

判例로 본 裁判上 離婚原因

韓 三 寅*

目	次
I. 序 說	IV. 不當한 待遇
II. 不貞한 行爲	V. 其他 重大한 事由
III. 惡意의 遺棄	VI. 結 語

I. 序 說

民法 §840는 “부부의 일방은 法定離婚原因이 있는 경우에는 가정법원에 이혼을 청구할 수 있음”을 규정하고 있는데, 이에 기해서 성립한 이혼을 裁判上 離婚(Ehescheidung durch Gericht)¹⁾이라 한다.

재판상 이혼은 도저히 화합할 수 없을 정도로 破綻된 당사자 사이의 혼인관계를 해소시킬 수 있는 최후의 수단으로 기능한다는 점에서, 또한 이혼소송의 중심과제는 재판상 이혼원인의 存否(이혼의 成否), 이혼 위자료의 산정·미성숙자녀의 보호문제가 된다는 점에서 현대 이혼법의 중심영역은 재판상 이혼법이라 할 수 있다. 그런데 諸法域에서와 마찬가지로 재판상 이혼법의 경우에도, 법이 制度로서의 현실적인 규범적 가치가 있느냐의 여부를 판단하려면 우선 그 규율의 대상이 되는 社會的 現狀에 대한 실태파악이 선행되어야 하고, 이어서 법이 그러한 사회적 현상에 대해 어떠한 작용을 하고 있느냐를 발견해야만 한다.

本稿²⁾는 이 같은 인식의 바탕위에서, 재판상 이혼원인에 관한 일단의 판례³⁾를 음미해 보려는

* 濟州大學校 法學科 敎授 (民法·環境法)

- 1) 法典上의 용어로는 재판상 이혼이나 講學上 재판이혼이라고도 하며, 가정법원의 심판에 의해 이혼이 성립한다는 점에서 審判離婚이라고도 한다.
- 2) 본고는 濟州新聞 매주 화요일 9면의 법률칼럼(韓三寅교수의 판례로 본 法이야기)의 게재내용의 일부를 補完·整理한 것이다.
- 3) 여기의 판례들은 대부분 1994년을 전후한 大法院判例와 가장 최근(1995년)의 濟州地法의 몇 개의 판례를 말한다. 그리고 그것은 민법 §840(但, 同條文의 4호와 5호는 제외키로 한다)를 대상으로 한 것이다.

것이다. 이러한 일련의 작업은 한국사회에 있어 재판상 이혼법이 이혼현상과의 관련하여서 어떻게 기능하고 있는가를 파악하는 데 一助할 수 있을 것으로 생각된다.

II. 不貞한 行爲

남녀가 혼인하여 부부가 되면 서로간에 동거·부양·협조의무가 따르고, 貞操를 지킬 의무가 있다(민법 §826①). 그런데 부부 중에 어느 한쪽이 정조의무에 반하는 不貞行爲를 저지르는 경우 그 부부관계는 대부분 깨어지게 된다.

오늘날의 사회현실에서 「배우자의 부정행위」를 이유로 부부가 남남으로 갈라서는 경우가 적지 않음을 보게된다(1994년 한해 동안 전국의 재판상 이혼심판사건은 33,539件이고 이 중 전년 미체를 포함하여 실제 처리된 31,761件 중 부정행위를 이유로 한 것이 가장 많은 10,891件으로 전체건수의 44.9%를 차지하고 있고, 한편 여자의 부정행위인 5,175件 보다 남자의 그것이 5,622件으로 더 많다⁴⁾.

1. 事實關係와 判決內容

A남(38세)과 B녀(37세)는 81년에 혼인한 부부이다. 혼인생활 초부터 B녀는 시집의 만며느리로서 그 역할을 다해왔는데, A남은 92년 경부터 1주일에 1회 정도 외박을 하면서 집에 들어오지 않다가 93년 경부터는 아예 C녀와 不倫關係를 맺어나갔다. 참다못한 B녀는 A남을 상대로 濟州지방법원에 재판상 이혼심판을 청구하였다. 濟州지법 제2가사부는 94년, 「A남이 C녀와 불륜관계를 맺고 동거생활을 계속하고 있음을 인정하여 배우자의 부정행위를 이유로, A남과 B녀는 이혼한다⁵⁾」는 판결을 내렸다.

2. 關聯判例

재판상 이혼원인으로서의 不貞行爲의 의미를 어떻게 새겨야 할 것인가. 판례(대법원)는 「배우자로서의 정조의무에 충실치 못한 일체의 행위를 포함하며(이른바 姦通보다는 넓은 개념으로 새기고 있음), 부정행위인지의 여부는 구체적 사안에 따라 그 정도와 상황을 참작하여 이를 평가해야 한다⁶⁾」는 것이다. 따라서 「나이가 많고 중풍으로 情交능력이 없어 실제로 정교를 행하지는 못했다 해도 배우자 아닌 사람과 동거한 행위는 배우자의 정조의무에 충실치 못한 것으로 부정행위에 해당한다⁷⁾」고 한다. 또한 「간통을 한 것으로 단정할 수는 없어도, 남자가 다른 여자

4) 법원행정처, 「사법연감」, 1995, pp. 499-501.
 5) 제주지방법원판결 1994. 2. 25. <93 드 3722>.
 6) 대법원판결 1992. 11. 10. <92 므 68>.
 7) 대법원판결 1992. 11. 10. <92 므 68>.

에게 구두와 녹음기 등을 선물하기도 하고 그 여자가 식당일을 마친 늦은 시간에 함께 나가는가 하면 식당에 딸린 방에 수십분씩 함께 들어가 있거나, 서로 껴안고 있다가 주위 사람들에게 발각된 행위는 부정행위로 봐야 한다⁸⁾」는 것이다.

그런데 배우자에게 부정한 행위가 있었을 때라 함은 「부부 중 어느 한쪽이 부정한 행위를 한 경우를 말하므로, 어느 한쪽이 약혼단계에서 부정한 행위를 한 경우는 여기에 해당하지 않는다⁹⁾」고 한다. 한편 부정한 행위가 성립하기 위해서는 「객관적으로 그것이 부정한 행위에 해당한다고 볼만한 사실이 있어야 하고, 또 그것이 내심의 자유로운 의사에 의해 행해졌다는 두가지 요소가 필요하므로, 비록 객관적으로 부정행위로 볼 수 있는 사실이 있어도 그것이 개인의 자유로운 의사에 의해 이루어지지 않은 경우에는 부정행위로 평가되지는 않는다¹⁰⁾」는 것이다. 뿐만 아니라 「여자가 남편 아닌 남자와 식사를 하거나 카바레에 출입하고 그 남자가 운전하는 차에 타서 귀가한 사실이 있어도 이것이 남편이 요구하는 사업자금을 마련하기 위한 것이었고 둘이서만 다닌 것이 아니라 친구 등 다른 사람과 함께 참여한 경우¹¹⁾, 또는 여자가 카바레에 춤을 추러 갔다가 그곳에서 다른 남자를 만나 친하게 되었고 그 남자와 기차를 타서 대천에서 서울에 있는 그 남자 집까지 동행한 사실만으로는 부정행위에 해당하지 않는다¹²⁾」고 한다. 끝으로 「부부 중 어느 한쪽이 부정행위를 한 경우 그는 配偶者權을 침해한 상대방(제3자)과 함께 부부 중의 다른 한쪽에 대하여 불법행위를 이유로 한 損害賠償(慰籍料)責任을 져야한다¹³⁾」는 것이다.

3. 餘 說

그런데 부정한 행위는 夫의 경우와 妻의 경우에 다르지 않음은 양성평등의 헌법정신(헌법§11①항, §36①항)에 비추어 당연하며, 한편 부정행위는 혼인이 성립한 후의 것만을 의미하므로, 혼전행위는 부정행위로서 인정되는 것이 아니라 “기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유”가 되느냐의 여부에 의해서만 판단될 문제임을 유의해야 한다. 그리고 부정행위가 배우자 어느 한쪽에 있을지라도 다른쪽이 사전 동의나 사후 용서를 한 경우 또는 그 사유를 안날로부터 6월, 사유있는 날로부터 2년을 경과한 때에는 이혼을 청구하지 못한다는 규정(민법 §841)은 축첩행위와 관련해서 문제가 있다고 본다¹⁴⁾.

- 8) 대법원판결 1993. 4. 9. <92 무 938>.
- 9) 대법원판결 1991. 9. 13. <91 무 85>.
- 10) 대법원판결 1976. 12. 14. <76 무 10>.
- 11) 대법원판결 1986. 6. 10. <86 무 8>.
- 12) 대법원판결 1990. 7. 24. <89 무 1115>.
- 13) 대법원판결 1976. 4. 13. <75 다 1484>.
- 14) 즉 배우자 한쪽이, 그것을 사전 동의나 사후 용서한 경우에도 민법§841가 적용되느냐 하는 점이다. 생각컨대 민법§103가 민법의 일반조항임은 명백한 것이고, 따라서 축첩행위는 이에 반하는 행위로서 무효이므로, 이의 동의 또는 용서는 841조의 적용을 받지 않게 된다. 그러므로 正妻가 남편의 축첩행위의 사실을 안후 6월, 행위시작일로부터 2년이 경과하더라도 正妻는 이혼청구권이 소멸되는 것은 아니고, 다만 축첩행위의 종료일로부터 그 기간이 기산되어야 한다.

Ⅲ. 惡意의 遺棄

혼인한 부부 사이에서 남편이 아내를 버리거나, 반대로 아내가 남편을 버릴 경우에는 어떻게 해야 할 것인가. 1994년 실제로 처리된 이혼소송사건 31,761件 중 악의의 유기를 원인으로 한 것이 4,122件((전체의 17.4%)이고, 이 중 아내가 남편을 버린 경우가 1,882件(7.8%) 남편이 아내를 버린 경우는 2,299件(9.6%)으로 나타났다.¹⁵⁾

1. 事實關係와 判決內容

A남(38세)과 B녀(34세)는 83년에 혼인신고를 마친 부부로서 슬하에 자녀 둘을 두고 있다. 그런데 B녀는 88년 경부터 다른 사람에게 부채가 있어 빚 독촉을 받는 일로 남편인 A와 자주 부부싸움을 벌여 오다가, 90년 10월 말 집을 나가 그 행방을 감추어 버렸다. 그러자 A는 B를 상대로 濟州지방법원에 재판상 이혼심판을 청구하였다. 濟州지법은 95년, 「정당한 사유없이 동거하지 않고 있는 B의 행위를 아내가 남편을 버리는 악의의 유기로 인정하여, A남과 B녀는 이혼한다¹⁶⁾」는 판결을 내렸다.

2. 法 理

남녀가 혼인하여 부부가 되면 마지막 삶을 살 때까지 정신적·육체적·경제적인 협동체가 된다. 그러므로 서로간에 동거·부양·협조의무가 생기게 된다. 동거란 부부가 같이 생활하는 것이며, 이유없이 별거하지 못한다는 것이다. 부양이란 어린 자녀를 포함하여 夫婦一體로서 공동생활에 필요한 것을 서로가 제공하는 것으로 상대방의 생활을 자기의 생활로써 보장해야 하는 것을 뜻한다. 한편 부부의 공동생활은 서로의 분업에 기초한 협조에 의해 이루어져야 함을 법적으로 분명히 한 것이 협조의무이다. 요컨대 동거가 性的인 것이라면 부양은 경제적인 것이고 협조는 정신적·인격적인 것이라 할 수 있다. 이와같이 부부 사이에서 정당한 이유없이 어느 한쪽이 다른 쪽에 대한 동거·부양·협조의무를 이행하지 않는 것을 惡意의 遺棄(malicious desertion)라 한다. 이것은 재판상 이혼원인의 하나(민법 §840 제2호)가 된다.

15) 법원행정처, 「사법연감」, 1995, p. 501.

16) 제주지방법원판결 1995. 2. 6. <94 드 3842>.

3. 關聯判例

관련 판례(대법원) 들을 보기로 한다. 「아내가 같이 살던 남편의 집을 나왔다고 하는 사실이 다시는 남편과 동거를 하지 않고 귀가하지 않을 결의에서 한 것이면 악의의 유기가 되나, 그러한 결의없이 단순히 가출한 사실만으로는 악의로 볼 수 없다¹⁷⁾」고 한다. 결국 악의란 「부부 공동생활을 할 수 없게 되는 사실을 알고 있을 뿐만 아니라 사회적으로 비난받기에 충분한 윤리적 요소를 포함하는 관념」이라는 것이다. 한편 「유기란 상대방을 쫓아 내거나(두고 나가버리는 경우 포함), 또는 상대방으로 하여금 집을 나가지 않을 수 없도록 만든 후 집에 들어올 수 없도록 하는 것과 같은 혼인생활의 포기¹⁸⁾」를 말한다. 그러므로 악의의 유기란 「정당한 이유없이 배우자를 버리고 婚姻共同生活을 폐지하는 경우」를 뜻한다는 것이다. 따라서 「질병 때문에 부득이 별거하거나, 경제적 이유로 돈벌이를 나간 경우, 상대방의 虐待에 견디다 못해 동거하지 않거나¹⁹⁾, 단순히 남편의 의사에 반하여 아내가 소지품을 가지고 친정에 가버린 사실만으로는 악의의 유기가 되지 않는다²⁰⁾」는 것이다. 나아가 「청구인(남편)의 어머니가 피청구인(아내)을 학대하고 청구인도 피청구인에게 일방적으로 이혼을 구하면서 동거를 거절한 데서 청구인 부부가 별거하게 된 것이고, 그 후 감정이 악화된 상태에서 청구인이 피청구인 부모에게 피청구인을 내어 놓으라고 하다가 몰래 감춰놓은 녹음기가 발각되어 시비끝에 그들로부터 뺨을 맞은 것이라면 피청구인이 청구인을 악의로 유기했다고 할 수는 없다²¹⁾」고 한다. 그러나 「결혼 7년이 지나도록 며느리에게 자식이 없자 시어머니가 며느리를 데리고 절에 기도 드리러 가서 비정상적인 행동을 하자 며느리가 정신 이상 증세를 보여 낫지 않고 있었고, 다른 한편 부부간의 종교적인 갈등으로 남편이 入山하여 비구승이 되어 10년 넘게 서로가 떨어져 살으로써 혼인관계가 돌이킬 수 없을 정도로 破綻에 빠져 있다면 이것은 정신적으로 완전치 못한 아내를 남편이 악의로 유기한 것²²⁾」이라 한다. 또한 「청구인과 피청구인이 혼인신고를 한 후 약 20일간 동거하다가 피청구인(아내)이 농사일이 힘들고 청구인의 건강이 나쁘다는 이유로 집을 나가 돌아오지 않고 있다면 이것은 악의의 유기가 된다²³⁾」는 것이다.

17) 대법원판결 1959. 4. 16. <4291 民上 571>, 그의 조선고등법원판결 1917. 10. 23. ; 朝高判 1931. 4. 17. ; 대법원판결 1948. 1. 6. <4281 民上 144> 참조.

18) 조선고등법원판결 1931. 4. 17. <民集 18卷, 76면>.

19) 서울지방법원판결 1947. 11. 11. 김주수, 「주식 친족상속법」, 법문사, 1993, p. 266.

20) 대법원판결 1959. 5. 28. <4291 民上 190>.

21) 대법원판결 1990. 10. 30. <90 ㄴ 569>.

22) 대법원판결 1990. 11. 9. <90 ㄴ 583, 590>.

23) 대법원판결 1986. 10. 28. <86 ㄴ 83, 84>.

4. 判例理論의 分析

악의의 유기에 대한 판단기준은 「혼인공동생활을 계속하여 유지할 의사가 없다는 사실의 인정」이 될 것이다. 한편 遺棄에 관하여 일정기간의 계속을 요하는 외국 立法例²⁴⁾와는 달리 민법은 이에 관하여 규정하는 바 없으나, 그것은 상당한 기간동안 계속돼야 하는 것으로 해석해야 한다²⁵⁾.

IV. 不當한 待遇

특정한 남녀가 법적으로 결합하는 혼인은 인간의 행복을 추구하기 위한 수단이라 할 수 있다. 따라서 인격적 대우와 사랑의 바탕이 없는 혼인관계는 깨어질 수 밖에 없다.

1994년에 실제로 처리된 이혼소송건수 31,761件(전체의 19%) 중 부당한 대우를 원인으로 해서, 남편이 청구한 경우가 1,241건(5.1%)인데 비해 아내쪽에서 청구한 경우는 3,348건(13.9%)으로 나타났다.²⁶⁾

1. 事實關係와 判決內容

A남(33세)과 B녀(32세)는 92년에 혼인신고를 마친 부부로서 그 사이에 1남 1녀를 두고 있다. 그런데 혼인생활 이후 생활비를 부담해 오던 A남이 94년 중반부터 그 비용을 부담하지 않자, B녀는 경제적 어려움을 해결하기 위해 슈퍼를 운영하면서 생활해 왔다. 그러던 어느날 A남이 B녀에게 용돈을 요구하여 거절당하자, 그 가게에서 물품을 파괴하던 중 어린 아들에게 화상을 입혔으면서도 전혀 반성을 하지 않고, 그 후에도 수차례에 걸쳐 B녀에게 상당한 폭행을 하였다. 이에 참다 못한 B녀는 A남을 상대로 濟州지방법원에 이혼심판을 청구하였다. 濟州지법은 95년 여러 증거를 토대로, 「① B녀가 혼인생활을 계속하기 어려울 정도로 A남의 잦은 폭행사실을 인정하고, ② 이것은 배우자로부터 심히 부당한 대우를 받은 경우에 해당한다는 이유를 들어, A남과 B녀는 이혼한다²⁷⁾」는 판결을 내렸다.

24) 네덜란드·혼두라스·니카라구아는 5년, 스웨덴·캐나다·영국·덴마크·스위스는 2년, 멕시코·유고슬라비아는 6월, 터어키는 3월로서 제일 짧다.

25) 장경학, 「민법대의」, 법문사, 1982, p. 541.

26) 법원행정처, 「전계서」, p. 501.

27) 제주지방법원판결 1995. 6. 15. <95 드 1157>. 원래는 "화해조서"임.

2. 法 理

배우자 어느 한쪽이 다른 쪽 또는 그 직계존속(시부모 등)²⁸⁾으로부터 「혼인생활을 계속 유지해 나가는데 참을 수 없을 정도로 신체적·정신적인 면에서 학대(사람의 육체 또는 감정에 대해 자의적이고도 악의적이며 불필요한 고통을 가하는 것) 또는 명예에 대한 侮辱을 받는 것」을 不當한 待遇라 한다. 이것은 재판상 이혼사유의 하나(민법 §840 제3호)가 된다. 그런데 어느 정도가 심히 부당한 대우에 해당하는가 하는 것은 사회생활의 경험법칙, 당사자의 직업·지위 등을 고려하여 개개의 경우에 구체적으로 판단해야 할 것이나, 이러한 기준 외에도 그 직계존속과 가족공동생활을 하고 있는나의 여부도 고려되어야 한다.

3. 關聯判例

판례(대법원)에 나타난 구체적인 사례를 보면, 「남편이 전에 사귀던 다른 여자를 못잊어 아내를 虐待하고, 7년간 아내에게 아무런 이유없이 욕설과 폭행을 일삼아 오다가 나중에는 아내를 10여일간 병원에 입원할 정도로 폭행을 가한 경우²⁹⁾·남편이 아내가 지참금을 가지고 오지 않았다는 이유로 불만을 품고 혼인 이후 계속 구타하여 아내에게 상해를 입힌 경우³⁰⁾·남편이 혼인초부터 아내가 아이를 낳을 수 없다는 트집을 잡아 학대를 하면서 이혼을 요구해 이에 응하지 않으면 자살하겠다고 하면서 실제로 농약을 마시는 소동을 벌여 이에 견디다 못한 아내가 친정으로 가버렸다면³¹⁾, 심히 부당한 대우를 받은 경우에 해당한다」는 것이다. 또한 「아내가 다소 명청하다는 이유로 그녀를 친정으로 逐出하기 위해 시아버지는 평소에 술만 마시면 며느리에게 친정으로 가라고 폭언을 하면서 학대하고, 남편은 밧줄로 아내의 전신을 묶어놓고 다른 남자와 간통한 사실을 자백하라고 터무니 없는 누명을 씌워 전신을 구타하여 친정으로 가라고 강요하자, 아내가 분한 나머지 농약을 마셔 자살하려고 한 것은 배우자와 그 직계존속으로부터 심히 부당한 대우를 받은 경우에 해당한다³²⁾」고 한다. 그러나 「부부가 함께 양돈업을 하면서 부담케 된 채무를 아내 개인 채무라고 남편이 떠넘기자 아내가 이에 격분, 실망하여 두차례에 걸쳐 자살을 기도했던 탓으로 그후 병원에 입원하여 치료를 받았으나 그 상태가 호전되지 않고 있는 경우³³⁾·가정불화의

28) 생각컨대 배우자의 부당한 대우를 이혼원인으로 한 것은 사회윤리와 도덕관의 변화, 여성의 법적지위가 보장되면서부터였으므로, 이 규정을 그대로 두는 것은 家父長的 家族制度의 구체적 반영일 뿐 아니라 오늘날 가족제도의 이상이 부부·자녀 중심이라는 점에서 볼 때 이를 폐지하는 것이 좋을 것이다.

29) 대법원판결 1983. 10. 25, <82 므 28>.

30) 대법원판결 1986. 5. 27, <86 므 14>.

31) 대법원판결 1990. 11. 27, <90 므 484, 491>.

32) 대법원판결 1969. 3. 25, <68 므 29>.

33) 대법원판결 1986. 8. 19, <86 므 18, 19>.

상태에서 서로 격한 감정에서 오고간 몇차례의 폭행 및 모욕적인 言辭는 그것이 비교적 가벼운 것이면 배우자로부터 심히 부당한 대우를 받은 경우에 속하지 않는다³⁴⁾」는 것이다.

끝으로 「일련의 행위가 모두 합하여 부당한 대우에 해당될 경우에 그 개개의 사실은 間接事實 이 되므로, 당사자의 주장에 관계없이 法院이 이를 인정할 수 있다³⁵⁾」고 한다.

V. 其他 重大한 事由

배우자의 부정행위·악의의 유기와 같은 명백한 이혼사유가 없어도, 부부관계가 도저히 화합할 수 없을 정도로 깨어져 있다면 어떻게 될 것인가.

1994년 실제로 처리된 이혼소송건수(31,761건) 중에서 기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유를 이유로 한 것은 1,590건(6.6%)이고, 이 중 남자쪽에서 청구한 경우가 547건(2.3%)인데 비해 여자가 청구한 경우는 1,043건(4.3%)으로 나타났다.³⁶⁾

1. 事實關係와 判決內容

A남(35세)과 B녀(34세)는 80년 경부터 동거생활을 해 오다가 84년에 혼인신고를 마친 부부로서 그 사이에 4녀를 두고 있다. 그런데 A는 셋째 딸을 낳을 무렵부터 술만 마시면 이유없이 상습적으로 B녀를 구타하였으므로, 참다 못한 B녀는 濟州지방법원에 재판상 이혼심판을 청구하였다. 濟州지법은 95년 여러 증거를 토대로, 「① A가 자살하겠다고 자기 집에 불을 질러 구속된 적이 있고, ② 협의이혼신청을 했다가 A가 용서를 빌므로 B가 이혼소송을 취하였으나, ③ 그 이후에도 A의 계속적인 B에 대한 구타와 행패로 인해 둘 사이에는 혼인을 계속하기 어려운 정도로 혼인관계가 破綻되어 있음을 인정하여, A와 B는 이혼한다³⁷⁾」는 판결을 내렸다.

2. 法 理

일반적으로 부부관계가 심각하게 파탄되어 혼인의 본질인 동거·부양·협조 등 혼인공동생활에 대한 회복가능성이 없는 상태를 「기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유」라 한다. 오늘날 이혼원인에 관한 각국의 法制가 개별적·구체적인 사유에서 추상적·일반적인 사유로 발전하는

34) 대법원판결 1986. 6.24. <85 트 6>.

35) 대법원판결 1990. 8.28., <90 트 422>.

36) 법원행정처, 「전계서」, p. 501.

37) 제주지방법원판결 1995. 7.10. <95 트 1287>.

추세에 따라 민법이 이를 규정한 것이다. 이것은 부부에 따라서 다르게 판단될 수 있다는 점에서 상대적 이혼원인이 된다.

3. 關聯判例

판례(대법원)에 따르면, 「기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유라 함은, 애정과 신뢰가 바탕이 되어야 할 부부공동생활관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄되어 그 혼인생활의 계속을 강제하는 것이 배우자 한쪽에게 참을 수 없는 고통이 되는 경우를 말하며, 이를 판단함에 있어서는 그 파탄의 정도·혼인 계속 의사의 유무·파탄의 원인에 대한 당사자의 책임 유무·혼인생활의 기간·자녀의 유무·당사자의 연령·이혼후의 생활보장·기타 혼인관계의 제반 사정을 두루 고려해야 한다³⁸⁾」는 것이다. 따라서 「청구인과 피청구인이 각각 타인과 사실혼관계를 맺고 그 사이에 자녀를 출산하고 있는 경우³⁹⁾, 남편의 저친 성격과 그에 따른 아내에 대한 잦은 폭행이 행해지고 아내의 방종한 생활태도나 시어머니 및 前妻가 낳은 딸에 대한 소홀한 대우·잦은 가출과 그로 인한 오랜 기간 동안의 별거로 부부간의 애정과 신뢰가 상실되어 있는 경우⁴⁰⁾, 처가 1개월에 20일 정도 외박을 하면서 도박을 하고 빚을 지는 등 하여 두차례에 걸쳐 앞으로는 도박을 청산하겠다는 각서를 작성하고서도 계속 도박을 하면서 가사와 자녀를 돌보지 아니한 경우⁴¹⁾, 피청구인(妻)이 조직한 契가 깨어진 뒤로부터 빚을 지게 됨으로써 66년 10월경에 집을 나가 청구인(男便)의 귀가종용에 응하지 아니하여 청구인은 피청구인이 가출한지 1년쯤 될 무렵부터 다른 여자와 내연관계를 맺어 오늘에 이르고 있고, 한편 피청구인도 72년 경부터 다른 남자와 동거하고 있어 둘이 20여년간을 부부로서의 실체 없이 지내온 경우⁴²⁾, 夫가 妻의 정신분열증의 치료를 위해 나름대로의 노력을 기울였으나 치료되지 아니하여 처가 정신분열증 치료를 위해 친정으로 가면서 丈母가 사위에게 새출발을 하라고 말하여 처와의 혼인관계가 사실상 종료된 것으로 믿은 夫가 그 직후부터 다른 여자와 동거하면서 처에게 치료비나 생활비 등을 지급하지 아니하고 소식마저 끊고 지냈으며 처의 정신분열증은 현재까지 완치되지 아니한 상태이고 일시 호전된다 해도 재발이 예상되어 정상적인 가정생활이 어렵다면, 그 혼인관계는 어느쪽에도 책임지울 수 없는 처의 정신분열증으로 인하여 처가 친정으로 돌아간 때로부터 파탄에 이르러 현재까지 그러한 상태가 계속되는 경우⁴³⁾ 등에는 혼인을 계속할 수 없는 중대한 사유가 인정되어 이혼이 허용된다」고 한다.

38) 대법원판결 1987. 7. 21. <87 모 24>.

39) 대법원판결 1986. 3. 25. <85 모 85>.

40) 대법원판결 1990. 4. 10. <88 모 1071>.

41) 대법원판결 1991. 11. 26. <91 모 559>.

42) 대법원판결 1991. 1. 11. <90 모 552>.

43) 대법원판결 1991. 12. 24. <91 모 627>.

또한 「부인이 현재의 남편과 결혼하기 전에 다른 남자의 아이를 가졌더라도 남편이 이를 문제삼지 않았다고 일단 약속해서 결혼했다가 나중에 이를 반복해 둘 사이가 나빠졌다면, 이것은 남편의 책임있는 사유로 인한 기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유에 해당한다⁴⁴⁾」는 것이다. 그러나 「부부가 가정불화로 이혼하기로 합의하고 이혼신고서나 각서를 작성하여 별거하고 있다는 사정만으로는 부부간의 애정을 되찾는 일이 불가능하다고 단정할 다른 자료가 없는 한 그 사유에 해당하지는 않는다⁴⁵⁾」고 한다. 또한 「시어머니가 중풍으로 누워있을 때 妻가 3년간이나 그 용변을 받아내면서 간호하느라고 그 용변냄새 때문에 가끔 담배를 피운 일이 있고 남편의 여자관계 때문에 다른 일이 있다는 사정 등은 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유라고 하기 어렵다⁴⁶⁾」는 것이다. 나아가 「妻가 男便에게 여러차례 욕을 하고 직장으로 남편을 찾아가 행패를 부리거나 직장으로 전화하여 비방한 것이 남편이 전에 제기했던 이혼심판청구가 기각된 후에도 다른 여자와 가까이 지내면서 처와의 재화합을 위한 노력을 전혀 하지 않고 있는 데에 그 원인이 있었다면, 위와 같은 처의 행위만으로는 처가 남편을 부당하게 대우했다거나 처의 책임있는 사유로 혼인생활이 회복하기 어려울 정도로 파탄됐다고 할 수는 없고⁴⁷⁾, 약혼기간 중에 다른 남자와 情交하여 임신하고는 그 혼인후 남편의 구인양 속여 출생신고를 한 것이 혼인생활의 경과 등에 비취볼 때 혼인을 계속하기 어려운 사유로 볼 수는 없다⁴⁸⁾」고 한다.

뿐만 아니라 「혼인생활 중 부부가 일시적으로 이혼에 합의하고 위자료 명목의 금전을 지급하거나 재산분배를 하였다가 하더라도 그것으로 인하여 부부관계가 돌이킬 수 없을 정도로 파탄되어 부부쌍방이 이혼의 의사로 사실상 부부관계의 실체를 해소한 채 생활해 왔다는 등의 특별한 사정이 없다면, 그러한 이혼 합의 사실의 존재만으로는 혼인을 계속할 수 없는 중대한 사유에 해당한다고 볼 수 없다⁴⁹⁾」는 것이다. 끝으로 「혼인생활 중에 일방이 우울증 증세를 보였으나, 그동안 병원의 치료를 받아 현재 일상생활을 하는데 별다른 지장이 없고 상대방과의 혼인생활을 계속할 것을 바라고 있는 경우에는 부부 사이에 혼인을 계속할 수 없는 중대한 사유가 있다고 할 수 없다⁵⁰⁾」고 한다.

44) 서울가정법원판결 1996. 2. 10. <朝鮮日報, 1996. 2. 11, p. 31. 참조>.

이 사건은 “B녀(32세)가 결혼전 다른 남자의 아이를 임신한 상태에서 A남(37세)과 혼인을 했는데, 90년 12월 부인은 남편에게 자신의 과거를 고백했고 남편도 이를 문제삼지 않기로 했는데도 불구하고 (B의 옛 애인이 전화를 걸어 B가 낳은 아이는 내 아이라고 주장하고 병원 감정결과 B의 주장이 사실로 확인되자 1995년 5월 이혼소송을 냈으며 부인도 이에 맞서 소송을 냈었다), 남편이 이를 이유로 가정불화를 초래했으므로 그 책임은 남편에게 있다”는 것이다.

45) 대법원판결 1981. 10. 13. <80 므 9>.
 46) 대법원판결 1984. 6. 26. <83 므 46>.
 47) 대법원판결 1989. 10. 13. <89 므 785>.
 48) 대법원판결 1991. 9. 13. <91 므 85>.
 49) 대법원판결 1996. 4. 26. <96 므 226>.
 50) 대법원판결 1995. 12. 22. <95 므 861>.

4. 判例理論의 類型化

혼인을 계속할 수 없는 사유에 관한 판례들을 몇가지로 유형화 시켜보면, 첫째 정신적·윤리적 파탄원인으로서 「불치의 정신병⁵¹⁾·의치증⁵²⁾·의부증⁵³⁾·신앙의 차이⁵⁴⁾·성격 불일치·애정상실·배우자에 대한 告訴⁵⁵⁾나 告發·狂信⁵⁶⁾·유부녀 강간 및 현금 강취로 인한 복역⁵⁷⁾·알콜중독 등」을 들 수 있고, 둘째 육체적 파탄원인으로서 「성적 불능(impotence)⁵⁸⁾·부당한 피임·성병의 감염·이유없는 성교거부⁵⁹⁾ 등을 들 수 있는데, 임신불능⁶⁰⁾·남편의 생식불능⁶¹⁾은 그 사유에 해당하지 않으며 그외에 육체적 질병은 그 증상에 따라 판단되어야 한다⁶²⁾」는 것이다. 끝으로 경제적 파탄원인으로서 「가난으로 인한 가정불화는 그 사유에 해당하지 않는다⁶³⁾」고 하며, 한편 「남편의 방탕·가정주부로서의 亂脈行爲·낭비·사치·도박 등으로 가정경제가 파탄된 경우에는 기타 중대한 사유」로 인정할 수 있을 것이다.

VI. 結 語

주지하는 바와 같이 현대의 사회구조가 점차적으로 도시화·복잡화·다양화함에 따라 이혼은 증가하기 시작하여 오늘날 이혼 증가의 경향은 西歐文化圈⁶⁴⁾에 있어서 뿐만 아니라 東洋文化圈, 특히 한국의 경우에도 증가⁶⁵⁾하고 있는 추세이다. 이러한 이혼의 증가현상은 가족관계의 법정분쟁 가운데서도 이혼사건이 가장 큰 비중을 차지하고 있다⁶⁶⁾는 점에서 여실히 드러난다.

51) 대법원판결 1991. 1. 15. <90 무 446>.

52) 대법원판결 1979. 9. 25. <79 무 37>.

53) 대법원판결 1980. 10. 27. <80 무 47. 48>.

54) 대법원판결 1981. 7. 14. <81 무 26>.

55) 대법원판결 1978. 12. 26. <78 무 25>.

56) 대법원판결 1989. 9. 12. <89 무 51>.

57) 대법원판결 1974. 10. 12. <74 무 1>.

58) 대법원판결 1966. 1. 31. <65 무 65>.

59) 서울가정법원판결 1965. 3. 30. <65 드 12>.

60) 대법원판결 1991. 2. 26. <89 무 365. 372>.

61) 대법원판결 1982. 11. 23. <82 무 36>.

62) 대법원판결 1980. 5. 13. <80 무 11>, 그러나 대법원판결 1980. 9. 9. <80 무 54>는 이를 否定하였다.

63) 대법원판결 1982. 4. 13. <81 무 56>.

64) International Encyclopedia of Comparative Law, chap. 4-1-1-27, Persons AND Family, p. 69.

65) 1985 - 1994년 사이의 경우, 87년까지는 이혼사건이 계속 증가추세를 보이다가 88년부터 90년에는 감소하였고 91년부터 다시 증가하는 현상을 보이고 있다.

66) 1994년 한 해 동안 전국의 제1심가사소송사건(38,379건)의 87.4%(33,539건)가 재판상 이혼사건이다(법원행정처, 「사법연감」, 1995, p. 498. 참조).

제주도의 경우에도 1994년 한 해의 가사분쟁건수(561건)의 59.2%(332건)가 재판상 이혼사건이다(제주지법, 「1995년 연보」 참조).

本稿는 판례에 나타난 재판상 이혼의 法定原因을 음미해 본 것인데, 그 몇가지 주요사항을 강조함으로써 결어에 같음하고자 한다.

첫째, 不貞行爲(grave misconduct)의 개념을 어떻게 이해할 것이냐에 대해서는 견해가 나뉘어져 있다.⁶⁷⁾

판례는 “不貞行爲라 함은 배우자로서의 정조의무에 충실치 못한 일체의 행위를 포함하여(소위 간통보다는 넓은 개념으로서), 부정행위인가의 여부는 개개의 구체적 사안에 따라 그 정도와 상황을 참작하여 이를 평가해야 한다”고 함으로써⁶⁸⁾ 廣義說과 같은 견해를 취하고 있다. 이같은 판례의 견해는 오늘날의 사회현실을 直視한 적절한 법 해석이라는 점에서 옳다고 보아진다. 부정행위와 관련하여 특이한 사실은, 아내의 부정행위를 이유로 갈라서는 부부가 많아지고 있다⁶⁹⁾는 사실이다. 단정적으로 말하기는 어려우나, 가치관의 변화로 인한 서구의 성개방풍조의 영향으로 보아야 할 것이다.

둘째, 판례⁷⁰⁾는 부당한 대우의 관념을 “배우자 또는 그 직계존속으로부터 상대방에게 혼인관계의 지속을 강요하는 것이 참으로 가혹하다고 여겨질 정도의 학대나 모욕을 받은 경우”로 새기고 있다. 이와 관련해서는, 오늘날의 사회현실에서 아내로부터 구박당하거나 매 맞는 남편이 늘고 있다⁷¹⁾는 점을 지적할 수 있다.

끝으로 가정의 안정성 유지·미성숙자녀의 보호라는 視角에서 보면 이혼은 억제되는 것이 바람직하다. 한편 개인의 행복추구권의 시각에서 보면 부부 한쪽의 이혼권(Right to divorce)은 신장되어야 할 것이다. 그러나 어느 한 쪽만을 강조할 수 없고 양자의 조화를 기하는 것이 바람직하며, 이 임무는 결국 離婚訴訟에 대한 法院의 法適用(判決)으로 나타날 수 밖에 없다.

관련하여, 재판상 이혼에 대한 法定原因(민법 §840)은 變化하는 社會現實에서 다양한 양상을 보이게 될 것이지만, 그 합리적 해석은 判決로 나타날 수 밖에 없다는 점에서 離婚判例는 法的生命력을 복돋운다고 할 수 있다.

67) 이혼청구의 최저선을 유지할 필요가 있으므로 姦通(Adultery)에 限한다는 狹義說, 부부간의 貞操義務에 반하는 일체의 행위를 뜻한다는 廣義說, 부정행위의 개념을 廣狹 어느 쪽으로 해석하던 이것은 민법 §840 제6호의 예시이므로 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 된다고 판단될 때에만 離婚原因이 된다는 折衷說 등이 그것이다.

68) 대법원판결 1963. 3. 14. <63 다 54> 이후의 대법원의 확고한 견해이다.

69) 서울가정법원이 서울 경기 남양주시 등 7개 시군의 1995년 한 해동안의 이혼사례 5천여건을 분석한 결과에 따르면 부정행위를 이유로 한 것은 전체의 33.6%에 지나지 않으나, 남편이 원고인 경우는 93년 42.6%에서 95년에는 52.1%로 크게 증가한 것으로 나타났다.

東亞日報, 1996. 2. 9. p. 38. 참조.

70) 대법원판결 1971. 7. 6. <71 므 17>; 同 1969. 3. 25. <68 므 29> 등.

71) 서울가정법원 관할의 1995년 한 해 동안의 이혼사례 중 가정을 돌보지 않았거나(악의의 유기), 배우자를 폭행 또는 구박(부당한 대우)해 부부가 갈라선 경우는 전체 건 수의 48.8%인데, 이 중 「아내가 살림을 돌보지 않았거나 남편을 구박하는 등 부당한 대」를 이유로 이혼한 사례는 93년 25.5%, 94년 27.4%에서 95년에는 32.3%로 증가한 것으로 나타났다.

東亞日報, 1996. 2. 9. p. 38. 참조.