고 있는 가족에 대한 이혼전 가족상담), 효율적 자녀양육을 위한 자녀양육합의서 작성 및 조정, 이혼과 이혼 후 생활에서 분노·상처·두려움 관련 상담, 이혼으로 인한 부작용 및 부적응 문제 지원(이혼으로 인한 한부모 가족에 대한 이혼후 가족상담) 등으로 되어 있다.²²⁾ 2010년 협의이혼제도의 운용실태를 조사한 결과 보고에 의하면, 상담위원들이 상담활동을 지속하려는 이유로서, 가장 많은 응답이 나왔던 항목은 내담자에게 도움을 주고 상담제도의 목적달성에 기여할 수 있기 때문이라는 내용인데, 그 세부적인 내용으로서는 가정의 회복과 건강가정 수립에 일조하기 위해서라든가, 준비된 이혼이 될 수 있도록 돕기 위해서, 이혼을 숙고할 기회를 주고 싶어서, 이혼전 상담은 꼭 필요한 일이므로, 자녀 양육과 자녀복지에 도움을 주고 싶어서라는 등으로 보고되고 있다.²³⁾

이와 같은 내용을 볼 때, 결국 이혼안내 내지 상담권고 과정에서는 이혼시의 재산분할 문제라든가 위자료 산정 등 경제적인 문제에 대해서는 전혀 논의되고 있지 않을 뿐만 아니라, 중요한 과제로서 평가되지도 않고 있는 듯하다. 구체적인 예로서, 「대법원 2016. 1. 25. 자 2015스451 결정」사안을 들 수 있다. 청구인(妻)은 상대방(夫)과 이혼하기로 합의하면서 상대방의 요구에 따라 “청구인은 위자료를 포기합니다. 재산분할을 청구하지 않습니다”라는 내용의 합의서를 작

20) 윤진수 편집대표, 앞의 책, 333면(이동진 집필)은 2011년 발간된 위 박복순 외의 연구보고서(각주 21)를 인용하면서 위와 같이 평가하고 있다.

21) 건강가정지원센터는 여성가족부가 시행하는 가족정책의 주요 전달 체계로서 다양한 가족 지원 정책을 제안 및 실행하기 위해 설립된 기관으로서, 2005년 1월 1일부터 시행되고 있는 건강가정기본법(제35조)에 의하여 운영되고 있는데, 가족문제의 예방과 해결을 위한 가족돌봄나눔사업, 생애주기별 가족교육사업, 가족상담사업, 가족친화문화조성사업, 정보제공 및 지역사회 네트워크 사업을 추진하고 있습니다. 일반가족은 물론 한부모가족, 조손가족, 다문화가족, 일탈청소년가족, 군인가족, 수용자가족, 맞벌이가족, 이혼전후 가족 등의 다양한 가족 지원을 위한 상담, 교육 및 문화 프로그램이 결합된 맞춤형 통합서비스를 제공하며, 아이돌보미 지원, 공동육아나눔터사업 등의 돌봄지원사업, 취약가족과 위기가족을 위한 취약·위기가족 지원사업, 미혼모부자가족지원사업, 기타 타부처와 유관기관과의 협력사업 등을 통해 다양한 가족 사업을 수행하고 있다(중앙건강가정지원센터 홈페이지 센터소개 <http://www.familynet.or.kr>).

22) 박복순·박선영·신연희, 앞의 책, 121면.

23) 위의 책, 134면.

성한 후 법원에 협의이혼의사확인 신청서를 제출하고 법원의 확인을 받아 협의이혼이 성립하였는데, 그 후 청구인은 변호사를 통해 수천만 원 이상의 재산분할을 받을 수 있다는 사실을 알고 상대방에게 재산분할로 일정한 금전을 지급하라는 청구취지의 심판을 청구하였던 사안이다. 1심과 원심 법원은 모두 「재산분할을 청구하지 않겠다고 협의한 것 역시 재산분할에 관한 협의에 해당한다고 할 것이고, 청구인이 상대방과 협의이혼하기로 약정하면서 재산분할을 청구하지 않기로 협의한 후 당사자가 약정한 대로 협의이혼이 이루어졌으므로, 재산분할을 청구하지 않기로 하는 위 협의의 효력은 유효하다」고 판단하여 청구인의 재산분할청구를 각하하였다.²⁴⁾ 그렇지만 대법원은 「이혼하지 않은 당사자가 장차 협의상 이혼할 것을 합의하는 과정에서 이를 전제로 재산분할청구권을 포기하는 서면을 작성한 경우, 부부 쌍방의 협력으로 형성된 공동재산 전부를 청산·분배하려는 의도로 재산분할의 대상이 되는 재산액, 이에 대한 쌍방의 기여도와 재산분할 방법 등에 관하여 협의한 결과 부부 일방이 재산분할청구권을 포기하기에 이르렀다는 등의 사정이 없는 한 성질상 허용되지 아니하는 ‘재산분할청구권의 사전포기’에 불과할 뿐이므로 쉽사리 ‘재산분할에 관한 협의’로서의 ‘포기약정’이라고 보아서는 아니 된다」²⁵⁾고 판시하여 원심결정을 파기하였다. 청구인은 2013년 10월 9일 협의이혼 신고를 하였는데, 대법원의 결정이 확정되기까지는 2년 3개월이라는 기간이 경과하였으며, 원심 법원의 결정에 따라 재산분할을 받을 수 있게 되기까지는 또 다시 일정한 시간이 소요될 것이다.

이는 심각한 문제라고 지적하지 않을 수 없다. 왜냐하면, 미성년자녀가 없는 경우에는 이혼과정에서 자녀 양육사항에 관한 협의서 제출이 해당사항이 없다는 점에서 위자료·재산분할에 대한 합의 정도를 파악한 조사결과보고서에 의하면, 당시 응답자의 절반가량은 합의가 잘 되지 않은 상태에서 협의이혼을 진행하고 있다는 것으로 나타났던 것이다. 즉, 위자료·재산분할과 같이 부부가 합의하여야 할 중요한 사항에 대한 합의가 된 경우가 절반 정도(58.8%)이고 어느 정도 합의된 경우는 9.2%이고 보통 수준은 21.3%였으며, 거의 또는 전혀 합의가 되지 않았다는 경우도 20%가량이나 되었다고 한다.²⁶⁾ 뿐만 아니라 위

24) 청주지방법원 영동지원 2014. 12. 5. 자 2014느단181 심판. 청주지방법원 2015. 8. 24. 자 2015브10000 결정.

25) 대결 2016. 1. 25. 자 2015스451.

26) 박복순·박선영·신연희, 앞의 책, 92면.

자료·재산분할 관련 부부간 협의사항의 만족도를 보면, 미성년자녀가 있는 경우에 매우 만족한다는 응답은 7.4%에 불과하였고, 미성년자녀가 없는 경우에도 16.4%에 불과하였다. 부부간 협의사항에 대한 만족도 역시 친권과 양육자 결정에 관한 합의에 대하여는 85.4%로 매우 높은 수준을 보였지만, 위자료와 재산분할에 대한 만족도는 64.5%로 가장 낮았다고 한다.²⁷⁾ 특히 부부간 협의사항에 대해 불만족한 상태에서 협의이혼을 진행한 사유는 빨리 이혼하고 싶어서가 전체의 32.5%(미성년자녀 있는 경우 34%, 미성년자녀 없는 경우 27.7%)로 가장 많았고, 다음이 배우자와의 대화단절로 응답자의 29.8%(미성년자녀 있는 경우 30.6%, 미성년자녀 없는 경우 27.7%)로 나타났다고 한다.²⁸⁾

그런데 한국가정법률상담소의 상담통계에 의하면, 이혼상담의 경우 2008년 당시에는 40대의 여성과 30대의 남성의 상담이 가장 많았지만, 그로부터 10년이 경과한 2018년도 상담소의 통계는 60대 이상 남녀의 이혼 상담이 가파르게 증가하고 있는 현상이 나타나고 있다고 한다.²⁹⁾

이와 같은 통계자료를 볼 때, 이제는 이혼에 있어서 미성년자녀의 보호 방안도 중요하지만, 미성년자녀의 유무에 관계없이 이혼 후 당사자들의 경제력이 그대로 유지될 수 있도록 확보할 수 있는 방안도 이혼절차 과정에서 더불어 모색할 수 있도록 제도적 보완이 마련되어야 할 것이다. 즉, 협의이혼의 절차과정에서부터 재산분할과 위자료 등에 대하여 심도 있는 논의를 하고, 그 구체적인 방법과 금액 등을 조언하거나 중재할 수 있는 제도적인 장치가 보완되어야 한다는 것이다. 이혼절차의 숙려기간과 상당권고제도가 도입될 당시, 이혼시 발생하는 위자료나 재산분할청구권은 당사자가 임의로 처분할 수 있는 권리라는 점에 비추어 볼 때 모든 협의이혼신청자들에게 이에 대한 합의를 제출하는 것을 의무화하는 것은 국가의 지나친 개입이 될 뿐만 아니라 이에 대한 합의를 요구하면 자칫 자녀양육에 관한 걸림돌이 될 수 있다는 우려에서 위자료나 재산분할의 합의를 요구하는 것은 바람직하지 않다는 판단에서 배제된 것으로 보인다.³⁰⁾

그런데 이 문제 까지 법원의 역할을 기대할 수는 없다. 협의상 이혼은 헌법

27) 위의 책, 93면.

28) 위의 책, 93-94면.

29) 한국가정법률상담소, 「가정상담」 429호, 2019. 5, 5면.

30) 김매경, “협의이혼제도 개선안에 대한 소고”, 「가족법연구」 제20권 제3호, 한국가족법학회, 2006, 20면.

상 보장된 이혼의 자유(헌법 제36조 제1항)에 따라 그야말로 당사자들의 자유로운 협의에 의하여 성립하는 것이고, 법원의 개입은 공정성 내지 형평성 등을 유지하기 위하여 최소한도에 머물러야 할 것이기 때문이다. 가정법원의 협의이혼의사 확인제도는 본래 협의이혼의사 등 요건을 실질적으로 심사함으로써 무효이거나 또는 위법한 이혼이 행해지는 것을 막고 가족관계등록부의 진실성을 담보하기 위하여 마련되었던 것이지만,³¹⁾ 이 역시 재고되어야 할 과제라고 본다. 앞에서 지적하였지만 가정법원의 협의이혼의사 확인은 어디까지나 당사자들의 합의를 근간으로 하는 것이고 법원의 역할은 그들의 의사를 확인하여 증명하는데 그치는 것이다.³²⁾ 즉, 확인대상이 되는 「이혼의사」는 본인 여부와 이혼신고의사 및 의사능력이 있는지의 여부를 비롯하여 사기·강박 등에 의한 의사표시가 아닌지 정도가 포함될 뿐이다.³³⁾ 민법제정 당시인 1960년대 및 1970년대는 협의이혼이라는 미명하에 남자의 일방적이고 專權的인 이혼이 성행하여 많은 여권을 유린하여 왔고 그러한 사례가 완전히 자취를 감추었다고 볼 수 없다³⁴⁾는 일반적인 인식으로 말미암아 가정법원의 이혼의사 확인제도가 도입되는 등 협의상 이혼에 법원을 개입시키게 되었지만, 오늘날 사회적인 추세는 협의이혼이라는 명분의 부당한 축출이혼으로부터 당사자를 보호하기 보다는 실질적으로 이혼 후의 경제력을 확보하는 방안이 더욱 시급한 과제라고 할 수 있다. 즉 이제는 진정한 이혼의사 유무의 확인이 중요한 것이 아니라 어떻게 이혼할 것인가가 더욱 중요한 쟁점으로 부각된 것이다. 더구나 현행 협의상 이혼제도(규정)는 가정법원이라는 국가기관이 과도하게 개입하고 있는 것이라고 할 수 있고, 이로 인해 이혼의 자유라는 기본권은 혼인의 자유에 비해 보장되고 있다고 할 수 없다는 비판적인 시각도 제기되고 있는 터이다.³⁵⁾

그렇다면 이 문제는 변호사에게 맡길 수밖에 없다고 본다. 변호사는 기본적인 권을 옹호하고 사회정의를 실현함을 사명으로 하며(변호사법 제1조 제1항), 공공성을 지닌 법률가전문가이기 때문이다(변호사법 제2조). 따라서 프랑스의 「

31) 윤진수 편집대표, 앞의 책, 323면(이동진 집필).

32) 대판 1987. 1. 20, 86므86.

33) 양상훈, “협의상 이혼에 있어서의 가정법원의 확인”, 「재판자료」 제18집, 법원행정처, 1983, 275면.

34) 김갑동, “협의이혼절차에 있어서 법원의 이혼의사확인 의의 및 그 효력”, 「사법논집」 제10집, 대법원, 1979, 698면.

35) 송승현, “협의상 이혼제도(규정)에 있어 가정법원의 개입의 타당성 문제”, 「고려법학」 제 85호, 고려대학교 법학연구원, 2017, 226면.

판사 없는 이혼」제도에서와 같이 협의상 이혼을 하려는 부부는 각자 변호사를 선임하여 이들로 하여금 「협의안(projet de convention)」³⁶⁾을 작성하도록 하는데, 그 내용으로서는 미성년자녀의 양육과 관련된 제반 사항 및 재산분할과 위자료 등 이혼과 관련된 모든 사항을 협의하여 기재하도록 하고, 합의가 된 협의서를 당사자들과 변호사가 날인 또는 서명하여 이를 가정법원에 신고함으로써 이혼의 효력이 발생하도록 하자는 것이다. 협의서의 구체적인 내용에 관해서는 항을 바꾸어 자세히 살펴보도록 한다.

Ⅲ. 이혼협의서의 개선방안

1. 양육과 친권자결정에 관한 협의서 및 양육비부담조서

미성년자녀의 복지를 충분히 보호하기 위한 정책적 고려에서 국가가 적극 개입하는 방향으로 민법 규정이 신설·개정되어(2007년) 양육할 자가 있는 경우 당사자는 민법 제837조에 따른 자의 양육과 제909조 제4항에 따른 자의 친권자결정에 관한 협의서를 제출하도록 된 것이다(민법 제836조 제4항). 양육하여야 할 자녀가 있는 부부가 위 사항에 대하여 스스로 협의하지 못한 경우에는 법원에 이에 대한 결정을 청구하여 법원의 심판을 받은 다음 그 심판정본을 제출하게 된다(민법 제836조의 2 제4항).

우리나라의 협의이혼제도는 세계적으로 그 유래를 찾아보기 힘들 정도로 이혼하려는 당사자에게 폭넓은 이혼의 자유를 허용하고 있으므로 가정법원이 당사자의 이혼의사를 확인만 하면, 재산분할, 자녀양육 등 이혼결과에 대한 아무런 합의 없이도 너무나 쉽고 간단하게 이혼할 수 있다는 당시의 지배적인 경향과,³⁷⁾ 이혼의사의 합치는 최대한 존중하되 이혼의 최대 피해자인 자녀들의 최선의 이익을 확보하는 데에 중점을 두는 방향으로 개선이 이루어져야 하므로 법원이 이혼과정에 적절히 개입하여 당사자가 이혼결정을 보다 신중하게 할 수

36) 이혼당사자 및 각각의 변호사들이 서명하지 않은 협의서를 협의안이라고 한다. 안문희, 앞의 논문, 346면.

37) 김진, “협의이혼제도의 개선방안에 관한 연구”, 「가족법연구」 제19권 제1호, 한국가족법학회, 2005, 237면.

있도록 도와주되, 이혼이 불가피한 경우 미성년자녀를 둔 당사자들은 친권과 양육문제에 관하여 충분히 생각하여 공평하고 적절한 합의에 이를 수 있도록 유도함으로써 이혼의 최대 피해자인 자녀들의 최선의 이익을 확보하는 데에 제도 개선의 중점을 두어야 한다는 주장³⁸⁾ 등에 힘입어 친권자결정에 관한 협의서를 제출하고(민법 제836조의 제4항) 양육비부담조서를 작성(민법 동조 제5항) 하도록 민법이 개정되었던 것이다.

이혼하려는 당사자가 공동의 미성년자의 양육에 관하여 협의하여야 할 사항은 첫째 양육자(민법 제837조 제2항 1호), 둘째 양육비용(민법 동조 동항 2호), 셋째 면접교섭권의 행사 여부 및 그 방법(민법 동조 동항 3호) 등이 된다. 그렇지만 양육에 관한 사항은 위 세 가지로 제한되는 것이 아니라 거소지정권을 포함하는 좁은 의미의 양육권 이외에 교육과 그에 수반하는 징계권(민법 제913조-제915조) 등 재산관리를 제외한 모든 사항이 양육에 포함될 것이며, 재산관리권 및 부양의 권리의무, 혼인 등에의 각종 동의권, 대리권 등은 양육 이외의 사항에 포함된다고 할 것이다.³⁹⁾ 미성년인 자녀가 있는데도 불구하고 그 자녀의 양육과 친권자결정에 관한 협의서를 제출하지 않게 되면 담당 판사가 차회 기일까지 제출할 것을 명하고 이에 불응하는 경우에는 법원사무관 등이 그 사유를 기재하여 작성한 진술조서 또는 기일조서와 기록표지의 “불확인”란에 날인하게 되어있으며(가족관계등록예규 제12조 1항), 자녀의 양육과 친권자결정에 관한 협의를 자녀의 복리에 반하는 경우에는 담당 판사는 그 자녀의 의사·연령과 부모의 재산상황, 그 밖의 사정을 참작하여 보정을 명할 수 있고, 보정에 응하지 않으면 판사는 법원사무관 등이 작성한 진술조서와 기록표지의 “불확인”란에 각 날인하게 되며(가족관계등록예규 제13조 1항), 보정명령에 따라 재협의하였다면 협의서를 재작성하여 제출하게 하고, 법원사무관 등은 기존의 협의서를 폐기하게 되어 있다(가족관계등록예규 제13조 2항).

2. 문제점과 개선방안

이혼을 하려는 당사자에게 미성년자녀가 있다면 당연히 그 미성년자녀의 복

38) 김상용, “이혼제도 개선을 위한 하나의 대안”, 「가족법연구 II」, 법문사, 2006, 102면 : 김매경, 앞의 논문, 6면.

39) 윤진수 편집대표, 앞의 책, 347면(이동진 집필).

지를 중시하여 미성년자녀의 최선의 복리(the best interest of the child)를 추구하도록 당사자간의 협의를 유도하여야 할 것이다. 따라서 미성년자녀의 친권자결정에 관한 협의서 작성과 양육비부담조서를 비롯하여 양육자 결정·양육비 부담·면접교섭권의 행사 여부 및 그 방법 등에 관한 협의서를 작성하여야 한다는 점에 대하여는 이론이 있을 수 없다. 문제는 협의이혼 절차에 과도하게 법원이 개입한다는 점이다. 민법 제837조는 협의이혼 절차는 물론 이혼 후에도 자녀의 최선의 복리를 부모의 자율에 전적으로 맡기지 않고 국가가 개입할 근거를 제공한 것으로서, 특히 2007년 일부 조항의 개정과 신설에 따라 사실상 국가개입의 경향을 더욱 강화하였던 것이다.⁴⁰⁾ 이미 앞에서 언급하였지만, 이제 가정법원이라는 국가기관의 개입은 최소화할 때가 되었다고 볼 수 있다. 따라서 현행법상 요구되고 있는 친권자결정에 관한 협의서와 양육비조서 및 양육에 관한 사항 등 이혼으로 인하여 야기되는 모든 사항을 변호사가 개입하여 작성하고 서명·날인한 「협의서」를 법원에 제출함으로써 이혼의 효력이 발생하게 되는 내용으로 협의상 이혼의 규정이 개정될 필요가 있다고 본다. 이혼법에서 해결하여야 할 최대의 과제는 이혼의 자유에 따른 책임의 문제와 사회적 약자에 대한 보호라고 할 때,⁴¹⁾ 그 책임은 당사자의 선택에 의한 공정한 책임이어야 할 것이고, 사회적 약자에 대한 보호는 자유로운 협의에 의한 이혼이라는 관점에서 일응 국가(법원) 보다는 변호사에게 일임하는 방안을 모색함이 타당하다고 본다. 변호사는 기본적 인권을 옹호하고 사회정의 실현함을 사명으로 하며(변호사법 제1조 제1항), 공공성을 지닌 법률가전문가이기 때문이다(변호사법 제2조).

이와 같은 관점에서 프랑스의 「관사없는 이혼」에 관한 제도를⁴²⁾ 참고하여 협의상 이혼의 「협의서」에 기재되어야 할 내용을 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 부부 각자의 성명, 직업, 주소지, 국적, 생년연월일, 부부의 혼인일자(자녀가 있는 경우에는 그 자녀에 대해서도 동일한 정보, 즉 성명, 직업, 주소지, 국적, 생년연월일),⁴³⁾ 둘째, 부부각자가 선임한 변호사의 성명, 사무실 주소, 그들이 등록한 지역변호사회, 셋째, 혼인 해소에 대한 부부의 합의 및 이혼 효과에 대한

40) 위의 책, 342면(이동진 집필).

41) 조은희, “이혼의 자유와 그 한계”, 『가족법연구』 제21권 제1호, 한국가족법학회, 2007, 160면.

42) 안문희, 앞의 논문, 345면.

43) 프랑스의 경우에는 「혼인장소」도 기재하게 되어 있지만, 우리나라에서는 큰 의미가 없을 것으로 보인다.

부부의 합의, 넷째, 부부재산분할 협의 내용, 위자료, 다섯째, 미성년자녀가 있는 경우에는 친권자와 양육자 결정, 양육비 부담, 면접교섭권 행사 여부 및 그 방법 등을 기재하도록 하고, 각 당사자와 변호사들이 서명·날인하면 가정법원에 협의이혼을 신고할 수 있는 「협의서」가 작성되는 것이다. 프랑스에서는 이 협의서를 원본으로서 공증인(notaire)이 보관하게 되어 있지만(프랑스 민법 제 229조의 1 제2항), 우리나라에서는 공증인 보다는 가정법원에 제출하도록 함이 타당하다고 본다.⁴⁴⁾

IV. 결론

이상으로서 현행 민법상의 협의상 이혼제도의 문제점을 지적하고 그 개선방안을 모색하여 정리해보았다.

가족법은 그 사회의 거울⁴⁵⁾이라고 할 만큼 변화하는 사회의 제반 형태와 항상 밀접한 연관성을 갖고 있다.⁴⁶⁾ 따라서 항상 그 시대의 사회변화와 추세에 적절하게 대응할 수 있는 가족법체계가 구축될 수 있도록 입법론과 해석론의 방향이 설정되어야 할 것이다. 그러한 점에서 협의상 이혼제도는 이제 몇 가지 점에서 개선되어야 한다고 본다. 특히 협의상 이혼은 당사자의 협의내용을 최대한 존중하는 방향으로 설정되어야 할 것이고, 그 협의가 정당한 절차를 거치도록 제도적인 보완을 하여 협의 내용 역시 적정성과 형평성에 부합하도록 형성될 수 있는 제도가 마련된다면, 국가(법원)의 개입은 최소화하고 공익을 대표하는 의미에서 변호사에게 그 업무를 부담하게 하는 방안이 바람직하다고 본다. 이와 같은 관점에서 협의상 이혼제도가 개선되어야 할 구체적인 방안으로서 몇 가지 대안을 제시해보고자 한다. 첫째, 가정법원의 이혼의사 확인제도는 그 필요성이 극력 감소된 저간의 사정을 감안한다면 폐지되어도 무방할 것이다.

둘째, 가정법원이 제공하는 이혼에 관한 안내 및 상담권고도 재고할 필요가

44) 프랑스에서도 전국변호사협회(Conseil national des barreaux : CNB)는 공증인이 아닌 법원의 서기(greffier)에게 협의서를 제출할 수 있도록 법안의 개정을 요구한 바 있다. Anne Portmann, Divorce sans juge : désaccord entre l'Ordre parisien et le Conseil national des barreaux, Dalloz actualité 12 mai 2016.

45) Philippe Malaurie/Hugues Fulchiron, Droit de la Famille, 6eéd., LGDJ(2017), p.43.

46) 이상욱, 앞의 논문, 191면.

있을 것이다. 이 문제는 가정법원이 개입할 것이 아니라 당사자가 선정한 각각의 변호사를 통한 이혼 안내와 전문상담인에 의한 상담권고가 적절하다고 본다.

셋째, 협의이혼을 희망하는 부부는 각각 변호사를 선임하여야 하고, 이들을 통하여 이혼에 관련된 모든 사항을 논의하고 협의하여 그에 따라 작성된 협의서에 모두가 서명·날인한 후, 이 협의서를 가정법원에 제출함으로써 이혼의 효력이 발생하도록 한다.

넷째, 위 협의서에는 이혼과 관련된 모든 사항(이혼의사의 합치·재산분할·위자료 등)이 포함되어야 할 것이며, 특히 미성년자녀가 있는 경우에는 현행법상 요구되고 있는 모든 사항(친권자 결정·양육자 결정·양육비 부담·면접교섭권의 행사여부 및 그 방법 등)을 기재하도록 하여야 할 것이다. 이혼숙려 기간은 그 의미가 있지만, 각 당사자의 변호들이 협의이혼절차의 처음부터 개입하여 앞에서 언급한 내용을 협의하는 과정에서 자연스럽게 일정한 기간이 경과하게 될 것이므로 각 당사자와 변호사들이 서명·날인한 협의서를 법원에 제출하기까지는 적어도 상당한 기간이 소요될 것이며 그 동안은 얼마든지 이혼의사를 철회할 수 있게 된다. 굳이 별도의 숙려기간을 설정한다고 하더라도 가정법원에 이혼의사의 확인을 신청한 시기가 아니라 당사자가 협의이혼을 합의하고 각각 변호사를 선임한 때부터 기산하여 현행법상의 기간이 경과하는 것으로 인정하면 될 것이다.

물론 역사와 문화를 달리하는 프랑스의 이혼제도가 그대로 우리나라에 적합하다고 볼 수는 없으며, 특히 당사자들이 변호사를 선임할 경우의 비용문제 등 여러 가지 어려움이 있겠지만, 적어도 이제 협의상 이혼은 국가, 즉 가정법원의 개입을 최소화하고, 각자의 자유로운 의사 결정이 중심이 되는 방향으로 개선되어야 할 것으로 본다.

투고일 : 2019.5.28. / 심사완료일 : 2019.6.7. / 게재확정일 : 2019.6.11.

[참고문헌]

- 법원행정처, 「가족관계등록실무 II」, 2018.
- 김상용, “이혼제도 개선을 위한 하나의 대안”, 「가족법연구 II」, 법문사, 2006.
- 김주수 · 김상용, 「친족상속법」제15판, 법문사, 2018.
- 박복순 · 박선영 · 신연희, 「협의이혼제도의 운용실태 및 개선방안」, 한국여성정책연구원, 2011.
- 법원행정처, 「사법연감」, 2018.
- 송덕수, 「친족상속법」제4판, 박영사, 2018.
- 윤진수, 「친족상속법강의」제2판, 박영사, 2018.
- 윤진수 편집대표, 「주해친족법」 제1권, 박영사, 2015.
- 김갑동, “협의이혼절차에 있어서 법원의 이혼의사확인 의 법률적 의의 및 그 효력”, 「사법논집」 제10집, 대법원, 1979.
- 김매경, “협의이혼제도 개선안에 대한 소고”, 「가족법연구」 제20권 제3호, 한국가족법학회, 2006.
- 김진, “협의이혼제도의 개선방안에 관한 연구”, 「가족법연구」 제19권 제1호, 한국가족법학회, 2005.
- 박복순, “협의이혼제도의 운용실태 및 개선방안”, 「가족법연구」 제26권 1호, 한국가족법학회, 2012.
- 방혜신, “우리나라 협의이혼제도의문제점과 개선방안”, 「가정법원사건의 제문제(상)」 재판자료 101집, 법원행정처, 2003.
- 송승현, “협의상 이혼제도(규정)에 있어 가정법원의 개입의 타당성 문제”, 「고려법학」 제85호, 고려대학교 법학연구원, 2017.
- 안문희, “프랑스의 판사 없는 이혼에 관한 연구”, 「가족법연구」 제31권 1호, 한국가족법학회, 2017.
- 양상훈, “협의상 이혼에 있어서의 가정법원의 확인”, 「가정법원사건의 제문제」 재판자료 제18집, 법원행정처, 1983.
- 이상욱, “프랑스 가족법의 동향”, 「가족법연구」 제32권 2호, 한국가족법학회, 2018.
- 조은희, “이혼의 자유와 그 한계”, 「가족법연구」 제21권 제1호, 한국가족법학회, 2007.
- 한국가정법률상담소, 「가정상담」 429호, 2019. 5.

Anne Portmann, Divorce sans juge : désaccord entre l'Ordre parisien et le
Conseil national des barreaux, Dalloz actualité 12 mai 2016.

Jean Garrigue, Droit de la famille, 2^eéd, Dalloz, 2018.

Philippe Malaurie/Hugues Fulchiron, Droit de la Famille, 6^eéd., LGDJ 2017.

[국문초록]

협의상 이혼 제도의 개선 방안

이 상 옥*

우리나라의 현행 이혼법은 협의상 이혼(민법 제834조-제839조의 3)과 재판상 이혼(민법 제840조-제843조) 모두를 허용하고 있다는 점에 특색이 있다. 민법 제정 이후 오늘에 이르기 까지 협의상 이혼제도를 보완·개선하려는 작업은 끊임없이 꾸준히 추진되어 왔다. 그동안 단행된 협의이혼 관련 민법 규정의 신설이나 개정 작업의 근간은 협의이혼을 빙자한 강제적 축출 이혼을 방지하려는 의도(가정법원의 이혼의사 확인)를 비롯하여 무분별한 이혼을 자제하고(이혼숙려기간 도입), 특히 미성년자녀를 보호하려는 정책적 고려에서 자녀 양육비와 양육에 관한 전반적인 사항에 법원이 개입할 수 있도록 하는 등 국가(법원)의 후견적 역할이 강화되었던 것이라고 할 수 있다.

오늘날 협의상 이혼은 이혼의 절대 다수를 점하고 있으며, 최근에도 협의상 이혼이 차지하는 비율은 감소하지 않고 여전히 증가하고 있는 추세에 있다. 현행 민법상의 이혼절차와 그 내용은 상당히 복잡하게 되어 있지만, 협의이혼절차에서는 주로 이혼을 결심한 당사자의 심리치료와 미성년자녀의 보호에만 치중되어 있을 뿐이고, 정작 이혼하게 되는 당사자의 경제적 문제는 법원이 개입하지도 않으며 어느 누구의 조언도 받을 수 없는 상태에 있다.

이제는 이혼하려는 당사자의 이혼의사 유무나 심리치료 등에 치중할 것이 아니라 경제적인 문제도 그 보호 영역에 포함시켜야 한다.

최근 프랑스의 재판 외의 상호 합의에 의한 이혼, 일명 판사없는 이혼제도는 우리에게도 시사하는 바가 크다. 그 주된 내용은 변호사들이 연서한 협의서에 대해서 부부의 의사가 일치함을 변호사들이 확인하게 함으로써 종래 재판상의 협의이혼절차에서 판사의 역할이 변호사에 의해 대체된 제도이다.

가족법은 그 사회의 거울이라고 할 만큼 변화하는 사회의 제반 형태와 항상 밀접한 연관성을 갖고 있다. 따라서 항상 그 시대의 사회변화와 추세에 적절하게 대응할 수 있는 가족법체계가 구축될 수 있도록 입법론과 해석론의 방향이

* 영남대학교 법학전문대학원 교수.

설정되어야 할 것이다. 그러한 점에서 협의상 이혼제도는 이제 몇 가지 점에서 개선되어야 한다고 본다. 특히 협의상 이혼은 당사자의 협의내용을 최대한 존중하는 방향으로 설정되어야 할 것이고, 그 협의가 정당한 절차를 거치도록 제도적인 보완을 하여 협의 내용 역시 적정성과 형평성에 부합하도록 형성될 수 있는 제도가 마련된다면, 국가(법원)의 개입은 최소화하고 공익을 대표하는 의미에서 변호사에게 그 업무를 부담하게 하는 방안이 바람직하다고 본다. 이와 같은 관점에서 협의상 이혼제도가 개선되어야 할 구체적인 방안으로서 몇 가지 대안을 제시해보고자 한다.

첫째, 가정법원의 이혼의사 확인제도는 그 필요성이 극력 감소된 저간의 사정을 감안한다면 폐지되어도 무방할 것이다.

둘째, 가정법원이 제공하는 이혼에 관한 안내 및 상담권고도 재고할 필요가 있다. 이 문제는 가정법원이 개입할 것이 아니라 당사자가 선정한 각각의 변호사를 통한 이혼 안내와 전문상담인에 의한 상담권고가 적절하다고 본다.

셋째, 협의이혼을 희망하는 부부는 각각 변호사를 선임하여야 하고, 이들을 통하여 이혼에 관련된 모든 사항을 논의하고 협의하여 그에 따라 작성된 협의서에 모두가 서명·날인한 후, 이 협의서를 가정법원에 제출함으로써 이혼의 효력이 발생하도록 한다.

넷째, 위 협의서에는 이혼과 관련된 모든 사항(이혼의사의 합치·재산분할·위자료 등)이 포함되어야 할 것이며, 특히 미성년자녀가 있는 경우에는 현행법상 요구되고 있는 모든 사항(친권자 결정·양육자 결정·양육비 부담·면접교섭권의 행사여부 및 그 방법 등)을 기재하도록 하여야 할 것이다.

이제 협의상 이혼은 국가, 즉 가정법원의 개입을 최소화하고, 각자의 자유로운 의사 결정이 중심이 되는 방향으로 개선되어야 할 것으로 본다.

주제어 : 협의상 이혼, 협의이혼, 이혼제도, 협의이혼의사확인, 판사 없는 이혼

[Abstract]

A Study on the Improvement of the Divorce by Agreement System

Lee, Sang-Wook*

Ever since the enactment of the Korean Civil Act until today, the work to supplement and improve the divorce by agreement system has been constantly carried out. Divorce by agreement is the absolute majority of divorces, and in recent years the proportion of divorces by agreement has not decreased but is still on the rise. Under the current civil law, the divorce by agreement process and its contents are quite complicated. The procedure for divorce by agreement is focused only on the psychological treatment of the person who has decided to divorce and the protection of the child. The financial problems of the divorced party are in a state where the courts are not involved and no one's advice is available. Now, it should not focus on whether the divorcee is willing or not, but also economic issues should be included in the protection. France's recent non-judgmental divorce and so-called "judgeless divorce" system suggest much to us as well. The main content is the system in which the role of judges in divorce proceedings has been replaced by lawyers. Family law is always closely related to the changing social forms of society, which are the mirror of that society. Therefore, the direction of legislative and interpretative theory should be established so that a family legal system can be established that can respond appropriately to the social changes and trends of that era at all times. In that respect, the divorce by agreement system should now be improved in several respects. In particular, divorce by agreement should be set in a way that respects the contents of the agreement of the parties to the fullest extent possible. It is desirable to minimize state intervention and to have lawyers take up the task in a representative sense

* Professor, Yeungnam University Law School.

of the public interest. The agreement proposes a measure to improve the divorce by agreement system.

First, the divorce confirmation system in the Family court may be abolished considering the circumstances in which the necessity has been reduced to a great extent.

Second, guidance and counseling recommendations on divorce provided by family courts also need to be reconsidered. Divorce guidance through each lawyer selected by the person and advice by the professional counselor is appropriate, not by the Family court.

Third, each couple wishing to divorce by agreement shall have a lawyer through which they discuss and negotiate all matters related to divorce, sign and seal all the agreements prepared according to them, and submit the agreement to the family court for the effect of the divorce.

Fourth, the agreement shall include all matters related to divorce (division of property, alimony, etc.). In the case of minor, all matters required under the current law (paternity decisions, child care decisions, child support costs, the exercise of interview negotiating rights, and their methods) should be recorded.

Now, divorce by agreement should be improved in a way that minimizes the involvement of the state, that is, the Family court, and that each free decision-making is central.

Key words : divorce by agreement, divorce, consultative divorce,
non-judgemental divorce, judgeless divorce.