

건물공사 수급인의 공사대금채권 확보 제도에 관한 비교 민법적 고찰

김영희*

목 차

- I. 시작하는 말
- II. 건물공사 수급인의 공사대금채권 확보 제도에 관한 비교 민법적 고찰
 - 1. 건물공사 수급인의 공사대금채권 확보에 관한 민법 규정들의 관계
 - 2. 로마법상 우선특권 내지 법정저당권
 - 3. 프랑스 민법상 우선특권
 - 4. 미국법상 우선특권
 - 5. 독일 민법상 저당권설정청구권
 - 6. 일본 민법상 선취특권
 - 7. 스위스 민법상 법정저당권
- III. 우리 민법 제666조 부동산공사 수급인의 저당권설정청구권
 - 1. 우리 민법상 저당권설정청구권
 - 2. 우리 민법상 저당권설정청구권과 독일 민법상 저당권설정청구권
 - 3. 우리 민법상 저당권설정청구권에 관한 실무와 일본 민법상 선취특권에 관한 실무
 - 4. 우리 민법상 저당권설정청구권의 실효성 없음과 개정 여부
- IV. 맺는 말

[국문 요약]

건물공사 도급계약에서 도급인과 수급인은 건물공사 완성 의무와 공사대금 지급 의무를 동시이행관계로 지고 있다. 하지만 공사 실무를 보면 수급인이 선이행을 하는 경우가 많다. 그래서 수급인의 공사대금채권을 확보시켜 주는 제도가 중요하다. 우리 민법이 로마법계 민법인 만큼 로마법계 민법들에서 수급인의 공사대금채권을 확보시켜 주는 제도를 살펴보면 우선특권 계열과 법정저당권 계열로 분류가 가능하다. 이 분류에서 우선특권 계열에 속하는 것은 프랑스 민법과 일본 민법이다. 그리고 특이하게도 미국법이 로마법계 법이 아니면서 우선특권 계열에 속한다. 이에 비해 법정저당권 계열에 속하는 것은 스위스 민법이다. 독일 민법은 저당권설정청구권을 규정하고 있는데, 넓게 보아 법정저당권 계열에 속한다. 우리 민법은 독일 민법상 저당권설정청구권 제도를 계수한 만큼, 넓게 보아 법정저당권 계열에 속한다.

* 연세대학교 법학전문대학원, 부교수

[주제어] 도급, 수급인, 공사대금채권, 저당권, 저당권설정청구권, 우선특권, 선취특권, 린, 이원적 소유권 체계, 일원적 소유권 체계

I. 시작하는 말

우리 민법 제666조는 부동산공사 수급인의 저당권설정청구권에 대해 규정하고 있다. 그런데 수급인은 저당권설정청구권이나 그 청구권의 행사로 설정될 저당권을 목표로 하지 않는다. 수급인의 목표는 공사대금채권의 실현이다. 그런즉 제666조는 저당권설정청구권이라는 좁은 범위보다 공사대금채권 확보라는 넓은 범위로 파악해야 할 조문이다.

그런데 채권의 확보에 관한 한 어떤 특별한 제도보다도 동시이행 법리나 채무불이행 법리 같은 일반 계약 법리가 기본적으로 중요한 역할을 한다. 부동산공사 수급인의 공사대금채권 확보와 관련하여서도 그러하다. 로마법부터가 부동산공사 수급인의 공사대금채권 확보 문제를 일반 계약 법리를 통해 해결하려는 태도를 보였다.¹⁾ 하지만 로마법계 민법들은 로마법과 달리 일반 계약 법리보다 특별한 제도를 통해 해결하려는 태도를 보였다. 로마법계 민법들이 수급인의 공사대금채권 확보를 위해 마련해 놓고 있는 특별한 제도들을 살펴보면, 해당 제도들은 우선특권 계열과 법정저당권 계열로 분류될 수 있다. 법정저당권 계열은 다시 법정저당권 계열과 (법정)저당권설정청구권 계열로 분류될 수 있다. 이 계보에서 우리 민법은 좁게는 저당권설정청구권 계열에 속하며, 넓게는 법정저당권 계열에 속한다.²⁾

우리 민법이 저당권설정청구권 제도를 가지게 된 것은 일응 독일 민법에서 해당 제도를 직접 계수하여서이다. 그런데 우리 민법에 영향을 준 다른 로마법계 민법들과 독일 민법을 비교해 보면, 다른 로마법계 민법들은 우선

1) 이 글 뒤, 'II. 건물공사 수급인의 공사대금채권 확보 제도에 관한 비교 민법적 고찰, 2 로마법상 우선특권 내지 법정저당권, 2) 로마법상 도급인의 선이행' 부분을 참조하라.

2) 이 글 뒤, 'II. 건물공사 수급인의 공사대금채권 확보 제도에 관한 비교 민법적 고찰, 1. 건물공사 수급인의 공사대금채권 확보에 관한 민법 규정들의 관계, 1) 우선특권 계열과 법정저당권 계열' 부분을 참조하라.

특권 계열에 속하든 법정저당권 계열에 속하든 법정담보권으로 구성하고 있다. 이에 비해 독일 민법은 유독 청구권으로 구성하고 있다. 우리 민법 입법자들이 과연 독일 민법의 이와 같은 다름을 고려하고 계수한 것인지는 분명하지 않다. 당시 상황을 파악할 수 있게 해주는 입법자료가 남겨져 있지 않기 때문이다. 어쨌거나 오늘날 우리나라와 독일의 저당권설정청구권 제도의 운용은 우리가 독일에서 계수한 제도인 것치고는 그 실질이 상당히 다르다.³⁾ 그런 한편 우리 실무는 우리 민법과 달리 우선특권 계열에 속하는 일본 민법상 선취특권 제도의 운용을 참고하고 있다.⁴⁾ 우리 민법상 저당권설정청구권 제도와 운용은 말하자면 변종 내지 착종 상태인 것이다. 그런즉 우리 민법상 저당권설정청구권 제도를 이해하기 위해서는 로마법계 민법상 제도들에 대한 법사적 맥락의 비교 연구가 반드시 필요하다고 하겠다.

그리하여 이 글은 다음과 같이 설계되었다. 바로 다음 II에서는 우리 민법에 영향을 준 로마법과 로마법계 민법들을 중심으로 부동산공사 수급인의 공사대금채권 확보 제도들을 살펴보려 한다. 살펴보는 범위는 부동산공사 중에서도 건물신축공사를 위해 도급계약이 체결된 경우만으로 좁히려 한다. 살펴보는 범위를 이렇게 좁히는 것은 우리 민법 제666조의 법문언이 부동산공사로 되어있음에도 불구하고, 지금까지 나온 판결들이 거의 건물신축공사에 관한 것이기 때문이다.⁵⁾ 살펴보는 순서는 해당 제도들이 각 나라에 등장한 시대 순서대로이다. 여기에 미국법을 포함시키는 것은 로마법계와 영미법계의 비교를 위한 것이 아니다. 수급인의 공사대금채권 확보 제도에 관한 한 미국법도 로마법적 기원을 분명하게 말하고 있으며, 미국법상 제도가 로마법계 민법들에 미친 영향이 상당히 크기 때문이다.⁶⁾ 그 다음 III에서는 II에서 비

3) 우리 민법의 독일 민법 계수는 의용민법(일본 민법)을 통한 간접적 성격의 것이다. 하지만 우리 민법 제666조가 규정하고 있는 수급인의 저당권설정청구권에 관한 한 독일 민법에 대한 ‘직접’ 계수를 말해야 할 수 있다. 일본 민법은 독일 민법상 저당권설정청구권 제도를 받아들이지 않았기 때문이다. 이 글 뒤, ‘Ⅲ. 우리 민법 제666조 부동산공사 수급인의 저당권설정청구권, 2. 우리 민법상 저당권설정청구권과 독일 민법상 저당권설정청구권’ 부분을 참조하라.

4) 이 글 뒤, ‘Ⅲ. 우리 민법 제666조 부동산공사 수급인의 저당권설정청구권, 3. 우리 민법상 저당권설정청구권에 관한 실무와 일본 민법상 선취특권에 관한 실무’ 부분을 참조하라.

5) 대법원종합법률정보 사이트에서 ‘민법 제666조’로 판례검색을 한 결과이다.

6) Samuel Louis Phillips, *A Treatise on the Law of Mechanic's Lien on Real and Personal Property*,

교법적으로 살펴본 것을 바탕으로 우리 민법 제666조에 규정되어 있는 수급인의 저당권설정청구권 제도가 어떤 것인가를 알아보려 한다. 특히 독일 민법상 저당권설정청구권 제도가 우리 민법에 들어와 우리 부동산 소유권 체계 및 법원 실무와 맞물리면서 어떤 식의 저당권설정청구권 제도로 변하여 있는지를 알아보려 한다. 그리고 그 다음 IV에서는 이 글을 마무리하려 한다.

II. 건물공사 수급인의 공사대금채권 확보 제도에 관한 비교 민법적 고찰

1. 건물공사 수급인의 공사대금채권 확보에 관한 민법 규정들의 관계

1) 우선특권 계열과 법정저당권 계열

건물공사⁷⁾ 대금채권을 확보시켜 수급인⁸⁾ 보호하는 민법상 제도들을 비교해보면 민법마다 차이가 있다. 그 차이에 주목하면 민법들은 우선특권 계열과 법정저당권 계열로 분류될 수 있다.

우리 민법과 매우 밀접한 관계에 있는 일본 민법을 먼저 보면 제327조에 건물공사자(부동산공사자)의 선취특권(先取特權) 규정이 있다. 그런데 이 규정은 도급계약 부분에 있지 아니하다. 담보물권 부분에 있다. 법정담보물권의 한 가지로 선취특권이 규정되어 있고,⁹⁾ 다시 그 선취특권 중에 한 가지로 건물공사자의 선취특권이 규정되어 있는 것이다.¹⁰⁾ 일본 민법은 구민법에서

2nd Ed. (Little Brown and Co., Boston, 1883), p.10f.

7) 이 글이 살피고 있는 민법들은 부동산공사 규정을 두고 있거나 건물공사 규정 및 토지공사 규정을 모두 두고 있거나 한 것이 일반적이다. 그럼에도 불구하고 필자가 굳이 '건물공사'라는 표현을 사용하는 것은 이 글이 우리 민법상 '건물공사' 수급인의 저당권설정청구권 제도를 검토하려는 것이기 때문이다.

8) 우리 민법과 비교할 민법들은 해당 제도의 주체로 수급인만 규정해 놓지는 아니하거나, 수급인만으로 해석하지는 않는 것이 일반적이다. 그럼에도 불구하고 이 글 많은 부분에서 '수급인'이라는 표현을 사용하는 것은 이 글이 우리 민법상 건물공사 '수급인'의 저당권설정청구권 제도를 검토하려는 것이기 때문이다.

9) 일본 민법에서 선취특권 조문은 제303조에서 제341조에 이른다.

는 프랑스 민법을 따랐고 신민법에서는 독일 민법을 따랐지만 건물공사자의 선취특권 규정만큼은 명백히 프랑스 민법을 따른 것이다. 프랑스 민법이 법정담보물권의 한 가지로 우선특권(선취특권¹¹⁾ Privilège)을 규정하고 있고, 다시 그 우선특권 중에 한 가지로 제2103조에 건물공사자의 우선특권을 규정하고 있기 때문이다. 이러한 프랑스 민법은 규정 시기 면에서나 보호 내용 면에서나 우선특권 계열을 대표한다.

이에 비해 법정저당권 계열을 대표하는 것은 스위스 민법이다. 스위스 민법은 제837조 이하에서 건물공사자의 법정저당권(Gesetzliches Pfandrecht)을 규정하고 있다. 그런 한편 독일 민법은 제648조에서 건물공사자의 저당권 설정청구권을 규정하고 있다.¹²⁾ 저당권의 설정을 청구하여야만 저당권이 설정된다는 점에서 독일 민법을 놓고는 법정저당권 계열임을 말하지 않기도 한다. 그러나 독일 민법상 저당권설정청구권은 저당권의 설정을 청구할 권리가 법으로 규정되어 있고 그로 인해 결국은 저당권 설정에 이르게 되는 법정청구권이다. 그렇기에 해당 법문언에 청구권이라는 표현이 사용되고 있음에도 불구하고 독일 민법은 법정저당권 계열로 분류될 수 있다.¹³⁾ 우리 민법 제666조는 이러한 독일의 저당권설정청구권을 계수한 것이며, 같은 논리에서 우리 민법은 법정저당권 계열로 분류될 수 있다.¹⁴⁾

또 한편 미국법은 건물공사자의 공사대금채권 확보를 위해 공사우선특권

10) 일본 민법상 부동산공사에서 설계 시공 감리를 하는 자의 선취특권은 제327조에 의거하지만, 부동산 보존을 위해 공사를 하는 자의 선취특권은 제326조에 의거한다.

11) 이 글은 프랑스 제도와 일본 제도가 구체적인 내용에서 차이가 있음을 보이기 위하여 우선특권과 선취특권으로 번역어를 달리 사용하고 있으나, 두 나라 제도의 근본은 동일하다. 그러므로 두 나라 제도에 동일한 번역어를 사용하여도 된다.

12) 독일 민법 제648조 표제부를 보면 '저당권설정청구권'이 아니라 '저당권(Hypothek)'으로 되어 있다. 하지만 본문을 보면 '저당권 설정을 청구할 수 있다(... kann die Einräumung einer ... Hypothek ... verlangen)'로 되어 있다.

13) 그러나 오늘날 독일의 법학자들은 저당권설정청구권의 법정저당권으로서의 성격을 거의 말하지 않는다. 청구권성을 강조하거나, 법정청구권 정도로 우회하여 말하고 있다. 이렇게 말하는 것에 대하여는 이 글 뒤, 'Ⅱ. 건물공사 수급인의 공사대금채권 확보 제도에 관한 비교 민법적 고찰, 5. 독일 민법상 저당권설정청구권' 부분을 참조하라.

14) 우리 민법 제666조의 저당권설정청구권이 법정저당권인지 약정저당권인지에 대하여는 이 글 뒤, 'Ⅲ. 우리 민법 제666조 부동산공사 수급인의 저당권설정청구권, 2. 우리 민법상 저당권설정청구권과 독일 민법상 저당권설정청구권' 부분을 참조하라.

(Mechanic's Lien) 제도를 두고 있다.¹⁵⁾ 로마법계 민법을 다루는 이 글에서 미국의 공사우선평권을 다루는 것은 이 제도도 로마법의 영향을 받은 것이며,¹⁶⁾ 이 제도가 로마법계 민법들에 미친 영향이 상당히 크기 때문이다. 만약 미국의 공사우선평권을 로마법 계보에 포함시킨다면 미국법은 우선특권 계열로 분류될 수 있다.¹⁷⁾

2) 우선특권 계열과 법정저당권 계열 사이의 보호 차이

건물공사자에게 공사대금채권을 확보시켜주기 위해 민법이 어떤 제도를 두고 있는지 자체가 보호의 정도를 대변하는 면이 있다. 우선특권 제도, 법정저당권 제도, 저당권설정청구권 제도가 본래 서로 다른 제도이므로 그러하다. 우선특권 제도는 명칭이 드러내듯 해당 채권 자체에 우선변제권적 지위를 부여한 것이다.¹⁸⁾ 이에 비해 법정저당권 제도는 저당권의 성립을 법정하여 놓은 것이다. 어떤 채권에 법정저당권이 부수되는 것은 해당 채권의 특성상 법이 그렇게 정하였기 때문인데, 해당 채권은 그 자체로서가 아니라 법정저당권이 부수되어 있음으로써 우선변제권적 지위를 가지게 된다. 그런 한편 저당권설정청구권 제도는 저당권이 설정되기까지 단계가 나뉘는 점을 이용하여 해당 채권에 저당권 설정을 청구할 권리까지를 부수시켜 놓은 것이다. 이 제도에서는 저당권이 청구를 통해 설정되어야 비로소 해당 채권이 우선변

15) 미국법상 건물공사자(부동산공사자)의 공사대금채권 확보를 위한 제도의 명칭으로는 Mechanic's Lien이라는 표현이 많이 사용되고 있다. 최근 인터넷상에서는 Mechanic Lien이라는 표현도 사용되고 있다. 's를 입력하는 불편 때문인 것으로 짐작된다. 필자는 미국법상 Mechanic's Lien에 대한 번역어로 '공사우선평권(문맥에 따라서는 그냥 우선특권)'이라는 표현을 사용하고자 한다. 처음에는 '부동산공사자 우선특권'이라는 표현을 고려하였으나 후술할 바와 같이 미국법은 공사자가 아닌 재료공급자에게도 해당 권리를 부여하고 있어 공사자라는 표현을 사용하기가 마땅치 않았다. 다음으로 '우선평권'이라는 표현을 고려하였는데, 비교법적 연구를 하는 이 글에서 프랑스 민법상 제도의 번역어인 우선특권과 시각적으로 구분하는 문제가 생겼다. 그래서 일단 이 글에서는 '공사우선평권'이라는 표현을 사용하기로 하였다. 미국 내에서도 Mechanic's Lien이라는 명칭을 두고 논의가 있다. 이에 대해서는 이 글 뒤, 'II. 건물공사 수급인의 공사대금채권 확보 제도에 관한 비교 민법적 고찰, 4. 미국법상 우선특권' 부분을 참조하라.

16) Phillips, *ibid.*, p.10f.

17) 미국법과 로마법의 관계에 대해서는 이 글 뒤, 'II. 건물공사 수급인의 공사대금채권 확보 제도에 관한 비교 민법적 고찰, 4. 미국법상 우선특권' 부분을 참조하라.

18) 프랑스 민법 제2095조 "선취특권은 당해 채권의 성질에 의하여 그 채권자에게 다른 채권자, 심지어는 저당채권자에 우선하는 권리를 부여하는 권리이다."

채권적 지위를 가지게 된다. 그런즉 공사대금채권에 우선변제권적 지위가 부여되는 것은 우선특권 제도를 통하든 법정저당권 제도를 통하든 저당권설정 청구권 제도를 통하든 마찬가지이지만, 구체적으로 어떤 제도를 두고 있는가에 따라 해당 채권에 우선변제권적 지위가 부여되기까지 사이와 그 우선의 성격에 다소 차이가 있게 된다. 해당 채권과 우선변제권적 지위의 부여가 직접적으로 연결되어 있을수록 일응 보호가 강하다고 할 것인데, 그 면에서 본다면 보호 정도의 순서는 대략 우선특권(선취특권), 법정저당권, 저당권설정 청구권 순이 된다.¹⁹⁾

그러나 건물공사자에게 공사대금채권을 확보시켜주기 위해 민법이 어떤 제도를 두고 있는지가 그 자체로 보호의 정도를 대변할 수 없는 면도 있다. 해당 민법이 누구에게 누구를 상대로 어떤 범위의 보호를 부여하고 있는지에 따라 보호 정도에 대한 계산은 달라지기 때문이다.²⁰⁾ 게다가 민법에 의한 보호와 관련 특별법에 의한 보호를 합하면 해당 나라가 행하는 보호 정도는 또 달라지게 된다.

3) 우선특권 계열과 법정저당권 계열 모두 로마법 기원

우선특권 계열의 민법이나 법정저당권 계열의 민법이나 공사대금채권에 우선변제권적 성격을 부여하는 것을 통해 건물공사자(수급인)를 보호한다. 그리고 우선특권 계열이나 법정저당권 계열이나 모두 해당 제도의 기원을 로마법에서 찾는다.²¹⁾ 그런데 정작 로마법에는 도급 법리가 별로 전개되어 있

19) 법정저당권은 근본적으로 저당권 제도 내에서 작동하는 것이므로 저당권 순위에 따른 우선변제권만 가진다. 그러나 우선특권은 다른 채권이나 담보권에 비해 ‘그보다도 우선적’ 변제권을 가질 수도 있다. 그런 점에서 일반적으로는 우선특권이 법정저당권에 비해 강한 보호를 하고 있다고 할 수 있다. 예를 들어 프랑스 민법은 우선특권 제도도 가지고 있고 법정저당권 제도도 가지고 있는데, 우선특권의 순위를 규정하고 있는 제2095조와 법정저당권의 순위를 규정하고 있는 제2134조의 문언을 비교하여 보면 두 제도의 보호 차이가 드러난다.

20) 그리하여 예를 들어 스위스 법정저당권은 프랑스 우선특권보다 더 강한 보호를 하고 있다고 평가된다. 이 글 뒤, Ⅱ. 건물공사 수급인의 공사대금채권 확보 제도에 관한 비교 민법적 고찰, 3. 프랑스 민법상 우선특권 부분과 Ⅱ. 건물공사 수급인의 공사대금채권 확보 제도에 관한 비교 민법적 고찰, 7. 스위스 민법상 법정저당권’ 부분을 비교하여 참조하라.

21) Benno Mugdan, *Die Gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd.2 (Scientia Verlag, Aalen, 1979), p.928; Phillips, *ibid.*, p.10f.; 林良平 編集, 『注釋 民法』,

지 않았다. 그런 만큼 건물공사자의 공사대금채권 확보를 위한 특별 제도도 마련되어 있지 않았다.²²⁾

그래서 이 대목에서 중요해지는 것이 로마법이 가지는 권위이다. 로마법계 민법들에서 로마법적 기원은 해당 제도나 법리를 뒷받침해주는 역할을 해왔다.²³⁾ 그런데 로마법의 이와 같은 역할은 위상적 권위에 의존하는 것만은 아니다. 나름의 근거를 가지는 것이다. 예를 들어 로마법에 구체적인 도급 법리는 없지만, 도급 관련한 계약 법리는 있다. 그러므로 로마법계 민법이 도급과 관련하여 로마법에서 어떤 계약 법리인가를 끌어온다면 그렇게 끌어온 것이 로마법상 도급 법리가 아닌 것은 아니게 된다. 그런즉 로마법계 민법이 도급과 관련하여 로마법적 기원을 필요로 한다고 할 때, 로마법에 도급 법리가 전혀 존재하지 않았던 것이 아닌 한, 로마법에 도급 법리가 별로 전개되어 있지 않았다는 것은 그다지 문제되지 않았다. 문제의 핵심은, 로마법적 기원을 어느 정도로 필요로 하는지였다. 근대 로마법계 민법의 입법자들은 건물공사자의 공사대금채권 확보를 위한 제도를 마련하여야 했는데, 해당 제도를 마련하는 것에 대한 반발을 줄이기 위해 로마법적 기원은 어떻게든 말해져야 했다.²⁴⁾ 그렇다면 로마법은 어떠한 모습이었는지 다음에서 살펴본다.

8, 物權, 3, 留置權 先取特權 質權 : §§ 295~368 (有斐閣, 東京, 1965), 162면; 遠藤浩/鎌田薫編, 『物權』, 第5版 (日本評論社, 東京, 2005), 183면.

22) 이준형, 「독일 근세 민법전상의 도급계약법」, 『법사학연구』 제25호(한국법사학회, 2002.04), 132면; 최병조, 『로마법강의』(박영사, 1999), 460면; 현승중/조규창, 『로마법』(법문사, 1996), 752면 이하 참조.

23) 로마법은 권위를 그 속성으로 가진다. 권위는 애초에는 법을 제정하는 자와 결부된 것이었지만, 제정된 법의 권위로도 이어졌다. Fritz Schulz, *Principles of Roman Law*, (Oxford Clarendon Press, 1956), p.164f. 참조.

24) 해당 제도에 대한 유산계급의 반발이 상대적으로 강하게 표출된 것이 독일 민법 입법과정에서였다. 독일 민법상 저당권설정청구권은 다른 나라 민법에 비해 상대적으로 약한 보호를 규정하고 있는데, 그나마 제1초안에는 오르지 못하였다가 제2초안 단계에서 오른 바 있다. Mugdan, *ibid.*, p.927f., p.1291f.

2. 로마법상 우선특권 내지 법정저당권

1) 독자적인 법리를 갖추지 못했던 로마법상 도급계약

로마법에서 건물공사와 연결될 수 있는 계약은 도급, 위임, 고용, 매매, 제작물공급 계약 등이다. 그중 건물공사와 상대적으로 밀접한 연결을 가지는 것이 도급계약이다. 그런데 로마법상 도급계약은 독자적인 법리를 갖추지 못하였다. 도급(*locatio conductio operis*)은 고용(*locatio conductio operarum*) 및 임대차(*locatio conductio rei*)와 더불어 임약(賃約 *locatio conductio*)의 법리로 다스려졌다.²⁵⁾

그런데 로마법상 도급계약이 독자적인 법리를 갖추지 못하였던 것은 도급을 도급과 연결되어 있는 다른 계약들과 법리적으로 구분하기 어려워서는 아니었다. 주된 이유는 로마법이 형성되고 발전하던 시기가 노예경제를 기반으로 하였다는 데에 있었다. 로마법이 로마 시민 사이를 규율하는 법이라고 할 때, 도급계약 아래서 일을 할 노예는 시민이 아니었으므로 로마법이 적용되지 않았다.²⁶⁾ 노예를 위해 로마법에 도급 법리를 마련할 필요는 없었던 것이다. 그렇다고 하여도 로마법에 도급 법리라고 할 것이 물론 존재하기는 하였다. 도급계약 아래서 일을 할 사람이 노예가 아닌 경우도 있었기 때문이다. 하지만 로마법에 수급인의 채권 확보를 위한 특별한 제도 내지 법리를 마련해야 할 만큼 도급계약이 많이 체결되지는 않았다. 게다가 수급인의 채권 확보에 문제가 생긴다면 그 문제는 원칙적으로 동시이행 및 채무불이행의 법리 같은 계약 법리를 통해 해결할 일이기도 하였다.²⁷⁾

그럼에도 불구하고 그런 로마시대라고 하여 수급인의 채권 확보가 적극적으로 필요하였을 상황이 없었을 것이라고 생각할 수는 없다. 그리고 그 시대

25) 최병조, 앞의 책, 460면; 현승중/조규창, 앞의 책, 752면 이하.

26) 현승중/조규창, 앞의 책, 331면, 336면, 760면 이하.

27) 이준형, 앞의 글(각주 22), 132면 참조. 노예의 소유자가 자신의 노예에게 도급계약으로 일을 시키는 것은 아니다. 이에 비해 일을 할 노예가 타인의 노예인 경우에 일을 시키는 자와 해당 노예를 소유하는 타인 사이에 계약이 존재할 수 있기는 하지만 그 계약이 타인으로 하여금 일을 하게 하는 도급계약인 것은 아니다. 현승중/조규창, 앞의 책, 760면 이하 참조.

라고 하여 동시이행 및 채무불이행 법리 같은 계약 법리가 수급인의 채권 확보 문제의 해결에 만능이었을 것으로 생각할 수도 없다. 어쨌거나 로마법 대전에 수급인의 채권 확보와 관련이 있어 보이는 사례들이 있기는 하다. 이러한 사례들은, 정작 로마법에 수급인의 채권 확보를 위한 어떤 특별한 제도가 마련되어 있지 않았음에도 불구하고, 후대의 로마법계 민법들이 자신이 가지고 있는 수급인 채권 확보 제도의 기원이 로마법에 있다는 주장의 근거로 되었다.²⁸⁾

2) 로마법상 도급인의 선이행

로마법대전에 들어있는 도급 사례에서 수급인의 채권(보수청구권²⁹⁾) 확보와 관련된 법리를 직접적으로 추출하기는 어렵다.³⁰⁾ 그래서인지 후대 학자들은 흔히 하는 일을 한다. 로마법대전에서 이런 면 또는 저런 면을 가져다 원하는 논의에 연결시켜 논거로 삼고는 하는 것이 그것이다.³¹⁾ 그러는 과정에서 원래는 도급에 고유한 법리가 아닌 것에 도급 법리로서의 의미가 부여되기도 하였다. 예를 들어 로마법상 수급인이 가지는 보수청구권에 관한 시효법리가 그러하였다. 수급인이 목적물 반환의무 및 하자책임에 매여 정해진 기간에 보수청구권을 행사하지 못하였을 경우에 그럼에도 불구하고 수급인의 보수청구권이 시효소멸하지 않을 수 있다는 것은 본래는 시효법리이지만

28) Mugdan, *ibid.*, p.928; Phillips, *ibid.*, p.10f.; 林良平 編集, 앞의 책, 162면; 遠藤浩/鎌田薫 編, 앞의 책, 183면. 로마법대전에 관련 사례가 있음을 들어 로마법적 기원을 말하는 후대 로마법계 법학자들의 태도에 대해서는 이준형, 앞의 글(각주 22), 134면과 136면을 참조하라.

29) 이 글은 오늘날 민법들을 고찰하는 부분에서는 ‘공사대금채권’이라고 하고 로마법을 고찰하는 부분에서는 ‘보수청구권’이라고 하여 달리 표현한 곳이 여럿이다. 그 이유는 로마시대에는 도급인이 도급의 재료를 제공하는 것이 원칙이었던 데에 있다. 도급인이 재료를 제공하므로 수급인이 받을 몫은 수급인이 행한 노무에 대한 ‘보수’인 것이 원칙으로 되는 것이다. 우리 민법 제666조가 ‘공사대금’ 채권이 아니라 ‘보수에 관한 채권’이라고 표현하고 있는 것도 일종의 로마법적 흔적이라고 할 수 있다. 로마법상 도급계약에서 도급인의 재료 제공 원칙에 대해서는 이준형, 『일본 메이지민법(채권각론 중 도급)의 입법이유』, 『민사법학』 제75호 (한국민사법학회, 2016.06), 332면을 참조하라.

30) 오늘날과 같은 모습의 도급계약을 중세 이전의 유럽에서 찾아보기는 힘들다고 한다. 이준형, 앞의 글(각주 22), 134면, 각주7.

31) 로마법상 여러 법리들이 로마시대가 아닌 후대에 만들어졌다. 현승중/조규창, 앞의 책, 144면, 321면 참조.

수급인의 채권 확보 법리로서 의미를 부여받기도 하였다.³²⁾

그런데, 이처럼 로마법상 법리의 의미가 변전하는 일이 드물지 않은 것과 관련하여, 수급인의 보수청구권의 확보가 과연 수급인 ‘보호’ 제도로 특기할 것인가를 생각해볼 필요가 있다. 그리고 이에 짝을 지어 생각해 볼 것이, 도급인의 일 완성의 확보가 과연 도급인 ‘보호’ 제도로 특기할 것인가이다. 도급인 또는 수급인이 계약상 의무로 이행해야 할 것을 새삼스레 수급인 또는 도급인 보호 차원으로 말할 것은 아니지 않느냐는 것이다. 하지만 도급계약에서 일방이 ‘의무’로 부담하고 있는 ‘이행할 것’은 상대방이 ‘권리’로 가지고 있는 ‘이행 받을 것’과 직결된다. 그러므로 도급인 또는 수급인으로 하여금 계약상 의무를 이행하게 만드는 제도는 모두 수급인 또는 도급인의 계약상 권리를 ‘보호’하는 제도가 된다. 수급인 또는 도급인의 계약상 권리를 ‘보호’하는 제도는 당연히 수급인 또는 도급인을 ‘보호’하는 제도가 된다.

이런 맥락에서 보면, 수급인 또는 도급인을 보호하는 제도의 기초는 예나 지금이나 동시이행 법리가 된다.³³⁾ 그런데 도급계약에서 동시이행은 엄밀한 의미로 실현을 추구하는 것이 아니다. 수급인의 의무 이행은 시간을 소요하는 데 비해 도급인의 의무 이행은 시간을 거의 소요하지 않으므로 엄밀한 의미로 동시이행을 실현하는 것은 불가능에 가깝다. 실제에서는 누군가가 선이행을 한다. 수급인이 일의 완성 후 보수를 지급받는 식으로 선이행을 하든지, 도급인이 재료비나 인건비 제공의 명목으로 선이행을 하든지 한다.³⁴⁾ 이 중에 수급인이 선이행을 하는 것이 일반적인 모습이다.³⁵⁾ 그런데 도급계약

32) 현승중/조규창, 앞의 책, 763면 참조. 채무불이행의 일반 원칙들이 도급계약에 끌려 들어갔다. 이준형, 앞의 글(각주 22), 137면, 각주26 참조.

33) 박윤직, 『채권각론』 제6판(박영사, 2003), 262면 참조.

34) 작업단계별 공사대금 선지급의 예와 기성고별 공사대금 후지급의 예는 본문에서 말하는 도급인 선이행의 변형 및 수급인 선이행의 변형에 해당한다. 이 예들에서 작업단계의 구분이나 대금지급시기 간격이 미세해질수록 동시이행의 관념적 성격이 실제적 성격으로 된다.

35) 우리 실무를 보면 수급인이 재료와 노력을 들여 건물을 신축하는 경우가 자주 등장하는데, 이는 우리나라에서 그만큼 수급인 선이행이 많다는 것을 의미할 수 있다. 그런 한편 도급에서 수급인에 의한 노무제공 선이행은 고용에서 노무자에 의한 노무제공 선이행 및 위임에서 수임인에 의한 노무제공 선이행과 조율되어 있는 것이라고 볼 수도 있다. 우리 민법 제656조 제2항 및 제686조 제2항 참조.

에서 엄밀한 의미의 동시이행이 실현하기 어렵다고 하여 동시이행을 추구하지 않는 것은 아니다. 관념적으로 추구한다. 그리고 실현하기 어려운 만큼 보정을 한다. 결과적으로 수급인의 보수청구권을 확보시켜주는 제도는 수급인이 선이행을 하는 것이 도급계약상 일반적인 모습임을 이유로 선이행을 사실상 강제당하는 수급인을 위한 보호 제도가 된다.

그렇다면 로마시대 수급인도 오늘날 수급인처럼 사실상 선이행 의무를 부담하는 자로 인식되었을지를 보자. 로마시대에는 고용, 위임, 도급 등 노무제공이 이루어지는 계약들에서 노무제공자의 선이행이 당연한 것이었다. 그러므로 로마법상 수급인은 선이행을 하더라도 다른 노무제공자들에 비추어 유독 보호받아야 할 그 어떤 선이행을 하는 자로 인식되지 않았다. 수급인이 노무제공의 선이행만 하는 것이 아니라 재료를 공급하여 일을 완성하는 선이행까지 하는 경우는 달리 취급되기는 하였는데, 그렇다고 로마법이 이 경우만큼은 수급인의 선이행을 주목하였던 것은 아니다. 로마법은 이 경우를 아예 도급으로 취급하지 않았다.³⁶⁾

로마시대에 도급과 노무제공에 대한 인식이 그와 같았다고 할 때 로마법상 도급관계에서 주목받을 것은 도급인 선이행적인 부분이었다. 로마법상 도급에서는 도급인이 재료를 제공하고 수급인이 그것을 받아 노무를 덧붙여 일을 진행하는 것이 원칙이었으니,³⁷⁾ 다른 노무제공 관련 계약에 비하면 도급은 예외적으로 도급인의 선이행이 요구되는 계약이었던 것이다. 그런즉 로마시대에 도급계약은 당사자 중에 누군가를 보호하는 제도를 두어야 한다면 수급인 보호 제도보다 도급인 보호 제도를 두어야 할 그런 계약이었다.

그런 한편 로마법은 수급인이 재료를 공급하는 경우를 아예 도급으로 보지 않았지만, 예외가 있었다. 건물신축공사를 두고 만큼은 수급인이 재료를 공급하는 경우도 도급으로 보았다.³⁸⁾ 그런데 로마법이 수급인이 재료를 공급하는 건물신축공사만큼은 도급으로 보았던 것은 재료에 대한 시각을 바꾸

36) 현승중/조규창, 앞의 책, 762면; 이준형, 앞의 글(각주 29), 334면.

37) 이준형, 앞의 글(각주 29), 332면.

38) D.18.1.20; D.19.2.22.2.

면 이해가 어렵지 않다. 건물신축공사에서 도급인은 수급인이 재료를 공급하는 경우에조차 가장 중요한 재료를 제공한 것으로 여겨졌는데, 건물이 들어설 토지를 제공하므로 그러하였다.³⁹⁾ 그렇다면 로마법상 건물신축공사 도급계약에서 선이행 여부는 다음과 같이 정리된다. 즉, 도급인이 토지 및 건축재료를 모두 제공하기로 하는 경우에는 도급인에 의해 선이행이 행해지게 된다. 이에 비해 도급인이 토지를 제공하고 수급인이 기타의 건축재료를 공급하기로 하는 경우에는 도급인에 의한 선이행과 수급인에 의한 선이행이 섞여 행해지게 된다.

3) 로마법상 건물신축공사 도급에서 수급인 책임을 묻는 규정이 많은 이유
 로마법에는 도급인의 채권을 확보시켜주는 하자책임 관련 규정은 상대적으로 여럿 있으나 수급인의 채권을 확보시켜주는 보수지급책임 관련 규정은 별로 없다. 그런데 건물신축공사 도급계약이 도급인 선이행으로 체결되는 것이라면, 규정 사이에 불균형은 합리적일 수 있다. 선이행 의무자인 도급인의 채권을 후이행 의무자인 수급인의 채권에 비해 무게를 두고 다루어 채권자 사이에 균형을 도모한다는 차원에서 그렇다. 하지만 만약 건물신축공사 도급계약이 도급인의 선이행과 수급인의 선이행이 섞이는 것으로 체결된다면, 로마법에 도급인의 채권을 확보시켜주는 하자책임 관련 규정은 여럿 있으나 수급인의 채권을 확보시켜주는 보수지급책임 관련 규정은 별로 없는 것은 합리적이지 않게 된다.⁴⁰⁾

이에 관한 한 추상적으로는 그렇게 평가할 수 있다. 하지만 상황을 나누어 살펴보면 평가가 달라질 수 있다. 먼저 수급인이 일을 잘못된 경우라고 할 하자존재 상황을 보자. 수급인이 일을 잘못하면 무엇보다도 도급인이 선이행으로 제공한 재료(토지)와 수급인이 선이행으로 공급한 재료(노무 및 기타 건

39) 현승중/조규창, 앞의 책, 762면, 각주245.

40) 로마법에 하자책임 관련 규정이 여럿 있다는 것은 상대적인 의미이다. 로마법에 지금과 같은 의미의 하자담보책임이 본격적으로 전개되어 있던 것은 아니다. 그런 한편 로마법에서 수급인의 하자책임은 본격적인 하자'담보'책임이라기보다 채무불이행 책임에 가깝기도 하다. 이준형, 앞의 글(각주 22), 132면 이하.

축재료)의 가치가 감소하거나 무가치하게 된다. 수급인이 일을 잘못하여 그렇게 된 것이므로 수급인이 책임(도급인 제공 부분)지고 감수(수급인 자신 공급 부분)하기로 하더라도 그것만으로 상황이 모두 해결되지는 않는다. 가치가 감소하거나 무가치하게 된 재료들에 대한 처리 문제가 있다. 이때에 도급인과 수급인은 잘못된 일을 고치는 쪽으로 해결을 도모할 수도 있고, 일의 결과를 완전히 제거하는 쪽으로 해결을 도모할 수도 있다. 그러므로 수급인이 일을 잘못된 경우에 대해서는 여러 도급 규정이 필요하게 된다. 이에 비해 도급인이 일을 잘못된 경우라고 할 보수부지급 상황을 보자. 이 상황은 금전채무 불이행 법리로 다스리면 된다. 도급인에게 책임을 지게 하지 않겠다는 것이 아니라, 도급만에 특별한 규정이 필요한 상황은 아니라는 것이다. 그러므로 건물신축공사 도급계약에서 도급인 또는 수급인 중에 누군가가 일을 잘못할 경우를 대비하여 특별한 규정이나 제도를 마련해 둘 필요가 있다면 그것은 도급인이 일을 잘못된 경우라기보다 수급인이 일을 잘못된 경우가 된다.

그렇다면 로마법에 도급인의 보수지급책임 관련 규정은 별로 없으며 수급인의 하자책임 관련 규정은 여럿 있는 것은 나름 합리적인 것이 된다. 그리고 로마법에 보수지급책임 관련 규정은 별로 없으며 하자책임 관련 규정은 여럿 있는 것을 근거로 로마법이 도급인에게 무조건 우호적인 법리를 전개하였다고 말하기도 어렵게 된다.

4) 로마법상 도급인에게 유리한 법리와 부합법리에 따른 소유권 귀속

로마법이 도급인에게 무조건 우호적인 법리를 전개하였다고 말하기 어려운 면은 또 있다. 도급인을 유리하게 만들기 위해 의도적으로 법리를 전개한 것이 아니라, 다른 기초의 법리가 연결되면서 결과적으로 도급인에게 유리하게 법리가 전개되기도 하였으므로 그러하다. 예를 들어 부합법리가 연결되어 그러하였다.

로마법상 부합법리에 따르면 ‘지상물은 토지에 속한다(superficies solo cedit).’⁴¹⁾ 이것이 건물신축공사에 관철되면 ‘건축된 것은 모두 토지에 속한

다(*omne quod inaedificatur solo cedit*)⁴²⁾가 된다. 그런데 이와 같은 건물신축공사상 부합법리는 도급인이 토지와 기타의 건축재료를 모두 제공한 경우 이든, 도급인은 토지만 제공하고 기타의 건축재료는 수급인이 공급한 경우이든 동일하게 적용되었다.⁴³⁾ 건물은 토지 없이는 존재할 수 없다고 보는 것이 당시의 생각이었기 때문이다. 그런즉 건물신축공사상 부합법리에는 ‘종물은 주물에 속한다(*accessio principali cedit*)’는 한층 포괄적인 부합법리가 결합되어 있었다.⁴⁴⁾

이러한 부합법리의 합은 로마법으로 하여금 토지와 건물의 소유권을 모두 토지소유자에게 귀속시키는 토지 중심의 일원적 부동산 소유권 체계를 가지게 만들었다. 그리고 이는 다시 수급인이 건축재료를 공급하여 건물을 신축할 경우에 건물의 소유권을 토지소유자인 도급인에게 귀속시키는 결론을 강화시켰다.⁴⁵⁾

그런데 이와 같은 신축건물 소유권의 도급인 귀속 원칙은 그것이 로마법상 여러 부합법리들의 합에 따른 결론이라고 하더라도 분명 도급인에게 유리하고 그만큼 수급인에게 불리한 성질의 것이다. 그렇지만 로마시대에는, 특히 로마법이 발전하던 고전기 로마법 시대에는, 신축건물 소유권의 도급인

41) 정병호, 「건물의 토지에의 부합 법리와 건물의 구분소유권에 관한 사적 소묘」, 『재산법연구』 제30권 제2호(한국재산법학회, 2013.08), 19면.

42) Max Kaser, *Das Römische Recht*, Bd.I, 2 Aufl. (C.H.Beck, München, 1971), p.429f. 위와 같은 건물신축공사상 부합법리는 토지소유자가 거주하거나 사용할 목적으로 견고한 건물을 신축하면서 수급인으로 하여금 건축재료를 공급하도록 할 경우에 원칙으로 적용되었다. 그러므로 토지소유자가 집장사 등의 다른 목적으로 건물을 신축하면서 수급인으로 하여금 건축재료를 공급하도록 할 경우에는 예외가 되었다. 그렇다고 하여 이 예외적 경우에 부합법리가 이에 적용되지 않았다는 것은 아니다. 부합법리는 이 경우에조차 원칙으로 적용되었다. 부합법리를 통해 건물소유권을 토지소유자에게 귀속시키되, 수급인으로 하여금 토지소유자를 상대로 건축재료의 반환청구권 내지 지출비용의 상환청구권을 행사할 수 있게 하여 건물소유권이 토지소유자에게 귀속되는 것의 경제적 의미를 반전시켰다. 현승중/조규창, 앞의 책, 544면 이하.

43) 정병호, 앞의 글, 6면 이하 참조.

44) 이 글은 라틴어 ‘*cedit*’을 ‘속한다’고 번역하고 있다. 참고로, 이상태 번역/三好澄, 「로마법에 있어서의 토지 건물 간의 법적 구성」, 『일감법학』 제16호(건국대학교 법학연구소, 2009), 484면 이하는 라틴어 ‘*cedit*’을 ‘종물이 된다’는 의미가 아니라 ‘구성부분이 된다’는 의미라고 하면서 부합법리와 종물법리를 구분하고 있다. 그러면서 건물소유권이 토지소유자에게 귀속되는 결론에는 이론이 없다고 하고 있다.

45) 정병호, 앞의 글, 18면 이하 참조.

귀속을 둘러싼 불공평이 그다지 문제로 되지 않았다. 신축건물의 소유권이 도급인에게 귀속된다고 한들 도급인에게 그다지 유리하지 않았기 때문이다. 다음과 같은 점들에서 그러하였다.⁴⁶⁾

일단 수급인이 건축재료를 공급하여 공사를 한 경우라고 하더라도 수급인의 목표가 신축건물의 소유가 아닌 공사대금의 지급인 한 신축건물의 소유권이 토지소유자인 도급인에게 귀속된다고 하는 편이 도급인으로 하여금 수급인에게 공사대금을 지급하게 만들 가능성을 높여주었다. 건축재료 상태로는 타인(수급인)의 소유가 분명하던 것이 지금은 자신(도급인)의 소유로 되어 있음에도 그 대금을 지급하지 않는다면 도급인은 소송에서 악의의 항변을 받을 수 있기 때문이었다.⁴⁷⁾ 이에 비해 신축건물의 소유권이 수급인에게 제대로 귀속되려면 수급인이 도급인으로부터 토지소유권이나 토지이용권을 확보하여야 하므로 오히려 수급인이 도급인에게 대금을 지급해야 하는 처지가 될 수도 있었다. 게다가 신축건물에 하자가 있어 건물로서의 목적에 소용이 되지 못하는 경우이기라도 하면, 소유권의 도급인 귀속은 누구보다 도급인에게 불이익을 주는 구성이 되었다. 하자 있는 건물을 철거하거나 수리하기 위해 누군가에게 일을 맡기게 되면 그 비용은 소유자(도급인)가 부담하는 것이 원칙이었기 때문이다.⁴⁸⁾

5) 건물소유권의 도급인 귀속과 자정작용

신축건물의 소유권이 토지소유자인 도급인에게 귀속되는 법리를 이용하여 공사대금을 지급하지 않으려는 도급인이 로마시대라고 하여 전혀 없지는 않았을 것이다. 그렇지만 이러한 경우를 해결할 것이 도급 법리여야만 하는 것은 아니었다. 로마시대에 이러한 경우를 해결한 것은 일차적으로 로마법상

46) 로마법상 부합법리의 적용 예외인 것처럼 보이는 또 다른 예로 토지소유자가 타인에게 자신의 토지 위에 건물을 신축하는 것을 허용하여 준 경우를 들 수 있다. 이 경우는 토지소유자가 타인에게 건물을 신축하는 것만 허용하여 준 것이 아니라 건물을 용익하는 것까지 허용하여 준 것으로 볼 수 있다. 정병호, 앞의 글, 23면 참조.

47) 정병호, 앞의 글, 13면 참조.

48) 로마법상 수급인의 하자에 대한 책임과 채무불이행 책임의 관계에 대해서는 이준형, 앞의 글(각주 22), 132면 참조.

관습적 법원이었다. 로마법상 관습적 법원에는 전통, 도덕, 윤리, 신의, 사회적 책무 등의 항목이 있었는데, 이 항목들은 법적 판단의 기준으로 역할 하였다.⁴⁹⁾ 그리하여 이 기준을 어기는 행위를 한 자, 예를 들어 상대방을 속이고 이득을 취하거나, 보증금을 돌려주지 않거나, 위임계약을 위반하거나, 동업계약을 위반하는 등의 행위를 한 자에게는 파렴치(불명예 infamia) 판결이 내려졌다.⁵⁰⁾ 그런데 파렴치 판결이 내려지면 사회적 비난만 가해지는 것이 아니었다. 제소권의 제한이나 투표권의 제한 같은 실제적인 권리 제한이 가해졌다. 그러므로 도급인이 신축건물 소유권의 도급인 귀속 원칙을 이용하여 고의적으로 수급인에게 공사대금을 지급하지 않는다는 것은 흔한 일이 될 수 없었다. ‘부동산인 건물이 어디 가지 않고 파렴치의 증거로 그 자리에 있는 것을 감수할 로마시민은 흔하지 않았던 것이다. 요컨대 적어도 고전기 로마법 시대에는 신축건물의 소유권이 토지소유자인 도급인에게 귀속되는 원칙이 자정(自淨)의 힘을 유지하고 있었다.

하지만 후대에 이르러 사정이 달라졌다.⁵¹⁾ 토지소유자인 도급인에게 신축건물의 소유권이 귀속되는 원칙은 공사대금 지급과 관련하여 도덕적 해이를 가져오는 주된 원인으로 되었다.⁵²⁾ 그리고 그와 더불어 도급계약 법리에서 수급인의 공사대금채권 확보가 중요한 위치를 차지하게 되었다.

6) 건물소유권을 수급인에게 귀속시키는 것의 한계 - 토지이용권

로마법상 부합법리에 충실하게 토지 중심의 일원적 부동산 소유권 체계를 유지하고 있는 유럽 대륙의 로마법계 나라들은 수급인의 공사대금채권 확보 방법으로 신축건물의 소유권을 수급인에게 귀속시키는 방법을 고려하지 않

49) 현승중/조규창, 앞의 책, 27면 참조.

50) 장준철, 「중세 교회법에서의 불명예효」, 『서양중세사연구』 제28호(한국서양중세사학회, 2011.09), 6면.

51) 이 후대가 정확히 어느 때인지는 밝혀져 있지 않다. 확실한 것은 18세기 후반에 건축사가가 횡행하였고, 그래서 수급인에게 공사대금채권을 확보시켜주기 위한 목적의 제도들이 등장하였다는 사실이다. 이춘원, 「민법 제666조에 대한 입법론적 소고」, 『법제연구』 제36호(한국법제연구원, 2009.05), 250면 참조.

52) 이춘원, 「저당권설정청구권에 관한 비교법적 고찰: 스위스법을 중심으로」, 『비교사법』 제14권 4호(한국비교사법학회, 2007.12), 355면 참조.

는다. 일원적 소유권 체계를 깨거나, 토지가 아닌 건물 중심의 예외를 만들면서까지 수급인을 보호해줄 생각은 아닌 것이다. 그렇다면 신축건물 소유권의 수급인 귀속을 인정하는 우리나라는 그 나라들에 비해 수급인 보호에 적극적이어서 그러는 것인지를 생각해보지 않을 수 없다.

우리나라는 로마법적 부합 규정을 가지고 있음에도 불구하고⁵³⁾ ‘어쩌다보니 로마법적 부합법리 전통을 고수하지 않은 채 토지와 건물에 이원적 소유권 체계를 취하고 있다.⁵⁴⁾ 그런데 토지와 건물을 독립적인 소유권의 객체로 삼는 이원적 체계에서라면 수급인이 노무와 건축재료를 투입하여 건물을 신축하였을 경우에 신축건물의 소유권을 수급인에게 귀속시키는 것이 도급인에게 귀속시키는 것보다 일응 타당하게 된다. 도급인이 제공한 대지인 토지는 그대로 토지로 존재하되, 새로 존재하게 된 건물은 수급인이 투입한 노무와 건축재료가 변형된 것임이 분명하기 때문이다. 그런즉 우리 실무가 수급인에게 신축건물의 소유권 귀속을 인정하기도 하는 것은 이원적 소유권 체계를 취하는 데에 따른 결과이다. 그렇기는 하지만, 수급인에게 소유권 귀속을 인정하는 것은 어쨌거나 인정하지 않는 것보다 수급인 보호에 적극적인 것처럼 보이는 면이 있다.

하지만 수급인에게 인정되는 그 소유권을 들여다보면 생각이 달라지게 된다. 수급인에게 귀속되게 되는 신축건물 소유권은 무엇보다 우리 민법 제211조가 규정하고 있는 소유권에 맞지 않는다. 소유권은 소유물에 대한 사용 수익 처분권을 포괄해야 하는데, 수급인은 자기 소유로 된 신축건물을 제대로

53) 김증한, 「도급건축물의 소유권」, 『법정』 제20권 제2호 (법정사, 1965.02), 18면은 우리 민법에 로마법적 부합법리가 아예 적용되지 않고 있다고 보고 있다.

54) 로마법계 민법들은, 나라에 따라서는 복잡한 논의를 덧붙이기는 하지만, 결과적으로는 로마법과 마찬가지로 건물을 토지의 정착물로 보는 입장을 고수하고 있다. 이상태 번역/三好登, 앞의 글, 483면 따라서 그 민법들은 ‘당연하게도’ 토지와 건물에 일원적 소유권 체계를 취하고 있다. 그러나 일본은 로마법계 민법들을 계수하면서도 일본의 관습을 이유로 토지와 건물을 별개로 다루는 이원적 소유권 체계를 취하였다. 후대의 연구는 그 당시 일본의 관습이 토지와 건물을 별개로 다루는 것이었는지는 분명하지 않다고 한다. 박인환, 「일본 메이지민법 입법이유(총칙편: 물건) 분석」, 『법학논문집』 제35집 제2호(중앙대학교 법학연구원, 2011), 71면; 엄동섭, 「토지와 건물을 별개의 부동산으로 취급하는 현행 민법의 태도에 대한 비판적 고찰」, 『법조』 제443호(법조협회, 1993), 43면 우리 민법이 이와 같은 일본의 이원적 소유권 체계를 별다른 검토 없이 그대로 받아들인 것은 말하자면 ‘어쩌다보니’ 내지 ‘계획하지 않은’ 것이라고 할 수 있다.

사용 수익할 수가 없다. 대지인 토지를 사용하지 않아도 되는 건물의 사용 및 수익이란 불가능에 가까우므로 그러하다.⁵⁵⁾ 이러한 상황에서 수급인의 신축건물 소유권은 잘해야 처분권적인 것이 되는데, 사용 수익할 수 없는 건물을 처분할 방법은 마땅치 않다.⁵⁶⁾ 게다가 수급인은 경우에 따라서는 공사대금은 지급받지 못한 채 자신의 비용을 또 들여 자신 소유인 신축건물을 철거해야만 할 수도 있다.⁵⁷⁾

결국 수급인에게 인정될 신축건물의 소유권은, 해당 건물이 해당 토지 위에 존재할 권원을 확보하지 못하는 한 진정한 의미의 소유권이 되지 못한다. 그런데 우리 실무는 이러한 사정을 알면서도 수급인에게 인정될 신축건물 소유권에 토지이용권을 부수시켜 주려고는 하지 않는다. 이러한 점들을 볼 때, 우리 실무가 신축건물 소유권의 수급인 귀속을 인정하기도 하는 것은 수급인 보호에 적극적이어서 그러는 것은 아니라고 할 것이다.

7) 로마법상 건물신축공사 수급인의 우선특권 내지 법정저당권

앞서 서술하였듯이 로마법에는 건물신축공사 수급인의 공사대금채권 확보를 위한 특별 제도가 마련되어 있지 않았다. 하지만 이후 로마법계 민법들은 수급인 보호를 위해 우선특권 제도 내지 법정저당권 제도를 마련해 놓고는, 그 기원을 로마법이라고 하고 있다.⁵⁸⁾ 그렇다면 로마법상 담보제도 일반을

55) 이상태, 「완성건물의 소유권귀속에 관한 연구」, 『일감법학』 제2호(건국대학교 법학연구소, 1997. 12), 100면 이하 참조. 이 경우에 신축건물의 소유권을 인정받는 수급인에게 법정지상권을 같이 인정하는 것을 고려해 볼 수 있다. 그러나 현재 우리 법에서 법정지상권의 혼한 인정이 만들어내는 문제점들을 생각하면 법정지상권을 인정하는 경우를 늘리는 방안은 바람직해 보이지 않는다. 법정지상권의 인정이 갖는 문제점들에 대해서는 엄동섭, 앞의 글, 55면을 참조하라.

56) 신축건물의 소유권을 인정받는 수급인에게 일괄경매청구권을 인정하는 것을 고려해 볼 수 있다. 건물공사 수급인의 신축건물에 대한 소유권이 진정한 의미의 소유권이라기보다 공사대금채권의 실현을 확보하는 권리라는 점에서 실현가능성을 높이는 방법으로 고려해 볼 만하다는 것이다. 이 방법은 민법 제365조의 저당권자의 일괄경매청구권 규정을 활용하는 방법이기도 한데, 비교법적인 논거를 끌어올 수도 있다. 우리나라 건물공사 수급인이 가지는 저당권설정청구권의 로마법 계보상 그 원 모습은 토지 부분에 저당권이나 우선특권을 가지는 것이어야 하였다는 점에서 그러하다. 건물이 아닌 토지 부분에는 저당권을 인정하지 않는 것이 우리 실무의 태도이기는 하지만 건물 부분에 인정된 저당권의 실효성을 위해서 토지 부분에 대한 일괄경매 정도는 인정해 주는 것을 기대해 볼만도 하다는 것이다. 그러나 우리 실무가 저당권설정청구권 제도를 통한 수급인 보호에 적극적이지 않은 것을 보면 이 경우에 일괄경매 인정은 기대하기 어려울 것으로 보인다.

57) 김중환, 앞의 글, 17면 참조.

살펴볼 필요가 있다. 로마법계 민법들에서 우선특권과 법정저당권은 담보제도, 그중에서도 물적 담보제도로 설계되어 있기 때문이다.

그리하여 로마법상 담보제도를 살펴보면, 로마법이 발전하던 고전기 시대에 담보제도란 신뢰에 바탕을 두는 인적 담보제도인 보증을 의미하였다. 이에 비해 물적 담보제도는 그다지 발전해있지 않았다. 담보물권을 공시할 제도(등기제도)도 당연히 발전해있지 않았다.⁵⁹⁾ 그럼에도 불구하고 나름의 물적 담보제도가 존재하기는 하였는데, 그것은 질(pignus)로 통칭되었다.⁶⁰⁾ 그리고 그 질은 점유질인 질권(pignus datum)과 비점유질인 저당권(pignus obligatum = hypotheca)으로 구분되었다. 질권이든 저당권이든 약정 또는 법정으로 설정될 수 있었다. 법정저당권은 묵시의 저당권(hypotheca tacita)으로도 불렸다.⁶¹⁾

그런데 로마법상 물적 담보제도를 위와 같이 정리할 수 있다고 하여 로마 시대에 법정저당권 제도가 나름 체계화되어 있었다는 것은 아니다. 법정저당권이 인정된 사례들을 모아 나름의 법리를 추출하여 볼 수 있을 뿐이다. 그렇게 법정저당권 사례로 소개할 수 있는 것 중 하나로 건물신축을 위해 금전을 대차하여 준 채권자가 해당 부동산을 담보물로 확보하고자 하는 경우에 대한 것이 있었다.⁶²⁾ 이 법정저당권은 채권자가 건축주에게 직접 금전을 대

58) Mugdan, *ibid.*, p.928; Phillips, *ibid.*, p.10f.; 林良平 編集, 앞의 책, 162면; 遠藤浩/鎌田薫 編, 앞의 책, 183면.

59) 최병조, 앞의 책, 427면. 우리나라 연구 자료들은 등기제도가 유럽 대륙법상으로는 독일에서 12세기경에, 영미법상으로는 영연방 호주에서 1858년에 시작되었다고 파악하고 있다. 홍봉주, 「미국의 부동산등기제도」, 『토지법학』 제25-2호 (한국토지법학회, 2009.12), 41면; 김상용, 「부동산등기제도의 발전에 관한 법제사적 고찰」, 『충북대논문집』 제25집 (충북대학교, 1983.06), 463면; 이은희, 「영국의 부동산등기절차」, 『법학연구』 제19권 제1호 (충북대학교 법학연구소, 2008), 218면. 그런 한편 토지에 대한 기록(등기)은 기원전으로까지 거슬러 올라갈 수 있다고 한다. 토지가 소유 개념과 결합되어 기록된 것이 10세기경이고, 권리 맥락에서 세분화되어 기록된 것이 13세기에 들어서서라고 한다. 16세기 이후에는 토지 등기제도가 오히려 쇠퇴하였는데, 그 이유는 이 당시 유럽의 법과 법학이 등기제도를 사용하지 않았던 로마법 중심으로 돌아가고 있었기 때문이라고 한다. 그러다가 등기제도가 다시 발전하기 시작한 것이 18세기 말 내지 19세기 초라고 한다. Harald Wilsch, "The German 'Grundbuchordnung': History, Principles, and Future about Land Registry in Germany", 137 *zfv* 224 (2012), p.224f.

60) D.20.1.5.1. Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt. 질권과 저당권은 말소리가 다를 뿐이다.

61) Kaser, Bd.I, p.463f.; Kaser, Bd.II, p.312; 현승중/조규창, 앞의 책, 640면 이하.

차하여 준 경우뿐만 아니라, 채권자가 건축주를 위해 건축업자(수급인)에게 대차하여 준 경우에도 인정될 수 있었다. 그런데 이와 비슷한 상황으로 건축업자(수급인)가 채권자로서 건축주(도급인)에게 대차하여 주는 경우가 있었다.⁶³⁾ 이와 같은 상황의 비슷함에서 수급인이 도급인에게 건축자금을 대차하여 주는 것과 수급인이 건축재료를 공급하는 것을 비슷하게 취급할 여지가 생긴다. 그리고 그로부터 건축재료를 스스로 공급하여 건물을 신축한 수급인은 해당 부동산에 법정저당권을 가질 수도 있었을 것이라는 결론이 이론적으로 추출될 수 있다.⁶⁴⁾

로마법상 법정저당권 제도가 위와 같았다고 할 때, 다음으로 로마법상 우선특권(privilegium) 제도를 살펴본다. 로마법에 우선특권 제도가 있었다고 하지만⁶⁵⁾ 일반적인 담보제도로서 우선특권 제도가 있었다고 하기는 어렵다. 채권관계의 특성상 강제집행 과정에서 해당 채권자에게 우선변제권적 지위를 인정하는 경우들이 있었고, 그러하였던 것을 우선특권이라고 유형화시킬 수 있을 뿐이다.⁶⁶⁾ 이와 같은 우선특권은 강제집행 과정에서 채권관계의 특성을 고려하여 인정해주는 것이었던 만큼 채무자의 물건 중에 채권과 관련 있는 특정 물건이 대상물로 되는 것이 보통이었다. 하지만 이와 같은 특정 물건 연관성을 들어 우선특권 제도를 물적 담보제도로 자리매김 시키기는 어렵다. 채권자가 해당 특정 물건을 담보물로서 확보하였던 것은 아니었기 때문이다. 게다가 로마법상 우선특권은 주로 국고채권(Fiskus)의 경우에 인정되었다.⁶⁷⁾ 개인 사이 거래에서는 그저 간혹 인정되는 경우가 있는 정도였다. 건축주에게 건축자금을 대여하거나 건축주를 대신하여 건축업자에게 건축비용을 지불한 채권자에게 인정된 적이 있다.⁶⁸⁾

62) 여기서 해당 부동산은 건물 부분과 그 건물의 대지인 토지 부분을 모두 포함한다. Kaser, Bd.I, p.430 참조.

63) D.20.2.1. 현승중/조규창, 앞의 책, 643면, 각주38 참조.

64) 정작 로마법 교과서들에서 이에 해당하는 사례가 소개되어 있는 것을 찾아보기는 힘들다.

65) 林良平 編集, 앞의 책, 84면 이하; 遠藤浩/鎌田薫 編, 앞의 책, 183면 이하 참조.

66) Kaser, Bd.I, p.466, p.468; 김성수, 「일본 메이지민법(물권법: 선취특권)의 입법이유」, 『민사법학』 제60호 (한국민사법학회, 2012.09), 543면, 각주17.

67) Max Kaser/Karl Hackl, *Das Römische Zivilprozessrecht* (C.H.Beck, München, 1996), p.402.

68) D.42.5.24.1. Kaser, Bd.I, p.466.

그런데, 이 우선특권의 예는 위에서 든 법정저당권의 예와 비슷하다. 이로 인해 로마법상 법정저당권과 우선특권 사이에 과연 구분이 있었는가를 의심하게 된다. 로마법이 이 둘을 구분하였는지 여부는 확실하지 않다. 후대의 입장에서 굳이 구분하자면 구분할 수는 있다. 일단 제도의 설정 단계에 차이가 있다. 우선특권은 채권관계의 특성상 강제집행 과정에서 일정 채권자에게 우선적 채권만족 가능성을 인정하여 주는 것에서 비롯되었다.⁶⁹⁾ 이에 비해 저당권은 담보설정의 합의 내지 담보설정에 대한 법적 인정에서 비롯되었다. 저당권도 우선특권과 마찬가지로 강제집행 과정에서 실현되기는 하지만, 저당권의 성립 자체는 강제집행을 전제로 하는 것은 아니었던 것이다. 그리고 이는 약정저당권이든 법정저당권이든 마찬가지였다.⁷⁰⁾ 나아가 개념적인 면에서 보면, 법정저당권과 우선특권의 구분이 의심스럽기는 하더라도 우선특권 그 자체를 법정저당권이라고 할 수는 없다. 우선특권이 특정물과 연결되어 인정되어야 법정저당권이라고 할 여지가 생기는 것이다. 그런즉 우선특권과 법정저당권을 구분하는 것은 개념적으로는 가능하기는 한데, 그럼에도 불구하고 건물신축공사 수급인의 예를 놓고는 구분이 애매하기는 하다. 만약 수급인이 건물신축을 위해 도급인과 맺은 ‘채권관계의 특성상’ 해당 부동산에 법정담보권을 가지는 것으로 본다면 이 권리는 오늘날 시각상 우선특권에 가깝게 된다. 이에 비해 수급인이 건물신축을 위해 도급인과 맺은 채권관계의 특성상 ‘해당 부동산’에 법정담보권을 가지는 것으로 본다면 이 권리는 오늘날 시각상 법정저당권에 가깝게 된다. 이처럼 로마법상 사례에서 우선특권과 법정저당권을 확실하게 구분하기 어려운 것은 후대에 프랑스 민법과 독일 민법이 같은 로마법계 민법이지만 서로 다른 수급인 보호 제도를 두고 있는 것으로도 이어졌다.⁷¹⁾

69) 김성수, 앞의 글, 541면.

70) 현승중/조규창, 앞의 책, 637면, 643면.

71) 김성수, 앞의 글, 542면, 각주16 이하 참조.

8) 로마법상 건물신축공사 수급인의 법정담보권이 미친 범위

로마법상 건물신축공사 수급인이 가졌던 법정담보권은, 그것이 엄밀하게는 우선특권이었던 법정저당권이었던, 원칙적으로 토지와 건물 모두에 미쳤다. 로마법은 토지와 건물에 일원적 소유권 체계를 취하였으며, 그 결과 토지와 건물이 일체로 다루어졌기 때문이다.

하지만 후대의 로마법계 민법들은 우선특권 계열이든 법정저당권 계열이든 담보권이 토지와 건물 모두에 미친다는 로마법 전통을 따르기는 하되, 담보권이 미치는 범위를 제한하는 법리를 구성하는 일에 애를 썼다. 건물신축공사 수급인에게 담보권을 부여하는 제도를 민법 안에 두는 것에 대해 토지 소유자나 금융세력의 반대가 심하였는데, 해당 제도의 로마법적 기원이 그다지 강한 것이 아니기까지 하므로, 해당 제도의 운용자들로서는 타협책을 받아들여야 했던 것이다.

그런데 토지와 건물에 일원적 소유권 체계를 취하는 나라에서는 건물신축공사 수급인의 담보권이 미치는 범위를 이원적 소유권 체계를 취하는 나라에서처럼 건물만으로 제한하기가 어렵다. 그러므로 ‘공사 대상인 부동산’으로 목적물을 제한하든지, 공사 대상인 부동산의 소유자가 ‘도급인’인 경우로 제한하든지, 공사로 인하여 ‘증대된 가치가 현존하는 범위 내로 제한하는 법리 등을 개발하여 사용하고 있다.⁷²⁾

로마법계 민법들이 사용하고 있는 이와 같은 범위 제한은 그러나 로마법에서 근거를 찾기 어렵다. 이는 로마법에 담보물권 제도나 강제집행 제도가 그다지 발달해있지 않았던 것과도 관련이 있다. 로마 고전기만 하더라도 부동산을 담보로 해놓는다는 것은 담보물을 강제집행 하여 그 가치를 현실화시키는 것으로 직결되어 있지 않았다. 부동산을 담보로 해놓는다는 것은 채무의 이행을 촉구하는 효과를 노리겠다는 것 정도의 의미였다. 그러므로 담보권이 설정되어 있더라도 담보물의 가치를 현실화하려면 채무불이행을 범하게 되면 담보물 매각을 허용한다는 식으로 별도로 매각의 합의를 거쳐야만

72) 예를 들어 프랑스 민법 제2103조 제4항 단서.

가능하였다. 그런데 건물신축공사 수급인이 가졌던 담보권은 우선특권이든 법정저당권이든 당사자가 합의로 설정한 담보권이 아니라 법정담보권이였다. 법정담보권으로 설정되어 있는 만큼 당사자 사이에 매각의 합의가 따라 붙어있을 리 없고, 담보물의 매각을 전제로 하는 담보권이 미치는 범위의 제한 법리가 전개되어 있을 리도 없었다.⁷³⁾

그런 한편 우리나라와 일본에서 전개되고 있는 담보권의 범위를 제한하는 법리와 관련하여 유의할 사실이 있다. 우리나라와 일본의 경우에는 건물신축공사 수급인의 담보권이 미치는 범위가 기본적으로 건물만으로 제한되는데, 이러한 제한 법리는 로마법적 기초를 전혀 가지지 않는다. 이러한 제한 법리는 앞서 언급하였듯이 우리나라와 일본이 부동산에 대해 이원적 소유권 체계를 취하고 있는 결과로 생성된 것이다. 그런데 일본은 이원적 소유권 체계에 따른 제한 법리에 만족하지 않고, 로마법계 민법들이 가지고 있는 제한 법리를 병행적으로 적용하였고, 이로써 문제는 더 복잡해졌다.⁷⁴⁾ 로마법계 민법들이 가지고 있는 제한 법리는 그들에게는 제한 법리이지만 일본에서는 확대 법리로 작동할 수도 있기 때문이다. 예를 들어 일본은 이원적 소유권 체계를 통해 건물만으로 범위를 제한하면서 또 해당 건물에서 가치가 증대하여 현존하는 범위로 제한하는 구성을 한다. 그리하여 건물신축공사로 인한 가치 증대분이 건물 및 토지 모두에 현존하는 경우에 수급인의 담보권이 미치는 범위가 건물에서 가치가 증대하여 현존하는 부분만으로 적절하지 못하게 좁혀지게 된다. 논리적으로 보면 건물 전체가 되든지 아니면 건물 및 토지 모두에서 가치가 증대하여 현존하는 부분으로 확대되든지 하는 것이 적절한 것이다. 그런데 일본이 가하고 있는 제한 중에서 가치 증대 현존 부분이라는 제한은 일본 민법에 명문으로 규정되어 있다. 그래서 명문의 규정에 반한 완화

73) 로마법상 강제집행 제도는 전주정기가 되어서야 비로소 발달하였다. 그런데 강제집행이 늘면서 담보권이 미치는 범위가 제한되는 쪽으로가 아니라, 확대되는 쪽으로 관련 법리가 전개되었다. 강제집행의 권원이 되는 채권관계와 담보물 사이의 연결성이 느슨해지면서 강제집행의 허용이 늘어난 사정상 그러하였다. 현승중/조규창, 앞의 책, 314면, 644면 이하 참조.

74) 수급인의 담보권이 미치는 범위를 수급인에 의해 일이 행해지는 부분으로 제한하는 것이 합리적일 것으로 보이는 면이 있기는 하다. 이런 생각이 이원적 소유권 체계에 단순 적용되면 건물공사자는 건물에만 담보권을 가져야 할 수 있다.

가 어렵다. 이에 비해 건물과 토지를 구분하는 제한은 일본 민법에 명문으로 규정되어 있지 않다. 명문의 규정이 없는 강력한 제한이라서 역설적이게도 그 제한의 완화가 더 어렵다.⁷⁵⁾

3. 프랑스 민법상 우선특권

1) 프랑스 민법 제정 이전: 로마법적 전통의 우선특권

앞서 서술하였듯이 로마법에는 도급 법리가 별로 전개되어 있지 않았다. 이후 중세가 지나고 근대에 들어서도록 도급 법리는 별다른 발전을 거두지 못하였다. 그러다 18세기에 전반적인 산업발전과 더불어 도급계약이 늘어나기 시작하였다. 18세기 후반으로 가면서는 부동산공사 도급계약이 특히 증가하였는데, 18세기 말경에는 부동산공사 도급계약과 관련하여 사기 또는 노동착취 사건이 빈번하게 발생하였다. 그 결과 부동산공사 관련 도급 법리가 발전하게 되었다.⁷⁶⁾

그런데 프랑스에서 부동산공사 도급계약이 증가하던 18세기는 아직 민법이 제정되기 전이었다. 그런 만큼 당시 프랑스 법률가들은 도급계약을 로마법식으로 다루는 것을 당연하게 여겼다. 그들이 생각했던 로마법식은, 건물 신축공사가 행해질 경우 토지소유자인 도급인에게 신축건물의 소유권을 귀속시키는 대신 노무나 건축재료를 투입한 수급인에게는 투입한 것의 가치를 회수할 수 있도록 우선특권(privilège)을 부여하는 것이었다.⁷⁷⁾

이후 프랑스에서 부동산공사 수급인을 위한 우선특권 제도는 주로 판례를 통해 구체화되었다. 우선특권 제도의 기원이 로마법에 있다고 하더라도 로마법에 구체적인 내용이 담겨져 있지는 않았으므로, 해당 제도를 운용하

75) 일본 민법 제327조 제2항 참조. 일본의 법학자들은 이 문제를 일본의 입법자들이 프랑스 민법에서 해당 조문을 그쳐 답습한 것에 따른 부작용이라고 설명한다. 林良平 編集, 앞의 책, 164면 이하.

76) 이춘원, 앞의 글(각주 51), 250면 참조.

77) 프랑스는 민법 제정 이전부터 로마법 기원의 우선특권 제도를 운용하고 있었는데, 그중 한 가지가 건물공사자의 우선특권인 셈이다. 프랑스 민법상 우선특권들을 우선특권적 저당권들(hypothèques privilégiées)이라고 표현하기도 하였다. 이춘원, 앞의 글(각주 51), 238면; 김성수, 앞의 글, 543면 이하.

고자 하는 프랑스 법률가들이 그 구체적인 내용을 채워나가야 했던 것이다. 이 과정에서 우선특권 제도를 통해 공사대금채권을 확보하고자 하는 수급인은 해당 도급계약을 공정증서를 사용하여 체결하거나, 피담보채권을 증서 화해 두어야 하는 것으로 되었다. 그리고 수급인이 수행한 일로 인해 공사 목적물의 가치가 증대하여 현존하는 범위로만 우선특권이 인정되는 것으로 되었다. 나아가 우선특권을 통한 수급인 보호에 기간 제한이 붙어, 수급인은 자신이 맡은 일을 완성한 해당 연도 안에 소구하여야 하는 것으로 되었다.⁷⁸⁾ 요컨대 오늘날 프랑스 민법에 규정되어 있는 수급인 우선특권이 가지는 내용의 기본적인 것들은 프랑스 민법이 제정되기 전에 관례를 통해 이미 전개되어 있었다.⁷⁹⁾

그런데 이 대목에서, 오늘날 프랑스 민법에 구체화되어 있는 관련 규정을 살펴보기 전에, 프랑스 민법이 제정되던 시대적 배경을 살펴볼 필요가 있다. 민법에는 제정 당시의 시대적 배경이 반영되어 있는 것이 일반적이기 때문에 그렇다. 그리하여 살펴보면, 나폴레옹 황제가 주도하여 1801년경 완성되어 1804년에 시행된 프랑스 민법은 급격한 산업혁명이 아니라, 완만한 산업발전을 배경으로 한다.⁸⁰⁾ 프랑스에서 산업발전은 프랑스 혁명과⁸¹⁾ 나폴레옹의 (반)혁명으로 인해 일시적으로 퇴조한 바 있는데,⁸²⁾ 프랑스 민법은 바로 그 시기에 만들어졌다. 이는, 18세기 후반으로 가면서 프랑스에서 산업전반의 발전과 더불어 부동산공사 도급계약이 증가하였다고 하지만, 정작 프랑스 민법상 도급 규정은 산업혁명적 배경을 반영하지 않고 있는 것을 설명해준다.⁸³⁾ 그리고 이러한 배경의 프랑스 도급 규정은 산업혁명을 겪는 와중이거

78) 이춘원, 앞의 글(각주 51), 238면.

79) 물론 이 시기의 법리 중에는 현행의 법리와 다른 것들이 있다. 현행 프랑스 민법 제2103조 제4항과 비교 참조.

80) Jean Marczewski, "Some Aspects of the Economic Growth of France, 1660-1958", 9 *Economic Development and Cultural Change* 369 (1961), p.371의 표 참조.

81) 프랑스는 1789년에 일어난 프랑스 혁명을 통해 봉건적 재산권 체계를 탈피하였다. 프랑스 혁명이 계기가 된 사정상 프랑스 민법은 개인의 자유와 자유로운 소유권 인정에 너그러운 편이다. 그리고 그런 점에서 프랑스 민법은 로마법적 요소를 상대적으로 많이 유지하고 있기도 하다. 김상용, 『민법사상사』(피앤씨미디어, 2016), 128면 이하 참조.

82) 특히 대외무역 분야에서 퇴조가 심하였다. Marczewski, *ibid.*, p.370, p.374, p.385.

나 겪은 배경을 가지는 독일 도급 규정이나 스위스 도급 규정과 비교된다. 프랑스의 도급 규정은 독일이나 스위스의 도급 규정과 비교할 때 로마법적인 면을 상대적으로 많이 가지고 있다.⁸⁴⁾

2) 프랑스 민법과 미국법의 선후관계

부동산공사 수급인을 위한 우선특권 제도가 규정되어 있는 프랑스 민법은 1801년경 완성되어 1804년에 시행되었다. 이에 비해 미국법상 수급인을 위한 공사우선특권 제도는 후술하듯이 1791년에 메릴랜드 주 법으로 입법되었다.⁸⁵⁾ 그래서 시대 순서상 프랑스 민법상 수급인의 우선특권 제도가 미국법상 공사우선특권 제도의 영향을 받아 마련되었을 가능성을 생각할 수 있다. 그러나 미국법상 공사우선특권 제도가 프랑스 민법에 수급인의 우선특권 제도가 마련되는 일에 영향을 주었을 가능성은 별로 없다. 프랑스 민법상 수급인의 우선특권 제도는 프랑스 민법 제정과 더불어 마련된 것이 아니라, 민법 제정 전부터 운용되고 있었기 때문이다. 프랑스 민법 제정 전의 수급인의 우선특권 제도가 프랑스 식민지 경험을 가지는 루이지애나 주를⁸⁶⁾ 통해 미국에 알려져 있었으며, 미국의 입법자들이 그것을 참고하여 공사우선특권 제도를 설계하였으리라는 것이 현재까지 연구로 밝혀진 바이다.⁸⁷⁾

3) 로마법 전통에 상대적으로 충실한 프랑스 민법상 건물공사자의 우선특권 프랑스 민법은 도급계약을 ‘사무 및 용역 임약계약(Du louage d’ouvrage

83) 프랑스에서 농업이 차지하는 중요성 때문에 프랑스에서의 산업혁명이 영국이나 독일에서의 산업혁명에 비해 극적이지 않았다는 설명이 있다. Marczewski, *ibid.*, p.371의 표와 p.380의 표 참조. 이들 표에 따르면 프랑스의 산업구조에서 산업분야의 산출이 농업분야의 산출을 넘어선 것은 1880년대 후반이 지나서였다.

84) 김상용, 앞의 책(각주 81), 129면 참조.

85) 자세하게는 이 글 뒤, ‘II. 건물공사 수급인의 공사대금채권 확보 제도에 관한 비교 민법적 고찰, 4. 미국법상 우선특권’ 부분을 참조하라.

86) 루이지애나 주는 미국이 1803년에 프랑스로부터 구입하였는데, 이 구입 당시 미국측 대통령이 1791년에 공사우선특권 제도를 입법화하는 일을 담당하였던 토마스 제퍼슨(재임 1801-1809년)이었다.

87) Phillips, *ibid.*, p.10f.

et d'industrie)'의 한 종류로 규정하고 있다. 이 모습부터가 도급을 독자적으로 다루지 않고 임약의 한 종류로 다루던 로마법과 비슷하다.⁸⁸⁾ 프랑스 민법은 제1787조 이하 제1799조에서 도급에 관해 규정하고 있는데, 도급인의 의무보다 수급인의 의무에 강조점을 두는 편이다. 이 또한 로마법이 도급인의 수급인에 대한 보수지급책임보다 수급인의 도급인에 대한 하자책임을 상대적으로 많이 다루고 있는 것과 비슷하다. 그런 한편 프랑스 민법은 수급인이 노무만 제공하는 경우와 노무와 재료를 공급하는 경우를 구분하여 규정하고 있다. 이는 로마법이 도급인이 재료를 제공하는 경우를 원칙으로 삼았던 만큼 도급인이 재료를 제공하지 않는 경우에 대해 보완을 한 것으로 보인다.

프랑스 민법은 건물공사 수급인의 공사대금채권 확보를 위한 제도로는 우선특권 제도를 가지고 있다. 그런데 프랑스 민법에서 우선특권 제도는 본래 도급계약을 위한 제도가 아니라, 물적 담보제도의 한 종류이다.⁸⁹⁾ 그러므로 프랑스 민법의 편제상, 민법의 규정을 통해 건물공사 수급인에게 부여되는 우선특권의 법적 성격은 법정담보물권이 된다. 아울러 이와 같은 프랑스 민법의 편제는, 로마시대에는 우선특권 제도가 물적 담보제도의 한 종류인지 여부가 분명하지 않았지만, 오랜 세월 후의 프랑스는 우선특권 제도를 물적 담보제도의 한 종류로 삼고 있음을 보여주는 역할도 한다.⁹⁰⁾

88) 앞서 서술하였듯이 고전기 로마법은 독자적인 도급 법리가 아니라 도급, 고용, 임대차를 포괄하는 임약 법리를 전개하였었다. 최병조, 앞의 책, 460면; 현승중/조규창, 앞의 책, 752면 이하. 프랑스 민법이 도급 규정과 관련하여 '사무 및 용역 임약계약'이라는 소제목을 유지하고 있는 것을 도급은 도급인이 재료를 제공한 채 노무를 임대차하여 일의 완성을 도모하는 것으로 보던 로마법적 전통이 잔재하는 모습이라고 말하기도 한다. 장경학, 「도급계약에 있어서 완성물의 소유권의 귀속」, 『사법행정』 제29권 9호(한국사법행정학회, 1988.09), 29면 참조. 도급 법리를 임약 법리에서 분리시키고자하는 18세기 말경의 독일 민법학의 노력에 대해서는 이준형, 앞의 글(각주 22), 141면을 참조하라.

89) 프랑스 민법 제3권이 제18편에서 우선특권과 저당권을 나란히 규정하고 있는데, 이는 두 권리의 작동 구조가 거의 같은 것과 관련이 있다. 원래 프랑스 민법은 현행 프랑스 민법이 규정하고 있는 것보다 다양한 종류의 일반우선특권들을 규정하고 있었다. 그러다가 1955년에 일반우선특권의 상당수를 법정저당권으로 전환시키는 준비를 한 바 있다. 남효순, 「프랑스민법상의 부동산우선특권 - 개정 담보법(2006)의 내용을 중심으로 -」, 『민사법학』 제49-2호(한국민사법학회, 2010.06), 191면; 김성수, 앞의 글, 544면, 각주21.

90) 로마시대에 우선특권 제도가 물적 담보제도의 한 종류인지가 분명하지 않았던 만큼, 후대 로마법계법이 우선특권을 반드시 물적 담보제도로 설계하여야 하는 것은 아니다. 김성수, 앞의 글, 542면, 각주15 참조.

그런 한편 프랑스 민법상 건물공사 수급인의 우선특권 제도에 대한 고찰은 프랑스 민법상 제도에 대한 파악만으로도 의미를 가지지만, 로마법과의 연결성에서 큰 의미를 가진다. 로마법계 민법 중에 가장 먼저 근대 민법에 수급인의 우선특권(또는 법정저당권)을 포함시킨 나라가 프랑스이며, 이러한 프랑스 민법은 이후 직접적으로든 간접적으로든 다른 나라 민법들에 참고가 되었기에 그러하다.⁹¹⁾ 그래서 프랑스 민법을 고찰할 때에는 로마법에 존재하지 않았던 구체적인 절차나 내용이 프랑스 민법에 하나씩 마련되는 것에 주목할 필요가 있다.

이와 같은 맥락에서 볼 때, 로마법상 수급인 보호 제도에는 없던 등기 절차를 프랑스 민법이 요구하는 것은 이해하기 어렵지 않다. 건물공사 수급인의 우선특권이 타 채권자들에 비해 수급인이라는 채권자에게 우선변제권을 확보해주는 법정담보권적인 성격을 가지는 만큼 수급인의 권리를 공시하게 하는 것이 바람직할 텐데, 로마시대에는 등기제도라고 할 것이 없었으니 등기를 요구할 일도 없었지만 등기제도가 있는 프랑스에서는 등기를 요구하는 것이 당연한 일인 것이다.⁹²⁾ 이에 비해 수급인이 일의 완성과 더불어 발생해 있는 채권이 아니라 일의 시작 전에 앞으로 발생할 채권을 개산한 후 등기하여 채권을 확보하게 하는 부분은 전통적 계약 법리 시각으로는 다소 낯선 면이기는 하다. 하지만 이 낯선 면은 근대들어 근저당 제도 및 선담보 제도가 보편화된 것에 맞추어 생각하면 이해가 어렵지 않다.

4) 프랑스 민법상 건물공사자의 우선특권의 작동 구조

프랑스 민법에 우선특권은 제3권 제18편 제2095조부터 제2113조까지에 규정되어 있다.⁹³⁾ 프랑스 민법상 우선특권은 동산 위의 것과 부동산 위의

91) 독일 민법의 입법자들이 프랑스 민법을 의식하는 것이 독일의 입법자료에 분명하게 드러나 있다. Mugdan, *ibid.*, p.1291f.

92) 부동산 등기제도의 발달은 부동산 담보제도(저당권)의 발달과 밀접하게 관련되어 있다. 김상용, 앞의 글(각주 59), 464면.

93) 하지만 프랑스 민법 조문들의 내용적 연결성에서 보면 우선특권 및 저당권에 관한 제2092조에서 제2203-1조까지 그리고 강제매각 및 채권자간의 순위에 관한 제2204조에서 제2218조까지도 우선특권에 관한 조문일 수 있다. 넓게 보면 질권 규정(제2071조-제2091조)도 우선특권과 관련을 가진

것으로 나뉜다. 그리고 다시 일반우선특권과 특별우선특권으로 나뉜다. 건물공사 관련한 우선특권은 부동산 위의 특별우선특권에 해당하며, 핵심 조문은 제2103조 제4항이다. 내용과 작동 구조를 살펴보면 다음과 같다.

건물공사 관련하여 우선특권을 주장할 수 있는 자는 계약을 통해 건물 수로 기타 공작물의 건설 개조 수리 등의 일에 관여하고 있는 자이다. 명칭 기준으로 건물공사 수급인만 인적 범위에 드는 것은 아니다. 공사시공자, 부분공사 기술자, 일반 노무자 등 명칭 불구 대부분의 공사관여자들이 우선특권의 인적 범위에 든다.⁹⁴⁾ 이에 비해 우선특권을 주장할 상대방은 계약의 상대방으로서 공사목적물의 소유자이다. 프랑스는 토지와 건물에 대해 일원적 소유권 체계를 원칙으로 취하고 있으므로, 건물공사의 경우에 상대방은 토지소유자가 되는 것이 일반적이다.

건물공사 수급인이 우선특권으로 보호를 받으려면 우선특권 등기를 하는 절차를 밟아야 한다. 우선특권 등기는 건물공사 수급인에 의해 일방적으로 신청될 수 있다. 하지만 등기를 할 수 있는 기간 및 구체적인 내용 등에 제한이 있다. 건물공사 수급인은 우선특권으로 보호를 받으려면 일을 시작하기 전에 개산(概算)된 공사액인 예산액으로 제1서류를 등기하여야 한다. 그리고 일을 완성한 후에는 6개월 이내에 일의 완성에 대한 검사를 거쳐 제2서류를 등기하여야 한다. 그렇게 한 후 제1서류와 제2서류를 비교하여 공사로 인해 해당 목적물에 가치가 증대하여 현존하는 범위 내에서 우선특권으로 보호받을 수 있다.⁹⁵⁾

건물공사 수급인이 우선특권으로 담보받는 공사목적물은 원칙적으로 토지

다. 동산 위에 우선특권이 인정될 수 있기 때문이다.

94) 프랑스 민법은 공사에 관여하는 자들에게 상당히 넓은 인적 범위로 우선특권을 부여하고 있기는 하다. 그렇지만 하수급인에게는 우선특권이 부여되지 않는다는 것이 일반적인 해석이다. 대신 특별법인 하도급법이 하수급인에게 도급인을 상대로 직접 공사대금을 청구할 권리를 부여하고 있다. 프랑스에서 건물공사 하수급인의 공사대금 직접청구권에 대해서는 박수곤, 「프랑스에서의 하도급법에 대한 개관-건축하수급인의 공사대금채권 담보수단을 중심으로-」, 『민사법학』 제25호(한국민사법학회, 2004.03), 390면 이하를 참조하라.

95) 프랑스 민법 제2103조 제4항. 프랑스 민법은 일의 시작 전 등기를 요구하고 있는데, 만약에 일의 시작 시점보다 등기가 늦어지게 되면 등기된 시점 이후의 가치 증대분에 대해서만 우선특권을 주장할 수 있다고 해석하는 것이 일반적이다. 이춘원, 앞의 글(각주 51), 240면.

와 건물을 모두 포함한다. 프랑스가 토지와 건물에 대해 일원적 소유권 체계를 취하고 있어 그러하다. 이는 다시 프랑스가 토지와 건물에 일원화된 등기부를 사용하고 있는 것과 연결된다.⁹⁶⁾ 그런데 어떤 나라가 토지와 건물에 일원적 소유권 체계를 취한다고 하여 그 나라가 반드시 일원화된 등기부를 사용하여야 하는 것은 아니다.⁹⁷⁾ 그리고 일원화된 등기부를 사용한다고 하여 토지와 건물을 구분하여 표시하는 방법을 활용하면 안 되는 것은 아니다. 이 점점에 프랑스 등기부가 있다. 프랑스 등기부는 토지 중심으로 일원화된 등기부이되, 토지 사항과 연결하여 건물 사항을 등기하게 되어 있다. 그런 한편 프랑스 등기부는 여러 보완적 등기 부분들을 가지고 있다. 인적 성질을 갖는 인별색인(소유자별인적색인)과 물적 성질을 갖는 부동산별색인 등이 그것들이다.⁹⁸⁾ 이런 구조로 인해 토지 중심의 프랑스 등기부에도 건물등기부라고 할 것이 존재하게 된다. 인별색인 부분과 부동산별색인 부분은 별도의 지적대장과 교차 참조를 통해 건물을 둘러싼 소유 및 권리 관계를 드러내주므로 해당 부분들의 합이 건물등기부 역할을 하게 되는 것이다. 우선특권은 바로 그 인별색인 부분이나 부동산별색인 부분의 별표란에 기재된다.⁹⁹⁾

건물공사 수급인이 우선특권으로 담보받는 채권은 해당 공사와 관련하여 발생한 채권이다. 하지만 이 채권은 우선특권 제도의 절차적 요구에 따른 통제를 받는다. 우선특권으로 보호받기 위해서는 앞서 서술하였듯이 2차에 걸

96) 윤대성, 「토지와 그 정착물의 관계-토지와 건물이 별개의 부동산으로 된 연혁을 중심으로-」, 『성균관법학』 제16권 제2호(성균관대학교 법학연구소, 2004), 199면.

97) 우리나라는 토지와 건물에 독립된 등기부를 두고 있다는 점에서 이원화된 등기부를 사용하는 나라이다. 이에 비교하여, 토지와 건물에 하나의 등기부를 두고 있는 나라는 일원화된 등기부를 사용하는 나라라고 할 수 있다. 일원화된 등기부를 사용하는 나라에서는 토지 중심으로 등기부를 편성해 놓고 있다. 그 경우 건물에 대한 사항은 토지에 연결되어 등기되게 된다. 이러한 건물등기 부분은 지적대장 및 건물대장 같은 별개 자료부와 교차적으로 참조되어 건물등기부로서의 제 역할을 해내게 된다. 이점에서 일원화된 등기부를 사용하는 나라에 건물등기 내지 건물등기부가 존재하지 않는다고 잘라 말하는 것은 곤란하다. 그런 한편, 부동산 공시제도와 관련하여 일원화/이원화를 말하는 것이 토지등기부와 건물등기부 사이를 말하는 것이 아니라, 부동산등기부와 부동산 대장 사이를 말하는 것일 수 있음에 유의할 필요가 있다. 양은상/김태호, 『현행 이원적 부동산 공시제도의 발전 방안에 관한 연구』, 대법원 사법정책연구원, 2014, 15면 이하 참조.

98) 그 밖에 지번별색인 부분도 있다. 이 부분은 부동산등기부와 지적대장을 연결시키는 수단으로 사용된다. 남효순 외, 「프랑스의 부동산공시제도에 대한 연구」, 『2013년 대법원 연구용역 보고서』, 2013, 26면 이하, 33면, 316면 이하 참조.

99) 남효순 외, 앞의 글, 29면, 34면.

친 서류 등기를 하여야 하는데, 그 결과 담보권이 미치는 채권은 제1서류와 제2서류로 등기된 채권을 초과하기 어렵다. 그리고 등기된 채권이라도 공사로 인해 증대된 가치가 현존하는 범위 이내로만 실현이 가능하다.¹⁰⁰⁾

건물공사 수급인의 우선특권은 등기된 내용으로 대항력을 가진다. 그리하여 수급인이 우선특권 등기를 해놓은 상태에서 토지소유자인 도급인이 토지를 매매하면 제3취득자는 우선특권에 따른 부담을 진다. 이에 비해 수급인이 우선특권 등기를 해놓지 않은 상태에서 토지를 매매하면 그 제3취득자는 우선특권에 따른 부담을 지지 않는다.¹⁰¹⁾

건물공사 수급인에 의해 등기된 우선특권이 실현되는 절차는 등기된 저당권이 실현되는 절차와 기본적으로는 동일하다. 하지만 수급인의 우선특권은 피담보채권의 인정 범위 내에서는 먼저 등기된 일반 저당권자보다도 우선순위를 차지한다. 이런 점에서 수급인의 우선특권은 저당권의 등기 순위 법칙을 깨는 ‘우선’적 특권이다. 프랑스 민법이 수급인의 우선특권을 등기할 수 있는 기간에 제한을 두고 2차에 걸친 서류 등기를 요구하는 것 등은 수급인의 우선특권이 이처럼 강한 것이기 때문이다. 수급인을 보호해 줄 필요도 크지만 법률관계를 안정시킬 필요도 크기에 여러 제한을 두는 것이다. 그런 한편 복수의 수급인들의 우선특권은 모두 동등한 순위에 놓여 있다. 그 결과 복수의 수급인들은 채권액 별 안분비례로 변제를 받게 된다.¹⁰²⁾ 이는 복수의 수급인들이 일의 진행 순서가 다른 것으로 인해 불합리한 대우를 받는 것을 막아 준다.

5) 실용성과 무관하게 유지되는 건물공사자의 우선특권 제도

프랑스 민법상 건물공사 수급인을 위한 우선특권 제도는 오늘날에는 그다지 활용되지 않고 있다. 사람들이 우선특권을 등기하는 일이 도급계약 관계에 부정적인 영향을 미친다고 인식하기 때문이다.¹⁰³⁾ 예를 들어 도급인이 공

100) 프랑스 민법 제2103조 제4항.

101) 프랑스 민법 제2103조 제4항.

102) 프랑스 민법 제2095조, 제2097조.

103) 남효순, 앞의 글, 210면 이하; 이춘원, 앞의 글(각주 51), 241면.

사에 필요한 자금을 대출받아 조달하려 하는데 수급인이 우선특권 등기를 해 놓았으면 공사자금을 대출받기 어렵게 되고, 그 결과 공사 자체가 무산될 수도 있다. 이러한 사정상 수급인은 알아서 피한다. 혹은 수급인은 단독으로 우선특권 등기를 할 수 있음에도 불구하고 도급인과 상의를 거쳐 등기를 한다. 그런데 어차피 도급인과 상의를 거칠 것이라면 우선특권 등기를 하는 것보다 약정저당권 설정에 합의하여 등기하는 것이 절차 면에서나 내용 면에서나 효율적이게 된다.¹⁰⁴⁾

게다가 피담보채권의 범위에 대한 겹겹의 통제도 이 제도를 실효성이 없는 것이 되게 만든다. 공사에서는 실제 공사액이 예산액에서 벗어나는 일이 매우 흔한데, 민법은 그 흔한 일을 도외시한 채 공사 시작 전의 예산액을 기준으로 삼으라고 제한하고 거기에 또 현존하는 가치 증대분을 따지는 제한을 가하고 있는 것이다.

이러한 사정들로 인해 프랑스에서는 건물공사 수급인을 위한 우선특권 제도를 폐지하지는 말이 나오기도 하였다. 그러나 우선특권 제도를 폐지하는 것에는 반대 견해가 강하다. 민법 안에 수급인을 위한 우선특권 제도가 규정되어 있다는 것, 그래서 수급인은 원하면 해당 제도를 활용할 수도 있다는 것이 사회에 주는 메시지 효과로 인해 그러하다.¹⁰⁵⁾

4. 미국법상 우선특권

1) 미국법상 공사우선특권 제도는 미국의 산물

미국법상 건물공사 수급인은 공사우선특권(Mechanic's Lien = Mechanic Lien = Mechanic's and Materialman's Lien = Construction Lien¹⁰⁶⁾) 제도를

104) 남효순, 앞의 글, 211면.

105) 이춘원, 앞의 글(각주 51), 241면 참조.

106) Mechanic's Lien으로 Mechanic만 보호받는 것이 아니므로 Construction Lien이라고 하는 것이 더 적당하다. 이춘원, 「건설공사에서 하도급 대금의 담보에 관한 일 고찰-미국의 Mechanic's and Materialmen's Lien의 소개-」, 『성균관법학』 제19권 3호 별권(성균관대학교 법학연구소, 2007.12), 757면, 각주11 참조.

통해 공사대금채권을 확보할 수 있다. 이 공사우선특권 제도의 상위 개념은 우선특권(Lien) 제도이다. 우선특권 제도의 기원은 ‘일단’ 영국법에 있다.¹⁰⁷⁾ 하지만 사람들은 공사우선특권 제도의 기원만큼은 미국에 있다고 말한다.¹⁰⁸⁾

그리하여 영미법상 우선특권 제도를 먼저 보면, 우선특권은 어떤 물건과 급부 사이에 일정한 관련이 있을 경우에 급부 받을 자가 해당 물건에 관하여 갖게 되는 담보적 권리이다.¹⁰⁹⁾ 그러니까 영미법상 우선특권은 로마법계 민법의 개념을 빌려 말하면 우선특권, 저당권, 질권, 유치권¹¹⁰⁾ 등의 어느 부분들을 포괄하는 개념정도 된다.¹¹¹⁾

이러한 영미법상 우선특권에는 보통법상 우선특권(common law lien)과¹¹²⁾ 형평법상 우선특권(equitable lien)과 법률에 의한 우선특권(statutory lien) 등이 있다.¹¹³⁾ 굳이 구분한다면 공사우선특권은 보통법상 우선특권 중의 한 종류이다.¹¹⁴⁾ 공사우선특권도 채권(공사대금채권)과 목적물(공사목적물) 사이의 관련성에 기초한다는 점에서 그러하다. 하지만 보통법상 우선특권은 애초에 주로 동산에 관한 것이었으며,¹¹⁵⁾ 수급인에 의한 목적물의 점유를 요구하며, 법 규정이나 합의가 없는 한 유치(점유)할 권능만 주는 소극적

107) 하지만 영국법상 우선특권 제도는 그 시원에서 로마법상 우선특권 제도와 연결된다. Phillips, *ibid.*, p.10f. 참조.

108) Yale Law Journal Comment, “Mechanic’s Liens and Surety Bonds in the Building Trades”, 68 *Yale L. J.* 138 (1958), p.138; John G. Cameron, *A Practitioner’s Guide to Construction Law* (ALI-ABA Committee on Continuing Professional Education, 2000), § 16.02.

109) Black’s Law Dictionary, 6th Ed., West, 1990, p.922.

110) 홍봉주, 앞의 글(각주 59), 41면; 이종구, 「미국의 주법상의 건축공사 우선특권(Construction Lien)과 부동산 유치권의 비교법적 연구」, 『비교사법』 제19권 제2호 (한국비교사법학회, 2012. 05), 585면, 587면.

111) <https://en.wikipedia.org/wiki/Lien>. 윤부찬, 「공사 하수급인의 대금채권 확보수단」, 『토지공법연구』 제28집(한국토지공법학회, 2005.10), 54면.

112) 보통법상 우선특권은 다시 일반우선특권(general lien)과 특별우선특권(special lien)으로 나뉜다. Phillips, *ibid.*, p.10f.

113) Black’s Law Dictionary, p.922; 이춘원, 앞의 글(각주 106), 755면; 이종구, 앞의 글, 588면.

114) Phillips, *ibid.*, p.10f.

115) 하지만 건물공사 수급인이 제공된 토지에 동산인 건축재료들을 부합시켜 건물을 신축하는 것을 생각하면 보통법상 우선특권이 동산에 주로 인정되었다는 것이 오늘날의 공사우선특권과 거리가 먼 면인 것만도 아니라고 할 수 있다.

인 성격의 것이라는 점에서 오늘날의 공사우선특권과 거리가 먼 면이 있다.¹¹⁶⁾ 그런 한편 형평법상 우선특권은 보통법상 우선특권이 인정되지 않은 부동산에 관하여도 인정될 여지가 있었으며, 수급인에 의한 목적물의 점유를 반드시 요구하지는 않는다는 점에서 오늘날의 공사우선특권과 거리가 가까운 면이 있다. 그런즉 공사우선특권에는 보통법상 우선특권적 성격과 형평법상 우선특권적 성격이 섞여 있다고 하겠는데, 공사우선특권에 대해 보통법적 성격이든 형평법적 성격이든을 말하는 것은 의미가 별로 없다. 영국이 건물공사 수급인에게 우선특권을 인정한 일이 거의 없기에 우선특권의 성격을 말할 일도 없는 것이다. 나아가 공사우선특권의 성격을 말해야 한다면 다른 아닌 법률에 의한 우선특권적 성격을 말해야 한다. 영국이 아닌 미국이, 공사관여자들을 위해, 의회를 통해 성문법으로 특별한 우선특권을 인정하여 준 것이 바로 공사우선특권인 것이다.¹¹⁷⁾

그렇다면 영국은 우선특권 제도를 가지고 있었으면서도 어떠한 이유로 공사우선특권 제도를 전개시킬 수 없었는지 궁금하게 된다. 그 이유는 근본적인 데에 있다. 영국 사회의 토지 소유 관념이 바로 그것이다. 영국에서는 신분과 토지 소유의 결합이 매우 강하였다.¹¹⁸⁾ 수급인이 신축해 놓은 건물의 소유권이 부합법리를 통해 토지소유자인 도급인에게 귀속되는 것은 영국에서도 유럽 대륙에서도 그리고 미국에서도 마찬가지였지만,¹¹⁹⁾ 신분이 낮은

116) 본문에서 서술하고 있는 보통법상 우선특권과 형평법상 우선특권의 고전적 특성들은 오늘날까지 그대로 고수되고 있는 것은 아니다. 예를 들어 Black's Law Dictionary, p.922는 이 두 우선특권을 동산과 부동산을 기준으로 삼아 나누어 소개하고 있지 아니하다.

117) 김상용, 「부동산공사수급인의 우선특권-우리 민법상의 수급인의 저장권설정청구권과의 비교-」, 『민사법연구』 4 (법원사, 2000.04), 357면; 이춘원, 앞의 글(각주 106), 755면, 각주5; 이종구, 앞의 글, 588면 이하 참조.

118) 홍봉주, 「영국에서 시행 중인 부동산 등기제도의 도입과정에 관한 연구」, 『민사법학』 제48호 (한국민사법학회, 2010.03), 319면; 김영희, 「영미법상 신탁과 그 변형으로서 퍼블릭 트러스트 독트린과 내셔널 트러스트」, 『법과사회』 제51호 (법과사회이론학회, 2016.04), 173면.

119) 토지와 건물 사이의 부합법리는 오늘날 영국에서도 유지되고 있다. Kevin Gray/Susan Francis Gray, *Land Law*, 7th Ed. (Oxford University Press, 2009), p.9. 미국도 토지와 건물 사이에 부합법리를 가지고 있다. 그런데 오늘날 미국 재산법 관련(property law나 land law) 교과서들을 보면 부합법리에 대해 거의 서술하고 있지 아니하다. 부동산의 대표적인 종류가 토지이며, 토지에 부착되어 있는 건물 및 지상물들도 부동산에 속한다고 짧게 서술하고 있는 정도이다. 오늘날에는 토지와 건물 사이의 부합법리가 역할을 할 일이 거의 없는 까닭에 그러한 것이 아닌가 짐작된다.

수급인이 노무나 건축재료를 공급했다는 이유로 신분이 높은 토지소유자를 상대로 해당 토지에 담보적 권리를 주장하거나 해당 토지에 대해 강제집행을 도모한다는 것은 생각할 수 없던 것이 영국이었던 것이다.¹²⁰⁾

이에 비해 미국은 상황이 달랐다. 미국에는 토지가 풍부하게 존재하였고, 상대적으로 모자란 것은 토지를 개선시킬 능력을 갖춘 수급인과 건축재료였다. 수급인의 지위가 상대적으로 높아질 여건이었던 것이다. 이러한 여건은 미국의 독립 후에도 마찬가지였다. 그런 다음 일어난 일은 내무부장관이었던 토머스 제퍼슨이 수도로 정해진 워싱턴 디 씨 지역의 개발을 위하여 건설산업 부양책들을 마련한 일이었다.¹²¹⁾ 그리고 그 부양책들 중 한 가지가 수급인의 공사대금채권을 확보시켜주는 공사우선특권 제도를 규정하는 법의 제정이었다.¹²²⁾ 1791년에 메릴랜드 주 의회는 공사우선특권 규정이 포함되어 있는 법을 통과시켰다.¹²³⁾ 이후 미국의 주들은 주마다 따로 공사우선특권 제도를 도입하였다. 그 결과 오늘날에 이르도록 미국의 주들은 주에 따라 내용적으로 차이가 있는 공사우선특권 제도를 가지고 있다.¹²⁴⁾

2) 미국법상 공사우선특권 제도와 프랑스법의 영향

미국에 수급인을 위한 공사대금채권 확보 제도가 소개된 것은 미국에 편입되는 루이지애나 주를 통해서이다. 루이지애나 주는 로마법계 프랑스 법을 사용하고 있었는데, 이미 살폈듯이 프랑스 법은 로마법 기원의 수급인 우선

120) Cameron, *ibid.*, § 16.02; 이춘원, 앞의 글(각주 106), 755면, 각주4 참조.

121) Yale Law Journal Comment, *ibid.*, p.141, n.14; 이종구, 앞의 글, 590면, 각주29. 토머스 제퍼슨 대통령(재임 1801-1809년)은 미국 초기 대통령 중에 대표적인 친 프랑스파로서, 프랑스 혁명 옹호자이기도 하였다. 그는 1784-1789년의 기간에 프랑스에 외교관으로 파견되었었다. 1791년은 그가 미국에서 내무부장관으로 재직하던 시기이다. 이때 국가의 주요 안건 중 하나가 미국의 수도를 정하는 일이었다.

122) Marion Benfield, Jr., "The Uniform Construction Lien Act: What, Whither, And Why", 27 *Wake Forest L. R.* 527 (1992), p.529; 윤부찬, 앞의 글, 53면; 이춘원, 앞의 글(각주 106), 756면.

123) 당시에는 워싱턴 디 씨가 행정구역상 메릴랜드 주에 위치하고 있었기 때문이다.

124) Benfield, *ibid.*, p.530. 미국통일주법위원회(ULC, NCCUSL)는 공사우선특권에 관한 통일규정을 마련하려고 노력하였다. 그러나 현실적으로는 그 전 단계인 토지등록제도를 통일시키는 데에도 성공하지 못하였다. 게다가, 어떤 주제에 대해 통일규정(통일법 uniform act)을 만들어 놓아도 주들이 그 규정을 채택하지 않으면 만들어진 통일규정은 유효한 통일규정이 아니게 된다. 윤부찬, 앞의 글, 53면; 이춘원, 앞의 글(각주 106), 759면 참조.

특권 제도를 가지고 있었다. 그런즉 공사우선평권 제도는 미국이 창출해 낸 제도가 아니라, 프랑스 법에 있던 로마법 기원의 우선특권 제도가 미국식으로 변형된 것이라고 할 수 있다.¹²⁵⁾

여기에 덧붙여 흥미로운 사실은, 공사우선평권의 상위 개념이 되는 우선특권 개념이 영국법 기원으로 미국에 들어와 있던 것과 관련해서이다. 미국은 자신이 가지고 있는 영국법 기원의 제도는 설령 그 시원적 기원이 로마법에 있다고 하더라도 좀처럼 로마법 기원을 말하지 않는다.¹²⁶⁾ 그런데 우선특권 제도에 대해서는 로마법 기원을 말한다.¹²⁷⁾ 그러니 미국법상 공사우선평권 제도에 관한 한 그 자체로도 그리고 그 상위 제도인 우선특권 제도로도 로마법 기원을 말하는 셈이 된다. 그런데 미국에서 이들 제도의 로마법 기원을 터놓고 말하는 것은 로마법 기원을 드러내거나 강조하기 위한 것은 아니며 보인다. 실제로 사람들은 공사우선평권 제도가 로마법 기원을 가진다고 말하면서도, 강조점은 공사우선평권 제도가 미국의 산물이라는 데에 둔다. 공사우선평권 제도가 미국의 산물이라고 말하는 것에 관한 한 그렇게 말할 만하기는 하다. 비교법적 차원에서 볼 때 미국의 공사우선평권 제도에 의한 보호가 매우 강력하여 그렇다. 유례없이 강력한 보호 수준이 공사우선평권이 미국의 산물이라는 말을 별 이의 없이 통용되게 만들어 주는 것이다.¹²⁸⁾ 그렇다면 미국에서 이들 제도의 로마법 기원을 굳이 말하는 것은 복합적인 뉘앙스를 가질 수 있다. 그 하나는 미국이 모법이라고 할 영국법에 없는 법제도를 가지는 것에 대한 합리화일 수 있다. 또 하나는, 이 미국 제도가 결국 유럽 대륙의 민법들조차 참조하는 제도로서 입지를 다졌다고 할 때 그 세계적 통용성을 나타내고자 하는 것일 수 있다.¹²⁹⁾

125) Benfield, *ibid.*, p.528; 윤부찬, 앞의 글, 53면. 이 글 앞, Ⅱ. 건물공사 수급인의 공사대금채권 확보 제도에 관한 비교 민법적 고찰, 3. 프랑스 민법상 우선특권, ② 프랑스 민법과 미국법의 선후관계 부분을 참조하라.

126) 이는 16세기 영국법이 가졌던 외국법 배척 태도와 관련이 있어 보인다. 김영희, 앞의 글(각주 118), 167면 참조.

127) Phillips, *ibid.*, p.10f. 참조.

128) 캘리포니아 주의 경우에는 공사우선평권이 주 헌법상 권리로 규정되어 있을 정도이다. California Constitution Article 14 LABOR RELATIONS [Section 3] 참조. 김상용, 앞의 글(각주 117), 359면 참조.

3) 미국법상 공사우선평권 제도의 작동

미국법상 공사우선평권을 주장할 수 있는 인적 범위는 수급인만이 아니다. 부동산공사 도급계약에서 노무를 제공한 자, 재료를 제공한 자, 시설이나 장비를 임대한 자 등 다양한 공사관계자들이 공사우선평권을 주장할 수 있다. 도급인과 직접적인 계약관계에 있지 않은 하수급인도 도급인을 상대로 공사우선평권을 주장할 수 있다. 이처럼 공사우선평권을 주장할 수 있는 인적 범위가 넓은 만큼 공사우선평권으로 보호되는 피담보채권의 범위도 넓다. 해당 인적 범위의 자가 자신의 공사 부분과 관련하여 투입한 비용은 일단 피담보채권으로 된다.¹³⁰⁾ 그런 한편 수급인은 토지소유자인 도급인을 상대로 해서만 공사우선평권을 주장할 수 있는 것이 아니다. 도급인으로부터 해당 부동산을 취득한 제3취득자를 상대로 해서도 주장할 수 있다. 그래서 공사우선평권은 물적부담으로서의 성격을 가진다고 말하기도 한다.¹³¹⁾

소송과정에서 공사우선평권은 저당권(mortgage)처럼 취급된다.¹³²⁾ 공사우선평권을 가지는 수급인은 도급인이나 제3취득자를 상대로 담보권 실행의 소(토지환수권상실명령의 소 action for foreclosure)를 제기한 다음 유예기간을 거친 후 해당 부동산을 강제로 매각시켜 공사대금채권을 실현할 수 있다.¹³³⁾

공사우선평권의 담보력이 미치는 범위는 공사목적물인 부동산이다. 미국도 토지와 건물에 대해 일원적 소유권 체계를 취하고 있는 만큼 공사우선평

129) 유럽 대륙 여러 나라에서 근대 민법들이 제정되었거나 제정 작업이 진행될 때에 가장 선진적인 수급인 공사대금채권 확보 제도를 가졌던 것이 미국이라는 평가가 있었다. H. K. (reviews), "Georg Salomonsohn, Der Gesetzliche Schutz der Baugläubiger in den Vereinigten Staaten von Nord-Amerika, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1900", 14 *Harvard L. R.* 309 (1900), p.309f.

130) Benfield, *ibid.*, p.528; 이종구, 앞의 글, 591면; 김상용, 앞의 글(각주 117), 358면; 윤부찬, 앞의 글, 55면. 미국법은 유럽 대륙법계와는 달리 매매법리로 해결을 도모할 수 있을 재료공급자의 매매대금을 위해서도 공사우선평권을 인정하고 있다. 대신 재료공급자에 대해서는 공사에 직접 관여한 자에 대해서보다 가치 증대 여부를 상대적으로 까다롭게 묻기는 한다. Benfield, *ibid.*, p.538f.

131) 윤부찬, 앞의 글, 54면. 물적부담 제도가 토지소유자에게 부과하는 사회적 부담을 합법적으로 감소시키는 방법으로 당사자의 합의에 의한 공사우선평권 제거, 공사우선평권의 포기, 담보금예치 제도 등이 활용되고 있다. Benfield, *ibid.*, p.560f.

132) 김상용, 앞의 글(각주 117), 363면.

133) 윤부찬, 앞의 글, 63면; 이종구, 앞의 글, 599면 이하; 김상용, 앞의 글(각주 117), 367면.

권이 미치는 범위는 토지와 건물 모두를 포함하는 것이 일반적이다. 공사우선택권 제도가 프랑스법의 영향을 받은 사정상 미국도 가치의 증대 부분으로 제한하는 법리를 운용한다.¹³⁴⁾ 하지만 미국의 법원은 프랑스 법원에 비해 가치 증대 여부와 공사가 이루어진 부분 여부를 넓게 판단한다. 일단 해당 공사에 건축재료가 투입된 것이 분명하면 가치는 증대한 것으로 인정된다.¹³⁵⁾ 그리고 공사목적물인 건물의 사용에 소용이 되고 있다면 해당 토지가 아닌 도급인 소유의 인접 토지에도 공사우선택권이 미칠 수 있다고 보고 있다.¹³⁶⁾

미국법과 법원은 공사우선택권이 미치는 효력의 범위를 이렇듯 어렵지 않게 그리고 넓게 인정하고 있지만, 다른 한편으로 그 효력을 제어할 절차들도 마련해 놓고 있다. 무엇보다 시간적 절차적 제한을 가하고 있다. 수급인은 일정한 기간 내에 공사우선택권을 위한 공사내용 등록을 하여야만 공사대금채권을 확보할 수 있다.¹³⁷⁾ 그리고 공사를 완성하고 나서도 일정한 기간 내에 다시 등록을 하여야 한다. 그러고도 공사우선택권을 주장하여 강제집행을 하기 위해서는 또 다시 공사우선택권의 주장을 입증하는 서면을 등록하여야 한다.¹³⁸⁾ 여기서 등록은 등기부에 등록일 수도 있고 별도의 등록일 수도 있다. 미국은 등기제도를 강제하고 있지 않으므로, 주마다 등기 역할을 하는 제도가 다를 수 있어 그러하다.¹³⁹⁾

공사우선택권을 가지는 수급인의 우선순위는 공사우선택권을 등록한 날짜로 결정되지 아니한다. 실제로 공사가 시작된 날로 소급되어 결정된다.¹⁴⁰⁾ 그 결과 공사우선택권이 주장되는 사건에서는 ‘어떤 상태이면 실제로 공사가

134) Yale Law Journal Comment, *ibid.*, p.141.

135) Benfield, *ibid.*, p.539; 이종구, 앞의 글, 594면.

136) 그래서 공사우선택권과 관련한 소송에서 경계결정이 선결 문제로 되는 일이 잦다. 이종구, 앞의 글, 593면; 윤부찬, 앞의 글, 58면.

137) 공사우선택권의 등록은 도급계약서를 해당 부동산 관련증서로서 편철시키는 일에 가깝다. Benfield, *ibid.*, p.545f. 참조.

138) 김상용, 앞의 글(각주 117), 364면 이하; 이종구, 앞의 글, 599면, 608면.

139) 미국의 등기는 주마다 차이가 있기는 하지만 우리 입장에서 보면 관련증서의 편철에 가깝다. 이상석, 「미국의 공증제도와 등기제도 소개」, 『공증과 신뢰』 통권 제9호(대한공증인협회, 2016), 247면, 252면. 미국 부동산등기제도 전반에 대해서는 홍봉주, 앞의 글(각주 59), 32면 이하를 참조하라.

140) 윤부찬, 앞의 글, 60면; 김상용, 앞의 글(각주 117), 363면.

시작된 것으로 볼 수 있는가? 하는 사실 파악 차원의 문제가 소송의 승패를 좌우하는 일이 많다.¹⁴¹⁾ 이에 대해 미국 법원은 ‘객관적으로 사람들에게 공사가 시작된 것으로 인식될 정도’면 된다고 너그럽게 판단하고 있다.¹⁴²⁾ 이와 연관되어 있는 것이 복수의 수급인들 사이의 우선순위 부여 문제이다. 이 문제에 대해 다수의 주는 복수의 수급인들에게 동일한 순위를 부여하고 있다. 복수의 수급인들이 이 일 저 일로 나누어 공사를 하기는 하지만 같은 부동산을 위해 나누어 공사하는 것이므로 같이 공사를 시작한 것으로 보는 것이다.¹⁴³⁾

그런 한편 미국 법원이 공사 시작에 대해 너그러운 판단을 하는 것은 부동산 거래의 안전을 사회적 비용으로 지불하게 하는 면을 가진다. 공사를 시작하기 전이 아니라 시작한 후에 등록을 할 수 있고 그렇게 하여도 실제로 공사가 시작된 날로 소급되되 소급 시점이 매매하기까지 하니 해당 부동산의 제3취득자가 권원조사를 충실히 하여도 공사우선평권의 존재를 알지 못하고 매수하는 경우들이 발생하는 것이다. 미국 법원은 이러한 경우에조차 해당 부동산의 제3취득자보다 수급인을 보호하는 쪽이다. 미국 법원의 이러한 태도는 부동산 거래의 안전과 제3취득자의 소유권 보호를 권원보험 제도의 발달에 의존하게 만드는 한 이유로 작용하였다.¹⁴⁴⁾

4) 미국에서도 공사우선평권 제도에 대한 의존이 감소 중

미국의 공사우선평권 제도는 비교법적 차원에서 광범위하고 강력한 보호를 대표한다. 미국이 이와 같은 공사우선평권 제도를 가지게 된 사정은 앞서 언급하였듯이 이 제도가 건설산업 부양정책 중에 한 가지였던 것과 직결되어 있다. 공사관여자들을 안심시킬 정도의 보장이 있어야 그들이 노무와 건축재료 등을 투입할 것이었고, 그 보장이 공사우선평권 제도였던 것이다.¹⁴⁵⁾ 공

141) 주에 따라 판단이 다를 가능성이 당연히 크다. Benfield, *ibid.*, p.547f.

142) Benfield, *ibid.*, p.545f. 이 판단 기준에 따를 때 예를 들어 건축을 위하여 지반공사를 시작하는 것도 건물공사의 시작이 된다. 김상용, 앞의 글(각주 117), 364면.

143) Benfield, *ibid.*, p.558f; 이종구, 앞의 글, 602면.

144) 김상용, 앞의 글(각주 117), 368면 참조.

사우선평권 제도의 이와 같은 정책적 성격은 이 제도가 도입되고 소기의 효과를 거두자 한층 확대되었다. 그리하여 처음에는 공사우선평권의 인정이 건물신축의 경우만으로 한정되었던 것이, 건물개축 및 수선의 경우로 확대되었다가, 부동산공사 전반으로 확대된 바 있다. 공사우선평권의 부담을 지는 자도 처음에는 토지소유자인 도급인이어야 했던 것이, 나중에는 토지소유자가 아니어도 되는 것으로 확대된 바 있다.

그런 한편 오늘날 미국에서도 수급인의 공사대금채권 보호는 더 이상 공사우선평권 제도에만 의존하지 않는다.¹⁴⁶⁾ 그럼에도 불구하고 공사우선평권 제도가 폐지될 가능성은 거의 없다시피 하다. 이 제도는 공사관계자들 사이에 형평을 추구하는 제도로서, 단순 노무자처럼 공사의 풀뿌리 부분에 해당하는 사람들에 이르기까지 포괄적으로 보호하여 주는 것을 표방하고 있기 때문이다.¹⁴⁷⁾

5. 독일 민법상 저당권설정청구권

1) 독일 민법 입법자들의 소극적 태도

독일에서 도급계약은 18세기 이후에 산업의 발전과 더불어 활발하게 체결되기 시작하였다. 그리고 그 즈음해서 도급계약 법리도 전개되기 시작되었다. 독일에서 도급계약에 관한 법리가 어느 정도 틀을 갖추게 된 것은 19세기 말에 있는 민법 제정 과정에서였다. 이 과정에서 수급인 보호의 핵심이라고 할 보수지급의무(보수청구권)에 대한 규정이 마련되고, 도급계약 중 특수한 종류로 건물공사에 관한 규정도 마련되었다.¹⁴⁸⁾

독일 민법 도급계약 조문들 중에 수급인의 보수청구권을 규정하고 있는

145) 윤부찬, 앞의 글, 63면 이하; 이종구, 앞의 글, 590면.

146) 이준원, 앞의 글(각주 51), 235면 참조. 오늘날 큰 역할을 하는 제도의 예로 담보금예치 제도를 들 수 있다. 이 제도는 수급인의 공사대금채권 확보를 위해서 뿐만 아니라, 도급인의 하자 없는 일 완성을 받을 권리를 위해서도 유용하다. Yale Law Journal Comment, *ibid.*, p.141.

147) 이종구, 앞의 글, 590면 참조.

148) 이준형, 앞의 글(각주 22), 135면, 137면, 142면, 149면, 152면 참조.

것은 제631조이다. 건물공사 수급인의 보수청구권 또한 그 제631조에 근거한다. 그런데 독일 민법은 건물공사 수급인의 보수청구권에 대해서는 다른 수급인의 보수청구권에 대해서와는 달리 담보적 권리를 부수시켜 놓고 있다. 동산을 담보로 삼게 하는 제647조 그리고 부동산을 담보로 삼게 하는 제648조가 그것이다. 그런데 제631조, 제647조, 제648조는 각각 한계를 가지고 있다.

독일 민법 제631조의 한계는 법문언상 공사대금채권 전반이 아니라 보수청구권에 관한 것으로 되어 있다는 점이다. 도급인에 의한 재료 제공이 원칙인 로마법을 계승한 독일 민법이므로 수급인의 채권의 내용은 보수에 관한 것이 되는 것이다. 하지만 근대 이후의 건물공사 도급에서는 도급인이 건축 재료를 제공하지 않는 경우가 흔하다. 그럼에도 불구하고 독일 민법 제631조의 문언은 ‘보수’로 머물러 있다. 다만 제647조 및 제648조 문언이 보수청구권(Vergütung)이 아니라 계약관련 채권(Forderungen aus dem Vertrag) 일반으로 되어 있어 제631조에 대한 보완적 해석이 가능하기는 하다.

이에 비해 제647조의 한계는 이 조문이 활용될 일이 거의 없다는 데에 있다. 문언만 보면 건물공사의 수급인이 공사 중에 재료로 동산을 투입하는 일이 많다는 점에서 건물공사 시에 활용될 일이 있어 보인다. 하지만 정작 공사를 완성한 다음의 수급인이 해당 목적물인 동산을 계속해서 동산으로 점유할 일이 별로 없다는 점에서 제647조의 법정질권 규정은 건물공사 수급인의 공사대금채권 확보에 별다른 기여를 하지 못하게 된다.¹⁴⁹⁾

그리하여 결과적으로 건물공사 수급인의 공사대금채권의 확보에 기여할 기대 조문은 독일 민법 제648조가 된다. 동조문에 따르면 건물공사(건축공사 Bauwerk)를 전체적으로든 부분적으로든 완성한 수급인은 도급인인 토지소유자의 부동산에 보전저당권(Sicherungshypothek, 이 글에서는 저당권으로 번역) 설정을 청구할 수 있다.¹⁵⁰⁾ 그런데 독일 민법 제648조는 해당 조문 부제로는 ‘저당권’으로 되어 있지만 조문 내용을 보면 ‘저당권설정청구

149) Staudinger Komm/Peters, § 647, Rn.4, Rn.16, Rn.20.

150) Staudinger Komm/Peters, § 648, Rn.1; 박영복, 「도급계약: 독일법제상의 도급계약과의 비교 고찰」, 『외법논집』 제1집 (한국외국어대학교 법학연구소, 1994.12), 137면.

권'이다.¹⁵¹⁾ 유럽 대륙의 로마법계 민법 중에 전례가 없던 '청구권' 구성이다. 그런 한편 독일은 흥미롭게도 민법 제정 전에는 일부 란트들에서 프랑스 민법식 우선특권 제도를 운용하고 있었다. 나아가 독일 파산법 영역에서는 오늘날에도 여전히 우선특권 제도가 활용되고 있다.¹⁵²⁾ 그리하여 관심은 독일 민법이 어떤 이유로 우선특권이나 법정저당권 같은 법정담보권이 아닌 청구권으로 구성하였는가에 쏠리게 된다.

독일이 청구권으로 구성한 것은 로마법계 나라들에 전례가 없는 일이었던 만큼 사정이 있을 수밖에 없다. 당시 독일의 토지소유자들과 금융세력이 수급인의 권리를 법정담보권화하는 것에 극심하게 반대를 하였다는 것이 그것이다. 그 반대의 정도가 상당히 심하여 독일 민법 제1초안에는 청구권 수준의 안 조차 마련되어 있지 않았다. 제1초안에는 수급인이 공사에 투입한 동산에 적용이 가능한 법정질권(독일 민법 제647조에 해당) 규정만 마련되어 있을 뿐이었다.¹⁵³⁾ 그러나 이미 서술한 바와 같이 제647조는 건물공사 수급인의 공사대금채권을 확보시켜주는 데에 한계를 가진다.¹⁵⁴⁾ 그리하여 결국 독일 민법 제2초안 단계에서 저당권 관련한 규정이 마련되었다. 그런데 독일 민법 제1초안에는 마련되어 있지 않았던 수급인의 저당권 관련 규정이 제2초안에라도 마련되어 올라 온 것은 입법자들 사이에 법리적 보완에 대한 공감대가 형성되었다든가, 그 짧은 시간 사이에 나마 법리적 발전이 이루어져서가 아니었다. 건축사기의 횡행이라는 사회 문제가 입법 반대를 압도할 정도로 심화되고 있었기 때문이었다.¹⁵⁵⁾ 이러한 상황 아래 마련된 제2초안의 저당권 관련 규정은 독일 민법 제정의 최종 단계에 어렵게 살아남아 제648조의 저당권설정청구권으로 되었다.

151) Staudinger Komm/Peters, § 648, Rn.4, Rn.34; 이춘원, 「독일의 건축공사 대금채권담보에 관한 고찰」, 『민사법학』 제46호 (한국민사법학회, 2009.09), 563면 이하.

152) 김성수, 앞의 글, 542면, 각주15 참조.

153) Mugdan, *ibid.*, p.275.

154) 독일 민법 제647조가 규정하고 있는 수급인의 법정질권은 수리 정도의 동산 도급계약 수급자가 사용할 제도라고 할 것이었다. Staudinger Komm/Peters, § 647, Rn.4; 이춘원, 앞의 글(각주 151), 558면 참조.

155) Mugdan, *ibid.*, p.927f; 이춘원, 앞의 글(각주 151), 560면 참조. 이 시기에 횡행한 건축사기의 전형적 예들에 대해서는 이춘원, 앞의 글(각주 52), 355면, 각주15를 참조하라.

입법자료들로 보면 독일의 입법자들은 분명 프랑스 민법이 수급인의 우선 특권 제도를 규정하고 있다는 것을 알고 있었고, 일부 란트들에서 프랑스식 우선특권 제도를 운용하고 있는 것도 알고 있었고, 해당 제도를 명칭 불구 법정담보권으로 구성하는 것이 로마법적 기원에 상대적으로 충실한 것이라는 것도 알고 있었다. 그러나 산업혁명이 가져온 시대의 변화 앞에 로마법의 적통 승계자로서 로마법적 기원에 충실해야 한다는 주장은 힘을 얻을 수 없었다.¹⁵⁶⁾

그런데 이와 같은 독일의 입법 태도를, 당시의 프랑스 유산계급과 독일 유산계급 사이에 또는 프랑스 입법자와 독일 입법자 사이에 사회인식이나 법인식에 성향적인 차이가 있었던 것으로 연결시키는 것은 선부르다. 그 사이에 차이로 주목할 것은 경제단계의 차이이다. 프랑스 민법의 1800년과 독일 민법의 1900년이라는 100년 사이에 산업혁명이 있었고, 산업자본주의는 금융자본주의와 결합되고 있었다. 말하자면, 자본주의가 덜 강한 때에 민법을 제정한 프랑스는 유산계급으로부터 별 저항을 받지 않고 수급인의 법정담보권(우선특권)을 민법 안으로 편입시킬 수 있었던 것에 비해, 자본주의의 독점력이 한참 강해지고 있는 때에 민법을 제정한 독일은 수급인의 법정담보권(법정저당권)을 민법 안으로 편입시킬 수 없었던 것이다.¹⁵⁷⁾

2) 저당권설정 ‘청구권’인 한계

독일의 입법자들이 수급인에게 저당권을 부여하는 것에 애초에 부정적이었다는 사실은 수급인의 저당권이 저당권설정청구권의 형식으로 민법에 들어오기는 하였더라도 여러 한계점을 가지게 만들었다. 첫째로, 청구권으로

156) Mugdan, *ibid.*, p.927f., p.1291, p.1351f. 참조.

157) 이러한 필자의 견해에 비해, 김상용, 앞의 책(각주 81), 129면은 프랑스 민법이 로마법 전통의 개인주의적이고 자유주의적 색채를 상대적으로 많이 가지고 있는 것과, 독일 민법이 게르만법 전통으로 인해 공동체적 성격을 상대적으로 많이 가지고 있는 것을 말하고 있다. 그리고 그와 같은 차이가 산업혁명기에 프랑스와 독일이 엇비슷한 사회적 갈등을 겪었더라도 그 갈등에 대응하는 데에 두 나라 사이에 차이를 가져온 것으로 보고 있다. 요컨대 산업혁명 이후에 제정된 독일 민법은 산업혁명 이전에 제정된 프랑스 민법에 비해 사회적 색채를 가진다고 평가하고 있다. 하지만 독일 민법 제648조의 저당권설정청구권에 관한 한 위와 같은 분석은 통용되지 않아 보인다.

구성되어 있는 사실이 대변하듯 독일 민법 제648조가 임의규정이라는 점이다. 물론 임의규정임을 보완해주는 대비책이 마련되어 있기는 하다. 예를 들어 수급인이 저당권 설정을 청구하면 특별한 사정이 없는 한 설정되도록 되어 있다. 도급인이 특별한 이유 없이 저당권 설정을 거부하면 수급인은 법원의 채권 확인을 거쳐 단독으로 저당권을 설정할 수도 있다.¹⁵⁸⁾ 게다가 이 권리가 청구권인 만큼 도급인과 수급인이 합의를 거쳐 저당권설정청구권을 배제시키는 것이 가능하기는 하지만 법원은 특별한 사정이 없는 한 그 배제를 허용하여 주지 않고 있기도 하다.¹⁵⁹⁾ 그럼에도 불구하고 자동설정이 아니라 청구설정으로 설계되어 있는 것은 분명 약점이다. 둘째로, 토지소유자인 도급인을 상대로 하여서만 저당권 설정의 청구가 가능하다는 점이다. 그래서 만약 수급인이 저당권 등기를 해놓기 전에 도급인이 제3자에게 토지를 매매하면 수급인은 도급인을 상대로 해서도 제3취득자를 상대로 해서도 저당권 설정 청구를 할 수 없게 된다. 셋째로, 수급인의 저당권은 청구를 통해 설정되어 해당 목적물을 둘러싼 기존의 저당권 체계에 편입되는 것이므로 선행 저당권에 우선하는 효력을 가질 수는 없다는 점이다. 넷째로, 복수의 수급인이 존재하는 경우에 이들의 저당권 사이에 순위의 원칙이 적용된다는 점이다. 이는 같은 공사를 맡았더라도 공사순서가 늦는 수급인일수록 청구를 늦게 하게 되고 그리하여 상대적으로 불리한 위치에 놓이게 되는 불합리한 상황을 초래한다.¹⁶⁰⁾

3) 독일 민법상 저당권설정청구권의 작동

독일 민법 제648조의 저당권설정청구권의 주체는 건물공사의 수급인이다. 물론 이 수급인은 엄밀히 수급인만 가리키는 것은 아니다. 건물공사 수급인

158) Staudinger Komm/Peters, § 648, Rn.34; 최종길, 「수급인의 저당권설정청구권」, 『법정』 제20권 5호(법정사, 1965.05), 22면.

159) Staudinger Komm/Peters, § 648, Rn.42f.; MünchKomm/Bushe, § 648, Rn.1f.; 이춘원, 앞의 글(각주 151), 563면, 각주29 참조.

160) 수급인의 공사대금채권을 선행 저당권에 우선하여 보호하는 것이 프랑스뿐인 것은 아니다. 스위스와 미국 등도 그러하다. 이춘원, 앞의 글(각주 51), 257면.

과 토지공사 수급인 그리고 전체 공사 수급인과 부분 공사 수급인 등을 상당히 넓은 범위에서 포괄한다. 하지만 제648조 제1항 법문언상 ‘수급인’으로만 되어 있어 다른 민법들에 비해 상대적으로 좁은 주체를 인정하고 있다는 느낌을 주고 또 그렇게 해석하게 만든다. 이처럼 좁은 해석을 하게 만드는 것은 피담보채권의 범위와 관련해서도 마찬가지이다. 제648조 제1항은 ‘계약상 채권’을 위하여 저당권 설정을 청구할 수 있다고 하면서도, 일이 완성되기 전에는 급부한 노동에 해당하는 부분의 ‘보수 및 보수에 포함되지 아니한 비용’을 위해서만 저당권설정을 청구할 수 있다고 범위를 좁혀 놓고 있다. 그래서 역으로 계약상 채권의 범위를 보수 및 보수에 포함되지 아니한 비용을 중심으로 상대적으로 좁게 해석하게 만든다.¹⁶¹⁾

건물공사 수급인의 저당권은 토지소유자인 도급인을 상대로 해서 도급인 소유 토지의 등기부에登記된다.¹⁶²⁾ 수급인의 저당권은 토지 및 건물 모두에 미치는 것이 원칙이다. 독일이 토지와 건물에 일원적 소유권 체계를 가지고 있기 때문이다.¹⁶³⁾ 토지소유자인 도급인이 저당권설정청구권의 상대방이므로 등기가 행해지지 않은 상태에서 토지의 매매가 이루어지게 되면 수급인은 등기를 청구할 수 없게 된다. 이에 비해 이미 등기가 행해진 상태에서는 토

161) Staudinger Komm/Peters, § 648, Rn.8f., Rn.25f.

162) Staudinger Komm/Peters, § 648, Rn.18.

163) 윤대성, 앞의 글, 199면. 독일은 토지 중심으로 일원화된 부동산등기부(토지등기부)를 가지고 있다. 독일이 일원화된 등기부와 일원적 소유권 체계를 가지고 있다고 하여 토지소유자와 건물소유자가 분리되는 것을 부정하는 것은 아니고, 건물등기 역할을 하는 등기가 존재하지 않는 것도 아니다. 토지등기부(Grundbuch)에 토지등기와 연계된 지상권등기(Erbbaugrundbuch) 부분이 있는데, 그 지상권이 토지소유자가 아닌 자의 건물소유를 위한 것일 경우 해당 지상권등기가 건물등기 역할을 겸하게 된다. MünchKomm/Kohler, § 873, Rn.8.; Grundbuchordnung § 6-a [Erfordernisse für Eintragung des Erbbaurechts], Erbbaurechts-Verordnung § 14 [Grundbuchblatt: Erbbaugrundbuch] 등 참조. 게다가 독일은 Wohnungseigentumsgesetz를 제정하여 토지등기부에 별도 편으로 주거소유권을 등기하도록 하고 있다. Wohnungseigentumsgesetz § 7 참조. 그런즉 독일의 등기부 명칭이 토지(Grund-)등기부(-buch)라고 하여 굳이 토지등기부라고 번역할 필요는 없어 보인다. 부동산등기부라고 부르는 것이 적절할 것이다. 그런 한편, 토지와 건물에 이원화된 등기부를 가지고 있는 우리나라 입장에서는 독일 통일 후 구동독 지역의 등기부 제도 변화를 주목할 필요가 있다. 구동독 지역은 분단 기간 중에는 이원화된 등기부를 가지고 있었지만 통일 후에는 일원화된 등기부로 돌아가야 하였기 때문이다. 이때에 여러 가지 방법이 사용되었는데 주된 응용 범리는 부합법리였다. 김상용, 「구동독의 주택제도와 통독 후의 토지와 주택의 부합」, 『법학연구』 제8권(연세대학교 법학연구소, 1998), 282면 이하 참조.

지소유자가 변경되어도 수급인은 저당권을 실행할 수 있다. 이미 설정된 저당권은 저당권 일반 법리에 따르게 되기 때문이다.¹⁶⁴⁾

건물공사 수급인이 저당권설정을 청구할 수 있는 시기와 관련하여 독일 민법 제648조 제1항 제1문은 건물공사를 완성한 후에 그 공사에 상응하여 저당권설정을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 이 규정은 노무제공의 선이행 및 보수지급의 후이행이라는 로마법적 전통에 충실한 규정이라고 할 수 있다. 그런데 그런 한편으로 독일 민법 제648조 제1항 제2문이 건물공사의 완성 전이라도 이행한 정도에 상응하여 저당권설정을 청구할 수 있다고 하고 있다. 하지만 이 제2문이 제1문을 넘어 사전적 저당권 설정을 선언하는 조문으로 해석되기는 어렵다.¹⁶⁵⁾ 물론 독일 민법상 사전적 저당권 설정 청구가 불가능하지는 않다. 하지만 그것은 도급인이 제648조로 인해 어차피 저당권을 설정하여 줄 것임을 감안하여 사전적으로 설정을 해주어서이다. 도급인과 수급인 사이에 제648조를 근거로 하는 저당권설정청구 및 그에 따른 저당권 설정에 대해 일종의 합의가 있는 경우인 것이다. 그런데 그렇게 합의할 당사자들이라면 제648조의 저당권설정청구권에 의거하여 저당권을 설정한다고 하느니 차라리 약정저당권을 설정하게 된다.

건물공사 수급인의 저당권설정청구권은 소멸시효법의 문언만 보면 토지에 대한 권리의 소멸시효기간에 관한 규정인 독일 민법 제196조의 적용을 받을 것처럼 보인다. 제196조의 ‘토지에 대한 권리의 설정을 위한 청구권 (Anspruch auf Begündung eines Rechts an einem Grundstück)’에 해당되어¹⁶⁶⁾ 10년의 소멸시효에 걸리게 되는 것으로 보이는 것이다. 그런데 수급인의 저당권설정청구권에는 또 다른 제한이 붙어 있다. 수급인의 보수청구권

164) Staudinger Komm/Peters, § 648, Rn.19; 이춘원, 앞의 글(각주 151), 564면.

165) Staudinger Komm/Peters, § 648, Rn.28f.

166) MünchKomm/Kohler, § 873, Rn.7은 ‘Rechte an Grundstücksrechten’이 부동산 관련 물건에 대한 권리를 가리키고 있다고 하고 있다. 그리고 그 예로 부동산역권 등을 들고 있다. 하지만 독일 민법 제196조의 문언은 ‘Rechte an Grundstücksrechten’이 아니라 ‘Rechte an Grundstück’으로 되어 있다. MünchKomm/Grothe, § 196, Rn.4f.는 ‘Rechte an Grundstück’은 주로 부동산 물건에 대한 권리를 가리키지만, 청구권적인 권리들에도 확대되고 있다고 하고 있다. 그리고 그 예로 중여 목적물인 부동산의 반환청구권 등을 들고 있다. 청구권적인 권리들에의 확대가 이 글이 다루고 있는 저당권설정청구권에까지 이를지는 지금으로서는 말하기 어려워 보인다.

의 3년의 소멸시효에 의한 제한이 그것이다.¹⁶⁷⁾ 수급인이 보수청구권의 확보 방법으로 저당권설정청구권을 가지는 것이므로 수급인의 보수청구권이 시효로 소멸하면 더 이상 저당권설정청구권을 행사할 수 없다는 것은 분명하다. 그리고 이 논리를 확장시키면 수급인의 저당권설정청구권도 3년의 소멸시효에 걸린다고 보게 된다. 독일 민법상 소멸시효법 개정이 있기 전을 기준으로 독일의 학설은 수급인의 보수청구권이 단기소멸시효에 걸리는 것에 맞추어 수급인의 저당권설정청구권도 단기소멸시효에 걸리는 것으로 보았었다.¹⁶⁸⁾ 개정된 소멸시효법 아래서도 같은 논리를 적용하면 수급인의 저당권설정청구권은 3년의 소멸시효에 걸리게 된다.

건물공사 수급인이 독일 민법 제648조를 근거로 저당권설정청구권을 행사하여 저당권이 설정되면 설정된 저당권은 여타의 저당권과 마찬가지로 절차를 거쳐 실행된다. 복수의 수급인 사이의 우선순위도 일반 저당권과 마찬가지로 등기순위에 의한다. 그러므로 동일한 공사에서 공사 순서가 후순인 수급인은 불리한 위치에 놓이기 쉽다.¹⁶⁹⁾

4) 독일 민법상 저당권설정청구권의 실효성 없음과 특별법 활용

독일에서 수급인의 저당권설정청구권 제도는 만들어질 때도 문제였지만, 만들어지고 나서도 문제였다. 처음부터 거의 활용되지 않았다. 일단의 이유 제공자는 도급인인 토지소유자들이었다. 그들의 반발이 독일 민법 제정과정에서 법정저당권 규정이 마련되는 것을 무산시켰듯이, 저당권설정청구권을 통해 설정될 저당권도 활용이 안 되게 만들었다. 토지소유자들은 수급인의 저당권 설정으로 인한 토지가치의 하락을 앞세웠다. 수급인이 저당권을 설정

167) 독일 민법상 수급인의 보수청구권은 기본적으로 제195조의 3년 소멸시효 기간을 가진다. 하지만 제641조의 보수지급시기 규정이나 제632-a조의 보수분할지급 규정들이 복합적으로 적용되면서 시효진행의 기산점이 복잡해져 공사의 부분 완료 시점에서 3년이 넘어도 소멸시효에 걸리지 않을 수 있고, 공사의 총 완료 시점에서 3년이 되기 전이라도 소멸시효에 걸릴 수 있다. 이에 따라 보수청구권과 저당권설정청구권 사이의 소멸시효 계산도 복잡해져 있다. Staudinger Komm/Peters, § 648, Rn.34 참조.

168) Staudinger Komm/Peters, § 641, Rn.55.

169) 이춘원, 앞의 글(각주 151), 564면.

해 놓으면 은행 등으로부터 공사대금을 대출받기가 힘들어진다는 것이다. 토지소유자들이 대출받기 힘들어지면 수급인이 일을 할 기회도 줄어들 수 있으므로, 많은 경우 수급인은 양보를 하여야 했다.¹⁷⁰⁾

독일 민법상 수급인의 저당권설정청구권 제도가 거의 활용되지 않자, 독일에서 건물공사 수급인의 공사대금채권 확보 문제는 특별법 활용 차원으로 넘어갔다.¹⁷¹⁾ 1909년의 건축채권담보에 관한 법률(GSB = BauFordSiG = Bauforderungssicherungsgesetz = Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen)이 그것이었다.¹⁷²⁾ 이 법률의 주된 내용은 수급인에게 건축저당권(Bauhypothek)을 인정하여 주는 것이었다.¹⁷³⁾ 이 제도는 건물신축공사를 하려면 소관 행정기관의 허가를 받아야 하는 점을 이용한 것이었다. 수급인으로 하여금 건물공사를 시작하기 전에 공사대금채권을 공사예정 토지의 등기부에 등록을 하도록 만들고, 그렇게 등록된 내용이 건축저당권 보전의 가등기적 역할을 하게 한 것이다. 이렇게 해 놓은 등록은 수급인이 공사를 완성하면 건축저당권의 본등기로 옮겨가도록 설계되어 있었다.¹⁷⁴⁾

독일의 이 특별법은 독일 민법보다 진전된 것처럼 보였다. 하지만 실제 효력 면에서는 독일 민법의 틀에서 크게 벗어나지 않는 것이었다. 민법상 저당권설정청구권 규정을 근거로 저당권이 설정된 상황과 비교할 때 이 특별법은 수급인에게 특별한 보호를 더 해주지는 않았다. 그럼에도 불구하고 이 특별법이 가치를 가졌던 것은 그나마 독일 민법 제648조보다 나은 면이 있기 때문이었다. 그 한 가지는, 민법에 근거할 경우 보다 이른 시점에 저당권 보전의 가등기를 할 수 있게 되었으므로 담보 순위 보전에 상대적으로 유리하다

170) 이춘원, 앞의 글(각주 151), 561면 참조.

171) 이춘원, 앞의 글(각주 151), 565면. 1900년에 독일 베를린에서 미국의 공사우선특권 제도에 대한 소개서(Georg Salomonsohn, Der Gesetzliche Schutz der Baugläubiger in den Vereinigten Staaten von Nord-Amerika, Carl Heymanns Verlag, Berlin)가 나왔다. H. K. (reviews), *ibid.*, p.309f. 참조. 이춘원, 앞의 글(각주 52), 378면, 각주101에 따르면 이 소개서는 정작 독일보다 스위스에 더 큰 영향을 주었다고 한다.

172) Staudinger Komm/Peters, § 648, Rn.46f.

173) 독일의 민법과 건축채권담보에 관한 법률 사이의 구체적인 규율 내용 차이에 대해서는 이상태, 앞의 글, 125면 이하를 참조하라.

174) 이춘원, 앞의 글(각주 151), 566면.

는 점이였다. 그 다른 한 가지는, 이 특별법에 의거할 경우 수급인이 소관 행정기관으로부터 협조를 받을 수 있다는 점이였다. 수급인이 건축을 시작하기 전에 선행 저당권의 존재 여부를 파악하는 과정에서 저당권 설정에 실익이 적은 것으로 드러나면 소관 행정기관이 건축허가를 통제할 수 있으므로, 결과적으로 소관 행정기관은 수급인의 공사대금채권 확보에 도움을 주게 되는 구조였던 것이다.¹⁷⁵⁾

이 특별법은 그러나 민법에 비하여 상대적으로 나은 면을 가지기는 하였지만 민법 제648조와 마찬가지로 실효성이 있는 것으로 되지 못하였다. 행정기관을 개입시키는 설계가 발목을 잡아 제대로 시행되지를 못하였다. 그렇다고 행정기관이 협조를 거부하면서 발목을 잡았던 것은 아니었다. 발목을 잡았던 것은 당시 독일의 법률가들이었다. 개인들의 거래에 행정기관을 개입시켜 수급인을 보호해 주려면 도급인에게도 상응하는 보호를 주어야 한다는 이유로 공격을 가하였다. 특히 수급인은 언제고 하자 있는 공사를 할 가능성을 가지므로 그러한 수급인을 제어할 방법이 확실하게 마련되지 않는 한 수급인을 위한 특별법은 가동시킬 수 없다는 것이 당시 독일 실무가들의 생각이였다.¹⁷⁶⁾

5) 독일 민법 제648조 관련 1991년의 법 개정

결국 1900년의 독일 민법 제648조의 운용도 1909년의 건축채권담보에 관한 법률의 가동도 문제가 있는 상태가 계속되었다. 독일의 입법자들은 어쩔 수 없이 법 개정을 준비하였다. 그 과정에서 1907년에 제정되어 1911년부터 시행된 스위스 민법이 중요하게 검토되었다. 그러나 독일 입장에서 스위스의 수급인 보호는 독일이 수용하기 곤란하게 높은 수준이였다. 그러다 보니 좀처럼 민법 개정의 기회를 잡을 수 없었는데, 마침내 온 개정의 기회는 민법 자체가 아니라 파산법 개정의 필요성으로부터였다.¹⁷⁷⁾ 결과적으로는 독일은 상당히 늦게 1991년에 이르러서야 관련 민법 규정을 개정하였고, 개정 조문

175) 이춘원, 앞의 글(각주 151), 566면 참조.

176) 이춘원, 앞의 글(각주 151), 569면 이하 참조.

177) 이춘원, 앞의 글(각주 151), 575면 이하.

은 1993년부터 시행되었다.

1991년에 이루어진 수급인 보호 관련 민법 개정의 핵심은 제648-a조의 추가이다.¹⁷⁸⁾ 이에 따르면 수급인은 저당권 설정을 청구하는 대신에 담보제공의 청구를 할 수 있다. 그런데 독일 민법은 개정을 하면서도 수급인의 도급인에 대한 청구권 구성을 유지하고 있다. 그런즉 1991년에 행해진 독일 민법의 개정은 획기적 발전을 의미하지 않는다. 제648-a조가 제648조처럼 임의규정이 아니고 강행규정으로 됨으로서 수급인이 담보를 설정 받을 가능성이 실질적으로 늘었다는 것 정도가 나름의 발전이다. 수급인으로서는 사실상 같은 목적을 가지는 제648조의 저당권설정청구권과 제648-a조의 담보제공청구권 중에 선택을 할 수 있는데, 한 방법이 강행규정으로 됨으로써 강행규정이 아닌 나머지 한 방법도 압박을 받게 된 구조상 그러하다.¹⁷⁹⁾

6. 일본 민법상 선취특권

1) 일본 민법이 수급인 보호와 관련하여 독일 민법이 아닌 프랑스 민법을 선택한 배경

현행 일본 민법(일본 신민법) 제327조는 건물공사(부동산공사)에서 공사의 설계, 시공, 또는 감리를 하는 자는 선취특권(先取特權)을 가질 수 있음을 규정하고 있다. 이 권리 주체의 범위에 수급인은 당연히 포함된다.¹⁸⁰⁾

이와 같은 일본 민법상 수급인 선취특권 규정은 프랑스 민법상 수급인 우선특권 규정의 변형이다. 그런데 일본 신민법은 전체적으로 독일 민법의 영향을 강하게 받은 법이다. 그러므로 일본 신민법이 수급인 보호를 위해서만

178) 독일 민법 제648-a조의 신설 필요성에 대해서는 Staudinger Komm/Peters, § 648-a, Rn.1f.를 참조하라.

179) 그런 한편 1991년에 있는 독일 민법 개정시에 제648-a조의 권리 주체를 가리키는 표현이 제648조의 권리 주체를 가리키는 표현보다 약간 넓어지기는 하였다. 제648조가 '건축물 또는 건축물의 각 부분의 수급인'을 주체로 하고 있는 것에 비해, 제648-a조는 '건축물 또는 옥외시설이나 그 일부의 수급인'을 주체로 하고 있다. Staudinger Komm/Peters, § 648-a, Rn.26.

180) '공사의 설계, 시공, 또는 감리를 하는 자는 일본 현행 민법상 표현이며, 의용민법 상태로는 '工匠, 技師, 請負人(수급인)' 이었다. 遠藤浩/鎌田薫 編, 앞의 책, ii면의 2000년대 초반에 있는 일본 민법 개정 소개 부분과, 201면의 조문 대조 부분을 참조하라.

큼은 프랑스 민법상 우선특권 제도를 취하고 있는 것이 의문스러울 수밖에 없다. 의문스럽기로는 일본新民법이 선취특권 제도 일반을 둔 것부터도 그렇다.¹⁸¹⁾ 이 의문들은 입법자료들을 보아도 완전 해소가 어렵다.¹⁸²⁾ 관련 논의는 있지만 법리적 면에서 설득력을 갖춘 결정적 이유가 제시되어 있지는 않기 때문에 그러하다.¹⁸³⁾

이러한 사정으로 인해, 일본 민법상 건물공사 수급인의 선취특권 제도를 둘러싼 의문들과 관련해서는 다소 추상적인 설명들이 행해지고 있다. 법체계 차원에서 말해지는 바는, 일본이 민법을 제정하던 당시에 프랑스 민법상 우선특권 제도가 비교 민법 차원에서 꽤 괜찮은 담보제도로 받아들여졌다는 것이다. 즉, 일본이 프랑스 민법상 우선특권 제도를 괜찮은 담보제도로 생각하여 받아들이기로 하면서 건물공사 수급인에 대한 우선특권 제도도 함께 받아들인 것이지, 건물공사 수급인에 대한 우선특권 제도를 위해 프랑스 민법상 우선특권 제도 전체를 받아들인 것이 아니라는 것이다.¹⁸⁴⁾ 여기에 덧붙여 사회적 배경 차원에서 말해지는 바는, 일본 민법이 제정되던 즈음에 상업이 급격하게 발달하여 상가에 대한 수요가 매우 증가하였는데 상가의 원활한 공급을 위하여 수급인에게 그 정도 강도의 보호를 해주는 것이 필요하였으리라는 것이다.¹⁸⁵⁾ 그런데 이 필요를 이해하려면 당시의 도급인 측 상황을 이해하여야 한다. 당시 일본에서는 토지소유자들이 임대사업자 겸 매매사업자인 특성을 보였다. 상업성이 높은 도심지역일수록 토지소유자들이 토지를 임대만 한 것이 아니라, 그 토지에 상가를 건축하여 매매하는 일도 흔하였다. 그런데

181) 일본 민법은 프랑스 민법과 마찬가지로 일반선취특권 제도와 특별선취특권 제도를 모두 두고 있다. 林良平 編集, 앞의 책, 83면.

182) 김성수, 앞의 글, 543면, 각주29 참조.

183) 김성수, 앞의 글, 565면, 각주82 참조. 이로 인해 부동산공사(건물공사) 중에서 신축공사와 보존공사 사이에 구분 처리가 합리적이지 않은 면도 생긴다. 松田安正, 「不動産工事の先取特権について」, 『法律時報』 818号 (日本評論社, 1994.09), 97면.

184) 林良平 編集, 앞의 책, 83면 이하, 162면 참조. 선취특권 제도 대신 고려해 볼 방법인 유치권 제도는 법문언상 부동산공사자가 우선변제권을 가지게 되는 것이 아니며, 공사물을 직접 점유해야 한다는 점 등에서 한계를 가졌다. 林良平 編集, 앞의 책, 15면, 31면 이하.

185) 박일훈, 「일본 부동산 선취특권의 유형적 고찰」, 『부동산법학』 제12집(한국부동산법학회, 2005), 239면.

이러한 상가 건축과 임대와 매매는 토지소유자들의 비용만으로 진행된 것이 아니었다. 비용 부분에 상업자본가들이 참여하였다.¹⁸⁶⁾ 그런즉 상가 건축을 담당하는 수급인들이 상대할 지는 토지소유자들과 상업자본가들의 연합세력인 셈이었다. 상황이 그러한 만큼 일본의 입법자들은 상가 건축을 둘러싸고 존재하는 도급계약 당사자들 사이의 심한 힘의 불균형에 주목하였다. 그리고 의도적으로 수급인에게 우선특권(선취특권)이라는 강한 보호 수단을 부여하고자 하였다. 일본 구민법을 준비하였던 경험을 가지는 입법자들로서는 프랑스의 우선특권 제도가 독일의 저당권설정청구권 제도에 비해 보호 정도가 강함을 알고 있었기 때문이다. 이와 같은 사회적 배경 차원의 설명은 선취특권 제도의 기반이 공평 및 약소 채권자 보호 등에 있다고 이해하는 한에서 설득력을 가질 수 있다.¹⁸⁷⁾ 물론 이렇게 하여 일본新民법에 마련된 수급인 선취특권 제도가 실제로 수급인들을 보호하는 효과를 냈는가는 별론이다.¹⁸⁸⁾

2) 일본 민법상 건물공사 수급인의 선취특권의 작동

일본 민법은 프랑스 민법의 예에 따라 선취특권을 일반선취특권과 특별선취특권으로 나누고 있다. 그 특별선취특권 중에 한 가지가 바로 일본 민법 제327조에 규정되어 있는 부동산공사상 선취특권이다.¹⁸⁹⁾ 그 내용과 작동 구조를 살펴보면 다음과 같다.

부동산공사상 선취특권으로 보호받을 주체는 수급인에 한정되어 있지 않

186) 이러한 사정이 일본에서 건물과 토지에 대해 이원적 소유권 체계가 정립된 이유로 되었다는 시각이 있다. 상업자본가가 건물 부분에 가질 수 있는 지배권을 소유권의 형태로 인정할 필요가 있었다는 것이다. 정우형, 「토지소유권과 건물소유권의 이원적 체계에 관한 연혁적 고찰」, 『부동산연구』 제14권 1호(한국부동산연구원, 2004), 174면 참조; 엄동섭, 앞의 글, 43면.

187) 松岡久和, 「先取特権 (1)」, 『法学セミナー』 705号(日本評論社, 2013.10), 58면 이하 참조.

188) 일본에서 수급인이 선취특권 제도를 활용하는 일이 적은 것과 관련하여 松岡久和, 앞의 글(각주 187), 63면; 河上正二, 「先取特権 (1)」, 『法学セミナー』 662号(日本評論社, 2010.02), 96면; 박일훈, 앞의 글, 239면 참조.

189) 앞서 로마법계 나라의 경우에는 어떤 나라 민법이 부동산공사라고 규정하고 있더라도 이 글의 주체에 맞추어 건물공사라고 바꾸어 서술한 부분이 많지만, 일본의 경우에는 바꾸지 않고 부동산공사라고 서술한 부분이 많다. 일본은 이 글이 다루고 있는 다른 나라들과 달리 토지와 건물의 소유권을 독립시킨 이원적 체계를 취하고 있어 부동산공사를 건물공사로 바꾸어 서술하다보면 오해의 소지가 생기기 때문이다. 그러므로 오해의 소지가 별로 없는 부분에서는 일본의 경우에도 건물공사로 바꾸어 서술하기도 하였다.

다. 공장(工匠), 기사(技師), 수급인(請負人)을 포함하여 공사의 설계, 시공, 또는 감리에 관계하는 자들이 부동산공사상 선취특권의 인적 범위에 포함된다. 이에 비해 부동산공사상 선취특권으로 주장할 상대방은 부동산소유자로서 도급계약을 체결한 상대방으로 한정되어 있다.¹⁹⁰⁾

부동산공사상 선취특권이 인정될 수 있는 대상이 되는 공사는 토지의 개간, 매립, 통로개설, 경지정리, 건물 신축, 건물 개축 등 다양하다. 하지만 부동산을 수선하는 종류의 공사는 부동산공사상 선취특권의 대상인 공사가 아닌데, 이는 대상이 될 수 없어서가 아니라, 부동산보존을 위한 공사에는 별도로 일본 민법 제326조가 마련되어 있기 때문이다.¹⁹¹⁾

부동산공사 수급인은 선취특권으로 보호를 받으려면 공사를 시작하기 전에 예산액으로 선취특권의 등기를 해 놓아야 한다.¹⁹²⁾ 공사 완성 후에 실제 공사액이 증가되어 있으면 선취특권은 예산액의 범위 내에서만 인정된다.¹⁹³⁾

부동산공사 수급인의 선취특권 등기는 토지공사의 경우에는 토지등기부에 하고, 건물공사의 경우에는 건물등기부에 한다. 일본이 토지와 건물에 이원적 소유권 체계와 이원화된 등기부를 사용하고 있어 그러하다.¹⁹⁴⁾ 건물신축 공사는 건물공사이므로 이론적으로는 건물등기부에 선취특권 등기를 하여야 한다. 그런데 건물이 신축되기 전에는 등기할 건물등기부가 존재하지 않는다. 그래서 추가 조치 없이는 건물신축공사 수급인이 선취특권을 등기하기가

190) 林良平 編集, 앞의 책, 83면 이하, 162면 이하.

191) 이런 구분으로 인해 일본 실무에서는 건물신축을 하는 공사자가 시기를 놓쳐 확보하지 못한 선취특권을 부동산 보존을 위한 공사자의 선취특권으로 우회 확보할 수 있는가가 문제로 된다. 통설과 판례는 두 선취특권의 근거 규정이 구분되고 있다는 이유로 부정하고 있는 것으로 보인다. 林良平 編集, 앞의 책, 164면.

192) 일본 민법 제338조 제1항의 반대해석상 공사를 시작한 다음에는 선취특권을 인정받을 수 없다. 林良平 編集, 앞의 책, 165면.

193) 일본 민법 제338조 공사라는 것이 예산액과 실제 공사액에 차이가 있는 것이 일반적이라서 문제이다. 이론적으로는 사무관리로 우회하거나 부동산보존공사로 우회하여 그 차액을 보전하는 것을 시도할 수 있으나, 일본 실무는 민법 제338조 명문을 들어 그러한 우회에 따른 결과를 부정하여 왔다. 林良平 編集, 앞의 책, 163면.

194) 엄밀히 말하면 일본 민법에 토지와 건물 소유권의 이원적 체계에 대한 근거 규정은 없다. 그렇다고 하여 입법과정에 논의가 전혀 없었다는 것은 아니다. 일본이 토지와 건물을 별개의 부동산으로 다루게 된 입법 논의에 대해서는 윤대성, 앞의 글, 187면 이하를 참조하라. 우리나라 측 연혁과 민법 제정시 논의의 사정은 이상영/권현, 「부동산 개념에 대한 일고찰」, 『비교법연구』 제12권 제2호 (동국대학교 비교법문화연구소, 2012.10), 63면 이하를 참조하라.

불가능하다. 이에 일본 부동산등기법은 건물을 신축하는 경우에 선취특권 등기를 할 수 있도록 제86조에 근거 규정을 따로 두고 있다.¹⁹⁵⁾

부동산공사 수급인이 선취특권으로 담보받을 부동산은 공사의 목적물이 된 그 부동산이다. 이에 공사로 인해 목적물에 가치가 증대된 부분에 한해 선취특권이 미친다는 제한이 붙어 있다.¹⁹⁶⁾ 일응 프랑스 민법상 제한 규정과 거의 비슷한 내용을 가지는 이 제한 규정은, 그러나 일본이 토지와 건물에 이원적 소유권 체계를 취하고 프랑스가 일원적 소유권 체계를 취하는 차이로 인해 그 적용 실체가 다르다.¹⁹⁷⁾ 프랑스의 건물공사 수급인은 토지 부분과 건물 부분 모두를 담보물로 확보할 수 있는 데 비해, 일본의 건물공사 수급인은 원칙적으로 건물 부분만 담보물로 확보할 수 있게 되어 있다.¹⁹⁸⁾ 그런데 현실을 보면 수급인의 건물공사가 건물의 가치뿐만 아니라 토지의 가치에도 영향을 주는 것이 일반적이다. 그래서 일본 민법의 위와 같은 제한은 수급인으로 하여금 적절한 보호를 받지 못하게 하는 이유로 된다.¹⁹⁹⁾

부동산공사 수급인의 선취특권은 저당권과 비슷한 식으로 실현된다. 순위는 선취특권으로서 일반 저당권에 앞선다.²⁰⁰⁾ 선취특권 사이에서는 수급인의 선취특권은 특별선취특권으로서 일반선취특권에 앞서는 것이 원칙이다.²⁰¹⁾ 다른 특별선취특권인 부동산선취특권들 사이에서는 부동산보존 선취특권보다는 뒤로 가고, 부동산매매 선취특권보다는 앞으로 간다.²⁰²⁾

195) 신축건물의 소유자는 공사완성 후 지체 없이 소유권보존등기를 할 의무를 진다. 일본 부동산등기법 제87조와 일본 부동산등기규칙 제161조, 제162조 참조.

196) 일본 민법 제327조.

197) 일본 민법상 수급인 선취특권 제도는 프랑스 민법상 수급인 우선특권 제도의 간략화라고 할 수 있다. 김성수, 앞의 글, 566면, 각주85.

198) 물론 일본 민법 규정을 가지고도 신축된 건물 부분뿐만 아니라 대지인 토지 부분에까지 담보권이 미치게 하는 논리의 구성이 불가능하지 않다. 건물신축공사는 정도의 차이는 있지만 토지공사를 수반하기 때문이다. 결국 이 대목에서 중요한 것은 그렇게 하는 것이 가능한지 아니면 불가능한지보다, 그렇게 하는 것을 원하는지 아니면 원하지 않는지가 된다. 일본의 입법자는 원하지 않았으며, 이후의 판례는 원하지 않아온 셈이다. 林良平 編集, 앞의 책, 164면 참조.

199) 저당권 규정을 준용하여 건물과 토지의 일괄경매를 허용하되 공사대금채권은 건물 부분에서만 확보하는 것이 대안이 되기도 한다. 林良平 編集, 앞의 책, 164면 이하.

200) 일본 민법 제337조, 제338조, 제339조, 제341조 등.

201) 공익을 위한 일반선취특권은 예외이다. 일본 민법 제329조 제2항.

202) 일본 민법 제331조, 제325조.

3) 일본 민법상 건물공사 수급인의 선취특권의 실효성 없음과 개선 제안
일본 민법상 부동산공사 수급인의 선취특권 제도는 실효성이 별로 없다. 선취특권 등기가 도급인과 수급인 사이에 불편한 영향을 끼치며, 예산액과 실제 공사액 사이에 차이가 있을 경우에 차액에 대해서는 선취특권으로 보호 받지 못하며, 건물과 토지 사이에 담보 범위 인정에 문제가 있는 점 등이 선취특권의 실효성을 없게 만드는 이유들이다. 그런데 이처럼 실효성 없음에 대한 지적이 있는 한편으로 일본에도 부동산공사 수급인을 위한 선취특권 제도가 민법에 마련되어 있는 것이 가지는 가치적 의미에 대한 주장이 있다. 이러한 주장을 하는 일본의 법률가들은 공사를 시작한 후의 선취특권 등기 허용 등을 통해 해당 제도를 개선할 것을 제안하고 있다.²⁰³⁾

7. 스위스 민법상 법정저당권

1) 스위스 민법상 수급인 보호 규정의 위상과 중요성

스위스 민법은 1907년에 제정되어 1911년부터 시행되었다. 스위스 민법의 입법자들은 프랑스 민법상 우선특권 제도도 독일 민법상 저당권설정청구권 제도도 실효성이 별로 없음을 알고 있었다. 실효성이 있는 입법을 하는 데에는 명분이 필요하였고, 당시 유럽 대륙에서 횡행하던 건축사기가 역할을 하였다.²⁰⁴⁾ 하지만 실효성 있는 입법의 아이디어 자체는 상당 부분 미국의 강력한 공사우선특권 제도를 참고하는 것에서 나왔다.²⁰⁵⁾ 결과적으로 스위스 민법은 법정저당권 제도를 두었다. 그런 한편 스위스 민법은 로마법계 민법 중에서 상대적으로 최근이라고 할 2009년에 수급인의 법정저당권 관련 규정을 개정한 바 있다.²⁰⁶⁾

스위스 민법상 수급인의 법정저당권 관련 규정은 다음과 같은 점에서 우

203) 松岡久和, 앞의 글(각주 187), 63면 이하; 河上正二, 앞의 글(각주 188), 96면.

204) 이춘원, 앞의 글(각주 52), 355면.

205) 이춘원, 앞의 글(각주 52), 378면.

206) 이와 같은 스위스 민법의 개정은 2009년에 이루어져 2012년부터 시행되었다. 개정 내용은 <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html>에서 찾아볼 수 있다.

리 민법상 수급인의 저당권설정청구권 규정을 이해하는 데에 중요하다. 첫째로, 스위스 민법은 로마법계 민법들 중에서 상대적으로 가장 강한 수급인 보호를 규정하고 있다. 둘째로, 스위스 민법은 우리의 민법 제정 과정에서 의용 민법의 한계를 극복하기 위한 비교법적 논거로, 특히 독일 민법의 발전적 형태로 긴요하게 참고된 바 있다.²⁰⁷⁾ 그런즉 우리 민법의 입법자들은 스위스 민법식의 강한 수급인 보호를 규정할 수 있었는데도 불구하고 의도적으로 독일 민법식의 약한 수급인 보호를 규정한 셈이 된다.

2) 스위스 민법상 법정저당권

스위스 민법상 수급인의 법정저당권(Gesetzliches Grundpfandrecht)은 제 837조 이하에 규정되어 있다.²⁰⁸⁾ 그 주체는 수급인, 수공업자, 부대체물인 재료의 공급자²⁰⁹⁾ 등이다. 직접적인 도급계약 관계에 있지 않은 하수급인도 법정저당권을 가질 수 있다고 해석한다.²¹⁰⁾

그런데 스위스 민법을 볼 때 주의해야 할 점이 있다. 스위스 민법도 법정저당권이 ‘자동적으로’ 설정된다고 규정하고 있지는 않다는 점이 그것이다. 스위스 민법도 권리의 주체가 저당권 설정을 청구하여 등기하여야 하는 것으로 규정하고 있는 것이다. 그러므로 스위스 민법상 제도는 엄밀하게는 저당권설정‘청구권’이라고 할 여지가 있다. 그래서 저당권설정을 청구하는 것을 저당권설정청구권을 행사하는 것으로 표현할 수도 있다. 하지만 스위스 민법은 이 저당권이 임의저당권이 아니라 ‘법정저당권’이라는 것을 법문언상 명확히 해 놓고 있다(Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandes).²¹¹⁾

207) 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 『민법안심의를록 상권』, 1957, 2면 참조.

208) Basler Komm ZGB/Hofstetter, Art.837/838, Rn.1, Art.839/840, Rn.1.

209) 대체물인 건축재료를 공급하는 자의 의무 이행은 매매계약상 의무 이행적 성격이 강하므로 대체물인 건축재료를 공급하는 자는 부대체물인 건축재료를 공급하는 자와는 달리 스위스 민법 제837조의 법정저당권을 가질 수 있는 주체에서 배제되는 것이 원칙이다. 이춘원, 앞의 글(각주 52), 363면.

210) Basler Komm ZGB/Hofstetter, Art.839/840, Rn.3f.

211) Gesetzlicher Anspruch auf das Baupfand라는 표현도 사용된다. Basler Komm ZGB/Hofstetter, Art.837/838, Rn.1, Art.839/840, Rn.1, Rn.22. 청구권(Anspruch)이라는 단어를 사용하면서도 법정저당권임을 분명히 하고 있는 스위스의 예는 독일의 저당권설정청구권이 법정저당권일 수 있음

스위스 민법상 수급인은 공사목적물인 토지의 소유자인 도급인을 상대로 저당권설정청구를 하는 것이 일반적이다.²¹²⁾ 건물공사 수급인도 토지소유자인 도급인을 상대방으로 하여 저당권설정청구를 하는 것이 일반적이다. 토지와 건물에 대해 일원적 소유권 체계 및 일원화된 등기부를 사용하고 있는데다가, 건물공사는 토지공사를 수반하는 것이 일반적이므로 그러하다.²¹³⁾

스위스 민법상 수급인의 저당권설정청구는 도급계약 체결일부터 가능하다.²¹⁴⁾ 하지만 늦어도 공사완성 후 4개월 이내에는 청구하여야 한다.²¹⁵⁾ 이 4개월은 제척기간으로 해석된다. 도급 내용인 일이 여러 가지나 여러 단계로 구분될 수 있는 경우에는 제척기간의 진행도 분리될 수 있다.²¹⁶⁾ 수급인이 저당권설정청구를 하여 확보할 수 있는 채권의 범위는 채권최고액으로 정해 등기한 액이다.²¹⁷⁾

이처럼 스위스 민법은 수급인의 담보권이 법정저당권이라고 하면서도 저당권설정의 청구를 할 것을 요구하고 있고, 청구에 기간 제한도 두고 있다. 이로 인해 애매해지는 것이 청구기간 이내이되 저당권이 등기되지 않은 채

에도 불구하고 독일의 법률가들이 의도적으로 저당권설정'청구권'에 머물도록 해석하고 있다는 의심을 하게 만든다.

212) 2009년에 개정되어 2012년부터 시행된 스위스 민법 제837조는 예를 들어 임차인처럼 토지소유자가 아니면서 토지에 용익권을 가지는 자에 의해 도급계약이 행해진 경우에도 저당권설정을 청구할 수 있음을 규정하고 있다. 다만 이 경우 그러한 도급계약에 대해 토지소유자의 동의가 있어야 한다.

213) 스위스도 토지 중심의 일원화된 부동산등기부를 가지고 있다. 토지를 등기할 때에 토지 관련 사항을 기재하도록 되어 있는데 거기에 건물 사항을 기재한다. 스위스 민법 제675조는 등기된 토지 역권을 가지고 있는 것을 전제로 토지소유자와 다른 건물소유자가 존재하는 것을 명문으로 인정하고 있다. Basler Komm ZGB/Rey, Art.675, Rn.1f. 그러므로 스위스 등기부상 토지 역권 부분과 건물 사항 부분 등의 합은 건물등기부로서 기능하게 된다. Basler Komm ZGB/Schmid, Art.943, Rn.6, Art.946, Rn.15f, Grundbuchverordnung § 20 참조. 그런 한편, 스위스 연방정부는 건물에 대해 등기부와 별도의 대장으로 건물등록부(Gebäuderegister)를 작성하여 관리하고 있다. Verordnung über das eidgenössische Gebäude- und Wohnungsregister 참조.

214) Basler Komm ZGB/Hofstetter, Art.839/840, Rn.28. Basler Komm ZGB/Schmid, Art.946, Rn.40, Grundbuchverordnung § 54.

215) 2009년에 개정되어 2012년부터 시행된 스위스 민법 제839조는 수급인의 권리 행사 기간을 기존의 3개월에서 4개월로 연장시켰다. 스위스 민법 제839조 제2항.

216) 이 기간은 제척기간이지만 소를 통해 연장하거나 유예하는 것이 가능하다. Basler Komm ZGB/Hofstetter, Art.839/840, Rn.28f.

217) Basler Komm ZGB/Hofstetter, Art.839/840, Rn.9a, Rn.32, Grundbuchverordnung § 76, § 118 참조.

토지의 매매가 이루어지는 경우에 대한 처리이다. 이 대목에서 스위스 민법상 제도가 그 실질에서 저당권설정청구권이 아니라 법정저당권이라는 것이 힘을 받는다. 수급인의 저당권(저당권설정청구권)이 해당 토지에 물적부담(Realobligation)으로 부착되어 있다고 보는 것이다.²¹⁸⁾ 그리하여 저당권이 등기되지 않은 상태에서 해당 토지의 매매가 이루어질 경우 해당 토지의 제3취득자가 저당권설정청구의 상대방이 될 수 있다. 그 결과 스위스에서 토지의 제3취득자는 부동산등기부를 확인하고 매수를 하였다더라도 수급인의 법정저당권에 대해 책임을 져야 할 수 있다. 이때에 토지의 제3취득자가 선의인지 악의인지는 고려되지 않는다.²¹⁹⁾

스위스 민법상 수급인이 청구하여 설정된 저당권은 근본적으로 저당권인 만큼 다른 일반 저당권자와 우열은 등기된 것을 기준으로 등기의 선후로 정해진다.²²⁰⁾ 그렇지만 수급인의 저당권 등기가 일의 완성이 아닌 도급계약 체결일로부터 가능하므로 수급인은 우선순위 확보에 사실상 유리한 위치에 있게 된다. 같은 공사에 수급인들이 복수로 존재하는 경우에 수급인들 사이 저당권의 순위는 등기의 선후와 무관하게 동순위가 된다.²²¹⁾ 수급인들 사이에 공사의 순서에 따라 저당권의 순위가 달라지는 불합리함이 생기지 않도록 그렇게 한다.²²²⁾

3) 스위스 민법상 우선특권

스위스 민법은 수급인의 공사대금채권을 확보시켜주는 방법으로 저당권 체계에 편입되는 것을 전제로 하는 법정저당권 제도를 두고 있다. 하지만 수급인의 등기 가능 시점을 앞당겨 놓음으로써 수급인 저당권자가 일반 저당권자에 비해 사실상 '우선'특권적 순위를 가질 수 있도록 해놓고 있다. 그런 한편 스위스 민법은 실제로 우선특권 제도도 두고 있다. 스위스 민법 제841조

218) Basler Komm ZGB/Hofstetter, Art.839/840, Rn.22, Art.841, Rn.2.

219) 이춘원, 앞의 글(각주 52), 365면; Basler Komm ZGB/Hofstetter, Art.839/840, Rn.23.

220) Basler Komm ZGB/Hofstetter, Art.839/840, Rn.40f.

221) Basler Komm ZGB/Hofstetter, Art.839/840, Rn.40f.

222) 이춘원, 앞의 글(각주 52), 369면.

는 수급인이 선행 저당권자의 존재로 인해 법정저당권만으로는 채권의 만족을 제대로 얻지 못하는 경우에 제대로 얻지 못한 부분에 대해 선행 저당권자에게 보상(Ersatz)을 청구할 수 있는 우선특권(Vorrecht)을 규정해 놓고 있다. 수급인의 이 우선특권은 흔하게 활용되지는 않는다. 강제집행이 실행되는 단계에서 행사되어야 하고, 수급인에게 요구되는 입증책임 부분들도 있기 때문이다.²²³⁾ 그렇지만 우선특권 제도가 활용될 수 있음이 명문으로 규정되어 있다는 그 자체로 큰 의미를 부여받고 있다.²²⁴⁾

Ⅲ. 우리 민법 제666조 부동산공사 수급인의 저당권설정청구권

1. 우리 민법상 저당권설정청구권

건물공사 수급인에게 공사대금채권을 확보시켜주는 제도로 우리 민법은 제666조에 부동산공사자의 저당권설정청구권을 규정해 놓고 있다. 동조문에 따르면 저당권설정청구권을 가질 수 있는 주체는 수급인만이다. 하지만 의용민법상 선취특권의²²⁵⁾ 주체가 공장, 기사, 청부인(수급인)으로 규정되어 있던 바에 따라 그 정도의 범위로 저당권설정청구권의 주체성을 인정할 여지가 있다.²²⁶⁾ 우리 민법 제666조를 의용민법 시대 주체의 범위로 해석하더라도 그 범위를 크게 확대시키는 결과는 생기지 않는다. 우리 공사 현장의 상황상 공장이나 기사가 도급계약의 당사자로서 계약의 전면에서 등장하는 일이 거의 없기 때문이다. 그럼에도 불구하고 우리 민법상 저당권설정청구권을 가질 수 있는 주체에 대한 해석은 수급인만으로 좁게 해석하는 것이 일반적이다.²²⁷⁾

223) Basler Komm ZGB/Hofstetter, Art.841, Rn.1, Rn.10f.

224) 이춘원, 앞의 글(각주 52), 372면; 이춘원, 앞의 글(각주 51), 253면 참조.

225) 의용민법상 선취특권에 대해서는 이 글 앞 Ⅱ 건물공사 수급인의 공사대금채권 확보 제도에 관한 비교 민법적 고찰, 6. 일본 민법상 선취특권' 부분을 참조하라.

226) 최종길, 앞의 글, 19면 이하.

넓은 해석을 막는 근거는 의용민법과 우리 민법 사이에 법문언의 변경이 행해졌다는 사실이다. 우리 입법자들이 의용민법상 공장, 기사, 청부인(수급인) 중에서 굳이 수급인만 남긴 것에 의미를 주어야 한다는 것이다.²²⁸⁾

그런데 우리 민법 제666조가 저당권설정청구권의 주체를 수급인으로 하고 있는 것은 다른 한편으로 저당권설정청구권의 양도 문제와 맞물린다. 관련 상황을 나누어 보면, 이미 설정된 저당권은 저당권의 일반적 양도 법리에 따라 공사대금채권에 수반시켜 양도가 가능하다. 문제는 수급인이 저당권설정을 청구하지 않은 채로 공사대금채권과 더불어 저당권설정청구권을 양도할 수 있는가이다. 수급인이 가지는 저당권설정청구권은 수급인이 가지는 공사대금채권의 확보를 위한 것인데 공사대금채권에 대해 수급인에게 일신전속적인 권리라고 하지는 않으므로 저당권설정청구권도 수급인에게 일신전속적인 권리라고 할 것은 아니게 된다. 나아가 공사대금채권의 양도에 수반하여 이미 설정되어 있는 저당권을 양도하는 것이 허용되고 있는 만큼, 그 저당권을 설정시키는 저당권설정청구권도 양도가 가능하다고 할 것이다.²²⁹⁾ 판례도 저당권설정청구권은 공사대금채권에 종된 권리로서 채권양도에 수반하여 이전될 수 있다고 하고 있다.²³⁰⁾ 하지만 우리 민법이 제666조에서 수급인에게 저당권설정청구권을 부여하고 있는 규정 취지를 생각하면 다른 결론이 나올 수도 있다. 즉, 부동산공사 수급인의 저당권설정청구권은 ‘수급인’ 모두에게 부여되는 권리가 아니라 ‘부동산공사 수급인’에게만 부여되는 특별한 권리이다. 일신전속적인 권리라고까지 하기는 어려울지 모르지만, 특정 인적 범위에서 특별한 권리를 인정하고 있다는 점에서 해당 권리의 양도성에 제한을 둘 필요가 있기도 하다. 예를 들어 공사대금채권의 양수인이 수급인의 해당 공사를 승계하여 진행하는 등의 사정에 있지 아니하다면 그 양수인

227) 김용담 집필부분/곽윤직 편집대표, 『민법 제666조』, 『민법주해 (XV)』(박영사, 1997), 451면. 필자가 이 글에서 통설이나 소수설이라는 표현 대신 ‘일반적’이라는 표현을 사용하기도 하는 것은 이 주제에 대한 논의가 통설과 소수설로 나뉠 만큼 활발하지는 않아서 이다.

228) 최종길, 앞의 글, 19면 이하 참조.

229) 최종길, 앞의 글, 23면 참조.

230) 대판 1988.03.22. 86다카622,623.

은 그저 금전채권자일 뿐이다. 수급인의 공사대금채권을 양수하여서 공사대금 채권자가 된 양수인은 제666조의 부동산공사 수급인이 아니므로 저당권 설정청구권을 부정하는 것이 규정 취지에 맞을 수 있는 것이다.

비교법적으로 볼 때 이 문제는 공사 시작 전에 등기 내지 등록을 하도록 요구하는 입법례에서는 발생할 여지가 별로 없다. 우리와 비교하면 수급인이 저당권설정청구권을 행사하여 저당권을 설정해 놓은 것과 비슷한 상황이기 때문이다. 이에 비해 공사 완성과 더불어 등기 내지 등록을 할 수 있는 입법례에서는 발생할 여지가 있는 문제이다. 이 문제를 놓고 양도성을 인정하는 해석이 가능한 민법은 스위스 민법이다.²³¹⁾ 그러나 스위스 민법 상으로도 실제로 이런 식으로의 양도가 일어날 가능성이 아주 큰 것은 아니다. 스위스 민법상 법정저당권의 설정 청구에 따른 등기가 공사 완성 후 4개월 이내에만 가능한 것으로 제한되어 있기 때문이다. 이러한 스위스에 비해 독일의 법률가들은 이 문제를 정면으로 언급하지 않는 편이다. 그리하여 추측을 하여 본다면, 독일이 저당권설정청구권자의 범위를 제한적으로 보는 태도를 취하고 있는 만큼 저당권설정청구권 상태로의 양도는 허용하지 않을 것으로 보인다.²³²⁾

이쯤에서 논의를 우리나라로 되돌리면, 이 문제에 관한 한 정책적으로 판단하는 것이 적절하다고 본다. 수급인의 저당권설정청구권이 민법에 명문으로 규정되어 있는 것이 법사적으로 정책적 맥락을 가지는 만큼 저당권설정청구권의 양도성도 정책적 맥락에서 판단하자는 것이다. 그리하여 '수급인의 공사대금채권 보호'에 방점을 둔다면 아마도 양도성을 인정하는 편이 나올 것이다. 우리나라에서 저당권설정청구권이 그다지 실효성 있는 제도인 것은 아니지만, 그래도 저당권설정청구권이 붙어 있는 공사대금채권에서 저당권설정청구권이 제거된다고 하면 감가요인이 될 것이며, 그러한 점은 수급인에게 불리하게 작용할 것이기에 그러하다.

231) Basler Komm ZGB/Hofstetter, Art.839/840, Rn.27.

232) Staudinger Komm/Peters, § 648, Rn.2, Rn.8f.의 논의를 참조하라. 최종길, 앞의 글, 23면에 따르면 (그의 글이 쓰인 1965년 당시에는) 독일의 학설이 나뉘어 그 태도가 분명하지 않았다고 한다.

그런 한편, 우리 민법 제666조상 수급인이 저당권설정청구권을 행사할 상대방은 공사목적물인 부동산의 소유자인 도급인인 것이 일반적이다.²³³⁾ 도급인이 공사목적물을 제3자에게 양도하기 전에 수급인이 저당권 등기를 해 놓지 않았다면,²³⁴⁾ 제3취득자가 도급인 지위를 포괄적으로 승계한 것이 아닌 한, 수급인은 제3취득자를 상대로 저당권설정을 청구하지 못한다. 도급인은 더 이상 공사목적물인 부동산의 소유자가 아니고, 제3취득자는 도급인이 아니기 때문이다.²³⁵⁾

우리 민법 제666조상 저당권설정청구권을 행사할 대상이 되는 물건은 공사목적물인 부동산이다. 그런데 법문언상 구분은 없지만 토지공사자는 토지 부분에 대해서만 저당권 설정을 청구할 수 있고, 건물공사자는 건물부분에 대해서만 저당권 설정을 청구할 수 있다. 우리 실무가 토지와 건물을 독립된 부동산으로 보는 이원적 소유권 체계를 운용하고 있기 때문이다.²³⁶⁾

우리 민법 제666조를 근거로 하여 설정된 저당권이 미치는 범위와 관련하여, 참고로 의용민법 시대에는 공사로 인하여 가치가 증대하였으며 그렇게 증대한 가치가 현존하는 경우에 한하여 그 증대된 가치분에만 담보권이 미친다는 제한이 있었다. 프랑스 민법을 계수하였던 의용민법이 프랑스 민법과 마찬가지로 내용의 제한 규정을 가지고 있었던 것이다. 그런데 이 제한 규정은 일본 민법에 여전히 존재하고 있다. 하지만 우리 민법에서는 사라졌다. 그러므로 우리 민법상 그러한 제한은 없다고 하여야 한다.²³⁷⁾ 더욱이 우리 실무는 명문의 근거 없이 토지만 또는 건물만이라는 큰 제한을 이미 가하고 있는 상태이다. 그러니 그 위에 명문의 근거 없는 제한을 다시 가하는 것은 수급인의 권리를 지나치게 축소시키는 것이라고 봐야 한다.²³⁸⁾

233) 우리나라의 경우에 부동산공사 도급계약 체결의 당사자로서 도급인은 반드시 토지소유자일 필요는 없다. 그래서 도급인이 토지의 전세권자나 지상권자이고 수급인의 공사가 토지공사인 경우에 수급인에게 전세권이나 지상권 위에 저당권설정청구를 인정할 것인가가 문제될 수 있다. 최종길, 앞의 글, 21면 참조.

234) 도급인이 제3자에게 공사목적물을 양도하기 전에 수급인이 저당권설정청구권을 행사하여 등기를 해 놓았다면 수급인은 제3취득자에게 저당권을 주장할 수 있다.

235) 최종길, 앞의 글, 23면; 김용담, 앞의 글, 451면.

236) 최종길, 앞의 글, 20면; 김용담, 앞의 글, 450면 이하.

237) 최종길, 앞의 글, 21면.

우리 민법 제666조상 저당권설정청구권의 행사로 설정된 저당권으로 담보되는 수급인의 채권과 관련하여 민법은 ‘도급계약상 채권’이나 ‘공사대금’이 아니라 ‘보수라는 표현을 사용하고 있다.²³⁹⁾ 이 보수를 어떻게 해석하고, 수급인이 주장하는 보수를 어떤 식으로 인정해 줄 것인가에 따라 피담보채권의 범위에 차이가 생길 수 있다.²⁴⁰⁾ 피담보채권의 범위에 관한 한 문언처럼 보수만이 아니라 공사대금채권 전반으로 해석하는 것이 일반적이다. 제666조의 수급인의 목적 부동산에 대한 저당권설정청구권 규정과 제664조의 도급의 의의 규정과 제665조의 보수의 지급시기 규정을 조화롭게 해석하여 그러하다.²⁴¹⁾

우리 민법 제666조상 저당권설정청구권 행사의 시간적 측면과 관련하여서는 민법이 규정하고 있는 바가 없다.²⁴²⁾ 그래서 보수채권(공사대금채권)의 성립만으로도 저당권의 설정을 청구할 수 있다고 해석할 수도 있다.²⁴³⁾ 그렇지만 제666조의 저당권설정청구권 규정과 제665조의 보수의 지급시기 규정의 관계상 수급인은 공사의 완성 후에 비로소 설정을 청구할 수 있다고 해석할 여지가 크다. 이와 관련하여 우리 판결들을 보면, 대부분 수급인이 공사를 완성한 후에 공사대금을 지급받지 못한 상태에서 저당권설정을 청구한 경우들이다. 이는 이론적 해석이야 어떻든 실제 상황에서 수급인들은 공사를 완성한 후에 저당권설정청구권을 행사하는 것으로 인식하고 있다는 증거가 될 수 있다.²⁴⁴⁾

238) 그럼에도 불구하고 가치 중대분 범위 이내로의 제한이 작동할 여지는 상당하다. 수급인의 선취특권이나 저당권설정청구권의 인정이 도급인과 수급인 사이의 공평 관념에 바탕을 두는 만큼, 그런 제한을 두는 편이 오히려 공평하다고 생각할 수도 있기 때문이다. 이춘원, 앞의 글(각주 51), 262면 참조.

239) 우리 민법 제666조가 ‘보수로 되어 있는 것에 비해 일본 민법 제327조는 ‘비용’으로 되어 있다. 독일 민법 제648조는 ‘계약상 채권’이라고 되어 있다.

240) 김용담, 앞의 글, 446면 이하.

241) 김용담, 앞의 글, 444면, 446면, 451면.

242) 프랑스 민법상 수급인과 일본 민법상 수급인은 공사 시작 전에 공사 내용을 등기나 등록을 해놓는 것을 전제로 권리를 행사할 수 있다. 이에 비해 독일 민법상 수급인은 공사 완성 후에 권리를 행사할 수 있는 것이 원칙이다. 프랑스 민법 제2103조 제4항, 제2106조, 일본 민법 제338조, 독일 민법 제648조의 문언들을 비교하여 참조하라.

243) 김용담, 앞의 글, 450면.

244) 예를 들어 대판 2008.03.27. 2007다78616,78623; 대판 2016.10.27. 2014다211978 등. 참고로,

우리 민법 제666조상 저당권설정청구권의 존속 기간과 관련하여서도 민법이 규정하고 있는 바가 없다. 그래서 저당권설정청구권 그 자체로 행사 기간에 제한을 두어서는 안 된다고 할 여지가 있다. 그런 한편 저당권설정청구권인 만큼 10년의 소멸시효기간을 가진다고 볼 여지도 있다.²⁴⁵⁾ 그러나 판례는 저당권설정청구권이 청구권임을 전제로 민법 제163조 제3호가 적용되는 공사에 관한 채권으로서 3년의 단기소멸시효기간을 가진다고 보고 있다.²⁴⁶⁾

우리 민법 제666조상 저당권설정청구권의 포기는 그것이 청구권으로 구성되는 한에서 가능하다고 해야 한다. 수급인의 권리를 법정저당권으로 규정하고 있는 스위스 민법조차도 수급인이 권리를 포기하고 청구하지 않는 것 자체를 어찌하지는 않는다. 대신 사전 포기는 허용하지 않는다.²⁴⁷⁾ 우리 민법상 저당권설정청구권도 사전 포기는 허용하지 않는 식으로 운용되어야 할 것이다.²⁴⁸⁾ 수급인이 가지는 채권의 특성상 수급인을 보호해주기 위하여 특별한 권리를 규정해 놓은 취지와 그것을 사전 포기하게 하는 것은 어울리지 않기 때문이다. 이렇게 하는 것이 별 문제 없는 것은 어차피 수급인이 진심으로 해당 권리를 행사할 생각이 없으면 행사하지 않을 것이기 때문이기도 하다.

우리 민법 제666조에 의거하여 수급인이 저당권을 설정해 놓은 경우에 채권실현은 일반적인 저당권 실행에 따르게 된다. 저당권법상 우선순위 법리가 그대로 적용된다는 것이다. 그러므로 동일 공사에 존재하는 복수의 수급인들 사이에 동순위를 인정하는 것은 우리 민법에서는 이끌어내기 쉽지 않은 해석일 것으로 보인다.²⁴⁹⁾

유치권 사건인 대판 2011.10.13. 2011다55214에서 법원은 공사를 완공하여야 공사대금채권을 취득한다고 하고 있다. 이 판례를 따르면 수급인이 저당권설정청구권, 유치권, 공사목적물인 건물의 소유권 취득 등의 방법들 중에서 선택을 하게 되는 여건상으로도 저당권설정청구를 공사를 완성한 후에 해야 할 것처럼 보인다.

245) 최종길, 앞의 글, 21면.

246) 대판 2016.10.27. 2014다211978 참조.

247) 스위스 민법 제837조 제3항 참조.

248) 최종길, 앞의 글, 23면.

249) 최종길, 앞의 글, 23면.

2. 우리 민법상 저당권설정청구권과 독일 민법상 저당권설정청구권

우리 민법 제666조의 저당권설정청구권 제도는 단순하게는²⁵⁰⁾ 독일 민법을 계수한 것이다.²⁵¹⁾ 앞서 서술하였듯이 수급인의 공사대금채권을 확보하는 민법상 제도로 우선특권(선취특권) 계열과 법정저당권 계열이 있다고 할 때, 우리 민법상 저당권설정청구권은 독일 민법상 저당권설정청구권과 마찬가지로 법정저당권 계열에 속한다. 우리 민법이 ‘청구권’으로 규정하고 있기는 하지만, 수급인의 설정 청구에 도급인이 응하지 않을 경우에 수급인은 민법 제389조 제2항의 의사표시에 갈음하는 판결을 받아 단독으로 저당권설정 등기를 할 수 있으므로 결국 제666조에 규정되어 있는 저당권은 법이 정한 바에 따라 설정되는 ‘법정’저당권적인 것이 되는 것이다. 그런즉 수급인이 저당권 설정을 ‘청구’해야만 한다는 점에서 법정저당권 계열이 아니라고 보는 것은 타당하지 아니하다.²⁵²⁾

그럼에도 불구하고 ‘청구’해야만 저당권이 설정될 수 있음을 들어 법정저당권성을 부정하는 논리가 있음에 주목할 필요가 있다.²⁵³⁾ 그 논리는 특히 독일에서 통설이고, 그에 영향 받은 우리나라에서 말해지는 것이다. 그런데 독일에서 저당권설정청구권의 청구권성을 주장하는 것에는 청구권 논리 이상이 깔려 있다. 그것은 유럽 대륙의 주요 로마법계 민법들 중에 저당권설정청구권 제도를 규정한 것은 독일 민법뿐이었다는 사실이다. 로마법적 전통이 우선특권 제도와 법정저당권 제도로 나뉘어 들어갔다고 할 때 독일의 입법자들은 애초에는 아무 제도도 취하지 않으려 하였었다. 금융자본의 세력이 강

250) 복잡하게는, 우리 민법의 계수 통로에 저당권설정청구권 제도를 규정하고 있던 민주국민법이 존재한다. 민주국민법은 일본 민법의 이론적 변형 시도라 할 수 있는데, 정작 일본 민법은 오늘날에 이르도록 선취특권 제도를 유지하고 있다. 우리 입법자들이 제666조와 관련하여 일본 민법(의용민법), 독일 민법, 민주국민법상 규정들의 작동 방식을 어떻게 평가했는지는 알 수 없다. 구체적인 입법자료를 남기고 있지 않기 때문이다. 민주국민법이 우리 민법에 가지는 의미의 평가에 대해서는 이철송, 「민주국민법의 우리 법체사적 의의」, 『민사법학』 제78호(한국민사법학회, 2017.02), 14면을 참조하라.

251) 김용담, 앞의 글, 450면.

252) 최종길, 22면 참조.

253) 광윤직, 앞의 책, 263면 참조.

한 시기에 독일 민법이 제정된 사회적 배경상 수급인의 공사대금채권 보호는 입법자들의 고려에서 아예 배제되어 있었던 것이다. 그렇지만 당시의 독일 사회는 수급인 보호 제도를 절실히 필요로 하는 상황이었고, 이에 타협은 법정저당권이 아니라 저당권설정청구권을 규정하는 선에서 이루어졌다. 독일의 입법자들은 청구를 하여도 설정을 안 해 줄 방법, 또는 아예 청구를 하지 않게 할 방법을 계산에 넣었던 것이다.

이러한 독일 민법상 저당권설정청구권이지만, 사실 독일 민법상 문언만 놓고는 법정저당권으로 해석하는 것이 완전히 불가능한 것이 아니다. 하지만 수급인에게 법정저당권을 인정하지 않는 것이 독일 입법자들의 생각임이 입법자료에 분명하게 드러나 있으므로 독일 민법상 저당권설정청구권의 법적 성질에 대한 해석은 ‘청구권’ 친화적인 것이 역사적 배경에서 ‘옳은’ 해석이 된다. 오늘날 독일의 법률가들은 저당권설정청구권이 법정저당권은 아니지만 차마 약정저당권이라고도 하지 않는다. 법정청구권(Gesetzlicher Anspruch)이라고 하는 타협적 표현을 사용한다.²⁵⁴⁾

문언만 놓고 말하자면 우리 민법 제666조 저당권설정청구권도 법정저당권적으로 해석하는 것이 불가능하지 않다. 그렇다면 우리 입법자들의 의사는 어떠했는가하면, 남겨진 자료가 없다. 이는, 역으로, 우리 입법자들이 독일 입법자들처럼 법정저당권으로 되는 것을 확실하게 반대했다는 자료도 없다는 것을 의미한다. 이 사실은 매우 중요한데, 왜냐하면 이는 우리 법원이 법 개정 없이도 저당권설정청구권 제도를 법정저당권화하여 운용할 수 있음을 의미하기 때문이다.

우리 민법 제666조 저당권설정청구권을 법정저당권화하여 운용하는 것과 관련하여, 우리 민법상 저당권설정청구권 제도는 독일 민법에서 계수된 것이기는 하지만 그 기원 때문에 독일식 청구권 구성에 묶여 있을 필요는 없다. 어차피 우리는 지금도 저당권설정청구권의 운용을 독일식으로 하고 있지 아니하다. 우리는 주체의 범위나 상대방의 범위나 담보물의 범위 등에서 독일

254) Mugdan, *ibid.*, p.927f. 이 글 앞, ‘II. 건물공사 수급인의 공사대금채권 확보 제도에 관한 비교 민법적 고찰, 5. 독일 민법상 저당권설정청구권’ 부분을 참조하라.

보다 훨씬 더 좁은 보호를 하고 있다. 경우에 따라서는 우리의 저당권설정청구권 제도와 독일의 저당권설정청구권 제도가 서로 다른 제도라고 말할 수 있을 정도이다.²⁵⁵⁾

그런데 우리 민법상 저당권설정청구권 제도의 독일보다도 더 좁은 보호에 관한 한, 그 이유가 우리 법문언에 있는 것은 아니다. 우리의 해당 법문언은 독일의 해당 법문언에 비해 열린 해석에 유리하도록 되어 있기 때문이다. 우리의 저당권설정청구권을 독일의 저당권설정청구권과 다르게 만들어 버린 주된 원인으로 주목받는 이원적 부동산 소유권 체계도 좁은 보호를 하게 하는 주된 원인은 아니라고 할 것이다. 이원적 소유권 체계가 우리의 저당권설정청구권을 독일의 그것보다 좁은 범위로 작동하게 만드는 면을 가지기는 하지만 그것은 주로 담보물의 범위와 관련해서이며, 더욱이 그 범위는 해석을 통해 어렵지 않게 넓혀질 수 있기 때문이다. 그렇다면 결국 우리의 저당권설정청구권을 독일의 그것보다 좁은 보호의 것으로 만드는 것은 법운용자의 태도가 된다. 그리고 이는, 우리의 저당권설정청구권을 독일의 그것보다 넓은 보호의 것으로 만드는 것도 법운용자의 태도일 것으로 이어진다.²⁵⁶⁾

3. 우리 민법상 저당권설정청구권에 관한 실무와 일본 민법상 선취특권에 관한 실무

우리나라와 일본은 각기 저당권설정청구권 제도와 선취특권 제도를 가지고 있다. 그런데 우리 실무는 저당권설정청구권이라는 같은 제도를 가지고 있다고 할 독일의 실무보다, 선취특권이라는 다른 제도를 가지고 있는 일본의 실무와 더 유사성을 가진다. 예를 들어, 우리나라의 건물공사 수급인의

255) 구체적인 차이는 이 글 앞, 'Ⅲ. 우리 민법 제666조 부동산공사 수급인의 저당권설정청구권, 1. 우리 민법상 저당권설정청구권' 부분과 'Ⅱ. 건물공사 수급인의 공사대금채권 확보 제도에 관한 비교 민법적 고찰, 5. 독일 민법상 저당권설정청구권' 부분을 비교하여 보라.

256) 법운용자의 태도가 중요한 것은 민법개정이라는 방법을 사용하는 경우에도 마찬가지가 된다. 법원이 반대하는 내용의 민법개정이 이루어질 것을 생각하기는 어렵기 때문이다. 우리 법운용자의 태도와 관련해서는 이 글 뒤, 'Ⅲ. 우리 민법 제666조 부동산공사 수급인의 저당권설정청구권, 4. 우리 민법상 저당권설정청구권의 실효성 없음과 개정 여부' 부분을 참조하라.

저당권은 건물부분에 설정되고, 일본의 건물공사 수급인의 선취특권도 건물 부분에 설정되는데, 독일의 건물공사 수급인의 저당권은 토지부분에 설정되는 식이다.

우리 실무가 일본의 실무와 유사하게 된 주된 요인은 일단은 우리나라와 일본 사이 부동산 소유권 체계의 동일성인 것으로 추측된다. 우리나라와 일본과 독일 사이에 유사 요소와 차이 요소를 점검하여 보면 그런 추론이 나온다. 우리 실무와 일본 실무의 유사성을 이처럼 부동산 소유권 체계의 동일성 면에서 접근하는 것은, 우리나라가 선취특권 제도를 운용하던 그때나 저당권 설정청구권 제도를 운용하고 있는 오늘날이나 해당 제도들이 한결같이 실효성이 별로 없는 것을 설명해주기도 한다. 우리 부동산 소유권 체계에 달라진 것이 없으니 해당 제도가 선취특권 제도에서 저당권설정청구권 제도로 바뀌었다고 한들 소유권 체계의 틀 안에서 운용되고 있는 해당 제도의 실효성에 그 어떤 차이가 나타나기를 기대하기 어려운 것이다.

하지만 부동산 소유권 체계가 동일하다고 하여 실무가 유사해야 하는 것은 아니다. 독일과 프랑스는 공통적으로 일원적 소유권 체계를 취하고 있지만 그들의 저당권설정청구권 실무와 우선특권 실무는 우리의 저당권설정청구권 실무와 일본의 선취특권 실무만큼 유사하지는 아니하다. 그렇다면 우리 실무의 모습이 일본의 실무와 유사한 것의 주된 요인은 민법 전반부터 실무 관행에 이르는 매우 포괄적인 것일 수 있다.

그런 한편, 필자의 생각에, 우리에게서 우리 민법과 일본 민법의 유사성에 기인한 약간의 혼란도 있는 것 같다. 예를 들어 우리 실무는 건물신축공사가 아닌 여타의 공사에 수급인의 저당권설정청구권을 인정하는 일이 거의 없다.²⁵⁷⁾ 일본 실무도 건물신축공사가 아닌 여타의 공사에 건물공사 수급인의 선취특권을 인정하는 일이 거의 없다. 하지만 일본 실무가 건물신축공사가 아닌 여타의 공사에 건물공사 수급인의 선취특권을 인정하지 않는 것은 우리와 맥락이 다르다. 일본 민법은 건물신축공사와 여타의 건물공사

257) 이는 대법원종합법률정보 사이트에서 민법 제666조로 판례검색을 한 결과들을 사인별로 분석한 바에 따른 것이다.

에 별개의 조문을 두어 별개의 선취특권을 인정하고 있다. 그러니 일본 실무가 여타의 공사에 건물공사 수급인의 선취특권을 인정하지 않는 것이 사실은 인정하지 않는 것이 아니다. 그런 한편 일본 민법이 건물신축공사와 여타의 공사에 별개의 조문을 두어 별개의 선취특권을 인정하고 있는 것에 비해, 우리 민법은 건물신축공사와 여타의 공사에 별개의 조문을 두어 별개의 저당권설정청구권을 인정하고 있지 아니하다. 그렇다고 하여 우리 민법이 여타의 공사에 저당권설정청구권을 인정하지 못하게 되어 있는 것은 아니다. 우리 민법은 일본 민법처럼 별개의 조문을 둘 필요가 없도록 되어 있다. 우리 민법 제666조는 건물신축공사 및 여타의 건물공사 및 여타의 부동산공사에 모두 적용될 수 있는 문언이기 때문이다. 그러므로 우리 실무는, 우리 민법 및 일본의 민법과 실무와 보조를 맞추고자 한다면, 여타의 공사에 저당권설정청구권을 어느 정도 인정하여야 한다. 결과만 놓고 보면 우리 실무가 여타의 공사에 저당권설정청구권을 인정을 안 하는 편이 일본의 실무와 보조를 맞추는 것 같지만, 사실은 우리 실무가 여타의 공사에 저당권설정청구권을 어느 정도 인정을 하는 편이 일본의 실무와 보조를 맞추는 것이 되는 것이다. 사정이 이러한 한, 우리 실무가 건물신축공사가 아닌 여타의 공사에 저당권설정청구권을 적용하는 일이 없는 것은 오로지 우리 실무에 그 이유가 있다고 할 것이다.

4. 우리 민법상 저당권설정청구권의 실효성 없음과 개정 여부

우리나라는 의용민법 시대에는 선취특권 제도를 운용하였다. 그러다가 우리 민법을 제정하는 것을 계기로 독일 민법상 저당권설정청구권 제도를 들여왔다. 선취특권 제도에서 저당권설정청구권 제도로 바꾼 것은 기존의 선취특권 제도가 실효성을 가지지 못한다는 이유에서였다.²⁵⁸⁾ 그런데 우리 민법상 저당권설정청구권 제도는 애초부터 오늘에 이르기까지 계속 실효성을 가지

258) 민법안심의록 상권, 388면 참조.

지 못하고 있다.

그 이유는 짐작만 가능하다. 저당권설정청구권 제도의 운용과 관련하여 법원의 태도를 분석할 수 있을 만큼 판례가 집적되어 있지 아니하기 때문이다. 게다가 이 제도가 실효성을 가지지 못해서 그런지 그 이유에 대해 학계 쪽에서 논의한 바도 별로 없기도 하다. 나아가, 이 제도가 선취특권 제도의 후속 제도라고 할 때, 이전의 선취특권 제도는 어떤 이유로 실효성을 가지지 못했었는지를 밝혀주는 입법관련 자료 또한 없다.

그리하여 짐작해보는 첫 번째 이유는, 우리가 취한 독일식 저당권설정청구권 제도에 따른 보호가 원래 약한 것이어서이다. 보호가 약하다 보면 굳이 그 보호 방법을 이용할 유인도 적게 되고, 그러다 보면 실효성을 가지기가 어렵게 되는 것이다. 그런데 이 짐작은 또 다른 의문을 만들어 낸다. 우리 입법자들이 독일저당권설정청구권 제도가 보호가 약하고 실효성도 별로 없는 것을 알면서 굳이 저당권설정청구권 제도를 들여왔는가 하는 것이 그것이다. 이 의문과 관련해서 우리 입법자들이 제도의 실효성에 큰 기대를 하지 않은 채 저당권설정청구권 제도를 들여오는 것을 추진했을 가능성을 배제하기 어렵다. 기존 선취특권 제도가 실효성을 갖지 못하고 있는 것이 분명한데 우리 민법을 제정하면서 그 개선을 검토하지 않는 것은 적절하지 않으므로 검토 대상으로 삼기는 하였을 것이다. 이때에 여러모로 편한 선택은 독일식 저당권설정청구권 제도를 들여오는 것이 된다. 우리 민법의 전체적인 틀이 독일 민법식이므로 독일 민법식 저당권설정청구권을 들여오는 것이 괜찮은 선택이 되는 것이다. 게다가 새로 들여온 저당권설정청구권 제도가 설령 실효성을 갖지 못하게 되더라도 선취특권 제도일 때보다 상황이 더 나빠지는 것은 아니다. 이에 덧붙이자면, 우리 입법자들은 상대적으로 실효성 있는 스위스 민법상 법정저당권 제도의 존재를 분명히 알고 있었다. 민법안심의록의 여기저기에 스위스 민법 조문들이 등장하고 있기 때문이다. 그렇다면 우리 입법자들은 스위스 민법상 법정저당권 제도를 의도적으로 선택하지 않은 것이 된다. 아마도 스위스 민법의 강한 보호가 부담스러워 그리하였을 것이다. 우리 입법자들이 제도의 실효성 없음을 들어 제도 변경을 하였으나, 그 실효

성이 독일도 일본도 선택하지 않은 스위스 민법식 제도를 선택하게 만들 만큼 중요한 고려 요소는 아니었으리라는 것이다.

두 번째 이유는, 우리 법 배경이나 기초에 실효성을 낮추는 어떤 면이 있어서이다. 선취특권 제도도 저당권설정청구권 제도도 모두 실효성이 없는 것을 보면 그럴 수 있다. 그 어떤 면은 선취특권 제도나 저당권설정청구권 제도의 작동과 매우 밀접한 관계에 있는 부동산 소유권 체계의 면인 것으로 보인다. 같은 저당권설정청구권 제도를 운용하고 있는 우리나라와 독일 사이에 결정적으로 차이는 것이 이원적이고 일원적인 부동산 소유권 체계인 정황상 그러하다. 물론 일원적 소유권 체계를 갖고 있는 독일에서조차 저당권설정청구권 제도는 별다른 실효성을 가지지 못하고 있기는 하다. 그럼에도 불구하고 우리나라가 가지고 있는 이원적 소유권 체계가 저당권설정청구권 제도의 실효성을 낮추는 어떤 면이라고 보는 것은 여전히 유효하다. 두 나라 모두에서 실효성이 없기는 마찬가지이지만 이원적 소유권 체계를 가지는 우리나라에서의 보호가 독일에서의 보호보다 좁은 것임은 분명한 사실이기 때문이다. 그렇지만 앞서 서술하였듯이, 이원적 소유권 체계 자체가 저당권설정청구권 제도의 실효성을 없게 만드는 주된 원인인 것은 아니라고 할 것이다.²⁵⁹⁾

세 번째 이유는, 우리나라 수급인은 유치권이나 신축건물에 대한 소유권 귀속 같은 다른 방법을 선택할 수 있어서이다. 그런데 유치권이라는 방법은 공사대금채권의 실현에 효율적이지 않을 뿐만 아니라, 관련자들 사이에 분쟁을 키우는 성격을 가진다.²⁶⁰⁾ 그리고 소유권 귀속이라는 방법도 수급인이 궁극적으로 원하는 것이 공사대금의 적절한 지급이지 공사목적물의 소유권이 아니고, 그나마 해당 소유권이 진정한 소유권으로 작동되기 어렵다는 점에서

259) 이 글 앞, Ⅲ. 우리 민법 제666조 부동산공사 수급인의 저당권설정청구권, 2. 우리 민법상 저당권 설정청구권과 독일 민법상 저당권설정청구권' 부분을 참조하라.

260) 수급인이 손쉽게 유치권이라는 방법을 사용할 수 있다고 하지만 그것도 그리 쉬운 방법은 아니다. 수급인이 유치권을 행사하려면 계속하여 공사목적물을 점유하여야 한다는 요건이 있는데, 예를 들어 건물신축 과정의 중간단계를 공사한 수급인은 다음 단계의 공사가 진행되게 하기 위해 다른 수급인에게 점유를 넘겨주어야 할 수 있다. 그런 한편 수급인이 유치권을 확보하였다고 하더라도, 수급인은 채무자인 도급인에게 자신 외에 어떤 채권자들이 더 있는지에 따라 유치권에 의한 경매 청구를 하지 못할 수도 있다. 김영희, 「유치권이 있는 부동산의 경매와 유치권의 저당권에 대한 대항력」, 『민사법학』 제63-1호(한국민사법학회, 2013.06), 408면 이하 참조.

마찬가지로 효율적이지 않다. 그런즉 우리 저당권설정청구권 제도가 실효성이 없는 이유로 짐작해 볼 수 있는 것 중에 수급인이 다른 방법을 선택할 수가 있어서라는 이유는 소극적 이유가 된다. 수급인들이 다른 방법들을 선택할 수가 있어서 그 방법들을 사용하다보니 저당권설정청구권 제도가 실효성이 없게 된 것이 아니라, 저당권설정청구권 제도가 워낙 실효성을 가지지 못하다보니 다른 방법들을 사용하는 것이 실제에 가까운 것이다.

네 번째 이유는, 우리의 법운용자가 저당권설정청구권 인정에 소극적이어서이다. 우리 법원이 왜 저당권설정청구권 제도의 운용에 소극적인지는 알기 어렵다. 수급인들이 저당권설정을 청구하는 일이 별로 없어서 법원이 이 문제를 판단할 기회를 가지지 못했을 가능성이 전혀 없지는 않는데, 그렇다 하더라도 법원의 소극적 운용을 부정하기는 어렵다.²⁶¹⁾ 법원이 많지 않은 사건에서나마 저당권설정청구권 제도를 적극적으로 운용하겠다는 태도를 보였다면 수급인들이 저당권설정을 인정받는 일이 지금처럼 적지는 않을 것이기 때문이다. 법원은 건물공사자들에 의한 유치권 행사의 남용이 가져온 난맥상을 정리하기 위하여서라도 저당권설정청구권 제도를 적극적으로 활용할 수 있을 터인데 그러지 않는 것도 소극적 운용의 증거로 볼 수 있다. 지난 2013년 1월 16일에 입법예고되었던 바 유치권 관련 민사법 개정안의 핵심 내용이 부동산 유치권을 저당권설정청구권화하는 것이었다는 점을 생각하면 더욱 그러하다.²⁶²⁾

한편, 어떤 이유로든 우리 민법상 저당권설정청구권이 실효성을 가지지 못하는 것이 현실이라고 할 때 이 현실에 별 의미를 주지 않을 수도 있다. 수급인의 공사대금채권 확보를 위한 민법상 제도와 관련하여 우선특권이든 법정저당권이든 저당권설정청구권이든 실효성이 크지 않은 것이 오늘날 세계적으로 보편적인 현상이라는 점, 그리고 수급인 보호는 민법상 제도에서 특별

261) 우리 법원이 민법 제666조 저당권설정청구권의 운용에 소극적인 것은 건물신축공사가 아닌 여타의 공사로 저당권설정을 청구한 사건이 검색되지 않는다는 점에서도 확실히 드러난다. 우리 민법 제666조의 문언은 건물신축공사에만 적용 가능한 것이 아니라 부동산공사 전반에 적용 가능성에도 불구하고 그러하다.

262) 김영희, 앞의 글(각주 260), 436면 이하.

법에 의한 보호로 옮겨져 있다는 점에서 그럴 수 있다. 그런데 앞서 살폈듯이 세계적으로 민법상 제도들이 것처럼 실효성을 가지지 못하는 것에는 이유가 있다. 민법상 제도에 의한 보호가 현실이 필요로 하는 만큼 강하지 못하여서이다. 스위스 민법이나 미국법을 보면 민법상 제도에 의한 보호가 상대적으로 강한 만큼 실효성도 상대적으로 높다. 그런 한편 수급인 보호가 특별법에 의한 보호로 옮겨진 것에는 민법상 제도에 의한 보호가 현실이 필요로 하는 만큼 강하지 못한 것과 더불어 다른 이유도 있다. 민법상 제도를 강화하여 사용하려 할 경우에 민법상 다른 관련 법리들의 제어를 받게 되지만, 특별법을 활용할 경우 그 제어를 피할 수 있어 한층 강한 보호가 가능한 것이 그 이유이다.²⁶³⁾

우리나라도 부동산공사 수급인의 보호를 상당 부분 특별법에 의존한다고 할 때 그렇다면 실효성이 별로 없는 우리 민법 제666조를 어떻게 할 것인지를 생각해 볼 필요가 있다. 필자는 최근의 우리 민법 개정 작업과 관련하여 민법 제666조를 존치시키는 편이 바람직하다고 생각한다. 해당 규정이 민사관계의 기본법인 민법에 존재한다는 사실 자체가 사회에 메시지적 의미를 준다는 것은 우리나라의 경우에도 마찬가지이기 때문이다. 이에 민법 제666조를 존치시킬 것이라면 특별법과 조화되는 보호 규정으로 민법 제666조를 강화시키는 것이 어떨까 싶다. 수급인의 권리를 저당권설정청구권에서 법정저당권화하기를 제안하는 것이다. 만약 그러한 개정이 부담스럽다면 강한 보호는 특별법에 맡긴 채, 현재 법문언을 유지하는 것도 괜찮다고 생각한다. 우리 민법 제666조의 법문언이 비교적 단출하게 되어 있으므로, 법원이 해당 제도를 적극적으로 운용할 의지만 가진다면 지금 문언을 가지고도 법정저당권화한 것과 비슷한 효과를 낼 수 있을 것이기 때문이다.

263) 예를 들어 하수급인에게 도급인을 상대로 직접 공사대금을 청구할 수 있게 하는 구성은 민법 법리상 곤란한 나라가 많다. 계약 법리상 도급계약의 당사자 관계성이 문제로 되기 때문이다. 하지만 특별법상으로는 대부분의 나라가 그 구성을 취하고 있다. 박수곤, 앞의 글, 388면; 이준현, 「하도급거래에 있어서 수급사업자의 발주자에 대한 하도급대금 직접지급 청구권」, 『법조』 통권 제605호(법조협회, 2007.02), 40면 등 참조.

IV. 맺는 말

우리가 계수한 독일 민법은 수급인의 공사대금채권 확보를 위한 제도 마련과 관련하여 다른 로마법계 민법들과 구분되는 행보를 보인 입법례이다. 다른 로마법계 민법들은 그 구체적인 명칭이 우선특권이든 법정저당권이든 법정담보권으로 구성하였던 것에 비해, 독일 민법은 약한 보호 의도를 분명히 하며 저당권설정청구권으로 구성하였던 것이다. 이후 독일은 그렇게 구성한 대가로 자신의 저당권설정청구권 제도가 다른 나라 제도들에 비해 특히 실효성이 없는 제도로 머무는 것을 감수하여야 했다. 우리 민법 제정 즈음의 사정으로 판단하건대, 독일식 저당권설정청구권 제도는 우리나라에서도 실효성을 가지기 힘든 것이었다. 그럼에도 불구하고 우리 입법자들은 독일식 저당권설정청구권 제도를 들여왔고, 우리 민법상 저당권설정청구권 제도는 여태까지 실효성이 없는 채 머물러 있다.

그런 한편 오늘날 수급인의 공사대금채권 확보 문제를 해결하는 일은 그 중심이 민법에서 특별법 영역으로 옮겨져 있다. 민법상 제도에 의한 보호가 상대적으로 약한 독일에서나, 상대적으로 강한 스위스에서나 마찬가지로 그러하다. 이는 정도 차이가 있기는 있지만 민법상 제도들이 사회가 요구하는 수준의 보호를 따라가지 못하여서 벌어진 일이라고 하겠다. 그런데 수급인의 공사대금채권 확보 문제가 민법이 아닌 특별법 영역에서 해결되고 있는 것이 어떤 이유에서든 현실이라면, 차라리 민법상 제도를 폐지하는 것을 고려해 볼 필요가 있다. 민법상 제도를 존치시키는 것은 사람들에게 낮은 보호의 잘 못된 메시지를 줄 수 있을 뿐만 아니라, 특별법 영역에서 관련 법리를 전개하는 일에 방해가 될 수도 있기 때문이다. 이 점에 주목하여 실제로 여러 나라에서 민법상 제도의 폐지 주장이 나온 바 있다. 하지만 현재로서는 그 어느 나라도 민법상 제도를 폐지할 계획을 가지고 있지 아니하다. 민법상 제도의 보호 정도나 실효성 여부에서 드러나는 한계에도 불구하고 사람들이 민사관계를 규율하는 기본법인 민법이 수급인의 공사대금채권을 어떻게든 보호하겠노라고 선언을 하고 있다는 사실에 더 큰 의미를 부여하고 있기 때문이다.²⁶⁴⁾

■ 참고문헌

- 곽윤직, 『채권각론』 제6판, 박영사, 2003.
- 김상용, 『민법사상사』, 피앤씨미디어, 2016.
- _____, 「부동산공시수급인의 우선특권 - 우리 민법상의 수급인의 저당권설정청구권과의 비교 -」, 『민사법연구』 4, 법원사, 2000.04, 352-370면.
- _____, 「구동독의 주택제도와 통독 후의 토지와 주택의 부합」, 『법학연구』 제8권, 연세대학교 법학연구소, 1998, 251-288면.
- _____, 「부동산등기제도의 발전에 관한 법제사적 고찰」, 『충북대논문집』 제25집, 충북대학교, 1983.06, 463-473면.
- 김성수, 「일본 메이지민법(물권법: 선취특권)의 입법이유」, 『민사법학』 제60호, 한국민사법학회, 2012.09, 535-588면.
- 김영희, 「영미법상 신탁과 그 변형으로서 퍼블릭 트러스트 독트린과 내셔널 트러스트」, 『법과사회』 제51호, 법과사회이론학회, 2016.04, 145-199면.
- _____, 「유치권이 있는 부동산의 경매와 유치권의 저당권에 대한 대항력」, 『민사법학』 제63-1호, 한국민사법학회, 2013.06, 397-444면.
- 김용담 집필부분/곽윤직 편집대표, 「민법 제666조」, 『민법주해 (XV)』, 박영사, 1997, 450-451면.
- 김증한, 「도급건축물의 소유권」, 『법정』 제20권 제2호, 법정사, 1965.02, 15-19면.
- 남효순, 「프랑스민법상의 부동산우선특권 - 개정 담보법(2006)의 내용을 중심으로 -」, 『민사법학』 제49-2호, 한국민사법학회, 2010.06, 189-239면.
- 남효순 외, 「프랑스의 부동산공시제도에 대한 연구」, 『2013년 대법원 연구용역 보고서』, 2013.
- 민의원 법제사법위원회 민법안심소위원회, 『민법안심의록 상권』, 1957.
- 박수곤, 「프랑스에서의 하도급법에 대한 개관 - 건축하수급인의 공사대금채권 담보수단을 중심으로 -」, 『민사법학』 제25호, 한국민사법학회, 2004.03, 371-404면.
- 박영복, 「도급계약: 독일법제상의 도급계약과의 비교 고찰」, 『외법논집』 제1집, 한국외국어대학교 법학연구소, 1994.12, 123-157면.
- 박인환, 「일본 메이지민법 입법이유(총칙편: 물건) 분석」, 『법학논문집』 제35집 제2호, 중앙대학교 법학연구원, 2011, 47-88면.
- 박일훈, 「일본 부동산 선취특권의 유형적 고찰」, 『부동산법학』 제12집, 한국부동산법학회, 2005, 227-254면.
- 엄동섭, 「토지와 건물을 별개의 부동산으로 취급하는 현행 민법의 태도에 대한 비판적 고찰」, 『법조』 제443호, 법조협회, 1993, 34-60면.
- 윤대성, 「토지와 그 정착물의 관계 - 토지와 건물이 별개의 부동산으로 된 연혁을 중심으로 -」, 『성균관 법학』 제16권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2004, 183-203면.
- 윤부찬, 「공사 하수급인의 대금채권 확보수단」, 『토지공법연구』 제28집, 한국토지공법학회, 2005.10, 41-68면.

- 양은상/김태호, 『현행 이원적 부동산 공시제도의 발전 방안에 관한 연구』, 대법원 사법정책연구원, 2014.
- 이상석, 「미국의 공증제도와 등기제도 소개」, 『공증과 신뢰』 통권 제9호, 대한공증인협회, 2016, 237-254면.
- 이상영/권현, 「부동산 개념에 대한 일고찰」, 『비교법연구』 제12권 제2호, 동국대학교 비교법문화연구소, 2012.10, 49-85면.
- 이상태, 「완성건물의 소유권귀속에 관한 연구」, 『일감법학』 제2호, 건국대학교 법학연구소, 1997.12, 93-134면.
- 이상태 번역/三好登, 「로마법에 있어서의 토지 건물 간의 법적 구성」, 『일감법학』 제16호, 건국대학교 법학연구소, 2009, 479-508면.
- 이은희, 「영국의 부동산등기절차」, 『법학연구』 제19권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2008, 217-268면.
- 이중구, 「미국의 주법상의 건축공사 우선특권(Construction Lien)과 부동산 유치권의 비교법적 연구」, 『비교사법』 제19권 제2호, 한국비교사법학회, 2012.05, 583-626면.
- 이준현, 「하도급거래에 있어서 수급사업자의 발주자에 대한 하도급대금 직접지급 청구권」, 『법조』 통권 제605호, 법조협회, 2007.02, 36-81면.
- 이준형, 「일본 메이지민법(채권각론 중 도급)의 입법이유」, 『민사법학』 제75호, 한국민사법학회, 2016.06, 323-361면.
- _____, 「독일 근세 민법전상의 도급계약법」, 『법사학연구』 제25호, 한국법사학회, 2002.04, 131-159면.
- 이철송, 「민주국민법의 우리 법제사적 의의」, 『민사법학』 제78호, 한국민사법학회, 2017.02, 3-41면.
- 이춘원, 「독일의 건축공사 대금채권담보에 관한 고찰」, 『민사법학』 제46호, 한국민사법학회, 2009.09, 555-596면.
- _____, 「민법 제666조에 대한 입법론적 소고」, 『법제연구』 제36호, 한국법제연구원, 2009.05, 231-269면.
- _____, 「저당권설정청구권에 관한 비교법적 고찰: 스위스법을 중심으로」, 『비교사법』 제14권 4호, 한국비교사법학회, 2007.12, 351-386면.
- _____, 「건설공사에서 하도급 대금의 담보에 관한 일 고찰 - 미국의 Mechanic's and Materialmen's Lien의 소개 -」, 『성균관법학』 제19권 3호 별권, 성균관대학교 법학연구소, 2007.12, 753-779면.
- 장정학, 「도급계약에 있어서 완성물의 소유권의 귀속」, 『사법행정』 제29권 9호, 한국사법행정학회, 1988.09, 28-34면.
- 장준철, 「중세 교회법에서의 불명예효」, 『서양중세사연구』 제28호, 한국서양중세사학회, 2011.09, 1-42면.
- 정병호, 「건물의 토지에의 부합 법리와 건물의 구분소유권에 관한 사적 소묘」, 『재산법연구』 제30권 제2호, 한국재산법학회, 2013.08, 1-32면.
- 정우형, 「토지소유권과 건물소유권의 이원적 체계에 관한 연혁적 고찰」, 『부동산연구』 제14권 1호, 한국부동산연구원, 2004, 163-179면.
- 최병조, 『로마법강의』, 박영사, 1999.
- 최종길, 「수급인의 저당권설정청구권」, 『법정』 제20권 5호, 법정사, 1965.05, 18-23면.

- 현승중/조규창, 『로마법』, 법문사, 1996.
- 홍봉주, 「영국에서 시행 중인 부동산 등기제도의 도입과정에 관한 연구」, 『민사법학』 제48호, 한국민사법학회, 2010.03, 311-337면.
- _____, 「미국의 부동산등기제도」, 『토지법학』 제25-2호, 한국토지법학회, 2009.12, 31-54면.
- 松岡久和, 「先取特權」(1)/(2), 『法学セミナー』 705号/706号, 日本評論社, 東京, 2013.10/11, 58-64페이지/ 54-60페이지.
- 松田安正, 「不動産工事の先取特權について」, 『法律時報』 818号, 日本評論社, 東京, 1994.09, 97-100페이지.
- 遠藤浩/鎌田薫 編, 『物權』, 第5版, 日本評論社, 東京, 2005.
- 林良平 編集, 『注釋 民法』, 8, 物權, 3, 留置權 先取特權 質權: §§ 295~368, 有斐閣, 東京, 1965.
- 河上正二, 「先取特權」(1)/(2), 『法学セミナー』 662号/663号, 日本評論社, 2010.02/03, 89-96페이지/ 78-84페이지.
- Marion Benfield, Jr., “The Uniform Construction Lien Act: What, Whither, And Why”, 27 *Wake Forest L. R.* 527 (1992).
- John G. Cameron, *A Practitioner’s Guide to Construction Law*, ALI-ABA Committee on Continuing Professional Education, 2000.
- Kevin Gray/Susan Francis Gray, *Land Law*, 7th Ed., Oxford University Press, 2009.
- H. K. (reviews), “Georg Salomonsohn, *Der Gesetzliche Schutz der Baugläubiger in den Vereinigten Staaten von Nord-Amerika*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1900”, 14 *Harvard L. R.* 309 (1900).
- Max Kaser, *Das Römische Recht*, Bd.I-II, 2 Aufl., C.H.Beck, München, 1971.
- Max Kaser/Karl Hackl, *Das Römische Zivilprozessrecht*, C.H.Beck, München, 1996.
- Jean Marczewski, “Some Aspects of the Economic Growth of France, 1660-1958”, 9 *Economic Development and Cultural Change* 369 (1961).
- Benno Mugdan, *Die Gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd.2, Scientia Verlag, Aalen, 1979(Neudruck).
- Samuel Louis Phillips, *A Treaties on the Law of Mechanic’s Lien on Real and Personal Property*, 2nd Ed., Little Brown and Co., Boston, 1883.
- Fritz Schulz, *Principles of Roman Law*, Oxford Clarendon Press, 1956.
- Harald Wilsch, “The German ‘Grundbuchordnung’: History, Principles, and Future about Land Registry in Germany”, 137 *ztv* 224 (2012).
- Yale Law Journal Comment, “Mechanic’s Liens and Surety Bonds in the Building Trades”, 68 *Yale L. J.* 138 (1958).
- Basler Kommentar Zivilgesetzbuch*, II, Art.457-977 ZGB, 3.Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2007.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd.1, § § 1-240, 7.Aufl., C.H. Beck, (online), 2015.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd.4, § § 611-704, 5.Aufl., C.H. Beck, München, 2009.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd.7, § § 853-1296 7.Aufl., C.H. Beck, (online), 2017.

Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2, § § 631-651, Sellier-de Gruyter, Berlin, 2008.

<Abstract>

Securing Contractor's Right for Remuneration

KIM, Young-Hee*

In the contractual relationship for construction of building or land, one party has the obligation to perform a certain work on the immovable and the other party has the obligation to pay remuneration for the result of the work. The two obligations are reciprocal, and should be executed simultaneously in principle. However, the reality is different from the theory. There exist certain degrees of time lags between the performance and the payment. Contractors are frequently in the situation of doing earlier performance without getting proper payment. That is the reason why many civil codes and civil case laws around the world have ground rules on securing contractor's right for remuneration. From a comparative legal point of view, Swiss and the U.S. have quite strong protections. France has strong protection. Japan has quite similar to but weaker than France. Germany has weak protection. Korea has more or less similar to Germany in the literal sense, but much weaker in reality.

The article 666 the Korean civil code provides that a contractor has a right to require the person who orders the work to create of mortgage on the immovable object of the contract in order to secure the contractor's right for remuneration. The reason how and why the Korean civil code has such a

* Associate Professor, Yonsei Law School

comparatively weak protection has fallen only on guesswork, because there is no definite materials of the legislation. And the surmision is that the Korean legislators took the example by the German civil code probably only in good part. However, the ownership systems on immovables which back up the protection are different between Korea and Germany in their foundations. Furthermore, the Korean supreme court has not been amicable to the protection system. As a result, Korea could give even weaker protection than Germany.

[Key Words] Contract for Work, Contractor, Immovable, Land, Building, Preferential Right, Mortgage, Mechanic's Lien