

재산분할청구권과 제척기간
－대법원 2018. 6. 22.자 2018스18 결정－

부산고등법원 판사 정예지

[논문요지]

재산분할청구 사건은 법원의 직권탐지주의가 적용되는 비송사건이지만, 대립 당사자가 존재하고 일방의 신청에 의해 절차가 개시되며 가정법원은 당사자의 청구취지를 초과하여 의무의 이행을 명할 수 없다는 점에서 당사자주의가 적용되는 소송 사건과 유사한 면이 있다. 이러한 재산분할청구 사건의 특성으로 인해 이혼한 날부터 2년 내에 재산분할을 청구한다는 것이 어떤 의미인지, 추가 재산분할청구가 가능한지 여부 등에 대하여 혼란이 발생한다. 대법원 2018. 6. 22.자 2018스18 결정은 법원에 의하여 재산분할심판이 확정된 후 부부 일방이 추가로 재산분할청구를 하는 것이 가능하고, 이때에도 2년의 제척기간을 준수하여야 한다고 하였다. 그러나 이러한 대상결정의 판시는 부부공동재산의 청산 및 이혼 후 부양이라는 재산분할청구의 본질, 비송사건으로서의 재산분할 사건이 가지고 있는 특성과 다소 배치되는 면이 있다.

이혼한 날부터 2년 이내에 최초로 재산분할을 구하는 취지가 담긴 소 제기 또는 심판청구를 하였으면, 2년이 경과한 후에 청구취지의 확장, 변경을 통해 소장, 심판 청구서에서 청구목적물로 삼지 않았던 재산을 분할대상 재산으로 주장하는 경우라도 청구인이 분할대상으로 주장한 모든 재산에 대해 제척기간을 준수한 것으로 봄이 타당하다. 다만 종전 재산분할재판에서 심판의 대상이 되지 않았던 재산에 대하여 추가 재산분할을 청구하는 경우에는 청구인이 2년의 제척기간 내에 추가 재산분할청구를 구하는 취지가 담긴 소 제기 또는 심판청구를 하여 추가로 분할을 구하는 대상재산이 종전의 재판 과정에서 전혀 심리된 바 없는 재산이라는 점까지 증명하는 것을 전제로, 당사자가 자신의 재산을 적극적으로 은닉하여 추가 재산분할청구를 허용하지 않는 것이 신의칙에 반하거나, 추가로 발견된 재산의 규모에 비추어 이에 대한 분할을 하지 않으면 현저히 형평에 반한다는 등의 특별한 사정이 인정되는 경우에만 재산분할청구를 허용하는 방법을 적극적으로 고려할 수 있다고 생각한다.

[주제어]

재산분할청구권, 제척기간, 민법 제839조의2, 민법 제843조

발표일: 2023. 2. 13.

재산분할청구권과 제척기간
-대법원 2018. 6. 22.자 2018스18 결정-

부산고등법원 판사 정예지

[사안의 개요]

청구인(妻)과 망인(夫)은 1981. 3. 혼인신고를 하였다가 1987. 5. 협의이혼하였고, 1987. 12. 다시 혼인신고를 하였다가 2007. 9.경부터 별거하였다.

망인은 2008. 1.경 청구인을 상대로 본소로 이혼, 위자료, 재산분할청구를 하였고, 청구인은 2009. 12.경 망인을 상대로 반소로 이혼, 위자료, 재산분할청구를 하였다. 제1심법원은 2011. 5. 26. ‘(본소 및 반소에 의하여) 청구인과 망인은 이혼한다. 청구인과 망인의 각 위자료 청구를 모두 기각한다. 청구인은 망인에게 재산분할로 청구인 명의로 된 일부 부동산에 관하여 이 판결 확정일자 재산분할을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라. 망인은 청구인에게 재산분할로 망인 명의로 된 일부 부동산에 관하여 이 판결 확정일자 재산분할을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하고, 630,00,000원 및 이에 대하여 이 판결 확정일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 돈을 지급하라’는 내용의 판결을 선고하였고, 이에 대해 청구인과 망인이 모두 항소하였으나, 2012. 8. 17. 항소심 법원에서 쌍방의 항소가 모두 기각되어 2012. 9. 6. 위 판결이 그대로 확정되었다(부산가정법원 2008드합40(본소), 2009드합4711(반소), 이하 ‘중전 소송’이라 한다}.

청구인은 2014. 8. 18. 중전 소송에서 망인이 분할대상 재산을 은닉하였다고 주장하며 창원지방법원 2014느단739호로 망인을 상대로 다시 재산분할심판을 청구하였다. 망인은 2014. 12. 26. 사망하였고, 망인과 재혼한 배우자(이하 ‘상대방’이라 한다)가 망인의 재산을 단독상속하고 소송을 수계하였다.

청구인은 2014. 8. 18. 제출한 재산분할심판청구서를 통하여 망인이 은닉한 재산의 가액이 약 24억 원이므로 그중 약 12억 원의 지급을 구하고, 추후 은닉재산을 발견하면 청구를 확장하겠다고 하였다. 청구인은 2014. 9. 11. 재산명시신청을 하고, 2015. 5.경 국토교통부, 금융기관에 각종 조회신청을 하였으며, 2016. 2. 3. 청

구취지를 변경하여 분할대상 재산을 추가하면서 분할대상 재산의 전체 가액인 130억 원 중 절반을 지급하여 줄 것을 청구하였다.

[소송의 경과]

1. 제1심심판(창원지방법원 2014느단739)

상대방은 청구인이 종전 소송에 따른 이혼판결이 확정된 때로부터 2년이 경과한 이후인 2016. 2. 3. 당초 재산분할심판청구서에서 분할대상 재산으로 주장하지 않은 다른 재산을 은닉하였다고 주장하며 청구취지를 확장한 것은 청구취지의 교환적 변경으로 제척기간을 도과하여 부적법하다고 주장하였다.

이에 대해 제1심은 상대방의 제척기간 도과 주장을 배척하고, 청구취지 확장으로 추가된 망인 소유 부동산에 대하여도 재산분할을 명하였다. 제척기간 도과 여부에 관한 제1심의 판시는 다음과 같다.

“민법 제839조의2 제3항에 의하면, 이혼에 따른 재산분할청구권은 이혼한 날로부터 2년을 경과한 때 소멸한다고 규정하고 있다. 즉, 재산분할청구권은 이혼한 날로부터 2년 내에 행사하여야 하고, 그 기간이 경과하면 소멸되어 이를 청구할 수 없으나, 이때의 2년이라는 기간은 제척기간으로서 그 권리행사 방법은 위 기간 내에 권리 행사 여부를 명확히 하면 족하다 할 것이고, 재산분할은 그 성질상 당사자의 청구가 어떤 것에 한정되어 있는지에 관계없이 부부가 혼인 중 공동의 노력에 의하여 형성한 재산 전부가 심판의 대상으로 되는 것이고 이는 법원의 직권조사사항에 해당하며, 가사소송법에서 이를 비송사건으로 규정하고 있는 점, 특히 이 사건과 같이 청구인이 제척기간 내에 제출한 심판청구서에서 상대방의 은닉재산을 정확히 파악하지 못하여 우선 일부의 금액만을 청구하고 추후 청구취지를 확장하겠다는 뜻을 미리 밝히고 있고, 은닉재산을 파악하는 동안 그 제척기간이 경과한 경우에는 위와 같은 청구취지의 확장으로 추가된 부분에 관해서도 그 제척기간은 준수한 것으로 봄이 상당하다 할 것이어서 상대방의 위 주장은 이유 없다.”

2. 원심 결정(창원지방법원 2017브26)

제1심심판에 대하여 청구인과 상대방 모두 항고하였다. 항고심은 제1심심판을 취소하고, 청구인이 청구취지를 확장하여 분할대상으로 추가한 재산에 대한 부분은

이미 제척기간이 도과되어 부적법하다는 이유로 각하하고, 제척기간을 준수하여 청구한 분할대상 재산에 관한 부분은 분할대상 재산이라고 인정할 증거가 부족하다는 이유로 청구를 기각하였다. 제척기간 도과 여부에 관한 항고심의 판시는 다음과 같다.

“1) 재산분할청구권은 이혼한 날로부터 2년 내에 행사하여야 하고 그 기간이 경과하면 소멸되어 이를 청구할 수 없는바, 이때의 2년이라는 기간은 일반소멸시효기간이 아니라 제척기간으로서 그 기간이 도과하였는지 여부는 당사자의 주장에 관계없이 법원이 당연히 조사하여 고려할 사항이다(대법원 1994. 9. 9. 선고 94다17536 판결). 제척기간은 권리관계나 법률관계를 신속히 확정하려는 데 그 목적이 있는 점, 제척기간은 그 성질상 중단, 중지가 허용되지 아니하는 점, 제척기간은 불변기간과는 달리 당사자가 책임질 수 없는 사유로 기간을 준수하지 못하였다고 하더라도 추후에 보완될 수 없는 점, 재산분할청구권의 행사기간을 2년의 제척기간으로 정한 이유는 부부 사이의 재산분할문제를 가급적 신속하게 확정하도록 하기 위한 것인 점 등을 종합하여 보면, 앞서 본 법리는 법원에 의하여 재산분할심판이 확정된 후 부부 일방이 추가로 재산분할청구를 하는 경우에도 적용된다고 할 것이다.

2) 이 사건 기록에 의하면, 청구인은 2014. 8. 18. 배기환이 종전 소송에서 부동산 및 금융자산을 은닉하였다고 주장하면서 별지 목록 기재 각 재산에 관하여 이 사건 심판청구를 하였다가, 이후 종전 소송이 확정된 날인 2012. 9. 6.로부터 2년이 경과한 2016. 2. 3. 청구취지 변경신청서를 제출하면서 분할대상 재산을 추가하는 취지로 청구취지를 1,219,300,000원에서 6,516,211,015원으로 확장하였음을 알 수 있는바, 위 청구취지 변경신청은 종전 소송이 확정된 때로부터 2년이 경과한 후에 제출된 것으로서 그 부분에 대하여는 이미 제척기간이 경과하였다고 봄이 상당하다. 따라서 이 사건 심판 청구 중 별지 목록 기재 각 재산에 관한 부분 이외의 나머지 재산에 관한 부분은 부적법하다고 볼 것이다.”

[대상결정의 요지]

대법원은 원심 판단을 수긍하면서, 다음과 같이 판시하였다.

“민법 제839조의2 제3항, 제843조에 따르면 재산분할청구권은 협의상 또는 재판상 이혼한 날부터 2년이 지나면 소멸한다. 2년 제척기간 내에 재산의 일부에 대해

서만 재산분할을 청구한 경우 청구 목적물로 하지 않은 나머지 재산에 대해서는 제척기간을 준수한 것으로 볼 수 없으므로, 재산분할청구 후 제척기간이 지나면 그때까지 청구 목적물로 하지 않은 재산에 대해서는 청구권이 소멸한다.

재산분할재판에서 분할대상인지 여부가 전혀 심리된 바 없는 재산이 재판확정 후 추가로 발견된 경우에는 이에 대하여 추가로 재산분할청구를 할 수 있다(대법원 2003. 2. 28. 선고 2000므582 판결 참조). 다만 추가 재산분할청구 역시 이혼한 날부터 2년 이내라는 제척기간을 준수하여야 한다.”

[분석]

I. 서론

재산분할청구권은 이혼한 당사자의 일방이 다른 일방에 대하여 재산분할을 청구하는 것을 내용으로 하는 권리이다(민법 제839조의2, 민법 제843조). 민법 제839조의2 제3항은 “제1항의 재산분할청구권은 이혼한 날부터 2년을 경과한 때에는 소멸한다.”라고 규정하고 있다. 대법원은 종래부터 위 2년의 기간을 제척기간이자 출소기간으로 보았다.¹⁾ 이혼이 확정된 이후 재산분할을 청구하는 것이 민법이 예정한 원칙적인 모습이지만, 대개는 이혼과 함께 재산분할을 청구하고 이러한 경우에는 이혼판결이 확정되기 전까지는 재산분할청구권이 소멸할 여지가 없으므로 재산분할청구권의 제척기간을 준수하였는지 여부가 문제되지 않는다. 반면, 협의이혼이나 이혼조정의 확정 등을 원인으로 가사비송사건인 재산분할심판만 따로 청구할 경우에는 제척기간을 준수하였는지가 쟁점이 된다. 특히 재산분할재판이 확정된 후에도 이혼한 날부터 2년이 경과하지 않았으면 추가로 재산분할을 청구할 수 있는지, 이혼한 날부터 2년 내에 재산분할을 청구한다는 것의 의미가 무엇인지(2년 이내에 재산분할청구 심판을 청구하면 되는지 아니면 2년 내에 분할대상임을 구체적으로 특정하여야 하는지 등) 등의 파생쟁점이 있다.

대상결정은 민법 제839조의2 제3항의 2년의 기간이 제척기간임을 재확인하는 한편, 재산분할재판에서 분할대상인지 여부가 전혀 심리된 바 없는 재산이 재판확정 후 추가로 발견된 경우에는 제척기간을 준수하였다면 추가로 재산분할청구를 할 수

1) 대법원 1994. 9. 9. 선고 94다17536 판결, 대법원 2022. 6. 30.자 2020스561 결정 등

있음을 명확히 하고, 2년 내에 재산의 일부에 대해서만 재산분할을 청구한 경우 청구 목적물로 하지 않은 나머지 재산에 대해서는 제척기간을 준수한 것으로 볼 수 없다는 점(즉, 2년 이내에 청구 목적물로 삼은 재산에 대해서만 제척기간을 준수한 것으로 보아 재산분할 대상이 된다는 점)을 밝혔다는 데에 그 의의가 있다.

이러한 쟁점은 재산분할청구의 본질, 가사비송사건으로서 재산분할의 특성, 재산분할청구권의 대상, 법률관계의 조속한 안정과 부부공동재산의 공평한 청산·부양 사이의 이익형량 등과 밀접한 관련이 있다. 이하에서는 먼저 재산분할청구 일반에 대하여 살펴보고, 이혼한 날부터 2년 이내에 재산분할청구권을 행사한다는 것이 어떤 의미인지 및 재산분할재판이 확정된 후에도 추가로 재산분할을 청구할 수 있는지 등에 대해 검토해 보기로 한다.

II. 재산분할청구 개관

1. 재산분할청구권의 본질

가. 학설

재산분할청구권의 본질에 대해, 우리나라에서는 크게 ‘청산설’과 ‘청산 및 부양설’의 대립이 있다.

‘청산설’은 부부가 혼인 중에 협력하여 이룬 재산은 누구의 명의로 취득하였든 간에 부부의 공동재산으로 보고 이혼으로 인하여 부부공동생활이 종료되었을 때에는 그 기여도에 따라 적절히 분할하는 것이 타당하다는 견해이다.

‘청산 및 부양설’은 재산분할에는 기여도에 따른 분할 외에도 이혼 후 전 배우자에 대한 부양적 요소를 부차적으로 포함하고 있다는 견해이다. 이혼에 의하여 부부관계가 해소되었는데 왜 부양의무만이 존속하는가에 관하여는 일반적으로 혼인의 사후효로 설명하고, 외국에서는 이혼 후 배우자에 대한 부양의무를 인정하는 입법례가 많은데, 우리나라에서는 일반적으로 이를 인정하지는 않으나 재산분할제도에서 이를 고려하고 있다는 것이다.²⁾ 청산 및 부양설이 다수설이다. 그리고 부양적 재산분할의 경우 부부 공동재산이 아닌 부양의무자의 전 재산, 즉 그의 특유재산까지도 분할의 대상이 된다고 보는 견해가 다수이나,³⁾ 부양적 요소도 부부 공동재산

2) 윤진수, 친족상속법강의 제4판, 박영사(2022), 116면

3) 민유숙, 재산분할의 구체적 인정범위, 재판자료 제62집, 법원도서관(1993), 439-440면, 이현곤, 부양적 재산분할에 관한 사례연구, 가사재판연구 II, 서울가정법원 가사재판연구회(2011), 599면

을 대상으로 하여서만 고려하여야 한다는 견해도 있다.⁴⁾

나. 판례

대법원도 “이혼에 따른 재산분할은 혼인 중 부부 쌍방의 협력으로 이룩한 공동재산의 청산이라는 성격에 경제적으로 곤궁한 상대방에 대한 부양적 성격이 가미된 제도”라고 판시하여(대법원 2016. 12. 29. 선고 2016다249816 판결 등 참조), 청산 및 부양설의 입장에 서 있다. 다만, 실제로 법원이 재산분할을 결정함에 있어 부양적 요소를 얼마나 고려하고 있는지는 확실하지 않다.⁵⁾

다. 재산분할청구권이 위자료적 요소를 포함하는지

재산분할청구권이 위자료적 요소를 포함하는지에 관하여도 긍정설과 부정설의 대립이 있다. 대법원은 “이혼으로 인한 재산분할청구권은 이혼을 한 당사자의 일방이 다른 일방에 대하여 재산분할을 청구할 수 있는 권리로서 청구인의 재산에 영향을 미치지만, 순전한 재산법적 행위와 같이 볼 수는 없다. 오히려 이혼을 한 경우 당사자는 배우자, 자녀 등과의 관계 등을 종합적으로 고려하여 재산분할청구권 행사 여부를 결정하게 되고, 법원은 청산적 요소뿐만 아니라 이혼 후의 부양적 요소, 정신적 손해(위자료)를 배상하기 위한 급부로서의 성질 등도 고려하여 재산을 분할하게 된다(대법원 2006. 6. 29. 선고 2005다73105 판결, 대법원 2021. 6. 24. 선고 2018다243089 판결, 대법원 2022. 7. 28.자 2022스613 결정 등 참조).”고 판시하여, 재산분할청구권이 위자료적 요소도 포함하고 있다고 보는 입장이다.

그러나 위자료청구와 재산분할청구는 청구원인을 달리하고, 법원이 재산분할재판에서 일방의 정신적 손해를 얼마나, 어떻게 반영하는지는 분명하지 않고, 비송인 재산분할청구 사건에 민사소송인 위자료청구적 요소가 포함되어 있다고 보기는 어렵다고 생각한다. 이혼 유책사유의 유무나 위자료의 수액과 분할비율 사이에도 별 상관관계가 없다는 견해도 다수 존재하고,⁶⁾ 재산분할청구권이 위자료적 요소를 포함하고 있다는 대법원의 견해에 대해서는 재검토가 필요하다는 견해도 있다.⁷⁾

2. 재산분할청구권의 법적 성질

4) 연구책임자: 최은정·안문희, 연구참여자: 변지영·김정환·계인국·박준선·이제우·강현주, 재산분할의 기준 정립을 위한 방안 연구, 사법정책연구원(2016), 33-34면

5) 윤진수, 친족상속법강의 제4판, 박영사(2022), 116면

6) 편집대표 윤진수, 주해친족법 제1권, 박영사(2015), 405면, 박민수·이동진·오정일, 이혼 후 재산분할의 비율 및 이혼 위자료액의 결정: 2009년~2011년 합의부 재판례의 실증분석, 가족법연구 28-1(2014), 123면, 125면

7) 민유숙, 2013년 친족상속법 중요 판례, 인권과 정의 제440호, 대한변호사협회(2014), 52-54면

재산분할청구권의 법적 성질에 대해서는, 당사자의 협의 또는 심판이 창설적인 것이어서 그것에 의하여 당사자의 권리의무가 비로소 형성되는 것이라는 견해(형성설), 분배할 실질적인 공동재산이 있거나 부양의 필요가 있으면 이혼과 함께 재산분할청구권이 당연히 발생하고, 협의 또는 심판은 이를 확인하는 것이라는 견해(확인설), 추상적인 재산분할청구권은 혼인관계의 해소에 따라 당연히 발생하지만 구체적인 재산분할청구권은 협의 또는 심판에 의하여 비로소 형성되는 것이라는 견해(절충설)가 있다.

대법원은 “이혼으로 인한 재산분할청구권은 이혼이 성립한 때에 그 법적 효과로서 발생하는 것이지만 협의 또는 심판에 의하여 구체적 내용이 형성되기까지는 그 범위 및 내용이 불명확하기 때문에 구체적으로 권리가 발생하였다고 할 수 없다”고 판시하여 절충설을 취하고 있다(대법원 2014. 9. 4. 선고 2012므1656 판결 등 참조).

3. 가사비송사건으로서 재산분할에 관한 사건의 특성

재산분할에 관한 사건은 마류 가사비송사건에 속한다(가사소송법 제2조 제1항 제2호 나목 4), 제36조). 마류 가사비송사건에 대하여 가정법원은 가정의 평화와 사회정의의 위하여 가장 합리적인 방법으로 청구의 목적이 된 법률관계를 조정할 수 있는 내용의 심판을 하여야 한다(가사소송규칙 제93조 제1항).

다만 금전의 지급이나 물건의 인도, 기타 재산상의 의무이행을 구하는 재산분할 청구에 있어서는 가정법원은 그 청구의 취지를 초과하여 의무의 이행을 명할 수 없다(가사소송규칙 제93조 제2항). 그리고 위 규칙의 취지상 재산분할청구 사건에서도 항소심에서 불이익변경금지의 원칙이 적용된다고 보는 것이 판례 및 실무이다(명시적인 대법원 판결은 없으나 서울고등법원 2022. 7. 8. 선고 2021르22282 판결 및 대법원 2022. 12. 16. 2022므14729 심리불속행 기각판결 등을 비롯하여 다수의 하급심 판례가 있다).

비송사건인 재산분할에 관한 사건은 민사소송의 경우와는 달리 당사자의 변론에만 의존하는 것이 아니고 법원이 자기의 권능과 책임으로 재판의 기초가 되는 자료를 수집하는 직권탐지주의에 의한다. 가정법원은 직권으로 사실의 탐지와 필요하다고 인정하는 증거의 조사를 하여야 하고, 후견적 입장에서 폭넓은 재량을 가지고 당사자 사이의 법률관계를 형성하고 의무의 이행을 명하여야 하며, 당사자의 주장

에 구매되지 아니하고 재산분할의 대상이 무엇인지 직권으로 사실조사를 하여 포함시킬 수 있다. 입증은 엄격한 증명을 요하지 않고 자유로운 증명으로 족하고, 가사소송의 예에 따른 증거조사와 함께 비정형적 방식에 의한 사실조사(가사조사관의 사실조사 및 보고, 당사자 및 사건관계인 심문 등)도 가능하다. 심문종결 후에도 심판 전까지는 새로운 증거자료를 제출하거나 청구취지를 변경할 수 있다.⁸⁾ 심리를 함에 있어서는 변론을 요하지 않고 사건관계인을 심문하면 족하며, 심리의 방법에 관하여는 가정법원의 광범위한 재량이 인정된다.

대법원 2022. 5. 12. 선고 2021므16933 판결, 대법원 2021. 6. 10. 선고 2021므10898 판결은 “재산분할사건은 가사비송사건에 해당하고, 가사비송절차에 관하여는 가사소송법에 특별한 규정이 없는 한 비송사건절차법 제1편의 규정을 준용한다(가사소송법 제34조 본문). 비송사건절차는 민사소송절차와 달리 당사자의 변론에만 의존하는 것이 아니고, 법원이 자기의 권한과 책임으로 재판의 기초가 되는 자료를 수집하는, 이른바 직권탐지주의에 의하고 있으므로(비송사건절차법 제11조), 일방당사자가 특정한 방법으로 재산분할을 청구하더라도 법원은 이에 구속되지 않고 타당하다고 인정되는 방법에 따라 재산분할을 명할 수 있다”고 판시하였다.

대법원 1997. 12. 26. 선고 96므1076, 1083 판결은 “피고는 이 사건 변론에서, 위 각 부동산 중 제1목록 기재 제2, 3, 4, 5부동산의 취득자금으로 이들에 대한 각 임대차보증금을 보탬다는 취지의 주장을 하고 있고, 원심이 배척하지 않은 갑 제22, 23, 24호증의 각 기재에 의하면 피고는 제1목록 기재 제6부동산의 취득과 관련하여 공사대금채무를 부담하고 있는 사실을 엿볼 수 있으므로, 원심으로서는 위 임대차보증금에 대한 반환채무나 공사대금채무를 피고가 부담하고 있는지 및 그 액수는 얼마인지를 심리하는 등으로 피고가 공동재산의 형성에 수반하여 부담한 채무의 존부와 액수를 밝혀 그 채무액을 공동재산의 가액에서 공제한 다음 그 나머지만을 재산분할의 대상으로 삼았어야 할 것이다. 그런데도 원심은 이에 이르지 아니한 채 위에서 본 바와 같이 적극재산인 위 각 부동산만을 재산분할의 대상으로 삼아 그 가액을 기초로 이 사건 재산분할에 관한 처분을 하는 잘못을 저질렀는바, 이는 재산분할 내지 그 대상에 관한 법리를 오해하고 심리를 제대로 하지 아니하여 판결에 영향을 미친 때에 해당한다.”고 판시하였다.

대법원 1995. 3. 28. 선고 94므1584 판결은 원고가 일부 부동산을 재산분할대상

8) 법원실무제요 가사 II, 사법연수원(2021), 1397, 1398면, 1457면

의 하나로 포함시킨 종전 주장을 철회하였으나 법원은 원고의 주장에 구애되지 아니하고 재산분할의 대상이 무엇인지 직권으로 사실조사를 하여 포함시킬 수 있다고 할 것이므로, 위 부동산을 재산분할의 대상으로 포함시킨 원심은 정당하여 수긍할 수 있다고 판시하기도 하였다.

이처럼 법원은 분할대상 재산의 편입 여부, 분할대상 재산의 가치 평가, 분할방법, 분할비율에 대해 광범위한 재량권을 가지고, 심판의 주문에 표시된 내용이 당사자의 청구취지와 다소 차이가 있더라도 주문에 일부 기각 주문을 내지 않는 것이 일반적이다. 심판은 비송사건의 재판이므로 재산분할을 명하는 이상 그 청구를 인용한 셈이어서 나머지 청구를 기각한다는 뜻을 주문에 기재할 필요가 없다는 것이다. 다만 재산상의 의무이행에 관한 청구취지의 구속력을 존중하여 ‘나머지 청구를 기각한다’는 주문을 쓰는 실무례도 있다.⁹⁾

한편, 재산분할청구 사건을 심리하는 절차는 ① 협의이혼, 재판상 화해, 조정 또는 이혼이 명한 판결이 확정됨으로써 이혼이 성립된 이후에 가사비송사건으로서 재산분할청구를 심리하는 경우, ② 가사소송법 제14조에 따라 가사소송사건인 이혼청구에 병합된 가사비송사건인 재산분할청구를 심리하는 경우, ③ 가사소송법 제14조에 따라 가사소송 사건인 위자료청구에 병합된 가사비송사건인 재산분할청구를 심리하는 방법 3가지 정도를 생각해 볼 수 있다. 민법 제839조의2 제1항, 제843조의 문언 상 민법이 예정한 재산분할 사건의 원칙적인 모습은 ①이지만, ②의 방법으로 재산분할을 청구하는 경우도 많다. 이처럼 가사비송사건인 재산분할청구를 가사소송사건인 이혼청구와 병합하여 심리할 경우 가사소송 절차에 의하는가, 아니면 가사비송절차에 의하는가 하는 문제가 있으나, 이때에는 주된 사건인 가사소송절차의 적용법규에 따르되 중첩되지 않는 범위에서는 가사비송절차의 규정이 적용된다고 봄이 일반적이다.¹⁰⁾

재산분할 사건의 제1심 중국재판은 심판으로 하고, 심판에 대하여는 즉시항고가 가능하며(가사소송규칙 제94조), 확정이 되면 형식적 확정력, 형성력, 집행력 등의 효력이 발생하지만, 기판력은 발생하지 않는다. 재산분할 사건을 이혼소송, 위자료소송에 부대하여 판결의 형식으로 판단하더라도 판결에서 인정되는 기판력은 발생하지 않는다. 심판에도 판결과 마찬가지로 기판력이 있다는 견해도 있으나 심판은

9) 법원실무제요 가사 II, 사법연수원(2021), 1461면

10) 민유숙, 재산분할에 있어서 몇가지 문제점에 관한 고찰, 인권과 정의 211호, 대한변호사협회(1994), 36면

가정법원이 후견적 입장에서 합목적적인 재량에 의하여 당사자의 법률관계의 형성에 관여함을 본질로 하는 것이라는 이유로 기판력을 부정하는 것이 일반적이다. 다만, 상속재산분할심판이나 공유물분할판결과는 달리 재산분할심판의 확정으로 법률상 당연히 권리귀속이 변동되는 것은 아니고, 당사자 사이에 채권적 권리의무를 발생시키는데 그친다.

4. 재산분할청구권의 대상

재산분할청구권의 대상은 무엇인가? 이에 대해 부부가 공동형성한 개개의 재산마다 재산분할청구권이 성립한다는 견해와 전체로서의 재산이 재산분할청구권의 대상이 된다는 견해가 있을 수 있다.

이에 대해 대법원이 명확한 입장을 밝히지는 않았으나, ‘재산분할사건에서 법원은 당사자의 주장에 구애되지 아니하고 재산분할의 대상이 무엇인지 직권으로 사실조사를 하여 포함시키거나 제외시킬 수 있다’는 판시(대법원 1996. 12. 23. 선고 95므1192(본소), 95므1208(반소) 판결, 대법원 2010. 12. 23. 선고 2009므3928 판결, 대법원 2022. 11. 10.자 2021스766 결정 등)와 ‘민법 제839조의2 제2항의 취지에 비추어 볼 때, 재산분할비율은 개별재산에 대한 기여도를 일컫는 것이 아니라 기여도 기타 모든 사정을 고려하여 전체로서의 형성된 재산에 대하여 상대방 배우자로부터 분할받을 수 있는 비율을 일컫는 것이라고 봄이 상당하므로, 법원이 합리적인 근거 없이 분할대상 재산들을 개별적으로 구분하여 분할비율을 달리 정하는 것은 허용될 수 없다’는 판시(대법원 2014. 7. 16. 선고 2012므2888 전원합의체 판결, 대법원 2002. 9. 4. 선고 2001므718 판결 등)에 의하면 전체로서의 재산을 재산분할청구권의 대상으로 보는 것으로도 이해된다.¹¹⁾

반면 2년의 제척기간을 준수한 재산과 그렇지 않은 재산을 구별하고, 별다른 제약 없이 추가 재산분할청구를 허용하는 대상결정에 의하면 개개의 재산마다 재산분할청구권이 성립한다고 보이기도 한다.

살피건대, 재산분할청구의 본질이 청산인 점, 법원은 당사자의 주장에 구애되지 아니하고 재산분할의 대상이 무엇인지 직권으로 사실조사를 하여 포함시키거나 제

11) 재산분할의 대상은 전체로서의 재산으로 보아야 하고, 판례도 그러한 취지에서 당사자가 재산분할의 대상으로 주장하지 아니한 재산에 대하여도 법원이 직권으로 그 재산의 존부와 이를 분할대상으로 삼을 것인지 여부를 조사, 판단할 수 있다고 판시하고 있다는 견해로, 정원, 재산분할과 관련한 몇가지 실무상 문제점, 실무연구-법관 가사재판실무연구모임 자료집 VII, 서울가정법원(2002), 103면

외시킬 수 있으며, 부부가 오랜 기간에 걸쳐 형성한 재산에 대하여 개별적으로 그 기여도를 산정하는 것도 사실상 불가능하므로(현재의 실무도 연금을 제외하고는 분할대상재산별로 기여도를 개별적으로 평가하지 않고 전체 재산에 대한 기여도만을 평가하고 있다), 재산분할청구권의 대상은 재산분할의 대상이 되는 개별 재산에 대해 인정되는 것이 아니라, 부부가 협력에 의해 얻은 부부공동재산 일체로 보는 것이 타당하다고 생각한다.

다만 이러한 재산분할청구의 대상이 소송물에 대응하는 개념인지, 비송사건에서 소송물에 대응하는 개념이 무엇인지(또는 기판력이 미치지 않는 비송사건에서는 소송물에 대응하는 개념이 불필요한 것인지)는 명확하지 않다.

5. 제척기간

민법 제839조의2 제3항은 “재산분할청구권은 이혼한 날부터 2년을 경과한 때에는 소멸한다.”라고 규정하고, 실무에서는 혼인취소의 경우 및 사실혼관계가 파탄된 경우에도 위 조항이 유추적용되어 혼인취소의 판결이 확정된 후 또는 사실혼관계가 해소된 후 2년을 경과하면 재산분할청구권은 소멸한다고 보고 있다.

위 기간이 소멸시효라는 견해¹²⁾도 있으나, 앞서 본 것처럼 제척기간이자 출소기간으로 보는 것이 통설, 판례이다. 위 기간을 제척기간으로 인정하는 이유는 대개 신속한 재산확정을 통해 이혼 후 제3자와의 재혼 및 제3자에게의 재산처분에 의하여 발생하게 될 법적안정성을 보장하기 위한 것으로 이해되고 있다.¹³⁾

그리고 위 기간을 제척기간으로 보는 이상, 2년의 기간이 도과하였는지 여부는 당사자의 주장에 관계없이 법원이 당연히 조사하여 고려하여야 하고, 소멸시효에 있어서와 같은 기간 진행의 중단이 있을 수 없다는 견해가 일반적이다.¹⁴⁾

대법원 2022. 6. 30.자 2020스561 결정은 민법 제839조의2 제3항의 기간을 출소기간으로 보는 구체적인 이유에 대하여 “1) 이혼으로 인한 재산분할청구권은 이혼을 한 당사자의 일방이 다른 일방에 대하여 재산분할을 청구할 수 있는 권리로

12) 조미경, 이혼과 위자료, 가족법학논총: 박병호 교수 환갑기념(1991), 293면

13) 서종회, 이혼 후 재결합한 경우의 재산분할청구권, 비교사법 제20권 2호(2013), 524면

14) 한편 독일 민법 제199조는 이혼에 따른 재산분할청구권은 청구권자가 청구권의 근거가 되는 상황 및 피청구인을 알았거나 증대한 과실이 아니라면 알게 되었을 해당 연도가 종료됨으로써 시효기간이 진행되고, 또한 알지 못했을 경우 10년이 지나면 소멸한다고 규정하여, 이혼에 따른 재산분할청구권의 행사기간을 소멸시효로 본다. 반면 일본 민법 제768조는 이혼에 따른 재산분할청구권은 이혼한 때부터 2년 이내에 행사하여야 한다고 규정하고, 이혼에 따른 재산분할청구권의 행사기간을 제척기간으로 보는 것이 일본의 통설, 판례이다.

서, 협의 또는 심판에 의하여 그 구체적 내용이 형성되기 전까지는 그 범위 및 내용이 불명확·불확정하기 때문에 구체적으로 권리가 발생하였다고 할 수 없다(대법원 2017. 9. 21. 선고 2015다61286 판결 참조). 2) 당사자 일방이 상대방에게 재판 외에서 재산분할청구를 하였음에도 당사자 사이에 재산분할에 관한 협의가 성립되지 않는 상태가 지속되면, 재산분할청구권 행사에도 불구하고 재산분할청구권의 구체적 내용이 형성되지 않아서 재산분할을 둘러싼 법률관계의 불안이 지속될 수 있다. 3) 한편 민법 제839조의2 제2항은 재산분할에 관하여 협의가 되지 아니하거나 협의를 할 수 없는 때에는 가정법원이 당사자의 청구에 의하여 분할의 액수와 방법을 정하도록 규정함으로써, 당사자 사이에 협의가 이루어지지 않으면 가정법원이 재산분할의 범위와 내용을 종국적으로 정하도록 하고 있다. 4) 재산분할에 관한 협의가 이루어지지 않을 경우에는 당사자로 하여금 신속하게 가정법원에 재산분할심판을 청구하도록 함으로써 가정법원의 재판을 통하여 재산분할을 둘러싼 법률관계가 조속하게 확정될 수 있도록 할 필요가 있다.”라고 실시하고 있다.

판례는 재산분할의 반심판 청구 역시 2년의 제척기간 내에 제기되어야 한다고 보고 있다(대법원 2022. 7. 5.자 2022스586 결정 및 서울고등법원 2022. 2. 3.자 2021브2073 결정).

다만 대법원 2022. 11. 10.자 2021스766 결정은 ‘전소에서 분할대상 재산에 포함되지 않았던 청구인의 퇴직수당이 분할대상 재산에 포함되어야 한다’는 상대방의 주장에 대하여, 위 주장이 이혼한 날로부터 2년이 지난 후에 이루어진 것이어서 제척기간이 경과하였다는 이유로 이를 배척한 원심을 파기하면서, “청구인 지위에서 대상 재산에 대해 적극적으로 재산분할을 청구하는 것이 아니라, 이미 제기된 재산분할청구 사건의 상대방 지위에서 분할대상 재산을 주장하는 경우에는 제척기간이 적용되지 않는다.”고 판시하였는바, 판례는 2년의 제척기간은 청구인의 재산분할청구권에 대해서만 적용되고, 상대방의 지위에서 분할대상 재산임을 주장하는 경우에는 2년의 제척기간을 적용하지 않는 입장임을 유의하여야 한다(위 2021스766 결정에 대해서는 뒤에서 다시 살펴보도록 한다).

III. 이혼한 날부터 2년 내에 재산분할청구권을 행사한다는 것의 의미

1. 문제의 소재

재산분할에 관한 협의가 이루어지지 않는 경우 이혼한 날로부터 2년 내에 가정법원에 재산분할청구를 하는 방법으로만 제척기간이 충족된다고 보는 견해에 따르면, 이혼한 날로부터 2년 내에 어떤 방법으로 재산분할청구권을 행사하여야 하는가? 2년 내에 심판·소를 제기하면 충분한가 아니면 2년 내에 청구 목적물인 분할대상 재산을 특정해야 하는가?

대상결정의 쟁점 즉, 재산분할청구 자체는 이혼한 날로부터 2년 내에 제기되었으나 2년이 경과한 이후에 청구취지의 확장, 변경을 통해 당초 재산분할심판청구서에서 청구목적물로 삼지 않았던 재산을 분할대상 재산으로 추가하는 경우에 청구인이 청구목적물로 삼은 모든 재산을 분할대상 재산에 포함시킬지 아니면 2년 이내에 청구목적물로 삼은 재산만 분할대상 재산에 포함시켜야 하는지는 바로 이 문제와 연결되어 있다.

2. 제척기간 준수 여부가 문제된 다른 사건에 관한 판례의 태도

논의에 참고하기 위하여, 제척기간 준수 여부가 문제된 다른 사건에서 판례의 태도를 살펴본다.

가. 상속회복청구권

대법원 1980. 4. 22. 선고 79다2141 판결은 “상속회복청구의 소는 그 상속침해 사실을 안 날로부터 3년, 상속개시가 있는 날로부터 10년의 제척기간의 적용을 받는다 할 것으로 상속회복청구를 하려면 위 제척기간 내에 청구하여야 한다 할 것이고, 따라서 진정한 상속인이라 하더라도 그 상속침해를 당하였다면 상속회복의 소로서 청구의 목적물이 상속개시 당시 피상속인의 점유에 속하였다는 사실과 그에 대하여 자기가 상속권을 가진 사실을 입증해야 한다 할 것이니 상속재산의 일부에 대해서만 제소하여 제척기간을 준수하였다 하여 청구의 목적물로 하지 아니한 상속재산에 대해서도 제척기간을 준수한 것으로는 볼 수 없다.”고 판시하여 일부 재산에 대하여 제척기간을 준수한 것만으로는 나머지 재산에 대해서도 제척기간을 준수한 것으로 볼 수 없음을 분명히 하였다.

그리고 대법원 2007. 7. 26. 선고 2006므2757, 2764 판결은 “상속회복청구권의 경우 상속재산의 일부에 대해서만 제소하여 제척기간을 준수하였을 때에는 청구의 목적물로 하지 않은 나머지 상속재산에 대해서는 제척기간을 준수한 것으로 볼 수 없고(대법원 1980. 4. 22. 선고 79다2141 판결, 1981. 6. 9. 선고 80므84, 85, 86,

87 판결 등 참조), 민법 제1014조에 의한 상속분상당가액지급청구권의 경우도 민법 제999조 제2항의 제척기간이 도과되면 소멸하므로 그 기간 내에 한 청구채권에 터 잡아 제척기간 경과 후 청구취지를 확장하더라도 그 추가 부분의 청구권은 소멸한다고 할 것이나(대법원 1971. 9. 28. 선고 71다1680 판결, 1972. 2. 29. 선고 71다1998 판결 등 참조), 만일 상속분상당가액지급청구권의 가액 산정 대상 재산을 인지 전에 이미 분할 내지 처분된 상속재산 전부로 삼는다는 뜻과 다만 그 정확한 권리의 가액을 알 수 없으므로 추후 감정결과에 따라 청구취지를 확장하겠다는 뜻을 미리 밝히면서 우선 일부의 금액만을 청구한다고 하는 경우 그 청구가 제척기간 내에 한 것이라면, 대상 재산의 가액에 대한 감정결과를 기다리는 동안 제척기간이 경과되고 그 후에 감정결과에 따라 청구취지를 확장한 때에는, 위와 같은 청구취지의 확장으로 추가된 부분에 관해서도 그 제척기간은 준수된 것으로 봄이 상당하다 할 것이다.”라고 판시하였다.

나. 농지개혁 사업정리에 관한 특별조치법상 보상금채권

대법원 1971. 9. 28. 선고 71다1680 판결은 “농지개혁 사업정리에 관한 특별조치법 제11조에 의하면 농지개혁법 제5조 제2호의 규정에 의하여 매수된 농지 및 농지부속 시설에 대한 보상금채권은 위 법시행일로 부터 1년 내에 청구하지 아니하면 소멸한다라고 규정하고 있는바, 위 기간은 제척기간이라 할 것이고, 위 법 시행일로부터 1년이 경과된 이후에는 동일 부속시설에 대한 보상금 채권청구이고, 그 기간 내에 청구한 보상금 채권에 터잡아 청구취지를 확장 변경한 것이라 하더라도 당초 기간 내의 보상금을 초과하는 부분의 청구는 제척기간 도과로 인하여 소멸하는 것이다.”라고 판시하였다.

다. 하자담보책임

대법원 2011. 8. 18. 선고 2010다52737 판결은 “아파트 하자보수에 갈음하는 손해배상을 청구하는 사건에서 그 하자 및 손해액을 확정하기 위하여 법원의 하자감정을 거치는 것이 통례인 점에 비추어, 하자감정 결과에 따라 청구금액을 확장하겠다는 뜻이 소장에 명백히 표시되어 있었고 그 후 실제로 감정 결과에 따라 청구금액을 확장하였다면, 비록 그 청구금액이 확장된 시점만을 기준으로 보면 제척기간이 경과하였거나 소멸시효가 완성되었다고 하더라도, 그 제척기간은 준수되었고 아울러 소멸시효도 중단된 것으로 보아야 한다(대법원 2006. 1. 26. 선고 2005다60017, 60024 판결, 대법원 2007. 7. 26. 선고 2006므2757, 2764 판결 등 참

조).”라고 판시하였다.

라. 유류분반환청구권

유류분반환청구권의 행사기간은 소멸시효에 해당하기는 하나 재산분할청구와의 비교를 위해 살펴본다. 민법 제1117조는 ‘반환의 청구권은 유류분권리자가 상속의 개시와 반환하여야 할 증여 또는 유증을 한 사실을 안 때로부터 1년 내에 하지 아니하면 시효에 의하여 소멸한다. 상속이 개시한 때로부터 10년을 경과한 때도 같다’고 규정한다. 그리고 판례는 ‘유류분반환청구권의 행사는 재판상 또는 재판 외에서 상대방에 대한 의사표시의 방법으로 할 수 있고, 이 경우 그 의사표시는 침해를 받은 유증 또는 증여행위를 지정하여 이에 대한 반환청구의 의사를 표시하면 그것으로 족하며, 그로 인하여 생긴 목적물의 이전등기청구권이나 인도청구권 등을 행사하는 것과는 달리 그 목적물을 구체적으로 특정하여야 하는 것은 아니고, 민법 제1117조에 정한 소멸시효의 진행도 그 의사표시로 중단된다(대법원 1995. 6. 30. 선고 93다11715 판결, 대법원 2002. 4. 26. 선고 2000다8878 판결)’는 입장으로, 재산분할청구권과는 구별된다.

3. 검토

가. 상정 가능한 견해

이 쟁점에 대하여 다음과 같은 견해를 상정해 볼 수 있다.

－ 견해 ①: 2년의 제척기간 내에 재산분할심판이 청구되었으면, 심판의 청구로써 전체로서의 부부 공동재산에 대해 제척기간을 준수하였다고 보아야 한다는 견해(즉 제척기간 이후의 청구취지 변경을 통해 청구목적물로 추가된 재산도 분할대상으로 삼을 수 있게 된다).

－ 견해 ②: 2년의 제척기간 내에 청구 목적물로 특정하고, 청구목적물의 가액을 명시하여 청구취지까지 특정한 재산에 대해서만 제척기간을 준수하였다고 보아야 한다는 견해

－ 견해 ③: 2년의 제척기간 내에 준비서면, 감정신청서 등을 통해 청구 목적물로 명시하고, 다만 그 가액을 확정하기 위하여 감정절차를 거치는 탓에 제척기간 경과 후에 청구취지를 확장한 것이라면, 그러한 청구취지 확장으로 추가된 재산에 대해서는 제척기간을 준수한 것으로 볼 수 있다는 견해(앞서 본 상속회복청구권에 관한 두 번째 판례와 같은 논리를 적용할 수 있다는 입장)

- 견해 ④: 소재기 시 또는 심판청구 시 향후 증거신청을 통해 청구목적물을 특정하고 청구금액을 확장하겠다는 뜻을 밝혔으면, 비록 청구목적물로 특정되고 청구금액이 확장된 시점에 제척기간이 경과되었더라도 그 제척기간은 준수되었다고 볼 수 있다는 견해

- 견해 ⑤: 최초 재산분할청구의 경우에는 2년의 제척기간 내에 재산분할청구의 소 또는 심판이 제기되었다면 청구인이 소장 또는 심판청구서에 개별 재산을 청구목적물로 구체적으로 특정하였는지 불문하고 소·심판의 제기로써 전체 부부 공동재산에 대해 제척기간을 준수하였다고 보고, 추가 재산분할청구의 경우에는 2년의 제척기간 내에 청구 목적물을 명시하여야 한다는 견해¹⁵⁾

- 견해 ⑥: 예외적으로 신의칙을 적용하여 제척기간의 적용을 배제하자는 견해¹⁶⁾

나. 대상결정의 이해

대상결정은 일응 위 견해 ②와 같은 입장으로 보이지만, 위 견해 ③을 배척하는 것인지는 대상결정의 판시만으로는 불분명하다. 대상결정에서 청구인은 이혼이 확정된 2012. 9. 6.이 경과한 후인 2014. 9. 11.에야 재산명시신청을, 2015. 5.경에야 국토교통부, 금융기관에 각종 조회신청을, 2016. 2. 3.에야 청구취지를 변경하여 분할대상 재산을 추가하였기 때문이다.

다만 대상결정은 기본적으로 앞서 본 상속회복청구권에 관한 판례와 같은 맥락으로 보이므로, 대법원은 2년의 제척기간 내에 청구목적물로 삼겠다는 뜻이 표현되었다면 단지 그 청구목적물의 가액을 확정하기 위하여 시간이 소요되어 제척기간 경과 후에 청구취지가 확장되었다면, 그러한 청구취지 확장으로 추가된 재산도 제척기간을 준수한 것으로 볼 수 있다는 입장으로 이해해 볼 수 있을 것이다.

다. 평석

대상결정 이후 대다수의 하급심은 당사자들이 주장하는 분할대상 재산 별로 재산 분할심판청구서의 기재, 각종 증거신청서의 기재 상 청구목적물로 특정되었는지 여부를 개별적으로 심리하여 제척기간 도과 여부를 판단하고 있다(서울고등법원 2020. 6. 16.자 2019브2055 결정, 서울고등법원 2019. 12. 18.자 2020브2052 결정¹⁷⁾, 서울고등법원 2019. 12. 18.자 2019브2062 결정, 광주고등법원 2021. 2. 4.

15) 엄경천, 재산분할청구권의 행사기간, 2018년 가족법 주요 판례 10선, 세창출판사(2019)

16) 권영준, 2018년 민법 판례 동향, 서울대학교 법학 제60권 제1호(2019)

17) 서울고등법원 2019. 12. 18.자 2020브2052 결정: ① 청구인은 제척기간 2년이 지나지 않은

자 2019브1005 결정 등).

반면 대상결정 이후에도 대상결정의 취지와 달리 선고하거나, 대상결정의 의미를 추가 재산분할청구의 경우에만 적용되는 것으로 한정해석하는 하급심이 잇따르고 있다. 해당 하급심 판결, 심판문을 소개하면 다음과 같다.

○ 대구고등법원 2021. 10. 29. 선고 2020르2594 판결(상고하지 않아 확정됨)

피고의 ‘원고가 항소심에서 확장한 재산분할 청구가 제척기간이 도과되어 부적법하다’는 본안전항변에 대해, “부부재산 청산의 의미를 갖는 재산분할에 관한 규정은 부부의 공동생활체라는 실질에 비추어 인정되는 것이므로 사실혼관계에도 준용 또는 유추적용할 수 있고(대법원 1995. 3. 10. 선고 94므1379, 1386 판결 참조), 민법 제839조의2 제3항, 제843조에서 정하는 재산분할청구는 특별한 사정이 없는 한 부부가 공동 형성한 개개 재산에 대한 것이 아니라 전체로서의 재산에 대하여 청산을 청구하는 것이고 당사자의 청구가 어떤 재산에 한정되어 있는지에 상관없이 부부가 공동으로 형성한 재산 전부가 심판의 대상으로 되는 것이므로, 당사자가 법원에 재산분할청구를 하면서 소장 또는 심판청구서에 개개의 재산을 공동재산으로 특정하였는지를 불문하고 소 제기 또는 심판청구를 함으로써 전체로서의 부부 공동재산에 대하여 제척기간을 준수하였다고 보아야 한다. 또한 원고는 이 사건 소장에서 ‘재산분할금으로 우선 500,000,000원을 청구하고 피고의 구체적인 재산 상태를 확인한 후 청구취지를 변경하겠다’는 뜻을 미리 밝혔고, 이 법원에서 분할대상 재산을 새로이 추가한 것이 아니라 이미 분할대상 재산으로 특정되어 있던 재산들의 가액을 달리 주장하면서 청구취지를 확장한 것에 불과하다. 따라서 원고는 사실혼관계가 해소

2017. 5. 19. 이 사건 재산분할 청구를 하면서 추후 다른 재산이 확인되면 이를 추가하겠다는 의사를 밝혔다. ② 그 후 청구인은 2017. 9. 11. 상대방의 A회사 주식 보유내역을 확인하기 위한 과세정보 제출명령을 신청하였고, 그 제출명령에 대한 회신이 2017. 10. 11. 도착하자 청구인은 상대방이 보유한 A회사 주식 5,388주를 재산분할 대상으로 삼겠다는 의사가 담긴 준비서면을 제척기간 2년이 지나지 않은 2017. 10. 18. 제출하였다. 따라서 이혼한 날인 2015. 11. 4.부터 2년의 제척기간이 경과하기 전에 상대방이 보유한 대왕산업 주식회사 주식 5,388주를 분할대상 재산에 포함시킨 이상 제척기간 2년을 준수하였다고 보아야 한다. ③ 다음으로 B회사 주식의 경우에는, 청구인이 상대방이 A회사 주식을 제외한 다른 비상장회사의 주식을 보유하는 것으로 판단하여 그 보유 여부를 확인하기 위하여 2017. 10. 19. 과세정보 제출명령을 신청하였고, 2017. 12. 21.자로 상대방이 B회사 주식 40,000주를 보유하고 있다는 회신을 받았다. 결국 B회사 주식의 경우는 이혼한 날인 2015. 11. 4.부터 2년의 제척기간이 경과하기 전에는 그 주식이 어느 회사의 주식인지조차 특정하지 못한 상태였고, 위 과세정보 제출명령에 대한 회신이 도착한 때 비로소 그 주식의 종류와 수량이 확인되었을 뿐이다. 따라서 B회사 주식의 경우는 2년의 제척기간이 지난 후에야 분할대상 재산으로 특정되었으므로 2년의 제척기간을 준수하였다고 볼 수 없다.

된 2018. 2.경으로부터 2년이 경과하기 전인 2019. 12. 2. 이 사건 소를 제기하여 재산분할 청구를 함으로써 이 사건 분할대상 재산 전부에 대한 제척기간을 준수하였다고 보아야 하므로, 피고의 위 본안전항변은 받아들이지 아니한다.”라고 판시하였음.

○ 서울가정법원 2019. 4. 11. 선고 2018드합31651 판결(서울고등법원 19르21729로 항고되었고 항고심에서 조정성립)

“살피건대 민법 제839조의2 제3항, 제843조에서 정하는 재산분할청구는 특별한 사정이 없는 한 부부가 공동형성한 개개 재산에 대한 것이 아니라 전체로서의 재산에 대하여 청산을 청구하는 것이라고 할 것이고 당사자의 청구가 어떤 재산에 한정되어 있는지에 상관없이 부부가 공동으로 형성한 재산 전부가 심판의 대상으로 되는 것이므로(따라서 법원으로서는 당사자가 주장하지 아니한 재산에 대해서도 분할을 명할 수 있다), 당사자가 법원에 재산분할청구를 하면서 소장 또는 심판청구서에 개개 재산을 공동재산으로 특정하였는지를 불문하고 소 제기 또는 심판청구를 함으로써 전체로서의 부부 공동재산에 대하여 제척기간을 준수한 것이라고 보아야 할 것이다. 피고는 대법원 2018. 6. 22.자 2018스18 결정을 제척기간이 도과하였다는 근거로 들고 있으나, 위 결정은 종전 소송에서 공동재산에 대한 재산분할이 이루어진 후 누락된 재산을 특정하여 추가로 재산분할을 청구한 사안에 대한 것으로서 전체로서의 부부 공동재산에 대한 재산분할청구인 이 사건과는 사안이 다르므로 이 사건에서 제척기간이 도과하였다는 근거가 될 수 없다. 따라서 원고는 이 사건 이혼판결이 확정된 2016. 4. 23.로부터 2년이 경과하기 전인 2018. 3. 5. 이 사건 재산분할청구를 함으로써 이 사건 분할대상 재산 전부에 대한 제척기간을 준수하였다고 할 것이므로 피고의 위 주장은 이유 없다(나아가 원고는 이 사건 소장에서 추후 밝혀지는 다른 재산에 대해서 청구취지를 확장할 계획이라고 명시하고 있기도 하다).”고 판시하였음.

○ 대전가정법원 서산지원 2021. 11. 11.자 2020느합10016 심판(대전고등법원 21브119호로 항고되었고 항고심에서 조정성립)

상대방이 분할대상 재산과 가액은 청구인이 2020. 10. 22.(이혼일로부터 2년) 이전까지 제출한 서면에 기재된 범위로 한정되어야 하고, 그 범위를 초과하는 재산 또는 가액에 대한 재산분할청구 부분은 부적법하다고 항변한 것에 대

하여, “민법 제839조의2 제3항, 제843조에서 정하는 재산분할청구는 특별한 사정이 없는 한 부부가 공동으로 형성한 개개의 재산에 대한 것이 아니라 전체로서의 재산에 대하여 청산을 청구하는 것이고 당사자의 청구가 어떤 재산에 한정되어 있는지에 상관없이 부부가 공동으로 형성한 재산 전부가 심판의 대상으로 되는 것이므로, 당사자가 법원에 재산분할청구를 하면서 소장 또는 심판청구서에 개개의 재산을 공동재산으로 특정하였는지를 불문하고 소 제기 또는 심판청구를 함으로써 전체로서의 부부 공동재산에 대하여 제척기간을 준수하였다고 보아야 한다. (해당 심판의 각주 17: 상대방은, 대법원 2018. 6. 22.자 2018스18 결정을 위 주장의 근거로 들고 있으나, 해당 결정은 종전 소송에서 공동재산에 대한 재산분할이 이루어진 후 누락된 재산을 특정하여 추가로 재산분할을 청구한 사안에 대한 것으로서 전체로서의 부부 공동재산에 대한 재산분할청구가 계속 중인 이 사건과는 사안이 다르므로, 이 사건에서 제척기간이 도과하였다는 근거가 될 수 없다.) 또한 청구인은 2020. 10. 22.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서에서 ‘향후 시가감정을 통하여 재산 가액을 분석한 뒤 청구취지를 변경하고자 한다’는 뜻을 미리 밝혔고, 이후 분할대상 재산을 새로이 추가한 것이 아니라 이미 분할대상 재산으로 특정되어 있던 재산들의 가액을 달리 주장하면서 청구취지를 확장한 것에 불과하다. 따라서 청구인은 협의이혼일인 2018. 10. 22.로부터 2년이 경과하기 이전인 2020. 10. 7. 이 사건 본심판을 제기하고, 2020. 10. 22.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서를 이 법원에 제출함으로써, 이 사건 분할대상 재산 전부에 대한 제척기간을 준수하였다고 봄이 상당하므로, 상대방의 위 항변도 받아들이지 아니한다.”고 판시하였음.

○ 창원지방법원 2022. 2. 18. 선고 2021느단10224 심판(항고심 계속중)

청구인이 그의 적극재산 중 일부가 상대방이 사실혼관계 종료일(2019. 6.)로부터 2년 이내에 재산분할의 대상으로 주장하지 않음으로써 제척기간이 도과하였고, 따라서 청구인의 적극재산으로 삼을 수 없다고 주장한 것에 대하여, “민법 제839조의2 제3항, 제843조가 규정에 따라 혼인관계 해소 후 2년 내에 재산분할청구의 목적물로 주장하지 않은 재산에 대하여는 나중에 추가로 발견되었다고 하더라도 다시 재산분할청구를 할 수 없으나, 일단 특정 재산에 대한 재산분할심판청구가 이루어져 심리가 개시되었다면 법원이 당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산이 무엇인지를 판단함에 있어 해당 기간(혼인 해소일로부터 2

년) 내에 소송 과정에 현출된 재산에 관하여만 이를 분할대상으로 고려할 수 있다고 볼 것은 아니다(위와 같이 해석하지 않는다면 제척기간에 근접하여 일방이 재산분할청구를 하는 경우, 혼인해소로 인한 재산관계가 이미 정리된 것으로 신뢰한 상대방은 불측의 손해를 입게 되고, 위와 같이 해석하더라도 혼인해소로 인한 권리관계를 조속히 확정짓는다는 본조의 취지에 반한다고 보기도 어렵다).”라고 판시하였음.

이처럼 대상결정 이후에도 대상결정의 취지와 다른 하급심이 잇따르는 것은 대상결정에 따를 때 재산분할청구의 특성과 배치되는 문제가 있기 때문이라고 생각한다. 즉, ① 이혼한 날부터 2년 이내에 최초로 재산분할을 구하는 취지가 담긴 소·심판이 제기되었으면 2년이 경과한 후에 청구취지의 확장, 변경을 통해 소장, 심판청구서에서 청구목적물로 삼지 않았던 재산을 분할대상 재산으로 주장하는 경우라도 청구인이 분할대상으로 주장한 모든 재산에 대해 제척기간을 준수한 것으로 보고, ② 다만 종전 재산분할재판에서 심판의 대상이 되지 않았던 재산에 대하여 추가 재산분할을 청구하는 경우에는 청구인이 2년의 제척기간 내에 추가 재산분할청구를 구하는 취지가 담긴 소·심판을 제기하고 추가로 분할을 구하는 재산이 종전의 재판과정에서 전혀 심리된 바 없는 재산이라는 점을 증명하는 것을 전제로, 당사자가 자신의 재산을 적극적으로 은닉하여 추가 재산분할청구를 허용하지 않는 것이 신의칙에 반하거나, 추가로 발견된 재산의 규모에 비추어 이에 대한 분할을 하지 않으면 현저히 형평에 반한다는 등의 특별한 사정이 인정되는 경우에만 재산분할청구를 허용하는 것이 타당하다고 생각한다(② 추가 재산분할청구에 대해서는 IV.에서 후술하도록 한다). 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 재산분할청구권의 대상은 앞서 본 바와 같이 전체의 부부공동재산으로 보아야 한다. 따라서 청구인이 소장 또는 재산분할심판청구서를 제출하여 전체로서의 재산에 대하여 청산·분배를 구한 이상 당사자의 청구가 어떤 재산에 한정되어 있는지에 상관없이 부부가 공동으로 형성한 재산 전부가 심판의 대상으로 되는 것이므로, 소장 또는 재산분할심판청구서에 개개의 재산을 공동재산으로 특정하였는지를 불문하고 소 제기 또는 심판청구를 함으로써 전체로서의 부부 공동재산에 대하여 제척기간을 준수하였다고 보는 것이 타당하다.

둘째, 비송사건으로서 재산분할청구의 특성을 고려해 보아야 한다. 앞서 본 바와

같이, 이혼에 따른 재산분할은 비송사건으로서 법원은 당사자의 주장에 구애되지 않고 재산분할의 대상을 직권으로 조사하여 포함시킬 권한과 책임이 있다.

이때 법원이 가지고 있는 재산분할의 대상을 포함시킬지 여부에 관한 재량권과 2년의 제척기간의 관계가 어떠한지에 대해서는 명시적인 대법원 판례는 찾아보기 어렵지만, 법원은 제척기간과 무관하게 재산분할의 대상을 정할 수 있을 것으로 보인다. 그런데 같은 재산이라도 당사자가 이혼한 날로부터 2년이 경과한 후에 분할대상 재산으로 추가하면 각하 대상이고, 법원이 직권으로 조사하여 분할대상 재산에 포함시키는 것은 시기와 무관하게 얼마든지 허용된다는 결론이 타당한가? 아니면 법원도 이혼한 날로부터 2년이 경과한 후에 확인된 재산은 분할대상 재산으로 삼을 수 없다고 보아야 하는가? 상대방이 제척기간 도과 항변을 하면 법원이 직권으로 분할대상에 포함시킬 수 없고, 상대방이 그러한 항변을 하지 않으면 법원이 직권으로 분할대상에 포함시킬 수 있는가? 만일 법원이 청구인이 이혼한 날로부터 2년이 경과한 후에 청구목적물로 추가한 재산이 상대방이 고의로 은닉한 것이고 그 가액이 상당하여 이를 분할하지 않고서는 부부 공동재산의 청산이 가능하지 않다고 보아 이를 직권으로 분할대상 재산에 포함시켰다면, 이러한 판결이 위법·부당한가?

재산분할사건에서 법원이 당사자의 주장이나 제척기간에 구애받지 않고 재산분할의 대상을 정할 수 있다면, 당사자로 하여금 2년의 제척기간 내에 청구목적물의 구체적, 개별적 특징을 요구할 필연적 이유가 없다고 생각한다.

한편, 일본에서는 재산분할청구권을 행사하려면 분할을 요구하는 금액 및 방법을 특정하여 신청해야 하는지, 법원이 당사자의 재산분여신청에 구속되는지에 관한 논의가 있다. 구 인사소송절차법에 따른 사건이지만 최고재판소 소화 41년 7월 15일 판결(소화39년(オ) 제539호) 민집 20권 6호 1197면 판결은 소송사건인 이혼소송에서 부대하여 하는 재산분여신청은 절차의 경제와 당사자의 편의를 고려하여 본래 가정법원의 권한에 속하는 심판사항을 신청하는 것이므로, 소송사건의 청구취지처럼 분여를 요구하는 금액 및 방법을 특정하여 신청할 필요가 없고, 단순히 추상적으로 재산분여의 신청을 하면 족하다고 판시하였다.

다만 일본의 현 인사소송규칙 제19조 제1항은 인사소송법 제32조 제1항의 부대처분인 재산분여의 신청은 서면으로 하고, 그 서면에 신청취지와 이유를 기재하여야 하며, 증거가 되는 문서의 사본으로 중요한 부분을 첨부하도록 되어 있다. 따라서 이혼하는 당사자가 부동산에 관한 분할을 청구하는 경우에는 신청의 취지에 관

해 그 취지를 명시하고 당해 부동산이 부부의 실질적 공유재산이며, 기여도에 따라 보아도 원고에게 분할하는 것이 상당하다는 취지의 이유가 기재되어야 하며, 부동산등기사항 전부증명서나 고정자산평가증명서 등을 첨부하여야 한다.

그러나 이러한 현 인사소송규칙에 의하더라도 법원이 당사자의 재산분여신청에 구속되는 것은 아니라는 것이 일본의 통설과 판례이다.¹⁸⁾ 구속력을 부정하는 견해는 재산분여사건의 비송적 성격과 법원의 후견적 관여, 분쟁의 일회적 해결을 근거로 하고, 구속력을 인정해야 한다는 견해는 재산분여청구권자의 처분권을 근거로 한다. 최고재판소 제2소법정 2008. 7. 20. 선고 판결(최고재 민사판례집 44권 5호 975면)은 이혼에 부대한 재산분여신청에 대해 법원은 신청인의 주장에 구속되지 않고 스스로 정당하다고 인정하는 바에 따라 분여 유무, 분여액, 분여방법을 정해야 하고, 법원이 신청인의 주장을 넘어 유리하게 분여액을 인정하는 것도 가능하고, 제1심판결이 일정한 분여액을 정하였는데 상대방만이 항소한 경우 항소법원이 제1심이 정한 분여액이 부당하다고 인정한 때에는 제1심판결을 변경하여 항소법원이 정당하다고 인정하는 금액을 정해야 하는데, 이때 불이익 변경금지의 원칙은 적용되지 않는다고 판시하였는바, 이는 청구인의 청구취지를 초과한 의무이행을 명할 수 없다는 우리 가사소송규칙과는 구별된다.

최근에 선고된 동경고재 레이와4년 3월 11일 선고(레이와 3년(ラ) 제2501호) 판결도 앞서 본 최고재판소 소화 41년 7월 15일 판결(소화39년(オ) 제539호) 민집 20권 6호 1197면 판결을 인용하면서, 재산분여절차가 이혼소송에 부대하여 심리되는 경우라 하더라도 비송사건절차로 심리되는 것이므로 법원은 그 판단에 있어 당사자의 주장에 구속되지 않고, 재산분여 신청을 하지 않은 당사자에게 재산분여를 할 수 있다고 판시하였다.

재산분할 사건의 비송적 성격, 특히 법원이 직권으로 재산분할의 대상을 정할 수 있고 재산분할의 방법을 정할 수 있다는 점에 주목해 볼 때, 일본처럼 소 제기 또는 심판청구를 함으로써 재산분할청구권을 행사한다는 뜻을 명시적으로 밝히면 족하고 개별 재산의 특정을 요구할 필요가 없다고 보는 방법도 고려해 볼 수 있다고 생각한다. 그렇게 본다면 2년의 제척기간 내에 청구목적물이 특정되었는지 여부를 따질 필요 없이, 2년의 제척기간 내에 재산분할심판을 청구하여 재산분할청구권을

18) 편집대표 니노미야 슈헤이, 편집담당 이누후시 유코, 현대가족법강좌 제2권 혼인과 이혼, 일본평론사(2020), 263-264면

행사한다는 뜻을 명시적으로 밝히기만 하면 족하게 된다.

셋째, 이혼한 날부터 2년 내에 분할대상 재산 모두에 대해 구체적으로 특정하도록 요구하는 것은 청구인에게 지나치게 가혹하고, 재산내역을 파악하는 절차가 장기화되고 있는 현실을 반영하지 못하며, 분할대상 재산을 특정하기 위한 절차에 법원의 관여가 불가피하다는 점에서 불합리하다.

재산분할청구사건에서는 당사자의 재산내역을 파악하는 것이 가장 중요한 심리대상인데, 당사자들의 자발적인 협조가 없는 경우 법원이 이를 제대로 파악하기 어려워 재판이 지연되는 사례가 많다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 2009. 5. 8. 법률 제9652호로 개정된 가사소송법에 재산명시제도와 재산조회제도가 신설되었고(가사소송법 제48조의2, 제48조의3), 이러한 재산명시, 재산조회는 직권 및 신청에 의해 가능하다. 청구인은 재산명시 신청을 비롯하여 각종 사실조회, 금융거래정보제출명령신청 등의 증거신청 절차를 밟아 청구목적물을 특정·확장하고는 한다(이와 같은 재산의 모색은 1심에서 뿐만 아니라 심지어 항고심에서도 이루어진다). 그런데 이러한 증거조사 및 청구취지 변경이 신속하게 마쳐지면 좋겠지만, 법원의 사건적체, 송달 지연, 증거채택 지연, 회신 지연(특히 외국에 하는 조회신청) 등의 사정이 겹치다 보면 재산의 모색, 청구취지 확장까지 장시간이 소요되는 경우가 빈번하다. 특히 상대방이 고의적으로 자신의 적극재산을 은닉하는 경우 청구인이 은닉된 재산을 확인하는 데 소요되는 시간은 더 늘어날 수밖에 없다.

이혼과 재산분할을 병합하여 가사소송으로 진행할 경우(특히, 이혼에 대해서는 쌍방이 실질적으로 동의하는 경우, 본소 및 반소로 이혼을 청구하는 경우, 1심의 이혼패소 판결에 대해서는 항소하지 않고 재산분할 청구 부분에 대해서만 항소하여 이혼사건의 확정만 지연되는 경우)에는 재산분할의 청구목적물 특정 및 청구취지 확장까지 몇 년이 걸리든 상관없다는 결론과 비교하면, 이혼이 확정된 이후에 재산분할을 청구하는 경우에만 이혼한 날부터 2년 내에 재산분할 대상까지 구체적으로 특정하도록 요구하는 것은 청구인에게 가혹하다.¹⁹⁾

따라서 이혼한 날부터 2년 내에 재산분할 대상을 특정하지 못한 것에 대한 책임을 오로지 청구인에게만 부담시키는 것은 부당한 측면이 있다.²⁰⁾

19) 같은 취지로, 엄경천, 재산분할청구권의 행사기간, 21면

20) 대상결정에 따른다면, 재산분할청구 비송 사건을 담당하는 재판부로서는 이혼한 날로부터 2년이 경과한 시점이 언제인지 확인한 후 청구인에게 그 전까지 필요한 증거신청, 청구취지 변경 등의 절차를 마칠 것을 촉구할 필요가 있다.

넷째, 대상결정에 따르면 법원은 재산분할을 구하는 청구인이 제척기간 내에 청구목적물을 특정하였는지 여부를 개개의 재산별로, 청구인이 제출한 서면을 일일이 검토하여 판단하여야 하는데, 제척기간 도과 여부에 대한 판단이 항상 간명한 것도 아니다.

예를 들어, 당사자들이 2년의 제척기간 내에 재산명시명령에 따른 재산목록에 일정한 재산을 기재하였고, 청구인이 상대방이 제출한 재산목록을 받아보고도 상대방의 일부 적극재산에 대해서는 청구목적물로 삼겠다는 취지를 명확히 밝히지 않은 채로 2년의 제척기간이 도과하였다면, 법원으로서 재산목록에 기재되어 있는 상대방의 적극재산을 분할대상에 포함시킬 수 있는가? 청구인이 제척기간 내에 상대방이 보유한 A은행 계좌 잔액을 분할대상 재산으로 삼겠다며 A은행에 금융거래정보제출명령 신청을 했는데, 상대방이 A은행과 상호가 비슷한 A'은행(이른바 농협은행 주식회사와 지역단위 농협)에 계좌를 개설한 사실이 제척기간이 도과한 이후에 발견된 경우, A'은행의 예금계좌 잔액은 제척기간 내에 분할대상 재산으로 추가된 것인가? 청구인이 제척기간 내에 상대방이 사과나무 1000주를 가지고 있다고 주장하면서 시가감정을 신청했는데, 시가감정을 거치는 사이에 제척기간이 도과했고 감정결과를 확인해 보니 상대방이 보유한 것이 사과나무가 아니라 포도나무였다고 확인되었다면, 포도나무에 대해서는 제척기간을 준수한 것인가?

다섯째, 앞서 본 것처럼 대상결정 이후에 선고된 대법원 2022. 11. 10.자 2021스766 결정은 “청구인 지위에서 대상 재산에 대해 적극적으로 재산분할을 청구하는 것이 아니라, 이미 제기된 재산분할청구 사건의 상대방 지위에서 분할대상 재산을 주장하는 경우에는 제척기간이 적용되지 않는다.”고 판시하면서, ‘가) 민법 제839조의2 제3항, 제1항이 정한 2년의 제척기간은 법원에 재산분할심판을 청구하는 청구인의 권리에 대하여 적용되고, 나) 재산분할심판 사건의 심리 결과 청구인이 보유하고 있는 재산이 재산분할 비율에 따른 청구인의 몫을 초과한다는 점이 밝혀지더라도, 상대방이 반심판을 청구하지 않는 이상 원칙적으로 청구인의 재산분할청구가 기각될 뿐, 나아가 청구인에게 초과 보유분의 재산분할을 명할 수 없으므로, 상대방의 지위에서 청구인의 적극재산 등을 분할대상 재산으로 주장하는 것은 청구인의 재산분할심판 청구에 대하여 일종의 방어방법을 행사하는 것으로 볼 수 있고, 이를 청구인의 지위에서 적극적으로 대상 재산의 분할심판을 구하는 것과 동일하게 평가할 수 없으며, 다) 상대방의 지위에서 분할대상 재산을 주장하는 것은 재산분할의

대상 확정에 관한 법원의 직권 판단을 구하는 것에 불과하고, 라) 상대방의 분할대상 재산 주장에 대하여 제척기간을 적용하면, 제척기간 도과가 임박한 시점에 청구인이 자신에게 일방적으로 유리하게 분할대상 재산을 선별하여 재산분할심판을 청구한 경우 상대방으로서는 이에 대응할 수 있는 방법이 봉쇄되는바, 이는 부부가 혼인 중 형성한 재산관계를 청산·분배하는 것을 본질로 하는 재산분할제도의 취지에 맞지 않고, 당사자 사이의 실질적 공평에도 반하여 부당할뿐더러, 가사소송법이 재산분할 등 사건에서 직권 또는 신청에 따른 재산명시·재산조회 제도(가사소송법 제48조의2, 제48조의3)를 둔 취지에도 맞지 않다.’고 실시하였다.

위 2021스766 결정은 타당하다고 생각한다. 한편 위 결정의 논거 중 일부는 재산분할청구 사건의 상대방 지위에서 분할대상 재산을 주장하는 경우뿐만 아니라 청구인이 재산분할을 청구하는 경우에도 그대로 적용될 수 있다고 생각한다. 청구인이 재산분할을 청구하는 경우에도, 법원은 청구인의 주장 및 상대방의 주장에 구애받지 않고 직권으로 분할대상 재산을 정할 수 있고, 제척기간을 엄격히 적용하는 것은 부부가 혼인 중 형성한 재산관계의 청산·분배 및 부양이라는 재산분할제도의 취지(심지어 판례는 위자료적 요소도 포함된다고 본다)에 반하기 때문이다.

[대상결정과 위 2021스766 결정을 함께 고려하면, 다음과 같은 문제를 생각해 볼 수 있다.

A. 상대방이 2년의 제척기간이 경과한 시점에 반심판을 청구했고, 법원이 정한 재산분할비율에 따라 계산한 결과 상대방이 반심판 청구목적물로 주장한 재산을 모두 분할대상에 포함시키더라도 상대방이 청구인에게 재산분할금을 지급해야 하는 결론이라면, 상대방이 청구인의 적극재산으로 주장한 재산들은 분할대상 재산에 포함시켜야 하는가 아니면 제외해야 하는가?

이 경우에는 상대방의 분할대상 재산에 관한 주장은 반심판청구인 동시에 청구인의 재산분할심판 청구에 대한 일종의 방어방법을 행사하는 것과 다름없으므로, 상대방이 청구인의 적극재산으로 주장한 재산들은 분할대상 재산에 포함되어야 한다고 생각한다.

만일 상대방이 2년의 제척기간이 경과한 시점에 청구인의 적극재산으로 주장한 재산을 분할대상 재산으로 삼을지 여부에 따라 재산분할금의 지급주체가 달라진다면 이 경우에는 어떻게 처리해야 하는가? 상대방에 청구인에게 지급하는 재산분할금이 0원이 되는 범위 내에서만 상대방의 분할대상 재산에 관한 주장을 받아들여야

하는가?

이는 재산분할의 본심판과 반심판이 모두 제기 되어 있는 상태에서 청구인이 2년의 제척기간이 경과한 후에 상대방의 적극재산이 추가로 존재한다며 이에 대한 분할을 청구한 경우에도 마찬가지이다. 상대방의 적극재산이 추가로 존재한다는 청구인의 청구는 자신의 본심판청구인 동시에 상대방의 반심판청구에 대한 공격방어방법이 되기 때문이다.

B. 대법원이 2년 내에 청구목적물로 특정할 것을 요구하는 분할대상 재산은 대부분 상대방의 적극재산을 염두에 둔 것으로 보이는데, 분할대상 재산에는 청구인의 적극재산 및 소극재산, 상대방의 소극재산도 있다. 만일 청구인이 2년의 제척기간이 경과한 후에 자신에게 불리하게 청구인 자신의 적극재산이나 상대방의 소극재산이 추가로 존재한다며 분할해 줄 것을 요구하고 상대방이 이에 대해 별다른 주장을 하지 않았다면, 이 재산에 대한 청구는 제척기간을 도과하였다고 보아야 하는가?

이러한 문제들도 최초의 본심판 또는 반심판이 2년 이내에 제기된 이상 그 후 청구취지 확장으로 추가된 재산에 대해서도 제척기간을 준수하였다고 보면 간명하게 해결할 수 있다.

다섯째, 대상결정은 법률관계의 조속한 확정이라는 목적을 달성하고자 한 것으로 보인다. 그러나 ‘2년의 제척기간 내에 청구목적물을 특정하여야 한다는 견해’가 ‘2년의 제척기간 내에 소 제기 또는 심판청구가 있어야 한다는 견해’보다 반드시 법률관계를 조속히 확정하는 것이라고 볼 수는 없다. 상대방의 제척기간 도과 항변이 있더라도 법원이 이혼한 날부터 2년이 되는 시점에 청구인이 증거신청 절차를 통해 청구취지를 확장하려는 절차를 불허할 가능성은 높지 않고, 이혼한 날부터 2년이 경과한 시점에 청구목적물로 추가된 재산들이라 하더라도 법원의 직권 판단 결과 쌍방이 정산하는 것이 필요하다고 판단되는 재산들(예를 들어 아파트가 분할대상 재산에 포함되는데, 이혼한 날부터 2년이 경과한 시점에 청구 목적물로 추가된 아파트에 관한 담보대출금 채무 또는 임대차보증금 반환채무 등)에 대해서는 심리할 필요가 있기 때문이다.

여섯째, 제척기간도 유연하게 해석할 필요가 있다. 이미 대법원 2000. 8. 18. 선고 99므1855 판결은, “원·피고 사이에 13년 남짓 동안 법률혼과 사실혼이 3회에 걸쳐 계속 이어지다가 파탄되었고 그 각 협의이혼에 따른 별거기간이 6개월과 2개월 남짓에 불과한 경우에 마지막 사실혼의 해소에 따른 재산분할을 함에 있어서는

그에 앞서 이루어진 이혼에 따른 재산분할 문제를 정산하였다거나 이를 포기하였다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 그 각 혼인 중에 쌍방의 협력에 의하여 이룩한 재산은 모두 청산의 대상이 될 수 있다고 보는 것이 상당하다 할 것이다. 같은 취지에서 원심이 원·피고의 혼인기간 전 기간에 걸쳐 이룩한 적극 및 소극재산을 이 사건 사실혼 해소에 따른 재산분할의 대상으로 삼은 조치는 정당하다. 다만 원심이 위와 같은 취지의 판단을 하는 과정에서 첫 번째 및 두 번째의 이혼에 따른 재산분할 청구권은 그 후의 재결합으로 제척기간의 진행이 중단되었다고 판시한 것은 원고의 이 사건 청구원인을 잘못 이해하고 제척기간에 있어서는 소멸시효에 있어서와 같은 기간 진행의 중단이 있을 수 없다는 법리를 오해한 잘못을 범한 것이라 할 것이나, 그러한 잘못은 판결결과에 아무런 영향이 없다.”라고 판시하여, 재산분할청구권의 제척기간을 유연하게 해석한 바 있다.²¹⁾ 형식적으로만 따지면 제1차 이혼으로부터 2년이 경과하면 제1차 이혼 전에 공동형성된 재산에 대한 분할청구권은 제척기간 경과로 소멸하였다고 보아야 한다. 그런데 대법원은 법률혼과 사실혼이 3회에 걸쳐 계속 이어지다가 파탄된 사안에서 마지막 혼인관계 해소일로부터 2년 내에 일괄적인 재산분할을 할 수 있도록 한 것이다.

[이러한 문제를 제척기간의 정지 또는 중단을 인정하는 방법을 통해(예를 들어 일단 재산분할청구의 소 제기 또는 심판청구를 함으로써 제척기간이 중단된 것으로 보는 방법을 통해) 해결할 수 있는가?

민법 제179조 내지 제182조는 소멸시효의 정지에 관하여 정하고 있지만, 제척기간의 정지에 관하여는 정하고 있지 않다. 제척기간에는 중단을 인정할 수 없다는 것이 통설, 판례이지만, 제척기간의 정지는 인정할 수 있다는 것이 다수설이고, 특히 민법 제182조에 관해서는 압도적으로 통설이 제척기간의 정지를 인정하고 있다. 판례는 여전히 제척기간의 정지를 인정하지 않고 있다(대법원 2004. 7. 22. 선고 2004두2509 판결 등 참조). 대상결정의 사안에 소멸시효 정지 사유가 적용될 여지가 없으므로 제척기간의 정지는 가능하지 않다. 따라서 현재 우리 민법의 해석론으로는 제척기간의 정지, 중단을 통해 앞서 본 문제를 해결하는 것은 쉽지 않아 보인다.

한편 제척기간의 일종인 사기 또는 강박에 의한 취소기간에 관하여 규정하는 독

21) 이러한 경우에는 부부 중 한쪽이 다른 쪽에 대하여 가지는 권리는 혼인관계가 종료된 때부터 6개월 내에는 민법 제180조 제2항을 유추하여 제척기간이 진행되지 않는다고 보아야 한다는 견해도 있다(윤진수, 친족상속법강의 제120면).

일민법 제124조는 소멸시효의 정지, 완성유예에 관한 제206조, 제210조, 제211조를 유추적용하고, 독일의 판례는 소멸시효 정지 및 중단 규정을 제척기간에 유추적용하고 있다.]

IV. 추가 재산분할청구의 허용 여부

앞서 본 바와 같이 가사비송 사건인 재산분할심판에 기판력이 없다는 견해에 따르면, 전소에서 재산분할심판이 확정된 후 후소에서 추가로 재산분할청구를 하는 것이 허용되는지가 문제된다.

1. 유형 ①: 당사자가 동일한 사실관계에 기하여 같은 청구를 하는 경우

후소에서 재산분할심판을 청구하는 경우의 유형으로, 먼저 전소 재산분할심판 확정 후 당사자가 동일한 사실관계(즉, 분할대상재산도 동일함)에 기하여 같은 청구를 하는 경우를 생각해 볼 수 있다. 이때에는 청구의 이익이 없으므로 부적법 각하하여야 한다는 견해와²²⁾ 비송심판의 기판력을 부인하는 일반론에 비추어 볼 때 종전 심판과 동일한 사실관계라는 점을 구체적으로 인정하고 본안에서 재청구가 이유 없다는 취지로 청구기각을 해야 한다는 견해가 있으나,²³⁾ 재청구가 허용될 수 없다는 결론에는 모두 일치하는 것으로 보인다.

재산분할재판에 대하여는 가사소송법 제43조 제1항에 의하여 즉시항고만이 허용되고, 가사소송법 제34조에 의하여 준용되는 비송사건절차법 제19조 제3항에 의하여 즉시항고로써 불복을 할 수 있는 재판에 대하여는 그 취소, 변경이 허용되지 않는 점, 부양에 관한 심판(민법 제978조)과는 달리 심판 확정 후 사정변경으로 이유로 그 취소, 변경을 허용하는 규정도 없는 점, 청산적 요소가 강한 재산분할재판에서 당사자 쌍방의 주장, 입증 하에 해당 재산이 분할대상재산인지 여부가 다투어진 결과 해당 재산이 분할대상에서 제외된 상태에서 재산분할 재판이 있었다면, 그 후 이를 다시 다투는 것은 법적 안정성을 해치는 점 등에 비추어 보면, 확정된 재산분할재판에서 이미 분할대상 여부가 심리되어 판단된 부분에 대하여는 다시 재산분할심판을 청구할 수 없다고 보아야 한다.

22) 편집대표 윤진수, 주해친족법 제1권, 박영사(2015), 423면

23) 김선행, 가사재판의 기판력, 가족법연구 23권 3호, 한국가족법학회(2009), 297, 298면

2. 유형 ②: 사정변경을 이유로 다시 재산분할을 청구하는 경우

전소 재산분할재판의 확정 후에 사정변경을 이유로(예를 들어, 물가상승, 재산분할재판이 확정된 이후 분할대상 재산으로 삼았던 재산 중 일부가 부부 일방과 제3자 사이의 소송 등을 통해 분할대상이 아니었던 것으로 확정된 경우, 상대방이 보유한 재산의 규모가 증가하였음을 이유로) 다시 재산분할을 청구하는 경우가 있을 수 있다. 그러나 이때에도 위 ①의 경우와 마찬가지로 다시 재산분할을 청구할 수 없다고 봄이 타당하다(서울고등법원 2000. 3. 16.자 99브22 결정 등 참조).

다만, 재산분할재판이 정기금의 지급을 명하는 형태로 이루어진 경우, 그 액수산정의 기초가 된 사정이 현저하게 바뀔으로써 당사자 사이의 형평을 크게 침해할 특별한 사정이 생긴 때에는 민사소송법 제252조(정기금판결과 변경의 소)에 따라 변경의 소를 제기할 수 있다는 견해가 있다.²⁴⁾

3. 유형 ③: 전소에서 분할대상인지 여부가 심리된 적이 없는 재산에 대하여 재산분할을 청구하는 경우

대상결정의 사안처럼, 전소 재산분할재판에서 분할대상인지 여부가 전혀 심리된 바 없는 재산이 전소 재판확정 후 추가로 발견되어 이에 대하여 재산분할을 구하는 소 제기 또는 심판청구를 하는 경우에는 어떻게 처리할 것이냐가 문제된다.

긍정설과 부정설의 대립이 있다. 긍정설은 재산분할재판 당시 현출되지 않았던 재산에 대하여는 법원이 현실적으로 아무런 판단을 하지 않았으므로 그 재산에 대해 추가로 재산분할청구를 할 수 있다는 입장이다. 부정설은 상속재산분할에 있어서는 ‘분할이 청구된 모든 상속재산’이 심판의 대상이 된다는 규정(가사소송규칙 제115조 제1항)이 있는 반면 재산분할에 대해서는 그러한 규정이 없고 원칙적으로 당사자가 어떤 재산을 분할대상으로 삼았는지 여부와 상관없이 부부가 공동으로 형성한 재산 전부가 심판의 대상이 되므로 추가 재산분할청구는 허용되지 않는다는 입장이다.

이 쟁점은 앞서 살펴본 재산분할청구권의 대상을 개개의 재산으로 볼 것인지 아니면 전체의 재산으로 볼 것인지에 대한 논의와도 관련이 있다. 개개의 재산마다 재산분할청구권이 성립한다고 본다면 전소에서 분할대상인지 여부가 심리된 적이

24) 정원(2002), 101-102면

없는 재산에 대하여 추가 재산분할청구를 불허할 이유가 없다. 반면 재산분할청구권의 대상이 전채로서의 부부공동재산이라고 본다면, 전소 재산분할재판의 심판범위에 재판 당시 현출되지 아니한 재산도 이미 포함된 것으로 보아야 하는데, 그럼에도 추가 재산분할청구를 허용할 수 있는가?

대상결정은 추가로 발견된 재산에 대하여 다시 재산분할청구를 할 수 있음을 분명히 하였다. 대상결정 이전에도 대법원 2003. 2. 28. 선고 2000므582 판결은 “재산분할재판에서 분할대상인지 여부가 전혀 심리된 바 없는 재산이 재판확정 후 추가로 발견된 경우에는 이에 대하여 추가로 재산분할청구를 할 수 있으므로, 원고로서는 분할재판확정 후 발견된 부동산에 대하여 추가로 재산분할청구를 함은 별론으로 하고 이를 이유로 확정된 재산분할재판에 기한 강제집행의 배제를 구할 수는 없다”고 판시한 원심을 수긍한 바 있고(위 사건의 주된 쟁점은 ‘종전 재산분할재판에서 재산분할의 대상으로 포함되었던 재산이 이후 제3자가 제기한 민사소송에서 그 제3자의 재산으로 밝혀진 경우에 종전 재산분할재판의 집행력의 배제를 구할 수 있는지’이고, ‘추가 재산분할청구의 가부’는 부수적 쟁점이기는 하였다), 이러한 판시는 대법원 2017. 9. 28.자 2017카기248 결정²⁵⁾ 등에서도 찾아볼 수 있다.

대상결정에 후속하여 대법원 2022. 3. 15.자 2019스507 결정은 “이혼과 동시에 재산의 일부에 대해서만 재산분할을 청구한 다음 민법 제839조의2 제3항, 제843조에 따라 2년의 제척기간 내에 그 당시 재산분할의 대상에서 명시적으로 제외하는 등 청구의 목적물로 하지 않은 재산에 대하여는 추가로 재산분할청구를 할 수 있다”고 판시함과 함께, 원심이 이혼소송의 경과와 그 결과, 특히 그 당시 재항고인이 공무원연금법에 따라 지급받을 퇴직연금 및 퇴직수당이 재산분할의 대상에서 제외된 구체적인 경위, 공무원연금법 개정에 따른 분할연금 수급권자의 요건과 상대방이 이에 해당하지 않는 사정 등을 종합하여, 상대방이 이 사건 이혼소송 과정에서 재항고인의 공무원연금법에 따라 지급받을 퇴직연금 및 퇴직수당을 명시적으로 제

25) 대법원 2017. 9. 28.자 2017카기248 결정: 신청인이 구 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제8조 제2항에 대해 위헌법률심판제청신청을 하면서, 혼인관계 해소 후 재산분할청구권의 제척기간인 2년이 경과한 뒤에 일방 배우자가 다른 배우자를 상대로 명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기청구를 하여 인용되는 경우, 명의수탁자인 배우자는 명의신탁자인 배우자를 상대로 제척기간이 도과되어 재산분할청구를 할 수 없다는 불합리한 결과가 발생한다고 주장하였는데, 이에 대해 대법원은 신청을 기각하면서 ‘본안소송에서 이 사건 부동산이 명의신탁 재산으로 인정될 경우 이 사건 부동산이 실제로 재산분할 대상이 되는지 여부와 기여도가 어느 정도로 인정될 것인지는 별론으로 하더라도, 신청인은 이 사건 부동산이 추가로 발견된 재산분할 대상이라고 주장하며 소외인에게 확정적으로 귀속된 때부터 2년 내에 재산분할청구권을 행사할 수 있는 길이 열려 있다’고 판시하였다.

외한 다음 나머지 재산에 대해서만 재산분할을 청구하였기에 제척기간 내에 다시 재항고인의 공무원연금법에 따라 지급받을 퇴직연금 및 퇴직수당에 대하여 추가로 재산분할청구를 할 수 있음을 전제로 재산분할의 방법과 비율을 정한 것은 정당하다고 하였다.

한편 대구고등법원 2016. 4. 15. 선고 2015르2033 판결(대법원 2016. 9. 30.자 2016르11088 심리불속행 판결로 확정됨)은 “재산분할 재판에서 분할대상인지 여부가 전혀 심리된 바 없는 재산이 재판 확정 후 추가로 발견된 경우 이에 대하여 추가로 재산분할을 청구할 수 있고(대법원 2003. 2. 28. 선고 2000르582 판결 참조), 마찬가지로 재산분할에 관한 합의가 이루어진 경우에도 합의대상이었던 재산 이외의 재산이 추가로 발견되었다면 역시 재산분할 청구의 대상이 될 수 있다. 다만, 이 경우 재차 재산분할을 구하는 청구인으로서는 추가로 분할을 구하는 대상재산이 종전의 재판 내지 합의 과정에서 전혀 심리되거나 합의된 바 없는 재산이라는 점을 증명하여야 할 것이다.”라고 판시하였고, 서울가정법원 2020. 3. 4.자 2019느합1158 심판 역시 “재산분할재판에서 분할대상인지 여부가 전혀 심리된 바 없는 재산이 재판확정 후 추가로 발견된 경우에는 이에 대하여 추가로 재산분할청구를 할 수 있다. 그러나 이러한 경우에도 다시 재산분할을 구하는 청구인으로서는 추가로 분할을 구하는 대상재산이 종전의 재판 과정에서 전혀 심리된 바 없는 재산이라는 점을 증명하여야 하고, 법원의 명시적 판단이 없었다고 하여 이를 모두 추가로 발견된 재산이라고 해석한다면 당사자들에게 계속적으로 불안정한 법률관계에 놓이게 할 우려가 있으므로, 재산분할 청구에 제척기간을 둔 취지에 비추어 추가로 발견된 재산인지 여부는 엄격하게 판단하여야 한다.”고 판시하여, 분할을 구하는 재산이 종전의 재판 과정에서 전혀 심리된 바 없는 재산이라는 점에 대한 입증책임은 청구인에게 있다는 취지의 하급심이 있다.

살피건대, 개개의 재산마다 재산분할청구권이 발생하는 것이 아니라 전체로서의 부부 공동재산에 대하여 재산분할청구권이 발생한다고 보아야 하고, 종전의 재산분할재판에서 이미 부부 공동재산의 청산 및 이혼 후의 부양, 정신적 손해(위자료)의 배상은 마쳐진 것으로 보아야 하므로, 종전의 재산분할재판에서 분할대상인지 여부가 전혀 심리된 바 없는 재산이 재판확정 후 추가로 발견된 경우라 하더라도 원칙적으로 추가 재산분할청구는 허용하지 않는 것이 타당하다.

다만 청구인이 추가로 분할을 구하는 대상재산이 종전의 재판 과정에서 전혀 심

리된 바 없는 재산이라는 점을 증명하고, 또 당사자가 자신의 재산을 적극적으로 은닉하여 추가 재산분할청구를 허용하지 않는 것이 신의칙에 반하거나, 추가로 발견된 재산의 규모에 비추어 이에 대한 분할을 하지 않으면 현저히 형평에 반한다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에만 추가 재산분할청구가 예외적으로 허용된다고 보아야 할 것이다.²⁶⁾

V. 결론

재산분할청구 사건은 법원의 직권탐지주의가 적용되는 비송사건이지만, 대립 당사자가 존재하고 일방의 신청에 의해 절차가 개시되며 가정법원은 당사자의 청구취지를 초과하여 의무의 이행을 명할 수 없다는 점에서 당사자주의가 적용되는 소송 사건과 유사한 면이 있다. 이러한 재산분할청구 사건의 특성으로 인해 이혼한 날부터 2년 내에 재산분할을 청구한다는 것이 어떤 의미인지, 추가 재산분할청구가 가능한지 여부 등에 대하여 혼란이 발생한다.

대상결정은 분할대상인지 여부가 전혀 심리된 바 없는 재산이 재판확정 후 발견된 경우 이에 대해 추가 재산분할청구가 가능하고, 또 재산분할청구 후 제척기간이 지나면 그때까지 청구 목적물로 하지 않은 재산에 대해서는 청구권이 소멸함을 분

26) ○ 동경고재 레이와4년 3월 11일 선고(레이와 3년(ラ) 제2501호) 판결은 이혼한 부부의 남편이었던 청구인이 아내였던 상대방을 상대로 중전 판결에서 재산분여의 판단 대상이 아니었던 상대방이 보유한 유한회사의 출자좌수에 대해 다시 재산분여 청구를 한 사건에서, 이혼에 따른 재산분여 제도는 부부가 혼인 중에 가지고 있던 실질상 공동의 재산을 청산, 분배하고 이혼 후에 있어서 일방 당사자의 생계의 유지를 도모하는 것을 목적으로 하는 것인데, 이러한 재산분여청구권은 1개의 사건의 성격을 가지는 것이지만 그 범위 및 내용이 불확정, 불명확하여 협의 혹은 심판 등에 의해 구체적 내용이 형성되며, 이혼에 부대하여 재산분여의 신청을 하는 당사자는 분여를 요구하는 금액 및 방법을 특정해 신청할 필요가 없고 단순히 추상적으로 재산분여의 신청을 하면 족하며, 재산분여청구권은 당사자 쌍방이 그 협력에 의해 얻은 일체의 재산의 청산을 포함한 1개의 추상적 청구권으로 발생하며, 본건 사원권 등의 재산이 중전 판결의 확정 후에 재산분여의 대상이 되어야 하는 재산인 것이 밝혀진 것이라 해도, 재산분여 청구권은 청산적 재산분여의 대상이 되는 개개의 재산마다 인정되는 권리가 아니기 때문에, 이러한 재산에 대해서, 거듭 재산분여의 협의를 대신하는 처분을 법원에 요구할 수 없고, 중전 판결은 본건 사원권 등에 대해서도 재산분여의 대상 재산의 유무 및 내용을 심리하여 당사자 쌍방이 그 협력에 의해 얻은 재산의 액과 그 외 일체의 사정을 고려해 재산분여액과 분할방법을 정한 것으로서, 비록 당사자가 중전 판결에 있어서 본건 사원권 등이 재산분여의 대상이 된다는 인식을 갖지 않았거나 위 재산의 존재에 대해 어떠한 주장, 입증을 하지 않았다 하더라도 이러한 재산에 대해 거듭해 재산분여신청을 할 수 없다고 판시하였다.

○ 히로시마 다카마쓰 지결 평성 2년 3월 26일 선고(가정재판월보 42권 10호 45면) 판결은 재산분여를 규율하는 실체법인 민법, 절차법인 가사심판법에는 재산분여의 처분에 대해 이른바 사정 변경 등에 의해 법원이 한 심판, 판결의 취소, 변경을 할 수 있다는 규정은 존재하지 않지만, 재산분여에 관한 심판, 판결이 확정된 후에 해당 처분의 심리 중에 나타나지 않았던 새로운 재산이 판명되는 등 재판의 기초로 된 사정에 착오가 있고, 또는 그 후의 사정의 변경에 의해 해당 심판, 판결의 확정에 의한 법적 안정을 고려해도 이를 유지하여 당사자를 구속하는 것이 현저하게 신의, 형평에 반하는 경우에는 이를 취소하고 변경할 수 있는 것으로 해석하는 것이 상당하다고 하였다.

명히 하였다. 그러나 이러한 대상결정의 판시는 부부공동재산의 청산 및 이혼 후 부양이라는 재산분할청구의 본질, 비송사건으로서의 재산분할 사건이 가지고 있는 특성과 다소 배치되고, 재산분할청구권이 개개의 재산마다 발생하는 것이 아니라 전체의 재산에 대하여 발생한다는 점 등을 간과한 문제가 있다.

따라서 ① 이혼한 날부터 2년 이내에 최초로 재산분할을 구하는 취지가 담긴 소 제기 또는 심판청구를 하였으면 2년이 경과한 후에 청구취지의 확장, 변경을 통해 소장, 심판청구서에서 청구목적물로 삼지 않았던 재산을 분할대상 재산으로 주장하는 경우라도 청구인이 분할대상으로 주장한 모든 재산에 대해 제척기간을 준수한 것으로 보고, ② 다만 종전 재산분할재판에서 심판의 대상이 되지 않았던 재산에 대하여 추가 재산분할을 청구하는 경우에는 청구인이 2년의 제척기간 내에 추가 재산분할청구를 구하는 취지가 담긴 소 제기 또는 심판청구를 하여 추가로 분할을 구하는 대상재산이 종전의 재판 과정에서 전혀 심리된 바 없는 재산이라는 점까지 증명하는 것을 전제로, 당사자가 자신의 재산을 적극적으로 은닉하여 추가 재산분할청구를 허용하지 않는 것이 신의칙에 반하거나, 추가로 발견된 재산의 규모에 비추어 이에 대한 분할을 하지 않으면 현저히 형평에 반한다는 등의 특별한 사정이 인정되는 경우에만 재산분할청구를 허용하는 것이 타당하다고 생각한다.

[참고문헌]

1. 국내문헌

[단행본]

법원실무제요 가사 II, 사법연수원(2021)

윤진수, 친족상속법강의 제4판, 박영사(2022)

편집대표 윤진수, 주해친족법 제1권, 박영사(2015)

[논문]

민유숙, 2013년 친족상속법 중요 판례, 인권과 정의 제440호, 대한변호사협회(2014)

민유숙, 재산분할의 구체적 인정범위, 재판자료 제62집, 법원도서관(1993)

민유숙, 재산분할에 있어서 몇가지 문제점에 관한 고찰, 인권과 정의 211호, 대한변호사협회(1994)

조미경, 이혼과 위자료, 가족법학논총: 박병호 교수 환갑기념(1991)

정원, 재산분할과 관련한 몇가지 실무상 문제점, 실무연구-법관 가사재판실무연구모임 자료집 VII, 서울가정법원(2002)

김선훈, 가사재판의 기관력, 가족법연구 23권 3호, 한국가족법학회(2009)

이현곤, 부양적 재산분할에 관한 사례연구, 가사재판연구 II, 서울가정법원 가사재판연구회(2011)

서종희, 이혼 후 재결합한 경우의 재산분할청구권, 비교사법 제20권 2호(2013)

박민수·이동진·오정일, “이혼 후 재산분할의 비율 및 이혼 위자료액의 결정: 2009년~2011년 합의부 재판례의 실증분석”, 가족법연구 28-1(2014)

연구책임자: 최은정·안문희, 연구참여자: 변지영·김정환·계인국·박준선·이제우·강현주, 재산분할의 기준 정립을 위한 방안 연구, 사법정책연구원(2016)

염경천, 재산분할청구권의 행사기간, 2018년 가족법 주요 판례 10선, 세창출판사(2019)

권영준, 2018년 민법 판례 동향, 서울대학교 법학 제60권 제1호(2019)

2. 외국문헌

[단행본]

편집대표 니노미야 슈헤이, 편집담당 이누후시 유코, 현대가족법강좌 제2권 혼인과
이혼, 일본평론사(2020)

[질의와 답변]

[임주혁 회원님의 질의]

발표자께서는 최초재산분할청구와 추가재산분할청구를 구별하여 전자의 경우에는 청구취지변경신청 등이 2년이 경과한 시점에서 이루어져도 분할대상으로 주장한 모든 재산에 대하여 제척기간을 준수한 것으로 보아야 하나, 후자의 경우에는 재산분할청구가 부부의 전체 재산을 대상으로 한 것이라는 점 등을 근거로 추가재산분할청구 자체가 불허되어야 한다는 것을 원칙으로 하되 다만 신의칙위반 등의 특수상황에 한하여 예외적으로 허용되어야 한다는 입장을 취한 것으로 보입니다.

그러나 이혼이라는 것이 수년에 걸친 불신 등의 과정을 거쳐 이루어지고 그 중 상당수는 이혼과 동시에 재산분할청구를 하고 있는 실무를 생각하면 추가재산분할청구를 하는 대부분의 사건이란 이혼 및 재산분할청구가 일단 마무리된 후에야 혼인생활 중 알지 못하는 재산의 존재가 비로소 드러나는 경우에 신청하는 것이 대부분일 것으로 생각됩니다(협의이혼의 경우라면 추가재산분할청구를 하는 경우에는 이미 2년의 기간이 경과한 후가 대부분일 것이어서 사실상 문제되지 않을 것으로 보입니다). 그런데 이러한 경우에 추가재산분할청구를 원칙적으로 불허한다면 혼인생활 도중에 재산을 잘 숨겨온 배우자에게 유리하게 되는 불합리한 결과를 가져옵니다.

재산분할청구에 있어 2년이라는 짧은 제척기간을 둔 취지가 부부 사이 재산관계의 조속한 확정을 통한 법적 안정성 추구라는 점에 있다면 추가재산분할청구 역시 제척기간 이내에 심판청구만 있으면 족하다고 해석하더라도 당사자들의 법적안정성을 해할 우려는 적고, 오히려 재산분할이 부부 전체의 재산에 대한 것으로서 이혼 후 부양의 성격을 가지고 있다는 점에도 더욱 부합하는 것으로 보입니다.

이 점에 대한 발표자의 견해를 듣고 싶습니다.

[답변]

저 역시 발표문을 작성하는 과정에서 질의자와 마찬가지로 추가재산분할청구를 하는 경우에도 청구 자체만 2년의 제척기간 내에 있으면 족하다고 보아야 하는 것이 아닌지 하는 생각을 한 적이 있었습니다. 질의자의 의견처럼 특히 일방이 은닉한 재산에 대해서는 분할할 필요성이 있고, 혼인중 형성한 공동의 재산을 모두 분

할하는 것이 청산의 취지에 부합할 수 있기 때문입니다.

다만 재산분할청구권의 대상을 전채로서의 부부공동재산으로 본다면, 분할재산명세표에 명시되지 않은 재산도 종전 소송에서 이미 심판의 대상이 된 것으로 보아 추가 재산분할청구를 불허하는 것이 논리적으로 일관되는 면이 있습니다. 그리고 종전 소송에서 법원은 분할대상으로 명시된 재산뿐만 아니라 다양한 사정을 고려하여 재산분할을 명하게 되므로, 일방의 재산 은닉, 추가 재산분할청구의 대상이 되는 목적물의 가액이 커서 이를 분할하지 않으면 안 될 특별한 경우에만 예외적으로 추가 재산분할청구를 허용하는 방법으로 불합리를 해결하는 것이 좋을 것 같다는 생각에 이르게 되었습니다.

몇 가지 구체적인 사례를 생각해 보겠습니다. 종전 소송에서 일방 당사자가 일부 재산을 은닉한 것으로 보이지만 구체적인 내역이나 가액을 확인하기 어려웠던 경우, 종전 소송 과정에서 이러한 사정이 재산분할비율에 참작되었을 가능성이 있는데, 이때는 추가재산분할청구를 허용해야 할 필요성이 적다고 생각합니다.

또, 재산분할사건의 당사자들은 쌍방이 보유한 재산이 다수일 경우에도 값이 나가는 재산 일부에 대해서만 분할하여 달라고 일치하여 진술하는 경우가 있고, 이때 법원도 당사자들이 분할하여 달라고 요구하는 재산만 분할대상으로 삼는 경우가 많은 것 같습니다. 만일 종전 소송 과정에 현출된 여러 재산 중 당사자들이 분할하여 달라고 요구하는 재산만 분할대상으로 명시한 종전 소송이 확정되었는데, 상대방을 괴롭히려는 생각을 갖게 된 일방 배우자가 종전 소송 심판문에 분할대상으로 기재된 재산 외에 나머지 재산(종전 소송 과정에 현출되었던)에 대해서도 재차 추가재산분할청구를 하는 경우가 있을 수 있습니다. 이때에도 종전 소송 심판문에 분할대상으로 기재되지 않은 나머지 재산도 이미 종전 소송 과정에서 고려된 것으로 보아 추가재산분할청구를 불허하는 것이 타당할 것 같습니다.

이처럼 추가재산분할청구 자체를 원칙적으로 허용하는 것보다는 예외적으로 허용하는 것이 재산분할사건의 특성에 부합한다는 생각을 하게 되었습니다. 추가재산분할청구의 필요성과 논리적 일관성을 어떻게 조화할 수 있을지 좀 더 고민해 보도록 하겠습니다.

[민희진 회원님의 질의]

질의에 앞서 깊은 연구를 바탕으로 훌륭한 발표를 해 주신 발표자에게 감사의 말씀

드립니다. 재산분할청구권의 제척기간과 추가 재산분할청구 가능 여부 및 그 요건에 대하여 알기 쉽게 정리해 주셔서 해당 법리에 대해 깊이 고민하고 이해할 수 있는 좋은 시간이 되었습니다. 발표문을 보면서 다음과 같은 의문이 들어 발표자에게 질문을 드립니다.

1. 재산분할사건은 가사비송사건으로, 가사비송절차에 관하여는 가사소송법에 특별한 규정이 없는 한 비송사건절차법 제1편의 규정을 준용하며(가사소송법 제34조 본문), 비송사건절차에 있어서는 민사소송의 경우와 달리 당사자의 변론에만 의존하는 것이 아니고, 법원이 자기의 권능과 책임으로 재판의 기초가 되는 자료를 수집하는, 이른바 직권탐지주의에 의하고 있으므로(비송사건절차법 제11조), 법원으로서 당사자의 주장에 구애되지 아니하고 재산분할의 대상이 무엇인지 직권으로 사실조사를 하여 포함시키거나 제외시킬 수 있습니다(대법원 1996. 12. 23. 선고 95프1192(본소), 95프1208(반소) 판결, 대법원 2010. 12. 23. 선고 2009프3928 판결 등).

재산분할심판의 대심적 성격에도 불구하고, 위와 같은 재산분할심판의 비송적 성격에 비추어 제척기간을 이유로 분할대상재산을 탐지하지 못한 불이익을 재산분할청구의 주체에게만 전가하는 것은 부당하고, 발표자께서 자세히 지적하신 재산분할청구권의 대상을 전체의 부부공동재산으로 보아야 하는 점, 재산분할심판 과정에서 재산 모색 절차 등의 장기화, 개개 재산별 제척기간 도과 여부의 불명확, 제척기간의 유연 해석 필요성 등을 종합하면, ‘이혼한 날부터 2년 이내에 최초로 재산분할을 구하는 취지가 담긴 소·심판이 제기되었으면 2년이 경과한 후에 청구취지의 확장, 변경을 통해 소장, 심판청구서에서 청구목적물로 삼지 않았던 재산을 분할대상 재산으로 주장하는 경우라도 청구인이 분할대상으로 주장한 모든 재산에 대해 제척기간을 준수한 것으로 보아야 한다.’는 발표자의 견해가 타당하다고 생각합니다.

그런데 대상결정은 ‘민법 제839조의2 제3항, 제843조에 따르면 재산분할청구권은 협의상 또는 재판상 이혼한 날부터 2년이 지나면 소멸한다. 2년 제척기간 내에 재산의 일부에 대해서만 재산분할을 청구한 경우 청구 목적물로 하지 않은 나머지 재산에 대해서는 제척기간을 준수한 것으로 볼 수 없으므로, 재산분할청구 후 제척기간이 지나면 그때까지 청구 목적물로 하지 않은 재산에 대해서는 청구권이 소멸한다.’라고 판시하였고, 이는 재산분할청구권의 소멸기간이 법률관계를 조속히 확정하기 위한 제척기간인 점, 상속회복청구권의 제척기간에 관한 판례(대법원 1980.

4. 22. 선고 79다2141 판결 등)가 그와 유사한 유형의 권리인 재산분할청구권의 소멸기간에 대해서도 적용될 수 있는 점 등을 근거로 한 것으로 보입니다.

대상결정의 위 판시가 이혼한 날부터 2년 이내에 최초로 재산분할을 청구한 사건에도 적용된다면, 제척기간의 법적 성질 등에 비추어 제척기간 경과 후 법원도 직권으로 새로운 재산분할 대상 재산을 탐지할 수 없을 것으로 보입니다. 대상결정의 위 판시가 최초 재산분할청구사건에도 적용되는 것을 전제로 할 때, 위 판시에 따를 경우 재산분할 대상 재산에 대한 법원의 직권탐지에 있어서도 제척기간의 제한이 적용되는지, 적용된다면 그 범위는 어떻게 되어야 하는지에 관한 발표자의 의견이 궁금합니다(발표문에서 제시하신 하급심 결정처럼 대상결정의 위 판시를 추가 재산분할청구사건에 한정하는 것으로 해석한다면, 신청인이 제척기간 내에 최초 재산분할청구를 한 사안에서는 제척기간 경과 후에도 법원이 직권으로 재산분할 대상 재산을 탐지할 수 있다고 할 것입니다).

2. 발표자는 추가 재산분할청구에 관하여, ‘중전 재산분할재판에서 심판의 대상이 되지 않았던 재산에 대하여 추가 재산분할을 청구하는 경우 청구인이 2년의 제척기간 내에 추가 재산분할청구를 구하는 취지가 담긴 소 제기 또는 심판청구를 하여 추가로 분할을 구하는 대상재산이 중전의 재판 과정에서 전혀 심리된 바 없는 재산이라는 점까지 증명하는 것을 전제로, 당사자가 자신의 재산을 적극적으로 은닉하여 추가 재산분할청구를 허용하지 않는 것이 신의칙에 반하거나, 추가로 발견된 재산의 규모에 비추어 이에 대한 분할을 하지 않으면 현저히 형평에 반한다는 등의 특별한 사정이 인정되는 경우에만 재산분할청구를 허용하는 것이 타당하다.’는 의견을 밝히셨습니다.

발표자의 의견과 같이, 이미 전체로서의 부부공동재산에 대하여 재산분할이 이루어진 이상 추가 재산분할청구의 요건은 가급적 엄격하게 해석하는 것이 바람직하다고 할 것이므로, 원칙적으로 추가 재산분할청구는 허용되지 않지만, 재판 당시 당사자가 그 존부를 알지 못하였고, 재판에 현출되지 아니하였음이 명백한 재산에 대하여 추가로 재산분할을 청구하는 경우 원래 재판의 결과만을 유지하고 당사자를 이에 구속하는 것이 신의와 형평에 현저히 반한다면 예외적으로 청구의 이익을 긍정하여 새로운 재산에 대한 분할의 추가 청구가 허용된다고 할 것입니다.

이와 관련하여 제척기간 내에 신청인이 청구 목적물을 특정하여 추가 재산분할청구를 한 뒤 동일한 심판 절차 내에서 제척기간 경과 후 청구 목적물을 추가하는 것

이 가능한지에 관하여 발표자의 의견을 듣고 싶습니다.

[답변]

1. 먼저, 발표문에 제시된 하급심 결정은 대상결정의 판시를 추가 재산분할청구에 한정되는 것으로 해석하였지만, 대상결정의 문언, 후속 판시 등에 비추어 보면 대상결정의 판시를 추가 재산분할청구에 한정되는 것으로 보기는 어려울 것 같습니다.

저도 발표문 작성 과정에서 재산분할 대상재산에 대한 법원의 직권탐지에 제척기간이 적용되는지 고민을 해 보았습니다. 법원의 직권탐지와 제척기간의 관계에 대해 명시한 판례나 논의는 찾아보기 어려웠고, 법원의 직권탐지와 제척기간의 관계가 명확하지 않기 때문에 발표문처럼 재산분할 청구만 2년의 제척기간 내에 이루어지면 된다는 견해를 취하게 되기도 하였습니다.

대상결정의 논리에 따르더라도, 가사비송사건의 특성에 주목하면 법원의 직권탐지가 제척기간의 제한을 받는다고 보기는 어려울 것 같습니다. 재산분할 사건에서 법원이 직권탐지주의를 발동하는 경우는 크게 심리과정에서 직권으로 재산명시, 재산조회를 하는 경우, 심판문 작성과정에서 분할대상과 분할방법을 정하는 경우 두 가지를 생각해 볼 수 있을 것입니다. 2년의 제척기간이 경과한 시점에 법원이 직권으로 재산명시명령, 재산조회를 하는 것이 부적절할 것 같다는 견해도 가능할 것 같은데, 그 경우에도 법원이 2년이 경과한 후에 직권 재산명시, 재산조회를 통해 확인된 재산을 명시적인 분할대상에 포함시키지는 않되, 그러한 재산의 존재를 재산분할비용을 정할 때 참작할 수는 있을 것 같습니다. 특히 부양적 재산분할의 경우에는 특유재산도 고려할 수 있다는 견해도 있기 때문입니다.

법원이 심판문을 작성하는 과정에서 그동안 제출된 기록을 통해 직권으로 확인한 재산을 분할대상에 포함시킬 수 있을 텐데, 법원이 심판문을 작성하는 시점은 이미 이혼으로부터 2년이 경과한 경우가 대부분일 것 같습니다. 이때는 법원이 이혼으로부터 2년 내에 제출된 서면, 증거를 통해 확인할 수 있는 재산만 분할대상에 포함시킬 수 있는 것인지가 문제됩니다. 그러나 이혼과 재산분할을 병합하여 청구하는 경우에는 법원이 시기의 제한 없이 당사자가 주장하지 않은 재산도 직권으로 분할대상에 포함시킬 수 있는데, 이혼 후에 재산분할만 별도로 청구하는 경우에만 법원의 권능이 제약된다고 볼 수는 없을 것 같다고 생각합니다.

2. 추가재산분할청구의 요건을 갖추었고, 또 추가재산분할청구 자체가 2년의 제척

기간 내에 이루어졌다면 동일한 심판절차 내에서 제척기간 경과 후에 청구목적물을 추가하는 것도 가능할 것 같습니다.