

財産分割請求에 있어서 主婦의 家事勞動의 法的 評價

— The Legal Valuation of wife's Household Affairs Labor in the
Claim for Division of Property —

韓三寅* · 金祥燦**

目 次

- I. 序 論
- II. 財産分割請求權의 意義
- III. 財産分割請求權의 法的 性質
- IV. 財産分割比率의 確定과 家事勞動의 法的 評價
 - 1. 分割比率에 관한 立法例
 - 2. 家事勞動의 意義 및 經濟的 價値
 - 3. 家事勞動의 法的 評價의 當爲性
 - 4. 分割比率의 確定과 家事勞動
 - 5. 專業主婦의 家事勞動의 法的 評價
- V. 結 論

I. 序 論

夫婦關係가 원만하게 유지되고 있을 경우에는 夫婦의 財産이 그 누구의 名義로 되어 있는지 별로 문제되지 않으나, 離婚으로 인하여 婚姻이 解消될 경우에는 夫婦財産關係를 일단 清算 또는 整理하여야 할 필요가 발생하게 됨으로써 離婚配偶者의 財産分割請求權가 문제된다.¹⁾

그런데, 民法 제839조의 2에 규정된 財産分割制度는 妻의 家事勞動에 대한 寄與를 인정하고

* 法政大學 法學科 (Dept. of Law, Cheju Univ., Cheju-do, 690-756, Korea)

** 法政大學 法學科 講師

1) 韓瑋熙, 「家族法論」, 大旺社, 1990, p. 11; 金曉珠, 「親族相續法」, 法文社, 1991, p. 224; 中川善之助, 「家族法」, 有斐閣, 1955, p. 152; 久保木康晴, 「身分法」, 交雅堂銀行研究所, 1964, p. 59; William Seagle, "Alimony", *Encyclopaedia of the Social Sciences*. Vol. I, p. 641.

있는데에 根據하고 있다.²⁾ 따라서 本稿에서는 財産分割請求에 있어서의 主婦의 家事勞動에 焦點을 맞추어 그 法的 評價의 諸問題를 檢討해보고자 한다.

II. 財産分割請求權의 意義

財産分割이란 離婚配偶者間의 재산상태를 清算 또는 整理하는 것을 말한다. 婚姻生活中에 취득한 재산은 비록 夫가 노동을 하여 夫의 名義로 登記된 財産이라 하더라도 그것은 妻가 자녀를 養育하고 家事를 영위해 나갔기 때문에 그와 같은 結果가 나올 수 있었다고 볼 수 있기 때문에 夫婦關係 解消時에는 마땅히 妻에게 그 대가를 返還하는 것이 마땅하다. 이와 같이 離婚時 配偶者一方이 他方에 대하여 財産分割을 請求할 수 있는 權利를 財産分割請求權³⁾이라고 한다.

財産分割請求權에는 離婚後 夫, 혹은 妻였던 자가 疾病, 老衰, 기타의 理由로 생활이 窮乏할 경우 扶養해야만 한다는 見解⁴⁾도 있고, 그 內容이 結果的으로 離婚後의 生活無能力者의 생활을 保障하고 離婚의 自由를 확보하여 준다는 점에서 扶養請求權이나 損害賠償請求權과 사실상 차이없으나, 본래 의미는 離婚後의 生活困難에 대한 恩惠의 扶助도 아니고 加害配偶者에 대한 制裁的 意味를 가진 것도 아닌 從前配偶者로서의 解消에 따른 夫婦財産의 返還이라고 하는 점에 있다.

現代에 있어서 財産分割(離婚給付, Alimony)이라 함은 一般的으로 離婚 또는 別居後 그의 妻 및 妻에 의존하는 子女 등의 扶養을 繼續하도록 이혼한 夫에게 부여된 義務라고 할 수 있다.⁵⁾ 그러나 역사적으로 고찰할 때 財産分割이란 婚姻解消로 인하여 配偶者 一方이 他方에 대하여 請求할 수 있는 어떤 賠償의 意味로 이해되고 있다. 또한 넓은 意味에 있어서 그것은 離婚配偶者의 經濟的 關係의 調節을 의미하는 것으로 이해되고 있다.⁶⁾

財産分割의 起源을 살펴보면, 그것은 離婚을 防止하기 위한 罰金, 또는 刑罰(Penalty)에서 유래한 것이었다. 離婚이 夫에게 전권적으로 인정되었던 古代의 家父長的 社會에서는 夫는 妻에게 전혀 財産을 分割하지 않고서도 離婚할 수 있었다. 그러나 社會의 發展과 더불어 離婚의 概念도 점차 달라지게 되자 離婚當時 妻가 無責인 경우에는 때때로 夫에게 일정한 罰금이 부과되었다. 이것은 아마도 이혼후 妻의 親族과의 血族의 宿怨關係가 되는 것을 防止하기 위하여 고안해 낸 制度였을 것이다. 예컨대 합무라비法典 第137條에 의하면 「아무 理由없이 그의 妻와 離婚한 夫는 그의 妻에게 1미라(Mira)의 銀과 그에 부가하는 妻의 財産을 返還해야 한다」고 규정되어 있

2) 大法院의 見해도 이와 같다. 大法判 1993. 5. 11, 93 스 6; 同 1993. 6. 11, 92 브 1064, 1061(反訴).

3) 周知하는 바와 같이 財産分割請求權은 民法 制定前인 1950年 法典編纂委員會에서 결정한 親族編要綱 第26項에 있었으며, 1977年 家族法改正案에서도 提案 되었으나 採擇되지 않았었고, 비로소 1990. 1. 13 民法 제7차 改正時에 新設되었다.

4) 中川淳, 「財産分割請求權의 性質」, 『家族法大系』, 有斐閣, 1959, pp. 41-45.

5) 宮崎孝治郎, 『新婚姻法』, 三省堂, 1959, p. 185.

6) William Seagle, op. cit., p. 642.

다. 이러한 規定을 살펴 볼 때 그 당시의 婚姻制度 및 經濟構造가 그 이후보다 더 安定되었다는 것을 알 수 있다. 이 時代에 이르러 離婚給付는 積極적인 法律上的 義務로서 부과되어 古代의 이집트인·회랍인·유대인사이에 있어서도 이 法律上的 義務는 夫婦財産契約에 의해서만 規定될 수 있게 되어 있었다. 그리하여 회랍인은 마침내 夫婦財産設定契約 없는 婚姻을 체결하는 것은 無効가 된다고 宣言하기에 이르렀다.

로마법은 上述한 모든 발전단계를 經驗하고 있었다. 즉 Manus婚姻制度下에서는 妻는 夫에게 전혀 아무런 權利도 主張할 수 없었다. 유스티아누스大帝 時代에 이르러서는 夫婦는 法앞에 平等하며, 過失있는 妻는 그 嫁資(dos)를 喪失하고 過失있는 夫는 그의 婚姻을 위한 贈與(donatio propter nuptias)를 喪失한다는 原則이 확립되었다. 그러나 夫婦財産契約(Marriage Settlements)이 없는 경우에는 有責配偶者는 財産의 1/4을 喪失한다고 하였다. 또 協議離婚의 경우에는 당사자들은 그들의 財産에 대하여 원하는 대로 어떠한 調整도 할 수 있다고 하였다.⁷⁾ 이같은 로마법의 規定은 그후 西歐諸國의 法制에 크게 영향을 미쳤다.

中世에 있어서는 婚姻은 「神이 짝지어 준 것이기 때문에 사람이 이것을 함부로 分離할 수 없다」고 하는 크리스트교의 敎理⁸⁾에 기하여 婚姻은 解消될 수 없는 것이라고 宣言되었다. 이와 같은 敎理의 필연적인 歸結로서 夫는 妻에게 영구히 生計費를 제공해야만 한다고 하는 理論이 發生하게 되었었다. 그러나 宗教改革者들은 配偶者의 一方을 罪人으로 보는 경우에만 離婚을 허용하였기 때문에 특히 離婚給付의 刑罰의 性格을 強調했던 것이다.⁹⁾

프랑스革命 直後 제정된 1804년의 나폴레옹法典 第299條는 「離婚이 特定原因으로 인하여 발생된 경우 離婚訴訟에 있어서 有責하다고 宣言된 配偶者는 상대방 配偶者가, 혹은 夫婦財産契約에 의하여, 혹은 婚姻締結後에 자기에게 부여된 一切의 利益을 상실한다」고 규정하고 있다. 그 立法理由書는 이 규정을 설명하여 “有責配偶者는 忘恩者(ingrats)의 지위에 놓이게 된다. 즉 有責配偶者는 忘恩者로서 취급되어야 한다. 그 配偶者는 婚姻契約의 第1條件에 위반한 것이다. 그는 그 契約에 관한 규정의 적용을 請求한다 할지라도 法院에서 受理될 것이 아니다”라고 하고 있다.¹⁰⁾ 이 規定은 그 후 오랫동안 西歐諸國의 離婚法에 많은 영향을 미쳤다. 1941年 5月25日の 프랑스 新離婚法 第301條는 “離婚이 선언되면 配偶者가 지는 一切의 賠償과는 관계없이 判事는 離婚의 목적을 달성한 配偶者에 대해서 그 者가 婚姻의 解消에 의하여 받은 物質的 또는 精神的 損害에 대한 賠償을 하게 할 수 있다”고 규정하고 있다. 1900년에 制定된 獨逸民法典이나 1907년에 制定된 瑞西民法典은 대부분 나폴레옹法典의 영향을 받은 것으로 생각된다. 1927年の 蘇聯 親族法은 당사자의 過失 여부와 관계없이 離婚後 그 一方이 自活不能의 상태에 있는 한 自活할 수 있는 他方當事者는 이를 扶養해야 한다¹¹⁾고 규정되어 있다.

7) 宮崎孝治郎, 前掲書, p. 186.

8) 磯野誠一·磯野富士子, 「家族制度」, 岩波書店, 1969, p. 151.

9) 韓瑋熙, “離婚에 있어서의 財産分與制度”, 「法曹」, 1963. 8, pp. 50-51; 宮崎孝治郎, 前掲書, p. 187.

10) F. Laurent, *Cours élémentaire de Droit civil*. 1981, p. 297.

11) 宮崎孝治郎, 前掲書, pp. 187-188.

現代社會에 있어서는 夫婦의 法的地位의 平等化, 婦人의 經濟的 自立, 夫婦財産制에 있어서 妻의 財産保護가 대두되었다. 그리하여 夫婦의 共同財産은 離婚時 調節 내지 清算되어야 한다고 주장되었다.¹²⁾ 그 方法은 各國의 婚姻制度가 有責主義를 採擇하는가 여부에 따라 다르다.¹³⁾

Ⅲ. 財産分割請求權의 法的 性質

財産分割請求權의 法的 性質에 대하여는 學說上 見解가 나누어지고 있다. 財産分割請求權이 離婚時 夫婦間에 생길 수 있는 財産分與關係(慰籍料請求, 寄與度の 清算, 離婚後의 扶養)¹⁴⁾를 고려해 볼 때 과연 어디에 該當할 것이냐 하는 것은 쉽게 단언하기 힘들다. 比較法的으로 볼 때 위의 세가지를 獨立的으로 인정하는 스위스 같은 나라도 있고, 別個로 보면서도 制度運營上의 妙味를 살려 扶養請求權 혹은 慰籍料請求權과 混合하여 일시에 解決하고 있는 경우도 있다. 나아가 구체적으로 請求權을 행사할 경우 일정한 指針을 提示해 주기 위해서라도 法的 性質을 究明해야 한다고 본다. 다만 우리의 立法은 日本의 民法規定을 그대로 옮겨놓은 것 같은 기분이 든다.¹⁵⁾

法的 性質에 관한 學說로는 清算說, 清算 및 扶養說, 制裁的 내지 損害賠償說 등이 있는데, 우선 日本에서 論議되었던 學說을 살펴보고 우리나라의 學說을 考察해 보기로 한다.

1. 日本의 경우¹⁶⁾

가. 清算說

婚姻中에 이룬 財産은 夫婦의 協力에 의한 結果로서 離婚時에는 당연히 그 寄與度에 따라 分配되어야 한다는 理論으로, 이에 따르면 婚姻中 取得한 財産은 名義와 관계없이 夫婦雙方의 共同所有로 보게 된다. 그 결과 財産分割請求는 자기의 潛在的 持分을 획득하기 위하여 행사하는 權利라고 한다. 이 見解는 夫婦財産關係의 形式(名義)과 事實(妻의 寄與分)이 어긋남으로 인해 일어나는 不均衡을 離婚時에 기본적으로 調整하는 「衡平의 理念」을 강조한다.¹⁷⁾ 이에 관한 日本判例는 “婚姻中 夫婦는 一體가 되어 社會적으로 활동하는 것이고 夫婦의 한쪽이 자기의 이름으로 取得하였다고 해도 그것은 直接 間接으로 他方 配偶者의 協력이 있었기에 可能했다고 할 것인바, 配偶者는 일종의 持分的 權利로 보거나, 財産을 夫婦의 共有로 보는 것은 實益도 없고 적당하지 않으므로 法院은 보통 행해진 名義대로 그 特有財産으로 인정하고 있다. 그러나 離婚時에

12) 佐佐木宏, “離婚による財産分與の性格”, 『早稲田法學』 30卷, p. 443; 板本郁郎, “離婚時の財産分割の性質について”, 『立命法學』 4號, p. 72; 大江健次郎, 『美國における離婚制度』, 有斐閣, 1983, p. 199.

13) 大江健次郎, 上掲書, p. 222.

14) 我妻榮, 『親族法(法律學全集23)』, 有斐閣, 1961, p. 15.

15) 曹美卿, “財産分割請求權”, 『司法行政』 1990. 9, pp. 80-81.

16) 家崎宏, “財産分與と慰籍料”, 『民法講座(7)』, 有斐閣, 1984, pp. 167-168; 高木多喜南·松倉耕作, 『條解民法Ⅲ(親族相續法)』, 有斐閣, 1988, p. 103 以下.

17) 中川淳, “財産分與制度の性質”, 『家族法大系(3)』, 有斐閣, 1984, p. 167.

는 이런 持分을 表面化하여 회복할 수 있는 길을 認定해 주어야 한다”¹⁸⁾고 하고 있다.

나. 扶養說

離婚後에 生活이 궁핍하게 된 配偶者에 대해 資力있는 他方이 扶養하는 것이 財産分割請求權의 本質이라고 보는 견해다.¹⁹⁾ 이 根據에 관하여는 過去에 夫婦였던 者가 離婚한 후 그 生活이 곤란하게 된 것을 그대로 보아 넘기는 것은 道義에 어긋난다는 것이라고 主張하고 있다.²⁰⁾ 近代法上 家族은 夫婦와 子를 基本的 構成員으로 하는 이른바 小家族制度를 취하고 있다. 그러므로 家族에 대한 扶養으로 그 範圍가 축소되고 있고, 따라서 夫婦相互間의 扶養은 완전히 經濟問題에 귀착된다. 婚姻은 본래 終身的인 結合을 목적으로 하는 性質을 가지고 있는 이상, 그 財産은 전부 장래의 生活保障에 대한 期待를 예정하고 있다. 그런데 離婚은 婚姻의 共同生活의 終了이 기 때문에 相互扶養의 期待를 상실하게 되고 그 後의 生活은 個人的 責任에 의하지 않으면 안되게 된다. 相互扶養에 의하지 않고 자기책임하에 生活하게 되면 特有財産 또는 特別機能을 가지지 않는 配偶者는 困難에 빠질 것은 틀림없는 事實이다. 따라서 離婚夫婦에 대한 救濟策이 要請된다. 또 離婚時에 子女의 養育指定者가 生活力없는 母인 경우 養育費가 夫로부터 제대로 支給되지 못하는 현실적인 問題點을 해결하기 위해서도 經濟的으로 劣弱한 地位에 있는 妻에게 財産分割請求制度가 要請되는 것이다.²¹⁾

다. 清算 및 扶養說

이 說은 離婚후의 生計對策을 위한 道義的 責任, 그리고 각 配偶者의 寄與度의 評價하는 要素를 모두 포함하고 있다고 보는 立場으로 오늘날 日本의 多數說이다.²²⁾

라. 清算, 扶養, 損害賠償說

이는 우리 民法처럼 慰籍料請求權이 明文化되어 있지 않은 日本에서 慰籍料請求權의 의미도 함께 內在되어 있다고 主張되어졌던 見解이다.²³⁾ 한편 그외에도 制裁的 要素도 포함하고 있다는 立場도 있는데, 그에 의하면 婚姻은 非打算的, 倫理的, 感情的인 結合이므로 이런 要素를 무시하고 非倫理的 行동을 취한 者에게는 일종의 制裁·非難이 가해질 수 밖에 없으며, 消極的인 의미로서 財産分割請求權은 부정되는 것이 마땅하다.²⁴⁾ 損害賠償의 要素를 인정한 日本判例가 많은데, 그 중에는 “夫婦의 協議離婚에 있어서 夫가 多年間 苦樂을 같이한 妻에게 財産을 分割하는 것은 離婚하는 妻에 대해 慰籍料를 주고 특히 老後의 生活을 保障하기 위해서 행해지는 것이 通例이고…… 라고 判示²⁵⁾한 것이 있다.

18) 仙台地法判 1955. 12. 28.

19) 青山道夫 外2, 「民法の論點(親族編)」, 法學書院, 1958, p. 81.

20) 中川善之助, 「親族法(上)」, 有斐閣, 1955, p. 280.

21) 鄭範錫, “離婚과 子의 養育에 關한 問題點”, 「司法行政」11卷 2號, 韓國司法行政學會, 1970. 2, p. 69.

22) 家崎宏, 前掲論文, p. 166; 島律一郎, 「注釋民法(21)」, 有斐閣, 1966, p. 207.

23) 我妻榮, 前掲書, p. 156.

24) 市川四郎, “財産分與請求”, 總合判例研究叢書「民法(3)」, 有斐閣, 1957, pp. 95-96.

25) 日 札幌高法判 1950. 5. 31, 下級民集 1卷 5號, p. 841.

다. 其 他

그 외에도 配偶者 一方이 死亡한 경우 얻게 되는 相續權과 類似하다는 生前相續說²⁶⁾도 있다. 요컨대, 日本의 경우는 清算을 주된 골격으로 清算의 要素나 扶養의 要素를 망라하는 混合的인 것으로 인정하고 있다. 다만 賠償的인 意味가 포함되어 있느냐에 대해서는 肯定·否定의 立場이 모두 存在한다.²⁷⁾

2. 우리나라의 경우

가. 學 說

(1) 清算說

이 說은 婚姻中에 이룬 財産은 夫婦의 協力에 의한 所產物이므로 離婚에 즈음하여서는 당연히 그 寄與度에 따라 分配되어야 한다는 見解로서 財産分割請求를 자기의 潛在的 持分을 돌려받기 위하여 행사하는 權利라고 본다. 따라서 이 見解에 의하면 각자의 寄與度, 특히 專業主婦의 家事勞動의 評價가 중대한 問題로 부각된다. 우리나라에서는 少數說로 주장되고 있다.²⁸⁾

(2) 清算 및 扶養說

우리나라의 多數의 立場이다. 즉 婚姻生活中 취득한 財産은 夫婦의 共有이고 이것을 婚姻解消時에 清算하는 것이 바로 財産分割請求權이며, 이때 離婚後의 扶養請求權의 의미도 함께 포함된 것으로 보아 共有推定된 財産이 貧弱한 경우 기타 事情을 참작하려는 것으로 離婚後의 扶養制度가 없는 현재로는 扶養的 性質도 포함할 수 밖에 없다는 견해이다.²⁹⁾

나. 判 例

우리나라는 1991. 5. 16에 서울 家庭法院에서 처음으로 財産分割請求權에 관한 判決이 宣告된 이후 여러 건의 判決이 宣告되었다.

우리 家庭法院은 財産分割請求에 대하여 “…… 離婚에 있어서의 財産分割制度는 夫婦가 婚姻中에 가지고 있던 事實上 共同의 財産을 清算 分配하는 것을 主目的으로 하면서 나아가 離婚後에 있어서 一方當事者의 生計維持를 꾀하는 것을 目的으로 하는 것이어서 相對方이 離婚에 대하여 有責者임을 요하지 않으므로 비록 財産分割時 당사자 쌍방의 기타 事情을 참작하여 그 分割額과 方法을 정한다”고 하거나³⁰⁾, 清算의 要素 및 扶養的 要素를 종합한 財産分割로서……³¹⁾, 또

26) 市川四郎, 前掲論文, p. 79; 家崎宏, 前掲論文, p. 67.

27) 家崎宏, 上掲論文, p. 168.

28) 高昌鉉, “新設된 財産分割請求權”, 『民事法學의 諸問題』(金容漢教授華甲記念論文集), 博英社, 1990, p. 13.

29) 金鳴洙, 前掲書, pp. 224-228; 同, “改正家族法概說”, 『考試研究』 1990. 3, pp. 202-203; 韓瑋熙, 前掲書, p. 35; 曹美卿, 前掲論文, p. 82; 金淑子, “財産分割請求權”, 『家族法研究』 第4號, 韓國家族法學會, 1990, p. 106; 韓三寅, “裁判上 離婚에 관한 實證의 研究”, 東國大大學院 博士學位論文, 1990, p. 94; 尹皇地, “財産分割請求權의 決定基準에 관한 研究”, 東亞大大學院 博士學位論文, 1993, p. 20.

30) 서울家庭法院 1991. 5. 16 「90ㄷ62624」.

31) 서울家庭法院 1991. 6. 7 「89ㄷ58308」.

는 “離婚에 있어서의 財産分割制度는 夫婦가 婚姻中 相互協力에 의하여 이룩한 사실적인 共同財産의 清算과 나아가 離婚後에 經濟적으로 어려워지는 當事者에 대한 扶養을 目的으로 한 것이므로……³²⁾”라고 判示하고 있어 財産分割請求權의 法的 性質이 清算的 要素를 주로 하면서 扶養的 要素까지 포함된 것으로 보고있어 清算 및 扶養說을 취하고 있다.

다. 私 見

생각건대 財産分割請求權은 원칙적으로 配偶者 一方의 所得生活과 다른 一方의 家事勞動이 한 가정내에서의 役割分擔이라는 점을 증시하여 婚姻中 夫婦가 함께 노력하여 이룩한 財産의 清算과 또한 夫婦共同體의 解體로 인하여 경제력이 약한 配偶者에 대하여 離婚後에도 能力이 있는 者가 扶養義務를 지게하여 兩當事者의 生活水準에 큰 차이가 생기지 않도록 하는 것이 마땅하다고 생각되므로 財産分割請求權의 法的 性質을 기본적으로는 清算, 부차적으로는 扶養이라고 보아 清算 및 扶養說이 妥當하다고 본다.

우리 民法 第839條의 2에서도 “當事者 雙方의 協力으로 이룩한 財産의 額數”라고 表現하여 清算的 性格을 나타내고 있으며 “其他 事情을 參酌하여”에서의 “其他 事情”을 “扶養의 必要性”으로 解釋할 수 있다.

IV. 財産分割比率의 確定과 家事勞動의 法的 評價

1. 分割比率에 관한 立法例

가. 프랑스³³⁾

프랑스民法 제1475조 제1항은 共通財産의 分割을 규정하는 바, 이에 의하면 離婚時 夫婦 各自은 共通財産에 속하는 모든 積極財産 및 消極財産을 각 1/2분씩 分割한다.

나. 獨 逸³⁴⁾

剩餘共同制을 취하는 바, 각 配偶者는 當初財産(혼인개시시의 고유재산에서 채무를 공제한 금액)과 終局財産(부부재산제의 종료시에 존재하는 재산에서 채무를 공제한 액)을 計算하여 後者가 前者를 초과하는 金額을 剩餘로 하여 더 많은 剩餘를 취득한 一方配偶者에게 他方配偶者가 그 剩餘의 價値의 半分을 支給請求할 수 있다(民法 제1378조 제1항). 이 制度의 目的은 婚姻中の 收入은 夫부의 共同의 協力에 의하여 이룩된 것이며, 따라서 그 財産에 대한 各자의 寄與度에 관계없이 同等한 持分이 인정된다는 것이다.

32) 서울家庭法院 1991. 6. 13 「91드1220」.

33) 李和淑, “夫婦財産制와 妻의 家事勞動에 대한 經濟的 評價”, 「現代家族法과 家族政策」, 也松 金囁洙 博士 華甲記念論文集, 1988, pp. 153-156.

34) 曹美卿, “財産分割請求權”, 「司法行政」1990. 9, p. 56; 同, “西獨夫婦財産制에 있어서의 剩餘共同制”, 「民事法學의 諸問題」, 小峰 金容漢教授 華甲記念, 博英社, 1990, pp. 435-456 參照.

다. 英 國³⁵⁾

財産의 清算比率이 法律로 규정되어 있는 위의 大陸法系의 諸國은 달리 英國은 財産分割에 관하여 法官에게 裁量權이 있다. 다만 判例上 妻가 家事勞動에만 종사하는 경우에는 離婚時 夫婦 財産의 1/3 정도를 分割한다는 原則이 확립되어 있고, 위 原則은 財産이 적거나 많은 경우, 婚姻期間이 짧은 경우, 妻가 子와 婚姻住宅에 남아있는 경우 등에는 적용되지 않으며, 妻가 定期金支給을 원하지 않는 경우, 婚姻中 居住하던 住宅에 대한 財産權이 있는 경우, 婚姻期間이 장기간 계속된 경우에는 1/2을 分割할 수 있다고 한다.

라. 美 國³⁶⁾

각 州마다 差異가 있으나 일단 모든 州가 衡平分配의 原理(Equitable distribution rule)를 財産分割의 基本原則으로 하며, 그 實질은 각 州에 따라 同一하지 않지만 別産制를 採擇한 州에서는 衡平分配의 출발점을 妻에게 1/3을 分配하는 것으로 보며, 캘리포니아州를 비롯하여 共同財産制를 채택한 州에서는 1/2로 均分하고 있다.

마. 우리 民法의 경우

우리 民法上(우리와 同一한 條文을 가지고 있는 日本도 포함)으로는 대체로 均分을 주장하는 見解와 각 事件에 따라 寄與度를 정하자는 見解가 대립되어 있다.

(1) 平等說

婚姻中 財産에 대한 寄與度는 법률적으로 同等한 것으로 評價되어야 하므로 寄與比率은 均等하다고 보는 見解인 바, 그 根據는 약간씩 달라서 夫婦財産制度에 있어서 所得共同制를 전제로 하여 契約社會에서 분리된 家族内部에 있어서 妻와 夫는 평등한 파트너로서 共同生活體를 담당하는 실체라는 점을 承認하지 않으면 안된다는 입장에서 夫婦 雙方에게 평등한 寄與度를 주장하는 見解³⁷⁾, 우리의 財産分割制度를 獨逸의 剩餘共同制와 동일하게 이해하여 獨逸民法 제1378조 제1항을 참조하여 均分을 주장하는 見解³⁸⁾가 있다. 이 見解들은 夫婦財産制度와의 관계에서 婚姻中 財産은 夫婦 内部에 있어서는 民法 제830조 제2항에 정해진 "歸屬不分明한 財産"에 해당되어 共有로 추정되는 바, 民法 제262조 제2항(日本民法 제240조와 동일하다)에 의하여 共有持分은 均등한 것으로 推定되므로, 寄與比率은 1/2이라고 해석하는 것으로 보인다.

한편, "憲法의 兩性平等을 따질것도 없이 主婦들이 家庭을 박차고 나가 자신의 寄與度를 높히려는 유혹으로부터 家庭을 지켜야 하기 때문에 평범한 셀러리맨인 남편과 평범한 主婦가 婚姻中 형성한 財産은 均分되어야 한다"고 주장함으로써 平等說을 취하였다고 보이는 見解³⁹⁾도 있다.

35) 李和淑, 前掲論文, pp. 162-167.

36) 韓孝熙 外 4人, "2000年代를 向한 韓國家族法의 位相에 관한 研究: 1991年 施行家族法과 關聯하여", 「家族法研究」第5號, p. 60.

37) 青山道夫·有地亨 編, 「新版注釋民法(21)」, 有斐閣, 1989, p. 465.

38) 曹美卿, 前掲 財産分割請求權, p. 56.

39) 黃祐呂, "改正된 民法中 離婚에 관한 問題點", 「人權과 正義」, 1992. 2, p. 25.

(2) 平等推定說

平等說이 가지는 劃一性에서 탈피하는 한편, 民法 제262조 제2항과의 造化를 이루려는 解釋으로, 寄與比率은 일단 위 條文에 의하여 平等한 것으로 推定되는데, 이는 事實上的 推定으로 구체적인 寄與比率이 증명된 경우에는 그 比率에 의하여 清算하여야 한다는 見解⁴⁰⁾이다.

(3) 寄與度說

寄與比率에 관한 確立적인 基準은 없으며, 각 事案마다 夫婦가 婚姻中 財産의 形成에 寄與한 내용에 따라 구체적인 寄與度を 評價하여 寄與比率을 確定하여야 한다는 見解⁴¹⁾이다.

(4) 私 見

平等說은 기본적으로 夫婦財産制度和 財産分割制度를 結合시켜 이해하고, 그 중에서도 共有說의 立場과 맥락을 같이한다.

그러나 위 見解에 대한 批判은 차치하고라도 現행법의 해석상 民法 제839조의 2는 “……을 참작하여 分割의 額數를 定한다”고 규정함으로써 比率의 確定을 法官의 裁量에 맡기고 있으며 달리 이에 관한 條項이 없고, 또한 夫婦가 담당하는 勞動의 實態를 볼 때 夫의 生産勞動도 그 收入의 程度, 財産形成의 수완 등이 다르며, 妻의 勞動도 生産勞動에의 參加 與否에 따라 勞動의 內容, 種類, 程度가 모두 다른데, 이를 도외시키고 모든 경우에 劃一的으로 寄與比率이 平等하다고 하는 것은 現實과도 부합하지 않는다. 결국 財産의 均分은 立法에서 지향해야 할 目標임은 別론으로 하고 現行法下에서는 具體的인 事件에서 각자의 寄與比率을 確定할 수 밖에 없다고 생각된다. 大法院도 “法院은 財産分割을 함에 있어서 方法이나 額數는 當事者 雙方의 協력으로 이룩한 財産의 額數, 기타의 事情을 參작하여 定하면 되고, 기타의 諸事情中 중요한 것은 明示하여야 할 것이나 그 모두를 個別的 具體的으로 일일이 說示하여야 하는 것은 아니다”⁴²⁾라고 함으로써 私見과 그 立場을 같이 하는 것으로 보인다.

2. 家事勞動의 意義와 經濟的 價値

가. 家事勞動의 意義

家事勞動은 일반적으로 좁은 의미로는 개개인의 個人的 消費를 위한 準備를 의미하고, 넓은 의미로는 家族의 扶養·養育·教育 등이 포함되며, 家事勞動의 範圍를 좀 더 포괄적으로 말하면 對價가 지불되지 않는 勞動으로서 家庭內에서 일어나는 여러가지 勞動을 의미한다.⁴³⁾

역사적으로 家事勞動은 生産的이지 못한 것으로 간주되어 왔다. 家事勞動이 輕視되어 온 가장 큰 理由는 家事勞動이 가진 私的 性格과 無償的 性格에 의해 그것이 일반적으로 生産的 勞動이

40) 家事審判研究會 編, 「判例家事審判法2」, 新日本法規出版(株), 1974, p. 1518; 大津千明, 離婚給付に關する實證的研究, 「司法研究報告書」 32輯 1號, 司法研修會, 1981, p. 132.

41) 立石芳枝, “夫婦の財産關係”, 「ジュリスト」 500號, p. 199.

42) 大法院 1993. 5. 25, 92 ㄴ 501.

43) 文淑才 蔡玉姬, 「家事勞動」, 新光出版社, 1986, p. 56.

아닌 것으로 認識된 데서 비롯된다.⁴⁴⁾ 뿐 만 아니라 女性이 맡은 “가정 일”은 가장 “자연스러운” 것이어서 女性自身도 天職으로 생각하고 勞動이라고 認識하지 않는 경우가 많은 것도 하나의 理由일 것이다.

그러나 대다수의 既婚女性의 家事勞動이 없이는 그들 남편의 經濟活動이 불가능하며, 나아가 既婚女性의 家事勞動과 그 남편의 社會·經濟活動은 불가분의 관계를 맺게 된다. 말하자면, 男性의 社會·經濟活動이 女性의 家事勞動의 바탕위에서 이루어진다고 한다면 女性의 家事勞動은 그만큼 중요하다고 하지 않을 수 없다. 여기에 家事勞動이 가지는 意義를 찾을 수 있을 것이다.

나. 經濟的 價値

現代의 女性運動家들은 女性問題의 핵심으로 家父長的 制度와 그 役割에서 찾고 있다고 하는 바⁴⁵⁾ 女性의 價値가 거의 인정되지 않는 無賃家事勞動을 담당하고 勞動市場에서도 불리한 위치에 構造的으로 編入되어, 女性은 家事, 男性은 生産이라는 性別分業과 勞動市場에서 男性支配, 職業分離는 家父長制와 資本主義가 연합한 결과라고 보고, 남성들은 既存의 여성들을 지배했던 家父長的 特權을 유지하기 위하여 女性이 家庭에 머물기를 원하며 여성은 家庭에서 남편에게 情緒的·心理的 및 經濟的으로 중요한 勞動을 제공하면서도 이에 대한 賃金を 받지 못하기 때문에 男性에게 經濟的으로 의존하게 되며 이 의존을 통하여 男性은 繼續的으로 家父長的 權力을 행사할 수 있다고 하는 것이다.⁴⁶⁾

이러한 家父長的 權威構造와 순수한 別産制下에서의 우리나라 既婚女性은 財産取得의 기회가 적어 夫에게 의존하게 되고 특히 離婚時에 自己所有의 特有財産이라는 것도 事實上 거의 없는 것으로 되기 때문에 이 家事勞動을 실질적으로 평가하여 夫婦財産制에 반영시켜서 離婚時에 婚姻中 取得財産에 대한 寄與分으로서 分割請求할 수 있도록 하는 것은 매우 중요하다. 즉 離婚時 主婦의 家事勞動에 해당하는 財産은 分割請求權 認定을 위한 經濟的인 根據의 제시, 이는 필히 그 寄與分만큼의 몫을 回復한다고 하는 計算的인 意味에서가 아니라 家事勞動은 家庭經濟에서 夫의 貨幣로 계산되는 生活活動과 마찬가지로 價値가 있다는 家庭經濟의 分業的 活動이라는 점에서 婚姻共同生活中的 取得財産에 대한 離婚時 寄與分認定을 위한 根據로써 제공될 수 있을 것이다.

家事勞動은 가족의 욕구충족의 機能 및 勞動力 再生産의 과정을 수행하면서도 經濟的 價値를 갖지 않는 勞動으로 評價되어 GNP의 計算등에도 포함되지 않는데, 그 理由는, 첫째 단순히 消費領域으로 취급하여 經濟的 環境過程에 등장하지 않고 生産에 의한 附加價値, 交換價値가 없다고 하는 점, 특히 貨幣所得이 없다는 점, 둘째 女性 내지 母性的인 일로써 사랑과 헌신에 의한

44) 文淑才, 「家庭生産」, 新光出版社, 1990, p. 16; 이기영, 「家事勞動의 商品代替에 관한 研究」, 韓國家庭管理學會誌 第5卷 2號, p. 45.

45) 李和淑, 「夫婦財産制와 妻의 家事勞動의 評價」, 「現代家族法과 家族政策」, 也松 金暉珠教授 華甲記念論文集, 1988, p. 148.

46) 지은희, 「韓國社會의 産業化와 女性勞動의 관한 理論的 考察」, 「韓國女性과 일」, 梨花女大出版部, 1985, p. 19.

지극히 崇高한 行動이라고 규정하고 그것을 貨幣價値로 따진다는 것은 극히 非人間的인 試圖라고 보았던 점이다. 그리하여 家事勞動은 그 成果가 過小評價되어 왔고 經濟的 價値評價에서 度外視되어 왔었다.⁴⁷⁾

그러나 現代經濟學이 貨幣로 계산되는 것 만 生産으로 다루고 있는데, 원래의 生産의 意味에서 볼 때 家庭에서 생산한 財貨·用役은 市場에서 販賣되지 않는다 하더라도 效用을 創出하는 것이고 명백한 附加價値를 가지며 단지 貨幣로 去來되지 않는다는 것 뿐이지 經濟的 價値가 있는 生産이므로, 現代經濟學이 家事勞動을 家庭 밖에서 遂行될 때는 生産으로 보면서 GNP에 포함시키지 않는 矛盾을 가지고 있는 것이다. 결국 家事勞動은 經濟的 機能과는 직접적으로 무관한 社會的 價値觀을 걸어로 드러나지 않는 性差別의 觀念때문에 인정받지 못했던 것이 그 자체에 經濟的 價値가 없었던 것은 아니다.⁴⁸⁾

家事勞動의 價値評價는 그 客觀化에 있어서 評價目的이 다양하고 또 家庭內的 活動中에서 불가능한 것은 아니고 실제로 몇가지가 通用되고 있는 바, 이에는 專門家代替費用法, 總合的代替費用法, 分析的方法, 機會費用法 등이 있다. 이중 가장 적절하다고 생각되는 總合的 大體費用法은 主婦가 행하는 家事勞動을 하나의 管理職으로 보아 이에 상응하는 職業從事者의 給料나 賃金を 기초로 하여 測定하는 方法으로 家事勞動에 가장 근접한 代替職으로서 어떤 職種을 택한 것인가의 問題는 分析的方法을 통하여 職務評價點이 가장 비슷한 職種으로 정할 수 있다.⁴⁹⁾ 그리하여 主婦의 기능을 總體的으로 하나의 管理機能으로 보고 그 職務水準에 맞는 職種을 택하면 家事勞動의 質적인 面을 반영할 수 있다.⁵⁰⁾

家事勞動의 經濟的 價値를 인정한 學者로는 Wally Seccombe, Gardiner 등으로 集團으로서의 여성이 家庭에 머물러 家事勞動을 전담하고 있는 것이 資本의 利益增大에 기여한다는 점을 인정하고, 主婦는 社會生活의 外廓에 있는 것이 아니라 資本과 分명한 關係를 가지고 있으며 主婦가 家事勞動을 통해 資本主義에 필수적인 賃金勞動者의 勞動力生産에 참여하기 때문에 生産에 經濟的·理念的으로 統合되어 있는 존재로 파악한다.⁵¹⁾

우리나라의 家事勞動의 實態를 보면 14세 이상 人口를 經濟活動 形態에 따라 區分할 때, 家事勞動者는 非經濟活動 人口에 속한다. 1966年 女性家事從事者는 이 중 85.7%, 1983년에는 64.75%에 해당하고 女性家事從事者 가운데 既婚女性은 93.3%를 차지한다.⁵²⁾ 그리고 調査에 의하면 家事勞動時間은 産業化·機械化·集團化에도 불구하고 이전과 같거나 오히려 늘어나고 있다고 하며, 1981년의 調査에는 家事勞動時間이 하루 平均 11.8時間, 休日에는 13.4時間으로 나타났

47) 女性白書, 韓國女性開發院, 1985, pp. 145-146.

48) 上掲女性白書, pp. 155-157.

49) 上掲女性白書, p. 153.

50) 英國에서는 Watch V. Watchel (1973) Fam, 72 CA Dptj 妻가 夫의 齒科醫院에서 接受를 맡아보는 일로 夫를 도운 경우 時間制 看護師로서의 收入能力을 가진다고 判示했다.

51) 李和淑, 前掲論文, p. 165.

52) 前掲女性白書, pp. 144-145.

고,⁵³⁾ 農家에서의 主婦勞動은 都市보다 더욱 많은 것으로 나타났다.⁵⁴⁾ 그리하여 한 研究는 家事勞動을 勞動消費時間의 측정을 통해서 評價하는 것이 적당하고 더 정확한 方法은 家事勞動의 일정한 要求水準과 作業條件에서 표준적인 勞動能力을 가진 사람이 수행하는데 요구되는 時間을 測定하는 것이라 한다.⁵⁵⁾

3. 家事勞動의 法的 評價의 當爲性

夫婦는 共同生活을 영위하고 있다. 그 共同生活의 形態는 各 夫婦間의 内部事情에 따라 차이가 있겠지만 각자 어떠한 方法으로든 共同生活의 一部分을 담당하고 있음은 분명하다.

一般的으로 夫는 사회적 경제생활을 통하여, 妻는 주로 家事勞動을 통하여 經濟的 分業에 의한 役割分擔을 한다고 볼 수 있다. 따라서 이 경우에 夫의 收入으로 財産을 取得하여 夫의 名義로 되어 있다고 할지라도 그 財産取得의 裏面에는 妻의 寄與가 있음을 부인할 수 없으며, 나아가 無償으로 家事勞動을 강요할 수는 없는 것이므로 夫婦相互協力の 觀點에서 파악되어야 할 것이다.

그러므로 妻의 家事勞動이 經濟的 價値가 있고, 그 결과 婚姻中 取得財産에 기여하였다면 이에 法的 價値가 부여되는 것이 옳다. 또한, 法의 一般原則에서 보더라도 妻의 寄與가 있는 財産을 夫가 獨점한다면 不當利得으로 볼 수도 있을 것이며 憲法上 규정된 人間의 尊嚴과 價値, 婚姻에 있어서의 兩性平等의 理念에도 어긋난다.

우리나라에서는 현실적으로 夫의 收入에 의한 夫 單獨의 財産取得이 通例이고 보면⁵⁶⁾ 別産制에서 그 寄與分이 法的으로 評價되는 것이 반드시 요구된다 할 것이고 法的 評價의 목적은 婚姻解消時 公평한 財産分配와 생활능력 없는 離婚配偶者의 장래 生活保障에 있으며, 離婚時 財産分割請求權의 인정에 의해 실현될 수 있다. 종래 우리나라의 大法院은 主婦의 家事勞動價値를 評價하는데 소극적이었으나,⁵⁷⁾ 民法 제892조의 2로 離婚時 財産分割請求權이 新設된 지금은 主婦의 家事勞動의 經濟的 法的價値를 認定하지 않을 수 없게 되었다.

4. 分割比率의 確定과 家事勞動

夫婦가 어떠한 形態로 일하였는가에 따라서 寄與度를 달리하게 되는 바, 보통 夫婦 雙方이 金錢的 所得을 취득하고 있는 맞벌이型, 夫婦가 共同으로 自營業을 하거나 또는 그 家의 自營業에

53) 美國 6.6時間(木-日 7.2時間), 日本 9.16時間; 上掲女性白書, p. 149.

54) 1980 農業勞動量 42.65, 농번기 一日 勞動時間 13時間 23分(女性白書 參照).

55) 文淑才, “家事勞動의 價値와 評價에 대한 考察”, 「大韓家庭學會誌」, 第20卷 4號, 1982, p. 179.

56) 高昌鉉, “現行 夫婦法定財産制의 檢討”, 「現代法學의 諸問題」, 東山 金斗熙 博士華甲記念, 1987, pp. 300-301에는 夫婦間의 財産所有의 實態에 관하여 調査 報告하고 있는 바, 이에 의하여 婚姻中에 取得한 財産의 所有名義를 살펴보면, 全部 夫의 名義: 農村 89%, 都市 70%, 妻의 名義: 農村 0.4%, 都市 7%, 各自名義: 農村 6%, 都市 19%, 共同名義: 農村 3.5%, 都市 2%로 되어 있다.

57) 大法院 1986. 9. 9. 85 다카 1337, 1338 등.

협력하는 家業協力型, 夫는 金錢의 所得이 있는 職業에 종사하여 收入을 얻고 妻는 가정에서 家事와 育兒에 전념하는 이른바 法的 分業을 이루는 專業主婦型(그 반대로 처만이 금전적 소득이 있는 직업에 종사하는 경우는 거의 없어 따로 분류하지 않는다)의 3가지로 分類할 수 있다.

앞의 두 種類는 妻가 家事勞動 외에 生産勞動에 종사하여 經濟的 收入을 얻는다는 점에서 專業主婦型과 크게 다르고, 한편 그 중에서도 家業協力型은 妻의 生産勞動이 가정의 共同勞動 속에 포함되기 때문에 독자적으로 그 勞動收入을 算定하기 어렵다는 점에서 맞벌이型과 다르나, 이 型은 실질적인 勞動形態에 따라 맞벌이型 또는 專業主婦型에 근접하게 된다. 다만 현실적으로 위 3개의 類型이 명백히 區分되는 것은 아니고, 위 勞動類型 뿐 아니라 兩家의 援助 등 寄與度의 算定에서 고려해야 하는 기타 事정들이 介入하므로 類型에 따른 寄與度의 완전한 一般化는 불가능하다.

가. 맞벌이型의 경우

夫婦 쌍방의 收入이 명확하기 때문에 쌍방의 收入을 합하여 婚姻費用을 分擔하고 남은 殘額을 축적하여 얻은 財産에 대하여는 각자의 收入의 比率에 응하여 分割하고, 妻가 職業活動 외에 家事勞動까지 전담하였다면, 그 家事勞動分까지 分割比率에 加算하는 方法에 의하는 것이 원칙적인 方法이 될 것이다.

한편 이에 대하여 妻가 職業活動과 家事勞動을 모두 담당할 경우에는 쌍방의 收入額에 불구하고 일단 寄與比率을 平等한 것으로 보고, 收入이나 能力에 현저히 差異가 나는 등의 特別한 事情이 인정되는 경우에만 구체적인 寄與比率에 따라 分配함이 타당하다는 見解도 있다.⁵⁸⁾

日本의 경우에는 前者의 算定方式을 따른 判例⁵⁹⁾와 後者の 算定을 따른 判例⁶⁰⁾를 모두 볼 수 있다. 우리의 判例의 경우 前者의 方法을 취한 例는 보이지 않는 바, 이는 具體的인 收入額이 立證되지 않는 例가 많고 그 外의 考慮事項이 있기 때문으로 보여진다. 많은 事件에서 寄與度를 50%로 인정하고,⁶¹⁾ 그 외 40%⁶²⁾로 認定하는 등의 거의 寄與比率을 均等한 것으로 보고 있음을 알 수 있다.

나. 家業協力型의 경우

이 경우 妻의 寄與分은 당해 事業에의 參加形態와 程度에 따라 결정되고, 그 外에 家事勞動을 하였다면, 그 부분까지 합하여 寄與比率을 정하게 될 것이다.

妻가 夫와 동등하게 사업체를 운영, 지휘한 경우에는 妻의 寄與比率을 50%로 인정하고,⁶³⁾ 夫

58) 大津千明, 前掲報告書, p.144.

59) 日 岐阜家審 1965. 5. 31, 家月 15卷 9號, p.197.

60) 日 廣島高裁判 1980. 7. 7, 家月 34卷 5號, p.41.; 日 札幌高裁 1931. 11. 6, 判夕 614號, p.70.

61) 서울家庭 90 드 48598; 同 90 드 12667; 同 90 드 62624 등.

62) 서울家庭 91 드 20511; 同 91 드 56473 등.

63) 日 東京高裁判 1980. 12. 26, 前掲 家事審判研究會 編, 判例家事審判法 2, p.1476; 長野地裁判 1963. 8. 25, 家月 16卷 4號, p.138.

의 特有財産인 事業基盤(農地, 自營業體 등)이 존재하고, 妻가 婚姻한 후 그 運營에 참가하였거나, 夫는 事業體의 代表이고, 妻는 經理 등 事業을 補助한 경우 妻의 寄與比率은 50%를 下回하게 되는 경우가 많다.⁶⁴⁾

우리 判例는 寄與比率을 30%⁶⁵⁾에서 35%,⁶⁶⁾ 40%,⁶⁷⁾ 45%,⁶⁸⁾ 50%⁶⁹⁾까지 認定하였는 바, 이 역시 寄與比率을 均等한 것에 가깝게 보고 있다.

다. 專業主婦型의 경우

專業主婦型의 경우에는 妻의 寄與比率과 家事勞動과는 매우 밀접한 관계를 갖는다. 물론 家事勞動의 評價는 앞서 본 두 類型에도 포함되어 있지만, 여기에서는 편의상 가장 重要하다고 할 수 있는 專業主婦, 즉 전적으로 家事勞動 만을 담당하는 경우를 중심으로 하여 考察하려 한다. 家事勞動이란 炊事, 洗濯 등의 家事, 育兒 및 家庭管理를 포함하는 概念으로 사용한다.⁷⁰⁾ 이에 관하여는 項을 바꾸어 자세히 살펴보기로 한다.

5. 專業主婦의 家事勞動의 法的 評價

가. 學 說

근대사회 이후 家事勞動은 無償인 것으로 생각하여 왔는데, 이를 어떻게 評價함으로써 離婚時에 財産分割을 받을 수 있도록 根據를 부여하느냐 하는 문제에 대하여, 家事勞動의 價値를 재산법상의 法律關係로 환원시켜 설명하는 여러 見解가 있다.

다만 우리나라에서는 이에 관한 法律的인 側面에서의 논의가 거의 없고, 아래에서 紹介하는 論議는 모두 日本의 見解들이나, 우리나라에서도 同一하게 볼 수 있을 것이다.

(1) 共有說

夫婦財産制度和 財産分割制度의 關係에서 共有說, 内部的 共有說, 潛在的 共有說을 취하는 立場에서는 妻의 家事勞動에 의한 協력은 婚姻中의 財産取得에 대한 協력으로써 그 財産 自體에 대하여 共有持分(또는 潛在的인 共有持分)으로 財産分割의 根據를 형성하는 것이 된다.

(2) 不當利得返還說

婚姻中 夫는 生産勞動에 종사하여 收入을 얻고, 妻는 家事勞動에 종사하여 勞動力의 再生産에 기여한다는 分業에 기초하여 부부의 經濟生活共同體를 형성하여 組合에 준한 법률관계가 성립하

64) 日 大阪家裁判 1962. 8. 31; 同 1966. 4. 12; 日 仙台家裁判 1963. 10. 9 등 家事審判硏究會 編, 判例家事審判法2, p. 1470-2 以下 參照.

65) 서울家庭 91 드 23893; 同 91 드 4784; 大邱地法判 91 드 7940; 釜山地法判 90 드 18379 등.

66) 釜山地法判 90 드 22750.

67) 서울家庭 90 드 77251; 同 91 드 44920; 同 91 드 48298 등.

68) 서울家庭 91 드 47707.

69) 서울家庭 90 드 56544; 同 91 드 13452; 同 91 드 44920; 同 91 드 44081

70) 大津千明, 前掲硏究報告書, p. 149; 한편, 曹美卿, "離婚과 慰籍料 財産分割制度和 關聯하여-", 朴秉濠教授還甲記念(I) 「家族法學論集」, 博英社, 1991, p. 284에서는 '家事勞動' 대신 '家庭管理'라는 用語를 사용할 것을 主張한다.

는바, 離婚에 의하여 그 법률관계가 解消되면 혼인중 재산의 清算義務가 발생하고, 그 法的 性質은 不當利得返還이 된다는 見解이다. 그 返還範圍는 家事勞動을 금전적으로 評價하여 賃金相當額을 산정하고, 妻가 夫로부터 혼인중에 婚姻費用負擔金으로서 위 賃金相當額에 달하지 않는 金원을 교부받았던 경우, 그의 미교부금에 관하여는 夫가 不當利得을 하고 있는 것이기 때문에 그 額數만큼이 返還範圍로 된다고 한다.

그런데 이 見解에 대하여는 離婚의 効果는 소급되지 않으므로 妻가 혼인중 協力義務의 이행으로서 제공한 家事勞動이 혼인사로 소급하여 法律上的 原因이 없는 것으로 된다고 解釋할 수 없고, 또한 혼인중 妻의 家事勞動에 對價關係를 이루는 것은 夫의 生産勞動이 아니라 夫의 妻에 대한 生活費 支給義務일 뿐이라는 批判도 있다.⁷¹⁾

(3) 雇傭契約說

妻가 夫와 사이에서 家事勞動에 관한 雇傭契約을 한 것으로 그에 대하여 賃金を 支給해야 한다는 見解, 또는 夫婦의 共同生活에 필요한 家事勞動은 夫婦間에 합의된 生活水準에 상응하는 것으로 족하기 때문에 그것을 넘어서 夫를 위하여 행하여진 家事勞動에 대하여는 雇傭契約이 성립되어 婚姻解消時에 그 契約에 의한 支給의 趣旨까지 포함하여 分割하여야 한다는 見解이다.

그러나 家事勞動은 그 자체 婚姻生活共同體의 維持·向上을 위하여 必要不可缺한 것이므로 그의 契約을 불평등한 地位를 전제로 한 雇傭關係로 보는 것은 그의 本質을 바르게 이해하지 못한 것이고, 家事勞動 내의 非代替的인 부분은 본래 妻의 全人格的인 行爲로 無定量·無制限의 것이기 때문에 雇傭의 對象이 되는 行爲라고 할 수 없다는 등의 批判이 있다.⁷²⁾

이와 완전히 同一하다고는 할 수 없지만 經濟學에서 행하는 家事勞動에 대한 評價를 法律的으로 分析하면 이 說에 입각하고 있는 것으로 보인다.

즉, 經濟學者들이 主婦의 家事勞動의 貨幣價値를 평가하는 方法은 크게 나누어 機會費用方法과 市場調査方法의 두 가지가 있는 바, 前者는 主婦가 就業할 경우에 거기에서 얻을 수 있는 所得을 家事勞動의 價値와 同一하게 보는 것이고, 後者는 主婦의 家事勞動을 市場에 맡길 경우에 代行者에게 지불해야 할 費用을 家事勞動의 價値와 同一하게 보는 方法이다. 後者는 다시 主婦의 役割을 한 사람에게 모두 맡길 경우에 드는 費用을 계산하는 總合的 代替費用方法과 主婦의 役割을 분류하여 여러 專門代行者에게 맡길 경우에는 費用을 계산하는 專門職業人 代替費用方法이 있다.⁷³⁾ 그리고 그 이외에도 非就業主婦로 하여금 家事勞動보다는 賃金勞動에 參與하도록 하는 최소한의 賃金으로 평가하는 要求賃金法, 家事勞動에 대하여 主婦들이 스스로 貨幣價値로 평가한 액수에 따르는 主觀的 價値評價法 등이 있다. 이에 따라 우리나라의 여러 女性團體 및 公

71) 佐藤義彦, “離婚における財産分與—その清算概念につで” 『現代の離婚問題』, 有斐閣, 1970, p. 392.

72) 高木積夫, “財産分與の對象となる財産の範圍”, 中川善之助先生追悼 『現代家族法大系(2)』, p. 307.

73) 金愛實, “家事勞動의 經濟的 價値—서울地域의 主婦를 對象으로 한 設問調査를 中心으로—”, 『女性研究』 第3卷 第4號, 韓國女性開發院, 1985, p. 29 以下.

的機關에서 위 방법들을 사용하여 主婦의 家事勞動을 貨幣單位로 評價한 例가 있으나,⁷⁴⁾ 이들 研究 結果는 財産分割審判에서 직접 使用하기는 어려울 것으로 생각된다.

(4) 補償說

家事勞動내에 경제적으로 評價하는 것이 곤란한 것, 예를 들면 精神的 援助 등에 대하여는 위 의 어떤 法律構成으로도 評價하기에 足하지 못하므로 妻의 家事勞動에 의하여 혼인생활이 通常 以上으로 높아진 경우 그 정도에 응하여 特別的 補償, 賞與를 고려할 수 있고, 그 額數는 一定的한 基準이 없다고 하는 見解이다.⁷⁵⁾

그러나 이는 財産分割 請求權을 補償 및 扶養의 法理에 의존하게 함으로써 그 本質에 어긋나게 될 것이다.

(5) 私 見

결국 위 共有說을 제외한 見解들은 모두 夫婦財産制度和 財産分割制度間的 關聯性을 인정하지 않으면서 家事勞動에 대하여 金錢的인 評價를 하는 根據를 마련하기 위하여 夫婦間的 關係를 財産法上的의 다른 制度로 擬制하는 立場을 취하는 것으로, 여기에서 法律的인 問題가 발생하는 것이다.

夫婦財産制度和 財産分割制度의 關聯性을 인정하여 潛在的 共有說을 취하는 立場이 대체로 타당하다고 생각되며, 家事勞動 자체로 인하여 婚姻中 財産에 潛在的인 權利를 取得함으로써 이를 根據로 財産分割을 받게 된다고 하는 것이 좋을 것이다.

나. 寄與比率의 認定

일반적으로 앞의 두 類型에 비하여 寄與比率이 낮은 편이나, 事案마다 寄與比率이 일정하지 않다. 그 具體的 比率은 각 事案마다 家事勞動의 質과 量에 따라 달라질 것이다.

日本에서는 1/5에서 1/2까지 範圍에서 事案에 따라 認定하고 있고,⁷⁶⁾ 우리의 實務例에서도 20%,⁷⁷⁾ 30%,⁷⁸⁾ 40%,⁷⁹⁾ 50%,⁸⁰⁾ 50%를 초과한 경우⁸¹⁾까지 다양한 바, 그 중 50%를 認定한 事例은

74) 金愛實, 上掲論文, p. 33 以下; 金容旭, “家事勞動의 法的 評價”, 朴秉濠教授還甲記念(I) 「家族法學論集」, 博英社, 1991, p. 178. 그밖에 1991년 政務第2長官室의 委託으로 財團法人 大陸研究所가 調査報告한 資料가 있는 바, 이에 의하면 家事勞動의 評價는 機會費用法에 의하면 441,988원, 總合的 代替費用法에 의하면 385,863원, 要求賃金法에 의하면 445,841원, 主觀的 價值評價法에 의하면 530,116원으로 調査되었다. 大陸研究所 社會調査本部, “主婦의 家事勞動 價值와 決定要因에 관한 調査研究 結果 要約”, 1991, p. 30 참조.

75) 前掲 家事審判研究會 編, 判例家事審判法 2, p. 1525.

76) 大津千明, 前掲 研究報告書, p. 141 以下 參照.

77) 서울家庭 91 드 722; 同 91 드 8328.

78) 서울家庭 90 드 24912; 同 90 드 39372; 同 91 드 27949; 同 91 드 56473; 同 91 드 61109; 同 91 드 68001.

79) 서울家庭 90 드 63238; 同 90 드 64217; 同 91 드 12947; 同 91 드 36646; 同 91 드 42238.

80) 서울家庭 91 드 67213.

81) 서울家庭 90 드 74375.

妻가 순수한 家事勞動에 그치지 않고 副業을 하거나 不動産 投資를 통한 財産增殖行爲를 한 경우 및 親庭에서 援助를 받았던 경우 등이며, 비교적 純粹한 專業主婦로 家事勞動에만 종사하였던 사안에서는 寄與分을 1/3로 認定한 事例가 많음을 볼 수 있다.

V. 結 論

지금까지 離婚時의 財産分割과 관련하여 主婦의 家事勞動의 法的 評價에 관하여 살펴보았다. 主婦의 家事勞動은 그것이 가지는 特性으로 말미암아 經濟的 價値를 갖지 못하는 것으로 觀念해왔고, 따라서 합리적인 法的 評價를 받지 못해 왔다. 그러나 1991. 1. 1부터 施行되고 있는 改正民法는 離婚時 妻는 慰籍料 이외에 財産分割의 請求⁸²⁾를 가능하게 함으로써 主婦의 家事勞動에 대한 法的 評價의 길을 마련해 놓았다.

1990. 10. 24 大法院 民事2部는 主婦의 家事勞動의 經濟的 價値를 인정하였다. 즉, 아내가 남편의 收入을 바탕으로 財産을 늘렸다 하더라도 그 財産은 夫婦 共同의 所有로 보아야 한다고 判示하였다. 이 판결은 主婦가 離婚하지 않은 상태에서 主婦의 財産增殖을 위한 노력, 즉 寄與度를 인정했다는 점과, 1991. 1. 1부터 시행한 改正家族法에 新設된 夫婦간의 財産分割請求權의 취지를 살린 점에 그 意義가 있을 뿐 아니라, 그 기초가 되는 家事勞動의 協助性을 살렸다고 본다.⁸³⁾ 그리고, 서울家庭法院에서 내린 財産分割에 있어서의 分割比率의 確定問題에서 主婦의 家事勞動의 寄與比率를 비록 낮게나마 認定하기 시작한 것은 當然하다고 하겠다.

財産分割請求權이 夫婦財産制에 관하여 別産制를 채택하고 있는 우리나라의 경우 여성의 經濟的地位向上에 기여할 것은 사실이나, 財産分割의 額, 方法 등은 法官의 自由裁量에 맡겨져 있어서 法官의 價値觀 내지 態度에 따라서 財産分割의 額數가 千差萬別일 가능성도 없지 않다. 특히 專業主婦의 경우 家事勞動價値의 法的 評價와 관련하여 그 客觀的인 基準이 없어 앞으로 判例를 통하여 專業主婦의 財産形成寄與도가 評價되어질 것으로 보인다. 그러나 일단 女性의 財産形成寄與度를 認定하여 財産分割을 하는 이상, 財産分割의 最低限(예컨대 1/3, 2/5 등)을 규정해 놓고 그 이상은 法官이 夫婦의 財産形成寄與度 등을 판단하여 裁量으로 評價할 수 있도록 함이 바람직하다는 見解⁸⁴⁾가 있어 주목된다.

나아가, 日本에서는 內縁關係(事實婚關係)의 解消의 경우에도 財産分割의 處理에 대하여 離婚時 財産分割에 관한 規定(日民法 제768조 1항)을 準用하여 해결하려는 것이 通說的 立場⁸⁵⁾임을 고

82) 財産分割請求의 對象인 財産은 有形財産(土地·建物 등의 不動産) 뿐만 아니라 無形財産도 포함되는 것이 보통이다. 가령 無形財産으로는 年金 保險 등 각종의 社會保障關係費用, 辯護士·醫師 등 專門職 資格을 取得하는데 소비된 費用으로서, 이를 新財産(new property)이라고 한다.

韓三寅, 前掲 博士學位 論文, p. 100.

83) 金容旭, 前掲論文, p. 177.

84) 金三和, "財産分割請求權", 『人權과 正義』, 大韓辯護士協會, 1991. 8, p. 21 以下.

85) 石村善助, "內縁解消と財産分與", 『家族法大系』, p. 306; 廣島高決 1963. 6. 19, 高裁民集 16卷 4號, p. 265; 廣島高松江支決 1965. 11. 15, 高裁民集 18卷 7號, p. 527.

러하여, 離婚時 뿐만 아니라 事實婚關係의 解消時에도 이를 準用하는 것을 檢討해야 할 것이다. 끝으로, 財産分割請求權은 夫婦財産制와 밀접한 관련을 갖는 制度이므로 民法 제830조의 夫婦別産制 규정은 夫婦財産共有制로 바뀌어지는 것이 옳다고 생각된다.⁸⁶⁾

86) 同旨: 韓三寅, 「韓國家族法の 現在와 展望」, 「韓國法과 日本法の 將來」, 東國大·日本中央大 共同學術세미나資料, 1994. 9. 16. p. 7.

Summary

The Legal Valuation of wife's Household Affairs Labor in the Claim for Division of Property

Han Sam-In, Kim Sang-Chan

The Purpose of this thesis is to seek the ideal division of property in the case of divorce, and the Legal Valuation of wife's household affairs labor.

The claim for division of property means that one spouse, when the marriage breaks down, can claim the division of matrimonial properties obtained by cooperation of both spouses.

The Division of property System in the case of divorce was first introduced by the article 839-2 of the civil code from January 1, 1991.

The property division naturally includes the element of liquidation, and also the element of support, but does not include the element of compensation.

The most important and delicate problem is how to divide the marital property. It is determined by how much one has contributed to obtain and maintain the marital property. It is very controversial how much we should evaluate the contribution of housewife by her home-making service. And it is possible to exercise the various methods of division used in cases of co-owned property or inherited property.