

□ 약혼 및 파혼

I. 약혼

약혼이란, 두 남녀가 혼인할 것을 약속하는 것이다. 약혼식을 하는 경우도 있지만 약혼에 특별한 방식이 있는 것은 아니다. 성년에 달한 자는 자유로이 약혼할 수 있으며, 18세가 된 사람은 부모나 미성년후견인의 동의를 받아 약혼할 수 있다. 피성년후견인의 경우도 부모나 성년후견인의 동의를 받아 약혼할 수 있다.

약혼을 하면 양 당사자는 서로 혼인관계를 성립시킬 의무를 부담한다. 그리고 이러한 의무를 이행하지 않을 경우 당사자 일방은 과실있는 상대방에 대하여 손해의 배상을 청구할 수 있다. 다만 약혼의무를 이행하지 않는다고 강제이행을 청구할 수 없다.

II. 파혼

파혼은 두 사람이 합의한다면 아무런 이유 없이도 언제든지 가능하다. 그러나 약혼이 혼인을 강제할 수 있는 것은 아니라고 하더라도, 약혼도 약속인 이상 합의가 없다면 아무런 이유 없이 깨뜨릴 수는 없다. 민법에서 정하고 있는 약혼해제의 사유는 다음과 같다.

1. 약혼 후 자격정지 이상의 형을 선고받은 경우
2. 약혼 후 성년후견개시나 한정후견개시의 심판을 받은 경우
3. 성병, 불치의 정신병, 그 밖의 불치의 병질(病疾)이 있는 경우
4. 약혼 후 다른 사람과 약혼이나 혼인을 한 경우
5. 약혼 후 다른 사람과 간음(姦淫)한 경우
6. 약혼 후 1년 이상 생사(生死)가 불명한 경우
7. 정당한 이유 없이 혼인을 거절하거나 그 시기를 늦추는 경우
8. 그 밖에 중대한 사유가 있는 경우

□ 혼인

I. 혼인의 성립요건

민법이 정하는 혼인의 성립요건은 크게 형식적 요건과 실질적 요건으로 구분할 수 있다.

1. 실질적 요건

혼인이 성립하기 위한 실질적 요건은 다음과 같다. ① 당사자 사이에 혼인의사의 합치가 있어야 한다. 혼인의 의사란, 부부관계를 성립시킨다는 의사이다. 따라서 당사자의 합의가 없는 부모끼리의 정혼, 가족관계등록부 상으로만 부부가 되는 것처럼 가장하기 위한 혼인(가장혼), 동거를 하지 않기로 하는 약정에 의한 혼인 등은 혼인의사의 합치가 없는 경우이다. ② 혼인적령에 달하여야 한다. 즉, 만 18세 이상이어야 한다. 다만 미성년자의 경우 부모의 동의를 얻어야 하고, 피성년후견인은 부모 또는 성년후견인의 동의를 있어야 한다. ③ 근친혼이 아니어야 한다. 헌법불합치 결정(헌재결 1997. 7. 13. 95헌가 6 내지 13)이 있었던 동성동본금혼제도가 폐지되어 현재는 (i) 8촌 이내의 혈족, (ii) 6촌 이내의 혈족의 배우자, 배우자의 6촌 이내의 혈족, 배우자의 4촌 이내의 혈족의 배우자인 인척이거나 이러한 인척이었던 자 사이, (iii) 6촌 이내의 양부모계의 혈족이었던 자와 4촌 이내의 양부모계의 인척이었던 자 사이에서는 혼인하지 못하도록 하고 있다. ④ 중혼이 아니어야 한다. 우리 민법은 일부일처제를 채택하고 있으므로 전혼관계(前婚關係)가 해소되지 않는 한 다시 혼인할 수 없다. 한편 여자의 경우 재혼금지기간(6월)을 경과하여야 혼인할 수 있었으나 이 규정도 삭제되었다.

2. 형식적 요건

우리나라는 법률혼주의를 채택하고 있으므로 혼인신고를 하여야 혼인이 성립하게 된다. 혼인신고를 하지 않으면 아무리 부부관계를 수십 년간 계속하였다 하더라도 법률상 혼인으로 인정되지 않는다. 혼인신고는 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」이 정하는 바에 의하여 신고함으로써 효력이 생기며, 혼인신고는 당사자 쌍방과 성년자인 증인 2인의 연서한 서면으로 하여야 한다.

II. 혼인의 무효

혼인의 무효원인으로는 다음과 같은 것이 있다. ① 당사자 간에 혼인의사의 합치가 없는 경우, ② 당사자 간에 8촌 이내의 혈족(친양자의 입양 전의 혈족을 포함한다)관계가 있는 때 ③ 당사자 간에 직계인척관계가 있거나 있었던 때, ④ 당사자 간에 양부모계의 직계혈족관계가 있었던 때에는 혼인이 무효가 된다.

혼인이 무효가 되면 그 혼인은 처음부터 아무런 효과도 생기지 않는다. 따

목차

- 약혼 및 파혼
- 혼인
- 이혼

더 알아보기

□ 혼인을 전제로 한 성관계

성관계를 맺었더라도 상대방이 원하지 않으면 결혼을 강요할 수 없다. 만약, 남자가 혼인할 마음이 없으면서 결혼할 것처럼 속여서 성관계를 가졌다면, 상대방은 그를 형사상 혼인빙자간음죄로 고소할 수 있다고 총래 형법이 규정하고 있었지만 2009년 11월 26일 헌법재판소는 이 규정을 위헌이라고 판단했다.

NOTE

라서 무효인 혼인에 기하여 발생된 법률효과 역시 무효가 된다. 혼인에 기하여 발생된 상속이나 그 밖의 권리변동은 무효로 되고, 그 자녀는 혼인 외의 출생자가 된다. 혼인이 무효가 되면 당사자 일방은 과실 있는 상대방에 대하여 재산상의 손해와 정신상의 고통에 대한 손해배상을 청구할 수 있다.

III. 혼인의 취소

혼인의 취소사유로는 다음과 같은 것이 있다. ① 혼인적령에 미달한 경우, ② 미성년자나 피성년후견인이 동의를 받지 않고 혼인한 경우, ③ 민법 제809조 제2항 및 제3항에 위반한 근친혼, ④ 중혼인 경우. 다만 이 경우 당사자 및 그 배우자, 직계혈족, 4촌 이내의 방계혈족 또는 검사가 그 취소를 청구할 수 있다. ⑤ 혼인당사자 일방에 부부생활을 계속할 수 없는 악질 기타 중대한 사유가 있는 경우, ⑥ 사기 또는 강박으로 인하여 혼인의 의사표시를 한 경우 등이다.

혼인취소의 경우 일반 법률행위와 달리 기왕에 소급하지 않는다. 혼인취소소송의 경우 가사소송법에 의하여 조정이 선행되어야 한다. 혼인이 판결에 의하여 취소된 경우 이혼과 같이 인척관계는 종료한다. 다만 혼인취소의 경우 효력이 소급하지 않으므로 그동안 혼인에 기하여 발생한 법률관계의 효과는 그대로 유지된다. 또한 혼인의 취소의 경우에도 이혼 후의 양육책임과 면접교섭권에 관한 규정(민법 제837조, 제837조의 2)이 준용된다.

IV. 혼인의 효과

1. 일반적 효력

혼인을 하면 당사자 사이에는 서로 배우자의 신분을 가지게 되고, 상대방의 4촌 이내의 혈족과 혈족의 배우자 사이에 인척관계가 생기는 등 친족관계가 생긴다. 다만 처는 남편의 가에 입적하는 규정과 남편이 장남이 아닌 경우 법정분가가 되는 규정은 삭제되었다.

부부는 서로 동거, 협조, 부양의무를 부담한다. 민법에 적극적인 규정은 없으나 부부간에는 서로 정조를 지킬 의무가 있다. 그리고 미성년자가 혼인을 한 경우 성년에 달한 것으로 본다(이를 성년의제라 한다. : 민법 제826조의 2). 또한 부부 사이의 계약은 혼인 중 언제든지 부부의 일방이 이를 취소할 수 있도록 하고 있다.

2. 재산적 효력

민법은 혼인할 당사자가 혼인 전의 계약으로 일방이 타방의 재산을 관리하게 하는 등 재산관계를 정할 수 있도록 하고 있는데 이를 부부재산계약이라 한다. 혼인성립 전에 체결된 부부재산계약은 혼인 중에는 변경을 하지 못하는 것이 원칙이며, 승계인 또는 제3자에게 대항하기 위해서는 혼인성립 전까지 등기하여야 한다.

부부의 일방이 혼인 전부터 가진 고유재산은 각자의 특유재산이다. 또한

우리 민법은 혼인 중에 자기 명의로 취득한 재산은 그 특유재산으로 한다고 규정하고, 부부의 누구에게 속한 것인지 분명하지 않은 재산은 부부의 공유로 추정한다고 규정하고 있다. 또한 부부는 그 특유재산을 각자 관리, 사용, 수익하도록 하고 있다. 이와 같이 우리나라는 부부별산제를 원칙으로 하고 있다.

부부의 공동생활상 필요한 비용의 부담은 당사자 사이에 특별한 약정이 없으면 부부가 공동으로 부담하도록 하고 있으며, 부부는 공동생활상의 통상의 사무(이를 일상가사라 한다)에 필요한 법률행위에 대하여 서로 대리할 수 있도록 하고 있다. 이를 일상가사대리권이라 한다. 이 경우 대리권의 제한은 선의의 제3자에게 대항할 수 없고, 일상가사로 발생한 채무에 대하여는 부부가 연대하여 책임을 부담하도록 하고 있다.

V. 사실혼

사실혼이란, 혼인의사를 가지고 동거하여 실질적으로는 부부로서의 생활을 하고 있지만 법이 정한 혼인신고를 하지 않았기 때문에 법률상 혼인으로 인정되지 않는 사실상의 부부관계를 말한다. 사실혼 상태에 있는 경우 혼인신고를 전제로 하는 혼인의 효과(예를 들면 중혼, 금지, 친족관계의 발생, 상속 등)를 인정할 수 없으나 그 밖의 효과는 사실혼에도 인정된다고 해석된다.

□ 이혼

이혼은 혼인을 해소하는 한 방법이다. 이혼 이외에 혼인의 해소방법은 배우자의 사망이 있다. 이혼은 크게 협의상 이혼과 재판상 이혼이 있다.

I. 협의상 이혼

1. 부부는 협의에 의하여 이혼할 수 있다. 피성년후견인은 부모 또는 성년후견인의 동의를 얻어야 한다.

2. 협의상 이혼은 당사자 사이에 이혼의사의 합치가 있어야 한다. 협의이혼 역시 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」이 정한 바에 의하여 신고함으로써 성립한다. 다만 협의이혼의 경우 당사자 간의 이혼의사의 합치 외에 가정법원이 제공하는 이혼에 관한 안내를 받아야 하고, 가정법원은 필요한 경우 당사자에게 상담에 관하여 전문적인 지식과 경험을 갖춘 전문상담인의 상담을 받을 것을 권고할 수 있다.

3. 가정법원에 이혼의사의 확인을 신청한 당사자는 이 안내를 받은 날부터 일정한 기간이 지난 후에 이혼의사의 확인을 받을 수 있다. 이를 이혼숙려기간이라고 한다. 그 기간은 (i)양육하여야 할 자(포태 중인 자를 포함)가 있는 경우에는 3개월, (ii)그 밖의 경우에는 1개월이다. (iii)다만, 가정법원은 폭력으로 인하여 당사자 일방에게 참을 수 없는 고통이 예상되는 등 이

혼을 하여야 할 급박한 사정이 있는 경우에는 이혼숙려기간을 단축 또는 면제할 수 있다.

II. 재판상 이혼

재판상 이혼은 법률에 정해진 이혼원인이 있음에도 이혼협의를 이루어지지 않은 경우 부부의 일방이 청구하는 이혼이다. 재판상 이혼은 조정을 거쳐 가정법원에 청구하여야 한다.

재판상 이혼의 원인은 ① 배우자에 부정한 행위가 있었을 때, ② 배우자가 악의(여기서의 악의는 단순히 알았다는 의미보다는 좀 더 적극적인 의미로 사회적 비난을 받을 만한 윤리적 요소를 포함하고 있다.)로 다른 일방을 유기한 때, ③ 배우자 또는 그 직계존속으로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때, ④ 자기의 직계존속이 배우자로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때, ⑤ 배우자의 생사가 3년 이상 분명하지 아니한 때, ⑥ 기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때이다. 다만 재판상 이혼 사유가 존재한다 하더라도 혼인을 회복시킬 수 없을 정도로 파탄시킨 데 대하여 전적으로 또는 주로 책임이 있는 배우자의 이혼청구는 받아들여지지 않고 있다. 이를 이혼에 있어서 유책주의라 한다.

III. 이혼의 효과

1. 일반적 효과

이혼을 하면 부부관계는 소멸한다. 즉, 부부사이에 생긴 모든 권리의무는 소멸하게 된다. 또한 혼인에 의하여 배우자의 혈족과의 사이에 생긴 인척관계는 이혼에 의하여 소멸한다.

2. 자에 대한 효과

부모가 이혼을 하게 되면 자식에 대하여 친권을 행사할 자를 정하여야 한다. 일반적으로 부부의 협의에 의하여 정하게 되나 협의가 이루어지지 않으면 가정법원이 정하게 되며, 재판상 이혼인 경우 가정법원이 직권으로 친권자를 정한다. 또한 자식의 양육문제를 협의하여 정하여야 하는데 이 역시 부모가 협의하여 정하게 되고, 협의가 이루어지지 않으면 가정법원에서 정하게 된다. 자식을 직접 양육하지 않는 부모 중 일방은 면접교섭권을 가지게 된다.

3. 재산상의 효과

이혼(협의이혼, 재판상 이혼 모두 해당)을 한 당사자 일방은 타방에 대하여 재산의 분할을 청구할 수 있다. 이 제도는 부부별산제 하에서 혼인 중에 부부 일방의 재산을 유지하거나 증가시킴에 있어 다른 일방이 기여한 몫을 청산하게 하고 아울러 생활능력이 약한 배우자에 대하여 이혼 후에도 타방이 부양의무를 부담하게 하는 것이 타당하다는 생각에 기초하고 있다.

더 알아보기

□ 동거와 사실혼의 차이

동거와 사실혼을 구별하는 요소는 혼인 의사의 합치와 부부 공동의 생활이다. 동거는 위 두 가지 요건 중 부부 공동의 생활은 영위하고 있으나 서로 혼인할 의사가 없는 것이므로 사실혼과 달리 법의 보호를 받지 못한다.

NOTE

재산분할청구권은 이혼 한 날로부터 2년이 경과하면 행사할 수 없다.

재판상 이혼의 경우 이혼피해자는 과실 있는 상대방에 대하여 재산상의 손해와 정신적 고통에 대한 손해배상청구를 할 수 있다.

NOTE

□ 유책주의와 파탄주의

유책주의는 배우자가 동거·부양·정조 등 혼인 의무에 위반되는 행위를 저질러 이혼 사유가 명백하면 상대 배우자에게만 재판상 이혼청구권을 인정하는 것으로, 부정을 저지른 배우자의 이혼청구를 엄격하게 제한해 가정 파탄에 책임이 없는 배우자를 보호할 수 있도록 한 제도다. 반면에, 파탄주의는 혼인관계가 사실상 회복될 수 없을 만큼 파탄 났다면 어느 배우자에게도 책임을 묻지 않고 이혼을 허용하는 제도를 말한다.

우리 대법원은 유책주의 입장을 유지해 왔는데, 시대가 변하면서 누구에게 잘못이 있는지를 떠나 현실적으로 혼인 생활을 이어갈 수 없다면 이혼을 인정해야 한다는 파탄주의를 적용하는 움직임이 계속되면서, 유책주의 원칙 하에서 예외적으로 파탄주의 적용 범위를 점차 늘려왔다.