

첨부 참고판례(가사소송 실무 관련)

법무법인 화안 대표변호사

김윤정

[1번] 대법원 1992. 5. 26. 선고 90므1135 판결

【판시사항】

가. 이혼소송의 재심소송에서 당사자의 일방이 사망하였다면 그 재산상속인들이 그 소송절차를 수계할 수 있는지 여부(소극)

나. 신분관계소송에서 상대방이 사망한 경우 검사를 상대방으로 하도록 하는 소송 제도의 입법취지

다. 이혼심판이 확정된 경우, 그 심판에 재심사유가 있지만 그 재심피청구인이 될 청구인이 사망하였거나 재심소송의 계속중 본래 소송의 청구인이며 재심피청구인이었던 당사자가 사망하였다면 검사로 하여금 그 소송을 수계하도록 함이 합당한지 여부(적극)

라. 이혼심판이 확정된 후 재심소송의 제1심 계속중 재심사유가 있었지만 이혼청구인이 사망한 경우, 제1심이 취하여야 할 조치

【판결요지】

가. 혼인관계와 같은 신분관계는 성질상 상속될 수 없는 것이고 그러한 신분관계의 재심당사자의 지위 또한 상속될 성질의 것이 아니므로 이혼소송의 재심소송에서 당사자의 일방이 사망하였더라도 그 재산상속인들이 그 소송절차를 수계할 까닭이 없는 것이다.

나. 신분관계소송에 있어서는 재산상의 분쟁의 경우와는 달리 위법한 신분관계가 존속함에도 그 상대방이 될 자가 사망하였고 그 법률관계는 상속되지 않아 소송의 상대방이 될 자가 존재하지 않는 경우에는 관련된 다수 이해관계인들의 이익을 위하여 공익의 대표자인 검사를 소송의 상대방으로 하여 소송을 하는 방법으로 이를 바로잡는 방안이 마련되어 있는데 이는 위법한 신분관계가 존재하는 경우에 이를 다룰 구체적 상대방이 없다는 이유로 방치하는 것은 공익에 반하므로 공익의 대표

자인 검사를 상대로 하여 소송을 제기하게 하고자 함에 있는 것이다.

다. 위 “나”항의 신분관계소송에 관한 입법취지에 비추어 보면, 이혼의 심판이 확정된 경우에 그 심판에 재심사유가 있다면 그 확정판결에 의하여 형성된 신분관계(정당한 부부관계의 해소)는 위법한 것으로서 재심에 의하여 그 확정판결을 취소하여 그 효력을 소멸시키는 것이 공익상 합당하다고 할 것이므로 그 재심피청구인이 될 청구인이 사망한 경우에는 위에서 본 규정들을 유추적용하여 검사를 상대로 재심의 소를 제기할 수 있다고 해석함이 합리적이라고 할 것이고 같은 이치에서 재심소송의 계속중 본래 소송의 청구인이며 재심피청구인이었던 당사자가 사망한 경우에는 검사로 하여금 그 소송을 수계하게 함이 합당하다고 할 것이다.

라. 이혼심판에 대한 재심소송의 제1심 계속중 이혼청구인이 사망하였다면, 제1심 으로서는 청구인의 상속인들로 하여금 청구인을 수계하도록 할 것이 아니라 검사로 하여금 청구인의 지위를 수계하도록 하여 재심사유의 존재 여부를 살펴보았어야 하고 심리한 결과 재심사유가 있다고 밝혀진다면 재심대상심판을 취소하여야 하며 이 단계에서는 이미 혼인한 부부 중 일방의 사망으로 소송이 그 목적물을 잃어버렸기 때문에 이를 이유로 소송이 종료되었음을 선언하였어야 한다.

[2번] 대법원 1992. 11. 10. 선고 92므68 판결

민법 제840조 제1호 소정의 부정한 행위라 함은 배우자로서의 정조의무에 충실치 못한 일체의 행위를 포함하며 이른 바 간통보다는 넓은 개념으로서 부정한 행위인지의 여부는 각 구체적 사안에 따라 그 정도와 상황을 참작하여 평가하여야 할 것이다 (당원 1963.3.14. 선고 62다54 판결; 1987.5.26. 선고 87므5,6 판결; 1988.5.24. 선고 88므7 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면 원심은, 거시증거에 의하여 피고 1은 원고를 알기 전에 이미 피고 2와 동거생활을 하다가 원고를 만나 2중으로 동거생활을 하였는데 원고와의 동거생활이 피고 2에게 알려져 피고 2와는 헤어지게 되고 원고와 혼인신고를 하였으며 그런 뒤에도 몇차례 피고 2의 집에서 같이 동거하면서 사실상 부부로 행세하여 원고가 1990.2.8. 피고들을 간통죄로 고소하였다가 향후 피고 2를 만나지 않겠다는 다짐을 하므로 그 다음 날 고소를 취소하여 주자 다시 그 고소 취소 직후인 1990.3.1.경 이후 피고 2의 집에서 그녀와 동거해 온 사실을 인정하고 위 인정에 어긋나는 일부 증거들을 믿지 아니하고 달리 이를 좌우할 만한 증거가 없다

고 판시하였는바, 기록에 대조하여 살펴보면 위 인정은 정당한 것으로 수긍할 수 있고 거기에 소론과 같이 증거판단을 그르치거나 증거에 대한 판단을 유탈한 위법이 있다 할 수 없으며, 사실관계가 위와 같다면 피고 1이 위와 같이 피고 2와 동거하는 동안 피고 2가 68세의 고령이고 중풍으로 좌측 팔다리가 마비되는 등의 이유로 소론 주장과 같이 정교능력이 없어 실제로 정교를 갖지는 못하였다 하더라도 피고 1의 위 행위는 배우자로서의 정조의무에 충실치 못한 것으로서 위 법조 소정의 부정한 행위에 해당한다 할 것 이므로 위와 같은 취지의 원심판단도 정당하고 거기에 소론과 같이 부정한 행위에 대한 해석을 그르친 위법이 있다 할 수 없다.

[3번] 대법원 2021. 3. 25. 선고 2020므14763 판결

1. 사실관계

원심판결 이유와 기록에 따르면 다음 사실을 알 수 있다.

가. 대한민국 국민인 피고는 2016. 10.경 베트남 국민인 원고를 만나 2017. 8. 17. 혼인신고를 마쳤고 그 사이에 자녀는 두지 않았다.

나. 피고는 2018. 2.경 부부싸움을 한 뒤 원고로부터 ‘이혼하자.’는 문자메시지를 받고 화가 나 원고의 뺨을 때려 폭행하였다.

다. 원피고는 2018. 5.경 원고가 취업한 다음 원고의 잦은 외출이나 귀가시간 문제로 자주 다투었고, 피고는 2019. 3. 13. 원고가 늦게 귀가한다는 이유로 원고의 뺨을 때려 폭행하였다.

라. 원피고는 2019. 3. 14. 법원에 협의이혼신청서를 제출하고 돌아왔으나 피고가 이혼하지 말자고 하면서 재차 다투는 과정에서 원고의 머리를 때리고 원고의 배와 머리를 발로 걷어 차 상해를 입혔고, 주방에 있던 부엌칼을 양손에 한 자루씩 들고 “앞으로 같이 잘 살아보든지 안 그러면 오늘 같이 죽자.”라고 하면서 원고를 위협하였다. 원고는 위 폭행을 계기로 집을 나와 귀가하지 않고 있다.

마. 피고는 2019. 10. 31. 대구지방법원 2019고정768호로 2019. 3. 13.자 폭행, 2019. 3. 14.자 상해와 특수협박을 이유로 벌금 500만 원을 선고받았다.

2. 원심판단

원심은 피고의 폭력 행사를 인정하면서도 아래 사정을 들어 원고가 피고로부터 심히 부당한 대우를 받았거나 원피고의 혼인관계가 더 이상 회복될 수 없을 정도로 파탄에 이르렀다고 단정하기 어렵다는 이유로 원고의 이혼 청구를 받아들이지 않았다.

가. 원피고는 2018. 2.경 피고의 폭행 이후 원고 사촌언니의 중재로 화해하였고,

2018. 4. 22. 결혼식을 올리기도 하였다.

나. 원고는 2018. 5.경 생산직으로 취업하여 같은 국적의 직장동료들과 친분을 쌓게 되면서 피고와 약속한 귀가시간을 계속하여 어겼고 이로 인해 원피고 사이의 갈등이 끊이지 않았다.

다. 원고는 피고로부터 잦은 외출, 귀가시간 또는 외박 장소에 관하여 지속적인 지적을 받으면서도 부부 일방으로서 혼인관계 유지에 책임감을 가지고 자신의 행동을 개선하려고 노력하기보다는 피고에게 일방적인 이해를 구하거나 이혼을 요구하는 방법으로 대응함으로써 갈등을 격화시켰다.

라. 이러한 사정에 비추어 보면, 피고의 폭행은 원고의 잘못으로 유발된 부부싸움 중 일시적, 우발적으로 감정이 악화되어 발생한 것으로 보이므로 이를 들어 원고가 혼인기간 중 피고로부터 혼인의 지속을 강요하는 것이 가혹할 정도의 폭행이나 학대를 받아온 것이라고 인정하기 부족하다. 이처럼 원피고가 별거하게 된 원인을 피고의 탓으로만 돌리기 어려울 뿐만 아니라 피고는 원고의 가출 이후부터 이 사건 소송 과정에 이르기까지 일관되게 원고와의 이혼을 원하지 않는다는 의사를 밝히고 있는 점 등에 비추어 보면 원피고의 혼인관계가 더 이상 회복될 수 없을 정도로 파탄에 이르렀다고 단정하기도 어렵다.

3. 대법원 판단

그러나 원심판결은 다음과 같은 이유로 받아들이기 어렵다.

가. 민법 제840조 제3호에서 정한 이혼사유인 ‘배우자로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때’라 함은 혼인관계의 지속을 강요하는 것이 가혹하다고 여겨질 정도의 폭행이나 학대 또는 모욕을 받았을 경우를 말한다(대법원 1999. 2. 12. 선고 97므 612 판결 참조).

민법 제840조 제6호에서 정한 이혼사유인 ‘혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때’란 부부간의 애정과 신뢰가 바탕이 되어야 할 혼인의 본질에 상응하는 부부공동생활관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄되고 혼인생활의 계속을 강제하는 것이 일방 배우자에게 참을 수 없는 고통이 되는 경우를 말한다. 이를 판단할 때에는 혼인계속의사의 유무, 파탄의 원인에 관한 당사자의 책임 유무, 혼인생활의 기간, 자녀의 유무, 당사자의 연령, 이혼 후의 생활보장, 기타 혼인관계의 여러 사정을 두루 고려하여야 하고, 이러한 사정을 고려하여 부부의 혼인관계가 돌이킬 수 없을 정도로 파탄되었다고 인정된다면 그 파탄의 원인에 대한 원고의 책임이 피고의 책임보다 더 무겁다고 인정되지 않는 한 이혼 청구를 인용해야 한다(대법원

1991. 7. 9. 선고 90므1067 판결, 대법원 2010. 7. 15. 선고 2010므1140 판결 등 참조).

나. 피고는 대한민국 국민으로서 대한민국에 상거소를 두고 있으므로 국제사법 제 39조 단서에 따라 이혼에 관한 준거법은 대한민국 민법이다.

위에서 본 바와 같이 피고는 반복적으로 원고에게 폭력을 행사하였고, 특히 2019. 3. 14.자 폭행 당시에는 원고의 배와 머리를 발로 걷어차고 양손에 각각 부엌칼을 들고 원고의 생명에 위해를 가할 것처럼 협박까지 한 사실을 알 수 있어 그 폭력 행사의 정도도 무겁다.

원심은 피고의 폭력 행사에 관하여, 원고가 피고로부터 지속적으로 지적을 받으면서도 자신의 행동을 개선하려고 노력하기 보다는 피고에게 지속적인 이혼을 요구함으로써 피고를 자극하였다고 판단하여 원고에게 피고의 폭력 행사에 상당 부분의 책임이 있는 것으로 본 듯하다. 그러나 이러한 사정만으로는 원고의 이혼 청구를 배척할 사유가 된다고 볼 수 없다.

오히려 기록에 나타난 당사자의 혼인계속의사 유무, 파탄의 원인에 관한 당사자의 책임 유무와 경중, 혼인생활의 기간, 자녀의 유무, 당사자의 연령 등 원피고의 혼인관계에 관한 여러 사정을 두루 고려하면 원피고는 더 이상 피고의 폭력 행사 이전의 관계로 회복될 수 없다고 판단된다.

이러한 사정을 위에서 본 법리에 비추어 보면, 피고의 행위는 원고에 대한 부당한 대우에 해당할 뿐만 아니라, 원피고 사이의 혼인관계는 피고의 폭력 행사 이래 그 바탕이 되어야 할 애정과 신뢰가 상실되어 회복할 수 없을 정도로 파탄되었다고 봄이 타당하고, 민법 제840조 제3호 또는 제6호의 재판상 이혼사유에 해당한다. 그런데도 원심은 원고에게 피고의 폭력 행사를 유발한 책임이 있다는 등의 이유로 원고의 이 사건 이혼 청구를 받아들이지 않았다. 원심판결에는 민법 제840조 제3호와 제6호에서 정한 이혼사유에 관한 법리 등을 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 정당하다.

[4-1번] 대법원 2006. 1. 13. 선고 2004므1378 판결

혼인생활의 파탄에 대하여 주된 책임이 있는 배우자는 원칙적으로 그 파탄을 사유로 하여 이혼을 청구할 수 없고, 다만 상대방도 그 파탄 이후 혼인을 계속할 의사가 없음이 객관적으로 명백함에도 오기나 보복적 감정에서 이혼에 응하지 아니하고 있을 뿐이라는 등의 특별한 사정이 있는 경우에만 예외적으로 유책배우자의 이

혼청구권이 인정된다(대법원 1999. 10. 8. 선고 99므1213 판결 등 참조).

원심은 그 채택 증거들을 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원·피고간의 혼인관계는 더 이상 회복하기 힘들 정도로 파탄되었다고 할 것이지만, 피고의 귀책사유로 혼인관계가 파탄에 이른 점에 관하여는 이를 인정할 증거가 부족하다는 이유로 이를 전제로 하는 원고 주장을 배척하는 한편, 원·피고간의 혼인관계가 파탄에 이르게 된 책임은 (상호 생략) 식당의 운영은 물론 가사·양육을 등한시하면서 피고 및 자녀들에게 폭언과 폭행을 행사하고, 소외인과 만나면서부터는 상식적으로 이해할 수 없는 행각을 보이면서 (상호 생략) 식당의 수입 등을 임의로 사용하고 거액의 채무를 부담하여 갈등을 초래하는 한편 이러한 갈등을 해소하려는 아무런 노력도 없이 피고와 자녀들의 간절한 바램을 외면하고 도리어 이혼을 요구한 원고에게 있음이 명백하므로, 이와 같이 혼인관계의 파탄에 대하여 주된 책임이 있는 원고의 이혼청구는 원칙적으로 허용될 수 없고, 달리 피고 역시 혼인을 계속할 의사가 없음이 객관적으로 명백함에도 오기나 보복적 감정에서 이혼에 응하지 아니할 뿐이라는 등의 특별한 사정도 인정되지 않는다고 하여 원고의 이혼청구 등을 모두 배척하였다.

[4-2번] 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010므1256 판결

【판결요지】

법률상 부부인 갑과 을이 별거하면서 갑이 병과 사실혼관계를 형성하였고, 그 후 갑과 을의 별거상태가 약 46년간 지속되어 혼인의 실체가 완전히 해소되고 각자 독립적인 생활관계가 고착화되기에 이르자 갑이 을을 상대로 이혼을 청구한 사안에서, 갑과 을의 혼인은 혼인의 본질에 상응하는 부부공동생활 관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄되었고, 그 혼인생활의 계속을 강제하는 것이 일방 배우자에게 참을 수 없는 고통이 될 것이며, 혼인제도가 추구하는 목적과 민법의 지도이념인 신의성실의 원칙에 비추어 보더라도 혼인관계의 파탄에 대한 갑의 유책성이 반드시 갑의 이혼청구를 배척하지 않으면 아니 될 정도로 여전히 남아 있다고 단정할 수 없으므로, 갑과 을의 혼인에는 민법 제840조 제6호에 정한 ‘혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때’라는 이혼원인이 존재한다고 한 사례.

[이유]

중략

원심판결 이유와 기록에 의하면, 원고(생년월일 1 생략)와 피고(생년월일 2 생략)는

1958. 2.경 결혼식을 올리고 동거하다가 1959. 4. 9. 혼인신고를 마친 법률상 부부인데, 두 사람 사이에 자녀가 출생하지 않은 사실, 원고는 1964년 고향인 경북 예천군 ○○면 △△리에 있는 원고 집에 피고를 남겨 두고 혼자 서울로 올라가 일을 하었는데, 그 무렵부터 피고와 별거하면서 소외인과 동거하기 시작하여 그 사이에 2남 1녀를 두었고 이들은 모두 결혼하여 가정을 이루고 있는 사실, 원고는 1960년대 초반 무렵 아버지가 위독하다는 연락을 받고 위 △△리에 있는 집으로 내려왔으나 아버지의 장례식이 끝나자 곧바로 서울로 올라갔으며, 이후 피고는 위 △△리 집 인근에 따로 집을 얻어 생활한 사실, 피고는 원고와의 사이에 자녀가 생기지 않았기 때문에 소외인과의 사이에 출생한 자녀가 집안의 대를 잇는 것도 괜찮겠다는 생각에 원고와 소외인의 관계를 묵인해 온 사실, 피고는 소외인이 낳은 자녀들이 피고를 큰어머니라고 부르고 피고는 이들을 친자식으로 여겨왔기 때문에 이 사건 이혼 청구에 응할 수 없다는 입장에 있는 사실을 알 수 있다.

이를 앞에서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원고와 피고의 혼인관계는 약 46년간 장기간의 별거와 원고와 소외인 사이의 사실혼관계 형성 등으로 인하여 혼인의 실체가 완전히 해소되고 원고와 피고 각자 독립적인 생활관계가 고착화되기에 이른 점, 원고와 피고가 별거할 무렵 원고의 아버지가 사망하고 그 후 피고가 시댁에서 나와 따로 집을 얻어 생활하면서 피고와 시댁과의 유대관계도 단절된 것으로 보이는 점, 원고와 소외인 사이에 출생한 자녀도 원고와 피고의 독립적인 생활관계를 자연스럽게 받아들이고 오히려 원고와 소외인을 진정한 부부로 받아들일 것으로 보이는 점, 원고와 피고의 혼인관계가 위와 같이 파탄에 이르게 된 것은 원고에게 책임이 있다고 할 것이나 별거 상태가 46년간 계속된 데에는 피고의 책임도 전혀 없다고 볼 수 없는 점, 원고와 피고 사이의 부부공동생활 관계의 해소 상태가 장기화되면서 원고의 유책성도 세월의 경과에 따라 상당 정도 약화되고 원고가 처한 상황에 비추어 그에 대한 사회적 인식이나 법적 평가도 달라질 수밖에 없으므로, 현 상황에 이르러 원고와 피고의 이혼 여부를 판단하는 기준으로 파탄에 이르게 된 데 대한 책임의 경중을 엄밀히 따지는 것의 법적·사회적 의의(의의)는 현저히 감쇄(감살)되었다고 보이는 점, 원고와의 이혼을 거절하는 피고의 혼인계속의사는 일반적으로 이혼 여부를 판단함에 있어서 반드시 참작하여야 하는 요소이기는 하지만, 원고와 피고가 처한 현 상황에 비추어 이는 혼인의 실체를 상실한 외형상의 법률혼관계만을 계속 유지하려는 것에 다름 아니라고 보이고, 피고의 혼인계속 의사에 따라 현재와 같은 파탄 상황을 유지하게 되면, 특히 원고에게 참을 수 없는 고통을 계속 주는 결과를 가져올 것으로 보이는 점 등을 종합·참작하여 보면, 원고

와 피고의 혼인은 혼인의 본질에 상응하는 부부공동생활 관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄되고, 그 혼인생활의 계속을 강제하는 것이 일방 배우자에게 참을 수 없는 고통이 된다고 할 것이며, 혼인제도가 추구하는 목적과 민법의 지도이념인 신의성실의 원칙에 비추어 보더라도 혼인관계의 파탄에 대한 원고의 유책성이 반드시 원고의 이혼청구를 배척하지 않으면 아니 될 정도로 여전히 남아 있다고 단정할 수 없으므로, 원고와 피고의 혼인에는 민법 제840조 제6호 소정의 '혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때'라는 이혼원인이 존재한다고 할 것이다.

그런데도 원심이 위와 같은 사정들에 대하여 제대로 심리·판단하지 아니한 채, 판시와 같은 사정만을 들어 원고의 이 사건 청구를 기각하고 말았으니, 이러한 원심의 판단에는 민법 제840조 제6호가 규정하는 이혼원인에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

[5-1변] 대법원 2015. 9. 15. 선고 2013프568 전원합의체 판결

【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.

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.

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.

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 사실이다. 이더러도 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.

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.

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 경우에

는 예외적으로 유책배우자의 이혼청구를 허용할 수 있다.

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 유책배

우자가 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 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 한다.

[5-2번] 대법원 2022. 6. 16. 선고 2021므14258 판결

【이 유】

1. 사건의 경위와 원심판단

가. 사건의 경위

1) 원고와 피고는 2010. 3. 25. 혼인신고를 마친 부부이고, 그 사이에 2010. 12. 출생한 딸인 사건본인을 두고 있다.

2) 원고는 피고와의 크고 작은 갈등으로 2011년경에는 부부상담을 받고, 2013년경에는 변호사를 선임하여 이혼소송을 준비하였다가 피고 등의 사과를 받고 철회하였는데, 그 후에도 갈등을 극복하지 못하여 2016. 5. 말경 집을 나가 피고를 상대로 이혼 등 청구의 소를 제기하였다(이하 ‘중전 이혼소송’이라 한다). 위 소송은 2017. 6. 21. 변론종결되었고, 법원은 2017. 7. 5. “원고가 주장하는 피고의 귀책사유로 혼인관계가 파탄되었다고 볼 수 없고, 오히려 원고에게 혼인관계 파탄에 대한 더 큰 책임이 있다.”라는 이유로 원고의 청구를 기각하였다. 위 판결은 그 무렵 확정되었다. 피고는 중전 이혼소송이 제기된 직후 원고를 상대로 위자료 및 재산분할청구권을 보전하기 위한 채권가압류를 하면서도 이혼 등의 본안소송을 제기하지 않았고, 오히려 중전 이혼소송에서 이혼에 반대한다는 의사를 밝혔다.

3) 원고는 중전 이혼소송의 변론종결일 이후에도 여전히 피고와 별거한 채 혼인생활로 돌아가지 못하고 있다.

4) 원고는 별거 후 피고에게 사건본인의 양육비를 지급하다가 중전 이혼소송에서 패소하자 2017. 7. 지급을 중단하였으나, 피고의 청구에 의한 부양료 등 사건에서 법원이 부양료 및 양육비로 매월 50만 원의 지급을 명하는 사전처분을 하자 2018. 11.경부터 다시 피고에게 매월 50만 원씩을 지급하였다. 피고는 별거 이전 원고 명의로 임차하였던 아파트에서 별거 이후에도 계속 사건본인과 거주하고 있고, 원고는 2018. 3.경 위 아파트의 소유권을 취득하면서 담보대출 받았던 대출금 채무를 변제해 오고 있다.

5) 원고가 별거 후 피고를 통하지 않고 사건본인과 직접 연락하려고 하면, 피고는 사건본인을 만나기 위해서는 자신에게 연락하고 집으로 들어오라고 요구하였다. 또한 피고는 아파트의 잠금장치를 변경한 후, 원고에게 열쇠 교부를 거절하면서 원고가 먼저 집으로 들어와야 한다는 태도를 바꾸지 않았다. 그러나 원고는 관계 개선이 선행되어야 한다는 입장이어서 쌍방의 견해차를 전혀 좁히지 못하였다.

6) 원고는 2019. 9.경 이 사건 이혼청구의 소를 제기하였다. 피고는 이 사건 소송 계속 중 일관하여 이혼할 생각이 없다는 의사를 밝혔다.

나. 원심의 판단

원심은, 원고가 중전 이혼소송에서 패소 판결을 받은 후로도 여전히 가정으로 돌아가지 않은 채 피고와의 혼인관계 개선을 위한 아무런 노력도 하지 않다가 위 판결이 선고된 후 2년 만에 다시 동일한 내용의 소를 제기하면서 이혼을 요구하고 있는 점, 피고는 원고가 가정으로 돌아오기만을 바라면서 이혼의사가 절대로 없음을

밝히고 있는 점 등을 들어 원고의 이혼청구를 배척하였다.

2. 대법원의 판단

가. 관련 법리

1) 재판상 이혼원인에 관한 민법 제840조는 원칙적으로 유책주의를 채택하고 있는 것으로 해석되며, 민법 제840조 제6호의 이혼사유에 관하여도 혼인생활의 파탄에 주된 책임이 있는 배우자는 그 파탄을 사유로 하여 이혼을 청구할 수 없는 것이 원칙이다. 그러나 이혼청구 배우자의 유책성을 상쇄할 정도로 상대방 배우자 및 자녀에 대한 보호와 배려가 이루어진 경우, 세월의 경과에 따라 파탄 당시 현저하였던 유책배우자의 유책성과 상대방 배우자가 받은 정신적 고통이 약화되어 쌍방의 책임의 경중을 엄밀히 따지는 것이 더 이상 무의미할 정도가 된 경우 등 혼인 파탄의 책임이 반드시 이혼청구를 배척해야 할 정도로 남아있지 않은 경우 그러한 배우자의 이혼청구는 예외적으로 허용될 수 있다. 이를 판단할 때에는 유책배우자의 책임의 태양·정도, 상대방 배우자의 혼인계속의사 및 유책배우자에 대한 감정, 당사자의 나이, 혼인기간과 혼인 후의 구체적인 생활관계, 별거기간, 별거 후에 형성된 부부의 생활관계, 혼인생활의 파탄 후 여러 사정의 변경 여부, 이혼이 인정될 경우 상대방 배우자의 정신적·사회적·경제적 상태와 생활보장의 정도, 미성년 자녀의 양육·교육·복지의 상황, 그 밖의 혼인관계의 여러 사정을 두루 고려하여야 한다(대법원 2015. 9. 15. 선고 2013므568 전원합의체 판결 참조).

2) 민법 제826조 제1항에 따라, 부부는 정신적·육체적·경제적으로 결합된 공동체로서 서로 협조하고 보호하여 부부공동생활로서의 혼인이 유지되도록 상호 간에 포괄적으로 협력할 의무를 부담한다(대법원 2015. 5. 29. 선고 2013므2441 판결 등 참조).

3) 상대방 배우자의 혼인계속의사를 인정하려면 소송 과정에서 그 배우자가 표명하는 주관적 의사만을 가지고 판단할 것이 아니라, 혼인생활의 전 과정 및 이혼소송이 진행되는 중 드러난 상대방 배우자의 언행 및 태도를 종합하여 그 배우자가 악화된 혼인관계를 회복하여 원만한 공동생활을 영위하려는 노력을 기울임으로써 혼인유지에 협조할 의무를 이행할 의사가 있는지 객관적으로 판단하여야 한다. 따라

서 일방 배우자의 성격적 결함이나 언행으로 인하여 혼인관계가 악화된 경우에도, 상대방 배우자 또한 원만한 혼인관계로의 복원을 위하여 협조하지 않은 채 오로지 일방 배우자에게만 혼인관계 악화에 대한 잘못이 있다고 비난하고 대화와 소통을 거부하는 경우, 이혼소송 중 가정법원이 권유하는 부부상담 등 혼인관계의 회복을 위하여 실시하는 조치에 정당한 이유 없이 불응하면서 무관심한 태도로 일관하는 경우에는 혼인유지를 위한 최소한의 노력조차 기울이지 않았다고 볼 여지가 있어, 설령 그 배우자가 혼인계속의사를 표명하더라도 이를 인정함에 신중하여야 한다.

4) 과거에 일방 배우자가 이혼소송을 제기하였다가 유책배우자라는 이유에서 기각 판결이 확정되었더라도 그 후로 상대방 배우자 또한 종전 소송에서 문제되었던 일방 배우자의 유책성에 대한 비난을 계속하고 일방 배우자의 전면적인 양보만을 요구하거나 민형사소송 등 혼인관계의 회복과 양립하기 어려운 사정이 남아 있음에도 이를 정리하지 않은 채 장기간의 별거가 고착화된 경우, 이미 혼인관계가 와해되었고 회복될 가능성이 없으며 상대방 배우자에 대한 보상과 설득으로 협의에 의하여 이혼을 하는 방법도 불가능해진 상태까지 이르렀다면, 종전 이혼소송의 변론종결 당시 현저하였던 일방배우자의 유책성이 상당히 희석되었다고 볼 수 있고, 이는 현재 이혼소송의 사실심 변론종결 시를 기준으로 판단하여야 한다.

5) 다만 이 경우 일방 배우자의 유책성을 상쇄할 정도로 상대방 배우자 및 자녀에 대한 보호와 배려가 이루어졌어야 함은 위에서 본 바와 같으므로, 특히 상대방 배우자가 경제적·사회적으로 매우 취약한 지위에 있어 보호의 필요성이 큰 경우나 각종 사회보장급여 기타 공법상 급여, 연금이나 사적인 보험 등에 의한 혜택이 법률상 배우자의 지위가 유지됨을 전제로 하는 경우에는 유책배우자의 이혼청구를 허용함에 신중을 기하여야 한다. 그러므로 이혼에 불응하는 상대방 배우자가 혼인의 계속과 양립하기 어려워 보이는 언행을 하더라도, 그 이혼거절의사가 이혼 후 자신 및 미성년 자녀의 정신적·사회적·경제적 상태와 생활보장에 대한 우려에서 기인한 것으로 볼 여지가 있는 때에는 혼인계속의사가 없다고 선불리 단정하여서는 안 된다.

또한 자녀가 미성년자인 경우에는 혼인의 유지가 경제적·정서적으로 안정적인 양육 환경을 조성하여 자녀의 복리에 긍정적 영향을 미칠 측면과 더불어 부모의 극심한 분쟁상황에 지속적으로 자녀를 노출시키거나 자녀에 대한 부양 및 양육을 방기하

는 등 파탄된 혼인관계를 유지함으로써 오히려 자녀의 복리에 부정적 영향을 미칠 측면에 관하여 모두 심리·판단하여야 한다.

나. 이 사건의 판단

1) 원고와 피고는 종전 이혼소송의 변론종결 이후에도 5년째 별거 중이고 쌍방의 갈등이 해소되지 않고 있다. 피고는 혼인계속의사를 밝히고 있으나, 원고가 혼인관계를 유지하는데 상당한 고통을 토로함에도 원고가 먼저 가출하였다는 사정만을 들어 원고를 비난하면서 집으로 돌아오라는 요구를 반복할 뿐이다.

피고의 이혼거절의사가 혼인기간 중 가사와 양육만을 담당해온 자신 및 미성년자인 사건본인의 정신적·사회적·경제적 상태와 생활보장에 대한 우려에서 기인한 것으로 볼 여지도 있다. 하지만 원고는 사건본인에 대한 면접교섭의 의지가 있고 양육비를 꾸준히 지급해 오고 있다. 한편 미성년자인 사건본인이 성장하는 동안 원고와 피고 사이에서 갈등과 분쟁 및 이혼소송에 지속적으로 노출되어 왔다.

2) 원심은 혼인생활의 전 과정 및 이혼소송이 진행되는 중에 드러난 피고의 언행 및 태도, 피고와 사건본인이 처해 있는 구체적 상황, 혼인관계의 회복가능성 등을 모두 고려하여 피고에게 혼인계속의사가 있는지를 객관적으로 살펴보지 않은 채, 그 혼인계속의사가 오기나 보복적 감정에 기한 것으로 보이지 않는다고만 판단하였다. 또한 원심은 과거에 원고가 청구한 이혼청구가 기각되었더라도, 그 후로 피고 역시 혼인관계의 회복을 위한 노력을 다하지 않음으로써 혼인관계가 회복될 가능성이 없는 반면 피고 및 사건본인에 대한 보호와 배려가 이루어짐으로써 유책배우자의 유책성이 희석되었다고 볼 수 있는지, 원고와 피고의 분쟁상황을 고려할 때 그 혼인관계의 유지가 미성년자인 사건본인의 정서적 상태와 복리를 저해하고 있는지 및 그 정도 등에 대하여 심리하지 않은 채 이 사건 청구가 유책배우자의 이혼청구가 허용되는 특별한 사정이 있는 경우에 해당된다고 보기 어렵다고 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 민법 제840조 제6호의 해석 및 유책배우자의 이혼청구에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

[6번] 대법원 1993. 5. 27. 선고 92므143 판결

【판시사항】

가. 이혼소송 계속중 배우자 일방이 사망한 경우 이혼소송의 종료 여부(적극)

나. 이혼위자료청구권이 행사상 일신전속권으로서 승계가 가능한지 여부(적극)

【판결요지】

가. 재판상 이혼청구권은 부부의 일신전속적 권리이므로 이혼소송 계속중 배우자 일방이 사망한 때에는 상속인이 수계할 수 없음은 물론 검사가 수계할 수 있는 특별한 규정도 없으므로 이혼소송은 종료된다.

나. 이혼위자료청구권은 상대방 배우자의 유책불법한 행위에 의하여 혼인관계가 파탄상태에 이르러 이혼하게 된 경우 그로 인하여 입게 된 정신적 고통을 위자하기 위한 손해배상청구권으로서 이혼시점에서 확정, 평가되고 이혼에 의하여 비로소 창설되는 것이 아니며, 이혼위자료청구권의 양도 내지 승계의 가능 여부에 관하여 민법 제806조 제3항은 약혼해제로 인한 손해배상청구권에 관하여 정신상 고통에 대한 손해배상청구권은 양도 또는 승계하지 못하지만 당사자간에 배상에 관한 계약이 성립되거나 소를 제기한 후에는 그러하지 아니하다고 규정하고 같은 법 제843조가 위 규정을 재판상 이혼의 경우에 준용하고 있으므로 이혼위자료청구권은 원칙적으로 일신전속적 권리로서 양도나 상속 등 승계가 되지 아니하나 이는 행사상 일신전속권이고 귀속상 일신전속권은 아니라 할 것인바, 그 청구권자가 위자료의 지급을 구하는 소송을 제기함으로써 청구권을 행사할 의사가 외부적 객관적으로 명백하게 된 이상 양도나 상속 등 승계가 가능하다.

【이 유】

원고들 소송대리인의 상고이유에 대하여

기록에 의하면, 망 소외인이 원고가 되어 배우자인 피고를 상대로 원고를 수시로 폭행하는가 하면, 1989.9.8.에도 원고를 구타하여 후두부 두피열상으로 봉합술을 받게 하는 등 심히 부당한 대우를 한다는 이유로 이혼과 위자료 금 7천만 원을 청

구하자, 제1심은 1991.3.13. 망 소외 인의 주장을 일부 받아들여 이혼과 함께 위자료 금 1,500만 원의 지급을 명하는 내용의 판결을 선고하였고, 이에 피고가 항소하여 그 소송이 원심법원에 계속되어 있던 중, 같은 해 8.19. 망 소외인이 사망하여 그 부모인 원고들이 소송수계를 신청하였음을 알 수 있다.

이에 대하여 원심은, 이혼청구소송 부분에 대하여는 재판상 이혼청구권이 일신전속적인 권리로서 이혼소송의 계속중 부부의 어느 일방이 사망한 때에 그 소송은 종료되었고, 이혼에 따른 위자료청구권은 이혼 그 자체로 인하여 생기는 정신적 고통에 대한 것으로 상속이 가능하다고 한다면 부부일방 중 생존한 일방이 이를 상속하게 되는 이상한 결론에 봉착하게 되고, 그 부부 사이에 미성년의 자가 있는 경우의 문제, 그 자녀가 나머지 일방 당사자와 생활을 같이하는 경우 윤리적인 문제 및 그 사실상의 관리문제 등과 가사소송법 제2조 제1항 다류 제2호에서 이혼에 따른 위자료의 청구에 관하여 이혼을 원인으로 하는 손해배상청구권이라는 표현을 하고 있는 점 등을 종합할 때, 위자료청구권 역시 그 성질상 상속의 대상이 될 수 없는 일신전속적 권리이므로 당사자가 사망하면 상속 또는 수계가 되지 아니하고 소송이 종료된다고 봄이 상당하다 하여, 원고의 이 사건 이혼 및 위자료청구소송은 원고가 사망함에 따라 종료되었고 이 사건 소송수계신청은 부적법하다고 판시하였다.

재판상의 이혼청구권은 부부의 일신전속적 권리이므로 이혼소송의 계속중 배우자의 어느 일방이 사망한 때에는 그 상속인이 수계를 할 수 없음은 물론이고, 또한 그러한 경우에 검사가 이를 수계할 수 있는 특별한 규정도 없으므로 이혼소송은 종료된다 할 것이다(당원 1982.10.12. 선고 81므53 판결 참조).

그러나 이혼위자료청구권은 상대방인 배우자의 유책불법한 행위에 의하여 그 혼인관계가 파탄상태에 이르러 부득이 이혼을 하게 된 경우에 그로 인하여 입게 된 정신적 고통을 위자하기 위한 손해배상청구권으로서, 이는 이혼의 시점에서 확정, 평가되는 것이며 이혼에 의하여 비로소 창설되는 것은 아니라 할 것이다. 이러한 이혼위자료청구권의 양도 내지 승계의 가능 여부에 관하여, 민법 제806조 제3항은 약혼해제로 인한 손해배상청구권에 관하여 정신상 고통에 대한 손해배상청구권은 양도 또는 승계하지 못하지만 당사자간에 이미 그 배상에 관한 계약이 성립되거나 소를 제기한 후에는 그러하지 아니하다고 규정하고, 민법 제843조가 위 규정을 재판상 이혼의 경우에 준용하고 있으므로 이혼위자료청구권은 원칙적으로 일신전속

적 권리로서 양도나 상속 등 승계가 되지 아니하나 이는 행사상의 일신전속권이고 귀속상의 일신전속권은 아니라 할 것이며, 그 청구권자가 위자료의 지급을 구하는 소송을 제기함으로써 그 청구권을 행사할 의사가 외부적 객관적으로 명백하게 된 이상 양도나 상속 등 승계가 가능하다 할 것이다.

앞에서 본 바와 같이 수계신청인들은 망 소외인의 부모로서 피고와 함께 공동재산 상속인들이므로 그들이 한 이 사건 수계신청 중 이혼청구사건에 관한 부분은 부적법하다 할 것이나, 이혼위자료청구사건에 관한 부분은 그들의 상속분 범위 내에서 적법하다 할 것이다.

[7번] 대법원 2015. 5. 29. 선고 2013므2441 판결

1. 부부는 동거하며 서로 부양하고 협조할 의무를 진다(민법 제826조). 부부는 정신적·육체적·경제적으로 결합된 공동체로서 서로 협조하고 보호하여 부부공동생활로서의 혼인이 유지되도록 상호 간에 포괄적으로 협력할 의무를 부담하고 그에 관한 권리를 가진다. 이러한 동거의무 내지 부부공동생활 유지의무의 내용으로서 부부는 부정행위를 하지 아니하여야 하는 성적(성적) 성실의무를 부담한다. 부부의 일방이 부정행위를 한 경우에 부부의 일방은 그로 인하여 배우자가 입은 정신적 고통에 대하여 불법행위에 의한 손해배상의무를 진다.

한편 제3자도 타인의 부부공동생활에 개입하여 그 부부공동생활의 파탄을 초래하는 등 그 혼인의 본질에 해당하는 부부공동생활을 방해하여서는 아니 된다. 제3자가 부부의 일방과 부정행위를 함으로써 혼인의 본질에 해당하는 부부공동생활을 침해하거나 그 유지를 방해하고 그에 대한 배우자로서의 권리를 침해하여 배우자에게 정신적 고통을 가하는 행위는 원칙적으로 불법행위를 구성한다(대법원 2014. 11. 20. 선고 2011므2997 전원합의체 판결 참조).

그리고 부부의 일방과 제3자가 부담하는 불법행위책임은 공동불법행위책임으로서 부진정연대책무 관계에 있다.

한편 법원은 당사자가 신청하지 아니한 사항에 대하여는 판결하지 못하고 당사자가 주장하지 아니한 사실을 기초로 법원이 판단할 수는 없지만, 법원은 청구의 객

관적 실체가 동일하다고 보이는 한 청구원인으로 주장된 실체적 권리관계에 관하여 정당한 법률해석을 하여 판결할 수 있다(대법원 1994. 11. 25. 선고 94므826, 833 판결 참조).

2. 원고가 청구원인으로 주장하는 부권 침해는 결국 제3자가 부부의 일방과 부정행위를 함으로써 그 일방의 배우자에 대한 부부로서의 의무에 위반하는 행위에 가담하여 혼인관계를 파탄에 이르게 하였다는 주장과 다르지 아니하고, 이러한 제3자의 배우자에 대한 손해배상책임은 부부의 일방이 부담하는 손해배상책임과 공동불법행위책임으로서 부진정연대책무 관계에 있다.

[8번] 대법원 2000. 4. 11. 선고 99므1329 판결

1. 법리오해의 점에 대하여

혼인의 합의란 법률혼주의를 채택하고 있는 우리 나라 법제하에서는 법률상 유효한 혼인을 성립하게 하는 합의를 말하는 것이므로 비록 사실혼관계에 있는 당사자 일방이 혼인신고를 한 경우에도 상대방에게 혼인의사가 결여되었다고 인정되는 한 그 혼인은 무효라 할 것이나(대법원 1983. 9. 27. 선고 83므22 판결 참조), 상대방의 혼인의사가 불분명한 경우에는 혼인의 관행과 신의성실의 원칙에 따라 사실혼관계를 형성시킨 상대방의 행위에 기초하여 그 혼인의사의 존재를 추정할 수 있으므로 이와 반대되는 사정, 즉 혼인의사를 명백히 철회하였다거나 당사자 사이에 사실혼관계를 해소하기로 합의하였다는 등의 사정이 인정되지 아니하는 경우에는 그 혼인을 무효라고 할 수 없다(대법원 1980. 4. 22. 선고 79므77 판결, 1994. 5. 10. 선고 93므935 판결 등 참조).

2. 심리미진과 채증법칙 위배로 인한 사실오인의 점에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 사실상 혼인관계에 있는 원고와 피고 사이에 기왕의 사실혼관계를 해소하기로 합의하거나 원고가 피고와의 혼인의사를 철회하였다는 등의 사정이 없다는 이유로 이 사건 혼인신고의 무효를 주장하는 원고의 청구를 기각하였다.

기록에 의하면, 이 사건 혼인신고 당시 원고와 피고가 사실혼관계에 있었다 할 것이고, 원고가 이 사건 혼인신고에 앞서 혼인의사를 명백히 철회하였다거나 피고와 사이에 사실혼관계를 해소하기로 하는 합의를 하였다고 볼 증거가 없는바, 같은 취지의 원심의 사실인정 및 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 내세우는 심리미진과 채증법칙 위배로 인한 사실오인의 위법이 없다.

[9번] 대법원 1989. 1. 24. 선고 88프795 판결

원심판결 이유에 의하면, 원심은 청구인과 피청구인은 1984.4.20. 결혼식을 올리고 신혼여행을 갔다가 청구인이 써놓은 편지를 피청구인이 이유없이 찢어버린 일로 서로 말다툼을 하고 신혼여행을 다녀온 후에도 성격차이로 가정불화가 잦아 서로 각방을 사용하여 온 사실, 그 후 청구인이 광주에서 전남 ○○군 교육구청으로 근무지를 옮길 무렵 피청구인에게 당시 피청구인이 다니던 직장인 △△은행광주지점을 사직하고 청구인을 따라가 가정에나 힘을 쓰라고 제의하였으나 피청구인이 이를 거절하면서 계속하여 직장을 다니겠다고 한 것이 발단이 되어 서로 싸운 후 청구인이 1984.12.18. 피청구인에게 위 사실혼관계를 해소하고 헤어지자는 내용의 편지를 보낸 이후 현재까지 별거상태에 있는 사실, 그런데 피청구인은 1987.1.7. 청구인의 승낙없이 청구인 인장을 함부로 찍어 혼인신고서를 위조한 다음 일방적으로 위와 같이 혼인신고를 한 사실을 인정하고 청구인이 위 혼인신고를 추인하였다는 피청구인 의 주장을 배척한 후 위 혼인신고는 당사자간의 혼인의 합의가 없는 때에 해당하므로 무효라고 판단하였는바 일건기록에 비추어 보면 위와 같은 원심의 증거취사와 사실인정을 수긍할 수가 있고 거기에 소론과 같은 심리미진이나 채증법칙 위배한 위법이 있다고 할 수는 없다고 보며, 원심이 위와 같은 혼인무효의 원인사유를 인정하고 추인주장을 배척한 이상 피청구인이 1988.5.26. 자 준비서면으로 주장하였다는 소론의 주장에 대하여 별도로 이를 배척하는 판단을 할 필요는 없다고 보며 원심이 소론의 문서제출명령을 채택하지 아니한 것이나 변론재개 신청을 받아들이지 아니한 것이 위법이라고 할 수도 없다고 본다.

그리고 사실관계가 원심이 인정한 바와 같다면 청구인과 피청구인의 사실혼관계는 혼인신고 이전에 해소되어 있는 상태라고 보아야 할 것이고 이와 같이 사실혼관계가 해소된 상태에서 혼인신고가 일방적으로 이루어졌다면 이는 당사자간에 혼인의 합의가 없는 경우에 해당하여 무효라고 보아야 할 것이므로 이와 같은 취지의 원

심판단도 정당하다고 보아야 할 것이다.

[10번] 대법원 1996. 6. 28. 선고 94므1089 판결

민법 제812조 제1항은 혼인은 호적법에 정한 바에 의하여 신고함으로써 그 효력이 생긴다고 규정하고 있고, 같은 법 제815조 제1호는 혼인무효사유의 하나로 당사자 간에 혼인의 합의가 없는 때를 규정하고 있는바, 이러한 규정들의 취지에 비추어 보면, 혼인이 유효하기 위하여는 당사자 사이에 혼인의 합의가 있어야 하고, 이러한 혼인의 합의는 혼인신고를 할 당시에 존재하여야 한다고 할 것이다(대법원 1983. 9. 27. 선고 83므22 판결 참조).

그런데, 관계증거와 기록에 의하면, 원고의 아버지인 소외 망 인과 피고는 1984. 2.경 사업관계로 알게 되어 교제를 하다가 같은 해 5. 19. 혼례식을 거행한 다음 그 무렵부터 위 망인의 집에서 부부로서 동거하여 온 사실, 그런데 위 망인은 1987. 11. 30. 뇌졸중(뇌실질내출혈)으로 의식을 잃고 혼수상태에 빠져 1989. 11. 14. 사망하기까지 이른바 식물인간이나 다름없는 상태에 있었던 사실, 피고는 위 망인이 사망하기 전인 1989. 10. 10. 임의로 서울 구로구청장에게 위 망인과 피고 사이의 혼인신고를 마친 사실을 알 수 있는바, 사실관계가 위와 같다면 위 망인과 피고가 사실혼관계에 있었다고 하더라도 다른 특별한 사정이 없는 한 위 망인과 피고 사이에 위와 같이 신고하여 한 혼인은 무효라고 보아야 할 것이다.

[11번] 대법원 2012. 11. 29. 선고 2012므2451 판결

혼인의 합의란 법률혼주의를 채택하고 있는 우리나라 법제하에서는 법률상 유효한 혼인을 성립하게 하는 합의를 말하는 것이므로 비록 사실혼관계에 있는 당사자 일방이 혼인신고를 한 경우에도 상대방에게 혼인의사가 결여되었다고 인정되는 한 그 혼인은 무효라 할 것이나(대법원 1983. 9. 27. 선고 83므22 판결 참조), 상대방의 혼인의사가 불분명한 경우에는 혼인의 관행과 신의성실의 원칙에 따라 사실혼관계를 형성시킨 상대방의 행위에 기초하여 그 혼인의사의 존재를 추정할 수 있으므로 이와 반대되는 사정, 즉 혼인의사를 명백히 철회하였다거나 당사자 사이에 사실혼관계를 해소하기로 합의하였다는 등의 사정이 인정되지 아니하는 경우에는 그 혼인을 무효라고 할 수 없다(대법원 1980. 4. 22. 선고 79므77 판결, 대법원

1994. 5. 10. 선고 93므935 판결, 대법원 2000. 4. 11. 선고 99므1329 판결 등 참조).

원심은 그 채택 증거를 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 사실혼관계인 피고들 사이에 혼인신고가 이루어질 때에 피고 1이 의사무능력 상태에 있었다 하더라도 그 이전에 피고 1에게 혼인의사가 결여되어 있었다거나 피고 1이 혼인의사를 철회하였다는 등의 사정이 인정되지 아니하므로, 피고 1의 혼인의사의 존재는 추정되고, 따라서 피고 2의 혼인신고에 따른 피고들 사이의 혼인은 유효하다고 판단하였다.

앞에서 본 법리에 비추어 볼 때 원심의 이러한 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 사실혼관계에서의 혼인의사 추정에 관한 법리를 오해하거나 판례를 위반하는 등 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

[12번] 대법원 2021. 12. 10. 선고 2019므11584, 11591 판결

1. 원심의 판단

원심은 판시와 같은 사실 등을 인정한 후, 원고(반소피고, 이하 ‘원고’라고만 한다)의 본소 중 혼인무효 확인청구에 대해서 ① 피고(반소원고, 이하 ‘피고’라고만 한다)가 자신의 부모 이름을 다르게 알려준 점, ② 원고와 동거한 기간이 40일에 불과하고 외국인 등록증을 발급받은 직후 가출한 점 등을 이유로 민법 제815조 제1호의 혼인무효 사유가 인정된다고 판단하여 이를 인용하고, 원고와 피고의 혼인이 무효임을 전제로 원고의 본소 중 위자료 청구를 일부 인용하면서, 피고의 반소 이혼 청구를 기각하였다.

2. 대법원의 판단

가. 그러나 원심이 든 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

1) 원심이 혼인무효의 사정으로 들고 있는 사정 중 혼인 전에 있었던 사정은 피고

가 부모 이름을 다르게 알려주었다는 사정밖에 없다. 그런데 피고가 자신의 부모 이름을 다르게 알려준 사정이 진정한 혼인의사의 부존재를 추정하게 할 사유에 해당하는지 의문이고, 게다가 피고가 알려준 부모의 이름에 대해 살펴보더라도 아버지의 이름 ‘○○○○ △△△△’를 ‘□□□□□□□ △△△△’로, 어머니의 이름 ‘☆☆☆☆☆ ◇◇◇◇’을 ‘▽▽▽▽▽▽ ◇◇◇◇’으로 알려주었다는 것이어서 완전히 다른 이름인지도 불확실하므로 신분위장 등의 목적이 있었다고 보기도 어렵다.

2) 원고는 2016. 12.경 키르기스 공화국을 방문하여 피고를 소개받아 그 무렵 키르기스 공화국의 법령이 정하는 혼인의 성립절차에 따라 혼인신고를 마친 후, 2017. 1.경 한국에서의 혼인신고를 마쳤다. 그리고 우리나라 출입국관리법령에 따라 피고에 대한 결혼이민비자가 신청·발급되어, 피고는 2017. 6.경 대한민국에 입국하여 원고와 동거하게 되었다. 이와 같이 원고와 피고가 혼인에 이르기 위해서 들인 시간과 노력, 절차에 소요된 비용 등을 도외시킨 채 단지 동거기간이 40일에 불과하다는 사정만으로 혼인의사를 부정할 것은 아니다.

3) 원심이 든 나머지 사정들은 혼인이 성립된 이후의 사정으로서 결국 피고가 혼인 이후 혼인을 유지하기 위한 노력을 하지 않고, 혼인관계의 지속을 쉽게 포기하였다는 이혼 사유에 가까운바, 이러한 사정만을 내세워 애초부터 혼인의사가 없었다고 단정하는 것은 쉽게 수긍하기 어렵다.

나. 그럼에도 원심은 위와 같은 사정만을 내세워 원고와 피고의 혼인이 혼인무효 사유에 해당한다고 판단하였으니, 그와 같은 원심의 판단에는 민법 제815조 제1호에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니한 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

[13번] 대법원 2003. 11. 14. 선고 2000므1257(본소), 1264(반소) 판결

【판시사항】

[1] 사실혼관계가 단기간에 해소된 경우, 혼수 구입비용 상당액의 손해배상청구를 배척한 사례

[2] 사실혼관계가 단기간에 해소된 경우, 결혼 후 동거할 주택구입 명목으로 교부한 금원은 형평의 원칙상 원상회복으로서 전액 반환되어야 한다고 한 사례

【판결요지】

[1] 원·피고 사이의 사실혼관계가 불과 1개월만에 파탄된 경우, 혼인생활에 사용하기 위하여 결혼 전후에 원고 자신의 비용으로 구입한 가재도구 등을 피고가 점유하고 있다고 하더라도 이는 여전히 원고의 소유에 속한다고 할 것이어서, 원고가 소유권에 기하여 그 반환을 구하거나 원상회복으로 반환을 구하는 것은 별론으로 하고, 이로 인하여 원고에게 어떠한 손해가 발생하였다고 할 수 없다는 이유로 그 구입비용 상당액의 손해배상청구를 배척한 사례.

[2] 원고가 결혼 후 동거할 주택구입 명목으로 피고에게 금원을 교부함으로써 피고가 자신의 명의로 주택을 소유하게 되었을 뿐 아니라 향후 그 주택의 시가상승으로 인한 이익까지 독점적으로 보유하게 된다는 점 등을 고려할 때, 결혼생활이 단기간에 파탄되었다면 형평의 원칙상 위 금원은 원상회복으로서 특별한 사정이 없는 한 전액 반환되어야 한다고 한 사례.

【이유】

상고이유를 본다.

1. 제1점 : 물건 구입비용 청구에 관하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 원고(반소피고, 이하 ‘원고’라 한다)와 피고(반소원고, 이하 ‘피고’라 한다) 1 사이의 사실혼관계가 불과 1개월만에 쌍방의 잘못으로 파탄된 사실을 인정한 다음, 원고의 본소 청구 중 혼인생활의 준비에 지출하였던 이불구입비 1,280,000원, 가구구입비 1,490,000원, 전자제품구입비 3,745,000원(오디오구입비 1,000,000원 포함), 주방용품구입비 1,015,000원 상당의 손해배상 청구에 대하여, 위 물품들은 원고가 혼인생활에 사용하기 위하여 결혼 전이나 후에 자신의 비용으로 구입한 것으로서 피고 1이 이를 점유하고 있다고 하더라도 여전히 원고의 소유에 속한다고 할 것이어서, 원고가 소유권에 기하여 그 반환을 구하거나 원상회복으로 그 반환을 구하는 것은 별론으로 하고, 이로 인하여 원고에게 손해가

발생하였다고 할 수는 없다는 이유로 원고의 위 청구를 배척하고, 또한 예복 구입비 2,754,280원(동복구입비 1,000,000원 포함), 예물 구입비 500,000원 상당에 관한 원고의 손해배상 청구에 대하여도, 원고가 원상회복으로서 피고 1에게 위 예복·예물의 반환을 구하는 것은 별론으로 하고 원고에게 손해가 발생하였다고 할 수는 없다는 이유로 원고의 위 청구를 배척하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 관계 증거들을 살펴보면, 원심의 위와 같은 인정 및 판단은 수긍이 되고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 손해액 산정에 관한 법리를 오해한 위법이 있다 할 수 없다.

2. 제2점 : 주택구입보조비 청구에 관하여

원심은 그 채용증거들에 의하여 원고가 피고 1과의 결혼을 준비하면서 결혼 후 생활할 아파트를 피고 1 명의로 구입하는 데 보태도록 피고 1에게 지급한 15,000,000원을 원고의 손해로 인정한 다음, 이 사건 사실혼관계의 파탄에 대한 원고의 과실비율 50%를 참작함으로써 피고들로 하여금 원고에게 7,500,000원만을 배상하도록 명하고 있다.

그러나 기록에 의하면, 피고 1은 원고로부터 받은 금원을 보태 구미시 소재 아파트 1세대를 구입하고 자신의 명의로 소유권이전등기를 마쳐 현재까지 소유하고 있는 사실이 인정되는바, 원고가 위와 같은 명목으로 피고 1에게 금원을 지급함으로써 인하여 피고 1은 현재 위 주택을 그 명의로 소유하게 되었을 뿐 아니라 향후 그 주택의 시가상승으로 인한 이익까지 독점적으로 보유하게 된다는 점 등을 고려할 때, 결혼생활이 단기간에 파탄된 이 사건에서 형평의 원칙상 위 금원은 원상회복으로서 특별한 사정이 없는 한 피고 1로부터 원고에게 전액 반환되어야 한다고 인정할 수 있을 것이다.

그러므로 원심으로서도 피고 1에 대하여 위 금원의 지급을 구하는 부분에 관한 원고의 청구원인을 분명히 한 후 원고가 위 금원 전체를 원상회복으로서 구하고 있는 취지라면 이를 배척할 특별한 사정이 있는지 여부에 관하여도 나아가 심리하여 판단하였어야 할 것임에도 불구하고, 원심은 그 판시와 같은 이유만으로 7,500,000원만을 배상하도록 명하였는바, 거기에는 석명권을 행사하지 아니하거나

심리를 다하지 아니하고 사실혼관계가 단기간에 해소된 경우의 원상회복의 범위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다 할 것이고, 이는 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하다.

3. 제3점 : 과실상계의 비율에 관하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용증거들을 종합하여, 원고가 피고 1과의 결혼을 위하여 예식장비 715,000원, 야외촬영비 300,000원, 청첩장 제작비 100,000원, 하객식대 3,960,000원, 하객 음료수비 194,000원, 폐백비용 75,000원, 이바지 음식비 270,000원, 함값 500,000원을 지출하고, 피고들에게 예단비로 3,000,000원을 지급한 사실을 인정하고, 이 사건 사실혼관계의 파탄에 대한 원고의 과실을 참작하되 제반 사정에 비추어 그 과실비율을 50% 정도로 봄이 상당하다고 하여, 피고들에 대하여 위 합계 금액 9,114,000원의 50%에 해당하는 금원의 배상을 명하였다.

과실상계는 공평 내지 신의칙의 견지에서 손해배상액을 정함에 있어 피해자의 과실을 참작하는 것으로, 그 적용에 있어서는 가해자와 피해자의 고의·과실의 정도, 위법행위의 발생 및 손해의 확대에 관하여 어느 정도의 원인이 되어 있는가 등의 제반 사정을 고려하여 배상액의 범위를 정하는 것이나, 그 과실상계 사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권사항에 속한다고 할 것인바(대법원 2000. 6. 9. 선고 98다54397 판결 참조), 이와 같은 법리와 기록에 나타난 제반 사정에 비추어 관계 증거들을 살펴보면, 원고와 피고측의 과실비율을 대등하다고 본 원심의 조치는 수긍이 되고, 거기에 과실상계의 사유 및 과실비율의 평가에 관한 법리를 오해한 위법이 있다 할 수 없다.

[14번] 대법원 1983. 7. 12. 선고 82므59 전원합의체 판결

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채택한 증거에 의하여 청구인과 청구외 1은 1931.5.30 혼인신고를 마친 법률상의 부부였다가, 1980.2.29 수원지방법원에서의 이혼심판확정에 따라 동년 3.11 이혼신고가 이루어진 사실을 인정한 다음 청구인은 주위적 청구로서, 청구외 1은 1941.10.경 청구외 2와 눈이 맞아 가출을 하여

그 이래 청구인과 별거중 1944.1.15에 피청구인을 출산하였으므로, 피청구인은 청구인의 친자관계가 부존재함을 확인을 구한다고 주장하나 청구인의 주장에 의하더라도 피청구인은 위 청구외 1이 청구인과의 법률상의 부부관계가 계속 중 포태한 자이니 이는 민법 제844조 제1항의 규정에 의하여 청구인의 친생자로 추정된다 할 것이고, 이러한 자의 친생을 부인하려면 동법 제847조 제1항의 규정에 따라 친생부인의 소에 의할 수 밖에 없다 할 것이므로 이권 주된 청구는 부적법하다고 하여 결론을 같이 한 제1심 심판을 유지하고 이에 대한 청구인의 항소를 기각하였다.

생각컨대, 민법 제844조는 친생자(혼인중의 출생자)의 추정에 관하여 ①처가 혼인중에 포태한 자는 부의 자로 추정한다. ② 혼인성립의 날로부터 200일 후 또는 혼인관계 종료의 날로부터 300일내에 출생한 자는 혼인중에 포태한 것으로 추정한다고 규정하고 제846조 이하에 그 추정을 받는 경우의 친생부인의 소를 규정하고 있으나 위 제844조는 부부가 동거하여 처가 부(부 이하 같다)의 자를 포태할 수 있는 상태에서 자를 포태한 경우에 적용되는 것이고 **부부의 한쪽이 장기간에 걸쳐 해외에 나가 있거나 사실상의 이혼으로 부부가 별거하고 있는 경우등 동서의 결여로 처가 부의 자를 포태할 수 없는 것이 외관상 명백한 사정이 있는 경우에는 그 추정이 미치지 않는다고 할 것이다.** 왜냐하면 위 제844조는 제846조 이하의 친생부인의 소에 관한 규정과 더불어 부부가 정상적인 혼인생활을 영위하고 있는 경우를 전제로 가정의 평화를 위하여 마련한 것이라 할 것이어서 그 전제사실을 갖추지 아니한 위와 같은 경우에 까지 이를 적용하여 요건이 엄격한 친생부인의 소에 의하게 함은 도리어 제도의 취지에 반하여 진실한 혈연관계에 어긋나는 부자관계의 성립을 촉진시키는등 부당한 결과를 가져올 수 있기 때문이다. 위 견해에 저촉되는 종전의 당원 견해 (1968.2.27 선고 67므34 판결, 1975.7.22 선고 75다65 판결등)는 이를 변경하기로 한다. 이 사건에 있어서 청구인의 주장에 의하면 피청구인의 모인 청구외 1이 위에서와 같은 이유로 가출을 하여 그때부터 청구인과 별거하였고 별거한지 약 2년 2개월 후에 피청구인을 출산하였다는 것이므로 위와 같은 경우에는 위에서 실시한 바와 같이 위 제844조의 추정이 미치지 아니하고 따라서 친자관계부존재 확인소송을 제기할 수 있다고 보아야 할 것인데 원심이 그 판시와 같은 이유로 부적합하다고 판단하였음은 필경 친생자의 추정에 관한 법리를 오해하고 본안에 들어가 심리하지 아니한 위법이 있다 할 것이어서 논지는 이유있다. (중략)

대법원판사 유태홍, 대법원판사 이일규, 대법원판사 김중서, 대법원판사 전상석의 반대의견은 다음과 같다.

민법 제844조가 그 제1항에 처가 혼인중에 포태한 자(자, 이하 같다)는 부(부, 이하 같다)의 자로 추정한다. 그 제2항에 혼인성립의 날로부터 200일후 또는 혼인관계 종료의 날로부터 300일내에 출생한 자는 혼인중에 포태한 것으로 추정한다고 규정한 것은 근원적으로 부부간의 정절과 가정의 평화를 기대하는 법의 정신을 그 바탕으로 하며 혼인을 비롯한 우리나라 신분법체계에 연유하는 것으로 풀이된다. 부부간의 정절의무는 그 가정의 평화와 가족제도의 유지에 필수불가결한 것이며 따라서 혼인중에 포태한 자는 당연히 그 부의 자일 수 밖에 없는 것이므로 민법은 이를 일률적으로 부의 자로 추정하고 남편이 그 가정의 파탄에 불구하고 그 가정의 비밀을 들추면서까지 부자관계를 부인하는 경우에는 친생부인의 소에 의하여 위 추정을 번복하고 신분관계질서의 신속한 안정을 위하여 이와 같은 친생부인의 소제기에 제척기간을 정하고 있는 바이므로(민법 제846조, 제847조) 이 친생부인의 소에서 추정을 번복하는 사실을 증명하여 이 추정을 뒤집을 수가 있는 것이니 이 민법 제844조의 명문에 반하면서까지 이를 제한적으로 해석하여야 할 이유가 있다고 할 수 없다.

또 우리나라의 신분법체계는 혼인에 있어서도 호적의 신고로서 그 효력이 생하도록 되어 있어 이와 같은 우리 민법체계상 위 민법 제844조의 혼인중 이라는 혼인은 법률상 유효한 혼인을 말하는 것이며 사실혼을 뜻하는 것이 아님이 명백하여 사실상 부부관계가 있다고 하더라도 혼인신고가 없으면 그 사이에 출생한 자는 혼인외의 자일수 밖에 없고 혼인신고가 된 법률상 혼인중의 자라고 하더라도 그 성립후 200일이 경과한 후에 출생한 자가 아니면 역시 친생자라고 할 수 없고 또 혼인관계가 종료하였다고 하더라도 그 날로부터 300일 이내에 출생한 자는 혼인중에 포태한 것으로 볼 수 밖에 없는 것이어서 이는 앞에서 논급한바와 같이 부부간의 정절을 바탕으로 하여 부부관계의 순수성과 질서를 위하는 한편 신고에 의하여 혼인의 효력이 생하게 한 신분관계 법률체계의 당연한 귀결인 것이다. 그러함에도 불구하고 이를 다수의견과 같이 제한적으로 해석한다면 이 두가지 측면에서 우리나라 혼인제도 내지 가족제도에 적지 않은 혼란을 초래할 우려가 있다. 다수의견은 위 민법 제844조는 부부가 정상적인 혼인관계를 영위하고 있는 경우를 전제로 하고 있다고 하는바 과연 혼인관계는 원만한 양성간의 성적결합을 바탕으로 하는 것

이며 한편으로는 정절 의무라는 도덕적 윤리관념에 의하여 유지되는 것이므로 그러한 까닭에 이와 같은 혼인관계에서 출생한 자를 부의 친생자로 추정하는 것은 오히려 당연한 원칙이고 이 일반원칙에 어긋나는 예외적 경우를 미리 상정하여 이 친생추정을 제한적으로 해석하려는 것은 위 법조의 근본취지에 반하는 것이다. 정상적인 혼인관계가 전제되지 않은 예컨대 처의 간통사실이 있다는 등 예외적 사정이 있고 그 부가 부자관계를 부인한다면 친생부인의 소로 그 사실을 증명하여 위 추정을 뒤집을 수 있는 것이므로 굳이 예외적 사정을 들어 추정을 제한적으로 해석할 이유가 있다고 할 수 없다. 물론 이와 같은 예외적 사정이 남편의 자를 포탈할 수 없는 명백한 사실에 의하여 부자관계를 부정할수 밖에 없는 경우에도 진실에 반하는 부자관계가 법에 의하여 유지된다는 것은 일견 불합리한 것으로 우리의 생활감정상 허용될 수 없는 것이기는 하나 위와 같이 이 추정을 번복할 수 있는 길이 마련되어 있는 이상 이와 같은 불합리는 별로 문제시될 것이 없으므로 친생자 추정의 일반원칙을 정한 위 법 제844조의 규정과 친생관계를 부인하는 예외적 경우를 정한 민법 제846조의 규정의 각 취지에 반하는 해석은 피해야 한다고 생각된다.

다수의견은 친생부인의 소의 제척기간을 정한 민법 제847조의 규정을 들어 위 친생추정의 규정은 부부가 정상적인 혼인생활을 영위하고 있는 경우를 전제로 가정의 평화를 위하여 마련한 것이라 할 것이어서 부부사이에 정상적인 혼인생활이 결여된 경우에까지 이를 적용하여 요건이 엄격한 친생부인의 소에 의하게 함은 도리어 제도의 취지에 반하여 부당한 결과를 가져올 수 있기 때문이라고 하나 요건이 엄격하다고 하는 이유인 친생부인의 소는 그 자의출생을 안 날로부터 1년 이내에 이를 제기하도록 한 규정은 이와 같이 소제기기간을 제한함으로써 부자관계를 신속하게 확정하게 하여 신분관계 질서의 안정을 기하려 한 것으로 이 규정을 이유로 친생추정의 규정을 제한적으로 해석하려는 것은 본말을 전도한 것이라는 의혹을 씻을 수 없다. 그 제도의 요건을 엄격하게 규정한 취지를 저버리고 그를 피하기 위하여 아예 친생추정규정의 적용을 해석론에 의하여 해제한다면 이는 본말을 전도하는 탈법적 방편에 불과하다는 비난을 어찌 면할 것인가. 친생추정의 원칙이 있는 까닭에 그 추정을 번복하는 예외적인 경우를 다루는 친생부인의 길을 마련한 것이며 이와 같은 상관적 관계가 없다면 도시 민법 제846조, 제847조가 정하는 친생부인의 소는 그 존재의의를 찾을 수가 없다.

부부는 정절을 바탕으로 존립하며 가정의 순결은 부부의 정절에 의하여 유지되는 것이다. 친생추정의 규정은 필경 이와 같은 철리에 입각한 것이며 이를 제한적으로 해석할 때 우리 전래의 순풍양속은 그 설 땅을 잃게 된다는 생각에서 종래 무제한 설에 입각한 당원의 일관된 견해는 유지되어야 하고 이에 터잡은 원심판시는 정당하다고 하여 다수의견에 동조할 수 없는 뜻을 밝히는 것이다.

[15번] 대법원 2021. 9. 9. 선고 2021므13293 판결

1. 원심의 판단 요지

원심은, 그 판시와 같이 소외인과 망인이 원고의 출생 무렵 동거하지 아니하였다고 판단되므로 원고의 망인에 대한 친생추정은 번복되었고 양친자로서의 신분적 생활 사실도 존재하였다고 보기 어렵다는 이유로 원고와 망인 사이에 친생자관계가 존재하지 아니한다고 판단하면서, 이에 대하여 동거의 결여로 포태가 불가능함이 외관상 명백한 사정이 있는 경우 친생추정이 미치지 아니한다는 종래의 판례가 변경되었음을 전제로 하는 피고의 주장을 배척하였다.

2. 대법원의 판단

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 거기에 피고보조참가인이 상고이유에서 주장하는 친생추정 및 친생부인의 소 제소기간에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다. 자세한 이유는 다음과 같다.

가. 민법은 친생추정 규정을 두면서도 남편에게 친생부인의 사유가 있음을 안 날부터 2년 내에 친생부인의 소를 제기할 수 있도록 하고 있다. 이는 진실한 혈연관계에 대한 인식을 바탕으로 법률적인 친자관계를 진실에 부합시키고자 하는 남편에게 친생추정을 부인할 수 있는 실질적인 기회를 부여한 것이다. 친생부인의 소가 적법하게 제기되면 부모와 출생한 자녀 사이에 생물학적 혈연관계가 존재하는지가 증명의 대상이 되는 주요사실을 구성한다. 결국 혈연관계가 없음을 알게 되면 친생부인의 소를 제기할 수 있는 제소기간이 진행하고, 실제로 생물학적 혈연관계가 없다는 점은 친생부인의 소로써 친생추정을 번복할 수 있게 하는 사유이다.

이처럼 혈연관계 유무나 그에 대한 인식은 친생부인의 소를 이유 있게 하는 근거 또는 제소기간의 기산점 기준으로서 친생부인의 소를 통해 친생추정을 번복할 수 있도록 하는 사유이다. 이를 넘어서 처음부터 친생추정이 미치지 않도록 하는 사유로서 친생부인의 소를 제기할 필요조차 없도록 하는 요소가 될 수는 없다. 혈연관계가 없다는 점을 친생추정이 미치지 않는 전제사실로 보는 것은 원고적격과 제소기간의 제한을 두고 있는 친생부인의 소의 존재를 무의미하게 만드는 것으로 현행 민법의 해석상 받아들이기 어렵다. 친생부인권을 실질적으로 행사할 수 있는 기회를 부여받았는데도 제소기간이 지나도록 이를 행사하지 않아 더 이상 이를 다룰 수 없게 된 경우 그러한 상태가 남편이 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권, 행복추구권, 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활에 대한 기본권을 침해한다고 볼 수 없다(헌법재판소 2015. 3. 26. 선고 2012헌바357 전원재판부 결정, 대법원 2019. 10. 23. 선고 2016므2510 전원합의체 판결 참조).

다만 친생추정 규정은 부부가 정상적인 혼인생활을 영위하고 있는 경우를 전제로 가정의 평화를 위하여 마련된 것이어서 그 전제사실을 갖추지 않은 경우까지 적용하여 요건이 엄격한 친생부인의 소로써 부인할 수 있도록 하는 것은 제도의 취지에 반하여 진실한 혈연관계에 어긋나는 부자관계를 성립하게 하는 등 부당한 결과를 가져올 수 있다(대법원 2000. 8. 22. 선고 2000므292 판결 등 참조). 위 전원합의체 판결에서도 이러한 입장이 변경되지 아니하였다.

따라서 민법 제844조 제1항의 친생추정은 반증을 허용하지 않는 강한 추정이므로, 처가 혼인 중에 포태한 이상 그 부부의 한쪽이 장기간에 걸쳐 해외에 나가 있거나, 사실상의 이혼으로 부부가 별거하고 있는 경우 등 동거의 결여로 처가 부(부)의 자를 포태할 수 없는 것이 외관상 명백한 사정이 있는 경우에만 그 추정이 미치지 않을 뿐이고, 이러한 예외적인 사유가 없는 한 누구라도 그 자가 부의 친생자가 아님을 주장할 수 없다(대법원 1997. 2. 25. 선고 96므1663 판결, 대법원 2000. 8. 22. 선고 2000므292 판결 등 참조).

나. 원심판결 이유를 위 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 원고가 출생할 무렵 소외인과 망인 사이에는 동거가 결여되어 소외인이 망인의 자를 포태할 수 없는 것이 외관상 명백한 사정이 있는 경우에 해당되므로 원고는 망인에 대하여 친생추정이 미치지 아니한다. 망인이 친생부인의 소를 제기하지 아니하였더라도 원고는 망

인과의 친생자관계부존재확인의 소를 제기할 수 있고, 원고와 망인 사이에는 양친
자로서의 신분적 생활사실도 존재하지 아니한다. 결국 친생자관계가 존재하지 아니
한다는 원심의 판단은 정당하고, 거기에 보조참가인이 상고이유에서 주장하는 친생
추정 및 친생부인의 소 제소기간에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

[16번] 대법원 2019. 10. 23. 선고 2016므2510 전원합의체 판결

【판시사항】

[1] 아내가 혼인 중 남편이 아닌 제3자의 정자를 제공받아 인공수정으로 임신한 자
녀를 출산한 경우, 출생한 자녀가 남편의 자녀로 추정되는지 여부(적극) / 인공수
정에 동의한 남편이 나중에 이를 번복하고 친생부인의 소를 제기할 수 있는지 여
부(소극) 및 남편이 인공수정 자녀에 대해서 친자관계를 공시·용인해 왔다고 볼 수
있는 경우, 동의가 있는 경우와 마찬가지로 취급하여야 하는지 여부(적극)

[2] 혼인 중 아내가 임신하여 출산한 자녀가 남편과 혈연관계가 없다는 점이 밝혀
진 경우에도 친생추정이 미치는지 여부(적극)

【판결요지】

[1] [다수의견] (가) 친생자와 관련된 민법 규정, 특히 민법 제844조 제1항(이하 ‘친
생추정 규정’이라 한다)의 문언과 체계, 민법이 혼인 중 출생한 자녀의 법적 지위
에 관하여 친생추정 규정을 두고 있는 기본적인 입법 취지와 연혁, 헌법이 보장하
고 있는 혼인과 가족제도 등에 비추어 보면, 아내가 혼인 중 남편이 아닌 제3자의
정자를 제공받아 인공수정으로 자녀를 출산한 경우에도 친생추정 규정을 적용하여
인공수정으로 출생한 자녀가 남편의 자녀로 추정된다고 보는 것이 타당하다. 상세
한 이유는 다음과 같다.

① 민법은 친생추정 규정과 이에 대한 번복방법인 민법 제847조의 친생부인의
소 규정을 엄격하게 정하고 있고, 친생부인을 할 수 없게 된 경우 자녀의 법적
지위가 종국적으로 확정된다. 따라서 혼인 중 출생한 자녀의 부자관계는 민법 규
정에 따라 일률적으로 정해지는 것이고 혈연관계를 개별적·구체적으로 심사하여

정해지는 것이 아니다.

② 친생추정 규정은 혼인 중 출생한 자녀에 대해서 적용되는데, 친생추정 규정의 문언과 입법 취지, 혼인과 가족생활에 대한 헌법적 보장 등에 비추어 혼인 중 출생한 인공수정 자녀도 혼인 중 출생한 자녀에 포함된다고 보아야 한다.

③ 자녀의 복리를 지속적으로 책임지는 부모에게 자녀와의 신분관계를 귀속시키는 것이 자녀의 복리에 도움이 된다. 인공수정 자녀에 대해서 친생자관계가 생기지 않는다고 보는 것은 인공수정 자녀를 양육해 왔던 혼인 부부에게 커다란 충격일 뿐만 아니라 이를 바탕으로 가족관계를 형성해 온 자녀에게도 회복하기 어려운 위험이라고 할 수 있다.

④ 인공수정 자녀의 출생 과정과 이를 둘러싼 가족관계의 실제 모습에 비추어 보더라도 인공수정 자녀에 대해서 친생추정 규정을 적용하는 것에 사회적 타당성을 인정할 수 있다.

(나) 정상적으로 혼인생활을 하고 있는 부부 사이에서 인공수정 자녀가 출생하는 경우 남편은 동의의 방법으로 자녀의 임신과 출산에 참여하게 되는데, 이것이 친생추정 규정이 적용되는 근거라고 할 수 있다. 남편이 인공수정에 동의하였다가 나중에 이를 번복하고 친생부인의 소를 제기하는 것은 허용되지 않는다. 나아가 인공수정 동의와 관련된 현행법상 제도의 미비, 인공수정이 이루어지는 의료 현실, 민법 제852조에서 친생자임을 승인한 자의 친생부인을 제한하고 있는 취지 등에 비추어 이러한 동의가 명백히 밝혀지지 않았던 사정이 있다고 해서 곧바로 친자관계가 부정된다거나 친생부인의 소를 제기할 수 있다고 볼 것은 아니다.

부부가 정상적인 혼인생활을 하고 있는 경우 출생한 인공수정 자녀에 대해서는 남편의 동의가 있었을 개연성이 높다. 따라서 혼인 중 출생한 인공수정 자녀에 대해서는 다른 명확한 사정에 관한 증거가 없는 한 남편의 동의가 있었던 것으로 볼 수 있다. 동의서 작성이나 그 보존 여부가 명백하지 않더라도 인공수정 자녀의 출생 이후 남편이 인공수정 자녀라는 사실을 알면서 출생신고를 하는 등 인공수정 자녀를 자신의 친자로 공시하는 행위를 하거나, 인공수정 자녀의 출생

이후 상당 기간 동안 실질적인 친자관계를 유지하면서 인공수정 자녀를 자신의 자녀로 알리는 등 사회적으로 보아 친자관계를 공시·용인해 왔다고 볼 수 있는 경우에는 동의가 있는 경우와 마찬가지로 취급하여야 한다.

[2] [다수의견] 민법 제844조 제1항(이하 ‘친생추정 규정’이라 한다)의 문언과 체계, 민법이 혼인 중 출생한 자녀의 법적 지위에 관하여 친생추정 규정을 두고 있는 기본적인 입법 취지와 연혁, 헌법이 보장하고 있는 혼인과 가족제도, 사생활의 비밀과 자유, 부부와 자녀의 법적 지위와 관련된 이익의 구체적인 비교 형량 등을 종합하면, 혼인 중 아내가 임신하여 출산한 자녀가 남편과 혈연관계가 없다는 점이 밝혀졌더라도 친생추정이 미치지 않는다고 볼 수 없다. 상세한 이유는 다음과 같다.

① 혈연관계의 유무를 기준으로 친생추정 규정이 미치는 범위를 정하는 것은 민법 규정의 문언에 배치될 뿐만 아니라 친생추정 규정을 사실상 사문화하는 것으로 친생추정 규정을 친자관계의 설정과 관련된 기본 규정으로 삼고 있는 민법의 취지와 체계에 반한다.

② 혈연관계의 유무를 기준으로 친생추정 규정의 효력이 미치는 범위를 정하게 되면 필연적으로 가족관계의 당사자가 아닌 제3자가 부부관계나 가족관계 등 가정 내부의 내밀한 영역에 깊숙이 관여하게 되는 결과를 피할 수 없다. 혼인과 가족관계가 다른 사람의 기본권이나 공공의 이익을 침해하지 않는 한 혼인과 가족 생활에 대한 국가기관의 개입은 자제하여야 한다.

③ 법리적으로 보아도 혈연관계의 유무는 친생추정을 반복할 수 있는 사유에는 해당할 수 있지만 친생추정이 미치지 않는 범위를 정하는 사유가 될 수 없다.

【이 유】

1. 피고 1에 대한 상고이유에 관한 판단

가. 아내가 혼인 중 인공수정으로 임신하여 출산한 자녀의 친자관계

(1) 인공수정 자녀에 대한 친생추정 규정 적용 여부

민법은 부모와 자녀의 친자관계 성립에 관하여 혈연에 기초한 친생자관계(제844조 이하에서 친생자에 관한 규정을 두고 있다)와 당사자의 의사에 기초한 양자관계(제866조 이하에서 양자에 관한 규정을 두고 있다)로 구분하고 있다. 이 중 친생자관계는 출생에 의하여 발생하는 부모와 자녀 관계로서, 부모가 자연적인 성적 교접으로 임신한 자녀를 출산한 경우를 전제로 하므로 부모와 출생한 자녀 사이에는 생물학적 혈연관계가 존재하는 것이 원칙이다.

친생자관계에서도 모자관계와 부자관계는 다른 모습으로 나타난다. 임신과 출산이라는 자연적 사실에 의하여 그 관계가 명확히 결정되는 모자관계와 달리, 부자관계는 그 관계 확정을 위한 별도의 요건이 필요하다. 민법은 혼인 중에 아내가 임신한 자녀를 남편의 자녀로 추정하는 친생추정 규정(제844조 제1항. 이하 ‘친생추정 규정’이라 한다)을 두고 있다. 혼인외 출생자의 경우에는 생부가 인지하거나(제855조 제1항) 자녀가 부를 상대로 인지청구의 소(제863조)를 제기하여 친생자관계의 존재를 확정하는 방법으로 법률상 친자관계를 창설할 수 있는데, 이때 부와 자녀 사이에 혈연관계가 존재하는지가 증명의 대상이 되는 주요사실을 구성한다(대법원 2002. 6. 14. 선고 2001므1537 판결, 대법원 2015. 6. 11. 선고 2014므8217 판결 등 참조).

피고 1에 대한 이 사건 청구의 쟁점은 아내가 혼인 중 남편이 아닌 제3자의 정자를 제공받아 자연적인 방법이 아닌 인공수정으로 임신한 자녀(이하 ‘인공수정 자녀’라 한다)를 출산한 경우 출생한 자녀의 친자관계를 어떠한 기준으로 인정해야 하는가이다(인공수정에는 다양한 형태가 있다. 여기에서는 위와 같은 ‘제3자 정자제공형 인공수정’ 이외의 사안은 다루지 않는다). 현행 민법에는 인공수정 자녀의 친자관계 성립에 관해서는 명시적인 규정이 없다. 1958. 2. 22. 민법 제정 당시에는 아내가 인공수정으로 자녀를 임신할 수 있다는 가능성을 상정하지 못하였기 때문에 이에 관한 규정을 둘 수 없었다.

그러나 친생자와 관련된 민법 규정, 특히 친생추정 규정의 문언과 체계, 민법이 혼인 중 출생한 자녀의 법적 지위에 관하여 친생추정 규정을 두고 있는 기본적인 입법 취지와 연혁, 헌법이 보장하고 있는 혼인과 가족제도 등에 비추어 보면, 아내가 혼인 중 남편이 아닌 제3자의 정자를 제공받아 인공수정으로 자녀를 출산한 경우에도 친생추정 규정을 적용하여 인공수정으로 출생한 자녀가 남편의 자녀로 추정된다고 보는 것이 타당하다. 상세한 이유는 다음과 같다.

(가) 먼저 친생추정 규정의 의미에 관하여 본다.

모자관계는 출산이라는 사실에 의하여 친자관계가 성립하는 이른바 자연적 친자관계인 반면, 부자관계는 자연적 사실의 유무를 알 수 없어 법률이 인정하는 경우에만 친자관계가 성립한다는 의미에서 법률적 친자관계이다. 친생추정 규정은 아내가 혼인 중에 임신한 자녀를 출산한 경우 그 자녀를 남편의 친생자로 추정하고 있다. 나아가 민법은 혼인 중의 임신사실을 직접 증명하는 것이 쉽지 않다는 점을 고려하여 혼인이 성립한 날부터 200일 후 또는 혼인관계가 종료된 날부

터 300일 이내에 출생한 자녀는 혼인 중에 임신한 것으로 추정하여(제844조 제2항, 제3항) 일률적인 기준에 따라 혼인 중 임신 여부를 정할 수 있도록 하였다. 이러한 친생추정 규정은 친자관계의 과학적 확인이 실질적으로 불가능하고 법률상 혼인관계에 있는 아내가 남편의 자녀를 임신할 것이라는 사회적·법률적 배경을 기초로 혼인 중 출생한 자녀가 남편과 혈연관계가 있을 개연성이 높다는 것을 전제로 하고 있다.

친생추정 규정은 그 자체로 진실한 혈연관계와 일치하지 않는 법률상 친자관계를 발생시킬 가능성을 내포하고 있다. 법률상 친자관계를 진실한 혈연관계에 부합시킬 수 있도록 하는 것이 헌법이 보장하고 있는 혼인과 가족제도의 원칙이라고 볼 수 있으므로(헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 95헌가14, 96헌가7 전원재판부 결정 등 참조), 이를 위해 민법은 친생추정 규정에 따라 형성된 부자 사이의 친자관계를 제거할 수 있는 방법을 열어두고자 친자관계의 부인권을 남편과 아내에게 인정하고 있다(제847조. 이하 ‘친생부인의 소 규정’이라 한다). 그러나 친생부인권을 행사할 수 있는 기간을 너무 길게 인정하거나 그 기간을 제한하지 않으면 자녀의 신분관계를 조속히 확정해야 할 필요성과 신분관계를 둘러싼 법률관계의 안정성을 해칠 수 있으므로, 민법은 친생부인의 소는 남편 또는 아내가 친생부인의 사유가 있음을 안 날부터 2년 내에 제기하여야 한다는 제소기간을 정하고 있다(제847조 제1항). 이와 같이 원고적격과 제소기간을 제한하는 친생부인의 소 규정에 따라 친생추정의 효력은 법률에서 인정하는 다른 추정에 비하여 강한 효력을 갖는다. 친생부인이 되지 않아 친생자로 추정되는 한 생부가 혼인의 출생자로서 인지할 수도 없고 자녀가 생부를 상대로 인지를 청구할 수도 없으며, 제소기간이 지난 다음에는 그 추정이 진실에 반하는 것으로 밝혀지더라도 추정을 반복할 수 없다.

민법은 이와 같이 친생추정 규정과 이에 대한 반복방법인 친생부인의 소 규정을 엄격하게 정하고 있고, 친생부인을 할 수 없게 된 경우 자녀의 법적 지위가 종국적으로 확정된다. 따라서 혼인 중 출생한 자녀의 부자관계는 민법 규정에 따라 일률적으로 정해지는 것이고 그 혈연관계를 개별적·구체적으로 심사하여 정해지는 것이 아니다. 즉, 민법은 혼인관계에서 출생한 자녀라는 사실에 근거하여 규범적으로 친자관계라는 가족관계를 형성하고 그와 같이 형성된 가족관계에 강한 법적 보호를 부여한다. 이처럼 일반적·제도적 측면에서 자녀의 복리를 보호하면서도 친생추정 규정에 따라 형성된 신분관계를 부인하고자 하는 사람에게는 합리적인 방법과 기간을 정하여 신분관계에서 벗어날 수 있도록 함으로써 친자관계 확정을 둘러싸고 대립하는 이익을 조정하는 것이 민법의 기본적 태도이다.

혼인 중 출생한 자녀에 대한 친생추정의 기준을 어떻게 정할 것인가의 문제는 부부와 자녀의 법적 지위와 관계되는 것으로서 ‘법률적인 친자관계를 진실에 합치시키고자 하는 부부·자녀의 이익’과 ‘친자관계의 신속한 확정을 통하여 법적 안정을 찾고자 하는 자녀의 이익’을 사회 현실이나 전통 관념에 맞게 어떻게 조화시킬 것인가에 관한 문제이다. 이는 이해관계인들의 기본권, 혼인과 가족생활에 관한 헌법적 결단을 고려하여 결정할 문제로서 원칙적으로 입법자의 재량에 맡겨져 있다(헌법재판소 2015. 4. 30. 선고 2013헌마623 전원재판부 결정 참조). 민법은 친생추정 규정과 친생부인의 소 규정을 통하여 혼인 중 임신하여 출생한 자녀에 대한 친자관계 설정 기준에 관한 입법적 결단을 하였다고 볼 수 있다.

(나) 친생추정 규정을 인공수정 자녀에 대해서도 동일하게 적용해야 하는 이유에 관하여 본다.

법해석의 목표는 법적 안정성을 침해하지 않는 범위에서 구체적 타당성을 추구하는 데 있다. 이를 위하여 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 법률을 해석하는 것이 원칙이지만, 문언의 통상적 의미를 벗어나지 않는 범위에서는 법률의 입법 취지와 목적, 제정·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원하여 법해석의 목표에 맞는 타당한 해석을 할 수 있다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결, 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013므4591 판결, 대법원 2016. 11. 25. 선고 2015두37815 판결 등 참조). 그리고 입법 당시 예정하지 않은 현상도 입법적으로 해결이 되지 않으면 현행 법제도의 구조에 편입시켜 보다 타당한 해결책을 도모하여야 한다.

친생추정 규정은 아내가 혼인 중에 임신한 자녀를 남편의 자녀로 추정한다고 정하고 있을 뿐이다. 친생추정 규정은 문언상 임신하게 된 구체적 경위에 따라 친생추정의 적용을 제한하거나 자연적 방법이 아닌 인공수정으로 임신한 자녀에 대해서 친생추정의 적용을 배제하지 않는다. 이와 같은 친생추정 규정 형식은 2017. 10. 31. 법률 제14965호로 개정될 때에도 그대로 유지되었다. 그 밖에 민법의 다른 규정을 보더라도 인공수정 자녀에 대해서 친생추정 규정의 적용을 배제하거나 이를 제한하지 않는다. 따라서 인공수정 자녀에 친생추정 규정을 적용하는 것은 법률 문언이 허용하는 법해석의 범위 내에 있다.

헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”라고 정하여 개인의 자율적 의사와 양성의 평등에 기초한 혼인과 이를 바탕으로 형성되는 가족생활을 보호하고 있다. 친생추정 규정은 이러한 헌법 원칙을 바탕으로 부부가 정상적인 혼인생활을 하고 있는 경우 이를 기초로 형성되는 가족관계에 안정된 법적 지위를 부여하여 가정의 평화를 유지하는 데에 기여한다. 인공수정 자녀가 출생하게 된 배경이 된 혼인관계, 그리고 혼인 중 인공수정 자녀가 출생함에 따라 발생하게 되는 친자관계 등의 가족관계도 이처럼 존중받아야 할 개인과 가족의 자율적 결정권에 기초하여 형성된 것이므로 혼인 중 출생한 다른 자녀와 차별을 두어서는 안 된다. 혼인을 바탕으로 형성된 가족생활에 대한 보호의 필요성은 혼인 중 출생한 자녀가 인공수정 자녀라는 이유로 달라지지 않는다. 임신하게 된 구체적 경위에 따라 혼인 중 출생한 자녀에 대한 법적 지위가 달라진다고 볼 법적 근거가 없다. 정상적인 혼인관계를 유지하고 있는 상태에서 출생한 인공수정 자녀에 대해서 성적 교섭에 의해 출생한 자가 아니라는 이유로 친생추정 규정의 적용을 배제할 합리적인 이유도 없다.

친생추정 규정은 혼인 중 출생한 자녀에 대해서 출생과 동시에 안정된 법적 지위를 부여하여 법적 보호의 공백을 없애고자 한 것이다. 이것은 혼인 중 인공수정으로 출생한 자녀에 대해서도 마찬가지이다.

성적 교섭이나 생물학적 혈연관계만을 친자관계 성립의 근거로 삼거나 이를 이유로 인공수정 자녀가 남편의 자녀로 추정될 수 없다고 보는 것은 혼인 중 출생한 인공수정 자녀에 대해서 아버

지를 정할 수 없는 상태를 초래한다. 이는 인공수정 자녀의 법적 지위를 불안하게 함으로써 민법이 친생추정 규정을 두게 된 제도의 취지와 정면으로 배치되어 부당하다. 인공수정 자녀에 대해서 친생추정 규정을 적용하지 않고 생물학적 혈연관계만을 우선시할 경우에는 더욱 부당한 결과를 초래한다. 정자를 제공한 제3자가 익명인 경우에는 정자제공자를 특정하기 어렵다. 정자제공자는 자신의 정자로 태어날 아이에 대해서 아버지로서 책임져야 한다는 것을 예상할 수 없어 아버지 역할을 기대하기 어려울 뿐만 아니라, 익명으로 정자를 제공한 것 외에 자녀의 임신과 출생에 대해서 아버지로서의 신분을 귀속시킬 만한 별다른 역할을 하지 않는다. 따라서 혈연관계가 있다는 점만으로 정자제공자를 곧바로 법률상 아버지로 취급하거나 그에게 법률상 아버지로서의 책임을 묻는 것은 타당하지 않다. 이처럼 인공수정 자녀에 대해서 친생추정 규정에 따라 부자관계를 정하지 않으면 사실상 부자관계를 정할 수 없게 되거나 민법이 예상하지 않은 부자관계를 성립하도록 하는 등 부당한 결과를 가져온다.

요컨대, 친생추정 규정은 혼인 중 출생한 자녀에 대해서 적용되는데, 친생추정 규정의 문언과 입법 취지, 혼인과 가족생활에 대한 헌법적 보장 등에 비추어 혼인 중 출생한 인공수정 자녀도 혼인 중 출생한 자녀에 포함된다고 보아야 한다.

(다) 자녀의 복리는 친자관계의 성립과 유지에서 가장 우선적으로 고려해야 할 사항이므로, 인공수정 자녀에 대해서 친생추정 규정이 적용되는지를 따질 때에도 자녀의 복리에 중점을 두어야 한다. 자녀의 복리는 단순히 자녀에게 보호·교양의 보장이라는 친자관계의 실질을 제공하는 것에 국한하지 않고 이에 상응하는 법적인 친자관계를 형성해 줌으로써 부모의 역할을 할 수 있도록 해야 하고, 이에 따라 부모가 자녀의 발전을 위한 지원을 충분히 할 수 있도록 제도적으로 보장해 주어야 한다. 자녀의 복리를 지속적으로 책임지는 부모에게 자녀와의 신분관계를 귀속시키는 것이 자녀의 복리에 도움이 된다. 인공수정 자녀에 대해서 친생자관계가 생기지 않는다고 보는 것은 인공수정 자녀를 양육해 왔던 혼인 부부에게 커다란 충격일 뿐만 아니라 이를 바탕으로 가족관계를 형성해 온 자녀에게도 회복하기 어려운 위험이라고 할 수 있다.

(라) 인공수정 자녀의 출생 과정과 이를 둘러싼 가족관계의 실제 모습에 비추어 보더라도 인공수정 자녀에 대해서 친생추정 규정을 적용하는 것에 사회적 타당성을 인정할 수 있다.

인공수정의 경우 자연적인 성적 교섭이라는 요소가 없는 대신 인공수정 또는 수정란의 이식이라는 보조행위가 존재한다. 아내가 제3자의 정자를 통한 인공수정 방법으로 자녀를 임신하는 데에 남편이 동의하는 경우 부부는 인공수정 자녀가 남편과 혈연관계가 없더라도 자녀에 대해서 공동으로 책임진다고 예상하였을 것이고 그 동의에 따라 출생한 자녀와 친자관계를 형성하게 된다고 보아야 한다. 남편은 아내가 인공수정으로 인한 임신과 출산을 하는 과정에 동의함으로써 참여하게 되고 그 과정에서 출생한 자녀는 부부 사이의 자연적인 성적 교섭으로 임신·출산한 자녀와 마찬가지로 부부 사이에 혼인 중 출생한 자녀라고 볼 수 있다. 이러한 친자관계를 바탕으로 인공수정 자녀는 부부 사이의 자녀로서 그들과 실질적인 친자관계의 모습을 형성하고 유지한다. 사회적으로도 이와 같이 형성된 친자관계는 자연적인 성적 교섭으로 출생한 자녀의 경우와 마찬가지로 부부의 친자로 받아들여지고 있다.

그런데도 친생추정 규정의 적용을 배제하거나 인공수정 자녀에 대해서 부부와 법적 친자관계가 성립되지 않는다고 한다면, 이는 법적 안정과 평화를 깨뜨려 인공수정 자녀를 법적 보호가 없는 공백상태로 만드는 것으로서 우리 사회에서 받아들이기 어렵다.

(2) 인공수정 자녀에 대한 친생부인 허용 여부

(가) 위에서 보았듯이 친생부인의 소 규정은 법률적 친자관계를 진실에 부합시키고자 하는 이익을 위하여 마련되었다. 그러나 혈연관계가 없는 자녀가 출생하였다는 점이 밝혀진 경우에는 친생추정 규정 적용의 전제가 없어진 것으로 볼 수 있다. 이러한 경우 민법은 남편과 아내가 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권, 행복추구권, 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 보장하기 위하여 이들에게 합리적인 기간의 범위 내에서 친생부인의 소를 제기할 수 있도록 하고 있다(헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 95헌가14, 96헌가7 전원재판부 결정 등 참조).

친생추정 규정에 따라 인공수정 자녀를 남편의 자녀로 추정하는 이유는 ‘동의’를 함으로써 임신·출산 과정에 참여한 부부 사이에 출생한 자녀에 대해서 친생추정 규정을 적용하는 것이 헌법과 민법을 비롯한 전체 가족법 체계에 비추어 정당하다고 볼 수 있기 때문이다. 인공수정 자녀에 대해서 친생추정 규정을 적용하는 것은 혼인관계에 있는 부부의 가정생활과 신분관계를 보장해 주면서 자유로운 의사에 따라 가족관계를 형성하고 사회적으로 인정되는 가족관계의 실체를 법적으로 보장해 주기 위한 것이다.

인공수정 자녀를 임신하여 출산하는 과정에 비추어 볼 때, 인공수정 자녀가 남편과 아내의 성적 교섭으로 임신한 것이 아니고 이에 따라 자녀가 남편과 혈연관계가 없다는 점은 모두 인공수정 자녀에 대해서 친생추정 규정을 적용할 때에 이미 고려한 사항들로서, 인공수정 자녀가 출생할 당시 남편이 알고 있던 사실과 다르지 않다. 이러한 전제사실을 바탕으로 친생추정 규정을 통하여 인공수정 자녀를 남편의 자녀로 추정하는 것은 남편이 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권, 행복추구권, 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 보장하고 이를 실현해 주기 위한 것이다. 이와 반대로 남편에게 친생부인의 소를 제기할 수 있도록 하는 것이 남편의 기본권이라고 말할 수 없다.

친생부인의 소는 자연적인 성적 교섭으로 임신·출산한 자녀에 대해서 성적 교섭 과정이 없다는 것과 이에 따라 생물학적 혈연관계가 없다는 것을 요건으로 제기할 수 있다. 인공수정 자녀에 대해서도 위와 같은 요건으로 친생부인의 소를 제기할 수 있다고 한다면 친생자관계는 생물학적인 혈연으로 결정된다는 것을 전제로 하는 것으로서 인공수정을 통한 친자관계의 형성을 부정하는 결과가 된다. 이는 민법이 친생추정 규정과 친생부인의 소 규정을 두어 혈연 이외의 다른 요소도 고려하여 친생자관계를 정하고자 한 취지나 목적에 합치되지 않는다.

(나) 정상적으로 혼인생활을 하고 있는 부부 사이에서 인공수정 자녀가 출생하는 경우 남편은

동의의 방법으로 자녀의 임신과 출산에 참여하게 되는데, 이것이 친생추정 규정이 적용되는 근거라고 할 수 있다. 남편이 인공수정에 동의하였다가 나중에 이를 번복하고 친생부인의 소를 제기하는 것은 허용되지 않는다. 나아가 인공수정 동의와 관련된 현행법상 제도의 미비, 인공수정이 이루어지는 의료 현실, 민법 제852조에서 친생자임을 승인한 자의 친생부인을 제한하고 있는 취지 등에 비추어 이러한 동의가 명백히 밝혀지지 않았던 사정이 있다고 해서 곧바로 친자관계가 부정된다거나 친생부인의 소를 제기할 수 있다고 볼 것은 아니다.

현행법은 인공수정 동의에 관한 법 제도가 정비되지 않아 동의서 작성이나 동의서 보관 기간 등에 관한 명시적인 규정 등을 갖추고 있지 않다. 생명윤리 및 안전에 관한 법률(이하 '생명윤리법'이라 한다)은 의료기관이 필요한 설명을 하고 체외수정 시술대상자와 그 배우자의 서면동의를 받도록 하고 있으나(제24조 제1항), 그 설명·동의 내용이 주로 배아 생성의 목적 등 시술과 관련된 내용이어서 친자관계의 성립에 관한 동의가 있었는지를 둘러싸고 다툼이 생기는 경우 동의 여부를 명백하게 증명하기 어려운 상황에 처할 수 있다. 또한 생명윤리법에 따른 동의서나 법적 부모의 확정과 관련된 남편의 동의 여부를 명확하게 확인할 수 있는 의료기록이 작성되었다고 하더라도 그 보존기간이 10년 정도로 제한되어 있어 이와 같은 자료가 없어질 우려도 있다(생명윤리 및 안전에 관한 법률 시행규칙 제20조 제4항에 따르면 동의서 보존기간도 10년으로 정해져 있다). 이러한 상황에서 동의서 작성이나 그 보존 여부에 따라 친자관계의 성립 여부가 달라진다고 보는 것도 명확성과 안정성이 요구되는 신분관계의 특성에 비추어 타당한 해결 방법이 아니다. 따라서 인공수정 자녀에 대해서 친생부인을 할 수 있는지에 관해서는 다음과 같은 기준에 따라 해석하되 어느 경우에도 자녀의 복리에 반하거나 민법이 친생추정 규정을 둔 입법 취지가 몰각되지 않도록 신중하게 판단하여야 한다.

부부가 정상적인 혼인생활을 하고 있는 경우 출생한 인공수정 자녀에 대해서는 남편의 동의가 있었을 개연성이 높다. 따라서 혼인 중 출생한 인공수정 자녀에 대해서는 다른 명확한 사정에 관한 증거가 없는 한 남편의 동의가 있었던 것으로 볼 수 있다.

대한산부인과학회의 보조생식술 윤리지침(이하 '윤리지침'이라 한다)에 따르면, 제3자의 정자를 사용한 정자 제공 시술은 원칙적으로 법률상 부부에 한하여 이루어지도록 하고 있고 타인의 정자를 제공받기 위해서는 남편이 비가역적인 무정자증으로 판단되는 등 달리 자연적인 방법으로 임신할 수 없다는 점이 확인되어야 한다. 또한 윤리지침은 시술 대상 부부에게 윤리지침과 관련 법률 등을 충분히 설명하고 부부가 이를 모두 수락하고 동의한 다음 시행되어야 한다고 정하면서, 시술 대상 부부는 정자 제공 시술로 태어난 출생아를 정상적으로 양육할 능력이 있어야 하고 출생아가 모든 경우에서 친자와 동일시되어야 한다고 정하고 있다. 이와 같이 정자 제공 시술을 하는 의료 현실에 비추어 보면, 혼인관계에 있는 아내가 남편의 동의가 없는 상태에서 인공수정 자녀를 임신·출산하는 것이 현실적으로 매우 곤란하다.

동의서 작성이나 그 보존 여부가 명백하지 않더라도 인공수정 자녀의 출생 이후 남편이 인공수정 자녀라는 사실을 알면서 출생신고를 하는 등 인공수정 자녀를 자신의 친자로 공시하는 행위를 하거나, 인공수정 자녀의 출생 이후 상당 기간 동안 실질적인 친자관계를 유지하면서 인공수

정 자녀를 자신의 자녀로 알리는 등 사회적으로 보아 친자관계를 공시·용인해 왔다고 볼 수 있는 경우에는 동의가 있는 경우와 마찬가지로 취급하여야 한다.

민법 제852조는 자의 출생 후에 친생자임을 승인한 자는 다시 친생부인의 소를 제기하지 못한다고 정하면서 친생부인의 기회를 제한하고 있다. 이와 같이 친생부인의 소를 제기할 수 있는 자가 자녀에 대해서 친생자임을 승인하면 이후 친자관계는 확정되고 이로써 친자관계라는 신분관계가 신속하게 안정화되며 이를 통하여 자녀의 복리에 부합하는 결과를 가져온다. 남편이 인공수정 자녀에 대해서 출생신고를 하거나 인공수정 자녀의 출생 이후 상당 기간 동안 실질적인 친자관계를 유지해 오는 것과 같이 친자관계를 공시·용인하는 행위를 한 경우 이는 인공수정 자녀의 출생 전 과정을 알고 있다고 볼 수 있는 남편이 그러한 사실을 전제하면서 인공수정 자녀를 자신의 자녀로 승인하는 행위로 평가할 수 있다. 그 후 남편이 친생부인을 주장하는 것은 민법 제852조의 취지에 반할 뿐만 아니라 선행행위와 모순되는 행위로서 신의성실의 원칙에 비추어 허용되지 않는다고 보아야 한다.

[17번] 헌법재판소 2015. 4. 30. 선고 2013헌마623 결정

【관시사항】

가. 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자를 전남편의 친생자로 추정하는 민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제844조 제2항 중 “혼인관계종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자”에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 모가 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권, 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 침해하는지 여부(적극)

나. 잠정적용을 명하는 헌법불합치결정을 한 사례

【결정요지】

가. 오늘날 이혼 및 재혼이 크게 증가하였고, 여성의 재혼금지기간이 2005년 민법개정으로 삭제되었으며, 이혼숙려기간 및 조정전치주의가 도입됨에 따라 혼인 파탄으로부터 법률상 이혼까지의 시간간격이 크게 늘어나게 됨에 따라, 여성이 전남편 아닌 생부의 자를 포태하여 혼인 종료일로부터 300일 이내에 그 자를 출산할 가능성이 과거에 비하여 크게 증가하게 되었으며, 유전자검사 기술의 발달로 부자관계를 의학적으로 확인하는 것이 쉽게 되었다.

그런데 심판대상조항에 따르면, 혼인 종료 후 300일 내에 출생한 자녀가 전남편의 친생자가 아님이 명백하고, 전남편이 친생추정을 원하지도 않으며, 생부가 그 자를 인지하려는 경우에도, 그 자녀는 전남편의 친생자로 추정되어 가족관계등록부에 전남편의 친생자로 등록되고, 이는 엄격한 친생부인의 소를 통해서만 번복될 수 있다. 그 결과 심판대상조항은 이혼한 모와 전남편이 새로운 가정을 꾸리는 데 부담이 되고, 자녀와 생부가 진실한 혈연관계를 회복

하는 데 장애가 되고 있다.

이와 같이 민법 제정 이후의 사회적·법률적·의학적 사정변경을 전혀 반영하지 아니한 채, 이미 혼인관계가 해소된 이후에 자가 출생하고 생부가 출생한 자를 인지하려는 경우마저도, 아무런 예외 없이 그 자를 전남편의 친생자로 추정함으로써 친생부인의 소를 거치도록 하는 심판대상조항은 입법형성의 한계를 벗어나 모가 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권, 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 침해한다.

나. 심판대상조항을 위헌으로 선언하면 친생추정의 효력이 즉시 상실되어 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자의 법적 지위에 공백이 발생할 우려가 있고, 심판대상조항의 위헌상태를 어떤 기준과 요건에 따라 개선할 것인지는 원칙적으로 입법자의 형성재량에 속하므로, 헌법불합치결정을 선고하되 입법자의 개선입법이 있을 때까지 계속적용을 명한다.

[이 유]

1. 사건개요

청구인은 2005. 4. 25. 유○술과 혼인하였다가 2011. 12. 19. 이혼에 합의하고 서울가정법원으로부터 협의이혼의사 확인을 받은 다음 2012. 2. 28. 관할 구청에 이혼신고를 하였다. 이후 청구인은 송○민과 동거하면서 2012. 10. 22. 딸을 출산하였다. 청구인은 2013. 5. 6. 관할 구청을 방문하여 송○윤이라는 이름으로 딸의 출생신고를 하려고 하였다. 그런데 담당 공무원으로부터 민법 제844조에 따라 혼인관계종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자녀는 전남편의 친생자로 가족관계등록부에 기재되므로 전남편의 성(姓)에 따라 유○윤으로 기재되며, 이를 해소하기 위하여는 친생부인의 소를 제기하여야 한다는 말을 듣고 출생신고를 보류하였다. 한편, 2013. 5. 8. 서울의대 법의학교실의 유전자검사 결과 송○윤은 송○민의 친생자로 확인되었고, 송○민은 송○윤을 자신의 친생자로 인지하려고 한다. 이에 청구인은 민법 제844조 및 제845조가 청구인의 기본권을 침해한다고 주장하면서, 2013. 9. 5. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 심판대상

이 사건 심판대상은 민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것) 제844조 제2항 중 “혼인관계종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자”에 관한 부분이 청구인의 기본권을 침해하여 위헌인지 여부이다. 청구인은 민법 제845조에 대하여도 위헌확인을 구하고 있으나, 청구인은 송○민과 재혼하지 않은 상태에

서 송○윤을 출산하여 민법 제845조는 청구인의 경우에 적용되지 아니하므로 이는 심판대상에서 제외한다. 심판대상조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것)

제844조(부의 친생자의 추정) ② 혼인성립의 날로부터 200일 후 또는 혼인관계종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자는 혼인중에 포태한 것으로 추정한다.

3. 청구인의 주장

심판대상조항으로 인하여 청구인이 친생자관계를 바로 잡으려면 전남편을 상대로 친생부인의 소를 제기하여 자와 생부(生父)의 유전자검사 결과를 증거로 제출하고 승소확정판결을 받아 가족관계등록부를 정리한 다음 생부에 대해 인지를 청구함으로써 생부와 친생자관계를 창설하는 방법을 취할 수밖에 없다. 이런 절차를 거치려면 청구인은 어느 시기에 누구와 성관계를 하였는지를 밝혀야 하는데, 이는 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것이다. 이러한 문제를 피하기 위하여 일정 기간 동안 사랑하는 사람과 혼인을 미룰 수밖에 없다면 이는 혼인의 자유를 침해하는 것이고, 혼인을 하더라도 일정기간 임신을 회피하기 위하여 성관계를 기피하여야 한다면 성적자기결정권이 침해된다. 과학기술의 발달로 간단하고 저렴한 유전자검사를 통해 친생자 여부를 확실히 밝힐 수 있음에도 불구하고, 심판대상조항은 많은 소송비용이 요구되는 친생부인의 소를 거치도록 강제하고 있어 재산권도 침해한다. 나아가 심판대상조항은 전혼 해소 후 300일 이전에 출산한 여성과 그 후에 출산한 여성을 합리적 이유 없이 차별하여 평등권을 침해한다.

4. 판단

가. 쟁점 정리

모든 국민은 인격권을 바탕으로 스스로 자신의 생활 영역을 형성해 나갈 수 있는 권리를 가지며, 혈통에 입각한 가족관계 형성은 개인의 인격 발현을 위한 자율영역을 보장하는 데 중요한 요소이다. 그런데 심판대상조항은 혼인 종료 후 300일 이내에 자녀가 출생하면 그 친아버지가 누구인지 명백한 경우에도 무조건 전남편의 친생자로 추정하고 이를 부인하기 위해서는 친생부인의 소를 제기하여야만 하므로, 진실한 혈연에 따라 가족관계를 이루고자 하는 청구인의 인격권과 행복추구권을 제한한다. 또한, 헌법 제36조 제1항은 개인의 자율적 의사와 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활의 자유로운 형성을 국

가가 보장할 것을 규정하고 있다. 그런데 심판대상조항은 진실한 혈연관계에 부합하지 아니하고 당사자들이 원하지도 아니하는 친자관계를 강요하고 있으므로, 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 제한한다(헌재 1997. 3. 27. 95헌가14등 참조).

청구인은 심판대상조항으로 인하여 사생활의 비밀과 자유, 혼인의 자유, 성적 자기결정권, 재산권, 평등권이 침해된다고 주장한다. 그러나 친생부인의 소 진행과정에서 발생할 수 있는 사생활 공개의 문제는 소송법상 변론 및 소송기록 비공개 제도의 운영에 관련된 문제로서 심판대상조항으로 말미암아 청구인의 사생활의 비밀과 자유가 제한된다고 보기는 어렵다. 또 여성의 재혼금지기간을 규정하던 구 민법 제811조가 폐지된 이상 심판대상조항으로 인하여 청구인의 혼인의 자유 및 성적자기결정권이 제한된다고 보기도 어렵다. 그리고 심판대상조항으로 인하여 청구인이 절차가 간단한 유전자검사 대신 절차가 복잡하고 상대적으로 많은 비용이 들어가는 친생부인의 소를 거치게 됨으로써 경제적 부담이 발생한다고 할지라도, 이러한 불이익은 친생부인의 소를 제기함에 따른 간접효과로서 반사적 불이익에 불과할 뿐 이를 헌법이 보장하는 재산권의 제한으로 보기는 어렵다. 나아가 심판대상조항이 혼인 해소 후 300일 이전에 출산한 여성과 그 이후에 출산한 여성에 차이를 두는 것은 심판대상조항이 혼인 해소 후 300일을 친생추정의 기준으로 삼고 있기 때문인데, 그 기준이 합리적인가에 관하여 인격권 등의 침해 여부를 검토하면서 판단하는 이상 이에 관한 평등권 침해 주장은 다시 별도로 판단하지 아니한다.

나. 입법형성 및 한계

혼인 종료 후 출생한 자에 대한 친생추정의 기준을 어떻게 정할 것인가의 문제는 모뿐만 아니라 자·생부·부(夫)의 법적 지위와 관계되므로, ‘법률적인 친자관계를 진실에 부합시키고자 하는 모·자·생부·부(夫)의 이익’과 ‘친자관계의 신속한 확정을 통하여 법적 안정을 찾고자 하는 자의 이익’을 어떻게 그 사회 실정과 전통적 관념에 맞게 조화시킬 것인가에 관한 문제이다. 따라서 이는 이해관계인들의 기본권과 혼인 및 가족생활에 관한 헌법적 결단을 고려하여 결정할 문제로서 원칙적으로 입법자의 재량에 맡겨져 있다.

그런데 민법 제844조에 따라 인정되는 친생추정의 효력은 법률에서 인정하는 다른 추정에 비하여 강한 효력을 갖는다. 친생추정이 유지되는 한 모가 가족관계등록부에 자를 생부의 친생자로 등록하거나, 자가 생부를 상대로 인지청구하거나, 생부가 자를 인지하거나, 부(夫)가 자에 대한 양육 및 상속의무에서

벗어나는 것 모두 허용되지 아니한다. 이처럼 민법상 친생추정이 모·자·생부·부(夫)의 법적 지위에 미치는 영향이 크므로, 엄격한 요건에서만 인정되는 친생부인의 소 제기 부담을 국민에게 지우기 위해서는 그러한 친생추정이 얼마나 합리적인지가 검토되어야 한다. 소송을 통하여 친생부인을 할 수 있다는 것만으로 친생추정의 비합리성이 치유된다고 보기는 어렵다. 따라서 혼인 종료 후 출생한 자의 친생추정 여부와 방법을 정하는 문제는 원칙적으로 입법재량에 속한다 하더라도, 그 친생추정의 기준이 지나치게 불합리하거나 그로부터 벗어날 수 있는 방법이 지나치게 제한적이어서 진실한 혈연관계에 반하는 친자관계를 강요하는 것이라면, 이는 입법형성의 한계를 넘어서는 것으로서 위헌이라 아니할 수 없다.

다. 심판대상조항의 위헌 여부

(1) 모자관계는 임신과 출산이라는 자연적 사실에 의하여 그 관계가 명확히 결정된다. 그런데 부자관계는 그 관계 확정을 위한 별도의 요건이 필요하므로 이를 위해 친생추정제도가 도입되었다. 부부가 동거생활을 하면 처가 남편의 자를 포태하는 것이 정상이고 부부의 정조의무가 지켜지는 한 처가 남편이 아닌 남자의 자를 포태할 수 없으므로, 민법은 처가 혼인 중에 포태한 자 또는 혼인관계 종료 뒤 3백일 안에 출생한 자는 부(夫)의 자로 추정하고 있다.

최근 유전자검사 기술의 발달로 과학적 친자감정이 가능하게 되었으므로, 위와 같이 개연성에 기반을 둔 친생추정제도를 계속 유지할 필요가 있을지 의문이 제기될 수 있다. 그러나 출생과 동시에 자에게 안정된 법적 지위를 부여함으로써 자의 출생 시 법적 보호의 공백을 없앴다는 측면에서 친생추정은 여전히 자의 복리를 위하여 매우 중요하다. 특히, 친자관계에 대하여 다툼이 없는 대다수의 경우 친자관계를 형성하기 위하여 특별한 절차를 밟을 필요가 없다는 점을 고려하면 친생추정제도는 계속 유지될 필요성이 있다.

민법 제844조는 포태시기를 근거로 처가 혼인 중에 포태한 자는 부(夫)의 자로 추정하는 한편, 출생시기를 근거로 혼인 성립의 날로부터 200일 후 또는 혼인 종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자는 혼인 중에 포태한 것으로 추정하고 있다. 이때 적용되는 200일 또는 300일의 기간은 포태 시부터 출산 시까지의 최단·최장기간에 해당하는 의학적 통계를 바탕으로 한다. 태아의 임신기간이 통상 280일(40주)인 것은 의학적으로 인정되는 사실이고, 산모의 개인적 차이를 고려하더라도 출산일로부터 역산하여 200-300일 이내에 포태되었을 것이라고 추정하는 것은 경험칙에 부합한다. 이런 이유에서 독일과 일본 등 외국에서도 출생일로부터 역산하여 300일 이내의 기간을 친생추정의 기준으로 삼고 있다. 이러한 사정을 종합하여 보면, 심판대상조항이 혼인 종료 후 300일 이내 출생 여부를 친생추정의 기준으로 삼고 있는 것은 합리적

이다.

(2) 심판대상조항은 민법이 1958. 2. 22. 제정된 이래 한 번도 개정되지 아니한 채 오늘까지 이르고 있다. 혼인 종료 후 300일 이내에 출생이라는 친생추정 기준은 민법 제정 당시의 사회적·법률적 배경에 근거한 것인데, 당시에는 이혼율이 낮았고 이혼 후 재혼도 흔치 않았을 뿐만 아니라 여성은 혼인관계 종료 후 6개월 동안 재혼할 수 없었다(구 민법 제811조). 그 결과, 여성이 이혼 후 300일 이내에 전남편이 아닌 다른 남자의 자를 출산하는 일은 드물었고, 여성이 전혼 종료일로부터 6개월 이후 생부와 재혼하여 포태한 자가 전혼 종료일로부터 300일 이내에 출생하는 것은 법률적으로 불가능하였다. 그러므로 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자를 법률상 예외 없이 부(夫)의 친생자로 추정하는 데 나름대로 합리적 근거가 있었고, 친자관계의 과학적 확인이 어려웠던 상황에서 친생추정에 어긋나는 예외적 경우라면 엄격한 친생부인의 소를 통하여만 해결하도록 하는 것이 자의 법적 지위 안정에 기여함은 물론 소송경제 등에도 부합하였다.

그러나 오늘날 사회적·법률적 상황은 이러한 친생추정의 기준이 만들어진 당시와는 크게 달라졌다. 우선 이혼 및 재혼에 대한 사회적 인식이 변화하여 이혼율 및 재혼건수가 증가하였고, 여성의 재혼을 일정기간 금지하던 구 민법 제811조도 2005. 3. 31. 삭제되었다. 한편, 협의상 이혼의 경우 민법 제정 시에는 호적법에 따른 신고로 효력이 발생하였으나, 1977. 12. 31.에는 가정법원의 확인을 받아 신고하도록 변경되었고(민법 제836조), 2007. 12. 21.에는 신중하지 못한 이혼을 방지하기 위하여 이혼숙려기간 제도가 도입되었다(민법 제836조의2). 이에 따라 과거에는 당사자의 이혼의사 합치와 호적법에 의한 신고만으로 이혼할 수 있었으나, 현재는 가정법원에서 이혼에 관한 안내를 받고 그 안내를 받은 날부터 일정 기간이 지난 다음 법원으로부터 이혼의사 확인을 받아야만 협의상 이혼이 가능하게 되었다. 재판상 이혼의 경우에도 1990. 12. 31. 가사소송법이 제정되면서 조정전치주의가 도입되어 이혼의 소를 제기하려면 먼저 조정을 신청해야 하게 되었다(가사소송법 제50조). 그 결과, 혼인관계가 파탄에 이른 뒤 법률상 이혼의 효력이 발생하기까지 시간 간격이 크게 늘어나게 되면서 여성이 남편이 아닌 남자의 자를 포태하여 혼인 종료일로부터 300일 이내에 생부의 자를 출산할 가능성이 증가하게 되었다. 그리고 무엇보다도 과거에는 존재하지 아니하던 유전자검사 기술의 발달로 부자관계도 과학적으로 정확하게 확인할 수 있게 되었다.

(3) 그런데 심판대상조항에 따라 친생추정이 되면 그 추정은 오직 친생부인의 소를 통해서만 번복될 수 있다(민법 제844조 제1항, 제847조). 한편 출생신고는 자의 출생 후 1개월 이내에 해야 하고 신고기간 내에 신고를 해태하면 과태료의 제재를 받는다(가족관계의 등록 등에 관한 법률 제44조 제1항, 제46조 제2항, 제122조). 따라서 혼인 종료 후 300일 내에 출생한 자가 전남편의 친

생자가 아님이 명백하고 전남편이 친생추정을 원하지도 않으며 생부가 그 자를 인지하려는 경우에도, 가족관계등록부에는 일단 전남편인 부(夫)의 친생자로 등록될 수밖에 없다.

그로 인하여 모의 경우, 전남편과 이혼하고 새로운 가정을 꾸려 출산한 생부의 자가 가족관계등록부에 전남편의 자로 기재되고 이를 해소하기 위해서는 제소기간 내에 전남편을 상대로 친생부인의 소를 제기해야 하는데, 이러한 사정은 모가 이혼 후 새로운 가정을 꾸리는 데 부담이 될 수밖에 없다. 또 부(夫)의 경우, 전처가 이혼 후 출산한 제3자의 자가 자신의 친생자로 추정되어 가족관계등록부에 등록되고 이에 따라 부양의무를 부담하게 되는데, 그로부터 벗어나려면 모의 친생부인의 소를 기다리거나 2년의 제척기간 안에 스스로 친생부인의 소를 제기해야 하는 부담을 지게 된다. 만약 모 또는 부(夫)가 친생부인의 소를 제기하지 않거나 2년의 제척기간이 지나 친생부인의 기회를 상실하면, 자는 생부에게 인지를 청구할 수 없고 생부도 자를 인지할 수 없어, 진실한 혈연관계를 회복할 길이 막혀 버린다.

이러한 불합리한 결과는 혼인관계 종료 후 단기간 내 재혼이 드물었던 민법 제정 당시에는 현실적으로 문제가 되지 않았다. 그러나 사회와 법제도의 변화에 따라 혼인관계 종료 후 300일 이내에 전남편이 아닌 남자의 자녀를 출산하는 사례가 증가하고 그 부자관계를 어렵지 않게 확인할 수 있게 됨에 따라 진실한 혈연관계의 회복을 막는 심판대상조항의 문제점이 대두되게 되었다.

(4) 친생추정제도는 모자관계와 달리 부자관계의 정확한 증명이 실질적으로 불가능하다는 전제 아래 만들어진 것이다. 그러나 유전자검사 등을 통하여 친자관계 증명이 가능하게 된 현 상황에서 부자관계 입증 곤란은 더 이상 친생추정의 근거가 되기 어렵게 되었다. 한편, 심판대상조항과 같이 모와 부(夫) 사이의 혼인이 이미 종료된 경우를 전제로 친생추정을 적용하는 경우에는 가정의 평화 유지를 그 입법취지로 볼 수도 없다. 따라서 심판대상조항의 입법취지로는 자의 법적 지위를 신속히 안정시킬 필요성만 남게 된다.

그런데 사회적으로 이혼 및 재혼이 크게 증가하고 법률적으로 여성의 재혼금지기간도 폐지되었으며 협의상 및 재판상 이혼에 필요한 시간이 상당히 늘어난 이상, 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자가 부(夫)의 친자일 개연성은 과거에 비하여 크게 줄어들었다. 그리고 유전자검사를 통해 생부로 확인된 사람이 자신의 친자를 인지할 적극적 의사가 있는 경우에는 자의 법적 지위에 공백이 발생할 여지도 없다. 이러한 경우 심판대상조항은 본래의 입법취지에는 아무런 기여를 못하고 친자관계를 신속히 진실에 맞게 합치시키고 새로운 가정을 이루려고 하는 당사자의 의사를 도외시하는 결과만 초래한다.

이러한 문제를 해소하기 위하여 독일에서는 부(夫)와의 혼인 중에 출생한 자라도 그 출생일이 이혼소송 계속 이후이고 생부가 그 자를 인정한 경우라면 부(夫)의 친생추정을 제한하는 예외규정을 두고 있다. 이혼소송이 계속 중이라면 이미 가정의 평화가 깨진 상태이고 이때 출생한 자를 생부가 인지하여 그 자의 법적 지위가 안정된 경우 굳이 이혼한 전남편의 친생자로 추정할 아무런 법률상 이익이 없기 때문이다. 이러한 경우에도 전남편을 자의 부(父)로 정한 다음 반드시 친생부인의 소를 거치도록 강제하는 것은 무의미한 절차의 낭비일 뿐이다.

그렇다면 이미 혼인관계가 해소된 이후 자가 출생하였고 이 사건과 같이 생부가 그 자를 인지하려는 경우마저도 아무런 예외 없이 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 자를 부(夫)의 친생자로 추정하도록 하는 심판대상조항은, 친생추정의 주된 목적인 자의 복리에 비추어 보아도 지나치게 불합리한 제한이라고 보아야 한다.

(5) 심판대상조항이 혼인 종료 후 300일 이내의 출생 여부를 친생추정의 원칙적 기준으로 삼는 것 자체가 입법형성의 한계를 넘었다고는 볼 수는 없다. 또 자의 법적 지위 안정을 위해 심판대상조항과 같은 친생추정 규정도 필요하다. 문제는 친생추정에 아무런 예외를 허용하지 아니한 채 오직 친생부인의 소를 통해서만 친생추정을 번복할 수 있도록 한 데서 비롯된다.

독일과 같이 친생추정에 일정한 예외를 인정하거나, 친생부인의 소보다 절차가 간단하고 비용도 적게 드는 비송사건절차를 통하여 친생추정을 번복할 수 있는 길을 열어주는 등 친생추정의 예외를 인정하지 아니함으로 인한 위헌성을 해소함과 동시에 자의 신분관계 안정을 도모할 수 있는 길이 있다. 그럼에도 불구하고 민법 제정 이후 사회적·의학적·법률적 사정변경을 전혀 반영하지 아니하고 아무런 예외 없이 일률적으로 300일의 기준만 강요함으로써 가족 구성원이 겪는 구체적이고 심각한 불이익에 대한 해결책을 마련하지 아니하고 있는 것은, 입법형성의 한계를 벗어난 것으로서 모가 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권 및 행복추구권, 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 침해하는 것이다.

[18번] 서울가법 2018 5. 9.자 2018브15 결정

부부인 갑과 을이 갑과 을의 수정란을 대리모인 병에게 착상시켜 병이 정을 낳았는데, 갑이 정의 모(모)를 ‘을’로 기재하여 출생신고를 하였으나, 가족관계등록공무원이 신고서에 기재한 모(모)의 성명(을)과 출생증명서에 기재된 모(모)의 성명(병)이 일치하지 않는다는 이유로 불수리처분을 한 사안에서, 출생신고에 관한 가족관계의 등록 등에 관한 법령의 문언이나 취지를 고려할 때에

출생신고서 및 출생증명서에 ‘모의 성명 및 출생연월일’을 기재하게 한 것은 우리 민법상 모자관계를 결정하는 기준인 ‘모의 출산사실’을 출생신고에 의하여 확인하고, 출산에 의하여 자연적으로 형성된 모자관계를 법률적으로도 일치시키기 위한 조치이므로, 출생신고서에 기재된 모의 인적사항과 출생증명서에 기재된 모의 인적사항은 동일하여야 하고, 만일 그것이 일치하지 않을 때에는 출생신고서를 수리하여서는 아니 되는바, 정의 출생신고서에 기재된 모(을)의 인적사항과 출생증명서에 기재된 모(병)의 인적사항이 일치하지 아니하므로, 갑의 출생신고를 수리하지 아니한 처분은 적법하고, 한편 우리 민법상 모자관계의 결정 기준이 ‘모의 출산사실’인 점, 가족관계의 등록 등에 관한 법률상 출생신고를 할 때에는 출생신고서에 첨부하는 출생증명서 등에 의하여 모의 출산사실을 증명하여야 하는 점, 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것을 방지함으로써 생명윤리와 안전을 확보하고 국민의 건강과 삶의 질 향상에 이바지하고자 하는 생명윤리 및 안전에 관한 법률의 입법 목적 등을 종합하여 볼 때, 남편이 배우자 아닌 여성과의 성관계를 통하여 임신을 유발시키고 자녀를 낳게 하는 고전적인 대리모의 경우뿐만 아니라, 부부의 정자와 난자로 만든 수정체를 다른 여성의 자궁에 착상시킨 후 출산케 하는 이른바 ‘자궁(출산)대리모’도 우리 법령의 해석상 허용되지 아니하고, 이러한 대리모를 통한 출산을 내용으로 하는 계약은 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 것으로서 민법 제103조에 따라 무효라고 한 사례.

[19번] 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 95헌가14, 96헌가7 병합 전원재판부

가. (1) 친생부인의 소에 관하여 어느 정도의 제척기간을 둘 것인가는 법률적인 친자관계를 진실에 부합시키고자 하는 부의 이익과 친자관계의 신속한 확정을 통하여 법적 안정을 찾고자 하는 자의 이익을 어떻게 그 사회의 실정과 전통적 관념에 맞게 조화시킬 것인가에 관한 문제로서 이해관계인들의 기본권적 지위와 혼인 및 가족생활에 관한 헌법적 결단을 고려하여 결정되어야 할 것이므로 원칙적으로 입법권자의 재량에 맡겨져 있다 할 수 있다. 다만 그 제소기간이 지나치게 단기간이거나 불합리하여 부가 자의 친생자 여부에 대한 확신을 가지기도 전에 그 제척기간이 경과하여 버림으로써 친생을 부인하고자 하는 부로 하여금 제소를 현저히 곤란하게 하거나 사실상 불가능하게 하여 진실한 혈연관계에 반하는 친자관계를 부인할 수 있는 기회를 극단적으로 제한하는 것이라면 이는 입법재량의 한계를 넘어서는 것으로서 위헌이라 아니할 수 없다.

(2) 민법 제847조 제1항은 친생부인의 소의 제척기간과 그 기산점에 관하여 '그 출생을 안 날로부터 1년내'라고 규정하고 있으나, 일반적으로 친자관계의 존부는 특별한 사정이나 어떤 계기가 없으면 이를 의심하지 아니하는 것이 통

레임에 비추어 볼 때, 친생부인의 소의 제척기간의 기산점을 단지 그 '출생을 안 날로부터'라고 규정한 것은 부에게 매우 불리한 규정일 뿐만 아니라, '1년'이라는 제척기간 그 자체도 그 동안에 변화된 사회현실여건과 혈통을 중시하는 전통관습 등 여러 사정을 고려하면 현저히 짧은 것이어서, 결과적으로 위법률조항은 입법재량의 범위를 넘어서 친자관계를 부인하고자 하는 부로부터 이를 부인할 수 있는 기회를 극단적으로 제한함으로써 자유로운 의사에 따라 친자관계를 부인하고자 하는 부의 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권, 행복추구권 및 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 침해하는 것이다.

나. (1) 민법 제847조 제1항이 입법재량의 한계를 넘어서 기본권을 침해한 것으로서 헌법에 위반되는 규정이라 하더라도 이에 대하여 단순위헌선언을 한다면 친생부인의 소의 제척기간의 제한이 일시적으로 전혀 없게 되는 법적 공백상태가 되고 이로 인하여 적지 않은 법적 혼란을 초래할 우려가 있을 뿐만 아니라 위헌적인 규정에 대하여 합헌적으로 조정하는 임무는 원칙적으로 입법자의 형성재량에 속하는 사항인 것이므로, 우리 재판소는 입법자가 이 사건 심판대상조항을 새로이 개정할 때까지는 법원 기타 국가기관은 이를 더 이상 적용·시행할 수 없도록 중지하되 그 형식적 존속만을 잠정적으로 유지하게 하기 위하여 단순위헌결정 대신 헌법불합치결정을 선고한다.

(2) 우리 재판소는 국회의 광범위한 입법형성의 자유를 제약하기 위해서가 아니고 추상적 기준론에 의한 입법형성의 현실적 어려움을 감안하여 일응의 준거가 될만한 사례를 제시하고자 하는바, 친생부인의 소는 부가 자와의 사이에 친생자관계가 존재하지 아니함을 알게 된 때로부터 1년내에 이를 제기할 수 있으나 다만 그 경우에도 자의 출생후 5년이 경과하면 이를 제기할 수 없다고 규정하고 있는 스위스 가족법의 규정이 부와 자 사이의 이익을 충분히 고려하여 조화를 이루고 있는 입법례로 보인다.

[20번] 대법원 2001. 8. 21. 선고 99므2230 판결

【판결요지】

[1] 당사자 사이에 양친자관계를 창설하려는 명백한 의사가 있고 기타 입양의 실질적 성립요건이 모두 구비된 경우 입양신고 대신 친생자 출생신고가 있다면 형식에 다소 잘못이 있더라도 입양의 효력이 있다.

[2] 민법 제874조 제1항은 "배우자 있는 자가 양자를 할 때에는 배우자와 공동으로 하여야 한다."고 규정함으로써 부부의 공동입양원칙을 선언하고 있는바, 파양에 관하여는 별도의 규정을 두고 있지는 않고 있으나 부부의 공동입양원칙의 규정 취지에 비추어 보면 양친이 부부인 경우 파양을 할 때에도 부부가 공동으로 하여야 한다고 해석할 여지가 없지 아니하나(양자가 미성년자

인 경우에는 양자제도를 둔 취지에 비추어 그와 같이 해석하여야 할 필요성이 크다), 그렇게 해석한다고 하더라도 양친 부부 중 일방이 사망하거나 또는 양친이 이혼한 때에는 부부의 공동과양의 원칙이 적용될 여지가 없다고 할 것이고, 따라서 양부가 사망한 때에는 양모는 단독으로 양자와 협의상 또는 재판상 과양을 할 수 있으며 이는 양부와 양자 사이의 양친자관계에 영향을 미칠 수 없는 것이고, 또 양모가 사망한 양부에 갈음하거나 또는 양부를 위하여 과양을 할 수는 없다고 할 것이며, 이는 친생자부존재확인을 구하는 청구에 있어서 입양의 효력은 있으나 재판상 과양 사유가 있어 양친자관계를 해소할 필요성이 있는 이른바 재판상 과양에 갈음하는 친생자관계부존재확인청구에 관하여도 마찬가지라고 할 것이다. 왜냐하면 양친자관계는 과양에 의하여 해소될 수 있는 점을 제외하고는 친생자관계와 똑같은 내용을 갖게 되는데, 진실에 부합하지 않는 친생자로서의 호적기재가 법률상의 친자관계인 양친자관계를 공시하는 효력을 갖게 되었고 사망한 양부와 양자 사이의 이러한 양친자관계는 해소할 방법이 없으므로 그 호적기재 자체를 말소하여 법률상 친자관계를 부인하게 하는 친생자관계존부확인청구는 허용될 수 없는 것이기 때문이다.

[21번] 대법원 2020. 6. 18. 선고 2015므8351 전원합의체 판결

【판결요지】

[1] [다수의견] (가) 친생자관계에 관하여 민법은 임신과 출산이라는 자연적인 사실에 의하여 그 관계가 명확히 결정되는 모자관계와 달리 부자관계의 성립과 해소에 대하여는 그 관계 확정을 위한 여러 규정을 두고 있다. 아내가 혼인 중에 임신한 자녀를 남편의 자녀로 추정하는 친생추정 규정(제844조 제1항)과 이에 대한 번복방법인 친생부인의 소에 관한 규정(제846조 내지 제851조), 재혼한 여자가 해산한 경우 법원에 의한 부의 결정에 관한 규정(제845조), 혼인 외 출생자의 인지에 관한 규정(제855조 제1항, 제863조), 인지의 취소 및 인지에 대한 이의의 소에 관한 규정(제861조 및 제862조)이 이에 해당한다. 따라서 법적 친생자관계의 성립과 해소를 구하는 소송절차에서는 위 각 규정에 명시된 제소권자가 해당 규정이 정한 요건을 갖추 소를 제기하는 것이 원칙이다.

민법 제865조 제1항은 “제845조, 제846조, 제848조, 제850조, 제851조, 제862조, 제863조의 규정에 의하여 소를 제기할 수 있는 자는 다른 사유를 원인으로 하여 친생자관계존부확인의 소를 제기할 수 있다.”라고 정한다. 이는 법적 친자관계와 가족관계등록부에 표시된 친자관계가 일치하지 않을 때 이를 바로잡기 위하여 친생자관계존부확인의 소를 제기할 수 있도록 한 것이다.

민법 제865조 제1항이 친생자관계존부확인의 소를 제기할 수 있는 자를 구체적으로 특정하여 직접 규정하는 대신 소송목적이 유사한 다른 소송절차에 관한 규정들을 인용하면서 각 소의 제기권자에게 원고적격을 부여하고 그 사유만을 달리하게 한 점에 비추어 보면, 민법 제865조 제1항이 정한 친생자관계존부확인의 소는 법적 친생자관계의 성립과 해소에

관한 다른 소송절차에 대하여 보충성을 가진다.

이처럼 민법 제865조 제1항의 규정 형식과 문언 및 체계, 위 각 규정들이 정한 소송절차의 특성, 친생자관계존부확인의 소의 보충성 등을 고려하면, 친생자관계존부확인의 소를 제기할 수 있는 자는 민법 제865조 제1항에서 정한 제소권자로 한정된다고 봄이 타당하다.

① 친생자관계의 당사자인 부, 모, 자녀는 민법 제845조, 제846조, 제862조, 제863조에 의하여 소를 제기할 수 있는 자로서 다른 사유를 원인으로 하는 경우에는 친생자관계존부확인의 소를 제기할 수 있다.

② 친생자관계의 당사자인 자녀의 직계비속과 그 법정대리인은 민법 제863조에 의하여 소를 제기할 수 있는 자로서 다른 사유를 원인으로 하는 경우에는 친생자관계존부확인의 소를 제기할 수 있다.

③ 민법 제848조, 제850조, 제851조의 제소권자인 성년후견인, 유언집행자, 부 또는 처의 직계존속이나 직계비속은 위 규정들에 의하여 소를 제기할 수 있는 요건을 갖춘 경우에 한하여 원고적격이 있다. 즉, 성년후견인은 남편이나 아내가 성년후견을 받게 되었을 때(제848조), 유언집행자는 부 또는 처가 유언으로 친생자관계를 부정하는 의사를 표시한 때(제850조), 부 또는 처의 직계존속이나 직계비속은 부(부)가 자녀의 출생 전에 사망하거나 부 또는 처가 친생부인의 소의 제기기간 내에 사망한 때(제851조) 비로소 다른 사유를 원인으로 하여 친생자관계존부확인의 소를 제기할 수 있다.

④ 이해관계인은 민법 제862조에 따라 다른 사유를 원인으로 하여 친생자관계존부확인의 소를 제기할 수 있다. 여기서 이해관계인은 다른 사람들 사이의 친생자관계가 존재하거나 존재하지 않는다는 내용의 판결이 확정됨으로써 일정한 권리를 얻거나 의무를 면하는 등 법률상 이해관계가 있는 제3자를 뜻한다. 이러한 이해관계인에 해당하는지 여부는 원고의 주장 내용과 변론에 나타난 제반 사정을 토대로 상속이나 부양 등에 관한 원고의 권리나 의무, 법적 지위에 미치는 구체적인 영향이 무엇인지를 개별적으로 심리하여 판단해야 한다.

(나) 구 인사소송법(1990. 12. 31. 법률 제4300호 가사소송법 부칙 제2조로 폐지. 이하 같다) 등의 폐지와 가사소송법의 제정·시행, 호주제 폐지 등 가족제도의 변화, 신분관계 소송의 특수성, 가족관계 구성의 다양화와 그에 대한 당사자 의사의 존중, 법적 친생자관계의 성립이나 해소를 목적으로 하는 다른 소송절차와의 균형 등을 고려할 때, **민법 제777조에서 정한 친족이라는 사실만으로 당연히 친생자관계존부확인의 소를 제기할 수 있다고 한 종전 대법원 판례는 더 이상 유지될 수 없게 되었다고** 보아야 한다. 상세한 이유는 다음과 같다.

① 가사소송법은 혼인무효의 소 등의 상대방에 관한 규정(제24조)만을 친생자관계존부확인의 소에 준용하고 있을 뿐 제기권자에 관한 규정(제23조)은 준용하지 않고 있다. 따라서

구 인사소송법이 폐지되고 가사소송법이 시행됨으로써 종전 대법원 판례의 법률적 근거가 사라지게 되었다.

② 가족관계를 둘러싼 법질서나 사회적 상황의 변화 등에 따라 부부관계와 더불어 가족관계의 근간을 이루는 친생자관계를 바라보는 사회일반의 인식도 함께 변화하였다. 가족제도 등에 관한 법률적, 사회적 상황의 변화에 비추어 보면, 호주제가 유지되던 때와 달리 오늘날에는 민법 제777조에서 정한 친족이라는 이유만으로 밀접한 신분적 이해관계를 가진다고 볼 법률적, 사회적 근거가 약해졌다.

③ 오늘날에는 가족관계가 혈연관계뿐만 아니라 당사자의 의사를 기초로 하여 다양하게 형성되고 있다. 따라서 혼인과 가족관계의 기초가 되는 법적 친자관계의 형성에 관한 당사자의 자유로운 의사를 존중하는 한편, 이에 관하여 제3자가 부당하게 개입하지 않도록 일정한 제한을 둘 필요가 있다.

④ 유전자검사 등으로 혈연관계의 증명이 어렵지 않게 된 현실을 고려할 때, 혈연의 진실을 위한다는 이유로 친생자관계의 존부를 다룰 수 있는 제3자의 범위를 넓게 보아 본안심리에 나아가도록 하는 것은 필연적으로 신분질서의 안정을 해치고 혼인과 가족생활에 관한 당사자의 자율적인 의사결정을 침해하는 결과를 가져올 가능성이 크다. 따라서 친생자관계의 존부를 다투는 소를 제기할 수 있는 제3자의 범위를 명문의 법률 규정 없이 해석을 통하여 함부로 확대하는 것은 바람직하지 않다.

⑤ 친생자관계존부확인 소는 이미 여러 측면에서 제소요건이 완화되어 있는데, 여기에 더하여 원고적격 범위를 민법 제777조에서 정한 친족으로 넓히는 것은 앞서 본 다른 소송절차와 비교해서도 균형이 맞지 않는다. 이는 다른 소송절차에 관한 법률 규정이 정하고 있는 요건이나 제한 등을 회피하기 위한 수단으로 친생자관계존부확인 소가 변질될 우려가 있다는 점에서 더욱 그러하다.

⑥ 민법은 민법 제865조 제1항에서 친생자관계의 당사자 아닌 제3자가 이해관계인에 해당하는 경우에는 그 존부를 다룰 수 있게 하고 있으므로, 친족관계에 있는 제3자도 이해관계인에 해당하는 경우에는 원고적격을 가진다. 따라서 **민법 제777조의 모든 친족에게 일률적으로 원고적격을 부여하지 않더라도 친생자관계의 존부에 대해 법률상 이해관계를 가지는 제3자의 권리나 재판청구권을 부당하게 제약한다고 볼 수 없다.**

[2] [다수의견] 건국훈장 4등급 애국장 포상대상자로 결정된 갑의 장녀인 을의 자녀인 병이 행정소송을 통해 구 독립유공자예우에 관한 법률(2012. 2. 17. 법률 제11332호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 독립유공자예우법’이라 한다)에 따른 독립유공자의 유족으로 인정되자, 갑의 장남인 정은 손자인 무가 검사를 상대로 갑과 을 사이에 친생자관계가 존재하지 않는다는 확인 등을 구한 사안에서, 무가 **갑의 직계비속(증손자)으로 갑과 친족관계에 있다는 사실만으로 당연히 친생자관계존부확인 소를 제기할 수 있는 것은 아니고**, 민법 제865조 제1항, 제862조에 따라 원고적격이 인정되어야 하는데, 구 독립유공자예우법이 정한 기준에 따르면 갑의 증손자에 불과한 무는 독립유공자의 유족으로 등록될 수 없을 뿐만

아니라, 갑의 손자녀로는 병 외에도 차녀 기의 자녀가 생존한 것으로 보이므로, 무가 갑과 을 사이의 친생자관계부존재확인 판결을 받더라도 독립유공자의 유족으로 등록될 수 없으며, 따라서 갑과 을 사이에 친생자관계가 존재하지 않는다는 내용의 확인 판결이 확정되더라도 무는 이에 대해 법률상 이해관계를 가진다고 할 수 없으므로, 위 확인의 소는 원고적격을 갖추지 못한 사람이 제기한 것으로 부적법하다고 한 사례.