

미국법상 혼전약정에 대한 연구*

- 부부재산약정과 비교를 중심으로 -

이 호 행**

〈국문초록〉

미국에서 혼전약정에 대한 법적 규율은 여성의 사회적 지위와 맞물려 있었다. 종래에는 여성이 사회적 약자라는 전제하에 이혼을 고려하고 대비하는 혼전약정도 무효로 하였고, 이를 통해 여성의 권익이 보호되었다. 그러나 사회의 변화와 맞물려 당사자의 자율적 결정 내지 합의에 무게를 두기 시작하면서 법원의 후견적 개입은 점차 축소되기 시작하였다. 다만, 현재에도 실체적 측면에서 1) 이혼을 조장, 촉진 또는 용이하게 하는 혼전약정과 2) 자녀양육에 부정적 영향을 미치는 혼전약정은 공서양속에 반하여 무효이고, 양심성 요건으로 이혼 시 재산분할 및 부양과 위자료에 대한 내용적 공정이 결여된 혼전약정은 공서양속에 반하여 무효이다. 나아가 절차적 측면에서 1) 자발적이며 자유로운 체결, 2) 자산 등의 완전하고 공정한 공개, 3) 독립된 변호사와의 상담 중 하나라도 결여된 경우에는 혼전약정이 무효로 된다.

우리 민법상의 부부재산약정은 미국의 혼전약정에 대응하며, 협의이혼 시 재산분할협의를 미국의 분할약정에 대응한다. 그런데 우리의 부부재산약정은 미국에 비해 내용적 규제가 강한 편이라고 할 수 있다. 이는 여성의 지위향상, 혼인에 대한 인식 변화 등 여러 사회적 변화에도 불구하고 지극히 보수적인 관점에서 여성을 여전히 보호가 필요한 대상으로 인식하고 있다는 점에 기인한다. 그러나 부부재산약정도 계약이라는 점에서 국가의 후견적 개입은 최소화되어야 하고 그 개입의 근거가 명확히 제시되어야 한다고 생각한다. 특히, 사건으로는 모호하고 전적으로 주관적인 ‘공정성’이라는 기준을 적용하는 데 거부감을 느낀다. 미국법계에서 혼전약정에 대해 통제하는 기준, 즉 공서양속, 양심성 요건, 절차적 요건은 우리 민법의 부부재산약정을 새로이 개정하는데 있어서 적절한 시사점이 될 수 있다고 본다.

주제어 : 혼전약정, 부부재산약정, 재산분할, 계약의 자유, 사적 자치

• 투고일 : 2023.10.01. / 심사일 : 2023.10.24. / 게재확정일 : 2023.10.27.

* 이 논문은 2020학년도 4분기 한국방송통신대학교 학술연구비 지원을 받아 작성된 것임.
** 한국방송통신대학교 법학과 교수

I. 들어가며

부부 사이의 재산관계를 규율하는 방식(부부재산제)¹⁾은 크게 두 가지 유형, 즉 법정부부재산제도²⁾와 약정부부재산제도로 나뉜다. 법정부부재산제도는 각 나라의 역사적·문화적·사회적 상황에 따라 부부별산제, 분리재산제, 공유재산제, 준공유재산제, 합유재산제 등의 다양한 형태로 나타나며, 약정부부재산제도(혹은 부부재산약정)³⁾ 역시 다양한 모습으로 나타난다. 후자의 경우, 독일은 Ehevertrag(혼인계약)⁴⁾을 통해 별산제, 공동재산제, 선택적 부가이익공동제 중 중 하나를 선택할 수 있도록 하고 있고,⁵⁾ 프랑스는 Du contrat de mariage(혼인계약)⁶⁾을 통해 약정공동재산제, 부부별산제, 혼후취득재산분배참가제 중 하나를 선택하도록 하고 있다.⁷⁾ 이와 같이 독일과 프랑스의 부부재산약정은 혼인계약의 내용으로 법정부부재산제 중 하나를 선택하는 방식이라는 점에서 영미와 차이가 있다. 즉, 내용형성에 있어서 완전히 자유롭다고는 할 수 없다.

영미법계의 부부재산약정(Marital Property Agreement⁸⁾)은 혼인 전 약정

-
- 1) 부부재산제의 발전과정에 대해서는, 전해정, 부부재산계약, 경북대학교 박사학위논문, 2005, 13면 이하 참고. 미국의 부부재산제도에 대해서는, 박홍래, 미국의 부부재산제도, 인권과정의 334, 대한변호사협회, 2004 참고.
 - 2) 부부의 재산적 평등을 이상으로 하지만, 혼인 중 처의 협력 내조의 공(功) 및 가사노동을 정당하게 평가하지 못한다. 전해정, 앞의 학위논문, 2면.
 - 3) 전해정, 앞의 학위논문, 3면에서는 “부부재산계약은 법정재산제를 수정 내지 배척하는 내용을 가지므로 그 존재의의를 인정하지 않을 수 없다.”고 평가한다.
 - 4) 독일민법 제1408조의 표제는 Ehevertrag, Vertragsfreiheit(혼인계약, 계약의 자유)로 되어 있다. 다만, 부부재산계약으로 번역되기도 한다(강승목, 독일법상 부부재산계약의 내용규제에 관한 소고, 가족법연구 24(3), 한국가족법학회, 2010; 홍윤선, 독일에서의 부부재산계약의 내용통제, 가족법연구 33(2), 2019 등). 특히, 홍윤선, 앞의 글, 220면 각주 25)에서는 Ehevertrag을 혼인계약이 아니라 부부재산계약으로 번역하는 이유를 설명하고 있다.
 - 5) 보다 상세한 논의는, 홍윤선, 앞의 글, 220면 이하 참고.
 - 6) 프랑스민법 제5장(Titre V)의 표제는 Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux(혼인계약 및 혼인제도)로 되어 있다. 다만, 부부재산계약으로 번역되기도 한다(김미경, 프랑스민법상 약정부부재산제, 민사법의 이론과 실무, 민사법의 이론과 실무학회, 2010).
 - 7) 보다 상세한 논의는, 김미경, 앞의 글, 216면 이하 참고.
 - 8) Agreement는 약정, 합의 내지 계약 등으로 다양하게 번역된다. 그러나 Agreement는 계약이라는 의미와 더불어 법적 구속력이 없는 합의도 포함되고, Contract는 법적 구속력이 있는 약정으로 Agreement보다 더욱 형식적이고 엄격하며, 법원이 그 내용을 집행할 권한과 의무가 있다는 점에서 차이가 있다. 즉, Agreement에는 일반적으로 법원에서 법적으로 집행가능한 것으로 간주되는 유효한 계약을 형성하기 위해 필요한 필수 요소 중 하나 이상이 누락되어 있다. 특히, Agreement는 당사자 중 어느 일방이 상대방에게 약인(consideration)을 제공할 책무를 부과하지 않는다. 다시 말해서, Contract는 계약 당사자 간의 약속 교환을 포함하지만, Agreement는 단순히 일방 당사자가 타방 당사자의 제안을 수락하는 것도 가능하다. 따라서 Agreement와 Contract를 구별하기 위해, 본고에서는 “약정”으로 번역한다.

(Prenuptial⁹⁾ Agreement. 이하 ‘혼전약정’이라 함), 혼인 중 약정(Postnuptial or Marital Agreement. 이하 ‘혼후약정’이라 함), 분할 약정(Separation Agreement)¹⁰⁾의 3가지 형태로 나타나고,¹¹⁾ 혼인관계의 영속성을 강조하는 전통적 입장에서는 세 번째 유형에 한해 그 유효성을 인정하였다. 대륙법계와 달리 영미법계에서는 부부재산약정에 대해 본질적으로 계약이라는 점을 중시하고 있고, 그 내용형성에 있어서 자유롭다고 할 수 있다. 예컨대, 부부재산약정 중 가장 일반적인 형태인 혼전약정은 혼인을 예정하고 있는 당사자들이 기존에 보유한 재산 및 장래 취득하게 될 재산의 귀속 및 관리, 그리고 자녀의 양육에 관한 사항 및 배우자의 부양에 관한 사항, 변호사비용 등과 더불어 장래 이혼이나 당사자의 사망과 같은 사유에 의한 혼인 종료 시에 재산을 어떻게 분할할 것인가에 관하여 자유롭게 체결할 수 있다. 이와 같이 혼전약정은 재산의 귀속 및 관리, 청산 등의 다양한 내용을 대상으로 하지만, 그 핵심적인 내용은 부부 재산의 청산에 있다. 특히, 우리와 달리 그 내용형성에 있어서 공서양속 등의 일정한 제한을 제외하면 완전히 자유롭다. 즉, 현재의 영미법계에서 부부재산약정은 당사자의 자율성에 기초하여 자유롭게 체결되고, - 예외적 사유가 없는 한 - 그 효력이 인정되고 있다. 다만, 여성의 지위 향상과 맞물려 영국과 미국의 발전상황은 차이가 있다.¹²⁾

우리 민법은 법정부부재산제도 중 부부별산제(민법 제830조)를, 약정부부재산제도 중 부부재산약정으로 혼전약정(민법 제829조)¹³⁾을 채택하고 있다. 다만, 영미법상의 혼전약정과 우리 민법상 부부재산약정은 유사하면서도 무척이

9) 또는, Premarital or Antenuptial Agreement라고도 한다.

10) 이창현, 부부재산계약에 관한 연구 -영국의 논의를 중심으로-, 법제연구 (51), 한국법제연구원, 2016, 14면에서는 이를 ‘이혼에 임박하여 체결되는 계약’으로 번역하고 있는데, Separation Agreement은 이혼을 앞두고 재산분할, 부양료, 자녀양육비, 양육권 및 면접교섭권 등에 관해 합의하는 것을 말하므로, 그 의미를 온전히 담고 있는 번역이긴 하다. 그러나 Separation Agreement를 하나의 법률용어라고 전제한다면, “별거 약정(또는 별거 합의)”으로 번역함이 타당하다고 생각한다. 동지: 이혜리, 미국의 부부재산계약 제도에 나타난 자율과 후견의 조화, 가족법연구 33(3), 한국가족법학회, 2019, 116-117면(특히 각주 17)) 참고.

11) 이준영, 미국에 있어서 혼인법의 전개, 가족법연구 22(2), 한국가족법학회, 2008, 200~202면. 반면, 이혜리, 앞의 글, 111면 각주 1)에서는 부부재산약정으로 혼전약정과 혼후약정의 2가지만 언급하고 있다.

12) 필자의 역량 부족과 지면의 한계로, 본 연구에서는 영국의 논의는 관련되는 범위에서 간략하게 언급하는 수준에 그치고, 미국의 혼전약정을 중심으로 논의를 전개한다. 영국의 상황에 대해서는, 이창현, 앞의 글을 참고하기 바란다(특히 10면 이하).

13) 우리 민법 제829조에 규정된 부부재산약정은, 그 약정의 체결시기를 ‘혼인 전’에 한정하고 있다는 점에서, 엄밀하게는 혼전약정을 의미한다.

나 다르다. 왜냐하면 우리의 부부재산약정은 혼인 종료에 있어서의 재산분할 등을 대비하는 것을 원칙적으로 허용하지 않으며 혼인 중 변경도 허용하지 않고 있기 때문이다. 다시 말해서, 우리 민법은 혼인을 하기 전에 배우자 각자가 가진 재산에 대해 부부재산약정을 체결할 수 있도록 허용하고 있지만, 이는 혼인의 존속을 전제로 해서만 가능하다.

영미법상의 부부재산약정이나 우리의 혼전약정 모두 사적 자치에 근거한 당사자의 자율적 결정에 기반한다는 점은 동일하지만, 역사적·문화적·사회적 상황에 근거해 그 발전양상은 무척이나 다르다고 할 수 있다. 예컨대, 영미법계와 달리 우리나라는 부부재산약정의 이용률이 현격히 낮고 지금도 여전히 국민 일반에 낯선 제도이지만, 여성의 지위 향상, 혼인률의 저하, 이혼 및 재혼에 대한 시각의 변화 등 시대 상황의 변화와 맞물려 그 활용의 필요성이 높아지고 있다. 따라서 미국에서의 혼전약정(Prenuptial agreement)의 발전과정과 그 성립과 효력 및 내용에 대해 연구함으로써, 우리 민법상 부부재산약정의 발전방향에 대한 시사점을 찾아볼 수 있고, 이를 기초로 관련 입법이나 해석에 실질적으로 유용한 도움이 될 수 있는 방안이 모색될 수 있다고 기대한다.

II. 미국법상 부부재산약정

1. 서설

영국은 부부재산약정이 이혼을 조장하고 혼인의 가치를 훼손한다는 이유로 그 효력을 부정해 오다¹⁴⁾ 2010년의 판례¹⁵⁾ 변경을 통해 그 효력을 인정하기 시작했다.¹⁶⁾ 반면, 미국에서는 공서양속 위반을 이유로 부부재산약정 자체를 무효로 판단하다가 1970년 플로리다의 Posner v. Posner 판결¹⁷⁾을 계기로 원

14) 이혼에 대하여, 영국의 MCA(Matrimonial Causes Act) 1973 section 25는 배우자의 재산과 관련하여 재산 분할 명령(financial provision orders)을 내릴 수 있는 재량권을 법원에 제공한다. 이러한 재량권을 부여한 이유는, 법원이 이혼의 재산적 결과를 결정하기 위해 사건에 대한 사법부의 평가가 아니라 당사자 간의 약정에 의하도록 하는 것은 공서양속에 위배된다고 보았기 때문이다. 이로 인해, 2000년대 초반까지도 당사자의 부부재산약정은 원칙적으로 효력이 없었다. (Sharon Thompson, PRENUPTIAL AGREEMENTS AND THE PRESUMPTION OF FREE CHOICE, Hart Publishing, usa, 2015, p.2)

15) Radmacher v Granatino [2010] UKSC 42. 이 판결의 결과로, 사법부는 이제 혼전약정이 불공정하지 않은 한, 혼전약정에 결정적인 비중을 두어야 한다.

16) 이창현, 앞의 글, 9면 참고.

칙적으로 그 유효성을 인정하는 방향으로 변화되었고, 이후 이 판결은 미국 전역에 걸쳐 공통적으로 인정되고 있다.¹⁸⁾

2. 판결의 변화

(1) 20세기 초의 상황

혼전약정 자체는 20세기 초부터 이루어졌던 것으로 보이는데¹⁹⁾ ‘이혼’을 고려하고 대비하는 규정을 둔 혼전약정은 대부분의 주(州)에서 공서양속에 위반된다는 이유로 처음부터 무효로 판단되었다.²⁰⁾ 그 이유에 대해, “전통적인 보통법(Common Law)의 견해에 의하면, 이혼을 고려한 혼전약정은 … 혼인의 신성함과 혼인을 유지(보존)하고 이혼한 사람의 재정적 안정을 유지하려는 국가의 이익과 일치하지 않는다는 것이었다. … 법원은, 일관되게 혼전약정이 본질적으로 이혼을 조장하고 남편이 아내를 부양해야 한다는 법적 의무를 회피할 수 있도록 허용한다고 보았다.”고 설명한다. 다만, 이 당시에도 모든 혼전약정이 무효로 판단된 것은 아니라는 점을 주의할 필요가 있다. 예컨대, ‘이혼’을 고려하고 대비하는 혼전약정이 아니라, ‘혼인 중’ 또는 ‘사망 시’ 재산상 이익에 대비한 규정만 포함하는 혼전약정은 20세기 초에도 유효했다.²¹⁾²²⁾

17) Fla. Posner v. Posner, 233 So. 2d 381 (Fla. 1970).

18) 5 Williston on Contracts online(May 2022 Update), Chapter 11. Capacity—Married Women, Corporations, and Others § 11:8. Agreements between husband and wife; premarital agreements.

19) 예컨대, In re Appleby’s Estate, 100 Minn. 408, 111 N.W. 305 (1907)

20) Brooks v. Brooks, 733 P.2d 1044 (Alaska 1987) 참고. 이 판결에서는 “따라서 1970년대 이전에는 이혼 시 위자료 및 재산의 (계승적) 분할(처분)에 관한 내용을 규정한 혼전약정은, 거의 대부분 공서양속에 반하여 처음부터 무효로 간주되었다.”고 판사하고 있다.

21) 이혼을 고려한 혼전약정은 1970년 대까지 무효였지만, 사망을 고려한 혼전약정은 셰익스피어 시대 이후로 혼인생활의 평온을 유지하고 불필요한 소송을 방지하는데 도움이 되므로 유효라고 보았다. 이에 대해서는, Brooks v. Brooks, 733 P.2d 1044 (Alaska 1987) 참고. 마찬가지로, “미국 전역의 옛 법은, 사망 당시 재산 분배를 규율하는 혼전약정은 추정적으로 유효하다.” 이에 대해서는, Gant v. Gant, 174 W. Va. 740, 329 S.E.2d 106, 53 A.L.R.4th 1 (1985) 참고.

22) 생존 배우자가 상대방 배우자의 사망 후 상대방의 재산에 대해 갖게 될 권리를 확정하는 혼인을 앞둔 혼전계약은, 공서양속에 위배되지는 않지만, 계약을 맺은 당사자들의 복리에 도움이 되는 것으로 간주되고, 이러한 계약은 공평하고 공정하게 체결될 때마다 승인될 것이다(Gartner v. Gartner, 246 Minn. 319, 74 N.W.2d 809 (1956)).

(2) Posner v. Posner 판결

1970년 Posner v. Posner 판결에서, “우리는 이혼에 대한 공서양속(public policy)의 변화로 인해 이혼 시 당사자의 위자료 및 재산권에 대한 문제를 해결하는 혼전약정에 관한 규칙의 변경이 필요한지 여부에 대해 신중하게 고려했으며, 그러한 약정이 더 이상 ‘공서양속에 반하여’ 처음부터(ab initio) 무효라고 간주해서는 안 된다는 결론을 내렸다.”고 판시한 이래로, 미국 전역에서 원칙적으로 ‘이혼’을 고려하고 대비하는 혼전약정의 효력도 인정되기 시작했다.²³⁾²⁴⁾ 다시 말해서 ‘이혼을 조장(즉, 이혼을 용이하게 하거나 촉진하는 경우)’하는 혼전약정은 공서양속에 반하여 무효이지만, 그렇지 않은 혼전약정(즉, 이혼에 따른 경제적인 준비를 예상하고 대비하는 혼전약정)은 당사자 사이의 분쟁을 예방하고 평화를 확보하며 재산에 대한 권리를 조정하고 해결하기 때문에 당사자와 혼인관계의 보호에 도움이 된다고 보고 있다. 전자의 예로, “여자가 혼인한 상태에서 그녀의 내연남이 그녀에게 특정 토지를 ‘빚졌다.’고 서면으로 진술했고, 여자는 이혼하고 나중에 내연남과 재혼한 후 이혼한 경우, 이혼 절차 중 내연남(현재 남편)이 당시 남편을 떠나도록 유인하기 위해 문서를 작성했다고 증언했을 때, 그녀의 이혼을 용이하게 하기 위한 것으로 의도된 ‘혼전’ 약정은 공서양속에 반하여 무효”라고 하였고,²⁵⁾ “일반적으로 이혼 또는 별거 시 배우자가 상대방의 재산에 대한 자신의 권리를 상실하도록 규정하는 혼전약정은 공서양속에 반하여 무효”라고 하였다.²⁶⁾ 후자의 예로, Arizona 주는 법이나 공서양속을 위반하지 않는 한 배우자 부양에 관한 합의가 포함된 혼전약정의 유효성을 인정하였다.²⁷⁾²⁸⁾ 다만, Posner 판결에서는 “혼인관계에 대한 국가의 지속적 관심과 ‘오직 사망 시에만 유효한 혼전약정과 이혼 시 유효한 혼전약정’ 사이의 전통적 구별은, 만약 약정이 엄격한 공정성 기준을 충

23) 우리는 공서양속이 ... 혼인해소에 따른 경제적인 준비를 예상하고 대비하는 약정에 의해 잠식되었다고 말할 수 없다. 오히려 그러한 계획이 당사자들의 재정적 기대를 보호함으로써 혼인 관계에 더 큰 안정을 가져오고, 만드시 이혼을 조장하거나 이혼에 기여하는 것은 아니라고 보는 것이 합리적이다. 우리의 견해는, 혼전약정의 내용을 집행함으로써 얻어지는 경제적 이익의 가능성 때문에, 다른 방법으로 실행가능한(viable) 혼인이 파괴될 가능성은 거의 없다는 것이다(Newman v. Newman, 653 P.2d 728 (Colo. 1982)).

24) 이혼 시 재산분할을 규율하는 혼전약정은 유효하다(Rinvelt v. Rinvelt, 190 Mich. App. 372, 475 N.W.2d 478 (1991)).

25) Ludwig v. Ludwig, 693 S.W.2d 816 (Mo. Ct. App. W.D. 1985).

26) Mulford v. Mulford, 211 Neb. 747, 320 N.W.2d 470 (1982).

27) Hrudka v. Hrudka, 186 Ariz. 84, 919 P.2d 179 (Ct. App. Div. 1 1995).

28) 이 판결 전에는, 부인의 부양의무를 제한하는 약정은 이혼을 조장한다는 이유로 무효로 판단되었다. Gant v. Gant, 174 W. Va. 740, 329 S.E.2d 106, 53 A.L.R.4th 1 (1985) 참고.

족하고 합당한 근거에 따라 선의로 이혼이 진행되어 약정이 이혼을 촉진한다고 말할 수 없다면, 이혼 당시의 변경된 상황에 비추어 사법적 감독을 받는 경우에 그 약정의 체결 당시부터 유효한 것으로 유지된다.”고 판시하고 있다.²⁹⁾ 나아가 “법원은 California가 배우자가 부양에 대한 권리를 포기할 수 있는 능력을 다루는 통일혼전약정법(UPAA) 조항을 생략했는지라도, 각 당사자가 재산과 수입에 있어 자금자족이 가능해 보이고, 두 사람 모두 포기를 체결할 때 혼인 당사자로서의 권리와 의무에 관한 변호사의 조언을 받은, 지적이고 교육 수준이 높은 사람에 의해 체결된 배우자 부양의 포기를 집행하도록 허용하는 것이 공서양속에 위반되지는 않는다고 판결했다.”³⁰⁾

(3) 소결

초기의 판례들은 여성이 남성에 비해 열악한 지위에 있었고 전업주부로서의 역할이 중심이었던 전근대적 상황에서 여성에 대한 후견적 보호가 필요함을 전제로 한 것이었기 때문에, 이혼을 조장하는 혼전약정뿐만 아니라 이혼을 고려하고 대비하는 혼전약정 조차 무효로 하였던다. 그러나 20세기 후반에 발생한 사회적 변화에서 아내는 더 이상 주부일 필요가 없고 남편은 가장일 필요가 없다. 배우자 모두가 임금 근로자인 경우가 꽤 많고 아내의 소득이나 소득 능력이 남편의 소득을 초과하는 경우도 있다. 물론, 아직 현실에서 완전한 성평등에 도달했다고 할 수는 없지만, 그 방향으로 움직이는 강력한 힘이 있고 가까운 장래에 그 목표가 달성될 것이라고 기대된다. 또한 이제 미국 헌법에서 성차별을 금지하는 헌법 차원의 강력한 공서양속이 있다.³¹⁾ 결론적으로 “혼전약정은 가정의 행복을 증진시키는 경향이 있기 때문에 법에 의해 선호되며, 또한 혼인 후 변경은 부부가 혼인생활 중 변화와 상황에 대비할 수 있도록 함으로써 조화를 촉진할 수 있다.”³²⁾ 나아가 대등한 독립 당사자를 전제로 한 계약에서와 마찬가지로 법원에 의한 후견적 개입을 최소화할 필요가 있다.

29) Fla. Posner v. Posner, 233 So. 2d 381 (Fla. 1970).

30) In re Marriage of Pendleton and Fireman, 24 Cal. 4th 39, 99 Cal. Rptr. 2d 278, 5 P.3d 839 (2000).

31) In re Estate of Geyer, 516 Pa. 492, 533 A.2d 423 (1987) (abrogated by, Simeone v. Simeone, above, 525 Pa. 392, 581 A.2d 162 (1990)).

32) Boyer v. Boyer, 1996 OK CIV APP 94, 925 P.2d 82 (Ct. App. Div. 4 1996).

3. 혼전약정의 성격과 특수성

(1) 일반계약

혼전약정도 보통의 계약과 전혀 다르지 않다는 점³³⁾에서 일반적으로 계약의 해석에 적용되는 원칙에 따라 해석된다.³⁴⁾³⁵⁾ 즉, 당사자가 거래의 성질과 결과를 이해할 수 있었는지 여부와 그에 관한 합리적인 판단을 할 수 있었는지 여부를 중시하는 계약능력의 높은 기준을 적용한다.³⁶⁾ 또한, 혼전약정은 약인과 사기, 허위 진술 및 강박의 부존재를 포함한 모든 계약의 형성을 규율하는 규칙을 준수해야 한다.³⁷⁾

(2) 혼전약정의 특수성

1) 당사자 관계의 특수성

혼전약정 당사자의 관계는 일반적 계약에서 당사자의 관계와 다르다. 즉, 혼전약정의 당사자들은 일반적 계약에서와 같이 서로에게 독립적인 관계(at arm's length)가 아니라, 최고의 신뢰와 신임관계를 추구하는 관계³⁸⁾에 있고, 이는 약정의 해석에 있어서 결정적인 역할을 한다. 다만, 약혼단계에서의 신뢰관계는 불완전하지만,³⁹⁾ 혼인에 이르러서 완전한 신뢰관계가 형성된다.⁴⁰⁾ 이와

33) Berman v. Berman, 749 P.2d 1271 (Utah Ct. App. 1988).

34) 혼전약정을 해석할 때, 법원은 다른 계약의 해석(construction)을 통제하는 것과 동일한 원칙에 따른다(Critchlow v. Williamson, 450 So. 2d 1153 (Fla. Dist. Ct. App. 4th Dist. 1984)).

35) 계약법의 일반 원칙이 혼전 약정에 적용된다(In re Yannalfo, 147 N.H. 597, 794 A.2d 795 (2002)).

36) Matter of Will of Goldberg, 153 Misc. 2d 560, 582 N.Y.S.2d 617 (Sur. Ct. 1992). 다만, 이 판결은 약정의 체결이 아니라, 체결된 약정을 취소할 수 있는 능력에 대한 문제였다.

37) DeMatteo v. DeMatteo, 436 Mass. 18, 762 N.E.2d 797 (2002).

38) 캘리포니아에서는 당사자들이 혼인하기 전에는 신뢰관계에 있는 것으로 추정되지 않는다(In re Marriage of Dawley, 17 Cal. 3d 342, 131 Cal. Rptr. 3, 551 P.2d 323 (1976)). 즉, 혼전약정의 당사자들이 처음부터 신뢰관계에 있는 것은 아니라는 점을 명시적으로 밝히고 있다. 동일한 취지의 판결로, In re Marriage of Bonds, 24 Cal. 4th 1, 99 Cal. Rptr. 2d 252, 5 P.3d 815 (2000) 참고. 반면, 뉴저지주에서는 혼전약정 당사자의 관계를 신뢰관계로 취급한다(DeLorean v. DeLorean, 211 N.J. Super. 432, 511 A.2d 1257 (Ch. Div. 1986)).

39) 서로 약혼한 남녀의 관계는, 아마도 항상 신뢰는 아니지만, 그럴 것이라고 주장한다(In re Malchow's Estate, 143 Minn. 53, 172 N.W. 915 (1919)).

40) 양 당사자는 혼인 계약으로 인해 신뢰관계에 있는 것으로 추정된다(Rudbeck v. Rudbeck, 365 N.W.2d 330 (Minn. Ct. App. 1985)).

같은 신뢰관계에 기반하여 혼전약정은 “사기, 부당한 영향 및 강압이 없어야 하며, 더더욱 공정하고 합리적”이어야 하고,⁴¹⁾ “혼전약정에 실질적으로 영향을 미치는 모든 상황을 공개하고 고도의 공정성을 가지고 신의칙에 기해 행동해야 할 필수적인 의무가 있다.”⁴²⁾ 다시 말해서, 혼전약정은 관계가 가장 가까울 때, 당사자들이 서로를 대함에 있어서 가장 조심할 것 같지 않을 때, 그리고 - 비슷한 상황에서 - 구속력 있는 계약 관계의 전제 요건으로 충분하고 완전한 공개를 위한 요건을 요구하는 신뢰와 확신이 가득할 때 이루어진다.⁴³⁾ 이와 같은 혼전약정의 특수성에 기초해서⁴⁴⁾ 각자의 자산과 같은 중요사실의 공개에 기초해서 계약이 자유롭게 체결되었는지 여부, 약정의 내용이 비양심적이었는지 여부에 의해 공정성을 조사한다.⁴⁵⁾ 나아가 혼전약정의 자발성을 심사할 때 서명에 주어진 시간, 독립 변호사와 상담할 수 있는 능력, 그리고 당사자의 계약 이해에 대한 능력을 고려한다.⁴⁶⁾ 특히, 혼전약정의 공정성 또는 형평성을 결정할 때 법원은 당사자들의 각자의 삶의 위치, 경험 및 교육, 그리고 재정 및 법률 문제에 대한 지식을 고려할 수 있다.⁴⁷⁾

그리고 혼전약정이 체결된 후 혼인의 해소 당시 상황이 변경되어 그 약정이 불공정하거나 불합리하게 되었는지 여부 등을⁴⁸⁾ 고려하여 혼전약정에 공정성이 결여되었는지 여부를 판단하며, 공정성이 결여된 경우에는 그 약정이 무효가 될 수 있다. 따라서 혼전약정이 공정하게 체결되었다면 아내에게 제공되는 안전뿐만 아니라 혼인 문제에 대한 규정이 일반적으로 중요하고 즉각적인 목적이기도 하기 때문에 유효하다.⁴⁹⁾

41) Howell v. Landry, 96 N.C. App. 516, 386 S.E.2d 610 (1989).

42) Rowland v. Rowland, 74 Ohio App. 3d 415, 599 N.E.2d 315 (4th Dist. Ross County 1991).

43) Marschall v. Marschall, 195 N.J. Super. 16, 477 A.2d 833 (Ch. Div. 1984).

44) 계약법과의 차이에 주목하여, 이를 ‘근본적 공정성(fundamental fairness)’이라고 한다. Gant v. Gant, 174 W. Va. 740, 329 S.E.2d 106, 53 A.L.R.4th 1 (1985) 참고.

45) Andrew B. v. Abbie B., 494 P.3d 522 (Alaska 2021).

46) Andrew B. v. Abbie B., 494 P.3d 522 (Alaska 2021).

47) Banks v. Evans, 347 Ark. 383, 64 S.W.3d 746 (2002); Mays v. Mullins, 2018 Ark. App. 200, 547 S.W.3d 474 (2018).

48) Scherer v. Scherer, 249 Ga. 635, 292 S.E.2d 662 (1982). 예컨대, 혼전약정을 집행할 수 없게 만드는 예상치 못한 변화에는 자녀의 출산, 실직 또는 다른 주로의 이사가 포함된다. Conn. Gen. Stat. Ann. § 46b-36g. Grabe v. Hokin, 341 Conn. 360, 267 A.3d 145 (2021).

49) Estate of Hensley v. Estate of Hensley, 524 So. 2d 325 (Miss. 1988).

2) 약인의 특수성

혼인은 혼전약정에 대한 충분한 약인(約因)⁵⁰⁾이므로,⁵¹⁾⁵²⁾ 당사자들이 아직 부부관계를 성립시키기 전이라면 혼전약정 체결 시에 약정의 집행가능성을 규율하는 가족관계법령상 혼인관계에 관한 권리가 발생하지 않는다. 즉, 혼인이 혼전약정의 약인이라는 것은 혼전약정에 따른 의무가 미이행된 범위 내에서 그 의무 이행의 근거로 작동한다는 의미이다.⁵³⁾ 다만, 혼인관계가 존속하는 한 배우자 일방이 혼전약정에 따른 의무를 이행하지 않았다고 하더라도, 사기가 없다는 전제하에 혼전약정을 취소할 수는 없다.⁵⁴⁾

한편, 일방 당사자가 상대방에게 이혼할 자격을 부여하는 행위를 할 경우, 혼인은 혼전약정의 약인으로 기능하지 못하며,⁵⁵⁾ 그 형성 및 전개에 있어서 이혼준비(preseparation) 약정과 다르다.⁵⁶⁾

3) 혼전약정의 폐기 등

당사자들이 혼인을 한 경우 별도의 약인 없이 상호 동의(혹은 당사자의 행위)에 의해 혼전약정을 폐기할 수 있고,⁵⁷⁾ 철회 및 취소될 수 있으며,⁵⁸⁾ 이 경우, 혼전약정은 더 이상 효력을 갖지 않는다. 또한, 혼인 후 혼전약정을 수정하거나 변경할 수도 있는데, 이는 혼인 후 수정이 부부가 혼인 생활 동안 변화와 상황에 대처할 수 있도록 허용함으로써 조화를 촉진할 수 있기 때문이다.⁵⁹⁾ 한편, 혼인 후 혼전약정을 대체하기 위해 혼후약정을 체결하였는데 자산 등에 대한 완전하고 공정한 공개가 결여되어 혼후약정이 무효로 되는 경우, 이는 이

50) 약인(Consideration)은 계약의 당사자가 계약을 체결함에 있어 서로 주고받는 것(일종의 거래상 손실이라고 할 수 있다)이 존재하여야 한다는 것을 말하며, 영미법계에 특유한 계약의 구성요소이다. 이러한 약인은 영미법계에서 계약의 성립요건 내지 근거로 작동하는데, 이는 의사표시의 합의만으로 성립하는 대륙법계의 계약과 구별된다.

51) *Guhl v. Guhl*, 376 Ill. 100, 33 N.E.2d 185 (1941).

52) 또한, 혼인은 부부간 재산의 양도 또는 재산의 유증에 대한 약인으로도 기능한다. 이에 대해서는, *Allen v. Mayo*, 203 Neb. 602, 279 N.W.2d 617 (1979) 판결 참고.

53) *Levy v. Sherman*, 185 Md. 63, 43 A.2d 25 (1945).

54) *In re Johnson's Estate*, 202 Kan. 684, 203 Kan. 262, 452 P.2d 286 (1969).

55) *Oliphant v. Oliphant*, 177 Ark. 613, 7 S.W.2d 783 (1928); *Matter of Burgess' Estate*, 1982 OK CIV APP 22, 646 P.2d 623 (Ct. App. Div. 1 1982), as corrected, (Mar. 30, 2004).

56) *Cannon v. Cannon*, 384 Md. 537, 865 A.2d 563 (2005).

57) *Gustafson v. Jensen*, 515 So. 2d 1298 (Fla. Dist. Ct. App. 3d Dist. 1987); *In re Marriage of Pillard*, 448 N.W.2d 714 (Iowa Ct. App. 1989).

58) *Matlock v. Matlock*, 223 Kan. 679, 576 P.2d 629 (1978).

59) *Boyer v. Boyer*, 1996 OK CIV APP 94, 925 P.2d 82 (Ct. App. Div. 4 1996).

전의 혼전약정을 부활시킨다.⁶⁰⁾

4. 혼전약정의 요건

(1) 실체적 요건

1) 이혼을 조장, 촉진 또는 용이하게 하지 않을 것

혼전약정이 이혼을 조장, 촉진 또는 용이하게 하는 경우에는 무효이다. 예컨대, “혼전약정을 오직 이혼의 경우에만 유효하도록 한 경우 그 혼인약정은 유효하지 않고”,⁶¹⁾ “혼인의 증표로서 지참금을 지불하고 사망 또는 (혼인)해소 시 잔금을 지급하도록 하는 이슬람 혼인 조건에 따른 남편의 아내에 대한 지참금 지급의무는, 당사자의 이혼 시 아내가 이익을 얻게 되므로 이혼을 조장하는 것으로 공서양속에 위반된다.”⁶²⁾ 또한, 종교적 혼인계약인 Kethuba를 통해, 이혼 시 남편이 아내에게 자신이 소유한 재산의 절반 또는 \$500,000과 그의 집을 준다고 규정한 경우, 이는 공서양속에 위반된다.⁶³⁾ 왜냐하면 이 약정에 의할 경우, 남편이 아내에게 상당한 금액의 돈과 재산을 주겠다는 약속은 오직 이혼할 때만 가능하기 때문이다. 즉, 이 약정이 남편에게는 이혼을 조장한다고 할 수 없지만, 아내가 그 약정에 따른 이익을 얻기 위해서는 ‘이혼’을 해야 하므로, 아내에게는 이혼을 조장한다고 본다. 나아가 이혼 또는 별거의 경우에 국한하여 합의금(settlement)을 지급하도록 규정함으로써 이혼 또는 별거를 용이하게 하는 그러한 약정의 조항들은 공서양속에 위반된다.⁶⁴⁾ 다만, 약정의 내용이 당사자의 별거를 촉진한다고 해서 공서양속에 위반되지는 않는다.⁶⁵⁾

2) 자녀양육에 부정적 영향을 미치지 않을 것

자녀의 양육에 대한 혼인약정이 자녀에게 최선의 이익이 되지 않는다면 무효이다.⁶⁶⁾ 예컨대, “부모는 자녀의 종교 교육과 관련된 계약으로 양육권 부여

60) In re Estate of Shore, 605 So. 2d 951 (Fla. Dist. Ct. App. 4th Dist. 1992).

61) Dingledine v. Dingledine, 258 Ark. 204, 523 S.W.2d 189 (1975). 다만, 이혼 시에만 효력이 발생하도록 의도한 약정이 아닌 경우, 여러 우연한 상황 중에서 이혼을 언급하거나 이혼 시에 효력이 발생된다고 하더라도 무효가 되지는 않는다(Lee v. Lee, 35 Ark. App. 192, 816 S.W.2d 625 (1991)).

62) In re Marriage of Dajani, 204 Cal. App. 3d 1387, 251 Cal. Rptr. 871 (4th Dist. 1988).

63) In re Marriage of Noghrey, 169 Cal. App. 3d 326, 215 Cal. Rptr. 153 (6th Dist. 1985).

64) Freeman v. Freeman, 1977 OK 110, 565 P.2d 365 (Okla. 1977).

65) Matlock v. Matlock, 223 Kan. 679, 576 P.2d 629 (1978).

에 관한 법원의 재량권을 제한할 수 없으며, 법원은 그러한 계약을 전적으로 무시할 수 있다.”⁶⁷⁾ 또한, 자녀의 부양비나 양육비를 제한⁶⁸⁾하는 혼전약정도 무효이다. 즉, 혼전약정은 자녀의 양육받을 권리를 박탈할 수 없고 자녀 양육비 또는 위자료 지급을 배제하는 혼전약정의 조항은 법원을 구속하지 않는다.⁶⁹⁾ 이 경우, 개별적 사안에 따라 자녀의 양육과 관련된 조항만 무효로 되기도 하고, 자녀양육과 관련된 조항이 혼전약정의 전부인 경우에는 혼전약정 전부가 무효로 될 수도 있다.

(2) 양심성

1) 의의

양심성(conscionability)은 무척이나 추상적이고 막연한 의미를 가질 수밖에 없어서, 미국의 각주 대법원에서도 다양하게 의미를 부여하고 있다. 일반적으로 대부분의 주에서는 양심성을 공정성⁷⁰⁾과 동일하게 보거나 그와 유사한 것으로 평가하여 혼전약정의 유효요건으로 본다.⁷¹⁾⁷²⁾ 그러나 Nebraska 주에서는 “공정하고 합리적”이라는 기준을 유지하면서 비양심성 기준을 채택하지 않았고,⁷³⁾ New Hampshire 주에서는 “양심성”을 공서양속 및 약정이 이혼을 초래할 가능성과 동등하게 평가하고 있다.⁷⁴⁾ 나아가 다음 (3)에서 논의하는 절차적 요건이 결여된 경우에 비양심적이라고 평가하기도 한다.⁷⁵⁾ 결국, 양심성은 내용적 공정성과 절차적 요건을 아우르는 의미이고 상황에 따라 사용되는 상대적 개념이라고 볼 수밖에 없다.

66) *Osborne v. Osborne*, 384 Mass. 591, 428 N.E.2d 810 (1981).

67) *Stanton v. Stanton*, 213 Ga. 545, 100 S.E.2d 289, 66 A.L.R.2d 1401 (1957).

68) *Frey v. Frey*, 298 Md. 552, 471 A.2d 705 (1984).

69) *Huck v. Huck*, 734 P.2d 417 (Utah 1986).

70) West Virginia 주에서는 ‘공정’이라는 기준에 대해서도 의문을 제기한다. *Gant v. Gant*, 174 W. Va. 740, 329 S.E.2d 106, 53 A.L.R.4th 1 (1985) 참고.

71) *Newman v. Newman*, 653 P.2d 728 (Colo. 1982); *Lewis v. Lewis*, 69 Haw. 497, 748 P.2d 1362 (1988).

72) UPAA하에서 공정성은 중요하지 않고, 약정에 이의를 제기하는 당사자가 비자발적 체결 또는 비양심성과 필수적 재산 공개의 결여 내지 이에 대한 포기를 입증하지 못하는 한, 약정은 유효하다(*Chiles v. Chiles*, 779 S.W.2d 127 (Tex. App. Houston 14th Dist. 1989), writ denied, (May 30, 1990) and (disapproved of on other grounds by, *Twyman v. Twyman*, 855 S.W.2d 619 (Tex. 1993))).

73) *DeMatteo v. DeMatteo*, 436 Mass. 18, 762 N.E.2d 797 (2002).

74) *MacFarlane v. Rich*, 132 N.H. 608, 567 A.2d 585 (1989).

75) *Peters-Riemers v. Riemers*, 2002 ND 72, 644 N.W.2d 197 (N.D. 2002).

2) 내용적 공정

가) 이혼 시 재산분할

아내로부터 혼인재산에 대한 권리를 박탈하려는 혼전약정은 비양심적이다.⁷⁶⁾ 다만, 혼인해소 시점이 아니라 약정 체결 당시에 완전한 공개, 사기, 강압이 있었는지 여부를 기준으로 비양심성을 판단한다.⁷⁷⁾ 만약 혼인약정에 이의를 제기하는 당사자에게 불공정하거나 불합리한 조항이 있다면, 이 경우 상대방 배우자가 자신의 재정을 감추거나, 이의를 제기하는 배우자가 상대방 배우자의 재정에 대해 알지 못했다는 추정이 발생하여, 서명 전 완전한 공개 또는 혼인재산의 성격과 범위에 대해 이의를 제기하는 배우자의 일반적인 인식에 대한 증명책임이 방어하는 배우자에게 이진된다.⁷⁸⁾ 다만, 잘못된 협상이라는 이유로 약정을 취소할 수는 없고, 변호사의 부재를 이유로 취소할 수도 없다.⁷⁹⁾ 한편, 다음 (3)에서 언급하는 절차적 요건을 충족하는 혼전약정은 혼인해소 시 재산분할의 불균형을 초래한다고 하더라도 공정하다고 판단된다.⁸⁰⁾

나) 부양과 위자료

1차적으로는 약정 체결 당시에 완전한 공개, 사기, 강압이 있었는지 여부를 기준으로 판단하지만, 2차적으로 (일부 사법권에서는) 적어도 부양의무(support obligation)와 관련하여 배우자에게 합리적인 부양수단이 없게 되는 것과 같은 사정변경으로 인하여 혼인해소 시점에 계약 내용이 비양심적이어서는 안 된다고 한다.⁸¹⁾ 다만, 위자료, 부양 및 변호사 비용을 포기하는 혼전약정은 그 자체로 부당하지 않으며, 공서양속에 위반된다고 말할 수는 없다.⁸²⁾

소송계속(pendente lite) 중에 부양 권리를 부당하게 방해하는 약정, 예컨대 아내가 소송 중인 위자료(혹은 이혼수당 alimony)에 대한 권리를 포기하도록

76) McMullin v. McMullin, 926 S.W.2d 108 (Mo. Ct. App. E.D. 1996).

77) Newman v. Newman, 653 P.2d 728 (Colo. 1982); Lewis v. Lewis, 69 Haw. 497, 748 P.2d 1362 (1988).

78) Cladis v. Cladis, 512 So. 2d 271 (Fla. Dist. Ct. App. 4th Dist. 1987).

79) Friezo v. Friezo, 281 Conn. 166, 914 A.2d 533 (2007).

80) In re Marriage of Spiegel, 553 N.W.2d 309 (Iowa 1996).

81) Newman v. Newman, 653 P.2d 728 (Colo. 1982). 한편, Lewis v. Lewis, 69 Haw. 497, 748 P.2d 1362 (1988) 판결에서는 이혼 당시뿐만 아니라 약정 체결 당시를 기준으로 비양심성을 판단할 수 있다고 한다.

82) Lewis v. Lewis, 69 Haw. 497, 748 P.2d 1362 (1988); Hardee v. Hardee, 355 S.C. 382, 585 S.E.2d 501 (2003).

하는 혼전약정의 조항은, 당사자의 혼인이 사망 또는 이혼으로 해소될 때까지 아내를 부양해야 할 남편의 의무를 완화하려는 것이므로, 공서양속에 반하여 무효이다.⁸³⁾ 다만, 혼전약정이 법률에 의해 부과된 부양의무를 변경하는 것이 아니라 재산 처분과 관련된 부양권 포기에 국한된 경우에는 약정이 유지되어야 한다.⁸⁴⁾ 마찬가지로, 각자의 재산과 수입 능력에 있어서 자급자족하고, 포기를 약정할 당시 둘 다 혼인 당사자로서의 권리와 의무에 대해 변호사의 조언을 받은 사람이 체결한 배우자 부양권의 포기는 유효하다.⁸⁵⁾

아내의 위자료 권리 포기를 목적으로 하는 혼전약정의 조항은 이혼 절차에서 무효이고 집행할 수 없다.⁸⁶⁾ 다만, 위자료의 포기 자체는 공서양속 위반이 아니다.⁸⁷⁾ 예컨대, 아내가 위자료를 받지 않는 대신 매월 \$500의 이혼수당을 받는 것으로 규정한 혼전약정은 유효하다.⁸⁸⁾

(3) 절차적 요건

1) 자발적이며 자유로운 체결

이는 일반 계약에서 요구되는 것과 동일하다.⁸⁹⁾ 첫째, 서면에 의해 체결되어야 하는데, 이는 사기방지법(statute of frauds)⁹⁰⁾이 적용되기 위한 요건으로, 부동산거래와 같은 일반적인 계약에서도 필요한 경우가 대부분이다. 둘째, 혼전약정의 체결 당시에 사기, 강박, 강요 또는 과잉행위가 없어야 하며, 이에 대한 입증책임은 약정에 이의를 제기하는 당사자에게 있다.⁹¹⁾⁹²⁾ 셋째, 혼전약정

83) Holliday v. Holliday, 358 So. 2d 618 (La. 1978).

84) Freeman v. Freeman, 1977 OK 110, 565 P.2d 365 (Okla. 1977).

85) In re Marriage of Pendleton and Fireman, 24 Cal. 4th 39, 99 Cal. Rptr. 2d 278, 5 P.3d 839 (2000).

86) Sanford v. Sanford, 2005 SD 34, 694 N.W.2d 283 (S.D. 2005).

87) Osborne v. Osborne, 384 Mass. 591, 428 N.E.2d 810 (1981); Frey v. Frey, 298 Md. 552, 471 A.2d 705 (1984)의 다수의견(다만, 반대의견은 공서양속에 반하여 무효라고 보았다). 동일한 취지의 후속 판결로 Austin v. Austin, 445 Mass. 601, 839 N.E.2d 837 (2005) 참고.

88) Unander v. Unander, 265 Or. 102, 506 P.2d 719 (1973).

89) 혼전약정의 유효성 판단기준이 ‘공평한 기준’에서 ‘자발성 기준’으로 변경되었다고 보는 판결도 있다. 이에 대해서는 Rowland v. Rowland, 74 Ohio App. 3d 415, 599 N.E.2d 315 (4th Dist. Ross County 1991) 판결 참고.

90) 영미법상 사기나 위증을 방지하기 위해 500달러 이상의 물품의 매매, 부동산관련 거래, 1년 이내 이행될 수 없는 계약, 혼인에 관한 계약(혼전약정 포함), 보증 계약은 서면으로 작성하고, 그에 따른 책임을 지는 당사자가 서명을 하지 않으면 법원에 강제이행을 청구할 수 없게 하는 보통법상의 원칙을 말한다.

91) Fletcher v. Fletcher, 68 Ohio St. 3d 464, 1994-Ohio-434, 628 N.E.2d 1343 (1994).

의 체결시기는 약정의 자발성을 평가하는데 있어서 가장 중요한 요소이다.⁹³⁾ 넷째, 다음에서 논의하는 자산 등의 완전한 공개(다음 2) 참고)와 독립된 변호사의 조언(다음 3) 참고)이 있어야 한다.⁹⁴⁾

2) 자산 등의 완전하고 공정한 공개⁹⁵⁾

배우자는 서로의 자산 등에 대해 완전하고 공정하게 공개하여야 한다(즉, 자산 등에 대한 은닉이나 비공개 및 자산 등에 대한 허위진술이 없어야 한다).⁹⁶⁾ 이는 당사자의 신탁관계에 근거하며⁹⁷⁾ 혼전약정에서 가장 중요하다.⁹⁸⁾⁹⁹⁾ 다만, 상대방이 이미 자산에 대해 충분히 인식하고 있는 경우에는 공개 여부가 중요하지 않다.¹⁰⁰⁾ 일반적으로 혼전약정의 집행을 청구하는 당사자가 자산 등에 대한 완전한 공개가 있었음에 대한 증명책임을 부담하지만,¹⁰¹⁾ 자산의 완전한 공

-
- 92) 강박이 성립하려면, 당사자는 일반적으로 다음을 증명해야 한다. 즉, 상대방의 혼전약정 내용을 비자발적으로 수락했다는 점, 강압적인 상황이 상대방의 행위로 인한 결과라는 점, 상대방이 부당하게 압력을 행사했다는 점, 그리고 상황상 당사자가 상대방이 제시한 내용을 수락하는 것 외에 다른 대안이 없었다는 점을 입증해야 한다(In re Estate of Hollett, 150 N.H. 39, 834 A.2d 348 (2003)).
- 93) 남편의 복잡한 재정 상황, 당사자 간 협상력의 격차, 아내가 혼인식 48시간 전까지 약정의 존재를 알지 못했다는 점 등을 고려할 때, 아내가 유효한 독립적 변호사를 제공받았다고 하더라도, 혼전약정은 강압의 산물로서 자발성이 결여되었다고 본다(In re Estate of Hollett, 150 N.H. 39, 834 A.2d 348 (2003)). 한편, 시기의 문제는 자발성의 평가와 관련될 뿐 자산 등의 완전한 공개와는 관련이 없다(Friezo v. Friezo, 281 Conn. 166, 914 A.2d 533 (2007)).
- 94) 러시아 국적의 아내에게 변호사가 제공되긴 하였지만, 변호사는 러시아어를 할 줄 몰랐고 통역의 도움도 없어서, 실질적으로 아무런 조언이 제공되지 않았던 사안이다(In re Marriage of Shirilla, 2004 MT 28, 319 Mont. 385, 89 P.3d 1 (2004)).
- 95) Alexander v. Alexander, 279 Ga. 116, 610 S.E.2d 48 (2005).
- 96) 완전하고 공정한 공개의 원칙은 여성이 필연적으로 열등한 교섭 위치에 있고 배려가 필요하다 가정하던 시절에 시작되었다. In re Estate of Geyer, 516 Pa. 492, 533 A.2d 423 (1987) 참고.
- 97) Unander v. Unander, 265 Or. 102, 506 P.2d 719 (1973).
- 98) Mabus v. Mabus, 890 So. 2d 806 (Miss. 2003).
- 99) 독립적 변호사가 있더라도 공개가 없으면 약정을 집행해서는 안 되고, 나아가 비양심성이 없는 한 완전한 공개가 이루어졌다면 약정이 불공정하더라도 약정을 무효화해서는 안 된다(Marschall v. Marschall, 195 N.J. Super. 16, 477 A.2d 833 (Ch. Div. 1984)).
- 100) 혼전약정이 남편의 자산 공개를 포함하지 않았지라도, 아내가 혼인 전에 남편이 축산업, 부동산, 주유소 및 주식을 소유하고 있다는 사실을 알고 있었던 경우, 혼전약정은 유효하다(Taylor v. Taylor, 1991 OK CIV APP 126, 832 P.2d 429 (Ct. App. Div. 1 1991)).
- 101) Blige v. Blige, 283 Ga. 65, 656 S.E.2d 822 (2008). 혼전약정의 집행을 피하고자 하는 당사자는, 약정이 비양심적이고, 그러한 공개에 대한 권리를 서면으로 포기하지 않았으며, 상대방의 재정 상황에 대해 충분히 알지 못했고, 합리적으로 알 수도 없었음을 입증해야 한다(In re Estate of Martin, 2008 ME 7, 938 A.2d 812 (Me. 2008)).

개가 없는 경우에는 약정을 제안한 사람이 (약정이) 자발적이고 자유롭게, 그리고 그 의미와 효과를 충분히 알고 체결되었음을 입증할 책임을 부담한다.¹⁰²⁾¹⁰³⁾ 또한, 혼전약정에 의할 경우에 상대방이 공평한 분배에 따라 받았을 금액보다 불균형적으로 적은 금액을 제공받는 경우, 상대방이 제안자의 자산에 대한 충분한 인식 내지 완전한 공개를 통해 계약을 체결했음을 입증해야 할 책임은 계약의 유효를 주장하는 당사자에게 있다.¹⁰⁴⁾

한편, 자산의 공개는 보유자산의 목록을 교환하는 것과 같은 공식적이고 명시적인 절차를 통해 이루어질 수도 있고, 계약체결의 과정에서 비공식적으로 이루어질 수도 있다.¹⁰⁵⁾ 따라서 사기나 과장이 없다는 전제하에 의도하지 않은 자산의 비공개나 자산의 과소평가가 이루어졌다고 하더라도, 당사자의 금융자산 및 재산상 이익의 성격과 범위를 본질적으로 정확하게 파악할 수 있다면, 혼전약정은 무효가 아니다.¹⁰⁶⁾

3) 독립된 변호사와의 상담

독립 변호사와 상담할 수 있는 기회¹⁰⁷⁾가 유효한 혼전약정의 전제 조건은 아니지만, 혼전약정이 공정하고 공평하여 보통법에서 집행가능한지 여부를 결정할 때 법원이 고려할 수 있는 몇 가지 관련 요소 중 하나이다.¹⁰⁸⁾ 예컨대, 압박한 혼인식의 규모가 작고 비공식적이기 때문에 아내가 변호사와 상담하기를 원했을 경우에는 혼인식을 연기할 수 있었다고 합리적으로 결론을 내릴 수 있었다면, 실제로 변호사와 상담하지 못했다고 하더라도 혼전약정을 집행할 수 있다.¹⁰⁹⁾ 그러나 혼전약정이 혼인식 날 아내에게 제공됨으로써 아내가 독립적

102) Cannon v. Cannon, 384 Md. 537, 865 A.2d 563 (2005).

103) 만약 아내를 위해 마련된 조항이 남편이 가진 재산의 범위와 가치에 비해 불균형하다면, 남편이 고의로 재산을 은닉한 것으로 추정되며, 아내가 남편의 재산에 대해 충분히 알고 있었음을 입증할 책임은 약정의 유효를 주장하는 당사자에게 이전된다(In re Estate of Hopkins, 166 Ill. App. 3d 652, 117 Ill. Dec. 254, 520 N.E.2d 415 (2d Dist. 1988)).

104) Fletcher v. Fletcher, 68 Ohio St. 3d 464, 1994-Ohio-434, 628 N.E.2d 1343 (1994).

105) 예컨대, 혼전약정에 아내의 자산 공개가 포함되어 있지는 않았지만, 아내의 변호사가 남편의 변호사에게 아내의 자산 목록과 아내가 수익자인 신탁에 관한 정보를 보냈고, 남편의 변호사가 남편의 재산권과 약정의 법적 중요성에 대해 충분히 조언했다는 취지의 진술이 포함된 경우, 혼전약정은 유효하다(Gould v. Rafaeli, 822 S.W.2d 494 (Mo. Ct. App. E.D. 1991)).

106) Wilson v. Moore, 929 S.W.2d 367 (Tenn. Ct. App. 1996).

107) 실제로 변호사의 자문을 받거나 얻을 것을 요구하지 않으며, 단지 그렇게 할 기회가 합리적으로 제공되면 충분하다(Friezo v. Friezo, 281 Conn. 166, 914 A.2d 533 (2007)).

108) McKee-Johnson v. Johnson, 444 N.W.2d 259 (Minn. 1989); In re Estate of Kinney, 733 N.W.2d 118 (Minn. 2007).

인 법률 전문가의 자문을 받을 수 있는 기회를 박탈당했다면, 그 혼전약정은 집행할 수 없다.¹¹⁰⁾ 또한, 이에 대한 법적 조언이 있었느냐 하는 점은 혼전약정의 자발성을 평가하는데 중요한 요소가 된다.¹¹¹⁾ 하지만 독립적 변호사와 상담하라는 조언이 결여되었고, 이로 인해 독립적 변호사와 상담할 수 없었다고 해서 혼전약정이 반드시 집행할 수 없는 것은 아니다.¹¹²⁾

5. 평가

먼저, 모호하고 전적으로 주관적인 ‘공정’이라는 요건에 대해서는 거부감을 느낀다. 계약법 전반에 걸쳐 교섭력의 불균형이라는 문제는 반복적으로 발생한다. 따라서 단순히 교섭력의 불균형만이 계약을 무효화할 수 있는 근거가 된다면, 부자와 빈자(貧者), 또는 강자와 약자 간의 계약은 항상 그 유효성에 의문이 제기될 것이다. 그러나 계약법의 다른 곳에는 이러한 규칙이 없는 것처럼, 혼전약정에 관한 법률에서도 그렇게 해야 할 법률적·사실적·정책적 이유가 없다. ‘비양심성’ 요건도 마찬가지이다. 미국에서는 비양심성 요건과 공정 요건을 선택적 요건 내지 대등한 요건으로 이해하기도 하고, 공정 요건을 비양심성 요건의 한 내용으로 보기도 하며, 절차적 요건을 아우르기도 한다. 이와 같이 ‘공정’이나 ‘비양심성’이라는 용어는, 더 자세한 설명이 부가되지 않는 한, 어떤 약정이 구속력이 있고 어떤 약정이 무효로 되는지에 대한 명확한 지침을 전혀 제공하지 못하기 때문이다.¹¹³⁾¹¹⁴⁾

혼전약정에 대한 미국법의 태도는 기본적으로 국가의 후견적 개입을 최소화

109) Fletcher v. Fletcher, 68 Ohio St. 3d 464, 1994-Ohio-434, 628 N.E.2d 1343 (1994).

110) Hoag v. Dick, 2002 ME 92, 799 A.2d 391 (Me. 2002).

111) In re Estate of Lutz, 2000 ND 226, 620 N.W.2d 589 (N.D. 2000).

112) Binek v. Binek, 2004 ND 5, 673 N.W.2d 594 (N.D. 2004). 이 판결은, 전 남편이 약정에 서명하기 전에 전처가 변호사와 상담하거나 질문하는 것을 막지 않았고, 전처가 약정의 내용이 전 남편의 재산은 남편의 재산으로 자신의 재산은 자신의 재산으로 남는다는 것으로 이해했고, 약정에 서명할지 여부가 전적으로 자신의 결정이었고 자발적으로 그렇게 했다고 증언한 사안이다.

113) Gant v. Gant, 174 W. Va. 740, 329 S.E.2d 106, 53 A.L.R.4th 1 (1985).

114) 혼전약정은 우리 법령에 구현된 입법 목표를 손상시키지 않으면서 ... 불확실성을 줄이고 ... 비용을 최소화할 수 있는 범위 내에서, 환영받아야 한다. 혼인을 앞둔 당사자들이, 그들의 지성(때로는 그들의 경험)이 알려주는 불쾌하지만 너무 현실적인 가능성이라고 말하는 것로부터 스스로를 보호하기 위해 이성적으로 시도하는 한, 혼전약정은 권장되어야 한다. 혼인이 성공하지 못할 경우 어떻게 할 것인지에 대한 그들의 약정은, 혼인생활이 힘들어진 후에 협의되고 체결된 재산분할합의와 동일한 대우를 받아야 한다 (Marschall v. Marschall, 195 N.J. Super. 16, 477 A.2d 833 (Ch. Div. 1984)).

하는 방향으로 발전하고 있다고 할 수 있다.¹¹⁵⁾ 다시 말해서, 여러 측면에서 이루어진 여성의 지위 향상을 전제로¹¹⁶⁾ 혼전약정의 계약적 특성을 조금 더 존중하는 방향에서 국가의 후견적 개입을 자제하려는 입장이다. 다만, 일정한 경우에는 국가의 후견적 개입이 있어야 하고, 이는 일반 계약에서보다는 광범위하다. 즉, i) 혼전약정이 이혼을 조장하거나 촉진하는 경우, ii) 혼전약정이 자녀양육에 부정적 영향을 미치는 경우, iii) 혼전약정에서 배우자에게 이혼에 따른 부양청구권, 위자료청구권, 재산분할청구권 등을 박탈하는 경우, iv) 혼전약정의 체결을 위한 절차적 요건을 결여한 경우 등은 공서양속에 반한다고 보아야 한다. 이 중, i)과 ii)는 원칙적으로 공서양속에 반한다고 보며, iii)과 iv)는 당사자 일방에게 불공정하거나 비양심적이라 할지라도 무조건적으로 공서양속에 반한다고 보지는 않는다. 특히, iii)의 경우에는 부양청구권 등의 박탈이 아니라, 당사자의 자발적 포기인 한 공서양속에 반하지 않는다. 이는 다른 계약에 적용되는 일반적 원칙(즉, 사기, 강박, 강요, 과잉행위 등이 없을 것)과 더불어, 혼전약정의 특수성에서 비롯하는 공서양속 약인에 의해 요구되는 ‘적절성’ 요건과 ‘자산 등에 대한 완전하고 공정한 공개’의 요건, 그리고 ‘독립된 변호사와 상담할 기회’라는 요건을 요구한다.¹¹⁷⁾

Ⅲ. 우리 민법상 부부재산약정

1. 부부재산약정

(1) 서설

부부재산약정이란 부부로 될 남녀 사이에 혼인이 성립하기 전에 그 재산의 관리에 관하여 합의에 의하여 정한 계약으로, 부부간의 재산관계를 규율한다.

115) 조은희, 재산분할청구권의 포기약정에 대한 검토, 법과정책 27(2), 제주대학교 법과 정책 연구원, 2021, 202~207면에서는 부부재산약정에 대한 독일에서의 내용통제를 상세히 소개하고 있는데, 그 내용은 미국의 흐름과 유사하다.

116) 다만, 여전히 여성의 지위는 남성에 비해 열악한 지위에 처해 있다는 페미니즘적 관점을 유지하면서, 혼전약정에 대한 국가의 후견적 개입을 강조하는 견해도 있다. Sharon Thompson, *ibid*, 참고.

117) 일부 급진적인 대법관은, 자산 등의 공개 요건은 계약법의 전통적 원칙인 독립적 교섭 원칙과 정반대라고 주장하면서, 혼전약정도 계약인 이상 계약법의 규칙에 따라 자산 등의 공개 요건을 없애야 한다고 주장한다(In re Estate of Geyer, 516 Pa. 492, 533 A.2d 423 (1987) 판결에서 2인의 반대의견).

우리 민법은 부부재산제에 대하여 우선 부부간의 합의에 의하여 정하도록 하고, 그러한 합의가 없는 경우에는 민법이 정하는 부부재산제를 일률적으로 적용하도록 하고 있다. 따라서 우리 민법도 기본적으로는 약정부부재산제를 원칙으로 하면서, 법정부부재산제를 보완적으로 규정하고 있다. 다만, 부부재산약정은 실제에 있어서는 거의 이용되지 않는 실정이어서, 대부분의 경우 법정부부재산제에 의해 규율되고 있다.¹¹⁸⁾ 민법 제829조¹¹⁹⁾에 규정된 부부재산약정에 관해 살펴보면, 부부재산약정의 체결은 혼인성립 전에 하도록 하고(제1항),¹²⁰⁾ 원칙적으로 혼인 중에 부부재산약정을 변경하는 것을 허용하지 않으면서 정당한 사유가 있는 때에 한하여 법원의 허가를 얻어 변경할 수 있도록 하고 있다(제2항). 또한 이러한 약정은 혼인신고 전에 등기하여야만 제3자에게 대항할 수 있다(4항).

(2) 부부재산약정의 내용

부부재산약정이 체결되면 부부의 혼인 중 재산관계가 이에 따라 결정되고, 약정의 성립시기를 제한한 민법 제829조 제2항으로 인해 이혼에 대비한 재산분할약정을 할 수는 없다. 다만, 부부재산약정을 통해 일정 재산을 특유재산으로 약정함으로써 이혼 시의 재산분할을 대비할 수 있는 가능성이 약간이나마 존재한다(다음 2.에서 후술).

한편, 민법 제829조 제1항은 부부가 혼인성립 전에 그 재산에 관하여 따로 약정을 하지 아니하는 때에는 법정재산제가 적용된다고 규정하고 있을 뿐, 부

118) 민법이 시행된 1960년 이후 2001년까지 부부재산약정에 따른 등기사례는 한 건도 없었고, 2001년 이후부터 부부재산 등기사례가 간혹 발견된다. 즉, 2001년부터 2005년까지 약 12건, 2011년 11건, 2012년 16건, 2013년 26건, 2014년 28건인 것으로 확인된다(김선화, 부부재산제도의 효과와 그 개선방향, 젠더법학 9(1), 한국젠더법학회, 2017, 104면).

119) 제829조(부부재산의 약정과 그 변경) ① 부부가 혼인성립 전에 그 재산에 관하여 따로 약정을 하지 아니한 때에는 그 재산관계는 본관 중 다음 각조에 정하는 바에 의한다.

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

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

④ 부부가 그 재산에 관하여 따로 약정한 때에는 혼인성립까지에 그 등기를 하지 아니하면 이로써 부부의 승계인 또는 제3자에게 대항하지 못한다.

⑤ 제2항, 제3항의 규정이나 약정에 의하여 관리자를 변경하거나 공유재산을 분할하였을 때에는 그 등기를 하지 아니하면 이로써 부부의 승계인 또는 제3자에게 대항하지 못한다.

120) 프랑스 민법 제1395조도 그러하다. 반면, 독일은 부부재산계약의 체결시기를 혼인 전으로 한정하지 않고 있다(제1408조).

부재산약정의 구체적 내용이나 방법에 관해 규정하고 있지 않다. 따라서 부부 재산약정을 체결하고자 하는 당사자는 어떤 내용으로든 부부재산약정을 체결할 수 있다. 이와 같이 부부재산에 대한 내용형성의 자유를 온전히 부부에게 맡기는 것은, 얼핏 보면 계약자유 원칙의 실현으로 보이지만, 오히려 그 열린 형태 때문에 제도의 이용을 어렵게 만든다. 따라서 독일이나 프랑스에서와 같이 일정한 유형을 선택하도록 하거나, 표준계약서와 같은 형태로 가이드라인을 제공해 줄 필요가 있다. 이를 위하여 부부재산약정에 관한 상세한 규정을 둘 필요가 있다. 그리고 이를 통하여 현재의 부부재산제인 별산제가 가지는 문제점을 조금이나마 해소할 수 있다고 생각한다.¹²¹⁾¹²²⁾

(3) 부부재산약정의 성립 시기

제829조 제1항의 반대해석상 혼인신고 후 체결된 부부재산약정은 무효이다. 이와 같이 혼인 성립 전에만 부부재산약정의 체결이 가능하도록 한 것은, 혼인 중에 부부재산약정을 체결할 수 있도록 할 경우 처가 부(夫)의 압박에 눌리거나 애정에 휩쓸려 경솔하게 불리한 부부재산약정의 체결에 응할 수 있어 이를 방지하기 위함이었다.¹²³⁾ 그러나 여권(女權)의 신장에 따른 양성평등의 시대에 이러한 전제는 시대착오적인 과거의 유물이 되었다. 또한, 다음 (4)에서 검토하는 바와 같이 부부재산약정을 해소하거나 변경할 수 있도록 허용한다면, 계약의 성립 시기 자체는 큰 문제가 되지 않을 것이다. 성립 시기가 혼인 성립 전으로 제한되어 있다는 측면에서 본다면, 우리 민법의 부부재산약정은 영미법의 혼전약정(Prenuptial Agreement)에 해당한다.

(4) 부부재산약정의 변경 가능성

민법 제829조 제2항은 원칙적으로 부부재산약정을 혼인 중 변경하지 못하도

121) 부부재산계약제도는 부부별산제인 법정재산제를 보완할 수 있다고 하면서, 부부재산계약을 개선하기 위하여 부부재산계약에 관한 등기절차를 개선할 것을 주장하는 견해가 있다(박현정, 부부재산계약상의 계약자유원칙, 재산법연구 32(4), 한국재산법학회, 2016, 182면 및 194면).

122) 혼인재산에 대한 명의 없는 배우자의 보호를 위하여 부부공동재산제를 고려할 수 있지만, 채무에 대해서도 부부가 함께 책임을 부담해야 하고, 기여와는 무관하게 공동재산에 대한 분할이 이루어진다는 점에서 형평에 반하는 결과를 초래할 수 있어, 결국에는 현행의 별산제를 유지해야 하지만, 부부재산계약을 활성화함으로써 별산제로 인한 폐해를 방지할 필요가 있다는 견해로, 김병두, 별산제의 한계와 그 극복으로서 부부재산계약, 성균관법학 16(3), 성균관대학교 법학연구소, 2004, 18면 참고.

123) 편집대표 윤진수, 주해친족법(제1권)(이동진 집필부분), 박영사, 2015, 254면.

록 하면서, 정당한 사유가 있는 경우에 한하여 법원의 허가를 얻어 변경할 수 있도록 규정한다. 원칙적으로 혼인 중에 부부재산약정을 변경할 수 없도록 한 까닭은, 혼인 전에는 각자가 독립적 존재이지만 혼인 후에는 부부 중 일방이 타방에 압력을 줄 수 있다는 점, 부부재산약정의 변경을 통해 부부 중 일방의 채권자에 대한 사해행위가 가능해진다는 점, 약정의 변경을 통해 간접적으로 부부간 증여가 가능해진다는 점 등을 들 수 있다. 그러나 재산상황의 변화 등으로 인해 상황이 변화되었다면 사정변경의 원칙에 기초해 혼인 전에 체결한 부부재산약정을 변경할 필요성도 존재한다.¹²⁴⁾ 나아가 부부 사이의 신뢰가 붕괴된 경우에는 부부재산약정의 변경을 인정하는 것이 가족의 이익에 부합하고, 생존배우자의 불충분한 상속상 권리를 보완할 필요도 있다. 이와 더불어, 우리 민법은 정당한 사유가 있는 경우에 변경을 허가하면서 ‘법원의 허가’라는 국가의 후견적 개입을 요건으로 하지만, 당사자의 대등성이 확보되는 한 사적 자치에 맡겨두는 것이 타당하다고 본다. 한편, 제829조의 해석상 적어도 부부재산약정을 한 경우에만 변경의 가능성이 있다. 따라서 혼인 전에 부부재산약정의 필요성을 느끼지 못하여 부부재산약정을 하지 않아 법정재산제가 적용되는 경우에는 애초에 부부재산제를 변경할 수 있는 가능성이 차단된다. 이 점에서 미국법에서와 같이 혼후약정도 허용할 필요가 있다고 본다.

2. 이혼에 따른 재산분할과 부부재산약정

(1) 서설

부분적으로나마 부부재산약정을 통해 이혼 시의 재산분할을 대비할 수 있다. 예컨대, 혼인 전부터 가지고 있던 고유재산인 경우에도 타방 배우자의 당해 재산에 대한 유지·관리의 기여가 인정되면 이혼 시 재산분할의 대상이 되는 경우가 많은데, 이러한 경우에도 부부재산약정을 해두면 특유재산으로 인정되어 재산분할의 대상에서 제외시킬 수 있다(소극적 측면). 그러나 부부재산약정에서 이혼 후 재산을 어떻게 분할할 것인가에 대해 합의한다고 하더라도, 이는 효력이 없다(적극적 측면).¹²⁵⁾ 또한, 명시적으로 부부재산약정의 한 종류로 법정되어 있지는 않지만, 우리 민법은 제839조의2 제2항에서 협의이혼을 전제

124) 이와 관련하여, 미국은 혼후약정을 인정하고 있다는 점에서 혼전약정에 대한 변경가능성이 기본적으로 담보되어 있다. 혼전약정에 국한하여 보더라도 법원이 약정의 내용을 변경할 수 있다(Unander v. Unander, 265 Or. 102, 506 P.2d 719 (1973) 참고).

125) 김주수·김상용, 친족상속법, 법문사, 2020, 138면.

로 한 재산분할의 협의를 규정하고 있는데, 이는 영미의 분할약정(Separation Agreement)에 유사한 효과를 가져오고 있다.

(2) 재산분할의 협의

1) 대법원의 태도

재산분할에 관한 협의는 혼인 중 당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산의 분할에 관하여 이미 이혼을 마친 당사자 또는 아직 이혼하지 않은 당사자 사이에 행하여지는 협의를 가리키는 것인바, 그 중 아직 이혼하지 않은 당사자가 장차 협의상 이혼할 것을 약정하면서 이를 전제로 하여 위 재산분할에 관한 협의를 하는 경우에 있어서는, 특별한 사정이 없는 한, 장차 당사자 사이에 협의상 이혼이 이루어질 것을 조건으로 하여 조건부 의사표시가 행하여지는 것이라 할 것이므로, 그 협의 후 당사자가 약정한 대로 협의상 이혼이 이루어진 경우에 한하여 그 협의의 효력이 발생하는 것이지, 어떠한 원인으로든지 협의상 이혼이 이루어지지 아니하고 혼인관계가 존속하게 되거나 당사자 일방이 제기한 이혼청구의 소에 의하여 재판상 이혼(화해 또는 조정)에 의한 이혼을 포함한다)이 이루어진 경우에는 위 협의는 조건의 불성취로 인하여 효력이 발생하지 않는다.¹²⁶⁾¹²⁷⁾ 반면, 민법 제839조의2에 규정된 재산분할제도는 혼인 중에 부부 쌍방의 협력으로 이룩한 실질적인 공동재산을 청산·분배하는 것을 주된 목적으로 하는 것이고, 이혼으로 인한 재산분할청구권은 이혼이 성립한 때에 법적 효과로서 비로소 발생하는 것일 뿐만 아니라 협의 또는 심판에 따라 구체적 내용이 형성되기까지는 범위 및 내용이 불명확·불확정하기 때문에 구체적으로 권리가 발생하였다고 할 수 없으므로, 협의 또는 심판에 따라 구체화되지 않은 재산분할청구권을 혼인이 해소되기 전에 미리 포기하는 것은 성질상 허용되지 아니한다. 아직 이혼하지 않은 당사자가 장차 협의상 이혼할 것을 합의하는 과정에서 이를 전제로 재산분할청구권을 포기하는 서면을 작성한 경우, 부부 쌍방의 협력으로 형성된 공동재산 전부를 청산·분배하려는 의도로 재산분할의 대상이 되는 재산액, 이에 대한 쌍방의 기여도와 재산분할 방법 등에 관하여 협의한 결과 부부 일방이 재산분할청구권을 포기하기에 이르렀다는

126) 대법원 2000. 10. 24. 선고 99다33458 판결; 대법원 2003. 8. 19. 선고 2001다14061 판결.

127) 대법원 1995. 8. 25. 선고 94므1515 판결은 당사자가 협의이혼을 전제로 한 재산분할약정을 체결한 상황에서 이에 대한 양당사자의 해제에 대한 의사의 합치가 없었다고 본 사안이다.

등의 사정이 없는 한 성질상 허용되지 아니하는 ‘재산분할청구권의 사전포기’에 불과할 뿐이므로 쉽사리 ‘재산분할에 관한 협의’로서의 ‘포기약정’이라고 보아서는 아니 된다.¹²⁸⁾

2) 평가

앞서의 판례를 정리하면, 협의이혼을 전제로 한 당사자의 재산분할에 대한 협의는 후일 협의이혼이 성립하면 유효하고, 협의이혼이 성립하지 않으면 그 협의는 무효이다. 그리고 재산분할청구권의 포기약정은 혼인해소 후에만 가능하고, 협의이혼 과정에서 체결된 재산분할청구권의 포기약정은 무효이다. 이러한 측면에서 보면, 부부재산약정의 측면에서 완전한 사적 자치의 원칙은 실현될 수 없는 상황이라고 할 수 있다. 이와 관련하여, 법정부부재산제의 특칙인 민법 제839조의2에 근거하여 재산분할을 협의할 경우, 당사자들이 재산분할의 방식과 내용이 양속 기타 사회질서 등 강행규정에 반하지 않는 것이어서 무효가 되지 않는 한 재산분할에 대한 방식과 비율 등에 대해서도 자유롭게 계약을 체결할 수 있어야 한다는 견해¹²⁹⁾가 있는바, 타당하다고 본다.

혼인관계의 파탄 후부터 재판상 이혼이 성립되기 전에 이루어진 재산분할청구권의 포기약정은 ‘혼인 중 부부 사이의 재산계약’으로 볼 여지가 있다.¹³⁰⁾ 즉, 재산분할청구권과 그 포기약정을 분리해서 보아야 하고,¹³¹⁾ 후자의 경우에는 공서양속에 반하지 않는 한 하나의 계약으로서 유효하다고 보아야 한다. 따라서 대법원 2016. 1. 25. 자 2015스451 결정은, 재산분할청구권의 포기에 대한 내용통제라고 볼 수 있지만, 변경되어야 한다고 판단된다. 물론, i) 혼인재산에 대한 배우자 일방의 권리를 비자발적으로 완전히 박탈하려는 경우에는 공서양속에 반하여 무효라고 보아야 하고, ii) “부부 쌍방의 협력으로 형성된 공동재산 전부를 청산·분배하려는 의도로 재산분할의 대상이 되는 재산액, 이에 대한 쌍방의 기여도와 재산분할 방법 등에 관하여 협의한 결과 부부 일방이 재산분할청구권을 포기하기에 이르렀다는 등의 사정이 있다면”, 이혼 후 재산분할협의를 유효할 수 있다. 한편, 미국에서는 배우자 일방의 의사에 반하여 혼인재산에 대한 권리를 박탈하려는 혼전약정이 아닌 한, 혼전약정(경우에 따라 혼후약정 내지 분할약정)을 통해서 이혼에 대비한 재산분할이 가능하다는

128) 대법원 2016. 1. 25. 자 2015스451 결정.

129) 전경근, 이혼과 재산분할약정, 가족법 판례해설, 세창출판사, 2009, 205면

130) 조은희, 앞의 글, 192면.

131) 조은희, 앞의 글, 193면.

점과 대비된다.

3. 소결

부부재산제는 현행 민법이 시행된 1960년 이래로 별다른 변화 없이 과거의 모습 그대로 유지되고 있다는 점에서 합리적이고 완결된 모습이라고 보기는 힘들다. 이는, 부부재산제가 시대의 변화에 부응하지 못하고 있고, 여전히 규정이 미비하다는 점에 기인한다.

먼저, 부부재산제는 시대의 변화에 부응하지 못하고 있다. 양성평등의 확산, 여성의 사회적 활동으로 인한 재산형성에의 기여도 증가 등의 사회적 변화는 전통적 관념, 즉 ‘여성은 가사노동을 전담하고, 보호가 필요한 사회적 약자’라는 관념에 변화를 가져왔다. 전통적인 가부장적 사회에서 남성이 여성을 억압하던 가정 내 역학구조는 약화되거나 붕괴되었고, 이에 따라 부부재산계약에서 여성도 자유로이 자신의 의사를 피력할 수 있는 사회적 기반이 마련되었다.

다음으로, 규정의 미비이다. 우리 민법은 혼인의 재산적 효력에 대해서 부부재산제의 틀 안에 부부재산약정(제829조)과 법정(부부)재산제(제830조 및 제831조)를 규정하고 있으며, 일상가사에 대한 연대책임(제832조) 및 생활비용의 공동부담(제833조)에 대한 규정을 두고 있다(한편, 일상가사대리권에 관한 제827조도 재산적 효력에 포함될 수 있다). 이 중 부부재산에 대한 규정은 단지 3개에 불과하고, 이 3개의 조문으로 부부 사이에 발생하는 모든 재산문제를 해결하기란 요원한 일이 아닐 수 없다. 특히, 우리 민법은 계약 자유의 원칙에 근거해서 부부재산약정을 할 수 있도록 했지만, 계약체결의 시기를 혼인성립 전으로 제한하고, 계약의 대상을 혼인 중의 부부재산에 제한하며, 계약 내용의 변경을 원칙적으로 불허하고 있다는 점에서, 계약자유 원칙이 상당 부분 제한되고 있다.¹³²⁾ 또한, 현재로서는 국민 일반의 인식 부족, 부부재산약정에 관한 규정의 간략함과 계약체결 시기의 제한 등으로 인하여 부부재산약정을 이용하는 사례가 거의 없는 상황이고, 이로 인해 부부재산에 대한 규율은 대체적으로 제830조 이하의 법정재산제에 의해 규율되고 있다. 법정재산제는 부부의 혼인 중 재산관계뿐만 아니라 이혼 시의 재산관계에도 영향을 미치며, 나아가 배우자 일방이 사망한 경우에는 상속에게까지 영향을 미칠 수 있다. 그렇지만 현

132) 계약의 내용은 완전히 자유롭다는 견해(박현정, 앞의 글, 180면)도 있지만, 내용결정의 자유는 대상에 대해서도 자유로워야 하고 변경도 자유로워야 한다고 본다면 부부재산계약에서는 계약의 자유가 일정 부분 제한되고 있다고 생각된다.

행 민법에서 규정하고 있는 법정재산제와 이혼 시의 재산분할은 혼인 중의 재산관계와 이혼 시의 재산관계를 달리 취급함으로써 부부의 혼인 중 재산에 관한 법률관계를 복잡하게 만들 뿐만 아니라, 이혼 시의 재산분할에 대해서 혼란을 초래하고 있으며, 그 결과 제3자에 대한 관계에서 거래의 안전을 보장하지 못하는 상황도 발생하고 있다. 따라서 부부재산제는 사적 자치에 기반한 계약의 자유와 부부공동체의 유지 및 배우자의 보호라는 공익의 관점을 조화롭게 실현하기 위한 관점에서 재구성되어야 하고, 이를 명확히 공시함으로써 거래의 안전도 함께 보호하는 방향으로 진화되어야 한다. 이와 관련해서 시대상의 변화에 발맞추어 실질적 평등의 관점에서 부부재산제를 개선하기 위한 노력이 여러 차례 있었지만,¹³³⁾ 아쉽게도 불발된 상태로 현재에 이르고 있다.

IV. 시대의 변화와 우리 민법에서의 시사점

1. 여성의 지위 향상

여성의 지위가 향상된 현재에 이르러서는, 성적(性的) 열등성을 전제로 한 여성에 대한 보호가 필요하다는 종래의 고정관념이 성 중립성을 요구하는 헌법적 명령과 공서양속에 자리를 내주어야 한다. 물론, 성중립이라는 명시된 목표가 달성되지 못했음을 인정할 수밖에 없지만, 그렇다고 하여 여전히 여성에 대한 차별적 보호라는 이전의 관행을 영속화할 필요는 없다고 본다. 혼인은 두 배우자가 동등하지만 서로 다른 방식으로 기여하는 협력관계(partnership, 혹은 조합관계)이며, 누가 우위에 있고 열위에 있다고 할 수 없다. 따라서 재산에 대한 결정에 있어서도 동등하게 결정할 수 있도록 허용하고, 극히 예외적인 경우(예컨대, 일방 배우자가 절차적 보호를 받지 못한 경우 등)에 한하여 국가의 후견적 개입이 동반되어야 한다.

133) 17대 국회에 제출된 개정안(한명숙, 이계경, 최순영의원이 대표발의한 개정안과 법무부가 제출한 개정안), 20대 국회에 제출된 개정안(김삼화, 정춘숙의원이 대표발의한 개정안과 법무부가 제출한 개정안) 등이 있었고, 현 21대 국회에서도 개정안(정춘숙 의원이 대표발의)이 제출되어 있다.

2. 부부관계에 대한 시각의 변화

(1) 이혼에 대한 시각의 변화

과거와 달리 이혼에 대한 사회적 인식의 변화로 이혼이 자유로워졌고, 이는 실제 통계로도 확인된다. 즉, 이혼 건수는 1997년 9만 건에서 2022년 9만 3천 건으로 증가하였다는 점에서 이혼율은 증가추세에 있고,¹³⁴⁾¹³⁵⁾ 황혼이혼(혼인 기간 20년 이상 후 이혼) 건수 역시 전체 이혼 건수 내에서 2010년 23.8%에서 2022년 34.2%로 증가하였음을 확인할 수 있다.¹³⁶⁾ 이와 같이 혼인관이 혼인의 자유와 개인의 자율성을 추구하는 방향으로 변화되고 있으므로, 부부재산제도에 발맞추어 변화되어야 할 필요가 크다. 혼전약정은 “중년 및 그 이후에 혼인관계를 형성할 수 있는 기회를 저해하기보다는 오히려 강화시킨다.”¹³⁷⁾

(2) 재혼에 대한 시각의 변화

이혼과 마찬가지로 재혼에 대한 사회적 인식의 변화로 재혼도 자유롭게 이루어지고 있다. 다만, 혼인을 꺼려하는 사회적 현상 때문에 전체 혼인율에서 차지하는 재혼율도 감소하고 있는 상황이긴 하다. 어쨌든, 전혼에서 자녀를 둔 사람이 재혼하는 경우, 재혼의 상대방 배우자에게 이혼에 따른 재산분할청구권 뿐만 아니라 상속권이 발생된다는 점에서 전혼의 자녀들 입장에서는 상속분이 감소되는 결과를 가져오고, 이는 결국 전혼의 자녀들이 재혼을 반대하는 원인이 될 가능성이 된다. 따라서 이러한 경우에 혼전약정을 통해 재혼의 상대방이 재산분할이나 상속에 대한 부분을 포기할 수 있도록 허용한다면, 재혼을 통해 수반되는 법률분쟁도 사전에 예방될 가능성이 커질 것이라고 생각한다.

134) 통계청, 2022년 혼인·이혼 통계, 2023. 3. 16. 보도자료. 혼인 건수가 절반 이하로 감소했다는 점을 고려하면 이혼의 증가 폭은 상당하다(혼인건수는 1996년 43만 건에서 2022년 19만 2천 건으로 절반 이하로 감소하였다). 특이한 점은, 이혼건수가 2021 대비 8.3% 감소하였다는 점이다.

135) 2019년 전체 혼인건수(약 24만 건) 대비 이혼건수(약 11만 건)는 46.3%이고, 재혼(이혼 후 재혼 + 배우자 일방 사망 후 재혼) 건수(약 5만 4천 건)는 22.5%였으며, 2022년 전체 혼인건수(약 19만 2천 건) 대비 이혼건수는 약 9만 3천 건으로(혼인 대비 약 48%)이고, 재혼 건수(약 4만 2천 건)는 21.8%이다. (통계청, 2022년 혼인·이혼 통계, 2023. 3. 16. 보도자료)

136) 통계청, 2022년 혼인·이혼 통계, 2023. 3. 16. 보도자료. 다만, 2021년까지는 계속적으로 증가하다, 2022년 들어 2021년 대비 5% 정도 감소하였다.

137) *Pajak v. Pajak*, 182 W. Va. 28, 385 S.E.2d 384 (1989).

3. 부부재산약정과 계약의 자유

사실적 측면에서, 앞서 언급한 부부관계의 변화에서 이혼 시 재산분할을 대비한 부부재산약정을 허용하는 것은 실질적으로 혼인을 장려하는 매개체가 될 수 있다.¹³⁸⁾ 이론적 측면에서, 혼전약정 역시 계약의 하나이므로 당사자에게 사적 자치에 근거한 계약의 자유가 허용되어야 한다. 따라서 국가의 후견적 개입은 최소화되어야 하고 그 개입의 근거가 명확히 제시되어야 한다고 생각한다. 그렇다면 우리의 부부재산약정은 어떻게 규정되어야 할까? 이에 대해서는 앞서 논의한 미국법의 태도가 적절한 시사점이 될 수 있다.

우리 민법의 부부재산약정은 전면적으로 재구성되어야 하고, 그 내용도 미국법에서와 같은 절차적 요건을 중심으로 구체화할 필요가 있다. 즉, 당사자의 자유로운 의사결정에 기반한 부부재산약정을 원칙적으로 유효로 하면서, 혼전약정의 내용(실체적 측면)이 i) 이혼을 조장, 촉진 또는 용이하게 하거나, ii) 자녀양육에 부정적 영향을 미치는 경우에는 (일부)무효로 하고, 혼전약정의 체결과정(절차적 측면)이 i) 비자발적이거나, ii) 자산 등의 완전하고 공정한 공개가 결여되거나, iii) 독립된 변호사와의 상담이 결여된 경우에는 부부재산약정을 (전부)무효로 한다(경우에 따라, 우리 민법 제109조 및 제110조에 의한 취소도 가능하다). 다만, 미국법의 ‘공정’ 내지 ‘비양심성’이라는 요건은 우리 민법 제103조로 충분히 대체가능하므로, 구태여 이 요건을 참고할 필요는 없다고 본다. 한편, iii)의 요건과 관련하여 우리나라의 변호사 수(數)가 계속 증가하고 있다는 점¹³⁹⁾에서, 이를 도입해도 큰 무리는 아니라고 생각된다.

4. 나가며

혼인에 대한 결정은 인생에서 중대한 기로가 되는 선택 중 하나이지만, 도덕적 변환을 발생시키는 동의의 기준은 그다지 높지 않다. 우리는 (일반적으로 18세인) 최소 연령 기준을 설정한다. 비록 의료연구 참여에 대한 동의에서와 마찬가지로, 부모가 동의한다면 그보다 어린 나이에 혼인할 수 있지만 말이다. 더 중요한 점으로 우리는 상대방에 대해 상대적으로 거의 정보가 없는 상태에서 최소한의 의사결정능력만으로도 법적으로 유효한 동의를 할 수 있다. 다시

138) Gant v. Gant, 174 W. Va. 740, 329 S.E.2d 106, 53 A.L.R.4th 1 (1985).

139) 대한변호사협회에 따르면, 2023년 10월 현재 변호사의 숫자는 34,343명이다(<https://www.koreanbar.or.kr/pages/introduce/stat.asp> 2023년 10월 26일 방문).

말해서 자신의 결정이 가지는 장기적 함의를 충분히 숙고한 의사결정이 아니어도 혼인계약을 체결할 수 있다. 결국 신분의 변동과 더불어 재산관계의 변동도 가져오는 혼인계약에 대해서는 여타의 재산계약보다 무척이나 관대한 편이라고 할 수 있다.

그런데 부부재산약정은 단지 ‘재산’에 대한 것임에도 불구하고 혼인계약에 대한 제한보다 더 많은 제한이 주어지고 있는데, 그 제한의 근거 내지 필요성은 어디에 있는가? 그것은 기본적으로 여성이 ‘사회적 약자’라는 추정에 근거한다. 그러나 그 추정은 축출이혼의 방지라는 목적에서 19세기와 20세기의 사회현실에서는 타당할 수 있지만, 21세기 현재의 사회현실에서는 바뀌어야 한다. 특히 페미니즘 운동에 기초해서 이루어진 여성의 법적 지위 향상, 혼인이라는 사회제도의 퇴색, 이혼에 대한 부정적 인식의 퇴보, 졸혼제도의 등장, 노령화에 따른 노령혼인 등등을 고려할 때, 여성은 더 이상 사회적 약자가 아니라고 보아도 무방하다. 재산은 과거의 재산 - 혼인 - 현재의 재산 - (이혼 - 미래의 재산)으로 나눌 수 있고, 여기서 문제되는 것은 부부재산약정이 과거의 재산을 가진 당사자들이 과거의 재산과 현재의 재산에 대해서 결정하는 것을 허용하면서, 원칙적으로 이혼을 대비하는 미래의 재산에 대한 결정을 불가능하게 하고 있다는 점이다. 선해하면, 미래의 재산문제에 대한 현재의 결정을 허용하지 않도록 할 것인가의 문제인데, 일단 현재의 결정을 허용하고 추후 사정변경을 이유로 한 해제나 해지의 문제로 접근해도 되지 않을까 생각된다.

부부재산약정이 성립하였다면 - 적어도 사적자치의 원칙에 기초한다면 - 그 내용의 유효리와 상관없이 일단 유효하다고 보아야 한다. 다만, 그 약정내용이 특히 일방에게 불리하거나 체결과정에서 비정상적 의사결정이 있었다면, 사후적으로 국가나 법원의 후견적 개입이 이루어질 수 있다. 물론, 이 경우에도 불리한 약정을 체결한 당사자 일방의 개입 요청, 즉 당사자의 자율적 결정이 전제되어야 한다. 다시 말해서 약정의 체결, 불리한 약정에의 구속, 불리한 약정에 대한 국가나 법원의 후견적 개입 여부의 모든 국면에서 당사자의 자율적 결정이 선행되어야 한다. 이를 바꾸어 말하면, 당사자의 자율적 결정과 무관하게 국가나 법원의 후견적 개입이 이루어지는 영역은 당사자의 자율적 결정이 불가능하거나 무의미한 경우(예컨대, 의사무능력자의 자율적 결정)에 국한되어야 한다는 의미가 된다.

[참고문헌]

1. 단행본

- 김주수 · 김상용, 친족상속법, 법문사, 2020
편집대표 윤진수, 주해친족법(제1권)(이동진 집필부분), 박영사, 2015
조은희 · 전경근, 부부재산제 개정방안에 관한 연구, 한국여성개발원, 2004

2. 논문

- 강승목, 독일법상 부부재산계약의 내용규제에 관한 소고, 가족법연구 24(3), 한국 가족법학회, 2010
김미경, 프랑스민법상 약정부부재산제, 민사법의 이론과 실무, 민사법의 이론과 실무학회, 2010
김병두, 별산제의 한계와 그 극복으로서 부부재산계약, 성균관법학 16(3), 성균관 대학교 법학연구소, 2004
김선화, 부부재산제도의 효과와 그 개선방향, 젠더법학 9(1), 한국젠더법학회, 2017
박현정, 부부재산계약상의 계약자유원칙, 재산법연구 32(4), 한국재산법학회, 2016
박홍래, 미국의 부부재산제도, 인권과 정의 334, 대한변호사협회, 2004
이준영, 미국에 있어서 혼인법의 전개, 가족법연구 22(2), 한국가족법학회, 2008
이창현, 부부재산계약에 관한 연구 -영국의 논의를 중심으로-, 법제연구 (51), 한국법제연구원, 2016
이혜리, 미국의 부부재산계약 제도에 나타난 자율과 후견의 조화, 가족법연구 33(3), 한국가족법학회, 2019
전경근, 이혼과 재산분할약정, 가족법 판례해설, 세창출판사, 2009
전혜정, 부부재산계약, 경북대학교 박사학위논문, 2005
조은희, 재산분할청구권의 포기약정에 대한 검토, 법과정책 27(2), 제주대학교 법과 정책연구원, 2021
홍윤선, 독일에서의 부부재산계약의 내용통제, 가족법연구 33(2), 2019

5 Williston on Contracts online(May 2022 Update), Chapter 11. Capacity – Married Women, Corporations, and Others § 11:8. Agreements between husband and wife; premarital agreements.

Sharon Thompson, PRENUPTIAL AGREEMENTS AND THE PRESUMPTION OF FREE CHOICE, Hart Publishing, usa, 2015

[Abstract]

A study on prenuptial agreements under U.S. law*

– Focusing on comparison with Marital Property Agreement –

Ho-Haeng Lee**

In the United States, the legal regulation of prenuptial agreements was tied to the social status of women. Traditionally, prenuptial agreements that contemplated and prepared for divorce were invalidated under the premise that women were socially disadvantaged, thus protecting their rights and interests. However, in line with the changes in society, the court's guardianship intervention has gradually been reduced as it began to give more weight to the autonomous decisions and agreements of the parties. However, even now, in practical terms, prenuptial agreements that 1) promote, encourage, or facilitate divorce and 2) negatively affect the upbringing of children are null and void against the public policy, and prenuptial agreements that lack content fairness in the division of property, support, and alimony in the event of divorce due to the requirement of conscientiousness are null and void against the public policy.

The marital property agreement in Korean civil law is the equivalent of a prenuptial agreement in the United States, and the property settlement agreement in a negotiated divorce is the equivalent of a separation agreement in the United States. However, Korean marital property agreements are more restrictive than their American counterparts. This is due to the fact that despite various social changes such as the improvement of women's status and the changing perception of marriage, women are still perceived as objects in need of protection from an extremely conservative perspective. However, given that marital property agreements are also contracts, I believe that the state's guardianship should be minimized and the basis for such intervention should

* This research was supported by Korea National Open University Research Fund.

** Ph.D./Prof. of Law at KNOU.

be clearly articulated. In particular, I am resistant to the application of the vague and entirely subjective standard of "fairness". The standards that govern prenuptial agreements in American law – public policy, conscientiousness, and procedural requirements – may be relevant to the reform of marital property arrangements in our civil law.

Keywords : Premarital agreement, marital property agreement, property division, freedom of contract, private autonomy

