

배우자 일방과 간통한 상간자(相姦者)의 타방배우자 및 그 자녀에 대한 불법행위책임에 대한 소고*

-일본의 학설 및 판례에 대한 소개를 중심으로-

Liability for Illegal Acts of a Person Who has Committed Adultery with One Spouse

서 종 희**
Seo, Jong-Hee

목 차

- | | |
|-------------------|---------------------------|
| I. 들어가는 말 | III. 일본의 학설 |
| II. 일본의 판례에 대한 검토 | IV. 우리민법예의 시사점-맺음말에 갈음하여- |

일본의 판례와 학설에 대한 분석을 기초로 배우자 일방과 부정행위를 한 상간자의 타방 배우자 및 자녀에 대한 불법행위의 책임에 대한 향후 우리 판례의 변화를 예견해 보면 다음과 같다.

먼저 상간자의 타방배우자에 대한 불법행위의 성립을 인정하기 위해서는, 상간자가 부정행위를 한 배우자의 자유의사행위를 침해하여 혼인관계의 평화·안정을 침해 내지 파괴하는 강제적, 반강제적인 행위(폭력, 협박, 사기, 교사, 유혹 등)를 하였다는 것이 전제될 필요가 있다. 우리 판례 또한 과거와 같이 상간자가 배우자 일방과 부정행위를 함께 하였다는 것 자체만으로 불법행위책임을 인정해서는 안 될 것이며 상간자의 해의(害意) 등 적극

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2021..48.143>

투고일: 2021. 1. 31. / 심사회의일: 2021. 2. 4. / 게재확정일: 2021. 2. 15.

* 본고를 이번에 정년을 맞이하신 문홍안 교수님께 獻呈합니다. 다양한 가족법 관련 연구를 통해 필자를 포함하여 후학들에게 높은 어깨를 빌려주신 것에 대해 감사드립니다.

** 건국대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사
Associate Professor, Law School of Konkuk University

적인 침해의 태양을 고려하여 불법행위책임을 인정해야 할 것이다.

다음으로 상간자의 자녀에 대한 불법행위는 부정행위에 의해 자녀의 피침해이익을 「온화한 가정생활을 영위함으로써 향유해온 정신적 이익」으로 보아 판단해야 할 것이다. 특히 부모의 자녀에 대한 감호 등을 적극적으로 저지하는 등, 부모의 불륜 상대방의 자녀에 대한 해의를 전제로 부정행위의 위법성을 평가하고 해의를 가지고 부모일방과 불륜을 계속한 경우에는 그러한 사정이 자녀의 이익을 침해하였다고 인정한다고 보아야 할 것이다. 원고와 피고 모두에게 그 결론에 이른 논거를 보여주는 것은 그 결과에 대해 관용할 수 있는 기회를 제공한다는 점에서 매우 중요한 작업이라고 할 수 있다. 따라서 향후 우리 판례는 상간자의 자녀에 대한 불법행위책임여부를 판단함에 있어 일반원칙만을 반복적으로 실시하는 것을 지양하고 상간자의 행위가 자녀에 대해 위법한지 여부에 대한 ‘위법성’ 평가를 적극적으로 검토하여 실시하여야 할 것이다.

[주제어] 부정행위, 상간자의 불법행위책임, 정조의무, 온화한 가정생활을 영위함으로써 향유해온 정신적 이익, 배우자의 자유의사

I. 들어가는 말

배우자 일방(이하 ‘일방배우자’)이 제3자(이하 ‘상간자(相姦者)’)와 정교관계에 이른 경우, 그 배우자 일방은 타방배우자에게 손해(위자료)배상책임을 부담한다.¹⁾ 그런데 배우자 일방과 간통한 상간자인 제3자가 자녀에 대해서 불법행위책임을 지는지에 대한 판단은 전자에 비하여 더 복잡하고 어렵다. 이는 개개의 혼인관·가족관의 차이에 기인하며, 가족 간의 분쟁에 [손해배상의]재산법리를 이용하는 것에 대한 시비(是非), 피침해이익과 인과관계의 존부, 위법성 평가 등에 있어서 견해가 다양하게 나뉠 수 있기 때문이다.

먼저 국내판례는 상간자가 타방배우자에 대해 불법행위에 기하여 손해배상책임을 지는지에 대해서 일반적으로 이를 인정한다. 즉 판례는 대법원 2014. 11. 20. 선고 2011므2997 전원합의체 판결 등에서 “제3자도 타인의 부부공동생활에 개입하여 부부공동생활의 파탄을 초래하는 등 혼인의 본질에 해당하는 부부공동생활을 방해하여서는 아니 된다. 제3자가 부부의 일방과 부정행위를 함으로써 혼인의 본질에 해당하는 부부공동생

1) 이에 대해서는 서중희, “배우자에 대한 정조의무위반과 이혼위자료”, 가족법연구 제32권 제1호, 2018, 1쪽 이하; 윤진수, 친족상속법강의(제3판), 박영사, 2020, 138쪽; 윤진수 편집대표(이동진 집필부분), 주해친족법 제1권, 박영사, 2015(이하 ‘이동진/주해친족법 제1권’), 511쪽; 이동진, “부부관계의 사실상 파탄과 부정행위(不貞行爲)에 대한 책임”, 서울대학교 법학 제54권 제4호, 2013, 61쪽 이하 등 참조.

활을 침해하거나 유지를 방해하고 그에 대한 배우자로서의 권리를 침해하여 배우자에게 정신적 고통을 가하는 행위는 원칙적으로 불법행위를 구성한다(밑줄은 필자가 첨가).”²⁾ 점을 명확히 하였다.²⁾ 반면에 판례는 원칙상 상간자에게 배우자의 자녀에 대한 불법행위 책임을 인정하지 않는다. 예컨대 대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다1899 판결 등에서 판례는 “배우자 있는 부녀와 간통행위를 하고, 이로 인하여 그 부녀가 배우자와 별거하거나 이혼하는 등으로 혼인관계를 파탄에 이르게 한 경우 그 부녀와 간통행위를 한 제3자(相姦者)는 그 부녀의 배우자에 대하여 불법행위를 구성하고, 따라서 그로 인하여 그 부녀의 배우자가 입은 정신상의 고통을 위자할 의무가 있다고 할 것이나, 이러한 경우라도 간통행위를 한 부녀 자체가 그 자녀에 대하여 불법행위책임을 부담한다고 할 수는 없고, 또한 간통행위를 한 제3자(相姦者) 역시 해의(害意)를 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(밑줄은 필자가 첨가).”고 본다.³⁾ 요컨대 우리 판례는 상간자의 자녀에 대한 책임과 타방 배우자에 대한 책임에 있어 다른 접근을 하고 있다.

한편 국내 학설은 이에 대해서 견해가 나뉜다. 판례와 같이 타방배우자에게만 불법행위 책임을 인정하는 견해, 타방배우자와 자녀 모두에 대한 불법행위 책임을 인정하는 견해, 타방배우자 및 자녀에 대한 불법행위 책임을 모두 부정하는 견해로 나뉜다.⁴⁾ 이렇게 견해가 다양하게 나뉘는 것은 가치관의 차이의 발현이라고 할 수 있다(소위 ‘가치관의 이른바 리트머스시험지’). 비교법적 관점에서 바라보더라도 상간자인 제3자의 불법행위 책임의 인정여부는 각국이 부부생활 및 가족공동체생활을 바라는 보는 가치관에 따라 다르다는 점을 확인할 수 있다.⁵⁾

이미 언급한 것과 같이 국내 판례는 상간자인 제3자의 타방배우자에 대한 손해배상 책임과 자녀에 대한 손해배상 책임에 있어 다른 관점에서 판단하고 있다. 다만 학설은 이에 대해서 다양한 견해가 존재하는 것으로 판단되나 그 논거는 상세하지 않다. 반면에 일본

2) 통설 또한 마찬가지이다. 윤진수, 앞의 책, 69쪽, 138쪽 이하 참조.

3) 참고로 대법원 1982. 7. 28. 선고 80다1295 판결은 상당인과관계를 부인하여 불법행위 책임을 인정하지 않는다. 상당인과관계를 부정하는 것에 대해 이동진/주해친족법 제1권, 220쪽 및 김태의, “상간자의 손해배상 책임”, 가사재판연구(3), 2018, 12쪽에서는 타당하지 않다고 보며, 후자는 오히려 위법성을 부인하는 것이 타당하다고 본다.

4) 이동진/주해친족법 제1권, 518-519쪽.

5) 유럽 등 국가와의 비교법적 고찰은 이동진, 앞의 논문, 73쪽 이하 참조.

은 최고재판소의 판결을 전제로 하여 학설이 다양하게 나뉘고 있으며, 각각의 견해마다 구체적인 논거를 제시하고 있어 그 타당성여부는 차치하더라도 향후 우리 판례 및 학설의 해석의 변화에 참조가 될 수 있을 것이다. 이에 본고에서는 상간자인 제3자의 타방배우자 및 자녀에 대한 책임에 대한 일본의 판례 및 학설을 검토해 본 후(II, III), 맺음말에 갈음하여 우리법에 시사점을 제시해 보고자 한다(IV).⁶⁾ 특히 상간자인 제3자의 타방배우자 및 자녀에 대한 불법행위책임인정여부와 관련하여 일본의 판례는 1979년 일본최고재판소 판결이전과 이후를 구분하여 이해할 필요가 있어, 이하에서는 먼저 1979년 일본최고재판소 판결을 상세하게 분석한 후, 타방배우자에 대한 불법행위와 자녀에 대한 불법행위에 대한 판례 및 학설의 입장을 구분하여 검토해 보고자 한다.

II. 일본의 판례에 대한 검토

일본에서는 상간자의 책임과 관련하여 1979년 3월 30일에 선고된 두 개의 일본최고재판소 판결⁷⁾이 중요한 의미를 가진다.⁸⁾ 다만 하급심 판결 등에서는 위 최고재판소 판결을 답습하지 않고 다른 결론을 도출하는 경우도 종종 확인되고 있다는 점에서 1979년의 최고재판소 판결이 가지는 의미를 재평가해 볼 필요가 있다. 특히 두 개의 판결 모두 보충의견 및 반대의견이 존재하는데 일부 하급심 판결은 위 반대의견 등에 영향을 받았다고 평가할 수 있어 본고에서는 이에 대해서도 살펴보고자 한다.

6) 이동진, 앞의 논문, 92-95쪽 및 이동국, “제3자의 부정행위 가담으로 인한 불법행위의 성립”, 저스티스 제97호, 2007, 78쪽 이하에서도 일본과의 비교법적인 고찰을 확인할 수 있으나 일본의 판례 및 학설의 소개가 개괄적인 고찰에 그치고 있다. 본고에서는 일본최고재판소 판결의 다수의견이외에 반대의견 등도 함께 소개하고 학설의 논거 또한 자세하게 분석해 보고자 한다. 일본의 학설대립 등을 상세하게 분석한 선행연구로는 櫻見由美子, 「夫婦の一方と不貞行為を行った第三者の他方配偶者に対する不法行為責任について - その果たした機能と今日的必要性の観点から -」, 金沢 41卷 2号, 1999, 139頁 이하 및 櫻見由美子, 「婚姻関係の破壊に対する第三者の不法行為責任について - 最高裁昭和54年3月30日判決以降の実務の軌跡を中心として -」, 金沢 49卷 2号, 2007, 179頁 이하 참조.

7) 民集 33卷 2号 303頁; 判時 922号 8頁.

8) 前田達明, 『愛と家庭と』, 成文堂, 1985, 16頁 이하; 國井和郎, 「夫と通じた者に対する妻の慰謝料請求権」, 『家族法判例百選[第6版]』, 有斐閣, 2002, 22頁 이하 등.

1. 최고재판소 판결

1.1 最判 昭和54(1979)年 3月 30日(民集 33卷 2号 303頁, 이하 ‘1979년 제1대상판결’)9)

$X_1 \cdot A$ 는 1948년에 혼인, 그 후 $X_2 \sim X_4$ 의 세 명의子を 둔 부모이다. 1957년경 A 가 바(Bar)의 호스티스 Y 와 알게 되어 후에 정교관계에 이르렀으며, 1960년에 Y 와의 사이에子を 낳았다. 이에 X_1 이 이를 비난하자 이미 X_1 에 대한 애정을 잃은 A 는 집을 나와 Y 와 동거를 시작하였으며 이후 妻와 子에게 돌아가지 않았다(그 시점에 X_2 는 19세, X_3 은 9세, X_4 는 3세였다). X_1 은 정조권의 침해, $X_2 \sim X_4$ 는 父와의 공동생활에 의해 향유할 수 있었던 감호, 교육, 애정적 이익의 침해를 각각 이유로 하여 Y 에게 손해배상을 구하는 소를 제기하였다. 1심 법원은 $X_1 \sim X_4$ (이하 ‘복수의 X ’)의 주장을 모두 받아들여, X_1 에 300만 엔, X_2 에 30만 엔, X_3 , X_4 에 각각 50만 엔의 위자료를 지급할 것을 인용하였다.¹⁰⁾ 이에 Y 가 항소하였고 항소심 법원¹¹⁾은, 「 A 와 Y 는 자연스러운 애정에 의해 정교관계가 발생한 것이며, Y 가子を 낳은 것은 모친으로서 당연한 일로 A 에 妻子가 있다는 사실만으로 이러한 일이 위법하다고 보는 것은 상당하지 않으며, 또한 A 와 X_1 의 혼인생활은 X_1 이 A 와 Y 의 관계를 알게 되어 A 가 별거한 1964년 6월에 이미 파탄에 이르렀다고 인정하는 것이 상당하다. 그리고 이 별거는 X_1 이 A 를 책망하여 애정을 완전히 상실하여 감행한 것으로, Y 가 A 에 동거를 요구한 것이 아니므로 Y 에게 직접적인 책임이 있다고 할 수 없다. 그리고 A 와 Y 가 동거생활을 시작한 것은, 위에서 인정한 것과 같이 A 와 X_1 의 혼인생활이 이미 파탄한 후였으며, 또한 A 가 Y 에게 먼저 요구하였다는 점을 고려하면 Y 에게 위법이 있다고 볼 수 없다. …(중략)… 또한 A 가 Y 와 동거한 이후子인 $X_2 \sim X_4$ 는 A 의 애정 어린 양육을 받지 못하게 되었으나 이는 전적으로 A 의 부덕에 의한 것이므로 Y 에게 직접적인 책임이 있다고 할 수 없다.」고 하며 복수의 X 의 청구를 모두 기각하였다. 이에 복수의 X 가 상고하였다.

상고심인 최고재판소는 X_1 의 청구 부분에 대해서는 다음과 같은 이유에서 원심을 파기환송하였다.

9) 사족(蛇足)이라는 비판을 예상하면서도 사실관계를 자세하게 소개하는 이유는 사실관계에 따라 다른 결론이 나올 수 있다는 점에서 당해 판결의 정확한 인지를 위한 것이다.

10) 東京地判 昭和 49(1974)年 6月 28日.

11) 東京高判 昭和 50(1975)年 12月 22日.

“부부의 일방의 배우자와 육체관계를 가진 제3자는, 고의 또는 과실이 있는 한, 위 배우자를 적극적으로 유혹하여 육체관계를 가지게 하였는지의 여부 및 양자의 관계가 자연스러운 애정에 의해 발생하였는지의 여부를 불문하고, 타방배우자의 夫 또는 妻로서의 권리를 침해한 것이며 그 행위는 위법하므로 타방배우자가 입은 정신상의 고통을 위자하여야 할 의무가 있다.”

반면에 최고재판소의 다수의견은 X₂~X₄의 청구 부분에 대해서는 다음과 같은 이유에서 원심을 유지하였다.

“妻 및 미성년의子を 둔 남성과 육체관계를 가진 여성이 妻子를 떠난 위 남성과 동거하기에 이른 결과, 그子が 일상생활에 있어서 부친으로부터 애정·감호·교육을 받지 못하게 되었더라도, **그 여성이 해의(害意)로써 부친의子에 대한 감호 등을 적극적으로 저지하는 등의 특단의 사정이 없는 한 위 여성의 행위는 미성년의子에 대해 불법행위를 구성하지 않는다고 해석하는 것이 상당하다.** 한편 부친이 그 미성년의子에 애정을 쏟고 감호·교육을 행하는 것은 여타 여성과의 동거 여부와 관계가 없으며, 부친 스스로의 의사에 의해 행할 수 있다. 따라서 여타의 여성과의 동거의 결과, **미성년자의子が 사실상 부친의 애정·감호·교육을 받지 못하여 그 때문에 불이익을 입었더라도, 그 손해와 위 상간자의 행위 간에는 상당인과관계가 없다.**”

한편 大塚 재판관은 미성년자인子에 대해 발생한 손해와 상간자의 행위와의 상당인과관계에 대한 판단과 관련하여 다음과 같은 보충의견을 제시하였다.

“妻 및 미성년의子を 둔 남성과 육체관계를 가진 여성이 妻子를 떠난 위 남성과 동거할 경우, 위 미성년의子が 사실상 부친의 감호 등을 받을 수 없게 되어 그 때문에 불이익을 입는 경우가 있음을 부정할 수 없다. 이 경우 문제는 위의 사실상의 불이익을 법적으로 평가하여 원인행위와 상당인과관계에 있다고 할 수 있는가이다. ……(중략)…… 본가에 남겨진子에 대해 감호 등을 행하는 것은 그 경우 여하와 관계없이, 그야말로 부친 스스로의 의사에 의해 결정되므로 상당인과관계의 유무를 판단함에 있어 이 부친의 의사 결정이 중요한 의의를 가진다는 점을 고려해야 한다. 요컨대 위 부친의 의사 결정에 의해 미성년의子が 감호 등을 받을 수 있는지 여부가 결정되는바, 다수의견의 적시와 관련한 원심이 확정한 사실관계하에서는 상대방 여성의 동거행위에 의해 미성년의子が 불이익을 받는 것이 통상적이라고 논하기 어려우며 위 불이익은 어디까지나 사실상 야기

되었을 뿐, 그것을 법적으로 평가하여 원인행위와 상당인과관계에 있는 결과라고 할 수 없다. 또한 본건과 같은 사안에 있어서, **자가 부친에 대해서는 손해배상을 청구하지 않고 그 동거의 상대방인 여성에 대해서만 손해배상의 청구를 하는 사례가 일반적인바**, 그 청구자의 태도는 심정적으로 이해할 수 없는 것은 아니나 일반적 사실 및 그 배경에 있는 법해석론으로는 본건 상당인과관계의 판단에 관한 고려요소로 그것을 참작할 수밖에 없다. 더 나아가, …(중략)…위법성의 판단에 있어서도 자가 부친에 대해서는 손해배상을 청구하지 않는다는 전기의 일반적 사실은 충분히 고려되어야 할 것이다.”

국내에는 소개되지 않았지만 위 판결에서 많은 주목을 받은 것은 다수의견에 대한 本林 재판관의 반대의견이라 할 수 있다. 本林 재판관은 다음과 같은 논거로 자녀에 대해서도 불법행위책임을 부담한다고 보았다.

“물론 부친이 미성년의 자에 대해 행하는 감호 및 교육은, 부자(父子)가 일상의 기거를 함께해야만 가능한 것이 아니며, 여타의 여성과 동거하였더라도 부친이 강한 의사를 가지고 행하면 가능한 것이다. 다만 **미성년의子を 가진 남성과 육체관계를 갖고 그 남자의子を 출산하고 妻子를 떠난 위 남성과 동거하기에 이른 여성이, 설령 스스로 그 동거를 원하지 않았으며 동거 후에도 남성이 妻子에게로 돌아가는 데 대해 구태여 반대하지 않았더라도, 동거의 결과로써 남성이 그 미성년의 자에 대해 일절 감호·교육을 행하지 않았다면, 그에 의해 입은 子의 불이익은 그 여성의 남성과의 동거라는 행위에 의해 발생하였다고 보아야 하며, 그 불이익과 동거행위는 상당인과관계가 있다고 보는 것이 상당하다**. 불법행위에 있어서의 행위와 그 결과 간에 상당인과관계가 있는지의 여부의 판단은 그러한 행위가 있다면 통상은 그와 같은 결과가 발생할 것이라고 인정되는가의 기준에 의해 이루어져야 하는바, 妻子를 떠나 여타의 여성과 동거한 남성이 후에 남기고 온 미성년의 자에 대해 사실상 감호 및 교육을 행하지 않게 되어, 그로 인하여 자가 불이익을 입는 것은 통상적이라고 판단된다. 따라서 그 여성이 동거를 거절하지 않는 한, 그 동거행위와 자가 입은 위 불이익 간에는 상당인과관계가 있다고 보아야 할 것이다. 더 나아가, 자가 父와의 공동생활로 인하여 부친으로부터 매일 향유할 수 있는 애정은 부친이 여타의 여성과 동거할 경우 당연히 빼앗기게 됨은 언급할 필요도 없으며, 위 여성의 동거행위와 자가 부친의 애정을 향유할 수 없게 되어 입은 불이익 간에는 상당인과관계가 있다고 할 수 있다. 따라서 본인은, 본건에 있어서 **피상고인의 동거행위와 상고인 복수의 자가 일상생활상 부친으로부터의 애정을 향유할 수 없게 되어 감호, 교육을 받지 못하여 입은 불이익 간에는 상당인과관계가 있다고 보며, 이 점에 있어서 다수의견에 동조할 수 없다**.

부모가 고의 또는 과실에 의해 위 의무를 태만한 결과, 자가 불이익을 입었다면 부모는 자에 대해 불법행위상의 손해배상 의무를 진다고 보아야 하므로, 위 불이익은 불법행위에 의해 보호되어야 할 법익이 될 수 있다. 또한 **미성년의 자가 양친과 함께 공동생활을 하며 향유할 수 있는 부친으로부터의 애정 및 부자의 공동생활에 의해 향유되는 가정적 생활이익** 등은 미성년 자의 인격 형성에 큰 영향을 주는 것이며, 인간성의 본질과 깊이 관련한다는 점을 고려하면, 법률은 그에 대한 침해에 대해 두터운 보호의 손길을 내밀어야 한다. 다시 말해, 위 이익 등은 충분히 법률로써 보호할 가치가 있는 법익이라고 보아야 한다. 이와 같이 고려하면, 어떠한 여성이 미성년의 자를 본가에 두고 온 남성과 동거함으로써 위 자가 부친으로부터의 애정·감호·교육을 향유할 수 없게 되었다면, 위 여성은 고의 또는 과실이 있는 한 미성년의 자에 대해 불법행위책임을 부담해야 한다.”

1.2 最判 昭和54(1979)年 3月 30日(判時 922号 8頁, 이하 ‘1979년 제2대상판결’)

위 판결의 사실관계는 다음과 같다. $X_1 \cdot A$ 는 1954년에 혼인한 후 $X_2 \sim X_4$ 의 세 명의子を 둔 부부로서 1970년경까지 평온한 가정생활을 보내고 있었다. 1970년 A의 초·중학교 동창인 Y가 해외근무 발령을 받게 되어 개최된 송별회에 A가 참석하여 양자가 재회하였으며, 이후 A의 마음은 점차 Y로 기울어졌으며 1971년경 A가 단신으로 Y의 근무지로 향하여 정교관계에 이르렀다. 그 후, 둘의 관계를 X_1 이 알게 되었으며 A는 X_1 의 설득에도 불구하고 결국 Y의 근무지로 도향하였다(이 시점에 X_2 는 19세, X_3 는 15세, X_4 는 10세였다). 이에 X_1 은 정조권의 침해를, $X_2 \sim X_4$ 는 모(母)와의 공동생활에 의해 향유할 수 있었던 감호, 교육, 애정적 이익의 침해를 각각 이유로 하여 Y에게 손해배상을 구하는 소를 제기하였다.

1심은, X_1 의 청구에 대해서는 300만 엔의 한도에서 이를 인용하였으나, $X_2 \sim X_4$ 의 청구에 대해서는 Y의 행위는 X_2 등의 모와의 동거행위에 그치므로 특별한 사정이 없는 한 불법행위를 구성한다고 해석하기 어렵다고 하며 모두 기각하였다.¹²⁾ 복수의 X 및 Y 쌍방이 모두 항소하였고 이에 항소심은 다음과 같은 이유로 X_1 에 500만 엔, $X_2 \sim X_4$ 에 각각 100만 엔의 위자료를 인용하였다.¹³⁾

“부부와 그 미성숙 자의 가족에 있어, 각인은 여타의 가족과 함께 평온하게 행복한

12) 大阪地判 昭和52(1977)年 6月 6日.

13) 大阪高判 昭和53(1978)年 8月 8日.

가정생활을 영위해야 할 법의 보호를 받을 가치가 있는 이익을 가지며, 제3자가 이를 위법하게 침해한 때는 불법행위가 성립한다고 해석해야 한다. 그리고 제3자가 妻와 불륜 관계를 맺어 당해 평화로운 가정을 파탄한 때는, **夫의 수조(守操)청구권, 미성숙 子의 신상감호청구권이 침해되었을 뿐만 아니라**, 夫 또는 미성숙 子의 정신적 이익을 침해하였으므로 불법행위책임을 인정할 수 있다. …(중략)… Y는 위법하게 복수의 X와 A의 평온하고 안정된 가정생활로부터 A를 이탈시켜 이를 사실상 파탄시켜 복수의 X가 당시까지의 평온하고 행복한 가정생활을 영위함으로써 향유해온 정신적 이익을 침해하였다고 인정되므로, Y와의 공동불법행위자로서 복수의 X에게 정신적 고통에 의한 손해를 배상해야 할 의무가 있다.”

이에 Y가 상고하였고 최고재판소의 다수의견은 X₁에 대한 상고를 기각한 반면에 다음과 같은 이유에서 X₂~X₄의 청구를 인용한 원심을 파기하였다.¹⁴⁾

“夫 및 미성년의 子를 둔 여성과 육체관계를 가진 남성이 夫와 子를 떠난 위 여성과 동거하기에 이른 결과, 그 子가 일상생활에 있어서 모친으로부터 애정을 받아 그 감호·교육을 받을 수 없게 되었다라도 그 남성이 해의(害意)로써 모친의 子에 대한 감호 등을 적극적으로 저지하는 등 특단의 사정이 없는 한, 위 남성의 행위는 미성년의 子에 대해 불법행위를 구성하지 않는다. 모친이 그 미성년의 子에 대해 애정을 쏟고 감호·교육을 행하는 것은, 여타의 남성과의 동거 여부와 관계가 없으며 모친 스스로의 의사에 의해 행할 수 있으므로 여타의 남성과의 동거의 결과, 미성년의 子가 사실상 모친의 애정·감호·교육을 받지 못하여 그로 인해 불이익을 입었다라도, 그와 위 남성의 행위 간에는 상당인과관계가 없다고 보아야 하며, 이는 동거의 장소가 외국인지 국내인지와는 관계가 없다. 따라서 원심이 특단의 사정의 존재를 인정하지 않음에도 불구하고 A와 동거한 Y의 행위와 X₂~X₄가 불이익을 입은 사실 간에 상당인과관계가 있음을 전제로 Y의 행위가 X₂~X₄에 대한 관계에서 불법행위를 구성한다고 본 것은, 법령의 해석 적용의 잘못이며, 더 나아가서는 판결에 영향을 주는 것이 명백한 심리부진의 위법을 범하였다고 보아야 한다.”

1.3 最判 平成8(1996)年 3月 26日(民集 50卷 4号 993頁, 이하 ‘1996년 제3대상판결’)

한편 혼인관계가 이미 파탄되어 형해화 되어 있었다면 불법행위에 해당하는지가 문제

14) 이 판결에서도 大塚 재판관의 보충의견, 本林 재판관의 반대의견이 더해졌다.

된 일부 하급심 판결 등이 있었는데¹⁵⁾, 일본최고재판소는 1996년 제3대상판결에서 처음으로 불법행위책임을 인정할 수 없다는 점을 명확히 하였다. 1996년 제3대상판결의 사실 관계는 다음과 같다. X·A는 1967년에 혼인하였으나, 성격차이 등에 의해 점차 불화를 겪게 되어 1984년에는 부부관계가 매우 악화되었다. 결국 1987년 5월 X·A는 별거를 시작하였으며, 同년 4월 A는 Y와 알게 되어 Y는 A가 妻와 이혼할 것이라는 말을 듣고 점차 새로운 교제를 시작, 동년 여름까지 육체관계를 가졌으며 동년 10월에 동거를 시작하였다. 1989년 Y는 A의 子를 출산, A가 이를 인지하였다. 이에 X는 Y에게 위자료를 청구하였으나, 제1심, 제2심 모두 청구를 기각하였고 X가 상고하였으나 최고재판소 또한 다음과 같은 이유에서 X의 청구를 기각하였다.¹⁶⁾

“甲의 배우자 乙과 제3자 丙이 육체관계를 가진 경우에 있어서, 甲과 乙의 혼인관계가 그 당시 이미 파탄했던 때는, 특단의 사정이 없는 한 丙은 甲에 대해 불법행위책임을 지지 않는다고 해석하는 것이 상당하다. 丙이 乙과 육체관계를 가진 것이 甲에 대한 불법행위가 되는 것은, 그것이 甲의 **혼인공동생활의 평화의 유지**라는 권리 또는 법적으로 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 행위라고 할 수 있기 때문이며, **甲과 乙의 혼인관계가 이미 파탄해 있었던 경우에는 원칙적으로 甲에 이러한 권리 또는 법적으로 보호할 가치가 있는 이익이 있다고 할 수 없다.** …(중략)…Y가 A와 육체관계를 가진 당시, A와 X의 혼인관계가 이미 파탄하여 Y가 X의 권리를 위법하게 침해하였다고 할 수 없다는 원심의 인정 판단은 정당하(다).”

본 판결은, 혼인관계 파탄 후에는 불법행위의 성립을 부정한 최초의 일본 최고재판소의 판결이라는 점에 의의가 있다. 1979년 제1대상판결 및 제2대상판결과의 정합성, 피침해이익 내지 보호법익을 파악하는 것에 차이가 있는지에 대해서는 판단이 나눌 수는 있으나 보호법익의 관점에서 불법행위성립여부를 판단하였다고 보는 입장이 지배적이다.¹⁷⁾ 동 판결을 일본 최고재판소의 1979년 대상판결과 비교해 볼 때, 종래 「夫 또는

15) 東京高判 昭和60(1985)年 10月 17日, 判時 1172号 61頁. 참고로 横浜地判 平成元年(1989) 8月 30日, 判時 1347号 78頁에서는 “정교관계의 유지가 전적으로 상간자가 아닌 일방 배우자에게만 있다면 상간자는 불법행위책임을 부담하지 않는다.”고 본다.

16) 본 판결에 대한 평석은 山口純夫, 「婚姻關係が既に破綻している夫婦の一方と肉體關係を持った第三者の他方配偶者に対する不法行為責任の有無」, 判タ924号, 1997, 85頁; 水野紀子, 「婚姻關係破綻後の不貞行為と他方配偶者に対する相手方の不法行為責任」, 平成8年度重要判例解説(ジュリ1113号), 有斐閣, 1997, 76頁 참조. 국내 문헌으로는 홍춘의/송문호/태기정, “부부의 일방과 성적인 행위를 한 제3자의 손해배상책임 - 대법원 2014. 11. 20. 선고 2011므2997 전원합의체 판결을 중심으로”, 법학연구 제51권, 2017, 412쪽 이하 참조.

妻로서의 권리」에서 「혼인공동생활의 평화의 유지」로의 보호법익에 대한 변화를 엿볼 수 있다.¹⁸⁾

위와 같이 보호법익에 변화를 가져온 것에 대해, 일부 학설은 “위 판결을 통해서 부부 간의 정조의무를 전제로 하는 **수조(守操)청구권**을 절대권으로 보지 않겠다는 일본 최고재판소의 의사를 확인할 수 있다”고 본다.¹⁹⁾ 즉 배우자 간의 정조권을 절대성·배타성을 지닌 물권적인 권리로 보지 않겠다는 것이다. 위와 같은 이해를 기초로 하여 위 견해는 일본 최고재판소가 보호법익을 혼인공동생활의 평화의 유지에 관한 권리 또는 법적으로 보호받아 마땅한 이익으로 본 것을 결과적으로 부정행위를 일종의 채권침해과 같이 해석하고자 한 것으로 연결짓기도 한다.²⁰⁾

요컨대 일본 최고재판소 판례의 흐름도 타방 배우자의 정조권 침해를 근거로 부정행위의 상대방인 상간자의 불법행위책임을 주저 없이 긍정하기는 어렵다는 사실을 수용한 것으로 판단해 볼 수 있다.²¹⁾

1.4 最判 平成31(2019)年 1月 19日(民集 73卷 2号 187頁, 이하 ‘2019년 제4대상판결’)

最判 平成8(1996)年 6月 18日(家月 48卷 12号 39頁)은 “夫 A와 불륜관계에 있는 여성 Y에 대해 妻 X가 위자료의 지급을 구한 경우에 대해, X女가 Y女에게 A男과의 부부 사이가 소원(疏遠)해져 이혼할 생각이었다는 취지를 알린 것이 불륜의 원인을 구성하며, 불륜관계를 안 X女가 Y女에 대해 단순히 구두로 위자료의 지급을 요구하는 데 그치지 않고 A男을 시켜 Y女에 대한 폭력을 행하하게 하여 금원을 요구하는 등의 사정을 감안하

17) 窪田充見, 「夫と通じた者に対する妻の慰謝料請求権(最判平成8年3月26日民集50卷4号993頁)」, 民法判例百選 III: 親族・相続(別冊ジュリストNo.225), 有斐閣, 2015, 23頁. 즉, 이 견해는 대상판결이 가지는 의미를 판단함에 있어 보호법익의 관점에서 불법행위책임을 제약한 것으로 이해한다.

18) 右近健男ほか編, 『家事事件の現況と課題』, 判例タイムズ社, 2006, 12-13頁; 藤岡康宏, 『民法講義V 不法行為法』, 信山社, 2013, 243頁 참조. 반면에 구보타 아쓰미(窪田充見)는 1979년 대상판결에서도 상간자에 의해 침해되는 보호법익을 「혼인공동생활의 평화」로 평가한 것으로 본다. 窪田充見, 前掲論文, 22頁.

19) 즉 보호법익을 이와 같이 해석함으로써, 부정행위가 있더라도 혼인공동생활의 평화를 파괴하지 않은 경우나, 반대로 부정행위는 없었으나 혼인공동생활의 평화가 파괴되는 상태가 발생한 경우에도 불법행위가 될 수 있다고 본다. 内田貴, 『民法IV [補訂版]親族・相続』, 東京大学出版会, 2011, 26頁; 二宮周平, 『家族法 [第4版]』, 新世社, 2013, 53-54頁; 窪田充見, 『不法行為法 [第2版]』, 有斐閣, 2018, 313頁 등.

20) 그리고 이와 같이 해석함으로써 제3자에 대한 위자료 청구에 일정한 제한을 가하기도 하였다. 二宮周平, 前掲書, 53頁. 또한 東京地判 平成10(1998)年 7月 31日(判例タイムズ 1044号 153頁)에서도 이러한 태도를 보인다.

21) 일본판례의 흐름에 대한 개괄적 고찰은 梶見由美子, 金沢 49卷 2号, 179頁 이하 참조.

여, X女가 위자료청구권을 행사하는 것은 신의칙에 반하여 권리남용으로서 허용되지 않는다”고 보았다. 그러나 신의칙에 의해 상간자의 책임을 부인하는 것과 애당초 불법행위책임을 인정하지 않는 것은 다른 차원의 문제이므로 동 판결과 같은 사안의 경우에는 상간자의 책임을 부인할 수도 있다고 보았다. 이러한 시각이 점차 확대되었다.

2019년 제4대상판결은 “**부의 일방과 부정행위에 이른 제3자는 이에 의해 당해 부부의 혼인관계가 파탄하여 이혼에 이르렀다고 하더라도**, 당해 부부의 타방에 대해 부정행위를 이유로 하는 불법행위책임을 져야 하는 경우가 있음은 차치하더라도, 그 즉시 당해 부부를 이혼에 이르게 하였음을 이유로 하는 불법행위책임을 지지 않는다고 해석해야 한다. 제3자가 그를 이유로 하는 불법행위책임을 지는 경우는, 당해 제3자가 단순히 부부의 일방과 부정행위에 이르는 데 그치지 않고, 당해 부부의 이혼을 의도하여 그 혼인관계에 대해 부당하게 간섭을 행하는 등 당해 부부를 부득이한 이혼에 이르게 하였다고 평가할 수 있는 특단의 사정이 있는 때로 한정되어야 한다고 보아야 한다(밑줄은 필자가 첨가).”고 판단하였다. 요컨대 2019년 대상판결은 부정행위에 의거한 위자료와 이혼에 수반하는 위자료를 나누어 본건 위자료 청구를 「부부의 일방이 타방과 부정행위에 이른 제3자에 대해 이혼에 수반하는 위자료를 청구하는 것이다」라고 판단한 다음, 제3자에 의한 부정행위를 이유로 하는 불법행위가 있음은 차치하고, 이혼케 하였음을 이유로 하는 불법행위책임을 성립 여부에 대해 판단을 내린 것이다. 생각건대 2019년 대상판결은 부부의 일방은 타방과 부정행위에 이른 제3자에 대해 상기 특단의 사정이 없는 한, 이혼에 수반하는 위자료²²⁾를 청구할 수 없다고 해석하여 상간자의 타방배우자에 대한 책임에 있어 법원이 소극적인 태도를 유지하고 있음을 명확히 보여 준다.²³⁾

22) 종래 일본에서 이혼자체 위자료와 이혼원인 위자료를 강학상으로는 구분하면서도 실무적으로 양자를 구분하는 것이 대단히 어렵다는 이유에서 일체로 판단하기도 한다. 이혼자체 위자료와 이혼원인 위자료에 대한 설명은 서종희, 앞의 논문, 45쪽 참조.

23) 이 판결에 찬성하는 견해로는 山下純司, 「不貞行為の相手方に対する離婚慰謝料の請求」, 法学教室465号, 2019, 132頁 이하 참조. 2019년 대상판결이 가지는 의미에 대해서는 다른 논문에서 상세히 소개하고 분석해 보고자 한다.

2. 검토

2.1 상간자의 타방배우자에 대한 불법행위책임

배우자 일방과의 상간자에게 타방배우자에 대한 손해배상의무를 긍정한 것은 「대심원 시대부터 일관된 판례」²⁴⁾, 하급심 판결에 있어서는 1965년경부터 이를 따르지 않고 손해배상책임을 부정하기도 하였다.²⁵⁾ 반면에 위에서 소개한 1979년 제1대상판결 및 제2대상판결(이하 총칭하는 경우에는 ‘1979년 대상판결’)은 종래 최고재판소의 판례를 그대로 따르면서 상간자인 제3자의 타방배우자에 대한 불법행위책임을 인정하고 있다. 그러나 1996년 제3대상판결은 파탄된 혼인에 대해서는 손해의 발생을 부정하였으며, 2019년 제4대상판결에서는 이혼위자료에 있어 소극적인 입장을 취하면서 점차 손해배상을 제한적으로 인정하고 있다는 것을 확인할 수 있다.

2.2 상간자의 자녀에 대한 불법행위책임

1979년 제1대상판결 및 제2대상판결 이전에 부모의 불륜 상대방에 대한 자로부터의 손해배상청구에 대해 최고재판소가 판단한 경우는 존재하지 않았으나, 1979년 제1대상판결과 1979년 제2대상판결의 원심이 전혀 다른 입장이었던 것처럼 종래 하급심 판결에서는 이를 긍정한 경우²⁶⁾와 부정한 경우²⁷⁾가 모두 존재하였다. 그런 의미에서 1979년 제1대상판결 및 제2대상판결이 최초로 배우자 일방의 불륜 상대방에 대한 자녀의 손해배상청구를 부정한 것은 그 결론은 차치하더라도 통일을 도모하였다는 점에서 매우 의미가 있다.

2.2.1 1979년 대상판결 이전의 하급심 판결

상간자의 자에 대한 손해배상책임에 대해서는 일본에서도 판례가 그리 많지 않으나

24) 大判 明治36年 10月 1日, 刑録 9輯 1425頁; 大判 大正15年 7月 20日, 刑集 5卷 318頁; 最判 昭和34年 11月 26日, 民集 13卷 12号 1562頁 등.

25) 鳥取地 判昭和44年 3月 31日, 判タ 235号 240頁; 山形地判 昭和45年 1月 29日, 判時 599号 76頁; 横浜地判 昭和48年 6月 29日, 判タ 299号 336頁 등 다수.

26) 東京地判 昭和44年 2月 3日, 判時 566号 71頁; 広島地判 昭和48年 9月 21日, 判時 726号 80頁 등.

27) 東京地判 昭和37年 7月 17日, 判時 306号 5頁.

일반적으로는 부정적인 판결이 더 많았다고 볼 수 있다. 자가 父의 정부(情婦)가 미성년자인 자신의 감호·교육을 받을 권리를 침해하였다는 이유로 손해배상청구소송을 제기한 사안에서 東京地判 昭和37年 7月 17日(判時 306号 5頁)에서는 “위 정부가 당초부터 미성년의 자에 대해 고통 또는 손해를 가할 의도하에 행동하였거나, 혹은 적극적으로 유혹적인 행동을 하여 당해 부모의 무지 또는 의지박약 등에 기대어 당해 부모와 미성년의 자의 친자적 공동생활을 파괴하는 등의 특별한 경우에만 인용될 수 있다.”고 하며 자의 청구를 기각하였다. 이는 最高裁 54年判決과 거의 마찬가지로, “감호·교육 등은 부모 스스로의 의사에 의해 행할 수 있으므로, 부모의 애정을 받지 못하였다는 등의 이유로 **자가 입은 불이익과 부모의 불륜 상대방의 행위 간에는 상당인과관계가 없음**”을 이유로 한다.

물론 상간자의 자녀에 대한 불법행위책임을 인정한 하급심 판결도 존재한다. 즉 東京地判昭 昭和44年 2月 3日(判時 566号 71頁)에서는 “친족공동생활로부터 양성되는 각 구성원의 정신적 평화·행복감 그 외 상호 간의 애정이익이라 할 수 있는 것은, 그 공동생활이 객관적·사회적으로 정착된 것인 한 그 자체 독립하여 법이 보호할 가치가 있는 인격적 이익이 있으므로, 그러한 가족관계를 알면서도 夫와 불륜관계에 빠져 夫를 친족공동생활로부터 이탈케 함으로써 가정을 파괴한 제3자는 妻에 대해서는 물론 미성년의 자에 대해서도 불법행위자로서의 책임을 져야 한다.”고 보았다. 広島地判 昭和48年 9月 21日(判時 726号 80頁)에서도 “夫 및 자가 있음을 알면서 타인의 妻와 육체관계를 가지고 불륜한 관계를 계속하여 부부를 이혼으로 이끈 남성은, 고의로 妻의 정조의무위반에 가담한 것이며, 또한 그 행위에 의해 자는 母로부터의 애정을 받지 못하여 부모와의 공동생활에 의해 얻을 수 있는 정신적 평화가 깨져 그 인격적 이익을 침해받았다고 할 수 있다.”는 이유로 상간자의 자에 대한 불법행위책임을 인정하였다.

2.2.2 1979년 대상판결 이후의 하급심 판결

1979년 제1대상판결 및 제2대상판결에 의해 상간자의 자녀에 대한 불법행위책임을 부정되었고 이러한 최고재판소 판결에 의해 하급심 법원 또한 일반적으로 상간의 배상책임을 인정하지 않고 있으나 일부 하급심판결에서는 여전히 상간자의 자녀에 대한 불법행위책임을 인정한다.

먼저 東京高判 昭和57年 9月 30日(判時 1059号 69頁)은 夫의 부정(不貞)의 상대방이 夫의 자를 잉태·출산한 사실이나 자를 대리하여 인지청구를 행한 것은 불법행위에

해당하지 않다고 하면서도 夫에 妻子가 있음을 알면서 정교관계를 계속한 사실은 불법행위에 해당한다고 판단하였다.²⁸⁾ 또한 京都地判 昭和62年 9月 30日(判時 1275号 107頁)²⁹⁾에서는 夫의 부정행위의 상대방에 대해 妻 및 다섯명의 子女(부정행위시에 2명은 성년에 가까운 연령에 이른 상태였음)가 위자료를 청구한 사안인데, 담당법원인 교토 지방재판소는 “妻子 있는 남성과 7년 간 동거해온 여성은, 이에 의해 **미성년의 자가 父로부터 애정·감호를 받을 기회를 빼앗고 부모와의 공동생활로부터 얻을 수 있는 정신적 평화를 깨뜨려 자녀의 인격적 이익을 침해하여 그들의 정신적 고통을 야기하였다고 할 수 있으므로** 그들에게 위자료를 지급해야 할 의무가 있다.”고 하며 妻 및 3명의 子女(성년에 가까운 연령에 이르렀던 2명의 자녀는 제외)에 대한 위자료배상을 인정하였다. 특히 동 재판소는 父가 불륜 상대와 동거할 당시 최소한 성인에 가까운 연령에 달했던 두명의 子에 대해서는 “위 여성이 父와 동거를 시작한 당시 이미 **성년 또는 거의 성년에 가까운 연령에 달하였던 子에 대해서는, 미성년의 子의 경우와 달리, 그 부모와의 공동생활에 의해 얻을 수 있는 정신적 평화, 행복감 그 외의 애정이익으로서 법이 보호할 가치가 있는 인격적 이익이라고까지는 인정되지 않으므로** 위자료청구권은 인정되지 않는다.”고 하며 위자료 청구를 기각하였다.

요컨대 상간자에 대한 子女의 손해배상청구는 1979년 대상판결 이전부터 통일적인 처리가 어려운 상황에 있었는데, 1979년 대상판결이후에도 하급심법원의 판결의 결론은 나뉘고 있어 1979년 대상판결의 하급심법원에 대한 구속력에는 의문이 남는다.

3. 소결

일본의 학설은 1979년 제1대상판결과 제2대상판결에 대한 평가가 나뉜다. 특히 쓰다 산페이(津田賛平)는 기본적으로는 일본최고재판소의 1979년의 대상판결에 대해서 긍정적으로 바라보면서도 불륜 상대방인 상간자의 해의(害意)를 논거로 子의 청구를 긍정한 것과 관련하여 「해의」는 지나치게 엄격한 기준이어서 子의 실질적인 권리보장이 안될 수 있음을 우려하기도 한다.³⁰⁾ 더 나아가 1979년의 대상판결이 실질적으로 학설 논쟁의

28) 다만 시효가 완성되어 청구자체는 기각되었다. 二宮周平, 「男性に妻のあることを知りながら肉体関係をもった女性が, その男性の子を懐胎出産したことは, 肉体関係とは別個の違法行為ではないとされた事例」, 松山商大論集 34卷 2号, 1983, 123頁.

29) 또 본건 판례평석에 高橋水枝・昭和63年度主要民事判例解説(判タ706号)190페이지가 있다.

30) 津田賛平, 「親の不貞行為の相手方に対する子の慰籍料請求の可否-最高裁昭和54年3月30日第二小法廷判決

수렴역할을 한 것이 아니라 학설 논쟁의 출발점을 제공한 것이라는 평가를 하고 있어 그 이후의 하급심 판결 및 최고재판소 판결의 집적에 귀추가 주목되었다. 그러던 중 1996년 제3대상판결이 보호법익을 배우자의 정조권이 아닌 「혼인공동생활의 평화」로 변경한 것은 상간자의 타방배우자에 대한 책임의 완화로 넘어갈 수 있는 과도기를 형성한 것이라고 평가할 수 있다. 즉 정조권이 가지는 보호법익은 평가하기에 따라 절대적인 이익으로 볼 수 있다는 점에서 침해행위에 의한 위법성을 손쉽게 인정할 수 있는 반면에 「혼인공동생활의 평화」라는 보호법익은 침해의 태양 등을 종합적으로 고려하여 위법성 여부를 판단할 것이기 때문이다. 특히 2019년 제4대상판결은 부부의 일방의 타방과 부정행위에 이른 제3자에 대해 이혼에 수반하는 위자료 청구의 가부에 관하여 「당해 부부의 이혼을 의도하여 그 혼인관계에 대해 부당하게 간섭을 행하는 등 당해 부부를 부득이한 이혼에 이르게 하였다고 평가할 수 있는 특단의 사정이 없는 한, 이혼에 수반하는 위자료를 청구할 수 없다」고 제시하였는데, 지금까지의 최고재판소 판결과 비교할 경우에 불법행위책임의 성립에 대한 더욱 엄격한 제한을 가한 것으로 볼 수 있다.

III. 일본의 학설

1. 상간자의 타방배우자에 대한 불법행위책임

일본의 학설은 상간자의 타방배우자에 대한 불법행위책임을 인정하는 견해(이하 ‘긍정설’), 부정하는 견해(이하 ‘부정설’)와 원칙적으로 부정설을 취하면서 예외적으로 긍정설을 취하는 견해(이하 ‘제한설’)가 첨예하게 대립된다.³¹⁾

(最近の判例から)』, 法律のひろば 32卷 7号, 1979, 42頁 이하.

31) 일부 견해는 ①혼인관계의 파탄의 유무, 제3자의 행위의 태양을 불문하고 항상 불법행위책임의 성립을 인정하고자 하는 견해, ②사실상의 이혼 후에 부부의 일방과 육체관계를 가진 제3자에는 불법행위책임은 발생하지 않는다고 논하는 견해, ③사실상의 이혼에 이르지 않았더라도 혼인관계의 파탄 후에는 부부 간의 정조의무가 소멸한다고 하며, 그 후에 부부의 일방과 육체관계를 가진 제3자에는 불법행위책임을 발생하지 않는다고 논하는 견해, ④제3자가 부정행위를 이용하여 부부의 일방을 해하고자 한 경우에만 불법행위책임을 부담한다고 논하는 견해, ⑤폭력이나 사기·강박 등 위법수단에 의해 강제적·반강제적으로 부정행위를 실행한 제3자에 한하여 불법행위책임을 인정하고자 하는 견해, ⑥어떠한 경우라도 제3자에 불법행위책임을 인정해서는 안 된다고 논하는 견해로 나누기도 한다. 이에 대해서는 田中豊, 「婚姻關係が既に破綻している夫婦の一方と肉體關係をもった第三者の他方配偶者に対する不法行為責任の有無」, ジュリスト 1095号, 1996, 168-169頁.

1.1 긍정설

먼저 긍정설은 부정(不貞)의 상대방이 배우자 일방과 계속적인 성적 관계를 맺은 사실이 건전한 부부관계를 파탄한다는 인식·예견이 있었으며, 회피할 수 있었음에도 주의 의무를 해태하였다면 그자의 고의·과실의 요건을 충족된다고 본다.³²⁾ 나가가와 준(中川淳)은 부부관계가 파탄하기에 이르지 않은 경우에도 명예·정조의 침해라는 구성을 통해 불법행위를 인정할 수 있는데, 심지어 부부관계가 파탄 또는 이혼에 이른 경우라면, 부부관계는 법에 의해 보호할 가치가 있는 이익이므로, 그 침해는 위법하며 부정의 상대방의 행위와 타방배우자에게 발생한 손해 간의 상당인과관계는 인정된다고 본다.³³⁾ 한편 이 견해는 1979년 대법판결이 「상대방 여성은 특별히 夫를 적극적으로 유혹하지 않았다는 사정이 있더라도, 그러한 불륜관계를 맺은 데 대해 고의 또는 과실이 있는 한, 이러한 위자료의 청구는 시인된다고 논한 점도 상당할 것이다」라고 하였다는 점에 초점을 맞추어 특별한 사정이 없는 한 상간자는 타방배우자가 불륜의 상대방에 대해 「당연」히 위자료의 청구를 할 수 있다고 본다.

이즈미 히사오(泉久雄)는 「일본의 지배적 도덕적 감정 내지 국민 일반의 법의식은, 아직 배우자의 부정행위의 상대방을 혼인 파탄의 공동불법행위자로 보며 타방배우자에게 위자료청구권을 부여해야 한다고 보는 단계에 있는 것으로 판단된다」고 하며 1979년 대법판결을 지지한다.³⁴⁾

요컨대 이 견해는 기본적으로 독점적인 성관계를 요구할 수 있는 타방배우자의 권리 침해 즉, 타방배우자의 성관계의 배타성과 독점성을 침해한 것으로 보아 불법행위책임을 인정하는 견해이다.³⁵⁾

1.2 부정설

대표적으로 미즈노 노리코(水野紀子)는, 부정행위에 의한 위자료 청구의 가부는 그것

32) 대표적으로 我妻 栄, 『親族法(法律学全集 <第23>)』, 有斐閣, 1961, 99頁.

33) 中川淳, 「家庭破壊による配偶者とその子の慰謝料」, 判タ383号, 1979, 6頁.

34) 泉久雄, 『親族法』, 有斐閣, 1997, 98頁. 일본국민의 법감정의 변화에 의해 불법행위가 아니게 될 수 있다는 문헌 또한 같은 맥락으로 이해할 수 있다. 野川照夫, 「配偶者の地位侵害による損害賠償請求」, 現代家族法体系2, 有斐閣, 1980, 376頁.

35) 泉久雄, 「親の不貞行為と子の慰謝料請求」, ジュリ694号, 1979, 88頁.

을 허용하는 효과와 필요성을 명확히 한 후에 답해야 한다고 논하며, 혼인이 파탄에 이르지 않은 경우와 사실상 내지 법률상 파탄에 이른 경우로 나누어 검토한다.³⁶⁾ 먼저 전자에 대해 그는 「위자료에 의한 제재를 인정함으로써 부정행위가 감소할 것인지에 대해서는 심히 의문이 들며, 혼인관계가 안정된다는 근거가 부족하다」고 주장한다. 더 나아가 그는 「夫의 부정행위에 탄식하는 妻의 비극을 없애기 위해서는 妻가 경제력을 가지고(혹은 충분한 이혼급부를 취하고) 이혼하였다면 가능해지는 것이 선결이며, 그 다음 妻가 夫에 대한 애정으로 인해 夫에 이혼을 요구할 수 없어 夫의 부정행위를 용서하고 그 고통을 견디는 것을 선택한다면 법은 더 이상 그 선택에 관여해서는 안 되며, 하물며 夫의 부정행위의 상대방에 위자료를 청구하는 것도 인정해서는 안 된다」고 주장한다. 이를 전제로 하여 그는 「妻의 부정행위의 상대방 남성에 대한 위자료청구권의 행사로 법적 근거를 부여하는 결과가 그자에 대한 공갈의 수단으로 사용될 수 있다는 점, 인간성의 존엄성과 밀접하게 관련하는 성의 문제에 금전을 대가로 삼는 것이 어떠한 의미에서는 더 윤리적이지 않다」고 보기도 한다. 후자에 대해서는 불법행위를 의제하지 않고 혼인비용분담제도나 재산분여제도에 의해야 한다는 등의 이유에서, 부정행위에는 위법성은 없다고 하며 부정행위의 상대방에 대한 위자료 청구를 일절 부정하였다. 특히 **구보타(窪田)**는 긍정설의 입장에서 보면 “배우자의 정조권에서 상대방 배우자는 배우자의 정조권의 객체에 지나지 않으며 그 권리는 어디까지나 제3자에게로 향하는 것이라고 이해해야만(정조권이라는 객체=상대방 배우자에 대한 지배적인 권리), 설득력이 있을 것이지만 진정 그와 같은 권리를 관념하는 것이 적절한가(관념해도 무방한가)라는 문제를 제기한다.³⁷⁾ 또한 **구보타(窪田)**는 “불법행위를 인정하기 위해서는 상대방의 과실을 전제로 해야 하는데, 이론상 제3자의 과실의 차원에서 해결하는 것은 고려할 수 있으나, 부부 간의 구체적 상황은 제3자가 쉽게 알 수 있는 것이 아니므로 본래 인간과의 사회적 접촉·교섭에 있어서 그와 같은(과실판단의 전제로서의) 조사의무를 전제로 제3자의 과실여부를 고려하는 사고구조를 당연히 받아들여야 할지 의문이다.”라고 하여 회의적인 입장을 취한다.

36) 水野紀子, 「不倫の相手方に対する慰謝料」, 判例タイムズ1110号, 2002, 64-65頁; 水野紀子, 「破綻している夫婦の一方と関係した第三者に対する他方配偶者の損害賠償請求」, 民法判例百選 II: 債権[第5版](ジュリ176号), 有斐閣, 2005, 200頁 이하; 水野紀子, 「不貞行為の相手方に対する慰謝料請求」, 山田卓生先生古稀記念『損害賠償法の軌跡と展望』, 日本評論社, 2008, 137頁 이하.

37) 窪田充見, 前掲論文, 23頁.

1.3 제한설

한편 아베 도오루(阿部徹)는 최고재판소 판결 및 하급심 판결에 대한 상세한 분석을 통해, 부정행위의 의의, 피침해이익, 위법성 및 인과관계의 존부의 기준 등이 불명확하다는 결론을 도출한 후, 결국 이 문제는 「각인의 가치관에 의해 정해야」 하는데, 이는 결과적으로 법적 안정성을 결여하므로 위자료료 인정할 수 없다고 본다.³⁸⁾ 같은 맥락에서 시마즈 이치로(島津一郎)는 다액의 위자료의 지급이 명해졌다고 해서 일반적으로 불법행위가 사라지는 것은 아니며, 「제3자가 폭력이나 사기·강박 등의 부정한 수단을 이용하지 않는 한, 일방배우자는 자유의사에 의해 부정행위를 범하였다고 보아야 하며, 제3자의 행위와 타방배우자가 받은 손해와의 인과관계에는, 자의 경우와 마찬가지로, 벽이 존재한다」, 「부부의 정조의무가 물권과 유사한 권리라고는 보기 어려우며, 채권과 유사한 권리가 있다고 하더라도 여러 국가의 입법례·판례법리가 이를 부정하는 방향으로 나아가고 있다는 등을 서술하며, 상술한 위법한 수단에 의해 강제적·반강제적으로 부정행위를 실행시킨 제3자에게만 손해배상청구를 인정해야 한다고 논한다.»³⁹⁾ 즉 그는 **‘부부가 서로 정조의무를 기초로 정조청구권을 가지는데, 제3자가 배우자를 가진 자와 부정행위를 하면, 그자는 타방배우자의 일방배우자에 대한 정조 청구권을 침해했다고 평가하여, 이를 채권침해와 유사한 구도로 파악된다.’**⁴⁰⁾ 마에다 다쓰아키(前田達明) 또한 위자료 청구를 긍정하는 데 대한 반윤리성, 자유의사에 의한 부정의 불이익 구제는 혼인법의 구조 내에서 처리해야 한다는 등, 상술한 학설과 거의 동일한 이유에서, 일방배우자의 불륜 상대방이 해의(害意)로써 적극적으로 수조(守操)를 저해하는 등의 특단의 사정이 있는 경우에 한하여 불법행위가 성립할 수 있다고 본다.⁴¹⁾

일본의 최근 유력설은 원칙적으로 상간자는 타방배우자에 대한 불법행위책임을 부담하지 않는다고 보고 예외적으로 상간자인 제3자가 타방배우자를 해의(害意)하고자 적극적으로 수조(守操)를 저해한 경우에 한하여 불법행위책임을 인정한다.⁴²⁾

38) 阿部徹, 「判例解説」, 判タ411号, 1980, 127頁 이하.

39) 島津一郎, 「不貞行為と損害賠償 - 配偶者の場合と子の場合 -」, 判タ385号, 1979, 116頁.

40) 島津一郎, 判タ385号, 123頁; 吉村良一, 『不法行為法 [第5版]』, 有斐閣, 2017, 46頁.

41) 前田達明, 「不貞にもとづく損害賠償」, 判タ397号, 1979, 2頁, 4頁. 같은 입장은 四宮和夫, 『事務管理・不当利得・不法行為(下)』, 青林書院, 1985, 527頁.

42) 吉村良一, 前掲書, 46頁; 潮見佳男, 『不法行為法 II [第2版]』, 信山社, 2009, 288-289頁; 前田陽一, 『債權各論II: 不法行為法[第3版]』, 弘文堂, 2017, 46頁.

2. 상간자(相姦者)의 자녀에 대한 불법행위책임

일본의 학설은 상간자의 자녀에 대한 불법행위책임을 인정하는 견해(이하 ‘긍정설’), 부정하는 견해(이하 ‘부정설’)와 원칙적으로 부정설을 취하면서 예외적으로 긍정설을 취하는 견해(이하 ‘제한설’)가 첨예하게 대립된다.

2.1 긍정설

나카가와 준(中川淳)은 「가해자가 가정을 파괴하더라도 친자 간의 권리관계에 아무런 영향을 주지 않는다는 이유에서 미성숙 子와의 관계에 있어서 가정 파괴의 문제를 떼어 내어 불법행위의 틀에서 분리시키는 것은, 미성숙 子의 부모에 대한 관계를 단순히 민법에 규정하는 부양의무·신상감호권·재산관리권의 총체에 지나지 않는다고 해석하여 자녀의 애정적 이익이라는 실질을 간과하는 것이다」는 비판을 가한다. 즉 그는 부모가 불륜관계를 맺은 때에 子가 받는 불이익은, 부모가 물질적인 송금 등만으로 부양의무를 하였다고 사라지는 것이 아니며 오히려 정신적인 불이익이 주된 것으로, 이러한 불이익을 발생시킨 원인은 부모 중 일방 및 그와 상간한 제3자에게도 책임이 있다고 본다. 따라서 그는 상간자의 子에 대한 불법행위책임을 인정한다.⁴³⁾

이즈미 히사오(泉久雄)는 子의 손해가 부부관계 또는 혼인가정의 파괴에 의해 발생한 반사적인 불이익에 불과하다고 보는 것은 子 자신의 독립을 경시하는 것이라는 이유에서 1979년 제1대상판결 및 제2대상판결을 비판한다.⁴⁴⁾ 특히 그는 만약 「배우자와 제3자의 부정행위를 불법행위로 보는 실질적 이유가, 타방배우자의 『정신적 평화를 어지럽힌 점』(위법성)을 비난하는 데 있다고 한다면⁴⁵⁾, 동시에 자의 정신적 고통을 구제하는 이론 및 이유가 될 수 있다고 본다.⁴⁶⁾ 특히 그는 자녀에 대한 상간자의 책임을 인정하면서, 「하나의 사실을 전제로, 배우자와 子가 각자 손해를 청구하는 것도 지극히 개별화된

43) 中川淳, 判タ383号, 6頁 이하.

44) 泉久雄, 前掲書, 98頁.

45) 이러한 해석은 加藤一郎, 『不法行為[増補版]』, 有斐閣, 1979, 130頁에서 확인이 가능하다. 그러나 가토 이치로는 실질적으로 상간자의 타방배우자에 대한 책임에 대해 적극적인 채권침해가 없는 한 인정하지 않는 제한설의 입장을 취한다. 加藤一郎, 『判批』, 『家族法判例百選 第3版 [別冊ジュリスト No.66]』, 有斐閣, 1980, 14頁.

46) 泉久雄, 前掲書, 99頁. 같은 맥락에서 中川善之助, 「愛情の自由と責任」, 判評 52号, 1962, 1頁에서도 東京地判 昭和37年 7月 17日이 타방배우자에 대한 상간자의 책임을 인정하면서 子로부터의 청구를 인정하지 않는 것에 대해서 그 판지를 「어떻게 보아도 논리는 일관되지 않은 것으로 보인다」고 비판한다.

것으로써 가정생활의 실태에 맞지 않기」 때문에,子の 위자료를 타방배우자의 위자료에 포함하여 산정하는 등 「타방배우자와 子를 일체로서 구제하는 방법」을 제창한다.⁴⁷⁾

요컨대 긍정설은 자녀의 피침해이익을 감호권·부양청구권 등의 민법상의 권리뿐만 아니라 애정적 이익도 포함시켜 폭넓게 파악한다. 특히 긍정설은 1979년 제1대상판결 및 제2대상판결의 本林 재판관의 반대의견과 마찬가지로, 불륜의 결과 일방배우자가 子에 대해 일절 감호·교육을 행하지 않게 되었다면, 그로 인하여 발생한 子의 불이익은 불륜에 의해 발생하였다고 보아야 하며, 그에는 상당인과관계가 있다고 한다.

2.2 부정설

미즈노 노리코(水野紀子)는 혼인이 파탄함으로써 사실상 누구보다 무거운 피해를 입는 것이 子라는 점에는 이론이 없으나, 피해가 중대하다는 사실이 子로부터의 위자료 청구를 인정하는 것으로 직결되지는 않는다고 본다. 오히려 그는 이러한 불이익을 최소화하기 위해서는, 「부모가 충분히 대화하여 부양료 등 경제적 약속을 하는 것 외에 子의 정신적 피해를 가능한 한 완화하기 위해 노력해야 할 것이라고 하며, 이 부분에 대해서는 법의 개입, 즉 이혼법에 있어서의 子의 보호규정이나 가정재판소에 의한 감독·조사 등도 유효하며, 필요하기도 하다」라고 논하며 子로부터의 위자료 청구를 일절 부정한다.⁴⁸⁾

2.3 제한설

시마즈 이치로(島津一郎)는, 미즈노(水野)와 마찬가지로, 「자가 입는 손해는 夫 또는 妻가 입는 손해보다 크다」고 논하면서도, 「자가 부모에게 버림받음으로써 받는 손해에 대해서는 통상의 경우 子를 버린 부모에게만 배상의무가 있다고 판단된다」고 하며 원칙 부정의 입장을 취한다.⁴⁹⁾

아베 도오루(阿部徹)는 종래의 판례에서는 “상간자의 행위가 子에 대한 관계에 있어 왜 위법성을 띠는지, 부모의 의사나 태도와의 관계에서 상당인과관계의 유무를 어떻게

47) 泉久雄, 前掲書, 99頁.

48) 水野紀子, 前掲論文, 200-201頁.

49) 島津一郎, 判タ385号, 116頁.

고려해야 하는지, 부모 자신의 책임의 유무 및 상간자의 책임의 관계 등에 대해 충분히 설명되지 않았던 점”을 지적하고, 타방배우자의 청구와 마찬가지로 자로부터의 위자료 청구도 원칙적으로 부정한다.⁵⁰⁾

쓰다 산페이(津田賛平)는, 자의 불이익은 부모의 자유의사에 의거한 부모 자신의 행위의 결과일 뿐 불륜 상대방의 행위의 결과로서 그 책임을 추궁할 수 없다고 본다.⁵¹⁾ 다만 그는 불륜 상대방이 「부모의 감호의 의사를 부당하게 지배 혹은 배척하였다고 할 수 있는 사정이 존재하는」 경우에는, 그 행위와 자의 불이익의 관계가 문제될 수 있으므로 상당인과관계를 인정한다. 요컨대 그는 특별한 사정이 존재하는 경우에 한하여 자로부터의 위자료 청구를 긍정할 수 있다고 한다. 그리고 이 사정은 「해의」여부만으로 지나치게 엄격하게 좁힐 필요 없이, 「예를 들어, 상대 여성이 당초부터 미성년의 자에 대해 고통 또는 손해를 가할 의도하에 행동한 경우뿐만 아니라 적극적으로 유혹적인 행동을 하여 父에게 부정행위를 하도록 종용한 경우」에도 인정될 수 있다고 본다.⁵²⁾

IV. 우리민법에의 시사점 -맺음말에 갈음하여-

위에서 논한 일본의 판례와 학설에 대한 분석을 기초로 배우자 일방과 부정행위를 한 상간자의 타방배우자 및 자녀에 대한 불법행위의 책임에 대한 향후 우리 판례의 변화를 예견해 보면 다음과 같다.

1. 타방배우자에 대한 불법행위 책임

일본에서는 학설·판례 모두 일방배우자의 불륜 상대방의 타방배우자에 대한 불법행위책임에 대해서 이를 한정하거나 부정하는 방향으로 변화하고 있다고 할 수 있다. 일본 내에서는 「불륜」의 반윤리성이 희박해지고 있는 오늘날의 상황의 변용에 따라, 부부

50) 阿部徹, 判タ411号, 127-128頁.

51) 津田賛平, 前掲論文, 42頁 이하.

52) 津田賛平, 前掲論文, 44頁. 반면에 마에다 다쓰아키(前田達明)는 부정의 상대방에게 해의(害意)가 있는 경우에 한하여 자녀에 대한 불법행위책임을 인정한다. 前田達明, 判タ397号, 4頁.

간에는 불륜을 용서하고 상간자에게만 손해배상청구를 행하는 불합리가 발생할 수 있다는 점⁵³⁾, 상간자에 대한 공갈의 수단으로 활용될 수 있다는 점에서 청구를 긍정하는데서 오는 폐해를 우려하여 제한설 또는 부정설의 입장이 지지를 받는 것으로 평가된다. 특히 이러한 평가는 상간자의 행위의 위법성 판단에 있어 많은 영향을 주는 것으로 이해된다. 단순히 성관계를 가졌다는 사실만으로 부부의 일방이 손해를 입었다고 볼 것인지에 대해 회의적인 입장도 존재하며⁵⁴⁾, 자녀에 대한 불법행위와 마찬가지로 상간자의 부부 중 일방의 불법행위책임에 대해서도 해의(害意)를 전제로 하여 인정하자는 해석론이 유력하다고 할 수 있다. 일본의 유력설이 일방배우자의 타방배우자에 대한 정조권(수조청구권)·정조의무는 일방배우자의 타방배우자에 대한 상대적 권리·의무일 뿐⁵⁵⁾, 배타적, 독점적인 인격적 지배권과 같은 것이 아니라고 한다면⁵⁶⁾, 부정배우자의 자유의사행위가 개재하는 한 제3자에 의한 정조권(수조청구권)의 침해는 있을 수 없다고 해석하는 것도 같은 맥락에서 이해할 수 있을 것이다.⁵⁷⁾ 이러한 변화에 발맞추어 2019년 제4대상판결이 이혼자체위자료의 경우에는 해의(害意)를 전제로 상간자의 책임을 인정하는 것으로 평가된다.⁵⁸⁾

생각건대 일반적으로 우리 판례는 혼인법상의 개인을 부부관계라는 일체적, 총체적인 관계에 있어서의 개인 혹은 애정적 이익을 담당하는 개인으로 파악하고, 부정행위는 혼인관계에 있어서의 타방배우자의 이러한 애정적 이익(정조권)의 침해 내지 파괴에 해당한다고 해석해 온 것으로 볼 수 있다. 물론 그러한 애정적 이익이 이미 혼인의 파탄에 의해 보호할 필요가 없는 경우에는 상간자에게 책임을 묻지 않았으나⁵⁹⁾ 파탄에 이르지 않은 상태에서 상간자의 책임에 대해서는 일반적으로 부정행위 배우자와 함께 타방배우자에게 책임을 부담하였다고 할 수 있다.⁶⁰⁾ 그러나 배우자와 배우자 사이의 정조의무위반과 별개로 배우자 일방의 자유의사행위가 개재하는 이상, 이 국면에서는 아무리 혼인관계의 존중을 강조하여도 제3자에게 그 이익 침해를 이유로 손해배상을 인정하기는

53) 물론 상간자가 손해배상을 한 후 부정행위를 한 배우자에게 구상권을 행사할 수 있을 것인지는 별개이다.

54) 大村敦志, 『家族法[第2版]』有斐閣, 2002, 55頁.

55) 前田達明, 前掲書, 302頁.

56) 上野雅和, 『夫婦間の不法行為』, 奥田昌道ほか編『民法学7 <親族・相続の重要問題>』, 有斐閣, 1976, 91頁; 島津一郎, 判タ385号, 121-122頁.

57) 前田達明, 前掲書, 300頁 이하.

58) 水野紀子, 『判例評釈』, 法学協会雑誌 98卷 2号, 1981, 309頁에서는 이러한 판례의 변화를 예견하였다.

59) 대법원 2014. 11. 20. 선고 2011므2997 전원합의체 판결.

60) 대법원 2015. 5. 29, 2013므2441 판결 등 다수.

어려울 것이다. 따라서 **상간자의 타방배우자에 대한 불법행위의 성립을 인정하기 위해서는, 상간자가 부정행위를 한 배우자의 자유의사행위를 침해하여 혼인관계의 평화·안정을 침해 내지 파괴하는 강제적, 반강제적인 행위(폭력, 협박, 사기, 교사, 유혹 등)를 하였다는 것이 전제될 필요가 있을 것이다.** 우리 판례 또한 과거와 같이 상간자가 배우자 일방과 부정행위를 함께 하였다는 것 자체만으로 불법행위책임을 인정해서는 안 될 것이며 상간자의 해의 등 적극적인 침해의 태양을 고려하여 불법행위책임을 인정해야 할 것이다.

2. 자녀에 대한 불법행위 책임

일본은 종래부터 상간자의 자녀에 대한 불법행위책임을 타방배우자에 대한 책임에 비하여 더 엄격한 요건 하(해의)에 이를 인정하였다고 할 수 있다. 이는 우리 판례와도 같다. 다만 우리 판례가 초기에는 자녀에게 발생한 손해와 부정행위사이의 상당인과관계를 부인하여 상간자의 불법행위책임을 인정하지 않다가 최근에는 아무런 이유의 설치 없이 해의 없는 불법행위를 인정하고 있지 않는데, 이는 임의적 축약과 생략이라는 비판으로부터 자유로울 수 없을 것이다. 그에 비하여 일본은 그 논거의 타당성을 차치하더라도 자녀에 대한 불법행위를 인정할 수 없다는 판례와 학설이 다방면에서 그 논거를 적시하는 노력을 하고 있다는 점을 확인할 수 있다.

먼저 일본의 경우에는 불륜이라는 동일한 사실을 전제로 타방배우자에 대한 관계에서는 상간자의 불법행위를 인정하면서 자에 대한 불법행위를 인정하지 않는 것은 논리적으로 정합하지 않다는 비판을 전제로 하여, 양자를 같은 기준으로 판단해야 한다는 주장이 강하다.⁶¹⁾ 더 나아가 타방배우자의 청구를 기각하는 한편 子の 청구를 인용할 여지가 확대되면, 이러한 경우에 부모의 대리전쟁을 조장하게 된다는 주장⁶²⁾ 또한 양자의 평가를 달리해서는 안되는 논거로 받아들여지고 있다.

생각건대 정조요구권이 상대방 배우자에게만 있고 자녀에게는 없다는 점을 고려하면⁶³⁾ 자녀에게는 다른 법익침해에 대한 평가가 필요할 것이다.⁶⁴⁾ 즉 타방배우자와 子女는 피침해이익이 상이하므로, 개별적으로 판단하는 것이 모든 경우에 불합리하다고 단

61) 中川善之助, 前掲論文, 1頁; 前田達明, 前掲書, 265頁.

62) 前田達明, 前掲書, 281頁.

63) 이동진, 주해친족법 제1권, 220쪽.

64) 이민길, “간통한 부녀 및 상간자가 부녀의 자녀에 대한 관계에서 불법행위 책임을 부담하는지 여부(소극)”, 대법원판례해설 제54권, 2006, 338쪽에서는 “자녀들에 대한 원만한 가정의 유지”를 보호이익으로 고려한다.

정할 수도 없으며, 子의 양육 환경의 악화를 야기하는 여러 요인이 범람하는 오늘날의 상황을 감안하면, 부모의 부정행위로 인하여 子女가 입는 손해가 타방배우자가 받는 손해보다 클 수 있다는 점을 간과할 수 없을 것이다. 상간자의 자녀에 대한 불법행위는 부정행위에 의해 자녀의 피침해이익을 「온화한 가정생활을 영위함으로써 향유해온 정신적 이익」으로 보아 판단해야 할 것이다. 특히 부모의 子에 대한 감호 등을 적극적으로 저지하는 등, 부모의 불륜 상대방의 子에 대한 해의를 전제로 부정행위의 위법성을 평가하고 해의를 가지고 부모일방과 불륜을 계속한 경우에는 그러한 사정이 子의 이익을 침해하였다고 인정한다고 보아야 할 것이다. 원고와 피고 모두에게 그 결론에 이른 논거를 보여주는 것은 그 결과에 대해 관용할 수 있는 기회를 제공한다는 점에서 매우 중요한 작업이라고 할 수 있다. **따라서 향후 우리 판례는 상간자의 자녀에 대한 불법행위책임 여부를 판단함에 있어 일반원칙만을 반복적으로 실시하는 것을 지양하고 상간자의 행위가 자녀에 대해 위법한지에 대한 ‘위법성’평가를 적극적으로 검토하여야 할 것이다.**

참고문헌

1. 단행본

- 윤진수, 친족상속법강의(제3판), 박영사, 2020.
- 윤진수 편집대표(이동진 집필부분), 주해친족법 제1권, 박영사, 2015.
- 加藤一郎, 『不法行為[増補版]』, 有斐閣, 1979.
- _____, 『判批』, 『家族法判例百選 第3版 [別冊ジュリスト No.66]』, 有斐閣, 1980.
- 國井和郎, 『家族法判例百選[第6版]』, 有斐閣, 2002.
- 吉村良一, 『不法行為法 [第5版]』, 有斐閣, 2017.
- 内田貴, 『民法IV [補訂版]親族・相続』, 東京大学出版会, 2011.
- 大村敦志, 『家族法[第2版]』, 有斐閣, 2002.
- 藤岡康宏, 『民法講義V 不法行為法』, 信山社, 2013.
- 四宮和夫, 『事務管理・不当利得・不法行為(下)』, 青林書院, 1985.
- 上野雅和, 『民法学7 <親族・相続の重要問題>』, 有斐閣, 1976.
- 水野紀子, 民法判例百選 II: 債権[第5版](ジュリ176号), 有斐閣, 2005.
- _____, 『損害賠償法の軌跡と展望』, 日本評論社, 2008.
- 我妻 栄, 『親族法(法律学全集 <第23>)』, 有斐閣, 1961.
- 野川照夫, 『現代家族法体系2』, 有斐閣, 1980.
- 右近健男ほか編, 『家事事件の現況と課題』, 判例タイムズ社, 2006.
- 窪田充見, 『不法行為法 [第2版]』, 有斐閣, 2018.
- _____, 『民法判例百選 III: 親族・相続 (別冊ジュリストNo.225)』, 有斐閣, 2015.
- 二宮周平, 『家族法 [第4版]』, 新世社, 2013.
- 前田陽一, 『債権各論II: 不法行為法[第3版]』, 弘文堂, 2017.
- 前田達明, 『愛と家庭と』, 成文堂, 1985.
- 潮見佳男, 『不法行為法 II[第2版]』, 信山社, 2009.
- 泉久雄, 『親族法』, 有斐閣, 1997.

2. 학술지

- 김태의, “상간자의 손해배상책임”, 가사재판연구(3), 2018, 3-30쪽.
- 서종희, “배우자에 대한 정조의무위반과 이혼위자료”, 가족법연구 제32권 제1호, 한국가족법학회, 2018, 1-36쪽.
- 이동국, “제3자의 부정행위 가담으로 인한 불법행위의 성립”, 저스티스 제97호, 한국법학회, 2007, 71-93쪽.
- 이동진, “부부관계의 사실상 파탄과 부정행위(不貞行爲)에 대한 책임”, 서울대학교 법학 제54권 제4호, 서울대학교법학연구소 2013, 61-108쪽.
- 이민걸, “간통한 부녀 및 상간자가 부녀의 자녀에 대한 관계에서 불법행위 책임을 부담하는지 여부(소극)”, 대법원판례해설 제54권, 2006, 328-340쪽.
- 홍춘의/송문호/태기정, “부부의 일방과 성적인 행위를 한 제3자의 손해배상책임 -대법원 2014. 11.20. 선고 2011므2997 전원합의체 판결을 중심으로-”, 법학연구 제51권, 전북대학교 법학연구소 2017, 387-438쪽.
- 檉見由美子, 「夫婦の一方と不貞行為を行った第三者の他方配偶者に対する不法行為責任について - その果たした機能と今日的必要性の観点から-」, 金沢 41卷 2号, 1999, 139-180頁.
- _____, 「婚姻關係の破壊に対する第三者の不法行為責任について - 最高裁昭和54年3月30日判決以降の実務の軌跡を中心として-」, 金沢 49卷 2号, 2007, 178-218頁.
- 島津一郎, 「不貞行為と損害賠償 - 配偶者の場合と子の場合 -」, 判タ385号, 1979, 116-124頁.
- 津田賛平, 「親の不貞行為の相手方に対する子の慰藉料請求の可否-最高裁昭和54年3月30日第二小法廷判決(最近の判例から)」, 法律のひろば 32卷 7号, 1979, 42-50頁.
- 山口純夫, 「婚姻關係が既に破綻している夫婦の一方と肉体關係を持った第三者の他方配偶者に対する不法行為責任の有無」, 判タ924号, 1997, 85-88頁.
- 山下純司, 「不貞行為の相手方に対する離婚慰謝料の請求」, 法学教室465号, 2019, 132頁.
- 水野紀子, 「判例評釈」, 法学協会雑誌 98卷 2号, 1981, 291-318頁.
- _____, 「婚姻關係破綻後の不貞行為と他方配偶者に対する相手方の不法行為責任」, 平成8年度重要判例解説(ジュリ1113号), 有斐閣, 1997, 76-77頁.

_____, 「不倫の相手方に対する慰謝料」, 判例タイムズ1110号, 2002, 64-65頁.

阿部徹, 「判例解説」, 判タ411号, 1980, 127-130頁.

二宮周平, 「男性に妻のあることを知りながら肉体関係をもった女性が, その男性の子
を懐胎出産したことは, 肉体関係とは別個の違法行為ではないとされた事例」,
松山商大論集 34巻 2号, 1983, 123-125頁.

前田達明, 「不貞にもとづく損害賠償」, 判タ397号, 1979, 3-5頁.

田中豊, 「婚姻関係が既に破綻している夫婦の一方と肉体関係をもった第三者の他方配
偶者に対する不法行為責任の有無」, ジュリスト 1095号, 1996, 167-169頁.

中川善之助, 「愛情の自由と責任」, 判評 52号, 1962, 1-5頁.

中川淳, 「家庭破壊による配偶者とその子の慰謝料」, 判タ383号, 1979, 6-12頁.

泉久雄, 「親の不貞行為と子の慰謝料請求」, ジュリ694号, 1979, 85-90頁.

[Abstract]

Liability for Illegal Acts of a Person Who has Committed Adultery with One Spouse

Seo, Jong-Hee*

Based on the analysis of Japanese precedents and theories, we can predict future changes in Korean precedents regarding the responsibility of illegal acts on the other spouse and children of a spouse who has committed adultery with one spouse.

First of all, in order to acknowledge the establishment of an illegal act against the other spouse of a person who has committed adultery with one spouse, there is a compulsory and anti-compulsory force that violates or destroys the peace and stability of the marriage relationship by violating the free will of the spouse who has committed adultery. It needs to be premised that he has committed an act (violence, intimidation, fraud, teacher, temptation, etc.).

Next, illegal acts against the children of a person who has committed adultery with one of the spouses should be judged by considering the benefits of the child's infringement due to misconduct as the "spiritual benefits enjoyed by leading a mild family life." In particular, if the parental infidelity evaluates the illegality of adultery on the premise of harm to the child of the other party, such as actively intercepting the parental care for the child, and continues infidelity with one of the parents due to the harm. It must be seen that it is admitted that this child's interests were violated.

[Key Words] Adultery, Tort Liability, the Duty of Chastity, the Mental Benefits that have been Enjoyed by Living a Peaceful Family Life, the Spouse's Free Will

* Associate Professor, Law School of Konkuk University