

이혼청구권이 형성권인가?

- 대판 1998. 4. 10. 96므1434에 대한 비판적 평가 -

고려대 법대 교수 명 순 구

I. 서설: 문제상황의 한정

원심¹⁾에 의하여 확정된 기초적 사실관계는 다음과 같다.

A(婦)와 B(夫)는 1941년부터 혼인관계에 있는 부부로서 경기도 포천군 유교리를 생활장소로 정하여 그 사이에 1남 3녀의 자녀를 두고 있었는데, 아들이 사망하자 B는 대를 이을 아들을 가져야 한다는 명분으로 1970년 11월 이래 C와 동거생활을 시작하여 그와의 사이에서 1남 1녀를 출산하였다. 그 후 B는 A에게 공연한 트집을 잡아 이혼을 요구하자 이를 참다 못한 A는 1979년 3월 이래로 경기도 포천군 유교리의 집을 떠나 이미 시집간 딸들의 집에 10년이 훨씬 넘는 기간 동안을 전전하며 기거하다가 B를 상대로 이혼소송을 제기하였다.

연구대상판결에서 문제된 논점항목은 여러 가지이다. 재판상 이혼사유로서의 ‘악의의 유기’의 개념 설정, 재산분할청구권(분할대상, 분할범위, 분할방법, 분할비율, 분할의 기준시점 등), 부첩관계로 인한 손해배상 및 악의의 유기로 인한 재판상 이혼청구권의 행사기간 등이 그것이다.

그런데 이 글에서는 이들 여러 법률문제 중에서 특히 악의의 유기로 인한 재판상 이혼청구권의 권리속성과 행사기간의 문제에 한정하여 연구대상판결에 나타난 판례이론을 살피고자 한다: 즉 “악의의 유기를 원인으로 하는 재판상 이혼청구권이 법률상 그 행사기간의 제한이 없는 형성권으로서 10년의 제척기간에 걸린다고 하더라도 피고가 부첩관계를 계속 유지함으로써 민법 제840조 제2호에 해당하는 배우자가 악의로 다른 일방을 유기하는 것이 이혼청구 당시까지 존속되고 있는 경우에는 기간 경과에 의하여 이혼청구권이 소멸할 여지는 없다.”라고 한 판시부분을 비판적 관점에서 검토하고자 한다.

1) 서울고법 1996. 8. 23. 95르2777.

II. 재판상 이혼청구권의 권리속성

1. 논의의 방향

연구대상판결은 재판상 이혼청구권이 형성권으로서의 본질을 가진다는 전제 위에서 출발하고 있다. 재판상 이혼청구권을 행사하여 그 결과로 이혼판결이 선고된 경우 그 판결은 형성판결임에 분명하다. 그러나 이혼판결이 형성판결이라고 하여 이혼청구권을 형성권으로 볼 수 있겠는가? 재판상 이혼청구권을 형성권으로 보는 것은 형성권의 개념적 특질에 합치하지 않는 측면이 있다고 생각된다. 그러므로 이 부분에 대한 검토가 요구된다.

2. 종래 학설·판례의 입장 및 그 문제점

종래 학설에 따르면, 형성권이라 함은 권리자의 일방적인 의사표시에 의하여 법률관계의 발생·변경·소멸을 일으키는 권리이다. 이런 이유로 하여 형성권의 행사는 법률행위의 유형 중에서 특히 단독행위라 한다. 그리고 이러한 형성권의 예로서 법률행위의 동의권(제5조, 제10조)·취소권(제140조 이하)·추인권(제143조 이하)·상계권(제492조)·계약 해제권 및 해제권(제543조 이하)·일방예약 완결권(제564조) 등을 들고 있다.

형성권은 다른 법률사실의 존부와 상관없이 법률규정 또는 당사자간의 합의에 의하여 형성권이 부여된 자, 즉 형성권자의 일방적 의사표시에 의하여 권리관계의 변동을 일으킨다는 점에서 특색을 가진다. 이런 측면에서 보면 연구대상판결에서 문제된 재판상 이혼청구권에 대하여는 이를 형성권의 범주에 포함시킬 수 없다는 논리가 가능하다. 왜냐하면 배우자 일방의 타방에 대한 일방적 이혼의 의사표시가 있다고 하여 이혼이라는 법률효과가 발생하는 것은 아니기 때문이다. 이 문제에 대하여 종래 학설은 형성권에는 형성권자의 의사표시만으로 효력이 생기는 것과 법원의 판결에 의하여 비로소 법률효과가 발생하는 것이 있다고 하면서, 후자에 해당하는 형성권으로서 이 글에서의 논의 대상인 재판상이혼권(제840조)을 비롯하여 채권자취소권(제406조)·혼인취소권(제816조)·친생부인권(제846조)·입양취소권(제884조)·재판상과양권(제905조) 등을 들고 있다.

요컨대, 종래 학설은 재판상 이혼청구권을 형성권으로 보고 있다. 연구대상판결 또한 재판상 이혼청구권을 형성권으로 보고 있다. 그러나 재판상 이혼청구권을 재판상 행사하여야 하는 ‘형성권’으로 관념하는 태도는 다음과 같은 몇 가지 측면에서 수긍하기 어려운 점이 있다.

첫째, 형성권의 연혁적 내지 본질적 측면이다. 형성권(Gestaltungsrecht)은 독일민법 특유의 법기술로서 형성권자의 일방적 의사표시(즉 단독행위)에 의하여 권리변동을 발생시킨

다는 점을 핵심적 표지로 한다. 다른 법제(특히 프랑스)에서와 달리 독일민법에 있어서 형성권 개념에 큰 비중을 둔 것은 BGB의 기본적 입법태도와 관련된다. 이성주의(rationalisme)의 영향이 강하게 작용한 BGB는 당사자 일방의 의사표시만으로 권리변동을 일으킬 수 있는 경우를 상정하였다. 즉 특정의 권리변동에 있어서는 권리요건을 정밀하게 정함으로써 권리관계 당사자간의 합의 또는 법원의 간섭 없이도 당사자 일방의 단독행위에 의하여 정당한 법률관계의 정립이 가능하다는 것이다. 그 결과 BGB에 있어서 형성권의 존부와 형성권 행사의 적법성에 대한 사법적 심사는 ‘사후통제(contrôle a posteriori)’의 방법이 된다. 형성권 개념을 인정하는 데 따르는 중요한 실익은 권리변동의 신속성·효율성 확보에 있다. 그런데 재판상 이혼청구권(종래 학설에서 ‘재판상 행사하여야 하는 형성권’이라고 하는 권리를 포함)은 형성권의 이와 같은 본원적 특질이 포함되어 있지 않다. 배우자 일방이 타방에 대하여 이혼청구권을 행사한다고 하여 그것만으로 법률관계의 변동이 생기는 것은 아니기 때문이다.

둘째, 비교법적 내지 법논리적 측면이다. 재판상 이혼청구권에 대한 사법적 응답인 이혼판결이 형성판결이라는 점은 의문의 여지가 없다. 그런데 “이혼판결은 형성판결이다.”라는 사실과 “이혼청구권은 형성권이다.”라는 사실은 필연적 논리관계에 있지 않다는 점에 유의할 필요가 있다. 이러한 관점은 다음과 같은 비교법적 검토를 통하여 어렵지 않게 논증될 수 있다. BGB의 태도와 달리 프랑스 민법전은 “누구도 스스로를 정당하게 판단할 수 없다(Nul ne peut se faire justice à soi-même)”는 원칙에 충실한 입법태도를 견지하고 있다.²⁾ 이에 따라 프랑스 민법에서는 형성권의 개념이 존재하지 않으며 극히 예외적인 경우(예: 유언)에 이를 단독행위(acte unilatéral)로 포섭할 뿐이다.³⁾ 그러나 형성권 개념이 존재하지 않는 프랑스 민법에서도 형성판결(jugement constitutif)의 개념은 존재한다. 종래 학설에서 말하는 ‘재판상 행사하여야 하는 형성권’의 경우를 비롯하여 해제소송(action en résolution), 무효소송(action en nullité) 등이 형성판결에 해당하는 것들이다. 요컨대, 이혼판결이 형성판결이라는 것이 재판상 이혼청구권을 형성권으로 볼 수 있는 논거로 될 수는 없다.

셋째, 소송법적 측면이다. 종래의 학설·판례와 같이 형성권을 당사자의 일방적 의사표시에 의하는 것과 재판상 행사하여야 하는 것의 두 부류가 있다고 하게 되면 전자에 해당하는 형성권은 확인판결의 대상은 될 수 있으나 형성판결의 대상은 되지 못하는 반면 후자의 경우에는 형성판결의 대상이 된다. 당사자의 일방적 의사표시에 의하여 행사하는 것이든 재

2) J. Beguin, L'adage «Nul ne peut se faire justice à soi-même» en droit français, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. XVIII, Paris, Dalloz, 1969, pp. 41 et s.; - B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, th. Paris, 1973, p. V.

3) 이런 이유로 프랑스 민법에서는 권리변동에 대한 사법적 심사는 ‘사전통제(contrôle a priori)’에 의하게 된다(이를테면, 형성권의 전형인 해제·취소는 프랑스에서는 모두 재판에 의하여 이루어지게 된다). 이러한 사전통제주의는 사법과잉이라는 난점의 원인이 되고 있다.

판상 행사하는 것이든 간에 실체법적으로 형성권이라는 동일한 본질을 보유하는 권리에 대한 구체결과가 하나는 확인판결의 성질을 가지고, 다른 하나는 형성판결의 성질을 보유한다는 것은 부자연스러운 면이 있다.

넷째, 소위 ‘재판상 행사하여야 하는 형성권’의 개념을 인정한다면 “형성권이라 함은 권리자의 일방적인 의사표시에 의하여 법률관계의 발생·변경·소멸을 일으키는 권리이다.”라는 정의를 수정하여야 할 것이다. 왜냐하면 ‘재판상 행사하여야 하는 형성권’의 경우에는 법률관계의 당사자 일방에 의한 의사표시가 있다고 하여 도대체 무슨 권리변동이 생기는 것은 아니기 때문이다. 우리 학설에서는 ‘재판상 행사하여야 하는 형성권’이라는 용어를 별다른 거리낌 없이 사용하고 있으나 형성권 개념의 근원지인 독일법에 있어서는 상황이 다르다는 점에 유의할 필요가 있다. 독일의 경우에는 우리 민법학에서 말하는 ‘재판상 행사하여야 하는 형성권’이라는 용어를 직접적으로 사용하지는 않고 “권리자는 형성소권(Gestaltungsklagerecht)을 가진다.”라는 정도로 표현하고 있다. 다만 이 ‘형성소권’의 권리 속성에 대하여는 ‘넓은 의미에서의 형성권’(Gestaltungsrecht im weiteren Sinn)이라고 보고 있다.⁴⁾ 이런 권리를 단순히 ‘형성권’이라고 하지 않는 이유는 명백하다: 당사자 일방의 의사표시로 인하여 어떠한 권리변동도 일어나지 않기 때문이다. 그럼에도 불구하고 형성권의 카테고리에 포함시킬 수 있다는 논거는, 소위 ‘넓은 의미의 형성권’의 행사에 의하여 형성판결이 있다고 할 때 그 형성판결도 결국 그러한 소송을 제기한 자의 의사와 연관되어 있기 때문이라는 것이다.⁵⁾ 그러나 이러한 설명은 설득력이 없다고 본다. 왜냐하면 형성권의 본질은 권리자의 일방적 의사표시에 의하여 권리변동이 일어난다는 데에 있는 것인데, 형성판결을 구할 수 있는 권리의 경우에는 그러한 본질을 가지고 있지도 못할 뿐만 아니라 또한 이를 형성권이라고 보아야 할 특별한 필요성도 없기 때문이다. 생각건대, 종래 우리 학설에서 말하는 소위 ‘재판상 행사하여야 하는 형성권’ 내지 독일법에서 말하는 ‘넓은 의미의 형성권’에 속하는 것으로 보는 권리는, 실체법중심의 관점에 기초한 권리분류 체계 중 어느 한 부류에 포함시키기 곤란한 것이 아닐까 생각한다.⁶⁾ 어쨌든, 독일민법학에서는 형성판결을 청구할 수 있는 권리의 속성에 대하여 이를 순수한 형성권으로 보고 있지는 않다는 점에서 우리 학설의 입장과는 분명한 차이가 존재한다. 종래 우리 학설에서 별다른 생각 없이 ‘재판상 행사하여야 하는 형성권’이라는 용어를 사용하게 된 것은 일본으로부터 비롯된 것으로 추측된다.

4) 이 부분에 대하여는 Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 5. Aufl., C. H. Beck Verlag, München, 1980, § 13 II, p. 194.

5) Karl Larenz, *op. cit.*, § 13 II, p. 194.

6) 바로 이런 측면에서 필자는 이들 권리의 속성을 기존의 권리분류체계에 포함시키기 곤란한 특수한 속성의 권리로 보고자 하며, 이에 대하여는 다음 항에서 논의하기로 한다.

3. 하나의 다른 시각

연구대상판결에서 문제된 재판상 이혼청구권을 형성권으로 보는 태도는 위에서 지적한 것과 같은 문제점을 내포하고 있다. 이러한 상황이 소위 ‘재판상 행사하여야 하는 형성권’이라는 관념으로부터 비롯된 것이라는 점을 고려해 보면 이혼청구권은 형성권이 아닌 다른 것으로 보아야 할 필요성이 제기된다. 이혼청구권을 형성권으로 보지 않는다면 이것의 본질은 무엇으로 파악하여야 할 것인가?

이 의문점에 대한 해결책을 모색하기에 앞서 우선 실제법상의 형성권과 형성판결을 구할 수 있는 권리는 준별되어야 한다는 점에 유의할 필요가 있다. 일련의 사안에서 종래 판례도 양자의 구별을 명백히 하고 있다: ① 원고가 피고에게 임대한 대지에 대한 임대료를 종래보다 인상하여 청구한 데 대하여 피고는 원고가 주장하는 임대료는 전년도에 비하여 과다하므로 감액을 청구하는 반소를 제기한 사안에서 대법원은 민법 제628조에 의한 임차인의 차임 감액청구권은 사법상의 형성권이지만 법원에 대하여 형성판결을 구할 수 있는 권리가 아니므로 원고의 임대료증액주장에 대한 방어방법으로 소송상 주장하는 것으로 족한 것이고 이를 독립된 소(형성의 소)로 제기할 성질의 것이 아니라는 이유로 반소를 각하한 원심의 판단을 정당하다고 하였다⁷⁾; ② 기존 법률관계의 변경·형성을 목적으로 하는 형성의 소는 법률에 명문의 규정이 있는 경우에 한하여 제기할 수 있는바, 조합의 이사장 및 이사가 조합업무에 관하여 위법행위 및 정관위배행위 등을 하였다는 이유로 그 해임을 청구하는 소송은 형성의 소에 해당하는데, 이를 제기할 수 있는 법적 근거가 없으므로 조합의 이사장 및 이사 직무 집행정지 가처분은 허용될 수 없다.⁸⁾

형성의 소는 법률규정이 있는 경우에만 허용되고⁹⁾, 법률이 그러한 형성의 소를 인정하고 있다는 사실 자체에 의하여 소의 이익이 인정된다.¹⁰⁾ 종래 학설에서 ‘재판상 행사하여야 하는 형성권’으로 관념되던 권리는 이들 권리를 행사함으로써 나타나는 결과가 대세효를 갖는 것과 같이 그 효력이 중대한 것들이다. 그러므로 법원으로 하여금 권리변동요건의 존부를 심리하게 하고 판결에 의하여 비로소 권리변동이 일어나도록 한 것이다. 재판상 이혼청구권과 같이 소를 통하여서만 권리관계의 변동이 일어나는 것으로 한 이유는 위에서 설명한 바와 같이 당해 권리관계의 중대성에서 찾아야 할 것이다. 이혼청구권과 같은 권리의 속성은 권리자의 일방적 의사표시에 의하여 권리관계의 변동이 일어나는 형성권과 구별하여야 할 것이다. 그렇다면 이혼청구권을 비롯하여 소위 ‘재판상 행사하여야 하는 형성권’으로 관념되어 온 권리의 작용상의 분류에 따를 때, 어디에 위치시켜야 할 것인가? 이들 권리는 작용에

7) 대판 1968. 11. 26. 68다1902; 대판 1968. 11. 19. 68다1882, 68다1883 등 참조.

8) 대판 2001. 1. 16. 2000다45020. - 대판 1993. 9. 14. 92다35462 및 대판 1997. 10. 27. 97마2269 등도 같은 취지의 판결이다.

9) 대판 1968. 11. 26. 68다1902, 1903; 대판 1993. 9. 14. 92다35462 등 참조.

10) 정동윤, 민사소송법, 법문사, 1995, 379면.

의한 권리 유형 중 어디에도 속하지 않는다고 보아야 할 것이다.¹¹⁾ 왜냐하면 이들 권리는 지배권도, 청구권도, 항변권도 아니며, 그렇다고 이를 형성권으로 볼 수도 없는 것이기 때문이다.

이 글의 논지에 따르면, 종래의 권리분류 체계에 포섭될 수 없는 특수한 유형의 권리가 있다는 것인데, 이러한 현상은 어디에 기인하는 것으로 볼 것인가? 소권법체계에서 실체법 중심체계로 전환하는 과정에서 발생한 현상으로 판단된다. 이를 부연하면 다음과 같다. 소권법체계 아래에서는 이익유형이 정형화되어 있고 이들 각각의 이익유형마다 판결획득의 요건이 정해져 있으며 그 요건 하에서만 소송이 허용되었다. 그러나 실체법중심체계 아래에서는 실체적 권리가 있다고 주장하는 자는 의무자에 대하여 재판 외의 행위 또는 소 제기를 통한 재판으로 자신의 권리를 실현할 수 있다 그런데 실체법중심체계에 있어서도 특별한 정책적 이유에서 자신의 권리를 반드시 재판상에서만 행사하여야 하는 유형의 권리가 있을 수 있는데, 종래 학설에서 말하는 소위 ‘재판상 행사하여야 하는 형성권’이 여기에 속하는 것이다. 이러한 유형의 권리는 그 외형만을 보면 이익유형이 정형화되어 있고 이들 각각의 이익유형마다 판결획득의 요건이 정해져 있으며 그 요건 하에서만 소송이 허용되는 측면을 보유하고 있어 마치 소권법체계 하에서의 소권(actio)과 유사한 면이 있다. 그러나 소위 ‘재판상 행사하여야 하는 형성권’을 단순히 소권으로 볼 수는 없다. 소권법체계 하에서의 소권과 달리 실체법중심체계에 있어서 일정한 실체권을 재판상에서만 행사하도록 한 것은 법률관계의 중대성을 고려한 법정정책적 고려의 결과인 것이지 법체계에 따른 당연한 결과는 아니기 때문이다.

위의 논의에 기초하여 생각해 볼 때 다음과 같은 평가가 가능하다. 재판상 이혼청구권의 권리 속성에 관하여 연구대상판결이 “재판상 이혼청구권이 법률상 그 행사기간의 제한이 없는 형성권으로서...”라고 판시한 부분은 형성권의 본질에 대한 오해의 측면이 있으며, 또한 ‘실체법상의 형성권’과 ‘형성판결을 구할 수 있는 권리’를 구별하는 일련의 판례와도 상충되는 부분이 있다.

III. 시간 경과로 인한 형성권의 소멸

1. 논의의 방향

연구대상판결에서 대법원은 악의의 유기를 원인으로 하는 재판상 이혼청구권의 권리 속성은 형성권이며, 이 경우는 그 행사기간의 제한이 없는 경우이므로 10년의 제척기간에 걸

11) 종래 학설에서도 소를 통하여서만 법률관계를 변동시킬 수 있는 형성권에 대하여 이를 ‘형성소권(Gestaltungsklagerecht)’으로 부르기도 한다(예: 정동윤, 앞의 책, 380면). 그런데 이러한 의미의 형성소권은 필자의 견해와 차이가 있다. 종래 학설은 ‘형성소권’을 형성권의 일종으로 보는 입장을 유지하기 때문이다.

린다는 점을 인정하고 있다. 재판상 이혼청구권을 형성권으로 본 것은 그 출발 자체로부터 이 글의 논지와 커다란 시각차가 있다. 그런데 이 점을 제외하더라도 다음과 같은 또 다른 의문점이 여전히 남는다: ① 형성권의 행사기간은 언제나 제척기간인가의 문제; ② 형성권의 행사기간이 법정되어 있지 않은 경우에는 10년의 제척기간으로 소멸하는가의 문제.

아래에서는 이들 문제를 중심으로 논의를 전개하기로 한다.

2. 형성권 행사기간 제한의 취지와 방법

권리자의 일방적인 의사표시에 의하여 권리변동이 일어나게 되는 형성권의 특질로 인하여 당해 권리관계의 상대방은 물론 기타 이해관계자로서는 극히 불안정한 지위에 있게 된다. 그러므로 형성권이 존재하는 경우에 법률관계의 유동기간으로 인한 법적 불안정 상태를 완화할 필요가 있다. 이런 배경에서 우리 민법이 채택하고 있는 대책은 2가지로 요약할 수 있다. 하나는 행사기간의 법정이며, 다른 하나는 상대방에게 최고권(예: 제552조)을 부여하는 것이다. 특히 후자의 최고권에 대하여 좀 더 살펴보기로 한다. 이러한 의미의 최고권은 독일민법상의 법기술로서 상황변경의 효력을 가져오게 된다 즉 형성권자에게 형성권을 인정할 대신 그 상대방에게는 형성권자에 대하여 상당한 기간을 정하여 권리행사 여부를 최고하게 하고 상당한 기간 내에 아무런 반응이 없으면 형성권이 소멸된 것으로 하는 것이다.

우리 민법상 형성권으로 인정되는 권리의 행사기간에 대한 제한방법은 다음과 같은 세 유형으로 분류할 수 있다: ① 최고권만을 둔 경우¹²⁾, ② 행사기간만을 정한 경우¹³⁾, ③ 최고권과 행사기간을 병렬적으로 인정하는 경우¹⁴⁾가 그것이다.

3. 형성권의 행사기간 제한의 성질

법률에서 형성권의 행사기간을 정한 경우에 이 기간의 성질이 무엇인가 하는 점에 대하여 논의가 있다. 이 논의의 핵심은 형성권의 행사기간은 언제나 제척기간인가 하는 것이다.

이 문제에 대하여 통설은 형성권의 행사기간을 모두 제척기간으로 보고 있다.¹⁵⁾ 즉 형성권은 소멸시효의 대상이 될 수 없다는 것이다. 통설의 주요 논거는 다음과 같다: ① 소멸시효는 ‘권리 불행사의 상태에 대한 중단’이라는 것을 가장 특징적인 요소로 하는데, 형성권에 있어서는 형성권자에 의한 권리행사가 있으면 그것만으로 법률효과가 발생하므로 권리가 행사되었으나 목적을 달성하지 못한다는 상태는 논리적으로 생각할 수 없다는 것 ② 형성권의 경우에는 ‘의무불이행’이라는 사실상태가 있을 수 없기 때문에 소멸시효의 대상이 될

12) 예: 해제권(제552조), 선택채권관계에서의 선택권(제381조) 등.

13) 예: 담보책임법상의 해제(제573조, 제582조) 등.

14) 예: 행위무능력을 원인으로 한 법률행위의 취소권에 관한 제146조 및 제15조.

15) 곽윤직, 민법총칙, 박영사, 1992, 557면; 이영준, 민법총칙, 법문사, 1991, 748면; 김상용, 민법총칙, 법문사, 1993, 808면 등.

수 없다는 것.

그런데 통설이 들고 있는 이들 논거는 적절하다고 할 수 있는가에 대하여 의문이다. 우선, 논거 ①은 권리자의 일방적 의사표시에 의하여 행사하는 형성권의 경우라면 모르겠지만 소위 ‘재판상 행사하여야 하는 형성권’의 경우에는 타당성을 가질 수 없다는 점을 지적할 수 있다. 논거 ②는 어떠한가? 논거 ②는 결국 소멸시효는 의무불이행 상태가 존재할 수 있어야 한다는 것을 전제로 한 것이라는 설명이다. 그런데 물권의 경우에도 ‘의무불이행 상태’라는 것을 상정할 수 없다는 점은 형성권의 경우와 마찬가지로이다. 현행 민법상 물권도 소멸시효의 대상이 되는 권리인데, ‘의무불이행 상태’를 상정할 수 없는 물권이 소멸시효의 대상이 될 수 있다는 것은 어떻게 설명할 것인가 하는 문제점이 있다.

생각건대, 형성권의 행사기간의 성질은 일률적으로 볼 것이 아니라 경우를 나누어 보아야 할 것으로 판단된다. 첫째, 법률에 행사기간의 제한이 규정된 경우에는 제척기간으로 보아야 할 것이다. 그리고 이 경우를 제척기간으로 보는 근거는 통설에서 제시한 논거보다는 형성권 행사로 인한 법률관계의 불안정을 완화할 필요가 있다는 것, 즉 형성권 자체의 특성에서 찾아야 할 것이다. 둘째, 법률에 행사기간의 제한이 없는 때에는 제척기간을 말하기 어렵다고 생각한다.

법률에 행사기간의 제한이 없는 형성권에 대하여 좀 더 살펴보기로 한다. 이 경우에 관한 학설로는 다음과 같은 것이 있다: ① 제1설로서, 이러한 형성권은 제162조 제2항의 ‘채권 및 소유권 이외의 재산권에 해당한다고 보아 20년의 기간으로 소멸한다고 보는 견해¹⁶⁾; ② 제2설로서, 제1설과 같이 보게 되면 형성권의 발생원인인 채권은 10년의 소멸시효에 걸리는데, 그러한 채권으로부터 파생된 권리인 형성권은 20년의 시효에 걸리게 되는 불균형이 발생하므로 10년의 기간으로 소멸한다고 보는 견해¹⁷⁾; ③ 제3설로서, 민법 제2조에 근거한 실효의 원칙에 따라 해결하여야 한다는 견해¹⁸⁾; ④ 제4설로서, 형성권의 행사기간은 그것의 기초가 된 권리관계에 의하여 결정하여야 한다는 견해¹⁹⁾.

제1설과 제2설에 대하여는 다음과 같은 비판이 가능하다. 제1설과 제2설도 기본적으로는 “형성권의 행사기간은 제척기간이다.”라는 입장을 취하고 있다. 그런데 제162조는 제척기간이 아닌 소멸시효에 관한 규정이다. 제척기간이 문제되고 있는 상황에서 제162조를 운운하는 것은 법적 근거가 없는 입장이라고 할 수밖에 없다고 본다.²⁰⁾ 또한 제2설에 대하여는 형

16) 직접적으로 이러한 주장을 하는 분은 없는 것으로 알고 있다.

17) 종래 다수설의 입장(곽윤직, 앞의 책, 557면; 김상용, 앞의 책, 808면 등)으로 판단되며, 현재 판례의 입장이기도 하다(대판 1990. 1. 12. 88다카25342; 대판 1992. 7. 28. 91다44766,44773 등 참조). 연구대상판결도 이와 같은 입장을 전제로 하고 있다.

18) 이영준, 앞의 책, 749면.

19) 김증한·김학동, 민법총칙, 박영사, 1995, 515면; 이은영, 민법총칙, 박영사, 1996, 784면.

20) 제162조는 제1항에서 채권을 규정하고 있고, 제2항에서 소유권 및 기타 재산권을 규정하고 있다. 그런데 형성권이라는 것은 지배권, 청구권, 항변권 등과 함께 권리의 작용에 의한 분류일 뿐이며, 특히 제

성권의 행사 결과 발생하는 권리가 언제나 채권인 것은 아니라는 점²¹⁾을 간과했다는 비판도 가능하다. 제3설은 일반적인 해결책이 되지 못한다는 약점이 있다. 실효의 원칙은 신의칙의 파생원칙인데, 신의칙은 모든 경우에 고려되는 명제이기는 하나 그 자체가 유일하며 직접적인 권리변동요건이 될 수는 없는 것이기 때문이다. 신의칙이라는 일반규정으로의 도피는 구체적 법규범의 무용화를 초래하고 또한 법규범이 보유하여야 할 예견가능성을 저해하게 된다.

생각건대, 형성권의 행사기간에 관하여 명시적 규정이 없다면 일반규범에 따라 해결하여야 할 것이다. 그리고 여기에서 말하는 일반규범은 형성권의 기초가 되는 권리(예: 채권, 물권)의 소멸시효로 보아야 할 것이다. 즉 형성권에 행사기간이 정해지지 않은 때에는 기초권리의 시효소멸에 따라 형성권도 소멸하는 것으로 보아야 할 것이다. 이렇게 보는 것이 기초권리와 형성권의 불가분성에도 부합하는 해석이 될 것이다.²²⁾ 이러한 입장은 제4설과 대체로 유사하나 그것과 약간의 차이가 있다. 제4설도 기본적으로는 “형성권은 소멸시효의 대상이 될 수 없다”는 입장을 견지하고 있기 때문이다.

4. 연구대상판결의 검토

형성권의 행사기간에 관한 법률규정이 없는 경우에 대하여 연구대상판결은 종래의 대법원의 입장 내지 앞서 본 학설 중 제2설을 계속 유지하였다. 그런데 이러한 입장이 법리적인 점을 포함하고 있음을 확인하였다. 그러므로 이 부분에 대한 연구대상판결의 이론구성 태도는 재고의 여지가 있다.

형성권에 행사기간이 정해지지 않은 때에는 기초권리의 시효소멸에 따라 형성권도 소멸하는 것으로 보아야 한다는 입장을 관철한다고 했을 때 계속 남는 문제가 있다. 재판상 이혼청구권을 형성권으로 본다면 이러한 형성권의 기초가 되는 권리는 무엇인가 하는 것이 그것이다. 재판상 이혼청구권을 형성권으로 보는 경우에 나타날 수 있는 문제이다. 제840조 제2호에 기한 이혼청구권에 대하여는 권리행사 기간을 정한 바 없다. 재판상 이혼청구권을 형성권으로 보면서 동시에 형성권의 행사기간에 관한 명시적 규정이 없는 경우에 대하여 기초권리의 소멸에 따라 형성권도 소멸한다는 입장을 취하게 되면 ‘재판상 이혼청구권’이라는

162조가 열거하고 있는 것(채권, 소유권)은 이들 작용에 의한 권리(즉 형성권, 지배권, 청구권, 항변권)의 기초를 이루는 권리이다. 그러므로 권리의 작용적 차원에서의 분류인 형성권을 그 기초인 채권, 물권과 동차원에 위치시키고 형성권을 제162조 제2항에서 말하는 ‘채권 및 소유권 이외의 재산권’의 하나에 포함시켜 설명하는 것은 수긍하기 어렵다.

21) 예: 해제권 행사로 인하여 매도인이 가지게 되는 원상회복청구권은 소유권에 기한 물권적 청구권이므로 시효와 무관한 권리이다.

22) 대법원이 “공유물분할청구권은 공유관계에서 수반되는 형성권이므로 공유관계가 존속하는 한 그 분할청구권만이 독립하여 시효소멸될 수 없다”(대판 1981. 3. 24. 80다1888,1889)는 것도 이러한 취지라고 본다.

형성권의 행사기간은 어떻게 보아야 할 것인가 하는 난점에 도달하게 된다. 이혼청구권을 형성권으로 보지 않는다면 이런 문제는 발생할 여지가 없으며, 이는 이혼청구권의 권리속성을 형성권으로 볼 수 없는 실제적 이유 중의 하나라 할 것이다.

IV. 악의의 유기를 이유로 한 이혼청구권의 행사기간

1. 논의의 방향

재판상이혼청구권의 행사기간과 관련하여 피고측의 상고이유를 요약하면 다음과 같다. 이 사건에 있어서 원심판결이 인정한 피고 B의 악의의 유기행위사실은 존재하지 아니한 것이며, 설사 피고 B의 유기행위가 인정된다 하더라도 원고의 이 사건 소송은 이혼청구권의 제척기간 10년이 도과된 후에 제기된 것이므로 이 사건 이혼청구는 배척되어야 할 것임에도 불구하고 원심판결은 원고의 이혼청구를 받아들였다.²³⁾ 이에 대하여 대법원은 다음과 같은 이유를 들어 상고를 기각하였다: “악의의 유기를 원인으로 하는 재판상 이혼청구권이 법률상 그 행사기간의 제한이 없는 형성권으로서 10년의 제척기간에 걸린다고 하더라도 피고가 부침관계를 계속 유지함으로써 민법 제840조 제2호에 해당하는 배우자가 악의로 다른 일방을 유기하는 것이 이혼청구 당시까지 존속되고 있는 경우에는 기간 경과에 의하여 이혼청구권이 소멸할 여지는 없다.”

이 부분 판시와 관련하여 다음에서는 제840조 제2호의 악의의 유기로 인한 이혼청구권의 행사기간을 어떻게 보아야 할 것인가의 문제를 중심으로 논의를 전개하기로 한다.

2. 제842조의 유추적용 가능성: 부정

배우자의 부정행위로 인한 이혼청구권(제840조 제1호) 및 기타 혼인생활을 계속하기 어

23) 상고이유를 구체적으로 보면 다음과 같다: ① 피고 B는 1970년부터 C와 동거하여 왔고 1979년부터 원고 A와 별거하고 C와만 동거하여 왔으므로 그로부터 10년이 훨씬 지난 1994년 4월 8일에 이르러 원고 A가 이 사건 이혼청구 사유를 내세워 이 사건 소송을 제기한 것은 이혼청구권의 제척기간인 10년이 이미 지난 후에 제기된 것으로 받아들일 수 없는 것이다; ② 그런데 원심판결은 이 점에 대하여 원고의 유기행위가 1979년도에 종료된 것이 아니고 현재까지 계속되고 있음을 전제로 이 사건 소송은 위의 10년의 제척기간 이후에 제기된 것이 아니라는 취지의 판단을 하였다; ③ 유기행위는 유기행위가 있는 후 유기상태를 변화시키는 다른 행위가 있을 때까지 그 행위 자체가 계속되는 것이 아니고 유기행위 당시로서 종료된 것이며 다만 유기행위로 인하여 발생한 유기상태만이 지속되는 것이라 할 것이다; ④ 그러므로 피고 B가 1979년 원고 A와 별거하고 원고를 악의로 유기하였다면 그 당시에 그 유기행위는 종결된 것이라 보아야 할 것이니 원고의 이 사건 소송은 결국 이혼청구권의 10년의 제척기간이 도과된 후에 제기된 것임이 명백하다; ⑤ 따라서 이 점에 관한 위와 같은 판단을 한 원심판결은 악의의 유기행위 및 이혼청구권의 10년의 제척기간에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

려운 중대한 사유(제840조 제6호)에 대하여는 각각 이혼청구권의 행사기간 등의 소멸사유를 정하고 있다(제841조, 제842조). 이에 반해 제840조 제2호 내지 제5호를 원인으로 하는 이혼청구권에 대하여는 행사기간의 제한이 없다. 그렇다면 제840조 제2호 내지 제5호의 이혼사유, 특히 연구대상판결에서 문제되고 있는 악의의 유기를 원인으로 하는 이혼청구권의 경우에는 전혀 행사기간의 제한을 받지 않는 것인가? 제841조는 배우자의 부정행위로 인한 이혼이므로 악의의 유기를 원인으로 하는 이혼청구권에 유추적용될 여지가 없다.²⁴⁾ 그러나 ‘기타 혼인생활을 계속하기 어려운 중대한 사유’로 인한 이혼청구권의 행사기간에 대한 제842조의 경우에는 유추적용 여부를 논의할 여지가 있다.

이 문제와 관련하여 제840조 제6호를 제한적 파탄주의의 근거규정으로 보는 경우에는 딜레마가 존재한다. 제840조 제1호부터 제5호의 구체적 사유는 제6호의 ‘혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유’를 예시한 것이라고 보는 입장(소위 ‘독립예시설’)에 의할 경우, 이런 관점으로 일관한다면 제2호는 제6호의 예시이므로 제6호에 관한 제842조가 유추적용²⁵⁾될 수 있다고 보는 것이 논리일 것이나, 제842조는 파탄주의의 기본관념에 근본적으로 상치되는 규정이기 때문이다.²⁶⁾

제840조 제6호의 사유가 존재한다 하더라도 타방이 이를 안 날로부터 6월, 그 사유가 있는 날로부터 2년을 경과하면 이혼청구를 하지 못한다고 하는 제842조의 취지는 이들 기간이 경과하게 되면 파탄이 어느 정도 치유된 것으로 추정할 수 있다든가²⁷⁾ 또는 가능하면 혼인공동체를 유지하고자 하는 데에 있다고 보여진다. 한편, 파탄주의라는 것은 단순한 관념이라기보다는 하나의 총체적 제도로 보아야 하는데, 우리 민법은 파탄주의의 구조를 가지고 있지 않으며 오히려 파탄주의에 대한 실정법적 제한요소가 산재하고 있다. 제842조도 그러한 규정 중의 하나이다.²⁸⁾ 이러한 점에 유의한다면 제840조 각 호의 관계에 대한 해석에 있어서도 파탄주의를 고려하여 ‘독립예시설’을 취하기보다는 오히려 판례가 취하고 있는 독립설이 현행 민법의 체계에 보다 합당하다고 생각된다.²⁹⁾ 제840조 제6호가 독립적인 이혼사유

24) 제841조의 입법취지에 대하여는 장경학, 민법 제841조의 혼인사회학적 배경, 법제월보, 1966. 3., 17면; 김주수, 혼인법연구, 법문사, 1969, 265면 이하 등 참조.

25) 오히려 ‘적용’이라고 보는 것이 적절할 것이다.

26) 유책주의에서 파탄주의로 전환한 법제에서는 이혼청구권의 제척기간에 관한 규정을 모두 삭제하였다(예: 구 BGB 제1571조의 삭제).

27) 박병호, 가족법, 한국방송통신대학출판부, 1992, 120면.

28) 독립예시설을 취하는 분 중에는 원래 파탄주의는 그 이유가 어떤 것이든 이혼을 청구하는 시점에서 부부관계가 회복할 수 없는 정도로 파탄된 경우에는 이혼을 인용한다는 주의이므로, 제척기간의 경과로 인한 이혼청구권의 소멸이란 생각할 수 없다는 이유에서 제842조는 사실상 필요없다고 한다(김주수, 친족·상속법, 법문사, 1998, 192면; 김주수, 판례가족법, 삼영사, 1978, 265면).

29) 민법 시행 초기부터 판례는 “민법 제840조의 각 이혼사유는 그 각 사유마다 독립된 이혼청구권인이 되므로 법원은 원고가 주장한 이혼사유에 관하여서만 심판하여야 한다.”는 입장을 보였다(대판 1963. 1. 31. 62다812). 그리고 최근 대법원은 “재판상 이혼사유에 관한 민법 제840조는 동조가 규정하고 있

라는 점 및 제842조는 제840조 제6호에 특유한 제척기간이라는 점에서 볼 때, 제842조를 제840조 제2호 내지 제5호의 경우에 유추적용하는 것은 불가한 것으로 보아야 할 것이다. 왜냐하면 제840조 제2호와 제6호 사이에는 유추적용의 요건으로서의 ‘기초사실 유사성’이 존재하지 않는 것으로 보는 것이 법논리에 합치하기 때문이다. 이와 같은 맥락에서 1993년 6월 11일 대법원은 “민법 제842조의 제척기간에 관한 규정은 같은 법 제840조 제6호의 사유에 기한 이혼청구에만 적용될 뿐 같은 법 제840조 제3호의 사유에 기한 이혼청구에 유추 적용될 수 없다.”고 판시하였다.³⁰⁾

1993년 6월 11일 판결이 제840조 제3호에 관한 것이기는 하나 제2호의 경우에도 마찬가지로 판시를 한 것으로 보는 데에 무리가 없다. 그리고 바로 이러한 해석태도는 연구대상판결에도 그대로 내재되어 있다.

3. 악의의 유기로 인한 이혼청구권의 제척기간 대상성: 부정

제840조 제2호에 기한 이혼청구에 대하여 제842조의 제척기간에 관한 규정이 유추적용될 수 없다는 것은 두 가지의 의미로의 이해 가능성이 있다. 하나는 법률상 제척기간의 규정이 없는 제840조 제2호 내지 제5호의 사유로 인한 이혼청구권은 행사에 아무런 기간의 제한을 받지 않는다는 식의 이해이다. 그리고 다른 하나는, 법률상 제척기간의 규정이 없는 제840조 제2호 내지 제5호의 사유로 인한 이혼청구권은 민법 제841조, 제842조 소정의 단기 제척기간의 적용을 받지 않는다는 것일 뿐이라는 식의 이해이다.³¹⁾ 이 점에 있어서 연구대상판결은 후자의 입장을 채택하였다. 즉 연구대상판결은 재판상 이혼청구권의 속성이 형성권이며 이 권리에 제척기간의 정함이 없는 경우라는 토대 위에서 종래의 입장에 따라 10년의 제척기간을 말하고 있는 것이다.

그런데 연구대상판결의 이러한 태도가 과연 타당성을 확보하고 있는가에 대하여 의문이 든다. 이혼청구권을 형성권이라고 하는 것도 문체이거니와 이를 도외시한다 하더라도 형성권에 법률상 제척기간의 정함이 없음에도 불구하고 단지 형성권이라는 이유 하나만으로 제척기간의 대상이 되며, 그것도 법률상의 근거가 희박³²⁾한 ‘10년의 제척기간’을 말하는 것은 석연치 않은 면이 있다.

연구대상판결은 형성권에 행사기간의 제한을 두는 것은 논리필연적인 것으로 전제하고 있는 것 같다. 그런데 이러한 판례의 입장은 수긍하기 어렵다. 형성권에 제척기간을 두는 이

는 각 호 사유마다 각 별개의 독립된 이혼사유를 구성하는 것이고, 이혼청구를 구하면서 위 각 호 소정의 수 개의 사유를 주장하는 경우 법원은 그 중 어느 하나를 받아들여 청구를 인용할 수 있다(대판 2000. 9. 5. 99므1886)고 판시함으로써 일관된 입장을 견지하고 있다.

30) 대판 1993. 6. 11. 92므1054, 1061.

31) 조해섭, 악의의 유기로 인한 이혼청구권의 제척기간, 제3자 명의의 재산과 재산분할의 대상, 부침관계와 손해배상 등, 대법원판례해설, 제30호, 197면.

32) 곽윤직 편/윤진수 집필, 민법주해[III], 박영사, 1996, 428면.

유는 법률관계의 불안정 상태를 완화하기 위한 것이다. 그런데 이혼청구권의 경우에는 이것을 형성권으로 본다 하더라도 굳이 제척기간을 운운해야 할 필요성이 절실하지 않다. 그 이유는 이러하다. 법률행위의 취소권과 같은 경우에는 법질서에 어긋나는 상황을 정정하여 새로운 법률관계를 형성한다는 의미를 가지고 있으나, 이혼의 경우는 적법하게 존재하는 혼인관계를 장래에 향하여 해소시키는 것이다. 법질서에 어긋나는 상황을 정정하여 새로운 법률관계를 형성하는 경우에는 법적 불안정 상태를 완화하여야 할 필요가 있겠으나 이혼의 경우에는 상황이 전혀 다른 것이다. 이를테면, 이혼을 하지 않고 혼인관계가 계속 존속한다 하여 법적 불안정 상태가 야기되는 것은 아니라는 것이다.

한편, 대법원 판결 중에는 형성권에 행사기간의 제한을 두는 것이 논리필연적인 것은 아닌 것으로 보아 연구대상판결과 달리 판단한 사안도 있다. 1993년 8월 24일 판결³³⁾과 같은 것이 그 예이다. 이 판결은 혼인취소에 관한 것이었는데, 혼인취소 사유 중 중혼과 연령미달의 경우에 제척기간 또는 권리소멸사유를 정하지 않은 점에 대하여 다음과 같이 판시하고 있다: “민법의 관계규정에 의하면 민법 소정의 혼인취소사유 중 동의 없는 혼인, 동성혼, 재혼금지기간 위반 혼인, 악질 등 사유에 의한 혼인, 사기·강박으로 인한 혼인 등에 대하여는 제척기간 또는 권리소멸사유를 규정하면서도(민법 제819조 내지 제823조) 중혼과 연령미달 혼인에 대하여만은 권리소멸에 관한 사유를 규정하지 아니하고 있는 바, 이는 중혼 등의 반사회성, 반윤리성이 다른 혼인취소사유에 비하여 일층 무겁다고 본 입법자의 의사를 반영한 것으로 보이고, 그렇다면 중혼의 취소청구권에 관하여 장기간의 권리불행사 등 사정만으로 가볍게 그 권리소멸을 인정하여서는 아니될 것이다.” 이 판결은 형성권에 제척기간의 정함이 없는 경우에 대하여 10년의 제척기간을 연관시키지 않았다는 점에서 연구대상판결의 입장과는 상당한 차이가 있다.

행사기간의 정함이 없는 형성권에 대하여 이를 일률적으로 10년의 제척기간에 걸린다고 보는 태도는 체계적 해석의 요구는 물론 헌법합치적 해석과도 거리가 있다고 생각한다. 이혼청구권은 헌법상의 기본권과 연관되는데, 만일 법률규정이 존재하지 않음에도 불구하고 10년의 기간으로 이혼청구권이 소멸하게 된다면, 이는 기본권 제한의 방식은 최소한 ‘일반성’과 ‘명확성’을 가진 법률에 의하여야 하고 그 방식에 있어서도 ‘보충성의 원리’, ‘최소침해의 원리’, ‘적합성의 원리’, ‘비례의 원칙’이 고려되어야 한다는 헌법적 요구와 거리가 있다.

4. 연구대상판결의 검토

악의의 유기로 인한 이혼청구권의 경우에는 제척기간의 정함이 없으므로 10년의 제척기간을 문제삼을 것이 아니라 제척기간의 적용이 없는 것으로 해결하는 것이 보다 타당한 법 해석 태도가 아니었을까 생각한다. 물론 이혼청구를 할 수 있는 자가 오랜 기간 동안 이혼

33) 대판 1993. 8. 24. 92므907.

청구를 하지 않다가 돌연 이혼청구를 함으로써 상대방 배우자를 곤경에 처하게 할 가능성도 있다. 그러나 이러한 경우는, 마치 혼인취소에 관한 1993년 8월 24일 판결에서와 유사한 맥락³⁴⁾에서, 신의칙 내지 권리남용금지의 원칙에 따라 이혼을 부정하는 방향으로 해결하면 될 것이다.³⁵⁾ 물론 연구대상판결의 경우에는 사안의 내용상 원고 A의 이혼청구에 대하여 이를 실효의 원칙에 따라 권리남용으로 판단할 수는 없을 것이다.

한편, 이혼청구권의 제척기간에 관한 제842조가 실제 재판에 있어서 중요한 의미를 가지지 않는다는 점도 유의하여야 할 부분이다. 대법원은 “민법 제840조 제6호 소정의 ‘기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유’가 이혼청구 당시까지도 계속 존재하는 것으로 보아야 할 경우에는 이혼청구권의 제척기간에 관한 민법 제842조가 적용되지 아니한다.”는 입장을 견지하고 있기 때문이다.³⁶⁾ 이러한 판례이론에 따라 연구대상판결은 “제840조 제2호에 해당하는 배우자가 악의로 다른 일방을 유기하는 것이 이혼청구 당시까지 존속되고 있는 경우에는 기간 경과에 의하여 이혼청구권이 소멸할 여지는 없다.”고 판시하고 있다.³⁷⁾ 판례가 이혼청구권이 제척기간의 대상이 된다는 입장을 유지하면서 동시에 이혼사유가 이혼청구 당시까지 존속되고 있는 경우에는 기간 경과에 의하여 이혼청구권이 소멸할 여지가 없는 것으로 보게 되면 이혼청구권의 제척기간을 논할 현실적 필요성이 격감하게 된다

34) 대판 1993. 8. 24. 92므907은 중혼 성립 후 10여 년 동안 혼인취소청구권을 행사하지 아니하였다 하여 권리가 소멸되었다고 할 수 없으나 실효의 법리를 적용 그 행사가 권리남용에 해당한다고 보았다.

35) 그런데 이렇게 보게 되면 형성권에 제척기간의 정함이 없는 경우에 있어서 형성권은 그 기초가 되는 권리의 시효소멸에 의하여 소멸하는 것으로 보아야 한다는 앞에서의 주장과 일치하지 않는다고 생각할 수 있다. 그러나 이혼청구권을 형성권으로 본다고 했을 때 이 형성권의 소멸을 판단하는 기준이 되는 기초권리를 상정할 수 없다는 점에서 소멸시효의 대상이 되는 채권 또는 물권과 같은 권리를 기초로 하는 형성권의 경우와 큰 차이가 있다. 물론 이런 논리적 난점도 근본적으로는 이혼청구권을 형성권으로 보는 데에서 비롯된 것이다.

36) 대판 2001. 2. 23. 2000므1561; 대판 1987. 12. 22. 86므90; 대판 1996. 11. 8. 96므1243 등 참조.

37) 이와 같은 판례이론에 대하여 종래 학설은 이혼원인 사실이 지속되는 한 제척기간은 진행되지 않는다고 평가하고 있다(조해섭, 앞의 글, 199면; 김숙자, 민법 판례 20선 - 친족·상속편, 인권과 정의, Vol. 293(2001. 1.), 62면). 그러나 이러한 입론은 제840조 제2호에 기한 이혼청구권이 제척기간의 대상이 된다는 것을 전제하고 있는 한도에서는 수긍하기 어려운 면이 있다. 제척기간은 권리의 발생시를 기산점으로 하는 것이기 때문이다(대판 1995. 11. 10. 94다22682). 이 경우에 제척기간이 진행되지 않는다고 하기보다는 오히려 이혼원인 사실이 지속되는 한 계속하여 이혼청구권이 발생한다고 하는 것이 보다 논리적이라고 생각한다. 불법행위에 기한 손해배상청구권의 단기소멸시효에 관한 사안이기는 대법원도 “불법행위가 계속적으로 행하여지는 결과 손해도 역시 계속적으로 발생하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 손해는 날마다 새로운 불법행위에 기하여 발생하는 손해로서 민법 제766조 제1항을 적용함에 있어서 그 각 손해를 안 때로부터 각별로 소멸시효가 진행된다고 보아야 한다”는 입장을 보이고 있다(대판 1989. 9. 26. 89다카6584; 대판 1996. 8. 23. 95다33450; 대판 1998. 7.24. 97므18; 대판 1999. 3. 23. 98다30285 등 참조).

V. 맺음말

위의 논의를 통하여 다음과 같은 사실을 확인할 수 있었다.

첫째, 연구대상판결은 재판상 이혼청구권이 형성권으로서의 본질을 가진다는 전제 위에서 출발하고 있으나 이러한 이론은 재고의 여지가 있다. 형성권의 연혁적 내지 본질적 측면·비교법적 내지 법논리적 측면·소송법적 측면·법체계적 측면 등을 고려해 볼 때, 이혼청구권의 권리속성을 형성권으로 파악하는 것은 문제가 있다. 형성권과 형성판결을 구하는 권리는 구별되어야 할 것이며, 이혼청구권은 후자에 속하는 ‘특수한 권리’로 파악할 필요가 있다.

둘째, 연구대상판결이 제840조 제2호의 이혼청구권은 형성권이라는 전제 위에서, 특히 이 형성권에 대하여는 제척기간의 정함이 없으므로 10년의 제척기간에 걸린다고 보고 있다. 그러나 이혼청구권은 형성권이 아니므로 이러한 추론을 하여야 할 필요도 없을뿐더러, 설령 이러한 입론을 수용한다 하더라도 그 논리 자체 또한 비판의 여지가 있다. 형성권과 제척기간은 논리필연의 관계에 있지 않을 뿐만 아니라 행사기간의 정함이 없는 형성권에 대하여 일률적으로 10년의 제척기간에 걸린다고 하는 것은 법률적 차원에서는 물론 헌법적 차원에서도 법적 근거가 희박하다.

셋째, 이혼의 경우는 적법하게 존재하는 혼인관계를 장래에 향하여 해소시키는 것이라는 점에서 법질서에 어긋나는 상황을 정정하여 새로운 법률관계를 형성하는 경우와는 차이가 있다는 점도 이혼청구권의 제척기간을 논의함에 있어서 고려되어야 할 대목으로 판단된다.

이와 같은 입론에 유의해 볼 때, 악의의 유치를 원인으로 하는 이혼청구권은 제척기간의 대상이 되지 않는 것으로 보아야 할 것이며, 경우에 따라 실효의 원칙을 적용하여 문제를 해결하는 것이 오히려 합리적인 방안이 아닐까 생각된다.

이 글에서의 논지를 가지고 연구대상판결의 사안을 평가한다 하더라도 결론은 달라지지 않는다. 그러나 제840조 제2호에 기한 이혼청구권의 행사기간과 관련한 연구대상판결의 판시부분은 민법해석학의 차원에서 매우 중요한 의미를 가지고 있는 것이어서 차후의 판결에 영향을 줄 수 있다는 점에서 지적할만한 가치가 있다고 생각한다.