



특유재산분할의  
판례동향과 법적 쟁점  
**대토론회**

| 일시 | **2023. 3. 31.(금)**  
15:00~17:30

| 장소 | 변호사회관 5층  
정의실 및 온라인(줌)



사단  
법인

**한국여성변호사회**



## PROGRAM

# 특유재산분할의 판례동향과 법적 쟁점 대토론회



**일시** 2023. 3. 31.(금) 15:00~17:30

**장소** 변호사회관(서울 서초구 법원로1길 21) 5층 정의실 및 온라인(Zoom)

시 간	내 용
개회사 15:00~15:10	개회사
발제 15:10~16:10	<p>  좌 장   김학자 변호사(한국여성변호사회 회장)</p> <p><b>발제 1</b> 실질적 특유재산에 대한 재산분할 재고 윤진수 명예교수/변호사(서울대학교 법학전문대학원)</p> <p><b>발제 2</b> 기업경영자의 이혼과 재산분할 : 특유재산의 분할대상성에 관한 검토를 겸하여 이동진 교수(서울대학교 법학전문대학원)</p>
지정토론 16:10~17:00	<p><b>토론 1</b> 현소혜 교수(성균관대학교 법학전문대학원)</p> <p><b>토론 2</b> 정용신 부장판사(수원지방법원·수원가정법원 성남지원)</p> <p><b>토론 3</b> 조연빈 변호사(한국여성변호사회 회원이사)</p>
종합토론 17:00~17:30	종합토론 및 폐회



## CONTENTS

# 특유재산분할의 판례동향과 법적 쟁점 대토론회



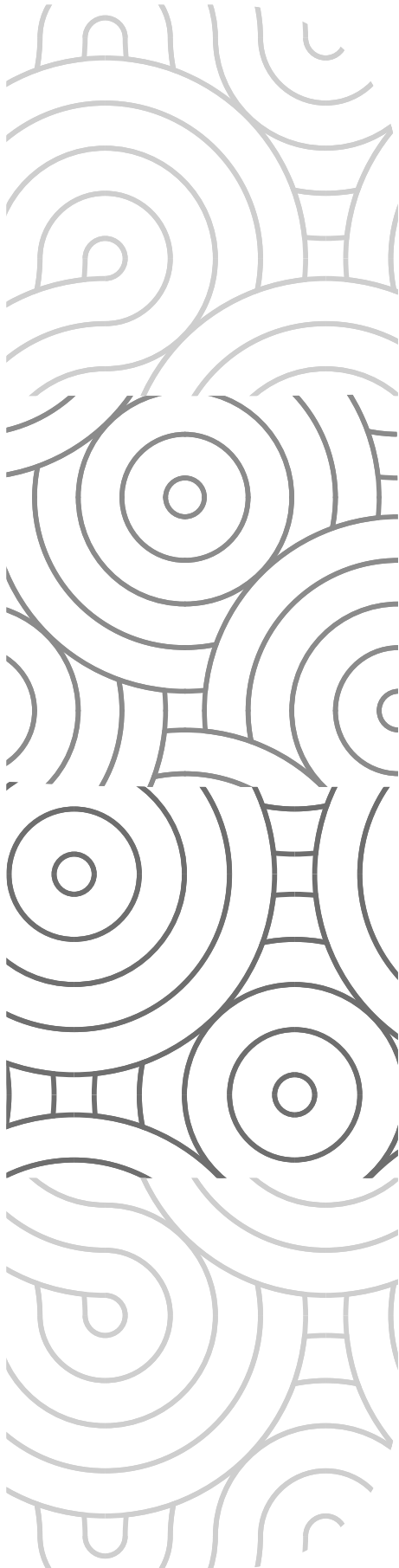
### 발제

1. 실질적 특유재산에 대한 재산분할 재고..... 7  
윤진수 명예교수/변호사 | 서울대학교 법학전문대학원
2. 기업경영자의 이혼과 재산분할 :  
특유재산의 분할대상성에 관한 검토를 겸하여 ..... 24  
이동진 교수 | 서울대학교 법학전문대학원

### 지정토론

1. 지정토론 1..... 53  
현소혜 교수 | 성균관대학교 법학전문대학원
2. 지정토론 2..... 60  
정용신 부장판사 | 수원지방법원·수원가정법원 성남지원
3. 지정토론 3..... 76  
조연빈 변호사 | 한국여성변호사회 회원이사





## 특유재산분할의 판례동향과 법적 쟁점 대토론회

### 발제 1

실질적 특유재산에 대한 재산분할 재고 7

윤진수 명예교수/변호사

서울대학교 법학전문대

### 발제 2

기업경영자의 이혼과 재산분할 : 24

특유재산의 분할대상성에 관한 검토를 겸하여

이동진 교수

서울대학교 법학전문대학원

---



## 발제 1

실질적 특유재산에 대한 재산분할 재고<sup>1)</sup>

서울대학교 법학전문대학원 명예교수 / 법학박사 윤진수

## I. 서 론

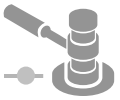
민법 제839조의2는 부부가 이혼하는 경우의 재산분할청구권에 하여 규정하고 있는데, 그 제2항은 “제1항의 재산분할에 관하여 협의가 되지 아니하거나 협의할 수 없는 때에는 가정법원은 당사자의 청구에 의하여 당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산의 액수 기타 사 정을 참작하여 분할의 액수와 방법을 정한다.”라고 규정하고 있어서, 당사자 쌍방이 협력하여 이룩한 재산은 재산분할의 대상이 됨을 명백히 하고 있다. 그런데 당사자 쌍방이 협력하여 이룩한 재산이 아닌 것도 재산분할의 대상이 될 수 있는가? 예컨대 혼인 전부터 배우자 중 일방이 보유하고 있었던 재산이나, 혼인 중 배우자 일방이 제3자로부터 증여를 받거나 상속받은 재산도 재산분할의 대상이 될 수 있는가 하는 점이다. 이를 일반적으로 특유재산에 대한 재산분할 문제라고 표현한다. 그러나 이는 특유재산 일반이 아니라 아래에서 보는 것처럼 이른바 실질적 특유재산에 대한 재산분할이라고 하는 것이 정확할 것이다. 이 문제는 실제로 재산분할 사건에서 많이 다투어지고 있음에도 불구하고 이론적으로는 그다지 많이 논의되고 있지 않고, 실무상으로도 명확한 기준이 정립되어 있는 것으로 보이지 않는다. 이 글에서는 이 문제를 다루어 보고자 한다.

## II. 종래의 판례와 학설

## 1. 재산분할의 청산적 요소와 부양적 요소

민법 제839조의2 제1항과 제2항은 이혼하는 경우의 재산분할에 관하여 다음과 같이 규정

1) 이 글은 필자가 2022. 7. 가족법연구 제36권 2호에 발표하였던 “실질적 특유재산에 대한 재산분할”을 바탕으로 하여 보완한 것이다.



하고 있다.

#### 제839조의2(재산분할청구권)

- ① 협의상 이혼한 자의 일방은 다른 일방에 대하여 재산분할을 청구할 수 있다.
- ② 제1항의 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.

이러한 재산분할청구권이 왜 인정되는가에 대하여 일반적으로 다음과 같은 두 가지 이유를 들고 있다.<sup>2)</sup>

첫째, 이른바 청산적 요소이다. 즉 재산분할청구권은 혼인 중에 부부 쌍방의 협력에 의하여 형성된 재산을 각자의 기여에 따라 분할함으로써 청산한다는 것이다. 민법 제839조의2 제2항도 “당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산의 액수 기타 사정을 참작하여” 분할의 액수와 방법을 정하도록 하고 있으므로, 재산분할청구권제도가 청산적 요소를 포함하고 있음은 명백하다.

둘째, 이른바 부양적 요소이다. 부부간에는 부양의무가 있는데, 이러한 부양의무는 이혼에 의하여 혼인이 해소된 경우에도 인정된다는 것이다. 이혼에 의하여 부부관계가 해소되었는데 왜 부양의무만이 존속하는가 하는 점에 관하여는 일반적으로 이를 혼인의 사후효(事後效), 즉 이혼 후의 부양은 혼인 중 부양의무의 사후효과로 인정된다는 것으로 설명한다. 외국에서는 이혼 후 배우자에 대한 부양의무를 인정하는 입법례가 많은데, 우리나라에서는 일반적으로 이를 인정하지는 않으나, 재산분할제도에서 이를 고려하고 있다는 것이다.

학설상으로는 재산분할청구권이 이 두 가지 요소를 다 포함하고 있다고 하는 주장이 많으나, 청산적 요소만을 포함한다는 주장도 있다.<sup>3)</sup> 그러나 대법원 판례는 이혼에 따른 재산분할은 혼인 중 쌍방의 협력으로 형성된 공동재산의 청산이라는 성격에 상대방에 대한 부양적 성격이 가미된 제도라고 보고 있다.<sup>4)</sup> 이하에서는 이를 전제로 하여 청산적 요소라는 관점과

2) 주해친족법 제1권, 박영사, 2015, 374면 이하(이동진 집필부분); 주석친족법 제1권, 제6판, 한국사법행정학회, 2020, 356면 이하(송인우 집필부분) 등 참조.

3) 자세한 문헌의 소개는 이동진(주 1), 376면 이하; 송인우(주 1), 362면 참조.

4) 대법원 2000. 9. 29. 선고 2000다25569 판결; 2001. 2. 9. 선고 2000다63516 판결. 대법원 2013. 6. 20. 선고 2010므4071, 4088 전원합의체 판결도 같은 취지이다.

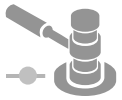
부양적 요소라는 관점에서 실질적 특유재산에 대한 재산분할이 어느 경우에 인정될 것인가에 대하여 살펴본다.

그런데 재산분할은 위자료적 요소도 포함하는가? 대법원 2021. 6. 24. 선고 2018다243089 판결은, 이혼에 따른 재산분할을 할 때에는 혼인 중 형성한 재산의 청산적 요소와 이혼 후의 부양적 요소 외에 정신적 손해(위자료)를 배상하기 위한 급부로서의 성질까지 포함하여 분할할 수 있다고 판시하였다. 그러나 이는 명백한 오류이다. 대법원은 위와 같이 판시하면서 대법원 2006. 6. 29. 선고 2005다73105 판결 등의 선례를 인용하였다. 그러나 위 2005다73105 판결 등 종전 판례들은 당사자들이 재판이 아니라 협의에 의하여 재산분할을 하는 경우에 혼인 중 형성한 재산의 청산적 요소와 이혼 후의 부양적 요소 외에 정신적 손해(위자료)를 배상하기 위한 급부로서의 성질까지 포함하여 분할할 수 있다고 한 것으로, 재판상 재산분할에서 위자료까지 포함하여 분할할 수 있다고 한 것은 아니다.<sup>5)</sup> 뿐만 아니라 재판상 재산분할에서 법원이 위자료적 요소를 포함시켜 분할을 명할 수 있다고 볼 수 있는 이론적, 법적 근거가 부족하다.<sup>6)</sup> 나아가 위 판결의 위와 같은 판시 부분은 위 판결의 결론을 이끌어내기 위하여 필요한 주론(主論, ratio decidendi)이 아니라 단순한 방론(傍論, obiter dictum)에 불과하여,<sup>7)</sup> 판례로서의 의미를 부여하기 어렵다.

5) 이동진(주 1), 379면 주 44); 이동진, “혼인관념, 인적 혼인의무 및 그 위반에 대한 제재”, 서울대학교 법학 제53권 3호, 2012, 493면 주 53); 윤진수, 친족상속법강의, 제4판, 박영사, 2022, 117면 참조. 이 판결 전에도 대법원 2013. 6. 20. 선고 2010므4071, 4088 전원합의체 판결 중 다수의견에 대한 보충의견과 김용덕 대법관의 반대의견은, 판례가 재산분할을 함에 있어 정신적 손해(위자료)를 배상하기 위한 급부로서의 성질까지 포함하여 분할할 수 있다고 보고 있다고 설시하면서 종전 판례를 인용하고 있으나, 마찬가지로 잘못이다. 민유숙, “2013년 친족·상속법 중요 판례”, 인권과 정의 2014. 4, 54면은, 위 보충의견에 대하여, 위 2005다73105 판결 등의 판시는 가정법원이 재산분할을 명하는 경우에는 적용되지 않고, 다만 당사자가 이혼에 즈음하여 재산분할약정 기타 명칭에 불구하고 혼인과 관련된 금전문제를 종결짓는 의미로 재산이전의 약정을 한 경우에 한하여 적용된다는 것을 선언하는 대법원판결이 선고되길 기대한다고 하였다. 다만 위 글 53면은 위 2005다73105 판결 등은 판례변경절차 없이 종전 대법원판례와 모순·저촉되는 판시를 하였다고 주장한다. 그러나 위 일련의 판례가 종전 대법원판례와 모순·저촉되는 판시를 하였다고는 볼 수 없다.

6) 이동진(주 1), 378-379면; 송인우(주 1), 373-375면; 윤진수(주 4), 117면 등 참조.

7) 이 사건 전 소송에서는 부부이던 원고와 피고가 서로 이혼, 재산분할 및 위자료를 청구하였는데, 원고는 재산분할청구의 일부로 약정에 따른 임대수익의 일부를 지급할 의무가 있다고 주장하였다. 그러나 법원은 위와 같은 약정을 인정하지 않아서 이 주장은 받아들여지지 않았고, 이 판결은 그대로 확정되었다. 그러자 원고는 전 소송 계속 중에 피고를 상대로 민사소송으로 미정산 임대수익을 지급할 것을 청구하였다. 원심은 임대수익 청구에 전소 확정판결의 기판력이 미친다고 보았다. 그러나 대법원은 원심판결을 파기하였는데, 원고가 전소에서 위 재산분할청구와는 별도로 부당 이득반환청구를 병합하여 제기하였거나, 법원이 원고의 주장을 민사청구로 판단하여 기각하였다고 볼 수 없다는 것이다. 그런데 이 사건에서는 재산분할에 위자료가 포함되는가가 전혀 쟁점이 아니었으므로, 위와 같은 판시는 그야말로 방론에 불과하다.



## 2. 청산적 요소라는 관점에서의 특유재산에 대한 재산분할

### (1) 현재의 대법원 판례와 하급심 실무

청산적 요소라는 관점에서 본다면 재산분할의 대상은 원칙적으로 혼인 중에 부부 쌍방의 협력으로 이룩한 재산(실질적 공동재산)이라야 할 것이다. 그 재산의 명의는 부부 중 일방의 것으로 되어 있어도 무방하다. 그런데 부부의 일방이 혼인전부터 가진 고유재산(민법 제830조 제1항 참조)이나 혼인 중에 상속을 받거나 증여를 받는 등 상대방 배우자의 협력 없이 취득한 재산인 이른바 특유재산에 대하여도 재산분할이 가능한지가 문제된다.

여기서 특유재산이라는 용어를 살펴볼 필요가 있다. 민법 제830조 제1항은 “부부의 일방이 혼인전부터 가진 고유재산과 혼인중 자기의 명의로 취득한 재산은 그 특유재산으로 한다.”고 규정하고 있다. 그런데 일반적으로 혼인중 자기의 명의로 취득한 재산이라 하여도 혼인 중에 부부 쌍방의 협력으로 형성한 재산이 재산분할의 대상이 된다고 하는 데에는 의문이 없다. 이를 실질적 공유재산이라고 부르기도 한다. 그러므로 문제되는 것은 고유재산과 혼인중 부부 일방의 명의로 취득한 재산 중 증여나 상속에 의하여 취득한 재산과 같이 부부 쌍방의 협력으로 형성하지 않은 경우이다. 이를 실질적 특유재산이라고 부르기도 한다.<sup>8)</sup> 이하에서는 특유재산이라고 할 때에는 실질적 특유재산을 가리킨다.

이 점에 관하여 대법원의 판례는, 부부 중 일방의 특유재산이라 하더라도 타방이 적극적으로 그 특유재산의 유지에 협력하여 그 감소를 방지하거나 그 증식에 협력하였다고 인정되는 경우에는 분할의 대상이 된다고 보고 있다.<sup>9)</sup> 그런데 구체적으로 어느 경우가 이에 해당하는가에 관하여, 혼인 전에 부부 일방이 취득한 아파트에 대한 용자금 채무를 일부 변제하였거나,<sup>10)</sup> 혼인기간 중 상대방이 운영하는 업체에서 일하였다는 것<sup>11)</sup>과 같이 가시적이고 유형적인 기여가 있는 경우뿐만 아니라, 일방 배우자가 가사노동만을 한 경우에도 특유재산의 분할을 인정하는 것처럼 보인다.<sup>12)</sup>

그러나 대법원 판례 가운데에는 가사노동을 한 경우에 특유재산의 분할을 부정한 사례도 있다. 즉 대법원 2003. 5. 16 선고 2002므1695, 2002므1701 판결에서는 피고는 원고와

8) 이동진(주 1), 381면; 송인우(주 1), 425면 등.

9) 대법원 1993. 5. 25. 선고 92므501 판결 등.

10) 대법원 1996. 2. 9. 선고 94므635, 642 판결.

11) 대법원 1994. 5. 13. 선고 93므1020 판결.

12) 대법원 1994. 10. 25. 선고 94므734 판결; 1998. 2. 13. 선고 97므1486, 1493 판결 등.

결혼한 이후 별다른 직업이 없이 가사에 종사하였고, 원고가 여관업을 새로이 시작하게 되자, 친척들에게 여관업을 돕도록 하는 등 위 여관의 영업활동을 돕기도 한 경우에, 원심이 분할을 명한 부동산은 원고가 그 부친으로부터 증여받은 특유재산으로서 원칙적으로 분할의 대상이 되지 아니하고, 그 증여시기와 증여의 동기, 증여받은 후의 원·피고의 혼인기간, 혼인의 파탄경위 등을 고려할 때, 원심이 인정하고 있는 사정들만으로는 피고가 그 재산의 유지에 협력하여 그 감소를 방지하였거나 그 증식에 협력하였다고 단정하기에 부족하다고 하여 특유재산의 분할을 명한 원심판결을 파기하였다.<sup>13)</sup>

현재 하급심의 실무례에 대하여는 다음과 같은 설명이 있다. “부부 중 일방의 특유재산이라도 이를 공동재산으로 보아 분할대상 재산에 포함할지 아니면 특유재산으로 보아 분할대상 재산에서 배제할지가 명확히 나누어지는 것은 아닌데, 이는 실무상 재산의 형성, 유지에 대한 기여도를 상당히 넓게 인정하고 있고 기여도뿐만 아니라 기타의 사정까지도 고려하기 때문이다. 법원은 재산의 형성 경위, 혼인기간, 분할대상 재산의 정도, 그 외 정책적 판단 등의 요소를 모두 고려하여 이를 분할대상 재산에 포함시킬지를 결정한다. 실무상으로 혼인기간이 장기간인 경우에는 대부분 분할대상 재산에 넣고 있고, 다만 이와 같은 사정을 기여도를 정할 때 참작함으로써 구체적인 형평을 기하고 있다.”<sup>14)</sup> 구체적으로는 혼인기간, 가사 또는 육아 담당, 경제적 기여, 고유부동산(특유재산 중 부동산)에 관한 기여, 고유부동산에 거주, 취득 시점, 별거 관련 등의 사정을 특유재산의 분할을 인정하는 사정으로 열거하고 있다.<sup>15)16)</sup>

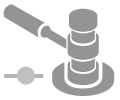
또한 다음과 같은 설명도 있다. 즉 최근의 하급심 판결들은 일정한 혼인기간을 지속한 부

13) 이 사건 부동산 외에 다른 부부공동재산이 있었던 사안이라고 한다. 김영식, “재산분할청구의 부양적 측면에 관한 고찰”, 사법논집 제62집, 2016, 63면. 다른 한편 최은정·안문희 외, 재산분할의 기준 정립을 위한 방안 연구, 사법정책연구원, 2016, 217면은, 위 대법원 판결에서 원고(남편)는 이 사건 부동산을 1997. 2. 24. 증여받았는데, 원고와 피고의 혼인생활은 1999년에 피고의 부정행위로 파탄되었으므로 이 사건 부동산을 보유하고 있었던 혼인기간은 2년 정도이고, 대법원은 ‘증여받은 재산은 분할의 대상이 되지 않는다.’라는 원칙을 언급하면서 동시에 ‘증여시기’, ‘증여받은 후의 원·피고의 혼인기간’ 등을 고려하여 피고의 기여를 인정할 수 없다는 취지로 판시한 것이므로, 위 대법원 판결은 ‘가사노동’의 기여도를 폄하한 것이 아니라 증여받은 재산이 분할대상재산으로 포함되기에는 그 ‘보유기간’이 부족하였다고 판단한 것으로 보인다고 설명한다.

14) 이선미, “위자료 및 재산분할실무의 최근 동향”, 2015년도 가사재판실무 법관연수 자료, 20-21면. 김영식(주 12), 51면도 이선미, “위자료 및 재산분할실무의 최근 동향”, 2014년도 가사재판실무 법관연수 자료 20면 등을 인용하면서 같은 취지로 설명한다.

15) 현영수, “특유재산인 부동산에 관한 재산분할 실무 연구”, 2021년 한국가족법학회·서울가정법원 공동연구회 자료집, 2021, 8-11면 참조.

16) 이선미, “이혼 재산분할 제도의 개선방안”, 가족법연구 제36권 2호, 2022, 59면은, 실무는 사실상 부부의 재산은 분할대상 재산에 포함되는 것을 원칙으로 하고 분할대상 재산에서 배제하는 것을 예외로 하는 태도를 전제로 하고 있는데, 재산의 형성에 대한 기여와 유지 또는 감소 방지에 대한 기여를 폭넓게 인정하고 있다고 설명한다.



부의 경우는 ‘혼인 중에 취득한 일방 명의의 재산(실질적 공유재산)’뿐만 아니라 본래적 의미의 특유재산에 속하는 ‘혼인 전 취득한 재산’과 ‘혼인 중 상속·증여받은 재산’에 대하여도 ‘유지에 대한 기여도’라는 개념을 통하여 분할대상에 포함하고 있으며, 이는 재산분할의 부양적 요소를 강화하는 추세와도 무관하지 않다고 한다.<sup>17)</sup>

이에 관한 전형적인 하급심의 판례로서 다음을 들 수 있다. 즉 부산가정법원 2020. 11. 6. 자 2019느합200048 심판은, 사실혼 해소에 따른 재산분할청구 사건에서 재산분할청구인의 상대방이, 상대방의 적극재산 중 각 부동산은 모두 청구인과 동거하기 이전에 취득한 것이고, 각 예금은 위 각 부동산을 임대하고 받은 월차임 내지 보증금 잔액으로 형성된 것이어서 상대방의 특유재산에 해당하므로, 재산분할의 대상이 되지 않는다고 주장한 데 대하여 다음과 같이 판시하여 이를 배척하고 이를 재산분할의 대상에 포함시켰다.

“그러나 부부 일방의 특유재산은 원칙적으로 분할의 대상이 되지 아니하나 특유재산일지라도 다른 일방이 적극적으로 그 특유재산의 유지에 협력하여 그 감소를 방지하였거나 그 증식에 협력하였다고 인정되는 경우에는 분할의 대상이 될 수 있는바(대법원 2002. 8. 28. 자 2002스36 결정). 청구인과 상대방의 사실혼이 약 17년 넘게 지속된 점, 청구인은 가사를 전담하는 외에 투병하던 상대방을 자녀들과 함께 간병한 점 등 청구인과 상대방의 사실혼 기간과 청구인의 사실혼에 대한 기여정도 등을 고려하면, 청구인도 위 각 재산의 유지 및 감소방지에 기여한 것으로 보이므로 이를 재산분할대상에 포함하고 다만 위와 같은 사정은 재산분할의 비율을 정함에 있어 참작하도록 한다. 상대방의 위 주장을 받아들이지 않는다.”

## (2) 실무에 대한 비판론과 찬성론

이러한 실무에 대하여 다음과 같은 비판론이 있다. 즉 특별한 사정이 없는 한 특유재산이라 하더라도 분할대상재산으로 포함시키는 것은, 사실상 특유재산은 원칙적으로 분할대상재산에 포함되지 않지만 예외적으로만 포함될 수 있다는 원론적인 서술 내지 대법원의 판례와는 부합되지 않으므로 원칙과 예외가 뒤바뀐 것이라고 할 수 있으며, 상대방의 가사노동은 특유재산을 유지하는 데 최소한 간접 기여 정도는 항상 한다고 볼 수 있어서 그야말로 분할대상재산의 범위를 무제한으로 넓힐 가능성이 있고, 우리 법률이 예정하고 있는 부부별산제도라도 어긋날 여지가 있다는 것이다.<sup>18)</sup>

또한 고유부동산을 비교적 넓게 분할대상재산에 포함시키는 것은 구체적 타당성의 측면에

17) 최은정·안문희 외(주 12), 211면.

18) 김영식(주 12), 51면, 67면.

서 타당하다고 할 수 있지만, 실무가 들고 있는 여러 사정들 가운데 ‘고유부동산과 관련한 기여’를 제외하고는 혼인기간, 가사 또는 육아 담당, 경제적 기여, 고유부동산에 거주 등, 취득 시점, 별거 기간 등이 어떻게 고유부동산에 대한 기여로 평가될 수 있는지가 불분명하며, 청산적 요소 자체가 고유부동산에 관한 재산분할의 근거로 충분하지 않다는 주장도 있다.<sup>19)</sup>

그리고 특유재산은 원칙적으로 청산의 대상이 될 수 없지만 부부가 혼인중 협력하여 공동생활을 영위하였으나 혼인중 재산을 형성함에까지는 이르지 못하고 일방이 소유하고 있던 특유재산만이 유지된 경우 및 형성된 재산이 유지된 특유재산에 비하여 아주 적은 경우에는 예외적으로 다른 일방이 그 혼인 중 재산적으로 아무런 기여를 한 바 없다 하여 재산분할을 배척한다는 것은 심히 공평에 반하는 것이고 법감정에 맞지도 않으므로 형평의 견지에서 그 기여도를 인정하여 재산분할을 할 수 있다는 견해가 있다. 즉, 재산분할의 범위를 무한정 넓혀버리는 결과를 초래하지 않도록 청산의 대상으로 되는 혼인 중 형성된 재산이 존재하지 않는 경우 및 이에 준하는 경우에 한하여만 이를 인정하여야 한다는 것이다.<sup>20)</sup>

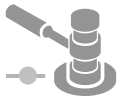
다른 한편 특유재산은 부부 일방이 그 유지·보존에 기여한 바가 있다 하여도 여전히 특유재산이므로 분할비율을 정할 때 이를 고려할 수는 있어도 재산분할의 대상에 특유재산을 넣을 수는 없지만, 일방의 기여가 주로 특유재산의 유지·보존에 향하여져 있고, 다른 한편 부부 공동재산은 거의 형성된 바 없다면, 아무리 분할비율을 조정해도 공평한 분할이 이루어질 수 없게 되므로, 예외적으로 특유재산도 재산분할의 대상으로 삼을 수 있다고 봄이 옳다는 주장도 있다.<sup>21)</sup>

또한 부부별산제를 법제도화하고 있는 우리 민법하에서 형평의 견지에서 그 기여도를 인정하여 분할의 대상으로 삼는 것이 타당할 것으로 보인다고 하여 만연히 명문의 규정을 무시한 법이론을 만든다는 것은 옳지 않으므로, 특유재산을 재산분할의 대상으로 삼기보다는 오히려 위자료의 참작사유로 삼아 위자료 액을 결정함에 있어 이를 충분히 반영하면 족할 것이라고 하는 견해가 있다. 이 견해는 처가 특유재산의 유지에 특별한 기여를 하였다는 사정이 인정되지 않고 단지 부업 등으로 가사비용의 일부를 분담하였을 뿐인 경우에도 이로써 특유

19) 현영수(주 14), 17-19면. 이선미(주 15), 59면은, 특유재산을 재산분할의 대상으로 할 것인가 여부의 판단에서 고려하는 요소들은 기여의 본래적 의미와는 무관하게 어떤 재산을 분할대상에 포함시켜 주어야 하는지 여부와 관련된 요소들인 경우가 많고, 결론을 정해놓고 근거를 끼워 맞추는 방식으로 판단이 이루어질 가능성을 배제할 수 없으며, 기여의 유무 내지 정도는 분할비율과 직결되므로, 분할대상 여부를 가르는 기준이 분할비율을 정하는 기준으로서 중복 작동하는 문제도 있다고 한다.

20) 민유숙, “재산분할의 구체적 인정범위”, 재판자료 제62집, 1993, 422면. 김수정, “이혼으로 인한 재산분할청구권”, 사법논집 제40집, 2005, 558-559면; 윤진수(주 4), 121면 등.

21) 이동진(주 1), 388면.



재산이 공동재산화하는 것은 결코 아니고, 다만 남편은 아무런 직업 없이 빈둥빈둥 놀기만 하였는데 반해 처가 가정을 거의 꾸려나간 것으로 평가할 수 있는 경우 및 그와 유사한 경우에는 처가 그 특유재산의 유지에 특별한 기여를 하였다고 평가할 수 있을 것이고, 따라서 그 특유재산은 당연히 재산분할의 대상이 된다고 한다.<sup>22)</sup>

반면 이러한 하급심의 실무를 옹호하는 주장도 있다. 즉 ‘순수한 가사노동’이 기여인지 아닌지를 따지기에 앞서, 실질적인 혼인공동체를 형성하여 이를 유지하는 것 자체를 ‘기여’라고 보아야 하고, 그 혼인공동체를 유지하기 위하여 제공한 노력은 그것이 어떠한 형태의 노동으로 제공되었든 간에 동일한 가치로 평가되어야 하며, 동거와 부양과 협력의 의무를 이행하는 통상적인 부부관계의 형성과 유지 자체가 ‘재산의 유지·증식에 대한 기여’가 되는 것이라는 것이다. 미국의 이혼법 원칙은 장기간의 혼인(Long-Term Marriage)이 해소되는 경우 특유재산을 부부의 공동재산으로 편입할 가능성에 대하여 규정하고 있다고 하면서, 예컨대 혼인 전 취득한 재산에 대하여는 혼인기간 10년을 기준으로 하여, 10년 이상의 혼인공동체를 유지한 경우에는 분할의 대상으로 삼고, 혼인 중에 상속·증여받은 재산에 대하여는 혼인기간 10년 이상의 요건에 재산보유기간 10년 이상의 요건을 추가하여 위 두 가지 요건을 갖춘 경우에는 분할의 대상으로 삼는 것을 원칙으로 할 수 있다고 한다.<sup>23)24)</sup>

또한 혼인공동체는 재산의 유지와 증식을 목적으로 하는 사업체가 아니며, 혼인한 후 생활공동체를 형성하여 서로가 동거하고 부양하며 협력하여야 할 의무를 지닌 부부는 어떤 의미로든 서로 힘을 합쳐 하나의 가정을 이루므로, 비록 혼인 전에 취득한 재산이거나 혼인 중 증여나 상속에 의하여 취득한 재산이지만 부부의 공동생활을 위하여 그 재산이 사용되어 왔고, 상대방 배우자가 부부로서의 공동생활을 통하여 그 재산의 유지나 증가에 일정한 기여를 하였다면 그 재산도 분할에 있어서 대상으로 삼아야 할 것이라고 하면서, 혼인 당시 부부 일방이 마련한 자금으로 주거를 구입한 경우에도 혼인기간 동안 새로운 주거로의 이전을 통하여 점차 그 가치를 증가시켜 나가는 것이 일반적이며, 이혼을 하는 경우 이러한 재산도 분할의 대상으로 삼고 있다는 점을 고려한다면 혼인재산의 가치증가분뿐만 아니라 고유재산(특유재산)의 가치증가분도 분할의 대상으로 삼고 있다고 하는 견해도 있다.<sup>25)</sup>

22) 구회근, “이혼시 부부 일방의 특유재산이 재산분할의 대상이 되는지 여부”, 법조 제46권 4호, 1997, 194-196면.

23) 최은정·안문희 외(주 12), 205면, 215-218면.

24) 이선미(주 15), 67 - 68면은, 일정 기준이 충족되는 경우에는 재산에 대한 기여가 인정될 것을 요구하지 않고 고유재산 내지 특유재산을 포함하여 부부의 모든 재산을 분할대상으로 하는 것으로 규정하는 방법이 모두 가능할 수 있다고 하면서, 구체적으로는 실질적인 혼인동거기간이 30년 이상인 경우(또는 당사자 사이의 자녀가 3명 이상이거나, 이혼 후에도 당사자 쌍방이 공동으로 부양의무를 부담하게 되는 사람이 3명 이상인 경우), 재산분할은 이혼 성립 시 당사자 쌍방이 가진 재산 전부에 대하여 하는 것으로 민법 제839조의2를 개정하여야 한다고 주장한다.

25) 전경근, “혼인중 증가한 재산의 분할”, 가족법연구 제36권 2호, 2022, 42면, 47-48면.

### III. 일본 및 미국의 상황

이 문제에 관한 일본 및 미국의 상황을 살펴본다.

#### 1. 일 본

일본의 재산분할(재산분여, 財産分與)에 관한 민법 제768조의 규정은 우리 민법 제839조의2와 큰 차이가 없다.

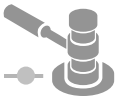
##### 일본 민법 제768조

1. 협의상의 이혼을 한 자 중 일방은 상대방에게 재산의 분여를 청구할 수 있다.
2. 전항의 규정에 의한 재산의 분여에 대해, 당사자 간에 협의가 되지 않을 때, 또는 협의를 할 수 없는 때에는, 당사자는 가정재판소에 대해 협의를 대신하는 처분을 청구할 수 있다. 다만, 이혼한 때부터 2년을 경과한 때에는 그러하지 아니하다.
3. 전항의 경우에는 가정법원은 당사자 쌍방이 그 협력에 의해 얻은 재산의 금액 기타 일체의 사정을 고려하여 분여를 할 것인지 여부 및 분여액과 방법을 정한다.

특유재산을 재산분할의 대상으로 할 수 있는가에 대하여는 일본 최고재판소의 판례는 보이지 않으나, 이에 관하여 판단하고 있는 하급심의 판례들은 여럿 있다. 기본적으로 부부 각자가 혼인 전에 취득한 재산이나 혼인 중에 상속·증여에 의하여 취득한 재산은 각자의 특유재산으로서, 그 취득에 대하여 부부의 협력이 있다고 할 수는 없으므로, 청산대상은 되지 않지만, 혼인 중에 각자의 특유재산에 대하여 다른 일방이 관리에 협력한 결과 특유재산이 유지·증가된 경우에는 그와 같이 유지·인정되는 부분에 대하여는 청산적 재산분여의 대상이 된다고 한다.<sup>26)</sup> 이는 우리 대법원의 판례와 같은 취지이다.

그런데 어느 정도의 협력이 있어야 하는가에 대하여 자세하게 실시한 판례는 많지 않은 것 같다. 그러나 하급심 판례 가운데에는 일방 배우자의 특유재산에 대하여 상대방 배우자가 그 유지에 적극적으로 기여하거나 그 산일(散逸)을 방지하였다는 등의 특단의 사정이 없는 한

26) 東京高裁 1995(平成 7). 3. 13. 平六 (ネ) 第一三九三号、平六 (ネ) 第五〇五一号 판결(LEX/DB 27828488); 新版 注釋民法 (22), 有斐閣, 2008(平成 20), 213면(犬伏由子 집필부분); 新注釋民法 (17), 有斐閣, 2017(平成 29), 412-413면(犬伏由子 집필부분)의 서술 참조.



재산분여의 대상으로 될 수 없다는 판례들이 있어서,<sup>27)</sup> 단순히 가사노동에 협조하였다는 것만으로는 특유재산을 재산분할의 대상으로 보지는 않는 것 같다.

다만 남편의 특유재산인 차지권(借地權)에 대하여 처의 적극재산의 형성·유지에 기여하고, 소극재산의 발생에 책임이 있음이 명백하다고 하여, 이 차지권에 대하여는 그 가격의 10%를 상대방 배우자의 비율로 인정하고, 나머지 공동재산에 대하여는 그 비율을 동등한 것으로 인정한 것이 있다.<sup>28)</sup> 이 판결에 대하여는, 남편의 특유재산의 유지·형성에 대하여 처가 직접적으로 구체적인 공헌을 하였다고까지 말할 수는 없지만, 그러한 사안도 처가 남편의 가업(家業)에 협력하였고, 이혼시에 현존하는 재산의 주요한 부분이 남편의 특유재산인 경우에 그 일부를 청산대상으로 하기 위한 노력의 결과라고 선해하는 평가가 있다.<sup>29)</sup>

## 2. 미 국

앞에서 언급한 것처럼, 특유재산에 대한 재산분할의 가능성을 인정하면서 미국의 이혼법 원칙을 원용하는 견해가 있다.<sup>30)</sup> 그러므로 이에 대하여 살펴볼 필요가 있다.

미국의 이혼에 따른 재산분할에서는 부부재산제가 공동재산제(community property system)인가 아니면 전통적인 보통법상의 재산제도(common law property system)인가에 따라 다소 차이가 있다.<sup>31)</sup> 공동재산제를 채택하고 있는 주<sup>32)</sup>에서는 혼인 중 증여 또는 상속에 의하지 않고 배우자 일방이 취득한 재산은 부부의 공동재산이 되므로, 이는 이혼시에 분할하여야 하였다. 반면 전통적인 보통법상의 재산제도<sup>33)</sup>상으로는 이혼에 따라 일방 배우자가 타방 배우자 명의로 되어 있는 재산의 분할을 청구할 수 없었다. 그러나 보통법상의 재산제도를 채택하고 있던 주들도 19세기 말부터 점차 이혼시의 재산분할<sup>34)</sup>을 인정하는 성문법을 가지

27) 東京高裁 1995(平成 7). 3. 13. 平六(ネ) 第一三九三号、平六(ネ) 第五〇五一号 판결(LEX/DB 27828488); 東京地方裁判所 1995(平成 7). 10. 3. 平成3年(タ) 第571号, 平成4年(タ) 第536号 판결(LEX/DB 25462491); 東京地方裁判所 2017(平成 29). 6. 27. 平成25年(行ウ) 第688号 판결(LEX/DB 25549760) 등.

28) 東京高裁 1980(昭和 55). 12. 16. 昭五四(ネ) 第九七二号、第一五四四号 판결(LEX/DB 27452528).

29) 犬伏由子, 新版 注釋民法 (22)(주 25), 214면. 다만 여기서는 판결 선고 일자를 昭和 55. 12. 26.으로 오기하였다.

30) 주 24)의 본문 참조.

31) 이에 대하여는 박홍래, “미국의 부부재산제도”, 인권과 정의 제334호, 2004, 158면 이하 참조.

32) 애리조나, 캘리포니아, 아이다호, 루이지애나, 네바다, 뉴멕시코, 텍사스, 워싱턴 및 위스콘신. 이들 중 위스콘신을 제외한 나머지 주들은 프랑스 및 스페인 법의 영향을 받았고, 위스콘신 주는 1983년에 제정된 모범혼인재산법(Uniform Marital Property Act)을 받아들였다. 그리고 알래스카 주는 제한된 범위에서 공동재산제를 채택하고 있다.

33) 박홍래(주 30), 163면은 이를 분리재산제도라고 한다.

34) 이를 보통 형평재산분할(equitable property distribution)이라고 한다.

게 되었으므로, 현재에는 모든 주에서 재산분할이 인정되고 있다.<sup>35)</sup>

분할의 대상이 되는 재산에 관하여, 공동재산제를 채택하고 있는 주에서는 부부의 공동재산만을 대상으로 하고 있다. 반면 형평재산분할을 채택하고 있는 주들 가운데에는 혼인재산(marital property)과 특유재산(separate property)을 구별하여 전자만을 분할 대상으로 하고 있는 주(dual property equitable distribution jurisdiction)가 약간 많으나, 양자를 구별하지 않고 모두 분할의 대상으로 하고 있는 주(all property equitable jurisdiction)들도 있다.<sup>36)37)</sup>

앞의 한국 문헌에서 말하는 이혼법 원칙이란 2002년에 공간된 미국법학원(American Law Institute)의 “가족 해소의 법 원칙(Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations)”을 말한다. 미국법학원은 각 주가 입법이나 재판에서 참고할 수 있는 각종의 Restatement나 통일상법전(UCC) 등을 제정하는 권위 있는 기관이다. 위 “가족 해소의 법 원칙”은 리스테이트먼트와 유사한 것이기는 하지만, 법조문의 형식을 취하지 않고 있는데, 왜냐하면 이에 대하여는 각 주에서 제정법을 가지고 있기 때문이다.<sup>38)</sup> 이 원칙은 혼인기간 동안 취득한 재산인 혼인재산(marital property)만을 재산분할의 대상으로 하고 있으며, 특유재산(separate property)은 재산분할의 대상에서 제외하고 있다.<sup>39)</sup> 그중 §4.05 (1)은, “가사노동에 의한 특유재산의 가치 증가”라는 표제 아래 “부부 중 일방이 혼인기간 동안 상당한 시간을 특유재산의 유지 및 관리를 위해 사용한 경우에 해당 재산에 대한 어떠한 형태의 가치상승 중 일부분은 공동재산이다.”라고 규정하고 있다.<sup>40)</sup> 여기서는 상당한 시간(substantial time)을 특유재산의 유지 및 관리를 위해 사용하였을 것을

35) Sanford N. Katz, Family Law in America, 2nd ed., Oxford University Press, 2014, pp. 99 ff.; 민유숙, “외국의 부부재산제도와 재산분할제도 및 부양제도: 미국법을 중심으로,” 사법논집 제31집, 2000, 481면 이하; 윤진수, “미국 가정법원의 현황과 개선 논의”, 민법논고 제7권, 박영사, 2015, 282-284면(처음 공간: 2008); 홍승희·손중학, “이혼시 재산분할에 관한 미국의 법률과 판례 분석”, 원광법학 제37권 1호, 2021, 93면 이하 참조.

36) John De Witt Gregory, Peter N. Swisher and Sheryl L. Wolf, Understanding Family Law, 2nd ed., LexisNexis, 2001, pp. 371 ff.; 윤진수(주 34), 284면 등.

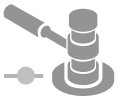
37) 통일 혼인 및 이혼법(Uniform Marriage and Divorce Act)[UMDA. 이는 “모범주법을 위한 위원들의 전국회의(National Conference of Commissioners on Uniform State Laws)”가 만든 모범법안(Uniform Acts)의 일종으로서 각 주가 이를 채택할 수 있다] §307은 두 개의 대안을 제시하였는데, 대안 A(Alternative A)는 각 배우자의 전체 재산을 분할 대상으로 하고 있고, 대안 B(Alternative B)는 각 배우자의 특유재산은 그 배우자에게 분배하는 것으로 규정하고 있다.

38) 이에 대하여는 최은정·안문희 외(주 12), 120-121면; 윤진수(주 34), 283면 주 23) 등 참조.

39) §4.09.

40) § 4.05 Enhancement of Separate Property by Marital Labor

(1) A portion of any increase in the value of separate property is marital property whenever either spouse has devoted substantial time during marriage to the property's management or preservation.



요건으로 하고 있다는 점에서 대법원 판례가 말하는, 부부 중 일방의 특유재산이라 하더라도 타방이 적극적으로 그 특유재산의 유지에 협력하여 그 감소를 방지하거나 그 증식에 협력하였다고 인정되는 경우에는 분할의 대상이 된다고 보고 있는 것과 일맥상통한다.

다른 한편 §4.12는 혼인이 오래 지속된 경우에 특유재산이 혼인재산으로 바뀔 수 있다고 규정하고 있다. 이 규정 제1항과 제2항은 다음과 같다.

#### § 4.12 장기간 지속된 혼인 해소시의 특유재산의 혼인재산으로의 재규정

- (1) 주 전체에 적용되는 법규에 명시되어 있는 최소기간을 충족한 혼인의 경우에 혼인 시 각 배우자가 가지고 있었던 특유재산의 일부는 혼인 해소 시에 혼인재산으로 재규정되어야 한다.
  - (a) (1)에 따라 혼인재산으로 재규정되는 특유재산의 비율은 혼인의 기간에 따라 결정되어야 하며 그 방법으로 주 전체에 적용되는 법규에 명시되어 있는 공식에 따라 결정되어야 한다.
  - (b) 그 공식은 혼인 시 부부 각자가 소유하던 특유재산이 이혼 시에 전부 부부의 혼인재산으로 재분류되는 혼인기간을 명시하여야 한다.
- (2) 혼인 중에 각 배우자가 취득한 재산의 일부는, 혼인 해소시에 혼인기간과 재산취득 후의 기간(“보유기간”)이 주 전체에 적용되는 법규에 명시된 최소한의 기간을 초과할 때에는 혼인재산으로 재규정되어야 한다.
  - (a) (2)에 따라 혼인재산으로 재규정되는 특유재산의 비율은 혼인기간과 당해 재산의 보유기간을 고려하는, 주 전체에 적용되는 법규에 명시된 공식에 따라 결정되어야 한다.
  - (b) 이 공식은 혼인해소시 재산의 전 가치가 혼인재산으로 재규정되는 혼인기간과 보유기간을 명시하여야 한다.<sup>41)</sup>

41) § 4.12 Recharacterization of Separate Property as Marital Property at the Dissolution of Long-Term Marriage

- (1) In marriages that exceed a minimum duration specified in a rule of statewide application, a portion of the separate property that each spouse held at the time of their marriage should be recharacterized at dissolution as marital property.
  - (a) The percentage of separate property that is recharacterized as marital property under Paragraph (1) should be determined by the duration of the marriage, according to a formula specified in a rule of statewide application.
  - (b) The formula should specify a marital duration at which the full value of the separate property held by the spouses at the time of their marriage is recharacterized at dissolution as marital property.
- (2) A portion of separate property acquired by each spouse during marriage should be recharacterized at dissolution as marital property if, at the time of dissolution, both the marital duration, and the time since the property's acquisition (the “holding period”), exceed the minimum length specified for each in a rule of statewide application.
  - (a) The percentage of separate property that is recharacterized as marital property under Paragraph (2) should be determined by a formula, specified in a rule of statewide application, that takes

이 규정에 대한 코멘트 (a)는, 혼인이 오래 계속되면 배우자들은 기술적인 재산 원칙에 따를 때에는 특유재산으로 분류된다고 하더라도 이들을 특유재산으로 생각하지 않고, 양 배우자는 그러한 자산이 그들의 공동 은퇴, 각 배우자의 의료상의 위기 또는 다른 개인적인 긴급 사태에 대비할 수 있는 것으로 믿을 것이라고 한다. 혼인이 오래 지속되면 지속될수록 배우자들은 부분적으로 각 배우자의 특유재산에 관한 그러한 기대에 근거하여 그들의 취업이나 혼인 자산의 사용에 관하여 결정을 할 가능성이 높아지고, 혼인이 더 부유한 배우자의 사망으로 해소되면 보통법은 생존 배우자에게 유류분(forced share)을 인정하며, 1990년 모범 유언집인법(Uniform Probate Code)은 배우자의 유류분을 혼인기간에 따라 증가시키고 있는데,<sup>42)</sup> 이 조항은 혼인이 사망 외에 해소될 때 그와 유사한 구제수단을 주는 것이라고 설명하고 있다.<sup>43)</sup>

그러나 이러한 제안은 현재 받아들여지지 않고 있으며, 많은 비판의 대상이 되고 있다. 한 비판은, 위 코멘트는 혼인이 오래 계속되면 배우자들은 그들의 특유재산을 특유재산으로 생각하지 않는다고 하지만, 그에 대한 증거를 제시하고 있지 않으며, 어떠한 주도 당사자들의 의사에 의하지 않은 변형(transmutation)<sup>44)</sup>을 허용하지 않고 있고, 형평분할의 법(law of equitable distribution)은 지난 20년 이상 그러한 종류의 변형으로부터 멀어지고 있다는 것이 그러한 주장에 대한 상당한 반대되는 증거라고 한다. 그리고 혼인 당사자들이 장기간의 혼인 후에 그들의 재산을 특유재산이 아닌 것처럼 생각하는 것은 혼인이 오래 계속될수록 그들의 특유재산을 추적(trace)하기 어렵기 때문일 것이며, 어떤 혼인 당사자들이 그들의 특유재산이 점점 더 그 성질을 잃는다는 것을 의도한다고 하더라도, 그들의 그러한 믿음을 그러한 의도를 공유하지 않는 다른 혼인 당사자들에게 부과할 정책적인 근거는 없으며, 특유재산을 혼인재산으로 할 의도가 최소한의 객관적인 행동에 증명된다면 이는 이미 혼인재산으로의 묵시적 증여(implied gift)라는 결과를 가져오는데, § 4.12는 그러한 것을 의도하지 않은 경우에도 변형을 인정하는 것으로서 정당화하기 어렵다고 한다.<sup>45)</sup>

into account both the marital duration and the holding period of the property in question.

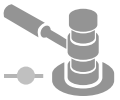
(b) The formula should specify a marital duration and holding period at which the full value of the property is recharacterized at dissolution as marital property.

42) 이에 대하여는 윤진수, “배우자의 상속법상 지위 개선 방안에 관한 연구”, 민법논고 제8권, 박영사, 2021, 729-730면(처음 발표: 2019) 참조.

43) The American Law Institute, Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations, The American Law Institute, 2002, § 4.12 (2002) Comment a.

44) 이는 특유재산이 공동재산과의 혼합 등으로 인하여 공동재산으로 바뀌는 것을 말한다. 홍승희·손종학(주 34), 102-103면 참조. 여기서는 ‘변경’이라고 표현한다.

45) Brett R. Turner, 1 Equitable Distribution of Property, 4<sup>th</sup> ed., Thomson Reuters, December 2021 Update, § 5:71.



또 올드햄(J. Thomas Oldham)은 위와 같은 제안에 대하여, 위 제안의 주된 근거는 혼인이 오래 계속되면 배우자들은 기술적인 재산 원칙에 따를 때에는 특유재산으로 분류된다고 하더라도 이들을 특유재산으로 생각하지 않는다는 것이지만, 위 제안의 제안자도 이를 확인하는 연구는 없다는 것을 인정하고 있다고 하면서, 만일 배우자가 특유재산을 혼인재산으로 하고 싶다면 그와 같이 할 수 있는 여러 가지 방법이 있다고 지적한다. 그러므로 그 밖에 특유재산을 혼인재산으로 바꾸는 부가적인 메커니즘이 필요하지 않고, 이혼할 때 일방 당사자의 몫을 증가시키는 다른 방법은 이혼 후의 부양을 개선하는 것이라고 주장한다.<sup>46)</sup>

## IV. 검 토

### 1. 청산적 요소의 관점에서

생각건대 분할청구권자가 당해 특유재산의 유지 또는 증식에 직접적으로 협력한 경우, 예컨대 부부 중 일방이 혼인 전에 취득한 아파트를 담보로 차용한 채무를 다른 일방이 변제하거나,<sup>47)</sup> 부부 중 일방의 고유재산인 건물을 다른 일방이 수리하여 가치를 증가시킨 경우에 당해 특유재산을 분할대상재산에 포함시키는 것은 충분히 수긍할 수 있다.<sup>48)</sup>

그러나 단순가사노동만을 하거나, 경제적인 활동을 하였더라도 특유재산의 유지 및 가치 감소에는 직접적으로 기여하지 않은 경우에도 특유재산을 재산분할의 대상으로 하는 것은 문제가 있다. 그와 같이 본다면 상대방은 특유재산을 유지하는 데 항상 기여한다고 볼 수 있어서, 특유재산이 원칙적으로 재산분할의 대상이 아니라는 것과는 모순된다. 민법 제839조의2 제2항은 가정법원은 당사자의 청구에 의하여 당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산의 액수 기타 사정을 참작하여 분할의 액수와 방법을 정한다고 규정하고 있으므로, 청산적 요소라는 관점에서는 재산분할의 제1차적인 대상은 당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산이어야 하고, 특유재산은 예외적으로만 재산분할의 대상이 될 수 있다고 보아야 할 것이다. 그러므로 청산적 요소를 고려하여 특유재산을 재산분할의 대상으로 포함시키는 것은 당해 특유재산의 유지 또는 증식에 직접적으로 기여한 경우라야 할 것이다.

46) J. Thomas Oldham, "Should Separate Property Gradually Become Community Property as a Marriage Continues?", 72 Louisiana Law Review. 127 ff.(2011).

47) 위 대법원 1996. 2. 9. 선고 94므635, 642 판결(주 9).

48) 송인우(주 1), 426면.

설령 가사노동을 근거로 하여 특유재산을 분할대상재산으로 볼 수 있다고 하더라도, 모든 특유재산이 일률적으로 분할의 대상이 되어야 하는 것이라고 말할 수는 없다. 가령 부부가 함께 생활하거나 함께 관리하는 부동산은 분할대상재산으로 인정될 가능성이 상대적으로 높지만, 일방이 상속받은 시골의 전답 등 상대방이 그 존재조차 잘 알지 못하고 있었고 별다른 관리비용도 필요하지 않은 재산이나, 부부의 일방이 독자적으로 관리하며 가사비용 등을 충당한 수익용 부동산 등은 재산분할 대상에서 제외되어야 할 것이다.<sup>49)</sup>

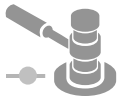
대법원 2007. 4. 26. 선고 2005므2552, 2005므2569 판결은, 부부 일방의 특유재산은 원칙적으로 분할의 대상이 되지 아니하나 특유재산일지라도 다른 일방이 적극적으로 그 특유재산의 유지에 협력하여 그 감소를 방지하였거나 그 증식에 협력하였다고 인정되는 경우에는 분할의 대상이 될 수 있다고 하는 일반론을 실시하면서, 부부가 혼인 후에 형성한 재산들은 분할대상재산으로 보았지만, 원고(아내)가 혼인 전에 취득한 빌딩 대지 및 건물에 대한 1/3 지분은 원고가 혼인 전에 취득한 특유재산으로서, 원고가 임대료 수입으로 부족한 생활비를 충당하고 피고(남편)의 딸들의 유학비용 등을 지원한 사정이 나타날 뿐 피고가 위 재산의 가치증가나 유지 또는 가치감소의 방지에 기여하였다고 볼 사정이 없다는 이유로, 위 재산을 재산분할의 대상에서 제외한다고 한 원심판결이 정당하다고 하였다.

그러므로 청산적 요소라는 관점에서는, 부부 일방의 특유재산이 재산분할의 대상이 될 수 있는 것은 다른 일방이 적극적으로 그 특유재산의 유지에 협력하여 그 감소를 방지하거나 그 증식에 협력하였다고 인정되는 경우에 한정되어야 하고, 여기서 그 특유재산의 유지에 협력하였다는 것은 상당한(substantial) 정도라야 하며, 다른 일방이 단순히 가사노동을 담당하였다는 것만으로는 불충분하다고 보아야 할 것이다. 앞에서 살펴본 일본과 미국의 예를 보더라도, 특유재산을 재산분할의 대상으로 삼는 것은 이러한 예외적인 사정이 있는 경우에 한정된다고 할 수 있다.

## 2. 부양적 요소라는 관점에서의 재산분할

그렇지만 특유재산에 대하여 상대방 배우자가 직접적인 기여를 하지 않았더라도, 부양적 요소라는 관점에서는 부양의 필요가 있을 때에는 이를 재산분할의 대상에 포함시킬 수 있을 것이다. 실제로 과거의 하급심 실무가 특유재산에 대하여 그 유지에 직접적으로 협력하지 않았어도 이를 재산분할의 대상으로 하고 있었던 것은 이러한 부양적 요소를 고려하였기 때문

49) 송인우(주 1), 428면 참조.



으로 보인다. 종래의 학설 가운데, 특유재산은 원칙적으로 청산의 대상이 될 수 없지만 부부가 혼인중 협력하여 공동생활을 영위하였으나, 혼인중 재산을 형성함에까지는 이르지 못하고 일방이 소유하고 있던 특유재산만이 유지된 경우 및 형성된 재산이 유지된 특유재산에 비하여 아주 적은 경우에는 예외적으로 형평의 견지에서 그 기여도를 인정하여 재산분할을 할 수 있다는 견해도, 실질적으로는 부양적 요소에 근거하여 특유재산에 대하여 재산분할을 할 수 있다는 취지로 이해된다.

그러므로 특유재산을 재산분할의 대상으로 하려면 정면으로 부양적 요소를 내세워서 재산분할을 명하여야 할 것이다. 현재 일본의 하급심 재판례는 청산적 요소와 부양적 요소 및 위자료적 요소에 따라 분할액을 산정한 다음 이를 합산하여 재산분할액으로 하는 것(개별합산 방식)이 많다고 한다.<sup>50)</sup> 그러나 우리나라의 하급심 실무에서는 이를 개별적으로 명시하지 않고, 각 요소를 나열한 다음 종합적으로 판단하여 재산분할의 액을 결정하는 것이 일반적인데, 이렇게 되면 법원이 특히 부양적 요소를 얼마나 고려하였는지를 알기 어렵다.<sup>51)</sup> 종래에도 이제까지의 하급심 실무는 예측가능성이 부족하다는 비판이 많았다.<sup>52)</sup>

그러면 어떤 경우에 청산적 재산분할 외에 부양적 재산분할을 명할 수 있을까를 따져 볼 필요가 있다. 현재의 통설적 견해는, 재산분할에서는 청산적 요소가 중심이고 부양적 요소는 보충적인 것이므로, 부양적 요소는 분할권리자가 청산적 재산분할과 위자료만으로 생계유지를 하기에 충분하지 않은 경우 즉 경제적으로 곤궁한 경우에 한하여 보충적으로 고려하여야 한다고 보고 있다.<sup>53)</sup> 다만 이러한 경우에 생계를 유지할 정도인 최저생활비를 지급하는가, 아니면 혼인 중과 같은 정도의 생활수준을 기준으로 할 것인가는 논란의 여지가 있다.<sup>54)</sup> 사견으로는 재산분할이 부양적 기능을 제대로 수행하려면, 혼인 중과 같은 정도의 생활수준을 기준으로 하여야 함이 타당할 것이다. 그러나 청산적인 재산분할만으로도 부양적 기능에 부족함이 없는 경우에는 따로 부양적 재산분할을 명할 필요는 없다.

50) 犬伏由子, 新注釋民法 (17)(주 25), 407-408면 참조. 다만 우리 민법에서는 위자료적 요소는 제외해야 할 것이다.

51) 서종희, “청산적 재산분할과 부양적 재산분할의 독립과 ‘2분의 1 원칙’에 대한 재고”, 조선대 법학논총 20집 2호, 2013, 142-143면도, 재산분할의 판단은 청산적 측면과 부양적 요소를 구별하여 개별적으로 판단해야 할 것이라고 주장한다.

52) 최은정·안문희 외(주 12), 209-210면 참조.

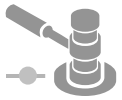
53) 송인우(주 1), 363-364면; 함윤식, “이혼에 따른 재산분할에 관한 판례의 최근 동향”, 민사판례연구 제38집, 2016, 1184면 등.

54) 犬伏由子, 新注釋民法 (17)(주 25), 418-419면 참조.

## V. 결 론

서론에서 언급한 것처럼, 이 문제는 실무상 명확하게 밝혀졌다고 하기 어려워서 혼란스럽다. 특유재산이 어느 범위에서 재산분할의 대상이 될 수 있는지를 예측하기 어려우며, 재산분할 판결을 보더라도 그 근거를 명확하게 제시하지 않고 있어서 사후적으로도 알 수 없다. 이러한 현상은 결코 바람직하지 않다. 그러므로 이 점에 관한 실무례는 바뀌어야 한다. 즉 특유재산은 다른 배우자 일방이 적극적으로 그 특유재산의 유지에 협력하여 그 감소를 방지하거나 그 증식에 협력하였다고 인정되는 경우에 한하여 재산분할의 대상이 되는 것이 원칙이고, 다른 배우자 일방이 가사노동을 한 경우에는 재산분할의 대상에서 제외하여야 한다. 다만 부양의 필요가 있는 때에는 특유재산이라 하여도 재산분할의 대상이 될 수 있을 것이다.

그리고 이러한 점을 명확하게 하기 위하여는 현재의 재판례도 바뀌어야 한다. 즉 청산적 요소와 부양적 요소에 따라 분할액을 개별적으로 산정한 다음 이를 합산하여 재산분할액으로 하여야 할 것이다.



발제 2

## 기업경영자의 이혼과 재산분할: 특유재산의 분할대상성에 관한 검토를 겸하여

서울대학교 법학전문대학원 교수 이동진<sup>1)</sup>

### I. 서론

최근 기업경영자가 또는 기업경영자에 대하여 이혼 및 재산분할이 청구된 몇몇 사건이 관심을 모았다.<sup>2)</sup> 특히 막대할 것으로 추정되는 재산분할액이 관심의 대상이 되었다. 이는 부분적으로는 기업경영자의 이혼에 따른 재산분할이 기업에 미칠 영향과 관련되어 있다. 경영자의 이혼에 따른 재산분할의 문제는 예전부터 있었던 것이지만, 대부분 당사자 사이의 협의에 의하여 해결되어 그간 정면에서 논의되지 못하였다. 이번 분쟁들도 최종적으로 법원의 재판에 의하여 해결될지 아니면 협의 등에 의하여 법정 밖에서 해결될지 예상하기는 어렵다. 그러나 당사자 사이의 협의로 법정 밖에서 해결할 때에도 일응의 법적 기준은 필요하다. 그것이 협의의 전제 내지 출발점으로 기능할 것이기 때문이다.<sup>3)</sup>

이 글은 이러한 관점에서 기업경영자의 이혼에 수반하는 재산분할의 몇몇 문제를 다루고자 한다. 우리 가정법원 재판실무에서 재산분할은 광범위하게 사실심법원의 재량에 맡겨져 있다. 이러한 재량은 재산분할대상재산의 규모가 일정 범위 내이고 분할로 영향을 받을 이해관계인이 많지 아니하거나 그 영향을 예상하기 쉬울 때에는 큰 문제가 없으나, 분할대상재산의 규모가 매우 크고 이해관계인이 다수이며 법원이 분할의 영향을 예상하기가 어려울 때에는, 법원을 포함하여 여러 사람을 불안하게 한다. 여러 분쟁이 협의로 끝난 한 이유일 것이다. 그러나 언제나 더 바람직한 것은 모두에게 공평하게 적용될 수 있는 일관된 기준을 수립하는 것이다. 재산분할이 어느 정도 사실심법원의 재량에 맡겨질 수밖에 없다 하더라도 재량

1) 서울대학교 법학전문대학원 교수.

2) 김수민·오효정 기자, “최태원·노소영 이혼, 재산분할 665억…법원, SK주식은 제외했다,” 중앙일보 2022. 12. 6.자(= <https://www.joongang.co.kr/article/25123559#home>, 최종접속 2023. 3. 6.); 임경업 기자, “스마일게이트 권혁빈 이혼 소송… 9兆 갑부, 세기의 재산 분할,” 조선일보 2022. 11. 15.자(= [https://www.chosun.com/economy/tech\\_it/2022/11/14/3UFQ3Q7MGBDAZMZNWOP73LHIKE/](https://www.chosun.com/economy/tech_it/2022/11/14/3UFQ3Q7MGBDAZMZNWOP73LHIKE/), 최종접속 2023. 3. 6.).

3) Mnookin, “Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce,” 88 Yale L. J., 950 (1978). 이 글은 특히 이혼에서 법의 주된 기능이 재판의 기준보다는 당사자 사이의 협상을 위한 틀을 제공하는 데 있다고 주장한다.

행사의 기준을 구체화하고 재량행사를 보다 투명하게 할 필요가 있다.

이러한 관점에서 아래 II.에서는 우선 기업경영자가 보유하고 있는 기업지분 중 전부 또는 일부가 혼인 전에 취득된 것일 경우의 문제를 살펴본다. 이는 최근 기업경영자의 이혼에 따른 재산분할사건 중 한 사건에서 문제된 쟁점이자 이른바 기업승계가 개입하는 경우 전형적으로 제기될 문제로서, 한편으로는 특유재산의 분할대상성에 대한 검토를, 다른 한편으로는 성공한 기업경영자가 축적한 막대한 부(富)가 재산분할과정에서 어떻게 나뉘어야 하는가 하는, 정당한 몫에 대한 검토를 요한다. 이들은 모두 재산분할 일반의 문제이자, 기업경영자의 이혼에 따른 재산분할 특유의 문제이기도 하다. 아래 III.에서는 그 후속문제로서 기업경영자의 재산분할이 기업경영에 미칠 영향에 대한 법적 대응에 관하여, 시론(試論)적이거나, 살펴본다.

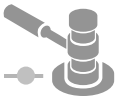
## II. 기업지분의 분할대상성과 분할비율: 특히 혼인 전 취득한 기업지분을 고려하여

### 1. 혼인 전 취득한 기업지분의 분할대상성

#### (1) 특유재산의 분할대상성

민법 제830조 제1항은 “부부의 일방이 혼인전부터 가진 고유재산과 혼인중 자기의 명의로 취득한 재산은 그 특유재산으로 한다”고 정한다. 특유재산은 부부 중 일방 명의로 보유하는 재산임을 알 수 있다. 같은 제2항은 “부부의 누구에게 속한 것인지 분명하지 아니한 재산은 부부의 공유로 추정한다”고 정한다. 부부 공동명의로 취득한 재산이 공유임은 물론이다.

그러나 재산분할이 이러한 (물권법적) 의미의 부부 공유재산의 (포괄적) 청산만을 목적으로 한다고 볼 수는 없다. 1990년 민법 개정으로 재산분할청구권을 신설한 취지가 이미 가능한 개별적 분할을 포괄적 분할로 보완하는 데 그칠 리는 없기 때문이다. 오히려 민법 제839조의2 제1항은 “협의상 이혼한 자의 일방은 다른 일방에 대하여 재산분할을 청구할 수 있다”고 정하고 같은 제2항은 “제1항의 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”고 하여 분할대상재산을 제한하지 아니



한 채 “당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산의 액수”는, 그 명의를 불문하고, 고려할 것을 명한다.

위 규정은 분할대상재산을 제한하지 아니하고 있고, “당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산의 액수”도 고려요소일 뿐이다. 그럼에도 판례·통설은 재산분할의 ‘대상’을 좁은 의미의 부부 공유재산과 실질적 공동재산으로 제한하고 ‘좁은 의미의 특유재산’ 내지 ‘실질적 특유재산’은 원칙적으로 재산분할의 ‘대상’에서 제외한다. 그리고 “혼인 전부터 가진 고유재산”과 혼인 중 증여·상속으로 취득한 재산을 실질적 특유재산으로 분류한다.<sup>4)</sup> 재산분할청구권은 공유재산 이외에 부부 일방에게 귀속된 특유재산 중 실질적 공동재산까지만 분할대상재산으로 한다는 것이다.

왜 이러한, 법문상 근거 없는 구분을 하는 것일까? 혼인은 종생(終生)에 걸친 결합을 의도하나 현실적으로 그중 상당수가 이혼으로 끝난다. 부부가 서로의 재산을 혼인 중 대개 함께 향유한다는 데는 의문이 없다. 그러나 이는 혼인의 계속을 전제한다. 이혼 후 청산할 때 혼인 중 형성되지 아니한 재산까지 청산의 대상으로 삼을 근거는 약하다. 혼인 중 증여로 취득한 재산의 경우 증여자의 가정적 의사는 대개 부부가 이혼하는 경우 부부가 나누기보다는 수증자에게 단독 귀속시키는 것이고, 상속으로 취득한 재산에서 피상속인의 추정적 의사도 고려할 가능성이 높다.<sup>5)</sup> 이들을 재산분할대상에서 제외하는 이유이다. 비교법적으로도 혼인 전부터 부부 일방이 보유하고 있던 재산과 혼인 중 증여·상속에 의하여 일방이 취득한 재산은 청산의 대상에서 제외하는 것이 보통이고,<sup>6)</sup> 혼인 전부터 부부 일방이 보유하던 재산이

4) 좁은 의미의, 즉 실질적 특유재산과 실질적 공동재산의 구별에 관하여는 민유숙, “재산분할의 구체적 인정범위”, 재판자료 제62집, 1993, 417-418면; 윤진수 편집대표 주해친족법 I, 2015, 381면 이하(이동진 집필부분). 한편, 정상현, “이혼으로 인한 재산분할청구권의 법적 성격과 상속의 인정 여부에 대한 법리 검토(하)”, 성균관법학 제18권 제3호(2006), 329면은 좁은 의미의 공유재산의 분할은 민법 제839조의1이 아닌 (물권법상 공유에 관한) 제268조에 의하여야 한다고 주장한다. 이것이 부당하다는 점에 대하여는 위 이동진, 382면 주 47 참조. 그밖에 종래 ① 내부관계와 외부관계를 구분하여 내부관계에서는 혼인 전부터 갖고 있었다거나 혼인 중 취득한 재산으로 그것을 얻기 위하여 지급한 대가가 자기 것임을 적극적으로 증명하여야 특유재산이 되고 그렇지 아니하면 공유재산이 된다고, ② 내·외부관계 모두에서 합유재산이 된다는 견해도 있다. 앞의 견해로 이화숙, 비교 부부재산관계법, 2000, 317면 이하, 뒤의 견해로 조미경, “혼인 중 취득한 재산의 귀속”, 민법학의 회고와 전망, 1993, 894면 이하.

5) 법정상속의 근거로서 피상속인의 추정적 의사에 대하여는 우선, 윤진수 편집대표 주해상속법 I, 2019, 8면(윤진수 집필부분).

6) 미국의 경우 대부분의 주는 별산제를 전제로 형평에 따른 재산분할(equitable division)을 인정하고, 9개의 주(네바다, 뉴멕시코, 루이지애나, 아이다호, 워싱턴, 위스콘신, 애리조나, 캘리포니아, 텍사스)만이 공동제와 균등분할을 인정하는데, 공동제에 따른 균등분할은 물론 별산제를 전제로 한 형평에 따른 재산분할도 대부분 특유재산과 공동재산을 구별하고 혼인 중 증여·상속에 의하여 또는 혼인 전 부부 일방이 취득한 재산을 특유재산으로 본다. Amendola et al., §§ 911, 912, 914, 917, 919, 27B C.J.S. Divorce, February 2023 Update; Van Arsdale et al., §§ 461, 462, 24 Am. Jur. 2d Divorce and Separation, February 2023 Update; Oakes, §§ 23, 24, 15B Am. Jur. 2d Community Property, February 2023 Update. 공동제를 법정부부재산제로 하는 프랑스는 물론, 별산제를 기초로

나 혼인 중 증여·상속에 의하여 일방이 취득한 재산을 청산대상에 포함시키는 것은 대체로 부부의 의식적 선택 내지 합의가 있을 때 또는 증여자 등이 다른 의사를 갖고 있었을 때로 제한하는 경향을 보인다.<sup>7)</sup>

그러나 이러한 원칙에는 예외가 있다. 판례는 부부 일방의 (실질적) 특유재산이라 하더라도 타방이 적극적으로 그 특유재산의 유지에 협력하여 그 감소를 방지하거나 그 증식에 협력한 경우에는 분할대상이 된다고 한다.<sup>8)</sup> 그리고 판례는 이러한 협력에 혼인 전 부부 일방이 취득한 재산에 관한 융자금 채무를 일부 변제하거나,<sup>9)</sup> 타방이 운영하는 업체에서 일하는 것<sup>10)</sup> 등 직접적·재산적 기여 이외에 가사노동을 통한 간접적·비재산적 기여도<sup>11)</sup> 포함시키고 있다. 이에 따라 가정법원 재판실무 또한, 적어도 혼인기간이 장기간인 경우에는, 널리 특유재산의 분할을 인정해왔다.<sup>12)</sup>

부부 일방의 실질적 특유재산이라 하더라도 타방이 그 특유재산의 가치 유지·증가에 직접적·재산적 기여를 한 경우 그 특유재산을 재산분할의 대상으로 삼는 것은 당해 특유재산에 타방의 노무라는 기여가 보태어졌다는 점으로 손쉽게 설명할 수 있다. 특유재산의 가치 일부가 실질적 공동재산에 속하므로 일단 분할대상재산에 당해 특유재산 자체를 포함시키는 수밖에 없다는 뜻이다. 이러한 예외는 다른 나라에서도 널리 인정되고 있다.<sup>13)</sup>

균등분할을 인정하는 스위스의 법정부부재산제(소득참여제), 별산제를 기초로 형평에 따른 재산분할을 인정하는 오스트리아, 일본도 같다. 프랑스민법(code civil) 제1401조, 스위스민법(ZGB) 제197조 제1항, 제198조 제2호, 오스트리아혼인법(EheG) 제82조 제1항 제1호; 島律一郎·阿部 徹 編集 新版注釈民法(22), 2015, 194-195, 209-213頁(犬伏由子 執筆).

7) 프랑스민법상 선택부부재산제 중 동산·혼후취득재산공동제와 포괄적 공동제가 그러하다(프랑스민법 제1498조 이하). 그러나 미국 노스다코타, 매사추세츠, 몬태나, 인디애나, 오리건, 와이오밍, 켄터키, 코네티컷주는 법정부부재산제상 이미 부부가 소유하는 모든 재산을 분할대상으로 삼는다. Amendola et al., § 910, 27B C.J.S. Divorce, February 2023 Update.

8) 대법원 1993. 5. 25. 선고 92므501 판결 등 다수.

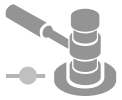
9) 대법원 1996. 2. 9. 선고 94므635, 642 판결.

10) 대법원 1994. 5. 13. 선고 93므1020 판결.

11) 대법원 1994. 10. 25. 선고 94므734 판결; 1998. 2. 13. 선고 97므1486, 1493 판결 등 다수. 반면 대법원 2003. 5. 16. 선고 2002므1695, 1701 판결(미공간)은 증여시기와 증여의 동기, 증여받은 후의 부부 쌍방의 혼인기간, 혼인의 파탄경위 등을 고려하여 특유재산의 분할대상성을 부정하였다.

12) 이선미, “위자료 및 재산분할실무의 최근 동향”, 2015년도 가사재판실무 법관연수 자료, 20-21면. 그밖에 김영식, “재산분할청구의 부양적 측면에 관한 고찰”, 사법논집 제62집, 2016, 51면; 현영수, “특유재산인 부동산에 관한 재산분할 실무 연구”, 2021년 한국가족법학회·서울가정법원 공동연구회 발표자료집, 2021, 8-11면도 같은 취지.

13) Olson v. Olson, 13 Neb. App. 365, 693, N.W.2d 572 (2005); Herrera v. Herrera, 895 S.2d 1171 (Fla. 3d DCA 2005); Harper v. Harper, 1999 MT 321, 297 Mont. 290, 994 P.2d 1 (1999); Hessinger v. Hessinger, 378 So. 2d 322 (Fla. 2d DCA 1980); Matter of Marriage of Morrison, 913 S.W.2d 689 (Tex. App. Texarkana 1995); Amendola et al.(주 5), § 912; Van Arsdale et al.(주 5), § 461; Oakes, § 29, 15B



이러한 관점에서 가사노동에 의한 간접적 기여만으로 일반적으로 특유재산의 분할대상성을 널리 인정하는 것은 지나칠 것이다. 가사노동의 기여는 직접 특유재산에 결합하지 아니하기 때문이다. 그러나 특유재산을 보유하는 부부 일방이 특유재산 내지 그 수익에 기대고 독자적 소득활동을 하지 아니하는 경우는 그러하지 아니하다. 부부 일방이 소득활동을 하고 타방이 전업주부를 하는 외별이-전업주부혼에서 일방의 소득활동이 부부 공동재산을 형성하는 대신 혼인 전부터 갖고 있던 또는 혼인 중 증여·상속에 의하여 취득한 좁은 의미의, 실질적 특유재산을 관리·수익하는 형태로 나타나는 경우 그 결과 부부 공동재산이 형성되지 아니하거나 더 적게 형성될 수 있다. 요컨대 이 경우 특유재산은 실질적 공동재산의 증가를 기회비용으로 하는 것이다. 이때에도 특유재산은 특유재산이므로 나머지 부부 공동재산만으로 '적절히' 분할할 수 있다면 굳이 특유재산을 분할대상에 포함시킬 필요는 없다. 그러나 그렇지 아니한 때에는 특유재산 자체를 분할대상에 포함시켜야 한다.<sup>14)</sup>

요컨대 다음과 같이 말할 수 있다. 어떤 재산을 분할대상에 포함시킬지 여부는 한편으로는 심판에 의하여 재산이전을 명할 수 있는지에, 다른 한편으로는 부부의 실질적 공동재산의 합(합)에 그 가치를 포함시킬지에 관계한다. 특유재산을 제외하더라도 분할비율을 조정함으로써 적절히 분할할 수 있다면 특유재산까지 심판에 의한 처분의 대상으로 삼지 아니하여 그 특유재산 보유자의 존속이익을 배려함이 타당하다. 그러나 그 특유재산을 제외하면 적절한 분할이 불가능할 때에는 존속이익을 희생해서라도 적절한 분할을 도모하여야 한다.<sup>15)</sup> 이러한 해석은 문언에 반한다기보다는 문언이 연 가능성을 특유재산 보유자의 존속이익을 배려하기 위하여 오히려 제한하는 것이다. 거듭 이야기하기니와 민법 제839조의1은 분할대상을 제한하고 있지 아니하기 때문이다.<sup>16)</sup>

Am. Jur. 2d Community Property, February 2023 Update. (미국), 高松高決 1988(昭和 63). 10. 28. 家月41卷 1号, 115頁; 東京高判 1995(平成 7). 3. 13. 家月48卷8号, 72頁; 犬伏由子(주 5), 213-214頁 (일본).

14) 김수정, “이혼으로 인한 재산분할청구권”, 사법논집 제40집, 2005, 558-559면; 민유숙(주 3), 422면; 윤진수, 친족 상속법강의 제4판, 2022, 121면. 또한, 이동진(주 3), 388-389면도 참조. 직접적·재산적 기여 이외에 가사와 육아에의 기여 등도 고려하는 예로, *Oswalt v. Oswalt*, 981 S.2d 993 (Miss. Ct. App. 2007); *Patton v. Patton*, 2015 MT 7, 3778 Mont. 22, 340 P.3d 1242 (2015) 참조.

15) 이러한 분할대상성과 분할비율의 상호관계 내지 대체성에 대하여는 이동진(주 3), 381면.

16) 규정문언상 민법 제839조의1이 모범으로 삼았다고 보이는 일본민법 제768조도 그 입법연혁상 이미 이러한 가능성을 열어두고 있었다. 주지하는 바와 같이 일본민법 제768조는 전후(戰後) 연합군 점령 중 신설되었다. 당시 GHQ가 부부 공동재산의 1/2 분할을 원칙으로 할 것을 요구한 데 대하여 일본 측은 ‘개괄적 규정만 두고 법원의 심판에 맡기는 것이 낫다’고 주장하면서 그 예로 ‘부(夫)가 상속에 의하여 취득한 재산이라 하더라도 처(妻)의 분할대상이 될 가능성이 있음’을 든 바 있는 것이다. 犬伏由子(주 5), 189頁. 이러한 점에서 특유재산을 널리 분할대상에 포함시킨 가정법원실무에 큰 잘못이 있다고 할 수는 없다. 분할방법을 정함에 있어 그 특유재산을 보유한 부부 일방의 존속이익을 가급적 존중함으로써 같거나 비슷한 결론에 이를 수 있다. 본문과 같이 구분하는 것은 판단과정을 보다 투명하게 하고 합리적으로 통제하기 위한 노력일 뿐이다. 반면 특유재산을 기계적으로 분할대상에서 제외하는 경우 일정한 사안에서 부정의(不正義)를 피할 수 없게 된다. 이에 대하여 특유재산을 분할대상에 포함시키는 데 비판적인 것으로, 구회근, “이혼시 부부 일방의 특유재산이 재산분할의 대상이 되는지 여부”, 법조 제46권 제4호(1997), 194-196면; 김영식(주

## (2) 기업경영자의 기업지분의 분할대상성

재산분할의 대상이 되는 재산이 기업지분인 경우, 특히 기업경영자의 (경영권을 뒷받침하는) 지분인 경우에는 다른 고려가 필요하다.

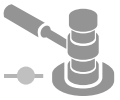
(가) 먼저, 기업지분 일반부터 생각해본다. 종래 특유재산의 재산분할대상성 논의는 암묵적으로 부동산이 특유재산인 경우를 상정해왔고, 문제된 것은 그 부동산 원물이었다.<sup>17)</sup> 그러나 부동산의 과실(果實) 내지 수익이 특유재산인지, 아니면 실질적 공동재산인지는 거의 논의하지 아니하였다. 아마도 직접 부동산을 사용하는 등으로 이미 무형적 이익을 얻었거나 제3자에게 임대하였다 하더라도 대개 예금 등으로 전환되어 당사자들이 그 실질적 공동재산성을 다투지 아니하였을 것이다.

특유재산의 과실(果實) 내지 수익이 특유재산인지, 실질적 공동재산인지는 그동안 정면에서 논의되지 못하였다. 이에 관하여는 두 가지 생각이 모두 가능하다. 하나는 특유재산의 과실 내지 수익은 특유재산 자체로부터 나온 것이므로 여전히 특유재산이라는 것이고, 다른 하나는 존속이익을 보호하여야 할 것은 특유재산 자체에 한하고 그 과실 내지 수익까지 존속이익을 보호할 필요는 없으며 이들은 실질적 공동재산에 혼입되는 일이 흔하므로 원칙적으로 실질적 공동재산으로 봄이 옳다는 생각이다. 비교법적으로는 두 접근 모두 나타나나, 과실 내지 수익은 특유재산에서 유래하였을 때에도 공동재산에 포함시키는 쪽이 우세한 것 같다.<sup>18)</sup>

11), 51, 67면. 그러나 이들 문헌도 본문과 같은 경우 특유재산을 분할대상에 포함시키는 데 반대하는 취지라고 보이지는 아니한다.

17) 주 7 내지 10의 대법원 판결 모두가 그러하다.

18) 미국의 경우 형평에 따른 분할을 인정하는 주(州)에서는 대체로 특유재산의 과실(果實) 내지 수익을 실질적 공동재산이라고 본다. In re Marriage of Guinn, 93 P.3d 568 (Colo. App. 2004); Marriage of Goosacker v. Goosacker, 664 N.W.2d 848 (Minn. 2003); Selby v. Selby, 149 S.W.3d 472 (Mo. Ct. App. W.D. 2004); Caudill v. Caudill, 131 N.C. App. 854, 509 S.E.2d 246 (1998); Arneson v. Arneson, 120 Wis. 2d 236, 355 N.W.2d 16 (Ct. App. 1984); In re Marriage of Williams, 638 S.W.2d 236 (Mo. Ct. App. S.D. 1982); Amendola et al., § 922, 27B C.J.S. Divorce, February 2023 Update; Van Arsdale et al., § 485, 24 Am. Jur. 2d Divorce and Separation, February 2023 Update. 공동제를 취하는 주(州) 중에서도 특유재산의 혼인 중 과실(果實) 또는 수익이 공동재산이 된다고 보는 예가 있다. Papin v. Papin, 166 Idaho 9, 454 P.3d 1092 (2019); Oakes, § 35, 15B Am. Jur. 2d Community Property, February 2023 Update. 프랑스에서는 특유재산의 과실(果實)도 소비되지 아니한 이상 공동재산이 된다. 프랑스민법 제1403조 제2항, 그 해석은 Mathieu, V° Communauté entre époux - Fasc. 20 : Communauté entre époux. - Actif commun, JurisClasseur Notarial Formulaire, 30 Novembre 2021, n° 81 et s. 참조. 스위스에서도 공유재산의 수익은 공동재산에 속한다. 스위스민법 제197조 제2항 제3호, 그 해석에 대하여는, BSK/Hausheer, 2. Aufl., 2002, Art. 197 ZGB, N 28-35. 오스트리아에서는 명문 규정은 없으나 해석상 배우자가 특유재산의 과실 또는 수익에 가령 소비의 포기 등으로 인과적 기여를 하였는지 여부와 관계없이 특유재산이 아닌 그 과실 또는 수익은 분할대상이 된다고 본다. Schwimman/Bernat, ABGB Praxiskommentar, 3. Aufl., 2005, § 82 EheG, Rz. 5 (오스트리아). 독일의 부가이



특유재산의 혼인 중 과실(果實) 내지 수익도 원칙적으로는 실질적 공동재산으로 편입함이 타당하다. 증여자·피상속인의 수증자·상속인에의 배타적 무상출연의사도, 수증자·상속인의 특유재산에 대한 존속이익도, 일응은 원물(原物)에 대한 것이고, 과실(果實) 내지 수익에 원물만큼 강하게 미치지 않는 것이다. 과실(果實) 내지 수익은 혼인 중 취득한 것이고 증여·상속이 직접 미치지 아니하며 오히려 명의자가 원물을 보유한 데 따른 결과(민법 제102조, 제211조 참조)이므로 다른 혼인 중 무상원인 이외의 원인으로 취득한 재산과 구별할 이유도 약하다. 과실 내지 수익은 다른 실질적 공동재산에 혼입하는 일이 흔하다는 점도 고려하여야 한다.

그밖에 특유재산의 성상(性狀) 자체에는 변화가 없으나 입지 또는 시장상황의 변화 등으로 그 가치, 즉 시가가 증가하는 경우 가치증가분이 특유재산인가 실질적 공동재산인가 하는 점도 검토가 필요하다. 비교법적으로 보면 부부 공동재산을 대상(對象)적으로 정의하지 아니하고 총재산증가‘액’을 반분하는 독일의 부가이익청산과 같은 부부재산제에서는 가치증가분이 당연히 분할대상이 된다.<sup>19)</sup> 미국의 형평에 따른 분할에서도 가치증가분을 분할대상으로 삼는 주(州)가 있다.<sup>20)</sup> 그러나 다수의 입법례는, 적어도 아직까지는, 특유재산의 가치증가분 자체를 분할대상에 포함시키지는 아니한다.

계속 중인 혼인관계에서 부부 각자가 그 명의의 재산 포트폴리오를 구성할 때 어떤 재산을 특유재산으로 취득하고 어떤 재산을 실질적 공유재산으로 취득할지는 대개 우연에 불과할 것이다.<sup>21)</sup> 좁은 의미의 특유재산과 실질적 공유재산 모두 물건법적으로는 그에게 단독 귀속하고 혼인이 존속하는 한 부부가 그 이익을 누릴 수 있다는 점에서 아무런 차이가 없기 때문이다. 그런데 이들이 이혼하게 되었을 때 우연히 재산 포트폴리오 중 좁은 의미의 특유재산이 가치가 크게 증가하고 실질적 공유재산의 가치는 오히려 다소 감소하였다면 그로 인한 이

익청산 또한 경제적으로는 같은 결론에 이른다.

19) 독일민법(BGB) 제1373조 내지 제1376조, 특히 제1376조 제1항(부부재산제 성립 당시 존재한 재산은 그 당시의 가액이 [...] 최초재산 산정의 기초가 된다), 제2항(부부재산제 종료 당시 존재한 재산은 그 당시의 가액이 [...] 최종재산 산정의 기초가 된다). 부가이익청산은 최종재산에서 최초재산을 뺀 부가이익을 각자 산정한 뒤 일방의 부가이익이 타방의 부가이익을 초과하는 경우 그 초과액의 반에 해당하는 청산채권을 인정하는 방식으로 이루어지므로(제1378조 제1항) 가치상승액은 당연히 청산의 대상이 된다. 최초재산에 가산되는 (결국 부가이익에서 공제된다) 상속·증여 재산(제1374조 제2항)도 상속·증여시를 기준으로 가액을 가산하므로 그 가치증가액은 청산대상이 되는 셈이다.

20) 가령 델라웨어, 로드아일랜드, 테네시는 혼인 중 증여·상속으로 취득한 재산의 경우 그 가치증가분은 분할대상으로 본다. 반면 공동제에서는 이러한 입장을 찾아보기 어렵다. Oakes, § 35, 15B Am. Jur. 2d Community Property, February 2023 Update. 그러나 가치증가에 대한 참여를 인정하는 주(州)는 증가하는 경향이다. 이를 지지하는 것으로, Reynolds, “Increases in Separate Property and the Evolving Marital Partnership”, 24 Wake Forest L. Rev. 239 (1989).

21) 이러한 특유재산과 실질적 공동재산의 할당이 우연이 아니라 하더라도, 자의적으로 특유재산과 실질적 공동재산의 재배분을 허용할 이유는 생각하기 어렵다.

익을 그 특유재산 보유자만이 누리는 것이 옳은지 의문이 제기될 만하다. 다른 한편 특유재산의 가치증가분을 분할대상재산에 편입하는 경우 분할을 위하여 특유재산 자체를 처분하여야 할 상황이 생길 수도 있는데, 그 또한 바람직하지 아니하다. 이는 특유재산 보유자의 그 특유재산에 대한 존속이익을 해하는 것이다. 두 측면을 고려하면 특유재산의 존속이익을 해하지 아니하는 한도에서 부분적으로 가치증가분을, 일응 분할비율을 조정하는 방식으로, 고려하는 것이 현실적인 해결책 아닐까?<sup>22)</sup>

이상의 고려는 특유재산이 기업지분인 경우에도 일정한 함의를 갖는다. 첫째, 특유재산인 기업지분 보유자가 그에 터 잡아 현금배당을 받는 경우 그것이 혼인 중의 기간에 대응하는 배당금은 특유재산의 '수익'으로서 원칙적으로 실질적 공동재산에 편입되어야 한다.<sup>23)</sup> 문제는 배당가능이익이 있다고 당연히 배당하는 것은 아니라는 데 있다. 배당가능이익이 있다 하더라도 그것을 언제 배당할지는 기업의 배당정책의 문제이다. 배당하지 아니하고 사내에 유보하는 경우 이는 기업지분의 가치, 가령 주가에 반영된다. 주식배당을 하는 경우도 그 실질은 같다. 그렇다면 배당금을 받았을 때에는 실질적 공동재산이 증가하는데, 현금배당하지 아니한 경우에는 실질적 공동재산이 증가하지 아니한다는 것이 옳은가? 그러한 해석은 일반적으로 받아들이기 어려울 뿐 아니라 그 특유재산의 보유자가 배당정책에 영향을 줄 수 있을 때에는 특유재산과 실질적 공동재산 사이에 어느 쪽에 얼마만큼의 재산을 할당할지 자의적으로 정할 수 있게 한다는 점에서 문제적이다. 혼인 중 상당한 수익이 발생하였다면 그 대부분이 배당되어 특유재산인 기업지분과 분리된 경우가 아닌 한 기업지분 자체를 분할대상에 넣어야 한다.

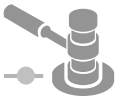
둘째, 기업지분은 시장에서 거래되고 가치를 가지므로 일반적인 경제 내지 시장상황에 따라 구체적 수익 없이도 가치변동이 생긴다. 그 기업지분이 좁은 의미의 특유재산인 경우 이러한 가치변동은, 앞서 언급한 바와 같은 이유에서도, 제한적으로나마 고려될 필요가 있다.

(나) 기업경영자의 (그의 경영권을 뒷받침하는) 기업지분이 문제되는 경우에는, 위와 같은 사정과 별개로, 특유재산의 분할을 인정하여야 할 만한 또 다른 사정이 있다.

특유재산이 부동산인 경우 대개 부동산 자체의 성상(性狀)이 크게 변하지 아니한 채 수익

22) 나아가 보다 일반적으로 특유재산의 가치증가분이 분할대상이 된다는 주장으로, 관련 재판례의 검토를 포함하여, 전 경근, "혼인 중 증가한 재산의 분할", 가족법연구 제36권 제2호(2022), 37면 이하.

23) Halsey B. S. v. Charlotte S. S., 419 A.2d 962 (Del. Fam. Ct. 1980); Amendola et al., § 980, 27B C.J.S. Divorce, February 2023 Update (미국); Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 mars 2018, n° 17-16.198; Mathieu, V° Communauté entre époux - Fasc. 40 : Communauté entre époux. - Bien propres par nature, JurisClasseur Notarial Formulaire, 13 Juin 2018, n° 83 (프랑스). 독일의 부가이익청산도 경제적 결과는 같다.



을 낼 뿐이고, 부동산을 관리하는 그 특유재산 보유자의 노무가 수익창출에 큰 기여를 하지 아니한다. 반면 특유재산이 기업이고 특히 그 보유자가 기업경영자인 경우 경영자의 노무가 수익창출에 중요한 기여를 할 뿐 아니라 그 결과 기업의 실질 자체가 지속적으로 변화한다. 이러한 차이로 인하여 특유재산의 분할대상성에 관한 종래의 법리에 머무를 수 없게 된다.

첫째, 기업경영자의 노무의 성과는 그 자체 실질적 공동재산이다. 부부 중 일방이 종속노동에 종사하는 근로자로 일하여 얻은 근로소득이 실질적 공동재산인 것처럼, 이익과 위험 모두 인수하여 독립적 사업자로 일하여 얻은 사업소득 또한 실질적 공동재산에 속한다는 데 아무런 의문이 없다.<sup>24)</sup> 달리 말하면 부부 각자의 노무의 성과는 그것이 근로소득이든 사업소득이든 실질적 공동재산에 속한다. 이는 뒤에서 다시 보는 바와 같이 재산분할청구권의 가장 기본적인 전제이다.

기업의 물적 자산이 특유재산이라 하더라도 그것이 개인사업인 경우 혼인 후 거둔 사업소득과 기업가치의 증가는 모두 실질적 공동재산으로 재산분할의 대상이 된다. 그 이익이 경제적인 의미에서 (가령 재투자 등으로) 영업·사업에 부착되어 있고 이를 현금화하여 가정경제로 이전하지 아니하였다는 사정은 중요하지 아니하다. 법률은 개인사업자인 부부 일방의 사업용 재산과 개인용 재산을 구분하지 아니하는 것이다. 이른바 영업권(good will)이 재산분할대상이 되는<sup>25)</sup> 이유이다. 이는 사업으로 거둔 소득이 어떠한 사정으로 사업용 특유재산에 결합된 때에도 다를 바 없다. 판례는 특유재산이라 하더라도 타방이 그 유지 또는 가치증가에 기여한 때에는 분할대상이 된다고 한다. 그러나 이것이 일방 명의의 특유재산에 첨부된 ‘타방’의 노무의 가치를, 가령 민법 제261조에서처럼, 그 타방이 상환받는다든 뜻은 아니다. 앞서 본 바와 같이 타방의 노무의 가치는 실질적 공동재산에 속하므로 특유재산에 (부부에게 공동귀속하는) 실질적 ‘공동’재산이 결합되었다는 점이 ‘재산분할’의 근거가 되는 것이다. 이

24) 프랑스민법 제1401조, 스위스민법 제197조 제2항은 부부 각자의 인적 노무(industrie personnelle, Arbeitserwerb)의 결과가 공동재산임을 명시하여 이러한 사상을 명확하게 표현하고 있다. 두 나라 모두 이때의 인적 노무는 독립적이든 종속적이든, 육체적이든 지적이든, 일시적이든 영속적이든, 전문적이든 아마추어적이든, 주거 내에서도 외에서도, 부부가 공동으로 하든 각자 따로 하든, 부부 일방이 타방에게 종속되어 하든, 시장적이든 예술적이든 가리지 아니한다고 해석한다. Pillebout, V° Fasc. 605 : Partage de communauté. - Communauté entre époux, JurisClasseur Divorce, 10 Avril 2019, n° 9; Mathieu(주 17), n° 43 e s.; Hegnauer/Breitschmid, Grundriss des Eherechts, 4. Auf., 2000, N. 26.19도 참조. 그밖에 특유재산에 (타방이 아닌) ‘부부 중 어느 일방 또는 쌍방(either or both)’의 기여가 더해진 경우 분할대상성을 인정하는 미국 여러 주(州)의 판례 또는 제정법(아래 주 25)도 비슷한 관점에서 이해할 수 있다.

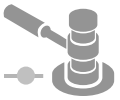
25) In re Marriage of Wilson, 110 Ill. App. 3d 809, 66 Ill. Dec. 508, 443 N.E.2d 31 (5th Dist. 1982); Lord v. Lord, 454 A.2d 830 (Me. 1983); May v. May, 214 W. Va. 394, 589 S.E.2d 536 (2003); Moore v. Moore, 414 S.C. 490, 779 S.E.2d 533 (2015); Amendola et al., § 977, 27B C.J.S. Divorce, February 2023 Update (미국); Mathieu(주 22), n° 65; Pillebout(주 23), n° 14-15 (프랑스); 犬伏由子(주 5), 212頁 (일본). 우리나라에서도 영업권의 분할대상성을 인정하는 데 이설(異說)이 없다. 민유숙(주 3), 425-426면; 이동진(주 3), 389-390면.

는 비교법적으로 실질적 공동재산이 특유재산과 섞이거나 결합한 경우 별산제를 전제한 재산분할에서는 물론 공동제에서도 널리 특유재산의 부부 공동재산으로의 전환이 인정된다는 사실에 비추어도 알 수 있다.<sup>26)</sup> 그렇다면 그 특유재산의 유지 또는 가치증가에 보유자 ‘자신’의 노무가 결합된 때에도 다를 바 없어야 한다. 노무의 결과는 누구의 노무이든 실질적 공동재산이기 때문이다. 비교법적으로도 이러한 경우 특유재산이 실질적 공동재산이 되지 아니한다고 하는 예는 찾아볼 수 없다. 이 문제는 그동안 많이 논의되지 아니한 문제일 뿐 논리적으로는 자명하다. 특유재산의 가치유지나 증가에 (단지 타방이 아니라) 부부 중 어느 일방이라도 상당한 정도 기여한 이상 그 일방이 보유자라 하더라도 특유재산의 분할을 인정하여야 한다.<sup>27)</sup>

이러한 사정은 특유재산이 개인기업의 물적 자산이 아닌 법인기업의 지분인 경우에도 다를 바 없다. 법인기업의 실질이 바뀌어 인적·물적으로 크게 성장하였을 뿐 아니라 업종(業種)의 증감이 있었을 때에도 특유재산인 그 보유자의 지분에는 아무런 변화가 없을 수 있다. 그러나 재산분할은 혼인 중 형성된 재산을 실질을 파악하기 위한 시도이다. 기업형태라는 법적 형식의 차이가 여기에서 실질적인 차이를 낳게 둘 수는 없다. 특유재산인 건물을 단독소유하면서 자신의 노무를 이용하여 2층 건물을 12층 건물로 (합법적으로) 증축함으로써 그 가치를 5배로 증가시켰다면 증축 부분이 본래 실질적 공동재산인, 또는 공동재산을 증가시키는 데 쓰였어야 했던 그 특유재산 보유자의 노무에 의한 것으로 실질적 공동재산에 해당한다는 점을 부정하기 어려울 것이다. 증축 부분과 그 이외의, 애초에 있었던 특유재산을 법적으로 나눌 수 없다면 건물 전부를 실질적 공동재산에 편입할 수밖에 없다는 점도 부정하기 어려울 것이다. 전후에 걸쳐 건축물대장과 건물등기부의 표제란이 바뀌었을 뿐 소유자란에는 아무런 변화가 없었다 해도 말이다. 기업지분도 달리 볼 이유가 없다. 기업을 법적인 관점에서 하나의 법적 주체로 파악하고 그에 대한 권리를 지분(비율)이라는 추상적 크기로 응축시킨다 하여 그 배후에 인적·물적 자원이 결합된 어떤 경제적 실체가 존재하고 그 실체

26) Oswalt v. Oswalt, 981 S.2d 993 (주 13); Dunn v. Mullan, 211 Cal. 583, 296 P. 604, 77 A.L.R. 1015 (1931); Amendola et al., § 924, 27B C.J.S. Divorce, February 2023 Update; Van Arsdale et al.(주 5), §§ 462, 481, 482, 483; Oakes(주 12), § 29 (미국), OGH SZ 56/42; ecolx 2002/132; Bernat(주 17), Rz. 5 (오스트리아).

27) 같은 취지로, Oldham v. Oldham, 683 So. 2d 579 (Fla. 4th DCA 1996); Armour v. Holcombe, 288 Ga. 50, 701, S.E.2d 169 (2010); Pulice v. Pulice, 242 A.D.2d 527, 661 N.Y.S.2d 675 (2d Dep’t 1997); Thielenhaus v. Thielenhaus, 1995 OL 5, 890 P.2d 925 (Okla. 1995); Smith v. Smith, 197 W. Va. 505, 475 S.E.2d 881 (1996); Van Arsdale et al., § 482, 24 Am. Jur. 2d Divorce and Separation, February 2023 Update (“일반적으로 혼인 중에 특유재산의 가치가 증가하더라도 증가가 인플레이션 요소를 포함하여 오직 시장과 경제의 독립적 힘에 의하여 이루어진 경우 그 또한 특유재산이다. 반면, 특유재산의 가치가 혼인 중 증가한 것이 부부 중 어느 일방 또는 쌍방(either or both)의 노력의 결과인 경우 그 증가는 혼인재산이다.” 타방이 아닌 어느 일방이라고 하고 있는 점에 주목할 필요가 있다. 여러 주(州)의 제정법도 같은 문구를 쓴다.



의 성상(性狀)이 기업경영자의 노력에 의하여, 그의 위험과 이익으로 지속적으로 변화하고 있다는 사실을 부정할 수는 없다. 그러한 경영성과는 그것이 혼인 중 기업경영자의 경영활동의 결과인 한, 개인기업에서와 마찬가지로, 그가 이혼할 때 재산분할의 대상이 되어야 한다. 당해 기업지분이 가령 혼인 전부터 갖고 있었던 특유재산이라 하더라도 말이다. 다른 나라에서도 이 문제를 정면으로 다룬 (드문) 재판례들은 비슷한 결론에 이르고 있다.<sup>28)</sup>

이렇게 보지 아니하면 기업경영자가 특유재산과 실질적 공동재산 사이에서 자의적 재산배분(조작)을 하는 것을 허용할 위험이 생긴다. 기업지분도 혼인 중 취득한 경우 실질적 공동재산으로 분할대상이 된다는 데에는 전혀 의문이 없다. 비교법적으로도 그러하다.<sup>29)</sup> 기업경영자는 특유재산인 기업지분에 터 잡아 배당을 받아 실질적 공동재산인 기업(을 설립하는 등으로 그)지분을 취득할 수도 있고, 특유재산인 기업지분에 터 잡아 그 기업을 (인적 또는 물적으로) 분할하여 기업지분을 취득할 수도 있다. 심지어는 배당을 받아 실질적 공동재산인 가정경제의 필요를 충족시키는 대신 기업경영권을 이용하여 가정경제의 필요 중 상당부분을 기업재산으로 해결할 수도 있다. 이때 기업경영자가 어떤 거래형태를 택했는지에 따라 그 재산이 특유재산인지 공동재산인지가 달라진다면 부당할 것이다. 특유재산으로 10억 원 상당의 기업지분을 받아 혼인 후 이를 110억 원 상당의 기업지분으로 성장시킨, 그러나 그 이외의 가정경제는 사실상 재산축적 없이 유지해온 경우, 그리고 특유재산으로 10억 원 상당의 기업지분을 받아 혼인 후 이를 80억 원 상당의 기업지분으로 성장시키고 배당을 받는 등으로 위 지분 외에 30억 원 상당의 개인재산을 보유한 경우, 혼인 후 기업을 설립하여 100억 원 상당의 기업지분을 확보한 경우를 달리 취급할 근거가 없다는 점은 자명하다.

둘째, 기업경영자에게 기업지분은 추상적인 비율 또는 수익률에 그치는 것이 아니라 구체

28) Scherzer v. Scherzer, 136 N.J. Super. 397, 346 A.2d 434 (App. Div. 1975) (혼인하기 전부터 보유하던 회사 주식을 분할대상으로 하면서 “그 회사는 폐쇄회사였고, 문제된 주식은 통상 시장에서 거래되는 증권과 달리 피고의 사업에 대한 인적 참여(personal participation)로부터 상당부분 가치를 끌어낼 수밖에 없었다. 형평에 따른 분할원칙에 관한 한, 부(夫)가 개인사업을 하고 있었는지 회사 이름으로 이를 보유하였는지에 따라 본질적 차이가 있을 수는 없다. 형식이 지배해서는 안 된다”고 판시). 비슷한 취지로, Cohen v. Cohen, 184 A.D.2d 347, 185 A.D.2d 197, 585 N.Y.S.2d 348 (1st Dep’t 1992). 같은 전제하에 혼인 전 부모의 증여로 취득한 회사 지분은, 그 보유자가 그 회사의 Operational Manager이기는 하나 운송 등을 책임지고 있을 뿐 회사 전반의 경영을 책임지는 것은 아니라면, 분할대상이 아니라는 것으로 Sullivan v. Sullivan, 295 Ga. 24, 757 S.E.2d 129 (2014) (각 미국). Van Arsdale et al., § 491, 24 Am. Jur. 2d Divorce and Separation, February 2023 Update는 일반적으로 “혼인 전의 지분 가치에 관한 한 특유재산이지만 혼인 후 가치증가는 혼인 공동재산”이라고 설명한다. 그밖에 부동산에 관한 것이기는 하나 특유재산의 가치증가를 시장의 수요·공급에 따른 경제적 가치증가와 부부 일방의 노무에 의한 가치증가로 나누어 그중 후자에 해당하는 부분은 비율적으로 혼인 공동재산에 포함된다고 한 BGE 112 II 384, 385 및 “기업의 성장과 관련하여서는 노무에 의한 가치증가 내지 재산수익과 경제적 가치증가 내지 재산수익이 모두 문제되므로 그것이 어떻게 이루어진 것인지 개별적으로 심사하여야 한다”고 한 Hausheer(주 17), N. 14-15 (스위스)도 참조.

29) Van Arsdale et al.(주 27), § 491 (미국); Mathieu(주 22), n° 78-79 (프랑스); 犬伏由子(주 5), 212頁 (일본). 독일의 부가이익공동제도 경제적 결과는 같다.

적인 인적·물적 자원의 결합이다.<sup>30)</sup> 그러므로 특유재산에 대하여 어떤 존속이익이 보호되어야 한다 하더라도, 그러한 존속이익 또한 주로 구체적인 인적·물적 자원의 결합으로서 기업에 향한 것이어야 하고, 혼인 후 그것이 전혀 다른 형태로 바뀌었을 때까지, 마치 부동산처럼, 그 존속이 보호되어야 한다고 말하기는 어렵다. 거꾸로 증여자나 피상속인이 주고자 한 것이 그 당시의 구체적 인적·물적 결합으로서의 기업이 아닌 일정한 크기의 추상적 가치였다면, 그 당시 주어진 추상적 가치까지 분할대상으로 삼지 아니하면 족하고 그 이후 증가한 가치를, 그것이 특유재산에 부착되었다는 이유만으로, 분할대상에서 제외할 이유도 없다.

## 2. 기업지분이 포함된 경우 분할비율

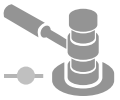
기업지분이 재산분할의 대상이 된다는 말은 그 기업지분의 가치가 실질적 공동재산의 총액에 산입되어야 하고, 그 기업지분이 재산분할심판에 의하여 처분될 수 있다는 뜻이다. 그러나 기업지분의 가치가<sup>31)</sup> 실질적 공동재산의 총액에 산입된다는 점만으로 논의가 끝날 수는 없다. 분할비율의 결정이 널리 법관의 재량에 맡겨져 있기 때문이다. 특유재산인 기업지분을 위 1.과 같은 사정을 고려하여 분할대상재산으로 보는 것은 그렇게 하지 아니하는 경우 분할비율의 조정만으로 적정한 분할에 이르지 못할 수 있기 때문이므로, 위 1.의 논의 또한 적정한 분할 결과를, 그것이 무엇이 되었든, 전제하고 있었다.

재산분할이 이른바 청산적 요소를 고려한다는 데는 전혀 의문이 없다. 이미 민법 제839조의2 제2항의 “당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산의 액수”라는 표현과 “재산분할”이라는 용어 자체가 청산적 측면을 시사한다.<sup>32)</sup> 문제는 정당한 청산 결과를 어떻게 정할 수 있는가 하는 점이다. 부부 쌍방이 비슷한 정도의 소득활동을 하고 비슷한 정도로 가사에 기여한다면 1/2로 하는 데 큰 어려움이 없다. 그러나 부부 중 일방은 (거의) 전적으로 소득활동을 하고 타방은 (거의) 전적으로 가사를 돌보는 외벌이-전업주부형에서는 부부 쌍방의 기여의 성질이 다르고 특히 가사를 돌보는 일방은 재산형성에 ‘직접’ 기여하는 바가 없다. 그렇다고 이 경우

30) 적어도 기업경영자에게는 기업이 구체적 인적·물적 자원의 결합이고 어느 정도의 수익을 기대할 수 있는 추상적 지분에 그치지 아니한다는 점에 대하여는, 다소 다른 맥락에서이지만, 이동진, “기업인수계약상 진술·보증약정위반과 인수인의 악의”, 서울대 법학 제57권 제1호(2016), 173-174, 177면.

31) 기업지분의 가치를 어떻게 산정할 것인가 하는 점은 비교법적으로 재산분할법의 가장 까다로운 문제 중 하나로 다루어지고 있으나, 이 글에서는 특히 기업경영권을 뒷받침하는 지분의 경우 그러한 사정(이른바 경영권 프리미엄)이 고려되어야 한다는 점만 지적하고, 구체적인 논의는 생략한다.

32) 1990년 개정 법률안이 된 법제사법위원회의 민법중개정법률안(대안)은 그 제안이유를 다음과 같이 기술하고 있다: “8. 이혼배우자의 재산분할청구권을 신설함. 가. 이혼의 경우 배우자의 일방은 다른 일방에 대하여 기여도에 따라 재산분할을 청구할 수 있도록 함(안 제839조의2제1항). 나. 재산분할에 대하여 협의되지 아니할 때에는 가정법원이 관여하도록 함(안 제839조의2제2항).”



“당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산”을 부정할 수는 없다. 이러한 외별이-전업주부형 혼인에서 가사에 전념한 부부 일방, 대개는 처에게 경제적 이익을 주고자 하는 것이 재산분할청구권의 제1의 기능이자 의도라고 보아야 하기 때문이다.<sup>33)</sup> 가사노동을 그 시장가치로 평가할 수도 없다. 가사노동은 시장에서 거래되지 아니하여 그 가치를 적절하게 평가할 수 없고,<sup>34)</sup> 부부관계는 비시장적이고 인격적인 것으로서 그들 사이의 교환을 시장가치에 의지하여 평가하기 어렵기도 하기 때문이다. 결국 외별이-전업주부혼에서 전업주부인 부부 일방의 기여와 재산형성 사이에는 어떠한 인과관계도 요구되지 아니한다고 보는 수밖에 없다. 부부 공동재산이 혼인 중 형성된 재산으로서 부부가 구체적으로 협력하여 형성한 재산이 아니라 혼인 중 형성된 재산으로서 부부 일방이 증여·상속 등으로 취득하지 아니한 재산으로 소극적인 방식으로 정의되는 이유이다.<sup>35)</sup> 비교법적으로도 이 점에 일치한다. 부부 어느 일방의 노무의 결과는 그것이 사업소득이든 근로소득이든 실질적 공동재산이 되어야 하는 이유이기도 하다.

그런데 이처럼 부부 일방의 재산적·유형적 기여가 요구되지 아니하고 단지 그에게 배타적으로 귀속되어야 할 소득만 제외될 뿐이라면, 재산적·유형적 기여가 없는 배우자의 간접적·비유형적 기여에 할당되어야 할 ‘몫’ 또한 다분히 사실적·경제적으로 정할 수 없고 규범적·이념적으로 정하여야 한다. 민법 제839조의2는 그 고려요소를 더 자세히 언급하지 아니하나, 다른 나라에는 이를 언급하는 예가 있다. 미국의 형평에 따른 분할을 인정하는 주(州) 제정법과 판례는 당사자의 상황, 혼인기간, 각 당사자의 경제적 및 가사상의 기여, 각 당사자의 혼인 공동재산의 지출·처분, 혼인 공동재산의 시장가치 및 정서적 가치, 특유재산의 가치, 분할의 조세·경제·계약·법적 효과, 각 당사자의 소득능력, 각 당사자의 연령과 건강, 혼인 중 각 당사자의 행태, 미성년 자녀의 양육권의 소재, 퇴직소득, 부양료, 채무, 배우자의 형사처벌 등, 자산 자체의 존속, 각 당사자의 경제적 자립 등 일체의 사정을 언급하고 있고,<sup>36)</sup> 오스트리아 혼인법 제83조는 일반적으로 형평을 언급하는 외에 특히 각 당사자의 재산형성에의 기여와 자녀의 복리, 공동생활비용과 관련하여 부담하게 된 채무를 고려할 것을 명하면서 “부양급여(Leistung des Unterhalts), 달리 보상받지 아니한 이상 소득/취득(Erwerb)에의 협력, 공동의 가사(家事)의 관리, 공동의 자녀의 양육 및 기타 일체의 혼인적 부양(eheliche Beistand)을 기여(Beitrag)로 평가하여야” 함(제2항)을 명문으로 확인한다.

33) 구회근(주 15), 183-186면; 이동진(주 3), 372-374면.

34) 가사노동은 가사도우미의 일을 뛰어넘는다. 여성정책기본법 제26조가 “국가와 지방자치단체는 가사노동의 경제적 가치를 정당하게 평가하여 이를 법제도나 정책에 반영하도록 노력하여야 한다”고 규정하고 있는 것은 이것이 ‘정당’하게 평가되지 아니하였다는 인식을 반영하고 있다고 볼 것이다.

35) 이동진(주 3), 381-383면.

36) Van Arsdale et al., §§ 457, 458, 24 Am. Jur. 2d Divorce and Separation, February 2023 Update.

가사노동의 가치를 강조하면서도 획일적으로 1/2을 나누어주는 것이 구체적 사안에서 공평하지 아니할 수 있음을 고려한 것이다.<sup>37)</sup>

그러나 외벌이-전업주부혼에서도 부부간 평등(헌법 제36조 제1항)이 존중되어야 하고 양자의 기여를 경제적으로만 평가할 수 없다면, 원칙적인 분할비율은 1/2이어야 하고, 개별 요소는 매우 두드러지는 경우에 한하여 적절히 분할비율을 수정하는 요소로 고려함이 타당하다.<sup>38)</sup> 비교법적으로도 미국의 형평에 따른 분할은 1/2 추정에서 출발하고 있고,<sup>39)</sup> 독일의 부가이익청산이나 대다수의 공동제는 1/2을 법정하고 있기도 하다.<sup>40)</sup> 그 결과 똑같은 가사노동을 한 경우에도 배우자가 경제적으로 상당한 성취를 이루었다면 이를 함께 누릴 수 있게 된다. 이는 재산분할에서 이른바 청산적 요소가 (재산적) 기여에(만) 근거한다기보다는 오히려 부부 사이의 연대성에 근거함을 보여준다.<sup>41)</sup> 가정법원 재판실무는 외벌이-전업주부혼의 경우 혼인기간이 길수록 분할비율을 높여 혼인기간이 10년 또는 20년을 넘으면 1/2 정도를 분할하는 경향을 보이는데,<sup>42)</sup> 이를 이러한 관점에서 이해할 수 있다. 긴 혼인기간은 더 강한 연대성 내지 공동운명체를, 그리하여 자신의 직접적 기여가 없는 배우자의 재산 또는 성취에 대한 더 넓은 범위의 참여를 정당화한다.

앞서 본 혼인기간이 긴 경우 특유재산이 분할대상이 되는가 하는 문제도 이러한 관점에서 살펴볼 수 있다. 혼인기간이 길다는 점만으로 특유재산이 분할대상이 될 수는 없다.<sup>43)</sup> 그러나 혼인기간이 길면 길수록 정당한 ‘몫’이 커지고, 그런 만큼 특유재산을 포함하지 아니하면

37) 명시적인 것으로 Schwimman/Bernat, ABGB Praxiskommentar, 3. Aufl., 2005, § 83 EheG, Rz. 1.

38) 이동진(주 3), 404면.

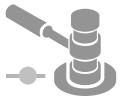
39) Dunmore v. Dunmore, 2018 WL 2173710 (Alaska 2018); Van Arsdale et al.(주 34), § 457.

40) 독일민법 제1378조 제1항 (부가이익청산), 스위스민법 제215조 제1항 (소득참여제), Oakes, § 29, 15B Am. Jur. 2d Community Property, February 2023 Update (미국, 공동제를 채택하는 주); 프랑스민법 제1475조 제1항 (공동제).

41) 이동진(주 3), 377-378, 404면; 同, “재산분할과 채무: 부부 일방의 적극재산보다 소극재산이 많은 경우를 중심으로”, 가족법연구 제26권 제3호(2012), 315-316면.

42) 박보영, “재산분할의 실태조사”, 서울가정법원 실무연구[IV], 1998; 전주혜, “재산분할에 대한 판결례 분석”, 가사재판연구[I], 2007; 박민수·이동진·오정일, “이혼 후 재산분할의 비율 및 이혼 위자료액의 결정: 2009년~2011년 합의부 재판례의 실증분석”, 가족법연구 제28권 제1호(2014).

43) 윤진수, “실질적 특유재산에 대한 재산분할”, 가족법연구 제36권 제2호(2022), 16면 이하. 다만 같은 문헌은 혼인계속 중과 같은 정도의 생활수준을 보장하는 데 필요하다면 부양적 재산분할을 인정할 수 있고, 그때에는 특유재산도 분할대상이 될 수 있다고 한다. 그러나 혼인이 더는 계속되지 아니함에도, 별다른 기간의 제한 없이 혼인 중과 같은 정도의 생활수준을 보장하여야 하는지, 나아가 여기에 혼인기간의 고려가 없어도 되는지는 의문이다. 이른바 부양적 재산분할은 청산적 재산분할로 적절한 배려가 이루어질 수 없으나 특유재산은 충분히 있는 경우 혼인으로 인한 공평을 스스로의 힘으로 극복할 수 있도록 일정기간 도움을 주는 것으로 제한하여야 하지 않을까? 보다 중요한 것은 청산적 재산분할에서 정당한 몫을 주는 것이고, 그렇게 하는 한 부양적 재산분할의 문제는 현실적으로 잘 발생하지 아니할 것이다.



적절한 분할이 곤란한 상황도 좀 더 흔히 생길 수 있다.<sup>44)</sup> 특유재산인 기업지분의 경우 설령 가치증가분이 별로 없어도 혼인기간이 긴 경우 분할대상에 포함시킬 여지가 있다.

흥미를 끄는 점은 이들이 각자의 소득능력과 경제적 기여를 고려요소 중 하나로 들고 있다는 사실이다. 비슷한 논의는 일본민법 제768조의 입법과정에서도 찾아볼 수 있다.<sup>45)</sup> 그리하여 부부 일방의 경제적 성취가 특별히 크고 그의 특수한 능력( 또는 운)에 기인하는 바가 있다면 혼인하였다는 사정만으로 그 모두를 균분하지 아니하고 소득활동을 한 부부 일방에게 더 큰 재산을 분할해주기도 한다. 우리 가정법원 재판실무도 분할대상재산규모가 특히 큰 경우 분할비율을 1/2보다 낮게 정하는 경향을 보여왔다.<sup>46)</sup> 뒤에 보는 바와 같이 1/2을 원칙으로 하는 경우 부부재산계약으로 대응할 가능성이 높다는, 즉 적어도 일정 범위 내에서는 불균등분할이 대부분의 당사자들이 받아들이는 바에 부합한다는 점에 비추어도 이러한 해결이 반드시 잘못되었다고 할 수는 없을 것이다.

그밖에 특유재산이 분할대상이 되었다는 사정도 분할비율을 낮게 정하는 한 요소가 될 수 있다.<sup>47)</sup> 반면 분할의무자가 윤리적 의무나 도의관념에 적합하지 아니한 무상출연을 하였거나 재산을 낭비하였거나 배우자에게 손해를 가할 의도로 행위하였다는 사정은 분할액을 높이는 방향으로 작용할 것이다.<sup>48)</sup>

44) 혼인기간이 특유재산의 분할가능성의 중요한 고려요소 중 하나라는 점에 대하여는 *Grasser v. Grasser*, 2018 ND 85,909 N.W.2d 99 (N.D. 2018) (15년은 이러한 의미에서 긴 기간이라고 한다); *Van Arsdale et al.*(주 5), § 461 (“혼인기간은 이혼소송 중 혼인재산의 형평에 따른 분할의 일부로 증여나 상속재산을 분할하는 데 중요하다”).

45) 혼인 공동재산의 1/2을 나누어 주는 것을 원칙으로 하자는 GHQ의 입장에 대하여 일본 측은 법관의 재량에 맡기는 쪽이 낫다면서 원안 유지를 설득하였는데 그 논거 중 하나로 ‘부부 특유의 기능 등이 원인이 되어 취득한 재산의 경우는 2분의 1이라는 원칙이 불합리하다’는 점을 들었다. 犬伏由子(주 5), 189頁.

46) 박민수·이동진·오정일(주 41), 125면.

47) 이동진(주 3), 388-389면. 미국에서는 특유재산인 기업지분이 분할대상이 되는 경우 가치증가액( 중 인플레이션 등 외부적 요인에 의한 부분을 제외한 것)만을 공동재산에 편입하는 예가 많고, 스위스의 판례도 그러한 취지이다(앞의 주 27 참조). 민법 제839조의2 제2항은 분할의 액수와 방법을 적절히 정하도록 하고 있을 뿐 산정방식을 구체적으로 통제하지 아니하므로 우리 법의 해석으로도 특정 재산의 가치 중 일부만을 분할대상재산(의 가액)에 산입하고 이를 전제로 분할비율을 정하는 방식도 가능할 것이다.

48) 독일민법 제1375조 제2항 제1호 내지 제3호, 제3항은 이러한 사정이 있는 경우 최종재산에 이러한 사정에 의하여 감소된 금액을 가산하되, 위 재산감소가 부부재산제 종료 10년 이전에 있었거나 타방이 위 재산감소에 동의한 때에는 이를 가산하지 아니한다. 대체로 합리적이라고 보인다.

### III. 재산분할의 기업경영권에는 영향에 대한 대응: 분할방법과 부부재산계약

#### 1. 분할방법상의 고려

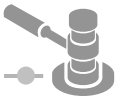
기업경영자의 이혼에 따른 재산분할은, 부분적으로는, 기업, 특히 기업경영권에 영향을 미칠 수 있다는 점에서 문제적이다. 기업경영자의 이른바 경영권은 많은 경우 충분한 수준의 기업지분에서 파생되는 부산물이다. 그러나 기업의 인적·물적 자원의 조직 자체가 다른 투자자 기타 이해관계인이 기업경영자에 대하여 형성한 인적 신뢰에 의하여 이루어지는 일도 흔하다. 기업경영자의 기업지분의 분할·처분으로 인하여 그가 경영권을 잃는 경우 기업 자체가 질적으로 달라지거나 심지어 해체되는 일도 배제할 수는 없다.

이미 민법상 조합이나 인적 회사에서는 기업지분의 처분을 통한 경영 관여를 배제함으로써 기업법적 수준에서 이러한 위험에 대처하고 있다.<sup>49)</sup> 그러나 물적 회사에서도 투자자와 대주주인 기업경영자 사이에 투자의 조건으로 지분이전을 금지하는 등의 합의를 하는 일이 있다. 그와 같은 합의가 없을 때에도 대주주인 경영자가 사실상 경영을 계속하리라는 기대 내지 신뢰가 기업의 유지·존속에 중요하다고 주장할 수 있다.

그러나 이러한 문제에 대한 원칙적 대응은, 기업을 분할대상재산에서 제외하는 것이 아닌, 구체적 분할방법을 정함에 있어서 가치의 이전 이외의 현상에 대한 영향을 줄이는, 특히 기업의 경우 그 존속이익을 배려할 수 있는 방법을 택하는 것이다. 기업지분이 재산분할의 대상이 된다는 것은 분할심판에 의하여 처분할 수 있음을 뜻하지만, 조합이나 인적 회사의 지분은 그 명의인과 양수인(배우자)의 의사만으로 이전할 수 없고 제3자의 동의 등이 필요하므로 지분의 가액은 분할대상재산의 총액에 산입되지만 지분 자체가 분할심판의 대상이 되어 그 이전을 명하지는 아니한다.<sup>50)</sup> 그러한 법적 제약이 없는 물적 회사의 지분이 문제될 때에도 원칙적으로 지분 자체는 기업경영자인 부부 일방에게 분할하고 타방에게는 금전으로 분할받게 하는 것이 바람직할 것이다.<sup>51)</sup> 비교법적으로도 원칙적으로 타방에게는 금전분할만

49) 민법상 조합의 조합원 지위 이전에 관하여는 대법원 2009. 4. 23. 선고 2008다4247 판결; 이병준·김도년, “민법상 조합과 조합지분의 일부 양도”, 한림법학 FORUM 제20권(2009), 114면 이하, 합명회사, 합자회사, 유한책임회사, 상법 제197조, 제269조, 제275조, 제287조의8. 반면 물적 회사에서는 원칙적으로 지분을 양도할 수 있다. 상법 제335조(주식회사), 제556조(유한회사).

50) 대법원 2009. 11. 12. 선고 2009므2840, 2857 판결. 같은 취지로 Münchener Kommentar zum BGB/Koch, 9. Aufl., 2022, § 1383, Rn. 6.



인정하거나,<sup>52)</sup> 적어도 기업지분이 문제되는 경우에는 금전분할만 인정하는<sup>53)</sup> 등 이러한 접근을 취하는 예가 많다. 기업 지배구조 변동이 갖는 기업경영자 및 제3자에 대한 영향을 최소화하려는 노력이다.

물론 기업경영자에게 기업지분 이외에 자산이 충분하지 아니하다면 금전분할만 인정하더라도 기업지분에 대한 집행과 그에 따른 처분이 불가피해질 수 있다. 이러한 경우에는 권리 실현을 위하여 현물분할을 고려할 필요가 있다.<sup>54)</sup> 기업지분의 가치를 적절하게 평가하기 어려워 현물분할을 고려하여야 하는 경우도 생각할 수 있다. 그러나 그러한 특별한 사정이 없는 한 재산분할이 기업 자체에 큰 영향을 주지 아니하도록 하는 것이 합리적 재량행사라는 데는 별 의문이 없다. 이를 위해 (필요하다면 담보를 받고) 재산분할액의 지급을 일정 기간 유예하는 것을 허용할 필요도 있다.<sup>55)</sup> 명문 규정은 없으나 비송사건으로서 재산분할심판의 성격을 고려할 때 가정법원의 심판에 관한 재량에 (담보를 제공받고) 기한을 유예할 권한이

51) 김형식, “가사보전소송에 대한 몇 가지 고찰”, 가사재판연구[II], 2011, 114-115면; 이동진(주 3), 410면; 同(주 40), 322면.

52) 독일, 스위스가 그러하다. 독일민법 제1378조; Münchener Kommentar zum BGB/Koch, 9. Aufl., 2022, § 1378, Rn. 3 (독일), BGE 100 II 71; BSK/Hausheer, 2. Aufl., 2002, Art. 216B, N 13 (스위스).

53) 오스트리아혼인법 제84조는 일반적으로 “재산분할은 이혼하는 부부의 생활영역에 장래에도 가급적 적게 영향을 주도록 행해져야 한다”고 규정한다. 흥미를 끄는 것은 제82조 제1항 제3호, 제4호인데, 이들은 일반적으로 ‘기업(Unternehmen)’ 재산과 단순한 가치투자(bloße Wertanlagen)가 아닌 경우의 기업지분을 분할의 대상에서 제외한다. 이 규정은 1978년 혼인법 개정 당시 재계의 강력한 요청으로 삽입되었다. 당시에는 이 규정이 삽입되지 아니하면 혼인법 개정 자체가 좌초될 상황이었다고 한다. 그 대신 혼인법 제98조에 소득활동에 대한 협력에 대한 보상청구권이 신설되었다. 그러나 이 개정 후 이에 대한 격렬한 법정정책 비판이 제기되고, 위헌 논란이 일었으며, 해석으로 무력화하려는 시도가 행해졌다. 그리하여 1999년 혼인법 개정으로 제91조 제2항에 적어도 혼인재산이 기업에 유입된 경우에는 그 ‘가액(Wert)’을 분할대상으로 포함시키는 것으로 하였다. 다만, 기업 자체의 존속은 위태롭게 하지 아니한다는 점이 확인적으로 선언되었다. 이는 기업지분 자체의 이전은 배제하되 그 가치는 분할대상으로 넣는 것을 의미한다. 위 두 규정의 입법경위와 그 정당성에 관한 여러 논란에 대하여는 우선, Schwimman/Bernat, ABGB Praxiskommentar, 3. Aufl., 2005, § 82 EheG, Rz. 12 und § 91 EheG, Rz. 4-7; Muckenhuber, Stiftungen, Unternehmen und Versicherung in der Vermögensaufteilung nach Scheidung, 2014, S. 17 ff. 1978년 개정에 대하여 제기된 비판들은 대체로 위 본문 II. 1. (2)에서 지적인 바와 비슷하다. 그밖에 독일민법 제1383조는 특정재산의 양도가 채권자에 대한 중대한 불공평을 피하기 위하여 필요하고 이것이 채무자에게 기대될 수 있을 때에는 특정재산의 양도를 명할 수 있다고 정하나, 채무자가 단독으로 운영하는 기업의 지분이전을 명하는 것은 일반적으로 배제된다. Koch(주 49), Rn. 12. 프랑스에서는 양도할 수 없는 (인적 회사 등의) 지분의 경우 권리귀속과 재산적 측면을 나누어 후자만 공동재산이 되고 분할대상이 되며, 양도할 수 있는 (물적 회사 등의) 지분의 경우 그러한 구별 없이 모두 공동재산이 되나 그 보유자가 그곳에서 직업활동을 하는 경우에는 법관에게 우선배분을 요청할 수 있고, 일반적으로 판례의 고안물인 권리귀속과 재산적 측면의 구별을 여기에서도 고려하여 현물분할을 피할 수 있다고 한다. Claux et al., Droit et Pratique du Divorce, 5<sup>e</sup> éd., 2021, 233.202 et 233.271 (par Claux et David).

54) Koch(주 49), Rn. 14.

55) 독일민법 제1382조는 청산채권의 즉시 변제가 채권자의 이익을 고려하더라도 시기상 적절하지 아니한 경우 채무자가 다투지 아니하는 범위에서 기한을 유예하되 이자를 지급하게 하고 담보를 제공하게 할 수 있다고 정한다. 채무자가 기업을 포기하여야 하는 사정은 채무자의 경제적 이익으로, 기업계속을 위태롭게 하는 사정은 같이 일하는 제3자의 이익으로 이 형량과정에서 고려된다. Münchener Kommentar zum BGB/Koch, 9. Aufl., 2022, § 1382, Rn. 7, 13.

포함된다고 보더라도 크게 무리는 아니다.

이상과 같은 사정은 특유재산이 분할대상이 되는 경우에도 다를 바 없다. 적정한 분할을 위하여 특유재산을 분할대상재산에 포함시키더라도 가능한 범위에서는 그 보유자의 존속이익을 배려하여야 한다.<sup>56)</sup> 다만 앞서 본 바와 같이 특유재산이 그 실질이 지속적으로 변동하는 기업지분인 경우, 가족기업인 폐쇄회사라는 등의 별도의 사정이 없는 한, 그 존속이익은 훨씬 약할 것이다.

## 2. 부부재산약정에 의한 대응

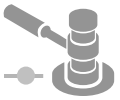
가정법원이 위와 같은 사정을 고려하여 합리적으로 재량을 행사한다 하더라도, 그리고 그러한 재량행사의 근거를 심판서에서 보다 구체적이고 체계적으로 적시하여 투명성을 제고한다 하더라도<sup>57)</sup> 여전히 많은 부분이 가정법원의 재량에 맡겨져 있다. 기업의 투자자 등이 법원의 광범위한 재량에 맡기는 것을 불안해할 수 있다. 이에 대하여 민법이 예정하고 있는 원칙적인 대응은 부부재산약정이다.

민법 제829조 제1항은 부부에게 혼인성립전에 “그 재산에 관하여 따로 약정”을 할 수 있게 하고 있다. 이를 일반적으로 부부재산약정이라고 한다. 문제는 이 규정이 민법 제4편 친족 중 제3장 혼인 제4절 혼인의 효력 제2관 재산상 효력에 들어 있고 “그 재산에 관하여” 약정하는 것으로 규정하고 있어 이혼시 재산분할에 관하여도 부부재산약정으로 정할 수 있는가 하는 점이 다투어지고 있다는 데 있다. 그러나 부부재산약정이 현실적으로 의미를 갖는 것은 거의 전적으로 이혼할 때이다. 이를 제외하여서는 안 될 것이다.<sup>58)</sup> 다른 나라에서도 부부재산약정의 대상에서 이혼시의 재산분할을 제외하는 예는 찾아보기 어렵다. 현실적으로도 부부재산약정은 어느 나라에서나 주로 혼인 전 상당한 재산을 축적한 연예인이나 기업가가

56) 김영갑, “재산분할청구권”, 사법논집 제16집, 1991, 232면; 이동진(주 3), 410-411면. 참고로 프랑스민법 제1470조 제2항 이하는 수입·지출의 계산을 행한 뒤 아직 부부 일방에게 귀속되지 못한 잔액이 있을 때에는 일정한 재산을 선취할 수 있고 부부 쌍방이 같은 물건을 선취하려고 하면 추첨하여야 한다고 정하면서도, 그러한 선취권이 타방의 일정 재산에 대하여 우선분배를 구할 권리를 침해할 수 없다면서 일방의 특유재산에 속하는 다른 부동산에 부속된 경우 등을 우선분배를 구할 수 있는 예로 든다.

57) 미국 여러 주(州)의 제정법은 형평에 따른 재산분할에서 고려하여야 할 요소들(factors)을 열거하고 있고(위 본문 II. 2.에서 든 요소들이다), 이 경우 재판서에 각 요소의 사실인정과 그것을 어떻게 고려하였는지를 실시하고 있다. 그리하여 당사자는 가령 15년의 혼인기간이 위 요소들의 의미에서 ‘긴’ 혼인기간인지 여부를 다투며 항소한다. 앞의 주 26에 소개된 판결들 참조.

58) 김병두, “부부재산계약론”, 가족법연구 제16권 제1호(2002), 145-146면; 이동진(주 3), 251-252면. 반면 재산분할에 관한 규율은 부부재산약정의 대상이 아니라는 것으로 이강원, “부부재산계약”, 재판자료 제101집, 2003, 43-44면.



혼인하면서 이혼시 재산분할의 방법과 범위를 통제하는 데 쓰곤 한다.

그렇다면 어떻게 부부재산약정으로 기업경영자의 이혼에 따른 재산분할의 불확실성에 대처할 수 있을까? 쉽게 생각할 수 있는 것은 분할대상재산에서 기업을 제외하거나 분할방법에서 기업지분의 이전 또는 그에 대한 집행을 배제하거나<sup>59)</sup> 재산분할청구 자체를 배제하고 순수한 별산제에 합의하는 것이다. 문제는 이러한 부부재산약정이 유효한가 하는 점이다.

독일, 프랑스, 스위스에서는 선택부부재산제로 청산이 예정되어 있지 아니한 완전한 별산제가 인정되고 있다.<sup>60)</sup> 부부재산약정으로 별산제를 선택하면<sup>61)</sup> 이혼시 재산분할은 당연히 배제되므로 재산분할청구의 배제도 인정된다고 할 수 있다. 그밖에 분할대상재산에서 기업을 제외하거나 재산분할의 상한을 정하는 등의 약정도 가능하다는 것이 일반적인 이해이다.<sup>62)</sup> 임의의 약정을 허용하는 미국의 대부분의 주(州)에서도 재산분할을 배제하는 것을 인정하고 있고,<sup>63)</sup> 오스트리아에서는 공동으로 사용하지 아니하는 순수한 자산의 경우 (기업은 원칙적으로 이에 해당한다) 분할을 배제하는 약정을 할 수 있다.<sup>64)</sup>

그러나 이와 관련하여서는 두 가지 점에 유의할 필요가 있다. 첫째, 부부재산약정은 당사자의 합의에 기초할 뿐 아니라 절차적 공정성, 즉 실질적 자기결정이 확보되어야 유효하다는 점이다.<sup>65)</sup> 부부는 혼인관계의 구체적인 형태를 자율적으로 정할 수 있으므로 법정부부재산

59) 분할비용과 분할방법이 부부재산약정의 대상이 된다는 점에 대하여는 이동진(주 3), 256면.

60) 독일민법 제1408조, 제1414조, 프랑스민법 제1536조 이하, 스위스민법 제181조, 제247조 이하.

61) 다만, 이들은 대개 혼인 중에도 부부재산약정으로 부부재산제를 변경할 수 있게 하는데, 그 경우에는 그 시점까지의 공동재산은 청산하여야 한다.

62) 구체적인 계약형성에 대하여는 Münch, Die Unternehmerehe, 2. Aufl., 2019, S. 272 ff.; Trottenberg, Die Absicherung des Ehegatten als rechtliches Gestaltungsproblem in der typischen Unternehmerehe, 2022, S. 95 ff., 특히 106 ff.; Winkler, "Eheverträge von Unternehmern - Gestaltungsmöglichkeiten zum Schutz des Unternehmens", FPR 2006, 217. 명문으로 이를 인정하는 예로 스위스민법 제199조 제1항 ("부부는 부부재산약정으로 직업행사 또는 영업을 위한 소득참가의 재산가치를 고유재산으로 선언할 수 있다"). 기업지분은 그 전형적인 예로 이해되고 있다. Hegnauer/Breitschmid(주 23), N. 26.29.

63) Roy, "Modern status of views as to validity of premarital agreements contemplating divorce or separation", A.L.R.4th, 2013 Update, §§ 3 ff.

64) 오스트리아혼인법 제97조는 분할청구권 중 혼인사용재산(eheliches Gebrauchsvermögen)의 사전포기를 금지하면서 혼인축적자산(eheliche Ersparnisse)의 분할을 사전에 규율하는 계약은 공증문서를 요한다고 규정하여 이를 일반적으로 허용한다. 후자의 '분할에 관한 규율'에 포기가 포함됨은 물론이다. KBB/Koch, 2005, § 97 EheG, Rn. 2-3.

65) Roy, "Enforceability of premarital agreements governing support or property rights upon separation as affected by fairness or adequacy of those terms - modern state status", 53 A.L.R.4th 161, 2023 Update, §§ 3 ff. (미국, 구체적으로 계약조항이 불공정하면 절차적 불공정성을 추정한다고 한다), Münch(주 60), S. 88 ff.; Trottenberg(주 60), S. 50 ff. (독일).

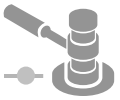
제가 예정하지 아니한 방식으로 이혼 후 청산을 규율할 수도 있다. 그러나 특히 재산관계의 규율은 부부의 진정한 합의에 기초한 것이어야 한다. 이혼시 재산적 보호야말로 부부 중 약자에게는 최후의 안전장치일 수 있기 때문이다. 거꾸로 부부재산약정을 한 부부는 그 약정을 전제로 그들 사이의 구체적 관계를 형성해갈 것이므로 그러한 합의는 부부관계 성립 또는 진행단계에 이미 이루어져 있어야 하는 것이라고 할 수도 있다.<sup>66)</sup> 둘째, 기업의 안정성을 높이기 위하여, 더러는 다른 투자자들과의 약정을 이행하기 위하여, 재산분할을 배제할 때에는 대개 별도의 재산을 그 대가로 사전 제공하고 부부재산계약을 하고 있고, 그러한 조치 없이 재산분할만을 배제하는 약정은 실체적 공정성을 결하여 무효가 될 위험이 있다는 점이다. 부부재산약정의 내용형성자유에 대하여는 비교법적으로 그 통제강도가 점차 강해지는 경향이 보인다. 혼인법에서 지나치게 이탈하는 부부재산계약은 공서양속(민법 제103조) 위반이 될 소지가 있다.<sup>67)</sup>

이와 관련하여서는 또 다른 혼인해소사유인 배우자 사망시 기업지분이 상속재산에 포함된 경우와 비교해보는 것이 도움이 될지 모른다. 주지하는 바와 같이 우리 민법에서는 배우자가 사망한 경우 상속에 의하여 부부재산이 청산된다. 기업의 안정적 존속에 대한 위협은 상속과 관련하여서도 발생한다. 이에 대하여는 생전증여나 유증, 상속재산분할의 지정(민법 제1012조) 등으로 대응할 수 있으나, 유류분이 문제가 된다. 배우자 상속이 인정되는 한 배우자 유류분도 인정될 뿐 아니라 오늘날 유류분이 강화되는 것은 오히려 배우자 쪽이다.<sup>68)</sup> 다른 나라에서는 유류분 제도에도 불구하고 상속 맥락에서 기업승계의 안정성을 확보하기 위하여

66) 가령 부부재산약정에서 법정부부재산제에 따를 때보다 불이익한 결과에 동의한 부부 일방으로서는 장기간에 걸친 일방적·비재산적 희생을 끼릴 가능성이 있다.

67) 미국에서는 근래 들어 절차적 공정성, 즉 부부재산약정 당시의 상황과 무관한(부부재산약정 당시 또는 이혼 당시를 기준으로 한) 실체적 공정성을 문제 삼아 부부재산약정을 무효로 하는 예가 늘고 있다고 한다. Roy(주 63), §§ 9 ff. 나아가 대부분의 주(州)에서 이혼 후 부양을 인정하고 있는데 이를 포기하는 부부재산약정은 무효가 되는 일이 많고, 일부 주에서는 혼인 공동재산에 대한 분할 포기도 무효로 하고 있으며, 재산분할에 대한 규율 일체를 무효로 하는 예도 있다는 점도 참조. Hill v. Hill, 356 N.W.2d 49 (1984, Minn App); Ferry v. Ferry, 586 S.W.2d 782 (1979 Mo App) (각 혼인 공동재산의 분할 포기를 무효로 판단); Roy(주 61), §§ 3 ff., 특히 §§ 9, 10, 14. 독일에서는 ‘법률상 이혼효과의 핵심영역’을 배제하는 부부재산약정은 양속 위반으로 내용통제의 대상이 되는데 종래 이혼 후 부양은 별론, 부가이익청산의 경우 이러한 핵심영역에 해당하지 아니한다는 것이 판례, 통설이었다. 그러나 특히 기업가의 혼인과 관련하여 이러한 해석 또는 입법이 정당한지에 대한 의문과 핵심영역을 확장하는 등으로 내용통제를 강화하여야 한다는 주장이 제기되고 있다. Trottenberg(주 60), S. 207 ff. (노후부양은 이혼 후 부양이 아닌 부가이익청산이 주로 담당하고 있고 부가이익청산이야말로 소득활동과 가사노동의 동등 취급을 구현하는 핵심이라고 한다); Kalss/Dauner-Lieb, “Unternehmerehe: Die Beiträge der Ehepartner zum Familienunternehmen”, GesZR 6/2019, 249. 또한 Meder, “Gütertrennung als Argument bei der richterlichen Inhaltskontrolle von Verträgen über den Ausschluss der Zugewinnsgemeinschaft”, FPR 2012, 113.

68) 우선 이동진, “유류분법의 개정방향”, 가족법연구 제33권 제1호(2019), 187-188면 및 그곳 주 119의 문헌 참조. 배우자 상속과 기업승계의 관계에 대하여는 배우자 상속분을 증가시키려는 입법노력이 주로 중소기업의 가업승계(家業承繼)를 저해한다는 이유로 좌절되었다는 데서도 확인할 수 있다.



유류분의 사전포기를 인정하고 있다. 그런데 독일에서 피상속인의 배우자나 근친이 피상속인과 사이에 법정상속권이나 의무분권(Pflichtteilsrecht)을 포기하기로 하는 내용의 계약을 체결하는 경우 대개는 그 시점에 미리 보상이 주어지곤 하고, 그러한 보상의 정도가 포기계약 당시의 쌍방의 교섭력과 함께 양속 위반에 따른 내용통제의 주요 요소로 작용한다.<sup>69)</sup> 일본에는 2008년(헤이세이 20년) 제정된 ‘중소기업에 있어서 경영의 승계의 원활화에 관한 법률’(中小企業における経営の承継の円滑化に関する法律)이 중소기업 경영승계와 관련하여 ‘구(舊)대표자’가 ‘후계자’에게 경영승계에 필요한 주식 등을 증여하고 추정상속인 전원의 합의로 서면으로 위 주식 등(의 가액)을 유류분산정의 기초가 되는 재산에서 제외하거나 그 합의 당시의 가액(공인회계사 등이 증명하여야 한다)에 따라 산입하기로 합의하고, 경제산업성대신의 확인과 그에 따르는 가정재판소의 허가를 받음으로써 유류분 산입을 제한하거나 그 가액을 제한할 수 있다(제3조 이하)고 정하고 있다. 어느 것이나 당사자 합의를 요구하되 그 합의에 대개는 상당한 보상이 뒤따르게 마련인 것이다. 상속시에는 본인이 이미 사망하여 그의 이익이 고려될 필요가 적은 반면 이혼시에는 그렇지 아니하다는 차이가 있으나, 혼인해소로 인한 재산관계의 청산이라는 점에서는 공통적이기도 하다. 그렇다면 유류분포기에서와 같이 부부재산약정도 별다른 보상 없이 법이 인정한 권리를 포기시키거나 크게 제한시키는 때에는 더 강한 내용통제의 대상이 되어야 할 것이다.

법원으로부터 무효로 판단 받을 위험을 (거의) 배제하면서도 법원의 재량을 배제하고 예측가능성을 높이며 궁극적으로 기업의 존속에 기여하는 부부재산약정을 하는 것은 여전히 가능하리라고 보인다. 그러나 민법이 혼인성립 전에만 부부재산약정을 체결할 수 있게 하는 것이 이러한 가능성을 활용하기 상당히 어렵게 하고 있다. 창업이 혼인 이후일 수 있을 뿐 아니라 투자 등에 비추어 부부재산약정이 필요해지는 것은 그보다 더 뒤의 일일 수 있기 때문이다.<sup>70)</sup> 이에 대하여는, 재산분할의 부부재산약정대상성을 명문화하는 것과 함께, 법개정이 필요하다.

69) 우선 Münchener Kommentar zum BGB/Wegerhoff, 9. Aufl., 2022, § 2346, Rn. 6-7, 23 ff. 그 이외에 기업승계를 위하여 의무분의 지급유예가 가능하다는 점도 참조. 독일민법 제2331조a. 이 규정을 확대하여야 한다는 것으로 K. Schmidt, “Pflichtteil und Unternehmensnachfolge”, Röhrl (hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, 2007, S. 46 ff.

70) 입법론적으로도 비판적인 견해가 다수이다. 이동진(주 3), 254면 및 그곳에 인용된 문헌과 법률개정안 참조.

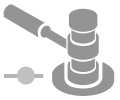
## IV. 결론

기업경영자의 이혼에 따른 재산분할은, 특히 기업승계와 관련하여 특유재산의 분할대상성 문제를 제기한다. 이와 관련하여서는 종래 판례가, 적어도 그 추상적 법리설시상으로는, 특유재산의 분할대상성을 지나치게 모호한 기준으로 열어주었다는 점을 반성적으로 살펴보고 좀 더 구체적인 판단기준을 정립할 필요가 있다. 그러나 동시에 부동산이 아닌 기업의 경우 지분이 변하지 아니한다 하더라도 그 실질이 변하고, 혼인 중 변한 실질 내지 증가한 가치는 원칙적으로 실질적 공동재산이 되어야 한다는 점 또한 배려할 필요가 있다. 부부의 노무의 성과일 뿐 아니라 배당할 수도 있었던 수익을 재투자한 결과이기도 하다는 점에서 적어도 경제상황에 따른 가치증가분 이외의 가치증가분은 재산분할의 대상으로 삼아야 할 것이다.

재산분할의 청산적 성격은 구체적 재산적 기여의 청산이 아닌 부부간 연대성의 재산적 표현이다. 직접적인 재산적 기여가 없는 외벌이-전업주부혼에서 가사재판실무상 혼인기간이 증가함에 따라 분할비율이 증가하여 1/2로 수렴하는 경향을 보이는 이유이다. 다만 우리 민법은 1/2 분할을 법정하고 있지 아니하는바, 부부 중 일방의 유난히 탁월한 소득능력(또는 운)을 고려할 여지가 있다. 재판실무에서도 분할대상재산의 규모가 커질수록 전업주부인 처의 분할비율이 다소 낮아지는 경향이 나타난다. 이는 기업경영자의 이혼에 따른 재산분할에서도 고려요소가 될 수 있다.

위와 같은 고려를 베풀더라도 재산분할은 기업소유구조에, 그리하여 기업경영권에 상당한 영향을 줄 수 있다. 그러나 민법이 인정하는 적절한 대응은 기업을 분할대상에서 제외하는 것이 아니라 가급적 분할방법을 정할 때 기업의 존속과 현상유지에 도움이 되는 방법을 택하는 것이다. 여기에 필요하다면 담보제공을 조건으로 한 기한유예와 같은 추가적인 배려를 도입할 수도 있겠다. 나아가 부부재산약정을 활용하여 예측가능성을 제고할 필요가 있다. 다만, 여기에서는 우리 민법상 부부재산약정에 관한 규정이 다소 부족하거나 부적절하다는 점이 문제가 된다. 또한, 부부재산약정에 의하더라도 여전히 어느 정도 공정한 재산적 배려가 필요하고, 이를 그르치면 무효가 될 위험이 있다는 점도 지적되어야 한다.

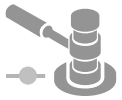
부부관계는, 동시대의 부부들 사이에서도, 천차만별이다. 부부 사이의 재산적 이해관계 또한 그러하다. 고려되어야 할 이익도 다양하다. 부부간 연대성과 부부 각자의 개별성을 고려하고 특유재산에 대한 그 보유자의 존속이익과 분할의 공정성·실효성을 배려하며 기업의 경우 그 안정성도 도모하여야 한다. 이들 이익은 종종 상충한다. 1/2 분할을 법정하거나 아예 공동제를 택하는 경우 매우 많은 수의 조문과 복잡한 규율이 필요해지고 여러 해석 문제가 나타나는 이유이다. 이러한 점에서는 별산제에 기초한, 형평에 따른 분할이 더 나올 수



있다. 일반조항(민법 제839조의2 제2항)을 활용하여 여러 상황에 맞추어 유연한 원칙과 예외를 지속적으로 형성·발전시킬 수 있기 때문이다. 그런 만큼 관련 법리의 유연성과 법관의 재량을 인식하고 존중하여야 한다. 그러나 다른 한편 이러한 원칙과 예외를 지속적으로 형성·발전시키지 아니한 채, 그리고 그 판단의 구체적인 이유를 투명하게 드러내지 아니한 채, 모든 판단을 매우 모호하고 추상적인 기준에 밀어 넣어서도 안 된다. 판단의 일관성과 예측가능성은 법정 외의 분쟁해결에, 나아가 혼인관계의 적절한 형성·발전에도 필요하다.

## 참고문헌

- 구회근, “이혼시 부부 일방의 특유재산이 재산분할의 대상이 되는지 여부”, 법조 제46권 제4호(1997).
- 이병준·김도년, “민법상 조합과 조합지분의 일부 양도”, 한림법학 FORUM 제20권(2009).
- 김병두, “부부재산계약론”, 가족법연구 제16권 제1호(2002).
- 김수정, “이혼으로 인한 재산분할청구권”, 사법논집 제40집, 2005.
- 김영갑, “재산분할청구권”, 사법논집 제16집, 1991.
- 김영식, “재산분할청구의 부양적 측면에 관한 고찰”, 사법논집 제62집, 2016.
- 김형식, “가사보전소송에 대한 몇 가지 고찰”, 가사재판연구[III], 2011.
- 민유숙, “재산분할의 구체적 인정범위”, 재판자료 제62집, 1993.
- 박민수·이동진·오정일, “이혼 후 재산분할의 비율 및 이혼 위자료액의 결정: 2009년~2011년 합의부 재판례의 실증분석”, 가족법연구 제28권 제1호(2014).
- 박보영, “재산분할의 실태조사”, 서울가정법원 실무연구[IV], 1998.
- 윤진수, “실질적 특유재산에 대한 재산분할”, 가족법연구 제36권 제2호(2022).  
\_\_\_\_\_, 친족상속법강의 제4판, 2022.
- 윤진수 편집대표 주해친족법 I, 2015.
- 이강원, “부부재산계약”, 재판자료 제101집, 2003.
- 이동진, “기업인수계약상 진술·보증약정위반과 인수인의 악의”, 서울대 법학 제57권 제1호(2016).  
\_\_\_\_\_, “유류분법의 개정방향”, 가족법연구 제33권 제1호(2019).  
\_\_\_\_\_, “재산분할과 채무: 부부 일방의 적극재산보다 소극재산이 많은 경우를 중심으로”, 가족법연구 제26권 제3호(2012).
- 이선미, “위자료 및 재산분할실무의 최근 동향”, 2015년도 가사재판실무 법관연수 자료.
- 이화숙, 비교 부부재산관계법, 2000.
- 전경근, “혼인 중 증가한 재산의 분할”, 가족법연구 제36권 제2호(2022).
- 전주혜, “재산분할에 대한 판결례 분석”, 가사재판연구[I], 2007.
- 조미경, “혼인 중 취득한 재산의 귀속”, 민법학의 회고와 전망, 1993.
- 현영수, “특유재산인 부동산에 관한 재산분할 실무 연구”, 2021년 한국가족법학회·서울가정법원 공동연구회 발표자료집, 2021.

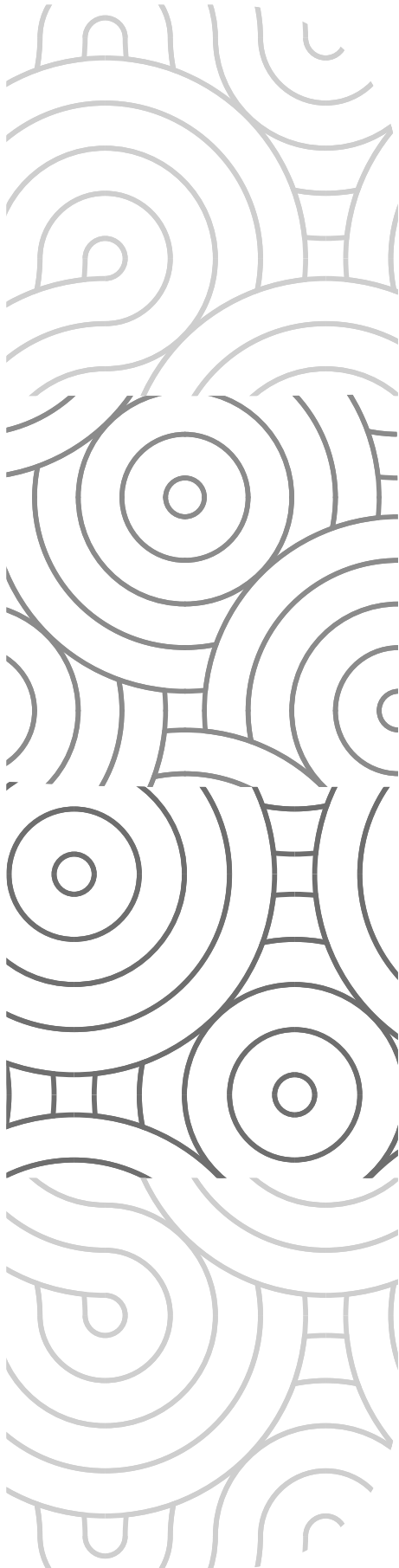


- Amendola et al., 27B C.J.S. Divorce, February 2023 Update.
- Van Arsdale et al., 24 Am. Jur. 2d Divorce and Separation, February 2023 Update.
- Claux et al., Droit et Pratique du Divorce, 5e éd., 2021.
- Hegnauer/Breitschmid, Grundriss des Eherechts, 4. Aufl., 2000.
- Honsell, Vogt und Geiser (hrsg) Basler Kommentar zum ZGB, 2. Aufl., 2002.
- Kalss/Dauner-Lieb, “Unternehmerehe: Die Beiträge der Ehepartner zum Familienunternehmen”, GesZR 6/2019, 249.
- Mathieu, Vo Communauté entre époux – Fasc. 20 : Communauté entre époux. – Actif commun, JurisClasseur Notatial Formulaire, 30 Novembre 2021.
- Mathieu, Vo Communauté entre époux – Fasc. 40 : Communauté entre époux. – Bien propres par nature, JurisClasseur Notatial Formulaire, 13 Juin 2018.
- Meder, “Gütertrennung als Argument bei der richterlichen Inhaltskontrolle von Verträgen über den Ausschluss der Zugewinnsgemeinschaft”, FPR 2012, 113.
- Mnookin, “Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce,” 88 Yale L. J., 950 (1978).
- Muckenhuber, Stiftungen, Unternehmen und Versicherung in der Vermögensaufteilung nach Scheidung, 2014.
- Münch, Die Unternehmerehe, 2. Aufl., 2019.
- Oakes, 15B Am. Jur. 2d Community Property, February 2023 Update.
- Pillebout, Vo Fasc. 605 : Partage de communauté. – Communauté entre époux, JurisClasseur Divorce, 10 Avril 2019.
- Reynolds, “Increases in Separate Property and the Evolving Marital Partnership”, 24 Wake Forest L. Rev. 239 (1989).
- Roy, “Enforceability of premarital agreements governing support or property rights upon separation as affected by fairness or adequacy of those terms – modern state status”, 53 A.L.R.4th 161, 2023 Update.
- Roy, “Modern status of views as to validity of premarital agreements contemplating divorce or separation”, A.L.R.4th, 2013 Update.
- Säcker, Rixecker, Oetker, und Limperg (hrsg) Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., 2022.
- K. Schmidt, “Pflichtteil und Unternehmensnachfolge”, Röhthel (hrsg.), Reformfragen

des Pflichtteilsrechts, 2007.

- Schwimman (hrsg) ABGB Praxiskommentar, 3. Aufl., 2005.
- Trottenberg, Die Absicherung des Ehegatten als rechtliches Gestaltungsproblem in der typischen Unternehmerehe, 2022.
- Winkler, “Eheverträge von Unternehmern – Gestaltungsmöglichkeiten zum Schutz des Unternehmens”, FPR 2006, 217.
- 島律一郎・阿部 徹 編集 新版注釈民法(22), 2015.





## 지정토론

### 지정토론 1

**현소혜 교수** 53  
성균관대학교 법학전문대학원

### 지정토론 2

**정용신 부장판사** 60  
수원지방법원·수원가정법원 성남지원

### 지정토론 3

**조연빈 변호사** 76  
한국여성변호사회 회원이사

---



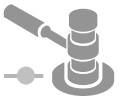
# 토론문

성균관대학교 법학전문대학원 / 현소혜

## 1. 들어가면서

이혼 건수가 급증하고 재산의 규모가 커지면서 재산분할 제도는 이제 우리 모두의 일상이 되었습니다. 하지만 변호사들은 여전히 이혼을 목전에 둔 커플에게 재산분할이 어느 정도 선에서 이루어질 것인지, 이혼에 대비해 어떤 재산을 처분해도 되고 어떤 재산을 처분해서는 안 되는지 등에 대해 별다른 가이드라인을 제시해주지 못합니다. 재산분할의 대상이 되는 재산의 범위나 재산분할의 비율을 결정짓는 기여도 기타 사정 등에 대한 판단이 전적으로 법관의 재량에 맡겨져 있어 현실적으로 예측이 매우 어렵기 때문입니다. 재판 확정시까지 짧게는 몇 개월, 길게는 몇 년까지 소요되는 이혼 과정에서 이와 같이 재산분할의 상한과 하한을 도무지 가늠할 수 없는 상황이 장기간 계속되는 것은 이혼 당사자들이 이혼 후의 삶에 미리 대비하여 준비하는 데 큰 장애물이 됩니다. 자산관리의 예측 불가능성은 때로 비혼 커플에게 법률혼을 기피하는 요인으로 작용하기도 합니다.

재산분할 제도는 1990년 신설된 이후 근 30년간 부부별산제에 따른 부정의한 결과를 교정하고, 전업주부가 가사노동의 가치를 공평하게 청산 받을 수 있도록 하는 데 크게 기여해 왔습니다. 하지만 이제 헌법 제36조 제1항에 따른 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 한 혼인 생활, 즉 결혼과 이혼은 선택에 불과하며, 부부 쌍방이 모두 소득 활동과 가사노동에 종사하는 새로운 시대에 발맞추어 재산분할 제도도 혼인과 이혼에 관한 합리적 의사결정의 토대가 될 수 있도록 예측 가능성이 담보되는 방향으로 정교화 될 필요가 있습니다. 이러한 의미에서 특유재산의 재산분할에 대해 심도 깊은 논의가 진행될 수 있도록 귀중한 자리를 마련해 주신 한국여성변호사회와 훌륭한 발표를 해주신 윤진수 교수님, 이동진 교수님께 깊이 감사드립니다. 이하에서는 발제자들께서 제시해 주신 몇 가지 쟁점에 관해 감히 저의 졸견(拙見)을 말씀드리는 것으로 토론에 갈음하고자 합니다.



## 2. 첫째, 혼인 중에 증여나 상속 등에 의해 취득한 재산은 재산분할의 대상이 될 수 있는가.

두 발표문은 모두 혼인 중에 증여나 상속 등에 의해 취득한 재산(즉, 실질적 특유재산)은 원칙적으로 분할대상에서 제외되어야 하며, 가사노동에 의한 간접적 기여만을 이유로 이를 분할대상에 포함시키는 것은 신중할 필요가 있다는 점을 지적하고 있습니다. 이러한 입장에 전적으로 찬성합니다.

부부 중 일방이 혼인 공동생활을 영위하는 중에 자기 명의로 취득한 일반적인 특유재산은, 특별한 사정이 없는 한, 재산분할의 대상이 되는 실질적 공동재산으로 추정하는 것이 옳을 것입니다. 그러한 재산은 부부 중 일방의 단독명의로 되어 있더라도 그 재원이 오로지 명의자로부터만 출연된 것인지, 취득과정에서 상대방 배우자의 소득이나 자산이 전부 또는 일부 투입되었는지, 상대방 배우자의 출재 당시 그의 의사가 명의신탁이었는지 또는 증여였는지 등이 외관상 불분명할 뿐만 아니라, 설령 그 재산취득의 재원이 오로지 재산명의자의 독립적인 경제활동(근로·영업 기타 소득활동)에 의해 만들어진 것이라고 하더라도 명의자가 그러한 경제활동을 할 수 있었던 것에 상대방 배우자의 가사노동이나 자녀 양육에 의한 직·간접적 협력이 있었음을 부정하기 어렵기 때문입니다. 더 나아가 당해 특유재산(특히 부부가 함께 거주해 온 주거용 부동산)을 혼인 중 부부가 공동으로 사용·수익·관리해왔다면 당사자들 스스로도 이를 실질적 공동재산으로 삼을 의사가 있었던 것으로 추정하는 것이 합리적입니다.

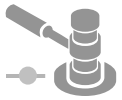
하지만 혼인 중 증여 또는 상속 등으로 취득한 실질적 특유재산은 위와 같은 일반적인 특유재산과 그 성격이 전혀 다릅니다. 이러한 재산은 증여자나 피상속인이 부부 쌍방 모두에게 증여할 의사를 가지고 있었던 경우 등과 같이 특별한 사정이 없는 한, 그 재산의 취득 과정에 배우자의 기여나 협력이 없었음이 권원의 성질상 명백합니다. 또한 증여나 상속에 의해 우연히 취득한 실질적 특유재산은 혼인생활의 영위와 직접적인 관련이 없어 여타의 혼인재산과 분리되어 수증자나 상속인에 의해 배타적으로 그 재산이 관리되는 경우가 많으므로, 재산의 유지·증가에 상대방 배우자가 직접적으로 기여할 계기도 거의 없습니다. 더 나아가 상대방 배우자가 가사노동 등을 통해 그 재산의 감소 방지에 기여했다고 인정하기 위해서는 상대방 배우자의 기여가 없었더라면 그 재산을 소비 내지 환가하여 가사비용에 충당하지 않을 수 없었을 것이라는 점이 인정되어야 하는데, 실질적 특유재산은 혼인 중 우연한 기회에 무상으로 취득한 재산으로서 기존에 그 재산이 없는 상태에서도 부부가 무리 없이 혼인 공동생활을 영위해 왔다면 굳이 혼인생활비용의 충당을 위해 해당 비용을 각출할 필요도 없었을 것이므로, 상대방 배우자가 그 재산의 감소 방지에 간접적으로 기여했다고 판단하기도 어렵습니다.

그러므로 혼인 중 증여 또는 상속에 의해 취득한 재산과 같이 ‘취득권원의 특유성’과 ‘관리·수익의 배타성’이 선명하게 드러나는 유형의 재산은 원칙적으로 재산분할의 대상으로부터 제외하되, ① 상대방 배우자가 현물출자·금전지출이나 노무제공 등에 의해 그 재산의 유지와 가치증가에 직접적·재정적으로 기여했음이 증명된 경우 또는 ② 특유재산의 명의자가 해당 재산의 유지·관리 활동으로 일상적인 소득 활동을 대체한 결과 혼인 기간 중 다른 재산을 형성 또는 유지할 기회를 상실하는 등의 사정으로 해당 특유재산 외에는 재산분할의 대상이 존재하지 않거나 극히 적어 해당 재산까지 분할의 대상으로 삼지 않으면 가사노동에 의한 기여를 충분히 청산 받을 수 없음이 명백한 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우에 한해 재산분할의 대상으로 삼을 수 있다고 보아야 할 것입니다.

### 3. 둘째, 실질적 특유재산으로부터 발생한 수익 또는 가치증가분은 재산분할의 대상이 될 수 있는가.

혼인 중 증여 또는 상속 등으로 취득한 실질적 특유재산으로부터 발생한 수익 기타 과실이나, 혼인기간 중에 실질적 특유재산의 가치가 증가한 경우에 그 가치증가분 등 역시 특별한 사정이 없는 한 재산분할의 대상에서 제외되어야 할 것입니다. 이는 혼인 중에 취득한 일반적인 특유재산으로부터 발생한 과실이나 가치증가분과 달리, 직업 활동 기타 소득이나 가사노동 등 부부 쌍방 또는 일방이 혼인 중에 투입한 자원에 기초해 형성된 재산이 아니라, 혼인생활과 독립된 재원으로 마련된 재산이기 때문입니다. 물론 실질적 특유재산이라도 그 재산의 유지나 가치증가를 위해 부부의 혼인공동재산이나 상대방 배우자의 특유재산 투입 그 밖의 재정적 기여가 있어서 그 법적 성격이 이른바 혼합재산으로 전환된 경우(가령 일방 배우자가 혼인 중 상속받은 부동산을 재건축하는 과정에서 상대방 배우자 명의의 예금 상당액이 건축비용으로 투입된 사안) 또는 배우자가 그 재산의 유지나 가치증가, 과실수취 등과 직접적으로 관련 있는 노동력을 제공하여 혼인기간 중 재산규모가 확대된 경우(가령 일방 배우자가 상속받은 부동산을 임대하는 과정에서 상대방 배우자가 임대 부동산 관리와 관련된 업무를 전담한 사안)라면 당연히 상대방 배우자가 이러한 사정을 주장·증명함으로써 이를 재산분할의 대상으로 삼을 수 있어야 할 것입니다.

하지만 실질적 특유재산의 가치증가가 오로지 외부적 요인, 즉 시장상황, 물가상승, 법·규제 환경의 변화, 제3자의 근로 등 혼인생활과 무관한 요인에 기인한 것이라면, 그러한 수익이나 가치증가분까지 재산분할의 대상으로 삼을 이유가 없습니다. 배우자의 가사노동에 의한 간접적인 협력이 있었다는 이유만으로 이러한 유형의 수익이나 가치증가분에 대해서까지 재산분할을 손쉽게 인정하면, 혼인 공동생활 중에 발생한 모든 이익을 공유하도록 함으로



써 사실상 부부공동재산제 내지 부가이익공동제를 강요하는 결과로 이어져 법정재산제로서 부부별산제를 택한 입법자의 의사에 정면으로 반하게 될 것입니다. 혼인 생활의 유지와 자녀 양육을 위해 직업적·경제적 기회를 포기하고 장기간 가사노동에 종사해 온 배우자의 기여를 제대로 평가하고 재산분할에 반영하는 것은 매우 중요한 의미가 있습니다. 하지만 실질적 특유재산이나 그로부터 발생한 수익 및 가치증가분 등을 건드리지 않고도 형평에 맞는 분할이 가능하다면, 즉 혼인 중 취득한 일반적 특유재산의 분할만으로도 가사노동에 의한 기여를 충분히 보상받을 수 있다면, 실질적 특유재산으로부터 발생한 수익이나 가치증가분 등은 재산분할의 대상으로부터 제외하는 것이 소유권 존중의 이념에 부합하는 결론이라고 할 것입니다.

우리나라와 유사한 이른바 형평분할 제도를 택하고 있는 미국 각 주에서도 실질적 특유재산으로부터 발생한 가치증가분을 일률적으로 재산분할의 대상에 포함시키는 경우는 콜로라도 주와 펜실베이니아 주, 두 개에 불과하며, 다수의 주는 이를 재산분할의 대상으로부터 제외하고 있습니다(가령 아칸소 주, 델라웨어 주, 워싱턴 D.C., 일리노이 주, 미네소타 주, 노스캐롤라이나 주 등). 최근에는 실질적 특유재산의 가치증가분을 다시 적극적 가치증가분(active appreciation)과 소극적 가치증가분(passive appreciation)으로 나누어 적극적 가치증가분, 즉 부부 쌍방 또는 일방의 노력에 의해 실질적 특유재산의 가치가 증가하였다면 이를 재산분할의 대상으로 삼되, 소극적 가치증가분, 즉 시장원리·물가상승·지가상승·제3자의 기여 등 각 배우자의 노력이 아닌 외부적 요인에 의해 실질적 특유재산의 가치가 증가하였다면 이를 재산분할의 대상에서 제외하는 경우가 점차 증가하고 있습니다(플로리다 주, 켄터키 주, 메인 주, 미주리 주, 뉴욕 주, 오키오 주, 로드아일랜드 주, 사우스캐롤라이나 주, 테네시 주, 버지니아 주 등). 실질적 특유재산으로부터 발생한 과실 역시 재산분할의 대상으로부터 제외하는 것이 대체적인 경향입니다(아칸소 주, 플로리다 주, 일리노이 주, 켄터키 주, 노스캐롤라이나 주, 오키오 주, 테네시 주, 버지니아 주 등).

#### 4. 셋째, 기업은 재산분할의 대상이 될 수 있는가.

만약 기업의 물적 기반 자체가 부부 쌍방의 재원 또는 노력에 의해 공동으로 형성되었다면, 기업은 그 자체로 재산분할의 대상이 될 수 있을 것입니다. 물론 기업 자체를 원물분할한다면 기업의 존속이익을 해치고, 이해관계인들에게까지 과도한 경제적 영향을 미치게 되므로, 가급적 금전분할을 통해 기업의 존속을 보장할 필요가 있다는 발제 2.의 의견에 찬성합니다. 부부 쌍방의 재원 또는 노력에 의해 공동으로 형성된 재산 또는 상대방 배우자의 가사노동에 의한 직·간접적 기여에 의해 형성된 재산에 대해 재산분할을 면하기 위해 회사를

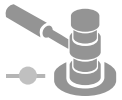
설립하거나 회사에 출자하는 등의 행위를 통해 재산을 회사에 은닉한 경우에 그 가액을 평가하여 재산분할의 대상으로 삼을 수 있어야 함은 물론입니다.

하지만 만약 기업의 물적 기반이 혼인 전부터 가지고 있었던 재산 또는 혼인 중 증여나 상속에 의해 취득한 재산과 같이 실질적 특유재산이었다면 어떨까요? 이 경우의 판단이 일반적인 ‘실질적 특유재산’에 대한 판단과 달라질 이유는 없을 것입니다. 즉 해당 기업과 그로부터 나온 과실 또는 그 기업의 가치증가분은, “① 상대방 배우자가 현물출자·금전지출이나 노무제공 등에 의해 그 재산의 유지와 가치증가에 직접적·재정적으로 기여했음이 증명된 경우 또는 ② 특유재산의 명의자가 해당 재산의 유지·관리 활동으로 일상적인 소득 활동을 대체한 결과 혼인 기간 중 다른 재산을 형성 또는 유지할 기회를 상실하는 등의 사정으로 해당 특유재산 외에는 재산분할의 대상이 존재하지 않거나 극히 적어 해당 재산까지 분할의 대상으로 삼지 않으면 가사노동에 의한 기여를 충분히 청산 받을 수 없음이 명백한 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우”가 아닌 한, 재산분할의 대상으로부터 제외되어야 할 것입니다.

가사노동에 의한 간접적 기여만을 이유로 기업의 재산분할을 허용하면 부부간의 내밀한 분쟁이 부부와 별개의 인격체로서 독립하여 존재하는 회사 기타 사업체의 존립과 운영에까지 과도한 영향을 미치게 되어 사회경제적으로 많은 이들에게 피해를 야기할 수 있습니다. 물론 기업은 기업 오너 내지 경영자의 헌신적 노력에 힘입어 발전하는 경우가 많고, 이 경우 그의 헌신적 활동은 배우자의 가사노동이나 자녀양육에서의 헌신적 희생에 의해 비로소 가능한 경우가 대부분입니다. 하지만 그것만으로 실질적 특유재산에 해당하는 기업의 분할이 바로 정당화되는 것은 아닙니다. 경영자들은 통상적으로 헌신적 노력의 대가로 기업으로부터 상당히 높은 수준의 보수를 받으며, 그 보수는 혼인 중에 취득한 일반적인 특유재산으로서 재산분할의 대상에 포함되기 때문입니다. ‘배우자의 가사노동에 의한 간접적 기여’는 ‘배우자가 회사로부터 받은 보수를 통한 간접적 이익’을 통해 충분히 보상받을 수 있습니다.

만약 경영자가 회사로부터 충분한 보수를 받지 않아 가사노동에 의한 간접적 기여를 보상받기에 부족하다면 실질적 특유재산에 대한 재산분할이 허용되는 <예외 ②: 특유재산의 명의자가 해당 재산의 유지·관리 활동으로 일상적인 소득 활동을 대체한 결과 혼인 기간 중 다른 재산을 형성 또는 유지할 기회를 상실하는 등의 사정으로 해당 특유재산 외에는 재산분할의 대상이 존재하지 않거나 극히 적어 해당 재산까지 분할의 대상으로 삼지 않으면 가사노동에 의한 기여를 충분히 청산 받을 수 없음이 명백한 경우>에 해당한다고 보아 기업 내지 경영자가 보유하고 있는 기업 지분의 분할대상성이 인정될 수도 있을 것입니다.

이 경우에도 한 가지 유념해야 할 것은, 기업 내지 기업 지분을 재산분할의 대상으로 삼은



결과가 부부 외의 제3자에게 미치는 영향을 최소화할 필요가 있다는 것입니다. 의결권의 행사에 의해 주요한 의사결정이 이루어지는 주식회사의 경우, 회사 자체의 존속이익을 보장하는 것만큼이나 회사의 경영권 행사에 영향을 미치는 ‘지분비율’의 존속이익을 보장하는 것도 중요합니다. 가정법원은 “인격의 존엄과 남녀평등을 기본”으로 “가정의 평화”를 보존하고 발전시키기 위해 가사사건을 관장하는 법원이며(가사소송법 제1조), 입법자는 그에게 시장경제와 회사법의 법리에 따라 결정된 대주주나 이사의 법적 지위를 좌지우지할 권한까지 부여하지 않았습니다. 가사노동의 가치와 공정한 청산의 기치가 아무리 중요한들, 그것이 모든 결과를 정당화시키는 약룡중물(藥籠中物)이 될 수는 없을 것입니다.

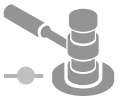
## 5. 마치면서

현재 실무 관행과 같이 혼인이 상당한 기간 계속된 경우에 가사노동에 의한 간접적 기여만을 이유로 쌍방 명의의 특유재산을 두루 재산분할의 대상으로 삼는다고 하여 즉시 큰 문제가 생기는 것은 아닙니다. 재산분할 대상의 범위가 확대된다고 하더라도 법원은 배우자의 기여가 간접적 기여에 불과하다거나 기여의 정도가 크지 않다는 점 등을 들어 분할비율을 낮추거나, 금전분할의 방법을 택하는 등의 다양한 방법을 통해 구체적 타당성을 도모할 수 있기 때문입니다. 하지만 결과의 정의가 모든 흠을 정당화시킬 수 있는 것은 아닙니다. 가령 이혼 당시 분할의무자 甲 명의의 재산으로 그의 근로소득을 축적해 매입한 X 부동산(시가 10억원 상당)과 그의 부모로부터 증여받은 Y 부동산(시가 30억원 상당)이 있는 경우에 분할 대상 재산이 X 부동산으로 한정되는가, Y 부동산까지 확대되는가에 따라 재산분할 의무의 상한선은 10억 원 또는 40억 원으로 요동치게 되어 당사자들의 법적 지위가 매우 불안정하게 됩니다. 오랜 기간 재산분할 실무에 종사해온 법관이라면 이 정도 사안에서 혼인 기간이 20~30년에 이르렀다면 20억 원 내외가 최종적인 재산분할액으로 적정하다고 판단하고, 그러므로 당연히 Y 부동산도 분할 대상에 포함시켜야 한다고 느낄지 모르겠습니다. 하지만 이 경우 Y 부동산이 ‘실질적 특유재산’이라면, 즉 배우자가 Y 부동산의 취득·유지·증가에 직접적으로 기여한 바가 없다면, 이를 분할대상에 포함시키는 것은 명백한 재량권의 일탈·남용에 해당합니다. 이러한 경우에 법관이 추구하는 실질적 정의는 법률이 정한 형식적 정의 앞에서 뒤로 물러나야 합니다.

법률이 정한 형식적 정의(재산분할의 대상이 되는 재산의 범위 = ‘실질적 공유재산’과 ‘실질적 특유재산’ 간의 경계선)가 모호한 틈을 타 마치 법관 자신이 구현하려는 실질적 정의가 마치 형식적 정의에도 부합하는 것처럼 가면을 쓴다면, 즉 Y 부동산도 “가사노동에 의한 직·간접적 기여가 있었던 경우”에 해당한다는 이유로 은근슬쩍 분할대상성을 인정한다면, 당

사자들은 과연 그것이 법적 진실인지 또는 위장(偽裝)인지 구분할 수 있을까요? 법관 자신은 과연 자신이 실현하려는 실질적 정의가 추론의 결과인지 또는 역추론의 출발점인지를 설득력 있게 논증할 수 있을까요? 이 정도의 사실관계에서는 가사노동에 의한 간접적 기여가 있었던 것으로 보아 재산분할의 대상으로 삼는 것이 경험칙상 합당하다는 것 외에 아무런 논증도 할 수 없다면, 담당 법관의 재판 경력에 따라 당사자의 운명이 달라지는 일이라도 발생하지 않도록 차라리 A.I.에게 재판을 맡기는 편이 나을지도 모르겠습니다.

오늘의 토론회가 재산분할 대상 재산의 범위에 관한 법리를 정교화 하는 첫 걸음이 되기를 희망하는 마음을 담아 이것으로 토론을 마치고자 합니다. 다시 한 번 귀한 자리를 마련해 주신 한국여성변호사회와 두 분 발제자께 감사드립니다.



토론 2

## 특유재산에 대한 재산분할 및 기업경영자의 이혼사례와 관련하여

수원지방법원 성남지원 부장판사 정용신

### I. 서론

법률상 혼인으로 인한 부부간 재산관계는, 혼인기간의 흐름에 따라 ① 혼인 전 부부재산약정, ② 혼인기간 중 부부재산제도(현행 별산제), ③ 이혼 시의 재산분할청구, ④ 일방 배우자 사망시 타방 배우자의 상속분이 문제될 수 있고, 위 각 쟁점은 부부라는 공동체와 이를 구성하는 두 개인 간의 정당하고 합리적인 재산 분배 방안을 찾는다는 점에서 그 가치관과 해법을 공유한다고 생각된다.

이하에서는 이혼 시 재산분할에 있어서 특유재산의 분할대상성을 민법 규정과 재판 실무, 위 ①, ②, ④에 대한 논의와 연계하여 발제문을 살펴본 후, 기업경영자의 이혼에 있어서 기업의 지배구조에 영향을 줄 수 있는 특유재산의 분할대상성에 관해 살펴보기로 한다.

### II. 관련 민법 규정 및 재산분할 관련 대법원 판례

#### [혼인의 재산상 효력 관련]

제829조(부부재산의 약정과 그 변경) ① 부부가 혼인성립전에 그 재산에 관하여 따로 약정을 하지 아니한 때에는 그 재산관계는 본관중 다음 각조에 정하는 바에 의한다.

② 부부가 혼인성립전에 그 재산에 관하여 약정한 때에는 혼인 중 이를 변경하지 못한다. 그러나 정당한 사유가 있는 때에는 법원의 허가를 얻어 변경할 수 있다.

③ 전항의 약정에 의하여 부부의 일방이 다른 일방의 재산을 관리하는 경우에 부적당한 관리로 인하여 그 재산을 위태하게 한 때에는 다른 일방은 자기가 관리할 것을 법원에 청구할 수 있고 그 재산이 부부의 공유인 때에는 그 분할을 청구할 수 있다.

- ④ 부부가 그 재산에 관하여 따로 약정을 한 때에는 혼인성립까지에 그 등기를 하지 아니하면 이로써 부부의 승계인 또는 제삼자에게 대항하지 못한다.
- ⑤ 제2항, 제3항의 규정이나 약정에 의하여 관리자를 변경하거나 공유재산을 분할하였을 때에는 그 등기를 하지 아니하면 이로써 부부의 승계인 또는 제삼자에게 대항하지 못한다.

제830조(특유재산과 귀속불명재산) ① 부부의 일방이 혼인 전부터 가진 고유재산과 혼인 중 자기의 명의로 취득한 재산은 그 특유재산으로 한다.

- ② 부부의 누구에게 속한 것인지 분명하지 아니한 재산은 부부의 공유로 추정한다.

제831조(특유재산의 관리 등) 부부는 그 특유재산을 각자 관리, 사용, 수익한다.

제832조(가사로 인한 채무의 연대책임) 부부의 일방이 일상의 가사에 관하여 제삼자와 법률행위를 한 때에는 다른 일방은 이로 인한 채무에 대하여 연대책임이 있다. 그러나 이미 제삼자에 대하여 다른 일방의 책임없음을 명시한 때에는 그러하지 아니하다.

제833조(생활비용) 부부의 공동생활에 필요한 비용은 당사자간에 특별한 약정이 없으면 부부가 공동으로 부담한다.

#### [이혼시 재산분할청구권 관련]

제839조의2(재산분할청구권) ① 협의상 이혼한 자의 일방은 다른 일방에 대하여 재산분할을 청구할 수 있다.

- ② 제1항의 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.

- ③ 제1항의 재산분할청구권은 이혼한 날부터 2년을 경과한 때에는 소멸한다.[본조신설 1990.1.13.]

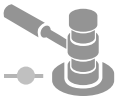
#### [부부 중 일방 사망시 배우자의 상속분 관련]

제1009조(법정상속분) ① 동순위의 상속인이 수인인 때에는 그 상속분은 균분으로 한다.

- ② 피상속인의 배우자의 상속분은 직계비속과 공동으로 상속하는 때에는 직계비속의 상속분의 5할을 가산하고, 직계존속과 공동으로 상속하는 때에는 직계존속의 상속분의 5할을 가산한다.

#### [특유재산의 분할대상성 관련 대법원 판례]

부부 일방의 특유재산은 원칙적으로 재산분할의 대상이 되지 아니하나 특유재산일지라도 다른 일방이 적극적으로 그 특유재산의 유지에 협력하여 그 감소를 방지하였거나 그 증식에 협력하였다고 인정되는 경우에는 재산분할의 대상이 될 수 있다(대법원 1998. 2. 13. 선고 97므1486, 1493 판결, 대법원 2002. 8. 28.자 2002스36 결정 등 참조).



부부의 일방이 별거 후에 취득한 재산이라도 그것이 별거 전에 쌍방의 협력에 의하여 형성된 유형·무형의 자원에 기한 것이라면 재산분할의 대상이 될 수 있다(대법원 1999. 6. 11. 선고 96므1397 판결 참조).

근로자퇴직급여보장법, 공무원연금법, 군인연금법, 사립학교교직원연금법이 각 규정하고 있는 퇴직급여는 사회보장적 급여로서의 성격 외에 임금의 후불적 성격과 성실한 근무에 대한 공로 보상적 성격도 지닌다. 그리고 이러한 퇴직급여를 수령하기 위하여는 일정기간 근무할 것이 요구되는바, 그와 같이 근무함에 있어 상대방 배우자의 협력이 기여한 것으로 인정된다면 그 퇴직급여 역시 부부 쌍방의 협력으로 이룩한 재산으로서 재산분할의 대상이 될 수 있다(대법원 2014. 7. 16. 선고 2013므2250 전원합의체 판결)

### III. 특유재산의 분할대상성 일반론

#### 1. 민법 규정 및 재판 실무의 경향

##### 가. 민법 규정 및 재판 실무

우리 민법은 발제문 2에서 지적해주신 바와 같이 이혼시의 재산분할청구권 조항에서 분할 대상 재산을 제한하지 않고 있으며, “당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산의 액수 기타 사정”을 그 명의를 불문하고 참작할 것을 명하고 있다.

그런데, 이혼소송 실무에서는 ‘혼인전부터 가진 고유재산’과 ‘혼인 중 자기명의로 취득한 재산’을 특유재산으로 규정한 민법 규정과, ‘특유재산은 원칙적으로 재산분할의 대상이 되지 않지만 상대방이 적극적으로 특유재산의 유지에 협력하여 감소를 방지하였거나 그 증식에 협력하였다고 인정되는 경우에는 재산분할의 대상이 될 수 있다’는 대법원 판례를 결합하여, 경제활동을 주로 한 배우자는 ‘혼인전부터 가진 고유재산’과 ‘혼인 중 자기명의로 취득한 재산’이 처음부터 모두 분할대상이 아니라는 주장을 하고, 이에 상대방은 자신이 ‘적극적으로 특유재산의 유지에 협력하여 감소를 방지하였거나 그 증식에 협력하였다’는 점을 입증하여 그 특유재산이 분할대상에 포함된다고 주장하는 방식으로 공방이 이루어지고 있다.

이 경우 혼인기간이 얼마 되지 않았다면 ‘유지에 대한 기여도’를 엄격하게 보고 있으나, 일정한 혼인기간을 지속한 부부의 경우라면 ‘혼인 중 자기명의로 취득한 재산’이라 하더라도

‘상속, 증여로 취득한 재산’ 외에는 부부 쌍방의 협력으로 이룩한 재산으로 보아(발제문 1도 이를 ‘실질적 공유재산’이라 하여 같은 입장으로 보인다) 분할대상 재산에 포함시킴이 일반적이다.

그 외에 ‘혼인전부터 가진 고유재산’과 ‘혼인 중 상속, 증여로 자기명의로 취득한 재산’(발제문 1에서는 이를 ‘실질적 특유재산’이라 한다)에 대하여, 실무는 ① 혼인 후 일정 기간 경과된 경우 및 ② 실질적 특유재산을 취득한 때로부터 일정 기간이 경과된 경우<sup>1)</sup>라는 조건을 충족하면 별다른 사정이 없는 한 ‘유지에 대한 기여도’라는 개념을 통해 대부분 분할 대상에 포함하고 있는 추세이다.

이러한 점에서 법원의 실무는, 일정한 혼인기간이 경과된 부부라면 발제문 1 각주 15 인용문과 같이 ‘사실상 부부의 재산은 분할대상 재산에 포함되는 것을 원칙으로 하고, 분할대상 재산에서 배제하는 것을 예외로 하는 태도’를 전제하고 있으며, 다만 특유재산이라는 사정을 재산분할의 기여도를 정할 때 참작함으로써 구체적인 형평을 기하고 있다고 보여진다.

#### 나. 실무의 태도에 대한 비판

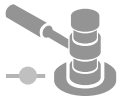
이러한 실무의 태도에 대하여는, 1) 특유재산을 원칙적으로 분할대상 재산에 포함시키지 않는 대법원의 판례와 부합되지 않아 원칙과 예외가 뒤바뀐 것이며(발제문 1, 8면), 법원의 재산분할 판단에 명확한 근거가 적시되지 않고 예측가능성이 높지 않아 바람직하지 않다는 지적(발제문 1, 22면)과, 2) 오히려 ‘특유재산은 원칙적으로 재산분할의 대상이 되지 않는다’고 보는 판례와 통설은 재산분할의 대상을 제한하지 아니한 민법 제839조의2와 달리 법문상 근거 없이 특유재산을 재산분할 대상에서 제외하였다는 지적(발제문 2, 3면)이 있다.

## 2. 부부재산공유제 논의 및 배우자의 상속법상 지위 개선 논의와 연계한 검토

### 가. 부부재산공유제 관련 논의

민법 제830조 제1항은 부부 일방이 혼인 전부터 가진 고유재산과 혼인 중 자기 명의로 취득한 재산을 그 특유재산으로 함으로써 법정부부재산제로 별산제를 채택하고 있다. 이에 대하여, 17대 국회에서 한국가정법률상담소, 사법제도개혁위원회, 전국 여성의 전화 연합, 법무부 등이 마련한 법률안이 각각 이계경의원안, 한명숙의원안, 최순영의원안, 정부안으로 국

1) 실질적 특유재산의 취득시기 또한 중요한 판단요소로 작용하여, 혼인 파탄 무렵 취득한 로또당첨금이나 상속, 증여받은 재산은 분할대상 재산에서 제외되고 있다.



회에 제출되었지만 충분한 논의가 이루어지지 않은 채 국회의 임기만료로 폐기된 바 있다<sup>2)</sup>.

20대 국회에서도, 부부공동체가 성립된 이상 혼인 중에 취득한 재산은 부부 일방의 재산으로 보기 어렵고, 현행 민법은 부부별산제를 채택하고 있지만 이혼 시 재산분할의 경우 판례는 혼인중 취득한 재산 뿐 아니라 고유재산의 경우에도 유지관리에 기여 있는 경우 재산분할의 대상으로 인정하고 있으므로 법과 실무례를 일치시킬 필요가 있으며, 법원의 재량으로 재판부마다 달리 판단하는 것을 방지하기 위해 이런 내용의 가이드라인을 법적으로 명문화할 필요가 있다는 이유로, 민법 제830조를 ‘① 부부 일방이 혼인 전부터 가진 재산과 혼인 중 상속, 증여 등에 의하여 취득한 재산은 부부 일방의 고유재산으로 한다. ② 부부 일방의 고유재산을 기반으로 발생한 재산 증가분과 혼인 중 취득한 재산 및 그 증가분은 제102조에도 불구하고 부부의 공유로 추정한다.’<sup>3)</sup>는 등의 민법 개정법률안이 20대 국회에서 제안<sup>4)</sup>된 바 있고, 이에 대하여는 ‘개정안은 법정부부재산제를 공유제로 규정하고 있는데, 공유제는 소득활동을 담당하는 일방 배우자와 가사나 육아를 담당하여 소득이 없거나 더 적은 소득이 있는 배우자의 노력이 동일하게 평가되어야 한다는 가치를 실현하기 위한 적절한 방식이다.’라는 견해<sup>5)</sup>도 제시되는 등, 현재 민법상의 부부재산제도가 부부간 경제적 평등 실현에 미흡하다고 보고 이를 개선하려는 움직임이 관찰된다. 한편 위 개정안은 재산분할과 관련하여 혼인중의 재산분할도 허용하고, 이혼시의 재산분할에 있어서도 앞서 본 공유로 추정되는 재산 전부를 분할 대상으로 하며, 가정법원은 균등하게 분할하는 것을 원칙으로 하되 쌍방이 이룩한 재산의 액수 및 그 밖의 사정을 참작하여 분할의 액수와 방법을 정하도록 하였는바, 그에 따르면 이혼시 재산분할의 대상 범위가 확장되는 결과를 가져올 것으로 보인다.

한편, 우리나라에서 현재의 법정부부재산제(별산제)를 유지하더라도, 다른 나라처럼 공동재산제(공유제)와 같은 다른 유형의 부부재산제도 법에 규정하고, 당사자로 하여금 이를 선택할 수 있게 하는 것이 바람직하다는 의견도 있다.<sup>6)</sup>

2) 전경근, ‘부부재산제 개정안에 대한 토론회’, 재산분할시 부부재산공유제 도입을 위한 심포지엄(2018. 12. 3.) 자료집 57면.

3) 독일의 잉여공동제[부부재산의 청산방법으로 혼인해소시의 재산에서 혼인성립시의 재산을 공제한 차액(잉여재산)을 계산한 후, 배우자 일방의 잉여재산이 다른 일방 배우자의 잉여재산을 초과하는 경우 그 초과분 차액의 1/2에 대해 채권적 청구권을 가짐], 프랑스의 소득공동제[각 배우자가 혼인할 당시 소유하고 있었던 재산과 혼인 중에 무상으로 취득한 재산은 각자의 고유재산이 되지만 혼인 중에 취득한 노동에 의한 소득이나 고유재산으로부터의 수익은 공유재산으로 함](위 심포지엄 자료집 24면)와 유사한 측면이 있는 것으로 보인다.

4) 의안번호 제14211호(제안일자 2018. 7. 4., 대표발의 정춘숙 의원), 임기만료 폐기.

5) 대표발제 배인구, ‘현행 부부재산분할제도의 검토 및 공유제 도입에 대한 소고’, 위 심포지엄 자료집 22면.

6) 윤진수, ‘배우자의 상속법상 지위 개선 방안에 관한 연구’, 민법논고 8 v.8, 박영사, 742면.

### 나. 배우자의 상속법상 지위 개선 관련 논의

현행 민법 제1009조는 부부 중 일방이 사망한 경우 배우자의 상속분으로 공동상속인의 상속분에 1/2만을 가산하고 있다. 이러한 규정에 대하여는 개선의 필요성이 다수 제기되고 있는데, 그 이유는 ① 현행법상 생존배우자 외에 공동상속인의 수가 많을수록 배우자의 몫이 줄어들어 배우자의 지위가 약화되며, ② 생존 배우자의 상속분이 이혼 등으로 혼인이 해소되는 경우에 인정되는 배우자의 재산분할과 차이가 있게 되어 균형이 맞지 않는다는 것이다.<sup>7)</sup>

이와 관련하여, 종래 2006. 정부가 제17대 국회에 제출한 개정안은 배우자의 상속분을 상속재산의 5할로 하도록 규정하였으나 국회 임기 만료로 폐기되었고, 법무부가 2013. 10. 민법(상속편) 개정특별위원회를 구성하여 ‘배우자는 혼인기간 동안 증가한 피상속인의 재산 중 상속개시 당시 현존하는 재산에서 채무를 공제한 액수의 1/2을 다른 공동상속인에 우선하여 선취분으로 취득할 권리가 있고, 다만 그러한 선취분의 취득이 현저히 공정에 반하는 경우에는 공동상속인의 협의나 가정법원이 선취분을 감액할 수 있으며, 나머지 재산을 공동상속인과 더불어 분배한다.’는 내용의 개정안을 마련하였으나, 위와 같이 배우자의 상속분을 늘리는 개정안이 통과되면 이른바 ‘기업상속’에 방해가 될 것이라는 우려가 일부에서 제기되면서 개정안이 입법예고절차에도 나아가지 못하였다고 한다.<sup>8)</sup>

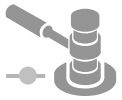
20대 국회에는 2018. 7. 앞서 본 정춘숙 의원안이 발의되었는데, 배우자는 위 민법개정안 제830조 제2항에서 공유로 추정되는 재산의 50/100을 선취분으로 청구할 수 있도록 하고, 나머지 재산은 공동상속인들이 균분하여 상속하도록 하였으나(공유추정 재산이 없는 경우에는 공동상속인 상속분의 5할을 가산), 임기 만료로 폐기되었다.

학설상 입법론은 크게 두 가지로 나뉘어 ① 배우자의 사망 후에도 부부재산관계의 청산 후에 상속재산을 분배하자는 방안, ② 배우자의 상속분을 공동상속인의 수와 관계없이 일정한 비율로 고정하자는 방안이 있으나, 두 방안 모두 배우자의 상속법상 지위를 현재보다 개선하려는 노력이라는 점에서는 동일하다 할 것이다.

한편, 현재 배우자 상속분이 이혼하고 받을 수 있는 재산분할보다 작아서 오히려 이혼을 조장할 우려가 있다는 비판이 있는데, 배우자의 상속분을 전체 상속재산의 1/2로 올리기만 하더라도 이러한 문제점은 대체로 해소될 수 있다고 보면서, 적어도 상속재산의 1/2은 생존

7) 윤진수, 전제논문, 699면.

8) 김상용, ‘사망으로 혼인이 해소된 경우 생존 배우자의 재산권 보호’, 중앙법학 제17권 제2호, 2015, 229면 이하(윤진수, 전제논문 702면에서 재인용)



배우자에게 확보하여 주는 것이 바람직하다는 의견이 있다.<sup>9)</sup> 위 의견은 이처럼 배우자의 상속분을 올리는 경우 두 가지 측면에서 상당한 저항이 예상된다고 보는바, ① 기업을 경영하는 사람이 이를 자신의 자녀에게 승계시키려는 경우 배우자의 상속권이 늘어난다면 기업 승계에 장애가 될 수 있는 점(유언이나 생전의 처분에 의하여 법정상속분과 달리 기업의 승계가 가능할 수 있으나 배우자의 유류분이 인정되어 어려움이 있을 수 있다), ② 재혼 배우자에게 많은 상속분이 인정되면 전혼 배우자와의 자녀들이 이를 꺼려하여 부모의 재혼을 반대하는 경우가 생길 수 있다는 점이다. 이러한 문제는 사전에 법원의 허가 등으로 상속이나 유류분을 포기<sup>10)</sup>할 수 있는 규정을 함께 두거나, 재혼의 경우 미국에서와 같이 혼인계약(혼인 전 부부재산약정)에서 그러한 제한을 두는 것도 생각해 볼 수 있다고 한다.<sup>11)</sup>

### 3. 의견

다시 실무로 돌아와 보면, 특유재산의 분할대상성에 대한 가정법원의 판단에 재량이 지나치게 많아 예측가능성이 낮다는 지적과 관련하여, ‘재산분할재판에서의 재량성’에 대한 입법자의 의도를 고려해 보아야 할 것 같다.

민법이 앞서 본 바와 같이 분할대상 재산을 법문상 특정하지 아니한 점, 가사소송법 또한 재산분할심판을 소송이 아니라 재량성, 후견성, 직권성을 가진 마류 비송사건으로 분류하고 있는 점을 고려하면, ‘재산분할에 대한 법원의 재량’은 실체법인 민법과 절차법인 가사소송법이 일치하여 규정하는 입법적 결단이라 할 것이다. 만약 이러한 입법적 결단이 바람직하지 않다거나, 법원에게 재량을 부여하는 것이 부당하다는 사회적 통념과 국민들의 법인식이 존재한다면 위와 같은 재산분할 규정은 이미 개정되었을 것으로 생각된다. 친족상속법 분야는 민법에서 최근 30여년 간 가장 빈번하게 개정되었고 많은 조문이 신설, 폐지, 변경되어 오고 있다. 그럼에도 위 조문은 신설 이후 30년 동안 유지되어 오면서 “당사자 쌍방의 협력”에 대한 판단을 법원에 맡기고 있는데, 이는 재산분할 재판이 확실적인 법률효과를 부여하여야 하는 법률관계와 대척점에 선 관계로서 개별 사안에 부합하는 구체적 타당성이 가장 강조되는 재판이기 때문이며, 현재 실무는 이러한 입법취지에 부합되도록 운영되고 있다고 생각한다.

다만 이에 보태어, 만약 예측가능성과 명확성의 제고가 필요하다면 발제문 1, 10면에서 인용된 바와 같이 ‘혼인 전 취득한 재산에 대하여는 10년 이상의 혼인공동체 유지를 조건으

9) 윤진수, 전제논문, 846면.

10) 단 지분에 상당하는 금전적 보상이 전제될 것으로 보인다.

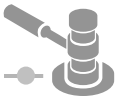
11) 윤진수, 전제논문, 746-750면.

로 분할대상으로 삼고, 혼인 중 상속, 증여받은 재산에 대하여는 혼인기간 10년의 요건에 재산보유기간 10년 이상의 요건을 추가하여 위 두 가지 요건을 갖춘 경우 분할의 대상으로 삼는 것'을 원칙으로 한다거나, 일정 기준이 충족되는 경우(예컨대 혼인동거기간이 30년 이상이거나, 당사자 사이에 자녀가 0명 이상이거나, 이혼 후에도 당사자 쌍방이 공동으로 부양의무를 부담하는 사람이 0명 이상인 경우 등)에는 기여도를 고려하지 않고 이혼 성립시 당사자 쌍방이 가진 재산 전부에 대하여 분할하는 것으로 민법을 개정하는 방안도 고려할 수 있을 것으로 보인다.

#### 4. 질의사항

1) 윤진수 교수님께 : 발제문 1, 22면에서 '(실질적) 특유재산은 다른 배우자 일방이 적극적으로 그 특유재산의 유지에 협력하여 그 감소를 방지하거나 그 증식에 협력하였다고 인정되는 경우에 한하여' 재산분할이 되는 것이 원칙이고, '다른 배우자 일방이 가사노동을 한 경우'에는 위에 해당하지 아니하여 재산분할의 대상에서 제외되어야 한다(다만 청산적 재산분할만으로는 혼인 중과 같은 정도의 생활수준을 유지하기 어려워 부양의 필요가 있는 때에는 부양적 요소를 고려하여 특유재산이라 하여도 재산분할의 대상이 되는 것으로 보고, 실무에서도 청산적 요소와 부양적 요소에 따라 분할액을 개별적으로 산정한 다음 이를 합산하여 재산분할액으로 하여야 한다)고 보셨습니다. 그런데, 이는 배우자의 상속법상 지위 개선 방안과 관련하여, 배우자의 상속분을 1/2로 증대하여야 한다는 교수님의 입장과 현저한 차이를 가져오는 것으로 보이는데, 같은 혼인관계의 청산임에도 이혼과 사망 사이에 이러한 차이를 두시는 사유에 관해 질의드립니다.

2) 이동진 교수님께 : 발제문 2, 5면에서 '특유재산을 제외하더라도 분할비율을 조정함으로써 적절히 분할할 수 있다면 특유재산까지 심판에 의한 처분의 대상으로 삼지 아니하여 그 특유재산 보유자의 존속이익을 배려함이 타당하다. 그러나 그 특유재산을 제외하면 적절한 분할이 불가능할 때에는 존속이익을 희생해서라도 적절한 분할을 도모하여야 한다.'고 하셨는데, 재판과정에서 적용할 수 있는 '적절한 분할'은 어떠한 분할을 의미하며, 그 판단 기준은 무엇으로 생각하시는지 질의드립니다.



## IV. 기업경영자의 이혼과 재산분할

### 1. 기업의 발전 단계와 혼인 시기에 따른 유형 분류의 필요성

이른바 기업경영자의 이혼에 있어서 재산분할의 문제는 획일적인 기준으로 판단하기 어렵다고 생각된다. 오히려 혼인이 기업의 발전 단계 중 어느 시점에 이루어졌느냐에 따라 유형별로 분류하여 검토함이 합리적일 것으로 보인다.

이를 일응 필자의 사견에 따라 임의적으로 나누어 본다면, ① 기업 가문에 개인이 편입된 유형, ② 기업 가문과 기업 가문의 결합 유형, ③ 기업 가문과 정치 가문의 결합 유형, ④ 혼인 이후 창업하여 큰 기업으로 발전된 유형으로 나눌 수 있다. 이하에서는 위 각 유형에 따른 재산분할의 문제를 달리 살펴본다.

### 2. 각 유형에 따른 특유재산의 분할대상성

#### 가. 기업 가문에 개인이 편입된 유형

혼인 전 배우자가 이미 시가총액 상위에 속하는 기업의 운영자 또는 그 자녀였고, 상대방은 기업 경영과 무관한 일반인으로서 혼인으로 인해 소위 ‘재벌가 사위’, ‘재벌가 며느리’로 편입된 유형이다.

이 유형의 혼인에서는 ① 부부 일방이 혼인 전부터 가진 재산과, 혼인 중 상속, 증여 등으로 취득한 특유재산의 규모가 일반적인 가정보다 현저히 크고, ② 기업 가문에 속하는 배우자가 기업 경영에 참여하여 특유재산을 증식하며, ③ 기업 가문에 편입된 배우자가 혼인기간 중 기업 가문으로부터 증여받은 재산도 상당하다는 특징이 있다.

이러한 유형의 혼인이 이혼으로 재산분할재판을 하게 될 경우에는 다음과 같은 점이 고려되어야 할 것으로 보인다. 즉 위 ①, ②항과 관련하여, 주식회사의 가치는 ‘주식’으로 결정되는바, 상장회사의 경우 상법 외에도 자본시장과 금융투자업에 관한 법률, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 기타 각종 법령에 의하여 주식의 발행, 소유, 거래가 모두 규제되고 있으며, 소유와 경영이 분리되어 있고, 회사의 주가 상승 즉 회사의 가치 증대에 기업 경영자의 배우자가 기여한 것이 있을지 판단함에 있어서 고려사항은 개인기업 또는 소규모회사에서의 그것과 다르게 보아야 할 수도 있다는 점이다.

따라서, 그와 같은 사정 및 위 ③항을 포함하여 ‘당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산의 액수’를 심리하여 부부 일방이 혼인 전부터 가진 재산과 혼인 중 상속, 증여 등으로 취득한 특유재산을 제외하더라도 적절한 수준의 재산분할이 가능하다면, 기업지배구조에 영향을 미치는 특유재산(주식으로 표상되는 지분 등)의 분할대상성이 문제되지 않는 것으로 보인다.

한편, 이러한 경우, 민법 제829조가 정한 혼인 전 부부재산약정<sup>12)</sup>을 체결할 가능성이 높을 것으로 생각된다. 그런데 혼인 전 부부재산약정은 혼인 성립시부터 종료시까지만 그 효력을 유지하고 혼인관계 종료 이후의 재산분할에 대하여는 정할 수 없다고 봄이 일반적이므로<sup>13)</sup>, 혼인 전 부부재산약정은 재산분할재판에 있어서 ‘기타 사정’으로 참작될 수 있을 것으로 보인다.<sup>14)</sup> 다만 재산분할청구권을 포기하도록 하는 약정은 무효이다. 부부재산약정등기신청서의 예시는 별지<sup>15)</sup> 참조.

#### 나. 기업 가문과 기업 가문이 결합된 유형

부부가 모두 혼인 전부터 시가총액 상위에 속하는 기업의 운영자 또는 그 자녀로서, 소위 ‘기업의 결합’으로 표현되는 유형이다.

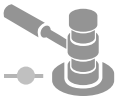
이 유형의 혼인에서는 ① 부부 쌍방이 혼인 전부터 가진 재산과, 혼인 중 상속, 증여 등으로 취득한 특유재산의 규모가 일반적인 가정보다 현저히 크고, ② 부부 쌍방이 각자 기업 경영에 참여하거나, 한쪽이 기업 경영에 참여하지 않더라도 그가 속한 기업 가문이 상대방 배우자의 기업 경영에 협력하였을 가능성이 높을 것으로 보인다.

12) 2001년 전에는 부부재산약정등기가 한 건도 없었으나, 2001년 처음으로 부부재산계약이 등기되어 부부재산계약에 대한 사회적 관심이 높아진 이후 2020. 3. 31. 현재까지 전국적으로 421건의 부부재산약정등기가 되어 있으며, 최근 5년간 부부재산약정 관련 등기신청(경정, 소멸 등기신청 포함)은 2015년 40건, 2016년 35건, 2017년 25건, 2018년 47건, 2019년 27건이다. 부부재산약정등기 건수는 최근 5년간 연도별 혼인 건수인 2015년 약 30.3만건, 2016년 약 28.2만건, 2017년 약 26.4만건, 2018년 약 25.8만건, 2019년 23.9만건에 비하면 극히 미미한 수준이다. 이 외에 부부재산약정등기에 관한 특징은 ① 부부재산약정에 관한 변경등기 신청은 거의 이루어지고 있지 않으며(변경등기를 위해서는 가정법원의 허가가 필요한 경우가 많아 이에 기인한 것으로 보인다.) ② 부부재산 약정자 중 일방이 외국인인 경우가 종종 있다는 점이다. 기타등기실무, 법원행정처(2020), 485면.

13) 주석민법 [친족1], 한국사법행정학회(제6판), 198면.

14) 이에 대하여 부부재산계약은 혼인이 종료되면 그때부터 효력을 잃게 되므로 혼인종료 후의 재산관계를 정할 수는 없다고 보는 견해가 있는 반면에, 부부재산계약으로 이혼 시 재산분할의 비율 기타 분할 방법을 정할 수 있다고 보는 견해도 있어 명백하게 부부재산에 관한 약정사항이 아니어서 등기할 수 없다고 보기는 어려우므로 부부재산계약에 있어 재산 외의 약정을 한 경우와 동일하게 볼 수는 없고, 이러한 약정사항은 등기할 사항이 아니라는 의심이 있다 하더라도 형식적 심사권만 있는 등기관으로서는 위 등기예규에 따라 약정 내용의 범위에 대하여는 판단하지 아니하고 약정서에 기재한 내용과 동일하게 등기하여야 한다. 해당 약정이 부부재산약정으로서 효력이 없기 때문에 무효인지 여부는 최종적으로 재판 등을 통하여 정하여질 문제이기 때문이다. 기타등기실무, 법원행정처(2020), 508면.

15) 기타등기실무, 법원행정처(2020), 492면.



이러한 유형의 혼인이 이혼으로 재산분할재판을 하게 될 경우에는, 기업지배구조에 영향을 미치는 특유재산(주식으로 표상되는 지분 등)의 분할대상성이 상호 문제될 것이므로, 별산제의 원칙이 적용될 가능성이 높을 것으로 짐작한다.

#### 다. 기업 가문과 정치 가문이 결합된 유형

혼인 전 일방은 시가총액 상위에 속하는 기업의 운영자 또는 그 자녀이고, 상대방은 기업 경영과 무관하지만 정치 가문의 일원으로서, 일반 대중에게 기업 가문이 정치 가문의 도움으로 현저한 재산의 증식을 이루었다고 인식되는 특수한 유형이다.

이러한 유형의 혼인이 이혼에 이른 경우 특유재산의 분할대상성과 관련하여, 1) 위 1.항에서 살핀 바와 같이 상장회사의 경우 상법 외에도 자본시장과 금융투자업에 관한 법률, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 기타 각종 법령에 의하여 주식의 발행, 소유, 거래가 모두 규제되고 있으며, 소유와 경영이 분리되어 있고, 회사의 주가 상승 즉 회사의 가치 증대에 기업 경영자의 배우자가 기여한 것이 있을지 판단함에 있어서 고려사항은 개인기업 또는 소규모회사에서의 그것과 다르게 보아야 할 수도 있다는 점을 강조하여 기업지배구조에 영향을 미치는 특유재산(주식으로 표상되는 지분 등)의 분할대상성을 부인하는 견해, 2) 기업가문에 대한 정치 가문의 특혜 논란에 위법성 문제가 있으므로, 기업지배구조의 안정성을 해하면서까지 그 이익을 정치 가문에 귀속시킬 필요가 없다고 보아 가. 유형에 준하여 특유재산의 분할대상성을 판단하는 견해, 3) 기업가문에 대한 정치 가문의 특혜 실재 여부에 논란이 있고, 혼인 당시 배우자가 소유하였던 기업 지분과 혼인 중 상속, 증여받은 지분 등 특유재산의 가액과 이혼 당시 소유하는 기업 지분의 가액을 비교하여 그 차액이 현저히 크며, 위 특혜 논란과 기업의 현저한 발전 사이에 개연성이 인정된다면, 특유재산의 분할재산대상성에 대한 일반론으로 돌아가 구체적 타당성에 입각하여 기업지배구조에 영향을 미치는 특유재산(주식으로 표상되는 지분 등)이라 하더라도 재산분할의 대상으로 포함시켜야 한다는 견해,<sup>16)</sup> 4) 위 특혜 논란과 기업의 현저한 발전 사이에 개연성이 인정되지 않는다 하더라도, 장기간 혼인생활을 유지해 왔고 혼인기간 중 기업가치의 현저한 상승이 인정된다면 아래 라. 유형에 준하여 특유재산의 분할대상성을 판단하는 견해 등으로 나뉠 수 있다.

한편 특유재산의 분할대상성을 인정하는 견해는 다시 가) 지분의 분할을 인정하는 견해, 나) 특유재산을 분할의 대상에 포함시키더라도 기업지배구조의 안정성 유지를 위해 지분의 분할이 아닌 금전지급의 방식으로 분할하여야 한다는 견해, 다) 특유재산분할에 대한 기여도와 공유재산분할에 대한 기여도를 달리 산정하여야 한다는 견해 등으로 나뉠 수 있다.

16) 이 경우 기여도에 대하여도 다양한 견해가 표출될 것으로 보여진다.

### 라. 혼인 이후 창업하여 큰 기업으로 발전한 유형

이 경우는 특유재산의 분할대상성 판단의 일반론으로 돌아가 개별 사안에 따라 판단하되, ‘당사자 쌍방의 협력’을 심리할 때 창업 및 초기 단계에서 상대방 배우자의 협력과 지지가 중요한 요소로 작용할 것으로 보여진다.

## 3. 질의사항

1) 윤진수 교수님께 : 교수님께서 기업을 경영하는 사람이 이를 자신의 자녀에게 승계시키려는 경우 배우자의 상속권이 늘어난다면 기업 승계에 장애가 될 수 있어 저항이 클 것이라고 보시면서도 적어도 상속재산의 1/2은 생존 배우자에게 확보하여 주는 것이 바람직하다고 하신 것이라면, 만약 ‘재산 유지와 증식을 위한 적극적 기여’가 인정되어 특유재산이 분할대상으로 인정되는 경우에 있어서 기업지배구조에 영향을 미치는 특유재산(지분)이라 하더라도 이를 분할하는 것에 찬성하시는 입장이신지요?

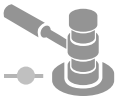
2) 이동진 교수님께 : 발제문 2의 5면 이하에서 언급되는 ‘기업경영자의 기업지분의 분할대상성’은 위 4가지 유형 중 어느 경우를 상정하셨는지, 논의의 전제가 된 다른 유형이 있는지 질의드리고 싶습니다.

## V. 결론

혼인으로 인한 재산관계는 시계열적으로 부부재산약정, 법정부부재산제, 이혼시 재산분할 제도, 배우자 사망시 상속분 문제가 유기적으로 연결되어 있고, 각 제도는 부부의 경제적 평등을 실현하는 방향으로 발전되어 왔다.

그와 관련하여 특유재산의 분할대상성은 민법 제839조의2 제2항이 분할대상을 제한하지 아니하고 법원의 판단에 맡김으로써 시대의 변화와 구체적 상황에 따른 유연성을 확보하여 왔으며, 다만 그 반작용으로 명확성과 예측가능성의 문제가 발생하였으나, 이는 입법자의 결단에 따른 것으로 필요한 경우 입법 작용을 통한 제도 개선을 요구하여야 할 것이다.

한편, 기업경영자의 이혼에서 특유재산의 분할대상성이 기업지배구조의 안정성과 관련하



여 문제되므로, 기업경영자의 혼인 유형을 4가지로 나누어 개략적으로나마 살펴보았다. 어느 경우에도, 법원은 재산분할에 있어 개별 가정의 상황에 따라 정당하고 합리적인 분배가 이루어질 수 있도록 노력하여야 할 것이다.

## 부부재산약정등기신청

접 수	년 월 일	처 리 인	등기관 확인	각종 통지
	제 호			

등 기 의 목 적	부부재산약정등기
등기원인과 그 연월일	2020년 5월 25일 부부재산약정

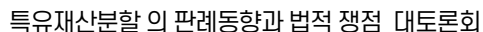
약정자의 성명, 주민등록번호, 주소

부가 될 자	성 명	이대한	주민등록번호	850110-1234567
	주 소	서울특별시 종로구 대학로 11(연지동)		
처가 될 자	성 명	박나라	주민등록번호	901212-2345678
	주 소	서울특별시 도봉구 마들로 20(도봉동)		

약 정 사 항

1. 부부재산 중 다음에 기록한 것은 각자 재산으로 한다.  
 (부의 재산)  
 가. 서울특별시 마포구 공덕동 100 토지 100㎡  
 나. 2020년식 쏘나타 712가1111  
 (처의 재산)  
 가. 서울특별시 서초구 서초대로62길 31, 102동 103호(서초동, 장미아파트)  
 나. 국민은행 예금 5천만원
2. 부의 특유재산의 사용, 수익 및 관리는 처가 한다.
3. 혼인 중 새로 취득한 재산은 부부공유로 한다.

- 이 상 -



- 신청서 작성요령 -

1. 해당란에 기재할 여백이 없을 경우에는 별지를 이용합니다.
2. 담당 등기관이 판단하여 위의 첨부서면 외에 추가적인 서면을 요구할 수 있습니다.

[서식 예] 부부재산계약서

### 부부재산계약서

제1조(당사자) 혼인 예정인 약정자1 ○○○(남편이 될 사람, 이하 "갑"이라고 함)과 약정자2 ○○○(아내가 될 사람, 이하 "을"이라고 함)는 상호 협의 하에 다음과 같은 부부재산계약을 체결한다.

제2조(갑의 특유재산) 다음에 기재한 것은 갑의 특유재산으로 한다.

1. 서울특별시 마포구 공덕동 100 토지 100㎡
2. 2020년식 쏘나타 712가1111

제3조(을의 특유재산) 다음에 기재한 것은 을의 특유재산으로 한다.

1. 서울특별시 서초구 서초대로62길 31, 102동 103호(서초동, 장미아파트)
2. 국민은행 예금 5천만원

제4조(이외의 재산) 위 기재한 재산 이외의 재산에 대하여는 부부재산에 관한 민법의 일반원칙에 따라 처리하되, 혼인 중 갑 또는 을이 새로 취득한 재산은 부부공유로 한다.

제5조(갑의 특유재산의 관리자) 갑의 특유재산의 사용, 수익 및 관리는 을이 한다.

제6조(협조) 당사자 쌍방은 혼인 성립 전 본 계약을 등기하는데 필요한 협조를 이행한다. 갑과 을은 상기 계약을 증명하기 위하여 본 계약서 2통을 작성하고, 각자 서명 날인한 후 1통씩을 보관한다.

2020년 5월 25일

약정자1 성명 이 대 한 (인)

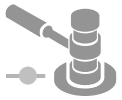
주민등록번호 850110-1234567

주소 서울특별시 종로구 대학로 11(연지동)

약정자2 성명 박 나 라 (인)

주민등록번호 901212-2345678

주소 서울특별시 도봉구 마들로 20(도봉동)



토론 3

## ‘실질적 특유재산’의 재산분할 및 기업자산 분할의 가능성

한국여성변호사회 회원이사 / 변호사 조연빈

### I. 특유재산과 재산분할청구권

#### 1. 민법 제 839조의2 재산분할청구권

우리 민법은 제830조에서 부부재산제에 관하여 별산제를 규정하면서, 부부의 재산을 일방 고유의 ‘특유재산’과 ‘부부공유재산’으로 구분하고 있습니다. 그 중 특유재산은 부부의 일방이 혼인 전부터 보유해 온 ‘고유재산’과 ‘혼인 중 자기 명의로 취득한 재산’으로 분류되고, 혼인 중 자기 명의로 취득한 재산은 다시 부부가 함께 이룩하였으나 일방의 단독 명의로 취득한 재산, 그리고 상속·증여 등 그 취득 근거가 부부의 협력과는 관련 없는 재산으로 나눌 수 있습니다.

그런데 혼인의 해소 시 재산분할청구권에 관하여는 민법 제839조의2에서 특유재산, 공유재산 등의 구분 없이 ‘당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산의 액수 기타 사정을 참작’하여 분할의 액수와 방법을 정하도록 규정하고 있어, 재산분할의 대상이나 범위에 관하여도 법원의 판단에 맡겨져 있습니다.

첫 번째 발제에서 짚어주신 것처럼, 판례는 이혼에 따른 재산분할이 공동재산의 청산이라는 성격에 상대방에 대한 부양적 성격이 가미된 제도라는 전제 하에, 「특유재산일지라도 다른 일방이 적극적으로 그 특유재산의 유지에 협력하여 그 감소를 방지하였거나 그 증식에 협력하였다고 인정되는 경우에는 이것도 분할의 대상이 될 수 있다(대법원 1993. 5. 25. 선고 92므501 판결)」는 판시에 따라 실무적으로는 혼인 파탄 시점에 부부의 양 당사자가 보유하고 있는 각 재산에 대하여 타방의 유지·증식 등의 기여가 인정될 수 있는지 여부를 실질적으로 판단하고 있습니다.

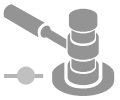
## 2. 재산분할청구의 대상으로서의 특유재산

(1) 그런데, 위 판례의 의미는 '특유재산은 원칙적으로 분할 대상에 포함되지 않는다'고 전제하는 것이고 실제로 「부부 일방의 특유재산은 원칙적으로 분할의 대상이 되지 아니하나... (대법원 2002. 8. 28. 선고 2002스36 판결)」와 같이 일반적으로 특유재산은 재산분할 대상에서 제외된다고 명시적으로 판시하는 바, 이는 민법 제839조의2 제2항에서 그 문언 상 분할대상재산을 제한하지 않는 점에서 의문이 있습니다.

발제문 2에서도 특유재산의 분할대상성에 관하여 민법 제839조의2 제2항은 분할대상재산을 제한하지 않고 '쌍방의 협력으로 이룩한 재산의 액수'도 고려요소일 뿐임에도 불구하고, 판례나 통설이 재산분할의 '대상'에서 실질적 특유재산을 원칙적으로 제외하는 점을 지적하고 있는데, 결국 재산분할의 원칙적 기준이라 할 수 있는 <당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산>의 가액의 합을 산정하기 위해서는 당사자들이 보유하는 각 개별 재산이 분할 대상에 포함시킬 것인지 여부를 판단하여 구분할 필요성이 있고, 공동재산만으로도 분할비율의 조정을 통하여 공평한 분할을 도모할 수 있다면 타방의 기여가 없는 특유재산을 심판 대상으로 삼을 필요가 없을 것입니다. 이러한 점에서, 민법 제839조의2 제2항이 특유재산을 심판 대상으로 삼을지 여부를 열어둠으로써 분할대상성과 분할비율의 상호관계를 통해 재산의 적절한 분할을 도모할 수 있다는 견해에 동의합니다.

(2) 판례는 청산적 관점에서 실질적 특유재산은 분할의 대상이 되지 않는다는 원칙을 거듭 확인하면서도<sup>1)</sup>, (실질적)특유재산의 취득 및 유지에 상대방의 가사노동이 직·간접적으로 기여한 경우 재산분할의 대상이 된다(대법원 1998. 4. 10. 선고 96므1434 판결 참조)고 하는 등 특유재산의 분할이 인정되는 예외의 범위를 확장하기도 하는 바 이는 재산분할의 부양적 관점에서의 고려로 보여집니다.

1) "재산분할 제도는 이혼 등의 경우에 부부가 혼인 중 공동으로 형성한 재산을 청산·분배하는 것을 주된 목적으로 하는 것으로서, 부부 쌍방의 협력으로 이룩한 적극재산 및 그 형성에 수반하여 부담하거나 부부 공동생활관계에서 필요한 비용 등을 조달하는 과정에서 부담한 채무를 분할하여 각자에게 귀속될 몫을 정하기 위한 것이므로(대법원 2013. 6. 20. 선고 2010므4071, 4088 전원합의체 판결 참조), 부부 일방에 의하여 생긴 적극재산이나 채무로서 상대방은 그 형성이나 유지 또는 부담과 무관한 경우에는 이를 재산분할 대상인 재산에 포함할 것이 아니다.(대법원 2013. 11. 28. 선고 2013므1455, 2013므1462 판결 참조)"



### (3) 특유재산에 대한 재산분할을 명한 판결례

#### ■ 대법원 1993. 6. 11. 선고 92므1054, 1061판결

- 원고가 상속재산을 처분하여 이를 기초로 자기 명의로 취득한 부동산에 관하여 그 취득, 유지에 있어 피고의 가사노동이 직접 간접으로 기여한 것으로 인정되므로 원고 명의 부동산 전부를 재산분할 대상으로 보아야 한다.

#### ■ 대법원 2009. 6. 9.자 2008스111결정

- 청구인의 아버지로부터 일부 금원을 지원받아 부동산을 구입한 점만으로는 청구인의 특유재산이라고 볼 수 없고 다만 그러한 사정은 기여도를 정함에 있어 참작하여야 한다고 한 원심을 정당하다고 하면서, 부부 중 일방이 제3자로부터 증여받은 재산일지라도 상대방의 직·간접적인 기여가 있는 경우 재산분할의 대상이 된다고 판시하였다.

#### ■ 서울가정법원 2013. 9. 12. 선고 2012드합9003

- 피고가 혼인 중 아버지로부터 상속받은 부동산에 관하여, 21년간의 혼인기간동안 원고가 가사 및 자녀양육에 종사하고 피고의 어머니를 봉양함으로써 피고의 특유재산의 유지에 기여하였다고 보아 당해 부동산이 재산분할의 대상이 된다고 판단하였다.

(4) 즉, 판례는 혼인 중 특유재산을 기초로 재산이 증식되거나, 특유재산의 취득에 있어 부부의 공동재산과 혼용되는 경우에도 상대방 배우자의 육아나 가사노동 등 공동의 혼인생활에 수반된 간접 기여만으로도 재산분할의 대상이 될 수 있음을 인정하는 것으로 보입니다.

그러나 특정 재산의 취득 및 형성에 있어 '가사노동을 통한 간접적 기여'를 인정하여 실질적 특유재산을 재산분할의 대상으로 포함시키는 것은 '쌍방의 협력으로 이룩한 재산'의 의미와 무형적 기여의 범위를 과도하게 확장할 우려가 있습니다. 나아가 혼인 중 일방이 재산을 증여·상속받은 뒤 특별한 관리행위 없이 우연한 외부적 사정에 의존하여 이를 유지해 오거나, 일방에 의해 관리되어 그 수익이 공동생활을 위한 생활비에 충당되었으나 다른 일방은 해당 재산의 존재나 현황조차 정확히 알지 못하고 있던 경우에도 특유재산의 분할을 인정할 것인지 등에 관하여는 여전히 의문이 있습니다. 따라서 발제문 1에서 검토하신 바와 같이 실질적 특유재산의 분할을 인정함에 있어 당해 재산의 관리에 '적극적'이고도 '상당한' 정도의 협력이 요구된다고 보는 것이 타당하다고 생각합니다.

## 2. 특유재산으로서 기업지분 등 자산의 재산분할

### 가. 해당 논의의 의의

한편 분할의 대상이 되는 재산은 부동산과 같은 유형자산에서부터 채권, 가상화폐에 이르는 무형자산까지 재산적 가치가 있는 자원을 모두 포함합니다. 따라서 주식, 기업의 지분이 재산분할 대상에 포함될 수 있다는 점에 관하여는 이론이 없습니다.

그런데 일방이 보유한 주식이 단순히 투자로서 이를 취득한 것이 아니라, 회사를 설립·경영하는 과정에서 취득하였다거나 기업경영자로서 기업 자체가 특유재산인 경우에도 앞서 본 특유재산의 분할 및 기여의 법리를 그대로 적용하는 것이 타당한지 살펴볼 필요가 있습니다. 그 중 후자의 경우에 대하여 부부의 일방이 독자적인 경제활동으로서 사업체를 운영하거나 회사를 설립한 경우, 기업 경영자로서 기업의 지분을 보유한 경우 등으로 나누어 각 재산분할의 가능성 및 인정여부 등에 관하여 짚어보고자 합니다.

### 나. 개인사업체의 경우

부산가정법원 2015. 7. 2. 선고 2013드합2248, 2013드합2255 판결에서는 피고가 공무원 퇴직 후 홀로 운영한 개인사업체의 자본금과 당기순이익을 합한 금액에 대하여 재산분할을 인정하였고<sup>2)</sup>, 울산지방법원 2007. 10. 4. 선고 2007드합23, 2007드합252 판결은 원고가 혼인 전부터 보유·운영해 온 개인택시 차량과 면허의 평가액을 분할의 대상으로 인정하였는바, 창업 시기와 출자금의 조달, 운영기간 및 존속에 있어 타방 배우자의 기여를 종합적으로 고려하여 재산분할을 인정하고 있습니다.

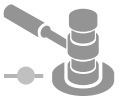
### 다. 법인 등 기업의 경우

#### (1) 1인 주주회사

주식회사와 같은 법인의 경우 다양한 자산, 부채, 지분소유 관계 등이 결합되므로 개인사업의 경우와는 그 귀속관계 및 분할대상으로서의 평가를 달리보아야 할 것입니다.

대법원 2011. 3. 10. 선고 2010므4699, 2010므4712, 2010므4705 판결에서는 「부부의 일방이 실질적으로 혼자서 지배하고 있는 주식회사(이른바 '1인 회사')라고 하더라도 그 회

2) 단, 이 사례에서 피고는 일정기간 원고의 명의로 사업자등록을 유지하며 사업을 영위하였고, 원고도 부업을 통하여 생계에 기여하였다는 사정이 있었음.



사 소유의 재산을 바로 그 개인의 재산으로 평가하여 재산분할의 대상에 포함시킬 수는 없다. 주식회사와 같은 기업의 재산은 다양한 자산 및 부채 등으로 구성되는 것으로서, 그 회사의 재산에 대하여는 일반적으로 이를 종합적으로 평가한 후에야 1인 주주에 개인적으로 귀속되고 있는 재산가치를 산정할 수 있을 것이다.」라고 판시하여, 1인 회사가 소유하는 토지 지분 및 임대차보증금 채권 특별한 사정이 없는 한 회사의 개별적인 적극재산의 가치가 그대로 1인 주주인 배우자의 적극재산으로서 재산분할의 대상이 된다고 할 수 없다고 판단 하였습니다. 다만, 이 때에도 사업재산의 형성 과정에서 다른 배우자의 특별한 기여를 인정 할만한 사실관계가 있는 경우 1인 주주에게 귀속된 재산가액에 대하여 특유재산의 분할을 고려할 수 있을 것입니다.

## (2) 기업경영자의 기업지분의 경우

발제문2에서는 기업경영자가 혼인 이전부터 경영을 위한 기업지분을 보유하고 있던 경우를 상정하고, 이의 재산적 가치를 어떻게 평가할 것인지의 관점에서 기업지분 자체를 분할대상에 넣어야 하는 점, 특히 기업경영자의 경영성과는 노무의 성과로서 실질적 공동재산에 속한다는 점, 다만 기업지분의 분할로 인한 청산은 기업지배구조와 경영권( 및 보유자의 존속 이익), 기타 이해관계자들에 대하여 지대한 영향을 줄 수 있으므로 분할방법과 비율의 고려와 부부재산약정의 활용을 제안하셨습니다.

짚어주신 것처럼 기업경영자의 재산분할에 있어서는 경영자의 경영이익에 따른 지분 보유를 근로소득, 사업소득과 같이 노무의 성과로 보아 부부의 공동재산으로 귀속시킬 당위적 측면이 있고, 다른 한 편으로는 자산의 규모와 분할·합병 등 회사의 존속 과정, 지분의 보유 경위 및 복잡한 지배 구조와의 연관성, 일정 규모 이상 기업의 경우 경영자의 개인적인 능력이나 경영판단 이외에 주주총회, 이사회 등 과정을 거쳐 주요한 의사결정이 이루어지는 점, 회사 채권자 및 주주 등 다양한 이해관계자이 보호필요성 등을 고려하여 특유재산으로서의 분할대상성을 보다 엄밀하게 판단할 필요가 있습니다.

최근 법원은 대기업 주식에 관한 재산분할 소송에서 사업용 재산(기업지분)을 재산분할의 대상으로 볼 것인지 여부에 관하여 기업이 경영자 내지 소유자와 별개의 인격체로서 독립하여 존재한다는 점, 이해관계인들에게 과도한 경제적 영향을 미치게 될 염려가 있는 점 등을 고려하여 판단하였습니다.<sup>3)</sup>

생각건대 위 사례에서도 특유재산의 재산분할을 위한 원칙이자 전제로서, 기업의 성장이라

3) 2023. 1. 2.자 법률신문 뉴스 참조(<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=184210>)

는 자산의 관리, 경영자인 배우자의 경영 과정(노무의 측면)에 있어 타방 배우자의 직·간접적인 기여가 있었는지 여부가 중점적으로 고려되었을 것으로 추측됩니다. 또한 분할대상을 인정하여 기업지분의 분할을 명하는 경우 법원은 기업지배구조 등의 안정성을 제고할 수 있는 분할방식을 고민해야 할 것입니다.

### 3. 마치며

이상 살펴본 판례의 기준과 몇 가지 논점에도 불구하고, 여전히 변호사 실무의 현장에서는 다각화되는 자산의 형식과 취득 과정, 기여의 다양한 면모에 따른 재산분할의 기준·분할비율을 예측하기에 다소 어려움이 있습니다. 또한 '재산의 유지 및 증식에 직·간접적인 기여가 인정 된다'는 문구만으로는 분할대상의 재산이나 비율의 구체적인 판단 근거를 파악하여 납득하기 어려운 경우도 더러 존재합니다.

부부의 실질적 공동재산과 실질적 특유재산은 그것이 모두 재산분할의 대상으로 인정된다 하여도 그 취득과 유지의 경위, 자산의 보유 형태, 각자의 협력이 가치 증감에 미친 영향 등에 따라 각 재산의 분할방식 및 비율에 있어 보다 복잡한 고려가 필요합니다. 즉, 분할대상에 포함되는 부부 각자 명의의 순자산 가액을 합한 뒤 기여도에 따른 비율에 따라 분할금액을 산정하는 방식의 한계를 보완하여야 하는 바, 청산적 요소와 부양적 요소에 따라 분할액을 개별적으로 산정하는 방식(발제문 1의 결론 부분) 그리고 각 개별 재산에 대하여도 특유재산이 되는 부분과 공동재산에 속하는 부분으로 나누어 심리하는 방법 등 법원의 판단에 있어서도 보다 세밀한 접근이 이루어져야 할 것으로 기대됩니다.