「국제법무」 제11집 제1호, 2019. 5. 30.
제주대학교 법과정책연구원

독일의 별거제도와 시사점*

German Marital Separation System and Implications

조 은 희**
Cho, Eun-Hee

목 차

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 독일 이혼법의 변화와 별거제도
Ⅲ. 현행 독일 별거제도의 내용
Ⅳ. 별거제도의 도입을 위한 시사점
Ⅴ. 맺는말

국문초록

우리나라는 이혼 이외에 별거제도를 두고 있지 않다. 이에 부부가 별거하는 경우 혼인과 동일한 법적 효과가 적용된다. 그러나 별거는 혼인의 실체인 부부공동생활이 존재하지 않는다는 점에서 혼인상태와 다르며 아직 이혼하지 않았기 때문에 이혼과도 동일시 할 수 없다. 그러므로 부부의 별거제도를 도입하여 그 현실에 맞게 법을 적용하는 것이 바람직하다고 본다. 이런 의미에서 본 논문은 독일의 별거제도와 우리나라가 별거제도를 도입하게 되는 경우 독일의 제도가 우리에게 주는 시사점을 검토하였다.

우선 본문에서는 독일 이혼법의 변화와 별거제도를 도입하게 된 배경을 설명

논문접수일 : 2018. 04. 01.
심사완료일 : 2018. 05. 03.
게재확정일 : 2018. 05. 09.
* 이 논문은 2019년 제주대학교 학술진흥연구지원사업에 의하여 연구되었음.
** 법학박사 · 제주대학교 법학전문대학원 교수

하였다. 이에 유책주의에서 파탄주의 이혼으로 전환하는 변천과정을 통하여 별거제도의 역할과 배우자의 부양의무 등 관련된 사항들을 검토하였다. 계속해서 독일의 현행 별거제도의 내용을 구체적으로 설명하였다. 독일의 파탄주의 이혼법 하에서 별거기간은 혼인과 이혼의 완충지대의 기능을 하거나 혼인파탄의 객관적 증거로 활용되고 있다. 부부가 이혼에 합의한 경우 1년, 합의하지 못한 경우 3년의 별거기간을 요한다. 독일에서의 부부별거는 부부가 함께 생활하지 않거나 혹은 한 집안에서 생활하는 경우에도 가능하다. 또한 독일민법은 부부별거가 혼인상태도 아니며 이혼한 것도 아니라는 점에서 부부별거 시 여러 가지 규정을 두고 있다: 별거 시 일방이 다른 일방에게 청구하는 부양청구권(독일민법 제1361조), 가재도구에 대한 분할청구권(독일민법 제1361a조), 혼인주택에 대한 분쟁이 있을 경우 누가 혼인주택에 머물 것인가의 결정에 대한 청구(독일민법 제1361b조) 등이 있으며, 또한 부부가 3년 이상 별거하는 경우 법정재산제인 잉여공동제의 청산을 청구할 수 있다(독일민법 제1385조). 이에 본문에서는 부부별거의 규정과 관련 판례 및 그에 대한 해석을 검토하였다. 또한 본 논문에서는 우리나라가 별거제도를 도입할 필요성과 별거제도를 도입하는 경우 현행법의 상황을 고려하여 별거제도에 어떠한 내용을 담을 수 있는가를 살펴보았다.

주제어 : 별거제도, 유책주의, 파탄주의, 이혼법, 숙려기간

Ⅰ. 머리말

일반적으로 부부별거란 혼인공동체가 해체되지 않았으나 부부 중 일방 혹은 쌍방이 혼인공동생활을 거부함으로 함께 생활하지 않는 상태를 말한다. 부부가 직업상, 자녀교육 문제로 함께 생활하지 못하는 경우 이를 서로 용인하였다면 이는 별거라고 할 수 없다.

우리나라는 이혼 이외에 별거제도를 두고 있지 않다. 그러나 서구의 경우 대부분 혼인과 이혼의 중간단계로 별거제도를 두고 있으며, 별거없이 이혼은 가능하지 않다.[1] 가톨릭 국가였던 서구 사회에서 별거제도는 이혼금지원칙을 고수

하기 위한 수단으로 활용되었다. 그러나 별거제도는 서구 사회의 변화에 따라 이혼법이 유책주의에서 파탄주의로 전환되면서 혼인관계의 파탄을 객관적으로 증명하는 역할을 하게 되었다.

우리나라의 경우 서구의 이혼금지원칙이라는 역사적 혹은 종교적 배경은 없었으나 가부장적 남성중심주의 사회에서 이혼은 자유롭지 않았다. 1911년부터 1966년까지 이혼율에 대한 통계조사에 의하면 이혼율이 평균 0.5%를 넘지 못하였다. 당시 부에게는 축첩이 가능했던 반면 여성은 일부종사와 인내의 미덕이라는 유교적 교훈이 강요되어 왔기 때문에 이혼을 감행한다는 것은 상상도 할 수 없는 일이었다.[2] 그러나 이러한 상황에서도 남편의 일방적인 결정으로 인한 부부별거는 적지 않게 발생하였다. 현재 남녀평등의 실현되었다고는 하나 여전히 경제적 약자인 배우자는 상대배우자로부터 경제적 부양이 가능한 상태라면 이혼보다는 별거를 통해 파탄된 혼인관계를 감수하는 경우도 적지 않다.

특히 우리나라의 이혼법은 재판상 이혼에서 유책주의 이혼을 그 근간으로 하고 있기 때문에 유책배우자의 이혼청구는 지금껏 기각되어 왔다.[3] 이혼청구가 기각된 후 이들 부부가 계속적으로 혼인관계를 회복하고 생활한다는 것은 현실적으로 기대하기 어려우며, 이혼이 재판까지 간 마당에 부부는 재결합 대신 별거하는 경우가 적지 않다. 이러한 현상은 사실상 유책주의 이혼법에 의해 양산되는 별거유형이라고 볼 수 있다.[4] 결국 유책배우자 이혼청구가 기각되었다고 하더라도 혼인생활이 강제될 수 없는 상황에서 이들 부부의 별거는 불가피한 것으로 보인다.[5]

이러한 부부의 별거는 결국 형식상 법적으로는 부부이지만 이들에게 혼인생

1) Nina Dethloff, Familienrecht 31. Auflage, C.H.Beck, 2015, S.88.

2) 이태영, 「한국이혼연구」, 서울대학교박사학위논문, 서울대학교, 1968, 30면; 조은희, "여성의 인권과 이태영변호사의 '한국이혼연구'에 대한 재조명", 「공익과 인권」 제3권 1호, 2006. 2, 공인권법연구센터, 19-20면 참조.

3) 예외적으로 유책배우자의 이혼청구권이 인정된 경우는 무책 배우자도 혼인생활을을 계속할 의사가 없음이 객관적으로 명백함에도 오기나 보복적 감정에서 이혼에 의하지 않은 경우이다(대법원 2004. 2. 27 2003므1890; 대법원 1987. 4. 14. 선고 86므28). 그러나 대법원은 유책배우자의 이혼청구는 기각하는 것이 원칙이며 예외의 경우는 매우 엄격하게 해석하고 있다.

4) 이화숙, "별거제도 도입을 위한 입법정책적 연구", 「법조」, 2008.3, 법조협회, 11면.

5) 이화숙, 상게논문, 7면.

활이라는 실체는 존재하지 않는다. 이러한 부부관계를 계속 유지시키는 것이 혼인의 본질에 부합한가 하는 의문이 제기될 수 있다. 또한 부부가 별거를 하는 경우 부부의 부양의무, 동거의무, 협조의무, 정조의무 등에 변화가 있을 수밖에 없고, 이외에도 혼인주택 및 가재도구의 분할 문제, 자녀의 양육 문제 등도 발생한다. 그럼에도 불구하고 이러한 현실적인 문제는 외면한 채 당사자에게만 모든 문제를 맡긴다는 것은 바람직하지 않다.[6)]

오늘날 세계의 각국은 대부분 파탄주의 이혼법을 실행하고 있으며, 파탄주의 이혼은 결국 별거제도와 무관하지 않다. 우리의 경우에도 앞으로 파탄주의 이혼을 도입해야 할 가능성이 크며, 이것이 동시에 이루어지지 않는다고 하더라도 별거제도는 이혼으로 가는 완충지대로서 기능을 담당할 가능성이 높다. 그러므로 본 논문에서는 독일의 별거제도를 소개하고, 앞으로 별거제도의 도입 시 독일의 별거제도가 우리에게 주는 시사점을 검토하고자 한다.

Ⅱ. 독일 이혼법의 변화와 별거제도

1. 유책주의에서 파탄주의로의 변천과정

독일에서는 오랫동안 기독교 사상이 사회를 지배해 왔다. 독일을 비롯한 중세 유럽의 교회는 가톨릭 교리에 따라 이혼금지주의를 이혼법의 대원칙으로 하였다. 그러나 이혼금지는 실질적으로 이혼을 방지하는데 아무런 효과를 거두지 못했다. 오히려 내부적으로 혼인무효사유의 확대 등의 결과를 가져왔을 뿐만 아니라, 부부관계를 해소하려는 방법이 강구되었다. 별거제도는 이러한 사회적 배경과 함께 생겨난 것이다.

1900년 독일 이혼법[7)]에서 이혼사유는 간통(Ehebruch 독일민법 제1565조), 배우자의 생명을 해치려는 행위(Lebesnachstellung 독일민법 제1566조), 악의의

6) 이화숙, 상게논문, 11면.

7) Am 18. August 1896 vom Deutschen Reichtag verabschiedet; Wesenberg, Neure deutsche Privatrechtesgeschiechte, 1985, S. 171ff.

유기 (böse williges Verlassen 독일민법 제1567조), 정신병(geiste Krankheit 독일민법 제1568조)이었고, 혼인파탄을 원인으로 한 이혼도 가능하였다. 이는 배우자의 심한 책임위반이나 관습에 반하는 유책행위로 인한 경우이다(독일민법 제1568조). 1938년 이후 독일의 이혼법은 유책에 관한 사유뿐만 아니라 유책과는 무관하게 발생할 수 있는 불임, 고약한 냄새나는 병, 정신질환 등으로도 이혼할 수 있었다. 그 외에도 혼인파탄을 통한 이혼사유는 부부가 최소한 3년 이상 별거생활을 하였으며, 다시 부부생활을 시작하는 것이 기대되지 않을 경우 가능하였다(혼인법 제55조).

1977년 이후 독일의 이혼법은 유책주의[8]에서 파탄주의로 전환되었다. 이는 '이혼법의 혁명'이라고 할 만큼 커다란 변화였으며, 이에 이혼 후 배우자 부양법에 대한 개정 또한 요구되었다. 파탄주의 이혼은 그동안의 배우자 간의 유책의 문제를 떨쳐 버리고 파탄에 이른 부부는 어떤 특정한 이혼사유 없이 이혼할 수 있게 되었다.[9]

유책주의에서 파탄주의로 전환하기 전 야기된 문제점은 이혼 후 배우자 부양에 관한 사항이었다.[10] 즉, 유책주의 이혼법에서는 혼인파탄의 원인을 제공한 배우자가 이혼 후에도 상대 배우자의 부양을 계속적으로 책임져야 했다(혼인법 제58조). 그러나 경제적 약자인 여성(가정주부)이 유책자가 되는 상대 배우자를 (남편) 부양할 수 없을 뿐만 아니라 자기 자신의 생활도 유지시킬 수 없는 상황에 처하게 되었다.[11] 이러한 문제는 결국 여성이 유책자인 경우가 증가하면서 유책주의 이혼 하에서 이혼 후 배우자 부양의 문제는 해결 수 없는 딜레마가 되었다.

---

8) 카톨릭 교회는 이혼의 금지를 고수하였다. 이로 인해 바이어른주만 해도(카톨릭지역) 1875년에 신분등록법(Personenstandgesezt)이 제정되기까지 여전히 이혼을 금지하였다. 개신교는 이혼에 대하여 완화된 입장에 있었고, 유책주의의 원칙을 계속적으로 유지하면서 국가의 혼인법과 함께 융화되어 갔다(Beizke/Luederiz, Juristische Kurz-Lehrbuecher Familienrecht, 1992, S. 168).

9) Eva Marie von Muench, Die Scheidung nach neuem Recht, 9. Auflage, 1996, Beck-Rechtsberater im dtv, S. 35.

10) Wellenhofer-Klein, Die Abkehr von der Ehe als Unterhaltsausschlussgrund nach 1579 Nr. 6 BGB, 1995, S. 908.

11) Tilo Ramm, "Zur Neueregelung des Rechts der Ehescheidung und der Scheidungsfolgen", FamRZ, 70, 753.

결국 유책주의 원칙으로 일관되었던 이혼과 이혼 후 부양법이 문제로 제기 되면서 유무책의 문제가 이혼법에서 그 역할이 줄어들기 시작하였고, 이에 대한 법의 재검토가 이루어지기 시작하였다. 또한 남녀평등이라는 자명한 원리를 새롭게 조명하여 성에 기초한 과거의 부양법을 폐기할 것이 요구되기도 하였다.[12]

이혼법과 유책의 문제에 대한 법학자들은 부부의 믿음이(Treu) 법과 도덕과의 관계에서 법으로 실현될 수 있는가? 하는 문제에 부딪치게 되었다. 법학자의 이론에 의하면 부부의 믿음은 법으로 더 이상 실현할 수도 강요될 수도 없는 것이라고 보았다(nicht sollen). 부부의 믿음은 관습상의 명령(Gebot)이고 동시에 법질서(Rechtsordnung)에 속하기는 하나, 이것은 부부의 공동생활을 위한(독일민법 제1353조) 가정 내 의무의 일부로 제한되어야 한다고 보았다.[13] 다른 한편 법원에서는 이혼율이 증가하는 상황에서 이혼당사자가 그들의 파탄경위와 그에 따른 파탄의 책임을 일일이 다 입증하기 어렵다고 판단하였으며, 부부파탄은 결과적으로 배우자 모두에게 다소나마 책임이 있다고 여겨졌다.[14] 이러한 다양한 논거들은 유책주의 이혼이 파탄주의 이혼으로 전환하는데 그 근거로 작용하였다.

2. 현행 파탄주의 이혼 하에서 별거제도

현재 독일에서 부부 일방이 혹은 쌍방이 법원에 이혼을 신청한 후, 법원의 결정에 따라 혼인은 해소될 수 있다(독일민법 제1564조). 이혼과정에서 법원은 부부의 혼인관계에 대한 파탄의 유무책을 묻지 않는다.[15] 다만 혼인은 혼인관

12) Mary Ann Glendon(한복용 역), 「전환기의 가족법」, 1997, 289면.

13) Norbert Horn, Einfűhrung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 1996, S. 5 : 독일에서 간통은 1969년까지 처벌하였다.

14) Von Eva Marie von Muench, Die Scheidung nach der Scheidung, 1996, S. 35.

15) 파탄이혼과 유책이혼을 겸하고 있는 국가를 제외하고 유럽의 대부분의 국가는 혼인파탄을 채택하고 있다. 유럽에서 파탄혼인과 유책이혼을 모두 인정하는 입법례는 프랑스, 벨기에, 포르투갈 등이다. 이들 국가에서는 배우자의 부정, 폭력 등 일방 배우자의 유책이 이혼사유가 된다. 프랑스민법에 의해서도 '혼인의 의무를 심각하게 그리고 반복적으로 침해하여 더 이상 공동생활을 계속할 수 없는 경우 일방 배우자는 이러한 유책을 이유로 이혼을 청구할 수 있다'(242 프랑스민법전, Code Civil Francais, 약칭: Cc)라고 규정하고 있다. 이외의 다른 이

계가 파탄되었다면 이혼할 수 있다(독일민법 제1565). 혼인관계가 파탄되었다는 추정은 부부의 공동생활이 더 이상 지속될 수 없으며 또한 부부관계의 회복을 더 이상 기대할 수 없을 때이다(독일민법 제1566조 제1항).[16] 부부생활이 더 이상 존립하지 않는다는 것은 부부 상호간에 객관적으로 부부공동생활이 존재하지 않는다는 것과 부부의 내면적인 연결(Bindung)관계가 더 이상 존재하지 않는 상태를 의미한다.[17] 결국 혼인관계의 파탄에 대한 객관적인 증명은 별거기간을 통해 이루어진다. 객관적으로 확실한 별거는 이혼을 위한 충분한 증거로 유효하며, 이로 인해 판사는 배우자의 과실을 찾는 대신 별거기간과 별거상태를 주목하고 그것을 확인한다.[18] 부부 쌍방이 이혼을 신청하거나 일방이 신청하고 상대방이 이에 동의하면, 이는 당사자가 이혼에 합의한다는 것을 의미한다. 부부가 이혼에 합의한 후 1년의 별거생활이 경과되었다면 이들 부부의 혼인관계는 파탄된 것이며, 이를 반박할 수 없다(독일민법 제1566조 제1항). 그러나 부부가 이혼을 합의하지 못하였다면 3년의 별거생활이 요구된다(독일민법 제1566조 제2항).[19] 한편 이외에도 부부의 별거가 1년 미만인 경우에도 다른 배우자 당사자의 신상에 의한 이유로(배우자의 폭행) 신청인에게 혼인의 계속이 기대하기 어려운 경우에도 이혼은 가능하다(독일민법 제1565조 제2항).[20]

혼사유는 무책의 파탄(238 Cc) 그리고 합의(230 Cc) 혹은 장기간의 별거(237 Cc)를 원인으로 이혼은 가능하다. 유책주의와 파탄주의의 혼합형을 택하고 있는 나라에는 영국, 미국의 뉴욕주, 일리노이주, 루이지애나주, 일본 등이 있다.(이강원, "이혼제도의 개선방안", 「서울가정법원방문 세미나자료집」, 2004, 12-16면.

16) Bernd von Heintschel-Heinegg/Gerhardt, Materielles Scheidungsrecht, 1992, S. 6-7.

17) Jägger in Johannsen/Henrich §1565 BGB Rdnr. 10 그리고 Schwab/Schwab, Handbuch des Scheidungsrecht, §1565 BGB Rdnr. 16ff. 두 사람은 이 의견에 합치를 보고 있다. 부부가 한 집에서 함께 살고 있다고 할 지라도 방을 따로 쓰면서 전혀 공동생활이 행해지고 있지 않을 때 이미 부부사이에는 내면적인 연결관계가 끊어진 상태이다. 그러므로 이를 부부의 공동생활이 존재한다고 보지 않는다.

18) 한수자, "독일이혼법제에 나타난 새로운 경향", 「현대민사법연구」, 2001, 453면.

19) 서구의 법에서 규정하고 있는 별거기간은 다양하다. 이를 결정하는 요소는 각 사회의 역사적 배경 그리고 과정과 밀접한 관계가 있는 것으로 보고 있다. 당사자가 이혼에 합의가 있는 경우, 별거기간은 당사자가 이혼에 합의가 있는 경우, 오스트리아나 덴마크는 6개월, 독일은 1년, 이탈리아는 3년이다. 이혼이 합의되지 않은 경우, 덴마크와 스위스는 2년, 폴란드, 독일은 3년, 아일랜드는 4년의 별거기간이 요구된다(외국의 입법례에 대한 보다 자세한 설명은 김상용, "협의이혼에 대한 각국의 입법례 및 제도개선방안 연구", 「가족법연구(II)」, 2006. 법문사, 122면).

결국 독일에서 이혼은 혼인한 부부가 이혼을 관할 가정법원에 신청하고, 부부관계의 파탄에 대한 추정으로 1년 혹은 3년의 별거기간이 경과되었거나 혹은 가혹조항(독일민법제1565조 제2항)에 해당되는 경우, 그리고 최종적으로 또 다른 이혼의 가혹조항(독일민법 제1568조)[21]에 문제가 없으면 혼인은 해소된다.

Ⅲ. 현행 독일 별거제도의 내용

1. 별거의 개념

가. 정의

별거는 부부의 가사 공동체가 없거나 배우자가 혼인공동생활을 거부하기 때문에 배우자가 이를 의식적으로 원치 않을 경우 발생한다.[22] 부부가 한 주택 안에서 가사 공동생활이 더 이상 존재하지 않을 경우에도 별거는 가능하다(독일민법 제1567조 제1항). 별거에는 객관적인 요소와 주관적인 요소를 필요로 한다. 객관적인 요소는 부부가 동거하지 않는 것이고 주관적인 요소는 부부 중 일방의 공동생활에 대한 의식적인 거부가 있었다는 것이다. 이것은 어쩔 수 없는 직업상의 별거 혹은 전쟁으로 인한 별거와는 구별된다.[23]

별거는 혼인관계도 아니고 이혼한 단계도 아니기 때문에 별거에는 통상적인 혼인관계에 적용되는 법과는 다른 법적 규율이 필요하다. 별거는 이혼과 유사한 외형을 가지고 있기 때문에 법적으로 이혼에 상응하는 규정을 준용되기도 한다.[24]

---

20) 그러나 여기서 부차적으로 '가혹조항'이라는 예외규정을 두고 있다 : 독일민법 제제1565조 제2항 부부가 1년이 안 되게 별거생활을 하였다 하더라도 상상할 수 없는 가혹이 존재할 경우 이혼은 가능하다(예 : 남편의 폭행, 알코올중독자인 배우자).

21) 독일민법 제1568조 제1항 부부가 파탄되었다 하더라도 미성년자 자녀의 이익이 우선 되어질 경우 이혼할 수 없다. 이혼을 당하는 배우자에게 가혹한 상황으로 어려움을 겪게 될 경우에 이혼을 할 수 없다.

22) Marina Wellenhofer, Familienrecht, 4. Auflage, 2017, C.H.Beck, S. 174.

23) Marina Wellenhofer, a.a.O., 2017, S. 174.

나. 별거기간 중의 화해시도

부부의 별거가 시작되었다고 하더라도 부부 일방의 혼인관계의 회복을 위한 화해는 시도될 수 있다. 일방 배우자의 화해시도로 인해 부부는 짧은 기간 동안 함께 생활할 수 있으나 이러한 경우에도 정하여진 별거기간(독일민법 제1566조)의 진행이 정지되는 것은 아니다(독일민법 제1567조 제2항).

법은 혼인이 보호되기를 원한다(독일기본법 제6조 제1항). 이에 배우자의 화해시도는 지향되고 있다. 그러나 이것은 부부의 별거기간 산정에 좋지 않은 결과로 작용하지 않는다. 이에 일방 배우자가 시도한 화해가 성공하지 못한 경우에도 이미 경과된 별거기간에 대하여 영향을 미치지 않으며, 이를 기점으로 새로운 별거기간이 설정되지 않는다. 독일민법 제1567조 제2항에서 '짧은 기간(kuerzere Zeit)'은 제1566조 제1항에서의 별거기간이 1년인 경우 최대한 3개월의 기간을 의미한다.[25] 부부가 화해한 경우에는 이혼소송에서 서로 이혼청구를 취하하여야 하고, 이때 최종적인 화해가 존재하여야 한다. 부부가 화해를 하였으나 다시 이혼을 신청하고자 한다면 이혼을 원하는 자의 별거기간은 다시 새롭게 시작된다.[26]

다. 한 집 안에서의 별거

별거라는 것은 공간적으로 한 집 안에서 생활하지 않을 경우 명확하지만 부부의 경제사정상 일방 배우자가 단독으로 집을 임대하기 어려운 경우가 적지 않다. 또한 배우자가 집을 구하게 되는 경우 자녀의 복리를 위하여 현재의 혼인주택 근처에 있는 집을 구하는 것도 쉽지 않다. 이와 관련하여 독일민법 제1567조 제1항은 한 집 안에서 별거도 가능하다고 규정하고 있다.

---

24) 최신섭, "별거 중 친권행사-독일법을 중심으로-", 「가족법연구」 제22권 제2호, 한국가족법학회, 2008, 225면: 별거부양청구권은 부부가 공동생활을 하지 않고 있다는 점에서 이혼 후 배우자 부양청구권과 유사하나 이와 동일하지는 않다(BGH FamRZ 1982, 465; OLG Muenchen FamRZ 2015, 2069.

25) OLG Saarbrueken Fam RZ 2010, 469.

26) OLG Bremen MDR 2012, 918.

한 집 안에서 별거가 인정되기 위해서는 부부의 일상생활은 엄격히 분리되어야 한다. 부부가 가능한 한 빨리 이혼하기 위하여 한 집 안에서 1년 동안 별거하였다고 법원에 그 기간을 주장하는 것을 막기 위하여 판례는 한 집 안에서의 별거는 아주 엄격한 기준으로 판결한다. 한 집 안에서 별거할 경우 부부는 부엌이나 침실을 동시에 사용해서는 안된다. 여기에 대해서는 분명한 사용규칙이 정해져 있어야 한다. 집에서 다른 방도 공동으로 사용해서는 안 되지만 무엇보다 잠자리를 함께 하지 않는다는 점에서 침실의 분리는 더욱 그러하다.[27] 부엌을 동시에 사용하지 않는다는 것은 식사를 함께 하지 않는다는 것을 의미한다. 배우자 각자는 자신의 세탁과 식사 그리고 가사노동을 분리해서 분담해야 한다.[28] 한 집 안에서의 분리된 생활은 생활영역에 있어서 결과를 위한 특별성이 요구된다.

이에 대하여 자녀의 감정을 고려한 예외가 있지는 않다. 그러나 자녀가 있는 경우 자녀와 함께 식사를 하는 것은 별거생활에 반하지는 않는다는 판결이 있다.[29]

2. 별거관련 규정과 내용

독일의 경우 법적으로 부부의 별거는 이혼에 선행되고 이를 위한 특별규정을 두고 있다. 이를 간략히 설명하면 다음과 같다.

° 독일민법 제1360조는 가족에 대한 부양의무(Familienunterhalt)를 규정하고 있다. 그러나 부부의 별거 시 일방이 다른 일방에게 별거에 따른 부양료를 청구할 수 있도록 규정하고 있다(독일민법 제1361조).

° 부부의 별거 시 부부에게 가재도구에 대한 분할의 분쟁이 있을 수 있으며, 이에 각 배우자는 법원에 가재도구에 대한 분할을 청구할 수 있다(독일민법 제1361a조).

° 부부의 혼인주택에 대한 분쟁 시 일방 배우자는 누가 혼인주택에 머무를 것인가에 대한 결정을 법원에 청구할 수 있다(독일민법 제1361 b조).

° 부부 별거 시 일상가사대리권에 대한 규정을 두고 있다(독일민법 제1357조

27) OLG Hamm FamRZ 1999, 723.
28) OLG Koeln FamRZ 2013, 1738.
29) OLG Muenchen FamRZ 2001, 1457.

제3항). 현행 독일민법 제1357조 제1항에서는 “부부 일방은 가족의 일상가사의 범위에 속하는 행위(Geschaeft)를 할 권한이 있으며(berechtigen), 그 효과는 타방배우자에게도 미친다. 다른 사정이 없는 한 배우자 일방의 이러한 일상가사행위로 인한 권리와 의무는 타방배우자에게도 귀속된다”라고 규정하고 있다. 그러나 동조 제3항에서는“배우자가 별거하는 경우 제1항은 효력이 없다”라고 규정하고 있다.[30]

° 부부가 3년 이상 별거하는 경우 이혼의 경우와 같이 각 배우자는 잉여공동제의 청구를 사전에 청산하도록 청구할 수 있다(독일민법 제1385조).

° 부부의 별거 시 자녀의 양육문제에 대한 분쟁이 발생할 수 있다. 독일의 경우 이혼 시 원칙적으로 공동양육을 규정하고 있다. 그러나 별거의 경우 부부 중 일방이 자녀를 양육할 수 있도록 양육권 변경신청을 할 수 있도록 규정하고 있다(독일민법 제1671조, 독일민법 제1672조).

° 자녀가 일방 부모와 생활하는 경우 일방 부모는 자녀의 일상에 대한 사건에 대하여 단독으로 결정할 권한을 규정하고 있다(독일민법 제1687조).[31]

위의 나열한 사항 중 우리에게 참고가 될 수 있는 규정에서 별거 시 부양청구권, 혼인주택과 가재도구의 분할 청구권, 별거 시 잉여공동재산청산청구를 검토하고자 한다.

가. 별거부양청구권

독일민법 제1361조는 별거 시 부양을 규정하고 있다. 이 규정의 제1항은 부

30) 관련논문은 오병철, “일상가사대리권과 일상가사채무 연대책임과의 관계”, 「가족법연구」 제21권 제2호, 한국가족법학회, 2007, 4-5면 참조.

31) 독일민법은 이혼 시 자녀에 대하여 부모의 공동양육을 원칙으로 하고 있으나 별거시 별도의 규정을 두고 일방 부모의 양육권변경 신청이 가능하도록 하고 있다. 우리나라의 경우는 독일과는 반대로 대부분 이혼 시 일방 부모가 양육 및 친권자가 된다. 그러므로 독일민법에 대한 시사점을 찾기 보다는 우리의 현행 친권자 및 양육자 지정에 관한 사항을 적용하는 것이 적절하다고 본다. 이에 본문에서는 독일민법에 대한 검토는 생략하고자 한다. 다만 별거 시 자녀양육에 대한 문제를 이혼의 경우와 동일하게 적용하지 않고 구별할 필요성이 있다고 본다면 이에 대하여 최신섭, “별거 중 친권행사 -독일법을 중심으로-”, 「가족법연구」 제22권 제2호, 한국가족법학회, 2008, 223-239면에서 독일의 경우를 상세히 설명하고 있다.

부 별거 시 일방은 상대방에게 배우자의 생활상황과 소득상황, 재산상태에 따라 적정한 부양을 요구할 수 있으며, 신체 혹은 건강상 문제에 대한 비용을 위하여도 독일민법 제1610조a(부양의 범위)가 적용된다. 별거부양은 가족부양(Familienunterhalt, 독일민법 제1360조)과는 다르다. 별거부양청구권은 부부가 공동생활을 하지 않고 있다는 점에서 오히려 이혼 후 배우자 부양청구권과 유사하다. 그러나 이와도 동일하지는 않다.[32] 별거부양(Trennungsunterhalt)은 기본적으로 미리 포기할 수 없다(독일민법 제1361조 제4항 4, 동법 제1360a 제3항, 동법 제1614조).[33]

독일의 이혼 후 배우자 부양은 원칙적으로 각 배우자는 이혼 후 자신의 생계를 스스로 책임져야 한다(제1569조). 그러나 예외적으로 독일민법 제1570조에서 제1576조까지의 전제요건이 존재하는 경우 부양을 청구할 수 있다.[34] 부양청구권자는 이 요건에 충족하여야 하고 부양의무자는 이를 이행할 부양능력이 있어야 한다(독일민법 제1581조). 부양권자가 부양을 받을 수 있는 여러 가지 구성요건들을 동시에 가지고 있다고 하더라도 그 중에 한 가지 구성요건이라도 충족되면 부양을 받을 권리가 있다. 각 전제요건에 따라 부양의 기간은 제한된다. 그러나 하나의 부양구성요건이 끝나도 다른 부양구성요건이 충족되어지는 한 부양권자는 계속적으로 부양을 받을 수 있다. 그러나 일방 배우자가 앞서 제시한 부양전제요건을 충족하고 있는 경우라도 부양이 심히 공평에 반할 때 부양비가 감면되거나 또는 전면적으로 거절되어질 수 있다(독일민법 제1579조). 별거부양청구의 경우에도 독일민법 제1579조 2호에서 8호의 규정에 따른 부양이 심히 공평에 반하는 경우 위와 동일하게 제한된다(독일민법 제1361조 제3항).

---

32) BGH FamRZ 1982, 465; OLG Muenchen FamRZ 2015, 2069.

33) BGH FamRZ 2015, 2069.

34) 독일민법 제1570조-1576조는 다음과 같은 7 가지의 부양전제요건을 규정하고 있다.
1. 한 배우자가 공동의 자녀를 양육할 때(독일민법 제1570조)
2. 한 배우자가 나이로 인해 직업을 갖지 못한 때(독일민법 제1571조)
3. 한 배우자가 질병으로 인해 직업을 갖지 못한 때(독일민법 제1572조)
4. 한 배우자가 실업을 원인으로 한 때(독일민법 제1573조)
5. 한 배우자의 부양료가 충분치 못한 때(독일민법 제1574조)
6. 직업교육, 진보교육, 직업이전교육을 위해 부양을 필요로 할 때(독일민법 제1575조)
7. 이 외의 심히 중대한 이유로 인해 부양이 거절됨이 불공평할 때(독일민법 제1576조)

별거 시 부양의 경우에도 이혼 후 부양과 같이 부양청구권자의 부양필요와 그에 대한 부양의무자의 급부능력이 전제되어야 한다. 그러나 이들 전제요건에는 다소의 차이가 있다. 별거부양은 부부가 아직 이혼하지 않은 상태이기 때문에 이혼 후 부양보다는 상호 부양의 책임은 더 강하다고 볼 수 있다.[35] 별거 시 이미 이혼 후 배우자 부양전제조건인 독일민법 제1570조에서 제1576조에 해당하는 요건 중 하나라도(예를 들어 자녀양육) 해당된다면 별거부양청구는 성립된다. 그러나 별거부양의 경우 규정상 일방 배우자가 직업을 갖고 있지 않을 경우에도 즉시 경제활동을 강요할 수 없다(독일민법 제1361조 제2항). 판례는 별거부양에 대하여 이혼 후 배우자 부양보다 더 관대한 기준을 적용하고 있다.[36] 부부별거의 경우 부부가 이혼을 하게 될 것인지 혹은 이혼을 한다면 언제 할 것인지는 명확하지 않다. 그러므로 부부는 그들의 인생에서 처한 상황을 너무 황급히 전면적으로 전환하도록 강제할 수는 없다. 이에 별거의 경우 경제활동을 하지 않는 배우자의 경제활동이 강요되기보다는 우선적으로 개인적인 상황, 특히 그의 혼인 전 직업, 혼인기간 그리고 배우자의 재산상황이 어느 정도인지 등이 고려된다.[37]

나. 별거 시 가재도구에 대한 분할

(1) 가재도구의 범주와 규정

독일민법에서 가재도구의 범주는 혼인생활에서 가족 영역에 속하는 물건을 의미한다(독일민법 제1568b조).[38] 예를 들면 가구, 전자제품, 부엌설비, 가족을 위한 자동차 등이 이에 속한다.[39] 예술작품도 주택을 장식하기 위한 것일 때 가재도구에 속하지만[40] 개인의 수집목적을 위하여 구매한 것일 경우에는 가재도구로 보지 않으며, 일방의 보석류도 가재도구로 보지 않는다.[41]

35) Marina Wellenhofer, Familienrecht, 2017, C.H.Beck, S. 176.
36) BGH NJW 2012, 2190
37) OLG Koblenz NJW 2003, 1816, 1817.
38) MünchKomm/Wellenhofer, §1568b, 2013, S. 959.
39) Jacobs, NJW 2012, 3602f.
40) Jacobs, NJW 2012, 3603; BGH, NJW 1984, 1758.

부부가 별거하는 경우 가재도구로 인한 분쟁이 발생할 수 있으며, 독일민법에서는 이에 대한 문제를 해결하기 위하여[42] 이혼 시 가재도구에 대한 규정(독일민법 제1568a[43]조 및 제1568b조)[44]과는 별도로 별거 시 가재도구에 대한

41) Jacobs, NJW 2012, 3602f.

42) 독일은 별거나 이혼 시 가재도구와 주거에 대한 분쟁을 [혼인주택과 가재도구의 취급에 관한 법률 약칭 '가재도구법'](Verordnung ueber die Behandlung der Ehewohnung und des Hausratsverordnung, 1944. 10. 21)을 통해 규율하여 왔으나 이 규정은 폐지되었다. 2009년 7월 6일 '가재도구법'이 독일민법 제1568a, 제1568b조에 신설되었고 2009년 9월 1일부터 시행되고 있다(BGBl. I S. 1696);독일의 이혼시 가재도구에 관하여는 서종희, "이혼시 가재도구(Haushaltsgegenstände) 분할-신설된 독일민법 제1568b조를 참조하여-", 「가족법연구」 제27권 2호, 가족법학회, 2013, 38-66면에서 상세히 설명하고 있다.

43) 독일민법 제1568a조[혼인주택, Ehewohnung] 1. 배우자는 다른 일방의 배우자가 이혼에 즈음하여 자신에게 혼인주택을 이전해 줄 것을 청구할 수 있다. 다만 배우자가 가정에서 생활하는 자녀의 안녕과 부부의 생활관계를 고려하여 혼인주택의 이용에 그의 다른 배우자보다도 더 현저할 정도로 좌우되거나 또는 그 이전의 다른 이유들에서 공평(형평)에 부합하다고 판단되는 경우에 한한다. 2. 부부의 일방의 배우자가 단독으로 또는 제3자와 공동으로 용익권(Nießbrauch), 지상권(Erbbaurecht) 또는 물권적 주거권(dingliches Wohnrecht)이 귀속하는 때에는, 다른 일방의 배우자는 불공정한 가혹함(unbillige Härte)을 피하는 데 필요한 때에만 그의 양도를 청구할 수 있다. 3. 자신에게 주택이 이전된 배우자는, (1) 이전에 대하여 부부가 임대인에게 전달한 통지의 도달시점 또는 (2) 주택귀속절차(Wohnungszuweisverfahren)상에 있어서의 판결의 기판력과 동시에, 이전해야 되는 의무를 지는 배우자의 지위를 대신하여 그가 맺었던 임대차계약관계에 편입되거나, 배우자 쌍방이 맺었던 임대차계약관계를 단독으로 지속시킨다. 제563조 제4항은 준용한다. 4. 배우자 일방은 배우자 일방과 제3자 사이에 존재하는 고용계약 또는 근로계약을 근거로 하여 부부가 보유하고 있는 주택에 대한 임대차관계의 성립을 제3자가 동의하거나 또는 현저한 가혹함을 피하기 위해 그것이 필요한 때에 국한하여 청구할 수 있다. 5. 혼인주택에 대하여 임대차관계가 존재하지 않는 때에는, 주택의 이전청구권을 가지는 배우자뿐만 아니라 임대할 권리를 가지는 자도 지역에 따라서 관례적인 조건으로(zu ortsűblichen Bedingungen) 임대차관계의 성립을 주장할 수 있다. 제575조 제1항의 조건 하에서 또는 기간이 정해지지 않는 임대차관계의 성립이 임대인의 정당한 권리를 평가해 볼 때 불공정한 때에는, 임대인은 임대차관계의 적정한 기간을 청구할 수 있다. 임대료의 액수에 대하여 합의가 없는 때에는 임대인은 적절한 임대료를-의심스러운 때에는 지역에 따라서 관례적인 조정임대료(ortűbliche Vergleichmiete)를-청구할 수 있다. 6. 제3항과 제5항의 경우에 임대차관계편입청구권 또는 임대차관계성립청구권은 이혼소송상의 판결의 기판력이 발생한 후 1년이 지나면 소멸한다. 다만 그 청구권이 사전에 소송상 계속되지 아니한 때에 한한다.

44) 독일민법 제1568b조[가재도구, Haushaltsgegenstände] 1. 각 배우자는, 가정에서 생활하는 자녀의 안녕과 부부의 생활관계를 고려해볼 때 그가 다른 일방의 배우자보다도 가재도구의 사용에 현저하게 의존하고 있는 때 또는 그것이 다른 이유들에서 공평(형평)에 부합하다고 판단되는 경우, 이혼에 즈음하여 그의 다른 일방의 배우자로부터 공동의 소유에 있는 가재도구를 양도하고 그에 대한 소유권을 자신에게 이전할 것을 청구할 수 있다. 2. 혼인 도중에 공동의 가사를 위해서 조달되었던 가재도구는 분할에 대해서는 부부의 공유재산으로서 효력을

규정을 두고 있다(독일민법 제1361a조).

독일민법 제1361a조(Verteilung der Haushaltsgegenstäde bei Getrenntlebe)의 규정은 다음과 같다:

(1) 부부가 별거하는 경우, 배우자 각각은 그들에게 속한 가재도구를 상대 배우자에게 반환하여 줄 것을 요구할 수 있다. 그러나 일방이 특화된 가사를 이행하는 데 필요하고 이것이 형평에 부합된다고 판단되는 경우, 일방 배우자는 상대 배우자에게 가재도구의 사용을 양도할 의무가 있다.

(2) 배우자의 공동소유인 가재도구는 형평의 원칙에 따라 분할되어야 한다.

(3) 일방 배우자가 동의할 수 없는 경우 관할 법원이 결정한다. 법원은 가재도구의 사용에 대한 적절한 보상금을 정할 수 있다.

(4) 배우자가 달리 동의하지 않는 한 소유권에는 영향을 받지 않는다.

(2) 소유관계의 확정

독일민법 제1361a조의 규정에 따라 별거 시 가재도구의 분쟁이 발생하는 경우 첫 번째 단계는 현재까지 가재도구의 소유관계를 분명히 하는 것이다. 결국 가재도구가 공동의 생활을 위하여 마련되어진 것이거나 예초부터 공동소유(Miteigentum)로 마련된 것이라면 독일민법 제1568b조 제2항에 따른 추정(Vermutung)을 받는다. 그 밖에 공동소유로 인한 공동점유 혹은 단독소유로 인한 단독점유가 의심스러운 경우에는 이에 제외된다(독일민법 제1006조 제1항[45], 제1008[46]조). 반려동물과 관련하여서는 독일민법 제1361a조가 유추·적용된다.[47]

(3) 단독소유인 가재도구의 반환청구

부부가 별거하는 경우, 배우자 각자는 그들에게 속한 가재도구를 상대 배우

가진다. 단 배우자 일방의 단독소유권이 정해진 때에는 그러하지 아니하다. 3. 제1항에 따라 자신의 소유권을 이전해 주는 배우자는 적정한 보상금의 지급을 청구할 수 있다.

45) 독일민법 제1006조 제1항 동산의 점유자는 그의 이익을 위하여 그 물건의 소유자로 추정된다. 그러나 물건이 그로부터 도난당하거나 유실되거나 그 밖에 점유이탈한 종전의 점유자와의 관계에서는 이는 적용되지 않는다. 다만 금전 또는 무기명증권의 경우에는 그러하지 아니한다.

46) 물건의 소유권이 수인에게 속하는 경우에는 독일민법 제1009조 내지 제1011조가 적용된다.

47) OLG Hamm MDR 2011, 104.

자에게 반환해 줄 것을 청구할 수 있다(독일민법 제1361a조 제1항). 그러나 이에 대한 제한규정으로 가재도구가 일방 배우자에게 속한 경우에도 다른 일방이 이것을 특별히 사용해야 할 필요가 있는 경우 그 일방은 배우자에게 이를 양도할 의무가 있다. 이는 사건의 상황에 따라 이러한 양도가 형평에 부합되어야 한다(독일민법 제1361a조 제1항 2문). 법원은 가재도구의 사용에 대한 적절한 보상금을 정할 수 있다(독일민법 제1361a조 제3항). 예를 들어 처가 직업을 위하여 부분적으로 재택 근무를 위한 도구를 설치하였는데 이때 그녀는 도구를 살 형편이 되지 않아서 남편이 소유하고 있던 컴퓨터를 이용하였다. 부부별거 시 법원은 남편이 컴퓨터의 소유자이나 처가 계속적으로 이를 사용하도록 할 의무가 있다고 보았으며, 남편이 처에게 이에 대한 사용권을 양도하도록 하였고, 법원은 이에 대한 사용보상금을 정하였다. 그러나 법원은 남편이 처에게 소유권 자체를 양도할 것을 결정할 수는 없다(독일민법 제1361a조 제4항).

(4) 공동소유인 가재도구의 분할

가재도구가 공동소유인 경우 배우자는 일방 배우자에게 단독소유권자가 되도록 가재도구의 양도를 요청할 수 있다(예를 들어 독일민법 제929조에 따라).[48] 이를 위하여 그들은 서로 보상금을 합의할 수 있다.

분할에 대한 분쟁이 있는 경우 법원은 해당 가재도구가 배우자들 사이에 형평의 원칙에 따라 분할할 수 있다(독일민법 제1361a조 제2항). 또한 부부는 자신에게 속한 공동소유인 가재도구의 공동매각을 결정할 수 있다(독일민법 제749조 제1항).[49]

다. 별거 시 혼인주택의 분할

(1) 혼인주택의 단독사용

부부의 별거 시 혼인주택에 거주하기 위한 다툼이 생길 수 있다. 이에 대한 분쟁을 해결하기 위하여 독일민법 제1361b조에서는 “부부가 이미 별거하거나

48) 양수인이 물건을 점유하고 있는 경우에는 소유권 이전의 합의로 족하다(독일민법 제929조).
49) 독일민법 제749조 제1항 각 지분권자는 언제라도 공동의 해소를 청구할 수 있다.

별거하고자 하는 경우 부부 일방은 부당한 가혹(unbillige Härte)을 회피하기 위하여 혼인주택의 전부나 일부에 대한 단독사용을 청구할 수 있다"라고 규정하고 있다. '부당한 가혹'은 특히 자녀를 위하여 요구되어질 수 있는데, 이는 부모 중 일방이 자녀와 함께 혼인주택에서 생활할 수 있도록 하는 것이다.

혼인주택이 그 상대 배우자가 소유권자일 경우 보다 엄격한 기준이 적용된다. 비소유권자가 주택을 사용할 수 있도록 지시하는 것은 기본적으로 보호되어야 할 소유권을 침해하는 것이다. 그러므로 소유권을 침해하기 위해서는 제1361b조과 관련하여 특별한 정당성이 요구된다.[50] 판례는 부부가 한 집 안에서 별거를 시작한 경우, 남편의 여자 친구가 반복해서 집을 방문할 때 집의 좁은 공간을 감안할 때 처가 심리적으로 상당히 상처받을 경우 혼인주택을 단독으로 사용하는 것이 정당화될 수 있다고 보았다.[51]

(2) 사용보상금청구(Nutzungsverhuetung)

일방 배우자가 단독 소유자가 아니지만 혼인주택을 단독으로 사용할 것이 인정된 경우 그 상대 배우자는 형평의 원칙에 따라 이에 대하여 적정한 사용보상금(Nutzungsverhuetung)을 청구할 수 있다(독일민법 제1361b조 제3항). 부부 중 일방이 단독 혹은 제3자와 공동으로 혼인주택에 부동산의 소유권, 지상권 또는 용익권을 가지고 있는 경우에는 이를 고려해야 한다. 마찬가지로 주택소유권, 계속적 거주권, 물권적 거주권에 대해서도 인정된다. 그러나 일방 배우자의 거주이익이 이미 적정한 부양으로 고려되었을 경우에는 제외된다. 사용보상금은 기본적으로 상대 배우자가 이를 분할하지 않았으므로 얻을 수 있었던 경제적 이익에 대하여 지불된다.[52]

(3) 폭력으로 인한 단독사용의 지시

혼인주택의 단독사용이 특별히 정당한 경우는 남편이 처에게 폭력을 행사한 경우이다. 독일민법 제1361b조 제2항 1문은 공동소유의 주택이 일반적으

50) Marina Wellenhofer, Familienrecht, 2017, S. 178.
51) OLG Hamm FamRZ 2016, 1082.
52) BGH NJW 2014, 462.

로 일방 배우자에게 단독사용이 가능한 경우를 규정하고 있다. 이러한 경우는 상대 배우자로부터 위법적이고, 고의적인 신체, 건강 혹은 자유권에 대한 침해를 당한 경우이며, 동시에 위협을 당한 경우이다. 이러한 경우에는 더욱이 독일민법 제1361조 제3항 1문과 관련되어지는데, 법원은 추가적인 보호명령(Schutzsordnung)과 중지명령(Unterlassungsordnung)을 적용할 수 있다. 이는 폭력보호법률(Gewaltschutzgesetz)과 관련이 있다.[53]

판례에서 남편이 여러 번 처를 신체적으로 심하게 학대하였는데, 처는 남편과 별거를 원하며, 별거 후 현재 살고 있는 주택에서 계속 살기를 원한다. 독일민법 제1361b조 제2항에 따라 처는 자신이 주택에 계속 머물 것을 요청하였다. 또한 처는 독일민법 제1361b조 제3항에 따라 남편이 계속적으로 폭력을 행사할 것이 두려웠으므로 법원에 추가적으로 남편의 주택출입금지와 접근금지 명령을 해 줄 것을 요청하였다.[54]

라. 별거 시 잉여공동재산의 분할청구

독일은 독일민법 제1384조에 따라 별거 시에도 잉여공동재산을 청산할 수 있도록 규정하고 있다. 독일의 법정재산제는 잉여공동제(Zugewinngemeinschaft)이며, 이는 부부가 부부재산계약제를 선택하지 않는 경우 자동적으로 적용된다(독일민법 제1363조 제1항). 독일에서 혼인한 대부분의 부부는 법정재산제 하에 있기 때문에 부부재산제 중 법정재산제는 독일에서 아주 중요한 역할을 한다. 독일의 잉여공동제는 혼인기간 동안 부부재산이 별개의 것으로 구분되는 별산제의 성격을 갖고 있으나 잉여공동제는 이혼 시 잉여청산을 내제하고 있다.[55]

잉여공동제에서 각 배우자는 자신들의 재산을 각기 독자적으로 관리하며 처분할 수 있으며(독일민법 제1365조) 배우자간의 소유권관계는 혼인을 통하여

53) 폭력행위나 추태의 경우는 혼인하지 않은 파트너관계에서도 주택에 대한 주시 그리고 추가적인 보호명령이 법원에 청구될 수 있다(폭력보호법률(Gewaltschutzgesetz) 제2조).

54) OLG Koeln FamRZ 2003, 319, 320.

55) MünchKomm/Koch. 1365 Rn.9, 2013, S. 408.

변하지 않는다(독일민법 제1363조 제2항). 이혼을 하는 경우 부부의 재산이 청산되는데, 이 때 각 배우자는 자신이 남긴 잉여를 산정하여 남긴 잉여분에 대하여 상대 배우자와 절반을 나누게 된다.

독일은 부부가 별거를 하는 경우 잉여공동제의 청산을 청구할 수 있다. 독일민법 제1386조는 잉여공동제가 사전에 해소될 수 있음을 규정하고 있다. 이에 독일민법 제1385조는 잉여공동제의 사전 해소로 인한 일방청구권자인 배우자의 사전 잉여공동재산청구의 조건을 구체적으로 규정하고 있다.

1. 최소한 부부가 3년 이상 별거한 경우
2. 제1365조[56] 혹은 제1375조 제2항[57]의 표시된 형태의 행위가 우려되거나 그리고 이를 통해 일방의 배우자의 잉여청산이 현저하게 위태롭게 될 우려가 있을 경우
3. 일방 배우자는 타방 배우자가 비교적 장기간에 걸쳐 혼인관계로 인하여 발생하는 경제상의 의무를 이행하지 아니한 책임이 있으며, 이를 이행하지 않거나 장래에도 이를 이행하지 아니하리라고 인정되는 경우
4. 일방 배우자는 타방 배우자가 충분한 이유없이 그의 현재의 재산에 대하여 그에게 알리는 것을 강하게 거부하는 경우이다.

부부의 재산처분에 있어서 제한을 두거나 장기간 별거가 지속되는 경우 사전적 잉여재산의 청산을 허용하는 것은 가족의 경제가 위기상황에 처할 수 있는 것을 방지하기 위함이며 또한 상대 배우자가 이혼 시 재산의 청산에 있어서 당하게 될 청산재산의 감소에 대한 불이익을 막기 위한 것이다. 독일의 경우에는 혼인 중에도 잉여공동재산의 청산이 가능하다.[58]

---

56) 각 배우자는 자신의 전체재산(im ganzen Vermögen)(독일민법 제1369조 제1항)이나 가재도구를 처분에 있어서는 상대 배우자의 동의를 받아야 한다(독일민법 제1365조 제1항). 이는 일방 배우자의 전체재산처분은 상대 배우자의 재산분할청구에 영향을 미치기 때문이다.

57) 배우자의 신의에 반하는 재산에 대한 감소는 무상의 증여(unentgeltliche Zuwendungen, 제1375조 제2항 1호), 낭비(Verschwendungen, 독일민법 제1375조 제2항 제2호), 고의적인 재산상의 불이익(absichtliche Vermögensbenachteiligung, 독일민법 제1375조 제2항 제3호)을 규정하고 있다.

58) 조은희, "유럽부부재산제의 입법례가 우리에게 주는 시사점", 「비교사법」 제12권 제2호, 한국비교사법학회, 2005, 59면.

Ⅳ. 별거제도의 도입을 위한 시사점

1. 별거제도 도입의 필요성

우리나라의 경우 서구의 이혼금지라는 역사적 혹은 종교적 배경은 없다고 하더라도 가부장제와 남성중심적 사고가 만연한 사회에서 남편이 다른 여성과 동거를 하게 되는 경우 경제적 약자인 처는 이혼을 하지 않고, 별거 상태를 유지하는 경우가 많았다. 또한 이혼은 '결손가정'이라는 사회적 낙인으로 자녀에게 불이익을 가져올 수 있다는 점에서 꺼려왔다.

오늘날 이러한 상황은 많이 개선되었으나 무책배우자의 입장에서 이혼 후 경제적 부양을 혼인상태와 동일하게 보장받지 못하는 상황에서 사회적 약자인 배우자는(대부분 여성) 이혼 보다는 별거를 선택하는 경우가 적지 않다. 특히 우리나라의 재판상 이혼은 유책주의를 근간으로 하고 있기 때문에 대법원이 유책배우자의 이혼청구를 받아들이지 않고 있는 상황에서[59] 부부관계가 파탄된 경우에도 무책 배우자가 이혼을 원치 않는다면 이들은 형식적인 부부관계를 유지하는 대신 실질적으로 별거상태에 있게 된다. 결국 이것은 부부별거를 양산하는 결과를 가져온다.[60] 그러나 이들 별거 부부의 현실적인 문제를 당사자에게만 맡기는 것은 타당하지 않으며[61], 별거제도를 도입하여 문제를 해결하는 것이 보다 바람직할 것이다.

---

59) 대법원은 유책배우자의 이혼청구는 기각하는 것이 원칙이며 예외의 경우는 매우 엄격하게 해석하고 있다. 유책배우자의 이혼청구에 관한 연구는 신영호, "유책배우자의 이혼청구권-판례의 동향과 현황을 중심으로", 「고려법학」 제43호, 고려대학교 법학연구원, 34면; 최문기, "유책배우자의 이혼청구에 관한 판례의 동향", 「경성대학교 논문집」 제18집 2권, 1997, 154면; 이승우, "유책배우자의 이혼청구에 관한 판례분석", 「사법연구」 제5집, 2000. 12, 268면; 이화숙, "이혼법의 변동요인과 개정방향, 가족법의 변동요인과 개정과제", 「한중일 가족법학술대회자료집」, 연세대학교 법학연구소, 2007. 8. 31; 신용섭, "유책배우자의 이혼청구권 - 대법원 2015. 9. 15. 선고 2013므568 전원합의체 판결", 「중소기업과 법」 제7권, 아주대학교 법학연구소, 2015, 69-84면; 이희배/김혜숙, "유책배우자 이혼청구의 제한과 파탄주의 지향", 「가족법연구」 29. 2, 한국가족법학회, 2015, 257-294면; 김태환, "유책배우자의 이혼청구에 관한 실무상 검토", 「가족법연구」 31. 3, 한국가족법학회, 2017, 373-426면.

60) 이화숙, "별거제도 도입을 위한 입법정책적 연구", 「법조」, 2008.3, 법조협회, 11면.

61) 이화숙, 상게논문, 9면.

혼인의 본질은 남녀가 일생의 공동생활을 목적으로 하여 도덕 및 풍속 상 정당시 되는 결합을 이루는 법률상, 사회생활상 중요한 의미를 가지는 신분상의 계약으로서 이는 양성 간의 애정과 신뢰에 바탕을 둔 인격적 결합이라고 보고 있다.[62] 그러나 부부가 오랫동안의 별거상태라면 여기에 혼인의 공동생활 즉 혼인의 실체는 존재하지 않는다. 그럼에도 불구하고 이들의 관계를 혼인관계와 동일하게 인정한다는 것은 혼인의 본질에 부합하지 않는다.

혼인생활은 강제로 유지될 수 없으며, 강요될 수도 없다. 아직 이혼 단계에 이르지 않은 별거에 있어서도 혼인관계에서 요구되는 부부의 정조의 의무, 협력의 의무도 기대할 수 없으며, 이를 강제할 수도 없다. 이에 부부관계가 파탄되어 별거에 이르렀고, 관계회복이 가능하지 않다면 이혼법과 관련하여 혼인관계를 해소할 수 있어야 하고 별거제도를 도입하여 이에 대해 제도적으로 합당한 규율을 마련하는 것이 타당하다고 본다.

2. 현행 이혼법 하에서의 별거제도

가. 이혼과 별거

(1) 협의이혼과 별거

민법상 협의이혼은 당사자의 자유로운 의사만 있다면 '신속하게' 이혼할 수 있었다. 그러나 이러한 협의이혼제도에 대한 문제가 제기되면서 2007년 12월 21일 협의이혼에 있어서 자녀복리를 위한 규정이 신설되었다(2009.5.8.). 협의이혼 시 이혼숙려기간은 양육할 자녀가 있는 경우는 3개월, 없는 경우는 1개월의 이혼숙려 기간을 거친 후 이혼할 수 있다(민법 제836조의 2).

현행법상 부부가 이혼을 협의한 채 계속적으로 별거하는 경우, 이혼을 협의하지 못한 채 별거하고 있는 경우가 있으며, 협의이혼을 청구한 후에도 이혼숙려기간 동안 별거하거나, 또한 이혼에는 협의하였으나 이혼절차상 이루어지는

62) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014므4734 판결; 대법원 1960. 8. 18.선고 4292민상995 판결; 대법원1995. 12. 8. 선고 94므1676, 1683 판결; 대법원 1996. 11. 22, 96도2049 판결; 대법원 2010. 6. 10, 2010므574 판결; 대법원 1985. 9. 10, 85도1481 판결.

자녀양육에 관한 사항에 관하여 협의 중인 경우(관련조항 민법 제836조, 제836조의 2) 등 다양하다. 부부가 사실상 자녀문제에 대하여 합의점을 찾지 못한 경우도 있을 수 있기 때문에 협의를 이끌기 위하여 부부별거는 더욱 길어질 수 있다. 이에 현행법 하에서도 협의이혼 시 1년 정도의 기간은 소요될 수 있다고 보기 때문에 현행법의 유지에도 큰 무리는 없다고 본다.

(2) 재판상 이혼과 별거

현행 재판상 이혼을 규율하고 있는 민법 제840조는 제1-6호의 이혼사유를 규정하고 있다. 민법 제840조는 제1-5호는 배우자의 유책사유를 나열하고 있으며, 민법 제840조 제6호에 '기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때'라고 규정하여 파탄주의적 성격을 지닌 이혼사유를 규정하여 이혼 청구가 가능하도록 하고 있다. 그러나 우리나라의 재판상 이혼은 유책주의 이혼을 근간으로 하고 있으며, 대법원은 지금까지 유책 배우자의 이혼청구를 기각하였다. 최근에는 제840조 제6호의 해석에 있어 당사자의 책임여부를 묻지 않고 파탄을 이유로 이혼을 인용하는 판결이 증가하는 경향을 엿볼 수 있다.[63] 이러한 판결은 파탄주의에 입각할 판결로 볼 수 있으나,[64] 앞서 설명한 유책배우자의 이혼청구를 인용하는 것과는 구별된다. 2005년 호주제 폐지 이후 가족법분야의 제도적 환경이 혁명적인 전환기를 맞이하면서 이혼청구에 있어서도 파탄주의를 지향하는 방향전환을 위한 모색이 이루어지고 있다.[65] 최근의 판례에서 원심은 유책배우자의 이혼청구를 인용하였고 대법원은 이를 취소하고 파기·환송하였다.[66] 이 판결이 그동안의 대법원의 '제한적 파탄주의' 입장과는 다르다고 평가

63) 대법원 2002. 3. 29. 선고 2002므74판결; 대법원 2004. 8. 20. 선고 2004므955.

64) 이화숙, "이혼법의 변동요인과 개정방향, 가족법의 변동요인과 개정과제", 「한중일 가족법학술대회자료집」, 연세대학교 법학연구소, 2007. 8. 31 참조.

65) 이희배·김혜숙, 상게논문, 289면: 오래전부터 파탄주의에 대한 연구논문은 발표된바 있으나 최근 연구논문으로는 김기영, "유책배우자의 이혼청구권과 파탄주의", 「원광법학」 제26권 제3호, 원광대학교 법학연구소, 99-32면: 조경애, "파탄주의 이혼원인 입법례에 관한 약간의 고찰", 「가족법연구」 제32권 2호, 한국가족법학회, 2018, 245-308면; 조경애, "이혼원인에서 파탄주의 도입에 관한 제언", 「가족법연구」 제32권 3호, 한국가족법학회, 2018, 53-116면; 박복순/이여봉, "의식조사를 통한 파탄주의 도입 가능성 모색", 「가족법연구」 제27권 제1호, 한국가족법학회, 317-342면 등이 있다.

66) 대법원 2010.12.9. 2009므844판결.

할 수 있는가? 라는 의문이 제기될 수 있다. 그러나 위 판례는 다만 파탄주의 이혼으로의 전환을 위한 진일보일 뿐 전면적 파탄주의 법리에 입각한 판결이라고 평가할 수 없다고 보았다.[67]

현재 제기되는 논의에 있어서 유책 배우자의 이혼청구를 용인할 수 없는 이유는 사회적 약자인 무책배우자가 경제적 어려움에서 아무런 대책없이 '이혼으로부터 방치'될 우려가 있다고 보기 때문이다. 그러므로 파탄주의 이혼의 도입을 위해서는 선행적으로 이를 보완할 제도적 장치가 마련되어야 한다고 보고 있다.[68] 이러한 주장은 충분한 타당성을 갖고 있으나 결과적으로 유무책을 더 이상 묻지 않는다면 결과적으로 현행 위자료청구권이 소멸되고 이를 대체할 수 있는 독일의 '이혼 후 배우자 부양청구권'과 같은 제도가 새롭게 도입되어야 할 것이다. 그러나 이 제도는 유무책과는 상관없이 이혼 후 경제적 능력이 있는 배우자가 경제적 능력이 없는 배우자를(일정한 부양받을 요건이 전제되는 경우) 부양해야 한다는 점에서 이것을 수용하기는 쉽지 않을 것으로 본다. 독일의 경우에도 파탄주의 이혼으로 전환하는 문제는 보다 간단히 해결을 보았지만 이혼 후 배우자 부양의 정당성을 설명하는 것은 쉽지 않았다는 지적은[69], 이에 대한 수용과정이 쉽지 않았음을 보여주고 있는 것이다.

이에 현행법 하에 제안할 수 있는 것은 유책주의 이혼을 유지하면서 파탄주의 조항을 두어 3년 이상 별거생활을 한 경우 이들의 혼인관계의 회복이 더 이상 기대될 수 없다면 배우자의 유무책과 상관없이 이혼이 가능하도록 하는 것이다. 이와 관련하여 현재 재판상 이혼에 대한 별거기간은 6년[70], 5년[71], 3년 정도[72] 등 다양하게 제시되고 있다. 재판상 이혼의 별거기간을 길게 잡는 것은

67) 이희배·김혜숙, 전게논문, 289면.

68) 조경애, "이혼원인에서 파탄주의 도입에 관한 제언", 「가족법연구」 제32권 3호, 한국가족법학회, 2018, 105-106면.

69) Dieter Henrich, Unterhalt nach der Scheidung, Betrag-Dauer-Billigkeit, 1989, S. 72; 조은희, 전게논문, 201-202면 참조.

70) 김상용, "이혼제도개선을 위한 하나의 대안", 「가족법연구」 제15권 제2호, 한국가족법학회, 2001, 49면.

71) 이화숙, 『가족, 사회와 가족법』 세창출판사, 2012, 276면.

72) 박복순·박선영·이여봉, 『이혼법제개선방안 연구』 한국여성정책연구원, 2012, 140면; 한수자, 『파탄주의 이혼원인과 유책배우자의 이혼청구에 관한 연구』(박사학위논문, 한남대학교, 2000,

협의이혼과 관련하여 볼 때 형평에 맞지 않을 수 있다고 보며, 재혼하는 부부도 증가하는 상황에서 혼인관계를 오랫동안 묶어 둘 필요는 없을 것이다. 이에 3년 정도의 별거기간이라면 혼인관계가 파탄되었다고 볼 수 있으며, 이에 이혼이 가능하도록 하여야 할 것이다. 이 경우에도 혼인파탄원인에 대한 배우자의 유무책이 존재한다면 이에 대한 손해배상청구도 가능하다고 할 것이다.

그러나 무책주의적 파탄주의가 도입되는 경우라면 협의이혼과 재판이혼의 개념은 소멸되고, 단지 이혼을 협의했느냐 하지 못하였느냐에 따라 혼인관계 파탄을 증명하기 위한 별거기간이 활용될 수 있을 것이며, 독일의 경우와 유사하게 별거기간은 협의 시 1년, 협의하지 못할 경우 3년으로 하는 것이 적절하다고 본다. 이와 관련하여 제정되어야 할 '이혼 후 배우자 부양'의 문제에 있어서 중요한 근거는 독일에서도 여러 가지 다양한 비판이 있었으나 여전히 충분한 유효성을 갖는다고 볼 수 있다. 즉, 이혼 후 배우자 각자는 자신의 생활을 스스로 책임져야 할 의무가 있다. 그러나 혼인생활로 인하여 일방 배우자가 이혼 후 자신의 생활유지가 어렵게 되었다면 경제적 능력이 있는 배우자는 이혼 후에도 일정기간 배우자를 조력하여야 할 의무가 있다고 보아야 할 것이다.[73] 혼인은 배우자가 서로 책임을 수용한다는 것을 의미하며[74], 혼인을 통해 발생하는 경제적 종속, 오랫동안 자녀를 양육하는 자가 얻게 되는 불이익은 이혼 후에도 이에 대한 상호간의 사후적 책임이 있다고 보아야 할 것이다.

나. 별거제도 도입 후 다양한 청구권

별거는 자유스럽게 혼인과 이혼의 중간단계를 형성할 것이다. 이처럼 별거는 혼인관계도 아니고 이혼상태도 아닌 상황에서 이의 법적 효과는 그 중간 단계에 있다고 볼 수 있다. 혼인의 법적 효과의 정조의무, 동거의무, 협력의무 등은 더 이상 존재하지 않는다고 볼 수 있다. 그러나 아직 이혼한 상태는 아니기 때문에 별거부양의무는 그대로 존재하여야 할 것이며, 이외에도 공동생활이 영위

119면.

73) Beizke/Luederiz, Juristische Kurz-Lehrbuecher Familienrecht, 1999, S. 197.

74) FamRZ, 1981, 242.

되지 않는 상황에서 자녀의 양육권, 혼인주택 및 가재도구의 분할 등이 규율되어야 할 것이다. 앞서 독일민법의 별거에 대한 규정을 소개한바 계속해서 우리에게 주는 시사점을 상세히 검토하고자 한다.

(1) 별거 시 부양청구권

부부가 별거하는 경우에도 이혼을 준비하는 단계에서 부양을 혼인 중의 부양과 동일하게 볼 수는 없을 것이다. 이 기간은 이혼 후 특히 사회적 약자인 배우자가 이혼 후 스스로 생활을 책임질 수 있는 여건을 만들어 가는 기간이 되어야 할 것이므로 몇 가지의 요건이 성립되는 한에서 상대 배우자에게 부양료를 청구할 수 있도록 하여야 할 것이다. 독일의 경우처럼 이혼 후 배우자 부양청구권에 대한 규정이 없는 상황에서 이 제도를 입법화하는 것은 어려우나 배우자가 특별한 상황, 즉, 일방 배우자가 자녀를 양육하게 되는 경우 등 일정한 조건 하에서는 상대 배우자에게 부양료를 청구하도록 하여야 할 것이다. 배우자가 가정주부로 지내왔기 때문에 직업을 구하기 어려운 상황 등은 고려되어 별거 후 바로 경제활동을 할 것이 강요될 수는 없다고 본다. 이에 개인적 상황, 혼인기간, 재산상황 등의 사항들이 부양료청구에 있어서 고려되어야 할 것이다.[75]

(2) 별거 시 가재도구의 분할

우리나라는 독일과 같이 이혼 및 별거 시 가재도구 및 혼인주택의 분할을 규정하고 있지 않다. 그러나 가재도구 역시 각 일방에게 속하거나 혹은 공동소유인 경우 등 구별될 수 있으며, 공동생활의 경우에는 문제되지 않으나 별거(이혼) 시 이에 대한 규율이 필요하다고 본다. 독일민법 제1361a조의 규정을 참고한다면 각자에게 속한 물건은 각자에게 귀속하도록 하고 상대 배우자가 점유하고 있는 것에 대하여는 반환을 청구할 수 있으며, 공동소유인 가재도구는 형평에 따라 분할할 수 있도록 하여야 할 것이다. 단 일방 배우자가 단독소유자이나 다른 일방이 혼인기간 중 그 물건을 특별히 사용해 왔고 별거 시에도 계속적으로 사용해야 할 필요가 있다면, 사용권은 양도될 수 있어야 할 것이다. 이

75) OLG Koblenz NJW 2003, 1816, 1817.

에 법원은 상대 배우자에게 적정한 보상을 하도록 정할 수 있을 것이다.

(3) 혼인주택의 분할 및 거주 청구권

독일의 경우 혼인주택은 재산분할대상에서 제외시키고 있다. 이는 특히 일방 배우자가 미성년자녀를 양육하게 되는 경우 자녀의 복리를 위하여 소유권의 귀속여부와 상관없이 혼인주택에 계속적으로 거주할 수 있도록 하고 있다(독일민법 제1361b조). 그러나 우리나라는 이혼 시 재산분할에 있어서 혼인주택은 부부가 서로 협력하여 이룬 재산인 경우 분할대상이 된다. 혼인주택의 분할 결정이 이루어진 경우 현금분할 방식으로 이루어지는 경우가 많으며[76], 이 경우 남녀 모두 혼인주택의 명의를 보유하고 있는 자가 이혼 후에도 혼인주택을 보유할 확률이 매우 높은 것으로 나타났다. 혼인 중 남성의 명의로 혼인주택을 취득하는 경우가 매우 높다는 점에서 여성에게 불리하게 작용할 가능성이 크다.[77] 자녀양육에 있어서는 여성이 자녀를 양육하거나 자녀수가 많을수록 혼인주택을 보유할 확률이 높은 것으로 나타났다. 자녀가 있는 183건 중 여성이 양육권을 가지된 사례가 131건(71%)이지만 남성명의로 되어 있던 혼인주택이 여성으로 명의 변경된 사례는 88건 가운데 6건(6.8%), 공동명의로 된 경우 여성명의로 변경된 사례가 9건이다.[78] 결과적으로 법원이 미성년 자녀의 양육을 고려하여 혼인주택의 명의를 여성으로 변경한 경우는 총 20건으로서 법원의 혼인주택에 대한 특별한 보호는 소극적이라고 해석하고 있다.[79]

독일민법에서 자녀의 복리를 위하여 양육권자가 계속해서 자녀와 혼인주택에 머물 수 있도록 규정한 것은 우리에게 시사하는 바가 크다. 위 실증분석으로 통해 보더라도 혼인주택에 관하여 자녀의 복리가 충분히 고려되고 있지 못하다

76) 실무에서 재산분할의 방법으로 주로 분할의 대상이 된 재산을 기존 명의자의 소유로 유지하고 상대방 배우자에게 그에 상응하는 금액을 지불하는 현금분할 방식을 선호하기 때문인 것으로 보고 있다(윤철승·정준호, "이혼 시 혼인주택 분할의 결정:서울가정법원 재판사례의 실증분석", 「가족법연구」 제32권 제3호, 한국가족법학회, 2018, 214면.)

77) 윤철승·정준호, 상게논문, 214면: 혼인주택의 분할 결정이 이루어진 361건 중 기존 명의를 그대로 유지한 경우가 309건(86.0%)으로서 이 중 남성 명의가 215건(69.6%), 여성 명의가 87건(28.2%) 공동명의가 7건(2.3%)으로 나타났다.

78) 윤철승·정준호, 상게논문, 225면.

79) 윤철승·정준호, 상게논문, 225면.

는 점을 볼 때, 민법에 혼인주택에 관한 규정을 신설하여 이혼이나 별거 시 이들 자녀에 대한 복리를 고려하여 자녀를 양육하는 배우자가 혼인주택을 계속적으로 사용할 수 있도록 하는 것이 바람직하다고 본다.

(4) 폭력행위자에 대한 퇴거명령

독일민법에서 특히 주목할 만한 것은 일방 배우자가 폭력행위를 행사한 경우 상대 배우자가 혼인주택을 단독으로 사용할 수 있도록 규정하고 있다는 것이다(제1361b조 제2항 1문). 우리나라의 경우 일방 배우자에 의한(다수가 남편) 폭력이 발생할 때 상대 배우자(여성)는 곧 바로 이혼을 생각하기 어렵고 폭력이 계속되면 오히려 자녀가 어린 경우 자녀를 데리고 퇴거하는 경향을 볼 수 있다.[80] 여성이 퇴거하는 이유는 여성이 가정주부이거나 소득이 적은 상황에서 남편의 생활비 지급이 중단되는 경우 주거비용 부담 등 경제적 어려움이 뒤따르기 때문에 퇴거하는 경향을 보인다.[81] 그러나 여성이 이혼을 원하면서 미성년 자녀를 혼인주택에 계속적으로 양육하기를 원한다면 혼인주택에서 생활하여야 할 것이다.

가정폭력이 발생하는 경우 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(약칭 가정폭력 특례법)제29조[82]에 따라 법원은 피해자 보호를 위하여 필요한 경우 다음과 같은 사항에 따라 임시조치를 할 수 있다. 우리의 경우에도 독일처럼 가정폭력특례법과 연계하여 민법조항에 혼인주택에 관한 사항을 신설하여 가정폭력 시 특별히 정당한 경우 피해자가 혼인주택을 단독으로 사용할 수 있도록 규정하여 제도적 장치를 보다 확고히 할 필요가 있을 것이다.

(5) 별거 시 재산분할청구권

민법 제839조 제2항에 따라 재산분할청구는 '이혼을 하는 경우에만' 가능하

80) 윤철승·정준호, 상게논문, 225면.

81) 윤철승·정준호, "이혼 시 주거이동 결정요인의 성별 차이 분석", 주거환경 제14권 제4호, 2016, 119-133면.

82) 가정폭력 특례법 제29조 ① 판사는 가정보호사건의 원활한 조사·심리 또는 피해자 보호를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 결정으로 가정폭력행위자에게 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 임시조치를 할 수 있다.
1. 피해자 또는 가정구성원의 주거 또는 점유하는 방실(房室)로부터의 퇴거 등 격리
2. 피해자 또는 가정구성원의 주거, 직장 등에서 100미터 이내의 접근 금지

도록 규정하고 있다. 현행법상 별거제도가 마련되어 있지 않기 때문에 별거하는 부부는 혼인관계 상태에 있기 때문에 재산분할청구는 불가능하다. 그러나 별거생활이 길어질수록 부부공동의 협력으로 이룩한 재산이 일방 배우자의 명의로 되어 있으나 '실질적 공동재산'으로 이혼 시 분할이 가능한 재산에 대하여 불이익이 발생할 수 있다.

독일의 경우[83] 부부가 3년 이상 별거하게 되는 경우, 상대 배우자에게 불이익을 가져오는 행위를 하는 경우 등에 한하여 사전에 잉여재산의 청산을 요구할 수 있도록 하고 있다(독일민법 제1386조). 우리의 경우에도 별거 시 이러한 사전 청산청구가 가능하도록 하여 재산분할청구자가 재산적 불이익을 당하지 않도록 하는 것이 타당하다고 본다. 재산분할청구를 이혼과 꼭 결부시키지 않고, 특별한 사정에 의하여 인정하는 것은 상대 배우자의 재산의 낭비를 막기 위하여 이혼을 할 필요가 없을 뿐만 아니라 일방 배우자의 재산적 불이익을 미리 막을 수 있도록 하는 것은 일방 배우자의 권리를 보호하는 측면에서도 필요한 제도라고 생각한다.

Ⅴ. 맺는말

부부별거는 혼인관계의 파탄으로 부부가 혼인공동생활을 거부한 채 살아가는 생활의 한 유형이다. 이는 정상적인 혼인공동생활과도 다르며, 아직 이혼하지 않은 상태이기 때문에 이혼과도 다르다. 그러나 별거는 혼인보다는 오히려 이혼에 가까운 상태라고 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 현재처럼 이러한 별거상태를 혼인상태와 동일하게 적용하는 것은 바람직하지 않으며, 별거라는 현실에 적합한 제도적 장치가 마련되어야 할 것으로 본다.

현행법상 협의이혼을 하는 부부는 이혼의 협의와 함께 이혼숙려기간이라는 이혼과정을 거친다. 이는 별거기간과 유사한 효과와 기능을 한다고 볼 수 있다.

83) 이는 독일의 경우뿐만 아니라 유럽의 대부분의 부부재산제에서 이러한 사전 재산분할청구를 규정하고 있다(조은희, "유럽부부재산제의 입법례가 우리에게 주는 시사점", 「비교사법」 제12권 제2호, 한국비교사법학회, 2005, 59-59면.).

그러나 재판상 이혼의 경우에는 현행 이혼법상 유책주의를 근간으로 민법 제840조 제6호를 인정하면서도 법원은 유책배우자의 이혼청구를 기각해 왔다. 그러나 유책 배우자의 이혼청구라도 일정한 별거기간의 경과 후(3년 이상)에는 혼인관계가 파탄된 것이라고 볼 수 있기 때문에 이혼은 가능하도록 하여야 할 것이다.

또한 별거제도를 도입하고자 하는 경우 독일의 입법례를 통해서 검토한 별거시 부양청구권, 혼인주택분할, 가재도구 분할, 사전 재산분할의 청산 등은 우리에게 시사하는 바가 크다. 이는 당사자가 서로 혼인공동생활을 거부한 상태에서 자녀에 대한 문제, 부양료 및 부부재산에 관한 문제, 그리고 혼인주택 및 가사도구에 관한 문제 등은 구체적인 사례에서 혼인생활과는 다른 차원에서 접근되어야 하며, 앞서 소개한 독일의 입법례와 관련 판례의 구체적인 내용 등은 입법론적 측면에서 모두 수용 가능한 내용이라고 생각한다.

오늘날 세계 이혼법의 추세는 파탄주의 이혼법에 의한 것이며, 파탄주의이혼을 채택하고 있는 대부분의 국가는 별거제도를 두고 있다. 우리의 이혼법도 앞으로 파탄주의 이혼으로의 전환이 불가피할 것으로 보이며 이에 별거제도의 적절한 활용은 현재 별거관계에 처해 있는 배우자에게 유익할 제도일 뿐만 아니라 앞으로의 이혼제도의 변화에 있어서도 중요한 기능을 할 수 있을 것으로 본다. 이러한 점에서 별거제도의 도입에 대한 논의가 더욱 활발히 진행되길 기대해 본다.

참고문헌

[국내문헌]

김기영, “유책배우자의 이혼청구권과 파탄주의”, 「원광법학」 제26권 제3호, 원광대학교 법학연구소.

김상용, “협의이혼에 대한 각국의 입법례 및 제도개선방안 연구”, 『가족법연구(II)』, 법문사, 2006.

김상용, “이혼제도개선을 위한 하나의 대안”, 「가족법연구」 제15권 제2호, 한국가족법학회, 2001.

김태환, “유책배우자의 이혼청구에 관한 실무상 검토”, 「가족법연구」 31. 3, 한국가족법학회, 2017.

박복순·박선영·이여봉, 『이혼법제개선방안 연구』, 한국여성정책연구원, 2012.

박복순·이여봉, “의식조사를 통한 파탄주의 도입 가능성 모색”,「가족법연구」 제27권 1호, 한국가족법학회, 2013.

서종희, “이혼시 가재도구(Haushalsgegensende) 분할-신설된 독일민법 제1568b조를 참조하여”-, 「가족법연구」 제27권 2호, 가족법학회, 2013.

신영호, “유책배우자의 이혼청구권-판례의 동향과 현황을 중심으로”, 「고려법학」 제43호, 고려대학교 법학연구원.

신용섭, “유책배우자의 이혼청구권 - 대법원 2015. 9. 15. 선고 2013므568 전원합의체 판결” 「중소기업과 법」 제7권, 아주대학교 법학연구소, 2015.

윤철승·정준호, “이혼 시 혼인주택 분할의 결정:서울가정법원 재판사례의 실증분석”, 「가족법연구」 제32권 제3호, 한국가족법학회, 2018.

윤철승·정준호, “이혼 시 주거이동 결정요인의 성별 차이 분석”, 「주거환경」 제14권 제4호, 2016.

이강원, “이혼제도의 개선방안” 「서울가정법원방문 세미나자료집」, 2004.

이승우, “유책배우자의 이혼청구에 관한 판례분석”, 「사법연구」 제5집, 2000. 12.

이태영, 『한국이혼연구』, 서울대학교박사학위논문, 서울대학교, 1968.

이화숙, “별거제도 도입을 위한 입법정책적 연구”, 「법조」, 2008.3.

이화숙, “이혼법의 변동요인과 개정방향, 가족법의 변동요인과 개정과제”, 「한중일 가족법학술대회자료집」, 연세대학교 법학연구소, 2007. 8. 31.

이화숙, 『가족, 사회와 가족법』, 세창출판사, 2012.

이희배/김혜숙, “유책배우자 이혼청구의 제한과 파탄주의 지향”, 「가족법연구」 29. 2, 한국가족법학회, 2015.

조경애, “파탄주의 이혼원인 입법례에 관한 약간의 고찰”, 「가족법연구」 제32권 2호, 한국가족법학회, 2018.

조경애, “이혼원인에서 파탄주의 도입에 관한 제언”, 「가족법연구」 제32권 3호,

한국가족법학회, 2018.
조은희, “여성의 인권과 이태영변호사의 ‘한국이혼연구’에 대한 재조명”, 「공익과 인권」 제3권 1호, 서울대학교공인권법연구센터, 2006. 2.
조은희, “이혼후 배우자 부양에 관한 우리나라와 독일법의 비교법적인 고찰”, 「법제연구」 통권 제23호, 한국법제연구원, 2002. 12.
최문기, “유배배우자의 이혼청구에 관한 판례의 동향”, 「경성대학교 논문집」 제18집 2권, 1997.
최신섭, “별거 중 친권행사-독일법을 중심으로-”, 「가족법연구」 제22권 제2호, 한국가족법학회, 2008.
한복용 역, 저자, Mary Ann Glendon, 『전환기의 가족법』, 1997.
한수자, “독일이혼법제에 나타난 새로운 경향”, 「현대민사법연구」, 2001.
한수자, 『파탄주의 이혼원인과 유책배우자의 이혼청구에 관한 연구』(박사학위논문, 한남대학교, 2000.

[외국문헌]

Beizke/Luederiz, Juristische Kurz-Lehrbuecher Familienrecht, C.H. Beck, 1999.
Bernd von Heintschel-Heinegg/Gerhardt, Materielles Scheidungsrecht, 1992.
Dieter Schwab, Handbuch des Scheidungsrecht, C.H. Beck, 1995.
Eva Marie von Muench, Die Scheidung nach neuem Recht, 9. Auflage, dtv, 1996.
Gerhard Wesenberg, Neure deutsche Privatrechtesgeschiechte, Böhlau, 1985.
Dieter Henrich, Unterhalt nach der Scheidung, Betrag-Dauer-Billigkeit, 1989.
Jacobs, NJW 2012, 3602f.
Rainer Jacobs, Das Ende der Hausratsteilung : das neue sachenrechtliche Regime des § 1568b BGB, NJW 2012, 360.
Johannsen/Henrich, Eherecht Scheidung, Trennung, Folgen Kommentar 3., voellig ueberarbeitete Auflage, C.H.Beck, 1998.

Marina Wellenhofer, Familienrecht, 4. Auflage, C.H.Beck, 2017.
Münchener Kommentar Buergerliches Gesetzbuch, Band 7, C.H.Beck, 2013.
Nina Dethloff, Familienrecht 31. Auflage, C.H.Beck, 2015.
Norbert Horn, Einfűhrung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 1996.
Tilo Ramm, "Zur Neueregelung des Rechts der Ehescheidung und der Scheidungsfolgen", FamRZ, 70, 753.
Wellenhofer-Klein, Die Abkehr von der Ehe als Unterhaltsausschlussgrund nach 1579 Nr. 6 BGB, 1995.

[Abstract]

German Marital Separation System and Implications

Cho, Eun-Hee
Professor, Law School, Jeju National University

Korea does not have a marital separation system other than divorce. Therefore, if a couple separates, the same legal effect as marriage occurs. However, there are few married couples who are currently separated. Especially in court divorce, the court has not accepted the spouse.

As a result, married couples who are unable to reunite and are in a separated state will not be few. Marital separation is a type of life in which marital life is refused by married couples. This is different from normal marriage, and it is different from divorce because it is not yet divorced. Many of the married couples experience separation. Therefore, it is not reasonable to apply the laws that apply to normal marital relations

to separated married couples.

In this paper, we review the separation system in Germany and examine implications for Korea when Korea introduces separation system.

First, the text explains the social context in which Germany adopted the separation system. In the process of transition from remarriageism to corruption divorce, the role of the separation system and the responsibilities of supporting the spouse were examined.

The contents of the German separation system were explained concretely. Under the divorce law of the Federal Republic of Germany, the separation period is used as objective evidence of the marriage breakdown. If a couple agrees to divorce and fails to reach a one-year agreement, a separation period of three years is required. Separation is possible even if you do not have a common life together or you live in a house. The judge looks at the separation period and separation status and identifies it instead of looking for the mistake of the spouse.

In this text, the interpretation of the provisions and precedents were examined. In addition, the German Civil Code has different regulations on separation: the German Civil Act differs from the Family Custody Act in that, in separation of the married couple, one party gives the other a right to claim separation (German Civil Code Article 1361) (Article 1361a of the German Civil Code), in case of a dispute over a marriage housing, a spouse for a decision to decide who will stay in the marriage housing (German Civil Code No. 1361 b), a couple separated for more than three years And a request for liquidation for the division of surplus joints (Article 1385 of the German Civil Code). I have reviewed the interpretation of the precedents according to these regulations and related contents. And we continued to examine the implications of the German separation system if we were to introduce a separation system. In this paper, the necessity of the separation system and the introduction of the separation system are

examined to see what kind of separation system can be introduced in the future considering the situation of the current law. In this case, how the German separation system explained above is applicable.

Key words : Germany's separation system, divorce law, remuneration, defamation, dependency claim, marital separation