creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-동일조건변경허락 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.
- 이차적 저작물을 작성할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

동일조건변경허락. 귀하가 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공했을 경우에는, 이 저작물과 동일한 이용허락조건하에서만 배포할 수 있습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

[UCI]I804:24011-200000232927

2006年 2月
碩士學位論文

夫婦財産制에 관한 研究

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

金 賢 珠

夫婦財産制에 관한 研究

A study of Matrimonial Property System

2006 年 *2* 月 日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

金 賢 珠

夫婦財産制에 관한 研究

指導敎授　朴　運　吉

이 論文을 法學碩士學位申請論文으로 提出함

2005 年　*10* 月　　日

朝鮮大學校 大學院

法　學　科

金　賢　珠

金賢珠의 碩士學位論文을 認准함

委員長　朝鮮大學校　敎　授　　印

委　員　朝鮮大學校　敎　授　　印

委　員　朝鮮大學校　敎　授　　印

2005 年　*11* 月　　日

朝 鮮 大 學 校　大 學 院

ABSTRACT

A study of Matrimonial Property System

Kim, Hyun Ju
Advisor : Prof. Moon, Jeoung Min. Ph.D.
Department of Law
Graduate School, Chosun University

The purpose of this study is to seek ideal matrimonial property system.

Married couple presents itself as a unit, but the unit consists of two persons. In property matters, to what extent and in which way shall the two person treat as a unit and the separate personalities of the couple be emphasized? In separate property systems, the separate personality of the married couple is emphasized, but common life of the couple is disregarded, which is felt to be unjust in those frequent cases where the parties enter marriage without owning any property where the husband is a sole breadwinner and thus practically everything belongs to the husband when the marriage comes to an end. Under the community property system, the asset such as acquired during marriage by the gainful activity of one spouse, or the other, or both, consists of common asset of married couple and divides into equally when the marriage breaks down or one of them died. But when the management of the common fund belongs to the husband who are though efficient, to avoid confusion in transaction, husband and wife is not equal. If the management of common property belongs to the couple, it probably brings confusion in the practice of the transaction.

Now, we have to know and learn their experience. Forthermore we have to make their effort ours. Matrimonial property regimes require comparative study

to make up ideal of regime which emphasizes separate personality and substantial equality.

When marriage lasts, husband and wife keep and control their own separate property, therefore it secures nominal equality of the married couple.

目　次

ABSTRACT

제1장 序　論 ····· 1

제1절 硏究의 目的 ····· 1

제2절 硏究의 範圍 및 方法 ····· 3

제2장 夫婦財産關係의 變遷過程 ····· 5

제1절 傳統的 制度의 一般的 特性 ····· 5

제2절 우리나라 夫婦財産制度의 變遷過程 ····· 7

제3절 外國의 夫婦財産制度의 變遷過程 ····· 10

제4절 夫婦財産制의 類型 ····· 13

제3장 各國의 夫婦財産制度 ····· 18

제1절 獨　逸 ····· 18

1. 夫婦財産契約 ····· 18
2. 法定財産制 ····· 20

제2절 프랑스 ····· 23

1. 夫婦財産契約 ····· 24

2. 法定財産制度 ····· 27

제3절 英 國 ····· 31

1. 明示的 財産契約 ····· 32

2. 夫婦財産에 대한 制定法 ····· 34

3. 夫婦間의 財産權 紛爭에 관한 決定의 基準 ····· 36

4. 婚姻住宅 ····· 37

5. 家事勞動의 經濟的 評價 ····· 39

제4절 美 國 ····· 40

1. 共同財産制度 ····· 40

2. 別産制 ····· 43

제5절 스칸디나비아 제국 ····· 45

제4장 우리나라의 夫婦財産制度 ····· 47

제1절 夫婦財産契約 ····· 47

1. 夫婦財産契約의 締結 ····· 47

2. 夫婦財産契約의 登記 ····· 49

3. 夫婦財産契約의 變更 ····· 50

4. 夫婦財産契約의 內容 ····· 52

5. 夫婦財産契約의 終了 ····· 56

6. 다양한 夫婦財産約定모델의 제시 ····· 57

제2절 法定財産制 ····· 57

1. 財産의 歸屬關係 ····· 57

2. 日常家事債務에 대한 連帶責任과 生活費用의 負擔 ····· 62

3. 法定財産制의 問題點 및 改善方案 ····· 64

제3절 離婚時 財産分割請求權 ····· 68

1. 財産分割請求權의 意義 ····· 68

2. 財産分割請求權의 內容 ····· 70

3. 財産分割請求權과 扶養請求權 ····· 72

4. 財産分割請求權과 夫婦財産制의 關係 ····· 75

제5장 結 論 ····· 79

參 考 文 獻 ····· 81

제1장 序 論

제1절 硏究의 目的

혼인으로 인해 부부관계가 성립하면 그 효과로서 신분적·재산적 효과가 발생한다. 부권적인 가족제도하의 妻는 夫의 지배와 비호하에 있고, 사회경제상으로도 독립적 지위를 가지지 못하므로 부부간의 재산관계에 관하여도 妻를 위한 특별한 소유(특유재산, 嫁資)를 인정할 필요는 있었으나, 전적인 부부재산관계를 정하는 것은 문제가 되지 않았다. 그러나 현대사회에서 여자의 경제적 지위의 향상, 상속권의 취득 등 사회 각 분야에서 양성간의 평등의식이 높아지게 되었고, 부부관계에 있어서도 지배복종형에서 점차 부부공동체형으로 변화하고 있다. 즉, 처의 독립적 지위가 확인됨에 따라 혼인중 상호간의 협력을 통하여 취득한 재산관계를 어떻게 규율할 것인지 문제가 되고 있다.

부부재산제는 크게 남녀가 계약으로 자유롭게 정하는 「부부재산계약」과 부부사이에 부부재산계약이 체결되지 않았거나 불완전한 경우에 법률의 규정에 의하는 「법정재산제」로 크게 대별된다. 우리나라는 1960년 민법이 제정되면서 종래의 관습법상의 부권중심의 관리공통제에서 벗어나 부부재산계약과 법정재산제가 채택하고, 소유불명재산은 夫재산으로 추정하였다. 이후 1978년 민법개정으로 귀속불명재산은 부부공유로 추정되고(제830조 2항), 1990년 개정으로 이혼시의 재산분할청구권이 신설되었다(제839조의2). 즉 우리 민법상 부부재산관계는 부부재산계약제도(제829조) 혹은 법정부부재산제(제830조)에 의하여 소유하게 된다. 그러나 본래 법정재산제만을 가지고 있으며, 부부재산계약에 관한 규정을 신설하였지만 그 의의는 크지 않다.[1)]

법정부부재산제는 실제로 대부분의 부부재산관계에 적용된다는 점에서 중요한 의미를 갖는다. 어떤 제도가 법정부부재산제로 채택되는가에 따라서 부부간의 재산관계는 물론 시장거래의 현실도 크게 달라질 수 있기 때문에 헌법 이념에 따라 부부사이의 평등을 실현시킬 수 있어야 하며, 또한 시장경제의 요구를 충족시킬 수

---

1) 김주수, 「주석 민법(친족 1)」, 한국사법행정학회, 2003, 512면; 고창현, “부부재산제의 개정방향”, 「가족법의 제문제」, 법무부, 1984, 251-254면.

있도록 거래의 안전과 신속성을 생명으로 하는 시장경제체제와 조화를 이루는 것이 필수적이다.[2)]

법정재산제는 대체로 별산제와 공유재산제로 나뉘는데, 우리 민법은 별산제를 채택하여 부부의 일방이 혼인 전부터 가진 고유재산과 혼인 중 자기의 명의로 취득한 재산은 그 특유재산으로 하고(제830조 1항), 그 특유재산은 부부가 각자 관리·사용·수익하도록 하며(제831조), 부부의 누구에게 속한 것인지 분명하지 아니한 재산은 부부의 공유재산으로 추정한다(제830조 2항)고 규정하고 있다.

우리 민법상의 부부별산제는 겉으로 보아서는 처가 부와 독립하여 자신의 재산을 소유할 수 있도록 허용함으로써 부부평등의 원리에 입각한 듯 보이지만 실상은 형식적·추상적으로 부부평등을 선언하고 있다. 부부별산제는 부부 각자의 재산소유를 인정하고 또 그 소유를 보장받을 수 있을 뿐이고 부부공동생활을 영위하면서 얻은 재산을 어떻게 규율할 것인가의 구체적인 문제는 결정하지 못하고 있다. 현행 민법이 소유불명재산에 대해서 부부의 공유재산으로 추정한다고 하고 있지만 부부공동생활에서 얻은 대부분의 재산들은 거의 夫의 명의로 되어 있고, 妻는 자기의 재산임을 입증하지 않는 한 공유재산에 대한 자기의 지분을 주장하기는 어렵다. 즉. 夫가 사회에서 활동하여 수입을 얻은 경우 妻가 직접·간접으로 이에 협력하거나 내조의 공이 있다 하더라도 그 수입은 모두 夫의 소유에 귀속하고 妻의 협력이 직접적으로 재산의 귀속에 나타나지 않는 한 妻의 가사노동에 대한 평가는 받지 못하고 있는 실정이다. 그러나 妻의 가사노동이 있으므로 夫의 노동력이 재생산되는 것이므로 부부공동생활에서 얻은 재산은 부부의 복합노동의 결과적 산물이라고 보아야 할 것이다. 따라서 妻의 가사노동의 가치가 인정되어야 진정한 부부평등이 이루어진다 할 것이고 민법상의 별산제도 그 가치를 인정받게 될 것이다. 만일 별산제가 오늘날의 부부재산관계를 규율하기에는 부족한 제도라는 사실이 드러난다면, 별산제를 대체할 수 있는 대안이 모색되어야 할 것이다.

우리 민법은 법정재산제로서 순수한 별산제를 취하고 있는 외에 이혼 시에는 재산분할청구권제도나 기여분 제도를 통하여 해결하고 있지만, 이 규정의 내용이 불충분하여 부부의 실질적 평등을 기하기엔 부족한 면이 있고, 또한 가사노동에 종사하는 대부분의 기혼여성의 노동이 제대로 평가되고 있지 못하는 실정이다.

본 논문에서는 부부의 재산관계에 관한 각국의 제도와 우리 민법상의 제도를 비

---

2) 김상용, “부부재산제 개정을 위한 하나의 대안”, 「법조」 통권554호, 2002. 11, 131-132면.

교하고 부부재산제에 있어서의 부동의 이상인 부부 독립성과 평등 및 형평분배가 실현되는 제도를 숙고하고 합리적인 개선방안을 제시함에 그 목적이 있다. 그러므로 역사적인 공통 현상이었던 가부장제 가족제도 하에서의 부부재산에서 발전하여 산업혁명 이후의 변화기를 거쳐 부부평등이 실현될 수 있는 제도를 추구해온 프랑스, 독일, 영국 및 미국 등의 국가에서의 부부재산제의 변천과정 및 현행 입법례를 살펴본 후, 이들의 경험에 비추어 본 우리 민법의 순수한 별산제의 문제점과 그 완화 및 수정, 보완의 필요성 및 나아가 우리에게 맞는 이상적인 부부재산제의 유형을 제시하고자 한다.

제2절 硏究의 範圍 및 方法

부부가 각자 개인으로서 또는 부부라는 공동체로서 행하는 행동에 수반되는 경제문제는 외부적으로 그 책임이 불분명한 경우가 있을 수 있으며 이것은 사회의 거래분야에 적지 않은 영향을 끼칠 수 있으므로 개인이면서 동시에 공동체인 부부의 경제관계 또는 재산관계는 책임의 문제를 분명히 할 필요가 있다. 부부재산제의 이념은 바로 이 독립된 인격체이면서도 공동체인 부부의 재산관계를 신분적 특성을 감안하여 합리적으로 평등하게 조화시키는데 그 중요성이 있다. 부부관계가 유지될 때는 특별한 경우를 제외하고는 재산을 구분할 필요가 없으나 문제가 되는 것은 부부관계가 이혼 또는 배우자 일방의 사망 등으로 인해 혼인이 종료될 때이고 그 경우 부부재산관계의 문제가 발생한다. 이러한 경우 신분의 분리와 재산의 분배는 불가피한 것이며, 비로소 부부재산제가 실질적인 의미를 갖는다고 할 수 있다.

본 논문은 총 5개장으로 구성되어 있다.

제1장은 서론으로서 연구의 목적과 연구의 범위 및 방법에 대해 기술하였고,

제2장은 부부재산관계의 변천과정으로서 전통적제도의 일반적 특성, 우리나라 부부재산제도의 변천과정, 외국의 부부재산제도의 변천과정에 대해 살펴보았다.

제3장은 각국의 부부재산제도의 유형으로서 공동소유재산제도와 별산제도 및 혼합재산제도로 구분하여 주요 국가의 입법례를 살펴보았다.

제4장은 우리나라의 부부재산제도로서 먼저, 부부재산계약에 대한 의의, 계약의

체결·변경·내용·종료 등을, 법정재산제에 대해서는 부부별산제와 가사노동의 경제적 평가, 일상가사채무의 연대책임과 혼인생활비용의 부담을, 이혼시 재산분할청구권에 대해서는 그 의의와 입법취지, 법적성질, 재산분할청구권의 내용 및 관련문제 등을 살펴보았다.

제5장은 결론으로서 이상의 내용을 요약·정리하여 타당한 결론은 제시하고자 하였다.

본 논문의 연구방법은 부부재산관계를 혼인이 계속 중인 때에 발생할 수 있는 부부간의 경제문제로서 부양, 생활비분담, 일상가사 채무의 문제와 혼인해소시의 이혼과 배우자일방의 사망의 경우로 나누어 각각 재산의 청산과 이혼 후의 부양 등의 문제를 고찰할 것이다. 이러한 부분에 미치는 재산관계를 고찰함에 있어 국내외의 단행본 및 연구논문과 학위논문 등을 수집·조사하여 분석·검토하고, 가장 타당한 결론을 도출하기 위하여 법해석학적 연구방법을 택하였다. 또한 부부재산관계에 관한 주요국가의 입법례가 우리 민법에 어느 정도의 영향을 미쳤는가를 살펴보기 위하여 외국의 학술자료들을 분석·정리하는 비교법적 연구방법을 택하였다.

제2장 夫婦財産關係의 變遷過程

부부재산제는 시대나 사회의 특징적 내용에 따라 각각 변천하여 왔다. 전통적으로 부권중심의 가족제도하에서 여성의 지위는 극히 미비하였으나, 점차 여성의 지위가 향상되고, 인권사상과 자유사상, 여성의 경제적 활동에 따른 여성의 독자적 지위의 인정 등으로 여성의 지위가 크게 향상되었다. 따라서 여성의 지위가 변천하는 과정에서 부부재산제도가 어떻게 사회형태와 조화되고 발전하였는가를 살펴보는 것도 현행 민법상 부부재산제의 해석기준의 하나가 될 수 있을 것이다.

제1절 傳統的 制度의 一般的 特性

19세기에 이르기까지 여성의 지위는 전통적으로 불평등한 신분사상과 가족제도로 妻는 夫의 지배와 비호하에 있었고, 또한 여성의 법적 불평등한 제약으로 사회적·경제적으로도 독립적 지위를 가지지 못하였다. 이러한 전통적 제도하에서 부부간의 재산관계도 처를 위하여 특별한 소유를 인정할 필요는 있었지만, 그 관리권에 있어서는 부부가 공동소유하고 있던 妻의 명의로 되어있던 관계없이 夫가 가진다는 큰 특징이 있다. 夫는 그 혼합된 재산의 과실에 대한 권한을 가짐과 동시에 가족의 모든 생활비용을 부담하였다.[3] 여성은 법적 무능력자로서 자신의 일을 관리함에 있어 평생 동안 후견에 복종하여야 한다는 생각이 지배적인 전통사회에서 夫가 기혼여성의 후견인이 되는 것은 자연스런 일이었을 것이다. 그러나 미혼의 성년여성이 행위능력자로서 법적인 재산관리권을 인정받기 시작할 때에도 기혼여성에 대해서는 부부는 일심동체이고 그들의 재산도 하나이므로 그 재산관리권은 가족의 생계를 책임지는 부에게 속한다고 보았다.[4] 전통적 시대의 영국, 미국 프랑스, 독일 등의 국가에서 부부의 재산관계를 규율하는 법적 제도는 법기술에 따라 조금씩 달

---

3) J. H. Baker, An Introduction to English Legal History, London : Butterworth, 1979, p.395; 이화숙, 「비교 부부재산관계법」, 세창출판사, 2000, 14면 인용.

4) William Blackstone, Commentaries on the Laws of England, vol. 4, 1916, p.443; 이화숙, 상게서, 14-15면 참조.

랐지만 기본적인 성격에 있어서는 비슷하였다.[5)]

전통적 제도하에서 또 하나의 특성은 토지에 대해 특별한 취급을 하였다는 것이다. 사회적 단위가 가족이었고 대대로 한 장소에서 살고자 하는 경향이 강했던 전통적 사회에서 토지는 특별히 혈연가족에 의해 보존되어야 할 필요가 있었다. 토지는 가족의 기본적인 재산이었을 뿐 아니라 봉건시대의 의무였으며, 정치적 권리이고 결합적인 정치적 힘이었기 때문이다. 이러한 경향은 토지의 세습경로와 부부사이의 재산관계 취급에 있어서도 작용하였다. 그러므로 혼인과 더불어 동산은 부부의 공동재산 또는 夫의 재산으로 흡수, 합병되는데 반해 토지의 소유권은 명의자가 계속 보유하였던 것이다. 영국의 common law하에서 夫는 혼인을 통하여 妻의 모든 재산을 취득하게 되지만 妻의 부동산만은 여전히 妻의 명의로 계속해서 보유되고 있었음은 그 좋은 예이다. 夫는 혼인중 妻 명의의 재산을 갖는데 부족하고 혼인중 子가 태어나면 鰥夫産(curtesy)[6)]을 갖는데 부족하다. 妻가 사망하면 그의 재산은 그녀의 친계, 즉 가족에게 돌아간다. 夫가 사망하는 경우에도 그의 부동산은 妻의 寡婦産(dower)[7)]에 의해 제한된 채로 그의 가족에게 상속되었다[8)].

북부 프랑스와 여타 지역의 관습법의 형태로 존재하였던 공동재산제(community property system)하에서도 혼인 전에 소유한 토지는 공동재산에서 제외시켰으며 생존하는 친족이 없을 경우에만 생존배우자에게 그 토지를 상속하도록 하였다[9)]. 또한

---

5) 부부재산법의 역사에 관한 문헌으로는 Frederick Pollock/Frederick William Maitland, History of English Legal History, 1979, p.396-400; Baker, An Introduction to English Legal History, 1979, p.396-400; Hermann Conrak, Deitsche Rechtsgeschichte, Karlsruhe: Verlag C.F. Muller, 1962; James F. Traer, Marriage and the Family in Eighteenth-Century France, Ithaca and London: Cornell University Press, 1980; Marylynn Salmon, Women and the Law of Property in early America, The University of North Carolina Press, 1986 등이 있다.

6) 환부산이란 처가 사망했을 때, 처와의 사이에 재산을 상속할 자가 있는 경우에 부가 처의 자유보유부동산(Freehold of inheritance)에 대하여 보유하는 생애권이다. 이 유류산은 1925년의 유산관리법(Administration of Estates Act)에 의해 생존배우자의 상속상의 권리가 강화되면서 폐지되었다.

7) 과부산(dower)이란 부의 사망 시에 처에게 인정된 생애권으로 부의 부동산에 대해 2분의 1, 또는 자가 있을 경우에는 3분의 1에 대해 권리가 있다. 이 유류분 역시 1925년 유산관리법에 의해 폐지되었다. 생존배우자의 상속상 지위의 강화는 동법 이외에도 1953년의 Intestates Estates Act, 1966년의 Family Provision Act, 1981년의 Family Provision(Intestate Succession)Order 등에 의해 계속되어 왔다

8) Pollock/Maitland, op. cit., p.428; 이화숙, 전게서, 16면 참조.

스페인 제도에서도 공동재산은 일방배우자의 소득활동에 의해 혼인 중 취득된 재산에 한정시킴으로써 상속된 토지는 결코 다른 혈족에게 넘어갈 수 없었다[10].

전통적 제도 하에서는 모든 재산에 대한 관리가 명의에 관계없이 부에게 맡겨져 있었으므로 夫의 불성실, 낭비와 사치 그리고 불운으로부터 妻를 보호하기 위한 방법이 강구되었다. 예컨대 로마의 嫁資制度하에서 가자부동산(fundus dotalis)은 양도할 수 없고 압류될 수도 없으며 시효로 인해 소멸되지도 않았다. common law하에서도 夫는 妻의 동의 없이는 그의 부동산상의 소유권을 침해할 수도, 妻의 협력이 없이는 자기의 부동산에서 妻의 과부산권리를 폐지할 수도 없었다. 한편, 夫가 妻의 재산이나 공동재산의 관리자였던 대륙법제하에서도 부는 혼인이 종료된 후 그 재산의 관리에 대해 책임이 있었다. 그러나 이는 夫가 妻의 재산에 대한 관리권을 갖고 있으면서 妻의 재산을 계속 향유하는 한, 실제적 중요성은 없었다. 왜냐하면 夫가 적합한 관리를 하지 못했다는 것은 그의 관리가 끝나야 비로소 알 수 있는 것이기 때문이다. 그러므로 시간이 경과하면서 만일 관리의 부당성이 명백하거나, 또는 부적합한 관리가 예상되는 사유가 발생하거나, 현저한 사유가 예상되는 경우에는 夫의 관리가 통상의 방법으로 종료되기 이전에 夫를 관리자의 지위에서 물러나게 하고 妻가 관리하거나 제3자로 하여금 관리하게 할 수 있는 방법이 강구되었던 것이다.

제2절 우리나라 夫婦財産制度의 變遷過程

씨족주의 시대 이후 사유재산의 출현으로 인해 재산관계가 공동체적 재산관계로 발전하여 가는 가운데 재산의 개인소유관념이 점차적으로 강하게 제기되었다. 가족재산은 부가중심사상으로 공유재산을 원칙으로 하고 가족재산의 관리권은 夫가 가지고 있었으나 가족재산에 대한 가장의 권한은 공통이었으며, 따라서 가족의 개인

9) 혼인이 종료되기 전에 일방배우자가 소유하고 있던 토지와, 혼인 중 상속되거나 생존자 사이(inter vivos)의 증여재산이 이에 해당한다. 이러한 원칙의 실제적인 의미는 배우자가 그의 혈연가족으로부터 받는 토지는 공동재산에서 제외함으로써 토지가 다른 혈족에게 이전됨을 방지한다는데 있다.

10) 스페인제도에 대해서는 Rheinstein/Glendon, “Interspousal Relations,” International Encyclopedia of Comparative Law, vol, 4, J.C.B. Mohr, 1980, p.62 이하 참조.

재산이 인정되었고 동시에 妻의 특유재산과 공동인 가족재산에 대한 妻의 지분이 인정되었다[11].

삼국시대에 가부장적인 가족제도가 확립되고 조선시대에 와서는 더욱 夫가족 중심주의 사상이 강화되어 가장권이 강화된 상황에서도 어느 정도 妻의 개인재산은 존재하였다[12].

고려시대에는 적어도 중기이후에 노비, 가옥, 기타의 동산인 재물에 관한 남녀공동상속법이 확립되어 있었다. 즉 여자는 출가전에도 부모의 사망으로 인해서 응분의 재산을 상속받아 소유할 수 있을 뿐만 아니라 출가후에도 역시 상속받은 재산을 소유할 수 있었다. 그러나 妻의 재산은 妻가 자기 명의로 소유하나 그 재산은 夫의 소유재산과 함께 자손에게 전해야 할 조업 내지 가산을 형성하게 되는 것이므로 조업 내지 가산으로 형성되어 있으며, 부부가 해로하고 있는 한 형식적인 각자의 소유명의는 표면화되지 않고 일괄해서 자녀에게 상속되며 이 경우에도 부(부)의 재산과 처(모)의 재산의 구별이 없었다. 부부재산제는 재산이 각자명의로 되어 있는 점에 있어서 별산제이며, 조업으로서 형성되어 있는 점에서는 공동제이고, 관리도 공동으로 하였을 것으로 추정하는 한 별산제와 공동제의 복합형태이었다고 볼 수 있다. 또한 자녀없이 사망한 경우에 별산성이 표면화하는 것으로 미루어 보아 이혼한 경우에도 처의 고유재산은 조업·가산에서 분리되어 처에게 반환되었을 것임도 능히 짐작할 수 있다.[13]

고려시대의 부녀지위인정의 상속제도는 아무런 실질적 변화없이 조선시대로 계승되었을 뿐만 아니라, 더욱 구체화되어 법전에 규정되었다. 經國大典의 刑典 私賤條조에는 남녀균분상속제도와 祖業制度 그리고 친생자녀없는 경우의 재산의 귀속에 관하여 상세하게 규정되어 있을 뿐 아니라 고려의 사서에서는 찾아 볼 수 없는 특이한 의식과 제도가 성문화되어 있다. 媤祖父가 손부에게 媤夫가 子婦에게 토지를 증여한 경우[14], 특히 가장을 비롯한 모든 가족이 재산능력을 가지고 각자의 고

---

11) 신순자, “부부재산제도에 관한 연구”, 이대 김용제박사 회갑기념 논문집, 1978, 334면.

12) 가부장적 가족제도가 확립된 중국에서도 가재분할시 남자가 받는 몫의 2분의 1을 부여받았고, 남송시대의 관습도 가산분할시 남자의 반을 받을 수 있었다(김정익, “부부재산제에 관한 연구”, 석사학위논문 군산대학교, 1996, 5면).

13) 김병대, “부부재산제의 사적 고찰”, 「민법학의 회고와 전망」, 민법전시행30주년기념논문집, 한국민사법학회, 1993, 870면 이하.

14) 박병호, 「한국법제사」, 법문사, 1974, 155-156면.

유재산을 소유하였으며 각 자녀는 분가시 출가에 관계없이 상속, 증여에 의하여 취득한 재산을 자신의 명의로 소유할 수 있었다. 妻는 혼인시에 친가로부터 가져온 특참재산을 자기의 명의로 소유할 수 있었으며 가장이라도 妻의 고유재산을 마음대로 처분할 수 없었다. 그러나 각 가족의 재산은 각자의 특유의 재산이기는 하나 가족공동생활을 하는 중에는 가장인 夫의 의사가 강력하게 작용하였다. 그래서 평소에는 가장인 夫가 사용, 수익하였으나 그 재산을 처분할 때에는 소유권자인 妻 또는 子女의 동의를 얻어야 했다. 따라서 가장인 夫가 단독으로 그 재산을 처분하면 사기 또는 문서위조가 되었다[15]. 그리고 子女가 출가할 때에 친가에서 가져온 재산은 그 여인이 사망한 경우에 직계비속에게 상속되고 직계비속이 없는 경우에는 남편에게 상속되지 않고 친가로 반환된다. 妻는 특유재산을 가지고 있을 수 있으나 기타의 모든 가족재산은 夫의 소유로 추정하였으며 또한 관리, 수익하에 들게 되었고 부는 생활비의 전담자가 되었다. 이와 같이 남녀의 재산에 분명한 구별을 둔 것은 여자의 재산소유능력을 인정한 것이지만 부권적 가족제하에서는 妻의 지위가 夫의 지배하에 있었고 사회경제상으로도 독립적 지위를 가지지 못하였기 때문에 부부간의 재산관계는 妻를 위한 특유재산의 소유를 인정할 필요가 있었으나 이에 따라 부부재산관계를 정하는 것은 문제가 되지 않았다[16]. 그리고 여자는 상속권과 증여를 받을 수 있었으며 妻의 영리행위로 취득한 재산은 妻의 특유재산으로 인정하였으나 妻의 중요한 법률행위는 물론이고 가에 관한 법률행위도 夫의 허가없이 단독으로 하지 못하였다. 만약 夫의 정신이상이나 소재불분명 등의 특수사정이 있는 경우에는 夫의 존속친의 허가를 필요로 한다.[17]

1910년 한국을 합병한 일본은 1912년 조선민사령을 발표하여 민사관계 중 재산관계에 관하여 일본민법전을 의용하였고, 신분관계는 한국의 관습에 의할 것을 명시하여 상속에 있어서 관습법시대가 계속되었다. 그러나 1925년 신분법에서 妻의 무능력과 妻의 고유재산에 관한 夫의 관리권을 인정하고 가장인 夫의 유산을 상속할 수 없게 하여 여성의 재산소유를 제한하였다.[18]

미군정시대에 모든 일정의 법령은 민족적 차별에 관련되는 것이 아닌 한 그대로 의용되었지만, 처의 능력을 제한하는 규정인 의용민법 제14조를 철폐하는 판결을

15) 박병호, “한국전통사회와 법”, 「법학」 제15호, 서울대학교, 1974, 157-158면.
16) 김주수, 「친족상속법」, 법문사, 2003, 147면.
17) 박병호,「한국법제사고」, 법문사, 1974, 157-158면; 김병대, 전게논문, 871-873면 참조.
18) 이에 대한 상세는 김병대, 상게논문, 873-876면 참조.

하여 여성의 지위를 향상시켰다.[19] 1958년 제정된 신민법은 법정부부재산제를 별산제로 하므로 소속불분명재산에 대하여는 夫의 재산으로 확정하였다. 그 이유로는 한국의 혼인이 嫁娶制를 취하기 때문에 妻는 夫의 주거지에서 혼인생활을 하므로 소속불분명한 재산을 처음부터 부가에 있는 것으로 夫만이 경제생활을 하여 재산을 취득하는 것이 일반적인 것으로 인식하는 시대였다. 그러나 妻에게 재산의 있을 때에는 妻가 생활비를 부담하였고 남편의 재산을 처첩과 공유하는 관습은 없었다.[20] 따라서 우리나라의 부부재산계약에 관한 관습은 없고 법정재산제만 가지고 있었으며 구관습법에서 관리공통제를 법정재산제로 하였다. 1960년 1월 1일부터 시행된 현행 민법이 현대적인 부부재산제도를 도입하여 사용하고 있는 것으로 이는 부부재산계약과 법정재산제를 택일할 수 있게 하여 종래의 관습법에서 인정치 않았던 부부재산계약제를 새로 인정하게 되었고 소유불명재산을 夫재산으로 추정한 바 있었다.

제3절 外國의 夫婦財産制度의 變遷過程

19세기 후반과 20세기 초반에 고조된 산업화의 경향에 적응하기 위하여 변화하기 시작한 전통적 제도는 두 가지의 요인에 의한다.[21]

첫째, 새로운 사회에서 여성들의 지위가 부각되었으므로 변화가 필요했다. 농촌의 인구가 도시로 이동하면서 산업사회에 있어서 개인의 임금으로는 전가족의 수요를 충당할 수 없었으며, 대규모 산업은 많은 인력을 필요로 하였으므로 여성들이 생산에 참여하고 임금을 받게 되었다. 이렇게 여성들의 경제적 지위가 높아짐에 따

---

19) 1947년 9월 2일의 판결문을 소개하면 「만민은 모름지기 평등할 것이고 성의 구별로 인하여 생한 차별적 제도는 이미 민주주의적 추세에 적응할 변화를 본 바로서 현하 여성에 대하여 선거권과 피선거권을 인정하여 기타 관공리에 임명되는 자격도 남성과 구별이 무하여 남자와 동등한 공권을 향유함에 이르는 바인즉, 여성의 사권에 대하여도 또한 동연할 것이며, 남녀평등을 부인하던 구제도로서 그 차별을 현저히 한 민법 제14조는 우리 사회에 적합치 아니함으로 그 적용에 있어서 적당한 변경을 가한 것은 자연의 사세이다」라고 하였다(정광현, 「한국가족법연구」, 서울대 학술서, 서울대출판부, 1967, 272-274면).

20) 김정익, 전게논문, 7면.

21) 이화숙, 전게서, 55-56면.

라 그들의 권리가 소외되는 제도는 유지될 수 없게 되었으므로 기혼여성에게 그들 자신의 힘으로 취득한 재산과 혼인 중 증여 또는 상속받은 재산을 관리, 처분할 수 있는 권한을 부여하게 되었다.

둘째, 혼인이 사망에 의해서가 아니라 이혼에 의해서 종료되는 일이 빈번해 지면서 형평에 대한 요구가 점증하여 기혼여성도 부와 공동으로 축적한 재산을 공유하거나 배우자들의 모든 재산은 한 덩어리로 간주하여 나누어야 한다고 생각하기 시작하였다.

프랑스는 전통적 제도하에서 소득공동제였으며 妻는 법적 무능력자였으므로 관리권은 夫에게 속하였다. 새로운 사회에서 지위가 높아진 여성들은 법적 무능력과 夫에의 복종을 강요하는 입법에 항의함에 따라 1907년부터 부부의 평등을 위한 입법이 도입하기 시작하였다. 1907년에 처의 수입과 임금은 혼인생활비를 부담하고 나면 자유로이 처분할 수 있고, 그로 인하여 취득한 재산은 공유제하에서도 유보재산(biens réservé)[22]으로 하여 스스로 관리할 수 있었다. 1938년 개정법에서는 夫의 권위에 종지부를 찍고 기혼여성은 법적 능력자로 전환되었지만, 실제로 夫가 가장으로서 공유재산을 관리하기 때문에 妻의 유보재산에 대하여도 사실상 관리권을 가지므로 그 개정은 형식적이라 할 수 있다. 1965년 개정법은 기혼여성의 직업에 있어서 독립성을 인정하고(프민 제223조 참조), 혼인생활의 비용은 당사자 사이에 협의가 없으면 그들의 상대적 능력에 따라 분담하고(프민 제214조), 고유재산 및 공동소유재산의 관리에 있어서 배우자의 독립성을 인정하였다(프민 제1428조, 제1429조). 그리고 1985년 개정법은 부부재산제에 관한 획기적인 개정으로 妻의 유보재산은 폐지하고 공유재산관리에 있어 부부의 공동관리를 하게 되었다.[23]

전통적인 영국의 제도는 夫가 妻의 재산에 대한 관리권을 보유하고 夫가 사망한 경우에 夫의 부동산 중 3분의 1을 과부산(dower)으로 그의 생애동안 이용할 수 있었다. 영국에서는 1870년대에 비로소 기혼여성의 무능력제를 철폐하기 시작하여 1882년에 이르러 철폐되었다. 미국에 비해 개혁이 늦게 이루어진 원인은 영국에서는 부유한 귀족층이 이미 혼인부동산계승처분[24]을 통해 기혼여성이 고유재산을 소

---

22) 유보재산이란 처의 모든 임금과 그 수입으로부터 저축하여 취득한 재산은 공동소유재산제하에서도 그녀의 자유로운 관리에 맡겨져 있는 재산을 말한다.

23) 이에 대한 상세는 이화숙, 전게서, 58-63면 참조.

24) 혼인부동산계승처분(marriage settlement)이란 common law에서는 처가 혼인시에 지참하는 재산은 직접 부의 지배하에 놓이게 됨을 이를 방지하기 위하여 유산층에 의해 시도

유, 관리할 수 있는 방법을 강구하고 있었다는 사실과 깊은 관계가 있다. 즉 토지를 보유한 귀족계급의 여성은 보호되었으나, 동산의 재산이 대부분인 중산층 및 가난한 임금노동자들은 보호되지 않았다. 그런데 산업혁명과 관련하여 많은 여성들이 교육을 받고 임금을 벌 기회를 얻게 되자 부인의 소득이 夫에게 편입되는 낡은 원칙의 법을 개정하는 청원이 1870년에 첫 기혼여성재산법(Married Women's Peoperty Act)이 제정되어 스스로 취득한 수입은 스스로 관리하는 자유를 획득하기에 이르렀고, 점차적으로 1884년, 1893년, 1907년, 1935년 개정법에서 미해결의 문제점을 해소하면서 별산제가 확립되었다.[25] 그러나 별산제는 가사노동이 평가되지 않는 한 재산이나 직업이 없는 대부분의 여성들에게는 이혼시에 대단히 불리한 것이었다. 이에 따라 점차 제정법을 통해 부부재산제에 있어 실질적 평등을 이루기 위해, 먼저 1938년의 상속법은 유언의 자유를 제한한 생존배우자가 배우자의 유언에도 불구하고 일정한 부양료를 받도록 하였다. 1945년 이후에는 전시의 경솔한 혼인이 이혼을 급증시켰으므로 가정에 있던 처는 다른 생계수단이 없는 경우에 혼인주택에 대한 권리를 상실할 수밖에 없었다. 따라서 법관은 이러한 상황에 대처할 방도로 판례를 통하여 부부의 이혼시에 마치 공유제와 같이 재산을 분배하도록 하였다. 이러한 현상에 대해 상원은 여론의 지지없이 경고하면서 배우자의 재산관계를 규율하는 제정법을 의회가 통과시키도록 촉구함에 따라, 1970년 혼인소송과 재산법이 통과되었다. 동법은 이혼시의 재산분할과 기존의 생존배우자의 상속권을 강화시켰고 실제로 공유제와 유사하였다. 그 후 1969년에 개정된 이혼법과 1970년의 혼인소송과 재산법은 1973년 혼인소송법에서 하나로 통합되었고, 처의 가사노동에의 기여도를 인정하기에 이르렀다. 이외에도 1966년, 1981년 가족부양법, 1984년의 혼인과 가사소송법등은 법관이 이혼 및 배우자 사망시의 재산분배에 관하여 광범위한 재량권을 보유하고 판례법 역시 부부재산관계법에 중요한 영향을 주었다.

미국은 일찍이 1839년 Mississippi주에서 처음으로 기혼여성재산법이 통과된 이후 1900년대에는 모든 다른 州들이 따르기 시작하였다. 그러나 법원은 기혼여성을 보호한다는 정신을 갖고 있었으므로 오랫동안 입법기관과 법원은 다른 입장을 취

되어 형평법이 인정한 장치이다. 즉, 그들의 딸을 수익자로 하여 수탁자에게 신탁하며, 수탁자가 사망하면 잔여권은 생존배우자에게 생애권으로 수여하고 그 후의 잔여권은 계승적으로 직계비속에게 부여한다. 이러한 재산에 대해서는 부에게 관리권이 없었으므로 수익자인 처가 별도로 사용할 수 있었으며, 별산제의 기초라 할 수 있다.

25) 이화숙, 전게서, 65면 참조.

하였다.[26] 미국은 43개주가 별산제를 취하였고, 그 혼인해소시에 부부의 재산관계를 처리하는 방법은 주마다 다르게 발전하여 왔다.[27] 혼인 및 이혼법이 1970년 공포되었으며 1974년 변호사협회의 승인을 얻었는데 동법에 의하면 이혼의 경우에 부부의 재산은 언제 어떻게 취득되었든 간에 부부간에 동등하게 반분되며, 배우자의 가정주부로서의 기여를 고려하는 규정을 하게 되었다.[28]

독일은 1896년 채택한 법정재산제는 관리공동제로서 소유는 별산이며, 夫가 妻의 부동산과 동산의 수입을 관리, 소유, 보존할 권리를 갖고 있었다. 다만 처가 스스로의 활동을 통해 취득한 재산, 혼인계약에서 유보재산이라 명한 재산은 처가 유보재산으로 하고 처가 명의뿐만 아니라 관리, 사용, 수익할 권리가 있었다.[29] 세계 제2차 대전이 종료되면서 가족법 규정이 개정되기 시작하였다. 즉 1949년 독일기본법은 남녀평등을 선언하면서 남녀평등에 반하는 법률은 1953년 3월 31일까지만 효력을 발한다고 명시하였지만, 신법이 재정되지 않아 독일법원이 별산제를 법정재산제로 채택하였다. 그러나 별산제는 가정주부인 기혼여성에게 불리하였으므로 광범위한 비교법적 연구를 통해 1957년 스칸디나비아제도를 모델로 한 새로운 부부재산제로 부가이익공동제(Zugewinngmeinschaft)를 창안하였다.[30]

제4절 夫婦財産制의 類型

부부재산제는 관계여건에 의해 그 내용을 달리할 수 있지만 대체로 여성(妻)의 지위에 따라 여러 단계의 과정을 거쳐 발전해 왔으며, 그 유형 또한 다양하다. 그러나 부부의 지위가 부부동체주의에서 부부별체주의로 이행됨에 따라 財産倂呑制

26) 상게서, 70면.

27) Glendon, State, Law and Family, North Holland Pub. Co., 1977, p.397.

28) UMDA 제307조, Alternative A.

29) Rheinstein/Glendon, op. cit., p.44; Graue, German Law, Comparative Law of Matrimonial Property, Leiden, 1972, p.116.

30) 스칸디나비아 혼합재산제는 부가이익공동제의 모델이 되었으나 이혼시 재산분배방식에 있어 많은 차이가 있다. 즉, 혼합재산제에서는 혼인중 별산제이며, 이혼시에는 부부각자의 재산 중 상대방의 기여와 무관한 특유재산을 제외한 모든 배우자 지분권재산 합하여 반분한다(자세한 것은 이화숙, “부부의 재산관계에 관한 비교법적 연구”, 박사학위논문 연세대학교, 1988, 115면).

나 財産統一制와 같은 제도는 현재 사회에서 찾아보기 어렵게 되었다.

1. 財産併呑制(妻産併呑制・吸收歸一制)

재산병탄제는 고대사회의 일반적인 재산제라 할 만큼 家의 전제적 구성과 남성의 우월성에 근거하고 있는 것으로 妻의 재산이나 소득을 모두 夫의 재산으로 흡수시켜서 妻의 특유재산을 전혀 부인하는 제도를 말한다. 이 제도는 초기 로마법에서 채용되었고, 1882년 영국에서도 旣婚婦女財産法(Married Women's Property Act)이 제정될 때까지 적용되었다. 현재 이 제도를 채택하는 입법은 없다.[31]

2. 管理共同制

관리공동제란 부부재산의 귀속이 혼인전・후를 통하여 아무런 영향을 받지 않으며 각자가 소유한 재산은 각자의 고유재산으로 인정하는 것이다. 그러나 妻에 대한 夫의 후견권이 인정되므로 夫는 妻의 재산에 대하여 점유권・관리권・수익권을 행사하고 때로는 그 처분권까지도 가지지만, 夫는 妻의 재산을 처분・수익하는 권리에 상응된 재산관리상의 위험과 손실을 부담해야 한다.[32] 이 제도는 혼인해소시에는 청산을 쉽게 할 수 있는 장점이 있으나, 夫중심적이므로 夫의 전권・이기・착취를 가능케 하며, 夫의 수익을 인정하는 것이 내조의 공이 있는 妻에게 불공평하다는 비난을 받게 되는 제도이다. 독일 고대법에서 기원된 것으로 중국민법을 위시해서 우리나라 구민법(관습법), 일본 구민법 등이 이를 취하였다.[33]

3. 剩餘共同制

잉여공동제는 혼인중에는 부부가 각자 자기재산을 관리하는 별산제를 취하되 그로부터 생긴 수익을 공동재산으로 하여 부부공동생활에 따르는 지출에 충당케 하고, 혼인해소의 경우에는 해소당시 존재한 재산에서 혼인체결시 존재한 양배우자의

---

31) 김병대, 전게논문, 864면; 김정익, 전게논문, 12면.

32) 김병대, 상게논문, 864면 참조.

33) 상게논문, 864-865면; 이봉, “부부재산제를 통해 본 妻의 지위”, 「아세아 여성연구」제 15집, 숙명여대 아세아여성문제연구소, 1976, 103면.

재산을 공제한 후 혼인중의 이득을 확정하여 이 이득을 각 배우자의 지분에 따라 분배하는 제도이다.[34] 사망으로 인한 혼인해소의 경우에는 생존배우자는 잉여에 대한 지분을 취득함과 동시에 상속권에 의한 사망배우자의 유산에 대한 지분을 취득하게 된다. 이 제도는 서독에서 법정재산제로 채택되기도 하였다.[35]

4. 所得參與制

부부는 지참재산과 혼인후의 취득재산을 별산제에서와 같이 각자 자유로 관리·처분할 수 있으며, 제3자에 대한 일방의 채무에 대해 타방 배우자는 재산상의 책임을 지지 않는다. 부부재산은 특유재산과 지분재산으로 나누어지고, 혼인해소시에 부부의 일방은 타방의 지분재산에 대해 분할청구를 할 수 있다. 따라서 부부는 서로의 재산에 대해 잠재적 지분을 갖고 있으므로 혼인중 자기의 재산을 유상으로 처분할 수는 있지만, 무상으로 처분할 때에는 상대방의 동의를 얻어야 한다. 이 제도는 妻의 행위능력을 인정한 것이고 혼인중의 소득을 혼인해소시에 균등하게 배분해 줌으로 妻의 가사노동의 가치를 인정하는 근대적인 제도이며, 북구의 스칸디나비아제국에서 법정재산제로 채용하고 있다.[36]

5. 財産共同制

부부재산공동제는 원칙적으로 배우자의 혼인 전·후의 재산은 모두 부부의 공유재산으로 하고 그 재산은 夫가 관리·수익하고, 그 수익을 혼인생활비용에 충당한다는 제도이다. 이 제도는 부부공동생활이라는 혼인의 본질면에서 보면 가장 자연스러운 부부재산제라 할 수 있다. 이 재산제를 취했던 국가는 프랑스를 비롯한 和蘭·白耳義, 독일, 서서, 북미 등이다.[37]

---

34) 김병대, 상게논문, 865면; 김정익, 전게논문, 13면.

35) 이봉, 전게논문, 104면.

36) 김병대, 전게논문, 866면.

37) 상세는 김병대, 전게논문, 866-867면 참조.

6. 別産制

부부별산제란 여러 유형의 재산제에 비해 남녀평등의 원칙과 개성신장을 보장한다는 가장 적절한 민주주의적 원칙에 부응되는 제도로서 부부의 각자재산은 혼인으로 영향을 받지 않고 자기재산에 대한 소유권을 여전히 각자가 유보할 뿐만 아니라 그 관리·사용·수익 및 처분권까지도 각자가 가진다는 제도이다. 이와 같은 별산제는 부녀자들의 사회적 진출이 보장되고 있는 현시점에서 볼 때 혼인의 근대적 이념과 적응되며, 또한 독립적인 인격자로서 각자 자기재산에 대한 운영권을 확보했다는데 큰 의의가 있다고 할 수 있을 것이다.[38] 이 제도는 영국, 이태리, Australia, Newzealand, Canada, Mexico, 소련, 중화민국, 불가리아, 유고슬라비아, 미국의 대부분의 州, 일본, 우리나라의 법정재산제를 들 수 있고, 가자제를 절충한 별산제를 채택하고 있는 국가는 희랍, 루마니아 등이 있다.[39]

7. 財産統一制

재산통일제는 妻가 혼인으로 인하여 현재 또는 장래의 재산권을 상실하며 다만 혼인해소를 정지조건으로 하여 반환청구권을 취득하는 제도이다. 즉, 혼인의 효과로서 妻의 모든 재산은 일단 夫에게 이전되나 만약 혼인해소시에 夫 또는 그 상속인은 妻 또는 그 상속인에게 妻의 재산을 반환해야 한다는 조건의 부부재산제로서 현재 서서민법상 계약재산제의 한 형태로 볼 수 있다.[40]

8. 嫁資制

가자제(DOS)는 로마법에서 유래하여 오늘날 부부재산계약제도로 발전된 제도로 妻의 재산권을 인정하되 妻의 재산을 혼인생활비에 충당되는 嫁資와 妻에게 전권이 인정되는 嫁資外財産으로 분리·운영되었다. 가자는 혼전에 소유했던 妻의 일정한 재산을 혼인과 동시에 夫에게 인도하여 夫로 하여금 그 관리·사용·수익권을

38) 이봉, 전게논문, 105면.
39) 김병대, 전게논문, 867면.
40) 상게논문, 868면 참조.

갖도록 하고, 가자외재산은 妻자신이 관리권과 수익권을 갖는 제도, 즉 처의 재산 중 일정재산만을 가자로 인정한 제도이다. 현재 이 제도는 덴마크, 스위스민법 등이 채택하고 있다.[41]

41) 상게논문, 868-869면 참조; 로마의 가자제도에 관해서는 이화숙, 전게서, 22면 이하 참조.

제3장 各國의 夫婦財産制度

부부재산제의 법제화는 1804년 프랑스 민법전이 제정되면서부터이고, 이후 독일의 민법전이 제정되었다. 대체로 20세기에 와서 부부재산제에 대해서 구미제국의 법전들이 상세히 규정하였고, 근래에 와서 부부평등주의의 강화와 더불어 처의 주체성이 실현되고 부부사이의 재산관계는 독립된 인격상호간의 관계로 다루어지게 되었다.

제1절 獨 逸

1957년 남녀동권법에 의하여 1958년 7월 1일부터 시행된 서독 부부재산제는 부부재산 계약으로서 별산제, 공동재산제 및 계속적 공동제의 형태 중 선택할 수 있도록 하였으며, 부부간 재산에 관한 합의가 없는 경우에는 법정재산제로서 부가이익공동제를 규정하였다.

1. 夫婦財産契約

(1) 契約自由의 制限

부부재산은 다른 일반의 계약과 마찬가지로 계약의 자유가 인정된다. 그러므로 부부재산계약으로 정형화된 별산제, 공동제, 및 공동제의 특수한 형태인 계속적 공동제중 하나를 택할 수도 있고 특정유형 내에서 다른 사정을 합의할 수도 있다. 그러나 예컨대 관리 공동제나 동산공동제 등 이미 금지된 제도를 택할 수 없다는 점에서 계약의 유형선택에 있어 자유로운 프랑스제도와 다르다. 그러나 특정유형을 달리 합의한다든가 유형을 혼합한 형태의 창설도 가능하므로 선택의 폭은 비교적 다양하다.[42]

---

42) J. Geruhuber, Lehrbuch des Familienrechtsm 3.Aufl., München : C.H.Beck, 1980, S.445.

계약은 당사자가 법원이나 공증인의 면전에 동시 출제하여 체결하여야 하며 부부재산제 등기부에 등기하여야 제3자에게 대항할 수 있다. 재산계약의 내용이 예컨대 선량한 풍속에 반하는 경우에는 부부재산계약에 있어서도 역시 무효이다.[43]

(2) 契約의 類型

부부재산계약의 정형에는 별산제, 공동재산제가 있으며 공동재산제의 특수한 형태로 계속적 공동제가 있다. 별산제의 내용에 대해서는 규정이 없으나, 독일 민법 제1414조는 법정재산제를 배제하거나 금지한 경우, 또는 공동재산제를 금지하거나 부가이익 청산이나 연금청산을 배제한 경우에는 별산제가 성립한다고 한다.

공동재산제를 합의한 경우에는 양 배우자의 재산 중 유보재산(Vorbehaltsgut, 독민 제1418조)과 특별재산(Sondergut, 독민 제1417조)을 제외한 모든 재산은 합유재산(Gesamtgut, 독민 제1416조)을 구성한다. 합유재산의 관리는 부부재산계약에서 정한 배우자가 하며, 정하지 않은 경우에는 부부가 공동으로 관리한다(독민 제1421조).

계속적 공동제를 합의한 경우에는 일방배우자가 사망한 후에도 생존배우자와 그 부부공동의 직계비속 사이에 공동재산제가 존속하게 된다. 그러므로 일방배우자가 사망한 경우에도 상속이 개시되지 않고 공동재산제가 존재하게 된다. 다만 합유 재산 이외의 사망배우자의 재산은 상속이 된다(독민 제1483조). 이 계속적 공동제는 가부장적 요소가 잔존하고 있다 하여 비판을 받았으며 실제로는 별로 이용되지 않고 있다고 한다.[44]

(3) 夫婦財産制 登記簿

부부재산제는 부부간의 관계에 있어서 뿐만 아니라 채무에 대한 책임, 재산의 처분 등에 있어 제3자와 관계가 있다. 즉 부부재산계약은 부부간의 합의의 유효성을 주장할 수 있는 근거와 부부간의 합의에 대해 제3자에게 공시함으로써 불측의 손해를 미연에 방지하기 위해 등기하도록 하였다(독민 제1357조). 등기가 없으면 부

43) 이화숙, 전게서, 119면.

44) Beitzke. G., Familienrecht, 22.Aufl., München : C.H.Beck, 1981, S.133; B. Bergerfurth, Das Eherecht, Ftreibeg : Rudorf Haufe Verlag, 1984, S.137.

가이익공동제에 의하는 것으로 본다[45]. 등기된 부부재산계약에 대해서는 권리외관의 원칙(Rechtsscheinprinzip)이 적용되어 부부재산계약이 무효인 경우에도 제3자가 과실 없이 그 등기를 신고한 때에는 그 무효인 재산계약의 내용을 제3자가 주장할 수 있다.

2. 法定財産制*(*附加利益共同制*)*

(1) 婚姻 중 財産의 管理(別産制의 原則)

부부가 부부재산계약을 체결하지 않은 경우에는 법정재산제인 부가이익공동제에서 생활하는 것으로 보며, 부부간에는 공동재산이 존재하지 않는다. 즉, 부가이익공동제란 부부는 자기 재산의 단독소유자이며 원칙적으로 독립하여 그 재산을 관리하나 혼인 중 증가재산은 공동체의 종료시에 청산하는 제도이다. 재산제개시시의 채무를 공제하고 일방 배우자에 속하는 재산을 당초재산(Anfangsvermögen)이라 하고(독민 제1374조), 종료시의 채무를 공제하고 속하는 재산을 종국재산(Endvermögen)이라 하고(독민 제1375조), 증가재산은 이 종국재산이 당초재산을 초과하는 차액을 말한다(독민 제1373조). 이와 같이 배우자의 종국재산과 당초재산에서의 차액을 서로 비교하여 타방배우자의 재산의 증가분의 2분의 1에 대해 청구를 할 수 있으므로 재산분배에 있어 실질적 평등을 기할 수 있게 되는 것이다.[46] 일방의 배우자는 장래의 청산채권이 현저하게 위태롭게 될 우려가 있는 때에는 부가이익의 사전청산을 소구할 수 있다(제1386조 제2항).

이 제도는 혼인 체결시 뿐만 아니라 혼인 중에 취득한 재산에 대해서도 적용된다(독민 제1363조, 제1364조). 그러나 부가이익(Zugewinn)은 혼인종료 시에도 공동재산이 되는 것이 아니라 일방 배우자의 부가이익이 다른 배우자의 청산채권(Ausgleichsforderung)을 근거 있게 하는데 불과한 것이라고 할 수 있다.[47]

부가이익공동제는 스칸디나비아제국의 제도를 모델로 하여 발전시킨 것으로서

---

45) Beitzke, a.a.O., S.91.

46) 김주수, 주석민법, 521면; 조정호, “부부재산제의 개정에 관한 고찰”, 「사회과학연구」 제15집 제1권, 영남대학교, 1995, 4면; 이강원, “부부재산계약”, 「가정법원사건의 제문제」, 재판자료 제101집, 법원도서관, 2003, 23면.

47) Bergerfurth, a.a.O., S.135.

부부의 평등, 자유와 결합이라는 이질적인 요소가 적당히 조화되어야 한다는 부부재산제의 이상을 실현하기 위하여 별산제와 공동재산제의 장점만을 본 딴 기술이다.[48] 그러므로 혼인 중에는 별산제와 같이 부부가 각자의 고유재산을 관리하므로 부부의 평등이 실현될 수 있을 뿐 아니라 일방배우자의 채무가 타방배우자에게 미치지 않을 수 있다는 점에서 별산제의 본질적 장점을 지니고 있다. 그러나 혼인이 해소되면 공동제적 요소의 장점이 돋보이게 된다.

(2) 處分權의 制限

부가이익공동제에서는 공동재산제에서와 같이 부부의 재산은 혼합되지 않으나 혼인해소 시에는 상대방 배우자의 증가이익에 대해 지분을 갖기 때문에 고유재산에 대한 처분권 행사에는 순수한 별산제에서와 달리 일방배우자가 자기의 재산을 전체로서 처분하는 계약(독민 제1365조-제1366조)이나 일방배우자가 그에게 속하는 혼인가사용구를 처분하는 계약(독민 제1369조, 제1366조)의 경우에 그 해당하는 처분행위에는 명시적 또는 암시적인 타방배우자의 동의가 있어야 유효하게 된다(독민 제1365조, 제1369조). 독일법상 처분에는 권리의 양도, 내용변경, 담보와 취소가 있으므로 이들 모두가 포함될 것이므로 제1365조와 제1369조의 해석상 처분행위와 마찬가지로 전체로서의 재산이나 혼인가사용구를 처분할 의무를 부담하는 것 역시 상대방 배우자의 동의를 필요로 한다는 것이 분명하다[49].

전체재산 및 혼인가사용구[50]의 처분에 대하여 상대방 배우자의 동의를 필요로 한다는 제한을 하는 목적은 장래의 부가이익청산을 침해할 가능성이 있는 자의적인 처분을 막아 청산청구권(Ausgleichsanspruch)을 보장하고, 또한 혼인공동생활에 필요한 생활수단을 배우자의 동의없이 처분하는 것을 방지하여 가족 공동생활의 경제적 안정을 취득하기 위한 것이다.[51] 처분권의 제한은 생전행위에 대해서만 가능하며, 유언의 자유 또는 사망증여(§2301)행위에는 해당되지 않는다고 보아야 한

48) J. Geruhuber, a.a.O., S.457.

49) Graue, op. cit., p.123.

50) 가사용구란 토지와 건물 등 부동산을 제외한 부부의 모든 재산 및 분할구입 한 가재도구로써 부부가 공동으로 사용하는 가구, 냉장고, T・V 등이 해당되지만, 직업상의 물건 또는 지극히 개인적인 물건은 가사용구에 해당되지 않는다(독민 제1370조).

51) Beitzke, a.a.O., S.96.

다. 또한 부가이익공동제가 존속하는 동안에 한하여 처분행위에 대한 배우자의 동의를 요하고 그 기간 이전 또는 이후의 처분에는 동의가 필요하지 않다고 보아야 할 것이다.[52]

실제문제로서 경제적 가치 있는 모든 재산이 계약에 포함되어 있는 경우에는 배우자의 전체재산으로 보는 것이다. 이것은 계약의 대상이 부동산이고 배우자가 여타의 다른 재산을 갖고 있지 않을 때 중요하다[53]. 처분되는 재산이 배우자의 모든 재산을 구성한다는 것으로 충분한 것인지 아니면 제3자가 이러한 상황을 알아야 하는 것인가의 문제되지만, 계약의 상대방은 객관적으로 양도되는 재산이 배우자의 전체재산임을 알아야 한다[54]. 따라서 거래의 상대방은 취득재산이 일방배우자의 전체재산임을 알지 못한 경우에는 보호를 받게 된다[55].

(3) 配偶者의 同意없는 處分行爲

독일법은 쌍무적 계약에 타방배우자의 동의없이 일방배우자가 행한 단독행위는 그 자체가 무효라고 규정하고 있다(독민 제1367조). 즉, 계약의 경우와 같은 효력의 담보조차 없는 것이므로, 미성년자의 법률행위 또는 무권대리의 원칙이 준용된다(독민 제111조, 제180조). 그러나 계약이 무권대리인 경우에는 일단 무효이지만 배우자의 추인(Genehmigung)이 있으면 처음부터 유효한 것으로 되고(독민 제1366조, 제184조), 동의가 없는 동안 제3자가 자기의 계약당사자가 혼인한 것을 몰랐다거나 자기의 배우자의 동의가 있었다고 주장한 것을 신뢰한 경우에는 철회할 수 있으며(동조 제2항) 또는 동의를 얻도록 최고할 수 있다(동조 제3, 4항).

그러나 혼인상의 가사용구를 배우자의 동의없이 처분한 경우에는 처분배우자와 계약을 한 제3자에 대하여 이의를 제기하는 당사자는 누구인가, 제3자는 이에 대하여 선의로서 대항할 수 있는가의 문제가 있다. 전자의 의문에는 독일 민법 제1369조의 가사용구에 대해서도 제1368조[56] 적용되므로 타방배우자는 재산을 처분한 배

52) 이화숙, 전게서, 123면.

53) Graue, op. cit., p.124. 그러나 후견법원 판사들 중에는 이혼남녀가 부동산을 처분하는 모든 경우에 배우자의 동의를 요구하는 경향이 있었으나. 연방법원은 배우자의 동의는 개인의 모든 재산이 처분된다고 믿게 된 경우에 한해서 필요하다고 한다(BGH, April 28, 1961, BGHZ. 35, S.135).

54) BGH, Feb. 26., 1965, BGHZ 43, S.174.

55) Gernhuber, a.a.O., S.475.

우자와 계약한 제3자에 대하여 소송을 제기할 수 있다. 후자는 제3자의 선의취득을 인정할 수 있는가의 문제이다. 그러나 동의없이 행해진 처분행위는 §1368의 조문으로 보아 적대적이며 선의취득이 적용되지 않는다고 보아야 하지만[57], 이러한 해석은 부부의 공동재산인 가사용구를 타방의 동의없이 처분한 경우(§1368, §1369)보다, 일방배우자의 고유재산을 타방이 처분하는 경우에 제3자가 더욱 보호되는 모순이 있게 된다[58]. 이러한 모순된 결과를 근거로 일방배우자의 재산에 대한 타방배우자의 권리의 보호(독민 제1366조, 제1369조)는 그에게 속하는 재산을 보호하는 일반원칙에 따라 선의의 제3자를 보호해야 한다는 견해[59]와 규정의 목적을 달성하기 위해서는 자기에게 속하는 가사용구뿐만 아니라, 부부가 공동으로 사용하는 가사용구 및 타방배우자의 가사용구를 일방배우자가 처분하는 경우에도 본 규정이 적용되어 어떤 경우에나 제3자는 선의취득으로 보호되지 않는다는 견해가 있다[60].

제2절 프랑스

프랑스의 부부재산제도는 부부재산계약과 법정재산제인 공동재산제도로 구분되어 있다. 특히 주목할 것은 1985년 민법 개정이전에는 부부의 공동재산을 夫의 단독관리에서 공동관리로 개정하여 부부간의 형식적 불평등을 해소하였다는 점이다.

---

56) 독일 민법 제1368조는 "일방배우자가 타방배우자의 필요한 동의를 받지 아니하고 자기의 재산을 처분하는 때에는 그 타방의 배우자도 그 처분의 무효로 인하여 발생하는 권리를 주장할 수 있다"고 규정하고 있다.

57) Beitzke, a.a.O., S.100. 처분권 제한의 적대적 성격에 관하여 Gernhuber 교수는 이의를 제기한다. 그것은 혼인계약을 통하여 처분권제한을 계약상 배제한 경우와 일치하지 않기 때문이라고 한다 자세한 것은 Gernhuber, a.a.O. S. 467 참조.

58) Graue, op. cit., p.125. 독일법상 소유권 없는 자가 처분한 동산의 선의 구입자는 처분자가 소유권자의 동의를 받아 그 동산을 점유하는 경우에는 진정한 소유권자에 대해 보호된다는 선의취득의 요건을 충족하여 제3자가 보호되기 때문이다(이화숙, 전게서, 126면 참조).

59) Gernhuber, a.a.O., p.466.

60) Beitzke, a.a.O., S.100.

1. 夫婦財産契約

(1) 夫婦財産契約의 內容과 形式의 自由

프랑스 민법은 제1387조에서 부부재산계약 자유의 원칙(La liberté des conventions matrimoniales)을 선언하고 있다. 즉 전단에서 "부부의 재산에 관하여는 특별한 합의가 없는 때에만 법률에 의하여 규제되며 부부는 정당하다고 판단되는 바에 따라 행할 수 있다"고 하여 당사자가 임의로 약정할 수 있는 부부재산계약을 인정하고 있다. 그러나 미풍양속에 반하거나(프민 제1387조 후단), 부부의 권리의무의 위반 내지 인권·법정관리 및 후견에 관한 규정을 위반하거나(프민 제1388조), 법정상속 순위를 변경하거나 포기하는 계약인(프민 제1389조) 경우에는 인정하지 않는다고 단언하고 있다.[61] 프랑스 민법은 부부재산계약에 관한 유형을 제시하고 있으므로 부부는 열거된 유형중 하나를 택할 수도 있고, 이들을 혼합한 계약을 약정할 수도 있으며, 이와는 별도로 체결할 수도 있는 등 당사자간에 자유로이 체결할 수 있다. 즉 선택의 폭이 다양할 뿐만 아니라 그 이용도 용이하다.[62]

부부재산계약은 미래의 부부(futurs épous)가 혼인 전에 체결하여야 하며(프민 제1395조), 혼인 성립 후 최초의 2년까지는 이를 변경할 수 없다. 다만 부부재산제를 실시한 날로부터 2년이 경과한 후에는 부부가 그 주소지를 관할하는 법원의 승인을 얻은 공증서에 의하여 가족의 이익을 위한 범위 내에서 부부재산제도를 일부 수정하거나 전면적으로 변경할 것을 합의할 수 있다(프민 제1397조). 그러나 재산계약변경에 관한 판결은 제3자에게 개입할 수 있는 시간적 여유를 주기 위하여 변경요청이 공개된 후 1월이 경과되어야만 한다(프민소법 제1293조). 변경할 수 있는 부부재산제는 법정재산제와 계약재산제를 모두 포함한다.[63]

(2) 夫婦財産契約의 種類

프랑스는 1965년 부부재산법 개정시에 부부재산계약 유형 중에서 시대에 뒤떨어

---

61) 김병대, "부부재산제에 관한 연구", 박사학위논문 조선대학교, 1980, 33면.

62) 이화숙, 전게서, 79면.

63) Lawson/Anton/Brown, Introduction to French Law, Oxford: at the Clarendon Press, 1966, p.388.

진 嫁資制(dotal system)와 管理共同制(separatist 또는 a regime of community without common stock)를 폐지하고, 다양한 선택유형을 제시하고 있다.

1) 契約共同制

우선 제1497조는 제1387조 내지 제1389조의 규정에 반하지 않는 한 법정재산제를 변경할 수 있다. 예컨대 공동재산에 동산과 취득재산이 포함시키는 경우(프민 제1389조-제1500조), 법정재산제의 관리규정에 대한 예외를 약정하는 경우(프민 제1503조), 배상을 조건으로 부부일방이 특정재산을 선취할 수 있도록 약정하는 경우(프민 제1511조-제1514조), 부부일방이 선취권을 갖도록 약정하는 경우(프민 제1515조-제1519조), 부부가 불평등한 지분을 갖도록 약정하는 경우(프민 제1520조-제1525조), 혼인 당사자간에 포괄공동체를 채택하는 경우(프민 제1526조) 등으로 법정재산제를 변경하여 약정할 수 있으며(프민 제1497조 2항), 당사자 사이에 협의되지 않은 사항은 법정재산제의 규정이 적용되도록 하였다.[64] 계약공동제를 파악하는 것에 가장 중요한 개념은 공동자산(Actif commun)과 공동부채(Passif commun)이다.[65]

2) 別産制

부부별산제에 관하여 프랑스 민법은 제1536조에서 제1542조까지 규정하고 있지만, 이는 하나의 모델을 제시한 것으로 고정적인 것이 아니므로 공공의 질서에 반하지 않는 한 변화가 가능하다.[66] 별산제(le Régime de la séparation de biens)는 부부의 공동재산이 존재하지 않으며 부부 각자가 자신의 고유재산을 관리・사용・수익・처분할 수 있고 혼인 전 또는 혼인중 개인적으로 부담한 채무에 대하여는 단독으로 책임을 지는 제도이다(프민 제1536조 제1, 2항). 부부간의 혼인생활비용에 관하여 약정이 있으면 계약내용에 따라 분담하고, 이에 관한 약정이 없는 때에는 제214조에 의하여 각자의 자력에 상응하여 분담한다(프민 제1537조). 부부 일방은

64) Ibid, p.277.

65) 이에 대해서는 원용수, “우리나라 가족법상 부부재산제도의 문제점과 그 해결방안에 관한 연구-여성의 실질적인 지위향상을 위한 입법론적 고찰-”, 「아세아여성연구」제31집, 숙명여자대학교 아세아여성문제연구소, 1992, 101면 이하 참조.

66) 원용수, 전게논문, 102-103면.

타방 및 제3자에 대하여 자기가 재산의 독점적 소유자임을 증명할 수 있으며 부부 일방이 자기의 독점적 소유물임을 입증하지 못하는 경우에는 부부 각자가 그 1/2씩 공유하는 것으로 본다(프민 제1538조 제1, 3항).

3) 所得參與制

혼인중에는 별산제와 같이 부부 각자가 그의 특유재산을 관리·사용·수익·처분하며 혼인이 해소된 때에는 다른 일방의 재산과 구분되는 각자 명의의 최초 재산과 종국재산에 대한 이중 평가에 의하여 측정된 순취득 재산가액의 차액에 대하여 2분의 1을 청구할 수 있다(프민 제1596조).[67] 부부 각자가 혼인할 당시에 소유하고 있던 재산 내지 혼인 중 무상으로 취득한 재산 등은 특유재산이지만, 혼인 중 부부의 노동에 의한 소득이나 고유재산으로부터의 수익은 공동재산이 된다. 독일의 부가이익공동제와 같은 제도이다.[68]

(3) 夫婦財産契約의 公示

부부재산계약의 내용은 재산의 처분이라든가 책임에 관한 규정을 포함하고 있으므로 부부사이 뿐만 아니라 제3자의 이해에도 직접적인 영향을 줄 수 있다. 따라서 부부간에 합의한 내용의 유효성을 주장하기 위한 근거 내지 부부재산계약의 내용을 알지 못하는 제3자가 불측의 손해를 입지 않도록 하기 위해서 계약내용을 공시할 필요가 있다. 공시는 공증인 앞에서 당사자 또는 대리인이 입회한 가운데 일치된 동의를 얻어 증서를 작성하여 장래의 배우자에게 교부하며, 교부된 증서를 호적공무원에게 제출하면 혼인성립일로부터 효력이 발생한다. 부부 일방이 상인이거나 결혼 후 상인이 된 때에는 증서에 共通財産制·嫁資制·別産制 등의 어느 것을 명백히 해서 상업등기부에 등재하여 공시하여야 한다(프민 제1394조 4항).[69]

---

67) 스위스가 1984년에 채택한 법정 부부재산제이다(김주수, 주석민법, 521면).
68) 상게서, 521면; 이화숙, 전게서, 82면; 이강원, 전게논문, 27면.
69) 원용수, 전게논문, 95-100면 참조.

2. 法定財産制度

부부간에 부부재산 계약을 맺은 바 없으면 법정재산제에 의하게 되는데 프랑스 국민 대다수는 법정재산제에 규율된다.[70] 전통적 제도하에서 법정재산제는 동산 및 소득공동제였으며 혼인전 부부가 소유한 모든 동산 및 혼인중 취득한 재산(상속 및 증여된 재산은 제외)은 공동재산은 구성하고 부가 공동재산 및 처의 특유재산을 관리하였던 것이다. 1965년 법은 소득공동제로 개정하고 혼인중 취득재산으로 공동재산을 구성하며 이에 대산 관리권은 여전히 夫가 단독으로 관리하나 부부의 공유재산은 각자가 관리하도록 하였으며, 공동재산에 대한 夫의 권한을 축소하는 대신 妻의 참여를 증대시켰다. 그리고 처에게 공동재산중 유보재산을 신설하여 별산제적 요소를 가미하였다. 그런데 1985년 법은 공동재산에 대한 부부의 공동관리를 선언하고 妻의 유보재산을 폐지하였으므로 프랑스 공동재산제에 있어 부부재산은 공동재산과 부부 각자의 고유재산으로 구성되었다.

(1) 固有財産의 管理

프랑스 민법 제1428조는 "각배우자는 각자의 고유재산을 관리하고 사용하며 자유로이 처분할 수 있다"고 규정하고 있다. 그러므로 부부는 그의 고유재산을 공동재산과는 별도로 관리할 수 있다.

별산제하에서 부부의 채무는 각자의 고유재산으로 부담하도록 되어 있으나 공동재산제하에서는 각자의 고유재산으로부터의 과실 및 소득의 저축은 공동재산을 구성하기 때문에 고유재산을 남용할 경우 공동재산이 궁핍하게 되어 가족의 이익을 해할 수 있으므로 이를 사전에 방지하기 위한 장치가 필요하다.[71] 따라서 프랑스 민법은 夫 또는 妻가 파산한 경우와 같이 부부 각자의 고유재산의 남용이나 오용으로부터 가족을 보호하기 위하여 박탈제도(dessaisissement judiciaire)를 두고 있다. 박탈이란 夫 또는 妻가 영구적으로 그 의사를 표시할 수 없음을 배우자가 알게 된 때와 부부일방이 그의 재산을 소멸시키려 할 때, 그리고 부부일방이 그의 고유

---

70) Colomer, "The Modern French Law", Comparative Law of Matrimonial Property, Leiden, 1972, p.81.

71) Ibid, p.91.

재산에서 나오는 소득을 낭비하거나 남용하고 있음을 알게 된 때의 경우 등의 상황과 결과에 따라 그의 재산에 대해 통상적으로 갖는 권한을 법원의 판결에 의해 정지당한다(프민 제1429조 제1항). 그리고 고유재산에 대한 관리권 및 사용, 수익권이 박탈된 배우자의 고유재산에 대한 관리권과 그 고유재산으로부터 나오는 과실의 수취권이 부여된다(동조 제2항).

그러나 박탈의 효과는 항상 잠정적이므로 그의 박탈을 정당시했던 사유가 더 이상 존재하지 않는다는 것을 주장하면서 권리의 회복을 청구할 수 있으므로(동조 제4항) 권리를 박탈당한 배우자는 형식상의 소유권만을 계속 보유하며 단지 관리와 사용에 대한 권리만 청구자인 배우자에게 이전되는데 불과하다.[72] 이때 원고인 배우자는 권리가 박탈된 배우자의 고유재산으로부터 나오는 과실을 혼인생활비용으로 사용하며 잔여액을 공동재산에 충당하여야 한다(프민 제1429조 제2항 후단). 夫 또는 妻가 그의 소유권을 유익하게 사용하지 않거나 행사할 능력이 없어질 때, 배우자의 특유재산의 과실을 공동재산으로 회복시키는 것이 박탈의 목적이다.

프랑스 민법 제1430조는 "부는 처의 고유재산의 사용(emploi) 또는 재투자(remploi)[73]의 흠결을 보증하지 아니한다. 다만 양도 또는 수납업무에 관여하거나 현금을 수령하거나 현금을 자기의 이익을 위하여 사용한 때에는 그러지 아니하다"라고 하여 夫가 妻의 재산을 재투자하지 않는 경우의 책임을 규정했던 구법 제1450조의 영향을 받은 것이 분명한 규정을 두었다.[74] 그러나 이 규정은 오늘날 妻가 자기 자신의 이익을 지킬 수 있다는 것을 이유로 공동재산제하에서 妻를 해방시키면서 동시에 妻가 자발적으로 夫의 영향을 받기를 원한다는 구실로 처를 특별히 보호하는 것은 모순된다. 뿐만 아니라 별산제에 관한 제1541조는 부부상호간의 보호는 내면적이고, 법정재산제의 제1430조는 부의 처에 대한 보증이 일방적이라는 점에서 양자의 관계는 서로 모순된다는 비판을 받는다. 그러므로 부는 처의 고유재산데 대해서는 별산제의 경우와 같이 공동제에서도 권한이 없어야 한다는 것이다[75]. 이러한 비판을 이유로 제1430조는 1985년 개정법에서 폐지되었다. 다만, 혼인

72) 이화숙, 전게서, 83면.

73) Remploi란 처의 재산을 처분한 돈으로 부동산을 취득하는 것을 뜻한다.

74) 프민 제1450조는 1965년 법에서 폐지되었으며, 1975년 이혼법에서 "배우자는 이혼소송의 계속중에도 공유재산의 청산과 공유재산을 분할하기 위한 어떤 협의도 할 수 있다. 그 협의는 당사자사이에 달리 정한 바가 없다면, 공증된 문서로 작성되어야 한다"는 내용으로 신설되었다(이화숙, 전게서, 84면).

중 일방 배우자가 그의 고유재산의 관리를 타방에게 위임한때에는 위임에 관한 규정이 준용될 수 있다. 그러나 특별한 위임이 없이 배우자의 재산관리를 일방배우자가 맡은 경우에는 제1432조는 위임을 추정하고 이러한 위임에는 관리와 사용의 행위는 포함되나 처분권은 포함되지 않는 것으로 해석된다(프민 제1432조 제1항).

그리고 일방배우자가 타방배우자의 반대의사를 무시하고 타방의 특유재산의 관리를 간섭한 경우 그는 모든 간섭으로 인해 발생한 결과에 대해 책임을 지고, 무제한하게 그의 소득으로 이를 보상하여야 한다(동조 제3항).

(2) 共同財産의 管理

공동재산은 부부가 혼인중 공동으로 또는 개별적으로 취득한 재산과 각자의 생산 및 그 고유재산에서 생기는 과실 및 소득의 저축에 의하여 적극적으로 구성된다. 공동재산은 夫가 단독으로 관리하였었으나, 1985년 개정법에 의하여 공동재산의 관리에 과실이 있는 경우를 제외하면, 부부 각자는 단독으로 공동재산의 관리하고 처분하는 권한을 가지는 등의 공동관리를 선언하였다(프민 제1421조 제1항). 또한 부부의 일방이 기망행위없이 행한 행위는 타방에 대항할 수 있고, 또 별개의 직업에 종사하는 배우자는 단독으로 직업에 필요한 관리 및 처분행위를 할 권한을 가진다.[76] 따라서 부부 각자가 공동재산으로부터 과실을 취득하고 공동재산과 채무에 관한 여러 사건에 관하여 소추되거나 소송의 처리를 할 수 있게 된 것이다.[77]

그러나 처분이 제한되는 경우가 있다. 먼저, 공동재산에 속하는 부동산, 상업자본, 경작지 그리고 유통거래할 수 없는 사회보장에 관한 권리 및 양도에 있어 공시를 요하는 동산을 양도하거나 물권을 설정한 때에는 상대방의 동의가 필요하다(프민 제1424조 제1항). 상대방의 동의없이 처분행위를 할 수 없다면 당연히 이러한 양도 또는 물권의 설정에서 생기는 자본을 수취할 수도 없을 것이다. 또한 제215조는 부부가 타방배우자의 동의없이는 가족의 주거를 보장하는 권리 또는 주거에 설치된

---

75) Ponasrd, Commentaire de al Loi. n. 65-57 du Juillet 1965, Portant reforme des regime matrimoniaux, D.S. 1966, L.n.p.116.

76) 조정호, 전게논문, 5-6면; 원용수, 전게논문, 24면 이하; 大野博實, “フランスの家族法”, 「世界の家族法」, 敬文堂, 1991, 113-116면.

77) Colomer, A Droit Civil Regimes Matrimoniaux, deuxieme ed., Paris: Litecm 1986, p.27.

가구를 처분하지 못하도록 규정(프민 제215조 제4항)함으로써 공동재산중 동산의 처분행위에도 상대방 배우자의 동의를 얻도록 하였다[78]. 만일 공동재산의 관리에 과실이 있는 경우에는 그 배우자의 공동재산에 대한 관리 및 처분행위는 제외된다.

둘째, 농지 또는 상업·공업·수공업에 이용되는 부동산을 임대할 경우에는 상대방 배우자의 동의를 필요로 하지만, 이외의 다른 종류의 임대차 계약은 임대차에 관한 규정에 따라 배우자가 단독으로 체결할 수 있다(프민 제1425조). 제1424조와 제1425조의 개정은 1965년 법에서 이미 妻의 동의를 필요로 함으로써 夫의 관리 및 처분행위를 제한하여 실질적으로는 공동관리에 속한다고 볼 수 있는 것이었다. 그러나 개정법이 부부의 관리를 선언하였으므로 구법상의 夫의 행위에 대한 妻의 동의의 필요성이 부부의 관리 및 처분행위에 대한 상대방의 동의의 필요성으로 개정된 것이다.[79]

셋째, 공동재산의 보존을 위하여 부부일방은 공동재산은 생전에 무상으로 처분하지 못하며(프민 제1422조), 유증을 하는 경우에도 자기의 지분을 초과하는 유증은 할 수 없다(프민 제1423조). 만일 부부일방이 공동재산의 과실을 유증한 경우에서 수증자는 유증된 과실이 재산분할의 결과 유언자의 상속인의 상속분에 속하는 것만을 현물로 청구할 수 있다(동조 제2항). 만일 배우자 일방이 무질서한 사무행위, 부당한 관리 또는 행위로 인하여 공동재산을 유지하는 것이 다른 일방의 이익을 위태롭게 할 우려가 있는 경우에는 다른 일방은 재산의 분할을 청구할 수 있다(프민 제1443조). 그러나 일방배우자가 자유의사를 표시할 수 없거나 공동재산의 관리가 부적당하거나 부정하다는 사실이 증명되면 타방배우자는 그 상대방배우자를 대신하여 권한을 행사할 것을 청구할 수 있다(프민 제1426조)고 함으로써 공동재산의 분할이라는 최후의 수단에 앞선 구제책이 마련되어 있다[80].

일상가사채무의 연대책임(프민 제220조)에 따라 부부가 부담해야 할 생활비나 자의 양육을 위한 채무, 공동재산을 분할한 후 일방배우자가 부담해야 할 배상금(recompense)을 제외한 공유기간중 부담해야 할 기타 채무는 소극공동재산을 구성한다(프민 제1409조). 그리고 공동재산제 기간 중 부부 각자가 부담하게 된 채무는 언제든지 공동재산에 대하여 그 변제를 청구할 수 있으므로 채무도 공유이며, 공동

78) Colomer, “The Modern French Law”, p.95.

79) 이화숙, 전게서, 87면; 원용수, 전게논문, 24면 참조.

80) Colomer, “The Modern French Law”, p.95.

재산에서 변제하게 된다. 다만 채무자인 배우자의 사기나 채권자의 악의가 있는 때에는 당해 부부의 고유재산에 대해서만 책임을 진다(프민 제1413조). 공동재산의 공동관리의 원칙상 당연한 것이나, 이에 관련하여 최소한의 가정의 안정을 위하여는 몇 가지 제약이 필요한 것으로 보인다. 이는 일방배우자의 채권자는 타방배우자가 취득한 소득이나 급여에 대하여는 그 채무가 제220조의 규정에 따른 생활비 또는 자의 양육을 위해 체결된 경우에 한해서 변제를 구할 수 있으며(프민 제1414조), 부부 각자가 배우자의 동의 없이 보증이나 차용을 한 경우에는 그의 고유재산과 그의 수입만을 채무의 담보로 하여야 한다(프민 제1415조)는 것이다.

제3절 英 國

영국에는 대륙법제와 같이 부부재산에 관한 일반적 규정을 하거나 혼인계약에 관한 유형을 제시하는 부부재산제도는 없다고 할 수 있으며, 다만 배우자 명의의 공유재산만이 있을 뿐, 공동재산은 존재하지 않는다. 그러므로 혼인 그 자체는 재산권에 영향을 주지 않는다. 따라서 혼인당시 소유했던 재산은 계속 그에게 속하며 혼인 후에도 마찬가지로 각각의 배우자가 그의 수입과 그로부터 취득한 재산은 각각 소유한다.[81]

현대의 혼인에서 이러한 기본적인 원칙은 소유권 분쟁에 관한 문제해결에 도움이 되지 않는다. 때로는 배우자들의 공동명의로 취득하기도 하고, 일방의 명의로 취득한 재산도 그들 사이의 공동재산으로 간주될 수 있다. 그러나 혼인이 행복할 때는 아무도 법적 소유관계에 관심을 두지 않는 것이 사실이다. 그렇기 때문에 그들이 후에 다투게 되었을 때 영국법상 재산권의 문제는 더욱 불분명한 상태에 있게 되는 것이다[82]. 부부재산제는 원래 혼인중 보다는 혼인이 파탄되었을 때 재산권을 구분하는 기준으로서의 의미가 큰 것이지만 영국의 부부재산관계는 특히 그러하다. 부부의 재산관계는 혼인중에는 타인에게 적용되는 것과 같은 원리가 적용되기 때문이다.

---

81) 이화숙, 전게서, 95면.

82) J. Levin, Family Law, London: 1977, p.23; Mostyn F.E., Marriage and The Law, London : Oyze Pub. Ltd., 1976, p.44.

1. 明示的 財産契約

(1) 信託과 婚姻財産設定

영국에서는 대륙법에서와 같이 부부가 그들의 재산권에 관하여 계약상의 협의를 하는 관습이 없고, 혼인전(ante nuptial) 또는 혼인후(post nuptial)에 재산설정(settlement)을 하는 것이 보통이었다[83]. 그 내용은 妻의 재산을 夫에게 양도하는 대신 妻의 이익을 위해 신탁한다는 약정이며, 증여 또는 유증의 경우에도 이용되었다[84]. 신탁(trust)이란 특정재산의 법적 소유권이 수탁자에게 양도되면 그 수탁자(trustee)가 수익자(beneficiary)를 위해 재산을 신탁적으로 보유한다는 것으로 영국에서 발전된 제도이다. Common Law의 부부일체의 원칙에 대한 예외로서 기혼여성이 그 재산을 독립적으로 소유하고 관리할 수 있도록 영국의 유산층의 필요성에 부응하기 위해 발전한 별산제의 최초의 개념이라 할 수 있다.[85]

기혼여성의 신탁을 최초로 인정한 것은 16세기에 Avenent v. Kitchin이었으며[86], Chancery Court는 혼인전 계약으로 기혼여성이 夫의 재산과 별도로 그의 재산을 소유할 권리를 최초로 인정함으로써, 17세기 및 18세기에 trust가 발전하게 된 것이라 한다.[87] 영국의 settlement가 공동소유제보다 우수한 점은 재산의 관리가 공평한 제3자에게 수탁되어 있으므로 그 수탁자가 현명하게 재산을 보존하고 투자할 수 있으며 제3자는 수탁자를 완전히 신뢰하고 거래할 수 있다는 점과 신탁된 재산을 위해 지급된 대금과 그 대금으로 투자된 재산도 신탁에 포함되므로 완벽한 대립(subrogation)이 될 수 있다는 점이다[88].

---

83) Settlement란 계승적으로 재산권을 처분하는 경우 또는 그 처분증서를 뜻하며, 가족재산설정(strict settlement), 혼인재산설정(marriage settlement), 혼인 후의 재산설정(post-nuptial settlement)가 있다. 지금은 유언(will) 증서(deed)로서의 효력을 발한다. 이것은 특정재산의 법적 소유권을 수탁자에게 양도하고 그 수탁자가 수익자를 위해 재산을 신탁으로 보유하는 것이다(이화숙, 전게서, 96-97면 참조).

84) Rheinstein／Glendon, op. cit., p.37.

85) M. Salmon, Women and the Law fo Property in early American, Capel Hill and London: The University of North Carolina Press, 1986, p.81.

86) W.S. Holdworth, A History of English Law, vol. 16, 1996, pp.310-331.

87) Salmon, op. cit., p.84.

88) A. Kiralfy, English Law, Comparative Law of Matrimonial Property, Leiden, 1972, pp.191-192.

토지에 대하여 법률은 한 때 매매대금을 수탁자에게 지급하고 수익자 자신에게 지급하지 않는다는 안전장치가 있으므로 수익자가 재산을 직접 관리하도록 시도한 일이 있었고,[89] 이 원칙은 그 후 매각신탁으로 발전하였다.

(2) 賣却信託

매각신탁(trust for sale)이란 제3수탁자가 법적 명의를 보유하고 수익적 이익은 매매시의 대금에만 존재하는 형식이다. 부부가 주택을 구입할 때 妻와 공동명의로 등기했다면 배우자들은 수탁자인 동시에 수익자인 매각신탁을 창안하는 효과가 있다는 것으로 1926년 이후에 법원에서 발전되어 확립된 제도이다. 그의 효과는 타방의 동의가 없으면 재산을 처분할 수 없고 공동소유자는 처분에 참여하여야 한다는 것이다[90]. 만일 수탁자들이 매매에 참여하기를 거절할 경우 타방은 법원에 소송을 제기할 수 있고 법원은 그들에게 부동산을 매매하도록 명령할 수 있다. 물론 법원은 매매가 적합하다고 생각되는 경우에 상황에 따라 재량으로 매매를 명령할 수 있는 것이며, 만일 건물이 혼인주택이고 혼인이 계속 중이라면 법원은 매각을 명하지 않을 것이다. 이때는 공동소유자로서의 엄격한 원칙보다는 가족법 원칙에 따르기 때문이다. 그러나 이혼한 배우자들에게는 타인에게 적용되는 원칙이 그대로 적용되게 된다. 이혼한 부부에게 매각신탁 원리를 적용한 실례에서, 부부는 매각신탁으로 1956년 주택을 10년간 임차하기로 하고 차임을 절반씩 지급하였다. 그들은 1959년 妻의 간통을 원인으로 이혼하였고 처는 재혼을 하면서 집을 매매하도록 청구한 데 대해서, 법원은 妻의 요구는 형평에 어긋나는 것은 아니며 前夫는 妻에게 매매대금을 지급하고 妻는 차임의 반에 대한 권리를 찾아야 한다고 판시하였다[91]. 그러나 분쟁이 된 실제의 재산이 상점과 주택으로 구성되어 있고 妻가 夫를 유기한 사건에서는, 법원은 그 재산을 매매하도록 요구하는 것은 형평에 어긋난다고 판시하였다. 그것은 夫의 생계를 파괴하기 때문이라는 것이다. 그러나 매매 신청인이 배우자일방의 채권자이고 매매가 그들의 청구를 만족시키는 현실적인 유일한 방법인 경우에 부부 쌍방이 매매를 원하면 매매할 수 있다[92]

89) Settled Land Ace, 1925, sec. 18(1) b.

90) Law of Property Act, 1925, secs. 28, 36.

91) Jones v. Challenger(1961) 1 Q.B. 176(C.A.).

92) Bankruptcy Act, 1914, sec. 42.

2. 夫婦財産에 대한 制定法

영국에서는 대륙법에서와 같은 법정재산제는 없으며, 단지 각종의 제정법이 있을 뿐이다[93]. 그 주요한 것들을 살펴보면 다음과 같다.

재산의 명의나 소유에 대한 부부간의 분쟁은 혼인소송법(Matrimonial Causes Act, 1973) 제23조-제25조에 의해 필요에 따라 조정된다. 재산분쟁은 대부분 이혼시에 발생하기 때문에 법원은 소송에 대한 준비로서 소유권을 결정하기 위해 기혼여성재산법(Married Women's Property Act, 1882) 제17조에 따른 소송을 제기하는 것은 필요하지 않다.[94] 그럼에도 배우자의 사망, 파산 또는 제3자와의 분쟁이 있는 경우, 전배우자가 재혼시 재산권에 관한 미해결 분쟁을 해결하는 데는 여전히 제17조가 적용된다.

혼인과 가족소송법(Matrimonial and Family Proceedings Ace, 1984)은 이혼한 妻의 경제적 독립에 관한 작은 발전이라고 할 수 있다. 동법은 子의 보호와 부양 및 그의 복지와 子의 이익에 일치하는 한 이혼한 당사자들이 스스로의 능력을 갖출 수 있도록 법이 조력한다는데 있는 것이다. 그리고 이를 위해 자녀가 없는 짧은 결혼기간, 또는 장기간 계속된 결혼생활이라도 당사자의 미래를 충분히 부양할 자금이 있는 경우 등에는 妻의 기본부양료 지급청구를 기탁하도록 하는 권한을 법원에 부여하고 있다. 동법에 의하면 처는 독립을 해야 하므로 전보다 부양료가 적어지리라는 견해와 더 많이 받으리라는 견해도 있다[95]. 그러므로 이혼하는 여성들 스스로가 자기를 부양해야 한다는 강한 기대가 내포되어 있는 것이다[96].

만일 夫가 Common Law하에서 가사운영비로 돈을 준다면 그 돈의 법적 권리는 분명하지 않다가 1949년의 한 사건에서 비판적인 형태로 명백히 되었다. 즉, 가사비용은 공동재산이며 주택과 가구의 공동사용과 같이 공동의 청구권이 인정되어야 한다고 판결하였다.[97] 1964년 법은 가사비용의 일부 또는 그로부터 파생한 돈 또는

---

93) 이화숙, 전게서, 99면 이하 참조.

94) P. Duck Worth, Matrimonial Property and Finance, vol. 1, Longman, 1987, p.181. : Griffiths(1974) Omrod LJ in Fielding v. Fielding(1977).

95) Law Commission No. 112, para.28.

96) S.M. Cretney, Money after Divorce-the Mistakes we have Made?, Essays, in Family Law 1985, London: Stevens & sons, 1986, pp.42-50.

97) 妻가 가사비용을 절약하여 축구경기의 내기에 투자하였는데, 부부는 많은 상금을 받았고, 공동명의로 예금하였다가 가구를 산 사건에서 영국항소 법원은 다수결로 가사비용을

재산은 부부에게 똑같은 비율로 권리가 있으며 반대의 협약이 있는 경우에는 그에 의한다고 규정하였다[98].

임대차법(Rent Act, 1968)의 중요한 원칙의 하나는 법정 임대차가 임차인의 妻에게 전환된다는 것이다. 즉, 夫가 妻와 6개월 이상 그곳에서 함께 살기만 하면, 夫의 사망시에 그와 동거하는 妻는 夫가 지니고 있던 것과 같은 보호를 받으며 이러한 특별한 법정상속은 유언에 의한 상속의 원칙과는 별개이다. 또 하나의 원칙은 법원의 판결이다. 만일 기혼남성이 임차인이고 그의 妻를 임차부동산에 남겨두고 떠난 경우에 妻는 보호를 받지 못하지만 법원은 妻의 거주권이 夫의 임차권과 같은 형태로 지속되는 것으로 간주한다는 교묘한 선언을 함으로써 임차권이 보호를 받게 되었다. 이것은 妻가 간통을 범한 경우에도 해당된다.

이러한 판례법으로 발전된 원칙은 일방배우자에게 임차권이 없는 경우라면 임차권자인 타방이 거주하는 것으로 간주한다는 1967년 혼인주택법(Matrimonial Homes Act)에 의해 인정되다가[99] 1983년 개정되어 지금에 이르고 있다. 혼인주택의 소유권이 없는 배우자(또는 수익적 권리만을 가진 배우자)에게 거주권을 부여하고, 이들 배우자가 권리자인 배우자의 권리를 계승하여 차임을 지급할 수 있도록 함으로써 소송에서 패소하지 않도록 법적 지위를 부여하였다. 이는 임대인 또는 우선변제권을 갖는 저당권자로부터 거주권자를 안전하게 보호하며, 거주권을 등기하도록 함으로써 차후의 매수인과 채권자로부터 거주권자를 보호하기 위한 것이다[100]. 동법은 혼인주택 이외의 주택에 대해서는 적용되지 않으며 혼인이 계속되는 동안에 한해서 적용되고 혼인이 해소되면 거주권은 종료된다. 다만 재산권에 관한 분쟁이 있는 경우 법원은 거주권이 혼인해소 후까지 계속되도록 명령을 발할 수 있다.[101]

절약한 돈에 대해 부의 권리만을 인정하였다. 이에 이의를 제기한 Denning 사건은 그들의 축구경기에의 투자를 합작기업(joint enterprise)라고 하였던 것이다. 이는 부부간의 재산권 다툼을 결정함에 있어 중요한 의미를 갖게 되었다(Hoddinott v. Hoddinott(1949) 2 K.B. 406(C.A.)).

98) Married Women's Property Act 1964(Housekeeping Allowances), Ch. 19.

99) Matrimonial Homes Act, 1967, sec.1(5). 지금은 Matrimonial Homes Act 1983으로 改正되었다.

100) Duck Worth, op. cit., p.46.

101) P.M. Bromley, Family Law, 6th ed. London : Butterworths, 1981, pp.546-548.

3. 夫婦間의 財産權 紛爭에 관한 決定의 基準

재산권에 관한 분쟁을 해결하는 데는 先貸의 추정(presumption of advancement)과 復歸信託의 추정(presumption of resulting trust)이 사용되고 있다. 전자는 夫가 그의 妻에게 재산을 증여하거나 또는 妻의 이름으로 재산을 등기한 경우 법원은 그가 재산을 妻의 소유로 할 의사가 있으며 그 재산에 대한 모든 청구를 포기하는 것으로 추정할 수 있다. 그는 妻를 부양할 지기의 책임을 면하기 위해 妻에게 재산을 선불한 것으로 추정되는 것이다. 만일 그가 妻에게 증여한 의도가 없었음을 입증하면 그 추정은 번복된다. 이 추정은 반대의 경우 즉, 妻가 夫의 명의로 재산을 등기한 경우에는 행해지지 않지만, 복귀신탁의 추정은 적용된다. 이것은 妻가 재산을 夫에게 양도하고 재산상의 권리는 妻가 여전히 보유하는 경우에 夫를 자기의 수탁자로 지정할 의사가 있다고 추정됨을 의미한다.[102]

선대의 추정은 시대에 뒤떨어진 것으로 간주되고 반대의사의 빈약한 입증에 의해서도 번복될 수 있지만[103], 복귀신탁의 추정은 배우자의 의사에 대한 다른 증거가 없는 경우에는 여전히 적용된다. 그러므로 만일 처가 집을 구입하는데 기여를 했고 부의 명의로 등기하였다면 夫는 그 자신과 妻를 위한 수탁자로서 그 집을 소유하는 것으로 판시될 것이다. 강한 반대의 입증이 없다면 그는 妻가 그를 위해 증여했고 그러므로 그 집은 자기의 단독소유라고 주장할 수 없다. 이러한 상황이 발생하면 부는 그 집의 법적 소유자이며 그의 이름이 권리증이나 등기부에 유일한 소유자로 등기되었다 해도 법은 그 집을 지기자신 뿐 아니라 처의 이익을 위해 매매할 것을 명할 것이다. 妻는 그 집에 대해 수익적 권리를 가진다고 볼 수 있으며 그 집이 매매되면 매매대금의 이율에 대해 권리가 인정될 것이다[104].

부부가 혼인재산권계승처분 이외의 방법으로 재산관계에 관한 특별한 약속을 하고 신탁 또는 부부의 공동명의로 등기하거나 합유부동산으로 계약서를 작성하는 등, 명시적 증서가 있는 경우에는 부부에게 동등한 분배가 인정되며, 기여분의 차이는 문제되지 않는다.[105]

---

102) 이화숙, 전게서, 103면.

103) Pettitt v. Pettitt(1970) A.C. 777.

104) Levin, op. cit., p.27.

105) Niven v. Niven(1970) 1 WIL.R.955; Jones v. Challenger(1961) 1 Q.B. 176(C.A).

4. 婚姻住宅

(1) 所有權

혼인주택의 소유권을 결정짓는 원칙은 전체적으로 분명하지 않고 법원이 광범위한 권한을 가지고 있다. 당사자사이에 소유에 관한 합의가 있으면 그 합의가 결정적이고 합의가 없으면 당사자의 상대적 재산이익은 그들의 함축된 의사에 따르며,[106] 당사자의 그 당시의 의도가 무엇이었는가를 결정하는 것과 변경된 상황하에서 계약당시에 당사자가 의도했으리라 생각되는 것에 대하여 법률적 효력을 주는 판단을 한다.

법원이 혼인주택의 소유에 관한 당사의 내포된 의사를 추측할 수 있는 경우는 첫째, 배우자 일방만이 취득에 기여한 경우에는 만일 그 집의 법적 명의가 모든 구입비를 부담한 배우자만의 명의로 등기된 경우 명의자는 그 집의 유일한 소유자이고 타방은 권리가 없다. 그러나 기여가 없는 타방의 명의로, 또는 공동의 명의로 등기한 경우에는 타방은 구입비를 부담한 배우자의 의사의 정도에 따라 수익적 권리를 가지며 선대의 추정 또는 복귀신탁(resulting trust)의 추정이 미칠 것이다. 둘째, 혼인주택의 취득에 배우자들이 실질적인 금전적 기여를 한 경우이다. 이러한 경우 소유권은 재산권의 명의가 공동이든 단독명의이든 배우자사이에 동등하게 분할되며 동등하지 않은 소유분할의 명백한 의사가 그들의 행위로서 입증된 경우에는 그에 따른다.[107]

배우자들의 기여에 차이가 있고 공동으로 수익적 권리를 취득한 경우 배우자가 어느 정도의 기여를 했는가의 문제가 발생한다. 이때 실질적인 대금을 부담했다면 그 공여자가 권리를 취득하게 될 것이다. 그러나 Tully 사건에서 처는 가사유지비

---

106) 이화숙, 전게서, 105-106면.

107) Lord Denning은 Rimmer v. Rimmer(1953)에서 “당사자들이 집을 사기 위해 공동의 노력으로 돈을 저축하고 준비해 왔다면 이것은 수익적 권리가 배우자에게 공동으로 속한다고 추정하여야 할 것이다”. 또한 Chapman 사건에서는 부가 주택구입시의 계약금으로 680파운드를, 처는 120파운드를 지급하고 잔액은 저당권을 설정하여 부가 후에 이를 지급하였으며 처는 그의 수입으로 가사비용을 부담하였다. 혼인이 파탄되고 혼인주택의 소유권에 관한 분쟁에서 법원은 각자의 지분에 관한 합의가 없었으므로 매매대금은 당사자사이에 동등하게 분할되어야 한다고 판시하고, 처의 기여가 상대적으로 적은 것은 문제가 안된다고 하였다(Chapman v. Chapman(1969) 1 W.L.R. 1367).

로 주급 4파운드를 지급했고 이것으로 부는 저당권을 말소할 수 있었으나, 법원은 그녀의 기여는 주택에 대한 권리를 갖는데 충분하지 않으며 그 주택은 부의 단독 소유라고 판시하였다[108].

(2) 居住權

혼인주택법(Matrimonial Homes Act 1983)은 일방배우자가 수익적 재산, 권리 또는 그에게 거주권을 부여하는 계약에 의해 주택에서 거주할 권리가 있는 반면에 타방은 이러한 권리가 없는 경우의 배우자는 현재 그 주택에서 거주하고 있는 경우에, 법원의 허가 있는 경우를 제외하면, 타방 배우자로부터 거주하는 주택 또는 그 주택의 일부로부터 축출되지 않을 권리와 주택에서 거주하지 않는 경우, 법원의 허가를 받아 주택에 들어가 거주할 권리를 갖도록 하였다. 여기서 주택이란 건물 또는 정원, 차고 및 그에 부속된 별채 등이 있는 주거용 건물도 포함된다[109].

동법에 의하면 거주권은 다음과 같은 경우에 적용된다. 일방배우자가 Rent Act에 의한 임차권자 이거나 Housing Act 1985에 의한 임차인이거나, 피허가자(licensee)로서 임차권을 갖게 되었거나 계약에 의해 또는 임차권을 매수함으로써 임차권을 갖게 된 경우에, 만일 그 임차권자가 夫인 경우, 그가 계약을 위반하거나 권리를 양도하는 경우에는 임대인은 권리의 반환을 청구할 것이므로 처의 지위는 불안하게 될 수밖에 없으나, 동법에 의한 거주권에 따라 그의 지위는 안전하게 된다는 것이다. 주택의 권리에 대해 수익적 권리만이 있거나 매매대금에 대해서만 권리가 있는 경우의 배우자도 그의 부동산에 대한 법적권리가 표시되지 않았다면 거주권이 있다. 동법은 배우자들의 혼인주택이외의 주택에 대해서는 적용되지 않는다. 그러므로 부가 다른 곳으로 거처를 옮긴 경우 그 주택에 대해서는 거주권이 인정되지 않는다. 거주권은 혼인중의 권리가 없는 배우자에 대한 보호를 목적으로 하는 것이므로 혼인이 종료되면 거주권도 종료한다. 다만 부부간에 분쟁이 있는 경우 법원은 혼인해소 후에도 이 거주권이 일정기간 계속되도록 허가할 수 있다.[110]

---

108) Tulley v. Tulley(1965) 109 S.J. 956, C.A.

109) Kinzler v. Kinzler(1985, Family Law 26, CA)에서 일방 배우자 소유의 호텔은 문이 하나이며, 부엌이 하나라는 이유 때문에 혼인주택으로 간주되었다(Bromley, op. cit., p.547).

110) 이화숙, 전게서, 109면.

배우자가 혼인주택에 수익적 권리를 갖는 경우에는 매각신탁이 될 것이므로 재산적 권리를 갖는 배우자가 거주권을 갖게 되고 따라서 타방의 퇴거 또는 축출의 시도에 대해 금지명령을 받을 수도 있다. 주택의 거주 또는 매매에 관하여 그들 사이에 분쟁이 있는 경우, 일방은 법원에 대해 매각명령을 청구할 수 있고 제3자에 대하여도 수익적 권리를 갖는 배우자는 보호될 수 있을 것이다.

(3) 賃借權

혼인주택이 일방배우자에게만 임차권이 있거나 부부에게 합유부동산권이 보유되어 있는 경우에는 임대차법이 적용되며, 1967년의 혼인주택법은 제7조에서 판사에게 광범위한 재량권을 부여하고 있다. 이혼 또는 혼인이 무효가 되어 임대차계약이 해제된 경우, 임차권이 없는 배우자는 축출되게 된다. 이러한 경우 임차권이 없는 처에 대한 중요한 보호는, 임차권자인 부가 임차인에게 임차권의 중단을 통지하더라고 임대인은 임차권자의 처를 퇴거시킬 수 없다는 것이다. 부는 이 경우 처를 통해 거주를 계속하는 것으로 취급되며, 따라서 처는 임대차법이 규정한 기간 동안 거주할 수 있다. 이 경우, 처는 차임을 지급할 수 있으며 임대인은 이를 수령하여야 한다.

(4) 他方의 配偶者를 축출하기 위한 强制命令

혼인주택법 제7조에 의한 권한 외에도 법원은 주택의 거주에 관한 명령을 발할 수 있는 일반적 권한을 가진다. 이 명령은 예컨대 집에서 배우자일방을 축출하는 잠정명령이 인정된 경우와 같이 급박한 경우에 유용하다. 예컨대 자의 이익을 보호하기 위해, 원고인 배우자의 재산적 이익을 보호하기 위해, 그리고 혼인소송이 계속 중인 집에서 사는 처를 보호하기 위해 명령을 발할 수 있다.

5. 家事勞動의 經濟的 評價

영국의 별산제에 있어 중요한 문제의 하나는 가사노동의 경제적 평가에 관한 것이다. 처의 가사노동이 평가에서 배제될 경우, 여성들은 노동시장에서의 열등한 경

제적 지위로 인하여 부부의 재산권 다툼에 있어 夫보다 불리한 위치에 있게 되기 때문이다. 실제로 최근까지도 부의 수입으로 취득한 재산은 부의 명의로 취득되게 마련이었고 가사노동에만 전념하던 주부는 자기 명의의 재산이 없어 이혼시에 상처를 안곤 하였다.[111] 즉 이혼하는 여성들은 이혼과 동시에 그가 가졌던 재산과 거주지를 동시에 잃지 않으면 안되었던 것이다.[112]

처의 가사노동이 평가되어야 한다는 법률은 1968년의 Matrimonial Property Amendment Act를 필두로, 1975년의 Family Law Reform Act(현 Family Law Reform Act 1978) 및 Family Law Act와 1973년의 Matrimonial Causes Act 등이 제정되어 왔다. 따라서 처의 가사노동은 이혼 법에 의해 평가되고 있다고 볼 수 있다.[113] 그러나 가사노동이 평가된다고 해도 법원이 어느 정도 어떠한 가치로 평가하는가는 여전히 문제로 남아 있다. 그리고 이 문제는 여전히 법원의 재량권에 속하는 것이며, 처가 가사노동에만 종사한 경우 대개는 전 재산의 3분의 1 혹은 2분의 1까지 재산이 분할된다고 볼 수 있으나 그 내용은 구체적인 경우에 따라 다르다고 볼 수 있다.[114]

제4절 美 國

1. 共同財産制度

공동소유제인 8개[115] 州에 있어 고유재산은 일방 배우자가 소유했던 재산, 그리고 혼인중 증여, 상속 또는 유증에 의하여 취득된 재산으로 구성되며 공동재산은 고유재산이외에 혼인중 취득된 모든 재산으로 구성된다. Idaho州, Louisiana州와 Texas州는 고유재산상의 과실은 공동재산으로 보며, 여타의 5개 州는 고유재산으로 본다.

---

111) John Eekelaar, Family Law and Social Policy, 2nd ed., London: Weidenfeld and Nicolson, 1984, p.100.

112) Ibid., p.101.

113) Ibid., P104.

114) Glendon, op.cit., p.256.

115) Arizona, California, Idaho, Louisiana, Nevade, New York, Texas, washington.

Texas州 이외의 모든 州는 夫와 별거 또는 동거하지 않는 기간 중의 처의 수입은 고유재산이 된다. California州와 Washington州는 妻를 유기하지 않는 한 이러한 원칙을 夫에게도 적용한다. 이러한 원칙은 일시적인 별거 또는 재판상의 별거의 경우에는 적용되지 않으나 부부로서 동거할 의사가 없고 현재 혼인관계에 있다고 추측할만한 의사없이 별거가 계속되는 경우에 한해서 적용된다.

고유재산을 결정할 때에는 적용되는 원칙으로는 첫째, 추급(tracing) 및 변화(mutations)의 원칙이다. 만일 고유재산을 가지고 혼인중 취득한 고유재산을 매매하여 취득한 재산은 고유재산으로 본다는 것이다. 둘째, 공동재산의 추정(community presumption)과 혼합된 재산(commingling)이라는 생각에 근거한 추정원칙이다. 모든 공동재산제 州에는 언제 취득했든 현재의 모든 재산은 공동재산이라는 추정의 원칙이 적용된다.

Louisiana州를 제외한 모든 공동재산제 州는 공동재산을 배우자의 고유의 재산으로 분리할 수 있다. 그 절차는 州마다 다르지만 동등하거나 동등하지 않은 방법으로 재산을 분할하여 별산으로 하는 것은 7개 州에서 모두 인정하고 있다. 그러나 이 경우에는 당사자의 공동의 참여가 있어야 가능하다. 다만 공유부동산권(tenancy in common)의 경우에는 혼인 중 배우자가 일방적으로 공동소유권을 분리하여 일방배우자의 고유한 소유권으로 변경 할 수 없다.

예컨대 배우자들이 그들의 고유재산을 공동재산으로써 보유한다는 합의를 할 수 있는가에 관하여도 역시 州마다 다르며 8개 州에 있어 일방배우자가 자기의 공동재산상의 권리를 타방배우자에게 증여하는 것은 가능하다. 그러나 Louisiana州와 Texas州는 다른 州에 비해 신축성이 없으며, 단순한 당사자의 합의만으로는 고유재산을 공동재산으로 변경할 수 없다[116]

미국 공동재산제의 주된 관심은 평등원칙이 실현되는 방법에 관한 것이다. New Mexico州에서의 제한된 정도를 제외하고는 신법들은 과거의 불평등한 형태 또는 새로운 배우자 상을 사람들에게 부여하지 않는다. 그리고 모든 새로운 법들은 배우자의 자율과 독립성을 강조하고 있다. 신법들은 가족생활이 어떻게 영위되어야 한다고 강요하지도, 夫가 가족의 가장이라고도, 혼인이 생활의 공동체라고도 하지 않는다. 동시에 법은 법률상 혼인과 동거 혼과의 법적 차이를 불식하는 경향에 있다. 따라서 미국의 공동재산제는 공동재산을 보존하려는 의도로 복잡한 제한의 조항들

116) S.F. Kurtz, Family Estate Planning, Minnesota : West Pub. Co., 1982, pp.176-177.

을 규정하고 있지 않으며 다만 혼인주택만이 특별한 법적 보호를 받을 뿐이다.

공동제를 취하는 8개 州法은 모두 당사자들의 혼인전 또는 혼인시에 혼인계약을 체결할 수 있도록 허용하고 있다. 그러나 혼인 후의 혼인계약을 허용하는 州는 많지 않으며, 유럽의 경우와 같이 선택적 유형을 제시하지는 않고 있다. 또한 혼인계약이라는 관습이 미국에서는 별로 사용되지 않았으므로 이에 대한 이용률도 많지 않고 그 방식에 관해서도 별로 알려지지 않고 있는 실정이다[117].

혼인해소시에 각 배우자는 그의 고유재산과 공동재산중의 반을 분할 받게 된다. 공동재산제의 이러한 단순성은 특정제도에서 일어나기 쉬운 해석상의 문제 및 부부재산의 복합성이라는 미묘한 차이를 미리 고려하지 않기가 쉽다. 그러므로 몇몇 州에서는 혼인중 고유재산상의 수입도 공동재산으로 취급하기도 하며, 이를 고유재산으로 취급하는 州도 있다. 이것은 夫의 재산의 대부분이 상속받은 것이고, 그의 소득이 별로 없는 경우에 중요한 의미를 갖는다. 만일 夫의 소득이외의 재산상 과실이 그의 고유재산으로 간주되는 州에서 부부간에 재산의 분배에 관한 다툼이 발생했을 경우, 妻는 common law에서 보다 더 불리해질 것이기 때문이다.

공동재산제에 있어 흔히 발생하는 혼합성의 문제의 하나는 일방배우자의 손해에 대한 배상금과 같은 새로운 재산상의 권리가 공동재산을 구성하는가의 문제이다. 또한 일부는 고유재산으로, 일부는 공동재산으로 새로운 재산을 취득한 경우이다. 이에 대한 결론은 혼인중 취득한 재산은 공동재산이라는 강한 推定을 받는다는 것이다. Pringle v. Pringle에서 혼인전 妻는 그의 고유재산에서의 수입으로 부동산을 구입하였으며, 혼인후에 공동재산에서 잔액을 지급하고 그의 명의로 등기하였다. 법원은 고유재산취득에 든 비용만큼 공동재산에 상환하여야 하며 夫는 妻의 고유재산인 부동산을 시장가로 매입할 수 있다고 하였다. 이에 대하여 Idaho최고법원은 그 재산은 고유재산이며 공동재산에 대해 상환하여야 한다고 판시 하였다[118].

공동재산에서 가장 어려운 문제의 하나는 채무자의 권리에 관한 것이다. 대부분의 공동재산제 州에 있어 혼인후 夫의 행위로 인한 채무에 대해서는 공동재산으로 채임을 지지만 妻의 행위로 인한 채무의 경우에는 그가 夫의 대리인이 아닌 한 공동재산에 대해 채권이 발생하지 않는다는 것이다. 또한 몇몇 주는 공동채무와 개인

---

117) Caleb Foote/Robert J. Levy/Frank E.A. Sander, Cases and Materials on Family Law, p.759.

118) Pringle v. Plingle, 109 Idaho 1026, 712 p.2d 727, Idaho App. 1985.

적인 채무를 구별하기도 한다. 그러나 대부분의 州에서는 妻의 수입으로 구성되는 공동재산은 夫의 채무에 대해 책임을 지지 않는다는 예외를 규정하고 있다.[119]

2. 別産制

미국의 별산제의 형태는 Colombia주와 virgin Island주 등 43개주에서 채택하고 있으며,[120] 그 형태로서 재산의 명의가 재산의 귀속을 뜻하고 일방배우자 명의의 재산에 대하여 법관이 재량권을 가지고 분할할 수 없는 common law주와, 명의에 관계없이 재산분할 청구에 의하여 법관이 재량권을 가지고 부부의 재산을 분할 할 수 있도록 허용하는 형평법상의 분배(Equitable Distribution)를 하는 두 가지 형태로 나눌 수 있다. Mississippi주는 엄격한 명의에 따르는 주이며 여타의 주들은 형평법상의 분배를 허용한다. 그러나 Mississippi주에도 형평원칙에 따른 분배를 한 판결[121]이 있으므로 순수한 common law주라고는 볼 수 없을 것이다. 형평법상의 주중에서도 재산의 분배원칙은 각각 달라서 그중 5개주는 이혼시에 법관이 일방배우자가 소유하는 모든 재산을 고려하며, 나머지 25개주는 혼인중 취득한 재산만을 분배한다. 그리고 대부분의 주에서는 혼인재산의 정의에서 상속재산을 제외한다.[122]

사망, 이혼 부부간의 별거 또는 파산 등의 경우에 소유권에 관한 분쟁에 있어서의 문제점은 영국의 경우와 기본적으로 유사하다. 그러나 미국의 법원은 일상가사대리라든가 공동의 은행계정, 또는 보험이나 공동명의의 임차권 등의 경우 영국법보다 상세한 규정을 하고 있지 않다. 재산과 증여설의 명세에 배우자의 권리로서 공동소유임을 표시하는 부유층의 국민들은 제외하더라고, 일반적으로 부부는 공동명의로 저축을 하며 부동산권에 있어서도 합유부동산권이 국민들 사이에 널리 사용되고 있어 유사공동 소유제가 되었다고 볼 수 있다. 그러나 이러한 공동소유는 법적 제도로서가 아니라 개개인의 자발적인 참여로 인하여 구축된 관습인 것이다.

부부의 재산이 혼합된 경우 법적 상황이나, 부부가 재산의 취득 또는 재산의 증

---

119) C. Foote／R. Levy／F. Sander, Cases and Materials on Family Law, Boston and Toronto: Little Brown and Company, 1976, p.759.

120) 이화숙, 전게서, 114면; 김주수, 주석민법, 522면.

121) Reeves v. Reeves, 410 So. 2d 1300 Miss. 1982.

122) D. J. Freed/T.B. Walker, Family Law in the Fithy States : An Overview, Family Law Quarterly, vol. 18, Winter, 1985, pp.390-391.

식에 기여한 경우의 법적 문제 역시 영국의 경우와 유사하다. 그러므로 각배우자의 소유권은 재산취득 당시의 배우자들의 의도이다. 판결이 내리기 전에 배우자일방의 권리임이 분명한 재산을 권리자가 제3자에게 양도하는 경우에는 타방배우자의 재산권은 확보되지 않을 것이다. 그러나 재산권을 결정함에 있어 자금의 출처는 문제되지 않는다. Ilinois주의 판결은 이를 잘 설명해 주고 있다. 즉, 배우자들이 정상적인 방법으로 가구와 기타의 가사용품을 사용했다는 사실은 그 출처와 관계없이 부부에게 동등한 지분이 있음을 의미한다고 판시하였다. 법원은 자금의 출처가 재산권자를 결정함에 있어 중요한 요소이기는 하지만 결정적인 것은 아니라고 한다(그러나 배우자사이에 다른 형태의 소유의사가 명백했다면 제외라고 한다). 이 판결은 사망이나 이혼시에 부부가 사용했던 가족의 재산은 통상적으로 동일하게 분배되는 것이며 단지 명백한 증거로서 공동소유에 대한 추정 또는 자금의 출처가 반박되는 경우에는 예외라고 판시하였다.[123]

일방배우자가 대가를 지급하여 취득한 재산은 미국에서 흔히 부부의 명의로 소유한다. 그럼에도 공동재산의 권리는 불분명하다. 자금을 공여한 배우자는 증여를 할 의도는 없이 단지 대리인으로서 재산을 공동명의로 등기하였다는 것을 증명함으로써 승소할 수 있었던 것이다[124].

재산이 일방배우자의 명의로 취득되었으나 대금지금은 타방이 한 경우, 이는 명의자에 대한 증여로 취급된다. 또는 법적 명의자는 자금을 기여한 배우자를 위해 신탁을 하는 복부신탁(resulting trust)으로 추정된다. 결과적으로 이 경우에도 배우자의 의사가 중요한 것이며 설득력 있는 증거로써 어떠한 추정도 반박될 것이다.

영국과 같이 미국에서도 혼인주택은 특별히 취급된다. 몇몇 주에서는 부 또는 처가 다른 곳에 적당한 집을 마련하지 않는 한 일방배우자가 타방을 가정에서 축출하는 것은 법이 금하고 있다. 그러므로 일방배우자에 대하여 타방은 영국의 경우와 같이 명의에 관계없이 거주권을 갖는다. 일방배우자가 부 또는 처의 주거내에 있는 재산을 양도하려 한다든가 타방배우자를 축출하기 원하는 제3자에게 임대하려 하는 경우에 유인된 배우자를 보호하기 위해 많은 주들은 가족법을 제정하고 있다. 그러나 이 경우에는 거주권으로서가 아니라 그 재산적 가치에 해당하는 가산재산

---

123) In re Estate of Smith, 232 N.E.2d 310(Ill. App. 1967). Rubenstein v. Muller, 225 N.E. 2d 540(N.Y.Ct. App. 1967).

124) Blanchett v. Blanchett, 287 N.E.2d 459(Mass. 1972).

을 통해 보호된다. 혼인주택은 가산법에 의해 채권자로부터 보호된다. 가산의 전부 또는 일부가 부부 또는 부모와 미성년 여자로 구성된 가정의 기본적인 부양자인 채무자 소유의 주택이라면 이에 대해서는 강제집행이 면제된다. 물론 보호의 범위는 주마다 다르다[125].

배우자의 비경제적 기여 즉, 가사노동을 통한 자녀양육과 가사 관리에 대한 기여도는 Alabama주를 비롯한 36개주에서 인정하고 있다. 따라서 재산분배에 있어 혼인중 취득재산에 대한 비경제적 기여로서 고려되고 있는데 이는 거의 모든 주에 확산되는 경향이다[126].

제5절 스칸디나비아 제국

덴마크, 핀란드, 아이슬랜드, 노르웨이, 스웨덴의 5개국으로 구성된 북유럽제국은 가족법의 제정과 개정에 서로 밀접한 교류와 협력을 통하여 부부재산제법에 대체로 유사한 형태의 유예된 공동제를 취하고 있다.[127] 혼인중에는 별산제가 원칙이므로 각 배우자들은 경제적인 면에서 독립성이 보장되며, 이혼시에는 공동제를 취하여 혼인공동체성을 중시함과 동시에 부부의 경제적인 형평성을 보장하고 있으므로 혼합재산제 또는 별산제와 공동제의 절충식 제도라고도 한다.

스카디나비아 3국의 혼인법개정위원회(Marriage Law Reform Committee)는 그들의 부부재산제를 오랫동안에 재고해왔으나 기본적인 원칙을 고수하기로 결정함으로써 일차의 가족법 개정시에 부부재산제는 개정되지 않았다.[128]

스웨덴의 법정재산제에 있어 부부 각자의 재산은 배우자의 고유재산과 배우자지분권재산의 두 종류가 있다. 고유재산은 부부재산계약에서 특유라 정한 재산, 제3자로부터 특유재산으로서 증여된 재산, 특유재산으로 할 것을 조건으로 유증된 재산, 피상속인이 특유재산으로 할 것을 유언으로 지정한 재산 등이다. 배우자지분권재산은 부부 각자의 재산에 상대방배우자의 지분이 인정되는 재산이며, 특유재산이

125) Glendon, op. cit., pp.156-157.
126) Freed/Walker, op. cit., p.482.
127) 이화숙, 전게서, 127면.
128) 이화숙, 전게서, 128면.

외의 재산은 모두 배우자지분권재산이 된다. 부부는 각자 이 특유재산과 배우자지분권재산을 관리한다. 다만 배우자지분권재산인 부동산을 처분할 때는 상대방의 동의를 요한다. 그 때의 동의는 증인 2인이 서명한 서면상의 동의를 뜻한다. 동산의 경우에는 서면동의는 필요하지 않지만 동의는 필요하다. 부부는 각자 혼인전과 혼인중의 자기의 채무에 대해서 독립하여 자기의 비우자지분권재산 또는 특유재산으로 책임을 부담한다. 그러나 혼인중 공동으로 부담한 채부에 대해서는 원칙적으로 연대책임이 있다.[129]

1993년 개정시행되고 있는 노르웨이의 혼인법에는 부부재산제의 개정도 포함되어 있다. 혼인 중에는 별산제로 고유재산은 부부 각자의 재산으로 사용・수익・처분이 보장되지만, 부부가 공동생활을 하는 주택(가구와 가사용품 포함)은 배우자의 동의없이는 처분할 수 없다. 만약 이에 위반하는 행위가 있는 경우에는 주택의 경우에는 1년 내에, 가사용품은 6월 내에 취소할 수 있지만, 혼인 중에는 별산과 공동재산의 구별은 큰 의미는 없다. 이혼이나 배우자의 사망시에 분할되는 것은 공동재산이지만, 동등하게 분배된다고는 할 수 없고 구체적인 경우에 따라 다르다.[130]

129) Rheistein/Glenden, op. cit., pp.100-105.

130) 이화숙, 전게서, 129면.

제4장 우리나라의 夫婦財産制度

우리나라의 부부재산제에 대한 현행민법은 계약재산제와 법정재산제를 채택하고 있다. 이는 구법시대에 부부재산계약을 인정하고 있지 않은 반면에 법정재산제를 채택하였으나 법정재산제는 夫의 특권을 인정한 관리공동제를 채택하였다. 그러나 현행법은 부부평등과 사회발전의 추세에 따라서 순수한 별산제를 채택하고 있다. 그런데 이러한 부부재산제도에서 계약재산제는 그 요건상 우리의 사회관습과 혼인상의 예절 등을 참작할 때 우리나라에서는 거의가 행해지지 않는 것이 현생실정이다. 외국의 경우를 보더라도 부부재산계약이 체결되는 부부는 극히 적은 것이 우리나라와 별 차이가 없으며, 세계적으로도 대부분의 부부는 법정재산제에 의존하고 있고, 우리나라 또한 법정재산제가 주종을 이루고 있다.

제1절 夫婦財産契約

부부가 되려는 혼인당사자가 각자의 재산에 대해 혼인의 성립 전에 그 재산관계를 지배할 근본원칙을 정할 것을 목적으로 서로 체결하는 계약으로서 혼인신고 전에 등기해야 당사자 간에 효력이 발생하여 부부의 승계인이나 제3자에게 대항할 수 있는 부부재산제를 말한다(제829조 제1항). 그러나 부부재산계약을 맺는 예는 우리나라에서는 요건에 있어 극히 엄격하고 근본적으로 우리나라의 부부관계에는 재산관계를 어떻게 정하느냐에 대해 충분한 협의의식이 발달되어 있지 않은 관계로 그 이용이 극히 저조하다.[131]

1. 夫婦財産契約의 締結

(1) 締結 當事者

131) 이용이 저조한 이유에 대해서는 이승우, 이승우, “부부재산계약”, 「가족법연구」3호, 1988, 88-89면 참조.

부부재산계약은 혼인성립 전의 계약이므로 당사자는 장차 혼인을 하려고 하는 남녀이지만, 약혼하였을 필요는 없다. 또한 혼인하려는 당사자의 일방이 제3자와 계약을 체결한 것은 우리 민법상의 부부재산계약이 아니다.[132] 예컨대 신부의 아버지가 혼인의 성립을 조건으로 신랑에게 재산을 지급한다던가, 妻의 아버지가 혼인의 존속을 조건으로 일정한 재산을 남편에게 지급할 것을 약정하는 경우 등이 이에 해당할 것이다.

부부재산계약을 체결하는데 단독으로 완전하고 유효한 법률행위를 할 수 있는 행위능력이 필요한가에 대하여 명문의 규정을 두고 있지 않아 異論이 있다. 예컨대 미성년자나 심신이 박약하거나 재산의 낭비로 자기나 가족의 생활을 궁핍하게 할 염려가 있는 한정치산자, 심신상실의 상태에 있는 자인 금치산자가 부부재산계약을 단독으로 체결할 수 있는지 문제되는 것이다. 현행 민법의 부부재산제는 프랑스 법을 모법으로 하고 있기 때문에 프랑스의 경우와 같이 해석하여야 할 것이다.[133] 따라서 부부재산계약의 체결능력은 일반적으로 재산법적 행위능력을 필요로 하는 것이 통례이지만 장래의 혼인을 전제로 하는 점에서 혼인체결능력이 있으면 충분하다고 할 수 있다.[134] 즉 부부재산계약을 미성년자나 한정치산자가 법정대리인의 동의를 얻어 체결할 수 있을 것이며, 금치산자의 경우에는 부모 또는 후견인의 동의를 얻어 혼인할 수 있으므로 이를 부정할 이유는 없을 것이다(제808조 제2항)[135]. 다만 미성년자, 금치산자의 부부재산계약 체결에 대한 동의는 혼인에 대한 동의와는 별도로 있어야 할 것이다.[136]

(2) 契約締結 方式

부부재산계약의 방식은 재판 내지 공증방식에 의하거나(독민 제1434조), 공증방식과 서명을 필요로 하거나(스민 제181조), 서면에 의하는(대민 제1007조) 등 대개 엄격한 방식을 취하고 있다. 그러나 우리 민법은 아무런 방식도 규정하고 있지 않

---

132) 원용수, 전게논문, 95-96면; 이승우, 전게논문, 78면.

133) 독일 민법은 제1437조에 일반재산법적 능력이 있어야 한다고 규정하고, 스위스 민법은 제180조에 판단능력이 있어야 한다고 규정하고 있다.

134) 김주수, 친족상속법, 148면; 김용한, 「친족상속법론」, 박영사, 1984, 183면.

135) 이에 대해서는 곽윤직 편집대표, 「민법주해(1)」, 박영사, 1996, 311면 참조.

136) 이강원, 전게논문, 36-37면.

으므로 아무런 제한이 없다. 따라서 구술에 의한 계약도 유효할 것이다.[137] 그런데 부부가 부부재산계약의 존재를 부부승계인 또는 제3자에 대하여 그 유효를 주장하기 위해서는 혼인 신고 시까지 그 등기를 하여야 하며 또한 계약변경이 있는 경우에도 마찬가지이다(제829조 제4, 5항). 다만, 등기를 할 때에는 부부재산약정등기 신청시 부부재산 약정서를 첨부하여야 한다.[138]

그러나 부부재산계약을 요식행위로 하는 것이 당사자의 권리의무 관계를 명확히 할 수 있기 때문에 입법론적으로 고려해 보아야 할 것이다.[139] 즉 공증방식에 의할 필요까지는 없겠지만 적어도 서면에 의하게 할 필요는 있을 것이다.

(3) 契約締結 期間

부부재산계약의 체결기간에 대하여 혼인 전에 공정증서를 가지고 체결되어야 한다는 프랑스 민법(프민 제1394조, 제1395조)과 혼인전이라는 기간에 국한하지 않고 있는 독일이나 스위스 민법(독민 제1432조, 스민 제179조) 중에서 우리 민법은 프랑스 민법을 따라 부부가 되려는 자가 혼인성립 전에 체결되어야 하고 원칙적으로 변경을 금하고 있다(제829조 제2항). 부부재산계약의 체결이 혼인 중에는 애정에 휩쓸려 냉정·평등한 계약이 곤란하기 때문이다.

그러나 부부재산관계는 혼인 중에 많이 변동된다는 점을 생각한다면 오히려 혼인성립 후에 부부재산계약 체결의 필요성이 더욱 크다고 보아야 하므로 입법적으로 고려해야 할 문제이다.[140]

2. 夫婦財産契約의 登記

부부가 재산에 관하여 따로 약정을 한 때에는 혼인성립까지에 그 등기를 하지 아니하면 부부의 승계인 또는 제3자에게 대항하지 못한다(제829조 제4항).[141] 즉

---

137) 김주수, 상게서, 149-150면; 원용수, 전게논문, 96면; 상게논문, 37면.

138) 부부재산약정등기 사무처리지침(등기예규 제1033호).

139) 김병대, 전게 학위논문, 75면; 이승우, 전게논문, 82면.

140) 이강원, 전게논문, 37면.

141) 등기절차에 관해서는 비송사건절차법이 규정하고 있다. 즉 부부재산약정에 관한 등기는 약정자 쌍방의 신청에 의하여(제70조 제1항) 夫가 될 자의 주소지에서, 入夫婚의 경우

부부재산계약이 등기가 되지 않더라도 그 효력은 부부의 사이에서는 유효하지만, 부부의 승계인 및 제3자에 대하여는 그 효력을 주장할 수 없다는 것이다. 그러나 반대로 부부의 승계인 및 제3자측에서 부부재산계약의 존재와 효력을 주장하는 것은 등기가 없더라도 무방하다.[142] 또한 부부가 등기를 가지고 부부재산계약의 효력을 부부의 승계인 및 제3자에 대하여 대항하는 경우에는 그 계약의 존재 및 내용을 알고 있는지 여부는 문제되지 않는다.

부부의 승계인이란 夫 또는 妻의 재산상속인 및 상속인과 동일한 권리의무가 있는 포괄적 유증을 받은 자이며(제1078조), 이외의 자는 제3자로써 특정승계인을 포함한 부부의 재산에 이해관계가 있는 제3자를 말한다. 제3자를 보호하는 취지는 거래관계에 있어서 거래의 담보로 되는 부부재산의 은닉 또는 가장을 하는 것을 부부재산계약의 등기에 의하여 방지하고자 하는 것이다.[143]

그러나 부부의 채권자는 부동산등기부를 열람한 것만으로 당해 목적 부동산이 부부재산계약의 결과 공유재산으로 되어 있는지 알 수 없기 때문에 부부재산계약의 등기로 대항을 받게되면 불측의 손해를 입을 우려가 있다. 따라서 거래안전보호의 입장에서 부동산에 관해서는 부부재산계약의 등기가 존재하여도 부부는 제3자에게 대항할 수 없다고 보아야 할 것이다.[144]

3. 夫婦財産契約의 變更

A. 프랑스 민법은 혼인 중에 있어서 양당사자의 합의에 의하여 변경할 수 있다(프민 제1397조). 우리 민법도 프랑스 민법을 수용하면서 그 단점을 보완하기 위하여 법원의 허가를 얻어서 변경할 수 있게 하였다. 즉, 부부가 혼인성립 전에 그 재산에 관하여 약정한 때는 혼인중 이를 변경하지 못하지만, 정당한 사유가 있을 때에는 가정법원의 허가를 얻어 변경할 수 있다(제829조 제2항 단서, 가소 제2조 제1

에는 妻가 될 자의 주소지를 관할하는 지방법원, 그 지원 또는 등기소를 관할등기소에서 하여야 하며(제68조), 등기소에는 부부재산약정등기부를 비치하여야 한다(제69조). 등기의 신청서에는 부부재산약정서 또는 약정내용의 변경, 재산관리자의 변경 또는 공유재산의 분할을 허가한 재판의 등본이나 이에 관한 약정서를 첨부하여야 한다(제70조 제2항).

142) 青山道夫・有地亨 編, 「新版注釋民法(21)」, 有斐閣, 1989, 372면.

143) 이강원, 전게논문, 46-47면.

144) 상게논문, 47면; 이승우, 전게논문, 82-83면; 김기태, “부부재산약정제 및 부부재산약정등기제도”, 「법조」, 2001. 7, 291면.

항 라류사건 5호).[145] 왜냐하면 혼인 중에도 재산계약을 체결하게 하거나 변경을 허용하면 妻는 좋지 않은 夫의 허영과 애정 등에 휩쓸려서 자유로운 판단을 할 수 없는 상태에서 자기의 이익을 감소시킬 염려가 있다는 처의 이익보호와 부부와 거래한 선의의 제3자의 이익을 보호하기 위한 취지에서이다.[146]

B. 혼인중 거주주택 등 혼인생활의 기초로 되는 중요한 재산에 관하여는 부부간에 사실상의 공유관계가 형성되어 있는 경우가 많은 데, 이러한 재산의 명의인인 일방이 무단으로 처분하는 것은 부부의 공동재산을 위태롭게 하고 다른 일방에게 큰 손해를 주게 된다. 따라서 부부의 일방이 다른 일방의 재산을 관리하는 경우에 부당한 관리로 인하여 그 재산을 위태롭게 한 때는 다른 일방은 자기가 관리할 것을 법원에 청구할 수 있고, 그 재산이 부부의 공유재산인 때는 그 분할을 함께 청구할 수 있도록 하고 있다(제829조 제3항).[147] 재산관리자의 변경 또는 공유물의 분할은 그 재산이 부부재산계약의 목적물임을 전제로 하는 것이다.[148]

여기에서 「부부의 일방이 다른 일방의 재산을 관리」란 공동재산의 관리자로 부부 일방을 단독재산의 관리자로 명의인 아닌 자를 부부재산계약으로 정한 경우이다. 「부적당한 관리」란 고의 또는 과실에 의하여 혼인생활의 유지에 관한 공통의 신뢰와 이해에 반하는 관리를 행하는 것이다. 불가항력에 의하여 재산을 위태롭게 한 경우는 이에 해당하지 않는다.[149] 「재산을 위태롭게 한 때」란 현실적인 손해뿐만 아니라 재산상 손해 발생의 위험을 초래한 경우를 모두 포함된다.[150] 민법상 주의의무의 원칙은 재산관리자의 주의의무를 감경하는 규정이 없는 한 선관의무를 가지하므로, 부부가 경제적으로 조합체적 성격을 갖는다는 점에서 재산관리자는 선관의무를 부담한다고 할 것이다.

C. 재산관리자의 변경 또는 공유재산의 분할청구에 대해서는 우선 조정신청을

---

145) 실무적으로 혼전에 부부재산계약을 체결하지 않았던 부부가 혼인중에 부부재산계약 체결에 합의한 경우에는, 부부재산계약 체결의 방식에 아무런 제한이 없는 점을 이용하여 혼전에 부부재산계약을 체결하였는데 그 변경청구를 하는 것이라고 주장하여 변경심판을 받아냄으로써 혼인중에 부부재산계약을 창설하는 것과 같은 효과를 거둘 수 있을 것이다(이강원, 전게논문,48-49면 참조).

146) 김주수, 상게서, 149면; 원용수, 전게논문, 97면; 이승우, 전게논문, 80-81면.

147) 민법 제273조 제2항 “합유자는 합유물의 분할을 청구하지 못한다”는 규정의 예외이다.

148) 법원행정처, 「법원실무제요(가사)」, 1994, 745면.

149) 靑山道夫・有地亨 編, 전게서, 422면.

150) 이강원, 전게논문, 49-50면.

하여야 한다(가소 제2조 제1항 마류사건 2호, 50조). 또한 약정에 의하여 관리자를 변경하거나 공유재산을 분할할 수 있다(제829조 제5항). 계약내용을 변경하였을 때에 그 등기를 하지 아니하면 이로써 부부의 승계인 또는 제3자에게 대항하지 못한다.

4. 夫婦財産契約의 內容

우리 민법 제829조 제1항이 「부부가 혼인성립 전에 그 재산에 관하여 따로 약정을 하지 아니한 때에는 …」라고만 규정하고 있을 뿐이므로 부부재산계약은 혼인신고 전에 체결하여야 하는 시기적 제한이 있지만, 내용에 관하여는 넓은 범위에 걸쳐서 자유롭게 체결할 수 있다고 보아야 한다.[151]

그러나 혼인의 본질적 요소나 남녀평등 내지 사회상규에 반하는 내용을 가지고 체결해서는 안된다. 따라서 법률이 인정하지 않는 물권을 설정하던가, 부부 사이의 부양의무를 면제한다던가, 妻의 재산을 夫의 재산으로 한다던가, 처가 부의 동의를 얻어야만 유효한 법률행위를 한다던가 하는 것을 내용으로 부부재산계약을 체결하는 것은 허용될 수 없다. 또한 부부재산계약은 혼인을 전제로 발생하는 권리의무에 관한 것이어야 하므로 부부 간에 이루어지는 단순한 소비대차, 보증계약은 해당되지 않는다. 그리고 부부재산계약은 혼인해소 또는 취소시에는 효력을 잃기 때문에 혼인성립전이나 혼인해소 시 또는 취소 후에 재산관계를 결정할 수 없고, 또한 신분적 계약이므로 원칙적으로 조건부나 기한부의 계약은 허용되지 않는다.[152]

(1) 財産의 歸屬關係

부부가 혼인 전에 소유한 재산과 혼인 중에 취득한 재산을 누구에게 귀속시킬 것인가 또는 공유로 할 것인가가 부부재산계약의 내용에 있어서 핵심이라 할 수 있으며, 특히 재산공유에 관한 내용을 두고 있을 때에는 그 대상이 되는 재산의 범위를 명확히 하여야 한다.

---

151) 김주수, 친족상속법, 150면; 이화숙, 전게서, 310면.

152) 상게서, 150면; 이승우, 전게논문, 88면; 中川善之助編, 「註釋親族法(上)」, 有斐閣, 1957, 199면; 靑山道夫・有地亨 編, 전게서, 368면.

1) 積極財産

A. 부부의 일방이 혼인 전부터 소유하는 고유재산 또는 혼인중 증여나 상속에 의하여 취득하는 재산을 부부의 공동재산으로 하는 내용으로 체결하거나 혼인 중 고유재산에서 발생하는 소득과 증여나 상속에 의하지 아니하고 취득하는 재산을 부부의 공동재산으로 체결하는 경우가 공동재산제형이다. 전자는 사실상 증여계약에 가깝고, 후자가 진정한 의미에서의 부부재산계약일 것이다. 이러한 재산은 혼인중 다른 일방의 협력이 더하여진 실질적 공동재산으로서 혼인해소시에 청산의 대상이 되나, 부부의 일방이 혼인중 이를 무단 처분함으로써 다른 일방의 장래의 청산청구권을 위태롭게 하는 경우에 대비하여 처분을 제한하는 의미가 있는 것이다.

이러한 공동재산제형 부부재산계약을 체결한 경우 혼인중 부동산을 새로 취득하면 부동산등기부에 공동등기를 할 수 있고, 단독명의로 등기한 배우자를 상대로 지분이전등기청구도 가능하다.

B. 부부의 일방이 혼인 전부터 소유하는 고유재산과 여기에서 발생하는 소득, 혼인중 취득하는 재산을 일방명의인에게 단독으로 귀속시키는 내용의 부부재산계약은 별산제와 다름없지만, 명의인 아닌 타방 배우자가 명의신탁관계를 주장하는 것을 억제할 수 있다.[153] 그리고 귀속불명의 재산을 부부 일방에게 단독으로 귀속시키는 내용의 부부재산계약도 가능하다.

이러한 단독재산제형 부부재산계약이 체결된 경우라도 부부 일방의 고유재산과 여기에서 발생하는 소득 및 취득재산에 다른 일방의 협력이 더하여진 결과 실질적 공동재산으로 될 여지가 있으므로 혼인해소시에 청산의 대상이 될 수 있다.[154]

2) 消極財産

A. 소극재산에 대해서도 적극재산과 마찬가지로 부부재산계약을 체결할 수 있다. 예컨대 혼인성립 이전부터 각자 명의로 부담하고 있는 채무이거나 혼인중 공동재산 또는 실질적 공동재산의 형성에 관계없이 발생하는 채무를 부부의 공동채무

153) 그러나 혼인중 명의인 아닌 배우자가 취득재산의 대가를 분담하거나 분담한 것으로 추정할 수 있을 정도로 적극적으로 재산증식에 협력한 경우에는 명의신탁관계가 성립되므로 그 한도내에서 무효이다(이강원, 전게논문, 40면).

154) 상게논문, 40면.

로 하는 내용으로 체결하거나, 혼인중 공동재산 또는 실질적 공동재산의 형성에 수반하여 발생하는 채무 또는 부부 일방이 다른 일방의 동의를 얻어 부담한 것만을 부부의 공동채무로 하는 계약을 체결할 수 있다. 전자는 사실상 채무인수계약에 가깝고, 후자가 진정한 의미에서의 부부재산계약이라고 할 수 있다.

B. 적극재산의 경우와 마찬가지로 부부 일방이 혼인 전부터 부담하거나 혼인중 새로 부담하는 채무를 일방에게 단독으로 귀속시키는 내용의 계약도 별 의미는 없다. 다만, 여기에서 문제시 될 수 있는 것이 일상가사채무에 대한 연대책임을 부부재산계약에 의하여 배제할 수 있는가이다. 연대책임은 부부공동생활의 원만한 유지·운영을 위하여 요청되는 대외적 책임에 관한 것이기 때문에 부부재산계약에 의하여도 배제할 수 없다. 실질적 공동채무가 일방 명의인에게 단독으로 귀속되어 있더라도 혼인해소시에는 청산의 대상이 될 수 있다.[155]

(2) 財産의 管理・處分關係

부부는 부부재산계약으로 공동재산의 관리자를 일방배우자로 지정할 수 있고, 단독재산의 관리자로 명의인 아닌 자를 지정할 수 있다. 또한 공동재산제형 부부재산계약을 체결하지 않더라도 고유재산과 혼인중 취득한 재산을 다른 일방의 동의없이 처분할 수 없도록 하는 내용으로 체결할 수 있다.

그러나 이 경우 부부재산약정등기부에 처분권 제한을 기재하였다는 이유로 제3자에게 대항할 수는 없을 것이다. 부동산 명의신탁의 경우에 외부적으로는 수탁자만이 소유자로서 유효하게 권리를 행사할 수 있으므로 수탁자로부터 그 부동산을 취득한 제3자가 적극적으로 배임행위에 가담하지 아니한 제3자에게는 대항할 수 없다고 봄이 상당하다. 따라서 부부재산계약의 내용 중 처분권의 제한이 있는 경우에는 이를 부동산등기부 등에 공시하는 방법을 입법적으로 해결하는 방안을 모색해야 할 것이다.

(3) 生活費用 分擔關係

부부의 공동생활에 필요한 비용은 당사자간에 특별한 약정이 없으면 부부가 공

155) 상게논문, 41면.

동으로 부담하지만(제833조), 부부재산계약에 의하여 자녀의 양육비 등 생활비용의 분담비율을 달리 정할 수 있다. 또한 혼인중 일방배우자의 경제적 사정이 악화된 경우 등과 같은 사정변경이 있으면 부부재산계약의 변경에 관한 합의를 한 후 가정법원의 허가를 얻어 그 비율을 변경할 수 있고, 합의가 이루어지지 아니하면 생활비용의 부담에 관한 처분을 청구할 수 있을 것이다(가소법 제2조 나 (2)의 제1호). 그러나 부부 일방이 생활비용 분담의무 자체를 면제하는 것과 같은 내용의 부부재산계약은 부부간의 부양·협조의무에 정면으로 배치되므로 허용되지 않는다고 해야 할 것이다(제826조).[156]

(4) 財産의 淸算關係

혼인해소 전이라도 부부의 일방이 실질적 공동재산을 위태롭게 한 때에는 그 재산이 부부재산계약의 목적물이 아니더라도 다른 일방이 혼인을 유지하면서 그 분할을 구할 수 있는 사전청산청구권을 부부재산계약으로 정할 수 있다.

혼인 전부터 부부 각자가 소유하는 고유재산과 그로부터 발생하는 소득을 재산분할의 대상이 되는 재산에서 제외하는 내용의 부부재산계약은 실질적 공동재산으로 보는 범위 내에서 무효이다. 다만, 장래의 형성될 재산에 대하여는 그 분할대상으로 볼 것인가를 정하는 것은 사실상 곤란하나, 장래의 퇴직금[157]을 청산의 대상이 되는 재산에 포함시키는 것과 같은 부부재산계약은 가능할 것이다.

그러나 특정재산을 상속재산에서 제외시키는 것은 우리 민법상 상속계약이 인정되지 아니하므로 허용될 수 없다. 또한 부부재산계약으로 이혼 후 자녀의 양육비를 정하는 것은 이혼한 부부의 재산으로 자녀를 부양하게 되는 점과 재산분할·기여분의 비율을 정하는 것은 부부 일방의 잠재적 지분의 청산이라는 점을 고려하면 부정할 필요는 없을 것이다.[158]

---

156) 靑山道夫·有地亨 編, 전게서, 428면.

157) 대법원 2002.8.28.자 2002스36 결정은, “장래의 퇴직금을 청산의 대상이 되는 재산에 포함시킬 수 없고, 장래 퇴직금을 받을 개연성이 있다는 사정은 민법 제839조의2 제2항 소정의 재산분할의 액수와 방법을 정하는 데 필요한 '기타 사정'으로 참작되면 족하다.”고 한다.

158) 이에 대해서는 이강원, 전게논문, 43-44면 참조.

5. 夫婦財産契約의 終了

부부재산계약은 혼인의 성립을 조건으로 하는 것으로서 혼인이 성립하지 아니한 경우에는 부부재산계약은 조건의 불성취로 인하여 효력이 발생하지 않으며, 혼인 중 재산계약의 종료와 혼인관계 해소로 인한 경우에는 계약은 종료된다. 그리고 허위 또는 강제에 의하여 계약을 체결하였을 때 계약의 결과는 사해행위로써 채권자 취소권의 대상이 될 수 있으므로 취소할 수 있고(406조 참조), 재산계약은 법정재산제로 전환된다. 또한 혼인관계해소로 인한 계약종료는 이혼 또는 혼인의 취소에 의한 경우와 배우자 일방의 사망으로 인한 경우이다. 그리고 사기 또는 강박에 의하여 계약이 체결된 경우에는 그 계약을 취소할 수 있다고 보아야 한다(제816조 제3호 유추해석).[159]

부부재산계약은 혼인을 한 부부간의 계약이 아니므로 부부간의 계약취소권의 적용은 없다. 우리 민법 제828조는 "부부간의 계약은 혼인 중 언제든지 부부의 일방이 이를 취소할 수 있다"고 규정하고 있으므로 부부재산계약에 대하여 계약취소권의 적용은 없다. 이 규정의 취지는 부부간의 계약은 비진의 의사표시가 많고, 부부간의 계약은 당사자의 애정과 도의에 기인한 것으로서 이것에 법적 구속력을 인정하여 소송의 대상으로 삼는 것은 가정의 평화를 해치기 때문이다.[160] 대법원도 "혼인 중이라 함은 단지 형식적으로 혼인관계가 계속되고 있는 상태를 의미하는 것이 아니라, 형식적으로는 물론 실질적으로도 원만한 혼인관계가 계속되고 있는 상태를 뜻한다고 보아야 하므로 혼인관계가 비록 형식적으로는 계속되고 있다고 하더라도 실질적으로 파탄에 이른 상태라면 위 규정에 의한 계약의 취소는 할 수 없다"고 하여 형식적·실질적인 상태가 계속되고 있어야 한다.[161]

---

159) 김주수, 주석민법, 150면.

160) 그러나 부부간의 계약이 진의라고 증명된 경우에는 취소할 수 없고, 비진의의사표시라면 혼인파탄 후에 취소할 수 있고, 또한 계약의 이행이 완료된 후에도 취소할 수 있고 이때에 원상회복을 위한 소송을 제기할 수 있다는 점에서 가정의 평화를 위하여 부부간에 계약의 이행을 강제하는 소송을 제한해야 할 필요는 없으므로 동 규정은 삭제되어야 한다는 견해도 있다(이강원, 전게논문, 53면; 이수경, "부부간의 계약취소권", 「판례연구」8집, 서울지방변호사회, 1995, 196면.

161) 대판 1993. 11. 26, 93다40072.

6. 다양한 夫婦財産約定모델의 제시

부부재산약정에 관하여 의사자유를 인정하고 있으나 외국의 입법례처럼 부부재산약정에 관하여 제시된 다양한 모델, 즉 프랑스 민법상의 약정공유제(제14987조 이하), 별산제(제1536조 이하), 소득참가제(제1569조 이하), 독일민법상의 부부별산제(제1414조), 재산공동제(제1415조 이하) 등이 없기 때문에 일반국민들이 부부재산약정을 자유롭게 체결한다는 것은 쉽지 않다. 이러한 이유 등으로 말미암아 부부재산약정에 관한 민법상의 제도가 거의 이용되지 않았으나, 최근 부부재산약정제도의 활용이 이루어지고 있다[162]. 그러므로 부부재산약정에 관하여 이상적인 부부재산약정의 모델을 다양하게 제시하고, 그 중에서 당사자가 자유롭게 선택하게 하는 것이 바람직하다고 생각한다.

제*2*절 法定財産制

부부간에 재산계약을 체결하지 아니하였다면, 그 재산관계는 민법 제830조에서 제833조까지 규정하고 있는 법정재산제에 의하게 된다. 법정재산제는 부부의 재산관계에 중요한 원칙이 되며, 혼인중보다는 혼인해소시에 재산을 분배하는 기준으로서 실질적인 의미가 있다.

1. 財産의 歸屬關係

(1) 積極財産

162) 대법원은 2001년 5월 21일 김모씨와 장모씨 예비부부가 사법사상 최초로 관할 등기소에 부부재산약정등기를 신청함에 따라 관련 예규를 새로 제정, 전국법원과 등기소에 시달한 바가 있다. 그러나 부부재산약정의 내용을 보면 '불평등 계약'이라고 할 정도로 파격적이었다. 혼인 중 취득한 재산은 모두 妻의 명의로 등기하기로 하였고, 부부의 모든 수입(퇴직금 포함)과 공유재산도 妻가 처분 및 관리하기로 하였다. 또한 夫의 채무에 관하여 妻는 어떠한 연대책임도 지지 않기로 하였다. 그리고 이혼 시에 혼인 중 취득한 재산은 부부간에 3대7의 비율로 분할하기로 하였고, 자녀의 양육권은 妻가 갖기로 하였다(중앙일보 2001. 4. 26, 46면).

1) 別産制

우리나라 법이나 일본법의 부부별산제는 영미법으로부터 도입되었으며 현행 민법은 일본 현행 민법과 같이 남녀평등의 원칙을 반영하여 부부별산제를 채택하고 있다. 부부의 일방이 혼인 전부터 가진 고유재산과 혼인 중에 증여나 상속 등과 같이 쌍방의 협력없이 자기 명의로 취득한 재산은 그 특유재산이 된다(제830조 제1항). 또한 고유재산과 그로부터 발생한 소득은 타방이 그 재산의 유지 및 감소를 방지하였거나 증식에 협력하였다고 인정되는 경우 재산분할의 대상이 될 수 있는 것은 별론으로 하고(제839조의 2 참조), 혼인중 쌍방에게 공동으로 귀속하는 것으로 보기 어렵다.

그리고 부부의 누구에게 속한 것인지 분명하지 아니한 재산은 부부의 공유로 추정한다(제830조 제2항). 1977년의 민법개정 전에는 귀속불명인 재산은 남편의 특유재산으로 추정한 것에 비하면 상당히 발전된 면모를 보여주고 있다.

부부 일방의 명의로 되어 있는 재산은 민법 제211조, 제831조에 의하여 그 명의인이 단독으로 사용·수익·관리·처분할 수 있고,[163] 부부 공유로 되어 있는 재산은 제263조에 의하여 부부 일방이 그 지분을 처분할 수 있고 공유물 전부를 지분의 비율로 사용, 수익하며, 제265조에 의하여 공유지분의 과반수를 소유하는 자가 공유물을 관리하되 보존행위는 각자가 할 수 있다. 또한 부부 합유로 되어 있는 재산은 다른 일방의 동의 없이 그 지분을 처분할 수 없다(제273조 제1항).

2) 取得對價를 分擔한 경우

부부의 일방이 혼인중에 자기 명의로 취득한 재산은 그 명의자의 특유재산으로 추정되지만, 다른 일방이 취득재산의 대가를 일부부담한 것이 증명된 때에는 그 추정은 번복되고, 묵시적인 명의신탁 합의가 있었던 것으로 보아 다른 일방의 소유이거나 쌍방의 공유라고 보아야 한다. 맞벌이 부부의 경우 귀속불명인 재산이 사실상 혼인도중 생긴다는 것은 불가능할 것이지만, 夫명의의 재산을 취득하는데 있어서 妻가 금전적인 기여를 한 경우에는 문제될 것이 없다.

대법원도 실질적으로 다른 일방 또는 쌍방이 그 재산의 대가를 부담하여 취득한 것이 증명된 때에는 특유재산의 추정은 번복되어 다른 일방의 소유이거나 쌍방의

163) 대판 1962. 4. 4, 62다1.

공유라고 인정하였다. 예컨대 매수자금 일부를 妻가 부담한 경우,[164] 여러 차례 부동산을 사고파는 방법으로 증식시킨 돈을 매매대금의 결제에 사용한 경우[165], 아파트에 관한 분양계약을 체결한 후 그 분양대금 전액을 부담한 경우[166], 부부가 공동으로 출자하여 점포를 경영한 경우[167] 등의 사유가 있는 때에는 공유로 인정하였다. 그러나 부부 중 일방의 명의로 취득된 재산은 그의 특유재산으로 추정되는바, 그 취득에 상대방 배우자가 대가나 채무를 부담하거나 적극적인 재산증식의 노력이 있었다는 등의 실질적인 사유에 관한 아무런 입증이 없거나,[168] 다른 일방이 그 실질적인 소유자로서 편의상 명의신탁한 것이라고 인정받기 위하여는 단지 그 부동산을 취득함에 있어서 자신의 협력이 있었다거나 혼인생활에 있어서 내조의 공이 있었다는 것만으로는 위 추정이 번복되지 아니한다.[169]

전업주부의 경우와 같이 독자적인 수입이 없어 취득대가를 직접·현실적으로 분담하지 않았더라도 '적극적인 재산증식의 노력' 등으로 취득대가를 분담한 것으로 평가할 수 있는 경우에는 쌍방의 공유로 인정할 수 있을 것이다. 별산제의 완화를 꾀하면서도 법률관계를 명의신탁의 법리에 따라 해결함으로써 대외적으로 거래의 안전을 해치는 결과가 생기지 않도록 배려하고 있는 것이다. 사실혼관계에 있는 부부 일방이 사실혼중 자기 명의로 취득한 재산의 소유관계에 있어서도 인정하고 있다.[170]

3) 家事勞動의 經濟的 評價

일반적인 가정에서는 사실상 夫가 직장에 나가서 일을 한 대가로 돈을 벌고 妻는 가사노동에 전념하여 취득한 부동산이나 주식 같은 고가의 재산은 대개 남편의 명의로 취득하게 되어 특유재산이 된다.[171] 그러나 妻의 가사노동이 뒷받침되지 않

---

164) 대판 1986. 11. 25, 85누677.

165) 대판 1990. 10. 23, 90다카5624; 대판 1995. 10. 12, 95다25695.

166) 대판 1992. 8. 14, 92다16171.

167) 서울고판 1980. 7. 4, 79나728.

168) 대판 1998. 6. 12, 97누7707; 대판 1986. 9. 9, 85다카1337, 1338.

169) 대판 1998. 12. 22, 98두15177; 대판 1992. 12. 11, 92다21982; 대판 1992. 7. 28, 91누10732.

170) 대판 1994. 12. 22, 93다52068, 52075.

171) 이화숙, "부부재산제와 처의 가사노동에 대한 경제적 평가", 「현대가족법과 가족정

는다면 夫의 경제활동은 불가능하다는 점에서, 혼인중 증여나 상속에 의한 것을 제외하고 각자 명의로 취득한 재산은 특별한 사정이 없는 한 쌍방의 협력으로 이룩하였다고 하여야 할 것이다.[172] 따라서 혼인중 쌍방의 협력으로 취득하였지만 일방의 명의로 되어 있는 실질적 공동재산이 혼인중 명의인에게 단독으로 귀속하는지, 쌍방에게 공동으로 귀속하는지가 문제된다. 그러나 판례는 부동산을 취득함에 있어 상대방의 협력이 있었다거나 혼인생활에 있어 내조의 공이 있었다는 것만으로는 위 추정을 번복할 수 있는 사유가 되지 못한다[173]고 하고 있으므로 입증이 어려운 가사노동의 법적 평가는 현실적으로 실현되기가 쉽지 않다.[174]

비록 하급심 판결이라도 "혼인중 妻의 이름으로 재산을 취득한 경우, 그 재산취득을 위한 자금이 주로 남편의 수입에 의존하여 형성되었다는 이유만으로 그 재산이 남편만의 특유재산이라고 단정할 수는 없고 부부의 공유라고 추정함이 상당하다"[175]고 하여 妻의 가사노동에 대하여 경제적 평가를 인정한 경우가 있다. 대부분의 기혼여성의 가사노동이 없다면 그들 남편은 경제적 부의 창출을 기대할 수 없으므로 남녀평등사상을 반영한 가족법의 개정과 남녀고용평등법의 제정취지와 보조를 같이 했다.

우리나라에서도 과거부터 가사노동의 경제성에 관하여 많은 논란이 있었으며, 대외적인 노동이 금전으로 환산할 수 있는데 반하여 가사노동은 무상성·무보수성·비대체성 및 불명확성이 있으므로 경제적 가치가 없는 것으로 평가받은 적이 많았다. 가사노동은 여성의 신성한 임무이며, 화폐로서 평가될 수 없는 숭고한 일이라는 미명하에 가시적인 노동, 가치적인 노동으로 평가되지 못하고 은폐되어 왔던 바, 이 같은 사정은 여성들 자신도 무의식중에 무엇을 하고 있느냐고 물으면"아무것도 하지 않는다", "놀고 있다", "단지 가정주부일 뿐이다"라고 말한다고 한다.[176] 오늘날 현대적 의미에서 볼 때 가사노동은 요리·청소·세탁·육아와 같은 가사작업은 말할 것도 없고, 가정생활의 방침을 수립하는 것 같은 가사 관리 내지 가정관

책」, 김주수 교수 회갑기념, 삼영사, 1988, 168면.

172) 헌재결 1997. 10. 30. 96헌바14는 "경험칙상 혼인중 형성되는 재산의 상당부분은 부부 쌍방의 협력에 의하여 이루어지는 것이 틀림없다"고 결정하였다.

173) 대판 1986. 9. 9, 85다카1337, 1338 이후 계속 지속되고 있다.

174) 이화숙, 전게서, 313-320면 참조.

175) 서울지판 1988. 6. 9, 87가합3317.

176) 이화숙, "부부의 재산관계에 관한 비교 법적 연구", 180면.

리도 포함하고 있다. 따라서 가사 관리나 가정관리는 부부의 일방에만 맡겨져야 할 것이 아니고 쌍방이 서로 협력해야만 잘 이루어질 수 있는 것으로서 공동책임 하에서 수행해야할 것이다. 그렇게 함으로써 부부재산제가 추구하는 실질적 남녀평등성이라는 목적이 달성될 수 있다.

그렇다면 처의 가사노동의 평가는 어떠한 방법으로 이루어져야 하는가?[177] 이에 관하여 많은 학자들이 연구논문을 발표한 바 있는데, 이것은 우리 법원에게도 상당히 참고가 될 것이다. 예컨대 한국주부의 가사노동의 경제적 평가 방법으로서 주부의 주관적 평가, 기회비용 방법, 가정부 대체비용 방법, 전문적인 대체비용 방법 및 가정관리자와 단순노동자 채체비용 방법의 다섯 가지를 제시하고, 설문조사를 통하여 주부 스스로 평가한 가사노동의 경제적 가치를 금전으로 환산한 월 평균값 등을 산정할 수 있을 것이다.[178]

법정부부재산제도에 따라 소유권의 귀속여부를 재산의 명의로 판단할 경우에 부부가 혼인중 취득한 재산의 소유권의 귀속에 있어서 명의가 반영되지 않는 부부일방, 특히 가사노동에만 전념한 주부는 이혼 시에 夫명의 재산에 대하여는 자신의 기여를 주정할 근거가 박약하게 된다. 따라서 이러한 문제점을 해결하기 위하여 1990년 민법일부개정에서 이혼할 경우에 재산분할청구권(제839조의 2)을 인정하게 된 것이다.

그런데 현행법에서는 혼인 중, 처의 가사노동 등이 혼인공동체에 기여한 경제적 평가는 부부재산 제도를 통하여 해결하지 않고, 혼인공동체의 해소 시에 부부재산제도가 아닌 다른 제도, 즉 재산분할청구권제도나 기여분제도를 통하여 해결하고 있다.

(2) 消極財産

민법 친족상속편의 법정재산제에는 소극재산에 관한 별다른 규정은 없으나, 혼인성립 전후를 불문하고 각자 명의로 부담한 채무는 혼인중 명의인에게 단독으로 귀속하는 것이 재산법적 원리에 의하면 당연한 것이다.[179]

---

177) 가사노동의 경제적 평가에 대한 상세는 이화숙, 전게서, 제5장 참조.

178) 김애실, “가사노동의 경제적 가치”, 「여성연구」 제3권 제4호, 한국여성개발원, 1985, 35면 이하.

179) 이강원, 전게논문, 31-32면.

2. 日常家事債務에 대한 連帶責任과 生活費用의 負擔

A. 부부는 일상의 가사에 관하여 서로 대리권이 있으며(제827조 제1항), 부부의 일방이 일상가사에 관하여 제3자와 법률행위를 한 때에는 다른 일방은 이로 인한 채무에 대하여 연대책임이 있다(제832조). 민법이 부부재산의 귀속과 관련하여 별산제를 채택하면서도 부부에게 일상가사대리권을 인정하고 나아가 일상가사채무에 대한 연대책임까지 인정하는 것은 부부는 애정과 신뢰의 기초위에서 공동생활에 필요한 것을 서로 공여하여야 하는 정신적·육체적·경제적인 終生에 걸친 협동체로서 상대방의 생활을 자기의 생활과 같은 정도로 보장해야 할 부양의 의무를 부담함과 동시에 책임을 나뉘어 지는 특수성을 가진 관계라는 것을 고려한 것이라 할 수 있다.[180]

B. 일상가사대리권은 부부의 본질적 평등성에 입각하여 혼인생활의 안정과 평온 및 거래의 편의, 거래의 상대방을 보호하기 위한 제도이다. 여기서 일상가사라 함은 혼인공동체의 유지를 위하여 그 혼인공동체로부터 요구되는 일절의 가사를 부부 각자가 처리하여야 하는 혼인공동체의 통상의 사무를 말하며, 그 내용, 정도 및 범위는 그 부부공동체의 생활정도와 그 부부의 생활장소인 지역적 사회의 관습 내지 일반적 견해에 의하여 결정된다고 한다.[181] 따라서 이것을 개별적으로 인정함에 있어서는 부부의 사회적 지위, 계급, 직업, 재산 등 현실적 생활상태를 고려하여 가사처리자의 주관적 의사와 함께 객관적으로 결정하여야 한다. 보통은 「재산의 관리」와 구별하여야 할 것이지만 배우자의 부재인 경우 등 경우에 따라서는 재산관리의 의미도 배제되지 않으며, 문리적으로는 「비상의 가사」와도 구별되는 개념이다.[182]

그러나 우리 민법은 일상의 가사에 관하여는 추상적으로 규정하고 있으므로(제827조, 제832조), 어떤 것이 「일상의 가사」의 범위에 속하는가의 여부는 학설과 판례에 맡겨 놓고 있다. 부부공동생활에 통상적으로 필요한 식료품의 구입, 연료·고가품을 제외한 의복류의 구입, 가옥의 임차, 집세·방세 등의 지급 또는 접수, 전

---

180) 헌재결 1999. 3. 25, 96헌바34.

181) 三島宗彦, “日常家事債務の連帶責任”, 「家族法大系 II」, 有斐閣, 1969, 241-242면; 김주수, 친족상속법, 160면.

182) 이희배, “부부간의 일상가사대리권의 범위”, 「한국민사법학의 현대적전개」, 연남배경숙교수 화갑기념논문집, 박영사, 1991, 118면.

기요금·수도요금·전화요금의 지급, 세금의 납부 등 가족의 의식주에 관한 사무나 의료비 지급·TV시청료·교제, 자녀의 양육·교육 등에 관한 사무는 일상가사의 범위 내에 속하고, 반면에 일상생활비로서 객관적으로 타당시 되는 범위를 초과한 제3자에게 큰 액수의 금전을 빌려주는 행위 예컨대 소비대차, 전화가입권의 매도담보, 가옥의 임대, 순수한 직업상의 사무, 어음배서행위 등은 일상가사에 포함되지 않는다.[183]

일상가사대리권은 원래 게르만 고유법의 열쇠기능에서 발달된 것으로서 게르만 사회에서는 혼인할 때 妻가 夫로부터 열쇠를 인도받음으로써 妻로서의 권리를 취득하였다. 이와 같은 사실은 夫의 재산의 관리·사용·수익권과 혼인 생활비용의 부담과 함께 妻의 무책임주의, 妻의 무자력을 전제로 한 것이었다. 세계 각국의 입법례는 이와 같은 입장에 따르고 있는 반면에 거래의 안전을 보호하기 위해 처의 일상가사대리권을 부인하고 있는 입장 내지 일상가사비용에 대한 부부의 연대책임만 인정하고 있다.[184] 이와 보조를 같이 하여 일제시대 때 시행되었던 우리나라의 구민법에서도 일상가사에 관한 妻의 법률행위에 대하여 夫가 책임을 졌었으나, 현행 민법은 부부평등의 원칙을 반영하여 부부는 일상가사에 관하여 서로 대리권이 있고(제827조 제1항), 부부의 일방이 일상가사에 관하여 제3자와 법률행위를 한 때에는 다른 일방은 이로 인한 채무에 대하여 연대책임을 부담한다(제832조 본문).

C. 1989년의 민법 개정이 있기 전에는 혼인생활비용의 부담에 관하여 당사자 간에 특별한 약정이 없으면 부가 이를 부담하도록 규정되어 있었으나, 현행 민법은 "부부의 공동생활에 필요한 비용은 당사자 간에 특별한 약정이 없으면 부부가 공동으로 부담한다"고 규정하여(제833조) 선진국의 입법례에 따라 합리적인 개정을 했다고 할 수 있다. 이와 같은 생활비용에는 미성년 자녀의 양육비도 포함되고 그 분담액은 당사자 쌍방의 자산·수입·별거의 사정 등 일체의 사정을 고려하여 결정된다.

夫에게는 능력이 없고 처에게만 능력이 있는 경우에는 약정이 없더라도 妻가 부담하는 것은 당연하다. 부부가 별거하는 경우에 있어서 우리 민법은 어떠한 규정도 두고 있지 않지만, 별거하더라도 부부간의 부양의무는 여전히 존재하므로 생활비용 부담자는 다른 일방에 대하여 생활에 필요한 비용을 부담을 청구할 수 있는가는

183) 김주수, 친족상속법, 159-160면.

184) 상게서, 159면.

의문스러우나, 부정하는 것이 타당하다.[185] 우리 대법원도 "민법 제826조 제1항이 규정하고 있는 부부간의 동거·부양·협조의무는 정상적이고 원만한 부부관계의 유지를 위한 광범위한 협력의무를 구체적으로 표현한 것으로서 서로 독립된 별개의 의무가 아니라고 할 것이므로, 부부의 일방이 정당한 이유 없이 동거를 거부함으로써 자신의 협력의무를 스스로 저버리고 있다면, 상대방의 동거청구가 권리의 남용에 해당하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 상대방에게 부양료의 지급을 청구할 수 없다"[186]고 판시하여 같은 입장을 취하고 있다.

D. 일상가사대리권과 일상가사상무의 연대책임에 관한 구별은 타당한가? 우리 민법은 일상가사대리권은 혼인의 일반적 효력으로 제827조에, 가사채무의 연대책임은 재산적 효과로서 제832조에 각각 규정하고 있다. 예컨대 처가 자동차를 사기 위해 부의 동의없이 이웃으로부터 돈을 빌린 행위가 일상가사에 해당하는가에 관하여 대법원은 일상가사대리권에 관한 제827조를 적용하고 있으나, 처의 차재라는 법률행위에 대해 부가 연대책임을 부담하는가에 관한 다툼이므로 제832조로 보아야 할 것이다. 이 같은 대여금 사건에 관하여 제832조를 적용한 판례보다는 제827조를 적용한 경우가 더 많다는 사실은 일상가사대리권과 채무의 연대책임을 구별할 이유가 없거나, 동일한 제도로 파악하고 있음을 입증하는 것과 다름없다고 본다. 그 이유는 아마도 제827조에 의하더라도 일상가사대리행위의 효과가 타방배우자에게 확대되므로 굳이 832조에 의하지 않더라도 당연히 부부가 그 일상가사행위에 대해 책임을 지게 된다는 결론을 도출할 수 있기 때문이라고 볼 수도 있다. 그렇다면 제827조와 제832조는 같은 내용을 중복하여 규정하고 있는 것이라 할 수 있다.[187]

3. 法定財産制의 問題點 및 改善方案

(1) 特有財産과 歸屬不明인 財産의 區分의 限界

우리 민법상의 법정재산제는 별산제를 채용하여 부부의 일방이 혼인전부터 소유한 고유재산과 혼인중 자기의 명의로 취득한 재산은 그 특유재산으로 하고, 부부

185) 김주수, 전게서, 154면.
186) 대판 1991. 12. 10, 91므245.
187) 이화숙, 전게서, 328-330면 참조.

누구에게 속한 것인지 분명하지 아니한 재산은 부부공유로 추정하고 있다(제830조, 제831조). 현행법정재산제인 부부별산제에서 부부가 혼인중 취득한 재산의 귀속관계에 있어서 부부는 각자 독립하여 자신의 명의로 재산을 취득하기 때문에 '부부공유재산의 확대'에는 한계가 있게 된다. 그러므로 여기서 문제가 되는 것은 혼인중 취득한 재산을 특유재산으로 할 것이냐 공유재산으로 이해할 것이냐의 그 한계를 설정하는 것이다.

현행 부부별산제에서 문제가 되는 것은 전업주부에게 특별한 재산이 없는 경우에 전업주부는 혼인 중 재산을 상속 또는 증여받는 경우를 제외하고는 자신의 명의로 재산을 취득할 기회가 거의 없음에도 불구하고 부부가 혼인 중 상호간에 역할분담을 통한 협력에 의하여 취득한 재산일지라도 재산의 명의자(대부분 夫)의 소유로 하고 있다(제830조 1항). 그러나 실제로는 그 재산 속에는 잠재적으로 '처의 가사노동'의 가치가 포함되어 있다고 보아야 하기 때문에 부부가 혼인 중 상호간에 협력을 통하여 취득한 재산인데도 단순히 재산의 명의에 따라 재산의 귀속관계를 정하는 현행법상의 명의자의 특유재산으로 하는 제도는 부부평등의 이념에 반하며 또한 부부가 혼인 중 상호간에 협력하여 취득한 재산이라는 현실에도 반한다. 따라서 부부가 혼인 중 상호간에 협력을 통하여 취득한 재산은 재산의 취득명의자의 개인의 특유재산으로 볼 것이 아니라 재산의 취득명의에 관계없이 일단 공유재산으로 추정하여 처리하여야 할 것이다(제830조 제2항). 이렇게 해석함으로써 재산의 명의가 없는 타방배우자를 보호할 수 있게 된다.[188]

따라서 민법 제830조의 의의는 실질적인 의미에서 혼인공동체를 영위하는 가운데 귀속이 불명한 재산에 대하여 '부부의 공유재산'울 확대하고, '부부 특유재산'을 제한하려는 의도가 있다고 할 것이다. 민법 제830조의 입법취지는 혼인공동체의 해소시에 재산분할청구제도와 배우자상속제도(제1003조) 및 기여분제도(제1008조의 2)가 존재한다고 하더라도 이 제도들의 입법취지가 합리적으로 실현되기 어렵기 때문에 이러한 결함을 법정부부재산제도의 해석론을 통하여 보완하여야 할 것이다.

188) 한봉희, 「개정가족법론」, 대왕사, 1990, 82-85면; 조미경, "현행 법정부부재산제의 문제점", 「고시계」35권 7호 통권 401호, 1990, 112면; 이화숙, 전게논문 참조.

(2) 夫婦財産의 歸屬과 物權變動

우리 민법은 물권변동에 관하여 형식주의를 취하고 있으므로, 혼인중 '당사자 쌍방의 협력'으로, '夫의 명의'로 취득한 재산 중 동산에 관여하는 물권적 구성을 하는데 무리가 없으나, 부동산이 '夫와 妻의 공유'라는 물권적 권리에 속하느냐 하는 점이 문제로 된다. 민법 제186조의 규정에 의하면 부동산의 물권변동은 등기를 하여야 하므로, 등기없는 妻는 물권적으로 공유하지 못하고, 夫에 대하여 자기 몫에 대한 채권적인 권리만을 가지느냐의 의문이 제기될 수 있는 것이다.

그러나 혼인중 당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산에 관하여, 처가 부에 대하여, 채권적인 권리만을 가진다고 하여서는 제3자에 대한 관계에 있어서 처의 권리는 보호받지 못하게 된다. 따라서 혼인중 당사자 쌍방의 협력으로 취득한 재산의 공유확장추정에 관한 제830조 제2항을 처의 권리를 보호하기 위하여, 제48조(재단법인 설립에 있어서의 출연재산의 귀속시기)와 같이 특별규정으로 보고, 제186조에 의하여서가 아니라, 제187조의 법률의 규정에 의한 물권변동의 법리에 의하도록 해석하면 타당할 것이다. 법률의 규정에 의한 물권변동은 등기를 요하지 않으므로, 이렇게 되면 妻는 등기없이도 혼인중 취득한 부동산의 소유권을 취득하게 되어, 불명의 부동산소유권의 2분의 1의 지분을 가지게 된다. 이 지분은 혼인해소시까지는 마음대로 처분할 수 없으므로, 합유라고 보고 그 처분에는 부부의 합의를 필요로 한다(제272조)고 해석하면 명의자(夫)가 그 부동산을 임의처분한 경우에 처는 그 무효를 주장할 수 있게 되어, 처의 소유권의 확보가 가능하게 된다.[189]

이러한 해석은 혼인중 당사자 쌍방의 협력으로 취득한 재산에 관하여 夫와 妻의 공동소유라는 법적 구성이 가능하고, 가정관리의 경제적 평가를 할 수 있게 되어 여성의 권리를 확보할 수 있을 것이다.[190]

(3) 家事勞動의 經濟的 價値評價를 위한 客觀的 基準

그러나 다수의 妻는 가사노동에만 종사하고 夫의 수입에 의해서 생활하고 있으며, 부가 얻은 수입은 부 개인의 소득이며 처는 부의 재산수입에만 의존하고 처에

189) 김주수, "부부재산제에 관하여", 「법조」 제10권 12호, 1961, 41면; 김병대, "부부재산제에 관한 연구", 「사법행정」 232호, 1980, 29면.

190) 조미경, 전게논문, 113면.

게 귀속하는 재산은 하나도 없다는 결과를 가져와 결국 부부의 불평등만 가중시킬 뿐 아니라 妻의 夫에 대한 종속을 가져오게 된다. 또한 처가 가사노동에 종사함에도 불구하고 그것이 夫의 생산노동과 동일하게 평가되고 있지 않다는 현실의 사회적·경제적 조건에 있는 것이다. 이러한 모순을 극복하기 위해서는 처의 일상가사노동을 실질적으로 생산노동과 동일하게 평가할 법적 조치를 강구하고 가사내부에 대한 남녀동권원리의 법리를 실질적으로 보장하는 길 밖에 없다.

가사노동의 경제적 가치평가를 위한 객관적 기준을 제시함으로써 법원이 처의 가사노동의 가치를 산정함에 있어서 확실한 근거에서 부부일방이 혼인 중 협력을 통하여 취득한 재산에 대한 자신의 기여도를 평가할 수 있도록 한다.[191]

(4) 夫婦共同名義制

민법이 법정부부재산제로 규정하고 있는 부부별산제는 거래의 안정과 신속성을 보장한다는 점에서 시장경제와 조화를 이룬다는 장점이 있으나, 부부사이의 실질적 평등을 실현시키지 못한다는 평가를 받고 있다.[192] 부부가 혼인중에 공동의 노동과 협력에 의해서 재산을 취득한 경우에도 원칙적으로 재산의 명의자에게만 소유권이 귀속되므로, 특히 혼인기간 동안 가사와 육아를 전담한 배우자(대부분의 경우 처)는 상대방 배우자가 혼인중에 취득한 재산에 대하여 어떠한 권리도 가질 수 없기 때문이다.

부부가 혼인중 쌍방의 협력(가사노동 포함)에 의하여 취득한 재산은 부부공동소유[193]로 귀속하게 한다. 이렇게 함으로써 이혼이나 그 밖의 혼인중 취득한 재산을

---

191) 김애실, "가사노동의 경제적 가치 -서울지역의 주부를 대상으로 한 설문조사를 중심으로-", 「여성연구」 제3권 4호, 한국여성개발원, 1985, 29-47면; 김정희, "한국 주부의 가사노동의 경제적 가치평가와 GNP 비율추정", 박사학위논문 경북대학교, 1994, 100-111면.

192) 김수진, "부부별산제의 문제점 및 보완책", 「시민과 변호사」, 2004. 11, 19면;

193) 한국여성의 전화연합회는 지난 2000년 10월 26일 혼인생활에서 재산권을 소유하기 위한 방법으로써 '부부재산공동명의'로 보고, 설문 조사한 결과이다(조사대상은 전국 기혼남녀 600명). 주택명의는 夫의 단독명의로 되어 있는 경우가 76.2%였다. 그 이유는 夫명의가 우리 사회의 당연한 전통이며 관습이라고 생가가하고 있다고 응답한 자가 38.5%이었다 반면에 80.6%의 여성은 자신이 '혼인중 재산형성에 기여한 바가 있다'라고 응답하였다. 따라서 이후에 이사하거나 새로 주택을 구입하는 경우에 부부공동명의로 하겠다고 응답한 자가 약 61%이었다. 구체적으로 보면 부부공동명의로 하겠다는 夫는 51%, 妻는 69.9%로 나타났다(정춘숙, "여성의 재산권과 부부재산공동명의제", 「시민과 변호사」,

청산할 경우에 자신의 지분을 쉽게 확보할 수 있다.

현행 법정재산제인 별산제가 공유제로 바뀔 경우에는 먼저 혼인전 취득한 재산이나 상속재산은 특유재산으로 명의자가 처분·관리하나, 혼인 중 취득한 재산에 대해서는 공동소유임을 분명히 하고 청산시 같은 비율로 분할할 것을 명시하여야 한다. 그리고 현행의 부부재산약정에 대한 내용을 보완해 공유제를 보충해야 할 것이다. 현재 우리 민법 제829조의 부부재산의 약정과 그 변경을 보면 그 구체적인 애용이 매우 부족하며, 절차적인 내용만이 주를 이루고 있어 실용화되지 못하고 있다.[194]

제3절 離婚時 財産分割請求權

1. 財産分割請求權의 意義

재산분할청구권이란 이혼을 한 당사자의 일방이 다른 일방에 대하여 부부공동생활 중 형성된 재산에 대하여 그 분할을 청구하는 법률상의 지위를 말한다.[195] 부부가 이혼을 하게 되면 부부의 생활공동체는 해체되므로, 부부가 공동으로 운영하던 경제생활은 끝이 나고 공동경제의 청산단계에 들어가게 되는데 민법에 의하면 부부의 일방이 혼인중 가기의 명의로 취득한 재산은 일단 그 특유재산으로 하게 되어 있다. 이 경우에 그 재산취득에 있어서 다른 일방의 공동생활에 관한 기여도가 전혀 반영되어 있지 않다는 데에 문제가 있다. 따라서 공동경제가 종료하는 경우에는 그 실체에 부합되는 청산을 하는 것이 필요하게 되는데, 이러한 경우 청산을 청구하게 되는 측은 대개 妻인 경우가 많다.

또한 생활능력이 약한 배우자에 대해서는 이혼 후에도 능력이 있는 자에게 부양의무를 지우는 것이 타당할 것이므로 이혼 후에 양 당사자의 생활수준에 큰 차이

2004. 11, 15면 이하 참조).

194) 정춘숙, 전게논문, 17면 참조.

195) 이청조·박민자, “재산분할청구권의 기초이론”, 「동아법학」 제32호, 218-219면; 고창현, “신설된 재산분할청구권제도”, 「민사법학의 제문제」, 소봉 김용한교수화갑기념논문, 박영사, 1990, 22-25면; 한삼인, “재판상 이혼에 관한 실증적 연구”, 박사학위논문 동국대학교, 1990, 84면.

가 생기지 않도록 조치하고, 혼인에 있어서의 남녀평등의 원칙을 유지한다는 의미에서 이혼 후에 양 당사자의 생활수준에 큰 차이가 생기지 않도록 조치하는 것이 타당할 것이다.

이와 같은 취지에서 입법론으로 주장되어 오던 재산분할청구권을 신설하였는바(839조의 2), 이에 의하면 "협의상 이혼한 자의 일방은 다른 일방에 대하여 재산분할을 청구할 수 있다(동조 제1항). 제 1항의 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(동조 제2항). 제1항의 재산분할청구권은 이혼한 날로부터 2년을 경과한 때에는 소멸한다(동조 제3항)"고 규정하고 있으며 나아가 이 규정은 재판상 이혼의 경우에 준용하고 있다(제843조). 또한 혼인취소 이외의 경우에도 준용한다고 규정되고 있다(가소법 제2조 제1항 마류사건 제4호).

일반적으로 재산분할청구권은 두 가지 유형으로 설명되는데 그 하나는 청산형 재산분할이고 다른 하나는 부양형 재산분할이다. 전자는 부부가 이혼함으로써 생활공동체가 해체되면 공동경제의 청산절차에 들어가게 되는데, 이 경우 일방이 다른 일방의 명의로 취득한 재산의 형성에 기여한 몫을 돌려받는 것을 의미한다. 즉 청산형 재산분할제도란 재산형성과 관련한 재산의 분할을 목적으로 하고 있다. 또한 후자는 생활능력이 약한 배우자에 대하여 이혼 후에도 능력이 있는 상대방에게 그 부양의무를 지도록 하는 재산분할제도라 할 수 있는데, 이는 이혼 후에 양당사자의 생활수준에 큰 차이가 생기지 않도록 조치하는 것이 오늘날의 도덕관에서 볼 때 타당한 것이며, 나아가 약자가 이혼 후의 생활을 염려하여 강자인 배우자의 의무위반에 대하여 수인하게 하므로, 혼인에 있어서의 남녀평등의 원칙이 침해되는 것을 방지한다는 의미에서도 필요하다고 하고 있다.[196] 그러나 현행 민법 제839조의 2가 이러한 부양형 재산분할제도를 염두에 두고 있는가에 대해서는 재산분할제도의 법적 성질과 관련하여 논란이 제기되고 있지만, 적어도 우리나라의 다수설은 이를 부정하지는 않고 있다[197].

---

196) 김주수, "유책배우자의 재산분할청구권과 재판애서 고려될 수 있는 기준", 「판례월보」278호, 1993. 11, 12면.

197) 다수설은 재산분할청구권의 법적 성질에 대하여 청산 및 부양설을 취하여 이혼시에 부부 쌍방이 협력하여 이룩한 부부간의 실질적 공동재산의 청산·정리라고 하는 청산적 요소를 본질적 요소로 보고, 이혼후의 부양적 요소를 보충적 요소로 파악하고 있다(이창

2. 財産分割請求權의 內容

(1) 財産分割請求權의 對象

재산분할청구권의 대상이 되는 재산은 “당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산”이다. 따라서 부부의 일방이 혼인전부터 가진 고유재산(민법 830조)과 그로부터 생긴 증가재산은 분할청구의 대상이 아니다. 부부의 재산을 대체로 특유재산, 공유재산, 실질적 공유재산으로 나누어 볼 수 있다.[198]

1) 特有財産

특유재산은 부부 각자의 소유로 되는 재산으로서 혼인전부터 각자가 소유하는 고유재산, 혼인중에 부부의 일방이 제3자(예, 부모 등)로부터 상속이나 증여받은 것, 그러한 재산으로부터 생긴 수익 그리고 각자의 장신구나 의복 등과 같이 사회통념상 각자의 전유물이라고 보여 지는 재산 등이 이에 속한다. 이러한 재산은 분할청구의 대상이 아니다.

2) 固有財産

고유재산이란 부부의 공유에 속하는 재산으로서 부부공동명의로 취득한 재산, 부부가 합의하여 공유로 한 재산, 혼인중에 공동생활을 위하여 취득한 가재도구 등이 이에 속한다. 이러한 재산은 분할청구권의 대상이 된다.

3) 實質的 共有財産

명의가 부부의 일방에 속해 있으나 실질적으로는 부부의 공유에 속하는 재산으로서, 혼인중에 부부가 협력하여 취득한 가옥・대지 기타의 부동산, 부부공동생활의 기금이 되는 예금, 주식 등으로서 부부 일방의 명의로 되어 있는 것이 이에 속

조・박민자, 전게논문, 227면; 장복임, “이혼에 따른 재산분할청구권”, 「실무연구」Ⅶ, 서울가정법원, 2001, 161면).

198) 김주수, 친족상속법, 224면 참조.

한다. 이러한 재산은 재산분할의 대상이 되며 이것이 재산분할의 중심이 된다.

신설된 민법 제839조의 2에 의하여 "당사자 쌍방의 협력으로 이룩된 재산"은 그 명의가 누구인가에 상관없이 재산분할청구권의 대상이 된다고 하겠다. 따라서 "혼인중 자기의 명의로 취득한 재산"을 자기의 특유재산이라고 주장하기 위하여는 이를 입증해야 하고 만일 입증하지 못하면 특유재산이 아닌 부부공유의 재산으로 추정된다.

우리 대법원은 "부부의 일방이 혼인중에 자기의 명의로 취득한 재산은 그 명의자의 특유재산으로 추정되나, 실질적으로 다른 일방 또는 쌍방이 그 재산의 대가를 담보하여 취득한 것이 증명된 때에는 특유재산의 추정이 번복되어 다른 일방의 고유이거나 쌍방의 공유라고 보아야 할 것이다."라고 하고, 판결이유로서 "남편의 수입을 갖고 수 차례 부동산을 샀다가 이익을 남기고 처분하는 방법으로 재산을 증식하여 왔다면 부동산의 취득은 원·피고 쌍방의 자금과 증식노력으로 이루어져 원·피고의 공유재산으로 보아야 한다"고 판시하였다.[199] 이 판결은 명의가 배우자 일방의 명의로 되어 있지만 부부의 협력에 의하여 이룩한 재산으로 보아야 하기 때문에 명의자의 특유재산으로 하기에는 곤란하며, 특유재산의 추정이 번복되어 다른 일방의 소유이거나 쌍방의 공유라고 보아야 한다고 판시한데 큰 의미가 있다. 따라서 이혼의 경우에는 당연히 청산이 되어야 한다.

여기서 문제가 되는 것은 당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산이 부 명의로 되어 있을 경우 처의 권리를 어떠한 방법으로 보호할 수 있는가이다. 처가 부에 대하여 채권적인 권리를 갖는다고 하면 제3자가 물권적 권리를 갖는 경우 이에 대한 관계에서 처의 권리보호가 약하므로 법률의 규정에 의한 권리로 인정해야 할 것이다. 따라서 특히 부동산인 경우 민법 제830조 2항을 제48조와 같이 특별규정으로 보고 제187조의 "법률의 규정"에 의한 물적 변동의 법리에 의하도록 해석하는 것이다.

(2) 財産分割의 方法

1) 當事者의 協議에 의한 分割

협의상 이혼한 자의 일방이 다른 일방에 대하여 재산분할을 청구하는 경우에는

199) 대판 1990. 10. 23, 90다카5624.

재산분할에 관하여 먼저 당사자의 협의에 의하고(제839조의 2 제1항, 제843조에 의하여 재판상이혼의 경우에도 준용), 그 분할방법은 당사자의 협의에 의한 것이라면 어떠한 방법도 가능하다.

2) 法院에 의한 分割

이혼의 경우에 재산분할에 관하여 당사자의 협의가 되지 않은 경우에는 가정법원이 개입하는데, 당사자는 이혼한 날로부터 2년 이내에, 가정법원에 재산분할을 청구할 수 있다(제839조의 2 제 3항). 법원은 이혼위자료를 '법원의 직권'으로 결정하고 있기 때문에 이혼재산분할도 이와 마찬가지로 '당사자쌍방의 협력으로 이룩한 재산의 액수'와 '기타 사정을 참고하여', 재산분할의 액수와 방법을 정 할 수 있도록 재량권이 부여되어 있다고 할 수 있다. 고려의 대상은 부부의 재산형성에 대한 기여도로써 맞벌이 부부의 경우와 주부의 가사노동 등이 된다. 우리나라의 재산분할청구권은 1948년에 등장된 일본의 규정을 모델로 하고 있지만, 서독 민법에 있어서의 청산방법을 참조하여 법원의 재량권을 행사한다면, 현대의 조류에 맞는 적절하고도 합리적인 재산분할방법을 모색할 수 있을 것이다.

3. 財産分割請求權과 扶養請求權

재산분할청구권을 청산적 성질로만 볼 것인지 부양적 성질도 포함되어 있는 것으로 볼 것인지는 해석상의 문제로 볼 수 있으나, 이러한 문제를 해석상의 문제로 볼 경우 이제까지 논한바 대로 복잡하고도 어려운 문제를 야기시킬 수 있다.

재산분할청구권과는 별도로 능력 있는 상대방의 이혼 후 생계가 어려운 배우자에 대한 부양의무도 일정기간동안 인정되어야 한다. 전 배우자간의 부양의무의 인정은 이혼의 경향이 파경주의를 향함에 따라 부부간의 실질적인 형평을 기하기 위해, 또한 전 배우자간의 생활의 균등을 기하기 위해 필요한 것이다. 결국 이것은 이혼에 대한 장려가 아니라 오히려 경미한 이혼에 대한 제재로서 작용되는 것이다. 그리고 이러한 부양의무가 인정된다면 앞서 살핀 바대로 복잡한 법해석이 필요가 없는, 무엇보다도 법적용의 원활함이 기대 될 수 있을 것이며, 또한 이혼의 자유와 양립되어 비로소 이혼규정은 그 존재의의가 있게 될 것이다. 결국 그것은 여성의

사회·경제적 지위가 취약한 우리의 현실에 비추어 볼 때 여성의 이혼후 생활에 대한 경제적 보장으로써 바람직한 입법이라 생각되어진다.[200]

프랑스의 경우 부양의무는 이혼을 청구한 배우자가 모든 비용을 부담한다(프민 제282조 제1항). 전배우자가 건강하든 아니든, 유책이든 무책이든 상관없이 경제적으로 부양의무를 단속시키는 것이며, 채권자인 배우자가 재혼하거나(프민 제283조 제1항) 첩관계가 있게 되면 종료된다. 또한 채무자인 배우자가 사망하면 그의 상속인이 이 의무를 상속하고 채권자인 배우자가 사망하면 의무는 종료된다(프민 제284조). 즉 프랑스에서는 전배우자간의 부양은 혼인중 취득한 재산에 대한 권리에 고정되어 보장되는 정도라고 볼 수 있다.[201]

영국의 제도는 재산의 분배와 부양의 문제에 대하여 법관에게 재량이 부여되어 있다. 영국에서의 이혼의 진정한 효과는 혼인소송법에 의하여 보완된다. 그러나 영국에서는 프랑스와는 달리 이혼시의 경제적 지위에 대하여 예측이 불가능하다. 또한 영국에서는 부양에 관한 일단의 원칙은 프랑스와 달리 모든 경우에 통일이 되어 있는데, 법관은 이혼, 별거판결 또는 혼인의 무효를 선언하면서 일방배우자가 타방에게 대하여 정기금지급방법이나 일시불 또는 재산의 양도 또는 부양명령을 통하여, 또한 이러한 여러 가지 방법을 취합함으로써 경제적 원조를 하도록 명령할 권한을 가진다. 이 경우 법관은 배우자의 필요성과 재산에 관한 다음의 요소를 고려하여야 한다. 즉 예측 가능한 미래의 수입, 소득능력, 재산 및 경제적 자산, 배우자의 현재와 미래의 가능한 현실, 혼인중의 생활수준, 정신적 및 신체적 건강도, 혼인생활의 지속기간, 혼인과 관계되는 미래의 수익의 과실 등이다. 그리고 부양에 관하여는 재산분배와 상호보완관계에 있으므로 이 원칙은 신빙성있게 적용된다.[202]

독일의 경우 이혼하게 된 부부는 부가이익의 청산과 연금청산에도 불구하고 계속 부양의 필요가 있을 때에는 과실에 관계없이 상대방에 대하여 부양을 청구할 수 있다. 상대방배우자로부터 부양을 받기 위해서는 제1570조 이하에 규정되어 있는 공동의 자를 양육함으로 인해 생업활동이 기대되지 않거나, 적당한 생업을 할 수 없는 경우 등의 사유 중 하나에 해당되어야 한다. 제1574조 1항에 의하면 이혼

---

200) 외국의 입법례에 대해서는 최판섭, “재산분할청구권의 제도적 운용에 관한 연구”, 박사학위논문 청주대학교, 1995, 25-52면 참조.

201) 김춘복, “각국의 재산분할청구권에 대한 소고”, 「실무연구」V, 서울가정법원, 1999, 110-111면 참조.

202) 상게논문, 108-111면 참조.

한 배우자는 자기에게 적당한 생계활동만을 할 의무가 있으므로 적당한 생계활동을 할 수 없는 한 부양료를 청구할 필요성이 존재하게 되는 것이다. 그리고 부양은 혼인중의 생활정도 등에 따른다(독민 제1578조). 그러나 혼인이 단기간 동안에만 지속된 경우, 부양의 필요성을 고의로 야기시킨 경우 및 이와 동등한 정도로 중대한 사유가 있을 때에는 부양청구료의 청구를 할 수 없게 하였다. 부양료는 매월 초 정기금의 선급을 원칙으로 한다(독민 제1585조).[203]

미국에서의 부양료(Alimony)는 원래 이혼의 경우 전부가 전처에게 부양료를 지급하는 것으로 교육법에서는 별거만을 인정하고 있었으므로 혼인중의 부양의무가 별거 후에도 계속되는 것으로 보는데 유래한다.[204] 그러나 대부분의 주에서 alimony의 개념은 변하였다. 부양료를 무과실인 경우 많이 지급되고 대부분의 관할권에서는 혼인중의 과실을 부양명령에 참조함을 취하고 있으며, 몇몇 주는 명시적으로 과실을 부양에서 문제삼지 않는다. 또한 몇몇 주에서는 여전히 과실이 부양명령에서 중대한 요소가 되어 있다. 혼인중의 간통을 alimony를 결정하는 요소로 하는 주도 여전히 있으며, 부양료수령인이 다른 사람과 동거하는 경우에 alimony를 중지시키거나 수정할 수 있게 한 주도 몇몇 있다. 부양료 명령에 있어 일반적으로 중시하는 것은 부양료 수령배우자의 사실상의 필요성과 타방배우자의 지급할 능력이다. 그리하여 수령인이 스스로 생활능력이 갖추게 될 때까지의 일정기간에 한하여 지급이 명령되기도 한다. 양성평등에 기초한 alimony를 규정하고, 적당한 상황에 따라 일방배우자에게 부양을 명령하도록 하였다. 다만 재산의 분배에 있어서와 같이 alimony의 지급에 있어 자세하게 기준을 규정하는 주가 증가하고 있다. 또한 alimony를 결정하는 기준은 혼인기간, 당사자의 신체적 정신적 건강, 재산의 분배상황, 혼인시와 이혼당시의 당사자의 교육정도. 타방배우자의 직업 또는 잠재적 직업에 대한 가정에서의 서비스와 기여, 원고의 생활능력, 혼인중 향유한 생활수준에 비교하여 자생력을 원고가 갖출 수 있는 가능성과 이에 필요한 기간, 각 당사자의 세금관계, 혼인전 또는 혼인중에 맺은 협의의 존재여부, 원고의 필요성과 피청구인의 능력 등등이다.

최근 미국에서의 alimony에 관하여 변화된 두 가지는 첫째 사적으로만 인정하고 순수한 필요성의 경우에 제한하며, 일방배우자에게 타방의 재산으로부터 영구적으

203) 상게논문, 114-115면 참조.

204) 한봉희, “미국가족법학의 동향”, 「사법행정」, 1984. 8, 25면 참조.

로 재산을 증여하는 것은 아니라는 점, 둘째 부도 처에게 alimony를 청구하는 건수가 증가되고, 혼인중의 부정과 무관하게 청구할 수 있으며, 부양료의 강제집행 절차가 강화되었다는 점이다.[205]

4. 財産分割請求權과 夫婦財産制의 關係

1) 財産分割請求權과 夫婦財産制와의 關聯性

현행 민법 제830조에서 규정한 바와 같이 부부 사이의 재산귀속관계에 관하여는 별산제를 원칙으로 하고 있다는 것이 통설적 견해이다.[206] 별산제 하에서는 처도 부처럼 자신의 특유재산을 소유함은 물론 이를 관리·수익할 권리가 있다는 것을 본질로 한다. 별산제는 부부 각각의 재산을 준별하는 제도이고, 기본적으로 남녀의 평등, 妻의 夫에 대한 복종의 폐지를 기조로 하고 있다고 이해된다. 판례도 일관하여 민법상의 법정부부재산제를 이른바 '완전별산제'로 해석하고 있다.[207] 이러한 판례의 태도에 의하면 부부의 재산귀속관계는 재산법적 원리에 따라 결정하고, 혼인법적 고려를 하지 않는다. 따라서 부부 일방이 혼인중의 협력·기여(특히 처의 가사노동)를 통한 특정재산의 형성은 부부 재산의 귀속관계를 정함에 있어 고려하지 않게 된다.

그러나 별산제는 처의 무능력제도를 폐지함에 따라 당연히 처에게 그의 특유재산에 대한 관리권과 수익권을 부여한다는 의미를 갖고 있을 뿐이고, 부부재산의 귀속에 관한 특수한 혼인법적 규율을 하는 것이 아니기 때문에 대외적으로는 부부의 재산상의 독립과 평등이 실현되지만 처의 명의로 재산을 취득할 수 있는 기회를 보장하여 주지 않는 결과 가족 내부에서의 부부의 실질적인 평등은 확립되지 않는 문제점이 있다.

이러한 별산제의 문제점을 보완하기 위하여 등장한 것이 재산분할청구권인데, 이에 의하면 이혼시에는 명의여하를 불문하고 모든 재산을 청산의 대상으로 함으로써 부부의 실질적인 평등을 가능하게 하고 있다. 이와 같이 재산분할청구권은 특히

---

205) 김춘복, 전게논문, 111-114면 참조.

206) 서영배, "부부재산에 관한 연구",「경상대학교논문집 : 사회계편」제27차 제1호, 1988, 229-230면

207) 대판 1972. 7. 28, 91누10732; 대판 1986. 9. 9, 85다카1337; 대판 1986. 11. 25, 85누677.

별산제를 채택하고 있는 경우 그 의미가 매우 큰 것으로, 우리 민법이 제830조 및 831조에서 혼인 당사자가 자신의 특유재산을 독립적으로 사용·수익·처분할 수 있도록 하여 별산제를 기본으로 하고 있으므로 재산분할청구권제도는 그 존재가치가 매우 크다고 할 수 있다.[208]

2) 財産分割請求權과 夫婦別産制의 關係定立

재산분할청구권과 부부재산제의 관계에서 드러나는 현실적인 문제는 특히 "부부간 명의신탁" 사례에서 볼 수 있다. 부부간의 명의신탁이란 특정 부동산이 형식적으로는 부부 일방의 명의 등기되어 있지만, 실질적으로는 다른 일방 또는 쌍방이 그 부동산을 매수함에 있어 대가를 부담하고 취득한 것이 입증된 경우를 말한다. 부부사이의 혼인관계가 파탄에 이르러 혼인 생활 중 일방의 명의로 취득한 부동산의 소유권귀속에 관한 분쟁이 생긴 경우, 부부재산제에 관한 별산제를 엄격하게 취할수록 해당 재산은 부부일방의 소유에 속하게 되어 결국 재산분할이 인정될 여지도 좁아지고 재산분할의 비율 또한 그 만큼 줄어들 것이다.

부부간의 명의신탁사례에 대하여 해당 재산의 소유권귀속에 관한 학설은 ① 완전별산제로 하는 학설, ② 부부재산 공유의 추정을 확대하여 별산제를 완화하는 학설, 그리고 ③ 소득공유제로 해석하는 학설이 대립되고 있다.

부부간의 명의신탁을 완전별산제로 해석하는 학설은 대법원 판례[209]와 일본의 통설 및 판례로서 부부재산제를 완전히 재산법적인 제도로 이해하고 있다.[210] 즉, 민법 제830조 제1항에 의하면 부부의 일방이 혼인 전부터 가진 고유 재산과 혼인 중 가기의 명의로 취득한 재산은 그의 특유재산, 즉 그의 단독소유로 된다고 규정하고 있기 때문에 혼인 중의 부의 수입은 그 취득에 처의 공헌이 있다 하더라도 부와 처의 공유로 되지 않고 부의 단독소유에 속한다는 것이다. 한편 이혼시의 재산분할에 있어서는 부부 일방이 혼인 생활상의 협력·기여로 인하여 다른 일방이 취득·유지한 재산도 분할의 대상이 되는 바, 부부별산제와 재산분할제도의 관계에 관하여는 잠재적 지분설과 무관계설로 나뉘어지고 있다. 잠재적 지분설에 의하면 혼인

208) 이청조·박민자, 전게논문, 234면.
209) 대판 1986. 9. 9, 85다카1337.
210) 이청조·박민자, 전게논문, 235면.

중 부부의 일방이 그의 명의로 취득한 재산은 그의 단독소유이기는 하나 상대방의 협력이 있음으로써 취득할 수 있었던 것이어서, 상대방은 그 재산에 대하여 잠재적 지분을 갖기 때문에 이는 혼인해소시에 재산분할의 대상으로써 그 잠재적 지분의 반영이 인정된다고 하고 있다. 그러나 무관계설에 의하면, 재산분할청구권은 형평의 이념에 근거하여 정책적 배려에서 나온 법적 청구권이므로 부부재산제와 재산분할제도는 아무런 관계가 없다고 주장하고 있다.

그리고 부부재산의 공유추정을 확대하여 별산제를 완화하는 학설[211]은 한편으로는 민법의 법정재산제를 별산제로 해석하여 재산법적 성격을 인정하면서도, 다른 한편으로는 민법 제830조 2항에 규정된 공유추정에 특별한 사정이 없는 한 공유재산으로 추정을 받는다고 해석한다. 이 견해에 의하면 부부재산제와 재산분할제도의 관계를 무리 없이 설명하고, 양 제도에서 되도록 통일된 기준을 마련한다는 점에서는 이론적 장점이 인정되지만, 이 이론은 특정한 재산이 외부적으로는 단독소유로 표시되고 실질적으로는 공유인 사례와 동일하여 결론적으로 명의신탁의 법리로 설명할 수밖에 없는데, 그 결과 명의신탁해지청구(민사소송)와 재산분할 청구(가사비송)는 절차만 다를 뿐, 법적 성질 및 효과가 동일하게 되어 이는 우리나라의 법률체계와는 잘 맞지 않는다는 비판을 받고 있다.[212]

마지막으로 법정재산제를 소득공유제로 해석하는 학설[213]은, 부부재산제를 별산제로 해석하는 종전의 해석은 민법 개정으로 재산분할제도가 신설된 이상 소득공유제로 변경하여야 한다고 주장한다. 즉 재산분할에 관한 민법 제839조의 2 제2항의 "당사자 쌍방의 협력"으로 이룩한 재산의 개념에는 소득활동을 하지 않는 처의 육아와 가사활동도 포함되며, 이는 곧 부부재산제에 관한 제830조 제2항의 "부부의 누구에게 속한 것인지 분명하지 아니한 재산"으로 되어 부부의 공유재산이 된다고 해석한다. 결국 이 견해에 의하면 재산분할은 부부의 공유재산을 분할하는 공유물분할과 같은 취지로 해석하고 있다. 그러나 이 학설은 현행법의 해석론으로서는 무리라는 견해를 보이고 있다.[214]

---

211) 허만, "부부간의 명의신탁해지청구와 재산분할청구권의 관계", 「민사판례연구 XVII」, 박영사, 1995, 39면.

212) 허만, 전게논문, 39면.

213) 조미경, "혼인중 취득한 재산의 귀속", 「민법학의 회두와 전망」, 민법전시행30주년기념논문집, 한국사법행정학회, 1993, 894면 이하.

214) 허만, 전게논문, 42면 이하.

결론적으로 재산분할청구권은 혼인 중 형성된 부부재산귀속에 대하여 규정하고 있는 민법 제830조의 법정재산제도인 부부별산제의 결함을 보완하고 헌법상의 양성평등의 이념을 구체화한다는 취지에서 이혼배우자를 보호하기 위하여 신설된 제도이다. 이러한 제도적 취지를 출발할 때, 부부재산제를 완전별산제로 보는 학설은 부부 일방의 재산취득에 관한 상대방의 협력·기여를 부부재산의 귀속을 정함에 있어 고려하지 않고, 그 대신 이혼시의 재산분할에서 고려할 뿐이다. 그러나 이러한 견해는 민법의 문리해석에 충실하다고 볼 수 있지만, 부부재산의 귀속을 정함에 있어 혼인법적 요소를 전혀 고려하지 않고 있기 때문에 양성평등을 규정한 헌법정신에 부합한다고 보기 어렵다. 오히려 현행 법정재산제를 해석함에 있어 특유재산 추정의 번복 사유를 넓혀 별산제를 다소 완화하는 방향이 더 적합할 것으로 보인다. 이렇게 이해하는 경우에만 부부재산제와 재산분할제도가 통일적으로 기능하고, 특히 특정재산혼시 그 재산이 실질적으로 분할되는 결과를 가져올 것이기 때문이다.

제5장 結 論

부부별산제에서 문제가 되는 것은 전업주부에게 특별한 재산이 없는 경우에 전업주부는 혼인 중 재산을 상속 또는 증여받는 경우를 제외하고, 자신의 명의로 재산을 취득할 기회가 거의 없게 된다. 그런데 현행법에서는 부부가 혼인 중 상호간에 역할분담을 통한 협력에 의하여 취득한 재산일지라도 재산의 명의자(대부분 부)의 소유라고 규정하고 있다(제830조 제1항). 그러나 부부가 혼인 중 상호간에 협력하여 취득한 재산이 부 명의로 되어있을지라도 사실상 부의 명의의 재산 속에는 잠재적으로 '처의 가사노동'의 가치가 포함되어 있는 것이다. 이러한 경우에 법규에 얽매어 재산의 소유명의자에 따라 재산의 귀속관계를 정하는 것은 재산형성에 있어서 배우자(妻)의 실질적 기여가 평가되지 않을 뿐만 아니라 부부평등의 원칙에도 반한다.

따라서 부부가 혼인 중 쌍방의 협력을 통하여 취득한 재산은 재산의 취득명의자의 개인의 특유재산으로 볼 것이 아니라 재산의 취득명의에 관계없이 일단 부부공유재산에 준하여 처리하여야 한다고 행각한다. 왜냐하면 아직까지 우리나라의 국민정서상 또는 전술한 실태조사의 결과에 나타난 바와 같이 부부가 혼인 중 쌍방의 협력에 의하여 취득한 재산은 거의 부 명의로 등기하고 있기 때문이다. 그러므로 부부가 혼인 중 쌍방의 협력에 의하여 취득한 재산은 취득명의자의 단독 소유라기보다는 부부 쌍방의 협력의 산물이므로 부부 공유재산에 준하여 처리하는 것이 부부간의 양성평등의 원리에도 부합된다. 그리고 혼인 중 부부 각자의 재산은 특유재산과 공유재산으로 구분하되 특유재산의 범위는 혼인 전부터 소유한 고유재산이나 혼인 중 상속 혹은 증여받은 재산 등에 한정하는 것이 바람직 할 것이다. 왜냐하면 혼인기간이 장지간인 경우에 부부 상호간의 특유재산을 구분하여 소유하는 것이 어렵기 때문이다. 또한 혼인 중 부부 누구에게 귀속한 것인지 불분명한 재산은 부부 공유재산으로 취급하여 그 범위가 확대된다고 보아야 할 것이다. 결국 부부는 혼인공동체에서 '양성평등의 원리'에 따라 혼인공동체를 영위함에 있어서 동등하게 배려되어야 하기 때문에 부부가 혼인 중 자기명의로 재산을 취득하는 경우에도 재산의 명의자의 단독소유재산으로 볼 것이 아니라 재산의 소유명의에 관계없이 부부공유재산으로 추정하는 것이 타당하다고 생각된다.

그리고 이혼 시 재산분할 청구권은 아직까지 그 해석상의 문제와 운영상의 문제

를 배제할 수 없다고 여겨지지만 그러나 재산분할청구권은 전근대적인 가족법에서 벗어나 진정한 이혼의 자유를 보장하고 남녀의 재산적 지위의 평등을 규정하는 면에서 상당히 진일보한 것이라는데 그 의의가 있다 하겠다. 그러나 여전히 세계 이혼법의 수준에는 아직도 미흡한 편이며, 특히 부양적 요소가 현행민법에 규정되어 있지 않음으로 이를 재산분할청구권의 법적성질에 포함시키려는 노력이 필요하다.

그러나 앞서 살펴본 대로 재산분할청구권에 부양적 요소를 포함하는 경우 제도의 운용에 있어서 복잡하고도 난해한 해석을 할 수밖에 없어, 결국 재산분할청구권의 법적성질을 청산적 성질로만 보아야 법률관계가 명확해 진다는 것을 알 수 있다. 특히 재산분할청구권을 청산 및 부양적 요소로 보면, 채권자취소권 및 대위권과 상속의 문제, 그리고 분할재산의 과세여부를 설명하는데 있어 법률적 성질을 달리하는 것에 따라 이중적으로 해석하는 것을 피할 수 없는 것이다. 그러나 청산적 요소로 보면 비교적 간단하고 명확한 해석이 가능해 진다. 또한 현대의 이혼법의 추세가 법관의 광범위하고 자의적인 판결을 비판하고 있음을 비추어 볼 때 오히려 부양적인 요소를 더함으로써 법관의 재량권의 범위가 상당히 넓어지며, 그것은 결국 재산분할청구행사에 대한 결과의 예측가능성을 더욱 어렵게 하는 것이 된다. 즉 분할되어질 재산에 대한 재산적 가치의 산정이 어려워져, 분할되기 전까지 담보물권의 설정이나 제3자와가 채권, 채무관계에 있어서 그 관계가 더욱 복잡해질 것이다.

따라서 재산분할청구권의 합리적인 운영을 위해서는 그 법적성질이 청산적 성질로써 설명되어야 하며 부양적 요소는 배제되어야 함이 타당하다. 따라서 이혼후 경제적 능력이 없는 무책인 상대방에 대한 구제의 방법으로써 이혼후 배우자에 대한 부양청구권이라는 입법이 제기되어야 한다고 생각된다. 나아가 청산·부양·위자료 등의 3요소를 각각 규정하는 것이 보다 이상적이며 바람직한 방법이라고 생각되어진다.

끝으로 부부재산제와 재산분할청구권제도와의 관계는 별산제를 채택하고 있는 현행민법의 별산제에 대하여 근본적인 개정도 없이 재산분할청구권을 신설하였기 때문에, 혼인중의 당사자 일방의 특유재산에 대하여 이혼 시에는 그 재산을 부부의 실질적인 공유재산으로 법적구성을 하는 것이 타당하다고 여겨진다.

參 考 文 獻

▣ 國內文獻

곽윤직 편집대표.「민법주해(1)」. 박영사, 1996.

김용한. 「친족상속법론」. 박영사, 1984.

김주수. 「주석 민법(친족 1)」. 한국사법행정학회, 2003.

김주수. 「친족상속법」. 법문사, 2004.

박병호.「한국법제사」. 법문사, 1974.

———.「한국법제사고」. 법문사, 1974.

이화숙. 「비교 부부재산관계법」. 세창출판사, 2000.

정광현. 「한국가족법연구」. 서울대출판부, 1967.

한봉희. 「개정가족법론」. 대왕사, 1990.

법원행정처. 「법원실무제요(가사)」, 1994.

고창현. “부부재산제의 개정방향”. 「가족법의 제문제」. 법무부, 1984.

———. “신설된 재산분할청구권제도”. 「민사법학의 제문제」. 소봉 김용한교수화갑기념논문. 박영사, 1990.

김기태. “부부재산약정제 및 부부재산약정등기제도”. 「법조」, 2001. 7.

김병대. “부부재산제에 관한 연구”. 「사법행정」232호, 1980.

———. “부부재산제에 관한 연구”. 박사학위논문 조선대학교, 1980.

———. “부부재산제의 사적 고찰”. 「민법학의 회고와 전망」. 民法典施行三十周年紀念論文集. 한국민사법학회, 1993.

김상용. “부부재산제 개정을 위한 하나의 대안”. 「법조」통권554호, 2002. 11.

김수진. “부부별산제의 문제점 및 보완책”. 「시민과 변호사」, 2004. 11.

김애실. “가사노동의 경제적 가치 -서울지역의 주부를 대상으로 한 설문조사를 중심으로-”. 「여성연구」제3권 4호. 한국여성개발원, 1985.

김애실. “가사노동의 경제적 가치”. 「여성연구」제3권 제4호. 한국여성개발원, 1985.

김정익. “부부재산제에 관한 연구”. 석사학위논문 군산대학교, 1996.

김정희. “한국 주부의 가사노동의 경제적 가치평가와 GNP 비율추정”. 박사학위

논문 경북대학교, 1994.
김주수. “부부재산제에 관하여”. 「법조」 제10권 12호, 1961.
———. “유책배우자의 재산분할청구권과 재판애서 고려될 수 있는 기준”. 「판례월보」 278호, 1993. 11.
김춘복. “각국의 재산분할청구권에 대한 소고”. 「실무연구」 V. 서울가정법원, 1999.
박병호. “한국전통사회와 법”. 「법학」 제15호. 서울대학교, 1974.
서영배. “부부재산에 관한 연구”. 「경상대학교논문집 : 사회계편」 제27차 제1호, 1988.
신순자. “부부재산제도에 관한 연구”. 이대 김용제박사 회갑기념 논문집, 1978.
원용수. “우리나라 가족법상 부부재산제도의 문제점과 그 해결방안에 관한 연구-여성의 실질적인 지위향상을 위한 입법론적 고찰-”. 「아세아여성연구」 제31집. 숙명여자대학교 아세아여성문제연구소, 1992.
이강원. “부부재산계약”. 「가정법원사건의 제문제」. 재판자료 제101집. 법원도서관, 2003.
이 봉. “부부재산제를 통해 본 妻의 지위”. 「아세아 여성연구」 제15집. 숙명여대 아세아여성문제연구소, 1976.
이수경. “부부간의 계약취소권”. 「판례연구」 8집. 서울지방변호사회, 1995.
이승우. “부부재산계약”. 「가족법연구」 3호, 1988.
이청조・박민자. “재산분할청구권의 기초이론”. 「동아법학」 제32호.
이화숙. “부부의 재산관계에 관한 비교법적 연구”. 박사학위논문 연세대학교, 1988.
———. “부부재산제와 처의 가사노동에 대한 경제적 평가”. 「현대가족법과 가족정책」. 김주수교수회갑기념. 삼영사, 1988.
이희배. “부부간의 일상가사대리권의 범위”. 「한국민사법학의 현대적전개」. 연남배경숙교수 화갑기념논문집. 박영사, 1991.
장복임. “이혼에 따른 재산분할청구권”. 「실무연구」 Ⅶ. 서울가정법원, 2001.
정춘숙. “여성의 재산권과 부부재산공동명의제”. 「시민과 변호사」, 2004. 11.
조미경. “현행 법정부부재산제의 문제점”. 「고시계」 35권 7호 통권 401호, 1990.
———. “혼인중 취득한 재산의 귀속”. 「민법학의 회두와 전망」. 민법전시행30주년기념논문집. 한국사법행정학회, 1993.
조정호. “부부재산제의 개정에 관한 고찰”. 「사회과학연구」 제15집 제1권. 영남대학교, 1995.

최판섭. “재산분할청구권의 제도적 운용에 관한 연구”. 박사학위논문 청주대학교, 1995.
한봉희. “미국가족법학의 동향”. 「사법행정」, 1984. 8.
한삼인. “재판상 이혼에 관한 실증적 연구”. 박사학위논문 동국대학교, 1990.
허 만. “부부간의 명의신탁해지청구와 재산분할청구권의 관계”. 「민사판례연구 XVII」. 박영사, 1995.

▣ 外國文獻

大野博實. “フランスの家族法”. 「世界の家族法」. 敬文堂, 1991.
三島宗彦. “日常家事債務の連帶責任”. 「家族法大系 II」. 有斐閣, 1969.
中川善之助編. 「註釋親族法(上)」. 有斐閣, 1957.
青山道夫・有地亨 編. 「新版注釋民法(21)」. 有斐閣, 1989.

A. Kiralfy, English Law, Comparative Law of Matrimonial Property, Leiden, 1972.
Colomer, A Droit Civil Regimes Matrimoniaux, deuxieme ed., Paris: Litecm 1986.
Lawson/Anton/Brown, Introduction to French Law, Oxford: at the Clarendon Press, 1966.
B. Bergerfurth, Das Eherecht, Ftreibeg : Rudorf Haufe Verlag, 1984.
Baker, An Introduction to English Legal History, 1979.
Beitzke. G., Familienrecht, 22.Aufl., München : C.H.Beck, 1981.
C. Foote／R. Levy／F. Sander, Cases and Materials on Family Law (Boston and Toronto: Little Brown and Company, 1976.
Colomer, “The Modern French Law”, Comparative Law of Matrimonial Property, Leiden, 1972.
D. J. Freed/T.B. Walker, Family Law in the Fithy States : An Overview, Family Law Quarterly, vol. 18, Winter, 1985.
Frederick Pollock/Frederick William Maitland, History of English Legal History, 1979.
Glendon, State, Law and Family, North Holland Pub. Co., 1977.

Graue, German Law, Comparative Law of Matrimonial Property, Leiden, 1972.

Hermann Conrak, Deitsche Rechtsgeschichte, Karlsruhe: Verlag C.F. Muller, 1962.

James F. Traer, Marriage and the Family in Eighteenth-Century France, Ithaca and London: Cornell University Press, 1980.

J. H. Baker, An Introduction to English Legal History, London : Butterworth, 1979.

John Eekelaar, Family Law and Social Policy, 2nd ed., London: Weidenfeld and Nicolson, 1984.

M. Salmon, Women and the Law fo Property in early American, Capel Hill and London: The University of North Carolina Press, 1986.

Marylynn Salmon, Women and the Law of Property in early America, The University of North Carolina Press, 1986.

Mostyn F.E., Marriage and The Law, London : Oyze Pub. Ltd., 1976.

P. Duck Worth, Matrimonial Property and Finance, vol. 1, Longman, 1987.

P.M. Bromley, Family Law, 6th ed. London : Butterworths, 1981.

Ponasrd, Commentaire de al Loi. n. 65-57 du Juillet 1965, Portant reforme des regime matrimoniaux, D.S. 1966, L.n.p.116.

Rheinstein/Glendon, "Interspousal Relations," International Encyclopedia of Comparative Law, vol, 4, J.C.B. Mohr, 1980.

S.F. Kurtz, Family Estate Planning, Minnesota : West Pub. Co., 1982.

S.M. Cretney, Money after Divorce-the Mistakes we have Made?, Essays, in Family Law 1985, London: Stevens & sons, 1986.

W.S. Holdworth, A History of English Law, vol. 16, 1996.

William Blackstone, Commentaries on the Laws of England, vol. 4, 1916.