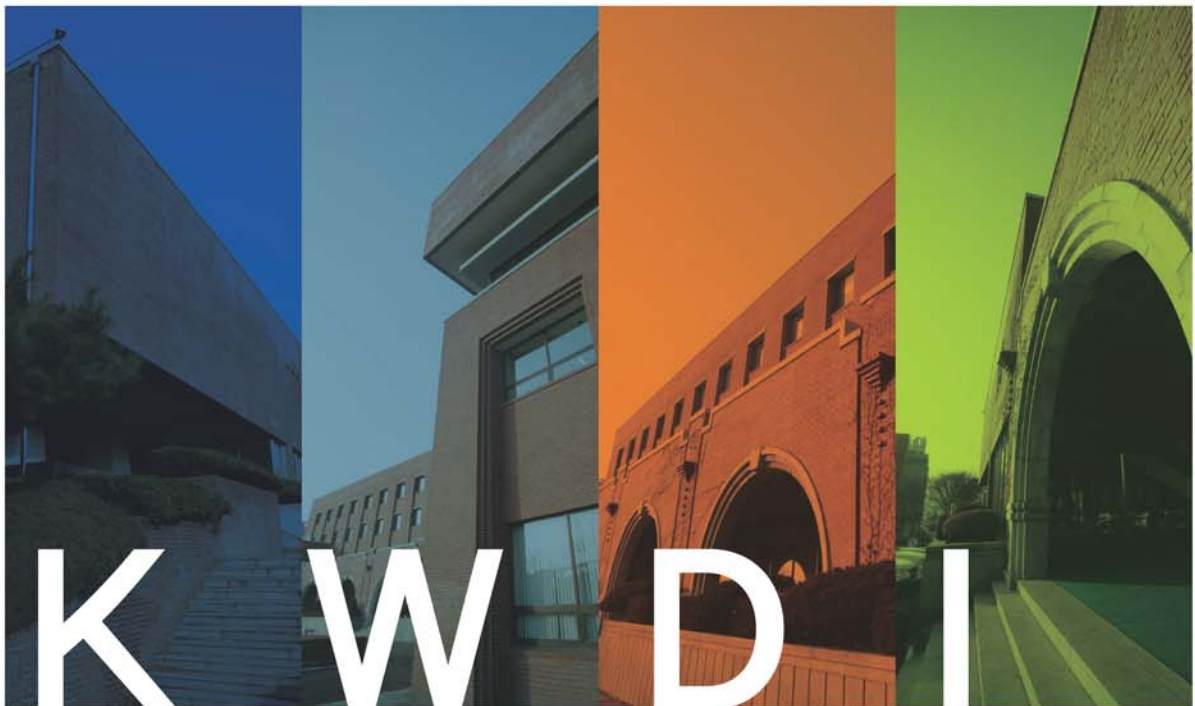


2012

연구보고서
5

이혼법제 개선방안 연구

박복순 · 박선영 · 이여봉



한국여성정책연구원
Korean Women's Development Institute

이혼법제 개선방안 연구

연구책임자 : 박 복 순 (본원 연구위원)

공동연구자 : 박 선 영 (본원 선임연구위원)

이 여 봉 (강남대학교 교양학부 교수)



한국여성정책연구원
Korean Women's Development Institute

발 간 사

우리 사회는 1990년대 중반 이후 출산율 감소, 혼인률 감소, 이혼의 증가, 여성 한부모가족의 증가, 독신가구의 증가 등 혼인과 이혼, 가족관계를 둘러싼 많은 변화를 겪어왔습니다.

가족을 둘러싼 다양한 변화는 국가와 가족 간의 새로운 관계 설정을 요구하고 있으며, 특히 가족의 해체와 관련하여 이혼 당사자 및 가족 구성원들이 이혼과정 및 이혼 후 겪게 되는 어려움을 잘 극복하고 적응해 나갈 수 있도록 하는 국가적 지원이 요구됩니다.

현행 이혼법제가 협의이혼과 재판상 이혼으로 이원화되어 있음에도 불구하고, 협의이혼과 관련된 내용들은 이혼의 자유는 최대한 허용하면서 이혼 과정에서 당사자 및 자녀의 이익을 최대한 고려하는 방향으로 개정되어 왔지만, 재판상 이혼과 관련해서는 제정 민법 이후 큰 변화없이 그대로 유지되어 오고 있습니다.

따라서 현행 이혼법을 국민 정서에 부합하도록 혼인과 이혼 현실을 잘 반영하고, 가족 구성원의 복리를 기하며, 정의와 형평의 관념에 충실한 이혼법으로 재구성할 필요성이 커집니다.

이 연구는 협의이혼과 재판상 이혼을 통틀어 우리 이혼법이 나아가야 할 방향을 모색하고자 하였습니다. 이 연구가 향후 이혼법제 개선에 있어서 훌륭한 참고자료가 되기를 기대합니다.

이 연구를 수행하는 과정에서 많은 분들이 도움을 주셨습니다. 특히 전문가 설문조사를 위해 적극적으로 협조해 주신 서울가정법원의 손왕석 수석부장

판사님과 법원행정처의 전보성 사법지원심의관님을 비롯한 법원 관계자
여러분께 깊은 감사를 드립니다. 끝으로 이 연구를 위해 한 해 동안 많은
노력을 아끼지 않으신 연구진과 김신아 위촉연구원의 노고에 깊이 감사
드리며, 바쁘신 중에도 자문과 논평을 해 주신 여러분께도 진심으로 감사
드립니다.

2012년 12월

한국여성정책연구원

원 장 최 금 속

연구요약

I. 서론

우리나라 이혼법은 입법과정에서 국민적 정서를 고려하거나 제외국의 사례에 대한 조사 연구나 성찰 없이 일본의 제도를 대부분 그대로 받아들인 태생의 한계를 지니고 있다. 그나마 협의이혼제도는 몇 차례의 개정을 거쳐 양성평등과 자녀 복리의 관점에서 변화를 도모하였지만, 재판상 이혼제도에 있어 이혼원인에 관한 조항은 수십여년 동안 거의 답보상태에 놓여 있다. 그러므로 본 연구는 2011년도 연구의 후속작업으로, 2011년도 연구에서 살펴보지 못한 재판상 이혼 부분에 중점을 두고자 한다.

현행 이혼법이 우리나라의 혼인과 이혼 현실을 잘 반영하고 있는지 검토함으로써 국민 정서에 부합하고, 가족 구성원의 복리를 기하며, 정의와 형평의 관념에 충실한 이혼법으로 재구성할 필요성이 커진다. 특히, 우리 사회의 혼인과 이혼, 가족관계를 둘러싼 지난 수십년간의 변화를 감안하면 더욱 그러하다.

본 연구에서는 당사자 사이의 분쟁의 원만한 해결을 유도하여 가족관계의 회복 및 이혼 후의 부모와 자녀 사이의 책임 이행에 긍정적 효과를 가져올 수 있는 방안으로 파탄주의 이혼법의 수용 가능성 모색과 이혼절차에서의 자녀 복리의 실현을 위한 이혼법제의 개선 방안을 모색해 보고자 한다.

II. 가족의 변화와 가족법

사회구조의 변화에 따른 혼인과 가족, 그리고 국가의 관계, 이혼의 증가와 그에 따른 폐해를 살펴보고, 그에 대응하기 위한 우리 이혼법의 변천과정과 현행 이혼법제의 내용과 문제점에 관하여 살펴보았다.

가족의 의미는 시대에 따라 끊임없이 진화해왔지만, 여전히 구성원간의 유대와 사랑을 통해 정서·심리적인 안정감을 제공하고, 자녀 양육과 사회화, 간병과 돌봄, 의식주 제공 등으로 사회·경제적인 질서 구축과 안정을 촉진하는 기능을 수행하고 있다. 이처럼 가족이 국가와 사회를 위해 기여하는 고유한 능력이 있음으로 인해 가족의 문제가 곧 사회의 문제가 되며, 국가의 문제로 직결된다. 때문

에 국가는 가족제도가 사회변화에 대한 사회안전망 내지 효과적인 충격흡수장치로서 기능을 수행하기를 바라며, 헌법상의 기본원칙을 통해 혼인과 가족생활에서의 인간의 존엄 및 양성평등을 국민의 기본권으로서 보장함은 물론 제도로써 보장하여 왔다.

그러나 1990년대 중반 이후 나타나는 출산율 감소, 혼인을 감소, 이혼의 증가, 여성 가구주 가족의 증가, 독신가구의 증가 등 가족을 둘러싼 다양한 변화는 국가와 가족 간의 새로운 관계 설정을 요구하고 있다. 가족에 대한 과대한 부담을 완화하고 가족이 그동안 수행해 온 역할과 기능에 대한 국가의 지원을 필요로 하고 있다. 또한 가족의 해체와 관련하여서도 이혼 당사자 및 가족 구성원들이 이혼과정 및 이혼 후 겪게 되는 어려움을 잘 극복하고 적응해 나갈 수 있도록 하는 국가적 지원이 요구된다.

이혼을 결심한 당사자는 하루라도 빨리 원치 않은 혼인관계에서 벗어나 새로운 출발을 할 수 있게 되기를 바랄 것이다. 그러나 이혼과 관련하여 고려되어야 할 요소는 ‘혼인의 신속한 해소(이혼의 자유)’ 외에도 여러 가지가 있다. 객관적으로 완전히 파탄되어 회복할 수 없는 혼인관계가 이혼에 의해서 해소되어야 한다는 점은 의문의 여지가 없지만, 그 과정에서 당사자인 부부와 특히 자녀에게 심리적인 부담이 최소화될 수 있도록 배려해야 하며, 자녀의 양육에 관한 사항 등 이혼의 결과에 대하여 타당한 합의가 도출될 수 있어야 한다. 부모의 이혼으로 인한 자녀의 고통을 최대한 줄이는 것이 이혼법에 주어진 중요한 과제 중의 하나이다(김상용, 2006:3; 박복순 외, 2011:4).

최근 민법 개정을 통해 협의이혼절차에 숙려기간과 상담권고 제도를 도입하고 자녀 양육 및 친권자 결정에 관한 협의서 제출을 의무화하며 양육비부담조서 제도를 도입하는 등의 제도 개선을 통해 이혼 당사자의 의사보다는 자녀의 복리를 우선시하겠다는 입장으로의 방향 전환이 이루어졌다. 그러나 숙려기간 동안 자발적으로 상담 제도를 이용하고자 하는 당사자들이 거의 없는 등 제도 운영과정에서 미흡한 점이 나타나고 있다. 법원이 당사자들의 협의사항에 대해 어느 정도나 개입할 수 있을지에 관한 구체적인 규정과 규칙의 부재로 현재의 미성년 자녀의 복리를 위한 직권 개입 규정은 선언적 규정에 머물러 있는 상태이다(박복순 외, 2011:222). 숙려제도 자체도 중요하지만 그에 못지않게 협의이혼 당사자들이 그 기간 동안에 이혼을 하는 것이 최선의 선택인지, 다른 대안은 없는 것인지, 이혼 후에 닥쳐 올 제반 문제에 대해 해결책은 잘 마련되었는지에 관하여 실질적으로 생각해보고 도움을 받을 수 있도록 하는 제도적 뒷받침과 법원의 자녀

복리를 위한 후견 개입이 제대로 잘 작동할 수 있도록 하는 제도적 정비가 필요할 것으로 보인다.

또한 재판상 이혼과 관련하여서도 개정의 필요성이 제기되고 있다. 현행 이혼 법제가 협의이혼과 재판상 이혼으로 이원화되어 있음에도 불구하고, 협의이혼과 관련된 내용들은 이혼의 자유는 최대한 허용하면서 이혼과정에서의 당사자 및 자녀의 이익을 최대한 고려하는 방향으로 개정이 되어 왔지만, 재판상 이혼과 관련해서는 제정 민법 이후 큰 변화 없이 그대로 유지되어 오고 있어 절차상의 불균형을 초래하고 있다는 점이다. 실제 이혼숙려기간을 피하기 위해 재판상 이혼 절차를 이용하는 경우가 늘고 있고, 재판상 이혼의 경우에 유책배우자의 이혼청구를 원칙적으로 인정하지 않음으로써 사실상 파탄된 혼인관계를 강제하는 것에 대하여 이혼의 자유에 대한 지나친 제약이라는 비판이 제기되고 있다.

그리고 2007년 및 2009년의 민법 개정을 통해 보강된 협의이혼제도의 개정 내용은 미성년 자녀의 복리 보호에 치우친 면이 있다. 이혼에 따른 결과는 미성년 자녀에게 더 치명적인 영향을 미칠 수 있으므로 보다 우선적인 관심을 기울이는 것은 맞지만, 재산분할이나 위자료 문제를 포함하여 이혼 시 배우자 간에 협의해야 할 사항에까지 하나의 절차에서 해결될 수 있는 제도를 구축하는 것이 바람직할 것이다.

결국 협의이혼과 재판상 이혼을 통틀어 우리 이혼법이 나아가야 할 방향은 사실상 파탄된 혼인관계를 해소할 수 있는 가능성은 열어두되, 그 과정에서 피해를 입는 당사자 및 자녀가 없도록 충분히 배려하는 것이라고 할 수 있다.

III. 외국의 입법례

외국의 이혼 관련 입법례로 독일, 영국, 프랑스, 미국, 일본의 사례를 살펴보았다. 구체적인 내용을 요약하면 아래와 같다.

독일은 혼인의 파탄을 유일한 이혼원인으로 하면서도, 자녀의 이익을 위해 혼인의 계속이 필요하고 이혼을 거부하는 상대방 배우자에게 가혹한 것으로 되는 경우에는 제1568조의 가혹조항에 의해 이혼을 인정하지 않는다.

프랑스는 파탄주의로 일원화하지 않고 이혼유형을 상호동시에 의한 이혼과 동의 없는 이혼으로 승낙이혼, 변질이혼, 유책이혼으로 다원화하고 있다는 특징이 있다. 또한 이혼과정에서 판사는 배우자와 자녀를 보호하기 위한 당사자 간의 합

의의 적합성 여부를 심사함으로써 약자 보호를 도모하고, 혼인의 해소로 인하여 발생한 불균형을 보상급부에 의하여 해결하고 있다.

영국의 이혼법(MCA 1973)은 혼인파탄을 이혼사유로 규정하면서도 혼인파탄을 추정할 수 있는 개별이혼사유를 입증하여야 한다고 하여 사실상 유책주의와 파탄주의를 혼합한 과도기적 형태를 띠고 있다. 또한 약자에 대한 보완책으로서 당사자들이 5년간 별거하였을 경우에도 무책의 배우자도 상대방의 의사에 반하여 이혼이 허용될 수 있는 결과, 피청구인에게 중대한 재정문제가 포함된 고통을 줄 수 있다면, 그리고 모든 상황에서 혼인의 해소가 바람직하지 않다고 판단될 경우에는 법원이 이혼금지명령을 내릴 수 있고, 2년이나 5년의 별거로 인하여 이혼사유에 해당하는 경우에도 이혼배우자에 대한 재정적 보호가 충분하게 제시되지 않으면 이혼은 보류할 수 있으며, 자녀의 복지에 대한 배려가 없으면 이혼명령을 발할 수 없도록 규정하고 있다.

미국은 1969년 캘리포니아 주에서 파탄주의 이혼법을 처음 제정한 이래 1985년까지 모든 주에서 무책사유를 유일한 이혼사유로 규정하거나 기존의 유책사유에 추가하는 형태로 무책이혼사유를 채택하고 있다. 파탄주의 이혼제도의 개선방안으로 일부 주에서는 무책이혼을 제한하는 서약혼인제도나 상담, 교육, 숙려기간 등을 부분적으로 도입하여 보완하고 있다.

우리와 동일한 문화권에 속하는 일본은 재판상 이혼원인이 파탄주의의 입장이라는 것에 대해 해석상 거의 다툼이 없지만, 유책배우자의 이혼청구를 일정한 조건 하에 받아들이는 대법정의 입장 변경으로 적극적 파탄주의로 한 발 나아가고 있고, 입법 정책적 대응으로 이혼법제를 개정하려는 움직임으로 이어졌다. 1996년에 마련된 민법개정요강에는 5년 이상의 계속된 별거를 이혼사유로 추가하면서 그에 대한 예방책으로 가혹조항과 신의칙 조항의 신설이 제안되어 있다.

서구 사회를 오랫동안 지배해 온 기독교의 오랜 역사적인 영향으로 서양에서는 이혼금지주의가 사회 및 입법자를 지배해왔고, 배우자 일방에게 혼인의무 위반이 있는 경우에 무책배우자에 대해서만 법원에 의한 이혼이 인정되는 유책주의 이혼제도가 지배적이었다(이선미, 2010:79). 그러나 세계 각국의 이혼법이 1960년대 이후 종래의 전통적 유책이혼원인을 폐지하고 무책적 파탄주의 이혼원인의 도입으로 변모하고 있음을 살펴볼 수 있었다. 여기에서 종래의 유책주의 이혼법은 이혼을 유책배우자에 대한 제재로서 생각해 왔지만 파탄주의 이혼법에서는 이혼을 부부공동생활의 파탄에 대한 구제로서 생각하는 이혼관의 변모를 읽을 수 있다.

위에서 살펴본 입법례 중 일본을 제외한 많은 서양 국가의 입법례는 오로지 재판

상 이혼제도만을 갖고 있고, 재판상 이혼원인이 유책주의적인가 파탄주의적인가는 이혼의 가능성을 결정하는 대단히 중요한 요인이 된다. 그러나 우리나라의 이혼법제는 협의이혼과 재판상 이혼으로 이원화되어 있고, 대부분의 이혼부부가 협의이혼에 의해 이혼하는 우리나라에서는 외국과는 다른 상황이 존재하는 것은 사실이다. 우리나라 이혼건수의 75% 이상을 차지하는 협의이혼은 그 실질적인 내용만을 본다면 “혼인이 파탄되어 당사자 간에 이혼이 합의되면 그 협의를 그대로 존중하여 이혼을 인용”하는 적극적인 파탄주의에 해당한다고 볼 수 있기 때문이다.

그럼에도 불구하고 외국의 입법례에서 시사점을 찾을 수 있는 것은 혼인의 본질에 대한 규명 및 그에 대한 대처 방식이다. 현대의 혼인법은 고통을 겪고 있는 이혼부부를 적극적으로 후원하고 긍정적으로 장래에 대하여 민감하게 대처할 수 있는 계획을 세우도록 후원하는데 그 목적이 있다(한봉희, 1981:711). 그러므로 이혼 과정에서 당사자를 비난하고 고통에 빠지게 하는 것이 아니라 이혼을 예방하는데 최선을 다하여야 하고 설사 혼인이 회복할 수 없을 정도로 파탄되어 이혼이 불가피한 경우라고 할지라도 이들이 최대한의 공정성을 유지하며 고통을 최소화할 수 있도록 최선을 다하는 것이 현대 이혼법의 시대적 요청이라고 할 수 있다(한봉희, 1981:711).

현행 협의이혼제도에서도 이혼의사의 진정 성립의 확인과 이혼 후의 미성년 자녀의 양육문제뿐만 아니라 부부재산관계의 처리 및 위자료 문제에 대한 적절한 조치의 확인·조정 기능에까지 확장함으로써 협의이혼과 조정이혼을 보다 유기적으로 관련시키고 이혼소송을 재검사함으로써 연혁적으로 별개의 이종의 이혼방식을 하나의 이혼법 체계로 통합하는 것이 하나의 과제가 될 것이다.

재판상 이혼에서도 사법적 소송절차에 얽매어 유책배우자의 이혼청구를 기각하고 파탄된 혼인도 미성년 자녀를 고려하여 혼인의 계속을 강제하는 등 사회정의와 형평이라는 법적 통제의 이념으로써 작용할 것이 아니라, 혼인공동생활의 계속 가능성의 판정에 따라 진정한 의미의 파탄주의가 작용할 수 있도록 하여야 할 것이다.

진정한 의미의 파탄주의 하에서의 이혼사건의 처리는 종래와 같은 획일적인 재판 대신에 상담과 조정을 통한 치료법적 방법에 의하여 처리하는 것이 바람직하다. 이리하여 가정법원에서는 문제된 당사자의 혼인에서 발생한 분규를 상담과 조정을 통하여 진단하고 거기에서 발견된 병폐를 치료해 줌으로써 혼인의 파탄을 사전에 방지하는데 최선의 노력을 다하고 이혼이 불가피한 경우 이혼 후의 자녀 등 당사자의 보호를 위한 여러 가지 대책을 강구하는데 역시 최선의 노력을 다하게 된다.

IV. 유책배우자의 이혼청구에 관한 판례 분석

“유책배우자의 이혼청구”가 논점인 판례에 대한 양적·질적 분석을 통해 우리 법원의 입장 확인과 함께 해석론을 통한 파탄주의의 수용 가능성을 모색해보고자 하였다.

유책배우자의 이혼청구에 관한 지난 30년간의 대법원 판례와 최근 3년간의 하급심 판례를 분석해 보면, 유책배우자의 이혼청구를 인용한 판결보다는 배척한 판결이 압도적으로 많다.

협의이혼에서도 아내가 먼저 이혼을 제안하는 경우가 많고, 재판상 이혼에서도 아내가 소를 제기하는 경우가 증가하고 있지만(이화숙, 2012:284), 유책배우자의 이혼청구사건만을 골라내면 이혼을 청구한 사람은 남편이 절대 다수이다. 대법원 사건을 중심으로 살펴보면 남편이 이혼을 청구한 사건은 총 171건 중 153건으로 전체의 89.5%를 차지하고 있으며, 아내가 이혼을 청구한 사건은 18건으로 전체의 10.5%에 불과하다. 또한 청구권자의 성별에 따른 이혼청구의 인용율은 남편이 청구한 경우보다 아내가 청구한 경우가 높은 것을 알 수 있다.

분석대상 판결을 인용 사유별로 살펴보면, 대법원 사건의 경우 19건(43.2%)이 유책배우자의 본소나 반소가 유책배우자의 이혼청구라는 이유로 기각되었으나, 상대방의 본소나 반소가 인용되어 결과적으로 이혼이 인용된 경우로 가장 많다. 그 다음으로 많은 것은 쌍방 책임으로 이혼이 인용된 것으로 인용된 전체 44건 중 16건(36.4%)이 해당한다. 유책배우자에게 주된 책임이 있다고 볼 수 없거나 원고와 피고에게 대등한 책임이 있어 인용된 것이다.

하급심 사건의 경우는 쌍방 책임으로 이혼이 인용된 비중이 상대방의 본소나 반소가 인용되어 결과적으로 이혼이 인용된 경우보다 많지만, 혼인 계속의 의사가 없거나 오기나 보복 감정이 있다고 보아 이혼을 인용한 것은 극히 적다는 점에서 대법원 사건과 공통점을 지닌다.

사실 이혼소송이 본소와 반소로서 다투어진 경우 본소가 됐든 반소가 됐든 유책배우자의 이혼청구는 기각이 되고, 상대방의 이혼청구를 인용하여 결과적으로 유책배우자가 원하는 대로 이혼이라는 효과가 발생하기는 하였으나, 유책배우자의 이혼청구가 인용된 것이라고 보기는 어렵다. 또한 쌍방유책의 경우 상대방에게도 유책배우자의 잘못 정도의 귀책사유가 있으므로 결국 상대방에게도 재판상 이혼사유가 있음을 이유로 유책배우자의 이혼청구가 받아들여지는 것이어서, 상대방에게 귀책사유가 없지만 오기나 보복적 감정에서 이혼에 불응하는 경우에

해당되어 원하지 않는 이혼을 당하게 되는 경우와는 사정이 다르다(이혜진, 2009:227). 진정한 의미에서의 유책배우자의 이혼청구에 대한 예외를 인정함으로써 볼 수 있는 혼인 계속의 의사가 없거나 오기나 보복 감정이 있다고 보아 이혼을 인용한 것으로 대법원 사건의 경우 9건(20.4%)에 불과하다.

하급심 사건 중 항소심은 사건수가 극히 적어 양적 경향성을 파악하기 힘들지만, 대법원과 하급심의 제1심 사건을 선고시기를 중심으로 살펴보면 최근 들어 유책배우자의 이혼청구라도 인용되는 비율이 높아지는 것을 알 수 있는데, 이에 영향을 미치는 것은 혼인관계 파탄에 어느 일방의 주된 책임으로 볼 수 없는 사건의 수가 많아지고 있다는 것과 상대방도 혼인 계속 의사가 있음을 전제로 끝까지 이혼에 반대하기 보다는 반소를 제기함으로써 혼인관계에서 벗어나고자 하는 경향에 의한 것임을 알 수 있다.

유책배우자의 이혼청구가 쌍방 책임으로 인용된 건을 제외한 어느 일방에게 혼인 파탄의 책임이 있다고 인정된 건만을 가지고 유책배우자의 이혼청구에 대한 인용율을 살펴보면, 대법원 사건의 경우 전체 인용율은 5.8%이며, 남편이 유책자인 경우 5.7%만이 인용되었으며, 아내가 유책자인 경우는 7.1%가 인용되었음을 볼 수 있다. 이러한 경향성은 하급심 사건에서도 유사하게 나타나고 있다.

지난 30년간 대법원 판례에서 명백히 파탄을 인정하고 있는 사건은 127건으로 전체 사건의 74.3%에 이른다. 하지만 이 중 44건(34.6%)만 이혼이 인용되어 나머지 83건(65.4%)은 혼인공동생활의 실체가 없는 형해화된 혼인관계를 유지하게 된 결과가 된다.

또한 유책사유를 살펴보면 80년대에는 부정행위가 혼인파탄 원인의 71.8%를 차지하고 있었으나 2000년 이후에는 52.9%로 다소 줄어들고, 배우자로부터의 부당한 대우도 80년대에는 23.1%를 차지하고 있었으나, 2000년 이후에는 11.8%로 절반 가까이 줄어든 것을 살펴볼 수 있다. 반면 “기타 혼인을 계속할 수 없는 중대한 사유”에 포섭되는 부부 불화 등을 이유로 한 혼인파탄이 증가하고 있는 것을 알 수 있다.

제1심에서부터 최종심인 대법원에 이르기까지 인용이면 인용, 기각이면 기각이라는 일관된 판결 결과가 선고된 경우는 총 171건 중 117건으로 전체의 68.4%가 해당하며, 그 나머지인 54건(31.6%)은 심급에 따라 선고된 판결 결과가 달리진 것으로 유책배우자의 이혼청구 사건에 대하여 파탄 여부 및 유책배우자가 누구인지, 혼인 파탄의 책임이 인정되더라도 책임의 경중이 달라지는 경우라든지, 유책배우자의 이혼청구 인용을 위한 예외 사유의 존재 여부에 대한 판단에서 오

기나 보복 감정을 인정할지 말지 등 판단을 위한 여러 단계에서 다른 결정을 내리고 있음을 살펴볼 수 있다.

별거 기간이 혼인관계 파탄 인정 및 이혼 인용이라는 결과에 미치는 영향을 살펴보면, 별거 기간이 20년 이상인 경우에도 혼인 관계 파탄을 부인한 사례가 있는 반면, 별거 기간이 2년 미만이라고 하더라도 파탄을 인정한 사례가 있어 판례를 통한 경향성은 찾아보기 어려우며, 사안에 따라 다르게 판단하는 것으로 보인다.

지난 30년간의 대법원 판례에서 다루어진 유책배우자의 이혼청구가 주된 논점이 되었던 판결문에 대한 분석을 시도한 결과, 사회구조 및 의식의 변화·발전에도 불구하고 대법원의 적극적인 입장 변화를 읽어낼 수는 없었다. 유책배우자의 이혼청구에 대한 원칙적 부정, 예외적 허용이라는 입장이라고 하지만 판례가 예외사유로서 선언한 오기나 보복감정인 경우로 인용된 경우는 극히 드물었고, 이혼 당사자들의 의식변화에서 나타난 적극적인 이혼의사의 표명으로 유책배우자의 이혼청구가 인용되는 것들이 더 많은 것이 사실이다. 또한 80년대에는 남편의 부정행위가 주된 유책사유로 등장한 반면, 최근으로 올수록 어느 일방의 명백한 유책에 기한 혼인 파탄보다는 어느 일방의 잘못으로 돌리기에 어려운 사안들이 많이 등장하고 있는 것을 살펴볼 수 있었다.

유책배우자의 이혼청구를 어떻게 처리하여야 하는가에 대하여 유책배우자의 상대방의 입장이 고려되어야 한다. 그러나 유책배우자의 이혼청구에 대하여 상대방의 입장은 다양하다. 크게는 상대방도 적극적으로 반소를 제기하여 이혼과, 위자료, 재산분할청구 등을 구하는 경우와 이혼은 절대로 하지 않겠다고 하면서 원고 청구의 기각만을 구하는 경우로 나눌 수 있다. 또한 이혼의사가 없음을 명백히 밝히는 경우는 유책배우자의 상대방으로서 본인들이 재판상 이혼사유가 있다 하여 먼저 이혼소송을 제기할 위치에 있었음에도 이혼에 따른 자녀들의 장래와 이혼 후의 본인의 입지 등을 고려하여 파탄에 이른 가정이라도 혼인의 완전한 해소를 원하지 않는 경우가 종종 있고, 또는 형해화된 혼인이라고 할지라도 적법한 부부라는 사실에 위안을 얻고 자존심을 걸고 이혼하지 않으려고 하는 경우도 있을 것이다(이혜진, 2009:232).

이러한 상대방의 이혼의사에 따라 이혼여부를 결정하는 지나치게 형식적인 해석은 부부관계의 실질이 없는 형해화된 혼인의 보호를 위해 개인의 자유와 행복을 지나치게 제약하는 결과로 이어질 수 있다. 혼인이 파탄되었고 회복 가능성도 없는 경우라면, 누가 이혼청구를 제기하였든 상관없이 파탄된 이혼을 해소하고 각자 새로운 가족관계를 영위할 수 있는 길을 열어주는 것이 당사자의 진정한

의사에 부합하는 것이고 국가가 개인의 자유와 행복을 실질적으로 보장해 주는 길일 것이다(이선미, 2010). 물론 혼인관계에 있는 사람보다 이혼한 사람이 불리한 경우가 적지 않은 현실을 감안하여 자신의 유책사유 없이 이혼한 사람에 대하여 이혼 후 적절한 보상 및 지원이 주어질 제도는 마련되어야 할 것이다.

V. 이혼제도에 관한 수용성 조사

결혼 및 이혼과 관련한 우리 사회의 정서가 어느 지점에 와 있는지, 그리고 이혼법은 이를 어떻게 반영하여 개선되어야 할 것인지에 관하여 일반 국민의 정서와 전문가의 의견을 고찰하였다. 그리고 그 결과는 아래와 같이 요약할 수 있다.

이혼사유로서 국민들이 수용하는 범위가 과거에 비해 다양해졌음을 관찰하였다. 특히 중독 및 도박, 재결합의 희망이 없는 장기 별거, 배우자의 외도, 가출 및 외박 등은 주요 이혼사유로서 법 차원에서 중시되고 인정되어야 한다는 응답이 대세이다. 그리고 이러한 갈등 사안이 존재할 때 단호히 이혼하겠다는 응답이 주류를 이룬다. 따라서 현행 이혼법의 규정 범위나 해석 범위를 확대할 필요가 있음을 확인하였다.

한편 부부관계 회복을 위해 상담의 필요성이 광범위하게 인식되고 있음을 관찰하였다. 원할 때 적절한 상담에 접근할 수 있도록 제도적 지원이 이루어질 경우, 불필요한 이혼을 줄일 수 있을 것이다. 다만 이는 전문 인력의 양적·질적 확보가 전제되어야 하고, 매 사례마다 필요한 만큼의 상담이 이루어져야 하는 사안이다. 특히 이혼 신청자들이 우선적으로 상담을 충분히 받도록 하기 위한 의무화 작업과 더불어 국가의 비용 지원과 개인의 부담 수용이 함께 이루어질 수 있게 적극적으로 홍보되어야 할 일이다.

또한 협의이혼의 경우에도 부부문제나 법률적 지식에 관한 상담이나 자녀양육과 관련된 법원의 조정 필요성이 강력히 제기되었다. ‘강요나 압박에 의한 합의’ 등 협의이혼이 남용될 가능성에 대한 전문가들의 우려는 협의이혼에도 현재까지 보다는 적극적인 외부 개입이 필요하다는 의견을 뒷받침한다. 또한 숙려기간 동안의 상담과 교육의 의무화 필요성 역시 제기되었다. 이는 협의이혼에서도 법원이나 전문 상담의 개입 증가가 필요하다는 인식을 의미한다. 따라서 협의이혼이 간소화된 재판상 이혼으로 편입되는 방안이 긍정적으로 검토될 필요가 제기되는 것이다. 즉, 협의된 내용이 객관적으로 공정한 지, 어느 한편 배우자나 미성년자

녀에게 가혹한 결과를 초래하지는 않을지 등에 관한 확인과 더불어 법률적 자문이나 전문 상담과 교육 등이 법원의 테두리 내에서 제공될 뿐 이혼여부와 관련된 법정 다툼은 동반하지 않는다. 이는 현행 협의이혼을 법원의 테두리 안으로 흡수하는 방식을 의미한다.

그리고 “재판상 이혼이 판결 선고시까지 너무 장시간이 소요되어 시간과 비용의 낭비가 심하다”는 개방형 설문지 전문가의 의견에 비추어 볼 때, 재판이혼 역시 간소화될 필요가 있음이 지적된다. 따라서 재판상 이혼을 간소화하고 협의이혼을 간이 재판상 이혼으로 편입할 경우, 현행 이원화된 체제는 궁극적으로 일원화될 수 있다.

무엇보다 주목할 것은 재판상 이혼의 경우에도 무조건 유책배우자의 이혼청구를 제한하자는 분위기는 아님을 확인하였다는 점이다. 국민 정서 역시, 이혼 자체를 판단하는데 있어서는 무책 배우자의 혼인 유지 권리보다는 혼인파탄 여부를 중시하는 분위기 쪽으로 흘러가고 있다. 또한 현행 유책주의 이혼법 하에서는 “외부 도움이 없이 부부관계가 극도로 악화될 때까지 버티기 때문에, 막상 이혼을 신청한 경우에는 관계를 되돌리기 쉽지 않다”는 개방형 설문지 전문가의 의견은 이를 뒷받침한다.

그럼에도 불구하고 파탄주의 원칙이 적용될 경우 벌어질 상황에 대한 우려가 매우 높음을 확인하였다. 특히 이혼 과정에서 무책 배우자가 억울함을 보상받을 수 있고 가혹한 상황에 놓일 것이라는 우려가 상당히 높고, 이에 대한 보완책이 마련되어야 한다는 목소리 역시 높음이 드러났다. 따라서 우리 사회에서 파탄주의 이혼법이란 유책주의 원칙의 완전한 폐기를 의미하는 것이 아니고, 무책 배우자의 억울함을 보상할 수 있는 길을 터놓아야 한다는 것이 국민 정서임을 확인할 수 있다. 또한 경제적 약자에 대한 고려 그리고 상대방에게 지나치게 가혹한 결과를 안기지 않을 수 있는 방안 등이 모두 고려되어야 한다는 것 역시, 현재의 이혼법 개정이 함께 안고 가야만 할 과업이다. 다만 이 모든 것이 혼인 생활 중의 유책에 대한 징벌 차원이 아니라 이혼 후 삶의 질을 보호하는 차원에서 결정되어야 한다는 데 대해서는 우리 사회의 수용성이 이미 상당한 정도로 성숙해 있음을 확인했다는 데서 의의를 찾는다.

일반 국민들에게서 도출된 위와 같은 응답 경향은 큰 틀에서는 전문가들의 응답과 다르지 않다. 부연하자면, 국민 정서는 이미 세계적 추세와 같이 파탄주의 이혼원칙의 정서와 크게 괴리를 보이지는 않는다는 것이다. 결론적으로 이혼 여부 자체를 판단하는 데 있어서는 파탄주의 이혼법의 핵심적인 부분을 도입하되 국민 정서와 현실을 반영한 보완책을 광범위하고 세심하게 마련하는 것이 앞으

로의 관건이다. 무엇을 보완해야 하고 그럴 경우 어떤 비용을 치를 준비를 해야 할 것인지에 관해 각계 전문가들의 거듭되는 검토와 여론에 대한 확인 작업이 면밀하게 이루어져야 할 것으로 생각한다.

VI. 이혼법제 개선방안

이상의 연구결과를 토대로 당사자 사이의 분쟁의 완만한 해결을 유도하여 가족관계의 회복 및 이혼 후의 부모와 자녀 사이의 책임 이행에 긍정적 효과를 가져올 수 있는 방안으로 파탄주의 이혼법의 수용 가능성 모색과 이혼절차에서의 자녀 복리의 실현을 위한 이혼법제의 개선 방안을 제안하고자 한다. 전개 순서는 우선 유책배우자의 이혼청구라는 협소한 주제로 시작하여 협의이혼과 재판상 이혼의 통합 방안이라는 포괄적인 주제로 마무리 지우고자 한다.

1. 유책배우자의 이혼청구에 관한 해석론의 한계

유책배우자의 이혼청구를 받아들이는 것은 현행법의 운용을 통해서도 가능하다. 그러나 우리 대법원은 유책배우자의 이혼청구를 받아들이지 않는 것을 원칙으로 하는 입장을 장기간 견지해 오고 있으며, 최근의 2009. 12. 24. 선고 2009므2130 판결에서는 제1심과 제2심에서 원고가 유책배우자로 판단되었던 사건임에도 불구하고 유책배우자의 이혼청구 사안으로 판단하지 아니하고 쌍방 유책으로 보아가면서까지 유책배우자의 이혼청구를 받아들이는데 인색한 태도를 취하고 있다. 따라서 혼인관계에서 유책배우자가 스스로 이혼을 구하는 경우 우리 대법원이 그러한 이혼청구를 받아들이는 것으로 멀지 않은 시일 내에 입장을 변경할 것이라고는 선뜻 기대하기 어려운 실정이다(이선미, 2010:112).

혼인관계 파탄에 있어서의 책임 유무 및 그 경중을 판단하는 것은 사실 인정의 문제로서 실무에서는 아주 극단적인 경우를 제외하고는 유책배우자의 이혼청구에 관한 판단을 피하면서 이혼을 선고하는 것도 가능하다. 법원의 자유심증에 의한 판단은 어찌 보면 ‘당해 사안에서 이혼을 인정하여야 할 필요성이 있는지 여부’라는 결론에 짜 맞추어 결정되어지는 것이 될 수도 있는 것이다.

그러나 위와 같이 실무상 해결이 가능하다고 하더라도 이는 이혼원인에 관한 근본적인 논의를 회피한 미봉책에 불과하고 결과로부터 원인을 도출하는 논리적

모순을 가지고 있다고 할 것이므로, 유책배우자의 이혼청구에 관하여 입법적인 해결책이 절실히 필요한 상황이라고 할 것이다(이선미, 2010:113).

2. 유일한 이혼원인으로서 혼인 파탄 규정

민법 제840조가 그 규정형태상 각 호 상호관계의 해석과 관련하여 논란의 여지를 남기고 있고, 실제로 이와 관련한 해석상의 다툼이 있으므로, 그 상호관계를 명확히 하는 의미에서 조문을 정비할 필요가 있다.

유책배우자의 이혼청구를 받아들이는 것으로 입법태도를 정하게 되면 ‘혼인관계의 파탄’만을 유일한 이혼사유로 규정하는 것이 타당할 것이다. 혼인관계가 파탄되었다는 사실이 인정되면 족하지 이혼사유 자체에 관하여 누구에게 책임이 있는지를 따질 필요가 없기 때문이다. 따라서 상대방 배우자의 유책행위를 대표적인 유형별로 규정해 놓은 것이라 할 수 있는 현행 민법 제840조 제1호 내지 제5호의 규정은 삭제됨이 타당하고, 제6호의 사유만을 유일한 이혼사유로 삼아야 할 것이다(이선미, 2010:114). 다만, 제840조 제6호에 규정된 ‘기타 혼인을 계속할 수 없는 중대한 사유가 있을 때’라는 문구를 유지하는 것에 대해서는 신중할 필요가 있다. 왜냐하면 대법원은 민법 제840조를 유책주의로 해석하는 연장선상에서 제6호마저도 유책주의로 해석하여 왔기 때문이다. 따라서 기존의 문구를 그대로 사용하여 “사유”를 강조하는 것보다 “혼인관계가 파탄되어 회복의 전망이 없을 때”라는 상황을 강조하는 법 문구로 변경하는 것을 제안하고자 한다.

3. 혼인파탄 추정 기간 신설

부부가 상당 기간 별거한 경우 그것이 민법 제840조 제6호 사유에 해당하는지 여부와 관련하여서는 구체적 사안에서 논란이 있을 수 있다. 실제 대법원 판례 분석 결과에 의하면 20년 이상 장기 별거한 부부의 경우에 파탄을 인정한 경우도 있고, 인정하지 않은 경우도 있다. 이는 단순히 별거기간만을 기준으로 삼지 않고 별거하게 된 경위 등을 종합적으로 고려하였기 때문인 것으로 보인다. 따라서 외국의 경우와 같이, 쌍방의 별거가 상당 기간에 이른 경우에는 이로써 혼인생활의 파탄을 추정하는 규정을 둘 필요가 있다. 이미 장기간의 별거를 통하여 외형적으로 혼인생활의 파탄이 추정되는데도 불구하고 다시 소송과정에서 이혼원인을 주장·입증하여야 한다면, 이는 법원으로 하여금 당사자의 사적 영역에

지나치게 개입하도록 하는 결과가 될 뿐더러, 당사자 간의 극심한 감정대립을 불러올 수도 있는 등 득보다 실이 더 클 수 있기 때문이다.

별거기간과 관련하여 외국의 입법례는 당사자의 이혼의사가 합치하지 않는 경우, 독일이 3년, 프랑스가 2년, 영국이 5년, 일본의 민법개정요강이 5년의 기간을 각각 규정하고 있다.

우리나라의 경우에도 혼인생활의 파탄을 추정하는 규정으로서 3년 정도의 기간으로 정하는 것이 적절하다고 본다. 이는 설문조사를 통해 가정불화를 이유로 한 별거가 어느 만큼일 때 더 이상 부부관계를 회복할 전망이 없다고 생각하는지 알아본 결과, 사안에 따라 다르게 판단해야 한다는 응답자를 제외한 응답의 평균치가 일반 국민의 경우 2.5년, 전문가의 경우 3.3년 정도로 그리 길게 인식하고 있지 않음을 확인할 수 있었기 때문이다(표 V-25 참조).

가. 자녀 및 상대방의 보호 방안

혼인 파탄만으로 이혼원인을 일원화할 경우, 혼인파탄에 대한 책임이 없으면서도 이혼을 당하게 되는 상대방 배우자에게 지나치게 가혹한 결과가 발생할 가능성이 있다. 약자인 배우자나 자녀, 특히 미성년 자녀를 보호하기 위하여 가혹조항의 신설이 필요하다. 외국의 입법례와 같이, 이혼으로 인하여 부부 사이에서 태어난 미성년 자녀의 가정적·교육적·정신적·경제적 상황이 본질적으로 악화되어 그 자녀의 행복이 심각하게 침해될 우려가 있는 등 그 자녀의 이익을 위하여 부부관계를 유지하는 것이 꼭 필요하다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우 및 이혼으로 인하여 배우자의 일방이 정신적·사회적·경제적으로 아주 심각한 상황에 처하게 되는 등 이혼이 배우자의 일방에게 심히 가혹한 결과를 초래하는 것이어서 이혼을 원하는 상대방의 이익을 고려하여 보더라도 혼인생활을 계속하는 것이 필요하다고 인정되는 경우에는 이혼을 허용하지 않는다는 내용으로 구성하면 될 것이다(오상진, 2003:153).

또한 일본 민법개정요강에 삽입된 신의칙 조항의 신설을 고려할 필요가 있다. 가혹조항 이외에 신의칙 조항을 두게 되면 “이혼 후”의 상대방 또는 자녀에게 가혹한 상황에 대한 대처뿐만 아니라, “이혼 이전”의 사정에 의하여 청구가 신의에 반하는 경우에 대처할 수 있다는 장점이 있다. 이상의 제안을 기초로 하여 재판상 이혼원인 및 자녀 및 상대방 보호방안에 관한 개정안을 구상하면 다음과 같다.

민법 제840조 (재판상 이혼) ① 부부의 일방은 혼인관계가 파탄되어 회복의 전망이 없을 때에는 가정법원에 이혼을 청구할 수 있다.

② 부부가 3년 이상 계속하여 혼인의 본지에 반하는 별거를 하고 있을 때에는 혼인관계가 파탄되어 회복의 전망이 없다고 추정한다.

③ 가정법원은 다음의 경우에 이혼청구를 받아들이지 않을 수 있다.

1. 이혼으로 인하여 상대방 또는 미성년 자녀에게 참을 수 없을 정도로 특별히 가혹한 상황이 발생할 경우
2. 이혼청구를 한 사람이 상대방에 대한 협력 및 부양의무를 현저하게 소홀히 하고 있어 그 청구가 신의에 반한다고 인정되는 경우

4. 협의이혼 절차의 개선과 향후 과제

협의이혼제도의 개선 이후 이혼 위기가족 지원사업 운영, 장기상담 실시, 부모 교육의 전국 의무 실시, 양육비 산정 기준 마련 등 일련의 성과가 있었음에도 불구하고, 협의이혼과정에서 미성년 자녀의 복리 차원에서의 법원 개입을 꺼리게 만드는 요인으로 작용하고 있는 협의이혼의사 확인업무의 비송사건으로의 전환은 아직 실현되지 않고 과제로 남아있다.

협의이혼 사건이 여전히 가족관계등록업무로 유지되고 있는 것은 문제이다. 전담법관이 직권 개입을 하기 위해서는 가사소송이나 비송절차 속에 있어야 하는데, 현재 협의이혼 의사확인업무의 성격은 이혼신고를 하기 위해 거쳐야 하는 부수절차로서 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」과 그 규칙 속에서 규율되고 있으며, 이것이 바로 협의이혼 절차가 형식적으로 흐르게 되는 본질적인 한계를 지니게 된 원인이 된다.

또한 현행 민법 제837조 제4항은 “양육에 관한 사항의 협의가 이루어지지 아니하거나 협의할 수 없는 때에는 가정법원은 직권으로 또는 당사자의 청구에 따라 이에 관하여 결정한다. 이 경우 가정법원은 제3항의 사정을 참작하여야 한다”라고 되어 있음에도 불구하고, 협의이혼 절차에서는 협의이혼 담당판사가 직권으로 결정할 수가 없다(정승원, 2012:132).

협의이혼을 순수한 사적자치의 영역으로 당사자들의 협의를 한 이상 법원의 적극적 개입은 바람직하지 않다는 시각도 있으나, 적어도 자녀문제에 관하여는 직권주의를 강화하고 있는 외국 입법례 및 우리나라 법 개정 방향에 비추어 협의이혼 확인업무를 준사법적 성격을 갖는 업무로 승격시켜 가사비송사건으로 입법화 하여야 한다.

5. 재판상 이혼과 협의이혼의 통합 방안

우리 이혼법이 유책주의를 버리고 혼인의 파탄만으로 이혼을 인정하게 되는 파탄주의를 취하고, 자유롭게 혼인을 해소할 수 있는 협의이혼제도에는 자녀의 복리 실현 차원에서 국가의 개입을 용이하게 할 수 있도록 가사비송사건으로 승격하게 되면 재판상 이혼과 협의이혼은 이혼 당사자 사이에 이혼 협의가 있다는 것 외에는 거의 흡사해진다. 협의이혼과 재판이혼을 통틀어 우리 이혼법이 나아가야 할 방향은 사실상 파탄된 혼인관계를 해소할 수 있는 가능성은 열어두되, 그 과정에서 피해를 입는 당사자 및 자녀가 없도록 충분히 배려하는 것이라고 할 수 있다. 따라서 이러한 이혼법이 지향하는 바를 실현하기 위해서는 이혼절차를 합리적으로 개선할 필요가 있다.

그 하나의 방안은 프랑스 민법과 같이 현행 협의이혼절차도 재판이혼절차로 편입시키는 것이다. 그 후, 절차 선별 과정을 통해 이혼 의사의 합치만 있는 경우, 이혼의 결과에 대하여도 합의가 된 경우, 이혼 의사의 합치는 없지만 일방이 이혼을 원하는 경우 등으로 분류를 한다.

이혼의 결과에 대하여도 합의가 된 경우는 사전 절차를 거치지 않고 바로 심리로 나아가서 합의 내용이 당사자 간의 적절한 이익 균형을 고려하고 자녀의 복리에도 부합하는지만 심사하여 이혼결정을 내리면 된다. 그 과정에서 합의에 미비점이 발견될 경우에는 당사자 간의 합의를 지원하기 위한 절차를 거치도록 한다. 그 외에 이혼의 결과에까지 합의가 이르지 않은 경우와 일방에게만 이혼의 사가 있어 다툼이 있는 경우에는 심판이나 소를 제기하기 전에 당사자에 의한 합의를 지원하는 절차를 거치도록 하는 것이다.

이러한 사전절차의 근본 취지는, 부부가 파탄상태에 놓여 결국 이혼에 이르게 되더라도, 그래도 당사자 스스로의 합의에 의한 해결이 가장 서로간의 갈등을 극복할 수 있는 방법이고, 특히 자녀문제에 있어서는 당사자의 합의에 기초하지 않은 법원의 결정은 부모간의 갈등을 해소시키지 못하고 오히려 연장, 심화시킴으로써 자녀의 고통을 가중시킬 수 있다고 보는 것이다(정승원, 2012:123).

협의이혼이 됐든 재판이혼이 됐든 이혼과정에 미성년 자녀의 복리를 위한 개입은 불가결하고, 이혼과정에서 미성년 자녀의 복리를 도모하기 위한 절차도 유사하다. 따라서 절차를 통합하여 사안에 따라 맞춤형 사건관리를 한다면 지원을 한다면 이혼과정에서 부부의 갈등을 낮추고 자녀들의 최선의 이익을 도모하는데 기여할 수 있을 것이다.

6. 조정 기능의 강화

이혼 당사자 사이의 자녀에 대하여 미치는 영향 및 그에 대한 국가의 후견적 개입의 차원에서 가능한 한 양 당사자뿐만 아니라 자녀의 문제도 고려해야 하므로 이혼을 방지하기 위한 조정기능의 강화뿐만 아니라 불가피한 경우에는 이혼 과정에서의 조정기능도 강화시켜야 한다.

현대의 이혼제도는 첫째, 개별적 경우마다 해결책을 제시해 줄 수 있는 치유적 기회를 제공하여야 하고, 둘째 유·무책의 엄격한 구별보다는 치유 가능한 경우와 이혼해야 할 부부를 조속히 판별하여 새로운 상황을 구현해 줄 수 있어야 하며, 셋째 이혼 후에 적절한 육체적, 정신적 보호와 생계유지를 위한 방안을 실현해 줄 수 있어야 한다. 즉, 법의 엄격한 확실성이 아니라 다양한 적용의 가능성을 실현해 줄 수 있는 비법적인 사회적 환경이 법과 조화롭게 적용되어야 하는데 조정기능을 강화함으로써 이러한 요구사항에 대해 해결책을 제시해 줄 수 있을 것이다(정미혜, 2010:159).

조정위원의 전문성을 강화하기 위하여 조정위원은 가사분쟁에 관련된 전문적인 지식과 문제해결능력을 가진 법률전문가와 가족관계학자, 가족복지학자 및 전문상담가 등으로 구성하여야 하고, 주심조정제도를 채택하는 체제하에서는 적어도 2인 중 1인은 법률전문가, 특히 가족법에 대한 열의와 학식이 갖추어진 위원으로 공동주심조정위원이 편성·운영되어야 한다. 또한 신규위촉 조정위원은 물론 모든 조정위원은 조정위원 연찬프로그램에 의한 지속적인 연찬과 국내외의 가사조정제도를 비교·연구하여 조정에 임하게 하여야 한다. 그리고 조정위원의 임기를 5년으로 개선함으로써 책임 있는 직무수행을 하도록 하여야 한다(정미혜, 2010:159).

또한 현재의 조정위원회에 의한 조정이 대부분 변론종결 단계에서 수소법원조정을 대체하는 기능을 하고 있기 때문에, 조기에 조정으로 분쟁을 해결하고자 하는 목적에는 부합하지 않는 형태로 운영되고 있는 한계가 있다(정승원, 2012:128). 이러한 한계를 극복하기 위해서는 각 지역에 가사사건을 위한 가사조정센터를 설립하여 앞서 제안한 사전절차와 유기적으로 연계되어 운영되도록 하여야 할 것이다(정승원, 2012:128).

7. 이혼법 개정을 위한 논의의 장 마련

우리나라 이혼법은 입법과정에서 국민적 정서를 고려하거나 제외국의 사례에 대한 조사 연구나 성찰 없이 일본의 제도를 대부분 그대로 받아들인 태생의 한계를 지니고 있다. 그나마 협의이혼제도는 몇 차례의 개정을 거쳐 양성평등과 자녀 복리의 관점에서 변화를 도모하였지만, 재판상 이혼제도에 있어 이혼원인에 관한 조항은 수십여년 동안 거의 답보상태에 놓여 있다.

본 연구는 그동안의 연구성과에 보태어 큰 틀의 이혼법 개정이 필요함을 강조하고자 한 것으로 파탄주의로의 전환에 일반 국민들의 저항도 큰 점을 고려하여 파탄주의가 이혼피해자 보호에 더 충실한 제도가 될 수 있음을 홍보하고 실제로 그렇게 운영될 수 있도록 전문가들을 구성하여 이혼제도 개혁을 위한 준비에 착수할 시점에 와 있음을 강조한다.

8. 인적·물적·재정적 뒷받침

지금까지 제안한 파탄주의로의 전환 및 협의이혼과 재판이혼의 통합, 그리고 그 절차적 지원과정에서의 가정법원의 후견적 역할 강화는 그동안 대립적인 분쟁해결의 장으로서만 바라봤던 법원의 역할의 변화를 촉구하는 것으로 기존에 갖추어진 법원의 역량으로는 소화하기 힘든 체제의 대변혁을 요구하는 것이다. 그러므로 이러한 제안은 그 실현을 위한 인력, 시설, 재정 투입을 확대하지 않고서는 추진력을 잃을 수 있다.

가정법원은 현재도 지난 몇 년 사이의 사회의 요구와 법률의 변화를 수용하는 과정에서 어려움을 겪고 있다. 협의이혼 절차의 개선이 그러하였고 2012년 8월부터 시행된 입양허가제도, 그리고 2013년 시행될 성년후견제도 등에서의 가정법원의 후견적 역할 강화와 그에 따른 전문조사관의 역할이 확대되고 있음에도 그에 따른 인력 보강과 시설지원 등은 그다지 크지 않았다.

따라서 이혼법이 나아갈 방향이 뚜렷하고 그에 따른 가정법원의 후견적 역할의 강화가 시대적 요청이라고 한다면 제도 마련을 대비하여 미리부터 인력보강과 시설지원 등의 투자가 이루어져야 할 것이다.

물론 가정법원도 외부 유관기관과의 연계 및 활용을 통한 자체적인 노력을 게을리 해서는 안 될 것이다.

목 차

. 서 론	1
1. 연구의 필요성 및 목적	3
2. 연구 내용 및 방법	4
가. 연구 내용	4
나. 연구 방법	4
3. 연구의 범위 및 한계	6
4. 기대 효과	7
 . 가족의 변화와 이혼법	9
1. 혼인, 가족, 국가의 관계	11
가. 혼인과 가족의 의미	11
나. 가족과 국가의 관계	12
2. 이혼의 증가와 피해의 확대	14
가. 이혼 관련 통계	15
나. 이혼 후의 어려움	20
3. 우리나라 이혼법의 변천 과정	23
4. 현행 이혼법제의 내용 및 문제점	26
가. 협의이혼의 제도의 내용 및 문제점	26
나. 재판상 이혼제도의 내용 및 문제점	34
5. 소결	44
 . 외국의 입법례	47
1. 독일	50
가. 파탄주의로의 전환 과정	50
나. 현행 이혼법의 주요 내용	52

다. 자녀 및 상대 배우자의 보호 방안	53
2. 프랑스	56
가. 파탄주의로의 전환 과정	56
나. 현행 이혼법의 주요 내용	57
다. 자녀 및 상대 배우자의 보호 방안	60
3. 영국	62
가. 파탄주의로의 전환 과정	62
나. 현행 이혼법의 주요 내용	64
다. 자녀 및 상대 배우자의 보호 방안	65
4. 미국	66
가. 파탄주의로의 전환 과정	66
나. 현행 이혼법의 주요 내용	67
다. 자녀 및 상대 배우자의 보호 방안	70
5. 일본	72
가. 파탄주의로의 전환 과정	72
나. 현행 이혼법의 주요 내용	72
다. 파탄주의의 명확화 및 배우자 보호 강화를 위한 시도	73
6. 소결	75
· 유책배우자의 이혼청구에 관한 판례 분석	79
1. 분석 대상 판례	81
2. 판례의 경향	83
3. 대법원 판례의 내용 분석	90
가. 유책배우자의 이혼 청구에 대한 원칙적 부정	90
나. 유책배우자의 이혼청구에 대한 예외적 인용	92
다. 대법원의 혼인관과 파탄 인정 과정에서의 엄격성	116
라. 유책성 입증과 판단에서의 어려움	124
마. 예외 인정에서의 엄격함 고수	131
바. 하급심에서의 파탄주의 수용을 위한 노력 및 변화 경향	140

4. 소결	148
. 이혼제도에 관한 수용성 조사	151
1. 조사 개요	153
가. 조사 목적	153
나. 조사 대상	153
다. 조사 내용	156
라. 조사 도구	159
2. 분석 방법	162
3. 분석 결과	164
가. 결혼 및 이혼에 관한 가치관	164
나. 부부관계 위기 상황에서의 선택 성향 및 부부관계 해소의 적극성	167
다. 이혼제도 개선에 관한 의견	178
4. 소결	222
. 이혼법제 개선방안	225
1. 유책배우자의 이혼청구	227
가. 인용 필요성	227
나. 인용을 위한 해석론	231
다. 해석을 통한 방향 전환의 제한점	234
2. 재판상 이혼 제도	235
가. 이혼원인 개정	235
나. 자녀 및 상대방의 보호 방안	237
다. 개정안 예시	238
3. 협의이혼 절차의 개선과 향후 과제	239
가. 지난 1년 동안의 진전	239
나. 향후 과제: 협의이혼절차의 가사비송사건으로 입법화	241
4. 재판상 이혼과 협의이혼의 통합 방안	243
가. 절차 선별을 통한 차별적 운영	243

나. 사전절차의 통합 운영	244
5. 조정 기능의 강화	245
6. 이혼법 개정을 위한 논의의 장 마련	246
7. 인적·물적·재정적 뒷받침	246
 ■ 참고문헌	249
 ■ 부 록	253
1. 이혼 제도에 대한 국민수용성 조사 (일반국민용) 설문지	255
2. 이혼 제도에 대한 국민수용성 조사 (전문가용) 설문지	269
3. 대법원 판례 목록	283
4. 제1심 사건목록	290
5. 항소심 사건목록	296
 ■ Abstract	299

표 목 차

<표	-1> 총 이혼건수, 조(粗)이혼율 및 유배우이혼률	15
<표	-2> 미성년 자녀 유무별 이혼건수 및 구성비	16
<표	-3> 남성의 연령별 이혼건수	17
<표	-4> 여성의 연령별 이혼건수	18
<표	-5> 남녀 평균 이혼연령	18
<표	-6> 혼인지속기간별 이혼 건수 및 구성비	19
<표	-7> 이혼사유별 구성비 추이(2001-2011)	20
<표	-8> 이혼종류별 이혼건수 및 구성비	27
<표	-9> 가사소송사건 중 재판상 이혼 접수건수 및 구성비(2011년)	36
<표	-10> 재판상 이혼사건 처리 결과(2011년)	37
<표	-11> 지방법원 가사조정사건 처리상황(2011년)	38
<표	-12> 2011년 재판상 이혼사건에 대한 병합사건 등 건수표(제1심)	38
<표	-13> 가사소송사건 및 재판상 이혼사건의 평균 처리기간(2011년)	39
<표	-14> 지방법원 가사조정사건 처리기간(2011년)	40
<표	-1> 일본의 민법의 일부를 개정하는 법률안 요강(1996년)	75
<표	-1> 유책배우자의 이혼청구 사건(하급심)	82
<표	-2> 분석대상 판결의 이혼청구에 따른 이혼 결과	83
<표	-3> 인용 사유별 분석	84
<표	-4> 선고 시기별 이혼 인용율	86
<표	-5> 유책배우자의 이혼청구 인용율	87
<표	-6> 선고 연대별 파탄 인정 여부	87
<표	-7> 선고 시기별 유책배우자의 유책사유(파탄원인)	88
<표	-8> 선고 시기별 심급간 판결의 일관성	89
<표	-9> 별거기간에 따른 파탄 및 이혼 인용 여부 (대법원)	90
<표	-1> 일반 국민 응답자의 사회인구학적 특성	154

<표	-2> 전문가 응답자의 사회인구학적 특성	155
<표	-3> 일반 국민과 전문가 조사의 세부 내용	157
<표	-4> 결혼 및 이혼에 관한 가치관의 보수성 척도	159
<표	-5> 파탄주의에 관한 수용성 척도	160
<표	-6> 파탄주의 이혼법 도입 이후 상황 전망	161
<표	-7> 결혼과 이혼에 관한 보수성 및 항목별 평균치	164
<표	-8> 결혼 및 이혼에 관한 가치관의 보수성(일반 국민의 성차)	166
<표	-9> 결혼 및 이혼에 관한 가치관의 보수성(연령)	167
<표	-10> 부부 관계 위기에서의 선택 성향	170
<표	-11> 성별 부부관계 위기상황에서의 선택 성향	172
<표	-12> 연령대별 부부관계 위기상황에서의 선택 성향	174
<표	-13> 협의 불가능시 부부관계 해소에 관한 적극성의 성차	175
<표	-14> 협의 불가능시 부부관계 해소에 관한 적극성(연령대별 차이)	177
<표	-15> 협의이혼제도에 관한 전반적인 개선 의견	179
<표	-16> 협의이혼 의사 확인절차 개선에 관한 전문가 의견	180
<표	-17> 협의이혼시 숙려기간의 의무화 및 숙려기간의 길이에 관한 의견	181
<표	-18> 협의이혼시 상담 의무화에 관한 의견(일반 국민과 전문가)	182
<표	-19> 상담제도 개선에 관한 일반국민의 의견(성차)	183
<표	-20> 상담 의무화 시 비용 분담에 관한 의견	185
<표	-21> 숙려기간 시 교육 및 상담 프로그램 제공의 효과성 예측	186
<표	-22> 재판상 이혼사유 명시 방안에 관한 의견	187
<표	-23> 기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유에 관한 의견	188
<표	-24> 기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유에 관한 의견 (일반 국민 성차)	191
<표	-25> 파탄(부부관계 회복 전망 없음) 추정 별거기간에 관한 의견	192
<표	-26> 이혼과정에서의 유책 판단에 관한 의견(일반 국민과 전문가)	194
<표	-27> 파탄주의에 대한 수용성 척도 및 항목별 평균치	194
<표	-28> 파탄주의 도입에 관한 찬성 비율(일반인과 전문가)	196
<표	-29> 파탄주의 도입에 관한 연령대별 차이	197

<표	-30> 이혼경험 유무에 따른 파탄주의 도입에 관한 의견 차이	197
<표	-31> 파탄주의 도입시 구체적 전망에 관한 일반국민과 전문가 차이 ..	199
<표	-32> 파탄주의 원칙 도입시의 전망에 관한 일반인 성차	200
<표	-33> 파탄주의 원칙도입시의 전망에 관한 가구소득별 차이	201
<표	-34> 파탄주의 원칙 도입시의 전망에 관한 거주지별 차이	201
<표	-35> 파탄주의 도입 이후 상황 전망 차이(일반국민 대 전문가)	202
<표	-36> 파탄주의 수용을 위한 보완 사항	203
<표	-37> 파탄주의 수용시 보완 사항에 관한 일반인과 전문가 차이	205
<표	-38> 파탄주의 수용시 보완사항에 관한 성별 차이	206
<표	-39> 파탄주의 수용시 보완사항에 관한 개인소득별 차이	207
<표	-40> 파탄주의 수용시 보완사항에 관한 가구소득별 차이	207
<표	-41> 파탄주의 수용시 보완사항에 관한 거주지별 차이	208
<표	-42> 협의이혼과 재판상 이혼의 통합 방안	208
<표	-43> 협의이혼과 재판이혼 통합 방안에 관한 의견(일반인과 전문가) ·	209
<표	-44> 협의이혼과 재판이혼 통합 방안에 관한 의견(연령대별 차이)	211
<표	-45> 협의이혼과 재판이혼 통합 방안에 관한 의견(학력별 차이)	211
<표	-46> 협의이혼과 재판이혼 통합 방안에 관한 의견(가구소득별 차이) ·	212
<표	-47> 협의이혼과 재판이혼 통합 방안에 관한 의견(거주지별 차이)	213
<표	-48> 협의이혼과 재판이혼 통합 방안에 관한 의견(결혼경험 유무)	213
<표	-49> 협의이혼과 재판이혼 통합 방안에 관한 의견(이혼경험 유무)	214
<표	-50> 재산분할에 관한 의견에서의 일반인과 전문가의 의견 차이	215
<표	-51> 재산분할에 관한 의견에서의 성차	216
<표	-52> 친권과 양육권에 관한 일반인과 전문가의 의견 차이	217
<표	-53> 친권과 양육권에 관한 일반 국민의 성차	218
<표	-54> 양육비 부담에 관한 일반인과 전문가 의견 차이	219
<표	-55> 양육비 이행확보 수단의 우선순위 응답 분포	220
<표	-56> 양육비 이행강제 우선순위(일반인과 전문가)	221
<표	-57> 양육비 이행강제 우선순위에서의 성차	221
<표	-1> 재판상 이혼에 관한 개정안 예시	239

<표 -2> 이혼위기가족 회복지원 사업 내용 예시	240
-----------------------------------	-----

그림 목 차

[그림 -1] 현행 민법에 따른 협의이혼 절차 흐름도	28
-------------------------------------	----

I

서론

1. 연구의 필요성 및 목적	3
2. 연구 내용 및 방법	4
3. 연구의 범위 및 한계	6
4. 기대 효과	7

1. 연구의 필요성 및 목적

2011년에 “협의이혼제도의 운용실태 및 개선방안”이라는 연구를 수행하였다. 그 결과 협의이혼 과정에서 자녀의 복리를 고려하기 위해 많은 개선이 있었지만 여전히 자녀의 복리의 실현은 제한적인 것을 살펴볼 수 있었다.

그 원인으로 이혼숙려기간 동안 상담은 권고 수준에 머물러 있어 실제 숙려기간동안 상담을 받지 않고 그냥 흘러보냈다는 의견이 많아 숙려기간이 제대로 활용되지 못하고 있고, 이혼 당사자들이 자녀 양육과 관련하여 협의한 내용에 대하여 법원은 보정을 명할 수 있다고 되어 있지만 실무에서는 여전히 “협의”에 방점을 두어 개입을 기피하는 경향이 있음을 발견하였다.

그리고 그 단기적인 해결방안으로 이혼숙려제도의 활성화를 위한 미성년의 자녀가 있는 이혼 당사자에 대한 상담의무화와 협의이혼의사 확인 업무의 가사비송사건으로의 승격을 제안한 바 있다. 또한 장기적으로 우리나라 이혼법이 나아가야 할 방향은 사실상 파탄된 혼인관계를 해소할 수 있는 가능성은 열어두되, 그 과정에서 피해를 입은 당사자 및 자녀가 없도록 충분히 배려하는 것이라고 제안하였다.

우리나라 이혼법은 입법과정에서 국민적 정서를 고려하거나 제외국의 사례에 대한 조사 연구나 성찰 없이 일본의 제도를 대부분 그대로 받아들이는 태세의 한계를 지니고 있다. 그나마 협의이혼제도는 몇 차례의 개정을 거쳐 양성평등과 자녀 복리의 관점에서 변화를 도모하였지만, 재판상 이혼제도에 있어 이혼원인에 관한 조항은 수십여년 동안 거의 답보상태에 놓여 있다. 그러므로 본 연구는 2011년도 연구의 후속작업으로, 2011년도 연구에서 살펴보지 못한 재판상 이혼 부분에 중점을 두고자 한다.

현행 이혼법이 우리나라의 혼인과 이혼 현실을 잘 반영하고 있는지 검토함으로써 국민 정서에 부합하고, 가족 구성원의 복리를 기하며, 정의와 형평의 관념에 충실한 이혼법으로 재구성할 필요성이 커진다. 특히, 우리 사회의 혼인과 이혼, 가족관계를 둘러싼 지난 수십년간의 변화를 감안하면 더욱 그러하다.

본 연구에서는 당사자 사이의 분쟁의 완만한 해결을 유도하여 가족관계의 회복 및 이혼 후의 부모와 자녀 사이의 책임 이행에 긍정적 효과를 가져

올 수 있는 방안으로 파탄주의 이혼법의 수용 가능성 모색과 이혼절차에서의 자녀 복리의 실현을 위한 이혼법제의 개선 방안을 모색해 보고자 한다.

2. 연구 내용 및 방법

가. 연구 내용

이와 같은 목적을 위해 본 연구는 다음과 같이 구성된다.

제 I 장에서는 본 연구의 필요성과 목적 그리고 연구내용 및 연구방법에 대해 간략하게 설명함으로써 연구의 방향을 밝히고자 한다.

제 II 장에서는 우리 사회의 변화와 이혼법의 변천과정을 살펴보고, 현행 이혼법제를 구성하는 협의이혼과 재판상 이혼에 대한 내용 분석을 통해 현행 이혼법제에 대한 이해 및 운영 실태와 개선이 필요한 사항들을 점검하고자 한다.

제 III 장에서는 이혼법제에서 파탄주의를 수용하고 있는 외국의 입법례를 검토함으로써 우리나라의 이혼법제 개선 방향의 시사점을 찾고자 한다.

제 IV 장에서는 유책배우자의 이혼청구와 관련된 대법원과 하급심 판례에 대한 분석을 통해 우리 법원의 파탄주의 수용 정도를 알아보고자 한다.

제 V 장에서는 이혼법제 개선방안 도출을 위한 기초 자료로서 일반인과 전문가를 대상으로 실시한 설문조사 분석을 통하여 혼인 및 이혼에 관한 가치관 및 파탄주의에 대한 수용도, 이혼제도에 대한 개선 의견을 제시한다.

제 VI 장에서는 이상의 연구 결과를 토대로 이혼법제 개선 방안을 제안한다.

나. 연구 방법

1) 문헌연구

선행 연구 결과들을 담아내기 위해 협의이혼과 재판상 이혼, 조정 이혼을 주제로 한 자료들을 수집하여 검토 분석하였다. 또한 외국의 입법례를 검토하기 위해 외국의 이혼제도를 소개하고 있는 자료들을 수집하여 검토 분석하였다.

2) 대법원·하급심 판례에 대한 질적·양적 분석

유책배우자의 이혼청구 현황 및 판례의 경향성을 파악하기 위하여 2012년 6월말까지 선고된 사건 중 9월 26일을 기준으로 대법원 법원도서관에 설치된 판결정보특별열람실의 판결문 검색시스템에서 “유책배우자”라는 검색어로 검색된 판례 중 논점이 “유책배우자의 이혼청구”인 사건을 분석 대상으로 삼았다.

대법원 판례는 겹쳐서 제공되는 사건번호를 제외하고 총 188건이 검색되었는데, 판결문의 입수 시점에서 30년 전에 선고된 것은 제공되지 않아 이러한 제약에 걸리는 사건은 제외(총 8건)하고, 1982년 9월 28일 이후에 선고된 사건부터 대상으로 하였다. 이 중 한 사건은 대법원 파기환송 후 원심을 다시 다룬 사건이 포함되어 있어 두 개의 대법원 판례를 하나로 분석하였다.¹⁾ 이렇게 되면 총 분석 건수는 179건이 된다. 하급심 추적 과정에서 해당 법원에서 사건이 제공되지 않아 사건 내용을 파악할 수 없는 것들도 제외하고, 제1심, 제2심, 최종심을 나누어서 보면 유책배우자의 이혼청구와 관련되지만, 최종심에서 유책배우자의 이혼청구가 아니라고 결정된 것은 사안분석에서는 의미 있게 다루었지만 판례의 경향을 살펴보기 위해 실시한 양적 분석 과정에서는 제외하였다. 따라서 양적 분석에 사용된 총 사건수는 171건이며, 내용분석에 사용한 총 사건수는 179건임을 밝혀둔다.

또한 2009년 말 유책배우자의 이혼청구와 관련하여 대법원에서 예외의 인정 범위를 확장한 의미 있는 판결이 나와, 그 이후의 하급심에서의 변화를 엿보기 위해 2010년 1월부터 2012년 6월말까지 서울가정법원과 부산가정법원에서 선고된 사건도 분석에 추가하였다.²⁾ 대법원 판례와 동일한 기준을 사용하여 수집된 사건수는 제1심 사건이 154건, 항소심 사건이 32건으로 총 186건을 분석에 사용하였다.

1) 대법원 2006. 3. 24. 선고 2005므914 판결은 2004. 9. 24. 선고 2004므1033 판결이 파기환송된 이후 원심의 결정을 다시 다룬 사건으로서 2004므1033 판결에 함께 포함시켜 분석하였다.

2) 현재 가정법원이 전국에 다섯 곳이 존재함에도 불구하고 하급심 법원을 서울가정법원과 부산가정법원으로 한정 한 이유는 판례 분석 기간 동안 공백 없이 가정법원으로 존재한 곳은 두 곳 뿐이기 때문이다.

3) 설문 조사

이혼법제 개선방안 도출을 위한 기초 자료로 활용하기 위하여 일반인과 전문가를 대상으로 설문조사를 실시하였다.

일반인을 대상으로 조사는 2012년 5월말을 기준으로 성별, 연령별, 지역별 인구 구성비에 맞추어 무작위로 추출한 표본인 전국 만 19세 이상 성인 남녀 819명에게 2012년 7월말부터 한 달간 구조화된 설문지에 기초하고 훈련받은 면접원에 의한 대면 설문조사를 통해 결혼 및 이혼에 관한 생각과 이혼제도에 관한 의견 등을 수집하였다.

전문가를 대상으로 한 조사는 2012. 6. 19. 한국여성정책연구원에서 개최된 하계가족법 학회 참석자와 2012. 7. 23. 대법원에서 개최된 가정법원 심포지엄-가정법원의 확대와 새로운 과제- 참석자, 그리고 서울가정법원에 재직 중인 판사, 법무부에 근무 중인 법무관을 대상으로 하였다. 비록 편의표집 방법을 취하였고, 구조화된 설문지를 배포한 후 수거하는 방식으로 이루어졌다는 점에서 일반인 조사와 차이는 있지만, 해당 분야의 전문성을 지닌 집단으로서 일반인과 비교분석을 시도하였다.

4) 관련 전문가 자문

학계 및 실무가, 관계 공무원 등 관련 전문가를 모시고 전문가 자문회의를 진행하였다. 이와는 별도로 설문지 개발 및 검토, 자료수집, 정책제언을 위한 전문가 자문을 수시로 활용함으로써 보다 다양한 시각에서 본 연구의 내용 및 방향을 검토하였으며, 그 의의를 점검하고 보완점을 수정하였다.

3. 연구의 범위 및 한계

이혼법은 이혼의 원인 및 이혼에 따른 법률효과³⁾를 규정하고 있는 법률

3) 부부와의 관계에서 재산분할청구권, 위자료청구권, 인척관계소멸 등 혼인으로 발생한 권리의무의 종료를 규정하고 있고, 자녀에 대한 관계에서는 친권자지정, 양육사항, 면접교섭권 등이 규정되어 있다.

을 칭하지만, 본 연구에서는 이혼 절차의 개선에 초점을 두고, 이혼에 따른 법률효과에 대한 부분은 방향성 제시에 그치고, 그 구체적인 제언은 후속연구에 미루고자 한다.

4. 기대 효과

본 연구는 여러 한계점에도 불구하고, 이혼법제 개선의 필요성에 대한 그동안의 많은 논의들을 망라하여 정리하고, 이혼법제 개선의 한 가운데 위치하고 있는 파탄주의 이혼법제에 대한 우리의 현 시점에서의 수용성을 점검해 보고 이혼법제의 개선방안을 제시함으로써 향후 민법 및 가사소송법 등 관련 법령 정비를 위한 기초자료로 활용될 것으로 기대된다.

II

가족의 변화와 이혼법

1. 혼인, 가족, 국가의 관계	11
2. 이혼의 증가와 피해의 확대	14
3. 우리나라 이혼법의 변천 과정	23
4. 현행 이혼법제의 내용 및 문제점	26
5. 소결	44

이 장에서는 사회구조의 변화에 따른 혼인과 가족, 그리고 국가의 관계에 대한 고찰, 이혼의 증가와 폐해를 살펴보고, 그에 대응하기 위한 우리 이혼법의 변천과정과 현행 이혼법제의 내용과 현행 이혼법의 문제점을 살펴봄으로써 이혼법제 개선의 필요성을 도출하고자 한다.

1. 혼인, 가족, 국가의 관계

가. 혼인과 가족의 의미

인간은 탄생하면서부터 원초적으로 생존하기 위하여 가족을 이루고 가족을 지속, 보존하기 위하여 이성간의 짝을 짓는 결합을 혼인이라는 제도로 발전시켰다.

일찍부터 중국, 인도를 비롯한 동양의 농경 문화권에서는 기본적으로 부부를 중심으로 하여 거기에서 탄생한 자식과 그 형제들의 결속과 화목을 인간사회의 최고의 이상으로 생각하여 왔다. 그리고 이러한 가족공동체 결속의 중심에는 정통성 있는 종족을 잉태, 출산, 양육하는 기초로서, 부부간의 화합의 원리가 중핵을 이루어 왔다(정미혜, 2010:8). 이러한 가족과 부부존중의 전통은 국가권력이 강화되고 전제군주제가 탄생하면서 정치적 동기와 권력의 남용으로 가족윤리의 정신이 변질하거나 악용되기도 했지만, 국민들의 가족 존중적 기본정신의 변질을 의미하는 것은 아니었다(정미혜, 2010:8).

서양의 경우에도 20세기 초까지 혼인은 중요한 부양제도이자 배우자 및 자녀의 사회적 지위를 결정하는 것으로 생각되었다. 혼인은 원칙적으로 배우자의 사망시까지 지속하는 것으로 생각되었고 중대한 사유가 있는 경우에는 배우자의 생존 중에 종료할 수 있었다(Mary Ann Glendon 저·한복룡 역, 2012:428). 가족의 연대와 부부의 공동생활이 가족 구성원의 개인적 인격과 이익보다 강조되었다. 가족 내의 기본적인 권위 체계와 역할 분담에 있어서 남편은 의사결정에 있어서 우월하고 가족의 물질적 필요를 제공한다고 선언되었다. 아내와 어머니로서의 역할은 주로 가사와 육아를 담당하

는 것이었다. 출산과 육아는 혼인의 주된 목적으로 간주되었고, 성관계는 적어도 아내에게 있어서 혼인 내에서만 배타적으로 가능한 것으로 생각되었다(Mary Ann Glendon저·한복룡 역, 2012:428).

그러나 오늘날 개인의 부와 권력과 지위는 가족관계에 의하여 결정되는 요소는 줄고 자신의 노동력에 의해서 결정되는 요소나 반대로 자신과 정부와의 의존관계에 의하여 결정되는 요소가 늘어나고 있다. 가족은 물론 그 구성원의 장래 생활에 지극히 중요한 영향력을 발휘하지만, 그것은 주로 교육과 관련하여 자녀들에게 줄 수 있는 실질적·물질적 이익을 통해서 대부분 간접적으로 작용한다(Mary Ann Glendon저·한복룡 역, 2012:429).

이와 같이 가족의 의미는 시대에 따라 끊임없이 진화해왔다. 전통적인 대가족이 1970년대 산업화를 거치면서 '핵가족'으로 분화했고, 90년대에는 자녀를 안 갖는 '딩크족(DINK; Double Income No Kids)'이 출현했다. 그리고 지금은 한부모 가족, 조손가족, 다문화가족, 동성애 가족, 덩크펫 가족⁴⁾, 패치워크(patchwork) 가족⁵⁾ 등 가족의 '해체와 재탄생'이 본격적으로 이뤄지고 있다. 과거엔 생각도 못한 전혀 새로운 가족 형태도 등장하고 있는 것이다. 이러한 점에서 가족의 의미는 '혈연'만으로 맺어지는 시대에서 '관계' 중심으로, '혈연 공동체'에서 '정서 공동체'로 가족의 본질이 바뀌고 있는 것이다.

나. 가족과 국가의 관계

가족은 구성원간의 유대와 사랑을 통해 정서·심리적인 안정감을 제공하고, 자녀 양육과 사회화, 간병과 돌봄, 의식주 제공 등으로 사회·경제적인 질서 구축과 안정을 촉진하는 기능을 수행하고 있다(임관식, 2012:2). 가족이 국가와 사회를 위해 기여하는 고유한 능력이 있음으로 인해 가족의 문

4) 맞벌이하면서 자녀를 낳지 않고, 그 대신 애완동물(pet)을 키우는 가족을 말한다.

5) 재혼으로 결합한 부부와, 성이 다른 자녀로 구성된 가족을 사회학자들은 '패치워크(patchwork) 가족'이라 부른다. 패치워크는 '자투리 조각보를 이어 만드는 수공예 제품'을 말한다. 색깔도 모양도 다른 조각보가 하나로 연결되듯 다양한 구성원이 모여 가족을 만들었다는 의미다.

제가 곧 사회의 문제이며, 국가의 문제로 직결된다.

그러므로 우리 헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”고 규정함으로써 혼인과 가족생활에서의 인간의 존엄 및 양성 평등을 국민의 기본권으로서 보장함은 물론 제도로써 보장하고 있다.

이러한 헌법 상의 기본 원칙을 바탕으로 하여 우리 민법은 가족의 구성과 관련하여 혼인, 혈연 및 입양에 관한 기본적인 사항들을 규정하고 가족의 해체와 관련하여 이혼을 규정함으로써 일정한 제약을 가하고, 가족 구성원들 사이의 사적 부양의 원칙에 관하여 규정함으로써 가족이 잘 기능하도록 지원하였다.

18세기 말, 프랑스 혁명에 의하여 혼인에 관한 교황권의 지배가 사라지면서 등장한 근대의 이혼제도는 근본적으로 가족제도 내지 혼인을 쉽게 파기할 수 있도록 하기 위하여 나온 제도가 아니라 오히려 혼인 계약의 위반자에게 혼인파기에 관한 민사상, 형사상의 책임을 엄격하게 부과함으로써 부부 관계와 가족 관계를 함부로 파괴하지 못하게 하는 중요한 가족제도·혼인제도 보호의 입법으로서 대두한 것이었다(정미혜, 2010:9). 그러나 혼인제도가 엄격하게 유지되면서 이는 혼인 당사자에게 부당한 구속을 강요하는 결과가 되기도 하였다. 그리고 이러한 부당하고 과도한 강요가 가족제도의 본래의 정신에서 벗어나서 불행을 강요하는 결과가 된다는 생각이 개인의 행복추구권의 확대와 더불어 발전하였다(정미혜, 2010:10). 혼인에 대한 구속으로부터 개인을 점차 해방시켰고, 개인이 배우자를 선택할 자유를 얻는 것과 마찬가지로 또한 선택을 정정할 자유를 얻었다.

그러나 1990년대 중반 이후 나타나는 출산율 감소, 혼인을 감소, 이혼의 증가, 여성 가구주 가족의 증가, 독신가구의 증가 등 가족을 둘러싼 다양한 변화는 국가와 가족 간의 새로운 관계 설정을 요구하고 있으며, 가족에 대한 과중한 부담을 완화하고 가족이 그동안 수행해 온 역할과 기능에 대한 국가의 지원을 필요로 하고 있다. 가족에 대한 국가 지원을 위해 「건강가정기본법」, 「가족친화사회환경조성및촉진에관한법률」, 「한부모가족지원법」, 「다문화가족지원법」, 「아이돌봄지원법」 등이 제정·시행되고 있으며, 국가

를 이를 바탕으로 가족 지원 정책을 추진해 나가고 있다.

가족부양은 권리로서 약화되고 있는 반면, 사회보장에 대한 개인의 접근은 더욱 강화되고 있다(한복룡 역, 2012:434). 그러나 법과 제도의 초점이 가족으로부터 개인에게로 옮겨 갔다 하더라도 사회는 여전히 어린이나 노인, 환자, 장애인 그리고 가난한 자를 돌보는 중요한 역할을 가족에게 의지하고 있고, 가족은 여전히 사회가 피부양자를 도우는 중요한 수단이 되고 있다. 그래서 수많은 형태의 가족들은 그들의 구성원을 위해서 뿐만 아니라 국가를 위해서 중요한 역할을 하고 있다(한복룡 역, 2012:448). 이러한 현실에서 가족제도는 사회변화에 대한 사회안전망 내지 효과적인 충격흡수장치로서의 기능을 수행해야 한다.

그러므로 법적 계약으로 맺게 된 혼인계약을 유지시킴으로써 가족공동체를 보호하고, 불가피하게 혼인을 해소하게 되는 경우에는 가족구성원의 복리를 보장하는 법과 제도적 장치가 필요하다.

2. 이혼의 증가와 피해의 확대

우리 사회의 이혼율 증가의 사회적 원인으로는 첫째, 과거에 비해 상대방 배우자에 대한 경제적 의존도의 약화, 둘째 취업여성의 증가와 여성의 경제적 자립가능성의 확대, 셋째 이혼에 대한 사회의 인식변화를 들 수 있다(김상용, 2002:360-362). 이러한 원인에 따른 우리 사회의 급속히 증가하는 이혼율이 가지는 가장 큰 문제점은 증가하는 이혼율 그 자체보다 이혼으로 인해 부부인 당사자가 겪는 경제적 어려움과 미성년 자녀의 정서적 고통일 것이다.

이하에서는 지난 10년간의 이혼관련 통계 수치의 변화를 살펴봄으로써 이혼의 증가 현상을 살펴보고, 이혼 후 겪게 되는 어려움에 대한 선행연구 고찰을 통해 이혼 과정 및 이혼 이후의 적응 과정에 국가의 적절한 개입의 필요성을 도출하고자 한다.

가. 이혼 관련 통계

1) 총 이혼건수 및 조이혼율, 유배우 이혼율의 변화

2011년 이혼은 114,300건으로 2010년 116,900보다 2,600건(2.2%) 감소하였다. 인구 1천 명당 이혼건수를 나타내는 조이혼율은 2.3건으로 전년과 유사하며, 이는 1997년 2.0건 이후 최저 수준이다. 또한 15세 이상 유배우 인구 1천 명당 이혼건수를 나타내는 유배우 이혼율은 4.7건⁶⁾으로 전년보다 0.1건 감소하여 2001년 이후 최저치를 나타냈다.

〈표 Ⅱ-1〉 총 이혼건수, 조(粗)이혼율 및 유배우이혼율

(단위: 천 건, %)

구분	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
총 이혼건수(천건)	134.6	144.9	166.6	138.9	128.0	124.5	124.1	116.5	124.0	116.9	114.3
증감(천건)	15.2	10.3	21.7	-27.7	-10.9	-3.5	-0.5	-7.5	7.5	-7.1	-2.6
증감률(%)	12.7	7.7	15.0	-16.6	-7.8	-2.7	-0.4	-6.1	6.4	-5.8	-2.2
조이혼율	2.8	3.0	3.4	2.9	2.6	2.5	2.5	2.4	2.5	2.3	2.3
유배우 이혼율	5.9	6.3	7.2	6.0	5.5	5.3p	5.2p	4.8p	5.1p	4.8p	4.7p
(부부 1천쌍당)	11.8	12.6	14.4	12.0	10.9	10.6p	10.4p	9.7p	10.2p	9.7p	9.4p

p는 잠정치

자료: 통계청, 2011 혼인·이혼통계⁷⁾, 2012. 4. 19. 보도자료

- 6) 유배우 이혼율 4.7건은 부부 1천쌍 당 약 9.5쌍(4.7×2)이 이혼한 것과 같다.
- 7) 통계청 자료는 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」과 「통계법」에 의하여 우리나라 국민이 전국의 읍·면사무소 및 시·구청(재외국민은 재외공관)에 신고한 혼인 및 이혼신고서를 기초로 집계한 결과를 공표한 것이며, 조이혼율 등 각종 율(率)을 계산하기 위한 인구는 1992년 이전은 추계인구, 1993년 이후는 주민등록인구를 사용한 것이다.
 - 조(粗)이혼율(Crude Divorce Rate: CDR): 1년간 신고된 총 이혼건수를 당해연도의 연앙인구로 나누어 1,000분율로 나타낸 것
 - 일반이혼율(General Divorce Rate: GDR): 1년간 신고된 총 이혼건수를 당해연도의 15세 이상 남성(여성) 연앙인구로 나누어 1,000분율로 나타낸 것
 - 연령별 이혼율(Age-specific Divorce Rate, ASDR): 1년간 신고된 연령별 이혼건수를 당해연도 해당 연령별 남성(여성) 연앙인구로 나누어 1,000분율로 나타낸 것
 - 유배우 이혼율(Divorce Rate of Married Persons): 1년간 신고된 총 이혼건수를

2) 미성년 자녀 유무별 이혼의 변화추세

이혼 부부 중 이혼 당시에 최소한 1명 이상의 미성년 자녀가 있는 경우는 2001년 70.4%(94,759건)에서 2011년에는 52.6%(60,088건)로 지속적으로 감소하고 있는 추세에 있다.

〈표 Ⅱ-2〉 미성년 자녀 유무별 이혼건수 및 구성비

(단위: 천 건, %)

구분	2001	구성비	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	구성비
계 *	134.6	(100.0)	144.9	166.6	138.9	128.0	124.5	124.1	116.5	124.0	116.9	114.3	(100.0)
미성년 자녀 있음	94.8	(70.4)	101.2	114.1	91.1	81.2	75.7	72.8	63.0	68.5	62.9	60.1	(52.6)
미성년 자녀 없음	37.5	(27.8)	41.7	49.2	46.4	45.4	48.2	50.9	52.9	55.1	53.7	53.9	(47.1)

* 미상 포함

자료: 통계청, 2011 혼인·이혼통계, 2012. 4. 19. 보도자료

3) 연령별 이혼건수 및 평균 이혼 연령

남녀 모두 50대 이상을 제외한 모든 연령층에서 이혼건수는 감소하고 있다. 그러나 50대 이상의 이혼건수는 2004년 이후 계속 증가 추세에 있다.

전체 이혼 중 가장 높은 비중의 연령층을 보면, 2001년과 2011년을 비교할 때 연령이 상승하고 있음을 알 수 있다. 남성의 경우 2001년에 이혼자의 연령이 가장 많은 경우가 35-39세(22.4%)와 40-44세(21.5%)이던 것이 2011년에는 같은 경우에 40-44세(19.7%)와 45-49세(18.3%)이다. 이혼연령의 상승 경향은 여성들의 경우도 동일하였는데, 여성들의 이혼연령으로 가장 많은 연령층은 2001년에 30-34세(22.8%)와 35-39세(21.8%)이던 것이 2011년에는 45-49세(19.6%)와 40-44세(19.2%)였다. 이혼연령의 상승 경향은 최근 들어 결혼연령이 상승한 것과 동거기간이 긴 경우의 이혼(혼인기간 15년 이상)이 급증한 것과 연관시켜 이해할 수 있다.

당해연도 유배우 연앙인구로 나누어 1,000분율로 나타낸 것

평균 이혼연령은 남성 45.4세, 여성 41.5세로 2010년 대비 각각 0.4세씩 상승하였으며, 10년 전에 비해 남성은 5.2세(40.2→45.4세), 여성은 4.8세(36.7→41.5세) 상승하였다.

〈표 Ⅱ-3〉 남성의 연령별 이혼건수

(단위: 천 건, %)

구분	2001	구성비	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	구성비	전년대비 증감
계 *	134.6	(100.0)	144.9	166.6	138.9	128.0	124.5	124.1	116.5	124.0	116.9	114.3	(100.0)	2.6
19세이하	0.1	(0.1)	0.1	0.1	0.1	0.1	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	(0.0)	0.0
20-24세	2.1	(1.5)	2.1	1.9	1.7	1.6	1.4	1.3	1.0	1.0	0.9	0.8	(0.7)	0.0
25-29세	12.4	(9.2)	12.2	11.6	9.0	7.7	7.0	6.6	5.7	5.7	4.9	4.4	(3.9)	-0.5
30-34세	26.1	(19.4)	27.5	30.5	24.2	21.1	19.0	17.4	14.1	13.9	12.4	11.8	(10.3)	-0.7
35-39세	30.2	(22.4)	31.8	35.4	29.6	27.0	25.9	25.1	21.6	22.9	20.2	18.7	(16.3)	-1.6
40-44세	29.0	(21.5)	31.6	36.8	29.7	27.1	25.4	24.8	22.2	24.6	23.2	22.5	(19.7)	-0.7
45-49세	17.5	(13.0)	19.9	24.6	21.8	20.6	21.2	22.1	21.6	23.3	22.0	20.9	(18.3)	-1.2
50-54세	9.0	(6.7)	10.1	12.8	11.1	10.9	11.7	12.6	14.1	15.7	15.8	17.0	(14.9)	1.2
55세이상	8.4	(6.2)	9.6	12.9	11.7	11.9	12.8	14.1	16.0	16.8	17.4	18.2	(15.9)	0.8

* 미상 포함

자료: 통계청, 2011 혼인·이혼통계, 2012. 4. 19. 보도자료

〈표 II-4〉 여성의 연령별 이혼건수

(단위: 천 건, %)

구분	2001	구성비	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	구성비	전년대비 증감
계 *	134.6	(100.0)	144.9	166.6	138.9	128.0	124.5	124.1	116.5	124.0	116.9	114.3	(100.0)	-2.6
19세이하	0.5	(0.3)	0.5	0.4	0.4	0.4	0.4	0.5	0.5	0.5	0.5	0.4	(0.4)	0.0
20~24세	7.0	(5.2)	7.0	6.5	5.7	5.0	4.8	4.6	4.1	4.1	3.8	3.7	(3.2)	-0.1
25~29세	22.9	(17.0)	22.7	23.1	18.2	15.7	14.7	13.8	12.0	12.1	10.6	9.8	(8.6)	-0.8
30~34세	30.8	(22.8)	33.4	37.9	30.7	27.3	25.1	23.4	19.4	19.7	17.7	16.8	(14.7)	-0.8
35~39세	29.4	(21.8)	31.0	35.2	29.7	27.6	26.8	26.6	23.5	25.3	22.9	21.2	(18.5)	-1.7
40~44세	24.3	(18.1)	26.9	31.9	26.1	23.6	22.1	22.5	20.9	23.4	22.5	22.0	(19.2)	-0.5
45~49세	11.3	(8.4)	13.5	18.0	15.8	15.6	16.6	17.0	17.9	19.1	18.1	17.9	(15.7)	-0.2
50~54세	4.9	(3.6)	5.6	7.6	6.8	6.9	7.6	8.3	9.8	11.0	11.7	12.5	(10.9)	0.8
55세이상	3.7	(2.7)	4.4	6.0	5.6	5.8	6.4	7.3	8.5	8.8	9.2	10.0	(8.7)	0.8

* 미상 포함

자료: 통계청, 2011 혼인·이혼통계, 2012. 4. 19. 보도자료

〈표 II-5〉 남녀 평균 이혼연령

(단위: 세)

구분	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
남성	40.2	40.6	41.3	41.7	42.1	42.6	43.2	44.3	44.5	45.0	45.4
여성	36.7	37.1	37.9	38.2	38.6	39.0	39.5	40.5	40.7	41.1	41.5

자료: 통계청, 2011 혼인·이혼통계, 2012. 4. 19. 보도자료

4) 혼인지속기간별 이혼의 변화추세

2011년 이혼통계 자료에 의하면 이혼 부부의 평균 혼인지속기간은 13.2년으로 전년 대비 0.2년, 10년 전 대비 2.1년 길어지는 등 지속적인 증가세에 있다. 전체 이혼 중 혼인지속기간 4년 이하의 비중이 가장 많은 26.9%를 차지하였으며, 10년 전에 비해 비중이 급증한 층은 혼인지속기간 20년 이상으로, 10.0%p 증가하였다. 혼인지속기간 20년 이상인 이혼은 2001년 14.8%에

서 2011년 24.8%를 차지하고 있어, 가장 급격한 증가율을 볼 수 있다. 이는 증가하고 있는 황혼이혼 현상을 반영하고 있으며, 고령사회에서 노인 인구 집단의 이혼에 따른 가족문제 심각성에 관한 사회적 관심의 필요성을 시사한다.

〈표 Ⅱ-6〉 혼인지속기간별 이혼 건수 및 구성비

(단위: 천 건, %)

구분	2001	구성비	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	구성비
계 *	134.6	(100.0)	144.9	166.6	138.9	128.0	124.5	124.1	116.5	124.0	116.9	114.3	(100.0)
0-4 년	38.0	(28.2)	39.0	40.9	35.0	33.1	33.0	33.7	33.1	33.7	31.5	30.7	(26.9)
5-9 년	31.0	(23.0)	33.7	38.5	31.8	28.5	27.3	25.5	21.7	23.6	22.0	21.7	(19.0)
10-14년	25.6	(19.0)	28.2	32.7	26.3	23.6	22.4	21.7	18.3	20.0	18.6	17.4	(15.2)
15-19년	19.9	(14.8)	21.4	24.8	20.5	18.9	18.0	18.3	16.5	18.4	16.9	16.2	(14.2)
20년 이상	20.0	(14.8)	22.7	29.7	25.4	23.9	23.8	25.0	26.9	28.3	27.8	28.3	(24.8)
평균 동거기간	11.1	-	11.3	11.9	12.0	12.0	12.1	12.3	12.8	12.9	13.0	13.2	-

* 미상 포함

자료: 통계청, 2011 혼인·이혼통계, 2012. 4. 19. 보도자료

5) 이혼사유별 변화추세

이혼사유로 성격차이, 가족 간 불화, 경제적 문제가 상당수를 차지하고 있다. 특히 이 중에서 “성격차이”는 이혼사유 중에서 가장 많은 비중을 차지하고 있는데, 이러한 현상은 지난 10년간 유지되고 있다. 이혼 사유 중 성격차이가 중요하게 대두되는 것은 다른 관점에서 보면 부부 상호간의 이해와 생활 방식의 차이를 인식하는 노력이 이혼을 방지할 수 있는 방안이 될 수 있음을 예측해 볼 수 있으며, 같은 맥락에서 이혼을 고려하는 사람들에게 부부 각자의 성격에 대한 이해와 부부 갈등에 대한 객관적 분석, 이혼을 하게 될 경우의 어려움에 대해 언급하는 이혼 전 상담은 이혼에 대해 좀 더 신중해질 수 있는 기회를 준다는 점에서 중요하다(박상진, 2009:161). 한편

가족 간 불화는 비교적 감소하고 있는 추세(2001년 17.6%, 2011년 7.1%)인데 비해 경제적인 문제로 인한 이혼(2001년 11.6%, 2011년 12.3%)은 구체적으로 밝힌 이혼사유 중 성격차이 다음으로 많은 비중을 차지하고 있다.

〈표 II-7〉 이혼사유별 구성비 추이(2001-2011)

(단위: %)

연도	계	배우자 부정	정신적·육체적 학대	가족 간 불화	경제문제	성격차이	건강문제	기 타*
2001	100.0	8.7	4.7	17.6	11.6	43.1	0.7	13.5
2002	100.0	8.7	4.8	14.4	13.6	44.8	0.6	13.2
2003	100.0	7.4	4.3	13.0	16.4	45.4	0.6	12.9
2004	100.0	7.0	4.2	10.0	14.7	49.5	0.6	13.9
2005	100.0	7.6	4.5	9.5	14.9	49.2	0.6	13.7
2006	100.0	7.6	4.5	8.9	14.7	49.8	0.8	13.8
2007	100.0	7.8	4.8	8.0	13.7	46.9	0.7	18.0
2008	100.0	8.1	5.0	7.7	14.2	47.8	0.6	16.5
2009	100.0	8.3	5.0	7.4	14.4	46.6	0.6	17.6
2010	100.0	8.6	4.8	7.3	12.0	45.4	0.7	21.3
2011	100.0	8.1	4.7	7.1	12.3	44.9	0.7	22.3

* 이혼사유 미상 포함

자료: 통계청, 2011 혼인·이혼통계, 2012. 4. 19. 보도자료

나. 이혼 후의 어려움

1) 이혼 후의 적응

상대적으로 이혼이 보편화되어 있고 우리보다 앞서 이혼에 대한 연구를 진행하여 온 서구사회에서도 이혼에 대한 통합적인 이론이 정립하고 있지는 못한 듯하다. 이혼연구의 초기에 해당하는 1950년도에서 1960년대에는 이혼하는 사람이 어떤 문제를 가지고 있어서 결혼생활에 적응하지 못한다는 병리적인 시각의 연구가 이혼연구의 주를 이루었다. 1970년대에는 서구

사회에 이혼이 급증하면서 이혼의 순기능을 보고하는 연구결과들이 보고되면서 이혼이 불행한 결혼관계, 스트레스와 갈등으로부터의 해방과 새로운 자기발견의 기회라는 긍정적 측면이 강조되었다(한경혜, 1995:58-59; 김중근, 2003:16).

그러나 1980년대에 이후에는 이혼 후 겪는 어려움, 갈등, 분노, 우울증 등에 대한 연구가 증가하면서 이혼과정과 그 후의 생활을 어떻게 극복해 나가는가 하는 적응 측면이 강조되기 시작하였다. 최근의 전반적인 시각은 이혼이 보편화되었음에도 불구하고, 비록 불행한 결혼으로부터의 출구라는 필요악적 측면을 고려하더라도, 이혼을 예상하는 것 이상으로 어렵고 고통스러운 사건으로 보는 시각이 늘고 있다.

한편 이혼 형태별로 이혼에 미치는 영향 분석을 통해, 부부 간의 합의된 의사가 정서에 긍정적 영향을 미치며, 재판상 이혼은 양자 간의 합의가 이루어지지 않아 법에 호소하는 과정에서 많은 어려움을 경험하게 되므로, 이혼과정에 갈등을 해소할 수 있는 갈등해소 기제를 마련하는 것이 필요하다는 지적도 있다(변화순 외, 2006:129).

2) 생활상의 문제

이혼 후에 이혼자들은 가정의 일상과 규범이 와해되어 두 사람이 했던 가사를 혼자 도맡게 됨으로써 가사업무량이 지나치게 가중되는 경향이 있다. 또한 이혼자들은 대체로 사회·경제적 지위가 하락되어 생활상에 어려움을 겪을 수 있는데 남성에 비하여 여성들이 더욱 경제적인 고통을 받는 것으로 알려져 있다. 해체된 가족은 일반가구에 비하여 평균소득이 낮은 편이다(김중근, 2003:16). 특히 이혼으로 인해 가족해체를 하게 되는 여성들의 실질적인 생활수준의 감소는 2006년의 연구결과에 의하면 이혼한 3년 이내의 여성들의 총소득은 이혼 전에 비해 43%가 감소했다고 밝히고 있다(변화순 외, 2006:97).

우리나라에서도 여성들이 이혼을 망설이는 요인 가운데 첫 번째가 자녀들에 대한 걱정이고 다음이 경제적인 문제인 것으로 조사되었다. 여성이 가장인 한부모 가족의 경우에는 일반가족에 비하여 1/2 수준의 소득으로 생활

하고 있다고 보고되고 있다(김중근, 2003:17).

최근의 김은지 외(2011)의 연구에 따르면 여성이 가장인 한부모 가족의 빈곤율은 25.1%로, 1자녀 양부모 가족의 빈곤율인 8.7%, 2자녀 양부모 가족의 빈곤율인 5.9%와 비교할 때 매우 높은 수치를 보이고 있다.

3) 자녀에게 미치는 영향

“부모의 이혼 과정 중 자녀는 부모의 갈등으로 인한 별거 등으로 발달 단계에 따라 가장 큰 영향을 받게 된다. 이혼가정 자녀의 경우 상대적으로 이혼하지 않은 가정의 자녀에 비해 우울과 위축·불안·자기비난과 같은 심리·정서적인 문제를 보이고(Hoffman, S. & G. Ducan, 2001: 347; 곽배희, 2005:27; 박복순 외 2011:4 재인용), 공격성을 지니거나 충동적이고 비행과 같은 반사회적인 행동을 보이기도 하며, 학업성취도가 낮고, 친구·이성·부모 등 대인관계에 있어서의 사회성도 낮다는 연구결과들이 많다(김동일·우홍련, 2009; 김춘경, 2002; 김혜숙·이희배·유계숙, 2008; 한준아, 2008; 황은숙, 2007; 채선미·이영순, 2011; Smilansky, 2002; 박복순 외 2011:4 재인용).”

“이혼을 결심한 당사자는 하루라도 빨리 원치 않은 혼인관계에서 벗어나 새로운 출발을 할 수 있게 되기를 바랄 것이다. 그러나 이혼과 관련하여 고려되어야 할 요소는 ‘혼인의 신속한 해소(이혼의 자유)’ 외에도 여러 가지가 있다. 객관적으로 완전히 파탄되어 회복할 수 없는 혼인관계가 이혼에 의해서 해소되어야 한다는 점은 의문의 여지가 없지만, 그 과정에서 당사자인 부부와 특히 자녀에게 심리적인 부담이 최소화될 수 있도록 배려해야 하며, 자녀의 양육에 관한 사항 등 이혼의 결과에 대하여 타당한 합의가 도출될 수 있어야 한다. 부모의 이혼으로 인한 자녀의 고통을 최대한 줄이는 것이 이혼법에 주어진 중요한 과제 중의 하나이다(김상용, 2006:3; 박복순 외, 2011:4 재인용).”

4) 건강상의 문제

이혼자는 결혼한 사람이나 독신자보다 사고율이 더 높은 것으로 나타났

다. 특히 이혼 6개월 후 그리고 이혼 6개월 전 사이 동안에 2배 정도로 높았다. 외국의 통계자료에 의하면 이혼한 남성과 여성들이 결혼한 사람보다 사망률이 높은 것으로 나타났다. 그러나 이혼 후 건강상태가 증진되었다는 연구가 있으며, 이혼자들 가운데 꽤 높은 비율(17-33%)이 그들의 이혼을 비교적 고통이 없다고 하거나 또는 이혼 결과로 단지 감정적인 혼란만 있었다고 응답했다. 이러한 경우 이혼은 가족 갈등의 스트레스적인 상황을 해결하며 새로운 능력과 통제감, 자신의 관심을 높여 준다고 보고하였다. 그러나 이러한 결과가 이혼이 스트레스나 고통이 없는 과정이라는 설명을 하기에 어려움이 있다(김중근, 2003:19).

이혼이 각 개인이 경험하는 가장 스트레스적이며 고통스러운 생활변화 중 하나이고 이혼으로 인해 문제가 종결되는 것이 아니라 예상하지 못한 많은 문제들이 발생할 수 있다. 그러나 각 개인이 어떻게 극복해내느냐에 따라 이혼 후 생활에 긍정적이고 부정적인 영향을 미칠 수 있다고 볼 수 있다. 또한 이혼과정에서 당사자들이 이혼문제를 처리하는 방식은 이혼 당사자와 자녀들의 이혼 후 적응에 중요한 영향을 미친다고 할 수 있다.

3. 우리나라 이혼법의 변천 과정⁸⁾

이혼법의 변천 속에서 최근에 두드러지는 추세는 이혼으로 인해 미성년 자녀가 받게 되는 영향에 대한 고려로 “자녀의 복리와 이를 위한 적극적인 법원의 역할 확대”이며, 더불어 법원의 역할을 보다 적극적, 구체적으로 명시하고 있다는 것이다.

일제의 최초의 민사규제법인 조선민사령에서는 “친족 및 상속에 관해서는 일본 민법에 의하지 않고 조선의 관습에 의한다”고 규정하여 초기에는 조선시대와 다를 바 없었으나 1915년 첩의 입적 신고를 금지하고 일부일처제를 확립하였다. 그러나 남편의 간통은 묵인하면서 아내의 간통은 처벌하

8) 이혼법을 포함한 가족법 전반의 개정 과정을 역동적으로 담고 있는 자료로 한국 가정법률상담소(2009), 『가족법개정운동 60년사』 참조 바람.

여 사실상 일부다처를 묵인하는 제도였다(김만웅, 2004:28).

협의이혼은 일제 강점기인 1915년 10월 17일부터 관습법으로 인정되었으며, 1923년 7월 1일부터는 신고를 하도록 하였다. 재판상 이혼은 1915년 4월 2일 아내의 이혼청구사건이 당시 경성 복심법원에 받아들여진 것을 계기로 판례법으로 확립되기 시작했다(김주수, 1973:72).

1960년부터 시행된 제정 민법은 이혼의 방식을 협의이혼과 재판상 이혼으로 구별하여 규정한 이래, 현재까지 큰 틀의 변함없이 계속되어 오고 있다.

“협의이혼제도는 일본 민법상의 제도가 일제 강점기를 통해서 우리나라에 이식되었으며, 같은 내용의 규정이 해방 후에 제정 민법전에 자리 잡은 것이다(김주수, 1969:159; 박복순 외, 2011:3 재인용). 그러나 애초에 협의이혼제도가 도입된 목적은 부부의 협의에 따른 자유로운 이혼을 보장하는 것과는 거리가 멀었고, 오히려 협의라는 명목 하에 남편에 의한 일방적인 이혼을 가능하게 하는 수단으로 악용되는 경우가 많았다(김상용, 2006:7; 박복순 외, 2011:3 재인용). 이러한 문제점을 시정하기 위해 1963년에 협의이혼 신고의 심사제도 및 1977년에 협의이혼의사 확인제도가 도입되어 부분적으로 수정, 보완되었지만 이는 협의라는 미명 하에 이루어지는 일방적인 축출 이혼을 방지하는데 초점을 두고 있었으므로, 이혼으로 인해 미성년 자녀가 받게 되는 영향에 대한 고려는 전혀 없었다(박복순 외, 2011:3).”

“협의이혼 절차의 큰 폭의 변화는 2007. 12. 21. 법률 제8720호 개정되어 2008. 6. 22.부터 시행된 민법에 의해서이다. 2007년 개정에서는 신중하지 못한 이혼을 방지하기 위하여 이혼숙려기간제도를 도입하고, 이혼가정 자녀의 양육 환경을 개선하기 위하여 협의이혼시 자녀 양육사항 합의를 의무화하는 등 종전의 협의이혼 절차를 대폭 개선·강화했다. 즉 협의이혼 당사자는 일정 기간이 경과한 후 가정법원으로부터 이혼의사 확인을 받아야 이혼이 가능하도록 하였고(민법 제836조의2 제2항 및 제3항 신설), 협의이혼을 하고자 하는 부부에게 양육자의 결정, 양육비용의 부담, 면접교섭권의 행사여부 및 그 방법 등이 기재된 양육사항과 친권자 결정에 관한 협의서 또는 가정법원의 심판정본을 이혼 확인시 의무적으로 제출하도록 하였다(민법 제836조의2 제4항 신설 및 제837조, 제909조 제4항). 또한 법률 지식

이나 준비없이 이혼함으로써 발생하는 피해를 방지하고자 전문상담인에게 상담을 받도록 하는 상담권고제고를 도입하였다. 그러나 미성년 자녀의 양육비 부담에 관한 협의서에 집행력을 인정하지 않아 양육비 지급의무자가 양육비 부담을 이행하지 않을 경우 양육비 확보에 어려움이 있었다. 이 문제를 개선하기 위해 2009년 5월 8일 법률 제9650호로 민법이 개정되어 ‘양육비부담조서 제도’가 도입되었다. 가정법원은 협의상 이혼절차에서 양육비 부담에 관한 당사자의 협의 내용을 확인한 경우에는 그에 관한 양육비 부담조서를 작성해야 한다. 양육비 부담조서에는 확정된 심판에 준한 집행력이 인정되고, 양육비 부담조서 상의 양육비 지급의무가 이행되지 않을 경우에는 가사소송법상의 이행명령도 신청할 수 있다(박복순 외, 2011:25-26).”

새로운 제도가 시행됨에 따라 기존의 협의이혼 절차의 운용 방식도 대폭 변경되었다. 현행 민법에 따른 협의이혼 절차는 가족관계의 등록 등에 관한 법률과 그 규칙, 가족관계등록예규 제313호인 「협의이혼의 의사확인사무 및 가족관계등록사무 처리지침」(이하 “협의이혼 의사확인 사무처리지침”이라 함), 재판예규 제1400호인 「가사재판·가사조정 및 협의이혼의사확인 절차에서의 자녀양육안내 실시에 관한 지침」(이하 “자녀양육안내 실시지침”이라 함)에 상세하게 규정되어 있다.

재판상 이혼은 이혼원인에 있어서 구법의 열거주의를 지양하고 예시주의를 채용하는 동시에 부부 평등하게 부정행위를 이혼원인으로 하였다(민법 제840조). 그 이후 재판상 이혼사유에 대한 변화는 없었으며, 다만 1990년 민법 개정시 기존에 “법원”에 청구할 수 있다는 규정을 “가정법원”에 청구할 수 있다고 개정하였을 뿐이다.

이혼에 따르는 효과에 대한 것도 상당 부분 개정되었다.

우리 민법은 1990년 일부 개정으로 이혼 후의 자녀양육문제에 관하여 부부가 협의하여 정하고 협의가 되지 않거나 협의할 수 없는 경우에는 가정법원이 당사자의 청구에 의하여 관여할 수 있도록 하였으며(민법 제837조), 자녀를 직접 양육하지 않는 부나 모에게는 면접교섭권을 인정하였다(민법 제837조의2). 그 뿐만 아니라 재산분할청구권도 인정하였다(민법 제839조의2). 2005년 민법 일부 개정에 의하여 이혼 후의 자녀의 양육 문제와 면접교

섭권에 관하여 가정법원이 직권으로 관여할 수 있게 되었다(민법 제837조).

2007년 민법 일부 개정에 의하여 이혼하려는 당사자는 이혼 후의 자녀양육 문제에 대해서 협의하여 가정법원에 협의서를 제출해야 하며, 협의가 되지 않은 때에는 가정법원이 직권 또는 당사자의 청구에 의해서 이를 결정하게 되었다(민법 제836조의2 제4항, 제837조 제4항). 친권자 지정에 있어서는 협의이혼의 경우와 재판상 이혼의 경우에 차이가 있는데, 2007년 민법 일부개정에 의하여 협의이혼을 하는 때에는 부모가 협의하여 친권자를 정하여야 하고, 협의가 되지 않은 때에는 가정법원이 직권 또는 당사자의 청구에 의하여 친권자를 정하게 되었다(민법 제909조 제4항). 재판상 이혼의 경우에는 종전과 같이 가정법원이 직권으로 친권자를 정한다(민법 제909조 제5항).

면접교섭권에 관한 규정도 일부 개정되었는데, 2007년 민법 일부개정에 의하여 부모의 일방의 권리로 되어 있던 규정을 “자를 직접 양육하지 아니하는 부모의 일방과 자는 상호 면접교섭할 수 있는 권리를 가진다”고 개정하여 자녀를 면접교섭의 객체에서 주체로 승격시켰다는 상징적인 의미를 갖는다(김주수·김상용, 2011:35).

4. 현행 이혼법제의 내용 및 문제점

우리나라의 현행 이혼법은 협의이혼제도(민법 제834조 이하)를 두고 있고, 재판상 이혼원인(민법 제840조)으로서 유책주의를 기본적으로 취하고 있지만, 파탄주의적 일반조항을 채용하고 있는 점에서 유책주의와 파탄주의를 절충하고 있다고 할 수 있다. 또한 협의이혼과 재판상 이혼과의 중간 방식으로서 조정이혼제도를 두고 있는 점도 하나의 특색이라고 볼 수 있다.

가. 협의이혼의 제도의 내용 및 문제점

부부 간에 더 이상 혼인 관계를 지속할 의사가 없는 경우에는 서로 협의하여 이혼할 수 있다. 이와 같이 이혼의 합의가 이루어지면 부부는 가정법원에서 판사로부터 협의이혼의사 확인을 받은 후 신고를 함으로써 이혼이

이루어진다. 이를 협의상 이혼이라 하는데 실제로 대부분의 이혼 형태가 협의이혼으로 이루어지고 있다. 2011년 통계자료에 의하면 우리나라는 전체 이혼의 75.6%가 협의이혼에 의하고 있다. 이에 반해 재판상 이혼의 비중은 24.4%로 작년보다는 0.4%p 감소했지만, 협의이혼 절차가 개선되어 시행되기 시작한 2008년을 기점으로 크게 증가하고 있는 모습을 살펴볼 수 있다. 2007년 대비 2011년에 재판상 이혼이 9.2% 증가한 것으로 나타났는데, 이는 협의이혼 절차의 개선으로 도입된 이혼숙려기간을 피하기 위해 재판상 이혼절차를 이용하는 경우가 늘었다는 것을 간접적으로 추론해 볼 수 있다.

〈표 Ⅱ-8〉 이혼종류별 이혼건수 및 구성비

(단위: 천 건, %)

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
계 *	134.6	144.9	166.6	138.9	128.0	124.5	124.1	116.5	124.0	116.9	114.3
협의이혼	111.3	121.5	143.2	117.3	110.7	107.9	105.1	90.8	94.4	87.8	86.4
재판이혼	22.6	22.7	22.3	21.0	16.4	16.4	18.9	25.7	29.6	29.0	27.8
구 성 비											
계 *	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0
협의이혼	82.7	83.9	85.9	84.4	86.5	86.6	84.7	77.9	76.2	75.2	75.6
재판이혼	16.8	15.7	13.4	15.1	12.8	13.2	15.2	22.1	23.8	24.8	24.4

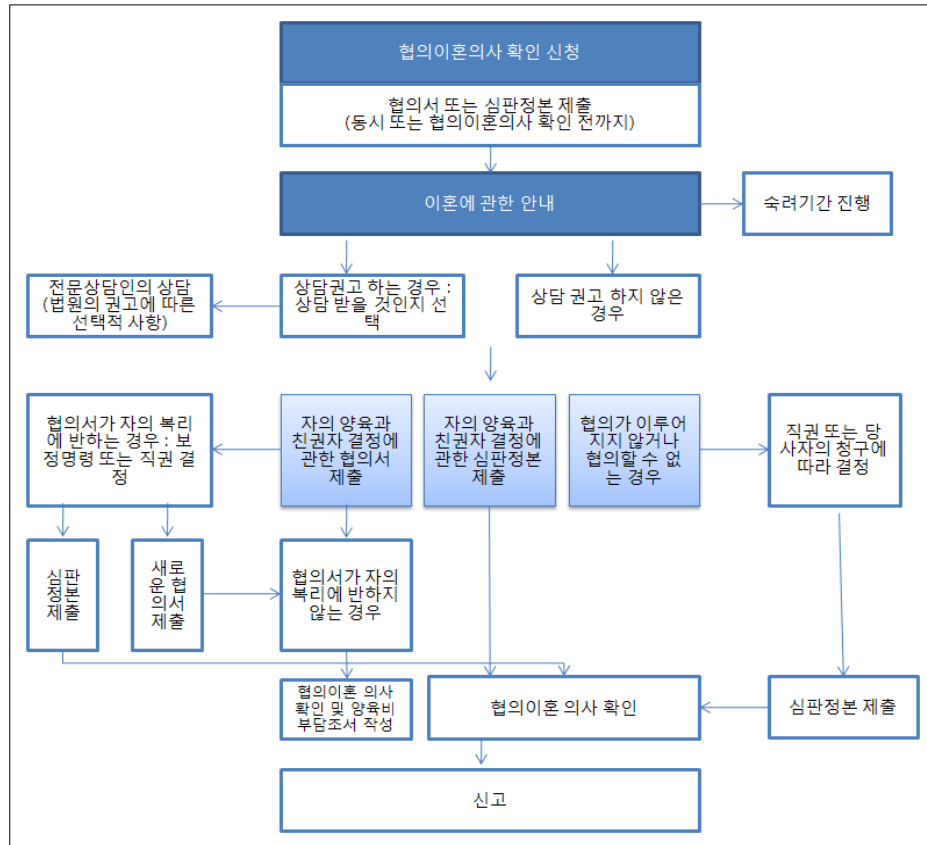
* 미상 포함

자료: 통계청, 2011 혼인·이혼통계, 2012. 4. 19. 보도자료

1) 현행 민법에 따른 협의이혼절차⁹⁾

현행 민법에 따르면 협의이혼절차는 ①협의이혼 신청서 제출→②이혼에 관한 안내→③전문가 상담(선택사항)→④숙려기간 진행→⑤(미성년 자녀가 있는 경우) 협의서 또는 심판정본 제출→⑥협의이혼의사확인 기일 진행의 순서를 거치게 된다. 이를 그림으로 제시하면 <그림 Ⅱ-1>과 같다.

9) 이에 관한 자세한 내용은 박복순·박선영·신연희(2011), 협의이혼제도의 운용실태 및 개선방안, 한국여성정책연구원, 26-44면 참조.



[그림 II-1] 현행 민법에 따른 협의이혼 절차 흐름도

가) 협의이혼 의사확인 신청서 제출

협의이혼을 하려는 부부는 각자의 등본기준지 또는 주소지 관할 가정법원에 함께 출석하여 협의이혼의사확인 신청서를 제출해야 한다.¹⁰⁾

나) 이혼에 관한 안내

협의이혼 신청서가 제출되면 가정법원은 협의이혼 신청자에게 “이혼에 관한 안내”를 제공하여야 한다. 이는 이혼절차를 잘 모르는 당사자에게 이혼에 관한 절차(숙려기간, 자녀양육에 관한 협의서 작성 또는 심판정본의

10) 가족관계의 등록 등에 관한 규칙 제73조(이혼의사확인신청).

제출 등)와 이혼에 따른 법적 효과(친권 및 양육권, 면접교섭권, 위자료, 재산분할 등)를 알려줌으로써 준비된 이혼을 할 수 있도록 돕고자 하는데 그 취지가 있다.

2012년 9월 19일 제정되어 2012년 11월 1일부터 시행되고 있는 “가사재판·가사조정 및 협의이혼의사확인 절차에서의 자녀양육안내 실시에 관한 지침(이하 “자녀양육안내 실시지침”이라 함)”에 따라¹¹⁾ 협의이혼 의사확인 신청사건을 관할하는 법원은 미성년 자녀가 있는 당사자 등을 대상으로 이혼에 관한 안내의 하나로서 자녀양육안내를 실시하여야 한다. 자녀양육안내는 부모의 이혼이 자녀에게 미치는 영향, 이혼 과정상 자녀의 보호와 정서적인 안정을 위한 고려사항과 이혼 이후 자녀양육에 있어서 부모의 역할 분담 등에 관한 구체적인 행동지침을 안내하는 것을 말한다.

다) 상담권고

법원사무관 등 또는 가사조사관은 이혼에 관한 안내를 하면서 이혼하려는 부부에게 상담위원의 상담을 받을 것을 권고할 수 있고, 미성년인 자녀가 있는 경우에는 양육과 친권자결정에 관하여 상담위원의 상담을 받도록 권고하여야 한다(협의이혼 의사확인 사무처리지침 제4조). 이 규정은 이혼하려는 당사자에게 전문 상담인의 상담을 통해 법률적인 지식이나 철저한 준비 없이 이혼을 함으로써 이혼 후 발생할 수 있는 피해를 방지하려는 취지에서 신설되었다.

라) 이혼숙려기간

협의이혼을 하고자 하는 당사자의 협의이혼 의사 확인 신청이 있으면 가정법원은 이혼에 관한 안내를 하게 되며, 이때부터 숙려기간이 개시되어 진행된다.¹²⁾ 법원으로부터 협의이혼 의사 확인을 받기 위해서는 자녀가 있는

11) 협의이혼의사확인 절차의 자녀양육안내에 관하여는 “자녀양육안내 실시지침”이 “협의이혼 의사확인 사무처리지침”에 우선하여 적용된다(자녀양육안내 실시지침 제3조).

12) 이혼숙려기간 내용과 도입에 대한 찬반 내용은 가사소년제도개혁위원회 자료집 III 참조.

경우에는 3개월, 자녀가 없는 경우에는 1개월이라는 일정한 시간이 경과하여야만 한다. 숙려기간 동안 이혼에 대해 재고할 기회를 갖고 자녀 양육 사항에 관한 합의도출에 대한 도움을 제공하기 위하여 가정법원은 전문상담인의 상담을 받을 것을 권고할 수 있으며, 꼭 상담을 받아야 하는 것은 아니다. 따라서 이혼을 하고자 하는 당사자는 상담을 받을지 받지 않을지에 대하여 자유롭게 선택할 수 있다.

폭력으로 인하여 당사자 일방에게 참을 수 없는 고통이 예상되는 등 이혼을 하여야 할 급박한 사정이 있는 경우에까지 숙려기간을 적용하는 것은 당사자에게 가혹한 결과를 가져올 수 있으므로 이러한 경우 숙려기간을 단축 또는 면제하는 제도를 두고 있다.

마) 협의서 제출

협의이혼절차에서 당사자의 이혼의사 확인 못지않게 미성년 자녀가 부모의 이혼과정에서 충분히 고려되도록 하기 위하여 민법 제836조의2 제4항이 신설되어, 양육하여야 할 자가 있는 경우 당사자는 자녀의 양육과 친권자 결정에 관한 협의서를 제출하거나 협의가 이루어지지 않은 경우에는 가정법원의 심판정본을 제출하여야 한다. 협의서에는 친권자 및 양육자의 결정, 양육비용의 부담, 면접교섭권의 행사 여부 및 그 방법 등을 기재하여야 한다.

또한 당사자가 협의서를 제출하지 않거나 협의가 자녀의 복리에 반하는 경우에는 법 규정에 의하면 협의이혼 담당판사가 직권으로 정하도록 되어 있는데 법원의 협의이혼 처리지침에 의하면 협의이혼절차에서 직권으로 개입하는 일은 없다. 이는 '가족관계등록' 비송절차인 협의이혼절차와 '가사' 비송절차인 양육사항, 친권자 지정에 관한 심판절차는 그 성격과 관할이 다르다는 점에서 유래하고 있다. 현행 민법의 문언에 의하면 협의이혼 담당판사가 직권으로 심판절차를 개시하여야 하는데, 이렇게 되면 당사자의 청구에 의하여 개시되는 비송심판 절차와 비교하여 볼 때 직접 비용을 들여 심판청구를 하는 당사자에 비하여 아무런 조치를 취하지 않고 있는 당사자에게 비용 등의 측면에서 유리하게 취급한다는 문제점과 각 시군법원의 경우 협의이혼확인사건을 진행하다가 심판절차 개시 후 가사비송관할법원 또는

지원으로 사건을 이송해야 하는데 이에 관한 절차 규정이 마련되어 있지 않다는 점이다. 이와 같은 이유로 현재 실무에서는 당사자가 협의서를 제출하지 않은 경우 속행 기일을 지정하고, 제2회 기일에도 제출하지 않으면 직권절차 개시 없이 ‘불확인’으로 처리하고 있다. 협의가 자녀의 복리에 반하는 경우에도 마찬가지이다.

바) 협의이혼의사 확인

가정법원은 부부 양쪽의 이혼의사 등을 확인하면 확인서를 작성하여야 하고, 미성년인 자녀의 양육과 친권자 결정에 관한 협의를 확인하면 그 양육비 부담조서도 함께 작성하여야 한다. 다만 그 협의가 자녀의 복리에 반함에도 가정법원의 보정명령에 불응하는 경우 가정법원은 확인서 및 양육비 부담조서를 작성하지 아니한다.

사) 이혼신고

민법 제836조에 따라 협의상 이혼은 가정법원의 확인을 받아 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」의 정한 바에 의하여 신고함으로써 그 효력이 생기며, 그 신고는 당사자 쌍방과 성년자인 증인 2인의 연서한 서면으로 하여야 한다. 이혼신고는 가정법원의 확인을 받은 날로부터 3개월 이내에 확인서를 첨부하여 하여야 하며, 이 기간을 경과한 때에는 가정법원의 확인은 효력을 잃는다.

2) 현행 협의이혼제도의 문제점

가) 숙려제도의 비효율적 활용

비록 민법 개정을 통해 숙려기간과 상담권고 제도를 도입하고 자녀 양육 및 친권자 결정에 관한 협의서 제출을 의무화하며 양육비부담조서 제도를 도입하는 등 제도개선의 노력이 있었으나, 2011년 연구결과에 의하면 협의이혼 신청자들의 30% 이상이 숙려기간을 협의이혼의 진행과 무관하게 보내고, 숙려기간 동안 전문 상담가의 상담을 받은 경우는 2% 정도에 불과¹³⁾

하여 숙려기간 동안 자발적으로 상담 제도를 이용하고자 하는 당사자들이 거의 없는 실정이다(박복순 외, 2011:212).

숙려제도 자체도 중요하지만 그에 못지않게 협의이혼 당사자들이 그 기간 동안에 이혼을 하는 것이 최선의 선택인지, 다른 대안은 없는 것인지, 이혼 후에 다툼을 제반 문제에 대해 해결책은 잘 마련되었는지에 관하여 실질적으로 생각해보고 도움을 받을 수 있도록 하는 제도적 뒷받침이 필요할 것으로 보인다.

나) 법원의 후견적 기능 제약

2007년 민법 개정으로 그동안 이혼 당사자의 의사를 절대적으로 존중하던 입장에서 부모의 의사보다는 자녀의 복리를 우선시하겠다는 입장을 취하고 있으며, 가정법원의 후견 기능을 강화하기 위해 친권자 및 양육자 결정 등 자녀양육사항에 관한 협의 내용이 자녀의 복리에 반하는 경우에 당사자의 청구뿐만 아니라 법원이 직권 개입을 할 수 있도록 하는 가능성을 열어 두고 있다. 그러나 법원이 당사자들의 협의사항에 대해 어느 정도나 개입할 수 있을지에 관한 구체적인 규정과 규칙의 부재로 현재 협의이혼을 담당하는 판사들이 미성년 자녀의 복리를 위해서 취할 수 있는 최선의 조치는 불확인 처리를 하는 것이다. 즉 현재의 미성년 자녀의 복리를 위한 직권 개입 규정은 선언적 규정에 머물러 있는 상태이다(박복순 외, 2011:222).

“법원이 직권 개입을 하기 위해서는 가사 소송이나 비송 절차 속에 있어야 하는데 현재 협의이혼 의사확인 업무의 성격은 이혼 신고를 하기 위해 거쳐야 하는 부수적 절차로서 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」(이하 가족관계등록법이라 한다)과 그 규칙 속에서 규율되고 있다. 가족관계의 발생 및 변동사항에 관한 등록과 그 증명에 관한 사항을 규정함을 목적으로 하는 가족관계등록법에서 규율하는 사항을 통해 자녀의 복리 도모라는 실질적 내용을 다룰 수 없다는 본질적인 한계를 지닌다.

-
- 13) 이는 숙려기간의 활용과 관련된 중복응답 문항에 대한 응답률로 실제 숙려기간 동안 상담을 받은 경험을 묻는 문항에서는 미성년 자녀가 있는 경우에는 8.5%, 그렇지 않은 경우는 3.5%로 나타나 약간의 수치상의 차이를 보인다.

“협의이혼 의사 확인 업무가 가족관계등록업무의 성격을 갖게 된 배경에는 협의이혼제도의 연혁에 있다. 협의이혼제도의 처음 도입 당시에는 아무런 제한 없이 신고만으로 효력이 발생했기 때문에, 호적법의 규율대상이 되었고, 일방적인 축출이혼을 방지하기 위해 협의이혼신고 심사제도 및 협의이혼의사 확인제도 도입의 두 차례의 개정이 있었지만, 관련 업무의 성격을 변화시킬 만큼의 큰 변화는 없었고, 호적법 폐지와 함께 그 대체법인 가족관계등록법에 자리 잡은 것이다.

“그러나 협의이혼 과정에서의 미성년 자녀의 복리 도모를 위한 법 개정 이후의 협의이혼 의사 확인 업무는 단순히 이혼의사의 확인에 그치지 않고, 양육하여야 할 미성년 자녀가 있는 경우에는 자녀 양육 및 친권자 결정에 관한 협의서에 대한 자녀 복리 도모차원에서의 가치판단을 요구하는 것으로 성격 변모가 있었다.

그럼에도 불구하고 단순히 가족관계의 등록 및 그 증명에 관한 사항을 규율하는 가족관계등록법의 규율사항에 머물러 있는 것은 입법의 불비이다. 따라서 현행 협의이혼 의사 확인 업무의 성격을 적어도 준사법적 성격을 갖는 업무로 승격시켜야 한다(박복순 외, 2011:222).”

다) 이혼 당사자 문제에 대한 개입 부족

“2007년 및 2009년의 민법 개정을 통해 보강된 협의이혼제도의 개정 내용은 미성년 자녀의 복리 보호에 치우친 면이 있다. 이혼에 따른 결과는 미성년 자녀에게 더 치명적인 영향을 미칠 수 있으므로 보다 우선적인 관심을 기울이는 것은 맞지만, 재산분할이나 위자료 문제를 포함하여 이혼 시 배우자 간에 협의해야 할 사항까지 하나의 절차에서 해결될 수 있는 제도를 구축하는 것이 바람직할 것이다(박복순 외, 2011:227).”

나. 재판상 이혼제도의 내용 및 문제점

1) 재판상 이혼제도 개관

가) 조정전치주의

이혼소송에 관해 가사소송법은 조정전치주의를 취하고 있으므로 재판상 이혼을 청구하기 위해서는 우선 가정법원에 조정을 신청하여야 한다(가사소송법 제2조 제1항 나류사건 4호, 가사소송법 제50조). 만약 이혼사건에 대하여 조정을 신청하지 아니하고 소를 제기한 경우에는 배우자의 생사가 분명하지 않은 것을 이혼원인으로 하는 경우와 같이 공시송달에 의하지 아니하고는 당사자의 일방 또는 쌍방을 소환할 수 없는 경우나, 조정에 회부하더라도 조정이 성립할 수 없다고 인정되는 경우를 제외하고는 가정법원은 그 사건을 조정에 회부하여야 한다(가사소송법 제50조 제2항). 그리하여 당사자 사이에 이혼의 합의가 성립하여 그것을 조서에 기재한 때에는 그 기재는 재판상 화해와 동일한 효력이 생겨 혼인이 해소된다. 조정을 신청한 자는 조정성립의 날로부터 1월 이내에 이혼신고를 하여야 하는데, 그것은 보고적 신고이다.

하지만 조정신청에 의하여 조정절차가 개시된 경우에 조정을 하지 않기로 하는 결정이 있거나, 조정이 성립하지 않은 경우, 조정에 갈음하는 결정에 대하여 이의신청기간(2주일) 내에 이의신청이 있는 때에는 사건은 당연히 이혼소송으로 이행된다(가사소송법 제49조, 민사조정법 제36조 제1항).

나) 재판상 이혼원인

협의이혼과는 달리 재판상 이혼의 경우에는 법이 정한 일정한 사유가 있는 경우에 이혼을 청구할 수 있다. 우리 민법 제840조는 이혼사유를 “배우자에 부정한 행위가 있었을 때(제1호), 배우자가 악의로 다른 일방을 유기한 때(제2호), 배우자 또는 그 직계존속으로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때(제3호), 자기의 직계존속이 배우자로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때(제4호), 배우자의 생사가 3년이상 분명하지 아니한 때(제5호), 기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때(제6호)”라고 6가지로 규정하고 있다.

다) 유책배우자의 이혼 청구

우리 민법이 유책배우자의 이혼청구에 대한 명문 규정을 두고 있지 않기 때문에 유책배우자의 이혼의 허용 여부에 관해서는 유책주의와 파탄주의의 대립이 있다.

유책주의란 배우자 일방에게 혼인 생활상 부여된 의무를 위반한 사실이 있을 때에만 이혼을 인정하는 것이고, 파탄주의란 책임이 누구에게 있든지 혼인 파탄을 인정하여 이혼을 허락하는 것이다.

유책주의에서는 이혼을 배우자 일방의 책임 있는 사유에 대한 제재의 형태로 파악한다. 그렇기 때문에 이혼원인이 명확하게 되어 법적 안정성을 기할 수 있고, 이혼의 일반 예방적 효과를 거둘 수 있다는 장점이 있다. 그러나 행방불명과 같은 당사자 일방의 과실이 없는 경우에는 이혼할 수 없다는 문제점과 이혼사유를 미리 예정한다는 것은 이혼사유의 다양성에 비추어볼 때 현실성이 없으며, 또 목적을 잃은 혼인을 해소한다는 근대법의 요청에 부합하지 않는다는 비판이 제기될 수 있다(박정기·김연, 2008:186).

반면 파탄주의 이혼법에서는 유책적인 개별적 이혼원인을 불문하고 추상적 이혼원인으로서 “혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때”와 같이 이혼원인을 추상화하여 유책, 무책에 관계없이 혼인이 파탄되었으면 이혼을 허용한다. 따라서 파탄주의 이혼원인주의 아래에서는 혼인파탄만이 이혼의 유일한 원인이 되므로 유책배우자의 이혼청구문제는 별도로 논의할 필요가 없다. 즉, 파탄주의는 유책주의와는 달리 반드시 배우자 일방의 유책을 요하지 않고 혼인을 계속할 수 없는 사정이 존재하기만 하면 이혼을 인정하기 때문이다. 파탄주의는 유책주의의 폐단에 대한 반성적 고려로써 등장하였는데, 추상적 개괄적인 이혼원인을 인정함으로써 유책주의가 이혼원인의 다양성을 전부 포섭하지 못하여 현실성을 결여하고 있다는 단점¹⁴⁾을 보완하였기 때문에, 구체적 타당성 측면에서 장점이 있다. 그러나 이 입장에 의할 경우 유책배우자의 이혼청구가 일정한 제한 없이 허용됨으로써

14) 이 외에도 유책주의의 단점으로 혼인파탄이 사실상 부부 일방의 책임으로 발생하지 않을 뿐만 아니라, 파탄에 이른 원인 또한 다양해 배우자 가운데 누가 이혼원인의 제공자인지 가려내기가 쉽지 않다는 지적을 할 수 있을 것이다.

책임 없는 배우자에 대한 축출이혼을 허용하게 되는 비윤리적 결과를 초래할 우려가 있다는 점이 문제로 부각될 수 있다.

그럼에도 불구하고 우리 민법 제840조의 규정은 입법적으로 유책주의적인 색채를 보이고 있지만, 해석론상 제840조 제6호의 규정은 “기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때”를 이혼사유로 규정함으로써 파탄주의의 색채도 띠고 있다고 해석하고 있다. 우리 법은 파탄주의와 유책주의가 결합된 형태로 보는 것이 일반적인 견해이다. 과거 대법원은 유책 배우자의 이혼청구를 허용치 않았으나, 1990년대에 들어오면서 점진적으로 파탄주의에 입각한 이혼 판결을 내리는 경향이 나타나고 있다(한수자, 2000:90).

2) 2012 사법연감을 통해 본 재판상 이혼소송 처리 실태

가사소송사건의 대부분을 재판상 이혼사건이 차지하고 있다. 2011년도에 접수된 제1심 이혼소송사건은 45,590건으로 이 중 전년 미제를 포함하여 45,598건이 처리되었다.

〈표 II-9〉 가사소송사건 중 재판상 이혼 접수건수 및 구성비(2011년)

(단위: 건, %)

구분	제1심	항소심	상고심
가사소송사건	54,458(100.0)	2,469(100.0)	445(100.0)
재판상 이혼	45,590(83.7)	2,089(84.6)	371(83.5)

* 사법연감(2012), 559면.

2011년에 처리된 제1심 사건을 중심으로 이혼사건 처리 결과를 살펴보면 취하 간주를 포함하여 소취하가 17.0%, 조정·화해로 종결된 사건이 39.0%, 판결로 종결된 사건이 34.0%를 차지하고 있음을 알 수 있다.

〈표 Ⅱ-10〉 재판상 이혼사건 처리 결과(2011년)

(단위: 건, %)

구분	처리 합계	판결			소취하 (취하간주)	조정	화해	기타	항소 상고
		인용	일부 인용	기각					
제1심	45,598 (100.0)	11,871 (26.0)	2,900 (6.4)	711 (1.6)	7,746 (17.0)	11,044 (24.2)	6,760 (14.8)	4,566 (10.0)	1,608
항소심	1,828 (100.0)	460 (25.2)	-	528 (28.9)	271 (14.8)	430 (23.5)	109 (6.0)	30 (1.6)	344
상고심	357 (100.0)	4 (1.1)	-	341 (95.5)	12 (3.4)	-	-	-	-

* 사법연감(2012), 825, 827, 828면 재구성.

한편, 지방법원 가사조정사건 처리상황을 살펴보면, 자발적으로 조정을 신청한 경우에는 조정 성립율이 75.8%로 높고, 이의신청건수도 적은 반면, 직권으로 조정에 회부한 경우에는 조정 성립율이 39.4%로 많이 떨어지고 이의신청 건수도 더 많은 것을 알 수 있다.

가사분쟁사건 중 나류 및 다류 가사소송사건과 마류 가사비송사건에 대하여 조정전치주의를 취하고 있어, 당사자가 조정을 신청하지 아니하고 소를 제기하거나 심판을 청구한 때에는 가정법원은 공시송달에 의하지 아니하고 당사자의 일방 또는 쌍방을 소환할 수 없거나 그 사건이 조정에 회부되더라도 조정이 성립될 수 없다고 인정되지 않는 한 조정에 회부하여야 한다. 그런데 2011년도에 처리된 전체 가사소송 사건수가 54,458건임에 반해 746건만이 조정에 회부된 것을 보면 조정회부에 소극적인 경향이 있음을 엿볼 수 있다.

〈표 Ⅱ-11〉 지방법원 가사조정사건 처리상황(2011년)

(단위: 건, %)

구 분	접수	처리	조정 성립	불성립	조정 갈음 결정	취하	기타	이의 신청
조정 신청	2,856	2,854 (100.0)	2,162 (75.8)	219 (7.7)	92 (3.2)	271 (9.5)	110 (3.9)	6
조정 회부	746	770 (100.0)	303 (39.4)	385 (50.0)	38 (4.9)	- -	44 5.7	19
전 체	3,602	3,624 (100.0)	2,465 (68.0)	604 (16.7)	130 (3.6)	271 (7.5)	154 (4.2)	25

* 사법연감(2012), 567면

또한 재판상 이혼사건에 대한 병합된 청구를 보면, 부부와 가족의 해체에 따르는 제반문제(위자료, 재산분할, 자녀양육권, 배우자 책임분배, 잔존배우자 생계문제 등)가 해결되지 않은 채, 전체의 77.4%가 병합청구 없이 당사자 간의 혼인의 해소만이 다투어진 것을 살펴볼 수 있다.

〈표 Ⅱ-12〉 2011년 재판상 이혼사건에 대한 병합사건 등 건수표(제1심)

(단위: 건, %)

병합된 청구	처리 합계	인용	일부 인용	기각	소취하	조정	화해	기타
전체	45,598 (100.0)	11,871 (26.0)	2,900 (6.4)	711 (1.6)	7,746 (17.0)	11,044 (24.2)	6,760 (14.8)	4,566 (10.0)
병합 없음	35,290 (77.4)	10,580 (30.0)	1,903 (5.4)	486 (1.4)	5,799 (16.4)	7,562 (21.4)	5,503 (15.6)	3,457 (9.8)
위자료	2,038 (4.5)	210 (10.3)	252 (12.4)	48 (2.4)	350 (17.2)	738 (36.2)	271 (13.3)	169 (8.3)
재산 분할	484 (1.1)	16 (3.3)	36 (7.4)	15 (3.1)	153 (31.6)	148 (30.6)	42 (8.7)	74 (15.3)
양육 책임	887 (1.9)	271 (30.6)	13 (1.5)	3 (0.3)	156 (17.6)	215 (24.2)	136 (15.3)	93 (10.5)
친권자 지정	919 (2.0)	286 (31.1)	19 (2.1)	7 (0.8)	154 (16.8)	143 (15.6)	202 (22.0)	108 (11.8)

병합된 청구	처리 합계	인용	일부 인용	기각	소취하	조정	화해	기타
둘이상 병합	5,575 (12.2)	482 (8.6)	628 (11.3)	108 (1.9)	1,062 (19.0)	2,146 (38.5)	601 (10.8)	548 (9.8)
기타 병합	405 (0.9)	26 (6.4)	49 (12.1)	44 (10.9)	72 (17.8)	92 (22.7)	5 (1.2)	117 (28.9)

* 사법연감(2012), 829면.

또한 재판상 이혼사건의 평균 처리기간은 제1심, 항소심, 상고심을 모두 거칠 경우에 441.8일(1년 3개월 가량)이 소요되고, 여기에 항소 기간과 상고 기간을 감안하면 더 길어질 것이 예상된다.

〈표 Ⅱ-13〉 가사소송사건 및 재판상 이혼사건의 평균 처리기간(2011년)

(단위: 일)

구분	제1심		항소심	상고심
가사소송사건	161.9		191.7	91.9
	합의	단독		
	241.0	156.7		
재판상 이혼	162.8		192.0	87.0
	합의	단독		
	241.9	157.3		

* 사법연감(2012), 833, 835, 837, 839면.

반면 조정으로 처리되는 사건의 70% 가까이가 2월 이내에 마무리되는 것을 알 수 있다.

〈표 II-14〉 지방법원 가사조정사건 처리기간(2011년)

(단위: 건, %)

구 분	접수	즉일	14일 이내	1월 이내	2월 이내	3월 이내	6월 이내	6월 초과
지방법원	3,624 (100.0)	1,312 (36.2)	185 (5.1)	388 (10.7)	588 (16.2)	437 (12.1)	525 (14.5)	189 (5.2)

* 사법연감(2012), 568면

3) 현행 재판상 이혼제도의 문제점

가) 이혼에 대한 과도한 제약

“현행 협의이혼제도가 당사자에게 이혼의 자유를 거의 무제한 허용하고 있는 것과는 대조적으로 재판상 이혼제도는 이혼의 가능성을 상당히 제한하고 있다. 민법 제840조 제1호에서 제5호까지의 이혼원인이 유책주의(부부의 일방 또는 쌍방이 혼인파탄에 책임이 있는 경우에만 이혼이 허용된다는 원칙)에 기초하고 있으며, 제6호의 사유(기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유)도 몇 가지 예외(예를 들면 불치의 정신병)를 제외하고는 실질적으로 유책주의의 기초에 서 있기 때문이다. 이러한 경향은 유책배우자(혼인파탄에 주된 책임이 있는 배우자)의 이혼청구를 원칙적으로 허용하지 않는 학설과 판례의 태도를 통하여 더욱 분명히 드러난다. 재판상 이혼원인은 이처럼 유책주의에 근거하고 있으므로, 실제로 혼인관계가 완전히 파탄된 경우라 할지라도 당사자의 유책사유가 증명되지 않는다면 이혼은 원칙적으로 허용되지 않는다. 혼인관계는 반드시 당사자의 유책행위에 의해서만 파탄되는 것은 아니며, 결정적인 유책행위가 없는 경우에도 다양한 경로를 거쳐 파탄에 이를 수 있다. 그러나 이러한 경우에는 당사자 일방에게 혼인관계를 파탄시킨 책임을 물을 수 없으므로 당사자 사이에 이혼의 합의가 이루어지지 않는다면 재판을 통한 이혼은 어렵게 된다(김주수·김상용, 2011:179).”

“유책배우자에 대하여 혼인의 해소가능성을 원천적으로 차단하는 현행 재판상 이혼에 대하여도 사실상 파탄된 혼인관계를 강제하여 당사자들을 더욱 불안정한 상태에 방치하는 결과를 야기할 수 있다는 비판의 목소리가 많고, 이혼청구 및 위자료에서 유리한 결정을 받기 위해 상대방을 공격하고

비난할 수밖에 없는 상황을 만들어냄으로써 건강한 이혼이 아닌 상처만 남는 이혼으로 끝나게 되는 문제들이 많이 지적되고 있다(박복순 외, 2011:226).”

나) 절차적 불균형

협의이혼에서 미성년 자녀가 있는 경우 가정폭력 등 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고 의무적으로 3개월의 숙려기간을 가져야 하는데, 재판상 이혼에는 그러한 규정이 없다. 때문에 이혼숙려기간을 피하기 위해 재판상 이혼절차를 이용하는 경우가 늘고 있다.¹⁵⁾ 절차의 균형을 고려한다면 재판상 이혼절차에서의 숙려기간 도입을 고려하여야 한다.

다) 가사조정외 비활성화

가사사건은 일반소송사건과는 별도로 가정법원에서 관할하게 함이 세계적 추세이다. 우리가 민사법원에 가사전담부를 설치하지 아니하고 가정법원이라는 특수법원을 설치한 것은 가사사건은 단순한 법률가들의 무대가 아니라 법과 과학이 결합되어 특히 심리학, 가정학, 사회학, 사회복지학, 여성학 등의 인접학문의 전문가와 공동하여 임하게 하기 위해서이다.

우리 가사소송법의 특색은 평화의 법원으로서의 후견적 기관인 조정중심의 가정법원과 판단기관으로서의 가정법원을 병존시키는 데 있다. 이는 각기 다른 성격의 두 법원이 결합된 형태로서 그 운영에 따라서는 단순한 소송법원으로 전락하여 가정법원의 무용론이 나올 수도 있기 때문에 특수법원으로서의 성격을 살리자면 조정법원으로서의 가정법원을 강조하여야 할 것이다. 가정은 인간의 기본적인 본질적인 구성단위이다. 따라서 가정에 관한 분쟁을 다루는 가사사건은 그 만큼 사건의 영향이 개인에게 있어서 심대하다. 그 결과에 따라 당사자가 가족과 친족관계, 직장과 사회, 종교 등의 여러 주변 환경으로부터 크나큰 변화와 불이익을 입을 뿐만 아니라 그들의 자녀와 부모도 심대한 영향을 받게 된다. 당사자들의 사건에 대한 관

15) 협의이혼절차가 개선되어 시행되기 시작한 2008년을 기점으로 재판상 이혼이 크게 증가하고 있으며, 2007년 대비 2010년에 재판상 이혼이 9.6% 증가한 것을 살펴볼 수 있다.

심도 또한 원초적이라 할 수 있다. 이와 같이 가사사건은 다른 소송사건에
서와 같이 사실을 확정하고 그에 대한 명쾌한 법리를 전개하는 것보다는
인생의 본질, 사랑과 미움을 이해하고 논리를 뛰어넘는 인간의 모순과 고뇌
를 깊이 이해함으로써만 해결이 가능한 특이성이 있는 것이다. 아울러 예컨
대 이혼사건을 소송으로 처리하는 한 상대방의 인격공격에 중점을 두는 불
법행위소송의 색채를 띠기 마련이다. 부부생활의 다양한 면을 부정행위, 정
신병환 등으로 구성하여 일방의 유책을 무리하게 몰고 들어가서 일방을 악
인으로 정하고 친척들을 동원하여 과장된 표현으로 증언을 마쳐 소송을 매
듭하게 된다. 따라서 공개법정에서 소송이 진행되는 동안 쌍방은 극도의 감
정적인 대립관계로 들어가 넘지 말아야 하는 선을 넘나들면서 돌이킬 수
없는 파탄으로 몰고 들어가게 된다. 이러한 사태는 가사 이혼이 이루어지더
라도 일단 혼인한 부부로서 이미 형성해 놓은 뚝을래야 뚝을 수 없는 혈연
적 인간관계의 청산과 사후처리에 중대한 악영향을 미치게 되어 예컨대 자
녀의 양육자 지정 등과 같은 문제를 망치게 하고 자녀의 장래에 중대한 불
행을 가져오게 할 수도 있다. 따라서 어차피 이혼을 하더라도 소송이 아닌
대화와 호양의 절차로 해결하여야 한다는 조정의 필요성은 절실한 것이다.
뿐만 아니라 불문에 부치고 비밀이 유지되기를 원하는 부분을 판결로 남긴
다는 것도 바람직하지 않다. 따라서 이혼원인을 성격불일치와 같은 무색 중
성의 파탄을 원인으로 한 채 무전제의 이혼조정을 한다면 사태를 더 이상
악화시키지 아니한 채 후유증을 남기지 않는다는 장점도 있다. 이러한 의미
에서 가사소송법은 구 가사심판법과 마찬가지로 이혼소송을 비롯한 가사사
건에 대하여 조정전치주의를 취하여 가정법원에 이혼의 소를 제기하고자
하는 자는 먼저 조정을 신청(신청조정)하여야 하고 조정을 신청하지 아니하
고 소를 제기한 때에는 가정법원은 그 사건을 조정에 회부(필요적 조정회
부)하여야 하도록 규정하고 있다. 그러나 다년간의 소송에 익숙한 법률전문
가로서는 조정보다는 간편하고 체질에 맞는 소송 쪽을 택하려는 경향을 띠
기 마련이다. 실로 가사조정이란 사명감과 애정을 갖지 않고는 감내하기 어
려운 고된 작업이다. 가사조정제도의 효율적인 운영을 위하여 조정방법 등
에 관하여 더욱 연구 검토가 있어야 할 것이다.

라) 조정위원의 구성

또한 재판 조정에서의 상담은 재판장의 상담권고에 따라 당사자가 상담 받기를 희망하는 경우 심리학·정신의학적인 면에서 이혼 여부 등에 대한 부부상담에 주안점을 두고, 그 이후 판결이혼 전에 이혼 후 파생될 수 있는 자녀양육문제와 재산분할문제 등 법률적인 문제에 대한 분쟁의 평화적·종국적 해결을 이룩할 수 있는 방안을 마련하고 당사자를 설득하여 합의에 도달할 수 있도록 적극적으로 조력하는 조정이 활용된다. 그러나 조정위원이 어떻게 구성되느냐에 따라 결과에 많은 영향을 미친다.

조정위원은 덕망과 명예를 지닌 사람으로서 인간관계를 다룰 수 있는 일에 종사했던 의사, 교수, 변호사, 목사, 스님, 여성 운동가, 학자출신의 정치인 등에서 영입되어 온 것은 사실이다. 그러나 가정법원의 기능 중 가장 중요한 것이 바로 이 조정기능에 있다고 볼 때 조정위원의 영입은 더욱 신경을 써야 할 문제라 본다.

서울가정법원의 경우 조정위원이 평균 2개월 반 내지 3개월 주기로 가정법원에 나가 오후 2시-5시까지 3-4건 조정을 해야 한다. 이혼문제를 가지고 소송을 제기한 부부들을 다시 화합할 수 있도록 하기 위해서는 절대적으로 시간과 연속성이 부족하여 원래 조정전치주의의 목적을 달성하기 어렵다. 외부상담기관과의 연계를 통해 그곳에 근무하는 상담원이 조정위원이 될 경우 당사자들이 원할 경우 언제라도 조정위원이 근무하는 상담기관에 찾아가서 무료로 상담을 하고 조정을 계속해서 받을 수 있어 가정법원의 목적에 부합하는 실질적인 조정을 할 수 있다. 또한 사회경제생활에 국제화가 진행됨에 따라 가사사건도 국제화되는 양상을 보여 외국어나 외국문화, 외국법에 능숙한 조정위원의 확보도 중요한 과제이다.

이혼사건의 조정에 소송대리인인 변호사가 당사자와 함께 참석하고 조정장(판사)이 조정합의 의사를 당사자 아닌 소송대리인에게 확인하는 것은 법 이전에 당사자가 주체가 되어 부부간에 조정·화해를 통해 가정의 파탄을 예방하는 것을 목적으로 하고 있는 조정전치주의에 입법취지에 부합하지 않는다. 따라서 가정폭력 등의 특수한 사정이 없는 한 가사조정에 변호사를 함께 참석시키는 것은 제한하여야 한다.

마) 이혼사유에서의 유책성 부각

민법 제840조 각 호에서 정한 재판상 이혼원인 상호간의 관계를 어떻게 보느냐에 따라 유책주의와 과탄주의 채택이라는 입장 대립이 발생한다. 즉, 민법 제840조 제1호 내지 제5호를 같은 조 제6호의 예시로 보는 입장에서는 우리 이혼법제가 과탄주의를 취한 것으로 보게 되는 반면, 민법 제840조 각 호가 각각 별개의 이혼사유를 구성한다고 보는 입장에서는 우리 민법이 유책주의를 취하고 있거나 적어도 유책주의와 과탄주의의 혼합적인 입장을 취하고 있다고 보게 된다. 우리 민법이 유책주의를 취하고 있는지 과탄주의를 취하고 있는지, 유책배우자의 이혼청구를 어떻게 다루어야 하는지 명시적으로 규정하고 있지 않기 때문에, 그 문제는 거의 전적으로 법원의 해석에 맡겨져 왔다.

민법 시행 후부터 1980년대 중반 이전까지는 유책배우자의 이혼청구를 허용하지 않다가, 1980년대 중반 이후 유책배우자의 이혼청구를 예외적으로 인정하는 판례가 등장하였으나, 판례의 기본적인 태도는 어디까지나 유책배우자의 이혼청구를 인정하지 않는다는 입장에 서 있다.

그러나 유책배우자의 이혼청구의 부정은 공허하고 불행한 혼인이 법률로만 존속된다는 비판과 이혼법정에서 상대방 배우자의 유책성을 부각시킴으로써 지나친 사생활 노출과 당사자 간의 대립 악화로 결국은 재산분할이나 자녀양육에 관한 적절한 합의의 도출을 어렵게 한다는 문제점이 지적되고 있다.

5. 소결

이상 사회구조의 변화에 따른 혼인과 가족, 그리고 국가의 관계, 이혼의 증가와 그에 따른 폐해를 살펴보고, 그에 대응하기 위한 우리 이혼법의 변천과정과 현행 이혼법제의 내용과 문제점에 관하여 살펴보았다.

가족의 의미는 시대에 따라 끊임없이 진화해왔지만, 여전히 구성원간의 유대와 사랑을 통해 정서·심리적인 안정감을 제공하고, 자녀 양육과 사회

화, 간병과 돌봄, 의식주 제공 등으로 사회·경제적인 질서 구축과 안정을 촉진하는 기능을 수행하고 있다. 이처럼 가족이 국가와 사회를 위해 기여하는 고유한 능력이 있음으로 인해 가족의 문제가 곧 사회의 문제가 되며, 국가의 문제로 직결된다. 때문에 국가는 가족제도가 사회변화에 대한 사회안전망 내지 효과적인 충격흡수장치로서 기능을 수행하기를 바라며, 헌법상의 기본원칙을 통해 혼인과 가족생활에서의 인간의 존엄 및 양성평등을 국민의 기본권으로서 보장함은 물론 제도로써 보장하여 왔다.

그러나 1990년대 중반 이후 나타나는 출산율 감소, 혼인율 감소, 이혼의 증가, 여성 가구주 가족의 증가, 독신가구의 증가 등 가족을 둘러싼 다양한 변화는 국가와 가족 간의 새로운 관계 설정을 요구하고 있다. 가족에 대한 과대한 부담을 완화하고 가족이 그동안 수행해 온 역할과 기능에 대한 국가의 지원을 필요로 하고 있다. 또한 가족의 해체와 관련하여서도 이혼 당사자 및 가족 구성원들이 이혼과정 및 이혼 후 겪게 되는 어려움을 잘 극복하고 적응해 나갈 수 있도록 하는 국가적 지원이 요구된다.

이혼을 결심한 당사자는 하루라도 빨리 원치 않은 혼인관계에서 벗어나 새로운 출발을 할 수 있게 되기를 바랄 것이다. 그러나 이혼과 관련하여 고려되어야 할 요소는 ‘혼인의 신속한 해소(이혼의 자유)’ 외에도 여러 가지가 있다. 객관적으로 완전히 파탄되어 회복할 수 없는 혼인관계가 이혼에 의해서 해소되어야 한다는 점은 의문의 여지가 없지만, 그 과정에서 당사자인 부부와 특히 자녀에게 심리적인 부담이 최소화될 수 있도록 배려해야 하며, 자녀의 양육에 관한 사항 등 이혼의 결과에 대하여 타당한 합의가 도출될 수 있어야 한다. 부모의 이혼으로 인한 자녀의 고통을 최대한 줄이는 것이 이혼법에 주어진 중요한 과제 중의 하나이다(김상용, 2006:3; 박복순 외, 2011:4).

최근 민법 개정을 통해 협의이혼절차에 숙려기간과 상담권고 제도를 도입하고 자녀 양육 및 친권자 결정에 관한 협의서 제출을 의무화하며 양육비부담조서 제도를 도입하는 등의 제도 개선을 통해 이혼 당사자의 의사보다는 자녀의 복리를 우선시하겠다는 입장으로의 방향 전환이 이루어졌다. 그러나 숙려기간 동안 자발적으로 상담 제도를 이용하고자 하는 당사자들이 거의

없는 등 제도 운영과정에서 미흡한 점이 나타나고 있다. 법원이 당사자들의 협의사항에 대해 어느 정도나 개입할 수 있을지에 관한 구체적인 규정과 규칙의 부재로 현재의 미성년 자녀의 복리를 위한 직권 개입 규정은 선언적 규정에 머물러 있는 상태이다(박복순 외, 2011:222). 숙려제도 자체도 중요하지만 그에 못지않게 협의이혼 당사자들이 그 기간 동안에 이혼을 하는 것이 최선의 선택인지, 다른 대안은 없는 것인지, 이혼 후에 닥쳐 올 제반 문제에 대해 해결책은 잘 마련되었는지에 관하여 실질적으로 생각해보고 도움을 받을 수 있도록 하는 제도적 뒷받침과 법원의 자녀 복리를 위한 후견 개입이 제대로 잘 작동할 수 있도록 하는 제도적 정비가 필요할 것으로 보인다.

또한 재판상 이혼과 관련하여서도 개정의 필요성이 제기되고 있다. 현행 이혼법제가 협의이혼과 재판상 이혼으로 이원화되어 있음에도 불구하고, 협의이혼과 관련된 내용들은 이혼의 자유는 최대한 허용하면서 이혼과정에서의 당사자 및 자녀의 이익을 최대한 고려하는 방향으로 개정이 되어 왔지만, 재판상 이혼과 관련해서는 제정 민법 이후 큰 변화 없이 그대로 유지되어 오고 있어 절차상의 불균형을 초래하고 있다. 실제 이혼숙려기간을 피하기 위해 재판상 이혼절차를 이용하는 경우가 늘고 있고, 재판상 이혼의 경우에 유책배우자의 이혼청구를 원칙적으로 인정하지 않음으로써 사실상 파탄된 혼인관계를 강제하는 것에 대하여 이혼의 자유에 대한 지나친 제약이라는 비판이 제기되고 있다.

그리고 2007년 및 2009년의 민법 개정을 통해 보강된 협의이혼제도의 개정 내용은 미성년 자녀의 복리 보호에 치우친 면이 있다. 이혼에 따른 결과는 미성년 자녀에게 더 치명적인 영향을 미칠 수 있으므로 보다 우선적인 관심을 기울이는 것은 맞지만, 재산분할이나 위자료 문제를 포함하여 이혼 시 배우자 간에 협의해야 할 사항까지 하나의 절차에서 해결될 수 있는 제도를 구축하는 것이 바람직할 것이다.

결국 협의이혼과 재판상 이혼을 통틀어 우리 이혼법이 나아가야 할 방향은 사실상 파탄된 혼인관계를 해소할 수 있는 가능성은 열어두되, 그 과정에서 피해를 입는 당사자 및 자녀가 없도록 충분히 배려하는 것이라고 할 수 있다.

III

외국의 입법례

1. 독일	50
2. 프랑스	56
3. 영국	62
4. 미국	66
5. 일본	72
6. 소결	75

이혼법은 그 사회를 지배하는 시대정신과 사회구조를 반영한다. 세계적으로 보더라도 1960년대 후반부터 1970년대에 걸쳐 미국, 독일 등의 국가들은 이혼법 개정의 소용돌이 속에 있었다. 독신 출산 여성의 증가, 혼인신고 기피로 인한 사실혼의 증가, 출산을 하지 않으려는 경향이 두드러지고 있는데, 그에 못지않게 이혼의 수적, 비율적 급증이 현저하다.

이와 같은 이혼율 상승의 원인으로는 먼저 종래의 영속적 혼인관에 대한 혁명적이라고 할 수 있는 시민의식의 변혁, 즉 부부관계의 갈등, 대립, 파탄과 그러한 사태의 방지보다는 깨끗이 청산하여 재생을 바라는 사고가 증가한 것을 들 수 있다. 또한 이러한 ‘이혼의 자유화’에 대한 여론을 기반으로 하여 1960년대와 1970년대 전반에 걸쳐서 세계 각국에서 ‘이혼의 자유화’ 방향으로 이혼법이 개정됨으로써 이혼이 쉬워진 것을 들 수 있다(박병호, 1982:259).

20세기에 들어와서 서구 각국은 이혼에 대한 귀책사유를 묻지 아니하고 혼인생활이 파탄에 이른 경우 이혼을 허용하는 파탄주의 이혼제도로 변천하고 있다(이선미, 2010:79). 1960년대 유책이혼으로 위장한 합의이혼이 일반화되면서 이혼법의 개혁 필요성이 표출되었으며, 또한 유책주의는 부부사이의 상처를 악화시키고 위증을 만연시킴으로써 법제도에 대한 불신을 조장하는 문제가 있었으며, 이미 부부관계가 완전히 파탄되어 회복될 전망이 없는 때에 이혼을 법으로 막는 것이 사회적 이익에도 봉사하는 것이 없으며, 분쟁을 종식시키고 사실상의 가족관계를 규율할 수 있다는 점에서 긍정적인 역할을 할 수 있다(한복룡, 2008:9). 결국 이와 같은 취지에서 영국(1969), 프랑스(1975), 독일(1976), 미국 등 서구의 여러 나라에서 파탄주의를 채택하게 되었다.

이렇듯 현대 가족법의 흐름은 이혼 자체를 막는 것보다 이혼 후의 배우자와 자녀의 복지문제로 그 중심이 옮겨졌다고 말할 수 있다(한복룡, 2008:9). 이러한 흐름에 맞추어 개인적 노력과 더불어 사회적, 국가 정책적 대응방안의 모색이 필요함은 주지의 사실이다(한복룡, 2008:9). 이에 이 장에서는 우리보다 앞서 파탄주의를 도입한 서구 여러 나라에서 파탄주의를 수용하는 과정과 이혼 후의 배우자와 자녀의 복지를 위한 제도적 보완장치의 내용을 살펴봄으로써 우리 가족법이 나아갈 방향에 대해 시사점을 찾고자 한다.

1. 독일

가. 파탄주의로의 전환 과정

1900년에 시행된 독일 민법전에서는 간통, 악의의 유기, 살해의 기도 등 배우자의 중대한 유책행위와 정신병만을 이혼사유로 규정하여 유책주의의 원칙을 엄격히 준수하였다. 엄격하고 보수적인 유책주의 원칙이 강화된 데에는 당시 혼인제도를 자녀 출산과 국가유지를 위한 수단으로 인식하고 개인은 국가적 이익에 복종하여야 한다는 사상이 팽배해 있었던 것과 이혼규정의 개정작업에 기독교적 혼인관으로의 회귀를 강력히 주장한 사비니의 견해가 큰 영향을 미쳤다.

1차 대전 이후에 자유주의적인 이혼법의 도입 시도가 있었으나 구체적 결과물은 도출되지 못하고, 1938년에 나치정권 하에서 혼인법(Ehegesetz)이 제정됨으로써 이혼에 관한 규정들이 민법전에서 빠져나와 독립적으로 정비되었다. 1938년 혼인법에서는 이혼사유를 배우자의 유책행위 및 기타 사유로 규정하는 등 유책주의 수정과 혼인파탄의 이혼사유제로의 도입이 가시화되었지만, 이혼사유의 근본원칙은 유책주의에서 벗어나지 못하고 있었다.

혼인법은 2차 대전 이후 연합국관리위원회 통치 하에서 1946. 2. 20. 다시 제정되어 1946. 3. 1.부터 시행되었는데¹⁶⁾, 나치 이데올로기에 기반한 조항이 배제된 것을 제외하면 기본적으로 1938년의 혼인법의 기초가 유지되었다. 1946년 혼인법에 의하면 이혼사유를 5개 조문에 제한적으로 나열하고 있는데, ① 상대 배우자의 유책행위 자체에 기초한 사유로 배우자의 중대한 혼인상 과오(EheG 제43조, Eheverfehlungen), 유책행위 이외의 다른 원인에 기초한 사유로서 ② 정신장애로 혼인생활의 장애가 일어난 경우(EheG 제44조, Auf geistiger Störung beruhendes Verhalten), ③ 상대방의 정신병(EheG 제45조, Geisteskrankheit), ④ 상대방의 전염성 혹은 혐오감 나는 질병(EheG 제46조, Ansteckende oder ekelerregende Krankheit), ⑤ 가사공동체가 3년 이상 부존재하고, 혼인의 본질에 부합하는 생활공동체의 회복을 기대할 수 없는

16) 이 법률의 정식 명칭은 Gesetz Nr. 16 des Kontrollrats vom 20. Februar 1946이며, 약어로 혼인법(Ehegesetz)이라고 칭함.

경우(EheG 제48조, Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft)를 규정하고 있다. 특히 3년 이상의 별거·파탄이라는 요건은 상대방 배우자에게 유책행위 혹은 유책의 원인을 귀속시킬 수 없더라도 이혼이 가능하도록 하여 파탄주의적 관점을 받아들인 것이다. 하지만 3년 이상의 별거를 원인으로 하는 이혼 청구에 있어서 상대방 배우자가 이혼에 반대하며 이의하는 경우 법원에서는 유책사유가 없는 배우자의 이의권을 존중하였기 때문에 실무상 20년 이상 별거 상태인 부부이더라도 유책배우자가 아닌 경우 이혼을 거부할 수 있는 항변을 허용하는 결론이 나기도 하였다(Schwab, Familienrecht, 2002, S. 3). 이러한 실무의 경향으로 혼인법에서는 파탄주의에 기초를 둔 규정이 존재하긴 했지만, 실제로 혼인의 파탄이라는 점을 입증하기 어려운 소송상의 문제점과 함께 파탄이 인정되더라도 상대방인 무책배우자가 이혼에 반대하면 이혼이 허용되지 아니하게 되는 난점이 나타나게 되었다.

1961. 8. 11. 개정된 혼인법(das Ehegesetz von 1961)에서는 유책사유가 없는 배우자가 상대방의 이혼청구에 항변하는 권리를 인정하는 규정(EheG 제48조 제2항)을 둬으로써 유책주의가 오히려 강화되는 결과가 나타났다. 그 부작용으로 이혼을 하려는 당사자들이 허위로 유책행위를 하였다고 인정하여 이혼을 도모하는 사례가 속출하게 되었다. 즉, 이혼을 하려는 당사자들이 변호사의 도움을 받아 이혼효과에 관하여 미리 합의해 놓고 나서 일방이 법원에 대하여 상대방이 이혼의 원인이 되는 유책행위를 하였다고 주장하고 그 상대방이 그것을 인정하면 법원에 의해서 손쉽게 받아들여져 결국 사실상의 협의이혼이지만 외형상 유책행위를 원인으로 하는 형태로서의 이혼이 행하여졌는데, 이와 같이 허위자백을 통하여 이혼법규를 우롱하는 현상이 발생하게 된 것이다.

이와 같은 실정 아래 이혼제도의 개혁에 대한 사회적 목소리는 높아갔고, 1976. 6. 14. 혼인 및 친족법 개정 법률(Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts)에 따라 이혼관련 조항은 민법전에 규정되게 되었다(1977. 7. 1.부터 시행). 1976년 이혼법 개정은 이러한 현실인식에 기초하여 법과 사회 현실의 괴리를 극복하고 법에 대한 신뢰의 회복을 그 목표로 하였다. 그 결과 1976년 이혼법은 유책주의를 포기하고 파탄주의 이혼법을 전면적으로 도입하였으며, 이러한 상태는 오늘날까지 지속되고 있다.

나. 현행 이혼법의 주요 내용

독일에서의 혼인은 오로지 부부 일방이나 쌍방의 신청에 따른 법원의 결정에 의해서만 해소될 수 있다(§1564 BGB). 이혼이 성립될 수 있는 전제요건에 대하여 보다 자세히 살펴보면 아래와 같다.

1) 혼인의 파탄(Scheitern der Ehe)의 의미

독일민법은 제1565조 제1항에서 이혼의 원인으로 ‘혼인의 파탄’만을 규정하고 있고, 부부의 공동생활이 더 이상 지속되지 아니하고 그 회복을 기대할 수도 없는 경우로 파탄에 관한 법적 정의를 내리고 있다. 더 이상 혼인의무 위반이나 파탄의 책임은 이혼의 규범요소가 아니게 되었던 바 이혼사유는 결국 혼인의 파탄상태에 있는 것이고 배우자 중 누구에게 파탄에 대한 책임이 있는지 여부는 중요치 않다. 다시 말해, 혼인의 파탄은 결국 부부 사이에서 내적인 관계가 돌이킬 수 없이 파괴된 것을 의미하고, 부부 일방의 관점에서 보아 인정되는 편면적 파탄(einseitige Zerrüttung)으로도 충분하다.¹⁷⁾

혼인의 파탄을 인정하려면 부부생활공동체가 더 이상 지속되지 아니하는 상태에 관한 현상의 진단과 회복을 기대할 수도 없다는 예측이 함께 인정되어야 하고, 부부가 화해의 준비가 되어있는지 여부, 공동생활에 관한 타협가능성의 여부 등을 살펴 부부공동체의 회복의 가능성이 예측될 때에는 이혼사건을 직권으로 중지하고 상담을 받도록 절차를 진행하여야 한다. 혼인파탄의 징표로는 별거기간, 성격 불일치, 학대, 형사처벌 가능한 상해 등 범죄행위, 모욕, 알코올 중독, 지속적인 애정 없음 등을 들 수 있다.¹⁸⁾

2) 파탄의 추정과 별거

독일민법 제1566조가 부부가 1년 이상 별거하고 쌍방이 이혼에 동의하거나, 부부가 3년 이상 별거한 경우에 혼인이 파탄된 것으로 추정한다고 규정하여, 혼인파탄 여부를 판단하는 요소로서 별거를 매우 중요한 기준으로 삼고 있다.

17) Palandt/Brudermüller, Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Aufl., 2008, §1565 Rn.3.

18) Palandt/Brudermüller, §1565 Rn.4.

그리하여 이러한 요건이 충족된 경우 혼인파탄의 추정은 뒤집힐 수 없다(unwiderlegbar). 법원에서는 부부 사이의 객관적 별거상태가 인정되면 혼인의 파탄을 추정하기에 충분하고 부부의 사생활에까지 세세히 살펴보아 그 실질적 의미에서의 혼인의 파탄이 있었는지를 판단할 필요까지는 없는 것이다.

한편, 부부의 공동생활은 혼인생활에 있어서 내적·정신적 결속감이 있는 공동생활을 의미하는 것이어서 파탄여부를 결정할 때 동거의 종료, 즉 별거가 가장 중요하게 참작할 사항이긴 하지만 혼인의 파탄과 별거가 동일한 의미일 수는 없다. 왜냐하면 부부의 공동생활은 주거공동생활(häusliche Gemeinschaft)을 반드시 필요로 하는 것은 아니고 해외근무·유학 등의 사유로 별거하더라도 부부간의 내적, 정신적 결속감이 유지된다면 부부의 공동생활이 종료되거나 혼인이 파탄되었다고 볼 수 없기 때문이다. 반대로 주거공동생활을 유지한다고 하여 부부의 공동생활이 종료되지 않았다고 추정할 수도 없다. 독일민법 제1567조 제1항 후문 규정은, 한 집에 거주하면서도 별거하여 주거공동생활이 종료된 경우에 관하여 규정하고 있다. 상호 분쟁으로 적대적 관계에 있는 부부가 집만 같은 집에 살고 있는 경우가 그러한데, 특히 별거하며 두집 살림을 운영할 경제적 여유가 없는 부부의 경우는 함께 거주하면서도 혼인관계가 파탄될 수 있는 것이다.

마지막으로 별거라는 사정이 존재한다는 이유만으로 바로 독일민법 제1565조 제1항 후문에 따라 파탄의 취지에서 혼인공동체가 종료되었다고 추정할 수는 없다. 별거기간이 3년에 이르지 아니하는 경우에 당사자 일방이 이혼을 거부한다면 혼인파탄의 입증이 있어야만 이혼이 가능하다.

다. 자녀 및 상대 배우자의 보호 방안

1) 이혼 제한을 통한 보호

독일민법 제1565조 제2항에 의한 이혼청구이든 제1566조에 의한 이혼청구이든 상관없이, 혼인이 파탄에 이르렀더라도 독일민법 제1568조의 가혹조항에 해당할 경우에는 이혼은 허용되지 아니한다. 이 규정은 미성년인 자녀를 보호하기 위한 경우나, 이혼이 상대방 배우자에게 이례적으로 심각하

게 가혹한 상황을 초래할 때 예외적으로 적용되는 조항으로 가혹상황을 막기 위해 이혼을 제한하는 규정이다.

가) 자녀 보호조항(Kinderschutzklausel)

부부 사이에서 생겨난 미성년 자녀가 부부의 이혼으로 정신적·경제적·복지적 상황이 본질적으로 침해되어 자녀의 행복이 심각하게 악화되는 경우는 혼인이 파탄되었더라도 이혼은 허용될 수 없다. 하지만 이 조항은 실무에서는 드물게 적용되며 부모의 이혼으로 자녀가 통상적으로 겪을 수 있는 심리적·경제적 곤란만으로는 가혹조항을 적용할 수 없다.

나) 배우자 보호조항(Ehegattenschutzklausel)

이혼에 동의하지 않는 배우자에게 심각하게 가혹한 결과를 초래하게 되고, 이혼청구자의 이익을 고려해보더라도 혼인생활을 계속하는 것이 필요하다고 인정되는 경우는 혼인이 파탄되었더라도 이혼은 허용될 수 없다. 이 규정은 이른바 축출이혼(Verstoßungsscheidung)을 막기 위하여 마련된 조항이다. 다만 매우 제한적으로 그 적용이 인정되고 있는데, 이혼을 불허하는 것이 이혼을 거부하는 배우자를 그가 견딜 수 없는 가혹한 정신적·경제적·사회적 상황으로부터 보호하는 유일한 수단일 때 인정된다.¹⁹⁾ 중병에 걸린 배우자가 이혼을 통해 부가적으로 더욱 고난을 받게 될 경우, 장기간의 혼인생활 동안 남편의 기업을 희생적으로 도와주었으나 의사에 반하여 이혼을 당하게 되는 경우 등에는 이혼을 허용할 수 없다고 할 것이다.

가혹사항은 이혼으로 인하여 예견되는 것이어야 하며, 혼인의 파탄으로 인하여 이미 발생한 상황은 고려해서는 안 된다. 문제는, 혼인파탄의 책임이 있는 유책배우자가 독일민법 제1568조의 적용을 주장할 수 있느냐이다. 이는 혼인의 사회적 기능유지를 위하여 파탄된 혼인을 존속시킬지 여부의 문제로 독일민법 제1568조의 취지를 볼 때 인정되어야 할 것이다.

애초 독일민법 제1568조 제2항에는 가혹회피조항에 관한 기한 규정이 있

19) Schwab, Familienrecht, S. 151.

었다. 독일민법 제1568조 제2항에서는 가혹회피조항(제1항)의 적용에 관하여 5년의 기한을 두고, 5년 이상의 별거가 있었던 경우는 예외 없이 이혼이 가능하도록 규정하고 있었다. 하지만 독일연방헌법재판소에서는 이러한 독일민법 제1568조 제2항이 독일기본법 제6조 제1항에 위반된다고 판결하였고²⁰⁾ 이에 따라 위 기한 조항은 삭제되었다.²¹⁾ 다만 독일법원에서는 가혹회피조항의 적용에 있어 매우 엄격한 자세를 보이고 있다. 3년 이상의 별거가 인정되는 경우 혼인의 파탄을 인정하는 것이 통상적이며 가혹회피조항은 실무상 그 예를 쉽게 찾아보기 어려운 정도로 예외적으로만 인정된다.

2) 이혼 후의 경제적 효과에서의 배려

독일에서의 이혼 후 경제적 효과는 이혼시 재산분할, 연금분할, 이혼 후 배우자 부양 및 혼인주택 등의 문제로 구별된다.

독일에서는 부부가 공동생활을 하는 동안에 사용해 온 가재도구와 주택을 이혼 후에는 누가 소유하고 사용할 것인가에 관하여 합의에 이르지 못한 경우에 관하여 규율하고 있다.²²⁾ 법원은 주택을 부부 중 일방에게 사용하도록 하거나 부부가 나누어 사용하도록 함으로써 주택에 관한 법률관계를 변경할 수 있다(§1568a Abs. 1 BGB). 이는 토지나 가옥의 소유권을 변경하는 것이 아니라, 임대차관계를 새로 설정하거나 기존의 임대차관계를 변경하거나 임대차와 유사한 사용관계를 설정하는 것이다(§1568a Abs. 4, 5 BGB). 부부 중 일방이 단독으로 또는 제3자와 공동으로 주택을 소유하고 있는 경우에는 소유자인 부부 일방에게 사용하도록 하는 것이 소유자가 아닌 일방에게 불공평하고 가혹한 경우에만 예외적으로 소유자가 아닌 일방에게 주택을 사용하도록 해야 한다(§1568a Abs. 2 BGB). 법원은 부부가 주택을 분할하여 사용하는 것이 가능하고 합목적적인 경우에는 주택을 분할

20) Beschluss vom 21.10.1980, BVerfGE 55, 134.

21) 독일헌법재판소의 위헌결정에 따라 1986년 2월 20일 개정에 의하여 삭제됨(1986년 4월 1일 실효)

22) 과거에는 ‘혼인주택과 가재도구의 취급에 관한 법률(Verordnung über die Behandlung der Ehwohnung und des Hausrats)’로 규율하고 있었으나, 2009년 9월 1일자로 민법전에 편입되었다.

하여 사용할 수 있도록 할 수 있다(§1568a Abs. 2 BGB). 이 경우 법원은 주택분할과 향후 이를 제거하기 위하여 소요되는 비용을 누가 부담할 것인지를 결정하여야 하고 주택에 관하여 임대차관계가 없는 경우에도 분할사용을 위한 새로운 임대차관계를 설정하여야 한다(§200 FamFG).²³⁾

독일이 법정재산제로 채택하고 있는 잉여공동재산제를 통한 재산분할 후 당사자 중 직장이나 자산이 없어서 스스로 부양능력이 없는 경우에는 배우자에 대한 부양을 인정하고 있다(한복룡, 2008:17).

또한 독일의 경우에는 연금에 대하여도 분할할 수 있도록 법규정을 정비하고 있는데, 혼인 중에 취득한 노령, 직업무능력 또는 생업 무능력에 기한 연금권을 역할분담에 의한 두 배우자의 공동노력에 의한 것으로 보고 이혼의 경우에 이것을 두 배우자 사이에 청산하도록 하고 있다. 즉, 혼인 중에 타방배우자와 비교하여 보다 고액의 연금지위를 취득한 일방배우자는 타방에게 청산할 의무를 지고, 그 금액은 각각 취득한 가치 액의 반으로 한다 (§1587a Abs. 1 BGB)(한복룡, 2008:17).

“독일은 이혼원인에 있어서 전면적 파탄주의를 채택하였다 하더라도 이혼의 경제적 효과에 있어서는 아직 유책주의 요소를 고려하고 있다. 즉 이혼 후 부양 또는 연금분할에 있어서 혼인생활 중의 당사자의 행위에 따라 청구가 인정되지 않는 경우도 있다(한복룡, 2008:17).”

2. 프랑스

가. 파탄주의로의 전환 과정

프랑스 혁명 이전에는 원칙적으로 이혼이 금지되어 오다가 1792년 법률에 의하여 이혼이 처음으로 인정되었다. 이 때 인정된 이혼에는 재판이혼

23) 이들 규정 또한 과거에는 ‘혼인주택과 가재도구의 취급에 관한 법률(Verordnung über die Behandlung der Ehewohnung und des Hausrats)’ 제6조에서 규율하고 있었으나, 그 절차에 관하여 2009. 5. 29.자로 시행된 가사사건 및 비송사건에 관한 절차법(FamFG)으로 흡수되어 동법 제200조에서 규정하고 있다.

뿐만 아니라 단순한 성격차이로 인한 이혼 및 협의이혼까지 포함되었다. 그 후 이혼이 점차 용이해지다가 1804년 나폴레옹 민법에서 극단적인 자유주의적 이혼법을 수정하여 재판상 이혼사유를 유책사유로 제한하였다. 이 때 인정된 이혼사유는 아내의 간통, 남편의 악의적이며 공연한 정부와의 동거, 배우자의 형사처벌, 배우자에 대한 학대 및 중대한 모욕 등이었다.

그 후 1975년에 이르러 이혼법 개정으로 나폴레옹 민법의 유책주의를 전면 개정하여 파탄주의를 적극적으로 도입하였는바, 다른 법제와는 달리 파탄주의로 일원화하지는 않고 이혼 유형을 다원화하여 ‘상호동의이혼’, ‘파탄이혼’, ‘유책이혼’의 세 가지 유형의 이혼을 인정하였고, 그에 따라 이혼의 절차와 효과도 다양하게 규정하였을 뿐만 아니라, 또한 유책배우자의 이혼청구가 원칙적으로 가능함을 선언하였다.

1975년 이혼법이 적용된 지 25년이 지나면서, 1990년대 말부터 이혼에 대하여 유책주의를 버리고 완전한 파탄주의를 채택하여야 한다는 주장 등 이혼법의 개정에 대하여 다양한 새로운 사회적 요구가 제기되었다. 이러한 요구와 주장은 1975년 이혼법이 많은 문제를 안고 있다는 것을 반증하는 것이었다. 1975년 이혼법은 이혼절차가 엄격하였고, 지방법원의 업무의 60%가 이혼사건일 정도로 이혼사건이 적체되었고, 당사자들에게 그 절차가 복잡하고 비용 또한 많이 들고 상당한 시간이 걸렸다. 이처럼 법과 사회의 현실 사이의 괴리가 크고 무엇보다도 법정에서 적절하게 법을 적용하는데 어려움이 있어 이러한 문제를 해결하기 위하여 2004년 이혼법이 개정되었다. 2004년 이혼법은 이혼 당사자의 갈등의 증폭을 방지하고, 이혼절차를 간소화하고, 파탄주의를 더욱 강하게 도입하였다. 현행 2004년 이혼법은 2004년 5월 26일 국회를 통과하여 2005년 1월 1일부터 시행되고 있다.

나. 현행 이혼법의 주요 내용

2004년 이혼법이 1975년 이혼법과 근본적으로 다른 점이 가장 큰 개혁은 이혼에 대한 개인의 권리(droit au divorce)의 인정 즉, 이혼의 자유화(libéralisation de divorce)에 있다. 즉, 누구나 더 이상 혼인에 구속되지 않고, 원하는 경우에는 언제나 이혼할 수 있게 되었다.

2004년 이혼법에는 4가지 이혼원인이 있는데, 다시 상호동의이혼과 동의 없는 이혼의 2가지 유형으로 나눌 수 있다. 협의이혼의 경우에도 쌍방의 합의만으로는 이혼이 불가하고, 법원에 청구하여 이혼판결을 받아야 비로소 이혼이 인정되는 등 어느 유형의 이혼이든 법원에 이혼을 청구하여야 하고 법원이 이혼을 선고하여야 비로소 인정된다(프랑스민법 제229조).

1) 상호동의에 의한 이혼(Du divorce par consentement mutuel)

부부가 혼인의 단절과 그 결과에 대하여 합의를 하고, 이 합의에 대하여 법관의 승인을 받으면, 부부는 이혼을 할 수 있다(프랑스민법 제230조). 법관은 부부 각자의 의사가 실재하고 그들의 의사표시가 자유롭고 명백한 것임을 확신하는 경우에는 협의를 승인하여 이혼을 선고할 수 있고(프랑스민법 제232조 제1항), 합의서가 자녀의 이익을 고려하지 않았거나 배우자 일방에 부당하다고 판단될 경우 그 협의를 승인하지 않고 이혼을 보류할 수 있다(프랑스민법 제232조 제2항). 이 경우 그 부부는 6개월 이내에 합의문을 수정해서 다시 법원에 출석하여야 한다.

2) 동의 없는 이혼(Du divorce pour disputer)

동의 없는 이혼의 유형으로 승낙이혼(Du divorce acceptée), 변질이혼(divorce pour altération), 유책이혼(divorce pour faute)을 규정하고 있는데, 앞선 상호동의에 의한 이혼과 상이한 점은 이혼 판결과 그에 따른 결과가 법관에게 달려있다는 것이다. 그러나 2004년 이혼법부터 당사자 간의 분쟁을 완화하고 이혼 후에 일어날 수 있는 자녀양육이나 부양 등을 부부에게 맡기기 위해 이혼 당사자들이 이혼 후의 재산분배에 대하여 합의를 할 수 있게 되었다.

가) 승낙이혼(Du divorce acceptée)

2004년 이혼법은 승낙이혼의 경우 1975년 이혼법에서 처음 도입된 당시와 달리 부부 쌍방에게 더 이상 부부관계를 유지할 수 없는 사실에 대하여

기술하고 이를 시인할 것을 요구하지 않는다. 즉, 혼인관계의 실패의 원인을 밝힐 필요가 없이 파탄 상태를 부부 쌍방이 인정한 것으로 충분하다(프랑스민법 제233조 제1항). 한편, 2004년 이혼법은 혼인단절을 일단 인정한 이상 이를 취소할 수 없고 또 항소의 방법에 의하여도 이를 취소할 수 없도록 하였다(프랑스민법 제233조 제2항).

나) 변질이혼(divorce pour altération)

부부관계가 종국적으로 변질된 경우, 부부 일방은 이혼을 청구할 수 있다(프랑스민법 제237조). 부부관계의 변질은 첫째, 부부 일방이 이혼소송을 제기할 당시에 이미 2년 이상 별거생활을 한 경우, 공동생활의 중단으로 부부관계는 이미 종국적으로 변질된 것으로 본다(프랑스민법 제238조 제1항). 1975년 이혼법은 부부가 6년 이상 별거한 경우에 부부관계의 변질을 이유로 이혼을 허용하였지만, 2004년 이혼법은 2년의 별거만으로도 이혼을 허용하게 된 것이다.

둘째, 부부관계의 종국적 변질을 이유로 하는 이혼청구가 반대청구로 제기된 때에는 법원은 부부관계의 종국적 변질을 이유로 하는 이혼을 선고하여야 한다(프랑스민법 제238조 제2항). 이 경우에는 2년 이상의 별거기간의 경과가 필요 없이, 부부관계는 종국적으로 변질된 것으로 본다. 부부관계의 종국적 변질을 이유로 하는 이혼청구와 유책사유를 이유로 하는 이혼청구가 서로 본청구 또는 반대청구로서 동시에 제기되는 것을 말하는데, 이 경우 법원은 유책사유로 인한 이혼청구를 먼저 심리하여야 한다(프랑스민법 제246조 제1항). 그리고 법원이 유책사유를 이유로 한 이혼청구를 기각할 경우, 바로 종국적 변질을 이유로 하는 이혼청구에 대하여 판결하여야 한다(프랑스민법 제246조 제2항). 유책사유를 이유로 한 이혼청구를 기각할 경우, 법원은 프랑스민법 제238조 제1항의 요건이 갖추어 졌는지를 조사할 필요도 없이 바로 부부관계의 종국적 변질을 이유로 하는 이혼을 선고할 수 있다. 유책사유를 이유로 이혼청구가 제기되었으나 기각되었다는 사실은 어쨌든 혼인관계의 변질을 확인하여 주는 것이라고 보기 때문이다.

다) 유책이혼(divorce pour faute)

프랑스민법 제242조에 의하면 혼인상의 의무에 대한 중대한 위반 또는 반복적 위반을 구성하는 행위가 상대방에게 귀책될 수 있고 이로 인하여 공동생활의 유지를 참을 수 없게 하는 사유를 유책사유로 정의하고 있다. 대표적인 유책사유로 간통(adultère)을 들 수 있는데, 이는 정조의무를 위반하는 것으로 육체적 간통뿐만 아니라 정신적 간통도 포함된다. 유책이혼은 그 동안 비난을 받아왔지만 여전히 사용되고 있을 뿐만 아니라 혼인서약의 중대한 의미를 내포하고 있기 때문에 유지되었다.

유책배우자는 상대방 배우자의 이혼청구를 배척하기 위하여 상대방 배우자의 이혼청구에 대하여 기각사유를 주장할 수 있고, 상대방 배우자에게도 유책사유가 있음을 주장할 수 있다. 이혼청구를 당한 유책배우자는 해당 사유가 자신에게 귀책될 수 없다거나 또는 중대한 의무위반이 아님을 주장할 수 있으며, 또한 화해하였음을 주장하여 이혼청구를 기각시킬 수 있다(프랑스민법 제244조 제1항). 또한 이혼청구를 제기당한 유책배우자는 이혼청구를 제기한 배우자에게 유책사유가 있음을 주장할 수 있다. 이 경우 이혼청구를 제기한 배우자의 유책사유는 그가 제기한 이혼청구를 기각하는 사유가 되거나 또는 공동과책의 이혼사유가 될 수 있다(프랑스민법 제245조 제1항-제3항).

다. 자녀 및 상대 배우자의 보호 방안

1975년 이혼법은 이혼원인에 있어 파탄주의를 도입하고 이혼에 대한 제재적 의미를 갖는 정기부양료를 대신하여 보상급부를 도입함으로써 이혼을 책임의 문제로부터 분리하고자 하였으나, 이혼이 유책배우자에 대한 제재적 의미를 가진다는 일반적인 관념을 고려하여 보상급부를 인정할 수 없는 경우를 예외적으로 인정하고 있었다(프랑스민법 제270조). 즉, 공동생활의 파탄을 원인으로 이혼을 선고하는 경우 이혼을 청구한 자가 상대방 배우자에 대하여 부조의무를 부담한다고 보아 정기부양료의 형태로 부조의무를 이행하도록 하고 있었으며 이혼에 대하여 전적인 책임이 있는 자는 보상급

부에 대하여 어떠한 권리도 갖지 못한다고 규정하고 있었다. 그러나 2004년 이혼법은 이혼원인에 관계없이 부부 사이의 부조의무를 종료시키고 혼인의 해소로 인하여 발생한 불균형을 보상급부에 의하여 해결함으로써 종전의 한계를 극복하였다. 다만, 구체적 사실관계에 따라 예외를 인정해야 할 경우도 발생할 수 있으므로 법관은 파탄의 특별한 사정에 대응하여 그러한 급부의 부여를 거부할 수 있도록 하였다(프랑스민법 제270조 제3항).

보상급부는 이혼시의 사정 및 예측 가능한 장래의 사정을 고려하여 보상급부를 받을 자의 필요와 상대방 배우자의 소득에 따라 정해지는데, 법관은 이를 위하여 i)혼인기간, ii)부부의 연령 및 건강상태, iii)부부의 직업적 자격 및 직업상황, iv)부부 일방이 공동생활 중에 자녀의 교육 및 그것에 희생할 시간을 위하여 또는 자신의 경력을 희생하여 배우자의 경력을 높이기 위하여 한 직업상의 선택에 따른 결과, v)부부재산제 청산 후에 평가되거나 예견가능한 부부의 일시금과 소득에 따른 부부의 재산, vi)부부에게 현존하는 권리 및 부부가 취득할 것으로 예상되는 권리, vii)보상급부 채권자인 배우자에게 제6호의 사정으로 인하여 발생될 수 있는 퇴직연금권리의 감액을 가능한 한 평가하여 정한 퇴직연금에 대한 부부 쌍방의 사정을 고려하여 보상급부를 정한다(프랑스민법 제271조). 제271조의 고려사항은 종래 제한적 열거조항이 아니라고 보고 있으며, 판례도 이와 같이 보아 보상급부를 결정함에 있어서는 이 조항에 규정되어 있지 아니한 사항을 고려하여 보상급부를 정할 수 있다고 판시하고 있다.

파탄주의의 역기능을 보완하기 위해 프랑스 이혼법상 상호동의에 의한 이혼의 경우 판사는 이혼에 합의한 당사자를 만나 당사자들이 제출한 이혼 효과에 대한 합의안에 따라 당사자들의 이혼의 합의와 이혼의사의 진실성 및 자녀나 배우자 일방의 이익을 보호하기 위한 합의가 적합하다고 인정될 때 비로소 이혼을 선고한다(Mary Ann Glendon, 1996:207-210; 이화숙, 2012:328 재인용). 상호동의에 의하지 않은 다양한 이혼 유형에서도 판사는 당사자들과 만남을 갖고 배우자와 자녀를 보호하기 위한 합의의 적합성 여부를 심사한다(이화숙, 2012:329).

3. 영국

가. 파탄주의로의 전환 과정

“17세기 이전에는 교회법에 의하여 원칙적으로 이혼이 허용되지 않았고, 다만 일방 배우자의 간통, 유기와 학대가 있는 등의 경우에 별거는 인정되었다. 17세기 이후 국회의 특별법령에 의해 혼인의 해소가 인정되기 시작하였다. 이는 이혼 당사자의 신청에 의하여 국회에서 특정 개인에게 혼인을 해소하고 재혼을 가능하게 하기 위한 법률을 제정함으로써 이혼을 성립시키는 것이었다(이선미, 2010:86).” 그 후 1857년 이혼법(Matrimonial Causes Act 1857)에 의하여 엄격한 규제 하에 법원에 의한 이혼이 허용되었는데, 남성은 여성의 간통만을 가지고 이혼할 수 있었고, 여성은 남편의 간통과 유기 혹은 극단적인 학대라는 추가적인 사유를 입증해야 했다(P. Bromley, 1971 :204). 1923년 여성에게 추가적으로 요구되던 사유는 폐지되었으며 1937년에는 간통 이외에도 3년간의 유기·학대·정신병 등으로 이혼사유를 확대하였으나(Matrimonial Causes Act 1937, S.2)(한복룡, 2005:38), 유책주의의 원칙은 유지되었다.

2차 세계대전 이후인 1950년대부터 영국은 이혼율이 급격하게 증가하기 시작하였고, 각 배우자는 이혼 후 경제적 효과에 있어서 유리한 지위를 확보하기 위하여 상대방을 기록상 유책배우자로 만들려고 하였다. 이러한 현상에 대하여 이혼법 개정의 논의가 있었다(한복룡, 2005:38).

법률위원회²⁴⁾는 첰터베리 주교단과 함께 영국 이혼법에 대하여 토론을 벌였고, 그 수정된 안을 상정하였는데 이것은 1969년 이혼법이 되었다. 이 법은 1971년부터 시행되다가 ‘혼인사건절차 및 재산법 1970(Matrimonial

24) “법률위원회는 혼인의 안정을 강조하기보다는 혼인을 지지하는 것이며, 혼인이 유감스럽게도 회복이 불가능할 정도로 파탄된 경우에는 공허한 법적 허울을 벗도록 도와주되 공정하게 그리고 비참함과 고통과 수치가 최소화할 수 있도록 하여야 한다고 주장하였다. 동 위원회는 유책주의 이혼법이 혼인의 안정을 지지하기는 하지만, 당사자의 관계를 악화시키고 파경에 이른 부부에게 화해할 수 있는 기회를 상실하게 하며 자녀에게도 나쁜 영향을 준다고 우려를 표명하였다(한복룡, 2005:39).”

Proceeding and Property Act 1970)’ 등과 함께 ‘1973년 이혼법(Matrimonial Causes Act 1973)’으로 흡수 개정되어 오늘에 이른다. 위 현행법에서는 혼인파탄을 이혼사유로 규정하면서도 혼인파탄을 입증하기 위해서는 그것을 추정할 수 있는 5개의 개별 이혼사유를 입증하여야 한다고 규정함으로써 사실상 유책주의와 파타주의를 혼합한 과도기적 형태를 띠고 있다(김은영, 2003:579-580).

1969년 이혼법은 파탄되어 형식적인 법적 굴레에 있던 혼인생활을 해소하려고 했던 입법목적은 달성하였지만²⁵⁾, 혼인은 지속되어야 하며, 혼인이 파탄되어 더 이상 회복하기 어렵다고 인정될 때에는 최대한 공정하고 당사자에게 최소한의 희생, 고통, 굴욕을 주는 방향으로 이혼이 이루어져야 한다는 목표를 달성하지는 못하였다. 왜냐하면 영국의 이혼법은 유일한 이혼원인으로 파탄주의를 선언하였지만, 실제로 있어서 이러한 혼인파탄은 구체적 이혼사유로 입증하여야만 하였기 때문이다. 그 결과 이혼당사자들은 상대적으로 입증하기 쉬운 유책주의 이혼원인을 선호하게 되었으며, 유책주의 이혼원인 중에서도 유기보다는 간통이나 비이성적 행위를 많이 선호하게 되었고, 결국 유책주의 이혼시스템이 가지고 있었던 폐해가 그대로 남게 되어 입법자의 입법의도가 왜곡되었다. 또한 이혼절차에서 당사자의 갈등을 최소화하도록 노력해야함에도 불구하고, 1976년 이혼법(Matrimonial Causes Act 1976)은 이혼당사자로 하여금 이혼 신청시부터 결혼생활에서 발생한 일방의 과실을 일방적으로 주장하게 함으로써 당사자의 갈등은 커질 수밖에 없었고, 상대방의 비방, 과실 주장이 이혼 성공의 요소로 부각됨에 따라 이혼과정에서 받은 상처들로 인해 화해로서 혼인을 유지하기도 힘들었다.

유책주의 잔존에 따른 폐해와 함께 파탄주의 이혼제도 하에서 이혼율과 동거가 급증하고 혼외자의 출생률이 증가하는 등 사회 문제가 됨에 따라 혼인의 성립을 보다 강화하고 이혼 절차를 보다 엄격하게 하여야 한다는 필요성이 제기되어 10년 간 이혼법 개정을 준비한 법안이 논란 끝에 1996년 국회를 통과하여 1999년부터 시행될 예정이었다. 1996년 이혼법은 1973

25) 실제로 시행초기인 1971년에 상대방의 배우자가 이혼하기를 거부하여 이혼할 수 없었던 약 3만여쌍이 5년의 별거를 원인으로 하여 이혼을 신청하였다.

년 이혼법에서 규정한 유책주의적 사유들을 모두 제거하고 순수한 파탄주의로 전환하였다. 따라서 별거의 사실은 더 이상 이혼 원인으로 작용하지 않게 되었다. 그러나 그 시행은 2000년으로 미루어짐과 동시에, 일정 지역에서의 시험 운영, 전문가 조사 및 연구 등을 시행한 결과, 정부는 2001년 1월에 이 법안의 폐기를 의회에 요청하였다. 이 법률은 철회되었다. 그럼에도 1996년 이혼법에 담긴 기본 원칙, 즉 ① 혼인은 지지되어야 한다는 것, ② 파탄된 혼인 당사자들은 혼인 상담이나 조정 등의 방법을 통해 혼인을 회복하기 위한 모든 실제적인 단계를 거쳐야 한다는 것, ③ 회복할 수 없을 정도로 파탄된 혼인은 i) 혼인 당사자들과 자녀들의 고통이 최소화되도록, ii) 당사자들과 자녀들 사이의 좋은 관계가 유지되도록, iii) 혼인 종료 절차상 불합리한 비용이 들지 않도록, iv) 혼인 당사자 일방과 자녀들에 대한 다른 일방으로부터의 폭력으로 인한 위험이 가능한 한 제거되거나 감소될 수 있도록 하여야 한다는 원칙은 우리나라에 시사하는 바가 크다.

나. 현행 이혼법의 주요 내용

1973년 이혼법 제1조 제1항은 ‘이혼의 청구인은 혼인이 회복할 수 없을 정도로 파탄되었음을 근거로 이혼을 청구할 수 있다’고 함으로써 혼인의 일방 당사자가 이혼 소송을 법원에 제기할 수 있는 유일한 원인으로 혼인의 파탄을 규정하고 있다. 그러나 제1조 제2항에서는 법관의 이혼남용을 방지하기 위해 파탄을 추정할 수 있는 객관적인 사유들과 그 기준을 제시하고 있다. 혼인 파탄을 추정하는 5개 사유는 다음과 같다. ① 피청구인이 간통을 하였으며 청구인의 피청구인과의 동거생활이 참을 수 없는 상태에 있을 것, ② 피청구인이 청구인과 동거함에 있어서 합리적으로 기대할 수 없는 행동을 취하였을 것, ③ 피청구인이 소제기 전 적어도 2년간 계속해서 청구인을 유기하였을 것, ④ 혼인 당사자가 소제기 전 적어도 2년간 계속해서 별거하고 또한 피청구인이 판결 부여에 동의할 것, ⑤ 혼인 당사자가 소제기 전 적어도 5년간 계속해서 별거하고 있을 것 등이다.

그러나 오직 파탄되었음을 근거로 하여 이혼을 허용하는 것은 크게 3가지 이유에서 현실과 매우 상이한 면을 보인다(Judith Masson, 2008:290).

첫째, 법관의 이혼남용을 방지하기 위하여 파탄을 추정할 수 있는 객관적인 사유들을 그 기준으로 제시하고 있지만, 결국 청구인은 5개의 사유 중의 하나 또는 그 이상을 입증하여야 한다(MCA 1973 s.1(2)). 그러나 혼인이 회복할 수 없을 정도로 파탄되었음을 입증하기는 어려워서 이들 5가지 사유를 혼인의 파탄보다 이혼에 있어 실질적인 원인으로 보는 경향이다.²⁶⁾

둘째, 5가지 사유 중 하나를 입증하지 못하면 혼인의 파탄을 입증하였더라도 이혼이 허용되지 않는 반면, 5가지 사유의 입증에 성공하면 회복의 가망이 없다는 점에 대한 강력한 추정 또는 고도의 개연성이 있다고 보는 것이다.

셋째, 실제로는 청구인이 혼인파탄의 사실을 입증해야 하고, 반대로 피청구인이 이혼을 원치 않는 경우에는 혼인이 회복 불가능할 정도로 파탄되지 않았음을 입증해야 했지만, 이혼을 용이하게 하기 위해 1977년부터 피청구인이 이혼에 반대하지 않는 경우 이혼소송에 한하여 이혼당사자들이 판사 앞에 직접 출석하여 이혼사유를 주장하는 대신에 당사자들이 제출한 서식을 판사가 사무실에서 검토하는 것으로 대체되는 ‘특별절차’가 시행되었다. ‘특별절차’는 당사자들이 법정에 출두할 필요 없이 제출한 서식이 이혼조건을 충족하면 판사가 이혼이 인용됨을 뜻하는 증명서를 발급하는 것으로 이혼절차가 종료됨으로써 법원의 재정적 어려움을 해결함과 동시에 법률구조 예산을 줄이기 위한 것이었다. 이와 같은 행정적인 절차로 인해 이혼법정의 관심은 혼인이 법적으로 해소되어야 하는가의 여부가 아니라, 이혼 당사자의 경제적인 문제와 이혼 후 자녀에 대한 양육권의 조정에 비중을 두게 되었다.

다. 자녀 및 상대 배우자의 보호 방안

영국 혼인소송법(MCA 1973)은 약자에 대한 보완책으로서 두 가지를 들 수 있다. 그 하나는 이혼금지명령(MCA 제1조2항)으로, 당사자들이 5년간 별거하였을 경우에는 ‘무책’ 배우자의 의사에 반하여 이혼이 허용될 수 있는 결과²⁷⁾,

26) Buffery v Buffery [1988] 2 F.L.R. 365; Richards v Richards [1972] 1 W.L.R. 1073.

27) MCA 1973 s.1(2)(e)

피청구인에게 중대한 재정 문제가 포함된 고통을 줄 수 있다면, 그리고 모든 상황에서 혼인의 해소가 바람직하지 않다고 판단될 경우에는 법원이 이혼을 인용하지 않을 수 있다고 한다. 아내가 자녀를 가진 경우 경제적 어려움이 가중될 수 있고, 이혼으로 연금혜택을 상실할 수 있다는 점이 특히 고려된 것이다.

또한, 2년이나 5년의 별거로 인하여 이혼사유에 해당하는 경우에도 이혼 배우자에 대한 재정적 보호가 충분하게 제시되지 않으면 이혼은 보류될 수 있으며²⁸⁾, 자녀의 복지를 위한 배려가 없으면 이혼명령을 발할 수 없도록 규정함으로써 약자에 대한 보호를 이혼의 전제로 하고 있다.²⁹⁾

4. 미국

가. 파탄주의로의 전환 과정

미국의 각 주는 영국 이혼법이 별거 내지 조건부 이혼의 허용사유로 발전시켜온 유책주의의 영향을 받아 이러한 사유들을 혼인의 의무에서 당사자들을 완전히 해방시키는 ‘완전한 이혼(absolute divorce)’에 적용하였다. 따라서 이혼은 부부의 일방이 법률에 제한적으로 규정되어 있는 엄청난 혼인상 잘못을 저질러서 혼인의 파탄을 야기한 경우, 무책의 상대방만이 배타적으로 이용할 수 있는 법령상 구제책으로 간주되었다(법원행정처, 2008:10).

산업혁명으로 남녀 모두 보다 폭넓은 고용기회를 가지게 되고, 부부가 가사와 경제적 책임을 나누어 가지는 전통적인 가족관이 맞지 않게 되었음에도 불구하고, 종전의 유책주의 이혼 체제를 유지하는 법원에서는 이혼에 대한 사회의 폭넓은 요구를 적절하게 수용할 제도적 장치를 전혀 갖추고 있지 못하였고, 여전히 혼인의 해소를 위한 유책사유의 엄격한 증명을 요구하였다. 이는 결과적으로 파탄상태에 이른 많은 부부들에게 유책사유를 허위로 만들어내기 위해서 위증을 하거나 허위로 간통의 외관을 만들어 내거나 실제로 간통을 하기도 하는 기이한 현상을 야기시켰고, 어떤 부부들은 보다

28) MCA 1973 s.10(3)

29) MCA 1973 s.41(3)(b)

자유로운 이혼법을 규율하고 있는 주(州)에서 이혼판결을 받기 위하여 주거지를 떠나기도 하였다. 또한, 유책 입증을 위해 부부생활의 모든 사항들이 재판과정에서 낱낱이 공개되고 더욱이 과장되기도 함에 따라 쌍방이 많은 상처를 입게 되었고 재판과정이 지나치게 치열해지게 되었다.

“이러한 문제를 해결하기 위하여, 이혼소송에서 유책사유를 제거함으로써 이혼절차를 보다 용이하게 하고 실패한 결혼을 평화롭고 솔직한 방법으로 해소해줄 수 있는 제도를 마련하자는 논의가 촉발되었으며, 이렇게 하여 마침내 미국 전역을 휩쓴 이혼법의 개혁운동이 시작되었다(법원행정처, 2008:12).”

파탄주의 이혼법의 입법은 1969년부터 시작되었는데, 캘리포니아 주법은 이혼사유를 회복할 수 없는 파탄과 정신이상으로 한정하였다.

그리고 1970년 통일주법위원회전국협의회(the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws: NCCUSL³⁰⁾)가 제안한 「통일혼인 및 이혼법(Uniform Marriage and Divorce Act: UMDA)」은 이혼소송에서의 적대적 요소를 줄이고자 당사자 쌍방으로 하여금 회복할 수 없는 혼인상태의 파탄을 유일한 이혼사유로 규정함으로써 보다 타협적으로 문제들을 해결하도록 권장하였다. 같은 법 제302조는 “법원이 혼인의 파탄을 발견하고 그 파탄의 사실이 180일 이상의 별거나 혼인에 대한 당사자의 태도에 영향을 미치는 심각한 혼인상의 부조화의 증거로서 뒷받침되었을 경우에는 이혼을 선언할 수 있다”고 규정하고 있다(법원행정처, 2008:13-14).

나. 현행 이혼법의 주요 내용

“1969년 캘리포니아 주에서 파탄주의 이혼법을 처음 제정한 이래 약 15년 후인 1985년까지 모든 주에서 무책 사유를 이혼의 유일한 사유로 규정하거나 기존의 유책사유에 그러한 조항을 추가하는 등 어떤 형태로든 무책

30) 연방국가인 미국에서는 연방법이 적용되는 경우와 주법에서 규율하는 사항이 나뉘어져 있으나, 후자의 경우에도 통일적 규정의 필요성이 커지자, 이 상황을 고려하여 미국변호사협회(ABA)의 권고에 따라 1892년 비정부단체로서 각 주에서 선발된 변호사들로 구성된 NCUSL을 설립하였다. 여기서 마련된 통일법(Uniform Laws)은 각 주에 채택을 권고하며, NCUSL은 약 200개의 통일법안을 제안하였는데, 1개 주 이상에서 채택한 법률이 100여개를 초과하고 있다.

이혼사유를 채택하게 되었다. 현재 14개 주에서 ‘화해할 수 없는 차이’, ‘회복할 수 없는 파탄’ 또는 일정기간 별거 등과 같은 순수한 무책사유만을 이혼사유로 규정하고 있고, 무책사유에 정신병, 혼인 동의능력 부족과 같은 1-2가지 사유만을 추가하여 사실상 무책주의와 유사한 주가 7개 주가 있으며, 나머지 30개 주에서는 전통적인 유책사유에 무책사유들을 추가한 형태를 취하고 있다(법원행정처, 2008:14-15).”

1) 무책이혼사유(grounds for no-fault divorce)

가) 회복할 수 없는 혼인생활의 파탄 등

‘혼인생활의 돌이킬 수 없는 파탄(irretrievable breakdown)’, ‘화해할 수 없는 차이(irreconcilable differences)’, ‘성격차이(incompatibility)’ 등은 가장 많은 41개 주들에서 규정하고 있는 무책이혼사유이다. 그러나 각 주의 규정내용을 자세히 살펴보면, 혼인생활의 회복할 수 없는 파탄과 성격차이 중 한 가지만을 규정하고 있는 경우,³¹⁾³²⁾ 혼인생활의 회복할 수 없는 파탄과 성격차이를 각각 규정하고 있는 경우,³³⁾ 혼인생활의 회복할 수 없는 파탄과 성격차이를 중복하여 규정하는 경우,³⁴⁾ 그리고 위 각 사유에 다시 화해의 가능성이 없다는 등의 사유를 추가하는 경우,³⁵⁾ 위 사유에 일정기간 별거 요

31) 애리조나, 콜로라도, 플로리다, 조지아, 하와이, 인디애나, 켄터키, 매사추세츠, 미네소타, 몬태나, 네브래스카, 노스다코타, 유타, 워싱턴, 위스콘신 등 15개의 주가 ‘혼인생활의 돌이킬 수 없는 파탄’을 유일한 무책사유로 규정하고 있는 주에 해당한다.

32) 아이다호, 캔자스, 메인, 미시시피, 네바다, 오하이오, 오클라호마 등 7개의 주가 ‘성격차이’를 유일한 무책사유로 규정하고 있는 주에 해당한다.

33) 엘라배마, 코네티컷 등 2개의 주가 ‘혼인생활의 회복할 수 없는 파탄’과 ‘성격차이’를 각각 규정하고 있는 주에 해당한다.

34) 알래스카, 캘리포니아, 뉴햄프셔, 오리건, 로드아일랜드, 사우스다코타 등 6개의 주가 ‘혼인생활의 회복할 수 없는 파탄’과 ‘성격차이’를 중복하여 규정하고 있는 주에 해당한다.

35) 혼인생활의 회복할 수 없는 파탄에 다시 화해의 가능성이 없다는 등의 사유를 추가하는 경우에 해당하는 주로는 델라웨어, 아이오와, 미시간, 미주리 등 4개의 주, 성격차이에 다시 화해의 가능성이 없다는 등의 사유를 추가하는 경우에 해당하는 주로는 뉴멕시코 주가 있다. 혼인생활의 회복할 수 없는 파탄과 성격차이에 다시 화해의 가능성이 없다는 등의 사유를 추가하는 경우에 해당하는 주로는 텍

건을 추가하는 경우³⁶⁾ 등 그 형태가 다양하다.

나) 일정 기간의 별거 등

약 22개 주에서 일정기간 별거한 경우를 이혼사유로 규정하고 있는데, 이는 ‘혼인생활의 회복할 수 없는 파탄’이라는 사유보다 더 완전한 형태의 무책이혼사유라고 할 수 있다. 왜냐하면, 당사자들에게 별거의 이유나 혼인생활이 파탄되었음을 입증할 것이 요구되지 않고, 단지 법률에서 규정한 일정 기간 동안 별거한 사실만을 입증하면 되기 때문이다. 몇몇 주³⁷⁾에서 이혼사유로서의 별거가 자발적이어야 하며 쌍방의 동의가 있어야 한다고 규정하고 있으나, 대부분의 주들은 별거시 자발성과 쌍방의 동의를 요구하지 않고 있어 완벽한 무책이혼사유에 해당한다고 볼 수 있다.

각 주의 별거에 기한 이혼사유를 구체적으로 살펴보면 크게 별거만을 규정하는 형태,³⁸⁾ 별거와 혼인파탄을 중복요건으로 규정하는 형태,³⁹⁾ 별거와 혼인파탄을 각각 별도의 이혼사유로 규정하는 형태⁴⁰⁾로 나눌 수 있다.

한편, 별거에 기한 이혼을 청구하기 위한 기간에 있어서 각 주마다 60일에서 5년까지 다양한데, 대체로 6개월에서 18개월의 기간이 가장 많이 채택되고 있다. 『통일혼인 및 이혼법』은 소송 개시 전 180일 이상 당사자가 별거하였다면 혼인생활이 회복될 수 없을 정도로 파탄된 것으로 본다고 규정하고 있다.

사스 주가 있다.

- 36) 혼인생활의 회복할 수 없는 파탄에 일정기간 별거 요건을 추가하는 경우에 해당하는 주로는 펜실베이니아, 테네시, 웨스트버지니아, 와이오밍 등 4개의 주가 있다. 혼인생활의 회복할 수 없는 파탄과 성격차이에 다시 화해의 가능성이 없다는 점과 일정기간 별거 요건을 추가하는 경우에 해당하는 주로는 일리노이 주가 있다.
- 37) 앨라배마, 알칸사스, 코네티컷 주가 여기에 해당한다.
- 38) 워싱턴 D.C., 메릴랜드, 뉴욕, 노스캐롤라이나, 사우스캐롤라이나, 버지니아, 알칸사스, 뉴저지, 버몬트 주 등이 여기에 해당한다.
- 39) 펜실베이니아, 일리노이, 코네티컷 주가 여기에 해당한다.
- 40) 아이다호, 네바다, 오하이오, 로드아일랜드, 테네시, 텍사스, 유타, 웨스트버지니아, 앨라배마, 하와이 주가 여기에 해당한다.

2) 유책이혼사유

대부분 주에서 무책이혼사유를 도입함에 따라 전통적인 유책사유는 혼인 관계에 미치는 경제적 측면에서 뿐만 아니라 이혼사유 자체로서의 역할도 두드러지게 줄어들었다. 그러나 다수의 주에서 여전히 무책이혼사유는 유책이혼사유를 대체하기 위한 것이 아니라 선택적인 것으로 규정되었다는 점, 유책이혼사유는 부양료 산정 또는 재산분할 결정에 있어 고려요소로 남아 있다는 점 등에서 파탄주의 이혼법에서도 여전히 의미를 가지고 있다고 할 것이다.

일반적으로 부부 일방이 배우자가 아닌 자와 성관계를 가지는 것인 간통은 전통적인 유책사유로서 현재 약 29개 주에서 규정되어 있다. 종종 잔혹하고 비인간적인 처우로 설명되는 학대는 현재 약 28개 주에서 이혼사유로 규정되어 있으며, 유기는 혼인을 종료시킬 의도로 부부의 동거를 깨뜨리는 행위로 상대방의 동의나 정당한 사유 없이 일방이 자발적으로 별거하는 것으로 현재 약 30개 주에서 이혼사유로 규정하고 있다. 그 밖에 각 주들은 중죄 유죄판결 및 수감, 알코올 또는 약물중독, 불치의 정신병, 성적 불능, 가정 소홀, 혼인시 아내가 타인의 자녀를 임신한 경우, 혼인생활을 참을 수 없도록 만드는 인격적 모욕·무례 등과 같은 다양한 유책이혼사유들을 규정하고 있다.

다. 자녀 및 상대 배우자의 보호 방안

유책이혼제도는 당초 이혼을 원치 않는 무책의 상대방에게 협상에 있어서 지렛대 역할을 하였는데, 유책당사자는 이혼판결을 받기 위해서 적극적으로 자신의 재산을 공개하는 등으로 당사자의 자발적이고 적극적인 협상이 이루어졌고, 법원은 일반적으로 당사자의 약정을 최종적으로 확인하기만 하면 되었다. 그러나 파탄주의 하에서는 당사자와 법원의 역할이 완전히 바뀌었다. 이혼을 원치 않는 무책의 일방이 의미 있는 협상력을 가지지 못하고, 많은 주들에서는 일방이혼판결을 허용하였다.

또한, 부양료는 집행이 어려운 경우가 빈번하고, 무엇보다 재산을 평가함

에 있어 재정전문가들이 현재 재산만큼 중요하게 인정하는 배우자의 소득 창출 능력을 무시하였다. 즉 아내가 혼인기간 동안 가정에서 가사노동을 전담함으로써 인해 그 기간 동안 아내의 장래소득창출능력은 현저하게 감소되었음에도 이에 대한 고려가 전혀 없는 것은 부당한 면이 있다. 이에 특히 혼인기간이 긴 여성의 경우 무책이혼제도의 도입으로 많이 불이익해졌다는 데에 대해서는 일반적으로 동의하고 있다.

파탄주의로 인한 위와 같은 문제점들에 대한 우려로 인하여, 유책주의로의 복귀는 아니더라도 이혼을 보다 어렵게 하자는 초기이혼개혁에 대한 개선 내지 개혁 방안들이 제기되어 왔다.

1997년 루이지애나 주에서 채택한 서약혼인법이 그 대표적인 예이다. 이 법안은 해당 주에서 결혼하는 사람들에게 무책이혼을 허용하는 일반혼인(standard marriage)과 그러지 않은 서약혼인(covenant marriage)을 선택할 수 있도록 하였다. 양자의 주된 차이를 살펴보면, 우선 일반혼인의 경우 일방이 이혼을 원하기만 하면 이혼이 가능한 반면, 서약혼인을 선택한 경우 결혼 전에 상담을 받아야 하고 혼인생활이 어려움에 직면한 경우 추가적인 상담을 받아야 하며 이혼사유도 제한된다. 또한 서약혼인의 경우 간통, 중죄를 범하고 사형 또는 유기징역형을 선고받은 경우, 1년 이상 유기한 경우, 배우자나 자녀를 육체적·성적으로 학대한 경우, 재판상 별거판결 후 1년 이상 별거한 경우 등의 유책사유를 입증하여야 한다. 현재까지 루이지애나, 아리조나, 아칸사스 주에서만 서약혼인법이 통과되었고, 나머지 여러 주에서는 파탄주의 이혼제도의 개선방안으로 상담, 교육, 숙려기간 등을 부분적으로 도입하여 시행하고 있다.

5. 일본

가. 파탄주의로의 전환 과정

일본 민법 제770조 제1항 5호의 이혼사유인 “기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때”는 파탄주의에 의한 이혼사유로서, 판례·학설에 의하면 혼인관계가 심각하게 파탄되어 혼인의 본질에 따른 부부의 공동생활이 회복될 가망이 없을 경우를 말한다.

종래 일본의 판례는 “혼인파탄에 있어서 전적으로 또는 주된 원인을 초래한 당사자의 이혼청구는 신의성실의 원칙상 허용할 수 없다”고 하여 스스로 혼인파탄을 초래한 측으로부터의 이혼청구를 제한하는 유책성을 고려한 파탄주의, 즉 소극적 파탄주의의 입장을 취하였다.

그러나 1987년 9월 2일 최고재판소 대법정 판결을 통한 판례 변경으로 유책배우자의 이혼청구를 일정한 조건 하에서 받아들이면서 적극적 파탄주의로의 행보를 시작하였다. 즉 유책배우자로부터의 이혼청구라고 해도 부부의 별거기간이 양 당사자의 연령 및 동거기간과의 대비에서 상당히 장기간에 미치고 그 사이에 미성숙 자녀가 없는 경우에는 상대방 배우자가 이혼에 의하여 정신적, 경제적, 사회적으로 극히 가혹한 상황에 처해지는 등 이혼청구가 현저히 사회정의에 반한다고 할 수 있는 것과 같은 특단의 사정이 인정되는 않는 한 유책배우자로부터의 이혼청구라는 한 가지만을 가지고 이혼이 허용되지 않는다고 할 수 없다고 판시하고 있다⁴¹⁾.

나. 현행 이혼법의 주요 내용

이혼원인에 관하여 일본 민법은 제770조⁴²⁾에서 규정하고 있다. 민법 제

41) 最高裁大法院昭和62年9月2日判決(判時1243·3).

42) 민법 제770조 (재판상 이혼원인) ① 부부의 일방은 아래의 경우에 한하여 이혼의 소를 제기할 수 있다.

1. 배우자의 부정행위가 있었을 때
2. 배우자로부터 악의로 유기되었을 때
3. 배우자의 생사가 3년 이상 분명하지 않을 때
4. 배우자가 중한 정신병에 걸려 회복의 가망이 없을 때

770조 제1항에서는 1호의 부정행위, 2호의 악의의 유기, 3호의 3년 이상의 생사불명, 4호의 불치의 정신병, 5호의 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유를 규정하고 있다. 1호에서 4호까지가 구체적 이혼원인(절대적 이혼원인)의 규정이고, 5호가 추상적 이혼원인(상대적 이혼원인)의 규정이다. 이들 이혼원인 중 1호 내지 3호는 유책주의 이혼원인이고, 4호의 정신병 이혼 및 5호의 추상적 이혼원인은 파탄주의 이혼원인이라고 할 수 있다. 한편, 제770조 제2항에서는 1호 또는 4호의 구체적 이혼원인이 있는 경우에도 재판소는 재량으로 이혼청구를 기각할 수 있다는 취지의 규정을 두고 있는데, 이를 ‘재판소에 의한 재량 기각’이라 한다.

다. 파탄주의의 명확화 및 배우자 보호 강화를 위한 시도

일본 민법 제770조 제1항에서 정한 재판상의 이혼원인이 파탄주의의 입장이라는 것에 관하여는 종전부터 해석상 거의 다툼이 없지만, 위의 최고재판소의 판결(최판 대법정 1987년 9월 2일)은 소극적 파탄주의에서 적극적 파탄주의로 한 발짝 나아간 것이고, 그 이후에도 같은 판결이 이어지고 있다(離婚事件實務研究會, 2008:4). 이러한 최고재판소의 판결의 변경에 대하여 입법 정책적으로 대응하고, 1960년대 후반 이후 서구의 여러 나라에서 이어져 온 이혼원인의 파탄주의화라는 세계적인 추세를 감안하여 이혼법제를 개정하려는 움직임이 있었다.

1991년 1월에 혼인 및 이혼제도의 개정 작업이 시작되었는데, 시안에서는 파탄주의를 명확하게 한다는 관점에서 파탄을 인정하기 위한 객관적 사실로서 “부부가 5년 이상 계속하여 공동생활을 하지 않은 경우”를 이혼원인으로 추가하고 재량기각사유에 관하여는 이혼을 인정하는 것이 상대방 또는 자녀에게 현저히 가혹한 경우에만 청구를 기각할 수 있다는 이른바 가혹조항으로 대체하는 견해가 제시되었다. 그리고 파탄되어 회복의 전망이 없는 혼인을 유지하는 것은 이혼 후의 생활의 안정에 대한 불안의 문제를

5. 기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때

② 재판소는 전항 1호 내지 4호의 사유가 있을 때라도, 모든 사정을 고려하여 혼인을 계속함이 상당하다고 인정할 때는 이혼청구를 기각할 수 있다.

제외하면 유책자에 대한 제재 내지 보복의 의미밖에 없고 이혼을 바라지 않는 배우자의 진정한 이익에도 연결되지 않기 때문에 이혼소송의 상대방인 배우자라도 파탄된 혼인에서 해방되어 재산분할을 충실하게 하는 쪽이 결국은 바람직하다고 하여 적극적 파탄주의의 입장임을 명확하게 하였다(村田 裕, 2006:215).

다만 적극적 파탄주의를 채용하면서도 5년 별거제와 가혹조항을 두어 유책배우자로부터의 이혼청구가 있을 수 있음에 고려하여 그에 대응하고 있다.

1995년 9월에 공표된 제2 중간보고에서는 개정 시안에는 존재하지 않았던 이른바 “신의칙 조항”이 삽입되었다. 이 제2 중간보고의 설명에 의하면 시안에서는 이혼 후의 재산분할의 충실을 꾀하였지만 이혼 후의 당사자의 경제적 어려움을 이유로 파탄주의의 명확화에 소극적인 의견이 적지 않은 것, 그 중에는 재산분할청구권이 실체법상의 권리로 인정되고 있어도 그 이행을 확보하는 수단이 충분하지 않다면 당사자 간의 실질적 형평은 실현할 수 없다고 하는 의견이 상당수 있음을 고려하여 이혼 전에도 혼인관계의 파탄 후의 경제적인 자립이 어려운 배우자에 대한 자립을 위한 지원 등을 간접적으로 촉구하고 혼인관계 파탄에 의한 부부 일방의 경제적 어려움을 회피하는데 도움을 주기 위하여 “이혼의 청구가 혼인 중의 배우자에 대한 협력 및 부조를 현저히 게을리 한 것에 의해 신의에 반한다고 인정되는 경우에는 그 청구를 기각할 수 있다는 취지를 명시하였다”고 한다. 이는 이혼청구를 받은 상대방 배우자의 경제적 불안을 들어 파탄주의 수용에 소극적인 의견에 대응하려는 것이다. 하지만 신의칙 조항이 만들어진 또 하나의 중요한 이유는 가혹조항이 그 문언상 주로 “이혼 후”의 상대방 또는 부부 사이의 자녀에게 가혹을 문제로 하는 것이고, “그 이전”의 사정에 의하여 청구가 신의에 반하는 경우의 취급이 명확하지 않은 것에 의한다. 그래서 직접적으로 이혼청구에도 민법의 일반원칙인 신의칙이 작용한다는 것을 법문에 명시하는 것이 적당하다고 생각하였던 것에 의한다고 하여 신의칙 조항 설치의 제1차적 이유가 유책배우자로부터의 이혼청구에 대처하는 것임을 분명히 하고 있다.

가족법 개정 요강은 5년 별거제를 신설하는 이혼원인법 개정안이 가혹조

항의 신설만으로는 찬성을 얻기 어렵다고 생각하여 신의칙 조항의 신설까지 포함하는 내용으로 마련되었다. 1996년(平成 8년) 2월 26일 법제심의회 결정으로 발표된 민법의 일부를 개정하는 법률안 요강은 이혼원인에 관해서 다음과 같은 개정안을 제안하였다.

〈표 Ⅲ-1〉 일본의 민법의 일부를 개정하는 법률안 요강(1996년)

[제7 재판상 이혼]

① 부부의 일방은 다음의 경우에만 이혼의 소를 제기할 수 있다. 단 1호 또는 2호의 경우에는 혼인관계가 회복의 가망이 없을 정도로 파탄에 이르지 않을 때에는 예외로 한다.

1. 배우자의 부정한 행위가 있었을 때
2. 배우자로부터 악의로 유기되었을 때
3. 배우자의 생사가 3년 이상 명확하지 않을 때
4. 5년 이상 계속하여 혼인의 본지(本旨)에 반하는 별거를 하고 있을 때
5. 3호, 4호 이외에 혼인관계가 파탄되어 회복의 가망이 없을 때

② 재판소는 1항의 경우에도 이혼이 배우자 또는 자녀에게 현저한 생활의 곤궁 또는 참기 어려운 고통을 초래할 때는 이혼청구를 기각할 수 있다. 4호, 5호의 경우 이혼청구를 한 자가 배우자에 대한 협력 및 부조를 현저하게 소홀히 하고 있어 그 청구가 신의에 반한다고 인정될 때에도 같다.

이 개정안 요강은 4호의 5년 별거에 의한 이혼을 과감하게 인정하기로 한 것으로 현행법보다도 한층 파탄주의, 적극적 파탄주의로 기울어진 것으로 평가되고 있다. 하지만 민법 개정 법률안 요강이 마련된 이후 현재까지도 개정 작업은 이루어지고 있지 않다(水野紀子, 2007:19).

6. 소결

이상 외국의 이혼 관련 입법례로 독일, 영국, 프랑스, 미국, 일본의 사례를 살펴보았다. 구체적인 내용을 요약하면 아래와 같다.

독일은 혼인의 파탄을 유일한 이혼원인으로 하면서도, 자녀의 이익을 위해 혼인의 계속가 필요하고 이혼을 거부하는 상대방 배우자에게 가혹한 것으로 되는 경우에는 제1568조의 가혹조항에 의해 이혼을 인정하지 않는다.

프랑스는 파탄주의로 일원화하지 않고 이혼유형을 상호동의에 의한 이혼과 동의 없는 이혼으로 승낙이혼, 변질이혼, 유책이혼으로 다원화하고 있다는 특징이 있다. 또한 이혼과정에서 판사는 배우자와 자녀를 보호하기 위한 당사자 간의 합의의 적합성 여부를 심사함으로써 약자 보호를 도모하고, 혼인의 해소로 인하여 발생한 불균형을 보상금부에 의하여 해결하고 있다.

영국의 이혼법(MCA 1973)은 혼인파탄을 이혼사유로 규정하면서도 혼인파탄을 추정할 수 있는 개별이혼사유를 입증하여야 한다고 하여 사실상 유책주의와 파탄주의를 혼합한 과도기적 형태를 띠고 있다. 또한 약자에 대한 보완책으로서 당사자들이 5년간 별거하였을 경우에도 무책의 배우자도 상대방의 의사에 반하여 이혼이 허용될 수 있는 결과, 피청구인에게 중대한 재정문제가 포함된 고통을 줄 수 있다면, 그리고 모든 상황에서 혼인의 해소가 바람직하지 않다고 판단될 경우에는 법원이 이혼금지명령을 내릴 수 있고, 2년이나 5년의 별거로 인하여 이혼사유에 해당하는 경우에도 이혼배우자에 대한 재정적 보호가 충분하게 제시되지 않으면 이혼은 보류할 수 있으며, 자녀의 복지에 대한 배려가 없으면 이혼명령을 발할 수 없도록 규정하고 있다.

미국은 1969년 캘리포니아 주에서 파탄주의 이혼법을 처음 제정한 이래 1985년까지 모든 주에서 무책사유를 유일한 이혼사유로 규정하거나 기존의 유책사유에 추가하는 형태로 무책이혼사유를 채택하고 있다. 파탄주의 이혼제도의 개선방안으로 일부 주에서는 무책이혼을 제한하는 서약혼인제도나 상담, 교육, 숙려기간 등을 부분적으로 도입하여 보완하고 있다.

우리와 동일한 문화권에 속하는 일본은 재판상 이혼원인이 파탄주의의 입장이라는 것에 대해 해석상 거의 다툼이 없지만, 유책배우자의 이혼청구를 일정한 조건 하에 받아들이는 대법정의 입장 변경으로 적극적 파탄주의로 한 발 나아가고 있고, 입법 정책적 대응으로 이혼법제를 개정하려는 움직임으로 이어졌다. 1996년에 마련된 민법개정요강에는 5년 이상의 계속된 별거를 이혼사유로 추가하면서 그에 대한 예방책으로 가혹조항과 신의칙조항의 신설이 제안되어 있다.

서구 사회를 오랫동안 지배해 온 기독교의 오랜 역사적인 영향으로 서양

에서는 이혼금지주의가 사회 및 입법자를 지배해왔고, 배우자 일방에게 혼인의무 위반이 있는 경우에 무책배우자에 대해서만 법원에 의한 이혼이 인정되는 유책주의 이혼제도가 지배적이었다(이선미, 2010:79). 그러나 세계 각국의 이혼법이 1960년대 이후 종래의 전통적 유책이혼원인을 폐지하고 무책적 파탄주의 이혼원인의 도입으로 변모하고 있음을 살펴볼 수 있었다. 여기에서 종래의 유책주의 이혼법은 이혼을 유책배우자에 대한 제재로서 생각해 왔지만 파탄주의 이혼법에서는 이혼을 부부공동생활의 파탄에 대한 구제로서 생각하는 이혼관의 변모를 읽을 수 있다.

위에서 살펴본 입법례 중 일본을 제외한 많은 서양 국가의 입법례는 오로지 재판상 이혼제도만을 갖고 있고, 재판상 이혼원인이 유책주의적인가 파탄주의적인가는 이혼의 가능성을 결정하는 대단히 중요한 요인이 된다. 그러나 우리나라의 이혼법제는 협의이혼과 재판상 이혼으로 이원화되어 있고, 대부분의 이혼부부가 협의이혼에 의해 이혼하는 우리나라에서는 외국과는 다른 상황이 존재하는 것은 사실이다. 우리나라 이혼건수의 75% 이상을 차지하는 협의이혼은 그 실질적인 내용만을 본다면 “혼인이 파탄되어 당사자 간에 이혼이 합의되면 그 협의를 그대로 존중하여 이혼을 인용”하는 적극적인 파탄주의에 해당한다고 볼 수 있기 때문이다.

그럼에도 불구하고 외국의 입법례에서 시사점을 찾을 수 있는 것은 혼인의 본질에 대한 규명 및 그에 대한 대처 방식이다. 현대의 혼인법은 고통을 겪고 있는 이혼부부를 적극적으로 후원하고 긍정적으로 장래에 대하여 민감하게 대처할 수 있는 계획을 세우도록 후원하는데 그 목적이 있다(한봉희, 1981:712). 그러므로 이혼 과정에서 당사자를 비난하고 고통에 빠지게 하는 것이 아니라 이혼을 예방하는데 최선을 다하여야 하고 설사 혼인이 회복할 수 없을 정도로 파탄되어 이혼이 불가피한 경우라고 할지라도 이들이 최대한의 공정성을 유지하며 고통을 최소화할 수 있도록 최선을 다하는 것이 현대 이혼법의 시대적 요청이라고 할 수 있다(한봉희, 1981:712).

현행 협의이혼제도에서도 이혼의사의 진정 성립의 확인과 이혼 후의 미성년 자녀의 양육문제뿐만 아니라 부부재산관계의 처리 및 위자료 문제에 대한 적절한 조치의 확인·조정 기능에까지 확장함으로써 협의이혼과 조정

이혼을 보다 유기적으로 관련시키고 이혼소송을 재검사함으로써 연혁적으로 별개의 이중의 이혼방식을 하나의 이혼법 체계로 통합하는 것이 하나의 과제가 될 것이다.

재판상 이혼에서도 사법적 소송절차에 얽매어 유책배우자의 이혼청구를 기각하고 파탄된 혼인도 미성년 자녀를 고려하여 혼인의 계속을 강제하는 등 사회정의와 형평이라는 법적 통제의 이념으로써 작용할 것이 아니라, 혼인공동생활의 계속 가능성의 판정에 따라 진정한 의미의 파탄주의가 작용할 수 있도록 하여야 할 것이다.

진정한 의미의 파탄주의 하에서의 이혼사건의 처리는 종래와 같은 획일적인 재판 대신에 상담과 조정을 통한 치료법적 방법에 의하여 처리하는 것이 바람직하다. 이리하여 가정법원에서는 문제된 당사자의 혼인에서 발생한 분규를 상담과 조정을 통하여 진단하고 거기에서 발견된 병폐를 치료해 줌으로써 혼인의 파탄을 사전에 방지하는데 최선의 노력을 다하고 이혼이 불가피한 경우 이혼 후의 자녀 등 당사자의 보호를 위한 여러 가지 대책을 강구하는데 역시 최선의 노력을 다하게 된다.

IV

유책배우자의 이혼청구에 관한 판례 분석

1. 분석 대상 판례	81
2. 판례의 경향	83
3. 대법원 판례의 내용 분석	90
4. 소결	148

우리 민법이 유책주의를 취하고 있는지 파탄주의를 취하고 있는지, 유책 배우자의 이혼청구는 어떻게 다루어야 하는지 명시적으로 규정하고 있지 않기 때문에, 그 문제는 전적으로 법원의 해석에 맡겨져 왔다.

혼인관계가 회복될 수 없을 정도로 파탄된 경우에 혼인파탄에 주된 책임이 있는 유책배우자가 민법 제840조 제6호의 ‘기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유’를 근거로 하여 이혼청구를 할 수 있는가와 관련하여 현재의 학설과 판례는 유책배우자의 이혼청구를 원칙적으로 배척한다는 입장을 취하고 있다. 그 논거로서는 유책배우자의 이혼청구가 제한 없이 인정될 경우 배우자에 대한 부양청구권의 상실 등으로 사회적 약자인 배우자가 희생될 수 있다는 점과 스스로 혼인을 파탄시킨 배우자가 이혼이라는 법적 이익을 주장하는 것은 신의칙에 반한다는 점을 들 수 있다. 원래 파탄주의는 혼인이 파탄된 경우 그 원인을 묻지 않고 이혼을 허용하는 것이기 때문에, 이러한 학설과 판례의 태도는 파탄주의에 대하여 상당한 제한을 가하는 것이다(김주수·김상용, 2011:193).

이하에서는 “유책배우자의 이혼청구”가 논점인 판례에 대한 양적·질적 분석을 통해 우리 법원의 입장 확인과 함께 해석론을 통한 파탄주의의 수용 가능성을 모색해보고자 한다.

1. 분석 대상 판례

2012년 6월말까지 선고된 사건 중 9월 26일을 기준으로 대법원 법원도서관에 설치된 판결정보특별열람실의 판결문 검색시스템에서 “유책배우자”라는 검색어로 검색된 판례 중 논점이 “유책배우자의 이혼청구”인 사건을 분석대상으로 삼았다.

대법원 판례는 겹쳐서 제공되는 사건번호를 제외하고 총 188건이 검색되었는데, 판결문의 입수 시점에서 30년 전에 선고된 것은 제공되지 않아 이러한 제약에 걸리는 사건은 제외(총 8건)하고, 1982년 9월 28일 이후에 선고된 사건부터 대상으로 하였다. 이 중 한 사건은 대법원 파기환송 후 원심을

다시 다툼 사건이 포함되어 있어 두 개의 대법원 판례를 하나로 분석하였다.⁴³⁾ 이렇게 되면 총 분석 건수는 179건이 된다. 또한 제1심, 제2심, 최종심을 나누어서 보면 유책배우자의 이혼청구와 관련되지만, 최종심에서 유책배우자의 이혼청구가 아니라고 결정된 것은 사안분석에서는 의미 있게 다루었지만 판례의 경향을 살펴보기 위해 실시한 양적 분석 과정에서는 제외하였다. 따라서 양적 분석에 사용된 총 사건수는 171건이며, 내용분석에 사용한 총 사건수는 179건임을 밝혀둔다.

또한 2009년 말 유책배우자의 이혼청구와 관련하여 대법원에서 예외의 인정 범위를 확장한 의미 있는 판결이 나와, 그 이후의 하급심에서의 변화를 엿보기 위해 2010년 1월부터 2012년 6월말까지 서울가정법원과 부산가정법원에서 선고된 사건도 분석에 추가하였다.⁴⁴⁾ 대법원 판례와 동일한 기준을 사용하여 수집된 사건수는 제1심 사건이 154건, 항소심 사건이 32건으로 총 186건을 분석에 사용하였다.

〈표 IV-1〉 유책배우자의 이혼청구 사건(하급심)

(단위: 건, %)

구분		선고년도					전체
		2010년 상반기	2010년 하반기	2011년 상반기	2011년 하반기	2012년 상반기	
제1심	서울가법	22(17.5)	22(17.5)	31(24.6)	30(23.8)	21(16.7)	126(81.8)
	부산가법	1(3.6)	5(17.9)	4(14.3)	9(32.1)	9(32.1)	28(18.2)
	전체	23(14.9)	27(17.5)	35(22.7)	39(25.3)	30(19.5)	154(100.0)
항소심	서울가법	10(37.0)	5(15.6)	4(14.8)	4(14.8)	4(14.8)	27(84.4)
	부산가법	1(20.0)	0(0.0)	0(0.0)	4(80.0)	0(0.0)	5(15.6)
	전체	11(37.0)	5(18.5)	4(12.5)	8(25.0)	4(12.5)	32(100.0)

43) 대법원 2006. 3. 24. 선고 2005므914 판결은 2004. 9. 24. 선고 2004므1033 판결이 파기환송된 이후 원심의 결정을 다시 다툼 사건으로서 2004므1033 판결에 함께 포함시켜 분석하였다.

44) 현재 가정법원이 전국에 다섯 곳이 존재함에도 불구하고 하급심 법원을 서울가정법원과 부산가정법원으로 한정 한 이유는 판례 분석 기간 동안 공백 없이 가정법원으로 존재한 곳은 두 곳 뿐이기 때문이다.

2. 판례의 경향

유책배우자의 이혼청구에 관한 지난 30년간의 대법원 판례와 최근 3년간의 하급심 판례를 분석해 보면, 유책배우자의 이혼청구를 인용한 판결보다는 배척한 판결이 압도적으로 많다.

〈표 Ⅳ-2〉 분석대상 판결의 이혼청구에 따른 이혼 결과

(단위: 건, %)

구 분			이혼 여부(반소 인용 포함)		전체
			기각	인용	
대법원	이혼 청구	남편	117(76.5)	36(23.5)	153(89.5)
		아내	10(55.6)	8(44.4)	18(10.5)
	전 체		127(74.3)	44(25.7)	171(100.0)
제1심	이혼 청구	남편	102(79.1)	27(20.9)	129(83.8)
		아내	10(40.0)	15(60.0)	25(16.2)
	전 체		112(72.7)	42(23.3)	154(100.0)
항소심	이혼 청구	남편	23(85.2)	4(14.8)	27(75.0)
		아내	1(20.0)	4(80.0)	5(25.0)
	전 체		24(78.1)	8(21.9)	32(100.0)

* 이혼 청구권자는 원칙적으로 이혼의 소를 제기한 사람을 말하지만, 본소와 반소로서 다 들어진 경우 하나의 사건으로 보고 최종심의 유책배우자 결정에 따라 남편이 유책자로 결정되면 남편을 이혼 청구권자로, 아내가 유책자로 결정되면 아내를 이혼 청구권자로 간주함.

협의이혼에서도 아내가 먼저 이혼을 제안하는 경우가 많고⁴⁵⁾, 재판상 이혼에서도 아내가 소를 제기하는 경우가 증가하고 있지만(이화숙, 2012:284), 유책배우자의 이혼청구사건만을 골라내면 이혼을 청구한 사람은 남편이 절대 다수이다. 대법원 사건을 중심으로 살펴보면 남편이 이혼을 청구한 사건은 총 171건 중 153건으로 전체의 89.5%를 차지하고 있으며, 아내가 이혼을

45) 김정옥(1993)의 연구결과에 따르면 1992년 5월부터 7월까지 이혼한 여성 104명과 이혼한 남성 28명을 대상으로 한 조사한 결과, 이혼을 먼저 제안한 사람은 아내인 경우가 82.7%였다고 한다(김정옥, 1993:45).

청구한 사건은 18건으로 전체의 10.5%에 불과하다. 또한 청구권자의 성별에 따른 이혼청구의 인용율은 남편이 청구한 경우보다 아내가 청구한 경우가 높은 것을 알 수 있다.

분석대상 판결을 인용 사유별로 살펴보면, 대법원 사건의 경우 19건(43.2%)이 유책배우자의 본소나 반소가 유책배우자의 이혼청구라는 이유로 기각되었으나, 상대방의 본소나 반소가 인용되어 결과적으로 이혼이 인용된 경우로 가장 많다. 그 다음으로 많은 것은 쌍방 책임으로 이혼이 인용된 것으로 인용된 전체 44건 중 16건(36.4%)이 해당한다. 유책배우자에게 주된 책임이 있다고 볼 수 없거나 원고와 피고에게 대등한 책임이 있어 인용된 것이다.

하급심 사건의 경우는 쌍방 책임으로 이혼이 인용된 비중이 상대방의 본소나 반소가 인용되어 결과적으로 이혼이 인용된 경우보다 많지만, 혼인 계속의 의사가 없거나 오기나 보복 감정이 있다고 보아 이혼을 인용한 것은 극히 적다는 점에서 대법원 사건과 공통점을 지닌다.

〈표 IV-3〉 인용 사유별 분석

(단위: 건, %)

구분		본소반소	오기보복 /혼인의사 없음	쌍방책임	전체(비율)
대법원	80년대	3(33.3)	4(44.4)	2(22.2)	9(20.5)
	90년대	5(41.7)	1(8.3)	6(50.0)	12(27.3)
	2000년 이후	11(47.8)	4(17.4)	8(34.7)	23(52.3)
	전체	19(43.2)	9(20.4)	16(36.4)	44(100.0)
제1심	2010년 상반기	1(33.3)	0(0.0)	2(66.7)	3(7.1)
	2010년 하반기	3(33.3)	0(0.0)	6(66.7)	9(21.4)
	2011년 상반기	0(0.0)	4(44.4)	5(55.6)	9(21.4)
	2011년 하반기	2(18.2)	4(36.4)	5(45.5)	11(26.2)
	2012년 상반기	8(80.0)	0(0.0)	2(20.0)	10(23.8)
	전체	14(33.3)	8(19.0)	20(47.6)	42(100.0)

구분		본소반소	오기보복 /혼인의사 없음	쌍방책임	전체(비율)
항소심	2010년 상반기	2(50.0)	1(25.0)	1(25.0)	4(50.0)
	2010년 하반기	1(50.0)	0(0.0)	1(50.0)	2(25.0)
	2011년 상반기	0(0.0)	0(0.0)	1(100.0)	1(12.5)
	2011년 하반기	0(0.0)	0(0.0)	0(0.0)	0(0.0)
	2012년 상반기	0(0.0)	0(0.0)	1(100.0)	1(12.5)
	전체	3(37.5)	1(12.5)	4(50.0)	8(100.0)

사실 이혼소송이 본소와 반소로서 다투어진 경우 본소가 됐든 반소가 됐든 유책배우자의 이혼청구는 기각이 되고, 상대방의 이혼청구를 인용하여 결과적으로 유책배우자가 원하는 대로 이혼이라는 효과가 발생하기는 하였으나, 유책배우자의 이혼청구가 인용된 것이라고 보기는 어렵다. “또한 쌍방유책의 경우 상대방에게도 유책배우자의 잘못 정도의 귀책사유가 있으므로 결국 상대방에게도 재판상 이혼사유가 있음을 이유로 유책배우자의 이혼청구가 받아들여지는 것이어서, 상대방에게 귀책사유가 없지만 오기나 보복적 감정에서 이혼에 불응하는 경우에 해당되어 원하지 않는 이혼을 당하게 되는 경우와는 사정이 다르다(이혜진, 2009:227).” 진정한 의미에서의 유책배우자의 이혼청구에 대한 예외를 인정한 것으로 볼 수 있는 혼인 계속의 의사가 없거나 오기나 보복 감정이 있다고 보아 이혼을 인용한 것으로 대법원 사건의 경우 9건(20.4%)에 불과하다.

하급심 사건 중 항소심은 사건수가 극히 적어 양적 경향성을 파악하기 힘들지만, 대법원과 하급심의 제1심 사건을 선고시기를 중심으로 살펴보면 최근 들어 유책배우자의 이혼청구라도 인용되는 비율이 높아지는 것을 알 수 있는데, 이에 영향을 미치는 것은 혼인관계 파탄에 어느 일방의 주된 책임으로 볼 수 없는 사건의 수가 많아지고 있다는 것과 상대방도 혼인 계속 의사가 있음을 전제로 끝까지 이혼에 반대하기 보다는 반소를 제기함으로써 혼인관계에서 벗어나고자 하는 경향에 의한 것임을 알 수 있다.

〈표 IV-4〉 선고 시기별 이혼 인용율

(단위: 건, %)

구분		기각(율)	인용(율)	전체
대법원	80년대	30(76.9)	9(20.5)	39(22.8)
	90년대	52(81.2)	12(27.3)	64(37.4)
	2000년 이후	45(66.2)	23(52.3)	68(39.8)
	전체	127(74.3)	44(25.7)	171(100.0)
제1심	2010년 상반기	20(87.0)	3(13.0)	23(14.9)
	2010년 하반기	18(66.7)	9(33.3)	27(17.5)
	2011년 상반기	26(74.3)	9(25.7)	35(22.7)
	2011년 하반기	28(71.8)	11(28.2)	39(25.3)
	2012년 상반기	20(66.7)	10(33.3)	30(19.5)
	전체	112(72.7)	42(27.3)	154(100.0)
항소심	2010년 상반기	7(72.7)	4(27.3)	11(34.4)
	2010년 하반기	3(60.0)	2(40.0)	5(15.6)
	2011년 상반기	3(75.0)	1(25.0)	4(12.5)
	2011년 하반기	8(100.0)	0(0.0)	8(25.0)
	2012년 상반기	3(75.0)	1(25.0)	4(12.5)
	전체	24(78.1)	8(21.9)	32(100.0)

유책배우자의 이혼청구가 쌍방 책임으로 인용된 건을 제외한 어느 일방에게 혼인 파탄의 책임이 있다고 인정된 건만을 가지고 유책배우자의 이혼청구에 대한 인용율을 살펴보면, 대법원 사건의 경우 전체 인용율은 5.8%이며, 남편이 유책자인 경우 5.7%만이 인용되었으며, 아내가 유책자인 경우는 7.1%가 인용되었음을 볼 수 있다. 이러한 경향성은 하급심 사건에서도 유사하게 나타나고 있다.

〈표 Ⅳ-5〉 유책배우자의 이혼청구 인용율

(단위: 건, %)

구분		유책 배우자		전체
		남편	아내	
대법원	기각	133(94.3)	13(92.9)	146(94.2)
	인용	8(5.7)	1(7.1)	9(5.8)
	전체	141(82.5)	14(8.2)	155(100.0)
제1심	기각	112(94.9)	14(87.5)	126(94.0)
	인용	6(5.1)	2(12.5)	8(6.0)
	전체	118(88.1)	16(11.9)	134(100.0)
항소심	기각	24(92.3)	1(50.0)	25(89.3)
	인용	2(7.7)	1(50.0)	3(10.7)
	전체	26(92.9)	2(7.1)	28(100.0)

지난 30년간 대법원 판례에서 명백히 파탄을 인정하고 있는 사건은 127건으로 전체 사건의 74.3%에 이른다. 하지만 이 중 44건(34.6%)만 이혼이 인용되어 나머지 83건(65.4%)은 혼인공동생활의 실체가 없는 형해화된 혼인관계를 유지하게 된 결과가 된다.

〈표 Ⅳ-6〉 선고 연대별 파탄 인정 여부

(단위: 건, %)

구분		파탄 인정(율)	파탄 부인(율)	전체
대법원	80년대	30(76.9)	9(23.1)	39(22.8)
	90년대	48(75.0)	16(25.0)	64(37.4)
	2000년 이후	49(72.1)	19(27.9)	68(39.8)
	전체	127(74.3)	44(25.7)	171(100.0)
제1심	2010년 상반기	8(34.8)	15(65.2)	23(14.9)
	2010년 하반기	13(48.1)	14(51.9)	27(17.5)
	2011년 상반기	19(54.3)	16(45.7)	35(22.7)
	2011년 하반기	20(51.3)	19(48.7)	39(25.3)

구분		파탄 인정(율)	파탄 부인(율)	전체
	2012년 상반기	20(66.7)	10(33.3)	30(19.5)
	전체	80(51.9)	74(48.1)	154(100.0)
향소심	2010년 상반기	9(81.8)	2(18.2)	11(34.4)
	2010년 하반기	3(60.0)	2(40.0)	5(15.6)
	2011년 상반기	2(50.0)	2(50.0)	4(12.5)
	2011년 하반기	5(62.5)	3(37.5)	8(25.0)
	2012년 상반기	2(50.0)	2(50.0)	4(12.5)
	전체	21(65.6)	11(34.4)	32(100.0)

또한 유책사유를 살펴보면 80년대에는 부정행위가 혼인파탄 원인의 71.8%를 차지하고 있었으나 2000년 이후에는 52.9%로 다소 줄어들고, 배우자로부터의 부당한 대우도 80년대에는 23.1%를 차지하고 있었으나, 2000년 이후에는 11.8%로 절반 가까이 줄어든 것을 살펴볼 수 있다. 반면 “기타 혼인을 계속할 수 없는 중대한 사유”에 포섭되는 부부 불화 등을 이유로 한 혼인파탄이 증가하고 있는 것을 알 수 있다.

〈표 IV-7〉 선고 시기별 유책배우자의 유책사유(파탄원인)

(단위: 건, %)

구분		파탄 원인				전 체
		부정행위	악의유기	부당한 대우	기타	
대법원	80년대	28(71.8)	0(0.0)	9(23.1)	2(5.1)	39(22.8)
	90년대	33(51.6)	7(10.9)	13(20.3)	11(17.2)	64(37.4)
	2000년 이후	36(52.9)	3(4.4)	8(11.8)	21(30.9)	68(39.8)
	전체	97(56.7)	10(5.8)	30(17.5)	34(19.9)	171(100.0)
제1심	2010년 상반기	13(56.5)	1(4.3)	0(0.0)	9(39.1)	23(15.0)
	2010년 하반기	13(48.1)	2(7.4)	0(0.0)	12(44.4)	27(17.6)
	2011년 상반기	17(50.0)	2(5.9)	2(5.9)	13(38.2)	34(22.2)
	2011년 하반기	18(46.2)	4(10.3)	5(12.8)	12(30.8)	39(25.5)

구분		파탄 원인				전 체
		부정행위	악의유기	부당한 대우	기타	
	2012년 상반기	17(56.7)	4(13.3)	2(6.7)	7(23.3)	30(19.6)
	전체	78(51.0)	13(8.5)	9(5.9)	53(34.6)	153(100.0)
항소심	2010년 상반기	7(63.6)	2(18.2)	1(9.1)	1(9.1)	11(34.4)
	2010년 하반기	1(20.0)	0(0.0)	2(40.0)	2(40.0)	5(15.6)
	2011년 상반기	1(25.0)	1(25.0)	0(0.0)	2(50.0)	4(12.5)
	2011년 하반기	5(62.5)	1(12.5)	0(0.0)	2(25.0)	8(25.0)
	2012년 상반기	2(50.0)	0(0.0)	0(0.0)	2(50.0)	4(12.5)
	전체	16(50.0)	4(12.5)	3(9.4)	9(28.1)	32(100.0)

제1심에서부터 최종심인 대법원에 이르기까지 인용이면 인용, 기각이면 기각이라는 일관된 판결 결과가 선고된 경우는 총 171건 중 117건으로 전체의 68.4%가 해당하며, 그 나머진 54건(31.6%)은 심급에 따라 선고된 판결 결과가 달리진 것으로 유책배우자의 이혼청구 사건에 대하여 파탄 여부 및 유책배우자가 누구인지, 혼인 파탄의 책임이 인정되더라도 책임의 경중이 달라지는 경우라든지, 유책배우자의 이혼청구 인용을 위한 예외 사유의 존재 여부에 대한 판단에서 오기나 보복 감정을 인정할지 말지 등 판단을 위한 여러 단계에서 다른 결정을 내리고 있음을 살펴볼 수 있다.

〈표 Ⅳ-8〉 선고 시기별 심급간 판결의 일관성

(단위: 건, %)

구분		일관된 결정(율)	심급간 결과 불일치(율)	전체
대법원	80년대	25(64.1)	14(35.9)	39(22.8)
	90년대	48(75.0)	16(25.0)	64(37.4)
	2000년 이후	44(64.7)	24(35.3)	68(39.8)
	전체	117(68.4)	54(31.6)	171(100.0)
항소심	2010년 상반기	7(63.6)	4(36.4)	11(34.4)
	2010년 하반기	4(80.0)	1(20.0)	5(15.6)

구분		일관된 결정(율)	심급간 결과 불일치(율)	전체
	2011년 상반기	4(100.0)	0(0.0)	4(12.5)
	2011년 하반기	7(87.5)	1(12.5)	8(25.0)
	2012년 상반기	3(75.0)	1(25.0)	4(12.5)
	전체	25(78.1)	7(21.9)	32(100.0)

별거 기간이 혼인관계 파탄 인정 및 이혼 인용이라는 결과에 미치는 영향을 살펴보면, 별거 기간이 20년 이상인 경우에도 혼인 관계 파탄을 부인한 사례가 있는 반면, 별거 기간이 2년 미만이라고 하더라도 파탄을 인정한 사례가 있어 판례를 통한 경향성은 찾아보기 어려우며, 사안에 따라 다르게 판단하는 것으로 보인다.

〈표 IV-9〉 별거기간에 따른 파탄 및 이혼 인용 여부 (대법원)

(단위: 건, %)

구분		별거 기간							전체
		2년 미만	2-4년 미만	4-6년 미만	6-8년 미만	8-10년 미만	10-20년 미만	20년 이상	
파탄	인정	12(63.2)	28(57.1)	16(69.6)	10(76.9)	4(80.0)	21(69.0)	18(81.8)	110(67.3)
	부인	7(36.8)	21(42.9)	7(30.4)	3(23.1)	1(20.0)	10(31.0)	4(18.2)	53(32.7)
이혼	기각	14(73.7)	31(63.3)	19(82.6)	10(76.9)	5(100.0)	25(81.2)	19(86.4)	123(75.9)
	인용	5(26.3)	18(36.7)	4(17.4)	3(23.1)	0(0.0)	6(18.8)	3(13.6)	39(24.1)
전체		19(11.7)	49(30.2)	23(14.2)	13(8.0)	5(3.1)	31(19.1)	22(13.6)	162(100.0)

3. 대법원 판례의 내용 분석

가. 유책배우자의 이혼 청구에 대한 원칙적 부정

대법원은 유책배우자의 이혼청구에 대해서 엄격히 이를 배척하는 태도를 유지하고 있음을 지난 30년 간의 대법원 판례에 대한 양적 분석을 통해 살펴볼 수 있었다. 즉, 분석대상 판결인 총 171건 중 127건이 유책배우자의 이

혼청구라는 이유로 기각된 것이다.

유책배우자의 이혼청구를 배척한 처음 사건인 대법원 1965. 9. 21. 선고 65므37 판결 이후 청구인의 이혼청구에 대하여 “혼인생활의 파탄에 대하여 책임이 있는 배우자는 원칙적으로 그 파탄을 사유로 하여 이혼을 청구할 수 없다”고 하여 유책배우자의 이혼청구를 기각하는 일관된 입장을 유지하였다. 그러다 “혼인생활의 파탄에 대하여 주된 책임이 있는 배우자는 원칙적으로 그 파탄을 사유로 이혼을 청구할 수 없고, 다만 상대방도 그 파탄 이후 이혼을 계속할 의사가 없음이 객관적으로 명백함에도 오기나 보복적 감정에서 이혼에 응하지 아니하고 있을 뿐이라는 등의 특별한 사정이 있는 경우에만 예외적으로 유책배우자의 이혼청구가 인정된다”고 하여 유책배우자의 이혼청구일지라도 예외적으로 허용될 수 있는 요건을 명시한 최초의 대법원 판결인 1987. 4. 14. 선고 86므28 판결 이후에는 청구원인인 이혼 사유가 존재하는지, 많은 경우는 구체적인 이혼 사유 외에 기타 사유의 존재를 원인으로 하는 이혼청구가 이루어지므로 혼인이 파탄되었는지에 대한 판단이 선행하게 되고, 명백히 혼인이 파탄된 경우 및 명백히 파탄에 이르는 않았지만 설령 파탄되었다고 할지라도 혼인 파탄에 대한 책임이 어느 측에 있는지 판단이 이어지고, 청구인(원고)에게 유책성이 있는 경우에 유책배우자의 이혼청구를 인용할만한 예외사유가 존재하는지를 판단한 후 최종 결정을 내리는 구조로 진행되고 있다.

판결이 내려지기까지의 과정을 단순히 도식화하면 다음과 같다.

청구원인	① 원고와 피고가 혼인신고를 하고 있을 것 ② 구체적인 이혼사유나 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 것
↓	
항변	원고가 유책배우자라는 것
↓	
재항변	① 혼인 계속의 의사가 없음 ② 오기나 보복적 감정에서 이혼에 불응하고 있음

유책배우자의 이혼청구에 대한 원칙적 부인이라는 입장은 대법원 판결문을 통한 혼인을 바라보는 관점에 대한 선언과 하급심 판사의 성향에 따라 다소 대법원의 입장과 벗어난 결정에 대해 대법원 입장으로 되돌리는 작업을 통해 유지되고 있다고 할 수 있다.

나. 유책배우자의 이혼청구에 대한 예외적 인용

대법원 분석 대상 판결 총 171건 중 44건이 최종적으로 이혼이 인용되었는데, 인용 사유별로 살펴보면 유책배우자의 본소나 반소가 유책배우자의 이혼청구라는 이유로 기각되었으나, 상대방의 본소나 반소가 인용되어 결과적으로 이혼이 인용된 경우, 유책배우자에게 주된 책임이 있다고 볼 수 없거나 원고와 피고에게 대등한 책임이 있어 인용된 경우, 상대방에게 혼인 계속의 의사가 없거나 오기나 보복 감정이 있다고 보아 이혼청구를 인용한 경우로 나누어 볼 수 있다.

1) 본소와 반소로써 다투는 경우

본소나 반소를 제기하고 취하지 않는 한 상대방에게도 혼인을 계속할 의사가 없음이 명백하므로 다툼의 여지가 없어, 이에 관한 사례는 하나만 소개하고 자세히 소개하는 것을 생략한다.

대법원 1987. 12. 8. 선고 87므44·45 판결은 청구인(남편)과 피청구인(아내)이 각각 상대방에게 책임이 있음을 주장하며 이혼을 청구한 사안에서 제1심⁴⁶⁾에서는 혼인생활이 파탄되게 된 원인은 피청구인의 가출과 청구인 직장에서의 행패 등에 있다고 보아 청구인의 이혼청구를 인용하고 피청구인의 이혼청구를 기각하였으나, 항소심⁴⁷⁾에서 “두 사람의 혼인이 파탄에 이르게 된 것은 쌍방의 성격 부조화와 피청구인이 집을 나가자 청구인의 직장 에까지 찾아가 소란을 피우는 등 과격한 언동을 한데에도 일부의 원인이 있으나 청구인이 남편으로서 피청구인을 이해하고 잘못을 덮어주며 가정의

46) 서울가정법원 1986. 10. 27. 선고 88드8306, 86드1964 심판

47) 서울고등법원 1987. 5. 25. 선고 86르338·339 판결

화합을 위하여 인내로써 노력하지 아니하고, 적당한 생활비도 주지 아니한 채 부부싸움 끝에 피청구인을 구타하는 등 부당한 대우를 한 데에도 그 원인이 있다고 하여 청구인과 피청구인의 본심, 반심 이혼청구를 각각 인용하였다. 대법원은 파탄의 원인은 청구인과 그 부모의 피청구인에 대한 냉대와 청구인이 피청구인에게 제대로 생활비를 주지 아니하면서 부부싸움 끝에 피청구인을 구타하는 등의 부당한 대우를 하는 데에서 비롯되었으나, 피청구인의 가출과 피청구인이 청구인의 직장에 찾아가 피운 소란 등도 그 원인으로 경합되었다고 보여질 뿐만 아니라 청구인과 피청구인이 본심, 반심 청구로써 각 이혼심판을 청구하고 있어 두 사람 모두 혼인을 계속할 의사가 없음이 명백하여 비록 피청구인에게 가출 등 잘못이 있다 하더라도 이미 파탄된 혼인의 해소를 바라는 피청구인의 이 사건 반심이혼청구는 이를 인용함이 마땅하다고 할 것이다.”고 판시하고 있다.

2) 오기나 보복적 감정에서 이혼에 불응하는 경우

(1) 대법원 1987. 4. 14. 선고 86므28 판결

이 판결은 처음으로 유책배우자의 이혼청구가 예외적으로 받아들여질 수 있음을 천명하였던 사건으로 의미가 깊다.

이 사건의 제1심⁴⁸⁾ 및 원심⁴⁹⁾에서는 “이전 협의이혼을 위한 이혼조건은 청구인(남편)과 피청구인(아내)이 이혼하기로 합의하고 작성한 것이 아니라 청구인이 피청구인에게 몹시 화를 내고 폭언, 폭행을 하며 이혼을 요구하기에 피청구인이 터무니없는 이혼조건을 제시하면 청구인이 이혼요구를 철회할 것으로 판단하고 무리한 내용의 이혼조건을 적어서 청구인에게 제시한 것에 불과한 것으로 피청구인은 현재까지도 이혼을 극구 거부하고 있다”고 판단하였다.

반면, 대법원은 “청구인과 피청구인 사이의 혼인이 오로지 청구인에게 책임 있는 사유로 파탄된 것은 정당하나, 다른 한편 피청구인이 잘못을 뉘우

48) 서울가정법원 1985. 2. 27. 선고 84드4028 판결

49) 서울고등법원 1986. 1. 20. 선고 85르93 판결

치는 청구인을 용서하지 아니하고 간통죄로 실형을 선고받아 복역하게 하였을 뿐 아니라, 생활에 있어서 경제적, 사회적 기초가 되는 청구인의 의사 자격마저 취소되는 결과를 초래하였고, 복역을 마치고 찾아온 청구인을 받아들이지 아니하고 서로 별거중이며, 위 간통죄고소와 함께 피청구인이 청구인을 상대로 제기한 이혼심판 청구가 피청구인의 의사에 의하여 취하된 것이 아니라 주소보정이 되지 않았음을 이유로 각하되었다면, 피청구인은 실제로는 청구인과 혼인을 계속할 의사가 전혀 없으면서도 혼인이 형식상 지속되고 있음을 기화로 오로지 보복적인 감정에서 표면상으로만 이혼을 거부하고 있는 것으로 볼 여지가 충분히 있다”고 판단하며 청구인의 이혼 청구를 인용하였다(유사한 사안으로 대법원 1988. 3. 22. 선고 87므83 판결이 있다).

(2) 대법원 1996. 6. 25. 선고 94므741 판결

제1심⁵⁰⁾과 원심⁵¹⁾에서 “원고(아내)가 수회에 걸쳐 가족을 버리고 무단가출하고 피고(남편)이 가출한 원고를 붙잡아 귀가시켰으나 원고가 다시 가출함으로써 혼인이 파탄되었다고 할 것이고, 수회에 걸쳐 피고가 원고를 폭행한 사실이 있으나 피고가 가출한 원고가 주점에서 남자들과 술을 마시고 있는 것을 발견하고 순간적으로 화가 나서 집에 데리고 오기 위한 과정에서 발생하였거나 원고가 가출하면서 가지고 간 돈의 행방에 대하여 거짓말을 하는 것에 화가 치밀어 야기된 것으로서 그 경위 및 폭행정도와 피고·원고 사이의 혼인생활 등을 고려할 때 혼인의 파탄에 이르게 할 정도의 것이라고는 보이지 아니하므로, 결국 둘 사이의 혼인생활의 파탄은 모두 원고의 무단가출 등의 행동에서 기인하였다고 할 것이어서 유책배우자인 원고의 이혼청구는 이유 없다.”고 판시하였다.

반면, 대법원은 “피고와 원고 사이의 혼인관계의 파탄이 원고의 잦은 가출에서 발단되었다고 하더라도 피고가 가출한 원고를 발견하고 술병으로 원고의 얼굴을 때린 후 강제로 차에 태워 집으로 데려 가고, 다음날 다시

50) 부산지방법원 1992. 9. 25. 선고 90드13046 판결

51) 부산고등법원 1994. 5. 12. 선고 92르716 판결

전화기로 원고의 머리 부분을 때려 상처를 입자 그날 밤 원고가 다시 가출함으로써 중국적으로 그 혼인관계가 파탄에 이른 것이라면, 위와 같이 원고가 재차 가출을 하게 된 데에는 피고의 적대적인 태도와 폭행 등의 원인으로 작용하였다고 보이므로, 피고와 원고 사이의 혼인생활 파탄의 책임이 오로지 원고에게만 있다고 할 수 있을는지에 관하여 더 심리할 필요가 있다. 피고는 병원을 개업한 후부터 원고에게는 신경을 쓰지 않고 사업에만 전념, 피고와 원고 사이의 혼인이 파탄에 이른 후 피고는 원고를 무고 및 절도죄 등으로 고소하여 구속되기에 이르렀고, 그 과정에서 피고는 원고를 엄벌하여 주도록 요청한 사실이 인정, 피고로서는 원고와의 부부관계를 유지할 생각은 없으나 원고가 다른 사람과 결혼하지 못하게 하기 위하여 이혼할 수 없다고 진술하고 있는 바, 피고는 실제로는 원고와의 혼인을 계속할 의사가 전혀 없으면서도 오기나 보복적인 감정에서 표면상으로만 그 이혼을 거부하고 있는 것으로 볼 여지가 충분히 있다.”고 하여 원심판결을 파기하였다.

(3) 대법원 2003. 2. 14. 선고 2002므1824 판결

제1심⁵²⁾에서 “원고(남편)와 피고(아내) 사이의 혼인생활은 장기간의 별거, 이혼소송 및 가정보호처분 등으로 인하여 더 이상 회복하기 어려울 정도의 파탄상태에 이른 것으로 보이고, 그 파탄의 원인은 전적으로 어느 일방의 잘못이라기보다는 양보와 타협으로 혼인생활을 회복하려는 노력 없이 재산문제에만 집착한 양자의 잘못이 경합하여 발생한 것으로 보이며, 이러한 사정은 민법 제840조 제6호 소정의 이혼사유에 해당되므로 원고의 이혼청구를 받아들인다”고 판시하고, 원고에게 혼인생활 파탄의 주된 책임이 있으므로 원고의 이혼청구에 응할 수 없다는 피고의 주장에 대하여 “원고에게 파탄의 주된 책임이 있다고 단정하기 어려울 뿐만 아니라, 설령 파탄의 주된 책임이 원고에게 있다고 하더라도 현재와 같은 파탄상태에서 피고가 이혼을 거부하는 것은 피고로서도 혼인생활을 계속할 의사 없이 단지 보복적 감정이나 재산분할만을 기피할 목적으로 이혼에 응하지 않는 것으로 보이

52) 인천지방법원 2001. 12. 18. 선고 2001드합311 판결

고 이러한 사정 하에서는 유책배우자에게도 이혼청구권이 인정된다.”고 판시하였으며, 원심⁵³⁾과 대법원은 이 판단부분을 지지하였다.

(4) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2003므1890 판결

제1심⁵⁴⁾에서 “혼인관계가 이미 회복하기 어려울 정도로 파탄된 원인은 피고(아내)도 원고(남편)에 대하여 의심을 하거나 간섭을 하고, 원고의 아버지에게 욕설을 하면서 집에서 나가라고 하고, 원고의 직장에 찾아가 소란을 피운 잘못이 있으나, 그 근본적이고 주된 원인은 원고가 다른 여자를 만나면서 의심받을 만한 행동을 하고, 피고가 경제적인 여유가 없어서 유학자금을 주지 않는다는 이유로 술을 마시고 밤늦게 귀가하여 피고를 폭행한 원고의 잘못에 있어 원고에게 혼인관계 파탄의 주된 책임이 있다고 할 것이다. 따라서 유책배우자인 원고의 이혼청구는 받아들일 수 없다. 나아가 피고가 원고의 아버지를 폭행죄로 고소하고 원고를 고소하여 실형의 선고를 받게 하고, 원고의 사무실에 찾아가 소란을 피우고, 원고가 피고의 채무로 인하여 신용불량자가 된 사실은 인정되나, 이러한 사정만으로는 피고가 원고와의 혼인을 계속할 의사가 없음이 객관적으로 명백한데도 오기나 보복적 감정에서 유책배우자의 이혼청구에 응하지 아니하는 것이라고 단정할 만한 사정이 있다고 볼 수 없다”고 판시하였다. 한편 원심⁵⁵⁾은 “원고와 피고 사이의 혼인관계의 파탄은 원고 및 원고의 아버지를 형사고소하고, 원고가 무면허 운전 등으로 형사재판을 받게 되자 원고의 구속을 바라는 취지의 탄원서를 2회 제출하였으며, 건물과 관련된 부채는 원고의 잘못 때문에 발생하였다며 이를 전혀 변제하지 아니하여 현재까지 원고가 7억원 이상의 부채로 인해 신용불량자 상태에서 벗어나지 못하고 있는 등 혼인관계를 파국으로 치닫게 한 잘못과 원고가 다른 여자를 만나 이성교제를 하였고, 경제적인 어려움이 닥치자 이를 모두 피고의 탓으로 돌리면서 피고를 폭행하는 등 부당한 대우를 한 잘못이 경합되어 파탄이 초래되었다고 할 것인바,

53) 서울고등법원 2003. 2. 14. 선고 2002르69 판결

54) 서울가정법원 2001. 7. 24. 선고 99드단31509 판결

55) 서울가정법원 2003. 8. 14. 선고 2001르1769 판결

혼인생활 파탄에 있어 이러한 원고와 피고의 책임은 상호 대등한 정도라고 할 것이다”고 판시하여 원고의 이혼청구를 인용하였다.

이에 대해 대법원은 “원고와 피고 사이의 혼인관계는 원고가 일방적으로 집을 나와 피고와 별거하면서 피고를 상대로 이 사건 소송을 제기한 무렵에 이미 회복하기 어려울 정도로 파탄되었다고 할 것이고, 그 때를 기준으로 볼 때 그 파탄원인은 원고의 여자관계 등을 의심하거나 간섭을 하고, 원고의 아버지에게 욕설을 하는 등 부당한 대우를 하고, 원고의 직장에 찾아가 소란을 피운 피고에게도 있다 할 것이나, 근본적이고도 주된 파탄원인은 원고가 다른 여자를 만나면서 의심받을 만한 행동을 하고, IMF 사태로 피고가 경제적인 여유가 없어서 유학자금을 주지 않는다는 이유로 술을 마시고 밤늦게 귀가하여 피고를 수 차례 폭행하고 다른 여자와 이성교제를 하고, 가정불화를 해소하기 위한 노력을 기울이지 아니한 채 일방적으로 가출하여 이혼소송을 제기한 원고에게 있다고 보아야 할 것이다”고 하여 혼인파탄에 있어 유책성은 혼인파탄의 원인이 된 사실에 기초하여 평가할 일이며, 혼인관계가 완전히 파탄된 뒤에 있는 일을 가지고 따질 것은 아니라 할 것이므로 파탄되기 이전의 사정뿐만 아니라 그 이후의 사정까지 포함하여 귀책사유의 유무 및 정도를 비교하여 원고와 피고의 혼인관계 파탄에 있어 두 사람의 책임이 대등하다고 본 원심의 판단을 정정하였다. 그리고 유책배우자의 이혼청구가 허용되는 예외사유의 판단에 파탄이후의 사정을 감안하여 “유책배우자의 상대방인 피고는 원고와 혼인생활을 계속할 의사가 전혀 없으면서도 오기나 보복적 감정 또는 다른 이유로 표면상으로만 이혼을 거부하고 있는 것으로 보아야 할 것이다”고 하여 이혼청구를 허용한 점에서는 원심과 결론을 같이 하였다.

(5) 대법원 2005. 6. 24. 선고 2005므471 판결

피고(아내)가 혼인 후 정상적으로 임신이 되지 아니하여 시험관아기 시술을 지속적으로 받는 등 임신을 위하여 상당한 비용을 지출하였으나 결국 피고의 불임으로 판명되자, 원고(남편)는 그때부터 피고를 멀리하기 시작하여 생활비로 일정액을 지급하다가, 아예 중단하였으며 방도 각자 쓰고 현재

는 별거 중, 원고가 피고를 상대로 이혼을 청구한 사안이다. 제1심⁵⁶⁾에서 “원고와 피고는 그 슬하에 아이가 생기지 않았고 경제적인 이유 등으로 불화를 겪던 중 서로 별거에 이르게 되었으나, 피고는 원고가 다시 가정으로 돌아오기를 간절히 바라면서 원·피고의 이혼을 바라지 않고 있는 점, 원·피고의 혼인생활의 기간, 원·피고의 나이 및 경력, 혼인생활의 기간 및 전체적 상황, 가족 사이의 관계, 그 밖에 원·피고 사이의 혼인관계의 제반 사정과, 비록 원·피고가 일시 이혼에 합의하고 원고가 피고에게 그 명의의 아파트를 양도하였다고 하더라도 원·피고가 이혼의 의사로 사실상 부부관계의 실체를 해소한 채 생활하여 왔다고 보기 어려운 이 사건에서 위와 같은 사정만으로 원·피고가 이혼을 하기로 하는 최종 합의를 하였다고 보기 어려운 점, 특히 원·피고의 노력과 상관없이 원·피고 사이의 불화를 극복하고 애정을 되찾는 것이 불가능하다고 단정할 자료가 없는 반면, 오히려 원고가 원·피고 사이의 불화를 극복하고 혼인생활을 유지하기 위한 최선의 노력을 기울였다는 사정이 엿보이지 않는 이 사건에 있어서 이제라도 원·피고가 서로 상대방에 대한 불만을 해소하기 위하여 노력한다면 원만한 부부생활 또는 가정생활을 되찾게 될 가능성이 상당히 있다고 보이는 점 등에 비추어 보면, 원·피고 사이의 혼인관계가 더 이상 회복하기 어려운 정도로 파탄되었다고 볼 수 없다”고 하여 원고의 이혼청구를 기각하였다.

그러나 원심⁵⁷⁾은 원·피고의 혼인생활의 경위, 혼인기간, 특히 원·피고가 원고가 집을 나온 이후 관계회복을 위한 노력을 전혀 기울이지 아니하고 있는 점 및 피고의 원심에서 나타난 심경의 변화 즉, 원고가 재산분할을 하여 주고, 미국 비자를 받는데 소요되는 서류 등을 갖추어 주면 이혼하겠다고 합의한 점, 위 합의 이후에 원고의 위 재산분할금 지급약속을 믿을 수 없다며 당원의 화해권고결정에 이의한 점, 피고가 미국비자를 발급받는데 필요한 서류의 교부를 요구하고 있는 점 등에 비추어 보면, 원·피고 사이의 혼인관계는 더 이상 회복할 수 없을 정도로 파탄에 이르게 되었을 뿐만 아니라, 원고가 혼인생활을 지속할 의사가 없음은 물론 피고 역시 원고와 사

56) 청주지방법원 충주지원 2004. 6. 24. 선고 2003드단1308 판결

57) 청주지방법원 2005. 2. 3. 선고 2004르161 판결

이에 신뢰를 바탕으로 동거, 부양, 협조의무가 있는 부부관계를 새로이 형성하려는 의사를 버리고, 원고와의 혼인의 파탄을 기정사실로 받아들여 실제로는 원고와의 혼인을 계속할 의사가 없으면서도 다만 용이한 출국을 위한 원고의 협조 및 이혼에 따른 더 많은 대가의 수령을 이끌어내기 위하여 또는 오기나 보복 감정 등 다른 이유로 표면상으로만 이혼을 거부하고 있는 것으로 보이므로 유책배우자인 원고의 이혼청구도 민법 제840조 제6호에 정해진 사유에 해당하는 것으로 보아 이를 인용함이 상당하다고 판시하였고, 대법원도 이를 지지하였다.

(6) 대법원 2008. 2. 1. 선고 2007므2143 판결

제1심⁵⁸⁾과 원심⁵⁹⁾은 모두 원고(남편)와 피고(아내) 사이의 혼인관계가 실질적으로 파탄에 이르렀음을 인정하고, 그 파탄에 대한 책임으로 제1심과 항소심 모두 부부간의 애정과 신의에 반하여 부정행위를 저지른 원고에게 있다고 본 점은 같지만, 유책배우자의 이혼청구의 예외사유가 존재하는지에 관하여 제1심은 혼인을 계속할 의사가 없음이 객관적으로 명백한데도 오기나 보복적 감정에서 원고의 이혼청구에 응하지 아니하는 것이라고 볼 수 없다고 하여 유책배우자의 이혼청구라고 하여 원고의 청구를 기각한 반면, 원심은 “2002년 8월 피고는 원고와 상호 자유로운 의사에 기하여 이 사건 합의를 하였고, 원고와 동거하지 아니하며 원고를 배우자가 아닌 사실상 남과 같이 상대하여 온 점, 이 사건 제1심에서부터 줄곧 ‘원고가 이 사건 합의에 정하여진 사항을 이행하지 않고 있으므로 원고의 이혼청구가 기각되어야 한다’라고 하여 마치 ‘원고가 피고의 요구에 전부 응할 경우 이혼에 동의하겠다’는 취지로 주장해 오는 등 원고와의 혼인관계를 계속하려는 실질적인 의사나 노력을 전혀 보여주지 않고 있는 점, 실제로 피고는 ‘원고와 피고 사이의 이 사건 합의는 당사자 사이의 협의상 이혼이 이루어지지 아니하여 효력이 발생하지 아니한다.’고 주장하면서도 원고로부터 이미 이혼 합의를 명목으로 일정액을 지급받고도 이를 돌려주지 않은 채 이 사건 제1

58) 인천지방법원 2007. 1. 9. 선고 2004드단21350 판결

59) 인천지방법원 2007. 9. 13. 선고 2007르130 판결

심에서 원고의 이혼청구에 대하여 기각판결이 선고되자 또 다시 2007년 원고를 상대로 이 사건 합의에 근거하여 양육비, 은행이자 등 일정 금액의 지급을 구하는 소를 제기한 점, 피고는 이 사건 합의에 정한대로 외국 영주권 취득을 위하여 원고와 이혼에 응할 수 없다고 주장하면서도 막상 여러 사정에 비추어 원고 및 자녀들과 함께 이민할 의사가 없는 듯한 행동을 보이고 있는 점 등에 비추어 볼 때 피고 또한 원고와의 혼인을 계속할 의사가 없으면서도 오기나 보복적 감정으로 원고의 이혼청구에 불응하고 있는 것으로 보인다.”고 판시하여 유책배우자의 이혼청구를 인용하였고, 대법원도 이를 지지하였다.

(7) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009므3621 판결

제1심⁶⁰⁾은 혼인관계의 파탄에 대하여 주된 책임이 있는 배우자는 그 파탄을 사유로 이혼을 청구할 수 없고, 피고가 혼인생활을 계속할 의사가 없음이 객관적으로 명백하거나 단지 오기나 보복적 감정에서 이혼에 응하지 않고 있을 뿐이라는 특별한 사정이 존재하지 않는다고 하여 원고의 이혼청구를 기각한 반면, 원심⁶¹⁾은 원고와 피고의 혼인관계는 회복할 수 없을 정도로 파탄되었고, 이와 같이 혼인관계가 파탄된 원인은 외도를 하여 혼인 외의 자를 둘이나 낳은 원고의 잘못과 함께 원고에게 폭언과 폭행을 일삼으며 집요하게 돈을 요구하여 원고를 괴롭히고 공개적으로 망신까지 준 피고의 잘못이 경합한 것으로서, 비록 그 책임의 시작은 원고에게 있었지만 그 이후의 정황을 전체적으로 살펴보면 쌍방의 책임의 정도에 경중을 따질 수 없다고 판단하고, 가정적·부가적 판단으로서 원·피고의 혼인생활의 파탄에 대한 주된 책임이 원고에게 있다고 가정하더라도, “피고는 원고와의 법률혼이 유지되고 생활비만 지급된다면 원고가 외도를 한 제3의 여성(이하 A라 칭함)와 동거하더라도 모두 인정하고 간통죄로 고소할 생각이 없다고 진술하는 것으로 보아 원고와의 혼인관계를 다시 회복하려는 목적에서 이혼에 반대하는 것이 아니라, 단지 재산분배 문제를 염두에 두고 이혼을

60) 수원지방법원 2009. 2. 4. 선고 2007드단27783 판결

61) 수원지방법원 2009. 9. 30. 선고 2009르391 판결

거부하는 것으로 보이는 점, 피고는 원고가 A에게 20억 원에 이르는 재산을 분여하였다 오인하여 원고에게 과도한 돈을 지속적으로 요구하고, 이에 이미 원고가 시가 33억 원에 이르는 부동산에 관한 소유권이전청구권가등기를 마쳐준 점, 원고와 피고의 감정은 악화될 대로 악화되어 원고는 피고의 소리만 들어도 심신이 허약해지고 딸로부터 “이 새끼야”라는 등의 상스러운 욕설까지 듣고 있는 지경이어서 원고와 피고의 혼인관계가 회복될 가능성이 없는 점, 그럼에도 불구하고 피고는 원고가 이혼소송을 제기한 목적이 원고가 A와 사이에 낳은 자식들의 법률상의 부친이 되고 A가 호주에서 영주권을 취득하는데 도움을 주기 위해서라고 생각하여 원고가 전 재산을 주더라도 이혼만은 할 수 없다는 강경한 입장을 취하고 있는 점, 피고는 원고에게 돈을 요구할 때만 원고의 사무실을 찾았고, 그때마다 가정으로 돌아오라는 말은 한 번도 한 적이 없었으며, 생활비, 해외여행비 등의 명목으로 빈번하게 돈을 요구하며 원고에게 폭언 및 폭행을 하였는데 그 기간이 비교적 장기간인 점, 피고는 스스로 제1심 재판부에게 매월 300만 원의 생활비면 만족한다고 진술하였다가, 제1심 법원이 피고의 요구를 거의 전적으로 수용하여 화해권고결정을 하였음에도 또다시 생활비 300만원이 적다는 이유로 이의를 제기한 점, 원고가 일본에서 온천욕 도중 쓰러진 피고를 데리러 일본으로 가기 전에 딸과 함께 피고의 집에서 하루를 보낸 일이 있었는데, 이에 대하여 딸은 “피고에게는 절대 비밀로 해야 한다”고 원고에게 신신당부를 하였던 것으로 미루어 피고는 원고의 귀가를 원하였다고 볼 수 없는 점, 원고와 피고 사이의 자녀들은 이미 한 가정을 이루고 있는 성년자들이고, 피고가 원고로부터 부여받은 재산도 상당하며, 원고의 자력도 풍부하여 재산분할을 통해 원고의 노후보장이 되므로 원고와 피고가 이혼하더라도 유책주의를 채택함으로써 방지하려는 축출이혼이라 볼 수 없는 점 등에 비추어 보면, 피고도 원고와의 혼인관계를 진정으로 유지할 의사가 없이 단지 오기나 보복적 감정에서 이혼을 거부하고 있는 것이라고 판단하여 원고의 이혼청구를 인용하였다.

이에 대하여 대법원은 “원고와 피고의 혼인관계는 피고가 원고의 외도 및 혼인 외의 자 출생을 알게 된 2004. 7. 8. 이후 급격히 악화되어 피고가

원고를 간통죄로 고소하고 이혼소송을 제기하였으며 원고가 가출하기에 이른 2004. 10.경에는 이미 회복하기 어려울 정도로 파탄되었다고 보아야 할 것이고, 그 때를 기준으로 하여 볼 때 그 파탄원인은 원고의 외도 사실을 알고 난 후 원고에게 폭언을 하고 사무실까지 찾아가 원고를 공개적으로 망신까지 주는 등의 행위를 한 피고에게도 있다 할 것이나, 보다 근본적이고 주된 파탄원인은 다른 여자와 외도하며 혼인 외의 자까지 출생하였음에도 가정불화를 해소하기 위한 노력을 기울이기 아니한 채 일방적으로 가출한 원고에게 있다고 보아야 한다. 따라서 혼인관계가 파탄되기 이전의 사정뿐만 아니라 그 이후의 사정까지 포함하여 귀책사유의 유무 및 정도를 비교하여 원고와 피고의 혼인관계 파탄에 있어 두 사람의 책임이 대등하다고 본 원심은 혼인파탄의 유책성의 판단시점에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다”고 판단하고, 가정적 판단을 지지하였다.

3) 단순히 혼인을 계속할 내심의 의사가 없다고 판단한 사례

이 유형은 판결문에서 “오기나 보복적 감정”이라는 문구를 사용하지 않고 단순히 혼인을 계속할 내심의 의사가 없는 경우 유책배우자의 이혼청구를 인용하였다는 점에서 보다 나아간 것으로 보인다.

(1) 대법원 1987. 9. 22. 선고 86므87 판결

제1심⁶²⁾에서부터 청구인이 유책배우자임에도 불구하고 예외적으로 그 이혼을 허용함이 상당하다고 판단한 사례로서, “청구인(남편)과 피청구인(아내)의 혼인관계는 아내의 허영, 냉대, 배신 등으로 인하여 파탄에 이르게 되었고 또 그와 같이 피청구인의 귀책사유로 인하여 파경에 이른 뒤 청구인의 제3의 여성과 부정한 관계를 맺는 등 피청구인과 청구인의 쌍방의 책임으로 파경이 심화되어 부부관계를 정상으로 되돌릴 수 없을 만큼 중대한 상태가 야기되었을 뿐만 아니라, 피청구인이 이 사건 이혼을 반대하고 있기는 하나 청구인을 집에서 나가게 한 뒤 장기간 별거 중 한 번도 청구인을

62) 부산지방법원 1985. 12. 20. 선고 85드877 심판

찾지 아니하였고 청구인이 제3의 여성과 동거하는 사실을 알고서도 이를 제지하여 가정으로 되돌아오도록 하려는 노력은 일체 하지 아니한 채 청구인측 가족과 이혼 위자료 액수만을 흥정하다가 뜻대로 되지 아니하자 청구인을 상대로 이혼심판청구(이 사건 본심판)을 함과 아울러 간통죄로 고소하여 구속시킨 다음 위자료를 받아 내었고 그 뒤에도 청구인과 화합하여 정상적인 가정을 이루려는 노력도 시도한 바 없는 피청구인에게 청구인과 혼인을 계속할 의사가 있다고 보기는 어렵다 할 것이고, 그와 같이 피청구인이 내심으로는 청구인과 혼인을 계속할 의사가 없으면서도 표면상으로는 이혼에 불응하고 있다면 비록 청구인에게 제3의 여성과 부정한 관계를 맺은 잘못이 있다 하더라도 이미 파탄된 혼인의 해소를 바라는 청구인의 이 사건 이혼청구는 인용됨이 마땅하다 할 것이다”고 하여 대법원에서까지 일관되게 혼인 계속의 의사가 없음을 이유로 유책배우자의 이혼청구를 인용하고 있다.

(2) 대법원 1988. 2. 9. 선고 87므60 판결

제1심⁶³⁾과 원심⁶⁴⁾은 “청구인은 애초에 파탄의 빌미가 된 부정한 행위를 저지른 유책배우자였다고 할 것이나, 그가 이로 말미암아 형사상의 책임을 치렀고, 그 후 청구인과 피청구인이 자유롭게 이혼하기로 합의하고 10여 년째 별거하여 왔다면 이는 청구인의 잘못에 귀속되지 아니하는 새로운 파탄 원인이라 할 것이다”고 보아 청구인의 이혼청구를 인용하였다.

반면, 최종심은 “청구인(아내)이 이 사건 이혼을 반대하고 있기는 하나, 청구인(남편)을 간통죄로 고소하여 실형을 복역하게 한 다음, 위자료, 양육비를 지급받고 자유로운 의사로 이혼하기로 합의한 후 청구인이 제3의 여성과 동거하면서 자녀를 출산하는 것을 방치하여 둔 채 서로 소식조차 없이 10여년을 서로 남남으로 지내온 경우라면 피청구인에게 청구인과 혼인을 계속할 의사가 있다고 보기 어렵고, 그와 같이 피청구인이 내심으로는 청구인과 혼인을 계속할 의사가 없으면서도 표면상으로 이혼에 불응하고 있다

63) 서울가정법원 1987. 3. 11. 선고 86드5804 심판

64) 서울고등법원 1987. 6. 29. 선고 87르143 판결

면 비록 당초에 있어서 청구인에게 부정행위의 잘못이 있다 하더라도 현재 야기되어 있는 파탄의 책임을 청구인에게만 돌릴 수 없다 할 것이므로 파탄된 위 혼인의 해소를 바라는 청구인의 이혼청구는 인용됨이 마땅하다”고 판단하여 유책배우자의 이혼청구에 대한 예외로서 이혼을 인정하였다.

4) 전적으로 또는 주된 책임을 물어야 할 사유로 그 파탄의 원인이 조성되지 않은 경우

부부의 혼인관계가 돌이킬 수 없을 정도로 파탄된 것으로 인정이 된다면 그 파탄의 원인이 조성된 것이 이혼 청구인에게 전적으로 또는 주된 책임을 물어야 할 사유로 인한 경우라거나 청구인의 책임이 피청구인의 책임보다 더 무겁다고 인정되지 않는 한 청구인의 이혼청구는 인용되어야 한다고 판시한 사안들이다.

(1) 대법원 1988. 4. 25. 선고 87므9 판결

제1심⁶⁵⁾ 및 원심⁶⁶⁾에서는 “피청구인(아내)이 시부모에게 다소 불손하게 대하였다 하여도 경위에 비추어 볼 때 그것만으로는 이혼사유가 있다 할 수 없고 청구인(남편)과 피청구인의 혼인 파탄도 한편으로는 피청구인이 다소 천박한 언행을 하고 미신을 신봉하여 가정에 소홀히 한 점에도 일말의 원인이 있다고 할 수 있으나 보다 근본적인 원인은 청구인이 제3의 여성과 자주 연락하며 짝은 애정의 표현이 담긴 편지를 받는 등으로 피청구인에게 심한 갈등을 갖게 함과 동시에 그로 인하여 생긴 불화를 가장으로서 이해와 사랑으로 해결하지 아니하고 오히려 피청구인을 구박, 폭행하고 임의로 가출하는 등으로 더 악화시킨 점에 있다고 할 것이므로, 혼인의 파탄에 대하여 주된 책임이 있는 청구인의 혼인파탄을 이유로 한 이혼청구는 이유 없다”고 하여 인용되지 않았다. 그러나 대법원은 유책배우자의 이혼청구를 배척할 수 있는 유책성의 정도에 대한 판단을 통해 “혼인생활의 파탄을 초래하는 경위는 대

65) 서울가정법원 1986. 5. 13. 선고 85드4865 심판

66) 서울고등법원 1987. 1. 19. 선고 86르184 판결

체로 복잡 미묘하여 그 책임이 당사자 어느 한쪽에만 있다고 확정할 수 없는 경우가 많으므로 부부간의 혼인관계가 돌이킬 수 없을 정도로 파탄되었다면 이혼청구인에게 전적으로 주된 책임을 물어야 할 사유로 그 파탄의 원인이 조성된 경우가 아닌 이상 이혼청구는 허용되어야 한다. 따라서 본 사건은 청구인(남편)과 피청구인(아내)의 성격불일치, 상호이해력의 부족과 애정의 상실, 배우자, 친족의 행위 등 여러 가지 원인이 복합적으로 작용된 것이라고 볼 여지도 없지 않아, 청구인과 피청구인의 혼인관계가 돌이킬 수 없을 정도로 파탄되었다면 청구인에게 주된 책임을 물어야 할 사유로 그 파탄의 원인이 조성된 경우가 아닌 이상 청구인의 이혼청구는 허용되어야 할 것이다.”고 하여 청구인(남편)의 이혼청구를 인용하였다.

(2) 대법원 1991. 7. 9. 선고 90므1067 판결

제1심⁶⁷⁾에서 “청구인(남편)과 피청구인(아내)의 혼인생활은 사회관념상 부부 쌍방이 상호 이성으로 돌아가 가정을 유지하고 자녀를 양육하고자 노력하여도 당사자 쌍방의 교육정도와 사회적 지위와 신분, 나아가 그들이 몸담고 있는 지역사회의 성격 등을 고려할 때 쌍방의 성격차이와 불화를 극복하고 애정을 되찾는 것이 전혀 불가능한 상태로까지 파탄되었고, 그와 같은 파탄은 청구인에게도 다소간 이를 끝까지 인내하고 양보하는 등의 미덕을 발휘하지 못한 일단의 원인이 있다고 할 것이나, 주로 피청구인의 성격 결함 등으로 인한 청구인에 대한 지극히 참기 어려운 불신, 학대, 폭행, 모욕 등 부당한 대우로 말미암았다고 할 것이니 이는 민법 제840조 제3호 및 제6호에 정한 재판상 이혼사유에 해당함을 면할 수 없다”고 하여 혼인파탄의 주된 책임이 피청구인에게 있음을 이유로 청구인의 이혼청구를 인용하였다. 반면 원심⁶⁸⁾에서는 “청구인과 피청구인은 경제적으로 어려웠을 때에는 화목하게 지내다가 그 생활이 윤택하여지자 서로의 개성과 취향을 이해하지 아니한 채 자기의 뜻대로 상대방을 억압하려 하였고 재산상의 주도권을 놓고 오랜 세월을 두고 다투면서 부부 사이에 있어야 할 상대방에 대한

67) 광주지방법원 순천지원 1988. 1. 15. 86드408 심판

68) 광주고등법원 1990. 11. 20. 선고 88르91 판결

애정과 신뢰를 각 소진하여 버리고 서로 상대방을 증오하는 처지가 됨으로써 한 쌍 남녀의 고락간에 종생의 결합이어야 할 혼인생활이 더 이상 계속할 수 없을 정도로 파탄시켜 버린 것이라고 아니할 수 없고 그 파탄의 책임은 어느 일방에게 전적으로 또는 더 많다고 돌리기도 어려운 지경이라고 보는 것이 상당하므로 청구인의 이 사건 이혼청구는 허용되어야 할 것이다”고 판시하였고, 대법원도 이를 지지하였다.

(3) 대법원 1999. 4. 9 선고 98므954 판결

제1심은 원고(아내)와 피고(남편)는 장기간의 별거와 상호애정결핍으로 더 이상 혼인을 계속하기 어렵다고 할 것이고 이는 민법 제840조 제6호 소정의 이혼사유에 해당한다고 할 것인바, 피고가 중병으로 장기간 입원하고 있는 동안 원고가 이를 돌보지 아니한 것은 잘못이라고 할 것이나 이는 원고와 피고의 혼인관계가 사실상 파탄된 이후의 사정이고 그 이전에 혼인관계파탄의 주된 원인은 피고의 지나친 음주와 폭력행위에 있다고 판단되어 달리 원고에게 그 주된 책임이 있다고 인정되지 아니하는 이상 원고의 이 사건 이혼청구는 정당하다고 인용하였다.

반면 원심은 보다 주된 잘못은 피고와의 혼인생활에 실증을 느끼고 외간남자와 밀회를 즐기다가 피고에게 발각되어 피고와의 불화가 심화되면서 피고가 고향에서 크게 다쳤는데도 한 번도 찾아오지 않고, 오히려 이를 기회로 피고와 연락을 끊은 채, 살고 있던 전셋집의 임대차 보증금을 반환받아 가출하여 버린 원고에게 있다고 하여 유책배우자로서의 원고의 이혼청구를 기각하였다.

대법원은 “원·피고 간의 혼인관계는 피고가 술을 마시고 수시로 원고를 폭행하고, 한편 원고도 다른 남자와 방안에 함께 있다가 피고에게 발각됨으로서 심한 불화가 지속되다가 1986. 6.경 이혼하기로 합의함으로써 원·피고 쌍방의 귀책사유로 파탄에 이른 것으로서 원·피고 간의 혼인관계의 파탄에 대하여 원고에게 오로지 또는 주된 책임이 있다고 볼 수 없다 할 것이다”고 하여 원고의 이혼청구를 기각했던 원심 판결을 파기 환송하였다.

5) 책임이 경합한 경우

(1) 대법원 1992. 11. 10. 선고 92므549 판결

제1심⁶⁹⁾은 피고에게 주된 책임 있는 사유로 인하여 혼인생활을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있는 경우에 해당한다고 보기 어렵다고 하여 원고의 청구를 기각하였다.

반면, 원심⁷⁰⁾은 원고(아내)와 피고(남편)의 혼인상태가 파탄상태에 빠졌다고 봄이 상당하다고 인정한 뒤, 그 파탄에 이르게 한 책임의 소재에 관하여 원고의 잘못으로 “원고와 제3의 남성과 불륜관계에 있을지도 모른다는 피고의 의심을 풀어주지 아니하고 그 의심과 그에 기인한 폭행만을 탓하여 친절으로 돌아가고, 친절으로 돌아가서도 피고의 의심을 풀어 혼인관계를 회복시키려는 별다른 노력을 하지 아니한 것”과 피고의 잘못으로는 “뚜렷한 근거도 없이 원고가 시동생인 제3의 남성과 불륜의 관계를 맺었다고 의심하고 폭행까지 하여 별거에 이르고, 별거 후에도 재결합을 위한 별다른 노력을 하지 아니하고 원고에 대한 의심만을 질게 가져 원고와의 화해를 권유하는 원고의 제부와 원고의 친정어머니에게 입에 담지 못할 폭언을 하고 행패를 부려온 것”이 있는 바, 원고와 피고의 잘못을 비교하여 보면 이 사건 혼인관계의 파탄에 관하여는 피고에게 보다 큰 책임이 있거나 적어도 원고와 피고 쌍방에게 비슷한 정도의 책임이 있다고 아니할 수 없으므로 민법 제840조 제6호에 정한 재판상 이혼사유에 해당함을 이유로 한 원고의 이혼청구를 인용하였고, 대법원도 이와 같은 원심 판단을 지지하였다.

(2) 대법원 1998. 5. 22. 선고 98므343 판결

제1심⁷¹⁾에서는 피고가 경찰공무원인 관계로 그 직무상 귀가시간이 일정치 않고 외박하는 일이 잦아 다소 가정생활에 불성실하게 되었다고 하더라도 이를 가지고 피고가 원고를 학대하거나 부당한 대우를 하였다고 보기 어렵고, 또한 원·피고가 20여 년간 별거하였다는 사정만으로 원·피고 사이

69) 마산지방법원 진주지원 1991. 1. 31. 선고 90드10265 판결

70) 부산고등법원 1992. 7. 10. 선고 91르245 판결

71) 서울가정법원 1997. 4. 25. 선고 96드58986 판결

에 더 이상 혼인을 계속할 수 없는 중대한 사유가 있다고 보기도 어렵다고 하여 원고의 이혼청구를 기각하였다.

그렇지만 원심⁷²⁾과 대법원은 “원고(아내)와 피고(남편)의 혼인관계는 부부로서의 애정이 전혀 없는 상태에서 중도에 극히 짧은 약 10개월 간의 재결합기간을 제외하고 약 20년이 넘는 장기간 동안 별거함으로 말미암아 파탄에 이르렀고, 그 파탄에 이르게 된 원인으로 원고에게는 피고의 경찰공무원으로서의 직업상 특성을 제대로 이해하지 못하고 불만을 표시, 경솔하게 집을 나온 잘못이 있고 그 후 집에 돌아갔다가 피고와 화해하려는 적극적인 노력을 다하지 못한 채 다시 집을 나온 잘못이 있다고 할 것이며, 피고에게는 원고가 가출하였다고 하더라도 그 소재지를 알고 있으면 이를 직접 찾아 귀가를 설득하는 등의 노력을 보여야 할 터인데도 자신의 자존심만을 내세워 단 한 번도 그러한 노력을 하지 않았고, 원고가 재결합을 위해 귀가하였을 때에도 원고의 어려운 처지를 감안하여 보다 따뜻하게 대해야 함에도 시덥으로 내려가 있게 하거나 대화를 하지 않고 각방을 쓰는 등 원고를 냉대한 잘못이 있다고 할 것인바, 결국 혼인관계 파탄의 책임은 어느 일방에게 주된 책임이 있다고 보기 어려우며 쌍방 모두에게 대등한 정도의 비율로 책임이 있고, 피고의 책임에 비하여 불 때 경솔하게 가정을 떠난 원고의 책임이 더 무겁다고는 인정되지 않는다.”는 이유로 원고의 이혼청구를 인용하였다.

(3) 대법원 1999. 7. 13. 선고 99므548 판결

이 사건에서 원고(남편)는 “피고(아내)가 원고의 부모를 전혀 찾아뵙지 않는 등 부당하게 대우하고 외출과 외박을 일삼아 원고와 자녀들을 유기하는 행위는 재판상 이유에 해당한다는 주장하였다.

이에 대하여 제1심⁷³⁾은 원고의 이혼청구 원인사실에 부합하는 피고의 귀책사유에 대한 증거는 인정하기에 부족하다고 하여 원고의 이혼청구를 기각하였다.

72) 서울고등법원 1998. 2. 13. 선고 97르1457 판결

73) 서울가정법원 1998. 7. 8. 선고 97드74763 판결

그러나 원심⁷⁴⁾은 “피고가 고부 간의 갈등을 해소할 노력을 전혀 하지 아니하고 오히려 원고에게 그 부모와의 관계단절을 요구하고, 나아가 자식들과 원고 부모와의 만남도 단절시켜 원고에게 불효를 강요하고, 나아가 원고의 늦은 귀가, 집밖에서의 깨끗지 못한 행동을 탓하면서도 본인 역시 잦은 외박과 늦은 귀가, 허영된 생활태도를 버리지 못하고 가정을 등한시하여 아내로서의 도리를 다하지 못한 피고의 잘못과 혼인 초기부터 시작된 피고와 시어머니와의 갈등을 적절히 중재하지 못한 채 오히려 그 갈등을 증폭시키면서 피고를 상당기간 유기하여 피고로 하여금 혼인생활과 시가에 대해 환멸을 느끼게 하고 이로 인하여 가정을 소홀히 하게 된 피고를 사랑과 인내로서 이해하고 감싸주지 아니하고 상대방의 잘못만을 탓하면서 가정에 충실하지 못한 생활을 계속하다가 끝내 집을 나와 부정행위를 저지른 원고의 잘못이 경합됨으로써 이미 회복할 수 없을 정도로 파탄되었다고 봄이 상당한 바, 피고의 혼인생활 파탄의 귀책정도는 원고의 그것보다 가볍다고 볼 수 없다. 그렇다면 원고와 피고 간의 혼인관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄에 이르렀음을 원인으로 한 원고의 이혼청구는 이를 인용할 수밖에 없다”고 판단하여 원고의 이혼청구를 인용하였다.

대법원은 혼인관계가 당사자 쌍방의 책임 있는 사유로 파탄에 이르게 된 경우에 원고의 책임이 피고의 책임보다 무겁다고 인정되지 아니하는 한 원고의 이혼청구는 인용되어야 한다는 입장을 밝히고, “원고와 피고 사이의 혼인관계가 원고와 피고 모두의 귀책사유로 인하여 이미 회복할 수 없을 정도로 파탄에 이르렀고, 피고의 귀책정도는 원고의 그것보다 가볍다고 볼 수 없다고 판단하여 원고의 이혼청구는 인용한 것은 옳다”고 하여 원심의 판단을 지지하였다.

(4) 대법원 1999. 7. 27. 선고 99므593 판결

제1심⁷⁵⁾은 “원고(남편)와 피고(아내)의 혼인생활은 이미 돌이키기 힘들 정도로 파탄에 이르렀음을 인정하고, 그러한 원인은 원고가 피고와 원고 및

74) 서울고등법원 1999. 2. 26. 선고 98르2907 판결

75) 대구지방법원 1997. 11. 3. 선고 96드23688 판결

시어머니와의 갈등관계를 방관한 채 피고와의 원만한 혼인생활을 유지하려는 노력을 게을리 하면서 피고와의 부부싸움 끝에 여러 차례에 걸쳐 피고에게 폭력을 행사하는 등 폭력적인 방법으로 대응한 책임과, 피고가 원고 및 시어머니와의 갈등을 줄이려는 노력을 게을리 한 채 원고로부터 폭력을 당하자 결혼한 지 약 8개월만에 가재도구를 챙겨가지고 친정으로 가버리고, 그 이후에는 이혼 및 위자료문제로 서로 다투다가 원고로부터 다시 폭행당하게 되자 이를 빌미로 원고가 근무하는 학교에 찾아가 행패를 부리기도 하고 교장선생님 등에게 원고의 처벌을 요구하는 진정서를 제출하기도 하는 등 원고와의 재결합을 거부하면서 파국으로 몰고 간 책임이 균등한 정도로 기여하였다고 볼 것이다. 그렇다면 피고의 위와 같은 행위는 민법 제840조 제2호, 제3호, 제6호에 정하여진 재판상 이혼사유에 해당한다고 할 것이므로 이를 원인으로 이혼을 구하는 원고의 이혼청구는 이유 있다.”고 판시하였고, 원심⁷⁶⁾과 대법원은 이러한 제1심의 판단을 지지하였다.

(5) 대법원 2005. 12. 23. 선고 2005므1030 판결

제1심⁷⁷⁾은 “원고(남편)와 피고(아내)의 혼인관계 파탄에 대한 주된 책임은 다른 여자와 교제하면서 피고를 폭행하여 피고로 하여금 부득이 집을 나오도록 한 원고에게 있다 할 것이고, 피고가 혼인을 계속할 의사가 없음에도 불구하고 오로지 오기나 보복적 감정에서 원고의 이혼청구에 불응하고 있다고 볼 만한 사정도 없으므로, 유책배우자인 원고는 스스로 피고와의 이혼을 구할 수 없다”고 하여 원고의 이혼청구를 기각하였다.

원심⁷⁸⁾에서는 위의 제1심 판결을 취소하였는데, “원고(남편)와 피고(아내)가 현재까지 약 6년 7개월 가량 별거하고 있는데다가, 현재 원고는 다른 여자와 동거하고 있고, 피고는 원고에 대한 형사재판 절차에서 가중처벌을 희망하는 탄원서를 제출할 만큼 원고에 대한 강한 적대감을 나타내고 있어 원고와 피고의 혼인관계는 더 이상 회복할 수 없을 정도로 파탄되었다고

76) 대구지방법원 1999. 2. 25. 선고 97르498 판결

77) 서울가정법원 2004. 6. 10. 선고 2003드단68065 판결

78) 서울가정법원 2005. 6. 2. 선고 2004르583 판결

할 것이다. 또한 원고와 피고의 혼인생활이 파탄에 이르게 된 데에는 피고와의 갈등을 대화로 해결하지 않고 피고를 여러 차례 폭행하여 피고가 가출하는데 원인을 제공하고, 피고 가출 후에도 혼인관계 회복을 위하여 노력하지 아니한 채 다른 여자와 동거하고 있는 원고의 잘못과, 혼인 중 음주와 흡연을 할 뿐만 아니라 도박행위로 인한 외박이나 가출이 잦아 가정의 분란을 조장하고, 이로 인한 원고와의 불화를 극복하지 못한 채 가출을 단행하여 현재까지 원고와 시댁 식구들과 별다른 연락 없이 생활하고 있고, 나아가 형사재판 중이던 원고에 대하여 엄한 처벌을 구한하는 탄원서를 제출하기까지 한 피고의 잘못이 모두 그 원인이 되었다고 할 것이고, 원고와 피고 쌍방의 잘못의 정도는 그 경중을 가리기 어려운 서로 대등하다고 할 것이므로, 원고와 피고의 혼인관계는 민법 제840조 제6호 소정의 이혼사유가 있다고 할 것이다.”고 하여 원고의 이혼청구를 인용하였다. 대법원도 이러한 원심의 판단을 지지하였다.

(6) 대법원 2006. 7. 28. 선고 2006므34 판결

제1심⁷⁹⁾에서 유책성의 여부를 따지지 않고 원고의 이혼청구를 인용하였다.

그러나 원심⁸⁰⁾은 원고(남편)와 피고(아내)는 평온히 혼인을 유지해 온 기간보다도 오랜 기간인 약 2년 9개월 동안 별거하고 있는데다가, 두 사람 모두 부부불화의 책임을 상대방에게 미룬 채 서로를 비난하고 있어 그 혼인관계는 이미 회복하기 어려울 정도로 파탄되었다고 할 것이고, 원·피고 사이의 혼인관계가 파탄에 이르게 된 데에는 혼인 초기 생활방식 등의 차이로 인하여 발생할 수 있는 부부 사이의 사소한 다툼을 가볍게 넘기지 못하고 경솔하게 이혼을 요구하여 피고에게 마음의 상처를 준 원고의 잘못과, 생활비 부담문제, 쌍방 수입의 사용 문제, 주거지의 결정 문제 등과 관련하여 혼인 초기 학업 중이던 원고의 입장을 충분히 헤아리지 못한 채 불신의 원인을 제공하고 스스로 이혼을 원하지 않으면서도 부부갈등에 대한 책임이 오로지 원고에게 있다는 생각으로 관계 개선을 위해서는 적극적이고도

79) 서울가정법원 2005. 3. 9. 선고 2003드단67727 판결

80) 서울가정법원 2005. 12. 1. 선고 2005르290 판결

진지한 노력을 기울이지 아니한 피고의 잘못이 모두 그 원인이 되었으며, 원·피고 쌍방의 잘못의 정도는 그 경중을 가리기 어려워 서로 대등하다고 판단하면서 원고의 이혼청구를 인용하였고, 대법원도 이를 지지하였다.

(7) 대법원 2010. 7. 29. 선고 2008므1475 판결

원심⁸¹⁾은 제1심⁸²⁾판결을 인용하여 원고(남편)와 피고(아내) 사이의 이 사건 혼인관계가 회복할 수 없는 파탄상태에 이르렀다고 인정한 다음, 피고에게도 혼인관계 파탄에 관하여 일부 책임이 없지 아니하나 그 파탄의 근본적이고 직접적인 책임은 가정 내에서의 가부장적인 원고의 태도와 결혼 이후 술을 지나치게 마셔 이로 인하여 야기된 원고와 피고의 불화과정에서 피고를 폭행하고, 우울증을 앓는 피고를 애정과 신뢰를 가지고 보살피며 혼인관계를 회복할 노력을 하지 않았을 뿐만 아니라 위와 같은 원고의 태도로 인하여 발생한 피고와 시집식구들과의 불화관계를 중재하여 원만히 해결하려는 노력을 하지 않고 각방을 쓰고 사실상 별거 상태로 들어간 후 생활비를 전혀 지급하지 아니한 원고에게 있으므로 원고는 유책배우자로서 이혼을 구할 수 없다고 판단하였다.

이에 대하여 대법원은 “원고에게는 가부장적인 성격상의 단점이 있고 음주 회수도 잦았으며 음주 후 때로는 다소 난폭한 행동을 하기도 함으로써 혼인생활에 갈등과 불화가 싹트게 된 사정이 엿보이기도 하나, 한편 피고 또한 원고의 이러한 태도에 대하여 매우 적대적이고 신경질적인 태도로 일관하여 평소 부부간에 대화가 어려웠을 뿐 아니라 원고에 대한 반감으로 식사나 빨래 등 원고의 일상생활에는 일체 조력하지 않고 아무 설명 없이 밤늦게 귀가하거나 외박하는 일이 잦았으며 시부모에게도 차마 입에 담지 못할 욕설을 하는 등 원만한 부부간의 결합관계를 유지하고자 하는 노력을 보이지 않았고, 이와 같은 상호 증오·배척하는 분위기 가운데 원·피고는 1995년 이후 전혀 부부관계를 가지지 않고 2000년부터는 각방까지 쓰면서 상대방이 부정행위를 저지르고 있다고 서로 의심하는 등 같은 집에 살면서도 사실상

81) 창원지방법원 2008. 6. 13. 선고 2007르578 판결

82) 창원지방법원 밀양지원 2007. 9. 6. 선고 2006드단206 판결

부부라고 하기 어려운 상태로 지내오다가 2006년 이후 원고가 집을 나와 따로 모친과 함께 생활하기에 이르러 결국 양자 간의 혼인은 더 이상 회복할 수 없는 파탄상태에 이르렀음을 알 수 있고, 위와 같은 원·피고 쌍방의 태도는 실질적으로 혼인생활을 포기하는 것으로서 공동체로서 부부의 결합을 위해 노력하여야 할 의무를 쌍방 모두 저버린 책임이 있다 할 것이고, 이와 같은 상황이 장기간 계속되어 결국 원·피고 간의 혼인관계가 돌이킬 수 없는 파탄에 이르렀다면 그에 대한 책임은 원고와 피고가 같이 나누어 가져야 할 것이지 원고의 태도에서 나타난 인격적 결함이 당초 불화의 원인이 되었다 하여 원고에게 이혼을 청구할 수 없을 정도의 주된 책임이 있다고 볼 것은 아니라고 할 것이다.”고 하여 원심판결을 파기 환송하였다.

(8) 대법원 2010. 12. 9. 선고 2010므3313 판결

제1심⁸³⁾, 원심⁸⁴⁾, 대법원 모두 “원고와 피고의 혼인생활은 더는 회복할 수 없을 정도로 파탄되었고 그 파탄의 원인은 수시로 가출하고 원고로 하여금 세무조사를 받게 하며 욕을 섞은 문자메시지를 보낸 피고와 피고의 뺨을 때리고 부정행위를 한 원고 모두에게 있으며, 이러한 원고와 피고의 잘못은 그 어느 쪽이 다른 쪽과 비교하여 더 크다고 볼 수 없고 피고의 위와 같은 행위는 민법 제840조 제6호의 이혼사유에 해당한다.”고 판단하였다.

6) 책임 경중 판단에 대한 법적·사회적 의의 탐색

대법원 2009. 12. 24. 선고 2009므2130 판결의 제1심⁸⁵⁾은 “원·피고 사이에 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있음을 이유로 한 원고(아내)의 이혼청구에 대하여, 원고와 피고의 혼인생활이 현재 돌이킬 수 없을 정도의 파탄상태에 이른 점은 인정되나, 파탄에 이르게 된 데에는 잦은 음주와 외박으로 갈등을 야기한 피고의 잘못이 일부 있기는 하지만, 오히려 그 파탄의 근본적이고 주된 책임은 위와 같은 갈등을 극복하기 위한 최선의 노력을 다하지

83) 제주지방법원 2009. 9. 28. 선고 2008드단1576 판결

84) 제주지방법원 2010. 8. 10. 선고 2009르97 판결

85) 광주지방법원 가정지원 2008. 11. 18. 선고 2008드합69 판결

아니한 채 미성년 자녀들을 남겨둔 채 일방적으로 집을 나가 다른 남자와 실질적인 중혼관계를 유지하면서 딸까지 둔 원고에게 있다 할 것이므로, 이 사건 이혼청구는 유책배우자의 이혼청구라 할 것이고, 유책배우자의 상대방인 피고(남편)도 혼인을 계속할 의사가 없음이 객관적으로 명백함에도 오기나 보복적 감정의 발로로 이혼에 응하지 않고 있다 불만한 예외적 사정 또한 엿보이지 아니한다.”는 이유로 원고의 청구를 기각하였다.

원심⁸⁶⁾은 “혼인파탄의 주된 책임이 원고에게 있다고 볼 수 있다 할 것이나, 부부의 별거가 쌍방의 연령 및 동거기간에 비추어 볼 때 상당히 장기간에 이르고 부부간에 어린 자녀가 없는 경우라면 상대방이나 자녀가 이혼으로 인하여 정신적·사회적·경제적으로 심히 가혹한 상태에 처하게 되는 등 이혼청구를 인용하는 것이 현저하게 사회정의에 반한다고 할 만한 특별한 사정이 인정되지 않는 한, 유책배우자의 이혼청구라는 이유만으로 당해 청구가 허용될 수 없다고 해석하여서는 아니 된다. 이 사건에서 원고와 피고의 동거기간이 7년 남짓인데 비하여 별거기간은 11년 이상으로 더 장기간인 점, 원고와 피고 사이에 출생한 자녀는 현재 고등학교 1년생 및 중학교 3년생으로 원고의 돌봄이 없더라도 자신의 일을 스스로 처리하고 해결해 갈 수 있는 나이지만, 원고가 새로이 출산한 신생아는 기형의 장애를 지니고 있어 원고의 보살핌이 필수불가결한 점, 현재 원고로서는 위 신생아를 치료·양육하는 것을 가장 중요한 일로 여기고 있음에도 피고는 원고의 이러한 처지를 이해해 주려 아니한 채 과거의 생활로 돌아갈 것만을 요구하고 있어 원고와 피고가 재결합할 가능성은 거의 없는 점, 만일 원고가 위 신생아를 자신의 자로 가족관계등록을 하지 못하여 치료·양육에 어려움을 겪어 비관한 나머지 자살이라도 감행하기에 이른다면 사건본인들의 이익에 오히려 반하는 점, 원고가 현재 사건본인들에 대한 죄책감 및 피고와의 불안정한 관계로 인하여 사건본인 등과 면접·교섭도 하지 아니한 채 엄마로서의 책임을 다하지 않고 있음은 잘못이나 이 사건 이혼청구를 기각할 경우 이러한 현재 상황이 지속될 가능성이 매우 크고 이보다는 원고와 피고의 혼인관계를 적절한 방식으로 정리하고 신생아의 치료·양육이 어느 정도 진행된 후 사건본인들을 만나 자신에 대한

86) 광주고등법원 2009. 6. 5. 선고 2008르242 판결

이해를 구하고 그들과 면접·교섭을 하면서 경제적 능력이 허용되는 대로 양육비를 부담하는 등 엄마로서의 책임과 역할을 다할 수 있는 길을 열어주는 것이 사건본인들의 복지와 이익에 도움이 되는 등 이 사건에 나타난 제반 사정에 비추어 살펴보면, 원고와 피고의 이혼으로 인하여 피고나 사건본인들이 정신적·사회적·경제적으로 심히 가혹한 상태에 처하게 되는 등 이혼청구를 인용하는 것이 현저하게 사회정의에 반한다고 보기는 어렵다 할 것이다”라고 하여 원고에게 민법 제840조 제6호가 정한 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있음을 이유로 한 원고의 이혼청구를 받아들였다.

반면 대법원은 원심과 같이 결론적으로는 원고의 이혼청구를 받아들였지만 이유 설시를 달리하고 있다.

“원고와 피고의 혼인관계는 11년이 넘는 장기간의 별거와 원고와 소외인 사이의 사실혼 관계 형성 등으로 인하여 혼인의 실체가 완전히 해소되고 원고와 피고는 각자 독립적인 생활관계를 갖기에 이르렀으며, 이에 더하여 원고가 사실혼 관계에서 기형아인 딸까지 출산하여 그 딸의 치료와 양육이 절실히 필요한 상황에 처하게 된 점, 원고와 피고의 혼인관계가 파탄에 이르게 된 데에는, 혼인기간 중 피고와의 갈등을 극복하기 위해 최선의 노력을 다하지 아니한 채 미성년 자녀를 두고 일시 가정에 복귀한 기간을 제외하고 장기간 가출하여 다른 남자와 사실혼 관계를 맺은 원고의 책임과 혼인기간 중 잦은 음주와 외박으로 부부간 갈등을 야기함으로써 원고를 가출에 이르게 하고, 원고가 가정에 복귀할 수 있도록 갈등 원인을 제거하고 정상적인 가정환경을 조성하며 지속적으로 원고의 행방을 찾는데 최선의 노력을 다하지 아니함으로써 결국 원고로 하여금 현 상황에까지 이르게 한 피고의 책임이 경합하였다고 할 것인 점, 원고와 피고 사이의 부부공동생활 관계의 해소 상태가 장기화되면서, 원고의 유책성도 세월의 경과에 따라 상당 정도 악화되고, 원고가 처한 상황에 비추어 그에 대한 사회적 인식이나 법적 평가도 달라질 수밖에 없으므로, 현 상황에 이르러 원고와 피고의 이혼여부를 판단하는 기준으로 파탄에 이르게 된 데 대한 책임의 경중을 엄밀히 따지는 것의 법적·사회적 의의는 현저히 감쇄되고, 쌍방의 책임의 경중에 관하여 단정적인 판단을 내리는 것 역시 곤란한 상황에 이르렀다 보이는 점, 원고와의 이

혼을 거절하는 피고의 혼인계속의사는 일반적으로 이혼여부를 판단함에 있어서 반드시 참작하여야 하는 요소이기는 하지만, 원고와 피고가 처한 현 상황에 비추어 이는 혼인의 실체를 상실한 외형상의 법률혼 관계만을 계속 유지하려는 것에 다름 아니라고 보이고, 피고의 혼인계속의사에 따라 현재와 같은 파탄 상황을 유지하게 되면, 특히 원고에게 참을 수 없는 고통을 주는 결과를 가져올 것으로 보이는 점, 그 밖의 사정들을 종합·참작하여 보면, 원고와 피고의 혼인은 혼인의 본질에 상응하는 부부공동생활 관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄되고, 그 혼인생활의 계속을 강제하는 것이 일방 배우자에게 참을 수 없는 고통이 된다고 할 것이며, 혼인제도가 추구하는 목적과 민법의 지도이념인 신의성실의 원칙에 비추어 보더라도 혼인관계 파탄에 대한 원고의 유책성이 반드시 원고의 이혼청구를 배척하지 않으면 아니 될 정도로 중한 것이라 단정할 수 없으므로, 원고와 피고의 혼인에는 민법 제840조 제6호 소정의 ‘혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때’라는 이혼 원인이 존재한다 할 것이다”고 하여 유책배우자의 이혼청구를 인용하였다.

본 판결에 대하여 원고의 유책성을 ‘신의칙’에 입각하여 그 중대성 여부를 판단하였고 원심판결에서는 유책배우자의 이혼청구를 ‘사회정의’에 비추어 그 인용 여부를 판단하고 있는 점들에 비추어, “본 판결은 전면적 파탄주의에 입각한 판결이라 평가할 수는 없지만 종래의 오랫동안 제한적 파탄주의에 한정하고 있던 판례의 태도에 ‘변경’을 가져온 섬세한 조정의 역할을 하였으며 우리나라 이혼법에 커다란 전기가 되었다는 점에 그 역할의 의의를 인정해도 무방할 것이다(이희배, 2010:15)”고 평가한 견해가 있다.

그러나 이후 살펴보는 바와 같이 그 이후 선고된 대법원 사건 및 하급심 사건에의 파장 효과는 그리 크지 않았다는 점에서 여전히 해석론을 통한 파탄주의 수용 가능성은 한계점을 지닌다.

다. 대법원의 혼인관과 파탄 인정 과정에서의 엄격성

이하에서는 대법원 판결을 통해 그 속에 드러난 혼인관과 파탄 인정 과정에서 유책주의의 한계를 짚어보고자 한다.

1) 판례 속에 드러난 혼인관의 변화

대법원 1993. 3. 9. 선고 92므990 판결은 “혼인의 본질이 당사자의 자유로운 의사에 의한 결합에 있다고 하더라도 일단 법적인 방식을 갖추어 혼인이 성립한 뒤에는 일정한 보호를 하여 주는 것이 혼인법이 추구하는 바이므로, 혼인관계가 돌이킬 수 없을 정도로 파탄에 이르렀다고 하더라도 그 파탄을 스스로 야기한 배우자가 상대방의 의사에 반하여 이혼을 강제함을 허용하는 것은 부부 사이의 형평과 정의 및 법률혼을 보호하는 우리 법의 취지에 맞지 않다고 할 것이니, 피고가 혼인으로 경제적 곤궁을 겪으리라고 보이지 않는다고 원고와 피고 사이의 자녀들이 이미 성년에 이르렀다는 사정만을 들어 유책배우자의 이혼청구를 허용할 수 없다”고 판시하고 있다.

혼인은 남녀의 애정을 바탕으로 일생의 공동생활을 목적으로 하는 도덕적·풍속적으로 정당시되는 결합으로서 부부 사이에는 동거, 부양, 협조하여야 할 의무가 있으므로, 혼인생활을 함에 있어서 부부는 애정과 신의 및 인내로써 서로 상대방을 이해하며 보호하여 혼인생활 유지를 위한 최선을 노력을 기울여야 한다. 혼인생활 중에 장애가 되는 여러 사태에 직면하는 경우가 있더라도 부부는 그러한 장애를 극복하기 위한 노력을 다하여야 할 것이며, 일시 부부간의 화합을 저해하는 사정이 있다는 이유로 혼인생활의 파탄을 초래하는 행위를 하여서는 아니 된다(대법원 1999. 2. 12. 선고 97므612 판결; 대법원 2000. 4. 21. 선고 99므2261 판결; 대법원 2005. 12. 22. 선고 2005므1085 판결)는 입장을 밝히고 있다.

또한 재판상 이혼이 인정되기 위해서는 민법 제840조에 규정된 이혼사유의 존재와 혼인파탄에 대하여 상대방보다 책임이 작거나 최소한 같은 부부 일방의 이혼의사가 존재하여야 하고, 나아가 혼인파탄에 대하여 주된 책임이 있는 자가 이혼을 원하는 반면, 상대방이 이혼을 원하지 않는 경우에는 비록 혼인파탄이라는 객관적 사정이 있더라도 혼인파탄을 초래한 자의 이혼의사보다는 혼인파탄에도 불구하고 혼인을 계속하고자 하는 상대방의 의사를 존중함이 마땅하다(대법원 2005. 5. 12. 선고 2005므358 판결)고 판시하고 있다.

이와 같이 그동안 누적된 대법원 판례 속에서 제도로써의 혼인을 강하게 보호하려는 경향과 함께 혼인파탄보다는 상대방의 혼인 계속 의사에 대한

존중, 혼인생활 중의 장애를 극복하기 위한 노력의무가 있음을 밝히고 있는 면이 두드러진다.

그러나 이러한 해석론에 의할 때 혼인에 따르는 의무위반을 한 배우자의 이혼의사에도 불구하고 상대방이 혼인 계속 의사를 밝히며, 혼인생활 중의 장애를 극복하기 위한 노력을 게을리 한 경우에 혼인의무의 1차 위반에 대한 책임으로서 혼인관계에서 벗어날 수 없는 제재를 받게 되어 인간으로서의 기본권에 대한 지나친 침해 가능성이 존재하고 있었다.

하지만 최근의 대법원 판례는 혼인생활 중의 장애를 극복하기 위한 노력의무는 쌍방의 의무로서 만일 한쪽 배우자의 성격이나 행동의 결함이 있다는 이유로 그 상대방이 원만한 혼인관계를 유지하기 위한 노력을 도외시한 채 대화를 거부하거나 적대시하는 등 실질적으로 공동체로서의 혼인생활을 포기하는 태도로 일관한다면 그 상대방 역시 혼인관계에서 지켜야 할 의무를 다하지 못한 것이라고 할 것이며, 당초 어느 일방의 인격적 결함이 그러한 갈등 또는 불화의 단초가 되었다는 것만으로 그에게 이혼청구를 할 수 없을 정도의 주된 책임이 있다고 보아서는 아니될 것이라는 입장을 밝히고 있어 앞으로의 유책배우자의 이혼청구와 관련된 판례의 변화가 주목된다.

대법원 2010. 7. 29. 선고 2008므1475 판결은 “혼인은 서로 다른 인격체가 애정과 신뢰에 기초하여 하나의 생활공동체를 이루는 결합조직으로서, 민법 제826조 제1항은 부부의 동거 및 협조의무를 규정함으로써 부부는 동고동락하면서 정신적·육체적·경제적인 각 방면에서 서로 협조하여 공동생활을 영위할 의무가 있음을 명시하고 있다. 그런데 인간으로서 단점이나 결함이 없는 인격체는 극히 드문 만큼 혼인생활 도중에 배우자의 일방 또는 쌍방의 인격적인 약점이 드러남으로서 상호 간에 갈등과 불화가 일어 원만한 혼인생활에 지장이 초래되는 경우는 얼마든지 예상되는 일이므로 혼인관계에 있어 부부가 협조하여 그와 같은 장애를 극복하는 일은 위와 같은 부부간의 협조의무에서 우러나는 보편적 과제라 할 것이다. 따라서 혼인생활에 그러한 장애가 발생하였다면 배우자 쌍방은 부부라는 공동생활체로서의 결합관계를 유지하고자 하는 의지를 가지고 각자 상대방에 대한 애정과 이해, 자제 및 설득을 통하여 그러한 장애를 극복하기 위해 노력할 공동의 의무가 있다

할 것이다. 그렇다면 배우자 중 어느 일방의 성격적 결함이나 비판받을 행동으로 인하여 혼인의 안녕을 해하는 갈등이나 불화가 일어났다 하여도, 단편적인 어느 한, 두 개의 행위로 인해 당장 혼인관계가 회복하지 못할 파탄상태에 빠진 것이 아닌 이상, 그와 같은 갈등과 불화를 치유하여 원만한 혼인관계를 유지하기 위해 노력할 의무는 배우자 쌍방에게 있다 할 것이고, 만일 한쪽 배우자의 성격이나 행동의 결함이 있다는 이유로 그 상대방이 원만한 혼인관계를 유지하기 위한 노력을 도외시한 채 대화를 거부하거나 적대시하는 등 실질적으로 공동체로서의 혼인생활을 포기하는 태도로 일관한다면 그 상대방 역시 혼인관계에서 지켜야 할 의무를 다하지 못하는 것이라 할 것이다. 이와 같은 상황이 개선되지 아니하고 배우자 쌍방이 모두 혼인관계를 유지하기 위한 의욕을 상실한 채 상호 방관 또는 적대하는 상태로 오랜 시간이 경과한 결과 드디어 그 혼인관계가 돌이킬 수 없을 정도로 파탄에 이르게 되었다면 배우자 쌍방이 혼인관계 파탄에 대한 책임을 동등하게 나누어 가져야 할 것이고, 당초 어느 일방의 인격적 결함이 그러한 갈등 또는 불화의 단초가 되었다는 것만으로 그에게 이혼청구를 할 수 없을 정도의 주된 책임이 있다고 보아서는 아니 될 것이다”고 입장을 밝히고 있다.

2) 대법원의 파탄 인정의 엄격성으로 인한 폐해

위에서 살펴본 대법원 판례에 드러난 혼인관은 이혼사유의 존재 여부를 판단하는 첫 단계인 혼인관계의 파탄을 인정하는 과정에 영향을 미친다.

가) 부부 관계와 자녀와의 유대 관계의 구분 모호

혼인관계의 파탄 여부의 판단은 순수하게 부부 관계를 중심으로 이루어져야 하지만, 대법원 판례에서는 부부 관계는 파탄되었지만, 자녀와의 관계를 유지해 온 경우에 파탄으로 보지 않는 경향이 있다. 이러한 경향을 살펴볼 수 있는 사례로 대법원 2012. 2. 9. 선고 2011므4085 판결이 있다.

대법원 2012. 2. 9. 선고 2011므4085 판결의 원심⁸⁷⁾은 전소 사실심 종결 이

87) 대전지방법원 2011. 11. 8. 선고 2011르265 판결

후 원·피고의 별거기간이 장기화되었고 원고(남편)가 이 사건 전소 제기 이후 피고(아내)에게 생활비를 지급한 바 없으며 피고가 원고와 아무런 상의 없이 이사를 한 사실 등은 있으나, 원고가 자녀들의 용돈을 지급한 바 있고, 자녀들과 정기적인 만남을 가지고 있으며, 피고와 자녀들의 장래를 두고 함께 의논하였던 점, 원·피고는 이 사건 전소 판결 확정 이후 가족들과 만남을 가졌으며, 피고가 자녀들을 통하여 원고의 가족들과 연락을 하고 있는 점, 피고가 원고의 가족들에게 이혼의사가 없음을 수차례 밝힌 바 있고, 자녀들이 원·피고의 재결합을 간절히 바라고 있는 점, 혼인기간에 비해 별거기간이 그리 길지 않은 점, 피고는 특별히 직업활동을 하고 있지 않은 점, 원고는 현재 별다른 재산이 없어 피고를 상대로 수차례 재산분할을 요구하는 소를 제기하거나 가처분 신청을 한 바 있는 점 등 제반사정에 비추어보면 원·피고 사이의 혼인관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄되었다고 보기 어렵다고 판단하고 있으며, 대법원은 이러한 원심의 판단을 지지하였다.

나) 일부일처주의와 저촉되는 결과 소래

부부공동생활의 관계가 전혀 없는 공허한 법률혼과 공동생활을 같이 하는 사실혼의 두 가정을 유지하면서 막연히 언제가는 돌아올 거라는 기대를 상대방 배우자에게 심어주는 가끔씩의 행동을 갖고서 관계 회복의 전망이 없지 않다고 판단하는 것은 사실상 일부일처주의와 저촉되는 결과를 법원이 용인하여 주는 것과 같다.

대법원 2012. 1. 27. 선고 2011므3600 판결의 제1심⁸⁸⁾은 원고(남편)와 피고(아내)의 혼인관계는 약 50년 가까이 되는 장기간의 별거와 원고와 제3의 여성(이하 A라고 칭함) 사이의 사실혼관계 형성 등으로 인하여 혼인의 실체가 완전히 해소되고, 원고와 피고 각자 독립적인 생활관계가 고착화하기에 이르렀다고 인정하였지만, 원심은 원고와 피고가 장기간 별거하여 현재에 이르고 있고, 원고가 A와 사실혼관계를 형성하여 그 사이에 자녀를 가

88) 대구지방법원 가정지원 2011. 4. 6. 선고 2010드단17224 판결

지기는 하였으나, 원고는 별거를 시작한 이후에도 부정기적으로 피고를 방문하여 잠시나마 피고와 함께 생활하기도 하였고, 피고와 원고 사이에 가진 자녀들이 유년 시절 자녀들과도 유대관계를 가지고 원고와 피고 사이를 오가며 생활하였으며, 원고와 피고는 위 자녀들의 결혼식에 혼주로서 함께 자리를 지켰을 뿐만 아니라, 그 이후에도 결혼식, 장례식 등 상대방 집안에 대소사가 있으면 행사에 참석하는 등으로 원고와 피고의 혼인관계를 두고 그 실체가 완전히 해소되어 각자의 독립적인 생활관계가 고착되기에 이르렀다고 보기에 어렵다고 판단하고 있으며, 대법원은 이러한 입장을 지지하였다.

다) 무책임·무한정의 혼인생활 중의 장애를 극복하기 위한 노력의무 부과

또한 “혼인생활 중에 장애가 되는 여러 사태에 직면하는 경우가 있더라도 부부는 그러한 장애를 극복하기 위한 노력을 다하여야 할 것이며, 일시 부부간의 화합을 저해하는 사정이 있다는 이유로 혼인생활의 파탄을 초래하는 행위를 하여서는 아니된다”는 것과 “상대방이 이혼을 원하지 않는 경우에는 비록 혼인파탄이라는 객관적 사정이 있더라도 혼인파탄을 초래한 자의 이혼의사보다는 혼인파탄에도 불구하고 혼인을 계속하고자 하는 상대방의 의사를 존중함이 마땅하다”는 입장은 민법 제840조 제6호의 ‘기타 혼인을 계속할 수 없는 중대한 사유’조차 유책성에 기한 판단을 하계끔 이끈다는 한계가 있다. 대표적인 사례로 대법원 2007. 4. 12. 선고 2006프2870 판결과 대법원 2005. 12. 22. 선고 2005프1085 판결이 있다.

대법원 2007. 4. 12. 선고 2006프2870 판결은 “원고와 피고가 동거하면서 서로 상대방에 대한 불신을 해소하고 상대방의 입장을 좀 더 이해하기 위해 노력하며, 애정과 인내로써 자녀들을 키우는 고통을 분담한다면, 원만한 부부생활과 가정생활을 되찾게 될 가능성이 상당히 있다고 보이는 점 등 여러 가지 사정을 종합하여 볼 때, 원고 및 원고의 모와 피고와의 갈등이 원고에게 혼인생활의 지속이 참으로 가혹하게 여겨질 정도의 것은 아니라고 보이므로 원고와 피고 사이의 혼인관계가 더 이상 회복할 수 없을 정도

로 파탄되었다 볼 수 없다”고 판시하였다.

대법원 2005. 12. 22. 선고 2005므1085 판결은 “부부 사이에 불화와 갈등이 생겼다 하더라도 그것은 어디까지나 혼인생활 중 흔히 있을 수 있는 극복되어야 할 장애에 불과한 것이지 그로 인하여 원고와 피고 사이의 부부 공동생활관계가 회복하기 어려울 정도로 파탄되었다고 할 수 없다”고 하여 파탄을 인정하지 않았을 뿐만 아니라, “설령 파탄되었다고 하더라도 파탄의 주된 원인은 부부사이에 있을 수 있는 사소한 다툼을 기화로 혼인관계를 원만히 유지하려는 노력은 다 해보지 않은 채, 일방적으로 이혼을 요구하고 집을 나와 부부로서의 동거, 부양, 협조의무를 저버렸을 뿐만 아니라, 그 후로도 피고와 그 가족들의 화해 노력을 일체 거부한 채 이혼만을 고집하고, 이혼문제를 해결하기 위한 약간의 다툼을 문제 삼아 피고와 그 가족들을 형사고소까지 함으로써 부부간의 신의를 쉽게 저버린 원고에게 있다 보여 진다”고 판시함으로써 가정적으로나마 유책성 판단을 하고 있다.

학설은 “기타 혼인을 계속할 수 없는 중대한 사유”를 파탄주의를 채용한 것으로 보고 있으나, 실제 판례에서는 제6호에 해당하는 경우에도 유책성에 기한 판단을 내리고 있는 것을 살펴볼 수 있다. 제6호에 해당하는 대표적인 사례로 성격차이로 인한 이혼제기에 대하여 파탄 여부 이후 책임 유무를 따지고 그에 따른 결론을 맺고 있기 때문이다. 이는 대법원 판례가 우리 법제는 재판상 이혼에 관해 유책주의를 채택하고 있다고 해석하는 것(대법원 1990. 9. 25. 선고 89므112 판결 참조)으로, “기타 혼인을 계속할 수 없는 중대한 사유”를 파탄주의를 채용한 것으로 보고 있는 학설과는 상이한 것이다.

협의이혼의 가장 대표적인 사례로 등장하는 성격 차이로 인한 가정불화가 상대방이 협의이혼에 응해주지 않을 경우 관계 회복을 위한 노력을 등한시 하였다는 것을 유책사유로 하여 이혼을 거부하는 것은 이혼을 원하는 당사자에게는 참을 수 없는 고통이 될 수 있다. 재판과정에서 관계회복을 위한 기회를 충분히 제공할 수도 없는 현실과 관계회복을 위한 노력을 어느 정도 해야 하는지에 대한 기준도 없이 막연하게 거부하는 것은 상대방의 이혼의사에 절대성을 줌으로써 이혼의 자유를 제약하게 된다.

**라) 파탄의 1차 책임에 대한 낙인과 혼인관계의 연속성을 고려하지
않음으로 인한 반복 소송 야기**

유책배우자의 유책성은 혼인 파탄의 원인이 된 사실에 기초하여 평가하여야 할 것이고, 이미 혼인관계가 파탄이 된 이후에 일어난 일을 가지고 따질 것은 아니고, 또한 일방 배우자의 책임 있는 사유로 인하여 혼인생활이 파탄에 빠지게 된 이후에 상대방이 재판상 이혼사유에 해당할 수도 있는 잘못을 저질렀다고 하더라도 그 잘못이 상대방의 유책사유로 인한 혼인의 파탄과는 관계없이 저질러졌거나 그 정도가 상대방의 유책사유에 비하여 현저하게 책임이 무거운 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 당초 책임 있는 배우자는 민법 제840조 제6호의 사유가 있다 하여 이혼을 청구할 수 없다고 하는 것이 대법원 판례의 입장이다. 하지만 이러한 입장은 혼인파탄의 1차 책임에 대한 낙인과 혼인관계의 연속성을 고려하지 않음으로써 반복소송을 야기할 수 있다.

대법원 1998. 7. 14. 선고 98므282 판결은 그 원심⁸⁹⁾에서 “원고와 피고의 혼인은 상호 신뢰의 상실로 인한 가정폭력과 이로 인한 별거 및 이혼소송에까지 이르게 되었고, 그 이혼 소송 후에도 계속되는 별거로 인하여 돌이킬 수 없이 파탄되었다고 할 것이고, 그 파탄의 1차적인 책임은 원고에게 있다고 할 것이나, 한편 피고도 위 이혼소송의 판결 확정 이후 원심 변론종결일에 이르기까지 약 3년 6개월 동안 원고와 한 번도 만난 적이 없이 별거상태를 방치하여 왔고, 이와 같은 상황 하에서 원심 변론종결일에 이르기까지 원고와 피고 모두 혼인의 실체를 회복하려는 노력이나 의사가 있었다고 볼 자료가 없는 이 사건에 있어서, 결국 위 파탄의 책임은 원고와 피고 쌍방 모두에게 있다고 할 것이어서 민법 제840조 제6호에서 정한 재판상 이혼사유에 해당한다”고 판시하였다.

이에 대하여 대법원은 “피고가 원고에 의하여 가정에서 축출당한 탓으로 원고와 피고가 별거하게 된 것이라면 피고가 위 판결 확정 이후 약 3년 6개월 동안 별거상태를 방치하여 오면서 혼인의 실체를 회복하려는 노력을 하

89) 수원지방법원 1998. 2. 6. 선고 97르251 판결

지 아니하였다 하더라도 그것이 원고의 유책사유로 인한 혼인의 파탄과는 관계없이 저질러졌다거나 그 정도가 원고의 유책사유에 비하여 현저하게 책임이 무거운 것이라고 볼 수 없음에도 불구하고 원심이 혼인 파탄의 책임이 원고와 피고 쌍방 모두에게 동등한 정도로 있다고 판단한 것은 혼인 파탄에 있어서 유책성의 판단기준에 대한 법리를 오해한 것으로 위법이 있다”고 판시하였다.

라. 유책성 입증과 판단에서의 어려움

대법원 판례가 유책주의의 입장을 유지하고 있으므로 자기의 주장을 관철한 만한 뚜렷한 증거를 확보하지 못하는 경우 파탄에 대한 책임 유무 및 책임의 경중이 달라져서 이혼의 결과에 영향을 미치는 경우가 종종 있다.

80년대와 90년대 초기에 하급심에서 유책배우자의 이혼청구임에도 이혼이 인용된 것으로 하급심에서 다툴 기회를 보장받지 못해 불이익 결정을 받은 경우와 파탄에 이르게 된 과정에 대한 고려 없이 결과만을 놓고 상대방에게 불리한 결정이 이루어진 경우가 있었으나, 최근의 판례에서는 그러한 예는 드러나지 않고, 책임의 유무 및 책임의 경중에 대한 판단의 어려움에서 오는 엇갈린 결정이 많아졌다는 특징을 찾을 수 있다.

이러한 예는 혼인관계의 파탄은 대부분 그 책임의 정도에 차이가 있다 할지라도 부부 쌍방의 작은 갈등과 오해로부터 비롯되거나 이러한 갈등을 대화와 설득을 통하여 해결하고 못하고 증폭·확대시키는 상호 간의 잘못에 그 원인이 있음을 부인할 수 없고, 과연 누구에게 혼인관계 파탄의 주된 책임이 있는지 가리기는 쉽지 아니할 뿐 아니라, 혼인관계 파탄 후 오랫동안 별거하다가 나중에 이혼을 청구하는 경우 실제로는 혼인생활 중 부당한 대우를 받아 부득이 별거하는 사정이 있음에도 부당한 대우에 대한 입증이 불가능함에 따라 오히려 별거를 먼저 시작한 배우자가 유책배우자로 인정되어 이혼청구가 기각되는 불합리한 결론에 이를 수도 있으므로 파탄주의로의 방향 전환을 주장하는 논거가 될 수 있을 것이다.

1) 다들 기회 자체를 보장받지 못한 예

80년대와 90년대 사건에서 심급 간의 결과의 불일치를 보인 가장 대표적인 유형은 주소불명을 이유로 공시송달의 방법으로 이혼사건이 다루어지면서 제1심에서 청구인(남편)의 이혼청구가 인용되었다가 항소심에서 취소된 경우이다(대법원 1984. 7. 24. 선고 84므36; 대법원 1984. 9. 25. 선고 84므53; 대법원 1986. 9. 23. 선고 86므24; 대법원 1991. 11. 22. 선고 91므23 등). 대법원 1986. 11. 25. 선고 86므81 판결은 공시송달은 아니었지만, 송달과정에 청구인(남편)이 개입하여 대신 수령하게 한 다음 가로채고 알려주지 않아 소송과정에 충분히 대응하지 못한 피청구인(아내)에게 불리한 판단이 내려진 사안이다.

재판이라는 형식을 통해 남편에 의한 일방적인 아내 축출을 가능하게 하였던 이러한 예는 최근에는 보이지 않는다.

2) 유책성 입증의 어려움⁹⁰⁾

“축첩을 하고 있는 유책배우자라고 할지라도 소장에서부터 자신은 유책배우자이고 상대방은 무책이라고 기재하는 경우는 단 한건도 없다. 그러므로 유책배우자 본인들이 현재 그러한 상태에 빠질 수밖에 없는 원인을 상대방이 제공하였으므로 자신들이 불가피하게 그러한 입장에 서게 되었다고 주장한다. 그러면서 오히려 상대방을 유책배우자로 만들기 위해 여러 가지

90) 대법원에서 이혼이 인용되어 결론적으로는 유책배우자의 이혼청구라고 볼 수 없어 배제된 사례 중에 이와 반대되는 예가 있어 소개한다. 대법원 1983. 4. 26. 선고 82므63판결의 제1심과 제2심에서는 “피청구인(아내)이 부정행위를 하게 된 것은 청구인(남편)이 피청구인과 그 가족을 유기함으로써 이루어진 것이니, 그 유책배우자인 청구인이 피청구인의 부정행위를 들어 이혼을 구할 수는 없다”고 판시하였지만, 최종심에서 피청구인이 불륜관계에 이르게 된 점은 고려하지 않은 채 청구인이 다른 여자와 불륜관계를 맺고 있었다는 점을 단정할 만한 근거가 없는 반면에 피청구인이 1년 반의 장기간에 걸쳐 계속적으로 청구인과의 수10회 간통하였다는 점을 알 수 있다는 것을 근거로 “청구인과 피청구인 간의 혼인관계가 파탄지경에 이르게 된 것은 청구인이 장기간 가출하여 그 거처를 감추고 피청구인 및 가족의 생계를 돌보지 아니한 것에 있다고 하기보다 피청구인이 외간남자와 장기간 불륜관계를 계속하여 왔다는데 그 원인이 있다고 볼 것이다”고 판시하여 유책배우자의 이혼청구라고 하여 청구인의 이혼청구를 인용하지 않았던 1·2심과 결론을 달리하여 이혼청구를 인용하였다.

주장과 입증을 하므로 법원으로서 심리를 해보기 전에는 당해 소송이 유책배우자의 이혼청구인지 알 방도가 거의 없다(이혜진, 2009:229).”

“그러다보니 상대방에게 소장 기재 주장과 원고 측 입장을 반박할 자료를 제출해 줄 것을 요구하게 된다. 이런 과정에서 무책배우자로서는 자신에게 과실이 없고 오히려 소를 제기한 측에 과실이 있음을 증명하기 위해 유책배우자 측의 허물을 들추어 낼 수밖에 없는데 소송에서 승소하기 위해 제출한 무책 배우자의 적극적인 반박이 유책배우자의 감정을 더 상하게 함은 물론 법원으로 하여금 무책배우자의 진심을 오해하게 만드는 빌미를 제공하게 하는 경우가 종종 있다(이혜진, 2009:229).”

실제 사례에서도 이혼청구 소송의 구조상 유책배우자의 상대방에게 불리한 결정이 이루어진 것들이 있다. 물론 항소 및 상고를 통해 재판 결과는 유책배우자의 이혼청구를 물리쳐서 상대방의 입장이 지지되었지만, 현재의 소송 구조를 유지한다면 언제든 재발되고, 항소 및 상고를 하지 않는다면 이 같은 결과가 유지될 가능성도 있다.

(1) 대법원 1985. 7. 23. 선고 85므20 판결

제1심⁹¹⁾에서는 피청구인(아내)의 무단가출을 이유로 악의의 유기로 청구인(남편)의 이혼청구를 인용하였지만, 원심⁹²⁾에서 피청구인이 집을 나가게 된 동기는 청구인과 시부모측의 잘못에 기인할 뿐 아니라 혼인파탄의 책임은 다른 여성과 부정관계를 맺고 있는 청구인에게 있다고 하여 유책배우자인 청구인의 이혼청구를 기각하였고, 대법원도 이러한 입장을 지지하였다. 같은 취지의 판결로 대법원 1986. 3. 25. 선고 85므47 판결이 있다.

(2) 대법원 1985. 9. 10. 선고 85므17 판결

피청구인(아내)의 정신분열증이 문제되었던 사안으로 제1심⁹³⁾에서는 피청구인이 중증의 정신분열증 환자로 치료받고 있는 사실을 인정하여 청구

91) 광주지방법원 목포지원 1984. 7. 18. 선고 84므63 심판

92) 광주고등법원 1985. 4. 9. 선고 84르44 판결

93) 대구지방법원 1984. 6. 5. 선고 83드1198 판결

인과 피청구인에게는 혼인생활을 계속하기 어려운 중대한 사유가 생겼다고 인정하고 이를 이유로 한 청구인의 예비적 이혼청구를 인용하였지만, 항소심에서는 정신이상 증세를 보이기 시작한 것이 청구인의 경멸적인 태도로 인한 것과 그럼에도 청구인은 피청구인을 더욱 따뜻하게 대하고, 세심한 배려를 하여 피청구인의 정신 상태를 안정시키기에 노력을 기울이지 아니하고 계속 피청구인을 냉대하고 피청구인을 위협해 겁에 질려 친정으로 가게 하고, 피청구인이 약 4년간 치료받는 사이 피청구인의 치료에 무관심하고, 제1심 선고의 확정을 기다리지도 않고 다른 여성과 결혼식을 올리고 동거한 사실 등을 인정하고 유책배우자인 청구인으로서의 파탄을 이유로 피청구인과의 이혼을 구할 수는 없다고 하여 청구인의 청구를 기각하였다. 대법원도 이와 같은 입장을 지지해 주었다.

(3) 대법원 1989. 6. 27. 선고 88므740 판결

88므740 판결은 원고(남편)와 피고(아내)가 혼인한 후 부부로서 동거생활을 제대로 하지 못하고 혼인관계가 파탄에 이르게 된 발단은 원고의 부모나 가족들이 피고를 냉대하고 며느리로서 대우하지 아니하였을 뿐만 아니라, 원고도 피고와 동거하려고 성실하게 노력을 하지 아니하였던 데에서 비롯되었다고 보여 그 주된 책임은 오히려 원고측에 있었다고 볼 수도 있고, 원심⁹⁴⁾이 피고의 잘못으로 지적한 피고가 원고와 그의 어머니에게 폭언이나 헐뜯음을 하였다는 점은 서로 감정이 극도로 악화된 상태에서 저질러진 것으로 그와 같은 사실만으로 혼인관계 파탄의 원인이 피고에게 있다고 보기는 어렵다고 판단하였다. 또한 피고가 생활비를 벌기위해 일한 다방에서 부정행위를 한 사실에 대하여는 심리를 제대로 하지 아니한 채 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정하였거나 유책배우자의 이혼청구권에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 판시하였다.

94) 서울고등법원 1988. 6. 13. 선고 87르340 판결

(4) 대법원 1993. 11. 26. 선고 91므177·184 판결

원심⁹⁵⁾은 “청구인(아내)과 피청구인(남편) 부부의 혼인생활은 피청구인이 간통죄로 형사처벌을 받음으로써 결정적으로 파탄되었으며 그 파탄의 주된 책임은 피청구인의 부정행위에 있음은 움직일 수 없다하겠으나, 혼인관계의 청산을 간통죄에 대한 고소제기 내지 소추의 요건으로 하고 있는 제도의 취지에 비추어 이 사건에서와 같이 청구인의 고소에 따라 피청구인에 대하여 간통죄의 유죄판결이 확정된 이상 피청구인에게 파탄된 종전혼인관계의 계속을 강요할 수 없다”고 설시하고, 유책배우자의 이혼청구라 할지라도 이를 허용하여야 한다고 하면서, 피청구인의 이 사건 반심판 청구를 인용하였다.

그러나 대법원은 단지 청구인의 고소로 피청구인이 간통죄의 유죄판결을 받았다는 사유만을 들어 유책배우자의 이혼청구를 인용할 수는 없고, 원심이 특별한 사정의 유무에 대하여 살피지도 않고 유책배우자인 피청구인의 이혼청구를 받아들인 것에 대해 파기 환송 결정을 내렸다.

3) 유책성 판단의 어려움

책임의 유무 및 경중에 대한 판단의 어려움에서 심급 간 엇갈린 결정이 내려진 예는 다음과 같다.

(1) 대법원 1997. 1. 20. 선고 95므724 판결

원심⁹⁶⁾에서 “원고(남편)는 피고(아내)와 결혼한 이래 성격상 불화로 매사에 화합치 못함으로써 뚜렷하게 꼬집어 낼만한 사건, 사고도 없으면서 불행한 생활을 해 왔고 그러던 중 이를 벗어나는 최후의 방법으로 피고와 협의로 이혼을 하기 위해 피고에 대해 원고의 이혼의사를 전달했고, 이에 대한 피고의 거절로 이혼은 이루어지지 않았지만 그때부터 그들의 혼인은 파탄에 들어갔고, 문제해결의 한 방편으로 쌍방의 합의에 따라 8개월간의 별거

95) 대구고등법원 1991. 3. 27. 선고 90르 720·737 판결

96) 부산지방법원 1995. 6. 1. 선고 94르311 판결

를 해 보아도 별수가 안 생기고 계속 파행적 혼인관계 속에서 별거하며 살던 중, 피고도 원고에 대한 애정을 포기하고, 원고의 대학에 찾아와 원고를 비방하는 벽보를 여러장 붙이고 이어서 원고의 강의가 예정된 강의실에도 찾아가 학생들 앞에서 큰 소리로 10여분간 원고를 비난하였으며, 대학 총장과 대학교 학장 앞으로 원고를 비방하고 그 파면을 요구하는 내용의 서신까지 보내는 행위를 함에 이르자, 마침내 원고는 협의에 의한 이혼을 포기하고 재판상 이혼청구를 함으로써 원고와 피고 간의 위 혼인생활 공동체는 심각하게 파탄되어 회복의 가능성이 없게 되었다고 볼 것이다. 원고의 혼인 해소 시도가 실정법상 위법한 수단과 방법에 의해 이루어진 것이 아닌 한, 협의에 의한 이혼이 보장되는 우리 법제 아래서, 원고의 이 이혼제의 자체를 위법, 부당하다고 할 수 없고, 오히려 원고가 이혼을 제의하도록까지 원만한 혼인생활을 유지치 못한 데에는 원고와 피고의 잘못이 대등하게 공존해 있다고 보아야 할 것이다. 위와 같은 원·피고의 공동책임으로 시작된 혼인의 파탄 속에서 피고가 원고의 교수로서의 명예에 치명상을 입히는 행위를 감행해 원고와 피고의 혼인을 회복 불가능하게 한 데에는 원고의 책임보다는 오히려 피고쪽에 더 큰 책임을 지워 마땅하다. 그렇다면 이 건 혼인은 피고의 행위와 그로 인한 원고의 이 건 소제기로 결정적으로 파탄에 이르러 공허하고 불행해져 버리고 말았으니 그들의 행복추구권을 인정해 파탄된 그 공허한 법의 껍질을 벗겨줌이 그들에 대한 구제방법이 된다고 판단되는데다가 파탄의 책임 또한 전적으로 또는 주로 원고에 있었던 것이 아니고 또 파탄에 대한 원고의 책임이 피고의 책임에 대하여 현저히 무겁다고도 인정되지 않으므로, 원고의 이 건 이혼청구는 제6호 소정의 재판상 이혼사유에 해당되어 인용되어야 할 것이다”고 판시하고 있다.

이에 대하여 대법원은 “원고의 피고에 대한 일방적인 이혼제의와 그에 이은 무단가출로 파탄이 시작되었고, 그 후 이 사건 별거합의상의 별거기간이 종료되었고 달리 정당한 사유가 없음에도 원고가 이혼을 고집하면서 계속 별거하는 등 부부로서의 협력·동거의무를 제대로 이행하지 않음으로써 피고와 그 모친이 피고의 직장까지 찾아와 항의를 하도록 그 원인을 제공하고 있으며, 더욱이 그 과정 중에 원고가 피고에 대하여 과도한 폭력을 가

한 결과 피고와 그 모친이 감정을 참지 못하고 공개적으로 원고를 비방하는 벽보를 부착하고 학교 관계자 등에게 서신을 띄우는 등 원고의 교수로서의 명예에 손상을 가하는 행위를 감행하기에 이른 것이므로, 이 사건 혼인의 파탄에 대한 책임은 주로 원고에게 있고, 적어도 원고의 책임이 피고의 그것보다는 무겁다고 아니할 수 없고, 따라서 원고의 이 사건 이혼청구는 유책배우자에 의하여 제기된 것으로서 특별한 사정이 없는 한 받아들이기 어렵다”고 판시하였다.

(2) 대법원 2000. 4. 21. 선고 99므2261 판결

원심⁹⁷⁾은 혼인관계의 파탄을 인정하고 “그 파탄에 대하여 원고(남편)는 피고(아내)와의 불화를 대화와 설득을 통해 적극적으로 해결하려 하지 아니하고 집을 나와 피고를 피해 다니는 등 나약하고 소극적인 자세로 일관한 책임이 있고, 피고는 원고에게 원하지 아니하는 개업을 강요하고 일방적으로 아파트를 매도하고 이사를 하는 등 상대방의 의사를 존중하지 아니하고 자신의 입장만을 고집함으로써 부부간의 갈등을 대화와 이해로 슬기롭게 풀어나가지 못하고 이를 더욱 심화시킨 책임이 있는 등 원고와 피고 모두에게 그 파탄의 책임이 있으니, 이러한 원·피고의 행위는 민법 제840조 제6호 소정의 이혼사유에 해당한다”고 판단하여 원고의 이 사건 이혼청구를 인용하였다.

그러나 대법원은 “원고의 레지던트 시험 낙방이나 폐결핵으로 인한 와병에 직면하여 취한 피고의 태도에 잘못이 있었고, 그 잘못으로 인하여 부부 사이에 불화와 갈등이 생겼다 하더라도 그것은 어디까지나 혼인생활 중 흔히 있을 수 있는 극복하여야 할 장애에 불과한 것이지 그로 인하여 원·피고 사이에 부부공동생활관계가 회복하기 어려울 정도로 파탄되었다고 할 수 없다고 할 것이다. 그러하다면 원고로서는 마땅히 인내를 가지고 그러한 불화와 갈등을 애정과 신뢰로써 극복하도록 최선의 노력을 다하여야 하는 것이지 이를 빌미삼아 스스로 혼인생활의 파탄을 초래하는 행위를 하여서는 아니 된다. 그럼에도 불구하고 원고는 그러한 노력을 다하지 아니한 채 서

97) 서울고등법원 1999. 11. 18. 선고 99르2478 판결

둘러 별거를 선언하고 집을 나온 이래 피고의 거듭된 설득에도 불구하고 혼인생활을 계속할 뜻이 없음을 밝히면서 수년간이나 집에 돌아가지 않고 있으니 만약 현재 원·피고 사이의 혼인관계가 더 이상 회복하기 어려운 정도로 파탄에 이르렀다면 그 파탄의 주된 책임은 동거하며 서로 부양하고 협조하여야 할 부부로서의 의무를 저버린 원고에게 있는 것이다.”고 판시하여 유책배우자인 원고의 이혼청구를 부인하였다.

마. 예외 인정에서의 엄격함 고수

혼인을 계속할 의사가 없으면서 오로지 오기나 보복적 감정에서 표면적으로 이혼에 불응하고 있을 뿐이며, 실제로 있어서는 혼인의 계속과는 양립할 수 없는 행위를 하는 등 이혼의 의사가 객관적으로 명백한 경우에는 비록 혼인의 파탄에 관하여 전적인 책임이 있는 배우자의 이혼청구라 할지라도 이를 인용한다는 것이 판례의 태도이다. 하지만 하급심에서 인정된 예외가 대법원에서 받아들여지지 않음으로써 대법원의 예외 인정에서의 엄격한 태도를 엿볼 수 있다.

1) 유책배우자의 이혼청구에 대하여 상대방이 반소 청구로 이혼을 구하는 경우

유책배우자인 원고의 본소에 대하여 피고가 반소를 청구했다가 반소를 취하하는 경우 이혼을 원하는 원고가 그 반소 취하에 부동의 하면서 피고가 반소를 제기하였으니 피고의 이혼의사가 객관적으로 명백하다고 주장하는 경우, 또는 유책배우자의 비행을 참다못한 배우자가 유책배우자를 상대로 이혼본소청구를 제기했다 곧 취하하려 하자 이혼을 기다리고 있던 상대방인 유책배우자가 본소 취하에 부동의 하면서 본소가 계류 중임을 이용하여 반소를 구하는 경우가 있을 수 있다. 이에 대하여 대법원 판례는 반소를 제기했다 취하한 것을 두고 이혼의사가 객관적으로 명백하다고 보지는 않는다.

이와 관련하여 유책배우자의 이혼청구에 대하여 상대방이 반소청구로 이혼을 구함으로써 결과적으로 이혼에 이르렀으나, 대법원 1998. 6. 23. 선고

98므15, 22판결은 “유책배우자의 이혼청구에 대하여 상대방이 그 주장사실을 다투면서 오히려 다른 사실을 내세워 반소로 이혼청구를 한다 하더라도 그러한 사정만으로 곧바로 상대방은 혼인을 계속할 의사가 없으면서도 오기나 보복적 감정에서 유책배우자의 이혼청구에 응하지 아니하는 것이라고 단정할 수 없다”고 판시한 후, “피고는 자녀들이 이혼에 반대하고 또 아무런 생계수단이 없는 상태에서 이혼에 응할 수 없다는 이유로 원고의 이혼요구를 거부하여 왔음을 알 수 있고, 또 피고는 지금까지 자식들에게 누가 될 것 같아 원고의 이혼요구를 거부하였으나 원고가 이 사건 본소를 제기한 후 자식들에게 말로 다하지 못하는 행패를 부리는 것을 보고 부모로서 더 이상 부모 자식간에 의가 상하는 것을 두고 볼 수 없어 이혼을 결심하기에 이르렀다고 주장하고 있는 점 등에 비추어 보면, 피고는 원고와의 혼인을 계속할 의사가 없으면서도 오기나 보복적 감정에서 원고의 이혼청구에 응하지 아니한 것이라고 볼 수 없다”고 판시하고 있다.

2) 간통죄 고소

대법원 1997. 5. 16. 선고 97므155 판결은 혼인관계의 파탄이 인정되고, 그 책임이 원고에게 있다는 것도 인정되지만, 유책배우자의 이혼청구가 예외적으로 인정되는 경우로서 혼인 계속의 의사가 존재하는지가 다투어진 사안이다. 제1심⁹⁸⁾에서는 단지 유책배우자의 이혼청구라고 하여 기각된 사안에 대하여 원심⁹⁹⁾에서는 “원고(남편)가 평소 바람기가 있어 같은 직장의 여선생과 피고(아내)의 의심을 살 정도로 지나치게 친밀하게 지내고, 피고의 가출 중에도 가정부와 부정한 관계를 맺는가 하면 계속하여 여러 여자들과 부정한 관계를 가짐으로 인하여 부부싸움 끝에 피고를 구타하고 냉대하여 피고로 하여금 극도의 정신적 불안정 상태에 있게 한데서 비롯된 사실을 인정한 다음, 원고와 피고의 혼인관계는 이미 파탄에 이르렀고, 그 파탄의 주된 책임은 원고에게 있으므로 피고와의 이혼을 구할 수 없다고 판시하면서도, 원고와 피고의 사실상의 별거 기간이 20년 이상에 이르고 있고, 원고의 외도는 그 대부분

98) 서울가정법원 1995. 11. 22. 선고 94드6196 판결

99) 서울가정법원 1996. 12. 11. 선고 95르1041 판결

이 별거기간 중에 일어난 일이며, 그 일단의 원인이 원고에게 있다 하나, 피고는 원고를 간통죄로 고소한 바 있으며 또한 이혼에 따른 위자료 및 재산분할을 원인으로 원고의 봉급에 채권 가압류를 한 바 있고, 원고가 근무하는 학교의 학교장에게 전화 등으로 원고가 교사로서 자격이 없다고 계속 주장하며 이혼해주지 않고 지구 끝까지 쫓아가 원고의 피를 말려 죽이겠다고 독백하는 등의 사실을 인정한 다음, 이러한 사실에 비추어 볼 때 피고로서도 부부관계의 회복을 꾀하기 보다는 오기 또는 보복적 감정으로 원고와의 이혼에 응하지 않고 있다고 보여지므로 원고와 피고는 서로를 위하여 더 이상의 은원관계를 청산하고, 앞으로 자신의 길을 개척하도록 함이 상당하다”고 판단하여 원고의 이 사건 이혼청구를 인용하였다.

그러나 대법원은 “원고의 일방적인 의사에 의해 본의 아니게 상당기간 별거하여 왔지만 동거기간을 제외하면 그 기간은 10여년 정도에 불과한 사실, 원고의 형제들과 장남이 증인으로 출석하여 피고가 원고와 살 마음이 없으면서도 오로지 원고를 괴롭히거나 위자료를 많이 받으려는 목적으로 이혼에 응하지 않고 있다는 취지의 증언을 하였지만, 원고의 장녀와 차남은 증인으로 출석하여 피고는 끝까지 원고의 배우자로 남기를 바라고 이혼할 의사가 전혀 없다는 상반된 증언을 하고 있다는 점, 피고도 ‘위자료를 아무리 많이 준다 해도 이혼할 수 없으며, 원고가 언제든지 정상적인 혼인생활로 돌아오기를 기대한다’고 진술하고 있는 점, 피고가 원고를 간통죄로 고소하였거나 고소장 제출을 시도한 사실은 있지만, 곧바로 취소하거나 정식으로 접수시키지 아니하여 그로 인하여 원고가 처벌받은 사실이 없는 점을 비추어 볼 때 본 고소 사실만을 가지고 피고의 이혼의사가 객관적으로 명백하다고 보기 어려운 점, 피고가 원고가 생활비를 제대로 지급하지 않아 생활비에 대한 집행을 보전하기 위하여 가압류 신청을 한다는 것이 청구채권의 내용을 잘못 표시한 것에 불과하다고 주장하고 있는 점 등 원심 판시 사정만으로 곧 피고가 혼인을 계속할 의사가 없음이 객관적으로 명백함에도 오기나 보복적 감정에서 이혼에 응하지 않는 것으로 단정할 수 없다”고 판시하여 원심을 파기 환송하였다.

배우자의 간통에 대처하여 상간자를 처벌하고 배우자의 회심을 유도하기 위하여 일응 고소를 하는 경우도 흔히 있으므로 간통죄 고소 사실만을 가지고 이혼의사가 객관적으로 명백하다고 보기 어렵다고 하는 것이 대법원 판례의 입장이다.

3) 위자료나 금전지급 관련 태도

(1) 대법원 1999. 10. 8. 선고 99므1213 판결

원심¹⁰⁰⁾은 “혼인 파탄의 근본적이고 주된 책임은 가사를 등한시 한 채 피고(남편)가 번 돈을 사치와 낭비로 탕진하고, 피고와 떨어져 살게 된 것을 계기로 독자적으로 사우나탕을 운영하면서 무리하게 금전을 차용하는 것은 물론 피고 명의의 차용증 등을 위조하거나 타인을 기망하여 금원을 편취한 결과 형을 선고받아 복역하였을 뿐 아니라 피고로 하여금 차용금에 대한 민사책임까지 부담하게 한 원고에게 있다 할 것이므로 유책배우자인 원고의 이혼청구는 일응 받아들일 수 없다. 그러데 혼인의 파탄과정, 원고와 피고의 별거기간 및 이 사건 소송과정에서 나타난 피고의 태도 즉, 원심 조사기일에는 원고에게 위자료를 지급하고 이혼할 의사가 있다는 취지로 진술하다가, 원심 변론기일에는 태도를 바꾸어 원고와 재결합하여 혼인생활을 계속하겠다는 의사를 갖고 있다고 진술하였고, 당심 조정기일에 이르러 다시 이혼에 따른 금전청산 문제에 관하여 피고가 제시한 금액에 원고가 동의한다면 이혼에 응하겠다고 진술한 점 등에 비추어 보면 피고 역시 원고와의 혼인의 파탄을 기정사실로 받아들여 실제로는 원고와의 혼인을 계속할 의사가 없으면서도 다만 오기나 그 동안의 자신의 희생에 대한 보복의 감정에서 표면상으로만 이혼에 응하지 아니하고 있음을 알 수 있으므로, 유책배우자인 원고의 이혼청구도 이를 인용함이 상당하다.”고 판시하였다. 이에 대하여 대법원은 “피고가 제1심¹⁰¹⁾ 조사기일과 원심 조정기일에서 원고가 이혼에 따른 위자료나 금전청산에 관하여 피고가 제시하는 금액에 동의

100) 대전고등법원 1999. 6. 11. 선고 98르297 판결

101) 청주지방법원 충주지원 1998. 4. 17. 선고 97드503 판결

하면 이혼하겠다고 진술하였다고 하더라도 이러한 사정만으로 피고가 혼인을 계속할 의사가 없음이 객관적으로 명백한데도 오기나 보복적 감정에서 유책배우자인 원고의 이혼청구에 응하지 않은 것이라고 단정할 수는 없다.” 고 하여 원심판결 중 피고 패소부분을 파기 환송하였다.

(2) 대법원 2000. 4. 7. 선고 99므2292 판결

제1심¹⁰²⁾은 원고가 제기한 혼인무효소송에서 이혼으로 해결한다면 위자료는 적어도 5,000만원은 받아야 한다고 진술한 점, 이 사건 조정시에는 위자료로 1억원을 요구한 적이 있었다는 점과 장기간에 걸쳐 독자적으로 별거를 하여 온 점 등을 비추어볼 때 피고로서도 혼인을 계속할 의사가 없으면서 오기나 보복적 감정에서 이혼에 응하고 있지 않다고 보아 원고의 이혼청구를 인용하였지만, 원심과 대법원은 혼인무효확인소송이나 이 사건 조정기일에서 피고가 위자료를 요구한 사정이 있다 해도 이 사건의 모든 사실관계에 비추어 그 사정만으로 혼인을 계속할 의사가 없음이 객관적으로 명백한데도 오기나 보복적 감정에서 이혼에 응하지 아니하고 있다고 할 수도 없다고 하여 원고의 이혼청구를 받아들이지 아니하였다.

(3) 대법원 2003. 6. 13. 선고 2003므491·507 판결

제1심¹⁰³⁾ 및 원심¹⁰⁴⁾은 “피고(아내)는 원고(남편)와의 혼인을 계속할 의사가 전혀 없으면서도 금전적인 부담만을 원고에게 지우기 위하여 오기나 보복적인 감정에서 표면상으로만 그 이혼을 거부하고 있는 것으로 봄이 상당

102) 서울가정법원 1999. 5. 27. 선고 98드32995 판결. 이 판결은 예외적 사정이 인정되지 않는다고 하더라도 부부의 별거가 양 당사자의 연령 내지 동거기간에 대비할 때 상당히 장기간이고, 그들 사이에 미성숙의 자녀가 없는 경우에는 상대방 배우자가 이혼에 의한 정신적·사회적·경제적으로 극히 가혹한 상태에 놓일 수 있는 등 이혼청구를 인용하는 것이 현저히 사회정의에 반한다고 할 수 있는 것과 같은 특별한 사정이 인정되지 않는 한 그 이혼청구가 설사 유책배우자의 이혼청구이더라도 민법 제840조 제6호의 재판상 이혼원인에 해당한다고 보아 이를 허용함이 상당하다는 입장을 밝히고 있다.

103) 서울가정법원 2002. 5. 15. 선고 2001드합10571·11840 판결

104) 서울고등법원 2003. 2. 5. 선고 2002르1086·1093 판결

하다”고 인정하여 유책배우자인 원고의 이혼청구를 인용하고 있으나, 대법원은 “피고가 원심의 준비절차기일 및 변론기일에서 이혼에 따른 위자료나 금전청산에 관하여 자신이 제시한 금액에 원고가 동의하면 이혼하겠다고 진술하였다 하더라도 이는 당장에 필요한 생활비 및 양육비를 마련할 의도이었을 가능성을 배제할 수 없으므로, 위와 같은 사정만으로는 피고가 혼인을 계속할 의사가 없음이 객관적으로 명백한데도 오기나 보복적 감정에서 유책배우자인 피고의 이혼청구에 응하지 아니하는 것이라 단정할 수 없다”고 판시하였다.

4) 기타의 소 제기 관련

(1) 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002므2315 판결

제1심¹⁰⁵⁾은 피고와 원고의 혼인관계가 이미 1994년경에 파탄상태에 이르러 서로 별거 중에 있고, 피고가 1999년 이혼청구 소송 기각 확정 판결 이후 원고와의 혼인관계 회복을 위해 아무런 노력도 하지 않는 반면, 피고는 원고가 모욕적인 일을 당할 경우에 그 입장이 가장 곤란해 질 상황에서만 원고를 찾아가 원고를 비난하고, 원고의 어린이집에 찾아가 운영권을 넘기라는 말만 하였으며, 원고에 대한 급여채권을 가압류한 바가 있다. 또한 피고 스스로 원고의 이혼 청구에 응할 수 없는 이유로 원고가 임의 처분한 재산의 회복 등을 들고 있는 점 등 제반사정을 종합하여 보면, 피고 역시 원고와의 혼인관계를 지속할 의사가 없음이 객관적으로 명백한데도 오로지 원고에 대한 보복적 감정과 원고가 임의 처분한 재산의 회복만을 목적으로 원고의 이혼청구에 응하지 아니하는 것임이 명백한 바, 비록 원고가 혼인파탄에 대하여 책임이 있는 유책배우자라 할지라도 원고의 이혼청구는 허용된다는 입장이었다.

그러나 원심¹⁰⁶⁾은 “원고와 피고 사이의 별거기간이 총 8년여에 이르고, 피고는 원고가 대표이사로 있던 어린이집을 상대로 임시총회결의부존재확

105) 춘천지방법원 강릉지원 2002. 2. 21. 선고 2000드단1492 판결

106) 춘천지방법원 강릉지원 2002. 11. 7. 선고 2002르33 판결

인의 소를 제기하였으며, 어린이집 업무를 방해하는 등의 행동을 한 사실은 있으나, 피고가 원고에게 주된 책임이 있는 사유로 혼인관계가 파탄된 이후 그 회복을 위해 원고와 만나려 하였음에도 원고가 피고와의 만남을 회피하여 만날 수 없자 흥분하여 다소간의 폭행이나 소란행위를 하였고, 피고의 재산을 투입하여 설립한 사회복지법인 어린이집의 감사로 재직하다가 실제로 개최되지도 않은 임시이사회를 개최한 것처럼 꾸며 원고에 의해 축출당한 피고가 임시총회결의준부를 다투는 소를 제기하였다는 사정만으로는 피고가 혼인을 계속할 의사가 없음이 객관적으로 명백한데도 오기나 보복적 감정에서 유책배우자인 원고의 이혼청구에 응하지 아니하는 것이라 단정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다”고 하여 제1심을 취소하였고, 대법원은 원심의 판단을 지지하였다.

(2) 대법원 2002. 12. 10. 선고 2002므1091·1107 판결

제1심¹⁰⁷⁾은 원고(남편)와 피고(아내)의 잘못으로 그 사이의 분쟁이 격화되어 혼인이 사실상 회복하기 어려울 정도로 파탄에 이르렀다고 하여 원고의 이혼청구를 인용하였다. 위자료 청구에 대한 판단 부분에서는 원고의 잘못이 더 크다고 하여 위자료 지급의무를 인정하고 있지만, 이혼청구를 인용하는 부분에서는 쌍방 책임으로 혼인이 파탄되었다는 것만을 언급하고 있다.

항소심¹⁰⁸⁾은 원고와 피고 사이의 혼인관계 파탄의 원인은 원고와 전처 사이의 관계를 냉정하게 파악하고 좀 더 시간적인 여유와 함께 인내심을 가지고 원고를 설득하여 제자리를 찾도록 하여야 함에도 불구하고 그러하지 아니한 피고에게도 일부 있다고 할 것이나 그 근본적이고도 주된 책임은 원고가 피고와 동거생활을 하면서 이혼한 전처가 부친 장례식에 상복을 입고 참석하여 장례를 치른 것에 대하여 피고가 의심과 불만을 품고 항의하자 이를 달래고 해명하기는커녕 다소 섬세한 피고의 성격에 대한 배려 없이 오히려 자신의 별다른 과오가 없다는 것만을 내세우고 이어지는 전처의 공격적인 개입과 딸의 피고에 대한 반감도 이를 무마하고 피고와의 혼

107) 춘천지방법원 강릉지원 2001. 6. 12. 선고 2000드합83·90 판결

108) 서울고등법원 2002. 7. 4. 선고 2001르1485·1492 판결

인의사를 분명하고 단호하게 표시하기는커녕 피고의 반발에 문제를 확대시킨다는 불만을 품고 냉담한 태도만을 유지하여 피고로 하여금 원고가 피고를 외면하고 전처와 재결합하려 한다는 의심을 굳게 하여 갈등을 심화시킨 원고에게 있다고 판단하였다. 또한 원고가 전처와 재결합하려는 의심을 강하게 품게 만든 상황에서 피고로서는 그동안 원고에게 대여한 돈을 우선적으로 회수하기 위해 민사소송을 제기하거나, 원고가 피고와 성관계를 맺고 금전을 차용한 행위 등 혼인빙자간음이나 사기죄 등에 해당하면 처벌하여 달라고 고소할 수도 있는 노릇이라고 할 것이고, 피고가 원고를 고소하고 민사소송을 제기하였다는 사유를 가지고 피고에게 혼인관계파탄의 책임을 물을 수는 없으며, 피고가 원고와의 재결합을 강력하게 원하고 있고, 피고가 오기나 그 동안의 자신의 희생에 대한 보복의 감정에서 표면상으로만 이혼에 응하지 않고 있다고 보이지 않는다고 하여 유책배우자인 원고의 이혼청구를 기각하였으며, 대법원도 이 판단을 지지하였다.

2005년 원고가 다시 이혼청구를 제기하였는데, 이 2차 이혼소송에서 제1심은 “피고가 공군장교인 원고를 사기, 상해 등의 혐의로 고소하여 대법원에서 원고가 무죄 또는 공소기각의 판결을 선고받고, 원고도 피고를 채물손괴의 혐의로 고소하여 피고가 약식명령을 고지 받은 점, 원고와 피고의 혼인무효 소송과정에서 원고는 본소로 혼인의 무효 또는 이혼을 구하고 피고는 반소로 혼인의 취소를 구하였는바, 혼인의 해소를 구한다는 점에서는 원고와 피고의 의사가 일치하였음에도 불구하고 원고가 유책배우자라는 이유로 원고의 이혼청구가 기각되어 원고와 피고 모두가 원하지 않았던 혼인관계가 현재까지도 지속되고 있는 점, 위 혼인무효 판결의 확정 후에도 피고가 원고의 어머니 주거에 무단으로 침입하여 원고의 행방을 추궁했다는 등의 사유로 원고 어머니가 피고를 상대로 하는 접근금지 가처분 결정을 받기도 한 점 등을 종합하면, 현재 원고와 피고는 1999. 2.경 별거한 이후에 혼인생활의 실체가 전혀 없는 상태로서 오히려 상대방을 형사처벌받게 하기 위하여 상대방을 고소하거나 다양한 민사 및 가사소송을 제기하는 상황에 이르고 있으며, 원고의 어머니도 피고로부터 부당한 대우를 받은 것으로 보이는 바, 원고와 피고의 혼인생활은 이미 회복될 수 없을 정도로 파탄에

이르렀다”고 하여 원고의 이혼청구를 인용하였다.

하지만 원심과 대법원은 원고와 피고 사이의 혼인생활은 원고의 주된 책임으로 파탄에 이르렀고, 전후 사정상 피고로서는 그동안 원고에 대하여 돈을 우선적으로 회수하기 위해 민사소송을 제기하거나, 혼인빙자간음이나 사기죄 등에 해당하면 처벌하여 달라 고소할 수도 있다 할 것이며, 제1차 이혼 등 소송이후 피고가 원고를 상대로 부양료 심판을 제기한 것도 권리행사의 방법에 지나지 않고, 원고의 소재를 파악하기 위해 원고의 모에게 다그쳐 묻다가 접근금지를 당하였다 하더라도 그러한 사유들만으로는 피고에게 혼인관계 파탄의 주된 책임이 있다거나 피고가 배우자의 직계존속에 게 심히 부당한 대우를 한 것으로 보기도 어려우며, 피고가 오기나 그동안 자식의 희생에 대한 보복 감정에서 표면상으로는 이혼에 응하지 않고 있을 뿐이라는 등의 특별한 사정이 인정되지도 아니한다고 하여 유책배우자인 원고의 이혼청구를 기각하였다.

(3) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2010므4408 판결

제1심¹⁰⁹⁾과 항소심¹¹⁰⁾은 “피고(아내)는 원고(남편)와의 혼인관계 회복을 위하여 노력하기 보다는 위 채권가압류를 유지할 목적에서 원고와 제3의 여성을 상대로 손해배상청구 소송을 제기한 점 등에 비추어 보면, 피고 역시 원고와 사이에 신뢰를 바탕으로 동거, 부양, 협조의무가 있는 부부관계를 새로이 형성하려는 의사를 이미 버리고 원고와의 혼인 파탄을 기정사실로 받아들여, 실제로는 원고와의 혼인을 계속할 의사가 없으면서도 다만 오기나 보복 감정 등 표면상으로는 이혼을 거부하고 있는 것으로 보인다”고 하여 유책배우자인 원고의 이혼청구를 인용하였다.

이에 대하여 대법원은 “원고의 지속적인 부정행위와 가출에도 불구하고 피고는 원고를 설득하여 가정으로 돌아오게 하였고, 원고가 다시 집을 나갈 때까지 동거하면서 생활해 온 점, 원고와 피고 사이에 협의이혼하기로 하는 합의가 이루어진 적이 있다 하여도, 원고와 피고 사이에 현재 미성년 자녀

109) 서울가정법원 2010. 4. 13. 선고 2008드합11696 판결

110) 서울고등법원 2010. 11. 16. 선고 2010르1142 판결

들이 있고, 피고는 가정을 지키기 위해 원고가 가정으로 돌아오기를 희망하는 의사를 밝힌 점, 피고가 원고의 퇴직금에 대하여 ‘이혼을 원인으로 한 위자료 청구권’에 대하여 가압류 결정을 받았으나, 당시 원고가 갑자기 퇴직하고 곧이어 외국으로 출국하려는 상황이었고, 피고는 자신과 자녀들의 생활에 사용되어야 한다는 생각으로 급박한 상황에서 위와 같이 채권 가압류를 한 것이라 설명하는 점, 피고는 원고의 제소명령에 따라 원고와 제3의 여성을 상대로 제기하였던 손해배상청구소송과 채권 가압류 집행도 해제한 점들을 종합하여 보면, 원심이 들고 있는 사정들만으로 피고가 혼인을 계속할 의사가 없음이 객관적으로 명백한데도 오기나 보복적 감정에서 유책배우자인 원고의 이혼청구에 응하지 아니하고 있을 뿐이라고 볼 수는 없다”고 하여 원심판결을 파기 환송하였다.

바. 하급심에서의 파탄주의 수용을 위한 노력 및 변화 경향

여기에서는 비록 대법원의 입장 고수로 유책배우자의 이혼청구는 인용되지 않았지만, 하급심에서 혼인관계의 파탄만으로 책임이 누구에게 있는지를 묻지 않고 순수한 파탄주의적 입장이나 대법원이 인정한 예외보다 더 넓게 해석하여 이혼청구를 인용하려 했던 노력이 엿보이는 사례를 소개하고자 한다.

1) 순수한 파탄주의 입장

(1) 대법원 1986. 2. 25. 선고 85므79 판결

제1심¹¹¹⁾은 혼인파탄의 책임 여부와 무관하게 순수한 파탄주의의 입장에서 유책배우자의 이혼청구를 인용한 것으로 주목된다. 제1심에서 제3의 여성과 불륜관계를 맺은 남편을 간통으로 고소는 하였으나, 고소를 취소한 이후 남편에게 돌아오지 아니하고 별거하고 있는 사실을 인정한 후, 그 사실이 민법 제840조 제6호가 정하는 재판상 이혼에 해당하므로 남편의 이혼청구를 인용한 것에 대하여 항소와 상고가 이어진 것이다. 제1심 판결은 잘못

111) 서울가정법원 1984. 7. 11. 선고 84드1508 판결

을 한 남편의 이혼청구였음에도 불구하고 혼인관계가 파탄에 이른 이상 그 책임이 누구에게 있던 이혼이 허용되어야 한다는 취지로 유책배우자의 이혼청구를 인용하였다.

그러나 원심¹¹²⁾은 피청구인(아내)이 집을 나간 것은 청구인(남편)의 부정 한 생활로 기인한 것이므로, 피청구인이 청구인을 유기한 것이라고 볼 수 없고, 다만 청구인과 피청구인의 혼인은 이혼 합의와 위자료 지급 및 별거 계속으로 인하여 회복하기 어려운 상태에 이르렀다 할 것이나, 그 이유는 청구인의 불성실한 생활태도 때문이라고 보는 것이 합당하므로 스스로 파탄의 원인을 제공한 청구인으로서 이혼을 청구할 수 없다고 하여 제1심을 취소하였다.

대법원에서는 당사자 사이에 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 발생한 경우에도 그 원인을 준 유책배우자의 청구에 의한 이혼은 허용될 수 없다 함이 누차 거듭된 당원의 판례라는 이유로 유책배우자의 이혼청구를 받아들이지 아니한 원심의 판단을 지지하고 있다.

(2) 대법원 2002. 10. 11. 선고 2002므975 판결

제1심¹¹³⁾은 원고(남편)와 피고(아내)의 혼인관계는 30년 이상의 장기 별거로 혼인생활의 실체가 없고 형식상만 존재할 뿐으로 회복될 수 없을 정도로 파탄에 이르렀으며, 이는 민법 제840조 제6호에 정한 재판상 이혼사유에 해당한다고 하여 이혼청구를 인용하였다.

그러나 원심¹¹⁴⁾은 원고와 피고 사이의 혼인생활은 30년이 넘는 장기간의 별거와 원고와 A(제3의 여성)와의 장기간 동거 및 자녀 출생 등으로 회복할 수 없을 정도로 파탄에 이르렀다고 보이나, 이는 원고가 부부간의 동거·부양·협조의무를 저버린 채 배우자인 피고와의 동거를 일방적으로 거부하고 A와 장기간 동거하면서 피고를 악의로 유기한데 따른 것이라 할 것이므로, 혼인생활의 파탄에 대해 주된 책임이 있는 원고의 이혼청구는 허용될 수

112) 서울고등법원 1985. 10. 21. 선고 84르242 판결

113) 부산지방법원 가정지원 2001. 11. 23. 선고 2001드단11471 판결

114) 부산지방법원 2002. 6. 21. 선고 2002르64 판결

없는 것이고, 피고 역시 혼인을 계속할 의사가 없음이 명백한데도 오기나 보복적 감정에서 이혼에 응하지 아니할 뿐이라는 등의 특별한 사정이 인정되지도 않는다고 하여 유책배우자의 이혼청구를 배척하였다. 대법원도 이러한 원심의 판단을 지지하였다.

(3) 대법원 2006. 7. 28. 선고 2006므34 판결

제1심¹¹⁵⁾에서 “원고(남편)와 피고(아내)의 혼인생활은 더 이상 회복하기 어려울 정도로 파탄되었고, 지금까지도 두 사람은 혼인관계 회복을 위해 아무런 노력을 하지 않은 채 장기간 별거하고 있는 바, 이러한 사유는 민법 제840조 제6호 소정의 재판상 이혼사유에 해당한다고 할 것이다”고 하여 유책성 여부를 따지지 않고 원고의 이혼청구를 인용하였다.

원심¹¹⁶⁾에서는 원고(남편)와 피고(아내)는 평온히 혼인을 유지해 온 기간보다도 오랜 기간인 약 2년 9개월 동안 별거하고 있는데다가, 두 사람 모두 부부 불화의 책임을 상대방에게 미룬 채 서로를 비난하고 있어 그 혼인관계는 이미 회복하기 어려울 정도로 파탄되었다고 할 것이고, 원·피고 사이의 혼인관계가 파탄에 이르게 된 데에는 혼인 초기 생활방식 등의 차이로 인하여 발생할 수 있는 부부 사이의 사소한 다툼을 가볍게 넘기지 못하고 경솔하게 이혼을 요구하여 피고에게 마음의 상처를 준 원고의 잘못과, 생활비 부담문제, 쌍방 수입의 사용 문제, 주거지의 결정 문제 등과 관련하여 혼인 초기 학업 중이던 원고의 입장을 충분히 헤아리지 못한 채 불신의 원인을 제공하고 스스로 이혼을 원하지 않으면서도 부부갈등에 대한 책임이 오로지 원고에게 있다는 생각으로 관계 개선을 위해서는 적극적이고도 진진한 노력을 기울이지 아니한 피고의 잘못이 모두 그 원인이 되었으며, 원·피고 쌍방의 잘못의 정도는 그 경중을 가리기 어려워 서로 대등하다고 판단하면서 원고의 이혼청구를 인용하였다. 대법원도 이러한 원심의 판단을 지지하였다.

115) 서울가정법원 2005. 3. 9. 선고 2003드단67727 판결

116) 서울가정법원 2005. 12. 1. 선고 2005르290 판결

(4) 대법원 2010. 12. 9. 선고 2009므844 판결

원심¹¹⁷⁾은 민법 제840조 제6호는 “기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있는 때”라고 규정하고 있을 뿐이고, 유책배우자의 이혼청구를 명시적으로 금지하고 있지 않으므로, 유책배우자의 이혼청구를 허용할 것인지 여부는 혼인 및 이혼 제도에 관한 사회인식의 변화와 그에 대한 국가적 개입의 필요성에 대한 재검토 등을 통해 결정할 것인바, 혼인관계가 사실상 파탄되어 재결합의 가능성이 전혀 없음에도, 유책배우자라는 이유만으로 이혼청구를 허용하지 않는 것은 실제 생활에서는 존재하지 않는 혼인관계를 법률상으로만 강제하는 것으로서, 유책배우자뿐만 아니라 상대방에게도 인간으로서의 행복추구나 사생활의 자유, 신분질서의 안정이라는 측면에서 무의미한 조치이고, 책임 없는 배우자나 자녀의 보호문제는 이혼에 따르는 위자료, 재산분할, 양육비청구권 등의 현실화를 통해 혼인 전과 같은 정도의 생활을 유지할 수 있도록 함으로써 이를 도모할 수 있다고 할 것이어서, 유책배우자라는 이유만으로 이혼청구를 허용하지 않는 것은 타당하지 않다는 입장을 표명하고 있다.

그리고 사안에 대하여 “원고(남편)와 피고(아내)의 혼인관계는 혼인 초부터 원만하지 못한 상황에서 원고의 부정행위로 그 관계가 더욱 악화되었고, 원고와 피고는 혼인관계의 악화 및 원고의 직장이전으로 별거생활을 하다가 다시 재결합을 위해 동거하였으나 그 관계가 전혀 회복되지 못한 채 2005년경부터 부부관계도 전혀 갖지 아니하고 원고가 2007년 5월경 다시 가출하여 자신의 과거 부정행위를 인정하면서도 피고의 생활태도 등을 비난하며 혼인관계를 유지할 의사가 없음을 강하게 표시하고 있는 점을 고려하면, 이 사건 혼인관계는 사실상 실질적으로 파탄되어 재결합의 가능성이 없다”고 판단하여 원고(남편)의 이혼청구를 인용하였다.

이에 대하여 대법원은 원심이 원고와 피고 사이의 혼인관계가 파탄에 이르게 된 데에는 원고에게 주된 책임이 있다고 판단하고, 피고가 혼인을 계속할 의사가 없음이 객관적으로 명백한데도 오기나 보복적 감정에서 이혼

117) 수원지방법원 2009. 2. 2. 선고 2008르882 판결

에 응하지 아니하고 있는 것으로 보기는 어렵다고 하면서도, 혼인관계가 사실상 실질적으로 파탄되어 재결합의 가능성이 없다는 이유로 유책배우자인 원고의 이혼청구를 인용한 것은, 필경 유책배우자의 이혼청구에 관한 법리를 오해하여 혼인관계 파탄의 주된 책임이 있는 당사자도 이혼청구를 할 수 있다고 인정한 것으로 받아들일 수 없다는 입장을 밝혔다.

2) 유책성의 정도를 고려한 사례

대법원 1999. 12. 10. 선고 99므1404 판결에서 제1심¹¹⁸⁾ 및 원심¹¹⁹⁾은 “원고(남편)와 피고(아내)의 혼인관계가 파탄에 이르게 된 데는, 한 집안의 가장으로서의 책임감을 전혀 느끼지 아니하면서 마치 그 책무를 포기한 것과 같은 일생을 살아온 원고의 잘못이 더 큰 원인을 이루고 있어 이는 민법 제 840조 제6호 소정의 재판상 이혼사유에 해당한다 할 것이나 위와 같은 원고의 잘못은 혼인파탄의 주된 원인을 이루고는 있으나 그 정도로 보아 유책배우자로서 이혼청구를 배척할 만한 정도로는 보이지 않는다”고 하여 유책배우자인 원고의 이혼청구를 인용하였다.

하지만 이와 같은 원심의 입장에 대하여 대법원은 혼인관계 파탄에 더 큰 책임이 있는 당사자라 하더라도 그 정도에 따라 이혼청구를 할 수 있음을 인정하는 것이 되어 유책배우자의 이혼청구에 관한 법리를 오해한 것이라고 하여 유책배우자의 이혼청구를 기각하였다.

3) 신의성실의 원칙과 시간의 경과에 따른 영향을 고려한 사례

(1) 대법원 2004. 9. 24. 선고 2004므1033 판결¹²⁰⁾

제1심¹²¹⁾은 원고(아내)와 피고(남편)의 유책성 판단을 하지 아니한 채, 혼인생활은 더 이상 돌이킬 수 없는 파탄상태에 있다고 할 것이고, 민법 제840조 제6호의 이혼사유에 해당한다고 하여 원고의 이혼청구를 인용하였다.

118) 서울가정법원 1997. 12. 4. 선고 97드73890 판결

119) 서울고등법원 1999. 6. 23. 선고 98르550 판결

120) 대법원 2006. 3. 24. 선고 2005므914 판결

121) 서울가정법원 2003. 11. 14. 선고 2003드단6944 판결

원심¹²²⁾은 혼인을 계속할 의사가 없음이 객관적으로 명백한데도 오기나 보복적 감정에서 이혼에 응하지 아니하고 있는 것으로 보기 어렵다고 하여도, 이혼청구가 신의성실의 원칙에 반하지 않는 것이어야 할 것이고, 이혼청구가 신의성실의 원칙에 반하는지 여부를 판단함에 있어서는 유책배우자의 책임의 태양과 정도, 상대방의 혼인계속의 의사 및 이혼청구인에 대한 감정, 이혼을 인용하게 되는 경우 상대방의 정신적·사회적·경제적 상태 및 자녀, 특히 어린 자녀의 감호·교육·복지 상황, 별거 후 형성된 생활관계(예를 들어, 유책배우자가 이미 제3자와 중혼적 사실관계를 형성한 경우, 그 사실혼 배우자 및 그 사이에서 태어난 자녀들의 상황 등) 등 여러 사정을 종합적으로 참작하여야 할 것이며, 나아가 위 여러 사정 및 그것이 가지는 사회적 의미 내지 평가는 시간의 경과에 따라 변화하기 마련이어서, 시간의 경과가 위 여러 사정에 미치는 영향까지 아울러 고려하여야 한다는 입장을 표명하고 특별한 사정이 있는 것으로 봄이 상당하다고 하여 원고의 이혼청구를 인용하였다.

하지만 대법원은 원고와 피고 사이의 혼인관계가 파탄에 이르게 된 데에 부부로서의 동거·부양·협조 의무를 저버린 원고의 잘못이 피고의 잘못보다 더 크다고 판단하고, 피고가 혼인을 계속할 의사가 없음이 객관적으로 명백한데도 오기나 보복적 감정에서 이혼에 응하지 아니하고 있는 것으로 보기는 어렵다고 하면서도, 원고와 피고의 별거기간이 약 28년에 이르고, 원고가 제3의 남성과 실질적 중혼관계를 유지하면서 아들까지 두고 있는 점 등을 이유로, 유책배우자인 원고의 이혼청구를 인용하여야 할 특별한 사정이 있다고 하여 원고의 청구를 인용한 것은, 필경 혼인관계의 파탄에 더 큰 책임이 있는 당사자도 이혼청구를 할 수 있음을 인정하는 것이 되어 유책배우자의 이혼청구에 관한 법리를 오해하였거나 판결 이유에 모순이 있어 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 판단하고, 원심판결을 파기 환송하였다.¹²³⁾

122) 서울가정법원 2004. 5. 6. 선고 2003르1251 판결

123) 원심에서는 피고의 군입대 및 경제적인 여건 때문에 장기간 피고와 별거하면서 시부모와 적잖은 갈등을 겪고 있었던 원고의 심정을 잘 헤아려 적절한 시기에 적절한 방법으로 분가할 계획을 세운 후 그 때까지 인내하여 달라고 원고를 설득하는 등과 같은 최선의 노력을 다하지 아니한 채 일방적으로 원고의 분가요

(2) 대법원 2012. 2. 9. 선고 2011므4085 판결

제1심¹²⁴⁾은 “공동체로서의 부부의 결합을 위해 노력하여야 할 의무를 쌍방 모두 저버린 책임이 있다 할 것이고, 원고와 피고 사이의 부부공동생활관계의 해소 상태가 장기화되면서 위 표준시 이전의 원고의 유책성도 세월의 경과에 따라 상당 정도 약화되고 원고가 처한 상황에 비추어 그에 대한 사회적 인식이나 법적 평가도 달라질 수밖에 없으므로 현 상황에 이르러 원고와 피고의 이혼여부를 판단하는 기준으로 파탄에 이르게 된 데 대한 책임의 경중을 엄밀히 따지는 것의 법적 사회적 의의는 현저히 감쇄되었다고 보이고 자녀를 이유로 원고와의 혼인을 거절하는 피고의 혼인계속의사는 일반적으로 이혼 여부를 판단함에 있어서 반드시 참작하여야 하는 요소이기는 하지만, 피고는 오랜 별거기간 동안 원고와 부부관계 회복을 위한 특별한 노력을 기울이지 아니한 채 오히려 원고를 배척하는 태도를 보이고, 원고는 피고와 별거 이후에도 자녀들에게 매월 교육비, 학원비, 용돈 등을

구를 묵살하고 원고와 몸싸움을 벌이기까지 한 원고의 잘못과 전근대적인 사고로 뚜렷한 근거도 없이 원고에 대하여 좋지 않은 감정을 가진 채 원고를 따듯하게 대해 주지 아니한 피고 부모의 잘못도 없지 아니하나, 피고 부모와의 갈등을 해소하기 위한 적극적인 노력을 하기보다는 가사에 소홀하면서 피고 부모에게 무례하게 행동하였을 뿐만 아니라, 경제적인 여건 때문에 현실적으로 분가가 어렵다는 점을 잘 알면서도 분가를 위한 적절한 시기와 방법을 찾고자 하는 노력을 하지 아니한 채 일방적으로 피고에게 분가를 요구하고 자신의 뜻이 관철되지 아니하자 어린 자녀들을 내버려 둔 채 무작정 가출하는 데까지 이르러 부부로서의 동거·부양·협조의무를 저버린 원고의 잘못이 더 크다고 할 것이고, 원고가 가출한 1970년대 당시의 가치관에 비추어보면 더욱 그러하다고 판시하였다. 그렇지만 파기 환송 이후의 원심에서는 “경제적 어려움과 시부모와의 갈등을 극복하기 위한 최선의 노력을 하지 아니한 채, 무작정 집을 나가 결국은 다른 남자와 동거생활을 한 원고의 잘못도 적지 않으나, 원고와 피고의 결혼 이후 발생한 가정의 불행한 일들을 아무런 합리적 이유 없이 모두 원고의 탓으로만 돌리며 원고에게 폭언을 가하고 매질을 하는 등으로 학대를 함으로써 원고로 하여금 가출할 수밖에 없는 상황으로 몰고 간 원고의 아버지와, 원고와 장기간 별거한 상태에서 시부모로부터 학대를 당하는 원고를 시택에 방치한 채 아무런 해결책도 제시하지 못하면서 오히려 자신의 부모만을 두둔하고, 원고가 학대를 못 이겨 집을 나간 처음 몇 년 동안은 원고를 찾지 않는 등 부부관계의 회복을 위한 노력을 하지 아니한 피고의 잘못이 더 크다 할 것이다”고 하여 결국 유책배우자를 바꾸면서까지 원고의 이혼청구를 인용하였다. 이에 대한 상고심에서는 원심의 판단을 수긍하였다(대법원 2006. 3. 24. 선고 2005므914 판결).

124) 대전지방법원 가정지원 2011. 1. 19. 선고 2010드단6136 판결

지급하고 아들의 대학등록금과 건강보험료를 납부해 주는 등 자녀에 대한 부양의무를 소홀히 하지 아니하였고, 자녀는 현재 성년을 불과 6개월 앞두고 있으며, 여기에 원고는 이미 피고에 대한 애정과 신뢰를 상실함으로써 피고와의 관계회복을 할 의사와 의지가 전혀 없는 사정을 보태어 보면, 이는 혼인의 실체를 상실한 외형상의 법률혼관계만을 계속 유지하려는 것에 다름 아니라고 보이고, 피고의 혼인계속의사에 따라 현재와 같은 파탄 상황을 유지하게 되면, 원고에게 혼인생활의 계속을 강제하는 것이 되어 원고에게 참을 수 없는 고통을 계속 주는 결과를 가져올 것으로 보이며, 혼인제도가 추구하는 목적과 민법의 지도이념인 신의성실의 원칙에 비추어 보더라도 혼인관계의 파탄에 대한 원고의 유책성이 반드시 원고의 이혼청구를 배척하지 않으면 아니 될 정도로 여전히 남아 있다고 단정할 수 없으므로, 원고와 피고의 혼인에는 민법 제840조 제6호 소정의 ‘혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때’라는 이혼원인이 존재한다고 할 것이다”고 하여 원고의 이혼청구를 인용하였다. 이러한 제1심 판결은 앞서 소개한 유책배우자의 이혼청구에 관한 예외의 범위를 확장했다는 평가를 받고 있는 대법원 2010. 12. 9. 선고 2010므3313 판결을 따른 것이다.

그러나 원심¹²⁵⁾은 “설령 파탄을 가정한다 할지라도 혼인파탄의 보다 근본적이고 주된 책임은 전소에서 패소판결을 받고도 제3의 여성(이하 A라고 칭함)과 부정한 관계를 지속하고, 수차례 이혼을 요구하고 별거생활을 계속한 채 생활비조차 지급하지 않음으로써 피고와 자녀들을 유기한 원고에게 있고, 원고의 유책성이 세월의 경과에 따라 상당 정도 약화되고 원고가 처한 상황에 비추어 그에 대한 사회적 인식이나 법적 평가도 달라짐으로써, 현 상황에서 원고와 피고의 이혼 여부를 판단하는 기준으로 파탄에 이르게 된 데 대한 책임의 경중을 엄밀히 따지는 것의 법적·사회적 의의는 현저히 감쇄되었다고 볼 수도 없다. 원고가 피고에게 자신의 건강상태를 고지하지 않은 이상, 피고의 간호를 기대하는 것은 불가능하다 할 것이고, 피고가 원고와 상의 없이 거처를 옮긴 것은 모두 원고가 피고를 유기한 이후에 발생한 사정일 뿐이며, 원고와 피고의 몸싸움이 발생한 것은 1회에 그쳤을 뿐

125) 대전지방법원 2011. 11. 8. 선고 2011르265 판결

아니라, 원고와 피고의 재결합을 바라며 마련한 식사자리에서 A가 전화를 한 것이 발단이 되어 우발적으로 발생한 것으로 피고에게 혼인관계의 파탄과 관련하여 어떤 귀책사유가 있다고 보기 어렵다. 나아가 피고가 혼인을 계속할 의사 없이 오기나 보복적 감정으로 원고의 이혼청구에 응하지 않고 있다고 볼 수 있는지에 관하여 전소 확정 이후에도 수차례 원고의 가족들에게 재결합 의사를 밝힌 점, 피고가 자녀들을 통하여 원고와 원고의 가족과 왕래를 하고 있는 점 및 원고와 피고가 자녀들의 장래를 두고 함께 의논한 바 있는 점, 피고가 원고의 전화통화를 거부하고 있는 것은 원고가 이혼을 요구하고 있기 때문인 점 등 제반사정을 종합하면, 피고가 원고와 아무런 상의 없이 이사를 하였다는 등 사정을 감안하더라도 피고가 혼인을 계속할 의사가 없음이 명백함에도 오기나 보복적 감정으로 원고의 청구에 응하지 않고 있다고 보기 어렵다”고 판단하였다.

대법원은 원·피고 사이의 혼인관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄되었다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 유책배우자인 원고로서는 상대방인 피고가 보복적 감정으로 원고의 이혼청구에 응하지 않고 있다고 보기 어려운 이상, 피고를 상대로 이혼청구를 할 수 없다는 이유로 원고의 청구를 기각한 것은 정당하다고 항소심 판단을 지지하고 있다.

이를 통해 알 수 있는 것은 종래의 오랫동안 제한적 파탄주의에 한정하고 있던 판례의 태도에 ‘변경’을 가져온 섬세한 조정의 역할을 하였다고 평가받고 있는 2010. 12. 9. 선고 2010므3313 판결의 파장 효과가 그리 크지 않았다는 점이다.

4. 소결

지금까지 지난 30년간의 대법원 판례와 최근 3년간 하급심에서 다루어진 유책배우자의 이혼청구가 주된 논점이 되었던 판결문에 대한 분석을 시도해 보았다. 그 결과 사회구조 및 의식의 변화·발전에도 불구하고 대법원의 적극적인 입장 변화를 읽어낼 수는 없었다. 유책배우자의 이혼청구에 대한

원칙적 부정, 예외적 허용이라는 입장이라고 하지만 판례가 예외사유로서 선언한 오기나 보복감정인 경우로 인용된 경우는 극히 드물었고, 이혼 당사자들의 의식변화에서 나타난 적극적인 이혼의사의 표명으로 유책배우자의 이혼청구가 인용되는 것들이 더 많은 것이 사실이다. 또한 80년대에는 남편의 부정행위가 주된 유책사유로 등장한 반면, 최근으로 올수록 어느 일방의 명백한 유책에 기한 혼인 파탄보다는 어느 일방의 잘못으로 돌리기에 어려운 사안들이 많이 등장하고 있는 것을 살펴볼 수 있었다.

유책배우자의 이혼청구를 어떻게 처리하여야 하는가에 대하여 유책배우자의 상대방의 입장이 고려되어야 한다. 그러나 유책배우자의 이혼청구에 대하여 상대방의 입장은 다양하다. 크게는 상대방도 적극적으로 반소를 제기하여 이혼과, 위자료, 재산분할청구 등을 구하는 경우와 이혼은 절대로 하지 않겠다고 하면서 원고 청구의 기각만을 구하는 경우로 나눌 수 있다. “또한 이혼의사가 없음을 명백히 밝히는 경우는 유책배우자의 상대방으로서 본인들이 재판상 이혼사유가 있다 하여 먼저 이혼소송을 제기할 위치에 있었음에도 이혼에 따른 자녀들의 장래와 이혼 후의 본인의 입지 등을 고려하여 파탄에 이른 가정이라도 혼인의 완전한 해소를 원하지 않는 경우가 종종 있고, 또는 형해화된 혼인이라고 할지라도 적법한 부부라는 사실에 위안을 얻고 자존심을 걸고 이혼하지 않으려고 하는 경우도 있을 것이다(이혜진, 2009:232).”

이러한 상대방의 이혼의사에 따라 이혼여부를 결정하는 지나치게 형식적인 해석은 부부관계의 실질이 없는 형해화된 혼인의 보호를 위해 개인의 자유와 행복을 지나치게 제약하는 결과로 이어질 수 있다. “혼인이 파탄되었고 회복 가능성도 없는 경우라면, 누가 이혼청구를 제기하였든 상관없이 파탄된 이혼을 해소하고 각자 새로운 가족관계를 영위할 수 있는 길을 열어주는 것이 당사자의 진정한 의사에 부합하는 것이고 국가가 개인의 자유와 행복을 실질적으로 보장해 주는 길일 것이다(이선미, 2010:129).” 물론 혼인관계에 있는 사람보다 이혼한 사람이 불리한 경우가 적지 않은 현실을 감안하여 자신의 유책사유 없이 이혼한 사람에 대하여 이혼 후 적절한 보상 및 지원이 주어질 제도는 마련되어야 할 것이다.

V

이혼제도에 관한 수용성 조사

1. 조사 개요	153
2. 분석 방법	162
3. 분석 결과	164
4. 소결	222

1. 조사 개요

가. 조사 목적

혼인관계가 파탄에 이른 경우, 어느 일방의 잘못이 있다고 하여 이혼청구를 기각하고 이미 파탄된 가정으로 대책 없이 돌려보내는 것에 대해 논란이 있어 왔다. 이러한 논란에 대하여, 오히려 당사자들 사이에 분쟁을 종식시키고 건강한 이혼을 이끌어내어 당사자 쌍방의 이익 및 자녀의 복리를 최대한 고려할 수 있는 방안인 파탄주의로의 전환이 제기되었다.

이혼법제는 국민의 생활과 밀접한 연관을 갖는 영역으로 사회 구성원들의 혼인에 대한 인식 및 관념에 따라 영향을 받는다. 따라서 입법자의 결단 이전에 일반 국민들 사이에 파탄주의 이혼 원칙이 어느 정도 수용될 수 있는지에 관한 평가가 필요하다.

본 조사를 통해, 파탄주의 이혼 원칙의 적용 여부 및 적용 범위 그리고 파탄주의 이혼 원칙을 채택할 때 보완해야 할 점 등에 관한 일반 국민들의 인식과 의견을 파악하고자 한다. 그리고 동일한 주제에 관해 전문가들의 인식과 의견을 조사하여 비교 분석하기로 한다.

나. 조사 대상

1) 일반 국민

일반 국민을 대상으로 한 조사는 2012년 5월 말일을 기준으로 성별, 연령별, 지역별 인구구성비에 맞추어 표본을 무작위 추출하는 것으로 시작하였다. 2012년 7월 말에서 8월 말에 걸쳐서, 서울과 6대 광역시 그리고 전국의 중소도시와 군·읍·면에 거주하는 만 19세 이상의 성인 남녀 819명에 대한 자료를 수집할 수 있었다.

일반 국민들을 대상으로 한 설문조사는 구조화된 설문지에 기초하고 훈련받은 면접원에 의한 대면 접촉을 통해 이루어졌다. 일반 국민 응답자의 사회인구학적 특성은 <표 V-1>과 같다.

〈표 V-1〉 일반 국민 응답자의 사회인구학적 특성

(단위: 명, %)

구분		사례수(구성비)	
성별	남성	408(49.8)	
	여성	411(50.2)	
연령	19세 - 29세	150(18.3)	
	30세 - 39세	165(20.1)	
	40세 - 49세	183(22.3)	
	50세 - 59세	155(18.9)	
	60세 이상	166(20.3)	
학력	중졸 이하	118(14.4)	
	고졸 이하	391(47.7)	
	대학교 중퇴	41(5.0)	
	대졸	287(35.0)	
	대학원 이상	21(2.6)	
혼인 상태	미혼	185(22.6)	
	기혼	587(71.7)	
	이혼/별거/사별	47(5.7)	
직업	농/임/어업	35(4.3)	
	자영업	102(12.5)	
	판매/영업/서비스직	94(11.5)	
	생산/기능/노무직	131(16.0)	
	사무/관리/전문직	161(19.7)	
	주부	188(23.0)	
	학생	55(6.7)	
	무직/퇴직/기타	53(6.5)	
거주지	대도시	379(43.1)	
	중소도시	316(35.9)	
	읍면부	124(14.1)	
본인소득/ 가구소득	없음	263(32.1)	5(0.6)
	월 100만원 미만	60(7.3)	42(5.1)

구분		사례수(구성비)	
	월 100만원 이상 - 월 200만원 미만	204(24.9)	112(13.7)
	월 200만원 이상 - 월 300만원 미만	137(16.7)	154(18.8)
	월 300만원 이상 - 월 500만원 미만	120(14.7)	363(44.3)
	월 500만원 이상	34(4.2)	140(17.1)
자녀수	없음	205(24.9)	
	1명	134(16.4)	
	2명	347(42.4)	
	3명 이상	134(16.4)	
계		819(100.0)	

2) 전문가

전문가 표본은 2012. 6. 19. 한국여성정책연구원에서 개최된 하계 가족법 학회 참가자와 2012. 7. 23. 대법원에서 개최된 가정법원 심포지엄 - 가정법원의 확대와 새로운 과제- 참석자, 그리고 서울가정법원에 재직 중인 판사, 법무부에 근무 중인 법무관을 대상으로 편의표집 하였다. 표본수가 61명에 그쳐 크지 않지만, 해당 분야의 전문성을 지닌 집단으로서 일반 국민들의 의견과 비교하여 보충하는 자료로서는 손색이 없을 것으로 생각된다.

전문가 조사 역시 구조화된 설문지를 활용하였다. 전문가들의 경우엔 일반 국민들과 달리 면접원에 의하지 않고, 설문지를 배포하고 응답이 완성된 후에 수거하는 방식을 취하였다. 전문가 응답자의 사회인구학적 특성은 <표 V-2>와 같다.

〈표 V-2〉 전문가 응답자의 사회인구학적 특성

(단위: 명, %)

구분		사례수(구성비)
성별	남성	29(47.5)
	여성	30(49.2)
	무응답	2(3.3)

구분		사례수(구성비)
연령	19세 - 29세	496.6)
	30세 - 39세	20(32.8)
	40세 - 49세	24(39.3)
	50세 - 59세	10(16.4)
	60세 이상	1(1.6)
	무응답	2(3.3)
학력	대학교 중퇴	1(1.6)
	대졸	25(41.0)
	대학원 이상	33(54.1)
	무응답	2(3.3)
혼인 상태	미혼	13(21.3)
	기혼	45(73.8)
	무응답	3(4.9)
직업	판사	22(36.1)
	변호사	3(4.9)
	교수	12(19.7)
	법원 직원	6(9.8)
	이혼조정위원	1(1.6)
	기관 전문 상담원	3(4.9)
	기타	7(11.5)
	무응답	7(11.5)
계		61(100.0)

다. 조사 내용

일반 국민을 대상으로 한 설문은 결혼 및 이혼에 관한 가치관과 부부관계 위기 상황에서의 선택 성향 및 부부관계 해소의 적극성, 현행 협의이혼제도 및 재판상 이혼제도의 개선 방향, 파탄주의 원칙의 도입에 관한 의견 및 도입 이후의 전망과 파탄주의 수용시 보완 사항, 협의이혼과 재판상 이혼의 통합 방안, 이혼의 효과와 관련된 의견들에 관해서, 다양하고 구체적인

인 가능성들을 항목화하여 제시하였다. 그리고 개별 질문들에 관해 동의 정도를 표시하거나 여러 항목들 중 선택하도록 하였다.

전문가들을 대상으로 한 설문 역시 기본적인 내용은 일반 국민들에 대한 설문과 유사하다. 다만 연구진이 설계한 설문지에서 누락된 내용들이 있는지를 확인하고 보충하기 위한 목적에서, 몇몇 주제에 관해 전문가적 의견을 개진할 수 있도록 개방형 설문을 추가하였다. 즉 우리 사회의 이혼법이 지닌 한계 및 현실적 어려움과 현행 이혼 제도가 지닌 장·단점 그리고 유책주의 원칙을 유지해야 할 이유가 있다면 무엇인지 혹은 과탄주의 원칙을 도입해야 할 필요가 있다면 구체적으로 무엇인지 등에 관해서이다. 개방형 설문에서 드러난 전문가 의견은 폐쇄형 설문지에서 다루지 못한 내용이 제기된 경우에 한해서 언급하기로 한다. 일반 국민과 전문가 조사의 세부 내용은 <표 V-3>과 같다.

〈표 V-3〉 일반 국민과 전문가 조사의 세부 내용

조사범위	세부 조사 내용	문항수
결혼 및 이혼에 관한 가치관	- 결혼유지 및 이혼 결정에 자녀 유무, 혼인기간 및 연령, 애정상실, 배우자외의 이성 관계, 서류상 부부관계에 대한 의미부여, 이혼에 대한 사회적 인식이 미치는 영향에 관한 의식 조사	10문항
부부관계위기상황에서의 선택성향	- 배우자의 외도, 배우자의 무시나 폭력, 배우자의 부모나 형제자매로부터의 무시나 폭력·폭언, 극심한 성격차이, 원만하지 않은 성생활, 종교생활로 인한 갈등, 배우자에 대한 불신, 가출외박, 사치와 낭비, 경제적 무능력, 사업 실패, 정신병이나 알코올중독 및 도박중독, 신체적 질병, 재결합 의사가 없는 장기간의 별거, 애정 상실이라는 15가지 부부관계 위기상황 제시 - 각 사안별로 그냥 참고 삶, 상담을 받아 관계 회복 시도, 이혼 시도라는 선택지 제시 후 부부관계 위기상황에서의 선택 성향 조사	15문항
부부관계해소에서의 적극성	- 위의 부부관계 위기상황의 각 사안별로 이혼을 시도한다고 선택한 응답자 대상 - 이혼 합의가 이루어지지 않을 경우 상정 - 포기하고 남처럼 삶, 이혼소송을 해서라도 이혼함이라는 선택지 제시 후 부부관계 해소의 적극성 조사	15문항

조사범위	세부 조사 내용	문항수
협의이혼제도 개선에 관한 의견	- 협의이혼제도 전반에 대한 개선	1문항
	- <u>협의이혼의사 확인절차 개선 의견</u>	전문가:1문항
	- 숙려기간의 의무화 및 길이	3문항
	- 상담의무화 및 비용분담	2문항
	- 숙려기간 활용을 위한 교육 및 상담 프로그램 제공	3문항
재판상 이혼제도 개선에 관한 의견	- 재판상 이혼사유 명시 방안	1문항
	- 기타 혼인을 계속할 수 없는 중대한 사유가 될 수 있는 사안	10문항
	- 파탄 추정 기간	1문항
	- 재판상 이혼과정에서의 유책 판단에 관한 의견	일반인 1문항
	- 유책배우자의 이혼청구 관련 파탄주의 수용성	일반인 5문항 전문가 6문항
파탄주의 도입에 관한 의견	- 파탄주의 도입에 관한 의견	1문항
	- 파탄주의 전환 이후 전개될 상황 전망	- 일반인:9문항 - 전문가: 10문항
	- 파탄주의 수용을 위한 보완 사항	9문항
	- 유책주의 원칙을 유지해야 할 이유 - 파탄주의 원칙을 도입해야 할 필요성	- 전문가 개방형: 2문항
협의이혼과 재판상 이혼의 통합 방안에 관한 의견	- 협의 시 절차 간소화 방안	- 일반인:1문항
	- 재판상 이혼에 숙려기간 도입	1문항
	- 자녀양육 및 이혼 후 생활보장을 위한 법원의 개입·조정	- 일반인:1문항
이혼제도 전반 및 이혼의 효과와 관련된 의견	- 이혼제도 전반에 관한 의견	1문항
	- 재산분할 및 친권과 양육권에 관한 의견	5문항
	- 양육비 분담 방식	1문항
	- 양육비 미지급시 이행강제를 위한 수단의 선호도	1문항
	- <u>우리사회의 이혼법이 지닌 한계/현실적 어려움</u> - <u>이원화된 이혼제도의 장·단점</u>	- 전문가 개방형: 2문항
전체	일반 국민 97문항 / 전문가 101문항	

주1: 설문조사 시기 및 설문지 개발의 완료 시점 차이로 일반 국민과 전문가용 설문지 문항이 일치하지 않은 곳이 존재함. 일반 국민과 전문가 문항이 일치하는 곳은 문항 수만 표기하고, 그렇지 않은 곳은 구체적으로 표기함.

라. 조사 도구

결혼 및 이혼에 관한 가치관의 보수성과 파탄주의에 관한 수용성 및 파탄주의 도입 이후의 전망 등은 각 항목들을 통합하여 하나의 척도로 구성하고, 그 척도를 조사도구로 활용하고자 하였다. 분석에 앞서 조사도구를 소개하면 다음과 같다.

1) 결혼 및 이혼에 관한 가치관의 보수성

<표 V-4>에서 제시하는 10개 문항을 활용하여 결혼 및 이혼에 관한 가치관을 측정하였다.

〈표 V-4〉 결혼 및 이혼에 관한 가치관의 보수성 척도

구분	내용
문항 (총 10문항)	① 한번 결혼했으면, 살기 싫더라도 참고 결혼생활을 유지해야 한다.
	② 같이 살기 힘든 사유가 있더라도, 돌봐야 할 어린 자녀가 있다면 결혼생활을 유지해야 한다.
	③ 수십 년을 함께 산 나이든 부부는 웬만하면 이혼하지 않고 참고 사는 것이 낫다.
	④ 실질적인 부부관계(동거, 부양, 협조 등)가 끝났더라도 서류상의 혼인 관계를 유지하는 것은 중요하다.
	⑤ 처음에는 좋아서 결혼했더라도, 살다가 문제가 생기면 자신의 삶을 위해 이혼할 수 있다(R).
	⑥ 같이 살기 힘든 사유가 있다면, 자녀가 있든 없든 이혼하는 것이 낫다(R).
	⑦ 배우자 외의 다른 이성과 사귀고 있고 관계를 끊을 생각이 없다면, 이혼하는 것이 낫다(R).
	⑧ 더 이상 배우자에게서 애정이나 친밀감을 전혀 느낄 수 없다면, 이혼하는 것이 낫다(R).
	⑨ 이미 깨어진 결혼관계 안에 머물러 있는 것은 당사자나 자녀에게 불행한 일이다(R).
	⑩ 같이 살기 힘든 사유가 있더라도 이혼에 대한 사회의 부정적 인식을 생각하여 그냥 참고 산다.
측정도구	4점 리커트 척도
신뢰도	일반 국민: .80 전문가: .66

각 항목들은 모두 “전혀 그렇지 않다(1)”에서 “매우 그렇다(4)”에 이르는 4점 척도로 측정되었다. 10개 항목 모두 높은 점수를 기록할수록 보수성을 나타내는 내용이 되도록 ⑤번부터 ⑨번까지의 항목은 역코딩하였고, 각 항목은 1에서 4 사이의 점수를 지닌다. 따라서 중위수인 2.5를 기준으로 하여, 점수가 높을수록 해당 항목에 관해 보수적 태도를 지니는 것을 의미한다.

또한 위의 항목들을 가법척도화하여 평균치를 ‘결혼과 이혼에 관한 보수성’ 척도로 구성하였다. 그러므로 개개인의 가치관 척도는 1에서 4 사이의 점수를 지니고, 중위수인 2.5를 기준으로 한다. 4에 가까울수록 결혼 및 이혼에 관해 보수적 가치관이 높은 편으로 간주하고 1에 가까울수록 결혼 및 이혼에 관해 자유로운 가치관을 지닌 것으로 간주할 수 있다.

해당 척도의 신뢰도(Cronbach's Alpha)는 일반 국민을 대상으로 수집한 자료의 경우 .80이고, 전문가 자료의 경우 .66이다.

2) 파탄주의에 관한 수용성

유책배우자의 이혼청구에 관하여 현재 우리 법원은 유책주의의 기초 아래 원칙적 금지, 예외적 허용이라는 입장을 고수하고 있다. 이에 대한 일반 국민과 전문가의 의견을 알아보기 위해, <표 V-5>에서 제시한 다섯 항목들에 관해 동의하는 정도를 질문하였다.

〈표 V-5〉 파탄주의에 관한 수용성 척도

구분	내용
문항 (총 5문항)	① 이혼을 원하는 사람은 잘못 여부에 상관없이 누구나 이혼을 청구할 수 있어야 한다.
	② 이혼의 원인이 되는 잘못을 범한 배우자의 이혼청구는 어떠한 경우에도 받아들여서는 안된다(R).
	③ 잘못이 없는 배우자가 이혼을 원하지 않으면, 이혼을 할 수 없도록 해야 한다(R).
	④ 같이 살 생각도 없으면서 잘못을 한 배우자에 대한 보복의 목적으로 이혼에 응하지 않는다면, 잘못을 한 배우자의 이혼청구라도 받아들여야 한다.
	⑤ 결혼관계를 회복할 수 없다면, 잘못된 배우자의 이혼청구라도 받아들여야 한다.
측정도구	4점 리커트 척도
신뢰도	일반 국민: .60 전문가: .77

각각에 관한 점수는, “전혀 그렇지 않다(1)”에서 “매우 그렇다(4)”에 이르는 4점 척도로 측정하고 높은 점수를 기록할수록 파탄주의에 대한 수용성이 높아지도록 ②번과 ③번 항목을 역코딩하였다.

그리고 이들 다섯 항목 점수들의 평균치를 “파탄주의에 대한 수용성” 척도로 구성하였다. 따라서 개개인의 파탄주의 수용성 척도는 1에서 4 사이의 점수를 지니고, 중위수인 2.5를 기준으로 한다. 4에 가까울수록 파탄주의에 관해 수용적이고 1에 가까울수록 파탄주의에 대한 거부감이 높은 것으로 볼 수 있다. 해당 척도의 신뢰도(Cronbach's Alpha)는 일반 국민을 대상으로 수집한 자료의 경우 .60이고, 전문가 자료의 경우는 .77이다.

3) 파탄주의 이혼법 도입 이후 상황 전망

파탄주의 이혼법을 도입할 경우 어떤 상황이 벌어질 것으로 전망하는지에 관해 파악하고자 파탄주의 도입으로 예상되는 상황을 다음의 9개 항목으로 제시¹²⁶⁾하였다. 그리고 각각의 문항에 대한 응답을 “전혀 그렇지 않다(1)”에서 “매우 그러할 것이다(4)”에 이르는 4점 척도로 측정하였다. 그러므로 각 응답치의 중위수는 2.5이다.

〈표 V-6〉 파탄주의 이혼법 도입 이후 상황 전망

구분	내용
문항 (총 9문항)	① 혼인이 파탄되었는지에 관한 판단이 주로 법관에게 맡겨지게 되므로, 판사가 누구인지 어떤 성향인지에 따라 이혼 허용 여부가 달라질 것이다(R).
	② 이혼을 제약하는 요인이 줄어들면 이혼의 가능성이 더 커지므로 이혼율이 높아질 것이다(R).

126) 일반 국민용 설문지와 전문가용 설문지가 일치하지 않는다. 전문가용 설문지에서는 문항 ⑥과 ⑦을 합쳐 하나의 문항으로 구성하였다. 또한 전문가 조사에서는 이 문항 외에도 법원의 조정 기능 강화로 인한 실질적 피해 예방 및 성급한 이혼 예방을 긍정적 전망치로 제시하였으나 일반 국민 설문에서는 제시하지 않았다. 이후 전문가와 일반 국민의 전망치 비교를 위해 전문가 조사에서 추가되어 있는 두 문항은 분석에서 제외한다.

구분	내용
	③ 잘못이 없는 배우자가 원하지 않는데도 이혼을 당해서 고통스러워지는 경우가 늘어날 것이다(R).
	④ 결혼에 대한 의무를 지키지 않아도 된다는 분위기가 사회에 더 퍼질 것이다(R).
	⑤ 경제적인 약자 특히 전업주부의 입장이 불리해 질 것이다(R).
	⑥ 이혼하는 과정에서 서로에게 상처를 덜 주게 되어, 이혼 후에도 전 배우자와 원만한 관계를 유지할 것이다.
	⑦ 이혼하는 과정에서 적대감이 덜 생길 것이므로, 이혼 후 자녀양육을 위한 협조가 더 잘 이루어질 것이다.
	⑧ 회복 가능성이 없는 결혼관계에서 벗어나 각자 새로운 삶을 시작할 수 있는 길이 넓어질 것이다.
	⑨ 혼인관계에 있는 분들은 이혼을 당하지 않기 위해 서로 더 노력할 것이다.
측정도구	4점 리커트 척도
신뢰도	일반 국민: .57 전문가: .63

주 1: ⑥과 ⑦문항은 전문가 설문에서는 “이혼과정에서 서로의 잘못을 드러내려는 시도가 줄어들어 서로 상처를 덜 주게 될 것이므로, 이혼 후에도 전배우자와 비교적 원만한 관계를 유지하고, 자녀양육을 위해 좀 더 잘 협조할 수 있을 것이다.”라고 하여 하나의 문항으로 제시함.

파탄주의로 전환 이후 전개될 상황에 관한 전반적인 전망을 살펴보고자, 모든 문항의 점수가 증가할수록 긍정적 전망을 나타내도록 문항 1부터 문항 5까지를 역코딩한 뒤, 가법 척도화하여 9개 항목 점수의 평균치를 ‘파탄주의 도입 이후 상황 전망’ 척도로 구성하였다. 중위수인 2.5를 중심으로 점수가 높을수록 긍정적인 전망을 의미한다. 해당 척도의 신뢰도(Cronbach's Alpha)는 일반 국민을 대상으로 수집한 자료의 경우 .57이며, 전문가를 대상으로 수집한 자료에서는 .63으로서, 그다지 높지 않다.

2. 분석 방법

본 연구에서는 분석의 편의를 위해 사회 인구학적 특성에 따른 범주화를 시도하였다.

연령은 세 범주로 구분하였는데, 초혼 연령이 늦어지고 있는 점을 감안하여 30대 말까지(만 19-39세)를 젊은 세대, 40-50대를 중간 세대, 그리고 60세 이상을 노년 세대로 구분하였다.

학력 역시 다양한 구분이 가능하나 편의상 중졸 이하의 저학력, 고졸 이하와 대학교 중퇴를 묶어 고졸의 중간 학력, 그리고 대졸과 대학원 이상을 대졸 이상의 고학력으로 범주화하였다.

본 연구에서 소득이란 이전소득을 포함하지 않은 근로소득과 자산소득을 합한 월평균 소득을 의미한다. 따라서 이전소득만으로 생계를 영위하는 가구에 속해 있는 경우 개인소득과 가구소득이 없다고 응답할 수 있음을 밝혀둔다. 개인소득은 월평균 100만 원 미만, 100만 원 이상에서 300만 원 미만, 300만 원 이상의 세 범주로 구분하였다. 가구소득은 월 100만원 미만, 100만 원 이상에서 300만 원 미만, 300만 원 이상에서 500만 원 미만, 500만 원 이상의 네 범주로 구분하였다.

수집된 자료는 일반 응답자의 성향이 어떠한 지를 관찰하는 데 초점을 두었다. 이러한 성향이 사회 인구학적 특성에 따라 어떤 차이가 있는지를 관찰하고 응답분포비율의 차이를 확인하고자 카이-검증을, 그리고 평균치의 차이를 확인하고자 T-검증과 분산분석을 시행하였다. 분산분석의 결과가 유의미할 경우 개별 범주의 평균적 차이를 확인하고자 사후분석(Scheffe test)을 실시하였다.

이하에서는 이혼법제 개선방안 도출이라는 본 연구의 목적에 맞추어 일반 국민과 전문가 조사 결과를 비교하면서, 일반 국민 조사에 포함된 다양한 사회인구학적 변수 중에서도 특히 성별과 연령 차이에 주목하고자 한다.¹²⁷⁾ 그 외의 사회인구학적 특성들은 소주제별로 필요하다고 여겨지는 경

127) 우선, 성별은 결혼 및 사회에서의 관념과 역할이 성에 따라 다르기 때문에, 이혼과정에서 남성과 여성의 경험은 동일하지 않다. 또한 이혼에 대한 판단과 이혼제도에 관한 의견 역시 성에 따라 다를 수밖에 없는데, 이혼제도는 양성의 입장을 고루 반영할 수 있어야 한다. 따라서 이혼제도의 개선방안 도출을 위한 본 연구가 해당 주제들에 관한 국민감정 및 의견에 있어서 성별 차이에 주목하는 것은 타당하다. 두 번째로 연령대별 차이는 발달단계적 특성 뿐 아니라, 출생 집단별 특성을 포괄한다. 따라서 이혼제도에 대한 의견에 있어서 세대별 차이를 관찰함으로써, 앞으로 어떤 이혼제도가 수용되게 될 것인지에 관한 변화를 예측할 수 있다.

우에만 예외적으로 관찰하였다.

3. 분석 결과

가. 결혼 및 이혼에 관한 가치관

결혼 및 이혼에 관한 가치관을 알아보기 위해 물은 10개 항목 중, 6개 항목에서 전문가들보다 일반 국민들의 인식이 보수적이고 4개 항목에서는 차이가 유의미하지 않은 것으로 나타났다. 특히 자녀의 존재, 혼인기간과 연령 그리고 결혼했다는 사실 그 자체 등이 이혼의 장애요인으로 작용하는데 있어서, 일반인들의 보수성은 꽤 강한 편으로서 전문가들보다 훨씬 보수적이다(표 V-7).

〈표 V-7〉 결혼과 이혼에 관한 보수성 및 항목별 평균치

구분	일반 국민		전문가		t-값
	Mean	SD	Mean	SD	
살기 싫더라도 결혼생활 유지	2.74	0.85	2.08	0.84	5.87***
어린 자녀를 봐서 결혼생활 유지	2.96	0.76	2.64	0.82	3.18**
수십 년을 함께 산 나이드 부부는 웬만하면 이혼하지 않고 참고 사는 것이 나음	2.84	0.87	2.25	0.77	5.17***
서류상의 혼인관계 유지 중요	2.21	0.85	1.75	0.60	4.16***
살다가 문제가 생겨도 이혼하지 않음	2.34	0.75	2.07	0.70	2.73**
같이 살기 힘든 사유 있어도 자녀 관계없이 이혼하지 않음	2.54	0.80	2.54	0.81	-0.01
혼외 애인이 있어도 이혼 안 함	2.04	0.83	1.84	1.36	1.73
애정/친밀감 상실해도 이혼 안 함	2.49	0.81	2.49	0.60	-0.04
파탄된 혼인이라도 혼인관계 유지하는 것이 나음	1.96	0.70	2.05	0.76	-0.94
이혼에 대한 부정적 인식으로 참고 삶	2.33	0.77	1.75	0.57	5.75***

구분	일반 국민		전문가		t-값
	Mean	SD	Mean	SD	
결혼과 이혼에 관한 보수성 척도 (위 10문항의 평균치)	2.45	0.48	2.15	0.40	4.80***
N	819		61		

** $p < .01$, *** $p < .001$. 양측 검정

즉 일반 국민들의 경우, 자녀문제를 이혼 결정의 장애요인으로 생각하는 경향이 강하다. 따라서 이혼절차에서 자녀문제를 동시에 해소할 수 있는 기회를 보장해야 할 필요성이 제기된다. 그리고 혼인관계를 맺은 이상 유지하고자 하는 성향이 있음을 확인하였다. 이 결과에서, 이혼 절차를 간편하게 하는 방향으로 이혼법 개정이 이루어지더라도 이혼율의 상승으로 바로 연결되지는 않을 것이라는 추정을 할 수 있다.

반면 실질적인 부부관계가 끝났다면 서류상의 혼인관계를 유지하는 것을 중요하게 생각하지 않으며, 파탄된 혼인 안에 머무는 것을 당사자나 자녀에게 행복을 주는 요인으로 생각하지는 않는다. 그리고 이혼에 대한 사회의 부정적인 인식을 생각하여 참고 살아야 한다는 생각에 대한 동의율이 낮다. 배우자 외의 다른 사람을 사랑한다면 이혼할 수 있다고 생각하지만, 애정이나 친밀감을 상실한 경우는 이혼에 대해 중간적인 입장을 보인다.

이들 10개 항목의 평균치인 ‘결혼과 이혼에 관한 보수성’ 척도를 관찰할 때, 일반 국민들의 보수성 값은 2.45로서 중간 정도이다. 그런데 전문가들의 평균치는 2.15로서 일반 국민보다는 개방적인 것으로 나타났다(표 V-7).

또한 일반 국민들의 경우 남성이 여성보다 보수적이지만, 전문가들의 경우엔 성별 차이가 유의미하지 않다(표 V-8).

〈표 V-8〉 결혼 및 이혼에 관한 가치관의 보수성(일반 국민의 성차)

구분	남성		여성		t-값
	Mean	SD	Mean	SD	
살기 싫더라도 결혼생활 유지	2.85	0.84	2.64	0.84	3.45**
어린 자녀를 봐서 결혼생활 유지	3.01	0.74	2.91	0.78	1.92*
수십 년을 함께 산 나이든 부부는 웬만하면 이혼하지 않고 참고 사는 것이 나음	2.96	0.83	2.73	0.91	3.77***
서류상의 혼인관계 유지 중요	2.21	0.85	2.22	0.85	0.26
살다가 문제가 생겨도 이혼하지 않음	2.35	0.77	2.32	0.73	0.47
같이 살기 힘든 사유 있어도 자녀 관계없이 이혼하지 않음	2.61	0.78	2.47	0.81	2.54*
혼외 애인이 있어도 이혼 안 함	2.06	0.85	2.01	0.82	0.80
애정/친밀감 상실해도 이혼 안 함	2.52	0.81	2.46	0.81	1.06
파탄된 혼인이라도 혼인관계 유지하는 것이 나음	2.00	0.72	1.93	0.65	1.46
이혼에 대한 부정적 인식으로 참고 삶	2.36	0.75	2.31	0.80	0.77
결혼과 이혼에 관한 보수성 척도 (위 10문항의 평균치)	2.49	0.47	2.40	0.48	2.72**
N	408		411		

* p<.05, ** p<.01, *** p<.001. 양측 검정

결혼 및 이혼에 관한 가치관과 연령 간의 상관성은 수치상으로는 그다지 높지 않지만(Pearson's $r=.37$, $p<.001$), 연령을 범주화하여 분석하면 연령대별 차이를 확인할 수 있다. 60세 이상인 노년 세대가 가장 보수적이고, 중년 세대와 젊은 세대의 순서로 개방적인 것으로 나타난다(표 V-9). 이로써 우리 사회가 점차 결혼 및 이혼에 관한 태도에 있어서 보수성을 탈피해 가고 있음을 알 수 있다.

〈표 V-9〉 결혼 및 이혼에 관한 가치관의 보수성(연령)

구분	19-39세	40-59세	60세이상	전체	F-값 (df=2)
살기 싫더라도 결혼생활 유지	2.50c	2.76b	3.16a	2.74	34.83***
어린 자녀를 봐서 결혼생활 유지	2.74c	3.03b	3.24a	2.96	27.12***
수십 년을 함께 산 나이든 부부는 웬만하면 이혼하지 않고 참고 사는 것이 나음	2.55c	2.89b	3.30a	2.84	45.37***
서류상의 혼인관계 유지 중요	2.03b	2.18b	2.63a	2.21	29.32***
살다가 문제가 생겨도 이혼하지 않음	2.18c	2.36b	2.58a	2.34	15.87***
같이 살기 힘든 사유 있어도 자녀 관계없이 이혼하지 않음	2.37b	2.61a	2.72a	2.54	13.42***
혼외 애인이 있어도 이혼 안 함	1.95b	2.03b	2.22a	2.04	5.69**
애정/친밀감 상실해도 이혼 안 함	2.37b	2.51ab	2.64a	2.49	6.48**
파탄된 혼인이라도 혼인관계 유지하는 것이 나음	1.90b	1.95b	2.11a	1.96	5.07**
이혼에 대한 부정적 인식으로 참고 삶	2.13c	2.37b	2.64a	2.33	25.37***
결혼과 이혼에 관한 보수성 척도 (위 10문항의 평균치)	2.27c	2.47b	2.72a	2.45	59.95***
N	315	338	166	819	

** p<.01, *** p<.001. 양측 검정

- 평균이 높은 순서대로 a, b, c를 부가하여 평균차이를 표시하였다. 즉 a, b, c는 각각 유의미한 평균차이를 의미한다.

나. 부부관계 위기 상황에서의 선택 성향 및 부부관계 해소의 적극성

일반 국민을 대상으로 한 조사에서 결혼생활에서 발생할 수 있는 다양한 위기 상황을 구체적으로 가정하고, 그러한 문제가 발생했을 때 “① 외부 도움 없이 관계 회복을 위해 노력하거나 그냥 참고 산다, ② 상담을 받아 관계회복을 시도한다, ③ 원만한 협의이혼을 위해 시간을 갖고 배우자를 설득한다.”는 보기를 제시하여 부부관계 위기 상황에서의 선택 성향을 알아보았

다. 그리고 원만한 협의이혼을 위해 시간을 갖고 배우자를 설득한다고 응답한 경우(③)에 한하여 배우자가 이혼에 응하지 않을 경우 “① 포기하고 남처럼 산다, ② 이혼소송을 한다”는 보기를 제시하여 부부관계 해소의 적극성을 살펴보고자 하였다.

1) 부부관계 위기 상황에서의 선택 성향

가) 전반적인 경향 및 사안별 분석

부부 사이에 위기 상황이 발생했을 때 전반적인 경향은 우선적으로 상담을 받아서 관계회복을 시도하겠다는 응답의 비중이 가장 높고, 이혼을 위해 상대방을 설득하겠다는 응답은 그 다음을 차지하며, 외부의 도움을 받지 않고 그냥 참고 살겠다는 응답의 비중은 대부분의 사안에서 가장 낮게 나타났다(표 V-10).

즉 가장 선호하는 문제해결 방안은 외부 상담을 통한 관계 회복인데, 특히 성생활이 원만하지 않을 경우 외부 상담을 통해 극복하겠다는 응답이 61.7%이고, 극심한 성격 차이를 외부 상담을 통해 극복하겠다는 응답이 60.0%에 달한다. 배우자의 사치와 낭비 및 허영이 갈등사유인 경우 역시 외부 상담을 통해 관계를 회복하겠다는 응답이 59.5%이고, 종교생활로 인한 심각한 갈등이 있는 경우에도 외부 상담을 하겠다는 응답이 54.9%, 그리고 빚보증이나 사업실패 등으로 인한 경제적 파탄의 경우에도 외부 상담을 받겠다는 응답이 51.2%로 과반수 이상이 선택하였다.

“상담을 받아 관계회복을 시도한다”는 응답 비중이 대부분의 사안에서 높게 나타남은 부부 상담의 필요성에 대한 인식이 일반인에게 이미 보편화되어 있음을 의미한다. 그런데 상담을 받는다는 것은 상담 과정을 통해 혼인생활을 유지하게 될 수도 혹은 추후 이혼을 시도하게 될 수도 있는 가변적 태도이다. 따라서 전문 상담의 질적·양적 자원을 확충함으로써 접근성과 효과를 높여 필요에 부응하도록 하는 제도적 지원이 절실하다.

배우자로부터의 무시나 폭언과 폭력, 배우자의 부모나 형제로부터의 무시나 폭언 및 폭력, 배우자가 결혼조건을 속였거나 지속적인 거짓말로 인한

불신, 배우자의 경제적 무능력 및 일하지 않고 빈둥거림으로 인한 곤궁, 그리고 더 이상 서로 사랑하지 않게 된 상황 등의 경우에도 외부 상담을 받아서 관계를 회복하겠다는 응답이 가장 높게 나타났다. 그러나 이러한 상황들에서 이혼하겠다는 응답의 비율도 만만치 않음을 간과할 수 없다. 즉 가족 내에서의 폭력과 경제적 곤궁, 그리고 부부간 신뢰 및 애정의 상실을 혼인이 유지될 수 없는 중요한 사유로 보고 있다는 의미이다.

사안에 따라 상담을 통한 관계 회복보다 이혼을 위해 상대방을 설득한다는 응답이 많은 경우도 있는데, 여기에는 배우자의 외도와 배우자의 잦은 가출이나 외박, 정신병이나 알코올 중독, 도박 등으로 인한 정상적 부부생활의 불능, 그리고 다시 동거할 의사가 없는 장기간의 별거 등의 경우이다. 특히 중독 및 도박의 경우 이혼하겠다는 응답이 64.7%에 달하고, 재결합 의사가 없는 장기 별거의 경우엔 응답자의 61.5%, 습관성 가출이나 외박의 경우는 응답자의 56.2%가 이혼하겠다고 답하고 있다.

“원만한 협의이혼을 위해, 시간을 갖고 배우자를 설득한다”는 응답이 많다는 것은 해당 문제 발생 시 이혼을 통해 관계를 종결하는 것 외엔 해당 부부 문제의 원인을 제거하는 길이 달리 존재하지 않는다는 인식이 보편화되어 있음을 의미한다. 따라서 해당 사안들이 이혼법에 이혼 사유로서 어떻게 반영되는지는 중요한 이슈가 된다. 왜냐하면 이혼법이 어떻게 이루어져 있는지가 이혼에 이르는 과정과 이후의 삶의 질에 미치는 영향이 지대할 수밖에 없기 때문이다.

또한 대부분의 사안에서 “원만한 협의이혼을 위해, 시간을 갖고 배우자를 설득한다”는 응답 비율이 “외부 도움없이 관계회복을 위해 노력하거나 그냥 참고산다”는 응답 비중보다는 높다. 그런데 원만하지 않은 성생활과 배우자의 중한 신체적 질병에 의해 부부간 교류가 불가능하고 고통과 부담이 장기간 이어지는 경우에는 예외적으로, “원만한 협의이혼을 위해, 시간을 갖고 배우자를 설득한다”는 비율보다 “외부 도움없이 관계회복을 위해 노력하거나 그냥 참고산다”는 응답의 비중이 높다. 성생활이 원만하지 않은 경우에 이혼을 시도하겠다는 비율은 16.6%인데 반해 그냥 참고 살겠다는 비율은 21.7%이고, 신체질병으로 인한 부부간 교류 불능의 경우 이혼하겠

다는 응답 비율은 25.0%인데 반해 그냥 참고 살겠다는 비율은 34.8%에 달한다. 이는 성생활이나 신체 질병으로 인한 고통 등은 감내해야 한다는 전통적 인식이 남아있기 때문인 것으로 생각된다(표 V-10).

〈표 V-10〉 부부 관계 위기에서의 선택 성향

(단위: 명, %)

문제 상황 (N=819)	그냥 참고 살	상담을 통한 관계회복	이혼을 위한 설득
배우자의 외도	111(13.6)	347(42.4)	361(44.1)
배우자로부터의 무시/폭언	43(5.3)	412(50.3)	364(44.4)
배우자의 부모형제로부터의 무시/폭언	82(10.0)	387(47.3)	350(42.7)
극심한 성격차이	109(13.3)	471(60.0)	219(26.7)
원만하지 않은 성생활	178(21.7)	505(61.7)	136(16.6)
종교생활로 인한 갈등	157(19.2)	450(54.9)	212(25.9)
배우자의 거짓말	79(9.6)	376(45.9)	364(44.4)
가출외박	58(7.1)	301(36.8)	460(56.2)
사치낭비	72(8.8)	487(59.5)	260(31.7)
경제적 무능력	84(10.3)	392(47.9)	343(41.9)
사업실패	177(21.6)	419(51.2)	223(27.2)
도박중독	38(4.6)	251(30.6)	530(64.7)
신체질병	285(34.8)	329(40.2)	205(25.0)
장기간의 별거	78(9.5)	237(28.9)	504(61.5)
애정 없음	155(18.9)	354(43.2)	310(37.9)

나) 응답자의 성별에 따른 선택 성향

부부 사이에 문제가 발생했을 때, 대부분의 사안에서 성별에 따른 차이 없이 위에서 설명한 전반적 경향과 일치하지만, 일부 예외를 확인할 수 있다(표 V-11). 남녀 간에 문제해결 방법의 선호도에 있어서 차이를 보이는 사안은, 배우자의 외도, 배우자의 부모나 형제로부터의 무시나 폭언 및 폭력, 배우자의 경제적 무능력 및 일하지 않고 빈둥거림으로 인한 곤궁과 빚

보증 혹은 사업실패 등으로 인한 경제적 파탄 등이다.

배우자의 외도로 인한 갈등 사안의 경우 남성이 가장 선호하는 방법은 “원만한 협의이혼을 위해, 시간을 갖고 배우자를 설득한다”는 것이지만, 여성의 경우는 “상담을 받아 관계회복을 시도한다”는 응답이 이혼시도를 하겠다는 응답보다 약간 많다. “상담을 받아 관계회복을 시도한다”는 의사표현은 “원만한 협의이혼을 위해, 시간을 갖고 배우자를 설득한다”는 태도와 “외부 도움없이 관계회복을 위해 노력하거나 그냥 참고 산다”는 응답의 중간에 위치한다. 이에 입각할 때 여성들이 남성들보다 결혼을 유지하려는 성향이 높은 것으로 해석할 수 있다. 이는 배우자의 외도에 대한 수인한도에 있어서의 성차를 시사한다. 가부장적 문화권에서 혼인유지에 대한 규범적 압력은 여성의 경우에 더 강하게 주어지고 스스로 이를 내면화하는 정도 역시 여성이 더 강하다. 반면에 남성은 혼인 내에서 자신의 친생자를 낳고 대를 잇는다는 가부장적 기대가 배우자의 외도로 인해 어긋날 경우, 혼인유지의 핵심 이유를 상실할 가능성이 상대적으로 높다.

배우자의 부모나 형제로부터의 무시나 폭언 및 폭력을 당한 경우나 배우자의 경제적 무능력 및 일하지 않고 빈둥거림으로 인한 곤궁의 경우, 전반적으로 가장 선호하는 방법은 상담을 통한 관계회복이다. 그러나 여성들은 배우자의 부모형제로부터의 무시나 폭언의 경우 “원만한 협의이혼을 위해, 시간을 갖고 배우자를 설득한다”는 응답(48.7%)이 “상담을 통해 관계회복을 시도한다”는 응답(42.6%)보다도 높다. 뿐만 아니라, 배우자의 경제적 무능력 및 일하지 않고 빈둥거림으로 인한 곤궁의 경우에도 마찬가지로 여성은 이혼하겠다는 응답(50.1%)이 상담을 통해 관계 회복을 시도하겠다는 응답(41.1%)보다 많다. 경제적 부양을 남성의 몫으로 여겨온 가부장적 분위기 그리고 취약한 여성의 가정내 지위로 인하여, 해당 갈등상황들에 대한 여성들의 저항감이 더 높은 것으로 이해된다.

〈표 V-11〉 성별 부부관계 위기상황에서의 선택 성향

(단위: 명, %)

문제 상황	남성			여성			χ^2 (df=2)
	그냥 참고 삶	상담을 통한 관계회복	이혼을 위한 선택	그냥 참고 삶	상담을 통한 관계회복	이혼을 위한 선택	
배우자의 외도	11.5	42.4	46.1	15.6	42.3	42.1	3.22
배우자로부터의 무시/폭언	6.6	57.8	35.5	3.9	42.8	53.3	26.6**
배우자의 부모형제로부터의 무시/폭언	11.3	52.0	36.8	8.8	42.6	48.7	11.89**
극심한 성격차이	13.2	59.8	27.0	13.4	60.1	26.5	0.02
원만하지 않은 성생활	18.4	65.7	15.9	25.1	57.7	17.3	6.56*
종교생활로 인한 갈등	19.4	52.2	28.4	19.0	57.7	23.4	3.16
배우자의 거짓말	10.3	45.6	44.1	9.0	46.2	44.8	0.39
가출외박	7.4	37.3	55.4	6.8	36.3	56.9	0.23
사치낭비	9.3	59.6	31.1	8.3	59.4	32.4	0.35
경제적 무능력	11.8	54.7	33.6	8.8	41.1	50.1	23.02**
사업실패	20.6	56.6	22.8	22.6	45.7	31.6	11.99**
도박중독	4.9	33.8	61.3	4.4	27.5	68.1	4.28
신체질병	32.4	43.1	24.5	37.2	37.2	25.5	3.27
장기간의 별거	8.8	29.4	61.8	10.2	28.5	61.3	0.49
애정 없음	17.6	44.9	37.5	20.2	41.6	38.2	1.23
N=819	408			411			

* p<.05, ** p<.01. 양측 검정

다) 응답자의 연령대에 따른 선택 성향

세대별 차이는 해당 갈등 사안이 발생할 때 대처방안에 관한 선호도에서의 차이로 나타나기도 하고, 선호도는 같더라도 응답분포의 차이로 나타나기도 한다.

종교생활로 인한 갈등을 제외한 대부분의 갈등 사안에서 선택 성향의 세

대별 차이가 유의미함을 확인할 수 있다(표 V-12).

배우자의 외도, 배우자 및 배우자의 부모나 형제로부터 무시나 폭력을 당한 경우, 혹은 애정이 남아있지 않은 경우 등에서, 젊은 세대(19세-39세)는 “원만한 협의이혼을 위해 시간을 갖고 배우자를 설득한다”는 응답이 가장 높은 비율을 차지한다. 이는 “상담을 받아 관계회복을 시도한다”는 응답이 가장 높은 비율을 보인 중간 세대(40세-59세) 및 노년 세대(60세 이상)의 응답 성향과 다르다. 한편 노년 세대(60세 이상)는 더 이상 서로 사랑하지 않게 되어 부부간 애정이 없는 경우에도 이혼하겠다는 응답 비율이 가장 낮다는 점에서 젊은 세대뿐만 아니라 중간 세대와도 구별된다. 60세 이후의 연령층은 결혼생활에서 ‘애정’에 비중을 덜 부여하기 때문이기도 하고, 결혼 및 이혼 관련 가치관이 보수적이기 때문이기도 하다(표 V-9 참조).

그런데 배우자의 무능으로 인한 곤궁을 이혼으로 해결하겠다는 응답이 가장 높은 비율을 차지하는 것은 중간 세대(40세-59세)이다. 이러한 응답 성향은 상담을 통해 해결하겠다는 응답이 많은 노년 세대(60세 이후) 및 젊은 세대(19세-30세)와 구별된다. 자녀로 인한 경제적 부담이 가장 큰 중간 세대가 경제적 문제에 가장 민감하기 때문일 것이다.

성생활의 문제나 배우자의 신체적 질병 등의 경우에 “상담을 받아 관계회복을 시도하겠다”는 응답이 가장 높은 것은 모든 연령대에 공통적이다. 그렇지만 다음으로 높은 비중을 차지하는 것이, 중간 세대와 노년 세대의 경우엔 “참고 산다”는 응답인 데 반해서 젊은 세대는 “이혼하겠다”는 응답이다. 그리고 “참고 산다”는 응답은 노년-중년-젊은 세대 순이다.

배우자의 결혼조건 사기 및 지속적 거짓말이나 잦은 가출과 외박 그리고 중독과 도박 등의 사안에 관해서는 “이혼을 시도한다”는 응답비율이 가장 높은 것이 모든 연령대에 공통적이다. 그렇지만 이 경우에도 “이혼을 시도한다”는 비율은 젊은 세대에서 높게 나타났고, “참고 산다”는 비율은 나이든 세대에서 높게 나타났다.

일반적으로 대부분의 사안에서 젊은 세대일수록 이혼에 허용적이고 나이든 세대일수록 혼인을 유지하려는 경향이 강하다. 특히 갈등 사유를 불문하고 60세 이상인 응답자들은 “외부 도움 없이 관계회복을 위해 노력하거나

그냥 참고 산다”고 응답하는 비율이 여타 연령대보다 현저히 높은 반면에 “원만한 협의이혼을 위해 시간을 갖고 배우자를 설득한다”고 응답하는 비율은 낮다. 이는 60대 이상 연령층은 해당 코호트의 특성상 여타 연령대보다 보수적이기 때문이기도 하고, 인생 단계의 특성상 지나 온 결혼기간이 길고 여명이 상대적으로 짧기 때문에 이혼에 소극적이기 때문이다.

〈표 V-12〉 연령대별 부부관계 위기상황에서의 선택 성향

(단위: %)

문제 상황	젊은 세대 (19세-39세)			중간 세대 (40세-59세)			노년 세대 (60세 이상)			χ^2 (df=4)
	혼인 유지	상담	이혼 시도	혼인 유지	상담	이혼 시도	혼인 유지	상담	이혼 시도	
배우자의 외도	7.0	41.0	52.1	13.6	44.4	42.0	25.9	41.0	33.1	38.65***
배우자의 무시/폭언	2.5	47.3	50.2	3.6	52.7	43.8	13.9	51.2	34.9	36.36***
배우자의 부모형제로부터의 무시/폭언	7.0	45.1	47.9	9.5	49.1	41.4	16.9	47.6	35.5	15.48**
극심한 성격차이	8.9	62.5	28.6	9.8	61.2	29.0	28.9	52.4	18.7	45.29***
원만하지 않은 성생활	14.0	68.9	17.1	21.3	60.7	18.0	37.3	50.0	12.7	35.82***
종교 갈등	17.5	57.1	25.4	17.8	54.7	27.5	25.3	51.2	23.5	5.53
배우자의 거짓말	7.3	43.2	49.5	9.8	43.2	47.0	13.9	56.6	29.5	20.72***
가출외박	5.1	33.0	61.9	5.6	38.8	55.6	13.9	39.8	55.6	20.22***
사치낭비	5.7	61.9	32.4	8.6	57.7	33.7	15.1	58.4	26.5	13.25*
경제적 무능력	7.6	48.9	43.5	10.1	43.2	46.7	15.7	55.4	28.8	19.24**
사업실패	15.9	53.3	30.8	20.7	50.9	28.4	34.3	47.6	18.1	24.83***
도박중독	4.4	27.9	67.6	2.4	30.2	67.5	9.6	36.7	53.6	19.48*
신체질병	29.2	41.0	29.8	36.1	40.2	23.7	42.8	38.6	18.7	12.02*
장기 별거	7.0	24.1	68.9	6.5	29.0	64.5	20.5	38.0	41.6	47.47**
애정 없음	11.7	43.5	44.8	18.9	42.9	38.2	32.5	43.4	24.1	37.11***
(N=819)	315			338			166			

* p<.05, ** p<.01, *** p<.001. 양측 검정

2) 부부관계 해소에서의 적극성

현재 우리나라의 이혼법제는 협의이혼과 재판상 이혼이라는 이원화된 시스템을 갖추고 있다. 협의이혼은 당사자 간에 이혼의사와 이혼조건에 합의만 되면 수월하게 이혼할 수 있는 반면, 재판상 이혼은 협의이혼과 달리 법이 정한 이혼사유가 있는 경우에 한해서만 가능하며 시간, 비용, 절차 면에서 이혼을 원하는 당사자에게 상당한 제약으로 작용할 수 있다. 때문에 부부관계 위기 상황에서 원만한 협의이혼을 위해 시간을 갖고 배우자를 설득한다고 응답한 사례들만을 대상으로, 부부관계 해소를 위한 적극성을 관찰하였다. 즉 배우자가 이혼에 응하지 않을 경우 “배우자가 이혼에 합의하지 않으면 포기하고 남처럼 산다”와 “배우자가 이혼에 동의하지 않을 경우 이혼소송을 한다”라는 두 가지 선택지를 제시하고 응답 성향을 조사하였다(표 V-13).

구체적인 갈등 상황이 무엇인지에 따라 다소간의 차이가 있지만, 이혼의사가 있는 경우에 배우자가 이혼에 합의해 주지 않는다면 소송을 해서라도 이혼을 하겠다는 적극성이 두드러진다. 특히 이혼을 시도하겠다는 응답 비율이 64.7%로 압도적으로 높았던 중독이나 도박의 문제 상황에서는, 합의가 되지 않을 경우 소송을 통해서라도 이혼하겠다고 응답이 91.3%로서 가장 높은 소송 의지를 보여주고 있다.

부부관계 해소에서의 적극성에 관한 성차를 살펴보면, 배우자의 결혼조건 사기 및 지속적 거짓말과 재결합의 희망이 없는 장기간의 별거가 이어지는 경우, 소송을 통해서라도 이혼을 하겠다는 적극성이 남성보다 여성에게서 높다. 그 밖의 사안에서 유의미한 성차는 나타나지 않았다.

〈표 V-13〉 협의 불가능시 부부관계 해소에 관한 적극성의 성차

(단위: 명, %)

문제 상황	남처럼 살			이혼소송을 함			χ^2 (df=1)
	전체	남성	여성	전체	남성	여성	
배우자의 외도	59(16.3)	18.1	14.5	302(83.7)	81.9	85.5	0.87
배우자의 무시/폭력	41(11.3)	12.4	10.5	323(88.7)	87.6	89.5	0.32

문제 상황	남처럼 삶			이혼소송을 함			χ^2 (df=1)
	전체	남성	여성	전체	남성	여성	
배우자의 부모형제로부터의 무시/폭력	47(13.4)	16.7	11.0	303(86.6)	83.3	89.0	2.36
극심한 성격차이	52(23.7)	28.2	19.3	167(76.3)	71.8	80.7	2.40
원만하지 않은 성생활	44(32.4)	30.8	33.8	92(67.6)	69.2	66.2	0.14
종교 갈등	58(27.4)	30.2	24.0	154(72.6)	69.8	76.0	1.02
배우자의 거짓말	86(23.6)	28.3	19.0	278(76.4)	71.7	81.0	4.37*
가출외박	75(16.3)	14.6	17.9	385(83.7)	85.4	82.1	0.94
사치남비	61(23.5)	28.3	18.8	199(76.5)	71.7	81.2	3.30
경제적 무능력	67(19.5)	24.1	16.5	276(80.5)	75.9	83.5	3.01
사업실패	52(23.3)	23.7	23.1	171(76.7)	76.3	76.9	0.01
도박중독	46(8.7)	8.4	8.9	484(91.3)	91.6	91.1	0.05
신체질병	59(28.8)	29.0	28.6	146(71.2)	71.0	71.4	0.01
장기 별거	80(15.9)	19.8	11.9	424(84.1)	80.2	88.1	5.94*
애정 없음	54(17.4)	20.9	14.0	256(82.6)	79.1	86.0	2.56

* $p<.05$. 양측 검정

- 갈등상황이 발생했을 때 이혼을 시도하겠다고 응답한 표본만을 대상으로 함.

부부 갈등상황에서의 부부관계 해소의 적극성이 연령대별(세대별)로 차이가 있는지 살펴본 결과, 다양한 갈등 상황에서 유의미한 차이를 보였다(표 V-14).

이혼을 선택한 이상 상대방이 동의해 주지 않으면 이혼소송을 해서라도 관계를 해소하겠다는 적극성은 설문에 제시된 모든 부부 갈등 상황에서 젊은 세대(19-39세)가 가장 적극성을 보이고, 60세 이상의 노년세대가 적극성이 가장 낮다. 이러한 차이는 특히 원만하지 않은 성생활과 결혼조건 사기 및 지속적인 거짓말 등의 경우, 극심한 성격차이와 빚보증 혹은 사업실패 등으로 인한 경제적 파탄, 정신병이나 알코올 중독, 도박 등으로 인해 정상적인 부부생활이 불가능할 때, 더 이상 애정이 없는 경우, 배우자의 외도,

배우자의 부모나 형제로부터의 무시나 폭언·폭력, 배우자의 가출·외박의 경우 등에서 연령대별로 유의미한 차이가 나타났다.

〈표 V-14〉 협의 불가능시 부부관계 해소에 관한 적극성(연령대별 차이)

(단위: 명, %)

구분	남처럼 삶				이혼소송을 함				χ^2 (df=2)
	전체	19-39세	40-59세	60세 이상	전체	19-39세	40-59세	60세 이상	
배우자의 외도	59(16.3)	11.6	17.6	27.3	302(83.7)	88.4	82.4	72.7	7.68*
배우자의 무시/폭력	41(11.3)	7.6	12.2	19.0	323(88.7)	92.4	87.8	81.0	5.69
배우자의 부모형제로부터의 무시/폭력	47(13.4)	8.6	15.7	20.3	303(86.6)	91.4	84.3	79.7	6.07*
극심한 성격차이	52(23.7)	13.3	27.6	41.9	167(76.3)	86.7	72.4	58.1	11.84**
원만하지 않은 성생활	44(32.4)	11.1	44.3	52.4	92(67.6)	88.9	55.7	47.6	18.94***
종교 갈등	58(27.4)	22.5	30.1	30.8	154(72.6)	77.5	69.9	69.2	1.53
배우자의 거짓말	86(23.6)	14.7	26.4	42.9	278(76.4)	85.3	73.6	57.1	17.55***
가출외박	75(16.3)	11.3	20.7	18.2	385(83.7)	88.7	79.3	81.8	6.52*
사치낭비	61(23.5)	20.6	23.7	29.5	199(76.5)	79.4	76.3	70.5	1.38
경제적 무능력	67(19.5)	18.2	19.0	25.0	276(80.5)	81.8	81.0	75.0	1.09
사업실패	52(23.3)	15.5	25.0	43.3	171(76.7)	84.5	75.0	56.7	10.22**
도박중독	46(8.7)	5.6	8.3	16.9	484(91.3)	94.4	91.7	83.1	10.03**
신체질병	59(28.8)	24.5	27.5	45.2	146(71.2)	75.5	72.5	54.8	4.98
장기 별거	80(15.9)	12.4	16.1	26.1	424(84.1)	87.6	83.9	73.9	7.31
애정 없음	54(17.4)	13.5	15.5	37.5	256(82.6)	86.5	84.5	62.5	13.06**

* p<.05, ** p<.01, *** p<.001. 양측 검정

- 갈등상황이 발생했을 때 이혼을 시도하겠다고 응답한 표본만을 대상으로 함.

다. 이혼제도 개선에 관한 의견

1) 협의이혼 제도

일반 국민을 대상으로 협의이혼제도 개선 방향과 그 동안 개선된 내용에 대해 의견을 물어봄으로써 협의이혼제도 개선 과정에서의 국가 개입의 확대에 대한 저항감이나 필요성에 대한 공감 정도 및 향후 개선이 필요한 부분에 대한 의견을 알아보고자 하였다. 더불어 전문가들의 협의이혼제도 개선 방향에 대한 생각과 일반 국민의 생각을 비교 분석하였다.

가) 협의이혼제도에 관한 전반적인 개선 의견

(1) 국가 개입의 허용성

현재의 협의이혼제도가 전반적으로 어떻게 개선되어야 하는지에 관하여 “① 부부 사이의 이혼의사만 확인하여 협의이혼 하도록 하는 제도가 적절하다. ② 현행 제도를 유지하되, 자녀문제 등 법률과 관련된 문제에 대해 전문가의 상담을 받도록 의무화해 보완한다. ③ 협의이혼 시 자녀문제와 부부 간의 합의 내용에 대한 적절성과 공정성을 법원이 개입하여 조정하여야 한다.”는 세 항목을 제시하여 협의이혼과정에서의 국가 개입의 허용성을 살펴 보았다. 상기 세 문항들은 번호가 증가할수록 개인의 자율성보다 국가의 개입 수준이 높아진다는 것을 의미한다.

일반 국민은 위의 문항들 중 중간적 입장이라고 할 수 있는 ‘현행 제도를 유지하되, 자녀문제 등 법률과 관련된 문제에 대해 전문 상담가의 상담을 받도록해 보완한다’는 문항에 동의하는 비율이 53.5%로 가장 높다. 반면, 전문가들은 ‘협의이혼 시 자녀문제와 부부 간의 합의 내용에 대한 적절성과 공정성을 법원이 개입하여 조정하여야 한다’는 문항에 동의하는 비율이 44.3%로 가장 높다(표 V-15). 이상의 결과들로 미루어 일반 국민들은, 전문가들보다 법원의 개입 필요성을 낮게 인식하고 심리적 저항 내지 두려움이 존재하고 있음을 확인하였다. 그렇지만 국가 개입에 관한 일반 국민들의 저항감에도 불구하고 협의이혼에도 국가 개입이 확대되어야 한다는 전문가들의 중론 또한 간과할 수 없다.

또한 ‘부부 사이의 이혼의사만 확인하여 협의이혼 하도록 하는 제도가 적절하다’는 문항에 대해서는 일반 국민의 18.3%, 전문가 집단의 11.5%가 선택하여 동의하는 비율이 낮음을 알 수 있다. 이는 협의이혼이라고 할지라도 개인의 자율성을 어느 정도는 제한하고 적절한 수준의 국가개입은 필요하다는 것을 인정하는 것이다. 국가 개입 수준의 확대는 일반 국민도 전문가들도 모두 바람직한 것으로 수인한다는 것을, 이로 미루어 짐작할 수 있다. 한편, 협의이혼제도의 개선과 관련된 내용에 있어서 일반 국민들 중 남성과 여성 간의 의견 차이는 별로 눈에 띄지 않는다.

〈표 V-15〉 협의이혼제도에 관한 전반적인 개선 의견

(단위: 명, %)

구 분	일반인	전문가	전체	χ^2
부부간 이혼의사만 확인	150(18.3)	7(11.5)	157(17.8)	35.02**
현행 제도에 자녀문제 관련 전문가 상담 의무화	438(53.5)	25(41.0)	463(52.6)	
자녀문제 뿐만 아니라 부부 간의 합의 내용에도 법원 개입·조정	231(28.2)	27(44.3)	258(29.3)	
전 체	819(100.0)	59(100.0)	878(100.0)	df=3

** $p<.01$. 양측 검정

(2) 협의이혼 의사 확인 절차 개선에 관한 전문가 의견

협의이혼 의사 확인 업무는 단순히 이혼의사의 확인에 그치지 않고, 미성년 자녀가 있는 경우에는 자녀 양육에 관한 협의내용이 자녀 복리에 적합한지 가치판단을 요구하는 것으로 성격의 변모가 있었다. 그럼에도 불구하고, 여전히 이혼신고를 하기 위해 거쳐야 하는 부수적인 절차로서 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」에 규율되어 있다.

이러한 상황에서, 협의이혼 의사확인 절차의 개선이 필요한 지에 관해 전문가들을 대상으로 3가지 선택지를 제시하고, 응답 경향을 확인하였다. “① 이혼신고를 하기 위해 부수적으로 거쳐야 하는 가족관계등록업무로서의 성격을 현행 그대로 유지한다. ② 미성년 자녀의 이익 보호를 위한 법원의 적

극적 개입이 가능하도록 가사소송법상의 비송사건으로 승격시켜야 한다.
 ③ 파탄된 혼인관계의 해소 과정에서 당사자 및 자녀의 이익이 충분히 고려되고, 위자료와 재산분할 그리고 자녀 양육에 관한 문제 등도 이혼과정에서 통합적으로 해결될 수 있도록 현행 협의이혼을 절차나 요건을 간이하게 하여 재판상 이혼절차로 편입시킨다.”는 항목들이다.

이에 관해 전문가들 중 37.7%가 “미성년 자녀의 이익 보호를 위해 법원의 적극적 개입이 가능하도록 가사소송법상의 비송사건으로 승격시켜야 한다”는 데 동의하고 있다. 또한 “파탄된 혼인관계의 해소 과정에서 당사자 및 자녀의 이익이 충분히 고려되고, 위자료와 재산분할 및 자녀 양육에 관한 문제 등도 이혼과정에서 통합적으로 해결되도록 현행 협의이혼 절차나 요건을 간소하게 하여 재판상 이혼절차로 편입시킨다”는 제안에 동의하는 비율 역시 31.1%에 달한다. 반면에 “현행 가족관계등록업무로서의 성격을 그대로 유지한다”는 응답은 24.6%에 머물러 있다. 즉, 전문가들의 4분의 3 정도가 협의이혼에도 법원의 개입이 확대되어야 한다는 견해이다(표 V-16).

〈표 V-16〉 협의이혼 의사 확인절차 개선에 관한 전문가 의견

(단위: 명, %)

구 분	사례수(구성비)
가족관계등록업무로서의 성격 유지	15(24.6)
가사소송법상의 비송사건으로 승격	23(37.7)
절차나 요건을 간소하게 하여 재판상 이혼절차로 편입	19(31.1)
무응답	4(6.5)
전 체	61(100.0)

나) 협의이혼과 숙려제도

협의이혼시 숙려기간의 존치나 숙려기간의 길이 등에 관해 일반 국민과 전문가의 의견을 살펴보았다(표 V-17).

우선 숙려기간의 존치와 관련해서는 통계 수치상으로는 일반 국민과 전문가 의견 사이에 차이가 있어 보이지만, 전반적인 경향은 비슷하다. 즉, 숙

려기간을 의무화하는 현재와 같은 방식을 유지하는 것이 좋다는 의견에 일반 국민의 77.9%, 전문가 집단의 75.4%가 지지하고 있다.

또한 숙려기간의 길이에 관하여 일반 국민과 전문가 집단 모두 미성년 자녀가 있는 경우에 3개월, 미성년 자녀가 없는 경우에 1개월로 규정하고 있는 현행 기간이 적당하다는 의견이 각각 60% 이상과 50% 이상이다. 이로 미루어 미성년 자녀가 있는 부부의 경우 3개월, 그렇지 않은 부부의 경우 1개월로 규정한 현행 숙려기간이 일반 국민과 전문가들 사이에서 무리 없이 받아들여지고 있음을 알 수 있다.

전문가 집단에서 숙려기간을 단축하여야 한다는 의견(미성년 자녀가 있는 경우에는 21.3%, 미성년 자녀가 없는 경우에는 31.1%)이 숙려기간을 연장하여야 한다는 의견(미성년 자녀가 있는 경우에는 11.5%, 미성년 자녀가 없는 경우에는 14.8%)보다 다소 높다. 반면에 일반 국민은 숙려기간을 연장해야 한다는 의견(미성년 자녀가 있는 경우에는 20.8%, 미성년 자녀가 없는 경우에는 28.7%)이 숙려기간을 단축해야 한다는 의견(미성년 자녀가 있는 경우에는 17.7%, 미성년 자녀가 없는 경우에는 19.2%)보다 다소 높게 나와, 전문가 집단의 견해와 차이를 보이고 있다.

〈표 V-17〉 협의이혼시 숙려기간의 의무화 및 숙려기간의 길이에 관한 의견
(단위: 명, %)

구분		일반인	전문가	전체	χ^2	
숙려기간 의무화		반대	181(22.1)	13(21.3)	194(22.0)	26.91*** (df=2)
		찬성	638(77.9)	46(75.4)	684(77.7)	
숙려기간의 길이	자녀 있음	단축	145(17.7)	13(21.3)	158(18.0)	16.42** (df=3)
		적당	504(61.5)	40(65.6)	544(61.8)	
		연장	170(20.8)	7(11.5)	177(20.1)	
	자녀 없음	단축	157(19.2)	19(31.1)	176(20.0)	21.47*** (df=3)
		적당	427(52.1)	32(52.5)	459(52.2)	
		연장	235(28.7)	9(14.8)	244(27.7)	
전체		819(100.0)	60(6.9)	879(100.0)		

** p<.01, *** p<.001. 양측 검정

다) 협의이혼과 상담제도

(1) 협의이혼과 상담 의무화

협의이혼 신청시에 자녀가 있는 경우에 숙려기간 동안 상담을 받을 것을 권고해 오고 있다. 즉, 상담은 반드시 받아야 하는 것이 아니고 권고 사항이며, 상담을 받도록 권고하는 대상은 미성년 자녀가 있는 경우에 한한다. 이에 대해 일각에서 협의이혼 과정에서 상담을 의무화하여야 한다는 의견이 제시되고 있다. 그래서, 일반 국민과 전문가를 대상으로 상담 의무화의 필요성 및 그 개선방향에 관한 의견을 조사하였다.

일반 국민과 전문가 모두 현행과 같은 권고 수준을 유지하되 미성년 자녀가 없는 부부도 상담 권고 대상으로 포함하는 것에 찬성하는 비율이 각각 37.9%와 37.7%로 가장 높다. 한편 “미성년 자녀가 있는 부부에 한해서만 이혼 전 상담을 받도록 의무화해야 한다”는 데에 일반 국민의 34.7%가, 전문가 집단의 29.5%가 동의하였고, “미성년 자녀 유무와 상관없이 상담 받는 것을 의무화하여야 한다”는 데에 일반 국민의 27.5%가, 전문가 집단의 31.1%가 동의하고 있다(표 V-18).

〈표 V-18〉 협의이혼시 상담 의무화에 관한 의견(일반 국민과 전문가)

(단위 명, %)

구 분		일반인	전문가	전체	χ^2
상담 의무화	당사자의 자월에 맡김	310(37.9)	23(37.7)	333(37.8)	14.14**
	미성년 자녀가 있는 경우만 의무화	284(34.7)	18(29.5)	302(34.3)	
	모든 경우 상담 의무화	225(27.5)	19(31.1)	244(27.7)	
전 체		819(100.0)	60(98.4)	879(100.0)	df=3

** $p < .01$. 양측 검정

또한 일반 국민들 중 남성과 여성 간에도 유의미한 의견 차이가 나타났다(표 V-19). 즉, 상담을 받을지 말지에 관해 전적으로 당사자에게 맡겨야 한다는 응답이 남성의 경우 34.6%인데 여성은 41.1%이다. 반면에 미성년 자녀가 있는 부부에 한해서만 이혼 전 상담을 의무화해야 한다는 응답이 남성의 경

우에는 32.8%인데 여성의 경우에는 36.5%이다. 그리고 미성년 자녀 유무와 상관없이 무조건 상담 받는 것을 의무화해야 한다는 응답이 남성은 32.6%인데, 여성은 22.4%이다. 이에 기초하면 일반적으로는 상담에 관해서 남성이 여성보다 더 수용적이지만, 미성년 자녀와 연관된 문제에 있어서는 오히려 여성이 남성보다 더 상담의 필요성을 인정하고 있다고 할 수 있다.

〈표 V-19〉 상담제도 개선에 관한 일반국민의 의견(성차)

(단위 명, %)

구 분		일반 국민		전체	χ^2
		남성	여성		
상담 의무화	당사자의 자율에 맡김	141(34.6)	169(41.1)	310(37.9)	10.89**
	미성년 자녀가 있는 경우만 의무화	134(32.8)	150(36.5)	284(34.7)	
	모든 경우 상담 의무화	133(32.6)	92(22.4)	225(27.5)	
전 체		407(49.8)	410(50.2)	817(100.0)	$df=3$

** $p<.01$. 양측 검정

(2) 상담 의무화시 상담 비용의 분담

상담을 의무화한다고 가정할 경우 상담 비용을 피상담자와 국가 중 누가 어느 만큼씩 부담할 것인가는 중요한 이슈이다. 상담이 실효를 거두기 위해서는 능력 있는 전문 상담 인력이 제공되어야 하고 개별 케이스에 적절한 만큼의 상담회수와 시간이 보장되어야 하는데, 이는 비용문제로부터 자유로울 수 없기 때문이다.

그래서 이혼 전 상담을 의무화한다면 그 비용을 누가 부담해야 하는지에 관하여 “① 모두가 필요로 하는 만큼 무료로 상담을 받을 수 있도록 국가가 지원해야 한다. ② 기본 상담횟수 만큼 무료로 상담을 받을 수 있도록 국가가 지원하고, 그 이상 추가적 상담을 원할 경우엔 일부 유료 상담이 가능하도록 해야 한다. ③ 전액 유료로 한다.¹²⁸⁾”의 세 가지 선택지를 제시하고 의견을 조사하였다.

128) “전액 유료로 해야 한다”는 항목을 구체적으로 제시한 것은 전문가를 대상으로 한 설문지의 경우이다. 일반 국민용 설문지에서는 “전액 유료로 해야 한다”는 문항을 제시하지 않는 대신 기타의 항목을 두고 괄호 안에 구체적인 안을 써 넣

조사 결과 일반 국민의 경우 응답자의 46.3%는 “모두가 필요로 하는 횟수만큼 무료로 상담을 받을 수 있도록 국가가 지원해야 한다”고 응답하고 있다. 반면에 53.1%는 “기본 상담횟수만큼 무료로 상담을 받을 수 있도록 국가가 지원하고, 그 이상 추가적인 상담을 원하는 경우엔 유료 상담이 가능하도록 해야 한다”는 응답을 하고 있다. 한편 전액 유료로 해야 한다는 것을 포함한 기타 의견은 0.5%의 극소수로서 현실적이지 않음을 보여준다(표 V-20). 한편 성별과 소득에 따른 유의미한 차이는 나타나지 않았다.

전문가들의 경우 86.9%가 “기본 상담횟수만큼 무료로 상담을 받을 수 있도록 국가가 지원하고, 그 이상 추가적인 상담을 원하는 경우엔 유료 상담이 가능하도록 해야 한다”는 의견으로 압도적이어서 일반인들의 생각과 차이를 보인다. 또한 “모두가 필요로 하는 만큼 무료로 상담을 받을 수 있도록 국가가 지원해야 한다”는 응답은 8.2%에 그쳐서 일반인들의 46.3%와 대비된다(표 V-20). 국가의 지원이란 곧 사회적 비용을 의미하고 궁극적으로 세금으로 충당되어야 하는 것이므로 무한정 제공되기는 힘들다. 따라서 현실적 대안으로 보기 힘들고, 국가와 개인이 비용을 분담하는 절충안이 현실적이라는 것이 전문가들의 중론인 것이다. 이에 비추어 기본 상담횟수만큼은 국가가 지원하고, 그 이상의 추가적 상담을 원하는 경우에는 유료상담이 가능하도록 하는 식으로의 정착이 타당할 것으로 생각된다.

〈표 V-20〉 상담 의무화 시 비용 분담에 관한 의견

(단위: 명, %)

구 분		일반인	전문가	전체	χ^2
상담 의무화시 비용 분담	전액 국가 지원	379(46.3)	5(8.2)	384(43.6)	44.84***
	추가 상담만 유료화	435(53.1)	53(86.9)	488(55.5)	
	전액 유료	3(0.4)	2(3.3)	5(0.6)	
	기타	1(0.1)	1(1.6)	2(0.2)	
전 체		818(99.9)	61(100.0)	879(100.0)	$df=4$

*** $p<.001$. 양측 검정

을 수 있도록 하였다. 따라서 일반 국민들의 응답에서도 “전액 유료로 해야 한다”는 항목을 제시한다면 해당 항목에의 응답비율이 다소간의 증감이 있을 수 있음을 감안할 필요가 있다.

(3) 숙려기간과 교육 프로그램

협의이혼 시 숙려기간 동안 이혼 대상자들에게 “① 부부관계 및 이혼 후의 삶에 대한 체계적 교육프로그램을 제공하고, 일정한 횟수만큼 참석할 것을 의무화하는 것, ② 가족상담 및 이혼상담을 일정 횟수만큼 받도록 하는 것, ③ 상담을 받는 대신, 숙려기간을 줄여주거나 아예 면제해 주는 것”이 얼마나 도움이 될 것이라고 생각하는지에 대한 의견을 조사하였다. 각 항목의 효과에 관한 예상치를 “전혀 도움이 되지 않을 것이다(1)”에서 “매우 도움이 될 것이다(4)”에 이르는 4점 척도로 측정하였다.

일반 국민들의 81.4%가 숙려기간 동안 이혼 대상자들에게 “부부관계 및 이혼 후의 삶에 대한 체계적 교육프로그램을 제공하고, 일정한 횟수만큼 참석할 것을 의무화” 한다면 도움이 될 것이라고 응답하였다(표 V-21). 또한 “가족상담 및 이혼상담을 일정 횟수만큼 받도록 하는 것”이 도움이 될 것이라는 응답은 82.8%에 달한다. 동일 항목들에 관한 전문가들의 응답에서는 이혼교육 및 이혼상담의 효용성에 긍정하는 비율이 더 높아서 각각 91% 이상이다. 이는 숙려기간 동안 교육과 상담을 적극적으로 제공하고 수혜하도록 할 필요성이 있음을 시사하는 결과이다.

반면에 상담을 받을 경우 숙려기간을 줄여주거나 면제해 주는 방안은 도움이 되지 않을 것이라는 의견이 일반 국민의 경우는 58.6%, 전문가의 경우는 55.2%로서, 회의적인 반응이 과반이다(표 V-21). 숙려기간을 단축하거나 면제받고자 하는 목적으로 상담에 응하는 경우 상담은 본연의 목적을 상실할 가능성이 높기 때문이다.

〈표 V-21〉 숙려기간 시 교육 및 상담 프로그램 제공의 효과성 예측

(단위: 명, %)

구 분		일반인	전문가	전체	χ^2
이혼 교육프로그램 제공 및 참석 의무화	도움 예상 안 됨	152(18.6)	5(8.2)	157(17.8)	4.15*
	도움 예상 됨	667(81.4)	56(91.8)	723(82.2)	

구 분		일반인	전문가	전체	x^2
가족상담 및 이혼상담 일정 횟수만큼 의무화	도움 예상 안 됨	141(17.2)	5(8.3)	146(16.6)	3.18
	도움 예상 됨	678(82.8)	55(91.7)	733(83.4)	
상담조건부 숙려기간 단축/면제	도움 예상 안 됨	480(58.6)	32(55.2)	512(58.4)	0.32
	도움 예상 됨	339(41.4)	26(44.8)	365(41.6)	
전 체		819(100.0)	61(100.0)	880(100.0)	$df=1$

* $p<.05$. 양측 검정

2) 재판상 이혼 제도 개선에 관한 의견

가) 이혼사유의 명시 방안

현행 민법 제840조는 가정법원에 이혼을 청구할 수 있는 이혼원인으로 배우자의 부정행위가 있었을 때(제1호), 배우자가 악의로 다른 일방을 유기한 때(제2호), 배우자 또는 그 직계존속으로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때(제3호), 자기의 직계 존속이 배우자로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때(제4호), 배우자의 생사가 3년 이상 분명하지 않을 때(제5호), 기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때(제6호)라고 하여 여섯 가지 사유를 나열하고 있다.

이 부분의 해석을 둘러싸고 학설과 판례가 유책주의와 파탄주의로 갈리고 있다. 향후 파탄주의의 수용 가능성을 가늠해보기 위해, 재판상 이혼이 가능한 사유를 구체적으로 법에 명시하는 현행 방안에 관하여 일반 국민과 전문가들의 인식을 조사하였다. 즉 “① 이혼사유를 구체적으로 열거하는 현재와 같은 방식을 유지하는 것이 좋다. ② 이혼 사유를 구체적으로 열거하는 대신 포괄적으로 명시해야 한다. ③ 이혼사유가 무엇이든 당사자의 혼인 계속 의사가 중요하므로, 구체적인 이혼사유를 명시할 필요가 없다.”라는 3가지 선택지를 제시하고 응답률을 비교하였다.

재판상 이혼사유를 명시하는 방안에 관한 의견에서 일반 국민과 전문가 집단의 의견 차이가 발견된다. 재판상 이혼사유를 구체적으로 명시하는 데 동의하는 비율이 일반 국민의 경우 42.1%, 전문가의 경우 47.5%이고, 포괄

적으로 명시하는데 동의하는 비율은 일반 국민의 경우 40.7%, 전문가의 경우 27.9%이다. 구체적이든 포괄적이든 이혼사유는 명시되어야 한다는 의견이 다수이지만, 전문가들의 경우 구체적으로 명시해야 한다는 의견 비율이 오히려 더 높다. 반면에 이혼사유를 명시할 필요가 없다는 의견에 관해서는 전문가들이 21.3%로 일반 국민의 17.2%보다 높다(표 V-22).

이혼사유를 포괄적으로 명시한다는 것은 구체적으로 조목조목 명시하는 입장과 아예 명시하지 않는 입장 사이의 중간 지점에 놓여 있다. 반면에 당사자의 판단이 중요하므로 이혼사유를 명시할 필요가 없다는 입장은 적극적인 파탄주의 원칙에 동의하는 입장으로 비율이 10%대에 머물고 있다. 이혼사유를 포괄적으로 명시하는 방식으로 전환하는 것 역시 제한적이거나 파탄주의와 접목될 수 있는 가능성이 존재하므로, 일반 국민들이 파탄주의 수용에 부정적인 것은 아니라고 생각된다.

〈표 V-22〉 재판상 이혼사유 명시 방안에 관한 의견

(단위: 명, %)

구 분	일반인	전문가	전체	χ^2
구체적으로 열거하는 현재 방식 유지	345(42.1)	29(47.5)	374(42.5)	30.12***
포괄적으로 명시	333(40.7)	17(27.9)	350(39.8)	
명시할 필요가 없음	141(17.2)	13(21.3)	154(17.5)	
전 체	819(100.0)	59(100.0)	878(99.8)	df=3

*** $p < .001$. 양측 검정

나) 기타 혼인을 계속할 수 없는 중대한 사유에 관한 의견

현행 민법 제840조에 규정된 이혼사유 중 “기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때(제6호)”에 해당되는지는 그 동안 법원의 판단에 의존해 왔다. 따라서 지금까지 민법 제840조 제6호에 해당하는지에 관해 법원에서 다루어졌던 사안들을 중심으로, 각각의 사안들이 이혼사유로 명시되어야 한다고 생각하는지, 지금까지처럼 법원이 판단하도록 하면 된다고 생각하는지, 혹은 아예 이혼사유라고 볼 수 없다고 생각하는지에 관한 인식을 조사하였다.

일반 국민들의 경우는 사안에 따라 이혼사유로 구체적으로 명시하여야 한다는 의견과 법원의 판단에 맡겨야 한다는 의견이 나뉘고 있는 반면, 전문가들의 경우에는 구체적 사안들 각각에 관해 이혼사유로서 명시되는 것 보다는 법원의 판단에 맡기는 것이 옳다는 견해를 보이는 비율이 압도적으로 높다(표 V-23)¹²⁹⁾.

〈표 V-23〉 기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유에 관한 의견

(단위: 명, %)

구분		일반인	전문가	전체	χ^2
극심한 성격차이	이혼사유로 명시	326(39.8)	9(14.8)	335(38.1)	66.13***
	법원 판단에 맡김	309(37.7)	47(77.0)	356(40.5)	
	이혼사유가 안 됨	184(22.5)	3(4.9)	187(21.2)	
원만하지 않은 성생활	이혼사유로 명시	224(27.4)	5(8.2)	229(36.0)	72.97***
	법원 판단에 맡김	345(42.1)	52(85.2)	397(45.1)	
	이혼사유가 안 됨	250(30.5)	2(3.3)	252(28.6)	
심각한 종교갈등	이혼사유로 명시	271(33.1)	6(9.8)	277(31.5)	79.91***
	법원 판단에 맡김	321(39.2)	52(85.2)	373(42.4)	
	이혼사유가 안 됨	227(27.7)	1(1.6)	228(25.9)	
거짓말로 인한 불신	이혼사유로 명시	416(50.8)	11(18.0)	427(48.5)	60.91***
	법원 판단에 맡김	305(37.2)	45(73.8)	350(39.8)	
	이혼사유가 안 됨	98(12.0)	3(4.9)	101(11.5)	
배우자의 잦은 가출·외박	이혼사유로 명시	501(61.2)	14(23.0)	515(58.5)	67.88***
	법원 판단에 맡김	257(31.4)	43(70.5)	300(34.1)	
	이혼사유가 안 됨	61(7.4)	2(3.3)	63(7.2)	
사치·낭비·허영	이혼사유로 명시	313(38.2)	7(11.5)	320(36.4)	63.09***
	법원 판단에 맡김	388(47.4)	52(85.2)	440(50.0)	
	이혼사유가 안 됨	118(14.4)	0(0.0)	118(13.4)	

129) 이는 전문가들의 경우 이혼사유를 포괄적으로 보다는 구체적으로 명시하자는 비율이 높았던 것(표 V-22)과 관련해서 다소 모순적인 결과이다.

구분		일반인	전문가	전체	χ^2
경제적 무능력	이혼사유로 명시	396(48.4)	11(18.0)	407(46.2)	65.58***
	법원 판단에 맡김	312(38.1)	47(77.0)	359(40.8)	
	이혼사유가 안 됨	111(13.6)	1(1.6)	112(12.7)	
빚보증/사업실패로 인한 경제적 파탄	이혼사유로 명시	258(31.5)	9(14.8)	267(30.3)	43.39***
	법원 판단에 맡김	370(45.2)	43(70.5)	413(46.9)	
	이혼사유가 안 됨	191(23.3)	7(11.5)	22.5	
정신병/알콜중독/도박	이혼사유로 명시	578(70.6)	24(39.3)	602(68.4)	72.46***
	법원 판단에 맡김	171(20.9)	35(57.4)	206(23.4)	
	이혼사유가 안 됨	70(8.5)	0(0.0)	70(8.0)	
중한 신체질병으로 인한 장기간의 고통	이혼사유로 명시	231(28.2)	13(21.3)	244(27.7)	57.75***
	법원 판단에 맡김	325(39.7)	44(72.1)	369(41.9)	
	이혼사유가 안 됨	236(32.1)	2(3.3)	265(30.1)	
전체		819(100.0)	59(100.0)	878(100.0)	$df=3$

*** $p<.001$. 양측 검정

일반 국민들의 경우 이혼사유로 구체적으로 명시하여야 한다는 의견이 “정신병이나 알코올 중독, 도박 등으로 인한 정상적 부부생활이 불능”인 때 70.6%, “배우자의 잦은 가출이나 외박”의 경우 61.2%, “배우자가 결혼조건을 속였거나 지속적인 거짓말로 인한 불신”이 50.8%, “배우자의 경제적 무능력 및 일하지 않고 빈둥거림으로 인한 곤궁”이 48.4%, “극심한 성격차이”가 39.8%이다. 이는 앞서 이러한 상황이 벌어졌을 때 단호하게 “이혼하겠다”고 응답한 비율이 높았던 사안이 중독 및 도박 그리고 습관적 가출 및 외박이었던 바와 상통한다.

위의 사안들에 관해 일반 국민들은 “이혼사유로서 구체적으로 명시해야 한다”는 의견이 가장 높은 비율을 차지한 반면, 전문가들은 법원이 판단하도록 하면 된다는 의견 비율이 가장 높다. 또한 일반 국민과 전문가 모두 “구체적으로 명시할 필요는 없고, 지금처럼 법원이 판단하도록 하면 된다”는 의견이 가장 많았지만, 지지하는 비율에서 확연한 차이를 보였던 사안은

“원만하지 않은 성생활”(일반 국민 45.2%, 전문가 85.2%), “종교생활로 인한 심각한 갈등”(일반 국민 39.2%, 전문가 85.2%), “배우자의 사치와 낭비 및 허영”(일반 국민 47.4%, 전문가 85.2%), “빚보증 혹은 사업실패 등으로 인한 경제적 파탄”(일반 국민 45.2%, 전문가 70.5%), “배우자의 중한 신체적 질병에 의해 부부간 교류가 불가능하고 고통과 부담이 장기간 이어짐”(일반 국민 39.7%, 전문가 72.1%) 등이다.

전문가의 응답에서는 이혼사유라고 볼 수 없다는 응답률이 거의 일관되게 5% 미만으로 나온 반면, 일반 국민들의 응답에서는 배우자의 신체적 중병으로 인한 고통과 원만하지 않은 성생활의 경우 이혼사유라고 볼 수 없다는 응답이 각각 32.1%와 30.5%이다. 이는 결혼을 부부간 친밀한 관계의 지속으로 보기보다는 여전히 도구적 제도로 보는 사회 분위기가 남아있음을 시사한다. 그런데 ‘사회적으로 바람직하게 받아들여지는(?)’ 응답을 하는 성향이 반영되었을 가능성 역시 배제할 수 없다. 그러므로 성생활이 원만하지 않은 경우 및 배우자의 중병으로 인한 고통 등과 같이 어느 한편의 잘못이라고 할 수 없는 이유들을 구체적인 이혼사유로 명시하는 것이 시기상조라는 단안을 내리기 이전에 응답자 오류 가능성을 염두에 두어야 한다.

일반 국민의 의견 중에서 남성과 여성의 의견 차이가 유의미하게 나타난 사안들은 결혼조건 사기 및 지속적 거짓말, 배우자의 무능으로 인한 빈곤, 배우자의 사업실패로 인한 경제적 파탄, 배우자의 낭비와 허영 등의 경우이다(표 V-24). 이들 사안들이 이혼사유로 명시되어야 한다는 응답 비율이 여성들의 경우에 훨씬 높다. 이는 이혼을 고려할 때 경제적 문제 및 배우자에 대한 신뢰 여부에 여성들이 훨씬 큰 비중을 둔다는 것을 의미한다.

〈표 V-24〉 기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유에 관한 의견(일반 국민 성차)

(단위: 명, %)

구분	일반 국민		전체	χ^2
	남성	여성		

구분		일반 국민		전체	χ^2
		남성	여성		
거짓말로 인한 불신	이혼사유로 명시	194(47.5)	222(54.0)	416(50.8)	6.09*
	법원 판단에 맡김	169(41.4)	136(33.1)	305(37.2)	
	이혼사유가 안 됨	45(11.0)	53(12.9)	98(12.0)	
사치·낭비·허영	이혼사유로 명시	141(34.6)	172(41.8)	313(38.2)	6.61*
	법원 판단에 맡김	198(48.5)	190(46.2)	388(47.4)	
	이혼사유가 안 됨	69(16.9)	49(11.9)	118(14.4)	
경제적 무능력	이혼사유로 명시	176(43.1)	220(53.5)	396(48.4)	10.13**
	법원 판단에 맡김	166(40.7)	146(35.5)	312(38.1)	
	이혼사유가 안 됨	66(16.2)	45(10.9)	111(13.6)	
빛보증/사업실패로 인한 경제적 파탄	이혼사유로 명시	110(27.0)	148(36.0)	258(31.5)	10.08**
	법원 판단에 맡김	188(46.1)	182(44.3)	370(45.2)	
	이혼사유가 안 됨	110(27.0)	81(19.7)	191(23.3)	
전체		408(100.0)	411(100.0)	819(100.0)	$df=3$

* $p<.05$, ** $p<.01$. 양측 검정

다) 파탄(부부관계 회복 전망이 없음) 추정 기간에 관한 의견

앞에서 재결합 의사가 없는 장기 별거의 경우, 상담을 통한 회복 노력 없이 바로 이혼하겠다는 응답이 일반 국민들의 경우 61.5%로 상당히 높은 것을 확인하였다(표 V-10). 그렇다면 가정불화를 이유로 한 별거가 어느 만큼 일 때 더 이상 부부관계를 회복할 전망이 없다고 생각하는지 알아보았다.

일반 국민의 경우 “사안에 따라 다르게 판단해야 한다”고 응답한 21.3%(177명)를 제외한 78.7%(648명)의 응답 평균치가 2.5년(표준편차=11.8)으로서 부부관계를 회복할 전망이 없다고 판단할 수 있는 별거기간을 그리 길게 인식하고 있지 않음을 확인할 수 있다(표 V-25). 한편 전문가들 중 “사안에 따라 다르게 판단해야 한다”고 응답한 31.1%를 제외한 68.9%의 응답의 평균치가 3.3년 정도이다.

부부관계를 회복할 전망이 없다고 판단할 만한 별거기간을 “2년 미만”이

라고 하는 응답도 일반인들의 경우엔 36.6%에 달하지만, 전문가들의 응답 비율은 현저히 낮고(14.8%) 오히려 4년 이상을 선택한 비율(16.4%)이 일반 국민(7.8%)의 2배에 해당한다.

〈표 V-25〉 파탄(부부관계 회복 전망 없음) 추정 별거기간에 관한 의견

(단위: 명, %)

구 분	일반인	전문가	전체	χ^2
2년 미만	300(36.6)	9(14.8)	309(35.1)	30.81***
2년 이상 4년 미만	252(30.8)	19(31.1)	271(30.8)	
4년 이상 6년 미만	64(7.8)	10(16.4)	74(8.4)	
6년 이상 8년 미만	18(2.2)	3(4.9)	21(2.4)	
8년 이상 10년 미만	1(0.1)	-	1(0.1)	
10년 이상	7(0.9)	-	7(0.8)	
사안에 따라 판단	177(21.3)	19(31.1)	196(22.3)	
잘 모르겠다	-	1(1.6)	1(0.1)	df=7
전 체	819(100.0)	60(100.0)	879(100.0)	

*** $p < .001$. 양측 검정

라) 재판상 이혼과정에서의 유책 판단에 대한 의견

재판을 통한 이혼을 할 경우 법원은 결정을 내리기 위해 유책 판단을 하게 된다. 그러나 그 과정에서 지나친 사생활 노출과 당사자 간의 감정대립은 이혼 후의 관계에 부정적 영향을 미친다는 부정적인 시각도 존재한다. 한편 이러한 유책 판단은 이혼의 성사 여부뿐만 아니라 위자료나 재산분할 산정의 기초가 되므로 유책 판단은 꼭 필요하다는 의견도 존재한다. 이는 파탄주의 수용성 여부를 판단하는 기초가 되는 내용이다. 그래서 일반 국민과 전문가를 대상으로 이에 대한 의견을 조사하였다.

일반 국민의 65.8%와 전문가의 67.3%가 “잘못이 없는 배우자가 잘못된 배우자에게 위자료를 받을 수 있도록 잘잘못을 가려야 한다”는 의견을 보이고 있음을 알 수 있다. 성별간의 유의미한 차이는 나타나지 않았다.

〈표 V-26〉 이혼과정에서의 유책 판단에 관한 의견(일반 국민과 전문가)

(단위: 명, %)

구 분		일반인	전문가	전체	χ^2
이혼과정에서의 유책 판단	찬성	539(65.8)	41(67.3)	580(65.9)	0.05
	반대	280(34.2)	20(32.8)	300(34.1)	
전 체		819(100.0)	61(100.0)	880(100.0)	$df=1$

마) 유책배우자의 이혼 청구에 관한 의견(파탄주의에 대한 수용성)

구체적인 경우를 예로 든 질문에서는 일반적이고 추상적인 질문의 경우와는 반대의 응답 성향으로 나타난다. 즉 무책 배우자라도 상대방과 재동거하려는 의사도 없는 상태에서 보복성 목적으로 이혼에 응하지 않는다면 유책배우자의 이혼청구라도 수용해야 한다는 응답의 평균값은 2.71로서 동의율이 높다. 게다가 회복 불능의 결혼관계라고 판단된다면 유책배우자의 이혼청구를 수용해야 한다는 응답의 평균값은 2.82를 상회한다. 물론 동일 문항에 관한 전문가들의 동의 정도는 훨씬 더 높다. 그러므로 관계 회복의 시도가 없거나 회복이 불가능할 경우 혼인을 해소할 수 있도록 해야 한다는 식으로 혼인의 질에 주목하는 파탄주의 원칙이 제한적이거나 국민 정서에 수용되고 있음을 확인할 수 있다.

〈표 V-27〉 파탄주의에 대한 수용성 척도 및 항목별 평균치

구분	일반국민		전문가		t-값
	Mean	SD	Mean	SD	
잘못 여부에 상관없이 누구나 이혼 청구 가능	2.44	0.79	2.49	0.77	-.51
유책배우자의 이혼청구 절대 불수용	2.59	0.78	2.05	0.72	5.24***
무책배우자의 이혼의사에 따라 결정	2.73	0.75	2.51	0.70	2.25*
보복 목적 이혼 불응시 예외적 인용	2.71	0.70	3.30	0.97	-6.11***

구분	일반국민		전문가		t-값
	Mean	SD	Mean	SD	
관계회복 전망 없을시 유책배우자의 이혼청구 인용	2.82	0.71	3.02	0.59	-2.07*
파탄주의에 대한 수용성 (위 5문항의 평균치)	2.59	0.42	2.82	0.51	-4.01***
N	819		61		

* $p<.05$, *** $p<.001$. 양측 검정

한편, <표 V-4>에서 제시한 파탄주의에 관한 수용성 척도를 가지고 파탄주의에 대한 수용성 정도를 측정한 결과, 일반 국민의 파탄주의 수용성은 2.59로서 중간 수준이다. 반면 전문가의 경우엔 2.82로서 일반 국민보다 훨씬 수용적이다(표 V-27). 파탄주의에 대한 수용성에 있어 유의미한 성차는 나타나지 않았다.

다음으로 파탄주의 원칙을 우리 사회에 도입하는 것에 관해 어떻게 생각하는지를 직접적으로 질문하였다. “① 우리 사회에는 아직 시기상조이다(유책주의 고수). ② 이혼 이후 불리한 지위에 놓이는 배우자나 자녀를 위한 보호 제도를 두고, 제한적으로 수용한다(파탄주의 제한적 수용). ③ 이혼할 수 있는 자유는 국민의 기본권이므로 아무런 제한 없이 파탄주의를 전면 도입해야 한다(파탄주의 전면적 수용)”는 세 가지 선택지를 제시하고 그 중 하나를 택하도록 하였다.

이에 관해서, 일반 국민들의 정서상 파탄주의 이혼법은 우리 사회에 아직 시기상조라는 거부 입장이 30% 이상이고, 파탄주의의 전면적 도입을 찬성하는 의견은 10% 내외이다. 전문가들은 파탄주의 이혼법의 도입에 반대하는 비율이 8.2%로 일반인보다 현저히 낮은 것은 사실이다. 그럼에도 불구하고 전문가들 역시 파탄주의의 전면적 도입에 찬성하는 비율(11.5%)은 일반인(10.4%)과 마찬가지로 낮다.

따라서 파탄주의 원칙을 전면적으로 도입하는 것은 무리가 있어 보인다. 이혼 후 자녀 및 취약한 배우자를 보호하는 제도를 적용한 제한적 수용에 대해서는 일반인의 55.4%가 찬성하고 전문가들의 경우에는 78.7%가 찬성

한다(표 V-28). 이로 미루어 자녀 및 불리한 위치의 배우자를 보호할 수 있는 규정을 두어 잘 보완하는 선에서 파탄주의 원칙을 수용하는 방향으로 이혼법의 개정 방향을 잡는 것이 무리가 없을 것으로 보인다.

〈표 V-28〉 파탄주의 도입에 관한 찬성 비율(일반인과 전문가)

(단위: 명, %)

구 분	일반인	전문가	전체	χ^2
아직 시기상조	280(34.2)	5(8.2)	285(32.4)	30.72***
배우자 보호조건 아래 제한적 수용	454(55.4)	48(78.7)	502(57.0)	
파탄주의 전면 도입	85(10.4)	7(11.5)	92(10.5)	
잘 모름	-	1(0.1)	1(0.1)	
전 체	819(100.0)	61(100.0)	880(100.0)	df=3

*** $p < .001$. 양측 검정

파탄주의 원칙 도입에 관한 의견에 있어서 유의미한 성차는 나타나지 않았지만, 연령대에 따른 차이는 뚜렷하다(표 V-29). “우리 사회에는 아직 시기상조”라고 응답한 비율이 젊은 세대일수록 낮다. 반면에 “이혼 후 불리한 지위에 놓이는 배우자나 자녀를 위한 보호제도를 두고 제한적으로 수용해야 한다”고 응답한 비율은 젊은 세대일수록 높다. 즉, 여러 보완장치를 둔 제한적 파탄주의에 관해서 젊은 세대일수록 수용성이 높음을 의미한다. 반면에 “이혼할 자유는 국민의 기본권이므로 제한 없이 파탄주의를 전면 도입해야 한다”는 의견에 관해서는 연령층을 막론하고 낮지만, 이 항목에 관해서 40-50대는 60대의 두 배를 넘고 20-30대 보다도 꽤 높은 비율의 응답자들이 찬성을 표하고 있다.

〈표 V-29〉 파탄주의 도입에 관한 연령대별 차이

(단위: 명, %)

구 분	일반인 연령			전체	χ^2
	19-39세	40-59세	60세 이상		
아직 시기상조	94(29.8)	102(30.2)	84(50.6)	280(34.2)	27.63***
배우자 보호조건 아래 제한적 수용	190(60.3)	192(56.8)	72(43.4)	454(55.4)	
파탄주의 전면 도입	31(9.8)	44(13.0)	10(6.0)	85(10.4)	
전 체	315(100.0)	338(100.0)	166(100.0)	819(100.0)	$df=4$

*** $p<.001$. 양측 검정

파탄주의 수용성에 있어서 결혼 경험 유무에 따른 차이는 유의미하지 않지만, 결혼 경험이 있는 사람들 중에서 이혼 경험의 유무에 따라 파탄주의 수용성 정도는 차이를 보인다. 이혼 경험이 없는 사람들이 “파탄주의가 시기상조”라 응답하는 비율이 높다. 반면에 이혼 경험이 있는 응답자들은 “제한적 파탄주의”를 지지하는 비율이 상대적으로 높고, 전면적 파탄주의에 대해서도 이혼경험이 없는 사람들보다는 상당히 수용적이다(표 V-30).

〈표 V-30〉 이혼경험 유무에 따른 파탄주의 도입에 관한 의견 차이

(단위: 명, %)

구 분	이혼경험		전체	χ^2
	없음	있음		
아직 시기상조	225(36.7)	3(14.3)	228(36.0)	6.86*
배우자 보호조건 아래 제한적 수용	327(53.3)	13(61.9)	340(53.6)	
파탄주의 전면 도입	61(10.0)	5(23.8)	66(10.4)	
전 체	613(100.0)	21(100.0)	634(100.0)	$df=2$

* $p<.05$. 양측 검정

- 이혼경험 유무에 관한 분석은 결혼경험이 있는 응답자만을 대상으로 함.

바) 파탄주의로의 전환 이후 전개될 상황에 관한 전망

(1) 파탄주의로의 전환 이후 전개될 상황에 관한 구체적 전망

(가) 일반 국민과 전문가의 의견 차이

일반 국민들은 파탄주의 이혼법이 도입될 경우의 제시된 부정적 전망 가능성 다섯 가지 모두에 대하여 우려가 크다(표 V-31). 즉, “경제적 약자의 입장이 불리해질 것(2.99)”이고, “무책배우자가 억울한 이혼을 당하는 경우가 늘어나며(2.98)”, “이혼율이 높아질 것(2.89)”이고, “결혼에 대한 의무를 지키지 않아도 된다는 분위기가 퍼질 것(2.88)”이며 또한 “판사의 성향에 따라 이혼 허용여부가 달라질 것(2.81)”이라고 전망한다. 반면에 파탄주의 이혼법을 도입할 경우 “회복 가능성이 없는 결혼관계에서 벗어나 새로운 삶을 시작할 가능성이 높아질 것”이라는 전망에 관해 비교적 긍정적인 응답을 하고 있다(2.69). 그리고 “이혼당하지 않기 위해 부부가 서로 노력할 것”이라는 전망에 관해서도 다소 긍정적인 답을 하고 있다(2.60). 이를 종합하면 회복 불능의 부부는 관계를 종결하기 쉬워지고 부부생활 동안에는 관계를 유지하기 위해 노력하게 하는 효과가 있을 것이라는 의미로서는 긍정적이다. 그러나 긍정적 낙관을 나타내는 문항 중 이혼 후에도 전 배우자와 원만한 관계를 유지하게 될 것이며 이혼 후 자녀 양육을 위한 협조가 더 잘 이루어질 것이라는 항목에 관해서는 응답의 평균치가 2.5에 채 못 미치고 있어서, 이러한 전망들이 일반 국민들에게 그다지 설득력을 지니지 못하고 있음을 알 수 있다.

한편 파탄주의 도입 시의 부정적 전망을 나타내는 문항 5가지의 경우 모두 전문가들의 응답이 일반 국민들보다 훨씬 긍정적이다(표 V-31). 그리고 “결혼에 대한 의무를 지키지 않아도 된다는 분위기가 퍼질 것(2.36)”이라는 전망에 관해서 전문가들은 수긍하지 않는 응답이 많고, “이혼율이 높아질 것(2.48)”이라거나 “판사의 성향에 따라 이혼 허용 여부가 달라질 것(2.49)”이라는 전망에 관해서 역시 중립적인 자세를 견지할 뿐 우려하는 성향이라고 볼 수 없다. 다만 “경제적인 약자 특히 전업주부의 입장이 불리해질 것(2.77)”이라는 전망과 “무책 배우자가 원치 않는 이혼을 당해서 고통스러워질 것(2.64)”

이라는 전망에 관해서 다소간의 우려를 표시하고 있다. 그렇지만 이 두 항목에 있어서 역시 일반인들의 우려 정도와는 다르다. 한편 “회복 가능성이 없는 결혼관계에서 벗어날 수 있는 가능성이 높아질 것”이라는 견해와 “이혼 후에도 전 배우자와 원만한 관계를 유지하게 될 것이며 이혼 후 자녀양육을 위한 협조가 잘 이루어질 것”이라는 전망에 관해서는 전문가들이 동의하는 정도가 일반 국민들보다 훨씬 높다. 그렇지만 “이혼의 문턱이 낮아지므로 혼인관계에 있는 부부들이 관계유지를 위해 노력할 것인지”에 관한 전망에 있어서는 전문가들이 일반 국민들보다 오히려 회의적이다.

종합적으로 판단할 때 파탄주의 이혼법 도입에 관한 일반 국민들의 우려는 상당히 높다. 반면에 전문가들은 낙관적인 전망이 일반인들보다 훨씬 우세하다. 위의 항목들 중 일반 국민과 전문가 의견에서 공통적으로 가장 우려하고 있는 것을 순서대로 들자면 “경제적인 약자 특히 전업주부의 입장이 불리해질 것”이고 “무책 배우자가 원치 않는 이혼을 당해서 고통스러워질 것”이라는 등이다. 이들은 약자 보호에 관한 차원과 더불어 여전히 유책 여부에 관한 고려가 어떤 방식으로든 보완되어야 할 것이라는 정서와 연관되어 있다. 따라서 파탄주의 이혼법이 가져올 장점을 취하되 새로운 이혼법이 우리 사회에 정착될 수 있으려면 이들을 우선적으로 고려한 일련의 보완책들이 먼저 마련되고 충분히 홍보되어야 한다.

〈표 V-31〉 파탄주의 도입시 구체적 전망에 관한 일반국민과 전문가 차이

구 분	일반인			전문가			t-값
	N	Mean	SD	N	Mean	SD	
이혼허용 여부가 판사의 성향에 따라 달라짐	819	2.81	0.63	61	2.49	0.67	3.73***
이혼율 상승	819	2.89	0.72	61	2.48	0.57	4.37***
무책배우자의 원치않은 이혼으로 인한 고통	819	2.98	0.67	61	2.64	0.66	3.79***
결혼에 대한 의무를 지키지 않아도 된다는 분위기 확산	819	2.88	0.71	61	2.36	0.63	5.55***

구 분	일반인			전문가			t-값
	N	Mean	SD	N	Mean	SD	
경제적 약자의 입장이 불리해짐	819	2.99	0.68	61	2.77	1.06	2.36*
전 배우자와 원만한 관계 유지 및 자녀양육 협조 잘 이루어짐	819	2.43	0.59	61	2.72	0.64	-3.63***
회복 가능성이 없는 결혼관계에서 해방	819	2.69	0.65	61	3.03	0.48	-4.00***
이혼 피하기 위한 부부 사이의 노력 증가	819	2.60	0.67	61	2.36	1.03	2.53*

* $p<.05$, *** $p<.001$. 양측 검정

(나) 사회인구학적 범주에 따른 차이

이하에서는 일반 국민을 대상으로 한 조사에서 파탄주의 도입 이후의 전망에 대하여 사회 인구학적 범주에 따른 차이를 보인 사안만을 골라 제시하고자 한다. 제시되지 않은 항목은 통계적으로 유의한 차이를 보이지 않고, 앞에서 제시한 일반 국민의 응답 성향과 유사하다.

우선, 성별에 따른 차이를 보이는 항목은 “결혼에 대한 의무를 지키지 않아도 된다는 분위기가 확산될 것”이라는 점과 “경제적 약자, 특히 전업주부의 입장이 불리해 질 것”이라는 점으로서, 여성들이 남성들보다 우려하는 정도가 더 높다.

〈표 V-32〉 파탄주의 원칙 도입시의 전망에 관한 일반인 성차

구 분	남성			여성			t-값
	N	Mean	SD	N	Mean	SD	
결혼에 대한 의무를 지키지 않아도 된다는 분위기 확산	408	2.82	0.67	411	2.94	0.73	-2.40*
경제적 약자의 입장이 불리해짐	408	2.91	0.72	411	3.08	0.63	-3.67***

* $p<.05$, *** $p<.001$. 양측 검정

가구소득이 월 500만 원 이상인 고소득 계층이 월 100만 원 미만의 저소득 계층에 비해 우려하는 정도가 여실히 높다(표 V-33). 이는 가구소득이 높은 가정에서의 이혼은 생활수준의 하락으로 이어지지만, 빈곤층의 경우에는 이혼이 경제적 상황에 미치는 영향이 미미하기 때문일 것이다. 이혼으로 인한 전업주부의 생활수준 변화 역시 고소득층의 경우에 확연하지, 빈곤 계층의 경우엔 별 의미가 없는 내용일 수 있다.

〈표 V-33〉 파탄주의 원칙도입시의 전망에 관한 가구소득별 차이

구 분	가구소득				전체	F-값 (df=3)
	월 100만원 미만	월 100만원 - 월 300만원 미만	월 300만원 - 월 500만원 미만	월 500만원 이상		
무책배우자의 원치않은 이혼으로 인한 고통	2.79b	2.91ab	2.99ab	3.13a	2.98	4.54**
경제적 약자의 입장이 불리해짐	2.89b	2.94ab	2.99ab	3.14a	2.99	3.23*

* p<.05, ** P<.01. 양측 검정

거주지별로는 “판사의 성향에 따라 이혼 허용여부가 달라진다”는 항목에 관해서는 대도시 거주 응답자나 읍면부 거주자들에 비해 중소도시 응답자들의 우려 정도가 덜한 것으로 나타났다(표 V-34).

〈표 V-34〉 파탄주의 원칙 도입시의 전망에 관한 거주지별 차이

구 분	지역구분			전체	F-값 (df=2)
	대도시	중소도시	읍면부		
이혼 허용 여부가 판사의 성향에 따라 달라짐	2.88a	2.71b	2.84a	2.81	6.31**

** p<.01. 양측 검정

- 평균이 높은 순서대로 a, b를 부가하여 평균차이의 유의미성을 표시하였다. 즉 a와 b는 각각 유의미한 평균차이를 의미한다.

그 외에 연령대와 학력, 개인소득과 결혼 및 이혼경험에 따른 파탄주의 도입 이후 상황의 전망에 있어서 유의미한 차이는 관찰되지 않았다.

종합하자면, 즉 파탄주의 원칙 자체에는 전반적으로 수용적이면서도, 막상 파탄주의 이혼법이 도입될 경우에 우려하는 바가 많음을 확인하였다. 따라서 이러한 우려들을 불식시키기 위한 제도적 노력이 선행되어야 한다.

(2) 전반적인 전망

<표 V-6>에서 제시한 파탄주의 도입 이후 상황 전망에 관한 개별 문항을 가지고 구성한 “파탄주의 도입 이후 상황 전망 척도”를 가지고 측정한 결과에 따르면, 파탄주의 도입 이후 상황에 관해 일반 국민들은 전망치가 2.45로서 중간 정도이다. 반면 전문가들의 전망치는 2.64로서 일반 국민들보다 높고, 다소 긍정적인 경향이다. 이로써 파탄주의 도입 이후의 상황에 관해 일반인들이 우려하는 것에 반해 전문가들은 다소 낙관적이라고 할 수 있다.

〈표 V-35〉 파탄주의 도입 이후 상황 전망 차이(일반국민 대 전문가)

구 분	일반인			전문가			t-값
	N	Mean	SD	N	Mean	SD	
파탄주의 도입 이후 상황에 관한 전망	819	2.45	0.39	61	2.64	0.42	-3.60***

*** p<.001. 양측 검정

3) 파탄주의 수용을 위한 보완 사항

파탄주의 원칙을 도입할 경우 보완해야 할 만한 사항으로서 아래 <표 V-36>의 9가지 항목을 제시하였다.

〈표 V-36〉 파탄주의 수용을 위한 보완 사항

구분	내용
문항 (총 9문항)	① 이혼 전에 일정한 기간 동안 별거하면서 혼인에 관해 생각해 볼 시간을 갖도록, 이혼 전 별거기간을 이혼요건으로 규정해야 한다.
	② 혼인 파탄 여부를 구분하는 근거조항을 세부적이고 구체적으로 명시해야 한다.
	③ 이혼 전에 전문가에 의한 상담을 의무화해야 한다.
	④ 결혼 중에 배우자로부터 입은 손해에 대해 손해배상을 청구할 수 있는 규정을 명시해야 한다.
	⑤ 경제력이 없는 배우자는 전 배우자로부터 부양을 받을 수 있는 법적 규정을 두어야 한다.
	⑥ 경제력이 부족한 배우자가 재산을 더 많이 분할 받을 수 있는 규정을 두어야 한다.
	⑦ 미성년 자녀의 양육에 관하여 법원이 개입할 수 있도록 구체적으로 명시해야 한다.
	⑧ 어린 자녀가 있는 부부의 경우, 일정 기간 동안 이혼을 보류하는 조항을 두어야 한다.
	⑨ 이혼을 할 경우 배우자의 특별한 사정으로 고통이 클 것으로 판단되면, 이혼을 보류하는 조항을 두어야 한다.
측정도구	4점 리커트 척도

각 항목들에 관한 필요성 인식 정도를 “전혀 필요하지 않다(1)”에서 “매우 필요하다(4)”에 이르는 4점 척도로 측정하였다. 위의 항목들에 관한 응답 범위는 1에서 4이므로 중위수는 2.5이다. 따라서 2.5를 기준하여 점수가 증가할수록 해당 항목에 관해 필요성을 긍정하는 경향이 강하고, 점수가 감소할수록 해당 항목에 관한 필요성을 인정하지 않는 의견이 강한 것으로 해석이 가능하다.

가) 일반 국민과 전문가 의견

일반 국민과 전문가들 모두 평균이 2.5이상으로 나타나 위의 항목 전체에 관한 필요성에 전반적으로 동의하고 있음을 확인하였다(표 V-37). 따라서 보완되어야 할 항목으로서 두루 고려해 볼 필요가 있음을 시사한다.

일반 국민의 경우 보완 필요성에 동의하는 정도가 높은 것은 “미성년 자녀 양육에 관한 법원 개입(3.16)”, “이혼 전 전문가에 의한 상담 의무화(3.13)”, “객관적인 파탄 추정 규정 마련(3.07)”, “혼인 중의 손해배상청구 규정 마련(3.05)”, “어린 자녀가 있는 경우의 이혼 보류(3.04)” 순이다. “미성년 자녀양육에 관한 법원 개입”의 필요성에 동의하는 정도가 가장 높게 나온 것은 일반 국민들이 각 성인 배우자의 행복추구권에 앞서 미성년 자녀의 부모로서의 역할 그리고 자녀의 복리에 방점을 두고 있음을 의미하며, 또한 이혼 시 미성년 자녀가 가장 취약한 상태에 처할 수 있음을 인지하고 있다는 의미이기도 하다.

반면에 이혼 전 별거기간을 이혼요건으로 규정해야 한다든지, 경제력이 부족한 배우자가 재산을 더 많이 분배받을 수 있도록 해야 한다든지, 혹은 배우자가 특별히 고통에 처했다고 판단될 경우 이혼을 보류할 수 있도록 해야 한다는 것에 관해서는 여타 항목에 비해 동의하는 정도가 낮은 편이다. 이혼을 결심한 이상 법으로 인해 지체되지 않고 빨리 해소될 수 있기를 바라는 경향이 해당 항목들의 필요성에 대한 동의 정도를 상쇄했을 가능성이 있다.

파탄주의 수용시 보완 사항에 관한 일반 국민과 전문가의 의견에는 통계적으로 유의한 차이가 있다. “미성년 자녀양육에 관해 법원이 개입할 수 있도록 명시해야 한다”는 항목과 “경제력이 없는 배우자는 전 배우자로부터 부양을 받을 수 있는 법적 규정이 필요하다”는 항목에 관해서는 그 필요성에 동의하는 정도는 전문가가 높고 일반 국민은 상대적으로 낮다. 이는 이혼 후에 벌어질 생활상의 문제 및 자녀양육 문제에 관한 법적·사회적 보호의 필요성에 관해서 전문가들이 훨씬 심각하게 인지하고 있다는 의미이다.

한편 “혼인 파탄 여부를 구분하는 근거 조항을 세부적이고 구체적으로 명시해야 한다”는 항목에 관해서 일반 국민의 동의 정도가 전문가보다 높다. 이는 본 전문가 조사의 대상 중에 혼인 파탄을 결정하는 판사들이 다수 속해 있는 집단적 특성이 반영된 결과일 수 있다. 어쨌든 일반 국민들 사이에서 파탄주의 도입과 더불어서 혼인이 파탄되었다고 판단할 만한 객관적 규정 마련의 필요성에 대한 인식이 상당히 높음(3.07)을 눈여겨봐야 한다.

〈표 V-37〉 파탄주의 수용시 보완 사항에 관한 일반인과 전문가 차이

구 분	일반인			전문가			t-값
	N	Mean	SD	N	Mean	SD	
이혼 전 별거기간 규정	819	2.84	0.67	61	2.70	0.76	1.53
객관적인 파탄 추정 규정	819	3.07	0.65	61	2.85	0.72	2.49*
이혼 전 전문가에 의한 상담 의무화	819	3.13	0.72	61	3.21	0.73	-0.91
혼인 중의 손해배상청구 규정	819	3.05	0.63	61	3.13	1.4	-0.85
배우자 부양 근거 마련	819	2.90	0.73	61	3.21	1.1	-3.08**
재산분할시 경제적이 부족한 배우자에 대한 고려	819	2.79	0.73	61	2.79	1.1	0.03
미성년 자녀 양육에 관한 법원 개입	819	3.16	0.62	61	3.49	0.98	-3.81**
어린 자녀가 있는 경우 이혼 보류	819	3.04	0.64	61	3.03	1.1	0.09
배우자의 특별한 사정 고려 이혼보류	819	2.85	0.60	61	2.89	1.1	-0.39

* $p<.05$, ** $p<.01$. 양측 검정

나) 사회 인구학적 범주에 따른 차이

이하에서는 일반 국민을 대상으로 한 조사에서 파탄주의 원칙을 도입할 경우 보완 사항의 필요성에 관하여 사회 인구학적 범주에 따른 차이를 보인 사안만을 골라 제시하고자 한다. 제시되지 않은 항목은 통계적으로 유의한 차이를 보이지 않고, 앞에서 제시한 일반 국민의 응답 성향과 유사하다.

우선, 파탄주의 원칙을 도입할 경우 보완 사항의 필요성에 관해 성별에 따른 차이는 여러 항목에서 나타난다(표 V-38). 결혼 중에 입은 손해에 대하여 손해배상을 청구할 수 있는 규정을 명시해야 한다는 제안에 관해서, 여성이 남성보다 더 적극적이다. 즉, 이혼 여부에 관한 자격요건이 아니더라도 유책 배우자가 무책배우자에게 잘못에 대한 배상을 하도록 해야 한다는 정서가 여성에게 더욱 강하게 존재하고 있음을 시사한다. 경제력이 없는 배우자는 전 배우자로부터 부양을 받을 수 있는 법적 규정이 필요하다는 항목에서도

역시 여성이 남성보다 동의하는 비율이 높다. 여전히 기혼 여성의 취업률이 남성보다 낮고 남성 일인 부양자 가족이 여전히 많은 상황에서, 여성들이 이혼을 경험할 경우 닥쳐 올 경제적 불안감을 반영하는 결과이다.

〈표 V-38〉 파탄주의 수용시 보완사항에 관한 성별 차이

구 분	남성			여성			t-값
	N	Mean	SD	N	Mean	SD	
혼인 중의 손해배상청구 규정	408	2.95	0.94	411	3.16	0.74	-4.87***
배우자 부양 근거마련	408	2.82	1.07	411	2.99	1.12	-3.35**

** $p < .01$, *** $p < .001$. 양측 검정

다음으로 파탄주의 원칙을 도입할 경우 보완 사항의 필요성에 관해 개인소득과 가구소득에 따른 유의미한 차이가 나타났다. 개인소득에 따라 “이혼 전에 전문가 상담을 의무화해야 한다”는 항목에 관해, 월 300만 원 이상인 응답자들이 월 100만 원 이상 월 300만 원 미만의 중간 계층보다 필요성을 더 높게 인식하고 있다. 이는 고소득의 직업군에서 상담의 필요성을 더 높이 평가하고 있다는 의미이다. 반면에 “경제력이 없는 배우자는 전 배우자로부터 부양을 받을 수 있는 법적 규정이 필요하다”는 항목에 관해서는 월 100만 원 미만인 응답자들이 월 100만 원 이상 월 300만 원 미만의 응답자들보다 필요성을 높게 인식하고 있다. 이에 관한 해석에 있어서, 개인소득 월 100만 원 미만의 범주 안에는 저소득층의 응답자도 있지만 전업주부들이 많다는 점을 감안해야 한다. 전업주부의 경우 경제력이 없으므로 이혼을 하면 경제적 취약계층으로 전락할 위험성이 매우 높다. 따라서 이들이 경제력이 없는 배우자에 대한 부양 근거 마련에 대한 필요성을 절실히 느끼고 있는 것이다(표 V-39).

〈표 V-39〉 파탄주의 수용시 보완사항에 관한 개인소득별 차이

구분	개인소득			전체	F-값 (df=2)
	월 100만원 미만	월 100만원 - 월 300만원 미만	월 300만원 이상		
이혼 전 전문가에 의한 상담 의무화	3.10ab	3.09b	3.26a	3.12	3.58*
배우자 부양 근거 마련	2.99a	2.81b	2.93ab	2.90	5.51**

* p<.05, ** p<.01. 양측 검정

- 평균이 높은 순서대로 a, b를 부가하여 평균차이를 표시하였다. 즉 a와 b는 각각 유의미한 평균차이를 의미한다. ab는 양쪽 어디와도 유의미한 평균차이가 없는 경우이다.

또한 가구소득에 따라 “이혼 전 별거기간을 이혼요건으로 규정해야 한다”는 항목과 “이혼 전에 전문가 상담을 의무화해야 한다”는 항목의 필요성을, 월 500만 원 이상의 계층이 월 100만 원 미만의 저소득층에 비해 높게 인식하고 있다. 가구소득은 그 자체로서 계층을 나타내는 지표이다. 즉, 고소득 계층에서 전문가 상담의 필요성 및 이혼여부를 신중히 고민해 볼 별거기간이 필요하다고 느끼는 반면, 저소득층에서는 그러한 면들을 염두에 둘 여유가 없거나 혹은 이혼 사유들이 보다 급박한 것들일 가능성이 있다(표 V-40).

〈표 V-40〉 파탄주의 수용시 보완사항에 관한 가구소득별 차이

구 분	가구소득				전체	F-값 (df=3)
	월 100만원 미만	월 100만원 - 월 300만원 미만	월 300만원 - 월 500만원 미만	월 500만원 이상		
이혼 전 별거기간 규정	2.70b	2.79ab	2.86ab	2.96a	2.84	2.69*
이혼 전 전문가에 의한 상담 의무화	2.91b	3.04ab	3.17ab	3.24a	3.13	4.19**
배우자 부양 근거 마련	2.74b	2.78b	2.95ab	3.06a	2.90	6.12***

* p<.05, ** p<.01, *** p<.001. 양측 검정

- 평균이 높은 순서대로 a, b를 부가하여 평균차이를 표시하였다. 즉 a와 b는 각각 유의미한 평균차이를 의미한다. ab는 양쪽 어디와도 유의미한 평균차이가 없는 경우이다.

거주지별 차이를 보이는 항목도 있다. “경제력이 없는 배우자는 전 배우자로부터 부양을 받을 수 있는 법적 규정이 필요하다”는 항목에 동의하는 정도는 읍면부 거주자들에 비해 대도시 거주자들이 높다(표 V-41).

반면 연령대와 학력, 결혼 경험과 이혼 경험에 따른 차이는 유의미하지 않다.

〈표 V-41〉 파탄주의 수용시 보완사항에 관한 거주지별 차이

구 분	거주지			전체	F-값 (df=2)
	대도시	중소도시	읍면부		
혼인 중의 손해배상청구 규정	3.02a	3.12a	2.98a	3.05	3.11*
배우자 부양 근거 마련	2.99a	2.84ab	2.78b	2.90	5.90**
미성년 자녀 양육에 관한 법원 개입	3.12a	3.23a	3.11a	3.16	3.09*

* $p<.05$, ** $p<.01$. 양측 검정

- 평균이 높은 순서대로 a, b를 추가하여 평균차이를 표시하였다. 즉 a와 b는 각각 유의미한 평균차이를 의미한다. ab는 양쪽 어디와도 유의미한 평균 차이가 없는 경우이다.

4) 협의이혼과 재판상 이혼의 통합

이혼과정에서 이혼의 원인과 그 잘못을 따지지 않고 관계 회복의 전망이 없다는 사실만으로 이혼을 인정하게 되면, 협의에 의한 이혼과 재판을 통한 이혼은 그 요건과 절차 면에서 통합되거나 조정될 가능성이 있다. 따라서 이혼절차를 일원화하는 과정에서 국민 정서상 어떤 방안이 무리 없이 자리를 잡을 것인지에 관한 알아보았다. 조사에 사용한 문항은 <표 V-42>와 같다.

〈표 V-42〉 협의이혼과 재판상 이혼의 통합 방안

구분	내용
문항 (총 3문항)	① 이혼하기로 합의가 된 부부의 경우에는 재판을 통한 이혼보다 절차를 쉽게 하여야 한다.
	② 이혼하기로 합의가 된 부부의 경우에도 자녀양육에 관한 문제 및 이혼 후의 생활비 보장이 적절하게 이루어질 수 있도록 법원이 개입하여 조정해야 한다.

구분	내용
	③ 협의에 의한 이혼뿐만 아니라 재판을 통한 이혼에도 이혼 전 숙려기간을 두어야 한다.
측정도구	4점 리커트 척도 : 전혀 그렇지 않다(1)-매우 그렇다(4)

주: 일반 국민 설문을 기준으로 구성한 것으로, 전문가 조사용 설문에는 별개의 항목으로 구성되어 있지 않고, ③번 문항만 공통됨.

가) 일반 국민 대 전문가

일반 국민을 대상으로 한 설문지와 전문가를 대상으로 한 설문 문항의 차이로 인해, 위에서 제시한 세 항목 모두에 대한 비교 분석은 할 수 없다. 다만, “협의이혼 뿐 아니라 재판이혼에도 이혼 전 숙려제도를 두어야 한다”는 공통 문항에 관해, 일반 국민(2.84)은 동의하는 쪽으로 기울어져 있다. 그러나 전문가들의 응답(2.56)은 중간수준에 머물러 있어서 동의하는 것으로 보기 힘들다.

재판이혼은 절차의 복잡성과 소요되는 기간만으로도 그 과정이 지루하게 이어지므로, 과정 중의 일부로서 숙려기간이 더해지는 것은 무의미할 수 있다. 그리고 단지 일정한 기간 동안 이혼이 보류되는 정도의 숙려기간일 경우, 단지 고통만 가중시키는 결과가 될 것이라는 우려를 피하기 힘든 것도 사실이다. 따라서 숙려기간이 이혼 과정만 연장하는 의미가 되지 않기 위해 제도적 준비와 지원책이 철저히 선행되어야 한다. 그런 전제 하에서라야 협의이혼에서의 숙려기간이든 재판이혼에서의 숙려기간이든 자리를 잡을 수 있을 것이다.

〈표 V-43〉 협의이혼과 재판이혼 통합 방안에 관한 의견(일반인과 전문가)

구 분	일반인			전문가			t-값
	N	Mean	SD	N	Mean	SD	
재판이혼에도 숙려제도 도입	819	2.84	0.68	61	2.56	0.85	3.13**

** $p < .01$. 양측 검정

나) 사회 인구학적 범주에 따른 차이

일반국민을 대상으로 한 조사를 토대로 협의이혼과 재판상 이혼의 통합 방안에 관한 사회 인구학적 범주에 따른 차이를 살펴보았다.

성별에 따른 유의미한 차이는 발견되지 않았지만, 연령대별 차이는 항목별로 상이하다(표 V-44). “이혼하기로 합의가 된 부부의 경우에는 재판을 통한 이혼보다 절차를 쉽게 하여야 한다”는 항목에 대하여 60세를 전후하여 60세 이상의 연령층에서는 동의하는 정도가 낮지만, 60세 미만의 연령층(젊은 세대와 중간세대)에서는 동의하는 정도가 높다. 반면, “이혼하기로 합의가 된 부부의 경우에도 자녀양육에 관한 문제 및 이혼 후의 생활비 보장이 적절하게 이루어질 수 있도록 법원이 개입하여 조정해야 한다”는 항목에 관한 동의율은 중간 세대(40-59세)가 높게, 젊은 세대(19-39세)가 낮게 나타났다. 또한 “협의를 의한 이혼 뿐만 아니라 재판을 통한 이혼에도 이혼 전 숙려기간을 두어야 한다”는 항목에 관한 동의율은 노년 세대(60세 이상)가 높고 젊은 세대(19-39세)가 낮다.

이를 통해 젊은 세대는 결혼과 이혼에 관한 가치관이 가장 개방적이므로 협의이혼이든 재판이혼이든 이혼 과정에 국가 개입이 확대되는 것을 일관되게 거부하는 경향을 보인다고 해석할 수 있다. 반면, 노년 세대는 인생을 살아오는 과정에서 가부장 문화에 가장 많이 노출되었던 연령대로서, 당사자 간의 협의보다는 국가의 개입에 더 의존하고자 하는 경향을 엿볼 수 있다. 또한 중간 세대(40-59세)는 이혼 이후에도 돌보아야 할 미성년 자녀가 존재할 가능성이 가장 많은 연령층이어서 다른 어떤 사안보다도 자녀 양육 및 이혼 후 생활 보장에 가장 강한 의견을 보이고 있는 것을 확인하였다.

〈표 V-44〉 협의이혼과 재판이혼 통합 방안에 관한 의견(연령대별 차이)

구 분	19-39세	40-59세	60세이상	전체	F-값 (df=2)
이혼 합의가 된 경우 절차 간소화	2.91a	2.90a	2.68b	2.86	6.93**
자녀양육 및 이혼 후 생활 보장에 법원이 개입·조정	2.96b	3.11a	3.06ab	3.04	5.19**
재판상 이혼에도 숙려제도 도입	2.74b	2.87ab	2.99a	2.84	7.88***

** $p<.01$, *** $p<.001$. 양측 검정

- 평균이 높은 순서대로 a, b를 부가하여 평균차이를 표시하였다. 즉 a와 b는 각각 유의미한 평균차이를 의미한다. ab는 양쪽 어디와도 유의미한 평균차이가 없는 경우이다.

다음으로 학력별 분석에서 “이혼합의가 된 부부의 경우에는 절차를 쉽게 해야 한다”는 항목에 관해 중졸 이하의 학력을 가진 응답자들의 동의 정도가 고졸 및 대졸 이상 학력자보다 낮다(표 V-45). 그리고 “협의이혼 뿐 아니라 재판상 이혼에도 이혼 전 숙려제도를 두어야 한다”는 항목에서는 중졸 이하 학력자들의 동의 정도가 고졸 학력자들보다 높다. 이러한 경향은 중졸 이하 학력층이 60대 이상에 집중되어 있는데 연령대가 높을수록 결혼과 이혼에 관한 가치관이 보수적이어서, 이혼 과정이 간편해지는 것에 대한 저항이 중졸 이하에서 다소 강하게 나타나는 것으로 볼 수 있다.

〈표 V-45〉 협의이혼과 재판이혼 통합 방안에 관한 의견(학력별 차이)

구 분	중졸이하	고졸	대졸이상	전체	F-값 (df=2)
이혼 합의가 된 경우 절차 간소화	2.56b	2.84a	3.00a	2.86	17.60***
자녀양육 및 이혼 후 생활 보장에 법원이 개입·조정	3.08a	3.07a	2.98a	3.04	2.26
재판상 이혼에도 숙려제도 도입	3.01a	2.79b	2.85ab	2.84	4.76**

** $p<.01$, *** $p<.001$

- 평균이 높은 순서대로 a, b를 부가하여 평균차이를 표시하였다. 즉 a와 b는 각각 유의미한 평균차이를 의미한다. ab는 양쪽 어디와도 평균차이가 없는 경우이다.

개인소득별 차이는 어느 항목에서도 유의미하지 않은 반면에 “이혼합의가 된 부부의 경우에는 절차를 쉽게 해야 한다”는 항목에 관해 가구소득이 월 300만 원 이상인 응답자들에 비해 월 100만 원 미만인 응답자들이 동의 정도가 낮게 나타났다(표 V-46).

〈표 V-46〉 협의이혼과 재판이혼 통합 방안에 관한 의견(가구소득별 차이)

구 분	가구소득				전체	F-값 (df=3)
	월 100만원 미만	월 100만원 - 월 300만원 미만	월 300만원 - 월 500만원 미만	월 500만원 이상		
이혼 합의가 된 경우 절차 간소화	2.60b	2.77ab	2.90a	3.02a	2.86	6.79***
자녀양육 및 이혼 후 생활 보장에 법원이 개입·조정	3.04a	2.96a	3.08a	3.09a	3.04	2.37
재판상 이혼에도 숙려제도 도입	2.89a	2.82a	2.85a	2.87a	2.84	0.28

** $p < .01$, *** $p < .001$

- 평균이 높은 순서대로 a, b를 부가하여 평균차이를 표시하였다. 즉 a와 b는 각각 유의미한 평균차이를 의미한다. ab는 양쪽 어디와도 유의미한 평균차이가 없는 경우이다.

거주지별 차이는 눈여겨 볼만하다. “이혼 합의가 된 부부의 경우 절차를 쉽게 해야 한다”는 항목에 관해 동의하는 정도가 중소도시 거주자들이 대도시나 읍면부 거주자에 비해 높다. 반면 “협의이혼 뿐 아니라 재판이혼에도 이혼 전 숙려제도를 두어야 한다”는 항목에 관해서는 중소도시 거주자들이 대도시나 읍면부 거주자에 비해 낮다. 이를 종합하면, 중소도시 거주자들이 대도시뿐 아니라 읍면부 거주자들에 비해서도 이혼이 쉽게 이루어지는 제도에 대한 저항감이 가장 높다는 해석이 가능하다(표 V-47).

〈표 V-47〉 협의이혼과 재판이혼 통합 방안에 관한 의견(거주지별 차이)

구 분	대도시	중소도시	읍면부	전체	F-값 (df=2)
이혼 합의가 된 경우 절차 간소화	2.78b	3.03a	2.67b	2.86	16.39***
자녀양육 및 이혼 후 생활 보장에 법원이 개입·조정	3.07a	3.01a	3.04a	3.04	0.94
재판상 이혼에도 숙려제도 도입	2.94a	2.72b	2.88a	2.84	9.88***

** p<.01, *** p<.001

- 평균이 높은 순서대로 a, b를 부가하여 평균차이를 표시하였다. 즉 a와 b는 각각 유의미한 평균차이를 의미한다. ab는 양쪽 어디와도 유의미한 평균차이가 없는 경우이다.

결혼 경험이 있는 응답자들이, “이혼합의가 된 부부의 경우에도 자녀양육 및 이혼 후 생활비 보장에 관해 법원이 개입 조정해야 한다”는 데 동의하는 정도가 미혼자보다 높다. 또한 “협의이혼 뿐 아니라 재판이혼에도 이혼전 숙려제도를 두어야 한다”는 데 동의하는 정도 역시 결혼경험이 있는 응답자들이 높게 나타났다(표 V-48).

〈표 V-48〉 협의이혼과 재판이혼 통합 방안에 관한 의견(결혼경험 유무)

구분	있음			없음			t-값
	N	Mean	SD	N	Mean	SD	
이혼 합의가 된 경우 절차 간소화	185	2.85	0.72	634	2.89	0.67	0.56
자녀양육 및 이혼 후 생활보장에 법원이 개입·조정	185	3.08	0.58	634	2.91	0.64	-3.31**
재판상 이혼에도 숙려제도 도입	185	2.87	0.66	634	2.76	0.72	-1.99*

* p<.05, ** p<.01. 양측 검정

한편 “협의이혼 뿐 아니라 재판이혼에도 이혼 전 숙려제도를 두어야 한다”는 항목에 관해 이혼 경험이 있는 응답자들이 동의하는 비율은 상대적으로 낮다(표 V-49). 이는 이혼 경험자들의 경우 이혼과정에서 괴로웠던 경험으로 인하여 이혼과정이 길어지는 것 자체에 대한 우려가 더 크게 다가

오기 때문일 것으로 생각된다.

〈표 V-49〉 협의이혼과 재판이혼 통합 방안에 관한 의견(이혼경험 유무)

구 분	있음			없음			t-값
	N	Mean	SD	N	Mean	SD	
이혼 합의가 된 경우 절차 간소화	21	3.00	0.63	613	2.85	0.72	0.96
자녀양육 및 이혼 후 생활보장에 법원이 개입·조정	21	2.95	0.67	613	3.08	0.58	-1.01
재판상 이혼에도 숙려제도 도입	21	2.38	0.97	613	2.89	0.64	-3.46**

* $p<.05$, ** $p<.01$. 양측 검정

- 이혼경험유무에 관한 분석은, 결혼경험이 있는 응답자만을 대상으로 하였다.

5) 이혼의 효과(이혼에 따른 법적 권리)와 관련된 의견

파탄주의 수용에 대한 장애 요인으로 이혼 후의 경제적 지위가 불안하다는 점이 있다. 그러나 이러한 문제는 이혼 후의 법적 권리가 제대로 보장된다면 어느 정도는 해소될 수 있는 면이 있다. 따라서 이혼 후의 경제적 지위는 이혼에 따르는 법적 권리로서 재산분할과 자녀 양육비 등이 문제될 수 있어 각각의 사안에 대하여 현재 논의가 되고 있는 사안들에 대해 의견을 알아보았다.

가) 재산 분할과 관련된 의견

이혼 시 재산분할과 관련하여 “ 이혼 시 유형의 재산 뿐 아니라 무형의 재산(연금, 퇴직금, 영업권 및 자격증 등)도 분할대상에 포함시키는 것이 옳다. 이혼으로 인한 재산분할시 가사노동과 소득활동의 가치는 동등하게 평가되어야 한다. 이혼시 재산분할과 관련하여, 가사와 직장 노동을 둘 다 하는 취업주부의 기여도는 전업주부의 기여도보다 높게 산정되어야 한

다”는 세 항목을 제시하고 의견을 수집하였다.

(1) 일반 국민과 전문가

재산분할에 관한 의견에서 일반 국민과 전문가 사이에 통계적으로 유의미한 차이는 나타나지 않는다(표 V-50).

“가사노동과 소득활동의 가치는 동등하게 평가되어야 한다”는 항목에 대하여 일반 국민의 84.1%가 전문가의 88.5%가 동의하고 있다. 이로써 가사노동과 소득활동의 가치가 동등하게 평가되어야 함이 전문가 사이에서 뿐만 아니라 일반 국민에까지 보편적으로 받아들여지고 있는 것을 알 수 있다. 한편 “무형의 재산도 재산분할 대상에 포함시켜야 한다”는 항목 역시 일반인의 73.5%, 전문가의 83.6%의 동의율을 보인다. 한편 “가사와 직장일을 병행하는 취업주부의 기여도는 전업주부의 기여도보다 높게 산정하여야 한다”는 항목은 일반 국민과 전문가 집단 모두 지지율이 상대적으로 낮다.

〈표 V-50〉 재산분할에 관한 의견에서의 일반인과 전문가의 의견 차이

(단위: 명, %)

구 분	찬성		반대		전체	χ^2 (df=1)
	일반인	전문가	일반인	전문가		
무형의 재산도 재산분할대상에 포함	602(73.5)	51(83.6)	217(26.5)	10(16.4)	880(100.0)	3.02
가사노동과 소득활동 가치 동등하게 평가	689(84.1)	54(88.5)	130(15.9)	7(11.5)	880(100.0)	.84
취업주부의 기여도를 전업주부의 기여도보다 높게 산정	586(71.6)	45(73.8)	233(28.4)	16(26.2)	880(100.0)	.14

(2) 사회 인구학적 범주에 따른 차이

일반 국민을 대상으로 한 조사로 한정하여 분석하면, 남성과 여성 간에 통계적으로 유의미한 차이를 발견할 수 있다. 세 항목 모두에서 남성보다는 여성의 동의율이 더 높다(표 V-51). 이 중 동의율이 가장 높은 항목은 “가사노동과 소득활동의 가치에 대한 동등한 평가”이다. 경제적 부양활동과 가사

노동의 가치를 동등하게 평가해야 한다는 항목에 여성 응답자의 91.0% 그리고 남성 응답자의 77.2%가 찬성하고 있다. 이는 전업주부의 가사노동 가치가 재평가되어야 한다는 인식을 반영하는 것이다. 또한 재산분할시 “가사와 소득 활동을 병행하는 취업주부의 기여도를 전업주부보다 높게 산정해야 한다”는 항목에 관해서 여성의 75.4% 그리고 남성의 67.8%가 찬성을 하고 있다. 여성의 경제활동이 증가하고 있는 상황에서 취업주부의 부담 과중을 반영한 응답 경향이라고 할 수 있다. 또한 연금 및 퇴직금 그리고 영업권이나 자격증 등 현재 물화되어 있지 않은 재산도 분할대상이 되어야 한다는 의견에 남성들 중 68.9% 그리고 여성들 중 78.1%가 동의하고 있다. 여성의 경제활동 비율이 남성보다 낮은 상황이므로 무형의 재산이 분할대상에 포함되거나 가사노동의 가치가 경제적 부양활동과 동등하게 평가될 경우 평균적으로 여성들에게 혜택이 돌아갈 수 있다. 남성보다 여성의 찬성율이 높게 나타난 것은 이러한 견지에서 설명이 가능하다. 그런데 남성의 찬성비율 역시 높은 편이어서 위의 내용이 법 규정 및 법 해석에 반영되는 것은 고무적이다.

〈표 V-51〉 재산분할에 관한 의견에서의 성차

(단위: 명, %)

구 분	일반 국민						x^2 (df=1)
	찬성			반대			
	전체	남성	여성	전체	남성	여성	
무형의 재산도 재산분할대상에 포함	602(73.6)	68.9	78.1	217(26.5)	31.1	21.9	8.96**
가사노동과 소득활동 가치 동등하게 평가	689(84.1)	77.2	91.0	130(15.9)	22.8	9.0	29.17***
취업주부의 기여도를 전업주부의 기여도 보다 높게 산정	586(71.6)	67.6	75.4	233(28.4)	32.4	24.6	6.09*

* p<.05, ** p<.01. 양측 검정

나) 친권과 양육권, 양육비와 관련된 의견

(1) 친권과 양육권

친권과 양육권에 관하여 “자녀를 양육하는 사람이 자녀와 관련된 중요한 사항도 결정할 수 있도록 양육권을 갖는 사람이 친권도 함께 갖도록 하는 것이 좋다. 이혼을 하더라도, 친권과 양육권을 양편이 공동으로 행사하도록 하는 것이 좋다.”라는 항목을 제시하여 이에 관한 의견을 조사하였다.

“양육권을 갖는 사람이 친권도 함께 갖도록 해야 한다”는 항목에 관하여 일반 국민과 전문가 모두 찬성하는 비율이 80%를 상회한다. 특히 전문가들에 비해 일반 국민의 찬성 비율이 더 높고, 일반 국민 중에서도 남성보다 여성의 찬성 비율이 더 높게 나타났다(표 V-52, V-53).

〈표 V-52〉 친권과 양육권에 관한 일반인과 전문가의 의견 차이

(단위: 명, %)

구 분	찬성		반대		전체	χ^2 (df=1)
	일반인	전문가	일반인	전문가		
양육권과 친권 비분리 선호	695(84.9)	50(82.0)	124(15.1)	10(16.4)	879(100.0)	13.5**
이혼 후 공동친권과 공동양육권 선호	576(70.3)	27(44.3)	243(29.7)	34(55.7)	880(100.0)	17.9***

** p<.01, *** p<.001. 양측 검정

“이혼 후에도 친권과 양육권을 양편이 공동으로 행사하도록 하는 것이 좋다”는 항목에 관해서는 일반 국민은 70.3%가 찬성하는 반면, 전문가들 중에는 오히려 반대가 55.7%에 달한다(표 V-52). 이혼 후 친권과 양육권을 부모가 함께 행사하는 것이 자녀를 위해서 이상적인 것은 사실이지만, 과연 그것이 현실적으로 가능할 것인지에 관한 우려가 전문가들 사이에서 제기되고 있음이다. 갈등이 극에 달해서 이혼을 하고 난 이후 관계 회복이 쉽지 않은 우리 사회에서 친권과 양육권을 공동으로 행사한다는 것이 지속적인 갈등을 유발할 것이라는 우려를 불식하기 힘들기 때문이다.

〈표 V-53〉 친권과 양육권에 관한 일반 국민의 성차

(단위: 명, %)

구 분	일반 국민						χ^2 (df=1)
	찬성			반대			
	전체	남성	여성	전체	남성	여성	
양육권과 친권 비분리 선호	695(84.9)	81.4	88.3	124(15.1)	18.6	11.7	7.69 **
이혼 후 공동친권과 공동양육권 선호	411(50.2)	68.9	71.8	408(49.8)	31.1	28.2	.83

(2) 양육비 분담

자녀에게 소요되는 총비용을 정확하게 산정할 수 있다면 그 비용에 대한 분담은 어떻게 생각하는지 “ 자녀양육에 소요되는 금전적 비용은 자녀를 양육하지 않는 쪽이 전액 부담해야 한다. 부모가 공동으로 부담하되, 자녀를 양육하지 않는 쪽이 자녀를 양육하는 쪽보다 더 많이 분담하도록 한다. 양육 여부와 상관없이, 소득비율에 따라 양육비를 분담해야 한다.”는 세 가지 선택지를 주고 의견을 수집하였다.

일반 국민과 전문가 사이에는 가장 높은 지지를 받은 의견은 “부모가 공동으로 부담하되 비양육친이 더 많이 부담하는 것이 옳다”는 것으로 일반 국민의 65.8%와 전문가의 68.9%가 지지하고 있다(표 V-54). 반면에 “양육 여부에 상관없이 소득비율에 따라 분담해야 한다”는 의견은 일반 국민의 19.0%와 전문가의 29.5%의 지지율을 보였다. 한편 “비양육친이 전액 부담해야 한다”는 의견에 관한 동의 비율은 일반 국민의 경우에도 10%대에 머물러 낮은 편인데, 전문가 중에는 누구도 이에 찬성하지 않는다. 이로써 양육친의 동거 및 물리적 양육 역할이 경제적 양육비용과 상쇄된다고 생각해 온 기존의 정서가 급격히 바뀌고 있음을 볼 수 있다.

의외로 양육비 분담에 관한 의견에 있어서 남녀 간의 유의미한 차이는 나타나지 않았다.

〈표 V-54〉 양육비 부담에 관한 일반인과 전문가 의견 차이

(단위: 명, %)

구 분	일반인	전문가	전체	χ^2
비양육친이 전액 부담	124(15.1)	0(0.0)	124(14.1)	25.88***
공동 부담하되 비양육친이 더 많이 부담	539(65.8)	42(68.9)	581(66.0)	
양육 여부 무관 소득비율에 따라 부담	156(19.0)	18(29.5)	174(19.8)	
전 체	819(100.0)	60(100.0)	879(100.0)	$df=3$

*** $p<.001$. 양측 검정

(3) 양육비 확보

양육비 부담 여부 및 비율에 관한 법원의 결정이 있더라도 실제로는 양육비 지급이 원활히 이루어지지 않는 것이 현실이다.

양육비 지급이 원활하게 이루어지지 않을 경우 취해야 할 조치로서 “양육비를 지급할 때까지 운전면허 취소, 자격증 취소 등 행정적인 제재를 가하여 양육비를 지급하도록 유도한다. 양육비를 지급할 때까지 소유 자산을 압류하여 재산처분이나 권리행사를 할 수 없도록 강력하게 제재해야 한다. 국가가 자녀양육에 소요되는 최소한의 양육비를 대신 지급하고 추후 지급능력이 생겼다고 판단될 때 회수한다.”는 세 가지 선택지를 제시하고 그에 관한 선호도를 조사하였다.

전반적인 선택 성향을 알아보기 위해 각 항목에 따른 빈도분석을 한 결과는 <표 V-55>와 같다. “양육비를 지급할 때까지 소유 자산을 압류하여 재산처분이나 권리행사를 할 수 없도록 강력하게 제재해야 한다”는 항목이 1순위 응답에서 압도적인 지지를 받고 있음을 알 수 있다. 이는 현재도 마련되어 있는 양육비 이행확보수단으로서 당연한 결과라고 판단된다.

〈표 V-55〉 양육비 이행확보 수단의 우선순위 응답 분포

(단위: 명, %)

구분	일반 국민				전문가			
	1순위	2순위	3순위	선택 안함	1순위	2순위	3순위	선택 안함
재산 압류	448(54.7)	230(28.1)	73(8.9)	68(8.3)	36(59.0)	18(29.5)	6(9.8)	1(1.6)
행정적 제재	159(19.4)	296(36.1)	216(26.4)	148(18.1)	6(9.8)	19(31.1)	12(19.7)	24(39.3)
대지급	213(26.0)	170(20.8)	281(34.3)	155(18.9)	18(29.5)	17(27.9)	13(21.3)	13(21.3)

하지만 이러한 양육비 이행확보 수단에 대해서는 양육비 지급의무자에게 경제력이 없는 경우에는 한계에 봉착하므로 더 강력한 제재조치가 마련되어야 한다는 의견이 제기되고 있어 2순위로 선호하는 수단은 무엇인지 살펴볼 필요가 있다. 순위다중응답분석을 위해 각 항목별로 1순위에 3점, 2순위에 2점, 3순위에 1점, 응답하지 않은 경우에 0점을 부여하였다. 따라서 각 항목의 최저값은 0이고 최고값은 3이다. 이를 가지고 T-검증(평균 비교 분석)을 통해, 일반 국민과 전문가 집단 사이의 선호도 차이를 분석하였다(표 V-56).

양육비 이행강제 수단의 선호도와 관련하여 재산 압류를 1순위로 선호한다는 것에 있어서는, 전문가와 일반 국민 모두 공통적이고 성별에 따른 차이는 보이지 않는다(표 V-56, 표 V-57).

한편 행정적 제재조치를 부과하는 것에 관하여 전문가들보다 일반 국민들이 더 선호하는 것으로 나타났다. 일반 국민들은 양육비 확보라는 결과만을 보고 선택한 반면, 전문가들의 선택에는 양육비 확보를 위해 직업선택의 자유를 제약할 수도 있는 자격취소 등과 결부 짓는 것이 헌법과의 균형에 어긋날 수 있음이 고려되었을 수 있다는 추정이 가능하다.

양육비 대지급은 이혼가정의 아동을 보호하기 위해 국가가 우선 양육비를 지급하고 나중에 구상한다는 개념으로, 다른 어떤 수단보다 양육비 대지급이 우선순위에서 밀리는 것은 아직 우리 사회의 이혼과 이혼 후 자녀 양육책임은 우선적으로 개인에게 주어져야 한다는 정서가 자리 잡고 있다고 할 수 있다.

〈표 V-56〉 양육비 이행강제 우선순위(일반인과 전문가)

구 분	일반인			전문가			t-값
	N	Mean	SD	N	Mean	SD	
재산압류	819	2.29	.94	61	2.46	.74	-1.36
행정적 제재	819	1.57	0.99	61	1.11	1.05	3.42**
대지급	819	1.54	1.07	61	1.11	1.12	.82

** $p < .01$. 양측 검정

남성들은 양육비 이행확보 수단으로 재산 압류 다음으로 대지급을 선호하는데 반해 여성들은 행정적 제재조치를 더 선호한다. 특히 대지급을 선호하는 비율에 있어서 성별 차이는 유의미하다(표 V-57). 이혼 시 상당 부분이 자녀 양육자는 엄마, 양육비 지급의무자는 아빠로 정해지는 현실 속에서, 남성들은 자신이 능력이 없어서 못 주면 국가라도 보충해주었으면 하는 기대에서 대지급에 대한 선호도를 표했을 수 있다. 반면, 여성들은 대지급 제도가 제안될 때마다 예산의 한계로 수차례 좌절되었다는 기억과 함께 그동안 제안된 대지급 안에서 국가의 대지급액이 기존의 복지급여수준으로 현실성이 없어 그렇다면 사적 부양 수단을 최대한 끌어내는 것이 현실적이라는 생각이 영향을 미쳤을 가능성이 있다.

〈표 V-57〉 양육비 이행강제 우선순위에서의 성차

구 분	남성			여성			t-값
	N	Mean	SD	N	Mean	SD	
재산압류	408	2.23	.95	411	2.35	.93	-1.79
행정적 제재	408	1.55	1.01	411	1.59	.99	-.57
대지급	408	1.62	1.09	411	1.46	1.05	2.05*

* $p < .05$. 양측 검정

4. 소결

지금까지의 분석을 통해 결혼 및 이혼과 관련한 우리 사회의 정서가 어느 지점에 와 있는지, 그리고 이혼법은 이를 어떻게 반영하여 개선되어야 할 것인지에 관하여 일반 국민의 정서와 전문가의 의견을 고찰하였다. 그리고 그 결과는 아래와 같이 요약할 수 있다.

이혼사유로서 국민들이 수용하는 범위가 과거에 비해 다양해졌음을 관찰하였다. 특히 중독 및 도박, 재결합의 희망이 없는 장기 별거, 배우자의 외도, 가출 및 외박 등은 주요 이혼사유로서 법 차원에서 중시되고 인정되어야 한다는 응답이 대세이다. 그리고 이러한 갈등 사안이 존재할 때 단호히 이혼하겠다는 응답이 주류를 이룬다. 따라서 현행 이혼법의 규정 범위나 해석 범위를 확대할 필요가 있음을 확인하였다.

한편 부부관계 회복을 위해 상담의 필요성이 광범위하게 인식되고 있음을 관찰하였다. 원할 때 적절한 상담에 접근할 수 있도록 제도적 지원이 이루어질 경우, 불필요한 이혼을 줄일 수 있을 것이다. 다만 이는 전문 인력의 양적·질적 확보가 전제되어야 하고, 매 사례마다 필요한 만큼의 상담이 이루어져야 하는 사안이다. 특히 이혼 신청자들이 우선적으로 상담을 충분히 받도록 하기 위한 의무화 작업과 더불어 국가의 비용 지원과 개인의 부담 수용이 함께 이루어질 수 있게 적극적으로 홍보되어야 할 일이다.

또한 협의이혼의 경우에도 부부문제나 법률적 지식에 관한 상담이나 자녀양육과 관련된 법원의 조정 필요성이 강력히 제기되었다. ‘강요나 압박에 의한 합의’ 등 협의이혼이 남용될 가능성에 대한 전문가들의 우려는 협의이혼에도 현재까지보다는 적극적인 외부 개입이 필요하다는 의견을 뒷받침한다. 또한 숙려기간 동안의 상담과 교육의 의무화 필요성 역시 제기되었다. 이는 협의이혼에서도 법원이나 전문 상담의 개입 증가가 필요하다는 인식을 의미한다. 따라서 협의이혼이 간소화된 재판상 이혼으로 편입되는 방안이 긍정적으로 검토될 필요가 제기되는 것이다. 즉, 협의된 내용이 객관적으로 공정한 지, 어느 한편 배우자나 미성년 자녀에게 가혹한 결과를 초래하지는 않을지 등에 관한 확인과 더불어 법률적 자문이나 전문 상담과 교

육 등이 법원의 테두리 내에서 제공될 뿐 이혼여부와 관련된 법정 다툼은 동반하지 않는다. 이는 현행 협의이혼을 법원의 테두리 안으로 흡수하는 방식을 의미한다.

그리고 “재판상 이혼이 판결 선고시까지 너무 장시간이 소요되어 시간과 비용의 낭비가 심하다”는 개방형 설문지 전문가의 의견에 비추어 볼 때, 재판이혼 역시 간소화될 필요가 있음이 지적된다. 따라서 재판상 이혼을 간소화하고 협의이혼을 간이 재판상 이혼으로 편입할 경우, 현행 이원화된 체제는 궁극적으로 일원화될 수 있다.

무엇보다 주목할 것은 재판상 이혼의 경우에도 무조건 유책배우자의 이혼청구를 제한하자는 분위기는 아님을 확인하였다는 점이다. 국민 정서 역시, 이혼 자체를 판단하는데 있어서는 무책 배우자의 혼인 유지 권리보다는 혼인파탄 여부를 중시하는 분위기 쪽으로 흘러가고 있다. 또한 현행 유책주의 이혼법 하에서는 “외부 도움이 없이 부부관계가 극도로 악화될 때까지 버티기 때문에, 막상 이혼을 신청한 경우에는 관계를 되돌리기 쉽지 않다”는 개방형 설문지 전문가의 의견은 이를 뒷받침한다.

그럼에도 불구하고 파탄주의 원칙이 적용될 경우 벌어질 상황에 대한 우려가 매우 높음을 확인하였다. 특히 이혼 과정에서 무책 배우자가 억울함을 보상받을 수 있고 가혹한 상황에 놓일 것이라는 우려가 상당히 높고, 이에 대한 보완책이 마련되어야 한다는 목소리 역시 높음이 드러났다. 따라서 우리 사회에서 파탄주의 이혼법이란 유책주의 원칙의 완전한 폐기를 의미하는 것이 아니고, 무책 배우자의 억울함을 보상할 수 있는 길을 터놓아야 한다는 것이 국민 정서임을 확인할 수 있다. 또한 경제적 약자에 대한 고려 그리고 상대방에게 지나치게 가혹한 결과를 안기지 않을 수 있는 방안 등이 모두 고려되어야 한다는 것 역시, 현재의 이혼법 개정이 함께 안고 가야 할 과업이다. 다만 이 모든 것이 혼인 생활 중의 유책에 대한 징벌 차원이 아니라 이혼 후 삶의 질을 보호하는 차원에서 결정되어야 한다는 데 대해서는 우리 사회의 수용성이 이미 상당한 정도로 성숙해 있음을 확인했다는 데서 의의를 찾는다.

일반 국민들에게서 도출된 위와 같은 응답 경향은 큰 틀에서는 전문가들

의 응답과 다르지 않다. 부연하자면, 국민 정서는 이미 세계적 추세와 같이 파탄주의 이혼원칙의 정서와 크게 괴리를 보이지는 않는다는 것이다. 결론적으로 이혼 여부 자체를 판단하는 데 있어서는 파탄주의 이혼법의 핵심적인 부분을 도입하되 국민 정서와 현실을 반영한 보완책을 광범위하고 세심하게 마련하는 것이 앞으로의 관건이다. 무엇을 보완해야 하고 그럴 경우 어떤 비용을 치를 준비를 해야 할 것인지에 관해 각계 전문가들의 거듭되는 검토와 여론에 대한 확인 작업이 면밀하게 이루어져야 할 것으로 생각한다.

VI

이혼법제 개선방안

1. 유책배우자의 이혼청구	227
2. 재판상 이혼 제도	235
3. 협의이혼 절차의 개선과 향후 과제	239
4. 재판상 이혼과 협의이혼의 통합 방안	243
5. 조정 기능의 강화	245
6. 이혼법 개정을 위한 논의의 장 마련	246
7. 인적·물적·재정적 뒷받침	246

이혼법제 개선방안을 제안하기에 앞서 이혼법의 개정 필요성이 있는지를 검토하기 위해 우리 사회의 변화와 가족의 역할 변화, 그에 부응하기 위한 이혼법의 변천과정, 세계적인 흐름으로 받아들이고 있는 세계 각국의 파탄주의 수용과정 및 그 내용 검토, 우리 대법원 판례의 경향 검토, 일반 국민의 인식 등을 살펴보았다.

곳곳에서 우리나라 이혼법의 변동 요인은 찾아볼 수 있었다. 이상의 연구 결과를 토대로 당사자 사이의 분쟁의 완만한 해결을 유도하여 가족관계의 회복 및 이혼 후의 부모와 자녀 사이의 책임 이행에 긍정적 효과를 가져올 수 있는 방안으로 파탄주의 이혼법의 수용 가능성 모색과 이혼절차에서의 자녀 복리의 실현을 위한 이혼법제의 개선 방안을 제안하고자 한다.

전개 순서는 우선 유책배우자의 이혼청구라는 협소한 주제로 시작하여 협의이혼과 재판상 이혼의 통합 방안이라는 포괄적인 주제로 마무리 지우고자 한다.

1. 유책배우자의 이혼청구

가. 인용 필요성

1) 헌법적 관점

상대방의 이혼의사가 객관적으로 명백한데 다만 오기나 보복적 감정에서 이혼에 응하지 않고 있는 것으로 보이는 경우를 제외하고는 유책배우자라는 이유로 이혼가능성을 원칙적으로 차단한다면 독립적인 인격 사이의 자유로운 의사에 의하여야 할 혼인관계에 따른 배우자로서의 지위와 그에 따른 의무 이행을 국가가 강제하는 것이 되어 개인이 지닌 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리를 침해하게 될 것이다.

“부부 사이에 이혼의 모든 조건에 관한 협의가 이루어지지 않는 이상 재판상 이혼 외에는 혼인을 해소할 방법이 없어 혼인관계를 적법하게 해소할 수 있을 것인지 여부가 전적으로 법원의 판단에 달려있는 것인데, 파탄된

혼인에 대하여 법원이 이혼청구를 기각함으로써 혼인관계해소를 거부하는 것은 당사자들로 하여금 혼인 관계를 회복하라는 불가능한 일을 강제하는 것이거나 또는 법률상 혼인관계의 외관만을 유지하도록 강제하는 것에 지나지 않는다. 그러나 혼인관계는 사생활의 가장 핵심적인 부분을 이루는 것으로서 개인의 자유로운 의사에 따라 창설·형성·유지되어야 하는 것이지 국가의 간섭이나 강제로 그 내용이나 존속 여부가 정해져서는 안 되는 것이라는 점에서, 위와 같은 법원의 태도는 옳지 않다고 볼 수 있다(이선미, 2010:107).”

또한 유책배우자의 혼인생활 중 의무위반행위에 대하여는 상대방의 위자료청구로써 그 책임추궁이 가능함에도 유책배우자라는 이유만으로 재판상 이혼을 허용하지 않는다면 이혼이 절박한 유책배우자로서는 상대방이 요구하는 대로 많은 액수의 위자료를 지급한 후 협의이혼하는 방법밖에 남지 않는데, 경제적 능력이 없는 경우에는 이마저 불가능하여 결과적으로 경제적 능력에 따라 원하지 않는 배우자로서의 지위에서 벗어날 수 있는 지 여부가 결정되게 된다.

2) 여성 보호의 관점

유책배우자의 이혼청구를 인정하지 아니하는 주된 이유는 가능한 한 가정의 해체를 막아 미성년자의 이익을 보호하고 남성에 의한 여성의 축출로부터 여성을 보호하기 위함이다.

그러나 유책배우자가 전적으로 남편이었던 1980년대 중반까지의 시대상황과는 달리, 아내가 유책배우자로서 이혼을 청구한 사건은 10.5%로¹³⁰⁾, 비록 남편보다 낮은 비율을 차지하고 있지만 그 비율이 적지 않다. 그러므로 현재 상황에서 반드시 여성의 보호를 위해 유책배우자의 이혼청구를 기각하여야 한다고 보기는 어렵다.

또한 이혼으로 인한 재산분할 제도가 도입된 후 시행되어 오면서 현재까

130) 2010. 1. 1.부터 2010. 4. 15.까지의 서울가정법원의 1심 판결례 분석을 한 이선미(2010)의 연구는 유책배우자인 이혼청구인 중 여성이 차지하는 비율이 18.97%라고 보고하고 있다.

지 여성의 기여도가 계속적으로 높게 인정되는 방향으로 나아가고 있는 등 이혼으로 인하여 여성이 특별히 남성에게 비하여 불리한 지위에 놓인다고 단정할 수도 없게 되었다.

아울러 혼인관계의 파탄은 대부분 그 책임의 정도에 차이가 있다 할지라도 부부 쌍방의 작은 갈등과 오해로부터 비롯되거나 이러한 갈등을 대화와 설득을 통하여 해결하고 못하고 증폭·확대시키는 상호 간의 잘못에 그 원인이 있음을 부인할 수 없다. 과연 누구에게 혼인관계 파탄의 주된 책임이 있는지 가리기는 쉽지 아니할 뿐 아니라, 혼인관계 파탄 후 오랫동안 별거하다가 나중에 이혼을 청구하는 경우 실제로는 혼인생활 중 부당한 대우를 받아 부득이 별거하는 사정이 있음에도 부당한 대우에 대한 입증이 불가능함에 따라 오히려 별거를 먼저 시작한 배우자가 유책배우자로 인정되어 이혼청구가 기각되는 불합리한 결론에 이를 수도 있다.

3) 자녀에게 미치는 영향 고려

이혼과정에서 장황하게 상대방의 잘못을 주장, 입증하여야 하므로 공개 법정에서 상대방의 지난 잘못을 낱알이 드러내어 공격하여야 하는 결과 부부 사이에 깊은 감정의 골이 생기게 하고 그에 따라 이혼 후 자녀양육이라는 공동의 의무를 다하기 어렵게 되어 오히려 미성년 자녀의 보호에 역행하게 되는 폐단이 있다. 나아가 부부관계가 이미 파탄되어 회복할 수 없는 상태임에도 이혼을 할 수 없게 됨에 따라 서로 상대방에 대한 원망과 불신의 감정이 쌓이게 되고 자녀의 양육문제는 뒷전으로 밀려날 뿐 아니라 유책배우자로서는 자녀에 대한 부 또는 모로서의 역할을 하고자 하여도 상대방과의 갈등으로 말미암아 자녀를 면접·교섭하기도 어려워 부모로서의 양육책임에 걸림돌이 될 수 있다.

4) 이혼법의 세계적인 추세

세계 각국의 이혼법이 유책행위가 있을 경우에 한하여 이혼을 인정하는 유책주의에서 배우자 일방에게 유책행위가 있는지 여부와 관계없이 혼인관

계가 파탄된 경우 이혼을 인정하되, 경제적 약자의 지위에 있는 배우자나 자녀를 보호하고 유책배우자의 이혼청구가 상대방에게 가혹한 결과를 가져오지 않도록 하기 위하여 가혹조항을 두는 파탄주의로 이행하는 추세에 있다. “또한 현재 혼인파탄을 유일한 이혼사유로 삼고 있거나 적어도 유책배우자의 이혼청구를 원칙적으로 거부하는 태도를 취하지는 아니하는 태도를 취하고 있음을 고려할 필요가 있다. 이는 서양의 경우뿐만이 아니라 과거 우리나라와 동일한 문화권에 속하였다고 볼 수 있는 일본도 마찬가지이다. 그렇다면, 혼인관계가 파탄되었음에도 불구하고 이혼을 적극적으로 원하는 쪽에게 혼인파탄의 책임이 더 있다는 이유로 혼인의 해소를 부정하고 혼인관계의 유지를 강제하는 현재 우리나라의 태도는 세계적인 흐름에 뒤쳐진 것이라고 볼 수도 있는 것이다(이선미, 2010:110).”

5) 일반인의 법 감정

제 V장에서 소개한 일반인을 대상으로 한 설문조사 결과에 의하면, 혼인관계를 맺은 이상 유지하고자 하는 성향이 강한 반면(남성 2.85, 여성 2.64), 부부 사이에 위기상황이 발생한 경우 이혼을 선택하는 경향은 남성보다 여성이 더 높다(남성 2.61, 여성 2.47). 이러한 경향은 선행연구 결과에서 제시된 바와 같이 협의이혼에서 이혼을 제안하는 쪽이 여성인 경우가 더 많고, 재판이혼에서도 여성이 이혼을 청구하는 경우가 증가하는 것을 뒷받침해 준다.

또한 실질적인 부부관계가 끝난 경우 서류상의 혼인관계를 유지하는 것을 중요하게 생각하지 않으며(남성 2.21, 여성 2.22), 파탄상태를 유지하는 것을 당사자나 자녀에게 행복을 주는 요인으로 생각하지 않는다(남성 2.00, 여성 1.93). 이혼에 대한 사회의 부정적인 인식을 생각하여 참고 살아야 한다는 생각에 대한 동의율 또한 낮다(남성 2.36, 여성 2.31). 또한 자녀문제를 이혼 결정의 장애요인으로 생각하는 경향이 강하다(남성 3.01, 여성 2.91).

이를 통해 알 수 있는 것은 유책배우자의 이혼청구를 허용한다고 하여 이혼율의 상승으로 바로 연결되지는 않을 거라는 것이며, 오히려 중점을 두어야 하는 것은 이혼 결정의 장애요인으로 생각하는 이혼에 따른 자녀문제

에 대한 원만한 해결을 도모하는 것이 되어야 한다.

따라서 “혼인관계 파탄으로 인하여 열악한 지위에 빠지게 되는 당사자나 자녀의 복리 증진을 위하여 법원이 후견적 역할을 다하기 위하여서는, 이혼청구를 기각하고 당사자들을 이미 파탄된 가정으로 대책 없이 돌려보내는 것보다 오히려 당사자들 사이의 건전한 이혼을 이끌어내어 분쟁을 종식시키고 당사자 쌍방의 이익 및 자녀의 복리를 최대한 고려한 이혼조건을 제시하여 주며 이혼 후에도 그 조건들이 잘 이행되고 있는지 적절하게 감독하는 것이 더 나은 방법이 될 수 있다(이선미, 2010:110).”

이러한 점들을 고려하여 볼 때 배우자 일방이 중병에 걸려 만일 이혼을 허용한다면 그 병세가 심각하게 악화될 염려가 있는 경우와 같이 이혼으로 인하여 배우자의 일방이 정신적·사회적·경제적으로 아주 심각한 상황에 처하게 되는 등 이혼이 배우자 일방에게 심히 가혹한 결과를 가져오는 것이어서 이혼을 원하는 상대방의 이익을 고려해 보더라도 혼인생활을 계속하는 것이 필요하다고 인정되는 경우나 이혼으로 인하여 부부 사이에서 태어난 미성년 자녀의 가정적·교육적·정신적·경제적 상황이 본질적으로 악화되어 그 자녀의 행복이 심각하게 침해될 우려가 있는 등 그 자녀의 이익을 위하여 부부관계를 유지하는 것이 반드시 필요하다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우 외에는 혼인생활이 이미 파탄상태에 이른 이상 유책배우자의 이혼청구도 허용함이 상당할 것이다(광주고법 2009. 6. 5. 선고 2008르242판결문에서 재인용).

나. 인용을 위한 해석론

1) 예외 사유의 확대 해석

현행 민법 제840조 제6호의 구도는 유책주의적인 사유와는 달리 ‘혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유’라고 함으로써 혼인의 파탄만을 예정하고 있을 뿐, 법문에서 굳이 유책인지 무책인지 구분하고 있지 않기 때문에 법원은 청구인의 유책 여부를 묻지 않고 이혼을 인용해도 되는 법적 근거가 될 수 있다(이화숙, 2012:318). 그러나 현재의 판례입장은 혼인관계의 파탄 여

부, 그 파탄에 대한 법적 평가를 통한 유책성의 비교, 상대방의 이혼불응이 권리남용인가의 여부를 판단하여 유책배우자의 이혼청구의 인정 여부를 결정하고 있다.

제Ⅳ장에서 다룬 대법원 판례 분석을 통하여 유책배우자의 이혼청구가 인용되는 일관된 원칙이나 유형을 발견하기는 어려웠다. 다만, 유책배우자의 이혼이 인용되는 판례를 통해 볼 때, 대법원은 여전히 유책배우자의 이혼청구를 제한하는 유책주의를 고수하고 있으면서 엄격한 예외의 경우에 한하여 유책배우자의 이혼청구를 인용하고 있다는 점, 원고가 단순히 반소를 제기하였다거나 피고의 간통죄 고소로 원고가 형사처벌을 받았다는 사실만으로는 유책배우자의 이혼청구가 허용되지 않는다는 점, 상대방 배우자의 혼인계속의사가 있는 경우에는 이혼을 인용하지 않는다는 입장이 확고하다는 것을 확인할 수 있었다. 그러므로 우선 파탄주의로의 입장 전환은 차치하더라도 유책배우자의 이혼청구 인용에 가장 결정적인 영향을 미치는 상대방 배우자의 혼인계속의사의 해석 및 혼인관계 회복의 가능성 여부에 보다 열린 해석으로의 판례 입장의 변경이 요망된다.

먼저, 유책배우자의 이혼청구의 예외 인정 사유로서 상대방이 겉으로는 이혼에 반대하지만 실질적으로는 혼인관계를 계속할 의사가 없는 경우에 실제로 동거할 의사가 없이 서류상으로만 혼인관계를 유지하고자 하는 경우를 포함시켜서 해석하여야 하며, 상대방이 실질적인 혼인관계를 계속할 의사가 없으면 죽하지, 굳이 오기나 보복적 감정에서 겉으로만 유책배우자의 이혼청구에 불응하는 경우로만 한정할 필요는 없을 것이다.

또한 “상대방에게 실질적으로 혼인관계를 계속할 의사가 있다고 하더라도 객관적으로 혼인관계 회복의 가능성을 가지고 판단하여야 할 것이다. 혼인관계의 실질적 기반이 사라진 경우에는 배우자 중 어느 한 쪽의 일방적인 의사만으로 혼인이 유지될 수 있는 것은 아니기 때문이다. 이 때 객관적으로 혼인관계 회복이 가능한지 여부를 가리는 요소로서는 별거기간, 각자 생활을 영위해 오던 장소 및 방식에서 존재하는 차이의 정도 및 변경 가능성, 부양을 필요로 하는 자녀의 존재, 각자 별거 중 다른 가족관계를 형성하였는지 여부 등이 고려될 수 있을 것이다(이선미, 2009:83).”

유책배우자의 이혼청구 사건에서의 인용을 위한 엄격한 잣대를 완화함으로써 예외의 폭을 넓혀 가면, 원칙적 허용, 예외적 제한이라는 파탄주의의 입장으로 수렴될 가능성도 있다. 따라서 위와 같은 기준에 따라 유책배우자의 이혼청구를 받아들이는 경우, 파탄주의의 도입시 요청되는 상대방 배우자와 자녀에 대한 보호를 위한 장치가 마련되어야 한다는 것이 요망된다.

2) 파탄주의로의 전환 가능성

그러나 예외사유를 확대하는 해석론을 전개하는 것도 기존의 유책주의의 입장을 고수하는 것으로 여전히 현재 소송과정에서 드러난 문제점을 그대로 지니게 된다. 즉, 서로 상대방의 유책사유를 주장하고 이를 입증하기 위해 온갖 증거방법들을 동원함으로써 당사자들 사이의 감정이 더욱 악화되는 일이 되풀이되고 있고, 또한 이러한 과정에서 자녀들을 소송에 이용하거나 자녀들을 어느 한쪽 편으로 만들어 상대방에 대한 적대적인 감정을 갖도록 하는 경우가 흔히 발생하며, 경우에 따라서는 오히려 부모에 의하여 자녀들의 복리를 해치게 되는 심각한 상황까지 발생하는 경우도 있다.

이러한 문제를 개선하기 위해서는 혼인파탄에 대한 책임을 전혀 심리하지 않고 단지 혼인파탄 여부에 대하여만 심리하며 혼인 중 형성한 재산의 적정한 분배 및 이혼 후 자녀 양육 등에 관한 주제에 이혼소송의 중점을 두는 것으로 상황이 변경되어야 한다. 그러나 혼인파탄이라는 객관적 사실만으로 이혼청구를 인용하게 되면 위자료가 문제되지 않으며 경제적 약자에게 매우 불리하게 작용할 수 있다는 역기능이 있다. 실제 일반 국민의 법관념 조사에서 파탄주의의 전면 도입에 찬성하는 의견은 10.5%에 불과하였고, 이혼 후 불리한 지위에 놓이는 배우자나 자녀를 위한 보호제도를 두고 제한적으로 수용하여야 한다는 의견이 55.4%이고, 파탄주의로의 전환 이후의 상황 전망에서도 경제적 약자의 입장이 불리해질 것이라는 예측에 가장 많은 지지 의견(2.99)을 보여주고 있는 점을 감안하면, 아무런 제약을 가하지 않은 파탄주의의 전면 수용은 다소 무리가 있을 것이다.

하지만 파탄주의로의 전환은 혼인의 파탄을 유일한 이혼원인으로 함으로써 유책과 무책에 관계없이 이미 파탄된 혼인을 허용하는 결과 유책배우자

의 이혼청구도 인용되며, 사실상 심각하게 파탄되어 회복의 가능성이 없어 보이는 부부의 이혼을 허용함으로써 형식적인 혼인의 굴레에서 부부를 구제하고 새 출발을 가능하게 한다는 순기능을 지닌다(이화숙, 2012:327)는 점을 감안할 때, 경제적 약자에 대한 보완책을 마련함으로써 파탄주의로의 방향 전환을 시도하여야 하여야 할 것이다.

이는 제Ⅲ장의 외국의 입법례 검토에서 살펴본 바와 같이 파탄주의의 수용 정도에 대한 차이는 있지만, 어떤 방식으로든 파탄주의의 역기능을 보완하기 위해 약자에 대한 보호장치를 마련하고 있다는 점은 우리에게 시사하는 바가 크다.

다. 해석을 통한 방향 전환의 제한점

위에서 살펴본 바와 같이 유책배우자의 이혼청구를 받아들이는 것은 현행법의 운용을 통해서도 가능하다.

그러나 “우리 대법원은 유책배우자의 이혼청구를 받아들이지 않는 것을 원칙으로 하는 입장을 장기간 견지해 오고 있으며, 최근의 2009. 12. 24. 선고 2009므2130 판결에서는 제1심과 제2심에서 원고가 유책배우자로 판단되었던 사건임에도 불구하고 유책배우자의 이혼청구 사안으로 판단하지 아니하고 쌍방 유책으로 보아가면서까지 유책배우자의 이혼청구를 받아들이는데 인색한 태도를 취하고 있다. 따라서 혼인관계에서 유책배우자가 스스로 이혼을 구하는 경우 우리 대법원이 그러한 이혼청구를 받아들이는 것으로 멀지 않은 시일 내에 입장을 변경할 것이라고는 선뜻 기대하기 어려운 실정이다(이선미, 2010:112).”

혼인관계 파탄에 있어서의 책임 유무 및 그 경중을 판단하는 것은 사실인정의 문제로서 실무에서는 아주 극단적인 경우를 제외하고는 유책배우자의 이혼청구에 관한 판단을 피하면서 이혼을 선고하는 것도 가능하다. “법원의 자유심증에 의한 판단은 어찌 보면 ‘당해 사안에서 이혼을 인정하여야 할 필요성이 있는지 여부’라는 결론에 짜 맞추어 결정되어지는 것이 될 수도 있는 것이다.¹³¹⁾ 그러나 위와 같이 실무상 해결이 가능하다고 하더라도 이는 이혼원인에 관한 근본적인 논의를 회피한 미봉책에 불과하고 결과로

부터 원인을 도출하는 논리적 모순을 가지고 있다고 할 것이므로, 유책배우자의 이혼청구에 관하여 입법적인 해결책이 절실히 필요한 상황이라고 할 것이다(이선미, 2010:113).”

2. 재판상 이혼 제도

가. 이혼원인 개정

1) 유일한 이혼원인으로서 혼인 파탄 규정

민법 제840조가 그 규정형태상 각 호 상호관계의 해석과 관련하여 논란의 여지를 남기고 있고, 실제로 이와 관련한 해석상의 다툼이 있으므로, 그 상호관계를 명확히 하는 의미에서 조문을 정비할 필요가 있다.

“유책배우자의 이혼청구를 받아들이는 것으로 입법태도를 정하게 되면 ‘혼인관계의 파탄’만을 유일한 이혼사유로 규정하는 것이 타당할 것이다. 혼인관계가 파탄되었다는 사실이 인정되면 족하지 이혼사유 자체에 관하여 누구에게 책임이 있는지를 따질 필요가 없기 때문이다. 따라서 상대방 배우자의 유책행위를 대표적인 유형별로 규정해 놓은 것이라 할 수 있는 현행 민법 제840조 제1호 내지 제5호의 규정은 삭제됨이 타당하고, 제6호의 사유만을 유일한 이혼사유로 삼아야 할 것이다(이선미, 2010:114).”

다만, 제840조 제6호에 규정된 ‘기타 혼인을 계속할 수 없는 중대한 사유가 있을 때’라는 문구를 유지하는 것에 대해서는 신중할 필요가 있다. 왜냐하면 대법원은 민법 제840조를 유책주의로 해석하는 연장선상에서 제6호마저도 유책주의로 해석하여 왔기 때문이다.¹³²⁾ 따라서 기존의 문구를 그대로

131) 그 단적인 예는 대법원 2004. 9. 24. 선고 2004므 1033 판결과 대법원 2006. 3. 24. 선고 2005므914 판결을 들 수 있다. 이혼을 인정할 필요성을 인정하고 전 사건에서는 신의성실에 반하지 않는다는 특별한 사정의 존재를 근거로 제시하였지만, 대법원의 파기 환송이후 다시 원심은 파탄 책임을 원고의 잘못도 있지만 피고의 책임이 더 크다는 판단을 하여 원고의 이혼청구를 인용하였다.

132) 성격차이로 인한 가정불화의 경우 어느 누구에게 책임을 물을 수 없다는 이유로 이혼을 인용하지 않거나 유책주의적으로 해석하여 관계회복의 노력을 기울이

사용하여 “사유”를 강조하는 것보다 “혼인관계가 파탄되어 회복의 전망이 없을 때”라는 상황을 강조하는 법 문구로 변경하는 것을 제안하고자 한다.

2) 혼인파탄 추정 기간 신설

“부부가 상당 기간 별거한 경우 그것이 민법 제840조 제6호 사유에 해당하는지 여부와 관련하여서는 구체적 사안에서 논란이 있을 수 있다. 실제 대법원 판례 분석 결과에 의하면 20년 이상 장기 별거한 부부의 경우에 파탄을 인정한 경우도 있고, 인정하지 않은 경우도 있다. 이는 단순히 별거기간만을 기준으로 삼지 않고 별거하게 된 경위 등을 종합적으로 고려하였기 때문인 것으로 보인다. 따라서 외국의 경우와 같이, 쌍방의 별거가 상당 기간에 이른 경우에는 이로써 혼인생활의 파탄을 추정하는 규정을 둘 필요가 있다. 이미 장기간의 별거를 통하여 외형적으로 혼인생활의 파탄이 추정되는데도 불구하고 다시 소송과정에서 이혼원인을 주장·입증하여야 한다면, 이는 법원으로 하여금 당사자의 사적 영역에 지나치게 개입하도록 하는 결과가 될 뿐더러, 당사자 간의 극심한 감정대립을 불러올 수도 있는 등 득보다 실이 더 클 수 있기 때문이다(오상진, 2003:151)¹³³⁾.”

별거기간과 관련하여 외국의 입법례는 당사자의 이혼의사가 합치하지 않는 경우, 독일이 3년, 프랑스가 2년, 영국이 5년, 일본의 민법개정요강이 5년의 기간을 각각 규정하고 있다.

우리나라의 경우에도 혼인생활의 파탄을 추정하는 규정으로서 3년 정도의 기간으로 정하는 것이 적절하다고 본다.¹³⁴⁾¹³⁵⁾ 이는 설문조사를 통해 가정불화

지 아니한 것을 잘못으로 판단하여 이혼청구를 인용하지 않은 입장을 취해왔다.

133) 이에 대하여는 혼인파탄이라는 사실을 만들어 내기 위해서는 다양한 지표들이 복합적으로 작용해야 하고, 한 가지의 단면만을 가지고 혼인파탄 여부를 인정하기는 쉽지 않다는 이유로 혼인파탄의 유형이나 혼인파탄에 이르게 된 사유를 열거하여 법조문에 나열할 필요는 없다고 생각하는 반대 견해도 있다(이선미, 2010:115).

134) 혼인파탄의 증거로서의 별거 기능 이외에 재판상 별거제도를 도입하자는 견해도 있다. 이에 관한 자세한 내용은 이화숙(2008), 별거제도 도입을 위한 입법정책적 연구, 법조(제57권제3호) 참조.

135) 별거기간이 정해진 기간에 이르지 않은 경우에도 혼인생활의 파탄 등이 입증되면 이혼이 가능하다는 점에서 혼인생활의 파탄을 추정하는 규정으로서의 별거

를 이유로 한 별거가 어느 만큼일 때 더 이상 부부관계를 회복할 전망이 없다고 생각하는지 알아본 결과, 사안에 따라 다르게 판단해야 한다는 응답자를 제외한 응답의 평균치가 일반 국민의 경우 2.5년, 전문가의 경우 3.3년 정도로 그리 길게 인식하고 있지 않음을 확인할 수 있었기 때문이다(표 V-25 참조).

나. 자녀 및 상대방의 보호 방안

1) 가혹조항의 신설

“혼인 파탄만으로 이혼원인을 일원화할 경우, 혼인파탄에 대한 책임이 없으면서도 이혼을 당하게 되는 상대방 배우자에게 지나치게 가혹한 결과가 발생할 가능성이 있다. 혼인이 파탄된 상태에서는 혼인관계를 해소하는 것이 당사자들의 복리에 결과적으로 더 잘 부합하는 것이 된다고는 하더라도, 상대방 당사자로 하여금 지금 당장 이혼을 하도록 요구하는 것이 그 또는 자녀의 정신적·육체적·경제적 제반 상황에 비추어 보아 용납하기 어려운 결과가 되는 경우가 없지 않을 것이다. 예컨대, 상대방 배우자가 중병에 걸려 투병 중 또는 회복 중인 상황이거나, 자녀가 입시 준비 중이어서 상대방 배우자가 자녀 양육에 전념하여야 하는 상황이거나, 상대방 배우자가 지금 현재로서는 경제적 자립 능력이 없어 혼인을 전제로 한 부양을 받아야 할 필요가 매우 큰 경우 등을 상정할 수 있다(이선미, 2010:116).”

약자인 배우자나 자녀, 특히 미성년 자녀를 보호하기 위하여 가혹조항의 신설이 필요하다. “외국의 입법례¹³⁶⁾와 같이, 이혼으로 인하여 부부 사이에서 태어난 미성년 자녀의 가정적·교육적·정신적·경제적 상황이 본질적으로

기간을 지나치게 짧은 기간으로 정하는 것은 적절하지 않다고 지적하면서 5년을 제안하는 의견도 있다(오상진, 2003:152).

136) 독일은 ‘혼인의 유지가 미성년 자녀의 이익을 위하여 특별한 사유로 예외적으로 필요한 경우나, 이혼을 거부하는 상대방에 대하여 이혼이 비정상적으로 그에게 심히 가혹한 상황이 발생할 경우이고 혼인의 유지가 이혼청구자의 이익을 고려하더라도 예외적으로 필요한 경우에는 혼인이 파탄되었더라도 이혼은 허용되지 아니한다’고 규정하고 있다. 영국은 ‘피고는 혼인해소가 피고에게 중대한 재산상 기타 가혹상태를 초래하고, 혼인해소가 일체의 사정을 감안하여 부당하다는 항변을 함으로써 이혼판결에 대한 이익을 신청할 수 있다’라고 규정하고 있다.

악화되어 그 자녀의 행복이 심각하게 침해될 우려가 있는 등 그 자녀의 이익을 위하여 부부관계를 유지하는 것이 꼭 필요하다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우 및 이혼으로 인하여 배우자의 일방이 정신적·사회적·경제적으로 아주 심각한 상황에 처하게 되는 등 이혼이 배우자의 일방에게 심히 가혹한 결과를 초래하는 것이어서 이혼을 원하는 상대방의 이익을 고려하여 보더라도 혼인생활을 계속하는 것이 필요하다고 인정되는 경우에는 이혼을 허용하지 않는다는 내용으로 구성하면 될 것이다(오상진, 2003:153).”

2) 신의칙 조항의 신설

또한 일본 민법개정요강에 삽입된 신의칙 조항의 신설을 고려할 필요가 있다. 일본에서 신의칙 조항이 개정안에 삽입된 것은 이혼 후의 경제적 어려움을 이유로 이혼원인을 파탄주의로 명확하게 하는 것에 대하여 소극적인 의견이 많은 것을 감안한 것이다. 재산분할제도가 마련되어 있지만, 그 이행을 확보하는 수단이 충분하지 않다면 당사자 간의 실질적 형평을 기대하기 어렵다. 혼인관계가 파탄된 이후 이혼 전의 부양의무의 이행을 촉구하고 혼인관계 파탄에 의한 부부 일방의 경제적 어려움을 회피하는데 도움을 주기 위하여 “이혼의 청구가 혼인 중의 배우자에 대한 협력 및 부양을 현저히 게을리 한 것에 의해 신의에 반한다고 인정되는 경우에는 그 청구를 기각할 수 있다”는 취지를 명시한 것이다.

가혹조항 이외에 신의칙 조항을 두게 되면 “이혼 후”의 상대방 또는 자녀에게 가혹한 상황에 대한 대처뿐만 아니라, “이혼 이전”의 사정에 의하여 청구가 신의에 반하는 경우에 대처할 수 있다는 장점이 있다.

다. 개정안 예시

이상의 제안을 기초로 하여 재판상 이혼원인 및 자녀 및 상대방 보호방안에 관한 개정안을 구상하면 다음과 같다.

〈표 Ⅵ-1〉 재판상 이혼에 관한 개정안 예시

민법 제840조 (재판상 이혼) ① 부부의 일방은 혼인관계가 파탄되어 회복의 전망이 없을 때에는 가정법원에 이혼을 청구할 수 있다.
 ② 부부가 3년 이상 계속하여 혼인의 본지에 반하는 별거를 하고 있을 때에는 혼인관계가 파탄되어 회복의 전망이 없다고 추정한다.
 ③ 가정법원은 다음의 경우에 이혼청구를 받아들이지 않을 수 있다.
 1. 이혼으로 인하여 상대방 또는 미성년 자녀에게 참을 수 없을 정도로 특별히 가혹한 상황이 발생할 경우
 2. 이혼청구를 한 사람이 상대방에 대한 협력 및 부양의무를 현저하게 소홀히 하고 있어 그 청구가 신의에 반한다고 인정되는 경우

3. 협의이혼 절차의 개선과 향후 과제

가. 지난 1년 동안의 진전

1) 여성가족부 연계 이혼위기가족 회복지원 사업 시범실시

2008년부터 협의이혼 시 숙려기간(자녀가 없는 경우 1개월, 있는 경우는 3개월)을 두고 있으나, 상담이 권고사항으로 머물러 있어 숙려기간 동안 상담을 받은 경우는 2.5%에 불과하고 지역의 여건에 따라 상담을 주재하는 상담위원의 역량에 따라 편차가 있어 숙려기간이 제대로 활용되지 못하는 문제점이 드러났다.

이혼위기가족 회복지원 사업은 자녀양육비, 자녀면접교섭권 등에 대한 충분한 숙고가 이루어지지 않은 상태에서 이혼이 결정되고, 아동이 겪는 심리·정서적 어려움에 대한 상담이 필요함을 인식하고, 법원과 여성가족부 그리고 민간기관이 협력체계를 구축하여 이혼준비 가족을 대상으로 무료 상담서비스를 제공하여 신중한 이혼의사 결정과 아동의 건전한 성장을 지원하기 위한 사업이다. 2012년 현재 전국 5개소(부산가정법원-부산시 건강가정지원센터, 대구가정법원-한국가정법률상담소 대구지부, 인천지방법원-대화가정법률복지상담원 인천지부, 수원지방법원 안산지원-안산 YWCA, 여성과 성 상담소, 광주지방법원 순천지원-한국가정법률상담소 순천지부 부설 순천여성상담센

터)에서 협력체계를 구축하여 시범사업을 실시 중에 있다.

사업내용은 사업수행기관에 따라 다소 차이는 있지만 대체로 이혼 전 후 상담 및 교육, 캠프, 심리치료 등을 실시하고 있으며, 법원과 여성가족부 그리고 민간기관이 협력체계를 구축하여 이혼가정 문제해결에 전면적으로 나선 좋은 사례로, 앞으로 전국적인 확대 실시가 필요한 사업으로 평가된다.

〈표 VI-2〉 이혼위기가족 회복지원 사업 내용 예시

사업구분	내 용
상담서비스	<ul style="list-style-type: none"> • 법원이혼 신청가정 상담 및 조정 • 자녀심리치료 등 심리지원, 부부집단 상담 • 자녀양육 및 친권자 결정 협의서 작성 안내 • 비양육부모의 아동 면접권, 양육비분담 결정 등 지원
교육서비스	<ul style="list-style-type: none"> • 부부 및 부모교육
문화서비스	<ul style="list-style-type: none"> • 부부캠프, 가족캠프 등
상담사 전문성향상	<ul style="list-style-type: none"> • 상담사 역량강화 교육 실시

2) 장기상담 실시

1회성 상담의 한계를 극복하기 위하여 서울가정법원에서는 2012. 3.부터 장기상담 제도를 2가지 방식으로 운영하고 있다. 우선은 협의이혼의사 확인기일에 당사자의 협의가 충분하지 못하고 상담의 필요성이 있는 것으로 판단되는 경우 협의이혼의사확인기일을 추정하고 재판상 이혼 상담위원 또는 협의이혼 상담위원 중에도 장기상담을 맡을 의사가 있는 26명의 상담위원에게 10회기의 장기 상담을 의뢰하는 방식이 있다. 또한 협의이혼 의사 확인 전 협의이혼 상담위원을 통하여 장기상담신청을 한 부부를 대상으로 1회기 상담을 한 후 그 협의이혼 상담위원이 담당법관의 허가를 받아 장기상담을 진행하거나 담당법관이 적합한 상담위원에게 장기상담을 의뢰하는 방식이 있다. 수원지방법원에서도 2012. 6.부터 심층상담 제도를 실시하고 있다고 한다.

이 또한 시작단계이므로 그 효과는 검증되지 않았지만, 성과가 기대된다.

3) 부모교육의 전국 실시

2010년 1월부터 서울가정법원에서 미성년 자녀를 가진 재판상 이혼 당사자를 대상으로 부모교육을 최초로 실시한 이후 협의이혼 안내단계에서 활용되는 형태로 확대되어 왔지만, 운용실태를 조사한 결과 각 법원의 형편에 따라 실시 여부 및 실시 방법, 실시 시간 등이 제각각임을 확인하였다.

이러한 문제는 부모교육을 전국적으로 실시하기 위한 준비 작업을 부모교육공동연구회 및 법원행정처에서 해온 결과, 2012. 8.부터 부모교육, 동영상 등을 마련하여 전국에서 본격적으로 시행하게 되었다. 2012년 9월 19일 제정되어 2012년 11월 1일부터 시행되고 있는 ‘가사재판·가사조정 및 협의이혼의사확인 절차에서의 자녀양육안내 실시에 관한 지침’은 부모교육의 전국 실시를 위한 법적 근거이다.

그 밖의 양육비 산정 기준 마련 등 일련의 성과가 있었음에도 불구하고, 협의이혼과정에서 미성년 자녀의 복리 차원에서의 법원 개입을 꺼리게 만드는 요인으로 작용하고 있는 협의이혼의사 확인업무의 비송사건으로의 전환은 아직 실현되지 않고 과제로 남아있다.

나. 향후 과제: 협의이혼절차의 가사비송사건으로 입법화

협의이혼 사건이 여전히 가족관계등록업무로 유지되고 있는 것은 문제이다. 전담법관이 직권 개입을 하기 위해서는 가사소송이나 비송절차 속에 있어야 하는데, 현재 협의이혼 의사확인업무의 성격은 이혼신고를 하기 위해 거쳐야 하는 부수절차로서 가족관계등록법과 그 규칙 속에서 규율되고 있으며, 이것이 바로 협의이혼 절차가 형식적으로 흐르게 되는 본질적인 한계를 지니게 된 원인이 된다.

또한 현행 민법 제837조 제4항은 “양육에 관한 사항의 협의가 이루어지지 아니하거나 협의할 수 없는 때에는 가정법원은 직권으로 또는 당사자의 청구에 따라 이에 관하여 결정한다. 이 경우 가정법원은 제3항의 사정을 참작하여야 한다”라고 되어 있음에도 불구하고, 협의이혼 절차에서는 협의이

혼 담당판사가 직권으로 결정할 수가 없다(정승원, 2012:132).

협의이혼을 순수한 사적자치의 영역으로 당사자들의 협의를 한 이상 법원의 적극적 개입은 바람직하지 않다는 시각도 있으나, 적어도 자녀문제에 관하여는 직권주의를 강화하고 있는 외국 입법례 및 우리나라 법 개정 방향에 비추어 협의이혼 확인업무를 준사법적 성격을 갖는 업무로 승격시켜 가사비송사건으로 입법화 하여야 한다.

협의이혼절차를 가사비송사건 절차로의 제도 정비가 되면 전담법관 및 가사조사관이 보다 적극적으로 개입할 수 있고, 협의이혼절차에서도 심층상담을 권유하고, 부모교육을 받았는지도 직접 확인하며, 자녀양육문제에 관한 협의가 실질적으로 이루어졌고 그 내용이 자녀의 복리에 부합하는지도 심사하여 직권으로 비송절차를 개시하여 자녀에게 적합한 결정을 해 줄 수 있게 될 것이다(정승원, 2012:131).

전담판사는 협의이혼 숙려기간 중에 심층상담이나 부부캠프 등을 권유하여 실질적으로 숙려제도를 효율적으로 활용할 수 있도록 도와주어야 하고, 자녀양육에 관한 협의서를 검토한 후 자녀문제에 대한 협의내용이 불충분하거나 자녀 복리에 반할 경우 적극적으로 보정명령도 보내며, 자녀와의 관계개선을 위한 캠프에의 참여나 자녀상담 등을 진행할 수 있도록 도와주어야 하며, 자녀양육에 관한 부분에서 협의가 안 될 경우에는 직권으로 개입하여 친권자 및 양육자 결정까지도 해 줄 수 있어야 한다. 또한 확인기일에서 협의가 되었다고 하는 경우에도, 그 협의가 충분한 부모교육 및 상담을 받은 후에 이루어진 협의인지가 불분명하므로, 다른 상담기관에서 이미 상담을 받았거나 충분한 고려 하에 이루어진 협의인지 여부도 전담판사가 확인하여 볼 필요가 있다.

가사조사관은 숙려기간 동안 심층상담을 권유하고 외부 상담기관과의 연계도 안내해 주고, 부모교육도 실시하면서 자녀양육문제에 관한 협의가 실질적으로 이루어졌는지도 개입하는 등 판사가 협의이혼 의사를 확인하기 전에 사전에 개입하여 지원해 줄 필요가 있다(정승원, 2012:132).

4. 재판상 이혼과 협의이혼의 통합 방안

우리 이혼법이 유책주의를 버리고 혼인의 파탄만으로 이혼을 인정하게 되는 파탄주의를 취하고, 자유롭게 혼인을 해소할 수 있는 협의이혼제도에 자녀의 복리 실현 차원에서 국가의 개입을 용이하게 할 수 있도록 가사 비송사건으로 승격하게 되면 재판상 이혼과 협의이혼은 이혼 당사자 사이에 이혼 협의가 있다는 것 외에는 거의 흡사해진다.

협의이혼과 재판이혼을 통틀어 우리 이혼법이 나아가야 할 방향은 사실상 파탄된 혼인관계를 해소할 수 있는 가능성은 열어두되, 그 과정에서 피해를 입는 당사자 및 자녀가 없도록 충분히 배려하는 것이라고 할 수 있다. 따라서 이러한 이혼법이 지향하는 바를 실현하기 위해서는 이혼절차를 합리적으로 개선할 필요가 있다.

가. 절차 선별을 통한 차별적 운영

그 하나의 방안은 프랑스 민법과 같이 현행 협의이혼절차도 재판이혼절차로 편입시키는 것이다. 그 후, 절차 선별 과정을 통해 이혼 의사의 합치만 있는 경우, 이혼의 결과에 대하여도 합의가 된 경우, 이혼 의사의 합치는 없지만 일방이 이혼을 원하는 경우 등으로 분류를 한다.

이혼의 결과에 대하여도 합의가 된 경우는 사전 절차를 거치지 않고 바로 심리로 나아가서 합의 내용이 당사자 간의 적절한 이익 균형을 고려하고 자녀의 복리에도 부합하는지만 심사하여 이혼결정을 내리면 된다. 그 과정에서 합의에 미비점이 발견될 경우에는 당사자 간의 합의를 지원하기 위한 절차를 거치도록 한다. 그 외에 이혼의 결과에까지 합의가 이르지 않은 경우와 일방에게만 이혼의사가 있어 다툼이 있는 경우에는 심판이나 소를 제기하기 전에 당사자에 의한 합의를 지원하는 절차를 거치도록 하는 것이다.

이러한 사전절차의 근본 취지는, 부부가 파탄상태에 놓여 결국 이혼에 이르게 되더라도, 그래도 당사자 스스로의 합의에 의한 해결이 가장 서로간의 갈등을 극복할 수 있는 방법이고, 특히 자녀문제에 있어서는 당사자의 합의에 기초하지 않은 법원의 결정은 부모간의 갈등을 해소시키지 못하고 오히려

려 연장, 심화시킴으로써 자녀의 고통을 가중시킬 수 있다고 보는 것이다 (정승원, 2012:123).

나. 사전절차의 통합 운영¹³⁷⁾

협의이혼이 됐든 재판이혼이 됐든 이혼과정에 미성년 자녀의 복리를 위한 개입은 불가결하고, 이혼과정에서 미성년 자녀의 복리를 도모하기 위한 절차도 유사하다. 따라서 절차를 통합하여 사안에 따라 맞춤형 사건관리를 한다면 이혼과정에서 부부의 갈등을 낮추고 자녀들의 최선의 이익을 도모하는데 기여할 수 있을 것이다.

사전절차의 기본 구상안을 소개하면 아래와 같다.

이혼청구서가 접수되면, 그 다음으로 바로 사전절차가 진행되며, 사전절차는 사전절차실(준비절차실과 유사)에서 이루어진다(정승원, 2012:124).

- ① 부모교육 명령: 사전절차에서 부모교육을 미리 받도록 한다.
- ② 상담안내: 상담서비스를 안내해 주고 필요한 경우 상담기관을 연결해 준다.
- ③ 사전처분결정: 자녀들에 대한 양육비 지급 문제 등과 갑작스런 부모의 별거로 한쪽 부모와 할 수 없이 떨어지게 된 자녀들을 위한 면접교섭 등에 대한 사전처분 결정을 해준다.
- ④ 사전조사(가사조사): 양육환경 조사나 사건본인 면접조사 등이 이루어진다.
- ⑤ 임시보호조치: 당사자들로 인하여 자녀의 복리가 위태로워질 위험이 있는 경우에는 직권으로 보호조치를 취해 준다.
- ⑥ 조정절차로의 즉시 연계: 사전절차에서 이루어진 협의에 따른 조정이 이루어지도록 즉시 연계한다.

137) 이하의 내용은 과탄주의로의 전환에 대비하여 정승원 부장판사님이 구상한 사전절차의 구조를 재인용함. 자세한 내용은 2012. 7. 23. 가정법원 심포지엄-가정법원의 확대와 새로운 과제-, 122면 이하 참조.

결국 적어도 자녀에 관한 문제는 대부분 사전절차에서 해결하도록 하고, 사전절차에서도 해결되지 않은 나머지 분쟁(예를 들면 위자료, 재산문제 등)에 관하여만 재판으로 가도록 하는 구조이다(정승원, 2012:125).

5. 조정 기능의 강화

이혼 당사자 사이의 자녀에 대하여 미치는 영향 및 그에 대한 국가의 후견적 개입의 차원에서 가능한 한 양 당사자뿐만 아니라 자녀의 문제도 고려해야 하므로 이혼을 방지하기 위한 조정기능의 강화뿐만 아니라 불가피한 경우에는 이혼과정에서의 조정기능도 강화시켜야 한다.

현대의 이혼제도는 첫째, 개별적 경우마다 해결책을 제시해 줄 수 있는 치유적 기회를 제공하여야 하고, 둘째 유·무책의 엄격한 구별보다는 치유 가능한 경우와 이혼해야 할 부부를 조속히 판별하여 새로운 상황을 구현해 줄 수 있어야 하며, 셋째 이혼 후에 적절한 육체적, 정신적 보호와 생계유지를 위한 방안을 실현해 줄 수 있어야 한다. 즉, 법의 엄격한 획일성이 아니라 다양한 적용의 가능성을 실현해 줄 수 있는 비법적인 사회적 환경이 법과 조화롭게 적용되어야 하는데 조정기능을 강화함으로써 이러한 요구사항에 대해 해결책을 제시해 줄 수 있을 것이다(정미혜, 2010: 159).

조정위원의 전문성을 강화하기 위하여 조정위원은 가사분쟁에 관련된 전문적인 지식과 문제해결능력을 가진 법률전문가와 가족관계학자, 가족복지학자 및 전문상담가 등으로 구성하여야 하고, 주심조정제도를 채택하는 체제하에서는 적어도 2인 중 1인은 법률전문가, 특히 가족법에 대한 열의와 학식이 갖추어진 위원으로 공동주심조정위원이 편성·운영되어야 한다. 또한 신규위촉 조정위원은 물론 모든 조정위원은 조정위원 연찬프로그램에 의한 지속적인 연찬과 국내외의 가사조정제도를 비교·연구하여 조정에 임하게 하여야 한다. 그리고 조정위원의 임기를 5년으로 개선함으로써 책임 있는 직무수행을 하도록 하여야 한다(정미혜, 2010:159).

또한 현재의 조정위원회에 의한 조정이 대부분 변론종결 단계에서 수소

법원조정을 대체하는 기능을 하고 있기 때문에, 조기에 조정으로 분쟁을 해결하고자 하는 목적에는 부합하지 않는 형태로 운영되고 있는 한계가 있다(정승원, 2012:128). 이러한 한계를 극복하기 위해서는 각 지역에 가사사건을 위한 가사조정센터를 설립하여 앞서 제안한 사전절차와 유기적으로 연계되어 운영되도록 하여야 할 것이다(정승원, 2012:128).

6. 이혼법 개정을 위한 논의의 장 마련

우리나라 이혼법은 입법과정에서 국민적 정서를 고려하거나 제외국의 사례에 대한 조사 연구나 성찰 없이 일본의 제도를 대부분 그대로 받아들인 태생의 한계를 지니고 있다. 그나마 협의이혼제도는 몇 차례의 개정을 거쳐 양성평등과 자녀 복리의 관점에서 변화를 도모하였지만, 재판상 이혼제도에 있어 이혼원인에 관한 조항은 수십여년 동안 거의 답보상태에 놓여 있다.

본 연구는 그동안의 연구성과에 보태어 큰 틀의 이혼법 개정이 필요함을 강조하고자 한 것으로 파탄주의로의 전환에 일반 국민들의 저항도 큰 점을 고려하여 파탄주의가 이혼피해자 보호에 더 충실한 제도가 될 수 있음을 홍보하고 실제로 그렇게 운영될 수 있도록 전문가들을 구성하여 이혼제도 개혁을 위한 준비에 착수할 시점에 와 있음을 강조한다.

7. 인적·물적·재정적 뒷받침

지금까지 제안한 파탄주의로의 전환 및 협의이혼과 재판이혼의 통합, 그리고 그 절차적 지원과정에서의 가정법원의 후견적 역할 강화는 그동안 독립적인 분쟁해결의 장으로서만 바라봤던 법원의 역할의 변화를 촉구하는 것으로 기존에 갖추어진 법원의 역량으로는 소화하기 힘든 체제의 대변혁을 요구하는 것이다. 그러므로 이러한 제안은 그 실현을 위한 인력, 시설, 재정 투입을 확대하지 않고서는 추진력을 잃을 수 있다.

가정법원은 현재도 지난 몇 년 사이의 사회의 요구와 법률의 변화를 수용하는 과정에서 어려움을 겪고 있다. 협의이혼 절차의 개선이 그러하였고 2012년 8월부터 시행된 입양허가제도, 그리고 2013년 시행될 성년후견제도 등에서의 가정법원의 후견적 역할 강화와 그에 따른 전문조사관의 역할이 확대되고 있음에도 그에 따른 인력 보강과 시설지원 등은 그다지 크지 않았다.

따라서 이혼법이 나아갈 방향이 뚜렷하고 그에 따른 가정법원의 후견적 역할의 강화가 시대적 요청이라고 한다면 제도 마련을 대비하여 미리부터 인력보강과 시설지원 등의 투자가 이루어져야 할 것이다.

물론 가정법원도 외부 유관기관과의 연계 및 활용을 통한 자체적인 노력을 게을리 해서는 안 될 것이다.

참고문헌

- 곽배희(2005). “이혼숙려기간 도입과 이혼전 상담명령제도화에 관한 제언”, 『家事調停』 통권 제7호, 서울가정법원조정위원회협의회.
- 김동일·우흥련(2009). 『이혼가정 아동을 위한 집단 상담 프로그램』, 서울:학지사.
- 김만웅(2004). “우리나라 이혼절차에서의 조정기능강화에 관한 연구”, 부산대학교 박사학위논문.
- 김상용(2002). “변화하는 사회와 가족법()”, 부산대학교 법학연구(제43권 제1호).
- 김상용(2006). “협의이혼제도의 개정방향”, <민법(친족·상속편) 개정 공청회> 주 제발표 자료집(2006.6.29), 법무부.
- 김은영(2003). “영국 이혼법에 대한 소개와 우리나라 이혼제도 개선을 위한 소 고”, 실무연구 , 서울가정법원.
- 김은지·장혜경·이미정·최인희·김혜영·여유진(2011). 청소년한부모 생활실태조사 및 자립지원방안, 여성가족부.
- 김주수(1969). 『혼인법연구』, 법문사.
- 김정옥(1993). “이혼의 사회적 배경과 이혼원인의 이론적 고찰”, 이혼과 가족문 제, 한국가족학연구회.
- 김주수(1973). 『협의이혼론(中), 가족법과 호적의 제문제』, 사법행정.
- 김주수·김상용(2011). 『친족·상속법』, 법문사.
- 김중근(2003). “이혼의 원인 및 이혼 후 적응에 관한 고찰,” 실무연구(제9권).
- 김춘경(2002). “이혼 가정 아동의 정신 건강 증진을 위한 독서치료에 관한 이론 적 고찰”, 초등교육연구, 제15권제2호.
- 김혜숙·이희배·유계숙(2008). 『이혼상담과 이혼법』, 서울:학지사.
- 박병호(1982). 『민사판례연구』 제4집, 민사판례연구회.
- 박복순·박선영·신영희(2011). 협의이혼제도의 운용실태 및 개선방안, 한국여성정 책연구원.
- 박상진 외(2009). “이혼숙려제도 활성화를 위한 기초연구-자발적으로 이혼관련 상담기관을 내방한 기혼남녀를 중심으로”, 『한국가족자원경영학회지』 제 13권 제3호, 국가가족자원경영학회.
- 박정기·김연(2008). 『가족법 : 친족상속법』, 삼영사.
- 법원행정처(2008). 『외국사법제도연구(4) : 각국의 이혼제도』, 대법원 법원행정처.

법원행정처(2012). 사법연감 2012.

변화순·김혜영·윤홍식·한지숙(2006). 이혼 후 여성의 사회경제적 지위변화, 한국 여성정책연구원.

오상진(2003), 이혼원인에 있어서 유책주의와 파탄주의, 재판자료(101집), 법원도서관, pp.103-157.

이선미(2009). “유책배우자의 이혼청구권”, 사법(제10호), 사법연구지원재단, pp.48-85.

이선미(2010). 유책배우자의 이혼청구-현황 및 입법론을 중심으로-, 서울대학교 석사학위논문.

이혜진(2009). “유책배우자의 이혼청구에 대한 판례의 변화”, 『東亞法學』 제45호, 동아대학교 법학연구소.

이화숙(2008). “별거제도 도입을 위한 입법정책적 연구”, 법조(2008. 3), 법조협회.

이화숙(2012). 가족, 사회와 가족법, 세창출판사.

이희배(2010). “유책배우자의 이혼청구 허용이 신의칙·사회적의에 반하지 않는다는 사례- 대법원 2009. 12. 24.(2009므2130) : 이혼(판공 2010. 2. 1. 제339호) 판결, 법률신문 3923호(2010. 3. 8.) p.15.

임관식(2012). “한국가족의 변화와 가족정책의 방향”, 「보건복지포럼(통권 제187호)」, 한국보건사회연구원, pp.2-4.

정미혜(2010). 『離婚法制의 改善에 관한 研究 : -家族共同體 保障을 中心으로-』, 전남대학교 대학원 박사학위논문.

정승원(2012). “미래를 여는 가정법원, 그 새로운 시도”, 가정법원 심포지엄-가정법원의 확대와 새로운 과제-, 2012. 7. 23. 심포지엄 자료집, pp.117-149.

채선미·이영순(2011). “부모의 이혼을 경험한 청소년의 정서, 자아 강도 및 사회적 지지가 학교생활 적응에 미치는 영향”, 『놀이치료연구』 제15권 제1호, 한국아동심리재활학회.

통계청(2011). 경제활동인구연보.

통계청(2012). 2011 혼인·이혼통계, 2012. 4. 19. 보도자료.

한경혜(1995). “이혼과 부부문제의 이론적 고찰”, 한국가족학 연구회.

한국가정법률상담소(2009). 『가족법개정운동 60년사』.

한복룡(2005). “파탄주의 이혼법의 도입 필요성”, 인권과 정의(제343호), pp.35-62.

한복룡(2008). “전환기의 가족법과 파탄주의 이혼법의 탄생”, 인권과 정의(제381호),

- 대한변호사협회, pp.7-21.
- 한봉희(1981). “파탄주의 이혼원인의 제문제”, 현대민법학의 제문제, 박영사.
- 한수자(2000). 파탄주의 이혼원인과 유책배우자의 이혼청구에 관한 연구, 한남대학교 박사학위논문.
- 한준아(2008). “이혼 가정 아동의 자아자각 및 문제 행동”, 연세대학교 대학원 박사학위논문.
- 황은숙(2007). “이혼 가정 부모 교육 프로그램 개발”, 경기도 파주:한국학술정보.
- 離婚事件實務研究會(2008). 判例にみる離婚原因の判断, 新日本法規.
- 水野紀子(2007). “破綻主義的離婚の導入と擴大”, 『ジュリスト』 No.1336, pp.19-25.
- 村田 裕(2006). “有責配偶者からの離婚請求の許否について-5年別居制案に対する疑問-”, 中京法學(40卷3・4号).
- Dieter Schwab(2002). “Grounds for divorce and maintenance between former spouses”, Uni Regensburg(Oct. 2002).
- Judith Masson(2008). *Principles of Family law*, Sweet & Maxwell.
- Mary Ann Glendon·한복룡 옮김(2012). 『전환기의 가족법-구미의 국가, 법, 그리고 가족(2012년 수정판)』, 충남대학교출판문화원.
- Planadt/Brundermüller(2008), Bürgerliches Gesetzbuch, 67 Aufl.
- P. Bromley(1971). “Family Law”, 4th ed., Butter Worths.
- Smilansky, S.(2002)·오은숙 역, 『이혼 가정 아동』, 학지사.



부 록

1. 이혼 제도에 대한 국민수용성 조사 (일반국민용) 설문지	255
2. 이혼 제도에 대한 국민수용성 조사 (전문가용) 설문지	269
3. 대법원 판례 목록	283
4. 제1심 사건목록	290
5. 항소심 사건목록	296

이혼 제도에 대한 국민수용성 조사 (일반국민용)

--	--	--	--

안녕하십니까?

저는 여론조사 전문회사인 한국리서치의 면접원 000입니다.

저희는 한국여성정책연구원의 지원을 받아 이혼법제 개선방안 마련을 위한 국민의식조사를 실시하고 있습니다.

본 조사에서는 이혼여부 및 이혼조건 등을 조정하기 위해 법원의 개입이 어느 정도 수용될 수 있을지에 관한 국민 여러분의 인식을 알아보고자 합니다. 이를 통해 협의이혼 제도와 재판상 이혼 제도가 우리 사회의 현실과 정서에 맞는지 문제점은 무엇인지를 점검하고, 우리의 현실과 정서에 보다 더 적합한 방안을 마련하기 위한 기초 자료로 활용하고자 합니다.

본 조사는 통계법 제33조에 의거하여 실시·관리되므로 설문 내용 및 응답자에 대한 모든 비밀은 철저히 보장됩니다. 또한 이 조사의 내용은 통계목적 이외에는 절대로 사용되지 않습니다.

앞으로 귀하께 여쭙볼 질문에는 맞고 틀리는 답이 있는 것은 아닙니다. 귀하께서 대답해 주신 내용은 다른 여러 사람들의 의견과 함께 ‘무엇이 몇%’ 하는 식으로 집계될 뿐입니다.

시간을 내시어 협조하여 주시면 감사하겠습니다.

■ 주관기관 : 박복순 한국여성정책연구원 연구위원 (02-3156-7129)

이여봉 강남대학교 교수 (031-280-3818)

■ 조사기관:


 성현정 과장 02-3014-0168

응답자 선정 질문

응답자 이름		응답자 연락처	- -
응답자 성별	① 남 ② 여	응답자 연령	만 _____세 (출생년도 :)
지역	① 서울 ② 부산 ③ 대구 ④ 인천 ⑤ 광주 ⑥ 대전 ⑦ 울산 ⑧ 경기 ⑨ 강원 ⑩ 충북 ⑪ 충남 ⑫ 전북 ⑬ 전남 ⑭ 경북 ⑮ 경남 ⑯ 제주		
주소	_____시/도 _____시/군/구 _____읍/면/동		
면접일시	월 일 시 분	면접시간	분 동안
면접원 성명 및 코드	이름 : _____ (코드: _____)	검증결과	

결혼 및 이혼에 관한 의견

문1. 다음은 결혼 및 이혼에 관한 의견입니다. 다음의 각 의견에 대해 귀하의 생각과 일치하는 곳에 응답해 주십시오.

결혼 및 이혼에 관한 의견	전혀 그렇지 않다	별로 그렇지 않다	대체로 그런 편이다	매우 그렇다
1) 한 번 결혼했으면, 살기 싫더라도 참고 결혼생활을 유지해야 한다	①	②	③	④
2) 같이 살기 힘든 사유가 있더라도, 돌봐야 할 어린 자녀가 있다면 결혼생활을 유지해야 한다	①	②	③	④
3) 수십 년을 함께 산 나이 든 부부는 웬만하면 이혼하지 않고 참고 사는 것이 낫다	①	②	③	④
4) 실질적인 부부관계(동거, 부양, 협조 등)가 끝났더라도, 서류상의 혼인관계를 유지하는 것은 중요하다	①	②	③	④
5) 처음에는 좋아서 결혼했더라도, 살다가 문제가 생기면 자신의 삶을 위해 이혼할 수 있다	①	②	③	④
6) 같이 살기 힘든 사유가 있다면, 자녀가 있든 없든 이혼하는 것이 낫다	①	②	③	④
7) 배우자 외의 다른 이성과 사귀고 있고 관계를 끊을 생각이 없다면, 이혼하는 것이 낫다	①	②	③	④
8) 더 이상 배우자에게서 애정이나 친밀감을 전혀 느낄 수 없다면, 이혼하는 것이 낫다	①	②	③	④
9) 이미 깨어진 결혼관계 안에 머물러 있는 것은 당사자나 자녀에게 불행한 일이다	①	②	③	④
10) 같이 살기 힘든 사유가 있더라도, 이혼에 대한 사회의 부정적 인식을 생각하여 그냥 참고 산다	①	②	③	④

문2. 현재의 배우자 혹은 장래 배우자와의 관계에서 다음의 문제가 발생한다면, 귀하께서는 어떻게 해결 하시겠습니까? 이혼을 선택하실 경우, 만약 배우자가 이혼에 응하지 않는다면 어떻게 하시겠습니까? 다음의 각 의견에 대해 귀하의 생각과 일치하는 곳에 응답해 주십시오.

문제 상황	문2-1. 해결 방법			문2-2. (문2-1의 ③ 응답자만) 배우자가 이혼에 응하지 않을 경우	
	외부 도움 없이 관계 회복을 위해 노력하거나 그냥 참고 산다	상담을 받아 관계 회복을 시도 한다	원만한 협의 이혼을 위해, 시간을 갖고 배우자를 설득한다	배우자가 이혼에 합의하지 않으면 포기하고 남처럼 산다	배우자가 이혼에 동의하지 않을 경우, 이혼소송을 한다
1) 배우자의 외도	①	②	③	①	②
2) 배우자의 무시나 폭언과 폭력	①	②	③	①	②
3) 배우자의 부모나 형제로부터의 무시나 폭언 및 폭력	①	②	③	①	②
4) 극심한 성격 차이	①	②	③	①	②
5) 원만하지 않은 성생활	①	②	③	①	②
6) 종교생활로 인한 심각한 갈등	①	②	③	①	②
7) 배우자가 결혼조건을 속였거나 지속적인 거짓말로 인한 불신	①	②	③	①	②
8) 배우자의 잦은 가출이나 외박	①	②	③	①	②
9) 배우자의 사처와 낭비 및 허영	①	②	③	①	②
10) 배우자의 경제적 무능력 및 일하지 않고 빈둥거림으로 인한 곤궁	①	②	③	①	②
11) 빚보증 혹은 사업실패 등으로 인한 경제적 파탄	①	②	③	①	②
12) 정신병이나 알콜 중독, 도박 등으로 인한 정상적 부부생활이 불능	①	②	③	①	②
13) 배우자의 중한 신체적 질병에 의해, 부부간 교류가 불가능(식물인간 상태 등)하고 고통과 부담이 장기간 이어짐	①	②	③	①	②
14) 다시 동거할 의사가 없는 장기간의 별거	①	②	③	①	②
15) 더 이상 서로 사랑하지 않음	①	②	③	①	②

협의이혼 제도

* 협의이혼

현재 우리나라에서는 **부부 사이에 서로 이혼에 동의하고 이혼 조건에 합의하는 경우에는** 쉽게 이혼할 수 있습니다. 다만 가정 폭력 등의 특별한 사정이 없는 한 1개월에서 3개월 정도의 기간 동안 이혼에 관해 다시 생각해 볼 시간(이혼숙려기간)을 갖도록 하고 있습니다. 그리고 **미성년 자녀가 있는 경우에는, 양육사항에 관한 협의서를 제출해야 하고 또한 숙려기간 동안 상담을 받을 것을 권고**하고 있습니다.



문3. 귀하께서는 위와 같은 현재의 협의이혼 제도가 전반적으로 어떻게 개선되어야 한다고 생각하십니까?
귀하의 의견과 일치하는 것을 하나만 응답하여 주십시오.

- ① 부부 사이의 이혼 의사만 확인하여 협의이혼 하도록 하는 제도가 적절하다
- ② 현행 제도를 유지하되, 자녀문제 등 법률과 관련된 문제에 대해 전문상담가의 상담을 받도록 의무화해 보완한다
- ③ 협의이혼 시 자녀문제와 부부 간의 합의 내용에 대한 적절성과 공정성을 법원이 개입하여 조정하여야 한다

문4. 현재 협의이혼 시 숙려기간을 두고 있습니다. 이혼 전 숙려기간을 두는 것에 대해서 귀하께서는 어떻게 생각하십니까? 귀하의 의견과 가까운 것을 하나만 선택하여 주십시오.

- ① 숙려기간은 이혼하는 고통스런 과정을 더 길게 늘릴 뿐이므로, 없애는 것이 낫다
- ② 숙려기간을 의무화하는 현재와 같은 방식을 유지하는 것이 좋다

문4-1. 현재 협의이혼 시 미성년 자녀가 있는 경우 3개월 간의 이혼 숙려기간을 두고 있습니다. 귀하께서는 이러한 숙려 기간이 충분하다고 생각하십니까?

- ① 숙려기간을 3개월보다 단축하는 것이 좋다
- ② 숙려기간은 현재와 같은 3개월이 적당하다
- ③ 숙려기간을 3개월보다 연장하는 것이 좋다

문4-2. 현재 협의이혼 시 미성년 자녀가 없는 경우 4주(1개월) 간의 이혼 숙려기간을 두고 있습니다. 귀하께서는 이러한 숙려 기간이 충분하다고 생각하십니까?

- ① 숙려기간을 4주(1개월)보다 단축하는 것이 좋다
- ② 숙려기간은 현재와 같은 4주(1개월)가 적당하다
- ③ 숙려기간을 4주(1개월)보다 연장하는 것이 좋다

문5. 현재 우리나라에서는 협의이혼 시 미성년 자녀가 있는 경우에 숙려기간 동안 상담 받을 것을 권고하고 있습니다. 즉 상담은 반드시 받아야 하는 것이 아니고 권고 사항이며, 상담을 받도록 권고하는 대상은 미성년자녀가 있는 경우뿐입니다. 이러한 제도를 어떻게 개선해야 한다고 생각하십니까?

- ① 미성년 자녀의 존재 유무와 상관없이 상담을 권고하고, 상담을 받을지에 관한 결정은 당사자에게 맡기는 것이 좋다
- ② 미성년 자녀가 있는 부부에 한해서만 이혼 전 상담을 받도록 의무화해야 한다
- ③ 미성년 자녀 유무와 상관없이, 상담 받는 것을 의무화하여야 한다

문6. 귀하께서는 이혼 전 상담을 의무화한다면, 상담 비용의 부담에 대해서는 어떻게 생각하십니까?

다음 중 귀하의 의견과 가까운 내용을 하나만 선택하여 주십시오.

- ① 모두가 필요로 하는 횟수만큼 무료로 상담을 받을 수 있도록 국가가 지원해야 한다
- ② 기본 상담횟수 만큼 무료로 상담을 받을 수 있도록 국가가 지원하고,
그 이상 추가적인 상담을 원할 경우엔 일부 유료 상담이 가능하도록 해야 한다
- ③ 기타 ()

문7. 다음은 협의이혼 시 숙려 기간 동안 이혼 대상자들에게 제공할 상담 및 교육 프로그램에 대한 내용입니다. 다음 내용들의 상담 및 프로그램을 제공한다면 이혼을 선택한 대상자들에게 얼마나 도움이 될 것이라고 생각하십니까?

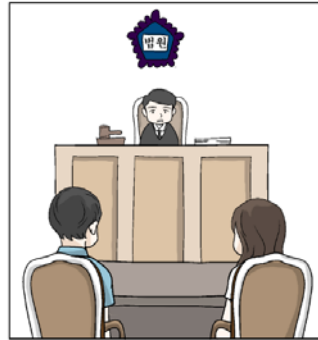
이혼 대상자들에게 제공할 상담 및 교육 프로그램	전혀 도움이 되지 않을 것이다	별로 도움이 되지 않을 것이다	조금 도움이 될 것이다	매우 도움이 될 것이다
1) 숙려기간 동안, 부부관계 및 이혼 후의 삶에 대한 체계적 교육프로그램을 제공하고, 일정한 횟수만큼 참석할 것을 의무화하는 것	①	②	③	④
2) 숙려기간 동안, 가족상담 및 이혼상담을 일정한 횟수 만큼 받도록 하는 것	①	②	③	④
3) 상담을 받는 대신, 숙려기간을 줄여주거나 아예 면제해 주는 것	①	②	③	④

재판상 이혼 제도

* 재판상 이혼

부부 중 한쪽만 이혼을 원하거나, 부부 둘 다 이혼을 원하지만 혼인 중에 쌓은 공동 재산을 어떻게 나눌지, 헤어진 이후 둘 사이의 자녀를 어떻게 양육하고 그 비용은 누가 부담할지 등에 대하여 합의가 이루어지지 않을 경우, 당사자 간 협의에 의한 이혼이 가능하지 않습니다. 그럴 경우에 법원에 이혼을 청구하여 그 판단에 따라 이혼을 할 수 있습니다. 이를 재판상 이혼이라고 합니다.

그런데 재판상 이혼을 하기 위해서는 법이 정하고 있는 이혼 사유가 있어야 합니다. 혼인관계를 깨지게 할 만한 잘못을 한 배우자의 이혼청구는 인정하지 않는 것이 재판상 이혼의 원칙입니다.



문8. 재판을 통한 이혼은 법이 정한 일정한 사유가 있는 경우에만 이용할 수 있으며, 현재 다음과 같이 이혼 사유를 구체적으로 열거하고 있습니다. 이에 관해 어떻게 생각하십니까?

〈재판상 이혼사유〉

- 「민법」 제840조는 재판상 이혼을 할 수 있는 사유로 다음 여섯 가지를 규정하고 있습니다.

- 1) 배우자에게 부정(不貞)한 행위가 있었을 때
- 2) 배우자가 악의(惡意, 나쁜의도)로 다른 일방을 유기(遺棄, 보호받지 못한 상태로 두는 것)한 때
- 3) 배우자 또는 그 직계존속(시부모, 장인, 장모 등)으로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때
- 4) 자기의 직계존속(아버지, 어머니 등)이 배우자로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때
- 5) 배우자의 생사가 3년 이상 분명하지 않을 때
- 6) 그밖에 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때

- ① 이혼 사유를 구체적으로 열거하는 현재와 같은 방식을 유지하는 것이 좋다
- ② 이혼 사유를 구체적으로 열거하는 대신 포괄적으로 명시해야 한다
(예 : 혼인을 계속할 수 없는 중대한 사유로 인정되는 모든 경우에 이혼을 청구할 수 있다 등)
- ③ 이혼사유가 무엇이든 당사자의 혼인 계속의 의사가 중요하므로, 구체적인 이혼사유를 명시할 필요가 없다

문9. 부부가 이혼을 생각할 때 보통 별거를 거쳐게 됩니다. 귀하께서는 가정불화를 이유로 한 별거 기간이 어느 정도 됐을 때, 더 이상 부부관계를 회복할 전망이 없다고 생각하십니까? 다음 중에서 **하나만** 응답해 주십시오.

- | | | |
|----------------------|----------------|---------------|
| ① 2년 미만 | ② 2년 이상 4년 미만 | ③ 4년 이상 6년 미만 |
| ④ 6년 이상 8년 미만 | ⑤ 8년 이상 10년 미만 | ⑥ 10년 이상 |
| ⑦ 사안에 따라 다르게 판단해야 한다 | | |

문10. 다음은 재판을 통한 이혼에서 ‘그밖에 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때’와 관련된 여러 가지 내용입니다. 다음 각 사유들에 관해 재판상 이혼 사유로 명시되어야 하는지에 대한 귀하의 의견을 여쭙고자 합니다. 귀하의 의견과 일치하는 곳에 응답하여 주십시오.

문제 상황	재판상 이혼 사유 명시에 대한 의견		
	이혼 사유로 명시되어야 한다	구체적으로 명시할 필요는 없고, 지금처럼 법원이 판단하도록 하면 된다	이혼 사유라고 볼 수 없다
1) 극심한 성격 차이	①	②	③
2) 원만하지 않은 성생활	①	②	③
3) 종교생활로 인한 심각한 갈등	①	②	③
4) 배우자가 결혼조건을 속였거나 지속적인 거짓말로 인한 불신	①	②	③
5) 배우자의 잦은 가출이나 외박	①	②	③
6) 배우자의 사치와 낭비 및 허영	①	②	③
7) 배우자의 경제적 무능력 및 일하지 않고 빈둥거림으로 인한 곤궁	①	②	③
8) 빚보증 혹은 사업실패 등으로 인한 경제적 파탄	①	②	③
9) 정신병이나 알콜 중독, 도박 등으로 인한 정상적 부부생활이 불능	①	②	③
10) 배우자의 중한 신체적 질병에 의해, 부부간 교류가 불가능 (식물인간 상태 등)하고 고통과 부담이 장기간 이어짐	①	②	③

문11. 현재 우리나라의 재판을 통한 이혼에서는 법원이 개입하여 이혼의 원인이 되는 잘잘못을 가리도록 되어 있습니다. 귀하께서는 이혼 과정에서 잘잘못을 가리는 것이 필요하다고 생각하십니까? 필요하지 않다고 생각하십니까?

- ① 잘잘못을 가리는 과정에서의 지나친 사생활 노출과 당사자 간의 감정대립은 이혼 후의 관계에 부정적인 영향을 미쳐므로 이혼과정에서 잘잘못을 가릴 필요는 없다
- ② 잘못이 없는 배우자가 잘못된 배우자에게 위자료를 받을 수 있도록 잘잘못을 가려야 한다

문12. 다음은 재판상 이혼 청구 및 수용에 대한 여러 가지 의견입니다. 다음 각 의견에 대하여 귀하의 의견과 일치하는 곳에 응답하여 주십시오.

재판상 이혼 청구 및 수용에 대한 의견	전혀 그렇지 않다	별로 그렇지 않다	대체로 그런 편이다	매우 그렇다
1) 이혼을 원하는 사람은 잘못여부에 상관없이 누구나 이혼을 청구할 수 있어야 한다	①	②	③	④
2) 이혼의 원인이 되는 잘못을 한 배우자의 이혼청구는, 어떠한 경우에도 받아들여서는 안 된다	①	②	③	④
3) 잘못이 없는 배우자가 이혼을 원하지 않으면 이혼할 수 없도록 해야 한다	①	②	③	④
4) 같이 살 생각도 없으면서 잘못을 한 배우자에 대한 보복을 목적으로 이혼에 응하지 않는다면, 잘못을 한 배우자의 이혼청구라도 받아들여야 한다	①	②	③	④
5) 결혼관계를 회복할 수 없다면, 잘못된 배우자의 이혼청구라도 받아들여야 한다	①	②	③	④

이혼 제도 전반에 관한 의견

문13. 현재 우리나라에서는 부부 사이에 이혼을 하고자 할 때, 이혼하고자 하는 의사가 일치하고 이혼 조건에 합의하는 경우 이용할 수 있는 협의이혼 제도와 그렇지 않은 경우에 법원에 이혼을 청구하여 판결을 구하는 재판상 이혼 제도가 있습니다. 귀하께서는 위와 같은 현재의 이혼 제도가 앞으로 어떻게 개선되어야 한다고 생각하십니까?

- ① 협의이혼의 경우에도 법원이 좀 더 개입하여야 한다
- ② 재판상 이혼의 경우에만 법원이 적극 개입하는 현재의 제도가 적절하다
- ③ 모든 이혼은 법원이 아닌 민간 차원에서 전문가의 도움을 받는 조건 하에, 자유롭게 결정할 수 있도록 해야 한다
- ④ 모든 이혼은 전적으로 개인의사를 존중하여 신고만으로 성립되어야 한다
- ⑤ 기타 ()

문14. 현재 우리나라에서는 이혼 시 재산분할과 자녀에 대한 친권 및 양육권을 분할하고 있습니다. 이혼 시 재산분할 및 친권과 양육권에 관한 다음 의견들에 대해, 귀하의 생각과 일치하는 곳에 응답해 주십시오.

이혼 시 재산분할 및 친권과 양육권에 관한 의견	전혀 그렇지 않다	별로 그렇지 않다	대체로 그런 편이다	매우 그렇다
1) 이혼 시 유형의 재산 뿐 아니라 무형의 재산(연금, 퇴직금, 영업권 및 자격증 등)도 분할대상에 포함시키는 것이 좋다	①	②	③	④
2) 이혼으로 인한 재산분할 시 가사노동과 소득활동의 가치는 동등하게 평가되어야 한다	①	②	③	④
3) 이혼 시 재산분할과 관련하여, 가사와 직장노동을 둘 다 하는 취업주부의 기여도는 전업주부의 기여도보다 높게 산정되어야 한다	①	②	③	④
4) 자녀를 양육하는 사람이 자녀와 관련된 중요한 사항도 결정할 수 있도록 양육권을 갖는 사람이 친권도 함께 갖도록 하는 것이 좋다	①	②	③	④
5) 이혼을 하더라도, 친권과 양육권을 양편이 공동으로 행사하도록 하는 것이 좋다	①	②	③	④

- * **재산 분할** : 이혼 시 재산을 나누는 것
- * **친권** : 미성년의 자녀를 보호, 교육하고 그 재산을 관리하는 것을 내용으로 하는 권리 · 의무
- * **양육권** : 부부가 이혼한 뒤 미성년 자녀를 누가 양육할 것인지에 관한 권리
양육권은 미성년인 자녀를 부모의 보호 하에서 양육하고 교양할 권리를 의미하지만, 친권은 자녀의 신분과 재산에 관한 사항을 결정할 수 있는 권리이므로 양육권보다는 친권이 좀 더 포괄적인 개념이라고 할 수 있습니다.
- * **이혼 시 친권자와 양육권자의 지정**
현행 법에서는 이혼하는 경우에는 친권자와 양육자를 부모 중 일방 또는 쌍방으로 지정할 수 있고, 친권자와 양육자를 각각 달리 지정할 수도 있습니다.

문15. 부모가 이혼을 하면 자녀는 아버지와 어머니 중 한쪽과 함께 사는 것이 일반적입니다. 그리고 자녀와 함께 살지 않는 쪽(비양육친)은 자녀를 키우는 상대방에게 양육비를 주게 되어 있습니다. 만약 자녀에게 소요되는 총비용을 정확하게 산정할 수 있다면, 그 비용에 대한 부담을 어떻게 하는 것이 옳다고 보십니까?

- ① 자녀양육에 소요되는 금전적 비용은 자녀를 양육하지 않는 쪽이 전액 부담해야 한다
- ② 부모가 공동으로 부담하되, 자녀를 양육하지 않는 쪽이 자녀를 양육하는 쪽보다 더 많이 부담하도록 한다.
- ③ 양육 여부와 상관없이, 소득비율에 따라 양육비를 부담해야 한다

문16. 이혼 시에 부모 양측이 양육비를 어떻게 분담하고 어떻게 지급할 것인지에 대한 합의나 법원의 결정이 있음에도 불구하고, 성실히 지급하지 않을 경우 다음 중 어떠한 조치를 내려야 한다고 생각하십니까? 귀하께서 가장 필요하다고 생각하시는 순서대로 응답하여 주십시오.

※ 한 가지만 필요하다고 생각하시면 1순위만 응답하시고, 두 가지 이상이 필요하다고 생각하시면 필요하다고 생각하시는 순서대로 응답하여 주십시오.

1순위 _____ 2순위 _____ 3순위 _____

- ① 양육비를 지급할 때까지 운전면허 취소, 자격증 취소 등 행정적인 제재를 가하여 양육비를 지급하도록 유도한다
- ② 양육비를 지급할 때까지 소유 자산을 압류하여 재산처분이나 권리행사를 할 수 없도록 강력하게 제재해야 한다
- ③ 국가가 자녀양육에 소요되는 최소한의 양육비를 대신 지급하고 추후 지급능력이 생겼다고 판단될 때 회수한다

파탄주의 원칙 도입

※ 다음은 파탄주의 원칙에 대한 설명입니다. 잘 읽고, 응답을 하여 주십시오.

*** 유책주의와 파탄주의**

우리 나라에서는 부부의 한쪽 또는 양쪽에게 부부 관계를 깨지게 하는데 책임이 있어야만 이혼을 인정하는 유책주의를 원칙으로 하고 있습니다.

반면 부부 관계가 깨져 있고 그 관계회복의 전망이 없는 경우, 그 원인이 무엇이든, 누가 잘못을 했는지에 상관없이 이혼을 인정하는 것, 즉 혼인관계의 파탄만으로 이혼을 인정하는 입장을 파탄주의라고 합니다.

[유책주의]



[파탄주의]



문17. 귀하께서는 위의 설명과 같이 부부 관계 회복의 전망이 없는 경우, 원인이 무엇이 됐든, 잘잘못을 불문하고 이혼을 인정하는 파탄주의 원칙을 우리 사회에 도입하는 것에 대하여 어떻게 생각하십니까? 귀하의 의견과 가까운 것을 하나만 선택하여 주십시오.

- ① 우리 사회에는 아직 시기상조이다
- ② 이혼 이후 불리한 지위에 놓이는 배우자나 자녀를 위한 보호 제도를 두고, 제한적으로 수용한다
- ③ 이혼할 수 있는 자유는 국민의 기본권이므로 아무런 제한 없이 파탄주의를 전면 도입해야 한다

문18. 한국은 이혼 여부를 법원이 판단할 때, 결혼을 지속할 수 없게 만든 원인이 어느 쪽에 있는지를 중시해 왔습니다. 만약 이혼의 원인과 그 잘못을 따지지 않고 부부 관계 회복의 전망이 없다는 사실만으로 이혼을 인정하게 되면, 어떤 상황이 벌어질 것으로 생각하십니까? 다음의 각 항목마다, 귀하께서 예측하시는 바와 일치하는 곳에 응답하여 주십시오.

예측 상황	전혀 그렇지 않을 것이다	별로 그렇지 않을 것이다	대체로 그러할 것이다	매우 그러할 것이다
1) 혼인이 파탄되었는지에 관한 판단이 주로 법관에게 맡겨지게 되므로, 판사가 누구인지 어떤 성향인지에 따라 이혼 허용 여부가 달라질 것이다	①	②	③	④
2) 이혼을 제약하는 요건이 줄어들면 이혼의 가능성이 더 커지므로 이혼율이 높아질 것이다	①	②	③	④
3) 잘못이 없는 배우자가 원하지 않는데도 이혼을 당해서 고통스러워지는 경우가 늘어날 것이다	①	②	③	④
4) 결혼에 대한 의무를 지키지 않아도 된다는 분위기가 사회에 더 퍼질 것이다	①	②	③	④
5) 경제적인 약자 특히 전업주부의 입장이 불리해 질 것이다	①	②	③	④
6) 이혼하는 과정에서 서로에게 상처를 덜 주게 되어, 이혼 후에도 전배우자와 원만한 관계를 유지할 것이다	①	②	③	④
7) 이혼하는 과정에서 적대감이 덜 생길 것이므로, 이혼 후 자녀양육을 위한 협조가 더 잘 이루어질 것이다	①	②	③	④
8) 회복 가능성이 없는 결혼 관계에서 벗어나 각자 새로운 삶을 시작할 수 있는 길이 넓어질 것이다	①	②	③	④
9) 혼인관계에 있는 부부들은 이혼을 당하지 않기 위해 서로 더 노력할 것이다	①	②	③	④

문19. 모든 이혼과정에서 이혼의 원인과 그 잘못을 따지지 않고 관계 회복의 전망이 없다는 사실만으로 이혼을 인정하게 되면, 협의에 의한 이혼과 재판을 통한 이혼은 그 요건과 절차 면에서 통합되거나 조정될 것입니다. 귀하께서는 협의이혼과 재판상 이혼을 통합·조정하는 것에 대한 다음 의견에 대해 어떻게 생각하십니까?

통합 조정하는 것에 대한 의견	전혀 그렇지 않다	별로 그렇지 않다	대체로 그런 편이다	매우 그렇다
1) 이혼하기로 합의가 된 부부의 경우에는 재판을 통한 이혼보다 절차를 쉽게 하여야 한다	①	②	③	④
2) 이혼하기로 합의가 된 부부의 경우에도 자녀양육에 관한 문제 및 이혼 후의 생활비 보장이 적절하게 이루어질 수 있도록 법원이 개입하여 조정해야 한다	①	②	③	④
3) 협의에 의한 이혼뿐만 아니라 재판을 통한 이혼에도 이혼 전 숙려기간을 두어야 한다	①	②	③	④

문20. 다음은 우리 사회에 파탄주의 이혼법을 도입한다고 할 경우, 보완해야 할 사항을 제시한 것입니다. 귀하의 생각과 일치하는 곳에 응답해 주십시오.

파탄주의 이혼법 도입 시 보완해야 하는 사항	전혀 필요하지 않다	별로 필요하지 않다	조금 필요한 편이다	매우 필요하다
1) 이혼 전에 일정한 기간 동안 별거하면서 혼인에 관해 생각해 볼 시간을 갖도록, 이혼 전 별거기간을 이혼 요건으로 규정해야 한다	①	②	③	④
2) 혼인 파탄 여부를 구분하는 근거조항을 세부적이고 구체적으로 명시해야 한다	①	②	③	④
3) 이혼 전에 전문가에 의한 상담을 의무화해야 한다	①	②	③	④
4) 결혼 중에 배우자로부터 입은 손해에 대해 손해배상을 청구할 수 있는 규정을 명시해야 한다	①	②	③	④
5) 경제력이 없는 배우자는 전 배우자로부터 부양을 받을 수 있는 법적 규정을 두어야 한다	①	②	③	④
6) 경제력이 부족한 배우자가 재산을 더 많이 분할 받을 수 있는 규정을 두어야 한다	①	②	③	④
7) 미성년 자녀의 양육에 관하여 법원이 개입할 수 있도록 구체적으로 명시해야 한다	①	②	③	④
8) 어린 자녀가 있는 부부의 경우, 일정 기간 동안 이혼을 보류하는 조항을 두어야 한다	①	②	③	④
9) 이혼을 할 경우 배우자의 특별한 사정으로 고통이 클 것으로 판단되면, 이혼을 보류하는 조항을 두어야 한다	①	②	③	④

통계분류를 위한 사항

배문1. 귀하의 학력은 어떻게 되십니까?

- ① 중졸 이하 ② 고졸 이하 ③ 대학교 중퇴 ④ 대졸 ⑤ 대학원 이상

배문2. 귀하의 현재 결혼상태는 어떻게 되십니까?

※ 직장, 학업 등의 이유로 배우자와 일시적으로 떨어져 있으신 경우 ② 기혼 유배우로 응답하여 주십시오.
그 외 가정불화로 인한 별거는 ④ 별거에 응답하여 주십시오.

- ① 미혼 배문 4로
② 기혼 유배우 배문 3으로
③ 이혼 배문 4로
④ 별거 배문 3으로
⑤ 사별 배문 4로


배문3. (배문 2의 ②, ④ 응답자만) 현재 배우자와 결혼하신지 얼마나 되셨습니까?

약 _____년

배문3-1. 귀하께서는 배우자와의 관계에 대해 전반적으로 얼마나 만족하고 있으십니까?

매우 불만족	불만족	약간 불만족	반반	약간 만족	만족	매우 만족
①	②	③	④	⑤	⑥	⑦

배문3-2. 귀하께서는 최근 1년간 현재의 배우자와 이혼하고 싶다고 생각하신 적이 있으십니까?

- ① 전혀 없다
② 거의 없다
③ 가끔 있다
④ 자주 있다
-  **응답 후 배문 5로 가십시오.**

배문4. (배문 2의 ①, ③, ⑤ 응답자만) 귀하께서는 결혼하실 의향이 있으십니까?

- ① 전혀 없다
- ② 현재 구체적인 계획은 없지만, 나중에 기회가 닿으면 그럴 생각도 있다
- ③ 현재 적극적으로 결혼 상대를 찾고 있다
- ④ 현재 결혼할 상대가 있다
- ⑤ 기타 ()

☞ ① 미혼이신 분은 배문 6으로 가십시오. ③ 이혼, ⑤ 사별인 분은 배문5로 가십시오.

배문5. (배문 2의 ②, ③, ④, ⑤ 응답자만) 귀하께서는 이혼경험이 있으십니까?

- ① 있다
② 없다

☞ 배문 5-1로
☞ 배문 6으로

배문5-1. 이혼경험이 있으신 분만 응답하십시오. 과거 또는 현재 이혼 후 독신으로 지내셨던 기간이 얼마나 되십니까? 현재 이혼하신 분은 이혼 후부터 지금까지 독신으로 지내신 기간에 대해 응답하여 주십시오.

약 _____년

배문6. 귀하께서는 자녀가 있으십니까? 없으면 0으로 기재하시고, 있으면 자녀수를 응답하여 주십시오. 같이 살고 있는 자녀 뿐 아니라 따로 떨어져 살고 있는 자녀에 대해서도 모두 응답하여 주십시오.

총 _____명

배문6-1. (배문6이 1이상인 응답자만) 자녀가 있으시다면, 자녀들의 성별과 연령을 응답하여 주십시오. 같이 살고 있는 자녀 뿐 아니라 따로 떨어져 살고 있는 자녀에 대해서도 모두 응답하여 주십시오.

자녀	성별	연령
첫째	① 남 ②여	만 _____세
둘째	① 남 ②여	만 _____세
셋째	① 남 ②여	만 _____세
넷째	① 남 ②여	만 _____세
다섯째	① 남 ②여	만 _____세

배문7. 현재 귀하께서는 어떤 일에 종사하고 계십니까?

- ① 농/임/어업 ② 자영업 ③ 판매/영업/서비스직
④ 생산/기능/노무직 ⑤ 사무/관리/전문직 ⑥ 주부
⑦ 학생 ⑧ 무직/퇴직/기타

배문8. 현재 귀하 자신의 월평균 소득(근로소득 및 자신명의의 자산소득 등 총합)을 말씀해 주세요.

- ① 없음 ② 월 100만원 미만
③ 월 100만원 이상 - 200만원 미만 ④ 월 200만원 이상 - 300만원 미만
⑤ 월 300만원 이상 - 400만원 미만 ⑥ 월 400만원 이상 - 500만원 미만
⑦ 월 500만원 이상 - 1,000만원 미만 ⑧ 월 1,000만원 이상

배문9. 현재 귀하 가구의 월평균 소득(근로소득 및 자산소득 등의 총합)을 말씀해 주세요. 가구에 거주하는 가구원의 모든 소득을 합하여 응답하여 주십시오.

- ① 없음 ② 월 100만원 미만
③ 월 100만원 이상 - 200만원 미만 ④ 월 200만원 이상 - 300만원 미만
⑤ 월 300만원 이상 - 400만원 미만 ⑥ 월 400만원 이상 - 500만원 미만
⑦ 월 500만원 이상 - 1,000만원 미만 ⑧ 월 1,000만원 이상

응답해 주셔서 감사합니다.

이혼 제도에 대한 국민수용성 조사 (전문가용)

--	--	--	--

안녕하십니까?

저희 한국여성정책연구원에서는 이혼법제 개선방안 마련을 위해 국민의식조사와 아울러 전문가 의견조사를 실시하고 있습니다.

이혼법제에 관한 몇 차례의 개정에도 불구하고, 협의이혼절차에서 미성년 자녀의 이익이 제대로 보호되지 못하고 있는 것은 아닌지 그리고 재판상 이혼제도가 형식적 혼인관계 유지에만 초점을 두어 개인의 사생활과 행복추구권을 침해하는 것은 아닌지 등에 관해 논란이 있어 왔습니다. 이러한 시점에서 본 조사는 이혼여부 및 이혼조건 등을 조정하기 위한 법원의 개입이 어느 정도 수용될 수 있을 지에 관해, 전문가 여러분의 의견을 알아보고자 합니다. 그럼으로써, 협의 이혼제도와 재판상 이혼제도가 우리 사회의 현실과 정서에 맞는지, 문제점은 무엇인지를 점검하고, 우리의 현실과 정서에 보다 더 적합한 방안은 무엇인지 모색하고자 합니다.

본 조사는 통계법 제33조에 의거하여 실사관리되므로 설문 내용 및 응답자에 대한 모든 비밀은 철저히 보장됩니다. 또한 이 조사의 내용은 통계목적 이외에는 절대로 사용되지 않습니다. 앞으로 귀하께 여쭙볼 질문에는 맞고 틀리는 답이 있는 것은 아닙니다. 귀하께서 대답해 주신 내용은 다른 여러 사람들의 의견과 함께 ‘무엇이 몇%’ 하는 식으로 집계될 뿐입니다.

시간을 내시어 협조하여 주시면 감사하겠습니다.

■ 주관기관 : 박복순 한국여성정책연구원 연구위원 (02-3156-7129)

이여봉 강남대학교 교수 (031-280-3818)

■ 조사기관:

Hankook Research 성현정 과장 02-3014-0168

응답자 선정 질문

응답자 성별	① 남 ② 여	응답자 연령	만 _____세 (출생년도 :)
지역	① 서울 ② 부산 ③ 대구 ④ 인천 ⑤ 광주 ⑥ 대전 ⑦ 울산 ⑧ 경기 ⑨ 강원 ⑩ 충북 ⑪ 충남 ⑫ 전북 ⑬ 전남 ⑭ 경북 ⑮ 경남 ⑯ 제주		

결혼 및 이혼에 관한 의견

문1. 귀하께서 혼인 및 이혼관련 업무를 담당해 오신 경험을 토대로 할 때, 다음의 결혼 및 이혼에 관한 다음의 의견에 대해 어떻게 생각하십니까? 다음의 각 의견에 대해 귀하의 생각과 일치하는 곳에 응답해 주십시오.

결혼 및 이혼에 관한 의견	전혀 그렇지 않다	별로 그렇지 않다	대체로 그런 편이다	매우 그렇다
1) 한 번 결혼했으면, 살기 싫더라도 참고 결혼생활을 유지해야 한다	①	②	③	④
2) 같이 살기 힘든 사유가 있더라도, 돌봐야 할 어린 자녀가 있다면 결혼생활을 유지해야 한다	①	②	③	④
3) 수십 년을 함께 산 나이 든 부부는 웬만하면 이혼하지 않고 참고 사는 것이 낫다	①	②	③	④
4) 실질적인 부부관계(동거, 부양, 협조 등)가 끝났더라도, 서류상 부부로서의 관계를 유지하는 것은 중요하다	①	②	③	④
5) 처음에는 좋아서 결혼했더라도, 살다가 문제가 생기면 자신의 삶을 위해 이혼할 수 있다	①	②	③	④
6) 같이 살기 힘든 사유가 있다면, 자녀가 있든 없든 이혼하는 것이 낫다	①	②	③	④
7) 배우자 외의 다른 이성과 사귀고 있고 관계를 끊을 생각이 없다면, 이혼하는 것이 낫다	①	②	③	④
8) 더 이상 배우자에게서 애정이나 친밀함을 전혀 느낄 수 없다면, 이혼하는 것이 낫다	①	②	③	④
9) 이미 깨어진 결혼관계 안에 머물러 있는 것은 당사자나 자녀에게 더 불행한 일이다	①	②	③	④
10) 같이 살기 힘든 사유가 있더라도, 이혼에 대한 사회의 부정적 인식을 생각하여 그냥 참고 산다	①	②	③	④

문2. 일반인으로서의 귀하의 의견을 여쭙겠습니다. 현재의 배우자 혹은 장래 배우자와의 관계에서 다음의 문제가 발생한다면, 귀하께서는 어떻게 해결하시겠습니까? 다음의 각 의견에 대해 귀하의 생각과 일치하는 곳에 응답해 주십시오.

문제 상황	그냥 참고 산다	상담을 받아 관계 회복을 시도 한다	이혼을 시도한다		
			원만한 협의이혼을 위해 시간을 갖고 배우자를 설득한다	배우자가 이혼에 합의하지 않으면 포기하고 남처럼 산다	배우자가 이혼에 동의하지 않을 경우, 이혼소송을 한다
1) 배우자의 외도	①	②	③	④	⑤
2) 배우자의 무시나 폭언과 폭력	①	②	③	④	⑤
3) 배우자의 부모나 형제자매로부터의 무시나 폭언 및 폭력	①	②	③	④	⑤
4) 극심한 성격 차이	①	②	③	④	⑤
5) 원만하지 않은 성생활	①	②	③	④	⑤
6) 종교생활로 인한 심각한 갈등	①	②	③	④	⑤
7) 배우자가 결혼조건을 속였거나 지속적인 거짓말로 인한 불신	①	②	③	④	⑤
8) 배우자의 잦은 가출이나 외박	①	②	③	④	⑤
9) 배우자의 사치와 낭비 및 허영	①	②	③	④	⑤
10) 배우자의 경제적 무능력 및 일하지 않고 빈둥거림으로 인한 곤궁	①	②	③	④	⑤
11) 빚보증 혹은 사업실패 등으로 인한 경제적 파탄	①	②	③	④	⑤
12) 정신병이나 알콜 중독, 도박 등으로 인한 정상적 부부생활이 불능	①	②	③	④	⑤
13) 배우자의 중한 신체적 질병에 의해, 부부간 교류가 불가능(식물인간 상태 등)하고 고통과 부담이 장기간 이어짐	①	②	③	④	⑤
14) 다시 동거할 의사가 없는 장기간의 별거	①	②	③	④	⑤
15) 더 이상 서로 사랑하지 않음	①	②	③	④	⑤

이혼 제도 전반에 관한 의견

문3. 현재 우리나라에서는 부부 사이에 이혼을 하고자 할 때, 이혼하고자 하는 의사가 일치하고 이혼 조건에 합의하는 경우 이용할 수 있는 협의이혼제도와 그렇지 않은 경우에 법원에 이혼을 청구하여 판결을 구하는 재판상 이혼제도가 있습니다. 귀하께서는 위와 같은 현재의 이혼 제도가 앞으로 어떻게 개선되어야 한다고 생각하십니까?

- ① 협의이혼의 경우에도 법원이 좀 더 개입하여야 한다
- ② 재판상 이혼의 경우에만 법원이 적극 개입하는 현재의 제도가 적절하다
- ③ 모든 이혼은 법원이 아닌 민간 차원에서 전문가의 도움을 받는 조건 하에, 자유롭게 결정할 수 있도록 해야 한다
- ④ 모든 이혼은 전적으로 개인의사를 존중하여 신고만으로 성립되어야 한다
- ⑤ 기타 ()

문4. 현재 우리나라에서는 이혼 시 재산분할과 자녀에 대한 친권 및 양육권을 분할하고 있습니다. 다음의 이혼 시 재산분할 및 친권과 양육권에 관한 다음 의견들에 대해, 귀하의 생각과 일치하는 곳에 응답해 주십시오.

이혼 시 재산분할 및 친권과 양육권에 관한 의견	전혀 그렇지 않다	별로 그렇지 않다	대체로 그런 편이다	매우 그렇다
1) 이혼 시 유형의 재산 뿐 아니라 무형의 재산(연금, 퇴직금, 영업권 및 자격증 등)도 분할대상에 포함시키는 것이 옳다	①	②	③	④
2) 이혼으로 인한 재산분할 시 가사노동과 소득활동의 가치는 동등하게 평가되어야 한다	①	②	③	④
3) 이혼 시 재산분할과 관련하여, 가사와 직장노동을 둘 다 하는 취업주부의 기여도는 전업주부의 기여도보다 높게 산정되어야 한다	①	②	③	④
4) 자녀를 양육하는 사람이 자녀와 관련된 중요한 사항도 결정할 수 있도록 친권과 양육권의 개념을 통합하는 것이 낫다	①	②	③	④
5) 이혼을 하더라도, 친권과 양육권을 양편이 공동으로 행사하도록 하는 것이 좋다	①	②	③	④

문5. 부모가 이혼을 하면 자녀는 아버지와 어머니 중 한쪽과 함께 사는 것이 일반적입니다. 그리고 자녀와 함께 살지 않는 쪽(비양육친)은 자녀를 키우는 상대방에게 양육비를 주게 되어있습니다. 만약 자녀에게 소요되는 총비용을 정확하게 산정할 수 있다면, 그 비용에 대한 분담을 어떻게 하는 것이 옳다고 보십니까?

- ① 자녀양육에 소요되는 금전적 비용은 자녀를 양육하지 않는 쪽이 전액 부담해야 한다
- ② 부모가 공동으로 부담하되, 자녀를 양육하지 않는 쪽이 자녀를 양육하는 쪽보다 더 많이 분담하도록 한다
- ③ 양육 여부와 상관없이, 소득비율에 따라 양육비를 분담해야 한다

문6. 이혼 시에 부모 양측이 양육비를 어떻게 분담하고 어떻게 지급할 것인지에 대한 합의나 법원의 결정이 있음에도 불구하고, 성실히 지급하지 않을 경우 다음 중 어떠한 조치를 내려야 한다고 생각하십니까? 귀하께서 가장 필요하다고 생각하시는 순서대로 응답하여 주십시오.

※ 한 가지만 필요하다고 생각하시면 1순위만 응답하시고, 두 가지 이상이 필요하다고 생각하시면 필요하다고 생각하시는 순서대로 응답하여 주십시오.

1순위 _____ 2순위 _____ 3순위 _____

- ① 양육비를 지급할 때까지 온전면허 취소, 자격증 취소 등 행정적인 제재를 가하여 양육비를 지급하도록 유도한다
- ② 양육비를 지급할 때까지 소유 자산을 압류하여 재산처분이나 권리행사를 할 수 없도록 강력하게 제재해야 한다
- ③ 국가가 자녀양육에 소요되는 최소한의 양육비를 대신 지급하고 추후 지급능력이 생겼다고 판단될 때 회수한다

문7. 현재까지 이혼하려는 부부들을 만나고 이혼과 관련한 일을 해 오시면서, 우리사회의 이혼법이 지닌 한계 혹은 현실적 어려움으로 느끼신 것은 무엇입니까? 구체적으로 말씀해 주세요.

문8. 협의이혼과 재판이혼으로 이원화되어 있는 현행 이혼 제도가 현재의 한국 상황에서 어떤 장·단점을 지니고 있다고 보십니까?

협의이혼 제도

* 협의이혼

현재 우리나라에서는 부부 사이에 서로 이혼에 동의하고 이혼조건에 합의하는 경우에는 쉽게 이혼할 수 있습니다. 다만 가정폭력 등의 특별한 사정이 없는 한 1개월에서 3개월 정도의 기간 동안 이혼에 관해 다시 생각해 볼 시간(이혼숙려기간)을 갖도록 하고 있습니다. 그리고 **미성년 자녀가 있는 경우에는, 양육사항에 관한 협의서를 제출해야 하고 또한 숙려기간 동안 상담을 받을 것을 권고**하고 있습니다.

문9. 귀하께서는 위와 같은 현재의 협의이혼 제도가 전반적으로 어떻게 개선되어야 한다고 생각하십니까?

- ① 부부 사이의 이혼 의사만 확인하여 협의이혼하도록 하는 현행 제도가 적절하다
- ② 자녀문제 등 법률과 관련된 문제에 대해 전문상담가의 상담을 받도록 의무화해야 한다
- ③ 협의이혼의 경우에도 부부 간의 합의 내용의 적절성과 공정성에 대해 법원이 개입하여 조정하여야 한다

문9-1. 귀하께서는 **협의이혼 의사 확인 절차가 앞으로 어떻게 개선되어야 한다고** 생각하십니까?

- ① 이혼신고를 하기 위해 부수적으로 거쳐야 하는 가족관계등록업무로서의 성격을 현행 그대로 유지한다
- ② 미성년 자녀의 이익 보호를 위한 법원의 적극적인 개입이 가능하도록 가사소송법상의 비송사건으로 승격시켜야 한다
- ③ 파탄된 혼인관계의 해소 과정에서 당사자 및 자녀의 이익이 충분히 고려되고, 위자료, 재산분할, 자녀양육에 관한 문제 등도 이혼과정에서 통합적으로 해결될 수 있도록 현행 협의이혼을 절차나 요건을 간이하게 하여 재판상 이혼절차로 편입시킨다
- ④ 잘 모르겠다

문10. 현재 협의이혼 시 숙려기간을 두고 있습니다. 이혼 전 숙려기간을 두는 것에 대해서 귀하께서는 어떻게 생각하십니까?

- ① 숙려기간은 이혼하는 고통스런 과정을 더 길게 늘릴 뿐이므로, 없애는 것이 낫다
- ② 숙려기간을 의무화하는 현재와 같은 방식을 유지하는 것이 좋다

문10-1. 현재 협의이혼 시 미성년 자녀가 있는 경우 3개월 간의 이혼 숙려기간을 두고 있습니다. 귀하께서는 이러한 숙려기간이 충분하다고 생각하십니까?

- ① 숙려기간을 3개월보다 단축하는 것이 좋다
- ② 숙려기간은 현재와 같은 3개월이 적당하다
- ③ 숙려기간을 3개월보다 연장하는 것이 좋다

문10-2. 현재 협의이혼 시 미성년 자녀가 없는 경우 4주(1개월) 간의 이혼 숙려기간을 두고 있습니다. 귀하께서는 이러한 숙려기간이 충분하다고 하십니까?

- ① 숙려기간을 4주(1개월)보다 단축하는 것이 좋다
- ② 숙려기간은 현재와 같은 4주(1개월)가 적당하다
- ③ 숙려기간을 4주(1개월)보다 연장하는 것이 좋다

문11. 현재 우리나라에서는 협의이혼 시 미성년 자녀가 있는 경우에 숙려기간 동안 상담 받을 것을 권고하고 있습니다. 즉 상담은 반드시 받아야 하는 것이 아니고 권고 사항이며, 상담을 받도록 권고하는 대상은 미성년 자녀가 있는 경우뿐입니다. 이러한 제도를 어떻게 개선해야 한다고 생각하십니까?

- ① 미성년 자녀의 존재 유무와 상관없이 상담을 권고하고, 상담을 받을지에 관한 결정은 당사자에게 맡기는 것이 좋다
- ② 미성년 자녀가 있는 부부에 한해서만 이혼 전 상담을 받도록 의무화해야 한다
- ③ 미성년 자녀 유무와 상관없이, 상담 받는 것을 의무화하여야 한다
- ④ 잘 모르겠다

문12. 귀하께서는 이혼 전 상담을 의무화한다면, 상담 비용의 부담에 대해서는 어떻게 생각하십니까?
다음 중 귀하의 의견과 가까운 내용에 응답을 해 주십시오.

- ① 모두가 필요로 하는 횟수만큼 무료로 상담을 받을 수 있도록 국가가 지원해야 한다
- ② 기본 상담횟수 만큼 무료로 상담을 받을 수 있도록 국가가 지원하고,
그 이상 추가적인 상담을 원할 경우엔 일부 유료 상담이 가능하도록 해야 한다
- ③ 기타 ()

문13. 다음은 협의이혼 시 숙려기간 동안 이혼 대상자들에게 제공할 상담 및 교육 프로그램에 대한 내용입니다. 다음의 내용들의 상담 및 프로그램을 제공한다면 이혼을 선택한 대상자들에게 얼마나 도움이 될 것이라고 생각하십니까?

이혼 대상자들에게 제공할 상담 및 교육 프로그램	전혀 도움이 되지 않을 것이다	별로 도움이 되지 않을 것이다	조금 도움이 될 것이다	매우 도움이 될 것이다
1) 숙려기간 동안, 부부관계 및 이혼 후의 삶에 대한 체계적 교육프로그램을 제공하고, 일정한 횟수만큼 참석할 것을 의무화하는 것	①	②	③	④
2) 숙려기간 동안, 가족상담 및 이혼상담을 일정한 횟수 만큼 받도록 하는 것	①	②	③	④
3) 상담을 받는 대신, 숙려기간을 줄여주거나 아예 면제해 주는 것	①	②	③	④

재판상 이혼 제도

* 재판상 이혼

부부 사이에 이혼의사가 일치하지 않거나 이혼조건에 관해 합의하지 못한 경우에는, 이혼을 원하는 배우자가 이혼할 의사가 없는 배우자를 상대로 법원에 이혼을 청구하여 법원이 이혼 여부를 결정하는 것이 재판상 이혼 제도입니다

그런데 재판상 이혼의 경우엔, 단순히 같이 살기 싫다고 이혼을 청구할 수 있는 것은 아니고 법이 정하고 있는 이혼사유가 있어야 합니다. 또한 이혼사유가 있더라도 혼인관계를 깨지게 하는 데 더 큰 잘못을 한 배우자의 이혼청구는 인정하지 않는 것이 재판상 이혼의 원칙입니다

문14. 현행 재판상 이혼에서는 다음과 같이 이혼 사유를 구체적으로 열거하고 있습니다. 그리고 그에 준하는 경우에만 이혼 청구를 인정하고 있습니다. 이에 관해 어떻게 생각하십니까?

<재판상 이혼사유>

- 「민법」 제840조는 재판상 이혼을 할 수 있는 사유로 다음 여섯 가지를 규정하고 있습니다.

- 1) 배우자에게 부정(不貞)한 행위가 있었을 때
- 2) 배우자가 악의(惡意)로 다른 일방을 유기(遺棄)한 때
- 3) 배우자 또는 그 직계존속(시부모, 장인, 장모 등)으로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때
- 4) 자기의 직계존속이 배우자로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때
- 5) 배우자의 생사가 3년 이상 분명하지 않을 때
- 6) 그밖에 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때

- ① 이혼 사유를 구체적으로 열거하는 현재와 같은 방식을 유지하는 것이 좋다
- ② 이혼 사유를 구체적으로 열거하는 대신 포괄적으로 명시해야 한다
(예 : 혼인을 계속할 수 없는 중대한 사유로 인정되는 모든 경우에 이혼을 청구할 수 있다 등)
- ③ 객관적으로 인정되는 이혼사유 보다는 더 이상 혼인을 계속할 수 없다는 당사자의 판단이 중요하므로, 구체적인 이혼사유를 명시할 필요가 없다
- ④ 잘 모르겠다

문15. 혼인관계의 파탄을 추정할 수 있는 객관적인 사실로서 별거를 법으로 규정한다면 이혼을 인정하기 위한 별거기간으로서 어느 정도의 기간이 적당하고 생각하십니까? 다음 중에서 하나만 응답해 주십시오.

- ① 2년 미만
- ② 2년 이상 4년 미만
- ③ 4년 이상 6년 미만
- ④ 6년 이상 8년 미만
- ⑤ 8년 이상 10년 미만
- ⑥ 10년 이상
- ⑦ 사안에 따라 다르게 판단해야 한다
- ⑧ 잘 모르겠다

문16. 귀하께서는 위에서 열거된 이혼사유 외에도 법에 명시되어야 한다고 생각하는 이혼사유가 있으십니까? 다음은 재판상 이혼 시 등장했던 판례에 의해서 ‘그 밖에 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때’ 라고 판단되는 사유들입니다. 다음 각 사유들에 대해 귀하의 의견과 일치하는 것에 응답하여 주십시오.

문제 상황	재판 이혼 사유 명시에 대한 의견		
	이혼 사유로 명시되어야 한다	구체적으로 명시할 필요는 없고, 이혼을 인정할지를 법원이 판단하도록 하면 된다	이혼을 인정하기 위한 사유가 되지 않는다
1) 극심한 성격 차이	①	②	③
2) 원만하지 않은 성생활	①	②	③
3) 종교생활로 인한 심각한 갈등	①	②	③
4) 배우자가 결혼조건을 속였거나 지속적인 거짓말로 인한 불신	①	②	③
5) 배우자의 잦은 가출이나 외박	①	②	③
6) 배우자의 사치와 낭비 및 허영	①	②	③
7) 배우자의 경제적 무능력 및 일하지 않고 빈둥거림으로 인한 곤궁	①	②	③
8) 빚보증 혹은 사업실패 등으로 인한 경제적 파탄	①	②	③
9) 정신병이나 알콜 중독, 도박 등으로 인한 정상적 부부생활이 불가능	①	②	③
10) 배우자의 중한 신체적 질병에 의해, 부부간 교류가 불가능 (식물인간 상태 등)하고 고통과 부담이 장기간 이어짐	①	②	③

문17. 다음 각각의 항목은 재판상 이혼을 청구할 수 있는 권리와 이혼조건 등에 관한 내용입니다.
귀하께서 가지고 계신 생각과 일치하는 곳에 응답해 주세요.

재판상 이혼을 청구할 수 있는 권리와 이혼 조건	전혀 그렇지 않다	별로 그렇지 않다	대체로 그런 편이다	매우 그렇다
1) 잘못이 없는 배우자가 이혼을 원하지 않는다면 이혼할 수 없도록 하는 것이 옳다	①	②	③	④
2) 피해를 입은 배우자가 잘못된 배우자에게 위자료를 받을 수 있도록, 이혼소송에서는 잘잘못을 가려야 한다	①	②	③	④
3) 결혼을 파탄에 이르게 한 책임이 있는 배우자는, 어떤 경우에도 이혼을 청구할 수 없도록 하는 것이 옳다	①	②	③	④
4) 피해를 입은 배우자라 하더라도 상대방에 대한 보복을 목적으로 이혼에 응하지 않고 관계 회복을 위한 노력을 하지 않는다면, 잘못을 한 배우자의 이혼청구라도 인정 하는 것이 옳다	①	②	③	④
5) 결혼관계를 정상적으로 회복할 수 없다고 판단될 경우, 잘잘못에 상관없이 누구라도 이혼을 청구할 수 있도록 해야 한다	①	②	③	④
6) 결혼과 이혼은 개인의 사생활이므로, 이혼을 원하는 사람은 혼인 파탄의 책임 여부와 상관없이 이혼을 청구할 수 있도록 해야 한다	①	②	③	④

파탄주의 원칙 도입

※ 다음은 파탄주의 원칙에 대한 설명입니다. 잘 읽고, 응답을 하여 주십시오.

* 파탄주의

파탄주의란 **혼인파탄에 관한 당사자들의 잘못 여부를 따지지 않고, 혼인파탄이라는 객관적 사실만 인정되면 이혼을 청구할 수 있도록 하는 것**을 기본으로 합니다. 혼인이 파탄에 이르렀다는 사실 자체에만 주목할 뿐 누구의 잘못 때문인지를 따지지 않기 때문에, 혼인파탄에 따른 위자료를 인정하지 않습니다. 또한 이혼 후에 경제적인 보호를 받아야 하는지를 판단하는 기준 역시, 그가 혼인파탄의 원인이 되는 잘못을 행한 배우자인지 피해 배우자인지를 가리는 것이 아니라, 현재 보호가 필요한 상태인지 여부만을 판단하게 됩니다.

그런데 파탄주의 입장을 따른다고 하더라도, 그것을 적용하는 정도는 다양할 수 있습니다. 독일이나 미국의 일부 주가 채택한 바와 같은 전면적 파탄주의는, 당사자의 이혼의사가 일치하는지만 확인하는 현재 **한국의 협의이혼과 유사**합니다. 다만 이러한 과정이 당사자들의 협의가 아닌 **법원의 판단에 의해서 이루어지는 것**입니다.

반면에 파탄주의 입장을 따르기는 하되, **이혼으로 인해 피해를 받는 배우자 및 미성년 자녀 등을 보호하기 위해 다양한 보완책을 마련하는 것도 가능**합니다. 전면적 파탄주의를 따르든 절충적 입장을 취하든, 모든 이혼에서 파탄주의 원칙을 따르게 되면, 현재 전면적 파탄주의를 따르고 있는 **협의이혼과 원칙적 유책주의를 따르고 있는 재판상 이혼제도가 그 요건과 절차 면에서 통합되거나 조정될 것**입니다.

문18. 귀하께서는 위의 설명 같이 법정에서 이혼을 판결할 때, 결혼이 파탄에 이르렀다는 사실만 있는지를 따지지 않고, 단지 결혼이 파탄되었는지 여부를 판단하는 이혼법을 우리 사회에 도입하는 것에 대해 어떻게 생각하십니까?

- ① 한국사회에는 아직 시기상조이므로, 혼인 파탄의 책임을 따져서 이혼 청구권을 제한하고 책임을 묻는 원칙을 유지해야 한다
- ② 잘못을 한 배우자의 이혼 청구도 받아들여지는 하되, 혼인 파탄의 책임에 따라 위자료 등 피해 배우자의 권리를 인정하고 보호하는 등 제한규정을 두어야 한다
- ③ 혼인파탄의 책임이 누구에게 있는지를 가릴 필요는 없고, 혼인생활의 지속이 가능한지 그렇지 않은지에만 주목하여 이혼을 선언하는 것이 맞다
- ④ 잘 모르겠다

문19. 유책주의 원칙을 유지해야 할 이유가 있다고 생각하신다면, 구체적으로 어떤 것일지에 관해 귀하의 의견을 자유롭게 말씀해 주세요.

문20. 파탄주의 원칙을 도입해야 할 필요성이 있다고 생각하신다면, 구체적으로 어떤 것일지에 관해 귀하의 의견을 자유롭게 말씀해 주세요.

문21. 한국은 이혼 여부를 법원이 판단할 때, 결혼을 지속할 수 없게 만든 원인이 어느 쪽에 있는지를 중시해 왔습니다. 만약 혼인 파탄의 잘못을 따지지 않고 혼인이 파탄되었는지 그렇지 않은지에만 주목하여 이혼을 인정하게 되면, 어떤 상황이 벌어질 것으로 생각하시는지요? 다음의 각 항목마다, 귀하께서 예측하시는 바와 일치하는 곳에 응답하여 주십시오.

예측 상황	전혀 그렇지 않을 것이다	별로 그렇지 않을 것이다	대체로 그러할 것이다	매우 그러할 것이다
1) 혼인이 파탄되었는지에 관한 판단이 주로 법관에게 맡겨지게 되므로, 판사가 누구인지 어떤 성향인지에 따라 이혼 허용 여부가 달라질 것이다	①	②	③	④
2) 이혼의 문턱이 낮아져서, 이혼율이 높아질 것이다	①	②	③	④
3) 잘못이 없는 배우자가 원하지 않는데도 이혼을 당해서 고통스러워지는 경우가 늘어날 것이다	①	②	③	④
4) 결혼에 대한 의무를 지키지 않아도 된다는 분위기가 사회에 퍼질 것이므로, 실제로 부부간 정절의무를 위반하는 경우가 늘어날 것이다	①	②	③	④
5) 경제적인 약자 특히 전업주부의 입장이 불리해 질 것이다	①	②	③	④
6) 이혼하기로 합의한 부부의 경우에도, 자녀양육에 관한 문제 및 이혼 후의 생활비 보장 등이 적절하게 이루어지도록 법원이 조정할 수 있으므로, 이혼으로 인한 실질적 피해를 줄일 수 있을 것이다	①	②	③	④
7) 이혼하기로 당사자들이 합의했다고 하더라도 법원이 개입할 여지가 생기므로, 위장이혼이나 성급한 이혼을 줄일 수 있을 것이다	①	②	③	④
8) 이혼과정에서 서로의 잘못을 드러내려는 시도가 줄어들어 서로 상처를 덜 주게 될 것이므로, 이혼 후에도 전배우자와 비교적 원만한 관계를 유지하고 자녀양육을 위해 좀 더 잘 협조할 수 있을 것이다	①	②	③	④
9) 관계 회복의 가능성이 없는 부부가 서로에게서 벗어나서 각자 새로운 삶을 시작할 수 있는 길이 넓어질 것이다	①	②	③	④
10) 이혼의 문턱이 낮아지므로, 혼인관계에 있는 부부들은 오히려 서로의 불만에 더 민감하고 관계를 유지하기 위해 노력하는 쪽으로 분위기가 변할 것이다	①	②	③	④

문22. 다음은 우리 사회에 파탄주의 이혼법을 도입한다고 할 경우, 보완해야 할 사항을 제시한 것입니다.
귀하의 생각과 일치하는 곳에 응답해 주십시오.

파탄주의 이혼법 도입 시 보완해야 하는 사항	전혀 필요하지 않다	별로 필요하지 않다	조금 필요한 편이다	매우 필요하다
1) 이혼에 이르기 전 일정 기간 동안 별거하면서 혼인에 관해 생각해 볼 시간을 갖도록, 이혼 전 별거기간을 이혼 요건으로 규정해야 한다	①	②	③	④
2) 협의이혼 제도뿐만 아니라 재판상 이혼제도에도 이혼 전 숙려기간을 두어야 한다	①	②	③	④
3) 혼인 파탄 여부를 구분하는 근거조항을 세부적이고 구체적으로 명시함으로써, 법관의 성향에 따라 달라질 수 있는 범위를 최소화해야 한다	①	②	③	④
4) 전문가의 도움 아래 이혼에 따른 법률문제를 제대로 알고 이혼을 다시 생각해 볼 기회를 갖도록, 상담 받는 것을 의무화해야 한다	①	②	③	④
5) 이혼 청구소송과 별도로 결혼 중에 배우자로부터 입은 손해에 대해서 이혼 전이나 이혼 후라도 손해 배상을 청구할 수 있는 법을 신설해야 한다	①	②	③	④
6) 경제력이 없는 배우자가 전 배우자로부터 부양을 받을 수 있도록 법적인 규정을 두고, 배우자 부양에 관한 합의가 이루어질 때까지 이혼을 선고할 수 없도록 해야 한다	①	②	③	④
7) 이혼 시 경제력이 없는 배우자를 보호하기 위해, 경제력이 부족한 배우자가 재산을 더 많이 분할받을 수 있도록 하는 조항을 명시해야 한다.	①	②	③	④
8) 미성년자녀 양육에 관하여 법원이 개입할 수 있도록 구체적으로 법에 명시해야 한다	①	②	③	④
9) 어린 자녀가 있는 부부의 경우, 자녀에게 필요하다고 인정되는 경우에는 일정 기간 동안 이혼을 보류하도록 하는 조항을 두어야 한다	①	②	③	④
10) 한편 배우자의 특별한 사정으로 인해 이혼을 할 경우 고통이 가중될 것으로 판단된다면, 법원은 이혼을 허용하지 않고 보류하도록 하는 조항을 두어야 한다	①	②	③	④

통계분류를 위한 사항

배문1. 귀하의 학력은 어떻게 되십니까?

- ① 중졸 이하 ② 고졸 이하 ③ 대학교 중퇴 ④ 대졸 ⑤ 대학원 이상

배문2. 귀하의 현재 결혼상태는 어떻게 되십니까?

※ 직장, 학업 등의 이유로 배우자와 일시적으로 떨어져 있으신 경우 ② 기혼유배우로 응답하여 주십시오.
그 외 가정 불화로 인한 별거는 ④ 별거에 응답하여 주십시오.

- ① 미혼
② 기혼 유배우
③ 이혼
④ 별거
⑤ 사별

배문3. 귀하께서는 자녀가 있으십니까? 없으면 0으로 기재하시고, 있으면 자녀수를 응답하여 주십시오.
총 _____명 ☞ 자녀가 없으시면(0) 배문 4로 가십시오.

배문3-1. (배문3이 1이상인 응답자만) 자녀가 있으시다면, 자녀들의 성별과 연령을 응답하여 주십시오.
같이 살고 있는 자녀 뿐 아니라 따로 떨어져 살고 있는 자녀에 대해서도 모두 응답하여 주십시오.

자녀	성별	연령
첫째	① 남 ②여	만 _____세
둘째	① 남 ②여	만 _____세
셋째	① 남 ②여	만 _____세
넷째	① 남 ②여	만 _____세
다섯째	① 남 ②여	만 _____세

배문4. 현재 귀하께서는 어떤 일에 종사하고 계십니까? (복수의 응답도 가능합니다)

- ① 판사 ② 변호사 ③ 교수 ④ 법원직원
⑤ 재판이혼 조정위원 ⑥ 협의이혼 상담위원 ⑦ 기관 전문상담원
⑧ 기타(구체적으로 _____)

배문5. 현재 소속 기관을 말씀해 주세요.

배문6. 이혼관련 업무를 담당해 오신 기간이 얼마나 되셨습니까?

약 _____년 _____개월

응답해 주셔서 감사합니다.

대법원 판례 목록

1. 80년대: 총 39건

번호	선고일자	사건번호	파탄여부	유책 배우자	판단	비고
1	1982.09.28	82므37	인정	남편	기각	
2	1982.10.26	82므51	인정	남편	기각	
3	1982.12.28	82므54	부인	남편	기각	
4	1983.06.28	82므55	부인	남편	기각	
5	1983.03.22	82므57	인정	남편	기각	
6	1983.03.08	82므74	부인	남편	기각	
7	1983.07.12	83므11	부인	남편	기각	
8	1985.02.08	84므106	인정	남편	기각	
9	1985.04.09	84므110	인정	남편	기각	
10	1984.06.26	84므33	인정	남편	기각	
11	1984.07.24	84므36	부인	남편	기각	
12	1984.09.25	84므53	인정	남편	기각	
13	1984.07.10	84므7	부인	남편	기각	
14	1984.10.10	84므82	인정	남편	기각	
15	1984.12.11	84므90	인정	남편	기각	
16	1985.09.10	85므17	부인	남편	기각	
17	1985.07.23	85므20	인정	남편	기각	
18	1986.03.25	85므47	인정	남편	기각	
19	1986.02.25	85므79	인정	남편	기각	
20	1986.03.25	85므85	인정	대등	인용	쌍방책임
21	1986.03.25	85므98	인정	남편	기각	
22	1987.03.10	86므120	인정	남편	기각	
23	1986.03.25	86므13	인정	남편	기각	
24	1986.09.23	86므24	인정	남편	기각	
25	1987.04.14	86므28	인정	남편	인용	오기나보복감정

번호	선고일자	사건번호	파탄여부	유책 배우자	판단	비고
26	1986.06.10	86므42	부인	남편	기각	
27	1986.11.25	86므81	인정	남편	기각	
28	1987.9.22	86므87	인정	남편	인용	혼인의사없음
29	1987.06.09	87므2	인정	남편	기각	
30	1987.12.08	87므44 87므45	인정	남편	기각	상대방이혼청구인용
31	1987.05.26	87므5(본소) 87므6(반소)	인정	남편	기각	상대방이혼청구인용
32	1988.02.09	87므60	인정	남편	인용	혼인의사없음
33	1987.12.22	87므64	인정	남편	기각	
34	1988.03.08	87므79	부인	남편	기각	
35	1987.9.22	87므8	인정	남편	기각	
36	1988.03.22	87므83	인정	남편	인용	오기나보복감정
37	1988.04.25	87므9	인정	대등	인용	쌍방책임
38	1988.05.10	87므92 87므93	인정	아내	기각	상대방이혼청구인용
39	1989.6.27	88므740	인정	남편	기각	

2. 90년대: 총 60건

번호	선고일자	사건번호	파탄 여부	유책 배우자	판단	비고
1	1990.09.25	89므112	인정	남편	기각	
2	1990.04.24	89므1214	인정	남편	기각	
3	1990.03.27	89므235	인정	남편	기각	
4	1991.02.26	89므365(본소) 89므372(반소)	인정	남편	기각	상대방이혼청구인용
5	1989.10.24	89므426	인정	남편	기각	
6	1990.01.25	89므662	인정	남편	기각	

번호	선고일자	사건번호	파탄 여부	유책 배우자	판단	비고
7	1989.11.28	89므693	인정	남편	기각	
8	1989.11.14	89므723	부인	남편	기각	
9	1989.10.13	89므785	부인	남편	기각	
10	1990.01.23	89므990	부인	남편	기각	
11	1991.07.09	90므1067	인정	대등	인용	쌍방책임
12	1990.05.22	90므194	인정	남편	기각	
13	1990.05.11	90므231	인정	남편	기각	
14	1990.08.14	90므415	인정	남편	기각	
15	1991.04.12	90므941(본소) 90므958(반소)	인정	남편	기각	상대방이혼청구인용
16	1993.11.26	91므177(본소) 91므184(반소)	인정	남편	기각	
17	1991.11.22	91므23	인정	남편	기각	
18	1991.12.13	91므443	부인	남편	기각	
19	1992.09.08	92므112	부인	남편	기각	
20	1992.11.10	92므495	부인	남편	기각	
21	1992.11.13	92므518	부인	남편	기각	
22	1992.11.10	92므549	인정	대등	인용	쌍방책임
23	1993.04.27	92므600	인정	남편	기각	
24	1993.02.23	92므761	부인	남편	기각	
25	1993.02.12	92므778	인정	남편	기각	
26	1993.03.09	92므990	인정	아내	기각	
27	1994.02.25	93므744	인정	남편	기각	
28	1996.06.28	94므1096	부인	남편	기각	
29	1995.04.07	94므1737	인정	아내	기각	
30	1996.06.25	94므741	인정	대등	인용	오기나보복감정
31	1995.02.14	94므987(본소) 94므994(반소)	인정	남편	기각	상대방이혼청구인용
32	1996.01.23	95므1062	인정	남편	기각	
33	1995.04.28	95므205	부인	남편	기각	

번호	선고일자	사건번호	파탄 여부	유책 배우자	판단	비고
34	1995.10.13	95므410	인정	남편	기각	
35	1996.12.23	95므489	부인	아내	기각	
36	1995.09.29	95므564	인정	남편	기각	
37	1997.01.24	95므724	인정	남편	기각	
38	1995.11.21	95므731	인정	남편	기각	
39	1995.12.22	95므946	인정	남편	기각	
40	1997.02.28	96므1618(본소) 96므1625(반소)	인정	남편	기각	상대방이혼청구인용
41	1997.02.14	96므1656	인정	남편	기각	
42	1996.04.26	96므226	부인	남편	기각	
43	1996.06.14	96므370	인정	남편	기각	
44	1996.09.10	96므554	인정	남편	기각	
45	1997.05.28	96므639	인정	남편	기각	
46	1996.11.08	96므998	부인	남편	기각	
47	1997.03.28	97므100	인정	남편	기각	
48	1997.10.10	97므1066	인정	남편	기각	
49	1997.05.16	97므155	인정	남편	기각	
50	1998.03.13	97므1677(본소) 97므1684(반소)	부인	남편	기각	
51	1998.12.08	98므1124	인정	남편	기각	
52	1998.12.22	98므1360	부인	남편	기각	
53	1998.06.23	98므15(본소) 98므22(반소)	인정	남편	기각	상대방이혼청구인용
54	1998.07.14	98므282	인정	남편	기각	
55	1998.05.22	98므343	인정	대등	인용	쌍방책임
56	1998.04.10	98므84	인정	남편	기각	
57	1999.04.09	98므954	인정	대등	인용	쌍방책임
58	1998.10.20	98므978	인정	남편	기각	
59	1999.10.08	99므1213	부인	아내	기각	
60	1999.12.10	99므1404	인정	남편	기각	

3. 2000년 이후: 총 72건

번호	선고일자	사건번호	파탄 여부	유책 배우자	판단	비고
1	2000.01.18	99므1947	인정	남편	기각	
2	2000.04.21	99므2261	부인	남편	기각	
3	2000.04.07	99므2292	인정	남편	기각	
4	1999.07.13	99므548	인정	대등	인용	쌍방책임
5	1999.07.27	99므593	인정	대등	인용	쌍방책임
6	1999.07.09	99므708	인정	남편	기각	
7	1999.08.20	99므746(본소) 99므723(반소)	인정	남편	기각	
8	2000.05.12	2000므100	인정	남편	기각	
9	2000.12.22	2000므155	인정	남편	기각	
10	2001.03.09	2000므1554	부인	남편	기각	
11	2001.02.27	2000므1592	부인	남편	기각	
12	2000.04.25	2000므254	인정	남편	기각	
13	2000.08.22	2000므513	인정	남편	기각	
14	2002.02.22	2001므1100	부인	남편	기각	
15	2001.07.27	2001므1117	인정	남편	기각	
16	2001.11.09	2001므1445	인정	남편	기각	
17	2001.10.30	2001므1452	인정	남편	기각	
18	2001.11.09	2001므1490	인정	아내	기각	
19	2002.01.11	2001므1773	부인	아내	기각	
20	2001.12.28	2001므1827	인정	남편	기각	
21	2002.01.11	2001므1865(본소) 2001므1872(반소)	인정	남편	기각	상대방이혼청구인용
22	2002.02.08	2001므2332	인정	남편	기각	
23	2001.05.08	2001므268	부인	남편	기각	
24	2002.11.22	2002므1084	부인	남편	기각	
25	2002.12.10	2002므1091(본소) 2002므1107(반소)	인정	남편	기각	

번호	선고일자	사건번호	파탄 여부	유책 배우자	판단	비고
26	2002.10.25	2002므1114	인정	남편	기각	
27	2002.12.10	2002므1176(본소) 2002므1183(반소)	인정	남편	기각	상대방이혼청구인용
28	2002.11.22	2002므1299	인정	남편	기각	
29	2002.12.26	2002므1589	인정	남편	기각	
30	2003.06.03	2002므159	인정	대등	인용	쌍방책임
31	2003.05.16	2002므1695(본소) 2002므1701(반소)	인정	아내	기각	상대방이혼청구인용
32	2003.02.14	2002므1824	인정	대등	인용	쌍방책임
33	2003.02.14	2002므2070	부인	남편	기각	
34	2003.04.11	2002므2315	인정	아내	기각	
35	2002.10.11	2002므975	인정	남편	기각	
36	2005.08.19	2003므1166(본소) 2003므1173(반소)	인정	남편	기각	상대방이혼청구인용
37	2003.10.10	2003므1401(본소) 2003므1418(반소)	부인	남편	기각	
38	2003.11.28	2003므1807	부인	남편	기각	
39	2004.02.27	2003므1890	인정	남편	인용	오기나보복감정
40	2005.01.13	2003므1999(본소) 2003므2008(반소)	인정	남편	기각	상대방이혼청구인용
41	2004.07.09	2003므2077(본소) 2003므2084(반소)	인정	아내	기각	상대방이혼청구인용
42	2004.07.09	2003므2251(본소) 2003므2268(반소)	인정	남편	기각	상대방이혼청구인용
43	2004.04.27	2003므2343(본소) 2003므2350(반소)	부인	남편	기각	
44	2004.02.13	2003므2459	부인	남편	기각	
45	2003.05.13	2003므248	부인	남편	기각	
46	2004.03.12	2003므2879	인정	남편	기각	
47	2003.06.13	2003므491(본소) 2003므507(반소)	인정	남편	기각	
48	2004.09.24	2004므1033	인정	아내	기각	

번호	선고일자	사건번호	파탄 여부	유책 배우자	판단	비고
49	2004.12.10	2004므1088(본소) 2004므1095(반소)	인정	남편	기각	상대방이혼청구인용
50	2006.01.13	2004므1378	인정	아내	기각	
51	2005.12.23	2005므1030	인정	대등	인용	쌍방책임
52	2005.12.22	2005므1085	부인	남편	기각	
53	2005.05.12	2005므327	인정	대등	인용	쌍방책임
54	2005.05.12	2005므358	부인	남편	기각	
55	2005.06.24	2005므471	인정	남편	인용	오기나보복감정
56	2007.04.12	2006므2870	부인	남편	기각	
57	2006.07.28	2006므34	인정	대등	인용	쌍방책임
58	2008.06.12	2006므829	인정	남편	기각	
59	2007.10.25	2007므1058	인정	아내	기각	
60	2008.02.01	2007므2143	인정	남편	인용	오기나보복감정
61	2010.07.29	2008므1475	인정	대등	인용	쌍방책임
62	2010.07.22	2009므1861(본소) 2009므1878(반소)	인정	남편	기각	상대방이혼청구인용
63	2009.12.24	2009므2130	인정	아내	인용	참을수없는고통
64	2010.04.29	2009므3621	인정	남편	인용	오기나보복감정
65	2010.02.11	2009므3706(본소) 2009므3713(반소)	인정	남편	기각	상대방이혼청구인용
66	2010.12.09	2009므844	인정	남편	기각	
67	2011.10.13	2010므2068(본소) 2010므2075(반소)	인정	남편	기각	
68	2010.12.09	2010므3313	인정	대등	인용	쌍방책임
69	2011.04.14	2010므4408	부인	남편	기각	
70	2012.01.27	2011므3600	부인	남편	기각	
71	2012.02.09	2011므4085	부인	남편	기각	
72	2012.03.29	2012므80(본소) 2012므97(반소)	인정	남편	기각	상대방이혼청구인용

제1심 사건목록

가. 서울가정법원

연번	선고일자	사건번호	파탄 여부	유책 배우자	판단	비고
1	2010.01.11	2008드단62253	인정	남편	기각	
2	2010.01.15	2009드단12125	불인정	남편	기각	
3	2010.01.18	2009드단62540	인정	남편	기각	
4	2010.01.20	2009드합3067	인정	남편	기각	
5	2010.01.27	2008드단115720	인정	남편	기각	
6	2010.01.28	2008드단17819	불인정	남편	기각	
7	2010.01.28	2009드단83349 2009드단92732	인정	남편	기각	상대방이혼청구 인용
8	2010.02.12	2009드단11771	불인정	남편	기각	
9	2010.02.17	2009드합2057	인정	남편	기각	
10	2010.02.19	2009드단41703	불인정	남편	기각	
11	2010.02.26	2009드단88597	불인정	남편	기각	
12	2010.03.12	2009드단79241	불인정	남편	기각	
13	2010.03.16	2008드합10297	불인정	남편	기각	
14	2010.03.19	2009드단86706	불인정	남편	기각	
15	2010.04.02	2009드단40076	불인정	남편	기각	
16	2010.04.06	2009드단60094	인정	대등	인용	
17	2010.04.13	2008드합7901	불인정	남편	기각	
18	2010.04.21	2009드단39786	불인정	남편	기각	
19	2010.05.11	2009드합2736	불인정	남편	기각	
20	2010.05.27	2007드합13565	인정	대등	인용	오기보복
21	2010.06.15	2008드합7253	불인정	남편	기각	
22	2010.06.30	2010드단6416	불인정	남편	기각	
23	2010.07.02	2009드단93711	불인정	남편	기각	
24	2010.07.14	2009드합4794	인정	대등	인용	오기보복
25	2010.07.14	2009드단100374	불인정	남편	기각	사회상규 반함

연번	선고일자	사건번호	파탄 여부	유책 배우자	판단	비고
26	2010.07.15	2009드합4367	인정	아내	기각	
27	2010.07.16	2009드단63840	인정	대등	인용	
28	2010.07.29	2008드단116341	불인정	남편	기각	
29	2010.08.20	2009드단30055	인정	대등	인용	
30	2010.08.20	2009드단100459	인정	대등	인용	
31	2010.08.25	2010드단4342	불인정	남편	기각	
32	2010.09.02	2010드단28683	불인정	남편	기각	
33	2010.09.09	2009드단54921	불인정	남편	기각	
34	2010.09.16	2009드단19379	불인정	아내	기각	
35	2010.10.06	2010드단18730	인정	대등	인용	혼인생활감내 지나친 고통
36	2010.10.20	2010드단7860	불인정	남편	기각	
37	2010.11.01	2009드단84106	불인정	남편	기각	
38	2010.12.08	2009드단115512 2010드단33814	인정	아내	기각	상대방이혼청구 인용
39	2010.12.09	2009드단106952 2010드단4946	불인정	남편	기각	
40	2010.12.14	2010드단79797	불인정	남편	기각	
41	2010.12.16	2010드합2787 2010드합3537	인정	남편	기각	상대방이혼청구 인용
42	2010.12.16	2009드단119996	불인정	남편	기각	
43	2010.12.20	2010드단35827	불인정	아내	기각	
44	2010.12.23	2009드단112520	인정	남편	기각	
45	2011.01.11	2010드단53153	인정	남편	기각	
46	2011.01.13	2010드합521	인정	남편	인용	
47	2011.01.14	2010드단19467	불인정	아내	기각	
48	2011.01.14	2009드단110081	인정	아내	인용	
49	2011.01.17	2009드단94387	인정	남편	기각	
50	2011.01.18	2010드합8105	불인정	남편	기각	
51	2011.01.24	2010드단85075	인정	남편	기각	
52	2011.01.27	2010드단29808	불인정	남편	기각	
53	2011.02.09	2009드단124646	인정	남편	인용	오기보복

연번	선고일자	사건번호	파탄 여부	유책 배우자	판단	비고
54	2011.02.11	2010드단23916	불인정	남편	기각	
55	2011.02.17	2010드합5854	불인정	남편	기각	
56	2011.02.17	2009드합10492	불인정	남편	기각	
57	2011.02.24	2009드단84465	인정	남편	기각	
58	2011.03.09	2009드합5773	불인정	남편	기각	
59	2011.04.05	2010드단41037	인정	남편	기각	
60	2011.04.05	2010드단73355	인정	남편	기각	
61	2011.04.13	2009드합12146	불인정	남편	기각	
62	2011.04.27	2010드단55197	불인정	남편	기각	
63	2011.04.27	2010드합7393	인정	대등	인용	오기보복
64	2011.05.04	2010드단38581	인정	대등	인용	
65	2011.05.04	2010드단47486	인정	대등	인용	
66	2011.05.18	2010드단27581 2010드단46568	인정	남편	기각	
67	2011.05.18	2010드합7058	불인정	남편	기각	
68	2011.05.18	2009드합6172	불인정	남편	기각	
69	2011.05.25	2010드단82731	인정	대등	인용	
70	2011.05.25	2009드합13385	불인정	남편	기각	
71	2011.06.08	2011드단16984	불인정	남편	기각	
72	2011.06.21	2009드단84090	인정	대등	인용	오기보복
73	2011.06.21	2009드단62755	불인정	남편	기각	
74	2011.06.23	2010드합9078	인정	남편	기각	
75	2011.06.29	2010드단25080	불인정	남편	기각	
76	2011.07.06	2010드단79780	불인정	남편	기각	
77	2011.07.07	2010드단101939	인정	남편	기각	
78	2011.07.13	2010드단102772	인정	대등	인용	
79	2011.07.19	2010드단75733	불인정	남편	기각	
80	2011.07.27	2010드단45312	불인정	남편	기각	
81	2011.08.02	2010드단104556	불인정	남편	기각	
82	2011.08.11	2011드단21474	인정	남편	기각	
83	2011.08.11	2010드단50840	불인정	남편	기각	

연번	선고일자	사건번호	파탄 여부	유책 배우자	판단	비고
84	2011.08.12	2011드단68230	인정	대등	인용	
85	2011.08.19	2010드단85631 2010드단85648	인정	남편	기각	상대방이혼청구 인용
86	2011.08.24	2010드단78312	불인정	남편	기각	
87	2011.08.25	2010드합9559	인정	남편	기각	
88	2011.08.31	2009드합7038	불인정	남편	기각	
89	2011.08.31	2011드합3572	인정	남편	인용	오기보복
90	2011.09.21	2010드단58301	불인정	남편	기각	
91	2011.09.28	2010드단93854	인정	대등	인용	
92	2011.10.04	2011드단41294	인정	남편	기각	
93	2011.10.04	2010드단31672 2010드단89763	불인정	남편	기각	
94	2011.10.11	2010드단91667	인정	남편	기각	
95	2011.10.13	2010드단79193	불인정	남편	기각	
96	2011.10.20	2009드단103069	불인정	남편	기각	
97	2011.11.11	2010드단62447	불인정	아내	기각	
98	2011.11.17	2010드단92455	인정	남편	기각	
99	2011.11.17	2010드단89305	불인정	남편	기각	
100	2011.12.21	2011드단2008	불인정	남편	기각	
101	2011.11.22	2011드단87269 2011드단30614	인정	남편	기각	상대방이혼청구 인용
102	2011.11.25	2010드단75498	인정	대등	인용	오기보복
103	2011.11.25	2010드단104365	인정	대등	인용	
104	2011.12.01	2010드단100554	인정	남편	기각	
105	2011.12.07	2010드단75160	인정	남편	기각	
106	2012.01.11	2011드합8096	불인정	남편	기각	
107	2012.01.12	2011드단8235 2011드단56395	인정	아내	기각	상대방이혼청구 인용
108	2012.01.12	2010드단74563 2010드단88876	인정	남편	기각	상대방이혼청구 인용
109	2012.01.31	2011드단18973	인정	남편	기각	
110	2012.02.02	2011드합2272	불인정	아내	기각	

연번	선고일자	사건번호	파탄 여부	유책 배우자	판단	비고
111	2012.03.22	2011드단10559 2011드단10566	인정	아내	기각	상대방이혼청구 인용
112	2012.04.06	2011드단21986	인정	남편	기각	
113	2012.04.19	2011드단19815	불인정	남편	기각	
114	2012.04.24	2011드단28529 2011드단112813	인정	남편	기각	상대방이혼청구 인용
115	2012.04.24	2011드단76801	불인정	남편	기각	
116	2012.05.17	2010드단45046 2010드단111769	인정	남편	기각	상대방이혼청구 인용
117	2012.05.17	2011드단4929 2011드단30027	인정	남편	기각	상대방이혼청구 인용
118	2012.05.22	2011드단10405	불인정	남편	기각	
119	2012.05.22	2010드단104242	인정	남편	기각	
120	2012.05.23	2011드합160	불인정	남편	기각	
121	2012.05.24	2011드합2319	불인정	남편	기각	
122	2012.05.30	2011드단64952	불인정	남편	기각	
123	2012.06.13	2011드단43870	인정	대등	인용	참을수 없는 고통
124	2012.06.13	2011드단49977	인정	남편	기각	
125	2012.06.14	2010드단63297 2011드단23999	인정	남편	기각	상대방이혼청구 인용
126	2012.06.21	2011드단446 2011드단101745	인정	아내	기각	상대방이혼청구 인용
127	2012.06.26	2011드단31846 2011드단45739	불인정	대등	기각	

나. 부산가정법원

연번	선고일자	사건번호	파탄 여부	유책 배우자	판단	비고
1	2010.04.06	2009드단31112	불인정	남편	기각	
2	2010.10.05	2009드단20808	인정	대등	인용	파탄만으로인정

연번	선고일자	사건번호	파탄 여부	유책 배우자	판단	비고
3	2010.11.08	2009드단32511	불인정	남편	기각	
4	2010.11.17	2009드단27939 2010드단1087	인정	남편	기각	상대방이혼청구 인용
5	2010.12.01	2009드단20143	불인정	아내	기각	
6	2010.12.24	2009드단34739	인정	아내	기각	
7	2011.01.10	2010드단1827	인정	남편	인용	오기보복
8	2011.02.09	2010드단9548	인정	남편	기각	
9	2011.05.13	2010드단8132	인정	남편	기각	
10	2011.06.03	2010드단19002	불인정	남편	기각	
11	2011.08.11	2010드합1831	인정	남편	기각	
12	2011.08.22	2010드단18979	인정	남편	인용	오기보복
13	2011.08.22	2010드단28976	불인정	남편	기각	
14	2011.09.06	2011드단2100 2011드단20498	불인정	남편	기각	
15	2011.09.08	2009드합1347	불인정	남편	기각	
16	2011.09.08	2009드합4247	불인정	남편	기각	
17	2011.09.29	2009드합4377	불인정	남편	기각	
18	2011.11.09	2010드단28105	인정	남편	인용	오기보복
19	2011.12.26	2011드단7921	인정	아내	인용	오기보복
20	2012.01.06	2010드단16676	인정	대등	인용	오기보복
21	2012.01.06	2011드단1855	인정	아내	기각	
22	2012.01.20	2010드단20385	인정	남편	기각	
23	2012.02.24	2011드단9620 2011드단16550	인정	남편	기각	
24	2012.03.09	2011드단14608	인정	남편	기각	
25	2012.03.14	2011드단9330	인정	남편	기각	
26	2012.03.30	2010드단18382	불인정	남편	기각	
27	2012.05.17	2011드단11746	인정	남편	기각	
28	2012.06.28	2010드합1886	불인정	아내	기각	

항소심 사건목록

가. 서울가정법원

연번	선고일자	사건번호	파탄 여부	유책 배우자	판단	비고
1	2010.02.12	2009르3068	인정	남편	인용	오기보복
2	2010.03.19	2009르3730	불인정	남편	기각	
3	2010.04.02	2009르2942	인정	남편	기각	
4	2010.04.09	2009르3211 2009르3228	인정	남편	기각	
5	2010.04.09	2009르3402	인정	남편	기각	
6	2010.04.23	2009르2614 (2009드단37445)	인정	남편	기각	
7	2010.05.07	2009르2874 2009르2881	인정	남편	기각	상대방이혼청구 인용
8	2010.05.28	2009르3969 (2009드단5448)	인정	대등	인용	
9	2010.06.01	2009르1512	불인정	남편	기각	
10	2010.06.04	2010르782 2010르799	인정	아내	기각	상대방이혼청구 인용
11	2010.07.23	2010르409 2010르1754 (2009드단65150)	인정	남편	기각	상대방이혼청구 인용
12	2010.07.23	2010르171	인정	남편	기각	
13	2010.09.10	2010르1464	불인정	남편	기각	
14	2010.10.29	2010르1341 (2009드단40076)	불인정	남편	기각	
15	2010.11.19	2010르1433 (2009드단60094)	인정	대등	인용	오기보복
16	2011.01.28	2010르3057 (2010드단4342)	불인정	남편	기각	
17	2011.03.25	2010르2795 2010르2801 (2009드단54266, 72370)	인정	남편	기각	상대방이혼청구 인용

연번	선고일자	사건번호	파탄 여부	유책 배우자	판단	비고
18	2011.04.15	2010르3835 (2010드단8146)	인정	남편	기각	
19	2011.05.27	2010르4302 (210드단16031)	인정	대등	인용	
20	2011.06.24	2011르826 (2010드단29808)	불인정	남편	기각	
21	2011.07.01	2010르3668 (2010드단1930)	인정	남편	기각	
22	2011.07.08	2011르543 (2009드단116850)	불인정	남편	기각	
23	2011.08.12	2010르4197 (2010드단25288)	불인정	남편	기각	
24	2011.11.11	2010르4395 (2010드단21743)	인정	남편	기각	
25	2012.02.17	2011르2204 (2011드단16984)	불인정	남편	기각	
26	2012.04.06	2011르2471 (2010드단79780)	불인정	남편	기각	
27	2012.04.06	2011르3337 (2011드단41294)	인정	남편	기각	
28	2012.05.11	2011르3498 (2009드단112063)	인정	대등	인용	오기보복

나. 부산가정법원

연번	선고일자	사건번호	파탄 여부	유책 배우자	판단	비고
1	2010.05.20	2009르414	인정	아내	기각	
2	2011.10.21	2011르202 (2010드단9548)	인정	남편	기각	
3	2011.12.01	2011르270 (2011드단1619)	인정	남편	기각	

연번	선고일자	사건번호	파탄 여부	유책 배우자	판단	비고
4	2011.12.01	2011르96 (2010드단8132)	인정	남편	기각	
5	2011.12.01	2011르164 (2010드단19002)	불인정	남편	기각	

Abstract

A Study on Divorce Legal System Reforms

Bok -Soon Park
Seon -Young Park
Yeo -Bong Lee

Korea's divorce laws have been formulated, mostly based on Japan's legal system, without the benefit of research on foreign cases or fully considering public sentiment, and therefore are exposed to inborn limitations.

The system for a divorce by agreement has undergone several rounds of revisions, promoting changes in terms of gender equality and children welfare. However, provisions regarding divorce reasons, in relation to judicial divorces, have been little altered over the past several decades. Therefore, Korea's current divorce laws should be further reviewed in order to identify whether they properly reflect Korea's realities on marriage and divorce. In this vein, there is more need to reorganize the legal system to make sure that the structure coincides with public senti-

ment, promotes the welfare of family members, and faithfully reflects the concepts of justice and equality. In particular, considering changes in the Korean society in terms of marriage, divorce, and family relationships that have been witnessed over the past several decades, the issue should be more thoroughly handled.

Against this backdrop, focusing on judicial divorces that the 2011 research study did not deal with, this paper is designed to look into the possibility of accepting the Act regarding the principles of matrimonial breakdown as a means to lead parties concerned to resolve conflicts peacefully, and thereby to have positive effects on restoring broken family relationships and helping parents take care of their children after divorce. The plans for reforming the divorce legal system will also be studied in order to ensure the welfare of children in the process of dissolving marriages.

This research study consists of the following chapters:

Chapter I briefly describes the needs, objectives, content, and methodology of this research study in order to present the direction thereof. Chapter II looks into changes in the Korean society & in divorce laws and analyzes the details of ‘divorces by agreement’ and ‘judicial divorces’ to help understand the current divorce legal system & the operation thereof, and review what should be improved. Chapter III reviews the legislation examples of foreign countries that accepted the principles of matrimonial breakdown before Korea did in order to identify their implications for Korea’s divorce legal system reforms. Chapter IV analyzes the Supreme Court’s rulings regarding a guilty spouse’s claim for divorce

in order to identify the degree to which Korea's courts accepted the principles of matrimonial breakdown. Chapter V analyzes the results of the survey of the general public and experts, which will be used as basic data for identifying plans to reform Korea's divorce legal system, in order to study the perspectives of the Korean society regarding marriage and divorce, the degree to which the Korean society accepts the principles of matrimonial breakdown, and the opinions of the general public regarding divorce system reforms. Chapter VI presents the future direction of Korea's divorce laws including both 'divorces by agreement' and 'judicial divorces', based on the aforementioned research results. Namely, leaving the door open for restoring failed marital relationships, sufficient attention should be paid to parties concerned and their children in order to prevent them from being harmed. The final chapter proposes reasonably improving divorce procedures to achieve the objectives of divorce laws.

Furthermore, the acceptance of breakdown principles, integration of 'divorces by agreement' & 'judicial divorces', and reinforcement of the role of a family court as a guardian in the process of procedural support that this research study proposes can be considered as a solemn request for changes in the role of a court that has served only as a venue to resolve intractable conflicts. To this end, additional facilities and equipment should be set up, securing more human resources.

2012 연구보고서-5

이혼법제 개선방안 연구

2012년 12월 29일 인쇄

2012년 12월 31일 발행

발행인 : **최 금 숙**

발행처 : **한국여성정책연구원**

서울특별시 은평구 진흥로 225(불광동 1-363)

전화 / 02-3156-7000 (代)

인쇄처 : 도서출판 **한 학 문 화**

전화 / 02-313-7593 (代)

ISBN 978-89-8491-497-1 93330

<정가 12,500 원>