

離婚에 관한 研究(I)

- 離婚法の 變遷 · 內容 · 問題點 -

韓 三 寅

目 次

I. 序 論	2. 離婚原因에 관한 立法主義
II. 離婚制度의 變遷	3. 離婚原因規定의 性格
1. 西洋의 離婚制度史 概觀	4. 離婚原因規定의 解釋
2. 韓國의 離婚制度史 概觀	5. 有責配偶者의 離婚請求
III. 協議上離婚	6. 裁判上離婚의 効力發生時期
1. 意義 및 立法例	VI. 離婚의 效果
2. 成立要件	1. 一般의 效果
3. 協議上離婚의 無効와 取消	2. 子女에 대한 效果
4. 事實上의 離婚	3. 損害賠償의 請求
5. 協議上離婚의 豫約	VII. 現行離婚法上의 諸問題
IV. 調停離婚	1. 離婚被害者의 扶養問題
1. 意義	2. 財産分與請求의 問題
2. 法律의 性質	3. 未成熟子女의 保護問題
V. 裁判上離婚	VIII. 結 論
1. 意義 및 立法例	

I. 序 論

적어도 私法(Privatrecht)의 視角에서 봤을 때에 近代市民革命 이후의 人間의 社會的 삶은 私的自治의 原則(Privatautonomie)¹⁾으로 表現할 수가 있는데, 이것은 甲과 乙 사이

1) 모든 人間은 獨立한 人格體로서 自己의 自由로운 意思에 基해 그의 生活關係의 形成이 可能하다는 이 原則의 主된 現狀形態(Haupterscheinungsformen)는, 契約의 自由(vertragsfreiheit), 社團設立의 自由(vereinigunگsfreiheit), 遺言의 自由(Testierfreiheit) 및 所有權의 自由(Freiheit des Eigentums) 등으로 나타난다.
Palandt, *Kurzkommentar zum BGB*, 39. Auf(1980), S. 67.

의 財産的法律關係를 規律하는 財産法(Vermögensrecht)에 있어서 뿐 아니라 一般的으로 親族·相續的法律關係를 規律하는 親族相續法(Affilien und Erbrecht)의 領域에도 妥當性이 있다. 따라서 A男과 B女는 그들의 自由로운 自己決定(freie Selbstbestimmung)을 主된 要素로 하여 夫婦關係를 成立[婚姻]시킬 수도 있으며, 혹은 反對로 夫婦關係를 解消[離婚]시킬 수 있음은 自明의 理致일 것이다.

이와 같이 離婚(Ehescheidung)이란 完全有效하게 成立한 婚姻을 夫婦의 生存중에 人爲的으로 將來에 向하여(ex nunc) 解消시키는 社會的으로 承認된 制度를 말한다. 따라서 夫婦一方의 死亡에 의하여 婚姻이 自然的으로 解消되는 것과는 區別된다.

무릇 婚姻(Ehe)은 男女의 終生的共同生活를 그 目的으로 하므로, 이러한 婚姻의 本質에서 본다면 離婚은 例外的인 病理現象으로 볼 수도 있으나, 婚姻이 實質的으로 破綻하여 夫婦로서 和合할 可望이 없을 뿐 아니라 當事者雙方이 離婚을 願하는 경우에도 法이 억지로 婚姻生活의 維持를 強制한다면 그것은 不合理하고 非人道的이므로²⁾ 결국 個人的 幸福과 社會의 平和的發展이라는 見地에서³⁾ 大部分의 近代諸國의 法制는 離婚制度를 認定하고 있다.⁴⁾

한편, 近代에 이르러 자각된 個人的 意思의 自由는 自由婚姻과 自由離婚의 思想을 낳았고, 社會構造가 점차적으로 産業化·都市化됨에 따라서 離婚은 增加하기 시작하여 오늘날 離婚增加의 傾向은 西歐文化圈⁵⁾에 있어서 뿐 아니라 東洋文化圈 특히 韓國의 경우에도 增加하고 있는 추세이다.⁶⁾ 朴秉濠教授는 離婚增加의 理由로서 먼저, 1960~1970년대의 前半에 걸쳐 各國에서의 離婚法의 自由化方向으로의 改正에 의한 離婚의 容易化를 들면서 그 기반에는 夫婦關係의 갈등·대립·破綻과 그러한 事態의 放置 보다는 깨끗이 清算하여 再生을 바라는 離婚自由化에로의 輿論의 作用과 종래의 永續의 婚姻觀에 대한 市民意識의 改革을 그 原動力으로 보고 있으나⁷⁾ 女性の 經濟的自立的 確保로 인한 女性の 經濟的地位

2) 金容漢, 「全訂版 親族相續法論」, 博英社, 1983, p.188.

3) 李兌榮, 「韓國離婚研究」, 梨大出版部, 1968 (이하에서는 편의상 李兌榮 I로 略함), p.1.

4) 離婚을 認定하지 않는 國家는, Argentina, Brazil, Chile, Columbia, Ireland, Liechtenstein, Malta, Spain 및 카톨릭教徒의 Portugal 등이다.

M. Rheinstein, *Marriage Stability, Divorce and the Law*(Chicago, London, 1972), p.8.

5) International Encyclopedia of Comparative Law, Chap. 4-1-1-27, *Persons AND Family*, p.69.

6) 全國의 裁判上離婚件數만 보더라도, 1970년에 4,563件, 1975년에 5,943件, 1980년에 11,086件, 1983년에 14,669件 등이다. 法院統計年報, 1971-1984 참조.

7) 朴秉濠, 「韓國離婚法의 特色」, 「民事裁判의 研究」(IV), 經文社, 1982, p.259.

의 向上에 있다고도 볼 수 있다.⁸⁾

어떻든 離婚의 增加現象은 身分關係의 法廷紛爭 가운데 離婚事件이 가장 큰 比重을 차지하고 있다는 點에서⁹⁾ 法的關心事가 될 뿐 아니라, 한편으로는 離婚의 正當한 事由의 存在與否, 離婚으로 인한 婚姻중의 財産關係의 清算問題, 子女의 養育問題 등에 있어서 法的 關與를 필요로 하게 되는데 바로 여기에 離婚에 대한 法的統制의 所以가 있다.

그런데 離婚에 대하여 어떤 社會的·法的統制를 가할 것이냐 하는 문제는 한 國家의 婚姻에 대한 法的統制의 문제와 밀접한 관련이 있는 동시에 그 國家의 政治·經濟·宗教·社會·人種의 諸 與件에 따라 그 立場이 다를 수 있는 것이다.¹⁰⁾

생각컨대 離婚은 夫婦만의 문제에 그치는 것이 아니라 家庭의 安全性的의 위험과 이로 인한 子女에 미치는 諸般影響이 크다는 點에서 法律問題임과 동시에 심각한 社會問題(sozialen frage)인 것이므로 離婚法을 考察함에 있어서는 法理論의 側面에 못지않게 法社會學的 研究(Socio-Legal Study; 離婚의 社會的現象의 수집·分析과 이에 대한 法的價値判斷 등)도 併行함이 바람직한 것이지만,

本稿는 離婚에 대하여 法的統制를 加하고 있는 韓國民法 §§ 834-843 에 관한 解釋論的 體系化에 主眼點을 두어,

- (1) 역사상 離婚은 國家의 法制로서 어떻게 認定되어 왔는가 하는 變遷史를 概觀해 보고,
- (2) 韓國民法上의 離婚制度인 協議上離婚 調停離婚 裁判上離婚의 內容을 學說과 判例를 中心으로 檢討·批判한 다음에 離婚의 效果를 一瞥해 보며,
- (3) 立法論的인 觀點에서 現行離婚法上의 諸 問題를 指摘하여 그 改善되어야 할 方案을 摸索하는 것 등을 그 意圖로 한다.

II. 離婚制度의 變遷

파스칼은 “人間이 天使였다면 離婚의 必要는 없었을 것이고 野獸였다면 離婚制度는 생기

8) 同旨: 鄭鎬瑛, “離婚原因에 關하여,” 「裁判資料제 18 집」, 法院行政處, 1983. p.308. ;

韓瑋熙, 「比較離婚法」, 一潮閣, 1982, p.2.

9) 金炫彩, “民法 840 條 各號의 意義·地位·性格,” 「司法論集제 4 집」, 法院行政處, 1973, p.305.

10) 阿部 徹, “比較離婚法概說,” 「注釋民法·親族(2)」, 有斐閣, 1966, p.5.

지 않았을 것”¹¹⁾ 이라 했는데, 이 말은 離婚의 歷史는 婚姻의 역사와 함께 시작되었고 또한 婚姻이 社會制度로서 存在하는 限 離婚도 영원히 存在하게 될 것임을 示唆해 준다. 그런데 男女의 終生的共同生活을 目的으로 하는 婚姻을 夫婦의 生存중에 人爲적으로 解消시키는 것이 옳은 것인가 하는 問題는 時代와 民族에 따른 社會相·道德觀·婚姻觀에 따라 많은 變遷을 거듭해 왔다는 데에 學者들의 見解가 一致한다.¹²⁾

1. 西洋의 離婚制度史 概觀¹³⁾

古代家父長的 家族制度가 發生하기 이전인 上古時代에 어떤 離婚의 習俗이 있었는지는 역사적 記錄이 없어 精確히 알 수 없으나 離婚은 自由스러웠을 것이라 한다.¹⁴⁾ 한편, 古代家父長的 家族制度가 대두되면서 妻의 意思는 전혀 고려되지 않고 오로지 夫의 一方的 意思에 의하는 專權的無因離婚이 一般的으로 행해졌다. 그후 基督教이 일어나자 그 人道主義的 立場에서 “하나님이 짝지어 주신 것을 사람이 나누지 못할지니라”(馬太福音 19章 6節)는 內容을 基調로 한 婚姻非解消主義에 의해 專權的無因離婚은 큰 制限을 받게 되었으며, 마침내 中세기 獨교가 유럽의 離婚法을 支配하게 되고 또한 로마敎會가 伸張한 10세기頃에는 유럽全域에 걸쳐 法律上으로 離婚은 禁止되었다.¹⁵⁾ 그러나 婚姻의 非解消性의 原則은 女子를 服從狀態에 남겨둔 것과 男子와 女子를 영원히 敎회의 감독하에 두게 된 것 외에는 아무런 作用을 할 수 없어서,¹⁶⁾ 결국 아무리 敎會法이 婚姻의 非解消性을 주장하여도 必要惡(necessary evil)으로서의 離婚의 發生을 막지는 못했으므로 別居(Trennung Von Tisch und Bett)를 인정하여 형식상 離婚을 피하거나, 이미 成立된 婚姻을 “하나님이 짝지어 주신 것이 아니라”고 하는 法王의 婚姻無効宣言(또는 혼인이 완성하지 않은 동안)을 통해 事實상 離婚은 許容되었다. 그 후 16세기에 들어 Luther 등의 宗教改革運動은 離婚을 世事(worldly thing)라고 指摘하여

11) 李兌榮, 「韓國離婚制度研究」, 韓國女性問題研究院, 1957(이하에서는 편의상 李兌榮Ⅱ로 略함), p.4에서 인용.

12) 金容漢, 前掲書, p.189.; 李兌榮Ⅱ, 前掲書, p.5.; 林正平, 「韓國親族相續法」, 檀大出版社, 1982, p.173.

13) 離婚制度의 歷史的考察에 대하여는 青山道夫, “離婚の史的諸形態とその背景,” 「家族問題と家族法Ⅱ」, ; 中川善之助, 「親族法」, 靑林書院, 1957, p.251.; 宮崎孝治郎, 「新婚姻法」, 有斐閣, 1950, p.120 참조.

14) 中川善之助, “離婚史概說,” 「家族制度全集史篇Ⅱ·離婚」, 河出書房, 1937, p.2.

15) 婚姻의 非解消性은 453년의 앵거宗敎會議, 658년의 낭트宗敎會議, 796년의 후리우리宗敎會議 등에 의해 확인되었고, 9세기頃에는 一般化되었다.

G.E. Howard, *A History of Matrimonial Institutions*, Vol. II, 1904, p.39.

16) S.B. Kitchin, *A History of Divorce*, 1912, p.81.

婚姻의 神事와 離婚絶對禁止에 반대하였고, 한편 自然法思想의 發達¹⁷⁾과 新敎主義의 勃興은 離婚法을 교회를 떠나 國家法院의 管轄로 還俗시켰다. 그러나 이 때에도 離婚의 엄격성이 強調되어 協議에 의한 離婚은 허용되지 않고 오로지 姦通 등의 重大한 事由가 있는 경우에만 國가의 承認下에 가능하였으며, 近代에 이르러 婦女의 地位가 向上되고 스스로 그 意思의 自由를 확보할 수 있게 됨에 이르러서야 비로소 協議上離婚이 認定되게 되었다.¹⁸⁾

이처럼 離婚에 관한 法制는 一般的으로 禁止主義에서 制限主義로 制限主義에서 自由主義로, 男女不平等에서 男女平等으로 變遷해왔다고 볼 수 있으나, 近代國家의 法制중에는 離婚을 엄중히 하기 위해 協議離婚을 금지하고 裁判上離婚만을 인정하는 國家가 많다.¹⁹⁾ 프랑스에서는 1804년의 民法典(Code Civil)에 의해 협의이혼제도가 잠시 채택되었으나 1816년에는 협의이혼을 비롯한 離婚制度 자체가 폐지되어 近 70년간 別居制度만 인정되어 오다가²⁰⁾ 1884년의 나케의 法律(Loi Naquet)에 의해 裁判離婚만 인정되었다가 1975년의 改正離婚法에 의해 協議離婚이 認定되고 있다. 英國은 1857년의 婚姻事件法(The Matrimonial Causes Act)의 제정과 1969년의 새로운 離婚法(Divorce Reform Act)의 成立으로 1971년 1월 1일부터 事實上 協議離婚(divorce by consent)이 인정되고 있다.²¹⁾ 소련도 1968년의 改正離婚法에 의해 協議離婚과 裁判離婚의 두 제도를 인정하고 있다.

2. 韓國의 離婚制度史 概觀²²⁾

韓國의 離婚制度는 西歐諸國과는 달리 기독교思想의 影響을 거의 받지 않았으므로 古代의 父權社會로부터 李朝時代에 이르기까지는 오직 家父長의 家族制度思想에 基礎한 夫의 專權의 無因離婚이 계속돼 오다가, 日帝治下에 이르러 日本民法이 依用되면서 비로소 近代的 意味의 離婚法을 갖게 되었다.

17) 自然法論者들은 “혼인은 행복추구의 길이며, 인간의 행복추구의 권리는 정부도 방지 못하는 天賦의 權利”라고 함으로써 離婚의 自由觀을 지지한다.

M. Erle, *Die Ehe im Naturrecht des 17. Jahrhunderts*(1952), from Rheinstejn, *Divorce and Law*, note 55 at 25.

18) 金容漢, 前掲書, p.189.

19) 協議上離婚을 인정하는 國家는 中國·日本·프랑스·瑞西·벨기에·네델란드·오스트리아.(유태인에 限함)·멕시코·북셈부르크·루마니아·쿠바·하이리·스칸디나비아 3國 등이며, 離婚을 금지하여 別居制度만을 인정하는 國家는, 스페인·칠레·브라질·아르헨티나 등이고, 其外國家는 거의 裁判上 離婚만을 인정한다.

20) Rheinstejn, *op. cit.*, p.213.

21) *Ibid.*, p.347.

22) 이에 관한 詳細는 朴秉濠, 「한국의 법」, 세종대왕기념사업회, 1974, pp.123-128.; 襄慶淑, “韓國離婚制度의 變遷에 관한 研究,” 「法政大學報제 1집」, 仁荷大法政大學 학도호국단, 1982, pp.10-29 참조.

가. 三國時代의 離婚制度

三國時代에 離婚에 관한 習俗이 어떻게 행해졌는가는 이에 대한 文獻이 不明하기 때문에 分明하지는 않으나, 百濟의 習俗에 보면, “婦人犯姦者 入夫家爲婢”²³⁾라 하여 姦通을 이유로 正妻의 地位를 박탈하였음을 알 수 있는데, 이것은 姦通이나 惡質의 犯罪行爲를 한 妻는 夫의 一方의 意思에 의해 離婚이 強制되었음을 의미해 준다. 그러나 新羅의 文豪 強首의 傳記에 의하면, “嘗聞古人之言曰 糠糟之妻不下堂 貧賤之交不可忘 則賤妻所不忍棄者也”²⁴⁾라 하여 先娶한 正妻를 함부로 棄去할 것이 아니라고 하는 當代의 社會倫理觀을 보여 주고 있다.

나. 高麗時代의 離婚制度

高麗史刑法志 戶婚律에 의하면,²⁵⁾ “有夫女淫 姦女案針工定屬”이라 하여 姦通한 者는 이를 강제로 棄妻할 수 있었으며, “無父母和論 無故棄妻者 停職付處”라 하여 父母의 승낙없이 棄妻한 者는 官吏로서 停職處分을 당했으며, “妻擅去徒二年改嫁 流二千里 妻擅去 徒一年半 改嫁二年半 娶者同罪 不知有夫 不坐”이라 하여 男便을 버리고 나간 女子는 刑罰을 가하되 正妻인 경우에는 妾인 경우 보다 重하게 취급되었다. 이처럼 高麗時代에는 棄妻에 대한 制限이 엄하지 아니했으므로 王室·貴族·庶民계급에 있어서도 男子의 一方의인 棄妻制度가 存在하였음을 알 수 있다.²⁶⁾

다. 李朝時代의 離婚制度²⁷⁾

1) 總 說

李朝時代에는 一定한 事由(法定原因; 七出事由)가 있을 때에 한하여 離婚(棄妻)을 認定했다. 그러나 비록 法定事由가 있을지라도 離婚을 不許하는 事由(離婚原因阻却事由; 三不去事由)가 있으면 離婚은 許容되지 않았고, 이유없이 棄妻한 者에 대하여는 身分에 따라 罷免 또는 杖罰에 의하는 追還完娶 등의 處罰이 科해졌다. 이러한 法定事由外에도 逆家(連)離婚(妻族중 특히 家長이 叛逆罪에 處해졌을 때에 그 罪禍가 夫族에게 미칠 것이 두려운다는 이유로 妻와 離婚하는 것)이라든가, 義絶離婚(一定한 事由가 婦나 家長의 意思如何에 불구하고 法)²⁸⁾ 등이 있었던 것으로 볼때에 李朝의 離婚法制는 一般的으 律上 강제로 離婚시키는 것

23) 北史 第94卷, 百濟法 參照.

24) 三國史記, 第40卷 列傳第6 強首傳 參照.

25) 鄭光鉉, 「韓國家族法研究」, 서울大出版部, 1967, p.93에서 인용.

26) 上揭書, p.74.

27) 李朝時代에는 離婚을 버린다[棄]·내보낸다[出]·내 쫓는다[逐], 또는 去라 하여 法律上으로는 離異라고 했다. 朴秉濠, 前揭書, p.124.

28) 이 義絶法制는 大明律出妻條의 “若犯義絶之離而不離者赤杖八十”에서 由來한 것이다. 이에 관한 詳細는 鄭光鉉, 前揭書, pp.98-99 참조.

로 엄격한 制限主義였다고 할 수 있다.²⁹⁾ 한편, 離婚의 主宰者는 父 내지 家長이어서 父가 離婚을 命하면 子는 그 命에 복종해야만 했으므로 離婚當事者의 意思는 反映될 수가 없었다.

2) 法定離婚原因

法定離婚原因에는 七出三不去와 既述한 逆家離婚·義絶離婚 및 拉致被虜歸還女와의 離婚(李朝의 임진란과 丙子亂중에 납치되었다가 귀환한 女와의 재결합이 論難되었을 때에)³⁰⁾ 등이 있다.
(위정당국은 1649년부터 被拉婦女를 失行으로 하여 改娶를 허용하게 된 것)

七出三不去는 본래 中國古來의 儒教思想(특히 大明律의 規定)에서 由來한 것으로서 七出이라 함은 ① 父母를 잘 섬기지 못하는 것〔不事舅姑〕 ② 아들을 낳지 못하는 것〔無子〕 ③ 不貞한 行爲를 하는 것〔淫佚〕 ④ 질투하는 것〔妬〕 ⑤ 나병·간질병 등의 遺傳病이 있는 것〔惡疾〕 ⑥ 말이 많은 것〔多言〕 ⑦ 남의 물건을 훔치는 것〔竊盜〕과 같은 事由가 있을 때에는 棄妻해야 하는 것으로서 이를 七去之惡이라고도 한다(위의 棄妻原因중에 竊盜는 犯罪가 되므로 妻의 有實事由로써 수궁이 가나, 其外의 6個). 三不去라 함은 ① 媿事由는 李朝時代의 봉건적인 家長的 家族制度의 遺産임은 明白한 것이다. 父母의 三年喪을 치른 경우〔與共更三年喪〕 ② 婚姻당시에는 가난했으나 妻가 들어온 후 富貴하게 된 경우〔先貧賤後富貴〕 ③ 妻가 離婚당한 후 돌아갈 집이 없는 경우〔有所娶無所歸〕 등에는 비록 妻에게 七出의 事由가 있어도 棄妻를 禁하는 것을 말한다. 七出은 나중에 無子와 妬이 삭제되어 五出이 되었고 三不去는 有子가 첨가되어 四不去로 되었다가 1908年의 刑法大全의 改正에 의해 棄妻條項은 폐지되었다.

3) 事情罷議

夫婦가 婚姻生活를 계속할 수 없고 雙方이 離婚을 願하는 경우에는 夫婦가 그 事情을 說破하고 離別人事를 하여 서로 應諾한 후에 離婚하게 되는 것으로³¹⁾ 現行法上의 協議離婚에 해당하는 것이다. 그러나 名目上 夫婦의 合意일 뿐 실제로는 夫의 一方的意思에 의한 棄妻에 불과하였다. 한편, 上層階級社會에서는 本妻와 不和할지라도 名目上 婚姻關係를 維持하면서 (本妻를 疎薄하면서) 蓄妾이 一般的으로 행해짐으로써 離婚의 例는 드물었다는 點에서 事情罷議는 李朝의 民間習俗으로 庶民계급 사이에서만 행해졌다 한다.³²⁾

29) 朴秉濠, 前揭書, p.127.

30) 이에 관한 詳細는 金龍德, “婦女守節考,” 「亞細亞女性研究Ⅳ」, 숙대 아세아여성문제 연구소, 1964, p.124 참조.

31) 이 때에 저고리의 끈을 잘라 그 한 조각을 相對方에게 주어 離婚의 徵表로 삼게 되는데 이것을 割給休書라고도 한다.

32) 李兌榮 I, 前揭書, p.7 참조.

라. 日帝 및 依用民法時代의 離婚制度

1910년 韓國을 侵略한 日帝는 韓國에서의 民事關係를 規律하기 위하여 1912년 朝鮮民事令을 制定하였고, 그 §11에 “조선인 사이의 能力·親族 및 相續에 관하여는 §1의 法律(日本民法典)에 의하지 않고 慣習에 의한다”고 明定하여 民事關係중의 身分關係는 우리 固有의 慣習에 의해 規律할 것임을 밝힘으로써 日帝初期의 離婚制度는 李朝時代와 다를 바 없었다. 日帝當局은 처음에는 韓國에 協議離婚의 慣習[事情能議]이 없다는 見解를 취했으나 1918년의 京城覆審法院判決³³⁾을 기초로 하여 1922년에 朝鮮民事令을 改正, 同§11의 ②에 “협의이혼은 이를 市長·區廳長·邑面長에게 申告함으로써 그 效力이 생긴다”는 규정을 新設하여 1923년 7월 1일부터 申告에 의한 協議離婚이 채택됨으로써 女子에게도 離婚權이 認定되었다.

裁判上離婚에 관한 日本의 舊民法(依用民法)의 規定은 1923년 7월 1일부터 韓國에 적용됨으로써 裁判에서의 離婚의 原因³⁴⁾이 확정되었다. 日本의 舊民法規定은 봉건적가족제도의 要請에 의한 것이어서 妻의 姦通은 離婚原因이 되었으나 夫의 姦通은 離婚原因이 되지 않고 오직 刑法上의 姦淫罪로써 處罰된 경우에만 離婚의 原因이 되는데 불과했으므로 女性에게는 不平等한 것이었다. 그러나 判例³⁵⁾는 舊民法上의 離婚原因을 점차적으로 擴張 解釋하여 “夫의 姦通이 그 자체로서는 離婚原因이 되지 않으나 이것을 妻에 대한 重大한 侮辱”으로 보아 妻의 離婚請求를 認定함으로써 女性의 利益을 保護하기 시작했다. 裁判上離婚에 관한 舊民法規定은 解放後 약간의 修正이 가해졌으나, 1948년의 制憲憲法 §100의 規定과 1946년의 美軍政令 §21號에 의해 1959년 末까지 韓國에 依用되어졌다.

33) 1918년 4월 11일의 京城覆審法院判決은, “조선의 관습에 의하여 협의상의 이혼을 할 수 있다”고 判示하였다.

34) 依用民法 §813의 離婚原因을 보면 1호: 배우자가 重婚한 때, 2호: 妻가 姦通한 때, 3호: 夫가 姦淫罪로 인하여 刑에 處해진 때, 4호: 배우자의 처형, 5호: 배우자로부터 동거에 堪忍하기 어려운 학대 또는 중대한 모욕을 받은 때, 6호: 배우자로부터 악의로서 유기를 당한 때, 7호: 배우자의 직계 존속으로부터 학대 또는 중대한 모욕을 받은 때, 8호: 배우자가 자기의 직계존속에 대하여 학대를 하고 또는 중대한 모욕을 가한 때, 9호: 배우자의 생사가 3년이상 분명하지 아니한 때, 10호: 婿養子緣組의 경우에 離緣이 있는 때 또는 養子가 家女와 혼인을 한 경우에 離緣 혹은 緣組의 取消가 있을 때 등이다.

35) 즉, “夫가 正妻있음에도 他女를 妾으로 하여 이와 私通關係를 계속하는 것은 妻에 대하여 중대한 侮辱를 加한 것이라 할 수 있으며, 조선에 있어서는 既往 蓄妾의 폐풍이 널리 행해져서, 이것을 夫의 非行으로 인정하지 않았으나, 婚姻의 道義가 점차 一般에게 인식돼 있는 現時에 있어서는 格段의 사정이 없는 한 蓄妾은 民法 §813의 5호에 해당하는 離婚原因이 되는 것으로 해석하여야 한다.”

朝高判 1943.10.26, 錄30卷, p.94 참조.

마. 現行法上の 離婚制度

韓國 現行法上の 離婚의 法制로는 協議上離婚, 調停離婚, 裁判上離婚의 3種이 있다. 前者는 當事者 사이의 離婚意思의 合致를 基礎로 하여 家庭法院의 確認을 받아 戶籍法에 定한 節次에 의한 所管署에의 申告로써 成立하는 離婚이며, 調停離婚이란 離婚請求者가 家庭法院에 裁判上離婚을 請求하는 경우 家庭法院의 調停에 의해 當事者 사이에 離婚에 관한 合意가 이뤄짐으로써 離婚이 成立하는 것을 말하며, 後者는 앞서의 調停이 不成立하는 경우 家庭法院의 審判에 의해 離婚이 이뤄지는 制度이다.

Ⅲ. 協議上離婚³⁶⁾

1. 意義 및 立法例

民法 §834 는 “夫婦는 그 原因여하를 묻지않고 協議로써 離婚을 할 수 있음”을 明定하고 있는데, 이것을 協議上離婚(Ehescheidung im Einvernehmen)이라 한다. 이것은 當事者의 自由로운 離婚意思의 合致를 기초로 하여 婚姻關係를 人爲的으로 解消시킬 수 있다는 點에서 裁判上離婚과 對比해 볼 때 無因離婚인 것이며 또한 다툼없는 離婚制度라는 特色이 있다. 따라서 이것은 破綻主義離婚方式으로 볼 수 있으며, 가장 自由스러운 離婚方式³⁷⁾이라는 點에서 個人의 自由와 尊嚴性을 자각케 하며 夫婦間에 家庭破綻을 공개하지 않고 비밀리에 離婚을 處理할 수 있다는 長點이 있으나 夫에 의한 濫用의 우려가 없지 않고 또한 종래부터 協議라는 美名下에 妻의 逐出離婚이 자행되는 경우가 많았으므로, 이러한 不合理를 是正키 위해 協議離婚申告의 審査制度(戶籍法§79의 2)가 마련되어 호적공무원으로 하여금 協議離婚申告時에 그 書面의 眞正成立與否를 확인한 후 受理하도록 하였으나 그 實效를 거두지 못했으므로, 民法 §836 의①을 新設하여 家庭法院判事의 離婚意思의 確認을 받도록 하였는데 이는 協議離婚意思의 存在與否를 신중히 檢討하자는 취지인 것이다. 協議上離婚이 申告라는 간단한 절차만으로 成立하는 立法例는 韓

36) 法典上の 用語는 協議上離婚이나 講學上 協議離婚으로 稱하는 者가 많다.

37) 朴秉濂, 「判例教材 親族·相續法」, 法文社, 1975, p.129.

國과 自由中國(中民 §§1044-1045)과 日本(日民 §§763-764) 등 東洋 3國 뿐이며, 그의 국가의 協議離婚의 條件과 筋次는 상당히 복잡하고 制限的이다.³⁸⁾ 協議上離婚을 認定하는 태도에 있어서 中共法은 北韓法(男女平等權에 대한 法令施行細則 §10)과 같고 소련法과 다르다. 즉 소련法이 裁判上離婚을 원칙으로 하여 未成熟子女가 없거나 配偶者의 行方不明·精神異常의 法的宣告 있는 경우·3年 이상의 刑罰로 因해 自由權이 박탈된 경우와 같은 다투지 않는 事件(in uncontested cases)에 대해서만 協議上離婚을 인정하는데 反해³⁹⁾ 中共法은 協議離婚과 裁判離婚을 同一次元의 것으로 인정하고 있다.⁴⁰⁾ 한편, 協議上離婚에 관한 外國의 法制는 크게 두가지로 나눌 수 있다.⁴¹⁾

2. 成立要件

가. 實質的要件

첫째 當事者 사이에 離婚에 관한 自由로운 意思의 合致가 있어야 한다. 民法上的 明文規定은 없으나, 民法 §834가 協議에 의한 離婚을 인정하고 있음은 離婚의 合意를 前提로 한 것으로 볼 수 있으므로 결국 夫婦關係를 永久的으로 解消하는 것을 內容으로 하는 離

38) 이에 관한 詳細는 利谷信義, “協議離婚制度,” 「注釋 民法·親族(2)」, 有斐閣, 1966, p.64 참조.

39) Bolas, *No-Fault Divorce: Born in the Soviet Union?*, 14 Fam. L.J. No.1, 1975, p.31.

40) 崔達坤, “1980年의 改正 中共婚姻法,” 「法學論集 제20집」, 高麗大 法學研究所, 1982, p.267.

41) 첫째는, 당사자의 離婚意思의 合意에 法律效果를 인정하면서도 그 과정에 있어서는 法院 또는 行政廳이 적극적으로 관여하는 法制로서 벨기에·네덜란드·佛의 개정이혼법·스칸디나비아제국 등이 이 입장을 취한다. 이 法制는 당사자의 이혼의사를 수회의 출석에 의해 여과하고 이 과정을 통과하는 경우에만 이혼의 효과를 부여한다든가 별거의 합의와 일정한 별거 사실과의 결합에만 이혼의 효과를 부여하는 점에서 다소의 차이는 있으나 이혼과 이혼에 따르는 제 문제를 일정절차 중에 동시에 해결한다는 점에서 共通點이 있다. 둘째는, 이혼의 합의 그 자체가 직접 국가법상의 의의를 취득하거나 또는 국가법상의 것으로 하는데 실질적으로 국가기관의 개입이 행해지지 아니하는 입장이다. 前者는 中民 §§1049-1050의 태도로서 당사자가 이혼계약서를 작성하여 2인이상의 증인의 서명에 의해 협의이혼은 성립한다는 것이다. 後者는 日民 §1763-1764의 태도로서 이혼신고는 이혼의 성립요건이기는 하나 이혼의사의 合意는 간단한 신고절차에 의해 국가로부터 그 効力을 얻을 수 있다.

婚意思⁴²⁾의 합치가 없는 協議上離婚은 無効이다.⁴³⁾ 離婚意思의 합치는 離婚申告書作成時는 물론 受理時에도 存在해야 하는 것이므로, 有效하게 作成된 離婚申告書라 할지라도 그 提出前에 一方이 相對方 또는 호적공무원에 대해 離婚意思의 撤回(Widerruf)를 表示한 경우에는 離婚意思의 합치를 缺如한 것⁴⁴⁾으로써 協議上離婚은 無効가 된다. 또한 離婚意思는 당사자의 自由로운 意思(Auto nomie des Willens)이어야 하므로 詐欺・強迫에 의한 경우에는 取消할 수 있다(§838).

둘째 禁治產者(Entmündigter)는 後見人 등의 同意를 얻을 것(§835의 ②・③). 意思能力(Willensfähigkeit)이 있는 禁治產者는 스스로 離婚의 合意를 할 수 있으나 後見人의 同意(後見인이 없거나 또는 있다 할지라도 同意權을 行使할 수 없는 경우에는 親族會의 同意)를 얻어야 離婚할 수 있다(明文의 規定에 비추어 限定治產者는 누구의 同意도 必要없이 離). 한편, §826의 2의 規定上 婚姻한 未成年者는 成年으로 보게 됨으로, 婚姻成年制(Heirat macht mündig)의 法理上 그가 離婚함에 있어서는 父母 등의 同意는 필 요하지 않다. 따라서 §835의 ①・③의 「父母」는 死文化된 것으로 볼 수 밖에 없다.⁴⁵⁾

나. 形式的要件

協議上離婚은 家庭法院의 確認을 받아 戶籍法에 定하는 바에 따라 申告함으로써 效力이 생긴다(§836의 ①, 戶籍法 §79). 離婚申告는 婚姻의 경우와 같이 離婚의 成立要件으로서 그 申告는 戶籍法에 定한 바에 의해 當事者雙方과 成年者인 證人 2人의 連署한 書面으로써 해야 하므로(§836의 ②), 단순한 離婚의 合意나 同棲를 그만 두는 것만으로는 離婚의 效力은 생기지 않는다(반드시 申告하여 受理되어야만 離婚의 效力이 생긴다는). 判例는 “證人의 連署가 偽造된 것이라면 그 申告를 受理할 수 없으나 일단 受理된 이상 離婚申告의 效力에 影響이 없

42) 離婚意思를 어떻게 理解할 것인가에 대하여는 實質的意思說(多數說・判例)과 形式的意思說(少數說)로 見解가 나뉜다. 前者는 이혼의사를 社會通念上 이혼을 하려는 의사, 즉 혼인의 實體를 해소하려는 의사로 이해함으로써 단지 離婚申告의 意思만으로는 부족한 것으로 새기게 된다. 따라서 혼인의 실체를 해소할 의사가 없으면서 단지 당사자가 이혼신고의 의사만으로 申告하더라도 그것은 無効라는 것이다. 大法判 1961.4.27[4293 民上536], ; 大法判 1975.8.19[75도1712], ; 大法判 1976.9.24[76도107] 참조. 後者는 離婚意思를 法律上 이혼할 의사, 즉 形式的으로 이혼신고를 할 의사로 새김으로써 당사자가 이혼신고를 하는 것에 대해 合意가 있으면 사실상 혼인관계를 해소할 의사의 有無에 관계없이 離婚은 유효한 것이므로 만약 이혼신고를 하였음에도 불구하고 婚姻의 實體를 解消하지 않는 경우에는 그것을 事實婚으로 處理하게 된다. 鄭光鉉, 前掲書, p.53. 이러한 學說對立의 實益은 假裝離婚의 效力과 당사자 一方이 이혼의 의사를 철회한 경우의 取扱에서 나타난다.

43) 金容漢, 前掲書, p.192.

44) 金疇洙, 「親族・相續法」, 法文社, 1981. p.156.

45) 同旨: 金容漢, 前掲書, p.192.; 金疇洙, 前掲書, p.156.; 林正平, 前掲書, p.179.

다” 한다.⁴⁶⁾

離婚申告의 경우에는 다른 申告와는 달리 家庭法院의 確認을 받아야 하는데 (§ 836 의①) 이러한 協議上離婚의 確認制度⁴⁷⁾는 家庭法院(서울 이외의 地域은 地方法院 家事部)으로 하여금 當事者雙方의 離婚意思의 存在에 대한 일종의 實質的審査權을 부여한 것으로 종래의 夫의 一方的意思에 의한 申告가 행해졌던 協議上離婚의 缺點을 補完하기 위한 妥當한 措置라 할 것이다. 離婚當事者가 書面이나 口述로 本籍地를 管轄하는 家庭法院에 離婚意思確認申請을 해오면 法院은 當事者雙方을 出席시켜 그들이 本人인가의 與否를 確認할 뿐 아니라 離婚意思의 眞正與否를 확인하여야 한다 (戶籍法 § 79의 2의①). 家庭法院이 행하는 확인의 對象은 當事者 사이의 離婚意思의 合致與否를 가리는 것이므로,⁴⁸⁾ 家庭法院의 確認이 없는 離婚申告書는 호적 공무원에 의해 受理될 수 없음은 당연하다.

3. 協議上離婚의 無効와 取消

가. 協議上離婚의 無効

協議上離婚의 無効란 當事者 사이에 離婚意思의 合致가 없이 離婚申告가 受理된 것을 말한다. 離婚意思의 合致의 有無에 대해서는 既述한 바와 같이 見解가 나뉘져 있다. 實質的的意思說(意思主義)을 취하는 多數說⁴⁹⁾· 判例의 立場에 의하면, ① 夫婦關係를 解消할 意思없이 債權者의 執行을 면하거나 또는 婚姻外의 出生子を 婚姻중의 出生子로 하기 위한 方便으로 夫婦가 假裝離婚⁵⁰⁾을 合意하여 申告한 경우,⁵¹⁾ ② 當事者의 一方(또는 雙方)이 모르는 사이에 第三者가 離婚申告를 한 경우, ③ 有效하게 申告書를 作成한 후 그 受理前에 相對方(또는 호적 공무원)에게 離婚意思의 撤回를 表示한 경우, ④ 心神喪失者가 離婚申告時에 意思能力을 缺如한 경우 등은 離婚의 無効로서 取扱하게 된다. 한편, 形式的意思說

46) 大法判 1962.11.25[62 다 610].

47) 이에 관한 詳細는 梁祥勳, “協議上離婚에 있어서의 家庭法院의 確認,” 「裁判資料 제 18집」 法院行政處, 1983, pp.263-281 참조.

48) 따라서, 家庭法院은 當事者사이의 離婚意思의 合致를 確認할 수 있는 限 다른 理由(예컨대, 子女의 福祉·養育 등)를 들어서 確認을 拒否할 수 없음은 당연하다.

49) 金容漢, 前掲書, p.193.; 李根植外, 「增補新 親族相續法」, 一潮閣, 1982, p.122.; 林正平, 前掲書, p.180.; 張東鶴, 「民法大意」, 法文社, 1982, p.540.; 中川善之助, 「親族法」, 青林書院, 1957, p.27.; 我妻榮, 「親族法」, 有斐閣, 1966, p.137.

50) 假裝離婚에 대하여는 韓 洙, “假裝離婚에 관한 小考,” 「法曹」, 法曹協會, 1979.4, pp.45-55 참조.

51) 大法判 1961.4.27[4293 民上 536], ; 大法判 1976.9.24[76 도 107] 참조.

(形式主義)을 취하는 少數說⁵²⁾의 立場에 의하면, 앞서의 ②·③·④의 경우는 離婚의 無效가 되나 ①의 假裝離婚의 경우만은 離婚意思가 있는 것으로 推定하여 有效로 解釋하게 된다.

생각컨대, 離婚申告가 受理되어 戶籍整理가 이뤄진 假裝離婚을 完全有效로 보는 少數說의 見解에 의하면 逐出離婚을 낳을 우려가 많고, 反對로 完全無效로 보는 多數說의 見解에 의하면 第3者에게 下測의 損害를 줄 우려가 있으나 身分行爲의 意思主義의 性格에서 볼 때에 多數說의 態度는 妥當하다 할 것이므로, 假裝離婚은 無效로 解釋해야 한다. 그리고 協議離婚의 無效는 當然無效이나 그 無效에 관하여 다툼이 있는 경우에는 家庭法院에 協議離婚無效確認의 審判을 求할 수 있다(家審法 §2의①2나, 人訴法 §§25-32). 當事者 一方이 死亡한 경우에도 殘存配偶者는 檢事를 相對로 하여 協議離婚無效確認의 審判을 求할 수 있음은 當然하다.⁵³⁾

나. 協議上離婚의 取消

詐欺 또는 強迫으로 인하여 離婚의 意思表示를 한 者는 그 取消을 法院에 請求할 수 있다(§838). 이 規定은 夫의 一方的意思에 의한 逐出離婚을 防止할 수 있다는 點에서 重要한 意義를 갖는다. §838가 規定한 離婚取消事由는 夫婦의 一方(또는 双方)에게 허위의 事實을 告知하여 錯誤에 빠지게 함으로써 離婚意思를 決定케 하거나(속위 詐欺에 의한 離婚), 또는 違法한 物理的·心理的인 압박을 豫告하여 공포에 몰아넣음으로써 그 결과 離婚에 合意한 경우(속위 強迫에 의한 離婚) 등을 말한다. 詐欺者 또는 強迫者는 配偶者이건 第3者이건 不問한다. 詐欺·強迫에 의한 離婚의 取消에는 民法總則의 規定이 적용되지 않으므로,⁵⁴⁾ §838에 의한 離婚의 取消는 善意의 第3者(gutgläubigen Dritten)에게 對抗할 수 있고, 또 제3자가 행한 詐欺·強迫에 의한 離婚은 相對方配偶者가 善意의 경우에도 取消할 수 있다 (§110의②·③^{참조}).⁵⁵⁾ 그 取消權은 當事者가 詐欺를 안 날 또는 強迫을 免한 날로부터 3개월을 경과하면 消滅한다(§839에 의한 §823의 準用). §838에 의한 取消는 婚姻의 取消와는 달리 그 溯及效(Rückwirkung)가 認定되어야 한다(§824^{참조}). 왜냐하면 婚姻의 取消와는 달리 그 性質上 離婚이 없었던 狀態로 회복시켜 주어야 하기 때문이다. 한편, §838을 이유로 家庭法院에 離婚의 取消를 하려면 우선 調停申請을 해야 하고 調停이 不成立된 경우에 한하여 取消審判을 求해야 한다(家審法 §21).

52) 金鳴洙, 前掲書, p.158.; 鄭光鉉, 前掲書, p.753.; 谷口知平, 「親族法」, p.27.

53) 大法判 1970.7.21[70 ㄴ 18].

54) 金容漢, 「民法總則論」, 博英社, 1983, pp.301-302.

55) 金鳴洙, 「註釋 判例 家族法」, 三英社, 1983, p.173 참조.

4. 事實上的 離婚

韓國民法은 離婚에 관하여도 法律離婚主義(소위 申告없으면 離婚있다)를 취함으로써 申告없는 離婚은 離婚이 아니다. 그러나, 法律離婚主義(§812)를 취하는 民法下에서도 婚姻의 實質的인 要件은 갖추고 있으나 婚姻申告만을 缺한 事實婚이 存在하는 것처럼 婚姻關係의 實體가 붕괴된 事實上的 離婚도 있을 수 있다. 즉, 法律上的 夫婦가 離婚의 合意(konsens)를 하여 別居하고 있으면서 離婚申告만을 하지 않고 있는 狀態를 事實上的 離婚⁵⁶⁾이라 한다. 事實上的 離婚이 成立하기 위해서는 當事者의 意思能力의 存在와 當事者 사이에 離婚意思의 合致만 있으면 되고 그의 特別한 方式을 不要한다. 民法은 協議上離婚을 要式行爲(formelles Gesehäft)로 하고 있으므로 事實上的 離婚이 아무리 長期間 계속되더라도 當事者 사이에는 法律上的 婚姻關係가 存續하게 된다. 바로 이러한 法律上的 婚姻과 事實上的 離婚이 併存하게 되는 相互矛盾된 狀態를 法律的으로 어떻게 取扱할 것이냐가 問題가 된다. 이에 관한 日本學者들의 解釋論은 대체로 두갈래로 나뉘져 있다.

我妻 榮·立石芳枝·青山道夫·末川 博教授 등은 대체로 協議上離婚의 要式性을 강조함으로써 아무리 장기간 別居하여 婚姻의 實體가 없더라도(아무리 튼튼한 離婚約束을 했다 하더라도) 그들 사이에 離婚申告를 하지 않는 한 法律上으로는 婚姻關係가 有效하게 存續하고 있는 것이 됨으로써 事實上的 離婚을 하고 있는 一方 配偶者의 他人과의 婚姻은 重婚(Doppelhe)이 되며 不貞行爲도 成立한다는 消極的見解⁵⁷⁾를 취한다.

中川善之助·島津一郎·抽木馨教授 등은 一定條件下에서 事實上的 離婚에 法的效果를 承認하려 하며,⁵⁸⁾ 日本大審院判例도 事實上的 離婚을 한 자가 맺은 事實婚을 人倫에 어긋난 善良한 風俗에 反한다고 할 수 없다고 判示하므로써⁵⁹⁾ 事實上的 離婚을 保護하려는 積極的見解를 취한다.

생각컨대 日本의 多數說인 消極的見解는 法律離婚主義에 관한 民法의 解釋論으로서도 無理가 없음은 事實이나, 婚姻關係의 實體가 붕괴된 明白한 離婚事實이 있음에도 불구하고 단지 離婚申告를 缺하므로써 法律上婚姻關係가 存續하고 있다는 事實(形式)에 의해 婚姻法

56) 이에 관한 詳細는 金占順, “事實上的 離婚,” 「民法論選(下)」, 東亞學研社, 1981, pp.626-634 참조.

57) 我妻 榮, 「親族·相續法」, 日本評論社, 1953, p.125.

58) 즉, 事實上的 協議離婚에 대하여 어떤 効力を 인정할 것이냐는 의문이나 事實婚의 理致를 여기에 逆으로 유추적용해야 할 것이라 한다. 抽木 馨, 「親族法」, 1950, p.140.

59) 日本大審院 1937.4.8 判決, 民事 16卷 7號, p.418 참조.

을 적용함은 不當하다 할 것⁶⁰⁾ 이므로, 判例·學說이 事實婚을 婚姻에 準해 處理하는 것
과 마찬가지로, 事實上의 離婚의 경우에도 離婚에 準하는 效果를 認定하는 것이 妥當하다.⁶¹⁾
따라서 當事者 사이에는 夫婦의 同居·協助·扶養義務는 원칙적으로 소멸하고 (§ 826),
夫婦契約取消權(Anfechtbarkeit der Verträge)도 생기지 않으며 (§ 828), 夫婦財產制의
規定 (§§829-831)도 그 적용이 排除된다.⁶²⁾

5. 協議上離婚의 豫約

當事者 사이에 장래 一定한 條件이 成就되면 離婚申告를 하기로 하는 合意와 같이 婚
姻중의 當事者가 장차 協議離婚을 할 것을 約定하는 것을 協議上離婚의 豫約이라 한다.
이러한 豫約은 民法 §564가 規定한 財產法上의 豫約(Vorvertrag)과는 달리 그 履行을
強制하지 못할 뿐 아니라, (소위 §389의②에 의한 判決代用의 不許容) 그 違反에 대하여 어떤 制裁(sanction)를
가할 수도 없으므로 豫約으로서의 效力을 認定할 수는 없다.

IV. 調停離婚

1. 意 義

親族·家族間의 紛爭事件, 其他 家庭에 관한 事件을 規律하기 위해 制定된 家事審判法
§11는 이른바 調停前置主義(家事上의 紛爭에 관하여는 반드시 우선 調停의 請求를 하고 調停이)를 취
하고 있으며, 이것은 裁判上離婚의 경우에도 그대로 適用된다(家審法 §2의①丙아). 따라서
當事者一方이 離婚審判請求를 함에 있어서는, 配偶者의 生死不明의 事由(民 §840의 5호)
의 경우를 제외하고는, 우선 家庭法院에 離婚事件의 調停(Versöhnung)을 申請하여야 하

60) 下級審도 명백한 이혼사실을 앞에 놓고 단지 호적상 혼인관계가 존속하고 있다는 것을 이유
로 혼인법규의 완전한 적용을 요구함은 실정에 맞지 않는 것이라 한다.

서울家庭法院 1965.5.30 判決, 法律新聞 677호 참조.

61) 同旨: 金麟洙, 「親族·相續法」, 法文社, 1981, p.161.; 林正平, 前掲書, p.181.

62) 그외에, 夫는 혼인생활비용(tragen der unterhaltskosten)을 부담할 필요가 없으며 (§
833), 당사자 사이에는 日常家事에 관한 代理權·연대책임도 없어진다 (§827. §832). 事實
上의 離婚후에 낳은 子는 혼인중의 出生子로 취급되어야 하나 (§844), 親子關係에 관하여
訴訟上 문제가 되면 사실상의 이혼후에 포태한 子는 호적상의 夫의 子로 추정되지 않으며 또
한 사실상의 이혼후 300日 이후에 낳은 子는 사실상의 이혼후에 포태한 것으로 推定되어야
한다 (§844. §846 참조). 한편 §775의 法理上(Erlöschen der Schwägerschaft) 사실상
의 이혼 상태에 있는 當事者사이의 친속관계는 계속됨으로 배우자 상속권·친권자로서의 지
위에는 영향을 받지 않게 된다.

며⁶³⁾ (만약 當事者가 調停申請없이 막바로 審判을 請求한 경우에는), 이에 基해서 調停節次에 따라 當事者 사이에 離婚에 관한 合意가 成立되면 그것을 調停調書에 記載함으로써 確定判決 (rechtskräftiges Urteil)과 同一한 效力이 생겨(家審法 §19 民訴法 §20) 離婚은 成立하게 되는데, 이것을 調停離婚(Versöhnung Ehescheidung)이라 한다.

調停離婚의 경우 調停을 申請한 者는 調停成立의 날로부터 1月이내에 離婚申告를 해야 하나(戶籍法 §81, §63), 그것은 協議上離婚의 경우와는 달리 報告的申告이다.⁶⁴⁾

2. 法律的 性質

가. 協議離婚說⁶⁵⁾

調停離婚은 協議離婚의 一種이라는 것이다. 그 根據로서는, 調停離婚은 離婚原因여하를 不問하고 事案에 직면하여 調停機關의 斡旋(mediation)으로 (當事者의 意思를 基礎로 하여) 當事者 사이에 離婚意思의 合意를 目的으로 하는 것이지 어떤 一定한 法的事由에 基하여 法을 적용하여 강제로 離婚을 成立시키는 것이 아니라는 點(家審法 §19의 ②但 참조)을 든다.

나. 裁判上離婚說⁶⁶⁾

調停離婚은 判決에 의한 離婚과 類似한 裁判上離婚의 一種이라고 한다. 그 根據로서는, 調停은 當事者가 申請한 事項을 調停機關이 청취하고 事實과 證據의 調査 등을 걸쳐 調停機關의 判斷을 當事者에게 납득시키는 데 불과하므로 裁判의 일종에 불과하고 法院이 調停委員會의 判斷에 基해 離婚을 成立시키면 申告를 기다릴 필요없이 離婚의 效力이 생기는 점은 調停離婚이나 裁判離婚이나 共通되므로 調停離婚도 裁判離婚에 속한다는 것이다. 但, 後者は 特定の 離婚原因이 있어야 하고 엄격한 訴訟節次에 의하는 反面에 前者는 夫婦生活의 계속에 絶望的事實이 있을 때 勸告 등의 方法으로써 當事者로 하여금 調停機關의 判斷을 납득시키는 것이라는 데서 差異가 있을 뿐이라 한다.

63) 이른바 強制調停主義(Compulsory conciliation)를 취하는 나라는 韓國 이외에도 美國의 위스콘신·뉴욕州, 프랑스, 스칸디나비아諸國(특히 스웨덴), 오스트레일리아, 뉴우질랜드 등이다.

64) 調停離婚의 効력과 關連해서, 調停의 効력이 發生한 후에 離婚意思의 欠缺·瑕疵를 이유로 離婚의 無効 또는 取消을 주장할 수 있는가는 문제가 된다. 日本의 通說은 判決再審事由에 해당되지 않는 한 調停離婚의 効력은 영향을 받지 않는다는 見解를 취하나〔市川四郎, 「家事審判法概說」, 有斐閣, 1954, p.152〕, 私見으로서는 協議離婚의 意思의 欠缺과 같은 法理로서 處理함이 妥當하다고 본다.

65) 我妻 榮外, 前掲書, p.122.

66) 久保岩太郎, “日本國際結婚の先例點描(I),” 「家庭月報」9卷2號, p.29.

다. 獨立制度說⁶⁷⁾

調停離婚은 裁判·協議離婚에 屬하지 않는 독특한 制度라는 것이다. 그 根據로서, 조정 이혼은 절차에 있어서 調停機關의 積極적 활동에 의해 合意에 到達하는 것이고 그 內容도 조정기관의 調停判斷에 부합되기를 요구하며, 절차상의 약간의 事項에 관해서는 직접 當事者를 強制할 法的節次가 존재하므로 조정에 의한 해결을 當事者의 임의적(자주적) 해결이라 할 수 없으며, 당사자가 合意하지 않는 한 調停離婚은 成立되지 아니하므로 調停機關에 의한 相當性의 判斷을 거쳐야 하는 點을 重視하여 調停을 裁判으로 본다면 裁判(Entscheidung)의 概念을 不當하게 확대하게 된다는 點 등을 든다(金容漢·金麟洙·李兌榮⁶⁸⁾).

라. 私 見

私見으로서는 다음과 같은 理由에서 獨立制度說을 支持한다.

調停制度의 立法의 趣旨은 國家機關으로서의 調停機關이 제 3·자적인 立場에서의 (當事者의 自由로운 意思를 토대로 하여 무엇이 家庭과 社會를 위한 最善의) 積極的인 調停活動을 통해 紛爭의 實情에 利益이 될 것인가 하는 根本理念을 바탕으로 하는) ① 當事者가 申請한 一定事實의 청취, ② 事實·證據의 調査, ③ 調停機關의 合理的 判斷, ④ 當事者에게의 納得·合意에 도달하는 절차를 밟는다 하여 調停離婚을 裁判離婚의 一種으로 理解하는 論理는 不當하다(이 點은 家審法 § 4의 ③의 2호가 조정제도를 당사자의 자주적인 분쟁해결절차로 보는 점에서 明白하다). 또한, 調停離婚이 調停機關의 斡旋에 의해 當事者 사이에 離婚의 合意을 成立시킴으로써 紛爭을 해결하는 制度라 하여 協議上離婚의 一種으로 보는 見解도 不當하다(家審法 § 11의 ②의 意味內容에서 볼 때에 調停離婚이 協議上離婚의 一種이 아님). 결국 調停離婚은 裁判上離婚의 엄격한 制限性과 協議上離婚의 自由放任의 無因性에서 오는 離婚制度의 非合理性을 是正·補完할 수 있는 또 하나의 理想的인 離婚制度라 할 것이므로, 治療法的方法(Therapeutic Approach)下에서의 離婚事件의 處理는 調停을 통하여 處理되는 것이 바람직하다 할 것이다.

V. 裁判上離婚

1. 意義 및 立法例

民法 § 840는 “夫婦의 一方은 法定離婚原因이 있는 경우에는 家庭法院에 離婚을 請求할 수 있음”을 규정하고 있는데, 이에 基해서 成立한 離婚을 裁判上離婚(Ehescheidung)

67) 市川四郎, “家事審判における實務上の問題と判例,” 「民訴雜誌」3號, p.34.

durch Gericht)⁶⁸⁾이라 한다. 裁判上離婚은 當事者 사이에 離婚의 原因이 存在함에도 불구하고 一方이 離婚에 同意하지 않거나 또는 事實上 同意할 수 없는 경우에 그의 意思에 反하여 婚姻을 解消시킬 수 있는 強制離婚이라는 點에서 夫婦雙方의 自由로운 意思의 合致에 의해 婚姻이 解消되는 協議上離婚과 區別된다. 또한 婚姻共同體가 더 이상 維持할 수 없게 된 法定離婚原因이 存在하기는 하나 家庭法院에 의한 調停離婚이 成立하지 않는 경우에 家庭法院의 嚴正한 判斷으로써 婚姻을 解消시킬 수 있는 최후의 方途라는 點에 裁判上離婚制度의 存在意義가 있다.

裁判上離婚에 관한 民法의 態度는, 그 離婚原因과 관련해서 볼 때에, ① 舊民法上의 制限的 到舉主義를 脫皮하여 이른바 破綻主義〔目的主義〕에 입각한 例示的 包括主義 입장을 취함으로써 離婚法의 世界的 推移에 접근하려함은 물론 離婚原因의 彈性性으로 인한 離婚事件의 具體的 妥當性을 實現할 수 있고, ② 舊民法과는 달리 夫의 姦通을 離婚原因化함으로써 憲法 §34의 이른바 家庭生活에서의 兩性平等의 理念에 접근하고 있다는 點 등은 바람직한 것이지만, 配偶者의 直系尊屬과의 不和를 離婚原因化한 點은 韓國離婚法의 家父長的 要素의 具體的 反映으로서 이의 是正이 要請된다.

裁判上離婚의 原因에 관한 各國의 態度를 보면,⁶⁹⁾ 第1型은 有責主義에 입각하여 個別的 離婚原因만을 규정하는 立場이다(改正前의 영국의 離婚法, 미국의 일리노이·사우스다코타·켄실바니아州의 離婚法이 이에 屬한다). 第2型은 成文法에 到舉된 個別的 離婚原因과 破綻主義離婚原因을 併用하는 例示的 包括主義이다(改正前의 西獨은인법, 瑞西, 日本과). 第3型은 破綻主義離婚原因만을 규정하는 立場이다(1969년의 영국의 離婚法, 1976년의 西獨의 改正離婚法, 1975년의 프랑스의 改正離婚法, 켄리보니아州의 미국의 35個州 離婚法이 이에 屬한다). 이제 裁判上離婚에 관한 主要國家의 立法例를 比較法的인 觀點에서 概觀해 보기로 한다.

가. 日 本

日本民法은 그 §§770-771에서 裁判上離婚을 認定한다. 同法 §770가 규정하고 있는 法定離婚原因을 보면, ①配偶者가 不貞行爲를 했을 때, ②配偶者로부터 惡意의 遺棄를 당했을 때, ③배우 복의 가망이 없을 때, ④기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 事由 등이다.

韓國의 裁判上離婚과의 性質上의 差異點을 보면(法定離婚原因의 內容은, 韓國의 경우에는 調停離婚이 成立하지 않는 경우에만(§840의 5호경우제외) 裁判上離婚이 可能하나, 日本의 경우에는 調停에 의한 離婚이 成立되지 않거나 또는 成立된 合意가 적당치 않다고 인정될 경우에 家庭裁判所는 調停不成立이라 하여 離婚事件을 終了시키는 것이 아니라 當

68) 法典上의 用語로는 裁判上離婚이나 講學上 裁判離婚이라고도 하며, 家庭法院의 審判에 의해 離婚이 成立한다는 點에서 審判離婚이라고도 한다.

69) D. Lasok, *The Grounds of Divorce in Tradition*, 2 *Solicitor Quarterly* 4, 1963, p.300.

事者双方의 申請趣旨에 反하지 않는 한 離婚事件의 해결을 위하여 職權으로서 審判離婚을 할 수 있다는 點에서(日本家審法 §24의 ①前段,) 日本의 裁判上離婚은 調停에 類似한 制度라 할 수 있다.⁷⁰⁾

나. 自由中國

自由中國民法 §1052가 규정하는 法定離婚原因을 보면, ①配偶者의 重婚, ②配偶者의 姦通, ③배우자로부터 同居할 수 없을 정도의 虐待를 받았을 때, ④直系尊屬으로부터의 同居에 응할 수 없을 정도의 학대를 받았을 때, ⑤배우자로부터의 惡意의 遺棄를 당했을 때, ⑥배우자의 殺害의 의도, ⑦배우자의 不治의 惡疾, ⑧중대한 不治의 精神病, ⑨3년 이상의 生死不明, 10處刑(배우자가 3년 이상의 징역형에 처했거나 등이다. 불명예의 범죄에 의해 징역형에 처하게 된 때)

다. 美國

美國의 各州에 共通되는 離婚原因을 보면, ①간통, ②학대, ③유기, ④扶養義務의 不履行, ⑤유죄의 判決, ⑥상습적 음주벽, ⑦문치의 정신병 및 性不具⁷¹⁾ 등이고, 1972년의 統一婚姻 및 離婚法案 §302가 규정하는 破綻의 基準을 보면, ①1년 이상의 別居 ②당사자의 혼인관계를 계속할 수 없도록 육체적 정신적 건강에 영향을 준 중대한 혼인상의 不法行爲 ③§305의 조정규정에 의해 調停이 실패하거나 가족의 최선의 이익을 위하여 바람직하지 못한 경우 등이다.⁷²⁾

라. 英國

1969년의 改正離婚法 §1가 규정하는 離婚原因을 보면, ①婚姻이 회복할 수 없을 정도로 破綻 되어 있을 것(...the marriage has broken down irretrievably)을 들고 있으며, 同法 §2는 法院이 當事者 사이의 破綻與否에 대한 決定을 내리는 데 있어서의 5個의 客觀的指針을 제시하고 있다.

마. 西 獨

BGB §§1565-1568은 裁判上離婚을 인정한다. 同法 §1565가 규정하는 離婚原因을 보면, ①혼인이 파탄된 때에 이혼할 수 있다. 부부의 공동생활이 더 이상 존속할 수 없거나 공동생활의 회복을 기대할 수 없을 때 이혼은 파탄된 것으로 본다. ②부부의 별거가 1년 미만인 때에 신청인의 청구에 의한 혼인의 파탄이 他方當事者의 身上에 존재하는 이유로 기대하기 곤란한 고 하여 破綻主義와 1년 미만의 別居의 경우 裁判上離婚을 인정하고 있다.

바. 프랑스

1975년의 改正離婚法은 協議上離婚과 함께 同法 §§237-245에서 裁判上離婚을 인정하고 있다(즉, 同法 §237는 파탄이혼을, §238는 정신병이혼을, §242는 一般的有責主義로서 이혼은 타방 배우자의 혼인의무에 대한 중대하고도 반복된 위반이 있고 혼인공동생활의 유지가 참기 곤란한 것을 귀책사유로 들고 있으며, §245의 ①은 一方的有責離婚을, §245의 ②는 雙方的有責離婚을 규정하고 있다)

70) 李兌榮 I, 前掲書, p.16.

71) Vernier, *American Family Law*, Vol. II, 1931, pp.4-5.

72) 韓庠熙, “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, p.723 참조.

사. 소 련

1968 년의 離婚法은 破綻主義離婚原因으로서, 配偶者의 共同生活과 家族의 維持가 不可能하게 된 경우 를 들고 있다.

아. 中 共

1980 년의 改正離婚法 § 26 의②는 離婚原因으로서, “感情確已破裂” 를 들고 있다.

2. 離婚原因에 관한 立法主義

既述한 바와 같이 裁判上離婚의 法定原因을 어떻게 定型化할 것이냐 하는 문제는 各國의 時代的·社會的 諸樣態에 따르는 婚姻制度와의 關聯에 의해 달라질 수 있는 것이지만, 대체로 다음과 같은 세 가지의 類型이 있다.

첫째는, 有責의 原因(the principle of guilt)에 의해 離婚의 法定原因이 규율되는 傳統의 立場으로서 이를 有責主義(主觀主義)라 한다.

둘째는, 有責의 有無를 不問하고 소위 婚姻破綻의 一般原則(the general principle of the disruption of the marriage)에 의해 규율하는 立場으로서 이를 破綻主義(目的主義, 客觀主義, 無責主義)라 한다.

셋째는, 有責主義와 破綻主義를 併用하는 立場으로서 이를 例示的包括主義라 한다. 한편, 오늘날 各國의 離婚法은 18 세기의 有責主義에서 破綻主義에로 移行하는 추세에 있는데, 이제 有責主義와 破綻主義의 內容을 음미해 보기로 한다.

가. 有責主義

有責主義(Verschuldungsprinzip)란 配偶者一方에게 婚姻義務를 위반한 有責의 事由가 있는 경우에만 離婚을 請求할 수 있다는 立法主義를 말한다. 이主義는, 婚姻義務를 위반한 有責의 事由를 미리 定型化(Typisierung)할 必要가 있으므로 그 記述方式으로서 制限的列舉主義라는 絶對的離婚原因主義를 採用하게 된다. 그러므로 法定離婚原因은 嚴格·明白하게 制限될 수 밖에 없어 그 具體的原因중의 어느 하나에 該當되지 않은 한 離婚請求를 할 수 없다는 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 위반에 대한 責任原因이 立證되기만 하면 法官은 원칙적으로 離婚判決을 내려야 하므로 결과적으로 離婚秩序의 安定性에 寄與할 수 있다는 長點이 있다.

생각컨대 모든 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 marriage) 幸福을 追求할 權利를 갖고 있으므로(憲法 § 9, 참조), 婚姻共同體가 붕괴된 目的을 喪失한 婚姻은 解消되어야 한다는 近代法의 要請에서 볼 때에 有責主義는 確實히 하나의 障礙가 됨으로써 離婚事件의 具體的妥當性을 缺如하게 되는 短點

이 있다.

나. 破綻主義

破綻主義(Zerrüttungsprinzip)란 配偶者一方이 반드시 有責이 아니어도 婚姻共同體의 目的達成이 困難한 客觀적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. 이 主義는, 離婚當事者의 生活圈에서 나타난 表層的인 有責事由는 물론 實제적으로 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의 離婚原因主義를 採用하게 된다. 그러므로 破綻主義는 法官의 폭넓은 裁量權에 의해 離婚與否가 決定된다는 點에서 離婚事件의 具體的 妥當性에 기여할 수 있다는 長點이 있으나 다음과 같은 問題點도 指摘되고 있다.⁷³⁾ 첫째는, 婚姻이 회복할 수 없을 정도로 破綻되었다고 하는 경우 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의 離婚請求를 認定해야 할 것이냐의 問題가 있고, 셋째는 有責主義下의 有責當事者에게만 負擔시키는 離婚의 效果問題(主로 配偶者·子女의 保護問題)를 破綻主義下에서 달리 규정해야 한다는 點 등이다. 이와 관련해서 볼 때에 無責의 破綻下의 配偶者 一方이 他方의 絕對的 援助를 必要로 함에도 法官에 의해 婚姻의 解消(dissolution of the marriage)가 이뤄질 수 있다는 點에서 非人道的·非倫理的이라는 點, 有責配偶者의 離婚請求를 認定할 경우 逐出離婚을 許容하는 結果가 되는 短點을 노출시킨다. 그러나 이러한 點들은 法官의 公正한 判斷에 의해⁷⁴⁾ 그 克服이 기대되어진다 할 것이고,⁷⁵⁾ 또한 現代 產業社會 構造의 複雜性·多樣性은 婚姻破綻原因의 多樣性을 불러일으킴으로써 法定離婚原因을 制限的으로 列舉한다는 것은 거의 不可能하다는 點에서 破綻主義法制가 變遷하는 現代社會의 離婚原因의 規律方式로서는 妥當하다 할 것이다. 결국 法이 사랑을 強制할 수 없듯이 엄격한 離婚法이라하여 離婚을 防止할 수 없음은 普遍的 眞理인 것이고, 더우기 오늘날의 離婚制度가 婚姻義務를 위반한 有責配偶者에 대한 非難·制裁(divorce sanction)의 手段으로서 存在하는 것이 아니라 婚姻共同體가 회복할 수 없도록 破綻된 경우의 保護·救濟(divorce remedy)를 위해 存在한다는 點은 破綻主義의 制度的 優秀性을 말해주는 것이다.

3. 離婚原因規定의 性格

73) G. Beitzke, *Das Zerrüttungsprinzip im neuen deutschen und französischen Scheidungsrecht*, 1979.4.3, Printed matter at Korean Legal Center, S.6.

74) 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.

75) 그러나 破綻主義離婚原因을 취할 경우에는, ① 無責配偶者의 財産分與(給)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 立法的 措置를 講求해야 하는 問題는 여전히 남는다. 이에 관하여는 本稿 pp. 102-104 참조.

裁判上離婚原因을 규정한 民法 §840는 제 1호 내지 제 5호에서 具體的離婚을 例示하고, 제 6호에서 抽象的離婚原因을 包括的으로 들고 있는데, 이러한 具體的原因과 抽象的原因 사이의 相互關係를 어떻게 파악할 것이냐 하는 것은 여러가지 點에서 實益이 있다.

첫째 無責的離婚原因인 破綻主義에 대한 우리離婚法의 立場을 決定하는데 중요한 差異를 초래하며, 둘째 離婚訴訟物理論을 어떻게 보느냐와 관련하여 離婚原因相互間의 轉換의 可否問題, 訴의 併合問題, 既判力問題, 法院의 審判範圍 등이 달라지며, 셋째는 法官의 裁量權의 限界와 離婚原因의 安全性問題 등에 差異가 생긴다는 點이다.

그런데 離婚原因의 相互關係를 어떻게 理解할 것이냐에 대하여는 見解가 나뉘져 있다.

가. 絕對的獨立說⁷⁶⁾

民法 §840가 규정한 제 1호 내지 제 5호의 구체적이혼원인을 完全히 獨立된 併列的離婚原因으로 보고, 제 6호의 抽象的離婚原因을 보충규정으로 이해함으로써 이들 相互間의 轉換性을 否定하는 立場이다.⁷⁷⁾ 이 見解에 의하면 §840의 각호마다 離婚請求權이 發生하므로(소위 舊訴訟物) 訴訟物 또한 別個의 것으로 되어(6개의 離婚訴訟물이 됨),⁷⁸⁾ 離婚請求權의 變更은 訴訟物의 變更으로서 訴의 變更이 되고, 離婚原因 하나하나가 審判의 基礎가 되는 主要事實이 되므로 辯論에서 주장하지 않은 離婚事由에 관해서는 審判할 수가 없고 따라서 既判力의 時的範圍에 저촉되지 않는다는 法理構成이 可能하게 된다.

나. 單純例示說⁷⁹⁾

民法 §840가 규정한 제 1호 내지 제 5호의 具體的離婚原因은 제 6호의 抽象的離婚原因의 단순한 例示規定이므로, 구체적이혼원인이 있어도 현실적으로 婚姻共同體의 破綻의 有無를 제 6호의 見地에 비추어 보아 離婚與否를 決定해야 한다는 立場이다.⁸⁰⁾ 이 見解에

76) 鄭光鉉, 前掲書, p.185.; 劉敏相外, 「註釋民事訴訟法」, 一潮閣, 1958, p.261.; 서울 高法 1960.12.23 判決.

77) 絕對的獨立說은 民法 §840를 理解함에 있어서 제 1호 내지 제 5호를 制限的 有責主義(5호는 無責)로, 제 6호를 補充的·一般的 破綻主義 離婚原因으로 파악하게 된다. 한편, 判例는 “이혼의 訴는 원고가 주장하는 사유에 의한 재판상 이혼청구의 事由有無에 관한 判斷을 구하는 것이며 民法 §840의 각호가 규정한 이혼사유마다 재판상 이혼청구를 할 수 있는 것이므로 법원은 원고가 주장한 이혼사유에 관해서만 심판하여야 하며 원고가 주장하지 않는 사유에 관하여는 심판을 할 필요가 없고 그 사유에 의해 이혼을 명해서는 안된다”고 함으로써 舊訴訟物理論을 취한다. 大法判 1963.1.31[62 다 812].

78) 方順元, 「全訂版 民事訴訟法(上)」, 普成文化社, 1974, p.188.

79) 金容漢, 「全訂版 親族相續法論」, 博英社, 1983, p.196.; 李根植, “離婚原因에 있어서의 有責主義와 破綻主義,” 「社會科學論集」, 延世大社會科學研究所, 1965, p.77.; 張庚鶴, 前掲書, p.541.

80) 單純例示說은 民法 §840를 理解함에 있어 제 1호 내지 제 5호를 有責的·推定的破綻主義(3호는 無責)로, 제 6호를 包括的·一般的 破綻主義離婚原因으로 파악하게 된다.

의하면 구체적이혼원인의 存在時에도 제 6 호의 추상적원인에 비추어 現實的인 婚姻破綻으로 인정되는 경우에만 離婚請求權이 發生하므로 離婚訴訟物은 추상적원인 1 개 뿐(6 호)이 되어 §840의 各號의 변경이 있어도 그것은 離婚訴訟物의 變更이 아닌 단순한 攻撃·방어方法의 追加變更에 지나지 않은 것이 되며(訴의 併合問題는 發生하지도 않으며), 辯論에서 주장하지 않은 離婚原因이 證據資料중에 存在하는 경우 이를 審判의 基礎로 삼을 수 있으므로써 既判力에 저촉하게 된다.

다. 獨立例示說⁸¹⁾

民法 §840가 규정한 제 1 호 내지 제 5 호의 離婚原因은 제 6 호를 前提로 한 典型的의 例示인 것이므로, 제 1 호 내지 제 5 호의 離婚原因이 있고 離婚請求가 있으면 婚姻은 破綻된 것으로써(다시 제 6 호의 추상적이혼원인에 비추어 불 필요없이) 離婚決定이 내려져야 한다는 立場이다.⁸²⁾ 이 見解에 의하면 離婚訴訟物은 1 개가 되며 따라서 訴의 併合·既判力의 問題 등은 單純例示說과 同一한 法理構成이 可能하다.

라. 私 見

私見으로서는 다음과 같은 이유에서 獨立例示說을 支持한다.

첫째 民法 §840는 離婚事件의 구체적타당성을 기하기 위해 例示的包括主義離婚原因을 규정함으로써 破綻主義에 接近해 있음이 明白함에도 불구하고, 제 1 호 내지 제 5 호를 絶對的獨立規定으로 제 6 호를 補充的인 離婚原因으로 理解하는 絶對的獨立說은 現行民法의 解釋論으로서는 妥當하지 않다. 둘째 單純例示說은 離婚事件의 구체적타당성을 기할 수 있다는 長點이 있으나(구체적인 이혼원인이 존재하는 경우에도 궁극적으로 제 6 호의 견지에서 다시), 法官의 裁量權濫用과 離婚秩序의 安定성을 해칠 우려가 있다는 點에서 批判되어진다.

생각컨대 離婚原因을 규정함에 있어서는 “離婚秩序의 安定性”과 “事件의 具體的妥當性”이라는 兩面의 調和를 살릴 수 있어야 한다. 그렇다면 한편으로는 離婚原因의 구체적사유에 의해 離婚의 最低線을 유지함으로써⁸³⁾ 이혼질서의 安定性의 유지와 法官의 裁量權濫用을 피할 수 있으며, 다른 한편으로는 추상적이혼원인으로써 婚姻破綻與否를 가려냄으로써 事件의 具體的妥當性에 기여할 수 있는 獨立例示說이 妥當하다 할 것이다.

4. 離婚原因規定의 解釋

81) 金崎洙, 「註釋 親族·相續法」, 法文社, 1980, p.216.; 李兌榮 I, 前掲書, p.281.

82) 獨立例示說은 民法 §840를 理解함에 있어서 제 1 호 내지 제 5 호를 有責的(5 호는 無責)·獨立例示的 破綻主義로, 제 6 호를 包括的·一般的 破綻主義離婚原因으로 파악한다.

83) 我妻 榮, 「親族法」, 有斐閣, 1966, pp.170-171.

裁判上離婚原因(Gesetzliche Scheidungsgründe)을 規定한 民法 §840 各號의 意味를 概觀해 보기로 한다.

가. 配偶者의 不貞行爲(1호)

不貞行爲(grave misconduct)의 概念을 어떻게 理解할 것이냐에 대하여는 見解가 나뉘져 있다.

1) 學說과 判例

제 1 說은⁸⁵⁾ 離婚請求의 最低限을 유지할 必要가 있으므로 姦通(Ehebruch)에 限한다는 立場(狹義說)이다.⁸⁶⁾

제 2 說은⁸⁷⁾ 夫婦間의 貞操義務에 反하는 一切의 行爲를 意味한다는 立場(廣義說)이다.⁸⁸⁾

제 3 說은⁸⁹⁾ 不貞行爲의 概念을 廣狹의 어느쪽으로 解釋하던 이것은 제 6 號의 例示이므로 婚姻을 계속하기 어려운 重大한 事由가 된다고 判斷될 때에만 離婚原因이 된다는 立場(折衷說)이다.⁹⁰⁾

84) 이에 관한 詳細는 金炫彩, 前掲書, pp.313-364 참조.

85) 我妻 榮, 前掲書, p.171.

86) 狹義說에 의하면, 自由로운 意思(主觀的 要素)에 의해 肉體의 關係(客觀的 要素)가 存在할 경우에만 不貞行爲가 成立한다는 公式이 나오게 된다. 따라서 單純한 姦通의 推測·未遂 등은 不貞行爲에 該當하지 않게 된다.

87) 金容漢, 前掲書, p.194.; 金疇洙, 前掲書, p.219.; 張庚鶴, 前掲書, p.541 등 韓國의 通說임.

88) 廣義說에 의하면, 姦通은 물론 肉體關係 이외의 不道德한 行爲의 總體를 不貞行爲의 범주에 넣으므로써 自由로운 意思(主觀的 要素)에 의해 不道德한 行爲로 볼 수 있는 事實(客觀的 要素)이 存在하는 경우에는 不貞行爲의 成立을 인정하게 된다. 따라서, 心神喪失상태하의 行爲·강간을 당한 경우 등에는 主觀적 要素의 缺如로서 부정행위는 성립하지 않게 되나(但, 自己의 과실로 인해 무의식상태를 초래한 결과적 행위인 경우는 예외), 악의의 重婚·蓄妾行爲·他人과의 事實行爲關係·異性과 한 방에서 하루를 지낸 경우·妻가 子의 出産時 夫가 父일 수 없음이 證明된 경우·妻가 夫이외의 者로부터 성병을 감염당한 경우·賣春婦의 집을 방문한 경우·집을 나가 不良한 남자와 교제하고 유혹한 경우 등의 事實이 위의 主觀的·客觀的 要素에 의해 이뤄졌다면 不貞行爲의 成立을 인정하게 된다. 人工受精에 있어서는 남편의 정액에 의한 AIH(artificial insemination by husband) 경우에는 不貞行爲가 안되나, 남편이외의 他人의 정액에 의한 AID(artificial insemination by donor) 경우에는 남편의 同意가 있었느냐의 여부가 부정행위의 판단기준이 될 것이다.

89) 金容漢, “不貞한 行爲의 解釋,” 「法曹」, 1963.3, p.74.

90) 이 見解에 의하면, 不貞한 行爲인가의 與否는 제 6 號에 의거한 法官의 判斷에 위임되어 있는 것이므로, 경우에 따라서는 夫의 他女와의 肉體關係가 存在하는 경우에도 「그것이 혼인을 계속하기 어려운 重大事由가 안된다」고 함으로써 妻의 離婚權이 인정되지 않을 우려가 생기게 된다.

判例는 不貞行爲라 함은 配偶者로서의 貞操義務에 충실치 못한 일체의 행위를 포함하여 (소위 간통 보다는) 不貞한 行爲인가의 與否는 各各의 具體의事情에 따라 (그 정도와 상황을) 이를 평가해야 한다고 함으로써⁹¹⁾ 廣義說과 같은 見解를 취한다.

2) 私 見

私見으로서는 다음과 같은 이유에서 廣義說을 支持한다.

下貞行爲를 姦通에 限定해서 理解하는 제 1 說은 그 沿革이나 通常의 用語例에 反할 뿐 아니라 姦通이외의 不道德한 行爲의 一切는 제 6 호의 判斷基準에 맡겨짐으로써 法官의 裁量에 의해 離婚權이 인정되지 않을 우려가 있고, 특히 姦通⁹²⁾의 본질로 보아 決定的證據 (conclusive evidence)의 採證困難性을 무시한 見解라는 點에서 찬성할 수 없다. 제 3 說은 單純例示說에 입각한 見解이므로, 單純例示說을 취할 수 없는 것과 같은 이유에서 찬성할 수 없다.

생각컨대 民法은 婚姻을 民事契約의 一種으로 규정하고 있고 (§807 이하) 그 결과로서 (民法上的 明文規定은) 貞操遵守義務가 夫婦雙方에 부과되어 있으며 이 때의 貞操概念은 婚姻共同生活의 基礎를 이루는 一切의 倫理的·道德的意味로 이해해야 할 것이므로, 결국 姦通이외의 不道德한 一切의 行爲를 포섭하고 있는 제 2 說이 正當하다 할 것이다. 比較立法的으로 보더라도 姦通을 이혼원인으로 하는 英·美·獨·佛 등의 諸國에 있어서도 姦通으로 推定되는 狀況證據 (proof of circumstances)의 採證이 있으면 姦通의 成立을 인정하고 있음은 제 2 說의 解釋論의 妥當性을 示唆해 준다 할 것이다.

3) 其 他

위의 어느 學說에 의하더라도, 不貞한 行爲는 夫의 경우와 妻의 경우에 다르지 않음은 兩性平等의 憲法精神 (憲法 §10, §34 참조)에 비추어 당연하며, 한편 不貞行爲는 婚姻이 成立한 후의 것만을 의미하므로, 婚姻成立 전의 行爲는 不貞行爲로서 인정되는 것이 아니라 제 6 호의 (기타 혼인을 계속하기) 事由가 되느냐의 與否에 의해서만 判斷될 문제임을 留意해야 한다. 그리고 不貞行爲가 配偶者一方에 있을지라도 他防이 事前同意나 事後容恕를 한 경우 또는 그 事由를 안 날로부터 6月, 事由있는 날로부터 2年을 경과한 때에는 離婚을 請

91) 大法判 1963.3.14 [63 다 54].

92) 姦通 (adultery) 이란 婚姻中の 配偶者가 그 夫 또는 妻 이외의 者와 임의의 性交를 하는 것 (voluntary sexual intercourse of a married offender's husband and wife)을 말한다. Johnson, *Family law*, 1958, p.153.

求하지 못한다는 規定(§ 841)에는 蓄妾行爲와 관련하여 留意해야 할 문제가 있다.⁹³⁾

나. 惡意의 遺棄(2호)

惡意의 遺棄(malicious desertion)라 함은 正當한 理由없이(without reasonable cause) 配偶者의 一方이 同居·扶養·協助義務를 履行하지 않는 것을 말한다.

判例는 “惡意의 遺棄라 함은 正當한 理由없이 配偶者를 버리고 夫婦共同生活을 廢止하는 경우를 의미하므로 別居하고 있다는 事實만으로는 惡意로 배우자를 遺棄하였다 고 할 수 없는 것”⁹⁴⁾으로 이해한다.

遺棄를 離婚原因으로 인정하는 英美法에서는 “배우자一方이 他方의 同意와 合理的인 이유없이 他方을 고의로 永久的으로 버리는(forsaking) 것”을 遺棄의 意味로 理解하고 있으며,⁹⁵⁾ 遺棄의 要素로서, ①同居의 中止(cessation of cohabitation) ②遺棄의 意思와 同居를 再 開始하지 않는것(the intent to desert and not resume cohabitation) ③同意의 欠缺(absence of consent) ④正當性의 欠缺(failure of justification) 등을 들고 있음⁹⁶⁾은 民法上의 惡意의 遺棄의 解釋에 많은 示唆를 준다. 따라서 惡意(Arglist)란 단순히 혼인공동체의 本質인 同居·扶養·協助義務의 不履行의 事實을 알고 있다는 것 뿐 아니라 社會적으로 非難받기에 충분한 倫理的惡素를 포함하는 概念으로 理解하여야 하며, 遺棄란 相對方을 쫓아내거나 (두곤 나 는 경우) 또는 相對方으로 하여금 나가지 않을 수 없도록 만든 후 들어올 수 없도록 하는 것 과 같은 婚姻生活의 포기를 말한다.⁹⁷⁾ 그러므로 惡意의 遺棄에 대한 一般의인 判斷基準은 婚姻共同體를 계속하여 유지할 意思의 存在有無가 될 것이다.

한편, 遺棄에 관하여 一定期間의 계속을 要하는 外國立法例⁹⁸⁾와는 달리 民法은 이에

93) 즉, 配偶者의 一方이 그것을 事前同意나 事後容恕한 경우에도 § 841가 適用되느냐 하는 點이다. 생각컨대, § 103가 民法의 一般條項(Generalklausel)임은 明白한 것이고, 따라서 축첩행위는 § 103의 人倫에 反하는 行爲로서 無효이므로 이의 동의 또는 용서는 § 841의 적용을 받지 않게 된다. 그러므로 正妻가 夫의 축첩행위의 事實을 안후 6月 또는 행위 의 시작일로부터 2年이 경과하더라도 正妻의 이혼청구권이 소멸되는 것은 아니고, 다만 축첩행위 의 終了日로부터 그 期間은 起算되어야 한다.

서울家畜 1965. 0.00.; 朴秉濠, 「判例教材 親族相續法」, 法文社, 1975, p.158 참조

94) 大法判 1959.4.16〔4291 民上 571〕, 그의 朝高判 1917.10.23.; 朝高判 1931.4.17.; 大法判 1948.1.6〔4281 民上 144〕참조

95) M.R. Russel Davis, *Some Aspects of Divorce Laws and Practice in England*, 5. J. Fam.L., No.1, 1965, p.69.

96) Ploscowe, Foster and Freed, *family Law*, 1972, pp.434-435.

97) 朝高法院 1931.4.17 判決, 民集 18卷, p.76.

98) 네델란드·혼두라스·니카라구아는 5年, 스웨덴·캐나다·영국·덴마크·스위스는 2年, 멕시코·유고슬라비아는 6月, 터어키는 3月로서 제일 짧다.

관하여 규정하는 바 없으나 그것은 相當한 期間동안(bis zum Ablauf einer angemessenen Frist) 계속되어야 하는 것으로 解釋하여야 한다.⁹⁹⁾

다. 配偶者 또는 直系尊屬으로부터의 甚히 不當한 待遇를 받았을 때(3호)

이것은 舊民法 §813의 5호·7호의 配偶者에 의한 同居에 참을 수 없을 과 같은 뜻으로 해석할 수 있다. 虐待(mißhandlung)란 人間의 肉體 또는 感情(情緒)에 대하여 자의적이고도 악의적이며 불필요한 고통을 가하는 것이므로,¹⁰⁰⁾ 결국 제 3호의 意味는 配偶者一方이 他方, 또는 그 直系尊屬으로부터 婚姻共同體의 계속적유지에 참을 수 없을 정도로 身體的·精神의 面에서 학대 또는 名譽에 대한 侮辱를 받는 것을 말한다. 判例도 “심히 부당한 대우를 받았다 함은 배우자로부터 동거에 참을 수 없을 정도의 학대나 또는 중대한 모욕을 받았을 때와 같이 배우자로부터 상대방에게 혼인관계의 지속을 강요하는 것이 참으로 가혹하다고 여겨질 정도의 학대나 모욕을 받았을 경우를 가리키는 것”으로 理解한다.^{101), 102)}

생각컨대, 配偶者의 不當한 待遇를 離婚原因으로 한 것은 社會倫理와 道德觀의 變化, 女性의 法的地位가 보장되면서부터였으므로, 民法이 §840의 3호의 규정을 그대로 存置시키고 있음은 家父長的家族制度의 具體的反映일 뿐 아니라 오늘날 家族制度의 理想이 夫婦·子女中心이라는 點에서 볼 때에 이를 廢止시킴이 좋을 것이다.

라. 自己의 直系尊屬이 配偶者로부터 甚히 不當한 待遇를 받았을 때(4호)

이것은 舊民法 §813의 8호의 배우자가 자기의 직계존속에 대하여 학대를 하거나 또는 중대한 모욕을 가한 때와 같은 뜻으로 解釋할 수 있으므로, 결국 夫가 장인·장모를 虐待하거나 妻가 姻父母를 虐待한 경우 등을 의미한다. 따라서 甚히 不當한 待遇의 該當基準과 4호규정의 批判點 등은 既述한 3호의 경우와 同一하다.

마. 配偶者의 生死가 3年이상 分明하지 아니할 때(5호)

이것은 舊民法 §813의 9호(配偶者의 生死가 3年이상 不分明할 때)와 전혀 同一한 것이다. 婚姻의 本質에서 본다면 配偶者一方의 生死가 長期에 걸쳐 不分明할 뿐 아니라 回歸可望이 없는

99) 張庚鶴, 前掲書, p.541.

100) Black, *Black's Law Dictionary*, 1979, pp.451-452.

101) 大法判 1971.7.6 [71 ㄴ 17], ; 大法判 1958.10.16 [4290 民上 828], ; 大法判 1969.3.25 [68 ㄴ 29] 참조.

102) 한편, 어느 정도가 심히 부당한 대우에 해당 되느냐의 문제는 社會通念과 당사자의 社會的地位 등을 고려하여 個個의 경우에 구체적으로 判斷하여야 할 것이나, 이 기준 이외에도 그 直系尊屬과 共同生活을 하고 있느냐의 與否도 고려되어야 한다.

경우에는 공동생활의 단절로 인해 婚姻共同體의 目的은 喪失한 것이 된다. 따라서 이런 경우에도 殘存配偶者에게 婚姻共同體의 維持를 強要한다면 이는 人情에 反하는 苛酷한 結果가 된다. 결국 혼인공동체를 유지할 의사가 없는 殘存配偶者에게 人道主義의 立場에서 再婚의 方途를 마련해 주자는 데에 本號의 趣旨가 있다.¹⁰³⁾

본호의 要件을 보면, 配偶者一方의 生死가 3年이상 不明이어야 하는데, 生死不明이라 함은 生存의 確證도 死亡의 確證도 分明하지 않은 것으로서 離婚請求時까지 生死不明의 狀態가 계속됨을 요하며, 生死不明의 原因이 존재하기만 하면 되고 故意·過失의 有無는 묻지 않는다(따라서 사변 또는 전쟁으로 인한 경우, 拉致·越北, 목적있는 무단가출). 3年의 期間의 起算點은 最後消息時가 될 것이며 精神病 등으로 집을 나가서 消息不明일 경우에는 그 나간 때가 起算點이 되며, 特別失蹤의 對象이 되는 危難의 경우에는 그 危難의 終了時가 起算點이 된다. 惡意의 遺棄가 主觀的要件을 필요로 하는데 비해 本號는 客觀的事實의 存在만을 離婚原因으로 하고 있으므로, 生存事實이 分明한 故意의인 失蹤의 경우에는 惡意의 遺棄(2호)를 이유로 하여 離婚을 請求할 수 있을 뿐이다.¹⁰⁴⁾

配偶者一方의 生死가 不分明한 경우에 婚姻을 解消할 수 있는 方途로서는 離婚外에도 失蹤宣告(Verschollenheitserklärung) 制度가 있다. 그러나 失蹤宣告의 경우에는 失蹤者가 生還한 뒤에는 失蹤宣告取消(Aufhebung der Verschollenheitserklärung)로 인한 重婚의 發生可能性이 있으나, 生死不明을 이유로 離婚判決(本호의 경우에는 調停의 方法으로서는 부적당하므로 심판에 의할 수 밖에 없고, 法院은 이혼심판을 할 生死不明의 事實을 확인하게 될 것이다)을 받는 경우에는 生死不明者가 生還하더라도 婚姻이 당연히 復活되지는 않는다.

南北離散夫婦의 경우에는 見解가 대립될 수 있으나, 1967年1月16日부터 施行되고 있는 「不在宣告 등에 관한 特別措置法」에 의해 離婚訴訟에 의하지 않고도 해결할 수 있게 되었다.¹⁰⁵⁾

바. 其他 婚姻을 계속하기 어려운 重大한 事由가 있을 때(6호)¹⁰⁶⁾

혼인을 계속하기 어려운 重大한 事由는 夫婦에 따라서 다르게 判斷될 수 있다는 點에

103) 太田武男, 「離婚原因の研究」, 有斐閣, 1956, p.146.

104) 我妻榮, 前掲書, p.172.

105) 즉, 不在宣告를 받은 者의 배우자가 그 선고후 再婚을 한 경우에 그 再婚當事者 雙方이 모두 善意였다면 不在宣告를 받은 前配偶者의 生存으로 그 不在宣告가 취소되더라도 前婚은 부활하지 않고(§810 참조) 後婚만이 有効한 婚姻으로서 存續하게 된다(부재선고 등에 관한 특별조치법 §4, §1의⑤但書 참조).

106) 이에 관한 詳細는 宋基弘, 「民法 §840의 6호에 대한 小考」, 「裁判資料제 18집」, 法院行政處, 1983, pp.331-357.; 李根植, 「婚姻을 계속하기 어려운 重大한 事由」, 「月刊考試」, 1984.9, pp.37-51 참조.

서 제 6 호의 규정은 이른바 抽象的(相對的)離婚原因이 된다. 이것은 離婚原因에 관한 各國의 法制가 有責主義에서 破綻主義으로(個別的·具體的인 事由에서) 發展하는 離婚法의 추세에 따라 民法이 새로이 규정한 것이다.

그런데 제 6 호의 判斷基準에 대하여는 見解의 對立이 있다.

1) 學說과 判例

제 1 說¹⁰⁷⁾은 民法 §840의 제 6 호가 말하는 重大한 事由라 함은 제 1 호 내지 제 5 호의 事由이외의 事由로서 이와 類似한 重大한 事由 또는 이와 比較되는 事由라 한다.

제 2 說¹⁰⁸⁾은 相對的離婚原因主義는 離婚의 具體的基準을 명확하게 하기 어려운 것이므로, 그 구체적妥當性은 法官의 裁量에 委任할 수 밖에 없다는 것이다.

제 3 說¹⁰⁹⁾은 婚姻을 계속하기 어려운 重大한 事由라 함은 夫婦關係가 破綻하여 回歸 可望이 없는 순수한 客觀적표준(西獨婚姻法 §48.)에 의해 決定하여야 하며 주관적표준(BGB §1568의 혼인계속의 主觀的不能)은 참작사유로서의 基準에 지나지 않는다는 것이다.

제 4 說¹¹⁰⁾은 제 6 호의 事由가 되기 위해서는 그것이 當該夫婦에게만 婚姻계속을 곤란케 하는 것일 뿐 아니라 다른 많은 夫婦에게도 公同적으로 혼인을 계속하기 어려운 事由이어야 한다는 것이다.

判例는 “民法에 裁判上離婚原因을 정한 §840의 1 호 내지 5 호의 규정에 비추어 離婚當事者 사이나 그와 配偶者의 親族 사이에 행동이 수반하지 않는 단순한 감정의 갈등·균열 내지 對立이 생겼다는 것을 6 호의 事由에 해당된다고 할 수 없다”¹¹¹⁾고 함으로써 제 1 說과 같은 見解를 취한다.

2) 私 見

私見으로서는 다음과 같은 理由에서 제 3 說을 支持한다.

제 1 說에 의하면 重大한 事由의 解釋을 매우 좁게 보는 결과가 되어(어떤 경우에는 有責主義的立場을 취하게 됨) 제 6 호의 破綻主義的立法趣旨에 反하게 될 뿐 아니라 제 1 호 내지 제 5 호에서 例示한 事由에는 이르지 않으나 婚姻이 破綻된 경우(예컨대, 遺棄에 관하여 惡意가 分明하지는 않으나 婚姻共同體의 崩괴가 명백한 경우)에도 이를 重大한 사유로서 인정하지 못한다는 點에서 찬성할 수 없다. 제 2 說에 의하면 重大한 사유에 관한 判斷基準은 전적으로 法官의 主觀에 의존돼 있으므로, 같은 離婚事件

107) 我妻 榮, 前掲書, p.140.

108) 李根植外, 「增補 新親族相續法」, 一潮閣, 1982, p.124.; 張庚鶴, 前掲書, p.542.

109) 金容漢, 「全訂版 親族相續法」, 博英社, 1983, p.196.; 林正平, 前掲書, pp.189-190.; 中川善之助, 前掲書, p.301.

110) 金鳴洙, 「親族·相續法」, 法文社, 1981, p.171.

111) 大法判 1965.9.25[65 ㄴ 16]. 다만, 大法判 1970.2.24[69 ㄴ 13]과 日本의 大阪地法 1957.11.11 判決, 日本의 金澤地法 1963.6.29 判決 등은 제 3 說을 취한다.

을 놓고도 保守的인 法官이나 進保的인 法官이냐에 따라 그 결과가 다르게 되어 離婚秩序의 安定性이 저해 되고, 法官의 부담이 많아진다는 點에서도 찬성할 수 없다. 제 4說에 의하면 婚姻의 客觀的破綻이 있음에도 어느 한 夫婦가 離婚을 不應하면 婚姻의 解消가 이뤄지지 않을 수 있다는 點에서 찬성할 수 없다. 제 3說도 혼인공동체의 회복불가능성에 관한 具體的判斷基準을 명백히 提示못하는 短點이 없지는 않으나, 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유라는 것은 대개의 경우 부부관계가 심각하게 파탄되어 혼인의 本質인 同居·扶養·協助 등의 혼인공동생활에 대한 제 3說이 비교적 타당하다 할 것이다.

따라서 法官은 당사자사이의 혼인계속의 의사유무, 당사자의 과실·성장환경·학력·경력·자산·수입·건강·성격·성격·行狀·심정·별거기간·미성숙자녀의 유부와 그 양육, 이혼후의 생활부양 문제 등의 제반 객관적사정을 종합하여 當該 夫婦에 있어서는 婚姻繼續이 困難한가의 여부를 구체적으로 判斷하여야 한다.

3) 重大한 事由의 具體的인 例

大法院 判例와 學者들이 인정하는 重大한 事由에 관한 例示를 보면 다음과 같다.

①舊民法상의 이혼원인이었던 선의의 重婚(舊民 § 813의 1호), 배우자의 범죄(舊民 § 813의 4호), ②정신적·윤리적 파탄원인으로서 不治의 정신병(中民 § 1052의 8호, 日民 § 770, 瑞西民 § 141, 오스트리아 혼인법 § 91, 폴란드 이혼법 § 4, 大法 1977.12.31 判決, 76 ㄴ 43·44), 의치증·의부증,¹¹²⁾ 신앙의 차이(大法 1981.7.14 判決, 81 ㄴ 26), 성격 不一致(imcompatibility of temperature), 애정상실, 告訴(大法 1978.12.26 判決, 78 ㄴ 25), 告發, 사실상의 별거, 子女에 대한 정신적·육체적 모욕, 狂信, 알콜중독, 마약중독(스웨덴, 미국의 43개州法), ③육체적파탄원인으로서 性的不能(impotence),¹¹³⁾ 부당한 괴롭힘, 성병의 감염, 이유없는 性交거부(서울家審 1965.3.30, 65 ㄴ 12) 등을 들 수 있으며, 서구에서는 암내를 드는 경우도 있다. 한편, 妊娠不能이 제 6호의내용에 해당되는가에 관하여 학설·判例는 이를 부정하는 입장(大法判 1982.11.23, 82 ㄴ 36)이나, 확실히 이를 부정하는 것보다는 개개의 경우에 임신불능이 혼인파탄의 원인이 되었는가를 구체적으로 검토해야 할 것이다. 육체적질병은 그 증상에 따라 판단되어야 할 것이다(大法判 1980.5.13, 80 ㄴ 11; 大法判 1980.9.9, 80 ㄴ 54 등은 否定함), ④경제적파탄원인으로서 夫의 방탕, 가정주부로서의 亂脈行爲, 낭비, 사치, 도박 등으로 가정경제의 파탄이 초래된 경우에는 중대한 사유로서 인정할 수 있을 것이다. 가난으로 인한 가정불화는 여기에 해당되지 않는다(大法判 1972.8.29, 72 ㄴ 11; 大法判 1982.4.13, 81 ㄴ 56).

4) 除斥期間의 規定

民法 § 842는 6호의 기타事由는 다른 一方이 이를 안 날로부터 6월 그 사유있는 날로부터 2년을 경과한 때에는 이혼을 청구하지 못한다고 하고 있으나 이는 無用的 규정으로서 廢止함이 마땅하다. 왜냐하면 앞에서 본 바와 같이 6호는 파탄주의적離婚原因을 채

112) 疑妻症을 이유로 하여 重大한 事由에 該當된다고 한 判例는, 大法判 1970.9.22[70 ㄴ 21. 22]. ; 大法判 1979.9.25[79 ㄴ 37] 등이 있고, 疑夫症을 이유로 중대한 사유에 해당된다고 한 判例는 大法判 1980.10.27[80 ㄴ 47.48] 등 참조.

113) 학자들은 부부간의 性關係는 혼인의 본질적 요소라는 점에서 성적불능 또는 부부간의 성적욕구의 정상적인 충족을 저해하는 사실의 存在時에는 이혼원인이 된다는 점에 대하여 견해를 같이한다. 한편, 大法院은 “性기능의 불완전을 은폐한 채 결혼식을 거행한 후 6월 동안 성생활을 하지 못한 경우에는 설사 임신이 가능하다 하더라도 정상적인 성생활을 원하는 상대방에게 사실혼해소의 정당사유가 된다”고 判示했다. 大法判 1966.1.31[65 ㄴ 65] 참조.

용한 것이고 그것은 파탄된 혼인에는 이혼을 인정하라는 것이므로 기간의 경과에 의해 離婚請求權을 소멸시키는 것 보다는 현재의 시점에서 家庭破綻이 되었는가의 여부를 判斷하는 것이 그 制度的趣旨에 부합하기 때문이다.

5. 有責配偶者の 離婚請求

婚姻關係의 破綻에 全적으로 또는 主로 責任이 있는(allein oder überwiegend Schuldig sein) 配偶者가 스스로 婚姻關係의 破綻을 이유로 하거나 또는 相對方의 有責의 行爲만을 내세워 離婚을 請求하는 경우에 이를 認定할 것이냐가 문제된다. 즉, 破綻이 있는 곳에 離婚이 있다는 파탄주의 이혼원인下에서는 婚姻破綻의 客觀的事實이 存在하기만 하면 이에 관한 當事者의 有責·無責에 관계없이 당연히 離婚을 인정해야 하나, 그렇게 되면 破綻主義法制에는 충실한 것이 되나 혼인파탄을 自招한 有責配偶者(guilty spouse)가 無責의 配偶者를 逐出하는 이른바 逐出離婚을 合法化시키는 결과가 되기 때문에 婚姻破綻이 存在하기만 하면 무조건 配偶者一方의 離婚請求를 裁判上忍容하여야 하느냐에 관하여는 見解가 나뉘어져 있다.¹¹⁴⁾

가. 제 1說 (消極說) ¹¹⁵⁾

有責配偶者의 離婚請求를 완전히 排斥하여야 한다는 입장이다. 그 根據로서는, 自己의 責任있는 事由로써 婚姻의 破綻을 초래한 것임에도 一方的으로 離婚請求를 忍容하게 된다면 그것은 國民의 婚姻倫理觀·道德觀 내지 社會常規에 反할 뿐 아니라 韓國과 같이 현실적으로 女性의 지위가 男性에 비해 劣位에 있고, 離婚후의 諸保護問題가 不充分한 法制(이혼후의 扶養料·財産分與請求權^{문제}를 상기하라)下에서 이를 積極적으로 容認한다면 이는 逐出離婚을 조장하는 결과가 되고 弱者保護라는 法理念에도 反하게 됨으로 이를 排斥해야 한다는 것이다. 日本의 多數學者는 信義則 내지 衡平의 原則과 離婚權의 濫用防止라는 觀點에서 소극설을 支持한다.¹¹⁶⁾

나. 제 2說 (制限的消極說) ¹¹⁷⁾

有責配偶者의 離婚請求를 원칙적으로 排斥하나 예외적으로 이를 忍容해야 한다는 입장이다 (소극설의 입장에 서면서 이를 다사). 그 根據로서는, 우리法制上 有責配偶者의 離婚請求를 제한한 견해라고 볼 수 있다.

114) 이에 관한 詳細는 金炫彰, 前掲書, pp.354-364.; 朴秉濠, 前掲書, pp.203-204.;

宋基弘, 前掲書, pp.353-356.; 鄭範錫, “有責配偶者의 離婚請求를 許容한 事件,” 「法曹」, 1984.8, pp.96-103 참조.

115) 鄭光鉉, 前掲書, p.801.; 韓瑋熙, “有責配偶者의 離婚請求,” 「法曹」, 1964.9, p.53.

116) 太田武男, 前掲書, p.129 참조.

117) 金崎洙, 前掲書, pp.175-176.; 朴秉濠, 前掲書, p.204.; 林正平, 前掲書, p.191.

否認하는 것은 妥當하나 無責配偶者에게 離婚意思가 있거나 反訴를 提起하는 경우, 이미 他原因에 의해 婚姻이 破綻되어 있는 경우 등에는 請求人에게 有責의 行爲가 있어도 離婚請求를 棄却해서는 안된다는 것이다.

다. 제 3說 (積極說)¹¹⁸⁾

婚姻破綻의 事實이 있는 限 婚姻關係當事者는 離婚請求를 할 수 있다는 입장이다. 그 根據로서는, 身分法의 事實先行의 原則으로 보아 客觀的破綻이라는 事實이 先行하는 이상 當然히 法的評價의 對象이 되어야 하며, 婚姻의 實質을 잃고 形骸化된 혼인을 法的強制에 의해 계속시키는 것은 오히려 個人의 人格 존중을 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 계속을 강제하는 것은 婚姻法의 內部에 있어서 均衡을 잃게 하는 것이므로 有責者의 離婚請求를 認定하여야 한다는 것이다.

라. 제 4說 (制限的積極說)¹¹⁹⁾

積極說의 입장에 서면서도 權利濫用의 法理에 의해 이를 제한하는 입장이다. 즉, 離婚請求權의 行使가 婚姻의 倫理性·信義則·社會秩序에 反하여 權利濫用이 되지 않는 限 有責配偶者의 離婚請求는 許容되어야 한다는 것이다.

마. 判例의 見解

大法院判例는 오로지 또는 主로 婚姻破綻에 대한 責任을 일으키는 有責配偶者의 離婚請求를 배척하고 있으나 그 內容을 보면 制限的消極說의 입장에 서있는 것으로 보인다.¹²⁰⁾

바. 私 見

私見으로서는 다음과 같은 理由에서 제 2說을 支持한다.

제 1說이 主張하는 有責配偶者의 離婚請求拒否의 法理는 스스로 婚姻을 破綻시키는 有責行爲를 한 者는 破綻을 理由로 離婚이라는 法的利益(rechtlicher Vorteil)을 主張할 수 없다는 이른바 破綻主義의 制限原理인 것이다. 제 1說은 (유책배우자가 남자인 경우가 많은 우리의 현실에서 본다면) 逐出離婚을

118) 鄭範錫, 前掲書, pp.96-103.; 서울家法判 1983.5.24[82 드 4881].; 中川 淳, “離婚請求權의 濫用,” 「末川 博 古稀記念論文刊行委員會編 所收」, pp.47-48.

119) 金容漢, “不貞한 行爲의 解釋,” 「法曹」, 1963.3, p.76.

120) 혼인관계를 파탄에 이르게 한 것이 오로지 당사자 일방의 귀책사유에 기한 경우에 그 귀책사유를 저지른 당사자가 혼인을 계속할 수 없는 중대한 사유가 있다하여 이를 원인으로 裁判上 離婚原因으로 주장할 수 있다면 혼인관계를 고의로 破棄하는 불법을 행한 사람에게 이혼청구권을 인정하는 不當한 結果가 발생할 것이며 그러한 사태를 법이 용인한다면 헌법이 보장하는 혼인의 순결과 혼인당사자의 정절을 기대할 수 없는 結果가 될 것이라 한다. 大法判 1971.3.23[71 ㄴ 41]. 그외, 大法判 1982.5.11[80 ㄴ 60].; 大法判 1979.2.13[78 ㄴ 34] 참조.

방지할 수 있다는 점에서 婚姻의 永續性을 保障해 줄 뿐 아니라 弱者는 保護되어야 한다는 法理念에도 충실을 期할 수 있다는 解釋論的優秀性을 가짐이 사실이다. 바로 여기에 各國의 많은 나라가 有責配偶者의 離婚請求를 否認하는 法制를 취하는 이유가 있다 할 것이다. 그러나 이미 破綻된 婚姻關係를 法の 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의 原則에 反할 뿐 아니라 離婚秩序의 具體的妥當性에 부합하지도 않게 된다는 점에서 (유책배우자의 離婚청구를 全적으로 排斥하는) 제 1說은 不當하다. 제 3說에 의하면, 제 1說과 같은 不當性은 없게 된다. 그러나 破綻된 婚姻에는 離婚을 許해야 한다는 破綻주의 離婚원인을 그 基調로 함으로써 離婚事件의 구체적 妥當性에는 不道德·不法한 有責配偶者의 行爲를 法이 庇護하는 結果를 招來함으로써 憲法 §10·§34의 兩性平等의 理念에 위배될 뿐 아니라 衡平法의 救濟를 求하는 者는 깨끗한 손을 가지고 提訴하지 않으면 안된다 는 이른바 衡平法上의 Clean hands의 原則에도 反하는 것이 된다 (물론 無責配偶者의 弱한 地位). 그런 점에서 제 3說은 解釋論으로서의 취할 바가 못된다. 제 4說은 제 3說의 立場에서 (유책배우자의 離婚청구를 權利濫用 (Rechtsmissbrauch)의 法理에 의해 그 行使를 制限하는 것을 그 基調로 하나 유책배우자의 離婚청구는 權利남용의 結果가 대부분일 것이므로 結果에 있어서는 제 1說과 같아지게 된다.

결국 有責配偶者의 離婚請求에 관한 解釋論은 제 1說과 제 3說로 兩立된다 할 것이고 이들은 서로 正反對의 長·短點을 存置시키고 있다는 점에서 그 論理的케도는 極과 極에 위치하게 된다. 따라서 兩者의 調和點의 基調위에서의 解釋論으로 볼 수 있는 제 2說 (제한적 소극설)이 비교적 타당하다 할 것이다.

6. 裁判上離婚의 效力發生時期

협의상이혼의 경우와는 달리 재판상이혼은 離婚審判(判決)의 確定에 의해 그 效力이 발생하므로, 訴의 提起者는 審判이 확정된 날로부터 1月이내에 裁判의 謄本 및 그 確定證明書를 첨부하여 離婚申告를 하여야 한다 (戶籍法 §81의 依한). 이것은 報告의 申告에 지나지 않는다. §63의 準用

VI. 離婚의 效果

離婚은 婚姻의 解消를 의미하므로 離婚이 確定되면 婚姻으로 생긴 夫婦 사이의 모든 法律關係는 원칙적으로 消滅하게 되는데 이것을 離婚의 效果 (Wirungen der Ehescheidung)라 한다. 이를 概觀해 보기로 한다.

1. 一般의 效果

離婚에 의해 夫婦 사이의 모든 權利義務는 消滅한다. 娶嫁婚(^{patrilocal} residence)의 경우에는 妻는 親家에 復籍하고 親家가 廢家·無後家가 되었거나 其他事由로 復籍할 수 없을 경우에는 親家를 復興하거나 一家를 創立한다(\$787의①·③)¹²¹⁾. 入夫婚姻(^{§826의} ③)의 경우에는 明文規定이 없으나 보통의 婚姻의 경우에 관한 \$787를 類推適用하여야 한다. 또한 離婚에 의해 姻戚關係(但 \$809의②의 婚姻障礙는 存續)·繼母子關係·嫡母庶子關係는 소멸한다(\$775의①). 婿養子の 경우에는 養親子關係도 소멸하며(\$876의②本文), 婿養子の 親家復籍·一家創立·新戶籍의 編製 등은 入夫婚姻의 경우와 같이 解釋하여야 한다. 離婚에 의해 男子는 곧 再婚을 할 수 있으나 女子는 離婚後 6月이 지나야 再婚이 可能하다(\$811)¹²²⁾

2. 子女에 대한 效果

子女의 육체적건강과 情緒的福祉는 가정을 통하여 이루어진다는 點에서 婚姻共同體의 기능은 子女의 養育·保護에 있다고도 할 수 있다. 그런데 離婚에 의해 父母의 婚姻共同體가 붕괴되면 父母의 子女에 대한 共同養育은 있을 수 없게 됨으로써 父母중의 누구가 子女의 福祉를 위하여 養育責任을 부담해야 할 것이냐의 문제가 생기게 된다.

子の 養育者와 養育에 관한 필요한 事項은 우선 父母의 協定에 의하며, 協定을 하지 아니한 때의 양육책임은 父에게 있다(\$837의①). 그러나, 生死不明·不治의 精神病 등을 이유로 離婚함으로써 協定이 되지 않거나 協定을 할 수 없을 때에는 法院은 當事者의 請求에 의해 子の 연령·父母의 財產狀態 및 기타의 諸事情을 參작하여 養育에 필요한 事項을 定할 수 있고 언제든지 그 事項을 變更 또는 다른 적당한 處分을 할 수 있다(\$837의② \$843, 家事審法 §2의① 丙, 人訴法 §30). 한편, 養育權이란 未成熟한 子女를 保護·育成하는 權利·義務이므로 養育者는 教育·養育에 필요한 居所指定·懲戒 등을 一定範圍內에서 行使할 수 있다(入夫婚姻과 婿養子 婚姻의 경우에는, 부모사이에 協定이 없는 경우 누가 양육책임을 질 것인가에 관하여 民法은 規정을 두고 있지 않으나 입부혼). 인의 경우에는 母에게 婿養子혼인의 경우에는 父에게 있다고 해석하여야 할 것이다. 이상의 養育에 관한 事項외에는 離婚에 의해 父母의 子女에 대한 權利義務에 어떤 變更을 가져오지는 않는다(\$837의③). 따라서 母가 養育者인 경우에도 父는 子에 대한 婚姻同意 權(\$808)·扶養義務(\$974)·相續權(\$1000) 등에 영향을 받지 않는다. 그런데 母는 離婚 후에는 親權者가 될 수 없으므로(\$909의⑤) 親權者는 父가 되고 養育者는 母가 된다는 모 순이 생기게 된다. 立法論으로서 는 親權者를 定하는데 그치고 養育者를 定하는 規정은 필

121) 그러나, 妻에게 夫의 血族이외의 直系卑屬(加棒子女)이 있을 때에는 친가에 복적할 수 없고 新戶籍을 編製함으로써(戶籍法 §19의 2의②) 準法定分家が 이뤄진다.

122) 西獨婚姻法 §8는 女子의 再婚禁止期間을 10月로 한다. 한편, 1984.5.28의 大法院의 「婚姻申告에 관한 例規」에 의하면, 女子는 離婚後 곧바로(sofar) 前夫와의 사이에 姪媛이 안되었다는 산부인과 전문의의 진단 확인서를 첨부함으로써 禁止期間(Wartezeit) 이전에도 再婚이 可能하게 되었다.

없었다 한다.¹²³⁾ 그외에 子女의 종래의 호적·姓·父系母系에 대한 親族關係는 아무런 변함이 없으며, 또한 婚姻중에 妻가 胞胎한 夫의 子는 離婚후에 出生하더라도 婚姻중의 出生子가 된다 (§844의②).

3. 損害賠償의 請求

裁判離婚이 確定되면 當事者一方은 過失있는 相對方에 대하여 財産上의 損害와 精神上의 고통에 대하여 損害賠償請求權을 行使할 수 있다. 다만 精神上의 苦痛에 대한 損害賠償請求權¹²⁴⁾ ¹²⁵⁾은 當事者 사이에 賠償에 관한 契約이 成立되어 있거나 審判을 請求한 後가 아니면 이를 讓渡 또는 承繼하지 못한다 (§843에 의한 §806의 準用). 이것은 精神的損害賠償請求權의 一身專屬의 性質에서 비롯되는 것이다. 舊民法은 離婚被害者는 過失있는 相對方에 대하여 損害賠償을 請求할 수 있다는 明文의 規定을 두지 않았으므로써 그것은 一般不法行爲法을 類推適用함으로써만 해결이 可能했으나 現行民法은 이를 立法적으로 해결한 것이다. 그러나 現行民法上의 損害賠償請求의 法理는 소위 離婚過失者責任主義를 원칙화하여 有過失者의 財産上·精神上의 損害賠償責任만을 인정하고 있음은 離婚후의 相對方保護라는 점에서는 不完全한 것이다. 바로 이 點은 外國의 많은 立法例¹²⁶⁾가 過失·無過失을 묻지 않고 離婚후의 生活無能力者의 生活保障을 위해 扶養料 내지는 財産分與請求權을 인정하고 있는 것과 큰 對照를 이룬다.

123) 金容漢, 「全訂版 親族相續法論」, 博英社, 1983, p.199.; 林正平, 前掲書, p.193.

124) 원래 慰籍料 (Schmerzensgeld)란 정신적 손해의 賠償金을 의미하는 것이므로 離婚事件에서의 위자료의 개념도 「配偶者 一方의 有責行爲로서 婚姻이 解消되는 경우에 他方인 離婚피해자가 정신상·육체상 입은 고통에 대한 손해배상금」으로서 이해할 수 있다. 위자료의 性質은 有責配偶者에 대한 制裁的의미와 離婚被害者의 救濟方法으로서의 兩面的性質을 갖는다. 慰籍料額을 決定하는 基準에 관하여는 ①損害賠償說 ②扶養說 ③清算說 ④生前相續說 등의 여러 學說이 있으며 判例가 어떤 태도를 취하는지는 확실히 않으나, 대개는 남편의 재산정도, 남편으로부터 받은 정신적 고통의 정도, 양당사자의 학력·경력·연령·생활정도, 재혼의 가능성·혼인기간, 재산축적에 대한 부부의 협조와 공로 등의 기여도 등을 참작하여 개개의 경우에 구체적으로 결정하게 된다. 재판상이혼의 경우에는 보통 남편 재산의 20-30% 정도를, 맞벌이 부부의 경우 50% 정도가 된다.

125) 위자료산정에 관하여는 李根植, “慰籍料算定에 있어서의 問題點,” 「考試研究」, 1984.8, pp.107-120 참조.

126) 독일에 있어서의 離婚被害者扶養은 婚姻의 事後效果로서 法律 (BGB §1569)에 의하여 특별히 인정된 것이다. Münchener Kommentar §1569 RnNr5.

그외 佛民 §303, 美國의 各州法, 日本民 §768①, 中國民 §1057 (贍養料) 등 참조.

Ⅶ. 現行離婚法上の 諸問題

離婚은 當事者의 問題임과 동시에 社會問題인 것이므로, 그것은 兩性平等의 理念에 입각하여 離婚被害者 내지는 弱者를 保護하고 離婚후의 未成熟子女를 保護함으로써 社會正義 (soziale Gerechtigkeit)와 衡平의 原則을 實現할 수 있는 制度이어야 한다. 바로 이러한 視角에서 現行離婚法上の 問題點을 指摘하여 그에 대한 改善案을 摸索해 보기로 한다.

1. 離婚被害者의 扶養問題

離婚自由의 原則은 近代家族法의 大原則¹²⁷⁾으로서 우리民法도 앞에서 본 바와 같이 法文의 意味上 夫婦 사이에 비교적 離婚의 自由를 保障하고 있다고 할 수 있다. 그러나 女性이 經濟적으로 劣弱한 地位에 서있는 경우가 많은 오늘의 現實에서 볼 때에 離婚의 自由는 夫의 逐出離婚을 正當化시킬 수 있는 社會的强制의 法理는 될 수 있을 지언정 妻의 立場을 고려한 것이라고는 볼 수 없다. 따라서 妻가 身分의 約束의 信義를 저버린 男便으로부터 解放되기 위해서는 離婚후의 生活保障이 制度的으로 마련되어야 할 것이다.

생각컨대 近代法에 있어서의 離婚으로 인한 損害賠償請求權의 認定根據는 有責配偶者에 대한 非難·責任追窮에 있는 것이 아니라 離婚被害者의 救濟에 있는 것이므로 그 賠償의 性質도 당연히 離婚被害者에 대한 扶助的·財産清算의 意味를 갖게 되는 것이다. 이러한 點에서 볼 때에 우리民法이 離婚으로 인한 損害賠償請求權을 無責配偶者에게만 認定한 것은 離婚被害者의 救濟策으로서는 不充分할 뿐 아니라 破綻主義離婚法制에도 어긋나는 것이다. 요컨대 오늘날에 있어서의 離婚으로 인한 損害賠償(慰籍料)問題의 中心은 離婚過失者의 責任追窮에서 離婚被害者의 保護救濟에로 移行함에 따라 그 責任要件도 離婚招來者의 主觀的인 故意過失로부터 離婚被害者의 客觀的인 生活困窮에로 變遷하였다 할 것이므로¹²⁸⁾ 過失의 有無에 관계없이 離婚후의 特有財産이나 生活能力없는 離婚被害者의 生活保障을 위하여 資力 있는 他方配偶者에게 生活扶助의 扶養義務 (Unterstützungspflicht)를 制度化하여야 할 것이다.

2. 財産分與請求¹²⁹⁾의 問題

127) 潮見俊隆, “近代家族の原理と 家族法,” 「法學のわわめ」, p.186.

128) 李兌榮 I, 前掲書, p.269.

129) 이에 관한 詳細는 中川善之助外, 「体系民法事典」, 青林書院新社, 1982, pp.688-690 참조.

財産分與라 함은 離婚當事者 사이에서 婚姻共同体下の 財産關係를 清算・整理하는 것을 말한다. 婚姻關係가 和睦하게 유지될 때에는 夫婦의 財産이 누구의 名義로 되어 있건 문제가 되지 않으나 離婚으로 인해 身分關係가 解消될 때에는 夫婦의 財産關係를 清算・整理할 필요가 생기게 됨으로, 離婚當事者의 一方이 相對方에 대하여 財産의 分與(割)을 請求할 수 있게 하는 것이 財産分與(割)請求權이다.¹³⁰⁾ 財産分與請求權은 결과적으로 離婚후의 妻의 生活를 保障해 주고 妻의 離婚의 自由를 保障해 준다는 點에서는 扶養請求權・損害賠償請求權과 그 內容을 같이 하나, 이것의 원래의 性質은 離婚被害者의 生活困窮에 대한 恩혜적扶助라든가 有責配偶者에 대한 制裁의 意味가 아니라 從前의 配偶者로서의 人格의 尊嚴에 대한 保障이며 夫婦財産制(Gütergemeinschaft)의 반영이라는 點에 그 意義가 있다.

생각컨대 婚姻共同体下の 夫婦가 取得한 財産중에는 家事勞動과 같은 妻의 夫에 대한 內助의 功(the value of her service to her husband)이 포함돼 있는 것이므로, 離婚時에는 그 代價를 妻에게 返還하는 것이 마땅하다. 더우기 民法 §830의(2)가 所有者不分明財産을 夫婦의 共有로 推定하고 있음은 이러한 財産分與請求權을 間接적으로 인정해 주는 根據로 볼 수가 있고, 또한 좀 오래된 研究¹³¹⁾이기는 하나 韓國人의 法意識속에는 財産分與請求權을 法制化하는 것이 좋다는 意見이 55.39%로 나타나 있다. 따라서 離婚하는 者의 一方은 相對方에 대하여 財産의 分與를 請求할 수 있다는 財産分與請求權은 制度化되어야 할 것이다.

3. 未成熟子女의 保護問題

離婚은 夫婦의 立場에서는 불가피한 必要惡으로 볼 수 있으나 子女의 立場에서는 不幸한 일이라 할 것이므로, 離婚에 있어서는 未成熟子女의 保護對策이 마련되어야 한다. 그런 點에서 우리 民法 §837가 子의 養育者指定申請을 규정하고 있음은 父母의 離婚으로 因한 子女의 被害를 최소한으로 줄이고 그 福祉를 도모하려는 데에 根本趣旨을 두고 있다 할 것이다. 한편, §837의(1)의 解釋上 子女에 대한 養育責任은 제 1차적으로 父에게 있음이 明白하고, 이 點은 離婚후의 親權行使를 규정한 §909의 ⑤와의 관련에서 볼 때에 아무런 모순이 없다. 그러나 만약 母가 養育者인 경우에는 養育者와 親權者가 언제나 分離되는 不合理한 결과를 초래할 뿐 아니라 未成熟子女의 利益保護가 無視됨으로써 近代親子法의 理念에도 反하게 된다.

생각컨대 離婚은 父母의 意思에 의해 초래된 것일 뿐 子女의 意思와는 무관한 것이므로, 離婚으로 인해 子女의 健全한 成長保護가 소홀히 다뤄진다면 그것은 少年犯罪와 直結되어

130) 上掲書, pp.688-689.

131) 金崎洙, “韓國의 家族法意識,” 「경희법학」 제 12 권 제 1 호, 1974, p.41 참조.

또 하나의 社會問題를 낳게 될 것이다. 따라서 子女의 養育者·養育費支給者·親權行使 등은 同一한 입장에서 고려되어야 한다. 요컨대 夫婦의 離婚時에 子女의 養育者指定이 문제 될 때에는 親權行使의 문제를 동시에 檢討해야 함으로 만약 母가 子女를 養育하기로 하는 경우에는 子女에 대한 親權도 母가 行使할 수 있도록 하는 制度的措置가 講究되어야 할 것이다.

VIII. 結 論

이상에서 離婚制度의 變遷史, 그 種類와 內容, 問題點과 改善方案 등을 比較法的·立法論的 視角에서 考察함으로써 離婚法의 解釋論의 體系化를 試圖해 보았다.

주지하다시피 社會的存在(Social being)로서의 人間은 他人과의 만남의 관계를 통해서 社會生活을 營爲할 수 밖에 없는 것이고, 한편 近世의 啓蒙主義思想은 市民法의 領域에서는 契約自由의 原則으로 나타난다. 그리하여 終生的共同生活을 目的으로 하는 甲男 乙女 사이의 만남을 適法하게 이어주는 手段으로서 婚姻制度(Eherecht)가 存在하게 된다. 그런데 家族의 最小單位로서의 婚姻關係는 대개의 경우 當事者중의 一方이 婚姻共同體의 終生的 維持에 필요한 信義(fides)를 違背함으로써 그것은 家庭破綻의 모습으로 나타나게 된다. 破綻에 이른 男女의 婚姻關係는 이를 解消시키는 것이 當事者의 幸福과 社會의 平和와 發展에 寄與할 수 있다는 취지에서 大部分의 近代國家는 離婚을 許容하고 있다. 그러나 男女의 婚姻關係의 解消는 離婚當事者의 自意性 내지는 離婚事由의 正當性의 存在問題, 婚姻중 에 出生한 未成熟子女의 保護問題 등을 남기게 된다는 點에서 國家의 法的統制를 필요로 하게 된다.

그리하여 우리의 法制는 첫째로 私的自治의 原則을 家族法의 大原則으로 받아들임으로써 婚姻關係의 解消는 當事者의 意思에만 依存케 하고 國家(法院)는 단지 이들의 離婚意思의 存在만을 確認하려는 態度를 취하고 있다(소위 協議上離婚). 둘째로, 家庭은 당신의 城廓(Home is your castle)이라는 英國의 格言이 示唆해 주듯 國家는 원칙적으로 當事者의 對立된 感情의 實像과 意見을 청취한후 다만 제 3 자적인 立場에서 合理的인 解決案을 提示하는 태도를 취하고 있다(소위 調停離婚). 셋째는, 紛爭의 최후해결은 國家가 專擔해야 한다는 立場에서 國家(法院)는 婚姻의 持續이 더 이상 困難한 家庭破綻의 存在를 確認함으로써 當事者 사이의 婚姻의 解消에 正當性을 부여하려는 태도를 취하고 있다(소위 裁判上離婚).

그런데 離婚制度(특히 裁判上離婚과 相關해서 볼 때)가 소위 善한 離婚法(ein gutes Ehescheidungsrecht)으로서의 目的을 達成하기 위해서는, ① 婚姻의 安全性을 害치는(undermine) 것이 아니라 그

것을 지키는(but tress) 것이어야 하고, ② 유감스럽게도 婚姻이 회복할 수 없도록 破綻되었을 때에는 最大의 公正性으로 空虛한 法の 껍질(empty legal shell)을 벗겨야 할 것이며 그러면서도 當事者에게 最小의 苦痛이 주어지는 것이어야 할 것이다.¹³²⁾ 이러한 視角에서 볼 때에 韓國離婚法은, ① 離婚後 未成熟子女에 대한 保護를 講究해야 하고, ② 妻에게 財産分與請求權을 認定해야 하며, ③ 生活能力없는 離婚被害者의 扶養問題가 解決되는 方向으로 改正되어야 할 것이다.

한편, 앞에서 밝힌 바와 같이 裁判上離婚에서의 破綻主義離婚原因은 오늘날의 세계적인 추세이며 우리民法의 態度도 이에 接近된 것이라 할 수 있다. 그런데 破綻主義離婚原因下에서의 離婚事件의 處理는 司法的方法(Judicial Approach)에 의하는 것 보다는 治療法的方法(Therapeutic Approach)에 의하는 것이 效果的이라 할 것이므로¹³³⁾, 그것은 一般法院과 分離된 家庭法院의 管轄下에서 相談·調停을 통하여 合理的으로 解決할 수 있도록 하는 制度의 裝置가 마련되어야 할 것이다.¹³⁴⁾

생각컨대 現代의 産業社會가 超來한 價値觀·倫理觀·道德觀의 變化와 女性의 經濟的地位의 向上은 男女의 婚姻關係의 解消를 점점 加增시키고 있다. 따라서 이러한 離婚多發現象을 중점적으로 研究·分析하여 그 對策을 세우고 家庭生活教育(Ausbildung des Familienlebens) 등을 擔當함으로써 離婚의 豫防을 專擔하는 것을 目的으로 하는 政府傘下의 專門機構의 設置를 制度化하는 것이 要望된다.

끝으로 離婚法의 研究는 法解釋學의 接近과 더불어 그 社會的實態調査를 併行해야만 學問的價値가 돋보인다는 M.Weber의 見解가 妥當한 것이라면, 本稿는 그 後續으로서 離婚法의 法社會學的 研究를 해야 할 課題를 남기게 된다.

132) Rosenbaum, Divorce Reform in England: *The Decline of the Matrimonial Offense*, 12 Fam. L.J.3, 1972-1973, 366.

133) 韓瑋熙, “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, p.727.

134) 同旨: 上揭書.

ZUSAMMENFASSUNG

Eine Betrachtung über Ehescheidung (1)

— Mit besonderer Rücksicht auf Veränderung, Inhalt,
Probleme des Ehescheidungsrechtes —

Han Sam-in

Die vorliegende Arbeit betrachtet die Geschichte des Ehescheidungsrechtes, deren Arten, Inhalte, seine Probleme und Verbesserungsmethode aus vergleichenden und legislativen Gesichtspunkten, um das Ehescheidungsrecht erläuterungsweise zu systematisieren.

Wie, jeder weiss, die Menschen, das gesellschaftliches Wesen, sollen durch das Treffen mit anderen Leuten gesellschaftliches Leben führen. Und die Gedanken der Aufklärung in der Neuzeit zeigen sich im Bereich des Privatrechtes als Prinzip der Vertragsfreiheit. Dadurch kann das Eherecht vorhanden sein als rechtmässiger Mittel zur Verbindung zwischen Mann und Frau mit dem Zweck des Zusammenlebens. Aber diese Eheschliessung, die kleinste Einheit einer Familie ist, tritt mit der Aüsserlichkeit des Familienbruches auf, wenn einer od. eine eines Ehepaars der Bewahrung der Ehegemeinschaft Treue bricht. Die meisten Länder genehmigen Ehescheidung in dem Sinn, dass Lösung der Probleme der Ehescheidung zum Glück der Betreffenden und zu Frieden und Entwicklung der Gesellschaft beiträgt. Aber der Ehescheidung ist die rechtmässige Kontrolle des Staates nötig, weil Ehescheidung die Probleme übriglässt das Problem der Gerechtigkeit von der Freiwilligkeit beziehungsweise den Scheidungsgründen der Betreffenden, Fürsorgeproblem der Schwächeren in der ökonomischen Gesichtspunkt nach der Scheidung, Liquidationsverfahren der Ehegüter, Erziehungsproblem der Kinder.

Koreanisches BGB akzeptiert also erstens Privatautonomie als ein wichtiges Grundgedenke des Familien- und Eherechtes, damit die Ehescheidung von den Willen der Betreffenden hängt, und Gericht eine Haltung der Feststellung ihrer Ehescheidungsabsicht annehmen kann (sogenannte Ehescheidung in Einvernehmen). Zweitens hört das Gericht die Wirklichkeit des gegenüberstehenden Gefühls und Meinungen von den Betreffenden zu, und danach versucht das Gericht die zwischen ihnen vorhandenen Probleme lösen, indem das Gericht ihnen rationale Lösungsmethode aus dem dritten Standpunkt vorzeigt (Versöhnungescheidung). Drittens stellt das Gericht das Wesen des Familienbruchs fest, das Eheschliessung nicht mehr bewahren kann, und das Gericht erteilt Gerechtigkeit der Ehescheidung (Ehescheidung durch Gericht).

Um ein gutes EheScheidungsrecht zu sein, (besonders in Zusammenhang mit Eheaufschliessung), 1) Muss das Recht der ehrlichen Sicherheit nicht schaden, sondern die ehrliche Sicherheit unterstützen. 2) Unglücklicherweise wenn Ehestand ist zu misslingen, um in den früheren glücklichen Zustand zurückzusetzen, muss das Gericht mit der grössten Gerechtigkeit leere legale Schale abstreifen und die Betreffenden am wenigsten peinigen. Aus diesen Gesichtspunkten muss das koreanische Ehescheidungsrecht verbessert werden: 1) um nach der Scheidung Massnahme für die Erziehung der minderjährigen, Kinder zu treffen, 2) um

der Frau Anspruch auf Erteilung des Ehegutes zu bestätigen, 3) um Unterstützungsprobleme der unterhaltsberechtigten Geschädigten von der Ehescheidung zu lösen.

Die Ehescheidung vermehrt sich immer, weil moderne industrielle Gesellschaft die Veränderung der Wertanschauung, moralischer sittlicher Anschauung verursacht, und weil sich die wirtschaftliche Stellung der Frauen erhebt. Also erwarten wir Aufrichtung der fachkundigen Organisationen unter der Regierung, wo die vielen Entstehungen der Ehescheidung besonders erforscht werden können, Massregeln gegen die Probleme getroffen werden müssen, Ausbildung des Familienlebens (Family life education) mit dem Zweck der Verbeugung der Ehescheidung und mit dem Zweck der rationalen Lösung der Probleme übernommen wird.

Zum Schluss legt die vorliegende Arbeit Aufgabe der rechtssoziologischen Betrachtung des Ehescheidungsrechtes zurück, wenn die Meinung von M. Weber richtig wäre, dass Betrachtung des Ehescheidungsrechtes mit der Annäherung der Rechtsdogmatik den wirklichen Stand der Gesellschaft untersuchen muss.