

離婚法改正에 관한 考察

曹 定 鎬*

I. 序言

一般的으로 婚姻解消의 原因으로는 配偶者의 死亡과 離婚을 들 수 있다. 그 중 離婚은 법률상 유효하게 성립한 婚姻을 생존배우자간에 있어서 그들의 協議에 의하여 또는 裁判上의 節次를 거쳐서 혼인관계를 절대적으로 소멸시켜 夫婦의 身分關係로 인한 법률상의 효과를 소멸케 하는 것을 말한다. 이러한 관계는 혼인의 본질에서 본다면 확실히 정상적이 아니며 또한 병리적 현상이다. 원래 婚姻은 종생의 공동생활을 목적으로 하기 때문에 중도에서 인위적으로 혼인관계를 해소시킨다는 것은 예외적 현상임에는 틀림없다. 그러나 오늘날 특수한 국가를 제외하고는 모든 국가가 법률로써 이를 인정하고 있으며, 이는 近世에 있어서의 個人主義·自由主義 및 平等思想의 產物인 것이다.

이와 같이, 離婚은 婚姻의 본질에서 본다면 확실히 정상적이 아닌 것은 틀림없으나, 한편으로 볼 때 사실상 아무리 해도 유지할 수 없는 혼인관계를 억지로 법률상 유지시켜 당사자를 구속한다는 것은 非人道的이며 離婚보다 더한 비극을 초래할 위험성이 있다. 그래서 오늘날 거의 모든 국가가 法律로써 일정한 형식의 離婚을 인정하고 있는데 이러한 近代의 形態의 離婚이 인정 되기까지에는 離婚法史上 많은 변천을 거듭해 왔다.

* 嶺南大學校 法科大學 教授, 法學博士

우리 民法은 1960년 1월 1일부터 시행되어 왔고, 그 중 특히 家族法은 父系血統中心의 家父長制 家族制度原理에 기초하여 호주상속강제주의와 동성동본불혼의 원칙의 두 근간이 철저히 자리잡고 있었다. 그러나 이러한 우리의 가족법도 시대적 요구에 따라 兩性平等意識이 고조되어 지난 1977년과 1989년말에 大改正이 있었다. 특히 1989년 12월 19일의 가족법개정(1991년 1월 1일 시행)은 종래의 가족법개정과는 달리 우리 나라 가족제도의 일대변혁을 가져왔으며 離婚法分野에서도 많은 변화를 가져 왔다. 이를테면 面接交渉權制度(제837조의 2)와 財産分割請求權制度(제839조의 2)의 신설, 離婚後의 母의 親權認定(제909조)등을 들 수 있으나 離婚原因의 改正은 없었다.

세계적으로 보더라도 1960년대 후반이래 최근에 이르기까지 세계제국의 離婚法은 개정의 소용돌이 속에 있었으며, 그 변혁의 초점은 종래의 傳統的 有責離婚原因을 폐지하고 無責的 破綻主義 離婚原因의 도입이라고 볼 수 있다. 세계이혼법의 이러한 전환시기에는 구미제국을 위시하여 많은 나라에서 이혼법 개혁이 진행되어 왔고 그 결과 離婚(原因)法의 破綻主義가 세계적인 추세로 된 시기였다.¹⁾ 世界離婚法の 展開過程을 보면 종교개혁기에서 18세기 개봉기에 이르기까지의 혼인비해소주의에서 유책주의 이혼법으로의 발전(제1의 획기), 1970년의 스위스민법 제142조를 위시한 파탄주의 이혼법의 전개(제2의 획기), 적극적 파탄주의의 세계적 대두(제3의 획기- 세계이혼법의 일대전환기)로 요약될 수 있다.²⁾

無責的 破綻主義 離婚原因의 도입은 가장 보수적인 英國에서도 종래의 有責主義 離婚原因을 탈피하고 破綻主義를 중심으로 하는 새로운 이혼법을 1969년에 제정하였고(Divorce Reform Act 1969.10.22., 1971.1.1. 시행), 미국에서도 1966년의 "The joint commission on matrimonial and family law"에서 破綻主義를 채택할 것을 내용으로 하는 보고서를 필두로 하여 破綻主義的 離婚制度가 점차로 도입되어 왔다. 더욱이 1985

1) 「浦本寛雄, 破綻主義離婚法と配偶者保護の法理(1)」, 熊本學32號, 1982., p.75. 以下參照.

2) 門坂正人, 「歐米諸國における破綻主義立法の新展開について」, 中川善之助先生追悼「現代家族法大系 2」, 有斐閣, 1980, p.125 以下.

년에는 최후까지 유책주의에 머물고 있었던 사우스다코다州까지 破綻主義離婚으로 전환하게 됨으로서 미국全州에 걸쳐 파탄주의 이혼제도가 성립하게 되었다. 獨逸에서도 1976년의 「제1차 혼인법개정법」에 의하여 혼인법의 이혼에 관한 제규정이 BGB에 제통합됨과 동시에 이혼에 대한 完全破綻主義가 도입되고 있으며, 프랑스에서도 1884년 이래 有責主義離婚原因만을 고집하다가 1975년 7월 11일의 법률에 의하여 有責主義에서 破綻主義로 전환되었다. 그 밖에도 스위스민법(제142조 1항)에서, 1976년의 스코틀랜드 이혼법에서 파탄주의 이혼원인을 채택하고 있으며, 또 다소 정도의 차이는 있으나 스칸디나비아 제국, 캐나다, 오스트레일리아, 뉴질랜드 등에서도 破綻主義離婚原因을 채택하고 있다. 이와 같이, 오늘날離婚(原因)法改正은 세계적인 추세에 놓여 있으며 특히 破綻主義離婚原因은 현대 이혼법의 초점이 되고 있다.

우리 나라의 경우는 가족법이 제정 실시된 이래 35년이 경과하였고, 그 사이에 여러차례의 개정이 있었지만은離婚(原因)法の改正은 없었다. 그러나 그 동안 정치적·사회적·경제적 환경변화에 수반한 국민의식의 변화, 고도의 과학기술의 발전, 혼인 및 이혼에 대한 가치관의 변화가 많이 이루어져 왔으므로 우리離婚(原因)法도 세계의 추세에 따라 개정작업이 절실히 요구된다.

이와 같이 볼 때,離婚法改正에 임하는 기본자세로 다음의 몇가지 점을 유의하여야 할 것이다. 첫째, 婚姻과離婚觀에 대한 오늘날의 국민의 法意識과 法感情에 초점을 두어야 할 것이다. 英國의 1969년의 개정이혼법의 획기성을 가능하게 한 것도 개정준비단계에 있어서 法律委員會(The Law Commission)가 바로 이러한 국민의 법의식·법감정을 고려하여 이혼법은 국민에게 직접 간접으로 영향을 미치는 탁월한 법분야이기때문에 이혼법개정의 출발점을 국민사이의 관행과 세론에 관한 엄연한 사실로부터 출발하지 않으면 안된다고 하였다.³⁾ 둘째, 헌법(제36조 1항)이 요청하는 개인의

3) The Law Commission, "Reform of the Grounds of Divorce: The Field of Choice", Cmnd.3123, 1965, para.18.52.

존엄과 양성평등원칙에 초점을 두어야 한다. 가족에 관한 개인의 자유와 평등은 信敎의 自由 등의 自然權的 自由와는 달라 혼인제도·가족제도를 전제로 하여 제도전체속에 자리잡아 총합적으로 검토할 필요가 있다.⁴⁾ 셋째, 세계이혼법의 동향과 추세를 충분히 감안하여 積極的 破綻主義의 확립에 노력하여야 할 것이다.

본고에서는 이러한 이혼법개정의 기본자세를 감안하여 첫째 비교법적으로 중요 외국입법례를 고찰하고, 둘째 現行 協議上 離婚과 裁判上 離婚原因의 문제점을 고찰한 후 그 改正方向을 모색하려고 한다.

II. 外國立法例

1. 英國

1) 英國離婚法の 發展

12세기 중엽 이후의 영국의 혼인관계법은 교회법이 지배했기 때문에 오랫동안 교회의 전권사항이었다. 이 때에 있어서는 宗教法院에서 혼인사건을 배타적으로 관할하고 있었으므로 기독교의 혼인비해소주의에 의해서 離婚이 금지되고 오직 別居만이 인정되는데 지나지 않았다.⁵⁾ 그러나 議會에 있어서의 王은 특권으로서 혼인을 해소시킬 수 있었고, 특히 18세기 후반부터는 議會離婚이 정규적인 관례로 발전하였으나 그 절차가 너무 복잡하고 막대한 비용이 들었기 때문에 상류사회의 대부호들의 특권에 머물고 있었다.⁶⁾

영국에서 근대적 의미의 혼인제도가 채택된 것은 19세기의 婚姻選俗化運動의 결과였고, 1800년대 초기부터 혼인관계법개정운동이 일어나 결국

4) 米澤廣一, 「憲法と家族法」, JURIST No.1059, 1995.1.1-15日號, p.6.

5) Pollock and Maitland, The History of English Law, Vol. II, 1959ed., p.367; E.L.Johnson, Family Law, 1958, pp.1-5.

6) Rheinstein, The Law of Divorce and The Problem of Marriage Stability, Divorce and The Law, 1972, p.24.

1857년에 婚姻事件法 (Matrimonial Causes Act, 1857)의 離婚法이 통과되어 1858년 1월 1일부터 시행되었다.⁷⁾ 이것이 영국사상 최초의 근대적 의미의 이혼법이었으며 Dicey교수는 이 법을 지칭하여 개인적 자유주의의 승리의 산물이라고 평하고 있다.⁸⁾ 이 1857년법에서는 혼인과 이혼사건을 관할하게 되는 법원을 새로 창설해서 재판권을 종래의 종교법원으로부터 새로운 세속화된 이혼법원으로 옮겼으며, 姦通만을 유일한 이혼원인으로 하는 재판이혼이 이때에 처음으로 인정되었다. 그러나 이 때의 이혼원인은 남녀가 불평등하였고, 이를테면 妻는 단 1회의 姦通을 범해도 夫에게 이혼권이 부여되었으나, 夫의 姦通은 姦通이외에 近親姦, 重婚, 強姦, 鷄姦, 獸姦, 虐待, 遺棄 등 일정한 사유가 있는 것을 妻가 입증하지 않으면 안되었다. 이러한 이혼원인의 성차별이 해소된 것은 1923년법 (Matrimonial Causes Act, 1923)에 이어 1937년법 (Matrimonial Causes Act, 1937)의 개정에서 이루어졌다.

이 개정법에서는 姦通외에 3년이상의 遺棄, 虐待, 不治의 精神病, 夫의 強姦, 鷄姦, 獸姦, 7년이상의 生死不明 등을 이혼원인으로 규정하고 경솔한 이혼방지를 위해서 이혼의 소를 제기할 때는 원칙적으로 혼인 후 3년이 내는 허용되지 않았다.⁹⁾ 이러한 이혼법개정은 그 후에도 1950년의 이혼법개정 (Matrimonial Causes Act, 1950)과 1957년의 이혼원인규칙 (Matrimonial Causes Rules, 1957)에서 계속하여 이혼관계법이 개정되어 왔다.¹⁰⁾

2) 英國의 改正離婚法

현재의 英國의 1969년 개정이혼법 (Divorce Reform Act, 1969)은 1951년부터 20여년의 끈질긴 개정운동의 결과로 얻어진 산물이며, 그 특

7) D. Lasok, The Grounds of Divorce in Transition, 2 Solicitor Quarterly, No.4, 1963, p.300-301.

8) Dicey, Law and Public Opinion in England in the Nineteenth Century, 2nd ed, 1905, p.247.

9) 戒能民江, 「イギリスの家族法」, 黒木三郎監修, 世界の家族法, 敬文堂, 1991., p.11.

10) Reinstein, Id., pp.319-320.

정은 종래의 傳統的 有責主義 離婚原因을 과감히 버리고 유일한 이혼원인으로 破綻主義로 전환하였다는 데에 큰 의의를 찾을 수 있으며, 이 법은 1971년 1월 1일부터 시행되었다.¹¹⁾ 그러나 이 1969년의 破綻主義를 근간으로 하는 신이혼법이 성립될 때까지만 해도 구이혼법에서는 破綻主義가 인정되지 않았으나 다만 判例에서는 이를 인정하고 있었던 사례가 보여진다.¹²⁾

1969년의 개정이혼법 제1조는「혼인이 회복될 수 없을 정도로 파탄되었을 것」이라고 하여 破綻主義를 유일한 이혼원인으로 규정하고 있다. 이 경우의 破綻의 인정에 있어서는 다음의 다섯가지의 사유중 어느 하나에 해당되지 않으면 안된다. 즉

① 同居하기에는 참기 어려운 姦通을 범하여 동거생활이 참을 수 없는 상태에 있는 경우

② 同居를 합리적으로 기대할 수 없는 행동

③ 2년 이상의 유기

④ 2년이상 별거하고 당사자가 이혼에 합의한 경우

⑤ 당사자가 5년이상 별거한 경우 등이다.

위의 ①②③의 사유는 종래의 有責的 離婚事由와 큰 차이가 없으나, ④⑤의 사유는 새로이 부가된 이혼원인이다. 특히 ④의 사유의 2년별거는 당사자쌍방의 합의를 요건으로 하는 合意離婚이라 할 수 있고, ⑤의 사유의 5년별거는 상대방의 동의를 요하지 않는 동의없는 이혼 즉 強制離婚 혹은 單意離婚이라 할 수 있다. 더욱이 5년별거의 경우에는 被告가 離婚한 결과「被告에게 중대한 재산상 기타의 고통이 생길 뿐만 아니라 모든 사정을 고려해서 혼인의 해소가 부당한 경우」에는 이혼판결에 대해서 異議申請을 제기할 수 있도록 되어 있다.¹³⁾ 이 때에는 법원은 당사자의 행위 등 제반사정을 고려하여 이혼의 당부를 판단하지 않으면 안된다. 그리고 ④⑤사유

11) Reinstein, Id., p.347.

12) W. Friedmann, Law in a Changing Society, 1964., p.179; 韓瑋熙, 比較離婚法, 一潮閣, 1976., p.63.

13) 戒能民江, 前掲書, p.12.

두 경우에는 법원은 피고의 신청이 있으면 원고가 피고에게 행한 재산분여가 「합리적이고 공정하며 그 상황에서 최선의 것」임이 인정되지 않는 한 이혼의 절대판결을 유보하여야 한다. 특히 未成熟의 子(16세 미만의 子, 취학중인 18세미만의 子)가 있는 경우에는 법원은 판결전에 子의 복지를 위하여 이혼당사자 사이에 행하여진 결정이 그 상황아래서 최선의 것인지 아닌지를 결정하여야 한다.¹⁴⁾

2. 獨逸

1) 獨逸離婚法の 發展

독일에 있어서는 현행법상 婚姻의 破綻을 유일한 이혼원인으로 규정하고 있다(BGB 제1565조 1항). BGB 이혼법에서는 이혼법제정 이래 協議離婚制度는 인정되지 않고 모든 이혼은 법원의 판결에 의한 裁判上の 離婚만을 인정하고 있다(BGB 제1564조). 제정당시의 BGB 離婚法은 精神病을 이혼원인으로 하고 있었던 특징은 볼 수 있으나 전체적으로 볼 때는 有責主義(Verschuldungsprinzip)的 離婚法이었다. 1938년의 나찌스치하에 제정된 婚姻法(Ehegesetz)에서는 生殖拒絶·生殖不能 등의 사유가 이혼원인으로 첨가됨과 동시에 당사자의 유책성을 문제삼지 않는 破綻主義(Zerrütungsprinzip)的 離婚原因이 도입된 바 있다(1938년법 제55조).

그리고 제2차세계대전 후 1946년의 혼인법 개정에서는 민족주의적 색채는 일소되었으나 파탄주의 이혼원인만은 기본적으로 그대로 유지되었다(1946년법 제48조). 그 후에도 1968년부터 혼인법개정에 착수하여 1976년 6월 14일의 「第1次婚姻法改正法」(Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts)에 의해서 혼인법의 이혼에 관한 제규정이 BGB에 제 통합됨과 동시에 이혼에 관한 完全破綻主義가 채택되게 되었다.¹⁵⁾

14) 湯澤純彦外5人, 「世界の離婚その風土と動向」, 有斐閣, 1979, p. 12.

15) 岩志和一郎, 「ドイツの家族法」, 黒木三郎監修, 前掲書, p. 54.

2) 1946년 離婚法上的 離婚原因

1946년의 이혼법은 재판상 이혼만을 인정하고 있으며, 有責離婚原因으로는 ① 姦通(제42조), ② 重大한 婚姻上的 過誤(제43조), 無責離婚原因으로는 ① 精神障으로 인한 행위, ② 精神病(제45조), ③ 傳染性 疾病 기타 惡疾(제46조), 破綻主義 離婚原因으로는 객관적인 婚姻破綻事實(제48조)등으로 구분된다.¹⁶⁾

3) 1976년 新離婚法上的 離婚原因

1976년의 新離婚法은 1946년의 法과 같이 裁判上的 離婚만을 인정하고 있으며, 특징적인 것은 종래의 유책주의 이혼원인은 모두 삭제하고 破綻主義만을 유일한 이혼원인으로 채택하고 있는데 있다(BGB 제1565조).¹⁷⁾ 婚姻의 破綻이란 일반적으로 부부공동생활이 존재하지 않을 뿐만 아니라 부부공동생활을 회복하는 것이 도저히 기대될 수 없는 상태에 있는 것을 말한다(BGB 제1565조 1항). 혼인파탄을 인정하는데 있어서 法院은 부부생활의 내부간섭을 피하기 위하여 일정기간의 別居를 客觀的 徵表로 삼아 혼인파탄을 추정하게 되며 그 추정에 대해서 당사자는 異議를 제기할 수 없다. 그리고 이 경우의 別居란 부부간에 동거공동생활이 존재하지 않고 부부의 일방이 혼인공동생활을 거절하여 공동주거에서의 동거공동생활을 회복하려고 하지 않는 명백한 상태를 말한다(BGB 제1567조).

현행법상의 이혼원인은 다음과 같다.

(가) 一定期間의 別居를 요건으로 하는 離婚

- ① 부부가 1년이상 별거하고 부부쌍방이 이혼을 청구하거나 또는 상대방이 이혼에 동의하는 때(合意離婚, BGB 제1566조 1항).
- ② 부부간에 이혼의 합의가 없는 경우라도 부부가 3년이상 별거하고 있을 때(BGB 제1566조 2항).

16) 韓瑋熙, 前掲書, p.62.

17) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Familienrecht, 1978., S. 612.

(나) 婚姻繼續의 苛酷을 요건으로 하는 離婚

別居의 繼續을 요건으로 하는 이혼외에도 부부의 별거기간이 1년미만인 때에는 원칙적으로 이혼을 인정하지 않으나, 이 경우에도 예외적으로 혼인의 계속이 상대방의 신상에 존재하는 원인때문에 기대하기 곤란한 苛酷함이 있는 때에 한하여 이혼이 인정된다(BGB 제1565조 2항). 이를테면, 부부일방의 상대방에 대한 학대가 있는 경우 등이다.

(다) 離婚苛酷條項

혼인의 파탄이 확정된 경우라도 다음의 두 가지 경우에는 이혼이 허용되지 않는다(BGB 제1568조 1항).

① 혼인의 계속이 그 혼인으로 인하여 출생한 미성년자의 이익을 위하여 특별히 예외적으로 필요한 때

② 이혼청구의 상대방편에서 보아 특별한 사정이 있어 이혼이 현저히 가혹하고 또 청구인의 이해관계를 고려해 볼 때 혼인의 계속이 예외적으로 필요한 때

이러한 離婚苛酷條項의 적용에 있어서는 判例는 극히 신중한 태도를 취했으며 현실적으로 이혼이 기각된 예는 드물다. 더욱이 ②의 사유의 경우에는 부부가 5년이상 별거했을 경우에는 적용되지 아니한다는 규정이 있었으나 연방헌법재판소에 의해서 위헌결정이 내려진 후 1986년의 「扶養法變更法」에 의하여 삭제되었다.¹⁸⁾

3. 프랑스

1) 프랑스離婚法の 發展

프랑스는 오랫동안 로마 카톨릭의 영향하에 놓여 있었기 때문에 教會法上的 婚姻非解消主義에 근거하여 이혼은 일반적으로 금지되어 왔다.¹⁹⁾ 이

18) 岩志和一郎, 前掲書, p.55.

19) 韓瑋熙, 前掲書, p.21.

와 같이 프랑스古法에서는 이혼이 허용되지 않았지만 別居(Séparation de corps)와 婚姻無效의 가능성은 인정되어 왔으며, 1791년의 프랑스革命憲法은 혼인을 시민간의 민사계약으로 보고²⁰⁾ 교회아닌 국가가 혼인법을 제정해야 한다고 선언하였고, 이에 따라 제정된 혁명기의 1792년 9월 20일의 법률은 처음으로 이혼을 승인하고 법정사유이혼 뿐만 아니라 성격 불일치에 의한 이혼이나 협의이혼까지 포함하는 광범위한 이혼을 인정해 왔다.²¹⁾

1804년의 나폴레옹 민법전은 중도방법을 택하여 이혼자유 원칙은 그대로 유지하되 성격불일치에 의한 이혼사유는 폐지하고 有責離婚의 법정사유수를 줄이고 엄격한 요건과 절차에 의한 協議離婚만을 남겨 두었다. 그러나 부르봉 왕조의 왕정복고로 1816년 5월 8일의 법률은 다시 이혼을 금지 했고, 1884년 7월 27일의 법률은 유책주의적 재판이혼만을 부활시키고 협의이혼은 인정하지 않았다. 그 후 1941년 4월 2일의 법률에 의해서 이혼을 억제하려고 노력했지만 法院은 오히려 이혼사유를 실질적으로 확대해석하고 나아가서는 협의이혼이 유책이혼을 가장하는 것까지 차츰 인용하게 됨으로써 이혼법개혁의 소리가 높아지게 되었다. 이렇게 하여 1975년의 新離婚法은 이혼의 방식을 다양화함과 동시에 이혼법의 원리를 「裁判으로서의 離婚」, divorce-sanction(유책주의)으로부터 「救濟로서의 離婚」, divorce-remède(破綻主義)으로 전환하게 되었다.²²⁾

2) 1975년 新離婚法상의 離婚原因

프랑스에서는 1975년 「離婚의 改革을 규정하는 法律」²³⁾을 제정함으로써 이혼법이 전면적으로 개정되었다. 이 新離婚法의 특징은 혼인은 부부일방의 사망 또는 적법하게 선고된 이혼에 의하여 해소되며(제227조), 이혼 사유로는 ① 相互同意에 의한 離婚 ② 共同生活의 破綻에 의한 離婚 ③ 有

20) Rousseau, Le Contract Social, 1762, Liv.4, Chap.8.

21) Rheinstein, Id. p.201-205.

22) Reinstein, op. cit., p. 215. 大野博實, 「フランスの 家族法」, 黒木三郎監修, 前掲書, p.116-117.

23) 法第617號. 民法典 第1編 第6章 離婚, 1975.7.11. 公布, 1976.1.1. 施行.

有責離婚의 세 가지 경우가 있다(제229조).

新離婚法上の 離婚原因은 아래의 3種 6態樣이 인정되고 있다.²⁴⁾

(1) 相互同意에 의한 離婚 divorce par consentement mutuel

① 夫婦의 공동신청에 의한 離婚(協議離婚) divorce sur demande conjointe des époux(제230조-232조)

② 夫婦의 일방이 신청하고 타방이 認諾하는 離婚(認諾離婚) divorce demande par époux et accepté par l'autre(제233-236조)

(2) 共同生活의 破綻에 의한 離婚 divorce pour rupture de la vie commune (제237조 이하)

① 계속된 사실상의 別居에 의한 離婚(破綻離婚) divorce par séparation de fait continue.

② 정신적 능력의 감퇴에 의한 離婚(精神病離婚) divorce pour altération de facultés mentales

(3) 有責離婚 divorce pour faute(제242조 이하)

① 일방적 과오에 의한 離婚(一方的 有責離婚) divorce pour torts exclusifs

② 쌍방적 과오에 의한 離婚(雙方的 有責離婚) divorce pour torts partagés

協議離婚의 경우는 부부는 공동으로 限時的 合意案과 終局的 合意案을 작성하여 이것을 이혼신청서에 첨부하여 제출하여야 한다(제230조 1항, 253조 1항). 재판관은 부부쌍방의 의사가 진실하고 부부각자의 자유로운 동의를 얻은 것으로 心證을 얻은 경우에는 이혼을 선고함과 동시에 이혼의 제결과를 정하는 합의를 인가한다(제232조 1항). 그러나 혼인 후 최초 6월이내는 協議離婚을 청구할 수 없다(제230조 3항). 또 부부의 이혼의사

24) 大野博實, 前掲書, p.117-119.

가 확고한 경우 재판관은 3월의 숙려기간을 주고 그 숙려기간의 만료후 6월내에 청구의 갱신이 없으면 공동청구는 실효한다(제231조 2항, 3항). 재판관은 그 합의가 자녀나 부부일방의 이익을 유지하는데 불충분하다고 인정되는 경우에는 인가를 거부하고 이혼을 선고하지 않을 수 있다(제232조 2항).

認諾離婚의 경우는 부부의 일방이 공동생활을 유지할 수 없는 사유들을 들어 이혼을 청구하고(제233조), 상대방이 재판관의 면전에서 그 사유를 인정하는 경우에 과오의 배분을 고려하지 않고 이혼을 선고한다(제234조). 그러나 상대방이 그 사유들을 인정하지 않을 때에는 이혼이 선고되지 않는다(제235조).

破綻離婚의 경우는 부부가 6년전부터 사실상의 별거상태에 있을 때에 부부의 일방은 공동생활의 계속적 파탄을 이유로 이혼을 청구할 수 있다(제237조). 이혼을 청구하는 부부의 일방은 그 모든 부담을 진다(제239조). 한편 타방은 이에 대한 반소청구가 인정된다(제241조 2항).

精神病離婚은 배우자의 정신적 능력이 6년전부터 현저히 감퇴되어 부부 공동생활이 존재하지 않고 장래에도 회복가능성이 없다고 생각될 때에는 이혼을 청구할 수 있다(제238조 1항). 이 경우에 재판관은 이혼으로 인하여 배우자의 질병에 중대한 결과를 초래할 우려가 있다고 생각될 때에는 이혼청구를 직권으로 배척할 수 있다(제238조 2항).

더욱이 위의 破綻離婚·精神病離婚의 경우에는 타방배우자는 이혼이 자기 또는 자녀에게 예외적으로 가혹한 물질적·정신적 결과를 초래할 수 있음을 입증한 때에는 이혼청구는 배척된다(제240조 1항).

有責離婚의 경우는 타방의 귀책사유가 혼인의무의 중대한 위반 또는 반복된 위반을 구성할 뿐만 아니라 부부공동생활의 유지가 매우 어려운 때(제242조), 또는 형법전 제7조 소정의 중벌로서의 유죄판결을 받은 경우(제243조)에 이혼을 청구할 수 있다.

4. 美國

1) 美國家族法의 特徵

美國家族法의 현저한 法形式的 特徵으로는 다음의 세 가지를 들 수 있다.

첫째, 美國家族法의 多元性인데, 미합중국의 권한은 합중국헌법에 한정된 사항에만 미치기 때문에 기타 사항에 대해서는 州마다 독립된 권한을 갖고 있으므로 家族法을 포함한 통상의 私法領域도 기본적으로는 各州가 독자적인 家族法을 갖고 있다.

둘째, 州際私法이 차지하는 비중인데, 오늘날 미국에 있어서는 비록 기본적으로는 各州마다 상이한 家族法을 갖고 있으나 州를 초월한 인적·물적 이동이나 교류가 성행되고 있기 때문에 어떤 가족법상의 문제에 대해서 어떤 州法을 적용하는 것이 좋을 것인가 하는 州際私法이 중요한 의미를 갖고 있다. 더욱이 미국에서도 일찍이 州法統一을 목표로 하는 운동이 일어난 바 있으며 그 산물로서 家族法에 관한 것으로는 1892년의 統一州法全國委員會(National Conference of Commissioners on Uniform State Laws : NCCUSL)가 있었다. 이러한 統一州法은 그 자체로서는 전혀 효력이 없고, 各州가 부분적으로 채용·입법화하게 됨으로써 효력을 가지는데 지나지 않았다. 그 중의 하나가 1970년의 統一婚姻 및 離婚法(Uniform Marriage and Divorce Act : UMDA 1970)²⁵⁾의 제정이었는데, 이 UMDA에서 破綻主義를 채택하고 있었으나 동법안을 美國 辯護士會 家族法部(American Bar Association Family Law Section)에서 1972년 2월 7일에 거부되어 그 후에도 아직 확정되어 있지 않은 것으로 전해지고 있다.²⁶⁾

셋째, 判例法主義가 基本的 法源인 지위를 차지하고 있고, 미국 가족법은 코먼로를 계수해서 이를 수정하고 변화시키는 형태로 발전해 왔다. 계수된 코먼로자체가 시대에 따라 변화되어 왔기 때문에 계수된 법의 시기나

25) Zuckman and Fox, The Ferment in Divorce Legislation, 12Fam.L.J.No4, 1973, p.559.

26) 村井衡平, 「アメリカにおける離婚原因の變化」, ジュリスト(No.665), 78.6.1., p.64; 韓瑋熙, 「破綻主義 離婚原因의 諸問題」, 現代民法學의 諸問題, 博英社, 1983, p.723.

내용도 州마다 다르다.

그리고 美國家族法도 서구제국과 같이 요즈음 20-30년 사이에 많은 문제점이 제기되어 지금까지 지배적이었던 가족관이나 이에 입각한 가족법이 많이 변용되고 있다. 이러한 변화현상은 일시적인 것으로 보기는 어려우며 美國의 家族觀·家族法の 전환이라고 볼 수 있다.²⁷⁾

2) 離婚原因

美國은 英國의 有責主義 離婚制度를 계수했다. 그래서 근년에 와서는 그 離婚原因으로는 일반적으로 姦通·虐待(精神的, 肉體的)·遺棄·性交不能·알콜中毒·精神病 등이 인정되어 왔으나 州에 따라 시대에 따라 상의하였으며, 이를테면 뉴욕州에서는 姦通만이 인정되어 왔다. 이러한「非行」이라도 互責(recrimination)·宥恕(condonation)·慫慂(connivance)·通謀(collusion)·挑發(provocation) 등의 離婚請求 棄却事由가 없는 경우에만 법원에 의해 이혼이 인정되어 왔다. 이 가운데 通謀의 경우에는 당사자의 주장이 없더라도 법원이 독자적으로 조사하고 판단할 수 있었으나 실질적으로는 법원은 통모인정에 있어서 소극적이었으며 당사자의 합의에 의하여 이혼청구소송을 허용하게 됨으로써 사실상 일종의 協議離婚을 인정한 셈이 되어 엄격한 有責主義 離婚制度의 요건은 완화된 셈이다.

이와 같은 엄격한 有責主義 이혼제도도 혼인관의 변화나 위에서 말한 바와 같은 脫法的 離婚增加를 배경으로 하여 비판의 소리가 높아 1966년의 뉴욕州的 개정을 필두로 破綻主義的 離婚制度가 도입되기 시작하였다. 그래서 1985년에는 최후까지 有責主義에 머물고 있었던 사우스다코타州가 破綻主義로 전환하게 됨에 따라 美國全州에서 破綻主義 離婚制度가 성립하게 되었다.

各州의 새로운 離婚原因은 각양각색이나 전통적인 有責離婚原因에다 어떤 無責離婚原因을 첨가하는 형태를 취하는 州와, 순수한 無責離婚原因만을 인정하는 州로 대별되나 전자가 다수를 차지하고 있다. 無責離婚原因으

27) 鈴木龍也, 「アメリカの家族法」, 黒木三郎監修, 前掲書, p.285-287.

로는 「回復하기 어려운 婚姻破綻」, 「性格不一致」, 「一定期間의 別居」 등이 있다.²⁸⁾

Ⅲ. 民法上の 離婚原因改正

1. 우리 나라 離婚制度의 發展

우리 나라에 있어서의 이혼제도는 조선왕조시대에는 전통적인 家父長制度 아래 유교사상에 근거하여 상류계급에 있어서의 「七出三不去」와 「義絶」이 있었으나, 근대적인 이혼제도로서의 協議離婚制度和 裁判上の 離婚制度는 日帝가 침략한 이후에 생긴 일이다.²⁹⁾

協議離婚은 日政時代(1910년-1945년)에는 1918년 4월 11일 京城覆審法院判決³⁰⁾이 있었고, 또 1921년에 舊慣 및 制度調査委員會決議가 協議離婚의 慣習을 인정한 바 있다. 이러한 協議離婚의 관습법을 전제로 하여 1922년에 制令 제13호로 朝鮮民事令을 개정하여 同令 제11조 2항에서 「協議離婚은 이를 시장, 구청장 또는 읍면장에게 신고함으로써 그 효력이 발생한다」고 명문으로 추가하여 1923년 7월 1일부터 시행되어 왔다.³¹⁾

이와 같이, 우리 민법은 일본민법의 영향을 받은 구법을 그대로 계승하여 協議離婚制度를 인정하여 왔는데, 이 제도는 당시 일본민법과 동일한 내용이었기 때문에 그 불합리한 점을 시정하기 위하여 1963년 7월 31일 호적법을 개정하여 協議離婚申告의 경우에 호적 공무원에게 「實質的 審査制度」(戶79조의 2)를 둔 바 있다. 그러나 그 절차가 너무 형식적이었기 때문에 1977년 12월 31일의 민법개정으로 協議離婚申告의 경우에는 家庭法院의 確認을 받도록 하여 오늘에 이르고 있다.

28) 鈴木龍也, 前掲書, p.296.

29) 金鳴洙, 親族相續法, 法文社, 1995., p.187.

30) 京城覆審判, 大正7年(1918年) 4月11日, (南雲幸吉, 現行朝鮮親族相續法類集, 1939, p.167).

31) 鄭光鉉, 韓國親族相續法講義, 1957, p.206.

裁判上の離婚制度도 마찬가지로 일본구민법이 依用되어 그 離婚原因은 有責主義에 입각한 列舉制限主義의인 것이었다. 그러나 현행 우리 민법은 이와는 달리 남녀평등원리에 입각하여 離婚原因에 있어서 個別的 離婚原因과 抽象的(相對的) 離婚原因을 병존시킴으로서 현대 離婚法의 새로운 경향인 破綻主義(目的主義)를 도입하게 되었다.³²⁾

2. 協議上 離婚의 改正

1) 協議上 離婚의 內容

현행 민법상의 協議離婚은 당사자 쌍방의 자유로운 離婚意思의 합치에 의하여 성립되며(제834조) 家庭法院의 確認을 받아 호적법에 정한 바에 의하여 당사자 쌍방과 성년자인 證人 2人의 連書한 書面으로 신고함으로써 그 효력이 생긴다(제836조)고 규정하고 있다.

이와 같이, 우리 나라의 協議上 離婚은 1977년의 민법의 일부개정으로 인하여 家庭法院에 의한 이혼의사의 확인제도를 인정한 결과 ① 당사자의 이혼합의 ② 가정법원의 확인 ③ 협의이혼신고의 세 가지 절차를 밟아야 한다. 이러한 절차는 종래의 無因, 無責의 私的自治에 의한 協議離婚制度에 대해서 가정법원의 관여를 인정하는 이혼확인제도로 변하게 함으로써 離婚에 대한 억제와 신증성을 기하고 동시에 破綻主義에 대한 제한을 기하기도 한다.

協議離婚申告는 가정법원의 확인을 받은 날로부터 3월 이내에 確認書의 謄本을 첨부하여 행하여야 하며, 위의 기간이 경과한 때에는 가정법원의 확인은 그 효력을 잃는다(戶70조의 2 제2항, 3항). 만약 확인이 없는 신고가 수리된 때에는 그 離婚은 무효로 보아야 할 것이다. 그리고 離婚意思撤回申告書가 제출된 후의 이혼신고는 무효이다.³³⁾

32) 韓瑋熙, 前掲書, p.35.

33) 大判 1994.2.8., 93도2869, 法院公報 965號, p.1042.

2) 協議上 離婚의 改正方向

우리 민법이 協議離婚을 할 때에 家庭法院의 確認制度를 마련하고 있지만, 과연 이 제도만으로서 離婚夫婦의 미성년자에 대한 친권행사자의 지정, 子의 양육에 관한 협의(제837조), 子에 대한 면접교섭권(제837조의 2), 재산분할청구권(제839조의 2)과 같은 일련의 제규정들과 관련지어 볼 때 얼마만큼 신중을 기하고 離婚當事者와 子의 이익을 보호하기 위하여 적절히 운용될 것인가 하는 문제가 남아 있다.

家庭法院의 確認過程에 있어서 법관의 심사에는 시간적·인적·장소적 제약이 따르기 마련이다. 혼인가족의 안전을 도모하기 위해서는 부부간의 이혼의사자유를 확보하는 것도 중요하지만, 이혼에 수반하는 재산관계나 子의 이익과 복리를 위해서 합리적인 조치를 강구하고 보장하는 것도 또한 입법정책상 중요한 과제이다.³⁴⁾

이러한 관점에서 볼때 協議離婚制度의 합리적인 개선책으로 다음의 몇가지를 주장하고 싶다.

① 협의이혼신고전에 이혼의사의 公的確認을 구하기 위하여 부부의 자주적 해결원조서비스를 하는 民間相談機關을 도입하여 1次的 確認制度를 운영하는 방법이 고려되어야 할 것이다.

② 일정한 기간을 두어 수차에 걸친 숙려기간을 마련함으로써 이혼의 신중성을 기하고 이혼을 억제할 수 있는 계기를 마련하여야 할 것이다.

③ 이혼 후의 생활보장이나 기타 이에 수반되는 문제들을 보다 더 확실하게 하기 위하여 이혼수속 중에 子의 養育問題나 財産分割問題를 충분히 협의해서 이혼 후에 일어날 수 있는 제문제를 사전에 합리적으로 해결하여야 할 것이다. 왜냐하면 예를 들어 현행 민법상의 재산분할청구권행사는 협의상 이혼한 자의 일방은 다른 일방에 대하여 재산분할을 청구할 수 있다(제832조의 2, 1항)는 규정만으로는 당사자의 力關係로 볼때 경제적 약자인 일방으로 볼때는 공평한 조치라고 보기는 힘들다. 따라서 이혼수속중에 이혼효과의 一括·適正解決을 義務化시키는 것이 바람직하다고 본다.

34) 上野雅和, 「協議離婚の問題點」, *ジュリスト*(No. 1059), 1995.1.1-15日號, p.58. 參照

3. 裁判上 離婚原因의 改正

1) 裁判上 離婚原因의 內容

裁判上 離婚은 법률상 정하여진 離婚原因에 입각하여 夫婦의 일방이 청구하는 離婚이다. 구민법은 離婚原因을 限定的으로 표시하였으나(구민 제 813조), 민법은 이른바 「相對的 離婚原因主義」를 채택하여 예시한 個別的 離婚原因 이외에 「婚姻을 계속하기 어려운 重大한 事由」라는 相對的 離婚原因을 인정하고 있다. 즉 민법상의 裁判上 離婚原因(제840조)을 보면, ① 配偶者の 不貞한 行爲(동조 1호) ② 配偶者の 惡意의 遺棄(동조 2호) ③ 配偶者 또는 그 直系尊屬에 의한 심히 不當한 待遇(동조 3호) ④ 自己의 直系尊屬에 대한 配偶者の 심히 不當한 待遇(동조 4호) ⑤ 配偶者の 3년 以上の 生死不明(동조 5호) ⑥ 기타 婚姻을 계속하기 어려운 重大한 事由(동조 6호) 등이다.

이러한 裁判上 離婚原因을 볼 때 제1호 내지 제5호에서는 個別的 離婚原因으로서의 絶對的, 具體的 離婚原因인 有責主義 離婚原因을 규정하고 있고, 제6호에서 相對的, 抽象的 離婚原因으로서의 破綻主義를 규정하고 있다. 이와 같이 우리 민법상의 裁判上 離婚原因은 有責主義와 破綻主義를 병용하고 있는 셈이다.

2) 裁判上 離婚原因의 改正方向

① 오늘날 세계각국의 離婚法은 앞에서도 언급한 바와 같이 離婚原因에 관하여 破綻主義를 채택하고 있다. 破綻主義下에서는 이혼당사자의 有責의 原因이 문제되는 것이 아니고 「婚姻을 계속하기 어려운 重大한 事由」가 되느냐 안되느냐 하는 것이 중요한 문제가 된다. 破綻主義下에서는 個別的 離婚原因은 밖으로 나타난 表面的 離婚原因에 불과하고 離婚當事者の 深層에 놓여 있는 實際的인 原因은 아닌 것이다.³⁵⁾

35) Rheinstein, The Law of Divorce and The Problem of Marriage Stability, 9 Vanderbilt

이러한 관점에서 볼 때, 현행민법 제840조의 제1호 내지 제5호의 個別的 離婚原因은 제6호의 例示로 보아야 하고, 제6호의 「婚姻을 계속하기 어려운 重大한 事由」로 될 때에 한하여 이혼사유가 된다고 보아야 하기 때문에 이러한 例示條項을 구체적으로 규정할 필요가 없을 것이다.

② 특히 동조 제3호 내지 제4호의 離婚原因은 외국에서는 볼 수 없는 우리 나라 특유의 전통적 대가족제도에 근거한 특수한 離婚原因이며 일종의 間接的 離婚原因이다.³⁶⁾ 민법상의 이혼원인규정은 有責主義와 破綻主義를 병용하고 있는 셈이지만 破綻主義에 입각한 것이므로 위의 제3호 내지 제4호의 離婚原因은 배우자의 직계존속으로부터 또는 자기의 직계존속에 대한 심히 부당한 대우로 말미암아 부부관계의 유지나 계속이 기대될 수 없는 정도로 破綻된 경우에 비로소 離婚이 허용되어야 할 것이며 더욱이 이 이혼사유는 봉건적 가족제도의 유물로서 현대적 사회생활에서는 적합하지 않다.³⁷⁾ 그러므로 동조 제3호 내지 제4호의 離婚原因은 더 더군다나 제6호의 사유에 포함되는 성질의 것이기 때문에 별도로 규정할 필요성을 느끼지 않는다.

③ 破綻主義의 積極的 導入

離婚原因法改正의 가장 중요한 과제는 「相對的 離婚原因主義」를 극복하고 破綻主義를 積極化 하는데 있으며 또한 시대적 요청이다.

英國의 1969년 改正離婚法도 종래의 전통적 有責主義 離婚原因을 과감히 버리고 破綻主義를 유일한 離婚原因으로 규정하고 있고, 서독의 1976년 新離婚法도 종래의 有責主義 離婚原因을 모두 버리고 破綻主義를 유일한 離婚原因으로 규정하고 있고, 프랑스의 1975년 新離婚法에서도 공동생활의 파탄에 의한 이혼을 인정하고 있고, 美國에서도 1985년 이래 破綻主義 離婚制度가 성립되고 있다. 이와 같이 거의 모든 국가에 있어서의 婚姻과 離婚에 관한 국민의식이 積極的 破綻主義라는 새로운 離婚法 理論이 제창되어 있고 破綻主義의 積極化를 지향하고 있다는 점에 있어서는 의문의

L.Rev., 1956., p.638.

36) 韓球熙, 前掲書, p.56.

37) 金鳴洙, 前掲書, p.206.

여지가 없다.

이와 같은 관점에서 생각해 볼 때, 離婚原因法 改正의 방향으로 「相對的 離婚原因主義」를 극복하고 「破綻主義」를 積極化하는 의미에서 近時 諸外國의 立法例에서 일반적 경향으로 되어 있는 「一定期間의 別居」와 「精神病離婚」의 도입을 생각할 수 있다.

「婚姻破綻의 徵表로서의 別居」라는 이해를 전제로 하는 別居條項은 婚姻破綻의 입증 또는 인정을 용이하게 할 뿐 아니라 이혼사건의 복잡화·장기화를 방지하는 입법상·운용상의 利點³⁸⁾이 있고, 또 離婚法思想展開의 調和的 側面에서 보더라도 독립된 규정을 두는 것이 바람직하다고 보여진다. 이 경우의 別居期間은 英國의 改正離婚法에서는 合意別居는 2년, 合意없을 때는 5년(제2조), 獨逸의 新離婚法에서는 合意別居는 1년, 合意없을 때는 3년(BGB 제1556조 2항), 프랑스의 新離婚法은 6년 이상의 別居(제237조), 美國의 대부분의 州에서는 1년을 요구하고 있다. 이와 같은 諸外國의 立法例에 비추어 볼 때, 이혼당사자의 私生活保護와 調整期間을 고려하여 5년 이상의 別居規定을 두는 것이 상당하지 않을까 생각된다.

精神病離婚은 破綻主義 離婚法의 전개과정에서 일반적으로 破綻主義 초기단계에서는 명문규정으로 등장된 바 있었으나, 破綻主義의 고도화에 수반하여 破綻主義 조항가운데서 발전적으로 해소되는 경향에 있었다. 그러나 英國의 1937년법에서의 不治의 精神病規定, 獨逸의 1946년법에서의 精神病規定, 프랑스의 1975년법에서의 精神病規定, 스위스家族法에서의 精神病規定, 破綻主義에 철저한 美國의 캘리포니아주의 離婚法³⁹⁾에서의 유일한 破綻主義條項과 精神病離婚條項 등으로 미루어 볼 때 精神病離婚條項을 두는 것이 타당하다고 생각된다.

우리 나라의 경우를 보더라도 約婚解除事由로서 不治의 精神病規定(민법 제804조 제3호)이 신설된 바 있고, 최근의 大法院判例에서도 「家庭은 단순히 夫婦만의 共同體에 지나지 않는 것이 아니고 그 자녀 등 이에 관계된

38) 浦本寬雄, 「離婚原因と破綻主義」, 家族法改正への課題, 日本加除出版社, 1993., p.199.

39) 矢澤**治, 「カリフォルニア州家族法」, 國際書院, 1989, p.130.; 櫻村政行, 「現代アメリカ家族法」, 川井健ほか編, 「講座現代家族法第1巻」, 日本評論社, 1991, p.156. 參照

모든 구성원의 共同生活을 보호하는 기능을 가진 것으로서 夫婦 중 일방이 不治의 精神病에 罹患되었고, 그 질환이 단순히 애정과 정성으로 간호되거나 豫後가 예측될 수 있는 것이 아니고 그 家庭의 구성원 전체에게 끊임없는 정신적·육체적 희생을 요구하는 것이며 경제적 형편에 비추어 많은 재정적 지출을 요하고 그로 인한 다른 가족들의 고통이 언제 끝날지 모르는 상태에 이르렀다면, 온 가족이 헤어날 수 없는 고통을 받더라도 상대방 配偶者는 配偶者間의 애정에 터잡은 의무에 따라 한정 없이 이를 참고 살아가라고 강요할 수는 없는 것이므로, 이러한 경우는 民法 제840조 제6호 소정의 裁判上 離婚事由에 해당한다고 할 것이지만,⁴⁰⁾ 현재 夫婦의 일방이 精神病的인 증세를 보여 婚姻關係를 유지하는데 어려움이 있다고 하더라도 그 증상이 가벼운 정도에 그치는 경우라든가, 回復이 可能的 경우인 때에는 그 상대방 配偶者는 사랑과 희생으로 그 병의 치료를 위하여 전력을 다하여야 할 의무가 있는 것이고, 이러한 노력도 하여 보지 않고 정신병 증세로 인하여 婚姻關係를 계속하기 어렵다고 주장하여 곧 離婚請求를 할 수는 없다⁴¹⁾고 判定하고 있다.

IV. 結 言

이상에서 英國을 위시한 세계중요국가들의 離婚法の 發展過程과 現行離婚法の 동향을 고찰하고 우리 민법상의 離婚制度和 비교검토하였으며, 우리 민법상의 協議離婚과 裁判上 離婚原因의 改正方向에 대하여 살펴보았다.

사실 세계적으로 보더라도 1960년대 후반이래 최근에 이르기까지 離婚(原因)法은 改正의 소용들이 속에 넣어 있었고, 그 變革의 주된 焦點은 종래의 有責主義的 離婚原因을 버리고 無責的 破綻主義 離婚原因의 도입이었다. 이와 같이 破綻主義的 離婚原因은 現代離婚法の 초점이 되어 있으므로

40) 大判 1991.1.15., 90ㄷ446. 法院公報 891號, p.748. 參照: 大判 1991.12.24., 91ㄷ627. 法院公報914號, p.684. 參照.

41) 大判 1995.5.26., 95ㄷ90. 法院公報 995號, p.2266.

우리 나라의 경우도 예외는 될 수 없어 완전한 破綻主義 離婚原因의 도입이 시대적 요청이며 깊은 관심사가 되지 않을 수 없다.

婚姻의 本質에서 본다면 婚姻은 원래 영속적 결합을 목적으로 하므로 離婚은 확실히 정상적이 아니고 병리적 현상임에는 틀림없으나, 그러나 婚姻의 자연적 붕괴는 매우 자연스럽고 불가피한 사실이다. 특히 사회구조가 복잡·다양화되고 사회환경변화에 따른 離婚率이 급증하고 있는 현실에 비추어 볼 때 離婚(原因)法の 改正은 매우 중요한 과제라 아니 할 수 없다.

離婚法은 국민에게 직접 간접으로 영향을 미치는 卓越한 法分野이고, 오늘날 離婚原因에 대한 세계의 추세는 破綻主義로 크게 전환되고 있기 때문에 우리 離婚法도 積極的 破綻主義趣旨의 明確化와 離婚原因法の 簡略化라는 관점에서 그 改善이 이루어져야 한다고 본다.

먼저 協議離婚의 경우에는 우리 民法上 家庭法院의 確認을 받도록 하여 協議離婚에 따른 여러가지의 폐해를 방지하도록 하고 있으나, 家庭法院의 확인은 離婚當事者의 離婚意思의 確認에 그치는 것이기 때문에 離婚에 수반하는 財産關係나 子의 利益을 위해서는 보다 더 합리적인 對策과 方法이 강구되어야 할 것이다. 그 方法으로서 ① 協議離婚을 申告하기 전에 離婚意思의 公的 確認을 구하기 위한 民間相談機構의 設置 ② 수차에 걸친 協議離婚 申告制度의 마련 ③ 財産分割請求權과 子의 養育에 대한 사전의 합리적 조치 등이 강구되어야 할 것이다.

裁判上 離婚의 경우에도 마찬가지로 有責主義를 과감히 버리고 相對的 離婚原因主義를 극복한 積極的 破綻主義의 도입이 요망된다. 破綻主義下에서의 個別的 離婚原因은 밖으로 나타난 表面的 離婚原因에 불과하고 이혼당사자의 深層에 놓여 있는 실제적인 원인은 아니기 때문에 민법 제840조 제1호 내지 제5호의 個別的·具體的 離婚原因은 구체적으로 규정할 필요를 느끼지 않는다. 특히 동조 제3호 내지 제4호의 규정은 봉건적 가족제도의 유물로서 전근대적인 규정이기 때문에 더 더군다나 별도로 규정할 필요성을 느끼지 않는다.

不治의 精神病과 別居條項은 오늘날 諸外國의 立法例에서도 破綻主義를

적극화하는 離婚原因法の 立法方式으로 채택되고 있는 것이 일반적 경향이므로 破綻主義 趣旨를 명시적으로 표현하는 의미에서 獨立規定으로 두는 것이 바람직하다고 생각된다.

결국 裁判上 離婚原因을 ① 不治의 精神病이 있는 때 ② 夫婦가 別居하고 5년 이상의 기간이 경과한 때 ③ 婚姻이 破綻되어 더 이상 婚姻을 계속하기 어려운 때로 改正하는 것이 바람직하다고 생각된다.