

민법 제666조에 대한 입법론적 소고

이준원*

차 례

I. 서

II. 외국의 입법례

1. 미 국
2. 프랑스
3. 독 일
4. 스위스

III. 우리민법 제666조의 규정과 개선방향

1. 민법 제666조와 그 문제점
2. 부동산건축에 관여한 자의 채권담보의 필요성
3. 부동산공사에 있어서 이해관계인의 이익형량
4. 우리민법의 개선방향

IV. 결

참고문헌

* 광운대학교 법과대학 교수

I. 서

민법 제665조 1항에 의하면 도급계약에서 그 완성된 목적물의 인도와 동시에 보수를 지급하도록 하여, 완성물의 인도와 대금 지급은 동시에 이행하도록 규정하고 있다. 따라서 건축도급에서 수급인이 건축목적물을 도급인에게 인도할 때에 비로소 보수를 청구할 수 있다. 그런데 수급인은 공사과정에서 급부의 대부분을 실현하였으므로, 목적물 인도 시에 도급인이 보수를 지급하지 않는 경우에 도급계약을 해제하여 원상회복하는 것은 불가능하거나 아무런 의미가 없다. 여기서 민법 제666조에서 부동산공사 수급인의 선 이행의무에 대한 보완책으로서 수급인의 급부가 형체화한 부동산 위에 저당권설정을 청구할 수 있도록 하고 있다. 이러한 민법 제666조는 구민법 상의 선취특권을 현행 민법에서 폐지하면서, 독일 민법 제648조 1항을 계수하여 민법전 제정당시에 학계의 지지를 받아 새로 규정한 것이다.¹⁾ 그런데 민법 제666조에 대하여는 그 실효성에 많은 의문점이 제기되고 있다.²⁾

부동산 공사 수급인의 보수채권 확보방안으로서 법정담보제도는 대다수 나라에서 규정하고 있다. 즉, 프랑스 민법은 제2103조에서 선취특권(Des privilèges spéciaux)을 규정하고 있으며, 일본민법은 이를 본 받아 제327조에서 부동산공사의 선취특권을 두고 있다. 미국은 부동산의 개량(improvement)과 관련된 노무(labor), services 및 재료(materials)를 공급하고 변제를 받지 못한 사람의 채권을 다른 일반채권자보다 목적물에서 우선 변제를 받을 수 있는 권리로서 Mechanics' and Materialmen's Lien를 두고 있다. 독일은 민법 제648조의 건축수급인의 보전저당청구권이 있으며, 이 규정의 불완전성 때문에 새로이 추가된 제648조 a가 있다. 또한 스위스에서는 여러 나라 입법을 절충하여 새로이 만들어진 건축 수급인의 법정저

1) 이항녕 집필부분, 민법안연구회, 민법안의견서, 일조각(1957), 16면.

2) 주석민법, 채권각칙(4), 한국사법행정학회(1999), 205면; 곽윤직, 채권각론[신정 수정판], 박영사(2002), 461면.

당권제도가 있다. 우리민법 제666조와 마찬가지로 외국의 입법에서도 유사한 문제점이 노출되었는데, 외국에서 여러 가지 수단을 통하여 이를 극복하고 있다.

프랑스법에서는 선취특권의 불충분함 때문에 특별법의 제정 등을 통하여 해결하려고 하고 있으며, 일본에서도 건축 수급인의 선취특권에 대한 문제점이 일찍부터 제기되어 왔으며, 최근에는 미국의 Mechanics' and Materialmen's Lien을 참조하려는 경향이 있다.³⁾ 우리민법 제666조에 모범이라고 할 수 있는 독일 민법 제648조 1항은 종래부터 건축수급인의 채권 담보 수단이 실효성이 없는 제도로서 그 문제점이 지적되어왔으며,⁴⁾ 이를 해결하려고 여러가지 시도가 있었으며, 그 최종적인 성과로서 독일 민법 제648조 a를 추가하여 해결하고 있다.

본 논문에서는 이하에서 외국의 입법례를 간략하게 살펴보고, 우리민법 제666조의 문제점을 보완하는 방향을 제시하고자 한다.

II. 외국의 입법례

외국의 입법례는 크게 등기의 순위원칙을 파괴하여 건축수급인의 채권을 우선하여 보장하는 방법과 등기의 순위원칙을 파괴하지 않는 범위에서 보장하는 방법으로 나눌 수 있으며, 이들 양 제도를 절충한 방법이 있다.

1. 미 국

(1) Mechanics' and Materialmen's Lien의 연혁

미국⁵⁾에서는 부동산의 개량을 위하여 노무, 서비스, 재료를 제공하고 대금을 받지 못한 사람의 채권을 목적물로부터 우선변제를 받을 수 있는

3) 執行秀幸 『不動産工事の先取特權』, 『担保制度の現代的展開』(日本評論社, 2006) 138頁以下; 荒井八太郎 『建設請負契約論』(勤草書房, 1967) 906頁; 松田安正 『不動産工事の先取特權について』, 法時66卷10号 97頁以下, 100頁.

4) Soergel in Münchener Kommentar, 4. Aufl., § 648, Rdz. 2.

5) 미국의 Mechanics' and Materialmen's Lien에 대한 자세한 것은 이춘원, “건설공사에서 하도급 대금의 담보에 관한 일고찰”, 성균관법학 제19권 제3호, 753면 이하 참조.

권리로서 Mechanics' and Materialmen's Lien⁶⁾을 두고 있다.⁷⁾ M and M Lien은 미국 독립 후 Washington, D. C. 건설과정에서 건설에 참여한 자의 채권을 확보해 줌으로서, Washington, D. C.를 신속하게 건설할 목적으로 Thomas Johnson에 의해 기초되어,⁸⁾ 1791년에 Maryland 州의회에서 처음 만들어졌다. 1803년에는 Pennsylvania 州에서 M and M Lien이 만들어졌고, 1860년까지 California 州를 포함한 30개 이상의 州가 Pennsylvania 州를 모델로 하여 M and M Lien을 도입하였다. 한편, 1830년에 New York 州에서는 Pennsylvania 州와 약간 다른 내용의 M and M Lien이 만들어졌는데, 이를 모델로 한 州도 상당수 존재한다. 이리하여 미국의 M and M Lien은 크게 Pennsylvania州방식과 New York州방식으로 나누어지지만,⁹⁾ 이들은 노동자와 재료 공급자가 노동력이나 재료를 건축물의 건설에 투입하는 것을 촉진하기 위한 동일한 목적을 가지고 있다.¹⁰⁾ 초기의 M and M Lien은 주택에만 적용하였으나 후에는 거의 모든 종류의 건축물에 적용되었으며, 신축에만 적용되던 것이 개축 및 수선의 경우도 포함하는 것으로 확대되었다. 다만 오늘날 건설공사에서는 2주마다 임금을 지급하는 관행이 있고, 최저임금 및 임금지급을 보장하는 州 및 연방법률, 나아가 건설업계의 노동조합이 있기 때문에 노동자를 M and M Lien으로 보호할 필요성은 현실적으로 적다고 한다.¹¹⁾

최근에는 건설업계가 전문화되어 일반적인 건설과정에서 원수급인, 하수급인, 재하수급인 등으로 계층적 도급이 이용되어, M and M Lien에 의

6) 미국에서 Mechanics' and Materialmen's Lien을 종전에는 Mechanics' Lien이라고 하였으나, 오늘날에는 약칭하여 M and M lien 또는 Construction Lien이라는 용어가 주로 사용된다. 이하에서는 M and M lien이라고 약칭하기로 한다.

7) Jacobus, Texas real estate law, 9th ed.(2005), at 371; Jacobus, Real estate: an introduction to the profession, 9th ed.(2003), at 42; Siedel/Cheezem, Real estate law, 4th ed.(1999), at 342.

8) 백악관 건설과정에서 재료공급자가 새로 건국된 국가의 채무변제를 우려하여 Thomas Jefferson에게 신축 또는 개량으로 재산가치를 높인 재료 공급자의 지급보증을 위해서, Lien을 인정하는 법률을 만들도록 강요했다고 한다(Johnson, Mortgages, Liens, and Security: Provide for Notice of Lien Rights to Owners of Real Property, Contractors, and Providers of Labor, Services, or Materials, 10 Ga. St. U. L. Rev. 211 (1993)).

9) Siedel/Cheezem, supra note 7, at 342.

10) Acret, National Mechanics' Liens Handbook, 4 (Thelen Reid & Priest LLP., 1998).

11) Honigman, Law Revision Commission Report: Construction Debt Act to Replace Mechanics' Liens, 56 Michi. St. B. J. 429, 430 (1977).

한 보호는 주로 하수급인이나 재료 공급자를 보호하는 방향으로 바뀌고 있다.¹²⁾ 따라서 M and M Lien의 논의도 주로 하수급인이나 재료 공급자의 보호와 관련하여 논의되고 있다.

(2) Mechanics' and Materialmen's Lien의 내용

M and M Lien은 그 내용과 형식이 각 州마다 다양하지만, 기본적으로 (하)수급인이나 재료공급자 등을 보호하기 위한 것으로 공통적인 문제를 다루며, 이를 위하여 소유자, 부동산담보대주, 매수인 등과 이해관계를 조 절하여야 하므로 그 내용이 매우 복잡하다. M and M Lien 권리자는 부동산 개량공사에 있어서 노무 또는 재료를 제공한 사람으로서, 수급인, 하수급인, 노무자, 재료공급자, 건축가, 기사, 토지측량사, 건축업자, 트럭 운전기사 등이다. 약 과반수의 州에서는 노무 또는 재료를 제공한 사람 모두에게 M and M Lien을 인정한다. 나머지 州는 M and M Lien 권리자를 2단계(원수급인과 하수급인), 3단계(원수급인, 하수급인, 재하수급인) 또는 4단계(원수급인, 하수급인, 재하수급인, 재재하수급인)로 제한하고 있다. 일부의 州는 원수급인과 하수급인에 더하여 모든 재료 공급자와 노동자에게 M and M Lien을 인정하고 있다. 또 면허가 있는 수급인과 계약을 맺은 모든 사람에게 Lien을 부여하는 州도 있다.

여하튼 M and M Lien은 재료공급자와 수급인은 물론이고, 도급인과 직접계약관계에 있지 않은 하수급인에게도 인정되는 데¹³⁾, 이에는 2가지 방식이 있다. 첫째로, Pennsylvania 州방식¹⁴⁾은 도급인과 원수급인 사이의

12) Comment, The Nebraska Construction Lien Act: Which Way To Lien? 62 Nebraska Law Rev. 86, 90 (1983).

13) 이것이 Mechanics' Lien의 특수성이라고 한다. 일반적으로는 물품의 매도인이 매수인 으로부터 변제받지 못한 경우에는 전전 매수인에 대하여는 권리를 주장할 수 없기 때 문이다(Benfield, The Uniform Construction Lien Act: What, Whither, And Why, 27 Wake Forest L. Rev. 527, 530 (1992), at 528).

14) Pennsylvania법계에 속하는 주(州)는 Arizona, Arkansas, California, Colorado, Delaware, Georgia, Idaho, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Maine, Maryland, Michigan, Minnesota, Missouri, Montana, Nebraska, New Mexico, North Dakota, Oklahoma, Oregon, Ohio, Rhode Island, Tennessee, Washington, West Virginia, Wisconsin, Wyoming이다(Comment, Mechanics' Liens and Surety Bonds in the Building Trades, 68 Yale L. J. 138, 144 n. 30(1958)).

채무존재여부에 관계없이 하수급인에게 그 기여가치에 따라 직접 Lien을 인정한다. 따라서 소유자 등이 이중변제할 위험이 있으므로 이중변제 방지책이 필요하게 된다. 둘째로, New York 州방식¹⁵⁾은 모든 Lien 권리가 원도급계약에서 직접 또는 파생적으로 발생하는 것으로 도급인은 원도급계약의 공사대금에서 수급인에게 변제한 금액을 제외한 범위에서 Lien 책임을 진다. 대개의 경우는 Lien 통지가 있는 경우에 도급인은 수급인에게 변제한 것을 공제한 부분에 대하여 책임을 지도록 하는 의무규정을 두거나, 수급인이 하수급인에 변제하지 않은 금액을 진술하고 선서하도록 하여 그 액을 공제한 것을 도급인이 수급인에게 변제하도록 하는 규정을 두고 있다. 그러나 이 경우에도 직접 계약관계에 없는 사람으로부터 M and M Lien 주장이 있었을 경우에는 그 채무의 변제에 충분할 정도의 금액을 원도급계약의 채무잔액에서 남겨두지 않으면 안 된다. 여기서 원수급인이 변제를 받지 못하면, 공사를 계속하지 않을 가능성이 있다. 또, 소유자는 M and M Lien 권리자와 그와 계약한 상대방 사이의 계약상 분쟁에 휘말릴 수 있다.¹⁶⁾

대부분의 州에서는 M and M Lien이 등기되면, 그 등기시기에 관계없이 공사의 개시 또는 눈에 보이는 개시가 있는 때로부터 우선권이 생긴다.¹⁷⁾ 따라서 매수인이나 담보대주는 그 부동산에 우선권이 있는 Lien을 주장할 수 있는 (하)수급인, 재료공급자가 있는 지 여부를 알기 어려운 경우가 있다.¹⁸⁾ 여기서 M and M Lien 권리자와 제3자의 우열관계를 결정하는 기준이 필요하다.

가장 일반적인 준칙은 3자에 대한 Lien 권리자의 우선권은 해당 건축공사 완성 후 일정한 기간 내에 그 Lien을 등기하면,¹⁹⁾ 그 공사의 ‘개시

15) New York 州법계에 속하는 州는 Alaska, Connecticut, District of Columbia, Florida, Illinois, Louisiana, Massachusetts, Mississippi, Nevada, New Hampshire, New Jersey, North Carolina, South Carolina, South Dakota, Texas, Utah, Vermont이다.(Comment, Mechanics' Liens and Surety Bonds in the Building Trades, 68 Yale L. J. 138, 144 n. 30(1958)).

16) Benfield, supra note 13, at 532.

17) Acret, supra note 10, at 13.

18) Benfield, supra note 13, at 532.

19) ORS § 87.035 (2003); K.S.A. § 60-1102 (2005); Maryland Real Property Code Ann. § 9-105 (2006); MCLS §570.1111 (2006).

(commencement)’ 또는 ‘눈에 보이는 개시(visible commencement)’를 한 때로부터 생긴다.²⁰⁾ 즉, 우선권을 취득하는 시점은 Lien 권리자가 공사에 개별 노무나 재료를 제공했을 때가 아니고, 그 공사 전체가 개시되었을 때 또는 눈에 보이는 개시가 행하여졌을 때이다. 이 준칙에 의하면 M and M Lien 권리자는 보다 빠른 시점에서 우선권을 얻을 수 있고, 모든 M and M Lien 권리자가 평등하게 우선권을 얻을 수 있다. 또한 Lien 권리자가 될 수 있는 자가 Lien을 행사할 필요가 없을 때에는 Lien 등기에 드는 비용이나 불필요한 등기를 피할 수 있다.²¹⁾ 기본적으로 이러한 우선준칙은 Lien 권리자에게 유리하다고 할 수 있다. 또, 눈에 보이는 개시준칙은 객관적으로 관찰할 수 있는 모습에 의해 우선순위가 정해진다는 점에서 우수한 것으로 평가되고 있다.²²⁾ 그러나 매수인이나 담보대주의 입장에서는 등기권원의 조사를 통하여 M and M Lien의 주장 여부를 알 수 없다는 문제점이 있다. 예컨대, 매수인이 최근에 개량된 부동산소유권을 취득하거나 부동산 담보 대주가 그 부동산에 모게지를 취득하여 소유권 또는 모게지 등기를 하는 경우에, 아직 M and M Lien 등기가 되지 않았더라도 M and M Lien 등기가 가능한 시기이면, Lien 권리자가 그 등기를 함으로서 Lien의 우선권을 그 개량공사 개시 시에 소급시킬 수가 있다. 따라서 부동산 매수인이나 담보대주의 권리는 M and M Lien 보다 후순위로 된다.

2. 프랑스

(1) 민법전 성립전의 이론

프랑스의 부동산공사 노무임약계약(louage d'ouvrage)²³⁾에서는 도급인이 주된 물건인 토지를 제공하므로 토지 소유권의 한 내용인 침부권에 의하

20) Acret, supra note 10, at 13; Uniform Construction Lien Act, Prefatory, Priority. California 州에 있어서는 ‘눈에 보이는 개시 준칙’을 채택하고 있다.

21) Benfield, supra note 13, at 546.

22) Powell on Real Property § 38.16 (Matthew Bender & Company, Inc., 2005).

23) 우리의 도급계약에 해당한다.

여 그 지상에 건축되는 건물의 소유권을 도급인에게 귀속시킨다. 따라서 도급인은 건물이 건축되는 것에 따라 그 지배권을 획득하게 되고, 수급인에게는 그가 제공한 재료 및 노무로 인하여 증가한 가치를 회수하기 위하여 우선권이 인정된다. 이러한 부동산공사비용의 선취특권은 암묵의 저당권(hypothèque tacite)으로 불리는 법정 저당권으로 여겨지며, 그 내용은 현재 프랑스 민법상의 선취특권과 유사하다. 이 저당권은 보통 저당권과 달리, 배당순서가 시간적 선후가 아니라 그 발생원인(cause)에 의해 결정되어, 이전의 다른 단순 저당채권자에게도 우선하는 저당권(hypothèques privilégiées), 즉 선취특권(privilège)으로 불리는 것 중의 하나이다.²⁴⁾

즉, 토지의 가치를 증가시킨 채권자, 예컨대 새로 건물을 신축한 수급인, 토지에 과수들을 심은 식목업자 등은 토지 전부가 아니라, 그들이 토지에 행한 행위로 인하여 증가한 토지가치에 대하여 다른 모든 채권자에 대해서 선취특권을 가진다.²⁵⁾

토지의 가치를 증가시킨 채권자가 이 우선권을 행사하려면 다음 조건 중 하나를 충족시켜야 한다. 하나는 그 노무(ouvrage)를 완성한 연도 내에 소구(demande)하여야 하며, 이를 하지 않을 때에는 그 사람의 채권에 대해서 불수리 사유(fin de non-recevoir)가 존재하게 된다. 또 하나는 도급(marché)을 공정증서로 하거나, 혹은 피담보 채무를 앞의 연도 내에 공증인 입회아래에 증서화해 두어야 한다. 이것은 채무자가 다른 채권자를 속이기 위하여 이미 변제한 채권을 부활시킬 수 없도록 하기 위함이다.²⁶⁾ 이 행사요건은 후에 민법전에서 한층 엄격한 형식으로 계승되었다.

(2) 프랑스 민법상의 부동산공사 수급인의 선취특권

프랑스 민법전에는 부동산 공사비용의 선취 특권은 다음과 같이 규정되었다.

Article 2374 4° 건물, 수로 기타 공작물의 건설, 재건 또는 수리를 위하여 고용된 건축가, 수급인, 미장이 기타 노무자는 공작물의 소재지를 관

24) Pothier, Traité de l' hypothèque, p.132

25) Pothier, ouvrage précité, p.139

26) Ibid.

할하는 대심지방법원이 직권으로 선임한 감정인에 의하여 사전에 작성된 조서가 소유자가 의도한 공작물의 상황을 확인하고 공작물의 완성으로부터 늦어도 6월내에 마찬가지로 직권으로 법원에 의하여 선임된 감정인이 공작물을 검수하였다면, 그 공작물위에 선취특권을 가진다.

그러나 선취특권의 범위는 제2의 조서에 의하여 확인된 액수를 넘지 못하며, 당해 부동산에 대하여 행하여진 공사에 의하여 발생된 것으로서 부동산의 양도시에 현존하는 증가액을 한도로 한다.

Art. 2374 4°에서 선취특권을 가지는 자를 건축가(architecte), 수급인(entrepreneur), 미장이(maçons) 등의 구체적 직명을 열거하는 방법을 취하고 있으나, 해석상 포괄적으로 보고 있다. 즉, 학설은 소유자(도급인)와 노무임약계약(louage d'ouvrage) 또는 도급계약(contrat d'entreprise)을 직접 체결한 채권자(건축가)라고 해석하고 있다.²⁷⁾ Art. 2374 4°에서 선취특권을 발생시키는 노무로 건물, 수로, 기타 공작물의 건설, 재건, 수리를 열거하고 있다. 학설은 이 밖에 언, 제방, 다리, 울타리 벽 등을 예로 들고 있으며, 반대로 포함되지 않는 것으로 개간, 파종 등의 농업적 노무를 들고 있다.²⁸⁾

선취특권으로 담보되는 채권은 원칙적으로 도급계약으로부터 발생하는 원본, 이자, 비용채권을 들 수 있다.²⁹⁾ 다만 선취특권으로 다른 채권자에게 우선할 수 있는 금액은 그 건축가의 노무제공으로 인한 부동산의 가치증가와 그 부동산의 양도 시에 현존하는 증가 중 적은 쪽을 최고한도로 한다.

부동산 공사비용의 선취특권도 법정 담보권(sûreté légal)이지만, 가치증가를 최고한도로 하는 권리이므로, 증가액의 정확한 확인을 위한 소정의 절차를 이행하도록 하고 있다. 학설에 따르면, 첫째는 노무개시 전에 건축가 또는 소유자의 청구로, 부동산 소재지의 대심 재판소(tribunal de

27) Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français. 3, Les biens, p.659; H. L. et J. Mazeaud, Leçon de droit civil, t. 3, p.349

28) Planiol et Ripert, ouvrage précité, p.660; Weill, Droit civil Les sûretés, la publicité foncière, p.424

29) Planiol et Ripert, ouvrage précité, p.661; H. L. et J. Mazeaud, ouvrage précité, p.350; Weill, ouvrage précité, p.425

grande instance)에 의해 선임된 감정인이 앞으로 노무가 행하여질 토지의 상황을 확인하는 제1보고서(procès-verbal)를 작성하는 것이다. 둘째로, 그 노무의 완성 후 6개월 이내에 위와 동일한 방법으로 선임된 감정인에 의해, 노무에 의한 증가를 제1보고서와 비교하여 확인하기 위한 영수증서인 제2보고서가 작성된다. 이러한 절차는 건축가가 선취특권을 취득하기 위한 필요조건으로서 규정되어 있는 것으로부터, 학설은 선취특권의 발생요건으로 본다.³⁰⁾

프랑스 민법에서 법률에 의한 선취특권은 일반적으로 등기를 우선효 및 추급효의 보존요건으로 규정하고 있다. 특히 부동산 공사비용의 선취특권에 대해서는 앞의 절차에서 작성된 2가지 보고서의 등기를 그 보존을 위해서 요구하고 있다. 다만, 언제 등기가 되어야 하는가에 대해서 민법전에는 규정이 없으나, 등기에 있어서 민법전이 모델로 삼은 공화력³¹⁾ 7년 안개월(Brumaire) 11일 법 13조에 다음과 같은 규정이 있었다.

〈행하여야 할 노무를 확인하는 보고서는 공사개시 전에 등기되어야 하며, 선취특권은 이 등기를 하여야만 효력을 가진다. 노무의 수령의 그것도, 우선권이 부여되는 채권의 최고액을 확정하기 위해서 등기되어야 한다.〉³²⁾

학설은 기본적으로 이 규정에 입각하고 있다. 즉, 선취특권의 효력요건으로서 노무제공 전에 제1 보고서가 등기되어야 하고, 등기가 노무제공보다 늦게 된 경우는 등기된 시점 이후의 노무에 따른 증가에 관해서만 선취특권을 원용할 수 있다는 것에 일치되어 있다.³³⁾ 또 선취특권이 발생하

30) Planiol et Ripert, ouvrage précité, p.665; H. L. et J. Mazeaud, ouvrage précité, p.348; Weill, ouvrage précité, p.426; Marty et Raynaud, Droit civil Les biens, p.258.

31) 프랑스혁명 때 그레고리력(曆)의 결함을 보완하기 위하여 만든 달력으로 프랑스공화력·혁명력(革命曆)이라고도 한다. 프랑스 혁명을 통하여 새로운 세상의 시작을 꿈꾸었던 공화정부는 세상의 체계 중 하나인 역법을 새로 만들어 1792년 9월 22일을 기점으로 하여 1793년 10월 24일부터 사용하였다. 이 순법(旬法)은 인기를 얻지 못하고, 1802년 3월 31일에 다시 원래의 주(週)를 사용하게 되었으며, 1806년에는 역법도 원래의 그레고리력으로 환원되었다.

32) Duvergier, Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens et avis du Conseil d'Etat, t. 11, p. 18

33) Planiol et Ripert, ouvrage précité, t. 13, p.816; Marty et Raynaud, ouvrage précité, p.269

기 위해서는 제2 보고서가 공사완성 후 6개월 내에 작성되어야 하지만, 이 기간 내에 등기될 필요는 없으므로, 등기가 늦어져도 권리의 우선순위에 영향은 주지는 않는다.³⁴⁾

이상과 같이 해석되는 선취특권은 오늘날 프랑스 실무에서는 거의 이용되지 않는다고 한다. 그 원인은 첫째로 노무개시 전에 법에서 요구하는 감정인의 선임 신청 및 작성된 보고서의 등기절차를 진행하는 것이, 실제로는 소유자(도급인)에 대한 불신용의 표시가 되어, 이를 행하는 경우가 매우 드물다.³⁵⁾ 둘째로 소유자의 지급능력을 신용할 수 없는 경우에도 약정 저당권을 설정받자 마자 재판상 저당권을 발동하는 다른 수단이 있고, 또 일반적으로 건축사나 수급인은 노무 개시전이나 개시 후에 노무의 진행에 따라 분할지급금(acomptes)을 수취하는 경우가 있기 때문이다.³⁶⁾ 그러나 학설은 선취특권을 가진 채권자는 먼저 등기된 모든 채권자에 우선한다는 점에서 나름대로의 기능을 하므로, 이를 폐지하는 것에 반대한다.³⁷⁾

3. 독 일

(1) 독일민법 제648조 제정과 문제점

독일에서는 민법제정 전부터 Pruisen 일반란트법에서 건축수급인의 담보규정을 두고 있었으며, Bayern 州와 Württemberg 州에서도 유사한 규율을 하고 있었다. 또, Baden 州 등 프랑스법 계수지역에서는 프랑스법과 같은 선취특권이 규정되어 있었다.³⁸⁾ 그런데 독일 민법 제1초안에서는 동산수리 수급인의 법정 질권(§576 EI)에 관한 규정은 두었지만, 부동산 공

et suiv.; H. L. et J. Mazeaud, ouvrage précité, p.423.

34) Planiol et Ripert, ouvrage précité, p.817; Marty et Raynaud, ouvrage précité, p.272; H. L. et J. Mazeaud, ouvrage précité, p.423

35) Dagot, Les Sûretés, p. 401; Weill, ouvrage précité, p.422.

36) Dagot, loco citato; Weill, loco citato; H. L. et J. Mazeaud, ouvrage précité, p.352.

37) Weill, loco citato; H. L. et J. Mazeaud, loco citato; Dagot, loco citato.

38) Oertmann, Sicherung der Bauforderungen, in Handwörterbuch der Staatswissenschaften, II. Bd., 4. Aufl., 1924, S. 417ff.; 이러한 Pruisen 일반 란트법의 규정 및 프랑스법의 선취특권은 전용물(verso in rem) 사상의 표출이라고 할 수 있다(Oertmann, a. a. O., S. 418).

사 수급인의 법정 담보권은 인정하지 않았다. 그 이유는 법정 담보권을 인정하지 않으려는 것이 일반적인 경향이었고, 수급인의 법정저당권에 선행저당권에 우선하는 효력을 주면 등기의 순위원칙(Eintragungsprinzip)에 반하고 부동산 신용(Realkredit) 및 토지거래의 기초를 위협하게 되어 결국은 수급인에게도 손해가 되는 것으로 생각하였기 때문이었다.³⁹⁾

그러나 19C말에서 20C초에 걸쳐서 독일, 오스트리아, 스위스를 비롯한 유럽에서 널리 행해진 건축사기(Bausch windel)로 인하여 이러한 태도는 변하게 되었다.⁴⁰⁾ 결국 독일민법 제2초안 §547에서 건축 수급인의 보전저당 청구권이 규정되었는데, 이것이 위원회와 총회의 논의를 거친 후 독일민법 제648조 1항에서 다음과 같이 규정되었다.

BGB §648[건축수급인의 보전저당권] ① 건축물 또는 건축물의 일부에 대한 수급인은 계약상의 채권을 위하여 도급인의 토지에 보전 저당권의 설정을 청구할 수 있다. 일이 완성되지 아니한 때에는 급부한 노무에 상당하는 보수 및 보수에 포함되지 않은 지출비용을 위하여 보전 저당권의 설정을 청구할 수 있다.

건축수급인 보전저당권이 위와 같이 제정되었으나, 이미 입법시부터 여러 문제점이 인식되고 있었는데,⁴¹⁾ 그 주요한 것은 다음과 같다.⁴²⁾

첫째는 동조가 임의규정이라는 점이다.⁴³⁾ 그 때문에 건설시장의 경제적 역학관계 때문에 수급인은 도급인으로부터 보전저당 청구권의 포기를 강요당할 우려가 많다는 점이다.⁴⁴⁾

39) Oertmann, a. a. O., S. 419.

40) Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 2. Aufl., Rdnr. 7 ff.; Zobl, Das Bauhandwerkerpfandrecht, de lege lata und de lege ferenda, ZSR 1982 II., S. 31 f.

41) Soergel in Münchener Kommentar, 4. Aufl., § 648, Rdz. 2.; 특히 법개정 후에 BGB § 648a 의 시각에서 본 BGB § 648의 결함에 대하여 Peters in Staudinger Kommentar, 13. Aufl., § 648, Rdz. 2 ff.에서 상세하게 서술하고 있다.

42) 자세한 것은 Schulze/Hagen, Schadensersatz bei zweckwidriger Verwendung von Baugeld, NJW 1986, S. 2403 ff., S. 2403; Groß, Die Bauhandwerkersicherungshypothek, 1978, S. 3, S. 105 ff.

43) Peters, a. a. O., Rdz. 42; Soergel, a. a. O., § 648, Rdz. 2. 등.

44) BGB §648의 해석을 통하여 이러한 문제점을 보완하려는 시도가 있었다. 즉, BGB §648을 배제하거나 제한하는 합의의 효력을 매우 엄격하게 해석하는 것이다. 예컨대, 약관을 통하여 보전저당청구권을 배제하는 경우에는 BGB §648은 선 이행의무를 진

둘째로 보전저당청구는 도급인이 토지 소유자이어야 하고, 청구권자는 수급인에 한한다는 점이다. 즉, 독일법의 보전저당청구권은 스위스법상의 물적 채무⁴⁵⁾라는 성질이 없으며, 등기되기 전까지는 계약 상대방인 도급인에 대한 순수한 채권적인 청구권에 지나지 않는다. 따라서 도급계약 체결 당시에 도급인이 토지소유자였다고 하더라도, 토지가 제3자에게 매각되면 보전저당 등기를 청구할 수 없다.⁴⁶⁾

셋째로, 보전저당 청구권자에 하수급인은 포함되지 않는다는 것이다. 따라서 하수급인의 보수채권에 대한 보호가 없다는 점이다.

넷째로, 보전저당권은 공사개시 전에는 등기할 수 없고, 스위스법처럼 법정저당권자의 취소권 규정이 없다. 따라서 보전저당권이 등기되더라도 대부분의 경우에 있어서 선행저당에 의해 부동산의 담보가치는 소진되어, 보전저당권자는 만족스러운 변제는 받을 수 없다. 나아가 수급인의 보전저당권 상호간에도 엄격하게 순위의 원칙이 적용되기 때문에, 수급인들은 저당권 설정에 있어서 경쟁관계에 있으며, 건축과정의 후반부에 공사를 시작한 사람은 후순위가 될 우려가 많다. 따라서 수급인의 보전저당은 거의 행사되지 않으며, 또한 가등기가 대부분으로,⁴⁷⁾ 현실적으로 본등기를 하는 사람은 매우 적으며, 그 실행에 의해 만족을 받는 사람은 더더욱 없다.⁴⁸⁾ 따라서 보전저당권을 등기함으로써 부동산을 제3자에게 처분하기 어렵게 하는 것을 목적으로 하고 있는 상황이다.⁴⁹⁾

수급인의 유일한 보수청구의 담보수단이기 때문에 보통거래약관에 의한 보전저당의 배제는 AGBG § 9 ② Nr. 1의 법규의 중심적인 기본이념에 반한다고 해석하여 상호간에 충분한 담보제공이 합의된 경우에만, BGB §648의 배제를 인정한다(Peters, a. a. O., Rdz. 43; Soergel, a. a. O., § 648, Rdz. 2). 개별적인 합의로 제한하는 경우에도 일의적으로 분명하게 하여야 한다(Peters, a. a. O., Rdz. 42; Groß, a. a. O., S. 8).

45) 자세한 것은 이춘원, “저당권설정청구권에 관한 비교법적 고찰”, 비교사법 제14권 4호, 351면 이하 참조.

46) 그러나 도급인이 건물 완성 후에 토지를 다시 취득하면 등기를 청구할 수 있다. 결국 보전저당 등기청구 시에 도급인이 토지 소유자이어야 한다(Peters, a. a. O., Rdz. 19; Groß, a. a. O., S. 56 ff.).

47) Groß, a. a. O., S. 7.

48) BT-Dr 12/1836, S. 5. : 1985년에 독일수공업중앙연합회(Zentralverband des Deutschen Handwerks)가 실시한 앙케이트 조사에 따르면, 75%가 보전저당권을 청구했던 적이 없으며, 나머지25%도 저당권의 실행으로 거의 만족을 받지 못했다고 한다.

49) Peters, Die Bauhandwerkerssicherungshypothek bei Mängel der Werkleistung, NJW 1981,

(2) 특별법을 통한 독일민법 제648조의 보완책

독일민법 제648조는 등기의 공시 및 순위의 원칙을 지키는 입장을 취하여 하수급인은 물론이고, 재료공급자 등의 건축채권자 보호에 매우 불충분하다는 것은 이미 입법단계에서부터 인식되었다. 이러한 흠결을 해결하기 위하여 다양한 시도가 있었는데, 그 중에서 건축공사도급규정(Verdingungsordnung für Bauleistungen : 이하에서는 VOB로 약칭) Teil B §16과 건축채권담보에 관한 법률(Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909 : 이하에서는 BauFordSiG로 약칭) 등의 특별법에 의한 해결시도가 있다.⁵⁰⁾

즉, 독일의 건축도급실무에서는 종종 약관에 의하여 VOB Teil B가 건축도급계약의 내용으로 도입되는 경우가 있다. 그 중에 VOB Teil B §16 ① Nr. 1에서는 수급인에게 건축공사 진행에 따른 보수지급을 도급인에게 청구할 수 있으며, 만일 도급인이 보수지급청구에 응하지 않았을 때에는 수급인은 자기 급부의 이행을 거절할 수 있다(§16 ⑤ Nr. 3). 따라서 이 한도에서 수급인은 BGB §641의 선 이행의무를 면하게 된다. 그러나 VOB의 규정에 의한 보수채권의 청구는 수급인이 도급인에게 보낸 계산서가 도달한 후 12일이⁵¹⁾ 경과한 뒤에 할 수 있고(§16 Abs. 1 Nr. 3), 수급인은 상당한 기간이 경과한 후에 이행을 거절할 수 있다. 따라서 수급인이 청구할 수 있는 보수채권 이상의 공사가 진행되어 버릴 수도 있다. 결국 VOB의 규정에 의한다고 하더라도 수급인의 보수채권에 대한 담보가 확실하다고 할 수는 없다.⁵²⁾

S. 2550 ff., S. 2550; Schulze/Hagen, a. a. O., 2403 f.; Grob, a. a. O., S. 7. 보전 저당이가등기된 것만으로, 토지 소유자에게는 비록 건축자금이어도 추가 용자를 받는 것이 어려워져, 또 토지·건물의 처분도 곤란하게 된다고 지적되어 남용의 우려도 시사되고 있다.

50) 이미 독일민법 제648조 제정당시의 총회의 논의에서도 Kuny는 하수급인의 보호에 관해서는 건축사기 대책의 일환으로서 특별법으로 규율하여야 한다고 주장하였다(Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, S. 1350 ff.).

51) VOB가 제정될 당시에는 Teil B §16 Abs. 1 Nr. 3에서 할부금은 계산서 도달일로부터 12일 이내에 지급하여야 한다고 규정되어 있었다. 그 후 1992년에 동 기간이 18일로 변경되어 현재까지 유지되고 있다.

52) BT-Dr12/1386, S. 5.

BauFordSiG는 제1편의 공법규정과 제2편 사법규정으로 되어 있다. 사법규정은 건축수급인의 채권 담보를 등기제도와 충돌하지 않도록 하기 위하여, 건축 배심 등의 행정기관에 의한 건축자금 통제를 통해서 BGB §648을 측면에서 지원하려는 것이다. 그러나 BauFordSiG 사법규정은 실제로는 시행되지 못하였는데, 그 이유는 BauFordSiG 사법규정의 시행을 지방 조례에 위임하였는데, 지방조례에 의한 시행이 한 번도 공포되지 않았기 때문이다.⁵³⁾

그러나 공법규정의 건축금 수령자의 건축금 사용의무(§§ 1, 5 BauFordSiG)를 독일민법 제823조 2항의 보호법규로 해석하여, 건축금 수령자에 대한 수급인의 손해배상 청구를 인정하는 방법으로 건축채권을 보호하는 역할을 하고 있다.

요컨대, BGB §648의 결함을 보충하기 위한 VOB의 역할은 제한적이었으며, BauFordSiG의 사법규정은 시행되지 못하였기 때문에, 제2차 세계대전 후의 건축업계의 분업화의 영향(즉 도급인 자신이 아닌 건축책임자(Baubetreuer)가 건축계획을 시행시키는 현실, 다수의 하수급인(Nachunternehmer)이 건축에 종사하는 등) 하에서, BGB §648의 문제점은 더욱 표면화되었다.⁵⁴⁾

(3) 독일민법 제648조 a의 입법

BGB §648은 결함이 많은 규정으로서, 해석과 특별법 등을 통한 법적 수단으로는 근본적인 문제해결이 되지 못하고, 불완전한 미봉책에 지나지 않았다. 이러한 문제인식에 따라 1970년대의 오일쇼크로 인한 경기 후퇴기 이후에 특히 건축업계를 중심으로 입법적 극복이 진지하게 논의되었다.⁵⁵⁾ 그때까지 실효성 있는 수급인의 채권담보수단이 없었던 독일에서는

53) 학설은 이러한 현상을 이해할 수 없다고 비판한다. 즉, Leonhardt, Besonderer Schuldrecht des BGB, 1931, S. 230에서는 ‘이와 같은 중요한 법률이 20년간 현행법이었음에도 불구하고 시행되지 않은 것은 기이하고 전대미문적인 현상이다’고 하는 평가한다. 또 Oertmann, a. a. O., S. 429에서도 제2편의 사법부분이 지방 조례에 의해 시행되기를 바란다라고 하고 있다.

54) BT-Dr12/1386, S. 5f.

55) 독일수공업중앙연합회(Zentralverband des Deutschen Handwerks)의 Dokumentation des

이 시기에 새로운 입법 작업을 시작하는 계기가 되었다.

1978년에 연방사법성(Bundesministerium für Justiz)의 제안으로 창설된 도산법개정위원회(Kommission zur Reform des Insolvenzrechts)는 1989년에 제 2 차 보고서를 제출하였는데, 그 가운데에 도급인이 파산한 경우에 별 제권(Absonderungsrecht)으로서 주장할 수 있는 건축 수급인의 법정 저당권을 두고 있었다. 동 보고서는 스위스법의 영향을 강하게 받았으나,⁵⁶⁾ 여러 면에서 비판을 받아서, 원수급인과 하수급인의 담보수단을 토지에 대한 법정 저당으로부터 독립시켜 등기제도에 영향이 없고, 또한 행정절차도 개입시킬 필요가 없는 BGB §648 a가 그 대안의 하나로 제출되어서 1993년에 최종적으로 입법되었다.⁵⁷⁾

BGB §648 a ① 건축물 및 옥외시설의 전부 또는 일부의 수급인은 상당한 기간을 정하여 도급인에게 선이행해야 할 자기의 급부를 위한 담보를 청구하고, 그 기간이 경과하도록 담보가 제공되지 않을 때는 자기 급부의 이행을 거절할 수 있다. 담보의 청구는 계약 또는 추가발주로 예상되는 보수청구권 및 종된 채권액의 범위에서 할 수 있다; 종된 채권은 담보되어야 할 보수청구권의 10% 이상으로 정하여 진다. 도급인의 재산 상태가 현저하게 악화되었을 경우에 담보 제공자의 담보제공 약속 철회의 의사표시가 도달했을 때에 아직 이행하지 않은 공사부분에의 수급인의 청구에 대한 지급 약속을 철회하는 취지의 유보를 교부했을 때도 충분한 담보가 제공된 것으로 본다.

② 이 법률의 적용범위 내에서 영업을 허가된 금융기관 또는 신용보증기관의 보증 또는 기타의 지급약속에 의해서도 담보를 제공할 수 있다. 금융기관 또는 신용보증기관은 도급인이 보수의 청구를 승인했거나, 가

Kolloquium Sicherung von Bauforderungen, 1987 참조.

56) 동 보고서 말미에는 건축 수급인의 채권 담보에 대한 스위스의 법률가인 Rainer Schumacher의 스위스법에 관한 감정의견을 첨부하고 있다. 또 Schumacher 외에도 Peter Gauch와 Dieter Zobl이 입법 작업에 조언을 하였다. 또 위원회의 기본방침 해설에서도 BGB § 648과 스위스법의 같은 점과 다른 점을 언급하고 있다 : Zweiter Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, 1986, S. 201 ff. 참조.

57) 입법 담당자인 정무차관 Funke은 의회에서의 발언에서 ‘왜 2, 30년 전에 동조가 입법화되지 않았던 것인지 의문이 있다’고 코멘트하고 있다(Slapnicar/Wiegelmann, Neue Sicherheit für den Handwerker, NJW 1993, 2903 ff., 2903).

집행선고부 판결에 의해 보수지급에 대한 패소판결을 받고 강제집행의 요건을 갖춘 경우일 때에 한하여 수급인에게 지급할 수 있다.

③ 수급인은 도급인에게 최고 연 2% 범위에서 담보제공의 통상 비용을 지급할 의무가 있다. 단, 도급인이 수급인의 보수청구에 대해서 이의를 주장하였기 때문에 담보가 계속하여 제공될 필요가 있고, 그 이의가 이유 없는 것으로 판명되었을 때에는 그러하지 아니하다.

④ 수급인이 본조 1항·2항에 의해 보수청구의 담보를 취득했을 때에는 제648조 1항의 보전 저당설정청구권은 배제된다.

⑤ 도급인이 기간 내에 담보를 제공하지 않을 때에는 수급인의 권리는 제643조 내지 645조 1항에 따라 정하여진다. 그에 따라 계약이 소멸된 것으로 보는 경우에는 수급인은 계약이 유효한 것으로 믿었음으로 인하여 입은 손해의 배상을 청구할 수 있다. 이는 도급인이 제1항에 의한 담보청구와 시간적으로 근접하여 해지한 경우에도 적용된다. 단, 담보설정을 회피할 목적으로 해지가 행하여 지지 아니한 때에는 그러하지 아니하다. 손해는 보수의 5%인 것으로 추정한다.

⑥ 본조 1항 내지 5항의 규정은 다음 각 호의 경우에는 적용되지 않는다.

1. 도급인이 공법인이거나 공법상의 특별재산인 경우
2. 도급인이 자연인이고, 동거인용 주거를 포함하거나 포함하지 않는 일가구주택(Einfamilienhaus)의 건축 또는 수리를 시공하게 한 경우; 단, 도급인으로부터 자금운용을 위탁받은 건축 책임자(Baubetreuer)가 건축계획을 진행시키는 사람일 때에는 예외로 한다.

⑦ 본조 1항 내지 5항의 규정에 반하는 합의는 효력이 없다.

BGB §648 a는 BGB §648을 그대로 두고, 수급인에게 공사의 진행에 따른 담보제공의 청구와 담보가 제공되지 않은 경우에 이행거절권 및 계약의 해제권을 주는 방식으로 규정된 것이다. BGB §648 a은 담보청구권자에 건축물은 물론이고, 옥외시설(Außenanlage)의 수급인⁵⁸⁾도 포함시키고 있다. BGB §648 a에 의하면, 원수급인이 도급인에게 담보제공 청구를 할

58) 건축수급인의 범위는 BGB §648과 마찬가지로 건축가 등은 포함되지만, 재료공급자는 포함되지 않는다.

수 있는 것은 물론이고, 원수급인도 하수급인과의 관계에서는 도급인이기 때문에 하수급인도 원수급인에게 담보제공을 청구할 수 있다.⁵⁹⁾

담보제공이 수급인이 정한 상당한 기간 내에 되지 않을 때에는 수급인은 자기급부의 이행을 거절할 수 있다. 여기서 상당한 기간은 도급인이 몇몇 금융기관과 교섭하여 그 지급보증을 하는 데에 필요한 기간으로, 입법자는 대개 7일부터 10일 정도라고 한다.⁶⁰⁾ 금융기관 등의 지급보증에 도급인의 자력이 악화되었을 때에는 보증을 철회한다는 부관을 첨부할 수 있으나, 이 철회는 수급인이 이미 이행한 부분에 대한 보수청구에는 영향을 미치지 않는다. 이러한 형태로 수급인과 금융기관의 이해가 조정되고 있다.⁶¹⁾

담보제공은 수급인을 위한 것이기 때문에, 수급인은 도급인에게 2%를 넘지 않는 범위에서 담보제공 비용을 지급해야 한다. 초안에서는 통상비용으로 되어 있던 것을 건축업계에서 어음할인 수수료(물론 개개의 사례에서 여러 가지이지만) 0.5에서 3%로 되어 있던 것을 참조하여, 2%를 넘지 않는 취지로 정했던 것이다.⁶²⁾

담보제공의 의무는 2가지 예외가 있다. 첫째는 도급인이 공법인의 경우인데, 이 경우에는 도급인의 자력에 문제가 없기 때문이다. 둘째는 도급인이 자연인이고, 또한 일가족이 거주하는 규모의 작은 주택(마이 홈)의 경우이다. 개인주택에서는 건축자금이 충분히 준비되는 것이 보통이며, 지급불능에 빠져도 법인과 달리 일생에 걸쳐 지급의무를 지는 자연인은 그 만큼 수급인에게 충분한 담보가 된다고 설명하고 있다.⁶³⁾ 단, 건축자금 관리를 건축주가 스스로 하지 않고, 건축책임자에게 맡기는 경우는 건축책임자가 자금을 충분히 받았어도, 실제로 수급인에게 변제하는지 여부는 확실하지 않기 때문에 예외이다.

수급인의 최고에도 불구하고 도급인이 담보제공을 하지 않을 때는 수급인은 최종적으로는 BGB §643에 따라 도급계약을 해제할 수 있다. 동시

59) BT-Dr12/1836, S. 8.

60) A. a. O., S. 9.

61) Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, 12. Aufl., B §16, 6, Rdnr. 427.

62) BT-Dr12/1836, S. 10.

63) A. a. O., S. 11.

에 수급인은 이미 급부한 부분의 보수 및 보수이외의 지출, (계약교섭비용 및 다른 계약의 거절에 의한 일실이익을 포함한)신뢰이익의 배상을 청구할 수 있다.⁶⁴⁾

BGB §648 a 1항에서 5항까지는 강행법규로서, 수급인의 담보제공 청구권의 포기는 무효이다. 그러나 6항은 임의규정으로 공법인, 자연인도 달리 합의가 있으면 담보제공의무를 진다. 또, 본조와 함께 BGB §648의 보전저당권의 청구권도 그대로 존속하기 때문에, 수급인은 BGB §648의 보전저당권과 BGB §648 a의 담보청구를 선택적으로 행사할 수 있다.

4. 스위스

(1) 민법전 시행전의 상황

스위스에서는 현행 민법전이 시행된 1912년까지 전 국토에 적용되는 건축 수급인 채권담보규정은 존재하지 않았다.⁶⁵⁾ 다만 Wallis, Tessin, Genf 등 프랑스법을 계수한 지역에서 프랑스 민법전을 모방한 건축 수급인의 선취특권이 인정되고 있었으나,⁶⁶⁾ 프랑스법의 선취특권과 같은 결합 때문에 실효성이 전혀 없었다.⁶⁷⁾ 또, 취리히의 1715년의 도시·란트법(*das Stadt-und Landesrecht des Kantons Zürich vom Jahre 1715*)에서는 대장간, 차수리공, 벽돌 직공의 채권에 대하여 묵시적 담보권에 기한 파산법상의 우선권을 주고 있었으나, 1854년의 사법전(*das privatrechtliche Gesetzbuch vom Jahre 1854*)에 의해 폐지되었다.⁶⁸⁾ 또 현행 스위스 민법전의 기초가 된 취리히주 사법전의 기초자 Blunschli의 초안에는 건축 수급인 및 재료 공급자에게 저당권 설정 청구권을 주는 규정이 있었으나, 취리히주 사법전의 입법자는 ‘이것에 의해 새로 복잡한 분쟁을 일으키게 할 가능성이 있다는 우려와 수급인의 담보는 법적으로 처리하는 것보다 수급인 자신의 노

64) A. a. O., S. 11.

65) Schumacher, *Das Bauhandwerkerpfandrecht*, 2. Aufl., 1982, Rdnr. 39; Zobl, a. a. O., S. 24.

66) Schumacher, a. a. O., Rdnr. 39.

67) Schumacher, a. a. O., Rdnr. 39.

68) Zobl, a. a. O., S. 24.

력에 맡기는 편이 낫다’는 평가에서 이러한 제안을 채택하지 않았다.⁶⁹⁾

그런데 19C말에서 20C초에 걸쳐 유럽 특히 독일, 오스트리아, 스위스에서 널리 행하여진 건축사기(Bausch windel)로 인하여 이러한 입법자의 태도는 결정적으로 변하게 되었으며,⁷⁰⁾ 1898년의 Eugen Huber의 민법 초안에는 건축 수급인 보호규정이 두어졌다. 다만 동 초안에서는 그 자세한 내용은 특별 시행법으로 다시 규정하도록 하였지만, 1900년의 사법·경찰국 합동준비초안 (Der Vorentwurf des Eidg. Justiz-und Polizeidepartementes vom 15. November 1900)에서 직접 민법전에서 규정하도록 하여 현행 민법전(Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907)에서 결실을 맺게 되었다.⁷¹⁾

(2) 스위스 민법상 건축 수급인의 법정 저당권

1) 등기청구권자

스위스 민법 제837조 1항 3호에 의하면 수공업자 및 수급인이 토지소유자 또는 수급인에게 채권을 가지는 경우에는 법정저당 등기청구권이 발생한다. 하수급인도 독자적인 법정 저당청구권을 가진다. 통설·판례에 의하면 도급인이 원수급인에게 변제하였거나 원수급인이 법정 저당권 등기를 하였어도, 하수급인은 등기청구를 할 수 있다.⁷²⁾ 따라서 도급인은 원수급인의 자금유용에 대한 위험을 부담하며 이중변제를 할 우려가 있으며, 이러한 위험은 도급인의 예방적 조치로 회피하도록 하고 있다.

청구권자에 재료공급자도 포함되는 지가 문제되는데, 법조문에는 재료공급자를 청구권자에서 제외시켰다. 그러나 판례는 보다 완화된 입장을 취하여, 특정한 건축을 위해 만들어진 부대체물, 예컨대 철골(Armierungs-eisen)이 건물에 부합하면 이것을 부합시킨 사람이 재료 공급자인지 여부를 묻지 않고, 부대체물의 공급자는 법정 저당 청구권을 가진다고 한다.⁷³⁾

69) Schumacher, a. a. O., Rdnr. 40.

70) Schumacher, a. a. O., Rdnr. 7 ff.; Zobl, a. a. O., S. 31 f.

71) Schumacher, a. a. O., Rdnr. 42.

72) Schumacher, a. a. O., Rdnr. 289.

73) BGE 103 II 33, 35.

그러나 건축사는 법정 저당권의 보호를 받지 못한다. 건축사의 설계업무 등은 수공업자, 수급인이 제공하는 유형적 노무와는 종류가 다르며, 건축사의 도급인에 대한 지위는 적어도 스위스 민법 제837조 내지 제841조가 의도한 수공업자, 수급인의 보호 요청과는 다른 것이다.⁷⁴⁾

2) 등기청구의 상대방

수공업자, 수급인은 법정 저당권의 등기를 토지 소유자에 대해서 청구할 수 있다(Art. 387 I 3). 스위스법에서는 독일법과 달리 등기 청구시에 토지 소유자가 도급인이 아니라도 등기를 청구할 수 있다. 즉, 토지가 매각되어도 공사 완료 후 3개월 내(Art. 839 II ZGB)에는 수급인은 토지 소유자에 대해서 등기청구권을 가진다. 이처럼 수급인의 등기청구권은 물권적이고 절대적 성질을 가지고 있다.⁷⁵⁾ 따라서 법정 저당권이 등기되지 않았어도 토지를 매수한 제3취득자는 공사 완료 후 3개월간은 주의하여야 한다. 공사 완성 후 얼마 되지 않아 토지가 매매되었을 경우는 매수인은 도급인을, 매도인은 원수급인을, 수급인은 하수급인을 주시하여야 할 지위에 있다고 할 수 있다. 이는 매수인은 매도인으로부터 적정한 가격으로 또한 품질보증을 받아 매수하였기 때문이다. 또 도급인이 임차인인 경우에는 토지소유자가 건축에 동의하였으면 토지소유자는 법정저당등기청구권에 복종한다.⁷⁶⁾

3) 법정저당권의 취득 및 실행

수급인이 우선변제권을 취득하려면 저당권 등기를 하여야 하며, 다른 저당권과의 우열은 등기의 순위에 의한다. 등기는 수급인이 급부의무를 부담한 때(즉 계약 체결시)부터 가능하며, 공사 완료 후 3개월까지 할 수 있다. 저당권 등기는 소유자의 저당채무 승인 또는 재판상 채권이 확정되

74) Zobl, a. a. O., S. 86 f. 단, 설계뿐만 아니라 공사의 감독을 한 원수급인(Totalunternehmer)이 법정 저당권자가 되는 가 등에 대한 세부적인 분쟁이 있다. 이 점에 대해서는 Schumacher, a. a. O., Rdnr. 197 ff.

75) 이러한 성질을 스위스법에서는 물적 채무(Realobligation)라고 부르는데, 물권과 채권의 중간단계라고 한다(Zobl, a. a. O., S. 77; Schumacher, a. a. O., Rdnr. 426 ff.).

76) Schumacher, a. a. O., Rdnr. 443 ff.

거나(Art. 839 III ZGB), 소유자가 등기에 동의했을 경우(Art. 22 II GBV)에만 할 수 있다.

법정 저당권은 채권액이 확정되지 않은 경우는 최고액저당 (Maximalhypothek)으로, 확정된 경우는 보통저당(Kapitalhypothek)으로 등기된다. 후자의 경우는 저당권의 효력은 원본·집행비용·지연이자에도 미친다(Art. 818 ZGB).⁷⁷⁾

여러 명의 수급인의 저당권이 등기된 경우에는 등기의 선후에 관계없이 모두 동순위로 되어, 등기시점을 둘러싼 무의미한 경쟁도 피할 수 있다. 이 점이 스위스법의 뛰어난 특징으로 평가되며, 실무상으로도 일치하여 지지를 받고 있다.⁷⁸⁾

4) 수급인의 우선특권

수급인의 법정 저당권과 다른 제한물권 사이에는 순위의 원칙이 적용되므로, 선행 저당권 등이 이미 있는 경우에는 수급인은 법정저당권으로 만족을 얻지 못한다. 이러한 경우에 수급인이 토지의 가치증가에 공헌한 한도에서 순위의 원칙을 변경하여, 선행 저당권자에 대한 손실보상청구를 할 수 있도록 한 것이 스위스민법 제841조의 우선특권(Vorrecht)이다. 즉 수급인은 토지의 가액을 초과하는 범위에서 우선 변제를 받을 수 있다.⁷⁹⁾

우선특권도 법정 저당권과 마찬가지로 물적 채무라는 성질을 가지므로,⁸⁰⁾ 현재의 저당권자에게 행사할 수 있다. 그러나 이러한 성질도 선의의 증권취득(Art. 865, 866 ZGB)⁸¹⁾의 경우에는 그 효력이 제한되어, 종전의 선행 저당권자(저당권의 양도인)에 대한 채권적 효력밖에 없다.⁸²⁾ 따

77) Zobl, a. a. O., S. 163 f.

78) Zobl, a. a. O., S. 164 f.; Schumacher, a. a. O., Rdnr. 334 ff.

79) Schumacher, a. a. O., Rdnr. 954 ff.; Zobl, a. a. O., S. 168 ff.

80) 그 결과로 손해배상청구권자는 집행 절차에서 우선 변제를 받는다(Zobl, a. a. O., S. 169 f.).

81) ZGB Art. 865 채무증권 (Schuldbrief) 또는 토지채무 (Gült)의 채권은 등기의 기재 내용에 있어서 등기부를 선의로 신뢰한 사람을 위해 효력을 가진다. ZGB Art. 866 서식에 따라 채무 증권 또는 토지 채무로 해서 발행된 저당증권 (Pfandtitel)는 그 문언 대로, 증권을 선의로 신뢰한 사람을 위해 효력을 가진다.

82) Zobl, a. a. O., S. 172 ff.

라서 저당권의 양도인이 무자력이면 우선특권은 그 실효성이 없다. 여기서 스위스민법 제841조 3항과 부동산 등기법 제81조는 예방적 조치로 공사개시와 동시에 이러한 사실이 토지등기부에 기입된 경우에는 법정 저당권 등기기간이 경과할 때까지는 채무증권, 토지채무의 등기를 할 수 없으며, 보통 저당권으로만 등기할 수 있도록 하고 있다. 이 기입의 효력은 선의의 증권취득자에 대해서는 효력이 없지만, 등기관을 구속함으로써 주(州)에 대한 손해배상 청구의 기초가 된다.⁸³⁾

우선특권이 인정되려면, 객관적 요건으로 선행 저당권자가 공사전의 부동산(나대지 또는 낡은 건물)의 가액 이상의 변제를 받아야 한다.⁸⁴⁾ 나아가 나대지 또는 구건물의 가치를 넘는 저당 채무가 법정 저당권의 채권의 변제에 충당되지 않을 것, 예컨대 저당 채권자가 준 자금이 도급인의 다른 사업자금에 사용되었을 경우이다. 주관적 요건으로 선행 저당권자가 법정 저당권자의 손실을 알았거나 알 수 있어야 한다. 이러한 우선특권을 규정한 입법목적 중의 하나는 건축자금을 대여하고 저당권을 가지는 자(특히, 금융기관)에게 건축자금이 유용되지 않도록 감시하는 의무를 부과하는 작용을 하게 함이다.⁸⁵⁾

우선특권의 행사로 법정 저당권자가 만족을 얻는 범위는 선행 저당권자가 취한 공사전의 부동산 가치 이상의 것이고, 또 건축 이외의 목적으로 자금이 유용된 한도에서이다. 그 때문에 우선특권은 입법자가 의도한 대로 예방적 기능을 하고, 나아가 토지 소유자는 법정 저당권이 실행되는 것보다 (이중)변제를 선택하기 때문에, 현실적으로 우선특권의 행사는 많지 않는 것이다.⁸⁶⁾

5) 이중 변제의 문제

스위스법은 토지 소유자와 직접적인 계약관계에 있지 않는 하수급인에게도 독자적인 법정 저당 청구권을 부여하므로, 동일한 건축급부에 근거

83) Zobl, a. a. O., S. 174 f.

84) Zobl, a. a. O., S. 175 f.

85) Zobl, a. a. O., S. 178 f.; Schumacher, a. a. O., Rdnr. 962 ff., 985 ff.

86) Schumacher, a. a. O., Rdnr. 959.

하여 수 개의 법정 저당권이 성립될 가능성이 있다. 그 결과 토지 소유자는 이중 또는 다중의 법정 저당권의 부담을 받을 수도 있다. 이것이 스위스법 최대의 문제점이다. 입법자도 하수급인에게 독자적인 법정 저당권 청구권을 인정하면, 이러한 이중변제의 위험이 발생할 것을 당연히 예상하고 있었다. 그러나 입법자는 건축에 관여하여 토지의 가치증가에 기여한 하수급인의 보호를 중시하여, 도급인의 이익보다 우선시키고 있다.⁸⁷⁾ 다만, 스위스 민법 제정 당시는 건축업계의 분업체제가 오늘날보다 단순하여, 도급인에게도 그다지 피해가 없었다. 그런데 1970년대부터 건축 기술의 고도화에 따라 건축업계의 분업 체제에 구조적 변화가 생겨 이중변제의 위험이 증대하였다.⁸⁸⁾ 그 결과로 이중변제의 방지를 중심으로 여러 가지 입법안도 나와서, 이 제도는 새로운 국면을 맞이하고 있다.⁸⁹⁾ 현재 이중변제방지책으로서 ① 하수급인에 대한 직접 지불, ② 원수급인의 보증, ③ 신탁, ④ 공탁, ⑤ 은행에 의한 자금의 흐름의 감시 등이 거론된다.

III. 우리민법 제666조의 규정과 개선방향

1. 민법 제666조와 그 문제점

민법 제666조는 부동산공사 수급인의 저당권설정청구권과 관련하여 “부동산공사의 수급인은 전조의 보수에 관한 채권을 담보하기 위하여 그 부동산을 목적으로 한 저당권의 설정을 청구할 수 있다”고 규정하고 있다. 수급인이 이 청구권을 행사하는 것만으로 저당권이 성립하는 것은 아니고, 도급인이 이에 응하여 저당권 등기를 함으로서 비로소 저당권이 성립된다. 그리고 저당권의 순위도 이 등기 일자에 의하여 정해진다.⁹⁰⁾ 민

87) Zobl, a. a. O., S. 108.

88) Zobl, a. a. O., S. 107 f.

89) Zobl, a. a. O., S. 21; Schumacher, a. a. O., Rdnr. 1 ff. Schumacher는 74-75년의 건축업계의 퇴조기뿐만이 아니라, 80년대의 마이홈 붐(Einfamilienhaus boom)시대에도 오히려 수급인은 방심하여 법정 저당권의 필요가 없어진 것은 아니라고 지적하고 있다(a. a. O., Rdnr. 3).

90) 김중환·김학동, 채권각론[7판], 박영사(2006), 531면.

법 제666조에서의 저당권설정청구권자는 수급인에 한하며, 하수급인은 포함되지 않는다. 또한 상대방은 수급인과 직접 계약을 맺은 도급인이며, 도급인이 목적물을 처분한 때에는 수급인은 양수인에 대하여 이를 행사할 수 없다.⁹¹⁾ 이러한 민법 제666조는 구민법 제327조에 규정되었던 부동산공사의 선취특권을 폐지하면서 이를 대체하기 위하여⁹²⁾ 독일민법 제648조 1항을 모방하여 신설한 것이다. 따라서 독일민법 제648조 1항이 입법당시부터 여러 문제점이 인식되었던 것처럼, 우리 민법 제666조도 동일한 문제점이 나타난다.⁹³⁾ 그 문제점을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 동조는 임의규정이므로, 건설시장의 경제적 역학관계에 의하여 도급인으로부터 저당 청구권을 포기하도록 강요당할 우려가 많다는 점이다.

둘째, 저당권설정은 도급인이 부동산 소유자이어야 하고, 수급인에 한하여 청구할 수 있다는 점이다. 따라서 도급계약 체결 당시에 도급인이 부동산 소유자였다고 하더라도, 토지가 제3자에게 매각되면 청구할 수 없다.

셋째, 하수급인은 저당권설정 청구권이 인정되지 않아서, 하수급인의 보수채권은 제666조에 의하여 보호되지 않는다는 점이다.

넷째, 제666조에 의하여 저당권이 등기되더라도 선행저당권이 있는 경우에는 선행저당에 의해 부동산의 담보가치는 소진되어, 수급인은 만족스러운 변제는 받을 수 없는 경우가 많다.

다섯째, 수급인이 여러 명인 경우에 제666조에 의한 수급인의 저당권 상호간에도 엄격하게 순위의 원칙이 적용되기 때문에, 수급인들은 저당권 설정에 있어서 경쟁관계에 있으며, 건축과정의 후반부에 공사를 시작한 사람은 후순위가 될 우려가 많다.

여섯째, 제666조는 부동산 공사 수급인만을 보호하고, 재료공급자의 채권담보에 적용되지 않는다는 점이다.

91) 김중환·김학동, 전거서, 531면.

92) 민의원 민법안 심의소위원회, 민법안심의록(上), 388면.

93) 독일과 달리 우리민법에서는 건물이 독립한 부동산이기 때문에 신축건물의 수급인은 최우선 순위의 저당권을 취득할 수 있으므로 독일에서보다 채권담보의 실효성이 크다고 주장(김중환·김학동, 채권각론, 533면)도 있으나, 이미 존재하는 건물을 보수하거나 개축하는 경우 등에 있어서는 독일과 동일한 문제가 발생한다.

이와 같은 이유로, 민법 제666조는 부동산 건축에 관여한 자의 채권담보에 그 기능을 거의 발휘할 수 없으며, 현실적으로도 거의 이용되지 않는다.

2. 부동산건축에 관여한 자의 채권담보의 필요성

민법 제666조의 문제점에 대한 개선책을 살펴보기 전에 과연 부동산 공사관여자(수급인, 하수급인, 재료공급자 등)의 채권을 법정담보제도에 의해 보호할 필요가 있는가에 대한 가치판단이 선행되어야 한다. 왜냐하면, 법정담보제도에 의한 하수급인의 채권보호는 원수급인의 무담보채권자의 희생 아래에서, 또 원수급인의 채권보호는 부동산소유자의 무담보채권자의 희생의 아래에서 보호되는 것이기 때문이다.

다른 업계에서는 이러한 보호를 하지 않는데, 왜 건설업계에서만 법정담보제도로 보호하여야 하는지의 의문이 있을 수 있다. 즉, 건설업계라고 특별한 보호를 할 필요는 없고, 부동산에 개량이 생겼다는 것도 이를 정당화하는 이유는 될 수 없다는 것이다.⁹⁴⁾ 담보가 필요하면 다른 거래와 마찬가지로 당사자간의 합의로 담보를 설정하면 된다는 것이다. 또 부동산공사 수급인이 법정담보권의 실행을 통하여 공사대금의 우선변제를 받을 수 있다는 것을 이용하여, 자력이 없는 도급인에게 신용을 주는 것이 촉발될 우려가 있다.⁹⁵⁾

그러나 건설업계의 특수성을 고려한다면, 부동산에 투입된 노동이나 재료는 채무불이행 따른 다른 제도로 보호되기 어렵기 때문에, 법정담보권에 의하여 특별히 보호할 필요가 있다.⁹⁶⁾ 또 건설업계는 많은 단기적 신

94) Comments, The "Forgotten Man" of M and M Lien Laws-The Homeowner, 16 Hasting L. J. 198 (1964).

95) Culter/Shapiro, The Maryland Mechanics' Lien Law - Its Scope And Effect, 28 Maryland Law Review 225 (1968), at 246.

96) 건설업계는 경제에서 중요하며 건설·개발 및 관련 업계의 간접적인 파급효과는 말할 것도 없고 고용이나 세수입에 큰 영향을 주므로, M and M Lien Law이 없다면 그러한 건설업계에 커다란 영향을 초래한다(Frank/MacManus, Balancing Almost Two Hundred Years of Economic Policy Against Contemporary Due Process Standards-M and M Lien Law in Maryland After Bary Properties, 36 Md. L. Rev. 733, 784 (1977), at 785).

용⁹⁷⁾을 이용함으로써 활발해질 수 있다.⁹⁸⁾ 현실에서는 건설하수급인에 의한 공사대금에 대한 신용제공이 다반사이며, 미지급에 대한 위험이 법정 담보권에 의해 제거되지 않으면 건설이 지연됨으로서 보다 많은 건축비용이 들게 될 것이다.⁹⁹⁾ 물론 건설업계의 법정담보제도에 의하여 부동산 소유자, 도급인의 무담보채권자 등의 부담이 발생하지만, 소유자의 부담은 크지 않고 부동산이 개량된 경우에 그 개량을 위해서 물품이나 서비스를 공급한 사람이 변제를 받지 못한 경우에 부동산 소유자는 부당이득을 한 것이므로 바람직하지 못하다.¹⁰⁰⁾ 또한 일반채권자와의 관계에서는 전용물 소권과 같은 이론적 배경에서 법정담보권을 인정하여도 무리가 없다고 본다.

다만, 부동산공사 관여자의 채권을 법정 담보제도로 보호한다면, 어느 정도까지 보호할 것인가가 문제된다. 즉, 독일법과 같이 등기의 순위를 깨뜨리지 않는 범위에서 보호할 것인지, 아니면 미국, 프랑스, 스위스처럼 선행저당권에 우선하여 보호할 것인가가 문제된다.

부동산 공사 관여자의 법정 담보제도를 인정하는 기초는 전용물사상 (Versionsgedanke),¹⁰¹⁾이지만, 이를 법정 저당권이라는 구체적인 제도로 만드는 동기는 부합으로 인한 소유권 상실과 수급인의 선이행의무이며, 법정담보권에 의한 부동산 공사관여자의 보호는 선행저당권자를 비롯한 이해관계인의 이익형량을 고려하여 정책적으로 결정할 문제이다.

97) 원수급인은 소유자로부터 공사대금을 받을 때까지 하수급인에 변제할 수 없기 때문에 하수급인이나 재료 공급자로부터 원수급인에게 광범위한 단기의 신용이 주어지게 된다(Comment, supra note 12, at 93).

98) Stalling, *The Need for Special, Simplified Mechanics' Lien Acts Applicable to Home Construction*, 5 *Law & Contemp. Probs.* 592 (1938), at 597.

99) Comment, supra note 12, at 93.

100) Stalling, supra note 98, at 597: 이것이 M and M Lien의 이론적 근거로 일반적으로 말해지고 있다. 그러나 비록, 소유자가 계약관계에 없는 하수급인의 서비스나 재료 공급자가 공급한 재료에 의하여 부당이득을 얻었다고 해도 하수급인이나 재료 공급자는 M and M Lien Law상의 구제 방법 밖에 취할 수 없다고 해석된다. 나아가 Indiana 州에서는 그 공사에서의 원수급인에 대한 소유자의 부담 채무에 있어서 Lien 권리자에게 인적 책임(personal liability)을 진다고 한다(Acret, supra note 10, at 16-17).

101) 수급인이 급부한 재료 또는 노무에 의해 부동산 가치가 상승(Werterhöhung)한 경우에 그 가치는 이것을 출연한 사람(공사관여자)에게 귀속하여야 한다는 사고이다(Zobl, a. a. O., S. 50; Schumacher, a. a. O., Rdnr. 46 ff.).

3. 부동산공사에 있어서 이해관계인의 이익형량

부동산 공사에 있어서 도급인, 수급인, 선행저당권자, 부동산 매수인 등 이해관계인의 이익형량은 다음과 같이 설명할 수 있다. ① 부동산 소유자는 대가를 지급하지 않고 부합에 의해 수급인의 급부로부터 이익을 얻고 있으므로, 부동산이 수급인의 법정 저당권의 대상이 되는 것은 당연하다. ② 선행저당권보다 부동산 공사 관여자의 법정 담보권을 우선하면 공신의 원칙이 깨뜨려져 거래안전을 해할 수 있으나, 우리 민법은 독일과 달리 부동산에 있어서는 공신의 원칙을 채택하지 않으며, 나아가 우선권의 범위를 부동산 공사로 인한 가치증가분에 한정한다면 실질적으로는 그다지 문제는 없다. 또, 부동산 경락대금 중에서 공사로 인한 가치증가부분에 대하여 선행저당권자에게 권리를 인정하는 것은 형평에 어긋난다.¹⁰²⁾ 다만 부동산 공사로 인하여 증가한 가치를 확정하는 절차가 필요하다. ③ 부동산 소유자의 일반 채권자보다 부동산 공사 관여인이 우선권을 가져야 하는 것은 당연하다. 일반 채권자는 부동산 공사 관여자에 의하여 발생한 가치증가에 관여할 수 없기 때문이다.¹⁰³⁾ 마찬가지로 원수급인의 일반채권자에 대한 하수급인의 우선권도 당연히 인정되어야 한다.

④ 공사관여자와 건물완성 후의 부동산 전득자의 관계가 문제되는 데, 전용물 사상에 기초하여 공사관여자의 법정담보권을 인정하더라도, 무제한적으로 제3자에 대한 추급을 합리화할 수는 없다.¹⁰⁴⁾ 따라서 전득자와 관계는 법정 담보권의 공시시기와 관련하여 이해관계를 조절하여야 할 것이다.

⑤ 하수급인, 재료공급자 등도 법정담보제도로 보호할 것인지가 문제되는데, 하수급인에게도 독립적인 법정저당권을 인정한다면 도급인에게 이중변제의 위험이 발생할 수 있으므로 신중히 고려할 문제이다. 다만, 오늘날 건설업계가 전문화되어 보통의 건설과정에서는 원수급인, 하수급인,

102) Zobl, a. a. O., S. 52 f.

103) Zobl, a. a. O., S. 54.

104) 전용물 사상을 일반화하면 재료 공급자, 건축자금 제공자도 마찬가지로 우선권이 허용될 여지가 있다.

재 하수급인 등 많은 계층적 도급단계가 이용되어, 부동산 공사로 인한 법정 담보권은 주로 하수급인이나 재료 공급자를 보호하는 방향으로 바뀌고 있다. 미국의 M and M Lien 등에서 하수급인·재료 공급자를 보호하는 것은 하수급인·재료 공급자 등은 원수급인과 비교하면 법적 지식, 교섭력 등에 큰 차이가 있어, 스스로의 권리를 주장하여 실현하는 것이 곤란하기 때문이다. 또한 도급인은 원수급인과 계약함으로써 가격 및 품질보증을 받고, 개별적인 하수급인과 계약하는 번거로움을 면하고 있기 때문이다. 다만 하수급인의 채권을 법정담보권으로 보호하면 도급인 등은 이중변제의 위험에 빠지므로, 이에 대한 대책이 필요하다.

4. 우리민법의 개선방향

민법 제666조는 부동산 공사에 있어서 수급인 등의 선이행의무에 따른 보수채권 담보에 그 역할을 전혀 하지 못하고, 공사관계자의 급부에 의하여 증가한 가치에 대하여 선행저당권자가 우선변제권에 귀속되므로 형평성의 관점에서 문제가 있다.

외국의 입법례를 보면, 프랑스법의 공사 수급인의 선취특권은 등기가 되면 선행 저당권에 우선하지만, 도급계약상의 보수청구액이 아니고 증가액에 한하여 우선권을 인정하므로,¹⁰⁵⁾ 공평의 관점에서 타당하다. 다만, 증가액 산정의 절차에서 공사 전 및 후, 선취특권 실행시의 3번에 걸치는 복잡한 절차를 필요로 한다. 부동산의 가치증가분을 감정하는 데 있어서 기술적인 어려움이 있으며, 또한 수급인의 경제적 교섭력으로 인하여 공사 전에 조서를 작성하는 것도 어렵다. 또 강행법규로 보지 않기 때문에 공사개시 전에 수급인은 선취특권을 포기할 수밖에 없다는 단점이 있다.

독일은 민법 제648조를 보완하기 위하여 제648조a를 부가하였으나, 제648조a는 건축수급인의 선 이행의무와 침부에 의한 재료소유권의 상실 중에서 전자에 초점을 두어 규정된 것이므로, 수급인에게 건축의 진척에 따라 부분적으로 담보제공청구 및 담보가 제공되지 않은 경우에 이행거절권, 계약 자체의 해제권을 주는 것을 내용으로 하고 있다. 1993년 5월

105) 이러한 의미에서 실질적으로는 선행 저당권자를 해치지 않는다.

부터 시행된 제648조a가 현재 기대한 대로 수급인의 채권담보에 충분히 기능을 하는 지는 확실하지는 않으나, 현실의 건설시장에서는 수급인의 도급인에 대한 교섭력이 약하여, 실제로 제때에 담보를 청구할 수 있는 수급인은 거의 없을 것이라고 한다.¹⁰⁶⁾ 따라서 수급인은 도급인과 교섭력이 대등하게 되는 시점, 즉 공사가 거의 완성된 후에 비로소 담보제공을 청구하는 데, 그리하면 제648조의 문제점이 그대로 나타난다. 즉 토지의 담보가치가 다른 선행 저당권으로 소진되어, 도급인의 자력악화로 수급인에게 변제하지 못하는 것이 그대로 재현된다.

미국은 수급인뿐만 아니라 건축가 및 재료공급자에게도 M and M Lien을 부여하고 있다. 즉 미국의 M and M Lien은 하수급인·재료 공급자 및 건축 과정에 협력한 모든 사람의 보호를 주된 목적으로 하는 것으로, 우리나라의 도급계약에 있어서 하수급 등의 공사대금채권확보라는 점에서 매우 중요한 참고자료가 된다. 그러나 한편으로 소유자의 책임이 무거운 것과 소유자가 이중변제의 위험을 부담하는 것이 문제된다. 따라서 우리나라에서 미국의 M and M Lien과 같은 하수급인보호제도를 도입한다면 소유자, 원수급인, 하수급인, 건축부동산의 담보권자, 부동산 양수인 등의 이해 조절이 필요하다.¹⁰⁷⁾ 또한, M and M Lien Law의 사회경제적 및 법적 배경이 다른 점도 고려하여야 한다. 즉, 하수급인이 소유자에 대해서 M and M Lien을 주장하는 것은 원수급인의 신용력이 없는 것을 대외적으로 표시하는 것이 되는데, 미국의 하수급인은 원수급인과의 관계에서 독립성이 강하고 종속관계에 있지 않아서 원수급인의 압력이 있더라도 하수급인이 M and M Lien을 행사할 수 있다. 그러나 우리나라에서는 M and M Lien이 도입되더라도 일반적인 건설도급에서 하수급인은 원수급인에게 대하여 현실적으로 종속관계에 있어서 M and M Lien을 행사할 수 있을 지는 의문이다.

스위스법의 법정 저당권은 일의 완성 전에 미리 포기할 수 없다는 점에서 강행법규성(Art. 837 II ZGB)과 등기기간이 일의 완료 후 3개월까지

106) Peters in Staudinger Kommentar, §648 a, Rdz. 2.

107) 즉, 도급인의 이중변제 위험의 회피와 하수급인 등의 채권의 확보라고 하는 상반되는 이익의 조화가 필요하며, 부동산 담보권자와의 이익의 조화가 필요하다고 할 것이다.

이고, 공사의 개시 전에 미리 등기가 요구되지 않은 점(Art. 839 ZGB)에서 비교적 우수한 제도이다. 또, 도급인이 토지소유자가 아닌 경우에도 인정되고, 하수급인도 독자적인 법정 저장청구권이 인정된다는 점이다.

독일법 및 우리민법과 마찬가지로 스위스법은 법정 저장권과 다른(특히, 선행) 저장권과의 관계는 등기의 순위원칙(Publizitäts-und Prioritätsprinzip)에 따르고 있다. 그러나 수급인의 법정 저당은 선행 저장권보다 후순위가 되어 만족을 얻을 수 없다는 단점을 보완하기 위하여 제841조의 우선특권(Vorrecht)를 두어 경매대금에서 수급인의 급부에서 유래하는 가치에 대하여 선행 저장권자의 배상의무를 부과하고 있다. 결국, 스위스법은 형식적으로는 순위의 원칙에 따르면서 실질적으로는 선행 저장권의 우선을 인정한 점에서 독일법 및 우리법과 차이가 있다. 또, 스위스법에서는 복수의 법정 저장권이 등기된 경우에 등기의 순위에 관계없이 동순위가 되어 경매대금으로부터는 안분배당을 받는다.

이러한 외국의 입법례를 참조하여 우리민법의 개정방향을 제시하면 다음과 같다.

첫째, 제666조를 강행규정으로 하여, 공사완공 전에는 저장권설정청구권을 임의로 포기하지 못하도록 하여야 할 것이다.

둘째, 제666조의 저장권설정청구권은 채권적 청구권으로서 해당 부동산의 제3취득자에게는 청구할 수 없는 데, 이를 물권적 청구권으로 구성하여 제3자에 대한 추급성을 인정하는 것이 실효성을 높이는 방향이라고 생각된다.

셋째, 오늘날 건축채권의 법정담보제도는 하수급인을 보호하는 방향으로 전개되므로, 제666조의 저장권설정 청구권자에 (재)하수급인도 포함시켜야 할 것이다.

넷째, 제666조에 의하여 복수의 저장권이 등기된 경우에 이들 상호간에는 등기순위에 관계없이 동 순위로 취급하는 것이 바람직할 것이다. 그 이유는 수급인의 공사내용에 따라서 시공시기가 지연되거나 조기에 완료되는 경우가 많고, 등기시점이 달라도 그 보호의 필요성은 다르지 않고, 수급인간에 등기시점을 둘러싼 무의미한 경쟁도 피할 수 있기 때문이다.

다섯째, 부동산공사로 인한 가치증가분에 한하여 제666조에 의한 저당권을 선행저당권에 우선시킬 필요성이 있다. 다만 부동산 공사로 인한 가치증가분을 어떻게 확정시킬 것인지가 문제되는 데, 법원에 의하여 선임된 감정평가기관으로 하여금 평가를 하는 것도 하나의 방법이 될 수 있다.

IV. 결

무릇 법제도는 현실의 여러 현상을 살펴보고, 이러한 현상의 불합리한 점을 공평이라는 견지에서 조정하여야 한다. 부동산 공사 관여자의 채권담보를 위한 법제도인 법정저당청구권의 출발점은 전용물사상(Versionsgedanke)으로서, 어떤 의미에서는 매우 원시적인 형평관에 근거한 자기 출연에 따른 재화의 추급이라고 하는 사상이다.¹⁰⁸⁾ 건축수급인은 그 계약의 성질상 선 이행을 강요당하고, 나아가 급부한 재료의 소유권도 토지에 대한 부합으로 잃게 된다. 이러한 사정, 즉 선 이행의무와 침부의 원칙이 건축수급인의 급부를 법정 담보제도로 보호하여야 하는 것으로 나타난다. 따라서 적어도 계약 상대방이 토지소유자라면 수급인이 그 토지에 일정한 배타적 재화 귀속 할당인 물적 담보를 취득한다는 것은 매우 당연한 것이다. 선이행을 강요당하는 수급인의 급부는 대가가 지급되지 않은 동안은 형식적으로는 도급인의 소유가 되지만, 실질적으로는 법정 저당권이라고 하는 형태로 수급인의 ‘물건’으로 남는 것이다. 또, 선행저당권자가 저당권설정당시에는 존재하지 않는, 장래에 제3자에 의하여 행하여질 급부를 담보로 한 대가적 청산을 받는 것은 선행 저당권자의 부당한 이득이라고 할 수 있다. 결국 부동산 공사 관여자의 채권담보를 위한 법제도인 법정담보제도는 형평이라는 관점에서 당사자 간의 이해관계를 조절하여야 한다.

오늘날 건설업계의 현실은 부동산공사에서 수급인이 대금을 회수하기 못하는 경우가 종종 있으며, 이러한 보수채권의 회수에 대한 위험이 부동산 공사비용에 반영되어 부동산공사대금이 과대하게 되고 있다. 따라서 건설

108) 반대로 계약 상대방만을 신뢰하라는 ‘계약의 위험(Vertragsrisiko)’의 강조, 즉 채권의 상대성도 마찬가지로 원시적인 사고이다.

공사대금의 적정화를 기할 수 있는 방법 중의 하나로, 부동산공사 수급인의 보수채권을 확보하는 것이 필요하다.¹⁰⁹⁾ 이를 위해서는 민법 제666조를 실효성 있는 제도로 개선하는 것이 필요하다. 앞에서 부동산 공사관계자의 대금청구권을 확보하기 위한 방안으로서 민법 제666조의 문제점과 이에 대한 개선방향을 제시하기 위하여 외국의 입법례를 살펴보고, 우리법의 개정방향에 대하여 의견을 제시하였다. 차후에 이를 참작하여 우리 민법의 건축공사 채권의 법정 담보제도를 보다 실효성 있는 제도로 만들었으면 한다.

주제어 건설계약, 건설공사, 도급, 건설담보, 선취특권, 전용물 소권

109) 대규모의 공사나 관급공사에 있어서는 공사대금을 공사의 완성고에 따라 분할로 지급하는 방법 등이 행하여지므로써, 공사대금 확보에 큰 문제점은 없어 보이나, 영세한 소규모 건설도급이나 하도급, 노무도급에 있어서는 수급인의 대금채권의 확보에 있어서 어려운 점이 있다.

참 고 문 헌

- 곽윤직, 채권각론 [신정 수정판], 박영사, 2002.
- 김증한·김학동, 채권각론[7판], 박영사, 2006.
- 민법안연구회, 민법안의견서, 일조각, 1957.
- 이춘원, “건설공사에서 하도급 대금의 담보에 관한 일고찰”, 성균관법학 제19권 제3호, 2007. 12.
- 이춘원, “저당권설정청구권에 관한 비교법적 고찰”, 비교사법 제14권 4호, 2007. 12.
- 주석민법, 채권각칙(4), 한국사법행정학회, 1999.
- 執行秀幸, 『不動産工事の先取特權』, 『担保制度の現代的展開』, 日本評論社, 2006.
- 荒井八太郎, 『建設請負契約論 : 建設工事クレームの法律學的研究』, 勤草書房, 1967.
- 松田安正, 『不動産工事の先取特權について』, 法時, 66卷 10号.
- Acret, James, National Mechanics' Liens Handbook (Thelen Reid & Priest LLP), Los Angeles, CA : BNI Building News, 1998.
- Benfield, Marion W., The Uniform Construction Lien Act: What, Whither, And Why, 27 Wake Forest L. Rev. 527 (1992).
- Culter, Mitchell S./Shapiro, Leonard, The Maryland Mechanics' Lien Law - Its Scope And Effect, 28 Maryland Law Review 225 (1968).
- Frank/MacManus, Balancing Almont Two Hundred Years of Economic Policy Against Contemporary Due Process Standards-Mechanics' Lien Law in Maryland After Bary Properties, 36 Md. L. Rev. 733, 1977.

- Honigman, Law Revision Commission Report: Construction Debt Act to Replace Mechanics' Liens, 56 Michi. St. B. J. 429, 1977.
- Jacobus, Charles J., Real estate: An introduction to the profession, 9th ed., Mason, Ohio : Thomson/ South -Western, 2003.
- _____, Texas real estate law, 9th ed., Mason, Ohio : Thompson / South -Western, 2005.
- Johnson, Kathartbe C., Mortgages, Liens, and Security: Provide for Notice of Lien Rights to Owners of Real Property, Contractors, and Providers of Labor, Services, or Materials, 10 Ga. St. U. L. Rev. 211, 1993.
- Siedel, George J./Cheezem, Janis K., Real estate law, 4th ed., Chicinnati, OH: South-Western College Pub., 1999.
- Stalling, Bettin, The Need for Special, Simplified Mechanics' Lien Acts Applicable to Home Construction, 5 Law & Contemp. Probs. 592, 1938.
- Mechanics' Liens and Surety Bonds in the Building Trades, 68 Yale L. J. 138, 1958.
- Real Property, Matthew Bender & Company, Inc., 2005.
- The “Forgotten Man” of M and M Lien Laws-The Homeowner, 16 Hasting L. J. 198, 1964.
- The Nebraska Construction Lien Act: Which Way To Lien? 62 Nebraska Law Rev. 86, 1983.
- Dagot, Michel, Les Sûretés, Paris : Presses universitaires de France, 1981.
- Duvergier, J. B., Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens et avis du Conseil d'Etat, t. 11, Paris : [Imp. de Pommeret et Moreau], 1825.

- Marty et Raynaud, Droit civil Les biens, Paris : Sirey, 1980.
- Mazeaud(H. L. et J.), Leçon de droit civil, t. 3, Paris : Montchrestien, 1977.
- Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français. 3, Les biens, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952.
- Pothier, Robert Joseph, Traité de l' hypothèque, Bad Feilnbach : Schmidt Periodicals, 1993(1846).
- Weill, Alex, Droit civil Les sûretés, la publicité foncière, Paris : Dalloz, 1979.
- Groß, Heinrich, Die Bauhandwerkersicherungshypothek, Duesseldorf : Werner-Verl., 1978.
- Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, 12. Aufl., Düsseldorf : Werner, 1993.
- Leonhard, Franz, Besonderes Schulrecht des BGB, München : Duncker & Humblot, 1931.
- Mugdan, Berno, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, Berlin : v. Decker, 1899.
- Oertmann, Paul, Sicherung der Bauforderungen, in Handwörterbuch der Staatswissenschaften, II. Band, 4. Aufl., Jena : G. Fischer, 1924.
- Peters, Frank, Die Bauhandwerkersicherungshypothek bei Mängeln der Werkleistung, NJW 1981.
- Schulze/Hagen, Schadensersatz bei zweckwidriger Verwendung von Baugeld, NJW 1986.
- Schumacher, Rainer, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 2. Aufl., Zürich : Schulthess, Polygraphischer Verl., 1982.
- Slapnicar/Wiegmann, Neue Sicherheit für den Handwerker, NJW 1993.

Zobl, Dieter, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR II 1982.

BMJ (Hrsg.), Zweiter Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, Köln : Verlag Kommunikationsforum Recht Wirtschaft Steuern, 1986.

Munchener-Kommentar, 4. Aufl.

Staudinger-Kommentar, 13. Aufl.

The Legislative Consideration of Civil Act 666

Lee, Choon - Won*

The Civil Act 665, 1 ordains payment in construction contract to be made in the same time when the subject-matter finished is transferred, i. e. as those of the concurrent relation in construction contract are the transfer of completion works and the issue of payment. But in construction contracts of the real estate, a recipient can't claim the payment until he redeems most of the benefits related, such as provision of materials, construction, etc. in the process and transfers the subject-matter later. However, it is impossible or meaningless for a contractor to rehabilitate by revoking the contract, in case a contractor doesn't make payment when the subject-matter is delivered. Hence, the Civil Act 666 makes it possible to claim settlement of mortgage on the real estate which a recipient's benefit is materialized to as a complementary measure for the construction condition precedent of a recipient of a real estate construction. As such, Civil Act 666 is something which abolishes legal lien of the construction of the real estate under past Civil Act 327, established following German civil code 648 (1) to replace it. Therefore, like German civil code 648 (1) which showed a lot of problems from the legislation, our Civil Act 666 shows the same problems.

Contract recipient is forced to follow construction condition precedent from the nature of the contract, further losing the ownership of the materials they provided in correspondence with the land. This, in other words, represents the construction condition precedent and the principle of appending should protect the payment of a construction recipient with the legal mortgage. The benefit of a recipient who is forced to follow construction condition

* Assistant Professor, College of law, Kwangwoon University

precedent is owned by a contractor formally while the payment is not made, but virtually, it remains to be a recipient's subject-matter in the form of legal mortgage. As the method to ensure bond remuneration of a recipient in a real estate construction, most of countries ordain legal rights granted by way of security. For example, French civil code ordains Des privilèges spéciaux under 2374 and Japanese law holds prior rights of the real estate construction under 327, following it. America has Mechanics' and Materialmen's Lien as a right to receive reimbursement of bonds of someone in subject-matters prior to other general creditors, who provided labor, service and materials but not reimbursed in relation to the improvement of the real estate. German civil code has the claim to provide a security in the form of a mortgage under § 648 and § 648 section was later added because of the imperfect nature of this regulation. Also, Swiss has the legal mortgage system of a construction recipient which was newly established compromising legislations of several countries.

Compared with the legislations of these other countries, our Civil Act has some problems, which was exposed in foreign legislations previously, but foreign countries are trying to overcome this problem in various ways.

Foreign legislative examples are divided in two classes. One is the way to secure construction recipient's bond in priority, demolishing the principle of an order in registration, and the other is the way within limit of not demolishing the principle of an order in registration, and there is an eclectic method of these two systems.

In this paper, we saw the foreign legislative examples shortly, and looked into the amendment direction of our Civil Act 666.

<p>Key Words construction contract, construction work, subcontract, Mechanics' and Materialmen's Lien, Des privilèges spéciaux, actio de in rem verso utilis</p>
