

# 有責配偶者의 離婚請求에 관한 研究\*

韓 三 寅\*\*

目 次	
I. 序 論	1. 問題의 所在
II. 離婚原因에 대한 立法主義	2. 立法例
1. 總說	3. 學說
2. 有責主義	4. 判例의 動向
3. 破綻主義	5. 學說의 檢討와 私見
III. 有責配偶者의 離婚請求	IV. 結 論

## I. 序 論

婚姻은 特定の 男女 사이에서 終生的인 삶의 關係를 유지해 나가는 것을 목적으로 하는 社會的으로 承認된 夫婦로서의 約束이다. 그러나 人間은 天使도 動物도 아닌 「現實人」이기 때문에 “民事契約으로서의 婚姻은 當事者의 同意에 의해 終了될 수도 있고, 나아가 婚姻의 持續을 強制할 수 없는 重大한 事由가 있을 경우에는 一方의인 終了가 可能하다”는 自然法理論<sup>1)</sup>은 “婚姻은 幸福追求의 길이며 이러한 人間의 幸福追求의 權利는 政府도 防止하지 못하는 天賦의 權利”라는 見地<sup>2)</sup>에서 볼 때 首肯할만 하다.

特定の 男女 사이에서 더 이상 維持할 수 없는 誓約·不信·심한 葛藤·고통스러운 幻滅 때문

\* 본 연구는 1988년도 문교부학술연구조성비의 지원에 의한 것임

\*\* 法政大學 法學科 副教授

1) D. Lasok, *The Grounds of Divorce in Transition*, 2 *Solicitor Quarterly*, No. 4, 1963, p. 307.

2) M. Erle, *Die Ehe in Naturrecht Des 17 Jahrhunderts* (1952) from Rheinstein, *Divorce and Law*, note 55 at 25

에 이미 破綻된 夫婦關係에 새로운 法的 地位를 부여하는 過程으로서의 離婚<sup>3)</sup>에 대하여 國家가 어떠한 法的 統制를 加하느냐 하는 問題는 各 時代에 있어서의 그 國家의 宗教觀·道德觀·倫理觀의 差異, 婚姻에 대한 意識의 差異, 社會經濟的 與件 등에 크게 依存·變遷되어 왔다고 볼 수 있으나, 대체로 中世의 婚姻非解消主義<sup>4)</sup>에서 宗教改革 후의 離婚認定의 段階<sup>5)</sup>를 거쳐 近代의 自由離婚<sup>6)</sup>의 時代에로 進展되어 왔다고 할 수 있다.

한편 女性의 經濟的 社會的 地位의 向上과 더불어 社會構造가 점차적으로 産業化·都市化됨에 따라 離婚은 增加하기 시작하여 오늘날 離婚增加의 傾向은 西歐文化圈<sup>7)</sup>에 있어서 뿐 아니라 東洋文化圈 특히 韓國의 경우에도 增加하고 있는 추세에 있다. 가히 오늘날의 現實은 가능한 限 離婚을 억제시키려는 努力보다도 어떤 경우에는 當事者 사이에서 婚姻關係를 維持시키지 않는 것이 더 바람직한 것으로 여겨지는 社會<sup>8)</sup>라고 할 수 있다.

일찍이 Lasok은 當事者의 合意, 有責의 原則(The Principle of guilt), 婚姻破綻의 一般原則(The general principle of the disruption of the marriage) 등의 세가지 要素에 의해 法律上의 離婚原因을 分類하였는데<sup>9)</sup>, 이 중에서 正當한 法律上의 離婚事由가 있을 경우에만 婚姻關係의 解消를 認容하는 有責의 原則(이른바 有責主義)은 Rome 時代부터 認定되어 온 傳統的인 離婚原因으로서 거의 모든 나라의 離婚法이 採擇해 온 制度이며, 當事者 一方의 有責에 關係없이 婚姻破綻의 事實이 있거나 하면 離婚을 認容해야 한다는 婚姻破綻의 原則(이른바 破綻主義)은 비교적 새로운 類型의 것으로서 現代離婚法의 추세<sup>10)</sup>라고 한다. 制度發達의 視角에서 볼 때 세계 各國의 離婚法은 18世紀의 傳統的 個別的인 有責主義婚姻原因에서 抽象的 無責의 破綻主義離婚原因으로 變化하고 있음<sup>11)</sup>이 분명하다 할 것이다.

- 3) Mebel A. Elliott, *The Scope and Meaning of Divorce, Family, Marriage and Parenthood*, p. 669.
- 4) V. J. Pospishil, *The Problem of Divorce in the Catholic church*, 7. J. Fam. L., No. 4, 1967, pp. 595-600; 野村豊弘, “歐米諸國における破綻主義立法の新展開について—フウンス法を中心に—”, 『現代家族法大系Ⅱ』, 有斐閣, 1980, 147面.
- 5) E. Doroghi, *Grounds for Divorce in European Countries*, 1955, p. 7; Rheinstejn, *Marriage Stability, Divorce and the Law*, 1972, p. 22.
- 6) Lichtenberger, *Divorce - A Social Interpretation*, 1931, pp. 16-17.
- 7) International Encyclopedia of Comparative Law, Chap. 4-1-1-27, *Persons AND Family*, 1980, p. 69.
- 8) Hanry D. Krause, *Family Law*, 1986, p. 277.
- 9) D. Lasok, *op. cit.*, p. 307.
- 10) 韓瑋熙, “傳統的 離婚原因과 破綻主義에 관한 研究(一)”, 『全北大論文集』第18輯, 1976, 13面 參照.
- 11) H. D. Krause, *op. cit.*, pp. 403-421; Freed and Foster, *Family Law in the Fifty States: An Overview*, 17. Fam. L. Q. 4, 1984; 韓瑋熙, “離婚法改正의 諸問題”, 『家族法의 諸問題』法務資料 第55輯, 法務部, 1984, 227面.

裁判上 離婚의 法定原因에 관한 有責主義下에서는 婚姻關係의 破綻에 대한 配偶者 一方의 歸責事由가 있을 경우 無責인 相對配偶者만이 離婚을 請求할 수 있기 때문에 有責配偶者の 離婚請求는 당연히 排斥되는 반면에 破綻主義下에서는 婚姻破綻의 客觀的 事實이 存在하는 이상 그 破綻에 대한 當事者의 責任有無에 관계없이 配偶者 一方으로부터의 離婚請求는 認容되어야 하는 것이 破綻主義法制에 충실을 기할 수 있게 된다. 이처럼 當該 婚姻關係의 破綻에 “全的으로 또는 主로 責任있는(allein oder über wiegend Schuldigsein)” 配偶者가 相對配偶者에 대하여 婚姻關係의 破綻을 이유로 하는 裁判上의 離婚請求를 해은 경우에 이를 認容해야 할 것이냐 하는 問題가 이른바 有責配偶者の 離婚請求에 관한 問題<sup>12)</sup>인 것이다.

그런데 立法例<sup>13)</sup>에 따라서는 이러한 問題를 立法的으로 解決하는 國家들도 있으나, 民法은 840條에서 “夫婦의 一方은 다음 各號의 事由가 있는 경우에는 法院에 離婚을 請求할 수 있다”고 단 규정할 뿐 有責配偶者の 離婚請求 認容與否에 대한 구체적인 言及이 없기 때문에 有責配偶者の 離婚請求 認容與否에 대한 解釋은 대단히 重要的 意義를 갖게 된다. 왜냐하면, 有責配偶者の 離婚請求權을 認容할 경우 그것은 破綻主義 本質에 附合하는 當연한 귀결이 되는 반면에, 경우에 따라서는 無責配偶者인 妻<sup>14)</sup>를 家庭에서 내쫓는 이른바 逐出離婚을 正當化시키는 根據로 작용할 수도 있기 때문이다. 이에 관한 從來의 學說<sup>15)</sup>과 判例는 女性〈妻〉의 낮은 地位와 制

- 12) 太田武男, “近代法と離婚現象”, 「家族問題と家族法 Ⅲ(離婚)」, 酒井書店, 1958, 249面; 高橋忠次郎, “有責配偶者からの離婚請求”, 「現代家族法大系 Ⅱ」, 185面; 米倉明, “積極的破綻主義でなぜいけないか—有責配偶者の離婚請求についての—試論—”, シュリスト No. 893, 1987. 3 8面.
- 13) 例컨대 ZGB§142② 그리스民法§1442 폴란드民法§156③ 改正前の 西獨婚姻法 §48 ② 등
- 14) 裁判上離婚에 대한 大法院判例의 分析結果에 의하면, 有責配偶者로서 離婚請求를 한 者는 거의 전부가 夫라는 것이 共通點이라고 한다.  
金疇洙, “有責配偶者の 離婚請求權”, 「法政新聞」, 1989. 3. 13, 8面.
- 15) 有責配偶者の 離婚請求問題에 대한 學者들의 論說 중 主要한 것을 보면 姜永虎, “有責配偶者로부터의 離婚請求”, 也松 金疇洙 教授華甲紀念論文「現代家族法과 家族政策」, 三英社, 1988, 175-194面; 경희대 대학원 判例研究會, “有責配偶者の 離婚請求”, 「法曹」, 1966. 6-9; 具然呂, “有責配偶者の 離婚請求”, 「考試界」, 1988. 10; ———, “有責配偶者の 離婚請求”, 「民事判例研究」 X I, 博英社, 1989; 金光年, “有責配偶者の 離婚請求權”, 「綜合法律新報」, 1989. 3. 27, 8面; 金容漢, “不貞한 行爲의 解釋”, 「法曹」, 1963. 3; 金由美, “有責配偶者の 離婚請求”, 「判例月報」, 1989. 1; 金疇洙, “有責配偶者の 離婚請求權”, 「法曹」, 1970. 2; ———, “有責配偶者の 離婚請求權”, 「法律新聞」, 1986. 8. 25; ———, “有責配偶者の 離婚請求가 例外的으로 認容된 事例”, 「判例月報」, 1987. 10; ———, “有責配偶者の 離婚請求權”, 「法律新聞」, 1988. 6. 6; ———, “有責配偶者の 離婚請求權”, 「法政新聞」, 1989. 3. 27, 8面; ———, “判例를 中心으로 본 有責配偶者の 離婚請求權”, 小峰 金容漢教授 華甲紀念「民事法學的 諸問題」, 博英社, 1990, 109-118面; 朴秉濠, 「判例教材 親族·相續法」, 法文社, 1975, 277-285面; 朴政緒, “破綻主義離婚原因과 有責配偶者の 離婚請求問題”, 「司法論集」第3輯, 法院行政處, 1972; 朴泰浩, “有責配偶者の 離婚請求”, 「法曹」, 1987. 11; 宋基弘, “民法 第840條 第6

度上으로도 離婚後 子의 養育責任은 궁극적으로 夫에게 주어지고 離婚 후 妻의 生活保護가 未洽하다는 現實與件을 重視하여 有責配偶者의 離婚請求를 制限의 例外的으로만 許容하는 見解가 支配的이라고 할 수 있다. 그러나 이러한 見解가 반드시 妥當한 것은 아니며, 더구나 離婚 후 子의 養育責任을 원칙적으로 夫婦의 協議에 依存시키고(改正民法 837條①項), 離婚으로 因한 財産分割請求權(改正民法 839條의 2)이 新設된 改正民法<sup>16)</sup> 下에서는 有責配偶者의 離婚請求問題를 再整理·吟味해 볼 필요가 있다고 생각한다.

本稿는 주로 文獻研究와 判例研究의 方法을 통하여 有責配偶者의 離婚請求問題에 대한 우리나라와 日本의 學說·判例의 動向을 比較·分析하고 나아가 具體的으로 그 妥當性을 檢討함으로써 有責配偶者의 離婚請求權 認容與否에 대한 合理的인 解釋論을 展開하고자 한다.

## II. 離婚原因에 대한 立法主義

### 1. 總說

裁判上 離婚原因을 어떻게 定型化할 것이냐 하는 問題는 各國의 時代的 社會的 諸樣態에 따르는 婚姻制度와의 관련에 의해 달라질 수 있는 것이지만, 대체로 다음과 같은 3個 類型<sup>17)</sup>으로 나눌 수 있다.

號에 대한 小考”, 「家庭法院事件의 諸問題」 裁判資料 第18輯, 法院行政處, 1983, 352-356面; 李根植, “有責配偶者의 離婚請求”, 「法政」, 1966. 10; 李相錫, “有責配偶者의 離婚請求의 認容”, 「大韓婦護士協會誌」, 1988. 11; 張庚鶴, “有責配偶者와 破綻主義”, 「法政」, 1963. 6; 鄭範錫, “有責配偶者의 離婚請求를 許容한 事件”, 「法曹」, 1984. 8; ——, “有責配偶者의 離婚請求에 대한 小考”, (上)(下), 「司法行政」, 1985. 9-10; 鄭鎬英, “離婚原因에 관하여”, 「家庭法院事件의 諸問題」, 法院行政處, 1983, 324~325面; 車明姬, “離婚原因으로서의 破綻主義에 관한 考察”, 梨花女子大學校 碩士學位取得論文, 1982, 24-36面; 韓瑋熙, “有責配偶者의 離婚請求”, 「法曹」, 1964. 8-9; ——, “獨·瑞西法上에서 본 有責配偶者의 離婚請求”, 「法政」, 1964. 11; ——, “有責配偶者의 離婚請求와 破綻主義 離婚原因”, 「判例月報」, 1988. 11; ——, “有責配偶者의 離婚請求와 離婚原因의 研究”, 谷泉 李俸博士華甲紀念論文「現代法學의 諸問題」, 1989, 71-95面; 韓三寅, “裁判上 離婚에 관한 小考”, 「現代法學의 諸課題」, 1987, 329-332面; 韓秀子, “破綻主義 離婚法의 最近의 動向”, 梨花女子大學校碩士學位取得論文, 1984, 60-74面; 佐藤義彦, “有責配偶者의 離婚請求”, 「民商法雜誌」, 1988. 11; 鈴木祿彌·鈴木ノシヨ, “いわゆる 「有責配偶者의 離婚請求」 についての 新判例”, 1988 등

16) 民法의 第7次改正(1989. 12. 19 議決, 1990. 1. 13 公布, 1991. 1. 1부터 施行)은 家法法 事項에 관한 것으로서 64個條文의 改正, 30個條文의 削除, 7個條文의 新設을 함으로써 兩的인 面에서도 家族制度의 一大變革을 초래한 것으로 볼 수 있다.

17) D. Lasok, *op. cit.*, p. 318.

첫째는, 有責의 原則에 의해 離婚의 法定原因이 具體的 個別的으로 규율되는 傳統的 立場으로서 이를 有責主義(主觀主義)라 한다.

둘째는, 有責의 有無에 不問하고 婚姻破綻의 一般原則에 의해 抽象的으로 규율되는 立場으로서 이를 破綻主義(目的主義, 客觀主義, 無責主義)라 한다.

셋째는, 成文法에 열거된 個別的 離婚原因과 破綻主義 離婚原因을 結合하는 立場으로서 改正 前의 西獨離婚法 瑞西民法 日本民法이 이에 屬한다.

한편 有責主義는 有責配偶者(guilty spouse)에 대한 制裁로서의 意味를 갖는데 비해 破綻主義는 回復할 수 없을 정도로 破綻된 夫婦共同生活을 救濟한다<sup>18)</sup>는 意味를 갖고 있으며, 1960年 後半부터 몰아닥친 離婚法革命(Divorce Revolution)의 渦中 속에서 세계 各國의 離婚法은 有責主義 離婚原因(fault based divorce ground)에서 벗어나 破綻主義 離婚原因(breakdown divorce ground; no-fault based divorce ground)을 지향하고 있는데 이제 이들의 內容을 破綻主義를 中心으로 吟味한 다음에 民法의 立場을 파악해 보기로 한다.

## 2. 有責主義

有責主義(Verschuldungsprinzip)란 配偶者 一方에게 同居·扶養·協助·貞操遵守 등의 婚姻義務를 위반하는 有責의 事由가 있을 경우에만 離婚을 請求할 수 있다는 立法主義로서 改正 前의 英國의 離婚法, 1950年의 臺灣民法(§992) 등이 여기에 屬한다. 이 主義는, 離婚을 制限하기 위하여 婚姻義務를 違反하는 有責의 事由를 미리 定型化(Typisierung)할 필요가 있으므로 그 記述方式으로서 制限的 列舉主義라는 靜的(statisch)인 絶對的 離婚原因의 方式을 채용하게 된다. 그러므로 法定離婚原因은 엄격·명백하게 制限될 수 밖에 없어(從來에 있어서 傳統的이고도 一般의인 3大離婚原因은 姦通·遺棄·虐待이다<sup>19)</sup>) 具體的인 原因 중의 어느 하나에 該當되지 않는 한 離婚請求를 할 수 없다(無責配偶者를 保護하기 위해 有責配偶者로부터의 離婚請求는 否認된다)는 點에서 離婚의 一般的 豫防을 期할 수 있고, 配偶者 一方의 婚姻義務違反에 대한 責任原因이 立證되지만 하면 法官은 원칙적으로 離婚判決을 내려야 하므로 結果적으로 離婚秩序의 安定性에 寄與할 수 있다는 長點이 있다. 그러나 婚姻은 夫婦 사이의 幸福의 淵源이어야 하

18) M. Rheinstein, "Does divorce breed breakdown?", in M. Rheinstein, *op. cit.*, pp. 292-301.

19) Jacobs and Gobel, *Cases on Domestic Relations*, 1961, p. 411; M. R. Russel Davis, *Some Aspects of Divorce Laws and Practice in England*, 5. J. Fam. L., No. 1, 1965, p. 67; P. E. Mygh, Living, "Seperate and Apart" as a ground for dissolution of Marriage in Australia, 6. J. Fam. L., No. 2, 1966, p. 219.

므로, 人間은 不幸하게 된 婚姻의 굴레에서 벗어나(소위 離婚權; right to divorce) 새로운 配偶者를 맞아(소위 婚姻權; right to marry) 幸福을 追求할 수 있는 權利를 갖게 된다<sup>20)</sup>(憲法 10條 參照). 그러므로 婚姻共同體가 崩壞된 목적을 상실한 婚姻은 解消되어야 한다는 近代法의 要請에서 볼 때 有責主義는, 配偶者 一方의 責任에 돌릴 수 없는 事由로 破綻된 婚姻關係를 解消시키는 데에 하나의 障礙가 됨으로써 離婚事件의 具體的 妥當性을 缺如하게 되는 短點이 있고, 바로 여기에 有責主義의 限界가 있다 할 것이다.

### 3. 破綻主義

#### 가. 意 義

破綻主義(Zerrutttingsprinzip; Breakdown Principle)란 配偶者 一方이 반드시 有責이 아니어도 婚姻共同體의 繼續을 期待할 수 없는(Nichtzumbarkeit der Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft) 婚姻의 目的達成이 困難한 客觀的 事情(婚姻破綻)이 存在하는 경우에는 離婚을 請求할 수 있다는 立法主義를 말한다.

破綻主義가 登場케 된 理論的 背景을 보면, 從來 西歐諸國에 있어서의 有責主義離婚原因은 人爲的(artificial)이고 婚姻破綻의 진정한 理由와 거의 無關할 뿐 아니라 僞證(perjury)·僞善(hypocrisy)·共謀를 助長함으로써 法院의 權威를 冒瀆하게 되어 有責 無責은 離婚事件에 있어서 問題가 될 수 없다<sup>21)</sup>는 것이다. 그리하여 엄격한 有責主義離婚原因은 婚姻破綻의 豫防 내지는 減少를 가져다 주는 것이 아니라 오히려 離婚의 현저한 增加現象을 초래하여 有責主義法制로는 高度화된 現代産業社會의 離婚事件에 효과적으로 對處할 수 없게 되었으며<sup>22)</sup>, 더욱이 오늘날에 있어서의 婚姻의 破綻은 配偶者 사이의 有責 내지 過失에서만 오는 것이 아니라는 事實이 明白하게 되었고 이에 따라 離婚原因의 擴大가 필요하게 된 것이다. 생각컨대 資本主義의 비약적 發展은 都市化 産業化와 같은 거대한 社會變動을 불러 일으켜 많은 家族의 붕괴현상을 초래케 되었는데 離婚·別居의 急增은 그 구체적 表現이라 할 수 있으며, 이러한 時代的 狀況에 따라 現代産業社會에 적합한 離婚立法은 婚姻破綻이라는 唯一한 離婚原因에 의해 離婚의 便宜에 도모해야<sup>23)</sup> 하는 立法主義라야 하는데 이것이 바로 破綻主義라 할 수 있다.

20) 오늘날에 있어서 離婚의 自由는 婚姻의 自由와 함께 憲法에 의해 保障된 人間의 基本權이다. Notes, Are fault Requirements in Divorce Actions Unconstitutional?, 16 Journal of Family Law Z, 1977-1978, pp.265-279.

21) L. J. Weitzman, The Divorce Revolution, 1985, p. 20.

22) 韓瑋熙, "有責配偶者의 離婚請求와 破綻主義離婚原因", 「判例月報」, 1988. 11. 12面 參照.

23) G. Beitzke, Familienrecht Ein Studien Buch, 1981, S. 141.

破綻主義는 離婚當事者の 生活圏에서 나타난 表層的인 有責事由는 물론 실제적으로 婚姻이 破綻된 諸般事情을 離婚原因으로 認定해야 한다는 點에서 彈力的 包括主義라는 無責的 離婚原因主義를 채용하게 되어 그 態度는 多분히 動的(dynamisch)일 수 밖에 없다. 그러므로 破綻主義는 法官의 폭 넓은 裁量에 의해 離婚의 認否가 決定된다는 點에서 離婚事件의 具體的 妥當性에 寄與할 수 있다는 長點이 있으나 다음과 같은 問題點도 指摘<sup>24)</sup> 되고 있다. 첫째는, 婚姻이 회복할 수 없을 정도로 破綻되었다고 하는 경우에 이에 관한 立證이 有責主義下의 個別的 離婚原因의 立證 보다도 어려울 수 있으며, 둘째는 有責配偶者の 離婚請求를 認定해야 할 것이냐의 問題가 있고, 셋째는 有責主義下에서 有責配偶者에게만 負擔시키는 離婚의 效果問題(主로 生活能力이 없는 無責配偶者·子女의 保護問題)를 破綻主義下에서는 달리 規定해야 한다는 것이다. 이와 關聯해서 볼 때 無責的 破綻下의 配偶者 一方이 他方의 絶對적 援助를 필요로 함에도 불구하고 法官에 의해 婚姻의 解消(Dissolution of the marriage)가 이뤄질 수 있다는 點에서 非人道的 非論理的이라는 點, 有責配偶者の 離婚請求를 認容할 경우 逐山離婚을 許容하는 結果가 될 수도 있다는 등의 短點을 노출시킨다. 그러나 이러한 問題點들은 法官의 公正한 判斷에 의해<sup>25)</sup> 克服이 期待되어진다 할 것이고<sup>26)</sup>, 또한 現代産業社會構造의 複雜·多樣性은 婚姻破綻原因의 多樣性을 불러 일으킴으로써 法定離婚原因을 制限的으로 列擧한다는 것은 거의 不可能하다는 點에서 破綻主義法制가 急變하는 現代社會의 離婚原因의 規律方式으로는 妥當하다 할 것이다. 결국 “空虛하고 不幸스러운 婚姻 보다는 離婚이 보다 적은 罪惡이며 破綻된 婚姻을 維持하는 것은 사랑과 自然의 攝理에 反하는 것으로서 오히려 離婚이 名譽로운 方法이 된다”는 主張<sup>27)</sup>이나, 法이 사랑을 強制할 수 없듯이 엄격한 離婚法이라 하여 離婚을 防止할 수 없음은 보편적 眞理인 것이고 더우기 오늘날의 離婚制度가 婚姻義務를 違反한 有責配偶者에 대한 非難·制裁(divorce sanction)의 手段으로서가 아니라 婚姻共同體가 회복할 수 없을 정도로 破綻된 경우의 保護·救濟(divorce remedy)를 위해 存在한다<sup>28)</sup>는 點은 破綻主義의 制度的 優秀性을 示唆해 준다 할 것이다.

24) G. Beitzke, *Das Zerrüttungsprinzip im neuen deutschen und französischem Scheidungsrecht*, 1979. 4. 3. Printed matter at Korean Legal Center, S. 6.

25) 다만 法官은 훌륭한 心理學者이고 婚姻破綻의 治療可能性을 診斷하는 의사임을 要求하게 된다.

26) 그러나 破綻主義離婚原因을 取할 경우에는, ① 無責配偶者の 財産分割請求權의 인정과 離婚 후의 扶養問題, ② 未成熟子女의 保護·養育 등에 관한 立法의 措置를 강구해야 하는 問題를 남기게 되나, 이러한 것도 民法의 第7次 改正으로 어느 정도 解決되어졌다고 할 수 있다. 이에 관하여는 邊鎮長, “離婚後의 未成年인 子에 關聯된 法律問題”, 「司法論集」第16輯, 法院行政處, 1985, 299-320面; 拙稿, “離婚에 관한 研究(I)”, 「제주大 論文集」第19輯 社會科學篇, 1984, 103-104面을 參照할 것

27) H. Couch, *Milton As Prophet; The Divorce Tracts and Contemporary Divorce Laws*, 15. *J. of Family Law*, 3. 1976-1977, p. 578.

28) R. Rheinstejn, *op. cit.*, pp. 292-293.

## 나. 立法制

離婚法上 최초로 破綻主義離婚原因을 규정한 立法例로는 18세기末葉 frederick大王的 「프로이센 普通州法(ALR: Allgemeines Landrecht für die Preussischen), 1971」을 들 수 있다. 이 법은 有責主義原因 뿐 아니라 破綻主義離婚原因을 그 內容 속에 삽입함으로써 최초의 自由主義的 近代的인 離婚法으로 評價<sup>29)</sup> 되고 있다. 그 후 20세기에 들어와 ZGB(1907), 英國의 改正離婚法(1969), 캘리포니아州 離婚法(1969)을 始發로 한 美國 50個州의 離婚法<sup>30)</sup>, 네델란드 離婚法(1971), 스웨덴離婚法(1974), 프랑스改正離婚法(1975), 西獨改正離婚法(1976) 등에서 破綻主義를 채택<sup>31)</sup>하고 있는데, 이제 主要國家의 立法例를 簡略하게 吟味해 보기로 한다.

## 1) 瑞 西

스위스民法(ZGB) §142①은, “婚姻共同體의 계속이 當該 配偶者에게 期待할 수 없을 정도로 破綻된 경우에는 配偶者 一方은 離婚의 訴를 提起할 수 있다”고 규정함으로써 近代離婚法 중 최초로 破綻主義法制를 채택하였다. 이 때의 破綻(Zerrüttung)은 婚姻을 계속할 意思(Zusammengehörigkeitshewusstsein)가 이미 喪失되어 主觀的으로나 客觀的으로도 婚姻共同體가 破壞되어 있는 것을 의미<sup>32)</sup>한다. 한편 婚姻은 夫婦 사이의 全人格的 包括的인 共同生活關係이기 때문에 破綻의 類型도 多樣할 것이지만 보통 重病, 性交의 拒絶, 愛情喪失, 虐待, 扶養義務의 違反, 飲酒, 精神病, 히스테리 등이 직접적으로 婚姻生活에 影響을 미칠 때는 破綻으로 認定될 것이다.

## 2) 英 國

英國에 있어 近代的 意味의 最初의 離婚制度는 19세기 婚姻還俗運動의 歸結로서 制定된 1857年の 離婚法(Matrimonial Causes Act)를 들 수 있다. 이 법은 「個人的 自由主義의 勝利(triumph of individualistic liberalism)」라는 評價<sup>33)</sup>에도 불구하고 姦通과 같은 有責主義離婚原因만을 규정하는데 지나지 않았으나, 그 후 4次例의 改正史<sup>34)</sup>를 밝아 1969年 改正離婚法(Divo

29) R. Rheinstin, *Marriage Stability, Divorce and the Law*, 1972, p. 294.

30) Freed & Walker, *Family Law in The Fifty States: An overview*, XX Fam. L. Q. 4, 1987, p. 460.

31) 체코슬로바키아 불가리아와 같은 東歐社會主義國家의 民法들도 최근에 과단주의로 轉換하였다. 福島正夫·鈴木輝二, 「比較法研究」第21號; 원화용譯, 家族(政策과 法), 한울림, 1985, 40面 參照.

32) 韓瑋熙, “獨·瑞法上에서 본 有責配偶者의 離婚請求”, 「法政」, 1964. 11, 63面 參照.

33) Dicey, *Law and Public Opinion in England in the Nineteenth Century*, p. 247; Mueller-Freinfels, *Ehe und Recht*, 1962, S. 125.

34) 第1次改正 1923年, 第2次改正 1937年, 第3次改正 1950, 1957年 婚姻原因規則(Matrimonial Causes Rules, 1957)의 第4次 改正으로 이어졌다.

orce Reform act)의 成立으로 새롭게 誕生하여 1971년부터 施行되어 오다가 다시 部分的 改正을 거쳐 1973년의 婚姻事件法(The Matrimonial Causes Act)에 統合·施行<sup>35)</sup>되어지고 있다. 이 法은 §1①에서, “本法 施行 후 配偶者 一方이 離婚訴訟을 法院에 提起할 수 있는 唯一한 原因은 婚姻이 회복할 수 없을 정도로 破綻된 때(The marriage has broken down irretrievably)”라고 함으로써 破綻主義를 唯一한 離婚原因으로 規定하였다. 이 때의 破綻은 當該 夫婦 사이에 同居하는 것이 合理的이 아니고 同居의 繼續을 期待할 수 없는 경우를 말한다. 한편 同法 §1②은 「婚姻破綻에 대한 法官의 決定에 도움을 주기 위한 5가지 客觀的 指針」을 提示하여 破綻主義下에서 초래될런지도 모르는 離婚의 濫用을 事전에 豫防·制限<sup>36)</sup>하고 있다.

### 3) 美 國

各州마다 獨自의인 離婚法을 갖고 있는 美國에서는 1969年 캘리포니아 離婚法(California Civil Code)<sup>37)</sup> §4506가 “① 혼인이 회복할 수 없을 정도로 破綻되어 調停되기 어려운 경우, ② 不治의 精神病” 등의 2個의 離婚原因을 규정함으로써 破綻主義가 채택되어진 후 1973年 統一婚姻 및 離婚法(Uniform Marriage and Divorce) §302가 “① 1年 이상의 別居, ② 婚姻當事者 사이에 혼인관계를 계속할 수 없도록 육체적, 정신적 건강에 영향을 준 婚姻上의 중대한 不當行爲, ③ 同法 §305(調停規定)에 의해 調停이 실패하거나 家族의 最善의 利益을 위하여 바람직하지 못한 때”와 같은 破綻主義離婚原因을 규정하기에 이르렀으며, 그 후 各州가 앞을 다투어 이를 채택해 오다가<sup>38)</sup>, 1987年을 基準으로 美國의 모든 州가 破綻主義를 채택하고 있다.<sup>39)</sup>

和解할 수 없는 不和(irreconcilable difference) 性格上의 不一致(incompatibility) 別居(separation from bed and board) 등을 破綻의 基準으로 삼고 있는 美國 대부분의 州의 離婚法은 兩性平等의 理念을 實現시키고 있다는 점에서 그 特色을 찾을 수 있으나, 反面에 離婚法에서 의 兩性平等은 經濟的인 面에서는 男女不平等을 초래함으로써 결과적으로 妻가 가난해지고 이혼

35) S. M. Cretney, *Principles of Family Law*, 1976, p. 118; 門坂正人, “歐米諸國における破綻主義立法の新展開について”, 「現代家族法大系 II」, 有斐閣, 1980, 139面.

36) 이에 관한 詳細는

具然昌, “有責配偶者の離婚請求”, 「民事判例研究」X I, 博英社, 1989, 325面; 車明姬, “離婚原因으로서의 破綻主義에 관한 考察”, 「梨花女子大學校 碩士學位 取得論文」, 1982, 42-44面 參照.

37) 同法은 그 후 한 차례의 改正을 하였는데(1980. 1. 1) 그 內容은 다음과 같다.

Cal. Law Dissolution of Marriage

1. General Provision §§4510-4516

2. Residence Requirement §§4530-4531

3. Summary Dissolution §§4550-4556

38) J. Areen, *Family Law*, 1985, p. 275.

39) Freed & Walker(1987), *op. cit.*, p. 460.

후 未成熟子女의 養育問題가 심각한 社會問題로 되고 있다 한다.<sup>40)</sup>

#### 4) 프랑스

이른바 락계의 法律(Loi Naquet)<sup>41)</sup>로 지칭되는 1884년의 프랑스民法은 姦通·處刑·暴行·虐待와 같은 有責主義離婚原因만을 규정하였으나, 1975년에 破綻主義를 根幹으로 하는 離婚事件에 관한 法律(Des Cas de divorce)을 制定하였다. 이 新離婚法은 離婚의 一般的原因으로서 相互間의 同意에 의한 離婚(Du divorce par consentement mutuel; §230-236), 共同生活의 破綻에 의한 離婚(Du divorce pour rupture de la vie commune; §§237-241), 有責離婚(Du divorce pour faute; §§242-246)의 3가지를 區分하고 있고, 이 法 §237의 “夫婦의 一方은 6年前부터 事實上 別居하여 生活해 온 경우, 共同生活의 계속적인 破綻을 이유로 하여 離婚을 請求할 수 있다”와 同法 §238①의 “配偶者의 精神能力(facultés mentales)이 6年前부터 重大하게 惡化되어 더 이상 夫婦 사이에 어떠한 共同生活도 存在하지 아니하고 最大限의 合理的인 豫測에 따라서도 장래에 그 회복이 不可能한 때에도 前條와 같다”는 규정을 듬으로써 破綻主義離婚原因을 채택하고 있다. 프랑스新離婚法<sup>42)</sup>上的 破綻主義原因으로는 一般의 破綻 이외에 精神病에 의한 破綻이 있다.

#### 5) 西 獨

Rome法에서와 마찬가지로 離婚을 民事上의 契約(Scheidung durch Vertrag)<sup>43)</sup>으로 파악했던 獨逸法은 ALR(1791) Nazi婚姻法(1938) 婚姻法(Ehegesetz, 1946) 등에서 有責主義와 함께 破綻主義離婚原因을 併用해 오다가, 1976년에 婚姻法 및 家族法改正을 위한 諸法律(Erstes Gesetz Zur Reform Ehe und Familienrecht vor 14 Jun, 1976)을 制定하였는데, 이 新離婚法 §1565①은, “婚姻이 破탄된 때 離婚을 할 수 있다. 夫婦의 共同生活이 더 이상 存續할 수 없게 되거나 夫婦共同生活의 回復을 기대할 수 없을 때 婚姻은 破綻된 것으로 본다”는 규정(同法§1566는 破綻의 推定, §1567는 別居에 관한 規定)을 듬으로써 破綻主義를 유일한 離婚原因으로 채택<sup>44)</sup>하였다. 한편 同法에서는 長期別居가 있으면 婚姻의 破綻(Scheitern der Ehe)이 있는 것으로 推定함으로써, ① 1年 미만의 別居(§1565②), ② 3年 이상의 別居(§1566②), ③ 5年 이상의 別居(§1568②) 등을 破綻의 基準<sup>45)</sup>으로 삼고 있다. 이 때의 別居라 함은 夫婦 사이에

40) 韓瑋熙(1988), *op. cit.*, 16面 參照.

41) 李京賢譯, “프랑스民法(CODE CIVIL)Ⅲ”, 「大韓辯護士協會誌」, 1985. 5. 80-88面參照.

42) 프랑스離婚法의 詳細에 대하여는

Glendon, *The Fernch Divorce Reform Law of 1976*, 24 *American J. of Comparative Law* 2. 1976; 稱本洋之助, 「フランスの家族法」, 東京大 出版會, 1985. 41-56面; 韓瑋熙, “프랑스 改正離婚法概要”, 「司法行政」, 1978. 3. 6 參照.

43) G. Beitzke, *Familienrecht*, 1974, S. 120; Lehmann, *Deutsches Familienrecht*, 1960, S. 127.

44) Wolf, “Scheidung der Ehe”, *Münchener Kommentar BGB Familienrecht*, 1978, SS. 600-612.

45) 韓瑋熙(1988), *op. cit.*, 19面 參照.

家族共同生活(Häuslich Gemeinschaft)이 없을 뿐 아니라 共同生活의 回復을 拒否하고 있는 상태를 뜻하므로 夫婦가 同一한 婚姻生活居住內에서 別居하는 경우를 포함하게 된다. 한편 夫婦가 婚姻破綻에서 이를 회복하기 위하여 一時的인 同居를 試圖하는 수도 있지만 失敗로 끝날 경우 이러한 一時的인 同居는 離婚原因으로서의 破綻與否를 가리는 基準이 되는 別居期間을 停止 내지 中斷시킬 수는 없다고 한다.<sup>46)</sup>

#### 6) 日 本

1948年 改正民法 §770①은 제1호에서 제4호<sup>47)</sup>까지는 個別的인 離婚原因을 규정하고 있으나, 제5호의 “其他 婚姻을 계속할 수 없는 重大한 事由가 있을 때”라는 抽象的인 離婚原因을 규정함으로써 破綻主義法制를 채택하고 있는 것으로 보인다. 한편 同法 §770②에 의해, 그 歸責事由에 關係없이, 法官에게 부여된 離婚請求棄却의 裁量權濫用을 예방하기 위해, 그 ②項을 制限的으로만 解釋함으로써 破綻主義離婚法의 세계적 추세에 接近하려는 것이 支配的인 傾向<sup>48)</sup>이라고 한다.

#### 7) 蘇 聯

1944年의 「婚姻·家族·後見」에 대한 改正家族法에서는 離婚原因을 규정함이 없이 離婚의 許容與否는 오로지 法官의 裁量에 맡겨졌었으나<sup>49)</sup>, 1968年 改正離婚法 §14(婚姻의 終了)가 “配偶者의 共同生活과 家族의 維持가 不可能하게 된 때”라는 규정을 둠으로써 破綻主義離婚原因을 채택하고 있다.

#### 8) 中 共

1980年 改正離婚法 §26②은, “感情確已破裂”이라는 破綻主義離婚原因을 규정하고 있다.

#### 9) 北 韓

1946年의 「男女平等權에 대한 法令」 §5는, “결혼생활에서 夫婦關係가 곤란하고 夫婦關係를 더 계속할 수 없는 條件이 생길 때에는 女性들도 男子와 同等의 自由離婚의 權利를 가진다”는 규정<sup>50)</sup>을 둠으로써 破綻主義法制를 取하고 있는 것으로 보인다. 한편 婚姻破綻의 存在는 항상 離婚認定의 직접적이고도 적극적인 原因으로 작용하고 있으나, 1956年 內閣決定第24號를 통하여 離婚은, 반드시 재판소의 判決을 거치도록, 制限되고 있다.<sup>51)</sup>

46) 宮井忠夫, “西ドイツ家族法の改正について(上)”, 「シリスト」, 1977. (NO. 639), 106-107面.

47) 제1호: 配偶者가 不貞行爲를 했을 때, 제2호: 配偶者로부터 惡意의 遺棄를 당했을 때, 제3호: 配偶者의 生死가 3年이상 分明하지 아니한 때, 제4호: 配偶者가 強度의 精神病에 걸려서 回復의 可望이 없을 때

48) 「注釋民法: 親族(2)」, 有斐閣, 1965, 300面; 具然昌(1989), *op. cit.*, 326-327面 參照.

49) 韓庫熙, “破綻主義離婚原因의 諸問題”, 「現代民法學의 諸問題」, 博英社, 1981, 724面.

50) 金 辰, “北韓婚姻法概觀”, 「北韓의 法과 法理論」, 慶南大 極東問題研究所, 1988, 378-382面.

51) 崔達坤, “韓國·北韓家族法の 異質性과 同質性”, 「家族法研究」 第3號, 韓國國家法學會, 1989, 202-203面.

#### 다. 民法의 立場

周知하는 바와 같이 裁判上離婚原因에 대한 民法 §840는, 제1호에서 제5호까지는 5個의 具體的 個別的인 離婚原因을 규정하여 有責主義를 標榜하고 있으나 제6호의 “其他 婚姻을 계속하기 어려운 重大한 事由가 있을 때”라는 抽象的 相對的인 離婚原因을 둠으로써 離婚法의 破綻主義的 傾向을 反映하는, 2重構造를 取하고 있다.<sup>52)</sup> 그러므로 民法 §840의 存在的 性格에 대한 見解도 나뉘질 수 밖에 없어, 第1說<sup>53)</sup>은 우리의 裁判上離婚法을 破綻主義에 입각한 것으로 새기고 있고, 第2說<sup>54)</sup>은 오히려 有責主義에 가까운 것으로 보고 있으며, 第3說<sup>55)</sup>은 有責主義와 破綻主義를 併用하고 있는 것으로 理解하기도 한다.

생각컨대 우리의 離婚法이 앞에서 살펴 본 外國의 立法例와 같은 完全한 破綻主義離婚法이 아님은 明白하다. 그러나 제1호에서 5호까지는 絕對的 制限的 離婚原因을 列舉하여 有責主義에 根據하고 있지만 제6호는 離婚原因의 無責的 目的的인 一般條項(General klausel)임이 분명하므로, 民法 §840는 有責主義와 破綻主義의 2重的 結合의 性格을 띠고 있다고 봐야 하며 다만 그 全體的 性格은, 제6호의 地位와 관련해서 볼 때에, 破綻主義를 지향하고 있는 것으로 새김으로써 離婚法의 세계적 動向에 副應하게 될 것이다.

### Ⅲ. 有責配偶者의 離婚請求

#### 1. 問題의 所在

이것은, 이미 앞에서 살펴본 바와 같이, 婚姻關係의 實體가 喪失된 婚姻破綻의 客觀的 事實이 存在하는 限 그러한 原因提供의 配偶者가 離婚請求를 해온 경우에도 이를 許容해야 할 것이냐의 問題로서 破綻主義下에서 또는 有責主義와 破綻主義가 結合되어 있는 경우, 특히 離婚原因이 有責主義에서 破綻主義로 移行하는 過程에서 提起되는 것이다. 그런데 이러한 問題는 民法 §840의 규정과 關聯해서 볼 때에 이른바 “破綻이 있는 곳에 離婚이 있다”는 破綻主義本質에 충실을 期할 수 있으나, 아내면 離婚配偶者(특히 無責인 妻)의 保護를 증시해야 하느냐의 理論的 背景을 부여한다는 點에서 우리 離婚法의 解釋에 있어서도 論議의 實益이 있다. 이제 이 問

52) 具然昌(1989), *op. cit.*, 320面.

53) 李根植, “相對的 離婚原因”, 「法律研究」第3輯, 延世大 法大 法律問題研究所, 1983, 244面.

54) 韓瑋熙(1988), *op. cit.*, 25面; 大法判 1971. 6. 8(71ㄴ18); 大法判 1983. 7. 12(83ㄴ11); 大法判 1986. 3. 25(85ㄴ98); 大法判 1987. 9. 22(87ㄴ8)

題에 대한 主要國家의 立法例를 一瞥해 보고, 學說·判例의 動向을 檢討·分析한 다음에 私見을 피력하기로 한다.

## 2. 立法例

有責配偶者の離婚請求問題에 대한 各國의 立法을 分析해 보면, 明文의 규정을 통하여 이를 否認하는 立法例가 있을 뿐 積極的으로 이를 許容하는 明文의 규정을 두고 있는 立法例는 없는 것 같고 다만 離婚原因에 대한 法制에 비취볼 때 解釋上으로만 이를 허용하는 立法例가 있을 뿐이다.

### 가. 瑞 西

스위스民法 §142②은, “當該 婚姻關係破綻의 責任이 주로 一方 配偶者에게 歸屬되는 경우에는 다른 相對配偶者만이 離婚의 訴를 提起할 수 있다”고 규정함으로써 有責配偶者の 離婚請求를 禁止하고 있다.

ZGB §142②의 規정은, 「①主된 責任있는 原告로부터 詐欺당한 被告는 保護되어야 하고, ②輕率한 婚姻解消를 防止하려는 데 目的이 있으며, ③ 누구든지 自己의 過失로부터 法的利益(Recht Vorteil)을 받을 수 없다」는 法理<sup>56)</sup>의 구체적 反映으로서 公共秩序의 維持를 위해 둔 규정이라기 보다는 오히려 過失없는, 또는 有責性이 적은 配偶者の 保護를 위해(for the protection of the innocent or less guilty spouse) 둔 규정<sup>57)</sup>으로 理解하여야 할 것이다.

한편 破綻에 主된 責任이 있는 者の 離婚請求를 許容하지 않는 ZGB §142②의 責任에 대하여는, ZGB가 協議離婚制度를 두고 있지 않은 데서, 性格上의 差異를 이유로 離婚을 請求하는 경우 또는 被告가 離婚에 同意하는 경우에 學說·判例上 問題가 될 수 있으나 前者의 경우 判例는 否定的 立場을 取하고 있으며 後者の 경우 學說은 有責配偶者の 離婚請求도 許容해야 한다<sup>58)</sup>는 立場을 取하고 있다 한다.

### 나. 西 獨

1946年 西獨婚姻法§48②은, “離婚을 請求한 配偶者가 全혀 또는 主로 婚姻破綻의 責任을 지

55) 金鍾權, “家庭破綻의 法定原因과 그 實態”, 「裁判資料」第12輯, 法院行政處, 1982, 30面; 大法判 1983. 3. 25 (82ㄷ85)

56) X. Lienert, *Die Schuld bei der Ehescheidung nach Schweizerischen Recht*, 1950, SS.100-101.

57) H. Silvig, *Divorce without Fault*, Selected Essays on Family Law, p.129.

58) 中川善之助, “瑞西婚姻法”, 「新比較婚姻法」, 1962, 60-63面.

는 때에는 相對配偶者는 離婚에 대하여 異議를 提起할 수 있으며, 이 異議는 婚姻의 本質과 配偶者雙方의 全 行爲를 正當하게 評價하여 婚姻의 維持가 道德的으로 正當하지 않을 때에는 고려하지 않는다"고 규정함으로써 有責配偶者의 離婚請求를 制限하고 있다.

1976年 改正離婚法 §1568① 後段의, "...婚姻의 維持가 請求人의 利害關係에 비추어 보아도 例外的으로 認定되어야 할 것으로 보이는 때에는 婚姻이 破綻되어 있어도 離婚을 請求할 수 없다"는 규정(苛酷條項; Haerteklausel)은 一見하여 有責配偶者의 離婚請求를 拒否하는 法理의 內在로 볼 수도 있겠지만, 西獨改正離婚法의 破綻主義의 性格에 비추어 離婚當事者의 有責與否에 關係없이 離婚을 請求할 수 있는 것으로 理解되고<sup>59)</sup> 있다.

#### 다. 그리스

1940年 그리스民法 §1442②은, "婚姻關係의 破綻이 現存하여 原告에게 그 婚姻生活을 계속시킬 수 없는 경우, 但 破綻의 責任이 雙方에게 있더라도 전혀 이것을 原告의 責任으로 돌려야 할 경우에 原告는 自己利益을 위하여 離婚의 請求를 할 수 없다"고 규정<sup>60)</sup>함으로써 有責配偶者의 離婚請求를 制限하고 있다.

#### 라. 스웨덴

1974年 스웨덴改正離婚法 §142②은, "심각한 破綻의 責任이 主로 配偶者 一方에게 있는 경우에는 相對配偶者만이 離婚을 請求할 수 있다"고 규정함으로써 有責配偶者의 離婚請求를 排斥하고 있다.

#### 마. 其他

체코슬로바키아民法 §30, 덴마크法(婚姻締結과 解消에 관한 法律)§55, 아일랜드法(婚姻과 離婚에 관한 法律)§63 등은 有責配偶者의 離婚請求를 明文으로 인정하고 있지 않으며<sup>61)</sup> 네델란드法도 "不和가 請求人에게 基因하는 경우 그 離婚請求는 拒絶된다"<sup>62)</sup>고 함으로써 이를 否定하고 있다.

한편 1948年 핀란드改正離婚法은 有責配偶者의 離婚請求를 制限한다는 從來의 규정을 削除하였으<sup>63)</sup>며, 英·美·佛 등 破綻主義 離婚原因을 채택하고 있는 나라에서는 離婚當事者의 有責

59) 韓瑋熙(1988), *op. cit.*, 20面 參照.

60) Boschan, *Europäisches Familienrecht*, 1963, S. 162.

61) 但 이들 나라의 判例는 有責配偶者의 離婚請求를 比較적 넓게 許容하고 있다 한다.

門坂正人(1980), *op. cit.*, 143面.

62) 野村豊弘(1980), *op. cit.*, 154-158面; 韓秀子(1984), *op. cit.*, 71面 參照.

63) 門坂正人(1980), *op. cit.*, 143面.

與否에 관계없이 離婚을 許容하여 當事者를 不幸한 婚姻의 굴레에서 벗어나도록 하려는 것이 有責配偶者の 離婚請求에 대한 世界的 動向이라고 할 수 있다.<sup>64</sup>

### 3. 學 說

婚姻關係의 破綻을 離婚의 唯一한 原因으로 새기게 되는 破綻主義 離婚法에 있어서는 夫婦의 生活共同體(Lebensgemeinschaft der Ehe)가 회복할 수 없을 정도로 破綻되어 있기만 하면, 그 破綻에 대한 當事者의 有責與否에 關係없이, 配偶者 一方으로부터의 離婚請求는 당연히 許容되어야 할 것이다. 그러나 이러한 原則을 그대로 貫徹시켜 나간다면 어떤 경우에는 不當한 逐出離婚을 초래케 되어 無責配偶者の 保護라든가, 有責配偶者에 대한 非難이라는 또 다른 問題가 提起될 수도 있다. 이러한 點에서 볼 때 有責配偶者の 離婚請求問題는 破綻主義離婚原因의 制約(制限)에 관한 問題로 理解할 수 있다.

民法840條6號와 관련하여 有責配偶者の 離婚請求 許容與否에 대한 明文의 규정을 두고 있지 않는 民法의 解釋論으로서 學者들의 見解를 보면, 이를 許容해야 한다는 第1說(積極說), 이를 完全히 排斥해야 한다는 第2說(消極說), 積極說의 立場을 取하면서도 權利濫用의 法理에 의해 이를 制限하여야 한다는 第3說(制限的 積極說), 消極說의 立場을 取하면서도 例外的인 경우에 이를 許容해야 한다는 第4說(制限的 消極說) 등<sup>65</sup>이 있다. 이제 이에 대한 우리나라와 日本의 主要한 學說을 살펴보기로 한다.

#### 가. 第1說(積極說)<sup>66</sup>

##### 1) 內 容

婚姻關係의 破綻이라는 客觀的 事實이 存在하는 限 有責配偶者の 離婚請求라 하더라도 許容하여야 한다는 立場이다.

제1의 見解<sup>67</sup>: 破綻主義 離婚原因을 取하고 있음이 明文한 우리 離婚法下에서는 그 理念을 살려 婚姻이 破綻되었을 때는 破綻(責任)의 有無를 묻지 않고 離婚을 宣言해 주는 것이 옳다는

64) 韓瑋熙(1988), *op. cit.*, 20面 參照.

65) 本來 破綻主義에는 積極的 破綻主義와 消極的 破綻主義가 있는데 보통 前者를 積極說, 後者를 消極說이라고 한다.

高橋忠次郎, *op. cit.*, 190-193面; 米倉 明(1987), *op. cit.*, 38面 參照.

66) 鄭範錫·中川 淳·高梨公之·田村精一·米倉 明·田中 實 教授, 姜永虎判事의 見解와 같은 少數說임

67) 姜永虎, “有責配偶者の 離婚請求”, 也松 金鳴洙 教授 華甲紀念論文「現代家族法과 家族政策」, 三英社, 1988, 194面.

것이다. ……裁判離婚에 있어서 破綻主義를 取하면서도 有責配偶者의 離婚請求를 拒否하는 것은 우리 離婚法이 너무나 極과 極으로 치우치는 것이 아닌가 하는 疑心을 갖게 하며, 더우기 婚姻이 破綻된 後에 夫婦生活의 實體를 갖추고 있는 事實婚의 善良한 當事者와 그 家族들의 保護를 위해서도 破綻主義는 적극적으로 適用되어야 한다.

·제2의 見解<sup>68)</sup>: 婚姻을 계속하기 어려운 重大한 事由가 있을 때 當事者는 法院에 離婚을 請求할 수 있다는 것이 民法 840條6號의 규정이므로, 破綻된 家庭이면 無責當事者는 물론 有責當事者도 離婚請求를 할 수 있다는 것이 本條文의 취지이다. ……婚姻의 實質을 잃고 形骸化한 婚姻을 法の 強制에 의해 계속시키는 것은 오히려 個人의 人格尊重을 基調로 하는 婚姻의 倫理性에 反하게 되고 協議離婚마저 認定하면서 他方으로 婚姻의 계속를 強制하는 것은 婚姻法의 内部에 있어서도 均衡을 잃게하는 것이므로 夫婦共同生活이 破綻되어 이른바 外緣化된 婚姻일 때에는 有責當事者의 離婚請求도 許容되어야 한다.

제3의 見解<sup>69)</sup>: 婚姻關係의 客觀的 破綻이 있다고 인정되면 그 事實은 身分法에 있어서의 事實先行的 性格으로 보아 당연히 法的 評價의 對象이 되어야만 하고 事實을 權利에까지 끌어올릴 수 있다고 생각함이 좋다. ……국가는 健全한 기능을 다하고 있는 實質的인 婚姻關係를 保護할 利益이 있지만, 形式的으로 維持할 수 있는데 불과한 이름만의 婚姻關係를 보호한다는 것은 전혀 무의미한 것이라고 말하지 않을 수 없다.

제4의 見解<sup>70)</sup>: 파탄된 것을 파탄된 것으로 인정하고 그렇게 인정하는 가운데 個人의 尊嚴과 幸福이 더욱 더 實現된다고 생각하는 立場을 取하고 있는 파탄주의하에서 단순히 婚姻破綻의 事實을 事實대로 인정하여 줄 것을 바라는 離婚判決을 請求하는 것은 그것이 有責者에 의해 시도되든지 無責者에 의해 行하여지든지 똑 같이 그 自體가 正當하고 倫理的인 것이 된다.

제5의 見解<sup>71)</sup>: 米倉明 教授에 의하면, “우리나라 法體系가 認定하는 法定의 婚姻觀은 憲法 §24②에 근거한 愛情本位에 基礎하고 있으므로, 애정이 없는 婚姻을 持續하는 것은 혼인에 대한 모독이고 配偶者 一方의 立場에서 볼 때 자신은 애정을 가지고 있더라도 이미 相對配偶者쪽이 그렇지 않다고 한다면, 그 原因을 캐내 비난해 보아도, 어쩔 道理가 없는 것이다. ……언제까지나 머뭇거리며 無意味한 關係를 계속하는 것은 어린애 장난이고 理性을 갖춘 어른이 할 일은 아니다”고 함으로써 가장 明瞭하게 積極說을 지지하고 있다.

68) 鄭範錫, “有責當事者의 離婚請求에 관한 小考(下)”, 「司法行政」, 韓國司法行政學會, 1985. 10, 50-56面; ———, “有責當事者의 離婚請求”, 「判例評釋」, 154面.

69) 中川 淳, “離婚請求權의 濫用”, 「末川 博 古稀記念論文集 刊行委員會編 所收」, 47-48面, ———, “有責配偶者離婚訴訟의 動向②”, 「法律의 ひろ ば」 42, 1989. 5, 43-45面; ———, “有責配偶者의 離婚請求를 ぬぐる 一考察”, 「民商法雜誌」, 39卷 4·5·6合併號, 594面 以下

70) 高梨公之, 「日本婚姻法論」, 有斐閣, 1957, 205面.

71) 鈴木祿彌·鈴木ノシヨ(1988), *op. cit.*, 40, 2-18面 參照.

2) 理論的 根據<sup>72)</sup>

身分法의 事實先行的 原則으로 보아 婚姻關係의 客觀的 破綻이라는 事實이 先行하는 이상 이것은 당연히 法的 評價의 對象이 되어야 하며, 더우기 近代法上의 婚姻은 自由로운 意思의 尊重을 基調로 하고 있으므로 婚姻繼續의 意思를 喪失한 當事者에게 婚姻의 계속을 強制하는 것은 反道德的일 뿐 아니라 協議離婚마저 인정하면서 有責者의 離婚請求를 不許하는 것은 現代離婚法의 추세인 破綻主義에 逆行하는 것으로서 離婚法内部에 있어서도 均衡을 잃게 된다는 것이다. 또한 離婚法進化의 頂點에 있는 破綻主義를 導入해 놓고도 有責主義의 解釋으로써 이를 制限하는 것은 不當하며(破綻主義의 破綻이 되기 때문이다), 離婚法도 國家法의 一種인데 形骸化한 婚姻을 계속시키게 된다면 오히려 事實婚을 증가시키고 子의 幸福을 빼앗는 結果가 되어 國家利益과의 關係에서 볼 때 妥當하지 않을 뿐 아니라, 婚姻關係의 破綻이라는 客觀的 事實의 認定에 慎重을 期하고 相對方인 無責配偶者에게 慰藉料支給과 扶養에 萬全을 期한다면 消極說이 우러하는 바와 같은 逐出離婚의 不當한 結果는 초래하지 않게 된다는 것이다.

나. 第2說(消極說)<sup>73)</sup>

## 1) 內 容

有責配偶者の 離婚請求權을 全的으로 排斥하여야 한다는 立場이다.

제1의 見解<sup>74)</sup> : 自己 스스로 原因을 造成하고 이를 이유로 離婚請求를 하는 것은 離婚의 自由를 逸脫한 離婚의 放縱이며, 婚姻의 永續性을 뒷받침하는 法的 理念을 無視한 것으로서 法은 이를 保護할 필요가 없다. 따라서 有責配偶者の 恣意的 離婚請求를 認容하는 것은 社會正義와 衡平의 원칙에 反하여, 法이 惡을 造成하고 不正義에 가담하는 結果가 될 뿐 아니라, 一般人에게 婚姻은 어떤 경우에도 임의로 解消할 수 있다는 認識을 증으로써, 婚姻秩序의 혼란을 초래하고 婚姻制度 자체를 위태롭게 하여 離婚이라는 社會的 病理은 助長될 것이다. 이러한 理由에서 有責配偶者の 離婚請求를 棄却하여야 한다.

제2의 見解<sup>75)</sup> : 婚姻生活의 男女의 本質的 平等에 입각하여 相互間에 愛情과 理解로 結合되어 서로 協力하여 維持하여 가지 않으면 안되며 長期間의 婚姻生活 중에 때로는 意思의 疏通이

72) 朴秉濂(1975), *op. cit.*, 204面; 朴泰浩, “有責配偶者の 離婚請求”, 「法曹」, 1987. 11, 97面; 宋基弘, “離婚原因에 관하여, 裁判資料 第18輯 「家庭法院事件의 諸問題」, 法院行政處, 1983, 353面; 韓瑋熙(1964), *op. cit.*, 48面 등 參照.

73) 李兌榮·鄭光鉉博士, 日本의 中川善之助·我妻 榮·太田武男·柚木 馨·谷口知平教授 등의 見解임

74) 李兌榮, “有責配偶者の 離婚請求問題”, 「韓國離婚研究」, 梨大出版部, 1968, 302-303面.

75) 鄭光鉉, 「韓國家族法研究」, 서울大學校出版部, 1967, 801面.

없어 서로 不滿을 느끼는 일도 있겠으나 이러한 事態에 직면할 때에는 相互 그 장애를 극복하려고 최선의 努力을 다해야 할 것이며, 일시 夫婦의 和合을 缺한 일이 있어도 配偶者의 一方은 다른 데 異性을 구하여 夫婦關係가 有名無實하게 되더라도 자기가 초래한 결과이며 이를 理由로 離婚을 請求할 수 없다고 하지 않으면 안된다. 우리나라와 같이 配偶者에 대한 財產分與請求權을 인정치 않는 民法下에서는 離婚 後에 配偶者의 生活問題를 고려하여 有責配偶者의 離婚請求를 거부하는 것은 한층 意義가 있다.

제3의 見解<sup>76)</sup> : 스스로 婚姻을 破綻시켜 놓고 그것을 理由로 離婚을 청구할 수 있다고 한다면 夫로부터의 逐出離婚을 인정하는 결과가 되기 쉬운 것은 明白하다. 그리하여 이러한 現實이 支持되면서 國民의 倫理觀念이 反撥하리라는 것도 무시할 수 없다. 一般破綻主義는 現實을 無視하고 倫理觀念에 항거하면서까지 強制되어야 할 것은 아니다.

제4의 見解<sup>77)</sup> : 法은 일반적으로 平和의인 秩序의 維持를 理念으로 하고 있다. 따라서 權利는 社會生活속에서 社會的 倫理觀과 關聯하여 인정되어야 할 相對的인 것이다. ……스스로가 초래한 婚姻關係의 破綻을 이유로 하는 有責當事者로부터의 離婚請求는 高度로 破綻主義的인 離婚法下에서도 우리의 社會的 倫理觀(婚姻의 倫理觀)내지 公序良俗에 違反하는 것으로서 許容되어서는 안된다고 생각한다.

## 2) 理論的 根據<sup>78)</sup>

婚姻은 항상 노력과 忍耐으로써만 成果를 거둘 수 있으며 여기에 婚姻의 道德性이 있다고 할 수 있는데 婚姻의 破綻을 自招한 者에게 法이 援助의 손을 건네주어 離婚請求를 認容하게 된다면 이는 婚姻制度의 道德性과 倫理性에 反하게 되고 衡平의 原則(clean Hands의 原則)에도 벗어 나게 된다. 有責配偶者의 離婚請求를 認容하는 것은 一方에 의한 離婚(單意離婚) 내지는 逐出離婚을 許容하는 結果가 되고 弱者保護라는 法理念에도 反하게 된다. 뿐만 아니라 社會一般人으로 하여금 婚姻은 어떤 경우에도 임의로 解消할 수 있다는 認識을 줌으로써 혼인질서의 混亂을 초래하고 婚姻制度自體를 위태롭게 하여 離婚이라는 社會的 病理는 助長될 것이므로 離婚을 억제 위해서도 有責者의 離婚請求는 排斥해야 한다. 離婚女에 대한 社會的 認識이 좋지 않고 또한 離婚에 따르는 財產分與나 慰籍料支給이 充分치 못한 우리 社會의 實情을 고려할 때 비록 外緣化한 婚姻關係라 하더라도 이를 存續시킴으로써 夫婦로서의 扶養請求權 其他 相續權 등의 權利를 갖게하여 形式上으로나마 정상적인 婚姻關係를 維持시키게 할 利益이 있다는 것이다.

76) 我妻 榮, 「親族法」, 有斐閣, 1966, 686面.

77) 太田武男, 「家族法研究」, 有斐閣, 1961, 137面.

78) 朴秉濠(1975), *op. cit.*, 203-204面; 朴泰浩(1987), *op. cit.*, 97-98面; 宋基弘(1983), *op. cit.*, 353面 등 參照.

다. 第3說(制限的 積極說)<sup>79)</sup>

## 1) 內 容

원칙적으로 積極說의 立場에 서면서도 權利濫用의 法理에 의해 有責配偶者の 離婚請求를 制限해야 한다는 立場이다.

제1의 見解<sup>80)</sup>: 實質을 잃어 버리고 形式化된 婚姻을 法の 強制에 의해 維持한다는 것은 個人의 人格을 기틀로 하는 婚姻의 倫理性에 反하기 때문에 民法 840條6號에 의한 離婚原因을 규정함으로써 破綻主義에 接近하게 된 現行 民法에 있어서는 有責配偶者の 離婚請求를 그 有責性의 理由로써 排斥한다는 것은 不當하고 離婚原因으로서 이른바 婚姻을 계속하기 어려운 重大한 事由가 存在하는 限 婚姻의 各當事者는 離婚請求權을 取得한다고 보아야 한다. 다만 離婚請求權의 行使가 婚姻의 倫理性에 依支하는 信義則 또는 社會秩序에 違反하는 경우에 限하여 그 離婚請求權의 行使는 權利濫用의 法理에 의해 制限되는데 지나지 않는 것으로 解釋하여야 한다.

제2의 見解<sup>81)</sup>: 婚姻의 本質이나 身分行爲의 事實先行의 性格으로 보아 破綻主義下에서는 有責配偶者の 離婚請求를 許容하는 婚姻法上의 理想으로서 원칙적으로는 積極說이 妥當하다고 前提한 뒤, ……有責配偶者の 離婚請求라고 하여 모든 경우를 一律적으로 排斥하는 것은 오히려 衡平의 理念과 矛盾되는 경우가 있을 것이며 相對方의 離婚權의 濫用이라는 것도 생각할 수 있는 것이므로 妥當치 않다. 따라서 相對方配偶者の 離婚意思의 有無, 相互有責時의 有責性의 程度 등 구체적 事案에 따라 許容하여도 무방하다는 것이다. 또한 大法院 判決은 有責配偶者の 離婚請求排斥의 法理를 비교적 容易하게 적용하여 離婚請求를 棄却하는 것 같은 느낌을 주는데, 婚姻關係가 이미 破綻되고 있는데 離婚을 거부해 보았자 婚姻의 回復이 可能한 것은 아니므로, 이러한 請求權拒否의 法理適用은 될 수 있는 대로 엄격히 좁혀야 할 것이다.

## 2) 理論的 根據

基本的으로는 積極說의 立場과 同一하다. 다만 有責配偶者로부터의 離婚請求權의 行使가 婚姻의 倫理性이나 信義則 또는 社會秩序에 違反하는 경우에는 權利濫用의 法理에 의해 制限된다는 것이다.

79) 金容漢·金囁洙 教授 등의 見解로서 少數說임.

80) 金容漢, “不貞한 行爲의 解釋”, 「法曹」第12卷3號, 1963. 3, 76面.

81) 金囁洙, 「親族·相續法」第3全訂版, 法文社, 1989, 198-199面; ———, 「韓國婚姻法研究」, 法文社, 1969, 302面.

라. 第4說(制限的 消極說)<sup>82)</sup>

## 1) 內 容

有責配偶者의 離婚請求를 원칙적으로 排斥하나 例外的으로 이를 認容해야 한다는 立場이다 (消極說의 立場에 서면서 이를 다시 制限한 見解라고 할 수 있다).

제1의 見解<sup>83)</sup> : 아무리 離婚의 自由가 許容된다고 하더라도 婚姻의 道義性이나 社會通念에 비추어 有責配偶者에게 離婚을 許容할 수는 없다. 왜냐하면, 우리의 現實이 有責配偶者가 男子인 경우가 많기 때문에 만약 有責配偶者의 離婚請求를 인정한다면 事實上 逐出離婚을 合法化시키는 것이고 이로 말미암아 離婚當한 妻의 生活保障과 子女의 保護가 保障되고 있지 않은 까닭이다. 그러나 다만 被請求人에게도 離婚意思가 있고 그 離婚意思가 反訴로써 表示된 경우, 表面上으로는 離婚을 거부하나 실제로는 婚姻關係를 계속할 意思가 없다고 볼 수 있는 경우 등에 있어서는 有責者인 請求人의 離婚請求는 인정된다고 보아야 한다.

제2의 見解<sup>84)</sup> : 文化的, 社會的, 經濟的인 環境이 有責主義를 바탕으로 하고 있는 우리나라에서는 民法制定 당시에 破綻主義를 가미함으로써 有責主義와 破綻主義가 결합된 離婚法體制를 정착시킨 것이다. 따라서 民法制定 후 지금까지 有責配偶者의 離婚請求에 관하여 消極說 내지는 消極說의 制限說이 支配的인 것은 지극히 당연한 결과인 것 같다. 그런데 民法制定 後 30년이 가까워 오면서 우리는 사회적 경제적 환경의 變化를 겪고 있다. 우리나라에서는 이제야 겨우 制限說이 적용될 수 있는 여건이 조성된 것으로 보인다. 따라서 制限說에 찬성하되, 다만 有責配偶者의 離婚請求를 許容하는 例外的 解釋은 慎重을 期하도록 하여야 할 것이다.

제3의 見解<sup>85)</sup> : 全的인 有責配偶者의 離婚請求는 허용하지 않아야 한다는 것은 最小限의 倫理로서, 多數學說과 判例가 이러한 見解를 취하고 있는데 대하여는 찬성한다. ……그러나 妻의 경우에도 名分과 慰籍料 때문에 離婚에 不應하는 경우가 많은데, 이미 破綻된 婚姻을 法律上으로 묶어둔다면 그로 因한 피해 또한 적지 않을 것으로 보인다. 이와 관련한 民法上의 制度的 保障이 검토되어야 하리라 생각된다. 有責配偶者라 하여 離婚請求權을 허용치 아니함은 破綻主義를 유명무실하게 만들 우려가 있기 때문에 우리 大法院은 有責配偶者의 離婚請求權 許容範圍를 점차 넓혀 온 것으로 解釋하여도 좋을 것으로 생각되고 이러한 態度에는 찬성한다.

제4의 見解<sup>86)</sup> : 婚姻關係가 이미 破綻되고 있는데 離婚을 거부한다고 해서 婚姻의 復元이 可

82) 高貞明·具然昌·朴秉濠·李根植·林正平·張庚鶴·韓瑋熙教授, 朴政緒判事 및 金光年辯護士의 見解와 같은 多數說인.

83) 高貞明, 「韓國家族法」, 敎文社, 1980, 162面.

84) 具然昌(1989), *op. cit.*, 331面.

85) 金光年, “有責配偶者의 離婚請求權”, 「綜合法律新報」, 1989. 3. 27, 8面.

86) 朴秉濠(1975), *op. cit.*, 204面.

能해지는 것은 아니므로 排斥의 法理는 엄격히 適用하여 다음과 같은 要件이 充足된 경우에는 離婚을 許容하는 것이 바람직하다. 첫째, 協議離婚과의 關係에서 보아 被告配偶者에게도 離婚意思가 있을 때에는 原告가 有責이라고 해서 離婚을 거부할 理由가 없다. 둘째, 原告의 有責의 行爲가 婚姻破綻의 主된 原因이 아닌 때에는 離婚을 認容하는 것이 좋다. 셋째, 夫婦關係는 相互의 인 것이어서 破綻의 責任도 多少間에 兩者에게 있는 것이 보통이므로 原告의 責任이 被告의 責任보다 크지 않을 때, 同程度의 責任이 있을 때는 離婚請求를 認容해도 좋다. 原告가 主로 有責이라고 할 수 있기 위해서는, 原告의 責任이 被告의 責任에 비해서 클 뿐만 아니라 破綻을 가져 오게 한 다른 客觀的 事情과 비교하더라도 커야 하며 그렇지 않다면 離婚請求를 認容해도 좋다.

제5의 見解<sup>87)</sup>: 有責配偶者の 離婚請求는 원칙적으로 否認하되, 다만 配偶者 雙方에게 같은 정도의 責任이 있다던가, 相對方 配偶者에게 오히려 더 큰 責任이 認定될 경우엔 예외적으로 이를 認定하고, 또한 相對 配偶者에게 責任이 없다 하더라도, 그 相對方도 離婚을 희망하고 있음이 反訴 등으로 表示된 경우는 물론 그렇지 않은 경우라도, 相對方도 그 眞意는 婚姻의 계속을 희망하지 않으면서도, 다만 意志的인 反撥이나 反感 등에서 離婚에 同意하고 있지 않을 뿐이란 事實이 명백히 看取될 때에는 有責配偶者の 請求를 들어 實際적으로 不當한 것은 없다고 본다.

제6의 見解<sup>88)</sup>: 婚姻關係의 破綻에 관하여 主로 全的인 責任이 있는 者에게는 離婚請求를 인정할 수 없다고 보는 것이 社會實情에도 맞고 公平의 原則에 비추어 타당하다고 할 수 있다. 왜냐하면, 婚姻을 스스로 破綻시킨 全的인 責任이 있는 者에게 혼인의 과탄을 이유로 하는 이혼청구를 인정하는 것은 公平의 原則에서 벗어나 不合理하고 또 우리의 倫理觀念에도 부합하지 않기 때문이다. 그러나 相對的 離婚原因을 규정한 입법취지에서 볼 때, 一方에게 婚姻破綻의 責任이 있더라도 他方에게 보다 더 큰 責任이 있는 경우에는 비교적 責任이 적은 者로 부터의 離婚請求는 인정하여야 할 것이다. ……한편 婚姻關係가 이미 破綻되고 있는데 離婚을 인정하지 않는 것도 問題가 되지 않을 수 없으므로 有責配偶者の 離婚請求를 排斥하는데 있어서는 慎重을 期하지 않으면 안될 것이다.

제7의 見解<sup>89)</sup>: 有責配偶者の 離婚請求에는 破綻主義를 制限할 것을 要求하는 사람이 아직도 적지 않다. 配偶者 一方이 愛情을 잃고 갈라지려고 할 경우에 離婚을 인정하게 된다면 그것은 婚姻制度 자체의 自殺이 될 뿐이다. 따라서 現段階에 있어서 不貞行爲를 한 配偶者側에서 제기한 離婚이 인정되기 위해서는, 不貞行爲 이전에 결혼생활이 송두리채 破綻되었다는 事實이 인정될

87) 朴政緒, “破綻主義離婚原因과 有責配偶者の 離婚請求問題”, 「司法論集」第3輯, 法院行政處, 1972, 164面.

88) 李根植(1983), *op. cit.*, 252-254面.

89) 張庚鶴, “有責配偶者と 破綻主義”, 「法政」No. 156, 1963. 6, 57面.

때에 限해야 할 것이다. 그 外의 경우에는 극히 엄격한 태도로 나서지 않는 限 그릇된 判斷이 내리게 될 可能性이 충분히 있다.

제8의 見解<sup>90)</sup>: 우리나라의 現實, 특히 女性의 地位가 낮고 離婚 後의 諸制度가 미흡한 現實論에 맞추어 아직 積極說이 一般化하기에는 시기상조라고 할 수 있지만, 家庭 社會의 各分野에서 男女의 平等이 實現되고 傳統的인 價値觀이 變化될 때 반드시 有責配偶者의 相對方이 妻인 오늘의 現實이 계속된다고 보지는 않는다. 그러므로 離婚時 財產分割制度和 離婚 後 扶養問題, 특히 未成年인 子女의 養育權 및 親權制度의 改正 등을 實現하여 名實共히 男女平等이 이루어질 때까지 過渡期的으로 現實論에 입각한 制限的 또는 例外的 消極說에 따르는데 그쳐야 할 것이라 생각한다.

제9의 見解<sup>91)</sup>: 아직도 有責配偶者의 離婚請求問題는 婚姻의 倫理性和 道義性에 根據를 두고 否定的인 方向에서 생각하고 있는 것 같다. 우리의 婚姻風土나 判例에 나타난 實像을 통해서 볼 때에 有責配偶者의 大部分이 男性이고 그것도 蓄妾의 경우가 많은 것으로 보아 이러한 離婚을 許容케 되면 조강지처를 내쫓는 逐出離婚의 위험성이 있기 때문에 有責配偶者의 離婚請求는 原則적으로 否認하고 있는 것이다. 그러나 婚姻의 倫理性和 道義性을 지나치게 強調하여 전적으로 有責配偶者의 離婚請求를 否認하는 것은 破綻된 婚姻의 實情에 反하는 것이고, 別居期間이 오래 계속되는 등 도저히 원만한 夫婦로서의 回復이 不可能하다고 判斷될 때에는 이러한 不幸한 婚姻을 계속시키느니 보다는 婚姻의 解消를 容認하여 새로운 삶을 找도록 하는 것이 破綻主義 離婚原因의 취지에도 맞는 것이라고 생각한다.

## 2) 理論的 根據

基本的으로는 消極說의 立場과 同一하다. 요컨대 社會現實에서의 婚姻關係破綻의 實像과 法現實을 고려해 볼 때 有責配偶者의 離婚請求를 否認하는 것은 妥當한 것이나, 無責配偶者에게 離婚意思가 있거나 反訴를 제기해 오는 경우, 이미 다른 原因에 의해 婚姻이 破綻되어 있는 경우 등에 있어서는 비록 請求人에게 有責的 行爲가 있어도 離婚請求를 棄却해서는 안된다는 것이다.<sup>92)</sup>

또한 責任의 輕重을 따져서 비교적 輕한 責任이 있는 者의 離婚請求라든가, 雙方에게 같은 정도의 責任이 있는 경우에는 雙方 모두에게 離婚請求를 許容해야 하며, 長期間의 別居期間의 계속으로 夫婦로서의 回復可能이 不可한 것으로 判斷될 때에도 마찬가지라는 것이다.

90) 車明姬(1982), *op. cit.*, 34面.

91) 韓瑛熙(1988), *op. cit.*, 25-26面.

92) 拙稿(1987), *op. cit.*, 331面.

## 4. 判例의 動向

明文의 規定이 없는 民法下에 있어서 有責配偶者の 離婚請求權을 許容할 것이나 하는 問題는 궁극적으로 法院의 判決에 의존된다고 할 수 있다.

우리나라 判例의 경우 일찌기 朝鮮高等法院 1921. 2. 26 判決<sup>93)</sup>이 有責配偶者の 離婚請求를 許容한 例가 있었으나, 大法院은 1965. 9. 21[65므37]의 leading 判決이 있는 후 이를 排斥하는 一貫된 立場<sup>94)</sup>을 堅持해 오다가, 1986. 3. 25(85므85)의 判決에서부터 制限된 범위에서나마 有責配偶者の 離婚請求를 許容하고 있다.

日本判例의 경우 最高裁判所 1945. 12. 14의 判決, 1952. 2. 19의 判決<sup>95)</sup>이 이를 排斥한 後 이러한 消極的 態度는 견지되어져 오다가 長野地法 1970. 12. 27 判決<sup>96)</sup>이 有責配偶者の 離婚請求를 허용하였으며, 最高裁判所도 1971. 5. 21의 判決<sup>97)</sup>을 통해 이를 許容하기 시작하였다.

이제 有責配偶者の 離婚請求權 許容與否에 대한 우리나라(大法院)와 日本(最高裁判所)의 主要한 判例를 吟味해 보기로 한다.

## 가. 消極說的 立場의 判決[有責事由의 類型化]

有責配偶者の 離婚請求를 否定하는 大法院判例들을 分析해 보면, 有責의 事由로는 대부분 ① 蓄妾行爲·他女와의 同居내지 不貞行爲, ② 妻에게 不當한 待遇를 한 경우, ③ 惡意의 遺棄, ④ 複數의 事由가 結合되어 있는 경우 등의 4가지로 그 原因을 類型化할 수가 있다. 또한 有責配偶者の 離婚請求를 한 者는 全部 夫<sup>98)</sup>라는 共通點을 갖고 있다.

93) 朝鮮高等法院判決要旨集(司法協會發行, 1943年版), 318面; 朝鮮高等法院 判決錄 8卷 669面이하 參照.

94) 下級審判決도 大法院의 消極的 立場에 따르는 것이 많으나, 반대로 有責配偶者の 離婚請求를 허용하는 判決도 있다.

예컨대 서울家法判 1965. 7. 13[65드335], 서울高法判 1965. 11. 25[65르47], 서울家法判 1983. 5. 24[82드4881], 同 1984. 6. 28[84드1012], 同 1986. 9. 30[85드8318] 등

95) 情婦를 둔 夫의 請求는 “不道德·恣意”라는 이유로 이를 否定하였다. 民集 6卷 2號, 110面.

96) 相對方(妻)이 의지와 중오만에 의해 이혼을 거부하고 있는 것은 妻의 身分權의 濫用으로서 妻와 同居하고 그 사이에 子息을 둔 夫의 이혼청구를 인정하였다. 判夕 115號, 96面; 島津一郎, 相互 有責의 法理に代わるもの, 1533-1534面

97) 男便이 家出 別居 후에 남편이 他女와 동거해도 남편의 행위와 혼인과탄과의 인과관계는 없다고 하여 男便의 이혼청구를 인정하였다.

民集 25卷3號, 408面; *Ibid.*, p. 1535.

98) 다만 大法院 1987. 12. 8 [87드44. 45]의 경우에는 有責者인 請求人은 妻이다.

## 1) 蓄妾·他女와의同居 내지 不貞行爲를 原因으로 하여 破綻된 경우

(가) 大法院 1965. 9. 21 [65므37]<sup>99)</sup>

請求人(夫)과 被請求人(妻)은 夫婦로서 同居해 오다가 처가 난관폐쇄증으로 임신을 하지 못하게 되자 서로 別居하기로 合意하고 請求人이 他女와 同居하는 것을 被請求人이 묵인하였다. 한편 被請求人은 夫가 축첩공무원이라는 것을 투서함으로써 夫는 권고사직케 되었고, 이에 夫는 民法840條6號의 혼인을 계속하기 어려운 중대한 事由에 해당한다고 하여 離婚을 請求한 事案에 대하여, 大法院은 청구인의 축첩생활에 기인한 애정의 냉각이 있다 하여 蓄妾을 한 청구인이 애정의 냉각을 이유로 裁判上離婚을 주장할 수 없다고 判示하였다.

(나) 大法院 1966. 6. 28 [66므9]<sup>100)</sup>

청구인(夫)이 이웃에 살고 있는 과부와 不義의 關係를 맺고 피청구인(妻)을 遺棄하여 서울로 도피·別居함으로써 困한 가정파탄이 있은 후 청구인과 피청구인 사이에 離婚할 것을 合意했으나 이혼제가 서류상의 미비로 반려된 후 14年間に 걸쳐 아무런 措置도 취하지 않고 있다가 離婚에 관한 調停申請을 하였고, 그러나 현재 피청구인이 청구인과 협의이혼할 의사가 없음이 명백하므로, 청구인과 피청구인이 더 이상 혼인을 계속키 어려운 상태에 있다 하더라도 이는 오로지 청구인에게 原因과 責任이 있으므로 청구인의 이혼청구는 받아들일 수 없다고 判示하였다.

(다) 大法院 1967. 6. 27 [67므12]<sup>101)</sup>

청구인(夫)의 축첩과 같은 原因行爲가 있어서 혼인이 파탄되어 夫婦關係가 지속되기를 기대할 수 없는 상태에 있다고 하여도 그 責任은 청구인에게 있으므로 청구인의 이혼청구는 허용할 수 없다.

(라) 大法院 1969. 3. 4 [69므1]<sup>102)</sup>

청구인(夫)이 妾을 맞아들여 그女와 동거함으로써 피청구인(妻)과 多年間 別居해온 경우에는 오로지 子女의 養育에 專心하면서 살아온 피청구인을 단순히 청구인과 피청구인 사이에 애정이 없단거나, 또는 多年間 別居生活을 해왔다는 사실만으로는 이것이 民法 제840條6號에서 말하는 기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 事由에 해당하지 않음은 물론 피청구인이 혼인관계의 存續을 주장하는 것이 權利濫用이 되는 것은 아니라고 하여 청구인의 裁判上離婚請求를 棄却하였다.

(마) 大法院 1971. 3. 23 [70므41]<sup>103)</sup>

청구인(夫)이 女女子와 情交 내지 同居關係를 맺음으로써 婚姻生活에 破綻을 야기하였고 따

99) 具然昌(1989), *op. cit.*, 332面.

100) 朴秉濠(1975), *op. cit.*, 207-208面.

101) 大法院判例編纂會, 「大法院判例(Ⅰ)」, 法典出版社, 1985, 521面.

102) 朴秉濠(1975), *op. cit.*, 209-210面.

103) 大法院判例編纂會(1985), *op. cit.*, 521面.

라서 婚姻을 계속할 수 없는 중대한 事由의 존재를 이유로 한 離婚審判請求에 있어서, 혼인파탄을 초래한 者가 그것을 이유로 이혼을 청구한 경우에 이를 인정한다면 그것은 不法을 行한 사람에게 離婚請求權을 인정하는 不當한 결과가 되어 憲法이 保障하는 婚姻의 純潔과 當事者의 貞節을 기대할 수 없다는 이유로 有責配偶者인 請求人이 재판상이혼을 청구할 수는 없다고 判示함으로써 有責配偶者의 離婚請求排斥의 理論的 根據(혼인의 순결보장과 혼인 당사자의 정결보호)를 提示해 주고 있다.

(바) 大法判 1984. 7. 10 [84므7]<sup>104)</sup>

婚姻法上 有責配偶者는 離婚審判을 請求할 수 없는 것이므로, 청구인(夫)의 姦通이 本意 아닌 一時的 失手에 의한 것이라 하더라도 婚姻關係의 破綻 또는 不和가 그 간통사실에 연유하는 것이라면 청구인이 有責配偶者가 되는 것이고 따라서 청구인은 離婚審判을 청구할 수 없다.

(사) 大法判 1986. 2. 25 [85므79]<sup>105)</sup>

청구인(夫)과 피청구인(妻)의 婚姻은 離婚合意와 慰藉料支給, 別居繼續 등으로 회복하기 어려운 상태에 이르렀다 할 것이나 그 理由는 청구인의 不貞行爲 등 不誠實한 태도에서 연유된 것이므로 婚姻의 破綻에 원인을 준 有責配偶者인 청구인의 이혼청구는 허용될 수 없다고 判示하였다.

(아) 大法判 1986. 3. 25 [85므98]<sup>106)</sup>

청구인(夫)이 職場關係로 單身 서울에 올라와 請求外 Y女와 內緣關係를 맺어 同居함으로써 청구인과 피청구인(妻) 사이의 혼인관계가 破綻에 이른 事案에 대하여, 裁判上 離婚에 있어서 有責主義的 法制를 取하고 있는 民法의 해석상 혼인생활의 파탄에 責任있는 有責配偶者가 그 혼인관계가 파탄에 이르렀다고 하여 離婚을 청구할 수 없다고 判示하였다.

(자) 大法判 1986. 9. 23 [86므24]<sup>107)</sup>

청구인(夫)이 請求外 C女와 內緣關係를 맺고 法律上的 妻인 피청구인과 그 所生들을 돌보지 아니하여 혼인상태가 파탄되었고 그럼으로써 청구인과 피청구인이 다시 再結合하여 혼인생활을 계속한다는 것이 기대하기 어렵다 하더라도 그 責任은 청구인에게 있으므로 피청구인에게 이혼을 청구할 수는 없다고 判示하였다.

(차) 大法判 1989. 10. 13 [89므785]<sup>108)</sup>

피청구인(妻)이 청구인(夫)에게 여러차례 욕을 하고 직장으로 夫를 찾아가 行悖를 부리거나 직장으로 전화를 하여 誹謗한 것이, 夫가 前에 제기하였던 이혼심판청구가 棄却된 후에도 他女와

104) 大法院判例 編纂會, 「大法院判例(Ⅲ)」, 法典出版社, 1985, 161面.

105) 法院公報 774號, 538面.

106) 法院公報 776號, 704面.

107) 法院公報 788號, 2947面.

108) 法院公報 861號, 1674-1675面.

가깝게 지내면서 妻와의 再結合을 위한 노력을 전혀 하지 않고 있는데에 그 原因이 있었다면 위와 같은 妻의 行爲만으로는 처가 남편을 不當하게 待遇하였다거나 처의 책임있는 事由로 혼인생활이 회복하기 어려운 정도로 파탄되었다고는 볼 수가 없고, 따라서 840條6號 所定の 이혼사유에 책임이 있는 청구인의 이혼청구는 허용될 수 없다고 判示하였다.

(카) 大法判 1990. 3. 27 [89므235]<sup>109)</sup>

請求人과 被請求人과의 婚姻이 장기간의 別居와 請求人과 請求外 (甲)女와의 同居로 이제는 破綻에 이르렀다고 하더라도 그 原因이 請求人이 被請求人을 버려둔채 현재까지 (甲)女와 同居함으로써 因한 것이라면 그 責任은 전적으로 請求人에게 있다 할 것이니, 피청구인이 청구인으로부터 아무런 경제적 도움을 받지 못함으로써 인한 극심한 生活苦를 해결하기 위하여 부득이 (乙)男과 일시적으로 同居하면서 그 사이에 자식을 출산한 것이 破綻의 原因으로 競合되었다라도 그 責任 역시 被請求人을 버려둔 채 (甲)女와 계속 동거한 請求人에게 있다고 할 것이므로 請求人은 婚姻破綻의 有責配偶者로서 이를 이유로 離婚을 청구할 수 없다.

(타) 日本最高裁判所判決 1952. 2. 19 [民集 6卷2號, 110面]<sup>110)</sup>

2次大戰時 夫(上告人)의 出戰중에도 守節을 하였고 夫의 歸還 후 원만한 가정생활을 함께 영위하던 妻(被上告人)를 버리고 따로 情婦를 두어 그 情婦가 임신케 되자 本妻에게 이혼을 청구한 事案에 대하여, 最高裁判所는 도덕을 지키고 不道德을 허락하지 않는 것이 法の 중요한 職分이라는 이유로 혼인의 계속을 곤란케 한 有責配偶者인 夫는 日本民法770條12項5號(한국民法840條6號)의 離婚請求權을 갖지는 못한다고 判示하였다.

(파) 日本最高裁判所判決 1954. 12. 24 [民集 8卷12號, 2143面]<sup>111)</sup>

남편인 상고인은 하등의 相當한 事情이 없음에도 불구하고 달리 情婦를 두어 妻인 피상고인을 遺棄하여 情婦와 同棲함으로써 夫婦生活의 破綻이 야기되었고 이로써 이혼청구를 해은 事案에 대하여, 그러한 破綻은 上告人의 背德行爲에 기인한 것으로서(日本)民法770條1項5號는 相對方의 有責行爲를 필요로 하는 것은 아니라 할지라도 누구든지 自己의 背德行爲로 부터 마음대로 夫婦生活파탄의 原因을 만들어 놓고 그것을 이유로 하여, 相對方이 夫婦관계의 계속을 희망하고 있는데도 불구하고, 이혼을 청구하는 것은 우리의 道德觀念上 허용할 수 없다고 判示하였다.

## 2) 妻에 대한 不當한 待遇를 原因으로 하여 破綻된 경우

(가) 大法判 1969. 12. 9 [69므31]<sup>112)</sup>

청구인(夫)이, 피청구인(妻)이 다른 남자와 不貞한 關係가 있다고 의심하고 근거없이 욕설과

109) 法院公報 872號, 967面.

110) 中川善之助教授還歷記念, 「家族法大系 Ⅲ(離婚)」, 有斐閣, 1966, 132面; 鈴木ノシヨ外, 「い  
わゆる 「有責配偶者の離婚請求」についての 新判例」, 1988, 2面.

111) 鈴木ノシヨ外, (1988), *op. cit.*, 3-4面.

112) 朴秉濂(1975), *op. cit.*, 210-211面.

폭행을 가하였기 때문에 피청구인이 청구인의 外上代金債權을 임의로 辨濟받아 無斷家出하여 家庭이 破綻된 事案에 대하여, 大法院은 그 파탄의 원인은 청구인에게 있다고 하여 청구인의 이혼청구를 기각하였다.

(나) 大法院判 1983. 3. 22 [82므57]<sup>113)</sup>

일정한 직업도 없는 男便(청구인)이 미장원을 경영하여 생활을 꾸려 나가려는 婦人(피청구인)에게 행패를 부려 계속하여 가정생활이 원만치 못하게 되어 부인은 위자료를 받고 이혼하기로 합의하였으나 위자료를 받지 못하여 이혼이 이루어지지 않게 되자 이에 不滿을 품은 남편이 부인을 구타하여 傷害를 입히고 이를 친정에서 치료한 후 孀家로 돌아오려는 부인을 돌아오지 못하게 하여 혼인을 파탄에 이르게 한 경우에 그 혼인은 남편의 責任 있는 사유로 파탄되었다고 할 것이므로, 이혼에 관하여 有責主義를 채용하고 있는 現行 民法下에서는 설사 부부로서 다시 합쳐질 수 없는 상황에 이르렀다 하더라도 남편은 民法 840條6號의 사유를 들어 이혼을 청구할 수는 없다는 것이다.

(다) 大法院判 1983. 6. 28 [82므55]<sup>114)</sup>

피청구인(妻)의 家出動機가 청구인(夫)의 不當한 待遇로 말미암아 이루어진 것이라면 혼인관계에 파탄의 책임은 피청구인에게 있다고 할 수 없고 따라서 有責者인 청구인의 이혼청구는 허용될 수 없다.

(라) 大法院判 1987. 9. 29 [87므22]<sup>115)</sup>

청구인(夫)이, 피청구인(妻)이 이혼당할 잘못도 없는데 학대하여 집에서 쫓아내고 그의 주소를 알면서도 公示送達의 방법에 의하여 이혼심판을 받아(뒤에 再審의 訴에 의해 이혼심판은 取消되었다) 이혼신고를 하고 그사이에 請求外 H女와 동거하면서 자식까지 出產하였다면 피청구인이 청구인의 학대를 받다가 家出 후 일시 다른 남자와 동거하였다 하여도 청구인이 H女와의 관계를 清算하고 피청구인과 다시 결합하려고 노력하였는데도 피청구인이 이에 응하지 아니하고 不貞行爲를 하였다는 등의 特別한 事情이 없는 限 파탄에 책임이 있는 청구인의 이혼청구는 허용할 수 없다고 判示하였다.

(마) 大法院判 1989. 6. 27 [88므740]<sup>116)</sup>

청구인(夫)과 피청구인(妻)이 혼인한 후 부부로서 同居生活을 제대로 하지 못하고 혼인관계가 파탄에 이르게 된 發端은 청구인의 父母·家族들이 피청구인을 냉대하고 며느리로서 대우하지 아니하였을 뿐만 아니라 청구인도 피청구인과 同居하려고 성실하게 노력을 하지 아니하였던데서 비롯되었다고 보여져 그 주된 책임은 오히려 청구인측에 있었다고 볼 수도 있고, 또 原審이 피청구

113) 大法院判例(Ⅲ), 160面.

114) *Loc. cit.*

115) 法院公報 812號, 1642-1643面.

116) 法院公報 854號, 1164-1165面.

인의 잘못으로 지적하고 있는 피청구인이 청구인과 그의 어머니에게 폭언이나 협담을 하였다는 점은 서로 감정이 극도로 악화된 상태에서 저질러진 것이어서 그와같은 사실만으로 혼인관계 파탄의 원인이 피청구인에게 있다고 보기는 어렵고, 民法840條6號 所定の 이혼사유에 관하여 오로지 또는 주로 責任이 있는 一方當事者가 하는 이혼청구는 원칙적으로 허용되지 않는다고 하여, 有責者인 청구인의 이혼청구 認容判決(原審인 서울高法判決 1988. 6. 13, 87트340은 혼인관계가 회복하기 어려운 상태로 파탄된데 대한 책임은 청구인과 피청구인 쌍방에게 있으므로 840條6號에 의해 청구인의 이혼청구를 認容하였었다)을 破棄還送하였다.

### 3) 惡意의 遺棄를 原因으로 하여 破綻된 경우

#### (가) 大法判 1971. 6. 8 [71므18]<sup>117)</sup>

청구인(夫)이 결혼시초부터 애정이 없다가 피청구인(妻)을 달갑지 않게 대하여 부부로서 응당 지켜야 할 同居義務를 履行치 않아 別居하게 되었고 이로 말미암아 家庭破綻에 이른 경우에 피청구인이 청구인과 協議離婚할 의사가 없음이 명백하다면 비록 청구인과 피청구인이 더이상 혼인을 계속하기 어려운 상태에 있다 하더라도 이는 오로지 청구인에게 원인과 책임이 있다고 할 수 없고 따라서 청구인의 이혼청구는 허용될 수 없다고 判示하였다.

#### (나) 大法判 1971. 7. 6 [71므17]<sup>118)</sup>

부부간의 싸움이란 본래 복잡 미묘한 것이어서 보통 어느 한편에만 책임을 지우기 어려운 것으로서 남편(청구인)이 술집에 드나들고 밤늦게 귀가하는 것을 그 아내(피청구인)가 트집잡는 것도 질투에서 나오는 의당 있을 수 있는 일이며 아내가 男便에게 生活費나 同居生活을 요구하는 것은 당연한 것이고, 피청구인의 청구인에 대한 폭행·모욕·재산점거처분 등 여러 해에 걸친 一連의 行爲의 원인은 모두 청구인이 남편으로서의 의무를 다하지 못하면서 나온 것이었으므로 오히려 청구인과 그 책임을 모두 피청구인에게 돌려서 청구인의 이혼을 청구하는 것은 認容할 수 없다고 하여 原審을 破棄 還送하였다.

#### (다) 大法判 1974. 6. 11 [73므29]<sup>119)</sup>

청구인(夫)이 피청구인(妻)으로 하여금 多年間 식모살이를 하면서 生計를 유지하도록 내버려 惡意로 遺棄하였기 때문에 피청구인은 H氏와 동거하기에 이르렀고 그 이후 청구인이 請求外 J女와 同居함으로써 청구인과 피청구인 사이의 혼인의 破綻이 야기된 경우에 그 파탄의 책임은 오로지 청구인에게 있다 할 것이고 따라서 有責者인 청구인의 이혼청구는 허용될 수 없다고 하여 原審을 破棄 還送하였다.<sup>120)</sup>

117) 朴秉濂(1975). *op. cit.*, 213-214面.

118) *Ibid.*, pp. 215-216.

119) *Ibid.*, pp. 216-217.

120) 그러나 이러한 大法院의 見解에 대하여는, "이 사건은 피청구인이 일단 다른 남자와 사실상 혼인을 하여 9년간이나 동거생활을 하다가 死別케 된 것이므로, 이혼청구를 거부하는 것은 오히려 반감등에서 오는 표면상의 이혼거부로 보아, 이혼청구를 받아들이는 것이 옳다"는 비판도 있다. 韓瑋熙(1988). *op. cit.*, 39面.

(라) 大法判 1985. 7. 23 [85므20]<sup>121)</sup>

청구인(夫)이 피청구인(妻)를 악의로 遺棄하여 혼인이 파탄에 이르게 되었다면 설사 청구인과 피청구인이 다시 합쳐질 수 없는 부부로서 婚姻關係를 계속할 수 없는 상황에 이르렀다 하여도 그에 責任있는 청구인은 이혼을 청구할 수 없다.

4) 複數의 原因(蓄妾·遺棄 등)으로 破綻된 경우

(가) 大法判 1984. 12. 11 [84므90]<sup>122)</sup>

청구인(夫)과 피청구인(妻)의 혼인은 더 계속할 수 없는 극단적인 파탄에 이른 것으로서 그들이 부부라는 실질적 身分關係는 없고 법이 형식적인 부부관계를 묶어 두는 것에 지나지 않는 면도 있으나 이러한 상황에 이르는 것이 처음부터 끝까지 청구인이 피청구인과 헤어지겠다는 一念에서 10年 가까운 세월에 걸쳐서 提起한 數回의 離婚訴訟과 피청구인에 대한 遺棄와 虐待 그리고 他女와의 同居 등에 그 原因이 있고, 피청구인이 청구인과의 夫婦라는 身分關係의 持續을 願하고 있는 마당에 피청구인의 意思를 무시하고 파탄의 책임이 있는 청구인의 이혼청구는 받아들일 수 없다.

(나) 大法判 1989. 10. 24 [89므426]<sup>123)</sup>

혼인관계가 20여년에 걸친 別居로 파탄에 이르러 더이상 혼인을 계속하기 어려운 상태에 있더라도, 그 파탄의 원인이 蓄妾이나 妻子에 대한 遺棄 其他 僞善의 行動 등 男便(청구인)의 歸責事由에서 비롯되었고, 또 別居의 動機나 그 過程 그 이후의 情況 등에 비추어 妻(피청구인)에게 혼인을 계속할 의사가 없다고 보여지지 않는다면 남편은 有責配偶者로서 그 혼인관계의 破綻을 이유로 離婚審判의 請求를 할 수 없다.<sup>124)</sup>

(다) 日本最高裁判所判決 1954. 11. 5 [民集8卷11號, 2023面]<sup>125)</sup>

男便 X(上告人)가 아내 Y(被上告人)를 싫어 해 그 집을 떠나 오랫동안 別居하여 同居에 응하지 않고 그러는 사이 X가 A女와 事實上的 婚姻을 하여 同棲함으로써 婚姻이 破綻되어 男便이 離婚을 청구해온 事案에 있어서, 처 Y가 오로지 남편 X의 復歸를 기대하며 貞節을 지키고 있는 현재의 상황에 비추어, 民法 770條1項5號(한국민법840條6號)의 事由가 남편 X의 行爲에 基因하는 이상 처의 意思에 反하는 남편의 이혼청구는 허용될 수 없다고 判示하였다.

121) 法院公報 760號, 1181面.

122) 法院公報 745號, 166面.

123) 法院公報 862號, 1790-1791面.

124) 그 외에 大法判 1967. 2. 7(66므34); 同 1970. 1. 13(69므32); 同 1972. 1. 31(71므35); 同 1977. 2. 8(76므29); 同 1979. 2. 13(78므34); 同 1981. 7. 14(81므26); 同 1981. 12. 8(81므48); 同 1982. 9. 28(82므37); 同 1982. 12. 28(82므54); 同 1983. 7. 12(83므11); 同 1985. 7. 23(85므20); 同 1986. 9. 23(86므24); 同 1987. 9. 22(87므8); 同 1990. 4. 24(89므1214); 同 1990. 4. 27(90므95); 同 1990. 5. 11(90므231) 등도 消極的 立場을 취한다.

125) 鈴木ノシヨ外(1988), *op. cit.*, 3面.

나. 有責配偶者의 離婚請求를 認容한 判決 [例外的으로 許容된 경우의 類型化]

有責配偶者의 離婚請求를 例外的으로 認容한 지금까지의 大法院判例를 分析해 보면, 그 許容의 基準으로는 ① 被請求人에게 婚姻繼續의 意思가 없음(離婚意思)이 客觀的으로 明白한 경우 ② 雙方有責의 경우(被請求人의 責任이 더 큰 경우) ③ 被請求人의 離婚意思의 明白性과 雙方有責의 경우 ④ 이미 다른 原因에 의해 婚姻이 破綻된 경우 ⑤ 長期間의 別居 [日本最高裁判所의 立場] 등으로 類型化할 수 있다.

1) 被請求人의 離婚意思가 客觀的으로 明白한 경우

(가) 大法院 1987. 4. 14 [86므28]<sup>126)</sup>

〈事案의 概要〉

청구인과 피청구인은 法律上 夫婦로서 둘 사이에서 딸이 태어났으나 청구인은 이 무렵부터 請求外 P女와 깊은 關係를 맺으면서 家庭生活에 소홀, 피청구인과의 不和가 깊어지던 중 軍의 觀으로 入隊한 후에는 근무지 近處에서 P女와 동거생활을 하기 시작했고, 피청구인과 공동으로 買入한 아파트를 처분하여 그 代金 중 金500萬원을 피청구인에게 주면서 協議離婚할 것을 要求하였으나 피청구인은 이를 거절하고 청구인을 상대로 이혼심판청구를 하는 한편 청구인과 P女를 간통죄로 告訴한 후 청구인側에서 容恕해 줄 것을 빌었으나 끝내 告訴를 取消해 주지 아니함으로써 청구인으로 하여금 姦通罪로 服役케 함과 아울러 이로 말미암아 청구인의 의사자격까지 박탈하게 되었고, 청구인의 出所 후에도 청구인을 냉대하여 만나 주지도 않고 서로 別居하기에 이르렀다. 한편 피청구인이 제기한 이혼심판청구는 청구인과 피청구인에 대한 送達이 되지 아니하여 裁判所에서 피청구인에게 公示送達로 청구인의 住所補正을 命하였으나 그 주소가 補正되지 아니하여 却下되었으며 그 후 청구인이 離婚請求를 한 事案에 있어서, 原審(서울高等法院判決 1986. 1. 20. 85르93)은 婚姻의 破綻에 대한 根源的 責任은 他女와 동거하면서 가정생활을 소홀히한 청구인에게 있다고 하여 청구인의 이혼청구를 배척하자 이에 청구인이 上告하기에 이르렀다.

〈判決의 要旨〉

不貞行爲를 저지른 配偶者를 간통죄로 告訴할 수 있음은 혼인의 順결을 보장하기 위해 법률이 인정한 權利이고 不貞行爲를 저지른 配偶者가 그 잘못을 뉘우친다 하여 반드시 告訴를 取下하여 용서하여 주고 婚姻을 계속하여야 할 義務가 발생하는 것도 아니므로 피청구인이 청구인을 끝내 용서하지 아니하였다 하더라도 婚姻의 破綻에 관하여 피청구인에게 그 책임이 있다고 볼 수 없다.

그러나 혼인의 破탄에 관하여 책임이 있는 배우자가 그 破탄을 원인으로 離婚을 청구할 수 없음은 當院이 수차례 걸쳐 判示한 바이기는 하나, 이는 혼인의 破탄을 자초한 者에게 재판상 이혼청구권을 인정하는 것은 혼인제도가 요구하는 道덕성에 근본적으로 배치되고 배우자 일방의 의사

126) 法院公報 801號, 810-812面.

(라) 大法判 1985. 7. 23 [85ㄴ20]<sup>121)</sup>

청구인(夫)이 피청구인(妻)을 악의로 遺棄하여 혼인이 파탄에 이르게 되었다면 설사 청구인과 피청구인이 다시 합쳐질 수 없는 부부로서 婚姻關係를 계속할 수 없는 상황에 이르렀다 하여도 그에 責任있는 청구인은 이혼을 청구할 수 없다.

#### 4) 複數의 原因(蓄妾·遺棄 등)으로 破綻된 경우

(가) 大法判 1984. 12. 11 [84ㄴ90]<sup>122)</sup>

청구인(夫)과 피청구인(妻)의 혼인은 더 계속할 수 없는 극단적인 파탄에 이른 것으로서 그들이 부부라는 실질적 身分關係를 없고 法이 형식적인 부부관계를 묶어 두는 것에 지나지 않는 면도 있으나 이러한 상황에 이르는 것이 처음부터 끝까지 청구인이 피청구인과 헤어지겠다는一念에서 10年 가까운 세월에 걸쳐서 提쳐한 數回의 離婚訴訟과 피청구인에 대한 遺棄와 虐待 그리고 他女와의 同居 등에 그 原因이 있고, 피청구인이 청구인과의 夫婦라는 身分關係의 持續을 願하고 있는 마당에 피청구인의 意思를 무시하고 파탄의 책임이 있는 청구인의 이혼청구는 받아들일 수 없다.

(나) 大法判 1989. 10. 24 [89ㄴ426]<sup>123)</sup>

혼인관계가 20여년에 걸친 別居로 파탄에 이르러 더이상 혼인을 계속하기 어려운 상태에 있더라도, 그 파탄의 원인이 蓄妾이나 妻子에 대한 遺棄 其他 偽善의 行動 등 男便(청구인)의 歸責事由에서 비롯되었고, 또 別居의 動機나 그 過程 그 이후의 情況 등에 비추어 妻(피청구인)에게 혼인을 계속할 의사가 없다고 보여지지 않는다면 남편은 有責配偶者로서 그 혼인관계의 破綻을 이유로 離婚審判의 請求를 할 수 없다.<sup>124)</sup>

(다) 日本最高裁判所判決 1954. 11. 5 [民集8卷11號, 2023面]<sup>125)</sup>

男便 X(上告人)가 아내 Y(被上告人)를 싫어 해 그 걸을 떠나 오랫동안 別居하여 同居에 응하지 않고 그러는 사이 X가 A女와 事實上的 婚姻을 하여 同棲함으로써 婚姻이 破綻되어 男便이 離婚을 청구해온 事實에 있어서, 처 Y가 오로지 남편 X의 復歸를 기대하며 貞節을 지키고 있는 현재의 상황에 비추어, 民法 770條1項5號(한국민법840條6號)의 事由가 남편 X의 行爲에 基因하는 이상 처의 意思에 反하는 남편의 이혼청구는 허용될 수 없다고 判示하였다.

121) 法院公報 760號, 1181面.

122) 法院公報 745號, 166面.

123) 法院公報 862號, 1790-1791面.

124) 그 외에 大法判 1967. 2. 7 [66ㄴ34]; 同 1970. 1. 13 [69ㄴ32]; 同 1972. 1. 31 [71ㄴ35]; 同 1977. 2. 8 [76ㄴ29]; 同 1979. 2. 13 [78ㄴ34]; 同 1981. 7. 14 [81ㄴ26]; 同 1981. 12. 8 [81ㄴ48]; 同 1982. 9. 28 [82ㄴ37]; 同 1982. 12. 28 [82ㄴ54]; 同 1983. 7. 12 [83ㄴ11]; 同 1985. 7. 23 [85ㄴ20]; 同 1986. 9. 23 [86ㄴ24]; 同 1987. 9. 22 [87ㄴ8]; 同 1990. 4. 24 [89ㄴ1214]; 同 1990. 4. 27 [90ㄴ95];

同 1990. 5. 11 [90ㄴ231] 등도 消極的 立場을 취한다.

125) 鈴木ノシヨ外(1988), *op. cit.*, 3面.

#### 나. 有責配偶者의 離婚請求를 認容한 判決 [例外的으로 許容된 경우의 類型化]

有責配偶者의 離婚請求를 例外的으로 認容한 지금까지의 大法院判例를 分析해 보면, 그 許容의 基準으로는 ① 被請求人에게 婚姻繼續의 意思가 없음(離婚意思)이 客觀的으로 明白한 경우 ② 雙方有責의 경우(被請求人의 責任이 더 큰 경우) ③ 被請求人의 離婚意思의 明白性과 雙方有責의 경우 ④ 이미 다른 原因에 의해 婚姻이 破綻된 경우 ⑤ 長期間의 別居〔日本最高裁判所의 立場〕 등으로 類型化할 수 있다.

#### 1) 被請求人의 離婚意思가 客觀的으로 明白한 경우

(가) 大法院 1987. 4. 14 [86므28]<sup>126)</sup>

##### 〈事案의 概要〉

청구인과 피청구인은 法律上 夫婦로서 둘 사이에서 딸이 태어났으나 청구인은 이 무렵부터 請求外 P女와 깊은 關係를 맺으면서 家庭生活에 소홀, 피청구인과의 不和가 깊어지던 중 軍의관으로 入隊한 후에는 근무지 近處에서 P女와 동거생활을 하기 시작했고, 피청구인과 共同으로 買入한 아파트를 처분하여 그 代金 중 金500萬원을 피청구인에게 주면서 協議離婚할 것을 要求하였으나 피청구인은 이를 거절하고 청구인을 상대로 이혼심판청구를 하는 한편 청구인과 P女를 간통죄로 告訴한 후 청구인側에서 容恕해 줄 것을 빌었으나 끝내 告訴를 取消해 주지 아니함으로써 청구인으로 하여금 姦通罪로 服役케 함과 아울러 이로 말미암아 청구인의 의사자격까지 박탈하게 되었고, 청구인의 出所 후에도 청구인을 냉대하여 만나 주지도 않고 서로 別居하기에 이르렀다. 한편 피청구인이 제기한 이혼심판청구는 청구인과 피청구인에 대한 送達이 되지 아니하여 裁判所에서 피청구인에게 公示送達로 청구인의 住所補正을 命하였으나 그 주소가 補正되지 아니하여 却下되었으며 그 후 청구인이 離婚請求를 한 事案에 있어서, 原審(서울高等法院判決 1986. 1. 20. 85르93)은 婚姻의 破綻에 대한 根源的 責任은 他女와 동거하면서 가정생활을 소홀히한 청구인에게 있다고 하여 청구인의 이혼청구를 배척하자 이에 청구인이 上告하기에 이르렀다.

##### 〈判決의 要旨〉

不貞行爲를 저지른 配偶者를 간통죄로 告訴할 수 있음은 혼인의 순결을 보장하기 위해 법률이 인정한 權利이고 不貞行爲를 저지른 配偶者가 그 잘못을 뉘우친다 하여 반드시 告訴를 取下하여 용서하여 주고 婚姻을 계속하여야 할 義務가 발생하는 것도 아니므로 피청구인이 청구인을 끝내 용서하지 아니하였다 하더라도 婚姻의 破綻에 관하여 피청구인에게 그 책임이 있다고 볼 수 없다.

그러나 혼인의 파탄에 관하여 책임이 있는 배우자가 그 파탄을 원인으로 離婚을 청구할 수 없음은 當院이 수차례 걸쳐 判示한 바이기는 하나, 이는 혼인의 파탄을 자초한 者에게 재판상 이혼청구권을 인정하는 것은 혼인제도가 요구하는 도덕성에 근본적으로 배치되고 배우자 일방의 의사

126) 法院公報 801號, 810-812面.

에 의한 이혼 내지는 축출이혼을 是認하는 부당한 결과가 되므로 혼인의 파탄에도 불구하고 이혼을 희망하지 않고 있는 상대 배우자의 意思에 反하여서는 이혼을 할 수 없도록 하려는 것일뿐 상대 배우자에게도 그 혼인의 계속를 강제하려는 취지는 아니다. 따라서 상대방도 이혼의 反訴를 제기하고 있는 경우 혹은 오로지 오기나 보복적 감정에서 표면적으로는 이혼에 不應하고 있기는 하나 實際에 있어서는 婚姻의 계속과는 도저히 兩立할 수 없는 行爲를 하는 등 이혼의 의사가 객관적으로 명백한 경우에는 비록 혼인의 파탄에 관하여 全的인 責任이 있는 配偶者의 이혼청구라 할지라도 이를 認容함이 相當하다.

#### 〈判決의 意義〉

本判決은 다음과 같은 3가지 意味를 부여해 주고 있다. 첫째는, 婚姻關係의 破綻의 責任이 全的으로 請求人에게 있어도 被請求人이 離婚의 反訴를 제기하거나 혹은 오로지 오기나 보복적 感情에서 表面上으로만 이혼을 거부할 뿐 실제로는 婚姻의 계속과 도저히 兩立할 수 없는 行爲를 하는 등 婚姻繼續의 意思가 없음(離婚意思의 存在)이 客觀적으로 명백한 경우에는 비록 有責配偶者의 離婚請求라 하더라도 이를 認容해야 한다는, 有責者의 離婚請求가 허용될 수 있는 基準을 제시해 준 先例의 意義가 있다는 點이다. 둘째는, 婚姻制度가 요구하는 道德性에 근본적으로 배치되고 配偶者 一方의 單意離婚 내지는 逐出離婚을 是認하는 不當한 結果를 초래할 수 있기 때문에 有責配偶者의 離婚請求는 허용할 수 없다는 根本的 立場을 밝혀주고 있다는 點이다. 셋째는, 간통죄의 告訴는 憲法上的 婚姻의 純潔을 보장하기 위하여 法律이 부여한 權利이므로 비록 혼인의무를 위반한 배우자가 이를 宥宥한다 하여도 訴를 取下하여 容恕해 주고 婚姻을 계속할 의무가 생기는 것은 아니므로 그 配偶者가 刑의 確定으로 服役을 마친 경우에도 相對配偶者에게 是責任이 없다는 點을 밝혀주고 있다.<sup>127)</sup>

한편 有責性의 認定은 婚姻破綻의 原因이 된 事實에 기초하여 評價해야 하며, 婚姻關係가 完全히 파탄된 뒤에 있는 일을 가지고 따질 것은 아니기 때문에<sup>128)</sup> 姦通罪의 告訴 그 자체가 有責이 되는 것은 아니다. 그렇다 하더라도 刑事訴訟法229條는 간통의 경우 婚姻이 解消되거나 離婚訴訟을 제기한 후가 아니면 告訴를 할 수 없으며(同條1項), 이혼소송을 取下한 때에는 간통죄의 告訴가 取消된 것으로 看做한다(同條2項)는 규정을 두고 있는데, 이것은 原·被告 사이의 혼인관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄되어 있어 혼인의 解消를 전제로 하고 있는 취지로 새길 수 있다. 따라서 相對配偶者(被請求人)로부터의 간통죄의 告訴가 있게 되면 相對方에게도 離婚意思가 明白히 存在하는 것으로 보는 것이 妥當할 것이다.<sup>129)</sup>

127) 姜永虎(1988), *op. cit.*, 191-192面.

128) 大法判 1988. 4. 25(87㉟9); 法院公報 825號, 909面.

129) 同旨: 具然昌(1989), *op. cit.*, 343面.

(나) 大法判 1988. 2. 9[87ㄷ60]<sup>130)</sup>

청구인(夫)과 피청구인(妻)은 法律上의 夫婦로서 그 사이에 딸 3명을 두었는데 청구인이 請求外 B女와 간통하자 피청구인이 청구인을 간통죄로 告訴하여 그 결과 청구인이 實刑宣告를 받아 服役·出所한 후에 청구인과 피청구인은 自由로운 意思로 離婚하기로 合意하여 청구인이 피청구인에게 위자료·양육비 條로 金80萬원을 지급하였고 그후 10여년 동안 아무런 소식없이 남남으로 지내는 事案에 있어서, 피청구인이 이 事件 이혼을 반대하고 있기는 하나 청구인을 간통죄로 告訴하여 청구인으로 하여금 위 B女와 姦通한 罪의 代價로 實刑을 服役케 한 다음 위자료 및 양육비를 지급받고 자유로운 의사로 이혼하기로 합의한 후 그 이래 청구인이 B女와 동거하면서 그 사이에서 子女까지 出産하는 것을 방치하여 둔채 서로 소식없이 10여년의 세월을 청구인과 남남으로 지내는 피청구인에게 청구인과의 혼인을 계속할 의사가 있었다고 보기는 어렵다 할 것이고, 그와 같이 피청구인이 内心으로는 청구인과의 혼인을 계속할 의사가 없으면서도 表面上으로만 이혼에 不應하고 있다면 비록 當初에 있어서 청구인에게 B女와 不貞한 關係를 맺은 잘못이 있다 하더라도 현재 야기되어 있는 破綻의 책임을 청구인에게만 돌릴 수는 없다 할 것이니, 이미 破綻된 婚姻의 解消를 바라는 청구인의 이 事件 離婚請求는 認容됨이 마땅하다고 判示함으로써 有責配偶者의 離婚請求를 許容하고 있다.

(다) 大法判 1988. 3. 22[87ㄷ33]<sup>131)</sup>

이것은 遺送判決인 大法判 1987. 4. 14(86ㄷ28)에 基한 原審判決(서울高等法院判決 1987. 10. 5. 87ㄷ202)에 대하여 피청구인(妻)이 上告해온 事件에 대하여 내린, 피청구인의 離婚 意思가 客觀적으로 明白한 경우에 有責配偶者인 청구인(夫)의 이혼청구를 認容한 判決이다.

## 2) 雙方有責 내지 被請求人의 責任이 더 큰 경우

(가) 大法判 1986. 3. 25[85ㄷ85]<sup>132)</sup>

청구인(夫)은 피청구인(妻)과 婚禮式을 올린지 數日 後에 日本에 강제징용당했고, 그 2年후부터 피청구인은 請求外 H男과 事實婚 關係를 맺어 아들 하나를 두어 同居해 왔고 청구인은 日本에 거주하면서 渡日후 7年경부터 請求外 S女와 事實婚 關係를 맺어 2男2女를 낳아 살아오다가 1962年 일시 귀국하여 피청구인과 이혼합의가 된 후 이혼청구를 해 온 事案에 있어서, 民法 840條6號는 같은 840條1號내지 5號 所定の 有責主義的 離婚原因외에 破綻主義에 따른 離婚原因으로 기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유를 규정하고 있는 터이고 原審(大邱高等法院判決 1985. 10. 31. 84ㄷ156) 判示가 청구인과 피청구인이 다시 부부로 돌아간다는 것은 不可能하고 이 부부관계의 破綻에는 兩者 모두에게 責任이 있는 것이므로 위 民法840條6號에 따른 原審이 이혼청구를 인용한 것은 타당한 것으로 判示하였다.

130) 法院公報 821號, 514-515面.

131) 法院公報 823號, 684-685面.

132) 法院公報 776號, 703面.

(나) 大法判 1980. 9. 24 [80므43]<sup>133)</sup>

피청구인은 주점 종업원으로 일하던 중 청구인을 사귀어 1965년 9월 청구인의 再娶로 들어가同居 중 1973. 1. 4경 혼인신고를 하고, 청구인이 客地로 나가있던 중 청구인의 집이 철거당해 보상금을 받게 되자 그 부근에서 미장원을 경영하다 행방을 감추었고, 청구인은 피청구인의 행방을 찾다가 1978년 12월 再婚하여 동거중인 바 이혼청구를 함에 있어 위 혼인생활은 다시 원만한 부부생활로 돌아가기 어려운 상태에 있다 할 것이고 이는 피청구인에게 더 무거운 책임이 있다 할 것이므로 청구인의 이혼청구를 인용함이 마땅하다고 判示하였다.

## 3) 被請求人의 離婚意思의 明白性과 雙方有責의 경우

(가) 大法判 1987. 9. 22 [86므87]<sup>134)</sup>

청구인(夫)이 전문의 시험에 낙방한 것을 피청구인(妻)이 嘲笑한 것이 원인이 되어 둘 사이에 不和가 깊어졌고, 그 이후 청구인은 옷가방만을 들고 本家로 돌아감으로써 피청구인과의 別居가 시작되었으며, 軍醫官 服務時 他女와 不貞한 關係를 맺은 것이 원인이 되어 피청구인이 청구인을 상대로 이혼소송을 제기하는 한편 청구인을 간통죄로 告訴하여 구속시키자 청구인側 家族이 주택을 처분하여 마련한 金 3000萬원을 일체의 民·刑事上의 異議를 제기하지 아니하기로 하는 約定 아래 合意金條로 받고 告訴를 取下하였으나 이혼사건은 피청구인의 不出席으로 取下看做된 事案에 있어서, 相對配偶者의 허영·냉대·혼인생활거부 등의 귀책사유로 인하여 破境에 이른 뒤 有責配偶者(청구인)가 他女와 不貞한 關係를 맺는 등 雙方의 責任으로 破境이 심화되어 夫婦關係를 정상으로 되돌릴 수 없을 만큼 중대한 상태가 야기되었을 뿐만 아니라 相對配偶者가 內心으로는 有責配偶者와의 혼인을 계속할 의사가 없으면서도 表面上으로만 離婚에 不應하고 있다면, 비록 有責配偶者에게 다른 女子와 不貞한 關係를 맺은 잘못이 있다 하더라도 이미 파탄된 혼인의 解消을 바라는 有責配偶者의 離婚請求는 認容함이 相當하다고 判示하였다.

(나) 大法判 1987. 12. 8 [87므44·45]<sup>135)</sup>

청구인(妻)과 피청구인(夫)은 그들 사이의 아들인 請求外 A가 출생한 후에 혼인신고를 한 부부로서 피청구인 및 그 父母의 청구인에 대한 냉대 끝에 각각 親家로 돌아가 別居하다가 協議離婚을 한 후 가끔 만나 同寢을 하였으나 피청구인이 再結合에 應하지 않자 청구인이 피청구인을 婚姻憑藉姦淫罪로 告訴하고 피청구인의 給料債權을 假押留하여 문제가 확대됨에 따라 둘은 재결합하기로 合意하고 혼인신고를 하였지만, 원만한 婚姻生活이 영위되지 못하여 다시 각각 親家로 돌아가 別居하기에 이르렀고, 청구인이 피청구인의 직장에 나타나 피청구인에게 再結合할 것

133) 韓秀子(1984), *op. cit.*, 66面에서 引用

134) 法院公報 812號, 1641面: 金鳴洙, “判例를 中心으로 본 有責配偶者의 離婚請求權”, 小峰 金容漢教授華甲記念論文「民事法學의 諸問題」, 博英社, 1990, 113-115面 參照.

135) 法院公報 817號, 279面: 金鳴洙, “有責配偶者의 離婚請求權”, 「法政新聞」, 1989. 3. 13, 8面; 同(1990), *op. cit.*, 115面 參照.

과 生活費 및 子女養育費 支給을 요구하면서 소란을 피우는 등 둘 사이에 不和가 계속된 끝에 청구인이 피청구인을 상대로 이혼을 청구한 事案에 있어서, 혼인의 파탄이 두사람 각각의 行爲가 그 원인으로 경합되는 한편 두 사람이 本審 反審請求로써 各 離婚審判을 청구하고 있다면 둘 모두에게 이혼을 계속할 의사가 없음이 명백하다고 할 것이므로 비록 청구인에게(가출 등의) 잘못이 있다 하더라도 이미 파탄된 婚姻의 解消를 바라는 請求人의 離婚請求(反審)는 이를 認容함이 마땅하다고 判示하였다.

#### 4) 이미 다른 原因에 의해 婚姻이 破綻된 경우

(가) 大法判 1970. 2. 24 [69므13]<sup>136)</sup>

청구인과 피청구인은 그들 사이에 5녀를 둔 夫婦이나 宗教問題로 反目하여 別居해 오다가 피청구인이 청구인으로부터 金50萬원을 받고 이혼하기로 한 후 청구인이 請求外 K녀를 맞아들여 3男妹를 出産한 事案에 있어서, 피청구인이 청구인과 이혼할 의사가 없다 하여도 특별한 사정이 없는 限 청구인과 피청구인은 다시 원만한 夫婦生活로 돌아가기 어려운 상태에 있는 것으로 해석되어 民法 840條6號에 의한 이혼을 허용하였다.

#### 5) 長期間의 別居의 경우(日本最高裁判所の 立場)

(가) 日本最高裁判所 1987. 9. 2 宣告 [民集41卷6號, 1423面]<sup>137)</sup>

〈事案의 概要〉

上告人 X男과 被上告人 Y女는 1937. 2. 1 婚姻한 夫婦로서 X는 1942년 11월부터 南方에 從軍했다가 1946년 5월 귀환하여 Y쪽으로 돌아왔는데 그들 사이에 子女가 없어 1948. 12. 8 請求外 A의 長女 B 및 次女 C를 入養하였다. X·Y는 當初에는 평온한 혼인관계를 維持해왔으나 X·A 間의 不貞한 關係가 1949년경에 Y에게 목격된 후부터 不和가 생겨 그해 8월경부터 X·A가 同棲하게 된 후 지금까지 X와 Y는 別居狀態에 있다. X는 1954. 9. 7 A와의 사이에 D(男)와 E(男)를 養子로 入養하였다. 그런데 Y는 別居 후 生活이 窮했기 때문에 1950년 2월 生活비 保障 名목으로 그 女에게 處分權이 주어진 X名義의 建物を 매각하여 生活비에 充當했을 뿐 그의 X로부터의 元조는 없었다. Y는 建物賣却 후에 언니 房을 빌어 살면서 인형제작기술을 배워 1978년경까지 인형가게에서 근무하는 등의 방편으로 生活해왔으나 訴訟이 提起될 당시에는 無職·無資産이었다. 한편 X는 정밀기기 제조회사의 대표이사, 부동산임대회사의 이사로서 경제적으로 윤택한 生活를 하고 있다. X는 1951년경에 이미 東京地法에 Y와의 이혼소송을 제기하였으나 本訴는 1954. 2. 16 有責配偶者의 이혼청구에 해당된다고 하여 기각, 同年 3월 확정되었다. X는 1983

136) 大法院判決集 18卷 1輯 民事, 170面; 金壽洙(1990), *op. cit.*, 111面  
엄격히 볼 때 이 判決은 有責配偶者의 離婚請求를 허용하는 하나의 基準을 제시한 것으로 볼 수는 없고, 840條6號 事由에 의한 離婚許容으로 이해하는 것이 妥當할 것이다.

137) 鈴木祿彌·鈴木ノシヨ(1988), *op. cit.*, 40. 2-10面.

년 12월경 들인 Y를 찾아가 離婚 및 Y와 B·C와의 罷養에 동의해 줄 것을 요구했으나 Y가 이를 거부했고, 1984년 동경가정재판소에 이혼조정을 신청했으나 조정은 不成立되었다(X는 이 조정에 있어서 Y에게 100萬엔과 유화 1枚의 제공을 表明했으나 Y가 이를 거부하였다). 마침내 X는 調停不成立에 이르자 1984년에 X·Y간의 혼인관계는 호적상의 존재에 지나지 않는 形骸化한 혼인으로서 이미 혼인을 지속하기 어려운 중대한 사유에 해당한다고 하여 民法770條1項5號(한국민법 840條6號)에 依據 재판상이혼청구소송을 提起하였으나 1審2審에서는 모두 X의 請求가 棄却되어 上告하기에 이르렀다.

#### 〈判決의 要旨〉

婚姻의 本質은 異性이 영원히 정신적 육체적 결합을 목적으로 하는 신중한 의사로서 共同生活을 영위하려는데 있으므로 配偶者 一方 또는 雙方이 그 意思를 확정적으로 喪失함과 동시에 부부로서의 共同生活의 實體를 喪失하게 되고 그 회복의 可望이 전혀 없는 상태에 도달한 경우에는 當該 婚姻은 이미 社會生活의 實質의 基礎를 잃었다고 할 수 있으며 이러한 상태에 있어서 호적상의 관계에 지나지 않는 혼인을 存續시키는 것은 오히려 자연스럽지 못한 것이다. 그렇다면 하더라도 이혼은 社會的 法的 秩序로서의 婚姻을 廢絶시키는 것이어서 離婚請求가 正義, 公平의 觀念, 社會的 倫理觀에 違背되어서는 안되는 것이 당연하고 이러한 의미에 있어서 이혼청구는 身分法까지를 포함하는 民法全體의 指導理念인 信義誠實의 原則에 비취봐도 容認될 수 있다는 點을 필요로 하게 된다. ……有責配偶者의 離婚請求라 하더라도 夫婦의 別居가 兩當事者의 연령 및 동거기간과의 對比에 있어서 상당히 長期間에 걸치고 그 사이에 未成年者가 없을 경우에는 相對方配偶者가 離婚으로 因해 정신적 사회적 경제적으로 극히 가혹한 상태로 되는 등 이혼청구를 허용하는 것이 현저하게 社會正義에 위배된다고 할 수 있는 특별한 사정이 인정되지 않는 限 有責配偶者의 離婚請求라는 點만으로 허용되지 않는다고 할 수는 없다. ……X와 Y와의 婚姻에 대해서는 民法770條1項5號 所定의 事由가 있고 X는 有責配偶者이기는 하나 X와 Y와의 別居期間은 原審의 口頭辯論 終結時까지 약 36년에 걸쳐 同居期間이나 雙方의 연령과 비교할 것도 없이 상당히 長期間이고 거기에다 두사람 사이에는 未成年者가 없기 때문에 X의 이혼청구는 위에서 밝힌 것과 같은 특별한 사정이 없는 限 이를 認容해야 한다.

#### 〈判決의 意義〉

本判決은 다음과 같은 2가지 意味를 부여해 주고 있다.<sup>138)</sup> 첫째는, 日本의 最高裁判所도 基本的으로는 有責配偶者의 離婚請求를 排斥하는 立場을 取하고 있다는 點이다. 생각컨대 原告(X)와 被告(Y)가 訴訟上에서 各各 主張·立證해야 할 事項의 展開過程을 論理的으로 分析해 보면, ① 婚姻破綻의 事實에 대한 X의 主張 ② 婚姻破綻에 대해 오로지 또는 주로 X에게 責任이 있다는 취지의 Y의 抗辯 ③ 夫婦의 別居가 兩當事者의 연령 및 同居期間과의 비교에 있어서 상당히 長期間에 이른다는 點 및 X·Y間에 未成年子女가 없다는 취지의 X의 再抗辯 ④ Y가 離婚으로

138) *Ibid.*, pp. 40. 10-16參照.

因해 정신적 경제적 사회적으로 극히 가혹한 상태에 놓여지는 등 離婚請求를 허용하는 것이 社會正義에 지극히 위배된다는 특별한 사정의 存在에 대한 Y의 抗辯이 그 順序가 된다. 그러므로 本判決은 有責配偶者의 이혼청구가 언제나 인정된다는 點을 단언하고 있는 것이 아님은 물론 그것이 원칙적으로 인정받을 수 있다는 點을 단언하고 있는 것도 아니다. 다만 有責配偶者의 이혼청구에 해당한다는 취지의 피고의 主張·立證(앞에 擧示한 ②의 事項)이 可能할 경우 原告側에서 ③의 事實에 대한 主張·立證에 성공하지 않는 限 이혼청구는 인정받을 수 없다는 결과가 된다는 것이다. 둘째는, 有責配偶者의 離婚請求가 허용될 수 있는 例外的 基準을 밝혀주고 있다는 點이다. 그 要素들을 보면, ① 혼인파탄의 사실이 있어야 한다(혼인파탄의 狀況이 없다면 離婚原因은 존재치 않아 이혼청구가 인정될 수 없음은 당연하게 된다). ② 原告의 有責성이 인정되어야 한다(本事實에 있어서는 X가 養子들의 母親이 自己의 事實婚 關係의 妻인 사실을 Y에게 숨긴채 그 아이들을 X·Y間의 養子로 入養하였고, 그후에 그러한 사실이 발각된 것으로 보이므로 혼인파탄의 責任은 오로지 X에게 있음이 분명하다). ③ 夫婦 사이에 別居期間의 長期化가 있어야 한다. 夫婦間의 別居期間이 길면 길수록 청구인이 비록 有責配偶者라 하더라도 그의 主張이 받아들여지기 쉽게 될 것이다(소위 風化의 理論). 本事實의 경우 X가 75才 Y가 71才이고 別居期間은 36年이었다.<sup>139)</sup> ④ 未成年子女가 없는 경우가 있는 경우에 비해 이혼청구가 容認될 可能性이 높다. 그러나 이혼청구가 허용되기 위하여 相當한 期間 동안의 別居가 要求되어진다고 한다면 夫婦間에 未成年子女가 있는 경우는 드물 것이고 다만 혼자서 獨立生計가 어려운 精神薄弱狀態·身體障礙狀態의 子女의 有無가 문제시될 수 있을 것이다. ⑤ 離婚에 의해 相對方配偶者가 정신적 사회적 경제적으로 지극히 가혹한 상태에 놓여지는 등 離婚을 許容하는 것이 현저히 社會正義에 反하게 되는 特別한 事情이 存在하지 않고 있어야 할 것이다.

결국 이러한 諸般 要素가 具備되었을 때에는 비록 有責配偶者의 離婚請求라 하더라도 이를 認容할 수 있음을 밝혀주고 있는 것으로 理解할 수 있다.

(나) 日本最高裁判所 1988. 4. 7 宣告<sup>140)</sup>

原告 X男(上告人)과 被告 Y女(被上告人)는 1947년부터 同棲해오다가 1949. 9. 26에 婚姻申告를 한 부부로서 그들 사이에 長女(A) 二女(B) 三女(C) 四女(D)를 두었다. 그런데 1950년부터 X(夫)의 다른 女子와의 不貞한 關係로 X·Y 사이에 不和가 생기기 시작한 후 X의 外泊이 잦아지고 婚姻關係가 대단히 惡化되어오다가 1970년 경부터는 완전히 別居하기에 이르렀다. 한

139) 日本學者의 判例分析結果에 의하면, 別居期間이 15年을 초과하고 있을 때는 長期間으로 볼 수 있어 離婚이 허용되나, 10年 미만의 경우에는 離婚의 인정은 상당히 어렵다고 한다.

佐藤義彦, “有責配偶者의 離婚請求”, 「民商法雜誌」第99卷 第2號, 1988, 277面 參照.

140) *Ibid.*, pp. 272-278參照.

편 '70년경부터 X는 Y에게 生活費도 주지 않았고 1975년경부터는 請求外 E女와 同棲하여 현재에 이르렀지만 E女와의 사이에 자식은 없다. Y는 X로부터의 生活비가 끊긴 후부터 X와의 婚인생활을 체념하였고 스스로 X와의 접촉을 완전히 두절시켜 子女(B·C·D)의 결혼 때에도 X에게 알리지도 않았으며 현재는 長女 A와 동거하면서 A의 扶養을 받고 있다. Y는 X에 대한 강한 不信任을 품은 채 X와의 婚인생활의 회복을 바라는 期待는 전혀 없으면서 X의 離婚要求에는 거부하고 있다. 이에 X는 이혼청구를 하였으나 第1審(大阪地方裁判所 1986. 11. 25 宣告) 第2審(大阪高等裁判所 1987. 3. 27 宣告)은 모두 有責者인 X의 離婚請求임을 이유로(兩人 사이에 이미 別居期間이 長期間에 걸쳐 存在하고 부부로서의 實質이 喪失되어 있기는 하나 그것은 X의 一方的 責任에 基한 것이므로 만약 이를 認容케 된다면 有責者의 恣意를 許諾하게 되고 無責者에게 不當한 희생을 강요하는 것이 되며 나아가 婚姻秩序의 파괴로 이어지기 때문에 이를 許容할 수 없다) X의 이혼심판청구를 棄却하였다. 그러자 X는, 婚인관계가 파탄되어 있을 때는 有責者의 이혼청구라도 이를 적극적으로 인정해야 하고 다만 이혼에 따르는 Y의 不利益은 財産分與라든가 慰籍料 請求를 통해서 救濟하는 것이 오히려 兩當事者의 人格尊重에도 부합케 된다는 이유로 上告하였고, 이에 最高裁判所는 同裁判所 1987. 9. 2의 判例를 인용하면서, X·Y 사이의 婚姻關係에는 民法 770條1項5號 所定の 事由가 있고, X는 有責配偶者이라는 하나 X·Y 사이의 別居期間은 原審의 口頭辯論 終結時까지 약 16年 및 동거기간이나 雙方의 연령에 對比할 것까지도 없는 상당한 長期間에 놓여 있으며 兩者 사이에는 未成年의 子息이 없기 때문에 특별한 사정이 없는 限 X의 이혼청구는 認容해야 한다고 判示하였다.

#### 다. 判例理論의 檢討

앞에서 살펴본 바와 같이, 우리 大法院은 婚姻破綻을 초래한 者가 그것을 이유로 離婚請求를 해오는 경우에 만약 이를 허용케 된다면 그것은 不法을 行한 者에게 離婚請求權을 인정하는 不當한 結果가 되어 憲法이 保障하는 婚姻의 純潔과 婚姻當事者의 貞節을 期待할 수 없을 뿐 아니라(大法判 1971. 3. 23, 70므41) 婚姻制度가 요구하는 道德性에 根本적으로 배치되고 配偶者 一方의 意思에 의한 離婚 내지는 逐出離婚을 是認하는 不當한 結果가 초래되므로 婚인의 破탄에도 불구하고 離婚을 희망하지 않고 있는 相對配偶者의 意思에 反하는 이혼청구는 있을 수 없다(大法判 1987. 4. 14, 86므28)는 理論的 根據下에 유책자의 이혼청구권을 排斥하는 一般原則을 判例法上 確立시켜 왔다고 할 수 있다. 이러한 判例理論은, 離婚의 效果에 있어서 過失責任主義를 취하고 있는 우리 離婚法(民法843條, 同806條1項)의 立場과 法益比較衡量(有責者의 이혼청구를 배척함으로써 實質을 喪失한 形骸化된 婚인관계를 호적상으로만 存續시키게 되어 婚인의 본질에 反하는 結果를 초래할 수도 있지만 그대신 대부분의 無責配偶者가 妻인 離婚事件에 있어서 夫의 意思에 의한 逐出離婚의 防止를 期할 수 있고 妻의 利益保護가 미흡한 制度下에서 妻의 扶養請求權과 子女에 대한 親權의 保障을 期할 수 있게 된다. 반대로 離婚請求를 許容케 된다면 破綻主義法制에는 충실을 기할 수 있게 되지만 無責配偶者인 妻의 利益保護가 소홀·무시되는

결과를 초래할 수 있기 때문에 결국 前者의 立場이 合理的인 것이라고 한다)<sup>141)</sup>의 見地에서 볼 때 一應 妥當하다고 할 수 있다.<sup>142)</sup> 그런데 有責者의 離婚請求를 排斥하는 根本理由는 無責者인 相對配偶者의 不當한 희생을 막아 그의 利益을 保護하려는 데에 있는 것이므로 이를 沮害할 餘려가 없는 경우에는 비록 有責者의 離婚請求라 하더라도 排斥할 理由는 없다. 그리하여 大法院은, ① 被請求人의 離婚意思가 客觀적으로 明白한 경우 ② 雙方有責 또는 被請求人의 責任이 더 큰 경우 ③ 피청구인의 이혼의사의 명백성과 쌍방유체의 경우 ④ 이미 다른 원인에 의해 혼인이 파탄된 경우 ⑤ 長期間의 別居(日本最高裁判所の 立場)와 같은 合理的인 事由가 있을 경우에는 비록 有責配偶者의 離婚請求라 하더라도 例外的으로 이를 許容하고 있다. 이러한 大法院의 態度은 制限的 消極說의 立場과 같은 것으로서, 오늘날 우리나라에 있어서의 社會經濟的 與件 變化에 相應한 傳統的 思考내지 離婚觀의 점진적인 變化를 確認해준 것으로 볼 수 있고 나아가 離婚事件의 法的 安定성과 具體的 妥當性과의 調和를 꾀하고 있다는 點에서 긍정적으로 평가되어야 할 것이다. 한편 財産分割請求權<sup>143)</sup>과 面接交渉權<sup>144)</sup>이 新設되고 未成熟子女에 대한 親權이 保障되는 등 妻의 法的 地位가 向上된 改正離婚法下에 있어서 有責配偶者의 離婚請求를 排斥하는 法理의 適用은 具體的 事件에 따라서는 상당히 緩和되어 질 것으로 期待된다.

## 5. 學說의 檢討와 私見

第2說(消極說)이 주장하는 有責配偶者의 離婚請求排斥의 法理는 스스로 婚姻을 破綻시키는

141) 金疇洙(1987), *op. cit.*, 38面 參照.

142) 具然昌(1989), *op. cit.*, 339面; 金疇洙(1987), *op. cit.*, 39面.

143) 이에 대한 詳細는

高昌鉉, “新設된 財産分割請求權制度”, 小峰 金容漢教授 華甲紀念論文「民事法學의 諸問題」, 博英社, 1990, 11-26面; 金疇洙, 「親族·相續法」第3全訂增補版, 法文社, 1990, 652-655面; 劉明子, “離婚給付”, 谷泉 李偉博士華甲紀念論文「現代法學의 諸問題」, 1989, 371-393面; 鄭光鉉, 「新規親族相續法要論」, 1961, 190-191面; 韓瑋熙, “財産分與制度論”, 「法曹」12卷8·9號, 1963; ——, 「改正家族法論」, 大旺社, 1990, 33-41面; 中川 淳, “財産分與制度の性質”, 「家族法大系Ⅲ 離婚」(中川善之助教授還歷紀念), 有斐閣, 1973, 30-50面; 浦本 寬雄, “財産分與”, 「民法講義 7 親族」, 有斐閣, 1977, 149-154面; Kruse, *Family Law, Chapter 25 Alimony*, 1986, pp. 346-369; William Seagle, “Alimony” *Encyclopaedia of the Social Sciences*, Vol. I, p. 643 et seq; Muller-Freienfels, *Ehe und Rechts*, 1962, S. 183 ff를 參照할 것.

144) 이에 대한 詳細는

金疇洙(1990), *op. cit.*, 649-652面; 裴京淑, “改正民法上の 親子關係에 관한 小考”, 「月刊考試」, 1990. 3. 46-51面; 崔鎭涉, “離婚節次에서의 子女保護方案”, 「現代家族法과 家族政策」, 三英社, 1988, 200-203面; 韓瑋熙(1990), *op. cit.*, 29-33面; 田中 實, 「現代家族法大系Ⅱ」, 252面 이하; Cretney, *Elements of Family Law*, 1987, pp. 223-226; G. Beitzke, *Familienrechts*, 1988, S. 169. 260. 273. 294를 參照할 것.

有責行爲를 한 者는 破綻을 이유로 離婚이라는 法的 利益(Rechtlicher vorteil)을 주장할 수 없다는 이른바 과탄주의의 制限原理인 것이다. 第2說은 有責配偶者の 대부분이 男子인 우리의 現實에서 볼 때 弱者는 保護되어야 한다는 法理念에 충실을 기할 수 있다는 解釋論的 優秀性을 가짐이 사실이다. 바로 여기에 여러 立法例가 有責配偶者の 離婚請求를 否認하는 法制를 取하게 되는 이유가 있다 할 것이다. 그러나 이미 破綻된 婚姻關係를 法에 의해 強制로 유지시키려 함은 오히려 個人人格의 尊嚴性을 基調로 하는 婚姻의 倫理性, 身分行爲의 事實先行的 原則에 反할 뿐 아니라 그렇다고 해서 건전한 혼인으로 다시 轉換될 수 없음은 물론 離婚事件의 具體的妥當性에 符合하지도 않게된다는 點에서, 有責配偶者の 이혼청구를 全的으로 排斥하는 第2說은 不當하다. 第1說(積極說)에 의하면 第2說과 같은 不當性은 없게 된다. 그러나 破綻된 혼인에는 이혼을 허용해야 한다는 破綻主義離婚原因을 그 基調로 함으로써 逐出離婚의 危險을 낳을 우려가 있고, 不道德·不法한 有責配偶者の 行爲를 法이 庇護하는 結果를 초래함으로써 憲法36條의 理念에 反할 뿐 아니라 無責配偶者の 弱한 地位保護도 無視하는 結果를 초래할 수 있다. 생각컨대 애정에 기초한 혼인만이 道德的이라면 마찬가지로 애정이 계속되는 혼인만이 도덕적이라는 見解<sup>145)</sup>(Engels의 離婚觀)가 있지만, 그렇다고 하여 애정이 상실되어 있는 혼인관계를 一方的으로 解消시킬 수 있는 것으로 한다면 처음부터 婚姻은 하지 않은 채 同棲(居)만 하면 될 것이고, 現代社會에 있어서 이러한 男女의 非婚的인 共同生活이 增加하고 있음은 세계적 傾向<sup>146)</sup>이기는 하다. 그러나 애정이 식으면 갈라질 수 있다는 思考는 어느 個人의 離婚觀일 수는 있어도 이것을 法秩序가 承認하는 것으로 새길 수는 없다. 왜냐하면, 憲法36條가 保障한 婚姻과 家族生活에 있어 個人의 尊嚴과 兩性平等의 理念은 지난날 사랑을 盟誓함으로써 결합된 혼인관계가 現在의 時點에서 配偶者 一方의 歸責事由에 基해 회복할 수 없을 정도로 破綻되어 사랑이 냉각되어 버렸다는 事實만으로써 一方的으로 혼인을 解消할 수 있음을 意味하는 것은 아니기 때문이다. 요컨대 愛情이 喪失된 婚姻關係는 언제든지 헤어질 수 있다고 한다면 처음부터 혼인제도는 필요치 않게된다는 點에서 볼 때 第1說을 그대로 수용하기는 어렵다 할 것이다. 한편 婚姻破綻의 客觀的 事實이 명백한 경우에도 그 破綻에 책임이 있는 有責配偶者로부터의 이혼청구는 婚姻의 本質, 倫理觀·衡平의 理念, 婚姻制度의 保障, 子女의 幸福, 無責配偶者の 扶養과 相續에 관한 期待可能性등의 具體的 事情에 따라서는 이를 許容해도 무방하다는 第4說(制限的 消極說)은 원칙적으로 이를 허용하고 制限的(例外的)으로만 排斥하는 第3說(制限的 積極說)과 比較해 볼 때 制限的(例外的) 許容이라는 形式論理에 있어서만 差異가 있고 結果的으로 離婚事件의 具體的妥當性과 法的安定性과의 調和를 꾀할 수 있다는 點에 있어서는 兩說 사이에 별다른 차이가 없다고 생각된다. 第

145) 福島正夫外, 원화용譯, 「家族」, 한울림, 1985, 15面.

146) 鈴木綠彌·鈴木ノシヨ(1988), *op. cit.*, 40, 2-19面 參照.

3說은 第1說의 입장에서 有責者의 離婚請求를 원칙적으로 허용하나 다만 離婚請求權의 行使가 婚姻의 倫理性에 의지하는 信義則 또는 社會秩序에 反하는 경우에는 權利濫用의 法理에 의해 그 行使를 制限하는 論理線上에 놓여있는 見解라 할 수 있다. 생각컨대 혼인의 목적은 婚姻當事者의 幸福의 증진에 있으며 現代家族法의 基本理念은 家族의 保護機能에 重點을 두고 있다.<sup>147)</sup> 그리하여 婚姻은 夫婦·家庭共同體를 위한 幸福의 淵源이어야 하므로 혼인관계가 破綻되어 形骸化되었을 때 그러한 幸福의 實現은 第2의 結合에서 期待되어져야 할 것이다.<sup>148)</sup> 그렇기 때문에 現代離婚法은 婚姻의 安定性의 유지에 寄與할 수 있어야 하며 그것을 害치는 것이 되어서는 안 되지만 유감스럽게도 혼인관계가 회복할 수 없을 정도로 破綻되었을 때에는 最大의 公正性으로 法의 空虛한 罅隙을 벗겨 具體的 妥當性을 實現시킬 수 있어야 하고 그러면서도 當事者에게 최소의 고통과 苦痛이 주어지는 것을 目的으로<sup>149)</sup> 하게 된다. 한편 오늘날 세계各國의 離婚法의 動向은 破綻主義추세에 놓여있으며, 우리民法 840條는 有責主義(同條1號~5號)와 破綻主義(同條6號)의 結合型임이 分明하다<sup>150)</sup>고 할 것이다. 따라서 이상에서 吟味한 論理的 흐름에 비춰볼 때 現代社會에 있어서 離婚의 社會的 機能을 직시한 破綻主義理念을 살리면서도 無責配偶者에게 不當한 結果를 초래하는 것을 事前에 예방·억제하는 것이 무엇보다 重要하다 할 것이다. 그렇다면 有責配偶者의 離婚請求權의 認容與否는, 回復이 不可能할 정도로 破綻된 婚姻關係에는 離婚이 주어져야 한다는 破綻主義理念과 無責配偶者의 保護라는 現實과의 調和線上에서 解決할 수 밖에 없고 그러한 點에서 第3說이 比較적 타당하다 할 것이다. 그러나 婚姻生活의 破綻을 招來하는 경위는 대체로 복잡미묘하여 그 責任이 어느 一方에게만 있다고 確定할 수 없는 경우가 많고<sup>151)</sup>, 그 破綻의 樣態도 각기 다르기 때문에 有責配偶者의 離婚請求權 認容與否도 結局은 個個의 具體的 事實에 따라 결정될 수 밖에 없을 것이다. 다만 이때의 破綻은 社會生活의 經驗法則에 비춰볼 때 夫婦生活이 喪失되어 平和스러운 夫婦 또는 家庭이 될 수 없으므로써 家族의 共同生活의 回復이 不可能한 狀態로 認識되어야 할 것이므로 一時的인 感情의 對立·갈등·別居 등은 客觀的 破綻事實이 될 수는 없다. 그리하여 法院에 의한 客觀的 破綻이 인정될 경우에는 無責配偶者·未成熟子女의 保護, 나아가 當事者와 離婚制度를 인정한 國家의 利益과의 綜合的인 見地에서 有責配偶者의 離婚請求權은 限制的으로만 排斥되어야 할 것이다. 앞에서 본 바와 같이 財産分割 請求權, 面接交渉權과 親權의 保障 등이 整備된 改正離婚法下에서의 제한적 배척의 法理는 더욱 緩和되어질 것으로 생각된다.

147) J. Eckelaar, Family Law and Social Policy, 1978, XXVII.

148) 韓瑋熙(1988), *op. cit.*, 13面.

149) Rosenbaum, Divorce Reform in England: The Decline of the Matrimonial Offence, 12. J. of Family Law 3, 1972-1973, p.366.

150) 同旨: 具然昌(1989), *op. cit.*, 331面.

151) 大法判 1988. 4. 25(87므9): 法院公報 825號, 909面.

## IV. 結 論

以上에서 裁判上離婚原因에 대한 立法主義를 破綻主義를 中心으로 吟味·檢討해 보았으며, 그것의 制限原理인 有責配偶者の離婚請求問題를 우리나라와 日本의 學說과 判例의 分析·檢討를 통하여 詳細히 考察해 보았다. 앞에서 考究되어진 重要內容을 要約·再整理함으로써 結論에 갈음하고자 한다.

裁判上離婚原因에 대한 民法840條는 有責主義와 破綻主義離婚原因의 결합형태를 取하고 있을 뿐 有責者の離婚請求權 認容與否을 구체적으로 밝히고 있지 않기 때문에 이 問題는 學說과 判例에 의해 解決할 수 밖에 없다. 이에 대한 學者들의 見解는, 첫째 回復이 不可能할 정도의 혼인파탄의 사실이 있거나 하면 그러한 原因提供者가 누구이든 裁判上の離婚請求權은 認容되어야 한다는 第1說, 둘째는 婚姻破綻을 招來한 有責配偶者の離婚請求는 排斥해야 한다는 第2說, 셋째는 有責者の離婚請求라 하더라도 客觀的인 破綻事實이 嚴存하는 限 그것은 원칙적으로 認容되어야 하며 다만 婚姻의 倫理性, 信義則, 社會秩序와 같은 諸般原理에 비취볼 때 有責配偶者の離婚請求가 離婚權의 濫用으로 判斷될 때에는 離婚이 주어질 수 없다는 第3說, 넷째는 有責者の離婚請求는 원칙적으로 排斥해야 하나 被請求人(無責配偶者)의 離婚意思의 存在를 推斷할 수 있는 것과 같은 특별한 사정이 있을 때에는 예외적으로 이를 허용해야 한다는 第4說 등으로 크게 4分化되어 있다. 한편 判例는 婚姻制度의 本質·倫理性, 逐出離婚의 防止 내지는 無責配偶者の 保護라는 見地에서 有責配偶者로부터의 離婚請求를 排斥하는 一貫된 立場을 堅持해 오다가 大法院 1986. 3. 25(85므85)의 判決에서부터 制限된 범위에서나마 이를 許容하고 있다. 大法院이 從來에 有責者の離婚請求權을 排斥해온 根本理由는 有責者の 大部分이 男子(夫)인 우리의 現實에서 無責配偶者(妻)의 不當한 희생을 막아 그의 利益을 保護하려는 데 있었던 것이므로, 이를 沮害할 餘려가 없는 경우에는 비록 有責配偶者の離婚請求라 하여 이를 배척할 이유는 없는 것이다. 그리하여 大法院은, 첫째 被請求人의 離婚意思가 客觀적으로 명백한 경우, 둘째는 雙方有責 또는 被請求人의 責任이 더 큰 경우, 셋째는 被請求人의 離婚意思의 明白性과 雙方有責의 경우, 넷째는 請求人의 有責性이 있기 前에 이미 다른 原因에 의해 婚姻이 破綻된 경우, 다섯째는 長期間의 別居(日本最高裁判所의 立場)와 같은 특별한 事情이 認定되는 경우에는 例外的으로 有責配偶者の離婚請求를 許容하고 있는데, 이것은 第4說과 같은 立場이라고 할 수 있다.

생각컨대 이 社會에 婚姻制度가 存在하는 限 離婚은 있을 수 밖에 없으며, 그것은 婚姻에 대

한 必要惡인 救濟方法으로서 그 機能을 발휘하는 것으로 새겨야 할 것이다.

앞에서 살펴본 바와 같이, 오늘날 離婚立法의 세계적 動向은 破綻主義 추세에 놓여 있으며 判例分析을 통해 얻어진 結果는 有責配偶者의 舉皆가 夫로서 만약 有責者의 離婚請求를 無制限으로 허용할 경우 그것은 夫에 의한 逐出離婚을 초래함으로써 妻의 不當한 희생이 強要될 수 밖에 없게 된다는 것이다. 그렇다고 한다면, 有責配偶者의 離婚請求權 認容與否는 破綻이 있는 곳에 離婚이 주어져야 한다는 破綻主義理念과 無責者의 保護라는 社會現實과의 調和點위에서 解決되어지는 것이 바람직하다 할 것이다. 이것은 앞에서 吟味한 現代離婚法의 目的에 부합하는 것일 뿐 아니라 離婚事件의 具體的妥當性과 法的安定性과의 調和를 꾀할 수 있는 方途가 될 것이다. 이러한 見地에서 볼 때 回復不可能할 정도로 破綻된 婚姻關係에 원칙적으로 離婚을 허용하면서도 離婚權濫用의 法理에 의해 無責配偶者의 不當한 희생을 事前에 예방키 위한 論理線상에 있는 第3說(制限的 積極說)이 비교적 타당한 見解라 할 수 있으며, 財産分割請求權(改正民法 839條의2)과 面接交渉權(同法 837條의2)이 新設되고 離婚後 未成熟子女에 대한 親權이 確保되는 등 妻의 法的地位가 向上된 改正離婚法下에 있어서 有責配偶者의 離婚請求權排斥의 法理는 더욱 緩和되어져야 할 것으로 생각된다. 나아가 社會經濟的 與件成熟에 따르는 離婚觀의<sup>152)</sup> 變化와 生活能力없는 配偶者에 대한 離婚扶養制度의 擴充 등 離婚法에 있어서 명실상부한 兩性平等이 實現됨에 따라서는 破綻이 있는 곳에 離婚이 주어져야 한다는 第1說(積極說)이 자리할 수 있는 그러한 時代가 到來하게 될 것이 아닌가 생각해 본다.

152) 東亞日報가 調査한 韓國人의 意識調査 結果에 따르면, “이유가 있으면 離婚할 수 있다”고 應答한 者가 48.2%에 불과한 것으로 보아, 아직은 한국인의 離婚觀(意識)이 그렇게 開放的·進歩的인 것은 아니라 할 수 있다.

東亞日報, 1987. 4. 3. 7面 參照(한편 最近의 東亞日報와 한국사회학회의 世代문제 여론조사 결과에 의하면, “夫婦間에 뜻이 맞지 않을 때 離婚하는 경우”에 대해 젊은 세대의 47%는 나쁠 것이 없다는 태도를 보이는데 反해 기성세대의 62.9%는 부정적인 견해를 밝히고 있다. 東亞日報, 1990. 6. 17. 8-9面 參照)

## A Study on the Divorce Claim by Guilty Spouse

Han Sam-in

In this paper I compare and analyze the recent trends of theories and judicial precedents of Korea and Japan through the study of documents and precedents of the divorce claim by a guilty spouse. And after my concrete examination of its validity I explain the acceptance or rejection of the divorce claim by a guilty spouse.

With relation to the cause of divorce, Korean civil law §840 has the combined form of 'fault based divorce ground' and 'no-fault based divorce ground'. But not being provided in the regulation, the acceptance or rejection of the divorce claim must be solved by theories and precedents. The past theories of this problem are divided into 4 kinds. Recently, the divorce claim by a guilty spouse, which has been rejected by Korean Supreme Court, is allowed under exceptional cases in which an innocent spouse wants to divorce.

It is desirable that this problem should be solved through the harmony between the idea of 'no-fault based divorce ground' and the protection of an innocent spouse. Therefore, I think that the divorce claim by and part of two spouses should be accepted when the marriage breaks down irretrievably. But when it is against the true nature and morals of marriage and social order, the divorce claim by a guilty spouse must be rejected according to the legal principles of 'abuse of right'. Finally, the restriction of the divorce claim by a guilty spouse should be relaxed a little more under the new divorce law which includes the rights to demand the division of property and the Visitation of children.