# 대법원 2015. 9. 15. 선고 2013므568 전원합의체 판결 [이혼] [공2015하,1601]

## 판시사항

민법 제840조 제6호 이혼사유에 관하여 유책배우자의 이혼청구를 허용할 것인지 여부(원칙적 소극) / 예외적으로 유책배우자의 이혼청구를 허용할 수 있는 경우 및 판단 기준
23회 하이라이트

## 판결요지

[다수의견] (가) 이혼에 관하여 파탄주의를 채택하고 있는 여러 나라의 이혼법제는 우리나라와 달리 재판상 이혼만을 인정하고 있을 뿐 협의상 이혼을 인정하지 아니하고 있다. 우리나라에서는 유책배우자라 하더라도 상대방 배우자와 협의를 통하여 이혼을 할 수 있는 길이 열려 있다. 이는 유책배우자라도 진솔한 마음과 충분한 보상으로 상대방을 설득함으로써 이혼할 수 있는 방도가 있음을 뜻하므로, 유책배우자의 행복추구권을 위하여 재판상 이혼원인에 있어서까지 파탄주의를 도입하여야 할 필연적인 이유가 있는 것은 아니다.
20회 하이라이트

우리나라에는 파탄주의의 한계나 기준, 그리고 이혼 후 상대방에 대한 부양적 책임 등에 관해 아무런 법률 조항을 두고 있지 아니하다. 따라서 유책배우자의 상대방을 보호할 입법적인 조치가 마련되어 있지 아니한 현 단계에서 파탄주의를 취하여 유책배우자의 이혼청구를 널리 인정하는 경우 유책배우자의 행복을 위해 상대방이 일방적으로 희생되는 결과가 될 위험이 크다.
21회 하이라이트

유책배우자의 이혼청구를 허용하지 아니하고 있는 데에는 중혼관계에 처하게 된 법률상 배우자의 축출이혼을 방지하려는 의도도 있는데, 여러 나라에서 간통죄를 폐지하는 대신 중혼에 대한 처벌규정을 두고 있는 것에 비추어 보면 이에 대한 아무런 대책 없이 파탄주의를 도입한다면 법률이 금지하는 중혼을 결과적으로 인정하게 될 위험이 있다.
20회 하이라이트

가족과 혼인생활에 관한 우리 사회의 가치관이 크게 변화하였고 여성의 사회 진출이 대폭 증가하였더라도 우리 사회가 취업, 임금, 자녀양육 등 사회경제의 모든 영역에서 양성평등이 실현되었다고 보기에는 아직 미흡한 것이 현실이다. 그리고 우리나라에서 이혼율이 급증하고 이혼에 대한 국민의 인식이 크게 변화한 것이 사실이더라도 이는 역설적으로 혼인과 가정생활에 대한 보호의 필요성이 그만큼 커졌다는 방증이고, 유책배우자의 이혼청구로 인하여 극심한 정신적 고통을 받거나 생계유지가 곤란한 경우가 엄연히 존재하는 현실을 외면해서도 아니 될 것이다.

(나) 이상의 논의를 종합하여 볼 때, 민법 제840조 제6호 이혼사유에 관하여 유책배우자의 이혼청구를 원칙적으로 허용하지 아니하는 종래의 대법원판례를 변경하는 것이 옳다는 주장은 아직은 받아들이기 어렵다.
19회 하이라이트

유책배우자의 이혼청구를 허용하지 아니하는 것은 혼인제도가 요구하는 도덕성에 배치되고 신의성실의 원칙에 반하는 결과를 방지하려는 데 있으므로, 혼인제도가 추구하는 이상과 신의성실의 원칙에 비추어 보더라도 책임이 반드시 이혼청구를 배척해야 할 정도로 남아 있지 아니한 경우에는 그러한 배우자의 이혼청구는 혼인과 가족제도를 형해화할 우려가 없고 사회의 도덕관·윤리관에도 반하지 아니하므로

허용될 수 있다.
22회 하이라이트

그리하여 상대방 배우자도 혼인을 계속할 의사가 없어 일방의 의사에 따른 이혼 내지 축출이혼의 염려가 없는 경우는 물론, 나아가 이혼을 청구하는 배우자의 유책성을 상쇄할 정도로 상대방 배우자 및 자녀에 대한 보호와 배려가 이루어진 경우, 세월의 경과에 따라 혼인파탄 당시 현저하였던 유책배우자의 유책성과 상대방 배우자가 받은 정신적 고통이 점차 약화되어 쌍방의 책임의 경중을 엄밀히 따지는 것이 더 이상 무의미할 정도가 된 경우 등과 같이 혼인생활의 파탄에 대한 유책성이 이혼청구를 배척해야 할 정도로 남아 있지 아니한 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 유책배우자의 이혼청구를 허용할 수 있다.
55회 하이라이트

유책배우자의 이혼청구를 예외적으로 허용할 수 있는지 판단할 때에는, 유책배우자 책임의 태양·정도, 상대방 배우자의 혼인계속의사 및 유책배우자에 대한 감정, 당사자의 연령, 혼인생활의 기간과 혼인 후의 구체적인 생활관계, 별거기간, 부부간의 별거 후에 형성된 생활관계, 혼인생활의 파탄 후 여러 사정의 변경 여부, 이혼이 인정될 경우의 상대방 배우자의 정신적·사회적·경제적 상태와 생활보장의 정도, 미성년 자녀의 양육·교육·복지의 상황, 그 밖의 혼인관계의 여러 사정을 두루 고려하여야 한다.

[대법관 민일영, 대법관 김용덕, 대법관 고영한, 대법관 김창석, 대법관 김신, 대법관 김소영의 반대의견]
(가) 이혼에 대한 사회 일반의 인식, 사회·경제적 환경의 변화와 아울러 이혼 법제 및 실무의 변화 등을 함께 종합하여 볼 때, 유책배우자의 이혼청구라는 이유만으로 민법 제840조 제6호 이혼사유에 의한 재판상 이혼청구를 제한하여야 할 필요는 상당히 감소하였다.

상대방 배우자의 혼인계속의사는 부부공동생활관계가 파탄되고 객관적으로 회복할 수 없을 정도에 이르렀는지 등을 판단할 때에 참작하여야 하는 중요한 요소라 할 수 있다. 그렇지만 그러한 의사를 참작하였음에도 부부공동생활관계가 객관적으로 회복할 수 없을 정도로 파탄되었다고 인정되는 경우에, 다시 상대방 배우자의 주관적인 의사만을 가지고 형식에 불과한 혼인관계를 해소하는 이혼청구가 불허되어야 한다고 단정하는 것은 불합리하며, 협의가 이루어지지 아니할 때의 혼인해소 절차를 규정한 재판상 이혼제도의 취지에도 부합하지 아니한다.

간통죄는 과거의 간통행위 자체에 대한 형사적인 제재인 반면 혼인파탄에 따른 이혼은 혼인의 실체가 소멸함에 따른 장래의 혼인 법률관계의 해소로서 제도의 목적과 법적 효과가 다르므로, 간통을 한 유책배우자에 대한 형사적 제재가 없어졌다고 하더라도, 민사상의 불법행위에 해당하는 간통행위로 인한 손해배상책임을 강화하는 것은 별론으로 하고, 혼인의 실체가 소멸한 법률관계를 달리 처우하여야 할 필요는 없다.

(나) 위와 같은 여러 사정들을 종합하여 보면, 혼인관계가 파탄되었음에도 유책배우자가 이혼을 청구하고 상대방이 이를 거부한다는 사정만으로 일률적으로 이혼청구를 배척하는 것은 더 이상 이혼을 둘러싼 갈등 해소에 적절하고 합리적인 해결 방안이라고 보기 어렵다.

부부공동생활관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄된 경우에는 원칙적으로 제6호 이혼사유에 해당하지만, 이혼으로 인하여 파탄에 책임 없는 상대방 배우자가 정신적·사회적·경제적으로 심히 가혹한 상태에 놓이는 경우, 부모의 이혼이 자녀의 양육·교육·복지를 심각하게 해치는 경우, 혼인기간 중에 고의로 장기간 부양의무 및 양육의무를 저버린 경우, 이혼에 대비하여 책임재산을 은닉하는 등 재산분할, 위자료의 이행을 의도적으로 회피하여 상대방 배우자를 곤궁에 빠뜨리는 경우 등과 같이, 유책배우자의 이혼청구를 인용한다면 상대방 배우자나 자녀의 이익을 심각하게 해치는 결과를 가져와 정의·공평의 관념에 현저히 반하는 객관적인 사정이 있는 경우에는 헌법이 보장하는 혼인과 가족제도를 형해화할 우려가 있으므

로, 그와 같은 객관적인 사정이 부존재하는 경우에 한하여 제6호 이혼사유가 있다고 해석하는 것이 혼인을 제도적으로 보장한 헌법 정신에 부합한다.

그리고 혼인파탄에 책임이 없는 배우자에 대하여 재판상 이혼을 허용할 경우에도, 혼인관계 파탄으로 입은 정신적 고통에 대한 위자료의 액수를 정할 때에 주된 책임이 있는 배우자의 유책성을 충분히 반영함으로써 혼인 해소에 대한 책임을 지우고 상대방 배우자에게 실질적인 손해 배상이 이루어질 수 있도록 하며, 재산분할의 비율·액수를 정할 때에도 혼인 중에 이룩한 재산관계의 청산뿐 아니라 부양적 요소를 충분히 반영하여 상대방 배우자가 이혼 후에도 혼인 중에 못지않은 생활을 보장받을 수 있도록 함으로써, 이혼청구 배우자의 귀책사유와 상대방 배우자를 위한 보호 및 배려 사이에 균형과 조화를 도모하여야 한다.

## 참조조문

민법 제810조, 제816조 제1호, 제826조 제1항, 제834조, 제840조, 헌법 제36조 제1항

## 참조판례

대법원 1965. 9. 21. 선고 65므37 판결(민13-2, 민148), 대법원 1971. 3. 23. 선고 71므41 판결(민19-1, 민216), 대법원 1987. 4. 14. 선고 86므28 판결(공1987, 810), 대법원 1990. 4. 27. 선고 90므95 판결(공1990, 1164), 대법원 1991. 7. 9. 선고 90므1067 판결(공1991, 2158), 대법원 1993. 3. 9. 선고 92므990 판결(공1993상, 1173), 대법원 1993. 4. 23. 선고 92므1078 판결(공1993하, 1570), 대법원 1993. 11. 26. 선고 91므177, 184 판결(공1994상, 202), 대법원 1997. 5. 16. 선고 97므155 판결(공1997상, 1735), 대법원 1999. 2. 12. 선고 97므612 판결(공1999상, 661), 대법원 2007. 12. 14. 선고 2007므612 판결, 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009므2130 판결(공2010상, 248)

| | |
|---|---|
| 원고, 상고인 | 원고 (소송대리인 변호사 장순재) |
| 피고, 피상고인 | 피고 (소송대리인 변호사 박경환 외 1인) |
| 원심판결 | 대구가정법원 2013. 1. 11. 선고 2012르754 판결 |

## 주 문

상고를 기각한다. 상고비용은 원고가 부담한다.

## 이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 원고 준비서면들의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 가. 혼인은 일생의 공동생활을 목적으로 하여 부부의 실체를 이루는 신분상 계약으로서, 그 본질은 애정과 신뢰에 바탕을 둔 인격적 결합에 있다. 부부는 동거하며 서로 부양하고 협조하여야 할 의무가 있는데(민법 제826조 제1항), 이는 혼인의 본질이 요청하는 바로서, 혼인생활을 함에 있어서 부부는 애정과 신의 및 인내로써 상대방을 이해하고 보호하여 혼인생활의 유지를 위한 최선의 노력을 기울여야 하고, 혼인생활 중에 장애가 되는 여러 사태에 직면하는 경우가 있더라도 그러한 장애를 극복하기 위한 노력을 다하여야 하며, 일시 부부간의 화합을 저해하는 사정이 있다는 이유로 혼인생활의 파탄을 초래하는 행위를 하여서는 아니 된다(대법원 1999. 2. 12. 선고 97므612 판결 등 참조).

나. 혼인은 이혼에 의하여 해소된다. 부부는 협의에 의하여 이혼할 수 있고(민법 제834조), 부부의 일방은 법률에 정한 사유가 있는 경우에는 가정법원에 이혼을 청구할 수 있다(민법 제840조). 민법 제840조

는 제1호 내지 제5호에서 재판상 이혼원인이 되는 이혼사유를 '배우자에 부정한 행위가 있었을 때'와 같이 구체적·개별적으로 열거하고 있는 외에, 제6호에서 '기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때'(이하 '제6호 이혼사유'라고 한다)를 이혼사유로 규정하고 있다. 그리고 제6호 이혼사유의 의미에 관하여 대법원판례는 혼인의 본질에 상응하는 부부공동생활관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄되고, 혼인생활의 계속을 강제하는 것이 일방 배우자에게 참을 수 없는 고통이 되는 경우를 말한다고 해석하여 왔다(대법원 1991. 7. 9. 선고 90므1067 판결, 대법원 2007. 12. 14. 선고 2007므1690 판결, 대법원2009. 12. 24. 선고 2009므2130 판결 등 참조).

다. 이혼제도에 관한 각국의 입법례를 살펴보면, 배우자 중 어느 일방이 동거·부양·협조·정조 등 혼인에 따른 의무에 위반되는 행위를 한 때와 같이 이혼사유가 명백한 경우에 그 상대방에게만 재판상의 이혼청구권을 인정하는 이른바 유책주의(유책주의)와 부부 당사자의 책임 유무를 묻지 아니하고 혼인의 목적을 달성할 수 없는 사실 즉 혼인을 도저히 계속할 수 없는 객관적 사정인 파탄을 이유로 하여 이혼을 허용하는 이른바 파탄주의(파탄주의)로 대별할 수 있다.

우리 헌법은 제36조 제1항에서 "혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다."고 규정하고 있으므로, 개인의 존엄과 양성의 평등은 혼인의 효력뿐만 아니라 재판상 이혼사유에 관한 평가 및 판단에서도 지도원리가 된다. 따라서 법원은 민법 제840조에 규정된 재판상 이혼제도를 운영함에 있어서 개인의 존엄과 양성의 평등을 지도원리로 하여 우리나라의 사회·경제적 현실과 국민의 보편적 도덕관념 그리고 각국의 입법추세 등을 면밀히 검토한 다음 상충되는 법익을 조정하면서도 일관된 법 정책을 유지함으로써 국민의 법 생활에 불필요한 혼란이 발생하지 아니하도록 하여야 할 것이다.

2. 가. 대법원은 일찍부터 재판상 이혼원인에 관한 민법 제840조는 원칙적으로 유책주의를 채택하고 있는 것으로 해석하여 왔다. 그리하여 민법 제840조 제1호 내지 제5호의 이혼사유가 있는 것으로 인정되는 경우라 할지라도 전체적으로 보아 그 이혼사유를 일으킨 배우자보다도 상대방 배우자에게 혼인파탄의 주된 책임이 있는 경우에는 그 상대방 배우자는 그러한 이혼사유를 들어 이혼청구를 할 수 없다고 하였다(대법원 1993. 4. 23. 선고 92므1078 판결 등 참조). 또한 제6호 이혼사유에 관하여도 혼인생활의 파탄에 주된 책임이 있는 배우자는 그 파탄을 사유로 하여 이혼을 청구할 수 없는 것이 원칙임을 확인하고 있다(대법원 1965. 9. 21. 선고 65므37 판결, 대법원 1971. 3. 23. 선고 71므41 판결, 대법원 1987. 4. 14. 선고 86므28 판결, 대법원 1990. 4. 27. 선고 90므95 판결, 대법원 1993. 3. 9. 선고 92므990 판결 등 참조)
.

그러면서도 대법원은 제6호 이혼사유에 관하여, 혼인의 파탄을 자초한 배우자에게 재판상 이혼청구권을 인정하는 것은 혼인제도가 요구하고 있는 도덕성에 근본적으로 배치되고 배우자 일방의 의사에 의한 이혼 내지는 축출이혼을 시인하는 부당한 결과가 되므로 혼인의 파탄에도 불구하고 이혼을 희망하지 아니하고 있는 상대방 배우자의 의사에 반하여서는 이혼을 할 수 없도록 하려는 것일 뿐, 상대방 배우자에게도 그 혼인을 계속할 의사가 없음이 객관적으로 명백한 경우에까지 파탄된 혼인의 계속을 강제하려는 취지는 아니므로, 상대방 배우자도 이혼의 반소를 제기하고 있는 경우 혹은 오로지 오기나 보복적 감정에서 표면적으로는 이혼에 불응하고 있기는 하나 실제에 있어서는 혼인의 계속과는 도저히 양립할 수 없는 행위를 하는 등 이혼의 의사가 객관적으로 명백한 경우에는 비록 혼인의 파탄에 관하여 전적인 책임이 있는 배우자의 이혼청구라 할지라도 이를 인용함이 타당하고, 그러한 경우에까지 이혼을 거부하여 혼인의 계속을 강제하는 것은 쌍방이 더 이상 계속할 의사가 없는 혼인관계가 형식상 지속되고 있음을 빌미로 하여 유책배우자를 사적으로 보복하는 것을 도와주는 것에 지나지 아니하여 이를 시인할 수 없다는 견해를 취하고 있다(위에서 본 대법원 86므28 판결, 대법원 2009므2130 판결 및 대법원 1993. 11. 26. 선고 91므177, 184 판결, 대법원 1997. 5. 16. 선고 97므155 판결 등 참조).

23회 하이라이트

나. 이러한 대법원판례의 태도에 대하여는 우리나라와 유사한 법제를 가지고 있는 여러 나라의 입법례가 유책주의에서 파탄주의로 이미 바뀐 점, 부부공동생활관계가 도저히 회복될 수 없을 정도로 파탄되었다면 혼인은 한낱 형식에 불과할 뿐 이혼은 불가피한 것임에도 불구하고 유책배우자라고 하여 혼인관계를 계속 유지하라고 강제하는 것은 개인의 존엄과 행복추구권을 침해하는 면이 있는 점, 유책배우자의 이혼청구를 배척하는 판례가 형성된 1960년대 중반이나 그 판례가 확립된 1980년대 후반까지는 민법상 재산분할과 면접교섭권 제도가 없었으나 그 후 민법이 개정되어 이혼한 당사자에게 재산분할청구권과 면접교섭권이 부여되었을 뿐만 아니라 자녀에 대한 양육권, 친권 등도 남녀 간에 차별 없이 평등하게 보장되기에 이른 점, 우리 사회가 경제발전과 더불어 가족보다 개인을 중요시하는 사회로 변화되고 있고 여성의 사회적 진출이 증가하였을 뿐만 아니라 1990년대 중반 이후부터는 이혼율이 급증하여 이혼에 대한 국민의 인식이 크게 변화된 점 등을 고려하여 볼 때, 이제는 제6호 이혼사유의 해석에 있어서도 본래의 입법 취지에 맞게 유책배우자의 이혼청구라 하더라도 이를 허용하는 쪽으로 판례를 변경하여야 한다는 주장이 대두하고 있으므로, 이에 대하여 검토하여 본다.

다. 대법원이 종래 유책배우자의 이혼청구를 허용하지 아니한 데에는, 스스로 혼인의 파탄을 야기한 사람이 이를 이유로 이혼을 청구하는 것은 신의성실에 반하는 행위라는 일반적 논리와 아울러, 여성의 사회적·경제적 지위가 남성에 비해 상대적으로 열악한 것이 현실인 만큼 만일 유책배우자의 이혼청구를 널리 허용한다면, 특히 파탄에 책임이 없는 여성배우자가 이혼 후의 생계나 자녀 부양 등에 큰 어려움을 겪는 등 일방적인 불이익을 입게 될 위험이 크므로 유책인 남성배우자의 이혼청구를 불허함으로써 여성배우자를 보호하고자 하는 취지가 있다고 보인다. 이런 관점에서, 대법원이 종래 취해온 법의 해석을 바꾸려면 이혼에 관련된 전체적인 법체계와 현 시점에서 종래 대법원판례의 배경이 된 사회적·경제적 상황에 의미 있는 변화가 생겼는지 등에 관한 깊은 검토가 있어야 한다.

첫째로, 이혼에 관하여 파탄주의를 채택하고 있는 여러 나라의 이혼법제는 우리나라와 달리 재판상 이혼만을 인정하고 있을 뿐 협의상 이혼을 인정하지 아니하고 있다. 우리나라에서는 유책배우자라 하더라도 상대방 배우자와 협의를 통하여 이혼을 할 수 있는 길이 열려 있을 뿐만 아니라, 실제로도 2014년 현재 전체 이혼 중 77.7% 정도가 협의상 이혼에 해당하는 실정이다. 이는 곧 유책배우자라도 진솔한 마음과 충분한 보상으로 상대방을 설득함으로써 이혼할 수 있는 방도가 있음을 뜻하므로, 유책배우자의 행복추구권을 위하여 재판상 이혼원인에 있어서까지 파탄주의를 도입하여야 할 필연적인 이유가 있는 것은 아니다.

둘째로, 1990. 1. 13. 민법이 개정됨에 따라 부부가 이혼을 하는 경우 당사자에게 재산분할청구권과 면접교섭권이 부여됨으로써 이혼한 여성의 법적 지위에 관하여 개선이 이루어진 것은 사실이다. 그러나 파탄주의 입법례를 취하고 있는 나라들에서는 혼인생활이 파탄되더라도 미성년 자녀의 이익을 위하여 부부관계를 유지하는 것이 꼭 필요한 특별한 사정이 있거나 이혼에 동의하지 아니하는 일방에게 심히 가혹한 결과를 초래하는 경우 등에는 이혼을 허용하지 아니하는 이른바 '가혹조항'을 두어 파탄주의의 한계를 구체적이고 상세하게 규정하고 있고, 나아가 이혼을 허용하는 경우에도 이혼 후 부양 제도라든지 보상급부 제도 등 유책배우자에게 이혼 후 상대방에 대한 부양적 책임을 지우는 제도를 마련하고 있는 것이 일반적이다. 이는 한편으로 파탄주의 원칙을 채택하면서도 다른 한편 유책배우자의 상대방이나 자녀를 보호하는 제도적 장치를 둠으로써 파탄주의의 시행에 따른 상대방의 일방적인 희생을 방지하기 위한 것이다. 이에 반해 우리나라에는 파탄주의의 한계나 기준, 그리고 이혼 후 상대방에 대한 부양적 책임 등에 관해 아무런 법률 조항을 두고 있지 아니하다. 물론 법원이 판례로써 파탄주의의 적용에 관하여 어느 정도 기준을 제시할 수 있을 것이고, 또 위자료나 재산분할 제도의 운영에서 상대방에 대한 배려를 한층 높이는 방향으로 실무를 발전시켜 나갈 수도 있을 것이나, 그와 같은 사법적 기능만으로 상대방을

보호하기에는 너무나 불충분하고 한계가 있다. 따라서 유책배우자의 상대방을 보호할 입법적인 조치가 마련되어 있지 아니한 현 단계에서 파탄주의를 취하여 유책배우자의 이혼청구를 널리 인정하는 경우유책배우자의 행복을 위해 상대방이 일방적으로 희생되는 결과가 될 위험이 크다.

셋째로, 유책배우자의 책임사유로는 여러 가지가 있겠지만 현실적으로 가장 문제가 되는 것은 배우자 아닌 사람과 사실혼에 가까운 불륜관계를 맺는 경우이다. 우리나라는 중혼을 금지하고 있고(민법 제810조), 이를 위반한 때에는 혼인의 취소를 청구할 수 있으나(민법 제816조 제1호), 이를 처벌하는 형벌규정을 두고 있지는 아니하다. 사실상 중혼에 대한 형벌조항으로 기능하던 간통죄가 2015. 2. 26. 헌법재판소의 위헌결정에 의하여 폐지된 이상 중혼에 대한 형사 제재가 없는 것이 사실이다. 대법원판례가 유책배우자의 이혼청구를 허용하지 아니하고 있는 데에는 중혼관계에 처하게 된 법률상 배우자의 축출이혼을 방지하려는 의도도 있는데, 여러 나라에서 간통죄를 폐지하는 대신 중혼에 대한 처벌규정을 두고 있는 것에 비추어 보면 이에 대한 아무런 대책 없이 파탄주의를 도입한다면 법률이 금지하는 중혼을 결과적으로 인정하게 될 위험이 있다.

넷째로, 가족과 혼인생활에 관한 우리 사회의 가치관이 크게 변화하였고 여성의 사회 진출이 대폭 증가하였더라도 우리 사회가 취업, 임금, 자녀양육 등 사회경제의 모든 영역에서 양성평등이 실현되었다고 보기에는 아직 미흡한 것이 현실이다. 그리고 우리나라에서 이혼율이 급증하고 이혼에 대한 국민의 인식이 크게 변화한 것이 사실이더라도 이는 역설적으로 혼인과 가정생활에 대한 보호의 필요성이 그만큼 커졌다는 방증이라고 할 수 있고, 유책배우자의 이혼청구로 인하여 극심한 정신적 고통을 받거나 생계유지가 곤란한 경우가 엄연히 존재하는 현실을 외면해서도 아니 될 것이다.

라. 이상의 논의를 종합하여 볼 때, 제6호 이혼사유에 관하여 유책배우자의 이혼청구를 원칙적으로 허용하지 아니하는 종래의 대법원판례를 변경하는 것이 옳다는 주장은 그 주장이 들고 있는 여러 논거를 감안하더라도 아직은 받아들이기 어렵다.

그러나 대법원판례가 유책배우자의 이혼청구를 허용하지 아니하는 것은 앞서 본 바와 같이 혼인제도가 요구하는 도덕성에 배치되고 신의성실의 원칙에 반하는 결과를 방지하려는 데에 있으므로, 혼인제도가 추구하는 이상과 신의성실의 원칙에 비추어 보더라도 그 책임이 반드시 이혼청구를 배척해야 할 정도로 남아 있지 아니한 경우에는 그러한 배우자의 이혼청구는 혼인과 가족제도를 형해화할 우려가 없고 사회의 도덕관·윤리관에도 반하지 아니한다고 할 것이므로 허용될 수 있다고 보아야 한다.

그리하여 대법원판례에서 이미 허용하고 있는 것처럼 상대방 배우자도 혼인을 계속할 의사가 없어 일방의 의사에 의한 이혼 내지 축출이혼의 염려가 없는 경우는 물론, 나아가 이혼을 청구하는 배우자의 유책성을 상쇄할 정도로 상대방 배우자 및 자녀에 대한 보호와 배려가 이루어진 경우, 세월의 경과에 따라 혼인파탄 당시 현저하였던 유책배우자의 유책성과 상대방 배우자가 받은 정신적 고통이 점차 약화되어 쌍방의 책임의 경중을 엄밀히 따지는 것이 더 이상 무의미할 정도가 된 경우 등과 같이 혼인생활의 파탄에 대한 유책성이 그 이혼청구를 배척해야 할 정도로 남아 있지 아니한 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 유책배우자의 이혼청구를 허용할 수 있다. 이와 같이 유책배우자의 이혼청구를 예외적으로 허용할 수 있는지를 판단할 때에는, 유책배우자의 책임의 태양·정도, 상대방 배우자의 혼인계속의사 및 유책배우자에 대한 감정, 당사자의 연령, 혼인생활의 기간과 혼인 후의 구체적인 생활관계, 별거기간, 부부간의 별거 후에 형성된 생활관계, 혼인생활의 파탄 후 여러 사정의 변경 여부, 이혼이 인정될 경우의 상대방 배우자의 정신적·사회적·경제적 상태와 생활보장의 정도, 미성년 자녀의 양육·교육·복지의 상황, 그 밖의 혼인관계의 여러 사정을 두루 고려하여야 한다.

3. 원심판결과 원심이 인용한 제1심판결의 이유 및 기록에 의하면, ① 원고와 피고는 1976. 3. 9. 혼인신고를 마친 법률상 부부로서 그 사이에 성년인 자녀 3명을 두고 있는 사실, ② 원고는 2000. 1.경 집을 나

와 원고의 딸을 출산한 소외인과 동거하고 있는 사실, ③ 피고는 원고가 집을 나간 후 혼자서 세 자녀를 양육한 사실, ④ 피고는 직업이 없고 원고로부터 생활비로 지급받은 월 100만 원 정도로 생계를 유지하였는데 그나마 2012. 1.경부터는 원고로부터 생활비를 지급받지 못하고 있는 사실, ⑤ 피고는 원심 변론종결 당시 만 63세가 넘는 고령으로서 위암 수술을 받고 갑상선 약을 복용하고 있는 등 건강이 좋지 아니하며 원고와의 혼인관계에 애착을 가지고 혼인을 계속할 의사를 밝히고 있는 사실 등을 알 수 있다.

이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고는 혼인생활의 파탄에 대하여 주된 책임이 있는 유책배우자이고, 혼인관계의 여러 사정을 두루 고려하여 보아도 피고가 혼인을 계속할 의사가 없음이 객관적으로 명백함에도 오기나 보복적 감정에서 이혼에 응하지 아니하고 있을 뿐이거나 원고의 유책성이 그 이혼청구를 배척해야 할 정도로 남아 있지 아니한 특별한 사정이 있는 경우에 해당한다고 할 수 없으므로, 원고는 그 파탄을 사유로 하여 이혼을 청구할 수 없다고 할 것이다.

원심이 같은 취지에서 원고의 이혼청구를 기각한 제1심판결을 유지한 조치는 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 제6호 이혼사유 또는 유책배우자의 재판상 이혼청구 등에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

상고이유로 들고 있는 대법원판결은 이 사건과 사안이 다르므로 이 사건에 원용하기에 적절하지 아니하다.

4. 그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여, 주문과 같이 판결한다. 이 판결에 대하여는 대법관 민일영, 대법관 김용덕, 대법관 고영한, 대법관 김창석, 대법관 김신, 대법관 김소영의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였다.

5. 대법관 민일영, 대법관 김용덕, 대법관 고영한, 대법관 김창석, 대법관 김신, 대법관 김소영의 반대의견은 다음과 같다.

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

따라서 비록 혼인생활이 회복할 수 없을 정도의 파탄 상태에 이르기까지 과정에는 여러 원인이 있을 수 있고 그에 따라 쌍방 또는 일방에게 주된 귀책사유가 있을 수 있지만, 혼인생활이 회복할 수 없을 정도의 파탄 상태에 이르러 혼인의 실체가 소멸한 이상 그 귀책사유는 더 이상 혼인의 실체 유지나 회복에 아무런 영향을 미치지 못하므로, 그 귀책사유가 그 혼인 해소를 결정짓는 판단 기준이 되지 못한다. 다만 그와 같은 귀책사유에 대하여는, 그로 인하여 상대방이 입은 손해나 상대방 보호에 필요한 사항을 이혼에 따른 배상책임 및 재산분할 등에 충분히 반영함으로써, 그에 상응한 책임을 묻고 아울러 이를 통하여 상대방 배우자를 보호할 수 있을 것이다.

그러므로 제6호 이혼사유가 부부공동생활관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄되었고 그 혼인생활의 계속을 강제하는 것이 일방 배우자에게 참을 수 없는 고통이 되는 경우를 말한다고 하면서도, 그와 같이 회복불가능한 상태의 파탄에 이르게 된 주된 책임이 있는 배우자라는 이유만으로 제6호 이혼사유에 의한 재판상 이혼청구를 허용하여서는 아니 된다는 다수의견에는 찬성할 수 없고, 다수의견과 같은 취지

의 종전 대법원판례는 변경되어야 한다.

아래에서 이와 같은 요지의 반대의견이 타당함에 대한 논거를 구체적으로 제시한다.

나. 혼인적령에 이른 사람이 혼인의 합의를 하고 혼인신고를 하면 혼인이 성립한다(민법 제807조, 제812조 제1항, 제815조 제1호). 혼인은 애정을 바탕으로 하여 일생의 공동생활을 목적으로 정신적·육체적·경제적으로 결합된 공동체로서, 부부 사이에는 동거하며 서로 부양하고 협조하여야 할 의무가 있다(민법 제826조 제1항). 헌법 제36조 제1항도 "혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다."고 규정하여 혼인제도를 보호하고 있다. 혼인이 성립하면 부부는 애정과 신의 및 인내로써 상대방을 서로 이해하고 보호하여 부부공동생활로서의 혼인이 유지되도록 상호 간에 포괄적으로 협력하여야 하며, 혼인생활 중에 그 장애가 되는 여러 사태에 직면하는 경우가 있다 하더라도 이를 극복하기 위하여 최선의 노력을 하여야 한다. 그렇지만 혼인에 의하여 공동생활을 이룬 부부가 여러 사정에 의하여 더 이상 혼인을 유지할 수 없는 경우가 발생함에 따라, 민법은 이러한 혼인을 해소할 수 있는 방법으로 협의상 이혼(민법 제834조)과 재판상 이혼(민법 제840조) 제도를 두고 있다.

협의상 이혼은 가정법원으로부터 이혼의사를 확인받아 신고함으로써 효력이 생기며 그 이혼사유에 제한이 없으므로, 부부 사이에 이혼에 관한 진정한 합의가 이루어지면 이혼이 허용된다.

한편 재판상 이혼은 민법 제840조에서 정한 재판상 이혼사유가 있는 경우에 허용되며, 부부의 일방이 상대방의 동의 없이 가정법원에 재판상 이혼을 청구할 수 있다. 협의상 이혼제도를 두면서도 별도로 재판상 이혼제도를 마련한 목적은, 부부 사이에 이혼에 대한 의사합치가 이루어지지 아니하였더라도 혼인의 해소가 불가피한 경우가 있음을 고려하여, 헌법이 인정한 혼인의 제도적 보장 취지를 벗어나지 아니하는 범위 내에서 객관적인 재판상 이혼사유를 법률로 정하되 가정법원의 재판에 의하여 그 사유가 있다고 인정될 때에 이혼을 허용하려는 것이다.

이에 따라 민법 제840조는 재판상 이혼을 청구할 수 있는 이혼원인으로 제1호부터 제6호까지의 사유를 개별적으로 열거하고 있는데, 그중 제1호 내지 제5호의 사유는 부정행위, 악의의 유기, 심히 부당한 대우 또는 상대방의 3년 이상의 생사불명으로서 모두 이혼청구 상대방에게 책임 있는 사유를 구체적으로 정하고 있으나, 제6호 이혼사유는 '기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때'라고 하여 추상적·포괄적으로 규정하고 있다.

다. 그동안 대법원은 제6호 이혼사유인 '기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때'라 함은 혼인의 본질에 상응하는 부부공동생활관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄되고 그 혼인생활의 계속을 강제하는 것이 일방 배우자에게 참을 수 없는 고통이 되는 경우를 말한다고 해석하여 왔다(위 대법원 90므1067 판결 등 참조).

혼인은 인간의 존엄과 가치를 실현하고 행복을 추구하는 바탕이 될 뿐만 아니라 사회생활에서 가장 기본이 되는 사회적 조직체인 가정을 형성하는 주요한 토대가 되는 것이어서 일단 맺어진 혼인관계는 유지되는 것이 바람직하다. 그렇지만 부부가 장기간 별거하는 등의 사유로 실질적으로 부부공동생활이 파탄되어 더 이상 존재하지 아니하게 되고 객관적으로 회복할 수 없는 정도에 이른 때에는, 정신적·육체적·경제적으로 결합된 공동체로서의 부부공동생활을 본질로 하는 혼인의 실체는 소멸하였다고 보아야 한다. 법적으로만 혼인이 해소되지 아니하였을 뿐, 혼인관계를 파탄되기 전의 상태로 돌이킬 수 없고 부부 사이의 애정과 신뢰의 회복이나 동거의무 등의 이행을 기대할 수 없는 이상, 그 혼인을 토대로 형성된 가정이 그 구성원인 부부와 자녀의 존엄과 가치를 실현하는 조직체로서의 기능을 수행하지 못하기 때문이다.

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

그럼에도 외형뿐인 혼인관계를 존속시키면 이는 쌍방 배우자에게 실제로 이행 불가능한 부부공동생활 내지는 동거의무 등의 이행을 요구하는 것이 되어 불합리하고 그 혼인생활의 계속을 강제하는 것이 일방 배우자에게 참을 수 없는 고통이 될 수 있으므로, 이러한 경우에는 제6호 이혼사유인 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있는 때에 해당한다고 보아야 한다.

이와 같이 부부공동생활관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄되고 혼인생활의 계속을 강제하는 것이 일방 배우자에게 참을 수 없는 고통이 되는지 여부가 제6호 이혼사유의 해당 여부에 대한 기준이 되므로, 그 파탄의 정도, 혼인계속 의사의 유무, 파탄의 원인에 관한 당사자의 책임 유무, 혼인생활의 기간, 자녀의 유무 및 양육, 당사자의 연령, 이혼 후의 생활보장 그 밖의 혼인관계에 관한 여러 사정을 두루 고려함과 아울러(대법원 1987. 7. 21. 선고 87므24 판결 등 참조), 혼인과 가족생활을 보호하려는 민법의 취지와 혼인제도를 보장하려는 헌법 정신에 비추어 신중히 판단할 필요가 있다.

라. (1) 한편 대법원은, 위와 같이 부부의 혼인관계가 돌이킬 수 없을 정도로 파탄된 것으로 인정되더라도, 그 파탄이 이혼을 청구하는 배우자에게 전적으로 또는 주된 책임을 물어야 할 사유로 인한 경우이거나 이혼을 청구하는 배우자의 책임이 상대방 배우자의 책임보다 더 무겁다고 인정되는 경우에는 그러한 유책배우자의 이혼청구를 인용하여서는 아니 되고, 다만 이혼청구 상대방이 그 파탄 이후 혼인을 계속할 의사가 없음이 객관적으로 명백함에도 오기나 보복적 감정에서 표면적으로 이혼에 응하지 아니하고 있을 뿐이라는 등의 특별한 사정이 있다면 유책배우자의 이혼청구권이 인정될 수 있다고 해석하여 왔다(위 대법원 65므37 판결, 위 대법원 86므28 판결, 위 대법원 90므1067 판결 등 참조).

(2) 이처럼 대법원이 혼인관계의 파탄에 대하여 주된 책임이 있는 유책배우자의 이혼청구권을 제한하여 온 것은 혼인의 파탄을 자초한 사람에게 재판상 이혼청구권을 인정하는 것은 혼인관계를 고의로 파기한 불법을 행한 사람에게 이혼청구권을 인정하게 되어 혼인제도가 요구하고 있는 도덕성에 배치되고 배우자 일방의 의사에 의한 이혼 내지는 축출이혼을 시인하는 부당한 결과가 될 수 있음을 고려한 것이다(위 대법원 71므41 판결, 위 대법원 86므28 판결 등 참조).

그리고 이혼을 하나의 병리적 현상으로 보는 사회적 분위기와 아울러, 여성의 사회적·경제적 지위가 상대적으로 열악하여 귀책사유 없이 이혼한 여성배우자가 이혼 후에 경제적으로 자립하거나 사회활동을 하기가 현실적으로 쉽지 아니한 사정 및 이혼 과정에서 재산분할·부양·양육 등에 관하여 불이익을 입지 아니하도록 하는 제도나 절차도 충분하지 아니한 사정을 고려하여, 사회적·경제적 약자인 여성배우자를 보호하려는 목적이 그 배경으로 자리 잡고 있었다.

(3) 그러나 주된 유책배우자의 이혼청구라는 이유로 재판상 이혼을 허용하지 아니한 결과, 부부가 서로 승소하기 위하여 상대방의 귀책사유를 부각시킬 수밖에 없게 됨에 따라, 이혼소송절차에서 부부 쌍방은 혼인생활 과정에서 발생한 갈등과 대립을 들추어내어 그에 관한 책임공방을 벌이게 되고 아울러 상대방에 대한 비난과 악감정을 쏟아내게 되어 부부관계는 더욱 적대적으로 되고 이혼소송의 심리가 과거의 잘못을 들추어내는 것에만 집중되는 나머지 이혼 과정에서의 갈등 해소, 이혼 후의 생활이나 자녀의 양육과 복지 등에 관하여 합리적인 해결책을 모색하는 데에 상대적으로 소홀하게 되는 폐단이 있어 왔다.

그리고 혼인생활의 파탄을 초래하는 경위는 대체로 복잡·미묘하여 그 책임이 당사자 어느 한쪽에만 있다고 확정할 수 없는 경우가 많고, 또한 파탄의 주된 책임이 재판상 이혼을 청구하는 배우자에게 있다 하더라도 앞에서 본 것처럼 부부공동생활관계가 회복할 수 없을 정도로 이미 파탄되었다면 부부공동생활을 본질로 하는 혼인의 실체가 객관적으로 소멸하였음을 부정하기 어렵다. 또한 다수의견도 인정하듯

이 부부공동생활관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄된 상태가 장기화되면서 파탄에 책임 있는 배우자의 주된 유책성도 약화될 수 있으며, 파탄 상태의 장기간 지속 원인이나 그 밖의 다른 여러 사정이 변화하면서 책임의 경중을 엄밀히 따지는 것에 관한 법적·사회적 의의가 현저히 줄고 쌍방의 책임의 경중에 대하여 단정적인 판단을 내리는 것 역시 곤란하거나 적절하지 아니한 상황에 이를 수도 있다(위 대법원 2009므2130 판결 참조).

(4) 또한 급속한 경제성장 및 개인 중심적인 사회변화와 함께 이혼에 대한 사회적 인식이 변화하고 협의이혼 등에 의한 이혼이 증가함에 따라 혼인생활을 지속할 수 없는 중요한 사유가 있는 경우에는 더 나은 삶의 질을 추구하기 위하여 이혼도 가능하다는 가치관의 변화가 생겼으며, 여성의 사회진출이 활발해짐에 따라 여성도 남성에 못지않은 경제적 능력을 갖추는 경우가 늘어나는 등 이혼 후 여성의 자립에 관한 사회·경제적 여건이 많이 개선되었다. 그리고 1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되어 1991. 1. 1.부터 시행된 민법은 가족생활에서의 남녀평등의 원칙을 강조하고 있는 헌법 정신을 반영하여 이혼당사자에게 재산분할청구권과 자녀에 대한 면접교섭권을 인정하는 제도 등을 신설하고 자녀에 대한 양육권과 친권도 남녀 사이에 차별 없이 평등하게 보장하였다. 나아가 실제의 재산분할청구 사건에서 여성배우자에게 인정되는 재산분할 비율이 점차 늘어나 서로 대등한 정도에 이르는 사건도 상당수 있으며, 이혼 재판실무에서도 여성배우자에 대한 보호가 지속적으로 확대되어 왔다. 비록 민법이 이혼 후에는 부부 사이의 부양의무를 인정하지 아니하지만, 그 대신 이혼 후 부양 제도를 도입하고 있는 법제에서는 대체로 인정되지 아니하는 재판상 이혼에 따른 손해배상청구권을 인정하고 있으며(민법 제843조, 제806조), 재산분할청구 사건에서는 혼인 중에 이룩한 재산관계의 청산뿐 아니라 이혼 후 당사자들의 생활보장에 대한 배려 등 부양적 요소 등도 함께 고려의 대상이 된다는 대법원판례(대법원 2013. 6. 20. 선고 2010므4071, 4088 전원합의체 판결 등 참조)에 따라 실무상 이혼 후의 부양 필요성을 반영하여 재산분할의 범위를 정하고 있다. 그뿐 아니라 대법원 2014. 7. 16. 선고 2012므2888 전원합의체 판결에서 이미 발생한 퇴직연금수급권이 재산분할의 대상에 포함된다고 보고 연금수급권자인 배우자가 매월 수령할 퇴직연금액 중 일정 비율에 해당하는 금액을 상대방 배우자에게 정기적으로 지급하는 방식으로 재산분할을 하는 것을 허용함에 따라, 정기적인 재산분할금의 지급을 통한 이혼 후의 생활보장 내지 부양도 실질적으로 가능하게 되었다.

이와 같은 이혼에 대한 사회 일반의 인식, 사회·경제적 환경의 변화와 아울러 이혼 법제 및 실무의 변화 등을 함께 종합하여 볼 때, 종전의 대법원판례와 같이 유책배우자의 이혼청구라는 이유만으로 제6호 이혼사유에 의한 재판상 이혼청구를 제한하여야 할 필요는 상당히 감소하였다 할 것이고, 오히려 이러한 사정들을 반영하여 제6호 이혼사유에 의한 이혼 여부에 관한 합리적인 판단 기준을 새로이 세워야 할 때가 되었다.

(5) 상대방 배우자의 혼인계속의사는 부부공동생활관계가 파탄되고 객관적으로 회복할 수 없을 정도에 이르렀는지 등을 판단할 때에 참작하여야 하는 중요한 요소라 할 수 있다. 그렇지만 그러한 의사를 참작하였음에도 부부공동생활관계가 객관적으로 회복할 수 없을 정도로 파탄되었다고 인정되는 경우에, 다시 상대방 배우자의 주관적인 의사만을 가지고 형식에 불과한 혼인관계를 해소하는 이혼청구가 불허되어야 한다고 단정하는 것은 불합리하며, 협의가 이루어지지 아니할 때의 혼인해소 절차를 규정한 재판상 이혼제도의 취지에도 부합하지 아니한다. 이에 비추어 보면 협의이혼의 경우에는 파탄주의가 허용됨에도 그에 갈음하는 기능을 하는 재판상 이혼에는 파탄주의를 허용할 필요가 없다는 취지의 다수의견이 타당하지 아니함을 알 수 있다.

(6) 한편 헌법재판소가 간통죄를 처벌하는 조항에 대한 위헌결정을 함에 따라 간통행위가 더 이상 처벌받지 아니하게 되었다. 그러나 간통죄는 과거의 간통행위 자체에 대한 형사적인 제재인 반면 혼인파탄에 따른 이혼은 혼인의 실체가 소멸함에 따른 장래의 혼인 법률관계의 해소로서 그 제도의 목적과 법적

효과가 다르므로, 간통을 한 유책배우자에 대한 형사적 제재가 없어졌다고 하더라도, 민사상의 불법행위에 해당하는 간통행위로 인한 손해배상책임을 강화하는 것은 별론으로 하고, 혼인의 실체가 소멸한 법률관계를 달리 처우하여야 할 필요는 없다. 더구나 이혼청구권의 인정 여부는 법률의 규정 및 혼인과 이혼제도의 목적, 취지, 기능 등을 종합하여 당사자인 부부 및 자녀 등의 이익을 조화하는 방향으로 미래를 위하여 정해져야 하는 것이지, 유책배우자에게 외형뿐인 혼인관계가 계속되도록 강제하여 참을 수 없는 고통을 받게 함으로써 그에 대한 응보 내지 사적 보복을 달성하기 위한 수단이 되어서는 아니 된다.

(7) 위와 같은 여러 사정들을 종합하여 보면, 혼인관계가 파탄되었음에도 유책배우자가 이혼을 청구하고 상대방이 이를 거부한다는 사정만으로 일률적으로 이혼청구를 배척하는 것은 더 이상 이혼을 둘러싼 갈등 해소에 적절하고 합리적인 해결 방안이라고 보기 어렵다.

마. 따라서 이혼에 대한 국민의 의식이 크게 변화하는 등 사회적 여건이 성숙되었고 법적·제도적 보완도 상당히 이루어진 만큼, 이제는 혼인관계가 파탄되어 그 실체가 소멸함에 따라 제6호 이혼사유에 의하여 이혼을 청구한 경우에, 유책배우자의 이혼청구라는 이유로 그 이혼의 허부를 당사자의 의사에만 맡길 수 없고, 혼인관계가 완전히 파탄되어 그 실체가 소멸하였는지 그리고 그러한 혼인관계가 여전히 보호되고 유지되어야 할 필요가 있는지 등에 관하여 객관적 사정에 기초한 합리적인 판단을 통하여, 자칫 상충될 수도 있는 혼인과 이혼이라는 양 제도의 목적 및 취지를 조화시킬 수 있는 방안을 모색하여야 한다.

앞에서 본 것과 같이 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활이 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립하고 유지되어야 한다고 규정함은 물론 혼인을 제도적으로 보장하고 있으므로, 민법이 정한 재판상 이혼사유도 헌법이 인정한 개인의 존엄과 양성의 평등 및 혼인의 제도적 보장 취지를 벗어나지 아니하는 범위 내에서 해석·적용되어야 한다.

부부공동생활관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄되었다 하더라도, 부부 사이에 개인의 존엄과 양성의 평등을 실현하고 부부·자녀의 행복추구권과 인간다운 생활을 할 권리를 보호할 필요가 있음은 그 파탄 전후에 차이가 없다. 혼인에서 부부공동생활체로서의 동거의무가 기본적인 요소이기는 하나, 배우자에 대한 부양 및 자녀의 양육 역시 그에 못지않게 중요한 의미를 가지며, 혼인관계의 파탄에 책임이 없는 배우자가 이혼으로 인하여 심각한 불이익을 입지 아니하도록 보호할 필요가 있다.

이러한 사정들에 비추어 보면, 부부공동생활관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄된 경우에는 원칙적으로 제6호 이혼사유에 해당한다고 할 것이지만, 이혼으로 인하여 파탄에 책임 없는 상대방 배우자가 정신적·사회적·경제적으로 심히 가혹한 상태에 놓이는 경우, 부모의 이혼이 자녀의 양육·교육·복지를 심각하게 해치는 경우, 혼인기간 중에 고의로 장기간 부양의무 및 양육의무를 저버린 경우, 이혼에 대비하여 책임재산을 은닉하는 등 재산분할, 위자료의 이행을 의도적으로 회피하여 상대방 배우자를 곤궁에 빠뜨리는 경우 등과 같이, 유책배우자의 이혼청구를 인용한다면 상대방 배우자나 자녀의 이익을 심각하게 해치는 결과를 가져와 정의·공평의 관념에 현저히 반하는 객관적인 사정이 있는 경우에는 헌법이 보장하는 혼인과 가족제도를 형해화할 우려가 있으므로, 그와 같은 객관적인 사정이 부존재하는 경우에 한하여 제6호 이혼사유가 있다고 해석하는 것이 혼인을 제도적으로 보장한 헌법 정신에 부합한다.

그리고 혼인파탄에 책임이 없는 배우자에 대하여 재판상 이혼을 허용할 경우에도, 혼인관계 파탄으로 입은 정신적 고통에 대한 위자료의 액수를 정할 때에 주된 책임이 있는 배우자의 유책성을 충분히 반영함으로써 혼인 해소에 대한 책임을 지우고 상대방 배우자에게 실질적인 손해 배상이 이루어질 수 있도록 하며, 재산분할의 비율·액수를 정할 때에도 혼인 중에 이룩한 재산관계의 청산뿐 아니라 부양적 요소를 충분히 반영하여 상대방 배우자가 이혼 후에도 혼인 중에 못지않은 생활을 보장받을 수 있도록 함으로써, 이혼청구 배우자의 귀책사유와 상대방 배우자를 위한 보호 및 배려 사이에 균형과 조화를 도모하여야 할 것이다.

한편 다수의견은 유책배우자의 이혼청구를 인정하기 위해서는 다른 나라에서와 같은 이른바 '가혹조항' 등의 제도적 보완장치가 필요하다고 보고 있다. 그렇지만 제6호 이혼사유에 관한 위와 같은 해석은 다른 나라에서 이른바 '가혹조항'으로 고려하는 사정들을 포함한 것으로서, 혼인제도를 보장하는 헌법 정신과 현재까지 정비된 민법상의 제도들에 터 잡아 이러한 해석과 재판 실무 운영에 의하여 충분히 상대방 배우자 등을 보호할 수 있으므로, 반드시 이에 관한 법률적·제도적인 보완이 선행될 필요는 없다.

바. 결론적으로 부부의 혼인관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄되고 그 혼인생활의 계속을 강제하는 것이 일방 배우자에게 참을 수 없는 고통이 되는 경우에 그 파탄에 주된 책임이 있는 배우자라는 이유만으로 제6호 이혼사유에 의한 이혼청구를 배척할 수 있다는 다수의견에는 찬성할 수 없으며, 다수의견이 들고 있는 종전의 대법원판례는 이러한 견해에 배치되는 범위 내에서 변경되어야 한다.

혼인의 실체가 소멸하고 회복 불가능하여 혼인이 외형에 그칠 뿐인 상태에 이르렀다면, 상대방 배우자를 보호하기 위하여 유책배우자에게 급부나 배려 등을 요구할 필요가 있다 하더라도, 혼인 해소 후에도 그와 같은 급부나 배려 등이 계속 이루어질 수 있도록 하는 적절한 방안을 강구하면 될 것이지, 유책배우자의 이혼청구라는 이유만으로 외형뿐인 혼인의 해소 자체를 거부할 것은 아니다.

사. 원심판결 이유 및 원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 혼인관계의 파탄에 대하여 주된 책임이 있는 배우자는 그 파탄을 사유로 하여 이혼을 청구할 수 없다는 전제에서 유책배우자인 원고의 이혼청구는 받아들일 수 없다고 판단하였다.

그러나 앞에서 본 법리에 의하면, 유책배우자가 이혼을 청구한다는 사정만을 이유로 이혼청구를 배척하여서는 아니 되며, 원·피고 사이의 부부공동생활관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄되고 그 혼인생활의 계속을 강제하는 것이 원고에게 참을 수 없는 고통이 되는지를 먼저 가리고, 그와 같이 파탄된 경우라면 이 사건 이혼으로 인하여 파탄에 주된 책임이 없는 피고나 자녀들의 이익을 심각하게 해치지 아니하여 정의·공평의 관념에 현저히 반하지 아니한다고 객관적으로 인정되는지를 심리하여, 제6호 이혼사유에 해당하는지 판단하여야 한다.

원심판결과 원심이 인용한 제1심판결의 이유 및 기록에 의하면, ① 원고와 피고는 법률상 부부이지만 2000. 1.경 별거하기 시작하여 그로부터 상당한 기간이 경과하였고, ② 원고는 소외인과의 사이에서 혼인 외의 딸이 출생하자 집을 나가는 등 혼인파탄의 주된 원인을 제공하였지만, 피고도 별거를 시작한 후에는 상당한 기간이 지나도록 혼인관계를 회복하기 위한 별다른 노력을 하지 아니하였고 명절이나 제사 등의 원고 집안 행사에 참여하거나 원고의 친척들과 교류한 사정이 기록상 나타나 있지 아니하며, ③ 원고는 별거 중에도 원·피고 사이에서 출생한 자녀들의 학비를 부담하였을 뿐 아니라 이 사건 소를 제기할 무렵까지 피고에게 생활비로 월 100만 원 정도를 지급하였고, ④ 원고는 당뇨와 고혈압의 질환이 있고 합병증으로 인하여 신장장애 2급의 장애인으로 등록되어 있는 등 건강이 좋지 아니한데, 2011년 말경 피고와 자녀들에게 신장이식에 관한 이야기를 하였다가 거절당한 채 소외인의 도움을 받아 집에서 복막투석을 받고 있는 등 소외인의 개호와 협력이 없이는 생활하기 곤란한 상황에 처해 있으며, ⑤ 원고가 소외인과 동거하면서 그 사이에 태어난 미성년의 딸을 양육하고 있는 등 별거 후에 형성된 원·피고의 독립적인 생활관계가 고착화되었음을 알 수 있다.

이러한 혼인생활의 과정과 파탄의 경위 등에 비추어 보면 원·피고의 혼인관계는 파탄되어 더 이상 회복할 수 없는 상태에 이르렀고 혼인생활의 계속을 강제하는 것이 원고에게 참을 수 없는 고통이 된다고 할 것이며, 이 사건 이혼이 정의·공평의 관념에 현저히 반하지 아니한다고 객관적으로 볼 수 있는 사정들도 상당히 나타나 있다.

그뿐 아니라 다수의견에 의하더라도 세월의 경과 등에 따라 원·피고 쌍방의 책임의 경중을 엄밀히 따지는 것이 더 이상 무의미하여 원고의 유책성이 그 이혼청구를 배척해야 할 정도로 남아 있지 아니하다고

볼 여지가 있으므로, 이러한 사정도 사실심법원의 심리를 통해 가려야 할 필요가 있다.

특히 이 사건에서는 비록 중혼적 사실혼관계에서이지만 부모의 양육이 필요한 미성년의 딸이 있음을 고려하여야 한다. 가정은 단순히 부부만의 공동체에 그치는 것이 아니고 자녀의 공동생활을 보호하는 기능도 가지므로, 혼인의 유지 또는 해소를 결정할 때에는 자녀의 복리를 우선적으로 고려할 필요가 있는데, 자녀의 복리는 현재 실질적으로 형성되어 있는 생활관계를 기반으로 하여 실현될 수 있다. 중혼적 사실혼관계를 법률혼보다 보호할 수는 없음이 원칙이라 할 것이지만, 이미 법률혼의 실체가 소멸하여 외형만 남아 있는 반면 사실혼이 혼인으로서의 실체를 갖추고 있는 경우에는 그 사실혼관계에서 출생한 자녀의 복리를 위해서라도 그러한 실질에 적합한 법률관계를 형성할 수 있도록 배려할 필요가 있다. 혼인의 실체가 소멸하고 회복이 불가능함에도 부부 사이의 갈등 내지 감정적인 대립 등으로 그 외형만을 유지시킴으로 인하여 후대인 미성년 자녀의 정상적인 성장에 악영향을 미치거나 복리를 해치는 결과를 낳지 아니하도록, 선대의 외형뿐인 법률관계를 실체에 맞추어 합리적으로 정리하는 미래지향적인 방안을 고려함이 타당하다.

그럼에도 원심은 위와 같은 사정들을 제대로 살펴보지 아니한 채 그 판시와 같은 이유만으로 원고의 청구를 기각하고 말았는바, 이러한 원심판결에는 제6호 이혼사유 및 유책배우자의 재판상 이혼청구 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 따라서 원심판결은 파기되어야 한다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 찬성할 수 없음을 밝힌다.

재판장
대법원장
양승태

대법관 민일영
대법관 이인복
대법관 이상훈
주심 대법관 김용덕
대법관 박보영
대법관 고영한
대법관 김창석
대법관 김신
대법관 김소영
대법관 조희대
대법관 권순일
대법관 박상옥