

2012 이슈페이퍼 《 연구보고서 2012-5



2012 ISSUE PAPER

이혼법제에서의 파탄주의 수용 가능성 모색

수행과제명 | 이혼법제 개선방안 연구


과제책임자 | 박복순 연구위원





한국여성정책연구원
Korean Women's Development Institute

이혼법제에서의 파탄주의 수용 가능성 모색

수행과제명  이혼법제 개선방안 연구

과제책임자  박 복 순 연구위원

 Tel: 02-3156-7129

 e-mail: pbs0113@kwidimail.re.kr

요약

이혼 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 개선방안을 모색함.

1 배경 및 문제점

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 유지해 오고 있음.

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

본 연구는 이혼 당사자 사이의 분쟁의 원만한 해결을 유도하여 가족 관계의 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 개선방안을 모색하고자 함.

2 조사 및 분석결과

가. 유책배우자의 이혼청구에 관한 판례분석

1) 분석대상 판례

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 삼음.

1982년 9월 28일 이후 지난 30년 동안 대법원에서 선고된 179건의 사건(양적분석에서는 171건)을 수집 분석함.

2) 판례의 경향

유책배우자의 이혼청구에 관한 지난 30년간의 대법원 판례를 분석해보면, 유책배우자의 이혼청구를 인용한 판결보다는 기각한 판결이 압도적으로 많음.

표 1 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)

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

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

표 2 인용 사유별 분석

(단위: 건, %)

구분		본소반소	오기보복 /혼인외사 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)

사실 이혼소송이 본소와 반소로서 다투어진 경우 본소가 됐든 반소가 됐든 유책배우자의 이혼청구는 기각이 되고, 상대방의 이혼청구를 인용하여 결과적으로 유책배우자가 원하는 대로 이혼이라는 효과가 발생하

기는 하였으나, 유책배우자의 이혼청구가 인용된 것이라고 보기는 어려움. 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 다름(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 불과함.

표 3 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)

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

표 4 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)

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

표 5 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)

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 있습니다. 반면 “기타 혼인을 계속할 수 없는 중대한 사유”에 포섭되는 부부 불화 등을 이유로 한 혼인파탄이 증가하고 있는 것을 알 수 있습니다.

표 6 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)

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

표 7 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)

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 보임.

표 8 별거기간에 따른 파탄 및 이혼 인용 여부

(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)

나. 이혼제도에 대한 수용성 조사

1) 조사목적

이혼법제 개선방안 도출을 위한 기초 자료로 활용하기 위하여 일반인과 전문가를 대상으로 한 설문조사를 실시하여 비교 분석함.

2) 조사대상

일반인을 대상으로 한 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 수집함. 또한 전문가를 대상으로 한 조사는 2012. 6. 19. 한국여성정책연구원에서 개최된 하계가족법학회 참석자와 2012. 7. 23. 대법원에서 개최된 가정법원 심포지엄-가정

법원의 확대와 새로운 과제- 참석자, 그리고 서울가정법원에 재직 중인 판사, 법무부에 근무 중인 법무관을 대상으로 편의표집 함. 구조화된 설문지를 배포한 후 수거하는 방식으로 이루어졌다는 점에서 일반인 조사와 차이가 있음.

3) 조사대상

조사내용은 일반인과 전문가용 설문을 유사하게 구성함. 구체적으로 결혼 및 이혼에 관한 가치관과 부부관계 위기 상황에서의 선택 성향 및 부부관계 해소의 적극성, 현행 협의이혼 제도 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 가능성들을 항목화하여 제시함. 다만 연구진이 설계한 설문지에서 누락된 내용들이 있는지를 확인하고 보충하기 위한 목적에서, 몇몇 주제에 관해 전문가적 의견을 개진할 수 있도록 개방형 설문을 추가함.

4) 주요 조사결과

가) 결혼 및 이혼에 관한 가치관 및 그 보수성

(1) 측정도구

<표 9>에서 제시하는 10개 문항을 활용하여 결혼 및 이혼에 관한 가치관을 측정함.

표 9 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 결혼 생활을 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	일반인: .80 전문가: .66

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

또한 위의 항목들을 가법척도화하여 평균치를 ‘결혼과 이혼에 관한 보수성’ 척도로 구성함. 그러므로 개개인의 가치관 척도는 1에서 4 사이의

점수를 지니고, 중위수인 2.5를 기준으로 함. 4에 가까울수록 결혼 및 이혼에 관해 보수적 가치관이 높은 편으로 간주하고 1에 가까울수록 결혼 및 이혼에 관해 자유로운 가치관을 지닌 것으로 간주할 수 있음. 해당 척도의 신뢰도(Cronbach's Alpha)는 일반인을 대상으로 수집한 자료의 경우 .80이고, 전문가 자료의 경우 .66임.

(2) 결과

일반인의 경우, 자녀문제를 이혼 결정의 장애요인으로 생각하는 경향이 강함. 따라서 이혼절차에서 자녀문제를 동시에 해소할 수 있는 기회를 보장해야 할 필요성이 제기됨. 그리고 혼인관계를 맺은 이상 유지하고자 하는 성향이 있음을 확인함. 이 결과에서, 이혼 절차를 간편하게 하는 방향으로 이혼법 개정이 이루어지더라도 이혼율의 상승으로 바로 연결되지는 않을 것이라는 추정을 할 수 있음.

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

이들 10개 항목의 평균치인 ‘결혼과 이혼에 관한 보수성’ 척도를 관찰할 때, 일반인의 보수성 값은 2.45로서 중간 정도임. 그런데 전문가들의 평균치는 2.15로서 일반인보다는 개방적인 것으로 나타남(표 10).

표 10 결혼과 이혼에 관한 보수성 및 항목별 평균치

구분	일반인		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 나이든 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 살	2.33	0.77	1.75	0.57	5.75***
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

또한 일반인의 경우 남성이 여성보다 보수적이지만(표 11), 전문가들의 경우엔 성별 차이가 유의미하지 않음.

표 11 결혼 및 이혼에 관한 가치관의 보수성(일반인의 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 있음. 60세 이상인 노년 세대가 가장 보수적이고, 중년 세대와 젊은 세대의 순서로 개방적인 것으로 나타남(표 12). 이로써 우리 사회가 점차 결혼 및 이혼에 관한 태도에 있어서 보수성을 탈피해 가고 있음을 알 수 있음.

표 12 결혼 및 이혼에 관한 가치관의 보수성(연령)

구분	19-39 세	40-59 세	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 표시함. 즉 a, b, c는 각각 유의미한 평균차이를 의미함.

나) 파탄주의에 대한 수용성(유책배우자의 이혼청구에 관한 의견)

(1) 측정도구

유책배우자의 이혼청구에 관하여 현재 우리 법원은 유책주의의 기초 아래 원칙적 금지, 예외적 허용이라는 입장을 고수하고 있음. 이에 대한 일반인과 전문가의 의견을 알아보기 위해, <표 13>에서 제시한 다섯 항목들에 관해 동의하는 정도를 질문함.

표 13 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 안 된다(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	일반인: .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 역코딩함.

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

(2) 결과

개별 문항들을 구체적으로 살펴보면, 무책 배우자라도 상대방과 재동거하려는 의사도 없는 상태에서 보복성 목적으로 이혼에 응하지 않는다면 유책배우자의 이혼청구라도 수용해야 한다는 응답의 평균값은 2.71로서 동의율이 높음. 게다가 회복 불능의 결혼관계라고 판단된다면 유책배

우자의 이혼청구를 수용해야 한다는 응답의 평균값은 2.82를 상회함. 물론 동일 문항에 관한 전문가들의 동의 정도는 훨씬 더 높음. 그러므로 관계 회복의 시도가 없거나 회복이 불가능할 경우 혼인을 해소할 수 있도록 해야 한다는 식으로 혼인의 질에 주목하는 파탄주의 원칙이 제한적이나마 국민 정서에 수용되고 있음을 확인할 수 있음.

표 14 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***
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 13>에서 제시한 파탄주의에 관한 수용성 척도를 가지고 파탄주의에 대한 수용성 정도를 측정한 결과, 일반인의 파탄주의 수용성은 2.59로서 중간 수준임. 반면 전문가의 경우엔 2.82로서 일반인보다 훨씬 수용적임. 파탄주의에 대한 수용성에 있어 유의미한 성차는 나타나지 않음.

다음으로 파탄주의 원칙을 우리 사회에 도입하는 것에 관해 어떻게 생각하는지를 직접적으로 질문함. “① 우리 사회에는 아직 시기상조이다 (유책주의 고수). ② 이혼 이후 불리한 지위에 놓이는 배우자나 자녀를 위

한 보호 제도를 두고, 제한적으로 수용한다(파탄주의 제한적 수용). ③ 이 혼할 수 있는 자유는 국민의 기본권이므로 아무런 제한 없이 파탄주의를 전면 도입해야 한다(파탄주의 전면적 수용)”는 세 가지 선택지를 제시하고 그 중 하나를 택하도록 함.

이에 관해서, 일반인의 정서상 파탄주의 이혼법은 우리 사회에 아직 시기상조라는 거부 입장이 30% 이상이고, 파탄주의의 전면적 도입을 찬성하는 의견은 10% 내외임. 전문가들은 파탄주의 이혼법의 도입에 반대하는 비율이 8.2%로 일반인보다 현저히 낮은 것은 사실임. 그럼에도 불구하고 전문가들 역시 파탄주의의 전면적 도입에 찬성하는 비율(11.5%)은 일반인(10.4%)과 마찬가지로 낮음.

따라서 파탄주의 원칙을 전면적으로 도입하는 것은 무리가 있음. 이혼 후 자녀 및 취약한 배우자를 보호하는 제도를 적용한 제한적 수용에 대해서는 일반인의 55.4%가 찬성하고 전문가들의 경우에는 78.7%가 찬성함(표 15). 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 보임.

표 15 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 뚜렷함(표 16). “우리 사회에는 아직 시

기상조”라고 응답한 비율이 젊은 세대일수록 낮음. 반면에 “이혼 후 불리한 지위에 놓이는 배우자나 자녀를 위한 보호제도를 두고 제한적으로 수용해야 한다”고 응답한 비율은 젊은 세대일수록 높음. 즉, 여러 보완장치를 둔 제한적 파탄주의에 관해서 젊은 세대일수록 수용성이 높음을 의미함. 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 있음.

표 16 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

3) 파탄주의 수용을 위한 보완 사항

파탄주의 원칙을 도입할 경우 보완해야 할 만한 사항으로서 아래 <표 17>의 9가지 항목을 제시함.

표 17 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.

구분	내용
	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 측정함. 위의 항목들에 관한 응답 범위는 1에서 4이므로 중위수는 2.5임. 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 가능함.

일반인과 전문가들 모두 평균이 2.5이상으로 나타나 위의 항목 전체에 관한 필요성에 전반적으로 동의하고 있음을 확인함(표 18). 따라서 보완되어야 할 항목으로서 두루 고려해 볼 필요가 있음을 시사함.

일반인의 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)” 순임. “미성년 자녀 양육에 관한 법원 개입”의 필요성에 동의하는 정도가 가장 높게 나온 것은 일반인이 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 함.

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 편임. 이혼을 결심한 이상 법으로 인해 지체되지 않고 빨리 해소될 수 있기를 바라는 경향이 해당 항목들의 필요성에 대한 동의 정도를 상쇄했을 가능성이 있음.

파탄주의 수용시 보완 사항에 관한 일반인과 전문가의 의견에는 통계적으로 유의한 차이가 있음. “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 일반인은 상대적으로 낮음. 이는 이혼 후에 벌어질 생활상의 문제 및 자녀양육 문제에 관한 법적·사회적 보호의 필요성에 관해서 전문가들이 훨씬 심각하게 인지하고 있다는 의미임.

한편 “혼인 파탄 여부를 구분하는 근거 조항을 세부적이고 구체적으로 명시해야 한다”는 항목에 관해서 일반인의 동의 정도가 전문가보다 높음. 이는 본 전문가 조사의 대상 중에 혼인 파탄을 결정하는 판사들이 다수 속해 있는 집단적 특성이 반영된 결과일 수 있음. 어쨌든 일반 국민들 사이에서 파탄주의 도입과 더불어서 혼인이 파탄되었다고 판단할 만한 객관적 규정 마련의 필요성에 대한 인식이 상당히 높음(3.07)을 눈여겨봐야 함.

표 18 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 경제력이 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

또한 파탄주의 원칙을 도입할 경우 보완 사항의 필요성에 관해 성별에 따른 차이를 살펴볼 수 있음(표 19). 결혼 중에 입은 손해에 대하여 손해배상을 청구할 수 있는 규정을 명시해야 한다는 제안에 관해서, 여성이 남성보다 더 적극적임. 즉, 이혼 여부에 관한 자격요건이 아니더라도 유책배우자가 무책배우자에게 잘못에 대한 배상을 하도록 해야 한다는 정서가 여성에게 더욱 강하게 존재하고 있음을 시사함. 경제력이 없는 배우자는 전 배우자로부터 부양을 받을 수 있는 법적 규정이 필요하다는 항목에서도 역시 여성이 남성보다 동의하는 비율이 높음. 여전히 기혼 여성의 취업률이 남성보다 낮고 남성 일인 부양자 가족이 여전히 많은 상황에서, 여성들이 이혼을 경험할 경우 닥쳐 올 경제적 불안감을 반영하는 결과임.

표 19 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

3 정책제언

상대방의 이혼의사가 객관적으로 명백한데 다만 오기나 보복적 감정에서 이혼에 응하지 않고 있는 것으로 보이는 경우를 제외하고는 유책배우자라는 이유로 이혼가능성을 원칙적으로 차단한다면 독립적인 인격사이의 자유로운 의사에 의하여야 할 혼인관계에 따른 배우자로서의 지위와 그에 따른 의무이행을 국가가 강제하는 것이 되어 개인이 지닌 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리를 침해하게 됨. 그 밖에 남성에 대한 축출이혼으로부터 여성을 보호하기 위한 관점을 유지하기 어려운 시대상황의 변화, 유책주의를 유지하는 것이 미성년 자녀의 보호에 오히려 역행하게 되는 점, 혼인관계가 파탄된 경우 이혼은 인정하되, 경제적 약자의 지위에 있는 배우자나 자녀를 보호하고 유책배우자의 이혼청구가 상대방에게 가혹한 결과를 가져오지 않도록 하기 위한 가혹조항을 두는 파탄주의로 이행하는 이혼법의 세계적인 추세, 설문조사 결과에서 드러난 일반인의 법 감정 등을 고려하면 유책배우자의 이혼청구를 인용할 필요성이 인정됨.

제안1) 유책배우자의 이혼청구에 관한 해석론의 한계

유책배우자의 이혼청구를 받아들이는 것은 현행법의 운용을 통해서도 가능함.

그러나 대법원 판례분석을 통하여 살펴볼 수 있었듯이 대법원은 여전히 유책배우자의 이혼청구를 제한하는 유책주의를 고수하면서 엄격한 예외적인 경우에 한하여 유책배우자의 이혼청구를 인용하고 있음. 그러므로 우선 파탄주의로의 입장 전환은 차치하더라도 유책배우자의 이혼청구 인용에 가장 결정적인 영향을 미치는 상대방 배우자의 혼인계속 의사 해석 및 혼인관계 회복 가능성 여부에 보다 열린 해석으로의 판례 입장의 변경이 요망됨.

비록 위와 같이 실무상 해석을 통하여 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 것임(이선미, 2010:113).

제안2) 재판상 이혼원인에 관한 규정 개정

첫째, 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 있음. 유책배우자의 이혼청구를 받아들이는 것으로 입법태도를 정하게 되면 ‘혼인관계의 파탄’만을 유일한 이혼사유로 규정하는 것이 타당할 것임. 혼인관계가 파탄되었다는 사실이 인정되면 족하지 이혼사유 자체에 관하여 누구에게 책임이 있는지를 따질 필요가 없기 때문임. 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 것임(이선미, 2010:114).

다만, 제840조 제6호에 규정된 ‘기타 혼인을 계속할 수 없는 중대한 사유가 있을 때’라는 문구를 유지하는 것에 대해서는 신중할 필요가 있음. 왜냐하면 대법원은 민법 제840조를 유책주의로 해석하는 연장선상에서 제6호마저도 유책주의로 해석하여 왔기 때문임. 따라서 기존의 문구를 그대로 사용하여 “사유”를 강조하는 것보다 “혼인관계가 파탄되어 회복의 전망이 없을 때”라는 상황을 강조하는 법 문구로 변경하는 것을 제안하고자 함.

둘째, 혼인파탄추정 기간을 신설할 필요가 있음. 부부가 상당 기간 별거한 경우 그것이 민법 제840조 제6호 사유에 해당하는지 여부와 관련하여서는 구체적 사안에서 논란이 있을 수 있음. 실제 대법원 판례 분석 결과에 의하면 20년 이상 장기 별거한 부부의 경우에 파탄을 인정한 경우도 있고, 인정하지 않은 경우도 있음. 이는 단순히 별거기간만을 기준으로 삼지 않고 별거하게 된 경위 등을 종합적으로 고려하였기 때문인 것으로 보임. 따라서 외국의 경우와 같이, 쌍방의 별거가 상당 기간에 이른 경우에는 이로써 혼인생활의 파탄을 추정하는 규정을 둘 필요가 있음. 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 때문임. 별거기간과 관련하여 외국의 입법례는 당사자의 이혼의사가 합치하지 않는 경우, 독일이 3년, 프랑스가 2년, 영국이 5년, 일본의 민법개정요강이 5년의 기간을 각각 규정하고 있음. 우리나라의 경우에도 혼인생활의 파탄을 추정하는 규정으로서 3년 정도의 기간으로 정하는 것이 적절하다고 봄. 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 일반인의 경우 2.5년, 전문가의 경우 3.3년 정도로 그리 길게 인식하고 있지 않음을 확인할 수 있었기 때문임.

셋째, 혼인 파탄만으로 이혼원인을 일원화할 경우, 혼인파탄에 대한 책임이 없으면서도 이혼을 당하게 되는 상대방 배우자에게 지나치게 가혹한 결과가 발생할 가능성이 있음. 약자인 배우자나 자녀, 특히 미성년 자녀를 보호하기 위하여 가혹조항의 신설이 필요함. 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 것임(오상진, 2003:153).

또한 일본 민법개정요강에 삽입된 신의칙 조항의 신설을 고려할 필요가 있음. 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 있음. 이상의 제안을 기초로 하여 재판상 이혼원인 및 자녀 및 상대방 보호방안에 관한 개정안을 구상하면 다음과 같음.

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

제안3) 협의이혼의사 확인업무의 비송사건화

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

협의이혼 사건이 여전히 가족관계등록업무로 유지되고 있는 것은 문제임. 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 됨.

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

제안4) 재판상 이혼과 협의이혼의 통합

우리 이혼법이 유책주의를 버리고 혼인의 파탄만으로 이혼을 인정하게 되는 파탄주의를 취하고, 자유롭게 혼인을 해소할 수 있는 협의이혼 제도를 자녀의 복리 실현 차원에서 국가의 개입을 용이하게 할 수 있도록

록 가사비송사건으로 승격시키면 재판상 이혼과 협의이혼은 이혼 당사자 사이에 이혼 협의가 있다는 것 외에는 거의 흡사해짐. 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 있음. 따라서 이러한 이혼법이 지향하는 바를 실현하기 위해서는 이혼절차를 합리적으로 개선할 필요가 있음.

그 하나의 방안은 프랑스 민법과 같이 현행 협의이혼절차도 재판이혼절차로 편입시키는 것임. 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 한 후 사안에 따라 맞춤형 사건관리를 하는 것임. 협의이혼이 됐든 재판상 이혼이 됐든 이혼과정에서 미성년 자녀의 복리를 위한 개입은 불가결하고, 이혼과정에서 미성년 자녀의 복리를 도모하기 위한 절차도 유사함. 따라서 절차를 통합하여 사안에 따라 맞춤형 사건관리를 한다면 이혼과정에서 부부의 갈등을 낮추고 자녀들의 최선의 이익을 도모하는데 기여할 수 있을 것임.

제안5) 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 것임. 그러므로 이러한 제안은 그 실현을 위한 인력, 시설, 재정 투입을 확대하지 않고서는 추진력을 잃을 수 있음.

가정법원은 현재도 지난 몇 년 사이의 사회의 요구와 법률의 변화를 수용하는 과정에서 어려움을 겪고 있음. 협의이혼 절차의 개선이 그러하였고 2012년 8월부터 시행되는 입양허가제도, 그리고 2013년 시행될 성년후견제도 등에서의 가정법원의 후견적 역할 강화와 그에 따른 전문조

사관의 역할이 확대되고 있음에도 그에 따른 인력 보강과 시설지원 등은 그다지 크지 않았음.

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

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

4 기대효과

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

주관부처 : 법무부 법무심의관실, 여성가족부 가족지원과, 대법원 법원행정처
관계부처 : 각급 법원