

財産分割請求權과 離婚慰籍料請求權과의 關係

韓 三 寅*

目 次

- I. 머리말
- II. 재산분할청구권의 법적 성질
- III. 이혼위자료청구권의 제문제
- IV. 재산분할청구권과 이혼위자료청구권과의 관계
- V. 맺는말

I. 머리말

오늘날 이혼소송의 실제에서 가장 큰 문제는, 혼인생활 중 취득·형성한 재산에 대한 기여도(공헌도)와 혼인생활의 파탄에 대한 상대방의 유책성 등을 입증하는 것이라 할 수 있다. 어쨌든 이혼에 의하여 혼인관계가 해소되는 경우, 자녀의 양육문제 등을 제외하고 이혼당사자 사이에 첨예하게 대립되는 것은 재산분할과 이혼위자료 문제가 된다.

그런데, 재산분할청구권에는 청산·부양적 요소 이외에 이혼위자료의 성질까지 당연히 포함하고 있는 것으로 새겨야 할 것인지 여부가 문제된다.

이 글에서는, 재산분할청구권과 이혼위자료청구권의 주요 법리를 판례와 함께 파악한 다음에 재산분할청구권과 이혼위자료청구권과의 관계를 검토·정리해 보고자 한다¹⁾. 이러한 일련의 작업은, 재산분할청구권의 추상적 내용을 구체화시키는 데 일조할 수 있을 것으로 생각한다.

II. 재산분할청구권의 법적 성질

(1) 관련 판례

* 제주대학교 법정대학 법학부 교수(민법/환경법)

1) 다만, 재산분할청구권 부분에 관한 상세한 검토는 다른 곳에서 논하고 있으므로, 여기서는 약하기로 한다.

① 재산분할청구권의 법적 성질

이혼에 따른 재산분할은 혼인 중 쌍방의 협력으로 형성된 공동재산의 청산이라는 성격에 상대방에 대한 부양적 성격이 가미된 제도임에 비추어.....後略²⁾

(2) 검토

이혼을 한 당사자 일방이 상대방에 대하여 재산분할을 청구할 수 있는 법이론적 근거가 무엇이나 하는 문제가, 이른바 재산분할청구권의 본질 내지 법적 성질에 관한 문제이다. 이것은 민법 제839조의2의 추상적 구조에서 비롯된다. 이에 관한 학자들의 견해는 다양하나³⁾, 판례는 '청산 및 부양설'을 취한다.

생각하건대, 혼인생활 중 부부 일방이 취득한 재산에는 상대배우자의 내조의 공이 포함되어 있으므로, 이혼 시에 그 대가를 상대방에게 반환해야 함은 지극히 당연한 것이다. 한편, 혼인생활 중 배우자 사이에 존재하는 부양의무(제826조 제1항)가 이혼 후에 있어서도 일정기간 동안은, 이른바 혼인의 '餘後的 效力'(Nachwirkung)으로서 연장되는 것으로 파악하는 것이 합리적이라 할 것이므로, '청산 및 부양설'을 취하고 있는 판례의 태도는 타당하다 할 것이다.

Ⅲ. 이혼위자료청구권의 제문제

1. 이혼위자료청구권의 법적 성질

(1) 관련 판례

① 이혼위자료청구권의 법적 성질

이혼위자료청구권은 상대방 배우자의 유책 불법한 행위에 의하여 혼인관계가 파탄상태

2) 大判 2000. 9. 29. 2000다25569.

3) '위자료설'(재산분할청구권은 이혼으로 인하여 당사자 일방이 받게 되는 정신적 고통에 대한 손해배상으로서의 위자료의 성질을 갖는 것으로 파악한다)·'청산설'(혼인 중 부부의 혼인으로 이룩한 부부 공통의 재산을 청산하는 것으로 이해한다)·'부양설'(이혼 후 생활이 어려운 상대방에 대한 원조적 성질 내지는 노후의 생활보장적 성질을 내포하는 것으로 새긴다)·'청산 및 부양설'(재산분할청구권을 혼인 중에 취득한 부부재산의 청산과 이혼 후 생활이 어려운 배우자에 대한 부양으로 이해한다)·'생전상속설'(배우자 일방이 사별 시에 타방에게 상속권이 주어지는 것과 같이 배우자의 사망으로 인한 혼인의 해소 시에 발생하는 상속에 상당하는 것으로 새긴다) 등의 다툼이 있으나, 우리나라 및 일본의 다수설은 '청산 및 부양설'을 취한다.

에 이르러 이혼하게 된 경우, 그로 인하여 입게된 정신적 고통을 위자하기 위한 손해배상 청구권으로서,後略⁴⁾

② 이혼위자료의 성질

이혼 등의 불법행위로 인하여 상대방에게 입힌 정신적인 고통을 위자하기 위한 금액의 산정은, ...後略⁵⁾

(2) 검토

어떠한 책임원인에 의하여 피해자가 입은 고통·충격·절망과 같은 비재산적 손해 내지 정신적 손해에 관한 배상을 '위자료'(Schmerzensgeld)라 한다. 위자료의 법적 성질에 관하여는 다툼이 있으나⁶⁾, 우리나라의 통설은 배상설을 취한다.

한편, 이혼의 경우에 당사자 일방은 혼인관계의 파탄에 책임 있는 상대방에 대하여 이혼으로 인한 재산상의 손해와 정신적 고통에 대한 손해배상을 청구할 수 있는데(제843조·제806조 참조), 이러한 이혼으로 인한 정신적 고통에 대한 손해배상을 '離婚慰籍料'라 한다. 이혼에 이르게 된 행위 자체로 인한 정신적 손해 또는 그러한 행위로 인해 이혼함으로써 생긴 정신적 손해를 피해자 이외의 자가 전보시킴으로써 이혼피해자를 보호하려는 데 목적을 두고 있는 이혼위자료의 법적 성질을 어떻게 새겨야 할 것이냐에 관하여는 다툼이 있고⁷⁾, 판례는 '불법행위에 기한 손해배상설'을 취하고 있는 것으로 보인다.

이혼으로 인한 위자료청구권도 그 본질 자체는 타인의 유책행위로 인하여 발생한 정신적 고통을 배상하여 준다는 의미로만 새길 경우, 배상설이 타당하다고 할 수도 있다⁸⁾.

그러나, 우리의 재판상 이혼제도의 구조를 '유책주의와 파탄주의'의 결합형으로 이해하는 私見으로서, '이혼 자체에 기한 손해배상설'이 타당하다고 생각한다⁹⁾.

4) 大判 1993. 5. 27. 92 모 143.

5) 大判 1987. 10. 28. 87 모 55, 56; 大判 1987. 5. 26. 87 모 5, 6; 大判 1981. 10. 13. 80 모 100.

6) '제재설'(위자료는 피해자가 가해자에게 가하는 사적 제재로 파악한다. 요컨대, 위자료를 復讐관의 산물로 보고 손해의 전보를 목적으로 하는 민사상의 불법행위책임에 형사책임을 포함시킨 것이 되므로, 민사책임은 배척되어야 한다는 입장을 취한다)·'배상설'(위자료를 순수한 손해배상으로 이해한다. 민사책임과 형사책임이 명백히 구분된 현대에 있어서 위자료는 손해전보적 성질을 갖는 것으로 파악함으로써 '손해전보설'이라고도 한다)이 그것이다.

7) '불법행위에 기한 손해배상설'(이혼위자료청구권도 그 본질 자체는 타인의 유책행위로 인하여 발생한 정신적 고통을 배상해 준다는 의미에서 불법행위로 인한 손해배상으로 이해한다)·'이혼 자체에 기한 손해배상설'(이혼위자료청구권을 이혼 그 자체로 발생한 피해를 전보시키기 위한 수단으로 파악하는 견해이다)·'포괄설'(이혼위자료청구권을 배상설·부양설·청산설 등을 모두 포함하는 성질의 권리로 파악한다)이 그것이다.

8) 韓瑋熙, 「家族法論集」, 도서출판 찬글, 1999, 845면.

9) 그 이유 중의 몇 가지를 보기로 한다. 첫째, 이혼 등의 사유로 혼인관계가 해소됨으로써 발생하는

2. 이혼위자료 산정의 기준

(1) 관련 판례

① 유책배우자에 대한 위자료액수 산정방법

이혼 등의 불법행위로 인하여 상대방에게 입힌 정신적인 고통을 위자하기 위한 금액의 산정은 재산상의 손해와 달라서, 반드시 이를 증거에 의하여 입증할 수 있는 성질의 것이 아니므로, 법원은 여러 가지 사정을 참작하여 직권에 의하여 그 액수를 결정할 수 있는 것인즉, 유책배우자에 대한 위자료액수를 산정함에 있어서도, 유책행위에 이르게 된 경우와 정도·혼인관계 파탄의 원인과 책임·배우자의 연령과 재산상태 등 변론에 나타나는 모든 사정을 참작하여 법원이 직권으로 결정할 수밖에 없다¹⁰⁾.

② 위자료를 정함에 있어서 감액사유로 삼지 말아야 할 것을 감액사유로 참작하였다는 이유로, 원심판결을 파기한 사례

위자료 등을 청구하지 않기로 하는 합의 자체가 처의 궁박·경솔·무경험으로 인한 것이라거나 강박상태에서 이루어진 것이 아니라고 하더라도, 이는 남편의 폭행과 폭언이 동기가 되어 이루어진 합의인데, 남편이 다시는 폭행하지 않기로 약속하여 재결합함으로써

위자료에 관하여 제843조와 같은 규정을 두지 않았던 구민법 아래에서는, 동법 제709조·제710조의 규정에 의해 그것은 일반불법행위 이론에 의해 해결할 수밖에 없었으므로, 이혼위자료청구권의 성질은 불법행위로 인한 손해배상으로 파악하는 것이 당연한 것이었다. 그러나, 현행 민법은 이혼위자료의 문제를 일반불법행위로 인한 손해배상과는 별도의 규정을 두어 이를 해결할 수 있도록 배려하고 있기 때문에(제843조·제806조 참조), 이혼위자료청구권의 성질을 불법행위로 인한 손해배상으로 새기는 것은 가족법에 별도의 규정을 둔 입법취지에 반하는 견해라 할 것이다. 둘째, 이혼원인이 불법행위를 구성하는 경우에도(제840조 제5호·제6호를 제외한 배우자 일방의 부정행위·악의의 유기·부당한 대우 등의 사유) 이혼 그 자체가 불법행위를 구성하게 되는 것은 아니며, 또한 불법행위에 기한 손해배상설을 취할 경우에는 상대방의 유책성이 전제되어야만 이혼위자료청구권은 발생하게 되나, 이혼 자체에 기한 손해배상설에 의하면 쌍방의 책임에 돌릴 수 없는 사유(제840조 제5호·제6호)에 의한 이혼(배우자 일방이 정신병에 외병 중이거나 천재지변 기타의 위난으로 인한 3년 이상의 생사불명 시, 전자를 취한다면 이혼위자료청구는 기각될 수밖에 없음을 생각하라)의 경우에도 이혼피해자를 보호해야 할 상당한 필요성이 있고 그러한 의무를 부담할 자가 있는 한, 이혼피해자의 위자료청구가 가능할 것이다. 셋째, 민법은 이혼의 효과에 있어서 과실책임주의를 취하고 있으나(제843조·제806조 제1항 참조), 후자의 견해를 취할 경우에도 과실의 의미는 배우자 일방의 유책행위에 한하지 않고 혼인생활의 파탄에 대한 원인제공의 경우로 해석함으로써 그러한 상당성이 인정되는 한, 이혼위자료청구가 가능하게 된다 할 것이다. 이상의 제반 논거에 비추어 볼 때, 우리 이혼제도의 구조에 부응할 뿐 아니라 이혼피해자의 보호에 충실을 기할 수 있고, 나아가 파탄주의 이혼원인의 세계적 동향에 부합할 수 있는 해석론으로서, '이혼 자체에 기한 손해배상설'이 타당하다 할 것이다.

10) 大判 1987. 10. 28. 87 모 55, 56; 大判 1987. 5. 26. 87 모 5, 6; 大判 1981. 10. 13. 80 모 100.

위 합의가 무효화되었고, 재결합 이후에도 남편이 위 약속을 어기고 처에게 폭행을 하여 상해를 가함으로써 혼인관계가 종국적으로 파탄된 것이라면, 파탄의 주된 책임이 있는 남편이 지급하여야 할 위자료의 액수를 정함에 있어, 처가 남편과 이혼하기로 하면서 위자료 등을 청구하지 않기로 일시 합의한 사실이 있다는 사정은, 남편의 폭행과 폭언이 처가 감당할 수 없는 정도이었음을 가늠케 하는 자료가 될 수 있을 뿐, 위자료의 액수를 감액할 사정으로 참작할 것이 아니라고 보아 원심판결을 파기한 사례¹¹⁾가 있다.

③ 협의이혼 약정시 위자료조로 약정한 금원을 지급받은 경우, 위자료청구권의 소멸 여부
 협의이혼 약정시에 청구인이 피청구인에게 이혼 위자료조로 소정의 금원을 지급하기로 약정한 후에 피청구인이 그 돈을 지급받은 것이라면, 위 금전의 수수에 관한 당사자 쌍방의 의사는 협의이혼이건 재판상 이혼이건 간에 그 부부관계를 완전히 청산하는 것을 전제로 위자료조로 지급한 것이라 할 것이므로, 피청구인의 위자료청구권은 소멸한 것으로 보아야 한다¹²⁾.

(2) 검토

위자료문제의 중심은 위자료 산정에 있으며, 그것은 이혼위자료의 경우에도 마찬가지이다. 이혼위자료 산정의 합리적 기준은 무엇인가. 결론부터 밝힌다면, 그것은 법관의 자유재량에 의한 직권에 의하여 구체적·개별적으로 정해질 수밖에 없다는 것이다.

본래 이론적 측면에서 볼 때, 위자료 산정의 기준은 두 가지 형태로 나눌 수 있으나¹³⁾, 판례는 '자유재량주의'를 취한다.

생각하건대, 민사책임과 형사책임이 분화된 현대에 있어서 배상액 산정은 법관의 자유재량에 맡겨지는 것이 보통이라 할 것이며, 이는 민법상의 이혼위자료 산정의 경우에도 마찬가지이다. 이혼위자료 산정의 기준은 무엇인가. 법원은 여러 가지 사정(혼인파탄에 이르게 된 경위와 정도·혼인관계 파탄의 원인과 책임·배우자의 연령과 재산상태·자녀의 유무·혼인생활 계속기간 등 변론에 나타나는 모든 사정)을 참작하여 법관의 직권으로 결

11) 大判 1996. 3. 22. 95 모 1314; 大判 1987. 10. 28. 87 모 55, 56.

12) 大判 1983. 9. 27. 83 모 20, 21(반소).

13) '정액배상주의'(형벌과 손해배상이 분화되지 아니한 중세시대에 입법자의 법관에 대한 불신에서 비롯된 제도로서 배상액 산정은, 법관의 자유재량이 허용되지 않고 법률이 정한 기준에 의해 일정액에 한정하게 된다. 따라서, 위자료 청구인은 손해액을 입증할 필요 없이 일정액의 배상을 받을 수 있는 반면에 실손해가 법정배상액을 초과하는 경우, 그 입증할 수 있다 하더라도 초과분의 배상을 받지 못한다)·'자유재량주의'(로마법상의 소권제도가 계수되어진 18·19세기에 이르러 근대법의 영역에서 허용되어진 것으로서, 배상액 산정은 법관의 심중에 터잡은 자유재량에 의존함으로써 법관의 자의가 배제될 수 있는 한, 공평한 배상액의 산정이 가능하게 된다. '직권주의'라고도 한다)가 그것이다.

정하게 된다.

이와 같이 이혼위자료 산정이 법관의 자유재량에 의한 직권에 일임되어 있는 이상, 그 합리적 기준은 이혼위자료 청구사건에 관한 판례의 분석·검토를 통하여 도출할 수밖에 없다 할 것이다.

3. 기타의 문제

(1) 관련 판례

① 유책배우자가 이혼위자료를 청구할 수 있는지 여부

혼인의 파탄에는 원고와 피고 쌍방간에 각각 귀책사유가 있고, 그 정도를 비교하여 볼 때 어느 쪽에게 더 무거운 책임이 있다고 하기 어려울 정도로 쌍방의 책임정도가 대등하다고 판단하여 피고의 위자료청구를 기각한 것은 정당하다고 한 원심판결을 수긍한 사례¹⁴⁾가 있다.

② 이혼위자료청구권이 행사상 일신전속권으로서 승계가 가능한지 여부

이혼위자료청구권은 상대방 배우자의 유책 불법한 행위에 의하여 혼인관계가 파탄상태에 이르러 이혼하게 된 경우, 그로 인하여 입게된 정신적 고통을 위자하기 위한 손해배상 청구권으로서 이혼시점에서 확정·평가되고, 이혼에 의하여 비로소 창설되는 것이 아니며, 이혼위자료청구권의 양도 내지 승계의 가능 여부에 관하여 민법 제806조 제3항은 약혼해제로 인한 손해배상청구권에 관하여 정신상 고통에 대한 손해배상청구권은 양도 또는 승계하지 못하지만, 당사자간에 배상에 관한 계약이 성립되거나 소를 제기한 후에는 그러하지 아니하다고 규정하고, 같은 법 제843조가 위 규정을 재판상 이혼의 경우에 준용하고 있으므로, 이혼위자료청구권은 원칙적으로 일신전속적 권리로서 양도나 상속 등 승계가 되지 아니하나, 이는 행사상 일신전속권이요 귀속상 일신전속권은 아니라 할 것인바, 그 청구권자가 위자료의 지급을 구하는 소송을 제기함으로써 청구권을 행사할 의사가 외부적 객관적으로 명백하게 된 이상, 상속 등 승계가 가능하다¹⁵⁾.

(2) 검토

이혼위자료청구권의 성질을 어떻게 파악하든 관계없이, 유책배우자는 위자료청구권의 주체가 될 수 없다. 혼인파탄을 초래한 유책배우자(guilty spouse)는 오로지 위자료 지급의

14) 大判 1994. 4. 26. 93 모 1273, 1280(반소, 이혼 및 위자료).

15) 大判 1993. 5. 27. 92 모 143.

무를 부담할 뿐이다.

이혼위자료청구권은 원칙적으로 일신전속적 권리(그러나, 행사상의 일신전속권일 뿐 귀속상의 일신전속권은 아니다)이기 때문에 타인에게 양도하거나 상속 등 승계가 되지 않는다.

그러나, 당사자 사이에 위자료의 배상에 관한 약정이 성립되어 있거나, 또는 이혼위자료 청구소송을 제기한 후에는 상속 등 승계가 가능하다 할 것이다. 위자료청구권을 행사할 의사표시가 외부적 객관적으로 명백하기 때문이다.

Ⅳ. 재산분할청구권과 이혼위자료청구권과의 관계

1. 문제점의 인식

이혼에 의해 혼인관계가 해소됨으로써 배우자 일방이 입게 되는 정신적 고통에 대한 손해배상을 이혼위자료라 한다. 앞에서 살펴본 바와 같이, 이혼위자료는 이혼피해자의 보호를 목적으로 한다.

한편, 재산분할청구권은 혼인생활 중 취득한 재산관계의 청산의 성질말고도, 그 실질적 내용이 이혼피해자(대부분의 경우, 이혼피해자는 처라 할 수 있을 것이다)의 이혼 후의 생활을 보호함으로써 이혼의 자유를 실질적으로 보장하기 위한 제도임은 주지의 사실이다.

이와 같이 두 개의 청구권은 이혼배우자의 보호를 위해 존재하는 법정청구권(법정 채권)이라는 동질성을 갖고 있기 때문에 이혼에 의하여 배우자 일방이 갖는 '재산분할청구권'에는 '청산·부양적' 요소 이외에 '위자료적 요소'도 당연히 포함되어 있느냐의 문제가 이른바, 재산분할청구권과 이혼위자료청구권과의 관계에 대한 문제이다.

2. 독립한 제도인지 여부

(1) 관련 판례

① 재산분할을 함에 있어 위자료를 배상하기 위한 급부로서의 성질까지 포함하여 분할할 수 있는지 여부

前略... 분할자의 유책행위에 의하여 이혼함으로써 인하여 입게 되는 정신적 손해(위자료)를 배상하기 위한 급부로서의 성질까지 포함하여 분할할 수도 있다고 할 것인바...後略¹⁶⁾

16) 大判 2001. 5. 8. 2000 다 58804; 大判 2001. 2. 9. 2000 다 63516; 大判 2000. 7. 28. 99 다6180.

② 이혼위자료와 재산분할금의 성격을 모두 포함하는 것으로 인정한 사례
 이혼위자료 명목으로 유일한 재산을 증여한 경우, 위 증여가 이혼에 따르는 재산분할의 성격을 포함하는 이혼급부로 볼 수 있다고 한 사례¹⁷⁾가 있다.

(2) 검토

이혼이라는 하나의 동일한 생활사실로부터 재산분할청구권과 이혼위자료청구권이 발생할 경우, 이혼배우자(피해자)가 재산분할청구권을 행사하였다 하더라도, 위자료청구권을 행사할 수 있는지에 관하여는 다툼이 있다¹⁸⁾. 현재의 통설¹⁹⁾은 양 청구권을 별개의 독립한 것으로 파악하는 한정설을 취하고 있으며, 일본의 판례(일본최고재판소는 일관되게 한정설을 취한다)와는 달리, 우리 대법원이 어느 견해를 취하고 있는지는(가령, 재산분할을 하면서 위자료의 성질까지 포함하여 할 수 있다는 것은, 재산분할의 과정에서 제839조의2 제2항의 기타 사정으로 위자료의 상황을 참작할 수 있다는 의미인지 여부 등) 분명하지 않다 할 것이다.

3. 두 제도의 동질성 · 이질성의 비교

(1) 관련 판례

① 유책배우자도 재산분할청구권이 있는지 여부

17) 大判 2001. 5. 8. 2000 다 58804.

18) '한정설'(재산분할청구권은 이혼으로 인한 혼인관계의 해소 시에 혼인생활 중 취득한 부부재산을 청산한다는 의미 외에도, 이혼 후 생활이 어려운 이혼배우자에 대한 부양적 요소를 포함하는 것으로 새김으로써, 이혼으로 인한 정신적 손해에 대한 배상으로서의 의미를 갖는 위자료청구권과는 성질이 다른 별개의 권리로 파악한다. 요컨대 재산분할청구권과 이혼위자료청구권을 별개의 독립한 소송물로 새김으로써 이혼피해자는 양 청구권 중 어느 하나만을 선택적으로 행사하거나 또는 그로써 만족을 얻지 못할 경우에는 다른 청구권의 행사도 가능하고, 나아가 양자를 동시에 청구할 수 있다는 견해로서 적극설이라고도 한다)·'포괄설'(재산분할청구권을 청산 및 부양·위자료적 요소를 내포하는 권리로 새긴다. 따라서, 이혼위자료의 청구가 있으면, 재산분할청구도 있었던 것으로 새김으로써 재산분할과 위자료를 一體로 파악하기 때문에 소송물은 오직 하나뿐이라는 것이다. 그러므로, 이혼피해자가 재산분할청구권을 행사한 경우에는 비록 그것으로써 만족을 얻지 못했다 하더라도, 다시 이혼위자료를 청구할 수 없게 된다. 이렇듯 포괄설은 청구권의 행사를 일회성에 그치도록 함으로써 분쟁해결의 절차를 간편하게 하는 우수성이 있으나, 이혼피해자의 보호에는 미진하다는 한계를 갖는다. 소극설이라고도 한다)이 그것이다.

19) 金容漢, 補正版「親族相續法」, 博英社, 2003, 161-162면; 朴東涉, 「親族相續法」, 博英社, 2003, 181면.

혼인 중에 부부가 협력하여 이룩한 재산이 있는 한, 유책배우자도 재산분할을 청구할 수 있다²⁰⁾.

② 재산분할청구권 행사기간의 법적 성질

재산분할청구권은 이혼한 날로부터 2년 내에 행사하여야 하고, 그 기간이 경과하면 소멸되는데, 이 때의 2년은 소멸시효기간이 아니라 제척기간으로서 그 기간이 지났는지 여부는, 당사자의 주장에 관계없이 법원이 당연히 조사하여 고려하여야 할 사항이 된다²¹⁾.

③ 위자료와 재산분할의 상계가 허용되는지 여부

원고(남편)의 재산분할금을 8천5백만원으로 인정하고, 피고인 아내가 자신의 이혼 위자료 2천만원으로써 이를 상계한다고 항변한 경우, 피고의 상계항변을 받아들여 원고의 재산분할청구금을 6천5백만원으로 인정한 2심 법원의 판결에 아무 잘못이 없다²²⁾.

④ 이혼 시 위자료 부분과 재산분할 부분이 특정되지 아니한 채 자산이 이전된 경우, 양도소득세의 과세대상이 되는 위자료 부분의 입증책임의 소재 및 입증책임의 정도

과세처분의 위법을 이유로 그 취소를 구하는 행정소송에서 과세요건의 존재에 대한 입증책임이 처분청에 있는 것과 마찬가지로, 협의이혼 또는 재판상 화해나 조정에 의한 이혼을 하면서 위자료와 재산분할, 자녀양육비 등의 각각의 액수를 구체적으로 정하지 아니한 채 자산을 이전한 경우, 그 자산 중 양도소득세의 과세대상이 되는 유상양도에 해당하는 위자료 및 자녀양육비의 입증책임도 원칙적으로 처분청에 있고, 다만 이 때 처분청이 위자료나 자녀양육비의 액수까지 구체적으로 주장·입증할 필요는 없고, 이와 같은 자료를 토대로 혼인기간·파탄의 원인 및 당사자의 귀책사유·재산정도 및 직업·당해 양도자산의 가액 등 여러 사정을 참작하여 직권으로 위자료나 자녀양육비의 액수를 정하여야 한다²³⁾.

(2) 검토

양자의 동질성·이질성을 몇 가지 관점에서 비교·분석해 보기로 한다.

가. 민법상의 구도

재산분할청구권은 민법 제839조의2에 근거한 법정채권으로서 혼인생활 중 취득·형성한 재산에 대한 이혼배우자 사이의 공유성 내지는 배우자 일방(대부분의 경우, 처가 될 것이다)의 가사노동의 대가를 인정함으로써 형평사상에 부합할 뿐 아니라 이혼배우자의 이혼

20) 大決 1993. 5. 11.자 93 스 6.

21) 大判 1994. 9. 9. 94 다 17536.

22) 大判 1995. 3. 10. 94므1379, 1386.

23) 大判 2002. 6. 14. 2001두4573; 大判 2001. 5. 8. 99두12014; 大判 1995. 10. 13. 95누3398.

후의 생활을 보장함으로써 실질적으로 이혼의 자유를 보장하는 기능을 갖는다 할 것이다.

한편, 이혼위자료청구권은 제843조·제806조에 기한 법정채권으로서 이혼으로 인하여 당사자 일방이 입은 정신적 손해를 피해자 이외의 자가 배상하도록 하는 '對 개인적 책임'이라 할 수 있다. 결국, 이혼위자료청구권도 이혼배우자(이혼피해자)의 보호를 목적으로 하는 민법상의 제도라는 점에서, 재산분할청구권과 동질성을 갖는다 할 것이다.

나. 요건(유책성 여부)

재산분할청구권의 경우, 이혼에 이르게 된 데 대한 당사자의 책임(유책) 여부는 문제가 되지 않는다. 재산분할청구권의 법적 성질을 청산 및 부양의 요소를 포함하고 있는 것으로 새기는 한, 유책배우자의 재산분할청구가 가능하기 때문이다.

한편, 이혼위자료청구권의 경우, 그 성질을 불법행위로 보는 견해에 의하면 원고의 無責성과 피고의 有責성이 당연히 요구되는 반면 이혼 그 자체로 인한 손해배상으로 파악하는 견해에 의하면 원고를 보호해야 할 필요성(가령 원고의 정신병 등의 질환에 의한 이혼의 경우)이 있는 것과 같은 특별한 사정 아래에서는, 상대방(피고)의 無責 아래에서도 이혼위자료청구를 인용하는 것이 타당하다고 생각한다.

다. 청구권의 주체

재산분할청구권의 주체는 원칙적으로 이혼당사자 일방이다.

한편, 이혼위자료청구권의 경우에는 당사자 일방 이외의 제3자(장인·장모나 시부모 등)를 공동피고로 하는 소를 제기할 수도 있다고 생각한다.

라. 절차(관할법원의 문제)

재산분할청구권은 이혼으로 인한 혼인관계의 해소에서 비롯되는 것이므로, 당연히 가정법원의 관할사건이 된다.

이혼위자료청구권의 경우, 그 성질을 불법행위로 보는 견해에 의하면 민사법원이 이를 관할하게 되며(제750조~제752조 참조), 판례의 태도로 마찬가지로 마찬가지이다. 반면에 이혼으로 인한 손해배상으로 새기는 견해에 의하면 가정법원의 관할사건으로 처리되어야 할 것이다.

마. 행사기간(존속기간)

재산분할청구권은 이혼 시부터 2년의 제척기간에 걸린다(제839조의2의 제3항).

이혼위자료청구권은, 이혼원인이 불법행위를 구성하게 될 경우(배우자 일방의 부정행위·악의의 유기·부당한 대우 등), 3년의 소멸시효기간에 해당한다(제766조 제1항). 불법행위에 해당하지 않는 사유에 의한 이혼(제840조 제5호·제6호 등)의 경우에는 어떻게 새

겨야 할 것인가. 재산분할청구권의 경우와 같이 2년의 제척기간에 걸리는 것으로 해석하는 견해가 있으나²⁴⁾, 이혼위자료청구권의 법정채권으로서의 성질에 비추어 볼 때, 10년의 소멸시효기간에 걸리는 것으로 해석하여야 한다(제162조 제1항 참조).

바. 양도·상속성

재산분할청구권은 상속되는가. 행사상의 일신전속권이라 할 것이므로, 당사자 일방의 청구의사가 객관적으로 분명한 경우에는 분할청구자의 상속인에게 상속되는 것으로 해석하여야 한다. 다만, 분할청구권 속에 내포되어 있는 '부양적 성질'의 분할부분은 귀속상의 일신전속권이라 할 것이므로, 상속의 대상이 될 수 없다고 생각한다.

일반적인 위자료청구권의 경우, 판례는 상속성을 긍정하고 있는데²⁵⁾(일본에서는 부정설이 통설임), 이혼위자료청구권의 경우에도 그것은 궁극적으로 금전채권화 하게 될 것이므로(제763조·394조 참조), 상속성을 인정하는 것이 좋은 것이다. 다만, 당사자간에 배상에 관한 계약이 성립되거나 소를 제기한 후가 아니면, 그것을 타인에게 양도·승계할 수 없는 것으로 해석하여야 한다(제843조·제806조 제3항 참조).

사. 기타

재산분할을 함에 있어 위자료를 배상하기 위한 급부로서의 성질까지 포함하여 분할할 수 있고, 재산분할금과 위자료는 서로 상계처리 될 수 있다는 판례의 태도²⁶⁾는 타당하다 할 것이다.

한편, 위자료 부분과 재산분할 부분이 특정되지 아니한 채 자산이 이전된 경우, 양도소득세의 과세대상이 되는 위자료 부분에 대한 입증책임은 과세처분청이 부담한다.

24) 金淑子, "재산분할청구권", 『개정가족법과 한국사회』, 한국가족법학회, 1990, 99면.

25) "위자료청구권은 피해자가 이를 포기·면제했다고 볼 수 있는 특별한 사정이 없는 한, 생전에 청구의사를 표시할 필요 없이 당연히 상속인에게 상속된다"(大判 1966. 10. 28. 66다1335), "위자료청구권은 일신전속권이 아니기 때문에 타인에게 양도도 가능하다"(大判 1976. 4. 13. 75다396).

26) 재산분할청구자가 이혼위자료 지급의무를 부담하는 유책배우자일 경우, 양자의 관계를 어떻게 처리해야 할 것인가. 명문의 규정이 없는 우리 제도아래에서, 이 문제의 해결은 학설·판례에 의존할 수밖에 없다. 생각하건대, 재산분할청구권의 성질을 청산·부양의 복합적 요소로 파악할 경우, 청구권의 주체가 반드시 無責이어야 하는 것은 아니며, 또한 이혼위자료의 성질을 이혼으로 인한 손해배상으로 파악할 경우에 있어서도 불법행위 해당사유에 의한 이혼위자료청구권의 성립이 부정되지 않는다. 따라서, 이혼이라는 동일한 사실에 의해 당사자 일방이 재산분할청구권을 취득함과 아울러 이혼위자료의무를 부담하게 될 수도 있다. 이 때에는 분할청구권이 소멸되지 않는 한, 권리자가 취득하게 되는 분할액에서 그가 부담하게 되는 위자료액을 공제(상계)한 잔액에 상당하는 부분만을 청구할 수 있는 것으로 새기는 것이 합리적이라 할 것이다.

재산분할청구권과 이혼위자료청구권의 동질성·이질성의 비교

사항	구분	재산분할청구권	이혼위자료청구권
민법상의 구도	규정근거: 목적:	민법 제389조의2 배우자 일방(처)의 가사노동의 인정 →실질적인 이혼의 자유 실현 (양성평등의 이념)	민법 제843조·제806조 이혼피해자의 보호 (공평의 이념)
요건(유책성 여부)		유책·무책 가리지 않음(유책배우자도 재산분할청구권 행사 가능)	'불법행위에 기한 손해배상설'(원고의 무책, 피고의 유책), '이혼자체에 기한 손해배상설'(특별한 경우, 피고가 무책이어도 청구권 발생 가능)
청구권의 주체		이혼당사자 일방	이혼당사자 이외의 제3자
참작·평가의 대상		쌍방의 협력으로 이룩한 재산의 액수 기타의 사정	유책배우자(피고)의 재산정도
행사기간(존속기간)		이혼 후 2년(제척기간)	손해·가해자 안 날부터 3년(시효기간), 10년(제척기간)
절차(관할법원의 문제)		가정법원의 관할사건	'불법행위에 기한 손해배상설'(민사법원의 관할사건), '이혼자체에 기한 손해배상설'(가정법원의 관할사건)
가집행 가능 여부		할 수 없음	가능함
상속성 인정 여부		'청산설'(긍정), '부양설'(부정)	*배상계약 체결, 소 제기→ 처분·양도 가능

V. 맺는말

이상에서 재산분할청구권과 이혼위자료의 청구권의 동질성·이질성을 여러 관점에서 검토해 보았다. 두 제도를 비교·분석해 본 결과, 재산분할청구권 속에 이혼위자료청구권을 내포하고 있다고 새기는 포괄설 보다는 양자를 별개의 권리로 파악하는 한정설이 논리적으로 타당하다고 생각한다. 두 제도 모두 법정채권으로서 이혼피해자의 보호를 목적으로 하는 민법상의 제도라는 점에서는 동질성을 갖고 있지만, 양 청구권 사이에는 이질적인 면이 많이 있기 때문이다.

따라서, 이혼소송의 원고는 재산분할청구권과 이혼위자료청구권을 동시에 행사할 수도 있고, 또는 선택적·순차적으로 행사할 수 있다. 다만, 어느 하나의 청구권의 행사를 인정할 경우에는 다른 청구권의 내용을 참작함으로써 구체적 타당성의 실현을 고려하여야 할 것이다.