

## 유책배우자의 이혼청구에 관한 연구 -대법원 2015. 9. 15. 선고 2013므568 전원합의체 판결을 중심으로-

박 정 민\*

### < 목 차 >

- I. 서론
- II. 사건의 개요
- III. 종래 학설과 판례
- IV. 주요 국가의 입법례
- V. 전원합의체 판결에 대한 검토
- VI. 이혼원인의 개선방향
- VII. 결론

### I. 서론

대한민국의 현행 민법은 이혼에 관하여 협의상 이혼과 재판상 이혼을 규정하고 있다. 민법 제840조 제1호부터 제6호까지는 재판상 이혼사유에 관한 것으로 제840조 제1호부터 제5호까지는 모두 구체적인 이혼사유인데, 그 내용은 주로 배우자의 귀책사유에 관한 것이다. 그런데, 제6호만은 “기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때”라고 하고 있는데, 제840조 제6호로 인하여 제840조 제1호부터 제5호까지 규정된 내용은 재판상 이혼사유의 예시적 열거사유로 해석된다.

그런데 이 규정과 관련하여 부부간의 혼인관계가 파탄에 이르게 된 원인이

---

\* 중국 연변대학교 강사, 법학박사.

되는 행위를 한 자가 이혼청구를 하는 것이 받아들여질 수 있는가 하는 것이 문제된다. 제840조 제6호는 제1조 내지 제5조와 달리 상대방(배우자)의 귀책사유가 없는 경우에도 이혼사유로 인정하고 있는 것처럼 규정되어 있기 때문이다. 이 해석을 놓고 학설과 판례가 대립되고 있다. 입법론적으로는 유책주의와 파탄주의가 있는데,<sup>1)</sup> 한국 민법 제840조 제6호를 근거로 한국이 파탄주의를 채택하고 있다고 볼 수 있을 것인가 하는 것이 문제된다.

대법원은 지금까지 현행 민법이 재판상 이혼에 관하여 유책주의에 입각한 것으로 해석하여 혼인생활에 파탄을 가져온 행위를 한 자의 이혼청구는 받아들여지지 않았다. 최근에 선고된 대법원 2015. 9. 15. 선고 2013므568 전원합의체 판결 역시 지금까지의 태도를 다시 한 번 확인한 것이라고 할 수 있다. 그러나 위 전원합의체 판결은 최근 문제되고 있는, '이제는 제6호 이혼사유의 해석에 있어서도 본래의 입법 취지에 맞게 유책배우자의 이혼청구라 하더라도 이를 허용하는 쪽으로 판례를 변경하여야 한다.'는 주장에 대하여 민법 제840조 제6호를 유책주의로 해석하는 구체적인 근거를 제시하고 있다는 점에 그 특징이 있다. 아래에서는 위 대법원 전원합의체판결의 다수의견과 소수의견을 중심으로 그 타당성 여부 및 향후 과제를 검토해 보고자 한다.

## II. 사건의 개요

원고와 피고는 1976. 3. 9. 혼인신고를 마친 법률상 부부로서 그 사이에 성년인 자녀 3명이 있다. 2000. 1. 경 원고는 소외인 A가 원고의 딸을 출산하자 집을 나와 A와 동거를 하면서 그 사이에 태어난 미성년의 딸을 양육하고 있었다.

피고는 별거를 시작한 후 상당한 기간이 지나도록 혼인관계를 회복하기 위한 별다른 노력은 하지 아니하였고 명절이나 제사 등의 원고 집안 행사에 참여하거나 원고의 친척들과 교류하지 않았다.

원고는 별거 중에도 원·피고 사이에서 출생한 자녀들의 학비를 부담하였을 뿐 아니라 이 사건 소를 제기할 무렵인 2012. 1. 무렵까지 피고에게 생활비로 월 100만 원 정도를 지급하였으며, 피고는 직업이 없어 원고로부터 생활비로

1) 권순환, 「친족상속법」, fides 도서출판, 2014, 101면.

지급받은 월 100만 원 정도로 생계를 유지하였으며, 2012. 1. 경부터는 원고로부터 생활비를 지급받지 못하고 있었다.

원고는 당뇨와 고혈압의 질환이 있고 합병증으로 인하여 신장장애 2급의 장애인으로 등록되어 있는 등 건강이 좋지 아니한데, 2011년 말경에는 피고와 자녀들에게 신장이식에 관한 이야기를 하였다가 거절당한 채 A의 도움을 받아 집에서 복막투석을 받고 있고, A의 개호와 협력이 없이는 생활하기 곤란한 상황에 처해 있다.

피고는 원심 변론종결 당시 만 63세가 넘는 고령으로서 위암 수술을 받고 갑상선 약을 복용하고 있는 등 건강이 좋지 아니하며, 원고와의 혼인관계에 애착을 가지고 혼인을 계속할 의사를 밝히고 있었다.

1심 법원<sup>2)</sup>과 원심<sup>3)</sup>은 모두 혼인관계의 파탄에 대하여 주된 책임이 있는 배우자는 그 파탄을 사유로 하여 이혼을 청구할 수 없다는 이유로 원고의 청구를 기각하였다.

원고는 상고하였고 대법원은 전원합의체로 심리하였다. 다수의견(7명의 대법관)은 유책배우자라 하더라도 상대방 배우자와 협의를 통하여 이혼을 할 수 있고 유책배우자의 상대방을 보호할 입법적 조치가 미흡하며 중혼에 대한 처벌규정을 두고 있지 아니한 현 단계에서 파탄주의는 중혼을 인정하게 될 위험이 있다는 이유로 원고의 상고를 기각하였다.

### Ⅲ. 종래 학설과 판례

#### 1. 학설

혼인관계가 회복될 수 없을 정도로 파탄된 경우에 혼인파탄에 주된 책임이 있는 유책배우자가 제840조 제6호를 근거로 하여 이혼청구를 할 수 있는지 여부에 관하여 적극설, 소극설, 제한적 적극설, 제한적 소극설로 학설이 나뉜다.<sup>4)</sup> 각 학설의 입장은 다음과 같다.

2) 대구가정법원 2012.8.22. 선고 2011드단29651 판결.

3) 대구가정법원 2013.1.11. 선고 2012르754 판결.

4) 윤진수 대표, 「주해친족법 제1권」, 박영사, 2015, 487면.

### 1) 적극설

이는 유책배우자의 이혼청구를 허용하여야 한다는 견해이다.<sup>5)</sup> 그 논거는 신분법의 사실주의 원칙에서 볼 때, 객관적인 파탄이라는 사실이 선행하는 이상 당연히 법적 평가의 대상이 되어야 하고, 근대법상 혼인은 자유의사의 존중을 기조로 하는 이상 그 계속을 강제하는 것은 오히려 반도의적이며, 파탄주의는 이혼법 진화과정에 있어 그 정점에 위치하는데 이에 역행하는 것은 부당할 뿐 아니라 자유의사에 의한 협의이혼을 인정하면서 타방으로 혼인의 계속을 강제하는 것은 혼인법의 내부에 있어서 균형을 잃게 하고 형해화한 혼인을 계속시킴으로서 오히려 사실혼을 증가시키고 자녀의 행복을 박탈하는 결과를 가져오므로서 이혼법의 취지에 반한다는 것으로 파탄주의를 취하되 상대방 배우자에게는 손해배상이나 부양의 만전을 기하면 된다<sup>6)</sup>는 것이다.

### 2) 소극설

이는 유책배우자의 이혼청구권을 배척하여야 한다는 입장이다.<sup>7)</sup> 그 논거는 유책배우자의 이혼청구가 무제한 인정될 경우 사회적 약자인 배우자가 희생될 수 있고 스스로 혼인을 파탄시킨 배우자가 이혼이라는 법적 이익을 주장하는 것은 신의칙에 반한다는 것이다.<sup>8)</sup>

### 3) 제한적 적극설

이는 이혼청구권의 행사가 혼인의 윤리성이나 신의칙 또는 사회질서에 위반하여 권리남용이 되지 아니하는 한 유책배우자의 이혼청구는 허용되어야 한다<sup>9)</sup>는 견해이다. 그 근거로서는 혼인의 실질을 잃어버리고 형식화된 혼인을 법

5) 박병호, 「친족상속법 판례교재」, 법문사, 1975, 204면; 이선미, “유책배우자의 이혼청구”, 「사법」 제10호, 사법연구지원재단, 2009, 51면.  
6) 박병호, 전게서, 204면; 권용우, “유책배우자의 이혼청구”, 「법학논총」 제33권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2009, 144면.  
7) 정광현, 「한국가족법연구」, 서울대출판부, 1967, 801면; 이선미, 전계논문, 51면.  
8) 김주수·김상용, 「친족·상속법 제12판」, 법문사, 2015, 190면; 신영호, “유책배우자의 이혼청구권-판례의 동향과 현황을 중심으로”, 「고려법학」 제42호, 고려대학교 법학연구소, 2004, 25면.

의 강제에 의해서 유지한다는 것은 혼인의 윤리성에 반하기 때문에 유책배우자의 이혼청구를 그 유책성의 이유로 배척한다는 것은 부당하고, 이혼원인으로 이른바 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 존재하는 한 혼인의 각 당사자는 이혼청구권을 취득하여야 하며, 다만 이혼청구권의 행사가 혼인의 윤리성에 의지하는 신의칙 또는 사회질서에 위반되는 경우에 한하여 그 이혼청구권의 행사는 권리남용의 법리에 의하여 제한되어야 한다는 것이다.<sup>10)</sup>

#### 4) 제한적 소극설

이는 유책배우자의 이혼청구는 원칙적으로 금지하되 예외적인 경우에 이를 인정하여야 한다는 견해<sup>11)</sup>로서 상대방배우자의 이혼의사가 명백한 경우,<sup>12)</sup> 유책성의 비교,<sup>13)</sup> 유책성과 이혼파탄과의 인과관계,<sup>14)</sup> 별거기간의 현저한 장기화<sup>15)</sup> 등의 경우에는 예외적으로 유책배우자의 이혼청구는 인정되어야 한다는 입장이다.

---

9) 김용한, “부정한 행위의 해석”, 「법조」 제12권 제3호, 법조협회, 1963, 76면.  
 10) 위의 논문, 76면.  
 11) 박병호, 전게서, 204면; 한봉희, “파탄주의 이혼원인의 제문제”, 「현대 민법학의 제문제」, 법문사, 1981, 726면.  
 12) 협의이혼을 인정하고 있는 점과 관련하여 볼 때 상대방 배우자에게도 이혼의사가 있음이 명백할 때에는 청구인이 유책이라고 하여 혼인을 거부할 이유가 없다. 혼인을 계속할 의사가 없음이 명백한 경우로서는 피청구인 자신이 이혼의 반소를 제기하고 있는 경우이거나 피청구인의 이혼에의 불응이 오로지 오거나 보복적 감정에서 나온 것이라고 볼 수 있는 때를 그 대표적인 예로 든다. 박병호, 전게서, 204면.  
 13) 혼인의 파탄에 대하여 당사자의 일방이 유책이라고 하는 경우에도 상대방이 전혀 무책인 경우란 실제에 있어서는 오히려 드물다고 할 것이다. 혼인은 부부 당사자 사이의 상호적인 관계이기 때문에 일방의 유책적인 행위나 태도에 대하여 상대방도 어느 정도의 책임이 있는 것이 보통이다. 따라서 유책배우자란 결국 상대방의 것과 비교하여 유책성이 큰 경우를 말하게 된다. 그러나 유책성은 그 종류나 정도를 달리하기 때문에 그 한계를 판단하기가 어렵다. 따라서 당사자 쌍방의 유책의 경중을 판별하기 어려운 경우에는 당사자 중 누가 이혼을 청구하였어도 그 청구를 허용하여야 한다. 김주수·김상용, 전게서, 196면.  
 14) 유책배우자의 이혼청구가 기각되는 것은 청구인의 유책행위와 혼인파탄과의 사이에 인과관계가 있는 경우이다. 이미 다른 원인에 의하여 혼인이 파탄되어 있는 경우에는 설사 청구인에게 유책한 행위가 있다고 하더라도 이로 인하여 이혼청구를 기각하여서는 아니 된다. 김주수·김상용, 전게서, 196면.  
 15) 이는 부부 당사자의 별거기간이 너무 장기간이어서 도저히 파탄된 혼인을 회복할 수 없게 된 경우에는 비록 유책배우자의 이혼청구라 할지라도 이를 허용하여야 한다는 주장이다. 한봉희, 전계논문, 726면; 구연창, “유책배우자의 이혼청구”, 「민사판례연구XI」, 박영사, 1989, 331면; 김주수, 「친족상속법」, 법문사, 1992, 213-214면.

## 5) 소결

현대 이혼법의 사조가 결혼파탄의 유책배우자에 대한 제재보다 피해당사자의 보호와 구제로 방향이 전환된 만큼 유책배우자의 이혼청구의 허용범위도 넓혀 나가야 할 것이다.<sup>16)</sup>

현행 민법 하에서는 사회적 약자인 배우자에게 가혹한 결과가 되지 않도록 배려하고 있으므로 유책배우자의 이혼청구를 전적으로 부정하기 보다는 유책성의 정도를 비교하여 혼인의 회복이 가능하지 않을 경우에는 유책배우자의 이혼청구도 인정하는 것이 타당하다.

현시점에서 유책배우자의 이혼청구를 완전히 허용함은 시기상조이므로 파탄주의를 전면적으로 취하기는 어려운 것으로 보인다. 그러나 1990년 민법일부개정예에 의하여 이혼한 당사자에게 재산분할청구권이 인정되고 있고, 그 후 2007년 민법일부개정예에 의하여 재산분할청구권의 보전을 위한 규정이 신설되었으며, 이제 고도의 산업화 사회에서 가족관과 혼인관은 개인 중심적이며 인간의 존엄과 가치의 존중을 보장하고 개인의 행복을 추구하여야 한다는 것으로 급속도로 인식이 변화하고 있는 점 등을 종합적으로 고려하여 볼 때 이제 한국도 이혼법제에 파탄주의 수용을 적극적으로 검토하여야 할 시점이라고 본다.

## 2. 판례

판례는 원칙적으로 유책배우자의 이혼청구를 인정하지 않는다. 판례는 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유란 누구에게도 참을 수 없을 정도로 혼인관계가 파탄된 경우를 말하는 것이나 혼인관계의 파탄이 오로지 또는 주로 이혼을 구하는 배우자의 귀책사유로 말미암은 경우는 포함되지 않는다고 한다.<sup>17)</sup> 그러나 한편으로 이혼청구인에게 전적으로 또는 주된 책임을 물어야 할 사유로 파탄에 이른 경우 또는 청구인의 책임이 피청구인의 책임보다 무거운 경우가 아닌 한 이혼청구가 허용되어야 할 것이라고 하면서<sup>18)</sup> 판례는 일정한 경우에 예외적으로 유책배우자의 이혼청구를 허용한다.

16) 한봉희, 「가족법」, 푸른세상, 2010, 187-189면.

17) 대판 1979.2.13. 78므34; 대판 1982.5.11. 80므60; 대판 1993.4.23. 92므1078.

18) 대판 1988.4.25. 87므9; 대판 2010.7.15. 2010므1140.

## 1) 유책배우자의 이혼청구를 배척한 사례

유책배우자의 이혼청구는 원칙적으로 인정되지 않는다는 것이 판례의 태도이다.<sup>19)</sup> 처가 집을 나와 다른 남자와 동거하며 아들을 낳았고 부와의 별거기간이 28년에 이른 후 이혼청구를 한 경우 처의 이혼청구는 기각되었다.<sup>20)</sup> 간통을 한 배우자에 대하여 이혼소송을 제기하면서 간통죄로 고소한 후 1심 판결 전까지 고소를 취소하지 않아서 유죄판결이 선고되었다고 해도 그 후 이혼청구를 취하한 경우에는 고소한 배우자의 의사에 관계없이 간통하여 혼인생활을 파탄에 빠지게 한 유책배우자의 이혼청구가 인용되지 않는다고 한다.<sup>21)</sup> 부가 다른 여자와 동거하면서 처와 장기간 별거하여 혼인이 파탄된 경우 그 책임은 전적으로 부에게 있는 것이므로 부는 혼인파탄의 유책배우자로서 이혼청구를 할 수 없다. 처가 극심한 생활고를 견디지 못해 다른 남자와 일시 동거하였고 그 사이에서 자를 출산한 사실이 파탄의 한 원인으로 경합되었다 하더라도 그 책임 역시 처를 유기한 채 다른 여자와 계속 동거한 부에게 있기 때문이다.<sup>22)</sup> 혼인관계가 20여년에 걸친 별거로 파탄에 이르러 더 이상 혼인을 계속하기 어려운 상태에 있다하더라도 그 파탄의 원인이 축첩이나 처에 대한 유기에 있는 경우에는 유책배우자인 부의 이혼청구는 인정되지 않는다.<sup>23)</sup>

## 2) 예외적으로 유책배우자의 이혼청구를 허용한 사례

유책배우자의 이혼청구는 원칙적으로 배척되지만 상대방에게도 이혼의사가 인정되는 경우, 부부 쌍방에게 혼인파탄의 책임이 있는 경우, 다른 원인으로 혼인이 파탄된 후 원고에게 유책행위가 있었던 경우 등에는 예외적으로 인용되었다.<sup>24)</sup>

19) 이화숙 외, 「가족법 판례해설」, 세창출판사, 2009, 145면.

20) 대판 2004.9.24. 2004므1033. 박종용, “유책배우자의 이혼청구와 허용기준”, 「가족법연구」 제20권 제1호, 한국가족법학회, 2006, 321면.

21) 대판 1993.11.26. 91므177.

22) 대판 1990.3.27. 89므235.

23) 대판 1989.10.24. 89므426.

24) 김주수·김상용, 전게서, 193면; 한봉희·백승흠, 「가족법」, 삼성사 2013, 200면; 송덕수, 「친족상속법」, 박영사, 2015, 84면.

(1) 상대방에게도 이혼의사가 인정되는 경우

유책배우자의 이혼청구가 인용되는 예외로서 대표적인 경우는 상대방에게도 혼인관계를 지속할 의사가 없다는 사실이 객관적으로 명백한 때이다.<sup>25)</sup> 상대방 배우자도 실제로는 혼인관계를 유지할 의사가 없으나 자신이 이혼에 응할 경우 유책배우자가 자유로이 재혼을 할 수 있을 것이 예상되므로 이를 막기 위하여 단지 오기나 보복적 감정에서 겉으로만 이혼을 거부하는 경우<sup>26)</sup> 등이다.

한편 이혼에 따른 위자료나 금전청산에 관하여 피고가 제시하는 금액에 동의하면 이혼하겠다고 진술하였다고 하더라도 이러한 사정만으로 피고가 혼인을 계속할 의사가 없음이 객관적으로 명백한데도 오기나 보복적 감정에서 유책배우자인 원고의 이혼청구에 응하지 않는 것이라고 단정할 수는 없다.<sup>27)</sup> 유책배우자의 이혼청구에 대하여 상대방이 반소청구로 이혼을 구하는 경우에도 유책배우자의 이혼청구는 인용되지 않는다.<sup>28)</sup> 피고가 원고를 간통죄로 고소한 적이 있다는 사실만으로는 이혼의사가 객관적으로 명백하다고 볼 수 없다.<sup>29)</sup>

(2) 부부 쌍방에게 혼인파탄의 책임이 있는 경우

혼인파탄의 책임이 부부쌍방에게 있는 경우가 있다. 이런 경우 혼인파탄에 대한 원고의 책임이 피고의 책임보다 가볍다면 원고의 이혼청구를 인용해도 무방하다.<sup>30)</sup> 혼인파탄에 대한 원고와 피고의 책임이 비슷한 경우에도 이혼청구를 인용하는 것은 타당할 것이다.<sup>31)</sup>

(3) 다른 원인으로 혼인이 파탄된 후 원고에게 유책행위가 있었던 경우

유책배우자의 이혼청구를 배척하는 이유 중 하나는 스스로 혼인을 파탄시킨 자에게 이혼이라는 법적인 이익을 인정할 수 없다는 점이다. 그렇다면 이미 다른 사유로 혼인이 파탄된 이후에 일방 배우자가 유책행위를 했다고 해도 이를 이유로 하여 이혼청구를 배척하는 것은 타당하지 않다.<sup>32)</sup>

25) 이화숙 외, 전게서, 151면.

26) 대판 1996.6.25. 94므741.

27) 대판 1999.10.8. 99므1213.

28) 대판 1998.6.23. 98므15.

29) 대판 1997.5.16. 97므155.

30) 대판 1994.5.27. 94므130.

31) 대판 1986.3.25. 85므85; 대판 1998.7.14. 98므282.

32) 대판 2004.2.27. 2003므1890.

### 3) 유책주의의 완화

대법원은 유책주의의 기초를 다소 완화하는 태도를 보이는 판결을 선고하였다. 이에 관해서 보면 다음과 같다.

#### (1) 대판 2009.12.24. 2009므2130

갑과 을은 혼인하여 두 자녀를 둔 부부인데 을은 혼인 후 음주와 외박이 잦았으며 갑은 이를 견디지 못하고 가출하여 12년째 별거하고 있다. 갑은 가출한 지 10년이 되는 해에 다른 남자와 동거를 하게 되었으며 그 사이에서 장애아를 출산하였다. 이런 상태에서 갑은 장애아의 치료를 위해서는 혼인하여 가족관계 등록부에 자녀를 기록하는 것이 필요하다는 이유로 이혼청구를 하였다.

이 사건에서 대법원은 원고인 갑의 이혼청구를 인용하였다. 그 이유에 관하여 대법원은 혼인파탄에 대한 갑과 을의 책임이 경합한다는 점, 피고 을이 혼인관계의 유지를 희망하고 있으나 형식적인 혼인관계의 존속은 원고인 갑에게 참을 수 없는 고통이 될 것이라는 점, 혼인관계의 파탄에 대한 원고 갑의 유책성이 반드시 원고의 이혼청구를 배척하지 않으면 안 될 정도로 중대한 것이라고 단정할 수 없다는 점 등을 들었다.<sup>33)</sup>

#### (2) 대판 2010. 6. 24. 선고 2010므1256

이 판결은 부가 가출하여 다른 여자와 사실혼관계를 맺고 3명의 자녀를 낳았으며 처와 46년간 별거하여 오다가 이혼청구를 한 사건에 대한 것이다.

이에 대해서 대법원은 원고인 부의 청구를 인용하였다.<sup>34)</sup>

#### (3) 대판 2015.10.29. 2012므712

이 판결은, 혼인신고를 마친 법률상 부부인 갑과 을이 자녀들과 함께 외국으로 이주하여 생활하다가, 갑이 집을 나가 외국 국적의 여성과 동거를 시작하자 을이 자녀들과 함께 귀국하였고, 그 이후 16년이 넘게 서로 떨어져 별개의 생활을 영위하고 있는 상황에서 갑이 을을 상대로 이혼을 청구한 데 대한 것이다.

33) 대판 2009.12.24. 2009므2130. 이희배, “유책배우자의 이혼청구 허용이 신의칙·사회정의에 반하지 않는다는 사례”, 『법률신문』, 법률신문사, 2010.

34) 대판 2010.6.24. 2010므1256.

대법원은 원고와 피고가 별거 이후 피고 및 자녀들에 대하여 이루어진 원고의 배려가 어떠하였는지, 원고와 피고 사이의 혼인의 본질에 상응하는 부부공동생활 관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄된 현 상황에서 세월의 경과에 따라 원고의 유책성과 피고가 받은 정신적 고통이 여전히 쌍방의 책임의 경중을 엄밀히 따져야 할 정도로 크다고 볼 수 있는지, 혼인관계의 파탄에 대한 원고의 유책성이 반드시 이혼청구를 배척하지 않으면 아니 될 정도로 여전히 남아있는지를 가려본 다음 민법 제840조 제6호에서 정한 '혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때'라는 이혼원인이 있는지 여부를 판단하여야 한다고 하여 원고의 이혼청구를 인용하였다.<sup>35)</sup>

#### (4) 위 각 대법원 판례에 대한 평가

위에서 소개한 판례는 유책주의를 완화하고 파탄주의의 요소를 부분적으로 수용하였다는 점에서 종래의 판례와 구별된다. 그러나 이 판결을 두고 유책주의에서 파탄주의로 이행하는 전환점이 될 것이라고 평가하기는 아직 이르다.<sup>36)</sup> 유책배우자의 축출이혼을 조장하고 혼인의 도덕성, 신의칙에 반하는 권리남용이란 이유에서 유책배우자의 이혼청구는 기각되어야 한다<sup>37)</sup>는 대법원의 판결에 기초한 법리는 그 후 대상의 범위는 축소되긴 하였지만 현재까지도 그 명맥을 유지하고 있다.

#### 4) 소결

초기의 판례가 유책주의적인 경향을 강하게 띤 것은 오히려 전통적 사고가 한동안 한국 사회를 지배해왔을 뿐 아니라 상대방 배우자가 거의 처인 점에서 보아 구체적 타당성과 법적 안정성을 조화시킨 적절한 태도였다고 보인다.

혼인제도를 보호하기 위해서 유책배우자의 이혼청구를 부정한다는 태도는 결국 혼인관계를 파탄시킨 배우자를 그 의사에 반하여 평생 법률상의 혼인관계에 묶어둠으로서 제재를 가하겠다는 의도로 풀이될 수도 있으나 이러한 평생에 걸

35) 대판 2015.10.29. 2012므712.

36) 대판 2010.12.9. 2009므844는 종래 판례의 태도를 답습하여 유책배우자의 이혼청구를 배척하였다. 권순형, “유책배우자의 이혼청구권이 인정되는 경우”, 『대법원판례해설』 제85-86호, 법원도서관, 2010하, 698면. 김상용, 『가족법연구IV』, 법문사, 2014, 228면.

37) 대판 1965.9.21. 선고 65므71.

친 제재와 징계가 과연 현대 가족법의 기본이념과 조화될 수 있는지에 대한 문제, 나아가 실제생활에 있어서 이미 파탄되어 존재하지 않는 혼인관계를 법의 영역에서만 존속하게 한다고 해서 혼인제도의 보호라는 기본목적이 달성될 수 있을지는 판단하기 어렵다.

대법원은 원칙적으로 혼인제도를 보호하고 사회적 약자인 배우자를 보호해야 한다면서 유책주의에 입각해 유책배우자의 이혼청구를 기각하면서 특별한 경우에만 예외를 인정하고 있다. 그러나 유책주의는 혼인파탄이 사실상 부부 일방의 책임으로 발생하지 않을 뿐 아니라 파탄에 이른 원인 또한 다양해 배우자 가운데 누가 이혼원인의 제공자인지 판단하기가 쉽지 않다는 문제점을 내포하고 있다.<sup>38)</sup>

그러므로 유책배우자의 이혼청구를 논함에 있어서 파탄주의의 입장에서 혼인이 회복 불가능할 정도로 파탄된 경우 이혼이 허용됨이 원칙이고 다만 자녀 특히 미성년자녀와 상대방배우자에 대하여 심히 가혹하게 될 경우에는 예외적으로 유책배우자의 이혼청구는 거부되어야 한다.

결국 한국 사회의 현실과 법 감정을 고려해볼 때 당장 유책주의를 파탄주의로 대체하는 것은 기대하기 어렵겠지만 장래 파탄주의가 점차 확산될 가능성은 높을 것으로 보인다.

#### IV. 주요 국가의 입법례

이하에서는 유책배우자의 이혼청구권 인정 여부에 관한 주요 국가의 입법례를 살펴보기로 한다.

##### 1. 대륙법계국가

###### 1) 독일

독일은 1976년 제1개정 혼인법을 통하여 이혼원인에 관하여 유책주의에서 파

38) 이혜진, “유책배우자의 이혼청구에 대한 판례의 변화”, 『동아법학』 제45호, 동아대학교 법학연구소, 2009, 226면.

단주의에로 전환하였다.<sup>39)</sup> 독일에서는 판결에 의한 이혼만이 가능하고(BGB §1564) 이혼원인은 단지 '혼인생활의 파탄'뿐이다(BGB §1565). 독일에서는 '부부공동생활이 더 이상 존속하지 않고' '부부가 이를 회복할 것을 기대할 수 없는 경우' 그 혼인생활은 파탄되었다고 정의한다(BGB §1565). 혼인 생활의 파탄을 판단함에 있어서 법원은 부부가 1년 이상 별거한 상태에서 부부 쌍방이 이혼을 청구하거나 일방의 이혼청구에 대하여 상대방이 동의하는 경우(BGB §1566 §§1) 또는 부부가 3년 이상 별거한 경우(BGB §1566 §§2) 이혼을 허락할 수 있다. 여기서 말하는 별거란 당사자 사이에 주거 상 공동생활이 존속하지 아니하거나 또는 일방이 부부공동생활을 거절하여 주거상 공동생활을 회복하려고 하지 않는 경우를 말한다. 동일한 주거에서 각방을 쓰는 경우에는 주거상 공동생활이 존속하지 않는 것으로 보며, 화해를 위하여 잠시 동거하는 것은 결코 별거상태가 해소되는 것이 아니다(BGB §1567).

다만, 이혼당사자의 결혼기간이 1년 미만인 경우와 자녀 또는 상대방 배우자에게 가혹한 결과가 발생하는 경우에 이혼은 제한된다(BGB §1568).

## 2) 일본

일본에서의 이혼사유는 ① 배우자에게 부정한 행위가 있을 때, ② 배우자로부터 약의로 유기된 때, ③ 배우자의 생사가 3년 이상 분명하지 아니한 때, ④ 배우자가 심한 정신병에 걸려 회복할 수 없을 때, ⑤ 기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때 이다(일본 민법 제770조 제1항). 법원은 위와 같은 사유가 있는 경우에도 여러 사정을 고려하여 혼인을 계속함이 상당하다고 인정하는 때에는 이혼청구를 기각할 수 있다(일본 민법 제770조 제2항).

일본 최고재판소는 1952년 2월 19일 판결을 통하여 유책배우자의 이혼 청구를 부정한바가 있다.<sup>40)</sup> 유책배우자의 이혼청구권을 부정한 최고재판소의 판례

39) 陳葦, 「外國婚姻家庭法比較研究」, 群衆出版社, 2006, 401頁, 再引用.

40) 일본 최고재판소 1952.2.19. 판결: 이 사건은, 남편이 처 이외의 여성과 친하게 되어 결국 동거하기에 이르러 자식을 낳았는데, 처로부터의 이혼 청구가 아닌 부부간의 의무 위반을 범한 소위 유책의 남편으로부터의 이혼 청구가 행해진 것이다. 일본 최고재판소 판결은 “남편이 마음대로 정부를 얻고 그 때문에 이제는 처와는 동거할 수 없게 되었으므로, 이를 쫓아낸다고 하는 것에 귀착하는 것으로서, 만약 이러한 청구가 인정되게 된다면 피상고인은 완전히 소위 말하는, 밝히고 차이게 되는 것이다. 법은 이와 같이 몇대로의 부도덕을 인정하는 것이 아니다.”고 하여 유책배우자의 이혼 청구를 인정하지 않았다. 한삼인,

는 제차 이어졌고 “혼인관계의 파탄을 초래함에 있어 전적으로 또는 주로 책임이 있는 당사자는 이를 가지고 혼인을 계속하기 어려운 사유로서 이혼을 청구하지 못한다.”<sup>41)</sup>는 요지는 계속 답습되어져 왔다.

이처럼 일본 최고재판소는 유책배우자의 이혼청구권을 배척하는 태도를 견지해 오다가 1987년 9월 2일 판결을 통하여 종래의 판례를 변경하였다. 즉, 36년간 별거해 온 부부의 이혼사건으로서 혼인 후 처 이외의 여성과 동거한 남편으로부터의 이혼 청구에 관한 사건에 대하여 최고재판소는 “유책배우자로부터 행해진 이혼 청구라도 부부의 별거가 양당사자의 연령 및 동거기간과 비교하여 상당한 장기간에 미치고 그 동안 미성숙 자녀가 존재하지 않는 경우에는 상대방 배우자가 이혼에 의해 정신적·사회적·경제적으로 극심한 가혹상태에 놓여진다는 등 이혼 청구를 인정하는 것이 현저히 사회정의에 반한다고 할 수 있을 만한 특단의 사정이 인정되지 않는 한 유책배우자의 청구라는 점 하나만으로 허용될 수 없다고 할 수 없다.”고 판시하였다.<sup>42)</sup> 이러한 최고재판소 판례의 태도는 최근 하급심판결에서도 계속 지지를 받고 있다.<sup>43)</sup>

---

“유책배우자의 이혼청구권”, 『인권과 정의』 제362호, 대한변호사협회, 2006, 215면에서 再引用.

41) 일본 최고재판소 1963. 10. 15. 판결.

42) 일본 최고재판소 1987. 9. 2. 판결.

43) 일본 나고야 고등법원 2005. 5. 19. 판결: 의사인 X(남)와 Y(여)는 1961년에 결혼한 후 X는 대학 의학부 교원으로 근무해 오다가 1969년 진료소를 개설하여, 부부가 협력하여 진료소와 공동으로 설립한 유한회사를 경영해왔지만, 점차 재산관리 등을 둘러싸고 둘 사이에 불화가 생기게 되었다. X는 1978년경 해외여행에서 알게 된 A(여)와 친하게 되어 장래 결혼을 약속하게 되었고, 1981년 아파트를 구입하여 타지에 거주하고 있던 A를 나고야 시에 있는 본건 아파트에 거주시켜, 관계를 계속해 왔다. Y는 1981년부터 A와의 관계를 의심하고, 침실을 따로 쓰는 등 부부관계가 악화되었으나, 동거는 계속해왔다. 2000년 2월, X는 집을 나가고, 본건 아파트에서 A와 동거하기에 이르렀다. X는 같은 해 6월, 이혼의 조정을 주장했지만, 교섭이 잘 이뤄지지 않았기 때문에 2001년 9월 이혼을 구하는 본건소송을 제기하였다. X는 소제기 당시 73세, Y는 66세이고, X와 Y사이에는 42세부터 34세까지의 1남 2녀가 있다. 나고야 고등법원은 첫째 부부관계가 파탄되었는지 여부에 대해서는 부부관계가 파탄되었음을 인정한 다음 X가 유책배우자라고 하고, 둘째 유책배우자에 의한 이혼 청구가 허용될 것인가 여부에 대해서는 “유책배우자로부터 행해진 이혼 청구라 하더라도, 부부가 그 연령 및 동거기간과 대비해 상당한 장기간 별거하고, 그 동안 미성숙 자녀가 없는 경우에는, 현저히 사회정의에 반한다고 할 수 있는 특단의 사정이 없는 한, 유책배우자라는 한 가지 사실만으로 이혼을 허용할 수 없다고는 할 수 없는 것으로, 부부관계의 경위 등의 사정을 고려하여 특단의 사정이 인정되지 않는 것으로, 유책배우자로부터의 이혼 청구를 인용해야 한다.”고 판시하였다.

### 3) 중국

중국의 1950년 혼인법 제17조는 “부부 쌍방이 합의하여 이혼하려 하면 이혼을 허락한다. 일방이 이혼을 요구하면 구인민정부와 사법기관에서 조정을 하고 조정이 효과가 없으면 이혼을 허락한다.”고 규정하고 이혼의 기준에 대한 명확한 규정은 하지 않았으나 1980년 혼인법은 제32조에 이혼사유를 명시한 후 지금까지 유지되고 있다. 현행 중국 혼인법에서의 이혼사유는 ① 중혼 또는 배우자가 있는 자가 타인과 동거 할 경우, ② 가정폭력 또는 가정구성원을 학대하거나 유기하였을 경우, ③ 도박, 마약 등 악습이 있고 여러 번 교육을 거쳐도 시정을 하지 않는 경우, ④ 감정불화로 2년간 별거하였을 경우, ⑤ 부부감정이 파탄을 초래할 수 있는 기타 사정이 있는 경우이다. 이는 감정파탄이 이혼의 법정사유이며 이혼을 허락하는 계기임을 말해준다. 부부감정의 파탄을 인정하는 문제는 비교적 복잡하고도 어려운 문제이다. 중국 사법실무의 경험에 의하면 혼인기초, 혼인 후 감정, 이혼사유, 화해할 가능성 등으로 감정파탄정도를 고려한다.<sup>44)</sup> 인민법원에서 이혼을 판결함에 있어서 반드시 조정을 거쳐야 하고 확실히 감정이 파탄되어 조정을 하여도 효과가 없으면 이혼을 허락한다.

## 2. 영미법계국가

### 1) 영국

영국은 1937년 이전에는 이혼원인으로 간통이 유일한 이혼원인이었으나, 1937년에 혼인법을 개정하여 학대, 3년 이상의 유기, 불치의 정신병을 이혼원인으로 추가하였다.<sup>45)</sup> 1969년에는 혼인의 일방 당사자가 이혼소송을 법원에 제기할 수 있는 유일한 원인은 “혼인이 회복할 수 없을 정도로 파탄되어야 한다.”고 하여 파탄주의를 유일한 이혼원인으로 규정하는 것으로 개정하였다.<sup>46)</sup> 그러나 이혼청구인은 이혼소송에서 상대방이 간통을 저질러 그와 동거하는 것을 감내할 수 없다는 점, 상대방과 동거할 것을 기대하기 어려울 만한 행동을 상대

44) 楊大文, 「婚姻家庭法」, 中國人民大學出版社, 2000, 182頁.

45) 陳葦, 前記書, 418頁, 再引用.

46) 上揭書, 420頁, 再引用.

방이 저질렀다는 점, 상대방이 소제기 전 2년 이상 청구인을 유기한 점, 쌍방이 소제기 전 2년 이상 계속 별거하고 쌍방이 이혼에 동의하고 있다는 점, 쌍방이 소제기 전 5년 이상 계속 별거하였다는 점 중 하나 이상을 입증하여야 하고 이를 입증하지 못하면 혼인생활은 파탄되지 않은 것으로 본다(영국 이혼개정법<sup>47)</sup> 제1조 제2항). 이혼청구인이 이를 입증한 경우에도 이로 인하여 혼인생활이 회복할 수 없을 정도로 파탄된 것이 아니라는 사실이 입증되면 이혼은 허용되지 않는다(영국 이혼개정법 제1조 제4항). 법원은 쌍방의 주장 사실을 직권으로 조사하여야 하고(영국 이혼개정법 제1조 제3항) 혼인성립 후 1년 이내에는 이혼청구를 할 수 없다(영국 이혼개정법 제3조 제1항).

1996년에는 가족법의 근본적인 개혁에 해당하는 새로운 가족법이 제정되었는데, 동법 제10조에 의하면 이혼은 단지 일방 당사자 혹은 자녀의 이익에 손해가 있을 때에만 제한된다. 따라서 영국의 현행 이혼법은 혼인 당사자의 이혼자유를 보호하는 한편 합리적인 제한을 가하고 있는 것으로 평가된다.<sup>48)</sup>

## 2) 미국

과거 미국의 많은 주들은 유책주의에 기초해 있었다. 1969년 캘리포니아 주는 혼인생활의 파탄 및 정신병을 이유로 이혼을 가능하게 하여<sup>49)</sup> 최초로 유책주의와 무관한 이혼법을 제정하였다.<sup>50)</sup> 이러한 제도는 널리 다른 주에서도 받아들여져 1985년에는 많은 주들에서 유책주의를 폐기하였다. 이로 인하여 파탄주의는 유책주의와 함께 미국의 이혼제도에서 중요한 지위를 차지하였다.

파탄주의를 채택하고 있는 미국의 대다수 주는 일정한 별거기간을 이혼원인으로 하고 있다. 별거기간은 각 주별로 상이하며, 대체로 6개월에서 3년간의 연속적인 기간을 말한다. 별거는 반드시 혼인 당사자 쌍방의 동의에 의한 것이어야 하며 일방의 강박에 의한 것은 인정되지 않는다.<sup>51)</sup>

47) Divorce Reform Act 1969.

48) 한복룡·박성호, “이혼법의 최근동향-국가역할변화를 중심으로”, 「법학연구」 제21권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2010, 72면.

49) 陳葦, 前記書, 426頁, 再引用.

50) 한복룡, “미국 파탄주의 이혼법의 전개”, 「판례실무연구V」, 비교법실무연구회, 2001, 241면.

51) 陳葦, 前記書, 427頁, 再引用.

### 3. 소결

이상 살펴본 바와 같이 이혼에 관하여 세계 각국의 경향은 유책주의에서 파탄주의로 변화하고 있다는 것이다. 그러나 각 나라마다 파탄주의 이혼을 인정함에 있어서 그 수용범위와 운용절차 등에 있어서는 많은 차이가 있다. 파탄주의를 전적으로 수용한 국가도 있는 반면, 파탄주의와 유책주의를 병행하여 시행하다가 최근에 파탄주의로 전환된 국가도 있고 유책주의와 파탄주의를 병행하는 국가도 있다. 이러한 차이는 각국의 파탄주의에 대한 사회적, 문화적 차이에서 비롯된 것이 아닌가 한다. 하지만 이러한 파탄주의 이혼 규정에서 유념하여야 할 공통점은 이혼 후 상대방 배우자와 자녀에게 가혹한 결과를 초래할 염려가 있는 경우에는 법원이 예외적으로 이혼청구를 기각할 수 있는 단서 규정(가혹조항)을 둠으로서 상대방과 자녀의 보호가 가능하다는 것이다.

## V. 전원합의체 판결에 대한 검토

### 1. 협의이혼제도와와의 관련성

혼인은 애정을 바탕으로 하여 일생의 공동생활을 목적으로 정신적·육체적·경제적으로 결합된 공동체로서, 부부 사이에는 동거하며 서로 부양하고 협조하여야 할 의무가 있다(민법 제826조 제1항). 헌법 제36조 제1항도 “혼인과 가족 생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”고 규정하여 혼인제도를 보호하고 있다. 혼인이 성립하면 부부는 애정과 신의 및 인내로써 상대방을 서로 이해하고 보호하여 부부공동생활로서의 혼인이 유지되도록 상호 간에 포괄적으로 협력하여야 하며, 혼인생활 중에 그 장애가 되는 여러 사태에 직면하는 경우가 있다 하더라도 이를 극복하기 위하여 최선의 노력을 하여야 한다. 그렇지만 혼인에 의하여 공동생활을 이룬 부부가 여러 사정에 의하여 더 이상 혼인을 유지할 수 없는 경우가 발생함에 따라, 민법은 이러한 혼인을 해소할 수 있는 방법으로 협의상 이혼과 재판상 이혼제도를 두고 있다.

협의상 이혼제도를 두면서도 별도로 재판상 이혼제도를 마련한 목적은, 부부

사이에 이혼에 대한 의사합치가 이루어지지 아니하였더라도 혼인의 해소가 불가피한 경우가 있음을 고려하여, 헌법이 인정한 혼인의 제도적 보장 취지를 벗어나지 아니하는 범위 내에서 객관적인 재판상 이혼사유를 법률로 정하되 가정법원의 재판에 의하여 그 사유가 있다고 인정될 때에 이혼을 허용하려는 것이다.

## 2. 유책배우자의 상대방 보호를 위한 입법적 조치와 관련된 문제

대법원이 혼인관계의 파탄에 대하여 주된 책임이 있는 유책배우자의 이혼청구권을 제한하여 온 것은 이혼을 하나의 병리적 현상으로 보는 사회적 분위기와 아울러, 여성의 사회적·경제적 지위가 상대적으로 열악하여 귀책사유 없이 이혼한 여성배우자가 이혼 후에 경제적으로 자립하거나 사회활동을 함이 현실적으로 쉽지 아니한 사정 및 이혼 과정에서 재산분할·부양·양육 등에 관하여 불이익을 입지 아니하도록 하는 제도나 절차도 충분하지 아니한 사정을 고려하여, 사회적·경제적 약자인 여성배우자를 보호하려는 목적이 그 배경으로 자리 잡고 있기 때문이다.

그러나 주된 유책배우자의 이혼청구라는 이유로 재판상 이혼을 허용하지 아니한 결과, 부부가 서로 승소하기 위하여 상대방의 귀책사유를 부각시킬 수밖에 없게 됨에 따라, 이혼소송절차에서 부부 쌍방은 혼인생활 과정에서 발생한 갈등과 대립을 들추어내어 그에 관한 책임공방을 벌이게 되고 아울러 상대방에 대한 비난과 악감정을 쏟아내게 되어 부부관계는 더욱 적대적으로 되고 이혼소송의 심리가 과거의 잘못을 들추어내는 것에만 집중되는 나머지 이혼 과정에서의 갈등 해소, 이혼 후의 생활이나 자녀의 양육과 복지 등에 관하여 합리적인 해결책을 모색하는 데에 상대적으로 소홀하게 되는 폐단이 있을 것이다.

그러나 급속한 경제성장 및 개인 중심적인 사회변화와 함께 이혼에 대한 사회적 인식이 변화하고 협의이혼 등에 의한 이혼이 증가함에 따라 혼인생활을 지속할 수 없는 중요한 사유가 있는 경우에는 더 나은 삶의 질을 추구하기 위하여 이혼도 가능하다는 가치관의 변화가 생겼으며, 여성의 사회진출이 활발해짐에 따라 여성도 남성에 못지않은 경제적 능력을 갖추는 경우가 늘어나는 등 이혼 후 여성의 자립에 관한 사회·경제적 여건이 많이 개선되었다.

그리고 현행 민법은 가족생활에서의 남녀평등의 원칙을 강조하고 있는 헌법정신을 반영하여 이혼당사자에게 재산분할청구권과 자녀에 대한 면접교섭권을

인정하는 제도 등을 신설하고 자녀에 대한 양육권과 친권도 남녀 사이에 차별 없이 평등하게 보장한다. 뿐만 아니라 재판상 이혼에 따른 손해배상청구권을 인정하고 있으며(민법 제843조, 제806조) 재산분할청구 사건에서는 혼인 중에 이룩한 재산관계의 청산뿐만 아니라 이혼 후 당사자들의 생활보장에 대한 배려 등 부양적 요소 등도 함께 고려의 대상이 된다.<sup>52)</sup> 또한 이미 발생한 퇴직연금 지급권이 재산분할의 대상에 포함된다고 보고 연금수급권자인 배우자가 매월 수령할 퇴직연금액 중 일정 비율에 해당하는 금액을 상대방 배우자에게 정기적으로 지급하는 방식으로 재산분할을 하는 것을 허용함에 따라, 정기적인 재산분할금의 지급을 통한 이혼 후의 생활보장 내지 부양도 실질적으로 가능하게 되었다.<sup>53)</sup>

이와 같은 이혼에 대한 사회 일반의 인식, 사회·경제적 환경의 변화와 아울러 이혼 법제 및 실무의 변화 등을 함께 종합하여 볼 때, 유책배우자의 이혼청구라는 이유만으로 이혼사유에 의한 재판상 이혼청구를 제한하여야 할 필요는 상당히 감소하였다 할 것이고, 오히려 이러한 사정들을 반영하여 이혼사유에 의한 이혼 여부에 관한 합리적인 판단 기준을 새로이 세워야 할 때가 되었다.

### 3. 중혼 인정의 위험성에 관한 문제

헌법재판소가 간통죄를 처벌하는 조항에 대한 위헌결정을 함에 따라 간통행위가 더 이상 처벌받지 아니하게 되었다. 그러나 간통죄는 과거의 간통행위 자체에 대한 형사적인 제재인 반면 혼인파탄에 따른 이혼은 혼인의 실체가 소멸함에 따른 장래의 혼인 법률관계의 해소로서 그 제도의 목적과 법적 효과가 다르므로, 간통을 한 유책배우자에 대한 형사적 제재가 없어졌다고 하더라도, 민사상의 불법행위에 해당하는 간통행위로 인한 손해배상책임을 강화하면 되는 것이고, 혼인의 실체가 소멸한 법률관계를 달리 처우하여야 할 필요는 없다. 더구나 이혼청구권의 인정 여부는 법률의 규정 및 혼인과 이혼제도의 목적, 취지, 기능 등을 종합하여 당사자인 부부 및 자녀 등의 이익을 조화하는 방향으로 미래를 위하여 정해져야 하는 것이지, 유책배우자에게 외형적인 혼인관계가 계속 되도록 강제하여 참을 수 없는 고통을 받게 함으로써 그에 대한 응보 내지 사

52) 대법원 2013.6.20. 선고 2010므4071, 4088 전원합의체 판결.

53) 대법원 2014.7.16. 선고 2012므2888 전원합의체 판결.

적 보복을 달성하기 위한 수단이 되어서는 아니 된다.

## VI. 이혼원인의 개선방향

이혼에 대한 사회적 여건이 성숙되었고 법적·제도적 보완도 상당히 이루어진 만큼, 이제는 혼인관계가 파탄되어 그 실체가 소멸함에 따라 이혼을 청구한 경우, 유책배우자의 이혼청구라는 이유로 그 이혼의 여부를 당사자의 의사에만 맡길 수 없고, 혼인관계가 완전히 파탄되어 그 실체가 소멸하였는지 그리고 그러한 혼인관계가 여전히 보호되고 유지되어야 할 필요가 있는지 등에 관하여 객관적 사정에 기초한 합리적인 판단을 하여야 한다. 파탄주의 이혼법이 확대 시행될 경우 혼인관계의 파탄에 책임이 없는 배우자에게는 가혹한 결과를 초래할 수 있을 뿐 아니라 자녀의 최선의 복리에 있어서도 많은 문제점이 발생하게 된다. 따라서 혼인관계가 파탄된 경우 이혼배우자와 미성년자녀의 생활보장이 법적, 제도적으로 갖추어질 필요가 있다.

### 1. 이혼원인으로서의 별거기간 신설

부부가 상당 기간 별거한 경우 일방배우자에게 이혼청구권을 인정하여야 한다. 따라서 쌍방의 별거가 상당기간에 이른 경우에는 이로써 혼인생활의 파탄을 추정하거나 그 자체로 이혼원인이 되도록 하는 규정을 둘 필요가 있다. 이미 장기간의 별거를 통하여 외형적으로 혼인생활의 파탄이 추정되는데도 불구하고 다시 소송과정에서 이혼원인을 주장, 입증한다면 이는 법원으로 하여금 당사자의 사적 영역에 지나치게 개입하도록 하는 결과가 될뿐더러 당사자 간의 극심한 감정대립을 불러올 수도 있다.

부부가 3년 이상 별거하여 혼인공동체가 완전히 해소된 경우에는 설령 혼인 파탄에 주된 책임이 있는 배우자라 할지라도 이혼을 청구할 수 있도록 하는 것이 적절하다고 보아진다. 3년 이상 별거가 계속되고 있는 경우에는 혼인관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄되었다고 추정해도 무리가 없을 것이다. 따라서 이런 경우에는 혼인의 파탄여부에 대한 별도의 심사를 거치지 않고도 이혼이 허용될 수 있어야 한다.

## 2. 가혹조항의 신설

부부공동생활관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄되었다 하더라도, 부부 사이에 개인의 존엄과 양성의 평등을 실현하고 부부·자녀의 행복추구권과 인간다운 생활을 할 권리를 보호할 필요가 있음은 그 파탄 전후에 차이가 없다. 유책 배우자의 이혼청구를 원칙적으로 허용하면서 일정기간 별거한 경우 파탄을 추정하거나 그 자체로 이혼원인이 되는 것으로 한다면 이혼으로 인하여 파탄에 책임 없는 상대방 배우자가 경제적으로 심히 가혹한 상태에 놓이거나 부모의 이혼이 자녀의 양육·교육·복지를 심각하게 해치게 되는 경우가 있게 된다. 그리고 혼인기간 중에 고의로 장기간 부양의무 및 양육의무를 저버린 경우, 이혼에 대비하여 책임재산을 은닉하는 등 재산분할, 위자료의 이행을 의도적으로 회피하여 상대방 배우자를 곤궁에 빠뜨리는 경우 등과 같은 구체적 사안에 대비하여 가혹조항으로 그 이혼을 제한할 수 있어야 한다. 가혹조항은 자녀 및 배우자의 보호를 그 내용으로 하여야 한다.

### 1) 미성년자녀에 대한 보호

유책배우자의 이혼청구를 허용함에 있어서 부부사이에 미성년자녀가 존재하는 경우 그 자의 최선의 복리를 위한 감호, 교육, 복지상황 등을 고려하여야 한다. 미성년자녀는 연령적, 신체적 또는 정신적으로 부모의 감호 없이는 자기의 생활을 유지할 수 없으므로 결국 부모의 이혼이 미성년자녀의 이익 복지를 해치는 경우에는 유책배우자의 이혼청구를 인정하지 않는 기준이 필요하다. 따라서 미성년자녀의 명백한 이익을 위하여 부모의 혼인의 유지가 필요한 경우에는 그 이익에 부합될 때까지 이혼을 유예하는 방향으로 운용되어야 한다.

### 2) 무책배우자에 대한 보호

이혼이 일방 배우자에게 가혹한 결과를 가져올 수 있을 때에는 법원이 예외적으로 이혼청구를 기각할 수 있도록 규정을 둘 필요가 있다고 생각한다. 장기간의 별거를 이유로 이혼이 허용되는 경우 혼인파탄에 책임이 없는 배우자는 부양청구권의 상실로 인하여 경제적인 어려움을 겪을 수 있다. 따라서 유책배

우자가 장기간의 별거를 이유로 이혼청구를 하여 인용되는 경우에는 이혼 후에도 상대방 배우자에 대한 부양의무를 인정할 필요가 있다. 이때의 부양의무자는 이혼 후에도 전배우자에게 자신과 같은 정도의 생활수준을 보장해야만 하는 것이다. 만약 부양의무자가 의무를 이행하지 않을 우려가 있을 경우 위자료와 평균수명기간 동안의 생활비 등을 일시로 지급하도록 하여야 한다. 이를 일시로 지급하지 아니하는 경우에는 유책배우자의 이혼청구는 허용되어서는 안 될 것이다. 혼인관계 파탄으로 입은 정신적 고통에 대한 위자료의 액수를 정할 때에 주된 책임이 있는 배우자의 유책성을 충분히 반영함으로써 혼인 해소에 대한 책임을 지우고 상대방 배우자에게 실질적인 손해배상이 이루어질 수 있도록 하며, 재산분할의 비율·액수를 정할 때에도 혼인 중에 이룩한 재산관계의 청산 뿐 아니라 부양적 요소를 충분히 반영하여 상대방 배우자가 이혼 후에도 혼인 중에 못지않은 생활을 보장받을 수 있도록 함으로써, 이혼청구배우자의 귀책사유와 상대방 배우자를 위한 보호 및 배려 사이에 균형과 조화를 도모하여야 할 것이다.

## VII. 결론

혼인파탄의 원인이 다양하여 한정된 유책주의 이혼원인의 내용만으로는 모든 혼인파탄에 효과적으로 대체하기 어렵고 여성의 지위향상이나 사회진출로 인한 혼인관·이혼관의 변천으로 오늘날 세계 각국의 이혼법의 입법경향은 유책주의로부터 파탄주의로의 대변혁에 있다.

부부관계의 실체가 완전히 소멸되어 회복이 불가능한 상태에 이른 경우에는 배우자의 유책의 유무를 묻지 아니하고 이혼을 인정하는 것이 인간의 존엄성의 존중 및 행복추구권의 보장측면에서 합치된다고 보며 국가가 건전한 기능을 다하고 있는 실질적인 혼인관계를 보호할 이익은 있지만 형식적인 이름만의 혼인관계를 보호한다는 것은 전혀 무의미한 것이다.

다만 파탄주의는 무책배우자나 자녀의 이익을 침해할 수 있으며 실질적인 양성평등이 이루어질 수 있는 여건에서만 순기능을 발휘할 수 있으므로 파탄주의를 적극적으로 수용하기 위해서는 이혼 후의 무책배우자와 미성년자녀의 생활보장이 법제도적으로 갖추어지는 것이 시급하다.

투고일 : 2017.12.27 / 심사완료일 : 2017.12.14 / 게재확정일 : 2017.12.18

[참고문헌]

- 권순한, 「친족상속법」, fides 도서출판, 2014.
- 김상용, 「가족법연구IV」, 법문사, 2014.
- 김주수, 「친족상속법」, 법문사, 1992.
- 김주수·김상용, 「친족·상속법 제12판」, 법문사, 2015.
- 박병호, 「친족상속법 판례교재」, 법문사, 1975.
- 송덕수, 「친족상속법」, 박영사, 2015.
- 윤진수 대표, 「주해친족법 제1권」, 박영사, 2015.
- 이화숙 외, 「가족법 판례해설」, 세창출판사, 2009.
- 정광현, 「한국가족법연구」, 서울대출판부, 1967.
- 한봉희, 「가족법」, 푸른세상, 2010.
- 한봉희·백승흠, 「가족법」, 삼영사 2013.
- 
- 구연창, “유책배우자의 이혼청구”, 「민사판례연구XI」, 박영사, 1989.
- 권순형, “유책배우자의 이혼청구권이 인정되는 경우”, 「대법원판례해설」 제85-86호, 법원도서관, 2010하.
- 권용우, “유책배우자의 이혼청구”, 「법학논총」 제33권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2009.
- 김용환, “부정한 행위의 해석”, 「법조」 제12권 제3호, 법조협회, 1963.
- 박종용, “유책배우자의 이혼청구와 허용기준”, 「가족법연구」 제20권 제1호, 한국가족법학회, 2006.
- 신영호, “유책배우자의 이혼청구권-판례의 동향과 현황을 중심으로”, 「고려법학」 제42호, 고려대학교 법학연구소, 2004.
- 이선미, “유책배우자의 이혼청구”, 「사법」 제10호, 사법연구지원재단, 2009.
- 이혜진, “유책배우자의 이혼청구에 대한 판례의 변화”, 「동아법학」 제45호, 동아대학교 법학연구소, 2009.
- 이희배, “유책배우자의 이혼청구 허용이 신의칙·사회정의에 반하지 않는다는 사례”, 「법률신문」, 법률신문사, 2010.
- 한복룡, “미국 파탄주의 이혼법의 전개”, 「판례실무연구V」, 비교법실무연구회, 2001.
- 한복룡·박성호, “이혼법의 최근동향-국가역할변화를 중심으로”, 「법학연구」 제21권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2010.

한봉희, “과탄주의 이혼원인의 제문제”, 『현대민법학의 제문제』, 법문사, 1981.

한삼인, “유책배우자의 이혼청구권”, 『인권과 정의』 제362호, 대한변호사협회, 2006.

陳葦, 外國婚姻家庭法比較研究, 群衆出版社, 2006.

楊大文, 婚姻家庭法, 中國人民大學出版社, 2000.

[국문초록]

## 유책배우자의 이혼청구에 관한 연구

-대법원 2015. 9. 15. 선고 2013므568 전원합의체 판결을 중심으로-

박 정 민\*

현행 민법은 이혼에 관하여 협의상 이혼과 재판상 이혼을 규정하고 있다. 민법 제840조 제1호부터 제6호까지는 재판상 이혼사유에 관한 것이다. 제840조 제1호부터 제5호까지의 내용은 모두 구체적인 이혼사유를 규정하고 있는데, 그 내용은 주로 배우자의 귀책사유에 관한 것이고, 제6호만은 “기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때”라고 하고 있다.

그런데 이 규정과 관련하여 부부간의 혼인관계가 파탄에 이르게 된 원인이 되는 행위를 한 자가 이혼청구를 하는 것이 받아들여질 수 있는가하는 것이 문제된다. 입법론적으로는 유책주의와 파탄주의가 있는데, 한국 민법 제840조 제1호부터 제5호까지는 유책배우자의 상대방만이 이혼사유를 제기할 수 있는 것으로 되어있지만, 제6호는 단지 “기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때”라고만 되어 있어서 이 규정을 파탄주의에 입각한 것으로 볼 수 있을 것인가 하는 것이 문제된다.

대법원은 지금까지 현행 민법이 재판상 이혼에 관하여 유책주의에 입각한 것으로 해석하여 혼인생활에 파탄을 가져온 행위를 한 자의 이혼청구는 받아들이지 않았다. 최근에 선고된 대법원 2015.9.15. 선고2013므568 전원합의체 판결 역시 지금까지의 태도를 다시 한번 확인한 것이라고 할 수 있다. 본 연구에서는 위 대법원 전원합의체판결의 다수의견과 소수의견을 중심으로 그 타당성 여부 및 향후과제를 검토해보고자 한다.

혼인파탄의 원인이 다양하여 한정된 유책주의 이혼원인의 내용만으로는 모든 혼인파탄에 효과적으로 대체하기 어렵고, 여성의 지위 향상이나 사회진출로 인한 혼인관·이혼관의 변천으로 오늘날 세계 각국의 이혼법의 입법경향은 유책주의로부터 파탄주의로 대변혁의 과정에 있다.

\* 중국 연변대학교 강사, 법학박사.

국가가 건전한 기능을 다하고 있는 실질적인 혼인관계를 보호할 이익은 있지만 형식적인 이름만의 혼인관계를 보호한다는 것은 전혀 무의미한 것이기에 부관계의 실체가 완전히 소멸되어 회복이 불가능한 상태에 이른 경우에는 배우자의 유책의 유무를 묻지 아니하고 이혼을 인정하는 것이 인간의 존엄성의 존중 및 행복추구권의 보장 측면에서 합치된다고 판단된다. 다만 파탄주의는 무책배우자나 자녀의 이익을 침해할 수 있고 실질적인 양성평등이 이루어질 수 있는 여건에서만 순기능을 발휘할 수 있기에 파탄주의를 적극적으로 수용하기 위해서는 이혼 후의 무책배우자와 미성년자녀의 생활보장이 법제도적으로 갖추어지는 것이 시급하다.

주제어 : 협의상 이혼, 재판상 이혼, 이혼청구, 유책배우자, 미성년자녀

[Abstract]

A Study on the Request for divorce by a responsible spouse

Piao, Jing-Min\*

The current civil law stipulates both a consensual divorce and a judicial divorce. Article 840 (1) through (6) of the Civil Act pertains to the grounds for a judicial divorce. Article 840 (1) through (5) stipulate the specific grounds for divorce, which is mostly about the reasons attributable to the spouse, except the sixth Paragraph, which says “If there exists any other serious cause for making it difficult to continue the marriage.”

However, with regards to this particular provision, what remains to be an issue is whether or not it is acceptable for a person who is responsible for breakdown of marital relationship to file for divorce. From the perspective of legislative theories, there are two different types of divorce: fault and no-fault divorces. Article 840 (1) through (5) of the Korean Civil Act stipulate that only the other party of the responsible spouse is eligible to present the grounds for divorce but the sixth Paragraph provides “If there exists any other serious cause for making it difficult to continue the marriage”, which raises a doubt that this particular provision stipulates a fault ground divorce.

The Supreme Court has interpreted a judicial divorce as a fault ground divorce and has not accepted the application for a divorce by a person who has caused an irrevocable breakdown of marriage. The most recent Supreme Court’s decision labeled 2015. 9. 15. Sentence 2013Meu568 has reaffirmed its conventional stance. Against this backdrop, this study aims to examine the validity of the decision based on the majority and minority opinions of the Supreme Court and the future tasks ahead.

The reasons for the breakdown of marital relationship are so varied that

---

\* Yanbian University of China School lecturer, Ph.D. in law

the rather limited fault ground divorce alone cannot effectively cover all marital breakdown cases, and on top of that the advancement of women's social status and entry into the workforce have changed marriage and divorce perspectives, which in turn prompts a phenomenal change of legislative trends in divorce law from fault ground divorce principle to non-fault or breakdown ground divorce principle.

Although a country has a good reason to protect a practical marital relationship that serves a healthy function in society, it is completely pointless to protect a marital relationship for its name sake only. Therefore, in the event of irretrievable breakdown of marriage, accepting a divorce without questioning the presence of spouse's fault is presumed to be consistent with ensuring respect of human dignity and pursuit of happiness. It should be noted, however, that preparing a legal system to protect faultless spouse and minor children following divorce will be imperative to be able to actively accommodate the non-fault ground divorce since it may infringe on the interests of faultless spouse or minor children and serve a positive function under the circumstance where substantial gender equality is achieved.

Key words : consensual divorce, judicial divorce, request for divorce, a responsible spouse, minor children
--