

# 完成建物の 所有權歸屬에 관한 研究<sup>1)</sup>

李 相 泰

(建國大學校 法科大學 法學科)

## 目 次

I. 序論	例
II. 所有權의 觀念	3. 未完成建物の 完成과 所有權歸屬에 관한 判例
1. 프랑스의 所有權觀念	4. 檢討
2. 독일의 所有權觀念	IV. 受給人·下受給人的 債權確保
3. 우리의 所有權觀念	1. 所有權歸屬理論과 下受給人的 債權確保
4. 比較 檢討	2. 外國의 制度
III. 完成建物の 所有權歸屬	3. 우리의 解釋論
1. 完成物의 所有權歸屬에 관한 一般論	V. 結論
2. 完成建物の 所有權歸屬에 관한 判	

## I. 序 論

실제로 건물을 건축함에 있어서 토지소유자를 비롯하여 건축업자·하수급인·재료제공자 등 많은 사람이 관여할 뿐만 아니라 그 관여의 형태도 매우 다양하다. 그런데 우리 나라는, 건물을 토지와 독립한 부동산으로 다루고 있지 않는 西洋과는 달리, 토지와 건물을 독립한 부동산으로 다루는 법제를 취하고 있기 때문에, 건물이 완성한 경우에 과연 이렇게 많은 관여자 가운데 누구에게 그 소유권이 귀속하는가가 법적으로 큰 문제가 되고 있다. 완성건물의 소유권이 누구에게 귀속하는가의 문제는 건축관계자들의 이해관계에 중대한 영향을 미침은 물론이고 그 관여자들의 채권자에게도 큰 영향을 주기 때문이다.

특히 건축허가 명의를 토지소유자 또는 토지매도인으로 하거나 심지어는 금전대여자인 채권

1) 이 연구는 1996년 건국대학교 학술진흥연구비의 지원에 의한 것이다.

자로 하기도 하기 때문에, 완성건물에 대한 소유권의 귀속자를 판단하는 것을 어렵게 만들고 있다. 나아가 타인이 건물을 짓다가 중단한 것을 이어 받아 자신의 노력과 재료로 완성한 경우에는, 그 완성건물의 소유권 귀속의 문제를 더욱 복잡하게 만들고 있다.

더구나 1990년부터 시행되고 있는 '不動産登記特別措置法'은 소유권취득자 자신의 명의로 등기한 후에 다른 사람에게 처분할 것을 강제하고 있을 뿐 아니라 1995년 7월 1일부터 시행되고 있는 '不動産實權利者名義登記에 관한 法律'은 명의신탁을 전면금지하고 있으므로, 완성건물의 소유권귀속자가 누구인가에 관한 문제의 중요성은 더욱 커졌다고 할 수 있다.

그럼에도 불구하고 이 문제에 관한 종래 우리 나라의 學說이 충분하지 못할 뿐 아니라 그나마도 學說과 判例의 입장이 정반대의 입장에서 서 있으며, 또한 判例의 입장에도 일관성이 부족하였기 때문에, 상당한 혼란이 있어 왔다. 그러므로 완성건물의 소유권귀속에 관한 법이론이 재조명될 필요성이 매우 크다고 하겠다.

본 연구에서는 다음과 같은 내용의 연구를 하고자 한다.

먼저 기초적 연구로서 소유권에 관한 관념의 변천을 고찰한다. 우리 民法에 많은 영향을 준 프랑스 民法과 獨逸 民法에 있어서 소유권에 관한 관념의 변천을 살펴 볼 필요가 있다. 원래 처음에는 所有權의 본질을 물건 자체의 입장에서 보아 그것을 가진자에게 물건을 專屬시키는 권리로 파악하였다. 다시 말하면 所有權者는 자기에게 물건을 배타적으로 귀속하게 하는 소유권을 물건 내에 가지는 것이고, 소유권자가 물건에 대하여 가지는 처분권 내지 지배권은 그 효과에 지나지 않는 것으로 이해하였다. 그러나 점차 所有權이란 물건 자체의 지배권이 아니고 물건의 有用性에 대하여 가지고 있는 意思支配 내지 有用性에 대한 관념적 지배로 파악하였다. 이러한 소유권에 관한 관념의 변천으로부터, 도급계약에 있어서의 완성물의 소유권귀속에 관한 이론구성이 달라지는 것을 고찰한다.

다음으로 완성건물의 소유권귀속에 관한 일반적 논의를 살펴 본 후에, 구체적 사례를 判例를 통하여 분석·검토하기로 한다. 완성건물의 소유권귀속에 관한 이론은 도급계약관계가 존재하는 경우와 도급계약관계가 존재하지 않는 경우가 다르므로, 이와 같은 두 경우로 크게 나누어 고찰한다. 특히 도급계약관계가 존재하는 경우에 있어서 많은 이론적 문제점이 일어나고 있다. 아울러 이러한 이론을 수립함에 있어서 빠뜨리지 않고 고려해야 하는 내용은 1995년부터 시행되고 있는 '不動産實權利者名義登記에 관한 法律'의 규정내용이다.

그런데 종래의 學說과 判例는 都給人·受給人의 二當事者關係만을 고려한 이론들이어서, 都給人·受給人·下受給人의 三當事者關係에 있어서는 완성물의 소유권귀속문제를 해결해 주는데 별 도움을 주고 있지 못하다. 따라서 이와 같은 소유권귀속이론만으로 해결하기 어려운 문제인 受給인과 下受給인이 가지고 있는 報酬債權에 관한 확보방안을 모색한다. 우선 현행법의 解釋論으로써 이들의 債權을 보호할 수 있는 방안이 없는가를 생각해 보고, 나아가 이들에게 報酬

債權을 피담보채권으로 하는 일종의 담보권을 인정하는 제도를 도입할 수 없겠는지를 검토해보기로 한다.

본 연구는 구체적 분쟁과 그 해결이라는 기본적 시각의 관점에서 법해석·법관념을 분석하기로 한다. 무릇 법의 해석은 실천행위로서, 반드시 어느 이익 또는 가치를 일정한 방법·정도로 보호하게 되지만, 그 외의 다른 이익·가치는 일정한 방법·정도로 배제된다. 따라서 본 연구에서는 소유권귀속의 원리 및 부합의 원리에 관한 여러 이론 가운데 어떠한 것이 어떠한 분쟁에 있어서 어떠한 사람의 어떠한 이익·가치를 어떻게 보호 또는 배제하는 것인가에 관심의 초점을 두기로 한다. 위와 같은 기본적 시각을 가지는 경우에는, 우리 사회에서 실제로 구체적으로 분쟁이 일어나고 그에 대한 해결을 시도한 判例가 더욱 중요성을 갖는다. 본 연구에서는 判例의 연구에 큰 비중을 두기로 한다.

## II. 所有權의 觀念

### 1. 프랑스의 所有權觀念

프랑스 民法 成立 以前의 所有權觀念은 당시의 대표적 학자인 Pothier의 다음과 같은 설명으로부터 추측할 수 있다.

“所有權이라는 것이, 그와 같이 불리워지는 이유는, 그것에 의해서 어느 물건이 나에게 固有 하며(propre), 다른 모든 者를 배제하여 나에게 귀속하는 권리이기 때문이다. 이러한 所有의 權利(droit de propriété)가 그의 효과와 관련하여 생각되어지는 때에는, 어느 물건을 隨意로 처분 하는(disposer) 權利로 定義될 수 있다. 다만, 他人의 權利나 法律을 침해할 수는 없다.”<sup>2)</sup>

즉 所有權은 物件의 內에서 그것을 가진 者에게 물건을 專屬시키는 權利라는 점에 그 本質이 있다. 그리하여 所有權者가 가지는 물건의 사용·수익·처분을 한데 모은 의미로서의 處分權은, 이 물건이 專屬되는 효과로 생기는 것에 지나지 않는다. 뒤집어 말하면 所有權者는 자기에게 물건을 배타적으로 귀속시켜 주는 所有權을 물건의 內에 가지는 것이고, 자신이 물건에 대하여 가지는 處分權(支配權)은 그 효과에 지나지 않는 것이 된다. 이와 같이 所有權의 本質을 파악한다면, 그 권리의 한 내용으로서 添附權(droit d'accession)이 있고, 따라서 물건으로부터 생기는 果實 또는 물건에 결합한 종물도 소유권자에게 귀속된다.

그런데 물건을 누구에게 귀속시키는 성질로서의 소유권이 물건에 내재한다고 생각되는 동안에는, 사람이 물건에 대하여 가지는 지배권은 물건을 떠나서 독립한 존재를 승인받지 못한다. 그 결과 소유권은 지배권의 측면에서 부각되며, 사실 프랑스 民法 起草者도 이러한 자세를 취

2) Pothier, Traité du droit de propriété, n° 3.

하였다.<sup>3)</sup>

그러나 民法 成立 以前에도 이미 물건을 떠나서 소유권을 독립시킬 수 있다는 생각이 주장되고 있었다. 이에 의하면, 물건의 占有가 移轉되기 以前에도 그 물건의 소유권은 취득될 수 있는데, 그 이유는 지배권(droit de domaine)과 이 권리를 행사할 수 있는 권능과는 不可分인 것은 아니기 때문이라고 한다. 환언하면 소유권을 그것을 행사하는 物理的·現實的 能力도 포함하는 것으로 파악하는 때에는 물건의 引渡 없이 所有權은 移轉하지 않지만, 소유권을 그것에 의해서 어느 물건이 누군가에게 귀속한다고 하는 순수히 精神的 特質(qualité purement morale)로서만 파악하는 때에는 물건의 引渡 以前에 合意만으로 所有權이 移轉하는 것에 아무런 支障을 가져오지 아니한다고 한다.<sup>4)</sup> 그리하여 合意만으로 소유권이 移轉한다는 생각은 확실히 프랑스 民法에 의해서 받아들여졌다(同法 제1138조 및 1583조). 여기서 소유권은 물건의 지배권으로서의 내용을 가지지 않고, 물건의 觀念的 使用收益權限을 부여하는 權利, 즉 그것을 가지는 者에게 물건의 所有權者의 지위를 주는 權利로 되지 않을 수 없었던 것이다.

그러나 프랑스 民法 成立 以後 곧바로 소유권이 물건과는 독립한 존재로 승인받고 있었던 것은 아니다. 프랑스 民法 자체가 한편에서는 所有權移轉에 대하여 이와 같은 새로운 이론을 취하면서도, 다른 한편에 제544조에서 소유권을 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 “소유권은 물건을 가장 절대적인 방법으로 使用 受益 處分할 權利이다. 단, 法律 또는 政令에 의하여 금지된 用法을 행사하지 않는 것을 조건으로 한다”고 규정하여, 물건의 지배권이라는 면으로부터 소유권을 파악하고 있는 것이 분명하다. 그리고 이를 반아서 19세기의 학설도, 소유권을 물건과 뗄 수 없는 관계로 파악하여, 사람이 물건에 대하여 가지는 絶對的 支配權으로 定義하고 있었다.<sup>5)</sup>

이에 대하여 20세기의 학설은, 소유권을 물건과 떠나서 독립적으로 관념하고 있다. 즉 民法 544조가 물건을 使用 受益 處分할 權利를 所有權이라고 한 것은 소유권의 주요한 屬性을 列舉하고 있을 뿐이고 진정한 定義를 내리고 있는 것이 아니라고 하면서, 所有權이라 함은 그것에 의해서 어느 물건이 어느 法主體의 意思와 行爲에 絶對的·排他的으로 복종하는 權利라고 定義한다. 그러나 물건을 사람의 지배에 服하게 하는 權利라고 하는 것만으로는, 물건으로부터 소유권을 독립시키기에 이르는 것은 아니다. 소유권이 진정으로 물건과는 독립한 존재를 가지기 위해서는, 지금까지 생각되어 온, 물건을 從屬시킨다고 하는 性質을 바로 뒤집는, 즉 排他性이 있는 것으로 생각하지 않으면 안된다. 왜냐 하면, 소유권이, 물건에 대한 배타적 지배권한을 부여하는 권리, 환언하면 소유권을 가진 사람에게 그 물건의 소유권자의 지위를 준다고 하는 의미

3) 坂本武憲, “フランスの新たな不動産建築契約について - フランスの所有權觀念の考察をかねて -”, 北大法學論集 第31卷 第3, 4合併號 上卷(札幌市: 北海道大學 法學部, 1981), 1107面.

4) Pothier, op. cit., II<sup>o</sup> 245에서 Grotius & Pufendorf의 說을 소개한다.

5) 坂本武憲, “請負契約における所有權の歸屬”, 民法講座 5(代表編集 星野英一)(東京: 有斐閣, 1985), 442面.

를 가진 권리로 생각되어질 때에 비로소, 물건과는 독립한 존재를 가질 수 있게 되기 때문이다.

소유권이라고 하는 것이, 관념으로서 독립하여 존재하고 있다고 하는 것은, 우리들에게는 그것이 객관적인 존재이고, 따라서 소유권은 사회적인 존재인 것을 의미한다. 그리하여 소유권은, 그 사회의 구성원에게 객관적인 존재로서의 물건의 有用性에 대한 배타적 지배권한을, 바꾸어 말하면 사회적으로 승인되고 있는 소유권자의 지위 자체를 나타내는 것으로 생각된다. 所有權者는 그의 소유권에 따라 법률행위를 하지만, 그의 법률행위는 물건에 관하여 행하여지는 것은 아니고, 所有權者의 權利에 관하여 행하여지며, 법률상 그의 권리를 처분할 가능성은 소유권의 속성에서가 아니고, 모든 물건에 공통된 讓渡性의 성격에 의하는 것이라고 하는 것<sup>6)</sup>은, 프랑스에 있어서 소유권관념의 변천을 대변한다고 하겠다.

이러한 소유권관념의 변천은 添附權에 대하여서도 당연히 기본적인 변경을 가져오게 한다. 종래 첨부권은 물건의 내에 있는 소유권의 하나의 내용으로서 그것으로부터 생기는 果實이나 그것에 결합하는 從物의 지배를 할 수 있게 하는 것으로 파악하고 있었지만, 소유권이 물건과는 독립한 것으로 생각됨에 따라, 添附도 물건 자체의 지배를 취득하는 것이 아니고, 단지 果實 또는 從物이 가지게 될 有用性에 대한 배타적 지배권한으로서의 소유권을 원시취득하는 방법에 지나지 않는 것으로 되었다.

이러한 소유권관념의 변천은 또한 도급계약에도 변화를 일으켰다. 프랑스 民法은 로마법의 전통<sup>7)</sup>에 따라서 임대차계약에는 물건의 임대차와 노무의 임대차의 2종이 있음을 규정하고(同法 1708조), 勞務의 賃貸借를 “當事者의 一方이 相對方을 위하여 당사자 사이에서 합의된 代價를 받고 어떤 일을 행할 의무를 부담하는 계약”으로 定義하고 있다(同法 1710조). 그런데 초기의 Potier의 설명에 의하면, 注文者가 전적으로 또는 주된 材料를 제공하는 경우에는 勞務賃貸借契約, 반대로 製作者 또는 職人이 그것들을 제공하는 경우에는 賣買契約이라고 한다.<sup>8)</sup> 前者의 경우에는 주된 材料의 소유권의 一內容이 되는 添附權에 의해 완성된 물건이 注文者에게 귀속되어 注文者가 所有權者로 되지만, 後者의 경우에는 동일한 이유에서 완성된 물건에 대해 먼저 製作者 또는 職人이 所有權者로 되며 引渡에 의해 注文者에게 그것의 소유권이 移轉하게 된다. 이것을 建物建築의 경우에 적용시켜 본다면, 注文者가 土地를 제공하는 때에는 受給人이 다른 모든 材料를 제공하여야 한다고 하더라도 이는 勞務賃貸借契約이며, 그 이유는 집을 세우기 위하여 제공되는 土地는 집의 건축에 있어서 주된 물건이기 때문이라고 한다. 그 결과 主物인 土地의 소유권의 한 내용인 添附權에 의해, 그 위에 세워진 건물에 대하여도 注文者를 所有權者

6) Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français t. III, 1952, n° 218, p.226.

7) 로마법에서는 오늘날의 도급계약은 賃借의 일종으로 파악되고 있었다. 즉 賃貸借(locatio conductio rei)·雇傭(locatio conductio operarum)·都給(locatio conductio operis)이 포함되는 포괄적인 계약인 賃約(locatio conductio)이 존재하였다. Max Kaser, Römisches Privatrecht, 9. Aufl.(München : C. H. Beck, 1976), S.153.

8) Pothier, Traité du contrat de louage, n° 394.

로 만들며, 그 효과로서 注文者는 건물이 세워짐에 따라서 그의 재산권을 취득하여 간다고 파악한다. 따라서 만일 勞務가 완성된 後 注文者에게 引渡되기 前에 不可抗力에 의해 滅失한 경우에는, 소유권자 위험부담의 원칙에 의하여, 그 노무가 귀속하고 있는 注文者가 滅失의 위험을 부담하며, 이미 완성한 부분의 노무에 대하여는 그 지배권자인 注文者가 그 代價를 지급하여야 한다. 또한 완성된 물건을 注文者가 점검하여 수령한 以上, 그것에 瑕疵가 나타나더라도, 製作者는 책임을 지지 않는 것이 당연하게 된다.

以上과 같은 勞務貸借의 理論도 프랑스 民法의 성립을 계기로 하는 소유권이론의 변천과 더불어 큰 轉換을 가져 오지 않을 수 없었다. 소유권을 그 사회의 구성원에게 객관적인 존재로서의 물건의 有用性에 대한 배타적 지배권한을 주는 것으로 파악하게 되면, 만들어지는 물건 자체가 注文者에게 귀속하는 것이 아니고, 그 물건이 사람 일반에 대하여 가질 수 있는 有用性에 대한 배타적 지배권(소유권)을 添附라고 하는 所有權 取得原因에 의하여 원시취득할 뿐이며, 그 有用性을 注文者에게 주는 수단으로서의 물건 자체의 완성은 모두 債務者인 製作者가 契約上의 위험을 부담하게 된다. 따라서 注文者가 물건을 수령한 후에도, 그 물건의 有用性을 損傷하는 瑕疵가 존재하는 때에는, 製作者가 책임을 지게 된다. 이리하여 프랑스 民法의 1967년 및 1978년 등 數次의 改正에 따라 製作者의 責任이 확대되었고, 나아가 건축도급에 있어서 注文者가 工事의 主導權을 갖지 않게 되고 建築士를 비롯하여 새로이 출현하는 專門家도 또한 製作者와 같은 책임을 지게 되었다(同法 1792조 1792조의 1-6 2270조).

## 2. 독일의 所有權觀念

독일의 학설에서는 경험적 세계에 있어서의 존재자로서의 개인을 중심으로하여, 그 개인이 그곳에서 가질 수 있는 물건에 대한 지배가능성이라는 사실에 착안한다. 다만 이 사실의 어떤 측면에서 소유권의 본질적 요소를 파악하는가에 대하여는 학설의 변화가 있었을 뿐이다.

처음에는 물건의 지배(Herrschaft)의 측면을 重視하여, 所有權을 대표로 하는 物權의 본질이 物件支配의 直接性에 있다고 하는 견해가 있었다.<sup>9)</sup> 그러나 이 학설은 시간이 경과함에 따라 그 영향력이 弱해졌다고 한다.

"다른 사람은 [物權의] 徵表를, 점유자가 경합하는 경우의 排斥力(Außordnungskraft)에서, 혹은 권리자를 제외한 모든 사람의 不作爲義務에서, 혹은 어떠한 점유자로부터도 물건의 반환을 요구할 가능성을 포함하는 모든 사람에 대한 訴訟保護에서, 혹은 내용에 관한 특별한 記述 없이 일반적으로 모든 사람(제한물권을 가지는 사람 등의 제외는 있겠지만)에 대한 효력에서 찾는다. 이 중 최후에 든 說에는, 확실히 앞의 여러 說에 비하여 보다 큰 진보가 있었다. 왜냐 하면 지

9) Motive zum BGB III S.2.; Crome, System des deutschen B rgerlichen Rechts, Bd. III S.4.

금 추구하고 있는 것은 權利의 整序 그 자체를 위한 構造的 概念(Strukturbegriff)이고, 그것은 權利의 그 나머지의 내용에 대하여 概念的 獨立性을 가지는 것이기 때문이다.”<sup>10)</sup>

이 최후의 說은 權利를 절대권과 상대권으로 분류한 Windscheid의 견해이다. 그에 의하면 權利라 함은 法秩序에 의해서 授與된 意思力(Willensmacht) 또는 意思支配(Willensherrschaft)라고 한다.<sup>11)</sup> 이러한 입장에서는 物權을 다음과 같은 意思支配로 파악한다.

“物權(dingliches Recht)이라 함은, 그것에 의해서 權利者의 意思가 물건에 대하여 결정적으로 미치는 권리이다. 법질서가 어느 物權을 授與함에 있어서 服從을 命하고 있는 것이 마치 물건인 것처럼 이해되어서는 안된다. 그것은 아무런 의미도 가지지 않게 될 것이다. 모든 권리는 사람과 사람 사이에 존재하는 것이지, 사람과 물건 사이에 존재하는 것이 아니다. 오히려 그것은 다음의 것을 의미하는 것이라고 하여야 할 것이다. 결국 物權的 權利者의 意思가 결정적인 것은 물건에 관한 舉動(Verhalten)에 대하여서, 즉 모든 사람의 舉動에 대하여서 이고, 이 사람 또는 저 사람의 舉動에 대하여서는 아니라고 하겠다. 그러나 物權을 드러내는 意思力(ausmachenden Willensmacht)의 내용은 다음과 같이 消極的인 것이다. 즉 權利者에 對峙하고 있는 자들은 물건에로의 作用(Einwirkung) — 전부 또는 특정의 —을 억제하여야 하며, 또한 그들은 그 물건에로의 舉動을 통하여 權利者의 물건에 대한 作用 — 任意 또는 特定の —을 방해해서는 안된다는 것이다.”<sup>12)</sup>

이와 같은 思考에 基하여 유명한 絕對權과 相對權의 구별이 提唱된다. 즉 모든 사람에 대하여 效力을 가지는 것이 絕對權, 누군가 한 사람 또는 제한된 數의 사람에 대하여 效力을 가지는 것이 相對權이며, 소유권을 대표로 하는 물권은 당연히 前者에 속한다고 한다.<sup>13)</sup>

以上과 같이 독일에서도 소유권의 본질적 요소를 물건과의 직접적 지배종속관계에서 찾지 않고 있는 경향을 볼 수 있다. 그리고 그 내용은 물건 자체에 대해서가 아니고, 물건의 有用性에 대한 支配權으로 移行되고 있다고 할 수 있다. 왜냐 하면, 權利者 以外の 者에게 물건에로의 影響(Einwirkung)을 억제시킴으로써 확보되는 것은 자기의 독점적 사용 수의 처분권이고, 그것은 곧 물건의 有用性을 意思支配하고 있다고 하는 것에 다름 아니기 때문이다. 그 결과 근자에, 소유권을 법질서가 물건에 대하여 허용하고 있는 가장 포괄적인 支配權으로 定義하는 것도, 물건의 有用性을 자신이 전적으로 享受할 수 있도록 法에 의해서 허용된 상태의 것을 말하는 것으로 이해할 수 있다.

그런데 독일 民法에는 賣買와 都給 외에, 또 하나의 계약유형으로서 이른바 製作物供給契約

10) Kühne, Versprechen und Gegenstand, AcP Bd. 140(1935), S.11ff.

11) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 8. Aufl.(Frankfurt : Rütten & Loenig, 1990), §37, S.131.

12) Id., S.140-141.

13) Id. S.149.

(Werklieferungsvertrag)이라는 것이 규정되어 있다(제651조).<sup>14)</sup> 이것은 소유권에 대한 관념의 변화와 밀접한 관련이 있다고 할 수 있다. 소유권이라는 것이 물건 자체에 대한 지배권이라고 생각되고 있던 시기에는, 프랑스 民法 成立 以前の Pothier의 생각처럼, 그 물건이 누구의 소유인가에 따라서 위험부담을 비롯한 당사자의 관계는 전혀 달라지게 된다. 그 결과, 물건의 제작에 대한 계약에서도, 제작된 물건의 지배권자가 누구인가에 따라서 법률관계가 전혀 달라진다. 그러나 이에 대하여 소유권이 물건 자체의 지배권이 아니고, 물건의 有用性에 대하여 法에 의하여 허용된 意思支配라고 파악된다면, 소유권의 귀속이 달라지더라도 물건 자체의 제작에 대한 법률관계가 달라져야 한다는 것은 아니다. 소유권이 물건 자체에 대한 지배권이 아닌 이상, 소유권자가 누구인가에 따라서 물건 자체의 제작에 대한 법률관계가 달라져야 할 필연성은 어디에도 없기 때문이다. 독일 民法 제651조에서, 受給人이 재료를 공급하여 非代替物을 제작하는 계약은, 所有權移轉에 관하여는 賣買의 요소를, 물건의 製作에 관하여는 都給의 요소를 아울러 가지는 獨自의 契約類型으로서 製作物供給契約이 인정되는 것은 이러한 소유권관념의 변화를 보여주는 것이라 할 수 있다.

### 3. 우리의 所有權觀念

民法 제211조는 “所有者는 法律의 範圍 內에서 그 所有物을 使用, 收益, 處分할 權利가 있다”고 규정하고 있다. 이것은 분명히 所有權자가 가질 수 있는 지배권능을 중심으로 하여 所有權을 규정하고 있다. 學說도 역시 소유권을 “물건을 전면적으로 지배할 수 있는 權利”<sup>15)</sup> 또는 “물건을 사용·수익·처분할 수 있는 權利”<sup>16)</sup>라고 하여, 지배권능을 중심으로 하여 定義하고 있다.

그러나 이러한 우리 民法의 소유권관념이, 前述한 Pothier의 고전적 생각에서 처럼, 물건 내에 있는 소유권에 의해서 물건 자체가 누군가에 귀속하고 있다는 發想을 토대로 하여, 주된 물건의 소유권에는 그것에 결합된 종된 물건도 귀속시키는 첨부권이 있다고 하는 생각에 基하고 있다고 할 수는 없다. 왜냐 하면, 物權을 “그의 客체인 물건을 직접 지배해서 이익을 얻는 내용으로 하는 權利”<sup>17)</sup>로 定義하고 있어서, 그 利益 가운데는 物件의 有用性에 대한 지배도 포함될 수 있는 소지가 있기 때문이다.

한편 後述하는 바와 같이, 우리의 學說과 判例는 製作者 내지 受給人이 완성한 완성물의 소

14) 독일 민법 제651조 제1항은 “受給人이 자기가 조달하는 材料를 가지고 일을 製作할 義務를 지고 있는 때에는, 注文者에게 제작된 물건을 引渡하고 또 그 물건의 소유권을 제공하여야 한다. 이와 같은 契約에 대하여는 賣買에 관한 규정을 적용한다. 非代替物을 제작하는 때에는, 제433조·제446조 제1항 제1문 및 447조·459조·460조·462조 내지 제464조·제477조 내지 479조 대신에, 제647조 및 648조를 제외한 都給契約에 관한 규정을 적용한다.” 제2항은 “受給人이 附屬物 또는 기타의 從物만을 조달할 의무를 지는 때에는, 都給契約에 관한 규정을 적용한다.”라고 규정하고 있다.

15) 郭潤直, 物權法(新訂版)(서울: 博英社, 1992), 288면.

16) 李英俊, 物權法(全訂版)(서울: 博英社, 1996), 413면.

17) 郭潤直, 前掲 物權法, 14면.

유권귀속과 관련하여, 우리의 學說과 判例는, 當事者의 特約이 있는 때에는 그 특약에 따라서 소유관계가 결정되어야 한다는 점에 대하여는 意見이 一致되어 있다. 이는 所有權을 물건의 有用性에 대한 배타적 지배권한이라는 의미를 가진 관념적 존재로 파악하지 않는 限 이해하기 어려운 理論이라고 아니 할 수 없다.

그런데 우리의 多數說<sup>18)</sup>은 독일의 절대권·상대권의 이론을 원용한다. 그 가운데 대표적 학설은, “絕對權은 특정의 상대방이라는 것이 없고, 一般人을 義務者로 하여 그 者에 대하여서만 주장할 수 있는 權利”인 것에 대하여, “相對權은 特定人을 義務者로 하여 그 者에 대하여서만 주장할 수 있는 權利”이며, 物權이 絕對權인데 대하여, 債權은 相對權이라고 한다.<sup>19)</sup> 그리고 物權을 “그 객체인 물건을 직접 支配해서 利益을 얻는 것을 內容으로 하는 權利”라고 定義한다.<sup>20)</sup> 그렇지만 이와 같은 입장은 權利를 사람과 사람과의 관계에 지나지 않는다는 것을 전제로 하고 있다.<sup>21)</sup>

이와 같이 權利를 사람과 사람과의 관계에 지나지 않는다고 하는 때에는, 權利者가 있다면 반드시 그것에 대립하는 義務者가 있어야 한다. 그 결과, 물건을 포함하는 絕對權에서는 權利者 以外의 者가 그것에 대립하는 一般의 不作為義務를 지며, 債權과 같은 相對權에서는 特定한 者만이 대립의무를 진다고 하게 된다. 그렇다면 제3자는 前者(絕對權)에 대해서만 不可侵義務를 지고, 後者(相對權)에 대하여는 不可侵義務를 지지 않는다는 잘못된 결론이 나오게 된다.

그러나 權利는 “일정한 利益을 享受케 하기 위하여 法이 인정하는 힘”<sup>22)</sup>으로 파악하고 있다. 이와 같이 權利를 法이 인정하는 힘이라고 파악한다면, 권리의 내용은 法이 인정하는 내용에 따라 달라질 것이다. 즉 法이 인정하는 내용은, 직접 물건을 지배하는 것을 내용으로 할 수도 있고, 혹은 일정한 사람의 행위를 청구하는 것을 내용으로 할 수 있으며, 혹은 일정한 법률관계를 형성하는 단독행위를 할 수 있는 것을 내용으로 할 수도 있다. 그리고 권리자가 있는 곳에 반드시 그것에 대립하는 의무자가 있어야 하는 것은 아니며, 의무자를 필요로 하는가의 여부는

18) 高相龍, 民法總則(서울 : 法文社, 1990), 22면 ; 郭潤直, 民法總則(서울 : 博英社, 1995), 106면 ; 金相容, 民法總則(서울 : 法文社, 1995), 115면 ; 金曾漢·金學東, 民法總則(서울 : 博英社, 1995), 60면 ; 李英俊, 民法總則(서울 : 博英社, 1995), 43면 ; 李銀榮, 民法總則(서울 : 博英社, 1996), 110-111면. 反對見解로는 金基善, 韓國物權法(서울 : 法文社, 1990), 31면.

19) 郭潤直, 債權總論(新訂版)(서울 : 博英社, 1994), 27면 ; 同, 前掲 物權法, 14면.

20) 郭潤直, 上掲 物權法, 14면.

21) 郭潤直, 前掲 民法總則, 93면에서는, “사람의 구체적 생활관계를 생활관계에 서는 個人을 중심으로 하여서 본다면, 사람과 사람과의 관계(예를 들면, 채권관계·친족관계)뿐만 아니라, 사람과 물건 기타의 재화와의 관계(물권관계·무체 재산관계 등), 또는 사람과 장소와의 관계(주소·사무소·영업소 등) 등으로서 나타난다. 그런데 이를 자세히 검토해 본다면, 사람과 물건 기타의 재화와의 관계라는 것도, 사람은 타인의 물건이나 재화를 침해해서는 안된다는 義務를 지는 것이므로, 결국은 사람과 사람과의 관계라고 말할 수 있다.”고 한다. 金曾漢 金學東, 前掲 民法總則47면에서도, “물건에 대한 관계는 결과적으로는 사람에 대한 관계로 나타난다.”고 한다.

22) 高相龍, 前掲 民法總則, 20면 ; 郭潤直, 前掲 民法總則, 96면.

법이 인정하기에 따라 달라진다.<sup>23)</sup>

請求權은 일정한 사람의 행위를 청구하는 것을 내용으로 하는 것으로서, 일정한 사람이 청구권자에 대하여 일정한 행위를 할 의무를 부담하는 것은 당연하다. 환언 하면 청구권은 항상 사람과 사람과의 권리의무관계임에 반하여, 支配權은 직접 객체를 지배하는 것을 내용으로 하는 것으로서, 어떤 사람의 행위를 청구하는 것은 아니다. 예컨대 物權은 그 객체인 물건에 대하여 이를 지배하고 이를 사용·수익할 수 있도록 하는 권리로서, 전혀 제3자의 행위를 청구하는 것은 아니나, 다만 그 내용의 완전한 실현을 위하여 사람 일반에 대하여 승인을 강요하는 불가침성을 구비하고 있는 것이다.

거꾸로 義務의 측면에서 보면, 어떠한 권리의 내용에 대응하는 對立義務와 어떠한 대립하는 청구권을 가지지 않는 單純義務가 있다. 이 가운데 제3자가 부담하는 權利不可侵義務도, 어떠한 청구권에 대응하는 것으로서의 권리내용이 되는 것은 아니고, 법이 권리의 완전한 효과의 달성을 위해 일반 제3자에게 명하고 있는 單純義務에 속한다. 이러한 불가침성은 상대권이라고 하여온 債權에 있어서도, 그것이 침해될 수 있는 限 존재하는 것이다.

그 동안 物權은 물건을 직접 지배하는 권리로 파악함으로써, 물건에 대한 사실적인 지배인 점유에서 분리하여, 물건이 가진 관념적 가치(이용가치와 교환가치)를 관념적으로 지배하는 권리로 파악함으로써, 관념화가 진행되어 왔다. 그리고 이러한 관념적 물권이 재산권으로서 거래의 객체가 되어 왔다. 이제는 소유권 내지 물권은 그 객체인 물건을 지배하고 사용·수익할 수 있도록 하는 권리로서, 물건의 유용성에 대한 배타적 지배권한을 의미하는 관념적 존재로 파악하여야 한다고 생각된다.

### Ⅲ. 完成建物の 所有權歸屬

#### 1. 完成物の 所有權歸屬에 관한 一般論

##### (1) 學說

(가) 契約當事者 사이에 완성물이 都給人 또는 受給人에게 귀속한다는 약정 또는 특약이 있는 경우에는, 그 약정에 따른다는 점에 관하여는 학설의 다툼이 없다.

23) 그런데 金曾漢·金學東, 前掲 民法總則, 50면에서는 “권리는 단순한 힘·權能이 아니고, 자기 스스로의 意思에 따라 그 행사가 맡겨진 힘이며, 權利概念의 중심에는 個人的 自由로운 領域의 確保가 자리한다.”라고 하고, 또 李英俊, 前掲 民法總則, 41면에서는 “權利라고 하는 것은 궁극적으로는 個人的 尊嚴과 價値를 보장하는 私的 自治로부터 연원한다. 결국 權利는 意思에 귀착되는 것이다.”라고 하여, 權利가 權利者의 意思에 기초를 두고 있음을 강조하고 있다.

(나) 都給人이 재료의 전부 또는 주요부분을 공급하는 경우에는, 動産 不動産을 불문하고 原始的으로 都給人에 귀속한다는 점에 관하여도 학설의 다름이 없다.

(다) 受給人(製作者)<sup>24)</sup>이 재료의 전부 또는 주요부분을 공급하는 경우에 관해서는 學說이 나뉜다.

① 제1설 : 완성물이 動産 不動産을 불문하고, 原始的으로 受給人에 귀속한다는 견해이다. 우리의 少數說이다.<sup>25)</sup>

② 제2설 : 완성물이 動産인 때에는 原始的으로 受給人에 귀속하나, 不動産인 때에는 原始的으로 都給人에 귀속한다는 견해이다. 우리의 多數說이다.<sup>26)</sup>

그 근거로는 다음과 같은 점들을 제시한다. i) 受給人歸屬說에 의하면 受給人이 소유권을 원시취득하고 대금을 지급받으면 완성된 부동산은 引渡에 의해 都給人에게 이전된다고 하지만, 이는 등기를 부동산물권변동의 성립요건으로 하고 있는 우리 民法上的 물권변동 이론에 모순된다. ii) 도급계약의 특성은 都給人을 위하여 건축한다는 데에 있으며, 受給人의 관심은 소유권 취득에 있지 않고 報酬를 받는 것에 있다. iii) 受給人의 報酬請求權을 확보하려는 목적은 留置權·同時履行의 抗辯權·抵當權設定請求權 등으로 달성되며, 건물의 소유권까지 취득시킬 필요가 없다. iv) 등기의 실재상 건축허가가 都給人 名義로 나 있으므로 受給人이 보존등기를 하는 것이 곤란하다. v) 受給人이 완성물의 소유권을 취득하더라도 垆地의 이용권이 없기 때문에 완성물을 都給人의 垆地 위에 존립시킬 수 없게 된다. vi) 건축공사에 있어서 우리의 관행은 공사대금의 지급을 일의 진척도에 따라 일부씩 지급하고 있어, 건물완성 당시에는 代金 全額이 지급되지는 않더라도 상당액이 지급되는 것이 보통인데, 이러한 경우에도 완성건물이 受給人에게 귀속한다는 것은 부당하다. vii) 民法 제666조는 受給人에게 報酬債權의 담보목적으로 저당권설정청구권을 인정하는데, 그것은 都給人이 완성부동산의 소유권을 취득하는 것을 전제로 한 규정이다.

## (2) 判例

受給人이 재료의 전부 또는 주요부분을 제공한 경우에는, 動産·不動産을 불문하고, 완성물을 都給人에게 引渡하기 前까지는 受給人이 완성물의 소유권을 原始取得함이 원칙이나, 당사자 사이에 특약이나 기타 특별한 사정이 있는 때에는 그에 따라 소유관계가 결정된다고 하는 것이

24) 製作者가 재료를 전적으로 또는 주로 제공하여 물건을 완성하는 경우를 都給의 範疇에 넣지 않고 製作物供給契約이라는 특수한 類型에 넣는다면, 여서기의 용어는 '受給人'이라 할 수 없고 '製作者'라고 하는 것이 정확하다.

25) 李太載, 債權各論新講(서울: 進明文化社, 1978), 295면.

26) 郭潤直, 債權各論(서울: 博英社, 1991), 414면이하; 金錫宇, 債權法各論(서울: 博英社, 1978), 333면; 金鳴洙, 債權各論(上)(서울: 三英社, 1986), 367면; 金會漢, 債權各論(서울: 博英社, 1988), 310면; 李銀榮, 債權各論(서울: 博英社, 1993), 404면; 黃迪仁, 現代民法論IV(서울: 博英社, 1987), 319면.

종래 우리 判例의 입장이라고 할 수 있다.<sup>27)</sup>

그러나 초기에는 이와 내용의 일부가 상치되는 大法院 判決이 없었던 것은 아니다. 즉 “민법상 수급인이 도급자의 의뢰에 의하여 건물을 건축한 경우에 있어서, 도급자가 건물건축에 필요한 재료의 전부 또는 주요부분을 제공한 경우에는 그 건물의 소유권은 원칙적으로 도급자에게 귀속되며, 수급인이 건축재료의 전부 또는 주요부분을 제공한 경우에는 그 소유권은 수급인에게 귀속되고 도급인은 수급인으로부터 그 소유권의 이전을 받음으로써 그 소유권을 취득한다고 해석함이 타당하며 그 경우에 있어서도 민법 제186조에 의하여 그 취득을 등기하지 아니하면 건물취득의 효력을 발생하지 않는 것이다”라고 판시하고 있다.<sup>28)</sup>

그리고 소유권귀속에 관한 당사자의 특약은, 반드시 명시적이어야 하는 것은 아니며, 묵시적인 것이라도 상관 없다. 判例는 “양도담보계약을 체결하고 있는 사실 자체에 비추어”<sup>29)</sup>, “동업계약과 건물건축 동업계약의 내용 및 그 체결 경위 등에 비추어”<sup>30)</sup>, 그러한 특약의 존재를 인정한다.

## 2. 完成建物の 所有權歸屬에 관한 判例

이제 구체적으로 완성건물의 소유권 귀속에 관한 判例를 검토하기로 한다. 완성건물의 소유권귀속의 여부를 판단함에 있어서 當事者의 意思가 영향을 제일 많이 줄 것이고, 이러한 當事者의 意思 如何를 판단함에 있어서 건축허가명 의자가 누구인가가 중요한 고려요소의 하나가 되고 있다. 本稿에서는 건축허가명의를 실제의 건축자가 아닌 다른 사람으로 하고 있는 事例들을 찾아 검토해 보기로 한다.

그런데 특히 건축허가와 관련하여 완성건물의 소유권귀속에 관한 判例의 기본입장을 명시적으로 분명히 밝히고 있는 것은 다음의 (2) (가) ㉔에서 고찰할 判例(大判 1990. 4. 24, 89다카18884)이다. 이에 의하면, 완성건물의 소유권귀속은 도급관계의 유무에 따라 그 이론이 달라진다고 하고 있으므로, 여기에서도 도급관계가 존재하는 경우와 도급관계가 존재하지 않는 경우로 나누어서 判例를 살펴보기로 한다.

27) 大判 1955. 11. 10, 4288민상376 ; 同 1962. 7. 5, 4294민상876 ; 同 1963. 1. 17, 62다743 ; 同 1971. 7. 13, 71다979.980 ; 同 1972. 2. 29, 71다2541.2542 ; 同 1973. 1. 30, 72다2204 ; 同 1974. 2. 12, 73다993.994 ; 同 1979. 6. 12, 78다1992 ; 同 1980. 7. 8, 80다1014 ; 同 1984. 11. 27, 80다177 ; 同 1985. 5. 28, 84다카2234 ; 同 1988. 12. 27, 87다카1138.1139 ; 同 1990. 2. 13, 89다카11401 ; 同 1990. 4. 24, 89다카18884 ; 同 1992. 3. 27, 91다34790 ; 同 1992. 8. 18, 91다25505 등.

28) 大判 1962. 10. 11, 62다460

29) 大判 1979. 6. 12, 78다1992

30) 大判 1985. 5. 28, 84다카2234

## (1) 都給關係가 존재하는 경우

(가) 大判 1979. 6. 12, 78다1992.

## [事實概要]

原告	被告
도급인	수급인
토지소유자	건물소유권보존등기(양도담보계약)
건축허가명의	

原告와 被告 사이에 原告 소유의 토지 위에 수급인이 건축재료와 노무 등을 제공하여 被告가 상가건물을 건축을 한다는 내용의 공사도급계약을 체결하고, 아울러 공사대금 채무 때문에 건물에 대한 양도담보계약도 체결하였다. 건물완공 후 被告 명의로 소유권보존등기가 경료되어 있다.

## [判決要旨]

兩者 사이에 양도담보계약이 체결되어 있다는 사실로부터, 도급인에게 원시적으로 소유권을 귀속시킨다는 특별한 약정이 있는 것으로 볼 수 있으므로, 완성건물의 소유권은 도급인인 原告에게 원시적으로 귀속된다. 被告 명의로의 소유권보존등기는 原告의 공사금채무에 대한 양도담보계약에 기한 것이므로, 原告가 對內的 所有權·被告가 對外的 所有權을 가지고 있다.

(나) 大判 1984. 11. 27, 80다177.

## [事實概要]

原告	被告
도급인	수급인
토지소유자	후에 건축허가명의 변경
건축허가명의	건물소유권보존등기

처음에 原告가 건축허가를 原告 명의로 받은 후, 原告와 被告 사이에 被告의 노력과 재료로 건물신축에 관한 도급계약을 체결하였다. 아울러 건물 건축 도중에 두 사람은 공사가 완공하면 被告 명의로 소유권보존등기를 하되, 原告가 공사금을 지급하면 다시 原告에게 소유권이전등기를 마쳐주기로 약정하였다. 이에 따라 건축허가 명의를 被告 이름으로 바꾸었으며, 被告는 건물을 완공하고 소유권보존등기를 마쳤으나, 原告는 공사금을 지급하지 않고 있다.

## [判決要旨]

완성 건물의 소유권을 도급인인 原告에게 귀속시키기로 하는 특약이 原·被告 사이에 없다. 또 兩者의 협정서에서, 공사금을 완불할 때까지 '잠정적인 조치로' 위 건물의 권리를 被告에게

‘양도’ 한다는 취지의 표현을 쓰고 있는 것만으로는, 내부적으로 위 건물의 소유권을 原告에게 유보하고 다만 공사금 담보를 위하여 신탁적으로 등기를 한 것에 불과하다고도 인정할 수 없다. 결국 건물의 소유권은 被告에게 귀속된다.

(다) 大判 1987. 6. 23, 86다카60.

[事實概要]

訴外 A	訴外 B	訴外 C
도급인	수급인	일부하수급인
건축허가명의		

건축허가 명의자이면서 도급인인 訴外 A가 88동의 건물건축을 訴外 B에게 都給하였고, 다시 訴外 B는 그 중 46동의 건물건축을 訴外 C에게 하도급하였고, 이에 따라 訴外 C가 46동의 건물을 완성하였다.

[判決要旨]

訴外 A와 訴外 B 사이에는 채권담보의 목적으로 건물의 건축허가명의를 訴外 A로 하기로 하였다고 볼 자료가 없으므로, 訴外 C가 이 사건 건물(46동)을 원시취득하였다.

(라) 大判 1990. 2. 13, 89다카11401.

[事實概要]

被告	訴外 A	訴外 B	原告
도급인	수급인	A의 지위 양수인	하수급인

被告가 訴外 A와의 사이에 공연장을 A의 비용으로 신축하여 그 소유권을 被告에 귀속시키기로 하는 내용의 도급계약을 체결하였고, 訴外 A는 이 공사를 담당하기 위하여 訴外 B회사를 설립하여 위 계약상의 지위를 訴外 B에게 양도하였으며, 被告는 이 양도를 승인하였다. 訴外 B는 다시 이 공연장의 신축공사를 被告의 승낙을 받고서 原告에게 하도급 주었고, 原告는 그의 출재로써 공연장을 신축하였다.

[判決要旨]

도급인인 被告와 수급인인 訴外 A 사이에 공연장을 A의 비용으로 신축하여 그 소유권을 被告에게 귀속시키기로 특약을 하였고, 또 A의 계약상의 지위는 B에게 양도되었고, 訴外 B와 原告 사이의 하도급계약을 체결함에 있어서도 원도급계약상의 공연장에 관한 소유권특약과 저촉되는 약정을 하지 않았으며, 이에 대한 아무런 이의제기가 없었으므로 이 특약을 승인한 것으로 보아야 한다. 결국 위 공연장의 소유권은 도급인인 被告에게 귀속된다.

(마) 大判 1992. 3. 27, 91다34790.

訴外 A	原告
도급인	수급인
건축허가명의	

[事實關係]

도급인인 訴外 A와 原告가 이 사건 건물 신축공사에 관한 도급계약을 체결하면서, 도급인이 공사대금을 미지급할 때에는 그 미지급한 금액에 대하여 완성된 건물로 대물변제하거나 또는 수급인에게 그 건물 소유권에 대한 가등기를 하여 주기로 약정하였다.

[判決要旨]

건축허가 명의가 도급인으로 되어 있고, 또 도급계약서상 공사대금 미지급의 경우 완성건물로 대물변제하거나 또는 수급인에게 건물 소유권에 대한 가등기를 해주기로 하는 약정은 도급인이 완성된 건물의 소유권을 취득함을 전제로 한 약정으로 볼 수 있으므로, 비록 原告가 그의 노력과 재료를 들여 건축공사를 80% 가량 진행하고 공사를 중단할 당시 사회통념상 독립한 건물의 형태를 갖추고 있었다 하더라도 그 건물의 원시적 소유권은 그 인도 여부나 공사대금의 지급 여부에 관계 없이 도급인인 訴外 A에게 귀속시키기로 합의한 것으로 볼 수 있다.

(2) 都給關係가 존재하지 않는 경우

(가) 擔保目的

① 大判 1979. 7. 24, 79다769.

原告	被告
금전대여자	토지소유자
건축허가명의	건축자

[事實概要]

原告가 被告에게 건축자금을 대여하면서 담보목적으로 原告 명의로 건축허가를 받아 被告가 본건 건물을 신축하였다.

[判決要旨]

담보목적으로 건축명의를 담보권자로 하여 건물을 건축하면, 대외적으로는 건축완성과 동시에 동 건물의 대외적인 소유권은 그 건축명의자인 담보권자(原告)에게 그 담보의 목적에서 원시적으로 귀속된다. 결국 原告는 이 담보권행사를 의하여 담보부동산의 명도를 被告에게 구할 수 있다.

② 大判 1990. 4. 24, 89다카18884.

訴外 A	訴外 B	原告	被告
토지매도인	토지매수인	A로부터 신축건물	B로부터
건축허가명의 건물소유권보존등기	건물신축인	소유권이전등기	신축건물임차인

[事實關係]

訴外 B는 다세대주택의 신축과 분양을 목적으로訴外 A로부터 A소유의 토지를 매수하면서, 토지 대금 중 잔금의 지급을 담보하기 위하여 신축건물의 건축허가 명의를訴外 A로 하고 위 토지에 대한 소유권이전등기는訴外 B가 건물을 건축하여 분양할 때 그가 요구하는 자에게 하여 주기로 약정하였다.訴外 B는 건물을 완성하였으나 부동산경기침체로 분양이 되지 않자 건물을被告에게 임대하였다.訴外 A는 나머지 토지대금을 받지 못하자 건물에 관하여 소유권보존등기를 경료하고,原告에게 이 사건 건물 및 그 대지의 소유권을 이전하였다.

[原審判決要旨]

訴外 B가 자신의 자재와 비용으로 이 사건 건물을 건축하였다고 하여도,訴外 A에 대한 토지잔대금 지급채무를 담보할 목적으로 건축허가 명의를 담보권자인訴外 A로 하여 이 건물을 완공한 이상, 건물완공과 동시에 대외적인 소유권은 그 건축허가명의자로서 담보권자인訴外 A에게 원시적으로 귀속된다. 따라서訴外 B로부터 이 건물을 임차한被告는 이 건물을 점유할 권원이 없다.

[大法院判決要旨]

訴外 A와訴外 B와의 관계는 도급관계가 아니므로, 도급관계에서와 같은 이론으로 소유권의 귀속을 판단하여서는 아니된다. 즉 이 사건의 경우에는 단지 채무의 담보를 위하여 채무자가 자기 비용과 노력으로 신축하는 건물의 건축허가 명의를 채권자로 하였다면, 이는 완성될 건물을 담보로 제공하기로 하는 합의로서, 법률행위에 의한 담보물권의 설정에 다름아니므로, 완성된 건물의 소유권은 일단 이를 건축한 채무자인訴外 B가 원시적으로 취득한 후,訴外 A명의로 소유권보존등기를 마침으로써 담보목적의 범위 내에서 위 채권자인訴外 A에게 그 소유권이 이전된다.

(나) 名義信託

大判 1993. 12. 14, 93다19139.

訴外 A	原告, 訴外 B·C·D	訴外 E	被告
토지매도인	토지매수인	신축건물	근저당권자
	건축자	소유권보존등기	

건축허가명의 5인공동(A, 原告, B, C, D) → A, E로 변경

[事實關係]

이 사건 연립주택은 原告와 訴外 B, C, D 등 4인이 그 대지의 매도인인 訴外 A와 공동명의로 건축허가를 받아 신축하다가, 건축상 편의를 위해 주택건설면허가 있는 訴外 E와의 합의 하에 건축허가 명의인을 訴外 A와 訴外 E로 바꾸기로 하고 관할관청으로부터 변경승인도 받았다. 공사는 原告 및 訴外 B, C, D의 자금으로 계속하여 건물을 완공하였고, 소유권보존등기는 訴外 E 명의로 하였다. 다시 E는 被告에게 근저당권설정등기를 경료하였다.

[原審判決要旨]

이 사건 연립주택에 관하여 건축물관리대장상의 소유자 명의가 訴外 E로 등재된 사실만으로는 原告 등이 E에게 이 사건 연립주택의 소유명의를 신탁하였다고 볼 수 없다. 따라서 특별한 사정이 없는 한, 위 연립주택에 관하여 경료된 E 명의의 소유권보존등기 및 이에 터잡아 경료된 被告 명의의 근저당권설정등기는 원인을 결여한 무효의 등기이다.

[大法院判決要旨]

실건축주가 타인과의 합의 하에 그에 따라 그 타인 명의로 건축허가를 받아 건물을 준공하고 사용검사필증까지 교부받았다면, 특별한 사정이 없는 한 그 건물에 관한 소유권보존등기도 그 타인 명의로 경료하기로 약정한 것으로 봄이 타당하다. 따라서 이 경우 실제로 그 타인 명의로 소유권보존등기가 경료되었다면, 그 등기가 경료된 때에 명의신탁관계가 성립된 것으로서 그 등기를 명의신탁에 의한 유효한 등기로 보아야 한다.

(다) 同業關係

大判 1985. 5. 28, 84다카2234<sup>31)</sup>

被告	訴外 A	原告, 訴外 B·C
토지제공자	시공·분양담당자	공사수급인
건축허가명의		건축자
건물소유권보존등기		

[事實概要]

被告는 토지를 제공하고 訴外 A는 건물의 시공 및 분양사무를 담당하여 건물을 신축한 후 이를 타인에게 매각하고 각 투자비율에 따라 그 대금을 분배하기로 하는 동업계약을 체결하였다. 訴外 A는 토지소유자인 被告 명의로 건축허가를 받은 후, 原告 및 訴外 B, C 등 3인과 사이에 이 사건 건물의 건축공사 도급계약을 체결하였으며, 原告가 이 사건 건물을 완공하였다.

31) 이 判決에 대한 評釋으로는, 金龍潭, “都給建物業의 所有權歸屬”, 民事判例研究 Ⅷ(서울: 博英社, 1988), 111면 이하 참조.

被告는 건물이 채 완공되기 전에 被告 명의로 준공검사를 받아 原告의 意思와는 무관하게 건물에 관한 소유권보존등기를 경료하였다.

[原審判決要旨]

이 건물에 관한 공사도급계약의 수급인인 原告가 자기 비용과 노력으로 이 건 건물을 신축하였으므로, 특별한 사정이 없는 한 동 건물의 소유권은 도급인인 訴外 A에게 인도하기 前에는 原告가 원시취득한다. 따라서 아무런 권원 없이 被告 명의의 이 건 건물에 관한 소유권보존등기는 원인무효의 등기이다.

[大法院判決要旨]

이 사건의 경우와 같은 동업계약을 체결하면서 토지대금확보를 위해 건축허가명의를 토지소유자로 하였을 경우 다른 특단의 사정이 없는 한 건물이 완공되면 건축허가 명의자의 이름으로 준공검사를 받아 그의 이름으로 가옥대장에 등재하고 가옥대장에 등재된 자의 이름으로 소유권보존등기를 하게 됨이 부동산등기법·건축법 등이 정하는 바에 의하여 명백한 바, 이 사건에서도 그 건물의 소유권은 대지 제공자인 被告가 취득하고(그렇지 않다고 하더라도 최소한 명의신탁관계는 성립된다), 이를 매각한 다음 그 매도대금을 被告와 訴外 A가 투자비율에 따라 분배하기로 한 것이 명백하다. 한편 이와 같은 사실을 알고서 訴外 A와 도급계약을 체결한 原告로서는 단순히 그 계약이 도급계약이었다고 해서 그 소유권을 원시취득하였다고 그 소유권을 주장할 수 없다.

(라) 會社와 代表理事의 關係

大判 1984. 1. 24, 82다카58.

訴外 A會社	被告	原告
아파트건축자	A會社의 대표이사 건축허가명의 소유권보존등기	아파트1채受分讓者 복리시설·부대시설 보완

[事實關係]

訴外 A주택건설회사는 건축허가도 받기 전에 아파트를 분양하였는 바, 原告는 그 중 1채를 분양받고 대금을 완납하였다. 그 후 訴外 A는 대표이사인 被告 명의로 건축허가를 받아 아파트를 건축하였으나, 어린이놀이터 등 복리시설 및 부대시설이 미비하다는 등의 이유로 준공신공서가 市로부터 반려되었다. 그러자 原告 및 다른 受分讓者들이 각각 자금을 내어 미비한 부분을 정비하였다. 그러나 아파트에 대한 소유권보존등기는 被告 명의로 행하여졌다.

[判決要旨]

이 사건 아파트는 적어도 준공신고를 하기 이전에 주거의 편의를 도모할 수 있는 모든 시설

이완벽하게 갖추어 있지는 않았다 하더라도, 독립된 부동산으로서 소유권의 객체가 될 수 있는 정도에 이르렀으므로, 이를 건축한 訴外 A회사가 원시취득하였다. 결국 被告 명의의 소유권보존등기는 원인을 결여한 무효의 등기이다.

(마) 기타

大判 1992. 8. 18, 91다25505.

原告	訴外 A
토지매도인	토지매수인
건축허가명의	건축자

[事實關係]

訴外 A회사는 原告와의 사이에 상가건물에 대한 부지를 정식으로 매수하기 전이라도 그 지상에 건축을 하는 경우에는 대지소유자인 原告 명의로 건축허가를 얻어 공사를 진행하기로 약정하였다. 이에 기해 訴外 A는 原告 명의로 상가건축허가를 받고 공사에 착수하여 완성하였다.

[判決要旨]

위와 같은 사실만으로는 이 상가건물을 原告의 소유로 하기로 약정하였다고 볼 수 없고, 그 소유는 실제 건축한 訴外 A회사이다. 그리고 原告가 訴外 A로부터 다른 채무의 대물변제 조로 이를 양도받기로 약정하였더라도, 그 등기를 마치지 아니한 이상, 그 소유권을 취득하였다고 할 수 없다.

### (3) 判例의 內容 自體의 檢討

여기서는 일단 위에서 살펴 본 判例들로부터 완성건물의 소유권귀속에 관한 判例의 기본입장이 무엇이며, 그 기본입장의 논리가 일관성 있게 적용되고 있는지에 관해서만 고찰해 보기로 한다.

#### (가) 判例의 基本立場

前述과 같이 건축허가와 관련하여 완성건물의 소유권귀속에 관한 判例의 기본입장을 명시적으로 분명히 밝히고 있는 것은 위의 (2) (가) ②에서 고찰한 判例(大判 1990. 4. 24, 89다카18884)이다. 이에 의하면, 완성건물의 소유권귀속은 都給關係의 有無에 따라 그 이론이 달라진다고 한다. 이에 관한 부분을 그대로 인용하면 다음과 같다.

“일반적으로 자기의 노력과 재료를 들여 건물을 건축한 사람은 그 건물의 소유권을 원시취득하는 것이고, 다만 도급계약에 있어서는 수급인이 자기의 노력과 재료를 들여 건물을 완성하더라도 도급인과 수급인 사이에 도급인 명의로 건축허가를 받아 소유권보존등기를 하는 등 완성

된 건물의 소유권을 도급인에게 귀속시키기로 합의한 것으로 보여질 경우에는 그 건물의 소유권은 도급인에게 원시적으로 귀속된다.”

이상과 같은 내용과 위의 Ⅲ. 1 (2)에서 언급한 判例의 일반적 내용과를 종합하여 判例의 입장을 정리하여 보면, 다음과 같이 말할 수 있을 것이다. 즉 ① 도급관계에 있어서는, 受給人이 재료의 전부 또는 주요부분을 제공한 경우에는 완성건물의 소유권은 건물을 都給人에게 引渡하기 前까지는 受給人이 原始取得함이 원칙이나, 수급인이 자기의 노력과 재료를 들여 건물을 완성하더라도 도급인과 수급인 사이에 도급인 명의로 건축허가를 받아 소유권보존등기를 하는 등 완성된 건물의 소유권을 도급인에게 귀속시키기로 합의한 것으로 보여지거나 기타 특별한 사정이 있는 때에는 그 건물의 소유권은 도급인에게 원시적으로 귀속된다. ② 도급관계가 아닌 경우에는 완성건물의 소유권은 자신의 노력과 비용을 들여 건물을 건축한 사람이 그 건물의 소유권을 원시취득한다. 따라서 단지 채무의 담보를 위하여 채무자가 자기 비용과 노력으로 신축하는 건물의 건축허가 명의를 채권자 명의로 하였다면, 이는 완성될 건물을 담보로 제공키로 하는 합의로서, 법률행위에 의한 담보물권의 설정에 다름 아니므로, 완성된 건물의 소유권은 일단 이를 건축한 채무자가 원시적으로 취득한 후, 채권자 명의로 소유권보존등기를 마침으로써 담보목적의 범위 내에서 위 채권자에게 그 소유권이 이전된다고 보아야 하며, 이와 달리 채권자가 완성될 건물의 소유권을 원시적으로 취득한다고 볼 것이 아니라는 결론에 이르게 된다.<sup>32)</sup>

#### (나) 都給關係가 존재하는 경우

도급관계가 있는 경우에 관하여 위의 2.에서 記述한 判例들을 보면, 위와 같은 判例의 기본입장에 충실하려고 노력하고 있다. 즉 건축허가 명의를 都給人으로 한 이유라든지, 당사자 사이에 양도담보계약이 있었다든지, 都給人이 受給人에게 공사대금을 지급하지 않는 때에는 완성건물로 대물변제하거나 또는 受給人에게 건물소유권에 대한 가등기를 해주기로 하는 약정이 있는 사실 등을 종합적으로 고려하여, 당사자 사이에 완성될 건물의 소유권을 都給人에게 원시적으로 귀속시키려는 합의 또는 특약이 존재하는지의 여부에 초점을 맞추어 판단하고 있다. 따라서 도급인 수급인 간에는 일단 判例의 일관성은 유지되고 있는 것으로 보인다.

그러나 都給人 受給人 下受給人의 3당사자 관계가 문제된 경우에는 이론이 동요되고 있음을 볼 수 있다. 受給人과 下受給人 사이에 다시 下都給契約이 존재하는 경우에 있어서, 下都給契約도 都給契約의 일종이기 때문에, 판례의 입장을 여기에 그대로 적용한다면, 下受給人이 축조한 건물의 소유권은, 原受給人에게 원시적으로 귀속시킨다는 특약이 없는 이상, 건물을 原受給人에게 引渡되기 前까지는 下受給人이 원시적으로 취득하게 되는 것이다. 그런데 前述한 (1) (라)의

32) 大判 1990. 4. 24. 89다카18884

判例(大判 1990. 2. 13, 89다카11401)에서는, 受給人과 下受給人 사이에 下都給契約을 체결함에 있어서 都給人과 受給人 사이에 이루어진 原都給契約上的 건축물에 관한 소유권특약(신축건물의 소유권을 도급인에게 원시적으로 귀속시키기로 하는 특약)과 저촉되는 약정을 하지 않았으며, 이에 대한 아무런 의의를 下受給人이 제기하지 않았다는 소극적인 이유만으로 신축건물의 소유권이 都給人에게 원시적으로 귀속된다고 판단하고 있는 것이다. 그러나 受給人과 下受給人 사이에 신축건물의 소유권귀속에 관한 特約이 존재하는지의 여부를 적극적으로 따져보아야 옳았을 것으로 생각된다.

#### (다) 都給關係가 존재하지 않는 경우

도급관계가 아닌 경우에 있어서는, 완성건물의 소유권은 자신의 노력과 비용을 들여 건물을 건축한 사람이 그 건물의 소유권을 원시취득한다는 것이 判例의 기본입장이다. 이와 같이 도급관계가 아닌 경우에는 도급관계가 있는 경우와 같이 다를 수는 없다고 하는 判例의 태도는 일단 타당하다고 생각된다. 예컨대 타인의 토지를 매수하고 그 위에 자신의 건물을 짓는 것이지만 토지대금의 미지급금의 담보를 위하여 건축허가명의를 토지소유자로 한 경우, 또는 타인으로부터 건축자금을 빌려서 자신의 토지 위 자신의 건물을 짓는 것이지만 공사대금을 타인으로부터 차용하면서 건축허가명의를 담보목적에 위해 채권자로 한 경우라 하더라도, 건축자는 자신의 건물을 짓는다는 생각을 가지고 공사를 수행할 터이므로, 완성건물의 소유권은 실건축자가 원시적으로 취득하고, 다만 담보계약 등이 있다면 다시 채권자에게 소유권을 이전시켜 주는 절차를 밟아야 하는 것으로 파악함이 타당하기 때문이다.<sup>33)</sup>

그러나 大判 1990. 4. 24, 89다카18884의 判例보다 10년여 일찍 나온 前述한 (2) (가) ①의 判例<sup>34)</sup>는 완전히 이와는 상반되는 판단을 하였었다. 이에 의하면, 토지소유자가 자신의 토지 위에 건물을 건축하면서 건축자금을 타인으로 빌리면서, 담보목적으로 건축명의를 채권자인 담보권자로 한 경우에, 완성건물의 소유권은 건축자인 채무자가 원시취득하는 것이 아니고, 대외적으로는 건축완성과 동시에 동 건물의 대외적인 소유권은 그 건축명의자인 담보권자(原告)에게 그 담보의 목적에서 원시적으로 귀속된다고 판단하고 있다.

그리고 前述한 (2) (나)의 判例<sup>35)</sup>는 名義信託關係를 인정한 경우이다. 이에 의하면, 實建築主가 타인과의 합의 하에 그에 따라 그 타인 명의로 건축허가를 받아 건물을 준공하고 사용검사 필증까지 교부받았다면, 특별한 사정이 없는 限 그 건물에 관한 소유권보존등기도 그 타인 명의로 경료하기로 약정한 것으로 봄이 타당하고, 따라서 이 경우 실제로 그 타인 명의로 소유권

33) 前述한 大判 1990. 4. 24, 89다카18884 참조.

34) 大判 1979. 7. 24, 79다769

35) 大判 1993. 12. 14, 93다19139

보존등기가 경료되었다면, 그 등기가 경료된 때에 명의신탁관계가 성립된 것으로서 그 등기를 명의신탁에 의한 유효한 등기로 보아야 한다고 한다. 그러나 명의신탁을 원칙적으로 전면 금지하고 있는 '不動産實權利者名義登記에 관한 法律'이 1995. 7. 1.부터 시행되고 있으므로, 앞으로는 이 判例의 내용도 변경이 불가피하다고 생각된다. 이 경우에도 이제는 판례의 기본입장에 따라 實建築主가 일단 완성건물을 원시취득한다고 하여야 할 것이다.

또 前述한 (2) (다)의 判例<sup>36)</sup>도 문제가 있다고 생각된다. 이는 한 사람(被告)은 토지를 제공하고 다른 한 사람(訴外 A)은 건물의 시공 및 분양사무를 담당하여 건물을 신축한 후 이를 타인에게 매각하고 각 투자 비율에 따라 그 대금을 분배하기로 하는 동업계약을 체결한 사건이다. 이 사건에서 大法院은 동업관계에 있는 두 사람은 건물의 소유권을 대지제공자(被告)가 취득하는 것으로 약정한 것이 명백하다고 하면서, 이와 같은 사실을 알고서 건물시공을 분담한 사람(訴外 A)과 도급계약을 체결한 사람(原告)은 단순히 그 계약이 도급계약이었다고 해서 그 건물의 소유권을 원시취득하였음을 주장할 수 없다고 판단하였다. 그러나 건물시공을 분담한 사람(訴外 A)과 도급계약을 맺은 受給人(原告) 사이에 있어서는 완성건물의 소유권귀속문제를 도급관계에 있어서의 소유권귀속에 관한 判例의 기본입장에 따라서 판단하는 것이 옳지 않았나 생각된다. 다시 말하면 受給인이 단순히 都給인과 그의 동업자 사이의 동업관계의 내용을 알았다는 것만으로는 부족하고, 과연 都給人(訴外 A)과 受給人(原告) 사이에 受給인이 완성한 건물의 소유권을 都給인에게 원시적으로 취득시키려는 特約을 하였는지를 적극적으로 살펴 보고서 판단을 내렸어야 한다고 생각된다.

### 3. 未完成建物の 完成과 所有權歸屬에 관한 判例

#### (1) 判例

(가) 大判 1984. 6. 26, 83다카1659.

原告	訴外 A
대지소유자	대지 및 미완성건물 매수인
건물일부건축 (기성고 공정 30%)	나머지 건축공정 완공
건축허가명의	
준공허가명의	
가옥대장명의	

36) 大判 1985. 5. 28, 84다카2234

## [事實關係]

原告는 被告(서울특별시)로부터 原告 소유의 토지 위에 건물 1동의 건축허가를 받아 건축공사를 진행하던 중 전체공정의 약 30%가 진척된 상태에서, 訴外 A회사에 그 대지 및 건축기성고를 양도하고 대금도 모두 받았다. 訴外 A회사는 위 공사를 인수한 후 공사비를 투입하고 나머지 공사를 진행하여 건물을 완공하였다. 그러나 被告의 건축허가사무취급요령 중 건축공정이 30% 이상 진척되었을 때에는 건축주의 명의를 변경할 수 없다는 규정 때문에, 건축허가 명의로도 訴外 A회사 앞으로 변경하지 못하였으며, 준공허가 신청도 原告 명의로 하여 준공허가를 받았고, 가옥대장에도 原告가 소유자로 등재되었으며, 소유권보존등기도 原告 명의로 경료하였다.

그 후 A회사는 原告를 상대로 하여 A가 건축에 의하여 위 건물의 소유권을 원시취득하였다고 주장하면서 소유권보존등기말소소송을 제기하여 승소판결을 받아 확정되었다. 이에 따라 原告 명의로의 소유권보존등기는 말소되고, A회사 명의로 소유권보존등기를 마쳤다.

## [判決要旨]

訴外 A회사가 原告로부터 그 소유의 대지와 공정이 30%정도 진행된 기성고를 인수하여 나머지 공사를 준공하였다면, 비록 위와 같은 사정이 있어 준공허가가 原告 명의로 나왔다거나, 가옥대장에 原告가 소유자인양 올라 있었다 하더라도, 이 사건 건물을 준공하여 이를 원시취득한 자는 原告가 아니라 訴外 A회사라 할 것이다.

(나) 大判 1984. 9. 25, 83다카1858.

## 原告

아파트매수인  
아파트건축완성자

## 被告

아파트매도인  
아파트건축미완성자

## [事實關係]

原告는 被告로부터 짓고 있는 아파트 한 채를 매수하였으나, 건축공사가 부실하여 관계 당국으로부터 공사중지명령이 내려져 건축공사가 중단된 채로 방치되고 있었다. 原告는 被告로부터 위 아파트를 현상대로 인도받아 나머지 공사를 마친 다음 原告의 소유로 하기로 약정하고, 위 아파트를 인도받아 原告의 비용으로 완공하였다.

## [原審判決要旨]

原告가 이 아파트를 건축함에 의하여 그 소유권을 원시취득하였다.

## [大法院判決要旨]

原告가 이 사건 아파트를 건축함에 의하여 그 소유권을 원시취득한 것이라고 하기 위해서는 原告가 아직 사회통념상 건물이라고 볼 수 있는 형태와 구조를 갖추지 못할 정도의 아파트를 넘겨받아 이를 건물로 완성하였음을 필요로 한다. 그런데 原告가 被告로부터 이 사건 건물을

넘겨받을 당시의 건축정도를 심리하여 확정하지 아니한 채, 原告가 자신의 비용을 들여 공사를 완성한 사실만 가지고 原告가 아파트의 소유권을 원시취득하였다고 판시한 원심의 조처는 결국 건물소유권의 원시취득에 관한 법리를 오해하였거나 그에 대한 심리를 다하지 아니하고 판결이유를 제대로 갖추지 아니한 잘못이 있다.

(다) 大判 1993. 4. 23, 93다1527.1534.

被告	訴外 A	訴外 B
토지소유자	수급인	건축허가명의
도급인		

[事實概要]

도급인인 被告와 수급인인 訴外 A 사이에, 被告 소유의 토지 위에, 건축허가 명의를 訴外 B 로 하여, 지하 1층, 지상 2층, 연건평 50평의 건물을 신축하기로 약정하였다. 그러나 위 신축건물이 2층 일부와 3층 벽 및 지붕공정 등이 완성되지 않은 상태에서 공사가 중단되자, 그 후 被告가 이어 받아 잔여 공정을 마쳤다.

[判決要旨]

공사가 중단된 시점에서의 위 미완성건물은 사회통념상 독립한 건물로서, 당초의 건축주인 訴外 B가 원시취득한다.

(라) 大判 1995. 3. 3, 93다50475

被告 Y	訴外 A	原告 X1 등 6人, 訴外 B·C·D·E·F
토지양도인	토지양수인	A의 지위 포괄승계
건축허가명의	건축일부완성(50%)	나머지 완공

[事實概要]

1. 訴外 A는 1982. 12. 24. 被告 Y로부터 토지를 매수한 후, 被告의 名義로 이 사건 건물의 건축허가를 받아 그 地上에 이 사건 건물 등 연립주택 신축공사를 하다가, 1983. 8. 1 경까지 약 50%의 공정을 마친 상태에서 자금부족으로 공사를 중단하였고 중단 당시 被告 Y에게 위 토지매매대금도 완납하지 못하고 있었다.

2. 그 후 1983. 11. 12.에 訴外 A는 위 건축공사를 下都給받았던 原告 X1, 原告(선정당사자) X2, 선정자 X3, X4, X5, X6와 訴外 B, C, D, E, F, 모두 11人(이하 原告 등 11人이라 한다)과의 사이에, 訴外 A는 이 사건 건물에 관한 모든 권리를 포기하는 대신 原告 등 11인이 위 토지매수인으로서의 訴外 A의 지위를 포괄적으로 승계하여 토지매매대금채무를 인수하며 이 사건 건물을 완공하여 분양권을 행사하기로 約定하고, 被告도 이 약정에 동의하였다.

3. 原告 등 11인은 그들의 자금으로 이 사건 건물에 대한 나머지 공사를 진행하여 건물을 사실상 완공하였다.

4. 被告는 原告 등 11인으로부터의 수차에 걸친 준공검사 요청을 거절하다가, 被告 名義로 소유권보존등기를 경료하였다.

5. 이에 原告들은 被告에게 이 사건 건물 중 각 11분의 1 지분(합계 11분의 6 지분)에 관하여 소유권이전등기철차의 이행을 청구하였다.

#### [原審判決要旨]

原審은, 被告 名義의 소유권보존등기는 토지매매대금 담보의 목적으로 신탁된 건축허가 명에 기초하여 역시 같은 담보목적으로 위 건물의 실질적인 건축주로부터 그 등기명의만을 신탁 받은 것으로 본 다음, 被告는 原告 X1, 原告(선정당사자) X2, 선정자 X3, X4, X5, X6으로부터 금 19,452,000원을 지급받은 다음에 이 사건 건물 중 각 11분의 1(합계 11분의 6 지분)에 관하여, 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기철차를 이행할 의무가 있다고 판단하였다.<sup>37)</sup>

#### [大法院判決要旨]

1. 이 사건 건물은 原告 등 11인의 노력과 자재만으로 완성된 것이 아니므로, 특단의 사정이 없는 한, 하수급인인 原告 등 11인이 이 건물의 소유권을 그 완성과 동시에 원시취득했다고 할 수 없다.

2. 原告 등 11인과 訴外 A와의 사이에 1983. 11. 12. 체결된 약정서 말미의 “남은 잔액에 대하여는 A에게 반환한다”라는 기재 및 기타 그 전체 문면에 비추어 볼 때, 장차 완성될 이 사건 건물의 소유권을 原告 등 11인에게 귀속시키기로 한 취지라기 보다는, 이 사건 건물의 분양대금에서 原告 등 11인의 공사대금 채권을 우선적으로 확보하게 하여 주려는 의도에서 그 분양 등의 처분권을 原告 등 11인에게 부여하기로 한 취지로 해석함이 상당하다.

3. 따라서 분양권이 原告 등 11인에게 위임된 사실과 그 후 原告 등 11인이 약 50% 정도 공정이 진행된 상태에서 중단되어 있던 건축공사의 나머지 부분을 완성한 사실만 가지고는, 이 사건 건물의 소유권을 原告 등 11인이 원시취득하였다고 보기 어렵다고 판단하고, 大法院은 原審判決을 파기·환송하였다.

## (2) 判例의 內容 自體의 檢討

### (가) 判例의 立場

타인이 건축하던 미완성의 건물을引渡받아 나머지 공사를 마치고 완공한 경우에 있어서, 소

37) 그 외에 토지매매계약에 관한 해제 및 그 계약의 부활 여부에 관한 판단이 있으나, 本稿에서는 제외하기로 한다.

유권귀속에 관한 判例의 입장은 공사중단 당시의 건물상태를 기준으로 하고 있다. 즉 공사중단 당시에 미완성이지만 사회통념상 독립한 건물이라는 형태와 구조를 갖추고 있어 독립한 부동산으로서 소유권의 객체가 될 수 있는 정도에 이르고 있었다면, 나머지 부분을 다른 사람이 이어 받아 잔여공정을 마치고 완공하더라도, 이미 원래의 건축자가 소유권을 원시취득한 것으로 판단한다. 그러나 공사중단 당시에 아직 사회통념상 독립한 건물이라는 형태와 구조를 갖추고 있지 못한 경우에는, 나중에 이를 이어 받아 건물로서 완공한 사람이 완성건물의 소유권을 원시취득한다고 하는 것이 判例의 입장이다. 이는 위의 (1) (가)의 判例<sup>38)</sup>와 (1) (나)의 判例<sup>39)</sup>로부터 명확하다.

다만 前述한 (1) (다)의 判例<sup>40)</sup>는 그 타당성이 의문이다. 이는 都給關係가 존재하는 사건이다. 즉 都給人(被告)과 受給人(訴外 A) 사이에 都給人 소유의 토지 위에 건물 1채를 짓기로 하는 都給契約를 체결하면서 건축허가명의는 타인(訴外 B)으로 하기로 하였다. 그 후 受給인이 사회통념상 독립한 건물로서 인정될 수 있을 정도로 공사를 행한 상태에서 공사를 중단하게 되고, 나머지 공정은 都給인이 이어 받아 완공한 事案이다. 그렇다면 受給인이 공사중단할 당시에 비록 미완성이지만 사회통념상 독립한 건물로 볼 수 있는 경우이므로, 위의 III.에서 살펴본 도급관계에 있어서의 소유권귀속에 관한 원리가 여기에 적용되어야 하지 않을까 생각된다. 그러한 判例의 이론을 이 사건에 적용하여 보면, 都給인과 受給人 사이에 완성물의 소유권귀속에 관한 특약이 없는 한 受給인이 소유권을 원시취득하므로, 兩者 사이에 특별히 都給人(被告) 또는 建築許可 名義者(訴外 B)에게 건물의 소유권을 귀속시키기로 하는 特約이 존재하는지의 여부를 먼저 살펴보고, 그러한 특약이 존재하지 아니하면 본 사건 건물의 소유권은 受給인이 원시취득한다고 판단하여야 함이 옳을 것이다. 그런데 본 判例에서는 建築許可 名義者(訴外 B)에게 소유권을 귀속시키기로 하는 都給人·受給人 사이의 특약의 존재를 따져 보지 않고 建築許可 名義者가 건축주라고 하면서 본 사건의 건물의 소유권을 원시취득한다고 판단하고 있어, 그 타당성에 의문이 있다.

#### (나) 附屬의 原理

위와 같이 공사중단 당시를 기준으로 하여 사회통념상 독립한 건물로 볼 수 있는지의 여부에 따라 소유권의 귀속을 판단하는 判例의 입장에 의하면 다음과 같은 난점이 있다. 즉 예컨대 A가 70% 내지 80%의 공정을 마치고 B가 이를 인수받아 나머지의 공정을 끝을 내어 건물을 완공하였다 하더라도, A가 공사를 중단할 당시의 기성고가 독립한 건물로 볼 수 있을 정도가 아

38) 大判 1984. 6. 26, 83다카1659

39) 大判 1984. 9. 25, 83다카1858

40) 大判 1993. 4. 23, 93다1527.1534

나라면, 완성건물의 소유권은 B가 취득한다. 이러한 결론은 상식에 어긋난다.

짓고 있는 건물은 보통의 경우는 동산이 될 것이며, 다시 그 건물을 인수받아 완공하는 경우에는 동산을 부합한 것이 된다. 동산과 동산 간의附屬에 관한 규정인 우리 民法 제257조는 동산이 부합하여 새로운 동산으로 되는 경우에 관한 규정이지만, 동산이 부합하여 새로운 부동산(예컨대 건물)이 성립된 경우에도 同條를 유추적용할 수 있을 것으로 생각된다. 결국 A가 건물 건축의 일부공정을 마치고 B가 나머지 공정을 마쳐서 건물이 완성된 경우에, 그 건물의 소유권 귀속은 주된 공정을 수행한 자가 소유권을 취득하나, 主從을 구별할 수 없을 때에는 부합 당시의 가액의 비율로 그 건물을 共有한다고 하여야 함이 타당할 것이다. 물론 주된 공정을 수행한 자가 소유권을 취득하더라도 從된 공정을 수행한 자에게 補償하여야 한다(民法 제261조).

위의 (1) (라)의 大判 1995. 3. 3, 93다50475의 判例는, 토지양도인(被告 Y)으로부터 토지를 양수한 이(訴外 A)가 약 50%의 공정을 진행한 상태에서, A의 지위를 포괄승계한 者들(原告 등 11人)이 나머지 건축공사부분을 완성한 사건이다. 이러한 점만 본다면 訴外 A와 原告 등 11人이 각각 半半씩 공정을 수행하였으므로 兩者의 공정에 관하여 主從을 구별하기 어려운 경우에 해당되어, 완성건물은 兩者가 持分을 半半씩 共有한다고 하여야 할 것이다. 그러나 訴外 A와 原告 등 11人 사이에, A는 이 사건 건물에 관한 모든 권리를 포기하는 대신 原告 등 11人이 위 토지매수인으로서의 A의 지위를 포괄적으로 승계하여 토지매매대금채무를 인수하며 이 사건 건물을 완공하여 분양권을 행사하기로 약정하였고, 토지양도인(被告 Y)도 이 약정에 동의하였다. 여기서 訴外 A는 이 사건 건물에 관한 모든 권리를 포기하여 버렸기 때문에, 그의 지분은 原告 등 11人에게 귀속하므로(民法 제267조), 결국 原告 등 11人이 소유권을 원시취득하는 것으로 봄이 타당할 것으로 생각된다. 그런데 大法院은 분양권이 原告 등 11人에게 위임된 사실과 그 후 原告 등 11人이 약 50%정도 공정이 진행된 상태에서 중단되어 있던 건축공사의 나머지 부분을 완성한 사실만 가지고는 이 사건 건물의 소유권을 原告 등 11人이 원시취득하였다고 보기 어렵다고 하면서, 原審判決을 파기·환송하고 있다. 특히 이와 같은 결론을 내린 이유로서 大法院은, 訴外 A와 原告 등 11人 사이에 체결된 약정서 말미의 “남은 잔액에 대하여는 A에게 반환한다”라는 기재 및 기타 그 전체 문면에 비추어 볼 때, 장차 완성될 이 사건 건물의 소유권을 原告 등 11人에게 귀속시키기로 한 취지라기 보다는, 이 사건 건물의 분양대금에서 原告 등 11人의 공사대금 채권을 우선적으로 확보하게 하여 주려는 의도에서 그 분양 등의 처분권을 原告 등 11人에게 부여하기로 한 취지로 해석함이 상당하다는 점을 들고 있다. 그러나 이와 같은 “남은 잔액에 대하여는 A에게 반환한다”라는 기재는 A에 대한 補償(民法 제261조)關係를 명문화한 것으로 해석할 수 있을 것으로 생각된다. 결론적으로 이 判例에서 原告 등 11人이 원시취득하였다고 보기 어렵다고 한 것은 타당하지 못하며, 이와 같은 事案에서는 原告 등 11人이 완성건물의 소유권을 원시취득한다고 보는 것이 타당하다고 생각된다.

#### (다) 限界

그런데 위와 같이 附屬의 원리에 따라 소유권의 귀속을 정하는 데는 한계가 있다. 짓고 있는 건물을 인수받는 관계가 都給 또는 下都給의 관계에 의한 경우에는, 소유권귀속에 관하여 위의 Ⅲ. 1.에서 언급한 이론이 적용될 것이기 때문이다. 즉 예컨대 都給人 A가 受給人 B에게 건물 건축을 도급하였으나 B가 건물을 짓다가 중단한 후, 다시 A가 C를 물색하여 나머지 공정부분에 대하여 都給契約을 맺고서 완성을 맡긴 때에는, 判例의 理論(受給人歸屬說)에 의하면 A와 C 사이에 都給人 A에게 소유권을 귀속시키기로 하는 특약이 없는 限 완성물의 소유권은 C가 취득하게 될 것이고, 都給人歸屬說에 의하면 완성건물의 소유권은 A가 원시취득하게 될 것이다.

요컨대 짓고 있는 건물을 양수 또는 단순히 인수받아 완성하는 경우에는 동산 간의 부합의 원리에 의하여 소유권 귀속문제를 결정하고, 짓고 있는 건물을 도급관계에 기하여 나머지 부분의 공정을 맡고서 완성하는 경우에는 도급에 있어서의 소유권귀속의 원리에 의해 소유권 귀속의 문제를 결정하여야 할 것이다.

### 4. 綜合的 檢討

#### (1) 都給人에의 歸屬

위에서 본 바와 같이, 특히 受給人(製作者)이 재료를 주로 또는 전적으로 조달하여 부동산 특히 건물을 완성한 경우에, 그 완성물의 소유권이 都給人(注文者)에게 귀속하는가, 아니면 受給人(製作者)에게 귀속하는가가 문제되고 있다.

그런데 前述과 같이 所有權을 어떻게 觀念하는가에 따라 그 결론에 차이가 있을 수가 있다. 所有權을 물건 內에서 그것을 가진 者에게 물건을 專屬시키는 權利라는 점에 그 本質이 있다고 파악하는 입장에 의하면, 所有權者는 자기에게 물건을 배타적으로 귀속시켜 주는 所有權을 물건의 內에 가지는 것이고, 자신이 물건에 대하여 가지는 處分權(支配權)은 그 효과에 지나지 않는 것이 된다. 이와 같이 所有權의 本質을 파악한다면, 그 권리의 한 내용으로서 添附權(droit d'accession)이 있고, 따라서 물건으로부터 생기는 果實 또는 물건에 결합한 從物도 소유권자에게 귀속된다. 이러한 입장에서는 재료를 受給人이 조달하여 물건을 완성한 경우에는, 그 완성물의 소유권은 受給人에게 귀속하고, 완성물의 引渡에 의해서 都給人에게 이전한다는 결론이 나오게 된다.

그러나 소유권을 그 사회의 구성원에게 객관적인 존재로서의 물건의 有用性에 대한 배타적 지배권한을 주는 것으로 파악하게 되면, 도급계약이 가지고 있는 내용에 따라서 소유권의 소재가 결정된다고 할 수 있게 된다. 즉 도급계약에 있어서는, 만들어지는 물건 자체가 都給人에게 귀속하는 것이 아니고, 그 물건이 사람 일반에 대하여 가질 수 있는 有用性에 대한 배타적 지배권한(소유권)을 添附라고 하는 所有權 取得原因에 의하여 원시취득할 뿐으로 이해한다. 이 때

그 有用性을 都給人에게 주는 수단으로서의 물건 자체의 완성은 모두 債務者인 受給人이 契約上的 위험을 부담하게 되는 것이다. 이러한 입장을 전제로 한다면, 都給人으로부터 주문을 받아 어떤 물건을 제작하는 계약의 경우에 있어서 물건은 주문자인 都給人을 위하여 제작하기 때문에, 도급계약 일반의 경우에 당사자 사이에 특약이 없다면 都給人이 완성물에 대한 소유권을 취득한다는 결론이 나오게 된다. 나아가 都給人의 토지 위에 건물을 건설하는 계약의 경우에, 예컨대 受給人이 모든 재료를 제공한다고 하더라도, 都給人의 소유가 되는 건물을 건축한다는 의미에서, 역시 都給人에게 소유권이 귀속한다고 하게 된다.

기타 受給人이 재료를 제공한 경우에 그 목적물이 부동산이라면 그 완성물의 소유권이 都給人에게 귀속한다는 이유 내지 근거로서 우리의 多數說이 들고 있는 것에 대하여는 前述<sup>41)</sup>한 바 있으며, 전적으로 타당하다고 생각된다. 다만, 受給人이 재료와 노무를 제공하여 건물을 건축하고, 都給人이 그 대금을 전혀 支拂하고 있지 않은 경우에, 都給人에게 건물의 소유권을 원시적으로 취득시키는 것은, 都給人을 不當하게 이롭게 하는 것이 되기 때문에, 不合理하다는 의문이 있을 수 있다. 그러나 都給人이 건물의 소유권을 취득하더라도 그의 引渡를 받지 않으면 건물을 使用 收益할 수 없고, 이것을 처분하는 것에도 많은 제약이 있기 때문에, 그렇게 많이 이득을 얻고 있다고 하기 어렵다. 또 都給人이 도급대금을 完濟하기 以前에 파산하여 行방불명이 된 경우에는, 受給人이 도급대금채권에 기하여 자신이 건축한 建物이나 垆地에 대하여 保全處分을 하거나 또는 都給人에 대한 도급대금지급의 債務名義를 취득하여 그 건물 및 대지에 대하여 강제집행을 함으로써 都給代金の 回收를 할 수 있고, 또 都給人의 一般債權者에 대하여는 留置權을 주장하여 建物の 引渡를 거절할 수 있는 길이 있기 때문에, 受給人에게 그렇게 큰 불이익이 없다고 할 수 있다.

## (2) 報酬請求權의 確保

도급계약에 있어서 완성된 목적물의 소유권귀속이 논의되는 이유 가운데서 가장 핵심적인 초점은 受給人의 報酬請求權의 확보이다. 재료를 수급인이 제공하여 건물을 건축한 경우에 그 건물의 소유권이 도급인에게 귀속한다고 하는 都給人歸屬說에서는 受給人은 유치권·동시이행의 항변권·저당권설정청구권과 같은 담보수단으로써 報酬請求權의 확보라는 목적이 충분히 달성되며, 특별히 수급인에게 소유권까지 취득시킬 필요가 없다고 한다. 그러나 受給人歸屬說에서는 소유권취득 이외의 다른 담보수단으로써는 수급인의 보호에 불충분하다고 한다. 즉 재료를 受給人이 제공하여 건물을 건축한 경우에, 그 건물의 引渡까지 건물의 소유권이 受給人에게 귀속한다고 한다면(受給人歸屬說), 都給人은 그 건물을 使用 收益 處分할 수가 없기 때문에, 그 건물

41) Ⅲ. 1. (1) 참조

을 인도받고 소유권을 취득하기 위해서 도급대금을 지급하려고 할 것이며, 또한 都給人이 도급대금을 지급하지 않는 경우에는 受給人은 자기가 건축한 건물에 대해 타인에게 저당권을 설정하여 금융을 받을 수 있거나 혹은 건물을 賣却하는 등의 방법으로 도급대금을 回收할 수 있으며, 나아가서는 그 건물을 제3자에게 임대함으로써 그 임대료를 가지고 도급대금의 회수를 도모할 수 있다는 것이다.

그러나 受給人에게는 건물소유를 위한 垆地의 使用權原이 없기 때문에, 가령 건물에 대하여 저당권을 설정하거나 그 건물을 제3자에게 매각하더라도, 그 저당권의 실행에 의하여 건물의 소유권을 취득한 競落人이나 그 건물을 임의로 買受한 제3자는 그 垆地의 使用權을 취득할 수 없고, 따라서 都給人으로부터 垆地의 不法占有을 이유로 건물철거 및 토지인도의 청구를 받으면 그 건물을 收去하고 그 垆地를 都給人에게 引渡하지 않으면 안된다. 그렇다고 한다면, 그 건물은 건물로서의 실적인 가치가 없고, 收去한 경우에는 재료의 가치가 없어지며, 건물의 경락대금이나 매각대금은 매우 저렴하게 되지 않을 수 없기 때문에, 위와 같은 방법에 의해서 도급대금을 충분히 回收할 수 있는가는 의문이다. 한편 受給人의 도급대금채권의 확보를 위해서는, 수급인에게 소유권을 취득시키지 않더라도, 수급인은 동시행의 항변권 또는 유치권에 의해서 도급대금의 지급이 있기까지 건물의 引渡를 거절할 수 있을 뿐 아니라, 건물에 대하여 도급채권을 담보하기 위하여 저당권의 설정을 청구하여 저당권을 확보할 수 있으며, 또한 유치권이나 저당권은 건물의 양수인에게도 행사할 수 있기 때문에, 도급채권의 확보라는 점에서 본다면, 引渡 時까지 소유권이 受給人에게 있다고 하는 경우에 비하여 그렇게 劣位에 있다고는 할 수 없다. 더구나 건물의 소유권이 都給人에게 있다고 한다면, 受給人이 그 垆地를 不法으로 사용한다는 부자연스런 법률관계는 생기지 않는다.

이와 같이 우리 나라에서는 受給人의 報酬請求權을 확보할 목적으로 완성건물의 소유권귀속의 문제를 다루고 있는 바, 그 연유는 우리 法制가 토지와 건물을 별개의 부동산으로 다루고 있는 데서 찾아볼 수 있지 않을까 한다. 토지·건물을 하나의 부동산으로 다루고 있는 法制에서는 도급계약에 있어서 완성건물의 소유권귀속은 문제되지 않고(토지소유자가 건물의 소유권을 취득하게 될 것이므로), 受給人 또는 下受給人 혹은 材料供給者가 都給人에 대하여 報酬請求 내지 材料代金の 請求를 할 수 있는지 혹은 이를 위하여 어떠한 담보수단을 가지고 있는지의 형태로 문제가 다루어지고 있다.

어쨌든 도급관계에 있어서 완성건물의 소유권귀속에 관하여는 어느 견해에 의하더라도 受給人의 報酬請求權의 보호에는 별 차이가 없고 또한 受給人도 소유권취득에는 관심이 없을 뿐 아니라 都給人의 건물을 짓는다고 생각하지 자신의 건물을 짓는다고는 생각하는 것이 아니므로, 완성된 건물의 소유권은 당사자 사이에 特約이 없는 限 都給人이 원시적으로 취득한다고 보는 것이 타당할 것으로 생각된다

### (3) 三當事者關係

위에서 고찰한 바와 같이, 都給人·受給人의 二當事者關係에 있어서는 어느 견해에 의하더라도 크게 문제되지는 아니한다. 즉 受給人歸屬說에 의하더라도 受給人의 소유권취득은 過渡的인 것이고 都給인은 자기가 지급해야 할 도급대금을 모두 지급한다면 소유권을 이전받게 된다. 한편 都給人歸屬說에 의하더라도 공사진척도에 따라 도급대금이 나누어 지급되는 관행이 있을 뿐만 아니라 受給人에게 목적물에 대한 유치권·동시이행의 항변권·저당권설정청구권이 인정되기 때문에 受給人에게 크게 불리한 것은 없다고 할 수 있다.

그러나 건축공사는 原受給인이 자기가 맡은 일을 工程別 또는 部分別로 나누어서 다시 여러 下受給人에게 맡겨서 행하는 것이 대부분이다. 이와 같이 都給人·受給人·下受給인의 三當事者가 관여할 때에는, 완성된 건축물의 소유권귀속의 문제는 二當事者가 관여할 때보다 더욱 중요한 의미를 갖게 된다. 가끔 原受給인이 도급인으로부터 공사진척에 따라 도급대금을 받았음에도 불구하고, 下受給人에게 공사대금을 지급하지 않은 채로 잠적하거나 破産해버리기도 한다. 이 때 下都給契約도 도급계약의 일종이기 때문에, 前述한 受給人歸屬說의 입장을 여기에 그대로 적용한다면, 下受給인이 축조한 건축물의 소유권은, 原受給인에게 원시적으로 귀속시킨다는 특약이 없는 以上, 原受給인에게 引渡되기 前까지는 下受給인이 원시적으로 취득하게 되므로, 都給인은 原受給인에게 도급대금을 지급하였음에도 불구하고 無資力에 빠진 原受給인이 하도급대금을 下受給人에게 지급하지 않는 限 목적물의 소유권을 취득할 수 없게 된다. 한편 都給人歸屬說의 입장을 여기에 적용하면, 下受給인이 건축한 건축물은 결국 都給인이 원시취득하게 되므로 下受給인은 下都給代金を 回收하지 못하게 된다. 여기서 과연 都給人·受給人의 二當事者關係에서 논의되는 소유권귀속의 문제를 都給人·受給人·下受給인의 三當事者關係에도 그대로 적용하는 것이 타당한가의 문제가 제기되며, 아울러 下受給인의 下都給代金債權의 확보라는 문제가 대두된다. 이에 관하여는 章을 바꾸어 고찰해 보기로 한다.

## IV. 受給人·下受給인의 債權確保

### 1. 所有權歸屬理論과 下受給인의 債權確保

下都給契約도 都給契約의 일종이기 때문에, 완성물의 소유권귀속<sup>42)</sup>과 관련하여 都給人·受給

42) 都給인의 토지에 受給인이 건물을 축조하는 경우에, 受給인은 당해 토지 위에 正當한 權原을 가지고 건물을 축조하는 것이므로, 그 건물은 토지에 附屬하지 않는다고 할 것이다(民法 256조 단서). 마찬가지로 原受給인이 都給인으로부터 공사를 도급받고 다시 이를 下受給人에게 下都給하는 경우에도 下受給인은 正當한 權原을 가지고서 건물을 축조한다고 하겠다. 따라서 下受給인이 축조한 건물이 가령 독립한 건물이라고 할 수 있는 단계에까지 이르지 않았다고 하더라도 토지에 附屬하는 것은 아닌 것이다. 아래에서는 이와 같은 前提下에서 논의를 진행하기로 한다.

人 二當事者 사이에서 논해지는 이른바 受給人歸屬說을 下都給契約에 그대로 적용한다면, 下受給人이 재료를 제공하여 축조한 건물의 소유권<sup>43)</sup>은 原受給인과 下受給人 사이에 특약이 없다면, 原受給人에게 引渡가 되지 않은 以上 下受給人에게 귀속하는 것이 된다.

한편 受給人이 재료를 제공하여 완성한 건물의 소유권이 都給人에게 귀속한다는 이른바 都給人歸屬說을 下受給人이 재료를 제공하여 건물을 축조한 경우에 적용하여 보면, 당사자 사이에 특약이 없는 限 原受給인과 下受給人 사이에서는 완성건물의 소유권은 原受給人에게 귀속하고 다시 原受給인과 都給人 사이에서는 都給人에게 귀속하기 때문에, 결국은 下受給人이 축조한 건물의 소유권은 都給人에게 귀속하는 것으로 된다.

그런데 都給人·受給인의 二當事者關係에서 논의되는 소유권귀속의 문제를 都給人·受給人·下受給인의 三當事者關係에도 그대로 적용하는 것이 과연 타당한가에 관하여는 의문이다. 즉 이른바 受給人歸屬說의 결과에 의하면, 都給人이 공사진척에 따라 도급대금을 原受給人에게 모두 지급하였지만 原受給人이 下受給人에게 하도급대금을 지급하지 않고 파산 또는 공사를 중지한 경우와 같이, 都給人이 도급대금을 모두 지급하였다 하더라도 건물의 소유권은 下受給人이 취득하게 되므로, 都給人은 2중으로 다시 下受給人에게 대금을 지급하지 않는 限 건물의 소유권취득이 불가능하게 된다. 그러나 이 때 下受給人에게 건물의 소유권이 인정된다고 하더라도 그는 垆地使用權을 가지고 있지 않기 때문에, 垆地所有權者(보통은 都給人)가 건물의 철거를 요구하면 그에 응하여야 한다. 그렇다고 한다면 下受給人에게 건물의 소유권이 인정된다고 하더라도 下受給인의 下都給代金の 回收를 위해서는 실질적으로 도움을 주지 못하는 한편, 都給人에게도 큰 희생을 강요하는 것이 될 뿐 아니라 사회·경제적으로도 이롭지 못하다.

한편 二當事者關係에 있어서의 都給人歸屬說의 論據가 되는 동시이행의 항변권·유치권·저당권설정청구권과 같은 담보수단이 受給人에게 인정되면 족하다는 하는 점은 下受給人에게는 그대로 인정될 수 없다. 먼저 同時履行의 抗辯權은 계약관계가 있는 당사자 사이에서만 허용되는 것이므로, 下受給인의 계약상대방이 아닌 都給人에 대하여 下受給人이 동시이행의 항변권을 주장할 여지가 없다. 또한 受給人이 都給人에 대하여 가지는 抵當權設定請求權은 下受給人이 존재하는 경우에도 原受給人만이 가지며 下受給인은 都給人에 대하여 이러한 권리를 가지지 않는다고 생각된다. 또 留置權의 문제와 관련하여 생각해 보면, 下都給契約은 아무래도 原都給契約에 의존하는 것이 사실이며 下受給인은 原受給인의 이행보조자로서 점유보조자에 불과하고 占有者가 아니며, 설령 下受給人에게 점유가 인정된다고 하더라도 下都給代金の 변제기는 原都

43) 下都給工事라 하더라도 本體의 骨格이 세워진 뒤에 이것에 附加하여 행해지는 塗壁·內裝·配管·配線工事와 같은 것의 소유권은 加工에 의하여 本體의 소유자에게 귀속한다고 보아야 하기 때문에, 그 부분에 대하여 독립한 소유권을 인정하는 것은 곤란하다. 따라서 여기서 소유권귀속이 문제되는 것은 一括下都給의 경우나 編體工事·土臺 및 鐵骨工事 등 建物 本體의 中核이 되는 부분에 대하여 下都給이 행해진 경우에 限한다.

給代金の 변제 後가 되며 原都給代金の 支給과 都給人에로의 建物引渡가 동시이행의 관계에 있기 때문에 下受給人의 建物引渡義務는 하도급대금의 지급의무에 대하여 先履行關係에 있으므로, 下受給人에게는 留置權이 인정되지 않는다는 견해도 주장되고 있다.<sup>44)</sup> 또한 이른바 都給人 歸屬說의 결과에 대하여는, 都給人과 下受給人 사이에는 아무런 계약관계가 존재하지 않는데도 불구하고 下受給人이 자신의 재료를 들여 건축한 건물의 소유권을 都給人이 원시취득한다는 것이 下受給人에게 너무 가혹한 것이 아닌가라는 의문도 일어난다. 이어서 下受給人이 건축한 건물의 소유권은 都給人에게 귀속한다고 하더라도 下受給人이 都給人에 대하여 不當利得返還請求權과 같은 권리가 인정될 수 있는가라는 의문이 제기된다. 이와 같이 都給人·受給人·下受給人의 三當事者關係를 완성건물의 소유권귀속이라는 面만을 가지고는 규율하기 어려운 점이 많으며, 특히 下受給人의 債權確保가 문제되고 있다.

그러면 우리 법제와 달리 토지와 건물이 하나의 부동산으로 취급되고 있는 法制이기는 하지만, 우리 법의 해석론에 참고 되는 바가 있기 때문에, 下受給人의 代金債權이 어떻게 확보되고 있는가에 대하여 간단히 살펴 보기로 한다.

## 2. 外國의 制度

### (1) 獨逸

建物の 건축에 關한 原受給人(Generalunternehmer) 및 原受給人과 다시 계약을 체결하여 勞務를 제공한 手工業者(Bauunternehmer)·材料提供者(Lieferant) 가운데서 獨逸民法(BGB)上 특별한 債權擔保의 方法이 인정되고 있는 것은 都給人(Besteller)과 직접 계약을 체결한 原受給人만이다. 즉 同法 제648조는 原受給人이 都給人에 대하여 가지는 報酬請求權 등을 擔保하기 위하여 土地에 대한 保全抵當權(Sicherungshypothek)의 登記請求權을 原受給人에게 인정하고 있다. 그런데 下受給人인 手工業者 및 材料提供者의 債權擔保에 關해서는 '建築債權의 擔保에 關한 法律(Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen, 1909. 이하 GSB라 한다)' 이 이들에게 物的 擔保를 인정하였다. 단, 材料提供者는 原受給人에게 급부한 動産에 대하여 所有權을 留保함에 의해서도 自己의 物權을 擔保할 수 있도록 하였다.<sup>45)</sup> 이 法律에 의하여 物的 擔保인 建築抵當(Bauhypothek)을 취득할 수 있는 建築債權者는 建築主(都給人)와 직접 건축계약을 체결한 (原)受給人뿐만 아니라 建築士(Bauarchitekt)·建築勞動者(Bauarbeiter)·材料供給者(Lieferant)도 포함된다. 이러한 建築債權者가 建築抵當을 취득하는 데는 建築主가 土地所有者일 필요가 없다. 建

44) 鐵田薰, "建築工事一括下請と建物所有權の歸屬", 判例タイムズ 522號(1984), 95面; 青野博之, "建築請負契約における注文者と下請負人の關係", JURIST 944號(1989, 11), 128面.

45) 藤原正則, "建物下請負人の注文者に対する請求", 北大法學論集 第38卷 第5, 6 合併號 下卷(札幌: 北海道大學 法學部, 1988), 1588面 以下.

物新築의 경우에 있어서는, 건축자금을 수령한 建築主는 土地登記에 建築記入(Bauvermerk)을 하여야 비로소 建築許可를 建築官廳(Baupolizeibehörde)으로부터 받게 되는데, 이 建築記入이 建築債權者의 建築抵當의 假登記가 된다. 즉 일정한 기간내에 신청을 제출하면 建築抵當이 成立한다. 이와 같이 성립한 建築抵當의 順位는 建築記入과 다른 權利와의 순위에 따라서 決定되지만, 建築債權者 상호간에는 同順位가 된다.

이상과 같이 GSB는 民法上的 保全抵當權과는 달리, 建物新築의 경우만을 규율하고 있어 改築·修繕의 경우는 제외하고 있으나, 擔保權者인 建築債權者의 범위는 확대하고 있다. 그러나 同法の 公法的 規定은 立法과 동시에 시행되고 있지만, 위의 내용을 담고 있는 私法的 規定은 각 自治團體의 특별법령에 그 효력발생을 맡겼기 때문에 현재에 이르기까지 시행되지 않고 있다. 민법상의 保全抵當權은 일이 전부이든 일부이든 일단 완성되어야 受給인이 그 登記를 청구할 수 있으나, GSB가 일의 完成 前에 擔保手段을 인정하는 것은 公示의 原則과 합치하지 않는 점이 있어 시행에 어려움이 있었던 것으로 생각된다.

## (2) 美國

美國에 있어서도 下受給人(Subcontractor) 및 材料供給者(Materialman)로부터 都給人에 대한 直接的 契約上 請求는 인정되지 않고 있다. 이는 이들과 都給人 사이에 直接的 契約當事者關係(Privity of Contract)가 존재하지 않기 때문이다. 나아가 下受給人 등은 原受給人(Contractor)과 체결한 契約上의 義務에 基하여 原受給人에게 給付를 하였고, 결과적으로 그것이 제3자인 都給人에게 귀속하였다고 하더라도 下受給人 등은 都給人으로부터 그것을 회복하는 청구에 대해서는 美國法이 엄격한 태도를 취하고 있다.

그러나 한편으로는 建築契約과 관련하여 대부분의 州에서 建物工事의 優先特權(Machanic's Lien. 이하 ML이라 한다)이 立法되어 있다.<sup>46)</sup> 즉 原受給人뿐만 아니라 下受給人·材料供給者·建築士(Architect)·技術者(Engineer)·勞務者(Labourer) 등이 都給人の 土地(建物)에 物的擔保를 취득하는 길이 열려 있다. 이러한 ML은 建物の 新築뿐만 아니라 改築·修繕의 경우에도 성립한다. 그리고 都給인이 賃借人으로서 土地所有者가 아니라고 하더라도 소유자의 同意가 있으면 ML을 행사할 수 있다. 優先特權者가 ML을 취득하기 위해서는 都給人에 대하여 所定の 기간내에 通知를 하고 일을 完成한 후에는 ML을 登記(Filing)하여야 한다. 通知의 內容은 勞務를 給付하거나 材料를 供給할 예정이고 ML을 행사할 의사가 있다는 것이고, 이 때 債權額을 기재할 필요는 없다. 그리고 일을 完成한 후에는 一定期間 內에 自治團體의 登記所(County Clerk's Office)에 登記하여야 하며 이를 게을리하면 ML은 소멸한다. 登記의 內容은 보통 債權額·ML

46) Kartovil/Werner, Real Estate Law(New Jersey : Prentice-Hall Inc., 1983), p. 545ff ; 金相容, "不動產工事受給人の 優先特權", 契約法の 諸問題(私法研究 3)(서울 : 考試界社, 1988), 157면 이하.

을 취득하는 者의 姓名과 住所·工事의 種類·土地의 表記·土地所有者의 姓名이다. 이와 같이 성립한 ML과 예컨대 抵當權(Mortgage)·地役權(Easement) 기타 優先特權과 같은 다른 物的 擔保 사이의 順位에 관하여는, 기본적으로 登記의 順序에 의하지만, ML의 登記時가 아닌, 일의 開始時를 기준으로 하는 州도 많다. 그리고 ML을 가지는 者 상호간은 平等하다. 이러한 ML을 가지는 者는 抵當權者와 같은 절차에 의하여 自己의 權利를 실현할 수 있다.

이와 같이 ML의 制度는 都給人과 직접 계약관계가 없는 下受給人·材料供給者에게도 物的 擔保의 수단을 擴大하고 있으며 또한 일의 완성 후 登記의 要求 및 土地에 대한 다른 物的 擔保에 대한 優先時期를 工事開始時까지 소급시키고 있어, 일의 완성 전에 성립한 다른 擔保權에 대하여도 受給人의 優越을 인정하고 있는 점이 주목된다. 이 점에서 公示의 原則의 면은 후퇴되어 있는 것은 사실이다. 예를 들면 新築되고 있는 土地·建物を 매입하고자 하는 者는 ML의 登記期間 내이라면 登記뿐만 아니라 建築契約들에 관해서도 조사할 필요가 있는 것이다. 그런데 여기서 都給人이 原受給人에 대하여 都給代金を 지급한 경우에도 下受給人·材料供給者가 ML을 취득할 것인가가 문제된다. 이 점에 관해서는 美國의 立法例가 크게 뉴욕시스템과 펜실베이니아시스템으로 나누어지고 있다. 뉴욕시스템에서는 都給人과 原受給人 사이의 建築契約에 따라 都給人이 原受給人에게 변제하여 버리면 都給人은 免責된다. 下受給人·材料供給者는 都給人·原受給人 사이가 未決濟이고 또한 ML의 通知가 가능한 경우에만 都給人에 대한 청구가 가능하다. 결국 구체적으로 下受給人·材料供給者는 原受給人의 都給人에 대한 債權을 代位하는 것으로 된다. 이 때문에 이러한 ML은 派生的인(derivative) 성질을 갖는다고 한다. 한편 펜실베이니아시스템에서는 이를 직접적(direct)인 ML이라고 한다. 이 시스템에서는 都給人은 原受給人에 대한 支給을 가지고 下受給人·材料供給者에게 항변할 수 없다. 따라서 下受給人 등이 ML을 登記할 수 있는 時期 以後에 都給人이 原受給人에게 辨濟한 경우에는, 都給人은 二重支給을 강제당한다. 여기서 都給人이 二重支給을 피하기 위해서는 일의 完成 後 일정기간이 경과하여 ML이 소멸될 때까지 原受給人에 대한 支給을 거절하거나 原都給人에게 債務證書(Bond)를 발행시켜 그의 不履行에 대비할 필요가 있다.

결국 뉴욕시스템 아래에서는, 都給人은 일의 진척에 따라서 안심하고 原受給人에 대하여 報酬을 분할 지급할 수 있을 것이고, 따라서 原受給人은 都給契約 자체로부터 일을 진행하기 위한 金용을 얻을 수 있다. 이에 대하여 펜실베이니아시스템 아래에서는, 都給人은 原受給人에 대한 지급을 일의 종료 후 일정기간까지 연기할 것이기 때문에, 原受給人은 자기의 資金을 이용하다가 都給契約 以外의 외부로부터 金融을 얻지 않을 수 없다. 그리고 後者의 시스템 아래에서는 都給人이 二重支給의 위험으로부터 벗어나는 것이 최대의 과제가 된다. 그러기 위해서는 都給人에게 建築契約의 내용을 등기할 의무를 지우고 등기가 행해진 후에는 原受給人 以外의 者의 ML의 성립을 방해하거나 原受給人 以外의 ML을 가지는 者로부터 都給約定金額을 넘는 청구를

제한하는 방법이 있다.

이와 같이 美國에 있어서는 下受給人·材料供給者の 債權擔保의 수단이 비교적 완전하게 마련되어 있다고 하겠다.

### 3. 우리의 解釋論

앞에서 본 바와 같이 獨逸에서나 美國에서나 모두 建築都給에 있어서 都給인과 직접 계약관계가 있는 原受給人뿐만 아니라, 原受給인과 계약을 체결하고 건설공사에 종사한 下受給人 등에게도 물적담보를 인정할 필요성을 인식하고 있다고 할 수 있다. 이러한 필요성은 우리 법에 있어서도 마찬가지로 요구된다고 생각된다. 다만 建築都給契約에 있어서는 장래의 建物の 건립을 목적으로 하고 있으며 契約當時에는 有形의 物件으로 존재하고 있지 않기 때문에, 下受給인의 債權을 擔保하는 수단을 마련함에 있어 公示의 문제가 제일 큰 과제가 될 것이다. 獨逸(비록 시행은 되지 않고 있지만)이나 美國에서처럼 立法이 마련되어 있지 않는 우리 법에 있어서 우선 現行法の 테두리 내에서 下受給人 등의 債權을 확보하기 위한 解釋論을 생각해 볼 필요가 있다. 물론 下受給인이 완성한 建物の 所有權이 原始的으로 下受給人에게 귀속한다는 입장을 취한다면 특별히 下受給인의 債權을 담보한다는 論議는 實益이 없을 것이나 그러나 이와 같이 下受給人에게 소유권이 귀속된다고 하더라도 前述과 같이 여러 문제가 있다. 아래에서는 都給人歸屬說에 입각할 때 下受給인의 債權을 어떻게 確保할 것인가를 고찰해 보기로 한다.

위에서 살펴 본 美國의 펜실베니아시스템 하에서는 都給인은 적어도 立法에서 정해진 일정기간 동안은 下受給人 등의 존재를 고려하여 原受給人에게 변제 혹은 변제를 유보할 注意義務가 지워져 있다. 이와 유사한 注意義務를 우리 법의 解釋論으로서 都給인에게 인정할 수 있을 것으로 생각한다. 특히 우리 '建設業法' 제22조 제2항에 의하면 受給人이 그가 都給받은 建設工事を 專門建設業者에게 下都給하는 경우에는 發注者(都給인)에게 통지하여야 하며, 同條 제3항에 의하면 一般免許 또는 特殊免許를 가지고 있는 者에게 下都給하는 경우에는 發注者(都給인)의 承諾이 있어야 한다고 규정되어 있다. 또 同法 제28조에 의하면 發注者(都給인)는 下都給代金を 직접 下受給人에게 지급할 수 있을 뿐 아니라 만일 그렇게 하였다면 그 지급의 한도내에서 發注者가 受給人에 대한 대금지급채무를 면한 것으로 본다고까지 규정되어 있다. 이로부터 都給인에 대한 下都給의 通知 또는 그의 承諾의 節次가 취해져 있다면, 都給인은 下受給인의 존재를 고려하여 原受給人에게 辨濟하거나 또는 辨濟를 留保할 注意義務를 지고 있다고 할 수 있을 것이다. 다만 그와 같은 절차가 취해지지 않아 都給인이 原受給人에게 善意로 辨濟한 경우에는, 都給인은 그 辨濟를 下受給人에게 抗辯으로 제출할 수 있을 것이다. 또 다른 解釋論으로서 原受給인이 無資力인 경우에는 下受給인은 債權者代位權(民法 제404조 이하)를 행사하여 都給인으로부터 辨濟를 받아내는 방법도 가능할 것

이다.<sup>47)</sup>

끝으로 立法論으로서 下受給人 등이 가지는 債權에 대하여 物的 擔保의 制度를 확충할 필요가 있다고 하겠다. 즉 우리 '商法' 제874조에서 建造 중의 船舶에 대하여도 抵當權의 設定이 인정되고 있는 것과 같이, 建築 중의 建物에 대해서도 抵當權을 設定하는 방안이 앞으로 마련되어야 할 것이다. 다만 이 경우에 아직 建物は 未完成이므로 下受給人的 抵當權登記는 特別登記簿에 하게 되고 建物所有權의 登記 없이 下受給人的 抵當權登記만 하게 된다. 建물이 完成되었을 때에는 建物所有者가 所有權의 保存登記를 하고 그 登記用紙에 下受給人的 抵當權登記를 特別登記簿로부터 옮기게 될 것이다.

## VI. 結 論

실제로 건물을 건축함에 있어서 토지소유자를 비롯하여 건축업자·하수급인·재료제공자 등 많은 사람이 관여할 뿐만 아니라 그 관여의 형태도 매우 다양하다. 우리는 토지와 건물을 독립한 부동산으로 다루는 법제를 취하고 있기 때문에, 여기서 건물이 완성한 경우에 과연 이렇게 많은 관여자 가운데 누구에게 그 소유권이 귀속하는가가 법적으로 큰 문제가 되고 있다.

그 가운데 특히 재료를 受給人(製作者)이 재료를 주로 또는 전적으로 조달하여 부동산 특히 건물을 완성한 경우에, 그 완성물의 소유권이 都給人(注文者)에게 귀속하는가, 아니면 受給人(製作者)에게 귀속하는가에 관하여 學說 判例가 대립되고 있다.

다만, 우리의 學說과 判例는, 受給인이 완성한 완성물의 소유권귀속과 관련하여, 當事者의 特約이 있는 때에는, 그 특약에 따라서 소유관계가 결정되어야 한다는 점에 대하여는 意見이 一致되어 있다. 이는 所有權의 觀念을 물건의 有用성에 대한 배타적 지배권한이라는 의미를 가진 관념적 존재로 파악하지 않는 限 설명하기 어려운 점이라 하겠다.

所有權의 觀念을, 물건 內에서 그것을 가진 者에게 물건을 專屬시키는 權利라는 점에 그 本質이 있다고 파악하게 되면, 재료를 受給인이 조달하여 건물을 완성한 경우에는, 그 완성물의 소유권은 受給인에게 귀속하고, 引渡에 의해서 都給人에게 移轉한다는 결론이 나오게 된다.

그러나 소유권을 그 사회의 구성원에게 객관적인 존재로서의 물건의 有用성에 대한 배타적 지배권한을 주는 것으로 파악하게 되면, 도급계약이 가지고 있는 내용에 따라서 所有權의 所在

47) 나아가 都給人·原受給人 사이의 關係를 委任類似的 계약관계로 파악하고 民法 제686조 제2항을 유추적용하여, 受任人(原受給人)이 부담한 사무처리에 필요한 債務의 辨濟를 受任人(原受給人)에 대하여 청구하는 權利를 相對方(下受給人)이 代位行使하는 解釋論, 그리고 民法 제630조 제1항을 類推適用하여, 下都給에 대하여 都給人的 承諾을 얻었을 경우에는 都給인은 下受給人에게 직접 代金支給義務를 부담한다(따라서 下受給인은 都給인에 대하여 직접 대금을 청구할 수 있으며, 다만 都給인은 原受給人에 대한 都給代金支給으로써 下受給人에게 對抗하지 못한다)는 解釋論이 생각되지만, 앞으로 더욱 검토할 필요가 있다.

가 결정된다고 할 수 있게 되는 것이다. 나아가 이러한 입장을 전제로 한다면, 都給人으로부터 주문을 받아 어떤 물건을 제작하는 계약의 경우에 있어서 물건은 주문자인 都給人을 위하여 제작하기 때문에, 특약이 없다면 도급계약 일반의 경우에 都給人이 완성물에 대한 소유권을 취득한다는 결론이 나올 수 있게 된다.

아울러 受給人이 재료를 제공한 경우에 그 목적물이 부동산이라면 그 완성물의 소유권이 都給人에게 귀속한다는 우리의 多數說이 이유 내지 근거로 들고 있는 점들은 전적으로 타당하다고 생각된다. 우리 判例는 그동안 이러한 경우에 당사자 사이에 특약이나 특별한 사정이 없는 限 완성건물의 소유권은 완성건물을 都給人에게 引渡하기 前까지는 受給人에게 귀속하였다가 그 引渡에 의해 都給人에게 귀속한다는 受給人歸屬說의 입장을 취하고 있다. 그러나 이러한 判例의 입장은 현행 부동산물권변동의 이론에 어긋나는 해석론일 뿐 아니라 우리의 현실과 법감정에도 어긋난다. 무릇 추상적 관념적인 이론은 우리 사회에서 실제로 일어나고 있는 구체적 분쟁을 어떻게 해결하는가라는 시각에 의한 분석을 통하여 정당하게 평가되는 것이다. 우리의 判例는 이러한 시각에서 보면, 매우 미흡한 점이 많다.

그런데 도급계약에 있어서 완성된 목적물의 소유권귀속이 논의되는 이유 가운데서 가장 핵심적인 초점은 受給人의 報酬請求權의 확보이다. 재료를 수급인이 제공하여 건물을 건축한 경우에 그 건물의 소유권이 도급인에게 귀속한다고 하는 都給人歸屬說에서는 受給人은 유치권·동시이행의 항변권·저당권설정청구권과 같은 담보수단으로써 報酬請求權의 확보라는 목적이 충분히 달성되며, 특별히 수급인에게 소유권까지 취득시킬 필요가 없다고 한다. 그렇지만 受給人歸屬說에서는 소유권취득 이외의 다른 담보수단으로써는 수급인의 보호에 불충분하다고 한다.

그러나 都給人·受給人의 二當事者關係에 있어서는 어느 견해에 의하더라도 크게 문제되지는 아니한다. 즉 受給人歸屬說에 의하더라도 受給人의 소유권취득은 過渡的인 것이고 都給人은 자기가 지급해야 할 도급대금을 모두 지급한다면 소유권을 이전받게 된다. 한편 都給人歸屬說에 의하더라도 공사진척도에 따라 도급대금이 나누어 지급되는 관행이 있을 뿐만 아니라 受給人에게 목적물에 대한 유치권·동시이행의 항변권·저당권설정청구권이 인정되기 때문에 受給人에게 크게 불리한 것은 없다고 할 수 있다.

그런데 都給人·受給人의 二當事者關係에서 논의되는 소유권귀속의 이론을 都給人·受給人 下受給人의 三當事者關係에도 그대로 적용하는 것이 과연 타당한가에 관하여는 의문이다. 이러한 소유권귀속의 이론을 적용할 때에는, 특히 下受給人의 債權確保가 문제되고 있다.

이와 관련하여 우선 現行法의 테두리 내에서 下受給人 등의 債權을 확보하기 위한 解釋論을 생각해 볼 필요가 있다. 美國의 펜실베이니아시스템에서와 같이, 都給人은 적어도 立法에서 정해진 일정기간 동안은 下受給人 등의 존재를 고려하여 原受給人에게 변제 혹은 변제를 유보할 注意義務를 우리 法의 解釋論으로서 都給人에게 인정할 수 있을 것으로 생각한다. 특히 우리 '建

設業法' 제22조 제2항과 제3항 및 제28조로부터, 都給人에 대한 下都給의 通知 또는 그의 承諾의 節次가 취해져 있다면, 都給人은 下受給인의 존재를 고려하여 原受給人에게 辨濟하거나 또는 辨濟를 留保할 注意義務를 지고 있다고 할 수 있을 것이다.

끝으로 立法論으로서 下受給人 등이 가지는 債權에 대하여 物的 擔保의 制度를 확충할 필요가 있다고 하겠다. 즉 우리 '商法' 제874조에서 建造 중의 船舶에 대하여도 抵當權의 設定이 인정되고 있는 것과 같이, 建築 중의 建物에 대해서도 抵當權을 設定하는 방안이 앞으로 마련되어야 할 것이다.

### 參 考 文 獻

- 高相龍, 民法總則, 서울, 法文社, 1990.  
 郭潤直, 民法總則, 서울, 博英社, 1995.  
 同, 物權法(新訂版), 서울, 博英社, 1992.  
 同, 債權各論, 서울, 博英社, 1991.  
 同, 債權總論(新訂版), 서울, 博英社, 1994.  
 金基善, 韓國物權法, 서울, 法文社, 1990.  
 金相容, 民法總則, 서울, 法文社, 1995.  
 金錫宇, 債權法各論, 서울, 博英社, 1978.  
 金嘯洙, 債權各論(上), 서울, 三英社, 1986.  
 金會漢·金學東, 民法總則, 서울, 博英社, 1995.  
 同, 債權各論, 서울, 博英社, 1988.  
 李英俊, 民法總則, 서울, 博英社, 1995.  
 李英俊, 物權法(全訂版), 서울, 博英社, 1996.  
 李銀榮, 民法總則, 서울, 博英社, 1996.  
 同, 債權各論, 서울, 博英社, 1993.  
 李太載, 債權各論新講, 서울, 進明文化社, 1978.  
 黃迪仁, 現代民法論Ⅳ, 서울, 博英社, 1987.  
 金相容, “不動産工事受給人の 優先特權”, 契約法の 諸問題(私法研究 3), 서울, 考試界社.  
 Baur/Baur/Stürmer, Lehrbuch des Sachenrechts, München, C.H.Beck, 1992.  
 Brox, Besonders Schuldrecht, München, C.H.Beck, 1995.  
 Erman, BGB Kommentar, Münster, Aschendorffsche Veflag, 1989.  
 Esser/Weyers, Schuldrechts, Bd. II, Besonderenteil, Heidelberg, Müller, 1984.  
 Ferid/Sonnenberger, Das Französische Zivilrecht Bd. 2, Heidelberg, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, 1986.

- Kaser, Römisches Privatrecht, 9. Aufl., München, C. H. Beck, 1976.
- Kartovil/Werner, Real Estate Law, New Jersey, Prentice-Hall Inc., 1983.
- Hahn, Kaufvertrag und Werkvertrag, München, Boorberg, 1986.
- Motzke, Die Bauhandwerkersicherungshypothek, Berlin, Erich Verlag, 1981.
- Palandt, BGB Kommentar, München, C.H.Beck, 1993.
- Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II · Halbband 1, München, C.H.Beck, 1986.
- Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II · Halbband 2, München, C.H.Beck, 1994.
- Medicus, Schuldrecht II. Besonder Teil, München, C.H.Beck, 1995.
- Wieling, Sachenrecht Bd. I, Berlin, Springer - Verlag, 1990.
- der, Sachenrecht, Berlin, Springer - Verlag, 1994.
- Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 8. Aufl., Frankfurt, Rütten & Loenig, 1990
- Soergel, BGB Kommentar, Stuttgart, Kollhammer, 1991.
- 我妻 榮, 債權各論 中(2), 東京, 岩波書店, 1962.
- 同 (有泉亨補訂), 新訂擔保物權法, 東京, 岩波書店, 1983.
- 三宅正男, 契約法(各論) 下卷(現代法律學全集 9), 東京, 青林書院, 1988.
- 内山尚三, 現代建築請負契約法, 東京, 一立社, 1979.
- 來栖三郎, 契約法, 東京, 有斐閣, 1974.
- 後藤 勇, 請負に関する實務上の諸問題, 東京, 判例タイムズ社, 1995.
- 加藤雅信, “建築請負契約と所有權の歸屬”, 判例タイムズ 707號, 東京, 判例タイムズ社, 1989.
- 内山尚三, “建物請負における完成建物の所有權歸屬”, 民法の争點, ジュリスト増刊號, 東京, 有斐閣, 1987. 7.
- 淡路剛久, “製作物供給契約”, 契約法大系 第4卷, 東京, 有斐閣, 1984.
- 瀬川信久, “建物か合體し場合の抵當權”, 民法判例百選 I, 別冊 ジュリスト 136號, 東京, 有斐閣, 1996. 2.
- 新田 敏, “建物の附合”, 民法判例百選 I, 別冊 ジュリスト 136號, 東京, 有斐閣, 1996.2.
- 石神兼文, “請負契約における建物所有權の歸屬”, 民法判例百選 II, 別冊 ジュリスト47號, 東京, 有斐閣, 1983.
- 曾田 厚, “附合の認定基準”, 民法の争點 I, ジュリスト増刊號 136號, 東京, 有斐閣, 1985. 6.
- 青野博之, “建築請負契約における注文者と下請負人の 關係”, ジュリスト 944號, 東京, 有斐閣, 1989. 11.
- 坂本武憲, “請負契約における所有權の歸屬”, 民法講座 第5卷(契約), 東京, 有斐閣, 1985.
- 同, “フランスにおける建築請負契約の基本原理解”, 北大法學論集 第29卷 第3, 4合併號, 札幌市, 北海道大學法學部, 1979.
- 同, “フランスの新たな不動産建築契約について”, 北大法學論集 第31卷 第3, 4合併號, 札幌市, 北海道大學法學部, 1981.
- 同, “請負契約における所有權の歸屬”, 民法判例百選 II, 別冊 ジュリスト 137號, 東京, 有斐閣, 1996. 3.
- 同, “建築途中の建物への第三者の工事と所有權の歸屬 - 附合か加工か”, 民法判例百選 I, 別冊 ジュリスト 136號, 東京, 有斐閣, 1996. 2.
- 打田峻一, “製作物供給契約”, 契約法大系 第4卷, 東京, 有斐閣, 1963.

## SUMMARY

### A Study on the Attribution of the Title of Ownership in a completed Building

Lee, Sang-Tae

(Department of Law, College of Law, Kon-Kuk University)

Many person, for example, landowner · contractor · subcontractor · architect · materialman · engineer · labourer etc., take part in constructing a building. Moreover especially on the ground that a building is dealt as an independent real estate from land in our legal system, it is very difficult to determine who has the ownership in a completed building among many participants.

The most controversial debate arises in the case that the contractor constructs a building totally or mainly with materials furnished by himself. In this case, the opinion is divided between Scholars and Courts concerning the matter which person among the orderer and the contractor that building belongs to.

But Scholars and Courts are in accord with only one thing ; i. e. two parties of contract can lay down a special agreement in the contract document about the matter whom the building that would be constructed hereafter according to the contract belongs to. This could be explained, if the title of ownership is conceived as the exclusive right to dominate usability of a thing.

It comes to a conclusion that the title of ownership in the completed building attributes to the contractor when he has furnished total or main materials, if the title of ownership is conceived as the right which exists in a thing itself and makes a thing be attributed exclusively to the person who has it.

On the other hand, if the title of ownership is conceived not only as the exclusive right to dominate usability of a thing but also the independent right from a thing, then two parties could make a special agreement who would be the owner of the completed building. Moreover if the title of ownership is conceived like this, it can arrive at a conclusion that the title of ownership in the completed building attributes to the orderer, as far as there is not any special agreement between the contract parties.

The majority of Scholars takes the opinion that the title of ownership in the completed build-

ing attributes to the orderer, when the contractor has furnished total or main materials. The reasons or grounds which the majority of Scholars adduces are thought to be reasonable. Our judicial precedents have been taking the opinion that the title of ownership in a completed building attributes to the contractor till the time of delivery to the orderer, when he has furnished total or main materials. But this opinion of judicial precedents is in discord with the existing alteration theory of real estate right. Furthermore it is against actual practices and general legal feelings of our society.

By the way, it is the most essential and focal point to secure the contractor's right of remuneration to the orderer, in discussing the attribution of the title of ownership in a completed building. But in the case that there exist only two parties(the orderer and the contractor), there is no serious problem for securing the contractor's right of remuneration, even if any opinion is taken. Even if the opinion that the title of ownership in a completed building attributes to the contractor is taken, his acquisition of the title of ownership is transient until the time when the orderer pays to the contractor. And even if the opinion that the title of ownership in a completed building attributes to the orderer is taken, the contractor is not put in a disadvantageous position, because he has the lien(one of real property right in Korea) · the defense right of simultaneous performance · the request right for settlement of mortgage as well as there is a traditional practice that remuneration is payed in installments according to progressing degree.

But it is thought to be absurd, if the theory which is debated in the case that there exist only two parties(the orderer and the contractor) is applied to the relation of three parties(the orderer · the contractor · the subcontractor). That theory does not give a helping hand for securing the subcontractor's right of remuneration.

Therefore any interpretation theory is needed to secure the subcontractor's right of remuneration. The obligation to take care for paying remuneration to the contractor within definite period after due consideration can be drawn out from Art. 22, Paragraph 2. & 3. and Art. 28. of the Construction Affairs Act.

Finally legislatively the security system for securing the subcontractor's right of remuneration needs to be made.