

## 이혼 시 ‘공정한 재산분할’ 에 대한 소고

조 은 회\*

### 目 次

- I. 들어가는 말
- II. 재산분할청구제도에 대한 검토
- III. 이혼 시 ‘공정한 재산분할’을 위한 제언
- IV. 맺는말

### 국문초록

부부가 이혼을 하는 경우, 그들은 서로 협의하여 재산을 분할할 수 있다. 그러나 부부가 재산분할에 관하여 서로 협의할 수 없을 때 현행법은 당사자의 청구에 의하여 법원이 당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산의 액수 기타 사정을 참작하여 분할의 액수와 방법을 정하도록 하고 있다.(민법 제839의 2 제2항). 이러한 규정에 따라 우리의 경우, 재산분할은 전적으로 판사의 재량에 맡겨진다. 그렇다면 법원은 어떠한 방법으로 재산의 분할하는 것일까? 본 논문은 이혼시 ‘공정한 분할’이 어떻게 이루어지는 것이 바람직한가에 대하여 접근하고자 하였다. 이에 따라 현행 재산분할청구제도를 검토하였고, 이에 따른 문제점을 제시하였으며, 계속해서 공정한 분할을 위하여 고려되어야 하는 몇 가지 사항을 제안하였다. 우선 재산분할에 있어 남녀평등의 이념을 실현하기 위하여 남녀의 역할분담에 의한 특수한 가정경제에서 남녀의 차별을 두지 않고 균등하게 분할해야 한다는 것이다. 또한 부부재산운영에 실용성이 확보되어야 하나, 이혼시 공정한 분할을 위하여 혼인 중 중요한 재산처분에 대하여 제한규정을 두어야 한다는 것이다. 그 밖에도 청산적 분할과 부양적 분할의 확보를 위하여 두 가지의 요소는 분리되어야 하며, 특히 부양적 분할이 제대로 이루어지는 명백하지 않은 현 상황에서 부양적 분할에 대한 재검토가 이루어져야 할 것이다. 이외에도 장래 혹은 무형의 재산, 산정방식에 관한 문제, 고유재산의 분할에 관한 문제, 채무(소극재산)에 관한 문제 그

\* 제주대학교 법학부

리고 각 배우자의 재산을 청산할 때 재산의 가치를 금액으로 환산하여야 하는 문제를 지적하였다.

주제어 : 재산분할청구권, 이혼시 재산분할, 소극재산, 특유재산, 이혼, 잉여청산

## I. 들어가는 말

부부가 이혼을 하는 경우, 그들은 서로 협의하여 재산을 분할할 수 있다. 그러나 부부가 재산분할에 관하여 서로 협의할 수 없을 때 당사자의 청구에 의하여 가정법원은 당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산의 액수 기타 사정을 참작하여 분할의 액수와 방법을 정한다(민법 제839의 2 제2항). 그렇다면 법원은 어떠한 방법으로 재산을 분할하고 그 액수를 결정하는 것일까? 부부라는 특수한 공동체의 재산관계를 감안한다면, 공정한 재산분할은 그리 간단해 보이지 않는다. 독일의 경우, 잉여공동체의 종료 시 보다 정확한 산정을 위하여 전문 산정인의 도움을 받을 수 있도록 입법화하여야 한다는 제안<sup>1)</sup>은 부부재산의 분할이 복잡한 산정과정을 거친다는 것을 말해주고 있다. 우리의 경우, 재산분할은 전적으로 판사의 재량에 의한다. 각 배우자의 재산이 검토되고 이들 중 분할대상이 되는 재산을 확정하여 이들 공동재산의 가치를 산정하고, “재산분할청구권자의 기여도 기타 사정을 고려하여 전체로서의 형성된 재산에 대하여 상대방 배우자로부터 분할 받을 수 있는 비율을”<sup>2)</sup> 정한다. 이러한 분할은 형평분할(equitable distribution)의 한 방법으로, 고정적인 산정방식을 명문화하고 균등분할을 하는 입법례와는 다르다.

이들 두 가지 방법론 중 어떠한 것이 보다 바람직한 입법례인가를 정하기는 어려운 문제이다. 그러나 논고에서 본인은 공정한 분할이 어떻게 이루어지는 것이 바람직한가에 대한 주제에 근접하고자 한다. 이를 위하여 현행 재산분할제도를 검토하고자 하며, 계속해서 이혼시 ‘공정한 분할’을 위한 몇 가지의 방법을 제시해 보고자 한다.

1) Dieter Schwab, Elfter Deutscher Familiengerichtstag, 1996, 55면.

2) 대법원 2001므718 판결.

## II. 재산분할청구제도에 대한 검토

### 1. 의의와 근거

재산분할청구권이란 이혼을 한 당사자의 일방이 다른 일방에 대하여 재산분할을 청구하는 것이다<sup>3)</sup>. 부부가 이혼을 하게 되면 부부의 공동생활은 해체되고 부부가 공동으로 운영하였던 경제생활도 소멸되기 때문에 이에 대한 공동경제의 청산이 이루어지게 된다. 혼인 중 자기의 명의로 취득한 재산은 일단 특유재산으로 보나 부부의 공동경제의 특수성을 감안하여 볼 때 명의자와는 달리 재산취득이 이루어질 수 있고 재산취득에 있어서 다른 일방의 공동노력이 반영되지 않을 수 있다. 그러므로 이혼시 공동경제가 종료되면 이를 실체에 맞게 청산할 필요가 있다.

### 2. 재산분할의 요소

민법에 의해 재산분할은 법원이 '당사자 쌍방의 협력에 의하여 형성된 재산의 액수 기타 사정을 참작하여 분할의 액수와 방법을 정하도록 하고 있다(민법 제839조의 2). 이에 혼인 중 쌍방의 협력에 의하여 형성된 재산은 각자의 지분에 따라 분할하는 청산적 분할과 이혼으로 인하여 생활이 어렵게 된 배우자에 대한 고려가 포함되어야 한다는 부양적 분할이 있다. 전자에 대한 이견은 없으나, 후자의 경우 이를 인정하지 않는 의견<sup>4)</sup>도 있다. 그러나 이 두 가지를 재산분할의 요소로 보고 있는 것이 통설적 견해이다<sup>5)</sup>. 재산분할에 청산적, 부양적 요소 이외에도 위자료적 요소도 포함된다는 설이 있다. 이것은 대법원 판례<sup>6)</sup>가 "재산분할은 공동재산을 청산하여 분배함과 동시에 이혼 후에 상대방의 생활유지에 이바지하는 데 있지만 분할자의 유채행위에 의하여 이혼함으로써 인하여 입게 되는 정신적 손해를 배상하기 위한 급부로서의 성질까지 포함하여 분할할 수도 있다"고 판시하고 있음에 기인한 것으로 생각된다. 그러나 우리 민법은 위자료청구와 재산분할을 분류하여 그 근거와 성질을 달리하고 있으므로 재산분할에 위자료를 포함시키지 않는다고 보고 있다<sup>7)</sup>. 그동안 판례의 입장도 위자료청구와

3) 김주수, 친족상속법, 2005, 220면.

4) 고창현, "신설된 재산분할청구권제도", 민사법학의 재문제, 소봉 김용한교수 회갑기념, 1990, 13면.

5) 재산분할은 기본적으로 청산적 요소가 중심이 되며, 부양적 요소는 보충적의미를 지닌다고 한다.

6) 대판 2001. 5. 8. 2000 다 58804, 판례공보 2001. 7. 1. 1344면.

재산분할청구권을 분류하는 것으로 보이며<sup>8)</sup>, 이를 별개의 청구권으로 인정하고 있는 이상 재산분할에서 위자료적 요소를 포함시킬 이유는 없다고 생각한다. 실무에서 양자를 상호보완적으로 보고 위자료액수가 재산분할액수에 재산분할액수가 위자료액수에 상관으로 고려되고 있는 것으로 보고 있으며<sup>9)</sup>, 또한 대법원의 이러한 판례는 재산분할 자체에 위자료적 요소가 포함되어 있다고 본 것은 아니라고 해석하는 견해도 있다<sup>10)</sup>. 또한 가정법원은 2004.3.18. 자 2003누합84의 심판에서는 재산분할에서의 위자료적 요소를 고려하는 경우, 위자료청구권에서 중복될 수 있다는 점을 지적하고 있다<sup>11)</sup>.

계속해서 청산적 그리고 부양적 요소가 고려될 때 어떠한 방법으로 고려되는가의 문제이다. 이 두 가지 요소를 개별적으로 혹은 일괄적으로 고려하는 방법이 있다. 전자는 위 각 요소를 개별적으로 검토해서 우선 각 요소별로 재산분할의 액수나 방법을 정한 후 이를 합산하는 방식이고 후자는 위 각 요소와 관계되는 모든 사정을 참작하여 일괄적으로 그 액수와 방법을 정하는 방식이다. 우리나라는 후자의 방식이 실무의 대세이고 구체적으로는 위 각 요소 중에서도 주된 요소인 청산적 요소를 중심으로 부양적 요소는 보충적으로 '기타사정'(민법 제839조의 2)을 참작하여 재산분할의 액수나 방법을 정하고 있다<sup>12)</sup>.

### 3. 재산분할의 대상과 비율

#### 1) 청산적 분할

##### (1) '쌍방의 협력으로 이룩한 재산'에 대한 해석

민법 제839조 2의 제2항에서는 '당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산의 액수 기타 사정을 참작하여 분할의 액수와 방법을 정한다'라고 규정하고 있다. 이에 대법원 판례는<sup>13)</sup> "부부가 이혼을 할 때 쌍방의 협력으로 이룩한 재산이 있는 한"으로 표현하는

7) 김주수 친족상속법, 225면; 김숙자, "이혼으로 인한 재산분할청구권, 926면; 조미경, 재산분할청권, 86면; 민유숙, 이혼시 부부간의 재산분할제도에 관한 연구, 16면; 이상훈, 이혼에 따른 재산분할청구사건의 재판실무상 재문제에 관한 고찰, 68면 등.  
8) 서울가정법원 1991. 5.16 선고 90르62624판결("...재산분할은 위자료청구권과 그 성질을 같이 하는 것이 아니라고 할 것이므로.."); 서울가정법원 1991. 6.13 선고 91르1220; 대법원 1993. 6.11. 판결 92르1054, 1061; 대법원 1994. 5. 13. 93르1020 등.  
9) 김종우, 재산분할의 대상과 그 기준시기 및 방법, 실무연구 VIII, 2002, 36면.  
10) 김준모, 재산분할제도의 성격, 가정법원사건의 재문제(상), 2003, 12, 220면.  
11) 오상진, 재산분할에 있어서 소극재산이 적극재산을 초과하는 경우, 가족법연구, 2004, 주5) 참조.  
12) 오상진, 전계논문, 115면 참고.  
13) 대법원 2002. 8. 28. 자 2002스36 결정.

바, 어떠한 재산이든 쌍방의 협력으로 이룩한 재산은 이에 재산분할의 대상이 될 수 있다고 이해된다. 또한 대법원은 “부부 일방의 특유재산은 원칙적으로 분할의 대상이 되지 아니하나”로 판시함으로써 특유재산이 분할대상으로 제외됨을 명시하고 있다. 그러나 계속해서 “특유재산일지라도 그 특유재산의 유지에 상대배우자의 협력하여 그 감소를 방지하였거나 그 증식에 협력하였다고 인정되는 경우에는 분할의 대상이 될 수 있다”라고 판시함으로써 ‘쌍방의 협력으로 이룩한 재산’의 개념을 보다 폭넓게 보고 있음을 알 수 있다.

여기서 ‘쌍방의 협력’은 부부 공동의 협력을 의미하며, 이는 경제활동을 하는 일방배우자의 협력뿐만 아니라 가사노동을 하는 다른 일방의 노동도 협력으로 인정하고 평가함을 의미한다<sup>14)</sup>. 부부의 혼인생활이 계속되면 상호협력에 의하여 이룩된 재산의 축적이 있게 마련이다. 그 재산의 증식이 남편은 경제적 활동을 통하여 처는 가사노동에 종사하면서 가족공동체를 이루게 된 결과 축적된 것일지라도 이것이 상호 협력하여 이룬 재산임은 부인할 수 없는 것이 사실이다<sup>15)</sup>. 판례는 실질적인 공동재산은 물론 “고유재산(특유재산)이라 하더라도 일방 배우자가 가사노동 등 직·간접으로 기여한 것이라면 재산분할의 대상이 된다”<sup>16)</sup> 라고 판시함으로써 가사노동이 공동재산은 물론 특유재산의 유지에도 기여하였다면 이를 협력으로 인정하고 있다.

## (2) 공동재산

민법제830조에 따라 부부재산의 종류는 다양하게 분류할 수 있다: ①부부 각자의 혼인 전 고유재산, ②혼인 중 취득한 특유재산(상속 증여를 통해), ③부부공동명의의 부부공동재산, ④소유명의는 부부의 일방에게 있으나 실질적인 공동재산, ⑤소유명의가 제3자로 되어 있으나 실질적으로는 부부의 일방의 소유에 속하거나 부부 쌍방의 공유에 속하는 재산, ⑥소극재산으로서의 채무 등이다.

그러나 결과적으로 부부재산은 청산될 때, 분할되지 않는 재산과 분할되는 재산으로 분류된다. 외국의 입법례는 이러한 경우, 프랑스는 재산을 고유재산 그리고 공동재산, 독일은 당초재산 그리고 종국재산, 스위스는 고유재산 그리고 소득으로 분류하고 있다. 이들 간에도 다소 다른점이 있다면 어떠한 재산이 스위스에서는 고유재산에 포함되기

14) 재산분할청구권은 가사노동도 평가되어야 한다는 사상을 기초로 하고 있다(배경숙·최금순, 친족상속법, 2001, 181): 이에 대한 참조판례, 대법원, 1998. 4. 10. 선고 96므1434 판결: (재판요지) 부부 중 일방이 상속받은 재산이거나 이미 처분한 상속재산을 기초로 형성된 부동산이더라도 이를 취득하고 유지함에 있어 상대방의 가사노동 등이 직접·간접으로 기여한 것이라면 재산분할의 대상이 된다.

15) 배경숙·최금순, 친족상속법, 2001, 180면.

16) 대법원, 1998. 4. 10. 선고 96므1434판결.

도 하고 독일에서는 공동재산에 포함된다는 점이다<sup>17)</sup>. 우리의 경우, ①②번은 각자의 고유재산으로 원칙적으로 분할대상에서 제외되는 재산이고, ③④⑤ 번의 재산은 실질적으로 분할대상이 되는 공동재산이다.

### (3) 고유재산(특유재산)

민법 제830조는 혼인 전 취득한 고유재산과 혼인 중에 자신의 명의로 취득한 특유재산을 규정하고 있다. 고유재산과 특유재산은 본인 소유이며 혼인 중 자신이 마음대로 관리, 수익, 처분할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 특유재산은 실질적으로 공동의 재산이나 외형상 일방 배우자의 명의로 되어 있는 경우가 많다. 그러므로 재산분할 시 이러한 재산이 공동의 협력없이 취득한 재산임을 입증할 수 없는 한 그 재산은 분할되어야 한다. 판례는 앞서 설명한대로 이에 관하여 “.. 특유재산은 원칙적으로 분할의 대상이 되지 아니하나...”경우에 따라 일방의 고유재산(특유재산)이라도 상대방 배우자의 기여가 있었다면 이에 대한 분할을 인정하고 있다<sup>18)</sup>.

그렇다면 일방배우자의 특유재산이 분할되는 경우, 법원은 어떠한 기준(요건)을 통하여 이를 결정하고 있는가? 이에 관하여는 여러 가지 의견이 있다. 우선 특유재산의 인정을 통해 무한정 재산분할의 대상을 확장시킬 우려가 있으므로 이를 혼인 중 형성된 재산이 존재하지 않는 경우로 한정하자는 의견<sup>19)</sup>과 특유재산을 재산분할 대상으로 삼기보다는 위자료의 참작사유로 삼아 위자료액을 결정함에 있어 반영하자는 의견과 특유재산만이 잔존하여 유지된 경우보다 처가 특유재산의 취득 및 유지에 특별히 적극적으로 협력한 것을 보다 엄격히 해석하여야 할 것이라는 의견<sup>20)</sup>과 특유재산만 있는 경우에는 가사노동만으로도 재산분할의 대상으로 삼는 것이 타당하지만, 다른 재산이 있는 경우 특유재산의 분할은 배우자의 적극적인 협력을 요건으로 하여야 한다는 의견<sup>21)</sup> 등이 있다.

생각건대 각 배우자의 고유재산은 재산분할의 대상에서 제외되어야 할 것이다. 그러나 문제는 고유재산(특유재산)이 분할대상이 되는 경우, 그 범주를 어디까지로 확정할 것인가 하는 것이며, 그 근거는 무엇인가? 하는 것이다. 또한 상대방 배우자의 가사노동을

17) 예를 들어 일방 배우자가 취득한 위자료가 독일에서는 분할대상이 되는 종국재산에 포함되나 스위스에서는 고유재산에 포함되어 분할되지 않는다.

18) 대법원 2002. 8. 28 2002스36; 대법원 1993. 5. 25. 대판 92므501; 대판 1996. 2. 9. 선고 94므635, 642 판결; 대판 1994.5.13. 선고 93므1020판결; 서울고법 1997. 9. 2. 97르195.

19) 민유숙, “재산분할의 구체적 인정범위”, 재판자료 제62집, 제422면.

20) 구회근, “이혼시 부부일방의 특유재산이 재산분할의 대상이 되는지의 여부”, 법조, 1997,4, 193-197면.

21) 김태병, “재산분할의 대상인 재산”, 실무연구 IV(서울가정법원,1998.), 31-34면.

공동협력으로 인정할 것인가? 고유재산에서 생산된 소득을 분할대상으로 삼을 수 있는가? 등 다양한 의견에 대한 기준이 설정되어야 할 것이다.

#### (4) 현존하는 재산

재산분할의 청산에 있어서 재산분할의 대상이 되는 재산을 현존하는 재산으로 국한시킬 것인가 하는 문제이다. 대법원 판례는 “부부가 혼인 중 취득한 실질적인 공동재산을 청산하고 분배하는 것을 주된 목적으로 하는 것”이라고 밝히고 있다<sup>22)</sup>. 그러므로 재산분할청구시 이미 수령한 퇴직금은 청산의 대상이 되나 장차 퇴직금을 받을 개연성이 있다는 사정만으로 그 장래의 퇴직금을 청산의 대상이 되는 재산에 포함시킬 수 없고, 장래 퇴직금을 받을 개연성이 있다는 사정은 민법 제839조의2 제2항의 소정 재산분할의 액수와 방법을 정하는데 필요한 ‘기타사정’으로 참작하면 족하다”고 판시하고 있다<sup>23)</sup>. 배우자의 자격증 취득 등으로 인하여 미래에 많은 재산의 취득이 예상되는 무형적 재산 역시 재산분할의 액수를 정하는데 참작대상으로 보고 있다<sup>24)</sup>. 그러나 이런 경우 재산분할이 형평에 반하는 결과를 초래할 수 있다. 이유는 쌍방의 협력으로 이룩한 재산은 이혼 시 현존할 수도 있으나 경우에 따라서는 혼인 중 협력하여 이룬 결과가 장래에 나타날 수 있기 때문이다.

#### (5) 채무

부부 각자의 채무부담이 재산증식에 수반되는 것인 경우에는 이 채무 역시 증식재산에서 공제되어야 한다. 부부 일방이 혼인 중 제3자에게 부담한 채무는 일상가사에 관한 것 이외에는 원칙적으로 그 개인의 채무로서 청산의 대상이 되지 않으나, 그것이 공동재산의 형성에 수반하여 부담한 채무인 경우에는 청산의 대상이 된다<sup>25)</sup>. 또한 제3자 명의의 재산이라도 그것이 부부 중 일방에 의하여 명의신탁된 재산 또는 부부의 일방이 실질적으로 지배하고 있는 재산으로서 부부 쌍방의 협력에 의하여 형성된 것이거나 부부 쌍방의 협력에 의하여 형성된 유형·무형의 자원에 기한 것이라면 그와 같

22) 대법원 1993. 5. 11. 93스6(법원공보. 1993. 6.1. (945). 1400).

23) 대법원 2002. 8. 28. 자 2002스36 결정 : 부부 일방이 아직 퇴직하지 아니한 채 직장에 근무하고 있을 경우 그의 퇴직일과 수령할 퇴직금이 확정되었다는 등의 특별한 사정이 없다면, 그가 장차 퇴직금을 받을 개연성이 있다는 사정만으로 그 장래의 퇴직금을 청산의 대상이 되는 재산에 포함시킬 수 없고, 장래 퇴직금을 받을 개연성이 있다는 사정은 민법 제839조의2 제2항 소정의 재산분할의 액수와 방법을 정하는데 필요한 ‘기타 사정’으로 참작되면 족하다.

24) 예를 들어 변호사 자격증을 취득한 남편이 장래에 많은 소득을 가지게 될 것이라는 명확한 추정 등은 재산분할 산정 시 고려의 대상이 되지만 실질적으로 없는 재산을 산정할 수는 없을 것이다.

25) 대법원 1998. 2. 13. 선고 97므1486. 1493판결.

은 사정도 참작하여야 한다는 의미에서 재산분할의 대상이 된다<sup>26)</sup>.

## 2) 부양적 분할

민법 제939조 2의 '기타사정을 참작하여'는 부양적 분할의 근거조항이 되고 있다. 그렇다면 부양적 분할의 대상을 어디까지 볼 것인가가 문제이다. 이를 부양의무자의 전 재산으로 하여야 한다는 의견<sup>27)</sup>과 쌍방의 협력으로 이룩한 재산에 한정하여야 한다는 의견<sup>28)</sup>이 있다. 초기 실무례에서 청산적 요소로 실질적인 공동재산을 분할하는 것으로 그리고 부양에 관한 사항은 보충적인 요소로 보아 청산적 요소로서의 실질적인 공동 재산의 분배가 인정되는 경우에는 부양에 관한 사정을 참작하지 않으나 분할할 실질적인 재산이 없는 경우 이를 독자적으로 고려하는 경향을 보여 왔다고 한다. 다만 실무상의 부양적 요소는 청산적 분할의 대상에서 기타사정으로 분할비율을 정할 때 참작하는 것으로 보인다고 한다<sup>29)</sup>. 그러나 이에 대하여 부양적 분할이 재산분할의무자의 전재산이 되어야 한다는 의견이 있다. 이는 부양적 분할이 "어떠한 재산을 나누는" 청산적 분할과는 달리 얼마의 급부를 명하는 것이고 부양적 재산분할을 함에 있어서 부양의무자의 재산상태는 부양의 정도를 정함에 있어서 참작되어야 하는 것이기 때문이다. 또한 상대방에게 특유재산만 있을 경우 부양적 분할은 할 수 없게 됨으로 부양적 재산분할은 전재산을 그 대상으로 하여야 한다고 한다<sup>30)</sup>. 또한 부양적 분할은 청산적 분할과 그 의미와 목적을 달리하고 있기 때문에 그 대상을 쌍방의 협력으로 이룩한 재산에 한정할 필요는 없다<sup>31)</sup>는 의견도 있다.

26) 대법원 1998. 4. 10. 선고 96므1434 판결.

27) 민유숙, "재산분할의 구체적 인정범위", 재판자료, 제62집, 439면.

28) 이상훈, "이혼에 따른 재산분할청구사건의 재판실무상 문제점에 대한 고찰" 법조, 제42권 6호, 1992.6. 72면.

29) 김종우, 재산분할의 대상과 그 기준시기 및 방법, 실무연구 VIII, 2002, 49-50면.

30) 김종우, 전개논문, 48-49면.

31) 김준모, 재산분할제도의 성격, 2003, 237면.

### Ⅲ. 이혼 시 '공정한 재산분할'을 위한 제언

#### 1. 부부재산제의 기본원칙

##### 1) 남녀평등과 형평성

남녀평등은 부부공동제나 유예공동제를 채택하고 있는 나라가 아닌 부부별산제를 채용하고 있는 나라(영국이나 다수의 미국주)에서도 중요한 기본원칙이다. 별산제를 법정재산제로 채택하고 있는 우리의 경우도 마찬가지이다. 부부가 혼인중엔 별산관계에 있다하더라도 혼인의 특수한 관계를 고려한다면 혼인 기간 중 취득한 재산은 이혼시 달리 취급되어야 한다. 이로 인해 부부가 혼인 중 벌어들인 소득은 양쪽배우자가 동등하게 취득한 것으로서 간주되어야 한다. 특히 가정주부의 역할은 공동재산의 형성에 기여한 것으로서 남편의 재산이 증가하였다면 이에 참여하는 것은 당연하다<sup>32)</sup>. 현대사회에서도 남성과 여성의 전통적인 성역할은 가족내에서 여전히 이루어진다. 남녀의 성역할에 따라 성차별적인 평가가 이루어진다면, 남녀평등의 실질적인 실현은 기대하기 어렵다. 그러므로 부부의 역할분담은 가족의 공동생활의 최상을 위한 부부간의 합의로 이루어진 것으로 보아야 하며, 이에 따른 역할분담은 동등하게 평가되어야 한다. 유럽 대부분 국가의 입법례<sup>33)</sup>는 남녀에게 동등한 분할을 규정하고 있다. 이는 가사노동과 직업활동의 가치를 동등하게 인정한 것이며, 주부가 얼마나 충실히 가정을 위해 일하였는가를 묻는 것이 아니라, 일반적인 주부의 가사노동에 대한 평가이다.

그러나 우리의 경우 재산분할시 공동재산에 대한 동등한 분할이 이루어진다고 보기 어렵다. 우리의 판례는 '공동의 협력으로 이룩한 재산'을 일방배우자의 기여도에 따라 분할하고 있다. 기여도는 판사가 가정생활의 전반에 걸친 상황을 판단하여 결정한다. 우리의 경우, 우선 기여도에 의한 평가는 여성의 가사노동의 가치를 동등한 비율에서 출발하지 않는다. 사례에 따라 재산분할은 기각되기도 하고, 다양한 비율로 결정된다. 이에 가정주부로서 여성이 얼마나 자신의 역할을 충실히 이행했는가에 대한 평가와 함께 가정경제를 위해서 얼마나 적극적인 태도로 임하고, 실행했는가에 대한 평가가 분할 비율에 영향을 미친다. 또한 가사노동에 대한 기여도를 판단하는 것은 어려운 일이며, 이를 산출해 내는 것은 불가능에 가깝다고 보아야 할 것이다<sup>34)</sup>.

32) Dieter Schwab, Familienrecht, 1995, 96-97면.

33) 조은희, 유럽의 부부재산제가 우리에게 주는 시사점, 비교사법, 2005 참고.

34) 민유숙, 재산분할제도에 관한 입법론, 가족법연구, 2001, 108, 112면.

우리의 경우, 여성이 가사노동이외에 부업을 해서 생활비를 보조했거나 친정부모의 도움을 받았거나 혹은 남편사업에 경리일을 보았거나 하는 경우는 통상 30%이상의 분할비율을 넘는 사례로 제시되고 있다. 이것은 여성이 동등한 분할을 위해 여성이 가사노동이외의 다른 활동이 요구되는 것으로 평가할 수밖에 없다. 다른 사례연구에 의하면 여성이 60%이상의 재산을 분할 받는 사례도 증가하고 있는 것으로 나타났다. 그러나 이러한 판결을 살펴보면, 혼인기간이 상대적으로 길고, 남성이 가정의 부양책임을 부담하지 않고, 가출을 하고, 남편의 명의로 된 취득한 재산이라 할지라도 이 재산의 대부분은 여성이 재원을 마련하였거나 여성부모의 지원이 있었거나 여성의 부모가 아파트를 마련해 주었거나, 여성의 적극적인 활동으로 남성의 고유재산을 능가하는 상당한 재산을 축적하게 된 경우 등이 사례에서 두드러진다<sup>35)</sup>.

2004년 한국여성개발원의 연구에 의하면 가사노동의 가치를 111만원으로 추산하고 있다<sup>36)</sup>. 이러한 가치평가는 일반 가사노동이 어느 정도의 경제적 가치가 있는가를 제공해 준다. 물론 이러한 산정은 처로서 혹은 모로서 추가될 수 있는 가치를 제외한 단순한 노동의 경제적 가치를 환산한 것이다. 부부재산분할에서 이러한 평가가 수용될 수 있는 부분은 가사노동의 가치가 최소한 이 정도의 수준은 된다는 것을 의미이며, 가사노동의 가치가 일괄적으로 이 정도 평가되어야 한다는 의미는 아닐 것이다<sup>37)</sup>. 여성의 경제활동으로 인해 맞벌이 부부가 증가하고 있는 상황에서 경제활동을 하는 여

35) 전주혜, 재산분할제도의 실증적 고찰, 전국대석사학위논문, 2005. 49-53면 참고. 2005년의 판례연구에 따르면 107사건 중에서 여성에게 60%이상 100%까지 인정한 사건은 10건에 달한다.

36) 국내 20세 이상 전업주부의 무급 가사노동 가치가 1인당 월 111만원으로 추산됐다. 여성개발원에서 열린 2004년 생활시간 조사 분석 세미나에서, 전업주부의 무급 가사노동 가치가 국내총생산의 28%인 219조원에 이른다고 밝히고 있다. 전업주부 1인당 무급 가사노동 가치는 월 111만원, 연간 1.337만원이었으며 무급 가사노동 시간은 1일 평균 5시간 49분으로 나타났다.

37) 이와 관련하여 지난해 이계경 의원 발의로 '소득세법일부개정법률안'이 발표되었다. 이 "법률안은 종합소득세 납세자의 배우자로서 연간 소득금액의 합계액이 100만원 이하인 자의 경우 연 1200만원을 기본공제대상으로 삼고 있다. 그리고 이 법안의 그 취지가 가사노동의 경제적 가치를 법 체계에 포함시키는 것으로 가치 평가 틀을 만드는 것이라 밝히고 있다. 그러나 결론적으로 한국여성민우회는 전업주부의 노동의 가치를 제대로 인정하려는 사회적 노력은 매우 중요하다. 그러나 이 개정안은 그 가치를 인정하는 것이 아니라 오히려, 가사노동을 132만원 정도의 사회적 노동에 준한 것으로 일률적으로 한정시키며, 나아가 전업주부만이 수행하는 것으로 전제하는 가운데 결국은 가사노동의 가치와 그 중요성을 오히려 평가 절하시킬 수 있으며, 가사노동을 전업주부의 몫이 아닌 가구 구성원 모두에게 동일하게 수행되는 것이라는 인식을 사회적으로 확산하는 한편 남녀 모두 함께 수행하는 속에서 그 가치가 새롭게 평가되어야 한다"고 발표하였다(가사노동 가치를 편협하게 왜곡시키는 이계경 의원 발의 '소득세법일부개정법률안'을 반대한다, 2005. 6. 6. 한국여성민우회).

이는 가사노동의 가치를 어떻게 인정하여야 할 것인가에 대한 딜레마가 아닌가 생각한다. 여성의 직업과 가족생활의 양립화를 위한 정책을 펴면서 한쪽으로는 전업주부의 가사노동의 가치만을 고평가하려는 시도로 보이기 때문이다. 여성의 가사노동은 정당하게 평가되어야 한다. 그러나 여성을 집안에 안주시키려는 정책은 경계하여야 할 것으로 생각한다. 그것은 결과적으로 여성을 위한 정책이 아니라고 생각하기 때문이다.

성은 가사노동의 이중부담을 안고 있다. 이에 가사노동만을 전담하는 여성과의 차별이 야기될 수 있다는 점도 우려된다. 그러나 이 문제는 정책적으로 남성, 국가, 기업 등의 공동참여를 통하여 여성의 가사노동에 대한 부담을 줄이려는 노력이 요구되어야 할 것이며, 이러한 이유로 평범한 가사노동의 가치를 저평가하는 것은 합당하지 않다고 생각한다.

## 2) 부부재산운영의 실용성과 공정한 분할

별산제는 실용성이 있는 부부재산제이다. 부부 재산이 혼인 중 별산관계에 있다면, 각 배우자는 자신의 재산을 독자적으로 관리하고, 처분할 수 있으며, 상대배우자의 동의를 필요로 하기 때문에 재산의 증식을 도모하는데, 거래상 아무런 제약이 없다. 또한 각 배우자는 자신의 채무만을 책임지기 때문에 상대배우자의 채무에 대하여 자유롭다. 이런 이유로 별산제하에서는 제3자와의 관계에 있어서도 경제활동은 보다 신속하게 이루어질 수 있으며, 명확하다. 이런 점들은 별산제의 장점이다.

그러나 부부생활의 특성상 모든 재산은 명확히 구분되지 않는다. 많은 경우, 실질적인 공동재산이 일방배우자의 명의로 되어 있으며, 우리의 경우 명의자는 재산에 대하여 무제한적인 지배권을 갖고 있다. 독일의 잉여공동제는 별산제의 장점을 이용하여 혼인 중 부부의 재산관계는 별산관계이나, 이혼시 부부의 재산의 공동체적인 요소를 감안하여 재산을 분할하고 있다. 우리의 법정재산제도 실질적인 내용면에서 독일의 잉여공동제와 유사하다. 그러나 잉여공동제는 혼인 중 가사노동을 반영하고 있지 않거나 일방 배우자의 명의로 재산을 취득하게 되는 경우, 이혼시 분할될 수 있는 실질적인 공동재산에 손실을 가져올 수 있으므로 일방배우자의 자유로운 처분에 제한장치를 두고 있다. 이로 인해 일방 배우자는 자신의 재산이라도 자신의 전체재산을 처분하고자 하는 경우, 상대배우자의 동의를 필요로 한다(독일민법 제1365조 제1항, 제1369조 제1항). 이러한 규정은 별산제의 실용성을 이용하면서도 공동성을 내포하고 있는 부부재산의 특성을 감안한 것으로 이혼시 공정한 재산의 분할을 위한 규정이라고 볼 수 있다. 그러므로 현행 별산제의 운영은 실용적인 제도이나 이혼 시 공정한 분할을 담보하기 위하여 이를 보완할 제한장치가 요청된다.

## 2. 청산적 분할과 부양적 분할에 대한 문제

### 1) 두 요소에 대한 분리 혹은 통합

우리의 경우, 재산분할은 기본적으로 청산적 요소가 중심이 되며, 부양적 요소는 보충적의미를 지닌다고 보는 것이 통설적 견해이다. 그러나 문제점은 판례가 부양적 요소가 고려되었다고 하면서 어느 정도 고려되었는지 명확하지 않을 뿐만 아니라 실제로 부양적 분할을 인정하고 있는 예도 많지 않고<sup>38)</sup>, 최근에는 재산분할청구의 목적이 청산과 부양의 양자에 있다는 것을 명시하는 예조차 줄어들고 있다는 것이다<sup>39)</sup>. 이러한 점을 미루어 볼 때 재산분할청구권에서의 부양적 요소의 분할을 재검토할 필요가 있다.

미국의 경우 다수의 주가 형평분할제도를 채택하고 있다. 미국의 재산분할제도에서 이혼급부법의 역사적 고찰을 통해 알 수 있듯이, 형평분할에 의한 재산분할은 재산분할이 이혼급부라는 측면에서 많은 의미를 내포하고 있다<sup>40)</sup>. 이로 인해 판사의 형평에 의한 판단은 재산분할의 비율을 정함에 있어 그 재산이 과거재산형성에 대한 기여도에 의한 고려(회고적 요소)보다 이혼 후 미래에 대한 (전망적 요소)고려에 더 치중하고 있다. 그러나 우리의 형평분할제도는 재산분할을 이혼급부라는 측면인 부양적의미의 분할에 의미를 두지 않고, 당해 재산의 형성에 대한 기여도를 판단하기 위한 것에 국한하고 있다<sup>41)</sup>. 현행제도가 유지 되는 것이 바람직하다면 형평분할의 장점은 최대한 활용되어야 하며, 이에 부양적 분할에 대한 고려가 충분히 이루어져야 할 것으로 본다. 또한 다른 시각에서 볼 때, 재산분할의 청산적 요소와 부양적 요소는 각각 상이한 특성을 지니고 있으므로 이혼 후 부양문제를 재산분할청구권에 결부시키는 것은 바람직하지 못한 태도로 보고 있다<sup>42)</sup>. 이 의견에 동의하며, 법적 성질을 달리하는 두 요소가 혼합되어 일괄적으로 결정될 때, 청산적 분할의 명확도가 떨어질 뿐만 아니라, 앞서 설명한 대로 부양적 분할에 대한 고려 여부도 명확하지 않은 경우가 발생한다. 청산적 분할은 재산에 대한 청산이므로 일정한 기준과 일정한 방식을 통하여 분할액수를 산

38) 김성숙, 부양적 재산분할의 실태, 송실대법학논총 제9집, 1996 참조.

39) 배경숙·최금숙, 전계서, 184면.

40) 민유숙, 전계논문, 96, 97면.

41) 민유숙, 전계논문, 104면 주)18) 참조: 미국법이 재산비율을 산정함에 있어서 전망적 요소가 큰 비중을 차지하고 있는 것은 우리가 회고적 요소에 의하여 재산비율을 정하는 것과 좋은 대조를 이룬다고 설명되고 있다.

42) 같은 의견으로 배경숙·최금숙, . 전계서, 183면 주) 143 참조: 우리민법이 1990년 개정되어도 이혼 시 배우자 부양에 대한 개정은 없었다. 즉 민법상 이혼 시 부양을 요하는 배우자에 대하여는 아직 어떠한 배려도 하고 있지 않다. 이러한 상황에서 이혼 후 부양문제를 재산분할청구권과 결부시키는 것은 옳지 않다고 보고 있다.

정하고, 부양적 분할은 기타 사정들이 고려되는 만큼 판사의 재량이 요구되는 부분이므로 이를 구분하여 판단하는 것이 바람직할 것으로 생각한다.

## 2) 부양적 분할의 대상

우리의 경우, 실무상 부양적 분할의 대상은 실질적인 공동재산이 그 분할대상이 되며, 부양적 요소는 청산적 분할의 대상에서 기타사정으로 분할비율을 정할 때 참작하는 것으로 보인다고 한다<sup>43)</sup>. 그러나 부양적 분할의 대상을 실질적 공동재산외에 전재산으로 보아야 한다는 의견이 있음을 앞서 언급하였다. 본인은 부양적 재산분할은 전재산을 그 대상으로 하여야 한다고 생각한다. 청산적분할은 일반적으로 부부가 협력하여 이룬 현존하는 재산을 동등하게 분할하여야 할 것이나, 그 외 '기타 고려되어야 할 사항'들은 부양적 분할로 고려되어야 할 것이다. 이는 현재 이혼후 배우자 부양법이 존재하지 않는 현행법하에서 위자료나 재산분할청구의 청산적 분할로써도 충족될 수 없는 이혼후 사회적 약자인 배우자의 생계를 부양적 분할에서 고려되어야 하기 때문이다.

## 3. 장래 혹은 무형의 재산

퇴직금, 연금 보험금등은 혼인 중에 서로 협력하여 이룬 재산이며, 더욱이 가사노동을 담당한 배우자가 노후에 생활의 조력을 받을 수 있는 중요한 재원이므로 이에 대한 권리는 보장되어야 한다. 그럼임에도 불구하고 현존하고 있는 재산을 대상으로 단지 고려의 대상으로 삼는 것은 공정한 분할에 대한 기대감을 떨어뜨리는 결과를 낳는다. 그러므로 장래에 취득할 재산은 혼인기간을 산정하여 그 기대권을 취득할 수 있도록 하여야 할 것이다. 최근 보험금에 관하여 판례는 보험금이 소액인 경우, 납입보험료 합계액을 그 보험금청구권의 평가액으로 삼아 재산분할의 대상으로 하였다<sup>44)</sup>. 이 경우처럼 재산이 장래에 수령될 것이라도 지급된 금액을 평가하여 분할하는 것에 큰 무리가 없다면 이를 이혼 시 분할하는 것도 바람직할 것으로 생각한다.

무형의 재산은 판사의 재량에 따라 재산분할의 비율을 정함에 있어서 고려의 대상이 될 수 있을 것이다. 그러나 장래에 취득할 무형의 재산은 그 기준금액을 설정하기 어려우며, 또한 재산분할의무자가 현존하는 재산이 없는 경우라면 결과적으로 재산분할이 이루어지기 어렵다. 예를 들면, 일방배우자가 전문직종 준비를 조력하기 위해 오랜 기간동안 가족의 부양을 전적으로 책임져 왔으나<sup>45)</sup> 배우자가 전문직종 취득한 이후

43) 김종우, 재산분할의 대상과 그 기준시기 및 방법, 실무연구 VIII, 49-50면.

44) 서울고등법원 2004브3, 제1심 서울가정법원 2003. 12. 18자 2003느합38 심판.

45) 그러나 준비기간 동안 부양의무를 이행한 것과는 차별되어야 한다.

이혼을 하게 된 경우라면, 현존하는 재산도 없는 상황에서 재산분할이 이루어지기는 어려울 것이다. 이런 경우 청산적 분할은 이루어질 수 없으나, 부양적 분할은 고려될 수 있다. 이런 경우 전문직종배우자는 어느 일정기간 동안 판사의 판단에 따라 상대방 배우자에게 이혼후 부양비를 지불하도록 할 수 있을 것이다. 그러나 배우자가 상당기간 전문직종에 종사하였다면, 이미 취득된 재산은 분할될 것이므로 이에 족할 것으로 생각한다.

#### 4. 산정방식에 관한 문제

부부의 재산이 균등하게 분할된다고 하더라도 '공동으로 협력하여 이룩한 재산'을 산출해 내는 일은 보다 중요하다. 재산은 어떠한 원칙에 따라 분할대상이 되는 재산으로 혹은 대상이 되지 않는 재산으로 분류되는데, 어떠한 방식으로 산정하여 최종적인 분할액수를 도출해 내는가에 관한 것이다.

독일의 잉여청산은 고정적 산정방식에 의한 균등분할이다. 혼인 중 별산의 관계에 있는 부부재산은 이혼 시 공동의 협력으로 이룩한 재산에 대하여 청산이 이루어진다. 재산분할청산의 대상물은 부부의 공동협력으로 이룩한 재산이 아닌 즉, 혼인 전에 이미 소유하고 있었던 재산이나 혼인 중 상속, 증여로 취득한 재산은 청산대상에서 제외된다. 그러나 독일법에 의한 잉여의 청산은 각 배우자의 종국 재산에서 당초재산을 공제한 후 얻은 잉여재산에 높은 잉여재산을 가진 배우자의 잉여에서 낮은 잉여재산을 가진 배우자의 잉여를 뺀 액수의 반이 청구액이 되므로, 결과적으로 이혼 시 재산에 잉여를 가져왔다면 그 잉여는 청산되어야 한다고 보는 것이다. 청산과정에 대해 보다 상세히 설명하면, 재산분할에 관계될 재산은 당초재산과 종국재산의 목록이 작성되고 이들 각각의 재산은 또한 소극재산과 적극재산으로 분류된다. 당초재산(혼인당시의 재산과 무상으로 취득한 재산)은 적극재산에서 소극재산을 공제한 금액이며, 종국재산은 이혼시 적극재산에서 소극재산을 공제한 금액이다. 예를 들어 혼인 시 남자는 2억원 금액의 집이 있었고 8천만원의 채무가 있었다. 이 사람의 당초재산은 1억 2천이다. 남자는 이혼시 4억의 집과 1억의 채무가 있다. 이남자의 종국재산은 적극재산에서 소극 재산을 공제한 금액 3억이다. 결국 이 남자가 남긴 재산의 잉여는 3억에서 당초재산 1억2천을 공제한 금액 1억 8천이며 분할액수는 9천만원이다.

독일의 잉여청산의 특징은 생활공동체인 부부의 특수성을 감안하고 있기 때문에 혼인중 취득한 각자의 재산이 이혼시 누구의 명의로 취득 되었든 상관없이 동등하게 부부의 실질적인 공동재산이 된다. 예를 들어 가옥을 남편의 명의로 취득한 경우, 그 가

옥의 금액은 3억이고 전업주부인 처의 잉여는 0으로 계산되었다면, 이들의 부부의 잉여액은 3억, 이를 반으로 분할하면 1억5천이 된다. 이 금액은 남편이 처에게 지불해야 할 분할액수이다. 이에 다른 예를 들면 남자는 2억의 재산을 시간제 일을 하는 처는 6천만원의 잉여를 남겼다면, 남편은 2억에서 1/2분할인 1억을 처는 6천만원의 1/2인 3천만원을 각각 지불해야 한다. 이를 다시 산정하면, 2억-6천 = 1억4천 이것을 1/2하면 7천만원이다. 결과적으로 많은 소득이 있었던 남편은 처에게 7천만원을 지불하면 된다. 어느 한쪽으로 재산증식을 몰아주거나 의존하는 경우가 생기더라도 결국 산정방식에 의해 이러한 문제는 해소된다.

그리고 독일의 잉여청산은 운명공동체인 부부의 특수성을 감안하였기 때문에 부부의 행·불행에 동참해야 한다. 일방배우자가 불이익을 감수하여야 하는 경우를 예를 들면, 남편이 사업에 실패하여 커다란 재산의 손실을 보았고, 이혼시 재산이 제로(0) 상태라면 어떨까? 처는 혼인시 아무런 재산이 없었던 전업주부가 혼인 중 푼푼이 모아 4천만원의 재산상의 증가(잉여)가 있었다면, 혹은 상당한 지위에 있는 직업여성인 처가 자신의 고유재산을 제외한 잉여재산을 이혼시 4억정도 남겼다면, 결국 잉여청산에서 전업주부인 처는 2천만원의 금액을 남편과 나누어야 하며, 후자의 경우도 2억을 남편과 함께 나누어야 한다. 독일의 잉여청산은 가족이 생활이 어려울 때나 풍족할 때나 모든 것을 함께 공유하는 것처럼, 일방배우자의 재산상의 실패로 혹은 무능으로 재산의 증식을 가져오지 못했다 하더라도 이것은 가족의 공동운명이며, 그나마 일방배우자에게 잉여가 있다면 남녀를 불문하고 동일하게 분할해야 한다는 것에 취지를 두고 있다.

그러나 독일민법은 도식적인 분할방식이 현저히 형평에 반하는 결과를 초래할 수 있기 때문에 이를 막기 위하여 일방배우자의 요청에 따라 판사가 재산분할의 액수를 감액하거나 청구에 대한 거절을 판시할 수 있다(독일민법 제1383조).

## 5. 고유재산의 분할에 관한 문제

판례는 원칙적으로 고유재산을 분할대상으로 보지 않으나 고유재산의 유지 감소방지에 상대방배우자가 기여하였다면 이를 분할대상으로 보기도 한다. 독일의 잉여청산도 우리와 유사하게 당초재산(혼인 당시의 재산 혹은 상속 제3자의 증여로 취득한 재산)은 분할에서 공제한다. 그러나 고유재산이라도 그 재산에서 증가된 소득이 있었다면 그 소득은 분할이 이루어진다. 이를 산출하기 위한 방법이 잉여청산이다. 잉여청산은 고유재산의 소득뿐만 아니라 혼인 중 취득하게 되는 재산을 액수로 산출해 낸다. 우리의 경우 판례는 고유재산에서 산출된 소득 부분을 분할대상으로 볼 수 있는가에 관하

여 언급하고 있지 않다. 단지, 고유재산(특유재산)의 분할은 앞서 설명하였듯이 특유재산이외의 다른 재산이 없거나, 혹은 재산의 유지, 감소에 대한 기여도가 크거나 등의 판단하에 이루어진다. 그러나 고유재산(특유재산)이라도 혼인 중 이 재산에서 생산된 재산은 이를 분할대상으로 보는 것이 타당하다고 생각하며, 이 때 평범한 가사노동도 공동의 협력으로 인정하여야 할 것이다. 이외에도 고유재산의 분할을 인정할 수 있는 경우라면, 청산적 분할이 아닌 부양적 분할부분에서 판사는 형평의 원칙에 따라 고유재산의 분할을 명할 수 있을 것이다.

## 6. 재산의 가치문제

우리의 경우, 재산분할액 사정의 기초가 되는 가액은 반드시 시가감정에 의하여 인정하여야 하는 것은 아니지만 객관성과 합리성이 있는 자료에 의하여 이를 평가하여야 한다<sup>46)</sup>고 판시하고 있다. 이로 인해 대법원은 감정 등 객관적인 자료에 의하지 않고 막연하게 경제사정의 변화로 인하여 사실심변론종결 당시 재산분할의 대상이 되는 재산의 시가가 감정서 작성 당시의 시가에 비해 낮아질 것이라는 전제하에 법원이 인정한 재산분할 비율과 부부 각자에게 귀속되는 재산의 가액 비율이 근사하게 되었다고 판단한 원심을 파기한 사례<sup>47)</sup>가 있다.

부부의 재산을 청산함에 있어서 모든 재산은 객관적 자료에 의해서 평가됨은 물론 재산목록에 기록된 재산은 물가지수<sup>48)</sup>에 따른 가치평가가 이루어져야 한다. 일방 배우자가 혼인 전 구입했던 집을 이혼 시 그대로 소유하고 있는 경우도 있고, 그 집을 처분하고 다른 더 큰 집으로 이사를 하였거나 혹은 그 것으로 주식을 샀거나 혹은 다른 형태로 재산을 취득한 경우처럼 재산의 형태는 복잡한 변형과정을 거친다. 그러나 어떠한 혼인 당시 이미 취득하고 있던 재산은 고유재산으로 분할대상이 되지 않으므로 제외되어야 한다. 그러나 고유재산의 형태가 이혼시 어떠한 형태로 존재하든지 이를 최종 이혼시 존재하는 재산에서 공제시킴으로 고유재산에서 생산된 소득을 산정하는

46) 대법원 2002. 8. 28. 2002스36; 대법원 2000. 1. 28. 99므1916; 대법원 1994. 10. 25. 94므734.

47) 대법원 2000. 9. 22. 99므906.

48) 물가지수는 물가의 변동을 표시하는 통계숫자이다. 어떤 기준년(基準年)의 물가를 100으로 하고, 그 후의 물가의 변동을 기준년과 비교해 보는 것이다. 이에 따라 물가지수는 화폐의 구매력을 측정할 수 있는 수단이다. 만일 시장에서 물가가 지속적으로 상승하고 있다고 가정할 경우, 구입할 수 있는 상품의 양은 물가가 오르기 전보다 감소하게 되므로 돈의 가치 즉, 화폐의 구매력은 떨어지게 되며 반대로 물가의 하락이 계속되면 화폐의 구매력은 증대하게 된다. 따라서 우리는 물가지수를 이용하여 물가의 변동에 따른 화폐의 실질적인 구매력 변화를 측정할 수 있다.

것이고, 그 외의 재산도 혼인중 어떠한 형태로 변화되었더라도, 당초재산(고유재산 혹은 상속, 증여재산)은 제외된 나머지의 재산을 공동재산으로 보는 것이다. 이 때 재산은 물가지수에 따른 그 재산의 가치를 금액으로 환산하여야 한다. 예를 들어 한 배우자가 1990년 혼인 전 1억에 구입했던 집이 2000년 이혼시 4억이다. 이 집은 2000년에 4억이지만 외형의 4억과 1990년대의 1억과 단순 비교할 수 없다. 화폐가치는 계속적으로 변화하기 때문에 이 집에 대한 가치의 증가를 측정하기 위해서는 각각의 재산은 당연도를 기준으로 하는 물가지수에 따라 금액으로 평가되어야 한다. 결국 이 집의 1990년도와 2000년도의 실질적인 가치를 비교할 때 어느 정도의 증감이 있었는가를 알 수 있다. 즉, 잉여는 이러한 가치의 산정을 통하여 현존하는 대상물의 가치가 증가하였을 경우에 발생한다<sup>49)</sup>.

고유재산에서 증가된 재산을 그리고 혼인 기간 중 고유재산이나 상속, 제3자의 증여로 취득한 재산 등을 제외한 재산을 공동의 협력으로 이룩한 재산을 분할대상으로 한다면, 독일의 잉여공동제의 청산방식을 통하여 그 공동협력하여 이룩한 재산을 산출해 낼 수 있을 것이다. 이에 독일의 잉여청산은 당초재산이나 종국재산이 이러한 방식에 의하여 산출되며, BHG는 진정한 잉여가 아닌 잉여는 재산청산에서 고려되지 않는다고 판결하고 있으므로<sup>50)</sup> 재산에 대한 가치평가가 고려되어야 함을 판시하고 있다.

## 7. 채무(소극재산)에 관한 문제

대법원은 재산분할 시 채무에 대하여 '부부의 일방이 혼인중 제3자에 대하여 채무를 부담한 경우에 일상가사에 대한 채무 및 공동재산의 형성에 수반하여 부담하게 된 채무는 청산의 대상이 되는 것으로 보고 있다<sup>51)</sup>. 재산분할제도가 혼인 중 취득한 실질적인 공동재산을 청산, 분배하는 것을 주된 목적으로 하는 만큼, 채무는 소극재산으로서 적극재산에서 공제되어야 하고, 그 범위는 일상가사에 관한 것이나, 공동재산의 형성, 유지에 수반하여 부담한 채무에 한정되며, 그 밖에 부부 공동생활과는 관계없는 일방의 고유채무가 소극재산에 포함될 수 없는 것은 당연하다<sup>52)</sup>.

그러나 채무 부분에서 부부 공동생활과 관계있는 공동채무와 관계없는 고유채무를

49) BVerfG FamRZ 85. 256.

50) FamRZ. 84. 31: 조은희, 독일법상 이혼시 잉여의 청산과 그 문제점에 관한 고찰, 가족법연구, 2002, 319-321참조.

51) 대법원 1999. 6. 11. 선고 96므1397 판결.

52) 황승태, 재산분할에 있어서 채권, 채무의 처리에 관한 고찰, 가정법원사건의 재문제(상), 재판자료제 101집, 2003, 289면.

구별하는 일은 사안에 따라 그리 간단하지 않은 경우가 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 재산분할에 있어서 실질적인 공동재산을 도출해 내기 위해서는 각 배우자의 공동채무와 고유채무는 판단되어야 한다. 공동채무의 예를 들면, 혼인 중 아파트 구입을 위해 받은 대출금, 제3자에게 빌린 임대차보증금등이 될 것이다. 고유채무는 혼인 전 이미 소유하고 있던 고유재산과 마찬가지로 혼인 당시 이미 갖고 있었던 채무, 자동차 구입을 위하여 남은 잔액할부금 등은 고유채무이다. 또한 혼인 중이라도 부부 공동생활과는 관계없이 명백히 자신을 위하여 진 채무는 고유채무에 포함시켜야 할 것이다. 공동채무는 공동의 적극재산에서 공제되지만 고유채무는 일방배우자의 고유채무로 남게 된다. 이 채무는 공동의 적극재산에서 공제되지 않는다. 이러한 분류방법은 일반적으로 프랑스의 소득공동제의 재산분할방식이다. 독일의 경우 역시 잉여청산에 있어서 채무는 형태는 두 가지로 분류된다. 이는 당초재산의 채무와 종국재산에 있어서의 채무이다. 당초재산과 종국재산은 각각 그 적극재산에서 소극재산을 공제한 재산을 의미한다. 단지 당초재산의 소극재산이 당초재산의 적극재산을 초과하게 되는 경우, 당초재산은 제로에서 시작한다. 그러나 이렇게 될 경우, 재산이 마이너스인 배우자와 혼인하는 배우자는 불이익을 당하게 된다. 왜냐하면 채무가 있는 배우자는 혼인 기간 중 자신의 채무를 변제할 것이고 그 만큼 분할대상이 될 수 있는 재산은 일방배우자의 채무로 인해 적게 축적되기 때문이다. 이러한 불이익을 막기 위하여 독일에서는 당사자가 계약을 체결하여 채무를 잉여청산시 산정에 감안하도록 하기도 한다. 우리의 경우 어떠한 방식을 취하든 채무는 고유채무와 공동채무를 분류하여 공동채무는 공동의 적극재산에서 공제할 수 있지만 고유채무는 공제대상에서 제외되어야 하며, 만약 소극재산인 고유채무가 적극적 고유재산을 초과하는 경우, 이는 재산분할에서 고려되어야 할 것이다.

대법원은 총재산가액에서 청산대상이 되는 채무액을 공제하여 남는 금액이 없는 경우에 상대방의 재산분할청구는 받아들여질 수 없다고 판시하고 있다<sup>53)</sup>. 이러한 판결에 대한 문제점이 제시된 바 있다<sup>54)</sup>. 이 판결에서 보다 명확히 하여야 할 부분이 있음을 언급하고자 한다. 우선 재산분할의무자의 재산을 청산함에 있어서 적극재산과 소극재산을 분류하였을 때, 또한 고유채무와 공동채무를 분류하여야 할 것이다. 다음은 적극재산에서 소극재산을 공제하는 것은 한 시점에서 재산의 가치를 평가하여 산정하는 것이므로 이때, 채권의 가액뿐만 아니라 채무 역시 그 가액을 산정해야 한다. 이 때 채권, 소극재산이든 적극재산이든 그 재산은 당시의 물가지수를 고려한 재산가치를 금액

53) 대법원 2002. 9.4. 선고 2001므718 판결: 판례공보 2002. 2341.

54) 황승태, 전제논문, 2003. 292-294면 참고.

으로 평가하여야 하며, 그 후 적극재산에서 소극재산을 공제하여야 한다. 만약 이러한 것이 행해지지 않았다면, 이는 실질적인 공동재산을 도출시키는데, 적절한 산정과정이 행해졌다고 할 수 없을 것이다.

#### IV. 맺는말

재산분할청구권의 핵심은 부부가 혼인중 '공동의 협력하여 이룬 재산'을 어떻게 공정하게 분할하는가에 있다. 이혼의 증가로 이혼배우자에게 재산분할은 중요한 의미를 가지며, 그렇기 때문에 공정한 분할 역시 기대된다.

우리민법상은 재산분할시 분할대상과 분할비율의 산정을 법원이 결정하도록 규정하고 있다(민법 제839조의 2). 그러나 우리와 같은 분할방식은 법원에 재량권을 부여하여 개별화된 정의를 실현할 수 있는 장점이 있으나, 유사한 사건에도 상이한 판결이 선고될 가능성이 있으므로 법적 안정성의 측면에서 비판적 소지가 있다<sup>55)</sup>. 분할비율에 있어서도 영국을 제외한 유럽 대부분의 법정부부재산제는 판사의 재량에 의존하기 보다는 균등 분할에 의하여 부부재산을 청산하고 따로 이러한 재산분할이 형평에 반할 경우 판사의 재량에 의한 판결을 보충하고 있다. 법의 전통적 체제에 있어서 영미법 국가와는 달리 시민법 국가에서는 성문 규정을 통하여 법적 안정성을 확보하려고 하였다. 그러나 영미법 국가인 미국에서 가족법상 재량의 범위에 현저한 변화가 있었다. 현재 미국 각 주의 법규와 판례를 주의 깊게 검토하면 결국 현 시점에서 법률은 법관에게 무제한의 재량권을 위임하는 형태로부터 고정적인 원칙, 즉 분할의 대상의 입법에 의한 제한과 균등분할이라는 원칙으로 이동하여 왔다고 볼 수 있다<sup>56)</sup>. 또한 이웃 일본 역시 균등분할로 변화하고 있는 추세이다<sup>57)</sup>.

본인은 재산분할에 있어 법관에게 무제한적 재량권을 인정하는 것보다는 일정한 원칙 하에 혹은 일정한 산정방식에 따라 재산분할이 이루어지는 것이 보다 바람직하다고 생각한다. 이것이 독일의 경우처럼 도식적인 방법에 의해서 이루어지지 않는다고 하더라도 현재 보다는 더 구체적인 원칙에 의한 산정방식과 균등분할이 이루어져야 한다고 생각한다. 이것은 부부재산법상의 남녀평등을 실현한다는 측면에서 중요하다고 생각한다.

결론적으로 앞서 설명한 본문의 내용을 바탕으로 재산분할의 방법론을 제시하면 다

55) 민유숙, 재산분할제도에 관한 입법론, 가족법연구, 2001, 93면 참조.

56) 민유숙, 전계논문, 94면.

57) 민유숙, 전계논문, 109면.

음과 같다. 우리의 경우, 이혼시 재산분할에 있어서 청산적 요소와 부양적 요소가 구별되지 않고 있다. 그러나 이 두 가지 요소는 각각 상이한 특성을 지니고 있으므로 우선 이를 구별하여, 이에 대한 판사의 명확한 판단여부가 요구된다. 청산적 요소는 부양적 요소와는 달리 부부의 재산을 청산하는 것이므로 고정적 원칙에 따라 분할대상과 분할방식, 분할비율을 정하는 것이 바람직할 것으로 생각한다. 또한 부양적 분할로 '기타 사정이 고려'되는 바 이혼급부의 차원에서 사회적 약자인 배우자를 위한 고려가 이루어져야 할 것이다<sup>58)</sup>.

공동의 협력으로 이룩한 재산을 도출해 내기 위하여는 일정한 산정방식이 요구된다. 독일의 잉여청산은 하나의 좋은 예를 제시해 주고 있다. 앞서 설명된 독일의 잉여청산의 기본적인 내용을 수용할 수 있다면 다음과 같은 산정방식을 적용시킬 수 있을 것이다. 우선 재산분할대상의 범위를 정하는 것이다. 이것이 중요한 이유는 일정한 재산이 어디에 속하느냐에 따라 분할의 액수가 달라지기 때문이다. 각 배우자의 재산은 원칙에 따라 당초재산과 종국재산으로 분류된다. 이것을 고유재산이나 공동재산으로 명하여도 상관은 없다. 왜냐하면 고유재산은 결국 분할대상이 되지 않는 재산이며, 공동재산은 분할대상이 되는 재산을 의미하기 때문이다. 고유재산이나 공동재산은 재산의 양이 아니라 순수하게 산정된 금액을 의미하기 때문에 이들 재산은 그 가치가 물가지수에 의하여 금액으로 평가된 것이어야 한다. 이들 고유재산과 공동재산은 각각 그 고유채무와 공동채무, 즉 소극재산(채무)과 연계하여 산정되어야 한다. 즉, 고유재산은 적극재산인 혼인 당시 이미 소유한 재산, 부모가 준 생활 보조금, 상속, 제3자의 무상의 선물, 위자료나 복권당첨금<sup>59)</sup> 등 적극재산이 있을 수 있으며, 또한 고유채무로는 혼인 당시 이미 부담하고 있는 채무, 부부 공동생활을 위한 채무가 아닌 개인채무 등이 있을 수 있다. 종국재산은 결과적으로 상대배우자와 분할하는 재산이다. 고유재산과 마찬가지로 공동재산도 적극재산과 소극재산으로 분류된다. 적극재산은 이혼시 각 배우자가 가지고 있는 적극적 재산(자원)으로 부동산, 주식, 저금통장, 보석, 값비싼 그림, 제3자의 명의신탁된 재산, 개인취미를 위한 경주형 오토바이 등등의 재산이며, 공동의 채무를 공제한 금액이 바로 공동재산이 된다. 공동채무에는 일상가사나, 공동의 재산의 형성을 위하여 부담한 채무, 그 밖에 공동생활을 위한 채무등이 여기에 포함될 수 있다. 부모의 보증으로 받은 5000만원의 대출, 아파트 마련을 위한 대출, 자녀 수술비 마련을 위한 채무등이 이에 속한다<sup>60)</sup>. 이렇게 산출된 각 배우자의 공동재산에서 고유재산을 공제하면 혼

58) 이혼 후 배우자 부양에 관한 사항은 여기서 언급하지 않을 것이다. 그러나 다수 유럽의 국가는 이혼 후 배우자 부양법에 의하여 가사노동을 하였기에 불이익을 당한 배우자의 생계문제를 보충하고 있다.  
59) 독일은 이를 종국재산에 포함시키고 있다.

인 중 배우자가 취득한 재산의 잉여를 산출할 수 있다.

이러한 잉여산출방식은 다소 분명한 산정방식을 보여준다는 측면에서 법적 안정성을 제공한다. 산출된 잉여는 상대배우자와 동등하게 분할함으로써 남녀의 역할분담에 차별을 두지 않고, 공동재산의 증가는 물론 각 배우자의 자신의 고유재산의 증가에도 상대배우자를 분할에 참여하도록 하게 한다. 그러나 가족의 수요에 사용되지 않은 채무는 각자의 부담하도록 하는 반면, 부부의 공동재산형성을 위한 채무, 가족을 위한 채무는 연대하여 책임을 지도록 함으로 부부의 특수한 생활공동체의 성격을 반영할 수 있다.

이러한 장점에도 불구하고 일정한 산정방식에 따라 '공동으로 협력으로 이룩한 재산'을 도출해 내는 것은 때로 형평에 부합되지 않는 결과를 초래할 수 있다. 이럴 경우, 고정적 산정방식을 따르되 구체적 사안에서 재산분할이 심히 형평에 반할 경우, 법원에게 분할액수를 감액하거나 전면 거절하도록 하는 것이 또한 바람직 할 것이다.

## Abstract

### A Study on ' fair property division' at divorce

According to Korean Civil Code Article 839 (2), when a marriage is dissolved through a divorce, either of the former spouses may request the distribution of the matrimonial property (his or her share of the matrimonial property) by the court. If no consensus is reached or is possible between the parties with respect to the distribution of property, either of the parties may apply to the family court for the division of the property and a court specifies the amount and method of the division of their marital property by considering the sum of money of the jointly accumulated property and other circumstances such as contributions by non-earning wives in cases where the women's household work contributed to accumulating property.

Korean Civil Code has only one article about property division giving judges broad discretion. The Korean courts generally have exclusive jurisdiction involving matrimonial property. In that context, it is necessary to prescribe a specific method of division under law and eventually ensure legal stability. I examined the issues related

60) 공동의 재산형성을 위해서 진 채무는 공동재산(중국재산)에서 제외시키고 그래도 채무가 남아 있다면 부부는 그들의 특유재산에서 이를 공제하여야 한다.

to the property division under the Korean family law from gender equality in order to provide an insight into the way in which matrimonial property is divided. The following are recommended for improving the current property division system.

Key word : the right of distribution of the matrimonial property, negative property, separate estate, Ausgleich des Zugewinns.

## 참고문헌

- 고창현, 1990, “신설된 재산분할청구권제도”, 「민사법학의 재문제」, 소봉 김용한교수 회  
갑기념
- 구회근, 1997, 4, “이혼시 부부일방의 특유재산이 재산분할의 대상이 되는지의 여부”,  
법조, 법조협회
- 김성숙, 1996, “부양적 재산분할의 실태”, 「승실대법학논총 제9집」, 승실대학교
- 김종우, 2002, “재산분할의 대상과 그 기준시기 및 방법”, 「실무연구 VIII」, 서울가정  
법원
- 김주수, 2005, 「친족상속법」, 법문사
- 김준모, 2003, “재산분할제도의 성격”, 「가정법원사건의 재문제(상)」, 법원도서관
- 김태병, 1998, “재산분할의 대상인 재산”, 「실무연구 IV(서울가정법원.1998.)」, 법원도서관
- 민유숙, “재산분할의 구체적 인정범위”, 「재판자료 제62집」, 법원도서관
- 민유숙, 2001, “재산분할제도에 관한 입법론”, 「가족법연구」, 가족법학회
- 민유숙, 2001, “재산분할제도에 관한 입법론-분할비율을 중심으로”, 「가족법연구」,  
가족법학회
- 배경숙, 최금순, 2001, 「친족상속법」, 제일법규
- 오상진, 2004, “재산분할에 있어서 소극재산이 적극재산을 초과하는 경우”, 「가족법연  
구」, 가족법학회
- 이상훈, 1992, “이혼에 따른 재산분할청구사건의 재판실무상 문제점에 대한 고찰”,  
「법조, 제42권 6호」, 법조협회
- 전주혜, 2005, “재산분할제도의 실증적 고찰”, 「건국대석사학위논문」, 건국대학교
- 조미경, 1990, 8, “재산분할청권”, 사법행정 356, 한국사법행정학회
- 조은희, 2002, “독일법상 이혼시 잉여의 청산과 그 문제점에 관한 고찰”, 「가족법연

구」.가족법학회

조은희, 2005. “유럽의 부부재산제가 우리에게 주는 시사점”, 「비교사법」, 비교사법학회  
한국여성민우회, 가사노동 가치를 편협하게 왜곡시키는 이계경 의원 발의 '소득세법일  
부개정법률안'을 반대한다, 2005. 6. 6.

황승태, 2003. “재산분할에 있어서 채권, 채무의 처리에 관한 고찰”, 「가정법원사건의  
재문제(상)」, 재판자료제101집, 법원도서관

Dieter Schwab, 1995. 「Familienrecht」, C.H.Beck Verlag 8., neubearb. Aufl., München

Dieter Schwab, 1996, “Der Vermögensausgleich bei Trennung und Scheidung-ein  
unbeackertes Reformfeld des Gesetzgebers?“, 「Elfter Deutscher Familiengerichtsta  
g」, Verlag Ernst und Werner Giesecking, Bielefeld