

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2009므2130 이혼

원고, 피상고인 원고

소송대리인 법무법인 케이파트너스 담당변호사 김지학 외 3인

피고, 상고인 피고

사 건 본 인 사건본인 1 외 1인

원 심 판 결 광주고등법원 2009. 6. 5. 선고 2008르242 판결

판 결 선 고 2009. 12. 24.

주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 피고가 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 상고이유 제1점에 대하여

가. 민법 제840조 제6호 소정의 이혼원인인 ‘혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가

있을 때'라 함은 혼인의 본질에 상응하는 부부공동생활 관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄되고, 그 혼인생활의 계속을 강제하는 것이 일방 배우자에게 참을 수 없는 고통이 되는 경우를 말하고(대법원 1991. 7. 9. 선고 90므1067 판결, 대법원 2007. 12. 14. 선고 2007므1690 판결 등 참조), 이를 판단함에 있어서는 혼인계속의사의 유무, 파탄의 원인에 관한 당사자의 책임 유무, 혼인생활의 기간, 자녀의 유무, 당사자의 연령, 이혼 후의 생활보장, 기타 혼인관계의 제반사정을 두루 고려하여야 한다.

나. 원심판결 이유에 의하면, 원고와 피고는 1990. 12. 12. 혼인신고를 마친 법률상 부부로서 그 사이에 미성년 자녀인 사건본인 사건본인 1(1993년 생), 사건본인 2(1994년 생)을 두고 있는 사실, 원고는 피고의 잦은 음주와 외박으로 인하여 원만하지 않은 혼인생활을 하던 중 1997. 11. 30. 가출하여 따로 생활하다가 2003. 9. 30. 피고의 설득에 의해 다시 집으로 들어왔으나 한 달 만인 2003. 10. 30. 다시 가출한 사실, 원고와 피고는 원고가 최초 가출한 이후 잠시 가정으로 복귀한 기간을 제외하고 11년이 넘게 서로 떨어져 각자의 주거지에서 별개로 생활을 영위하여 온 사실, 원고는 2007년 초 소외 1을 만나 현재까지 동거하면서 소외 1과 사이에서 2008. 2. 12. 몸무게 2.4kg으로 다리가 기형인 딸을 출산한 사실, 사건본인들은 원고와 피고의 별거기간 동안 피고가 피고 어머니의 도움을 받아 양육하여 왔는데, 원심 변론종결일에 이르러서는 고등학교 1년생, 중학교 3년생으로 성장한 사실, 원고는 이 사건 조정기일에서 기형인 딸이 치료를 받아야 하는데 이혼이 되지 않아 자신의 자로 가족관계등록을 할 수 없어 어려움을 겪고 있고, 이미 혼인관계가 파탄이 되었으며 새로이 태어난 아이의 치료와 양육을 위해서는 피고와의 혼인관계를 해소하여야 한다는 의사를 표시하였고, 반면 피고는 사건본인들이 원고의 출산사실을 알지 못한 채 원고의 가정 복귀를 원하고 있으므로, 원고

는 기형인 딸을 소외 1에게 맡기는 조건으로 피고의 가정에 복귀하여야 한다는 의사를 표시하여 조정이 성립되지 아니한 사실 등을 알 수 있다.

다. 이를 앞에서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원고와 피고의 혼인관계는 11년이 넘는 장기간의 별거와 원고와 소외 1 사이의 사실혼관계 형성 등으로 인하여 혼인의 실체가 완전히 해소되고 원고와 피고 각자 독립적인 생활관계를 갖기에 이르렀으며, 이에 더하여 원고가 사실혼관계에서 기형아인 딸까지 출산하여 그 딸의 치료와 양육이 절실히 필요한 상황에 처하게 된 점, 원고와 피고의 혼인관계가 위와 같이 파탄에 이르게 된 데에는, 혼인기간 중 피고와의 갈등을 극복하기 위하여 최선의 노력을 다하지 아니한 채 미성년 자녀를 두고 일시 가정에 복귀한 기간을 제외하고 11년이 넘도록 장기간 가출하여 최근에 이르러 다른 남자와 사실혼관계를 맺은 원고의 책임과 혼인기간 중 잦은 음주와 외박으로 부부간의 갈등을 야기함으로써 원고를 가출에 이르게 하고, 원고가 혼인에 가정에 복귀할 수 있도록 갈등원인을 제거하고 정상적인 가정환경을 조성하며 지속적으로 원고의 행방을 찾는데 최선의 노력을 다하지 아니함으로써 결국 원고로 하여금 현 상황에까지 이르게 한 피고의 책임이 경합하였다고 할 것인 점, 원고와 피고 사이의 부부공동생활 관계의 해소 상태가 장기화 되면서, 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(意義)는 현저히 감쇄(減殺)되고, 쌍방의 책임의 경중에 관하여 단정적인 판단을 내리는 것 역시 곤란한 상황에 이르렀다고 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 혼인계속의사에 따라 현재와 같은 파탄 상황을 유지하게 되면, 특히 원고에게 참을 수 없는 고통을 계속 주는 결과를 가져올 것으로 보이는 점, 그 밖에 원심이 설시한 여러 사정 등을 종합·참작하여 보면, 원고와 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, 혼인 제도가 추구하는 목적과 민법의 지도이념인 신의성실의 원칙에 비추어 보더라도 혼인 관계의 파탄에 대한 원고의 유책성이 반드시 원고의 이혼청구를 배척하지 않으면 아니 될 정도로 중한 것이라고 단정할 수 없으므로, 원고와 피고의 혼인에는 민법 제840조 제6호 소정의 '혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때'라는 이혼원인이 존재한다고 할 것이다.

원심의 이유설시는 이와 다르지만, 그 판시와 같은 여러 사정을 참작하여 원고와 피고의 혼인에는 민법 제840조 제6호 소정의 이혼원인이 존재한다는 취지로 판단한 결론은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 민법 제840조 제6호가 규정하는 이혼원인에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

2. 상고이유 제2점에 대하여

가. 민법 제843조에 의하여 준용되는 민법 제837조 제4항, 제2항 각 호에 의하면, 재판상 이혼의 경우 양육에 관한 사항의 협의가 이루어지지 아니하거나 협의할 수 없는 때에는 가정법원은 직권으로 양육자, 양육비용의 부담, 면접교섭권의 행사 여부 및 그

방법에 관하여 정할 수 있고, 민법 제909조 제5항에 의하면 재판상 이혼의 경우 가정 법원은 직권으로 친권자를 정할 수 있으므로, 법원이 위와 같은 사항들을 정함에 있어서 반드시 이혼 당사자의 청구가 있어야 하는 것은 아니라고 할 것이다.

나. 원심이 같은 취지에서 직권으로 사건본인들에 관한 양육자, 양육비용의 부담, 면접교섭권의 행사 여부 및 그 방법, 친권자에 관하여 정한 것은 정당하고, 거기에 상고 이유에서 주장하는 바와 같이 민법 제843조, 제837조 제3항, 제2항, 제909조 제5항의 해석·적용에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

3. 결론

그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 안대희 _____

 대법관 박시환 _____

 대법관 차한성 _____

주 심 대법관 신영철 _____