

부부재산계약에 관한 연구

-영국의 논의를 중심으로-

이 창 현*

차 례

- I. 서설
- II. 영국의 논의
 - 1. 서설
 - 2. 부부재산제도
 - 3. 이혼으로 인한 재산상 법률효과
 - 4. 부부재산계약(marital property agreement)
 - 5. 법개정위원회의 논의
 - 6. 소결
- III. 부부재산계약에 관한 입법론
 - 1. 서설
 - 2. 부부재산계약의 성립시기
 - 3. 부부재산계약의 대상
 - 4. 부부재산계약의 방식
 - 5. 부부재산계약에 관한 청구와 관할
- IV. 결론

* 서강대학교 법학전문대학원 부교수, 변호사.

접수일자 : 2016. 10. 26. / 심사일자 : 2016. 11. 21. / 게재확정일자 : 2016. 11. 30.

I. 서설

혼인은 일생의 공동생활을 목적으로 하여 부부의 실체를 이루는 신분상 계약으로서, 그 본질은 애정과 신뢰에 바탕을 둔 인격적 결합에 있다.¹⁾ 개인은 각자 자신의 재산을 보유하면서 독립된 생활을 하는데, 당사자들이 결혼을 하여 공동생활을 하게 되면 기존에 보유한 재산 및 장래 취득하게 될 재산의 귀속 및 관리에 관한 문제가 발생한다. 더 나아가 부부는 장래의 이혼에 대비하여 재산분할에 관한 여러 가지 사항, 자녀의 양육에 관한 사항도 부부재산계약을 통하여 규율할 수 있는 것이다. 이러한 요청에 대응하는 것이 민법 제829조의 부부재산계약이다. 그러나 동조는 부부재산계약의 체결시기를 혼인 전으로 한정하고 있어, 혼인 중 부부재산계약의 체결가능성을 원천적으로 봉쇄하고 있다. 부부는 혼인 중에 자유로운 의사로 부부재산계약을 체결할 수 없다고 보아야 하는 이유를 쉽사리 찾기 어렵다. 과거에는 부부재산계약이 거의 이용되지 않았는데, 이는 감정적이고 비타산적인 신분관계에서 재산계약을 체결하는 것이 국민정서상 맞지 않다는 점에 기인한다.²⁾ 그러나 사회현실의 변화로 인하여 부부재산계약을 통하여 적극적으로 재산관계를 규율하고자 하는 사람들이 늘어나고 있다.³⁾ 특히 헌법재판소의 간통죄 위헌판결을 통하여 부부간 성적 성실의무의 이행 및 여성 배우자의 보호가 민법상 구제수단을 통하여 달성될 것으로 예정되는 것이다.⁴⁾ 배우자의 성적 성실의무의 불

1) 대법원 2015. 9. 15. 선고 2013므568 전원합의체 판결.

2) 이경희, 가족법, 5정판, 법원사, 2006, 87면; 신영호, “한국부부재산제의 현상과 과제”, 「법학연구」 제17권 3호, 연세대 법학연구소, 2007. 9, 295면.

3) 결혼정보회사의 설문조사결과에 의하면 ① 혼전계약서의 필요성에 대하여 71%가 필요하다는 응답을 하였고, ② 혼인계약서의 작성 이유에 대하여는 혼인관계의 유지가 48.2%, 이혼대비가 21%, 신뢰확인이 14%, 미래에 대한 불안감이 12.4%로 집계되었으며, ③ 혼전계약서의 조항 중 가장 중요한 것이라는 질문에 대하여 재산(29.8%), 외도(24%), 출산·자녀양육(21%), 가사분담(15.2%), 부모부양(8.6%)의 순으로 응답되었다.

4) 헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2009헌바17 등 결정. 재판관 7인의 다수의견은 간통죄는 성적 자기결정권과 사생활의 자유를 과도하게 침해하는 것이며, 간통죄에 대한 형사처벌은 형사정책상 일반예방 및 특별예방의 효과를 거두기 어렵다고 평가하면서 부부간 성적 성실의무 및 여성 배우자의 보호는 간통한 배우자를 상대로 한 재판상 이혼청구(민법 제840조 제1호), 손해배상청구(민법 제843조, 제806조), 자의 양육, 면접

이행은 중국적으로 이혼이라는 결과를 초래할 수 있는데, 이혼으로 인한 법률관계의 해소 역시 민법상 구제수단을 통하여 달성되는 것이다. 이혼율이 높아지고 있는 현실에 있어 부부는 이혼에 대비하여 재산분할에 관한 여러 가지 사항을 미리 정할 필요가 다분하다. 그렇지 않으면 재산분할의 대상, 재산분할의 비율 등에 대한 복잡한 법원의 심리를 통하여 이혼으로 인한 재산상 효과가 확정되는 만큼 시간과 비용의 측면에서 상당한 불이익이 존재하게 된다. 결국 결혼을 하려는 자 또는 부부는 부부재산계약을 통하여 성적 성실의무의 이행을 담보하고 이혼으로 인한 재산분할 등을 자신의 수요에 맞게 결정할 수 있어야 한다. 부부재산계약을 통하여 혼인생활의 원만한 유지에 기여할 수 있고, 부정행위에 대한 민사적 제재를 통하여 위자료 및 재산분할에 있어 경제적 약자인 배우자의 지위가 좀 더 보호될 수 있을 것이다. 민법 제839조의2 제2항은 협의이혼시 재산분할에 관한 협의를 예정하고 있는데, 재판상 이혼의 경우에 재산분할의 협의가 적용되지 않을 가능성이 있다. 실제로 대법원은 재산분할의 협의를 조건부 의사표시로 보고 재판상 이혼에서는 그 효력을 부정한다.⁵⁾ 다른 한편으로 부부재산계약은 혼인관계가 지속되는 동안 발생하는 여러 가지 문제를 규율하는 특수성을 지니고 있어 중대한 사정변경으로 인하여 부부재산계약의 구속력을 제한할 필요성이 존재한다.⁶⁾ 결국 부부재산계약의 논의의 중심은 사적 자치의 보호와 경제적 약자의 보호에 대한 적정한 형량이라고 할 것이다.⁷⁾ 부부재산계약에 관한 논의는 해석론뿐만 아니라 입법론의 차원에서도 면밀하게 검토되어야 한다. 이와 관련하여 영국대법원은 2010년 부부재산계약을 이혼을 조장하고 혼인의 가치를 훼손한다는 이유로 그 효력을 부정한 판례를 변경하여 부부재산계약에 관한 사적 자치를 폭넓게 인정하였고, 법개정위원회(Law Commission)

교섭권의 제한·배제 등의 결정에서의 불이익 부여(민법 제837조, 837조의2), 재산분할 청구(민법 제839조의2) 등에 의하여 효과적으로 달성될 수 있다고 한다.

5) 대법원 1995. 10. 12. 선고 95다23156 판결; 대법원 2000. 10. 24. 선고 99다33458 판결; 대법원 2001. 5. 8. 선고 2000다58804 판결.

6) Scherpe, “Pre-nups, private autonomy and paternalism”, 69 *CLJ* 35, 37 (2010).

7) Dethloff, “Contracting in Family Law: A European Perspective”, in: Boele-Woelki, Miles, Scherpe(eds), *The Future of Family Property in Europe*, Intersentia Ltd, 2011, p. 68.

는 2014년 일생동안 영향을 미치는 부부재산계약의 신중한 체결을 위하여 여러 가지 방식의 준수를 제안하고 있다.⁸⁾ 따라서 영국의 상세한 논의를 참고하여 부부재산계약의 활성화를 위한 여러 가지 방안을 강구하는 것이 절실하다. 특히 본고에서는 이혼으로 인한 재산분할의 문제를 부부재산계약을 통하여 해결하는 부분을 중점적으로 다루고자 한다. 영국의 논의를 정확하게 이해하기 위해서는 영국의 부부재산제도, 이혼으로 인한 재산분할제도, 부부재산계약에 관한 판례의 변천 과정, 부부재산계약에 대한 입법론을 검토할 필요가 있다. 최근의 영국의 법상황을 참고하여 부부재산계약을 활성화하여 당사자의 사적 자치를 보장하면서도 경제적 약자인 배우자의 법적 지위의 보호에 만전을 기하는 방안을 구체적으로 모색하고자 한다.

II. 영국의 논의

1. 서설

영국 가족법의 최신 경향에 의하면 남녀평등이 실질적으로 전개되고 있으며,⁹⁾ 이혼법의 중심이 과거의 잘잘못을 따지는 것에서 각자 새로운 삶을 전개하기에 적합한 상황을 마련하는 것으로 이전하고 있다.¹⁰⁾ 이혼 사유와 관련하여 유책주의에서 파탄주의로 주된 기초가 변경되었다.¹¹⁾ 또한 성년보다는 스스로 자신을 돌보기 어려운 아동에 대한 관심이 점차 증대되어 가고 있는데, 이는 비교법적 경향과도 일치한다.¹²⁾

8) 법개정위원회(Law Commission)는 1965년 법개정위원회 법(Law Commissions Act 1965)에 의하여 설립된 독립기구로서 현행법의 타당성을 검토하고 개정이 필요한 부분에 대하여는 개정안을 도출하는 작업을 수행한다.

9) Bromley's *Family Law*, 11th. ed. Oxford University Press, 2015, pp. 4~5.

10) Bromley(주 9), p. 5.

11) Harris-Short/Miles/George, *Family law*, 3rd. ed. Oxford University Press, 2015, p. 306. 혼인관계가 돌이킬 수 없을 정도로 파탄되었다고 하여 곧바로 이혼이 허용되는 것이 아니라 추가 사실이 인정되어야 한다는 점에서 유책주의와 파탄주의가 병존하는 것으로 평가된다('mixed system').

2. 부부재산제도

보통법상 결혼으로 인하여 부인의 재산은 남편에게 귀속되었는데, 19세기 후반에 제정된 법률(Married Women's Property Act 1870 and 1882)에 의하여 별산제의 기틀이 마련되었다.¹³⁾ 그리하여 배우자는 각자 독립된 주체로서 재산을 소유하기에 이르렀다.¹⁴⁾ 영국법은 별산제를 엄격하게 관철하면서 유럽에서 통용되는 '공동재산제(community system)'를 거부하였는데, 법원은 이혼으로 인한 부대청구(ancillary relief)에 관하여 폭넓은 재량권을 행사하면서 별산제의 단점을 최소화하였다.¹⁵⁾ 이혼으로 인한 재산상 급부를 결정함에 있어 법원은 '공동재산(matrimonial property)'과 '특유재산(non-matrimonial property)'에 따라 규율을 달리한다.¹⁶⁾ 공동재산은 혼인 중 부부의 공동노력으로 이룩한 재산을 말하고, 특유재산은 혼인 전에 일방당사자가 취득하였거나 혼인 중 상속이나 증여를 통하여 취득한 재산을 말한다.¹⁷⁾ 그러나 주택은 일방 당사자가 취득하였다고 하더라도 혼인생활에 있어 중심적 역할을 하는 것이므로 공동재산으로 취급된다.¹⁸⁾ 특유재산은 원칙적으로 분할의 대상이 되지 않으나,¹⁹⁾ 배우자 및 자녀의 부양을 위하여 필요한 경우에는 예외적으로 특유재산도 분할의 대상이 될 수 있다. 특유재산의 청산과 관련하여서는 혼인기간이 매우 중요하다.²⁰⁾ 혼인기간이 증가함에 따라 부부가 보유하는 재산의 상호관련성이 높아지게 되므로 재산의 출처에 따라 구분하기는 점점 더 어려워진다.²¹⁾

12) Bromley(주 9), p. 6.

13) Miles, "Marital Agreements and Private Autonomy in England and Wales", in: Scherpe(ed.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, 2012, p. 90.

14) Miller; McFarlane [2006] UKHL 24, [123](per Lady Hale).

15) Miles(주 13), p. 91; Francis, "Pre-nuptial and post-nuptial Agreements in the UK(England and Wales)", in: Salter, Butruille-Cardew, Grant(eds.), *International Pre-Nuptial and Post-Nuptial Agreements*, Jordan Publishing Limited, 2011, p. 432.

16) Miller; McFarlane [2006] UKHL 24, [22](per Lord Nicholls).

17) Miller; McFarlane [2006] UKHL 24, [22](per Lord Nicholls).

18) Miller; McFarlane [2006] UKHL 24, [22](per Lord Nicholls).

19) Law Commission, *Matrimonial Property, Needs and Agreements*, Report, 2014, para. 2.26.

20) Miller; McFarlane [2006] UKHL 24, [23](per Lord Nicholls).

3. 이혼으로 인한 재산상 법률효과

(1) 개관

이혼을 원인으로 한 부대청구(ancillary relief)는 부부가 각자 보유하고 있는 자산과 소득을 정리하는 것을 내용으로 하는데, 이를 통하여 배우자가 동등한 조건하에서 독립적인 인생을 영위할 수 있는 기초를 제공받게 된다.²²⁾ 이는 크게 공동재산을 각자의 기여분에 따라 청산하는 것(equal sharing), 이혼 후의 생활을 일정한 정도로 보장하는 것(financial needs), 가정 내 역할 분담에 따라 경제활동을 포기하여 발생한 불이익을 보전해주는 것(compensation)으로 분류된다.²³⁾

(2) 재산분할의 비율

1) 합리적 요구 기준

법원은 이혼으로 인한 재산상 법률효과를 결정함에 있어 ‘합리적 요구 기준(reasonable requirements)’을 적용하여 왔다.²⁴⁾ 즉, 혼인 생활의 수준을 적용하여 합리적으로 가능한 범위에서 이혼을 원인으로 한 부대청구가 결정되어야 한다는 것이다. 배우자가 상당한 재력을 보유한 경우에는 합리적 요구 기준이 부대청구의 상한으로 작용하였다.²⁵⁾ 구체적으로 상대방 배우자의 재력이 아무리 상당하다고 하더라도 배우자의 재산분할의 액수가 1000만 파운드에서 1200만 파운드에 이르고, 특별한 기여가 인정되는 경우에는 1500만 파운드로 인정된다.²⁶⁾ 특히 고액 자산가의 이혼사건(big money cases)에서 ‘합리적 요구 기준’의 한계가 명확하게 드러난다.²⁷⁾

21) Miller; McFarlane [2006] UKHL 24, [148](per Lady Hale).

22) Miller; McFarlane [2006] UKHL 24, [144](per Lady Hale).

23) Dethloff(주 7), pp. 90~91에 의하면 대부분의 유럽 국가에서는 유책주의가 포기됨에 따라 이혼 후의 부양이라는 관점에서 혼인 중의 결정으로 인하여 불이익을 받은 배우자의 지위를 보장하는 것이 중요하게 고려된다고 한다.

24) Law Commission(주 19), para. 2.6.

25) Law Commission(주 19), para. 2.6.

26) Law Commission(주 19), para. 2.8.

2) White v White 판결

귀족원(House of Lords)은 White v White 판결을 통하여 합리적 요구 기준을 포기하기에 이르렀다.²⁸⁾ 부부가 농장경영을 통하여 상당한 재산을 축적한 사안에서 이혼으로 인한 재산(약 460만 파운드)의 분할이 문제되었다. 1심법원은 합리적 요구 기준에 따라 부인에게 80만 파운드(자산의 17%)의 지급을 명하였으나, 부인은 이에 대하여 항소하였다. 항소심법원은 150만 파운드(자산의 32%)로 증액하였다. 귀족원은 초기 농장의 구입 등에 대한 남편의 부친이 지원한 금액이 기여한 바가 크다고 보아 추가 증액은 타당하지 않다고 판단하면서 항소법원의 판결에 대한 쌍방의 상고를 모두 기각하였다.²⁹⁾ 대법관들은 일치하여 배우자의 합리적 필요를 충족하고도 충분한 자산이 남는 사안에서 잉여자산이 오로지 남편에게 귀속되어야 한다는 것은 타당하지 않다고 보았다.³⁰⁾ 형평에 부합하는 결론을 도출하기 위하여 성별 및 자신의 역할에 따른 차별이 있어서는 안 되는데, 평등한 분배라는 원칙에서 출발하여 특별한 사정이 있는 경우에는 차등을 두는 것이 가능하다.³¹⁾

3) 실무의 운용

실무상으로 재산분할의 비율이 Charman 사건에 대한 항소심 판결을 계기로 하여 균등추정의 원리가 채택되기에 이르렀고,³²⁾ 그 결과 원고에게 유리한 방향으로 입증책임이 분배되었다.³³⁾ 혼인기간, 자산의 출처, 특별

27) 40억 파운드의 자산가의 이혼으로 인한 부대청구가 문제된 Dart v Dart 사건에서 Gibson 판사는 14년간의 결혼생활과 자녀의 양육을 책임진 배우자에게 900만 파운드는 적은 금액이라고 평가하였다.

28) 2009년 10월 대법원(Supreme Court)이 설립되기 전까지 귀족원이 최종심의 역할을 수행하였다. Nicholls 대법관은 이 사건이 합리적 요구기준을 적용할 때 발생하는 불합리한 결과를 잘 보여주는 예라고 평가한다(White v White [2001] 1 AC 596, [45]).

29) White v White [2001] 1 AC 596, 612(per Lor Nicholls).

30) White v White [2001] 1 AC 596, [25].

31) White v White [2001] 1 AC 596, [24-25].

32) Charman v Charman [2007] EWCA Civ 503.

33) Francis(주 15), p. 440.

한 기여 등에 따라 대등분배에서 차등분배로 결정될 수 있을 것이며, 이 과정에서 부부재산계약의 역할이 커지게 된다.³⁴⁾ 자산이 부양적 측면을 충족하는 것에 그치는 통상적인 사안에서 부인이 자녀의 양육을 위하여 직업생활에 있어 불이익을 입은 경우에는 부인과 자녀의 양육을 보장하기 위하여 절반 이상의 재산이 분할된다.³⁵⁾ 특히 이혼 후 자립을 보장하기 위하여 경제적 약자에 대한 차등분배가 요청된다.³⁶⁾ 그러나 부양적 요소를 충족하고도 상당한 자산을 보유하는 사안에서는 균등분배가 보장되는 것은 아니다.³⁷⁾

4. 부부재산계약(marital property agreement)

(1) 서설

부부재산계약은 혼인 중 재산관계뿐만 아니라 이혼으로 인한 재산관계의 청산 등을 내용으로 한다. 부부재산계약은 그 성립시기에 따라 혼인 전에 이루어진 계약(*prenuptial agreement*), 혼인 중에 이루어진 계약(*postnuptial agreement*), 이혼에 임박하여 이루어지는 계약(*separation agreement*)으로 분류된다.³⁸⁾ 혼인관계의 영속성을 강조하는 전통적인 견해에 따라 전2자는 공서양속에 반하여 무효로 취급되었으나 후자는 유효한 것으로 취급되었다. 이혼에 임박하여 체결된 부부재산계약(*separation agreement*)은 이혼을 조장할 우려가 없다는 면에서 공서양속에 반하지 않는다고 하였다.³⁹⁾ 그러나 당사자는 합의를 통해서도 경제적 약자인 배우자와 자녀의 보호를 위한 법원의 재판권을 박탈할 수 없다.⁴⁰⁾ 특히 경제적 약자인 배우자와 자녀의 보호는 당사자의 이익뿐만 아니라 공익과도

34) Francis(주 15), p. 440.

35) Harris-Short/Miles/George(주 11), p. 477.

36) Miller; McFarlane [2006] UKHL 24, [144](per Lady Hale).

37) Douglas, *An Introduction to Family Law*, 2nd. ed. Oxford University Press, 2005, p. 199; Harris-Short/Miles/George(주 11), p. 478; Miles(주 13), p. 105.

38) Law Commission, *Marital Property Agreements*, A Consultation Paper, 2011, para. 3.1. 'separation agreement'는 우리법상 재산분할의 협의(민법 제839조의2 제2항)에 상응한다.

39) Law Commission(주 19), para. 4.7.

40) *Hyman v Hyman* [1929] AC 601, 614(per Lord Hailsham), 629(per Lord Atkin).

직결된 것이기 때문이다. 1973년 혼인관계법(Matrimonial Causes Act 1973) 제34조는 ‘부양합의(maintenance agreement)’의 효력이라는 표제로 그 효력을 인정하면서도 법원의 재판권을 박탈할 수 없음을 명확히 선언하였다.⁴¹⁾

(2) 부부재산계약의 효력

1) 전통적인 입장

전통적으로 장래의 이혼에 대비하여 재산상 급부를 규율하는 부부재산계약은 공서양속에 반한다고 보아 그 효력이 부정되어 왔다.⁴²⁾ 19세기의 판례들은 이혼을 염두에 두고 부부재산의 청산을 내용으로 하는 합의는 부부의 동거의무를 위태롭게 할 수 있으며, 이혼을 조장할 수 있다고 파악하였다.⁴³⁾ 이와 같은 맥락에서 부부재산계약은 지속적인 생활공동체의 구성이라는 혼인관계의 실질에 배치된다고 지적되었다.⁴⁴⁾ 더 나아가 혼전계약은 혼인관계가 지속되는 동안 발생하는 재산관계의 변화에 충실하게 대응할 수 없다고 한다.⁴⁵⁾

2) 최근의 발전양상

부부재산계약에 대한 입장이 우호적으로 변경된 이유는 이혼율이 급증한 현실에서 당사자의 사적 자치를 보장하고 예측가능성을 보장하는 것이 필요하다는 요청에 대응하기 위함이었다.⁴⁶⁾ 먼저 Macleod v Macleod 사건에 대한 추밀원 판결을 통하여 혼인 중 부부재산계약(postnuptial agreement)의 효력이 인정되었고, 결국 Radmacher v Granatino 사건에 대한

41) 전통적인 견해에 의하면 혼인관계법 제34조는 이혼에 임박하여 체결된 합의(separation agreement)에 한하여 적용된다고 보았고, 혼인 중에 체결된 계약(postnuptial agreement)에 대하여는 동조가 적용되지 않는다고 한다.

42) Law Commission(주 38), para. 3.17.

43) Cocksedge v Cocksedge (1844) 14 Sim 244; Cartwright v Cartwright (1853) 3 de GM & G 982.

44) N v N [1999] 2 FLR 745, 752(per Wall J.).

45) Law Commission(주 38), para. 3.23.

46) Law Commission(주 38), para. 3.32.

대법원의 판결을 통하여 부부재산계약이 그 성립시기를 구분하지 않고 일반적으로 그 효력이 인정받기에 이르렀다.

가. Macleod v Macleod

Macleod v Macleod 사건에서 혼전계약을 실질적으로 변경하여 날인증서로 체결한 혼인 중 계약이 효력이 문제되었다.⁴⁷⁾ 미국 국적의 부부는 1994년 플로리다 주에서 결혼하였고, 부부의 재산은 상당한 차이가 있었으며, 5명의 자녀가 있었다. 부인은 혼인 중 계약과 달리 이혼으로 인한 재산분할을 청구하였다. 1심 법원은 부인이 법적 조언을 받고 자유로운 의사로 부부재산계약을 날인증서로 변경한 이상 그 취지에 따라 이혼으로 인한 부대청구를 결정하였고, 이에 대하여 쌍방이 상고하였으나, 맨섬(Isle of Man) 대법원은 상고를 기각하였고, 남편은 추밀원(Privy Council)에 상고하였다.⁴⁸⁾ 추밀원은 혼인 전 부부재산계약과 혼인 중 부부재산계약은 본질적 차이가 있다고 판단하였다.⁴⁹⁾ ① 혼인 전 부부재산계약은 공서양속에 반하여 무효라는 확고한 법원칙의 폐기는 법원이 아니라 의회를 통해 이루어져야 하므로 법원의 판결을 통하여 그 효력을 부인할 수 없으나, ② 동거의무를 법적으로 강제할 수 없는 상황에서 부부가 장래의 이혼을 염두에 두고 자유롭게 체결한 혼인 중 부부재산계약은 공서양속에 반한다고 보기 어렵다고 보아 그 효력을 인정하였다. 특히 혼인 중 부부재산계약은 혼인 전 부부재산계약과는 달리 결혼의 대가로 체결된 것이 아니므로 압박을 받는 상황에서 당사자가 부부재산계약을 체결한 것은 아니라고 한다.⁵⁰⁾

47) Macleod v Macleod [2008] UKPC 64, [2010] AC 298, para. 1(per Lady Hale).

48) 추밀원은 영연방 국가의 최종심 판결에 대한 상고사건을 담당하는데, 재판부는 영국 대법관과 영국이나 영연방의 고위 법관으로 구성된다{Miles(주 13), 102}.

49) Macleod v Macleod [2008] UKPC 64, [2010] 1 AC 298, 299. 추밀원의 판례는 영국법원을 구속하지 않으나, 상당한 법적 권위가 인정된다{Law Commission(주 38), para. 3.36}.

50) Macleod v Macleod [2008] UKPC 64, [2010] AC 298, para. 36(per Lady Hale).

나. Radmacher v Granatino

Radmacher는 독일 거부의 상속녀였고, Granatino는 12만 파운드의 연봉을 받는 투자은행가였다. 그들은 약혼하기로 하고 Radmacher의 부친이 상속재산을 남편으로부터 보호하기 위하여 혼전계약의 체결을 요구하여 독일어로 된 혼전계약을 체결하였다. 동 계약에 의하면 각자 자신의 재산을 보유하고 이혼에 따른 재산상 급부를 상호 포기하고 상속재산에 대한 권리를 주장할 수 없다. 공증인은 혼전계약서를 작성하고 그 내용을 당사자에게 설명하였는데, Granatino는 법적 조언을 받지도 않았고 불어번역본을 요구하지도 않았다. 그들은 1998년 10월경에 영국에서 결혼하였고, Radmacher의 부친은 엄청난 재산을 Radmacher에게 증여하였다. Granatino가 은행가로서의 직업을 포기하고 박사학위취득을 위한 학업을 수행하기에 이르렀는데, 불행하게도 2006년도에 혼인이 파탄되었고, 2007년에 이혼이 성립되었다. 부인이 3명의 자녀를 양육하며, 부인의 재산은 당시 약 1억 파운드에 달하였다. Granatino는 혼전계약서에도 불구하고 이혼으로 인한 재산상 급부로 약 690만 파운드를 법원에 청구하였다.⁵¹⁾ 1심 법원은 남편이 부인의 자산 규모를 정확히 알지 못했고 독립된 법적 조언을 받지 못했다는 점에서 하자가 있고 부인에 대한 모든 청구를 포기한다는 것은 현저하게 부당하다고 보아 혼전계약의 효력을 부정하면서 이혼으로 인한 부대청구로 556만 파운드의 지급을 명하였다.⁵²⁾ 항소심 법원은 Granatino가 자신의 결정으로 독립적 법적 조언을 받지 않고 자산의 공개를 요청하지 않았으므로 혼전계약이 무효라고 보기 어렵고 그러한 점에서 1심 법원의 판결은 혼전계약의 효력에 배치된다고 판단하였다. 항소심 법원은 막내가 22세가 되는 시점(약 15년 동안)을 기준으로 하여 주택을 Radmacher에게 이전하고, 약 15년 동안의 부양료로 911,000 파운드의 지급을 명하였다. 항소심 법원은 혼전계약에서 자녀에 관한 부분이 고려되지 않았으므로 Granatino가 아버지의 역할을 수행하는데 필요한 부대청구

51) 그는 런던에서의 주거비용, 채무의 청산, 부양료로 약 690만 파운드를 청구하였다.

52) 주거구입비용으로 250만 파운드, 채무청산으로 70만 파운드, 여생동안의 부양료로 2,335,000 파운드, 차량구입비용으로 25,000 파운드 포함 556만 파운드가 인정되었다.

를 인용한 것이다.⁵³⁾ 대법원은 부부재산계약의 효력을 그 성립시기를 구분하지 않고 그 효력을 긍정하였고, Granatino의 부양이라는 요소는 부부재산계약의 효력을 부정할 만한 사유가 되지 못한다고 하면서 Granatino의 상고를 기각하였다.⁵⁴⁾ 다수의견은 장래의 이혼에 대비하여 체결한 부부재산계약이 공서양속에 배치되는 것은 현실과 동떨어진 것이며, 자유의사로 체결된 부부재산계약의 효력은 특별한 사정이 없는 한 존중되어야 한다고 판시하였다.⁵⁵⁾ 부부재산계약의 효력을 긍정하는 근거는 사적 자치에 대한 존중이며, 법원이 가장 잘 안다는 점을 들어 계약의 효력 자체를 부정하는 것은 후견적 발상이다.⁵⁶⁾ 혼인 전 계약과 혼인 중 계약을 다르게 취급할 본질적 차이가 존재하지 않는다.⁵⁷⁾ 다만 미성년자의 합리적 필요를 적절하게 고려하지 않거나 계약체결 당시 예상하지 못한 사정의 변경으로 인하여 불합리가 발생하거나 일방 배우자를 경제적으로 곤궁에 처하게 되는 경우에는 부부재산계약의 효력이 부정될 수 있다.⁵⁸⁾ 부부재산계약의 효력에 영향을 미치는 중요한 사정으로는 재산의 공개, 계약의 효력 등에 대한 법적 조언 등이 있다.⁵⁹⁾ 부부재산계약의 내용적 공정성을 결정하는 세 가지 측면은 ‘부양(needs)’, ‘보상(compensation)’, ‘청산(sharing)’이므로 이러한 측면이 적절하게 고려되어야 내용적 정당성이 긍정된다.⁶⁰⁾ Granatino는 상당한 재산취득능력을 갖추고 있으므로 부양이라는 요소를 무겁게 고려할 사정이 아니고 가족이 아니라 자신을 위하여 직장을 포기하고 학업을 선택한 것이므로 보상적 요소는 고려할 필요가 없고, 특유재산에 대한 청산적 요소도 고려할 필요가 없다는 점을 종합적

53) Montague, “Family law: divorce-ancillary relief-pre-nuptial agreements”, *Cov. L.J.* 15(2), 49, 50 (2010).

54) *Radmacher v Granatino* [2010] UKSC 42, [2011] 1 AC 534.

55) *Radmacher v Granatino* [2010] UKSC 42, [2011] 1 AC 534, 535. Phillips 대법관이 다수의견을 집필하였고 7명의 대법관이 동조하였고, Hale 대법관은 반대의견을 개진하였다.

56) *Radmacher v Granatino* [2010] UKSC 42, [2011] 1 AC 534, para. 78(Lord Phillips).

57) *Radmacher v Granatino* [2010] UKSC 42, [2011] 1 AC 534, 535.

58) *Radmacher v Granatino* [2010] UKSC 42, [2011] 1 AC 534, 535.

59) *Radmacher v Granatino* [2010] UKSC 42, [2011] 1 AC 534, para. 69(Lord Phillips).

60) Law Commission(주 38), para. 3.53.

으로 본다면 부부재산계약에 일정한 효력을 부여하는 것은 부당하지 않다.⁶¹⁾ 이에 반하여 반대의견은 혼인 전 부부재산계약이 유효라고 보기 어렵고, 혼인 중 부부재산계약과 중요한 차이가 있다고 판단하였다.⁶²⁾ 부부재산계약은 매우 복잡한 양상을 띠고 있으므로 법의 변경은 법원이 아니라 의회를 통하여 이루어져야 한다.⁶³⁾ 부부재산계약은 경제적 약자인 배우자의 권리를 제한하기 위하여 종종 사용되었다고 지적한다.⁶⁴⁾

3) 소결

Radmacher v Granatino 사건에 대한 대법원의 판결로 인하여 부부재산계약의 효력이 부부재산계약의 체결시기를 구분하지 않고 일반적으로 긍정되면서 당사자의 사적 자치가 개입할 여지가 커졌다. 부부재산계약은 부부가 보유하는 재산의 차등분배를 정당화할 수 있으며, 특히 특유재산에 대한 타방배우자의 권리를 부정하는 부부재산계약의 효력이 인정될 여지가 있다.⁶⁵⁾ 상당한 자산을 보유한 부부의 이혼사건에서 부부재산계약의 효력이 유지될 가능성이 높고, 통상적인 사안에서는 경제적 약자의 보호를 위하여 부부재산계약의 효력이 부인될 가능성이 높다.⁶⁶⁾ 다른 한편으로 사적 자치의 한계로서 경제적 약자의 보호를 위한 법원의 역할이 점점 중요해지고 있다.⁶⁷⁾ 특히 경제적 약자의 보호와 밀접한 관련을 맺는 부양과 보상의 요소에 대한 법원의 심사는 엄격하게 진행된다.⁶⁸⁾

61) Radmacher v Granatino [2010] UKSC 42, [2011] 1 AC 534, paras. 118~123(Lord Phillips).
62) Radmacher v Granatino [2010] UKSC 42, para. 138(per Lady Hale).
63) Radmacher v Granatino [2010] UKSC 42, paras. 134~135(per Lady Hale). 8명의 남성대법관과 1명의 여성대법관으로 이루어진 대법원 전원합의체는 성차별적 요소를 담고 있는 복잡한 문제를 다루기에 적합하지 않다고 한다.
64) Radmacher v Granatino [2010] UKSC 42, [2011] 1 AC 534, para. 137(per Lady Hale).
65) Herring/Harris/George, “Ante-nuptial agreements: fairness, equality and presumptions”, 127 *LQR* 335, 337 (2011).
66) Francis(주 15), p. 432.
67) Sanders, “Private Autonomy and Marital Property Agreements”, 59 *ICLQ* 571, 591 (2010).
68) Scherpe(주 6), p. 31; Scherpe, “Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective”, in: Scherpe(ed.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, 2012, p. 510.

5. 법개정위원회의 논의

(1) 부부재산계약의 효력 긍정

법개정위원회는 법의 발전과 사회 환경의 변화를 고려할 때 부부재산계약이 이혼을 조장하며 결혼의 가치를 훼손할 수 있다는 논거는 시대에 동떨어진 것으로 받아들이기 어렵다고 판단하였다.⁶⁹⁾ 부부재산계약은 당사자의 사적 자치를 고양시키며, 재산분할 등 결과에 대한 예측가능성을 제고하고, 비싼 법률비용을 줄일 수 있다.⁷⁰⁾ 특히 배우자와 자녀의 부양의 요구를 충족하고도 남는 자산이 존재하는 경우에 당사자는 부부재산계약을 통하여 자신의 수요를 충족시킬 수 있다.⁷¹⁾

(2) 부부재산계약의 방식 규정의 도입 여부

현행법상 이혼에 임박하게 체결된 부부재산계약(separation agreement: maintenance agreement)에 한하여 서면방식이 요구될 뿐이다.⁷²⁾ 부부재산계약의 효력을 긍정할 경우에 경제적 약자의 이익을 보장하기 위하여 방식규정을 도입할 것인지가 문제된다.⁷³⁾ 비교법적으로 보면 부부재산계약에 대하여는 다양한 내용의 방식규정이 존재한다.⁷⁴⁾ 법개정위원회는 법률을 통하여 부부재산계약의 요건을 명확하게 규정할 것을 권고하였다.⁷⁵⁾ 부부재산계약의 요건은 ① 계약의 일반적 유효요건(contractual validity), ② 계

69) Law Commission(주 19), para. 4.28.

70) Law Commission(주 19), paras. 5.28~5.35.

71) Law Commission(주 19), para. 5.4.

72) Matrimonial Causes Act 1973, s 34. 독립된 법적 조언, 공증, 자산의 공개 등은 요구되지 않는다.

73) 정부는 1998년에 경제적 약자와 자녀의 이익을 보호하기 위하여 부부재산계약에 관한 6가지 요건(자녀가 있는 경우, 계약의 일반적 유효요건의 충족, 독립적 법적 조언, 계약의 이행이 현저한 불공정을 초래하는 경우, 자산의 완전한 공개, 결혼의 성립일로부터 21일 이전에 체결된 계약)을 제시한 바 있다(Home Office, *Supporting families: a consultation document*, 1998, para. 4.23).

74) Scherpe(주 68), p. 491. 공증서류를 요구하는 나라(독일, 네덜란드, 벨기에, 프랑스)와 서명된 문서를 요구하는 나라(호주, 뉴질랜드, 미국의 여러 주)가 있다.

75) Law Commission(주 19), para. 5.40.

약서에 대한 서명 요건(execution), ③ 계약체결시점에 관한 요건(timing), ④ 자산 공개 요건(disclosure), ⑤ 독립된 법적 조언에 대한 요건(independent legal advice)으로 세분된다.⁷⁶⁾

(3) 방식 요건의 구체적 고찰

1) 계약의 일반적 유효요건(contractual validity)

부부재산계약도 계약의 일반적 유효요건을 갖추어야 한다.⁷⁷⁾ 계약의 유효요건은 계약법상 일반적으로 요구되는 요건으로 의사의 합치(agreement), 약인(consideration), 법률상 의무를 발생시키려는 의사(intention to create legal relations)이다.⁷⁸⁾ 착오, 강박, 중대한 사정변경으로 인한 계약이 무효로 될 수 있다.⁷⁹⁾

2) 계약서에 대한 서명 요건(execution)

계약서는 서면으로 작성되어야 하고, 양당사자는 증인이 보는 자리에서 계약서에 서명하여야 한다(signed writing or deed).⁸⁰⁾

3) 계약체결시점에 관한 요건(timing)

혼전계약의 경우 결혼식을 거행한 날로부터 28일 전에 혼전계약이 체결되어야 한다.⁸¹⁾ 당사자가 결혼식에 임박할수록 계약체결이 강제되기 때문에 계약체결시점에 관한 요건을 통하여 당사자에게 계약체결의 자유를 보장하기 위한 것이다.⁸²⁾ 실무상으로도 결혼식을 거행한 날로부터 3주 전에 혼전계약이 체결된다.⁸³⁾ 계약체결시점요건을 통하여 보호하고자 하는

76) Law Commission(주 19), para. 6.3.

77) Law Commission(주 19), para. 6.6.

78) Law Commission(주 19), para. 6.7.

79) Law Commission(주 19), para. 6.7.

80) Law Commission(주 19), para. 6.40.

81) Law Commission(주 19), para. 6.67.

82) Law Commission(주 19), para. 6.44; Scherpe(주 68), pp. 498-499.

83) Law Commission(주 19), para. 6.43.

이익은 독립적 법적 조언이라는 요건을 통하여 달성될 수 있다는 지적이 유력하다.⁸⁴⁾

4) 자산 공개 요건(disclosure)

부부재산계약의 체결에 있어 당사자의 재산관계는 필수적 고려사항이어서 자산의 공개가 요구된다.⁸⁵⁾ 법개정위원회는 재산에 대한 ‘실질적인 공개(material disclosure)’를 요구한다.⁸⁶⁾ 합리적으로 판단할 때 부부재산계약의 체결에 있어 중요한 사항이 공개되어야 한다.⁸⁷⁾ ‘재산관계를 모두 공개하는 것(full disclosure)’은 실현가능성이 없고, 더 나아가 사소한 사항을 공개하지 않은 당사자에게 가혹할 수 있다.⁸⁸⁾ 당사자가 임의로 자산공개요건을 포기할 수 없다.⁸⁹⁾ 특히 자산공개요건의 포기를 허용하는 방안은 포기가 적법한지에 대한 복잡한 문제가 발생하므로 채택되지 않았다.

5) 독립된 법적 조언에 대한 요건(independent legal advice)

부부에게 오랜 기간 동안 영향을 미치는 부부재산계약의 체결에 있어 법적 조언은 필수적이다.⁹⁰⁾ 양 당사자는 각기 다른 변호사로부터 독립된 법적 조언을 받아야 하고, 이러한 점은 변호사의 서명이 담긴 서면으로 확인되어야 한다.⁹¹⁾ 법률비용의 절약을 위하여 동일한 변호사로부터 부부가 법적 조언을 받는 것은 이익충돌의 문제가 있어 허용되지 않는다.⁹²⁾

84) Scherpe(주 68), p. 499.

85) Law Commission(주 19), para. 6.69.

86) Law Commission(주 19), para. 6.91.

87) Law Commission(주 19), para. 6.93.

88) Law Commission(주 19), para. 6.77.

89) Law Commission(주 19), para. 6.103.

90) Law Commission(주 19), para. 6.124.

91) Law Commission(주 19), paras. 6.125, 6.145, 6.159.

92) Law Commission(주 19), para. 6.158.

(4) 유형론적 고찰

법개정위원회는 부부재산계약이 사용될 수 있는 전형적인 사안유형을 제시하고 검토의견을 제시하였다.

1) 특유재산을 제외할 필요가 있는 경우

30대 초반의 부부는 고액 연봉을 받는 전문가였고, 주택은 부모의 도움으로 마련되었다. 부부는 각기 부모로부터 상당한 재산을 증여받거나 상속받을 예정이었다. 특유재산의 인정 여부에 대하여는 법원의 재량이 인정되는바, 불확실성을 제거하기 위하여 부부재산계약을 통하여 청산의 대상에서 제외할 수 있다.⁹³⁾ 그러나 배우자나 자녀의 부양을 보장하지 않는 부부재산계약의 효력은 인정되기 어렵다. 배우자가 전문가로서 상당한 수입을 올리고 있으며 상당한 재산을 물려받을 예정이라면, 배우자의 자립가능성이 매우 높으므로 배우자에 대한 부양이 특별하게 고려될 여지가 적다.

2) 특정재산을 보호할 필요가 있는 경우

2명의 자녀와 함께 살고 있는 주택을 보유하고 있는 60대의 여자는 58세의 남자와 결혼을 하려고 한다. 두 사람은 모두 상당한 정도의 예금과 연금을 보유하고 있으며 직장을 가지고 있다. 여자는 자신이 보유하고 있는 주택을 이혼으로 인한 재산분할의 대상에서 제외하고 자녀들에게 이 전하고자 하였고, 약혼자인 남자도 이에 동의하였다. 주택을 재산분할의 대상에서 제외하는 것으로 부부재산계약을 체결한다면 당사자들의 목적이 달성될 수 있다.⁹⁴⁾ 양 당사자가 각기 일정한 소득과 연금을 보유하고 있어 부양에 대한 특별한 고려가 필요하지 않아서 재산분할에 대한 부부재산계약은 유효로 인정된다.⁹⁵⁾

93) Law Commission(주 19), para. 7.12.

94) Law Commission(주 19), para. 7.18.

95) Law Commission(주 19), para. 7.20.

3) 재력있는 배우자사이에서 완전청산이 필요한 경우

40대의 남녀는 100만 파운드 이상의 연봉을 받는 잘 나가는 펀드매니저이고, 남자는 1300만 파운드의 재산, 여자는 500만 파운드의 재산을 보유하고 있다. 결혼 하고 자녀를 낳을 계획이 없으며 부모로부터 재산을 물려받을 상황이 아니라면 배우자 상호간에 각자 보유하는 재산에 대한 사적 자치가 넓게 보장된다. 부부재산계약을 통하여 스스로 자립하고 상대방으로부터 부양을 받지 않기로 약정할 수 있다. 부양에 관한 당사자의 합의가 부당하지 않다면, 법원은 부부재산계약의 효력을 긍정하여야 한다.⁹⁶⁾

4) 경제적 약자인 배우자의 부양이 필요한 경우

36세의 남성은 2000만 파운드의 신탁재산의 제1수익자이고 넓은 평수의 아파트를 보유하고 있으나, 31세의 여성은 4만 파운드의 연봉 외에 별다른 재산을 보유하지 못하고 있다. 부부는 입양이나 대리모계약을 통하여 자녀를 둘 예정이다. 부부재산계약을 통하여 부양의 정도와 기간을 정한다면 예측가능성이 높아질 것이다.⁹⁷⁾ 특히 남성은 부부재산계약에 여성의 재혼시 정기금의 지급을 중지할 수 있는 조항을 삽입할 수 있다. 자녀의 출생 등 사정 변경이 발생할 경우 부부재산계약을 변경할 수 있는 조항도 삽입할 수 있다.⁹⁸⁾

6. 소결

영국은 재판상 이혼에 관하여 유책주의를 고수하다가 파탄주의를 주된 기조로 삼기 시작하였고, 배우자의 유책성에 입각하여 이혼으로 인한 재산상 급부를 결정하는 것을 삼갔다. 이혼으로 인한 재산상 급부의 결정에 있어서 경제적 약자인 배우자 및 자녀의 생활수준을 보장하기 위한 부양, 배우자가 직업 활동을 포기하고 가사를 전담하여 발생하는 불이익을 전

96) Law Commission(주 19), para. 7.26.

97) Law Commission(주 19), para. 7.29.

98) Law Commission(주 19), para. 7.33.

보하는 보상, 부부공동재산의 유지 및 증가에 기여한 몫을 돌려주는 청산이라는 요소가 고려된다. 청산과 관련하여서는 공동재산과 특유재산이 구분되는데, 증여나 상속을 통하여 일방 배우자가 취득한 재산은 특유재산으로 취급되어 원칙적으로 분할의 대상이 되지 않는다. 다만 특유재산이라고 하더라도 경제적 약자인 배우자와 자녀의 부양을 위하여 필요한 경우에는 분할의 대상이 될 수 있다. 이혼으로 인한 재산상 급부의 결정에 있어 혼인 생활의 수준을 고려하는 합리적 요구기준이 적용되다가 White 사건에 대한 귀족원의 판결을 계기로 하여 배우자의 가사전담의 의미와 남녀평등의 이념이 무겁게 고려되어 경제적 약자인 배우자에게 인정되는 급부액이 상당히 상향조정되었다. 영국법상 부부재산계약은 일생동안 지속되는 인적 결합체인 혼인의 관념에 배치되고 이혼을 조장한다는 이유로 그 효력이 부정되어 왔으나, Granatino 사건에 대한 대법원 판결을 계기로 하여 부부재산계약의 효력이 일반적으로 긍정되기에 이르렀다. 이로써 당사자들은 부부재산계약을 통하여 자신이 원하는 바에 따라 이혼으로 인한 재산상 급부를 결정할 수 있게 되었고, 그로 인하여 결과에 대한 예측가능성이 제고되었고 법률비용이 감소되기에 이르렀다. 그러나 경제적 약자인 배우자 및 자녀의 보호는 중대한 공적 이익과 관련되어 있으므로 이에 대한 법원의 심사권을 당사자의 합의로 박탈할 수는 없다.

Ⅲ. 부부재산계약에 관한 입법론

1. 서설

부부재산계약은 일생 동안 지속되며 다양한 내용의 법률관계를 규율하는 특수성을 지니고 있다.⁹⁹⁾ 부부재산계약은 경제적 약자인 배우자를 보호하고 이혼시 원만한 재산분할협의를 이끌어낼 수 있다는 점에서 혼인 공동체의 보호에 상당한 긍정적 기능을 수행할 수 있다.¹⁰⁰⁾ 종전에는 부

99) Radmacher v Granatino [2010] UKSC 42, para. 73(per Rix LJ).

100) Dethloff(주 7), p. 85; 이강원, “부부재산계약”, 『재판자료』 101집, 법원행정처, 2003, 55면.

부재산계약이 잘 이용되지 않았으나, 혼인파탄으로 인한 상대방배우자에 대한 형사적 제재의 약화, 재산분할심리의 어려움 등으로 인하여 혼인공동체의 보호 및 혼인의 해소로 인한 경제적 약자의 보호의 관점에서 부부재산계약의 수요가 증대되고 있다. 그러나 부부재산계약 체결 당시에 예상하지 못한 사정의 변경에 대하여 적절하게 대처하지 못할 위험이 있고, 당사자간의 지위의 불균형으로 인하여 불공정한 계약이 체결될 위험이 크다는 역기능도 존재한다. 다른 한편으로 부부재산계약의 당사자는 혼인관계가 파탄될 가능성 자체를 폄하하여 신중하게 부부재산계약을 체결할 가능성이 낮은 측면도 있다.¹⁰¹⁾ 따라서 부부재산계약의 특수성을 감안하여 사적 자치를 보장하면서도 경제적 약자에 대한 후견적 기능이 제대로 작동할 수 있도록 해석론과 입법론이 전개되어야 한다. 그리하여 순기능을 극대화하고 역기능을 최소화하기 위하여 유력설은 부부재산계약에 관한 표준안을 마련하자고 제안하기도 한다.¹⁰²⁾ 부부재산계약은 일반계약과는 달리 일생의 공동생활을 영위하려는 당사자 사이에서 상호 신뢰와 애정이라는 기초위에서 정서적인 측면과 경제적인 측면이 아우러진 복합적인 관계가 정립되는 특수성을 지닌다.¹⁰³⁾ 특히 혼인은 시간이 경과함에 따라 다양한 사태(아이의 출생, 실업, 질병 등)가 발생하는 동적인 관계이며, 부부재산계약의 당사자는 과도한 낙관주의에 빠져 불리한 조항에 대한 의미를 숙고하지 않을 가능성이 높다.¹⁰⁴⁾ 따라서 경제적 약자의 보호 및 사정변경에 적절한 대응의 필요라는 관점에서 사적 자치의 한계가 명확하게 인식되어야 한다.¹⁰⁵⁾ 이러한 맥락에서 가정법원의 후견적 기

101) Sanders(주 67), p. 597에 의하면 부부재산계약을 체결하는 당사자는 비현실적인 낙관주의에 빠지기 쉽다고 한다.

102) 전경근, “현행 민법상 부부재산제의 문제점과 개선방안”, 「가족법연구」 제19권 1호, 한국가족법학회, 2005. 3, 183~184면; 전경근, “부부재산제 개정안에 관한 연구”, 「가족법연구」 제20권 3호, 한국가족법학회, 2006. 11, 50면. 실제로 한국 여성의 진화 연합은 부부재산약정의 표준안을 제시하고 있다(여성의 경제적 평등을 위한 활동가 가이드북, 2005, 26면).

103) Dethloff(주 7), pp. 85~86.

104) Bix, “The ALI Principles and Agreements: Seeking a Balance between Status and Contract”, in: Wilson(ed.), *Reconceiving the Family*, Cambridge University Press, 2006, p. 375; Dethloff(주 7), pp. 86~87.

105) Bix(주 104), p. 379.

능이 보다 강조되어야 하고, 부부재산계약에 관한 청구는 가정법원의 전속관할로 처리되는 것이 타당하다.

2. 부부재산계약의 성립시기

우리나라는 부부재산계약의 체결에 혼인전이라는 시기적 제한을 두는 입장을 취하는데, 이는 연혁적으로 프랑스민법 제1394조, 제1395조와 동규정을 답습한 일본민법 제755조에서 유래한다.¹⁰⁶⁾ 이에 대하여는 혼인 중 재산관계의 변동에 대응하여 부부재산계약을 체결할 필요성이 있으므로 시기적 제한을 철폐할 것을 주장하는 입법론이 유력하다.¹⁰⁷⁾ 프랑스도 법률개정을 통하여 부부재산제를 2년간 실행한 후에는 혼인 중 계약을 체결할 수 있도록 허용하였다.¹⁰⁸⁾ 특히 독일과 스위스는 혼인성립의 전후를 불문하고 부부재산계약의 체결을 허용하고,¹⁰⁹⁾ 영국은 판례변경을 통하여 부부재산계약이 자유롭게 체결할 수 있도록 변경되었다. 혼인 전 계약의 변경만이 가능하고 혼인 중 부부재산계약의 체결 자체가 아예 봉쇄되는 것은 부당하다. 경우에 따라서는 혼인 중 부부가 자유의사로 부부재산계약을 체결하기 어려울 수 있으나, 그렇다고 하여 혼인 중 부부재산계약을 원천적으로 봉쇄할 것은 아니다. 오히려 혼인 중 부부재산계약의 체결가능성을 보장하되, 가정법원이 후견적 기능을 발휘하여 부부재산계약의 경위 및 경제적 약자인 배우자와 자녀의 복리를 면밀하게 살피도록 하는 것이 타당한 해결책이다. 부부재산계약의 특수성을 감안하더라도 부

106) 민의원 법제사법위원회 민법안심소위원회, 민법안심의록 하권, 1957, 58면.

107) 편집대표 윤진수, 주해 친족법 제1권, 제829조, 254면(이동진 집필); 이강원(주 100), 37면; 이승우, “부부재산계약”, 「가족법연구」 제3호, 한국가족법학회, 1989, 81면; 이화숙, “부부재산제의 이상에 비추어 본 입법론과 개정안”, 「인권과 정의」 381호, 대한변호사협회, 2008. 5, 381면; 조은희, “유럽부부재산제의 입법례가 우리에게 주는 시사점”, 「비교사법」 제12권 2호, 한국비교사법학회, 2005. 5, 56면.

108) Pintens, “Marital Agreements and Private Autonomy in France and Belgium”, in: Scherpe(ed.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, 2012, p. 78. 프랑스민법 제1397조 제1항은 약정부부재산제이든 법정재산제이든 일정한 부부재산제를 2년간 실행한 후에는 부부는 가족의 이익을 위하여 부부재산제의 일부 또는 전부를 변경할 수 있다고 규정한다.

109) 독일민법 제1408조, 스위스민법 제179조.

부가 혼인 중에도 이혼에 대한 법적 규율을 자유롭게 정할 수 있도록 보장하는 것이 바람직하다.¹¹⁰⁾ 결국 혼전계약과 재산분할의 협의로 한정할 것이 아니라 당사자들은 부부재산계약을 통하여 그 성립시기를 구분하지 않고 자신이 원하는 바를 포괄적으로 규율할 수 있어야 한다. 이러한 개정은 압도적인 비교법적 경향과도 일치하는 것이며, 당사자의 사적 자치를 보장하고 예측가능성을 보장하는 지름길이다.

3. 부부재산계약의 대상

현행 민법 829조의 문언에 의하면 부부재산계약의 대상이 혼인 중의 재산관계로 한정되는 것으로 해석되기 쉽고, 소수설은 이혼으로 인한 재산분할을 그 대상으로 삼을 수 없다고 해석한다.¹¹¹⁾ 이러한 해석론상 논란을 해소하기 위하여 부부재산계약이 혼인 중의 재산관계 뿐만 아니라 혼인해소로 인한 법률관계도 대상으로 할 수 있음이 명확하게 규율되어야 한다. 그러한 개정을 통하여 이혼으로 인한 재산분할 등에 관한 합의의 효력이 그 시기를 가리지 않고 존중받을 수 있을 것이다. 종래의 해석론에 의하면 협의이혼과 재판상 이혼을 구분하여 전자에 한하여 재산분할의 협의의 효력이 인정되었으나, 법개정을 통하여 재산분할의 협의가 일반적으로 그 효력을 인정받을 수 있을 것이다. 그렇게 된다면 부부재산계약에 대한 사법심사는 경제적 약자를 위한 후견적 관점에서 접근할 수 있을 것이다. 더 나아가 부부재산계약의 규율대상의 확대는 이혼으로 인한 재산분할 등의 분쟁에 있어 재산분할의 대상 및 비율 등에 대한 심리의 부담을 경감하고 당사자가 합의한 바에 따라 판결이 나올 가능성이 높아져서 예측가능성의 증대라는 순기능을 가져올 것이다. 당사자가 원하는 바에 따라 그 법적 효과를 부여하되, 경제적 약자의 보호를 위한 법원의 사법심사의 가능성을 열어둔다면 부부재산계약의 규율대상의 확대에 의한 불합리는 최소화될 것이다. 부부재산계약의 공정성의 심사에 있어서

110) 박동섭, 친족상속법, 제4판, 박영사, 2013, 131면은 미국의 예(Uniform Premarital Agreement Act 1987)를 들면서 부부재산계약을 통하여 이혼에 대비한 규율이 가능해야 한다고 한다.

111) 김주수/김상용, 친족상속법, 12판, 법문사, 2015, 135면; 이승우(주 107), 88면.

는 계약체결의 경위, 재산의 공개 여부, 법률적 조언의 존부, 계약의 이행 시점에서의 중대한 사정변경의 존부 등의 사정도 검토되어야 한다.

4. 부부재산계약의 방식

민법상 부부재산계약의 방식에 관하여 별도의 규정이 없는 이상 불요식계약이다. 그러나 부부재산계약의 당사자는 통상적으로 과도한 낙관주의에 빠져 부부재산계약의 구체적 의미를 세밀하게 음미하지 않을 위험이 상존하므로 방식규정을 통하여 이러한 위험에 대처할 필요가 있다.¹¹²⁾ 비교법적으로 보면 부부재산계약의 중요성에 비추어 일정한 방식(서명요건 또는 공증요건)이 요구된다.¹¹³⁾ 그리하여 입법론으로 부부재산계약이 서면으로 이루어져야 한다는 주장이 제기되고 있다.¹¹⁴⁾ 특히 영국의 논의에 의하면 상세한 방식과 절차를 준수하여야 비로소 부부재산계약의 효력이 긍정된다. 그러나 영국의 논의에서 가장 중요한 요건으로 취급되는 ‘독립된 법적 조언’은 영국의 법문화와 밀접한 관련이 있는 것이어서 우리법상 도입하기가 쉽지 않다. 더 나아가 부부재산계약의 성립시기와 대상에 대한 개정을 통하여 사회의 변화에 대응하기 위한 초석이 마련될 수 있는데, 법적 조언, 공정증서 등 엄격한 요건을 요구한다면 비용 등의 문제로 부부재산계약이 활성화되지 않을 수도 있다. 따라서 우리나라의 경우 부부재산계약의 성립시기와 부부재산계약은 상당히 오랜 기간 동안 구속력을 지니는 만큼 신중하게 체결되는 것이 요구되므로 서면방식을 통하여 주의를 환기시키는 수준에서 점진적 개선 방안을 추진해 볼 필요가 있다.¹¹⁵⁾ 특히 표준계약서를 통하여 중요 사항에 대한 규율을 제시한

112) Dethloff(주 7), p. 87.

113) Dethloff(주 7), p. 74. 유럽가족법원칙(Principles of European Family Law regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses)도 부부재산계약에 대하여 방식규정을 채택하고 있다(Principles 1:6, 2:10).

114) 김주수·김상용, 친족상속법, 12판, 법문사, 2015, 134면; 송덕수, 친족상속법, 제2판, 박영사, 2016, 58면; 이승우(주 107), 82면. 편집대표 윤진수, 주해 친족법 제1권, 제 829조, 255면(이동진 집필)에 의하면 부부재산계약의 체결에 법률전문가의 개입이 필요하므로 입법론으로 공정증서의 방식이 타당하다고 한다.

115) 김병두, “부부재산계약론”, 「가족법연구」 제16권 1호, 한국가족법학회, 2002. 3, 139면에 의하면 현행법상으로도 부부재산계약의 대항요건으로 등기를 요구하고 있

다면 상당한 실효를 거둘 수 있을 것이다. 또한 방식규정은 증명기능도 수행할 수 있고, 더 나아가 분쟁 자체를 아예 예방할 수도 있다.¹¹⁶⁾

5. 부부재산계약에 관한 청구와 관할

가사소송법에 의하면 부부재산계약에 관한 청구는 가사비송사건으로 취급되고 있다.¹¹⁷⁾ 현행 가사소송법에 의하면 가사비송에 관한 절차에 관하여 비송사건절차법을 준용한다. 그러나 가정법원은 비송사건절차법을 통해서도 후견적·복지적 조치를 취하거나 아동의 복리를 위하여 개입해야 하는 경우에 가사사건의 특수성을 반영하기 어렵다.¹¹⁸⁾ 당사자 사이에 재산분할에 대한 협의가 이루어지지 않거나 협의를 할 수 없는 때에 이루어지는 재산분할청구는 가정법원의 전속관할이나, 이미 이루어진 재산분할에 관한 약정의 이행을 구하는 청구는 민사소송이다.¹¹⁹⁾ 재산을 전체적으로 청산하는 의미의 재산분할약정, 일부 재산에 관한 약정으로서 부부 한쪽이 상대방에게 일정 금액을 지급하겠다는 약정에 기한 청구는 모두 민사소송으로 취급된다. 일반 민사소송절차에서는 법원의 후견적 기능이 개입될 여지가 없어 문제로 지적된다.¹²⁰⁾ 부부재산계약에 관한 개정을 통하여 부부재산계약의 성립시기 및 규율대상에 대한 제한을 철폐한다면, 부부재산계약에 관한 청구는 일반적으로 가정법원의 전속관할로 취급되어 가정법원의 후견적 기능이 작동할 여지가 보장될 것이다.

는데, 실제로 부부재산계약의 등기신청을 위해 부부재산약정서가 첨부되어야 하기 때문에 통상 부부재산계약의 체결에 있어 부부재산계약서가 작성된다고 한다.

116) Dethloff(주 7), p. 88.

117) 라류 가사비송사건은 민법 제829조 제2항 단서에 따른 부부재산약정의 변경에 대한 허가, 마류 가사비송사건은 ① 민법 제829조 제3항에 따른 재산관리자의 변경 또는 공유재산의 분할을 위한 처분, ② 민법 제839조의2 제2항에 따른 재산분할에 관한 처분이다.

118) 가사소송법 개정위원회, 2015 가사소송법 개정자료집, 2015, 11면.

119) 법원실무제요, 가사(II), 법원행정처, 2010, 500~501면

120) 김형작, “재산분할 합의 내지 약정의 효력에 관하여-실무상 문제되었던 사례 검토를 위주로-”, 「가사재판연구」 1, 2007, 81면.

IV. 결론

일생의 공동생활을 목적으로 하여 애정과 신뢰에 바탕을 둔 인격적 결합을 이루려는 혼인계약의 당사자사이에서도 재산상의 법률효과에 관하여 계약을 자유롭게 체결할 자유가 보장되어야 한다. 특히 부부가 혼인 중에 부부재산계약의 필요성을 절감하고 자유로운 의사로 부부재산의 관리 및 이혼으로 인한 재산분할에 관하여 합의를 하였다면 그 효력이 존중되어야 한다. 그럼에도 불구하고 현행 민법의 해석론에 의하면 혼인 중 부부재산계약은 그 법적 효력이 인정되지 않는다. 따라서 민법개정을 통하여 부부재산계약이 혼인을 전후로 하여 자유롭게 체결될 가능성이 보장되어야 한다. 영국에서는 종래 혼전 계약과 혼인 중 계약이 혼인의 가치를 훼손하고 이혼을 조장할 수 있다는 논거에 의하여 무효라고 취급되었으나, 판례 변경으로 인하여 그 효력이 인정되면서 사적 자치가 확대되고 예측가능성이 제고되었다는 긍정적 효과가 발생한 영국의 논의를 참고할 필요가 있다. 혼인은 시간이 경과함에 따라 다양한 사태가 발생하는 동적인 관계이며, 부부재산계약의 당사자는 과도한 낙관주의에 빠져 불리한 조항에 대한 의미를 숙고하지 않을 가능성이 높으므로 신중하게 부부재산계약의 체결을 유도하는 장치가 필요하다. 영국에서는 부부재산계약의 신중한 체결을 위하여 법률적 조언, 자산의 공개, 서면 등의 방식의 도입이 권고되었으나, 우리나라에서는 점진적 개선방안으로 서면방식을 도입하여야 한다. 일생의 공동생활을 예정한 당사자 사이에서 체결된 부부재산계약은 상당한 기간 동안 지속되고 그 사이에 여러 가지 다양한 사정의 변경이 개입될 여지가 크므로 법원은 사법심사를 통하여 경제적 약자인 배우자와 자녀의 보호에 만전을 기해야 한다. 부부재산계약에 관한 개정을 통하여 부부재산계약의 성립시기 및 규율대상에 대한 제한이 사라지게 된다면, 부부재산계약에 대한 청구는 가정법원의 전속관할로 취급되어 경제적 약자를 위한 가정법원의 후견적 기능이 작동할 여지가 보장되어야 한다.

참고문헌

1. 국내문헌

가. 단행본

- 가사소송법 개정위원회, 2015 가사소송법 개정자료집, 2015.
김주수·김상용, 친족상속법, 12판, 법문사, 2015.
민의원 법제사법위원회 민법안심소위원회, 민법안심의록 하권, 1957.
박동섭, 친족상속법, 제4판, 박영사, 2013.
법원실무제요: 가사(Ⅱ), 법원행정처, 2010.
송덕수, 친족상속법, 제2판, 박영사, 2016.
이경희, 가족법, 5정판, 법원사, 2006.
편집대표 윤진수, 주해친족법 제1권, 박영사, 2015.

나. 일반논문

- 김병두, “부부재산계약론”, 「가족법연구」 제16권 1호, 한국가족법학회, 2002. 3.
김형작, “재산 분할 합의 내지 약정의 효력에 관하여-실무상 문제되었던 사례 검토를 위주로-”, 「가사재판연구」 1, 2007.
신영호, “한국부부재산제의 현상과 과제”, 「법학연구」 제17권 3호, 연세대 법학연구소, 2007. 9.
이강원, “부부재산계약”, 「재판자료」 제101집, 법원행정처, 2003.
이승우, “부부재산계약”, 「가족법연구」 제3호, 한국가족법학회, 1989.
이화숙, “부부재산제의 이상에 비추어 본 입법론과 개정안”, 「인권과 정의」 제381호, 대한변호사협회, 2008. 5.
전경근, “현행 민법상 부부재산제의 문제점과 개선방안”, 「가족법연구」 제19권 1호, 한국가족법학회, 2005. 3.
 , “부부재산제 개정안에 관한 연구”, 「가족법연구」 제20권 3호, 한국가족법학회, 2006. 11.

조은희, “유럽부부재산제의 입법례가 우리에게 주는 시사점”, 「비교사법」 제12권 2호, 한국비교사법학회, 2005. 5.

2. 국외문헌

Bix, “The ALI Principles and Agreements: Seeking a Balance between Status and Contract”, in: Wilson(ed.), *Reconceiving the Family*, Cambridge University Press, 2006.

Bromley’s *Family Law*, 11th. ed. Oxford University Press, 2015.

Dethloff, “Contracting in Family Law: A European Perspective”, in: Boele-Woelki, Miles, Scherpe(eds.), *The Future of Family Property in Europe*, Intersentia Ltd, 2011.

Douglas, *An Introduction to Family Law*, 2nd. ed. Oxford University Press, 2005.

Francis, “Pre-nuptial and post-nuptial Agreements in the UK(England and Wales)”, in: Salter, Butruille-Cardew, Grant(eds.), *International Pre-Nuptial and Post-Nuptial Agreements*, Jordan Publishing Limited, 2011.

Harris-Short/Miles/George, *Family law*, 3rd. ed. Oxford University Press, 2015.

Herring/Harris/George, “Ante-nuptial agreements: fairness, equality and presumptions”, 127 LQR 335 (2011).

Home Office, *Supporting families: a consultation document*, 1998.

Law Commission, *Marital Property Agreements, A Consultation Paper*, 2011.

, *Matrimonial Property, Needs and Agreements, Report*, 2014.

Miles, “Marital Agreements and Private Autonomy in England and Wales”, in: Scherpe(ed.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, 2012.

Montague, “Family law: divorce-ancillary relief-pre-nuptial agreements”, 15

Cov. LJ 49 (2010).

Pintens, “Marital Agreements and Private Autonomy in France and Belgium”, in: Scherpe(ed.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, 2012.

Sanders, “Private Autonomy and Marital Property Agreements”, 59 ICLQ 571 (2010).

Scherpe, “Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective”, in: Scherpe(ed.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, 2012.

, “Pre-nups, private autonomy and paternalism”, 69 CLJ 35 (2010).

<국문초록>

필자는 영국의 논의를 참고하여 부부재산계약에 대한 입법론적 고찰을 수행하였다. 영국에서는 부부재산계약이 혼인의 가치를 훼손하고 이혼을 조장할 수 있다는 논거에 의하여 무효라고 취급되었으나, 판례 변경으로 인하여 그 효력이 인정되면서 사적 자치가 확대되고 예측가능성이 제고되었다. 현행법상의 시기적 제한을 철폐하여 혼인계약의 당사자에게 부부재산계약을 자유롭게 체결할 자유가 보장되어야 한다. 특히 부부가 혼인 중 부부재산계약을 체결할 자유가 보장되어야 한다. 해석론상의 논란을 해소하기 위하여 부부재산계약이 혼인 중의 재산관계 뿐만 아니라 혼인 해소로 인한 법률관계도 대상으로 할 수 있음이 명확하게 규율되어야 한다. 혼인은 시간이 경과함에 따라 다양한 사태가 발생하는 동적인 관계이며, 부부재산계약의 당사자는 과도한 낙관주의에 빠져 불리한 조항에 대한 의미를 숙고하지 않을 가능성이 높으므로 신중하게 부부재산계약의 체결을 유도하는 장치가 필요하다. 영국에서는 부부재산계약의 신중한 체결을 위하여 법률적 조언, 자산의 공개, 서면 등의 방식의 도입이 권고되었으나, 우리나라에서는 점진적 개선방안으로 서면방식을 도입하여야 한다. 부부재산계약에 관한 개정을 통하여 부부재산계약의 성립시기 및 규율대상에 대한 제한이 사라지게 된다면, 부부재산계약에 관한 청구는 가정법원의 전속관할로 취급되어 경제적 약자를 위한 후견적 기능이 작동할 여지가 보장되어야 한다.

주제어 : 부부재산계약, 사적 자치, 서면방식, 가정법원, 후견주의

A Study on Marital Agreements -Focusing on UK Debate-

Lee, Chang-Hyun*

In this paper, I review how to revise regulations for the activation of the marital agreements by referring to UK debate. In the United Kingdom, the marital agreements were deemed null and void by the argument that the marriage could be undermined and the divorce promoted. However, due to the change of the precedent in UK, the private autonomy was expanded and the predictability was raised. It should be guaranteed the freedom to freely entered into an marital agreement with respect to the legal effects on the property between husband and wife by abolishing the time limits of the current law. In particular it should be guaranteed the freedom to enter into a postnuptial agreement during the marriage. In order to resolve the interpretation argument, it should be clearly stipulated that the marital property contract can be applied not only to the property relationship of the marriage but also to the legal relationship due to the divorce. The device is necessary to induce the careful conclusion of the marital agreements considering the dynamic relationships and the excessive optimism of marriage partners. It is recommended in UK the introduction of legal advice, material disclosure, signed writing for cautious engagement of marital agreements. It is recommended the introduction of written way through a gradual improvement measures in Korea. De lege ferenda marital agreements must be in signed-writing in order to induce the careful signing. De lege ferenda claims for marital agreements should be treated as the exclusive jurisdiction of the family court in order to be guaranteed paternalistic function for the economic vulnerable(spouse and children).

* Associate Professor of Sogang Law School, Attorney at Law.

Key Words : marital agreement, private autonomy, signed writing,
family court, paternalism