

財産分割請求權에 관한 研究

韓 三 寅*

目 次	
I. 序 論	IV. 財産分割請求權의 行使
II. 財産分割請求權의 意義	1. 法院의 최소한의 干涉原則
1. 概 念	2. 財産分割與否·額數·方法의 參酌事由
2. 認定根據	3. 分割對象이 되는 財産
3. 沿 革	4. 財産分割額數의 算定時期
4. 法的 性質	5. 財産分割請求權의 存續期間
III. 立法例	V. 財産分割請求權과 慰籍料請求權과의 關係
1. 프랑스	1. 問題點의 認識
2. 西 獨	2. 學說·判例의 概觀
3. 英 國	3. 兩者의 同質性·異質性의 比較分析과 私見
4. 美 國	VI. 財産分割請求權과 관련한 問題
5. 스웨덴	1. 解釋論的 檢討
6. 蘇 聯	2. 立法論的 檢討
7. 日 本	

I. 序 論

夫婦의 財産關係를 정한 制度로서의 夫婦財産制(Gütergemeinschaft)는 契約財産制와 法定財産制로 2分할 수 있으나, 女性(妻)의 법적 지위가 향상된 오늘날에 있어서는 契約財産制(Vermögenservertrag)는 거의 행해지지 않고 주로 法定財産制에 의존하고 있으며¹⁾, 우리나라의 경우에도 마찬가지라 할 수 있다.²⁾

* 法政大學 法學科

1) G. Beitzke, *Familienrecht*, 1983, SS.113-120 ff; Hofmann, *FamRz*, 1972, S.117 ff. 한편 프랑스의 경우에도 부부재산계약을 체결하는 부부는 불과 20%정도라고 한다(Andre' Colomer, "The modern French Law", *Comparative Law of Matrimonial Property*, 1972, p.81).

2) 金柄大, "夫婦財産制에 관한 研究", 「司法行政」, 1980.4.

法定財産制는, 夫婦共有財産을 인정하지 않고 다만 부부가 독립한 지위에서 자기 자신의 財産을 所有·使用·收益·管理할 수 있는 別産制와 婚姻 前에 取得한 財産은 夫婦 各자의 固有財産을 구성하게 되지만 婚姻生活 營爲 중에 取得한 재산은 夫婦의 共同所有로 하는 共有財産制로 大別할 수 있다.

別産制는 夫婦平等의 原理를 기반으로 함으로써 妻의 독립한 財産權을 인정하는 점에서는 肯定的인 評價가 가능하다. 한편 婚姻生活의 經濟的 見地에서 볼 때 婚姻共同生活의 바탕이 되는 經濟活動은 주로 夫가 담당하고 妻는 가계운영·자녀양육과 같은 家族의 福祉(Family Wellbeing)와 관련한 家事勞動을 전담하는 것이 보통이기 때문에 別産制下의 夫婦財産은 대개의 경우 夫名義의 所有財産으로 처리되는 것이 一般的인 動向이라 할 수 있다.³⁾

共有財産制는, 經濟的 視覺에서 볼 때 婚姻을 組合(Partnership)的인 것으로 推定하여⁴⁾ 婚姻生活 중 부부의 협력으로 취득한 재산은 취득자가 누구냐에 관계없이 부부의 共有로 歸屬·處理함으로써 이러한 夫婦財産은, 離婚時에는 혼인공동생활 중에 발생한 債務를 清算한 殘餘財産은 상호간에 平等·配分이 행해지게 된다.

생각컨대 夫婦財産制는 配偶者의 死亡·離婚 등에 의해 婚姻이 解消되었을 때 부부의 재산 관계를 區分·清算키 위해 존재하는 제도이므로, 共有財産制下에 있어 離婚時의 財産分割請求는 당연한 귀결로 파악할 수 있으나 別産制下에 있어서는 夫婦財産의 蓄積에 대한 妻의 家事勞動의 代價가 評價·反映되지 않는 한 離婚時 夫婦平等의 原理가 지켜지지 않게 되어 不合理한 결과를 초래케 된다.

民法은 §830에서 夫婦別産制를 취하고 있다. 따라서 혼인생활 중 자기의 명의로 취득한 재산은 그 特有財産(앞에서 본 바와 같이 대부분 夫의 特有財産)이 되어(民法 §830①) 그것에 대한 各자의 使用·收益·管理가 가능케 되는(民法 §831) 것이지만, 夫婦財産의 蓄積에 대한 妻의 家事勞動의 功獻度(Contributions)의 評價·反映을 擬制함으로써 離婚으로 인한 婚姻共同體의 解消時에는 夫婦財産의 實質的 清算이 행해져야 할 필요성이 있다 할 것이다. 이것은 離婚으로 인한 부부재산관계의 실질적 조정을 통하여 兩當事者 사이의 衡平을 기할 수 있을 뿐만 아니라 離婚의 자유를 實質的으로 보장하는 方途가 될 것이다.

이러한 脈絡에서 볼 때 改正民法 §839의 2가 財産分割請求權을 新設한 것은 타당한 立法措置라 할 수 있다. 그러나 이의 解釋·適用을 둘러싼 問題點이 전혀 없는 것은 아니며, 이것은

3) 高昌鉉, “新設된 財産分割請求權制度”, 小峰 金容漢教授 華甲紀念「民事法學的 諸問題」, 博英社, 1990, 13面; 한국여성유권자연맹편, 「家族法改正의 諸問題論集」, 1985, 72面.
4) 韓瑋熙, “西歐家族法의 最近의 動向”, 也松 金曠洙教授 華甲紀念「現代家族法과 家族政策」, 三英社, 1988, 480-481面 參照.

學說·判例의 形成·蓄積을 통하여 해결이 가능한 것인데 아직은 이에 관한 學者들의 論說⁵⁾이 그렇게 많은 것이 아니다. 따라서 여기에서는 國內外 學說·判例의 吟味를 통하여 財産分割請求權의 法理와 問題點을 分析·檢討함으로써 이에 관한 體系의인 解釋論을 展開하려고 한다.

II. 財産分割請求權의 意義

1. 概 念

改正民法 §839의 2는, “① 協議上 離婚한 者의 一方은 다른 一方에 대하여 財産分割을 請求할 수 있다. ② 제1항의 財産分割에 관하여 協議가 되지 아니하거나 協議할 수 없을 때에는 家庭法院은 當事者의 請求에 의하여 當事者 雙方의 協力으로 이룩한 財産의 額數 其他 事情을 참작하여 分割의 額數와 方法을 정한다. ③ 제1항의 財産分割請求權은 離婚한 날로부터 2년을 經過한 때에는 消滅한다”는 內容의 財産分割請求權을 新設하였다.

婚姻生活은 경제적 생활공동체를 의미하기 때문에 夫婦관계가 원만할 때에는 夫婦재산이 누구의 名義로 되든 別問題가 없으나 離婚으로 인한 婚姻의 解消時에는 婚姻 中에 取得한 財産 關係는 離婚當事者間의 利害의 公平을 위해 清算·整理할 필요가 있는 것이다. 이처럼 離婚當事者 一方이 相對方에 대하여 婚姻 中 취득한 財産關係의 分割을 請求할 수 있는 法律上의 地位가 財産分割請求權⁶⁾인 것이다.

2. 認定根據

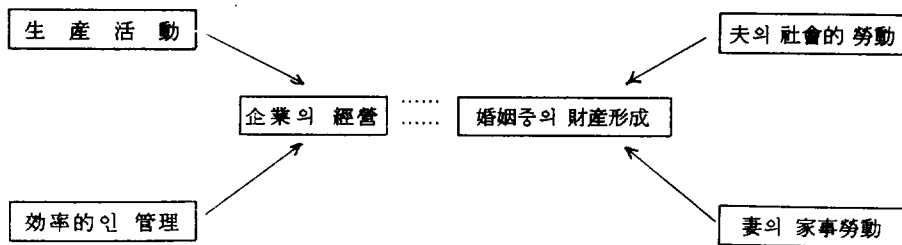
財産分割請求權의 인정근거 내지 實益을 실질적 측면에서 吟味해 보기로 한다.

5) 이에 관한 국내 학자들의 論稿를 보면 高昌鉉(1990), *op. cit.*, 11-26面; 金淑子, “財産分割請求權”, 개정가족법관련학술회의 「개정가족법과 한국사회」, 한국여성개발연구원·한국가족법학회, 1990, 81-108面; 金曠洙, “離婚時的 財産分割請求權의 新設”, 「개정가족법과 한국사회」, 1990, 19-22面; 同, 「親族·相續法」, 法文社, 1990, 652-655面; 徐廷友, “改正民法의 몇가지 문제점”, 「司法行政」, 1990.6, 27-28面; 李兌榮, 「韓國離婚研究」, 梨大出版部, 1968, 270-271面; 劉明子, “離婚給付”, 谷泉 李偉博士 華甲記念 「現代法學의 諸問題」, 法書院, 1989, 371-393面; 韓瑋熙, 「改正家族法論」, 大旺社, 1990, 33-41面; 同, “財産分與制度論”, 「法曹」, 1963, 8-9; 同, “西歐家族法の 最近의 動向”, 「現代家族法과 家族政策」, 1988, 480-484面 등이 있다.

6) 개정민법과 우리 나라 학자들은 財産分割의 용어를 쓰고 있는데 비해 일본민법 §768와 일본의 대부분의 학자들은 財産分與의 용어를 쓰고 있다. 이에 대하여 재산분할의 용어가 적절하다는 견해도 있다. 中川高男, 「親族·相續法講義」, シネル ウア書房, 1989, 166面.

(1) 婚姻 中の 財産形成에 대한 妻의 家事勞動 認定의 當然한 歸結

영국 법원이 명쾌하게 지적한 바와 같이 부부재산관계는 合作企業(Joint enterprise)⁷⁾으로 파악할 수 있다. 요컨대 아래의 圖解에서 보는 바와 같이 夫婦가 婚姻生活 중에 취득한 재산은 夫의 경제활동을 통한 收入과 妻의 합리적인 家事管理라는 相異한 노동가치가 결합된 生産物로 보아야 한다. 따라서 혼인중의 夫婦財産形成에 대한 妻의 功獻度는 夫의 收入과 同價值的으로 評價되어야 마땅하다는 것이다.⁸⁾



表：企業의 經營과 婚姻 中の 財産形成과의 比較

改正 民法 §839의 2의 ②는 이 점을 明白히 表明하는 것(…當事者 雙方의 協力으로 이룩한 財産의…)으로 새길 수 있으므로 신실된 財産分割請求權은 혼인 중 형성한 夫婦財産에 대한 妻의 家事勞動 내지 內助의 功(The value of her service to her husband)이 評價·反映된 당연한 귀결로 보아야 하며, 나아가 國民의 法意識⁹⁾ 내지 法感情에도 附合하는 制度로 이해할 수 있다.

(2) 離婚의 自由의 實質的인 保障 機能

종래 離婚 當事者 사이에서 財産的 給付請求가 가능했던 法理로는 夫婦財産의 목적물이 不動産일 경우 名義信託解止를 원인으로 하여 所有權移轉登記를 청구하는 방법과 無責配偶者의 有責配偶者에 대한 財産的 損害 내지 精神的 苦痛에 대한 損害賠償(慰籍料)請求 (§843에 의한 §806의 準用)의 제도가 있으나, 前者는 立證의 困難으로 인해 문제점¹⁰⁾이 많고 後者는 離婚配 偶者를 위한 保護制度로서는 미흡한 것으로 평가할 수 있다.

왜냐하면 民法은 이혼의 효과에 있어서도 過失責任主義를 취하고 있기 때문에 兩當事者의

7) Mary Ann Glendon, *State, Law and Family*, 1977, p.151.

8) 同旨：李和淑, “夫婦財産制와 妻의 家事勞動에 대한 經濟的 評價”, 也松 金囁洙教授 華甲紀念「現代家族法과 家族政策」, 三英社, 1988, 150-151面 參照.

9) 金囁洙, “韓國의 家族法意識”, 「경희법학」 제12권 제1호, 경희大 법학연구소, 1974, 40-41面.

10) 林在淵, “改正家族法에 대한 意見”, 「司法行政」, 1990.6, 44面 參照.

責任없는 사유로 혼인이 과탄되어 혼인의 해소가 이루어질 경우에 慰籍料請求權은 발생할 수 없으며, 또한 妻에게 이혼에 따른 有責事由가 있는 한 妻는 그대로 갈라설 수 밖에 없으므로 妻의 生活保護는 未洽할 수 밖에 없는 것이다. 뿐만 아니라 離婚慰籍料의 法的 性質에 대하여 學說·判例는 不法行爲로 인한 損害賠償으로 이해하는 것이 一般的 動向¹¹⁾이라 할 수 있다. 그런데 婚姻關係는 配偶者간의 作用·反作用의 無數한 連鎖反應의 과정이기 때문에 離婚의 경우에 普通(通常)의 不法行爲에 있어서와 같이 강한 정도의 不法性을 要求할 수는 없으며, 더우기 不法行爲에 의한 損害賠償은 과거만을 문제로 삼고 있으며 尙來는 문제로 하지 않기 때문에, 離婚으로 인한 不利益을 완전히 填補시킬 수는 없다는 것이다.¹²⁾ 또한 離婚慰籍料 算定の 客觀的 基準 提示가 어렵고 有責配偶者의 財産逃避 등으로 실제로 받는 慰籍料 額數는 얼마되지 않는다는 것이다.¹³⁾

이러한 諸般 見地에서 볼 때 離婚慰籍料請求權만으로는 離婚後 無責配偶者(대부분 妻)의 보호는 대단히 미흡하였던 것이다. 그러나 財産分割請求權의 신설로 인해 청구권자는 有責·無責을 가리지 않게 되었으며, 財産分割의 合理的 基準提示가 가능함으로써(改正民法 §839의 2의 ② 參照) 이혼후 배우자의 보호에 상당한 기여를 할 수가 있게 된 것이다. 이것은 離婚의 自由의 實質的 保障을 의미하는 것이며, 나아가 離婚에 있어서 兩性平等의 理念의 具體的 實現으로 이해할 수 있다.

(3) 弱者는 保護되어야 한다는 道德的 倫理的 要請의 制度化

生活能力이 약한 配偶者(주로 妻)에 대해 生活能力이 있는 前 配偶者(주로 夫)가 扶養토록 하는 것은 道德的·倫理觀念에 부합되는 것¹⁴⁾일 뿐 아니라 사회의 평화적 발전의 견지에서도 바람직하다는 것이다. 따라서 財産分割請求權의 新設은 이러한 道德的 倫理的 要請을 法律的 領域에서 받아들인 것으로 이해할 수 있다.

3. 沿革

財産分割請求權은 로마법상의 離婚罰(Ehescheidungsstrafe)에서 그 淵源을 찾을 수 있으며,¹⁵⁾ 그 후 獨逸 普通法을 거쳐 프랑스, 독일, 영·미, 스위스, 중화민국, 일본 등 거의 대부분의

11) 徐廷友(1990.), *op. cit.*, 27面이하; 李兌榮(1968), *op. cit.*, 215面 이하.

12) 川島武宜, "離婚慰籍料と財産分與との關係 法的保護と 法的構成との關係の問題として", 「我妻遺曆·損害賠償責任の研究(上)」, 272面; 劉明子(1989), *op. cit.*, 390面 參照.

13) 韓瑋熙, 「改正家族法論」, 大旺社, 1990, 33面.

14) 金壽洙, 「親族·相續法」, 法文社, 1990, 652面.

15) 金壽洙, "家族法改正案", 韓國民事法學會編, 「民事法改正意見書」, 博英社, 1982, 142面.

近代 民法이 이 제도를 채용하고 있다.¹⁶⁾

본래 민법 제정 당시 法典編纂委員會에서 결정된 親族編 要綱(제 26 항)에는, “離婚한 者의 一方은 相對方에 대하여 상당한 生計를 維持함에 足한 財産의 分與를 請求할 수 있게 하고, 裁判所는 當事者 雙方의 資力 其他 一切의 사정을 참작하여 分與與否와 分與額 및 方法을 정할 것으로 할 것. 但 離婚의 原因이 전혀 또는 주로 그 者의 責任에 歸할 事由로 인한 경우를 除外할 것”이라는 財産分割請求權의 내용이 포함되어 있었으나 정부안 및 법제사법위원회 수정안에서는 이 규정이 받아들여지지 않았던 것이고, 그 후 1957년 鄭一亨의원 등의 修正案¹⁷⁾, 1975년 韓國女性團體聯合會의 改正案, 1982년 韓國民事法學會 改正案 등이 별다른 理由없이 採擇되지 않았던 것이다.

그러나 학자들은 진정한 離婚의 自由를 보장하기 위한 財産分割請求權의 신설을 계속 주장해 왔던 것이 사실이며, 개정민법 §839의 2는 이러한 그 간의 立法論의 主張¹⁸⁾을 받아들임과 아울러 일본 민법 §768를 모방해서 신설한 것으로 이해할 수 있다. 한편 財産分割請求權의 立法類型¹⁹⁾에는 이혼법상에서 규정하는 경우(일본 민법 §768)와 夫婦財産制法上的 制度로서 보호하는 경우(Code Civil §1401 이하, BGB §1363, ZGB §181, 미국의 UMDA §307)가 있는데, 개정민법의 태도는 前者의 立場을 취하고 있다.

4. 法的 性質²⁰⁾

協議離婚을 한 當事者 一方이 다른 一方에 대하여 財産分割을 請求할 수 있는(§843의 準用規定에 의해 裁判上 離婚의 경우에도 마찬가지이다) 法理論의 根據가 무엇이나 하는 문제가 이른바 財産分割請求權의 本質 내지 性質에 관한 문제인 것이다. 이것은 改正民法 §839의 2의 抽象的 構造에서 비롯되는 것이기 때문에 이에 관한 學說과 判例는 나뉘질 수 밖에 없다.

(1) 學說

財産分割請求權의 법적 성질에 대한 학자들의 주장은 다양하나(엄격히 구별하면 6가지 見解가 있다²¹⁾), 그 中心的 要素를 標準으로 해서 볼 때 慰籍料 등의 損害賠償으로 보아야 한다는 見解, 夫婦財産을 清算하는 것으로 새겨야 한다는 見解, 扶養으로 보아야 한다는 見解 등으로

16) 山本笑子, “判例財産分與法”, 『民商法雜誌』 35卷 2號, 40面이하; 中川 淳, “財産分與制度の性質”, 中川善之助教授 還曆記念「家族法大系 III 離婚」, 有斐閣, 1973, 30面.

17) 鄭光鉉, 「韓國家族法研究」, 서울大 出版部, 1967, 111面.

18) 改正民法 §839의 2는 1982년 한국민사법학회의 家族法改正案에 들어 있던 내용을, 청구권의 존속 기간을 제외하고는, 거의 그대로 수용한 것이다. 金鶴洙(1982), *op. cit.*, 141面을 參照할 것.

19) 韓瑋熙, 「改正家族法論」, 大旺社, 1990, 33面.

20) 이에 관한 詳細는 中川 淳, “財産分與制度の性質”, 『家族法大系 III 離婚』, 有斐閣, 1973, 37-50面을 參照할 것.

21) 이에 관한 詳細는 金淑子(1990), *op. cit.*, 83面; 劉明子(1989), *op. cit.*, 376-377面을 參照할 것.

나누는 것이 보통이다.²²⁾

A. 第1說(慰藉料說)²³⁾

財産分割請求權은 離婚으로 인해 當事者 一方이 받게 되는 精神的 苦痛에 대한 損害賠償으로서의 慰藉料的 性質을 갖는 것으로 새겨야 한다는 것이다. 말하자면, 婚姻關係를 破綻시킨 過失있는 配偶者에 대하여 社會的 法律的 制裁를 가하는 것이 마땅하기 때문에 離婚給付 내지 財産分割請求權은 有責配偶者가 無責配偶者에게 支給하는 慰藉料的 性質을 갖는 것으로 새김으로써 그것의 위자료적 要素를 강조하는 견해라 할 수 있다.

B. 第2說(扶養說)²⁴⁾

財産分割請求權은 이혼후에 生活이 困窮한 當事者를 他方이 부양하는 것으로 이해할 수 있다는 것이다. 다시 말하면, 이혼으로 인해 당사자 일방의 생활이 困窮에 처해 있을 경우에 他方이 事情이 許諾하는 범위 내에서 그의 생활을 도와주는 것은 道德的으로 당연한 것이므로, 財産分割請求權은 離婚에 의해 생활이 어려운 配偶者에 대한 援助的 性質 내지 老後의 生活保障的 性質²⁵⁾을 내포하고 있다고 새김으로써 그것의 扶養的 要素를 강조하는 見解이다.

C. 第3說(清算說)²⁶⁾

財産分割請求權을 혼인 중 부부의 협력으로 이룩한 夫婦共通의 財産을 清算하는 것으로 이해하는 입장이다. 別産制下에 있어서 실질적으로는 부부의 협력에 의해 形成·蓄積된 夫婦財産이라 하더라도 형식적으로는 夫名義의 財産으로 歸屬·處理되는 것이 一般的 動向이라 할 수 있으므로 이혼에 의해 혼인이 해소될 때에는 혼인 중의 財産蓄積에 대한 妻의 家事勞動의 代價가 評價·反映되어야 마땅하며 그렇기 때문에 妻에게 夫名義의 재산에 대한 潛在的 持分の 返還을 인정하는 것이 衡平스럽다는 것이다. 요컨대 財産分割請求權은 혼인 중의 夫婦재산에 대한 清算的 性質을 당연히 포함하고 있다고 새김으로써 그것의 潛在的 持分の 返還的 性質을 강조하는 見解라 할 수 있다.

D. 第4說(清算 및 離婚扶養說)²⁷⁾

22) 我妻 榮, 「親族法」, 有斐閣, 1966, 150面이하; 中川 淳(1973), *op. cit.*, 36面; 高木多喜男·松倉耕作, 條解民法Ⅲ「親族相續法」, 1988, 103面.
 23) 宮崎孝治郎, 「新婚姻法」, 有斐閣, 1950, 193面.
 24) 中川善之助編, 「註解親族法(上)」, 有斐閣, 1952, 280面; 板木郁郎, “離婚の際の財産分の性質について”, 「立命館法學」四·五合併號, 80面이하.
 25) 札幌 高法判 1950.5.31, 下級民集一卷 五號, 834面.
 26) 高昌鉉(1990), *op. cit.*, 13面; 我妻 榮, 「改正親族相續法解説」, 日本評論新社, 1953, 71面 이하; 小池隆一, “離婚による財産分與請求權について”, 「民商法雜誌」139卷 1·2·3合併號, 25面 이하; 田中 實, “財産分與の一考察(一)”, 「法學研究」28卷 6號, 8面.
 27) 金淑子(1990), *op. cit.*, 90面; 金壽洙, 「親族·相續法」, 法文社, 1990, 652面; 劉明子(1989), *op. cit.*, 379面; 韓瑋熙, 「改正家族法論」, 大旺社, 1990, 35面, 末川 博, 「新版民法」, 千倉書房, 1988, 114面; 中川善之助, 「民法大要(下)」, 勳草書房, 1975, 85面 등 우리 나라와 일본의 多數說이다.

財産分割請求權을 婚姻 중에 取得한 財産의 清算과 이혼 후 생활이 어려운 배우자에 대한 扶養으로 이해하는 견해이다. 즉 婚姻生活 중 取得한 財産에는 妻의 内助의 功이 포함되어 있으므로 이혼시에 그 代價를 妻에게 返還해야 함은 지극히 당연하다는 것이다. 그러나 이러한 純粹 清算的 要素만을 강조한다면, 혼인기간이 얼마되지 않아 妻의 協력이 없거나 또는 協力の 정도가 미미할 경우에 離婚으로 생활이 어려운 配偶者의 保護問題는 社會保障制度和 같은 公的 扶助에 의한 국가정책적 차원에 의존할 수 밖에 없으나 현실은 그렇지 못하다는 것이다.

따라서 혼인 중 배우자 사이에서 존재하는 扶養義務(民法 §826 ① 參照)가 이혼 후에 있어서도 이른바 婚姻의 餘後的 効力(Nachwirkung)으로서 연장되는 것으로 새기는 것이 合理的이라는 것이다. 요컨대 財産分割請求權은 혼인 중 부부의 協력에 의해 취득한 재산의 清算的 性質과 擬制된 論理에 의한 扶養的 性質의 兩要素가 複合된 것으로 새기는 입장이라 할 수 있다.

E. 第5說(生前相續說)²⁸⁾

財産分割請求權은, 配偶者 一方이 死別時에 他方에게 相續權이 주어지는 것과 같이, 配偶者의 死亡으로 인한 婚姻의 解消時에 발생하는 相續에 相當하는 것으로 새겨야 한다는 입장이다.

(2) 判例

A. 우리 나라의 判例

財産分割請求權을 直接 間接으로 認容한 大法院의 判例는 아직 없다. 다만 서울民事地方法院의 다음과 같은 判例²⁹⁾가 있을 뿐이다. 즉 婚姻 중에 夫의 수입으로 買收하여 妻의 名義로 登記되어 있는 不動産에 대하여 이혼 후 夫가 妻를 상대로 名義信託解止를 원인으로 한 所有權 移轉登記를 請求해 온 事案에 있어서 “혼인 중에 취득한 이 사건 부동산이 被告(妻)의 特有財産이 된다고 할 수는 없으나 반대로 原告(夫)의 주장과 같이 이 事件 不動産이 特有財産인가의 점에 관하여 보건데, 별도의 特有財産을 갖지 않는 남녀가 婚姻하여 그 一方(夫)은 직업을 가져 가계를 위한 收入을 전담하고 타방(妻)은 家事를 전담하여 共同生活을 영위하는 통상적인 가정에 있어서 가사에만 전념하는 妻는 비록 스스로 적극적인 수입을 얻는 것은 아니지만 家計資金을 管理하고 가정을 꾸려 나가기 위하여 정신적·육체적인 근로가 공동의 재산형성에 크게 기여하는 것이라고 할 것이니 남편에게만 적극적 수입이 있었다고 하여 혼인 후에 조성된 재산을 모두 남편의 소유라고 할 수 없다 할 것이어서……, 결국 이 사건 부동산은 夫 중 누구의 소유인지 분명하지 않기 때문에 原·被告의 共同所有로 추정될 수 밖에 없다고 할 것이다”라고 判示하였다.

28) 中川善之助, 「註解親族法」, 1955, 120面.

29) 서울民事地方法院 1988.6.9. 判決, 87가 3317.

요컨대 “夫婦가 婚姻 중에 取得한 財産은 남편의 수입과 妻의 家事勞動 등에 의해 共同으로 形成된 것이므로 남편의 單獨所有가 아니라 夫婦共有財産으로 推定된다”고 解釋한 위의 判決은, ① 婚姻 중에 取得한 夫婦財産에 대한 妻의 家事勞動을 평가·인정하였고 ② 비록 間接적이기는 하나 財産分割請求權을 裁判上 認容한 leading case라고 할 수 있다.³⁰⁾

B. 일본의 判例

日本最高裁判所는, 離婚으로 인한 財産分割請求權의 性質에 대하여 “離婚에 있어서의 財産分與制度는 夫婦가 婚姻 중에 取得한 실질상 共同의 財産을 清算分配하는 것이며, 또한 이혼 후 경제적으로 困窮한 離婚配偶者의 生計의 유지를 弼할 것을 목적으로 하는 것이기에……”의 判示³¹⁾를 함으로써 清算 및 離婚扶養說³²⁾을 취하고 있는 것으로 보인다. 그러나 청산적 요소를 강조하는 下級審判例³³⁾도 있기 때문에 財産分割請求權의 법적 성질에 대한 일본判例의 입장은 統一되어 있지 않은 것으로 보인다.

(3) 私見

먼저 學說을 檢討해 보기로 한다.

첫째, 財産分割請求權의 성질을, 이혼을 한 無責配偶者가 有責配偶者에 대하여 갖는 制裁的 慰藉의 의미로 파악하는 제1설은 개정민법 §839의 2의 存在理由·우리 離婚法의 構造·裁判上 離婚法의 세계적 동향에 비춰볼 때 수긍할 수 없는 것으로 생각한다. 왜냐하면 財産分割請求權은 有責主義 離婚原因下에서 有責配偶者를 制裁(Sanction)하고 無責配偶者를 保護·救濟(remedy)키 위해 존재하는 제도가 아님은 명백한 것이고, 또한 過失責任主義를 취하고 있는 우리 이혼법하에서 無責配偶者는 有責配偶者에게 이혼으로 인한 損害賠償 내지 慰藉料를 청구할 수 있는 것이며 (§843에 의한 §806의 準用), 오늘날 재판상 이혼법의 세계적 동향은 配偶者 一方의 有責與否에 관계없이 혼인관계의 파탄을 이혼의 유일한 요건으로 하는 破綻主義 離婚原因을 채용하고 있으며 그러한 法制下에 있어서는 이혼배우자(被害者)가 위자료청구권을 갖는 것이 아니라 離婚扶養料(Alimony)나 夫婦財産制法에 의해 보호되고 있는 것이 現代 破綻主義離婚法의 세계적 동향이라 할 수 있기 때문이다.

둘째, 財産分割請求權의 性質을 파악함에 있어서 이혼 후 생활이 어려운 배우자에 대한 保護·救濟로서의 부양적 요소를 강조하는 제2 설은, 前 婚姻關係에 놓여 있던 當事者 一方인 경제적 강자가 약자를 도와 주는 것은 인간이 행해야 할 도덕적 배려의 구체적 실현이라는 점 (1947년 일본의 개정민법이 財産分與制度를 신설하게 된 배경에는 終戰이라는 역사적 사실 이외에 그

30) 同旨: 高昌鉉(1990), *op. cit.*, 22面; 金淑子(1990), *op. cit.*, 84面.

31) 最高裁判所 1971.7.23. 判決, 民集25卷 5號, 805面.

32) 仙台高法 1955.11.12. 判決(下級民集 6卷 2號, 2412面)도 마찬가지이다.

33) 福岡高法 1954.12.29. 判決, 家庭裁判月報 7卷 1號, 36面.

때까지 일본이 유지해 온 家制度의 崩壞로 말미암아 돌아갈 집을 잃게 된 離婚婦를 보호하기 위해 있었음을 상기할 필요가 있다)에서, 다른 한편으로 責任思想의 認定이라는 점에서 긍정적인 평가가 가능하다. 그러나 이 때의 扶養은 離婚配偶者의 獨立生計維持가 가능할 때까지의 부양으로 해석하여야 할 것이므로, 老後生活의 보장적 측면으로서의 부양적 요소를 강조하는 제2 설은 비판되어질 수 있을 것이다.

셋째, 경제적 시각에서 볼 때 혼인은 配偶者 상호간의 이익을 위한 組合契約(Copartnership for mutual benefits and profits)의 측면을 무시할 수 없으며 그 구체적 표현이 이혼으로 인한 財産分割請求權이라 할 수 있다.³⁴⁾ 한편 혼인 중 취득한 재산은 夫의 經濟活動을 통한 수입만으로 형성되는 것은 아니다. 妻의 家計運營·子女養育·가족의 복지를 위한 정서적 육체적 배려가 있으므로 夫의 경제적 활동은 가능한 것이며, 나아가 그러한 것들이 타인에 의해 대체되어진다면 反對給付를 하여야 한다는 점에서 妻의 家事勞動은 無償勞動이 아님이 명백한 것이다. 이러한 論理的 見地에서 볼 때 혼인 중에 취득한 夫婦財産에 대한 妻의 内助 내지 家事勞動의 평가·인정은 당연한 것이므로, 離婚으로 인한 婚姻의 解消時에 妻는 夫에 대해 일종의 不當利得返還請求權의인 清算 내지 持分返還의 性質을 띤 財産分割請求權을 갖게 되는 것이다.

따라서 혼인 중의 夫婦共同財産에 대한 청산적 요소를 강조하는 제3 설은 혼인 중의 夫婦財産의 形成에 있어서 妻의 家事勞動의 평가·인정을 前提로 함으로써 衡平의 理念에 부합한다는 肯定的인 評價를 할 수 있다. 그러나 이러한 지분반환적(청산적) 요소만을 강조할 때에는 婚姻期間이 짧음으로써 妻의 공헌도가 거의 없는 경우 등에 있어서는 離婚配偶者(妻)의 보호는 국가정책적 차원에 기대할 수 밖에 없는데, 바로 여기에 제3 설의 限界가 있다 할 것이다. 이러한 경우를 고려한 私法的 案出로서는 배우자 사이의 부양의무를 규정하고 있는 민법 §826의 ①을 類推適用함으로써 혼인의 餘後的 効力(Nachwirkung)으로서 離婚配偶者 사이에 부양의무가 있는 것으로 擬制된 論理造作을 하는 것도 하나의 方法이 될 것이다. 이러한 見地에서 볼 때 清算的 要素와 扶養的 要素의 複合的 性質을 강조하는 제4 설이 비교적 타당하다 할 것이다. 다만 이 경우의 부양은 앞에서 보았듯이 이혼배우자가 獨立生計를 유지할 수 있을 때까지의 一時的(暫定的) 扶養으로 해석하여야 한다.

Ⅲ. 立法例

이혼에 의한 부부재산관계의 分割, 이혼 후 배우자의 부양에 관한 內容을 중심으로 하여

34) Weyrauch, *Metamorphoses of Marriage*, 13 Fam. L. Q., 1980, p.415. 417.

주요 국가의 立法例를 概觀하여 考察해 보기로 한다.

1. 프랑스³⁵⁾

프랑스 민법은 1965년 夫婦財産制法의 개정을 통하여 妻의 家事勞動에 대한 經濟的 評價를 인정하는 共有財産制를 채택하였으며, 그 후 1975년의 개정법에 의해 실질적인 夫婦平等(共有財産에 대한 부부의 共同管理)을 실현시켰다.

프랑스 민법상(1965.7.13, 법률 제65-570호) 夫婦財産契約이 없거나 공유재산제에 따라 혼인한다는 단순한 意思表示에 의해 공유가 인정된 때에는 夫婦共有財産制法에 의해 부부재산관계가 처리된다(\$1400). 공유재산에는 積極財産(\$1401 ①, \$1402 ①)과 消極財産(\$1409의1호)³⁶⁾을 포함하며, 이러한 공유재산은 \$1441가 규정하는 配偶者 一方의 死亡·離婚·別居·財産分割·夫婦財産制의 變動 등의 사유에 의해 해소된다.

이혼시 配偶者 雙方은 혼인 중에 취득한 積極·消極의 공유재산에 대하여 각각 2분의 1 비율의 分割請求를 할 수 있다(1975년 개정법 \$1475 ①). 이러한 50 : 50의 分割比率은 妻의 家事勞動을 평가·인정함으로써 이혼 후 妻의 生活保護에 기여할 수 있다는 장점이 있으나, 婚姻期間이 짧아서 妻의 공헌도가 미미한 경우에도 그대로 관철시키는 것은 타당치 않다는 批判도 있다.³⁷⁾

1975년 개정민법은 이혼에 의해 離婚當事者의 生活環境에서 惹起될 不均衡(Disparité)을 가능한 보상기 위한 補償給付制度(Des prestations Compensatoires)를 \$270 이하에서 규정하고 있다. 보상금부는, 한편으로는 離婚當事者의 상황과 豫見可能한 장래의 상황변동을 고려하고(\$271), 다른 한편으로는 離婚當事者의 年齡·健康狀態·子の 養育期間·職業上의 資格·就業可能性·現存하는 權利 및 豫見可能한 權利·夫婦財産清算 후의 元本(en capital) 및 收入으로서의 資産(Patrimoine) 등의 제반사항을 고려하여 法官이 객관적 견지에서 결정케 된다(\$272). 보상금부는 一時拂의 性格을 갖지만(\$273), 원본이 없거나 불충분한 경우에는 定期金(rente)이어도 무방하다(\$276). 예외적인 경우(\$280의 1의 ②)를 제외하고는 有責配偶者의 給付請求權은 인정되지 않는다(\$280의 1의 ①).

35) 이에 관한 詳細는 李京賢(譯), 「프랑스民法(CODE CIVIL)(Ⅲ)」, 대한변호사협회지, 1985.5, 84-87면; 稱本洋之助, 「フランスの家族法」, 東京大學出版會, 1985, 51-54면; 宮崎孝治郎, 「法定財産制」, 「新比較婚姻法Ⅲ」, 勁勁書房, 1963, 108-115면; Andre' Colomer, "The Modern French Law", *Comparative Law of Matrimonial Property*, 1972; Mary Ann Glendon(1977), *op. cit.*, pp.143-146; *Persons and Family* (vol.Ⅳ), *Int'l Encyclopedia of Comparative Law*, Interspousal Relations, 1980, pp.76-99 등을 參照할 것.

36) 제1409조 1호의 내용은 다음과 같다. "부부가 공동으로 지불할 의무있는 생활비와 子の 양육 및 교육을 위하여 欸약한 欸무"는 소극적인 공유재산을 구성하게 된다.

37) Mary Ann Glendon(1977), *op. cit.*, p.267; 李和淑(1988), *op. cit.*, 154면 參照.

共同生活의 破綻에 의한 離婚의 경우에 離婚審判請求者는 타방에게 계속적인 扶助義務를 부담하게 된다(\$280의 ①). 이러한 이혼 후의 扶助義務(Du devoir de secours après le divorce)는 질병있는 離婚配偶者의 治療에 필요한 전 범위에 미치며(\$281 ①), 그 義務履行은 定期金의 형식을 띠게 되나, 離婚當事者의 收入·必要에 의해 변경이 가능하다(\$282).

2. 西 獨³⁸⁾

서독의 법정재산제는 1957년의 男女同權法(Gleichberechtigungsgesetz)의 제정·실시(1958.7.1)에 의해 별산제를 根幹으로 하는 剩餘共同制(Zugewinnsgemeinschaft: BGB § 1363)를 채택하고 있다. 婚姻生活 영위 중에는 부부가 각자의 財産을 所有·使用·收益·管理·處分할 수 있도록 함으로써 夫婦의 獨立性이 보장되나(BGB §1364), 夫婦 一方의 個人 財産이라 하더라도 全體財産·家材用具의 처분시에는 他方의 同意를 얻도록 함으로써(BGB §1365, §1369) 가족생활의 經濟的 安定을 도모하고 있다. 뿐만 아니라 혼인 중 취득한 재산은 이혼시에 均等·청산토록 함으로써(BGB § §1363-1390) 妻의 家事勞動을 夫의 經濟活動을 통한 수입과 同價值的으로 평가하여 實質的인 夫婦平等을 실현하고 있다.

이혼시에 양 당사자는 각자의 婚姻終了時의 財産(Endvermögen: BGB § 1375)에서 婚姻開始時의 財産(Anfangsvermögen: BGB §1374)을 控除한 剩餘(增加分)를 계산하여 잉여액이 적은 배우자가 타방에 대하여 剩餘差額의 2분의 1에 대한 분배청구권(債權)을 갖게 된다. 이러한 剩餘共同制는 혼인 중의 夫婦財産을 부부의 상호협조에 의해 형성된 재산으로 파악함으로써 각자의 공헌도에 관계없이 이혼시에는 均等·清算하게 된다는 것이다.³⁹⁾ 또한 이 제도는, 혼인을 상호이익을 위한 組合으로 관념함으로써 1976년의 개정이혼법(Das 1. Ehe RG, 1977.7.1. 施行)에 의해 老齡·疾病 등으로 收入이 어려운 자에게 지급되는 연금수급의 기대권에도 적용케 되었는데 이것이 바로 年金調整(Versorgungsausgleich)의 제도이다(BGB § §1987-1987b).

1976년 개정이혼법은 이혼 후 배우자¹⁾ 생활에 있어서 自己責任의 原則(Eigenverantwortung)과 共同責任의 原則(Mitverantwortung)을 공히 採擇함으로써, 離婚 후 각 當事者는 스스로 經濟生活를 영위해 나가고, 다만 독립생계가 여의치 않은 配偶者만이 婚姻과 관계되는 必要性(Scheidungsbedingte Bedürftigkeit)⁴⁰⁾에 의해 타방에 대한 부양청구권을 갖게 되는데,⁴¹⁾ 後者의 경우

38) 이에 관한 詳細는 梁濤山, “獨逸法上에 있어서 改正된 新規定에 의한 離婚한 配偶者間의 扶養義務”, 「논문집」 제12집, 한국의국어대학교, 1979, 415-434면; 有地 享, 注釋 民法 「親族(1)」, 有斐閣, 356-359面; G. Beitzke(1983), a. a. O., SS. 88-139; D. Schwab, Familienrecht, 1984, SS. 82-87 參照할 것

39) Joachim Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts, 1980, S.456.

40) Diederichsen, Neue Juristische Wochenschrift, 1977, S.353.

41) 부양청구권의 발생요건은 BGB §1570이하에 상세히 규정되어 있는 사유 중의 어느 하나에 해당되

는 이혼 후 配偶者의 부양문제를 혼인의 餘後的 効力으로 파악하는 것이라 할 수 있다.⁴²⁾ 한편 부양의무를 부담하는 자가 이혼 후 재혼한 경우에 이혼한 타방 배우자가 자녀양육을 하고 있거나 또는 前 婚姻生活이 장기간 계속된 경우에는 재혼배우자를 위한 부양의무보다도 前婚配偶者에 대한 부양의무가 우선하게 된다(BGB §1582). 이러한 이혼 후의 부양의무는 부양의무자의 사망시에 그의 상속인에게 移讓하게 된다(BGB §1586B 1항 1절 參照).

3. 英 國

英國은 既婚女財産法(Married Women's Property Act, 1870)에 의해 別産制를 採擇하였으나 獨立한 夫婦財産制法을 갖고 있지 않기 때문에 婚姻 중의 재산(특히 婚姻住宅)의 소유는 구체적 상황에 따라 처리된다. 夫婦 一方만의 기여로 재산을 취득한 경우에는 一方만이 所有權을 갖게 되어 타방은 어떠한 財産의 利益도 갖지 못하게 되나, 만약 夫婦 상호간의 경제적 기여로 취득한 경우에는 누구의 所有名義로 되어 있던 관계없이 이혼시에 同等한 지분으로 分割됨이 원칙이다.

이혼시의 財産分割과 離婚配偶者에 대한 부양문제는 成文의 規定을 두고 있는 大陸法系에 있어서와는 달리 法院이 광범위한 재량권을 행사함으로써, 法院은 妻의 家事勞動의 기여를 금전적 가치있는 기여에 포함시켜 합리적인 결정을 하게 될 것이므로, 妻의 家事勞動은 이혼시 財産分割 및 부양료 산정에 평가·인정되는 것으로 볼 수 있다.⁴³⁾

한편 이혼시 財産分割 및 그 基準(7개 項目)은 婚姻事件法(Matrimonial Causes Act §22-25, 1973)에 규정되어 있다. 이 때 法院은 財産分割請求權者의 명백하고도 중대한(both obvious and gross) 행위를 고려함으로써, 妻가 혼인주택 賣却代金の 半額의 分割을 요구한 경우에 妻의 간통을 고려해서 妻의 取得分을 減額하기도 하였고,⁴⁴⁾ 高度의 鄉愁病에 걸려서 4年 반의 혼인

어야 한다. 그 사유를 보면,

- (1) 離婚한 配偶者 중 一方이 그들의 共同의 子를 養育 또는 教育하므로 인해 生業活動이 期待되지 않을 경우(BGB §1570),
- (2) 高齡으로 인해 生業活動이 더 이상 기대될 수 없을 경우(BGB §1571),
- (3) 疾病이나 不具 또는 身體的이나 精神的 能力的 薄弱 등으로 生業活動을 期待할 수 없는 경우(BGB §1572),
- (4) 離婚한 配偶者 一方이 適當한 生業活動을 할 수 없는 경우(BGB §1573),
- (5) 離婚한 配偶者 一方이 婚姻에 대한 期待로 인해서 또는 婚姻中이므로 學校教育을 받지 못했거나 또는 中斷한 경우에는 繼續的인 扶養이 保障되는 適當한 生業活動을 위해서 學校教育이나 職業教育 또는 이에 상당하는 교육을 가능한 한 즉시 받으면 그 교육의 成功的인 終結이 期待되는 경우(BGB §1575),
- (6) 기타 重大한 事由로 인해서 生業活動을 期待할 수 없고 또한 離婚한 配偶者間의 關係를 考慮하여 扶養料支給을 拒絶하는 것이 심히 不當한 때(BGB §1576) 등이다.

42) 韓瑋熙, 「改正家族法論」, 大旺社, 1990, 39面.

43) 李和淑(1988), *op. cit.*, 168面 參照.

44) *Cuzner v. Underdown*, 1 W.L.R., 1974, 641.

생활 후에 夫를 遺棄한 妻에 대하여 妻로부터의 財産分割請求를 감액하기도⁴⁵⁾ 하였다.

4. 美 國⁴⁶⁾

美國은 몇개 州가 共有財産制(community property system)⁴⁷⁾를 採擇하고 있을 뿐 대부분의 州가 別産制(separate property system)를 취하고 있으며, 한편 統一夫婦財産制(Uniform Marital Property Act §4, 1983)는 공유재산제와 별산제를 가미한 混合財産制(Deferred Community System)를 채택하고 있다.

別産制를 채택하고 있는 州에서도 共有財産制에 있어서와 같이⁴⁸⁾ 妻의 家계운영·자녀양육·가족의 복지증진자로서의 역할을 고려, 妻의 家事勞動을 평가·인정함으로써 이혼시 財産分割에 있어서는 "Equitable Distribution Rule (50:50비율의 分割原則)"의 法理가 적용된다. 분할대상이 되는 재산은 土地·建物과 같은 不動産(有形財産) 뿐 아니라 일찌기 찰스 라이히(Chales Reich)교수가 주장한 新財産(New Property)⁴⁹⁾;장래의 수익으로서의 연금, 국가의 公的 扶助와 같은 각종의 급여, 전문직 자격을 취득하는데 소요된 비용, 심지어 명성 등의 無形財産에 까지 미친다는 것이다.

離婚配偶者の 保護問題는 離婚給付 내지 扶養料(Alimony)⁵⁰⁾에 의해 처리되고 있다. 부양료 지급요건과 관련하여 볼 때에 배우자의 有責(marital fault)을 고려하는 州가 있는가 하면 配偶者の 有責與否에 관계없이 부양료를 지급하는 州(UMDA §308도 同一)가 있으므로써 이에 관한 미국 各州의 태도는 통일되어 있는 것은 아니다. 그러나 破綻主義 離婚法의 세계적 동향에 비추어 볼 때 후자의 경향으로 치우칠 것으로 전망된다. 또한 이혼 부양료는 주로 妻에게만 지급되어졌으나 Orr事件⁵¹⁾을 통한 性差別(gender based)의 違憲判決이 있는 후부터는 급부청구권에 대한 男·女差別은 없어졌다.

이혼부양료 지급에 있어서는 "受領者の 실제적 필요와 支給者の 경제력의 고려"라는 일반원

45) Robinson v. Robinson, 1983, Fam.42.

46) 이에 관하여는 주로 韓瑋熙(1990), 前掲書, 35-38面; 同, 西歐家族法の 最近 動向(1988), 482-484面에 의존하였다.

47) Arizona, California, Idaho, Louisiana, Nevada, New Mexico, Texas, Washington 및 Wisconsin州와 統一婚姻 및 離婚法(Uniform Marriage and Divorce Act §307, 1973)에서도 공유재산제를 채택하고 있다.

48) Harry D.Krause, *Family Law*, 1986, pp. 376-377 Mary Ann Glendon(1977) *op. cit.*, p.264.

49) C.Reich, "The New Property", 73 *Yale L.J.*, 1964, p.733.

50) 본래 "Alimony"는 라틴어 "alimonia"에서 유래한 것으로 扶養(maintenance; sustenance)을 뜻하며, 다른 한편 교회법에서는 이혼을 否認하여 別居(divorces mensaet thermo)만을 許容하였기 때문에, 혼인 중의 妻에 대한 夫의 부양의무는 別居후에도 존속하는 것으로 관념함으로써, 이혼한 夫가 이혼한 妻에게 부담하는 부양의무를 의미하는 것이라 한다.

Washington and Paulsen, *Demestic Relations*, 1978, pp.289-294.

51) Orr v. Orr, 440 U.S., 1979, 268.

칙이 정해져 있으나, 양 당사자의 구체적 사정에 따라 支給方法·支給期間 등은 개별적으로 결정될 수도 있다. 따라서 離婚配偶者(妻)가 젊은 경우에 이혼부양료 지급의무는 그녀가 직업을 갖어서 獨立生計를 유지할 수 있을 때까지만 존속할 수도 있는데, 이것을 특히 再活離婚扶養料(rehabilitative Alimony)라 한다.

한편 Alimony의 支給에 있어서 法院의 公正性を 확보하기 위한 一般的 指針(guidelines)⁵²⁾을

52) 이에 관하여는 Freed and Walker, *Family Law in the Fifty States: An Overview*, XXFam. L.Q. 4, 1987, pp.493-495; 韓瑋熙, "續美國家族法の 動向", 「法律研究」 제4집, 연세대 법률문제연구소, 1986, 76-77面 參照.

미국 各州의 制定法上の Alimony 支給基準을 보면 다음과 같다.

- (1) the length of the marriage;
- (2) the age and physical and emotional health, of the parties;
- (3) the distribution of property;
- (4) the educational level of each party at the time of marriage and at the time the action is commenced;
- (5) Homemaker services and contributions to the career or career potential of the other parties;
- (6) The earning capacity of the plaintiff, including educational background training, employment skills, work experience, length of absence from the job market, custodial responsibilities for children, and the time and expense necessary to acquire sufficient education or training to enable the party to find appropriate employment;
- (7) The possibility that the plaintiff can become self-supporting at a standard of living reasonably comparable to that enjoyed during the marriage, and if so, the length of time necessary to achieve this goal;
- (8) The tax consequences to each party;
- (9) Any mutual agreement made by the parties before or during the marriage; and
- (10) The needs of the plaintiff, and the ability of the defendant to meet his own needs and financial obligations while meeting those of the plaintiff.

한편 統一婚姻 및 離婚法(UMDA, 1973)上的 Alimony 支給基準(§308 II)을 보면 다음과 같다.

UMDA §308 (Maintenance) II.

The maintenance order shall be in such amounts and for such periods of time as the court deems just, without regard to marital misconduct, and after considering all relevant factors including :

- (1) the financial resources of the party seeking maintenance, including marital property apportioned to him, and his ability to meet his needs independently, including the extent to which a provision for support of a child living with the party includes a sum for that party as custodian;
- (2) the time necessary to acquire sufficient education or training to enable the party seeking maintenance to find appropriate employment;
- (3) the standard of living established during the marriage;
- (4) the duration of the marriage;
- (5) the age, and the physical and emotional condition of the spouse seeking maintenance;
- (6) the ability of the spouses from whom maintenance is sought to meet his needs while meeting those of the spouse seeking maintenance

정하고 있는 卅가 대부분이며, 이혼시 재산분할의 경우에도 마찬가지라 할 수 있다.

5. 스웨덴⁵³⁾

스웨덴은 1920년 新婚姻法의 제정에 의해 순수한 別産制를 채택함으로써 혼인 중에 取得한 財産과 持參財産은 모두 夫婦共有財産이 되는 것이 아니라 夫婦一方名義의 所有財産을 구성하게 된다.

그러나 離婚으로 인한 婚姻의 해소시에는, 配偶者 一方은 타방에 대하여 배우자 持分財産(贈與財産, 夫婦財産契約에 의한 特有財産, 特有財産에 의해 지정된 遺贈 등을 제외한 것으로서 대부분의 재산이 이에 해당된다)에 대한 2분의 1 비율의 分割請求權을 갖게 되는데, 이것은 妻의 家事勞動의 경제적 가치를 인정한 것으로 이해할 수 있다.

이혼후 생활에 있어서는 經濟的인 獨立性的의 原則을 基本으로 하고 있기 때문에 이혼후의 생활은 자기책임하에 영위하게 되고(1978년 혼인법 §11장 14조 ①), 다만 一方이 이혼후에 就業準備를 하는 期間·子의 監護를 계속하는 경우에는 타방에 대한 扶養請求權을 갖게 된다. 그러나 이혼후의 부양문제는 社會保障制度和 같은 公的扶助에 의한 각종의 수당 등에 의존되는 경우가 보통이라 할 것이다.

6. 蘇 聯⁵⁴⁾

최근 소련에서는 만연되어가는 唯物論이 가족관계에 긴장을 야기시키고 있고 家庭不和問題가 점증함으로써 보통 성인 4명 중 1명은 이혼으로 인해 獨身生活를 영위하고 있다. 따라서 婚姻制度를 강화시키고, 結婚相談所의 設置·가족수당의 인상·학교에서의 性教育實施·근경에 처한 夫婦를 위한 상담 등 이혼을 줄이기 위한 제수단을 강구하고 있다고 한다.⁵⁵⁾

소련은 각배우자가 혼인전부터 소유하고 있던 財産, 婚姻 중 贈與·相續으로 取得한 財産에 대하여는 個人的 所有權을 인정하고 있다. 나아가 보석·기타의 사치품을 제외한 個人用品(옷, 신발 등)은 夫婦共同의 資産으로 구입한 경우에도 使用者 個人 所有로 歸屬시키고 있다(1969년 러시아공화국 혼인·가족법 §22).

그러나 夫婦가 혼인 중 취득한 재산은 夫婦共同所有로 함으로써 妻의 家事勞動에 대한 경제적 가치를 인정하고 있다(동법 §20). 따라서 夫婦共有財産의 분할비율은 균등하며, 다만 未成

53) 이에 관하여는 高昌鉉(1990) *op. cit.*, 16面; 韓瑋熙(1990), *op. cit.*, 40面 參照.

54) 이에 관하여는 John N. Hazard, William E. Butler, Peter B. Maggs, *The Soviet Legal System: The Law in the 1980's*(Published for the Parker School of Foreign and Comparative Law, Colombia University by Oceana Publication, 1984, 424pp.); 金楨鍵·李載昌 編譯, 資料中心「蘇聯法律制度」, 연세大 出版部, 1988, 304-316面 參照.

55) *Ibid.*, pp.304-305.

熟子女의 利益 기타 특별한 배려 사정이 있을 경우 法院은 이를 고려하여 均等配分의 原則과 상이한 결정을 내릴 수도 있다(동법 §21).

이혼으로 인한 婚姻의 解消時 當事者의 一方 또는 雙方의 요청에 의해 法院은 離婚判決과 함께 共有재산의 분할을 명하게 되며, 共有재산에 대한 분할이 제3자에게 영향을 미칠 경우에는 별도의 판결을 통해 財産分割이 행해질 수도 있다(동법 §36). 離婚으로 인한 共有재산의 分割請求權은 3년의 除斥期間에 걸리게 된다(동법 §21).

離婚配偶者의 부양문제는, 별도의 규정을 두고 있지는 않으며, 다만 이혼후 未成熟子女를 양육케 되는 離婚配偶者의 請求에 의해 法院은 타방 配偶者가 부담하게 되는 부양료액수를 離婚判決時에 정할 수 있을 뿐이다(동법 §36).

7. 日 本

日本은 1947년 개정민법에 의해, “夫婦의 一方이 혼인전부터 가지고 있는 재산 및 혼인 중 自己의 名義로 취득한 財産은 그 特有財産으로 한다(§762 ①)”는 규정을 둠으로써 夫婦別産制를 취하고 있다. 그러나 財産分與制度(§768)를 둠으로써 실질적으로는 共有財産制에 있어서와 동일한 효과를 거두고 있다고 할 수 있다.

즉 1947년의 일본 민법 §768는, “協議上 離婚한 者의 一方은 相對方에 대하여 財産分與를 請求할 수 있으며(§768 ①), 財産分與에 대한 당사자간의 協議가 성립되지 않거나 協議할 수 없을 경우에 當事者는 家庭裁判所에 協議에 대신하는 處分을 請求할 수 있으며(§768 ②), 이때 家庭裁判所는 當事者 雙方이 協力에 의해 취득한 재산액 기타 一切의 事情을 고려하여 分與의 認定與否, 分與額·分與方法을 정할 수 있다(§768 ③)”는 규정을 두고 있는데, 이것은 裁判上 離婚(§ 771)·婚姻의 取消(§ 749)에 準用될 뿐 아니라, 나아가 內縁關係(事實婚關係)의 해소시에도 적용될 수 있는 것으로 통설은 새기고 있다.⁵⁶⁾

본래 財産分與制度는 1946년 개정헌법 §24의 “個人의 尊嚴과 兩性の 本質的 平等”의 理念을 이혼법상 실현시키기 위해 마련되었던 것이지만,⁵⁷⁾ 構成이 1個 條文에 지나지 않으며 또한 內容의 抽象性으로 인해 제도의 法的 性質·財産分與와 慰籍料와의 관계에 있어서 많은 문제점을 안고 있다. 입법 당시에는 이혼후의 부양의 의미⁵⁸⁾에서 강구되어진 이 제도의 법적 성질에 대하여 현재 일본의 多數說⁵⁹⁾은 혼인 중 취득한 재산의 청산 및 부양적 요소가 복합된 것으로 이해하고 있으며, 判例의 견해는 統一되어 있지 않다.

56) 石村善助, “內縁解消と 財産分與”, 「家族法大系 II」, 306面.

57) 中川 淳, “離婚財産分與と 慰籍料との關係”, 「現代家族法大系 II」, 315面.

58) 我妻 榮, 「改正親族相續法解説」, 71面以下; 劉明子(1989), *op. cit.*, 376面.

59) *Supra* 註27 參照.

한편 일본의 家事審判法은 財産分與請求權의 保全處分·履行의 確保 등에 관한 諸般措置를 두고 있다.

IV. 財産分割請求權의 行使

1. 法院의 최소한의 干涉原則

當事者의 意思를 최대한으로 존중하고 國家(家庭法院)의 干涉은 최소한에 그쳐야 하는 이른바 “minimum state intervention”의 理念은 離婚法의 영역에서도 당연한 것이기 때문에 개정 민법은 이를 받아들여, 財産分割의 與否·額數·方法 등은 우선 당사자의 協議에 의해 결정하도록 하고 있다(개정민법 §839의 2의 ②의 前段 參照).

그런데 財産分割 額數·方法 등을 가리는 客觀的 基準을 개정민법은 두고 있지 않을 뿐 아니라 이혼에서 야기되는 兩 當事者 사이의 感情의 對立으로 인하여 그것에 대한 協議를 할 수 없을 경우에 家庭法院은 당사자의 청구에 의하여 당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 財産의 額數 기타 사정을 참작하여 財産分割與否·分割의 額數와 方法을 정할 수 있도록 함으로써(§839의 2의 ②) 그 窮極的 解決을 家庭法院의 裁량에 맡기고 있는데, 이것은 일본의 경우에도 마찬가지⁶⁰⁾이다.

2. 財産分割與否·額數·方法의 參酌事由

§839의 2의 ①, ②의 文理解釋에 의하면, 가정법원은 혼인 중 夫婦財産의 형성에 대한 쌍방의 공헌도(협력의 정도)와 기타의 사정을 참작하여 財産分割의 액수와 方法을 결정할 수 있는 것이다. 그러나 이것만으로는 규정내용이 충분하다고 할 수는 없으며, 더우기 法院에 委任된 결정권 행사의 客觀性·公正性을 살리기 위해서는 앞에서 음미한 諸外國의 立法例(예컨대 프랑스 민법 §272, BGB §1570-1576, 英國의 Matrimonial Cases Act §22-25, 美國의 UMDA §308, 스웨덴 혼인법 제11장 제14조 제2항 등)가 提示하는 여러 가지 基準을 參酌하는 것이 바람직하다 할 것이다. 즉 가정법원은 離婚夫婦의 財産狀態, 離婚配偶者의 年齡·健康狀態·再婚과 就職의 可能性, 妻의 家事勞動의 代價, 財産形成에 대한 공헌도, 未成熟子女의 양육을 위해 공헌한 기간 또는 앞으로 공헌하게 될 기간, 婚姻期間의 長短, 婚姻生活費用의 負擔實態, 혼인과 관계되는 未來의 收益(年金)의 喪失, 혼인전의 재산을 유지하는데 협력한 몫⁶¹⁾ 등을 종합적으로 고려하여 財産分割與否·額數·方法 등을 결정하여야 한다.

60) 山口純夫, “家事勞動의 評價”, 「現代家族法大系 II」, 有斐閣, 1980, 70面.

61) 金崎洙(1990), *op. cit.*, 653面.

다만 裁判上 離婚에 관한 破綻主義 離婚原因下에서 配偶者 一方의 婚姻義務違反 行爲(有責性)가 財産分割時 參酌事由가 되느냐에 대하여는 見解가 나뉘질 수 있다. 比較法的인 觀點에서 볼 때 英國은 1973년 Matrimonial Cases Act의 1984년 개정을 통해 명백하고도 중대한(both obvious and gross) 행위를 財産分割 決定時에 참작하여야 할 一般的 基準에서 個別的인 基準으로 格下시킴으로써 예컨대 “暴力行爲로 집에서 내쫓긴 妻가 남편을 총으로 쏜 경우, 남편이 妻를 공격하여 중상을 입힌 경우”⁶²⁾와 같은 配偶者 一方의 有責性을 제한적인 참작사유로만 새기고 있는 반면에 서독에서는 配偶者 一方의 有責性을 財産分割時의 參酌事由로서 확대시켜 나가는 傾向이라고 한다.⁶³⁾ 생각컨대 이혼에 의한 혼인의 해소에서 비롯되는 財産分割에는 死亡에 의한 相續과 본질에 있어서 상통하는 면이 있다 할 수 있다. 다만 相續은 거래의 안정성의 견지에서 劃一的인 處理가 요구된다는 점에서 法院의 재량에 맡겨진 財産分割과 다르다. 그런데 劃一的인 處理가 요구되는 相續에서조차 相續缺格事由(\$1004)가 인정되고 있다. 따라서 財産分割時의 參酌事由로서는 相續缺格에 상당하는 사유를 고려하는 것이 合理的이라 할 수 있다. 다른 한편 婚姻破綻에 이른 配偶者 一方의 행위를 전혀 고려하지 않는다면 현저하게 不公正한 결과가 생길 수도 있으므로 配偶者 一方의 有責與否를 財産分割時의 참작사유로 고려하는 것이 타당하다고 생각한다.

따라서 가정법원은 夫婦財産關係를 清算함에 있어서 혼인전 각자의 固有財産과 혼인 중의 相續·遺贈 등에 의해 각자가 취득한 재산을 제외하고는, 혼인 중 취득한 재산은 그 所有名義가 夫婦一方의 特有財産으로 되어 있던(妻가 資金을 제공한 夫名義의 재산을 포함한다⁶⁴⁾) 공유재산으로 되어 있던(夫婦가 함께 점포를 경영해 온 경우 고가품으로 추측되는 점포의 재산을 포함한다⁶⁵⁾) 관계없이, 앞에서 열거한 제반 사유를 참작하여 財産分割의 與否·額數 등을 決定하는 것이 타당하다고 생각한다. 다만 분할의 方法으로서는 理論上 現物給付와 金錢給付를 생각할 수 있는데, 前者의 경우는 物件을 特定하는 것으로서 충분하며 後者の 경우에 一時拂로 하느냐 分割拂로 하느냐 하는 문제는 개개의 경우에 구체적으로 결정하는 것이 좋을 것이다.⁶⁶⁾

한편 財産分割請求權의 성질을 혼인 중 재산의 清算과 이혼후 配偶者에 대한 부양의 요소가 복합된 것으로 파악하는 私見으로서의 이혼후 配偶者 一方의 생활이 困窮할 경우(예컨대 高度의 精神病으로 이혼한 경우)에는 \$839의 2의 ②가 규정하는 “其他 事情”으로 파악함으로써 그에 대한 財産分割을 인정하는 것이 바람직하다 할 것이다. 이 때에는 離婚配偶者의 혼인 중의 생활정도(BGB \$1578 1항 2절 參照), 離婚配偶者가 適當한 生計活動(angemessene Erwerbstätigkeit)을 유지하는데 필요로 하는 것 전부(BGB \$1574 ①, 同 \$1578 1항 2절 參照) 등이 參酌基準이

62) Cretney, *Principles of Family Law*, 1984, p.803.

63) 島津一郎, 「相互有責の法理に代わるもの—有責配偶者の離婚請求について—」, 1553面 參照.

64) 大法判 1986. 11. 25(85누 677) 參照.

65) 서울高法判1980.7.4(79다 728) 參照.

66) 同旨: 金壽洙(1990), *op. cit.*, 654面.

될 것이다.

3. 分割 對象이 되는 財産

원칙적으로 혼인 중 취득한 재산으로서 土地·建物 등의 不動産(有形財産)은 물론 醫師·辯護士와 같은 專門職 資格을 취득하는데 있어서의 學費의 대가, 장래의 退職金·年金受給權의 취득, 營業上의 信用의 確立, 名聲과 같은 無形財産(이른바 New Property⁶⁷⁾)을 포함하게 될 것이다.

4. 財産分割額數의 算定時期

이에 대한 학자들의 견해를 보면, 제1설⁶⁸⁾은 “원칙적으로 最終事實審理가 끝날 당시의 當事者 雙方의 財産狀態를 기준으로 하여야 하고, 사정에 따라서는 별거할 때와 이혼할 때가 될 수도 있다”고 하는가 하면, 제2설⁶⁹⁾은 “이혼한 때로 하여야 할 것이나 그것이 사실상의 이혼이나 또는 裁判時에 따라 시간의 경과로 인하여 財産狀態가 달라질 것이므로 一定時로 固定하는 것은 當事者에게 不利益을 가져올 우려가 있기 때문에 사정의 변화를 충분히 고려해야 한다”는 견해를 펴고 있다.

分割額數의 算定時期에 대하여는 해석상 ① 離婚時說, ② 請求時說, ③ 口頭辯論終結時說, ④ 判決時說 등이 있을 수 있으며, 이들은 다 나름대로의 根據를 갖고 있지만, 財産分割請求權의 發生原因이 되는 離婚時를 基準으로 하여 分割額數를 算定하는 것이 합리적이라 할 것이다.

5. 財産分割請求權의 存續期間

개정민법§839의 2의 ③의 “財産分割請求權은 이혼한 날로부터 2년을 경과한 때에는 消滅한다”는 규정에 의해, 재산분할청구권은 2년의 除斥期間에 걸린다. 한편 2년의 기간의 起算點은, 協議上 離婚의 경우에는 當事者 사이의 離婚意思의 合意가 가정법원의 확인을 받아 戶籍法이 정한 바에 의하여 離婚申告를 한 때 부터이며 (§836①참조), 裁判上 離婚의 경우에는 法院으로부터의 離婚審判이 확정된 때가 될 것이다.

事實婚의 解消를 理由로 하여 本 請求權은 발생할 수 있는 것으로 새겨야 하며, 이 때에는 事實婚關係 當事者의 合意 또는 一方의 意思表示에 의해 사실상 婚姻共同體가 解體된 날로부터 2년의 기간은 起算되는 것으로 해석하여야 한다.

67) *Supra* 註48 參照.

68) 金囁洙(1990), *op. cit.*, 654面.

69) 韓準熙(1990), *op. cit.*, 40面.

V. 財産分割請求權과 慰藉料請求權과의 關係

1. 問題點의 認識

어떠한 責任原因에 의해 被害者가 입은 苦痛·衝擊·絶望과 같은 非財産的 損害(nonmaterial-damage) 내지 精神的 損害(dommage morale; Ideeller Schaden)에 대한 賠償이 慰藉料(Schmerzensgeld)이다. 위자료의 法的 性質에 대하여는 制裁說과 損害賠償說로 2분하는 것이 보통이고 우리나라의 通說⁷⁰⁾은 後者를 취하고 있다.

한편 이혼의 경우 當事者의 一方은 과실있는 相對方에 대하여 이혼으로 인한 財産上의 損害와 精神的 苦痛에 대한 損害賠償을 請求할 수 있는데(\$843에 의한 \$806의 準用 結果), 이러한 이혼으로 인한 정신상 고통에 대한 損害賠償을 離婚慰藉料라 한다. 이혼에 이르게 된 행위 자체로 인한 精神的 損害 또는 그러한 행위로 인해 이혼함으로써 야기된 精神的 損害를 피해자 이외의 자가 填補시킴으로써 離婚被害者를 保護하려는데 목적을 두고 있는 이혼위자료의 성질을 어떻게 파악해야 할 것이냐에 대하여 제1설⁷¹⁾은 이혼위자료청구권도 그 본질 자체는 타인의 有責行爲로 인하여 발생한 精神的 苦痛을 賠償해 준다는 의미에서 不法行爲를 이유로 한 損害賠償으로 이해하는데 비해, 제2설⁷²⁾은 이혼 자체로 인한 손해 배상 내지 이혼급부로 새기고 있다.

우리의 裁判上 離婚法의 構造를 有責主義와 破綻主義의 結合型으로 이해하는 私見으로서, 離婚原因이 不貞行爲를 구성하게 되는 경우에도(\$840의 5호·6호를 제외한 配偶者 一方의 不貞行爲·遺棄·虐待 등의 사유) 이혼 그 자체가 불법행위를 구성케 되는 것은 아니며 또한 제1설을 취할 때는 상대방의 유책성이 전제되어야만 이혼위자료청구권은 발생하게 되나 제2설에 의하면 양당사자의 책임에 돌릴 수 없는 사유(\$840의 5호·6호)에 의한 이혼의 경우에도 이혼피해자를 보호해야 할 상당한 필요성이 있고 離婚給付義務를 부담할 자가 있는 한 이혼피해자로 하여금 이혼위자료를 청구할 수 있도록 함으로써⁷³⁾ 결과적으로 離婚被害者의 保護에 충실을 기할 수 있고 나아가 破綻主義 離婚原因의 세계적 동향에 부합할 수 있다는 점에서 제2설이 비교적 타당하다고 생각한다.

70) 郭潤直, 「債權各論」, 博英社, 1984, 738面; 金錫宇, 「債權法各論」, 博英社, 1978, 555面; 李銀榮, 「債權各論」, 博英社, 1989, 753面; 韓瑋熙, 「慰藉料請求權의 諸問題」, 安二濬博士 華甲紀念「民法法과 環境法의 諸問題」, 博英社, 1986, 298面; 黃迪仁·丁玉泰, 「債權法各論」, 서울大 出版部, 1984, 276面.

71) 韓瑋熙(1986), 上揭論文, 298面.

72) 金淑子(1990), *op. cit.*, 97面; 李兌榮(1968), *op. cit.*, 216面

73) 同旨: 金淑子(1990), 上揭論文, 97面.

한편 財産分割請求權은 그 實質的 內容이 離婚配偶者(대부분의 경우 離婚被害者는 妻이다)의 이혼 후의 생활을 보호하여 이혼의 자유를 보장하려는 데 목적이 있음은 이미 앞에서 본 바와 같다. 이처럼 양 청구권은 離婚配偶者의 保護를 위해 존재하는 法定請求權(法定債權)이라는 同質性을 갖고 있기 때문에 이혼에 의해 配偶者 一方이 갖는 財産分割請求權에는 清算·扶養의 要素 이외에 慰籍料的 要素도 당연히 포함되어 있느냐의 문제가 이른바 財産分割請求權과 慰籍料請求權과의 관계에 대한 문제이다.

2. 學說·判例의 概觀

이혼이라는 하나의 同一한 生活事實로부터 財産分割請求權과 離婚慰籍料請求權이 발생할 경우에 離婚配偶者(被害者)가 財産分割請求權을 行使하였다 하더라도 달리 위자료청구를 할 수 있는 것인지 이에 대한 견해는 크게 2분되어 있다.

(1) 限定說(積極說)

財産分割請求權은 이혼으로 인한 혼인의 해소시에 혼인 중 취득한 夫婦財産을 清算한다는 의미 외에도 이혼후 생활이 어려운 離婚配偶者에 대한 부양적 요소를 포함하는 것으로 새김으로써 이혼으로 인한 精神的 損害에 대한 배상으로서 의미를 갖는 위자료청구권과는 성질이 다른 별개의 權利로 이해하는 입장이다.

요컨대 財産分割請求權과 이혼위자료청구권은 별개의 독립한 訴訟物로 볼 수 있기 때문에 離婚被害者는 양 청구권 중 어느 하나만을 선택적으로 행사할 수 있으며 그것으로써 만족을 얻지 못할 경우엔 다른 청구권의 행사도 가능하고 나아가서는 양자를 동시에 청구할 수도 있다는 것이다.⁷⁴⁾

현재 우리나라의 학설은 兩 請求權을 別個·獨立한 것으로 파악하는 限定說⁷⁵⁾을 취하는데 견해가 일치되어 있다.

(2) 包括說(消極說)

財産分割請求權을 清算·扶養·慰籍料的 要素까지를 내포하는 권리로 이해하는 입장이다. 말

74) 이것을 典型的 限定說이라 하며 [中川 淳(1973), *op. cit.*, 49面]. 이에 대하여 兩者는 併存할 수 있는 것이지만 만약 재산분할청구권을 행사한 후에 위자료를 청구하였다면 위자료액을 算定함에 있어서는 이미 행해진 재산분할의 事情을 충분히 고려해야 한다고 새기는 입장을 相關的 限定說이라 한다(島津一郎, 「親族相續法」, 日本評論社, 1980, 58面).

75) 金性叔, “改正家族法의 內容”, 「考試界」, 1990.2, 179面; 金淑子(1990), *op. cit.*, 99-100面; 金容漢, 「親族相續法論」, 博英社, 1983, 231面; 金曄洙(1990), *op. cit.*, 221面; 劉明子(1989), *op. cit.*, 382面; 李根植·韓率熙, 增補「新 親族相續法」, 一潮閣, 1982, 127-128面; 李兌榮(1968), *op. cit.*, 270面; 林在淵(1990), *op. cit.*, 45面; 林正平, 「韓國親族相續法」, 단국大 出版部, 1982, 194面; 張庚鶴, 「民法大意(全)」, 法文社, 1987, 697面.

하자면, 離婚慰籍料의 청구가 있으면 財産分割請求도 있었던 것으로 새김으로써⁷⁶⁾ 財産分割과 위자료를 一體로 파악하기 때문에 訴訟物은 오직 하나뿐이라는 것이다. 따라서 離婚被害者가 財産分割請求權을 行使한 경우에는 비록 그것으로써 만족을 얻지 못했다 하더라도 다시 이혼위자료 청구는 할 수 없게 된다. 이렇듯 포괄설은 請求權行使를 一回性에 그치도록 함으로써 紛爭解決의 절차를 간편하게 하는 優秀性을 가짐이 사실이나 이혼피해자의 보호에는 충분하지 못할 수도 있다는 限界를 갖고 있다.

(3) 判例

우리 나라의 경우 아직 이에 관한 判例는 없는 것 같고, 다만 日本最高裁判所는 1956.2.21.의 判決⁷⁷⁾〔民集 10卷 2號, 124面〕의 leading case 이후에도 一貫되게 限定說을 堅持⁷⁸⁾하고 있다.

3. 兩者의 同質性·異質性의 比較分析과 私見

(1) 民法上的 構圖

財産分割請求權은 §839의 2에 근거한 法定債權으로서 혼인 중 형성한 재산에 대한 배우자 사이의 共有性 내지는 妻의 家事勞動의 대가를 인정함으로써 衡平思想에 부합할 뿐 아니라 離婚配偶者의 이혼 후의 생활을 보호할 수 있음으로써 실질적인 이혼의 자유를 보장할 수 있다는 것이다.

반면 離婚慰籍料請求權은 §834, §806에 기한 法定債權으로서 이혼으로 인하여 當事者 一方이 精神的 損害를 피해자 이외의 자가 배상하도록 하는 對個人的 責任으로서 離婚配偶者(被害者)의 保護를 목적으로 하는 민법상의 제도라는 점에서 同質性을 갖고 있다 할 수 있다.

(2) 要件(有責性 與否)

財産分割請求權의 경우 이혼에 이르게 된 데 대한 당사자의 책임여부는 문제가 되지 않는다. 한

76) 이것을 典型的 包括說이라 하며(川島武宜, “離婚慰籍料と財産分與の關係”, 「損害賠償責任の研究(上)」, 有斐閣, 1957, 279面), 이에 대해 재산분할시에 當事者의 合意가 있는 한 재산분할과는 별도로 위자료청구도 가능하다는 입장이 制限的 包括說이며(我妻榮, 「親族法」, 有斐閣, 1961, 156面), 清算·扶養·慰籍料의 一切를 포함하는 재산분할시에 그들에 대한 개별적 청구도 가능하다고 새기는 입장을 個別的 包括說이라 한다(來棲三郎, 判批, 法協 74卷 2號, 1957, 99面).

77) “이혼의 경우 이혼한 者의 立場이 상대방에 대하여 갖는…… 위자료청구권은 상대방의 유책불법한 行爲에 따라 부득이 이혼에 이르렀을 때 상대방에 대하여 손해배상을 청구할 것을 목적으로 하는 것이기 때문에 재산분여청구권과는 그 성질을 달리함과 동시에…”, 劉明子(1989), *op. cit.*, 380面에서 引用.

78) 日本最高裁判所 1971.7.23 判決〔民集 25卷 5號, 805面〕; 同 1978.2.21 判決〔家庭裁判月報 30卷 9號, 74面〕 參照.

편 이혼위자료청구권의 경우에는 그 성질을 불법행위로 보는 견해에 의하면 原告의 無責性和 被告의 有責性이 당연히 요구되나, 이혼 그 자체로 인한 손해배상으로 파악하는 견해에 의하면 原告를 보호해야 할 필요성(예컨대 原告의 정신병 등에 의한 이혼의 경우)이 있는 것과 같은 특별한 사정하에서는 상대방(被告)의 無責下에서도 이혼위자료청구를 認容하는 것이 타당하다고 생각한다.

(3) 請求權의 主體

財産分割請求權의 주체는 원칙적으로 이혼 당사자 일방이다. 그러나 離婚慰籍料請求權의 경우에는 當事者一方 이외의 제3자(장인·장모·시부모 등)를 共同被告로 하여 訴를 제기할 수도 있다고 생각한다.

(4) 節次(管轄의 問題)

財産分割請求權은 이혼으로 인한 혼인의 해소에서 비롯되는 것이므로 당연히 가정법원의 관할 사항이 될 것이고 이와 관련한 家事審判法의 改正·補完이 행해져야 할 것이다. 이혼위자료청구권은 그 성질을 불법행위로 보는 견해에 의하면 民事法院이 이를 관할하게 되며(\$750, \$751, \$752 참조), 判例의 態度도 마찬가지이다.

그러나 이혼으로 인한 손해배상으로 파악하는 견해에 의하면 가정법원의 관할사건으로 처리되어야 할 것이다.

(5) 存續期間

財産分割請求權은 2년의 除斥期間에 걸린다(\$839의 2의 ③). 離婚慰籍料請求權은, 離婚原因이 不法行爲를 構成하게 될 경우(配偶者一方의 不貞行爲·遺棄·虐待 등)에는 3년의 短期時効期間에 해당하게 된다(\$766 ①). 不法行爲에 해당되지 않는 사유(\$840의 5호·6호)로 인한 이혼의 경우에는 어떻게 새겨야 할 것인가. 財産分割請求權의 경우와 같이 2년의 除斥期間에 걸리는 것으로 해석하는 見解⁷⁹⁾가 있으나, 이를 뒷받침할만한 하등의 근거가 없으며 다른 한편 離婚慰籍料請求權은 法定債權의 일종이기 때문에 \$162 ①에 의해 10년의 時効로 消滅하는 것으로 새기는 것이 타당하다고 생각한다.

(6) 相續·讓渡性

財産分割請求權의 相續性 인정여부는 그 法的 性質을 무엇으로 파악하느냐에 따라 달라진다. 清算說에 의하면 相續性을 肯定하게 되나, 扶養說을 취할 경우에는 一身尊屬權의 原理에 의해 相

79) 金淑子(1990), *op. cit.*, 99面.

續性이 否定될 것이다. 한편 一般的인 慰籍料 請求權의 경우에 多數說⁸⁰⁾과 判例⁸¹⁾는 相續性을 肯定하고 있는데(일본에서는 肯定說이 通說임), 이혼위자료청구권의 경우에도 그것은 궁극적으로 金錢價權化하게 될 것이므로(\$763에 의한 \$394의 準用) 相續性을 인정하는 것이 좋을 것이다. 다만 당사자간에 배상에 관한 계약이 성립되거나 訴를 제기한 후가 아니면 그것을 타인에게 讓渡하거나 承繼할 수는 없는 것으로 해석하여야 한다(\$843에 의한 \$806 ③ 參照).

事項	區分	財産分割請求權	離婚慰籍料請求權
民法上の 構圖	根據規定： 目的：	\$839의 2 妻의 家事勞動의 代價認定 →實質的인 離婚의 自由實現 (兩性平等의 理念)	\$843, \$806 離婚被害者의 保護 (公平의 理念)
要件(有責性 與否)		有責·無責가리지 않음	不法行爲說：原告의 無責, 被告의 有責. 離婚으로 인한 損害賠償說： 被告의 無責下에서도 특별한 경우 請求權 발생 가능
請求權의 主體		離婚當事者의 一方	제3자를 被告로 한 訴제기가능
節次(管轄의 問題)		家庭法院의 管轄事件	不法行爲說：民事法院의 管 轄事件 離婚으로 인한 損害賠償說： 家庭法院의 管轄事件으로 處 理
存續期間		2년의 除斥期間	不法行爲를 原因으로 한 離 婚：3년의 時効期間
相續性 認定與否		清算說：肯定 扶養說：否定	多數說·判例：肯定 *賠償契約締結, 訴제기후→ 讓渡·處分가능

表：財産分割請求權과 離婚慰籍料請求權의 異同比較

80) 郭潤直(1984), *op. cit.*, 747面; 金容漢(1983), *op. cit.*, 349面; 李根植·韓禪熙(1982), *op. cit.*, 241面 등.

81) "피해자가 이를 포기했거나 면제했다고 볼 수 있는 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 당연히 상속된다." 大法判 1966.10.18(66다 1335).
또한 判例는 "위자료청구권은 一身專屬權이 아니기 때문에 他人에의 양도도 가능하다"고 한다. 大法判 1976.4.13(75다 396).

이상과 같은 兩者의 比較·分析을 통해서 볼 때 法定債權으로서 離婚被害者의 保護에 기여할 수 있는 民法上的의 制度라는 同質性을 갖고 있는 것이 사실이나 양 청구권 사이에는 異質의 面이 많이 있기 때문에 財産分割請求權 속에 離婚慰籍料請求權을 내포하고 있다고 새기는 包括說보다는 양자를 別個의 權利로 파악하는 限定說이 論理的으로 妥當하다고 생각한다.

따라서 離婚被害者는 離婚慰籍料請求 뿐 아니라 財産分割請求도 할 수 있기 때문에 離婚審判請求節次에서의 慰籍料는 이혼으로 인한 精神的 苦痛에 대한 손해배상으로서의 본래의 意味로만 制限運用하는 것⁸²⁾이 바람직하다고 생각한다(相關的 限定說의 立場).

VI. 財産分割請求權과 관련한 問題

財産分割請求權制度는 離婚法의 영역에서 兩性平等의 理念의 實現을 겨냥하고 있다는 점만으로 肯定的인 評價를 할 수 있다. 그러나 신설된 제도이기 때문에 이 제도를 운용하는 과정에서 많은 문제점이 제기될 수 있다. 그 중의 몇가지를 解釋論的 視角에서 간단히 檢討해 본 후, 이 제도의 擴充·補完을 위한 立法論的 檢討를 해 보기로 한다.

1. 解釋論的 檢討

(1) 債權者取消權 行使의 可能性 與否

대개의 경우 婚姻生活 중의 積極·消極의 재산을 控除한 殘額에 대해서만 分割을 하게 될 터이지만, 만약 그러한 절차를 밟지 않고 離婚에 附隨하여 혼인 중 취득한 재산을 分割하였다면 그것은 財産分割義務者의 債權者 立場에서 볼 때 민법 §§406-407가 규정하는 債權者取消權 行使의 대상이 될 것인가. 견해의 대립이 있을 수 있으나, 財産分割請求權의 法的 性質과 債權者取消權의 立法趣旨를 고려하여 相當性⁸³⁾이 있을 때에 한하여 債權者取消權의 行使를 인정하는 것이 바람직하다고 생각한다.

(2) 權利와 義務의 衝突

財産分割請求權者가 위자료지급의무를 부담하는 不法行爲者일 경우에 양자의 관계를 어떻게 처리해야 할 것인가. 明文의 규정이 없는 개정민법하에서 이 문제의 해결은 學說·判例에 의존할 수 밖에 없을 것이다.

82) 同旨: 林在淵(1990), *op. cit.*, 45面.

83) 相當性의 判斷基準으로는 혼인중 쌍방의 협력으로 형성한 財産類數, 당사자 일방의 공헌도·이혼 후의 생활능력, 연령·건강, 未成熟子女의 養育關係, 분할후의 一方(체무자)의 재산과 체권자의 채권액 등이 될 수 있다고 한다. 金淑子(1990), *op. cit.*, 101面 參照.

생각컨대 財産分割請求權의 性質을 清算·扶養의 복합적 요소로 파악할 경우 청구권의 주체가 반드시 無責이어야 하는 것은 아니며 또한 이혼위자료의 성질을 이혼으로 인한 損害賠償으로 파악할 경우에 있어서도 不法行爲該當事由에 의한 이혼위자료청구권의 成立을 부정하게 되지는 않는다. 따라서 이혼이라는 同一한 事實에 의해 當事者一方이 財産分割請求權을 취득함과 아울러 위자료지급의무를 부담하게 될 수도 있는 것이다. 이 때에는 分割請求權이 消滅되지 않는 한 권리가 취득케 되는 分割額에서 그가 부담하게 되는 위자료액을 控除한 殘額에 상당하는 部分만을 請求할 수 있는 것으로 새기는 것이 合理的이라고 생각한다.

(3) 税金의 賦課

財産分割額이 결정되면 贈與稅의 賦課問題가 발생하게 되나 이 때에는 配偶者贈與 特別控除가 행해져야 한다⁸⁴⁾고 한다.

2. 立法論的 檢討

첫째, 혼인생활 영위 중에 配偶者一方이 혼인 중의 취득재산을 처분함에 있어서는 반드시 타방의 사전동의를 얻도록 하는 立法措置를 講究할 필요가 있다고 생각한다. 이것은, 평상시 혼인생활의 경제적 측면에서 夫婦平等의 理念에 부합하는 것이 될 뿐 아니라 장차 발생할런지도 모르는 財産分割請求權의 事前的 保全手段이 되는 것이며, 諸外國의 立法例와도 보조를 같이하는 것이 될 것이기 때문이다.

둘째, 夫婦別産制를 취하고 있는 민법하에서 혼인 중 취득한 재산은 夫의 명의로 歸屬·處理되는 경우가 대부분이나, 그러한 재산에 있어서도 妻의 家事勞動의 대가를 인정함으로써 이혼시에 當事者一方이 재산의 분할을 청구할 수 있는 제도가 신설된 財産分割請求權임은 이미 앞에서 본 바와 같다. 그런데 재산의 분할은 제1차적으로는 夫婦의 協議에 의하게 되나 窮極的으로는 法院의 재량에 맡겨져 있고 法院은 當事者 雙方의 協力으로 이룩한 財産의 額數 기타 사정을 참작하여 分割額 등을 결정하게 되는데 別産制의 現實下에서는 分割請求者(주로 妻가 될 것이다)가 재산형성에 대한 공헌도(정도)를 입증하여야 할 것이므로 分割額數가 다액일 것으로 보이지 않은은 이미 이 제도를 실시하고 있는 日本의 경우(분여액의 결정은 法院의 재량에 의존되어 있는데 별도의 직업을 갖고 있는 부부이거나 家內企業婚일 경우 妻의 기여분은 40-50% 정도가 되나, 妻가 家事勞動을 담당하는 主婦婚인 경우에 기여분은 아주 낮기 때문에 財産分與制度에 대한 批判의 소리가 높다)⁸⁵⁾를 통해 쉽게 짐작할 수 있다. 이러한 점에서 혼인 중에 취득한 재산에 대한 “夫婦共有財産認定”으로의

84) 이에 관해서는 李陽子, “改正家族法과 稅法上の 問題”, 「개정가족법과 한국사회」, 한국여성개발원 한국가족법학회, 1990, 185-199면을 參照할 것.

85) *Supra* 註 59參照.

改正·補完이 행해져야 한다는 主張⁸⁶⁾은 타당하다고 생각한다. 그것은 명실상부한 이혼의 자유의 구현 내지는 離婚法의 영역에서 실질적인 兩性平等의 實現이 될 수 있기 때문이다.

셋째, 履行確保를 위한 節次的인 配慮가 뒷받침되어야 한다는 점이다. 財産分割請求權은 개정 민법상의 추상적인 권리에 지나지 않기 때문에 이행의 확보·강제와 같은 구체적 실현은 節次法의 案出을 통해서 가능하게 될 것이다. 따라서 이와 관련한 家事審判法·人事訴訟法 등의 改正·補完이 행해져야 할 것이다.⁸⁷⁾

86) 高昌鉉(1990), *op. cit.*, 26面.

87) 大法院은 現行 家事審判法·人事訴訟法 등의 관련 節次法을 하나의 法律로 統合·整備한 「家事訴訟法」을 확정, 이번 정기국회의 의결을 거쳐 1991년 1월부터 시행할 예정이라 한다. 法律新聞, 1990.9.24, 1面 參照.

Summary

A Study of the Right of Claim for the Division of Property

Han, Sam-in

The right of claim for the division of property established by the 7th revision of 'Korean Civil law' guarantees the freedom of divorce and the equity of the two persons concerned through the substantial adjustment of the property of a divorced couple. However, there are some problems with the interpretation and application of this system. These problems can be solved by the making and accumulation of theories and judicial precedents, of which there are not a large number of to date.

Therefore, this paper analyzes and examines the legal principles and the problems of the right of claim for the division of property through the study of theories and judicial precedents of home and abroad, and then develops its systematic interpretation.