

I. 서론

이혼이란 혼인을 사망 이외의 혼인 성립 후의 사유로 인하여, 혼인 당사자의 의사로 소멸시키는 것으로, 이혼법상 이혼원인과 관련해서는 배우자 일방에게 동거부양협조정조의무 등 혼인의무 위반이 있음을 요건으로 하여 혼인파탄에 대하여 부부의 일방이나 쌍방에게 책임이 있는 경우에만 책임이 없는 자만이 이혼을 청구할 수 있다고 하는 유책주의와 혼인파탄에 대한 책임유무와 상관없이 혼인의 목적을 달성할 수 없는 혼인파탄의 객관적 사실만 있으면 이혼이 허용된다는 파탄주의로 구분할 수 있다.

민법 제840조는 가정법원에 이혼을 청구할 수 있는 재판상 이혼원인 여섯 가지¹⁾를 열거하고 있는데, 대법원은 재판상 이혼원인에 대하여 유책주의에 따른 것으로 해석하고 1965년, 유책주의를 원칙으로 삼은 이래 유책배우자의 이혼청구를 배척하여 왔다. 그동안 유책주의가 유책자의 이혼 청구는 원칙적으로 기각하여 이혼을 엄격하게 제한해 온 결과 이혼을 원하지 않는 무책배우자와 자녀들을 보호하는 역할을 해 온 것이 사실이지만, 이미 파탄된 가정을 법률상으로만 보호하여 형해화된 혼인을 계속시킴으로써 사실혼을 증가시키고 자의 행복을 박탈하는 문제가 있고, 법정에 나가 서로를 비난하며 상처를 주는 폐해는 이혼법의 이상²⁾과 너무 동떨어져 있다.

한편, 성경에서 이혼이 허용될 수 있는 사유는 크게 두 가지인데, 하나는 음행이고, 또 하나는 불신 배우자의 지속적인 유기(遺棄) 행위다.³⁾

- 1) 1. 배우자에 부정한 행위가 있었을 때
2. 배우자가 악의로 다른 일방을 유기한 때
3. 배우자 또는 그 직계존속으로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때
4. 자기의 직계존속이 배우자로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때
5. 배우자의 생사가 3년 이상 분명하지 아니한 때
6. 기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때
- 2) 혼인관계가 파탄된 당사자들은 혼인상담이나 기타 방법을 통해 혼인을 구하기 위해 모든 실행 가능한 조치를 취하도록 권장되어야 하고, 회복할 수 없을 정도로 파탄된 혼인관계는 당사자와 자녀들에게 미치는 고통을 최소한으로 해야 하며, 당사자와 자녀간에 가능한 한 지속적으로 좋은 관계가 유지되도록 해야 한다(영국의 Family Law Act 1996 Part I).
- 3) 웨스트민스터 신앙고백서 제5절, 제6절; 신원하 교수(고려신학대학원, 기독교윤리학), 이혼과 결혼, 성경적 인식

성경적 관점에서 이 두 가지 사유 이외에는 이혼할 수 없는가? 혼인 생활을 통해 도리어 그 사람에게 하나님의 형상과 실재가 거의 훼손될 정도로 그 사람 자체와 삶이 파멸해지게 된 경우, 부부가 장기간 별거하는 등의 사유로 실질적으로 부부공동생활이 파탄되어 더 이상 존재하지 아니하게 되고 객관적으로 회복할 수 없는 정도에 이른 경우, 법적으로만 혼인이 해소되지 아니하였을 뿐, 혼인관계를 파탄되기 전의 상태로 돌이킬 수 없고 부부 사이의 애정과 신뢰의 회복이나 동거의무 등의 이행을 기대할 수 없는 경우 등에도 유책주의의 입장을 고수하여 유책배우자의 이혼청구를 배척하고 실체가 없는 혼인상태를 유지하도록 해야 할 것인가?

부부가 서로 승소하기 위하여 상대방의 귀책사유를 부각시킴에 따라, 혼인생활 과정에서 발생한 갈등과 대립을 들추어내어 그에 관한 책임공방을 벌이게 되고 아울러 상대방에 대한 비난과 악감정을 쏟아내게 되어 부부관계는 더욱 적대적으로 되며 이혼소송의 심리가 과거의 잘못을 들추어내는 것에만 집중하게 하는 유책주의 이혼법 제도의 폐해로 이미 서구 여러 나라는 수십 년 전부터 파탄주의 이혼법으로 개정을 하여 왔다.

이하에서는 서구 여러 나라의 이혼원인을 비교법적으로 검토하고, 성경에서는 어떤 경우에 이혼을 허용하는지, 그리고 성경에서 명시적으로 이혼을 허용한 경우 이외에도 실질적으로 부부공동생활이 파탄되어 혼인의 실체가 더 이상 존재하지 아니하게 되고 객관적으로 회복할 수 없는 정도에 이른 경우에 이혼을 허용하는 것이 성경적 관점에서 어떻게 이해될 수 있을 것인지 살펴보고자 한다. 그리고 파탄주의 도입의 필요성을 살펴보고 법률 개정을 제안하는 것으로 마무리한다.

II. 이혼원인에 대한 비교법적 고찰

서설

서구 혼인과 이혼법 역사는 오래도록 다양한 혼인의 개념적 모델이 복잡하게 각축을 벌여 왔고 혼인을 계약으로 보는 방향으로 이동해왔다.⁴⁾ 이러한 움직임에 동반하여 유책주의 이혼에서 파탄주의 이혼으로 변천해왔다. 파탄주의 이혼법은 1960년대에 유책이혼으로 위장된 합의이혼이 일반화 되면서 이혼법의 개혁 필요성이 표출되기 시작한 것이 중요한 요인이 되었다.⁵⁾ 또한 유책주의는 부부사이의 상처를 악화시키고 위증을 만연시켜 법제도에 대한 불신을 조장하는 문제가 있었고, 이미 파탄된 혼인을 법으로 금지하는 것이 사회적 이익에 기여하는 것이 없다고 주장되었다.⁶⁾

바르게 하고 살아야 한다. 문화와설교연구원 주최 컨퍼런스 강연, 2015.8.4. ; 황성철 박사(전 총신대학교 신학대학원 교수), 결혼과 이혼 그리고 재혼에 대한 성경적 관점과 목회적 지침 ③, ④, 크리스천투데이 2017.10.29., 2017.11.5. 연재.

4) Joel A. Nichols, "Louisiana Covenant Marriage", Emory Law Journal Vol. 47, 1998, 933면.

5) 한복룡, 전환기의 가족법과 파탄주의 이혼법의 탄생, 인권과 정의, 2008, 9면.

결국 1960년대 말부터 1970년대 중반까지 영국, 프랑스, 독일, 스웨덴, 미국 등 국가에서 파탄주의를 받아들이게 되면서 파탄주의의 제도적 보완장치를 마련하는 일에 몰두하게 되었다.⁷⁾

영국·독일·프랑스·미국의 경우 파탄주의 도입 시기는 제각각이지만 법률로 파탄주의를 도입하고, 경제적 약자인 배우자와 미성년 자녀들을 보호하기 위한 대책을 마련했다. 독일이나 영국은 상대방에게 재정적 고통을 주거나 자녀의 이익을 위해 혼인을 유지할 필요가 있으면 이혼을 허용하지 않고 있고, 일본에서도 판례를 통해 상대방이 이혼으로 정신적·사회적·경제적으로 극히 가혹한 상태에 놓이는 등 현저히 사회정의에 어긋날 때는 유책배우자의 이혼청구를 배척한다. 또한 독일, 영국, 프랑스, 미국에서는 재산분할과 별도로 일방 당사자에게 생계능력이 없거나 부부간 소득격차가 있는 경우에, 당사자의 청구에 따라 부양료나 보상급부를 지급하도록 하고 있다.

2. 영국

(1) 파탄주의 이혼 도입

England, Wales에서 이혼하기 위해 일방 배우자는 타방 당사자의 비행에 대해 주장하거나 그렇지 않으면 별거기간을 거쳐야 했다. Office of National Statistics(영국 통계청)에 따르면, 이혼 청구에 가장 일반적으로 이용되는 이혼원인은 간통과 비합리적인 행위(유책사실)이고, 2018년에 England, Wales 이혼의 거의 60%가 간통과 비합리적인 행위에 근거하여 허용되었다.⁸⁾ 이는 상대방 배우자를 비난하는 불필요한 갈등을 유발하여 자녀들 뿐만 아니라 이혼하는 부부에게도 영향을 끼친다. 또한 당사자들이 신속하게 이혼하기 위해 비행에 대한 주장을 과장하지만 법원은 당사자들의 주장을 심리하지 않고 주장 그대로 인정해왔다. 많은 비판을 받은 1973년 이혼법(Matrimonial Causes Act 1973)의 유책주의와 파탄주의 혼합제도에 대한 원로 법관들과 법률전문가들의 개혁 요청이 계속되었으며 이는 2017년 Owens v Owens 사건에 의해 고조되었다. 혼인관계가 파탄되었다고 법원이 인정했음에도 현행 법률을 적용할 수밖에 없는 법원의 한계를 인정하며 이혼청구를 기각한 Owens v Owens 사건에 관한 대법원 판결, 유책주의와 원고의 이혼청구에 대해 다룰 수 있는 방어시스템과 관련한 다수의 연구보고서 및 정부 자문보고서 등 파탄주의 체계로 전환을 요구하는 사회각계의 요구를 받아들여 부모와 자녀 모두에 대한 혼인파탄의 결과를 최소화하려는 현대의 투명한, 문제해결 중심의 가족법 체계를 수립하고자 이혼, 혼인해소, 별거 법안(Divorce,

6) 한복룡(주 5), 9면.

7) 한복룡(주 5), 9면; 네덜란드는 1971년, 스웨덴은 1974년 법률로써 파탄주의 이혼원인을 도입하였다(한복희, “파탄주의 이혼원인의 제문제”, 민사법학 제3호, 1982, 71~72면).

8) 홍승희, 이혼에서 파탄주의 도입을 위한 비교법적 연구, 충남대학교 대학원 박사학위 논문, 2022, 58면.

Dissolution and Separation Bill)이 발의되었고, 이혼, 혼인해소, 별거 법안(Divorce, Dissolution and Separation Bill)은 2020년 6월 17일 하원을 통과하여 6월 25일 왕실의 승인(Royal Assent)을 받아 2020년 이혼, 혼인해소, 별거법(Divorce, Dissolution and Separation Act 2020)이 되었다. 법률 개정에 따른 온라인 이혼 시스템 변경을 거쳐 2022년 4월 6일부터 동법이 시행되고 있다. 파탄주의 법은 부부가 회복할 수 없는 파탄이라는 진술을 하도록 하여 간통이나 비합리적인 행위 또는 별거의 입증과 같은 행위의 증거에 대한 요구를 대체하였다.

2020년 이혼, 혼인해소, 별거법(Divorce, Dissolution and Separation Act 2020) 제1조는 이혼원인 사실의 입증요건을 삭제하여, 혼인의 일방 혹은 쌍방 당사자가 혼인이 회복할 수 없을 정도로 파탄되었음을 근거로, 혼인이 회복할 수 없을 정도로 파탄되었다는 진술과 함께 혼인을 해소하는 명령(이혼명령)을 법원에 청구할 수 있게 하였다. 법원은 위 진술을 혼인이 회복할 수 없을 정도로 파탄되었다는 결정적인 증거로 받아들여 이혼명령을 내려야 한다.

1973년 법에 따르면, 부부가 모두 이혼에 동의하더라도 최소한 2년 이상의 지속적인 기간 동안 별거하지 않았다면, 일방이 타방을 상대로 이혼의 소를 제기하여 피고의 간통이나 비합리적인 행위에 근거한 이혼원인을 입증하여야 했으나, 법 개정으로 혼인이 회복할 수 없을 정도로 파탄되었음을 일방 배우자 또는 부부가 공동으로 진술하는 방법으로 대체되었다. 이러한 변화는 일방 당사자가 타방을 비난할 필요성을 없애고, 법원으로 하여금 당사자들이 혼인상태를 유지할 것을 기대하는 것이 비합리적이라는 결론을 내리도록 하기 위해 상대방의 비합리적인 행위를 과장함으로써 발생하는 분쟁의 요인을 제거한다.

새로운 법은 또한 회복할 수 없는 혼인관계의 파탄이라는 진술이 혼인이 회복할 수 없을 정도로 파탄되었다는 최종적인(conclusive) 증거이고 따라서 법원은 이혼명령을 내려야 하기 때문에 상대방이 이혼을 다투지 못하게 하였다.

(2) 이혼의 경제적 효과

이혼의 경제적 효과 관련, 1973년 이혼법(Matrimonial Causes Act 1973) 제21조 이하 규정에 따르면 이혼, 혼인무효 또는 재판상 별거판결시 법원은 정기금 또는 일시금 지급을 위한 재정지원명령, 재산조정명령, 재산매각명령, 연금공유명령, 연금보상공유명령 등을 내려 이혼 당사자들과 자녀들의 경제적 지위를 조정할 수 있는 권한을 가지고, 명령을 내릴 때 법원은 소득, 생계능력, 재산 그리고 혼인 당사자들이 가지고 있거나 예상가능한 장래에 갖게 될 다른 재정의 원천(source), 재정적 필요와 혼인 당사자들이 가지고 있거나 예측가능한 장래에 갖게 될 채무와 책임, 혼인 파탄 전에 가족이 누리던 생활 수준, 혼인 당사자의 나이와 혼인 지속기간, 혼인 당사자의 신체적·정신적 장애, 가족과 가정을 돌보는 기여 등 동법 제25조의 사항을 고려하여야 한다.

그 밖에도 법원은 소송 계속 중 부양료 지급 명령(maintenance pending suit)과, 신청인이 소송 목적의 법률 서비스를 받을 수 있도록 하기 위한 금액을 혼인의 일방 당사자가 타방 당사자에게 지급할 것을 요구하는 명령을 내릴 수 있다.

3. 미국

(1) 파탄주의 이혼법 도입

미국에서 파탄주의 이혼법이 시행되기 전 이혼을 청구하는 배우자들은 종종 거짓(false) 이혼 사유를 주장하였다. 위증의 가능성을 제거하는 것이 파탄주의로 전환하려는 하나의 동기가 되었다. 파탄에 이른 부부가 유책주의 이혼법하에서 재판상 이혼을 하기 위하여 통모하여 일방의 유책사유를 가장하는 일이 심심치 않게 벌어진 것이다.⁹⁾ 또 다른 변형은 이주 이혼(migratory divorce) 관행이었다. 이주이혼은 미국이 연방국가이고 이혼은 연방법이 아닌 주법의 적용을 받기 때문에 발생하는 문제와 관련이 있다. 즉 주마다 이혼사유와 이혼소송을 제기하기 위한 거주요건 등이 상이함에 따라 이혼을 원하는 사람이 이혼을 폭넓게 인정하고 완화된 거주요건을 규정하고 있는 주로 이주하여 거주지 요건을 충족하기에 충분한 시간 동안 살고 난 후, 해당 주법에 따라 이혼판결을 받았다.¹⁰⁾

미국 각 주는 영국법의 영향을 받아 전통적으로 유책주의 입장을 취해오다가¹¹⁾ 1969년 캘리포니아주가 처음으로 파탄주의를 전면 도입했다. 캘리포니아주는 1969년 9월 5일 파탄주의를 채택하였고 동법은 주지사 로널드 레이건(Ronald Reagan)에 의해 서명되어 1970년 1월 1일 시행되었다.¹²⁾ 동법은 혼인생활 파탄 또는 일정기간 별거 등을 이유로 이혼을 청구할 수 있는 제도로, 이혼에 상호동의의 필요를 없애고 당사자의 요구에 의한 일방적인 이혼을 허용한 것이다.¹³⁾ 통일법 위원회(Uniform Law Commission)는 많은 내적 논쟁을 거친 후 1970년에 작업을 완수하고 혼인의 회복할 수 없는 파탄(irretrievable breakdown)을 이혼의 유일한 사유로 하는 법률을 만들었다.¹⁴⁾ 2010년 10월 12일 뉴욕주가 파탄주의를 채택함으로써 모든 주에서 파탄주의 이혼제도를 채택했다.

현재 워싱턴 D.C.를 포함한 모든 주는 파탄주의 이혼을 허용한다. 그러나 파탄주의 이혼 요건은 주마다 다양하다. 일부 주는 이혼청구를 할 수 있는 유일한 방법이 혼인이 회복할 수 없을 정도로 파탄되었음 또는 당사자들이 화해할 수 없는 차이를 가지고 있거나 혼인 공동체를 유지할 수 없음을

9) 윤진수 편집대표, 주해친족법 제1권, 박영사, 2015, 298면.

10) 법원행정처, 외국사법제도연구 4, 각국의 이혼제도, 2008, 5면.

11) 한봉희(주 7), 87면.

12) Nichols, *supra* note 4, at 938면.

13) Nichols, *supra* note 4, at 938면.

14) UMDA(Uniform Marriage and Divorce Act) 302조.

주장하는 것으로 법률에 명시하였다. 따라서 이혼을 청구하는 당사자는 유책사유(예를 들어, 간통, 유기 또는 학대)를 주장하는 것이 허용되지 않는다. 다음의 주들이 그러한 주이다.

위스콘신(Wisconsin), 오레곤(Oregon), 워싱턴(Washington), 네바다(Nevada), 네브라스카(Nebraska), 몬태나(Montana), 미주리(Missouri), 미네소타(Minnesota), 미시간(Michigan), 켄터키(Kentucky), 캔자스(Kansas), 일리노이스(Illinois), 아이오와(Iowa), 인디애나(Indiana), 하와이(Hawaii), 플로리다(Florida), 콜로라도(Colorado), 캘리포니아(California).

나머지 주에서는 여러 가지 법적인 유책 근거 중 하나를 주장하여 이혼을 청구하거나 파탄주의 이혼청구를 할 수 있다.¹⁵⁾ 물론 모든 주는 이혼을 규율하는 고유한 법률을 가지고 있지만 일반적으로 법적인 유책 근거는 다음을 포함한다.

중독이나 약물 의존, 간통, 중혼, 유기, 성적불능, 혼인 당사자 중 한 명의 구금(그리고 일부 주에서는 형법상 유죄확정), 근친혼, 강박이나 사기에 의한 혼인, 정신적 학대나 정신적 잔혹함, 정신질환, 혼인 당시 정신장애, 육체적 학대나 신체적 학대가 그것이다.

이혼의 유책사실을 주장하면, 비행을 주장하는 당사자는 그 사실을 입증해야 한다. 일부 주에서 이혼시 유책사유를 주장하는 경우 이혼이 확정되기까지 더 짧은 시간이 소요된다.

파탄주의 이혼법의 시행으로 이혼수가 급격하게 증가하고,¹⁶⁾ 이혼과 혼인의 탈제도화로 인한 이혼율과 혼외자 출생 증가 등이 사회문제가 되면서 혼인을 강화하고 촉진하려는 노력의 일환으로 Arizona, Arkansas, Louisiana 주에서 언약혼인법을 제정하여 시행하고 있다.

(2) 이혼의 경제적 효과

1) 재산분할

미국에는 두 가지 특징적인 재산체계가 있는데, 하나는 보통법(common law) 체계상 형평분할(equitable distribution)이고, 다른 하나는 공동재산(community property)체계이다. 각 체계는 재산상 다른 권리와 이익을 만들어 낸다. 41개 주에서 채택하고 있는 보통법은 미국에서 지배적인 재산체계로, 보통법에 내재하는 이론은 각 배우자가 별도로 법적인 재산권을 가지는 고유한 인간이

15) 유책주의 이혼원인에 무귀책이혼원인을 추가로 인정하는 형태를 취하는 주들 중 일부는 여전히 유책성의 항변(the Defense of Recrimination)을 인정하여 일방이 유책주의 이혼원인을 주장하면서 이혼을 청구하는 경우 상대방이 오히려 이혼청구인에게 유책행위가 있음을 이유로 이혼에 반대할 수 있다. 이 항변은 경제적 약자인 배우자를 보호하는데 목적이 있어서 다른 입법례의 가혹조항과 비슷한 기능을 하고 있다(방용환, 유책배우자의 이혼청구(대상판결 : 대법원 2015.9.15. 선고 2013므568 전원합의체 판결, 사법 제36호, 2016, 408면).

16) 실제로 미국에서 파탄주의 이혼이 도입된 후에 이혼율이 늘어났다. 이것이 파탄주의 때문인지에 관하여는 논란이 있으나 이를 긍정하는 연구가 많다. 그리고 파탄주의 이혼에 의하여 여성의 이혼 후 경제적 상황이 열악해졌다는 비판이 있다(윤진수, “혼인과 이혼의 범경제학”, 범경제학연구 제9권 제1호, 2012, 56면).

라는 점인데, 이를 구체화하여 일반적으로 각 배우자는 자신이 벌어들인 소득에 대한 소유권을 가진 것으로 본다.¹⁷⁾ 이에 비하여 공동재산제 체계에 내재하는 이론은 파트너십(partnership)의 그것과 유사하여 각 배우자는 공동체의 이익을 위해 노동을 기여하고 공동체가 벌어들인 이윤과 소득을 균등하게(equally) 공유하는 것으로 보는데 그에 따라 각 배우자는 공동재산을 어떤 배우자가 누구 명의로 취득하였는지에 상관없이 모든 공동재산에 대해 자동적으로 50%의 지분가치를 소유한다.¹⁸⁾ 다만 각 배우자는 개별적으로 소유하고 관리할 수 있는 특유재산을 보유할 수 있다. 보통법 체계하의 주들은 주로 형평분할 방식에 의해 공동재산제 체계하의 주들은 주로 균등분할 방식에 의해 재산을 분할하지만, 보통법 체계하의 주가 균등분할 방식을, 공동재산제를 채택한 주가 형평분할 방식을 선택하는 경우도 있다.¹⁹⁾

California는 공동재산제(community property)를 채택한 주이다. 당사자간 공개법정에서 서면합의나 구두약정이 존재하지 않으면, 법원은 당사자들의 공동재산을 50/50으로 분할하여야 한다. 특유재산은 재산분할에 포함되지 않을 것이다. 특유재산은 전형적으로 혼인 전에 당사자가 소유한 모든 재산, 증여나 상속에 의해 혼인 중 취득한 모든 재산, 그리고 특유재산으로부터 유래한 모든 임대료, 배당금과 이익을 포함한다.

2) 배우자 부양

배우자 부양(spousal maintenance)은 일방 배우자가 다른 배우자에 비해 적은 수입을 벌어들이고 있기 때문에²⁰⁾, 이혼 이후에도 혼인 생활 당시의 삶의 질을 최대한 유지할 수 있도록 도와주기 위하여 저소득 혹은 소득이 전혀 없는 배우자에게 재정적 지원을 제공하는 제도이다. 많은 주의 법들이 이혼 배우자가 혼인시 누렸던 것과 동일한 삶의 질을 누리며 살 수 있는 권리를 갖도록 규정하고 있다. 이혼소송 중 또는 그 이후의 절차에서, 일방 배우자는 부양료를 요구할 수 있다.

법원은 최종 부양료 금액과 기간을 결정할 때 당사자의 소득과 수단, 채무, 소득능력, 자녀 양육권 보유 여부, 부양료를 요구하는 당사자가 적절한 교육, 훈련 혹은 고용을 얻기 위해 필요한 기간, 당사자의 건강과 나이, 혼인기간, 혼인 중 당사자가 맺은 고용·경력·경제·교육 및 양육합의와

17) 홍승희·손종학, “이혼시 재산분할에 관한 미국의 법률과 판례 분석”, 원광법학 제37권 제1호, 2021. 3. 98~99면; 보통법전집(Restatement)은 미국 판례법에서 쌓인 정수를 법전은 아니지만 법전 형식으로 묶어 놓은 것이다(고 세일, “인신손해에 대한 불법행위의 유형과 책임 내용에 대한 연구—미국 불법행위 보통법전집 제3판 재산손해와 정신적 손해 규정을 중심으로—”, 충남대 법학연구 제30권 제1호, 2019, 397면).

18) 홍승희·손종학(주 17). 98~99면.

19) 홍승희·손종학(주 17), 98~99면.

20) N.Y. DRL § 236. 6.b.

(1) 부양료를 지급하는 자는 더 높은 소득을 얻는 배우자를 의미한다.

(2) 부양료를 지급받는 자는 더 낮은 소득을 얻는 배우자를 의미한다.

관련된 결정과 당사자 일방 또는 쌍방이 고용시장에 부재한 기간을 포함하여 그것이 현재 및 미래 소득 잠재력에 미치는 영향, 일방 당사자가 상대방의 교육·훈련·사회적 지위나 전문성에 기여한 정도, 당사자 일방 혹은 쌍방의 과세 결과 등을 포함하여 모든 관련 요소를 고려해야 한다.

재산분할과는 별도로 Cal.Fam.Code §4320²¹⁾은 배우자 부양료 지급 명령을 내릴 때, 법원은 소득능력, 당사자의 필요 및 연령, 혼인기간 등의 상황을 모두 고려해야 한다고 규정한다.

Cal.Fam.Code §4330 (부양명령)는 혼인 당사자들의 혼인해소나 법률상 별거 판결에서 법원은 §4320에서 시작하는 2장(Chapter 2)에 규정된 대로 상황을 고려하여 혼인 중의 생활수준에 근거하여, 법원이 공정하고 합리적인 것으로 결정하는 금액을 일방 당사자가 타방 당사자에게 일정 기간 동안 지불하도록 명령할 수 있다고 규정한다. 그리고 배우자 부양료 지급명령을 내릴 때, §4320에 따라 법원에 의해 고려되는 특정한 상황을 감안하여, 부양료의 수혜자가 자신의 필요를 충족시키는 데 도움이 되기 위한 합리적인 노력을 하도록 권고할 수 있도록 한다.

(3) 언약혼인법

21) Cal.Fam.Code § 4320.

- (a) 다음에 열거된 모든 점을 고려하여 각 당사자의 소득능력이 혼인 중 확립된 생활수준을 유지하는데 충분한 정도
 - (1) 부양료를 지급받는 당사자의 직업기술; 그러한 기술의 직업시장; 그러한 기술을 개발하기 위해 적절한 교육이나 훈련을 습득하는데 요구되는 시간과 비용; 그리고 다른, 더 시장에 적합한 기술을 얻거나 취업을 하기 위해 재훈련이나 교육을 받을 필요성
 - (2) 가사노동에 헌신하기 위해 혼인 중 초래된 실직기간에 의해 피부양자의 현재 또는 장래 소득능력이 손상된 정도
- (b) 부양료를 받는 당사자가 부양하는 당사자의 교육, 훈련, 지위, 또는 면허를 취득하는데 기여한 정도
- (c) 부양자의 소득능력, 자산, 그리고 생활수준을 고려하여, 배우자 부양료를 지급할 수 있는 부양자의 능력
- (d) 혼인 중 확립된 생활수준에 근거한 각 당사자의 필요
- (e) 각 당사자의 특유재산을 포함한, 채무와 자산
- (f) 혼인기간
- (g) 당사자의 양육에 의존하는 자녀들의 이익을 해함이 없이 유급 직업에 종사할 수 있는 피부양자의 능력
- (h) 당사자들의 나이와 건강
- (i) 증거에 의해 입증된 가정폭력 전력
- (j) 각 당사자의 즉각적이고 구체적인 과세결과
- (k) 각 당사자의 곤란(hardship)의 균형
- (l) 피부양자가 합리적인 기간 내에 스스로 생계를 책임져야 한다는 목표. 제4336조에 규정된 오랜 기간의 혼인의 경우를 제외하고, 본조의 목적상 합리적인 기간은 일반적으로 혼인기간의 절반에 해당한다. 그러나 본조는, 본조에 열거된 다른 요소, 제4336조, 그리고 당사자들의 상황에 근거하여, 더 오랜 기간 또는 더 단기간 동안 부양명령을 내리는 법원의 재량을 제한하지 않는다.
- (m) 배우자 학대로 형법상 유죄판결은 받은 경우, 제4324.5 또는 제4325에 따라 배우자 부양료를 감액 또는 박탈하는데 고려된다.
- (n) 법원이 공정하고 형평에 부합하다고 결정하는 다른 요소

미국의 세 개 주에서 시행되고 있는 언약혼인법은 혼인제도를 강화하기 위한 입법적 노력 중의 하나이다.

언약혼인법은 혼인 전 상담을 요구하는 등 혼인 뿐만 아니라 이혼에 강화된 요건을 부과함으로써 혼인의 진지함(seriousness)을 강조한다. 개혁의 산물로서, 언약혼인법은 파탄주의 이혼과 파탄주의 이혼에 수반한 사회적 문제에 반대하는 전국가적 운동의 일환으로²²⁾, 이혼이 단순히 두 개인간의 계약의 산물이 아니라 공동체 전체에 영향을 미치는 행위임을 강조하기 위해 언약이라는 언어를 사용함으로써, 동법에 공동체 정신을 다시 불어넣었다.²³⁾

미국에서 파탄주의 이혼원인을 도입한 이후로 발생한 많은 병폐와 사회문제를 극복하기 위한 대안인 언약혼인제도는 그 이용율이 저조하기는 하지만, 혼인을 장려하고 강화하며, 이혼율을 낮추고 혼외 출생자녀의 수를 감소시키며, 혼인을 명예롭고 가치있는 제도로 만든다는 목적과 이상을 가지고 있다. 이러한 언약혼인제도의 이상은 혼인과 가정을 보호하고 지지하는데 활용될 수 있고, 보다 구체적으로 혼인의 의미, 목적, 본질, 책임에 대한 논의가 다루어지는 혼인 전 상담 및 이혼 전 상담은, 이를 도입하여 시행할 필요가 있는 의미있는 제도라고 생각한다.

혼인 및 이혼 청구 전, 당사자들이 선택적으로 전문상담사나 종교지도자들이 제공하는 상담을 받도록 하는 것은 혼인의 공동체성을 강화하고, 제3자의 건설적인 역할을 가능하게 하여 혼인을 보호하고 지지하는데 큰 역할을 할 수 있을 것으로 생각한다. 실제로 미국에서 혼인 관련 교육과 상담은 혼인을 보호하고 이혼율을 낮추는데 큰 역할을 하였다.

(4) 상담 및 교육 프로그램

Florida 주는 혼인준비 및 보호법을 통해 고등학교에서의 혼인 관련 의무교육과 선택적인 혼인 전 상담을 통해 개인이 혼인을 준비할 수 있도록 도와주고, 이혼을 청구하는 자녀가 있는 부부가 부모교육 및 가족안정과정 등 교육 프로그램을 이수하도록 하고 있다. Maryland 주는 이혼판결 전에, 법원은 모든 당사자가 이혼이 자녀들의 삶에 미치는 영향을 부모에게 교육하고 부작용을 최소화하기 위해 고안된 교육세미나에 모든 당사자가 참여하도록 요구할 수 있으며, Pennsylvania 주는 모욕, 상호동의, 회복할 수 없는 혼인파탄이 이혼사유일 때는, 일방 당사자가 요구하는 경우 최대 세 번까지 상담을 명하여야 한다고 하여 일정한 경우 상담을 강제하고 있고, 법원은 소송 개시시에 당사자들에게 상담을 이용할 수 있음을 통지하고, 요청에 의해 그러한 서비스를 제공하는 자격을 갖춘 전문인 목록을 당사자들에게 제공하도록 하고 있는데, 이러한 교육과 세미나, 그리고

22) Nichols, *supra* note 4, at 992면.

23) Nichols, *supra* note 4, at 993면.

상담의무화는 당사자들에게 권고만 할 수 있도록 한 우리나라 상담제도에 시사하는 바가 크다.

4. 독일

(1) 파탄주의 이혼법 도입

독일에서는 오랜 기간 유책주의 이혼법을 시행하였는데, 시간이 지남에 따라 유책주의에 대한 비판이 거세졌고, 비판의 주된 이유는 다음과 같다.²⁴⁾ 첫째, 혼인당사자 사이에 혼인관계를 파탄시킨 직접적인 책임의 원인을 규명하기란 쉽지 않다. 둘째, 이혼법상 유책주의의 본질 때문에 이혼소송 시 법원은 혼인생활의 파탄에 대한 원인과 책임을 명백히 조사하여야 하는데 이는 이혼당사자의 사생활을 침해하게 된다. 셋째, 이혼 이후의 효과는 전적으로 혼인파탄의 책임여부에 달려 있어서, 당사자 상호간에 비난이 난무한다. 이러한 소송은 결과에 상관없이 상호관계를 심히 해칠 뿐 아니라, 사실상 협의이혼인데 배우자 일방이 유책행위를 하였다고 주장하고 상대방이 이것을 인정함으로써 외형상 유책행위를 원인으로 하는 이혼이 행하여지는 등 허위와 부정직을 양산하였다.²⁵⁾ 넷째, 법원이 혼인파탄의 원인과 책임을 명백하게 규명할 수 없음에도 유책판단 여부가 이혼 이후의 법적 효과에 유일한 판단기준이어서 법원은 누가 혼인파탄에 책임이 있는지 밝혀야만 하고, 이로 인해 당사자들은 고통을 겪을 수밖에 없다.

독일은 결국 1976년 이혼법에서 유책주의를 포기하고 파탄주의 이혼법을 전면 도입해 지금까지 이어져 오고 있다. 독일 민법(Bürgerliches Gesetzbuch) 제1566조는 제1항에서 부부가 1년 동안 별거하고 두 당사자가 이혼을 청구하거나 상대방이 이혼에 동의하는 경우, 그 혼인은 파탄한 것으로 본다. 제2항에서 부부가 3년 이상 별거한 경우는 그 혼인은 파탄한 것으로 본다. 그러나 부부가 이혼해야 하더라도 이혼에 동의하지 않는 배우자에게 가혹한 결과를 초래하거나 미성년 자녀의 복지가 심각하게 침해되면 이른바 민법 제1568조 '가혹조항(Härteklausele)'을 이유로 이혼을 인정하지 않고 있다. 부부관계가 파탄되어 이혼이 불가피하더라도 미성년 자녀나 이혼에 동의하지 않는 배우자가 이혼으

24) 이회규, 파탄주의에 관한 연구—독일 혼인법을 중심으로, 강남대학교 사회과학논총 제8집, 1999, 297면.

25) Günther Beitzke, 독일과 프랑스의 개정이혼법상의 파탄주의, 민사법학 제3호, 1982, 103~104면.

26) 개정 이혼법에서 파탄주의를 유일한 이혼원인으로 채택한 동기에 대해 Günther Beitzke 교수는 다음과 같이 말한다. "이혼법에서 유책주의를 엄격하게 적용함으로써 당사자들이 다른 방법으로 이혼가능성을 찾게 되었는데 그것은 바로 허위진술로 유책이혼을 가장한 사실상의 협의이혼을 하는 것이다. 다시 말하면 이혼당사자 일방이 상대방의 유책원인을 주장하고 상대방은 이것을 인정함으로써 법원은 이를 진실인 것으로 받아들인다. 형식상으로는 유책이혼이지만 실질은 협의이혼인 것이다. 이같은 사실은 독일 뿐만 아니라 네덜란드에서도 유사하여 네덜란드에서는 이같은 사실을 허위가 가득한 판결이라고 부른다. 프랑스에서도 허위로 진술하는 것을 막기 위해 1975년 이혼법을 개정하게 되었다." (한봉희(주 7), 80면).

로 정신적·경제적으로 심각한 침해를 받는다고 판단되는 경우 이혼을 인정하지 않는 것이다. 이른바 '축출(逐出)이혼'을 막기 위해 마련한 조항이다. 아주 제한적으로만 인정되고 있다. 혼인의 해소는 가정법원에 의해서만 가능하다.

(2) 이혼 상대방 및 자녀 보호조항

1) 가혹조항

독일민법은 이른바 가혹조항이라고 불리는 제1568조에서, 혼인이 파탄되었더라도 혼인 중 출생한 미성년 자녀의 이익을 위하여 혼인의 유지가 특별한 이유로 필요한 경우 또는 특별한 상황상의 이유로 이혼에 반대하는 피고에게 이혼이 심히 가혹하여 원고의 이해관계를 고려하더라도 혼인의 유지가 예외적으로 인정되어야 할 것으로 보이는 경우, 혼인은 이혼에 의해 해소되어서는 안 된다고 규정하여 이혼 청구 상대방과 자녀를 보호하고 있다. 심히 가혹하거나 중대한 곤란이 초래될지라도 부부가 5년 동안 별거한 후에는 이혼이 거절될 수 없다고 규정한 제1568조 제2항은 '혼인과 가족은 국가의 특별한 보호 아래 있다'고 규정한 서독 기본법 제6조에 근거하여 1980년 10월 21일 독일 연방 헌법재판소(Bundesverfassungsgericht)에 의해 위헌판결이 내려졌다.²⁷⁾ 동 재판소는 5년간의 별거 후에도 이혼판결이 지극히 곤란한 상황을 초래할 것임을 입증하여 이혼에 반대할 기회가 당사자에게 주어져야 한다고 판시하였고, 1986년 입법부는 동 재판소의 판결에 따라 제1586조 제2항을 폐기하였다.²⁸⁾

2) 일방 배우자의 혼인주택 및 가재도구에 대한 권리

독일민법 제1568a조(혼인주택),²⁹⁾ 제1568b조(가재도구)는 함께 생활하는 자녀의 복리와 부부의 생활관계를 고려하여 상대방 배우자보다 혼인주택 및 가재도구의 이용이 강하게 요구되는 경우 또는 기타 형평상의 이유로 상대방 배우자를 상대로 혼인주택 및 가재도구를 포기할 것을 청구할 수 있다고 규정한다.³⁰⁾³¹⁾³²⁾

27) Mary Ann Glendon 지음, 한복룡 옮김, 전환기의 가족법, 2012, 275면.

28) Mary Ann Glendon 지음, 한복룡 옮김(주 27), 275면.

29) 이혼의 경우 혼인주택이용관계는 과거에는 '가재도구명령'에 의해 규율되었으나, 지난 2009년 법개정으로 동 명령은 폐지되고 독일 민법과 가사 및 비송사건절차법에 새롭게 규정되었다. 과거에는 혼인주택이용에 대하여 형평의 관점에서 법원이 직권으로 판단하였으나, 현행법에서는 혼인주택이용을 위한 인도청구권이라는 실체법상의 권리가 인정되어 특정한 요건이 갖춰지면 이혼 후에도 상대방 배우자에게 혼인주택 이용을 청구할 수 있는 기회를 주고 있다(이동수, "별거와 이혼의 경우 혼인주택의 이용관계:독일 가족법의 경우", 가족법연구 제34권 제2호, 2020, 223면).

30) 제1568a

3) 이혼 후 배우자 부양

독일 민법 제1569조³³⁾에서 이혼 후 부양³⁴⁾과 관련하여, 자기책임의 원칙(2008년 1월 1일

제1항 이혼에 즈음하여 함께 생활하는 자녀의 복리와 부부 각방의 생활관계에 비추어 상대방 배우자보다 혼인주택의 이용이 강하게 요구되는 경우 또는 기타 형평상의 이유로 배우자 일방은 상대방 배우자에게 혼인주택을 포기할 것을 청구할 수 있다.

제1568b

제1항 이혼에 즈음하여 함께 생활하는 자녀의 복리와 부부 각방의 생활관계에 비추어 상대방 배우자보다 가재도구의 사용이 강하게 요구되는 경우 또는 기타 형평상의 이유로 배우자 일방은 상대방 배우자에게 공동소유 가재도구를 포기하고 양도할 것을 청구할 수 있다.

제2항 혼인 중 공동의 가사를 위하여 조달된 가재도구는 부부의 공동소유로 분할되어야 한다. 그러나 부부 일방의 특유재산이 확실한 때에는 그러하지 아니하다.

제3항 제1항에 따라 자신의 소유권을 이전한 배우자는 적절한 보상금의 지급을 요구할 수 있다.

- 31) 스위스 역시 스위스 민법(Schweizerisches Zivilgesetzbuch) 제121조에서 일방 배우자와 자녀가 일정기간 가족의 주택에 머물 수 있도록 규정한다.

스위스 민법 제121조

제1항 일방 배우자가 자녀 혹은 기타 증대한 사유로 가족의 주택에 주거하여야 하는 경우, 그것이 타방 배우자에게 형평상 요구될 수 있는 때에는 법원은 임대차계약(Mietvertrag)상의 권리와 의무를 그에게 이전해 줄 수 있다.

제2항 종전의 임차인은 임대차 계약 또는 법률에 따라 임대차가 종료하거나 종료할 시점까지 임대료에 대해 최대한 2년까지 연대책임을 진다. 종전의 임차인이 임대료를 부담하게 되는 경우 그가 타방 배우자에 대하여 지급해야 할 부양료에서 그가 지급한 금액을 월별 임대료의 한도로 매월 분할하여 상계할 수 있다.

제3항 가족의 주택이 부부 일방의 소유인 경우, 법원은 타방 배우자에게 동일한 요건으로, 합리적인 보상 또는 부양료와 상계하여 일정한 기간 동안 거주할 권리를 부여할 수 있다. 증대한 새로운 사유가 발생한 경우, 거주할 권리는 제한되거나 취소될 수 있다.

- 32) 독일, 프랑스에서는 혼인주택 및 가재도구에 관한 별도의 특별규정을 두고 있지만 일본이나 우리나라에서는 가재도구 및 혼인주택의 분할에 대하여 별도의 규정을 두고 있지 않다. 영국은 독일과 프랑스와 같이 혼인주택 등의 소유권자를 결정하는 원칙이 분명하지 않으나, 법원의 광범위한 권한에 의해 해결한다. 영국 이혼법에서는 법원의 재량으로 재정지원명령(financial provision order), 재산조정명령(property adjustment order)에 의해 혼인주택 및 가재도구 등에 대한 분할내용이 결정되어왔다(서종희, “이혼시 ‘가재도구’ 분할: 신설된 독일민법 제1568b조를 참조하여”, 가족법연구 제27권 제2호, 2013, 37~38면).

- 33) 독일 민법 제1569조

이혼 후, 각 배우자는 자신에 대한 부양책임을 진다. 만약 그가 스스로 자신의 생계를 책임질 처지가 아니라면, 다음 조항에 근거하여서만 타방 배우자에 대하여 부양을 청구할 수 있다.

- 34) 이혼 후 부양에서 혼인 해소 후에도 부양의무의 존속을 정당화하는 “혼인 해소 후의 연대성” 개념이 등장한다. 이에 대조되는 관념으로는 “clean break”, 즉 깨끗한 단절이 있다. 양자를 절충하는 방안으로 많은 법제에서는 이혼 후 부양은 오직 혼인으로 인한 불이익을 청산하는 것을 목적으로 해야 한다는 관념이 발전하였다. 이러한 생각을 더 일반화한다면, 혼인 해소의 경우 혼인으로 인한 이익 또는 불이익은 재정적으로 청산되어야 한다는 것이다. 이에 반해 혼인과 무관한 이익 또는 불이익은 그것이 발생한 배우자에게 남아 있게 된다(Gerd Brudermüller·김재형·김준석, “Aktuelle Entwicklungen im europäischen Familienrecht”, 서울대학교 법학, 제49권 제4호, 2008, 200면).

시행)³⁵⁾을 천명하고 있으며, 제1574조³⁶⁾에서 이혼한 배우자는 자신에게 적정한 유급 직업에 종사할 의무가 있다고 하여 취업 내지 재취업을 할 것을 요구하고, 스스로 자신의 생계를 책임질 처지가 아닌 경우 제1570조 이하의 조항에 근거하여서만 타방 배우자에게 부양을 청구할 수 있다고 규정한다. 제1569조는 제1문에서 자기책임의 원칙을 규정하고, 제2문에서 이혼 후 부양을 제1570조 이하의 요건에 해당하는 경우로 한정시키고 있다.³⁷⁾

제1570조 이하 부양 청구 규정은, 제1570조 자녀양육을 이유로 한 부양,³⁸⁾ 제1571조 노령을 이유로 한 부양,³⁹⁾ 제1572조 질병 또는 병약으로 인한 부양,⁴⁰⁾ 제1573조 실직으로 인한 부양 및 추가 부양,⁴²⁾ 제1575조 직업 등 훈련을 위한 부양,⁴³⁾ 제1576조 형평을 이유로 한 부양⁴⁴⁾

35) 독일연방법무부에서는 2004년부터 부양법 개정을 위한 준비작업에 착수하여 2007년 12월 21에 부양법 개정에 성공하였고, 2008년 1월 1일부터 시행되고 있다(안경희, “2007년 개정 독일부양법의 주요내용”, 국민대 법학논총 제20권 제2호, 2008, 122면).

36) 제1574조 적정한 보수의 직업

제1항 이혼한 배우자는 자신에게 적정한 유급 직업에 종사할 의무가 있다.

제2항 유급 직업은 이혼 배우자의 직업교육, 능력, 이전 직업, 나이, 건강 상태에 상응한다면, 그러한 직업이 혼인의 생활 상태와 관련하여 형평에 부합한 범위에서 적정하다. 혼인의 생활 상태에 있어서, 혼인기간과 자녀양육기간에 대한 고려가 있어야 한다.

제3항 적정한 유급 직업에 종사하기 위하여 필요한 범위에서, 교육과정의 성공적인 완수를 기대할 수 있다면, 이혼 배우자는 교육 또는 재교육을 받을 의무가 있다.

37) 안경희(주 35), 151면.

38) 구법 제1570조는 이혼한 배우자의 일방이 자녀 양육으로 소득노동을 할 수 없을 때, 자녀를 양육하는 배우자는 타방 배우자에게 자녀양육을 이유로 부양을 청구할 수 있다는 원칙적인 내용만을 담고 있었지만, 개정법에서는 법문에 보다 구체적으로 양육부양기간과 부양한도를 법정하고 있다(안경희 (주 35), 152면).

39) 제1571조 이혼 배우자는 다음의 시점에 연령 때문에 좋은 직업을 기대할 수 없는 한, 타방 배우자에게 부양을 요구할 수 있다.

1. 이혼시
2. 자녀양육 종료시
3. 1572조와 1573조에 따른 부양 청구요건 기간 경과시

40) 제1572조 이혼 배우자는 다음의 시점부터 질병 또는 기타 병약함 또는 신체적 또는 정신적 박약을 이유로, 좋은 직업을 기대할 수 없는 한, 타방 배우자에게 부양을 요구할 수 있다.

1. 이혼시
2. 자녀양육 종료시
3. 훈련 또는 재훈련 종료시
4. 1573조에 따른 부양 청구 요건 기간 경과시

41) 배우자 일방이 공동의 자녀 양육이나 가사를 책임지고 상대방을 보살피거나 상대방의 이익을 위하여 제3자를 보살피기 위해 자신의 직업활동을 포기하였다면, 이로부터 통상적으로 배우자 일방에게 손해가 발생하고, 그에 상응하여 상대방에게는 이익이 발생한다. 이와 같이 책임원칙의 관점에서 혼인에 의해 유발된 손실에 기초한 부양청구권은 정당화되지만, 질병이나 노동시장 상황 등, 혼인과 무관한 상황으로 인해 생계를 유지하기가 어렵게 된 경우 부양청구권이 정당화될 수 있는지 연구되고 있다(Gerd Brudermüller·김재형·김준석, Aktuelle Entwicklungen im europäischen Familienrecht, 서울대학교 법학 제49권 제4호, 2008, 206면).

42) 제1573조

등이 있고, 제1578조에서 부양료는 부부의 생활수준에 따라 결정된다고 규정한다.

부양 청구권은 청구권자의 재혼이나 사망시 종료한다(제1586조).

4) 잉여공동재산제(Zugewinngemeinschaft) 및 잉여 이익의 평준화 청구

독일의 법정재산제는 잉여공동재산제로 제1363조 제1항은 부부가 달리 부부재산계약에 동의하지 않으면, 잉여공동재산제(Zugewinngemeinschaft)가 적용된다고 규정한다. 제2항은 남편의 재산과 아내의 재산은 부부 공동재산이 되지 않고, 혼인 이후에 일방 배우자가 취득한 재산도 부부 공동재산이 되지 않지만 혼인 중 부부가 취득한 이익은 잉여공동재산제가 종료하면 평준화된다고 한다. 제1372조에서 사망 이외의 사유로 인한 잉여이익의 평준화를 규정하고 있는데, 잉여공동재산제가 일방 배우자의 사망 이외의 사유로 종료되면, 잉여이익이 제1373조⁴⁵⁾에서 제1390조 규정에 따라 평준화된다고 한다.

제1378조⁴⁶⁾는 이혼시 부부는 각자 혼인 당시에 가지고 있던 재산에서 채무를 공제한 당초재산⁴⁷⁾과 이혼신청 계속시에 존재하는 재산에서 채무를 공제한 종국재산⁴⁸⁾을 각각 산정하고 각각의

제1항 이혼 배우자가 1570조에서 1572조에 이르는 부양 청구권을 가지고 있지 않은 경우, 그럼에도 불구하고 그가 이혼 후 적절한 보수를 받을 수 있는 직업을 구할 수 없는 한, 그리고 그러한 범위에서 부양을 요구할 수 있다.

제2항 적절한 보수를 받을 수 있는 직업으로부터 얻는 소득이 완전한 부양(제1578조)에 충분하지 않다면, 그는 1570조에서 1572조상의 부양료를 아직 받지 않는 범위에서 소득과 완전한 부양료간의 차액을 요구할 수 있다.

43) 제1575조

제1항 혼인을 기대하여 또는 혼인 중 학교에서의 교육이나 직업훈련을 받지 못하였거나 중단한 이혼 배우자는 만약 그가 교육이나 직업훈련을 계속하거나 또는 지속적인 효과를 가진 생활비를 보장하는 적절한 보수를 받는 직업을 얻고 훈련을 성공적으로 완수하기 위해 그에 상응하는 훈련이 예상된다면, 타방 배우자에게 부양료를 요구할 수 있다.

44) 제1576조

이혼한 배우자는 다른 심각한 사유로 적절한 보수를 받을 수 있는 직업을 기대할 수 없고 부부의 상황을 고려하여 부양의 거절이 매우 형평에 부합하지 않을 경우에 타방 배우자에게 부양을 요구할 수 있다.

45) 잉여이익은 일방 배우자의 종국재산과 당초재산의 차액을 의미한다.

46) 독일민법 제1378조 평준화 청구

제1항 일방 배우자의 잉여(Zugewinn) 이익이 타방 배우자의 잉여 이익을 초과하면, 잉여의 절반을 타방 당사자에게 청구할 수 있다.

제2항 평준화 청구(Ausgleichsforderung) 금액은 채무 공제 이후 잔존재산의 가치에 제한된다.

47) 독일민법 제1374조 당초재산

당초재산은 잉여공동재산제 시작 시점에, 채무 공제 이후 일방 배우자의 소유인 자산을 의미한다.

48) 독일민법 제1375조 종국재산

종국재산은 잉여공동재산제 종료 시점에 채무 공제 이후 일방 배우자의 소유인 자산을 의미한다.

종국재산과 당초재산의 차액을 증가재산으로 하여 부부 중 일방이 더 많은 재산을 취득한 타방에게 쌍방의 증가재산 차액의 절반을 지급하도록 평준화 청구(Ausgleichsforderung)할 수 있도록 하여 열악한 지위의 당사자를 보호하고 있다.⁴⁹⁾ 결과적으로 혼인생활 동안 발생한 개인소득이 다른 배우자의 소득을 초과하는 경우 배우자는 초과금액의 절반을 다른 배우자에게 지불해야 한다.⁵⁰⁾⁵¹⁾

또한 제1385조는 이혼이나 일방 배우자의 사망 이전에도 잉여공동재산제를 평준화 청구할 수 있도록 규정하고 있는데, 1호에서 3년 이상 별거시 평준화 청구를 하여 잉여공동재산제를 청산할 수 있도록 하고 있다.

5) 연금평준화

독일 민법 제1587조⁵²⁾에 연금평준화법(Versorgungsausgleichsgesetz)⁵³⁾을 규정하여 혼인 기간 중 타방 배우자에 비하여 고액의 연금 지위를 취득한 배우자는 타방에게 청산할 의무를 가지고 각자가 취득한 가치의 차액 중 절반액을 타방에게 청산함으로써 균등한 연금을 분할하는 데,⁵⁴⁾ 분할되는 연금은 공무원연금이나 전문직역연금, 개인노령연금과 장애연금 등 다양하다.

5. 프랑스

49) 이는 혼인 기간 동안 취득한 재산상의 이익은 두 배우자의 노력에 의한 것이므로 관계가 종료된 때에는 절반씩 배분해야 한다는 점에서 출발한다(Gerd Bruder Müller·김재형·김준석(주 351), 200~201면).

50) 잉여재산의 산출방식은 더 많은 잉여를 창출한 배우자의 잉여분에서 적은 잉여를 창출한 상대방 배우자의 잉여를 빼고 그것을 다시 반으로 나눈 액수가 잉여청산청구액이 된다(조은희, 유럽 부부재산제의 통일화에 대한 전망, 중앙대학교 법학논문집 제31집 제2호, 2007, 15면).

51) 스위스도 동일한 방식으로 부부재산관계를 청산한다. 스위스민법 제215조 제1항에 따르면 이혼이나 배우자 일방의 사망으로 인하여 혼인이 해소된 때에는 일방은 타방 잉여의 절반에 대한 권리를 보유한다. 부부 각자가 혼인 중에 취득한 재산의 액수에서 채무를 공제한 후 남은 재산을 혼인 중에 취득한 재산으로 보고, 부부쌍방이 각각 혼인 중에 취득한 재산의 가액을 더한 다음 이를 절반으로 분할한다. 즉 혼인 중에 더 많은 재산을 취득한 부부 일방의 재산가액에서 다른 일방의 재산가액을 공제한 후 그 차액의 절반을 혼인 중에 재산의 취득이 적었던 다른 일방에게 지급하는 것이다. 예를 들어 갑이 혼인 중 취득한 재산이 2억이고 을이 혼인 중 취득한 재산이 3억이라면 을은 3억에서 2억을 뺀 1억의 절반 즉 5천만원을 갑에게 지급해야 한다(김상용, “부부공동노력으로 형성된 재산, 상속법에서도 인정해야”, 가정상담, 한국가정법률상담소, 2013).

52) 제1587조

연금평준화법(Versorgungsausgleichsgesetz)에 따라, 독일과 그 밖의 지역에 존재하는 이혼 배우자의 권리의 평준화는 다음 중 하나에 해당한다. 공무원 연금 또는 전문직역연금과 같은 다른 표준보안체계의 법정연금보험과 회사연금 또는 개인노령 연금 및 장애연금.

53) 이는 혼인 기간 동안 취득한 재산상의 이익은 두 배우자의 노력에 의한 것이므로 관계가 종료된 때에는 절반씩 배분해야 한다는 점에서 출발한다(Gerd Bruder Müller·김재형·김준석(주 351), 200~201면).

54) 조미경, “독일 이혼법에 있어서의 연금청산제도”, 가족법연구 제6호, 1992, 157면.

(1) 유채주의와 파탄주의가 혼합된 이혼법

프랑스 민법은 상호동의이혼, 승낙이혼, 파탄이혼, 유채이혼 등 이혼원인을 다양하게 규정하여 당사자들이 상황에 따라 이혼을 청구하도록 하고, 향후 재판 외 혹은 재판상 상호동의이혼으로 이혼사유를 변경할 수 있는 규정을 마련하여 분쟁 없는 이혼을 유도하고 있는 특징이 있다.

또한 기존의 상호동의이혼을 보다 용이하도록 하여 이혼하고자 하는 부부는 상호동의하에 합의서에 서명하고 각자의 변호사들이 연서하여 공증사무소에 접수시킨 증서만으로 재판 없이 이혼할 수 있도록 하였는데 이는 우리나라의 협의이혼 제도의 문제점을 보완하는데 유용한 아이디어를 제공할 수 있다고 생각한다. 현행법상 협의이혼시 가정법원에 친권자 결정에 관한 합의서 및 양육비 부담조서 이외에 재산분할이나 부양료에 대한 합의서 제출의무는 없는데, 협의이혼시 부부 각자의 권리와 의무를 대변해 줄 변호사로 하여금 이혼으로 인한 효과 즉, 재산의 분할, 자녀 양육권, 양육비, 위자료, 부양료 등을 포함한 합의서를 작성하도록 하여 공증·보관하는 프랑스 제도를 참고하면, 당사자의 권익 보호와 절차의 간이화 모두를 꾀할 수 있을 것으로 생각된다.⁵⁵⁾

(2) 이혼의 경제적 효과

1) 재산분할

부부간 별도의 계약이 없는 경우 공동재산제의 적용대상이 된다(제1400조). 혼인시 배우자 일방이 이미 소유한 재산, 증여 유산 또는 상속을 통해 취득한 재산과 신체나 도덕적 손해에 대한 배상, 일신전속적 권리, 개인적 성격을 가진 모든 재산과 개인에게 배타적으로 귀속되는 모든 권리는 특유재산이다(제1404조). 동산 혹은 부동산을 불문하고, 부부재산이 특유재산임이 입증되지 않으면 공동재산으로 간주된다(제1402조).

이혼은 부부공동재산의 해소원인이다. 혼인관계가 해소되면 고유재산에 대한 소유권을 회복하고(제1467조) 공동재산에 대한 청산이 이루어진다. 공동재산에 대한 모든 부담금이 처리된 후에 잉여 공동재산은 균등하게 분할된다(제1475조).

2) 보상금부

55) 同旨: 이상욱, “협의이혼제도의 개선 방안”, 법률신문, 2020.10.05.자 연구논단; 정구태, “통일 후 남북한 친족법의 통합방안”, 이화여대 법학논집 제24권 제2호, 2019, 52면; 이상욱, 프랑스 가족법의 동향, 가족법연구, 제32권 제2호, 2018, 170~190면.

프랑스 민법 제270조 이하에서는 보상급부에 대해 규정한다. 제270조는 이혼은 부부의 부양의무를 종료시키고(제1항) 부부 중 일방은 혼인파탄으로 각자의 생활을 영위하는데서 비롯되는 불균형(상위)을 가능한 한 상쇄하기 위해 타방에게 보상급부 지급을 청구할 수 있다고 규정한다(제2항). 이 급부는 일시금의 성격이어야 하고 급부의 액수는 판사가 정한다. 그러나 판사는 제271조(보상급부를 정할 때 고려할 사항)에 규정된 기준을 고려하거나 이혼이 전적으로 보상급부를 요청하는 배우자가 비난받을 만한 사유로 선언되는 경우, 혼인파탄의 특별한 상황을 고려하여, 형평이 요구할 때, 보상급부 청구를 거부할 수 있다.

3) 주거(제285-1조)

가족의 숙소로 이용되는 주거지가 배우자 일방의 특유재산 또는 개인재산인 경우, 판사는 이 숙소에 자녀들이 상시 거주하고 있고, 이러한 상시 거주가 그들의 복지를 위해 필요한 경우, 자녀들에 대해 단독 혹은 공동으로 친권을 행사하는 타방 배우자에게 임대하여 줄 수 있다. 판사는 임대기간을 정하고 가장 어린 자녀가 성년이 될 때까지 임대기간을 갱신할 수 있다. 또한 판사는 새로운 상황이 정당화하는 경우 임대를 종료할 수 있다.

6. 일본

(1) 최고재판소 판례에 의해 파탄주의로 전환

주지하다시피 우리 나라 민법이 일본 민법의 영향을 많이 받았기 때문에 협의이혼, 재판상 이혼, 재산분할에 관한 일본 민법 규정은 우리 나라와 거의 유사하다. 한편, 일본 최고재판소는 2차 대전 직후부터 유책배우자의 이혼청구는 허용되지 않는다고 하는 법리를 오랜 기간 취하다가, 1987년 9월 2일 최고재판소의 판례 변경으로 유책 배우자의 이혼 청구를 일정한 조건으로 받아들이며 파탄주의로 전환했다.⁵⁶⁾

1937년 혼인한 A씨와 아내 B씨는 아이가 생기지 않자 1945년 여자아이 2명을 입양했다. 그런데 이듬해 B씨는 남편이 입양한 딸들의 친어머니와 계속을 외도해 온 사실을 알게 됐다. 남편은 아이들의 친어머니와 동거를 시작했다. B씨는 홀로 어렵게 생활했지만 A씨는 회사에서 승승장구하며 안정적인 생활을 이어갔다. 1951년 A씨는 아내를 상대로 법원에 이혼의 소를 제기했다. 그러나 법원은 외도한 남편의 이혼 요구를 받아들이지 않았다. 그로부터 33년이 지난 1984년 A씨는 다시 이혼의 소를 제기했다. 제발 이혼시켜 달라는 요구였다. 3년 뒤 최고재는 A씨에게 이혼을 허용했다.

56) 1987.9.2.판결(소화61오260호).

최고재판소는 이 판결에서 유책배우자의 이혼청구는 신의칙상 인정되지 않는다는 원칙을 그대로 유지하면서도 다음과 같이 실시하면서 종전의 판례를 변경하였다.

최고재판소는, 이미 상고인(남편)과 피상고인(아내)의 혼인관계는 파탄되었고, 두 사람은 공동 생활을 영위할 의사를 결여한 채 35년여의 장기간에 걸쳐 별거를 계속하여 연령도 이미 70세에 이르렀으며, 상고인은 별거에 즈음하여 당시 소유하고 있던 재산의 전부를 피상고인에게 급부한 점이 인정되는 사안에서 “이혼청구는 신분법도 포함하는 민법 전체의 지도이념인 신의성실의 원칙에 비추어도 용인되지 않으면 안 된다. 이혼청구가 그 사유에 대해 전적으로 책임이 있는 유책배우자로부터 제기된 경우, 당해 청구가 신의성실의 원칙에 비추어 허용되는 것인지 여부를 판단함에 있어서는, 유책배우자의 책임의 태양정도를 고려하여야 하지만, 상대방 배우자의 혼인계속에 관한 의사 및 청구자에 대한 감정, 이혼을 인정했을 경우에 있어서 상대방 배우자의 정신적·사회적·경제적 상태 및 부부간의 자녀, 특히 미성숙 자녀의 양육·교육·복지의 상황, 별거 후에 형성된 생활관계, 예를 들면 부부의 한쪽 이 이미 내연관계를 형성하고 있는 경우에는 그 상대방이나 자녀들의 상황 등이 참작되어야 하고, 나이가 시간의 경과와 함께 이러한 제반 사정이 가지는 사회적 의미 내지는 사회적 평가도 변화하는 것을 피할 수 없기 때문에, 시간의 경과가 이러한 제반 사정에 주는 영향도 함께 고려하여야 한다...유책배우자로부터의 이혼청구라도, 부부의 별거가 양당사자의 연령 및 동거 기간과 대비하여 볼 때 상당히 장기간이고, 그 사이에 미성숙한 자녀가 존재하지 않는 경우에는, 상대방 배우자가 이혼에 의해 정신적·사회적·경제적으로 지극히 가혹한 상태에 놓이는 등 이혼청구를 인용하는 것이 현저하게 사회정의에 반한다는 특단의 사정이 인정되지 않는 한, 당해 청구는 유책배우자로부터의 청구라는 한 가지 사유만으로 허용되지 않는다고 할 수는 없다고 해석함이 상당하다”라고 판시하였다.⁵⁷⁾

위 최고재판소 판결과 그 이후에 나온 여러 판례들은 신의칙상 유책배우자의 이혼청구가 가능한 경우에 적용되는 세 가지 요건 ① 부부의 별거가 양당사자의 연령 및 동거기간과 대비해 볼 때 상당히 장기간일 것, ② 부부사이에 미성숙 자녀⁵⁸⁾가 존재하지 않을 것, ③ 상대방 배우자가 이혼에 의하여 정신적·사회적·경제적으로 극히 가혹한 상태에 놓이는 등 이혼청구를 용인하는 것이 현저히 사회정의에 반하는 특단의 사정이 존재하지 않을 것을 전제로 유책배우자의 이혼청구를 인용하게 되었다.⁵⁹⁾

위 최고재판소 판결은 유책배우자의 이혼청구에 관하여 적극적 파탄주의로 진일보한 판결로서 전후 가족법 판례 중에서 가장 획기적이라는 평가를 받고 있다.⁶⁰⁾

57) 법원행정처(주 10), 543~544면.

58) 미성숙의 자녀는 미성년의 자녀를 의미하는 것이 아니라 경제적으로 독립하여 자기의 생활비를 벌지 못하는 등 사회생활을 기대할 수 없는 연령에 있는 자녀를 말한다(법원행정처(주 10), 546면).

59) 법원행정처(주 10), 544면.

60) 법원행정처(주 10), 543면.

(2) 재산분할

일본 민법상 이혼 후 부양에 관한 별도의 규정은 없고, 다만 재산분할에 관한 제768조 제3항에서 가정법원은 당사자 쌍방이 그 협력에 의해 얻은 재산의 액수 기타 일체의 사정을 고려하여 분할 여부, 분할의 액수 및 방법을 정한다고 하여 학설과 판례는 재산분할에 부부재산의 청산적 요소와 부양적 요소가 포함된 것으로 보고 있다.⁶¹⁾

7. 우리 나라

(1) 유채배우자의 이혼청구에 대한 대법원 판례 변화

민법 제834조는 부부는 협의에 의하여 이혼할 수 있다고 규정하고, 제840조에서 가정법원에 이혼을 청구할 수 있는 재판상 이혼원인 여섯 가지를 열거하고 있다.

대법원은 1965년 이후 유채주의를 원칙으로 삼고, 유채배우자의 이혼청구를 배척하여 왔다. 1960년대~1980년대 중반 판례는 71므41 외 다수 판결에서 혼인관계가 극단적인 파탄상태에 이르렀더라도 상대방이 혼인관계의 계속을 원하는 이상 유채배우자의 이혼 청구를 기각하는 원칙을 고수하였으나, 유채배우자의 이혼청구를 최초로 인용한 대법원 1987. 4. 14. 선고 86므28판결은⁶²⁾ 유채배우자의 이혼청구에 대하여 상대방 배우자도 이혼의 반소를 제기하거나 오기나 보복적 감정에 서 표면적으로는 이혼에 불응하고 있기는 하지만, 내심으로는 혼인을 계속할 뜻이 없어서 혼인의 계속과는 도저히 양립할 수 없는 행위를 하는 등 이혼의사가 객관적으로 명백한 경우에는 혼인 파탄에 전적인 책임이 있는 배우자의 이혼청구라 하더라도 인용함이 상당하다고 하여 예외적으로 유채배우자의 이혼 청구를 인용할 수 있다고 판시하였다. 또한 1980년대 후반 이후 일방적 축출이혼의 수가 감소하고, 부부 쌍방의 갈등과 분쟁으로 인한 이혼이 증가하면서, 청구인에게 전적으로 또는 주된 책임을 물어야 할 사유로 그 파탄의 원인이 조성된 경우가 아닌 이상 이혼 청구는 허용되어야 한다는 유채성 향량의 법리가 87므9 외 다수 판결을 통해 정착되었다.⁶³⁾

이후 2009므2130 대법원 판결에서 세월의 경과에 따라 원고의 유채성이 약화된다는 유채성 약화의 법리를 인정하였고,⁶⁴⁾ 이와 같은 취지의 판시는 2010므1256 판결에서도 이어지는데,

61) 법원행정처(주 10), 553~554면.

62) 이해진, 유채배우자의 이혼청구에 대한 판례의 변화, 동아법학 제45호, 2009, 225~226면.

63) 현소혜, 가족의 재구성으로서의 이혼-파탄주의로의 전환 필요성과 가능성 검토를 중심으로-, 2021.10.1. 한국 가족법학회 공동학술대회 제3주제 발표, 자료집 80면.

64) 현소혜(주 63), 81면.

결국 장기별거형 파탄 사례에 있어서 ‘풍화론적 사고’를 받아들여 유책성의 희석을 받아들였다.⁶⁵⁾ 대법원 2015. 9. 15. 선고 2013므568 전원합의체 판결에서 대법원은 유책배우자의 이혼청구사건 관련, 공개변론을 실시하고 이혼 원인으로 유책주의를 재확인하면서 유책성을 상쇄할 정도로 상대방 배우자 및 자녀에 대한 보호와 배려가 이루어진 경우, 세월의 경과에 따라 유책배우자의 유책성과 상대방 배우자의 고통이 약화된 경우 등 유책배우자의 이혼청구를 허용할 수 있는 예외를 확대하였다.

이후, 대법원 2020. 11. 12. 선고 2020므11818 판결은 유책배우자의 유책성 약화 또는 유책성 상쇄와 같은 사정이 발견되지 않는 경우에도, 유책배우자의 이혼청구를 허용하여도 혼인과 가족제도를 형해화할 우려가 없고, 사회의 도덕관, 윤리관에도 반하지 않는다고 판단하여 유책배우자인 원고의 이혼청구를 인용하였다.⁶⁶⁾

2013므568 전원합의체 판결 이후 법원은 경제적 부문에 대한 심리를 강화하여 경제적 보장이 이루어졌는지 여부에 따라 유책배우자의 이혼청구를 인용하기도 하고 기각하기도 하였다. 또한 유책성의 약화나 감쇄의 사정이 없는 경우에도, 유책배우자인 원고의 이혼청구를 허용하여도 혼인과 가족제도를 형해화할 우려가 없고, 사회의 도덕관·윤리관에도 반하지 않는다고 하여 유책배우자인 원고의 이혼청구를 인용하거나, 혼인관계에 관한 여러 사정을 두루 고려하여, 부부의 혼인관계가 돌이킬 수 없을 정도로 파탄되었음에도, 원고가 피고의 폭력행사를 유발한 책임이 있다거나, 혼인파탄의 주된 책임이 원고에게 있다고 단정하여 원고의 이혼청구를 기각한 원심을 파기환송하였다. 그리고 과거에 일방 배우자가 이혼소송을 제기하였다가 유책배우자라는 이유에서 기각 판결이 확정되었다더라도 그 후로 상대방 배우자 또한 종전 소송에서 문제 되었던 일방 배우자의 유책성에 대한 비난을 계속하고 일방 배우자의 전면적인 양보만을 요구하거나 민형사소송 등 혼인관계의 회복과 양립하기 어려운 사정이 남아 있음에도 이를 정리하지 않은 채 장기간의 별거가 고착화된 경우, 이미 혼인관계가 와해되었고 회복될 가능성이 없으며 상대방 배우자에 대한 보상과 설득으로 협의에 의하여 이혼을 하는 방법도 불가능해진 상태까지 이르렀다면, 종전 이혼소송의 변론종결

65) 김태환, 유책배우자의 이혼청구에 관한 실무상 검토-대법원 2015.9.15. 선고 2013므568 전원합의체 판결과 이후 선고된 하급심 판결을 중심으로-, 가족법연구 제31권 제3호, 2017, 390면.

66) 배우자에 대한 폭행 등으로 형사처벌을 받은 원고가 피고를 상대로 이혼청구 등을 구한 사건에서, 대법원 2015. 9. 15. 선고 2013므568 전원합의체 판결의 법리에 비추어 볼 때 유책배우자인 원고의 피고에 대한 이혼청구를 허용하여도 혼인과 가족제도를 형해화할 우려가 없고, 사회의 도덕관·윤리관에도 반하지 아니하여 유책배우자의 이혼청구를 허용할만한 예외적 사항이 있어 이혼청구를 인용한 원심판단에 대하여, 피고가 혼인관계를 회복하기 위한 노력을 기울이지 않고, 혼인관계 지속이 미성년 자녀의 정서에 악영향을 주는 등 자녀의 복리를 해한다고 볼만한 사정 등을 인정할 수 있다고 보아 원심의 판단이 타당하다고 판단하여 상고기각하였다. 부부가 혼인기간 중 10여차례 협의이혼과 재판상 이혼을 신청 내지 청구했다가 취하하는 행위를 반복하였고, 지속적 갈등으로 양육환경 조사는 물론 부부상담도 제대로 이루어지지 않은 사건이었다(대법원 2020. 11. 12. 선고 2020므11818 판결).

당시 현저하였던 일방배우자의 유책성이 상당히 희석되었다고 볼 수 있다는 2021므14258 판결, 일정한 혼인관계 유지를 위하여 노력할 의무는 배우자 쌍방 모두에게 있고, 부부 공동체로서의 혼인생활을 사실상 포기 또는 방기하는 태도로 일관하여 상당한 시간이 경과한 끝에 결국 혼인관계가 돌이킬 수 없을 정도의 파탄에 이르게 되었다면 배우자 쌍방이 혼인관계 파탄에 대한 책임을 나누어 가져야 할 것이고, 당초 어느 일방의 인격적 결함이 그러한 갈등 또는 불화의 단초가 되었다는 사정만으로 그에게 이혼청구를 할 수 없을 정도의 주된 책임이 있다고 단정할 수 없다는 2022므10109 판결, 일방 배우자의 성격적 결함이나 언행으로 인하여 혼인관계가 악화된 경우에도, 상대방 배우자 또한 일정한 혼인관계로의 복원을 위하여 협조하지 않은 채 오로지 일방 배우자에게만 혼인관계 악화에 대한 잘못이 있다고 비난하고 대화와 소통을 거부하는 경우, 이혼소송 중 가정법원이 권유하는 부부상담 등 혼인관계의 회복을 위하여 실시하는 조치에 정당한 이유 없이 불응하면서 무관심한 태도로 일관하는 경우에는 혼인유지를 위한 최소한의 노력조차 기울이지 않았다고 볼 여지가 있어, 설령 그 배우자가 혼인계속의사를 표명하더라도 이를 인정함에 신중하여야 한다는 2019므14477 판결, 24년 혼인기간 중 13년 이상 별거하던 피고가 소송상으로는 혼인계속의사를 밝히고 있으나 혼인관계를 복원, 유지하기 위하여 했던 적극적이고 구체적인 노력이나 향후 계획을 밝히지 않고 있으며 소송 외에서 피고의 언행 및 태도 등까지 고려하면 피고의 혼인계속의사를 인정하기 곤란하다는 2021므11112 판결, 부부가 별거 중 상호 공유하는 토지에 관해 민사소송을 벌이고, 쌍방 고소로 함께 형사처벌까지 받은 사안에서, 원고(夫)가 유책배우자라는 이유로 이혼청구를 기각한 원심을 파기한 2021므15398 판결 등에서 보듯이, 대법원은 부부간 혼인 유지에 대한 협력의무를 분명히 하면서 혼인관계의 회복노력의무와 혼인계속의사를 기준으로 유책배우자의 이혼을 허용하는 영역을 확대하고 있다.

이와 같이 다양한 사실관계에 기한 이혼청구에서 구체적 타당성을 실현하기 위해 유책배우자의 이혼청구를 폭넓게 인용하는 등 법원의 해석에 의해 파탄주의에 입각한 판결이 나오고 있는 실정으므로, 약자를 보호하기 위한 법적·제도적 보완과 함께 법률로써 파탄주의를 도입하는 것이 바람직할 것이다.

우리나라에는 가혹조항과 이혼 후 부양제도가 없고, 중혼에 대한 형사제재도 없는 상황이므로, 파탄주의 이혼제도를 도입하기 위해서는 이혼을 원하지 않는 무책배우자를 보호하기 위한 법개정과 아울러 제도적 보완이 필요하다.

(2) 이혼의 경제적 효과

우리 나라는 재산분할 비율 및 분할시 고려할 사항에 대한 명확한 기준과 이혼 후 부양에 대한 법규정이 미비하여, 법원의 해석과 재량에 의존하고 있다. 헌법재판소가 1997년에 혼인은

지속적이고 장기간에 걸친 상호부조를 기초로 하는 것이므로 그 관계가 파탄되었다도 경제적으로 곤궁한 상대방을 부양할 의무는 혼인 자체에서 나오는 것이라고 하여 민법 제839조의2 제2항의 기타 사정 참작 등 규정을 미루어 보아 재산분할제도에 부양적 요소가 포함되어 있음을 밝혔고,⁶⁷⁾⁶⁸⁾ 법원은 재산분할제도에 대해 혼인 중 쌍방의 협력으로 형성된 공동재산을 청산·분배하는 것을 주된 목적으로 하지만,⁶⁹⁾ 혼인 중에 이룩한 재산관계의 청산뿐 아니라 이혼 이후 당사자들의 생활보장에 대한 배려 등 부양적 요소 등도 함께 고려할 대상이 되는 것으로 해석함으로써⁷⁰⁾⁷¹⁾⁷²⁾, 재산분할제도 안에서 부양적 요소를 고려하여 법원의 재량에 의거하여 재산분할을 하고 있는 실정이다.

III. 성경적 관점에서 본 이혼원인

성경에서 허용하는 이혼원인

성경에서 이혼을 허용하는 사유는 크게 두 가지다. 하나는 음행이고, 또 하나는 불신 배우자의 지속적인 유기(遺棄) 행위다.⁷³⁾ 예수님께서 “나는 너희에게 이르노니 누구든지 음행한 이유 없이 아내를 버리면 이는 그로 간음하게 함이요(마5:32).”, “누구든지 음행한 이유 외에 아내를 버리고 다른 데 장가드는 자는 간음함이니라”고 말씀하셨으므로(마 19:9), 음행만이 혼인을 깨뜨릴 수

67) 헌법재판소 1997. 10. 30. 선고 96헌바14 결정.

68) 헌법재판소는 혼인 중의 부양의무가 이혼 후에도 효력을 미치는 혼인의 사후효를 인정하는 공동책임의 원칙을 피력하고 있다(오상호, 이혼 후 배우자 부양의 법리-가족법과 사회보장법의 관계를 중심으로, 한양법학 제23권 제2집, 2012, 167면); 이혼 후의 부양은 혼인의 사후효과로서 공평의 이념에 따라 인정되는 것이다(방해신, “민법상 이혼원인에 관한 실증적 연구”, 단국대학교 박사학위 논문, 2001, 248면).

69) 대법원 2013. 6. 20. 선고 2010므4071,4088 전원합의체 판결.

70) 대법원 2006. 9. 14. 선고 2005다74900 판결; 대법원 2013. 6. 20. 선고 2010므4071,4088 전원합의체 판결; 대법원 2016. 12. 29. 선고 2016다249816 판결; 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다63516 판결; 대법원 2000. 9. 29. 선고 2000다25569 판결; 대법원 2001. 5. 8. 선고 2000다58804 판결.

71) 청산과 부양이라는 별개의 취지를 재산분할청구권에 포함시키게 되면 이혼 후의 부양을 고려한 나머지 재산분할 청구권의 본질인 혼인재산의 적정한 청산 또한 이루어지지 못하는 결과를 초래할 수 있다. 재산분할청구권의 본질은 청산에 있는 것으로 보고 대상의 확정 및 청산비용에 있어 부부재산에 대해 실질적인 평가를 하는 것이 재산분할청구권의 취지에 부합할 것이다(이흥민, “이혼급부에 대한 검토”, 가족법연구 제24권 제2호, 2010, 44면).

72) 학계의 통설 역시 부부공동재산의 청산을 중심적 요소로 하고, 보충적으로 전배우자의 부양적 요소를 포함한다고 하는 청산 및 부양설을 택하고 있다(김주수·김상용, 친족상속법 제15판, 법문사, 2018, 244면; 윤진수, 친족상속법 강의 제3판, 박영사, 2020, 115~116면; 송덕수, 친족상속법 제3판, 박영사, 2017, 101면; 이경희, 가족법 9정판, 법원사, 2017, 134면; 윤진수 편집대표, 주해친족법 제1권, 박영사, 2015, 374~375면).

73) 신원하 교수(고려신학대학원 기독교윤리학), 문화와설교연구원 주최 토크 콘퍼런스 강연(2015.8.4.), ‘이혼과 결혼, 성경적 인식 바르게 하고 살아야 한다’(<https://www.goodnews1.com>).

있는 정당한 이혼 사유가 될 수 있다. 바울의 가르침도 이러한 맥락을 따르고 있다. “창녀와 합하는 자는 그와 한 몸인 줄 알지 못하느냐”(고전 6:16절)는 말씀에서 알 수 있듯이, 음행은 배우자 외에 또 다른 이와 한 몸을 이루는 행위로서 혼인으로 형성된 배우자와의 한 몸 됨을 깨뜨리는 행위이다.⁷⁴⁾

웨스트민스터 신앙고백서 제24장 제5절에 따르면 간음은 이혼의 정당한 근거가 된다.

24.5 약혼한 후에 간음이나 간통한 사실이 결혼 전에 발견되면, 순결한 편에서 약혼을 파혼할 수 있는 정당한 권한이 주어진다. 결혼 후에 범한 간음의 경우, 순결한 편에서 이혼소송을 제기하고 이혼 후에는 죄를 범한 측이 죽은 것처럼 다른 사람과 재혼할 수 있다.

불신 배우자의 유기와 관련해서는 고린도전서 7장 15~16절이 그 근거이다. “믿지 않는 자가 갈리고자 하면 갈리게 하라”(고전 7:15)는 말씀에 근거하여 불신 배우자의 유기 행위는 이혼 허용 사유가 된다. 믿지 않는 배우자가 종교적인 이유로 더 이상 같이 살기를 거절하고 버리는 경우, 믿는 편은 이혼을 택할 수 있다.⁷⁵⁾ 혼인은 전도를 위해 제정된 제도가 아니며, 설사 성도가 고통을 감수하면서도 함께 살기를 거절하는 불신 배우자와 산다고 해도 그를 구원할 수 있다는 보장이 없다(고전 7:16). 단, 바울은 개종한 배우자가 먼저 이혼을 청구해서는 안 된다고 가르쳤다. 불신 배우자가 믿는 배우자를 통해 거룩해지고 복음을 받을 수 있기 때문이다.

웨스트민스터 신앙고백서 제24장 제6절에 따르면 고의적인 유기는 이혼의 정당한 근거가 된다.

24.6 인간의 부패성은 하나님께서 결혼으로 짝지어 주신 사람들을 부당하게 나누려는 논거들을 연구하려는 경향이 있다, 그러나 간음 혹은 교회나 국가의 법정도 구제할 수 없는 고의적인 유기 외에는 결혼의 결합을 파기할 수 있는 충분한 이유가 없다. 이혼할 때에는 공적이고 질서 있는 절차를 밟아야 하며, 관련된 당사자들의 의지와 결정에만 맡겨서는 안 된다.

2. 성경에서 허용하는 사유 이외의 이혼원인

이 두 가지 사유 이외의 이혼은 성경에 반하는 것인가?

부부간에 존중과 사랑보다는 냉소와 증오가 가득하고, 언어적 폭력과 신체적 학대 등이 지속적이고 심해서 거의 돌이키기 힘든 상태라면, 과연 혼인 관계를 유지한다는 것이 두 사람에게 어떤

74) 신원하 교수, 위 강연.

75) 신원하 교수, 위 강연.

의미가 있을지 의문이다.⁷⁶⁾

안식일 제도에 관한 예수님의 가르침에서 이혼의 신학적 근거를 찾을 수 있다.⁷⁷⁾ 예수님은 안식일에 병자를 고치셨다. 안식일에 일하면 안 된다는 모세의 율법에 근거해 자신을 비난하고 비판한 바리새인들에게 예수님은 ‘안식일이 사람을 위해 존재하는 것이지 사람이 안식을 위해 있는 것이 아님’을 역설하셨다. 이는 사람이 어떤 특정 제도보다 우선이라는 가르침으로, 혼인 역시 사람을 위해 존재한다는 의미로 해석될 수 있다는 것이다.

혼인은 그 자체가 어떤 희생을 치르더라도 유지되어야 하는 절대적인 가치를 지닌 것이 아니라 이 세상에서의 한시적이며 종말에는 사라질 상대적인 제도다. 그런데 혼인 생활을 통해 도리어 그 사람에게 하나님의 형상과 실재가 거의 훼손될 정도로 그 사람 자체와 삶이 피해를지게 된 상태에도 혼인을 깨뜨려서는 안 된다고 주장하는 것은, 혼인의 본래 의도를 무시하고 법만을 강조한 율법주의적 태도이다.⁷⁸⁾ 성경에 명시되지 않은 사유에 해당하는 경우라도, 당사자에게서 하나님의 형상이 거의 파괴될 정도로 혼인 생활이 피해를져 있고, 치유가 불가능할 정도라면 혼인에서 벗어나기를 고려해 볼 수 있다는 주장은 설득력이 있다.

부부가 장기간 별거하는 등의 사유로 실질적으로 부부공동생활이 파탄되어 더 이상 존재하지 아니하게 되고 객관적으로 회복할 수 없는 정도에 이른 때에는, 정신적·육체적·경제적으로 결합된 공동체로서의 부부공동생활을 본질로 하는 혼인의 실체는 소멸하였다고 보아야 한다.⁷⁹⁾ 법적으로만 혼인이 해소되지 아니하였을 뿐, 혼인관계를 파탄되기 전의 상태로 돌이킬 수 없고 부부 사이의 애정과 신뢰의 회복이나 동거의무 등의 이행을 기대할 수 없는 이상, 그 혼인을 토대로 형성된 가정이 그 구성원인 부부와 자녀의 존엄과 가치를 실현하는 조직체로서의 기능을 수행하지 못하기 때문이다.⁸⁰⁾

그리고 이와 같이 외형적으로만 혼인이 유지된 부부로서 서로 대립·갈등하는 관계가 장기간 지속됨에 따라 자녀의 인격형성과 정서 등에 부정적인 영향을 미치게 되고 또한 부부의 서로에 대한 악감정이 자녀에게 그대로 대물림되어 부모·자녀 관계마저 파탄에 이르게 될 우려도 있다.⁸¹⁾

그럼에도 외형적인 혼인관계를 존속시키면 이는 쌍방 배우자에게 실제로 이행 불가능한 부부공동생활 내지는 동거의무 등의 이행을 요구하는 것이 되어 불합리하고 그 혼인생활의 계속을 강제하는 것이 일방 배우자에게 참을 수 없는 고통이 될 수 있으므로,⁸²⁾ 이러한 경우에는 이혼을 허용해야

76) 신원하 교수, 위 강연.

77) 신원하 교수, 위 강연.

78) 신원하 교수, 위 강연.

79) 대법원 2015. 9. 15. 선고 2013므568 전원합의체 판결 반대의견.

80) 대법원 2015. 9. 15. 선고 2013므568 전원합의체 판결 반대의견.

81) 대법원 2015. 9. 15. 선고 2013므568 전원합의체 판결 반대의견.

82) 대법원 2015. 9. 15. 선고 2013므568 전원합의체 판결 반대의견.

할 것이다. 부부공동생활관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄되었다면 이는 더 이상 혼인생활은 기대할 수 없음을 말하며, 혼인의 실체가 소멸하여 부존재하고 혼인이라는 외형만이 남아 있을 뿐인 상태를 뜻한다. 혼인생활의 회복이 불가능하여 법률이 예정한 부부공동생활체로서의 혼인의 실체가 완전히 소멸하였다면, 이는 실질적인 이혼상태라 할 것이므로 그에 맞게 법률관계를 확인정리하여 주는 것이 합리적이다. 이러한 상태의 부부공동생활관계에 대하여 이혼을 인정하는 것은 현재 소멸하여 있는 혼인 실체의 부존재를 확인하여 줌에 그칠 뿐, 아직 그 실체가 남아 있어 혼인생활이 회복될 가능성이 있음에도 새로이 그 실체를 깨뜨려 혼인을 해소하는 것이 아님에 유의하여야 한다.

또한 부부가 서로 승소하기 위하여 상대방의 귀책사유를 부각시킴에 따라, 혼인생활 과정에서 발생한 갈등과 대립을 들추어내어 그에 관한 책임공방을 벌이게 되고 아울러 상대방에 대한 비난과 악감정을 쏟아내게 되어 부부관계는 더욱 적대적으로 되며 이혼소송의 심리가 과거의 잘못을 들추어내는 것에만 집중하게 하는 현재 유책주의 이혼법 제도는 그 폐해가 심각하여 이미 서구 여러 나라에서 파탄주의를 도입하는 계기가 되었으므로, 혼인관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄되어 혼인의 목적을 달성할 수 없는 객관적 사실이 인정될 때는 혼인파탄의 책임을 묻지 않고, 이혼을 허용하는 것이 바람직할 것이다.

따라서, 성경에서 이혼을 허용하고 있는 음행과 불신 배우자의 지속적인 유기(遺棄) 행위 이외에도 부부간에 존중과 사랑보다는 냉소와 증오가 가득하고, 언어적 폭력과 신체적 학대 등이 지속적이고 심해서 거의 돌이키기 힘든 때, 혼인 생활을 통해 하나님의 형상과 실재가 거의 훼손될 정도로 그 사람 자체와 삶이 파멸해지게 되는 때, 부부가 장기간 별거하는 등의 사유로 실질적으로 부부공동생활이 파탄되어 더 이상 존재하지 아니하게 되고 객관적으로 회복할 수 없는 정도에 이른 때, 법적으로만 혼인이 해소되지 아니하였을 뿐, 혼인관계를 파탄되기 전의 상태로 돌이킬 수 없고 부부 사이의 애정과 신뢰의 회복이나 동거의무 등의 이행을 기대할 수 없는 때, 외형적으로만 혼인이 유지된 부부로서 서로 대립·갈등하는 관계가 장기간 지속됨에 따라 자녀의 인격형성과 정서 등에 부정적인 영향을 미치게 되고 또한 부부의 서로에 대한 악감정이 자녀에게 그대로 대물림 되어 부모·자녀 관계마저 파탄에 이르게 될 우려가 있는 때에는 이혼이 허용되는 것이 바람직하다.

하나님의 형상과 실재가 거의 훼손될 정도로 그 사람 자체와 삶이 파멸해지게 된 상태에도 혼인을 깨뜨려서는 안 된다고 주장하는 것이, 혼인의 본래 의도를 무시하고 법만을 강조한 율법주의적 태도인 것처럼, 부부가 서로 승소하기 위하여 상대방의 귀책사유를 부각시킴에 따라, 혼인생활 과정에서 발생한 갈등과 대립을 들추어내어 그에 관한 책임공방을 벌이게 되고 아울러 상대방에 대한 비난과 악감정을 쏟아내게 되어 부부관계는 더욱 적대적으로 되며 이혼소송의 심리가 과거의 잘못을 들추어내는 것에만 집중하게 하는 현행 유책주의 이혼법 제도는 안식일이 사람을 위해 존재한다는 예수님 말씀의 취지와 조화되기 어려워 보인다.

2015년 9월 15일에 선고된 2013므568 전원합의체 판결에서 대법원은 헌법 제36조 제1항의 개인의 존엄과 양성의 평등은 혼인의 효력뿐만 아니라 재판상 이혼사유에 관한 평가 및 판단에서도 지도원리가 된다고 하였으므로 국가는 회복이 가능한 혼인관계를 유지·보호해야 할 뿐만 아니라 파탄된 혼인관계는 당사자의 인격권이 침해되지 않도록 최소한의 고통으로 해소되도록 할 의무가 있다.

혼인제도를 보호하기 위해 유책배우자의 이혼청구를 부정하는 경우, 실제 생활에 있어서 이미 파탄되어 존재하지 않는 혼인관계를 법의 영역에서만 존속하게 한다고 해서 혼인제도의 보호라는 기본목적이 달성될 수 있을지 의문이고, 상대방 배우자의 부양청구권을 보장하기 위해 유책배우자의 이혼청구를 배척함으로써 이미 형해화된 법률상의 혼인관계를 유지시키기 보다는 오히려 파탄된 혼인관계의 해소를 허용하되, 이혼 후에도 유책배우자에 대한 부양청구권을 보장해 주는 편이 타당할 것이다.⁸³⁾

따라서 파탄주의의 한계나 기준, 그리고 이혼 후 상대방에 대한 부양책임 등에 관해 유책배우자의 상대방을 보호할 입법적인 조치를 마련하여 유책배우자의 이혼청구로 인하여 극심한 정신적 고통을 받거나 생계유지가 곤란한 경우가 발생하지 않도록 한다면, 이혼소송의 심리가 과거의 잘못을 들추어내는 것에만 집중되는 나머지 이혼 과정에서의 갈등 해소, 이혼 후의 생활이나 자녀의 양육과 복지 등에 관하여 합리적인 해결책을 모색하는 데에 상대적으로 소홀하게 되는 폐단을 줄일 수 있을 것이다.

IV. 이혼원인에서 파탄주의 도입의 필요성

1. 인격적 결합으로서의 혼인의 본질

2015년 대법원 전원합의체 판결 다수의견에 따르면 혼인의 본질은 애정과 신뢰에 바탕을 둔 인격적 결합에 있다. 이러한 인격적 결합은 애정, 신뢰와 같은 주관적 감정에 기초하기 때문에 가족법은 당사자의 의사를 매우 중요하게 여기고 애정과 신뢰는 본질상 강제할 수 없다.⁸⁴⁾⁸⁵⁾ 당사자의 의사가 우선적으로 존중되어야 하는 신분행위 의사표시의 특성상, 부부의 동거의무는 인격존중의 귀중한 이념이나 부부관계의 본질 등에 비추어 그 실현에 관하여 간접강제를 포함하여 강제집행을 해서는 안 되는 것이다.⁸⁶⁾ 인격적 결합과 그에 기반한 의무는 자율적으로 이행되어야

83) 김주수·김상용(주 72), 163면.

84) 강인정·오택현, 유책배우자의 이혼청구권에 관한 소고-대법원 2015.9.5. 선고 2013므568 전원합의체 판결, 법학평론 제7권, 252~254면.

85) 혼인은 자유의사의 존중을 기초로 하므로 그 계속을 강제하는 것이 오히려 반도의적이다(방응환(주 15), 419면); 혼인은 자유의사의 존중을 기초로 하므로 그 계속을 강제하는 것이 오히려 반도의적이다(한복룡(주 5), 19면).

하는 것이지 강제될 수 있는 것이 아니다.

유책주의는 유책배우자의 이혼청구를 허용하지 않겠다는 정책적 판단이지만, 그 내용은 인격적 결합을 강요하는 것과 다르지 않고,⁸⁷⁾ 2015년 전원합의체 판결 반대의견도 외형적인 혼인관계를 존속시키면 쌍방 배우자에게 실제로 이행 불가능한 부부공동생활이나 동거의무의 이행을 요구하는 것이어서 불합리하다고 하였다.

2. 유책주의 이혼법의 한계 및 역기능

유책주의 이혼법하에서 혼인당사자 사이에 혼인관계를 파탄시킨 직접적인 책임의 원인을 규명하기란 쉽지 않고, 유책주의의 본질로 인해 이혼소송시 법원은 혼인생활의 파탄에 대한 원인과 책임을 조사하면서 이혼당사자들의 사생활을 침해하게 되며, 이혼 이후의 법적 효과는 혼인파탄의 책임여부에 달려 있어서 당사자 상호간에 비난이 난무하여 당사자들이 고통을 겪게 되는 것은 물론이고 자녀의 인격형성과 정서 등에 부정적인 영향을 미치게 되어 부모·자녀관계도 파탄에 이르게 될 우려가 있는 등 유책주의의 폐해는 심각하다.⁸⁸⁾ 이미 혼인관계가 파탄되어 돌이킬 수 없는 부부생활을 국가가 억지로 유지시키는 것이 행복추구권을 침해한다는 시각도 있다. 유책주의를 따르게 되는 경우, 법률상으로는 존재하고 실제로는 존재하지 않는 혼인상태를 계속 유지시킴으로써 오히려 이를 법 밖에 방치하는 결과를 초래하는 경우가 많고,⁸⁹⁾ 형해화된 혼인을 계속시킴으로써 사실혼을 증가시키고 자의 행복을 박탈하는 문제가 있다.⁹⁰⁾

혼인제도를 보호하기 위해 유책배우자의 이혼청구를 부정하는 경우, 실제 생활에서 이미 파탄되어 존재하지 않는 혼인관계를 법의 영역에서만 존속하게 한다고 해서 혼인제도의 보호라는 기본목적 이 달성될 수는 없을 것이고⁹¹⁾, 법이 이혼을 허용하지 않는다고 해서 파탄된 혼인관계가 회복되는 것도 아니다.⁹²⁾

86) 대법원 2009. 7. 23. 선고 2009다32454 판결.

87) 강인정·오택현(주 84), 254면.

88) 실무상 유책주의에 따라 재판을 진행하기 때문에 당사자들은 혼인 기간 행복했던 기억보다 상대방으로부터 받은 고통을 기억하고 되새기게 되며, 보다 유리한 고지를 점하기 위해 미성년자에게 과도하게 집착하기도 한다. 사회 전체적으로 보았을 때도 현재의 이혼제도는 갈등지수를 높이는 방향으로 전개되고 있다(배인구(법무법인 로고스 변호사), 이혼 후 부양제도의 도입 필요성, 이혼 후 배우자 부양제도 도입을 위한 정책 간담회 토론문, 국회의원 김삼화, 한국법제연구원, 한국여성정책연구원 공동주최, 2018).

89) 유책배우자에 대해 혼인의 해소 가능성을 원칙적으로 차단하는 현행 재판이혼이 사실상 파탄된 혼인관계를 강제하여 당사자들을 더욱 불안정한 상태에 방치하는 결과를 야기할 수 있다는 비판이 있다(박복순·박선영·신연희, 협의이혼제도의 운용실태 및 개선방안, 한국여성정책연구원, 2011, 226면).

90) 이해진(주 62), 227면.

91) 김주수·김상용(주 72), 163면.

92) 입법론적으로 파탄주의 신중하게 고려할 필요가 있다. 다만 이 경우에는 상대방 배우자의 보호를 위하여 이혼

3. 파탄주의로 전환한 외국의 이혼법제 경향

혼인당사자 사이에 혼인관계를 파탄시킨 직접적인 책임의 원인을 규명하기란 쉽지 않고, 이혼법상 유책주의의 본질 때문에 이혼소송시 법원은 혼인생활의 파탄에 대한 원인과 책임을 명백히 조사하여야 하는데 이는 이혼당사자의 사생활을 침해하게 되며, 이혼 이후의 효과는 전적으로 혼인 파탄의 책임여부에 달려 있어서, 당사자 상호간에 비난이 난무하여 고통을 겪는 등의 문제 이외에도, 상대방 배우자의 비행에 대한 과장, 통모·가장·이주이혼 등 유책이혼이 가지는 폐단으로 인한 비판이 거세지면서, 영국, 미국, 독일, 프랑스 등 서구에서 법률로써 파탄주의를 도입하였다. 그리고 축출이혼의 부당한 결과를 방지하고 무책배우자와 자녀들을 보호하기 위하여 파탄에 책임이 없는 배우자가 가혹한 상태에 놓이게 되는 경우 이혼을 허용하지 않는 가혹조항, 재산분할과는 별도의 이혼 후 부양제도 등을 마련했다. 그리고 이들 나라들은 재판상 별거제도를 시행하여 경제적·종교적·사회적 이유 등으로 이혼을 피하고자 하는 부부들이 파탄된 혼인관계가 이혼으로 종료되기 전 과도적 단계를 거칠 수 있도록 하고 있다. 별거기간을 거친 후 재결합할 수도, 이혼을 청구할 수도 있다.

4. 법원의 해석을 통한 부분적 파탄주의 도입

대법원은 예외적인 경우에 민법 제840조 제6호를 파탄주의로 해석하거나 유책배우자의 이혼청구를 인용하는 해석을 통해 이미 부분적으로 파탄주의를 도입하고 있다. 민법 제840조 제6호는 이혼원인이 유책주의에서 파탄주의로, 또 개별적·구체적 열거법제에서 일반적·추상적 규정법제로 변환하는 입법경향에 따른 규정이라고 한 대법원 1982. 7. 13. 선고 82므4 판결,⁹³⁾ 부부 모두에게 파탄의 책임이 있는 사안에서 민법 제840조 제6호는 같은 제840조 제1호 내지 제5호 소정의 유책주의적 이혼원인 외에 파탄주의에 따른 이혼원인으로서 기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유를 규정한 것이라고 한 대법원 1986. 3. 25 선고 85므85판결, 부부가 7년간 별거하면서 두 사람이 혼인관계의 회복을 위한 별다른 노력을 하지 아니함으로써 그 부부공동생활관계는 회복할 수 없을 정도로 파탄되었고, 그 혼인생활의 계속을 강제하는 것이 원고에게 참을 수 없는 고통이 된다고 볼 수 있을 것이라면서 이혼청구를 기각한 원심 판결을 파기하고 청구인의 혼인파탄의 책임유무를 묻지 않은 대법원 2004. 8. 20. 선고 2004므955 판결, 피청구인의 정신분열증이 완치되지 않아 일시 호전된다 하더라도 재발이 예상되어 정상적인 가정생활은 어렵다는 이유로 청구인과 피청구인 사이의 혼인관계는 어느 쪽에도 책임지울 수 없는 피청구인의 정신분열증으로 인하여

후 부양 등의 제도를 도입하는 것도 아울러 검토해야 한다(윤진수(주 72), 89면).

93) 방용환(주 15), 411면.

피청구인이 친정으로 돌아간 때로부터 파탄에 이르러 현재까지 그러한 상태가 계속되고 있다고 보아, 민법 제840조 제6호 소정의 재판상 이혼사유에 해당한다고 판시한 대법원 1991. 12. 24. 선고 91므627 판결, 원·피고 사이의 혼인관계는 장기간(6~7년) 별거함으로써 돌이킬 수 없을 정도로 이미 파탄되었고, 파탄은 쌍방의 잘못이 경합하여 발생한 것으로 보이며, 쌍방의 책임의 정도는 누가 더 많거나 적다고 할 수 없으므로, 민법 제840조 제6호에 정하여진 재판상 이혼사유에 해당하고, 따라서 원고의 이혼청구는 이유 있다고 한 2001. 5. 29. 선고 2000드단21348, 양 당사자가 모두 타인과 동거하고 20여 년간을 부부로서의 실체없이 지내 온 경우에 이 혼인은 돌이킬 수 없을 정도로 파탄되었다는 이유로 이혼을 인용한 대법원 1991. 1. 11, 90므552 판결 등이 그 예이다.⁹⁴⁾

이와 같이 유책주의의 경직성과 엄격성으로 인해 전형적인 유책조항만으로 다양한 이혼원인에 기한 이혼청구를 해결할 수 없어, 법원의 해석에 의해 파탄주의를 도입하고 있는 실정이다. 그러나 이혼 후 경제적 약자에 대한 보호장치가 부족한 현행 민법하에서 민법 제840조의 해석을 통해 재판상 이혼 규정을 파탄주의적으로 운용하는 것은 사회·경제적 약자인 배우자와 자녀로부터 보호막을 제거하는 것과 같은 위험한 결과가 될 수 있기 때문에 약자보호 규정이 마련되는 것을 전제로 파탄주의 법률 규정을 신설하는 것이 바람직하다고 생각한다.⁹⁵⁾

5. 2015년 대법원 전원합의체 판결 다수의견의 시기상조론

대법원은 2015.9.5. 선고 2013므568 전원합의체 판결을 통해 협의상 이혼의 인정, 파탄주의의 한계나 기준 그리고 이혼 후 상대방에 대한 부양책임 등에 관한 규정 부재, 중혼관계에 처하게 된 법률상 배우자의 축출이혼 방지, 양성평등 실현 미흡 등을 종합하여 볼 때, 민법 제840조 제6호

94) 이회숙, 가족, 사회와 가족법, 세창출판사, 2012, 314~321면.

95) 파탄주의는 파탄된 혼인에 이혼을 허용하는 원칙으로 인해 혼인의무를 위반한 배우자에 대한 제재나 혼인을 보호하는 기능이 약하다는 역기능이 있다. 그렇기 때문에 파탄주의를 취하는 입법례에서는 반드시 약자보호를 규정하고 있는 것이다. 이미 가정법원의 이혼판결 중 상당부분은 파탄주의에 입각한 것으로 보이지만, 민법이 파탄주의로 전환하기 위해서는 해석에 의해서가 아니라, 법의 개정을 통해 약자에 대한 보호 장치의 마련이 선행되어야 한다. 해석에 의해 파탄주의로 전환하는 것은 사회·경제적 약자인 배우자와 자녀로부터 보호막을 제거하는 것과 다름없는 위험한 결과가 될 수 있기 때문이다(이회숙(주 24), 33면); 제840조의 정체성 관련, 재판상 이혼원인은 유책주의로 해석하되, 법률개정에 의해 파탄주의로 전환하고, 전환의 전제로서 약자를 보호하는 장치를 동시에 신설하여야 한다는 점을 강조하고 싶다. 그것은 파탄주의의 역기능이 만만치 않기 때문이다(이회숙(주 94), 330면); 이혼 후 경제적 약자인 배우자와 미성년자녀의 보호장치가 부족한 현행 민법하에서 민법 제840조의 해석을 통하여 유책배우자의 이혼청구를 인용하는 등 재판상 이혼 규정을 파탄주의적으로 운용하는 것은 위험하다(한숙희, 친족법의 재개정 경과와 과제, 민사법학 제52호, 2010, 578면); 법을 해석함에 있어서는 국가기관에 대한 사인, 경제·사회적 강자에 대한 약자 등을 보호하는 해석을 할 필요가 있다(손중학·김권일, 입법과 법해석(쉽게 읽는), 박영사, 2021, 143면).

이혼사유에 관하여 유책배우자의 이혼청구를 원칙적으로 허용하지 아니하는 종래의 대법원판례를 변경하는 것이 옳다는 주장은 아직은 받아들이기 어렵다고 하였다. 이는 파탄주의 도입이 시기상조일 뿐, 미성년 자녀와 이혼에 동의하지 않는 배우자를 보호할 수 있는 법적·제도적 보완장치가 마련된 후에는 파탄주의로 전환할 수 있음을 시사한 것으로 해석된다.

결국 2015년 대법원 전원합의체 판결 다수의견은 국민의 인식 변화, 유책주의에서 파탄주의로 넘어가는 과정에 있는 이혼법의 세계적 추세 등을 고려하면서도 대법원판례를 변경하는 것이 옳다는 주장을 아직은 받아들이기 어렵다고 하여 시기상조임을 표현하는 것이다.⁹⁶⁾⁹⁷⁾

6. 이혼법 체계의 통일성

재판상 이혼에서 엄격한 유책주의를 고수하여 혼인의 계속을 강제하는 것은 자유의사에 의한 협의상 이혼이나 조정·화해 등의 경우와 균형이 맞지 않는다는 문제가 있다.⁹⁸⁾

통계청 자료에 따르면, 2018년에 협의이혼은 85,618건(78.82%), 2019년에는 87,439건(78.89%), 2020년에는 83,660건(78.55%)⁹⁹⁾에 이르는 등, 80%에 육박하는 협의이혼이 이혼숙려기간 경과, 자녀 양육사항 합의, 양육비 부담조서 작성 등의 요건을 갖추면 가정법원의 확인을 받아 허용되고 있다.

법원이 조정·화해단계에서 반대급부로 적정한 위자료, 재산분할, 양육비 등을 무책배우자에게 지급하도록 하면서 유책배우자의 이혼청구를 받아들이는 것은, 유책배우자의 이혼청구이더라도 무책배우자와 자녀의 이혼 후 생활보장을 수반한다면 청구인용이 가능함을 보여준다고 할 것이다. 가사소송사건 처리 건수 중 조정·화해 건수의 비율은 2014년의 경우 35.5%에 이른다.¹⁰⁰⁾

7. 파탄주의로의 전환에 대한 전문가들과 일반 국민들의 수용성-약자보호를 위한 제도 마련을 전제로-

유책배우자가 이혼소송에서 패소 확정판결을 받고도, 이혼원인을 달리하여 여러 번 다시 소를

96) 김태환(주 65), 54면.

97) 2015년 대법원 전원합의체 판결 다수의견은 유책주의를 확립적으로 고수하는 것이 아니라 무책배우자에 대한 보호 방안 등이 없는 현 상황에서 파탄주의를 도입하는 것이 시기상조라는 입장이었다(김미경, 프랑스민법상 이혼배우자에 대한 보상급부의 법적 성질과 현황-이혼 후 부양 및 보상제도 도입방안에 대한 검토, 가족법연구 제35권 제2호, 2021, 200면).

98) 방응환(주 15), 417~419면; 이혜진(주 62), 227면.

99) <http://kosis.kr/search/search.do>.

100) 방응환(주 15), 417~418면.

제기하여 결국 이혼으로 종결되는 경우가 나오고 있는 상황에서,¹⁰¹⁾ 학계와 실무의 많은 전문가들은 이혼 후 부양제도 등 무책배우자를 보호하기 위한 제도가 마련되는 것을 전제로 파탄주의로 전환할 것을 제안하고 있다.¹⁰²⁾

혼인관계가 파탄되었다면 법이 이혼을 허용하지 않는다고 해서 혼인관계가 회복되는 것은 아니므로 입법론적으로 파탄주의를 신중하게 고려할 필요가 있고, 이 경우 상대방 배우자의 보호를 위해 이혼 후 부양 등의 제도를 도입하는 것도 검토해야 한다고 하거나¹⁰³⁾, 실제 생활에 있어서 이미 파탄되어 존재하지 않는 혼인관계를 법의 영역에서만 존속하게 한다고 해서 혼인제도의 보호라는 기본목적이 달성될 수 있을지 의문이고, 상대방 배우자의 부양청구권을 보장하기 위한 목적이라면 파탄된 혼인관계의 해소를 허용하되 이혼 후에도 전배우자에 대한 부양청구권을 혼인 중과 같은 수준으로 보장해 주는 편이 타당하다는 견해가 있다.¹⁰⁴⁾ 또한 가정법원의 이혼판결 중 상당부분은 파탄주의에 입각한 것으로 보이지만 민법이 파탄주의로 전환하기 위해서는 해석에 의해서가 아니라 법률 개정에 의하되 전환의 전제로서 약자를 보호하는 규정이 마련되어야 한다는 주장이 있다.¹⁰⁵⁾ 해석에 의해 파탄주의로 전환하는 것은 사회·경제적 약자인 배우자와 자녀로부터 보호막을 제거하는 것과 다름없는 위험한 결과가 될 수 있기 때문이다.¹⁰⁶⁾ 그 밖에도 많은 전문가들이 약자보호 제도가 마련되는 것을 전제로 파탄주의 도입을 제안하고 있다.¹⁰⁷⁾

2018년 한국보건사회연구원이 15~49세 기혼 여성 총 11,207명을 대상으로 한 조사에 의하면, 이혼에 대한 수용성을 물어보는 ‘부부간 갈등을 해결할 수 없다면 이혼하는게 낫다’는 질문에서

101) 유책배우자의 이혼청구가 기각되어도 결국 여러 번 소송을 제기하여 끝내 이혼으로 종결되는 사례가 여러 건 있다. 예컨대, 2002. 12. 이혼청구가 기각·확정되었고(2002므1091 사건), 2008. 6. 이혼청구가 다시 기각·확정되었음에도(2006므829 사건), 2009. 6. 11. 다시 이혼소송을 제기하였고, 이혼청구를 다시 기각한 원심을 쌍방의 책임이 경합하였다는 이유로 파기한 대법원판결(2011므3815 사건)에 따라 결국 이혼에 이르게 된 경우 등이다(방응환(주 15), 420면).

102) 현재 우리나라의 유책주의 원칙에 대한 주류적인 학설과 판례의 견해는 유책주의 이혼원인 자체에 대한 고수라기보다는, 이혼 후 무책배우자에 대한 경제적 배려 없이 혼인이 파탄되었다는 사실만에 근거한 파탄주의 도입을 경계하는 것이라고 할 수 있다. 따라서 이혼원인에 있어 파탄주의를 도입하기 위해서는 이혼 후 부양 등 상대방 배우자를 위한 보호 방안이 제도적으로 마련되어야 할 것이다(김미경(주 97), 201~202면).

103) 윤진수(주 72), 89면.

104) 김주수·김상용(주 72), 163면.

105) 이화숙(주 94), 330면; 이화숙, 1996년 영국의 개정 이혼법의 폐기와 프랑스 이혼법 개정이 주는 시사점, 비교사법, 제12권 제4호, 2005, 33면.

106) 이화숙(주 105), 33면; 이혼 후 경제적 약자인 배우자와 미성년자녀의 보호장치가 부족한 현행 민법하에서 민법 제840조의 해석을 통하여 유책배우자의 이혼청구를 인용하는 등 재판상 이혼 규정을 파탄주의적으로 운용하는 것은 위험하다(한숙희(주 95), 578면).

107) 한복룡(주 5), 20면; 조경애, 재판상 이혼원인에서 파탄주의 도입에 관한 제언, 가족법연구 제32권 3호, 2018, 88면 이하; 엄경천·김광재, 이혼의 자유와 이혼 후 부양에 관한 검토-파탄주의로 전환을 위한 부부간 부양의무의 재해석, 인권과 정의 제500호, 2021, 128면 이하; 조경애, “재판상 이혼원인에서 파탄주의 도입에 관한 연구”, 이화여대 대학원 2017학년도 박사학위 논문, 318~340면; 김미경(주 97), 199~202면.

찬성 비율이 72.2%(전적으로 찬성 : 18.1%, 대체로 찬성 : 54.1%)에 이르렀고,¹⁰⁸⁾ 2015년 65.6%(전적으로 찬성 : 12.3%, 대체로 찬성 : 53.3%)에¹⁰⁹⁾ 비해 6% 이상 찬성 비율이 높아졌다.

또한 2012년 일반인 표본은, 전국 만 19세 이상의 성인 남녀 819명을 무작위 추출하고, 전문가 표본은 2012. 6. 19. 한국여성정책연구원에서 개최된 가족법 학회 참가자와 2012. 7. 23. 대법원에서 개최된 가정법원 심포지엄 참석자, 서울가정법원 판사, 법무부 소속 법무관 등 61명을 표집하여 파탄주의 원칙을 도입하는 것에 대해 어떻게 생각하는지를 묻는 설문조사에서, 아무런 제한 없이 파탄주의를 전면적 도입해야 한다는 의견은 일반인의 경우 10.4%, 파탄주의의 전면적 도입에 찬성하는 전문가들의 비율은 11.5%, 이혼 후 자녀 및 배우자를 보호하는 제도를 적용한 파탄주의의 제한적 도입에 대해서는 일반인의 55.4%가 찬성하고 전문가들은 78.7%가 찬성하였다.¹¹⁰⁾ 이후 한국가정법률상담소 본부 방문자와 일반 시민 438명, 서울 시민청 행사장 방문 시민 480명, 서울 및 전국 6개도 지역에 거주하는 시민 1,710명을 대상으로 2015년부터 2017년까지 유책배우자의 이혼청구를 받아들여야 하는지에 대한 3차에 걸친 의식조사 결과, 1차 조사에서는 유책배우자의 이혼청구를 ‘받아들여야 한다’와 ‘예외적으로 받아들여야 한다’는 의견이 전체의 67.1%이었고, 2차 조사에서 ‘완전한 파탄주의 적용’과 ‘사안별로 유책주의와 파탄주의를 적용’으로 응답한 비율은 55.9%, 3차 조사에서 ‘완전한 파탄주의 적용’, ‘파탄주의를 원칙으로 하고 사안에 따라 유책주의 적용’ 등 파탄주의를 수용하는 입장이 54.6%에 이르렀다.¹¹¹⁾ 한편, 의식조사 결과 일반 국민과 전문가 의견에서 공통적으로 가장 우려하고 있는 부분은 경제적인 약자 특히 전업주부의 입장이 불리해질 것이고 무책배우자가 원하지 않는 이혼으로 고통스러워질 것이라는 점이었으므로, 새로운 이혼법이 우리 사회에 잘 뿌리내릴 수 있으려면 이러한 점들을 고려한 보완책이 마련되어야 한다.¹¹²⁾

V. 결론

안식일이 사람을 위해 존재하는 것이지 사람이 안식을 위해 있는 것이 아니라는 예수님의 말씀은 사람이 어떤 특정 제도보다 우선이라는 가르침으로, 혼인 역시 사람을 위해 존재한다는 의미로 해석될 수 있다.

따라서, 성경에서 이혼을 허용하고 있는 음행과 불신 배우자의 지속적인 유기(遺棄) 행위 이외에도 혼인 생활을 통해 하나님의 형상과 실재가 거의 훼손될 정도로 그 사람 자체와 삶이

108) 이소영 외 6인, 2018년 전국 출산력 및 가족보건·복지 실태조사, 한국보건사회연구원, 2018, 82면.

109) 이삼식 외 5인, 2015년 전국 출산력 및 가족보건·복지실태조사, 한국보건사회연구원, 2015, 77~78면.

110) 박복순·이여봉, “의식조사를 통한 파탄주의 도입 가능성 모색”, 가족법연구 제27권 제1호, 2013, 330~331면.

111) 조경애(주 107), 302~317면.

112) 박복순·이여봉(주 110), 333면.

파괴해지게 되는 경우에는 이혼이 허용되는 것이 바람직하다.

부부간에 존중과 사랑보다는 냉소와 증오가 가득하고, 언어적 폭력과 신체적 학대 등이 지속적이고 심해서 거의 돌이키기 힘든 때, 부부가 장기간 별거하는 등의 사유로 실질적으로 부부공동생활이 파탄되어 더 이상 존재하지 아니하게 되고 객관적으로 회복할 수 없는 정도에 이른 때, 법적으로만 혼인이 해소되지 아니하였을 뿐, 혼인관계를 파탄되기 전의 상태로 돌이킬 수 없고 부부 사이의 애정과 신뢰의 회복이나 동거의무 등의 이행을 기대할 수 없는 때, 외형적으로만 혼인이 유지된 부부로서 서로 대립·갈등하는 관계가 장기간 지속됨에 따라 자녀의 인격형성과 정서 등에 부정적인 영향을 미치게 되고 또한 부부의 서로에 대한 악감정이 자녀에게 그대로 대물림되어 부모·자녀 관계마저 파탄에 이르게 될 우려가 있는 때에는 이혼이 허용되어야 할 것이다.

하나님의 형상과 실재가 거의 훼손될 정도로 그 사람 자체와 삶이 파괴해지게 된 상태에도 혼인을 깨뜨려서는 안 된다고 주장하는 것이, 혼인의 본래 의도를 무시하고 법만을 강조한 율법주의적 태도인 것처럼, 부부가 서로 승소하기 위하여 상대방의 귀책사유를 부각시킴에 따라, 혼인생활 과정에서 발생한 갈등과 대립을 들추어내어 그에 관한 책임공방을 벌이게 되고 아울러 상대방에 대한 비난과 악감정을 쏟아내게 되어 부부관계는 더욱 적대적으로 되며 이혼소송의 심리가 과거의 잘못을 들추어내는 것에만 집중하게 하는 현재 유책주의 이혼법 제도는 안식일이 사람을 위해 존재한다는 예수님 말씀의 취지와 조화되기 어려워 보인다.

부부가 장기간 별거하는 등의 사유로 실질적으로 부부공동생활이 파탄되어 더 이상 존재하지 아니하게 되고 객관적으로 회복할 수 없는 정도에 이른 때에는, 정신적·육체적·경제적으로 결합된 공동체로서의 부부공동생활을 본질로 하는 혼인의 실체는 소멸하였다고 보아야 한다.¹¹³⁾ 법적으로만 혼인이 해소되지 아니하였을 뿐, 혼인관계를 파탄되기 전의 상태로 돌이킬 수 없고 부부 사이의 애정과 신뢰의 회복이나 동거의무 등의 이행을 기대할 수 없는 이상, 그 혼인을 토대로 형성된 가정이 그 구성원인 부부와 자녀의 존엄과 가치를 실현하는 조직체로서의 기능을 수행하지 못하기 때문이다.¹¹⁴⁾ 이러한 상태의 부부공동생활관계에 대하여 이혼을 인정하는 것은 현재 소멸하여 있는 혼인 실체의 부존재를 확인하여 줌에 그칠 뿐, 아직 그 실체가 남아 있어 혼인생활이 회복될 가능성이 있음에도 새로이 그 실체를 깨뜨려 혼인을 해소하는 것이 아님에 유의하여야 한다.

이미 돌이킬 수 없을 정도로 파탄되어 법률상으로는 존재하는 외형적인 혼인관계는 갈등을 최소화하는 방식으로 해소될 수 있도록 일정기간 별거를 근거로 한 파탄주의를 도입하여야 하고, 이혼을 원하지 않는 무책배우자와 자녀들을 보호하기 위해 이혼판결금지조항 및 가혹조항을 신설하여, 이혼 후 무책배우자와 자녀들에 대한 보호조치나 합의가 이혼판결에 포함된 경우에만 혼인을 종료시키고, 보호조치나 합의가 자녀나 당사자 일방의 이익을 충분히 보호하지 못하는 경우 및

113) 대법원 2015. 9. 15. 선고 2013므568 전원합의체 판결 반대의견.

114) 대법원 2015. 9. 15. 선고 2013므568 전원합의체 판결 반대의견.

이혼으로 자녀와 상대방 배우자가 경제적·사회적·심리적으로 곤란한 상황에 처할 우려가 있는 경우에는 이혼을 허용하지 않아야 한다.¹¹⁵⁾

그리고, 우리나라의 재산분할제도는 혼인 중에 취득한 실질적인 공동재산을 청산·분배하는 것을 주된 목적으로 하고 상대방의 생활보장에 대한 배려 등 부양적 성격을 고려하여 가미된 것으로, 이혼 후 배우자 부양 관련 제도가 법률로 마련되지 못한 점에서 현재의 부양제도는 경제적으로 열악한 지위의 배우자 보호에 미흡한 것이 사실이므로 서구 여러 나라들처럼 이혼 후 부양제도를 별도로 마련해야 한다.¹¹⁶⁾

115) 홍승희, 위 박사학위 논문, 345면.

116) 홍승희, 위 박사학위 논문, 345~346면.