

재산분할 산정시 가사노동의 법적 평가

오 옥 화*

< 목 차 >

- I. 서 론
- II. 재산분할청구권의 본질
- III. 가사노동의 가치평가의 필요성과 평가방법
- IV. 재산분할비율의 확정과 가사노동의 법적 평가
- V. 결론

I. 서 론

현대의 분업사회에서는 개인의 능력이나 소질에 따라 일정한 직책을 담당하고 각자가 맡은 역할을 수행함으로써 전체사회가 유지된다. 그러나 가정내에서 수행되는 주부의 가사노동은 가정이나 사회를 위해 생산적 역할을 담당하고 있음에도 정당한 평가를 받지 못하여 왔다. 오늘날 남녀평등의 세계적 추세는 여성의 사회적·경제적 지위의 향상을 가져왔고 지금까지 가부장제 가족제도하에서 예속적 지위에 머물렀던 여성들은 근대 사법의 자유·평등한 개인의 절대적 인격주의에 힘입어 부부의 경제적 평등의 확보, 주부의 가사노동에 대한 경제적 평가를 요구하기에 이르렀다. 한편 우리나라의 법정부부재산제도는 가부장적 가족제도의 영향이 컸던 관계로 아직도 여성들의 육아와 가사노동을 평가하지 않는 부부별산제에 머물러 있다. 그러나 다행히도 1989년 이혼한 자의 일방은 타방에 대하여 「당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산」의 분할을 청구할 수 있도록 한 재산분할청구권(개정민법 제839조의2)을 신설함으로써 주부의 가사노동을 확실하게 평가할 수 있는 길이 열리게 된 것인데 동 규정은 단 1개의 조문으로 재산분할청구권의 존재를 인정함에 그치면서 그 전제되는 혼인중의

* 제주발전연구원 연구원

재산관계에 관해서는 가사노동을 평가하지 않는 부부재산제도를 그대로 두고 있다. 그 결과 적어도 현행법상 부부재산제도로 부터 가사노동을 기초로 한 재산분할의 효과에 이르는 일련의 논점에 관하여 일관된 해석을 어렵게 하고 있어 이에 관한 이론적 뒷받침을 필요로 하게 되었다.

본고에서는 재산분할청구에 있어서 주부의 가사노동이 법적으로 어떠한 평가를 받고 있으며, 재산분할과정에 어떻게 반영되고 있는지에 대하여 학설과 판례를 중심으로 살펴 봄으로써 재산분할청구시 주부의 가사노동의 정당한 평가를 위한 기초이론을 제공하려 한다.

II. 재산분할청구권의 본질

1. 재산분할청구권의 의의

재산분할청구권이라 함은 이혼을 한 당사자의 일방이 다른 일방에 대하여 재산분할을 청구할 수 있는 권리를 말한다.(김주수, 1994 : 224) 혼인생활은 가정내의 모든 면의 공동생활을 의미하기 때문에 부부관계가 원만하게 이루어 지고 있을 때에는 부부의 재산이 누구의 명의로 되어있든지 별로 문제 될 바가 없으나, 이혼으로 인하여 혼인관계가 끝나게 될 때에는 부부가 혼인중에 협력하여 이룬 재산이 있다면 정리할 필요가 있으며 이때에 이혼배우자의 일방이 타방에 대하여 혼인생활중에 축적된 재산에 대하여 분할을 청구할 수 있는 법률상의 지위가 재산분할청구권인 것이다.(한봉희, 1984 : 291)

민법시행 이후로부터 1990년에 이르기까지 우리나라의 경우 이혼 급부제도로는 이혼으로 인한 손해배상청구권만이 인정되었다. 그러나 1991.1. 1.부터 시행되어 온 개정 민법 및 가사소송법으로 이혼시와 혼인취소시에 재산분할청구권이 인정되게 되었다. 즉 우리 민법 제839조의2는 “①협의상 이혼한 자의 일방은 다른일방에 대하여 재산분할을 청구할 수 있다. ②제1항의 재산분할에 관하여 협의가 되지 아니하거나 협의할 수 없는 때에는 가정법원은 당사자의 청구에 의하여 당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산의 액수 기타 사정을 참작하여 분할의 액수와 방법을 정한다. ③제1항의 재산분할청구권은 이혼한 날로부터 2년을 경과한 때에는 소멸한다”고 규정하여 협의상 이혼

의 경우에 재산분할청구권을 인정하고 있고, 민법 제843조는 재판상 이혼의 경우에 이를 준용하며, 가사소송법 제2조 제1항-나-(2)-4호는 혼인취소의 경우에도 이를 준용하고 있다.

구민법에서는 이혼시 재산적인 급부를 받을 권원으로서 무책배우자만이 유책배우자에 대하여 재산적 손해와 정신적 고통에 대한 손해배상의 성격을 가진 위자료청구권을 가질 뿐이었고 또한 위자료는 혼인파탄 책임의 유무에 의해 결정하도록 되어있어 일방(특히 처)이 유책으로 인정된 경우에는 위자료 청구권을 가질 수 없었다.

한편 우리나라 민법상 부부의 재산관계는 혼인성립전 부부의 재산계약에 의해 자유롭게 정할 수 있으나(민법 제829조 1항), 부부간의 계약이 없는 경우에는 법정재산제에 따르도록 하고 있다. 그러나 우리나라의 경우 재산계약을 맺는 부부는 현실적으로 거의 없기 때문에 대부분의 부부재산 관계는 법정재산제에 의하여 적용될 수 밖에 없다. 법정재산제는 별산제로써 혼인중 자기의 명의로 취득한 재산은 명의자의 특유 재산으로 귀속되는 바(민법 제830조 1항), 대개의 부부재산은 가부장제의 전통과 관습상의 영향으로 경제활동을 하는 남편의 명의로 표시되어있어 부의 소유로 인정되기 때문에 이혼시 처는 혼인후 아무리 재산형성에 기여를 했다하더라도 재산축적에 대한 아무런 대가도 인정받지 못했다. 다만 재판 실무상 위자료액을 산정함에 있어 상대방의 재산상태를 고려함으로써 실질적으로 재산분할의 요소를 가미하여 액수를 정하여 왔으나, 이는 재산형성 과정의 기여도를 인정하는 근본적인 해결책이 되지 못함은 물론 혼인파탄의 유책배우자는 그 재산에 대하여 아무런 권리 주장을 하지 못했던 것이다.

따라서 부부가 이혼하게 되면 부부의 경제공동체는 해체되므로 혼인중 협력한 재산에 대하여 청산을 하는 것이 필요하고 또한 이혼후 생활능력이 있는 일방은 생활능력이 없는 배우자에 대하여 부양의무를 지는 것이 오늘날의 도덕관에서 보더라도 타당하다. 이와같은 취지에서 입법론으로 주장되어오던 재산분할 청구권이 개정 민법에서 신설되게 된 것인 바, 이제 이혼시 재산분할제도가 인정됨으로써 다음과 같은 의의를 가진다.

첫째, 헌법 제34조의 양성평등의 이념을 가족법에 구체화하여 주부의 생산노동 및 가사노동의 경제적 가치를 법적으로 인정하였다는 점이다.

둘째, 이혼의 자유를 실질적으로 보장하였다는 점이다. 배우자 일방(특히 처)의 경우 법 개정전에는 이혼시 그에 따르는 위자료청구권과 부부재산에 대해 재판상 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기를 청구하는 방법이 있었다. 그러나 전자의 경우 위자료 산정의 객관적인 기준을 세우기가 어렵고 유책배우자의 재산의 도피등으

로 인하여 실제로 받는 위자료의 액수는 무책배우자의 보호에 극히 미약한 실정이었고, 후자는 입증의 곤란으로 인하여 전자의 경우보다 이혼배우자를 보호하는 제도로는 더욱 미흡했었다.(한봉희, 1990, : 35-36) 그러나 재산분할청구권의 신설로 인해 청구권자는 유책, 무책을 구분하지 않고 재산분할청구권을 행사할 수 있게 되어 이혼 후 배우자의 보호에 상당한 기여를 할 수 있게 된 것이다. 즉 이것은 이혼하고 싶어도 경제적 생활능력이 없는 배우자가 이혼 후의 생계위협 때문에 일방의 혼인의무 위반에 대해서도 인종하게 되었던 불합리를 극복하여 실질적인 이혼의 자유보장을 의미하는 것이며, 나아가 이혼에 있어서의 남녀평등의 원칙이 침해되는 것을 막는다는 의미에서도 필요한 제도로 이해할 수 있다.

셋째, 이혼시 경제적 약자는 보호되어야 한다는 도덕적·윤리적 요구를 제도화 했다는 점이다. 생활능력이 약한 배우자에 대해 이혼후에도 경제적 생활능력이 있는 배우자에게 부양의무를 지우는 것은 오늘날의 도덕관에 보더라도 타당할 뿐만 아니라 사회의 평화적 발전의 측면에서도 바람직하다는 것이다(김주수, 1990 : 18, 한삼인, 1990 : 86-87) 따라서 재산분할청구권의 신설은 이러한 도덕적·윤리적 요청을 법제화한 것으로써 국민의 법의식 및 법감정에도 맞는 제도라 할 수 있다.(고창현, 1990 : 22-23)

넷째, 이혼 원인에 있어서 유책주의에서 과탄주의로 변천해 가는 이혼법의 추세에도 부응하게 되었다는 점(김숙자, 1990 : 104)이다.

2. 재산분할청구권에 대한 외국의 입법례

부부의 재산관계는 혼인이 계속 중이고 부부관계가 원만할 때는 공유제이든 별산제이든 큰 문제가 없으나 부부가 이혼에 이르게 된 경우에는 반드시 부부재산의 분리라는 절차가 따르게 마련인데, 여기에서는 각국이 이러한 이혼시의 재산분할을 어떤 방법에 의하여 해결하고 있는지 검토하기로 한다.

가. 프랑스

프랑스 민법은 1965년에 부부재산제법을 개정하여 법정부부재산제로서 공유재산제를 채택하였고 1976년 이혼법을 개정하여 이혼후에 발생하는 부부의 생활격차나 불균형을 보상하기 위하여 보상급부(Compensatory Payment)제도를 두고있다(제270조). 1985년에는 부부재산제를 부분 개정하여 공유재산에 대한 남편만의 단독관리를 부부의 공동관리로 선언함으로써 명실공히 평등한 부부재산제를 채택하게 되었다(제1421

조 제1항).(이화숙, 1988 : 35-37 , Marry Ann Glenden, 1976, 199-203)

따라서 부부의 재산은 각자의 고유재산과 공유재산으로 구성되는 바 고유재산은 각자가 자유로이 관리·사용 처분하나(제1428조) 고유재산으로 부터 발생하는 과실 및 소득의 저축은 공유재산을 구성하기 때문에 고유재산을 남용할 경우 타방을 보호하기 위하여 법원의 판결로써 일방의 고유재산에 대한 권한을 정지시키는 박탈(retire)이라는 절차를 두고 있다(제1429조). 한편 공유재산은 부부가 혼인중 공동 또는 개별적으로 취득한 재산과 각자의 생산 및 고유재산으로부터 발생하는 효과로 취득한 적극재산(제1401조)과 부부가 공동으로 부담해야 할 생활비와 자녀의 양육비에 따른 채무 등의 소극재산(제1409조)으로 구성되며, 이 재산은 부부가 공동으로 관리한다.(이화숙, 1988 : 78-81, 한삼인, 1990 : 94)

부부가 이혼하게 되면 각자의 고유재산을 제한 공유재산에 대하여 이를 청산하고 잔여재산이 있으면 배우자간에 2분의 1씩 분할하는데(제1475조 1항) 이러한 50:50의 분할비율은 혼인기간이 짧은 경우에도 적용하는 것은 타당치 않다는 비판도 있다.(한삼인, 1990 : 95, 고창현, 1984 : 259)

재산을 청산한 후 이혼후에 발생하는 부부의 생활격차나 불균형을 보상하기 위하여 보상금부제도를 두고 있으며(제270조), 그 기준은 배우자의 연령, 건강상태, 자의 양육기간, 직업상의 자격, 취직의 가능성, 재산상의 권리 등 구체적인 제조건을 객관적으로 고려하여 결정한다(제272조). 보상금부의 지급방법은 일시불이 원칙이며(제273조), 능력이 불충분하면 연금형식으로 지급된다(제276조). 유책배우자에게는 원칙적으로 보상금부청구권이 없으며(제280조의1 제1항), 예외적으로 혼인생활기간, 배우자의 직업에 대한 협력등을 고려하여 보상금부를 하지 않는 것이 형평을 잃었다고 판단되면 유책배우자에게도 보상금부청구권이 승인된다(제280조의1 제2항). 이러한 보상금은 일종의 기여분적 성질을 가졌다고 보아야 할 것이다. 한편 이혼후의 주택문제는 그 주택이 이혼배우자 일방의 고유재산에 속하는 경우에 첫째 타방배우자가 자의 감호를 하게 되거나, 둘째 건물소유자인 배우자가 파탄이혼의 청구자인 때 법원은 타방배우자를 위하여 그 주택에 대한 임대차를 설정할 수 있도록 하였다(제285조의 1). 이혼후의 처와 자의 주택확보를 위하여 사회정책적으로 중요한 의미를 갖는 규정이다.

나. 영 국

영국은 1870년 기혼여성재산법(Married Women's Property Act)이 제정되면서 최초로 별산제를 채택하게 되었다.(Stephen M. Cretney, 1987 : 73, 고창현, 1987 : 308) 그러나 별산제하의 부부재산은 대개 부 명의로 되어 있어 혼인해소시 별산제의 원리

에 따라 명의중심으로 재산분할을 할 때에는 특히 가정주부인 처에게 상당히 불리했기 때문에 영국의 판례는 공유제와 유사하게 재산분할을 인정함으로써 별산제의 결합을 보완하게 되었다.(P. M. Bromly, 1987 : 529-530)

이러한 판례의 경향에 따라 1970년에 제정된 혼인소송 및 재산법(The Matrimonial Proceedings and Property Act)은 재산을 분할함에 있어 일방배우자의 재산형성에 협력한 타방의 기여도를 인정해야 한다고 규정함으로써 영국의 별산제는 혼인해소시에 공유제와 유사한 형태를 띠게 되었다. 이 법은 1969년에 제정된 이혼법과 통합되면서 1973년에 혼인소송법(Matrimonial Causes Act)으로 개정되었는 바 동법에서는 재산분할시 처의 가사노동의 기여도를 평가해야 한다고 규정함으로써 공유제적 요소를 지니게 되었다. 결국 영국은 별산제를 취하면서도 판례와 입법을 통해 공유제적 요소를 적용하여 이혼시재산분할에 있어 별산제의 모순을 극복하고 있다.

한편 영국은 이혼시의 재산분할에 있어 그 판단을 법원의 재량에 위임하는 바 법관의 주관적 판단에 의한 위험을 피하기 위해 혼인소송법 제25조 1항은 분할시 혼인기간, 연령 등을 고려사항으로 규정하고 있다.

이혼후의 부양료 지급에 관하여 1984년에 제정된 혼인 및 가족소송법(Matrimonial and Family Proceedings Act)은 이혼하는 여성들 스스로 자신을 부양해야 한다는 강한 기대와 함께 이러한 능력을 갖출 때까지 법이 조력한다는 내용을 담고 있으므로 혼인기간이 짧고 자녀가 없는 경우, 장기간 계속된 혼인기간이라도 당사자의 미래를 위해 충분한 재산이 있는 경우 등에는 정기금 지급청구를 기각하고 재산의 분배가 불충분한 경우에 한해서 그 지급을 명령하도록 하는 권한을 법원에 부여하고 있다. 그러나 자를 양육하거나 심각한 경제적 궁핍상태에 있는 배우자에게 정기금 명령을 할 때에도 이혼후 3년내에 한하도록 규정하고 있다.(S. M. Cretney, 1985 : 48)

다. 미 국

미국 각 주의 부부재산제법은 Common Law의 전통인 별산제(Separate Property System)가 중심이 되고 있으며 1970년대 이후 공유재산제(Community property system) 채택이 증가추세에 있다. 별산제를 채택하는 주에서도 이혼시 재산분할을 하는데 있어서 50:50의 비율로 분배한다는 “형평분배 원리”(Equitable Distribution Rule)에 의해 운영되고 있으므로 공유재산제에 있어서의 재산분할과 다를 바 없다. 즉 형평분배의 원칙이란 법관에게 광범위한 재량권을 부여하여 재산 취득에 있어 물질적이거나 경제적 또는 가사노동과 같은 비경제적 기여를 한 배우자가 재산의 명의를 갖고 있지 못한 경우에도 이혼시 그 재산을 평등하게 분배한다는 원칙이다. 처가 가사노동

에만 종사하고 부가 유일한 소득자였다면 이혼시에 처의 몫은 3분의 1이며 3분의 2는 부에게 분배된다는 "3분의 1원칙(the one-third rule)"이 확립되어 있다. 그러나 아직 까지도 처의 가사노동은 무상성의 추정(presumption of gratuity)을 받아 부로부터 처에 증여로 보는 주도 있다. 대부분의 형평분배주 법의 재산분할에는 혼인전부터 가진 고유재산, 상속 또는 증여받은 재산은 포함시키지 않고 그밖의 혼인재산(marital property)만이 분할되도록 하고 있는데 분할되는 혼인재산의 범위는 각 주마다 다르다.

한편 1973년 혼인 및 이혼에 관한 통일법(Uniform Marriage and Divorce Act : UMDA) 제307조에서도 "배우자의 모든 재산은 언제 어떻게 취득했는지 부부의 재산으로 간주되어, 혼인중 배우자 일방의 유책행위(부정행위)와는 상관없이 양배우자 사이에 동등하게 분할되는데, 이 분할에는 가정주부로서의 기여 또는 가족이라는 공동체에 대한 기여등을 고려해야 한다"고 규정하여 형평분배의 원칙을 채택하고 있다.

공유제를 취하는 주에서는 혼인중 부부의 노력에 의하여 취득된 재산은 명의여부에 관계없이 부부의 공유로 귀속시키고 재산분할시 공유재산중 부부의 채무를 청산한 잔여재산에 대하여 균등하게 분배하며 또한 분할시 과실은 중대한 의미를 가지므로 부정행위가 있을 경우 공유재산중 유책인 배우자의 몫을 감하거나 박탈하기도 한다.(한봉희, 1984 : 10)

한편 이혼후에 생활능력이 없는 배우자에 대한 부양료 지급에 대해서는 이혼금부(Alimony)를 들 수 있다. 아직도 많은 주에서 혼인중의 과실을 부양료 산정의 중요한 요소로 삼고 있으나 UMDA 제308조와 여러 주의 혼인법에서는 배우자의 유책여부와는 관계없이 부양료를 인정하고 있기 때문에 부양료를 결정하는 기준이 통일되어 있지 않지만, 부양료 산정에 있어 일반원칙은 지급자의 경제력과 수령자의 실제적 필요가 중시된다.(Homer H. Clark, 1988 : 645-649)

부양자의 지급방법, 지급액, 지급기간등은 수령자와 지급자의 각기 사정에 따라 달라진다. 과거의 부양료는 주로 처에게 지급하여 왔는데 1979년의 Orr v. Orr에서 Brennan 판사는 "성에 기준을 둔 Alabama의 Alimony법은 성차별이므로 위헌이다"라고 판시함으로써 그 후 각주는 양성평등에 기초한 Alimony법을 규정하고, 적당한 상황에 따라 일방 배우자에게 Alimony를 지급하도록 하였다.(D. J. Freed & T. B. Walker, 1987 : 493)

라. 독일

1896년 독일이 채택한 법정재산제는 관리공동제였으며 관리권은 부에게 있었으며

로 양성평등에 위배되는 제도이었다. 그런데 1949년 서독기본법은 남녀평등에 반하는 모든 법률은 1953년 3월 31일 까지만 효력을 발한다고 규정을 했기 때문에 그때까지 별산제가 임시의 법정재산제가 되었다. 그러나 별산제는 양성의 실질적인 평등을 실현시키지 못했으므로 광범위한 비교법적 연구를 통해 1958년에 새로운 부가이익 공동제가 법정재산제로 채택되어 부부간의 실질적 평등을 보장해 오고 있다.(Norbert Horn, Hein Kötz & Hans G. Leser, 1982 : 189-190, Günther Beitzke, 1988, : 106, 136)

부가이익공동제하에서 부부는 혼인중 자신의 재산의 단독 소유자로서 독립하여 재산을 관리하므로 별산제를 원칙으로 한다. 그러나 별산제하에서도 이혼시에는 부부의 재산이 분배되는 것이 원칙이므로 가사용구나 전체재산을 처분하는 경우에는 상대방 배우자의 동의가 필요하다.

부부가 이혼하게 되면 각 배우자는 혼인종료시에 소유하는 최종재산과 혼인당시에 소유하던 당초재산을 화폐가치로 환산한 다음 그 차액인 부가이익을 부부간에 비교하여 상대적으로 적은 이익을 얻은 배우자는 채권자가 되어 많은 부가이익을 얻은 배우자에게 부가이익의 차액의 2분의 1을 청구하는 것이다(BGB §1378).(Karl Firsching, 1979, : 66)

혼인중 증가된 재산상의 이익을 공평하게 나누는 것은 혼인중 증가된 재산은 상대방 배우자의 협력이 있었음을 인정했기 때문이다. 부가이익청산이 끝난 후에는 연금, 각종보험, 사회보장상의 연금 등 미래의 재산권을 청산하게 된다. 그것은 혼인과 더불어 부부는 양로복지를 공동으로 부담한다고 생각하므로 이혼시에는 당연히 청산하는 것이다.(Beitzke, 1988 : 160) 연금은 부가이익청산과 같이 각 배우자가 갖는 연금기대권을 비교하여 차액을 산정한 후 기대권이 많은 배우자가 적은 배우자에게 차액의 반을 청산할 의무를 진다.

독일민법은 이혼후의 배우자에 대한 부양에 대하여 원칙적으로 자활의 원칙을 채택하고 스스로 부양할 수 없는 배우자만 부양청구권을 행사할 수 있다(제1569조). 그 기준은 ㉠자의 감호·교육을 위하여(제1570조) ㉡노령 때문에(제1571조), ㉢질병·신체장애 때문에(제1573조), ㉣취업활동을 취하여 요구되는 상당한 기간(제1575조), ㉤취업을 하기 위하여 사전에 요구되는 교육훈련기간(제1574조·제1575조) 등에 해당하는 경우이다. 부양의무의 정도는 혼인중의 생활관계를 기준으로 하여 전체적인 생활수요(Gesamter Lebensdarf)를 포함하는 것으로 하고 있다(제1578조). 또한 부양의무자가 이혼후에 재혼하여 신배우자를 부양하고 있는 경우에도 전혼배우자가 자를 감호·교육하고 있는 경우 또는 전혼기간이 장기간 계속된 경우에는 전혼배우자에 대한 부양의

무가 우선한다(제1582조). 독일민법은 이혼후의 배우자부양에 관하여 스스로 부양할 수 없는 배우자를 위하여 무거운 이혼부양책임을 부담시키고 있다.

부가이익공동제는 혼인중에는 별산의 형태로서 일방배우자의 채무가 타방에게 미치지 않으므로 공유제의 결점이 없으며, 한편 이혼시에는 공유제와 같은 방법으로 재산을 청산하므로 별산제의 결점이 보완된다. 더욱이 별산제에 있어서는 법관이 재량권을 가지고 재산을 분할하므로 불만의 여지가 있을 수 있으나 부가이익공동제는 증가이익을 반분하므로 훨씬 세련된 기술이라고 보여진다. 부가이익공동제는 부부재산제의 이상 즉 배우자의 독립성과 공동체적 요소, 실질적 평등과 형식적 평등의 보장이라는 조건에 합치되는 제도라는 면에서 이상에 가까운 제도라 생각된다.

마. 일본

일본은 1947년 개정민법에 의해 “부부의 일방이 혼인전부터 가지고 있는 재산 및 혼인중 자기의 명의로 취득한 재산은 그 특유재산으로 한다(일본 민법 제762조 1항)”는 규정을 둠으로써 부부별산제를 채택하고 있으나, 동법 제768조에 재산분여제도를 인정함으로써 경제적 약자에 대한 실질적인 불평등이 초래되기 쉽다는 별산제의 단점을 어느 정도 극복한다는 점에서 우리나라와 입법유형이 동일하다. 즉 동법 제768조는 “①협의상 이혼한 자의 일방은 상대방에 대하여 재산의 분여를 청구할 수 있다.② 재산분여에 대한 당사자간의 협의가 성립되지 않거나 협의할 수 없을 경우에 당사자는 가정법원에 협의에 대신하는 처분을 청구할 수 있다. ③2항의 협의에 대신하는 처분의 청구가 있을 경우 가정법원은 당사자 쌍방의 협력에 취득한 재산액 기타 일체의 사정을 고려하여 분여의 인정여부, 분여액, 분여방법을 정한다”고 규정하고 있으며, 이 뿐만 아니라, 사실혼관계 해소시에도 적용될 수 있다는 것이 통설이다.(한삼인, 1990 : 102)

연혁적으로 볼 때 일본은 1878년의 민법초안에 이미 재산분여제도를 두고 있었으나 1897년의 구민법에서는 이를 규정하지 않았다. 그 후 외국법이 이혼후의 일정기간 동안의 부양을 부의 부양의무의 연장으로 인정하는 점(김숙자, 1990 : 117-118, 유명자, 1991 : 298)을 참작하여 1947년의 민법개정으로 비로소 재산분여제도가 입법화되었다.(한삼인, 1990 : 103, 유명자, 1991 : 299) 그러나 재산분여제도의 구성이 1개 조문에 불과하고 그 내용의 추상성으로 인해 제도의 법적 성질·재산분여와 이혼위자료와의 관계 등에서 많은 논의가 되고 있다.

Ⅲ. 가사노동의 가치평가의 필요성과 평가방법

1. 가사노동의 의의와 경제적 가치

우선 가사노동이란 무엇인가를 규정할 필요가 있다. 가사노동은 노동이되 통상의 임금노동과는 다른 것인가.(박민자, 레이안드레 원저, 1988 : 152이하) 이에 대하여 국어대사전에 보면 가사노동은 “가정생활을 유지·배양하고 사회적 노동의 재생산을 지탱하는 보조적 역할 곧 주부를 중심으로 그녀들의 손에 의한 의식주, 육아, 교육, 취사, 재봉, 세탁, 청소 등의 노동”이라고 표시되어 있다. 결국 가사노동은 노동이긴 하되 사회적 노동의 재생산을 지탱하는 보조적 노동, 복잡한 노동인 것이다. 학자들 중에는 가사노동을 시장대체적인 단순한 가사작업(요리, 육아 등)과 대체비용을 산출할 수 없는 가사관리작업(비대체적)으로 나누는 견해도 있고,(김주수, 1994 : 157) 이런 복잡성 때문에 “가사관리”라고 하는 복합적 의미의 용어로 표시함이 타당하다는 견해(조미경, 1990 : 35)도 있다. 따라서 가사노동은 대체적, 비숙련 노동을 포함함은 물론 주부의 직위적 특성에 의해서만 가능한 분야(비대체적)도 포함하는 개념이다.

한편 가사노동은 가족구성원의 욕구충족기능 및 노동력 재생산의 과정을 수행하고 있으면서도 상품시장에서 사용가치만을 생산하고 교환가치를 생산하지 못하므로 화폐가치가 없어 경제적 가치를 갖지 않는 노동으로 평가되어 가사노동은 혼인중 재산의 축적에 아무런 기여를 한 바 없다고 여겨져 왔다. 그렇다면 가사노동은 생산적 가치를 창출하는가에 대해 노동력을 재생산하여 임금노동을 통한 상품생산을 가능하게 하므로 간접적으로 교환가치를 창출하는 생산적 노동이라는 견해,(M. Benston, 1985 : 21) 필수적이지만 비생산적인 노동이라는 견해,(M. Coulson and B. Magas and H. Wainwright, 1984 : 222) 그리고 임금노동과 상이하지만 보완적인 노동이라는 견해(D. Lieres, 1981 : 79, 손덕수, 1990 : 259) 등으로 논란이 있는바 오늘날 가사노동은 가족구성원들의 욕구를 충족시키는데 필요한 가정내의 상품을 만들어 내는 진정한 의미의 노동이며 가족구성원들이 노동력을 재생산하여 시장에서 임금노동을 할 수 있게 하고 그것을 통하여 상품생산을 가능하게 하므로 간접적으로 교환가치를 창출해 내는 역할을 한다는 점에서 경제적 가치가 있는 생산적 노동이라고 할 수 있다.

2. 가사노동의 가치평가의 필요성

일반적으로 가사노동의 가치에 대한 평가는 전통적으로 신성하게 여겨져 왔던 가정일을 화폐로 측정한다는 것이 비인간적인 시도라고 생각되어 부정적으로 받아들여져 왔다. 그러나 오늘날과 같이 일에 대한 경제적 중요도의 여부가 화폐에 의해 가늠되는 사회에서 가사노동이 화폐로 환산되지 못함으로써 사람들은 인간생활에 기여하는 정도에 관계없이 가치가 없는 것으로 여기게 되었다. 이러한 측면에서 인간의 노동이 어느 만큼 화폐가치로 전환될 수 있는가에 따라 그 가치를 측정할 것이 아니라 어느 만큼 인간의 행복과 복지에 기여하고 있는가에 따라 측정하는 새로운 가치관이 생겨야 한다는 주장이 나오고 있다.

가사노동의 가치평가는 가족법적 측면에서 논의될 수 있다. 즉 순수한 별산제하에서 우리나라의 주부는 현실적으로 재산취득의 기회가 적어 혼인생활중 경제적으로 부에게 의존하게 되고 이혼시 자기 소유의 특유재산도 거의 없기 때문에 가사노동을 경제적으로 평가하여 부부재산제에 반영시킴으로써 이혼시 혼인중 재산취득에 대한 기여분으로써 재산분할을 청구할 수 있도록 하는 것은 매우 중요한 일이다. 가사노동의 경제적 가치에 대한 평가 근거가 없으면 재산분할시 가사노동을 통한 경제적 기여를 입증할 수가 없기 때문에 법률적 견지에서 주부는 불리한 입장에 놓이게 된다. 따라서 재산분할청구시 혼인중 재산형성에 대한 가사노동의 댓가를 정당하게 인정받기 위해서는 가사노동의 가치평가가 필요한 것이다. 이는 분할시 그 기여분에 따른 몫을 회복시킨다는 계산적인 의미에서가 아니라 가사노동은 가족경제에서 남편의 소득활동과 동등한 가치가 있다는 가족경제의 분업적 활동이라는 점에서 재산분할청구시 기여분 인정을 위한 근거로서 제공될 수 있다.

3. 가사노동 가치평가의 방법

가사노동의 경제적 가치를 평가하는 것이 매우 중요한 일이지만 가사노동의 독특한 특성과 그 가치의 객관화에 많은 어려움이 따르고 있어 아직까지 명확한 기준이 제시되지 못하고 있다. 그러나 많은 어려움에도 불구하고 가사노동이 어느 정도의 가치를 창출한다고 볼 것인가에 대해 학자들은 이를 화폐가치적 측면과 가사노동이 가정내에서 차지하는 가치적 측면에서 가사노동의 가치를 평가하는 다양한 방법과 같이 제시하고 있는데 그 대표적인 방법으로는 크게 나누어 상실임금을 계산하여

평가하는 방법과 상실비용을 계산하여 평가하는 방법의 두가지가 있다.

가. 상실임금적 측면에서의 평가

이 평가는 한사람이 일정한 시간을 가사노동에 소비하지 않고 시장노동에 소비한다고 가정할 때 그 사람이 벌어들일 수 있는 화폐소득으로 가사노동의 가치를 측정하는 방법으로써 그 종류는 다음과 같다.

1) 기회비용방법

기회비용방법은 주부가 취업할 경우에 거기에서 벌어들일 수 있다고 기대하는 임금으로 가사노동의 가치를 산출하는 방법이다. 기회비용이란 일정한 목적을 위해 어떤 것을 선택하기로 결정했을 때, 그것을 선택함으로써 놓쳐버린 다른 이득의 가치를 평가한 비용으로 가정에서는 유급의 노동력에 참여하지 않는 주부가 시장노동에 참여한다고 가정할 때 얻을수 있는 잠재적인 시장임금을 말한다. 다시 말해서 어느 한 경제행위의 기회비용이란 그 경제행위를 하지 않고 다른 경제행위를 했을 때의 이득을 말하는데, 처의 가사노동의 기회비용은 주부가 가사에 종사하는 대신 생산노동에 참가하여 벌어들일 수 있는 화폐소득을 의미한다.

이 방법은 합리적인 사람이 가사노동에 시간을 투여할 때, 시간당 가사노동의 한계가치는 시장에서 얻을 수 있는 임금율과 동일한 수준으로 결정된다는 이론을 근거로 하고 있다. 즉, 주부가 자신의 시간을 합리적으로 분배한다는 사실을 전제하면, 가정에서의 하루 일의 가치는 노동시장에서의 하루 노동 - 그 처의 교육이나 기술, 경험에 합당한 노동 - 의 가치와 동일하다는 가정에 근거한다. 이렇게 볼 때, 시장임금률은 가사노동과 취업간의 시간배분을 결정하는 요인이 되며, 만일 주부의 시장임금률이 가사노동의 한계가치를 반영한다고 하면, 시장임금률에 가사노동시간을 곱해서 가사노동의 잠재가치를 얻을 수 있게 된다는 평가방법이다.(문숙재·채옥희, 1986 : 176)

2) 요구임금방법

요구임금법은 비취업 주부로 하여금 가사노동보다는 시장노동에 진입하도록 하는 최소한의 임금 그리고 취업한 주부로 하여금 노동시장에 남아있도록 하는 최소한의 임금으로 가사노동의 가치를 평가하는 방법이다. 따라서 이 방법으로 가사노동의 화폐가치를 측정하게 되면 기회비용이 다른 두 사람의 가사노동의 가치의 차이를 줄일

수 있고, 또한 전업주부의 가사노동의 가치를 과소평가하며 취업주부들의 가사노동의 가치를 과대평가하는 잘못을 수정할 수 있게 된다.

이 가치평가 방법에서는 시장에서 일하는 사람들이 자신의 직업을 선택하는 것과 같은 방식으로 주부들도 가정관리를 자신의 전직(full-time Occupation)으로 선택한다고 전제하면서 결과적으로 이 방법은 주부로 하여금 시장노동에 참여하도록 하는 최소한의 임금임으로 이를 포기하는 것은 가사노동의 가치가 그것보다 크다는 것을 의미한다.(문숙재, 1990 : 28이하)

3) 주관적 평가방법

이 방법은 처가 행하고 있는 가사노동에 대해 자신들이 어느정도의 가치를 부여하는지를 알아보기 위해서 주부가 스스로 평가한 가사노동의 가치를 화폐로 환산하여 평가하는 방법이다. 이러한 가사노동에 대한 주관적 평가는 자신이 현재 수행하고 있는 가사노동의 양이나 가사노동에 대한 중요성 인식등에 따라 차이가 있을 것이다.(문숙재, 34)

나. 상실비용적 측면에서의 평가

이 평가는 처의 가사노동을 대행할 수 있는 사람을 고용할 때 지급해야 하는 금액으로 가사노동의 가치를 산정하는 방법이다. 이 방법에는 총합적 대체비용법(replacement cost approach)과 전문직업인 대체비용법(individual function cost approach)이 있다. 이들의 내용을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

1) 총합적 대체비용법

총합적 대체비용법은 시장노동에 종사하는 한 명의 직업인을 가정에서 고용하여 가사노동을 대행시킨 후 그에게 지불되는 임금으로 가사노동의 가치를 평가하는 방법이다. 즉 가사노동에 필적한다고 생각되는 직업종사자의 급료나 임금을 기초로 하여 가사노동을 계측하는 방법이다. 이 방법은 주부의 대체직업을 합리적으로 선정해야 하는 문제점을 내포하고 있으나 계산하기에는 매우 편리하다. 그러나 만일 주부의 기능을 가정부직이나 파출부직으로 간주한다면 가사노동의 가치는 과소평가될 가능성이 많으며 반면 주부의 기능을 총체적인 관리직으로 간주한다면 가사노동의 가치는 과대평가될 가능성이 많다. 따라서 이 방법에 의하면 가사노동에 가장 근접한 대체직으로서 어떠한 직업을 선택할 것인가를 우선 고려해야 하는 문제가 생긴다.

2) 전문직업인 대체비용법

전문직업인 대체비용법은 가사노동을 여러종류의 개별노동으로 나누어 각각의 노동에 소비되는 시간을 측정한 후, 이 시간에 노동시장에서 지급되고 있는 임금을 적용시켜서 가사노동 전체의 가치를 평가하는 방법이다. 이때의 시간은 모든 생산의 공통적인 요소이며, 또 용이하게 측정될 수 있기 때문에 가사노동의 가치를 평가할 때 가정생산의 투입요소인 시간을 주로 사용하고 있는데 여기에서 가장 유의해야 할 점은 각 작업에 상응하는 직업을 적절히 선택하는 것이다. 따라서 이 방법에서는 가사노동을 개별작업으로 분류하는 문제와 각 작업수행에 적절한 직업인을 선정하는 문제가 따르게 되며, 가사노동을 세분화하여 각 작업에 소요되는 시간을 측정해야 하고 각 작업을 수행하는 직업인의 임금률도 산출해야 한다는 문제가 생긴다. 이 방법은 총합적 대체비용법보다 훨씬 복잡하기는 하나 주부의 역할이 다양하고 또 여러 종류의 작업을 필요로 한다는 점을 강조하고 있다.(김애실, 1985 : 49)

이상과 같은 방법들은 관리측면이 고려되지 않았으므로 관리기능을 기준으로 평가해야 한다는 주장도 있다. 또한 다음과 같은 점들도 간과해서는 안된다. 즉, 각 작업을 수행하기 위하여 해당 노동자를 고용한다고 할 때 하루 중 몇 시간씩 혹은 수일에 한번씩 같은 사람을 고용할 수 있는 것은 아니며, 또 그 활동에 해당하는 전문가들이 하는 것만큼 처가 효율적으로 그 일을 하지는 않는다는 점이다. 그러나 주부가 하는 일은 시간상으로는 전문가가 행하는 일과는 분명한 차이가 있는 것이다. 주부가 행하는 것은 일반 단순노동자가 하는 것보다 보이지 않는 정성이 있으며, 또 만약 주부가 자녀와 함께 식사준비를 할 때는 음식장만이라는 생산물과 더불어 자녀의 교육이라는 성과가 산출되는 것이기 때문이다. 따라서 가사노동의 평가에 이 방법을 적용하는 것이 가사노동의 가치를 결코 과대평가한 것이라고는 볼 수 없다.

이상과 같은 평가방법은 상실비용이나 상실임금을 통해 계산한 비용이기때문에 부가 벌어들인 화폐소득과 마찬가지로 가정의 재산축적에 기여하는 액수이다. 이에따라 우리나라의 여러 여성단체 및 공적기관에서 위 방법들을 사용하여 주부의 가사노동을 화폐단위로 평가한 예가 있으나(김애실, 1985 : 33이하 ; 김용욱, 1991 : 178) 재산분할 심판에서 직접 적용하기에는 법률적인 한계가 있다고 본다.

IV. 재산분할비율의 확정과 가사노동의 법적 평가

1. 분할비율에 관한 입법례

가. 외국의 경우

1) 프랑스

프랑스민법 제1475조 제1항은 공동재산의 분할을 규정하는 바, 이에 의하면 이혼시 부부 각자는 공동재산에 속하는 모든 적극재산 및 소극재산을 각 2분의 1씩 분할한다.(이화숙, 1988 : 153-156참조)

2) 독 일

잉여공동제를 취하는바, 각 배우자는 당초재산(혼인개시시의 고유재산에서 채무를 공제한 금액)과 종국재산(부부재산제의 종료시에 존재하는 재산에서 채무를 공제한 금액)을 계산하여 후자가 전자를 초과하는 금액을 잉여로 하여 더 많은 잉여를 취득한 일방배우자에게 타방배우자가 그 잉여 가치의 반분을 지급청구할 수 있다(민법 제1378조 제1항). 이 제도의 목적은 혼인 중의 수입은 부부의 공동의 협력에 의하여 이룩된 것이며, 따라서 그 재산에 대한 각자의 기여도에 관계없이 동등한 지분이 인정된다는 것이다.(조미경, 1990 : 56, 동, 1990 : 435-456참조)

3) 영 국

재산의 청산비율이 법률로 규정되어 있는 위의 대륙법제와는 달리 영국은 재산분할에 관하여 법관에게 재량권이 있다. 다만 관례상 주부가 가사노동에만 종사하는 경우에는 이혼시 부부재산의 1/3정도를 분할한다는 원칙이 확립되어 있고, 위 원칙은 재산이 적거나 많은 경우, 혼인기간이 짧은 경우, 처가 자와 혼인주택에 남아 있는 경우 등에는 적용되지 않으며, 처가 정기지급을 원하지 않는 경우, 혼인중 거주하던 주택에 대한 재산권이 있는 경우, 혼인기간이 장기간 계속된 경우에는 2분의 1을 분할할 수

있다고 한다.(이화숙, 162-167)

4) 미 국

각 주마다 차이가 있어 일용 모든 주가 형평분배의 원리(equitable distribution rule)를 재산분할의 기본원칙으로 하나, 그 실질은 각 주에 따라 동일하지 않아서 별 산제를 채택한 주에서는 형평분배의 출발점을 처에게 3분의 1을 분배하는 것으로 보며, 캘리포니아주를 비롯하여 공동재산제를 채택한 주에서는 2분의 1로 균분하고 있다.(한봉희, 1991 : 60)

나. 우리나라의 경우

우리 민법상(우리와 동일한 조문을 갖고 있는 일본도 포함한다)으로는 대체로 균분을 주장하는 견해와 각 사건에 따라 기여도를 정하자는 견해가 대립되어 있다.

1) 평등설 - 이 설에 의하면 부부의 공동생활은 양성의 평등을 기초로 하여 성립되는 것이므로 혼인중 재산형성에 대한 기여도는 법률적으로 평등한 것으로 평가되어야 하므로 기여비율은 균등하다고 보는 견해인 바, 그 근거는 약간씩 달라서 부부 재산제도에 있어서 소득공동제를 전제로 하여 계약사회에서 분리된 가족내부에 있어서 처와 부는 평등한 파트너로서 공동생활체를 담당하는 실체라는 점을 승인하지 않으면 안된다는 입장에서 부부 쌍방에게 평등한 기여도를 주장하는 견해, 우리의 재산분할제도를 독일의 잉여공동제와 동일하게 이해하여 독일민법 제1378조 제1항을 참조하여 균분을 주장하는 견해(조미경, 56)가 있다. 이 견해들은 부부재산제도와 관계에서 혼인중 재산은 부부 내부에 있어서는 민법 제830조 제2항에 정해진 “귀속불분명한 재산”에 해당되어 공유로 추정되는 바, 민법 제262조 제2항(일본민법 제240조와 동일하다)에 의하여 공유지분은 균등한 것으로 추정되므로, 기여비율은 2분의 1이라고 주장한다.

한편, “헌법의 양성평등을 따질것도 없이 주부들이 가정을 박차고 나가 자신의 기여도를 높이려는 유혹으로부터 가정을 지켜야 하기 때문에 평범한 셀러리맨인 남편과 평범한 주부가 혼인중 형성한 재산은 균분되어야 한다”고 주장함으로써 평등설을 취하였다고 보이는 견해(황우려, 1992 : 25)도 있다.

2) 기여도설 - 이 설은 기여비율에 관한 확실적인 기준은 없으나 구체적인 사안에서 부부가 혼인중 재산의 형성에 기여한 내용에 따라서 그 구체적인 기여도를 평가하여 기여비율을 확정하여야 한다는 견해로서 일본 실무상의 대세이다.

3) 평등추정설 - 이 설은 혼인중에 형성된 재산은 실질상 부부의 공유이고 그 지분은 일용 평등한 것으로 추정되며, 구체적인 기여비율이 증명된 경우에만 그 비율에 의하여 청산하여야 한다는 견해이다.

4) 노동구별설 - 이 설은 주부의 노동을 맞벌이형, 가업협조형, 전업주부형으로 나누어 전2자에는 재산법상의 공유가 성립되지만 후자에는 공유성립은 곤란하고 단순히 잠재적 지분만을 갖는데 불과하다고 하면서 구체적인 기여도에 따라 분할하여야 한다는 견해이다.

5) 사 견 - 평등설은 기본적으로 부부재산제도와 재산분할제도를 결합시켜 이해하고, 그중에서도 공유설의 입장과 맥락을 같이한다. 그러나 현행법의 해석상 민법 제839조의 2는 "...을 참작하여 분할의 액수를 정한다"고 규정함으로써 비율의 확정을 법관의 재량에 맡기고 있으며 달리 이에 관한 조항이 없고, 또한 부부가 담당하는 노동의 실체를 볼 때 부의 생산노동도 그 수입의 정도, 재산형성의 수완등이 모두 다르며, 처의 노동도 생산노동에의 참가여부에 따라 노동의 내용, 종류, 정도가 모두 다른데, 이를 도외시하고 모든 경우에 획일적으로 기여비율이 평등하다고 하는 것은 현실과도 부합하지 않는다. 결국 재산의 균분은 입법에서 지향해야 할 목표임은 별론으로 하고 현행법하에서는 구체적인 사건에서 각자의 기여비율을 확정할 수 밖에 없다고 생각된다.

2. 가사노동의 법적평가

가. 가사노동 평가에 대한 제견해

근대사회 이후 가사노동은 무상의 것인데, 이를 어떻게 평가함으로써 이혼시에 재산분할을 받을 수 있도록 근거를 부여하느냐 하는 문제에 대하여, 가사노동의 가치를 재산법상의 법률관계로 환원시켜 설명하는 여러 견해가 있다.

다만 우리나라에서는 이에 관한 법률적인 측면에서의 논의가 없고, 아래에서 소개하는 논의는 모두 일본의 견해들이나, 우리나라에서도 동일하게 볼 수 있을 것이다.

1) 공유설

부부재산제도와 재산분할제도과의 관계에서 공유설, 내부적 공유설, 잠재적 공유설을 취하는 입장에서는 주부의 가사노동에 의한 협력은 혼인중의 재산취득에 대한 협

력으로써 그 재산 자체에 대하여 공유지분(또는 잠재적인 공유지분)으로 재산분할의 근거를 형성하는 것이 된다.

2) 부당이득반환설

혼인중 남편은 생산노동에 종사하여 수입을 얻고, 아내는 가사노동에 종사하여 노동력의 재생산에 기여한다는 분업에 기초하여 부부의 경제생활공동체를 형성하여 조합에 준한 법률관계가 성립하는바, 이혼에 의하여 그 법률관계가 해소되면 혼인중 재산에 대한 청산의무가 발생하고, 그 법적 성질은 부당이득반환이 된다는 견해이다. 그 반환범위는 가사노동을 금전적으로 평가하여 임금상당액을 산정하고, 처가 부로부터 혼인중에 혼인비용부담금으로서 위 임금상당액에 달하지 않는 금원을 교부받았던 경우, 그의 미교부금에 관하여는 부가 부당이득을 하고 있는 것이기 때문에 그 액수만큼 반환범위로 된다고 한다.

그런데 이 견해에 대하여는 이혼의 효과는 소급되지 않으므로 처가 혼인중 협력의무의 이행으로서 제공한 가사노동이 혼인사로 소급하여 법률상의 원인이 없는 것으로 된다고 해석할 수 없고, 또한 혼인중 주부의 가사노동에 대가관계를 이루는 것은 부의 생산노동이 아니라 남편의 아내에 대한 생활비 지급의무일 뿐이라는 비판도 있다.

3) 고용계약설

처가 부와 사이에서 가사노동에 관한 고용계약을 한 것으로 그에 대하여 임금을 지급해야 한다는 견해, 또는 부부의 공동생활에 필요한 가사노동은 부부간에 합의된 생활수준에 상응하는 것으로 족하기 때문에 그것을 넘어서 남편을 위하여 행하여진 가사노동에 대하여는 고용계약이 성립되어 혼인해소시에 그 계약에 의한 지급의 취지까지 포함하여 분할하여야 한다는 견해이다. 그러나 가사노동은 혼인생활공동체의 유지·향상을 위하여 필요불가결한 것이므로 그의 계약을 불평등한 지위를 전제로 한 고용관계로 보는 것은 그 본질을 바르게 이해하지 못한 것이고, 가사노동 내의 비대체적인 부분은 본래 처의 전인격적인 행위로 무정량·무제한의 것이기 때문에 고용의 대상이 되는 행위라고 할 수 없다는 등의 비판이 있다. 이와 완전히 동일하다고는 할 수 없지만 경제학에서 행하는 가사노동에 대한 평가를 법률적으로 분석하면 이 설에 입각하고 있는 것으로 보인다.

4) 보상설

가사노동내에 경제적으로 평가하는 것이 곤란한 것, 예를 들면 정신적 원조 등에 대하여는 위의 어떤 법률구성으로도 평가하기에 족하지 못하므로 주부의 가사노동에 의하여 혼인생활이 통상 이상으로 높아진 경우 그 정도에 따라 특별히 보상을 고려할 수 있고, 그 액수는 일정한 기준이 없다고 하는 견해이다. 그러나 이는 재산분할 청구권을 보상 및 부양의 법리에 의존하게 함으로써 그 본질에 어긋나게 될 것이다.

5) 사 견

결국 위 공유설을 제외한 견해들은 모두 부부재산제도와 재산분할제도간의 관련성을 인정하지 않으면서 가사노동에 대하여 금전적인 평가를 하는 근거를 마련하기 위하여 부부간의 관계를 재산법상의 다른 제도로 의제하는 입장을 취하는 것으로, 여기에서 법률적인 문제가 발생하는 것이다. 부부재산제도와 재산분할제도의 관련성을 인정하며 잠재적 공유설을 취하는 입장이 대체로 타당하다고 생각되며, 가사노동 자체로 인하여 혼인중 재산에 잠재적인 권리를 취득함으로써 이를 근거로 재산분할을 받게 된다고 하는 것이 좋을 것이다.

나. 판 례

부부가 어떠한 형태로 일하였는가에 따라서 기여도를 달리하게 되는데, 보통 부부 쌍방이 금전적 소득을 취득하고 있는 맞벌이형, 부부가 공동으로 자영업에 하거나 또는 그 가의 자영업에 협력하는 가업협력형, 남편은 금전적 소득이 있는 직업에 종사하여 수입을 얻고 아내는 가정에서 가사와 육아에 전념하는 이른바 성별 분업을 이루는 전업주부형(그 반대로 처만이 금전적 소득이 있는 직업에 종사하는 경우는 소송상 거의 없어 따로 분류하지 않는다)의 3가지로 분류할 수 있다.

앞의 두 종류는 주부가 가사노동 외에 생산노동에 종사하여 경제적 수입을 얻는다는 점에서 전업주부형과 크게 다르고, 한편 그중에서도 가업협력형은 주부의 생산노동이 가정의 공동노동 속에 흡수되기 때문에 독자적으로 그 노동수입을 산정하기 어렵다는 점에서 맞벌이형과 다르나, 이 형은 실질적인 노동형태에 따라 맞벌이형 또는 전업주부형에 근접하게 된다. 다만 현실적으로는 위 3개의 유형이 명백히 구분되는 것은 아니고, 위 노동유형 뿐 아니라 양가의 원조등 기여도의 산정에서 고려해야 하는 기타 사정들이 개입하므로 유형에 따른 기여도의 완전한 일반화는 불가능한 것이다.

우리 가정법원의 판례에 나타난 기여도에 대한 평가를 간단히 살펴보면 첫째, 맞

별이부부인 경우 대체로 처의 기여도를 50%로 평가하여 2분의 1의 지분을 인정한다. 둘째, 가게운영 등 가업에 부부가 협력한 경우 처의 기여도를 50%로 평가한 경우가 많으나 40%, 30%로 평가한 경우도 있다. 셋째, 전업주부인 경우 가사노동, 자녀양육, 생활비 절약에 의한 저축 등이 기본적 협력상태이고 이에 대하여 50%의 기여도를 인정할 예가 많다. 이러한 기본적 협력상태외에 친정원조, 보험회사 외무원, 행사, 식당 취업, 파출부 등의 경제활동에 의하여 협력한 경우에 50%의 기여도를 인정할 경우도 있으나 40%, 30% 기여도를 인정하여 분할액수를 정한 사례도 있다.(문숙재·정영금, 1993 : 13-24 참조)

판례의 문제점을 살펴보면, 우선 처의 기여도를 긍정적으로 평가하여 협력재산이 있는 한 거의 대부분 재산분할을 인정한 판례의 태도는 여러 면에서 바람직하다고 본다. 그러나 위 사례는 다음과 같은 문제점을 지니고 있다. 첫째, 전문직을 가진 주부의 경우 대체로 50%, 전업주부나 부업을 가진 주부의 경우도 사안에 따라 최고 50%까지 인정하고 있는데 특히 전업주부에 비하여 부업을 가진 주부의 기여도를 더 낮게 평가한 경우까지 나타나고 있다. 이는 각 경우가 구체적 타당성을 가졌다 하더라도 세 그룹의 주부간에 차등이 있다고 보는 일반적 인식과는 거리가 있다고 생각된다. 둘째, 가정은 남편의 직업노동과 주부의 가사노동을 통해 유지된다고 보고 있음에도 불구하고 가사노동에만 종사한 주부의 기여도를 30-40% 인정하는 것은 직업노동보다 가사노동을 경시하는 것이다. 셋째, 주부가 가사노동을 수행하면서 동시에 부업을 통해 가계수입에 도움을 주었을 경우에만 50%의 기여도가 인정된다. 넷째, 과탄책임이 남편에게 있는 거의 대부분의 판결에서는 남편의 유책성으로 인해 분할액을 삭감하여 주부의 기여도를 3분의 1로 낮게 산정하였다. 다섯째, 대부분의 판결에서는 주부 고유의 수입이 있었거나 가업을 공동으로 경영했을 경우에 처의 기여도를 2분의 1로 인정하였으나 재산이 많은 경우, 예를 들면 4억원 이상일 경우에는 주부의 기여도를 30%-40% 인정하였다.(서울가정법원 90 드 63238, 동 91 드 6515, 동 91 드 23893) 이중에는 주부에게 과탄책임이 있는 경우도 있으나 남편과 공동으로 상업을 운영하고 남편에게 과탄책임이 있을 때에도 기여도를 낮게 측정하였다.

생각건대, 법원은 재산분할에 관한 구체적 기준을 제시하지 않는 법규정의 단점을 보완하고 예측가능성, 구체적 타당성이 인정되는 재산분할제도를 정착시켜야 한다. 그러기 위해서는 부부노동의 유형에 따라 협력정도를 평가할 수 있는 객관적이고 유형화된 기준들을 마련하여 각 판례간에 균형이 잡히도록 이 제도를 운용해 나가야 한다.

따라서 재산분할시 가사노동을 정당하게 평가하려면 첫째, 특별한 이유가 없는 한

혼인후 가사노동에만 전념해 온 주부의 재산형성에 대한 기여도를 50% 인정해 주어야 한다. 둘째, 가사노동과 취업노동을 이중으로 수행해 온 취업주부의 경우에는 취업소득으로 형성한 재산과 가사노동으로 기여한 재산을 모두 고려하여 50% 이상 인정해야 한다. 셋째, 농업과 자영업가정의 주부와 같이 수입노동과 가사노동을 분리하기 어려운 경우에도 ‘기타사정’으로 보아 두가지 노동참여를 모두 고려해야 한다.

V. 결 론

이상에서 재산분할에 있어서 주부의 가사노동의 기여도를 어느 정도 평가하여야 할 것인가에 대한 문제를 살펴보았다.

세계 각국의 부부재산관계법은 부부의 실질적 평등을 향하여 변천되기 시작하면서 주부의 지위를 반영해 왔다. 우리나라에서도 이에 상응하여 혼인전 부터 가진 각자의 고유재산과 혼인중 자기명의로 취득한 재산은 그 특유재산으로 인정하는 별산제를 채택함으로써 부부의 평등을 보장한 것 같지만 별산제는 가부장적 가족제도의 영향이 강하였던 관계로 주부에게는 불리한 제도로 작용하고 있다. 이런 별산제의 결함은 재산분할제도에 의해 보완될 수 있으나 일방의 명의로 된 특유재산을 어떠한 방법으로 분할할 것인지에 대해서는 법관의 재량에 따르도록 되어 있기 때문에 구체적인 사정에 따라 다르게 판단될 것이다. 그 결과 법원에 의해 가사노동의 가치가 경제적인 평가를 받지 못할 경우 청구권의 신설의 의미는 상실하게 된다. 이것은 재산분할청구권이 별산제의 결함을 보완하는데는 많은 경험과 기술이 전제되는 것이기 때문이다.

따라서 본고에서는 이 점을 고려하여 다음과 같은 방안을 제시하고자 한다. 첫째, 부부재산제는 혼인중에는 별산제가 이상적이나 이혼시 혼인중 취득한 재산을 공동재산으로 보아 균등하게 분할하는 부가이익공동제로 개정할 것을 제안한다. 둘째, 가사노동은 노동력을 재생산하는 경제적 가치가 있는 노동이므로 그 가치를 법적으로 정당하게 평가하기 위해서 주부의 가사노동을 남편의 생산활동과 동가치로 인정하는 법적 근거를 마련해야 한다. 뿐만 아니라 가사노동과 취업노동을 이중으로 수행해 온 취업주부의 경우 취업소득으로 형성한 재산과 가사노동으로 기여한 재산을 모두 고려하여 분할시 50%이상 인정해 주어야 한다. 셋째, 가계협력 가정주부와 같이 수입노동과 가사노동을 분리하기 어려운 경우에도 재산분할시 기타의 사정으로 보아 이 두가지 노동을 가치있는 기여로 인정해 주어야 한다. 넷째, 법원은 재산분할에 관한 구체

적 기준을 제시하지 않는 법규정의 단점을 보완하고 예측가능성, 구체적 타당성이 인정되는 재산분할제도를 정착시켜야 한다. 그러기 위해서는 재산형성에 대한 부부협력의 유형(맞벌이형, 가계협력형, 전업주부형)에 따라 그 기여도를 평가할 수 있는 객관적이고 유형화된 기준들을 마련하여 각 관례간에 이 제도를 타당하게 적용시켜 나아가야 한다. 다섯째, 재산분할청구권이 신설되었음에도 증여세를 제외하고는 이와 관련한 명문의 규정이 없어 논란의 여지가 있는 바 가사노동의 법적 가치가 실질적으로 보장되기 위해서는 가사노동에 대한 세법적 평가가 제대로 이루어져야 한다. 즉 재산분할청구권의 법적 성질을 청산설에 입각해 볼 때 재산분할은 혼인중 부부가 함께 협력한 재산에서 자신의 기여분만큼 분할하는 것이므로 분할시 양도소득세, 증여세, 취득세 등을 면제한다는 명문규정을 두어야 한다.

참 고 문 헌

- 김용한(1992), 「친족상속법론」, 박영사.
 김주수(1994), 「친족·상속법」, 법문사.
 배경숙 교수화갑기념(1991), 「한국민사법의 현대적 전개」, 박영사.
 ——(1993), 「여성과 법률」, 박영사.
 윤후정·신인령(1989), 「법여성학:평등권과 여성」, 이화여자대학출판부.
 고창현(1984), “부부재산제의 개정방향”, 「가족법의 제문제」, 법무부.
 ——(1990), “신설된 재산분할청구권제도”, 소봉김용한교수화갑기념, 「민사법학의 제문제」, 박영사.
 김애실(1985), “가사노동의 경제적 가치—서울지역의 주부를 대상으로 한 설문 조사를 중심으로—”, 「여성연구」 제3권 제4호, 한국여성개발원.
 김영갑(1991), “재산분할청구권”, 「사법논집」 제16집, 법원행정처.
 김용욱(1991), “가사노동의 법적 평가”, 박병호교수환갑기념(I) 「가족법학논집」, 박영사.
 김숙자(1990), “재산분할청구권”, 「가족법연구」 제4호.
 김주수(1990), “개정가족법의 개정경위와 과제”, 「가족법연구」 제4호.
 민용숙(1993), “재산분할의 구체적 인정범위”, 「가족법원사건의 제문제」, 재판자료

제62집, 법원행정처.

박민자(1988), 레이안드레 원저, “가정주부:보이지 않는 근로자들에 대한 서평”, 『여성 연구』.

배경숙(1970), “재산별산제와 처의 가사노동의 평가”, 『법조』 19권 6호.

서정우(1990), “개정 가족법의 제문제”, 『인권과 정의』, 대한변호사협회.

손덕수(1990), “가사노동과 여성의 사회적 지위”, 『한국여성과 일』, 이화여자대학교 출판부

윤황지(1993), “재산분할청구권의 결정기준에 관한 연구”, 『동아대학교대학원박사논문』.

이근식(1986), “이혼시의 위자료와 재산분여제도”, 『연세행정논총』 제12호, 연세대학교 사회과학연구소.

이 봉(1976), “부부의 재산제를 통해 본 처의 지위”, 『아세아여성연구』 15집.

이화숙(1990), “개정가족법상 재산분할청구권의 신설의 의의와 과제”, 『여성연구』, 제8권 제1호.

———(1988), “부부재산제와 가사노동에 대한 경제적평가”, 『현대가족법과 가족정책』, 야송 김주수교수 화갑기념논문집, 삼영사.

조미경(1990.9), “재산분할청구권”, 『사법행정』.

———(1990.9), “혼인중 취득한 재산과 가사노동”, 『관례월보』.

지은희(1990), “한국사회의 산업화와 여성노동에 관한 이론적 고찰”, 『한국여성과 일』, 이화여자대학교출판부.

한봉희(1990.3), “개정혼인법상의 제문제”, 『월간고시』.

———외 4인(1991), “2000연대를 향한 한국가족법의 위상에 관한 연구 -1991년 시행 가족법과 관련하여-“, 『가족법연구』 제5호.

한삼인(1990), “재판상 이혼에 관한 실증적 연구”, 동국대학교대학원 박사학위논문.

황우려(1992), “개정된 민법중 이혼에 관한 문제점”, 『인권과 정의』, 186호.

家崎 宏(1984), 「財産分與と慰藉料」, 民法講座(7), 有斐閣.

高野芳久(1989), 「人事訴訟の實務」, 新日本法規出版(株).

天津千明(1990), 「離婚給付に關する實證的研究」, 日本評論社.

我妻 榮(1961), 「親族法」, 法律學全集(23), 有斐閣.

島津一郎(1989), 「基本法コンメンタル(第3版)·親族」, 日本評論社.

四宮和夫(1992), 「民法總則(第4版)」, 弘文堂.

- 中川淳(1992), 「家族法判例研究」, 法律文化社.
- 佐藤良雄(1984), 「夫婦財産契約論」, 千倉書房.
- 村重慶一・梶村太市 編(1990), 「人事訴訟の實務(新版)」, 新日本法規.
- 高木積夫(1980), “財産分與の對象となる財産の範圍”, 「現代家族法大系2(婚姻・離婚)」, 有斐閣.
- 島津一郎(1980), “財産分與と慰藉料との關係”, 「家族法判例百選(第三版)」, 別冊ジュリスト 66號, 有斐閣.
- 來栖三郎(1986), “離婚による慰藉料請求か認められるか”, 「判例批評」第7卷 2號.
- 佐々木宏(1989), “財産分與制度の性質”, 「早稻田法學」第30卷, 1989.
- 川島武宣(1980), “離婚慰藉料と財産分與との關係”, 「損害賠償責任の研究(上)」, 有斐閣.
- A.Kiralfy(1972), “English Law”, *Comparative Law of Matrimonial Property*, A.W. sijnthaff Leiden.
- Barr,N.A.(1980), “The Taxation of Married Women’s Incomes”, *British Tax Review*, No.398.
- Bromley, P.M.(1987), *Family Law*, London.
- Colomer,A.(1986), *Droit Civil Regimes Matrimoniaux*, Paris.
- Cretney,S.M.(1985), “Money after Divorce : The mistakes we have made”, *Essays in Family*.
- _____ (1987), *Elements of Family Law*.
- Glendon,M.A.(1977), *State, Law and Family*.
- Günter.Beitzke(1988), *Familienrecht Ein studienbuch*.
- Levin,J.(1977), *Family Law*, London.
- Stephen M. Cretney(1987), *Elements of Family Law*, Sweet & Maxwell.
- Weizman, L.J.(1990), “The Divorce Revolution : The unexpected social and economic consequences for women and children in America”, *Essays in Family Law*, 이화숙역, 「연세법학연구」.
- William Seagle(1987), “Alimony”, *Encyclopaedia of the Social Science*. Vol.I.

『제주발전연구』지 연구논문 투고 및 집필원칙

1. 원고투고요령

- ① “제주발전연구”에 발표되는 논문은 독창성 있는 논문으로써, 미발표된 것을 원칙으로 한다.
- ② 제출원고는 아래의 원고작성 지침에 따른다.
- ③ 원고분량 : 200자*100매 [워드프로세서 : 20매(40자×35행)내외]
- ④ 논문제목(국, 영), 저자(국, 영), 목차, 본문, 참고문헌, 소속기관·직위, 연락처번호 순으로 작성하고, 논문을 담은 디스켓과 논문 1부를 제출한다.
- ⑤ 제출된 논문은 가칭 “논문심사위원회”의 심사를 거쳐 게재여부를 결정하고, 게재 불가된 논문은 게재할 수 없다. 그리고 가칭 “논문심사위원회”는 저자에게 논문의 수정을 요구할 수 있다.

2. 원고작성원칙

<본문>

- ① 연구논문은 한글 2.5이상을 사용하여 백색 A4용지에 단면으로 제출하며, 글자 크기는 10, 여백은 위 30, 아래 30, 왼쪽 35, 오른쪽 35, 머리말 17, 꼬리말 15로 한다.
- ② 소제목 Numbering은 I. 1. 가. 가) 순서로 한다.
- ③ 원고는 한글사용을 원칙으로 하고, 불가피하다고 인정될 때만 다른 것을 쓰도록 하며, 기타의 외래어는 첫 번에 한하여 한글 원문에 괄호 하여 부기 한다.

<표·그림>

- ① 표와 그림은 적절한 제목이 반드시 붙어야 하며, 구분하여 일련번호를 부여한다.
예) <표 I-1>, <그림 II-2>
- ② 주는 표 또는 그림 아래 부분에 주 : 라고 쓴 다음 차례로 제시하며, 출처는 자료 : 라고 쓴 다음 원고 작성 요령에 따른다.

<본문주>

- ① 인용표시 : 본문 안에 ()로 처리
예) -- 따라서 많은 전문가들은 제주도가 무한한 발전가능성을 가지고 있다고 평가하였다(홍길동, 1997 : pp.199~227).
- ② 본문과 관련은 있지만 본문에 포함될 본질적인 내용이 아닌 것으로 언급이 필요한 내용이나, 재인용으로 원래의 저서를 밝힐 필요가 있는 내용주(Content notes)는 해당부분의 오른쪽 위에 일련번호를 명기하고 본문 하단에 각주로 처리한다.
예) 통계적으로 1인당 비용이 높은 것으로 나타날 가능성이 있다.

<참고문헌>

- ① 본문과 각주에 언급된 문헌에 한해 저자(년도), 제목, 출판사항 순서로 기재한다.
- ② 논문(학위논문, 기사 포함)은 “ ”안에 기입하며, 서명은 국내서적은 「」으로, 외국서적은 이탤릭체로 표시한다.
예) 박동서(1988), “한국의 공권력과 지방자치”, 「지방행정연구」 제3권 제2호, 한국지방행정연구원, pp. 469~489
대한국토·도시계획학회(1992), 「도시계획론」, 서울 : 형설출판사
M.Olson(1971), *The Logic of Collective Action*, Harvard Univ. Press, pp. 45~46
- ③ 같은 저자의 문헌이 두편 이상일 경우 빠른 순서대로 나열하며, 같은 연도에 출판된 것이 두편 이상일 때는 본문에서 인용된 순서대로 출판 연도에 영문자 a, b, c를 부기 하여 구분하고, 차례대로 나열한다.
- ④ 미간행이거나 출판예정인 저술을 인용할 때는 출판 연도 대신 “미간행”, “출판 예정”이라고 기재하여야 하며, 미간행물(학위논문이나 미간행저술)일 경우 발표된 장소와 날짜를 기재한다.

본지에의 투고 또는 기타 문의는 아래의 연락처로 하시기 바랍니다.

우편번호 : 690-170 주 소 : 제주도 제주시 연동 301-14 제주발전연구원 편집위원회 전화번호 : 064) 49-2071~2 F A X : 064) 49-2073 천 리 안 : CDI507 E-Mail : CDI507@chollian.net
--