

혼인 해소 시 재산분할에 있어서 새로운 재산적 가치

New Property and Division of Marital Property upon dissolution

박 선 아*

Park, Sun-ah

목 차

- I. 서론
- II. 근로관계에서 발생하는 각종 금전적 혜택에 관련한 문제
- III. 장래 수입의 증가를 의미하는 자격 또는 면허에 관련한 문제
- IV. 영업권의 문제
- V. 지적재산권의 문제
- VI. 결론

국문초록

자본주의의 발달로 경제활동이 다양해지면서 이른바 신재산 또는 신종재산(New property)이라고 하는 새로운 형태의 재산적 가치들이 출현하였다. 그 중 주로 문제되는 것들이 퇴직금 및 연금 등의 퇴직급여, 스톡옵션, 전문직면허, 영업권, 지적재산권 등이다. 이러한 재산적 가치들이 부부재산에서 차지하는 비중이 날로 증대함에 따라 이에 대한 재산분할청구도 활발해졌다. 그러나 이러한 가치들은 혼인 해소 시에 미확정, 미발생인 경우가 많고 그 가치의 산정이 곤란하다는 한계를 갖는다. 대법원도 같은 이유로 재산분할대상성을 인정하지 않고 있고, 다만 분할의 방법과 액수를 정함에 있어서 '기타 사정'의 하나로 참작할 뿐이다. 그러나 이러한 대법원의 입장은 오늘날 사

논문접수일 : 2008.12.30

심사완료일 : 2009.2.2

게재확정일 : 2009.2.9

* 변호사·제주대학교 법학부 교수

회의 경제활동 현실을 무시한 것일 뿐만 아니라 혼인 증 재산을 정확히 파악하지 못하여 재산분할에 있어서 형평성에 어긋나는 결론에 이를 가능성이 크다.

이 논문은 이른바 신재산들에 대하여 보다 적극적인 분할대상성의 인정과 분할 방법의 마련을 위한 것으로서 각각의 재산적 가치들이 가지는 특징에 따라 분할대상성의 인정 문제와 분할의 방법을 고찰한다.

주제어 : 신재산, 신종재산, 새로운 재산적 가치, 재산분할, 재산분할대상성, 재산분할 대상재산의 확정, 퇴직금, 연금, 스톡옵션, 전문직면허, 재산취득능력, 영업권, 지적재산권

1. 서론

혼인 해소 시에 이루어지는 재산분할은 분할의 대상이 되는 재산을 확정하고 분할의 비율을 산정하는 두 가지의 절차로 이루어진다. 이 중 재산분할의 대상으로 되는 재산을 확정하는 절차에서는 경제적 가치있는 재산을 파악하여 재산분할대상재산의 목록을 정하고 그것의 가치가 얼마인가를 정하게 된다. 종래 재산분할청구에서 분할대상재산은 부동산이나 현금 등 비교적 재산적 가치의 확정이 용이한 형태가 대부분이었기 때문에 재산분할 대상 재산의 확정에 큰 어려움이 없었다. 그러나 자본주의의 발달로 경제활동이 다양해지면서 새로운 형태의 재산적 가치들이 출현하고 그 가치와 비중이 커지고 있어 재산분할대상성의 인정의 문제가 제기되었다.

이렇게 새롭게 출현한 재산적 가치들을 이른바 신재산 또는 신종재산(New property)이라고 부르며 이에 대하여도 적극적으로 재산분할의 대상으로 삼아야 한다는 주장이 1970년대 이후 미국에서 제기되었다¹⁾. 주로 논의가 되고 있는 신재산 또는 신종재산(New property)을 나열해 보면, ① 근로관계에서 파생되는 각종의 급여나 금전적인 혜택인 퇴직금 및 연금 등의 퇴직급여, 스톡옵션(stock option)등, ② 박사학위, 의사, 변호사 등의 장래 비교적 높은 정도의 수입 또는 재산 취득이 예견되는 자격 또는 전문직면허 등, ③ 직업 활동과 관련한 영업권(goodwill), 그 외에도 ④ 특허권, 저작권, 상표권, 영업비밀, 초상권 등 지적재산권에서 비롯되는 것들이 있다. 그러나 이러한 신재산들은 종래의 부동산이나 현금과 비교하여 혼인 해소 시에 아직 미확정, 미발생의 형

1) 민유숙, "재산분할 대상이 되는 재산의 확정에 관한 몇 가지 문제점", 「법조」, 제535호, 법조협회, 2001. 4. 126면

태로 머물러 있는 경우가 많고 장래 발생 개연성이 높다고 하더라도 그 가치의 산정이 용이하지 않은 한계가 있다. 이러한 점 때문에 이를 재산분할대상재산에 포함시킬 것인지 여부를 놓고 대립되는 상반된 입장의 학설과 판례들이 있으며 실제 재산분할청구소송에 있어서도 인정 여부에 따라서 당사자들에게 미치는 경제적 이해관계가 극명히 달라진다.

위와 같은 새로운 형태의 재산적 가치들에 대하여 재산분할 대상 재산성을 어떻게 볼 것인가의 문제는 부부간의 재산관계를 어떠한 관점에서 파악할 것인가에 따라서 입장을 달리할 수 있으며 또한 각각의 새로운 재산적 가치들의 고유한 성격에 따라서도 결론이 달라질 수 있다. 그러나 종래의 재산들과 다른 재산으로서의 속성과 분할 방법의 상대적 비유이성 때문에 재산분할대상성을 소극적으로만 바라보는 것을 온당치 못하다. 이는 결국 부부 재산을 진실하고 정확하게 파악하지 못하여 일방에게 심각하게 불리한 결론을 도출하고 우리 이혼법이 추구하는 공평의 관념에 배치된다. 그러나 아직까지 우리 대법원 판례는 예컨대 퇴직금과 전문의 자격이나 박사학위를 소지한 경제학 교수로서의 재산취득능력에 대하여 재산분할의 방법과 액수를 정함에 있어서 '기타 사정'의 하나로 참작함에 그친다는 소극적인 입장을 견지하고 있다.

아래에서는 앞서 나열하였던 각각의 새로운 재산적 가치들에 대하여 우리 학설과 판례의 입장, 외국에서 전개되는 논의와 판례들을 살펴보고 이른바 신재산(New property)에 대하여도 재산분할청구를 통해 부부간의 공평을 기할 수 있는 방법을 모색하여 보기로 한다.

II. 근로관계에서 발생하는 각종 금전적 혜택에 관련한 문제

1. 퇴직 급여

가. 문제의 소재

퇴직급여라 함은 근로퇴직급여보장법에 의하여 퇴직금과 퇴직연금을 합한 것을 말한다(근로자퇴직급여보장법 제2조 참조, 법률 제8635호). 그 중 퇴직금²⁾이란 일정기간

2) 퇴직금에 대하여 적용되는 현행법은 근로자에 대하여는 근로기준법 및 근로자퇴직급여보장법, 공무원, 군인, 사립학교교직원 등에 대하여는 특별법으로 공무원연금법, 군인연금법, 사립학교교직원연금법 등이 있다.

계속 근로한 근로자에 대하여 사용자가 근로계약의 종료를 이유로 퇴직근로자에게 지급하는 일시금을 말하고, 연금은 퇴직금과 그 성립기초는 동일하나 지급의 방법이 일시금으로 지급받는 것이 아니라 퇴직 시 또는 노령 등 일정한 시점부터 근로자의 사망 시까지 이를 분할하여 지급받는 퇴직급여를 말한다. 이러한 퇴직금 중 혼인 중의 근로에 해당하는 부분에 대해서 이혼 또는 이혼취소 등 혼인해소의 경우에 재산분할의 대상이 되는 재산으로 볼 것인가의 문제는 퇴직금에 대한 법적 성질에 따라 1차적으로 결론을 달리한다.

퇴직금의 법적 성질에 대하여는 임금후불이라는 견해, 퇴직 후의 생활보장적 측면에서 지급되는 금원이라는 견해가 있는데, 생활보장설에 의하면 퇴직금은 근로자의 퇴직 후 생활보장을 위하여 지급되는 것으로서 퇴직 후의 수입을 대체하는 것이므로 분할의 대상이 될 수 없게 된다. 임금후불설은 기본적으로 퇴직금은 근로자에게 지급되지 않았던 임금을 퇴직 시에 사후적으로 지급하는 것이기 때문에 퇴직금을 근로조건일환으로 파악하려는 입장이다³⁾. 우리 법에서 퇴직금 액수의 산정은 근로자의 연령, 가족사항, 건강 등 사회보장적 요소와는 무관하게 오로지 근로자의 근속연수와 개별적인 임금만을 기준으로 하고 있다는 점, 퇴직의 사유와 무관하게 퇴직하는 모든 근로자들에게 일률적으로 지급된다⁴⁾는 점 등에 비추어 임금후불설이 타당하고 우리나라의 학설과 판례도 기본적으로 임금후불설을 취하고 있다. 그러나 퇴직금은 기본적으로 후불 임금으로서의 성격을 갖고 있으나 그 외에도 사회보장으로서의 성격과 공로보상으로서의 성격을 아울러 가지고 있다는 점도 함께 인정되고 있다⁵⁾. 이 점에 대하여 헌법재판소는 공무원연금법상의 연금수급권은 사회보장수급권의 성격을 아울러 지니고 있으므로 순수한 재산권은 아니며, 공무원연금의 재원은 공무원이 납부하는 기여금과 국가가 부담하는 부담금으로 구성되는데 이는 사회보장수급권과 재산권이라는 양 권리의 성격이 불가분적으로 혼재되어 있다고 판시한 바 있다.⁶⁾

그렇다면 일용 임금후불설에 의하여 혼인 중 근로의 대가로 형성된 부분에 한해서 재산분할의 대상이 된다고 봄이 당연하다고 하겠으나, 우리 대법원 판례는 퇴직금의 취급에 있어서 퇴직금의 수령 여부를 기준으로 재산분할대상성을 판단하는 입장을 취하여 왔다. 퇴직연금에 관하여도 일시금으로 지급되는 퇴직금과는 달리 혼인 후 수입

3) 김형배, 「노동법」, 박영사, 2001, 296면

4) 공무원연금법상 형벌, 징계 등에 의한 퇴직급여의 제한 규정이 있고, 각종 정부투자기관의 취업규칙에는 일정한 경우 퇴직금의 100분의 50을 감액할 수 있는 규정이 있으나, 근로기준법과 근로자 퇴직 급여 보장법에는 이러한 규정이 없다.

5) 대법원 1995. 10. 12. 선고, 95다36186 판결, 대법원 2002. 9. 6. 선고, 2002다29442판결 등

6) 헌법재판소 1999. 4. 29. 선고, 97헌마333 결정.

대체를 위한 것으로 생활보장적 측면이 더욱 강하다는 견해가 있으나 일반적으로 수급권자의 선택에 의해 전환이 가능하고 앞서 언급한 바와 같이 연금은 퇴직금과 성립의 기초는 동일하나 그 지급의 형태만이 다른 것으로 퇴직금과 동일하게 취급해도 무방할 것이다. 아래에서는 퇴직금 및 연금의 재산분할대상성을 살펴보고 재산분할대상성이 인정되는 경우에 가치산정 및 분할의 방법에 대하여 순차로 살펴보기로 한다.

나. 재산분할대상성의 인정 여부

(1) 우리의 학설과 대법원 판례의 입장

퇴직금의 재산분할대상성에 대하여 대법원 판례는 이혼 당시 또는 이혼소송의 사실심 변론종결시를 기준으로 일방 배우자가 이미 퇴직하여 퇴직금을 수령하였는지 여부를 기준으로 삼고 있다.

이혼 시에 이미 수령하여 소지하고 있는 퇴직금의 경우에는 학설, 판례 모두 당연히 그 전액에 대하여 재산분할대상성을 인정하여 왔다. 그러나 이혼 시까지 수령하지 않은 퇴직금의 경우에는 입장을 달리하고 있다. 학설은 종래 대법원 판례의 입장과 같이 장래의 퇴직금에 대하여 재산분할대상성을 부정하였고 현재에도 부정하는 견해⁷⁾가 있으나, 현재로서는 재산분할대상성을 긍정하는 입장⁸⁾이 오히려 다수이다. 대법원 판례는 퇴직금에 대하여 일관하여 “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 제839조의 2 제2항 소정의 재산분할의 액수와 방법을 정하는데 필요한 ‘기타 사정’으로 참작되면 족하다.”⁹⁾고 판시하고 있다. 또한 퇴직연금에 대하여도 “향후 수령할 퇴직연금은 여명을 확정할 수 없으므로 이를 바로 분할대상 재산에 포함시킬 수는 없고 이를 참작하여 분할 액수와 방법을 정함이 상당하다.”¹⁰⁾라고 판시하였다. 그러나 이러한 대법원 입장과는 달리 하급심 판결 중에는 “일방 배우자가 공무원퇴직금 1억 3,400여만 원을 일시금으로 받지 않고 연금 형태(매월 180여만 원씩)로 받기로 선택한

7) 박동섭, 「친족상속법」, 박영사, 2007, 216면, 민유숙, “재산분할의 구체적 인정범위”, 「사법자료」, 제62집, 1993, 12, 427면.

8) 김주수, 「친족상속법」, 법문사, 2005, 210면, 이경희, 「가족법」, 법원사, 2008, 128면, 김승정, “재산분할 대상이 되는 재산의 확정”, 「재판실무연구」, 광주지방법원, 2004, 219면, 민유숙, 전제논문, 140면 등.

9) 대법원 2002. 8. 28. 선고 2002스36 결정.

10) 대법원 1997. 3. 14. 선고, 96므1533, 1540판결.

경우라도, 일시금에 해당하는 금액을 재산분할 대상 재산에 포함하여 전 재산의 40%를 타방 배우자에게 분할하여 주라"고 판시한 바 있다¹¹⁾. 그 외에도 비록 대법원에서 파기되었으나 공무원이었던 일방 배우자가 가지는 퇴직금 채권을 변론 종결시와 가까운 시기를 기준으로 예상퇴직금액을 산정하고 이를 재산분할 대상 재산으로 편입하여 판결한 바 있다¹²⁾.

한편 비록 이혼 당시에는 아직 퇴직금을 수령하지 못하였으나 이혼 직후 퇴직금을 수령하고 재산분할청구 행사기간인 2년 이내에 제기한 퇴직금에 대한 재산분할청구에 대하여는 "이혼소송의 사실심 변론종결일 당시 직장에 근무하는 부부 일방의 퇴직과 퇴직금이 확정된 바 없으면 장래의 퇴직금을 분할의 대상이 되는 재산으로 삼을 수 없음이 원칙이지만, 그 뒤에 부부 일방이 퇴직하여 퇴직금을 수령하였고 재산분할청구권의 행사 기간이 경과하지 않았으면 수령한 퇴직금 중 혼인한 때로부터 위 기준일까지의 기간 중에 제공한 근로의 대가에 해당하는 퇴직금 부분을 분할의 대상인 재산이 된다."라고 판시한 바 있다¹³⁾. 이러한 대법원의 입장은 퇴직금에 대한 종래의 입장을 유지하면서도 이혼 직후 퇴직금의 수령과 이혼 후 2년 이내의 재산분할청구의 요건을 갖춘 경우 혼인 기간 중 해당하는 부분을 전액 재산분할대상성을 인정한 점에서는 찬성할 만하다. 그러나 혼인 중에 쌍방의 노력으로 형성된 재산에 대한 재산분할대상성은 협의상 이혼 시 또는 이혼 소송의 사실심 변론종결시를 기준으로 판단하면 족한 것이지 이혼 후 2년 이내에 일방배우자가 퇴직하였는지의 여부에 따라 그 결론이 달라지는 것은 우연적인 기준으로 당사자들의 재산권을 제약하고 불안정한 지위에 놓이게 한다는 점에서 바람직하지 못하다. 또한 이와 같이 제기된 재산분할청구에서는 최초의 이혼소송에서 또는 협의상 이혼에 수반한 재산의 청산 과정에서 퇴직금의 존재와 그 액수가 충분히 반영이 되었는지가 쟁점으로 될 것이다. 이혼소송이 화해권고 또는 조정으로 종결되는 비율이 높아 판결이유도 없는 경우가 일반적이라는 점에서 더욱 입증이 어렵다고 본다.

(2) 외국의 경우

(가) 미국¹⁴⁾과 영국¹⁵⁾

11) 광주지방법원 가정지원 2005. 3. 22. 선고, 2004드합733, 764 판결(확정).

12) 춘천지방법원 강릉지원 2002. 4. 27. 선고 2001브10결정. 이 판결은 대법원 2002. 8. 28. 선고 2002스36 결정에 의하여 파기되었다.

13) 대법원 2000. 5. 2. 선고 2000스13결정.

미국의 경우에도 1970년대 이전에는 아직 퇴직하지 아니한 근로자의 연금은 권리발생의 불확실성 및 미확정으로 인하여 이를 재산으로 포함시키지 아니하였다. 그러다가 1975년 연방 법률인 Employee Retirement Income Security Act (ERISA)가 제정되어 위 법 소정의 요건을 충족하는 연금 계획(pension plan)에 대하여 세금혜택이 부여되고 일정한 기간이 경과되면 확정된 연금수급권(vested pension)으로 취급되면서 연금에 대한 분할이 활발하게 이루어지게 되었다.

ERISA의 제정 이후 각 주의 입법과 판례는 활발하게 연금을 혼인증재산에 편입시키고, 또한 일반재산과 다른 별도의 분할절차를 제공하였다. 그 중 In Re Marriage of Brown 사건은 “연금수급권이 부부의 재산으로 점점 중요한 위치를 차지하게 됨에 따라, 단지 이러한 권리가 미확정이라는 이유만으로 재산성을 부정한다면 당사자에게 형평에 부합하는 재산의 분할을 해 줄 수 없으므로 미확정의 연금수급권까지 분할의 대상이 된다.”¹⁶⁾고 판시한 바 있다. 그렇다면, 과연 연금수급권 중 분할의 대상성을 인정할 수 있는 것의 판단기준은 무엇인가에 관하여, Perry v. Perry사건에서 Michigan주 법원은, “연금수급권이 상당할 정도로 확실한 현존 가치(reasonably ascertainable present value)를 가진다면, 이는 분할의 대상으로 되는 재산으로 취급되어야 한다고 실시하였다. 따라서 연금수급권이 미확정적이거나 기대권에 불과하다면 분할의 대상으로 되는 재산으로 취급할 수 없는 것이나, 비록 미확정의 연금수급권(nonvested plan)이라고 할지라도, 상당한 시일 내에 확정수급권으로 될 정도로 상당한 확실성이 있다면 이는 분할의 대상으로 취급될 수 있다. 그리고 당해 연금이 근로자 개인이 자신의 월급의 일정액을 자발적으로 출연함으로써 그 재원이 마련되는 것이라면, 이러한 연금은 통상 혼인증재산으로 취급되어야 한다.”고 판시하였다¹⁷⁾. 반면 “사용자가 출연하는 연금수급권은 분할의 대상이 될 수 없고 분할비용 산정에 있어서 고려될 요소도 아니다.”라는 판결¹⁸⁾도 있다.

영국의 제정법은 배우자의 연금에 대한 기대 상실을 재산분할 결정시 고려사유로 규정하고 있고¹⁹⁾, 스코틀랜드의 제정법도 이를 혼인재산에 포함하고 있으며²⁰⁾ 이혼할

14) 민유숙, 전계논문, 127면 이하; 김승정, 전계논문, 217면.

15) 윤황지, “이혼으로 인한 재산분할 기준에 관한 일고찰-영미의 경우를 중심으로”, 『부동산학보』, 제18집 한국부동산학회, 2001. 12. 156면.

16) In Re Marriage of Brown, 544 P.2d 561(Ca. 1976)

17) Perry v. Perry, 350 N.W. 2d 275(Mich. App. 1984).

18) Johnson v. Johnson, 341 S.E.2d 811(S.C.App.1986).

19) Matrimonial Causes Act, 1973. §25.

20) Family Law (Scotland) Act, 1985. §10.

때 그 가치는 원칙적으로 평등하게 분배된다.

(나) 일본

종래의 통설적인 견해와 판례는, 퇴직금에 있어서는 이미 퇴직금을 수령한 경우 및 가까운 장래에 퇴직이 예정되어 있어 퇴직금을 받을 개연성이 높은 경우에는 재산분할대상성을 인정하고, 이러한 요건에 해당하지 않는 경우에는 퇴직금청구권은 일종의 기대권에 불과하고 퇴직금 수령 자격 상실의 가능성까지 있으므로 이를 재산분할 대상성을 인정하지 않았다²¹⁾.

그러나 최근에는 이혼 후 수령하게 될 퇴직금의 재산분할대상성을 적극적으로 인정하는 하급심판결례들이 나타나고 있다. 그 판결이유를 보면 “일반적으로 퇴직금은 급여의 후불이면서 부부 쌍방의 노후의 생활자금으로서의 성격을 가지고 있는 것으로 해석되는 바, 이혼의 시기가 퇴직 전인가 후인가 하는 사정에 의하여 재산분할의 대상이 되는가 여부를 결정하게 된다면 형평에 부합하지 않을 경우가 생기므로, 이혼 당시 퇴직을 하지 않은 경우에도 그 시점에서 퇴직금 액수를 산정하는 것이 가능하다면 그것을 분할의 대상으로 삼을 수 있다.”고 실시하고 그 금액 중 아내의 기여 비율에 따른 금액을 재산분할로 명하였다²²⁾.

이러한 판결례들을 바탕으로 최근에는 종래의 학설에서 발전하여 수령여부를 불문하고 재산분할대상성을 인정하고 있다. 그 중 “종래 분할대상성을 부정하는 논거로 든 것 중 하나인 퇴직금 지급 가능성의 문제는 일방배우자가 향후 자신의 귀책사유 등으로 퇴직금을 받을 수 없게 될지도 모른다는 바로 그 이유로 분할을 거부하는 것은 허용될 수 없으며, 예컨대 자동차사고로 인한 손해배상에 있어서 일실수입을 계산할 때에도 불확실한 요소가 개재되는 것이므로 불확실성 때문에 분할대상성을 부정하는 것도 맞지 않는다.”고 하면서 장래 퇴직금을 재산분할의 대상으로 인정하는 견해도 있다²³⁾.

(다) 검토

종래의 우리 대법원 판례처럼 퇴직금을 받을 수 있는 권리에 대하여 이를 재산분할에 있어 ‘기타 사정’으로만 참작한다 하더라도 당사자 사이에 충분히 형평성을 달성할 수 있는 경우도 있을 것이다. 그러나 실무에 있어서 통상 수 천만 원 이상에 달하는 퇴직금의 수령청구권이 존재한다는 사정을 ‘어떻게, 어느 정도’ 분할 비율의 산정에 있어서 참작하여야 하는 것인가, 이를 참작한다고 할 때 분할의 대상으로 인정하는 것과는 어떤 차이를 두어야 하는 것인가에 대해서 법원은 아무런 기준을 제시하고 있지 못

21) 민유숙, 전계논문, 135면; 김승정, 전계논문, 218면.

22) 大阪高裁 1993. 9. 29. 판결.

23) 민유숙, 전계논문, 137면; 김승정, 전계논문, 217면.

하다. 특히 퇴직금을 '기타 사정'만으로 참작할 때 당해 퇴직금청구권 외에는 분할의 대상으로 삼을만한 재산이 없는 경우에는 아예 재산분할청구를 기각 할 수밖에 없어 퇴직금을 하나의 참작 사유될 기회마저 없어지게 된다. 또한 다른 재산이 있다 하더라도 그 액수가 미미하고 재산 중 퇴직금이 상당 비율을 차지할 경우에는 당사자들은 재산분할청구에 앞서 자신의 권리를 얼마나 보장받을 수 있는지에 대해 전혀 예측하기 어렵다. 실제 재판을 수행할 때에 상당히 예측 불가능한 상황에서 재판을 진행하는 경우가 많고 형평성을 상실한 판결들이 도출될 수밖에 없는 한계를 내포한다.

하급심 판결 중에서 퇴직금을 참작하여 분할 비율을 정한 구체적인 예를 하나 살펴보자. 원. 피고의 순 재산은 금 221,507,094원, 그 외에 공무원인 원고의 퇴직 급여가 사실심 변론 종결시와 가까운 시점 기준으로 금 154,495,090원, 퇴직수당(일시금) 금 52,420,580원 합계 금 206,915,670원이 있었던 사안²⁴⁾에서, 법원은 순 재산 금 221,507,094원에 대하여만 재산분할대상성을 인정하면서 재산분할의 방법과 액수를 정함에 있어서 장차 원고가 수령할 퇴직금의 액수를 '기타 사정'으로 참작하여 피고의 기여도를 약 45%로 정하여 금 103,760,000원을 피고에게 재산 분할하였다. 위 판결의 경우 원. 피고는 1972년 결혼하여 2006년 이 사건 이혼 소송 당시까지 혼인생활을 유지하여 온 자들로서 위 퇴직급여는 전액에 대하여 혼인 중의 근로의 대가에 대해서는 다툼이 없다. 판결이유에서 실시한 바에 따르면 피고는 단순한 전업가정주부가 아니라 농촌지역 여성으로서 농사를 짓고 파출부, 청소부 등으로 일하는 등 재산형성의 기여에 있어서 일반적으로 전업가정주부에게 인정되는 30%-33.3%의 기여비율을 넘어 약 40%정도를 차지하고 있는 경우에 해당한다고 생각된다. 그러나 결과적으로 법원은 퇴직금의 존재에 대하여 이를 단지 '기타 사정'으로 참작하기는 하였으나 실제로는 단지 약 5%정도의 기여비율 증가시킨 것에 불과하였다.

만약 위 예상퇴직급여를 재산분할대상 재산으로 인정하였을 경우 피고에 대한 최소한의 기여비율이라고 볼 수 있는 약 33.3%로 산정하면 금 141,379,512원, 기여비율을 40%로 산정하면 금 171,396,105원으로 된다. 이 사안의 경우 공무원인 원고의 퇴직급여는 다른 사기업체의 퇴직급여에 비하여 상당한 정도로 발생의 개연성이 높다는 점, 그 금액도 실시한 바와 같이 정확히 산정가능한 점, 1972년 결혼한 자들임에 비추어 비교적 가까운 장래에 퇴직급여의 발생가능성이 높다는 점, 퇴직급여를 포함한 원. 피고들의 자산 중 퇴직급여가 차지하는 비율이 약 48%에 이른다. 그러나 이와 같이 재산으로서의 성격이 다른 재산적 가치들에 비하여도 현저히 뚜렷한 사안에서 이를 '기타 사

24) 광주지방법원 순천지원 2006. 5. 11. 선고 2005드합284 및 2005드합291 판결.

정'으로만 참작함으로써 결과적으로 그 재산 분할 액수의 현저한 차이를 가져오게 되었다. 이러한 점은 그 외에도 다수 판례에서 확인되고 있다.

퇴직급여에 대하여 분할의 방법과 액수를 정함에 있어서 '기타 사정'으로 참작하는 방법으로 재산분할에 있어서 형평성을 기한다는 현재 대법원의 입장은 앞서 살펴본 그 산정의 기준이 실시하지 아니하여 미리 예측하기 어렵기 때문에 자신이 재산분할 청구를 하는 경우에는 얼마나 지급받을 수 있을 것인지 예상하기도 어렵고 실제 판결을 받고도 이를 알기 어렵다. 이는 혼인 중 재산의 실질을 제대로 파악하지 못하여 일방에게 심히 불리한 결과가 초래하고, 더욱이 위 하급심 판결과 같이 예상퇴직일자과 예상퇴직금의 액수가 산정된 경우조차도 퇴직급여에 대하여 재산분할대상성을 인정하지 않는 것은 아주 불합리하다.

퇴직급여가 재산분할에서 주로 문제되는 경우는 혼인 기간이 상당한 부부나 황혼이혼의 경우인 바, 이러한 판례의 태도 때문에 이혼을 포기하는 경우도 다수 있다는 점에서 퇴직급여에 대한 재산분할의 문제는 고령사회의 도래와 함께 더욱 중요한 친족법상의 중요한 과제이기도 하다²⁵⁾. 따라서 장래의 퇴직급여에 대하여 보다 적극적으로 재산분할대상성을 인정하는 입장으로 대법원 판례의 변경이 요청된다. 1998년부터 국민연금법은 분할연금수급권자 규정을 두어 5년 이상 혼인 기간 경과 후 이혼한 부부의 경우 혼인기간에 해당하는 비율에 따른 금액의 2분의 1에 대한 연금수급권이 있다고 규정하고 있는 바, 현행 근로자퇴직급여 보장법과 공무원연금법 등 특별법에서도 이를 참고할 만하다.

다. 분할의 방법

퇴직급여에 대하여 혼인 중 재산으로서 재산분할대상성이 인정된다고 할 때에 다음으로 분할의 방법이 문제된다. 분할의 방법으로는 이혼 당시의 퇴직금의 현가를 산정하여 그 지급을 명하는 현가산정방식, 퇴직금의 분할비율만을 이혼 판결시에 결정하고 당해 퇴직금을 실제로 수령할 때 그 비율에 상응한 금액을 지급하도록 하는 비율산정방식, 그리고 이혼 판결시에 당해 퇴직금의 분할에 관한 판단을 유보하고 향후 퇴직금수급권자인 배우자가 실제 퇴직금을 수령할 때에 퇴직금을 분할하는 관할유보방식이 있다.

미국의 경우 구체적인 사건마다 각 방법의 장단점을 고려하여 분할방식을 결정하는데, 우선적으로는 현가산정방식이 채택된다. 그 구체적인 방법은 퇴직금수급권자인 배

25) 신영호 "고령사회의 도래와 친족법상의 과제", 『안암법학』, 제20집, 고려대학교 안암법학회, 2005, 138면.

우자가 장래 수령할 퇴직금을 현재의 가치로 환산한 후, 그 액수를 분할하여 상대방 배우자에게 지급되어야 할 금액을 확정하는 다음, 퇴직금수급권자인 배우자의 다른 재산에서 분할을 명하거나 그 액수 상당액을 상대방 배우자에게 지급하도록 명한다. 현가산정방식은 퇴직금 발생의 불확실성의 문제가 있지만 분쟁을 종국적으로 해결할 수 있는 장점이 있다. 그러나 실제 수령여부에 관한 위험을 쌍방이 공평하게 부담하여야 할 필요가 있는 경우, 퇴직급여 수급권자에게 다른 재산이 전혀 없어 지급능력이 없거나 현가산정이 불가능한 경우에는 비율인정방식 또는 관할유보방식이 선호된다.²⁶⁾

우리 법의 입장에서는 위 재산분할의 방법 중 관할유보의 방식은 입법적 근거가 마련되지 않는다면 채택하기 어렵고, 비율인정방식 또한 장래 일정 비율의 금원 지급을 명하는 판결이 가능한지도 의문이다. 그렇다면 현재 가장 쉽게 채택할 수 있는 방법은 현가산정방식이라 할 것이다. 현가산정방식은 근로자인 배우자가 이혼소송의 사실심 변론종결시 또는 사실심 변론종결시와 가까운 시기에 퇴직하는 경우에 받을 수 있는 퇴직금의 액수를 산정하는 것이다. 실제 이혼사건에서 재산 분할 청구하는 당사자 일방은 법원에 근로자인 배우자의 사용자에 대한 사실조회를 신청하고 법원은 사용자에 대한 사실조회 촉탁을 통하여 예상퇴직금을 확정한다. 타방 배우자가 퇴직금에 대하여 재산분할대상성 또는 재산분할의 참작 사항의 하나로 주장하는 경우를 살펴보면 대개 상당기간 근속한 공무원, 교원, 공인된 기업체나 금융기관 등의 경우가 많다. 이러한 때에는 예상퇴직일자, 예상퇴직일자의 퇴직금, 이혼 당시 기준의 퇴직금 등 퇴직금 산정 내역을 정확하게 알 수 있다. 이러한 사정에도 불구하고 비교적 경제적 가치 평가가 용이한 퇴직금에 대해서조차 이를 인정하지 않는 것은 부부재산의 진실한 파악의 측면에서 심히 불합리하다. 이러한 불합리를 시정하기 위하여 혼인 중 근로의 대가인 퇴직금에 대하여는 장래 발생의 개연성이 높은 경우에는 예상퇴직일자 및 예상퇴직일자의 퇴직금과 이혼시 퇴직금의 산정이라는 일정한 요건 하에 재산분할대상성을 인정하여야 할 것이다. 또한 퇴직금의 중간정산제도가 일반적으로 인정되고 있음에 비추어 혼인 시부터 이혼소송의 사실심 변론 종결시까지의 퇴직금청구권을 중간 정산하여 그 금액을 재산분할의 대상으로 삼는 방법도 있다²⁷⁾.

2. 스톡옵션

스톡옵션(Stock Option, 주식매수선택권)이라 함은 임원 등 회사의 고위 경영진에게

26) 민유숙, 전제논문, 130면 이하.

27) 김원수, "퇴직금이 재산분할의 대상이 되는지 여부", 『재판실무』, 제3호, 창원지방법원, 2005, 154면.

그들에 대한 근로관계상의 혜택으로 부여하는 것으로서 일정한 요건 하에 스톡옵션 소지자에게 미리 정해진 수량의 주식을 특정 기간이 경과한 후 특정 가격에 매수할 권리를 부여하는 제도이다. 스톡옵션은 권리의 보유가 일반적이지 않고 일부 계층에만 편중되지만 그 가치가 상당한 경우가 많기 때문에 관심의 대상이 되고 있다²⁸⁾.

미국의 경우 스톡옵션을 분할의 대상인 혼인 중 재산으로 인정하는 주가 이를 부정하는 주보다 훨씬 많다²⁹⁾. 확정된 스톡옵션은 혼인 중 재산으로 분할되지만, 미확정된 옵션의 경우에는 부분적으로만 혼인 중 재산으로 편입될 것이고 이때에는 혼인 중 재산으로 편입되는 비율을 결정하기 위한 정확한 공식이 마련되고 있다. 많은 주의 법원들은 정확한 공식 마련의 어려움 때문에 관할유보의 방식을 사용하여 장래에 배우자가 스톡옵션을 행사하여 주식을 매입할 때 그 중 일부를 분할하는 판결을 한다. 관할유보의 방법을 사용하지 않고 혼인 해소시 재산분할을 하는 경우에는, 그 가치 평가에 있어서 반드시 관련 전문가의 도움을 받아 이를 평가하고 있으며 다양한 공식들이 개발되어 각각 다양한 상황에 맞추어 적용되고 있다.

Ⅲ. 장래 수입의 증가를 의미하는 자격 또는 면허에 관련한 문제

1. 문제의 소재

혼인 중 일방 배우자가 박사학위 등의 각종 자격이나 의사, 변호사 등 전문직 면허를 취득한 경우 이를 혼인 중에 취득한 유형 재산과 마찬가지로 그 가치를 산정하여 재산분할을 인정할 수 있는지 문제된다. 특히 혼인 중 일방배우자가 상대방의 희생과 협력으로 의사, 변호사, 공인회계사 등 비교적 고소득을 보장하는 각종의 면허 또는 학위 등 전문직 자격 취득하였으나, 이로써 창출되는 수입 증가의 혜택을 보기 전에 이혼에 이르러 그러한 자격이나 면허 이외에는 다른 재산이 없는 경우에 재산분할대상성을 인정해야 할 필요성이 더욱 크다.

그러나 이러한 자격이나 면허는 비록 경제적 가치를 가지고 있음을 부인하기 어렵고 향후 일방 배우자의 수입의 증가를 가져와 재산의 취득이 비교적 강하게 보장된다고 할지라도, 자격이나 면허는 양도성 및 환가성이 없다는 점, 개인에게 화체된 수입

28) 김용원, "이혼시 재산분할청구권의 분할대상재산", 『법학논총』, 제20집, 숭실대학교 법학연구소, 2008. 8. 18면.
29) Lynn Curtis, Comment: Valuation of Stock Options in Dividing Marital Property upon Dissolution, 15 J. Am. Acad. Matrimonial Law. 411. 1998.

또는 재산 취득 능력에 불과하다는 점 때문에 그 자체를 분할하기 어려운 한계를 내포한다. 그러나 형평의 관점에서 다양한 탄력적인 방법을 통하여 이혼 당시에는 재산취득능력(수입취득능력)에 불과한 것을 그 자체로 새로운 재산적 가치로 보아 재산분할대상성을 인정하고 이의 적정히 환가하여 가치의 분할을 인정하자는 점에서 논의가 출발한다.

2. 우리 판례의 입장

우리 판례는 전문직 자격 취득으로 인한 재산취득능력에 대하여 재산분할대상성을 부정하고, 다만 재산분할의 액수와 방법을 정하는데 필요한 '기타 사정'으로 참작하면 된다고 판시하고 있다.

전문직 면허에 대한 최초의 판결인 서울가정법원 1991. 6. 13. 선고91드1220판결(확정)은 "이혼에 있어서의 재산분할제도는 부부가 혼인 중 상호협력에 의하여 이룩한 실질적인 공동재산의 정산과 나아가 이혼 후에 경제적으로 어려워지는 당사자에 대한 부양을 목적으로 하는 것이므로, 재산분할을 함에 있어서는 부부가 혼인 후 협력하여 형성한 부동산, 전세보증금 및 예금 등의 유형적 재산 외에도 처의 협조로 부가 취득한 전문의자격이라는 무형적 재산(또는 장래의 수입증가를 가져올 수 있게 하는 잠재적 재산)의 분배라는 청산적 요소, 결혼 후 현재까지 일정한 수입이 없던 처가 향후 생활을 유지할 수 있게 하는 부양적 요소를 모두 고려하여야 한다."라고 판시하면서 원, 피고의 순 재산액 3억 원(아파트 2억 7천만 원 + 전세보증금 및 임대보증금 3천만 원) 중 50%인 1억 5천만 원에 대하여 재산분할청구를 인용하였는데, 법원은 피고가 가지고 있을 것으로 예상되는 상당한 금액의 예금채권, 세무서에 대한 사실조회 결과를 토대로 한 피고의 최근 총수입을 근거로 피고는 앞으로도 전문직 면허를 통하여 많은 재산축적이 기대된다고 판단하였다. 또한 우리 대법원은 1998. 6. 12. 선고 98므213판결에서 "피고의 박사학위를 소지한 경제학 교수로서의 재산취득능력은 민법 제 839조의 2 제 2항 소정의 재산분할의 액수와 방법을 정하는데 필요한 '기타 사정'으로 참작함으로써 충분하다."고 판시하면서, 그 분할의 비율에 대하여는 "재산분할대상이 되는 원, 피고의 순자산액 금 232,000,000원 중 금 210,000,000원은 피고 소유의 아파트 인바, 원, 피고는 혼인 생활 중 별다른 재산을 모으지는 못하였으며 위 아파트는 피고의 아버지의 도움으로 구입한 사실 등을 고려하여 원고의 기여도를 4분의 1로 본 원심의 판단은 적당하다."고 판시하였다.

3. 외국의 경우

가. 분할의 대상성 문제

미국에서도 재산취득능력의 재산성을 부정하면서 “학위는 그 이전의 교육을 바탕으로 오랜 기간 근면과 학업이 결합된 것으로 향후 재산취득을 잠재적으로 도와줄 수 있는 지적인 성취에 불과한 것이다.”³⁰⁾, “면허, 학위 등은 장래의 금전가치가 불확실하고 계량 불가능한 것이며, 학위 등의 소지자가 그로 인한 수입활동을 시작하는 초기에 그 학위 등의 가치평가를 한다는 것은 불확실한 미래의 수입에 관한 어림짐작에 불과하게 되고 그릇된 가치평가는 심히 불공정한 결과를 낳을 우려가 있다.”³¹⁾는 이유로 재산의 범위에서 제외하였던 것이 주류였다. 다만, 전문직 자격의 재산성은 부정하면서도 배우자 일방은 타방 배우자의 자격 취득을 위하여 지출한 투입 비용 또는 기회비용의 상환 또는 보상을 청구할 수 있도록 하는 입장에 따른 판례³²⁾들이 있었다. 그러나 이러한 주류적 흐름에 대하여 전문직 면허의 재산분할대상성을 인정한 선구적인 판결이 New York주의 O'Brien사건³³⁾³⁴⁾이다.

법원은 혼인 중 일방당사자가 취득한 의과대학 학위 및 의사 면허는 상대방배우자가 그 취득 과정에서 경제적으로 도움을 주고 자신의 더 높은 수입취득기회를 희생하였으므로 그 혼인이 그 배우자가 자신의 학위 등을 취득한 직후 해소되는 경우, 분할의 대상으로 되는 재산분할에 포함된다고 판시하였다. 그 논거로 학위, 면허 등이 일신전속적인 권리로 양도의 대상이 되지 않는다고 하더라도 재산분할에 있어서는 면허, 학위 등 자체를 분할하는 것이 아니라, 그러한 학위 등을 보유함으로써 인하여 받는 경제

30) In Re Marriage of Graham 사건. 574 P.2d 75(Colo. 1978).

31) Mahoney v. Mahoney 사건. 453 A.2d 527(N.J 1982).

32) Haugan v. Haugan. 117 Wis. 2d 200(1984).

33) O'Brien v. O'Brien. 502 N.Y.S.2d 250

34) O'Brien사건의 사실관계는 다음과 같다.

원고(남편)와 피고(아내)는 1971. 4. 3. 혼인하였고 당시 부부는 같은 학교의 중학교 교사였으며 피고는 학사학위와 임시교사자격증을 가지고 있었다. 피고는 뉴욕주의 정식교사자격증을 취득하기 위하여 18개월의 대학원 연수를 필요로 하였으나 원고의 계속적인 교육 때문에 대학원연수를 하지 못하였다. 혼인 당시 원고는 대학을 3년 반 마쳤으며 의과대학에 들어가기 위하여 야간대학에 들어가 학사학위를 마치고 1973. 9. 멕시코에 이주하여 의과대학에 입학하였다. 원고가 의대에 다니는 동안 피고는 교직에 있으면서 가정교사도 하여 그 수입으로 그들의 생계를 꾸려나갔다. 1976. 12. 원고는 의과대학의 최종 두 학기와 인턴 훈련을 위하여 피고와 함께 뉴욕시로 돌아왔고 피고는 전에 근무한 학교에서 교사로 다시 재직하였다. 원고는 1980. 10. 의사면허를 취득하고 일반외과 레지던트로 있으면서 1980. 12. 에 이혼소송을 제기하였다. 이들의 혼인생활을 9년여 계속되었으나 자녀는 없었고 원고의 의사면허증 외에는 이렇다 할 재산도 없었다.

적인 수익의 일부분을 분할하는 것이기 때문에 아무런 문제가 되지 않는다고 하였다.

나. 가치평가의 문제

면허나 학위 등 무형적인 가치를 일단 분할의 대상인 재산으로 인정한다고 하더라도 그 가치 평가에 대한 어려움으로 인하여 재산분할의 대상인 재산의 총액확정이 어려움울 다시 직면하게 된다. 위 O'Brien사건에서는 전문 학위와 전문직 면허의 가치평가를 어떻게 할 것인가에 관하여, 의사 면허와 의과대학 학위를 구분하여 가치를 산정하였다. 우선 의사면허에 대하여는, 그 가치는 그러한 면허가 가져다주는 배우자의 증가된 수입능력이고 상대방배우자는 증가된 수입능력에 대하여 형평에 부합하는 비율이 권리를 취득한다고 하면서, 일반적인 의과대사가 향후 가동기간 동안 얻을 수 있는 수입과 일반 대졸자가 얻을 수 있는 수입의 차이를 계수화하여 현가산정을 하였다(현가산정방식). 이렇게 산정된 현가에 대하여 그 중 40%에 해당하는 가액을 11년 동안 분할지급하고 미지불 분할액의 확보를 위하여 보험에 가입할 것을 명하였다. 의과대학 학위의 가치는 의사면허의 가치와 구분되는 것으로 독립하여 현가산정이 가능하다고 하면서 이러한 학위의 가치평가는 상대방배우자가 혼인 중 그 교육과정에서 투입한 재정적 기여의 합계로써 하였다(투입비용보상방식).

그러나 위와 같은 현가산정방식에 의할 때에도 장래 수입의 증가는 소지한 학위와 다른 요인이 합쳐진 것으로 정확한 분리가 어려워 오로지 학위가 가지는 기여비율 산정이 어렵다는 점에서 여전히 어려운 문제이다. 또한 투입비용보상방식도 학위 등의 최소한의 가치만 반영하게 되어 그 실제 가치보다 현저하게 저평가되는 문제가 발생³⁵⁾하기도 한다는 점에서 여전히 논쟁거리가 되고 있다.

4. 소결

면허나 학위 등의 재산분할문제가 제기된 근본적 원인은 인간자본³⁶⁾인 전문직 자격의 가치 증대, 상대방배우자가 학위 등의 취득과정에서 희생과 경제적인 부담을 이혼시점에서 전보할 필요성이 있다는 것에서 나온 것이다.

현재로서는 재산분할에 대한 원칙적인 규정만 두고 있을 뿐 재산의 분류에 관한 규정도 없고 분할 비율의 산정 역시 법원에 위임되어 있는 우리 민법에 있어서, 장래 재

35) 김승정, 전제논문, 222면.

36) 한봉희, "전문직자격증과 재산분할청구권", 「가족법연구」, 제8호, 한국가족법학회, 1994.12. 325면.

산취득능력을 비유 산정의 '기타 사정'으로 참작하는 것이 재산취득능력의 가치 산정의 어려움을 고려할 때 현실적인 방법으로 보이기도 한다. 그러나 앞서 퇴직금에서 본 것처럼 '기타 사정'으로 참작만 하는 방법은 전문직 자격 외에는 분할의 대상이 전혀 존재하지 않는 경우에 심히 불평등한 결과를 초래할 수도 있을 것이다. 그러나 현재와 같은 소극적인 방법으로는 재산취득능력이 가지는 막대한 재산적 가치를 제대로 파악하지 못하는 현실에 머물러 형평에 어긋나므로 보다 더 적극적인 조치가 요망된다. 이에 대하여 그 구체적 대안으로 재산취득능력이 있는 면허가 자격 이외에는 다른 재산이 없는 경우나 있다 하더라도 미미한 경우에 별도의 청구권원을 인정하는 방법으로 입법적으로 해결하자는 견해³⁷⁾가 있다. 즉, 미국 캘리포니아 주처럼 상환금이라는 별도의 청구권원을 두어 최소한 투자비용만이라도 상환 받을 수 있게 하자는 것이다. 그러나 별도의 입법이 마련되지 않은 현 시점에서 법원으로서 재산분할을 함에 있어서 양 배우자의 수입을 확정함이 일반적이고 전문직면허 있는 자의 초과 수입에 대한 대략적인 계산은 가능한 바, 최소한 전문직 면허의 재산적 가치에 대한 산정의 노력 정도는 보이는 보다 적극적인 자세가 요청된다.

IV. 영업권의 문제

1. 문제의 소재

영업권이라 함은 고객관계, 신용 등과 같은 영업을 영위함에 있어서 재산적 가치가 있는 사실관계로서 영업계속 중 획득한 모든 이익을 포함한다. 그러나 영업과 관련된 재산적 가치 있는 사실관계, 즉 영업권을 재산분할의 대상으로 삼을 수 있을지, 있다면 그 가치평가는 어떻게 가능할지가 문제된다.

2. 우리 학설 및 판례의 입장

종래의 논의는 간단하게, 병원 등 개인기업체의 영업자산은 일방배우자가 자신의 특유한 능력을 가지고 형성한 것으로 상대방배우자는 그 취득에 대하여 직접적으로 협력하지는 않았지만 간접적으로 가사노동 등의 내조 등에 의하여 협력하였던 것이라고

37) 민유숙, 전제논문, 152면.

볼 수 있으므로 분할의 대상이 될 것이라고 언급한 정도였다³⁸⁾.

대법원 1993. 12. 28. 선고 93므409 판결의 원심³⁹⁾은 재산분할의 대상이 되는 재산으로, 일방 배우자가 소유하고 있는 건물의 시가와 점포 자체의 영업권(권리금) 이외에 ① 일방배우자가 소유하고 있는 건물의 임대업에 따른 영업권, ② 일방배우자가 운영하는 점포의 소매업에 따른 영업권, ③ 플레이보이 상표로 유명백화점에 우산, 장갑 등을 납품하는 사업에 따른 영업권을 모두 재산분할의 대상이 되는 재산으로 인정하였다. 그리고 그 각 가치평가에 있어서는 감정인의 감정을 통하여 위 각 영업에 따른 33개월간의 수입을 계산하여 여기에 소득 표준율을 곱하여 순수입을 구한 다음 그 중 24개월분 수입해당액을 영업권 가액으로 평가⁴⁰⁾하여 재산분할을 하였다.

이에 대하여 대법원은, 원심의 재산분할 대상성 판단에 대하여 ① 일방배우자가 소유하고 있는 건물의 시가 외에 건물 일부에 대한 임대업의 영업권을 재산분할대상으로 인정한 것은 증거 없이 사실을 인정한 것이며, ② 점포의 영업권(권리금)은 그 점포에서 판매업을 영위함으로 인하여 얻는 무형의 수익가치 전부를 포괄하는 것이라고 보아야 하기 때문에 이미 재산분할 대상에 포함시킨 점포 자체의 영업권(권리금) 외에 그 점포에서 영위하는 영업만의 영업권은 존재하지 않고, ③ 백화점 매장을 이용하여 상품을 판매하는 영업은 기간의 연장이 보장되지 않고 기간 중에도 백화점 측의 요구가 있으면 언제든지 철수하여야 하는 것이며 임대보증금도 없고 제3자에의 양도도 있을 수 없어 이러한 형태의 영업상 이익은 영업권으로 보기 어렵다고 판시하였다.

나아가 원심의 가치평가방법에 대하여도, 수용보상에 있어서의 폐업보상평가방식을 분할대상재산의 평가에 적용할 이유가 없을 뿐만 아니라 33개월의 수입액도 아무런 근거 없는 자의적인 수입인정이라 할 것이니 위와 같은 원심의 가액평가는 객관성과 합리성을 결여한 것이고 판시하였다.

3. 미국의 경우⁴¹⁾

법원은 영업권이 분할의 대상에 포함되는지 여부에 관하여, 이를 인정하는 판례들은 “영업권이 그 성질상 개인적인 것이고 시장가치로 환산되기 어렵지만 재산분할에 포함시킬만한 가치를 가지고 있으며 영업권은 그 운영자의 연령, 명성, 전문적인 지식과 기

38) 김주수, 「친족상속법」, 법문사, 2005, 223-224면, 영업상 신용의 확립에 대하여 재산분할을 인정하였다.

39) 서울고등법원 1993. 4. 2. 선고 92르862판결.

40) 이러한 방법을 토지수용보상시 폐업보상에 대한 평가방식이라고 한다.

41) 민유숙, 전계논문, 143면 이하; 김승정, 전계논문, 224면.

술 등의 요소로 구성되어 있으며 이러한 요소들을 참작하여 가치평가를 할 수 있다”고 한다. 대부분의 주는 이러한 입장을 취하고 있다.

반대로 아예 영업권이라는 무형적인 재산적 가치를 전부 분할의 대상에서 제외한 판결례도 있는데, “전문적인 영업권이라는 사업체의 명성이 가치 있는 것이지만 그렇다고 하여 이러한 것이 그 영업체의 소유자에게 개별화된 재산적인 권리를 부여하는 것이라고 보기 어렵다고 할 것이다. 이러한 사업체의 명성은 그 개인으로서의 소유자에게, 향후에도 상당한 수입을 보장한다는 한도에서만 가치를 지니는 것이며, 그 개인의 소유자로부터 분리되어 매각될 수 없는 것이다. 따라서 영업권 또는 명성이라는 것은 그 소유자에게 향후의 증가된 수입의 형태로만 발생하는 것이다.”⁴²⁾라고 판시하였다.

중간적인 입장을 취한 판결도 있는데, 우선 영업권이 분할의 대상이 되는가 여부에 관하여 일률적이고 획일적인 결론을 내릴 수 없으며 분할의 대상이 되려면 영업권 또는 영업체는 이를 운영하는 특정한 개인의 존재 또는 그의 명성과는 독립된 시장가치를 가지고 있으며 매각 양도의 대상이 되는 영업상의 자산이어야 한다고 보았다.⁴³⁾

4. 소결

대법원 93므409판결에서 일방배우자가 소유하고 있는 건물의 시가 외에 건물의 임대업에 따른 영업권을 분할대상재산에서 제외한 것은 타당하다고 생각된다. 왜냐하면 건물의 시가에는 건물의 사용가치가 반영되어 있을 뿐만 아니라 임대업에 따른 영업권은 결국 임대수입의 형태로 가치가 평가될 수밖에 없는데 이는 일방배우자의 수입으로 산정하여 고려요소의 하나로 보는 것이 적절할 것이다. 그러나 점포 자체의 영업권 외에 점포의 소매업에 따른 영업권(통상 동종 영업자에 대비한 초과수익)과 유명상품 납품사업에 따른 영업권은 실제 그 가치가 상당한 경우가 많아서 영업권의 범위에 대한 어떠한 기준의 제시도 없이 사실관계에 기하여 모든 영업권의 분할대상성을 부정한다면 재산의 가치를 파악하지 못해 형평을 기할 수 없다는 아쉬움이 남는다.

V. 지적재산권의 문제

현대 사회에서 특허권, 저작권, 상표권, 유명인의 초상권 및 영업비밀 등 지적재산권

42) *Holbrook v. Holbrook*, 309 N.W.2d 343(Wis. Ct. App. 1981).

43) *Taylor v. Taylor*, 386 N.W.2d 851(Neb. 1986).

이 속속 등장하고 그 재산적 가치와 비중이 증대함에 따라 혼인해소시의 재산분할청구에 있어서도 지적재산권의 문제가 등장하게 되었다.

혼인 중 발생한 특허료나 저작권료 및 기타 지적재산권적 수입은 당연히 혼인 중 재산에 해당한다. 그러나 수입의 기초인 특허권의 취득, 저작권의 취득, 스포츠연예인으로서 명성의 취득 등이 혼인 중에 이루어지기는 하였으나 아직 그 수입이 구체적으로 실현되지 못하였거나 실현 중에 있을 때에 이혼 이후 발생될 예상 수입에 대하여 과연 재산분할대상성을 인정할 수 있을지, 만약 인정한다면 그 분할의 방법은 어떻게 할 것인가가 문제된다.

일본에서는 재산분할청구 항고사건에서 “상대방은 1993년부터 1999년까지 사이에 여섯 권의 저작물을 출판하고 있고, 그 인세로서 적어도 월 2만 엔 정도의 수입을 얻고 있었던 점, 항고인은 각 서적의 출판에 어구 정정 등의 작업을 도왔던 점이 인정된다. 각 서적의 출판은 혼인 중으로 상대방의 집필에 의해 된 것이기 때문에, 이혼 시까지 혼인비용으로 만들어진 것이다. 이혼 후의 인세 수입은 혼인 중의 노동에 의한 수입으로서 본래 재산분할의 대상이 되는 것이 상당하다. 그리고 상대방이 장래에 걸쳐 어느 정도의 인세 수입을 얻을 것인가는 불분명하다는 점을 고려하여, 항고인의 기여 비율을 2분의 1로 정하고, 상기 월 2만 만의 인세 수입을 기준으로 이혼 후 5년간의 인세 수입 120만 엔(=월 2만 엔 x 12개월 x 5년)의 반액인 60만 엔을 분할하는 것이 상당하다.”는 판례⁴⁴⁾가 있다.

미국의 경우 1987년 캘리포니아 주 Worth 사건에서 저작권 자체도 부부공동재산에 포함된다고 판결한 바 있으나⁴⁵⁾, 이 판결은 오로지 저자에게만 저작권의 소유권을 부여하고 있는 연방 저작권법의 규정이 캘리포니아 주의 부부공동재산법보다 우선적으로 적용된다는 점에서 많은 비판을 받았다⁴⁶⁾. 그 후 1999년 루이지애나 주 법원은 Rodrigue 사건에서 위 캘리포니아 주 Worth 판결과는 달리 저작권은 부부공동재산이 아니라고 판단하였다⁴⁷⁾. 그러나 이러한 결정은 제 5항소법원에 의하여 즉각 파기된 바, 제 5항소법원은 저작권을 가지는 양 배우자는 저작권에 대하여 각자 독자적 지배권을 보유하나 비저자인 배우자로부터 저작권의 유형적인 이익을 박탈할 수는 없다고 하면서 저작권의 소유를 확정함에 있어서 연방저작권법과 주 부부공동재산법사이에는

44) 名古屋高等裁判所, 2007. 5. 31. 결정 平15(ラ)32号.

45) Worth v. Worth, 241 Cal. Rptr. 135, 139-40(Ct. App. 1st Dist. 1987).

46) Ann Bartow, "Intellectual Property and Domestic relations: Issues to Consider When There is an Artist, Author, inventor, or Celebrity in the Family" F.L.Q. fall, 2001.

47) Rodrigue v. Rodrigue, 55 F. Supp. 2d 534(E.D.La. 1999).

어떠한 층들도 존재하지 않는다고 판단하고, 부부공동재산분할 재판에 있어서 저작권은 오로지 저자에게만 귀속되는 것은 아니라고 판시하였다⁴⁸⁾.

Ⅵ. 결 론

재산분할은 혼인과 이혼에 있어서 부부의 평등과 이혼의 자유를 보장하는 가장 중요한 제도이다. 혼인생활 중에 취득한 부부 1인 명의로 되어 있는 재산의 취득과 유지에 관한 재산분할청구권자의 기여에 대하여는 이혼 시 그 공헌에 대하여 적절한 평가가 이루어져야 하고 공평하게 분배되어야 하는데, 이를 위해서는 우선적으로 재산분할 대상 재산의 확정이 공평하고 정확하게 이루어져야 한다.

이른바 신재산 또는 신종재산들에 대한 재산분할 대상성과 분할 방법에 대한 논의도 재산의 범위를 넓힘으로써 재산분할대상 재산의 총액을 높이고자 한 것으로서, 경제적으로 취약한 배우자의 혼인 후 생활을 보장하고 부부간의 형평을 기한다는 재산분할의 근본 취지에서 출발하는 것이다. 물론 대법원의 입장처럼 재산분할에 있어서 부부간 형평은 재산분할의 방법과 액수를 적절히 정하는 것만으로도 달성할 수 있는 경우가 있을 것이다. 그러나 이러한 입장은 앞서 살펴본 바와 같이 그 기준이 모호하고 예측이 어려워 결과적으로 이혼의 자유를 제약하는 결과를 가져오고 '기타 사정'으로 참작된 경우라 하더라도 재산분할대상성을 인정하는 경우와는 분할 액의 차이가 크다. 따라서 재산분할대상성과 그 분할의 방법을 논함에 있어서 법원은 가족법적인 특성을 고려하여 보다 후견적이고 적극적인 자세로 접근하여야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 대법원은 여전히 가치 산정의 어려움만을 들어 재산분할대상성을 소극적으로 보고 있고 가치 산정을 위한 최소한의 노력도 없이 기존의 판례를 되풀이하여 안타깝기 그지 없다. 아울러 2004년 서울가정법원에 설치된 가사소년제도개혁위원회에서도 장래의 재산이나 혼인 중에 취득한 일방배우자의 재산취득능력에 대한 분할도 인정되어야 한다는 의견이 제시되어 토론의 과정을 거치긴 하였으나, 구체적인 분할 방법을 정하는 것은 아직 곤란하다는 이유로 연구과제로 채택은 되지 못한 바⁴⁹⁾ 아쉬움이 남는 대목이 아닐 수 없다.

이상에서 살펴본 새로운 재산적 가치들에 대한 재산분할청구사건에서 법원은 이혼

48) Rodrigue v. Rodrigue. 218 F. 3d 432(5th Cir.2000).

49) 전경근, "현행 민법상 부부재산제의 문제점과 개선방안", 「가족법연구」, 제19권 1호, 한국가족법학회, 2005.3. 207면.

후 생존의 문제를 보다 심각하게 고려하여 분할의 방법을 마련하기 위한 노력을 기울여 차츰 분할가능성을 확대하여야 할 것이고, 그 첫 번째 단계로서 장래 발생 가능성이 상대적으로 높고 가치산정이 용이한 퇴직급여에 대해서 만이라도 가까운 미래에 대법원 판례의 변경이나 입법을 통하여 재산분할이 인정될 수 있기를 기대한다.

참고문헌

국내문헌

단행본

- 김주수, 「친족상속법」, 법문사, 2005.
박동섭, 「친족상속법」, 박영사, 2007.
한봉희, 「가족법」, 푸른세상, 2005.
김용한, 「친족상속법」, 박영사, 2003.
김형배, 「노동법」, 박영사, 2001.
이정희, 「가족법」, 법원사, 2008.

논문

- 민유숙, “재산분할 대상이 되는 재산의 확정에 관한 몇 가지 문제점”, 「법조」, 제535호 법조협회, 2001. 3-4.
한봉희, “전문직자격증과 재산분할청구권”, 「가족법연구」, 제8호, 한국가족법학회, 1994.
김승정, “재산분할의 대상이 되는 재산의 확정”, 「재판실무연구」, 광주지방법원, 2004.
윤황지, “이혼으로 인한 재산분할기준에 관한 일고찰”, 「부동산학보」, 제18집, 한국부동산학회, 2001. 2.
신영호, “고령사회의 도래와 친족법상의 과제”, 「안암법학」, 제20집, 고려대학교 안암법학회, 2005.
김원수, “퇴직금이 재산분할의 대상이 되는지 여부”, 「재판실무」, 제3호, 창원지방법원, 2005, 154면.
김용원, “이혼시 재산분할청구권의 분할대상재산”, 「법학논총」, 제20집, 승실대학교 법학연구소, 2008. 8. 18면.
전경근, “현행 민법상 부부재산제의 문제점과 개선방안”, 「가족법연구」, 제19권 1호, 한

국가족법학회. 2005. 3.

국외문헌

Mary Ann Glendon. 「The New Family and The New Property」. Butterworths Toronto, 1981.

Robert E. Oliphant, Nancy Ver Steeh. 「Family Law」. Apsen. 2004.

Lynn Curtis. Comment: Valuation of Stock Options in Dividing Marital Property upon Dissolution. 15 J. Am. Acad. Matrimonial Law. 411. 1998.

Ann Bartow. "Intellectual Property and Domestic relations: Issues to Consider When There is an Artist, Author, inventor, or Celebrity in the Family" F.L.Q. fall, 2001.

[Abstract]

New Property and Division of Marital Property upon dissolution

Park, Sun-ah

Professor, Faculty of Law, Jeju National University

As the economic activities are diversified due to the development of capitalism, the new type value of property known as new assets and new property has occurred. Of those new properties, at issues are retirement allowance such as retirement pay and pension, stock option, professional licence, goodwill and intellectual property. As the weight of these property values occupying in the marital property increases day by day, the request to divide these kind of properties is being activated. With the regard to the limitation of these properties, they, however, aren't often confirmed or produced in the event of marriage dissolution and is hard to be calculated. Accordingly, the Supreme Court doesn't also recognize the object for property division and just regard it as one of other circumstances in deciding a division way and amount. But, because the Supreme Court not only disregards the economic realities of current society, but also doesn't grasp exactly the real marital property, it has a big possibility to conclude inadequately in the property division.

The goal of this study is to understand the object of property division better and to prepare the way of division on the so-called new property, examining the characteristics of each property value.

Key words : new property, new type value of property, division of the marital property, object of the property division, retirement pay, retirement pension, stock option, professional licence, goodwill, intellectual property