

建築中工作物이 제3자의 工事に 의해 建物로 완성된 경우 所有權 歸屬

李 相 泰

(建國大學校 法科大學 教授)

< 目 次 >

I. 序論

II. 建築中工作物の 法的 性質

1. 독립한 건물에의 부합
2. 건축 중 공작물의 법적 성질

III. 建築中工作物이 제3자의 工事に 의해 완성된 경우의 所有權 歸屬

1. 학설
2. 판례
3. 검토

IV. 結論

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 완성된 경우에 과연 이렇게 많은 관여자 가운데 누구에게 그 소유권이 귀속하는가가 법적으로 큰 문제가 되고 있다. 완성건물의 소유권이 누구에게 귀속하는가의 문제는 건축관여자들의 이해관계에 중대한 영향을 미치는 물론이고 그 관여자들의 채권자에도 큰 영향을 주기 때문이다.

“지상물은 토지에 따른다”(superficies solo cedit)라는 로마법 이래의 법원칙은, 토지와 그 위에 자라고 있는 樹木이나 未分離果實에 대해서는, 등기를 갖춘 立木이나 명인방법을 갖춘 未分離果實의 예외적 취급은 존재하지는 않지만, 우리 법제에 있어서도 그대로 적용되고 있다. 그런데 토지와 건물을 별개의 부동산으로 하는 법제를 취하는 우리 法制 아래에서는, 위의 원칙대로 토지와 건물을 一體의 것으로 하는 로마법계의 국가와는 서로 다른 법현상이 일어난다. 그러함

에도 불구하고 이러한 서로 다른 법현상에 관한 구체적이고 특별한 입법적 조치가 강구되지 않았기 때문에, 부동산의 부합 및 가공을 에워싸고 해석론상 여러 가지 어려운 문제를 일으키고 있다.

무릇 건물을 토지와는 독립한 것으로 취급하는 경우, 어떤 건물에 증개축·修理 등의 공작에 의해서 소유자를 달리하는 동산이 부가되는 때에는, “부동산의 소유자는 그 부동산에 부합한 물건의 소유권을 취득한다”라는 민법 제256조 본문에 의하여, 그 건물에 부가된 타인의 동산은 부동산인 건물에 부합한다고 하는 점에서는 異論이 있을 수가 없다고 생각된다.

그런데 곤란한 법률문제가 발생하는 것은, 부동산인 건물에 이르지 않은 공작물, 즉 건축 도중의 공작물에, 타인의 동산이 부가되거나, 혹은 그것과 함께 工作이 가해진 경우이다. 같은 문제는, 건물이 부동산이라 할 수 없을 정도로 해체되고 있는 도중에, 다시 타인에 의해서 건축이 附加된 경우도 일어난다. 이러한 경우, 그것에 의해서 부동산인 건물의 단계에 달한 때 혹은 건물로서 완성된 때에, 그 건물의 소유권은 과연 複數의 관여자 가운데 누구에게 귀속하게 되는가가 문제된다. 그리고 그 경우에 적용되는 규정은, 부동산의 부합에 관한 민법 제256조¹⁾인가, 동산의 부합에 관한 민법 제257조²⁾인가, 가공에 관한 민법 제259조³⁾인가가 문제된다. 나아가 그 전제로서, 독립한 부동산인 건물이라 할 수 없는 현재 건축 도중의 공작물의 법적 성질을 어떻게 볼 것인가, 즉 토지의 일부로서 부동산으로 볼 것인가, 토지와는 일용 독립한 동산으로 볼 것인가가 문제된다. 이때 건물에 대한 工事は 도급에 의해서 행하여지는 것이 보통이기 때문에, 도급의 경우 완성된 공작물의 소유권 귀속이론과의 관계도 고려하지 않으면 안된다. 또 건물의 건축인이 토지이용에 대하여 정당한 권원을 가지고 있는가도 고려되어야 한다고 생각된다.

본고에서는, 먼저 건축 중인 공작물의 법적 성질을 살펴보고, 건축 중인 공작물에 대하여 다시 공작이 가해져 건물이 완성된 경우 그 건물의 소유권이 누구에게 속하는가에 관하여 학설과 판례를 중심으로 하여 고찰한 후, 그 소유권 귀속에 관한 바람직한 해석방안을 제시하고자 한다.

- 1) 민법 제256조는 “부동산의 소유자는 그 부동산에 부합한 물건의 소유권을 취득한다. 그러나 타인의 권원에 의하여 부속된 것인 때에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있다.
- 2) 민법 제257조는 “동산과 동산이 부합하여 離散하지 아니하면 분리할 수 없거나 그 분리에 과다한 비용을 요할 경우에는 그 합성물의 소유권은 주된 동산의 소유자에게 속한다. 부합한 동산의 주종을 구별할 수 없는 때에는 동산의 소유자는 부합 당시의 가액의 비율로 합성물을 공유한다.”고 규정하고 있다.
- 3) 민법 제259조는 “① 타인의 동산에 가공한 때에는 그 물건의 소유권은 원재료의 소유자에게 귀속한다. 그러나 가공으로 인한 가액의 증가가 원재료의 가액보다 현저히 다액인 때에는 가공자의 소유로 한다. ② 가공자가 재료의 일부를 제공하였을 때에는 그 가액은 전항의 증가액에 가산한다.”고 규정하고 있다.

II. 建築中工作物의 法的 性質

1. 독립한 건물에의 부합

토지와 건물을 별개의 부동산물권의 객체로 하는 우리 법제 아래에서는, 건물이 독립한 부동산의 단계에 달하고 있는 경우라면, 그것을 토지로부터 독립한 물건으로 다루어서 법률관계를 처리하게 된다. 따라서 그 건물에 증개축이나 수리를 위해 附加된 타인의 동산은, 그 건물과 一體의 물건이 되어서, 민법 제256조에 의해 건물소유자에게 귀속하게 되고, 로마법에 있어서와 같이 토지소유자에게 귀속하는 것은 아니다. 그런데 건축공사의 착공에서부터 건물로 완성되기 까지에는 많은 工程이 있고, 시간적으로도 長期에 걸치게 된다. 여기서 중요한 문제는 이러한 일련의 過程 중 어느 단계에서 독립한 부동산인 건물로 된다고 보는가 이다. 무엇 건물이라고 하여도, 그 목적·기능·구조 등이 다양하기 때문에, 확실적인 기준에 의해서 독립성 여부를 판정하는 것은 상당히 곤란하다. 우리의 일반적 학설⁴⁾은, 건물의 사용목적도 고려하면서 법규의 목적과 사회관념에 따라서 정할 수밖에 없다고 한다. 따라서 예컨대 사람이 들어 사는 주택일 경우에는, 비바람을 막을 수 있고 사람의起居가 가능할 정도의 완성도를 갖추고 있어야 한다고 한다. 판례⁵⁾도 독립된 부동산으로서의 건물이라고 함은 최소한의 기둥과 지붕 그리고 주벽이 이루어지면 법률상 건물이라고 할 수 있다고 한다.

2. 건축 중 공작물의 법적 성질

문제는 아직 부동산인 건물에 이르지 아니한 단계에 있는 건축 도중의 공작물의 법적 성질을 어떻게 보아야 할 것인가이다. 이 점에 대하여는 종래 우리 나라에서 적극적으로 논의가 되고 있지 아니하고 있으나, 다음과 같은 생각을 해 볼 수 있을 것이다.

먼저 “지상물은 토지에 따른다”(superficies solo cedit)라는 로마법 이래의 원칙에 따라서 이론을 구성한다면, 토지소유자가 직접 자신의 토지에 건물을 짓거나 혹은 토지이용에 아무런 권원이 없는 자가 무단으로 타인의 토지 위에 건물을 짓는 경우에 있어서, 건축 도중의 공작물은 토지의 정착물로서 토지에 부합하고(민법 제256조 본문) 토지의 일부 내지 구성부분이 된다고 생각해 볼 수가 있다. 그러나 예컨대 지상권자처럼 토지이용에 정당한 권원이 있는 자가 타인의 토지 위에 자신의 건물을 짓는 경우에는, 정당한 ‘권원’에 의한 것이므로 건축 도중의 공작물은 토지에의 부합이 일어나지 않는다고 해석할 수 있다(동조 단서).

4) 高翔龍, 民法總則[全訂版](서울: 法文社, 1999), 287面; 郭潤直, 民法總則[新訂版](서울: 博英社, 1998), 306面; 金相容, 民法總則[全訂版](서울: 法文社, 1999), 2996面; 金曾漢·金學東, 民法總則(제9판)[新訂版](서울: 博英社, 1995), 241面; 李英俊, 民法總則[全訂版](서울: 博英社, 1995), 902面; 李銀榮, 民法總則(서울: 博英社, 1996), 303面.

5) 大判 1986. 11. 11, 86누173; 同 1996. 6. 14, 94다53006.

이와 같이 건축 도중의 공작물이 토지에 부합하는 것을 기본으로 하여 건축도중의 공작물의 성질을 파악하는 방법은, 로마법 이래의 부합의 원리에 가장 충실한 구성이라 할 수 있다. 그런데 로마법상으로는, 지상권자가 지상에 건물을 축조하더라도, 그 건물은 지상권자의 소유로 되는 것은 아니었고, “地上物은 토지에 따른다”는 원칙에 의하여 토지소유자의 소유가 되었다. 그러나 지상권은 타인의 토지에 건물을 마치 소유자처럼 가지는 타물권으로서, 지상권자는 지상에 축조한 건물에 대하여는 소유자와 같은 권리를 가지고 의무를 부담하였다.⁶⁾ 따라서 지상권자는 건물을 補修·改築할 권리는 있으나 토지의 형질을 변경·훼손하지 않을 의무를 부담했다. 또한 지상권은 양도·상속성이 있어, 지상권자는 건물을 매각하거나 담보의 목적으로 할 수 있었다. 그리고 지상권자는 토지소유자가 행사할 수 있는 雨水沮止訴訟, 認諾訴訟, 否認訴訟, 損害賠償의 擔保를 비롯하여 準所有物回收訴訟(vindicatio utilis)으로 침탈된 목적물을 회수할 수 있었다.⁷⁾ 결국 로마법의 원리에 따르는 경우이라도, 지상권자가 건물을 축조한 경우에 그는 소유자와 마찬가지로의 취급을 받았다는 점에서, 토지와 건물을 별개의 부동산으로 하는 우리 법제 아래에서와 그 실질적인 법률관계는 크게 다르지 않다고 할 수 있다.

그런데 우리 법제가 건물을 토지와 별개의 독립한 부동산으로 다루고 있는 것으로 인하여, 로마법의 원칙에 따르는 법제에서는 일어나지 않는 현상이 발생한다. 먼저 토지소유자가 직접 자신의 토지에 건물을 짓는 경우라면 로마법의 원칙에 따라 건축 도중의 공작물이 토지에 부합하고 그 공작물은 일단 토지소유자의 소유권의 범위 내에 들어가지만, 그것이 일단 건물로서 완성되게 되면 우리 법제 아래에서는 토지소유자는 토지소유권과는 별도로 건물 부분에 대한 소유권을 새로이 가지게 된다. 한편 토지이용에 아무런 권원이 없는 자가 무단으로 타인의 축 도중의 공작물이 토지에 부합하여 그 공작물은 일단 토지소유자의 소유권의 범위 내에 들어가지만, 無權原의 무단건축자가 일단 건물을 완성하게 되면 건물 부분에 대한 소유권이 토지로부터 분리되어서 새로이 탄생되는 결과로 되는데, 이때 탄생되는 건물에 대한 소유권이 토지소유자에 귀속하는가 그렇지 않으면 무단건축자에게 귀속하게 되는가의 문제가 다시 발생한다. 한편 그 이외도 또다른 문제점이 있다. 즉, 無權原者에 의해서 건물이 축조된 경우에는, 로마법원리에 따르면 건물은 토지에 부합하게 되고, 그 축조된 건물은 이에 의하여 토지소유자에게 귀속하지, 그 無權原者에게 그 건물의 소유권이 인정될 여지는 없다. 그렇다면 건축 도중의 공작물의 소유권자인 토지소유자는 그 공작물의 철거 내지 수거청구를 無權原의 무단건축자에게 할 수 없게 되고, 무단건축자도 공작물에 대한 철거 내지 수거의무를 지지 않는다는 결론이 나온다. 그러나 이러한 결론은 불합리하고 수긍할 수 없는 것은 물론이다.

6) 로마법상 지상권은, 타인의 토지에 건물을 축조하고 이것을 그 소유자처럼 이용하기 위하여, 地代(solarium)를 지급하고 永久 또는 特定한 期間, 보통은 99년 간이라는 것과 같은 長期間, 타인의 토지를 사용하는 권리이다. 이러한 지상권은 專主政時代에 물권적 성질이 점차 명확해지고, 유스티니아누스帝 때에 타물권의 일종으로 되기에 이르렀다. 船田孝二 로마法 第2卷(東京: 岩波書店, 1969), 584-585면.

7) 玄勝鐘·曹圭昌, 로마法(서울: 法文社, 1996), 630-631면.

이와 같이 건축 도중의 공작물이 토지에 부합한다고 하더라도, 그것이 건물로서 완성되면 우리 법제 아래에서는 로마법체제에서는 일어나지 않는 문제들이 일어난다. 결국 건물이 건축되는 경우에 있어서의 법률관계가, 토지와 건물을 독립한 물건으로 하는 우리의 법체제와, 토지상에 축조되는 건물은 토지에 부합하고 그것이 완성되더라도 계속 토지소유자가 완성된 건물에 대하여도 소유권을 갖게되는 로마법체제에 있어서 서로 다르다고 하지 않을 수 없다. 우리 법제에 의하여 토지와 건물이 각각 독립한 소유권이 성립한 이상은, 양자의 소유권을 강제적으로一體化시킬 수는 없다고 하겠다. 요컨대 토지와 건물을 별개의 객체로 하는 우리 법제 아래에서는, 건축 도중의 공작물이 토지로 부합한다고 이해하는 것은 체계적으로 맞지 않는다고 하겠다. 그렇다고 한다면, 이 법체제상의 차이를 충분히 인식하면서, 그곳에서 생기는 모순을, 우리 민법의 해석론을 통하여 解消하지 않으면 안될 것이다. 그러기 위해서 건축의 諸 工程을 통하여 건물이 토지에 부합한다고 하는 로마법적 관념으로부터 한 번 해방되어 이 문제를 생각할 필요가 있을 것으로 생각된다.

그러면 여기서 건축 도중의 공작물을 동산으로 파악하는 것은 성립할 수 없는가. 건축 도중의 공작물을 토지와는 별개의 동산이라고 파악하기 위한 이론구성의 한 방법으로서, 건축 도중의 공작물이 토지의 정착물이 아니라고 구성하는 것을 생각해 볼 수가 있다. 건축 도중의 공작물을 가건물이나 판자집처럼 임시적이고 토지에 충분히 정착되지 않는 물건으로 파악한다면, 그것을 동산으로 볼 수는 있을 것이다. 그러나 이렇게 파악하는 것에는 無理가 있다. 확실히 로마법 이래 위와 같은 의미에서의 가건물 등은 토지에 부합하지 않는다고 하고 있다. 그러나 건물의 건축을 위하여 토지에 부착된 건축 도중의 공작물은, 그 건물 자체가 일시적 목적의 것이 아닌 한, 건축 도중이라도, 오히려 사회관념상 그 토지에 항구적 또는 상당기간 계속적으로 부착된 상태에 있어서 사용되는 것이 의도되어 있는 것이고, 가건물 등과는 그 성질을 달리하고 있다고 하겠다.

여기서 문제는 건축 도중의 공작물의 동산성을 어디서 찾을 것인가에 있다. 그것은 건축 도중의 공작물이, 그것 자체로서, 거래상의 가치가 인정되는가의 여부에서 찾아야 할 것으로 생각된다. 예컨대 토지소유자가 공사의 진행이 수반되고 있는 건축 중의 건물은 현실적으로도 기성고에 따라 평가되어 거래의 대상이 되어 매매가 이루어지고 있고⁸⁾ 또 토지이용권을 설정하면서 타인에게 양도하는 것도 일반적으로 가능하다고 볼 수 있기 때문에, 건축 도중의 공작물에 대하여 토지와는 별개의 객체성을 전면적으로 否定할 수는 없다고 하겠다⁹⁾. 그런데 여기서 권리의

8) 독립하여 거래의 객체가 되는 것의 대표적 예로서 송신용 철타, 정원석이나 정원수, 벽돌이나 용기를 굽는 가마, 주유소의 급유기 등을 들 수 있다. 또 입목법에 의한 동기가 되지 아니하는 立木도 이에 해당한다고 한다. 판례에 의하면, 건물의 屋蓋部分・논둑・시설부지에 정착된 레일 따위는 독립하여 거래의 객체가 될 수 없고, 果木・植栽된 植木・임야 내의 자연석을 조각하여 제작한 石佛 등은 독립하여 거래의 객체가 될 수 있다. 洪起台, “未完成建物에 대한 強制執行의 方法” 民事判例研究會 編 民事判例研究 XIX(서울: 博英社, 1997), 512-513면.

9) 洪起台, 상계논문, 513면에서는, “현실적으로도 미완성의 건물은 기성고에 따라 평가되어 거래의 대상이 되어 매매가 이루어지고 있고 …”라고 한다.

객체인 물건이 되기 위해서는 '하나의 독립한 존재'를 가지는 것이어야 하는데, 과연 건축 도중의 공작물이 여기서 말하는 독립한 존재인가가 문제되지만, 독립성의 유무는 경제거래의 실태에 즉응하여 사회통념 또는 거래관념에 따라서 판단하므로, 건축 도중의 공작물이 그것 자체로서 거래상의 가치가 인정된다면, 비록 토지에 정착되어 있다고 하더라도 독립성은 인정될 수 있으리라고 생각된다. 그리고 무엇보다도 장소적 移轉性의 면에서 동산성을 충족하는가 어떤가라는 또 다른 문제가 일어나지만, 우리 法上 토지·건물·입목이 등기라는 공시방법을 갖추면 부동산으로 인정되고 있는 이상, 아무런 공시방법이 마련되지 않고 있는 건축 도중의 공작물을 부동산이라 할 수는 없고, 동산으로 해석할 수밖에 없는 것으로 생각되는 것이다.

다음에는 이러한 입장을 전제로 하여, 건축도중의 공작물이 제3자의 공사에 의하여 완성된 경우 완성건물의 소유권 귀속에 관하여 고찰하여 보기로 한다.

Ⅲ. 建築中 工作物이 제3자의 工事に 의해 완성된 경우의 所有權 歸屬

건축 도중의 공작물에 대하여 다시 타인에 의해서 공작이 가해져서, 부동산인 건물로 되거나 혹은 건물로서 완성된 경우에, 완성건물의 소유권 귀속에 관한 법률관계를 어떻게 파악할 것인가가 문제된다. 먼저 우리의 학설과 판례의 입장을 살펴보고, 이를 검토를 해 보기로 한다.

1. 학설

건축 도중의 공작물을 타인이 완성한 경우 우리나라의 학설은 간단히 동산과 동산의 부합의 문제로 파악하고 있다. 즉, 우리 민법은 동산과 동산이 부합하여 새로운 동산이 된 경우만을 규정하고 있고(제257조) 동산과 동산이 부합하여 부동산(예컨대 건물)이 된 경우에 관해서는 아무런 규정이 없지만, 이 경우에 관하여도 이 규정을 유추적용하여도 불합리하지 않다고 한다.¹⁰⁾

2. 판례

(1) 大判 1984. 6. 26, 83다카1659.

[사실관계]

10) 金容漢, 物權法(서울: 博英社, 1985), 305면; 金相容, 物權法(서울: 法文社, 1999), 405면.

李 相 泰 : 建 築 中 工 作 物 이 제 3 자 의 工 事 에 의 해 建 物 로 완 성 된 경 우 所 有 權 歸 屬

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

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 명의도 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 신축에 의하여 위 건물의 소유권을 원시취득하였다고 주장하며 소유권보존등기말소 소송을 제기하여 승소판결을 받아 확정되었다. 이에 따라 原告 명의의 소유권보존등기는 말소되고, A회사 명의로 소유권보존등기를 마쳤다.

그러자 原告는 被告를 상대로 하여 이미 납부한 취득세에 대하여 부당이득금 반환청구를 하였다.

[원심판결요지]

被告가 原告에게 취득세를 부과한 것이 행정처분으로서 여기에 객관적으로 명백하고 중대한 하자가 없으므로 原告의 부당이득반환청구는 이유 없다과 판단하였다.

[대법원판결요지]

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 것이라고 판단하고, 결국 原告의 부당이득반환청구를 이유 없다고 한 원심판결을 파기 환송하였다.

(2) 大判 1984. 9. 25, 83다카1858.

[사실관계]

原 告	被 告
아파트매수인 아파트건축완성자	아파트매도인 아파트건축미완성자

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. 이에 原告는 被告에 대하여 소유권이전등기청구를 하였다.

[원심판결요지]

原告가 이 아파트를 건축함에 의하여 그 소유권을 원시취득하였다고 판단하였다.

[대법원판결요지]

原告가 이 사건 아파트를 건축함에 의하여 그 소유권을 원시취득한 것이라고 하기 위해서는 原告가 아직 사회통념 상 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 있다고 하였다.

(3) 大判 1993. 4. 23, 93다1527·1534.

[사실관계]

被 告	訴外 A	訴外 B
토지소유자 도급인	수급인	건축허가명의

도급인인 被告와 수급인인 訴外 A 사이에, 被告 소유의 토지 위에, 건축허가 명의를 訴外 B로

李 相 泰 : 建築 中 工作物이 제3자의 工事に 의해 建物로 완성된 경우 所有權 歸屬

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.

[대법원판결요지]

공사가 중단된 시점에서의 위 미완성건물은 사회통념 상 독립한 건물로서, 당초의 건축주인 訴外 B가 원시취득한다고 판단하였다.

(4) 大判 1995. 3. 3, 93다50475

[사실관계]

被告 Y	訴外 A	原告 X1등 6人, 訴外 B,C,D,E,F
토지양도인 건축허가명의 소유권보존등기	토지양수인 건축일부완성(50%)	A의 지위 포괄승계 나머지완공

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 토지 매매대금도 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 11人이 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 11人은 그들의 자금으로 이 사건 건물에 대한 나머지 공사를 진행하여 건물을 사실상 완공하였다.

4. 被告는 原告 등 11人으로부터의 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.

[원심판결요지]

被告 명의의 소유권보존등기는 토지매매대금 담보의 목적으로 신탁된 건축허가 명의에 기초하여 역시 같은 담보목적으로 위 건물의 실질적인 건축주로부터 그 등기명의만을 신탁받은 것이므로, 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 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다고 판단하였다.¹¹⁾

[대법원판결요지]

1. 이 사건 건물은 原告 등 11인의 노력과 자재만으로 완성된 것이 아니므로, 특단의 사정이 없는 限, 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.

(5) 大判 1997. 5. 9, 96다54867.

[사실관계]

訴外회사	原告	被告
원래건축주 건축허가 45-50% 공정	건축허가명의변경 20% 공정	잔여공사 점유

원래의 건축주인 訴外 회사가 건축허가를 받아 지하 1층 지상 4층 총 8세대의 연립주택의 신축공사를 진행하던 중 4층까지 전체 골조 및 지붕공사를 완료하여 전체의 45% 내지 50% 정도의 공정에 이르렀을 무렵 부도로 인하여 더 이상 공사를 계속할 수 없게 되자, 건축허가 명의를

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

李 相 泰 : 建 築 中 工 作 物 이 제 3 자 의 工 事 에 의 해 建 物 로 完 成 된 경 우 所 有 權 歸 屬

原告로 변경하고 그가 약 20%의 공정을 더 시공하였으나 原告도 부도를 내어 공사를 중지하였다. 그 후 건물의 일부를 취득하기로 한 수분양자들이 잔여공사를 시행하였고 소유권보존등기를 경료하지 않은 채로 직접 점유하거나 또는 임대하고 있다. 被告들은 현재 이 건물을 점유하고 있는 자로서, 原告는 被告들에 대하여 건물명도를 청구하였다.

[대법원판결요지]

건축허가상의 건축주의 명의를 변경한 시점에서 위 건물은 4층 전체의 골조와 지붕의 공사가 완료된 상태이어서 사회통념상 독립한 건물이라고 볼 수 있는 형태와 구조를 갖추었으므로 원래의 건축주인 소의 회사가 이 사건 건물을 원시취득하였다고 인정하고, 소의 회사로부터 소유권이전등기를 경료받지 아니한 原告의 소유권주장을 배척한 원심의 조치는 정당하다고 판단하였다.

(6) 大判 1998. 9. 22, 98다26194

[사실관계]

原告	訴外 會社	被 告
입주자대표회의 잔여공사	건축주 70% 공정	소의 회사의 채권자

訴外 회사가 건설하고 있던 아파트의 한棟이 전체 공정의 70%가 진행된 상태에서 공사를 중단하자, 입주예정자 등이 입주자대표회의를 구성한 후 시공자를 정하고 그가 나머지 공정을 완료하였다. 그러자 訴外 회사의 채권자가 아파트 건물에 대하여 강제집행을 하자, 原告는 이 건물의 소유자라고 주장하면서 訴外 회사의 채권자를 被告로 하여 제3자이의의 소를 제기하였다.

[대법원판결요지]

訴外 건설회사가 공사를 중단할 당시 위 건물은 골조공사와 벽체공사가 완료되고 알루미늄 창문 틀도 설치되었으며, 내장공사의 마무리 단계인 초벌도배까지 끝난 상태였고, 나아가 기둥·벽·지붕의 골조공사 및 벽체공사가 완료되어 거푸집을 제거한 상태에서, 전체 공정의 70%가 진행된 상태였다면, 공사중단 당시 위 건물은 사회통념상 건물로서의 구조와 형태를 갖추고 있었으므로, 원래의 건축주인 訴外 건설회사가 원시취득하였다고 판단하면서, 原告의 주장을 배척한 원심의 판단을 지지하였다.

(7) 판례 입장의 정리

이상과 같은 판례의 입장을 정리하면 다음과 같이 이야기할 수 있을 것이다. 즉, 타인이 건축하던 건축물을引渡받아 나머지 공사를 마치고 완공한 경우에 있어서, 소유권귀속에 관한 判例의 입장은 공사중단 당시의 건물상태를 기준으로 하고 있다. 이에 의하면 공사중단 당시에 미완성이지만 사회통념상 독립한 건물이라는 형태와 구조를 갖추고 있어 독립한 부동산으로서 소유권의 책체가 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.^{12) 13)}

12) 다만 前述한 (3)의 判例(大判 1993. 4. 23, 93다1527-1534)는 그 타당성이 의문이다. 이는 도급관계가 존재하는 사건이다. 즉 도급인(被告)과 수급인(訴外 A) 사이에 도급인 소유의 토지 위에 건물 1채를 짓기로 하는 도급계약을 체결하면서 건축허가명령은 타인(訴外 B)으로 하기로 하였다. 그 후 수급인이 사회통념 상 독립한 건물로서 인정될 수 있을 정도로 공사를 행한 상태에서 공사를 중단하게 되고, 나머지 공정은 도급인이 이어 받아 완공한 事案이다. 그렇다면 수급인이 공사중단할 당시에 비록 미완성이지만 사회통념 상 독립한 건물로 볼 수 있는 경우이므로, 후술하는 도급관계에 있어서의 소유권귀속에 관한 원리가 여기에 적용되어야 하지 않을까 생각한다. 그러한 判例의 이론을 이 사건에 적용하여 보면, 도급인과 수급인 사이에 완성물의 소유권귀속에 관한 특약이 없는 한 수급인이 소유권을 원시취득하므로, 兩者 사이에 특별히 도급인(被告) 또는 건축허가명령의자(訴外 B)에게 건물의 소유권을 귀속시키기로 하는 특약이 존재하는지의 여부를 먼저 살펴보고, 그러한 특약이 존재하지 아니하면 본 사건 건물의 소유권은 수급인이 원시취득한다고 판단하여야 할 것이니 옳을 것이다. 그런데 본 判例에서는 건축허가명령의자(訴外 B)에게 소유권을 귀속시키기로 하는 도급인·수급인 사이의 특약의 존재를 따져 보지 않고 건축허가명령의자가 건축주라고 하면서 본 사건의 건물의 소유권을 원시취득한다고 판단하고 있어, 그 타당성에 의문이 있다.

13) 위의 (4)의 大判 1995. 3. 3, 93다50475의 判例는, 토지양도인(被告 Y)부터 토지를 양수한 자(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, 후술하는 바와 같이 민법 제257조를 유추적용한다면, 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(민법 제267조), 결국 原告 등 11人X이 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 완성된 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 補償關係(민법 제261조)를 명문화한 것으로 해석할 수 있을 것으로 생각된다. 결론적으로 이 判例에서 原告 등 11人이 원시취득하였다고 보기 어렵다고 한 것은 수증하기 어려우며, 이와 같은 事案에서는 原告 등 11人이 완성건물의 소유권을 원시취득한다고 보는 것이 타당하다고 생각된다.

결국 판례의 이러한 해석은 이 경우를 민법 제256조의 부동산에의 부합의 문제로 파악하고 있다고 볼 수 있다.

3. 검토

(1) 판례의 입장의 난점

위와 같이 공사중단 당시를 기준으로 하여 사회통념 상 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 아니라면, 완성건물의 소유권은 B가 취득한다. 이러한 결론은 상식에 어긋난다. 그런데 심지어 위에서 언급한 '(5) 大判 1997. 5. 9, 96다54867'의 판결에서는 공정이 전체의 45% 내지 50% 정도에 이른 것에 불과한 때에도 사회통념상 독립한 건물이라고 볼 수 있는 형태와 구조를 갖추었다고 보고 있어서 그 판단에 쉽게 납득되지 않는 점도 있다.

그렇다면, 이와 같은 경우에 해결할 수 있는 방법으로서는 두 가지를 생각해 볼 수가 있다고 하겠다. 하나는 前述한 우리의 학설에서와 같이 동산 간의 부합으로 해결하는 방법이고, 다른 하나는 가공으로 해결하는 방법¹⁴⁾이다.

먼저 동산 간의 부합으로 해결하는 방법으로 이론을 구성해 보자. 즉, 건축 도중의 공작물은 보통의 경우는 동산이 될 것이며, 다시 그것을 인수받아 완공하는 경우에는 동산을 부합한 것이 된다. 동산과 동산 간의 附屬에 관한 규정인 우리 민법 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 건물건축의 일부공정을 마치고 B가 나머지 공정을 마쳐서 건물이 완성된 경우에, 그 건물의 소유권귀속은 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(민법 제261조).

다음으로 가공으로 해결하는 방법으로 이론을 구성해 보자. 즉, 아직 독립한 부동산에 이르지 아니한 건축 도중의 공작물을 제3자가 이어 받아 이것에 재료를 제공하여 공사를 시행하여, 독립한 부동산인 건물로 만든 경우, 동산에 동산을 단순히 부합시킬 뿐이고 그것에 시공된 공작의

14) 洪光植, "建築中 建物에 대한 제3자의 工사와 所有權歸屬", 判例研究 제8집(부산: 부산판례연구회, 1997), 314면에서는 가공이론에 의한 해결을 찬성하고 있다. 또한 일본의 최고재판소 판결도 가공에 의한 해결방법을 택하였다(日本 最高裁判所 判決 1979. 1. 25, 昭和 53年(オ) 第872號<民集 33卷 1號 26面>; 民法判例百選 I., ジェリスト No. 136(東京: 有斐閣, 1906. 4), 154面 以下).

가격을 무시하여도 좋은 경우와는 달리, 재료에 대하여 시공된 공작이 특별한 가치를 가지고, 완성된 건물의 가격이 원재료의 그것보다 상당한 정도 증가하는 때에는, 오히려 민법 제259조의 가공의 원리에 따라 소유권의 귀속을 결정하게 된다. 결국 A가 건물건축의 일부공정을 마치고 B가 나머지 공정을 마쳐서 건물이 완성된 경우에, 그 건물의 소유권은 원칙적으로 원재료의 소유자인 A에게 귀속하지만, B의 공사로 인하여 완성된 건물의 가액의 증가가 원재료의 가액보다 현저히 다액인 때에는 가공자인 B의 소유로 된다. 물론 이 경우에도 소유권을 취득하지 못하는 자가 입는 손해는 소유권을 취득하는 자에게 보상을 청구할 수 있다(민법 제216조).

(2) 한계

그런데 위와 같이 부합 또는 가공의 원리에 따라 소유권의 귀속을 정하는 데는 한계가 있다. 짓고 있는 건축 도중의 공작물을 인수받아 완성하는 관계가 都給 또는 下都給의 관계에 의한 경우에는, 소유권귀속에 관한 特殊理論의 적용 문제가 또 남아 있기 때문이다.

여기서 도급계약의 경우 완성물에 대한 소유권귀속의 理論을 간단히 살펴보는 것이, 건축 도중의 공작물에 공작이 가해져서 완성된 경우 그 건물의 소유권이 누구에게 귀속하는가의 문제를 생각하는데 참고가 될 것이다.

① 완성물의 소유권귀속에 관한 理論

(가) 학설

㉠ 계약당사자 사이에 완성물이 도급인 또는 수급인에게 귀속한다는 약정 또는 특약이 있는 경우에는, 그 약정에 따른다는 점에 관하여는 다툼이 없다.

㉡ 도급인이 재료의 전부 또는 주요부분을 공급하는 경우에는, 동산·부동산을 불문하고 원시적으로 도급인에 귀속한다는 점에 관하여도 다툼이 없다.

㉢ 수급인(제작자)¹⁵⁾이 재료의 전부 또는 주요부분을 공급하는 경우에 관해서는 學說이 나뉜다.

㉣ 제1설

완성물이 동산·부동산을 불문하고, 원시적으로 수급인에 귀속한다는 견해이다. 우리의 少數說이다.¹⁶⁾

15) 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, 여기서의 용어는 '受給人'이라 할 수 없고 '製作者'라고 하는 것이 정확하다.

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

㉔ 제2설

완성물이 동산인 때에는 원시적으로 수급인에 귀속하나, 부동산인 때에는 원시적으로 도급인에 귀속한다는 견해이다. 우리의 多數說이다.¹⁷⁾

그 근거로는 다음과 같은 점들을 제시한다. i) 受給人歸屬說에 의하면 수급인이 소유권을 원시취득하고 대금을 지급받으면 완성된 부동산은 引渡에 의해 도급인에게 이전된다고 하지만, 이는 등기를 부동산물권변동의 성립요건으로 하고 있는 우리 民法상의 물권변동 이론에 모순된다. ii) 도급계약의 특성은 도급인을 위하여 건축한다는 데에 있으며, 수급인의 관심은 소유권 취득에 있지 않고 報酬를 받는 것에 있다. iii) 수급인의 報酬請求權을 확보하려는 목적은 유치권·동시이행의 항변권·저당권 설정청구권 등으로 달성되며, 건물의 소유권까지 취득시킬 필요가 없다. iv) 등기의 실제상 건축허가가 도급인 명의로 나 있으므로 수급인이 보존등기를 하는 것이 곤란하다. v) 수급인이 완성물의 소유권을 취득하더라도 土地의 이용권이 없기 때문에 완성물을 도급인의 土地 위에 존립시킬 수 없게 된다. vi) 건축공사에 있어서 우리의 관행은 공사대금의 지급을 일의 진척도에 따라 일부씩 지급하고 있어, 건물완성 당시에는 代金 전액이 지급되지는 않더라도 상당액이 지급되는 것이 보통인데, 이러한 경우에도 완성건물이 수급인에게 귀속한다는 것은 부당하다. vii) 민법 제666조는 수급인에게 報酬債權의 담보목적으로 저당권설정청구권을 인정하는데, 그것은 도급인이 완성부동산의 소유권을 취득하는 것을 전제로 한 규정이다.

(나) 판례

수급인이 재료의 전부 또는 주요부분을 제공한 경우에는, 동산·부동산을 불문하고, 완성물의 소유권은 도급인에게 引渡하기 前까지는 수급인이 원시취득함이 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 귀속된다고 하는 것이 종래 우리 判例의 입장이라고 할 수 있다.^{18) 19)}

17) 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; 金曾漢, 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.

18) 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.

특히 大判 1979. 6. 12, 78다1992.에서는, 도급인 수급인 사이에 도급인 소유의 토지 위에 수급인이 건축재료와 노무 등을 제공하여 수급인이 상가건물을 건축한다는 내용의 공사도급계약을 체결하고, 아울러 공사대금채무 때문에 건물

그리고 소유권귀속에 관한 당사자의 특약은, 반드시 명시적이어야 하는 것은 아니며, 묵시적인 것이라도 상관없다고 한다.

그런데 이와 달리 도급관계가 아닌 경우에는 완성건물의 소유권은 자신의 노력과 비용을 들여 건물을 건축한 사람이 그 건물의 소유권을 원시취득한다고 한다. 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 건축허가명의는 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 한다고 한다.²⁰⁾

② 건축 도중의 공작물에 대한 적용문제

위와 같은 이러한 理論은, 짓고 있는 건축 도중의 공작물을 인수받아 완성하는 관계가 도급 또는 하도급의 관계에 의한 경우에도, 적용되어야 하지 않는가라는 문제가 일어난다. 그 理論을 적용해 보면 다음과 같다고 하겠다. 즉, 예컨대 도급인 A가 수급인 B에게 건물건축을 도급하였으나 B가 건물을 짓다가 중단한 후, 다시 A가 C를 물색하여 나머지 공정부분에 대하여 도급계약을 맺고서 완성을 맡긴 때에는, 判例의 理論(受給人歸屬說)에 의하면 A와 C 사이에 도급인 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.

에 대한 양도담보계약을 체결하고 있다는 사실로부터, 도급인에게 원시적으로 소유권을 귀속시킨다는 특별한 약정이 있는 것으로 볼 수 있다고 한다.

또 大判 1992. 3. 27, 91다34790에서는, 건축허가 명의가 도급인으로 되어 있고, 또 도급계약서상 미지급금의 경우 완성건물로 대물변제하거나 또는 수급인에게 건물 소유권에 대한 가등기를 해주기로 하는 약정은 도급인이 완성된 건물의 소유권을 취득함을 전제로 한 약정으로 볼 수 있다고 한다.

- 19) 그러나 초기에는 이와 내용의 일부가 상치되는 大法院 判決이 없었던 것은 아니다. 즉 "민법상 수급인이 도급자의 의위에 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(大判 1962. 10. 11, 62다460).
- 20) 大判 1990. 4. 24, 89다카18884에서는, 단지 채무의 담보를 위하여 채무자가 자기 비용과 노력으로 신축하는 건물의 건축허가 명의를 채권자 명의로 하였다면, 이는 완성된 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 완성된 건물의 소유권을 원시적으로 취득한다고 볼 것이 아니라고 한다.

IV. 結 論

이상에서 건축 도중의 공작물은 어떠한 법적성질을 가진다고 볼 것인가, 그리고 건축 도중의 공작물에 타인의 동산이 부가접합되거나 혹은 그것과 함께 工作이 가해져 건물이 완성된 경우에 소유권귀속의 문제를 어떻게 처리할 것인가에 관하여 살펴보았다. 이것은 우리 법제가 로마 법계의 국가와는 달리 토지와 건물을 별개의 부동산으로 하는 법제를 취하면서도, 그에 부수하여 일어나는 법적 문제에 대한 구체적이고 특별한 입법적 조치가 강구되지 않았기 때문에 일어나는 해석론상의 어려운 문제이다.

먼저 건축 도중의 공작물은 건물과 마찬가지로 토지에 부합하지 않는다고 보고 그리고 그 성질은 동산으로 다루는 것이 좋을 것으로 생각된다. 그리고 건축 도중의 건물을 타인이 매수하거나 인수받아서 완성한 경우, 판례와 같이 공사 중단 당시의 공작물이 독립한 건물로 볼 수 있는지의 여부에 따라서만 해결하는 것은, 관련인의 이해관계를 합리적으로 처리해 주지 못하는 난점이 있다. 그렇다면 민법 제257조의 동산간의 附合으로 해결하는 방법과 제259조의 加工의 문제로 해결하는 방법이 생각된다. 그 가운데 後者의 방법에 의하면, A가 건물건축의 일부공정을 마치고 B가 나머지 공정을 마쳐서 건물이 완성된 경우에, 그 건물의 소유권은 원칙적으로 원재료의 소유자인 A에게 귀속하지만, B의 공사로 인하여 완성된 건물의 가액의 증가가 원재료의 가액보다 현저히 다액인 때에는 가공자인 B의 소유로 된다. 다시 말하면, 그 가액의 증가가 현저하지 않는 한, 건축을 중단한 자가 항상 완성건물의 소유권을 취득하는 난점이 있다. 따라서 그것이 완성된 때에는 前者, 즉 동산과 동산 간의 부합의 원리에 따라서 해결하는 것이 가장 좋은 방법이라고 생각된다. 결국 A가 건물건축의 일부공정을 마치고 B가 나머지 공정을 마쳐서 건물이 완성된 경우에, 그 건물의 소유권귀속은 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(민법 제261조).

그러나 건축 도중의 공작물의 완성을 도급관계에 기하여 타인에게 맡긴 경우에는, 도급에 있어서 논의되고 있는 소유권귀속이론이 적용되어야 한다.

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

〈參考文獻〉

- 高翔龍, 民法總則[全訂版], 서울, 法文社, 1999
郭潤直, 民法總則[新訂版], 서울, 博英社, 1998
郭潤直, 債權各論, 서울, 博英社, 1991
金相容, 民法總則[全訂版], 서울, 法文社, 1999
金相容, 物權法, 서울, 法文社, 1999
金錫宇, 債權法各論, 서울, 博英社, 1978
金容漢, 物權法, 서울, 博英社, 1985
金曾漢 · 金學東, 民法總則(제9판)[新訂版], 서울, 博英社, 1995
金曾漢, 債權各論, 서울, 博英社, 1988
金壽洙, 債權各論(上), 서울, 三英社, 1986
李太載, 債權各論新講, 서울, 進明文化社, 1978
李英俊, 民法總則[全訂版], 서울, 博英社, 1995
李銀榮, 民法總則, 서울, 博英社, 1996
李銀榮, 債權各論, 서울, 博英社, 1993
玄勝鐘 · 曹圭昌, 로마法, 서울, 法文社, 1996
黃迪仁, 現代民法論IV, 서울, 博英社, 1987
洪起台, “未完成建物에 대한 強制執行의 方法”, 民事判例研究會 編 民事判例研究 XIX, 서울, 博英社, 1997
洪光植, “建築 中 建物에 대한 제3자의 工事와 所有權歸屬”, 判例研究 제8집, 부산, 부산판례연구회, 1997
船田享二, 로마法 第2卷, 東京, 岩波書店, 1969

Summary

A study on whom a completed building belongs to when an unfinished building is completed by a third person

Sang - Tae Lee

(Department of Law, College of Law at Konkuk University)

The content of this article is focused on whom a completed building belongs to when an unfinished building - a structure being under construction - is completed by a third person. In this article, firstly, the legal characteristic of an unfinished building is examined, and secondly, the question of whom the building belongs to when an unfinished building is completed by a third person is considered. Concerning the above matter many difficult problems are arisen, for our law has not stipulated any regulations how to handle the legal problems which occur incidentally from our peculiar legal system that the building is also one of independent immovables like the land.

In this article it comes to a conclusion that an unfinished building - a structure being under construction - does not attach to the land and it has to be treated as an independent movables. Furthermore the problem of whom a completed building belongs to has to be settled as follows : when a third person completes a structure being under construction as an independent building under a contract for work, then the doctrine of ownership that has been established in the field of a contract for work has to be applied. On the other hand, when a third person completes it without being under a contract for work - for example, he completes it after he has purchased it or simply he has taken over it -, then the doctrine of attachment between movables(the art. of 257 in the Civil Act) has to be applied.