

부정행위 상대방의 이혼위자료지급책임

- 대법원 2026. 1. 29. 선고 2025므10716 판결을 중심으로 -

부산가정법원 판사 임수정

I. 서언

II. 선행판결의 소송경과와 판결요지

1. 사실관계 및 소송경과

2. 판결요지와 문제점

가. 기존 대법원 판례들과의 모순

나. 처분권주의 위반

다. 이혼위자료청구권 자체를 부정하는 근거의 부족

III. 연구대상판결의 소송경과와 판결요지

1. 사실관계 및 소송경과

2. 원심 판결의 요지

3. 연구대상판결의 요지

IV. 연구

1. 이혼위자료청구권과 개별유책행위위자료청구권의 차이점과 양자의 관계

가. 유책배우자에 대한 이혼위자료청구권의 법적 성질

1) 불법행위책임설

2) 채무불이행책임설

3) 법정책임설

4) 대법원의 입장

5) 검토

나. 개별유책행위위자료청구권의 법적 성질

다. 이혼위자료청구권과 개별유책행위위자료청구권의 관계

1) 논의점

2) 학설

가) 준별설

나) 일체설

3) 판례

가) 사안의 개요

나) 대법원의 판단

다) 검토

4) 이혼위자료청구권과 개별유책행위위자료청구권의 구별 기준

라. 이혼위자료청구와 개별유책행위위자료청구의 동시·시차 제기 시 처리

2. 이혼위자료청구와 관련하여 실무상 자주 문제되는 쟁점들

가. 혼인관계 파탄 이후 최종적 이혼에 이르기까지 발생한 사정을 위자료

산정의 고려요소로 삼을 수 있는지 여부

나. 쌍방귀책대등 항변과 혼인 파탄 이후의 행위 항변

라. 지연손해금 기산점

마. 소멸시효 기산점

3. 부정행위 상대방에 대한 이혼위자료청구권의 인정 여부에 대한 검토

가. 문제의 소재

나. 불법행위책임의 성립요건으로서의 위법성 일반론

다. 일본 판례의 동향

1) 일본 최고재판소 2019년 판결 이전의 통설과 판례의 입장

2) 일본 최고재판소 2019년 판결

라. 서구 판례의 동향

마. 관련 대법원 판결

1) 대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다1899 판결

2) 대법원 2014. 11. 20. 선고 2011므2997 전원합의체 판결의 다수의견

바. 우리나라 학설의 논의

사. 검토

V. 결어

I. 서언

부부의 일방이 부정행위를 한 경우, 피해 배우자는 유책배우자뿐 아니라 부정행위에 가담한 제3자(이하 '부정행위 상대방'이라 한다)에 대하여도 위자료를 청구할 수 있다. 우리 대법원은 제3자가 부부의 일방과 부정행위를 함으로써 혼인의 본질에 해당하는 부부공동생활을 침해하거나 그 유지를 방해하고 배우자에게 정신적 고통을 가하는 행위는 원칙적으로 불법행위를 구성한다고 일관되게 판시하여 왔다. 그러나 이 법리가 실제에 적용되는 과정에서, 부정행위 상대방에 대한 이혼을 원인으로 하는 위자료청구(이하 '이혼위자료청구'라 한다)와 개별유책행위를 원인으로 하는 위자료청구(이하 '개별유책행위위자료청구'라 한다)의 허용 여부, 두 청구의 상호 관계, 각 청구별 관할과 지연손해금 기산점 및 소멸시효 기산점의 차이, 유책배우자와 부정행위 상대방의 손해배상책임의 구조와 상호 구상 문제 등에 관한 쟁점들이 끊임없이 논란이 되어 왔다.

이러한 배경 속에서 대법원 2021. 6. 24. 선고 2017므13586 판결(이하 '선행판결'이라 한다)은 부정행위 상대방에 대한 이혼위자료청구권이 우리 법제에서 존재할 수 없는 권리라는 전제 하에 피해 배우자의 청구를 개별유책행위위자료청구로 해석한 후, 부정행위 발각일로부터 3년이 도과하여 소멸시효가 완성되었다는 이유로 원고의 청구를 기각한 원심의 판단을 그대로 수긍하였다. 그러나 이 판결은 아무런 법리적 설시 없이 상고를 기각함으로써, 제3자에 대한 이혼위자료청구권의 인정 여부와 소멸시효 기산점에 관하여 하급심에 적지 않은 혼란을 야기하였다.

이에 대법원 2026. 1. 29. 선고 2025므10716 판결(이하 '연구대상판결'이라 한다)은 선행판결과 유사한 사안에서 부정행위 상대방에 대한 피해 배우자의 청구가 이혼을 원인으로 하는 위자료청구에 해당함을 명확히 확인하고, 이를 개별유책행위위자료청구로 오인하여 소멸시효 기산점을 부정행위 발각 시점으로 보았던 원심의 법리적 오류를 바로잡았다. 아울러 부정행위 상대방에 대한 이혼위자료청구권의 소멸시효는 유책배우자에 대한 이혼위자료청구권의 소멸시효와 동일하게 혼인이 해소된 때로부터 비로소 진행된다는 점을 최초로 확인함으로써, 선행판결이 남긴 불명확성을 해소

하였다.

다만, 연구대상판결은 부정행위 상대방의 이혼위자료지급책임을 원칙적으로 긍정하는 종래 판례의 입장을 별다른 논거의 보강 없이 그대로 유지하였다. 이 점에서 본고는 이와 결을 달리하는 일본 최고재판소 2019년 판결의 논리, 독일과 프랑스 등 서구 판례의 동향, 나아가 부정행위 피해 배우자 자녀들의 부정행위 상대방에 대한 불법행위책임을 원칙적으로 부정한 대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다1899 판결 등의 의미를 함께 살피면서, 연구대상판결이 취하고 있는 원칙적 긍정 입장의 타당성에 대해 검토하고자 한다.

II. 선행판결의 소송경과와 판결요지

1. 사실관계 및 소송경과

A(원고)와 B(A의 남편)는 1986. 10. 20. 혼인신고를 마친 법률상 부부이다. 2009년 경 B가 C(피고)를 알게 되면서부터 수시로 외박하고 늦게 귀가하는 날이 많아져서 A와 B 사이의 갈등이 깊어졌다. B는 2011. 1. 20. A를 상대로 이혼의 소를 제기하였다가 2011. 10. 27. 이를 취하하였다. 그 후 B는 2012. 10. 1. 집을 나갔다가 2012. 6. 10. 딸 결혼식을 앞두고 잠시 집에 들어온 후 다시 집을 나갔다. 이에 A는 B의 소재를 수소문하던 중 2012. 7. 12. B와 C가 동거하고 있는 사실을 직접 목격하였다. 그 직후 C로부터 이별 통보를 받은 B는 한때 귀가하여 반성문을 작성하기도 하였으나 2013. 2. 18.경 다시 가출하였다. C의 이별 통보 이후에는 B와 C가 다시 부정행위를 저지른 사실은 없다. A는 2015. 12. 17. B를 상대로 한 이혼 및 이혼을 원인으로 하는 위자료청구의 소와 C를 상대로 한 이혼위자료청구의 소를 병합하여 제기하였다.¹

1심 법원은 A와 B 사이의 혼인관계가 B와 C의 부정행위로 파탄에 이르렀음을 인정하여 이혼청구를 인용하고 B에게 3,000만 원, C에게 B와 공동하여 위 3,000만 원 중 1,500만 원의 위자료 지급을 명하였다. 1심 법원은 A의 위자료청구를 B와 C의 부

¹ 창원지방법원 2017. 3. 10. 선고 2015드단5938(본소), 2016드단52610(반소) 판결

정행위라는 개별 불법행위를 원인으로 한 것이 아니라 혼인관계가 파탄에 이르러 이혼하게 된 것을 원인으로 한 것으로 보아, 이혼이 성립하여야 비로소 손해가 평가될 수 있으므로 소멸시효가 아직 진행되지 않았다고 판단하였다.

C만이 항소하였고, 이에 원심 법원(창원지방법원 2017. 9. 20. 선고 2017르50367 판결)은 아래 논거에 의거하여 부정행위 상대방에 대한 이혼위자료청구권은 우리 법제에서 인정할 수 있는 근거가 없어 그 존재 자체가 인정되지 않는 권리라는 전제 아래, A의 청구를 A의 명시적인 반대 취지의 의사표시에도 불구하고 부정행위라는 개별유책행위 자체를 원인으로 한 손해배상청구로 파악하고, A가 2012. 7. 12.경 부정행위를 알게 된 날부터 단기소멸시효가 진행되어 이 사건 소 제기 전에 이미 소멸시효가 완성되었다고 판시하여 A의 청구를 기각하였다.

“① 민법 제806조는 ‘약혼을 해제한 때에는 당사자 일방은 과실 있는 상대방에 대하여 이로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있다(제1항). 전항의 경우에는 재산상 손해 외에 정신상 고통에 대하여도 손해배상의 책임이 있다(제2항).’ 라고 규정하고 있고, 민법 제843조는 이를 재판상 이혼에도 준용하고 있어, 부정행위를 한 배우자에 대해서는 ‘혼인관계가 파탄에 이르게 된 것이 그 배우자의 잘못으로 인한 것임을 전제로 한 위자료 청구권’이 인정됨은 조문상 명백하나, 제3자에 대해서는 위와 같은 규정이 없고, 민법 제750, 751조에 근거하여 ‘고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 정신상 고통을 가한 자’에 대하여 손해배상책임을 구할 수 있을 뿐이다.

② 가사소송법 제2조 제1항 제1호 다목은 ‘이혼을 원인으로 하는 손해배상청구(제3자에 대한 청구를 포함한다)에 대한 심리와 재판은 가정법원의 전속관할로 한다.’ 라고 정하고 있으나, 가사소송법은 가사소송 등의 원활한 진행을 위해 그 절차에 관하여 규정한 법으로, 그 자체로 어떠한 실체적 권리를 창설하는 것을 목적으로 하고 있지 않다. 따라서, 위 규정은 ‘피고의 부정행위라는 불법행위 자체를 원인으로 한 손해배상청구권’이 아닌 ‘원고와 박기홍의 혼인관계가 파탄에 이르게 된 것이 피고의 잘못

못으로 인한 것임을 전제로 한 위자료 청구권’이라는 별개의 권리에 대한 근거가 될 수 없고, 배우자를 상대로 이혼을 원인으로 손해배상청구를 하면서 제3자에 대한 손해배상청구를 함께 할 경우 가정법원에서 함께 심리한다는 것을 정한 것이라고 해석될 뿐이다.

③ 배우자와 부정행위를 한 제3자에 대하여 ‘배우자와의 혼인관계가 파탄에 이르게 된 것이 제3자의 잘못으로 인한 것임을 전제로 한 위자료 청구권’을 인정하고, 그 소멸시효가 ‘이혼이 성립되었을 때’로부터 진행된다고 본다면, 제3자는 부정행위 이후 아무런 행동을 하지 않은 채 시간이 경과하더라도, 그 배우자의 이혼 성립 여부 및 그 시기, 혼인관계 파탄과 부정행위 사이의 인과관계 인정 여부 등 여러 가지 예측할 수 없는 사정들로 인해 언제라도 불법행위책임을 부담할 수 있게 되는 불안정한 법적 지위에 놓이게 된다. 반면, 배우자와 부정행위를 한 제3자에 대하여 위와 같은 위자료 청구권을 인정하지 않더라도, 배우자 및 제3자의 부정행위로 인해 정신적 고통을 받은 피해자는 부정행위를 안 날로부터 3년 내에 부정행위의 상대방인 제3자에 대하여 손해배상청구권을 행사하거나(혼인관계를 해소하지 않은 채 혼인관계의 일방 당사자를 상대방으로 하여 부정행위를 원인으로 한 손해배상청구권을 행사하는 것은 쉽지 않겠으나, 부정행위의 상대방인 제3자를 상대로 한 손해배상청구권은 혼인관계의 해소 없이도 그 권리를 행사하는데 아무런 문제가 없다), 부정행위를 한 배우자에 대해 이혼을 원인으로 한 위자료 청구권을 행사함으로써 정신적 손해에 대해 금전적으로 배상을 받을 수 있다.

④ 배우자와 부정행위를 한 제3자에 대하여 원고의 주장과 같은 별개의 권리를 인정할 경우, 그 권리행사요건이 불분명하고, ‘제3자의 부정행위 자체로 인한 손해배상청구권’과 위 권리와 관계가 모호하게 되는 문제가 발생한다.”

2. 판결요지와 문제점

이 사건 선행판결 이전에 거의 대부분의 하급심 실무에서는 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008다17762 판결, 대법원 2014. 5. 16. 선고 2013다101104 판결, 대법원 2015. 6. 24. 선고 2013므3963(본소), 2013므3970(반소) 판결² 등의 취지에 따라 부정행위 상대방에 대한 개별유책행위위자료청구권과 이혼위자료청구권을 구별하고 유책배우자에 대한 이혼위자료청구권뿐 아니라 부정행위 상대방에 대한 이혼위자료청구권의 소멸시효 기산점도 혼인이 해소된 때로부터 진행되는 것으로 판단하여 왔다. 그런데, 대법원은 이 사건에 대하여 “원심 판결에 법리오해 등의 잘못이 없다”는 간략한 내용의 상고기각 판결로 원심 판단을 수긍하는 결론을 내렸다. 대법원이 이 사안에서 이런 결론을 내린 이유는 아마도 제3자에 대한 이혼위자료청구권의 소멸시효가 오랜 기간 진행하지 아니하여 제3자가 놓이게 되는 법적 불안정성에 대한 구체적 타당성 있는 해결을 위하여 원심 법원의 결론을 수긍한 것으로 보인다. 그러나 이 판결이 판례의 변경이나 아무런 법리 설시 없이 상고를 기각하기만 함으로써, 이후 하급심에서는 부정행위 상대방에 대한 이혼위자료청구권의 존재 자체를 부정하거나 이를 인정하더라도 위 청구권의 소멸시효 기산점을 부정행위 발각 시점으로 보는 판결들이 적지 않게 나타나게 되었다.³

² 각주 5, 6에서 보는 바와 같이 부정행위 상대방이 아닌 유책배우자에 대한 이혼위자료청구에 관한 판결로 단기소멸시효 기산점을 혼인해소 시로 본 원심 판결을 수긍하는 취지의 판결이다.

³ 다음은 판결문검색시스템을 통하여 연구대상판결의 선고 전 3년의 기간 동안 선고되었던 가사사건 판결문을 검색해서 얻은 결과이다. 광주가정법원 목포지원 2025. 9. 17. 선고 2025드단10257 판결(이혼위자료지급청구임에도 부정행위 발각 시점을 단기소멸시효 기산점으로 봄), 청주지방법원 2025. 4. 10. 선고 2024르50409 판결(연구대상판결의 원심 판결로 선행판결의 원심 판결의 위 쟁점 부분 이유를 거의 그대로 설시하면서 부정행위 상대방에 대한 이혼위자료청구권 자체를 인정하지 아니함), 의정부지방법원 고양지원 2025. 6. 27. 선고 2024드단55607 판결(이혼위자료지급청구임에도 부정행위 발각 시점을 단기소멸시효 기산점으로 봄), 의정부지방법원 남양주지원 2025. 5. 16. 선고 2024드단10001 판결(이혼위자료지급청구임에도 부정행위 발각 시점을 단기소멸시효 기산점으로 봄), 수원가정법원 평택지원 2025. 5. 14. 선고 2024드단24353 판결(이혼위자료지급청구임에도 부정행위 발각 시점을 단기소멸시효 기산점으로 봄), 인천가정법원 부천지원 2024. 11. 28. 선고 2024드단102670 판결(이혼위자료지급청구임에도 부정행위 발각 시점을 단기소멸시효 기산점으로 봄), 서울가정법원 2024. 11. 19. 선고 2024드단101035 판결(이혼위자료지급청구임에도 부정행위 발각 시점을 단기소멸시효 기산점으로 봄), 수원가정법원 2024.

가. 기존 대법원 판례들과의 모순

대법원은 이미 이혼을 원인으로 하는 손해배상청구는 부정행위 상대방과 같은 제3자에 대한 청구를 포함하여 모두 가정법원의 전속관할이라고 하면서 부정행위 상대방에 대한 이혼위자료청구의 당부에 관하여 여러 차례 판단한 바 있다.⁴ 또한 이미 유책배우자에 대한 이혼위자료청구권의 소멸시효 기산점을 혼인 해소 시로 봄이 타당하다는 원심 판결⁵에 대한 상고를 기각한 대법원 판결도 있었다.⁶

이처럼 대법원의 선례들은 이혼을 원인으로 하는 부정행위 상대방에 대한 위자료 청구가 가능하고, 이는 가정법원 전속관할이며, 이혼을 원인으로 하는 위자료청구권의 소멸시효 기산점은 혼인 해소 시라는 전제에 서 있었다. 그럼에도 선행판결은 이러한 선례들과의 관계를 전혀 설명하지 않은 채 구체적인 이유 설시도 없이 원심을

8. 14. 선고 2023드단38295 판결(이혼위자료지급청구임에도 부정행위 발각 시점을 단기소멸시효 기산점으로 봄), 춘천지방법원 속초지원 2023. 9. 20. 선고 2023드단3110 판결(이혼위자료지급청구임에도 부정행위 발각 시점을 단기소멸시효 기산점으로 봄), 서울가정법원 2023. 9. 14. 선고 2021드합39744 판결(이혼위자료지급청구임에도 부정행위 발각 시점을 단기소멸시효 기산점으로 봄), 인천가정법원 2023. 4. 28. 선고 2022드단113819 판결(이혼위자료지급청구임에도 부정행위 발각 시점을 단기소멸시효 기산점으로 봄), 제주지방법원 2023. 2. 14. 선고 2022드단11968 판결(이혼위자료지급청구임에도 부정행위 발각 시점을 단기소멸시효 기산점으로 봄) 각 참조

⁴ 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008다17762 판결; 대법원 2014. 5. 16. 선고 2013다101104 판결 각 참조. 후자 판결은 "배우자와의 부정행위로 인하여 혼인관계가 파탄에 이르러 결국 배우자와 협의이혼을 하게 되었음을 원인으로 부정행위의 상대방에 대하여 위자료의 지급을 구하는 손해배상청구는 이혼을 원인으로 하는 제3자에 대한 손해배상청구에 해당하고, 이는 가정법원의 전속관할에 속한다."라고 명시하였다.

⁵ 수원지방법원 2013. 8. 8. 선고 2011르2833(본소), 2012르1233(반소) : "피고의 원고에 대한 위자료 청구는 원고의 부정행위라는 불법행위 자체를 원인으로 한 손해배상청구가 아니라, 원고와 피고 사이의 혼인관계가 파탄에 이르게 된 것이 원고의 잘못으로 인한 것임을 전제로 한 위자료 청구인데, 이 경우 손해는 이혼이 성립되어야 비로소 평가할 수 있으므로 이혼의 성부가 아직 확정되지 아니한 동안에는 그 손해를 알 수가 없고 이혼이 성립되었을 때 비로소 손해의 발생을 확실히 알게 된다고 봄이 상당하므로, 위자료청구권의 소멸시효의 기산점은 혼인이 해소된 때로부터 비로소 진행되는 것이어서 원고의 위 주장은 이유 없다."

⁶ 대법원 2015. 6. 24. 선고 2013므3963(본소), 2013므3970(반소) 판결(원심 수긍 취지의 상고기각판결)

그대로 수긍함으로써 비판을 피하기 어려운 상황을 초래하였다.

나. 처분권주의 위반

선행판결 사건에서 A는 이혼을 원인으로 하는 손해배상을 구하는 취지라는 의사를 명백히 표시하였다. 그러나 원심은 A가 청구하지도 않은 소송물인 개별유책행위 위자료청구에 대하여 판단함으로써 가사소송법 제12조, 민사소송법 제203조가 정한 처분권주의를 위반하였다.

이 사건의 원심 법원은 항소부 중 가사부로서 이 사건을 민사법원으로 이송하는 등의 조치를 취하지 않고 본안판단에 들어갔음에도 불구하고, A의 청구를 가정법원이 관할인 이혼위자료청구권이 아닌 민사법원이 관할인 개별유책행위위자료청구권의 행사로 보아 소멸시효의 기산점을 A가 부정행위를 인식한 시점이라고 판단하면서 A의 청구를 기각하였다. 이는 결국 A가 청구하지도 않은 사항을 청구의 내용으로 보고 판단한 것으로, 당사자의 처분권을 침해하는 중대한 하자이다.

다. 이혼위자료청구권 자체를 부정하는 근거의 부족

뒤에서 보는 바와 같이 이혼위자료청구권과 개별유책행위위자료청구권의 관계에 관하여 학설상 일체설과 준별설의 대립이 있으나, 어느 학설에 따르더라도 부정행위 상대방에 대한 이혼을 원인으로 하는 위자료청구 자체가 가능하다는 점에는 이견이 없다. 즉, 일체설은 개별유책행위에 대한 별도의 위자료청구를 허용하지 않을 뿐 이혼위자료청구 자체는 당연히 인정한다. 준별설 또한 개별유책행위에 대한 위자료청구와 이혼 그 자체로 인한 위자료청구를 별도로 인정하는 취지일 뿐 이 견해 역시 이혼위자료청구 자체를 허용하는 입장이다. 따라서 원심이 취한 입장—우리 법제상 부정행위 상대방에 대한 이혼위자료청구권의 존재 자체는 인정될 수 없으므로 부정행위 상대방에 대한 위자료청구는 모두 개별유책행위위자료청구로 보고 판단해야 한다는 입장—은 위 양 학설 어느 것보다도 합치하지 않는 독자적 입장이다. 원심이 이러

한 판단을 한 근거에 대해서 살펴보건대, 원심은 부정행위 상대방에 대해서는 유책 배우자의 경우와 달리 민법 제806조와 같은 명시적인 이혼위자료청구권 인정 규정이 없고, '이혼을 원인으로 하는 손해배상청구(제3자에 대한 청구를 포함한다)'를 다류 가사소송사건으로 정한다는 가사소송법 규정은 실체적 권리를 창설하는 것이 아니라 논리만으로 이혼위자료청구권의 존재 자체를 부정하고 있을 뿐, 민법 제750조, 제751조에 근거하여서는 이혼위자료청구권이 인정될 수 없는 이유에 대하여는 아무런 설명도 하지 아니하였다. 위와 같은 원심의 판단은 이혼을 원인으로 하는 제3자에 대한 손해배상청구권을 부정하는 근거가 부족하고, 위 청구권이 우리 법제상 인정됨을 전제로 하고 있는 입법자의 의도를 왜곡한 해석이라는 비판을 면하기 어렵다.

Ⅲ. 연구대상판결의 소송경과와 판결요지

1. 사실관계 및 소송경과

원고와 1심 공동피고 신맹철은 1998. 1. 5. 혼인신고를 마친 법률상 부부로서 슬하에 3명의 성년 자녀를 두었다. 피고(부정행위 상대방)와 신맹철은 2017년 초경부터 교제하면서 2017. 2.경에는 서로를 '마누라', '서방님', '자기' 등으로 부르고 '사랑해', '보고싶다' 등의 대화를 주고받았다. 위 대화 내용에는 신체적 접촉을 암시하는 내용도 포함되어 있었다. 원고는 위와 같은 대화 내용을 알게 된 후 피고에게 항의하였으나 그 이후에도 피고는 일정 기간 신맹철과의 관계를 이어갔고, 피고의 남편 이봉호는 2017. 7. 10.경 신맹철에게 전화하여 항의하였다.

피고는 2020. 2. 20. 이봉호를 상대로 재판상 이혼 등을 청구하였고, 1심 법원은 2022. 8. 12. 혼인관계가 파탄된 주된 책임은 부정행위를 한 피고에게 있다고 하면서도 유책배우자의 이혼청구를 인용해야 할 예외적 사정이 인정된다고 보아 피고의 이혼청구를 인용하였다. 원심 법원은 2024. 4. 17. 피고와 이봉호의 혼인 파탄의 책임은 피고에게 있다는 1심의 판단을 그대로 유지하였다. 또한 이봉호는 피고와의 위 재판상 이혼 소송에서 피고가 유책배우자임을 증명하기 위한 증거를 수집하기 위해 2022.

4.경 원고에게 연락하였고, 그 무렵부터 원고와 이봉호는 연락을 주고받게 되었다.

원고는 2022. 10. 13. 신맹철을 상대로 재판상 이혼을 구함과 동시에 피고와 신맹철을 상대로 부정행위에 따른 혼인 파탄을 원인으로 한 위자료를 청구하는 이 사건 소를 제기하였다. 신맹철도 원고를 상대로 2023. 1. 9. 이혼 등을 구하는 반소를 제기하였고, 이후 원고와 신맹철 사이에는 2023. 7. 20. 조정이 성립되어 이혼이 이루어졌다.

제1심(청주지방법원 2024. 7. 17. 선고 2022드단53994 판결)은 피고의 소멸시효 항변에 관하여, 원고의 청구는 혼인관계가 파탄에 이르게 된 것이 피고의 부정행위로 인한 것임을 전제로 한 손해배상청구인데, 이 경우 손해는 이혼이 성립되어야 비로소 평가할 수 있으므로 이혼이 성립되었을 때 비로소 손해의 발생을 확실히 알게 된다고 봄이 상당하다고 판단하였다. 이에 따라 소멸시효 기산점은 혼인이 해소된 때로부터 비로소 진행된다는 대법원 2015. 6. 24. 선고 2013므3963 판결 등을 인용하면서, 원고와 신맹철 사이에서 이 사건 소송계속 중 2023. 7. 20. 조정이 성립되어 이혼하였으므로 원고가 이 사건 소를 제기한 2022. 10. 13.경 당시까지 그 손해가 확정되었다고 볼 수 없고 소멸시효 기간도 아직 완성되지 아니하였다고 판단하여 피고의 소멸시효 항변을 배척하고 피고는 원고에게 위자료 1,200만 원을 지급하라는 판결을 선고하였다.

2. 원심 판결의 요지

피고는 제1심 판결에 불복하여 항소하였다. 원심 법원(청주지방법원 2025. 4. 10. 선고 2024르50409 판결)은 피고의 항소를 받아들여 제1심 판결 중 피고 패소 부분을 취소하고 원고의 청구를 기각하였다. 원심이 제1심과 결론을 달리한 핵심 이유는 소멸시효 기산점에 관한 법리 판단이었다.

원심은 우선 불법행위의 성립 자체는 긍정하였다. 즉, 피고는 배우자(신맹철)에게 배우자가 있다는 사정을 알면서도 신맹철과 부정행위를 함으로써 원고와 신맹철 사이의 부부공동생활을 침해하거나 그 유지를 방해하고 배우자로서의 원고의 권리를

침해하여 원고에게 정신적 고통을 가하는 불법행위를 저질렀다고 인정되므로, 특별한 사정이 없는 한 피고는 원고의 정신적 손해를 배상할 의무가 있다고 전제하였다.

다만, 원심은 피고의 소멸시효 항변에 관하여 다음과 같은 다섯 가지 이유로 이를 받아들여서 결국 원고의 청구를 기각하였다.⁷

“① 민법 제806조는 '약혼을 해제한 때에는 당사자 일방은 과실 있는 상대방에 대하여 이로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있다(제1항). 전항의 경우에는 재산상 손해 외에 정신상 고통에 대하여도 손해배상의 책임이 있다(제2항).'라고 규정하고 있고, 민법 제843조는 이를 재판상 이혼에도 준용하고 있어, 부정행위를 한 배우자에 대해서는 '혼인관계가 파탄에 이르게 된 것이 그 배우자의 잘못으로 인한 것임을 전제로 한 위자료 청구권'이 인정됨은 조문상 명백하나, 제3자에 대해서는 위와 같은 규정이 없고, 민법 제750조, 제751조에 근거하여 '고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 정신상 고통을 가한 자'에 대하여 손해배상책임을 구할 수 있을 뿐이다.

② 가사소송법 제2조 제1항 제1호 다목은 '이혼을 원인으로 하는 손해배상청구(제3자에 대한 청구를 포함한다)에 대한 심리와 재판은 가정법원의 전속관할로 한다.'라고 정하고 있으나, 가사소송법은 가사소송 등의 원활한 진행을 위해 그 절차에 관하여 규정한 법으로서, 그 자체로 어떠한 실체적 권리를 창설하는 것을 목적으로 하고 있지 않다. 따라서 위 규정은 '피고의 부정행위라는 불법행위 자체를 원인으로 한 손해배상청구권'이 아닌 '원고와 신명철의 혼인관계가 파탄에 이르게 된 것이 피고의 잘못으로 인한 것임을 전제로 한 위자료 청구권'이라는 별개의 권리에 대한 근거가 될 수 없고, 배우자를 상대로 이혼을 원인으로 손해배상청구를 하면서 제3자에 대한 손해배상청구를 함께 할 경우 가정법원에서 함께 심리한다는 것을 정한 것이라고 해석될 뿐이다.⁸

⁷ 원심 판결의 이 부분 논거는 선행판결의 원심 법원이 실시한 논거와 동일하다.

⁸ 선행판결 사건의 원심 법원은 대상 규정을 '가정법원에서의 이혼청구 사건에서는 제3자에 대한 개별유책행위위자료 청구사건(민사사건)도 병합하여 심리할 수 있다'는 취지로 이해한 듯하다.

③ 배우자와 부정행위를 한 제3자에 대하여 '배우자와의 혼인관계가 파탄에 이르게 된 것이 제3자의 잘못으로 인한 것임을 전제로 한 위자료 청구권'을 인정하고, 그 소멸시효가 '이혼이 성립되었을 때'로부터 진행된다고 본다면, 제3자는 부정행위 이후 아무런 행동을 하지 않은 채 시간이 경과하더라도, 그 배우자의 이혼 성립 여부 및 그 시기, 혼인관계 파탄과 부정행위 사이의 인과관계 인정 여부 등 여러 가지 예측할 수 없는 사정들로 인해 언제라도 불법행위책임을 부담할 수 있게 되는 불안정한 법적 지위에 놓이게 된다. 반면, 배우자와 부정행위를 한 제3자에 대하여 위와 같은 위자료 청구권을 인정하지 않더라도, 배우자 및 제3자의 부정행위로 인해 정신적 고통을 받은 피해자는 부정행위를 안 날로부터 3년 내에 부정행위의 상대방인 제3자에 대하여 손해배상청구권을 행사하거나, 부정행위를 한 배우자에 대해 이혼을 원인으로 한 위자료 청구권을 행사함으로써 정신적 손해에 대해 금전적으로 배상을 받을 수 있다.

④ 배우자와 부정행위를 한 제3자에 대하여 원고의 주장과 같은 별개의 권리를 인정할 경우, 그 권리행사요건이 불분명하고, '제3자의 부정행위 자체로 인한 손해배상청구권'과 위 권리와 관계가 모호하게 되는 문제가 발생한다.

⑤ 원고가 제시한 대법원 2015. 6. 24. 선고 2013므3963(본소), 2013므3970(반소) 판결은 배우자에 대한 위자료 청구 사건에 대한 것으로, 제3자를 상대로 위자료를 청구하는 이 사건에 그대로 적용할 수 없다.”

3. 연구대상판결의 요지

[판시사항 1] 제3자가 부부의 일방과 부정행위를 함으로써 혼인의 본질에 해당하는 부부공동생활을 침해하거나 그 유지를 방해하고 배우자에게 정신적 고통을 가하는 행위는 원칙적으로 불법행위를 구성하며, 부부의 일방과 제3자가 부담하는 불법행위 책임은 공동불법행위책임으로서 부진정연대책무 관계에 있다.

[판시사항 2] 이혼을 원인으로 하는 위자료청구권은 부부 일방의 유책·불법한 행위에 의하여 혼인관계가 파탄상태에 이르러 이혼하게 된 경우 그로 인하여 배우자가 입게 된 정신적 고통을 위자하기 위한 손해배상청구권으로서, 이혼의 원인이 되는 개별적 유책행위의 발생으로부터 최종적 이혼에 이르기까지 일련의 경과가 전체로서 불법행위로 파악되어 최종적 이혼 시점에서 확정·평가된다. 피해자인 상대방 배우자는 혼인이 해소된 때에 그 손해 및 가해자를 알았다고 봄이 상당하므로, 그때부터 3년이 경과하여야 단기소멸시효가 완성된다.

[판시사항 3] 부부의 일방이 제3자와 부정행위를 한 경우에 상대방 배우자의 이혼을 원인으로 하는 위자료청구는 가사소송법 제2조 제1항 제1호 (다)목 2)에서 정한 다류 가사소송사건에 해당한다. 이와 별개로 상대방 배우자는 이혼과 무관하게 개별적 부정행위를 불법행위로 파악하여 그로 인하여 입게 된 정신적 고통을 위자하기 위한 손해배상청구를 할 수 있고, 이는 통상의 민사사건에 속한다. 한편, 이혼을 원인으로 하는 위자료청구에 해당하는지 여부는 구체적 사안에서 당사자의 의사, 당사자가 혼인관계를 유지하고 있는지, 협의이혼의 성립 여부 또는 부부 일방이 재판상 이혼을 청구하였는지, 재판상 이혼청구 소송의 경과 등을 종합적으로 판단하여야 한다.

이에 따라 대법원은 이 사건 청구가 부정행위 상대방에 대한 이혼을 원인으로 하는 위자료청구임이 명백함에도 원심이 이를 개별유책행위위자료청구로 오인하고 소멸시효 기산점을 2017년 부정행위 발각 시점으로 삼은 것은 법리오해 및 처분권주의 위반의 잘못이 있다고 판단하여 원심 판결을 파기환송하였다.

IV. 연구

1. 이혼위자료청구권과 개별유책행위위자료청구권의 차이점과 양자의 관계

가. 유책배우자에 대한 이혼위자료청구권의 법적 성질⁹

⁹ 부정행위 상대방에 대한 이혼위자료청구권의 인정 여부에 대하여는 후술하기로 하되, 이를 인정하는 견해에 의할 경우 그 근거 조항이 민법 제750조, 제751조 제1항이고 그 법적 성질은 불법행위책임이나

유책배우자에 대한 이혼위자료청구의 법적 근거는 민법 제843조(재판상이혼에 준용)와 제806조(약혼해제에 따른 손해배상청구)이다. 민법 제843조는 재판상 이혼에 따른 손해배상청구에 관하여 약혼해제로 인한 손해배상청구에 관한 제806조를 준용하고 있다. 민법 제806조는 제1항에서 “약혼을 해제한 때에는 당사자의 일방은 과실있는 상대방에 대하여 이로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있다.”, 제2항에서 “전항의 경우에는 재산상 손해외에 정신상 고통에 대하여도 손해배상의 책임이 있다.”고 규정하고 있다. 민법 제806조 및 제843조에서 규정하는 손해배상책임의 법적 성질에 관하여 살펴본다.

1) 불법행위책임설

배우자 일방의 유책행위로 인하여 부득이 이혼하게 된 것은 부부공동생활 또는 배우자의 지위를 침해하는 것으로 불법행위가 된다는 견해¹⁰로서, 일반적으로 우리의 통설과 판례의 태도라고 소개되고 있다.¹¹ 즉, 민법 제806조에 규정된 손해배상청구권의 본질은 민법 제750조, 제751조 제1항의 일반 불법행위로 인한 손해배상청구권과 같은 것인데, 다만 가족법의 특수성을 고려하여야 한다는 특색이 있을 뿐이라고 설명한다. 이 견해에 의하면 배우자 일방의 유책행위에 의하여 혼인이 파탄되고 부득이 이혼할 수밖에 없게 된 사실은 배우자의 지위를 위법하게 침해한 것이므로 이로 인하여 발생한 정신적 고통을 배상하여 준다는 의미에서, 이혼위자료청구권의 본질은 불법행위책임이라고 본다.

가사소송법 제2조 제1항 제1호 (다)목 2)에서 정한 다류 가사소송사건이므로 가정법원에 전속관할이 있음에는 의문이 없다.

¹⁰ 한봉희, ‘위자료청구권의 제문제’, 민사법과 환경법의 제문제(송헌 안이준박사 회갑기념), 박영사(1986), 303면

¹¹ 민유숙, 이혼과 관련된 손해배상청구의 관할과 처리, 실무연구[X], 서울가정법원 법관가사재판실무연구회(2005. 7.), 450면

2) 채무불이행책임설¹²

혼인한 당사자 사이에는 동거, 부양 및 협조 의무와 정조의무가 있는데 이러한 의무는 단순히 도덕적인 의무가 아니라 법적 의무이고, 그 의무에 위반한 때에는 불법행위가 성립할 뿐만 아니라 채무불이행이 되고, 불법행위로 인한 손해배상청구권과 채무불이행으로 인한 손해배상청구권을 경합적으로 인정할 수 있다는 견해이다.¹³ 이 견해는 기본적으로 민법 제806조 제1항의 법적 성격을 채무불이행책임으로 이해한다. 즉, 약혼을 일방적으로 파기한 당사자는 그 계약위반으로 인하여 상대방이 입은 재산적·정신적 손해를 배상하여야 하고, 이러한 경우 과실 있는 상대방이 부담하여야 하는 채무불이행책임을 명문화한 것이 민법 제806조라는 것이다. 따라서 부부 중 혼인 파탄에 책임 있는 당사자 일방은 민법 제750조, 제751조 제1항에 근거한 불법행위책임과 민법 제843조, 제806조 제1항에 근거한 채무불이행책임을 부담하게 되는 것이다. 부부 사이에는 혼인이라는 특수한 계약으로 인하여 일반 계약과 다른 더 특별한 결합 및 상대성을 가지는 주의의무, 즉 배우자 간에는 ‘신뢰를 본질적 요소로 하는, 보존이익을 침해하지 말아야 할 부작위의무로서의 보호의무’를 부담한다고 볼 수 있기 때문에 채무불이행책임을 부담한다고 본다.¹⁴

3) 법정책임설

이혼위자료의 법적 성격을 불법행위책임이나 채무불이행책임으로 이해할 것이 아

¹² 이 설에 의하면 부정행위에 가담한 제3자에 대한 책임은 제3자 채권침해와 같이 이혼을 종용하는 등 혼인 파탄에 적극적으로 가담하지 않는 이상 쉽게 성립되지 않는 데 실익이 있다. 최근 부정행위 상대방에 대한 이혼위자료청구권을 제한하기 위한 논거로 유력하게 제기되고 있다.

¹³ 박순성, 이혼을 원인으로 하는 손해배상청구권의 법적 성격, 재판자료 제62집(1993), 제533면; 이현재, 이혼위자료의 법적 성격 및 지연손해금의 기산일 등, 「민사법의 새로운 전개」, 「한도 정환담 교수 정년 기념논문집」, 용봉민사법학회(2006), 144면

¹⁴ 서종희, "배우자에 대한 정조의무 위반과 이혼위자료—재산분할 및 위자료의 기능을 고려하여—", 가족법연구 제32권 1호(2018), 7-9면

니라 이혼 그 자체로 인한 범정의 손해배상책임으로 이해하여야 한다는 견해이다.¹⁵ 즉, 이혼에 이르게 된 개개의 이혼원인은 불법행위가 될 수 있지만, 이혼 그 자체는 불법행위가 아니므로 이혼으로 인한 위자료 등은 불법행위로 인한 손해배상으로 파악할 수는 없다고 한다. 또한, 이혼원인이 불법행위를 구성하는 경우 당해 행위로 말미암아 받은 정신적 고통에 대한 손해배상(민법 제750조, 제751조 제1항)과 그 행위로 인하여 이혼에 이르게 됨으로써 입은 정신적 고통에 대한 손해배상(민법 제843조, 제806조)은 엄격하게 구별하여야 한다. 따라서 비록 법문상 '과실 있는 상대방'이라고 규정하고 있지만, 여기서 말하는 과실은 불법행위의 성립요건으로 볼 것이 아니라 이혼에 이르게 된 원인을 초래하여 책임을 져야 할 책임요건으로 해석할 것이라고 한다.

4) 대법원의 입장

우리 대법원은 불법행위책임설을 취하여, “유책불법한 행위에 의하여 혼인관계가 파탄상태에 이르러 이혼하게 된 경우 그로 인하여 입게 된 정신적 고통을 위자하기 위한 손해배상청구권”으로서 불법행위에 의한 손해배상의무임을 명확히 하고 있다.¹⁶

5) 검토

민법 제806조 제1항에서는 “약혼을 해제한 때에는 당사자 일방은 과실 있는 상대방에 대하여 이로 인한 손해의 배상을 구할 수 있다.”고 규정함으로써 과실책임주의 원칙을 분명히 하고 있다. 이 점에서 법정책임설은 법해석의 한계를 넘는 무리한 해석을 하고 있는 것으로 생각된다. 물론 재산분할청구권이 신설되기 전에는 과실이 있는 자의 재산상, 정신상의 손해배상책임만을 민법에 규정하고 있는 것이 생계무능

¹⁵ 한삼인, 이혼위자료산정의 기준, 박병호교수환갑기념 I, 박영사(1991), 304-305면; 김숙자, 재산분할청구권, 가족법연구 제4호, 한국가족법학회(1990), 118-119면

¹⁶ 대법원 1993. 5. 27. 선고 92므143 판결; 대법원 2015. 5. 29. 선고 2013므2441 판결

력자의 이혼 후의 생활을 보장하기에 미흡하다는 점에서 많은 비판을 받아왔던 점에
 비추어 법정책임설과 같이 해석할 필요성이 있었을지도 모르나, 이미 재산분할청구
 권이 민법에 신설된 이상 그러한 무리한 법해석을 할 필요는 없어지게 되었다고 보
 아야 할 것이다. 그리고 민법 제806조가 신설될 당시의 의용민법 하에서의 혼인예약
 불이행으로 인한 손해배상청구권에 관한 판례이론 및 학설들에 비추어 보면 민법 제
 정 당시에 의용민법 하의 통설, 판례에 따라 약혼이 유효하다는 전제에서 그 채무불
 이행책임을 민법 제806조에 명문화하였다고 봄이 상당한데, 이는 민법 제806조의 규
 정을 협의이혼의 경우와 협의파양의 경우에는 준용하지 않고 있다는 점에서 이러한
 점은 더욱 분명해진다고 할 것이다. 만약 민법 제806조를 일반 불법행위책임과 동일
 한 책임이라고 새기게 되면 협의이혼하거나 협의파양한 경우에는 과실 있는 당사자
 에게 불법행위에 기한 손해배상책임조차 물을 수가 없는 불합리한 결과가 될 것이므
 로 우리 민법의 해석론으로서 불법행위설도 타당치 않다고 생각된다. 뿐만 아니라,
 유책배우자에 대한 이혼위자료청구를 채무불이행에 기한 손해배상청구로 보게 되면
 ① 10년의 소멸시효 기간이 적용되어 피해 배우자에게 유리한 면이 있는 점, ② 채
 무불이행책임을 묻는 경우에는 원고가 피고의 귀책사유를 입증할 책임이 없으므로
 (즉, 원고는 혼인관계 파탄의 사실만 입증하면 되고, 피고가 귀책사유 없을 것-정당
 한 사유가 있을 것-을 입증하여야 하지만, 불법행위로 인한 손해배상을 청구하는 경
 우에는 손해배상을 청구하는 자가 혼인관계의 파탄사실과 함께 상대방의 고의·과실
 및 위법성까지 입증하여야 한다) 이러한 점과 이혼사유에 관하여 파탄주의로 이행되
 어 가는 세계적인 추세를 재판 실무에 받아들여 잘 활용하면 이혼 및 위자료 사건을
 심리할 때 쌍방 당사자의 과거 개별적인 유책행위까지 다 들추어서 서로 새로운 상
 처만 입게 되는 잘못을 피할 수 있는 점, ③ 배우자 일방의 동거, 부양, 협조 및 정
 조의무 위반행위 중 엄격한 의미에서 불법행위를 구성한다고 볼 수 없는 행위들이
 쌓여서 혼인관계가 파탄되어 부득이 이혼하게 된 경우에도 불법행위에 관한 일반적
 인 이론을 이혼위자료에 관하여 수정할 필요 없이 손쉽게 손해배상책임을 인정할 수
 있는 가능성이 있다는 점 등의 장점도 있으므로, 채무불이행책임설을 지지한다.

나. 개별유책행위위자료청구권의 법적 성질

개별유책행위를 원인으로 한 위자료청구는 유책배우자를 상대로 한 것이건, 부정행위 상대방을 상대로 한 것이건 민법 제840조 각호의 개별유책행위라는 불법행위를 이유로 한 위자료청구라는 점에 의문이 없고, 근거 조항은 민법 제750조와 제751조가 된다. 이혼을 전제로 하지 않으므로 개별유책행위가 반드시 이혼사유에 해당하지 않더라도(가령 부정행위가 이혼사유로서 제척기간을 도과하였거나 폭력행위가 혼인파탄에 일할 정도가 아닌 경우) 위자료청구가 가능하다. 위 위자료청구는 일반 민사소송으로 민사법원에 관할이 있다. 불법행위인 이상 유책행위에 가담한 제3자는 당연히 민법 제750조, 제751조 및 제760조에 의하여 공동불법행위자로서 부진정연대책임을 진다.

다. 이혼위자료청구권과 개별유책행위위자료청구권의 관계

1) 논의점

배우자의 부정행위, 폭행·학대 등 부당한 대우는 민법 제750조의 불법행위를 구성한다. 가사소송법 제2조는 '이혼을 원인으로 하는 손해배상' 사건을 다류 가사소송 사건으로 규정하고 있다. 개별유책행위로 인한 민법 제750조의 불법행위책임과, 그것이 원인이 되어 이혼에 이르게 됨으로써 발생하는 불법행위책임이 서로 별개의 것인지 동일한 것인지, 나아가 가사소송법 제2조의 '이혼을 원인으로 하는' 손해배상의 의미가 무엇인지에 관하여 견해가 갈린다. 이혼으로 인한 손해배상청구권을 채무불이행책임이나 법정책임으로 본다면, 가사소송법 제2조에서 규정하는 손해배상책임은 이혼의 원인을 이루는 개별적인 불법행위로 인한 민법 제750조의 손해배상청구권과 구별될 것이다. 그러나 불법행위책임설을 취하는 통설과 판례에 의하면, 이혼을 원인으로 하는 손해배상책임과 이혼 원인을 이루는 개별적 불법행위로 인한 민법 제750조의 책임 사이의 관계가 문제된다.

2) 학설

가) 준별설¹⁷

이혼원인을 이루는 개별유책행위에 대한 위자료는 이혼에 의해 비로소 발생하는 것이 아니라, 이혼과 무관하게 독립적인 불법행위를 구성한다는 입장이다. 따라서 이혼 시에 청구되는 위자료는 이혼 그 자체를 원인으로 한 손해배상만을 의미한다고 한다. 이 견해에 따르면 개개의 유책행위에 의한 위자료청구권과 이혼 그 자체로 인한 위자료청구권은 침해 법익이 서로 다른 별개의 불법행위에 해당한다. 예컨대 폭행으로 인한 정신적 손해는 신체의 자유라는 법익이 침해되어 발생한 것이고, 폭행이 누적되어 혼인관계가 파탄됨으로써 발생한 정신적 손해는 배우자라는 신분적 지위가 침해됨으로써 생긴 것으로서, 양자는 별개의 소송물에 대한 독립된 청구라고 본다. 따라서 가사소송법 제2조의 '이혼을 원인으로 하는' 위자료는 이혼 그 자체를 원인으로 한 위자료청구만을 뜻하고, 이와 별도로 개별적 불법행위에 대한 손해배상 청구도 가능하다고 한다. 다만, 준별설의 입장에서 이혼 자체로 인한 손해에는 이혼의 원인, 유책행위의 태양, 이혼에 이른 경위 등 이혼 성립 전에 받은 정신적 고통도 당연히 그 중에 포함되어 있으므로, 개별유책행위에 대한 위자료는 결국 이혼 그 자체에 대한 위자료에 포섭된다고 볼 여지가 많다고 한다. 따라서 이혼위자료청구를 하여 위의 사정이 모두 참작되어 정하여진 액수의 배상을 받고도 개별유책행위위자료청구를 다시 제기하는 경우에는 배척되어야 한다고 본다.

나) 일체설¹⁸

부부가 이혼에 이르기까지의 과정을 단계별로 나누어 보는 것은 작위적이라고 비

¹⁷ 박순성, 위 논문, 제538면; 민유숙, 위 논문, 452면

¹⁸ 김영갑, 재산분할청구권, 사법논집 제22집, 법원도서관(1991), 220면

판하면서, 이혼의 원인이 된 개별유책행위의 발생부터 최종적 이혼에 이르기까지의 일련의 경과를 전체로서 하나의 불법행위로 파악하는 입장이다. 이 견해에 따르면 이혼위자료청구는 개개의 유책행위로 인한 손해배상도 아니고 이혼 그 자체로 인한 손해배상도 아니며, 유책행위들이 누적되어 결국 부득이하게 이혼에 이르게 된 것 전체를 원인으로 하는 정신적 고통의 배상이라고 한다. 이 입장에서는 '이혼을 원인으로 하는' 위자료청구를 하는 이상, 개별적 불법행위에 대한 별도의 손해배상청구는 인정하기 어렵다고 본다.

3) 판례

대법원 판례가 일체설과 준별설 중 어느 입장에 있는지는 명확하지 않으나, 어느 설에 따르는지를 확정하는 것이 실무상 그리 중요하지는 않다. 대법원은 이혼위자료 청구권과 개별유책행위위자료청구권 각각의 내용을 이루는 위자료가 이혼원인위자료(이혼의 원인인 부정행위, 폭행, 학대, 모욕 등 개별유책행위에 의한 정신적 고통, 즉 혼인 중의 고통)와 이혼자체위자료(이혼에 따른 사회적 평가의 저하, 혼인에 대한 기대감의 상실, 장래의 생활불안, 자녀와의 헤어짐으로 인한 고통 등 이혼 그 자체로 인한 정신적 고통, 즉 이혼 후의 고통)를 포함하는지, 이혼과 무관하게 개별유책행위 위자료청구권을 별도로 인정하는지 등에 관하여는 아래 사례를 통해 명확한 입장을 밝히고 있다.

가) 사안의 개요¹⁹

- A는 B와 2003. 6. 21. 혼인하였다가 2014. 3. 3. 협의이혼하였다.
- C는 기혼자로서 B와 2012. 3.경부터 2014. 9.경까지 교제하였다.
- A는 C를 상대로 자신의 배우자인 B와 혼인기간 중 부정행위를 하여 부부공동생활을 침해하거나 유지를 방해하여 정신적 고통을 주었다는 이유로 5,000만 원의 위

¹⁹ 서울중앙지방법원 2021. 6. 4. 선고 2020나38265(본소), 2020나38272(반소) 판결

자료를 구하는 청구를 민사법원에 제기하였다.

○ 1심 재판장은 마지막 변론기일에 A에게 이 사건 소가 이혼을 원인으로 하는 손해배상인지 여부를 확인하였으나, A는 이혼을 원인으로 하는 손해배상청구가 아니라고 답하였다.

○ 1심 법원은 B와 C가 부정행위를 하여 혼인관계가 파탄되어 협의이혼에 이르게 되었으니 ‘A의 주장은 이혼을 원인으로 하는 손해배상청구에 다름 아니다’ 라고 판시하여 A의 청구를 전부 배척하였다.

○ A는 이에 항소하면서 C의 부정행위로 인하여 부부공동생활을 침해받은 것에 대한 위자료청구는 가정법원의 전속관할에 해당하지 않는다고 주장하였고, 항소심 법원은 A의 청구가 이혼을 원인으로 한 손해배상청구에 해당하여 가정법원의 전속관할에 속한다고 보아 1심 판결을 취소하고 가정법원으로 이송하는 판결을 하였다.

나) 대법원의 판단

대법원은 “가사소송법 제2조 제1항 제1호 (다)목 2)는 ‘이혼을 원인으로 하는 손해배상청구’를 제3자에 대한 청구를 포함하여 다류 가사소송사건으로 정한다. 여기서 ‘이혼을 원인으로 하는 손해배상청구’란 이혼의 원인이 되는 개별적 유책행위의 발생으로부터 최종적 이혼에 이르기까지 일련의 경과를 전체로서 불법행위로 파악하여 손해배상을 청구하는 경우를 의미한다. 이와 달리 이혼과 무관하게 부부공동생활 중 발생한 개별적 특정 유책행위를 불법행위로 파악하여 민사상 손해배상을 청구하는 것이 명백한 경우에는 가사소송법 제2조 제1항 제1호 (다)목 2)에서 정한 다류 가사소송사건에 해당한다고 볼 수 없다. 한편, ‘이혼을 원인으로 하는 손해배상청구’에 해당하는지 여부는 구체적 사안에서 당사자의 의사, 혼인관계의 유지 여부, 협의이혼의 성립 여부, 재판상 이혼 청구 여부, 재판상 이혼 청구 소송의 경과 등을 종합적으로 판단하여야 한다.” 라고 판시하면서 “원심 항소이유서에서도 원고가 ‘1심에서 주장한 것은 이혼을 원인으로 한 위자료 청구가 아니라, 원고가 부부생활을 유지하는 동안 피고가 원고의 배우자와 부정행위를 함으로써 혼인의 본질에 해당하는 부

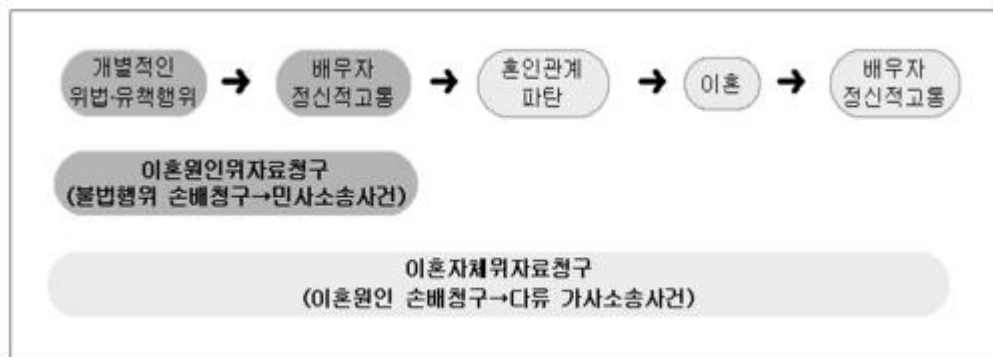
부공동생활을 침해하거나 유지를 방해함으로써 원고에게 정신적 고통을 가하는 불법 행위를 저질렀다는 것이다’ 라고 재차 주장하였으므로 원심은 ‘원고의 주장은 피고의 부정행위로 원고의 혼인관계가 파탄에 이르렀다는 주장과 다르지 않으므로, 이혼을 원인으로 하는 손해배상청구에 해당한다’ 고 판단함으로써 민사소송법 제203조에서 정한 처분권주의를 위반한 위법이 있다.” 라고 하여 2심 판결을 파기하였다.

다) 검토

1심과 2심은 모두, 이혼을 마쳤거나 이혼절차가 진행 중인 상황에서 배우자나 부정행위 상대방을 상대로 위자료를 청구할 경우에는 이혼을 원인으로 하는 손해배상 청구밖에 할 수 없다고 판단함으로써 결과적으로는 일체설과 같은 입장을 취한 것으로 보이나, 사실은 이혼위자료가 이혼원인위자료와 이혼자체위자료로 개념적으로 구별될 수도 있다는 점 자체를 인식하지 못해서 위와 같은 판단을 하게 된 것으로 보인다.²⁰ 다만, 1심은 이혼을 원인으로 한 위자료청구가 아니라는 A의 주장을 그대로

²⁰ 1심은 “배우자와의 부정행위로 인하여 혼인관계가 파탄에 이르러 결국 배우자와 협의이혼을 하게 되었음을 원인으로 부정행위의 상대방에 대하여 위자료의 지급을 구하는 손해배상청구는 이혼을 원인으로 하는 제3자에 대한 손해배상청구에 해당하고, 이는 가정법원의 전속관할에 속한다(대법원 2014. 5. 16. 선고 2013다101104 판결 참조). 그런데 원고는 피고의 부정행위로 인한 정신적 손해배상을 주장하면서도 이 법원의 마지막 변론기일에서 이 사건 본소청구가 이혼을 원인으로 하는 손해배상청구가 아니라고 진술하였다. 이혼을 원인으로 하는 제3자에 대한 손해배상청구는 이 법원에 관할이 없으므로, 원고의 청구를 이혼의 원인이 되지 않는 어떠한 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구로 선행하여 보건대, 원고가 제출한 모든 서면을 면밀히 살펴봐도 그러한 불법행위가 무엇인지 알 수 없다(오히려 원고는 부정행위를 하여 혼인관계가 파탄에 이르게 된 것이라는 취지의 주장을 하고 있을 뿐인데, 이는 곧 배우자와의 부정행위로 인하여 혼인관계가 파탄에 이르러 결국 배우자와 협의이혼을 하게 되었음을 원인으로 부정행위의 상대방에 대하여 위자료의 지급을 구하는 손해배상청구로서, 이혼을 원인으로 하는 제3자에 대한 손해배상청구에 다름 아니다). 원고가 피고에 대하여 위자료의 지급을 구하면서도 그 부정행위로 인하여 혼인관계가 파탄에 이르러 결국 배우자와 협의이혼을 하게 되었음을 원인으로 하는 것은 아니라고 주장하고 있는 이 사건에서, 원고의 주장사실만으로는 그 협의이혼의 원인이 되지 않은 어떠한 행위가 민법 제750조에서 정한 불법행위를 구성한다고 특정하기에 부족하고, 달리 그러한 불법행위를 인정할 증거가 없으므로, 이 사건 본소청구는 손해배상의 범위에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.”고 판시하여 원고의 위자료 청구를 모두 기각하였다. 본 사안의 2심도 “원고는 피고의

받아들여 이송 없이 심리한 뒤 소송물인 불법행위를 특정하기 어렵다는 이유로 기각하였고, 2심은 A의 청구를 이혼을 원인으로 한 위자료청구로 선해하여 가정법원으로 이송하였다는 점에서 차이가 있다. 대법원은 이혼위자료청구권을 이혼의 원인이 되는 개별적 유책행위의 발생으로부터 최종적 이혼에 이르기까지 일련의 경과를 전체로서 하나의 불법행위로 파악함으로써 일체설의 개념에 가깝게 판시하면서도, 이혼과 무관하게 개별적 특정 유책행위를 원인으로 한 민사상 손해배상청구가 명백한 경우에는 다류 가사소송사건에 해당하지 않는다고 하여 개별 유책행위에 기한 별도의 위자료청구를 허용함으로써 결과적으로 준별설의 입장에 가깝거나 그 입장이 분명하지 않다는 평가를 받기도 한다. 이상을 종합하면 대법원의 입장은 아래와 같이 정리할 수 있다.



4) 이혼위자료청구권과 개별유책행위위자료청구권의 구별 기준²¹

대법원은 위 사안에서 ① 당사자의 의사, ② 혼인관계 유지 여부, ③ 협의이혼의 성립 여부, ④ 부부 일방이 재판상 이혼을 청구하였는지 여부, ⑤ 재판상 이혼 청구 소송의 경과 등을 종합적으로 고려하도록 하고 있다. 대법원이 밝힌 위 구별기준에

부정행위로 인하여 원고의 부부공동생활이 침해받은 것을 원인으로 하여 위자료를 구하는 것이므로 가정법원의 전속관할에 해당하지 않는다는 취지로 주장하나, 원고의 주장은 결국 피고의 부정행위로 인하여 원고의 혼인관계가 파탄에 이르렀다는 주장과 다르지 않으므로, 원고의 위 주장은 받아들이지 않고, 가정법원의 전속관할에 속하는 이혼을 원인으로 하는 제3자에 대한 손해배상청구에 해당한다”고 하여 이송판결을 하였다.

²¹ 백경현, "이혼 위자료에 관한 쟁점", 가족법연구회 2025년도 정기세미나 발표자료, 10-12면

따라 실무에서 사건을 처리하고 있는 방식과 두 청구권의 구별 기준을 각 표로 정리하면 아래와 같다.

구분	내용
당사자 의사	이혼위자료청구인지 개별유책행위위자료청구인지는 1차적으로 당사자의 의사, 즉 당사자 스스로 특정한 소송물을 기준으로 판단하여야 한다. 특히 당사자로 하여금 불법행위로 침해된 법익이 무엇인지를 특정하도록 할 필요가 있다. 당사자가 명시적으로 '이혼' 또는 최소한 '혼인 파탄'이라는 표현을 사용하여 그 침해 법익에 대한 위자료를 구하고 있다면 이혼위자료청구로 보아도 무방하다. 다만, 협의이혼이 성립하지 않았거나 아직 재판상 이혼을 청구하지 않은 상태에서 이혼 또는 혼인 파탄을 원인으로 위자료를 구하는 경우에는 당사자의 의사에 관하여 석명을 구하여야 하며, 협의이혼이나 재판상 이혼이 제기되지 않은 상태에서 가정법원으로 이송하는 것은 바람직하지 않다. 부정행위의 경우에는 '부부공동생활을 침해하여 그 유지를 방해하였다'는 것으로, 폭력행위·명예훼손 등의 경우에는 '인격권을 침해하였다'는 것으로 침해 법익을 특정하면 개별유책행위위자료청구로 볼 수 있다.
혼인관계 유지 여부	앞서 본 바와 같이 혼인관계가 유지된 상태에서도 배우자 또는 제3자에 대하여 위자료를 청구할 수 있다. 이 경우 이혼을 전제로 하지 않으므로 일반적으로 개별유책행위위자료청구로 볼 수 있다. 만약 혼인관계가 유지된 상태, 즉 이혼소송도 제기하지 않은 상태에서 가정법원에 이혼위자료청구가 제기된 경우, 가정법원으로는 당사자에게 이혼이 이루어졌거나 재판상 이혼을 청구하였음을 증명하는 자료를 일정 기간 내에 제출하도록 명하고, 이를 제출하지 않으면 당사자의 의사를 확인한 후 개별유책행위위자료청구로 보아 민사법원으로 이송하는 방법을 취할 수밖에 없을 것이다.
협의이혼 성립 여부	이미 협의이혼이나 재판상 이혼이 성립한 이후에 배우자나 제3자를 상대로 가정법원에 이혼위자료를 청구하거나, 본 사안에서처럼 민사법원에 개별유책행위위자료청구를 제기하는 것 모두 허용된다고 할 것이다. 다만, 동일한 부정행위를 원인으로 하더라도 이혼을 원인으로 하는 청구와 개별유책행위를 원인으로 하는 청구는 위자료 산정 요소(이혼자체위자료 포함 여부 등)에서 차이가 있을 수 있으므로, 재판부로서는 당사자의 진정한 의사가 무엇인지에 관하여 석명을 구할 필요가 있다.
재판상 이혼청구 여부	재판상 이혼을 청구하면서 배우자나 제3자를 상대로 민사법원에 개별유책행위위자료청구를 제기하는 것도 법리상 문제는 없다. 다만 이 경우에는 당사자의 진정한 의사에 관하여 석명을 구한 다음, 이혼위자료를 구하는 것이라면 이혼위자료청구로 청구취지를 보정시킨 후 가정법원으로 이송하는 것이 타당하다.
재판상 이혼소송 경과	재판상 이혼을 청구하면서 배우자나 제3자를 상대로 가정법원에 이혼위자료를 함께 청구하였다가, 이후 재판상 이혼청구만을 취하하고 위자료청구를 유지하는 경우에는 당사자의 의사를 확인한 후 대개는 개별유책행위위자료청구로 보아 민사법원에 이송하는 것이 바람직하다. 한편 민사법원에 위자료 소송이 계속 중이었는데 재판상 이혼청구가 취하된 경우에는 개별유책행위위자료청구로 보아 이송 없이 계속 심리하는 것이 타당하다.

구분	이혼위자료청구권	개별유책행위위자료청구권
----	----------	--------------

청구근거	배우자: 민법 제843조, 제806조 제3자: 민법 제750조, 제751조	민법 제750조, 제751조
법적성질	불법행위책임(판례·통설) 유책배우자에 대한 이혼위자료청구권에 대해서는 채무불이행책임이라는 견해와 법정책임이라는 견해도 있음	불법행위책임
불법행위의 내용	개별유책행위부터 이혼 성립 시까지의 전 과정을 일련의 하나의 불법행위로 파악함	개별유책행위마다 하나의 독립된 불법행위로 파악함
위자료 내용	이혼원인위자료 + 이혼자체위자료	이혼원인위자료
관할	가정법원 전속관할 (제3자에 대한 이혼위자료청구도 포함)	민사법원
유효한 항변	부부쌍방귀책대등 항변 ○ 혼인 파탄 후 부정행위 항변 ○	부부쌍방귀책대등 항변 × 혼인 파탄 후 부정행위 항변 ○
소멸시효 기산점	이혼 성립 시 (판례)	일반원칙에 따름 (민법 제766조) 계속적 부정행위의 경우 부정행위가 지속되는 기간 동안 매일 소멸시효 진행
지연손해금 기산점	불법행위 성립 시점과 혼인 파탄 시점과 이혼 확정 시점의 대립	각 불법행위 성립 시
제3자에 대한 청구 인정 여부	긍정설, 제한적 긍정설, 부정설의 대립 / 부진정연대책임	긍정 / 부진정연대책임

라. 이혼위자료청구와 개별유책행위위자료청구의 동시·시차 제기 시 처리

대법원 판례가 취하는 구소송물 이론에 의하면, 이혼위자료청구권은 개별유책행위부터 이혼 시까지의 전 과정을 하나의 불법행위로 파악하는 것으로서 개별유책행위 자체와는 가해행위가 다르다. 또한 이혼위자료에는 이혼원인위자료와 이혼자체위자료가 모두 포괄되는 반면, 개별유책행위위자료에는 이혼원인위자료만이 포함된다. 이처럼 양자는 소송물을 달리하는 것으로 볼 수 있으므로, 기판력이나 중복소송의 문제가 발생할 여지는 없다.²²

한편, 이혼위자료를 이미 지급받은 후 동일한 개별유책행위를 특정하여 민사법원에 개별유책행위위자료청구를 제기하는 경우에는, 소송법상으로는 청구가 허용된다

²² 백경현, 위 발표자료, 13면

하더라도 해당 유책행위는 이혼위자료 산정 과정에서 이미 참작·평가된 것이므로 배척되는 것이 타당하다. 이 경우 법원은 종전 소송의 결과를 위자료 액수 산정의 참작 요소로 고려할 수 있다.²³

2. 이혼위자료청구와 관련하여 실무상 자주 문제되는 쟁점들

가. 혼인관계 파탄 이후 최종적 이혼에 이르기까지 발생한 사정을 위자료 산정의 고려 요소로 삼을 수 있는지 여부

이혼을 원인으로 하는 위자료청구에서 위자료를 산정할 때, 혼인관계가 파탄된 이후부터 최종적 이혼에 이르기까지 발생한 개별적 유책행위—예컨대 소송 계속 중의 폭행, 감금 등—를 위자료 산정의 고려요소로 삼을 수 있는지가 문제된다.²⁴

궁정설의 주요 논거는 다음과 같다. 첫째, 이혼 그 자체로 인한 위자료는 '이혼 후의 정신적 고통'을 위자하기 위한 것이므로, 최종적 이혼 성립 시점까지 발생한 사정은 원칙적으로 위자료 산정의 고려요소가 될 수 있다. 대법원 1993. 5. 27. 선고 92므143 판결이 이혼위자료청구권은 이혼에 의하여 비로소 창설되는 것은 아니지만 이혼 시점에서 확정·평가된다고 판시한 것도 이러한 맥락으로 이해할 수 있다. 둘째, 대법원 2021. 11. 25. 선고 2021다253154, 253161 판결은 이혼 그 자체로 인한 위자료청구를 이혼의 원인이 되는 개별적 유책행위의 발생으로부터 최종적 이혼에 이르기까지 일련의 경과를 전체로서 불법행위로 파악하는 것으로 보고 있으므로, 혼인 파탄 시점 이후 이혼 성립 시점까지 발생한 개별적 유책행위도 '최종적 이혼에 이르기까지의 일련의 경과'에 포함된다고 볼 수 있다. 셋째, 이혼을 원인으로 한 위자료청구 소송에서 혼인관계 파탄 시점부터 최종적 이혼 성립 시점 사이에 발생한 개별적 유책행위를 위자료 산정의 고려요소에서 제외하면 인용금액이 더 적어질 가능성이 크

²³ 민유숙, 위 논문, 453면; 백경현, 위 발표자료, 13-14면

²⁴ 강지웅, 이혼을 원인으로 하는 위자료청구에서 혼인관계의 파탄 이후 최종적 이혼에 이르기까지 발생한 사정을 위자료 산정의 고려요소로 삼을 수 있는지 여부, 대법원판례해설 제141호, 법원도서관(2024), 459-463면

므로 피해 배우자 보호에 미흡하다.

이에 대하여 부정설은, 이혼위자료청구권의 본질이 혼인관계 파탄에 이르게 된 것에 대한 손해배상청구권인 이상 혼인 파탄과 관계없는 불법행위는 평가의 대상으로 삼을 수 없다고 반박한다.

대법원 2024. 10. 25. 선고 2024므11526(본소), 11533(반소) 판결은 긍정설을 채택하여, 유책배우자에 대한 위자료 액수를 산정할 때 고려해야 할 사정에는 혼인관계의 파탄 이후 최종적 이혼에 이르기까지 발생한 모든 사정이 포함되며, 이는 개별적 유책행위에 대하여 별개의 손해배상청구를 할 수 있다고 하여 달라지지 않는다는 점을 명확히 하였다.

나. 쌍방귀책대등 항변²⁵과 혼인 파탄 이후의 행위 항변

이혼위자료청구에서 유책배우자나 부정행위 상대방은 부부 쌍방의 혼인 파탄에 대한 책임 정도가 대등하다는 항변을 제기할 수 있다. 대법원은, 이혼을 원인으로 하는 손해배상책임을 인정하는 근거는 개별적 유책행위 자체에 있는 것이 아니라 그로 인하여 혼인관계가 파탄되어 이혼에 이르게 된 데에 있으므로, 혼인관계 파탄에 대하여 부부 쌍방의 책임 정도가 대등한 경우에는 일방에게 혼인관계 파탄의 책임을 지울 수 없다고 판시하였다. 나아가 이 판결은, 부정행위를 한 유책배우자의 손해배상 의무가 성립하지 않는 이상 부정행위 상대방에 대해서도 이혼을 원인으로 하는 손해배상책임을 인정되지 않는다고 판시하였다.²⁶

위와 같이 혼인 파탄에 대한 쌍방의 책임이 대등한 경우, 쌍방 또는 일방만이 위자료를 청구한 경우인지를 불문하고 모든 위자료 청구를 기각하는 것이 정착된 실무

²⁵ 통상 위자료청구권자는 ① 부정행위 상대방이 유책배우자에게 배우자가 있다는 사실을 알면서도 부정행위를 한 사실, ② 부정행위 상대방과 유책배우자의 부정행위 등으로 혼인관계가 파탄된 사실을 주장, 증명하고 반대로 위자료의무자(유책배우자 혹은 부정행위 상대방)는 위 사실이 모두 인정된다고 하더라도 혼인 전 과정에 비추어 위자료청구권자도 파탄에 이르게 하는 행위를 하여 귀책이 대등하다는 점을 주장, 증명하는 것으로 이루어질 것이므로, 부인이 아닌 항변으로 봄이 타당하다.

²⁶ 대법원 2024. 6. 27. 선고 2023므16678 판결 참조

레이자 판례의 태도이다. 이혼의 경우 혼인관계의 파탄이라는 하나의 결과에 대하여 쌍방의 불법행위가 경합하는 구조로서, 대등한 책임이 인정되는 경우에는 각자의 손해배상청구권이 상호 소멸된 것으로 법률적으로 평가하는 것이 당사자의 의사에 부합하고 정의관념에도 반하지 않기 때문이다. 또한 쌍방의 위자료청구가 기각된 뒤에는 일방의 유책행위에 가담한 부정행위 상대방에 대하여도 이혼위자료청구가 허용되지 않으며, 이는 배우자간의 위자료 청구권이 상호 소멸되었다는 효과가 부진정연대관계에 있는 제3자에게도 미치기 때문이다.

반면 개별유책행위위자료청구에서는 쌍방귀책대등 항변이 허용되지 않는다. 그 근거로는, ① 쌍방 귀책이라는 평가는 혼인 과정 전반에 대한 귀책이 대등하다는 것이지 개별유책행위에 대한 책임 정도까지 대등하다고 평가한 것은 아닌 점, ② 부정행위는 통상 고의의 불법행위로서, 이에 대한 위자료청구에 가사사건의 특수성을 반영하여 인정되는 쌍방귀책대등 법리를 적용하는 것은 결과적으로 고의의 불법행위에 기한 수동채권에 대한 상계를 허용하는 것과 다름없어 민법 제496조의 상계금지규정에 반한다는 점이 제시된다.²⁷

한편, 혼인 파탄 이후의 부정행위는 부부공동생활의 침해라는 위법성의 전제가 결여되어 불법행위가 성립하지 않으므로, 이혼위자료청구와 개별유책행위위자료청구 모두에서 유효한 항변으로 작용한다.²⁸

라. 지연손해금 기산점

유책배우자에 대한 이혼위자료청구권의 법적 성질을 채무불이행책임 또는 법정책임으로 본다면 이행의 청구를 한 때로부터 지체책임이 발생하므로 적어도 소장 부분

²⁷ 백경현, 위 발표자료, 15-17면

²⁸ 대법원 2014. 11. 20. 선고 2011므2997 전원합의체 판결; 대법원 2023. 12. 21. 선고 2023다265731 판결 등 참조, 대법원 2024. 6. 27. 선고 2022므13504, 2022므13511 판결에 따라 통상 위자료청구권자는 ① 부정행위 상대방이 유책배우자에게 배우자가 있다는 사실을 알면서도 부정행위를 한 사실, ② 부정행위가 혼인 파탄의 원인이 된 사실을 주장, 증명하면 되고, 부정행위 상대방이 부정행위 당시 이미 혼인관계가 파탄되었다는 점에 관한 주장, 증명 책임을 부담하므로, 항변으로 보아야 한다.

송달일 다음날부터 지연손해금을 붙일 수 있을 것이다. 그러나 통설 및 판례와 같이 유책배우자에 대한 것이건, 부정행위 상대방에 대한 것이건 모두 불법행위책임으로 본다면, 불법행위로 인한 손해배상채권의 지연손해금 기산일을 불법행위 성립일로 보는 불법행위책임의 법리 및 대법원의 확고한 판례에 의할 때 '불법행위 시'부터 지체가 된다고 보아야 한다. 이혼에 이르는 일련의 과정 중 어느 시점을 '불법행위 시'로 볼 것인가. 개개의 유책·불법행위를 한 때라고 보는 견해, 혼인 파탄 시로 보는 견해, 이혼성립 시로 보는 견해가 가능할 것이다. 불법행위시설은 이혼위자료란 상대방인 배우자의 유책·불법한 행위에 의하여 혼인관계가 파탄상태에 이르러 부득이 이혼하게 된 경우 입게 된 정신적 고통을 위자하기 위한 것이고 그러한 정신적 고통은 상대방의 유책·불법한 행위에 의하여 생기는 것으로, 이혼 판결의 확정에 의한 이혼 그 자체로 인한 정신적 고통 역시 이미 그 원인행위와 상당인과관계가 있는 것이므로 원인행위 시에 이미 발생한 것으로 보는 것이 타당하다고 한다.²⁹ 이혼성립시설은 이혼에 이른 것을 불법행위로 하기 때문에 이혼을 명하는 판결의 확정일에 그 지급의무가 발생하고, 그 익일부터 지체에 빠진다는 견해이다.³⁰

현재 우리나라 하급심의 실무례는 유책배우자에 대한 이혼위자료청구와 부정행위 상대방에 대한 이혼위자료청구 모두에 대하여 소장 부분 송달일 다음날부터 지연손해금을 가산하는 것이 일반적이다.³¹ 이에 대하여는 이혼 그 자체로 인한 정신적 고통의 내용이라고 말하여지는 사회적 평가의 절하, 결혼생활에 대한 기대감의 침해, 장래의 생활불안, 자녀와 헤어짐으로 인한 고통 등은 이혼이라는 법률상의 효과 자체로부터 생기는 것이 아니고, 가해자인 배우자의 침해행위는 혼인관계가 파탄되었을 때, 적어도 이혼소송 제기 시점에서는 종료 또는 완성되었으므로 늦어도 이혼 청구 시에는 혼인관계가 파탄되어 이혼위자료가 발생하였다는 설명으로 실무례를 수긍하는 견해가 있다.³² 결국 실무는 이혼위자료청구권의 지연손해금 기산일로 '혼인 파

²⁹ 황경웅, 이혼 위자료의 지연손해금의 기산일에 관하여, 실무연구Ⅵ, 서울가정법원(1998), 124-126면

³⁰ 일본의 하급심 일부에서 발견되는 판결례라고 한다. 박순성, 위 논문, 534면에서 재인용

³¹ 법원실무제요, 가사[Ⅰ], 사법연수원(2021), 779면

³² 엄상필, 재판상 이혼 및 위자료 사건에 관한 몇 가지 문제, 가사조정 제4호, 서울가정법원 조정위원회 (2001), 92면, 박순성, 위 논문, 535면

탄이 현실적으로 확정된 시점'을 기준으로 삼으면서, 그 구체적 특징이 곤란한 경우 이혼소송 제기일 또는 이혼 소장 부분 송달일 다음날을 기산일로 삼는 혼인파탄 시설에 가까운 입장을 취하고 있는 것으로 이해된다.

생각건대, 유책배우자에 대한 이혼위자료지급책임을 채무불이행책임으로 보므로 지연손해금 기산일은 이혼 소장 부분 송달일 다음날로 봄이 타당하다고 보지만, 설령 이혼위자료의 법적 성격을 불법행위책임으로 본다고 하여 반드시 개별 불법행위가 이루어진 불법행위시설을 따라야 하는 것은 아니라고 본다. 이혼위자료는 피침해 이익이 배우자의 지위라는 신분법상의 지위 유지로 개별유책행위위자료의 경우와 피침해이익 자체가 달라서 불법행위 및 손해의 내용, 즉 소송물을 달리하기 때문이다. 또한 이혼으로 인한 정신적 손해는 이혼에 이르기까지의 일련의 과정의 집적과 누적의 결과로서 혼인관계가 파탄되어 결국 이혼에 이르게 됨으로써 발생한 손해이므로 이혼이라는 법률효과에 기하여 비로소 창설되는 것이라고 보기는 어렵다. 그리고 이혼성립시설에 대하여는 당사자가 항소·상고 등으로 위 판결의 확정을 미루는 경우 등 당사자의 고의 지연에 의하여 그 기산일이 뒤로 미루어지게 되어 지연손해금이 줄어들 수 있다는 비판이 있다. 따라서 파탄시설의 입장에서 이혼청구가 있는 때로부터 지체책임을 인정하고 있는 실무례를 수긍할 수 있다.

판례는 불법행위로 인한 손해배상채무의 지연손해금 기산일은 불법행위 성립일임이 원칙이고, 불법행위에 있어 위법행위 시점과 손해발생 시점 사이에 시간적 간격이 있는 경우에는 손해발생 시점이 기산일이 된다고 하며, 여기서 '손해발생 시점'은 단지 관념적이고 부동적인 상태에서 잠재적으로만 존재하고 있는 손해가 그 후 현실화하였다고 볼 수 있는 때로 보아야 한다는 입장이다.³³ 대법원이 이혼위자료청구권의 지연손해금 기산점을 정면으로 다룬 판례는 없는 것으로 보이나, 이혼위자료청구권은 이혼시점에 확정·평가되고 이혼에 의하여 비로소 창설되는 것이 아니라고 하고 있으므로,³⁴ 실무례와 배치되지 않는 입장은 아닌 것으로 보인다. 그리고 손해가 현실화한 때가 지연손해금의 기산일이 된다는 위 판례의 일반론에 따르더라도 이혼위

³³ 대법원 2012. 2. 23. 선고 2010다97426 판결; 대법원 2012. 8. 30. 선고 2010다54566 판결 참조

³⁴ 대법원 1993. 5. 27. 선고 92므143 판결 참조

자료청구권의 지연손해금 기산일은 실질적으로 혼인 파탄에 이른 날이라는 결론이 도출된다고 봄이 타당하다. 이혼위자료청구에서 손해는 이혼원인이 된 유책행위 자체로 인한 정신적 고통이 아니라, 그러한 유책행위가 누적되어 혼인관계가 실질적으로 파탄에 이른 것이 손해의 현실화에 해당하기 때문이다.

마. 소멸시효 기산점

불법행위로 인한 손해배상청구권은 피해자가 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 행사하지 않으면 시효로 인하여 소멸한다(민법 제766조 제1항). 여기에서 '손해 및 가해자를 안 날'이라 함은 손해의 발생 사실과 가해자를 알아야 하고, 그 가해행위가 불법행위로서 이를 이유로 손해배상청구를 할 수 있다는 것을 안 때를 의미한다. 이 경우 손해의 발생사실을 알았다고 하기 위해서는 손해를 현실적이고 구체적으로 인식하여야 하나, 손해의 인식이 있었다고 하기 위하여는 불법행위로 인하여 무엇인가 손해를 입은 사실을 앎으로써 족하고 반드시 손해의 정도나 액수를 구체적으로 알 필요는 없다는 것이 판례의 태도이다.³⁵ 여기서 말하는 주관적 인식의 대상이 되는 '손해의 발생'은 유책배우자에 대한 이혼을 원인으로 하는 손해배상청구에서는 혼인관계 파탄으로 인한 정신적 고통의 발생을 의미하는 것이 분명하다. 그렇다면 논리적으로도 이혼의 성립이 요건사실에 해당하고, '손해를 안 날'은 혼인이 해소된 날, 즉 재판상 이혼 청구의 경우 재판상 이혼 판결 확정일이 되어야 한다. 배우자에 대한 손해배상청구에서 소멸시효의 기산점과 관련하여, 준별설에 따를 경우 이혼 그 자체로 인한 정신적 고통만이 손해배상의 대상이 되므로 그 기산점은 혼인 해소 시, 즉 재판상 이혼의 확정 시가 되고, 일체설에 따르더라도 개별 유책행위로부터 최종적으로 이혼에 이르기까지 일련의 경과를 전체로서 하나의 불법행위로 파악하여 정신적 손해를 산정하는 것이므로 이 경우에도 소멸시효의 기산점은 혼인 해소 시로 보아야 한다. 따라서 소멸시효의 기산점에 위 학설의 대립이 영향을 미치지 않는다.³⁶

³⁵ 대법원 1992. 4. 14, 선고 92다2100 판결 등 참조

³⁶ 박설아, 위 논문, 261-308면

유책배우자를 상대로 한 이혼위자료청구에 대하여 대법원 역시 이혼위자료청구권의 소멸시효 기산점은 혼인이 해소된 때로부터 진행된다고 하여 소멸시효 완성에 관한 주장을 배척한 원심의 판단을 정당하다고 하였다.³⁷

제3자를 상대로 한 이혼위자료청구권의 소멸시효 기산점도 유책배우자에 대한 이혼위자료청구권과 마찬가지로 혼인 해소 시점부터 보는 것이 논리적으로 타당하다 (물론 개별유책행위위자료청구의 경우에는 부정행위의 존재 및 상대방을 알게 된 시점이라 보아야 한다). 이혼위자료청구권은 피고의 유책행위로 혼인관계가 파탄되어 이혼에 이름으로써 배우자 지위 등 신분법상의 법익에 대한 침해, 사회적 평가의 저하, 장래생활의 불안, 혼인에 대한 기대감의 상실 등으로 인한 정신적 고통을 위자하기 위한 것이므로, 이혼이 확정되기 전에 이혼위자료청구권이 성립한다는 논리는 납득하기 어렵기 때문이다. 그러나 부정행위에 가담한 제3자는 부부가 어느 시점에 이혼을 결심할 것인지 알 수 없어 부정행위 이후 오랜 기간 유책배우자와 교제하지 않았음에도 소멸시효가 진행하지 아니하여 장기간 불안정한 상태에 놓이게 될 수 있다. 선행판결의 사안과 연구대상판결의 사안이 바로 이에 해당한다고 할 수 있을 것이다. 선행판결 사안에서 대법원은 부정행위 상대방에 대한 손해배상청구를 개별유책행위 위자료청구로 본 후 피고의 소멸시효 항변을 받아들인 원심 법원의 판단을 별다른 이유 설시 없이 그대로 수긍하였다. 아마도 제3자에 대한 이혼위자료청구권의 소멸시효가 오랜 기간 진행하지 아니하여 제3자가 놓이게 되는 법적 불안정성에 대한 구체적인 타당성 있는 해결을 위하여 이러한 결론을 내린 것이 아닌가 생각된다. 그러나 유사한 사안인 연구대상판결의 사안에서는 대법원이 부정행위 상대방에 대한 이혼위자료청구권의 단기소멸시효의 기산점이 혼인 해소 시라는 법리를 명확히 설시하면서 이 사건 청구가 부정행위 상대방에 대한 이혼을 원인으로 하는 위자료청구임이 명백함에도 원심이 이를 개별유책행위위자료청구로 오인하고 소멸시효 기산점을 부정행위 발각 시점으로 본 것은 법리오해 및 처분권주의 위반의 잘못이 있다고 판단

³⁷ 대법원 2015. 6. 24. 선고 2013므3963(본소), 2013므3970(반소) 판결(원심 수긍 취지의 상고기각판결).

법원실무제요에서도 위 판결을 원용하면서 이혼위자료청구권의 소멸시효 기산점은 혼인이 해소된 때라고 동일하게 설명하고 있다. 법원실무제요 가사[I], 법원행정처(2021), 779면

하여 원심 판결을 파기환송하였다. 혼인관계 파탄에 이르게 된 것이 부정행위 상대방의 잘못임을 전제로 한 위자료청구인 이상 손해는 이혼이 성립되어야 비로소 평가할 수 있으므로 이혼의 성부가 확정되지 아니한 동안에는 그 손해를 알 수 없고 이혼이 성립되었을 때 비로소 손해의 발생을 확실히 알게 된다고 봄이 타당하므로, 연구대상판결의 입장을 지지한다.

3. 부정행위 상대방에 대한 이혼위자료청구권의 인정 여부에 대한 검토

가. 문제의 소재

앞서 살펴본 바와 같이, 이혼위자료청구권은 이혼에 이름으로써 배우자 지위 등 신분법상의 법익에 대한 침해, 장래생활의 불안 등으로 인한 정신적 고통을 위자하기 위한 것이다. 이혼이 확정되기 전에 이혼위자료청구권이 성립한다는 논리는 납득하기 어려운 만큼, 단기소멸시효의 기산점을 혼인 해소 시로 보는 것이 타당하다. 그런데 이러한 입장을 취하게 되면, 선행판결 사안과 연구대상판결 사안에서처럼 과거에 제3자와의 일시적 부정행위가 있었으나 그 관계가 단절되고 나서 그 이후 유책배우자의 다른 유책사유들이 누적되어 이혼에 이른 경우에도, 과거 제3자와의 부정행위 시점이 언제인지에 관계없이 제3자가 항상 이혼에 따른 위자료청구의 상대방이 될 수 있다는 결론에 이르게 된다. 이러한 결론은 부당한 것이 아닌가 하는 의문이 생긴다.

민법 제806조 제1항은 “약혼을 해제한 때에는 당사자 일방은 과실 있는 상대방에 대하여 이로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있다.”, 제2항은 “전항의 경우에는 재산상 손해 외에 정신상 고통에 대하여도 손해배상의 책임이 있다.”고 규정하고 있으며, 재판상 이혼에 따른 손해배상책임에 관하여는 민법 제806조를 준용한다(민법 제843조). 그런데 민법 제806조 제1항·제2항은 ‘과실 있는 상대방’에 대해서만 적용되므로, 이 조항은 혼인관계 파탄에 귀책사유가 있는 제3자—부정행위 상대방이나 부당한 대우를 한 상대방 배우자의 부모 등—에 대한 손해배상청구권의 근거 규정이 되기는

어렵다. 따라서 제3자에 대한 손해배상청구는 일반 불법행위를 규율하는 민법 제750조, 제751조가 그 근거가 된다. 그리고 가사소송법 제2조 제1항 제1호 다목 2)은 해당 청구가 가정법원 전속관할임을 명시하고 있는바, 이 규정은 제3자를 상대로 한 이혼위자료청구가 가능함을 전제로 한 것으로 볼 수 있다. 제3자를 상대로 한 이혼위자료청구가 가능하고 그 법적 성질은 불법행위에 기한 손해배상청구권이라는 것이 현재 우리나라의 통설이자³⁸ 판례의 입장이다.³⁹

이하에서는 이러한 통설과 판례의 입장이 과연 타당한 것인지에 대하여 불법행위 책임의 성립요건 중 위법성의 충족 여부라는 관점에서 검토하고자 한다.⁴⁰

나. 불법행위책임의 성립요건으로서의 위법성 일반론⁴¹

민법 제750조는 “고의 또는 과실로 인한 위법행위”로 손해를 가한 경우 손해배상 책임을 인정하므로, 행위의 위법성이 책임성립의 요건이다. 이는 “권리침해”만을 요건으로 하였던 의용 민법 제709조와 다르다. 의용 민법이 권리침해를 요건으로 한 것은, 고의·과실로 타인에게 손해를 가하는 경우를 모두 포괄하면 불법행위의 성립 범위가 지나치게 넓어진다는 반성에서 비롯되었다. 그런데 권리를 엄격하게 해석하면 엄밀한 의미의 권리가 아닌 이익이 침해된 경우 손해배상책임이 인정되지 않는 문제가 생긴다.

이러한 태도의 전환을 이끈 것이 이른바 대학탕(大學湯) 사건이다. 이 사건은 목욕탕 건물 임대차 합의해제 후 임대인이었던 피고가 건물을 제3자에게 매도하고 동일

³⁸ 윤진수 편집대표, 주해친족법 제1권, 박영사(2015), 518면

³⁹ 대법원 2014. 11. 20. 선고 2011므2997 전원합의체 판결 참조

⁴⁰ 이를 원고가 증명해야 하는 불법행위책임의 성립요건 중의 하나인 인과관계의 문제로 해결하면 된다고 보는 입장도 있으나, 실무에서는 부정행위가 부부관계 악화에 영향을 끼쳤다고 인정할 수밖에 없는 사안들이 대부분이어서 부정행위가 혼인관계 파탄과 상당인과관계가 없다고 판단되는 경우는 이미 오래 전부터 남남처럼 살고 있는 부부의 경우가 아니라면 거의 없다고 해도 무방할 것이고, 같은 사안이라도 재판부에 따라 상당인과관계 인정 여부에 대한 판단이 달라질 가능성이 적지 않다는 문제점이 있다.

⁴¹ 김용덕 편집대표, 주석민법[채권각칙 6], 한국사법행정학회(2022), 161-164면

한 상호로 영업하게 함으로써, 임차인이었던 원고가 “노포(老鋪)” 매각으로 얻을 수 있었던 이익을 상실한 사안이다. 원심은 “노포”가 권리가 아니어서 불법행위가 성립하지 않는다고 기각하였으나, 대심원은 소유권·채권·명예권 등 구체적 권리의 침해뿐 아니라 법률상 보호되는 이익의 침해로도 손해배상이 인정된다고 하여 원심을 파기환송하였다. 이후 학설에서도 권리침해가 아니라 위법성을 불법행위의 성립요건으로 이해하는 움직임이 나타나기 시작했다. 末川博은 고의 또는 과실이 있는 “위법행위”에 의하여 입은 손해를 배상하는 것이 불법행위책임의 본질이라고 보고, 권리침해는 위법성의 하나의 징표에 불과하다고 주장하였다. 즉, 객관적 법질서를 파괴하는 것 자체가 불법행위제도의 본질이고 권리는 그 법질서가 부분적으로 주관적으로 발현된 것에 불과하며, 권리침해에 해당하지 않더라도 법규위반이나 공서양속위반 등에 의해서도 위법성, 즉 불법행위책임이 인정될 수 있다는 것이다. 이렇게 위법성을 불법행위성립의 객관적 요건으로 보게 되면 어떤 경우에 위법하다고 할 수 있는가, 즉 위법성 판단의 구조가 필요하게 된다. 이에 대하여 我妻榮은 피침해이익의 종류와 침해행위의 태양을 상관적으로 판단하여야 한다는 상관관계설을 주장하였다. 피침해이익으로는 물권 등 지배적 재산권, 인격권, 채권 등이, 침해행위의 태양으로는 형벌법규 위반, 금지·단속법규 위반, 공서양속위반, 권리남용 등이 고려된다. 이 입장이 판례와 학설의 지지를 받아 일본에서 통설로 자리잡았고, 우리 민법은 이를 입법화하였다. 우리나라에서도 상관관계설이 통설·판례의 지위를 차지하고 있으며, 이에 따르면 피침해이익과 침해행위의 태양 양측면에서의 위법성 강약을 상관적·종합적으로 고찰하여 최종적인 위법성 판단을 한다.

소유권 등 재산권 침해에 대하여는 고의·과실과 침해 사실 자체만 인정되면 당연히 위법성이 인정된다는 데에 이견이 없다. 인격권은 생명, 신체, 건강, 자유, 명예, 프라이버시, 성명, 초상 등을 지킬 권리의 총칭으로, 그 중 생명·신체·건강·자유의 침해는 고의·과실과 침해 사실이 인정되면 위법성이 당연히 인정된다. 반면 명예·프라이버시·초상권 등 그 밖의 인격적 이익은 침해 사실만으로 위법성이 당연히 인정되는 것은 아니고, 침해의 방법, 행위자의 주관적 태양, 충돌하는 이익과의 형량을 거쳐 비로소 위법하다는 결론에 이르게 된다.

가족관계에 대한 이익도 인격적 이익으로 보호된다. 다만 그 보호는 가족 구성원 또는 제3자의 권리행사의 자유를 제한할 수 있으므로, 침해행위의 태양이 중요하게 고려된다. 부부 사이에서 성적 성실의무를 위반하여 혼인파탄에 이르게 한 경우 유책배우자가 상대방 배우자에 대해 불법행위책임을 부담함은 우리 판례⁴²와 통설의 입장이고, 이는 간통죄 폐지로 형벌법규 위반에는 해당하지 않게 되었으나 공서양속 위반에 의한 위법성은 인정할 수 있기 때문에 타당하다고 본다. 그러나 부정행위 상대방이 부정행위라는 개별유책행위에 따른 불법행위책임이나 혼인 파탄에 대한 불법행위책임을 부담한다고 보아야 할 것인가에 관해서는 부부공동생활의 유지, 배우자 지위의 유지 등의 인격적 이익에 대한 위법성과 관련하여 논란이 있는데, 이하에서는 이혼위자료지급책임에 한해서 논해 보고자 한다.

다. 일본 판례의 동향

1) 일본 최고재판소 2019년 판결 이전의 통설과 판례의 입장

일본에서도 우리나라와 마찬가지로 부정행위 상대방의 이혼위자료지급책임을 긍정하는 것이 판례의 일관된 태도였으나, 학설상으로는 다양한 견해가 병존하고 있었다. 아래에서 살펴볼 최고재판소 판결이 선고되기 이전까지 종래의 통설은 이혼위자료지급책임을 폭넓게 긍정하는 입장이었으나, 이혼위자료지급책임을 원칙적으로 부정하거나 특단의 사정이 존재하는 경우에 한하여 이혼위자료지급책임을 성립한다는 견해도 유력설로서 꾸준히 제기되고 있었다.⁴³

2) 일본 최고재판소 2019년 판결 [最判 平成31(2019)年 2月 19日 (民集 73卷 2号 187頁)]⁴⁴

⁴² 대법원 2015. 5. 29. 선고 2013므2441 판결 참조

⁴³ 서종희, 위 논문, 제359면

⁴⁴ 참조사이트: <https://lex-lawlibrary-jp-ssl.openlimk.khu.ac.kr/lexbin/LexBnkn.aspx>.

이 사건의 사실관계는 다음과 같다. A는 2010. 5.경 배우자 B의 외도를 알게 되었으나, B는 그 무렵 제3자 C와의 부적절한 관계를 해소하고 A와의 동거를 계속하였다. 그러나 결국 A와 B는 2015. 2. 25. 이혼조정을 통하여 이혼하게 되었다. 이에 A는 이혼조정 성립 후인 2015. 11. 9. B와 C 사이의 부정행위로 인하여 혼인관계가 파탄되어 이혼에 이르게 되었다는 이유로 C에게 위자료를 청구하였다.

이에 대하여 일본 최고재판소는 C의 손해배상책임을 인정한 원심 판결을 파기하였는바, 그 주요 판시 내용은 다음과 같다.

“부부가 이혼에 이르기까지의 경위는 해당 부부의 여러 사정에 따라 일률적이지 않으나, 협의상 이혼과 재판상 이혼을 불문하고 이혼에 의한 혼인의 해소는 본래 해당 부부 사이에서 결정되어야 할 사항이다. 따라서 부부의 일방과 부정행위에 이른 제3자는, 그로 인해 해당 부부의 혼인관계가 파탄하여 이혼에 이르렀다 하더라도, 해당 부부의 타방 배우자에 대해 부정행위를 이유로 하는 불법행위책임을 져야 하는 경우가 있을 수 있음은 별론으로 하더라도, 그로 인하여 해당 부부를 이혼에 이르게 하였음을 이유로 하는 불법행위책임을 원칙적으로 부담하지 않는다고 해석함이 상당하다. 제3자가 그를 이유로 하는 불법행위책임을 지는 경우는, 단순히 부부의 일방과 부정행위에 이르는 것에 그치지 않고 해당 부부의 이혼을 의도하여 혼인관계에 부당하게 간섭하는 등 해당 부부를 부득이하게 이혼에 이르게 하였다고 평가할 수 있는 특별한 사정이 있는 때로 한정된다고 보아야 한다. 이상의 해석을 전제로 본건을 살펴보면, C는 A의 배우자였던 B와 부정행위를 하였으나, 이것이 발각된 시점에 C와의 부정관계는 해소되었으며, 이혼 성립에 이르기까지 위와 같은 특별한 사정이 있었다고 볼 수 없다. 따라서 A는 C에 대하여 이혼에 따른 위자료를 청구할 수 없다.”

한편 원심에서 부정행위 상대방이자 항소인인 C는, 이 사건 위자료청구가 이혼위자료청구가 아니라 개별유책행위위자료청구에 해당한다는 이유로 소멸시효의 완성을

주장하였다. 이에 대하여 원심 법원은 원고의 청구가 ‘혼인관계의 파탄으로 이혼에 이르게 된 것에 대한 위자료청구’임을 명확히 하면서, 이 경우 손해는 이혼이 성립되어야 비로소 평가될 수 있으므로 소멸시효의 기산점은 ‘이혼조정이 성립한 시점’이라고 판단하였다. 반면 최고재판소 판결문에서는 소멸시효에 관한 판단은 별도로 이루어지지 않았다. 상고인 C가 상고심에서 손해배상책임 자체의 불성립을 중점적으로 주장하였고, 최고재판소는 이를 받아들인 것이다.

이와 같은 최고재판소의 판시는, 학계에서 기존의 통설에 대한 반성적 논의로서 점차 유력해지고 있던 이른바 절충설—즉 ‘타방 배우자의 자유의사가 개입하는 부정행위의 구조, 성에 관한 자기결정권 존중의 요청, 그리고 정조의무는 부부 간에만 구속력을 가질 뿐이라는 점 등에 비추어, 제3자의 개입을 적극적 채권침해의 경우와 동일한 구조로 보아 예외적으로 제3자가 해의를 가지고 혼인공동생활의 평온을 해한 경우나 사기·협박에 의한 경우 등을 제외하고는 부정행위 상대방의 위자료책임이 원칙적으로 성립하지 않는다’는 견해—의 입장을 반영한 것으로 평가되고 있으며, 현재 일본에서는 이 절충설이 다수설로 자리잡고 있다. 다만, 위 최고재판소 판결은 “해당 부부의 타방 배우자에 대해 부정행위를 이유로 하는 불법행위책임을 져야 하는 경우가 있을 수 있음은 별론으로 하더라도”라고 판시하였는바, 최고재판소가 부정행위 상대방의 개별유책행위위자료책임에 대해서도 적극적 채권침해와 같은 구조로 판단하고 있다고 해석할 수는 없다고 생각한다.

라. 서구 판례의 동향

서구 각국에서 부정행위를 한 제3자에 대한 불법행위적 제재는 형사상의 간통죄와 함께 오랜 역사적 배경을 갖고 있다. 그러나 제2차 세계대전 이후 이혼의 자유화가 점진적으로 진행되면서, 이러한 유형의 불법행위에 기한 손해배상청구권은 각국에서 점차 제한되는 방향으로 변화하였다. 보통법상 이 청구권을 인정하였던 영미권에서는, 먼저 영국이 1970년 입법을 통하여 이를 폐지하였고, 미국에서도 다수의 주가 이른바 Heart Balm Statutes의 제정을 통하여 이를 제한하고 있다. 대륙법계인 독일에

서는 제국법원 이래 법원이 이러한 청구권을 일관되게 인정하지 않아 왔다.⁴⁵

프랑스의 경우에는 오랫동안 판례상 이를 긍정하여 왔으나, 파기원 민사2부 2001년 7월 5일 판결을 통하여 종래의 입장을 변경하였다. 해당 판결의 사안은 다음과 같다. A는 혼인한 남성인 B와 관계를 가져 임신하게 되었는데, B는 A가 임신을 유지하고자 한다는 사실을 알면서도 일방적으로 관계를 단절하였다. 이에 B의 배우자인 C가 자신이 배신을 당하였다는 사실을 알고 A를 상대로 프랑스 민법 제1382조에 근거하여 부정행위로 인한 손해배상을 청구하였다. 항소심은 1심 법원의 인용 판결을 취소하고 C의 청구를 기각하였으며, C가 이에 상고하였다. C는 상고심에서, 사정을 잘 알면서 간통에 가담하여 타인으로 하여금 혼인에 고유한 충실의무를 위반하도록 한 자는 배신당한 배우자가 입은 손해를 배상할 민사과실(faute)을 범한 것이라고 주장하였다. 그러나 파기원은 C의 상고를 기각하였다. 파기원은 우선, 원심이 A가 B와 관계를 맺기 전후 모두 B의 배우자인 C를 만난 적이 없었고, 자신의 태도에 의하여 스캔들을 일으키거나 C에게 해를 가하려 하지 않았으며, 책략을 써서 B가 C와 헤어지도록 하려고 하지도 않았다는 점을 지적한 사실에 주목하였다. 그리하여 파기원은 “혼인한 남성과 관계를 가졌다는 사실만으로는 그 배우자에 대하여 손해배상책임을 부담시키는 민사과실을 구성하지 않는다.”고 선고한 원심의 판단을 승인하면서 C의 청구를 기각하였다. 이 판결은 ‘1975년 간통행위가 비범죄화된 이후 단순한 외도만으로는 원칙적으로 불법행위가 성립하지 않고, 가해행위 등과 같은 특별한 요건이 부가되는 경우에 한하여 불법행위가 성립할 수 있다’고 보는 유력설의 입장을 수용한 것으로 평가되고 있다.

부정행위 상대방의 개별유책행위책임은 원칙적으로 긍정하고 이혼위자료책임만을

⁴⁵ BGH 1989. 12. 19. 판결은 성적 성실의무의 위반과 관련하여 원칙적으로 성실의무를 위반한 배우자에 대한 청구권도 제3자에 대한 청구권도 인정되지 않는다는 것을 명확히 하였다. 이 판결에서는 부정행위로 침해된 권리를 절대적인 권리라고 해석하는 것도 부정하였고, 더 나아가 성적 성실의무 위반과 관련하여 인격권의 침해를 이유로 하는 불법행위에 기한 손해배상청구도 부정하였다. 즉 독일에서는 유책배우자에 대해서건, 부정행위 상대방에 대해서건 원칙적으로 개별유책행위위자료청구권과 이혼위자료청구권 중 어떤 것도 행사할 수 없다. 다만 독일에서는 성적 성실의무 위반에 추가하여 특별한 전제조건(확대적 가해상황 등)이 부가된 경우에 한하여 예외적으로 독일 민법 제826조에 의한 손해배상청구권을 인정하고 있다.

제한적으로 긍정하는 일본 최고재판소의 입장과 달리 서구 판례의 경향은 부정행위 상대방의 개별유책행위책임이건, 이혼위자료책임이건 책락, 해의 등의 부가적 요건을 충족하지 않는 이상 성립이 되지 않는다고 보고 있다.

마. 관련 대법원 판결

1) 대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다1899 판결

“배우자 있는 부녀와 간통행위를 하고, 이로 인하여 그 부녀가 배우자와 별거하거나 이혼하는 등으로 혼인관계를 파탄에 이르게 한 경우 그 부녀와 간통행위를 한 제3자(상간자)는 그 부녀의 배우자에 대하여 불법행위를 구성하고, 따라서 그로 인하여 그 부녀의 배우자가 입은 정신상의 고통을 위자할 의무가 있다고 할 것이다. 그러나 이러한 경우라도 간통행위를 한 부녀 자체가 그 자녀에 대하여 불법행위책임을 부담한다고 할 수는 없고, 또한 간통행위를 한 제3자(상간자) 역시 해의를 가지고 부녀의 그 자녀에 대한 양육이나 보호 내지 교양을 적극적으로 저지하는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 자녀에 대한 관계에서 불법행위책임을 부담한다고 할 수는 없다.”

2) 대법원 2014. 11. 20. 선고 2011므2997 전원합의체 판결의 다수의견

“부부는 동거하며 서로 부양하고 협조하여야 하는 의무를 진다(민법 제 826조). 부부는 정신적·육체적·경제적으로 결합된 공동체로서 서로 협조하고 보호하여 부부공동생활로서의 혼인이 유지되도록 상호간에 포괄적으로 협력할 의무를 부담하고 그에 관한 권리를 가진다. 이러한 동거의무 내지 부부공동생활 유지의무의 내용으로서 부부는 부정행위를 하지 아니하여야 하는 성적(性的) 성실의무를 부담한다. 이에 따라 부부의 일방이

부정행위를 한 경우에 이는 민법 제840조에 따라 재판상 이혼사유가 되고, 부부의 일방은 그로 인하여 배우자가 입게 된 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. 이와 같이 제3자가 부부의 일방과 부정행위를 하여서는 아니 되는 것은 혼인의 본질에 해당하는 부부공동생활이 보호되고 유지되어야 하기 때문이다. 그런데 민법 제840조는 '혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때'를 이혼사유로 삼고 있으며, 부부간의 애정과 신뢰가 바탕이 되어야 할 혼인의 본질에 해당하는 부부공동생활 관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄되고 그 혼인생활의 계속을 강제하는 것이 일방 배우자에게 참을 수 없는 고통이 되는 경우에는 위 이혼사유에 해당할 수 있다. 이에 비추어 보면 부부가 장기간 별거하는 등의 사유로 실질적으로 부부공동생활이 파탄되어 실체가 더 이상 존재하지 아니하게 되고 객관적으로 회복할 수 없는 정도에 이른 경우에는 혼인의 본질에 해당하는 부부공동생활이 유지되고 있다고 볼 수 없다. 따라서 비록 부부가 아직 이혼하지 아니하였지만 이처럼 실질적으로 부부공동생활이 파탄되어 회복할 수 없을 정도의 상태에 이르렀다면, 제3자가 부부의 일방과 성적인 행위를 하더라도 이를 두고 부부공동생활을 침해하거나 그 유지를 방해하는 행위라고 할 수 없고 또한 그로 인하여 배우자의 부부공동생활에 관한 권리가 침해되는 손해가 생긴다고 할 수도 없으므로 불법행위가 성립한다고 보기 어렵다.“

바. 우리나라 학설의 논의⁴⁶

⁴⁶ 윤진수 편집대표, 앞의 책, 518-519면, 박설아, 위 논문, 279면에서 재인용

부부 사이의 문제인 혼인관계 파탄의 책임을 제3자에게 묻는 것에 대하여 우리나라에서는 ① 부부 사이의 정조의무 또는 정조요구권은 배우자 간에만 존재하고, 제3자에게 미치지 않는 채권적 상대권인 점, 부정행위는 배우자 일방의 자유로운 의사로 이루어지고 제3자의 행위에는 위법성이 없다는 점, 위자료 지급을 명하여도 만족이나 예방기능을 제대로 하지 못한다는 점 등을 이유로 제3자의 책임을 전면적으로 부정하는 견해, ② 가정질서 보호 및 배우자와 제3자의 이익을 고려하여 제3자는 가정질서를 파탄시킬 의사를 가지고 사회상규에 반하는 방법으로 배우자 일방과 관계를 맺은 경우에 한하여 책임을 진다는 견해, ③ 피해 배우자에게 부정행위 상대방이 협박, 강요 등으로 이혼을 종용하였거나 피해 배우자가 이혼을 청구하는 시점까지 부정행위 상대방이 유책배우자와 사실상 혼인관계를 유지하고 있는 경우 등의 사정이 존재하는 경우에만 부정행위 상대방의 이혼위자료지급책임을 인정하는 견해,⁴⁷ ④ 제3자의 유책한 행위가 부부 사이의 신뢰를 훼손하고 이로써 혼인관계 파탄에 상당한 원인이 되었다는 사정이 인정되는 경우에 한정되어야 한다는 견해(예컨대 제3자와의 부정행위가 있었음에도 불구하고 혼인관계가 상당기간 지속되었다면 제3자의 행위가 혼인관계 파탄에 직접적인 원인이 되지 않았다고 보아 혼인관계 파탄으로 인한 책임은 부담하지 않게 된다고 함),⁴⁸ ⑤ “부부공동생활을 침해하거나 그 유지를 방해하고 그에 대한 배우자로서의 권리를 침해” 하였으므로 위법성이 당연히 인정된다는 통설⁴⁹과 판례의 입장⁵⁰ 등이 있다.

사. 검토

⁴⁷ 박설아, 위 논문, 302면

⁴⁸ 송방아, 혼인관계 파탄으로 인한 위자료청구권과 관련한 실무적 쟁점, 409면

⁴⁹ 이동진, 부부관계의 사실상 파탄과 부정행위에 대한 책임: 비교법적 고찰로부터의 시사, 서울대학교 법학 제54권 제4호(2013. 12.), 72면,

⁵⁰ 이때 침해행위의 태양은 원칙적으로 고려되지 않는다는 입장으로, 이 점에서 통설과 판례는 부부공동생활이라는 인격적 이익에 대해 절대권에 가까운 보호를 하고 있다고 할 수 있다.

일본 최고재판소 2019년 판결이 취한 입장, 즉 부정행위 상대방의 이혼위자료지급 책임은 단순한 부정행위의 가담에 그치지 않고 해당 부부의 이혼을 적극적으로 의도하여 혼인관계에 부당하게 간섭함으로써 부부를 부득이한 이혼에 이르게 하였다고 평가할 수 있는 특단의 사정이 없는 한 원칙적으로 부정되어야 한다는 입장이 타당하다고 생각한다. 이하에서 그 논거를 구체적으로 살핀다.

첫째, 권리라고까지는 할 수 없지만 그 침해에 대하여 불법행위법의 보호나 구제가 필요하다고 관념되는 인적 이익이 분명 우리 주변에 존재하고, 이를 굳이 무슨 ‘권’이라고 이름 붙이지 아니하여도 생명, 신체, 자유, 명예와 마찬가지로 ‘보호할 가치’가 있는 이상 이는 이른바 ‘권리 아닌 인적 이익’이나 ‘귀중한 생존요건’으로서 권리와 마찬가지로 보호되어야 하는 것이다. 다만, 그렇다고 하더라도 모든 인적 이익의 침해에 대하여 당연히 위자료가 인정될 수는 없고 어느 정도의 제한은 필요하다. 어떠한 이익이 어느 정도 침해되었을 때 이에 대하여 위자료청구를 인정할 것인가 여부는, 결국 그 시대의 관념상 법적으로 보호할 가치가 있느냐 아니냐 하는 기준에 의하여 판단할 수밖에 없는 것이 된다. 그리고 생명, 신체, 자유, 명예 등과 동시할 수 없는 사소한 인적 이익일지라도 그 가해방법이나 태양이 현저히 공서양속에 반하는 고의에 의한 것이어서 위법성이 크다고 평가되는 경우에는 위자료청구를 긍정하는 것이 옳을 것이다. 따라서 부정행위의 피해 배우자가 부정행위 상대방에 대하여 이혼에 따른 위자료청구를 할 수 있는지 여부는 ‘배우자 지위가 상실되지 않도록 혼인관계를 유지할 이익’이 우리 시대의 법률관념상 제3자에게 그 침해에 대한 책임을 물어야 할 만큼의 ‘보호할 가치가 있는 이익’이 되는지 여부에 따라 그 결론을 달리 할 것이다. 그런데, 설령 제3자가 부정행위에 가담하였다 하더라도, 최종적으로 이혼을 결정하는 것은 배우자 쌍방이므로 혼인관계의 해소는 배우자 쌍방이 혼인의사를 유지하느냐 여부에 달린 문제일 뿐, 제3자는 통상적으로 배우자의 지위를 직접적으로 침해할 수 없으므로, 비록 부정행위가 부부의 이혼에 어느 정도라도 영향을 주어서 피해 배우자에게 정신적 고통을 준다는 것을 부인할 수는 없지만, 그렇다고 하더라도 ‘배우자 지위가 상실되지 않도록 혼인관계가 유지될 이익’이 제3자와의 관계에서 아무런 조건 없이 당연히 ‘법률상 보호할 가치가 있는 이익’이 된다고 보

기는 어렵다고 할 것이다. 부정행위 상대방이 이혼 자체를 야기하였다고 볼 수 있는 가해방법에 있어 특단의 사정이 있어야 위 피침해이익은 비로소 법률상 보호할 가치 있는 이익이 된다고 봄이 타당하다.⁵¹

둘째, 대법원은 이미 부정행위 상대방이 자신과 부정행위를 한 사람의 자녀에 대하여 그 사실만으로 불법행위책임을 부담하는 것은 아니고, 해의를 가지고 자녀에 대한 양육이나 보호·교양을 적극적으로 저지하는 등의 특별한 사정이 없는 한 자녀에 대한 관계에서는 불법행위책임을 질 수 없다고 판시한 바 있다(대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다1899 판결). 이는 ‘자녀에게 가족관계 유지의 이익이 존재하더라도 그 이익을 제3자에 대한 관계에서 불법행위법으로 보호하는 데에는 한계가 있고, 침해행위의 태양이 위법성 판단의 핵심 요소로 고려되어야 한다’는 취지로 판단된다. 또한 대법원은 실질적으로 부부공동생활이 파탄되어 회복 불가능한 상태에 이른 경우에는 제3자가 부부의 일방과 성적인 행위를 하더라도 불법행위가 성립하지 않는다고 판시하기도 하였다(대법원 2014. 11. 20. 선고 2011므2997 전원합의체 판결). 이 두 판결의 논리적 맥락은, 피침해이익 자체가 존재하지 않거나 침해자와 피해자와의 상대적 관계에서 피침해이익이 희박한데 침해행위의 태양까지 단순한 경우에는 위법성이 부정될 수 있다는 귀결로 자연스럽게 이어진다.

셋째, 유책배우자의 이혼위자료책임을 채무불이행의 관점에서 접근해야 한다는 견해에 따르는 이상, 제3자의 이혼위자료책임을 결국 제3자인 피해 배우자의 채권 침해에 따른 책임에 해당하는 것으로 보아야 한다. 따라서 채권침해의 경우에는 곧바로 불법행위책임이 인정되는 것이 아니라 “제3자가 채무자에 대한 채권의 존재 및 그 채권의 침해사실을 알면서 채무자와 적극 공모하거나 채권행사를 방해할 의도로 사회상규에 반하는 부정한 수단을 사용하는 등으로 채권자로 하여금 채권의 실행과 만족을 불가능 내지 곤란하게 한 경우 채권자에 대한 불법행위를 구성할 수 있다”는 대법원 판례의 법리에 따라 부정행위 상대방의 이혼위자료지급책임도 위 조건이

⁵¹ 간접침해까지 위법성을 인정하면 불법행위의 성립 범위가 무한히 확대되어 법적 안정성이 훼손되는 문제가 있으므로, 직접성 요건은 법문에서 명시되지 않더라도, 위법성 개념의 논리적 내용으로 도출된다고 봄이 타당하기 때문이다.

충족되어야 성립될 수 있다고 봄이 타당하다.

넷째, 유책주의에서 파탄주의로 이행하는 이혼법의 세계적 흐름⁵²을 직시할 필요가 있다. 독일은 이혼위자료 제도를 폐지하고 이혼 후 부양 제도⁵³를 정비하였으며, 프랑스는 보상급부제도를 통해 혼인관계 해소의 이해관계를 조율하고 있다. 일본도 2019년 최고재판소 판결을 통해 부정행위 상대방의 이혼위자료지급책임을 원칙적으로 부정하는 방향으로 전환하였다. 이들 법제의 공통된 지향점은, 피해 배우자의 보호를 불법행위 구성에 의한 위자료 지급이 아니라 이혼 후 부양의 강화와 재산분할 제도의 충실화를 통해 도모한다는 것이다. 우리 법제가 이 흐름으로부터 홀로 멀찍이 떨어져 있어야 할 합리적 이유를 찾기 어렵다.

⁵² 서구 각국은 20세기 중반 이후 이혼 법제를 유책주의에서 파탄주의로 전환하는 입법 추세를 보이고 있다. 영국은 1969년 이혼개혁법을 통해 '혼인의 돌이킬 수 없는 파탄'을 이혼의 유일한 사유로 채택하였고, 이는 1973년 혼인소송법에 통합되었다. 독일은 1976년 혼인 및 가족법 개정을 통해 유책주의를 폐지하고 '혼인 파탄'을 이혼원인으로 규정하였으며, 별거기간(원칙적으로 1년)을 파탄의 추정요건으로 삼고 있다(독일 민법 제1565조 이하). 프랑스 역시 2004년 이혼법 개정(Loi n° 2004-439)을 통해 '합의 이혼' 절차를 간소화하는 한편, 일방의 청구에 의한 이혼에서도 2년간의 사실상 별거를 파탄의 증거로 인정하는 방향으로 파탄주의를 강화하였다. 미국의 경우 캘리포니아주가 1969년 세계 최초로 완전한 무과실 이혼법(No-Fault Divorce Law)을 도입한 이래 현재는 모든 주에서 무과실 이혼을 인정하고 있다. 이처럼 파탄주의로의 전환은 혼인을 당사자의 자율적 의사에 기초한 결합으로 파악하고, 실질적으로 해소된 혼인관계를 법적으로 지속시키는 것은 당사자에게 불필요한 고통을 강요할 뿐이라는 인식을 반영한다.

⁵³ 파탄주의 이혼 법제에서는 유책의 귀속과 무관하게 이혼이 허용되므로, 경제적으로 취약한 배우자의 보호를 위한 별도의 장치가 요청된다. 유책주의 하에서는 '무고한 배우자'에 대한 손해배상적 성격의 급부가 그 기능을 일부 담당하였으나, 파탄주의로의 전환 이후에는 이혼 후 부양이 독자적이고 체계적인 제도로 발전하였다. 이혼 후 부양은 이혼에 의해 발생하는 배우자 간의 경제적 불균형을 일시에 청산하는 성격을 지니며, 수령 배우자의 사후 필요나 생활 변화에 따른 사후적 변경이 원칙적으로 제한된다는 점에서 일반적인 부양청구권과 구별된다. 영국의 금융명령(financial order), 독일의 이혼 후 부양(nachehelicher Unterhalt), 프랑스의 보상급부(prestation compensatoire)가 대표적인 예이다. 특히 프랑스의 보상급부 제도는 이혼의 경제적 결과를 '책임 귀속'이 아닌 '생활수준 격차의 조정'이라는 관점에서 접근한다는 점에서, 파탄주의 이혼 법제의 논리적 귀결을 가장 정합적으로 구현한 제도 중 하나로 평가된다. 이 제도의 주된 취지는 혼인 기간 중의 역할 분담(예컨대 전업주부로서의 기여)이 이혼 후 경제적 취약성으로 연결되는 구조적 불평등을 사후적으로 시정하고자 하는 데에 있다.

다섯째, 부정행위 상대방의 이혼위자료지급책임의 위법성을 제한 없이 인정하는 현행 판례 하에서는, 가정법원 실무에서 이혼소송과 이혼위자료청구소송이 별소로 제기될 때 혼인 파탄의 시기와 원인을 심리하는 과정에서 적지 않은 어려움이 발생한다. 부정행위 상대방이 혼인 파탄 이후의 부정행위임을 증명하고자 이혼소송 재판부에 이혼소송 기록의 문서송부촉탁을 신청할 경우, 가정의 내밀한 사정이 소송 외 제3자, 그것도 부정행위 상대방에게 고스란히 노출된다는 데 대하여 피해 배우자는 강한 거부감을 표시하는 경우가 많다. 내밀한 가정의 상처가 법정에서 적나라하게 드러나는 것은 때로 이혼 자체보다 더 깊은 상처를 남긴다. 이러한 현실적 문제는, 부정행위 상대방에 대한 책임 추궁을 개별유책행위위자료청구에 집중시키는 방향으로 판례를 전환함으로써 상당 부분 해소될 수 있을 것이다.

여섯째, 이혼을 앞둔 당사자에게 진정으로 필요한 것은 자녀 양육, 이혼 후 부양, 재산분할 등 새로운 삶을 설계하기 위한 건설적인 논의이다. 그러나 부정행위 상대방의 이혼위자료지급책임을 원칙적으로 긍정하는 현행 체제 하에서는, 그 책임의 유무를 다투는 데 막대한 시간과 에너지가 소진되고 당사자들의 감정이 극도로 격화된다. 그 결과 자녀의 복리와 이혼 후 부양이라는 보다 미래지향적인 문제는 뒷전으로 밀리게 된다. 법원이 위자료 지급 책임의 소재를 가리는 싸움의 공간이 아니라 새로운 삶의 출발을 돕는 장이 될 수 있으려면, 판례의 전환이 절실하다.

일곱째, 소멸시효의 관점에서도 현행 판례의 입장은 부당한 결과를 낳는다. 이혼위자료청구권의 소멸시효 기산점을 혼인 해소 시로 보는 이상, 부정행위 상대방은 자신이 전혀 통제할 수 없는 타인의 이혼 결정 시점에 따라 수년, 혹은 그보다 오랜 기간 동안 잠재적 채무의 그늘 속에서 살아가야 하는 법적 불안정에 노출된다. 이는 3년이라는 단기소멸시효를 규정한 입법 취지와도 조화를 이루기 어렵다.

여덟째, 부정행위 상대방의 이혼위자료지급책임을 원칙적으로 부정하더라도 피해 배우자의 법적 보호에 공백이 생기는 것은 아니다. 피해 배우자는 부정행위라는 개별유책행위를 원인으로 한 위자료청구를 통해 여전히 충분한 구제를 받을 수 있다. 이혼 여부와 무관하게 소를 제기할 수 있고 쌍방귀책대등 항변도 인정되지 않는 등 심리 범위도 비교적 명확하여 신속한 권리 실현이 가능하다는 점에서, 오히려 피해

배우자에게 더 실효적인 구제 수단이 될 수 있다.

V. 결어

선행판결은 이혼위자료청구와 개별유책행위위자료청구의 구별에 관한 확립된 선례들과의 관계를 설명하지 아니한 채, 처분권주의를 위반한 원심의 결론을 아무런 법리적 설시 없이 수긍하였다. 그 결과, 이를 부정행위 상대방에 대한 이혼위자료청구권의 존재 자체를 부정하거나 이혼위자료청구권의 소멸시효 기산점을 부정행위 발각시점으로 보는 선례로 오해한 하급심 판결이 상당수 출현하였고, 법적 불안정의 파장은 결코 작지 않았다.

연구대상판결은 바로 이 혼란을 정면에서 직시하고 바로잡았다. 원심의 처분권주의 위반을 명확히 지적하는 한편, 이혼위자료청구와 개별유책행위위자료청구의 개념적 경계를 뚜렷이 함으로써 선행판결이 남긴 혼란을 정리하였다. 나아가 대법원은 연구대상판결에서 이혼위자료청구권의 단기소멸시효는 유책배우자에 대한 청구이든 부정행위 상대방에 대한 청구이든 혼인이 해소된 때로부터 비로소 진행된다는 점을 최초로 명시적으로 선언하였다. 이 점에서 연구대상판결이 갖는 의의는 결코 가볍지 않다.

그러나 동시에, 연구대상판결이 부정행위 상대방의 이혼위자료지급책임을 원칙적으로 긍정하는 종래 입장을 아무런 논거의 보강 없이 그대로 답습한 부분에 대해서는 아쉬움을 금하기 어렵다. 이혼법의 세계적 흐름이 유책주의에서 파탄주의로 무게중심을 옮겨가고 있는 오늘날, 부정행위 상대방의 이혼위자료지급책임을 특단의 사정—그가 단순히 부정행위에 가담하는 데 그치지 않고 해당 부부의 이혼을 적극적으로 의도하여 혼인관계에 부당하게 간섭하는 등 부부를 부득이한 이혼에 이르게 하였다고 평가할 수 있는 사정—이 있는 경우에 한하여 인정하는 방향으로 판례를 변화시킬 때가 되었다고 생각한다.

혼인의 해소는 근본적으로 부부 쌍방의 의사에 달린 문제이며, 통상적으로는 제3자가 그 결정의 직접적 원인이 된다고 보기 어렵다. 이혼소송의 무게 중심이 위자료

지급 책임의 소재를 가리는 소모적 공방 대신, 자녀의 양육과 이혼 후 부양이라는 보다 건설적이고 미래지향적인 문제에 놓이기 위해서는, 부정행위 상대방의 이혼위자료지급책임에 관한 판례의 전환이 필요하다. 다만 이와 함께, 이혼급부 제도의 도입 등 이혼 후 부양 체계의 강화를 통해 피해 배우자의 실질적 보호를 두텁게 하는 가족법 개정 논의 역시 병행되어야 할 것이다.

연구대상판결이 정리한 법리적 기반 위에서, 부정행위 상대방의 이혼위자료지급책임을 둘러싼 학계와 실무계의 논의가 한층 깊고 활발하게 전개되기를 기대한다.

【참고문헌】

1. 단행본 및 주석서

법원실무제요 가사[Ⅰ], 법원행정처(2021)

법원실무제요 가사[Ⅱ], 법원행정처(2021)

곽윤직 편집대표, 민법 주해 [XIX], 박영사

민유숙 집필대표, 주석민법[친족1], 한국사법행정학회(2025)

윤진수 편집대표, 주해친족법 제1권, 박영사(2015)

김용덕 편집대표, 주석민법[채권각칙 6], 한국사법행정학회(2022)

2. 논문

강지웅, “이혼을 원인으로 하는 위자료청구에서 혼인관계의 파탄 이후 최종적 이혼에 이르기까지 발생한 사정을 위자료 산정의 고려요소로 삼을 수 있는지 여부“, 대법원판례해설(2024하)

김미경, “프랑스민법상 이혼배우자에 대한 보상금부의 법적 성질과 현황“, 가족법연구 제35권 2호(2021)

김숙자, “이혼으로 인한 재산분할청구권”, 민법학의 회고와 전망: 민법전 시행 30주년 기념논문집(1993)

김영갑, “재산분할청구권”, 사법논집 제22집, 법원도서관(1991)

민유숙, “이혼과 관련된 손해배상청구의 관할과 처리“, 서울가정법원 실무연구 (10)(2005)

박설아, “제3자에 대한 이혼위자료청구권과 소멸시효“, 가족법연구 제37권 2호(2023)

박순성, “이혼을 원인으로 하는 손해배상청구권의 법적 성격”, 재판자료 제62집 (1993)

백경현, “이혼 위자료에 관한 쟁점“, 가족법연구회 2025년도 정기세미나 발표자료

서종희, “배우자에 대한 정조의무 위반과 이혼위자료“, 가족법연구 제32권 1호(2018)

서종희, “이혼원인 위자료와 이혼자체 위자료의 준별“, 안암법학 64권(2022)

송방아, “혼인관계 파탄으로 인한 위자료청구권과 관련한 실무적 쟁점“, 법조 제74권 제1호(2025)

엄상필, “재판상 이혼 및 위자료 사건에 관한 몇 가지 문제”, 가사조정 제4호, 서울가정법원 조정위원회(2001)

이동국, “제3자의 부정행위 가담으로 인한 불법행위의 성립“, 저스티스 97호(2007)

이동진, “부부관계의 사실상 파탄과 부정행위에 대한 책임:비교법적 고찰로부터의 시사”, 서울대학교 법학 제54권 제4호(2013. 12.)

이현재, “이혼위자료의 법적 성격 및 지연손해금의 기산일 등“, 민사법의 새로운 전개, 용봉민사법학회(2006)

정용신, “부정행위원인 이혼사건을 중심으로 본 보호장치 있는 파탄주의의 도입 검토“, 민유숙 대법관 퇴임기념 재판자료집(2023)

조은래, “배우자의 부정행위 상대방에 대한 위자료청구“, 법학연구 40집, 한국법학회(2010)

한삼인·김상현, “혼인 파탄 후 제3자의 부부 일방과의 성적 행위에 따른 불법행위 성립 여부“, 한양법학 제32권 제4호(2015)

한봉희, “위자료청구권의 제문제”. 민사법과 환경법의 제문제(송헌 안이준박사 회갑기념), 박영사(1986)

황경웅, “이혼 위자료의 지연손해금의 기산일에 관하여“, 서울가정법원 실무연구 제 IV권(1998)