

기 때문에 利得價還請求權이 發生한 것이 되며, 上告理由 또는 筆者가 主張하는 바를 是認하지 않을 수 없
게 될 것이다. 判例가 말하는 「原告가 本件 約束어음上 權利가 節次의 欠缺 또는 時效로 因하여 消滅」한
것이 되기 때문이다. 本判決文을 잘못 判讀하면 原告가 訴外 崔福善에 대하여 가지는 民法上의 債權이 어
음債務者에 대한 어음上의 權利와 同一하다는 結論을 얻게 될 우려가 多分히 있다. 法理論의 精密을 期하
여야 할 大法院判決에서 이러한 用語의 分間을 明白히 하지 않은 것은 些少한 일이라고 넘겨 버리기에는
너무나 重大한 誤謬라 아니 할 수 없다.

鄭 熙 詰

〈筆者——本大學助教授〉

(二) 在外韓國人の婚姻과 離婚原因

檀紀四二九二年民第一六八一號離婚請求事件 (檀紀四二九三年四月五日 서울地方法院民事部判決)

原告 서울特別市龍山區靑波洞二街一〇番地の二六 盧某男 對 被告 서울特別市城北區安岩洞一〇四番地の
一八四(居住美國오하이오州해밀톤市릿치터운즈八一九) 鄭某女.

〔事實〕 原告와 被告는 渡美留學中이던 檀紀四二八九年六月一五日 초오지야州프로이드縣로오마市에서 訴外牧師
J·찬비·발튼 主禮로 婚式을 舉行하여 右州法을 따라 有效히 婚姻한 夫婦(戶籍에의 登載는 未했은)인바 原告는
同年八月末頃까지 同樓하던 미조리州센트루이스市에 被告만을 남긴채 인디애나州所在 學校로 復歸한 後로는 週末正

는 休暇를 타서 被告를 同市로 往訪하여 夫婦生活을 하였으나 兩人的 性格이 相互 融合치 않더니 同四二九〇年 一月以後로는 드디어 別居에 이르렀고 被告는 原告의 同伴 歸國의 勸告를 繼續 滯美하였다는 理由로 이에 應지 않고 歸國同伴을 拒絶하여 同四二九一年八月에 原告로 하여금 單身 歸國을 아니 할 수 없게 하고 그 後 被告는 原告의 婚姻關係의 繼續與否를 決定짓자는 書信에 對하여 該關係의 繼續維持의 意思없음을 明白히 答復 아니라 原告의 再婚까지도 促求하는 表明을 하여 왔으므로 原告는 兩人間의 離婚宣告를 請求하기에 이르렀다.

〔判旨〕 當院이 眞正成立을 認定하는 駐韓美國副領事의 意見書에 依하여 조오지아州法の 婚姻成立은 婚姻證書의 作成으로 이루어진다는 事實과……(中略)……眞正한 婚姻認可書인 事實을 各 推繼할 수 있고……(中略)……原被告는 同姓同本이 아니며 各 父母의 同意를 얻어 婚姻한 事實等을 알 수 있어 兩者의 婚姻에 있어서 그 實質의 要件을 全部가 具備되어 있음을 推繼할 수 있으니 原被告는 禮紀四二八九年六月一日 婚姻舉行地인 右 조오지아州法の 婚姻方式을 따라 婚姻한 者로서 우리 國法上 右 同日에 婚姻한 夫婦로 判定한다.

따라서 按하니 原告本人訊問結果에 依하여 眞正成立이 認定되지는……(中略)……結果를 綜合考覈하면 原告가 離婚原因의 事實로서 主張하는 事實全部를 認定할 수 있는 바 右 原因事實은 民法 第八四〇條第二項에 離婚事由로 規定된 「配偶者가 惡意로 다른 一方을 遺棄한 때」에 該當된다고 할 것이므로 原告가 被告에 對하여 離婚의 宣告를 求하는 本訴請求는 當院이 그 理由있다고 認定하는 바이다……(下略)。

〔評釋〕 本判例에서는 대체로 두 가지 問題에 관하여 다루어 보고자 한다. 즉 하나는 海外韓國人男女의 婚姻成立 특히 그 婚姻의 形式的要件에 관한 問題이요, 또 하나는 本件 離婚原因으로서의 事實을 이른바 「惡意의 遺棄」로서 斷定하는 것이 妥當한가 與否에 관한 問題이다.

一 本件判決의 前提로서 原告 盧男과 被告 鄭女간에 있어서의 婚姻關係가 國法上 有效히 成立된 것이냐에 관한 問題를 檢討하여야 할 것은 離婚問題를 取扱하는데 있어서는 必然的 過程이다. 事實에 비추어 보건대 兩人은 美國 조오지아州法에 따라서는 有效히 婚姻한 夫婦이었으나 民法 第八一二條, 第八一四條 및 戶

籍法第七六條、第七七條에 의한 婚姻申告는 履行치 않았으며, 따라서 戶籍에 依據한다면 國法上有效한 婚姻關係의 成立乃至 存續을 認定할 수 없다. 그것은 民法上 婚姻申告는 一種의 創設의 申告이므로 婚姻이란 申告에 의하여 夫로서 또는 妻로서의 身分關係가 創設되는 身分行爲이며 따라서 申告以前에는 事實上 아무리 完全한 夫婦關係가 存在하지라도 法律上으로는 夫婦關係가 認定될 수 없는 까닭이다. 그러나 外國에 居住하는 韓國人男女간의 婚姻成立에 있어서는 이와 같은 申告主義 또는 申告自體의 身分關係創設性에 例外가 認定되는 경우가 있다. 대체로 國法上 外國에 있는 韓國人男女가 有效한 婚姻을 함에는 그 方式 즉 形式的要件에 관한한, 다음과 같은 세 가지 方法이 있다.

1 外國에 있는 韓國人男女는 夫의 本籍地 또는 住所地(入夫婚姻 또는 孀養子인 경우에는 妻의 本籍地 또는 住所地)를 管轄하는 市·邑·面의 長에게 婚姻申告를 할 수 있다(民法第八一二條)。이러한 경우에는 國內에 있어서 委託 또는 郵送에 의하여 婚姻申告書가 當該公務員에게 提出되는 경우와 전혀 同一하다.

2 外國에 있는 韓國人男女는 그 外國에 駐在하는 우리나라의 大使·公使 또는 領事에게 婚姻申告를 함으로써 婚姻關係를 有效히 成立시킬 수 있다(民法第八一四條)。이른바 外交婚 또는 領事婚이다. 이러한 경우에는 우리나라의 大使·公使 또는 領事는 國內에 있어서의 戶籍公務員과 同一한 職務를 行하는 것이므로 婚姻申告가 있는 경우에는 이에 대한 受理 또는 不受理의 處分을 하여야 한다(民法第八一三條)。그래서 受理의 處分을 行한 경우에는 戶籍記載를 위하여 一個月以內에 外務部長官을 經由하여 本人의 本籍地를 管轄하는 市·邑·面의 長에게 그 申告書를 發送하여야 하는 것이다(四一四條)。그러나 婚姻成立의 時期는 當事者의 意思를 絕對的으로 尊重하여야 할 身分行爲의 本質上 大使·公使 또는 領事가 婚姻申告를 受理한 때이며 戶籍簿에의 記載가 있는 때가 아니다.

3 外國에 있는 韓國人男女는 그 外國法이 定한 方式에 따라서 婚姻關係를 有效히 成立시킬 수 있다 (法例第八條二項、第一三條第一項但書)。 이러한 경우에는 婚姻은 그 外國法이 定한 方式에 따름으로써 그 時日에 有效히 成立 되는 것이나 이와 같이 하여 成立된 婚姻을 戶籍에 記載케 하기 위하여 戶籍法은 특별한 節次規定을 設定 하고 있다. 즉 그 外國法이 定한 方式에 의하여 婚姻事件에 관한 證書를 作成케 한 경우에는 一個月以內 에 그 地域을 管轄하는 在外公館의 長에게 그 證書의 謄本을 提出하여야 하고(戶籍法第四條第一項)、 在外公館의 長은 受理한 婚姻證書를 一個月以內에 外務部長官을 經由하여 本人의 本籍地의 市·邑·面의 長에게 發送하지 않으면 안된다(戶籍法第四條第一項)。 또 만약 그 地域이 在外公館의 管轄에 屬하지 않는 경우에는 當事者가 直接 그 婚姻證書를 一個月以內에 自己의 本籍地를 管轄하는 市·邑·面의 長에게 發送하여야 하는 것이다(戶籍法第四條第二項)。

그런데 本件事實에 의하면 原告 盧男과 被告 鄭女는 美國 조지아州에서 그 州法이 定하는 方式에 따라서 美人牧師의 主禮下에서 婚姻式을 舉行하여 州法上 有效한 婚姻關係를 成立시켰음은 明白한 바이므로 本件의 경우 婚姻의 方式은 上述한 바 第三의 方法에 의한 것이라고 볼 수 있다. 그러나 역시 事實에 의하면 兩當事者는 戶籍法第四〇條第一項에 定한 바에 의하여 在外公館의 長에게 婚姻證書를 提出한 바 없었고 따라서 戶籍에의 登載를 畢하지 못하였다. 그러면 民法第八二條第一項이 「婚姻은 戶籍法에 定한 바에 의하여 申告함으로써 그 效力이 생긴다」고 하여 婚姻의 形式의 成立要件으로서 申告를 要함을 規定한 條文은 本件의 경우에 있어서 어떠한 效力을 가지게 되는 것인가가 問題되지 않을 것이다. 생각컨대 우리나라에 있어서는 申告로써 婚姻의 成立을 法的으로 認定하는 申告婚主義를 採用하고 있으므로 婚姻申告가 創設的 申告事項에 屬한다는 것은 勿論이나, 이와 같은 身分關係를 創設하는 婚姻申告의 性格은 婚姻의 方式이 前記 第三의 方法에 의한 경우에 한하여서는 變轉되는 것으로 본다. 즉 우리나라 法例 第一三條第

一項은 「婚姻成立의 要件은 各當事者에 關하여 그 本國法에 의하여 이를 定한다。但 그 方式은 婚姻舉行 地의 法律에 依한다」고 規定하여 婚姻成立의 要件 즉 婚姻成立의 實質的 要件에 關하여는 當事者의 本國法 主義를 취하되 婚姻成立의 方式 즉 婚姻成立의 形式的 要件에 關하여는 婚姻舉行地法主義를 취하고 있다。 그러므로 本條第一項但書에 의하여 外國에서 婚姻을 成立시키고져 하는 韓國人男女는 婚姻의 形式的 成立 要件에 關한 한, 그 外國法이 定한 法律에 따라서 婚姻을 舉行하면 足하고 戶籍에의 登載與否에 의하여 婚姻成立에 直接의 인 影響을 招來하는 것은 아니다。勿論 戶籍法은 이러한 경우에 있어서도 當事者로 하여금 海外公館의 長 또는 本籍地의 市·邑·面의 長에게 婚姻證書를 提出할 것을 要求하고는 있으나 (戶籍法第四條) 換 第四一條) 그것은 前記 第一 또는 第二의 方式에 의한 婚姻成立의 경우와 같이 申告自體가 夫婦로서 의 身分關係를 創設하는 性格을 가지는 것이 아니고 오히려 在外本國人之 身分動態의 把握 乃至 戶籍整理上 의 必要에서 要請되는 節次規定에 不週하다고 解釋하여야 할 것이다。要컨대 前記 第三의 方式에 의한 婚姻成立에 있어서의 申告는 創設의 申告가 아니고 報告의 申告의 一種으로 取扱하여야 할 것으로 본다。

따라서 判旨에서 本件婚姻關係가 戶籍에의 登載가 履行되지 않고 있음에도 不拘하고 우리나라 民法이 定한 바에 의한 實質的 成立要件을 具備하고 또 美國 조오지아州法이 定한 바에 의한 方式 즉 形式的 成立要件을 具備하고 있음은 指摘함으로써 法律上 有效한 夫婦關係의 成立을 認定하였음은 正當하다。

(註) 本離婚訴訟이 提起된 當時 訴狀을 接受한 서울地方法院人事課에서는 本事件에 言及하여 그들이 美國 조오지아州 法에 따라 法律上 夫婦가 되었으나 駐美韓國大使館에 申告하지 않았으므로 우리나라 法律上의 夫婦는 될 수 없으며 따라서 離婚訴訟을 提起한 訴請理由가 없다고 見解를 表明하여 訴訟結果에 關하여 世人의 關心을 끌은 바 있었으나(단기四二九二年 六月一〇日字 한국일보副刊三面), 이러한 見解는 法例關係條文의 解釋上 甚한 誤謬라 하지 않을 수 없다。

二 다음에는 離婚原因에 관하여 보기로 한다. 우선 現行民法上の 裁判上 離婚에 관한 諸規定을 본다면 舊依用民法에 比하여 改正된 點이 적지 않다. 그 중 重要な 點의 하나는 舊依用民法이 離婚原因을 限定的으로 列擧하고 있었음에 比하여(舊依用民法 第八三條), 現行民法은 이른바 相對的 離婚原因主義를 採用하여 例示한 個別的 離婚原因 以外에 「婚姻을 繼續하기 어려운 重大한 事由가 있을 때」에는 離婚을 認定하고자 하는 態度이다. 그리고 이와 關聯하여 舊依用民法上の 個別的・列擧的 離婚原因을 整理하여 극히 重要な 事實만을 例示함에 그치고 있다(民法第八). 이제 具體的으로 新・舊法兩者의 離婚原因을 比較하여 보면 첫째, 舊依用民法第八一三條第一號의 重婚事由 同條第二號・第三號의 姦通事由는 現行民法第八四〇條第一號의 不貞事由에 包含될 것이며 둘째, 舊依用民法第八一三條第六號의 遺棄事由는 現行民法第八四〇條第二號와 同一하며 셋째, 舊依用民法第八一三條第七號・第八號의 虐待・侮辱事由는 現行民法第八四〇條第三號・第四號의 不當待遇事由에 包含될 것이며 넷째, 舊依用民法第八一三條第九號의 生死不明事由는 現行民法第八四〇條第五號와 同一하며 다섯째, 舊依用民法第八一三條第四號의 犯罪事由는 現行民法第八四〇條第六號의 重大事由에 包含될 수 있을 것이다. 이와 같이 現行民法은 舊依用民法上の 個別的이고 列擧적이었던 離婚原因을 檢討하여 극히 重要な 事由만을 例示하였을 뿐만 아니라 個別列擧的 規定의 不充分的 點을 補充하기 위하여 相對的原因主義를 採用하고 있기는 하나, 實際條文適用上으로는 例컨대 不貞行爲와 不當待遇 또는 生死不明과 遺棄等 사이에 있어서와 같이 흔히 因果的인 關聯아래서 事實判斷에 混亂이 惹起되는 경우가 많을 것이므로 民法第八四〇條各號規定에 관하여는 觀念上의 區別이 必要하다. 이러한 意味에서 本件 判決理由中 離婚原因으로서의 事實에 대한 吟味가 要請되는 바, 前言컨대, 筆者는 事實에 비추어 本件 離婚原因이 民法第八四〇條第三號가 規定하는 「配偶者에 依한 不當待遇」 또는 同條第六號가 規定하는 「婚姻을 繼續

하기 어려운 重大한 事由」에 該當하지 않음이 생각하는 바이다.

대체로 遺棄란 正當한 理由없는 同居義務·扶養義務(民法第八二條第一項)의 繼續的인 不履行이라 할 수 있다. 日本의 學說 및 判例는 遺棄의 意義를 극히 廣範하게 解釋하여 夫婦로서의 生活義務 즉 同居·協助·扶養의 義務의 不履行을 遺棄라고 하는 것이 一般的見解인 듯 하나 日本現行民法은 舊民法上的 離婚原因을 改正하여 從來의 離婚原因으로서 規定한 바 있었던 「虐待·侮辱(舊日本民法第八一三)을 削除하여 「遺棄」(七〇條第二號) 또는 「婚姻을 繼續하기 어려운 重大한 事由」(同條第五號)에 吸收시킨 點을 잊을 수 없다. 그러므로 이와 같은 日本民法과는 規定樣式이 다른 우리나라 現行民法上的 解釋으로서는 前述한 바와 같은 日本의 多數見解를 追從할 수 없고 오히려 遺棄의 意義를 舊依用民法上에 있어서 보다 狹少하게 다루는 立場에서야 할 것이 아닐가. 그렇다면 民法第八四〇條第二號의 配偶者의 遺棄란 夫婦로서의 同居義務의 不履行 또는 經濟的扶助義務의 不履行으로 보고 其他 精神的·肉體的協助義務의 不履行은 同條第三號의 配偶者에 의한 不當한 待遇에 該當하는 것으로 解釋하여야 할 것이다. 過去 舊依用民法時代의 判例를 본다면 主로 同居不履行, 生活費의 不給·無斷出家·配偶者의 身上不顧 등의 事實을 遺棄의 事由로 認定하고, 蓄妾·肉體的加害·訴訟提起 등의 事實을 虐待·侮辱의 事由로 認定하였었다. 그러나 遺棄와 虐待·侮辱간의 區別標準은 모호하여 離婚強要(단기四二八七年民第八二八號), 配偶者가 아닌 態度로써 同居不履行(단기四二八七年民第二〇三號), 無斷外出(단기四二八八年民第一五五八號), 同居拒否(단기四二八八年民第一九六八號) 등의 事實을 虐待·侮辱의 事由로 認定하고 또는 肉體的加害(단기四二八二年民第一三九號)·蓄妾(단기四二八九年民第七五七號)·姦通行爲(단기四二八九九年民第二五七號) 등의 事實을 遺棄의 事由로 認定한 判例도 없지 않았다. 勿論 이와 같은 判例上的 混線은 離婚原因으로서의 遺棄와 虐待·侮辱이 서로 併存하거나 因果로서 나타나는 경우가 普通이었기 때문일 것이나 根本의 으로는 兩者간의

觀念上區別이 不明確한데 起因한 것이 아니었을까 생각된다. 그리고 國內의 見解로서는 舊依民法上「同居에 堪忍하기 어려운 虐待 또는 重大한 侮辱」은 現行民法上「甚히 不當한 待遇」에 該當하는 것이라고 解釋하는 것이 一般的이나 (鄭光鉉教授著「新親族相續法要論」二八四面、金麟洙、金容漢共著「新親族相續法講義」一八〇面) 用語의 概念上 不當한 待遇는 虐待・侮辱보다 範圍가 더욱 넓은 것으로 理解된다. 따라서 同居拒否・生活費不給 등과 같이 夫婦로서의 同居 또는 扶養義務의 不履行을 遺棄에 該當하는 事由로 보고 肉體的・精神的 加害・惡言 등과 같이 同居・扶養의 義務를 除外한 夫婦로서의 協助義務의 不履行을 不當한 待遇라고 보는 것이 妥當한 것이다. 以上과 같은 見解에서서 本件事實을 보건대 우선 當事者간의 扶養義務에 관하여는 問題될 餘地가 없고 被告 鄭女에 의한 同居義務의 不履行이 問題될 따름이다. 事實에 의하면 被告 鄭女는 原告 盧男에 의한 同伴歸國의 勸告에 不應함으로써 間接的으로 同居를 拒否한 듯이 認定되고 있으나 被告 鄭女の 滯美繼續에 대한 理由가 被告 鄭女의 事情으로 보아 正當한 것이었다 라면 (但, 事實에 의하) 原告 盧男은 別居를 甘受하여야 하며 그것은 法律上 同居義務의 不履行이 成立될 수 없다. 만약 原告 盧男의 歸國勸告가 夫로서의 居所指定權의 行使 (民法第八二條第二項)를 意味하는 것이었다 라면 被告 鄭女에게 從前 兩人的 在美居所를 떠날 수 없을 正當한 理由가 있는 以上 그 居所指定權의 行使는 身分權의 濫用이 되지 않을 수 없다. 뿐만 아니라 兩人은 在美當時 原告인 夫의 學究을 위하여 別居에 合意한 바 있었고 原告 盧男은 週末 또는 休暇를 利用하여 被告 鄭女の 居所를 往訪하여 夫婦生活를 繼續하였다. 그런데 이와 같이 夫婦生活를 繼續하는 동안에도 兩人的 性格融合이 서로 圓滿하지 않았으나 被告 鄭女가 同居를 拒否하지 않았음은 事實에 의하여 明白하다. 따라서 本件의 경우 同居義務의 違反은 認定될 수 없다. 그러나 이와 같이 被告 鄭女가 同居를 拒絶하지는 않았았을지라도 原告 盧男이 單身歸國後 婚姻關係의 繼續與否를 決定짓자는 書信에 대하여 婚姻關係의 繼續維持의 意

思가 없음을 表明하고 또한 原告 盧男의 再婚을 促求하였음은 配偶者에 대한 重大한 侮辱이 아닐 수 없다. 勿論 心理的 過程으로서는 被告 鄭女가 上記와 같은 意思를 明白히 하였을 때에는 이미 同居義務의 履行과 위는 念頭에도 없었을 것이다. 그러나 本件의 경우 被告 鄭女가 그와 같은 意思를 表明한 當時의 距離의 事情 自體가 兩人的 同居를 不可能케 하는 것이었고 또한 離婚이란 夫婦로서의 同居義務에 終止符를 찍는 것임은 自明하나 被告 鄭女가 性格不融合으로 不滿을 품었으면서도 夫婦生活을 繼續하였던 前歷을 보아서 原告 盧男이 兩人的 婚姻關係를 如前히 繼續하겠다고 主張한다면 被告 鄭女가 반드시 同居를 拒否한다고는 斷定할 수 없다. 要컨대 本件事實에 비추어 被告 鄭女가 繼續 滯美함에 있어서 正當한 事由가 있는 것으로 前提한다면 夫婦로서의 同居義務의 不履行은 成立될 수 없으며 따라서 遺棄의 事實을 認定할 수 없다. 그러나 被告 鄭女는 原告 盧男에 대하여 配偶者로서는 行할 수 없는 重大한 侮辱을 加하고 또 根本的으로 兩人的 性格不融合이 婚姻關係를 繼續하기 어려운 重大原因이 되어 왔음을 認定할 수 있다.

以上과 같은 理由에서 結果的으로 本判決이 離婚請求를 認容하였음에 대하여는 贊成한다. 그러나 그 理由로써 本件事實을 民法第八四〇條第二號「配偶者가 惡意로 다른 一方을 遺棄한 때」에 該當하는 것으로 認定하였음에 대하여는 贊成할 수 없는 바이며, 차라리 同條第三號「配偶者로 부터 甚히 不當한 待遇를 받았을 때」 또는 同條第六號「其他 婚姻을 繼續하기 어려운 重大한 事由가 있을 때」로써 理由삼았음이 妥當하였을 것이다.

金 容 漢

〈筆者——建國大學校助教授〉