

별산제의 한계와 그 극복으로서 부부재산계약

김병두*

I 서론	III 부부재산계약의 활성화 방안
II 별산제의 한계와 그 대안	IV 夫婦財産契約의 對抗力問題
1 별산제의 한계	V 結 論
2 부부재산공동제의 문제점	
3 소결	

I. 서론

현재 한국사회에서는 IMF이후 경제사정의 악화로 인하여 중산층이 몰락일로에 있다 설상가상으로 혼인 중에 취득한 재산을 대부분의 가정에서는 부부의 일방 특히 남편명의로 하고 있는 바, 재산명의자가 채무를 부담하는 경우에 재산명의자의 채권자 등이 채권추심을 위하여 강제집행을 하게 된다면 그 가정은 가정의 존립기반인 주택 등을 잃게 된다. 그 결과 가정이 파탄에 빠지고, 일부 가정에서는 이를 회피하기 위하여 가장이혼을 하는 경우가 적지 않다. 재산관계의 변화로 인하여 혼인관계인 신분관계의 변화가 초래되고 있는 것이다.

이러한 부부 재산관계를 규율하는 것에는 법률의 규정에 의한 법정재산제 외에 부부재산계약이 있다. 부부재산계약은 혼인성립 전에 혼인을 하려는 당사자가 부부재산제에 관해 체결하는 약정을 말하고, 이 계약에 의해 혼인당사자는 그들 재산의 귀속관계, 관리·처분관계, 혼인생활비용의 부담관계 등을 정할 수 있다. 부부재산계약은 당사자가 혼인 전에 대등한 지위에서 자유로이 체결하여, 자유평등의 이념에 부합한다. 그런데 부부재산계약은 거의 이용되지 않고, 대부분 법정재산제인 부부별산제(이하 별산제로 함)가 적용되고 있다

* 성균관대학교 법과대학 강사, 법학박사

그러나 별산제는 부부재산관계를 규율함에 있어 II. 1에서 후술하는 바와 같이 부부간의 평등실현이라는 측면에서 한계가 노정되고 있으며, 위와 같은 사례에 있어 그 문제점을 해결하지 못하고 오히려 증폭하거나 원인으로 작용 하고 있다. 이에 여성계 일부에서는, 새로운 법정의 부부재산제로서 부부공동재산제를 그 대안으로 제시하면서, 그 입법화를 추진하고 있다¹⁾. 이러한 움직임과 관련하여, 별산제가 부딪히는 현실적인 상황을 부부재산계약이 극복할 수는 없는가라는 문제제기가 가능하다. 연전에 부부재산계약이 최초로 등기되었고²⁾ 부부재산계약제도에 대한 사회적 관심이 제고되고 있어, 부부재산계약을 재조명할 필요가 있다. 이하에서는 별산제 및 부부공동재산제의 문제점과 그 대안으로서의 부부재산계약 정착의 실천방안을 중심으로 살펴보기로 한다.

II. 별산제의 한계와 그 대안

1. 별산제의 한계

별산제는, 부부의 일방이 혼인 전부터 가진 고유재산과 혼인 중 자신의 명의로 취득한 재산을 그 특유재산으로 하고 부부 각자가 자신의 특유재산을 관리·사용·수익하도록 하며, 부부의 누구에게 속한 것인지 분명하지 아니한 재산은 부부의 공유재산으로 추정하는 것을 내용으로 한다(민법 제830조). 이러한 별산제가 현행민법에 규정되기 이전의 구민법하에서는 관리공통제가 있었다. 그런데 관리공통제는 처의 특유재산에 대한 부의 관리권을 인정하고 부부간에 귀속불명의 재산은 모두 夫의 재산으로 추정하는 것을 내용으로 하여, 남녀평등의 이념에 반한다. 이를 시정하고자, 현행민법은 헌법상의 부부평등의 원칙에 입각하여 별산제를 채용한 것이다³⁾.

그러나 별산제는 재산의 형성 및 처분에 있어 부부간 평등보장을 목적으로 하고 있지만, 실제의 적용에서는 왜곡되고 있다. 가사와 육아의 부담이 여성에게 편중되고 부부의 재산형성에 있어 가사노동을 통한 기여가 정당하게 인정받지 못한 사회현실⁴⁾에

1) 한국가정법률상담소는 김상용교수의 발제로 2004.6.29에 양육비 이행확보 법률안 및 부부재산제 개정안 공청회를 개최하였다. 그 중 부부재산제 개정안은 이전에 김상용교수가 발표한 논문을 중심으로 되어 있다(김상용, “부부재산제 개정을 위한 하나의 대안”, 법조 2002.11, 131면 이하), 동상담소가 개정사안으로 제시하고 있는 것은 <http://www.lawhome.or.kr/information/information.asp?code=board4> 참조.

2) 2001.5.21. 동아일보 참조

3) 김주수, “부부재산제에 관하여”, 법조 10권 12호, 38면.

비추어 볼 때, 별산제는 가사노동에 종사하는 처에게 자신의 명의로 재산을 취득할 기회를 보장하지 못한다. 그 결과, 남편은 가정 밖에서 소득활동을 하고 아내는 가사노동에 종사하면서 저축한 금원으로 남편 명의로 부동산을 구입하였을 경우에 남편은 그 명의의 특유재산을 자유롭게 관리·처분할 수 있게 되어 현실적으로 부부간의 실질적 평등을 구현할 수 없게 된다. 위와 같은 폐단에 대하여 1990년 민법개정으로 이를 시정하고자 하였다. 해석론상으로 혼인재산 중 공유재산 추정조항을 확대하여 이를 전제로 한 재산분할이나 상속개시시의 기여분인정이 그것이다⁵⁾. 즉 부부 일방의 특유재산에 다른 일방의 잠재적 지분을 인정하여 이를 혼인해소시의 재산분할이나 상속으로 청산하도록 한 것이다. 그리하여 현행 별산제는 공유제의 요소를 내포하게 되었다⁶⁾.

그러나 위와 같은 내용은 이혼이나 배우자 일방의 사망과 같은 혼인해소를 전제로 한 것이고 혼인 중에는 전혀 기능하지 못한다. 혼인 중에는 배우자 일방이 타방 배우자 명의로 된 재산의 형성에 적극적인 기여를 하지 않았다면 타방 배우자 명의로 취득된 재산에 대하여 권리를 갖지 못한다⁷⁾. 따라서 명의자가 그 재산을 일방적으로 처분하거나 그 재산이 강제집행의 대상이 된 경우에 타방 배우자는 재산에 대한 지분권을 주장하거나 처분의 무효를 주장할 수 없다. 이 경우 당해 재산이 부부공동생활체의 기본이 되는 주택이라면 생존기반을 수호하는 차원에서 전술한 바와 같이 가장이혼이 도모되기도 하는 것이다. 위와 같은 별산제의 한계를 고려한다면 다음의 부부공동재산제가 입법론으로 제시될 수 있다.

2. 부부재산공동제의 문제점

부부재산공동제(Gütergemeinschaft)는, 혼인 중에 취득한 재산은 그 명의로 관계없이 부부 공동의 노동과 협력에 의한 것으로 하여 부부 공동의 소유 및 관리·처분에 의하도록 하는 한편, 부부재산제의 종료에 의하여 평등한 비율로 분할하는 것을 내용으로 한다⁸⁾9). 예컨대 혼인 중 남편 명의로 취득한 재산은 부부 공유로 되며, 남편이 일방

4) 대판 1993.5.11, 93스6에서는 처의 가사노동에 의한 기여로 이룩된 공동재산이 재산분할의 대상이 됨을 판시하였으나, 1992.12.11, 92다21982판결에서는 처의 가사노동에 대해 부정적으로 판단하고 있다

5) 김주수, 「친족상속법」, 2003, 152 - 153면.

6) 김용욱, “부부재산제에 대한 검토” 가족법연구 7호, p 57에 의하면 이를 「별산제와 공유제의 조화적 융합」이라 한다

7) 재산취득에 대가를 부담한 사실이나 적극적인 재산증식에 대한 입증자료를 확보하여 처분금지가 처분절차를 취함과 동시에 남편을 상대로 명의신탁해지를 원인으로 하는 소유권이전등기 또는 공유지분 이전등기청구를 소구할 수는 있다.

적으로 이를 처분할 수는 없으며 아내의 동의를 얻어야 한다. 따라서 이러한 제도에 의할 경우 위에서 언급한 부부간의 불평등이 일응 해소될 수 있다. 그러나 등기의 공신력이 인정되고 있지 않은 현행 법제하에서 부부재산공동체가 도입된다면, 특정인이 거래 상대방과 거래를 하면서 그의 호적등본을 통하여 배우자가 있는지 여부를 확인하여야 하고, 배우자가 있을 경우 그 동의를 얻었는지 확인하여야 하는 바, 이는 거래의 안전과 신속이라는 측면에서 바람직하지 않다. 또한 배우자 일방의 채무부담으로 인하여 부부의 공동재산이 그 책임재산으로 되어, 배우자 타방은 예상치 못한 손해를 부담하게 된다. 예컨대 위의 사례에서 아내가 보증채무를 부담하였다면 부부가 공동으로 거주하는 주택이 경매실행당할 수도 있다.

위와 같은 문제점을 고려한다면, 잉여공동체(Zugewinnngemeinschaft)가 현행의 순수한 별산제에 갈음하는 방안으로서 제안될 수 있다. 독일에서 법정재산제로 인정된 잉여공동체는, 별산제를 기초로 하여¹⁰⁾ 혼인 중에는 별산제를 유지하되 혼인이 종료하는 경우에는 부부공동재산제의 취지에 따라 부부재산관계를 청산하는 방식이다. 그에 따르면 혼인해소의 경우 혼인해소당시 존재한 재산에서 혼인시 존재한 부부의 재산을 공제하여 혼인중의 이득을 확정된 후 그 이득을 각 배우자의 지분에 따라 분배한다. 구체적인 분배는 혼인관계의 해소원인에 따라 구분하여 배우자 일방이 사망한 경우에는 그 상속재산의 4분의 1에 대해 잔존배우자의 상속분 증가로, 그 외의 경우에는 각 배우자의 혼인중 취득재산(잉여)을 상호 비교하여 잉여가 보다 적은 배우자는 보다 많은 배우자에 대해 잉여의 차액의 2분의 1에 대해 채권적 청구권을 행사하여 이루어진다. 그리고 배우자 일방의 재산에 대한 포괄적인 처분이나 가재도구의 처분에 대해 타방 배우자의 동의를 요하는 등 처분권행사에 제한이 있다는 점도 공동제적 성격을 외연한다고 할 수 있다. 그러나 이와 같은 잉여공동체에 의할 경우 잉여이익의 관념이 불명확하여 배우자에게 분할되는 지분이 균등하지 못할 염려가 있다¹¹⁾. 이러한 지적을 의식하여 혼인 중에 취득한 재산을 부부가 동일한 비율로 분할하는 방식을 제시하는 견해가 제기되고 있다¹²⁾. 이 설은 또한 혼인재산이 부부 일방의 특유재산이라도 당해

8) 한봉희, “부부재산제” 사법행정 통권 165호, 62면

9) 이러한 제도를 취하는 국가로는 프랑스가 대표적이며, 프랑스에서는 원칙적인 법정재산제로 채용하고 있다(홍춘의, “프랑스법에 있어서 법정부부재산제”, 가족법연구 15권 1호, 2001, 141면이하 참조). 그 밖에 독일에서는 부부재산계약으로 당사자가 선택할 수 있는 유형으로 민법에 규정되어 있다(독일민법 제1415조 이하).

10) Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13 Aufl, 1996 §1363 Rn. 4, Gerrit Langenfeld, Der Ehevertrag, 10. Aufl., 2002, Deutscher Taschenbuch Verlag, S. 2

11) 김병대, 부부재산제에 관한 연구, 조선대학교 박사학위청구논문(1979), 22면.

재산이 가족공동생활을 위하여 없어서는 안 될 기본재산인 경우에는 다른 배우자의 동의를 얻지 못하면 처분할 수 없도록 할 것을 제안하고 있다. 이는 현행의 별산제에 독일식 처분권제한이라는 제도를 결합한 것으로 판단된다. 그러나 독일의 경우 물권변동과 관련하여 채권행위와 물권행위에 공증을 요하고 등기의 진정을 도모하고 나아가 공신력을 인정하고 있어, 처분권제한의 법리를 취하더라도 거래안전의 위협은 없다. 반면에 우리나라의 경우에는 공증제도와 부동산 등기의 공신력 모두 인정하고 있지 않은 바, 처분권제한의 법리를 보완하는 제도적 장치의 마련없이 이를 도입하기는 곤란하다. 또한 혼인해소 시에 일정한 분할비율을 규정하고 있어, 오히려 형평에 반하는 결과를 도출할 수도 있다.

3. 소결

위의 부부공동재산제나 그 수정안은 모두 거래안전을 해하거나 확실적인 분할비율로 인한 불공정을 초래할 수 있다. 그러한 점을 헤아린다면 결국 현행의 별산제는 그 골격을 유지하여야 할 것이다. 그리고 부부간 실질적 불평등의 문제는 부부재산계약에 의해 해소될 수 있다. 예컨대 부부재산계약의 내용은 포괄적인 부부재산관계에 관한 것이므로 대체로 법정재산제의 내용에 관하여 혼인당사자의 異議가 있을 경우, 부부재산계약이 체결된다. 이 경우 당사자가 우선적으로 결정하는 것은 부부재산관계에 관하여 기본적으로 별산제와 재산공동제중 어느 것을 선택할 것인가이다. 이후 구체적으로 부부재산의 소유관계¹²⁾, 관리·처분관계¹⁴⁾, 채무의 부담 내지 책임관계¹⁵⁾, 청산관계¹⁶⁾,

12) 김상용, 전개논문, 146-153면.

13) 夫婦財産의 所有關係로서 부부재산 가운데 부부가 혼인전에 소유한 재산과 혼인후 취득한 재산이 부부 일방의 특유재산인가 공유재산인가를 부부재산계약으로 정할 수 있다(佐藤良雄, 夫婦財産契約論, 千創書房, 1984, p. 111 ; Michaelis, Die Güterstände in der Praxis, Diss Hamburg 1968, 10ff)

14) 처의 특유재산에 대해서 혼인중에 부가 사용·수익·관리할 수 있음을 정할 수 있고(東京法務局中野出張所第2号, 1981. 5. 11 登記(佐藤良雄, 前掲書, p. 110)), 부부의 공유재산에 대한 관리·처분을 부부의 합의에 의해서 정하고 보존행위는 단독으로 할 수 있도록 하면서, 소액의 금전 및 예금은 단독으로 자유로이 이용·처분할 수 있도록 정할 수 있다(東京法務局中野出張所第3号 1983 3 2 登記(佐藤良雄, 前掲書, pp. 113-114)).

15) 부부일방의 혼인전 및 혼인후의 채무에 대하여 다른 일방은 일절 책임을 부담하지 않는다고 약정할 수 있다(東京法務局世田谷出張所第1号, 1981.8.3 登記(佐藤良雄, 前掲書 p. 111)). 다만 일상가사에 대한 부부의 연대책임은 부부공동생활의 원만한 유지 운영을 위하여 요청되는 대외적 책임에 관한 것이므로 부부재산계약에 의해서도 배제될 수 없다.

16) 민법내에 처의 가사노동을 평가하는 규정이 없고 가족경영체에 대해 처가 생산적인 노동을 제

혼인비용부담¹⁷⁾ 등을 부부재산계약으로 구체적으로 정할 수 있다. 이러한 부부재산계약으로 부부간에 평등한 부부재산관계를 약정할 수 있다. 뿐만 아니라 우리 사회에는 혼인이 파탄되어 별거하고 있음에도 불구하고 자녀 문제 등을 이유로 이혼을 하지 못하는 별거부부가 상당수이다. 특히 노인 부부의 경우 재산을 분할하여 별도의 주거공간이 마련될 수 있다면 이혼을 하지 않겠으나, 그러하지 못하여 황혼이혼을 하는 사례가 늘고 있다. 따라서 이혼에 갈음하여 별거를 하면서 혼인기간 중에 재산분할을 하는 것이 인정될 필요성이 크다 할 것이다¹⁸⁾. 이러한 혼인 중의 재산분할은 부부재산계약으로 달성할 수 있다. 요컨대 부부재산계약은 그 기능할 수 있는 영역이 많다. 다만 그러기 위해서는 선결의 과제로 부부재산계약의 활성화와 부부재산계약의 적용에 있어 해석상의 문제점이 해결되어야 한다.

Ⅲ. 부부재산계약의 활성화 방안

우리민법은 제정당시부터 제829조에 부부재산계약에 관한 규정을 두고 있으나, 현실에서 부부재산계약이 체결되어 그 등기가 경료된 것은 전술한 바와 같이 민법이 시행된 후 40여년이 경과한 후이다. 그리고 현재까지 부부재산계약등기 건수는 극히 소수이다. 그럼에도 불구하고 부부재산계약에 관한 국민의 의식을 조사한 바에 따르면 대다수의 국민은 부부재산계약의 체결을 원하고 있는 것으로 나타났다¹⁹⁾. 이러한 사실은 부부재산계약의 저조가 제도상의 불비에 기인하는 바가 크다는 것을 시사한다. 이하 구체적인 활성화 방안을 제시하여 보기로 한다.

공할 수 있다는 등의 사정을 고려할 때, 부부재산계약으로 처의 노동에 대한 평가분을 사전에 약정할 수 있다는 것은 현실적인 의의를 갖는다. 게다가 재산분할청구권이나 상속권에 의하는 것보다 부부재산계약에 의할 경우 처에게 귀속되는 재산은 더 많을 수 있다. 예컨대 일반적인 재산분할비율이 30%내외라면 부부재산계약으로 이를 1/2로 상향할 수 있는 것이다. 현행 별산제하에서 평가하기 곤란한 처의 가사노동의 기여분을 부부재산계약으로 평가하거나 수정할 수 있다.

- 17) 혼인당사자는, 혼인신고전에 부의 급여만으로 생활비에 충당하고 처의 급여는 장래의 자를 위하여 전부 저축한다라든가, 부는 150만원 처는 100만원을 각각 급여로부터 출연하여 그것을 생활비로 하고 자신의 의복비와 외식비 등은 각각 급여의 잔액으로부터 출연한다는 합의를 할 수 있다.
- 18) 이희숙, “소위 황혼이혼과 재판상이혼원인, 그리고 별산제의 한계”, 연세법학연구 7, 2000.6. 35면.
- 19) 국민일보에서 조사한 바에 따르면, 전체 조사대상 중 여성의 89.8%, 남성의 55.8%가 부부재산계약의 체결에 대하여 찬성한다는 의견을 나타내었다(국민일보 2002.5.13일자 참조)

1. 계약내용의 정형화

우리 민법은, 부부재산계약에 의해서 부부가 어떠한 내용을 합의할 수 있는가에 관해 전혀 규정하지 않고 당사자의 자유에 위임하고 있다. 그런데 그러한 방임된 자유가 현실적으로 부부재산계약의 이용도를 제고하는 가는 의문이다. 왜냐하면 일반적으로 혼인하려는 남녀는 충분한 법적 지식을 갖고 있지 않아 장래 자신들의 재산상의 요구에 상응하는 내용의 계약을 사전에 체결하는 것이 곤란하고, 설령 계약이 체결되더라도 그 계약이 법률적인 측면에서 무의미, 불명확 한 경우가 적지 않기 때문이다.

그러한 점을 개선하기 위하여 몇 가지 계약재산제를 범정하여 두고 당사자에게 이를 선택하게 하는 선택적 계약재산제가 도입될 수 있다²⁰. 이 선택적 계약재산제는, 제3자가 부부재산계약의 내용을 용이하게 인식하게 하는 점에서 부부재산계약의 공시 기능에 조력하는 작용을 한다. 그런데 선택적 계약재산제로의 입법론이 아니더라도 부부재산계약의 내용에 관한 모델을 정립하려는 실천적인 노력은 그러한 입법론에 갈음할 수 있다. 특히 제3자 또는 승계인에게 대항하기 위하여 필요한 등기의 신청요건으로 부부재산약정서가 제출될 것이 요구된다는 점은, 실무적으로 부부재산약정서를 작성함에 있어서 약정서 모델을 원용할 기회가 제공될 것이고 이를 통해서 부부재산계약의 이용도를 제고할 수 있다.

2 혼인 중 체결

독일²¹과 스위스²²에서는 혼인 전후를 불문하고 부부재산계약이 체결되며, 혼인중의 부부재산계약의 변경 및 폐지도 인정된다. 그 입법취지는, 부부간의 재산법상의 권리의무관계를 규율하는 것이 부부재산계약이라고 보고, 부부생활 중에도 그들의 실정에 맞는 여러 가지 권리의무관계를 사적자치의 원칙에 의하여 확정할 수 있도록 하자는 것이다²³.

이와 관련하여, 현행 부부재산계약제도의 시기적 제한을 철폐하자는 입법론이 가능하다. 이는 종래 부부재산계약을 이용하는 자는 희소하였는데, 그 이용도를 제고하기

20) 依田精一, 青山道大有地亨編, 新版 注釋民法(21), 1989, p. 407.

21) 독일민법 제 1408조 1항은 “夫婦는 그들의 財産關係를 夫婦財産契約으로 규제할 수 있으며, 특히 婚姻성립후에도 그 夫婦財産制를 폐지 또는 변경을 할 수 있다”고 한다.

22) 스위스 민법 제182조는 “夫婦財産契約은 婚姻成立의 前 또는 後에 체결할 수 있다”고 규정한다.

23) Motiv IV 305, Berner, Kommentar, Band II, § 182 Rn 21.

위한 방안으로서 계약체결시기, 등기시기, 그리고 혼인후 변경·폐지 등에 관한 민법상의 제한에 대해 입법론상으로 재검토를 주장하는 것이다²⁴⁾. 첫째 일반적으로 혼인전의 남녀²⁵⁾보다는 혼인성립후의 부부에게 부부재산계약체결의 필요성이 있고²⁶⁾, 둘째 다수설에 의하면 민법 제829조에 혼인성립전이라는 시기적 제한이 규정된 것은, 자유로운 의사결정 없이 부부재산계약이 체결될 가능성을 배제하기 위한 것이라 하나²⁷⁾, 그러한 가능성은 혼인성립후 뿐만 아니라 혼인성립전에도 있을 수 있고²⁸⁾, 셋째 부부재산관계는 혼인중에도 변동할 수 있는데, 그 변동에 상응하여 계약이 새로이 체결되거나 또는 변경·폐지될 수 없다면 변화된 사정에 따른 적합한 규율을 할 수 없게 된다²⁹⁾. 이러한 입법론은 부부재산계약제도의 정착이라는 당위성의 측면에서 그 필요조건임에 분명하나, 부부재산계약에 대한 국민의 의식확산과 같은 사회적 기반이 더불어 있을 때 그 필요충분한 조건이 충족된다 할 것이다.

근년에 처의 경제활동이 확대되고 있고 처의 가사노동에 대한 평가도 충분히 검토되기에 이르렀기 때문에 혼인 중에 있어서 부부재산관계의 변동에 대응하여, 오히려 혼인 전 이상으로 혼인 중에 부부재산계약의 체결 및 변경이 필요하지 않은가 생각된다.

3. 要式行爲

외국 입법례를 보면, 부부재산계약의 체결에 일정한 방식을 요구하고 있는 예가 있으며, 제3자에 대한 공시 내지 공고방법을 정하고 있는 예도 있다. 예컨대 전자의 예로서, 당사자 쌍방이 재판소 또는 공증인의 면전에 동시에 출석할 것을 요하는 독일(민법 제1410조)과, 부부재산계약에 公認, 서면작성 그리고 서명을 필요로 하는 스위스(민법 제184조)가 있다. 그리고 후자의 예로서 관보 등에 공고될 것을 요하는 스웨덴

24) 李勝雨, “夫婦財産契約”, 家族法研究 제3호, p. 81, 佐藤良雄, 前掲書, pp. 18이하, 高山道夫·有地亨編, 新版 注釋民法(21), 依田精一, 1989, p. 406, 大伏由子, “夫婦財産契約をより利用しやすくするために”, 法學セミナー 1993. 1, p. 79. 이러한 논의이전에도 和田于一, 前掲論文, pp. 68-69; 栗生武夫, 「婚姻立法における二主義の抗争」, 弘文堂, 1928, p. 333에서 혼인전의 부부재산계약체결에 대해 비판을 하였다.

25) 혼인전의 남녀는, 재산도 거의 보유하지 않고 부부재산제에 관해 무지 또는 무관심하여 부부재산계약체결의 필요성을 인식하지 못한다.

26) 大伏由子, 前掲論文, p. 79.

27) 金崎洙, 前掲書, p. 163, 中川善之助編, 註釋 親族法(上), 有斐閣, 1957, p. 199, 和田于一; 婚姻法論, 大正 14, p. 467.

28) 佐藤良雄, 前掲書, pp. 44-45

29) 李勝雨, 前掲論文, pp. 122-123; 高山道夫·有地亨編, 前掲書, p. 406.

이 있다³⁰⁾.

부부재산계약을 불요식행위로 규정한 민법의 태도에 대해, 부부재산계약의 서면성을 그 요건으로 할 것을 내용으로 하는 입법론이 주장될 수 있다. 부부재산계약은 비록 애정관계를 기초로 하는 부부의 재산관계를 규정하는 것이지만, 이는 혼인중에 체결되는 것이 아니고, 또 계속적으로 장기간에 걸쳐 부부의 재산관계를 포괄적으로 규율하는 법적 성격이 있는 이상, 그 계약내용을 명확하게 하기 위하여 서면에 의하는 것이 바람직하다³¹⁾. 다만 민법은 부부재산계약의 대항요건으로서 그 등기를 요구하고 있는 바, 실제로 부부재산계약의 등기신청을 위해 부부재산약정서가 첨부되어야 하기 때문에³²⁾ 통상 부부재산계약체결에 있어 부부재산약정서가 작성된다. 따라서 현실적인 측면에서 볼 때, 서면성의 요구는 어느 정도 충족되고 있다. 그 밖에 부부재산계약에 있어 공정증서의 요구도 고려될 수 있을 것이다. 또한 민법은 부부재산계약과 관련하여 부부재산계약등기 외에 제3자에 대한 공고방법은 채택하고 있지 않으나, 부부재산계약의 제3자에 대한 공고방법도 고려될 수 있다고 본다.

IV. 夫婦財産契約의 對抗力問題

1. 問題의 所在

혼인당사자가 법정재산제와 다른 내용의 부부재산관계를 원할 경우 부부재산계약을 체결할 수 있지만, 부부가 그 계약으로 부부의 승계인 및 제3자에게 대항하기 위해서는 혼인신고 전에 그 등기를 하지 않으면 안 된다(민법 제829조 ④항). 이러한 부부재산계약의 對抗력과 관련된 부부재산계약의 등기는, 비송사건절차법(제68조이하)으로 규율되고 부부재산계약등기부에 등재된다는 점에서, 부동산등기법의 적용을 받으며 부동산등기부라는 공부에 기재되는 일반의 부동산등기와 구별된다³³⁾. 위와 같이 부부재

30) 스웨덴의 부부재산계약의 성립에는 서면작성, 당사자쌍방의 서명, 그리고 2명의 증인을 필요로 하고, 원칙적으로 지방법원에 신고하는 것으로 그 효력이 발생한다. 그리고 신고된 부부재산계약은 법원을 통하여 혼인등록록에 등록되어 판보 및 신문지상에 공고된다(大伏由子, 前掲論文, p. 80 참조).

31) 金龜洙, 前掲書, p. 164, 李捧, “민법상의 夫婦財産제에 대한 비교법적 검토”, 아세아여성연구 15집, 1976, p. 119, 李勝雨, 前掲論文, p. 82.

32) 부부재산약정등기 사무처리 지침(2001.08.11. 등기에규제1033호)에 의하면 부부재산약정등기를 위해서 부부재산약정서를 첨부하여야 하고 등기관은 부부재산약정서를 기초로 하여 부부재산약정등기를 한다

산계약등기를 요건으로 하여 부부재산계약에 대한력을 인정하는 취지는, 이에 관한 직접적인 입법 자료가 없는 관계로 그를 통해 입법취지를 알 수는 없지만, 현행의 법제가 계수한 일본민법 제756조에 관한 입법 자료에 의하면 제3자의 거래안전이 그 목적이라고 하고 있고³⁴⁾, 우리 민법과 유사한 규정을 두고 있는 독일의 경우(독일민법 제1412조)³⁵⁾에도 거래안전을 위한 제도라고 일반적으로 설명되고 있는 점에서³⁶⁾, 거래안전이라고 할 수 있다. 그런데, 실제로 혼인당사자가 부부재산계약의 등기를 이용하고 있지 않아, 부부재산등기제도의 활용도는 저조하다³⁷⁾. 부부의 일방과 거래하려는 상대방은 일반적으로 부부재산등기의 존재유무를 조사하려고 하지 않는다. 이러한 현상에 착안하여 부부재산계약등기를 「죽은」 등기라 한다³⁸⁾. 그리고 부부재산계약은 부부재산에 관한 包括的인 規準이므로 혼인당시의 재산관계뿐만 아니라 혼인중에 변동되는 재산관계도 규율하는 바, 부부재산계약등기가 공시하는 사항은 포괄적인 것이고, 거기에는 장래 계속하여 변동하는 불확정적인 것도 포함된다. 이와 같이 부부재산에 관한 포괄적 공시를 하면서도 죽은 등기로 기능하는 부부재산계약등기의 속성은 부동산물권변동과 관련하여 적지 않은 문제점을 유발하고 있다.

위와 같이 포괄적 공시를 하는 부부재산계약등기는, 개별적인 부동산의 권리관계에 관한 한, 물권변동의 공시방법인 부동산등기와 이중적으로 공시하는 경우가 적지 않고, 상호간에 그 내용이 일치하지 않을 수 있다. 게다가 등기절차상 두 등기의 관할관서와 등기부가 전혀 다르기 때문에, 부동산등기부를 열람하는 것으로는 부부재산계약등기가 공시하는 권리관계가 부동산등기의 그것과 다르다는 사실을 알 수 없다. 따라서 공시방법으로서의 두 개의 등기 가운데 어느 것을 우선할 것인가의 문제가 발생한

33) 2001.08.11. 등기에규제1033호 참조

34) 法典調査會民法速記錄 6, 法務大臣官房司法法制調査部編, 商事法務研究會, p. 314.

35) ① 부부가 부부재산계약으로 법정재산제를 배척하거나 변경하면, 부부는 그 부부재산계약이 관할법원의 부부재산등기부에 등기되거나 제3자에 의해 인식될 수 있는 경우에만, 부부일방과 제3자간에 행해진 법률행위의 내용에 관한 제3자로부터의 항변에 대하여 이로써 대항할 수 있다. 법적 분쟁이 계속중일 때, 부부재산계약이 등기되거나 제3자에 의해 인식될 수 있는 경우에만, 부부 일방과 제3자간의 기관력있는 판결에 대한 항변이 허용된다.

② 부부가 부부재산계약을 통하여 등기된 부부재산관계의 규칙을 변경하거나 취소하려는 경우에도 이와 동일하다

36) Mugudan IV, 496, MünchKomm/Kanzleiter § 1412 Rn 5, Soergel/Gaul § 1412 Rn 7, BGHZ 66, 203, NJW 1976, 1258, FamRZ 1976, 443.

37) 물론 부부재산계약의 등기건수가 적다고 하여 실제의 부부재산계약의 존재가 적은 것은 아니다. 예컨대 생활비용의 분담에 관한 민법 제833조의 규정과는 다른 약정을 혼인당사자간에 체결하면서 이를 등기하지 않은 사례가 적지 않을 것이다.

38) Gernhuber §§ 33 I 1, BRAGA FamRZ 1967, 652, 659

다. 예컨대 부부가 혼인전에 그들 부부의 재산관계를 공유로 할 것을 약정하고 그들 부부재산계약등기에 등재하였다 이후 혼인중 취득한 재산을 夫명으로 하여 이전등기를 경료하였고, 이를 계기로 부가 제3자에게 부동산을 처분하였다. 이 경우 妻는, 등기된 부부재산계약에 의해, 처분된 재산 가운데 1/2의 지분이 자신의 소유라고 주장하면서 제3자에 대하여 민법 제213조에 기한 반환청구권을 행사할 수 있는가가 문제된다.

2. 일본과 독일의 경우

일본, 독일에서는 그러한 등기충돌문제에 해결하기 위한 해석론이 전개되고 있다. 먼저 일본의 경우, 거래안전의 관점에서 부부는, 부부재산계약의 등기를 하더라도 그에 상응한 개별 부동산의 등기를 구비하지 않으면 제3자에게 대항할 수 없다는 해석론이 우위를 차지하고 있다. 이는, 일본민법이 물권변동에 관해 의사주의를 취하는 것을 전제로 할 때, 채권계약인³⁹⁾ 부부재산계약을 통해 부부재산에 관한 채권적 효력뿐만 아니라 물권적 효력도 발생한다는 것을 기초로 하며⁴⁰⁾, 나아가 거래안전을 위해 개별적인 대항요건을 요구하고 있다. 한편 독일의 경우 통설은, 부부재산계약의 내용이 부부재산계약등기 외에 개개 부동산의 등기에 공시될 것을 요하지 않으며, 부동산 등기를 신뢰한 제3자의 거래안전문제는 부동산등기에 공신력을 인정하는 제도(제892조) 등을 통해 도모하고자 한다⁴¹⁾. 이 설에 의하면, 부부재산계약등기는 그에 대한 제3자의 인식(제892조)을 대가로 하여 약의의 제3자에게 적용된다. 이러한 통설에 대해, 부부재산계약이 혼인보호를 목적으로 하는 것이므로, 그를 부동산등기의 공신력과 선의를 통해 극복할 수는 없고, 따라서 부부재산계약등기제도는 제3자의 인식과는 무관하게 제3자에 대하여 적용되어야 한다는 주장도 있다⁴²⁾. 이 견해에 따르면, 통설과 달리 부동산등기의 공신력제도(제892조)가 부부재산계약등기제도(제1412조)에 우선하는 것이 허용되지 않는다. 양설 모두, 부부재산제에 대한 부부(또는 혼인당사자)의 약정과 그 등기가 있는 경우, 부부 일방이 구체적인 부동산에 관해서 물권적 지위에 있게 되는 점에서 동일하다. 이 경우 부부 일방이 제3자에 대하여 주장하는 권리는 물권적 청구권이다⁴³⁾.

39) 高山道夫有地 亨編, 前掲書, p. 406

40) 鈴木祿彌, 前掲論文, p. 305

41) Motiv IV 318f, Erman / Heckelmann § 1412 Rn 6, MunchKomm/Kanzleiter § 1412 Rn 10, Soergel /Gaul § 1412 Rn 16.

42) Staudinger, §1412. Rn. 48 S 413, Baur, Sachenrecht §22 III 3.

43) Staudinger, §1412 Rn 14 S. 406

결국, 부부재산계약과 그 등기로 부부 일방이 어떠한 법률상의 지위에 있게 되는가에 대해서는 독일이나 일본 모두 물권적 지위에 있다는 점에서 동일하다.

3. 우리나라의 경우

(1) 개별적인 대항절차 필요설

현재 부부재산계약의 대항력발생을 위한 요건으로 그 등기 외에 개개의 재산에 부부재산계약에 상응하는 대항절차가 구비될 것이 필요하다고 하고, 이를 통해 부부재산계약제도와 부동산 거래안전과의 조정을 꾀하는 견해⁴⁴⁾가 있다. 이 설은, 부부재산계약이 혼인전의 재산관계 뿐만 아니라 혼인신고 이후에 변동되는 재산관계도 규율한다는 점에 착안하고 있다. 그리하여 제3자가 혼인생활 중에 변동하는 부동산의 권리의무관계를 부부재산계약등기만으로는 제대로 파악할 수 없으므로, 개개의 재산에 등기·등록 등의 대항절차가 존재할 경우 그를 畢하지 아니 하면 부부재산계약의 등기만으로 제3자에게 대항할 수 없다고 한다. 그런데 위 설은 대항절차로서의 등기의 구체적인 형식을 밝히고 있지 않다. 생각건대 그러한 등기는, 부동산등기법 제2조의 처분제한의 등기이고⁴⁵⁾ 부기등기형식으로 부동산등기부 갑구에 당해 부동산에 관련된 부부재산계약과 그 등기가 존재한다는 내용을 표현하면 족할 것이다⁴⁶⁾. 그리고 이러한 등기는 축탁등기라기 보다는 당사자의 신청에 의한 등기이고, 등기권리자와 등기의무자는 각각 부부재산계약에 의해 개별적인 부동산에 권리를 취득하는 자와 그 상대방이라고 할 것이다.

(2) 檢 討

그러나 개별적인 대항절차필요설은 다음과 같은 몇 가지 문제점을 내포하고 있다.

첫째, 부부재산계약은 혼인에 종된 신분계약이면서 부부재산에 관한 재산계약으로서⁴⁷⁾, 채권계약의 성질을 갖는다. 그리고 그 계약에 존재하는 부부 재산관계에 관한 포괄적인 의사표시에 특정 부동산의 권리관계에 관한 의사표시도 내포되어 있다. 만약 포괄적인 부부재산제에 관한 약정과 부부재산계약등기를 한다면, 특정 부동산의 권리관계에 대한 약정과 그 공시도 아울러 하는 것이다. 따라서 부부재산계약을 체결하고

44) 李勝雨, 前掲論文, p 83

45) 鈴木祿彌, 前掲論文, p. 311.

46) 환매특약을 등기하는 경우와 유사하다고 본다.

47) 青山道夫·有地 亨編, 前掲書, p 406.

그 등기까지 경료한 부부 일방은 다른 일방 명의의 특정 부동산에 대해 물권적 지위에 있게 된다. 그러나 대항절차필요설에 따르면, 부부재산계약이 성립하면 부부간에는 유효하나 부부가 부부재산계약등기 외에 개별적인 재산의 대항절차를 필하지 않으면 부부재산계약의 효력으로 제3자 등에게 대항할 수 없다고 하는 것으로 보아, 채권적 효력 내지 채권적 지위를 전제로 하고 있음을 추단할 수 있다. 왜냐하면 부동산물권변동에 관해 형식주의를 취하는 우리나라에서는, 물권변동의 효력발생시기가 당사자간과 제3자와의 관계에서 일원화되어 있으므로, 위 설에서 말하는 부부재산계약의 효력은 물권적 효력이라 할 수 없기 때문이다. 그런데, 채권적 지위에 있는 부부 일방이 부동산등기 등의 대항절차를 경료하면 제3자에 대하여 대항할 수 있다는 것은 무엇을 의미하는가. 위의 설문에서 妻가 제3자에 대하여 공유지분권확인과 그에 기한 물권적 청구권을 주장할 수 있다는 것인지 아니면 지분권이전의 채권적 청구권을 행사할 수 있다는 것인가. 전자는 물권변동의 발생시기를 대대외에 동일하게 보는 형식주의 법체하에서 허용될 수 없음은 물론이고, 지분권취득 등의 물권변동이 처분제한의 등기라는 등기형식과도 조화를 이룰 수도 없는 것이므로, 인정될 수 없다. 결국 대항절차필요설에 의한 대항력이란 부부일방이 다른 일방에게 주장할 수 있는 지분권이전의 채권적 청구권을 제3자에게도 주장할 수 있다는 의미로 이해할 수 밖에 없다. 그러나 부부 일방이 제3자에게 채권적 청구권을 주장할 수 있다는 것은 무의미한 경우가 적지 않다. 예컨대 제3자가 夫의 채권자로서 부명의의 부동산에 담보물권을 취득한 경우, 妻가 부명의의 재산이 부부공유라고 약정한 부부재산계약으로 대항하더라도, 담보권자인 채권자가 부명의의 부동산에 경매실행을 하려는 경우에는, 처는 일개 채권자에 불과하기 때문에, 담보권실행에 이의를 제기할 수 없게 된다(민사집행법 제268조, 제90조, 제86조). 이상에서 본 것처럼 부부재산계약의 등기를 한 부부일방의 지위를 여전히 채권적 지위로 보는 것은 부부재산계약제도의 존재의의를 무색하게 한다. 의사주의를 전제로 한 일본의 이론을 형식주의를 취하는 국내에 수용하기는 곤란한 것이다.

둘째, 부부재산계약이라는 부부재산제에 관한 포괄적인 기준을 부부재산계약등기에 의해 포괄적인 공시를 하는 것은, 일반인에게 친숙하지 않은 관계로 일용 거래안전을 해할 수 있다. 그러나 부부재산계약이 체결되고 등기된 이후 취득된 개별부동산에 관한 등기를 할 때에 부부재산계약이 존재한다는 사실을 등기전산화로 인해 용이하게 할 수 있다. 즉 부부재산계약등기 명의자의 주민등록번호와 이름을 전산으로 입력하여 놓고, 이후 개별 부동산의 등기에서 그가 등기명의자로 되는 경우에 일종의 촉탁등기의 형태로 부부재산계약의 등기사실을 등기부에 기재하는 방법이 있을 것이다. 그리하

면 부부 일방과 거래하려는 제3자는 등기전산화로 인하여 전국 어디에서나 개별부동산의 등기부를 열람하여 부부재산계약이 존재하는 사실을 알 수 있고, 이후 부부재산계약등기부를 열람하여 부부재산계약의 내용을 인식할 수 있을 것이다.

셋째, 대항절차필요설에서 말하는 개별 부동산등기부에 부부재산계약의 존재 등을 등재하는 것은 당사자의 신청에 의한 등기라고 할 수 있는 바, 등기권리자가 등기의무자를 상대로 부부재산계약의 내용대로 개별재산의 등기부에 등기하는데 협력할 것을 청구할 수 있어야 한다. 그런데 등기권리자가 등기청구권을 행사하면서 소유권이전 또는 지분권확인을 위해 경정등기의 방법으로 공유명의로 명의를 변경하지 않고 우회적으로 부부재산계약체결과 그 등기가 존재한다는 부기등기를 할 이유가 있는가는 의문이다. 그리고 만약 개별 부동산등기부에 등기를 차후에 행하여야 한다면 부부재산계약을 체결할 실제의 필요성을 혼인당사자가 인식하는가의 문제도 있을 수 있다. 특히 등기권리자가 등기의무자를 상대로 등기청구권을 행사하여야 한다면 더욱 그러하다.

(3) 小 結

위와 같은 등기충돌의 문제는 입법자가 예상치 못한 法の 欠缺이라 할 수 있다. 무릇 법적용을 위한 법해석은 문리해석·논리해석·입법자 의사검토의 순으로 행해지지만, 본 문제에 대하여는 이러한 해석순서에 입각하더라도 그 해결이 용이하지 않고 궁극적으로 해석자의 가치판단에 의할 수밖에 없다. 여기에 가치판단의 전단계로서 비교법적 해석이 의의를 갖는다⁴⁸⁾ 이와 관련하여 대항절차필요설은 일본민법의 해석론을 수용하고자 한 것이라 본다. 그러나 이러한 해석에도 한계는 존재하며, 부동산물권변동에 관한 형식주의 원칙과 같은 근본원칙을 위반하는 것은 용인할 수 없다. 따라서 부부재산계약과 그 등기로 부부일방은 특정의 부동산에 관해 물권적 지위를 취득한 것이며, 그로부터 파생하는 거래안전문제는 부득이 촉탁등기의 형태로 해결하여야 할 것이다.

V. 結 論

위에서 살펴 본 바, 처의 가사노동에 대한 평가가 재산분할청구권 또는 배우자상속권 등을 통해 보장된다고 하더라도 만족할 수 있는 수준은 아니고, 또한 혼인 중인 경

48) 五十嵐 清, 「民法と比較法」, 一粒社, 1983, p.105.

우 혼인재산의 취급에 있어 부부의 실질적인 평등에 반하는 결과가 초래되므로 별산제의 문제점은 자명하다. 이와 관련하여 부부공동재산제의 도입의 시도는 거래안전의 시각에서 볼 때, 바람직하지 못하다. 그러한 이유로 법정부부재산제로서 별산제 외에 달리 대안이 없다면, 부부재산계약의 체결과 그를 통한 별산제의 보완은 당위적이다. 특히 부부재산계약은 부부재산제에 관한 포괄적 기준을 당사자 선택할 수 있다는 점에 의의가 있으므로 별산제를 보완하는 기능을 수행할 수 있는 바가 클 것으로 생각된다. 그런데 감정적이고 비타산적인 신분관계에서 처음부터 계산적인 태도로 임하는 것은 일반인의 관념상 맞지 않기 때문에 현실적으로 부부재산계약이 체결되는 비율은 아직 높지 않다. 그렇기 때문에 부부재산계약을 활성화하려는 노력은 입법론상이나 해석론상으로 절실하다. 이와 관련하여 부부재산계약등기라는 공시방법을 요구하고 있지 않은 프랑스에서 이를 요구하는 독일이나 일본에서 보다 부부재산계약체결비율이 높다는 사실에 비추어 볼 때, 비록 법률로 강제되지 않더라도 계약을 이행하려는 법의식의 고양 또한 중요하다⁴⁹⁾.

한편, 부부재산계약등기라는 포괄적 공시방법은 일반인에게 친숙하지 않은 제도임에 틀림없어, 그로 인해 거래안전이 문제되기도 한다. 그러나 등기전산화의 방법으로 등기일원화의 효과를 얻을 수 있다면 거래안전의 문제는 해결될 수 있을 것이다.



● 김병두

부부재산제(Matrimonial Property System)

별산제(Seperate Property System)

부부재산공동제(Co-ownership Property System)

부부재산계약(Marital Property Agreement)

부부재산계약등기부(Registration of the Marital Property Agreement)

49) 川島武宣, 「日本人の法意識」, 岩波新書, 43면이하

[ABSTRACT]

The Marital Property Agreement as overcoming the Limits of the Seperate Property System

Kim, Byung-Du

(1) The revised Act 830-1 states that "property which is obtained in either party's name after marriage is regarded as seperate property,". But this act can be interpreted as follows: "As far as the wife's domestic labor is not recognized, property which is obtained after marriage is the husband's." Furthermore, husbands are likely to insist upon obtaining properties in their name because the scale of properties which would have been classed as the husband's before the revision is now limited.

(2) Our civil code recognize women's rights and permit marriage settlements to be contracted by the couple's independent will(this was borrowed from the French legislative example). Although it is certain that the new civil code followed the principle of equal rights between men and women, people have scarcely used this means of marriage settlement.

(3) The couple who have promised to marry each other can enter into an antenuptial agreement that arranges the management and use of their property(Article 829 of the Civil Code), and can either agree on statutory regimes (Articles 830 -833) or contractual regimes. However, very few people use this provision, so marital property is generally ruled according to the legal property system. The statutory regimes is to have a separate property regime within marriage, with appropriate adjustments on divorce and death. The marital property agreement is registered so that third parties may know about the marital property agreement. From the point of view of third parties, it is important for them to know about

it. In contrast to the marital property agreement registration, land titles can be registered so that the ownership of real property can always be readily ascertained through a consultation of public records. If the marital property agreement register is not in harmony with the land register, the question of the conflict of both registrations outbreak. But the uncertainty of the existing law is not a major problem about the conflict of the register of the marital property agreement and the land register. The registration of the marital property agreement has been based on a modernizing of land registration