

# 破綻主義 離婚法の 歴史的 背景과 전망

韓 福 龍\*

## 목 차

- I. 머리말
- II. 歐美 離婚法の 歴史的 基礎
  - 1. Rome法上の 離婚法
  - 2. 교회법상의 離婚法
  - 3. 近代의 離婚法
- III. 破綻主義 離婚法の 成立
  - 1. 영국
  - 2. 프랑스
  - 3. 獨逸
  - 4. 스웨덴
  - 5. 미국
- IV. 分析과 展望
  - 1. 公同의 특징
  - 2. 개별적 특징
  - 3. 展望
- V. 맺음말

---

\* 忠南大學校 法科大學 教授 · 法學博士

## I. 머리말

1960년대부터 시작하여 歐美의 家族法體系에 미증유의 격변이 있었다. 家族法의 개혁에는 약간의 차이는 있지만 주요한 共通點의 하나는 婚姻成立과 效力 및 離婚에 대한 국가의 간섭을 대폭 제거한 것이고, 다른 하나는 離婚後 配偶者나 未成年 자녀들에 대하여 국가의 규제를 대폭 강화한 것이었다. 또한 최근의 家族法은 다양한 社會階層의 요구에 부응할 수 있도록 변화하고 있으며, 法律婚의 엄격한 成立要件을 완화하는 한편, 法律婚과 事實婚 사이의 엄격한 장벽을 허물고 있다. 재산법의 개인주의·자유주의적 측면이 현대에 이르러 수정을 받게 되는 것과 대조적으로 가족법은 이제 개인주의와 자유주의의 장점을 달리고 있다. 이러한 家族法의 변화 원인으로는 ① 경제구조의 변화 ② 성의 역할변화 ③ 형식적인 종교의 중요성 감소 ④ 혼인과 가족생활에 대한 관념의 변화 등을 들 수 있으며 그 변화의 질정은 파탄주의 離婚法의 등장이라 할 수 있다.

1960년대 중반 대부분의 産業國家에서 시작된 離婚率의 급증은 여론의 주목을 받았고, 1970년대의 離婚法改革과 離婚自由化는 널리 알려진 사실이다. 이탈리아<sup>1)</sup>와 스페인 같은 카톨릭국가에서도 民事離婚을 도입한 것은 가장 극적인 변화에 속한다<sup>2)</sup>. 이 변화의 주된 내용은 破綻主義를 채택한 것인데 이를 단순한 변화라고 부르지 않고 ‘변혁’ 혹은 ‘개혁’ 및 ‘혁명’이라고 부르는 것은 이러한 변화의 물결이 離婚事由에만 한하지 않고 이를 基礎로 家族法 전반에 영향이 크기 때문이다.<sup>3)</sup>

1) 1970년 이탈리아 혼인법 개혁의 상황은 Walter Fleig, *Die Ehescheidung in Italien Recht* (Bielefeld : Gieseking, 1975), 19-38면 참조.

2) Mary Ann Glendon, *The Transformation of Family Law*, Chicago University Press, 1988, 149면.

3) Mary Ann Glendon은 이러한 변화를 Transformation이라고 표현했고, L. Weitzmann은 ‘Revolution’으로 표현했다(*The Divorce Revolution*, Free Press, 1985). Transformation이라는 단어로 표현할 때, 이 때의 개념은 그 단어에서 주어지는 의미와 같이 일정한 형

離婚法の 변화를 가져온 원인 및 현상을 파악해 보면, 많은 사람들이 현재離婚을 행하고 있다는 사실, 離婚이 이전의 어느 때보다도 쉽게 받아들여지고 있다는 사실, 대부분의 국가에서 無責主義(破綻主義)를 채택하고 있다는 사실을 알 수 있다. 이들 세 가지는 서로 상승작용을 하고 있으며, 離婚概念에 대한 근본적인 논의를 필요로 하게 만들었다.<sup>4)</sup> 離婚의 증가현상은 가정의 安定性を 심히 위협하고 종래의 有責主義에 基礎한 離婚法으로는 이를 效果的으로 대처할 수 없기 때문에 破綻主義라는 處方策을 가져오게 한 것이다. 종래의 관념에 의하면 離婚의 자유로운 放任이라 판단될 수도 있으나, 法이 사랑을 강제할 수 없듯이 엄격한 離婚法이라고 하여 離婚을 예방할 수는 없는 것이다. 사랑이 결여된 婚姻은 진정한 婚姻으로 볼 수 없으며, 또한 法이 강제한다 하여 그 婚姻이 維持된다고 생각할 수도 없기 때문이다.<sup>5)</sup>

離婚法이 破綻主義에 變化를 가져오게 된 것은 고통을 겪고 있는 離婚狀態의 夫婦를 消極的이 아니라 積極的으로, 否定的이 아니라 肯定的으로 장래에 대하여 대책을 세우기 위하여 支援하는 데 있다. 이와 같은 취지에서 영국(1969), 프랑스(1975), 독일(1976), 스웨덴(1973), 미국(1959년 Calif.주의 改正을 시작) 등의 歐美의 국가에서 破綻主義를 採擇하고 있다. 有責을 立證하여 離婚을 請求하는 傳統的 離婚法에 있어서는 離婚의 許否가 주된 관심사항이었으나, 破綻主義에 있어서는 국가가 間接的으로 婚姻關係를 보호하려 했던 유책주의와는 전혀 다르다. 破綻主義에 의한 離婚은 離婚當事者의 문제뿐만 아니라 그들을 둘러싸고 있는 여러 가지의 문제를 해결해야 한다. 즉, 離婚配偶者의 離婚後의 經濟的 問題 및 子女扶養 問題 등을 解決하기 위하여 각국은 家

---

태를 바꾸는 것을 말하며, Revolution이라고 표현할 때, 이 역시 구질서를 완전히 탈바꿈하여 새롭게 질서를 세운다는 의미를 내포하고 있음을 보여주고 있는 것이다. 한편 Hervert Jacob은 'Silent Revolution'으로 표현하였다(Silent Revolution, The Chicago University Press, 1988).

4) L. Weitzmann, 18면.

5) 한봉희, 「破綻主義 離婚原因의 諸問題」, 『현대민법학의 제문제』(김증환박사 화갑기념논문집)(박영사, 1981), 712면 참조.

族法 뿐만 아니라 關係된 법과 制度를 改正하고 있다. 이제 양 當事者는 離婚後의 자녀에 대하여 共同責任을 부담하며, 이에 관하여 각국은 필요한 制度를 설치하기에 이르렀다. 이러한 변화는 결국 가족과 국가 및 법 사이의 관계를 새롭게 설정하지 않으면 아니될 정도로 압박을 가하고 있다.

이하에서는 破綻主義 離婚法이 등장하게 된 歷史的 背景과 歐美 각국의 破綻主義의 여러 모습과 특징을 분석해 봄으로써 離婚法의 미래를 전망해 보고자 한다.

## II. 歐美 離婚法의 歷史的 基礎

離婚은 일단 유효하게 성립한 婚姻이 終了하는 것을 말하므로 離婚法의 歷史를 概觀하기 위해서는 그것의 이면인 婚姻法을 살펴볼 필요가 있다. 婚姻法의 歷史는 인류의 歷史와 같은 것이며, 原始時代에 있어서의 婚姻法이라는 것은 그것 자체가 일정한 體系를 갖추지 못했던 것을 충분히 짐작할 수 있는 것처럼 離婚法의 歷史도 一定한 體系를 갖추기 시작한 것은 婚姻法의 體系가 갖추어진 後라고 판단된다. 따라서 西歐의 離婚法은 歷史적으로 로마의 12表法時代에 와서야 그 기록을 찾을 수 있다.

Rome法 및 German固有法<sup>6)</sup>에 있어서의 離婚法은 계층에 따라 달랐지만, 중세 離婚法에 비추어 보면 자유로운 상태에 놓여 있었다고 볼 수 있다. 한편 중세와 근대에 있어서는 서구의 교회법(canon law)에 영향을 받아 離婚法이 대

6) 게르만의 고대 離婚法(das alte deutsche Ehescheidungsrecht)은 일반적으로 세 가지의 유형으로 나누어진다. i)법정이혼; 배우자가 평화상실자(Friedlose)인 경우 ii)상호협의 이혼; 고대법상 혼인 및 이혼이 자유롭게 인정되었던 점에서 미루어 볼 수 있는데 당사자는 혼인의 당사자가 아니라 씨족의 가장 혹은 후견자다. iii)일방적 의사표시로서 유기(Verstoßung der Frau); 일방적으로 이혼의 의사표시를 할 수 있었다. 그 이혼사유로서 혼인생활의 중대한 침해 및 지식이 없던 경우도 포함하고 있었다. Hübner, Grundzüge des Deutschen Privatrechts, Sciential Verlag Aalen, 1932, S.651/656ff.

단히 엄격했음을 알 수 있는데, 이는 기독교윤리의 사고에서 출발한 것이라고 밝혀지고 있다. 이러한 기독교 윤리에 기초한 離婚法은 현대의 自由主義·個人主義의 사고에 基礎한 현대의 사회적 현상에 의하여 과탄주의 離婚法으로 급변하게 되다.

## 1. Rome法上の 離婚法

(1) 로마에 있어서는 천 년간 “다른 고대 민족과 마찬가지로 로마인에게도 두 사람이 婚姻하는 것은 어떤 특별한 의식을 치르기보다는 夫婦로서 사실상 함께 산다는 의미에서 婚姻은 法律上の 問題라기 보다는 事實上の 문제였다.”<sup>7)</sup> 로마에서 婚姻의 成立은 法的인 契約이 아니고 法的인 效果를 가지고 있는 사실적 사건이었다.

콘스탄틴황제의 改宗 후까지도 문제는 크게 변화하지 않았는데, 라인스타인이 “婚姻을 종료할 자유는 기독교의 노력에 의하여 새로운 婚姻非解消의 原則으로 轉換될 때까지 수세기 동안 지속되어온 관습에 확고히 뿌리 박은 規則이었다”<sup>8)</sup>고 한 것은 이것을 설명해 준다. 婚姻이 解消될 수 없는 것으로 된 것은 수세기 동안 교회가 鬪爭한 끝에 婚姻訴訟에 관하여 裁判管轄權을 획득한 이후이다. 이렇게 확립된 婚姻非解消의 原則이 이탈리아에서 사라진 것은 1970년 12월 離婚을 인정하는 國民投票가 있는 이후의 일이다(다만 나폴레옹이 지배하던 짧은 기간을 제외하고). 반면 婚姻非解消의 原則이 지배하는 동안 많은 이탈리아 사람들은 別居함으로써 자신의 결합을 해소할 수밖에 없었는데, 1958년에는 60만 명 이상의 부부가 사실상 別居하고 있었으며, 일백만의 이탈리아 남녀가 非正常的으로 同居하고 있다고 보고되었다. 1969년 하

7) H. F. Jolovicz, *Historical Introduction to the study of Roman Law*, 2ed., (Cambridge University Press, 1967), 113면.

8) Max Rheinstein, “The Family and the Law”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. 4, Person and the Family, ed., Aleck Chloros(Tübingen ; J.C.B. Mohr, 1974), 16면.

원에 제출된 보고서에는 그 당시 160만의 別居夫婦가 있었다. 그래서 오랜 기간 事實婚과 別居의 慣習은 婚姻非解消만큼이나 이탈리아 문화에 뿌리 내리고 있었다.<sup>9)</sup>

(2) Rome의 婚姻의 형태는 초기에 다음의 세 가지의 형태를 가지고 있다.<sup>10)</sup>

- i) *confarreatio*(중교혼) : 10인의 증인과 유피텔신의 祭官 및 대신관의 面前에서 *far*라는 이태리 곡물로 만든 유피텔신에게 공동으로 바치는 宗教儀式을 말하며,
- ii) *coemptio*(형식혼) : 賣買로 婚姻하는 制度가 넓게 퍼져있음을 단순하게 보여 주는 것으로써 평민간의 婚姻의 한 형태를 말한다.
- iii) *usus*(사실혼) : 契約結婚의 原始的인 형태이며 事實婚關係(*de facto*)를 나타내는 것으로서 1년간 동거하면 事實婚關係가 치유되어 *manus*<sup>11)</sup>가 발생하고 婚姻이 성립하는 것이 된다. 이 관계의 解除는 3일밤의 외박으로 인하여 발생한다고 밝히고 있다. 그러나 코르베트(Corbett)에 의하면 혼인의 유효성은 *Confarreatio*의 일부 예외를 제외하면 법의 준수와 무관하였다<sup>12)</sup>. 공화정 말기에 이미 이러한 혼인 방식은 구식이 되어 버렸고 자유로운 동의혼으로 바뀌었다. 이러한 자유혼은 최초의 로마법전인 12표법(B.C. 451-450)에도 나타나 있고 그 이후 혼인의 일상적 형태가 되었다.<sup>13)</sup>

### (3) 離婚의 形態

초기의 *confarreatio* 婚姻에 있어서 離婚이 가능했는지에 관해서는 정확하지 않지만 *diffarreatio*라는 의식이 있었다는 점에서 볼 때 離婚은 가능했던 것으로

9) 1970년 이탈리아 이혼법 개혁까지의 상황은 Walter Fleig, *Die Ehescheidung Im Italienischen Recht*(Bielefeld : Gieseking, 1975(19-38)참조.  
 10) Jolowicz, *Historical Introduction to the study of Roman Law*(Cambridge Univ. Press, 1967), 112-8면.  
 11) 여기에서 *manus*라는 것은 가장의 지배권이라고 볼 수 있는데 이는 당시의 가장의 절대 권을 말한다.  
 12) P. E. Corbett, *The Roman Law of Marriage*(Oxford : Clarendon Press. 1930), 68-105면.  
 13) M. Glendon, 『전계서』, 21면.

볼 수 있다.

manus가 있는 경우에는 남편이 부인을 친정에 보내기 전에는 여성은 떠날 수 없었다. manus에 의한 이혼은 남편의 re-mancipatio에 의해서만 가능했다. manus가 없는 경우 부인의 친정친척이 대표로 참석하는 가족회의가 있어야 된다.

離婚事由로서 姦通 · 음주 · key와 witchcraft를 간섭하는 경우를 들고 있다. 이혼사유에 해당하지 않는 것을 가지고 이혼하려는 경우에 호구총감에 의하여 형벌을 받게 되었다.

結論的으로 manus가 없는 婚姻은 언제나 離婚이 허용되었고, 생활공동체가 깨어지는 실체에 의하여 婚姻關係는 종료하게 되었다. 그러나 단순히 별거가 離婚을 형성하는 것이 아니고 離婚에 있어서 혼인을 해소하겠다는 일방의 의사가 상대방에게 명확히 표시되어야 한다. 그 형식은 傳統的方式인 친정 집에 되돌려 보내는 것이었다. 또는 부인이 婚姻解消를 선언할 수도 있었다. 離婚은 repudium(이혼)또는 nuntium mittere(되돌려 보내다)라는 용어가 일반적으로 사용되었다.

夫婦의 法律關係에 관하여 혼인 중에는 특별히 法律問題가 노출되지 않기 때문에 이를 쉽게 찾아낼 수 없고, 다만 이혼이 이루어진 후에야 비로소 법률관계를 파악할 수 있었을 뿐이었다. 따라서 재산에 관한 문제에 있어서도 로마법상 夫婦財産制가 별산제를 채택하고 있었음을 짐작할 수 있는데, 이혼이 이루어지면 이미 상대방에게 주었던 선물조차도 무효라는 법이 생기게 되었다. 즉 dowry(dos;嫁資)의 경우에 있어서도 이혼하게 되면 이에 관한 반환청구권으로써 이를 반환 받게 된다. 다만, 부정에 의한 이혼의 경우와 자녀를 위하여서 공제할 수 있었다.<sup>14)</sup>

(4) 공화정 말기에는 위의 세 가지 혼인방식이 불식되고 이젠 소위 자유로운 同意婚으로 바뀌게 되었다. 동의혼은 최초의 로마법전인 12表法(B. C. 451-450)에도 나타나 있다. 그것은 기원전 3세기 및 2세기에 일반적이었고 공화정 후기에는 혼인의 일상적인 형태가 되었다. 다른 성적 결합과 혼인을 구별하는 것은 혼인동의(affectio maritalis)뿐이었다. 만약 일방에게 이런 마음상태가 끝나면 원칙적으로 혼인은 끝났다. 그래서 로마시대의 혼인도 양 당사자

14) Jolowicz, 『전게서』, 245-8면.

의 의사에 따라 해소될 수 있는 무형식의 계약이라고 말할 수 있으며, 첫 번째 기독교황제인 콘스탄티누스帝(287-337) 때까지 지속하였다.

그 후의 기독교 황제들은 가족을 규율하기 위한 노력을 거의 하지 않았다. 유스티니아누스帝(482-565)까지 로마의 離婚法은 적당하지 못한 이혼을 벌하는 것 외에 아무런 규제가 없었다. 비잔틴의 종교적 황제인 유스티니아누스는 처음에 “사람들 사이에 일어나는 일들 가운데서 맺을 수 있는 것을 풀 수 있다.”고 선언함으로써 혼인해소를 묵인하였다.<sup>15)</sup> 그러나 후에 그는 로마의 전통을 깨고 정당하지 못한 혼인뿐만 아니라 상호동의를 의한 이혼에도 벌칙을 부과하였다. 그러나 그의 조치는 단명하였고 그의 후계자에 의해 폐지되었다. 그러므로 로마 말기까지 법은 혼인이란 사회제도와 직접적인 관련을 거의 갖지 않았다고 말할 수 있다.

## 2. 교회법상의 離婚法

5세기 서로마제국이 붕괴한 후 기독교 교회는 강력하게 되었다. 교회는 前期의 서고트왕들과 후기의 메로빙거나 카로링거왕조의 세속적 권력에 많은 영향력을 행사하면서 긴밀한 관련을 갖고 있었다. 그래서 확립된 婚姻非解消의 원칙과 혼인에 관한 교회관할권은 수세기 동안 지속할 수 있었다. 혼인에 관한 교회의 배타적 관할권 주장과 婚姻非解消의 고상한 이념은 혼인이 신의 은총으로 성립된 성사라는 기독교적 이념과 밀접하게 관련되어 있었다. 이것은 그 후 누난(Noonan)이 기독교 황제 치하에 있어서 “신심 있는 기독교인들은 혼인을 해소할 수 있는 것이라고 하든 해소할 수 없는 것이라고 하든 모두 믿을 수 있는 것이었다.”고 말할 정도로 발전되었다.<sup>16)</sup> 그러나 혼인소송에 관한 교회관할권과 교회법 조직의 기본요소는 지금의 프랑스와 독일 지역에서는 10세기말에, 영국에서는 12세기 중엽에 각각 성립되었다. 그리고 유효한 혼인을 위하여 양 당사자가 성직자의 면전에서 동의를 주고받아야 한다는 법칙은 16세기까지는 나타나지 않았다.

15) John T. Noonan, Jr., “Novel 22”, in *the Bond of Marriage : an Ecumenical and interdisciplinary study*(University of Notre Dame Press, 1968), 44-6면.

16) Noonan, 『전개서』, 87면.

교회법원이 혼인관할권을 취득하고 교회의 원칙들을 교회법이 흡수한 것은 인류 역사에 새로운 일이었으며, 교회가 관료적이고 계층적인 구조를 취함으로써, 그리고 법원조직 및 절차와 법치체계의 스타일을 확립함으로써 서구의 모든 혼인법에 장구하게 영향을 미쳤으며 오늘날까지도 그 영향이 지속되고 있다.

일단 婚姻非解消의 원칙이 확립되면서 나타난 중요한 현상은 혼인법이 보다 정밀하게 규정되어야 한다는 것이었다. 혼인장애와 금지 등 복잡한 교회법체계는 바로 이러한 요구에서 나오게 되었다. 복잡한 무효사유는 다시 혼인장애사유가 존재하는가를 심사할 필요가 생기고 나아가 혼인예고제와 교회에서의 공적 혼인제도를 강조하게 되고 혼인무효제도를 정성들여 만들게 되었다. 그런데 혼인무효제도는 婚姻非解消原則의 고정성을 완화시키기도 하였으나 교회에 대하여 수입의 근원과 가족에 대한 지배력을 만들어 주기도 하였다.

16세기 트리에트 종교회의에 이르러서는 공적인 혼인의식이 혼인요건이 되고 타메치(Tametsi)포고에서 구체화되었다. 그 포고는 성직자와 증인들의 면전에서 의식을 치르지 않으면 혼인의 효력이 부인된다고 규정하고, 또한 혼인예고를 공고하고 혼인기록을 공적으로 보관할 것을 명령하고 있다. 이후 혼인에 대한 부모들의 통제력을 법적으로 보장해 주게 되었는데, 1556년 프랑스 왕의 칙령은 부모들에게 자신의 동의 없이 혼인한 자녀들에게 상속하지 않을 권한을 부여하였고, 그러한 혼인을 지지하는 자는 처벌된다고 규정하였다. 그러나 사실혼은 1892년 레오 13세의 칙령과 그 후의 느 테메르(Ne Temere) 칙령(1907년 시행)이 있기까지 교회법 하에 있는 세계의 각국에서 유효하였고 오늘날에도 교회법은 경우에 따라 사실혼의 유효성을 인정하고 있다.<sup>17)</sup>

16세기로부터 18세기 사이의 종교개혁으로 인하여 카톨릭 교회는 혼인에 대한 관할권을 잃게 되었는데 교회가 혼인소송에 대한 독점권을 잃어버리자 새로 나타난 국가가 가만히 앉아서 관할권을 획득했다. 그래서 교회법에서 발전된 많은 법칙들이 계속해서 혼인을 지배하게 되었다(어떤 점에 관하여는

17) Mary Ann Glendon, 『전계서』, 30면.

새로운 해석을 내리기도 했지만, 종교개혁자들은 혼인이 신성한 것이라는 관념은 거부했지만 세속의 혼인규율은 기독교의 가르침과 일치해야 한다고 생각했다.<sup>18)</sup> 기독교의 가르침은 중대한 혼인위반이 있을 경우 이혼을 허락하는 것으로 재해석되었다. 그러나 新敎는 이혼을 결코 사적 질서로 환원시키지는 않았다. 즉 協議離婚은 아직 승인되지 않았고 有責離婚은 국가가 허가해야만 했다. 전통적인 기독교의 태도와 맞서는 사상은 계몽기에 이르러서야 나타나게 된다.

### 3. 近代的 離婚法

계몽기의 인본주의 및 개인주의 사상의 등장과 절대국가의 출현은 가족법에 있어서 새로운 시대를 의미한다. 대륙에서는 프러시아의 프레드릭 2세, 오스트리아의 요셉 2세, 나폴레옹, 그리고 그들의 법학자와 관료들은 모든 私法에 대하여 명백하고 완전한 法典化의 필요를 느꼈다. 더욱이 이러한 통치자들도 法典 속에 자신의 사상을 實定法으로 부여하고자 하였다. 실로 계몽기의 法典들은 新敎가 교회법 위에 그렸던 것처럼 實定法 이전의 법, 즉 인본주의와 개인주의 및 自然法思想을 도입하기 시작하였고, 宗教改革 및 啓蒙思想과 契約으로서의 혼인관념은 새로운 전환기를 열었다.

루터나 존 로크 같은 사상가들은 市民契約으로서의 혼인을 강조하기 시작하였다. 혼인의 계약적 측면이 강조됨에 따라 수많은 변화가 나타났는데 그중 가장 중요한 것은 상호동의에 의한 이혼과 혼인계약의 성립 및 해소뿐만 아니라 그 내용까지도 국가의 규제 하에 두는 것이었다. 이제 가족법은 가장 작은 항목(예컨대, 아이가 부부의 침대에서 양육될 수 있는 연령 등과 같은 문제)까지도 자세하게 규율하고자 했다. 이러한 사회풍조를 묘사하는 말로 ‘凡法律主義’란 용어까지 유행하였다.<sup>19)</sup>

한편 프랑스에서는 강제적인 民事婚主義와 시민신분의 포괄적 등록제도를 만들어 내었는데 이것은 오늘날 대륙법 국가에서 널리 유포되게 되었다. 이것은 사실혼주의가 오늘날까지 남아 있는 영미법과 아주 다른 점이다.

18) Rheinstein, 『전게서』, 22면.

19) Mary Ann Glendon, 『전게서』, 33면.

### Ⅲ. 破綻主義 離婚法の 成立

#### 1. 영국

영국 離婚法은 다음의 세 가지로 크게 구분하여 정리할 수 있다. 이하에서는 (1)1858년 *Martimonial Causes Act* 시행, (2)2차 세계대전, (3)1969년의 離婚法 개정을 기준으로 하여 3단계로 설명한다.

##### (1) 1858년 *Martimonial Causes Act* 시행

1857년까지 영국에는 사법적 이혼제도가 존재하지 않았고, 예외적으로 국회의 특별입법을 통해서만 가능하였다. 1857년의 입법으로 의회이혼이 법원 이혼으로 옮겨졌지만 이혼가능성이 크게 개선되지는 못하고 “매우 부유한 사람으로부터 부유한 사람”에게로 확장된 정도에 불과하였다.<sup>20)</sup> 1858년 *Martimonial Causes Act*에 의하여 이혼은 인정되었으나 이혼사유는 엄격하게 규제되었는데, 특히 여성에게는 남성보다 현저히 그 정도가 심했다.<sup>21)</sup> 남성은 여성의 간통만을 가지고 이혼할 수 있었으나, 여성의 경우에는 남편의 간통과 유기 혹은 극단적인 학대라는 추가적인 사유를 입증해야 했다. 1923년 여성에게 추가적으로 요구되던 사유는 폐지되었으며, 1937년에는 간통 이외에도 3년간의 유기·학대·정신병 등으로 인하여 이혼할 수 있게 되었다.<sup>22)</sup>

##### (2) 2차 세계대전 이후

2차 세계대전을 겪고 난 후 가족관계, 특히 이혼문제에 있어서 큰 변화가 있었다. 1950년 법률구조 및 자문법의 시행으로 인하여 법원에 이혼의 소가 급증하였다.<sup>23)</sup> 이에 *Morton Commission* 및 *Archbishop of Canterbury's Group*(첸터베리 대주교단)은 협의 이혼제도와 혼인파탄의 경우 일정한 기간이 경과해야

20) S. Cretney, *Principles of Family Law*, 4th ed.(Sweet & Maxwell, 1984), 107면.

21) P. Bromley, *Family Law*, 4th ed.(Butter Worths, 1971), 204면.

22) *Matrimonial Causes Act 1937*, S.2.

23) Rheinstejn, 『전게서』, 320면.

이혼할 수 있도록 하는 등 이혼에 관한 전반적인 사항을 논의했다. 이 논의를 근거로 영국은 有責主義에서 破綻主義로 탈바꿈하게 된다.<sup>24)</sup>

### (3) 1969년의 개정

1971년부터 시행된 영국의 離婚法<sup>25)</sup> 제1조 제1항은 유일한 이혼사유를 혼인의 “돌이킬 수 없는 파탄”이라고 선언하고 있으며 제2항을 보면 전통적인 유책사유에다 별거사유를 부가한 것 이외에는 별다른 변화가 없었다. 이를 구체적으로 살펴보면, ① 간통(adultery), ② 청구 직전까지 이혼청구자가 생활을 같이하기 곤란하다고 판단한 경우, ③ 청구 직전까지 2년 이상의 유기(disertion), ④ 청구 직전까지 2년 이상의 별거와 이혼청구 상대방의 수용, ⑤ 청구 직전까지 5년 이상의 별거 후 이혼청구를 규정하고 있는데<sup>26)</sup> 상기 사유 중 법원이 회복 불가하다고 판단되지 않는 한 이혼청구는 기각하게 된다.<sup>27)</sup> 즉 상기의 離婚法 개정의 핵심은 협의이혼이다.

離婚法의 개정 후에 가장 중요하게 대두된 사항은 이혼한 여성의 경제적 문제와 자녀의 교육·양육에 관한 문제였다. 이 문제는 영국뿐만 아니라 破綻主義를 이혼사유로 들고 있는 대다수 국가의 문제이기도 하였으므로 사회는 실패한 혼인의 법적 껍질을 오래 유지하는 데 아무런 특별한 이익이 없고, 그러한 경우 법의 역할은 최소한의 노력으로 그 해소절차를 관리하는 것이라는 영국적 사고방식은 여러 나라의 離婚法 개정에도 지도적 이념이 되었다.

## 2. 프랑스

19세기 말 프랑스 혁명은 개인자유 의 이름으로 혼인에 대한 사회의 통제에 전면적인 타격을 가하였다. 혼인은 민사계약이고 따라서 상호동의에 의해 중

24) Rheinstejn, 『전게서』, 323면.

25) 1969년 改正離婚法과 1971년 婚姻所得 및 財産法은 1973년 婚姻訴訟法에서 통합되었는데, 그 이후 1984년 夫婦와 家族所得法에 의하여 개정되었다.

26) Matrimonial Causes Act, 1973, S.1(2)

27) Id. S.10(2)-(4).

료될 수 있어야 한다고 주장되었다. 그래서 1792년의 離婚法은 상호동의이혼과 성격불일치에 의한 이혼을 인정하는 등 혁명을 가져왔다.<sup>28)</sup> 그러나 이러한 혁명법은 프랑스의 보수적이고 지배적인 견해를 반영하기에는 너무 급진적이어서 성격불일치로 인한 이혼은 1804년의 민법전에는 규정되지 않았다. 또한 상호동의 이혼도 나폴레옹의 개인적 주장이 없었더라면 존재하기 힘들었을 것이다.<sup>29)</sup> 나폴레옹의 시대가 끝나자 두 개의 프랑스(보수적이고 카톨릭적이며 가족 중심적 전통을 따르는 프랑스와 계몽운동 및 자유주의적 개인주의 사상에 따라 형성된 프랑스)사이에서 사상과 정치, 그리고 법률의 영역에 걸쳐서 불안한 균형이 다시금 감돌게 되었다.<sup>30)</sup> 1816년 이혼은 완전히 배제되었다가 1884년 나케법에 의해 이혼이 재도입 되었다. 이번에 이혼은 간통, 중범죄의 선고, 그리고 혼인의무와 중대한 위반에 의해서만 가능하게 되었다. 이러한 이혼=재판이라는 사고방식은 형식에 있어서는 가혹했으나 실제로는 점점 관대해졌는데 1975년까지 실질적 변화 없이 지속되었다. 1970년대에 離婚法改正에 즈음하여 두 개의 프랑스가 있다는 것이 판명되었는데<sup>31)</sup> 그것은 非有責離婚과 아울러 변형된 有責離婚이 공존하는 것으로 나타났다.

1804년의 법전 초안자와 마찬가지로 1975년의 개혁가들도 이혼에 대한 수많은 방법을 제시하였다. 상호동의이혼이 이혼의 우선적 형태가 되어 있는 반면, 다른 이혼(有責離婚, 承諾離婚, 법적 별거후의 이혼, 장기분열 이혼)은 예외적인 경우에 가능하도록 하였다.

- i) 협의이혼은 프랑스 민법전(C. c[Fr.]) § §237-241에 규정하고 있는데 그 내용을 요약하면, 부부가 공동으로 이혼을 청구하는 경우 이혼사유는 불필요하며, 이에 관하여 법원의 소환이 있는 3개월의 숙고기간을 경과한 후 이혼선고로써 이혼이 확정된다. 물론 법원의 제절차는 비공개

28) Rheinstejn, 『전게서』, 201면.

29) Rheinstejn, 『전게서』, 211면, 201면, 나폴레옹은 조세편과 이혼하고 상속자를 낳기 위해 재혼을 원했기 때문이다.

30) Rheinstejn, 『전게서』, 195면.

31) Rheinstejn, 『전게서』, 195면.

로 하고 있다.

- ii) 승낙이혼은 C. c § § 233-236에 규정하고 있다. 혼인생활을 계속할 수 없는 사유가 발생한 경우 상대방 배우자가 이를 인정하면 법관이 이를 허가하여 이혼케 되는 것이다. 이혼 후의 경제적 및 기타의 효과는 법관의 결정에 맡긴다.
- iii) 혼인생활의 장기분열로 인한 이혼은 § § 237-241에 규정하고 있는데 장기기간(6년간)의 파탄·회합할 수 없는 혼인생활이 장기분열상태에 있는 경우 법원은 그 요건이 합치하면 이혼을 결정한다.
- iv) 법정별거의 경우는 1816-1884년간 사실상 離婚法이 존재하지 않던 시기에는 주요한 역할을 담당한 것으로 개정법에서는 법정별거를 폭넓게 규정(3년의 별거 기간 후 이혼할 당사자 일방에게 법정별거권 인정)하고, 상호협약에 의한 법정별거는 당사자의 협의를 통해서만 이혼으로 전환할 수 있도록 규정하고 있다.

개정 離婚法이 시행된 후 첫 10년 동안 프랑스 사람들도 개방된 상호동의 이혼에 대하여 입법부가 가졌던 만큼의 열정을 보여 주지는 않았으나 그것을 이용하는 횟수는 점점 증가하였다. 유책이혼이 여전히 가장 보편적 형태이지만 상호동의 이혼도 전체 이혼의 절반 가량에 가깝게 이용되고 있고 파리에서는 지금 대다수의 시민이 이용하고 있다.

그러나 프랑스의 이혼자유화로 인하여 이혼이 쉽게 되었다거나 私的領域으로 추방된 것은 아니고, 오히려 혼인종료의 문제가 전보다 더 큰 비중으로 다루어지게 되었다는 점을 주목해야 한다. 비록 1975년의 離婚法이 외관상 그 이전의 離婚法보다 부드럽게 보이지만 더욱 무게 있게 보이는 것은 이혼의 허가시에 이혼의 결과를 신중하게 고려하고 있다는 점이다.

### 3. 獨逸<sup>32)</sup>

1976년의 독일 離婚法은 1969년의 영국법이나 1975년의 프랑스법과 실질적으로 유사했던 38년 전의 법을 폐기했다.<sup>33)</sup> 독일은 프랑스나 영국이 20세기 후반까지도 離婚法の 주요 근거로서 過失原則을 존속시킨 것과는 다르다. 1938년 나찌하에서 위대한 독일을 위한 新婚姻法이 준비되었는데, 그 超草委員들은 과거의 有實事由를 수정하는 외에 이혼의 새로운 사유로서 혼인파탄을 규정하였다.<sup>34)</sup> 이것은 2차 대전 후 「연합국통제위원회」에 의해서 승인되었기 때문에 1976년 법이 시행될 때까지 독일의 離婚法이 되었다.

1976년의 「개정혼인 및 가족법」은 영국이나 프랑스와는 달리 破綻主義 이혼만을 인정하였다.<sup>35)</sup> 더욱이 同法은 이혼이 허가되기 이전에 어떤 실질적인 별거기간을 요하지도 않는다. 혼인은 당사자가 한 지붕 아래 함께 살고 있다가도 실패할 수가 있는 것이다. 영국과 프랑스와 마찬가지로 독일의 개정법도 타협의 산물이지만 개념상 그것은 전혀 다르다. 혼인파오는 전혀 고려하지 않을 수 있게 되었다. 그러나 이혼의 효과에 대한 사법적 통제는 훨씬 강화되었다. 이 점에서 프랑스 개정법과는 유사한데 일부 학자들은 離婚法이 자유화되기 이전보다 훨씬 이혼하기가 어렵게 되었다고 불평할 정도이다. 독일 離婚法은 이혼사실 그 자체보다도 이혼 후의 경제적 결과에 더 관심을 가지고 있는 것이다. 민사소송법은 상호동의하에 이혼하려는 부부는 이혼 결과

32) Mary Ann Glendon, 『전게서』, 173면, 182면.

33) 1938년 7월 6일의 The Marriage Law for Greater Germany는 1946년 2월 30일의 연합국 통제위원회법 제16호(Ehe G)로 대체되었다.

34) BGB시행(1900) 전의 독일에 있어서 離婚法은 Napoleon법전의 효력이 지배하던 Rheinland에서는 프랑스 민법전이 적용되었지만 구교의 지배영역에서는 이혼이 불가하였고, 신교가 지배하던 영역에서는 좁은 이혼범위가 인정되었다. ALR(프로이센 일반판트법, 1784)의 離婚事由는 다양하게 규정되고 있었다. 즉 유책·상호협의·일방의 신청을 들고 있었다. 이것은 프랑스법의 영향이라고 설명하나, Frederick대제가 Voltaire의 사상에 영향을 받아 개인적·자유주의적 사상의 구체화에 의한 發露라는 것이 일반적인 지적이다. 한편 출산장려정책에 근거하여 자녀가 없는 경우에 한하여 이혼이 가능하도록 한 것이라고 해석하는 이론도 있다 (Heinrich Dörner, *Industrialisierung und Familienrecht*, 1974, s.59를 Glendon, 174면에서 재인용).

35) 이혼의 근거는 제1564~1568조까지 5개 조에 열거되어 있다.

에 대한 상세한 합의내용 - 주거와 가정비품의 분배, 부부와 자녀의 양육, 부부재산과 연금의 분배, 양육과 방문권 - 을 법원에 제시해야 하며 이러한 문제가 해결될 때까지 이혼은 허가될 수 없다고 규정하고 있다.<sup>36)</sup> 다른 유형의 이혼의 경우에는 자녀의 양육과 年金分擔만이 이혼허가 전에 합의되어야 한다. 후자의 경우 절차가 간편하기 때문에 전자보다 선호되고 있다. 파탄원칙에 관한 1976년 4월 1일자 타임誌(Die Zeit)의 표현대로 “현대국가가 부부의 프라이버시 영역으로부터 철수한 것”은 충분히 납득된 것 같다.<sup>37)</sup> 그러나 이혼 후의 경제적 결과에 관한 싸움은 치열해지고 있다. 이로써 혼인과오는 이혼 사유로부터 대부분 제거되었지만 이혼 후 부양문제에 있어서는 경이적으로 복귀하는 모습을 볼 수 있다.

#### 4. 스웨덴

독일의 1976년 개정 離婚法은 1969년 이전의 영국법과 1975년 이전의 프랑스법, 그리고 1970년대의 개정전 미국법들과 비교하여 자유롭고 앞서 있는 법이다. 그러나 1973년의 스웨덴 개정 離婚法은 과실의 분배도 없고 일방적 신청에 의하여 이혼을 가능하게 할 정도로 용이한 것이었다. 일찍이 1915년<sup>38)</sup>에 도입된 非有實事由는 ① 심각하고 지속적인 혼인의 파탄 때문에 함께 동거할 수 없는 사유로 일년간 별거한 경우, ② 별거판결후 일년간 별거한 경우, ③ 사실상 3년간 별거한 경우에 이혼을 가능케 하였다.<sup>39)</sup> 부부가 함께 제소할 경우 법원은 파탄의 원인을 조사할 수 없고 별거기간 후의 이혼은 거부할 재량도 없다. 법과 실재의 양면에서 이혼이 손쉬운 스웨덴이 1973년 離婚法을 개정할 필요를 느낀 이유는 무엇인가를 생각해 보는 것은 재미있는 일

36) 서독 민사소송법 제1623, 630조.

37) Die Zeit, 1976년 4월 23일, 1면 참조.

38) 1915년 개정 전의 離婚法 관하여 개관하면, 간통 및 유기의 경우에 한하여 이혼을 인정한 것이었는데, 이는 Luther派 교회법의 엄격성을 나타낸 것이다. 다만 특별한 경우에 한하여 국왕에게 그 엄격성을 완화하는 권한을 부여했다. 이와 함께 사실상의 이혼에 해당하는 소위 '코펜하겐 이혼'이 만연하였는데 이는 경제적인 문제로 인하여 棄妻를 한 경우를 말한다; Rheinstejn, 『전게서』, 139면 참조.

39) Rheinstejn, 『전게서』, 141-2면.

이다.<sup>40)</sup>

1969년의 가족법개정위원회는 “혼인을 체결하는 것뿐만 아니라 혼인이 계속 존속하는 것도 부부의 자유의사에 기초해야만 한다. 그리고 혼인을 해소하려는 부부 일방의 의사는 항상 존중되어야 할 것이다.”라는 원칙에 근거한 초안을 만들었다.<sup>41)</sup> 그러나 위에서 살펴 본 바와 같이 스웨덴의 이혼절차는 이미 그러한 원칙과 실질적으로 일치하였다. 1973년의 개정법은 이전과 큰 차이가 없었고 다만 분위기와 이념에 있어서 차이가 있을 뿐이었다. 주요한 변화는 ① 모든 有責事由가 제거되고, ② 일방 당사자의 이혼은 이제 제한 없는 법적 권리가 되었으며, ③ 어떤 파탄원인도 주장될 필요가 없으며, ④ 6개월의 熟慮期間이 지켜져야 할 경우, 즉 일방 배우자가 반대하거나 16세 미만의 어린이를 보호하고 있는 경우가 아니면 대기기간이 필요 없다.<sup>42)</sup> 한편 스웨덴에서 일반적 이혼이 채택된 것은 혼인식에서 終生の 맹세를 제거한 것과 마찬가지로 비공식결합을 하고 싶어하는 사람들을 법률혼으로 돌아오게 하려는 기묘한 보수적 방법이라는 인상도 주고 있다. 기타의 북미제국, 즉 덴마크, 아이슬란드, 그리고 노르웨이나 핀란드도 비슷한 접근방법을 채택하고 있다.<sup>43)</sup>

## 5. 미국

북미제국과 마찬가지로 미국의 여러 주들도 오랫동안 협력하여 법개정 노력을 하였다. 1892년 설립된 국립주법통일위원회는 그 목표의 하나로서 미국 離婚法の 통일을 준비하기 위하여 노력하였으나 離婚法을 통일하는 것은 실현 불가능한 목표임을 알게되었다. 그 동안 미국의 많은 주들은 有責離婚에 기초해 있었으나<sup>44)</sup> 그 엄격성의 정도가 달랐기 때문에 관대한 離婚法을 가진

40) Mary Ann Glendon, 『전게서』, 183면.

41) “Swedish Family Law” 22, *International and Comparative Law Quarterly*(1973), 182면, 183면.

42) 제5조 1항에 의하면 부부 쌍방이 요구할 경우에도 숙려기간이 지켜져야 한다. 부부가 이 기간 중에 별거할 필요는 없다.

43) M. Glendon, 『전게서』, 188면.

주는 이혼의 안식처를 제공해 주었다. 다른 주들도 다름 없는 이혼을 바라는 부부들이 급격히 증가했기 때문에 엄격한 有責主義法律이 곤란하게 되었다. 이러한 분위기 속에서 1969년 캘리포니아 離婚法은 순수한 破綻主義를 일관한 최초의 입법이 되었다. 同法은 “치유할 수 없는 혼인의 파탄을 야기하는 화해 불가능한 차이” 및 정신병 사유를 근거로 하여 이혼을 가능하게 하였다.<sup>45)</sup> 이러한 제도는 재빨리 유행되어 1985년 남다코다주가 마지막으로 有責主義 법률을 폐기하였다. 1987년 현재 18개 주와 워싱턴 D.C는 순수한 非有責 離婚法을 채택하였다.<sup>46)</sup> 다른 주들은 혼합이혼사유와 같은 어떤 타협형태를 가졌다. 미국식 혼합주의가 영국과 프랑스식 타협방식과 다른 것은 과실 없이 일방적으로 이혼신청을 하는 경우 대기기간이 단지 일년 이내라는 것이다. 평균적으로 미국의 이혼은 적어도 수개월이 걸리기 때문에 混合式 離婚法도 청구와 이혼 사이에 몇 달간의 대기기간을 부과하고 있는 캘리포니아의 순수 무책이혼과 기능적으로는 같다. 또한 ‘철새 이혼’이 가능한 미국은 다른 주보다 엄격한 離婚法을 가진 주의 경우 離婚法 개정의 압력을 많이 받게 되는 것은 미국의 재미있는 특징이 될 것이다.<sup>47)</sup>

## IV. 分析과 展望

### 1. 公同의 特征

(1) 1970년 이전의 有責主義 이혼은 그 이후의 이혼자유화 현상으로 이제는 짧은 기간 내에 당사자간의 합의에 의해서 가능하게 되었다. 이에 따른 구미 각국의 혼인법 재구성의 특징은 파탄이혼의 승인 내지 확장과 상호동의를 의한 이혼의 허용 내지는 이혼의 단순화이다.<sup>48)49)</sup>

44) 그러나 1960년 이혼 중 90% 이상이 당사자의 동의에 기초하고 있었다. Rheinsein, p.63.

45) California Civil Code 4506조.

46) Dorris Freed and Timothy Walker, “Family Law in the fifty states; An Overview”, 20 *Family Law Quarterly*(1987), 436면, 461-2면.

47) M. Glendon, 『전계서』, 189면.

(2) 각국은 이혼에 대한 규제보다는 오히려 이혼후의 경제적 문제에 더욱 관심을 가지고 법적 규제를 하고 있다.

(3) 혼인과 이혼은 사회의 변화 특히 경제적 발달로 인한 여성의 경제적 지위의 확보로 남성에 의한 가정의 보호라는 범위를 벗어나 개인의 생활에 있어서 자유의 신장이 강조되는 역사적 흐름의 변화를 나타내고 있다<sup>50)</sup>. 오늘날 가장 중요한 문제는 이혼을 방지하는 것보다는 혼인을 유지할 수 있는 사회적 제도의 형성과 혼인해소 후의 경제적 청산문제, 자녀들의 복지가 이혼문제의 전면에 등장하고 있다.

(4) 유책을 입증하여 이혼을 청구하는 전통적 離婚法에 있어서는 이혼의 허부가 주된 관심사항이었으나, 이제 破綻主義에 기인한 이혼에 있어서는 有責主義를 취하던 국가가 간접적으로 혼인관계를 보호하려 했던 것과는 대단히 다르다. 破綻主義에 의한 이혼에 있어서 이혼당사자의 문제뿐만 아니라 그들을 둘러싸고 있는 여러 가지 문제를 해결하여야 한다. 즉, 이혼배우자의 혼인 후의 경제적 문제 및 혼인 후의 자녀에 관한 양육 및 교육의 문제는 이제 이혼으로 두 사람만의 관계를 청산한다는 종래의 관념은 아무런 의미 없는 것으로 되어 버렸다. 따라서 세계각국은 이 두 가지의 문제를 해결하기 위하여 가족법 및 이와 관계된 법과 제도를 개정하기에 이르렀다. 이제 양당사자는 이혼후의 자녀에 대하여 공동의 책임을 부담하며 이를 위하여 각국은 필요한 제도를 개발하기에 이르렀다. 따라서 有責主義 하에서의 당사자간의 관계가 적대적인(adversarial) 것이었다면 破綻主義 하에서는 비적대적(nonversarial) 관계로 부부관계를 청산할 수 있게 되었다.<sup>51)</sup>

## 2. 개별적 특징

(1) 프랑스 : 상호동의혼인을 원칙으로 하고 있으나 有責主義 승낙이혼, 법

48) M. Glendon, 『전개서』, 147면.

49) 전통 離婚法の 특징으로서 ①有責主義 ②道德的 基礎 ③성에 기초한 책임과 역할 ④과오와 경제적 보상의 연계 등을 들고 있다. L. Weitzmann, 『전개서』, 6-11면.

50) 韓瑋熙, 「破綻主義 離婚原因의 諸問題」, 『현대 민법학의 제문제』(김중환박사 화갑 기념논문집)(博英社, 1981), 712면 참조

51) L. Weitzmann은 앞의 저서에서(40면) 離婚法の 변화를 다음과 같이 요약하고 있다.

적 별거후의 이혼, 장기분열 이혼 등의 다양한 종류의 이혼제도를 가지고 있다. 이것은 두 개의 프랑스 즉 보수적이고 카톨릭적이며 가족 중심적인 전통을 따르는 보수적 프랑스와 계몽운동 및 개인주의 사상에 따르는 진보적 프랑스 사이의 합의의 결과라고 볼 수 있다.<sup>52)53)</sup>

TRADITIONAL DIVORCE

- ① Restrictive Law  
To protect marriage
- ② Specific Grounds  
Adultery, cruelty, ect
- ③ Moral Framework  
Guilt vs. innocence
- ④ Fault  
one party caused divorce
- ⑤ Consent of Innocent Spouse Needed  
innocent spouse has power to prevent or delay the divorce
- ⑥ Gender-based Responsibilities  
Husband responsible for child alimony  
Wife responsible for child  
Husband responsible for child support
- ⑦ Financial Awards linked to Fault  
Alimony for "innocent" spouse  
Greater share of property to "innocent" spouse
- ⑧ Adversarial  
One party guilty, one innocent  
Financial gain in proving fault

NO-FAULT DIVORCE

- ① Permissive Law  
To facilitate divorce
- ② No Grounds  
Marital breakdown
- ③ Administrative Framework  
Neither responsible
- ④ No fault  
Cause of divorce irrelevant
- ⑤ No consent Needed  
Unilateral divorce  
No consent or agreement required
- ⑥ Gender-neutral Responsibilities  
Both responsible for self-support  
Both eligible for custody  
Both responsible for child support
- ⑦ Financial Awards Based on Equality and need  
Alimony based on need  
Property divided equally
- ⑧ Nonadversarial  
No guilty or innocent party  
Amicable resolution encouraged

52)拙著, 『家族과 法律』(忠南大出版部, 1993), 96면.

53) 개정이혼법이 시행된 후 첫 10년 동안 프랑스 사람들도 개방된 상호동의 이혼에 대하여 입법부가 가졌던 만큼의 열정을 보여주지 않았으나, 그것을 이용하는 횡수는 점점 증가하였다. 유책이혼은 여전히 가장보편적 형태이지만 상호동의 이혼도 전체 이혼의 절반가량 이용되고 있고 파리에서도 지금 대다수의 시민이 이용하고 있다. *Statistique Annuel 1 : Les process civilis, vol. 4 (Paris, Ministre de la Justice, 1986)* 그러나 프랑스의 이혼자유화로 인하여 이혼이 쉽게 되었거나 사적 영역으로 추방된 것은 아니고 오히려 혼인종료의 문체가 전보다 더 큰 비중으로 다루어지게 되었다는 점을 주목해야 한다. 비록 1975년의 이혼법이 외관상 그 이전의 이혼법보다 부드럽게 보이지만 더욱 무게있게 보이는 것은 이혼의 허가를 신중하게 고려하고 있다는 점이다. M. Glendon, 『전게서』, 173면.

(2) 독일 : 1976년 ‘개정혼인 및 가족법’은 영국이나 프랑스와는 달리 破綻主義 이혼만을 인정하였다.<sup>54)</sup> 더욱이 그것은 이혼이 허가되기 이전에 어떤 실질적인 별거기간을 요하지도 않는다. 혼인은 당사자가 한지붕 아래 함께 살고 있다가도 실패할 수 있게 되었다. 영국 및 프랑스와 마찬가지로 독일의 개정법도 타협의 산물이지만 개념상 그것은 전혀 다르다. 일방적 이혼의 경우 혼인과오는 전혀 고려하지 않을 수 있게 되었다. 그러나 이혼의 효과에 대한 사법적 통제는 훨씬 강화되었다.<sup>55)</sup> 이 점에서 프랑스 離婚法과 유사한데 일부학자들은 離婚法이 자유화되기 이전보다 훨씬 이혼하기가 어려워졌다고 불평할 정도이다. 독일의 離婚法은 이혼사실 자체보다도 이혼 후의 경제적 효과에 더 관심을 가지고 있는 것이다. 민사소송법은 상호동의하에 이혼하려는 부부는 이혼에 대한 상세한 합의내용 - 주거와 가정비품의 분배, 부부와 자녀의 양육, 부부재산과 연금의 분배, 양육과 방문권 - 을 법원에 제시하여야 하며 이러한 문제가 해결될 때까지 이혼은 허가될 수 없다고 규정하고 있다.<sup>56)</sup> 다른 유형의 이혼의 경우에는 자녀의 양육과 연금분담만이 이혼허가 전에 합의되어야 한다. 후자의 경우 절차가 간편하기 때문에 전자보다 선호되고 있다.

(3) 스웨덴 : 이혼은 이혼시 6개월의 熟慮期間이 지켜져야 할 경우인 16세미만의 어린이를 보호하고 있는 경우나 일방배우자가 반대하는 경우가 아닌 한 하나의 법률상의 권리로서 이혼은 당사자의 자유이며 有責事由의 주장을 필요로 하지 않는다. 독일의 1976년 改正離婚法은 1969년 이전의 영국법과 1975년 이전의 프랑스법 그리고 1970년대의 개정된 미국주법들과 비롯하여 자유롭고 앞서있는 법이다. 그러나 1973년 스웨덴 改正離婚法은 과실의 분배도 없고 일방적 신청에 의해 이혼을 가능하게 할 정도로 용이한 것으로 되었다.

(4) 영국 : “혼인소송법”<sup>57)</sup>이전에는 협의이혼이 있었다가 1857년 입법으로 법원이혼이 되었으며<sup>58)</sup> 1971년부터 시행된 離婚法에 의해 파탄이혼으로 되었

54) 이혼의 근거는 제 1564-1568조까지 열거되어 있다.

55) 拙著 98면.

56) 독일民訴法 제623, 630조.

57) 1857년 “婚姻訴訟法”이전의 영국은 이혼을 위하여 의회의 입법에 의하여 하였음.

58) 이러한 변화는 특히 이혼사유가 남자보다는 여자에게 상당히 불리하였다가 1923년과 1937년에 이혼사유가 확대됨으로써 중요한 변화가 발생하였다. 그 후 1971년 혼인법은

다.<sup>59)</sup> 1971년부터 시행된 영국의 離婚法<sup>60)</sup> 제1조 제1항은 유일한 이혼사유를 혼인의 “돌이킬 수 없는 파탄”이라고 선언하고 있으며 동조 제2항을 보면 전통적인 이혼사유에다 별거사유를 부가한 것 이외에는 별다른 변화가 없었다. ①간통, ②청구직전까지 이혼청구자가 생활을 같이 하기가 곤란하다고 판단되는 경우, ③청구직전까지 2년 이상 유기, ④청구직전까지 2년 이상 별거와 이혼청구 상대방의 수용, ⑤청구직전까지 5년 이상 별거 후 이혼청구 등을 규정하고 있는데<sup>61)</sup> 상기 사유 중 법원이 회복불가하다고 판단되지 않는 한 이혼청구는 기각하게 된다.<sup>62)</sup> 즉 상기의 離婚法의 핵심은 협의이혼이라는 사항이다.

(5) 미국 : “국립주법통일위원회”가 미국의 離婚法의 통일을 준비하기 위하여 노력하였으며,<sup>63)</sup> 한편 관대한 離婚法을 가진 주는 이혼의 안식처를 제공하였다. 1969년 캘리포니아 離婚法은 순수한 破綻主義로 일관한 최초의 입법이 되었다.<sup>64)</sup> 이러한 제도는 재빨리 유행하여 1985년 남다코다주가 마지막으로 有責主義 법률을 폐기하였다. 1987년 현재 18개 주와 워싱턴 DC는 순수한 非有責離婚을 채택하고 있다.<sup>65)</sup> 다른 주들은 혼합이혼사유와 같은 타협형태를 가졌다. 미국식 혼합주의가 영국, 프랑스식 타협방식과 다른 것은 과실 없이 일방적으로 이혼신청을 하는 경우 대기기간이 단지 일년 이내라는 것이다. 평균적으로 미국의 이혼은 적어도 수개월이 걸리기 때문에 혼합식 離婚法도 청구와 이혼사이에 몇 달간의 대기기간을 부과하고 있는 캘리포니아 순수 무책이혼과 기능적으로 같다. 또한 철새이혼이 가능한 것도 미국의 재미

---

이혼사유를 “돌이킬 수 없는 파탄”이라고 규정함으로써 유책사유에다가 별거사유를 부가하였으나 이러한 제한은 법원에 의하여 완화되었다.

59) Rheinstein, 『전개서』, 323면.

60) 1969년 “改正離婚法”과 1971년 “婚姻所得 및 財産法”은 1973년 “婚姻訴訟法”에서 통합되었는데, 그 이후 1984년 부부와 家族所得法에 의하여 개정되었다.

61) Matrimonial Cause Act, 1973, S, 1(2).

62) Id. s. 10(2)-(4)

63) 국립주법통일위원회에 의해 「Uniform Marriage and Divorce Act」가 1970년 기초되고 1974년 A.B.A.에 의해 승인되었다.

64) California Civil Code 4506조

65) Dorris Freed and Timothy Walker, “Family Law in the Fifty States: An Overview”. 20 *Family Law Quarterly*(1987) 439면, 461-2면.

있는 특징이다.

### 3. 展望

파탄주의 이혼법이 일반화되고 있는 구미의 가족법에서 우리는 가족의 단체적인 면보다는 개별적인 개성을 다각도로 강조하고 있는 새로운 법이념의 출현을 보고 있다. 혼인관계에 있어서는 평등이 계급질서를 대신했으며, 부부의 성적 역할분배에 관한 고정관념을 버리고 정해진 유형이 없는 새로운 모델로 옮겨가고 있다. 부모의 권리의무는 평등하게 공유하는 방향으로 나아가고 동시에 자녀들도 점차 스스로의 권리를 가진 개인으로 다루어짐에 따라 부모의 권리는 축소되어 가는 경향이 있다. 정도의 차이는 있지만 법률혼의 법적 효과가 감소되고 있는 반면 혼인유사동거의 법적 효과는 커지고 있다. 한편 법률혼과 사실혼 사이의 구별은 모든 나라에서 유지되고 있는 반면 婚外子와 婚姻中의 子 사이의 구별은 사라지고 있다. 또한 장기동거인가 단기동거인가에 따라 동거인의 법적 지위가 다르기 때문에 현대법은 확일적 형식주의를 버리고 다양성을 나타내고 있으며 이것은 현대가족법의 중요한 특징이 되고 있다.

지난 20년 동안 이혼율의 급증이 많은 관심의 대상이 되고 있지만 동시에 이혼제도가 혼인파탄의 원인이라기보다는 하나의 증상으로 더 잘 이해될 수 있다는 것이 보편적인 생각이다.<sup>66)</sup> 결국 이혼보다는 혼인의 안정이 현대의 과제가 될 것이고 그 과제를 해결하기 위하여 혼인파탄의 원인을 분석해 보아야 할 것이다.<sup>67)</sup> 그 원인으로서는 대개 ① 직장과 가정, 그리고 여가가 분리되고 가족 구성원이 그들의 하루 생활을 따로 보내는 생활양식, ② 여성들에 대한 교육과 고용기회의 확대, ③ 전통적 가족윤리와 가족압력의 약화, ④ 혼인 연령, ⑤ 평균수명과 결혼생활이 길어진 것, ⑥ 만성적 실업, ⑦ 사회보장의 가능성, ⑧ 기타 현대적 특징들이 있다.<sup>68)</sup> 그러나 이러한 요인들은 대개 법의

66) 歐美의 경우 1965년 이래로 20년 동안 출산률과 혼인들이 급강하한 반면 이혼과 비적출자의 출산은 급격하게 증가하였는데, Louis Roussel은 이러한 변화의 중요한 원인을 관념의 변화에서 찾고 있다. M.A.Glendon, 『전계서』, 144면.

67) Rheinstejn, 『전계서』, 247-307면.

통제밖에 있거나 사람들이 법적 통제를 원하지 않는 문제들이다.<sup>69)</sup>

혼인의 성립과 해소의 양면에서 개인의 선택가능성이 높아진 것과 이러한 확대된 선택가능성이 개인의 경제적·사회적 지위를 결정했던 혼인과 가족의 역할을 감소시키는 것은 당연하다.<sup>70)</sup> 혼인법은 배우자의 선택에 있어서 가족 또는 부모의 역할이 컸던 상황에서부터 점차 자녀들의 독자적 의사가 확대되어 자유로운 선택을 할 수 있는 단계로 발전하였고, 마침내는 자신의 최초선택을 변경할 수 있는 상황까지 발전해 왔다. 혼인 그 자체가 부와 지위, 그리고 신분의 결정적 요소가 되지 못한다는 사실도 혼인의 자유와 혼인해소의 자유를 조장하였다. 혼인해소의 자유는 혼인자유증가 및 혼인규제의 완화현상과 밀접하게 상호작용하고 있다. 그러한 경향은 서로 반응하면서 상승작용을 한다. 배우자 선택이 당사자에게 일임되고 혼인관계가 경제적으로 덜 중요하게 되면서 부부관계는 더욱 불안정하게 되고 있다.

Laurence Stone은 지극히 자기중심적이고 내면적이며 성적으로 자유롭고子女指向의인 20세기 후반의 가정은 가족구성원인 가족으로부터, 그리고 배우자로부터 쉽게 분리될 수 있는 조건하에 존재하고 있다고 설명하고 있다. 이러한 혼인과 이혼의 자유는 혼인의식이나 절차, 그리고 이혼절차에도 영향을 미치게 된다. René König가 혼인의 성립에 있어서 가족이 고도의 관념성과 통제력을 가지고 있는 사회에서는 이혼하고자 하는 부부가 이해관계 있는 가족들의 반대를 무마하기 위하여 논거와 이유가 요구되는 것이 일반적이었다고 했듯이 오늘날의 개인주의 사회에서는 반대로 유책적 이혼이 설자리가 좁아지는 것은 당연하고, 다만 혼인해소 후의 경제적 청산 문제와 자녀들의 복지 문제가 전면으로 등장하게 된다.

68) René König, "Sociological Introduction", *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol.4, ed. 1974, 67-8면.

69) J. Commaille, "Le Divorce en Europe Occidentale", *Institut Nationale d'Etudes Demographiques*, 1983, 233-7면.

70) 좀더 자세한 것은 Mary Ann Glendon의 *The New family and New Property* (Toronto : Butterworths, 1981) 참조.

## V. 맺음말

離婚法の 발전은 오랜 시간을 두고 이루어졌다. 대체로 고대사회의 비교적 자유롭던 이혼법에서 중세교회의 엄격한 통제기와 근대국가의 통제기를 지나 현대의 자유로운 파탄주의 이혼법으로 발전하고 있다. 다른 고대민족과 마찬가지로 로마인에게도 두 사람이 婚姻한다는 것은 특별한 의식을 치르기보다는 부부가 사실상 함께 산다는 의미를 갖고 있으며 婚姻은 法律上の 問題라기 보다는 事實上の 문제였다. 私有財産과 階級 내지는 身分制度가 발생하면서 婚姻은 共同體나 親族集團의 이익을 반영할 필요가 있었다. 婚姻은 명백한 사회적 지위였으므로 특히 재산이 교환되든가 하는 특별한 경우 婚姻 또는 婚姻儀式은 중요하게 되었으나 로마말기까지 법은 婚姻이란 社會制度和 직접적 관련이 있었고, 단지 사실적인 사건에 法律的인 效力만을 주고 있었다.

그러나 기독교 교회의 권한 강화와 더불어 婚姻에 관한 管轄權이 교회로 귀속됨에 따라 교회법 상의 婚姻으로 발전되었으며, 婚姻非解消의 원칙이 확립되었다. 그후 宗教改革으로 인하여 婚姻의 管轄權을 잃었지만 新敎조차도 세속의 혼인은 기독교의 가르침과 일치해야 한다고 생각했고, 중대한 婚姻違反이 있는 경우에만 離婚이 허락되는 것이라 생각하였으며, 離婚을 私的 秩序로 還元시키지 않았다. 즉 協議離婚은 승인되지 않았고 有責離婚은 국가가 허락해야만 가능했다.

계몽기의 인본주의 및 개인주의 사상의 등장과 절대주의 국가의 출현은 家族法에 있어서 새로운 시대를 의미한다. 대륙에서는 군주와 법학자 및 관료들은 모든 私法에 관하여 명백하고 완전한 法典化의 필요성을 느꼈다. 또한 婚姻의 契約의 측면이 강조됨에 따라 상호동의에 의한 離婚과 婚姻契約의 성립 및 해소뿐만 아니라 그 내용까지도 국가의 規制下에 두는 것이었다. 프랑스에서는 강제적인 民事婚主義와 市民身分의 包括的 登錄制度를 만들어 대륙 법계에 널리 유포시켰다. 이 점에서 事實婚主義가 오늘날까지 남아있는 英美法과 아주 다른 점이다. 파탄주의 이혼법은 나폴레옹 민법전이 상호동의이혼을 최초로 인정하고 1915년의 스웨덴과 1938년의 독일이 破綻主義 이혼을 도입한 것이 중요한 계기가 되었다. 그리고 1960년대에 유책이혼으로 위장된

합의이혼이 일반화되면서 離婚法의 개혁필요성이 표출되기 시작한 것도 중요한 요인이 되고 있다. 또한 有責主義는 부부사이의 상처를 악화시키고 위증을 악화시킴으로써 법제도에 대한 불신을 조장하는 문제가 있었다. 이미 죽어 버린 혼인을 법으로 막는 것이 사회적 이익에도 봉사하는 것이 없으며, 또한 분쟁을 종식시키고 사실상의 가족관계를 규율할 수 있다는 점에서 이혼이 긍정적인 역할을 할 수 있다고 주장되었다. 결국 스웨덴, 독일 그리고 19개의 미국 주들은 이혼사유에서 과실개념을 제거하였다. 독일의 경우 과실의 제거는 완전하지 못하지만 부부가 모든 문제에 관하여 합의가 성립되면 이혼은 이미 가능한 것이 되었다. 구미 각국은 파탄이혼을 받아들이면서 제도적 보완장치를 마련하는 일에 몰두하게 되었다. 이러한 이혼법의 변화는 개인주의 자유주의 측면에서 고대 로마법으로 복귀하는 것 같지만 미성년자나 경제적 약자인 배우자 등에 대하여 사회적 국가적 고려를 하는 점에서 역사적으로 전혀 새로운 일이다.

破綻主義 이혼은 離婚法뿐만 아니라 가족법 전반에 걸쳐 많은 영향을 미치고 있다. 가족구성원들은 점차 개인단위로 관찰되고 있으며 법률혼과 사실혼 사이의 경제적 효과 내지 자녀와 관련된 부분에 대해 법적 관심이 커지고 있다. 혼인에 대한 관념이 어느 시대보다도 자유주의적·개인주의의 사고에 기초함으로써 혼인을 하지 않고 혼인생활과 같은 관계를 유지하여 이혼 후에 나타날 법률문제를 사전에 피하기 위해 혼인이라는 법적 절차를 갖추기보다는 형식 없는 소위 '婚外同居'를 택하는 경향이 나타나고 있다. 한 발 더 나아가 이러한 婚外同居를 사실혼으로 받아들여지게 되고, 때로는 同性 간의 애정을 이유로 하여 '새로운 형태의 혼인관계'로 인정할 것을 요구하기에 이르렀다. 이러한 것들은 離婚法의 개정에 한정하여 원인을 찾을 수 없지만 그 동안의 여러 사정에 비추어 볼 때 離婚法의 개혁은 가족법, 특히 혼인법과 이를 둘러싼 문제 즉, 扶養法, 夫婦財產制 등에 적지 않은 영향을 끼치고 있다. 더 나아가 가족법은 사회복지법과 통합되면서 진보적으로 쇠퇴하는 현상<sup>71)</sup> (스웨덴의 가족법학자 Jacob Sundberg)마저 보이고 있으며 가족생활에 대한 국가의 간섭은 조세법과 노동법 등의 분야에 걸쳐 극적으로 증가하고 있다.

71) Glendon 著, 韓福龍 譯, 『전환기의 가족법』(吉安社, 1996), 416면.

# The Historical Foundation and Perspectives of No-fault Divorce Law

Han, Bok-yong\*

Beginning in the 1960s, there was an unparalleled upheaval in the family law systems of Western industrial societies. In many ways, the intense legislative activity of recent years formalized and systematized transforming trends. It is characterized, in varying degrees, by a progressive withdrawal of official regulation of marriage formation, dissolution, and the conduct of family life. At the same time, the rise of modern administrative states has brought about an increase of bureaucratic control.

Marriage termination is both a legal and a social phenomenon. The chief common characteristics of the new laws are the recognition or expansion of nonfault grounds for divorce. Behind these broad similarities, however, there are significant differences among the new, liberal divorce statutes of England, France, West Germany, Sweden, and the American States.

Deregulation of marriage has not been accompanied by a withdrawal of state involvement in the economic and child-related aspects of marriage dissolution. The issues of property division, support, and custody are the most controversial ones in family law today.

---

\* Professor, Law College, Chungnam University