



저작자표시-비영리-동일조건변경허락 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.
- 이차적 저작물을 작성할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



동일조건변경허락. 귀하가 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공했을 경우에는, 이 저작물과 동일한 이용허락조건하에서만 배포할 수 있습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

2009年 2月

博士學位論文

中國 不動產登記制度와 그 問題點
및 改善方案에 관한 研究

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

文 昌 海

中國 不動產登記制度와 그 問題點
및 改善方案에 관한 研究

*A Study on Problem and Improvement of the
Property Registration System in China*

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

文 昌 海

中國 不動產登記制度와 그 問題點
및 改善方案에 관한 研究

指導教授 朴 運 吉

이 論文을 法學博士學位申請論文으로 提出함

2008 年 10 月 日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

文 昌 海

文昌海의 博士學位論文을 認准함

委員長 朝鮮大學校 教 授 印

委 員 朝鮮大學校 教 授 印

委 員 朝鮮大學校 教 授 印

委 員 朝鮮大學校 教 授 印

委 員 朝鮮大學校 教 授 印

2008 年 12 月 日

朝鮮大學校 大學院

目 次

ABSTRACT

| | |
|------------------------------------|----|
| 제1장 序 論 | 1 |
| 제1절 研究의 目的 | 1 |
| 제2절 研究의 方法 및 範圍 | 4 |
| I. 研究의 方法 | 4 |
| II. 研究의 範圍 | 5 |
| 제2장 中國의 不動産登記制度 | 6 |
| 제1절 中國 不動産登記制度의 沿革 및 特徵 | 6 |
| I. 沿革 | 6 |
| II. 中國 不動産登記制度의 特徵 | 16 |
| 제2절 不動産登記의 立法體系(法源) | 18 |
| I. 憲法 | 18 |
| II. 法律 | 19 |
| III. 行政法規 | 27 |
| IV. 部門規章 | 27 |
| V. 地方法規 | 30 |
| VI. 最高人民法院의 最高人民檢察院司法解釋 및 指示 | 31 |
| 제3절 中國 不動産登記制度의 主要內容 | 31 |
| I. 立法原則 | 31 |
| II. 物權法定主義 | 32 |
| III. 物權變動의 公示 | 33 |

| | |
|------------------------------|----|
| IV. 物權의 取得과 行使의 合法原則 | 34 |
| V. 不動產登記制度의 單一化 | 35 |
| 제4절 不動產登記의 分類 | 36 |
| I. 登記進行目的에 따른 分類 | 36 |
| II. 登記의 機能에 따른 分類 | 36 |
| III. 實體 및 節次에 따른 分類 | 38 |
| IV. 登記事項에 따른 分類 | 39 |
| V. 登記의 效力에 의한 分類 | 42 |
| VI. 不動產登記의 內容 | 50 |
| 제5절 不動產登記機關 | 55 |
| I. 不動產登記機關의 現況 | 55 |
| II. 登記簿 | 60 |
| III. 不動產眷屬證書 | 61 |
| IV. 登記簿의 閱覽 | 62 |
| 제6절 不動產登記의 節次 | 65 |
| I. 登記申請 | 65 |
| II. 審査 | 66 |
| III. 登記方法 | 67 |
| IV. 證書發給 | 69 |
| VI. 不動產登記 중의 瑕疵 및 解決方法 | 69 |
| 제7절 不動產物權變動 | 70 |
| I. 物權變動의 意義 | 70 |
| II. 物權變動에 관한 公示方法 | 71 |
| III. 物權行爲 | 74 |
| IV. 中國 不動產登記效力主義의 例外 | 76 |
| V. 檢討 | 77 |
| 제8절 不動產登記의 效力 | 78 |

제3장 韓國의 不動產登記制度와의 比較 81

| | |
|-------------------------------|-----|
| 제1절 韓國의 不動產登記法制 및 特徵 | 82 |
| I. 不動產登記關聯法の 體系 | 83 |
| II. 不動產登記制度의 特徵 | 87 |
| 제2절 物權變動과 登記와의 關係 | 92 |
| I. 物權行爲 | 92 |
| II. 物權變動에 관한 公示方法 | 93 |
| III. 法律行爲에 의한 物權行爲와 登記 | 94 |
| IV. 法律의 規定에 의한 物權變動과 登記 | 95 |
| V. 物權行爲의 獨自性和 無因性 | 95 |
| VI. 賃借權(債權)의 登記 | 97 |
| 제3절 韓國 不動產登記制度의 內容 | 98 |
| I. 登記簿와 臺帳의 二元化 | 98 |
| II. 登記官의 形式的 審査權 | 101 |
| III. 不動產登記의 公信力 不認定 | 102 |
| IV. 印鑑證明制度 | 104 |
| V. 電算情報處理組織에 의한 不動產登記 | 105 |
| 제4절 韓·中 不動產登記制度의 比較 | 109 |
| I. 立法上 比較 | 109 |
| II. 物的編成主義 | 110 |
| III. 申請方式 | 110 |
| IV. 登記官의 審査方式 | 111 |
| V. 登記의 效力 | 112 |
| VI. 登記의 公信力 | 112 |
| VII. 登記簿와 臺帳의 二元化 | 113 |

제4장 中國不動產登記制度的 問題點 및 改善方案 114

제1절 登記範圍에 대한 問題點 및 改善方案 115

- I. 登記對象 115
- II. 未登記不動產 118

제2절 不動產登記機構 및 關聯法制的 問題點 및 改善方案 119

- I. 不動產登記機構의 統一 119
- II. 登記關聯法制的 統一 128

제3절 不動產登記節次關聯 問題點 및 改善方案 130

- I. 登記節次體系 130
- II. 不動產登記審查 133
- III. 登記賠償責任 135
- IV. 過渡時期的 登記의 解決方案 139
- V. 登記節次的 立法方向 140

제4절 登記의 內容과 관련된 問題點 및 改善方案 142

- I. 更正登記와 異義登記의 選擇 142
- II. 土地他抗權利登記 145
- III. 土地分割登記制度 147

제5장 結 論 150

參考文獻 154

부록 161

감사의 글

ABSTRACT

A Study on Problem and Improvement of the Property Registration System in China

Wen, Chang Hai

Advisor : Prof. Park, Wonn-Kil, Ph.D.

Department of Law,

The Graduate School of Chosun University

In China March. 16. 2007. real-right-law had been established, in same year October 1. it had been putted in force. This law enactment accompanied necessity of improvement of estate-registration-system in China. It is useful to study on foreign legal system comparatively to keep in order Chinese registration-system. This treatise attempted a comparative study Chinese and South Korean registration-system. There is difference in several points of registration-system between the two states. China had taken a compulsory principle, public confidence principle, competent offices of registration is administrative organ, whereas South Korea had not taken a compulsory principle, public confidence principle, registration is judicial affairs. To explain in detail on The Chinese competent offices of registration, registration of landownership, land-using-right is affairs of The Ministry of Land and Resources, Building ownership building its mortgage is affairs of The Ministry of Housing and Urban-Rural Development. Forest land is affairs of The State Forestry Administration. Seashore is affairs of The Stats Oceanic

Administration. Grassland is affairs of The Ministry of Agriculture. Decentralization of competent offices of registration is not only inefficient to its user but an obstacle to carry out a legal purpose of registration system. To offer a material to improve Chinese registration system, this paper is as follows.

First, Introduction of this paper

Second, on history of registration legal system and of its contents in China.

Third, on contents of registration legal system in China..

Fourth, on comparative study of two states(Korea & China).

Fifth, conclusion :

South Korea had not taken a compulsory principle, public confidence principle, registration is judicial affairs. But people-cognition on registration legal system is very high. Government office of registration is judicial office, which is well as an unified organization. Affairs of registration is treated as a nonlitigation case. On the other hand people-cognition on registration legal system in China could not be evaluated so highly. As above said Chinese competent offices of registration had been divided into several administrative organ. This decentralization of competent offices seems to be unuseful to people from all points.

제1장 序 論

제1절 研究의 目的

인간은 토지를 떠나서 생존할 수 없으며 토지와 건물은 현대사회의 가장 기본적인 財貨이며 대표적인 부동산이다. 그리하여 부동산을 기초로 인간, 사회, 경제, 정치, 법률 등 다양한 측면에 어울려져서 이루어진 복합적인 관계를 총칭하여 부동산 체제라고 한다. 세계 여러 나라들에서도 자국의 사회, 경제발전에 유익한 방향으로 부동산제도를 변화, 발전시켜 나라간 다양한 양상을 보이고 있다.¹⁾

이미 한국의 가장 중요한 경제적 파트너로 부상한 중국은 사회주의를 시행하고 있으며 그 경제체도의 기초를 生産資料의 공유제, 즉 全民所有制와 勞動群衆所有制를 유지하고 있다. 주요한 생산재로서의 토지는 이러한 제도아래에서 公有地權制, 즉 국가토지소유권제²⁾ 및 집체토지소유권제를 취하고 있다. 개혁개방전에 중국의 국유토지는 대개 무상, 무기한으로 하는 割當方式을 취하여 토지사용을 필요로 하는 단위 또는 개인에게 공급되었으며 토지이전을 금지하였다. 이러한 제도로 말미암아 토지사용에 있어서 시장의 수요가 아니라 관리나 담당자의 주관적 의도에 의하여 토지가 불합리하게 할당되는 폐단이 많이 발생하였다. 그러나 1979년 이후 개혁, 개방이 추진되면서 중국의 부동산관리체제에도 많은 변화를 가져왔다. 즉 토지소유권에 대한 국가독점을 유지하는 전제로 토지사용권을 사유화하고 상품화하여 토지사용권시장의 육성을 도모하고 있다. 그 예로 1982년 심천(深圳)경제특구³⁾ 토지관리조례는 종래 토지의 무상사용을 폐지하고 토지사

1) 陳靖祥, “我國房地產立法的死角和法律思考”, 1면.

2) 국가토지소유권이란 토지의 소유권이 국가에 있는 토지이다. 구체적으로 도시구역의 토지, 국영농장의 토지, 도시구역 외의 에너지, 교통, 수리, 광산, 군사시설 및 기타건설항목에 사용되는 국유 토지 그리고 국유의 황산, 늪 황지, 국유초지, 및 기타 농민 집체소유로 확정되지 않은 토지를 칭한다.

3) 중국이 經濟特區를 설치하게 된 직접적인 계기는 1978년 11월 중국공산당 제11기 3중 전회에서 결정된 대외개방 및 경제개혁이었다. 이후 중국은 약 2년간의 준비기간을 거친 다음, 1980년 8월 26일 제5기 전국인민대표대회상임위원회 15차 회의에서

용기간과 토지사용료의 기준을 제정하였고, 1987년 처음으로 기업에 토지사용권을 유상으로 양도하였으며 주거용지에 대하여 공개입찰을 단행하였다. 그 후 심천경제특구 토지관리임시조례는 심천의 토지는 특수상품이며 토지사용권은 出讓(sell, Transfer)할 수 있고,⁴⁾ 이미 임대한 토지의 권리는 유효 기간 내에 임차인의 의사에 따라 재양도·상속·증여할 수 있으며 또는 임차권에 대하여도 저당할 수 있도록 하였다.

1988년 4월 12일 전국인민대표대회에서 헌법개정을 통하여 “토지를 임대할 수 없다”는 규정을 삭제함과 동시에 “토지의 사용권은 법률의 규정에 의하여 양도할 수 있다”고 개정하여 개념적으로 크게 공유토지소유권과 사용권으로 구분되기에 이르렀다(중국 헌법 제10조). 이것이 중국의 토지사용권양도를 허용하는 헌법상의 근거가 되어 토지사용권제도개혁에 따른 구체적인 법률규범으로 발전하게 되었다. 그 후의 토지관리법은 위 헌법개정안을 근거로 그에 상응한 개정을 단행하여 토지사용권은 법에 의하여 양도할 수 있다고 국가는 법에 의하여 국유토지의 유상사용제도를 시행한다는 내용을 확정하였다.⁵⁾ 1995년 1월부터 새로운 도시부동산관리법을 시행하였다. 이러한 법률들의 제정은 도시부동산업의 건전한 발전을 위하여 기본적인 법률근거와 법률보장을 제공하였다. 즉 토지사용권을 양도, 임대, 저당, 상속 등을 할 수 있게 되어 토지사용권 시장이 점차적으로 활성화되었다. 또한 토지가격체제의 수립과 그 제도적 기능으로 토지가 더욱 효율적으로 사용될 수 있는 계기가 마련되었다.

「중국 광둥성 경제특구 조례」의 승인을 통하여 경제특구 설치를 입법화하였다. 이러한 일련의 과정을 거쳐서 1980년 8월 광둥성의 심수, 주해, 선두의 3개 지역에 최초의 경제특구가 지정되었다. 이어서 10월에는 복건성 하문시에 경제특구가 설치되었으며, 1988년 3월에는 海南省 전역이 경제특구로 추가되었다.

- 4) 토지사용권의 출양(설정)이란 국가가 토지소유자의 신분으로 국가소유토지사용권을 일정한 기간 내에 토지사용자에게 출양하고, 토지사용자가 그에 상응하여 국가에 토지사용권 출양금을 지급하는 행위를 말한다. 이에 대해서는 조동제, “중국 토지사용권 출양에 관한 법률적 검토”, 「재산법연구」 제21권 제1호, 법문사, 2004. 8, 281-302면; 박상호, “중국토지제도에 관한 연구”, 「토지법학」 제22호, 한국토지법학회, 2006. 12, 165-167면 참조.
- 5) 土地管理法 제2조에는 국유토지를 무상으로 할당(공기관이나 공공시설 등 용도로 사용)하는 특수한 경우를 제외하고는 전반 국유토지에 대하여 유상사용제도를 실행한다고 규정하였다.

부동산에 대하여 등기를 실행하는 것은 각국에서 보편적으로 사용하는 방식이다. 부동산등기제도는 부동산에 관한 물권을 등기라는 공부에 공시하는 제도이다.⁶⁾ 물권은 물건에 대한 배타적인 지배권으로 당사자뿐만 아니라 물권의 거래에 관계있는 제3자의 이해관계에 직접적으로 영향을 준다. 따라서 물권의 발생, 변경, 소멸을 외부에서 인식할 수 있는 표시가 필요하게 된다. 이 표시를 소위 물권변동에 관한 공시의 원칙이라고 불린다. 부동산에 관하여 관습으로 사용되었던 공시방법은 부동산의 현실적 지배의 외형인 점유이다. 그러나 사회생활이 다양화되고 경제거래가 복잡화되면서 점유라는 공시방법으로는 부동산을 정확히 공시하기에 부족하였고 또한 불가능하였다. 따라서 일정한 장소에 고정되어 있어 이동이 불가능한 부동산은 그 성질상 점유의 공시방법보다는 등기의 공시방법을 찾게 되었다. 이는 당사자뿐만 아니라 사회일반에게도 물건의 정확한 표시로서 각국에서 채택하고 있다. 근대의 부동산 등기제도는 중세기의 봉건시대에서의 토지에 관한 제반적 구속이 근대초기의 사회적, 경제적 변화발전이 힘입어 완화된 토지거래에 기반을 두고 확립되었다. 역사적으로 볼 때 부동산등기제도는 저당권에 관한 등기를 출발점으로 하여 소유권 및 기타 부동산물권의 공시방법의 발전으로 확대되었다. 또한 중세 이후 조세징수 목적으로 공시방법이 이용되어 왔다.

개혁개방 추진 후 근 30년간 고도경제성장을 지향해 오던 중국은 많은 문제도 함께 지니고 있다. 특히 부동산관련 여러 영역에서 입법공백을 가지고 있으며 부동산의 권리귀속에 관련된 법과 제도들이 완전하다고 할 수 없다. 이는 이미 중국정부의 국정운영에 영향을 미치며 중국의 대외 이미지와 해외투자유치사업에 영향 주는 불리한 요소로 작용되어 국가차원에서 시급히 해결해야 할 문제로 대두되고 있다. 그러나 역사적인 원인과 사회제도적 한계로 인하여 지금 중국의 재산권등기법률은 아직도 매우 간단하여 원칙적인 규정만 두고 있으므로 등기와 관련한 구체적인 문제들이 연구되어야 할 필요가 있다. 비록 중국의 부동산등기제도는 부동산체제개혁의 추진과 물권법실행과 함께 많은 긍정적인 변화를 가져왔으나 아직도 개선하여야 할 부분들이 많다. 예를 들면 부동산재산권등기 중 가장 중요한 토지사용권과 가옥소유권이 분리되어 등기되는 점, 등기관할 기구나 등기의 대상(범위)도 통일되지 못한 점, 등기의 효력 상의 제한성 등 문제들이

6) 최명구, 「부동산등기법론」, 세창출판사, 2000, 1면.

존재하고 있다. 토지입법에서 도시구역의 증가로 말미암아 대량의 농촌 집체소유 토지가 국유토지로 변화되어야 할 시점에 왔으며 기존에 농민들에게 부여하였던 주택기지사용권은 양도가 가능한지 문제도 입법상 시급히 해결하여야 할 문제이다. 그리고 중국부동산권리에 관한 법적인 규율이 통일화되어 있지 못하다. 이는 금후의 입법과정에서 해결하여야 할 과제이며, 본 논문에서 다루어야 할 내용이다.

중국의 부동산 등기제도는 긴 역사를 가지고 있다. 외국의 등기법제는 이미 상당한 체계를 갖추고 있음에 반하여 중국은 여러 가지 원인으로 인하여 근년에 비록 많은 진보를 가져왔지만 아직도 갈 길이 멀다.⁷⁾ 본 논문의 연구가 중국부동산등기제도 발전에 조금이나마 도움이 되었으면 하는 바램이다.

제2절 研究의 方法 및 範圍

I. 研究의 方法

본 연구는 중국의 부동산등기제도의 현황과 문제점에 대한 분석을 주제로 한국의 부동산등기제도와 비교를 통하여 중국의 부동산등기제도가 입법 및 실무에서 존재하고 있는 단점을 검토하여 중국의 부동산등기제도에 접목시킴으로써 중국의 부동산등기제도를 개선하는 데에 도움을 주고자 한다. 이를 위하여 중국의 북경, 상해, 길림 등 지역의 부동산등기실태를 조사·분석하여 중국의 법제를 소개하는 한편 중국법제와 관련된 한국의 법제를 살펴본 후에 중국법제에 주는 시사점을 발견하고자 하였다. 연구자료는 주로 문헌을 중심으로 하되 학설과 판례도 함께 고찰의 대상으로 하였다.

7) 馬特, 「物權變動」, 中國法制出版社, 2007, 150면.

II. 研究의 範圍

본 논문에서는 중국의 새로운 정치적 배경하에서 형성되어 운용되고 있는 부동산법과 제도를 이해하고 소개하는 것을 그 목적으로 하며, 그 중에서도 부동산 등기제도를 중점적으로 검토하고자 한다. 부동산에 관한 등기는 위에서 이미 지적된 바와 같이 복합적으로 관계가 얽혀 있으므로 부동산제도를 이해하려면 다양한 측면에서의 접근이 필요하다. 그러나 본 논문에서는 중국부동산제도의 실질적이고 주요한 측면인 부동산등기법제의 연혁, 부동산등기의 실제현황, 등기법제에서의 토지와 건물과의 관계, 물권변동의 시각에서 등기를 요하는 소유권, 사용권 등의 권리관계 등을 고찰함으로써 중국부동산등기제도가 갖는 문제점을 밝혀낸 후 한국법제와의 비교를 통해서 중국법제가 안고 있는 문제점 발견함과 동시에 그 해결책을 모색하고자 한다.

본 논문의 연구의 내용을 다음과 같이 5장으로 구성하였다.

제1장은 서론으로서 본 논문의 연구배경, 목적과 의의를 기술하고 연구방법 및 연구범위를 설정하였다.

제2장에서는 중국의 부동산등기제도에 대한 전반적인 내용을 살펴보았다. 예컨대 중국 부동산등기제도의 연혁 및 특징, 부동산등기의 입법체계(法源), 중국 부동산등기제도의 주요내용으로써 입법원칙·물권법정주의·물권변동의 공시·물권의 취득과 행사의 합법원칙·부동산등기제도의 단일화, 부동산등기의 분류, 부동산등기기관, 부동산등기의 절차, 부동산물권변동, 부동산등기의 효력 등을 살펴보았다.

제3장에서는 한국의 부동산등기법제 및 특징, 물권변동과 등기제도와의 관계, 부동산등기제도의 내용을 소개하면서 중국의 등기제도와 비교 고찰하였다.

제4장에서는 중국의 부동산등기법제에 있어서 크게 부동산등기범위, 부동산등기기구 및 관련법제, 부동산등기절차관련, 등기의 내용 등과 관련된 문제점을 분석하여 그 개선방안을 제시하고자 하였다.

제5장은 결론으로서 이상에서 살펴본 내용을 종합적으로 검토하면서 연구의 내용을 요약하고자 한다.

제2장 中國의 不動產登記制度

부동산의 등기제도는 부동산의 실상과 권리관계를 공시하여 권리자와 이해관계인의 법적 거래에 도움을 주는 것이 제도의 취지이다. 그러나 중국의 등기법제는 역사적으로 이러한 제도를 기반으로 하여 발전해 온 것이 아니며, 국가의 행정적인 목적을 달성하기 위하여 만들어졌다고 하여야 할 것이다. 이하에서는 중국의 등기 법제를 역사적으로 개관하되 시대적으로 구분하여 고찰함으로써 본 연구의 출발점으로 삼고자 한다.

제1절 中國 不動產登記制度의 沿革 및 特徵

I. 沿革

1. 封建社會初期의 不動產登記制度

중국 부동산제도의 역사는 소유권변동에 관한 관리에 있어서 유구하다. 원시사회에서는 토지에 대한 氏族공유제를 실행하였으므로 氏族성원들의 공동으로 일하고 공동으로 노동성과를 향수하였다.

중국 초기의 봉건국가인 夏, 商, 周나라⁸⁾시대에도 토지에 대한 국유제인 井田制⁹⁾가 실시되었고, 이는 春秋時期에 들어와 보편적으로 시행되었다. 그러나 주나라 후기의 春秋時期에 와서 정전제가 폐지되고 봉건토지소유제인 屯田制¹⁰⁾가 확

8) 중국역사상 최초의 봉건국가인 하나라는 기원전 21세기부터 기원전 16세기까지이며, 상나라는 기원전 16세기부터 기원전 1066년까지, 주나라는 서주와 동주로 나누어 서주는 기원전 1066년부터 기원전 771년, 동주는 기원전 770년부터 기원전 221년까지 진시황이 전국을 통일하기 전까지를 말한다.

9) 井田制는 나라에서 농경지를 밭전자 모양으로 나누어 관리한다하여 생긴 이름이다. 정전제는 일종의 국가토지관리제도인데 국왕소유의 귀족점유, 사용제도라고 볼 수 있다.

10) 둔전제는 동한말기 조조가 창립한 제도인데 국가에서 황무지를 국가소유의 둔전으

립되었고, 근대까지 분산적으로 지속되어 왔다. 주나라시기의 토지제도와 관련한 가장 오래된 역사서인 주나라의 “周禮, 大司徒”라는 서적의 기재에 의하면 “국토에 관한 地圖를 제작하고 국민의 數를 헤아려 나라를 안정시키고 천하의 地籍圖를 제작하여 세상의 각 지역을 명확히 하고, 삼림·하천·구릉·능묘·봉문 등 명칭으로 구분하여 부른다”고 하고 있다. 여기에서 중국은 이미 2000년 전 商, 周시대부터 토지관리제도의 기초를 형성하였다고 볼 수 있다. 이 시기에 가장 의미 있는 토지제도개혁은 戰國時期¹¹⁾ 秦나라의 관리 商鞅(상앙)이 발표한 變法인데 상앙변법의 주요내용은 정전제를 폐지하고 법적형식으로 봉건지주의 토지사유제를 확립하며 토지의 자유매매를 허락하였다는데 의미가 깊다. 상앙변법은 중국의 봉건사회경제발전에 적극적인 작용을 하였으며 후일 진나라가 국력을 키워 전국을 통일하는 데에 아주 큰 역할을 하였다고 볼 수 있다.¹²⁾ 그리고 隋唐의 「食貨志」에는 “짚나라는 무릇 노비, 마소, 밭과 택지를 파는 경우에 문서로 존재한다”라는 기록에 의하면, 중국 고대 정부는 재산을 문서로 계약하고 이에 근거해 세금을 징수했다는 것을 추측할 수 있다.¹³⁾

2. 隨, 唐時期不動産登記制度

중국의 중세 봉건국가는 隨, 唐나라이다. 수나라는 통치기간이 63년에 그쳤지만 당나라는 수나라를 이어서 기원 6세기부터 9세기까지 중국 전역을 통치한 세계역사에서도 유명한 나라이다. 수당대는 과거의 전통적 국유위주에서 사유제를 중심으로 변화하는 특징을 가지고 있다.¹⁴⁾ 당시대에는 토지등기에 관련하여

로 설정하고 많은 난민들을 군대관리방식으로 조직을 편성하여 농사짓게 하는데 국가에서 토지, 종자, 가축, 농기구를 제공하고 수확을 국가와 둔전 소속의 농민이 배분하는 제도이다. 이제도의 의의는 많은 황무지를 개간하여 전답으로 만들었다는 데에 긍정적인 의미가 있지만 국가적착취가 심하다는 부정적인 면이 있다.

- 11) 전국시기는 중국역사에서 기원전 4세기부터 기원전 2세기까지 주나라 동주후기에 7개국으로 분열된 상태를 말하는데 秦, 魏, 漢, 趙, 超, 延, 濟 등 국가가 있었다.
- 12) 이종길, “중국사회의 토지소유관계에 대한 법제사적 일검토-태·한 및 수·당대를 중심으로”, 「토지법학」 제22호, 한국토지법학회, 2006. 12, 206-214면 참조.
- 13) 梁彗星·陈华彬, 「物权法」, 法律出版社, 2006, 96면.
- 14) 이종길, 앞의 논문, 220면.

契, 申牒, 過割制度가 있었다.¹⁵⁾

당나라 중기에는 均田制를 실행하였는데 이는 중국 중세 봉건시기의 대표적인 토지제도라고 할 수 있다. 균전제는 토지를 호적이 분명한 백성들에게 나누어 주는 제도인데 이로 인하여 호적조사가 우선적으로 진행되었다. 구체적으로 한 가정을 1領으로, 5領이면 1리로, 5리이면 1堂으로 설정하여 토지를 분배하고 세금을 징수하는 데에 편리하게 하였다. 均田制의 의의는 경작하려는 자에게 가급적 토지를 분배하는 것을 격려하여 소작하던 사람들도 점차 국가로부터 토지를 분배받아 국가에 향해 세금을 납부하고 국민의 대우를 받으며 국가로서는 또 세금 수입을 늘이는 효과도 있었다. 이렇게 함으로써 자체경작을 하는 농민주체의 농업사회를 점차 건립하였다. 均田制는 땅을 백성들에게 줌으로써 서민을 위한다는 명분이 있었고 노동력의 많고 적음에 따라 토지분배수량을 정하였는데 특별한 점은 노비와 가축들도 토지를 분배받을 수 있는 조건으로 정하였다.

예를 들면 일소 한 마리가 있으면 밭 30무를 배당하여 주는 등 정책이 있었다. 그리고 노비에게도 토지를 일정량 분배함으로 원래 노비들을 많이 거느렸던 세력가의 가정은 더욱 많은 토지를 분배받게 되어 기득권의 이익에 위배되지 않았다는 점도 이 제도의 실행이 권력계층의 강력한 제재를 받지 않은 원인이다. 균전제는 총적으로 북위 孝文帝의 개혁으로 시작되어 수, 당나라에까지 유행되었다가 후에 일본에 많은 영향을 주었다.

3. 宋, 元, 明, 淸時期不動産登記制度

송나라는 선후로 북송과 남송으로 나뉘며 기원 10세기부터 12세기 말엽까지 전 중국을 통일한 대표적인 나라이다. 송나라에는 田土登記에 대하여 魚鱗冊¹⁶⁾를

15) 신첩제도는 중국 당나라에서 실행한 토지매매 쌍방이 관공서에 향해 토지매매를 사실을 의무적으로 신고하고 당해 연말신고를 접수한 관공서에서 매수인으로 명의변경한 새로운 토지문서를 매수인에게 발급하는 제도이다. 과할은 고대 중국에서 매매, 저당, 증여가 이루어질 경우, 당사자가 이행하여야 하는 명의변경수속을 말한다.

16) 어린책은 토지면적, 지형, 사방경계, 토질, 소유자성명을 기재한 고대 중국의 토지장부이다. 어린책자는 4부를 작성하여 각급관청마다 조세의 목적으로 보관하였다. 모양이 물고기비늘처럼 생겼다고 하여 어린책자라는 이름을 가졌다.

설립하였는데 이는 지적관리의 차원이라고 볼 수 있다. 그러나 당시 이러한 제도들의 주요한 목적은 모두 세금징수를 위한 것이었지 민사권리에 대한 공시는 아니었다.¹⁷⁾

원나라, 명나라, 청나라¹⁸⁾초기까지는 屯田制를 많이 실행하였는데 이는 대량의 땅이 없는 농민들은 안치하고 농업생산의 회복과 발전을 도모하였으며 사회질서와 경제발전에 긍정적 역할을 하였다.

명나라 토지는 관전과 민전으로 나뉘었다. 명나라 역사서인 “明史, 食貨志”에 의하면 官田에는 還官田, 沒官田 斷入官田 學田, 皇庄, 牧馬草場, 園陵故地 軍民商屯田 등 14가지나 달하는 官田종류에 대하여 규정하였고, 나머지는 民田이라고 하였다. 그러나 이러한 관전에 대하여 관전의 취득내원에 따라 취명을 한 무분별하고 복잡한 설정은 오히려 민전외의 것은 모두 官田이라고 이해함이 더욱 바람직하다.

청나라 강희황제는 잔재한 명나라왕족소유의 토지를 경작자의 소유로 개변시켜 줌으로써 이러한 토지를 更名田이라고도 하였다. 청나라 시기의 부동산제도에 地圖를 새로 건립하는 등 새로운 변화를 가져왔지만 결국은 명나라의 토지제도를 많이 참조하였다. 이는 부분적인 토지의 명칭에서도 반영되는데 청나라 옥전현에 “寧公主地”, “景府地”라는 땅이 있는데 령공주는 신종의 딸이고 정부는 명세종 자경왕 주재천의 봉지이다. 이렇게 토지명칭 등에서 취득에 따라 호칭한 명나라의 관습을 많이 따르고 있음을 알 수 있다. 청나라에는 官田과 民田간의 호환이 많이 이루어 졌는데 전형적인 예로 學田¹⁹⁾은 기존 官田에 귀속되었으나 태감들의 세력을 부려 점유하고는 세금을 내지 않는 私田으로 만들었다가 나중에 국가에서 탈세방지를 위하여 다시 官田으로 정정하였다. 그러나 청나라는 각 지방마다 자신의 稅務기구가 있고 관리들의 수탈이 많아서 국력이 보편적으로 쇠약하였다. 청나라 民田은 토질에 따라서 상·중·하 세 종류로 나누고, 경작상황과 용도에 따라서 荒地, 荒田, 熟地, 小地, 沼地, 非荒地로 편성하여 등재하였으

17) 謝在全, 「民法物權論(上)」, 台北, 1989, 59면.

18) 원나라는 기원 1279년부터 1368년까지, 명나라는 1368년부터 1644년까지, 청나라는 1644년부터 1911년까지 전국을 통치하였던 중국봉건제국가이다.

19) 학전은 원래 학생들이 생활을 목적으로 이용된 토지이다.

며 그 나머지를 통털어 白地라고 하였다. 결과적으로 청나라의 토지등기제도는 명대에서 기원하고 의존하였으나 등기대상 및 점유방식 상에서 간소화하는 등 적지 않은 변화가 있었다. 그리고 명, 청나라 등 봉건사회 후기에 와서 봉건적지주소유제가 이미 자본주의맹아의 발생과 발전을 저해하였으며, 중국사회를 장기적인 빈곤과 낙후의 원인이 되기도 하였다.

4. 中華民國時期²⁰⁾의 不動產登記制度

청나라가 멸망하고 중화민국이 성립되어서부터 중화인민공화국 건국 이전인 중화민국시기의 토지제도는 土地私有制를 기초로 하고 있다. 이 시기의 토지제도는 地主占有的 토지재산권을 기초로 하고 있었는데 농촌인구의 10%에도 미치지 못하는 지주와 부농이 70-80%의 토지를 점유하고 있어 농촌인구의 90%를 차지하는 빈농과 중농은 불과 20-30%의 토지만을 차지하고 있었다. 당시 도시지역 토지는 정부관료, 봉건지주, 민족상공업자, 자영업자, 도시주민, 그리고 외국인 등이 소유하고 있었다. 도시토지의 소유권과 사용권은 분리가 가능했으며 자유로이 매매, 임대, 株式化, 저당, 상속되었다.²¹⁾ 20세기 초 손중산은 三民主義를 주장하면서 토지를 중심으로 하는 재부의 재분배 문제 즉 평균지권주의를 제기하였다. 국민혁명시기에 제기한 新三民主義의 내용은 자본을 절제하고 경작하려는 자에게 토지를 주자고 하였다. 평균지권은 전국의 地價를 책정하여 현유의 지가는 원주인의 소유로 하고 혁명이나 사회진보와 더불어 지가가 상승하면 차액부분을 국가소유로 하며 국민이 공동으로 향수한다는 취지이다. 이러한 주장은 봉건지주 토지소유제에 대한 충격이며, 자산계급이 이미 농민의 토지문제에 중시를 가졌다는 데에 의의가 있다.

중화민국시기에는 부동산권리등기에도 많은 진보를 가져왔다. 1922년에 들어서서 廣州市政府에서 부동산등기를 시험적으로 실시하였고, 이듬해 1923년에는 「土地登記徵稅法」을 공포하였다. 1926년부터는 구체적인 토지등기업무를 진행

20) 중화민국은 1912년에 중국 민주화혁명이 大父인 손중산에 의하여 창립되고, 1919년부터 1949년까지 중화인민공화국이 성립되기 전의 시기를 말한다.

21) 문창해 “중국의 토지사용제도에 대한 연구”, 석사학위논문 한남대학교, 2006 참조.

하였으며 1927년에는 담당기관인 土地司가 건립되었다. 이와 동시인 1922년 북경 사법부에서도 「부동산등기조례」를 발표하여 부동산등기제도를 만들었고, 이는 중국 근대 물권공시의 의미의 부동산제도의 시초라고 볼 수 있다. 1930년 중국국민당정부는 「토지법」을 반포하여 토지 및 그 부착물, 건축물에 대하여 등기를 진행하였다. 1935년 4월에는 토지시행법을 반포하였지만 항일전쟁을 진행하면서 이 사업은 중단되었다. 그러다가 1946년 국민당정부는 또 진일보로 토지등기의 절차를 정하는 「토지등기규칙」을 반포하여 토지등기제도를 확립하고자 하였다.²²⁾

그 외에 근현대 중국의 특징은 국민당정부가 통치하던 중화민국시기에 중국공산당이 지도하는 해방구역²³⁾에서는 별도의 사회주의식 토지제도를 실행하고 있었다는 점이다. 일찍 해방구역에서는 中國土地法大綱을 반포하여 토지개혁을 단행하였는데 그 취지는 지주의 토지를 몰수하고 착취가 있는 봉건토지제도를 폐지하며 농사지으려는 사람에게 토지를 배당하여 주자는 것으로써 농촌에서 인구 평균에 따른 토지평균분배를 진행하였다. 이러한 제도 역시 현대 중국의 사회주의부동산제도의 원초라고 볼 수 있다.

5. 中華人民共和國의 不動產登記制度

새로운 중국이 탄생한 후 중국중앙정부는 1947년에 해방구역에서 반포된 中國土地法大綱 및 1950년에 반포된 「중화인민공화국 토지개혁법」의 규정으로 토지개혁운동을 진행하였다. 그러나 건국초기에는 지주계급과 농민들의 지지를 얻기 위하여 1928년의 「농지법」에 의하여 토지에 대한 사소유권은 부분적으로 인정하였지만, 1953년부터 1956년까지는 전면적인 국유화 조치를 단행하여 토지의 집체소유화를 통한 토지의 사회주의 공유제가 확립하여 나갔다.

22) 이에 대해서는 王利明, 「我国民法典重大疑难问题之研究」, 法律出版社, 2006, 310면; 刘远春, “中国房地产登记制度建设”, 中外房地产导报, 2003. 20期, 4면 참조(<http://www.cqvip.com>)(검색일자 : 2007. 12. 20).

23) 중화인민공화국 성립전에 중국에서 공산당이 영도하는 해방구역세 자체로 사회주의 모식의 토지개혁과 관련토지제도들이 있었다.

(1) 成立初期

토지개혁 중에서 농촌의 토지에 대해서는 清丈, 划界사업을 통하여 인민정부에서 농민들에게 토지증서를 교부하였다. 이는 봉건지주의 착취구도의 소유제를 폐지하고 농민계급의 토지소유권제도를 확립하여 중농과 부농을 보호한다는 취지에서 이루어졌다. 이러한 토지개혁은 2천년 이상 지속되어 온 봉건착취토지제도를 철저히 폐지하고, 농민에 대한 지위가 근본적으로 개선이 되었으며, 중국농업의 발전과 공업화에 새로운 길을 개척하였다.

중화인민공화국 성립을 앞두고 1949년 9월 29일에 열린 中國人民政治協商會²⁴⁾ 제1기 전체회의에서는 공동강령을 통과시켜 新中國²⁵⁾ 건립이후 “점진적으로 봉건, 반봉건의 토지소유제를 농민의 토지소유제로 바꿔야 한다.”고 결정하였다. 1949년 10월 1일 新中國 출범이후 중국공산당은 전국적인 토지개혁운동을 추진하였다. 토지개혁의 목적은 지주계급의 봉건 착취적인 토지소유제를 폐지하고 농민이 토지소유제를 실행하는 것으로, 그 임무는 지주의 토지, 농경가축, 농기구, 잉여양식 및 잉여주택 등을 몰수하여 향농민협회²⁶⁾가 인수하고 땅이 없거나 적은 또는 기타 생산도구가 결핍한 빈곤농민들이 소유하도록 통일적이고 공평하며 합리적으로 토지를 분배하여 토지주택소유증서를 발급하고 토지의 최초등기를 하는 것이었다. 동시에 도시에서는 地籍을 정리하고 법에 의해 토지재산세를 징수하였다. 1951년 8월 政務院은 「都市不動産稅臨時條例」를 공포하였다. 토지개혁 후

24) 중국은 의회 즉 전국인민대표대회 이외에 중국인민정치협상회의라는 기구가 있다. 정치협상회는 중국인민애국통일전선의 조직이고, 중국공산당지도의 다당합작과 정치협상의 중요기구이다. 1949년 9월 중국인민정치협상회의 제1회전체회의는 전국인민대표대회의 직권을 대행하고, 전국인민의 의지를 대표하여, 중화인민공화국의 성립을 선포하고 역사 중 중요한 작용을 발휘하였다. 1954년 제1회 전국인민대표대회 소집 후, 국가의 의회의 직권은 전국인민대표대회가 행사하였으나 중국인민정치협상회의는 국가의 정치생활과 사회생활 그리고 대외우호활동 중에서 계속해서 많은 활동을 전개하였으며, 중요한 공헌을 하였다.

25) 신중국은 사회주의제도를 실행하는 중화인민공화국을 칭하는 말로서 현재 중국에서 구중국이라고 부르는 공화국설립 전의 혼란스러웠던 근대 중국과 대립되는 의미의 호칭으로 많이 쓰인다.

26) 중국의 현, 시 아래에 소속되는 행정구역으로서 한국의 ‘면’단위의 행정구역에 해당한다.

토지점유형식은 “노동하지 않고 얻는 착취계급을 없애고 경작자가 그 農地를 소유한다”거나 “노동하지 않는 자는 식량을 얻을 수 없다”는 사회주의 분배원칙을 기본적으로 실현하였다. 도시에 인민정부가 설립된 후 외국인과 국민당정부가 소유하고 있던 토지는 바로 몰수되었다. 또한 도시건설과 발전수요에 따라 도시교외의 토지를 계속적으로 국유토지로 징수하였다. 이때부터 국가가 일부 토지의 소유권을 장악하게 되면서 도시지역에서 토지국유제의 기초가 확립되었다.

정부에 의하여 몰수된 토지이외의 도시토지는 기본적으로 원래의 임대관계를 유지하고 있었다. 토지사용제도에도 특별한 변화가 없었던 반면에 토지의 거래, 임대, 저당 등 경제활동은 여전히 존재하고 있었다. 국유화된 도시토지에 대해서도 사용자는 地料를 납부해야 했으며 정부는 전문기구인 地政局을 설치하여 도시와 농촌의 토지를 통일적으로 관리하였다.

(2) 改革開放以前の 不動産登記制度

1953년부터 진행되었던 農村合作化運動²⁷⁾에 따라 농촌토지의 私所有制는 폐지되었고 노동군중집체소유제로 대체되었다. 1953년 12월 5일 중국 정무원은 국가건설을 위한 토지징수조치를 실시하였으며 동 조치에 의하여 도시와 농촌의 사유토지를 지속적으로 징수하여 국유화하였다. 도시용지의 확대는 일반적으로 도시교외의 농촌 토지를 징수하는 방법이 채택되었다. 징수된 농촌 토지를 사용하는 자는 1회의 토지보상비와 노동력 재배치 보상비 등을 지불하여야 하였다. 징수토지의 사용자는 오직 토지사용권만을 보유하였으며, 토지소유권은 국가에 귀속되었다. 도시 내의 상공업자가 소유하고 있던 토지는 동 조치 제17조의 “건물과 그에 속한 토지의 재산권이 동일인에게 귀속되어 있을 경우에는 토지부분에 대해서는 별도의 보상을 하지 않는다. 2인에게 분할되어 귀속되어 있을 경우에는 토지소유자의 생활형편을 참작하여 보상한다. 도시 내의 공지는 무상수용한다”는

27) 농촌합작화운동이란 중국 건국초기에 농촌에서 진행한 농업생산집체화를 목적으로 하는 군중성적인 정치운동이다. 당시 합작화운동이라는 명목하에 상호협조소조로부터 초급합작사, 고급합작사에 이르는 등 과도방식들을 취했다. 농촌합작화운동은 중국공산당이 토지개혁운동을 실행한 후의 또 한차례의 중대한 개혁조치이다.

규정에 의하여 평가절차를 거친 후 유상 또는 무상으로 몰수되었다. 이렇게 1958년에 이르러 전반국토에 대한 사회주의식 개조가 기본적으로 완성되어 국토에 대한 국가소유, 집적경영이라는 궤도로 진입하였다. 도시에서도 토지등기사업을 새롭게 시작하여 토지사용권뿐만 아니라 건물에 대하여서도 등기를 실행하여 인민정부에서 도시건물소유권증서를 발급하기 시작하였다.

그러나 1950년대 이후에 부동산등기는 점점 느슨해졌고 특히 10년간의 중국 동란시기에는 부동산 관리체계는 완전히 훼손되었다. 등기소가 사라졌고 등기제도는 훼손되었으며, 권리는 불명확해지고 재산장부의 부정확 등의 현상이 보편화되어 권리에 대한 분쟁이 나날이 증가하였다.²⁸⁾ 이 시기에 중국은 1958년부터 1976년까지 전례없는 토지개혁과 문화혁명을 겪게 된다. 이 시기의 토지제도를 공유화 정도에 따라 분류하면 다음과 같이 3단계로 구분할 수 있다. 제1단계는 1958년 여름부터 1959년 봄까지의 기간으로, 1958년 8월에 통과된 「중공중앙의 농촌인민공사설립에 관한 결의」에 근거하여 인민공사²⁹⁾의 토지집체소유제를 실행하였다.³⁰⁾ 제2단계는 1959년 봄부터 1962년 말까지로서 중앙정부는 토지의 生産隊集體所有制를 회복하여 生産小隊가 고정적으로 토지를 사용하도록 하였고 사원이 지료를 지급하지 않는 소량의 자유경작지를 경영하도록 허가하였다. 제3단계는 1963년부터 1965년으로 모든 토지는 예외 없이 생산대집체소유임을 명확히 하였다. 1962년 9월 27일에 공포, 시행한 「農村人民公社作業條例修訂草案」 제21조는 “생산대 범위내의 토지는 모두 생산대소유로 생산대가 소유하는 토지는 사원의 자유경작지, 자유경작산, 택지 등을 포함하여 일률적으로 임대와 매매를 허용하지 않는다”고 규정하였다. 그러나 10년 문화혁명시기³¹⁾에 부동산관리는

28) 김용길, “중국의 부동산등기제도”, 「토지법학」 제23집 1호, 한국토지법학회, 2007. 6, 101면.

29) 인민공사란 중국농촌집단경영의 가장 전형적인 형식으로 1978년 이전까지 전국의 ‘면’ 단위행정구역마다 설립된 농촌집체조직이다. 중국의 개혁개방의 실행과 더불어 가정을 단위로 하는 생산도급제를 실행하여 인민공사도 역사적인 개념으로 남게 되었다.

30) 제2단계에 비하여 생산대가 아니더라도 일반적으로 집단을 구성한 단체이기만 하면 토지집체소유권이 인정된다.

31) 중국의 문화대혁명은 문화를 개조한다는 중국공산당의 취지하에 중국공산당이 진행한 대규모적인 나라차원의 정풍운동을 칭한다.

완전한 파괴를 당하여 기구가 취소되고 등기제도가 폐지 또는 사용중지 되었으며, 권리귀속이 명확하지 못하고 지적이 명확하지 못한 현상들이 보편적으로 발생하였다. 그리하여 권속관련분규가 엄청나게 많았다.³²⁾

(3) 改革開放以後의 不動產登記制度

1978년 12월 중국공산당 제11기 3중 전회는 문화대혁명의 종결을 공식선포하고 경제건설을 중심으로 4가지 기본원칙³³⁾과 개혁개방의 기본노선을 견지한다고 선언함으로써 정치, 경제적 의식형태의 해방과 더불어 개혁개방의 새로운 역사적 시기에 진입하게 되었다. 당시 중국은 농촌토지제도에 대한 개혁을 진행하여 농경지를 가정단위로 분배하여 장기간 도급, 경영하도록 함으로써 농촌토지도급경영권이라는 새로운 재산권을 탄생하였다. 이와 동시에 도시토지제도에도 상응한 개혁을 진행하여 점차적으로 부동산물권등기제도를 회복하고 등기에 관련한 법률, 법규도 점차적으로 건립과 보완의 과정을 거쳤다. 그리하여 讓渡와 劃拔³⁴⁾ 방식으로 취득한 국유토지사용권 및 농촌집체토지소유권은 마땅히 현급이상인민정부에 등기를 신청하여 권리증서를 발급받아야 한다고 규정하였다.³⁵⁾

1993년부터 중국은 소유제에 대한 이념적 갈등으로 많은 논쟁을 거쳐서 제정되기까지 13년이 넘는 장기간에 7차례나 걸친 전인대의 심의를 경과하여 물권법 제정 준비사업을 진행하여 왔다. 그 와중에 2004년 헌법개정으로 사유재산권 보호를 명문화함으로써 소유제 관련 논란이 일단락되었으며 이에 따라 물권법 관련 논의가 빠르게 진전되어 제정에 이르게 되었다.³⁶⁾ 그리고 물권법이 제정되게

32) 劉遠春, 앞의 논문, 4면.

33) 네가지 기본원칙이란 중국공산당의 국정운영의 기본지침으로써 사회주의 길을 견지하고, 인민민주정권을 견지하며, 공산당의 영도를 견지하고, 마르크스·레닌주의·모택동사상 및 등소평이론을 견지함을 말하다.

34) 획발제도는 중국의 현급이상정부에서 특정토지에 대하여 약간의 안치비와 보상비만 받고 그 토지를 무상, 무기한으로 사용하도록 하는 제도이다. 당시에는 주로 정부, 공공기관, 공기업용지에 많이 적용된다. 획발은 ‘행정배정’, ‘행정배당’, ‘할당’ 등으로 번역되고 있다(최승록, “국유토지사용권의 출양”, 「중국법논단」 2집, 중국법연구회, 2004, 59-60면).

35) 중국도시부동산관리법 제60조 규정 및 중국토지관리법 제11조 참조.

36) 새로 수정한 헌법의 내용으로는 “국가는 국민의 사유재산권과 상속권을 보호한다.”

된 계기는 중국경제의 지속 성장을 위해 시장경제 이행과 함께 중요성이 커지고 있는 新社會階層³⁷⁾을 체제내로 흡수할 필요성이 제기되었으며 이것이 헌법상 사유재산 보호의 명문화 및 물권법 제정의 배경이 되어 2007년 3월 16일 10차 전국인민대표회의에서 사유재산 보호를 규정한 物權法이 통과되어 동년 10월 1일부터 실행되었다. 물권법은 재산의 公有制를 원칙으로 해 온 중국이 실질적으로 공유제를 견지하면서 私所有制를 인정한 것을 가장 큰 특징으로 하며, 부동산등기에 대한 원칙을 규정하고 있다.³⁸⁾ 물권법에서는 國家, 集體, 個人 등 각 경제주체의 소유권을 명확히 하고 이와 관련한 용익물권, 담보물권 등에 대한 권리행사 특히는 부동산이 등기를 통한 권리확인 구도임을 명확히 규정하였다. 상세하고 구체적인 부동산등기의 절차에 관해서는 향후 부동산등기법을 제정하여 규정하면 될 것이지만, 2008년에는 토지와 건물의 등기방법과 관련된 규정들, 즉, 토지 등기규칙과 토지권속쟁의조사처리방법 등을 제·개정하면서 비교적 명확한 규정을 두어 부동산등기제도의 규범화에 큰 발전을 가져왔다.

II. 中國 不動產登記制度의 特徵

중국은 2004년 헌법을 개정하여 사유재산권을 명문화하면서 국가에 의한 사유재산권의 상속과 사영경제의 합법적 권익이 인정되고 있다.³⁹⁾ 그러나 중국의 토지소유제는 헌법 제10조에서는 국가소유제(전민소유제)와 집체소유제만 인정하고, 개인의 토지소유 혹은 토지사유제는 인정하고 있지 않음을 명확히 하고 있

“국가는 사영경제의 합법적 권리와 이익을 보호한다.”이다.

37) 新사회계층은 약 5,000만명으로 이들이 관리하는 자금규모가 10조위안이며 중국 전체 세금의 1/3을 납부하고 신규 취업인구의 50%를 흡수하는 등 중국경제에서 매우 중요한 기능을 담당하고 있다. 이들은 공유부문이 아닌 민영 혹은 사영부문에 집중되어 있고 상당수가 지식인으로 고소득자들이며 비공산당원으로 정치 추구 심리가 강한 것으로 분석되고 있다.

38) 王利明, 「中国民法典草案建议稿及說明」, 中国法制出版社, 2004, 406면; 尹可平·射手·矢好雄, “中国における物權法の制定準備狀況”, 『國際商事法務』第33卷 第9號, 2005, 1264面 參照.

39) 한삼인·김상명, “중국의 부동산에 관한 물권법의 주요내용과 전망”, 「토지법학」 제23-2호, 한국토지법학회, 2007. 12, 62면.

다.⁴⁰⁾ 따라서 중국 물권법은 비토지 사유재산을 보호하는 것이 된다.

중국의 현행 부동산등기제도는 강제등기제도라고 볼 수 있다. 그 방식을 보면 건물과 토지의 행정관리부서에서 등기기관으로 된다. 중국에서 出讓方式 혹은 劃拔方式으로 국유토지사용권을 신청할 경우, 마땅히 현급 이상 지방인민정부 토지관리부서에 등기를 신청하여야 한다고 규정하였다.⁴¹⁾ 토지관리법 제11조에는 농촌집체소유의 토지는 현급 이상 인민정부에서 등기하고 등기부를 작성하며 심사를 거쳐 증서를 발급하는 방식으로 그 사용권을 확인한다. 단위와 개인이 법의 규정에 근거하여 사용하고 있는 국유토지도 현급 이상 인민정부에서 등기부를 작성하며, 심사를 거친 후 증서발급 등 절차를 거쳐 소유권을 확인한다.

중국의 부동산등기제도는 독일의 권리등기제도와 유사하다. 부동산물권의 변동에 대하여 강제등기를 실행함은 이미 1983년에 「도시사유가옥관리조례」 제6조와 제9조에 규정하였는데 그 내용은 다음과 같다. “도시사유가옥 소유자는 반드시 가옥소유지의 방산관리기관에 가서 소유권등기수속을 진행하여야 한다. 그리고 심사를 거쳐서 가옥소유권증서를 발급 받는다. 방산소유권에 이전 또는 기타 변경이 있을 경우, 마땅히 방산소재지의 방산관리기관에서 소유권 이전 혹은 부동산 현황변경등기수속을 하여야 한다.” 중국의 토지관리법 제9조에는 “취득한 토지소유권과 사용권은 반드시 등기하여야 한다.”고 규정하였고 부동산관리법 제35조에는 “부동산을 양도, 저당, 혹은 당사자끼리 본 법의 제5장의 규정에 따라 권속등기를 하여야 한다”고 규정해야 한다. 이 점도 영미법의 토렌스 등기제도와 유사하다고 볼 수 있다. 총적으로 중국의 물권법이 반포되기 전의 등기제도는 행정관리의 색채가 농후한데, 즉 여러 곳에서 관리하고 관리기구가 분산되고 효율이 낮다고 볼 수 있다. 그리고 정보조회가 용이하지 않아서 등기의 공신력은 떨어지고 이해관계자들에게 등기상의 편의를 제공하지 못한다고 볼 수 있다. 그러므로 물권법 제정을 계기로 반드시 현재 부동산등기제도에 대한 통일화의 개혁을 진행하여야 한다. 즉 통일적인 법률의거, 통일적인 등기기관, 통일적인 등기효력, 통일등기절차, 통일 권리증서의 틀을 마련하는 것이 바람직하다.⁴²⁾ 이러한 바

40) 노청석, “중국의 토지등기제도”, 「토지법학」 제22호, 한국토지법학회, 2006. 12, 451면.

41) 중국 토지관리법 제60조와 제61조 및 부동산관리법 제60조 참조.

42) 孫賢中, 「物權法」, 法律出版社, 2001, 476-482면.

램속에 물권법 제10조는 “부동산 등기는 부동산소재지의 등기기구에서 처리한다. 국가는 부동산에 대하여 통일적인 등기제도를 실행한다. 통일등기의 범위, 등기기구와 등기방법은 법률, 행정법규에서 별도로 규정한다”고 규정하여 법적 기초를 마련하였다.

제2절 不動産登記의 立法體系(法源)

현재 중국은 부동산등기법이 없으며 부동산에 관한 각종의 법률, 행정법규, 部門規章(한국의 部令에 해당), 지방법규 등에 관련 규정이 산재되어 있다. 따라서 중국은 부동산에 관한 법제도 자체가 아직 충분히 정비되어 있지 못하고 있으며, 그 체계 또한 중앙과 지방의 규정이 혼재하여 복잡한 구조를 이루고 있다. 여기에 법령과 行政指導 등이 서로 연관되어 있고, 법령에 사법기관의 유권해석이 더해져 다원적 중층적 구조를 형성하고 있다.⁴³⁾ 현행 중국의 부동산등기제도의 구조는 헌법 → 법률(민법통칙, 물권법, 계약법, 토지관리법, 도시부동산관리법, 담보법) → 행정법규(국유토지사용권양도와 재양도에 관한 조례) → 부문규장(部門規章)으로서 최근에 반포된 국토자원부의 토지등기방법과 건설부의 건물등기방법이 있고 이하 수많은 지방법규들이 있다.⁴⁴⁾ 이하에서는 부동산등기에 관한 규정들의 체계를 개관하여 본다.

I. 憲法

헌법은 중국의 기본법이며 최고법규로서의 성격을 가지고 있다. 부동산에 관하여는 먼저 중국 헌법 제6조에 따라 도시의 토지는 국가소유에 속하고, 농촌과 도

43) 한국은 민법과 부동산등기법 등 기본법률과 대법원 규칙이 있다. 그 외에도 부동산 등기특별조치법, 부동산실권리자명의등기에 관한 법률, 집합건물의 소유에 관한 법률, 가등기담보등에 관한 법률, 임목에 관한 법률, 공장저당법, 광업재단저당법, 지적법 등이 있어 중국에 비하여 대조적인 양상을 보인다.

44) 장석천, “중국의 부동산 등기제도와 물권변동”, 「재산법연구」 제23권 제1호, 한국재산법학회, 2006, 345면.

시 교외 지구의 토지는 법률의 규정에 따라 국가소유에 속하는 것을 제외하고는 집단소유에 속한다.⁴⁵⁾ 이외에도 제9조에서 자연자원의 국가적 소유 즉, 전인민소유의 원칙을 규정하고 단서에서 법률에 의해 예외적으로 집단소유의 규정을 두고 있으며, 또한 이러한 자연자원의 합리적 이용 등을 보장하는 규정을 두고 있다. 그리고 도시·도시의 외곽·농촌의 토지를 국가소유·집단소유라고 규정하고 있으며, 국가가 공공의 이익을 위하여 법률에 의하여 토지를 수용하는 것을 인정하고 있다. 또한 제10조에서 단체나 개인에 의한 토지의 침탈, 매매, 불법한 양도를 금하면서, 법률에 의한 토지사용권의 양도가 가능하도록 하는 규정을 두고 있다.

그리고 소유제도와 관련하여 주요한 조항으로는 헌법 제11조 제2항과 제13조이다. 헌법 제11조 제2항을 “국가는 개인경제와 ‘사영경제 등 비공유제경제’의 합법적인 권리와 이익을 보호하여야 한다”라고 개정함으로써 국가가 적극적으로 사영경제를 포함한 비공유제 경제의 장려를 위하여 노력하도록 하였다. 또한 헌법 제13조는 “국가는 국민의 합법적 소득과 저축, 가옥 및 그 밖의 합법적 재산에 대한 소유권을 보호하여야 한다. 국가는 법률이 규정하는 바에 따라 국민의 사유재산에 대한 상속권을 보호하여야 한다. 국가는 공공이익의 수요를 위하여 법률의 규정에 의하여 국민의 사유재산에 '대하여 수용 혹은 징용할 수 있고 동시에 보상하여야 한다'”로 개정하여 시민의 합법적인 재산권을 보장하고 시민의 사유재산권 및 상속권을 보호하는 규정을 두었다.⁴⁶⁾

II. 法律

중국에서 법률은 최고 입법기관인 전국인민대표대회⁴⁷⁾ 및 전국인민대표대회의

45) 개정헌법에서도 중국의 사회주의 경제제도의 기초는 생산수단의 사회주의 공유제로 전인민 소유제와 근로대중의 집단소유제이며(제6조 제1항), 국가는 사회주의 초급단계에서 공유제를 주체로 하여 여러 형태의 소유제가 공동발전하는 기본 경제제도를 유지하고, 노동에 따른 분배를 주체로 하여 여러 형태의 분배방식이 공존하는 분배제도를 유지하고 있다(동조 제3항).

46) 松岡久和, “中國不動産取引法の現状と立法の動向 - 登記制度と物權變動法制を中心に-”, 「ジュリスト」 1258號, 有斐閣, 2003, 79面.

47) 중국에서 전국인민대표대회는 사회 각 지역, 민족, 성별, 직업 등 형평성을 따져서 선출된 2,900여명의 전인대표가 매년 3월경에 북경의 인민대회당에 집중하여 대회

상설기관인 전국인민대표대회상임위원회에서 제정한 것을 말한다.⁴⁸⁾ 전국인민대표대회에서는 기본적인 법률을 제정하며, 부동산에 관한 법률 중 대표적인 것으로는 민법통칙과 물권법 및 계약법(합동법)이 있다. 기본법률 이외의 법률은 전인대상임위원회에서 제정한다.

1. 民法通則

민법통칙은 중국의 법률체계 중 가장 중요한 법률로써 헌법 다음의 기본법으로써 여러 재산권과 인격권을 망라한 개인이익과 집체이익 및 국가이익에 관련하여 민사상 권리와 의무에 관한 평등의 원칙을 구현하고 있다.⁴⁹⁾ 민법통칙은 1986년 4월 12일 전국인민대표대회 6기 4차회의에서 통과되어 1987년 1월 1일부터 시행되었다. 민법통칙은 공민과 법인의 민사권익을 보호하고 민사관계를 조정하며 사회주의 현대화건설사업의 수요에 따라 헌법과 중국의 실정에 근거하여 제정한다고 입법취지를 밝혔다. 민법전도 없고 물권법도 제정되지 않은 긴 시기 동안 민법통칙은 많은 규장과 단행법규의 근거법이 되어 중요한 역할을 일으켰다고 볼 수 있다.

민법통칙은 민법전은 아니지만, 그 주요 특징을 살펴보면 다음과 같다.⁵⁰⁾ 첫째, 중국의 사회주의적 경제생활관계를 반영하고 있다.⁵¹⁾ 즉, 전인민적 소유제경제와 집단적 소유제경제에 대한 법률상의 지위를 확립하여 국가재산은 전인민적 소유에 속한다는 것을 명확히 하고 국가재산의 신성불가침의 원칙을 확립하였다. 둘째, 민법통칙의 내용 중 중요한 지위를 차지하고 있는 민사상 권리와 민사상 책임의 내용은 총칙범위에 속하지 않지만, 총 64개의 조문으로 민법통칙 전문 156

를 개최하고 상정한 각종의안 및 법률들을 제정, 반포한다. 대회의 폐회기간에는 상임위가 전인대의 역할을 대행하여 동일한 직권을 행사한다.

48) 鄭 芙蓉, “中國における不動産登記制度の現状と立法問題(二)”, 「法學論叢」155卷 6号, 有斐閣, 2004. 9, 119面.

49) 조성국, “중국 물권법의 현황과 전망”, 「부동산법학」 제9집, 한국부동산법학회, 2003, 93면; 한대원 외 13인, 「현대중국법입문」, 박영사, 1995, 203면.

50) 조성국, 위의 논문, 94-96면 참조.

51) 김민규, “중화인민공화국 ‘민법통칙’에 대한 비교법적 고찰”, 「비교법학」 제12집, 부산외국어대학교, 2001, 102면.

개조의 41%를 차지하고 있다. 그 주요한 내용은 개인의 자기재산에 대한 점유·사용·수익·처분의 권한이 있음을 규정하고 있으며(제71조), 또한 소유권의 취득은 법률에 위반해서는 안 되며, 소유권의 이전 시점은 재산이 인도된 때라고 하고 있다. 그러나 법률 또는 당사자 사이에 약정이 있는 경우에는 그것에 의한다는 것을 규정하고 있다(제72조). 이외에 재산상속권에 대하여는 제149조 1개 조문밖에 규정하지 않았다. 셋째, 광범위한 민사상 법률관계의 포괄적 규정을 두고 있다. 예컨대 공민(자연인)과 법인의 법률상의 지위를 확인하면서 그들이 민사활동에서 평등한 민사상 권리의 향유를 보장하였으며 그들에게 평등한 민사상의무를 지닐 것을 요구하였다. 넷째, 민법통칙은 중국의 경제체제개혁을 촉진하는 중요한 도구이다.

2. 物權法

(1) 物權法 制定의 必要性

물권법 제정 직후인 2007년 3월 27일 전인대 법률위원회에서는 물권법 제정의 필요성에 대한 공식입장을 아래와 같이 설명하였다. 전인대에서 많은 공을 들여 물권법을 제정한 이유는 당대에 이르러 물권법제정의 필요성과 중요성을 충분히 인식하였기 때문이다. 즉 개혁개방 이후 중국에서는 선후하여 민법통칙, 토지관리법, 도시부동산관리법, 농촌토지도급법, 담보법 등 법률들을 제정하였으며 물권에 대하여 적지 않은 규정을 하였다. 이러한 규정들은 경제사회의 발전에 큰 역할을 하고 있다. 그러나 개혁의 심화와 개방의 확대 및 사회주의 경제, 정치, 문화, 사회건설의 발전으로 말미암아, 헌법에 근거하여 당대 중국이 전면적인 과학발전과 조화로운 사회주의사회를 만들어 가던 과정의 많은 실천경험을 총결하여 새롭게 물권법을 제정할 필요를 느꼈다. 또한 물권법을 제정하여 물권제도의 공통성문제와 현실생활 중에 절실하게 필요한 규범적인 문제에 관하여 정확한 규정을 하여 물건의 귀속을 명확히 할 필요를 느꼈다. 이렇게 함으로써 분류를 없애고 쟁론을 멈추며 물건의 효용을 발휘하여 권리자의 물권을 보호하고 중국특

색의 사회주의 물권제도를 보완할 수 있다. 포괄적으로 말하면 물권법의 제정은 사회주의 기본 경제제도의 절서를 규범화하는 필요과정이며 광대한 인민군중의 절실한 이익을 지키기 위한 수요로 제정되었다고 볼 수 있다.

물권법은 물건의 귀속과 이용으로 인하여 발생하는 민사관계의 생성을 조정하며, 국가·집단·개인과 기타 권리인의 물권 및 물적 보호에 대하여 명확하게 함으로써 사회주의 물권제도를 완성한다. 또한 물권법은 사회주의 기본경제제도의 수요를 견지하며, 규율할 수 있고, 물권법을 통해서 개인소유권·건축물구분소유권·토지도급경영권·주택지사용권 등의 보호를 명확히 하여 인민군중의 권익을 보호함으로써 재산을 늘리고, 조화(和諧)사회를 촉진할 수 있다.⁵²⁾

이와 같이 중국의 물권법은 민법의 중요한 부분으로 중국적 특색의 사회주의 법률체계의 목표에 따라 실현할 수 있고, 중국의 사회주의 법률체계를 지지하는 역할을 하며 결여될 수 없는 중요한 법률이라고 한다.⁵³⁾

(2) 制定 經過

중국전인대 10기 제5차 회의에서 물권법이 통과되었다. 이는 국유재산에 대한 보호를 가장하고, 사유재산을 평등히 보호하며, 징수에 따른 보상을 하고, 주택단지업주들의 권리 등 물권법 중 사회에서 많은 관심을 가지는 문제들에 대하여 전인대상임위원회 법률위원회에서는 공식관점을 피력하였다. 물권법의 제정은 13년이라는 시간을 거쳤는데 전인대 상임위원회에서만 8번이나 심의를 진행하였다. 물권법이 제정으로 중국은 한국과 구조상에서는 비슷한 물권법을 가지게 되었다. 중국의 소유제 개혁 및 물권법의 제정과정을 살펴보면 1979년에 농가 생산도급제 및 경영도급제를 실시하여 생산성이 극도로 낮은 인민공사를 전격적으로 해체하고 개인농 체제로 복귀하였으며, 1988년 3월의 제7기 전국인대 1차 회의에서는 私營經濟의 발전을 허용하고 합법적 권리와 이익을 인정하는 헌법을 수정하

52) 2007년 3월 8일 제10기 전국인대 제5차 회의에서 상무위 부위원장 왕자오귀(王兆國)의 물권법의 제정 필요성에 대한 글이다(김용길, “중국 물권법의 체계에 대한 고찰”, 한국민사법학회 호남지회 2007년 동계학술대회, 2007. 12. 14, 4면).

53) 侯水平·黃果天, 「物權法爭點詳析」, 法律出版社, 2007, 11면; 黃松有 主編, 「中華人民共和國物權法—條文理解與適用」, 人民法院出版社, 2007, 30면.

였다. 물권법의 기초작업은 1993년에 시작되었는데 전국인대 상무위원회는 물권법의 제정을 매우 중시하였다.⁵⁴⁾ 그 후 1998년 3월 민법제정소조에서는 梁慧星教授에게 「物權法立法方案(草案)」을 작성할 것을 지시하면서, 인민대학의 王利明教授의 의견도 받아들여 물권법초안 작업을 위임하였다. 이들의 물권법초안이 발표된 후 전국인대 法制工作委員會에서는 2001년 5월 22일부터 29일까지 두 학자의 초안에 대하여 심의하였고 이를 바탕으로 심의과정에서 제기된 여러 가지 문제점과 의견을 수렴 후 2002년 1월에는 사법기관, 행정기관, 대학 등 부서의 의견들을 청구하였다. 2002년 11월 공산당 제16차 전국대표대회에서는 개인(私人)재산보호법률의 제정원칙을 마련하였고, 2002년 12월 제9기 전국인대 상무위에서 물권법 초안을 1차 심의하였다.⁵⁵⁾ 2004년 3월 제10차 전국인대 2차 회의에서 공민재산의 불가침을 천명한 헌법 수정안을 가결한 후에 물권법 초안의 2차 심의를 하였으며, 2004년 7월 8일에는 「中華人民共和國物權法草案」을 공포하고 그 해 8월20일까지 다시 수정의견을 구하였다. 2005년 6월의 3차심의에서는 사유제 인정으로 과생될 공유제 보호에 대한 논의를 거쳐 2005년 7월 8일에 물권법 초안을 수정하였다. 그 해 10월에 상무위는 제4차 심의시에는 공유제를 주체로 하면서 다양한 소유제를 인정한다는 기준을 마련하였다. 2006년 8월 22일부터 2일간 열린 상무위의 물권법 제5차 심의에서 전국인대 법률위원회 후강성(胡康生) 부주임은 물권법초안에 대한 보고를 통해, 중국이 실행하는 사회주의 시장경제체제의 성질은 공유제를 변함없이 주체적 지위에 두면서 공유재산과 사유재산의 선후없이 평등하게 보호를 받게 된다는 것을 밝혔다. 그 후 전국인대 상무위원회 제24차 전체회의는 2006년 11월 29일 열린 제6차 심의를 통해 주택용지의 사용권 기간을 연장할 때 추가임차료(土地轉讓金)를 내도록 하는 조항을 물권법초안에서 삭제하였다. 2006년 12월 24일 열린 제7차 심의에서는 도로와 교량 수금권의 질권설정에 관한 조항이 최종적으로 삭제되었다.⁵⁶⁾

54) 위의 책, 40면.

55) 王勝明 主編, 「中華人民共和國物權法解讀」, 中國法制出版社, 2007, 3면.

56) 新華網, 2008. 12. 24.

(3) 關聯規定

중국 물권법의 구성은 총칙, 소유권, 용익물권, 담보물권, 점유의 총 5편, 제19장, 제247조로 이루어져 있고, 2007년 10월 1일부터 시행되고 있다.⁵⁷⁾ 그리고 중국 물권법의 구성상 특징은 각 편별로 장이 독립되어 있지 않고, 편과 관계없이 차례로 장이 연번으로 정하고 있고, 부칙도 본칙의 조문에 이어서 조문에 정해지고 있다. 그 기본원칙에 대해서는 제1조에서 물권법의 목적을 규정하면서, 제3조에서 사회주의 경제체제를 근간으로 한다는 뜻을 밝히고, 제4조에서 사유재산과 국·공유재산간의 동등한 보호의 원칙을 명확히 하고 있다.

그 외의 주요내용을 보면 부동산등기의 효력에 관하여 제9조에서 “부동산 물권의 설립, 변경, 양도 및 소멸은 법에 의한 등기를 거쳐야만 효력을 발생한다. 등기하지 않으면 효력을 발생하지 못한다. 그러나 법에 별도의 규정이 있으면 그 규정을 따른다. 법에 의하여 국가 소유로 된 자연자원은 등기하지 않을 수 있다”고 하여 성립요건주의를 원칙적으로 취하고 있다. 그리고 부동산물권등기의 효력 발생시점(제14조), 계약효력과 물권효력의 구분(제15조)을 규정하고 있다. 제10조에서 등기기구 및 통일등기제도를 규정하면서 제12조에서는 등기기구의 직책⁵⁸⁾과 제13조에서 등기기구가 하여서는 아니될 사항⁵⁹⁾을 규정하고 있다. 제11조는 등기신청에 필요한 서류로써, “당사자는 등기신청시 마땅히 각종 등기사항에 관하여 권리귀속증명과 부동산지적경계, 면적 등 필요한 서류를 제공하여야 한다”고 규정하고 있다. 이외에도 부동산등기부(제16조 내지 제18조), 부동산등기부의 하자에 따른 경정등기와 이의등기(제19조), 예고등기(제20조), 등기착오에 대한 손해배상(제21조), 등기비용(제22조) 등을 규정하고 있다.

57) 김용길, “중국물권법의 체계에 대한 고찰”, 2-4면.

58) 물권법 제12조의 등기기구의 직책으로는 ① 신청인이 제공한 권속증명과 기타 필요한 서류검토, ② 등기사항에 관하여 신청자에게 문의한다. ③ 진실하고 제때에 관련 사항을 등기한다. ④ 법률, 행정법규에 규정한 기타 직책을 이행하는 것 등이 있다.

59) 물권법 제13조가 금지하는 사항으로는 부동산에 대하여 감정평가, 연간검사 등 명목으로 중복등기의 요구, 등기직책범위를 초과한 기타 행위 등이다.

3. 中華人民共和國土地管理法

토지관리법은 1986년 6월 25일에 전인대 제6기 16차 회의에서 통과되고 1998년 8월 29일 1차수정과 2004년 8월 28일 2차 수정을 거쳐서 제8장 85조로 구성되었다. 동법은 중화인민공화국 성립 후의 최초의 통일적인 토지법으로서 부동산 제도에 있어서 특히 중요한 위치를 차지하고 있다. 토지관리법은 농촌의 집단토지소유권과 도시의 국유토지사용권의 등기제도 및 증명서발행제도의 실시 등 최초등기에 관한 사항(제11조), 토지권리의 귀속과 용도의 변경에 관한 변경등기(제12조), 토지등기의 효력(제13조) 등에 관하여 규정하고 있다.

4. 中華人民共和國城市房地產⁶⁰⁾管理法

中華人民共和國城市房地產管理法(도시부동산관리법)은 1994년 7월 5일 전인대 제8기 8차회의에서 7장 72조로 제정되어 1995년 1월 1일부터 시행되었다. 동법은 도시부동산에 대한 관리의 강화와 부동산질서의 유지, 부동산권리자의 합법적인 권리·이익의 보장, 부동산업의 건전한 발전의 촉진을 목적으로 하고 있다. 동법에서 부동산등기에 대한 중요한 규정으로는 부동산의 양도·저당의 경우에 당사자는 법률의 규정에 따라 등기하여야 하며(제35조), 국가가 부동산소유권과 사용권에 대한 등기와 증명서발급제도의 실시(제59조), 양도 등에 의한 토지사용권의 취득하거나 부동산개발용지에 건물을 건축하여 소유권을 취득하거나 매매하는 경우의 등기절차(제60조), 부동산에 저당권을 설정하거나 저당부동산의 처분에 의한 토지사용권과 부동산 소유권을 취득하는 경우의 등기절차(제61조) 등에 관하여 규정하고 있다.

60) 중국에서는 房地產이라는 개념이 不動產과 혼동되어 동일개념으로 사용되고 있다 (孫憲忠, 「論不動產物權登記」, 中國法學, 1996, 54面; 劉武元, 「房地產交易法律問題研究」, 法律出版社, 2002, 1面 參照).

5. 中華人民共和國担保法

중화인민공화국담보법은 1995년 6월 30일 전인대 8기 14차 회의에서 통과되어 주석령으로 동년 10월 1일부터 시행되었다. 동법은 제7장 96조문으로 구성되어 있다. 동법은 중국 최초의 담보물권에 관한 통일적인 국가법으로서, 담보법활동은 마땅히 평등, 자원, 공평, 성실신용의 원칙을 기본원칙을 제시하면서(제3조), 보증·저당권·질권·유치권 및 계약금의 5종류의 담보물권을 규정하고 있다. 동법에서는 부동산저당권설정계약의 효력발생요건으로 ‘저당권의 목적물의 등기’를 요하고 있으며(제41조), 저당목적물에 따른 등기담당기관(제42조) 등을 규정하고 있다.

6. 中華人民共和國契約法

중국 계약법은 1999년 3월 15일 전인대 9기 2차 회의에서 통과되었으며, 총 23장 428조로 구성되었고 동년 10월 1일부터 시행되었다. 동법의 시행으로 종래의 「中華人民共和國經濟合同法」, 「中華人民共和國涉外經濟合同法」, 「中華人民共和國技術合同法」은 폐지되고 그 내용을 새로운 계약법에 흡수하여 통합·제정하였다. 계약법 제2조 제1항에는 “계약법은 자연인, 법인, 기타 조직 등 평등한 민사주체간의 민사권리와 의무를 설립, 변경, 종결을 조정하는 협의이다”라고 규정하였는데 계약법이 규율하는 민사계약에는 채권채무관계를 규율하는 채권계약과 물권행위를 규율하는 물권계약이 포함된다는 데에 중요한 의미가 있다.⁶¹⁾ 또한 다른 법률에서 인가·등기를 요하는 경우를 제외하고 계약의 효력은 계약성립시부터 발생한다고 하고 있으며(제44조), 당사자의 약정이나 법률에 별도의 규정이 없는 한 목적물의 소유권은 목적물의 인도시에 이전한다고 규정하고 있다(제133조).

61) <http://www.dffy.com>

Ⅲ. 行政法規

국가의 최고행정기관인 국무원은 헌법에 명시한 규정에 근거하여 행정법규를 제정할 권한을 가진다.⁶²⁾ 국무원에서 제정한 각종 행정법규는 법률의 원칙적인 규정에 초점을 두는데 비하여 대부분 실무적 차원에서 제정되었으므로 현실에서 매우 보편적으로 사용되고 있다. 부동산등기와 관련하여 괄목할 만한 것은 토지를 합리적으로 이용·개발·관리하기 위하여 제정(제1조)한 城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例⁶³⁾와 도시사유건물을 관리하고 건물소유자 및 건물사용자의 합법적 이익을 보호하기 위하여 제정한 城市私有房屋管理條例)가 있다.

城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例는 토지사용권 양도 및 재양도 임대, 저당 그리고 관련 지상물의 등기는 정부토지관리부서에서 법률과 국무원의 규정에 근거하여 처리한다고 명시하였다(제7조). 그리고 토지사용권의 설정에 있어 등기 절차와 토지사용권의 취득(제16조)과 토지사용권 및 그 위의 건물이나 부속물의 양도시의 등기절차와 토지사용권과 토지의 건축물 및 기타 부속물의 소유권의 분할 양도시의 절차와 변경등기(제25조) 등에 관하여 규정하고 있다. 城市私有房屋管理條例는 사유건물소유권의 최초의 등기와 건물이 양도되거나 건물에 변동이 발생하는 경우의 변경등기와 수인이 건물을 공유하는 공동소유에 관한 규정(제6조), 사유건물의 양도시에 매도인과 매수인은 공동으로 등기절차를 이행해야 한다는 규정(제9조), 당사자 사이에 결정된 매매가에 대하여 행정기관의 승인(제12조) 등에 관하여 규정하고 있다.

Ⅳ. 部門規章

국무원에 속한 각부 및 각위원회는 법률 및 국무원의 행정법규에 의해 부여된

62) 중화인민공화국 헌법 제89조 제1항에는 국무원은 헌법과 법률의 규정에 근거하여 행정조치를 정하거나 행정법규를 제정할 수 있으며 국무원결정 및 국무원령을 발효할 수 있다고 명시하였다.

63) 이 조례는 국무원의 행정법규로 1990년 5월19일 국무원명령 제55호로 제정되어 바로 효력을 발생하였다.

권한으로 그 부분의 권한 내에서 명령·지시 및 규장을 공포할 권한을 가진다. 행정부의 각 부문이 이와 같은 중국 특유의 규장이라는 법형식의 제정을 통하여 개혁개방에 따르는 급변하는 사회현상에 신속·원활하게 대응하고, 법률 및 행정법규를 탄력적으로 실행하는데 있어서 큰 역할을 하고 있다.⁶⁴⁾ 규장은 부동산등기에 관하여 부동산등기의 개념, 부동산등기의 절차, 부동산등기기관, 등기부 등에 대하여 상세한 규정을 두고 있으나, 중국은 토지와 건물의 관리기관이 서로 다르기 때문에 등기에 관하여도 서로 다른 규장이 제정되어 있다.⁶⁵⁾

1. 土地登記辦法

2007년 11월 28일 국토자원부는⁶⁶⁾는 물권법·토지관리법·도시부동산관리법에 근거하여 토지등기규칙을 제정하였으며, 이 규칙은 토지등기제도의 수립과 사회주의 토지제도의 유지 및 토지권리자의 권익을 보호하기 위한 취지로 제정되었다. 이 방법에서는 토지등기에 관하여 가장 상세하게 규정하고 있는데, 토지등기관 국가가 법에 의하여 국유토지사용권, 집단토지소유권, 집단토지사용권과 토지저당권, 지역권 및 그 외의 토지에 대한 권리를 등기하는 것이라고 명시하였으며 제3장에는 토지총등기, 제4장에는 초시등기를 규정하고 그 외에도 새롭게 변경등기, 말소등기에 대하여서도 상세히 설명하였다. 그리고 제8장에는 등기된 권리는 법에 의하여 보호되며 누구도 침해할 수 없다고 하여 토지등기의 보호에 관해서 규정하고 있다.⁶⁷⁾

2. 建物登記辦法

2008년 1월 22일 중국 건설부는 물권법·도시부동산관리법 및 농촌기획건설관

64) 김용길, “중국물권법의 체계에 대한 고찰”, 4-5면.

65) 중화인민공화국 입법법 제71-73조 참조.

66) 1998년 국무원의 개혁방안에 따라 지질광산부(地質礦產部), 국가토지관리국(國家土地管理局), 국가해양국(國家海洋局), 지적국(國家測繪局)을 합쳐서 국토자원부(國土資源部)로 변경하였다.

67) 「토지등기방법 단행본」, 중국법제출판사, 2008.

리조례 등 법률, 행정법규에 근거하여 본 방법을 제정하였다. 본 방법의 실행과 더불어 기존 1997년도에 제정된 城市房屋權屬登記管理辦法은 폐지되었다. 본 규정은 물권법의 기본원칙에 근거하여 건물권리귀속등기에 관하여 상세하게 규정하고 있다. 이 방법에서는 건물권리귀속등기의 개념, 건물소유권의 등기에 관한 국가의 의무와 건물소유권의 강제등기, 권리귀속증서의 법적성질과 건물을 등기한 경우 건물에 대한 권리의 보호, 건물권리귀속등기의 종류, 순서 등에 관한 사항을 규정하고 있다. 이 방법은 총칙, 일반규정, 국유토지범위내의 건물등기와 집체토지범위내의 건물등기, 법률책임, 부칙 등으로 제6장 98조로 구성되었다.⁶⁸⁾

3. 城市房地產轉讓管理規定

1995년 제정되고 2001년 개정을 통해 건설부령으로 제정된 이 규정은 도시부동산관리법을 근거로 하여 부동산 양도의 관리와 부동산 양도 당사자의 권리보호 및 부동산 시장질서의 유지를 목표로 한다.⁶⁹⁾ 본 규정에서는 양도할 수 없는 부동산으로 사법기관이나 행정기관이 법에 의하여 압류 혹은 기타의 방식으로 부동산 권리를 제한한 경우, 법에 의하여 토지사용권을 몰수 한 경우, 공유 부동산의 경우 공유자의 동의를 받지 못한 경우, 권리귀속에 관해 분쟁이 있는 경우, 권리귀속증서를 등기 수령하지 않은 경우, 법률, 행정법규규정이 양도를 금하는 경우를 규정하고 있다(제6조). 또한 부동산을 양도하는 경우의 절차에 대해서 규정하고 있다. 즉 부동산 양도계약서 체결 후 90일 이내에 부동산관리부처에 신청서를 제출하고, 부동산관리부처는 7일 이내에 수리여부를 통보해야 하며, 이 기간 내에 답이 없으면 수리한 것으로 간주한다(제7조).⁷⁰⁾

68) 「건물등기방법 단행본」, 중국법제출판사, 2008.

69) 건설부의 「城市房地產轉讓管理規定을 수정할 것에 관한 결정」이 2001년 7월 23일 건설부제45차상무위원회에서 심의, 통과되었다.

70) <http://www.hzfqw.com/>

4. 城市房地產抵押管理辦法

城市房地產抵押管理辦法은 도시부동산관리법과 담보법을 근거로 저당권의 권리 강화와 부동산거래 시장질서의 유지 및 부동산 저당권자의 합법적인 권익보호를 위하여 건설부령으로 1997년에 제정되었다. 부동산저당계약을 체결한 날로부터 30일 이내에 부동산 저당등기를 하여야 하며(제30조), 부동산저당권설정계약은 저당등기를 한 날로부터 효력이 발생한다(제31조). 또한 등기기관은 신청에 대한 심사·확인과 등기서류를 수리한 날로부터 7일 이내에 등기여부의 결정 및 등기하지 않는 경우 서면으로 신청인에게 통지해야 할 등기기관의 의무를 규정하고 있다(제33조). 그리고 저당계약의 변경 혹은 종결시 변경 혹은 말소등기의 신청기간과 법에 의하여 저당부동산을 처분하고 토지사용권과 건물, 기타 부속물의 소유권을 취득하는 경우의 토지사용권의 변경등기의 신청기간에 대해서 규정하고 있다(제35조).⁷¹⁾

V. 地方法規

중국은 14억 인구를 가진 세계 제일의 인구대국으로써 조선족을 포함한 56개 민족으로 이루어진 지역적으로도 큰 나라이다. 따라서 한나라 내에서 서로 다른 지역 간 경제·문화·환경·지리상의 차이가 크고, 이러한 차이는 결과적으로 국가발전의 불균형을 초래하는 요인이 되고 있다. 중국은 이러한 불균형을 시정하기 위하여 각 성 자치구 및 직할시 및 일정규모를 갖춘 도시의 입법기관에 지방법규의 제정 권한을 부여하고 있다. 그리고 지방정부도 헌법, 법률 및 행정법규에 저촉되지 않는 범위 내에서 지방성법규를 제정할 수 있다.

현재 중국에서 실행되고 있는 전국적인 법률과 차이를 보이는 지방법규는 가히 천태만상이라고 할 수 있다. 중국의 부동산등기와 관련하여 대표적인 의미가 있는 지방법규로는 深特房地登例(심천경제특구부동산등기조례)와 上海市房地登例(상해시부동산등기조례)이다. 深特房地登例는 중국 최초로 토지와 건물의 통일

71) <http://www.czfdc.com.cn>

등기제도를 규정하고 있고(제7조), 부동산의 등기성립요건주의 방식을 제기하였다(제15조). 上海市房地登例는 상해지역에서 처음으로 이의등기(제19조)와 예고등기(제49조) 및 등기부 공개열람제도(제21조)를 처음으로 도입하였다는 데에서 중국 통일물권법의 제정과 앞으로의 부동산등기통일법제의 제정에 큰 영향을 미쳤다고 볼 수 있다.⁷²⁾

VI. 最高人民法院의 最高人民檢察院司法解釋 및 指示

중국에서 최고인민법원 및 최고인민검찰원은 그 권한의 범위 내에서 법률해석권이 있다. 특히 최고인민검찰원은 많은 경우 최고인민법원과 공동명의로 사법해석을 출시한다고 볼 수 있다. 최고인민법원 및 최고인민검찰원이 각자 혹은 공동으로 행한 현행 법률에 대한 구체적인 적용에 관한 해석 및 취급에 관한 의견은 하급사법기구에 대하여 실질적 구속력이 있으며, 이 역시 사법실무 중 아주 중요한 법원으로서 다양한 성문법의 부재와 흠결을 보충하고 정책과의 모순을 조정하기 위하여 사실상의 입법적 기능을 대체하는 역할을 하고 있다.⁷³⁾

제3절 中國 不動產登記制度의 主要內容

I. 立法原則

물권이란 자연인 및 법인이 부동산 또는 동산을 배타적으로 직접 지배하는 권리를 말하며, 중국물권법은 제1조부터 제8조까지 입법적 목적, 물권의 객체, 평등보호원칙, 물권법정원칙, 공시원칙 등의 물권총칙에 관한 일반적 규정을 두고 있다. 물권의 본질은 일정한 물건을 직접 지배하며 배타적인 권리를 가지는 것이다.⁷⁴⁾ 물권법 제1조는 물권법의 입법 목적을 명확히 밝히고 있다. 즉, “국가의 기

72) 鄭 芙蓉, 앞의 논문, 122면.

73) 田中信行, “中國における司法解釋の立法的役割”, 「比較法研究」55号, 有斐閣, 1993, 169面 이하; 小口彦太·田中信行, 「現代中國法」, 成文堂, 2004, 34-38面 參照.

본경제제도를 지키고 사회주의시장경제질서를 수호하며 물건에 대한 명확한 귀속을 하여 물질의 효능을 발휘하고 권리자의 물권을 보호하기 위하여 헌법에 근거하여 본 법을 제정한다”라고 규정하고 있다. 제2조는 물권법의 기능에 관해서 전단에서 “물건의 귀속과 이용으로 인하여 형성된 민사관계는 본 법을 적용한다. 본 법에서 칭하는 물건이라 함은 부동산과 동산을 칭한다. 법률규정에 권리가 물권의 객체에 귀속된 경우 본 법의 규정을 따른다. 본 법에서 칭하는 물권은 권리가 법에 따라 특정한 물건에 대한 직접지배와 기타권리 등 소유권, 용익물권과 담보물권을 칭한다”고 규정하고 있다. 즉, 물권법상 물권의 종류는 소유권과 점유가 있고, 용익물권으로는 토지도급경영권, 건설용지사용권, 택지사용권, 지역권 등이 있으며, 담보물권으로는 저당권과 질권, 유치권 등이 있다.⁷⁵⁾

II. 物權法定主義

중국 물권법은 “물권의 종류와 내용은 법률로 규정한다”(제5조)고 함으로써 물권법정주의를 채택하고 있다.⁷⁶⁾ 물권법정주의는 물권의 종류와 내용은 당사자에 의한 자유로운 창설을 금지하며, 직접 법률의 규정에 정하는 것에 한정하는 것을 말한다.⁷⁷⁾ 즉, 물권의 종류와 내용은 동조에 의하여 법률에 의해서만 확일적·제한적으로 정해지며, 사적 자치가 개입될 여지는 없다. 다만 물권법 제8조에 “기타 법률에 물권에 대하여 특별규정이 있는 경우 그 규정을 따른다”고 규정하여 예외를 인정하고 있다.

중국 물권법은 이와 같이 물권법정주의를 채택하여 국가, 集體(집단), 개인의 물권과 기타 권리자의 물권은 법률의 보호를 받으며, 그 어떠한 단위나 개인도

74) 崔建遠, “物權效力一般理論”, 「法學雜誌」, 總第139期, 法學雜誌社, 2003年 第4期, 16面.

75) 屈茂輝 主編, 「物權法—原理精要与實務指南」, 人民法源出版社, 2008, 21-22面.

76) 屈茂輝 主編, 위의 책, 37面; 尹田, 「物權法」, 人民大學出版社, 2004, 109-113面; 王利明, “物權法定原則(上)”, 「北方法學」, 2007年 第1期.

77) 곽윤직, 「물권법」, 박영사, 2008, 14면; 김준호, 「물권법」, 법문사, 2007, 16면; 이은영, 「물권법」, 박영사, 2006, 27면; 尹田, “物權法定原則批判之思考”, 「法學雜誌」(第2004年 第6期 總第147期), 法學雜誌社, 2004, 8面.

이를 침범해서는 안된다. 그러나 제7조에서 “물권을 취득, 이행함에 있어서 마땅히 법률, 사회공덕을 존중하여야 하며 공공이익과 타인의 합법적 이익을 해쳐서는 아니된다”고 의무조항을 두고 있어서 물권이 반드시 절대적이라고 할 수는 없다.

Ⅲ. 物權變動의 公示

중국물권법 제6조는 “부동산물권의 설립, 변경, 양도와 소멸은 응당 법에 규정된 등기방식을 취한다. 동산물권의 설립과 양도는 마땅히 법률규정에 따라 교부방식을 취한다”고 규정하여 물권변동에 있어서 부동산은 등기를, 동산은 교부라는 공시방법을 선언하고 있다.⁷⁸⁾ 공시제도 내지 공시방법은 현재 상태의 물권을 공시하여 이를 거래하는 자를 보호하기 위하여 정하여진 방법으로 당사자의 선택여부에 관계없이 강제적으로 시행되는 것이다. 그리고 이 기능을 다하기 위해서는 공시의 원칙과 공신의 원칙을 양자 내지 어느 하나를 인정하여야 한다.⁷⁹⁾

공시의 원칙은 물권변동에 언제나 외부에서 인식할 수 있는 일정한 상징적인 형식, 즉 공시방법이 수반되어야 한다는 원칙을 말한다. 즉 물권변동을 외부에서 알 수 있는 방식으로 표시되지 아니하면, 물권변동의 효과는 부인된다는 원칙이다. 물권은 절대성과 배타성을 가지고 있으므로 물건에 하나의 물권이 성립된 후 외부에 알려지지 않는다면, 제3자는 불측의 손해를 입을 우려가 있기 때문이다. 따라서 공시원칙을 채택함으로써 외부에서 누구라도 인식할 수 있는 방식으로 거래하는 제3자는 물권의 상황을 알 수 있고, 거래여부를 결정할 수 있으므로 거래의 안전과 신속 등을 보호하여 권리분쟁을 감소시킬 수 있게 된다.

공신의 원칙은 물권의 존재를 추측케 하는 표상, 즉 공시방법을 신뢰해서 거래

78) 全國人大常委會法制工作委員會民法室編, 「中華人民共和國物權法條文說明-立法理由及相關規定」, 北京大學出版社, 2007, 7面.

79) 한국 민법은 부동산에 관하여는 공시의 원칙만을, 동산에 관하여는 양자 모두 인정하고 있고, 독일 민법은 부동산과 동산에 있어서 공신의 원칙과 공시의 원칙 양자를 모두 인정하고 있으나, 프랑스민법은 부동산에 관하여는 공시의 원칙만을, 동산에 있어서는 공신의 원칙만을 인정하고 있다(곽윤직, 앞의 책, 28-29면; 이은영, 앞의 책, 87-89면).

한 자가 있는 경우, 비록 그 공시방법이 진실한 권리관계에 일치하지 않더라도 공시된 바에 따라 권리가 존재하는 것처럼 인정하여 그 자의 신뢰를 보호하여야 한다는 것이다.⁸⁰⁾ 부동산등기에 공신력을 부여하는 것은 물권공시의 신뢰를 높이고, 제3자의 불측의 손해를 방지하고 거래의 안전을 보장하기 위한 것이다. 등기의 효력발생요건의 기초는 등기의 공신력의 인정이며, 이의 요구를 만족시키지 못하면 사상누각이 되게 된다.⁸¹⁾

중국물권법은 이에 대해 명시적인 규정은 없지만, 제17조에서 “부동산권리귀속 증서에 명시한 사항은 마땅히 부동산등기부의 기록과 일치하여야 한다. 일치하지 않은 경우, 부동산등기부에 하자가 있다는 것을 입증할 수 있는 상황 이외에는 부동산 등기부의 기록에 준한다”고 규정하여 권리추정적 효력을 강하게 선언하고 있다. 또한 제12조에서 등기신청한 부동산의 관련사항에 대해서 등기기구의 실질적 심사제도를 규정하고 있고, 제21조에서 등기상 착오로 타인에게 손해를 끼친 경우 등기기구의 손해배상책임을 규정함으로써 등기의 공신력을 강하게 뒷받침하고 있다.⁸²⁾

그리고 부동산물권변동은 부동산등기부에 기재된 시점부터 효력이 발생하며 (중국 물권법 제14조), 부동산등기부는 물권의 귀속과 내용의 근거로써 등기소에서 관리한다(동법 제16조).⁸³⁾ 부동산등기를 등기소에서 관리하도록 한 것은 현재 난립하고 있는 등기소를 통일시킴으로써 효율적으로 부동산시장을 관리·감독하고자 하고 있다.

IV. 物權의 取得과 行使의 合法原則

중국 물권법 제7조에는 “물권을 취득, 이행함에 있어서 마땅히 법률, 사회공덕을 존중하여야 하며 공공이익과 타인의 합법적 이익을 해쳐서는 아니된다.”고 규

80) 광윤직, 위의 책, 29면.

81) 渠濤, “不動產物權變動制度研究與中國的選擇”, 「法學研究」, 第21卷(總第124期), 法學研究雜誌社, 1999年 5期, 53面.

82) 김용길, “중국의 부동산등기제도”, 106-107면.

83) 中國 物權法 제16조는 독일 민법 제891조(法律上 推定) 및 제892조(不動產登記簿의 公信力)을 참고하였다.

정하였다. 물권은 배타적인 권리로써 절대권이다. 그러나 물권도 일정한 제한을 받는데 이러한 제한은 먼저 법률에 의한 제약을 받는다. 즉 물권의 행사는 반드시 법률의 규정을 준수하여야 한다. 다른 한 방면으로 법률의 제약만으로 부족하기에 사회공덕과 공중이익에 위배되지 못하고 타인의 합법적 권익을 침해하지 못한다고 규정하였다. 그러나 사회공덕이나 공중이익에 대하여 지역이나 문화차이로 인하여 서로 상이한 부분들이 많으므로 구체적이고 명확한 규정을 명시하기는 어렵다.⁸⁴⁾

V. 不動産登記制度의 單一化

중국의 토지관리제도는 2천년 이상의 유구한 역사를 가지고 있다. 중국은 1950년대 초에 이미 토지와 도시건물 등에 부동산소유권등기를 시작하였으나 등기제도의 훼손 및 등기소의 소멸 등으로 등기제도는 폐지되었다가 문화혁명을 거치면서 점차 회복하였지만, 부동산권리가 불명확해지고 재산장부가 정확하지 않은 현상이 보편화되어 분쟁이 발생하기 시작하였다.⁸⁵⁾ 특히 개혁·개방 이후에는 재산장부관리기구가 만들어지고, 등기관련 법규 또한 조금씩 완비하여 나아갔지만, 각종 등기소와 등기방법 등 부동산등기를 관리하기 위한 제도를 통일하지 못하였었다.⁸⁶⁾ 물론 이러한 내용들은 구체적으로 부동산등기절차법 속에 규정되어야 하지만, 물권법을 제정하면서 단일화를 기하고자 노력하였다. 즉 중국의 부동산등기는 부동산소재지의 등기기구에서 관할하도록 하였고, 국가는 부동산에 대하여 통일적인 등기제도를 실행하며, 통일등기의 범위, 등기기구 및 등기방법은 법률과 행정법규에 따라 정하도록 하였다(중국 물권법 제10조).⁸⁷⁾

부동산등기란 등기관이 등기부에 부동산의 표시와 권리관계를 기재하는 행위 또는 기재 그 자체를 말한다. 중국의 부동산등기란 권리인의 신청에 의하여 국가

84) 屈茂輝 主編, 앞의 책, 52-53面.

85) 王利明, 我國民法典重大疑難問題之研究, 310면; 김용길, “중국의 부동산등기제도”, 103면.

86) 王利明, 中國民法典草案建議稿及說明, 406면.

87) 김용길, “중국의 부동산등기제도”, 104면.

전문기관이 신청인의 부동산물권에 관한 사항을 국가 부동산등기부에 기재하는 사실을 말한다.⁸⁸⁾ 등기업무를 접수하는 기관은 토지관리부문, 방산관리부문, 농업주관부문, 임업주관부문, 해역관리부문, 초원관리부문 등이다. 그리고 당사자는 등기신청시 마땅히 각종 등기사항에 관하여 권리귀속증명과 부동산지적경계, 면적 등 필요한 자료를 제공하여야 한다(동법 제11조).

제4절 不動産登記의 分類

I. 登記進行目的에 따른 分類

등기기관의 등기를 진행하는 목적에 따라서 總登記와 變動登記로 구분할 수 있다.

총등기는 어떤 부동산등기기관이 부동산물권증서의 설립, 교환을 목적으로 또는 부동산물권관리질서를 건립 혹은 건전히 하기 위한 수요로 모종의 부동산물권에 대하여 전면적으로 정리 내지 정리조사를 진행하기 위한 기초에서 행해지는 전면등기를 말한다. 정태등기 또는 원시등기라고 한다. 총등기는 부동산행정관리기관에서 부동산물권증서를 발급 및 교환한다. 변동등기는 부동산물권등기기관이 일상적으로 진행하는 부동산물권의 설립·변경·말소에 대한 사항에 관련하여 진행하는 등기를 말한다. 변경등기는 원시등기 외의 토지등기를 말하는데 토지사용권, 소유권과 토지타항 권리설정등기가 포함되며, 변경등기, 동태등기라고도 한다.⁸⁹⁾

II. 登記의 機能에 따른 分類

1. 所有權登記

88) 孙宪忠, 「论物权法」, 法律出版社, 2001, 428面.

89) 馬特, 앞의 책, 165면; 梁彗星·陳華彬, 앞의 책, 88면; 노청석, 앞의 논문, 452-543면.

부동산소유권 등기에는 물권의 래원 및 취득시간, 물권의 변화과정, 및 토지와 그 부착물의 면적, 결구, 용도, 위치, 도형 등 사항 및 관련권리사항을 기재한다. 소유권등기는 일반적으로 초시등기에 속한다. 그는 이후의 부동산물권변동에 아주 결정적인 의의를 가진다. 중국 도시가옥권속등기관리방법 제16조에는 신축가옥인 경우, 신청자는 마땅히 가옥이 준공된 후 3개월 내에 등기기관을 향하여 가옥소유권에 대한 초시등기를 신청하여야 한다. 신청시 마땅히 토지사용권리문서 및 토지사용권증, 건설용지계획허가증, 건설공사규획허가증, 시공허가증을 같이 제출하여야 한다. 그 외 가옥 준공인가서류 및 기타관련 증명서류들도 가지고 있어야 한다.

토지관리법 제11조는 “농민집체소유의 토지에 대해 등기하고 증서를 발급하고 소유권을 확인해야 한다.”고 규정하였다. 도시부동산관리법은 “국가가 토지사용권과 가옥소유권의 등기증서를 발급하는 제도를 실행해야 한다.”고 규정하였다. 초원법, 삼림법은 인민정부가 등기하고 증서를 발급하고 초원, 삼림, 임목, 임지의 소유권을 확인해야 하며, 법에 의하여 토지, 부동산, 초원, 삼림, 임목과 임지 등 소속권을 개변하려면 응당 변경등기를 해야 한다(초원법 제11조, 삼림법 제3조). 또한 국가토지관리국에서 반포한 토지등기규칙, 국가임업국에서 반포한 임목 및 임지소속권등기관리방법은 별도의 토지소유권과 토지사용권 및 임권의 취소등기를 규정하고 있다.⁹⁰⁾

2. 所有權 외의 기타 權利의 登記(他項權利登記)

타항권리등기는 소유권등기 이외의 기타 권리에 대한 등기를 말한다. 즉 부동산소유권이 확립된 후, 소유권의 각종변경 혹은 소유권자가 자신의 부동산에 대한 여러 가지 처분행위로 인하여 발생된 물권형태로써 반드시 등기를 거쳐야 하는 상황을 말한다. 부동산타항권리등기에는 주요하게 건설용지사용권등기, 토지도급경영권등기, 지역권등기, 부동산저당권등기 및 채광권, 수권, 포획권 등 특허물권등기가 포함된다. 타항권리등기는 주요하게 계약을 통하여 부동산물권위에

90) 全国人大法制委员会 编者, 「物权法产法背景及观点全集」, 法律出版社, 2007, 189면.

설정되며 당사자의 법률행위에 기초하여 물권의 계속적 취득을 피한다.

토지관리법(제11조), 農村土地承包法, 초원법(제11조), 삼림법(제3조), 해역사용관리법 등은 인민정부가 건설용지사용권, 土地承包經營權, 삼림·임목·임지사용권, 해역사용권에 대해 등기하고 증서를 발급한다고 규정하였다. 광산자원법은 광산자원을 탐사하고 채취하려면 반드시 법에 의하여 각자 신청하고 비준을 거쳐 광산탐사권, 채광권을 획득하고 등기를 하여야 한다고 규정하였다(제3조). 토지관리법실시조례, 삼림법, 국가해양국이 반포한 해역사용권등기방법은 토지사용권, 삼림, 임목, 임지사용권과 해역사용권의 변경등기를 규정하였다. 토지관리법실시조례, 토지등기규칙, 해역사용권등기방법은 토지사용권, 해역사용권에 대한 취소등기를 규정하였다.⁹¹⁾

Ⅲ. 實體 및 節次에 따른 分類

1. 實體權利登記

실체권리등기란 당사자가 향유하는 실체적 권리에 대한 등기를 말한다. 비록 중국물권법이 목전, 마땅히 등기하여야 할 부동산권리유형에 대하여 구체적인 규정을 하지 않고 있지만, 현 물권법의 각종 제도에 따르면 등기를 할 수 있는 부동산 실체적 권리에는 부동산소유권, 건설용지사용권, 주택기지사용권, 토지도급경영권, 지역권, 부동산저당권 등이다.

2. 節次權利에 대한 登記

절차권리등기는 주요하게 순위등기를 말한다. 동일부동산에 대하여 부동산 성격의 여러 가지 물권이 존재할 수 있다. 예를 들면 한필의 토지에 동시에 설립된 소유권, 건설용지사용권, 지역권, 및 순위에 의하여 열거된 여러 가지 저당권 등이다. 이런 권리들의 권리자가 자신의 권리에 대하여 완전히 실현할 수 있는지

91) 위의 책, 190면.

여부는 그들의 권리가 처하고 있는 등기순위에 의하여 결정된다. 물권우선의 원칙에 따라 우선 설정된 물권은 후에 설정된 물권에 비하여 우선적이다. 이런 순위적인 등기를 절차권리등기라고도 한다.⁹²⁾

IV. 登記事項에 따른 分類

등기의 사항에 따라서 초시등기, 변동등기, 경정등기, 말소등기 등으로 나눈다. 관련법률, 법규 규정에 근거하여 중국입법기관에서 비공식적으로 밝힌 등기해야 하는 부동산에는 응당 토지, 가옥, 초원, 삼림, 임목, 임지, 해역, 광산 등이다.⁹³⁾ 등기하여야 할 권리에는 ① 국유토지사용권등기, ② 농민집체소유토지소유권 및 사용권 등기, ③ 지상에 부착물이 없는 토지사용권 저당등기, ④ 가옥소유권등기, ⑤ 가옥소유권저당등기, ⑥ 토지도급경영권등기, ⑦ 국가소유 및 집체소유의 임지소유권등기, ⑧ 개인사용하는 임지사용권등기, ⑨ 임목소유권저당등기, ⑩ 채광권등기 등이 있다.⁹⁴⁾

1. 初始登記

초시등기는 부동산소유권등기에 반드시 구비해야 할 특수절차이다. 즉 부동산 소유권자가 법에 따라 규정한 기간 내에 자기권리에 대한 제1차적인 등기이다. 초시등기의 원인은 일반적으로 새로운 부동산등기법의 실시에 부응하여 전부의 부동산소유권에 대하여 등기를 진행함을 말한다. 혹은 새롭게 만들어진 부동산, 즉 신축건물의 소유권 혹은 새롭게 형성된 토지의 소유권에 대한 등기이다.

소유권초시등기가 발생하는 이유로는 일반적으로 다음의 3가지 경우이다. 첫째, 새롭게 건설된 부동산, 예를 들면 신축건물 등 소유권에 대하여 진행하는 등기이다. 둘째, 전면적으로 사실에 부합할 필요가 있어 부동산가옥소유권증서를 바꾸는 경우이다. 셋째, 재산권이나 產籍자료관리가 특별히 혼란하거나 관련 서

92) 馬特, 앞의 책, 66면.

93) 全國人大法制委員會, 앞의 책, 190면.

94) 曲宇輝, “對不動產統一登記制度的思考”, 「原載于 中國土地科學」, 1997年 6期.

류들이 멸실되어 새롭게 등기를 할 필요가 있을 경우이다. 위와 같은 경우 새롭게 등기를 하기 때문에 그 권리는 이후의 부동산물권의 변동에 관한 원시근거로서의 의미가 있다. 그러므로 법률은 초시등기를 진행하는 데에 특별한 신청절차와 신청요건을 규정하여 엄격히 규제하고 있다.

중국의 초시등기는 주요하게는 소유권등기이지만 예외적인 경우도 있다. 예를 들면 토지등기규칙에는 “건설용지사용권에 대하여 마땅히 초시등기를 진행하여야 하다.”고 규정하였다. 이는 중국의 현 단계의 건설용지사용권은 그 사회적 기능이 이미 단순한 지상권 등 용익물권이 아니라 토지공유제 사회제도 하에서 토지자원시장화의 기능을 가지고 있어 그 권리자가 독립적으로 소유권에 흡사한 권리를 행사하는 것을 보면 그 실질적인 의미로는 소유권과 유사하다. 그러므로 건설용지사용권은 등기과정에 소유권초시등기의 규칙을 적용하여야 한다.

2. 變動登記

변동등기에는 이전등기 설정등기와 물권내용을 변경하는 등기가 포괄된다.⁹⁵⁾

(1) 이전등기는 민사주체간의 부동산물권의 이전에 대하여 진행하는 등기이다. 만약 어떤 물권의 변동이 발생하였다 하더라도 공시를 통하여 표현하지 않으면 법률상 진정한 물권변동이 발생했다고 볼 수 없다. 만약 등기상 기재로는 모종의 권리가 이미 변화하였으나 실제적으로 그 권리가 변동되지 않았다 하더라도 법률상에서는 그래도 물권이 이미 변동이 생겼다고 믿으면서 선의의 제3자를 보호하는 공신력을 부여한다. 예를 들면 1987년 도시가옥소유권등기잠정방법 제9조의 규정에는 “가옥소유권이 매매, 증여, 계승, 분배, 리모델링, 철거 등 원인으로 변화가 발생할 경우 마땅히 이전된 시점부터 3개월 내에 변경등기를 진행하여야 한다.”고 규정하였다.

(2) 설정등기는 민사주체 사이에 부동산에 설정한 타물권에 대하여 행하는 등기를 말한다. 물권변동은 공시를 거쳐야만 성립될 수 있는 것은 물권이 절대권과 지배권이라는 성질에서 유래되는 것이다. 등기를 거치지 않고 당사자 간에 협의

95) 馬特, 앞의 책, 168면.

만 있을 경우, 그 협의는 당사자 사이에만 효력을 발생할 뿐 제3자에게 대항하는 효력은 없다.

(3) 물권의 내용에 대한 변경이 있을 경우 이를登記하여야 한다. 그러지 아니면 물권법상의 효력을 발생하지 못한다. 예를 들면 저당권 중, 저당순위포기와 변경, 근저당중에서 최고채권액의 변경 등 이러한 사항은 변경登記를 거치지 않으면 다른 채권자에게 효력이 없다. 토지관리법 제10조에는 “법에 의하여 토지소유권과 사용권을 변경할 경우, 반드시 토지권속변경登記수속을 하고 증서를 바꾸어야 한다.”

동법 제12조에는 “법에 의하여 토지권리주체와 용도에 대하여 변경이 있는 경우, 마땅히 토지변경登記수속을 하여야 한다.” 토지관리법 제6조에는 “법에 의하여 토지소유권, 사용권을 변경할 경우, 또는 적법하게 지상건축물, 부속물을 매 때, 양도함으로써 토지사용권이 이전하게 되는 경우, 반드시 현금 이상 토지관리부서에서 토지소유권, 사용권변경登記를 진행하여야 한다. 그리고 현금 이상 지방인민정부에서 토지권리증서를 변경한다.”고 규정하였다.

3. 更正登記

경정登記는 부동산물권자 혹은登記기관에 의하여登記상의 착오, 누락이 발생할 경우, 이미 진행되었던登記를 경정하는 것을 말한다.登記과정에 불가피적으로登記상착오 혹은 누락 현상이 발생한다. 이러한 경우 빠른 시간에 착오적인登記로 인한登記권리와 진실한 권리와 불일치한 상황을 해소하여 진정한 권리의 합법적인 권익을 보호하기 위하여 대부분의 국가에서는 경정登記를 통하여 이러한 보완조치를 실시하고 있다. 예를 들면 독일 민법전 제894조에는 “토지登記부에 기재된 토지물권 및 그 위에 설정된 물권 혹은 제892조 제1항의 확정된 처분제한 조치가 진실한 권리상황과 일치하지 않은 경우(즉 권리가登記되지 않았거나, 정확히登記되지 못하였고, 존재하지 않는 권리가登記된 사항) 권리제한을 받아 손해를 입은 사람 등은 토지登記부상의 기재된 내용을 경정하기 위한 목적으로 이해관계자로 하여금 경정登記에 동의하도록 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다.

경정등기에는 두 가지 경우가 있는데, 첫째는 권리자 혹은 이해관계자가 경정등기를 신청할 수도 있고, 다른 한 가지는 등기기관이 직권으로 경정등기를 진행할 수 있다. 예를 들면 대만의 토지등기규칙 제134조 제1항에 규정에는 “등기관 혹은 이해관계인이 등기를 마친 후, 등기에 착오 혹은 누락이 있는 것을 발견하면 마땅히 경정등기를 신청하여야 한다.” 제2항에는 “만약 제1항에 등기착오 혹은 누락이 순수하게 등기일군의 소홀로 판정나고 원시등기원인증명서류가 조건에 부합되면 상급 행정기관은 등기기관에 직접 경정을 하도록 수권할 수 있다.”고 규정하였다.

4. 抹消登記

말소등기는 부동산물권이 소멸될 경우, 마땅히 부동산물권을 등기부에서 말소하여 소멸된 물권이 거래의 대상이 되는 것을 방지한다. 예를 들면, 가옥이 지진 피해를 받아서 훼손되면 가옥등기기관에서는 마땅히 말소등기를 하여야 하며 또는 권리자가 부동산을 포기한 경우 포기의 의사로만은 부족하며 반드시 말소등기를 진행하여야 한다.

V. 登記의 效力에 의한 分類

중국 물권법상으로는 등기의 효력을 기준으로 등기를 본등기와 예비등기로 분류할 수 있고, 여러 등기유형에서 가장 큰 진보는 예비등기제도를 도입하였다는 점이다.

1. 本登記

본등기는 중국등기라고 한다. 본등기는 당사자가 기대하는 부동산 물권변동의 효력을 직접 발생하는 등기이다. 즉 등기신청인이 이미 이전 혹은 취득을 완성한 부동산물권에 대하여 등기를 행하는 것을 말한다. 예를 들면 부동산 물권의 취

득, 이전, 변경, 말소등기이다. 본등기는 부동산권리변동의 완성을 의미하며 확정적이고 종국적인 효력을 가진다. 종국등기는 당사자가 구비한 실질요건으로 관련 당사자의 실제권리의무관계의 요건과 형식요건 즉 부동산등기기관이 요구하는 신청절차, 조건이 모두 구비된 상황에서 등기기관이 당사자의 신청에 근거하여 행하는 등기이다.

2. 本登記 外 登記(豫備登記, 假登記)

예비등기는 중국법학계에서 사용되고 있지 않는 개념이지만, 부동산등기법상의 본등기와 대응하는 가등기의 개념으로써 등기청구권을 보장하기 위하여 행하는 일종의 등기이다. 예비등기는 부동산등기법상의 본등기와 대응하는 제도이다. 이는 등기청구권을 보장하기 위하여 진행되는 일종의 등기이다. 예고등기와 일반부동산등기의 구별은 첫째, 일반부동산등기는 부동산 물권이 이미 완성된 상태에서 진행되는 등기이다. 예고등기를 한 후, 부동산물권의 설립 혹은 변동을 바로 야기 시키는 것은 아니고 등기신청자가 일종의 미래의 부동산 물권의 청구권을 취득하는 권리를 가진다. 예고등기에 귀속된 등기권은 사후에 발생하는 그 청구권과 동일한 내용의 부동산 물권의 처분행위에 배타적인 효력을 가진다. 이렇게 함으로써 미래에 청구권을 기대할 수 있는 법률효과를 확보한다. 그러므로 예고등기는 부동산 물권법의 중요한 내용이다.⁹⁶⁾

중국의 예비등기제도를 알아보자면 1935년, 남경국민정부에서 반포한 토지실시법 제27조에는 “토지권리 이전 혹은 그 소멸의 청구권으로 토지권리를 보존하기 위하여 권리내용 및 순위의 변경에 대한 청구권예고등기로 신청하여야 한다.”고 규정하였다. 이렇게 조건부청구권 혹은 미래청구권에 대하여 예고등기를 신청할 수 있다. 그러나 예고등기권자가 토지권리자의 토지권리에 기한 “처분”행위를 방해하는 효력은 가지지 못한다.

제29조에는 “예고등기 혹은 이의 등기는 가처분 혹은 토지권리등기명의자의 동의를 거쳐야 한다.”고 규정하였다. 일반적으로 이 법계는 독일 민사입법을 모

96) 梁慧星, 「中國物權法草案建議稿」, 社會科學文獻出版社, 2000, 169면.

방하여 예고등기 및 이의등기를 규정하였다. 그러므로 해석상에서 채권청구권을 보존한 예비등기를 예고등기라 하고 물권적청구권을 보존한 예비등기를 이의등기라 한다. 1946년 당시의 남경정부는 토지 등기규칙을 발표하여 제96조 제98조의 규정과 앞 토지실시법 제27조, 제29조의 규정은 기본적으로 동일하다.

중국은 건국 후, 물권법이 없으므로 인하여 물권변동의 예비등기는 완전한 제도를 형성하지 못하였다. 예를 들면 중국최고인민법원 「중화인민공화국담보법에 관한 약간의 문제의 해석」 제47조의 규정에 의하면 “법에 의해 취득하였으나 아직 건축을 시작하지 않았거나, 현재건축 중인 가옥 혹은 기타 건축물을 저장할 경우, 당사자는 마땅히 저장물등기를 하여야 한다. 인민법원은 이러한 저당이 유효하다고 인정할 수 있다.” 최고인민법원의 「부동산관리법이 실행 전의 부동산 개발사건에 대한 약간의 문제에 대한 해답」 제27조의 규정을 보면 “상품주택 매매계약을 체결한 후, 매매자가 아직 가옥소유권 증서를 취득하지 못한 경우, 예비판매자 측에서 예비구매자 의 동의를 거치지 않고, 동일한 매매상품에 대하여 제3자와 매매계약을 체결한 경우, 후에 체결한 매매계약은 무효하다.” 또한 예를 들면 후 계약의 매매자가 이미 가옥소유권증서를 취득하였다 하면 후에 체결한 계약이 유효하다고 판정할 수 있다. 그러나 예비판매측이 전 계약 체결자, 즉 전 예비구매자에게 조성한 손실은 마땅히 상응한 민사책임을 져야 한다.

중국 물권법 제19조와 제20조에는 각기 이의등기와 예고등기 내용을 규정하였다. 이는 중국이 이미 예비등기제도를 확립하였음을 말한다.

(1) 異意登記

이의등기는 권리자, 이해관계자가 부동산권속쟁의로 인하여 등기부의 공신력을 차단하는 작용을 한다. 부동산등기부에 기재된 사항에 착오가 있으면 권리자 이해관계자는 부동산경정등기를 신청할 수 있다. 만약 부동산등기부에 기재한 권리자가 경정을 동의하지 않을 경우, 쌍방 당사자는 물권귀속에 쟁의가 발생하며 경정등기의 절차는 길다. 이 시간에 등기권리자는 부동산에 대하여 처분을 진행할 수 있다. 이렇게 되면 등기부의 공신력에 기하여 제3자가 선의로 부동산물권을 취득할 수 있다. 이의 등기의 목적은 현실등기의 정확성에 도전하는 것이다. 부

동산등기권리의 정확성추정 및 공신력의 정확성에 도전하며 일정한 기한 내에 등기권리자의 처분권을 제한함으로써 진실한 권리자의 합법적 권익을 보호한다. 예를 들면 독일민법 제899조 제1항에는 동법 “제894조에 규정한 정황들이 토지 등기부상의 기재의 정확성을 부인하기 위한 것이라면 이의등기를 진행할 수 있다.”고 규정하였다.⁹⁷⁾

이의등기의 효력은 주로 타인에게 이 물권이 재산권이 불명하여 거래하는 데에 위험부담이 있음을 알린다. 그리고 실제적인 작용은 만약 제3자가 부동산을 매입 시, 이의등기가 존재하기 때문에 선의의 취득이라는 자격을 가지지 못하도록 한다. 왜냐 하면 이미 주관상에서 비선의적 취득이라고 볼 수 있기 때문이다. 그러나 만약 거래 쌍방이 원하여 위험을 부담하려 한다면 권리상의 하자가 있는 목적물에 대하여 처분하는 계약도 불가하지는 않다. 이의등기 이후 명의상 권리자는 여전히 재산처분권리가 있으며 그가 매수인과 체결한 부동산권리를 처분하는 계약은 채권법적 의미에서 완전히 유효하다. 그러나 그 계약이 물권법상의 효력을 발하지 않는다. 양수인은 이러한 경우, 선의취득제도를 근거로 부동산물권을 취득하지 못한다.

이의등기가 행해진 다음 등기권자의 처분권은 제한을 받는다. 그러나 이러한 제한은 잠정적인 것이지 확정적인 것은 아니다. 그렇지 않으면 부동산권리의 처분자유가 불합리한 제한을 받게 된다. 그러므로 이의등기를 한 후 15일 이내에 반드시 인민법원에 향하여 소송을 제기하여야 한다. 그렇지 아니하면 이의 등기는 효력을 상실한다. 만약 당사자가 이의등기를 진행한 후 일정한 기간 내에 법원에 향하여 기소, 철회, 효력발생법률문서제결이 철회, 재결 非受理, 당사자화해 등 모두 이의등기의 실효를 나타낸다. 그리고 당사자가 이의등기 청구권을 남용하는 것을 막기 위하여 대다수 나라에서는 반드시 재산보전의 방식으로 진행하도록 제한한다. 예를 들면 독일민법전 제899조 제2항에는 “의의등기는 반드시 법원의 가처분 명령에 의하여야 한다.”고 규정하였다. 그러나 중국 물권법에는 이러한 특수한 요구가 없다. 만약, 당사자가 마땅한 이유가 없이 착오적인 이의등기를 신청하여 타인에게 손해를 끼친다면 신청자는 마땅히 배상책임을 져야 한다.

97) 馬特, 앞의 책, 173면.

이의등기는 부동산등기의 일종이다. 현대중국의 부동산등기제도는 형성된 시간이 비교적 짧다. 그리하여 지금까지 통일적이고 완비한 운행제도가 마련되지 않은 상황에서 현실적인 문제도 많이 유발하기 때문에 어떤 학자들은 이의등기가 실상에서 조작하기 어렵고 등기제도의 규정을 발휘하기 어려움으로 중국에서 이의등기제도를 실시하지 말자고 주장하였다. 이에 부동한 의견을 가진 사람들은 중국부동산등기의 현황은 이의등기는 실효성이 있을 뿐만 아니라 이의등기의 설립은 중국 등기제도에 추진작용을 한다고 생각하였다.⁹⁸⁾

첫째, 이의등기는 일종의 등기형식으로써 그 자체로 등기공시작용을 발휘하고 있어서 사회공중에게 현재등기가 하자가 있다는 정보를 제공할 수 있다. 등기착오가 확정되면 이의등기는 등기의 공신력을 차단할 수 있어 착오등기가 착오적인 결과를 초래하는 것을 막을 수 있다. 이러한 역할은 등기가치를 절상하지 않을 뿐만 아니라 중국의 미흡한 등기제도에 부면적인 영향을 미치지도 않는다. 오히려 등기착오의 수정을 통하여 등기제도의 보완에 긍정적인 기회를 부여하고 있다.

둘째, 이의항변의 대상에 대한 등기에서 일단 착오가 발견되면 나아가 부동산물권의 귀속에 영향을 미칠 뿐만 아니라 등기기관의 배상책임에도 관련된다. 이러한 중대한 이해관계는 기필코 등기기관의 책임감과 압력을 증가하여 그들이 아주 심중하게 등기를 진행하여 가급적 등기착오가 발생하지 않게끔 한다. 동시에 진정한 권리자로 하여금 최선을 다하여 자기 권리를 관리하게 하고 심중하게 교역을 진행하게 함으로써 자신의 착오로 등기상의 착오가 발생하지 않도록 한다. 의심할 것 없이 등기공신력, 경정등기는 부동한 정도에서 이러한 기능을 가지고 있다고 볼 수 있다. 그러나 이의등기는 등기공신력을 타파하고 경정등기 청구권유지라는 특유의 기능을 지니다. 그러므로 이의등기와 등기공신력, 경정등기 기능을 통합하여 등기의 신임도를 최대한 높일 수 있다.

셋째, 2001년에 반포한 남경시가옥권속등기조례 제19조의 규정 및 2002년에 수정한 상해시부동산등기조례 제19조에는 이의등기를 중국에서 처음으로 신설하였다. 이는 지방입법부서에서 국외입법을 참조한 기초상에서 부동산등기부서 및 기타실무부서의 의견을 청취한 결과이다. 이는 중국의 등기실천 중에 이런 체도에

98) 常鵬翱, “異議登記的制度建構-法律移植微觀分析”, 中國科學院法學研究所, 6-7面.

대한 요구가 있고 이 역시 실천에서 이의등기에 대한 승인을 말하고 있다. 그리고 중국 법률 중에서 아직은 이의등기를 대체할 수 있는 제도가 없다는 것을 나타내므로 이의등기가 중국물권법 중에서 자기의 위치를 명확히 차지할 수 있다는 것이다.⁹⁹⁾

물권법초안에는 이의등기와 관련된 규정들이 차이가 있다. 1차 초고 제16조에는 “권리자 및 이해관계자는 부동산등기부의 착오사항에 대하여 이의등기를 신청할 권리가 있다. 등기기구는 마땅히 이의등기를 부동산등기부에 기재하여야 한다. 그리고 이의등기를 진행한 후, 3개월 내에 신청자가 등기기구를 향하여 경정등기를 신청하지 않은 경우, 이의등기는 실효하다.”고 규정하였다. 또한 제17조에는 “이의등기 후 부동산등기부에 기재한 권리자는 이의등기기간 내에 그 부동산을 처분할 수 없다. 이의등기가 부당하여 권리자에게 손해를 끼치면 권리자는 이의등기의 신청자에게 손해배상을 청구할 수 있다.”고 서술하였다. 제2차 초고 제20조에 의하면 “권리자, 이해관계자가 부동산등기부에 착오가 있다고 인정할 경우, 인민법원에 이의등기에 관한 재정을 해 줄 것을 요구할 수 있다. 등기기구는 마땅히 인민법원의 이의등기에 관련한 재정에 근거하여 그 이의등기를 부동산등기부에 기재하여야 한다.” 제21조 제2항에는 “경정등기 후 원 권리자는 이의등기기간 내에 그 부동산에 대하여 처분할 경우, 등기경정을 거친 권리자가 추인을 하지 않으면 물권의 효력을 발생하지 못한다.”고 규정하였다. 제3차 초고 제19조에는 “이해관계자가 부동산등기부에 기재한 물권귀속 등 사항에 대하여 이의가 있을 경우, 이의등기를 신청할 수 있다. 등기부기재중의 권리자가 이의등기에 서면으로 동의하거나 인민법원의 재정에서 이의등기를 하도록 한 경우, 이의등기를 신청할 수 있다. 등기부기재 중의 권리자가 이의등기에 서면으로 동의하거나 인민법원의 재정에서 이의등기를 하도록 하는 경우, 등기기구에서는 위 이의사항을 부동산등기부에 기재하여야 하며 신청인은 등기부에 기재한 권리자가 서면으로 동의한 3개월 이내에 기소를 하지도 경정등기를 신청하지도 않은 경우, 또는 인민법원의 이의등기에 관한 재정이 효력을 발생하여서부터 15일 사이에 기소를 하지 않으면, 그 이의등기는 효력을 잃는다. 이의등기가 부당하다고 증명이 되기 전에는 권리자는 등기기구에 향하여 이의등기를 취소할 것을 신청할 권리를 가

99) 常鹏翱, 위의 논문, 7면.

진다. 이의등기로 인하여 권리자에게 손해를 끼친 경우, 권리자는 이의등기신청자를 상대로 손해배상을 청구할 수 있다.”고 규정하였다. 제20조 제2항에는 “경정등기 후, 원 권리자가 이의등기기간에 관련부동산에 대한 처분은 등기가 경정된 후, 권리자가 추인하지 않으면 효력을 발생하지 않는다.”고 규정하였다. 제4차 초안 제19조에는 “이해관계자가 부동산등기부의 기재사항에 착오가 있다고 인정할 경우, 경정등기를 신청할 수 있다. 등기부에 기재된 권리자가 서면으로 경정에 동의하거나 등기에 착오가 있다는 것이 증거로 증명될 경우, 등기기구에서는 마땅히 경정을 하여야 한다. 등기부에 기재한 권리자가 서면으로 경정에 동의하거나 증거로 등기에 착오가 있다는 것이 증명된 경우, 등기기구에서는 마땅히 경정을 하여야 한다. 권리자가 경정에 동의하지 않으면, 이해관계자는 이의등기를 신청할 수 있다. 신청자가 이의등기 후 15일 이내에 기소하지 않으면 이의등기는 효력을 잃는다. 이의등기가 부당하여 권리자에게 손해를 끼친 경우, 권리자는 민법원에 손해배상을 청구할 수 있다.”고 서술하였다. 제5차의 초안에서는 권리자가 경정등기를 신청할 수 있다는 내용을 추가한 이외에는 제4차 초안과 동일한 내용을 규정하였다.¹⁰⁰⁾

이상의 물권법 초안의 서술로부터 알 수 있는 것은 독일의 등기이의제도에 비교하여 중국물권법 여러 차례의 초안들 중의 이의등기는 모두 새롭게 창조한 것이라 하겠다. 그리고 이러한 창조적 경험들은 축적, 발전되어 매차마다 입각점과 발휘에서 부동한 점들을 보이고 있다. 그러므로 이러한 발휘는 물권법제정의 참여자가 자신의 상황에 따라 취한 정확한 선택인지 아니면 모방대상에 대하여 어떠한 오해가 있어서 일종의 굽은 길을 갔는지 깊은 분석이 필요하다.

(2) 豫告登記

예고등기는 채권의 실현과 물권의 순위청구권 등을 보전하기 위하여 진행되는 예선등기이다. 중국의 학계는 이를 예선등기, 예등기, 暫先등기 등으로 칭한다. 예고등기는 일종의 반드시 부동산 등기부에 등기하여야 하는 담보수단이다. 이는 채권자가 자신의 물권권리변동의 실현을 보장하기 위한 채권청구권이다.¹⁰¹⁾ 부동산

100) 常鵬翱, 위의 논문, 7-8면.

산권리의 당연취득자가 미래의 응당 취득하여야 하나 아직 조건이 아직 구비되지 않아서 일종의 불확정 상태에 있을 때, 법률은 이러한 권리를 보호하기 위하여 일종의 특수한 물권등기제도를 설치하였다. 물권변동예고등기의 목적과 실질은 등기된 청구권이 물권적 효력을 가진다. 이로 이후에 발생하는 그 청구권과 내용이 같은 부동산 물권의 처분행위에 대하여 대항하는 효력을 발생한다. 예를 들면 부동산을 매매할 때, 매수인은 채권자로서 예고등기를 신청하여 부동산에 있는 채권적 부담을 공시하여 채권의 효력을 강화하여 중복매매 중의 제3자에게 대항 할 수 있다. 이러한 소유권을 제한하는 부동산의 부담은 마땅히 공중을 향하여 공개하여야 한다. 왜냐하면 이 부동산이 만일의 경우, 거래의 대상이 될 경우 부담이 있는 부동산과 부담이 없는 부동산의 가치는 상이하다. 그러나 매수자의 각도에서 보면, 부담이 있는 부동산을 구매한 후 가능하게 제3자로부터 오는 추적을 받을 수 있다. 부동산의 위험과 부담에 대하여 등기공시하는 것은 매수자의 이익을 보호하고 一物數賣 및 각종사기행위를 방지하는 데에 적극적인 의의가 있다.¹⁰²⁾

특별히 중국은 상품주택 예매제도가 성행하고 있는데 상품주택 예매등기를 확인함으로써, 매수인이 향수하는 채권이 일종의 물권과 유사한 효력을 취득함으로써, 장래에 취득한 그 건물의 재산권을 보호한다. 이는 소비자의 이익을 보호하고 광대한 업주들의 거주이익을 지키며 부동산시장의 정상적인 교역질서를 수호할 수 있다.

예고등기의 효력은 주요하게 아래와 같은 3가지로 나눈다. 첫째, 채권보호의 효력을 가진다. 계약 채권은 제3자에게 대항하는 효력이 없기에 예고등기의 방식으로 채권적청구권을 물권공시의 형식으로 보전할 수 있기 때문이다.

둘째, 순위 확정 효력을 가진다. 즉 권리를 등기의 선후순서로 배열하여 그 순위에 따라서 물권실현의 순서를 확정한다.

셋째, 파산보호에 대한 효력, 상대자가 파산의 경지에 이르렀을 때, 예고등기 청구권은 다른 채권자에 대항하여 보전청구권이 실현되도록 한다. 독일파산법 제 24에는 “예고등기 이후 채권이 소멸되거나 부동산등기를 진행할 수 있는 날부터

101) 吳越, 李大雪 譯, 「德國物權法」, 法律出版社, 2002, 232면.

102) 馬特, 앞의 책, 176면.

3개월 내에 신청등기를 하지 않은 경우, 예고등기는 효력을 잃는다.” 이는 한편으로 채권이 소멸되어 예고등기가 보호하는 대상이 존재하지 않으면 예고등기는 당연히 실효한다는 의미이다. 예를 들면 당사간의 계약채권은 계약의 해제 등 원인으로 인하여 소멸한다. 예고등기는 그 기초관계가 상실되면 당연히 실효된다. 다른 면으로는 부동산등기를 할 수 있는 3개월의 기간에 신청등기를 하지 않으면 예고등기는 이러한 권리행사에 태만한 자를 보호하지 않고 또한 당사자의 적극적인 권리행사를 독촉하기 위하여 이러한 규정을 세웠다.

VI. 不動産登記의 內容

중국의 법률, 법규 등 규정을 보면 반드시登記하여야 하는 부동산에는 토지, 건물, 초원, 삼림, 임목, 임지, 해역, 광산 등이 포함된다. 이하에서는 법조문을 중심으로登記를 요구하는 물권의 내용을 살펴보기로 한다.¹⁰³⁾

1. 資産性登記

자산성등기에 해당하는 부동산은 보호책임을 져야 한다. 즉, 사용권이 미확정된 국유토지는 현급이상 인민정부에서登記하고 하며 보호관리하며(토지관리법 실시조례 제5조), 미확정인 토지사용권과 소유권의 토지는 토지관리부서에서 등록하고 토지증서를 발급하지 않는다(토지등기규칙 제20조). 또한 국유소유의 사용권미확정초원은 현급이상 인민정부에서登記하고 보호관리를 책임져야 하며(초원법 제11조), 국유소유의 사용권 미확정삼림, 임목과임지는 현급이상 인민정부에서登記하고 보호관리를 책임져야 한다(삼림법실시조례 제4조).

2. 使用權登記

(1) 眷屬登記

103) 全国人大法制委员会, 앞의 책 참조.

농민집체소유의 토지는 현급인민정부에서 등기, 심사하고 증서를 발급하며 소유권을 확인하여야 한다(토지관리법 제11조). 국가는 토지사용권과 건물소유권의 등기부를 작성하고 권리증서발급제도를 실시하고(도시부동산관리법 제59조), 합법적으로 취득한 부동산개발용지에 건설된 건물은 반드시 우선 그 토지사용권증서를 현급이상 지방인민정부 부동산관리부문에 등기하여야 하며 현급이상 지방인민정부부동산관리부문은 심사를 거쳐 건물소유권증서를 발급한다(동법 제60조). 집체소유의 초원은 현급인민정부에서 등기부를 작성하며 소유권증서를 심사 발급하는 방식으로 초원소유권을 확인한다(초원법 제11조). 국가소유와 집체소유의 삼림, 임목, 임지나 개인이 소유 또는 사용하는 임지는 현급이상 지방인민정부에 등기하고 권리증서를 발급받으므로 그 소유권 혹은 사용권을 확인한다(삼림법 제3조). 집체소유의 삼림, 임목과 임지는 소유자가 소재지의 현급인민정부 임업주관부문에 등기신청을 제기하고 현급인민정부에서 등기부를 작성하며 심사를 거쳐 권리증서를 발급하는 방식으로 그 소유권을 확인한다. 단위와 개인소유의 임목은 소유자가 소재지의 현급인민 정부임업주관부문에 등기신청을 제기하고 현급인민정부에서 등기와 심사를 하고 증서를 발급하며 임목소유권을 확인한다(삼림법실시조례 제5조).

(2) 變更登記

토지소유권의 권속과 용도를 개변하려는 경우 토지변경등기절차를 거쳐야 한다(토지관리법 제12조). 토지소유권을 변경할 경우 토지소재지의 현급이상인민정부토지행정주관부문에 토지변경등기신청을 제기하여야 하며, 원토지등기기관에서 토지소유권변경등기를 실행하여야 한다(토지관리법실시조례 제6조). 또한 부동산을 양도하거나 권리변경을 할 경우, 현급이상 지방인민정부 부동산관리부문에 변경등기를 신청하여야 하여 변경된 건물소유권증서를 전제로 동급인민정부토지관리부문에서 토지사용권변경을 신청하여야 한다(도시부동산관리법 제60조). 해역사용권에 대하여는 초시등기를 진행한 후, 관련 해역의 권속, 용도, 사용기한에 변화가 발생하면 해역사용권변경등기를 하여야 한다(해역사용권등기방법 제10조). 이외에도 초원권속변경등기(초원법 제11조)를 삼림·임목과 임지소유권의

변경등기(삼림법실시조례 제6조)를 규정하고 있다.

(3) 抹消登記

집체소유의 토지가 모두 징용되거나 또는 농업집체경제조직의 소속성원들이 합법적으로 도시주민으로 귀속될 경우, 그 집체토지를 징용하거나 또는 도시주민으로 신분을 개변하는 시점에 집체토지소유권등기를 말소하여야 한다(토지등기규칙 제53조). 그리고 자연재해 등으로 토지권리가 소멸되었을 경우, 원토지사용자 혹은 토지소유자는 응당 토지증서와 관련증명서류를 제공하며 토지사용권 또는 토지소유권 말소등기를 신청해야 한다(동규칙 제56조). 임지가 합법적으로 징용, 점용되거나 혹은 기타원인으로 임지가 소멸되었을 경우, 권리자는 마땅히 원등기기관에 말소등기를 신청하여야 한다(임목과 임지권속등기관리방법 제7조). 그리고 토지관리법실시조례 제7조에 의하면 토지소유권을 회수할 경우, 원 토지등기기구에서 토지등기를 말소한다. 토지사용권유상사용기간이 만료되고 원 사용권자가 연기신청을 하지 않았거나 연기신청이 기각 된 경우, 원 토지등기기관에서는 원 토지등기를 말소한다.

3. 使用權登記

(1) 設立登記

매각방식으로 국유토지사용권을 취득할 경우, 양수인은 응당 국유토지사용권설정등기를 신청하여야 하며(토지등기규칙 제26조), 광산자원을 探査, 探掘시 반드시 법에 의하여 각기 신청하여야 한다. 비준을 거쳐 취득한 탐광권, 채광권은 반드시 취득등기수속을 하여야 한다(광산자원법 제3조).

(2) 確認登記

농민집체소유의 토지가 법에 의하여 비농업용으로 사용되는 경우와 단위와 개인이 법에 의하여 사용하는 국유토지는 현급이상 인민정부에서는 등기부를 작성하고 심사를 거쳐 증서를 발급하여 해당토지의 건설용지사용권을 확인하여야 한다. 그리고 중앙국가기관¹⁰⁴⁾에서 사용하는 국유토지의 구체적 증서발급등기기관은 국무원에서 별도로 규정한다(토지관리법 제11조). 현급이상 지방인민정부에서는 마땅히 도급자에게 토지도급경영권증, 임권증 등 증서를 발급하여야 하며 등기부를 작성하여 토지도급경영권을 확인하여야 한다(농촌토지도급법 제23조). 군용토지사용권은 마땅히 당지의 현급이상인민정부토지관리부문에 신청하고 수속해야 하며, 국유토지사용증서를 수령하여야 한다(중국인민해방군지적관리방법 제16조).

적법하게 사용하는 국가소유의 삼림, 임목과 임지는 첫째, 국무원에서 직접 관할하는 국가소유의 중점임구를 사용하는 단위는 국무원임업주관부문에 등기신청을 제기하여야 하며 국무원임업주관부문에서는 등기부를 작성하고 권리증서를 심사, 발급하여 사용권 및 소유권을 확인한다. 둘째, 인근 행정지역과 연결된 국가소유를 사용하는 단위나 개인은 공동의 상급인민정부임업주관부문에 등기신청을 제기하여야 하며 상급인민정부에서 확인한다. 셋째, 기타의 국가소유를 사용하는 단위와 개인은 현급이상 지방인민정부임업주관부문에 등기를 신청하고 확인한다(삼림법실시조례 제4조). 또한 집체소유의 삼림, 임목과 임지를 사용하는 단위와 개인은 소재지의 현급인민정부에서 등기신청을 하고 관련정부에서는 등기부를 제작하고 증서를 심사발급하며 삼림, 임목과 임지 사용권을 확인한다(동법 제5조). 또한 국가는 해역사용권등기제도를 건립하여 해역사용권을 보호하며(해역사용관리법 제6조), 해역사용권의 신청은 국무원해양행정주관부서에서 등기부를 작성하며 해역사용권신청자에게 해역사용권증서를 발급한다(동법 제19조).

(3) 株式算入登記

국가가 국유토지사용권을 주식으로 산입하여 주식제기업에 양도할 경우, 그 기

104) 중국에서 중앙국가기관에는 중앙행정기관 및 그 직속기구가 포함될 뿐만 아니라 중앙당기관, 군사기관, 사법기관, 입법, 정치협상기구 등이 망라된다.

업은 마땅히 국유토지사용권설정등기를 신청하여야 한다. 토지사용자는 토지사용권을 취득한 후 법률규정에 근거하여 기업에 주식산입을 할 수 있다(토지등기규칙 제27조).¹⁰⁵⁾ 또한 법에 의하여 취득한 토지사용권은 관계법률, 행정법규의 규정에 의하여 가치로 산정하여 주식으로 산입하며 합영과 합작으로 부동산을 개발하고 경영할 수 있다(도시부동산관리법 제27조).

중국에서 외국인투자기업, 특히 합영, 합작기업은 토지사용권주식산입방식으로 토지사용권을 취득할 수 있다. 중국 측 합영 혹은 합작투자자가 토지사용권을 가치로 산정하여 합영·합작기업에 주식으로 산입함으로써 기업이 토지사용권을 취득하는 것으로 그 산정금액은 동종의 토지사용권을 취득하는데 납입하여야 할 사용비와 동일하여야 한다.¹⁰⁶⁾ 합영기업과 합작기업에 있어서 토지사용권을 주식으로 산정하는 평가방식은 서로 다르다. 합영기업의 주식산입방식은 모든 주주가 하나의 합자적인 법인실체로 출자하여 설립하며, 각 당사자는 자기가 합영기업에서 주주로서의 지위를 갖기 위하여 어떤 방식으로 출자(현금·실물·공업소유권·토지사용권 등 방식)하든지 간에 동일종류의 화폐로서 각자의 출자액과 기업법정자본총액 중에서 점하는 주식권리 비례에 따라 기업에 대하여 위험을 부담하며 기업으로부터 이윤을 분배받는다. 반면에 합작기업은 합작에 참여하는 당사자 각자가 법인 신분으로 合作을 하는 것이면 각 당사자의 출자방식, 위험책임과 이익분배에 대하여 모두 구체적으로 계약에 기입한다. 따라서 토지사용권으로서 주식산입을 할 때에는 반드시 화폐로서 이 부분의 주식산입금액으로 산정할 필요가 없다.

4. 抵當登記

당사자가 토지사용권, 건물, 임목으로 저당을 설정할 경우, 마땅히 저당물등기를 진행하여야 한다(담보법 제41조). 또한 법에 의하여 취득한 건물소유권은 그 건물의 점용한 범위내의 토지사용권과 함께 저당권을 설정할 수 있다. 양도방식

105) 股份有限公司土地使用權管理暫行規定 제26조 참조.

106) 合資企業法實施條例 제45, 48조 土地使用費는 중국합영자측이 투자한 경우에는 당해 계약기한 내에는 조정할 수 없다.

으로 취득한 토지사용권도 저당권을 설정할 수 있다(도시부동산관리법 제47조).

그리고 국가토지관리국에서 반포한 「토지사용권저당등기관관련문제의 통지」에 따르면 토지사용권저당권의 설립, 변경, 소멸은 마땅히 법에 의하여 토지저당등기수속을 하여야 한다. 저당기간 내에 저당계약이 변경되면 저당당사자는 마땅히 토지관리부문에서 저당등기변경수속을 하여야 한다. 저당채산을 처분할 목적으로 토지사용권을 이전할 경우, 토지사용권 피처분자와 저당권자는 마땅히 토지관리부문에 토지변경등기를 진행하여야 한다. 또한 국가토지관리국은 저당계약이 해제 또는 終止되면 저당설정자는 저당계약이 해제 혹은 終止된 날부터 15일 내에 관련증빙서류를 지참하고 토지관리부문에 저당등기말소수속을 하여야 한다.

5. 不動產賃貸借登記

국가토지관리부문으로부터 국유토지를 임대하려는 임대인은 마땅히 임대차계약을 체결한 날부터 30일 내에 토지임대차계약과 기타 관련증명서류를 소지하고 국유토지사용권등기를 신청하여야 한다(토지등기규칙 제28조). 토지사용권자가 적법한 절차로 그 토지사용권을 임차할 경우, 그 임차인(사용권자)과 임대인은 응당 임대차계약 체결 후 15일내에 임대차계약과 관련서류를 지참하여 토지사용권 임대등기를 신청하여야 한다. 토지관리부문은 등기부에 관련사항을 등재하여야 하며 임대인한테 토지타항권리증서를 발급한다(동규칙, 제30조). 건물임대차의 임대인과 임차인은 응당 서면임대차계약을 체결하여 임대차기한, 용도, 가격, 보수책임 등 조항 및 쌍방의 기타 권리와 의무를 약정한 후 부동산관리부문에 등기한다(도시부동산관리법 제53조).

제5절 不動產登記機關

I. 不動產登記機關의 現況

부동산등기기관은 법률의 규정에 따라서 자연인, 법인 등 거래주체들의 부동산

권리등기 신청을 접수하여 관련 거래주체들의 부동산권리에 대하여 등기를 진행하는 조직이다. 부동산등기기관의 통일은 물권입법과정의 중요한 과제이도 하다.

물권법이 시행되기 전, 중국헌행법에는 부동산물권에 대한 등기기관이 법적이거나 현실적으로나 통일되지 못하고 있었다. 그리하여 서로 다른 부동산에 대하여 각기의 행정주관기관과 등기기관이 존재하였고, 주로 행정기관이 장기간 동안 담당해 왔다. 예컨대 중국에서 부동산물권등기에 대하여 직권을 사용하는 기관은 국토관리기관, 건물관리기관, 광산관리기관, 해사행정기관, 어정관리기관, 임업관리기관 등이 담당하여 왔다. 현행 담보법의 규정에 의하면 부착물이 없는 토지사용권을 저당한 경우, 등기기관은 토지사용권증서를 심사, 발급한 토지관리부서가 등기기관이다. 도시부동산 혹은 향·진·촌기업의 공장건물 등으로 저당한 경우, 현급 이상 지방인민정부에서 지정한 부문이 등기기관으로 되며, 임목을 저당한 경우, 현급 이상 임목관리부서가 등기기관으로 된다. 이러한 현상은 장기간 동안 등기를 행정기관의 직권으로 인식하였을 뿐 일종의 공시의 수단으로 생각하지 않은 데에 있다. 현재 중국의 부동산등기는 부동산소재지 현급이상 인민정부의 해당 부동산관리부문에서 각기 책임지고 있다. 구체적으로 열거하면 다음과 같은 부서들이 있다.

1. 國土 및 鑛産 登記機構

1998년 3월 10일 국무원의 기구개혁방안에 근거하여 지질광산부, 국가토지관리국, 국가해양국, 국가측량국이 합병하여 국토자원부를 구성하였다. 그러나 국가해양국과 국가측량국은 국가 2급중앙부처로써 국토자원부의 지도를 받는 전제하에서 독립적으로 업무를 진행한다. 국토자원부의 직능은 토지자원, 광산자원, 해양자원 등 자연자원에 대한 기획, 관리, 보호와 합리적 이용을 보장하는 것이다. 국토자원부는 산하에 행정지역에 따라서 국토자원국을 설치하여 본 부처의 중요업무의 하나인 전반국토에 대한 등기사업을 지도한다. 즉 전국의 성, 시, 현(시) 향(진) 4급체제의 수많은 토지관리·등기사업체를 총괄한다.

국토자원부 소속의 地籍管理司는 국무원의 토지등기담당부서로써 독자적 혹은

지방 각급국토자원국의 해당부서를 지도하여 국토에 전반에 대한 국토총등기, 초시등기, 변경등기, 말소등기, 예고등기, 경정등기, 이의등기, 저당등기 임대차등기를 접수하며 등기 관련 법률책임을 진다. 그 외에도 지적관리, 토지등기부의 관리 보관, 등기부 열람사업도 관장하며 담당한다. 또한 鑛山開發管理司에서는 전국의 탐광권, 채광권에 관련한 전반 등기사업을 총괄하며 지방국토자원부의 해당부서의 등기사업을 지도하여 공동으로 전국광산자원에 대한 등기 및 권리증서 발급업무를 담당한다.

중국은 석유, 천연가스 광산 및 해역내의 광산채취, 외국투자자의 광산채취, 국가대형광산자원은 국토자원부 鑛山開發管理司에서 직접 등기를 접수하고 채취허가증을 발급한다. 그 외 광산의 규모나 중요한 정도에 따라서 채취를 허가한 각 지방의 국토자원국에서 등기를 진행하고 권리증서를 발급하며 급별에 따라 상 1급 담당부서에 보고한다.¹⁰⁷⁾

2. 海域登記機構

국토자원부에 소속이지만, 독립된 업무를 행하는 등기기구로는 중국국가해양국 및 그 산하의 북해분국, 동해분국, 남해분국 등 분국 및 해양행정국의 위탁을 받은 부분적 지방정부의 해사관리국 등이 중국의 해역등기기구이다. 각 지역국에는 해역관리처를 설치하여 주업무 중의 하나로 해당 해역의 해역사용에 대한 관리를 진행하는 동시에 해역사용권을 등기하며 관련 권리증서를 심사발급하는 직권을 가진다.

「해역사용권등기방법」 규정에 따라서 해양관리국 및 수탁을 받은 지방정부의 해사관리국에서는 海域使用權初始登記, 海域使用權變更, 注銷登記 등기부작성 및 관리 직책을 가진다. 그중 국무원에서 비준한 해역사용에 대한 신청은 국가해양국에서 등기부를 작성하고 지방기구에서 비준한 신청은 해당 지역의 해양관리국 및 기타 해양행정주관부문에서 등기를 담당한다.¹⁰⁸⁾

107) 중국국토자원부 홈페이지 참조. www.mlr.gov.cn(2008. 11. 25 검색).

108) 중국국가해양국 홈페이지 참조. <http://www.soa.gov.cn/>(2008. 11. 25 검색).

2. 建物登記機構

중국은 건설부 산하에 각 도시를 거점으로 방산관리국을 설치하여 건물등기를 담당하고 있다. 도시부동산관리법 제60조에서는 법의 의해 취득한 부동산개발용지에 건설된 건물은 응당 토지사용권증서를 지니고 현급이상 지방인민정부 방산관리부문 즉 관할지방의 방산관리국에서 등기를 신청하여야 한다고 규정하였다. 부동산양도 혹은 변경 시에는 응당 현급이상 지방인민정부의 건물관리부문에 변경등기를 신청해야 하고 변경후의 가옥소유권증서를 지참하고 동급인민정부 토지관리부문에 토지사용권변경의 등기를 신청해야 한다.

담보법 제42조에서는 도시부동산 혹은 향(진), 농촌의 공장 등 건축물을 저당할 때의 저당등기담당부문은 현급이상 지방인민정부가 지정한 부문이라고 규정하였다. 또한 도시부동산관리법 제53조에서는 건물임대 시 임대인과 임차인이 응당 서면으로 임대차계약을 체결하고 임대차기한, 임대차용도, 임대차가격, 수선책임 등 조항 및 쌍방의 기타권리와 의무를 약정한 후 건물관리부문에 등기하여야 한다고 규정하였다.

3. 草原登記機構

중국에는 지방특성에 근거하여 부분적인 도시에 초원관리국이 설치되어 있다. 국가초원행정주관부문에서 전국초원감독관리사업을 담당한다고 규정하였다. 현급이상 지방인민정부 초원행정주관부문에서는 본 행정구역내의 초원감독관리공작을 담당한다. 동법 제11조에서는 법을 근거로 전민소유제단위, 집체경제조직이 사용하는 국가소유의 초원은 현급이상인민정부에서 등기를 접수하고 사용권증서를 발급하여 초원사용권을 확인한다고 규정하였다. 사용권을 확정하지 않은 국가소유의 초원은 현급이상 인민정부에서 등기부를 제작하고 보호 및 관리를 책임진다. 집체소유의 초원은 현급인민정부에서 등기하고 소유권증서를 발급하고 초원소유권을 확인한다.

4. 林業登記機構

중국의 임업등기기구는 國家林業局 및 그 산하의 지방각급임업국이다. 국가임업국 및 지방각급임업국은 임업법의 규정에 근거하여 국가소유와 집체소유의 삼림, 임목, 임지 및 개인소유의 임목과 개인이 사용의 임지에 대하여 각종 등기를 진행하고 권리증서를 발급하며 권리자의 소유권과 사용권을 확정한다. 국유重點林區의 임목, 임지에 대해서는 국가임업국에서 직접 등기하고 기타 임지, 임목에 대하여서는 지방임업부서에서 관련등기를 담당한다.

중국의 등기관련기구들은 여러 곳의 행정기관에서 부동한 부동산에 대하여 관리를 행하고 있기 때문에 여러 곳에 분산 등기하는 현상이 나타나는 등의 등기관과 행정기관의 설치와 직능이 혼재되는 문제가 나타난다. 부동산등기는 주요하게 부동산소재지의 현급 이상 인민정부의 관련부동산관리부문에서 책임진다. 토지와 건물이 서로 관련된 경우, 토지관리부서에서 국유토지사용권, 담보권, 농민집체토지소유권에 대해 등기하고 방산관리부서에서 가옥소유권, 담보권에 대해 등기하며 초원주관부서는 초원사용권, 초원소유권에 대해 등기하며 임업주관부서는 삼림, 임목, 임지소유권 혹은 사용권에 대해 등기하고 해양행정주관부서는 해역사용권에 대해 등기한다. 광산자원주관부서에는 광산, 광천수 사용권에 대하여 등기한다.¹⁰⁹⁾

이와 같이 이는 행정관리의 기능상 신속하고 편리하지만 공시체계상으로는 많은 문제점을 가지고 있다. 부동산을 서로 다른 정부기관에서 각각 관리하기 때문에 통일된 공시방법을 갖추기가 어려우며, 또한 이로 인해 많은 투기등기의 현상이 생긴다. 또한 등기소가 분산되었기 때문에 당사자가 이와 관련된 등기내용을 열람하기에 불편하고 거래당사자에게 충분하고도 완전한 정보를 제공하기가 매우 어렵다. 예를 들어 당사자가 공장을 매매하는 경우에 토지는 토지관리국에서 토지가 저당에 잡혔는지 열람하고, 건물관리부문에서 건물이 저당에 잡혔는지 열람하고, 공장부문에서는 설비가 저당에 잡혔는지 열람하고,公安부문에서는 차량이 저당에 잡혔는지 등을 열람해야 한다. 이는 불필요한 거래를 증가시키고 당사

109) 屈茂輝 主編, 앞의 책, 68-69면.

자가 등기상황을 열람하는 데 큰 불편을 준다. 한편으로 분산된 등기는 관련당사자가 등기하는데 큰 불편을 준다.¹¹⁰⁾ 예를 들어 동일한 토지상에 임목이 있다면 두개의 기관에서 등기해야 한다. 아울러 건물과 땅을 담보로 잡히는 경우에도 토지와 건물을 중복으로 저당하는 현상이 나타난다.¹¹¹⁾ 이와 같은 문제점을 해결하고자 물권법 제10조는 “不動產登記는 不動產所在地 登記機構에서 취급한다. 국가는 부동산에 대하여 統一登記制度를 실시한다. 통일등기의 범위, 등기소와 등기방법은 법률 및 행정법규로 정한다”고 규정하고 있다.¹¹²⁾

II. 登記簿

부동산 등기부는 등기주관기관에서 전문적인 물권변동사항을 등기, 기록하는 특정부책이다.¹¹³⁾ 등기부는 부동산물권 상황을 증명하는 표준이며, 물권권속이며, 이를 판단하는 의거이다. 그는 부동산등기기관에 보존되며 당사인 및 이해관계인이 검열할 수 있도록 제공하여 준다. 부동산 등기부의 편성은 물적편성주의와 인적편성주의 두가지의 형식으로 나뉘어진다. 물적편성주의는 부동산의 성질에 근거하여 부동산 등기부를 설치하는 것으로 독일민법이 대표적이다. 인적편성주의는 부동산권리가 상이함에 따라 등기부를 설치한 것으로 프랑스민법이 대표적이다. 중국 현행법상 부동산 등기부는 부동산성질에 근거하고 있으므로 물적편성주의를 채용하고 있다.¹¹⁴⁾

부동산등기부의 효력은 일면 권리의 추정력을 갖고 있어서 어떠한 부동산에 권속쟁의가 발생하였을 경우, 부동산등기부로 진정한 권리자를 확인할 수 있다. 즉, 등기부에 기재되어 있는 권리자가 부동산을 향유하는 권리자임을 유력하게

110) 김용길, “중국의 토지등기제도”, 110면.

111) 王利明, 我國民法典重大疑難問題之研究, 335면.

112) 中國 物權法 제10조와 관련된 법률은 中華人民共和國 土地管理法 제11조, 中華人民共和國 農村土地承包法 제23조, 中華人民共和國 担保法 제42조, 中華人民共和國 農村土地承包法 제23조, 中華人民共和國 城市房地產管理法 제60조, 中華人民共和國 草原法 제11조, 中華人民共和國 森“法 제3조이다.

113) 屈茂輝 主編, 앞의 책, 90-91면.

114) 馬特, 物權變動, 190면.

증명하고 부동산의 권리변동상황을 상세하게 나타내고 있기 때문에 불가쟁의의 권위성을 갖추고 있다. 다른 한편 제3자와의 관계에서 부동산등기부는 그 자체를 신뢰하고 보호받는 공신력을 인정할 수 있기 때문에 공시방법을 신임하는 것을 체현한 물권이 바로 물권 거래인의 것이며, 법적으로도 진실된 물권과 동일한 법률효과의 존재를 승인하며 거래의 안전을 보장할 수 있다.

중국에서는 토지와 건물이 서로 독립한 두 기구에서 등기하기에 부동산 등기부에는 주택 및 성향건설부의 소속의 건물관리시스템에서 건립한 건물등기부와 국토자원부산하 토지관리시스템에서 건립한 토지등기부가 있다. 토지등기규칙 제 60조의 규정에 좇아 토지등기부는 가두(향, 진)를 단위로 그 소속의 거민위원회(촌민위원회)의 배열순서와 토지필지번호의 선후순서에 따라 토지등기부를 편성한다. 한 필지의 토지가 분필될 경우, 원 등기부 번호에 부속번호(예를 들면 1-1, 1-2 등)를 부여한다. 합필이 되는 경우 합필한 후의 필지번호를 적용한다. 그 외 土地歸戶카드(토지대장)은 현급 행정구역을 단위로 토지권리자의 성씨의 획수에 따라서 토지대장의 배열순서를 정하였다. 이와 같이 토지등기부는 토지를 중심으로 편성되었으며 토지대장은 사람 위주로 편성하였음을 알 수 있다.

건설부에서 반포한 도시건물권속등기관리방법에는 건물등기부의 편성기술에 대하여 명확한 설명은 없다. 그러나 중국에서 현재 사용하고 있는 건물등기부의 샘플을 보면 기본사항에 대한 등기, 부동산평면도, 소유권등기란이 기본적으로 설정되어 있고 그 외에 선택사항으로 집합건물의 구분소유권기재란, 타항권리기재란, 이의등기기재란, 예고등기기재란, 기타사항기재란을 필요에 따라 가감할 수 있도록 되어 있음을 쉽게 알 수 있다.

중국 물권법에서 건물과 토지의 등기부를 일원화하여 부동산등기부로 통칭하고 있지만, 어떻게 부동산등기부를 편성하는가에 대하여는 설명이 없어서 역시 나중의 부동산등기법률에 기대하여 할 부분이다.

Ⅲ. 不動產眷屬證書

부동산 권속증서는 법에 의하여 등기절차를 마친 다음 등기기관에서 제작하여

권리인에게 발급하는 권리를 가지고 있음을 증거문서이다. 중국의 부동산권속증서는 주로 토지권속증서이다. 토지등기규칙 제19조에 의하여 현급이상의 지방인민정부에서는 국유토지사용권자, 집체토지소유권자와 집체토지사용권자에게 각각 국유토지사용증, 집체토지소유증과 집체토지사용증을 발급하였다. 또한 현급이상의 인민정부의 토지관리부문에서는 토지타항권리자에게 토지타항권리증명서를 발급하였다. 주택권속증서로는 도시주택권속등기관리방법 제30조에 의하여 현, 지방산행정주관부문에서는 주택소유자, 공유자, 타항권리자에게 각각 주택소유권증, 주택공유권증, 주택타항권증을 발급하였다. 이외에 임권증 등 권속증서도 존재한다. 그러나 물권법이 시행된 현시점에서는 부동산권속증서는 통일화·규범화되어야 한다.¹¹⁵⁾

권속증서는 증거문서로써 효력을 갖고 있지만 부동산물권성을 대표하는 증권은 될 수 없다. 권속증서는 유가증권범위에 속하지 않기 때문에 증서에 무물권변화과정을 기재하였다 하더라도 법률의 별도의 규정이 없으면 물권변동의 변화를 의미하지 않는다. 즉, 권속증서는 위조·변조·수개 등의 가능성이 있기 때문에 등기증서에 기재된 사항과 부동산등기부의 내용이 일치하지 않을 경우, 부동산등기부를 기준으로 한다. 등기부의 효력이 증서의 효력보다 높다. 즉, 부동산 권속증서는 권리인이 본 부동산물권을 향유함을 증명한다. 부동산 권속증서에 기재된 사항은 응당 부동산등기부와 일치해야 한다. 기재내용이 상이할 경우, 부동산등기부에 명백한 하자가 있음을 증명하는 증거가 있는 경우를 제외하고 부동산등기부를 기준으로 한다(중국물권법 제17조).¹¹⁶⁾

IV. 登記簿의 閱覽

1. 土地登記簿의 閱覽

토지관리법실시조례 제3조에는 “토지등기자료는 공개적으로 열람할 수 있다고

115) 馬特, 物權變動, 190면.

116) 馬特, 위의 책, 191면.

규정하였다.” 그리고 토지등기부의 공개조회행위를 규범화하고 토지교역안전을 보장하며 토지권리자의 합법적 권익을 보호하기 위하여 관련부서에서 2002년 11월에 토지등기서류 공개열람방법을 제정하였다. 열람신청인은 열람권리가 있는 단위와 개인이다.

토지등기자료란 제1항의 토지등기카드와 종지도를 포괄한 토지등기결과 및 제2항의 토지권속원에 관한 서류, 토지등기신청서, 지적조사표와 지적도가 포괄된 토지원시서류를 통칭한다. 제1항에서 규정한 토지등기결과에 대해 어떠한 단위와 개인이든지 모두 관련규정에 따라 열람할 수 있다. 제2항에서 규정한 원시등기자료에 대하여 열람권리가 있는 단위와 개인은 다음과 같은 경우이다. (1) 토지권리인 및 토지권리인의 동의를 받은 단위와 개인은 그 토지권리범위내의 원시등기재료를 열람할 수 있다. (2) 토지등기대리기구는 대리업무와 직접적으로 관련된 원시등기서류를 열람할 수 있다. (3) 국가안전기관, 공안기관, 검찰기관, 재판기관과 규율검사, 감찰부문은 본 부처에서 처리하는 사건과 관련되는 원시등기서류를 열람, 조사할 권리가 있다.

(1) 閱覽機關

현급 이상 인민정부 국토자원행정부서는 토지등기서류의 공개조회사업을 책임진다(토지관리법실시조례 제4조). 임업행정주관부서에서도 임지, 임목에 대한 공개조회서비스를 진행하고 있다.¹¹⁷⁾ 그 외에도 각 기관별로 등기조회 서비스업무를 담당하고 있는 실정이다. 열람기관에서는 수요에 따라서 구체적인 토지임대등기자료의 공개 열람사무를 유관단위를 위탁하여 진행할 수 있다.

(2) 閱覽節次

토지등기법실시조례 제7조부터 제13조에서는 등기부열람절차, 열람자에 대한 제한 및 열람기관의 권리와 의무 및 기타 내용들을 규정했다.

117) 国人大法制委员会, 앞의 책, 192면.

원시등기서류를 열람인이 토지등기자료를 열람할 경우, 열람기관에게 본인의 신분증명을 제공하고 열람신청표를 작성해야 한다. 열람인이 법인 혹은 기타조직을 대리하여 열람할 경우, 관련기구의 증명문건을 내놓아야 한다. 이외에도 ① 토지권리인자는 권리인임을 증명하는 서류, ② 토지권리인의 허가를 받은 단위와 개인은 토지권리인의 수권증명, 토지권리인의 권리증서과 토지권리인의 신분증명이 있어야 한다. ③ 국가 안전기관, 공안기관, 검찰기관, 재판기관과 규률검사감찰부문에서는 본 단위에서 열람증명 혹은 열람임무를 집행하는 공작일군의 공작증이 있어야 한다.

그러나 열람담당기관에서는 ① 열람을 신청한 토지가 본 부서의 등기범위가 아닐 경우, ② 열람인이 합법적인 증명문건이 없거나 증명문건이 불완전한 경우, ③ 열람을 신청한 내용이 본 법의 규정범위를 초래한 경우, ④ 법률, 법규에서 열람제공을 못하도록 규정한 경우 등의 일정한 경우에는 열람을 거절할 수 있다. 이 경우 열람신청을 받은 날로부터 3일내에 열람을 거절하는 이유를 열람신청자에게 고지하여야 한다.

(3) 閱覽人 및 閱覽機關의 權利義務

열람인이 토지등기자료를 열람할 때 마땅히 열람기관이 지정한 장소에서 진행하여야 한다. 어떤 단위나 개인이든지 토지등기자료를 지정장소에서 반출할 권리가 없다. 열람인은 열람시에 토지등기자료의 원상태를 보존해야 하며, 토지등기자료에 함부로 표기하거나 변형, 파손해서는 아니된다. 열람인이 개인적으로 토지등기자료를 지정한 장소에 반출하고 등기자료에 대해 점을 찍거나 금을 긋거나 표기를 하거나 고치거나 접거나 혹은 고의적으로 열람설비를 파손하면 열람기관은 제때에 제지시켜야 하며 바로잡아야 한다. 이에 불응하는 열람인에 대해서는 열람제공을 정지시켜야 하며, 열람결과를 제출하지 않으며, 손실을 발생한 열람인에 대하여서는 손해배상책임을 추궁할 수 있다. 또한 범죄를 구성하게 되면 형사책임을 추궁할 수 있다(제15조).

열람기관은 규정에 부합되는 열람신청에 대하여 열람기관은 바로 열람서비스를 제공해야 하며, 특수한 상황으로 당장 열람제공을 하지 못하면 5일 내에 열람

을 제공해야 한다. 열람기관은 열람자의 신청에 따라 관련 등기서류를 기록 혹은 복제할 수 있다. 열람기관에서 열람인의 요청에 근거하여 기록 혹은 복제한 등기 결과증명서를 열람인에게 제공할 수 있다. 열람결과 증명서에는 마땅히 열람기관의 도장을 찍어야 하며 열람 일자를 기재하여야 한다. 열람결과증명의 복사본은 법률효력이 없다. 조회를 통하여 토지등기사항이 없는 경우, 열람인의 청구에 따라 열람기관은 토지등기기록이 없다는 서면증명을 제출해야 한다.

제6절 不動產登記의 節次

I. 登記申請

1. 土地登記申請

(1) 申請人

토지등기규칙 제9조에서는 국유토지사용권은 국유토지를 사용하는 단위 또는 법정대표인 혹은 국유토지를 사용하는 개인이 등기를 신청하고 집체토지사용권은 촌민위원회 혹은 농업집체경제조직 및 법정대표인이 등기를 신청하며 집체토지사용권은 집체토지를 사용하는 토지의 단위 및 법정대표인 혹은 집체토지를 사용하는 개인이 등기를 신청해야 한다고 규정하였다. 토지타항권리는 단독신청이 필요할 때 관련 권리자가 등기신청하여야 한다.

(2) 신청절차

토기등기신청자가 토지등기 사용권, 소유권과 토지타항권리등기를 신청할 때 토지관리부문에가서 토지등기 신청서를 가지며 또한 토지관리부문에 ① 토지등기신청서, ② 단위 또는 법정대표인 증명, 개인신분증명 혹은 호적증명, ③ 토지권속래원증명, ④ 지상부침물권속증명 등의 자료를 제출해야 한다. 그리고 토지

등기신청서는 ① 신청자명칭,주소, ② 토지착지, 면적, 용도, 등급, 가격, ③ 토지 소유권, 사용권과 토지타항권리 권속래원증명, ④, 기타사항 등의 기본사항을 기재해야 하며, 신청자가 기명날인하여야 한다(토지등기규칙 제10조, 제11조 참조).

2. 林木 및 林地權利의 登記申請

임권 권리인은 응당 삼림법 및 기타 실시조례의 규정에 의해 등기신청을 제출하며 또한 ① 임권등기신청표, ② 개인신분증명, 법인 혹은 기타 조직의 자격증명, 법정대표인 혹은 책임자의 신분증명, 법정대리인 혹은 위탁대리인의 신분증명과 위탁사항 및 위탁권한을 기재한 위탁서, ③ 신청등기의 삼림, 임목과 임지 권속증명문건, ④ 성, 자치구, 직할시 인민정부 임업주관부문에서 규정한 요구에 따라 제출한 기타 문건 등을 제출하여야 한다(임목과 임지의 권속등기관리방법 제5조).

3. 海域使用權登記申請

국무원 혹은 지방인민정부의 비준에 의해 해역을 사용하는 해역사용신청자는 해역사용권을 비준한 통지서와 해역사용금 지불수표를 가지고 규정한 시간내에 용해를 비준한 인민정부의 해양행정주관부문에 가서 초시등기 수속을 하고 입찰 혹은 경매 방식으로 얻은 해역사용권의 중찰인 혹은 매수인은 해역사용권양도합동과 해역사용권지불금수표를 가지고 규정한 시간내에 해역사용권 입찰경매방안의 인민정부의 해양행정주관부문에서 초시등기 수속을 해야 한다(해역사용권등기방법 제7조, 제8조).

II. 審査

1. 土地登記審査

토지관리부서는 응당 주소조사와 토지등급 가격측정성과에 의해 토지권속, 면적, 용도, 등급, 가격 등 적중에 전면 심사를 진행하고 토지등기 심사표를 작성해야 한다. 토지등기 심사표는 종지를 단위로 하여 작성해야 한다. 두개이상의 토지사용자가 공동으로 한종의 토지를 사용하면 응당 각기 토지등기 심사표를 작성해야 한다(토지등기규칙 제14조). 또한 토지관리부서의 심핵을 통과하여 등기요구에 부합되는 종지는 공고해야 한다(동법 제15조). 공고의 주요내용은 ① 토지사용자, 소유자와 토지타항권리자의 명칭, 주소, ② 등기를 피준하는 토지권속 등기 성질, 면적, 착지, ③ 토지사용자, 소유자와 토지타항권리자 및 기타 토지권익의 유관자가 제출한 이의의 기한, 방식과 수리기관, ④ 기타사항 등이다.

2. 林地 및 林木登記審査

등기기관은 응당 임권관리인이 제출한 등기신청채래에 대해 초보적인 심사를 진행해야 한다고 하였다. 등기기관에서 임권관리인이 제출한 신청재료가 삼림법 및 기타 실시조례 및 본 방법의 규정에 부합된다고 인정하면 수리해야 하며, 규정에 부합되지 않으면 수리하지 않는 이유 혹은 임권 관리자에게 보충자료를 요구해야 한다(임목과 임지권속등기관리방법 제9조). 등기기관은 이미 수리한 등기신청에 대해 응당 수리한날로부터 10개 공작일내에 삼림, 임목과 임지 소유지에서 공고를 진행해야 한다고 규정하였다 공고기한은 30일이다(동법 제10조).

Ⅲ. 登記方法

1. 土地登記方法

공고기한이 만기된 토지사용자, 소유자와 토지타항권리자 및 기타 토지권익관계인은 토지등기심핵 결과에서 이의를 제기하지 않았으면 인민정부에서 피준한 후 아래의 규정에 따라 등기출책을 해야 한다고 규정하였다. ① 토지등기신청의 조사 심사통과 결과에 근거하여 종지를 단위로 하여 토지등기카드를 작성하며

등기인원과 토지관리부문의 주관 영도자는 토지등기카드의 책임인, 심사통과인란에 날인하여야 한다. ② 토지등기카드의 관련 내용에 따라 토지귀호카드를 작성하며 등기인원은 토지귀호카드의 책임인란에 날인하여야 한다. 토지귀호카드는 권리인을 단위로 하여 작성해야 한다. 즉, 하나의 현금행정구범위내에 두종 이상의 토지를 소유한 권리에 대해 동일 토지귀호카드위에 작성해야 한다. ③ 토지등기카드의 상관 내용에 근거하여 토지증서를 작성해야 한다. 토지증서는 종지를 단위로 하여 작성해야 한다. 두개 이상의 토지사용자가 공동으로 한종의 토지를 사용할 때 응당 각기 토지증서를 작성해야 한다(토지등기규칙 제18조).

토지등기카드는 가도(향, 진)을 단위로 하고 이웃(촌)및 종지호 순서배열에 따라 토지등기부를 작성해야 한다(동규칙 제60조, 제65조). 토지등기카드는 토지등기의 주권, 또한 토지사용권, 소유권과 토지타항권리의 법률근거이며, 토지증서는 토지등기카드의 부분 내용의 부분이며 토지사용자, 소유자와 토지타항권리자가 가지고 있는 법률증거이다.

그러나 토지관리부문에서는 ① 등기를 신청한 토지가 본등기구역안에 있지 않은 것, ② 제공한 증명재료가 완전하지 않은 것, ③ 합법적인 증명을 제공하지 못하는 것, ④ 토지사용권 양도, 임대, 담보기한이 토지사용권 출양연한을 초과한 것, ⑤ 규정에 따라 신청보고해야 하는 토지가격을 보고하지 않은 것 내지 응당 토지관리부문의 확인을 통과해야 하는 토지가격이 확인 수속을 하지 않은 것, ⑥ 기타 법의 의해 수리를 하지 못하는 것 등은 토지등기신청을 수리하지 않는다(동규칙 제66조). 그리고 토지관리부문에서 ① 토지 권속 쟁의가 해결되지 못한 것, ② 토지의 위법행위가 처리되지 못하거나 혹은 현재 처리중인 것, ③ 법에 의해 제한하는 토지권리 혹은 법에 의해 차압한 지상건축물, 기타 부첩물로 토지권리를 제한한 것, ④ 법률, 법규의 규정에 의해 잠시 늦추는 등기의 기타사항 등의 경우에는 잠시 지연하시키는 등기결정을 할 수 있다(동규칙 제67조).

2. 林地 및 林木登記方法

임지 및 임목의 등기는 심사후 ① 등기신청하는 삼림, 임목과 임지의 위치, 사

지계선, 임종, 면적 혹은 목수 등 정확한 수치가 있는 것, ② 임권증명자료가 합법·유효한 것, ③ 권속쟁의가 없는 것, ④ 부도증 표명한 계좌, 명확한 물표지와 실제와 부합한 것 등의 조건에 부합되는 등기신청은 등기기관에서는 수리하는 날로부터 3개월내에 등기를 하여야 한다(임목과 임지권속등기관리방법 제11조). 그리고 공고기간내에 유관 이해관계인이 만약에 등기신청에 대해 이의를 제기하면 등기기관은 응당 제출한 이의에 대해 조사와 핵실을 진행해야 한다. 유관 이해관계인이 제출한 이의가 확실하게 합법유효를 주장하면 등기기관은 등기신청에 대해 응당 등기를 해주지 않는다(동방법 제12조).

IV. 證書發給

토지는 현금이상의 지방인민정부에서는 국유토지사용자, 집체초지소유자, 집체토지사용자한테 각기 국유토지사용증, 집체토지소유증과 집체토지사용증을 발급해야 한다. 현금이상의 지방인민정부의 토지관리부문은 토지타항권리자에게 토지타항 증명서를 발급해야 한다(토지등기규칙 제19조). 또한 토지사용권, 소유권을 확정하지 못한 토지는 토지관리부문에서 등기조책을 진행하며 토지증서를 발급하지 않는다(동규칙 제20조)

임권은 등기기관의 심사를 통과하여 등기의 신청을 피준받으면 응당 제때에 임권증을 발급해야 한다(임목과 임지권속등기관리방법 제14조).

해역은 해양행정주관부문에서는 관련자료를 받은 날로부터 5개 공작일내에 해역사용심사피준보고서 혹은 해역사용권양도계약에 근거하여 1종의 해역을 단위로 하여 해역사용권등기표를 작성하고 또한 해역사용신청인, 낙찰인 혹은 매수인한테 해역사용권증서를 발급해야 한다(해역사용권등기방법 제9조).

VI. 不動産登記 中の 瑕疵 및 解決方法

토지등기이후 등기에 착오가 있거나 등기상 누락이 있을 경우, 토지관리부서는 마땅히 경정등기를 해야 하며, 이해관계인도 경정등기를 신청할 수 있다(중국토

지등기규칙 제71조). 임목과 임지소유권등기관리방법 제17조의 규정에 의하면 “임권증기재에 등기상 착오, 누락이 있거나, 임권증이 분실, 훼손되었을 경우, 관련 권리자는 원 임권등기기관으로 하여금 수정하거나 혹은 재발급을 요구할 수 있다.” 해역사용권등기방법 제22조에 의하면 “해역사용권자는 해역사용권등기결과의 착오 혹은 누락을 발견하면, 원등기기관에 경정을 신청할 수 있다. 심사를 거쳐 확인되면 원등기기관에서는 경정한다. 해양행정주관부서의 심사상 소홀로 인하여 등기가 잘못되었거나 등기부와 등기증서가 일치하지 않은 경우, 응당 즉시 경정하고 경정결과를 서면형식으로 해역사용권인에게 통지해야 한다. 만약 해역사용권자에게 손실을 끼쳤을 경우, 마땅히 상응한 배상책임을 져야 한다.”고 규정하고 있다.

위 3가지 등기방법들에 규정된 부동산등기절차로 보면, 모두 실질심사방식을 사용하였다. 즉 등기기관이 부동산권리의 취득, 변경, 상실의 진실성을 보증하여야 하며, 등기착오 혹은 누락상황이 발생하였을 경우, 토지등기와 임권등기는 “경정등기하여야 하며 이해관계자도 경정등기를 신청할 수 있다.”고 규정하였고 단지 해역사용권등기만이 “등기 착오 혹은 누락이 발생하면 권리자는 배상을 요구할 권리가 있다.”고 규정하였다.

제7절 不動產物權變動

I. 物權變動의 意義

중국 물권법상 “부동산 물권의 설립, 변경, 양도 및 소멸은 법에 의한 등기를 거쳐야만 효력을 발생한다. 등기하지 않으면 효력을 발생하지 못한다.” 그러나 예외적인 경우에 대비하기 위하여 “법률에 별도의 규정이 있으면 그 규정을 따른다”는 단서규정을 두고 있다. 아울러 “국가가 소유한 자연자원은 등기하지 않아도 된다”고 부가하고 있다(제9조). 또한 물권변동의 효력시점은 법률규정에 의하여 부동산물권의 설립, 변경, 양도, 소멸에 대하여 등기하여야 할 경우, 그 사항이 등기부에 기재된 시점에 효력을 발생한다(제14조)고 규정하고 있다.

물권변동은 물권이 설립, 변경, 이전과 멸실을 말한다. 물권의 설립은 물권의 발생이라고도 하는데 거래주체가 법에 따라 설립한 새로운 물권이다. 즉 기존에 존재하지 않았던 물권을 창설하는 것이다. 예를 들면 소유권자는 자기소유의 물위에 타인으로 하여금 저당권을 설정하게 하는 등이다. 물권변동은 광의와 협의의 구분이 있는데 협의의 물권변동은 물권의 객체, 내용 등의 부분적인 변경을 말하는데 예를 들면 개체수량의 증감, 권리내용의 확충 또는 축소 등을 말한다. 광의의 물권변동은 물권주체, 개체 및 내용의 변경을 말한다. 중국물권법은 주로 협의의 의미의 물권변동의 개념을 취하고 있다. 물권의 양도는 주로 물권주체의 변경을 말하는데 이미 존재하고 있는 물권이 부동한 주체 사이에서 이전하는 것을 말한다. 물권의 소멸에는 절대소멸과 상대소멸이 있는데 물권법에서 칭하는 물권이 절대소멸에 두 가지 경우가 있다. 하나는 부동산물권의 객체가 그 존재를 잃어 물권자체가 종국적으로 소멸된 경우, 예를 들면 건물이 불에 전소하여 소유권이 소멸된 경우, 그리고 물권의 객체가 소멸되지는 않았지만 물권 자체가 종국적으로 소멸된 경우, 예를 들면 저당권이 주요채무의 이행과 함께 소멸된 경우이다.

그 외에도 물권법 제29조에는 물권취득에 관한 규정을 하였다. 물권취득은 물권자의 각도에서 보면 설립으로 인한 물권취득, 이전으로 인한 물권취득, 승계로 인한 물권취득, 유증으로 인한 물권취득, 공권력으로 인한 물권취득, 사실행위로 인한 물권취득 등이 있다. 민법이론상 물권의 취득은 원시취득과 계수취득이 있다. 원시취득은 최초취득이라고도 하고 계수취득은 전래취득이라고 한다. 원시취득은 타인에게 이미 존재한 물권을 근거로 하는 취득하는 것이 아니라 직접 법률의 규정에 따라서 최초로 취득하는 물권을 말한다. 계승취득은 타인이 이미 취득한 물권을 근거로 법률행위를 통하여 취득하는 물권을 말한다.¹¹⁸⁾

II. 物權變動에 관한 公示方法

1. 意思主義(對抗要件主義, 佛法主義)

118) 屈茂輝 主編, 앞의 책, 55-56面.

물권변동은 그것을 목적으로 하는 당사자의 의사표시, 즉 물권행위만 있으면 일어나고, 그 밖에 등기나 인도와 같은 공시방법도 필요로 하지 않는다고 보는 입법주의이다. 의사주의는 당사자의 의사를 존중한다는 데 그 기초를 두고, 당사자 사이의 법률관계를 중심으로 물권변동 이론이 구성되어 있다. 프랑스와 일본 민법이 채택하고 있다.

프랑스민법은 소유권에서 「채권의 효력으로써」(par l'effet des obligations) 취득되고 이전한다고 하고(C.c 제711조), 물건을 인도할 채무는 「당사자의 합의만에 의하여」(par le seul consentement des parties contractantes)완성되며 채권자를 소유자로 만든다고 규정하고 있어(C.c. 제1138조) 의사주의를 취하고 있다.¹¹⁹⁾

의사주의하에서는 물권변동이 당사자의 의사표시만에 의하여 일어나고 공시되지 아니하므로 외부에서는 물권변동의 사실을 알 수 없게 되어 불측의 손해를 입을 염려가 있다. 그래서 프랑스에서는 거래의 안전을 위하여 동산물권변동에는 공신의 원칙을 인정하고(C.c. 제1141조, 제2279조), 부동산 물권변동은登記(inscription) 및 公示方法(謄記; transcription)을 갖추지 아니하면 제3자에게 대항할 수 없도록 하였다. 따라서 부동산 물권변동에 있어서의 법률관계는 당사자 사이의 법률관계(의사표시만으로 효력발생)와 제3자에 대한 법률관계(공시방법을 갖추어야 함)로 분열된다.¹²⁰⁾

2. 形式主義(成立要件主義, 獨法主義)

물권변동은 그것을 목적으로 하는 당사자의 의사표시, 즉 물권행위만에 의해서 일어나지 않고, 그 밖에 등기·인도라는 공시방법을 갖추어야 비로소 물권변동이 일어난다고 하는 입법주의이다. 이를 형식주의 내지 독법주의라고 한다. 형식주의는 물권변동을 제3자도 쉽게 인식할 수 있도록 하여 거래의 안전을 도모

119) 권용우, 「물권법」, 법문사, 2001, 64면; 곽윤직, 앞의 책, 35면; 김상용, 「물권법」, 법문사, 2006, 89면; 김정수, “부동산등기제도의 개선에 관한 연구 -신뢰성 제고방안을 중심으로-”, 박사학위논문 경성대학교, 1996, 60면.

120) 김상용, 위의 책, 89-90면.

하는데 그 취지가 있다. 따라서 공시방법을 갖추지 않는 한 제3자에 대한 관계에 있어서는 물론이며, 당사자 사이에서도 물권변동의 효과는 발생하지 않는다. 독일 민법, 한국 민법, 그리고 Torrens제도를 운용하는 국가에서 이 입법주의를 취하고 있다.

독일 민법은 ① 물권행위는 채권의 발생을 목적으로 하는 채권계약(Vertrag)과 구별하여 물권적 합의(Einigung)라 한다. 그리고 Einigung 가운데서도 “부동산토지소유권이전의 합의”를 Auflassung이라 한다. Einigung은 무방식으로도 할 수 있으나(BGB 제873조 제2항), Auflassung은 반드시 일정한 방식을 갖추어야 하고, 조건과 기한을 붙일 수 없다(BGB 제925조). ② 물권변동은 물권적 합의(Einigung) 이외에 부동산물권변동에는 등기를 하여야 효력이 발생한다(BGB 제873조, 제928조). ③ 물권변동을 일으키는 물권행위는 그 원인행위인 채권을 발생케 하는 채권행위와는 언제나 독립하여 존재하므로 서로 다른 시기에 별개의 행위로 행하여진다. 따라서 물권행위의 독자성이 인정된다. ④ 물권행위의 독자성이 인정되므로 물권행위의 효력은 그 원인되는 행위인 채권행위가 무효 또는 실효하더라도 영향을 받지 않게 되므로 물권행위의 무인성이 인정된다.

이와 같이 독일 민법에서는 물권행위를 채권행위로부터 구별하며, 그 독자성·무인성을 인정하고 거래의 동적 안전을 확보하기 위하여, 동산의 점유뿐만 아니라 부동산의 등기에도 공신력을 인정하고 있다. 형식주의에 있어서 물권행위는 공시방법과 결합되어 있어서, 의사주의에서와 같이 물권변동의 효과가 당사자 사이와 제3자에 대한 관계에 있어서 다르게 적용되는 문제가 발생하지 않는다.¹²¹⁾

의사주의와 형식주의는 서로 장단점을 가지고 있지만,¹²²⁾ 성립요건주의가 부동산

121) 김상용, 위의 책, 90-91면; 광윤직, 앞의 책, 35-36면; 김준호, 앞의 책, 36면.

122) 의사주의는 근대법의 사적자치의 원칙에 부합되고, 물권변동에 성립요건주의와 같은 등기·인도라는 형식을 필요로 하지 않으므로 물권거래의 신속을 기할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 물권변동의 존부·발생시기 등을 외부에서는 인식하기 어렵기 때문에 거래의 안전을 해칠 염려가 있다. 또한 그 효력은 당사자 사이와 제3자에 대한 관계를 분열시키므로 물권의 귀속관계를 복잡하게 하는 단점이 있다. 형식주의는 당사자 사이와 제3자에 대한 법률관계가 분열하지 않고 일원화되어 법률관계가 명확하고, 등기와 권리관계의 일치로 도모할 수 있고, 등기로써 물권의 변동과정을 명료하게 나타내므로 거래의 안전에 기여할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 등기·인도라는 형식을 강요하므로 당사자에게 번거롭고 거래의 신속을 저해하며, 등기나 점유에 공신력을 인정하므로 진실한 권리자가 희생된다는 단점이 있다(박흥기, “부동산등

산 물권관계의 명료성과 물권거래의 안전을 위해 대항요건주의 보다 더 우수한 제도라고 할 수 있다.¹²³⁾

Ⅲ. 物權行爲

등기의 효력에 대하여 등기요건설과 등기대항설의 대립이 있다. 전자는 물권계약 및 등기 이외에 물권행위의 독자성 및 무인성을 인정하는 견해이고, 후자는 등기를 대항요건에 불과한 것으로 보고 물권행위의 독자성 및 무인성을 인정하지 않는 견해이다.¹²⁴⁾

1. 登記要件說

등기요건설은 채권행위만으로 소유권이 이전되는 것이 아니라 의사표시, 등기 또는 인도와 같은 법정방식 및 서면의 형식과 같은 물권행위를 요하는 것으로 부동산의 경우 물권변동의 효력은 등기에 의해서 발생하는 것이라고 한다. 이 견해가 다수설이다.¹²⁵⁾ 또한 현실에서의 건물매매를 보면 채권적 합의·물권적 합의·등기라는 과정을 통해서 이루어지는데 이는 물권행위이론을 채용하고 있는 증거라고 한다.¹²⁶⁾ 즉, 당사자는 건물매매계약을 체결한 후, 당사자는 공동으로 ‘건물매매심사표’를 작성하고, 부동산거래소에 심사를 신청한다. 부동산거래소는 건물매매내용, 건물상황에 관한 실질적 심사를 하지 않고, 매매가 합법적이면 매매허가를 하며, 당사자가 각종의 세금을 지불한 후에 매수인은 이전등기를 한다. 이 과정에서 당사자가 공동으로 건물매매계약의 심사를 신청하는 것이 물권계약이라고 한다. 또한 물권행위의 무인성에 대하여는 채권행위에 존재하는 하자가

기제도의 개선에 관한 연구”, 박사학위논문 조선대학교, 2007, 101면).

123) 박윤직, 위의 책, 38면; 김상용, 위의 책, 92면; 김준호, 위의 책, 36-37면.

124) 장석천, 앞의 논문, 363면.

125) 장석천, 위의 논문, 364면; 牛振亞, “物權行爲初探”, 「法學研究」, 1989年 6期, 53면 이하.

126) 張玉敏·田曉梅, “我國民法應承認物權行爲”, 「現代法學」, 1997年 6期, 27면 이하 참조.

물권행위에도 존재하는 경우에는 물권행위를 취소하거나 혹은 불성립·무효로 하는 것에 의해 소유권이전이라는 효과를 발생시켜 소유권자의 이익을 보장하는 것도 가능하다고 주장한다.¹²⁷⁾

그리고 중국의 경제개혁의 초기뿐만 아니라 부동산 분야에서 시장경제의 메커니즘이 도입된 후에는 도시부동산관리법 제60조, 제61조 및 담보법 제41조 등의 중국의 법제도들이 비교적 명확하게 물권행위이론을 받아들이고 있다고 한다.¹²⁸⁾

2. 登記對抗說

등기대항설은 물권변동은 채권계약만을 필요로 하고 등기는 대항요건으로 보는 견해이다. 등기하지 않는 모든 부동산물권이 모든 제3자에게 대항할 수 없는 것이 아니라, 선의의 제3자에게만 대항할 수 없는 것으로써 매수인을 강하게 보호할 수 있고 또한 거래의 안전을 보호할 수 있다는 것이다. 나아가 등기대항설을 취하는 것이 현대 민법의 추세인 사적자치의 원칙을 관철하는데 유리하다고 한다.¹²⁹⁾ 또한 등기요건설에 대하여 계약성립일로부터 등기시까지의 사이에 매수인의 권리가 불안정하고, 이중매매가 발생하기 쉽다는 점 및 물권행위에 무인성이론을 채택하고 있고, 독일에서도 채권계약이 하자에 의해서 무효·취소가 된 경우에도 물권행위는 유효하기 때문에 발생하는 손해를 전적으로 매도인이 부담하여야 한다는 비판을 가하고 있다.¹³⁰⁾

이외에도 각국의 물권변동법제는 각각의 장·단점이 있고, 현재 중국은 가장 기본적인 부동산공시제도도 완비되어 있지 않기 때문에 등기에 공신력을 부여하는 것은 시기상조이므로 등기에 공신력을 부여하는 것을 전제로 하는 등기요건설을 채택하는 것은 어렵다는 이유를 들고 있다.¹³¹⁾

127) 장석천, 앞의 논문, 365면.

128) 孫憲忠, “再談物權行爲理論”, 「中國社會科學」, 2001年 5期, 55面 이하 참조.

129) 장석천, 앞의 논문, 365면.

130) 齋毅保·楊立茂, “論物權公示的效力及我國立法模式的選擇”, 「現代法學」, 1997年 6期, 63面 이하 참조.

131) 渠濤, 앞의 논문, 37면 이하 참조.

IV. 中國 不動産登記效力主義의 例外

물권법 제9조에 부동산물권변동에 대하여 등기요건주의를 확립하였지만, 단서에서 “법률에 별도의 규정이 있으면 그에 따른다”라고 규정하여 다음과 같은 예외를 인정하고 있다.

첫째, 법에 의하여 국가소유인 자연자원의 소유권은 등기를 하지 않는다. 법에서 정한 국가소유의 자연자원에는 광산자원, 하천, 해역, 도시토지, 법률의 규정에 의한 국가소유의 농촌과 도시교구의 토지, 삼림, 산령, 초원, 황지, 깃벌 등이 포함된다. 등기를 하지 않는 이유는 국가소유권은 법률의 규정상 이전을 할 수 없기에 새로운 소유권을 설정함이 불가능하다. 그 외 일부분 자연자원은 등기를 할 수 없기에 등기를 하지 않도록 규정하였다. 이는 국가소유권을 보호하는 데에 유리하다. 그러나 마땅히 주의를 돌려야 할 것은 등기를 하지 않아도 되는 대상은 다만 국가소유의 자연자원에 제한된다. 국가소유의 건축물, 철도, 교량, 도로 등 기초시설에 대하여서는 마땅히 법에 따라 등기하여야 한다.

둘째, 부분적인 부동산물권에 대하여 등기대항주의를 취하였다. 물권법 제127조 제1항은 “토지도급경영권은 토지경영권계약이 효력을 발생하는 시점에 설정된다.”고 규정하였는데 이 조항은 토지도급경영권의 설립은 등기를 설립요건으로 하지 않음을 확립하였다. 즉 계약이 효력을 발생하면 토지도급경영권도 설립된다. 또한 물권법 제129조에서 “토지도급경영권자가 토지도급경영권을 교환, 양도할 경우, 당사자가 등기할 것을 요구하면 마땅히 현금 이상 지방인민정부에 토지도급경영권변경등기신청을 하여야 한다. 등기하지 않을 경우 선의의 제3자에 대항하지 못한다.”고 규정하여 이 조항은 토지도급경영권의 이전, 변동에 관하여서는 등기대항주의를 취함을 알수 있다. 이는 중국 농촌에서 유동인구가 비교적 적어, 상호 친숙한 촌락사회를 이루고 있으므로 토지도급경영권의 거래도 보통 지인 사이에 행하여지므로 이전등기를 하지 않아도 권리귀속관계가 비교적 명확하다고 본다. 그리고 이에 대하여 강제등기를 진행하면 농민들의 부담이 될 뿐 아니라 현실적으로 그 실현을 기대하기가 어렵다. 그러므로 물권법은 이에 대하여 자원등기의 원칙을 정하여 만약 당사자간에 토지도급경영계약을 체결하고 등기

를 하지 않았다 하더라도 법률상으로는 도급경영권의 이전을 인정한다. 그러나 이러한 방식으로 토지도급경영권을 취득한 자가 제3자에게 대항하지 못할 뿐이다. 물권법 제158조에는 “지역권은 지역권계약이 효력을 발생하는 시점에 설정된다. 당사자가 등기를 요구할 경우, 등기기구에 신청하여 지역권등기를 할 수 있다. 등기를 거치지 아니하면 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.”고 규정하였는데 이러한 규정을 한 취지는 지역권은 타인의 부동산을 이용하여 자기의 부동산 활용가치를 높이기 위한 용익물권이기 때문이다. 지역권은 주로 두 권리자 사이에 발생하며 일반적으로 제3자에 미치지 않는다. 제3자가 토지권을 침해하는 상황은 보통 토지사용권에 대한 침해로 나타나지 지역권과는 관련되지 않는다. 그러므로 가령 지역권등기를 하지 않았다 하더라도 당사자의 권속관계에 영향이 없다. 더욱이 지역권은 그 자체만으로는 단독양도가 되지 않기에 반드시 토지도급경영권 또는 건설용지사용권 등 권리와 함께 이전되어야 한다. 이는 지역권은 공역지와 수역지의 소유권 혹은 사용권에 첨부되어 있기 때문이다.

셋째, 등기처분주의에 해당하는 경우이다. 민사법률행위가 아닌 원인으로 인한 부동산물권의 변동에서 등기는 물권자가 물권을 처분하는 요건이다. 즉 등기를 거치지 않으면 이 물권을 처분할 수 없음을 말한다. 물권법 제28조에는 인민법원, 중재위원회의 법률문서 혹은 인민정부의 징수결정에 의하여 물권이 설립, 변경, 양도, 소멸 등이 이루어진 경우, 관련법률문서 혹은 인민정부의 징수결정이 효력을 발생하는 시점에서 물권은 효력을 발생한다.¹³²⁾ 그리고 상속이나 유증(제29조), 건물에 대하여 합법적인 건조·철거(제30조) 등의 경우에 인정하지만, 그 물권을 처분하는 경우에 등기하지 아니하면 물권의 효력은 발생하지 않는다(제31조).

V. 檢討

중국에서는 민법통칙이 제정되기 전까지는 물권변동에 관한 규정은 존재하지 않아서 실무에서도 소유권의 이전시기는 기본적으로 당사자의 약정에 의하고, 당

132) 屈茂輝 編著 앞의 책, 56-59面.

사자의 약정이 없는 경우에는 물건의 종류에 따라서 처리하였다. 즉, 특정물의 소유권은 계약시, 종류물의 소유권은 인도시에 이전한다는 것으로 보았다.¹³³⁾ 마찬가지로 현행 물권법에서도 물권변동에 관하여 아직 등기요건설과 등기대항설에 대한 통일적인 규정은 두고 있지 않다.

물권법 제9조, 제14조와 도시부동산관리법 제35조, 도시사유건물관리조례 제6조, 담보법 제41조, 제42조의 규정과 마찬가지로 법률행위에 의한 부동산물권변동에 관하여는 등기요건설을 취하고 있다고 할 수 있다. 이와 같이 중국의 입법이 부동산물권변동에 있어서 등기요건주의를 취하는 것은 부동산거래의 안전과 사회경제질서의 유지라는 측면에서 보면 당연한 것이라고 할 수 있다. 그러나 이러한 입법례에 대하여 등기를 부동산물권변동에 있어서 처분요건으로만 보자고 하면서 등기대항주의의 채택을 주장하거나, 법률행위에 의하지 않은 부동산물권변동에도 대처할 수 있는 상대등기주의를 주장하는 견해도 있다.¹³⁴⁾

중국의 물권법이 부동산물권변동에 등기를 요한다는 점만을 보면, 독일의 형식주의에 속하는 것으로 보이지만, 중국은 독일과는 달리 법률행위에 의한 물권변동과 법률행위에 의하지 않는 물권변동을 구별하지 않고 모든 물권변동에 등기를 요구하고 있다. 더욱이 중국이 법률행위에 의한 물권변동의 경우에 물권행위의 독자성과 무인성 및 공신력을 인정하고 있는지도 불분명하다. 따라서 중국에서의 부동산물권변동이 독일의 형식주의와 완전히 동일하다고 볼 수 없기 때문에 이에 대한 명확한 규정을 두는 것이 타당할 것이다.¹³⁵⁾

제8절 不動產登記의 效力

중국의 물권법 및 토지관리법과 도시부동산관리법 등 현행법은 모두 부동산물권변동의 원인을 구별하지 않고, 부동산물권의 설립·변경·소멸은 반드시 등기하지 아니하면 효력이 발생하지 않는다고 규정하고 있을 뿐,¹³⁶⁾ 등기의 법률적

133) 李双元·溫世揚, 「比較民法學」, 武漢大學出版社, 1998, 324面.

134) 梁慧星, 「中國物權法研究(上)」, 法律出版社, 1997, 187面 이하; 王利明, 物權法論, 60면 이하 참조.

135) 張석천, 앞의 논문, 360면.

효력에 대하여는 체계적으로 규정하고 있다고 할 수 없다.¹³⁷⁾ 예컨대 토지관리법 실시조례 제6조에는 “토지소유권, 사용권의 변경은 변경등기일부터 효력을 발생한다”고 규정하고 있고, 담보법 제41조는 “당사자가 토지사용권, 건축물, 임목으로 담보를 제공할 경우, 마땅히 담보물등기를 해야 한다. 담보계약은 등기일부터 효력을 발생한다”고 비교적 명확하게 규정되어 있다.

(1) 등기의 일반적인 효력으로는 먼저, 물권공시의 효력이 있다. 물권은 절대권과 대세권이 있으므로 반드시 물권변동은 이를 공시하여야 한다.¹³⁸⁾ 둘째, 등기는 물권변동의 근거적인 효력이 있다. 즉 물권행위와 그것에 대응하고 부합하는 등기가 있으면 부동산에 관한 물권변동이라는 효력이 생긴다. 셋째, 등기는 권리정확성의 추정적 효력이 있다. 이는 등기부상의 법적 기재사항이 실제적 권리관계에도 존재하는 것으로 추정하게 하는 효력을 말한다. 넷째, 등기는 선의의 보호 효력이 있다. 사회의 공신력을 위하여 부동산등기에 기재된 권리관계를 믿은 선의의 제3자는 법률로 보호하여야 한다. 다섯째, 경시(警示)의 효력이 있다.¹³⁹⁾ 부동산등기의 주요 내용은 부동산물권의 상세한 법적 정보를 반영하여야 하고, 법률로 허가된 범위내 사항을 사회나 부동산거래 시장에 제공하여야 한다. 그리고 등기는 관리감독의 효력이 있다. 즉 부동산의 등기는 부동산 시장을 관리 감독하는 중요한 수단이 된다.¹⁴⁰⁾

(2) 중국의 물권법은 이원적인 체계를 취하고 있는데 원칙적으로는 등기요건주의를 취하면서, 물권의 종류에 따라 등기효력을 달리하고 있다. 예컨대 건설용지사용권(제139조), 부동산저당권(제187조)에 대해서 성립요건주의를, 토지도급경영권의 변경(제129조)과 지역권(제158조)에 대하여 제3자에 대한 대항요건주의를 취하고 있다.¹⁴¹⁾

이외에 1990년의 도시건물재산권등기관리잠정방법은 “본 방법에 의하지 않고

136) 중국도시부동산관리법 제16조

137) 김용길, “중국의 부동산등기제도”, 112면.

138) 孫憲忠, 앞의 책, 446면.

139) 위의 책, 448면.

140) 위의 책, 450면.

141) 물권의 공시방법의 법적효력에 대해서는 각국마다 입법례가 같지 않지만 일반적으로 공시성립요건주의, 공시대항요건주의, 절충주의의 3가지가 있다(申衛星·傅穹·李建華, 「物權法」, 吉林大學出版社, 2003, 81면).

신청한 건물재산등기는 그 건물재산의 취득, 이전, 변경 및 타항권리의 설정이 모두 무효”(城市房屋產權產籍管理暫行辦法 제18조)라고 규정하고 있는데, 이는 중국의 상속법이 규정하는 것과 위배된다.¹⁴²⁾ 즉, 상속법(繼承法) 제2조는 “상속은 피상속인의 사망시에 개시된다”고 규정하고 있다. 상속인은 피상속인이 사망할 때에 피상속인의 유산건물의 소유권을 취득하게 되며, 상속인이 건물부문을 변경등기 한 후에야 유산건물의 소유권을 취득하는 것은 아니다. 또한 1987년에 향건설환경보호부(城鄉建設環境保護部)가 반포한 도시건물소유권등기잠정방법은 “새로운 건물은 준공후 3개월 내에 소유권등기를 신청해야 한다”(城鎮房屋所有權登記暫行辦法 제10조)라는 규정은 건물주가 등기한 후에 새로운 건물의 소유권을 획득할 때 3개월 내에 새로운 건물의 소유권은 누구에게 귀속되는지에 대해 합리적으로 해석하기 어렵다는 점등을 고려하면 등기가 다른 원인에서 그 효력을 확정한다는 것이므로 등기가 효력요건주의가 아님을 알 수 있다.¹⁴³⁾

(3) 중국의 담보법과 해상법의 규정에 따르면 등기는 민영항공기, 선박, 열차 등의 중요 동산의 공시방법으로써, 동산의 물권등기 효력은 입법상 일반적으로 등기대항주의를 택한다. 따라서 등기를 거치지 않은 물권변동은 선의의 제3자에게 대항할 수 없다. 중국 해상법 제9조는 “선박소유권의 취득, 이전과 소멸은 선박등록기관에 등록하여야 한다. 등록을 하지 않으면 제3자에 대항하지 못한다”는 규정과 제13조의 “선박저당권을 설정시 저당권자와 저당권설정자가 공동으로 선박등록기관에서 저당권등록 절차를 밟아야 한다. 등록하지 않으면 제3자에 대항하지 못한다”고 규정하고 있다.¹⁴⁴⁾

142) 陳華彬, 「物權法」, 法律出版社, 2004, 154面.

143) 김용길, “중국의 부동산등기제도”, 113면; 李開國, 「民法學(專題講座)」, 西i政法大學, 1995, 370面.

144) 梁彗星·陳華彬, 앞의 책, 90면.

제3장 韓國의 不動產登記制度와의 比較

부동산에 관한 여러 현상들을 조사, 측량하여 국가가 공적장부에 등록하고 공시하는 제도로서 대표적인 것은 부동산등기제도와 지적제도를 들 수 있다. 부동산의 현상에 관한 등록, 공시라는 것은 주로 토지에 관한 현상을 말하는 것으로 물리적이고 외형적인 사항에는 지표면의 지목, 면적, 경계, 용도, 이용 상태, 토질, 토양과 지상의 건축물, 구축물 및 지하의 시설물 등을 들 수 있고, 추상적이고 무형적인 사항에는 소유자 등 권리관계, 용도지역, 지구, 구역, 공시지가, 토지등급 등을 들 수 있다. 공시는 물건의 현상이나 권리를 외부에서 인식할 수 있도록 하는 표상이나 표시하는 방법이고 그 제도로서 등기제도와 지적제도를 창설하게 된 것이다.¹⁴⁵⁾

한국의 현행 부동산등기제도는 대체로 구법시대의 등기제도를 승계하고 있다고 할 수 있다.¹⁴⁶⁾ 예컨대 등기부의 편성에서 물적 편성주의를 취하고, 등기절차에서는 공동신청주의와 형식적 심사주의를 취하며, 등기의 효력에 관하여는 이른바 형식주의 내지 성립요건주의에 의하고 있으나, 공신력을 인정하지 않는다. 다만, 등기의 효력에 관하여 구법의 대항요건주의에서 성립요건주의로 전환하였다는 점이다(민법 제186조).

부동산 등기에 관하여 적용되는 법규는 실체법과 절차법으로 나누어 볼 수 있다. 실체적 등기법은 등기하여야 할 물건과 권리 및 법률관계, 등기의 유효요건, 등기의 효력 등에 관한 규정들으로써, 실체법인 민법의 신의성실의 원칙(제2조)과 물권편 중 물권법정주의(제185조) 그리고 부동산물권의 득실변경에 관한 규정인 제186조와 제187조의 규정 등이 해당한다. 절차적(형식적) 등기법은 부동산등기법상의 등기소, 등기관, 등기에 관한 장부, 등기의 절차 등에 관한 규정들이다. 부동산등기법은 민법의 물권변동의 실현으로서 존재가치가 있는 법규이므로 실체적 등기법에 속하는 규정들이 몇 조문 삽입되어 있지만, 민법과 같은 실체법이

145) 최정인, “부동산공시제도의 개선방안에 관한 연구”, 「한국지적학회지」 제2호, 2002. 12, 35면.

146) 광윤직, 「부동산등기법」, 박영사, 2001, 56-58면 참조.

규제하여야 할 사항이다. 이외에도 부동산등기에 적용되는 절차법으로는 그 시행규칙인 부동산등기규칙, 부동산등기특별조치법, 집합건물의소유및관리에관한법률 등의 등기와 관련된 특별법 등을 들 수 있다.¹⁴⁷⁾

등기신청은 당사자의 권리로서 자신의 신청에 의하므로 임의법적 성격이 강하다. 그러나 부동산등기특별조치법에 의하여 등기의무화가 행해지므로 더 이상 임의법적 성격을 갖고 있다고 하기는 어려울 것이다. 등기의 실행은 등기신청인의 의사에 의하여 그 적용을 배제할 수 없고, 등기관은 부동산등기법이 정하는 절차에 따라야 하는 강행법규적 성격을 가진다. 이러한 강행법규에 따른 형식의 정형화는 일정형식을 해태하면 그것만으로 당해 등기실행행위에 하자가 있게 되고, 이 형식을 구비하면 그것만으로 일단 적법성이 추정된다. 그리고 한국법상 등기는 물권변동의 요건이며, 외부에서의 인식 수단이 된다. 이 때 등기사무는 민사상의 분쟁을 목적으로 하는 소송사건이 아니라 민사상의 생활관계를 조장하거나 감독하기 위하여 국가가 직접 후견적 작용을 영위하는 것을 주목적으로 한다. 이와 같이 등기사무는 비송사건의 일종이므로 등기신청행위는 비송행위의 일종인 것이다.¹⁴⁸⁾

제1절 韓國의 不動產登記法制 및 特徵

韓國의 부동산의 등기에 관한 법률은 여러 개의 단행 법률로 되어 있다. 가장 기본적인 사항을 정하고 있는 부동산등기법(1960. 1. 1. 법률 제536호로 제정되어 그후 수회 개정을 거쳐 2008. 03. 21. 현재 제8922호까지 개정됨)과 부동산등기에 관한특별조치법(1970. 8. 7. 법률 제2221호)이 있고, 거래자들의 중간생략등기를 방지하기 위하여 제정된 부동산등기특별조치법(일부개정 2000. 01. 21. 법률 제6183호)이 존재하고, 나아가 부동산실소유자가 타인의 명의로 등기(신탁등기)하여 탈세를 하는 한편 국가의 토지정책을 교란한 것을 방지하기 위하여 제정된 부동산실권리자명의등기에관한법률(1995.3.30 법률 제4944호로 제정 2007. 5. 11,

147) 박흥기, 앞의 논문, 67면.

148) 박흥기, 위의 논문, 68면.

법률 제8418호 까지 개정)이 존재한다. 나아가 주로 도시지역이 아닌 농어촌지역에서의 토지 소유자들이 소유권변동사항이 발생하여도 등기를 하지 아니한 채 방치된 결과 등기부와 변동사실의 불일치를 해소하기 위하여 비교적 소유자 증명에 용이한 절차를 거쳐서 소유권이전등기를 허용하는 부동산소유권 이전등기 등에 관한 특별조치법(2005. 05. 26. 법률 제7500호 제정, 2006. 12. 26. 법률 제8080호 개정)이 있고 그 하위 법령으로서 대통령령과 대법원규칙들이 존재한다.

I. 不動産登記關聯法の 體系

1. 不動産登記法

한국은 「부동산등기법」 사무처리상의 규칙인 「부동산등기법시행규칙」(대법원규칙 제63호)이 1960년 1월 1일 동시에 시행되었다. 부동산등기법은 민법(법률 제471호)이 제정되어 1960년 1월 1일부터 시행됨에 따라 조선부동산등기령을 폐지하고 그에 대체하여 민법의 부속법규의 하나로서 부동산물권변동의 등기에 관한 사항을 정하고자 제정된 법률이다. 그 후 부동산등기법은 2008년 4월21일까지 21차의 개정이 있었다.¹⁴⁹⁾ 본법은 전문 187조로 구성되어 있고, 소유권·지상

149) 주요 개정내용을 보면, 제2차 개정(1978년 12월 6일, 법률 제3158호)에서 부동산투기를 억제함으로써 부동산의 거래 및 이용의 정상화 및 과세의 적정, 등기원인으로서 관인계약서의 사용을 의무화하였다. 제3차 개정(1983년 12월 31일, 법률 제3692호)은 등기용지의 카드화에 따른 조문의 정리, 부정등기의 방지를 위한 보증서에 의한 등기절차의 개선, 등기권리자의 주민등록번호의 기재 등 등기사무처리의 기계화 및 능률화를 위한 전반적인 개정이 이루어졌다. 제4차 개정(1984년 4월 10일, 법률 제3726호)에서 ‘집합건물의소유및관리에관한법률’의 시행과 관련된 대지권 등기제도 및 1부동산 1등기용지주의의 원칙에 대한 예외로써 구분건물에 관하여 새로운 등기용지를 창설하였다. 제7차 개정(1990년 8월 1일, 법률 제4244호)은 부동산거래절서의 확립을 위하여 제정된 “부동산등기특별조치법”에 따라 등기신청의 의무화와 관례에 의하여 인정되어 오던 명의신탁이 금지되었다. 제8차 개정(1991년 12월 14일, 법률 제4422호) 부동산등기절차의 번잡성을 해소하고, 예고등기제도, 보증서첨부제도 등을 개선·정비함으로써 국민의 편의를 도모함과 아울러 부동산등기의 공시기능을 강화하고자 하였다. 제11차 개정(1996년 12월 30일, 법률 제5205호)로 등기신청시에 수수료를 납부하도록 하는 근거규정을 마련하고, 전산정보처리조직에 의한 부동산등기사무를 처리하는 경우의 특례를 정하며, 사무국을 둔 지원의 경우에는 지원장이 등기

권·지역권·전세권·저당권·권리질권·임차권의 등기에 대한 기본적 사항들을 규정하고 있다.

2. 不動産登記特別措置法

「부동산등기특별조치법」(1990. 8. 1. 법률 제4244호)은 주로 중간생략등기를 방지하기 위하여 이전등기를 강제하기 위해서 제정된 것이다. 즉 부동산소유권이전등기신청을 의무화하고, 부동산투기의 수단으로 이용되는 허위·부실등기신청행위와 부동산투기억제를 위한 거래제한법령을 회피하여 나가는 각종 편법·탈법행위를 직접적으로 규제함을 내용으로 한다(동법 제1조 참조).

(1) 동법은 移轉登記義務化制度를 규정하고 있는 바, 부동산의 소유권이전내용으로 하는 계약을 체결한 자는 계약의 당사자가 서로 대가적인 채무를 부담하는 경우에는 반대급부의 이행이 완료된 날 또는 계약당사자의 일방만이 채무를 부담하는 경우에는 그 계약의 효력이 발생한 날로부터 60일 이내에 소유권이전등기를 신청하도록 의무화하고 있다(동법 제2조 제1항). 이 경우 부동산의 소유권을 이전받을 것을 내용으로 하는 계약을 체결한 자가 위 기간 이후 그 부동

공무원을 지정하도록 하여 감독권과 지정권을 일치시키는 등 현행제도의 운영상 나타난 미비점을 개선·보완하고자 전산정보처리조직에 의하여 등기사무를 처리하는 경우 등기부의 등본이나 초본은 등기부에 기록된 사항의 전부 또는 일부를 증명하는 서면을 말하는 것으로 하고, 등기부의 열람은 등기부에 기록된 사항을 기재한 서면을 교부하거나 전자적 방법에 의하여 그 내용을 보게 하는 방법에 의할 수 있도록 하였다. 제12차 개정(1998년 12월 28일, 법률 제5592호)은 등기사무를 처리하는 “등기공무원”의 명칭을 “등기관”으로 변경하였고(동법 제12조, 제13조 및 제41조의2 등), 국가기관 또는 지방자치단체로부터 등기사무처리와 관련된 전산정보자료를 제공받을 수 있도록 하고, 등기전산정보자료를 이용하거나 활용하고자 하는 경우의 절차규정을 마련하였다(동법 제177조의5 제2항 내지 제4항 신설). 제17차 개정(2005년 12월 29일, 법률 제7764호)은 부동산 거래의 투명성을 확보하기 위하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 신청하는 경우에는 등기신청서에 거래신고필증에 기재된 거래가액을 기재하고, 신청서에 기재된 거래가액을 부동산등기부 甲구의 권리자 및 기타 사항란에 기재하도록 하였다. 제18차 개정(2006년 5월 10일, 법률 제7954호) 부동산 등기사무처리의 효율화와 등기신청에 관한 국민의 편의증진을 위하여 전산정보처리조직을 이용하여 등기를 신청할 수 있는 근거를 마련하고, 중복등기, 구분건물의 대지사용권 이전등기 및 합필등기의 운용과정에서 발생하는 문제점을 개선하였다.

산에 대하여 다시 제3자와 소유권이전을 내용으로 하는 계약이나 제3자에게 계약당사자의 지위를 이전하는 계약을 체결하고자 할 때에는 그 제3자와 계약을 체결하기 전에 먼저 체결된 계약에 따라 소유권이전등기를 신청하여야 한다(동조 제2항). 또한 계약을 체결한 자가 위 기간 전에 그 부동산에 대하여 다시 제3자와 소유권이전을 내용으로 하는 계약을 체결한 때에는 먼저 체결된 계약의 반대급부의 이행이 완료되거나 계약의 효력이 발생한 날부터 60일 이내에 먼저 체결된 계약에 따라 소유권이전등기를 신청하여야 한다(동조 제3항). 소유권보존등기가 되어 있지 아니한 부동산에 대하여 소유권이전을 내용으로 하는 계약을 체결한 자는 60일 이내에 소유권보존등기를 신청하여야 한다(동조 제5항).

(2) 부동산등기특별조치법은 중간생략등기를 금지하고 있다. 중간생략등기는 부동산이 전전이전된 경우에 그 물권변동의 과정의 전부 또는 일부에 대하여 등기를 하지 않고, 최초의 양도인으로부터 직접 최후의 취득자에게 등기가 행해지는 것을 말한다.¹⁵⁰⁾ 예컨대, 甲 소유의 부동산을 乙에게 매도하였는데도 불구하고 이것을 乙명의로 이전등기를 하지 않고서, 乙이 다시 丙과 매매계약을 체결하여 甲으로부터 직접 丙에게 이전등기를 하는 경우에, 중간매수인인 乙이 등기를 하지 않은 것을 말한다.¹⁵¹⁾ 중간생략등기는 각종 조세부담의 경감, 등기비용의 감소, 절차의 간소화를 위한 일종의 편법으로서 관행으로 행해졌으나, 동법은 이를 금지하고 있다(동법 제2조 내지 제4조, 제8조). 판례도 “최종 양수인이 중간생략등기의 합의를 이유로 최초 양도인에게 직접 중간생략등기를 청구하기 위하여는 관계 당사자 전원의 의사합치가 필요하지만, 당사자 사이에 적법한 원인행위가 성립되어 일단 중간생략등기가 이루어진 이상 중간생략등기에 관한 합의가 없었다는 이유만으로는 중간생략등기가 무효라고 할 수는 없다”고 하여 인정하고 있다.¹⁵²⁾

나아가 “부동산등기특별조치법 제7조 제1항, 제8조의 규정 자체에 의하더라도

150) 어인의, “중간생략등기와 부동산등기특별조치법”, 「한국민사법학논집」, 어인의교수정년기념, 2006, 184면; 양재모, “부동산소유권이전등기등에 관한 특별조치법의 제정필요성의 여부”, 「부동산법학」 제10집, 한국부동산법학회, 2004. 6, 60면.

151) 박홍기, 앞의 논문, 73-74면.

152) 대판 2005. 9. 29, 2003다40651 ; 대판 1997. 5. 16, 97다485 ; 대판 1995. 8. 22, 95다15575; 대판 1991. 12. 13, 91다18316 등.

등기신청의 원인행위인 같은 법 제7조 제1항 소정의 목적에 의한 계약명의의 신탁약정 자체가 금지된다고는 해석할 수 없으므로 그와 같은 명의신탁약정이 그 사법적 법률행위의 효력까지 부인되는 것은 아니다”고 판시하여¹⁵³⁾, 명의신탁에 관하여서도 단속법규로 파악하고 있다.¹⁵⁴⁾

3. 不動產 實權利者 名義登記에 관한 法律

「부동산 실권리자 명의등기에 관한 법률」(1995. 3. 30. 법률 제4944호)은 부동산에 관한 소유권과 기타 물권을 실제적 권리관계에 부합하도록 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하고, 부동산 거래의 정상화와 부동산 가격 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지하기 위해 제정된 법이다(동법 제1조).

명의신탁이란 대내관계에 있어서 신탁자가 소유권을 보유하여 이를 관리·수익하면서 공부상의 소유명의만을 수탁자로 하는 것을 말한다.¹⁵⁵⁾ 명의신탁약정은 부동산에 관한 소유권 기타 물권을 보유한 자 또는 사실상 취득하거나 취득하려고 하는 자가 타인과의 사이에서 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고 그에 관한 등기(가등기를 포함)는 그 타인의 명의로 하기로 하는 약정을 말한다(동법 제2조 제1호). 이러한 명의신탁은 원칙적으로 무효이지만(동법 제4조), 예외적으로 종중재산의 명의신탁(동법 제8조 제1호), 부부간의 명의신탁(동법 제8조 제2호), 공유자간의 명의신탁(동법 제2조 제1호 나)¹⁵⁶⁾은 유효하다.

153) 대판 1993. 8. 13, 92다42651; 대판 1995. 11. 14, 94누11729.

154) 결국 부동산 실권리자 명의등기에 관한 법률의 제정으로 이어졌다. 김상용, “부동산거래실명법률에 대한 평가와 실명제 실시의 전제조건”, 「민사재판의 제문제(상)」, 이시윤박사화갑기념논문집, 1995, 144면.

155) 김상용, 앞의 책, 445-446면; 권용우, 앞의 책, 304면; 곽윤직, 「물권법」, 94면 이하; 이은영, 앞의 책, 267면; 박홍기, 앞의 논문, 78면.

156) 1필의 토지의 일부를 특정하여 양도받고 편의상 그 전체에 관하여 공유지분등기를 경료한 경우에는 상호 명의신탁에 의한 수탁자의 등기로서 유효하고, 위 특정부분이 전전양도되고 그에 따라 공유지분등기도 전전 경료되면 위와 같이 상호 명의신탁한 지위도 전전승계되어 최초의 양도인과 위 특정부분의 최후의 양수인과의 사이에 명

4. 不動産所有權移轉登記 등에 관한 特別措置法

「부동산소유권 이전등기 등에 관한 특별조치법」(2005. 05. 26. 법률 제7500호)은 「부동산등기법」에 따라 등기하여야 할 부동산(지방소재의 부동산)으로서¹⁵⁷⁾ 이 법 시행 당시 소유권보존등기가 되어 있지 아니하거나 등기부의 기재가 실제 권리 관계와 일치하지 아니하는 부동산을 용이한 절차에 따라 등기할 수 있게 하기 위하여 제정되었다. 내용을 간략히 소개하면, 부동산의 實所有者는 지방행정관청이 임명한, 해당 토지의 인근에 거주하는 成年者 중에 토지의 변동 사항을 비교적 잘 알 수 있는, 3인의 보증인으로부터 현재의 토지의 소유자는 피보증인이라는 사실을 확인하는 내용의 확인서를 발급받아 토지를 관할하는 지방행정관청에 제출하고 그 관청은 이 확인대상 사실에 대하여 이의를 제기하는 자가 있는가를 파악하기 위하여 관청의 이름으로 일정기간 공고한 다음 異議者가 없는 경우에는 그에 따라 土地臺帳 또는 林野臺帳 상의 소유자 명의를 확인서상의 실소유자(피보증인)명의로 변경한 다음 이를 증명하는 지방관청의 증명서에 의하여 등기명의자를 변경하는 등기를 하도록 한다. 대상 토지를 관할하는 행정관청은 비교적 간이한 절차를 통해서 실소유자를 확인하고, 그 확인한 바에 따라 등기와 거래 실제와의 차이를 해소하는 등기절차를 마련하고 있는 것이다. 한국은 이 법을 10년을 週期로 하여 限時法으로 운영하면서 등기와 거래의 현실을 일치시키는데 노력을 기울이고 있다.

II. 不動産登記制度의 特徵

1. 物的編成主義

의신탁 관계가 성립한다(대판 1990. 6. 26, 88다카14366).

157) 이 법의 적용지역 및 대상은 (1) 읍·면 지역의 토지 및 건물, (2) 광역시 및 시 지역의 농지·임야 및 지가 1제곱미터 당 6만 500원 이하의 모든 토지. 다만, 광역시 및 인구 50만 이상의 시에 대하여는 1988년 1월 이후 직할시·광역시 또는 그 시에 편입된 지역에 한한다. 이 경우 직할시 및 광역시 설치 당시의 시 지역은 편입으로 보지 아니한다.

한국의 부동산등기법은 등기부에는 1필의 토지 또는 1동의 건물에 대하여 1용지를 사용하는 물적 편성주의를 취하고 있다. 그러나 1동의 건물을 구분한 건물에 있어서는 1동의 건물에 속하는 전부에 대하여 1용지를 사용한다(부동산등기법 제15조 제1항). 또한 동일한 등기소의 관할에 속하는 부동산이 등기부를 분설한 수개의 구획에 걸칠 때에는 그 1개 구획의 등기부에만 그 부동산에 관한 용지를 사용한다(동조 제2항). 따라서 어떤 토지나 건물에 관하여 등기가 되어 있고, 비록 그 등기가 부적법하다고 하더라도 이를 말소하지 않고는 다시 그 토지나 건물의 등기를 하지 못한다. 기존등기와 모순되는 등기의 신청은 유·무효를 다룰 필요없이 각하되어야 한다. 이와 같이 서로 모순되는 두 개 이상의 등기가 절차상의 문제로 발생한 경우 어떻게 되는가. 이러한 중복등기의 경우 등기관은 동일한 토지에 관하여 중복하여 마쳐진 등기를 발견한 경우에는 대법원규칙이 정하는 절차에 따라 중복등기가 되어 있는 등기용지 중 어느 하나는 남겨두고, 나머지 등기용지는 쓰지 못하게 하는 방법에 의하여 이를 정리하고 있다(동법 제16조).

2. 申請主義

한국의 부동산등기법은 “등기는 법률에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고 당사자의 신청 또는 관공서의 촉탁이 없으면 이를 하지 못한다”고 규정하여 원칙적으로 신청주의를 취하고 있다(동법 제27조). 또한 “등기는 등기관리자와 등기의무자 또는 대리인이 등기소에 출석하여 이를 신청하여야 한다”고 규정하여 공동신청주의에 의하고 있다(동법 제28조). 공동신청주의는 등기에 의하여 불이익을 받게 될 자를 등기신청에 참가시킴으로써 등기의 진정성을 보장하기 위하여 인정된 원칙이다.¹⁵⁸⁾ 다만, 판결에 의한 등기나 상속에 의한 등기의 경우(동법 제29조)와 같은 등기부의 기재 또는 첨부서면의 내용 등에 비추어 등기의 진정을 확보할 수 있는 경우에는 단독신청을 허용한다(동법 제37조, 제38조, 제130조, 제131조, 제166조, 제167조, 제168조 제2항 등 참조). 출석신청주의에 있어서도 예외

158) 박윤직, 물권법, 64면; 김상용, 앞의 책, 138면; 권용우, 앞의 책, 91면; 박흥기, 앞의 논문, 85면.

가 인정된다. 예컨대 관공서의 촉탁에 의한 등기의 경우와 당사자 또는 대리인이 전산정보처리조직을 이용하여 등기를 신청하는 경우에는 출석주의가 배제된다(동법 제177조의8 제1항, 제3항). 또한 등기소가 지적공부소관청으로부터 지적법 제36조 제3항 후단의 규정에 의한 통지를 받은 경우에 1월 이내에 등기신청이 없는 때에는 등기관은 직권으로 등기용지 중 표시란에 그 통지서의 기재내용에 따른 변경의 등기를 하는 직권등기를 하는 경우(동법 제90조의2)를 제외하고는 등기신청은 임의주의를 원칙으로 하고 있다.

3. 書面申請主義

부동산등기법은 등기신청서 반드시 서면제출을 요하고 있다(동법 제40조 제1항). 즉, 등기신청을 구두로 신청하는 것은 허용하지 않는다. 등기신청의 착오를 방지하고 등기관으로 하여금 등기처리의 신속을 도모하고자 함에 있다. 따라서 서면신청주의에 위반한 경우에는 “방식에 적합하지 아니한 때”의 등기신청으로 보아 등기관은 이를 각하하게 된다(동법 제55조 제4호). 그러나 신청서의 기재에 잘못이 있거나, 신청에 필요한 서면을 제출하지 않은 상태에서 등기가 행해졌다 하더라도 그 등기가 실체적 요건을 구비하였다면 그 등기는 유효하다. 구체적으로 부동산등기법 제55조 제1호 및 제2호는 당연 무효에 해당하지만, 제3호 이하는 당연 무효가 되지 않는다고 보아야 한다.¹⁵⁹⁾ 관례도 “등기공무원이 일단 등기를 완료한 후에는 부동산등기법 제55조 제1호 및 제2호의 경우 외에는 이의신청에 의하여 말소를 구할 수 없다”고 하였다.¹⁶⁰⁾

그러나 전산정보처리조직에 의하여 등기사무를 처리하는 경우에는 전자문서 그 밖의 방법으로 위의 서면을 대신할 수 있고, 전자문서의 경우에 신청인·작성자 또는 발행자의 기명날인 또는 서명은 전자서명으로 대신할 수 있다(동법 제177조의8 제2항). 따라서 인터넷 등기신청의 경우에는 서면신청주의가 배제된다고 할 수 있다.¹⁶¹⁾

159) 곽윤직, 위의 책, 86면; 김상용, 위의 책, 166면.

160) 대결 1969. 2. 28, 68마1528; 대결 1968. 8. 23, 68마823.

161) 유석주, 「부동산등기법」, 삼조사, 2006, 7면.

4. 成立要件主義

한국 민법은 독일, 스위스 민법의 영향을 받아서 제186조에서 “부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경은 등기하여야 그 효력이 생긴다”고 규정하고 있다. 즉, 부동산 물권변동에 있어서 구민법의 의사주의를 버리고 형식주의를 취하고 있다. 따라서 법률행위로 인한 물권변동은 그것을 목적으로 하는 당사자의 의사표시만으로는 효력이 발생하지 않고 등기라는 공시방법을 갖추어야만 효력이 발생하는 것으로 하고 있다.

5. 形式的 審査主義

등기는 물권에 대한 국가의 공증행위이므로 등기의 공신력 유무와는 관계없이 그 등기가 진실한 권리관계와 합치하도록 노력해야 한다. 따라서 등기관이 신청서를 접수한 때에는(동법 제53조) 지체없이 신청에 관한 모든 사항을 조사하여야 한다(동규칙 제73조). 그러나 등기관의 조사권한에 관하여 현행 부동산등기법은 제55조 「신청의 각하」에서 소극적인 조사 또는 서면조사의 원칙에 비추어 형식적·한정적으로 규정하고 있으므로 형식적 심사주의를 취하고 있다.¹⁶²⁾ 형식적 심사주의란 등기의 신청이 등기할 사항인가, 관할권이 있는가, 필요서류가 법정 형식을 갖추어 첨부되었는가 등의 등기절차법상의 적법성 여부만을 조사하는 권한을 가질 뿐 실체법상 실체관계와 일치여부에 대한 조사는 할 수 없다. 그러나 등기관은 1동의 건물을 구분한 건물에 관한 등기신청이 있는 경우에 필요한 때에는 그 건물을 조사하고 건물의 소유자 기타 관계인에게 문서의 제시요구와 질문을 할 수 있다고 하여 등기관의 조사권을 규정하고 있다(동법 제56조의2; 동규칙 제73조의2 내지 제73조의4).

162) 대결 1995. 1. 20, 94마535.

6. 登記의 推定力

한국 민법은 부동산에 관하여는 거래상대방의 신뢰보다는 진정한 권리자의 이익을 보호하여야 한다는 입장에서 등기의 공신력을 인정하지 않는다. 다만, 동산에 있어서 도품·유실물을 제외한 거래물건에 관하여는 이를 인정하고 있다(민법 제249조). 원래 공신의 원칙에 의하여 양수인을 보호하면 거래의 안전, 즉 동적 안전은 보호된다.

그러나 실질상의 권리관계와 부합하지 않는 등기라도 형식적으로 등기부상 기재되어 있다는 사실 자체로부터 등기에 의하여 표시된 실체적 권리 또는 법률관계가 존재하는 것으로 추정된다. 이를 등기의 추정력이라 한다. 민법에는 등기의 추정력에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않지만, 학설¹⁶³⁾과 판례¹⁶⁴⁾는 그 근거에 차이는 두고 있으나 이를 인정하고 있다.

7. 地籍依存主義

특정의 토지에 관하여 새로이 등기용지를 개설하는 등기가 보존등기이다. 보존등기에 있어서는 소유권의 존재에 관한 특별한 증명을 절차상 요구하는데, 그 증명에 있어서 무엇보다 중요한 것이 토지에 관한 대장이다.¹⁶⁵⁾ 그러나 한국은 일제하에서 경작지를 중심으로 한 토지조사를 바탕으로 하여 토지대장이 먼저 만들어지고, 이후 임야에 대한 조사·사정을 거쳐 임야대장이 만들어진 관계로 한국은 다른 나라와 달리 지적공부로서 토지대장과 임야대장 모두를 가지고 있다.¹⁶⁶⁾

163) 광윤직, 물권법, 109면; 권용우, 앞의 책, 121면; 이은영, 앞의 책, 222-223면; 김준호, 앞의 책, 88면; 이영준, 「물권법」, 박영사, 2001, 204면; 김상용, 앞의 책, 201면; 최돈호, 「부동산등기법」, 박영사, 2004, 159면; 박준서 대표, 「주해 민법(총칙) II」, 한국사법행정학회, 2001, 219면; 홍성재, 「물권법」, 대영문화사, 2006, 286면; 장경학, 「물권법」, 법문사, 1987, 253면.

164) 대판 1991. 2. 8. 90다카28221; 대판 1990. 11. 13, 90다카8616; 대판 1987. 10. 13, 86다카2928(전); 대판 1989. 8. 8, 88다카6242.

165) 박흥기, 앞의 논문, 90면.

166) 지적공부란 대장인 토지대장·임야대장·공유지연명부·대지권등록부와 도면인 지

지적공부로서 토지대장이나 임야대장은 토지에 대한 과세와 징세를 위한 것이고, 토지등기부는 토지에 관한 권리관계를 공시하여 거래의 안전을 도모하고자 하는 것이다. 그러나 등기의 객체인 토지가 존재하는지의 여부를 판단하는 데에는 각 필지의 동일성을 상당히 정확하게 표시하고 있는 토지대장·임야대장·건축물대장 등의 기재에 의하고 있고, 또한 이를 기초로 보존등기, 변경등기 등이 이루어지므로 지적의존주의를 채택하고 있다고 한다(동법 제40조 제1항 제8호, 제91조 등).

제2절 物權變動과 登記와의 關係

한국 민법 제186조는 “부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경은 등기를 하여야 그 효력이 생긴다”라고 규정하고 있으므로, 이에 대한 민법의 원칙을 해석하는데 있어서 다음의 점을 살피는 것이 중요하다. 첫째, 채권행위와 대비되는 물권행위의 실체를 규명하고, 둘째, 물권행위의 입법주의와 우리 민법 제186조의 원칙과는 어떠한 관계에 있는가. 셋째, 물권행위와 그 공시방법인 등기와의 관계는 어떠한가. 넷째, 물권행위는 채권행위와 독립하여 존재하는 것인가, 그리고 이를 토대로 물권행위가 유효한 이상 채권행위로부터 영향을 받지 않는 것인가 등이다.

I. 物權行爲

물권행위(dingliches Rechtsgeschäft)란 직접 물권의 변동(물권의 발생·변경·소멸)을 목적으로 하는 의사표시(Willenserklärung)를 요소로 하는 법률행위로서 물권적 법률행위라고도 한다.¹⁶⁷⁾ 물권행위는 사적자치(Privatautonomie) 내지 계약자유를 기본원칙으로 하는 근대민법에 있어서 법률행위에 의한 물권변동은 중

적도·임야도 및 경계점좌표등록부를 말한다(지적법 제2조 제1항 가목).

167) 김상용, 물권법, 75면; 곽윤직, 물권법, 31면; 이은영, 앞의 책, 121면; 권용우, 앞의 책, 59면; 이영준, 앞의 책, 63면; 김중환·김학동, 「물권법」, 박영사, 1997, 46면.

요한 의의를 갖는다.¹⁶⁸⁾

이러한 물권행위는 채권행위와 대립되는 개념이다.¹⁶⁹⁾ 채권행위는 채권·채무의 발생을 목적으로 하는 법률행위로서 채권이 발생할 뿐이므로 그 발생한 채권의 이행이라는 문제가 남게 되지만, 물권행위는 물권변동이라는 자체목적 달성을 것이므로 더 이상 당사자 간에 이행의 문제는 발생하지 않는다. 그러나 현실매매의 경우에 있어서는 채권행위와 물권행위의 구별은 사실상 어렵다. 이와 같이 채권행위가 먼저 이루어지고 그 이행으로서 물권행위가 행하여지는 경우, 즉 채권행위가 물권행위의 원인(causa)이 되는 경우에 그 채권행위를 물권행위의 「원인행위」(Kausalgeschäft)라고 한다.¹⁷⁰⁾ 그리고 채권행위의 이행으로 이루어지는 물권행위를 채권행위의 이행행위라고 한다.

II. 物權變動에 관한 公示方法

한국 민법은 독일·스위스 민법의 영향을 받아 형식주의를 취하고 있다. 부동산물권변동의 효력은 등기하여야 그 효력이 발생하고(동법 제186조), 상속·공용징수·판결·경매 기타 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득은 등기를 요하지 않으나, 등기를 하지 아니하면 이를 처분하지 못하도록 규정하고 있다(동법 제187조). 동산소유권의 양도는 그 동산을 인도하여야 효력이 발생하는 것으로 하고 있다(동법 제188조 내지 제190조).

부동산 물권변동에 관해서 구민법의 의사주의를 버리고 형식주의로 전환하였다. 그 이유로는 ① 물권변동의 존부와 시기를 명확하게 하고자 하였다. 구민법 제176조의 “의사표시”가 물권행위인지 채권행위인지의 여부, 물권행위라면 이것

168) 물권행위 개념에 대한 비판적인 견해들도 있다. 명순구·김제완·김기창·박경신, 「아듀, 물권행위」, 고려대학교출판부, 2006, 125면 이하; 명순구, “물권행위 개념의 유용성에 대한 비판적 검토”, 「물권법의 현대적 과제와 자유주제」, 한국민사법학회 춘계학술대회, 2007. 3. 31, 7-22면; 이호정, “부동산의 최종매수인(전득자)의 최초매도인에 대한 등기청구권”, 「고시계」 제26권 제7호, 1981. 7, 17면 이하.

169) 한국의 물권행위와 채권행위에 대한 개관은 김민규, “한국 부동산물권변동의 발전과 문제점”, 토지법학, 제21호, 2005. 12, 184-190면 참조.

170) 박윤직, 물권법, 32면; 김상용, 앞의 책, 76면; 김증한·김학동, 앞의 책, 46면.

은 어느 때에 행해지는 것인지 명확하지 않았다. 형식주의로 전환하면 이러한 문제점을 극복하여 물권변동의 존부와 시기가 명확하게 된다. ② 물권의 귀속을 법률행위의 당사자 사이와 제3자에 대한 관계에 따라 분열되는 것을 막아준다. ③ 채권과 물권을 개념적·추상적으로 준별하고 이러한 이념형으로서 고전적 물권 개념을 가능한 한 관철하려고 한다.¹⁷¹⁾

Ⅲ. 法律行爲에 의한 物權行爲와 登記

한국 민법 제186조는 구민법과 달리 형식주의를 천명하고 있다. 따라서 법률행위에 의한 부동산물권변동은 물권적 의사표시와 공시방법인 등기를 갖추 때에 그 효력이 발생한다. 여기서 물권행위는 물권적 의사표시와 등기를 합한 것이나, 아니면 물권적 의사표시만이 물권행위를 이루는 것이냐가 문제된다. 물권행위의 개념을 어떻게 파악하느냐에 따라 민법 제186조에서 말하는 「물권행위」의 해석이 달라지고, 등기의 법적 성질이 달라지게 된다. 이에 대해서는 학설의 대립이 있다.

제1설은 물권적 합의와 공시방법인 등기가 결합되어 물권변동이라는 법률효과를 발생시키는 행위를 물권행위라고 보는 견해이다.¹⁷²⁾ 즉, 공시방법인 등기를 물권행위의 성립요건인 동시에 효력발생요건이라고 본다. 따라서 물권행위는 등기라는 형식을 갖추어서 하여야 하는 「요식행위」 내지 「형식」이라고 한다. 제2설은 물권변동은 등기를 갖추었을 때에 이루어진다는 점을 전제로 물권적 의사표시만이 물권행위의 성립요건이며, 공시방법인 등기를 물권행위의 효력발생요건이라고 보는 견해이다.¹⁷³⁾ 제3설은 법률행위로 인한 부동산물권변동은 물권행위의 요소인 물권적 합의와 물권행위의 요소는 아니지만 법률에 의하여 요구되는 등

171) 권용우, 앞의 책, 65면; 홍성재, 앞의 책, 193면; 양창수, 「민법연구」 제1권, 박영사, 1991, 203면; 제26회 국회정기회의 속기록 제30호, 1957, 6면 이하 참조.

172) 이영준, 앞의 책, 85-86면; 장경학, 앞의 책, 167면; 홍성재, 앞의 책, 220면; 고상용, 「물권법」, 법문사, 2001, 63면; 이영준, “물권행위의 구성요소”, 「손해배상법의 제문제」, 성현 황적인박사화갑기념논문집, 박영사, 1990, 707면.

173) 김증한·김학동, 앞의 책, 47면; 김용한, 「물권법」, 박영사, 1993, 76면; 윤철홍, “물권적 기대권과 공시방법”, 「비교사법」 제11집 제1호, 2004, 177면.

기를 하여야만 물권변동이라는 법률효과가 발생한다고 보는 견해이다.¹⁷⁴⁾

등기라는 공시방법은 물권행위와 동가치를 가지는 것으로 물권행위와 독립한 것이다. 그리고 우리 민법 제186조는 “등기하여야 효력이 생긴다”고 규정하고 있을 뿐이지, 등기를 하여야만 “물권행위가 효력을 발생한다”고 규정하고 있지 않으므로 “물권의 득실변경”은 등기를 통해서 효력이 발생한다. 즉, 민법은 등기를 물권행위의 효력발생요건으로 규정하지 않고 물권변동의 효력발생요건으로 규정하고 있으므로 공시방법은 물권행위 이외에 법률에 의하여 요구되는 물권변동의 또 하나의 요건이라고 보는 제3설이 타당하다.

IV. 法律의 規定에 의한 物權變動과 登記

민법은 상속, 공용징수, 판결, 경매 기타 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득은 등기를 요하지 아니한다. 그러나 등기를 하지 아니하면 이를 처분하지 못한다고 규정하고 있다(제187조). 이 규정을 두고 있는 취지에 대해서는 견해가 일치되어 있지 아니하다. 一說은 한국 민법은 물권변동에 있어서 등기에 관하여 성립요건주의를 택하고 있으므로 187조가 정한 사유 등에 관해서도 등기를 하여야 물권변동이 발생한다고 하면 법률관계의 공백상태가 생길 수 있기 때문에 이를 방지하기 위해서 둔 규정이라고 설명하기도 하고,¹⁷⁵⁾ 등기가 불가능하거나 법률상 특별한 정책적인 이유 때문에 이 규정을 두고 있다고 설명하기도 한다.¹⁷⁶⁾

V. 物權行爲의 獨自性과 無因性

1. 物權行爲의 獨自性

174) 곽윤직, 물권법, 40-41면; 김상용, 앞의 책, 97면; 김상목, “부동산등기제도의 문제점과 개선방안”, 「법학연구」 제26집, 2007. 5, 123-124면. 이은영교수는 부동산의 경우는 별개요건설을 동산의 경우는 합체설을 취한다(앞의 책, 132-133면).

175) 곽윤직, 물권법, 99-100면.

176) 김증한, 「물권법」, 박영사, 1986, 105면.

물권행위의 독자성이란 물권행위의 개념을 인정하고 물권행위가 원인행위인 채권행위로부터 독립하여 별개의 행위로서 행해진다는 것을 의미한다. 물권행위의 독자성의 개념에 대하여는 두 가지의 학설이 대립되고 있다. 먼저, 물권행위가 행해지는 시기와 관련하여 물권행위는 그 원인이 되는 채권행위와는 별개의 행위로서 행해져야 하는가 아니면 채권행위와 결합해서 하나의 행위로 행하여져야 하는가의 문제로 파악한다. 이를 긍정하는 것이 물권행위의 독자성을 인정하는 견해이고, 이를 부정하는 것이 물권행위의 독자성을 부정하는 견해이다.¹⁷⁷⁾ 다른 한편 물권행위의 독자성을 물권행위가 채권행위와 개념적으로 구별되는가의 문제로 파악한다.¹⁷⁸⁾ 물권행위의 독자성을 인정하는 것은 물권행위가 원인행위인 채권행위로부터 독립되어 있으며, 이를 부정하는 것은 물권행위 개념을 부인하는 것으로 본다.¹⁷⁹⁾

그러나 물권행위의 독자성을 부인한다고 하여 물권행위의 개념 자체를 부인하는 것은 아니며, 채권행위와 물권행위가 별개로 독립하여 행해질 수 없다는 뜻도 아니다. 한편 물권행위의 독자성을 인정한다고 하여 물권행위는 언제나 채권행위와 별개로 행해져야 하고, 외형상 하나로 결합되어 행해질 수 없다는 뜻도 아니다. 따라서 물권행위의 성립시기가 명백한 경우에는 어느 견해에 의하거나 차이는 없다.¹⁸⁰⁾

2. 物權行爲의 無因性

물권행위는 그 원인이 되는 채권행위의 이행으로서 행해지는 것이 보통이므로 채권행위가 유효하게 존재하여야 하는가? 채권행위가 무효 내지 취소 또는 해제 되면 물권행위의 효력도 영향을 받는가? 한국 민법은 이에 대하여 아무런 규정

177) 권용우, 앞의 책, 66면; 곽윤직, 물권법, 41면.

178) 이영준, 앞의 책, 66면; 명순구, 앞의 논문, 12-13면 참조. 독일의 독자성이론은 물권행위가 원인행위인 채권행위와 독자적으로 존재하는 것으로 독자성을 파악한다(김상용, 앞의 책, 99면).

179) 물권행위 개념을 부인하는 견해로는 현승중, 「민법(총칙·물권)」, 일신사, 1975, 181-182면. 명순구, 앞의 논문, 21면 등이 있다.

180) 권용우, 앞의 책, 67면.

을 두고 있지 않아 학설의 대립이 있다.

물권행위의 독자성을 인정하는 학설은 물권행위의 무인성도 인정하고 있으며, 종래의 다수설이었다. 그러나 물권행위의 독자성을 인정한다고 해서 무인성까지 인정하는 것은 아니다.¹⁸¹⁾ 無因說은 물권행위의 효력을 그 자체의 요건만으로 결정하고 그 원인이 된 채권행위의 무효·취소에 영향을 받지 않도록 하는 견해이다.¹⁸²⁾ 有因說은 물권행위의 무인성을 부정하고, 채권행위에 의해 영향을 받는다고 보는 견해이다.¹⁸³⁾

물권행위의 무인성은 앞서 살펴본 바와 같이 검인계약서의 사용으로 물권행위의 독자성을 인정할 수 없게 되었기 때문에, 물권행위의 유인성을 자연스럽게 띄게 되었다.¹⁸⁴⁾ 따라서 이에 대한 논의는 무의미하며, 입법적으로 해결되어야 할 것이다.

VI. 賃借權(債權)의 登記

물권은 절대성과 배타성을 가지고 있을 뿐 아니라 물건의 지배의 모습은 외부에 가시화 될 수 있으므로 공시하기가 용이하지만 채권이란 채권자와 채무자의 관계를 포착하여 채권자가 채무자에 대하여 요구하는 것을(無形의) 권리의 내용으로 하고 있으므로 이를 외부에 공시하는 것은 불가능하다. 그러나 토지나 건물의 임차권처럼 채권의 행사의 결과나 과정이 물권처럼 가시화될 수 있을 때에는 예외적으로 채권을 물권과 같이 공시할 수 있는 경우가 있고 이때에는 공시를 통하여 채권자를 보호할 수 있게 된다. 더욱이 임차권은 주로 부동산을 소유하지 못한 경제적 약자들이 활용하는 권리이므로 약자보호라는 법의 이념을 달성하기 위하여 임차권을 공시하는 면도 있다. 그리하여 임차권은 상대권이고 대인적인 권리임에도 이를 외부에 공시하여 마치 물권과 같이 보호하고 있는 데 이러한

181) 이은영, 앞의 책, 151면; 권용우, 앞의 책, 75면.

182) 장경학, 앞의 책, 183면, 192면; 김증한·김학동, 앞의 책, 55-61면; 김용한, 앞의 책, 91면; 정옥태, “물권행위의 무인론”, 「고시연구」, 1998. 8, 115-135면.

183) 박윤직, 물권법, 52-53면; 김상용, 앞의 책, 121-122면; 권용우, 앞의 책, 75면; 이은영, 앞의 책, 151-153면.

184) 김상용, 위의 책, 121면; 권용우, 위의 책, 78면.

법의 현상을 임차권의 효력의 強化 賃借權의 物權化라고 한다. 한국 민법은 부동산 임대차에 대한 두 개의 조문을 두고 있다. 하나는 “부동산 임차인은 당사자간에 반대 약정이 없으면 임대인에 대하여 그 임대차등기 절차에 협력할 것을 청구할 수 있다(제621조 제1항). 부동산임대차를 등기한 때에는 그 때부터 제3자에 대하여 효력이 있다”(제621조 제2항)는 규정이다. 또 다른 하나는 “건물의 소유를 목적으로 한 토지 임대차는 이를 등기하지 아니한 경우에도 임차인이 그 지상건물을 등기한 때에는 제3자에게 대하여 임대차의 효력이 생긴다(제622조 제1항). 건물이 임대차기간 만료 전에 멸실 또는 후폐한 때에는 전항의 효력을 잃는다(제622조 제2항)”는 규정이다.

민법 제621조에 대해서는, 임대인이 경제적인 강자로서 임대차 계약시에 계약의 내용에 임대차등기를 하지 않을 것을 약정하자고 강요할 경우에는 임차인은 이에 대해 거부할 수 없기 때문에 임차인 보호라는 목적을 달성할 수 없는 문제점이 있다고 하고, 제622조에 대해서는, 임차인이 임대인 소유의 토지 위에 자기 소유의 건고한 건물을 짓는 경우는 거의 없는 실정이어서 임차인 보호면에서 실효성이 없는 규정이라는 비판이 있다.

제3절 韓國 不動產登記制度의 內容

I. 登記簿와 臺帳의 二元化

1. 登記簿와 臺帳의 二元化

한국은 부동산의 공시와 관련하여 등기부외에 지적공부로서 토지대장·임야대장·건축물대장을 두고 있어 등기부와 대장이 이원화되어 있다. 등기부는 부동산의 권리관계를 등기부에 기재하여 공시함으로서 거래의 안전이라는 목적을 달성하기 위한 공부로서 등기소에 비치되어 사법부(법원행정처)에서 관할하고 있다. 토지 및 건축물대장은 부동산 자체의 사실상태 내지 현황의 파악을 목적으로 대장에 기재하여 정확하게 파악하기 위한 공부로서 행정자치부에서 관할하고 있다.

또한 대장은 부차적으로 과세에 대한 기초자료 및 국토종합개발 등을 위한 자료가 된다.¹⁸⁵⁾

한국의 현행 등기제도가 이와 같이 등기부와 대장의 이원화로 되어 있어 본래 부동산등기법상 이상으로 하고 있는 신속과 안전에 관한 문제를 충족시키지 못하고 있는 실정이다. 현행 등기부의 기능은 부동산에 관한 권리관계는 명확하게 처리되나 그 권리의 객체인 부동산 자체의 현황은 오로지 토지대장이나 건축물대장의 등록에 의존하고 있는 실정이다. 따라서 부동산등기법은 등기부의 권리관계와 대장의 사실상태의 일치를 도모하고자 여러 규정을 두고 있다. 등기신청을 하고자 하는 자의 제출서면에 소유권이전의 등기를 신청하는 경우에는 토지대장·임야대장·건축물대장의 등본 기타 부동산의 표시를 증명하는 서면을 제출하도록 하고 있다(동법 제40조 제1항 제8호). 등기부에 기재된 부동산의 표시가 토지대장·임야대장 또는 건축물대장과 부합하지 아니하는 경우에는 부동산의 표시의 변경의 등기를, 등기부에 기재된 등기명의인의 표시가 토지대장·임야대장 또는 건축물대장과 부합하지 아니하는 경우에는 등록명의인표시의 변경의 등록을 하지 아니하면 다른 등기를 할 수 없도록 하고 있다(동법 제56조 제1항, 제2항). 또한 토지멸실 등의 등기를 신청하는 경우에는 신청서에 토지의 분합, 멸실, 증감된 면적과 현재의 면적 또는 신지목을 기재하고 이에 토지대장등본 또는 임야대장등본을 첨부하도록 하고 있다(동법 제91조).

이와 같이 행정관청에서 관할하는 臺帳과 법원의 登記가 불일치한 점을 해소하려고 노력하고 있으나 아직도 완전히 일치되어 있지는 아니하다.

2. 土地登記簿와 建物登記簿의 二元化

한국의 부동산등기제도는 등기에 대하여 토지 외에 건물도 독립한 부동산으로 인정하고 있고, 이에 따라 등기부도 토지등기부와 건물등기부의 2종을 두고 있다(부동산등기법 제14조 제1항 참조). 하나의 부동산에 하나의 등기 용지를 사용한다(부동산등기법 제15조 제1항). 이를 一不動產 一登記用紙主義라고 한다. 다만

185) 정우형, 「부동산등기법」, 법우사, 2007, 80면.

집합건물에 대해서는 토지와 건물을 하나의 용지에 등기하게 되어 있어 일부동산 일등기용지주의의 예외를 이루고 있다. 하나의 등기용지는 (1) 등기번호란 (2) 표제부 (3) 갑구 (4) 을구로 구성되어 있다. 등기번호란에는 각 토지 및 건물 대지의 지번을 기재한다. 표제부에는 표시번호란과 표시란으로 나누어진다. 표시번호란에는 등기의 순서를 기재하고 표시란에는 부동산의 현황을 기재한다. 부동산의 현황이란 토지의 경우에는 지번, 지목, 지적을, 건물의 경우에는 지번, 건물의 종류, 구조(木造瓦葺 벽돌造스라브葺, 煉瓦造스라부 葺 등), 建坪과 그 변경에 관한 사항을 기재한다. 갑구에는 순위번호란과 사항란으로 구분하고 사항란에는 소유권에 관한 사항을 기재하고(부동산등기법제16조 제4항) 순위번호란에는 갑구 사항란의 기재순서를 적는다(동조 제6항). 을구에는 순위번호란과 사항란으로 나누어지고, 을구 사항란에는 소유권 외의 권리 즉 지상권 지역권 전세권 저당권 권리질권 임차권에 관한 사항을 기재하고(동법 제19조 제5항), 순위번호란에는 그 순서 기재한다(동조 제6항).

부동산의 범위에 대한 기준은 법률의 규정에 의해서 결정된다.¹⁸⁶⁾ 토지란 인위적으로 구획된 일정범위의 지면에 사회관념상 정당한 이익이 있는 범위 내에서의 상·하를 포함하는 것이며, 토지의 정착물이란 토지에 계속적으로 고착되어 쉽게 이동할 수 없는 것으로서 거래상 물건으로 인정되는 것이며, 건물이란 토지에 정착되는 공작물 중 지붕과 기둥 또는 벽이 있는 것과 이에 부수되는 시설물, 지하 또는 고가의 공작물에 설치하는 사무소·공연장·점포·차고·창고 등을 말한다(건축법 제2조 제2호).¹⁸⁷⁾ 그러나 토지 이외에 건물을 별개의 부동산으로 하고 그에 관한 등기부도 별도로 존재할 필요가 있는지 의문이다. 앞에서 살펴본 바와 같이 유럽 대륙 및 영미의 여러 나라들은 모두가 토지만을 독립한 부동산으로 인정하고 있다.

186) Rolf Schmidt, Sachenrecht II, Grasberg bei Bremen, 2005, S.15.

187) 강태성, “민법상의 물건에 있어서의 여러 문제점”, 「법학논총」 제25집, 단국대학교, 2001. 12, 256면; 이상태, “한국법상 토지와 건물과의 관계”, 「일람법학」 제9권, 건국대학교, 2004, 1-30면.

3. 集合建物の登記

집합건물은 건물과 대지를 토지 등기부와 건물 등기부에 각각 따로 등기하지 아니하고 구분건물과 대지사용권을 일체로 보아 일동의 건물(일동의 건물은 여러 개의 호실로 구분되어 있고 한 호실은 각 세대별로 독립적으로 생활 할 수 있는 공간 임: 전유부분)의 표제부에 토지와 대지권을 기재하고 있다. 그리고 토지의 등기부에는 해당구(갑구와 을구) 사항란에 대지권의 취지를 기재한다. 집합건물의 일동을 기준으로 하나의 등기용지를 사용하게 된다. 하나의 등기용지는 다시 등기번호란, 표제부, 갑구 을구로 구분되는 점은 토지 등기부와 건물 등기부 같다.

II. 登記官의 形式的 審査權

물권변동에 관한 등기는 언제나 정확하게 실체관계에 일치하도록 기재하여 그 외관을 공시하여 부동산거래자의 불측의 손해를 방지하고, 거래의 안전과 신속을 꾀하는 것을 이상으로 하고 있기 때문에 등기신청이 있으면 등기관은 등기신청서류를 심사한 후 신청에 따른 등기를 할 것인지, 아니면 신청을 각하할 것인지를 결정하여야 한다. 한국의 부동산등기법은 등기관의 심사권에 대한 명확한 규정을 두고 있지 않으며, 특히 심사의 범위에 관한 일반적인 규정을 두고 있지 않다.¹⁸⁸⁾ 다만, 부동산에 관한 등기신청이 있으면 등기관은 일정한 접수절차를 거친 후(동법 제53조),¹⁸⁹⁾ 등기관은 지체없이 신청에 관한 모든 사항을 조사한다고 규정하고 있지만(동규칙 제73조), 부동산등기법 제55조는 등기관의 심사권한을 한정적·형식적으로 열거하여 등기신청이 부적법한 것으로 각하할 수 있는 경우를 규정하고 있다.¹⁹⁰⁾ 나아가 심사의 방법은 서면심리를 원칙으로 하고 있다(동

188) 박흥기, 앞의 논문, 115-116면.

189) 등기관은 등기신청서가 제출되면 원칙적으로 이를 받아들여야 하며, 이를 거절할 수 없다. 따라서 접수의 효과는 등기관이 신청서를 받았을 때 바로 발생한다(법원공무원교육원, 「부동산등기실무」, 2003, 151면).

190) 박윤직, 물권법, 73면.

법 제40조 참조).

서면심사는 통상 서면대조로 이루어지며, 제출된 서면은 그 작성방법과 외형에 의하여 그 존부와 진부를 판단하면 족하고, 등기원인의 존부까지 판단할 것은 아니다.¹⁹¹⁾ 그리고 등기관이 부동산등기법 제55조에 의하여 등기신청서류에 대한 심사를 하는 경우 등기신청서의 심사의 기준시는 신청서의 제출시가 아니라 등기부에 기재(등기의 실행)하는 때를 말한다.¹⁹²⁾ 그리고 부동산등기법 제55조 제3호의 “당사자 또는 그 대리인이 출석하지 아니한 때”를 각하사유로 규정하여, 등기신청서 출석심사를 할 수 있도록 하고 있다. 이는 등기신청의 진정을 확보하고, 신청의 흠결이 있는 경우에 당일 보정할 기회를 주기 위함이다.¹⁹³⁾

등기관은 등기신청의 실질적 원인관계의 존부와 나아가서 그 효력에 관한 적극적인 심사를 할 권한이 없고, 등기신청에 관한 모든 사항을 형식적·소극적인 판단을 함에 그친다. 따라서 부동산등기법상 등기관의 심사에 관하여는 형식적 심사주의를 채용하고 있다고 할 수 있다.¹⁹⁴⁾ 그 중요한 이유 중 하나는 실질적 심사를 하게 되면 등기절차가 지연되어 거래의 신속을 해치게 된다는 것이다.

Ⅲ. 不動産登記의 公信力 不認定

부동산등기의 공신력(Gutgläubenswirkung)이란 부동산 거래에 있어서 물권의 공시를 신뢰하고 거래한 자는 권리의 외관인 등기가 진실한 권리관계와 부합하지 않는 경우라도 등기가 공시하고 있는 대로 권리를 취득하는 것으로 하는 권리외관의 효력이다.¹⁹⁵⁾ 예컨대 부동산의 진정한 소유자가 甲이지만 乙의 소유로 등기되어 있는 경우 丙이 그 등기를 신뢰하여 거래하였다면 유효하게 물권을

191) 위의 책, 155면 이하 참조.

192) 대결 1989. 5. 29, 87마820.

193) 최명구, “부동산등기신청에 대한 등기관의 주의의무-대법원 2005. 2. 25, 선고 2003다13048 판결-”, 「민사법학」 제31호, 2006. 3, 221-222면.

194) 강창석, “부동산물권변동의 적용법리에 관한 연구”, 박사학위논문 한양대학교, 1987, 104면.

195) Jürgen Baur/Rolf Stürner, Sachenrechts, München: C.H.Besks, 17.Aufl., 1999, S.255.

취득하게 된다. 따라서 등기의 공신력을 인정하게 되면 물건거래의 안전은 보호하게 되어 동적 안전을 이룰 수 있지만, 진정한 권리자는 권리를 상실하게 된다. 즉, 등기의 공신력은 동적 안전을 추구하여 등기라는 공시제도의 흠결을 보완하여 거래의 안전과 선의의 제3자 보호라는 목적을 달성하기 위한 기술적 제도이다. 또한 등기관이 잘못으로 부실등기가 발생하는 경우에 국가배상책임의 경우가 발생하게 되므로 등기관으로 하여금 진실한 등기를 하도록 최대한 노력하게 하는 효과도 도모할 수 있게 된다.¹⁹⁶⁾ 오늘날의 부동산거래는 매우 다양하며 복잡하고, 자주 행하여지기 때문에 거래시에 상대방이 진실한 권리자인가 아닌가를 일일이 조사하기에는 매우 어려우므로 주로 권리의 표상을 신뢰하여 행하여지는 것이 보통이다. 특히 자산유동화·저당권의 유동화·장기주택론의 시행 등 2차저당시장의 형성에 의한 부동산금융상품이 다양하게 등장하고 있는 실정이며, 이러한 부동산 또는 저당권에 대한 부동산금융투자자의 보호를 위해서 그 표상을 신뢰한 자를 보호함으로써 거래의 안전과 신속을 도모하려는 데에 공신의 원칙을 인정하여야 할 경제적 필요성이 증대되고 있다.¹⁹⁷⁾ 판례는 “등기의 공신력이 인정되지 않는 현행 등기제도하에서는 등기기재에 부합하는 실체상의 권리관계가 존재함을 전제로 그 유효성이 인정된다”¹⁹⁸⁾고 하여 등기의 공신력을 인정하고 있지 않는다.¹⁹⁹⁾ 학설도 무권리자로부터 권리를 취득하는 경우에는 법률에 의하지 아니하고는 인정될 수 없다고 하여 공신력을 인정하고 있지 않는다(동산의 선의취득에 관한 민법 제249조 참조).²⁰⁰⁾ 즉, 부동산거래에 있어서 신뢰보호라는

196) 김상용, “부동산등기의 공신력”, 「토지법학」 제19권, 한국토지법학회, 2003. 12, 224면.

197) 이러한 경제적 필요성에 따라 민법개정위원회에서도 물건변동과 관련하여 등기의 공신력을 인정하는 문제를 심도있게 논의하였다. 이러한 논의에서 등기의 공신력을 인정하기 위한 제도정비와 관련하여 등기원인증서를 공증시키자는 의견이 제시되었으며, 부동산의 선의취득을 인정하자는 견해가 제시되었다(김법철, “한국물권법에 직면한 문제”, 國際シンポジウム-日中韓の民法學のトレンド, 早稻田大學, 2007. 1. 26, 48면; 법무부, 「민법(채산법)개정 자료집」, 2001. 12, 13면 참조).

198) 대판 1969. 6. 10, 68다199.

199) 대판 2005. 11. 10, 2005다34667, 34674; 대판 2000. 3. 16, 97다37661(전) : 판결이유에서 제시하는 경우로 대판 1995. 11. 21, 94다20532; 대판 1989. 12. 26, 87다카2176(전); 대판 1987. 10. 13, 86다카2928 등.

200) 박윤직, 부동산등기법, 69면; 김용한, 앞의 책, 170면 이하; 김준호, 앞의 책, 91면; 이영준, 앞의 책, 215면; 김상용, 앞의 책, 203면; 장경학, 앞의 책, 150-153면 등.

동적 안전보다는 진정한 권리의 보호라는 정적 안전을 우선시하고 있다.

IV. 印鑑證明制度

본인증명제도란 국민들 개개인에 대한 성명과 신분을 국가기관 등 공적기관이 그 책임하에 증명하는 제도로써 한국과 일본에서는 인감증명이 이용되고 있다. 인감증명제도는 개인 또는 법인이 법률행위를 함에 있어서 행위자 본인임에 틀림없다는 것을 증명하는 일종의 간이한 신분증명의 방법으로써, 행정청이 출원자의 현재 신고되어 있는 인감을 증명함으로써 국민의 편의를 도모함을 목적으로 한다(인감증명법 제1조).

인감증명은 부동산매매, 채무부담, 보증, 근저당 설정, 교환, 증여, 상속포기 등 재산권의 처분 내지 포기 또는 채무부담 행위시 본인의 의사를 확인하기 위한 수단으로 쓰여지고 있다. 현재는 인감업무의 전산화가 완료됨에 따라 전국의 시·군·구청과 읍·면·동사무소에서 인감증명서를 발급받을 수 있다(인감증명법 제12조 제2항; 시행령 제5조의2). 부동산등기법이 등기를 신청하는 모든 경우에 인감증명의 제출을 요구하고 있는 것은 아니며, 부동산등기규칙 제53조와 제54조에 규정에 한하여 제출을 요구하고 있다.²⁰¹⁾

201) 인감증명서를 제출하는 경우로는 (1) 소유권의 등기명의인이 등기의무자로서 등기를 신청하는 경우 등기의무자의 인감증명(동규칙 제53조 제1호), (2) 소유권에 관한 가등기명의인이 가등기말소등기를 신청하는 경우 가등기명의인의 인감증명(동조 제2호), (3) 소유권 이외의 권리의 등기명의인이 등기의무자로서 신청서에 법 제49조 제1항 단서의 규정에 의한 서면을 첨부하여 등기를 신청하는 경우 등기의무자의 인감증명(동조 제3호), (4) 토지의 분할등기신청서에 법 제91조의2의 규정에 의한 권리자의 서면을 첨부하는 경우 그 서면에 날인한 권리자의 인감증명(동조 제4호), (5) 협의분할에 의한 상속등기를 신청하는 경우 분할협의서에 날인한 상속인 전원의 인감증명(동조 제5호), (6) 등기신청서에 제3자의 동의 또는 승낙을 증명하는 서면을 첨부하는 경우 그 서면에 날인한 동의 또는 승낙자의 인감증명(동조 제6호), (7) 인감증명을 제출하여야 하는 자가 법인 또는 외국회사인 때에는 등기소의 증명을 얻은 그 대표자의 인감증명을, 법인이 아닌 사단 또는 재단인 때에는 그 대표자 또는 관리인의 인감증명을 제출하여야 한다(동규칙 제54조 제1항). (8) 법정대리인에 의하여 제53조 제1호 내지 제3호에 해당하는 등기신청을 하거나 동조 제4호 내지 제6호의 서류를 작성한 경우에는 법정대리인의 인감증명을 제출하여야 한다(동조 제2항). (9) 인감증명을 제출해야 하는 자가 외국인인 경우에는 인감증명법에 의한 인감증명 또

위와 같이 부동산등기신청시 인감증명서의 제출을 요구하고 있다. 현재 등기신청을 하고 있는 사람이 본인임이 틀림없는지를 확인하고, 또한 등기신청의사의 유무를 확인함으로써 부실등기의 발생을 방지하고자 하기 때문이다.²⁰²⁾

V. 電算情報處理組織에 의한 不動産登記

현재 한국은 인터넷의 발전으로 부동산거래 부분에도 영향을 받고 있다. 즉, 인터넷의 일정사이트에서 부동산가격정보를 올려 놓고 중개인을 통한 거래가 이루어지고 있으며, 향후 부동산에 관한 대부분의 거래과정이 중개인 없이 당사자간에 on-line에 의해 이루어질 전망이다.²⁰³⁾ 이러한 부동산거래분야의 변화는 그 자체의 변화뿐만 아니라 부동산거래 관련제도의 변화도 가져오고 있다. 예컨대 인터넷을 통한 부동산 매물이나 시세의 검색과 부동산등기부를 비롯한 토지와 관련된 다양한 행정정보들을 손쉽게 열람할 수 있게 되었다. 특히 1996년 12월 30일 부동산등기법을 개정하여 전산정보처리조직에 의한 부동산등기사무처리에 관한 특례를 정하여 그 근거를 마련하였고, 2006년 6월 부동산등기법의 개정으로 인터넷을 통한 부동산등기신청도 가능하게 되었다.

1. 不動産登記의 IT화

등기관련 민원사무에 대한 사회적 요구에 부응하여 대국민 서비스의 질적 향상과 고도 정보화 사회에 능동적으로 대처하기 위하여 등기부를 전산화하는 작업을 시작하였다. 부동산등기의 IT화는 등기업무의 효율성 제고와 대국민 서비

는 본국의 관공서가 발행한 인감증명을 제출하여야 한다. 다만, 본국에 인감증명 제도가 없고 또한 인감증명법에 의한 인감증명을 받을 수 없는 자는 위임장이나 서면에 한 서명에 관하여 본인이 직접 작성하였다는 취지의 본국 관공서의 증명이나 이에 관한 공정증서를 제출하여야 한다(동조 제4항).

202) 광운직, 물권법, 72면.

203) 건설교통부 보도자료, “인터넷 건축허가시스템 구축사업 본격 추진”, 2005. 2. 2., 1-2면; 박광동, “부동산전자거래의 법률적 개념과 현황”, 「토지법의 이론과 실무」, 지암 이선영박사화갑기념, 2006, 273면.

스의 질적 향상 및 국가기관 전산망과의 정보연계 기반 조성 등을 목표로 1993년 등기업무 전산화 종합계획을 수립하고, 1994년 5월부터 부동산등기업무전산화사업을 시행하여, 1998년 10월 7일 서울지방법원 등기과 등 7개 등기소에서 부동산등기업무 대국민 전산서비스를 시작하였다.²⁰⁴⁾ 이후 2002년 9월 30일에 전국 213개 등기소에 대한 부동산등기와 법인등기업무의 1차 전산화를 완료하였다. 그리고 부동산등기부를 전산이기하면서 부동산별로 고유번호를 부여하여 부동산등기부 등·초본의 발급을 종래의 소재지번을 이용하는 것보다 발급속도를 약 35% 높일 수 있으며, 인적·물적 자원의 절약효과를 기대할 수 있게 되었다. 그리고 2003년 9월부터 2007년 8월 31일까지 등기업무 2차 전산화 사업을 추진하여 거의 마무리 단계에 있다. 2차 전산화 사업을 통하여 등기부등본 인터넷 전자발급, 인터넷 등기신청 접수서비스 등 다양한 서비스를 제공하고, 유관기관과의 전자적 정보연계 및 등기시스템의 재개발 등을 통하여 등기업무 전산시스템 운영환경의 혁신을 추진할 예정이다.²⁰⁵⁾ 이후 2004년 3월 20일부터 부동산등기부 등본 인터넷 발급서비스를 시작하였다.²⁰⁶⁾

“등기전자신청”이란 신청인이 인터넷으로 등기 신청정보를 입력하여 전자적으로 제출하는 것이다(부동산등기규칙 제145조의2). 전자신청은 대법원장이 지정·고시하는 등기소의 등기사무는 그 전부 또는 일부를 전산정보처리조직에 의하여 처리할 수 있는 바, 등기신청의 당사자 또는 대리인은 전산정보처리조직을 이용하여 등기를 신청할 수 있다(부동산등기법 제177조의8 제1항). 이러한 전자신청 서비스의 시행으로 신청인은 언제 어디서나 등기신청이 가능하므로 편의성과 신뢰성을 제고하면서, 주민등록등본·토지대장의 전자적 제출로 인한 등기신청의 간소화되었다. 즉, 민원인 및 등기소 담당자의 등기민원 처리시간과 비용이 획기

204) 대법원보도자료, “부동산등기 대국민전산서비스 개시”, 1998. 10. 7
<http://www.scourt.go.kr/news/NewsViewAction.work?currentPage=undefined&searchWord=부동산등기&searchOption=/&seqnum=104&gubun=6>

205) 대법원보도자료, “법원 등기업무 2차 전산화 사업 착수”, 2003. 10. 28.(<http://www.scourt.go.kr/news/NewsViewAction.work?currentPage=undefined&searchWord=등기업무&searchOption=/&seqnum=253&gubun=6>(검색일자 2008. 10. 20).

206) 대법원보도자료, “부동산 등기부 등본 인터넷 발급 서비스 개시”, 2004. 3. 5.
<http://www.scourt.go.kr/news/NewsViewAction.work?currentPage=undefined&searchWord=인터넷&searchOption=/&seqnum=278&gubun=6>(검색일자 2008. 10. 20).

적으로 절감되어 편의성 및 신속성이 향상되어 편리한 등기·안전한 등기·신속한 등기의 실현을 통해 등기업무의 혁신을 달성할 수 있게 되었다.²⁰⁷⁾ 2006년 6월 시행된 전자신청 시행범위는 서울중앙지방법원 등기과를 우선적으로 전자신청 지정등기소로 선정하고 5개 등기유형을 지정 등기유형으로 한정하였다.

2. 申請節次

(1) 전산정보처리조직을 이용한 등기의 신청은 당사자 또는 등기신청을 대리할 수 있는 변호사나 법무사(자격자대리인)에 한한다(규칙 제145조의2 제1항). 또한 전자신청서를 송신할 때에는 공인인증서를 함께 송신하여야 한다(동조 제2항). 인터넷을 통한 부동산등기에 있어서도 그대로 적용된다. 전자신청을 모두에게 개방하게 되면 고도의 기술을 갖춘 전산전문가는 전자문서의 위·변조 가능성이, 전산정보처리에 익숙하지 못한 일반인에게는 작동의 미숙으로 인한 부실등기신청의 위험성이 있다. 그러므로 전자신청의 초기단계에서는 전자신청을 할 수 있는 신청인의 범위를 제한할 필요가 있다. 이에 따라 부동산등기규칙에서는 일반인이 타인을 대리하여 전자신청을 대리할 수 없는 것으로 하였다.²⁰⁸⁾

(2) 전자신청은 대한민국 국적을 가진 자로서 사용자등록을 한 경우에 할 수 있다. 그러므로 법인과 법인아닌 사단(또는 재단) 및 외국인은 전자신청을 할 수 없다(2006. 5. 24, 등기예규 제1134호). 변호사나 법무사가 아닌 자는 다른 사람을 대리해서 전자신청을 할 수 없다(2006. 5. 24, 등기예규 제1134호).

(3) 등기는 등기당사자 또는 그 대리인이 신청하여야 한다. 그러나 전자신청은 신청인이 등기소에 출석하지 않고 등기신청을 할 수 있는 제도이므로 오프라인상 이루어지는 본인의 등기신청서 의사를 확인하고 본인 출석에 준하는 정도의 진정성을 확보해야 할 필요가 있다. 따라서 전산정보처리조직을 이용하여 등기를 신청하고자 하는 당사자 또는 대리인은 미리 사용자등록을 하여야 한다(부동산

207) 대법원보도자료, “부동산등기 전자신청 대국민 서비스 개시”, 2006. 5. 24.(<http://www.scourt.go.kr/news/NewsViewAction.work?currentPage=undefined&searchWord=부동산등기&searchOption=/&seqnum=383&gubun=6>(검색일자 2006. 12. 20).

208) 법원행정처, 「개정 부동산등기법 해설」, 2006, 43면.

등기법 제177조의8 제1항). 사용자등록을 신청하는 당사자 또는 자격자대리인은 등기소에 출석하여 사용자등록신청서, 인감증명 및 주소증명서류 등을 제출하여야 한다(동법 제145조의5). 사용자등록의 유효기간은 3년이며, 이 유효기간이 경과한 경우에는 사용자등록을 다시 하여야 한다. 사용자등록의 유효기간 만료일 3월전부터 만료일까지는 그 유효기간의 연장을 전자문서로 신청할 수 있지만, 연장기간은 3년으로 한다(규칙 제145조의5). 그리고 사용자등록의 효력정지(규칙 제145조의5), 사용자등록정보 변경(규칙 제145조의8) 등도 가능하다.

(4) 전자신청제도의 활성화를 위하여 소유권이전등기와 근저당권설정등기에 대해서는 첨부서면의 스캐닝 제출이 허용된다. 다만 스캐닝제출의 경우에도 자격자대리인의 공인인증서는 반드시 첨부되어야 한다. 스캐닝 제출로 등기신청수수료 방문신청 대비 33% 절감, 전자적 특성상 정확하고 신속한 등기업무처리 가능, 각종 첨부서면의 전자적제출로 인한 시간 및 발급비용 절감, 등기소방문 없이 등기업무를 신속하게 처리하는 것이 가능해졌다.

3. e-form에 의한 신청

전자표준양식(e-Form)에 의한 등기신청은 당사자에게는 등기신청서 작성의 편의를 제공하고 등기업무담당자에게는 접수나 기입업무의 경감을 피하기 위해 도입된 제도이다. e-form(전자표준양식)은 등기신청인이 인터넷등기소에서 제공하는 양식을 통해 편리하고 정확하게 신청서를 작성할 수 있도록 지원하는 시스템을 말한다.²⁰⁹⁾ 신청인은 e-form 시스템에 신청정보를 시스템에 임시저장한 후, 이를 종이신청서로 출력하여 등기소에 방문 제출하면 등기관은 저장된 디지털 신청정보를 활용하여 업무처리를 가능하게 함으로써, 신청인의 편의 제고와 등기관의 업무 효율성을 동시에 제고할 수 있게 된다. 2005년 11월 25일부터 일부등기소에서 등기신청에 있어 e-form이 시행되어,²¹⁰⁾ 현재는 전국적으로 시행되고

209) 대법원 보도자료, “금년 11월부터 e-form에 의해 등기신청서 작성이 더욱 쉬워집니다!”, 2005. 8. 30(<http://www.scourt.go.kr/news/NewsViewAction.work?currentPage=undefined&searchWord=e-form&searchOption=/&seqnum=335&gubun=6>(검색일자 2006. 12. 21)).

210) 시범등기소로 서울중앙지방법원 등기과와 강남등기소를, 법인등기는 수원지방법원

있다. e-form 시스템은 기존 등기절차를 유지하면서 종이문서와 디지털정보가 병존하는 과도기단계에서 신청인의 편의와 국가 정보화 추진 양 측면을 모두 보장할 수 있다는 데에 그 의의가 있다고 한다.

제4절 韓·中 不動産登記制度의 比較

중국은 현재 부동산등기법에 대한 체계적이 입법체계가 형성되지 않고 있고 관련규정들이 여러 가지 법, 조례, 지방성법규에 분산되어 있다. 그리하여 이미 많은 발전을 가져 온 한국부동산등기제도와 비교하려면 체제나 시점이 서로 상이하기에 어려운 부분들이 많다.

I. 立法上 比較

물권법 실행 이전의 중국의 부동산등기 입법은 분산적이고 행정색채가 농후하고 규범화되지 못하였다. 그러다가 2007년 3월에 첫 물권법에 실시로 인하여 기존에 여러 가지 법률, 법규에 분산적으로 있던 부동산등기관련제도를 한층 정비, 보완하여 중국의 법률의 글로벌화, 과학화의 발전 및 중국사회주의 시장경제발전에 큰 기여를 하였다. 2008년 2월 1일에는 신규 토지등기방법을 출시하여 물권법이 규정하는 부동산통일등기, 변경등기, 이의등기, 예고등기, 등기배상, 등기수금 등 원칙적인 규정에 대한 실무집행규칙을 제정하여 과거 시행하여 온 토지등기규칙, 토지관리법, 도시부동산관리법과 토지관리법시행조례 등 규정 중에서 물권법규정과 불일치한 부분을 수정, 삭제, 보완하여 토지등기의 일관성 통일성을 보장하는 데에 한걸음 진보하였다. 그리고 2008년 7월 1일에는 건물등기방법을 출시하여 부동산등기법규를 진일보 규범화하였다. 물권법의 실행과 더불어 근래 중국의 학계에서부터 통일부동산등기법 제정에 대한 요구가 높아지고 있는 상황이다. 그러나 아직 입법기관의 구체적인 계획으로 변화하려면 아직도 긴 시간이 필요할 것으로 생각된다.

성남지원 등기과이다.

한국은 한국 등기제도에 관한 법률로서 가장 기본이 되는 것은 민법(법률 제 471호)과 부동산등기법(법률 제536호)이다. 민법은 1958년 2월 22일에 공포되어 1960년 1월 1일부터 효력을 발생하고 있는 바, 주로 제2편 물권법에 실체적인 등기법에 관한 규정이 많이 포함되어 있다 그 후 부동산 등기법은 2003년 7월까지 15차례의 개정을 거친 보완이 있었다. 그 외의 부동산 등기에 관한 중요한 법령들은 부동산등기특별조치법(1990. 9. 1. 법률 제4244호) 및 동법시행규칙(1991. 8. 21. 대법원규칙 제6948호), 국·공유 부동산의 등기축탁에 관한 법률(1961. 12. 13. 법률 제843호), 임목에 관한 법률(1973. 2. 6. 법률 제2484호) 및 동법시행령(1973. 12. 2. 대통령령 제6948호), 가등기담보 등에 관한 법률(1983. 12. 30 법률 제3681호), 부동산 실권리자 명의등기에 관한 법률(1995. 3. 30 법률 제4944호) 등 구체적인 법률이 있어서 중국에 비하여 많이 선진적이고 규범화된 양상을 보이고 있다.

II. 物的編成主義

한국은 등기의 대상인 부동산에 대하여 물적편성주의를 취하고 있다. 등기의 대상인 부동산을 편성단위로 하여 등기용지를 편성하는 것으로서 1부동산에 1등기용지를 원칙으로 하고 있다.

중국토지등기방법 제5조는 토지는 종지를 단위로 3등기를 진행한다고 규정하여 역시 물적편성주의를 취하고 있다고 볼 수 있다. 그러나 중국건물등기방법 제8조에는 “건물소유권과 건물이 점용하는 범위내의 토지사용권의 권리주체가 동일한 경우에만 등기를 진행한다.”고 규정하여 한국과 상이한 양상을 보이고 있다. 즉 한국에서 타인의 토지에 지상권을 설정하여 건물을 신축하는 것과 형식적으로는 비슷한 점이 있다고 하겠다.

III. 申請方式

한국에서 등기는 등기권리자와 등기의무자 또는 대리인이 등기소에 출석하여

이를 신청하여야 한다. 이와 같이 등기에 관하여 공동신청주의를 취하고 있다. 예외적으로 판결, 상속 등 예외적인 경우²¹¹⁾가 이에 해당한다.

중국에서도 토지등기시 공동신청주의를 규정하고 있다. 그러나 토지총등기, 국유토지사용권, 집체토지소유권, 집체토지사용권, 상속이나 유증 판결이나 중재, 경정등기거나 이의등기, 용도변경등기 등²¹²⁾ 경우에 단독신청을 할 수 있다고 규정하였다. 건물등기방법 제12조에도 등기는 마땅히 공동으로 신청하여야 한다고 규정하였다. 그러나 상속, 판결, 중재, 상속, 유증, 멸실, 권리포기 등 상황에서 일방신청이 가능하다고 규정하였다.

부동산등기를 신청할 때에는 반드시 서면으로 신청서를 제출하여야 한다는 데에는 중국이나 한국이나 동일한 방식을 취하고 있다.

IV. 登記官의 審査方式

한국에서는 登記官이 등기신청 시에 심사방법 및 심사범위에 관하여 등기절차상 적법한지에 대하여 형식적 심사를 한다. 따라서 등기와 실제관계의 부합에 대한 심사 즉, 실질적 심사에 대한 권한이 없다. 다만, 예외적으로 등기관은 구분건물의 등기신청 시에 필요한 때에는 실질적 심사권을 가진다(부동산등기법 제59조).

중국물권법 제12조는 등기기구의 직책을 “① 신청인이 제공한 권속증명과 기타 필요한 서류검토. ② 등기사항에 관하여 신청자에게 문의한다. ③ 진실하고 제때에 관련 사항을 등기한다. ④ 법률, 행정법규에 규정한 기타 직책을 이행한다”고 규정하고 있다. 등기기구는 등기신청한 부동산의 관련사항에 대하여 진일부의 증명이 필요하다고 인정할 경우, 신청인더러 서류를 보충하도록 요구할 수 있거나 현지조사를 진행할 수도 있다.” 이와 같이 중국물권법은 실질상에서 형식주의 심사와 실질주의 심사를 동시에 채납하고 형식심사를 위주로 실행하고 실질심사를 부대적으로 진행하는 심사제도를 채용하고 있다고 볼 수 있다.²¹³⁾

211) 한국부동산등기법 제29조, 31조, 37조, 38조, 79조, 130조, 131조, 166조, 167조, 169조 2항.

212) 중국토지등기방법 제7조

V. 登記의 效力

한국 민법은 제186조에 “부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실, 변경은 등기하여야 효력이 생긴다.”고 규정하여 물권변동에 관하여 성립요건주의(형식주의, 독법주의)를 취하고 있다.

중국의 경우에도 제9조에서 전단에서 “부동산 물권의 설립, 변경, 양도 및 소멸은 법에 의한 등기를 거쳐야만 효력을 발생한다. 등기하지 않으면 효력을 발생하지 못한다”고 규정하여 원칙적으로 성립요건주의를 취하고 있으나, 단서에 “그러나 법에 별도의 규정이 있으면 그 규정을 따른다”는 규정과 제15조의 “당사자 간 체결한 부동산물권의 설립, 변경, 소멸에 대한 계약은 법률에 별도의 규정이 없는 한 계약발효 시 효력을 발생한다. 물권등기를 하지 않아도 그 계약의 효력은 여전하다.”고 규정하여 대항요건주의를 예외적으로 인정하고 있다고 할 수 있다.

VI. 登記의 公信力

등기공신력이란 등기상 권리와 실제관계가 부합하지 않아도 등기부상 권리를 유효하게 인정하는 것을 말한다. 한국에서는 공신력인정을 인정한다는 명문규정은 없고, 판례 또한 이를 인정하지 않고 있다.

중국의 물권법 초안은 부동산등기의 공신력에 대하여 정면적인 규정을 하지 않았다. 단지 제23조에 비교적 모호한 규정을 하였을 뿐이다. 즉 “부동산등기부에 근거하여 물권은 법률적 보호를 받는다. 하지만 부동산등기부에 기재된 권리가 권리를 취득할 때 이 권리에 하자가 있다는 것을 알거나 응당 알아수 있는 경우는 제외 한다.” 이 조문은 보건대 부동산권리인의 권리를 규정하고 공신력원칙을 확립한 것 같지만 단서의 규정은 공신력원칙을 거의 부정한 셈이다. 공신력원칙은 물권법의 제일 기본원칙중의 하나인 물권공시, 공신원칙이라는 점을 감안

213) 馬特, 앞의 책, 194면.

할 경우, 반드시 명확한 규정을 해야 한다. 이 조문을 “부동산등기부에 근거하여 향유하는 물권은 절대효력을 구비하고 있다.”고 수개하여 국제관례에 근접해야 할 것이다.

VII. 登記簿와 臺帳의 二元化

현행 부동산의 등기와 대장에 관하여 관계법률이 다르기 때문에 각각소관청이 다르다. 즉 부동산등기는 법원, 토지대장은 행정자치주, 그리고 건축물대장은 건설교통부에서 각각 소관한다. 따라서 부동산의 표시에 공시업무와 부동산물권변동에 관한 공시업무를 각각 분리하여 담당하고 있다.²¹⁴⁾

중국은 지방과 중앙의 토지, 건물, 임권, 해역권, 초원권 등이 각기 분리되어 대장과 등기를 담당하고 있다. 광산관리부서도 별도로 있다가 2000년 토지부서와 합병하여 현재 국토자원부서라고 칭하며 토지와 광산에 대한 재산권등기를 담당하고 있다. 토지와 건물 및 기타 토지를 기초로 한 권리들은 등기절차상에서 교차되는 부분도 있고 부동한 점들도 있다. 비록 상해, 북경, 중경 등 대 도시에서 이미 기본적으로 건물과 토지의 통합관리를 기본적으로 실행하고 있지만 전국의 대부분 성, 시의 관리기구는 아직도 분리되어 관리하고 있다. 그리고 건과 토지만에 대한 통합이지 다른 종류의 권리는 아직도 단독적으로 진행하고 있다. 이러한 이유로 비용이 증대되고 효율이 저하되었다. 통일등기기구에 대한 게다가 중복등기현상도 발생하여 거래의 안전에 영향을 미친다.

중국은 등기 진행에서 아직도 행정관리적인 색채가 아직도 농후하다. 그리고 관리의 의사에 따라서 등기가 행하거나 부결되기도 한다. 한국은 등기제도가 이미 충분히 정착되었으나 적지 않은 허점을 가지고 있다.

214) 최명구, 앞의 책, 7-8면.

제4장 中國不動産登記制度의 問題點 및 改善方案

부동산등기제도는 부동산물권에 관한 실체적 권리관계를 명확히 공시함으로써 부동산거래의 안전성과 신속성을 보장하는 것이라 할 수 있다.²¹⁵⁾ 현재 중국은 통일적인 부동산등기법을 가지고 있지 않고 실무에서 각 부동산관리기구에서 규칙을 제정하여 적용하고 있기 때문에 혼란을 초래하고 있기 때문에 통일된 부동산등기법을 제정해야 할 것이다.²¹⁶⁾ 물론 중국의 부동산등기제도는 중국물권법의 실행을 계기로 한국과 같은 절차법인 부동산등기법의 체계화가 필요하고, 그 법률의 제정까지는 긴 시간이 필요할 것이다. 그러나 긍정적인 면은 중국 물권법에는 새롭게 부동산통일등기제도를 규정하고 있는데 이는 하나의 중요한 제도적 창설로서 획기적인 의의가 있다. 즉, 중국이 사회주의 법제를 정비하는 과정에 외국의 법률문화와 법률제도를 계수함으로써 부동산등기 분산관리, 등기의 근거와 효력 등에 존재하는 많은 문제를 개선하는 제도적 근거를 마련하고 있다. 앞으로 사회주의 시장경제체제하의 권리관계를 보다 명확히 하고 등기의 신뢰도를 높이며 거래의 활성화에 기여하여 크게는 국가 경제발전에 도 영향을 미치게 될 것이다.

현재 중국은 물권법 제정 전부터 부동산의 등기는 ‘5가지 통일원칙’²¹⁷⁾에 따라서 물권공시원칙에 부합되는 등기제도를 창설을 주장해 왔고, 국토자원관리부서²¹⁸⁾를 비롯한 부동산등기담당 및 관리부서들에서는 모든 부동산 등기를 단일화하는 데에 이론이 없다. 그러나 등기관련 각 기구의 기득권침해를 우려하여 소극적인 자세를 보이고 있는 것도 등기제도의 개혁의 걸림돌이라 할 수 있다.

215) 권용우, “등기원인증서의 공증-부실등기방지를 위한 입법방안-”, 「민법학논고」, 신양사, 2002, 91면.

216) 김상찬, “중국물권법의 성격과 특색에 관한 연구”, 「토지법학」 제23집 2호, 한국토지법학회, 2007. 12, 41면.

217) ‘5가지 통일원칙’이란 ① 부동산등기법의 통일, ② 부동산등기기관의 통일, ③ 등기의 효력, ④ 등기절차의 통일, ⑤ 부동산등기의 통일 및 권리증명서의 통일을 가리킨다(孫憲忠·鄭笑蓉 譯, “中國物權法制定に關する若干の問題(1)”, 「民商法雜誌」第130卷 第4·5號, 有斐閣, 2004. 7·8, 770면).

218) 중국은 국토관리부서와 과산자원관리부서가 병합하여 2000년에 국토자원부로 통합되었다.

본 장에서는 지금까지 살펴본 내용을 기초로 물권변동의 시각에서 중국의 현행 부동산등기제도의 문제점과 개선해야 할 점이 무엇인지 고찰하고자 한다.

제1절 登記範圍에 대한 問題點 및 改善方案

중국은 전반적으로 부동산등기의 대상 범위에 관련하여 너무 보수적이고 제한되어 있어 전면적으로 권리자의 이익을 보호하지 못하는 폐단이 많다. 즉, 구체적으로 등기하여야 할 대상들이 한정되어 있어 거래를 충분히 뒷받침하지 못하고 있다.

I. 登記對象

1. 登記對象의 問題點

부동산이란 무엇인가, 중국 물권법의 제정과정을 볼 때 초안 제267조는 토지와 건물로 한정하였지만, 물권법은 그에 대한 명확한 정의를 내리지 않았기 때문에 문제가 되고 있다. 부동산등기를 단일화하려면 개념상 부동산의 범위를 명확히 규정해야 할 것이다. 즉, 중국물권법과 토지관리부서의 직능에는 토지에 임장, 초원, 산지, 해역과 갯벌 등이 포함되는지에 대해 명확한 규정이 없다. 또한 부동산 등기의 범위 및 등기하여야 할 권리종류에 대하여 통일적으로 규정하지 않았기 때문에 각 지방에서 이해도 호칭도 일치하지 않으며 등기를 하는가도 통일 되지 않았다. 때문에 국가법률, 행정법규에서는 부동산등기범위와 구체적 명칭에 대해 통일적으로 규정하여 “분쟁을 막을” 필요가 있다.²¹⁹⁾

그리고 부동산거래의 다양성은 부동산권리관계의 복잡성과 연결된다. 외국의 자본이 중국 내 부동산에 대한 투자, 소비, 거래가 급속하게 증가함에 따라 외국인이 취득한 부동산에 대한 물권적 보호가 법적·제도적으로 미비한 점이 두드러지게 나타나고 있다.²²⁰⁾ 즉, 중국물권법에는 등기를 요하는 물권에 대하여 명

219) 曲宇輝, 앞의 논문 참조.

확하게 열거하지 못하고 오직 단행법, 법규에서만 분산되게 규정되어 있다. 예컨대 중국의 토지등기규칙 제2조에서는 “토지등기는 국가가 법에 의해 국유토지사용권, 집체토지소유권, 집체토지사용권과 기타 타항권리에 대해 등기하는 것이다”라고 원칙적으로만 규정하고 있어서 이러한 권리등기에 입법상의 공백이 발생한다.

등기의 범위와 관련하여 중국은 오랜 기간동안의 계획경제를 추진하고 있어다는 점, 부동산개발기업의 운영부실이라는 점 등의 원인으로 말미암아 현재까지 대량의 재산권 미처리부동산이 존재하고 있다는 문제가 있다. 이러한 문제로 인하여 중국의 국유기업이 외국의 우량기업과 경쟁하는 능력을 약화시킬 우려가 있을 뿐만 아니라 신용도가 낮고 경영능력이 약한 부동산개발기업에서 서류상의 부실과 등기조건외의 장기간 불만족으로 소유권등기를 할 수 없게 진정한 권리를 보호할 수 없게 된다.

2. 登記對象의 改善方案

부동산의 대상은 기본적으로 토지와 건물이다. 그러나 중국물권은 이에 대한 명확한 개념정의를 하고 있지 않다. 물론 토지의 부착물 혹은 정착물은 주택 이외에도 다른 종류가 많으며 또 새롭게 나타날 수도 있다. 그러므로 어떤 대상이 부동산의 범위에 속하고 또한 어떤 대상이 부동산등기범위에 속하며 또한 법정 명칭과 권리증명 명칭을 어떻게 정할 것인가를 명확하게 할 필요가 있다. 예컨대 산림(임목)은 임목소유권증을 발급하는가 아니면 임지사용권증을 발급하는가, 황산을 도급하는 등 행위에 대하여 도급증서를 발급하는가 아니면 임목소유권증 혹은 임지사용권증을 발급하는가, 초원에 대하여 초지사용권증을 발급하는가 아니면 초원사용권증을 발급하는가, 간석지는 간석지사용권증을 발급하는가 아니면 간석지도급증 혹은 간석지양식허가증을 발급하는가, 해역사용권은 부동산등기범위에 속하는가 하는 등등이다. 그리고 대부분의 외국의 입법례에서는 부동산은 건물과 토지에 국한시키는 것이 아니라 지상에 정착하고 있는 교량, 수탑 등 구

220) “百姓關注的房地產登記條例修訂草案提請建議”, 「上海人大月刊」, 2002 9期.

축물과 임목 등 지상생성물 등을 포함하고 있다.²²¹⁾ 이러한 점을 고려하면 중국의 부동산 범위에도 정착물도 부동산의 개념 안에 포함되는 것으로 해석하는 것이 타당하다.²²²⁾

현재 비교적 명확하게 규정된 토지사용권등기, 건물소유권등기 및 부동산 임대차등기, 저당등기 등의 물권등기 이외에도 부동산시장의 발전과 더불어 새로운 유형의 부동산 등기와 등기절차의 간이화 등에도 보완·개선할 필요가 있다. 즉, 물권은 시대의 변화에 따라 발전하는 것이며, 그에 따라 등기사항도 확대된다. 예컨대 전세권, 전권, 지상권, 이웃 토지사용권들이 현실적으로 출현하는 데에 대비하여 현행 법률, 법규, 규칙을 진일보한 수정을 통하여 등기의 공백을 사전에 방지하는 것이 바람직하다.

물권법에 의하여 확정된 부동산물권은 모두 그 발생부터 등기를 거쳐야 하며, 물권의 이전과정에서도 등기방식을 거쳐서 공시해야 한다. 즉, **토지소유권**과 사용권에 등기가 필요한 경우 이외에 토지사용권의 담보, 지역권, 토지임차권, 채석권, 주택소유권, 주택담보권, 전권 등에 대하여 모두 등기의 진행이 필요하다. 따라서 등기의 범위는 마땅히 중국 물권법상의 규정으로 최대한 확대하여야 한다. 그리고 현재 일부분의 권리(예컨대 공간이용권)도 물권으로써 인정되어야 하지만 중국 물권법은 이에 대한 등기절차를 규정하고 있지 않기 때문에 등기기관은 실무에서 명문규정이 없다는 이유로 소극적으로 이를 인정하지 않을 우려가 있다. 이러한 현황은 이러한 권리가 진정한 물권으로 되는 것을 방해하며 부동산을 효율적으로 이용하는데 부정적인 영향을 끼칠 수 있다. 따라서 등기 범위를 확대한 후, 이러한 물권에 있어서 토지의 권리를 중심으로 하여 하나의 완전한 등기체계를 확립할 필요가 있다. 등기의 대상은 주요하게 부동산이며, 부동산의 핵심은 토지이다. 다시 말해서 토지권리를 중심으로 하여 하나의 완전한 부동산 물권체계를 확립시켜야 한다.

부동산등기제도에서 각종 부동산에 관한 권리는 법을 근거로 자체로 등기능력의 유무를 판단한다. 그러므로 등기능력은 부동산권리의 물권지위를 확정하는데 중요한 의의가 있다. 물권은 물건에 대한 배타적 지배권을 갖는 것으로 물권행위

221) 한국 민법 제99조 제2항은 “토지 및 그 정착물은 부동산이다”고 규정하고 있다.

222) 林依標, “從完善土地登記管理角度看物權法草案”, 「刊登在福建法學」, 2006年 第4期.

만으로는 성립하지 않고, 반드시 등기를 하여야만 진정한 의미의 물권으로 인정될 수 있다. 그러므로 물권법정주의 원칙에 의하여 물권등기에 귀속할 수 있는 여부는 법에서 마땅히 명확하게 규정하여야 한다. 그리고 등기는 공시의 유일한 방식이 아니며 등기보다 더 효과적인 공시수단도 있을 수 있다. 예를 들면 법에서 직접 유치권, 법정질압권, 이웃관계 등을 규정한다면 이러한 물권관계는 자연적으로 등기를 필요하지 않아도 된다.

미등기부동산과 관련한 문제에 대해서는 정부가 조속히 부동산개발기업에 대한 사전 감독과 관리를 강화하여 건물시공허가를 취득하기 전의 엄격한 심사와 허가가 필요하고, 물권법관련 규정에 따라 매수자들이 건물대금을 지불한 시점에서 각기의 부동산에 대한 예고등기를 하도록 유도하여야 할 것이다.

II. 未登記不動産

1. 未登記不動産의 문제점

중국은 역사적인 원인으로 말미암아 현재까지 대량의 재산권 미처리부동산이 존재하는데 그 원인은 다음과 같다.

첫째, 오래 동안 계획경제의 영향을 받아서 일부 단위의 재산권의식이 비교적 약하고 기구인원들의 변동, 서류부실 등 원인으로 부동산에 대하여 등기를 하지 않았거나, 등기의 조건에 부합되지 않아서 등기를 할 수 없는 경우가 있었다. 특히 국유부동산의 수량이 엄청나게 많은데 이는 많은 국유기업에서 부동산으로 저당을 잡혀 대부금을 맡거나, 가격을 기산하여 주식산업²²³⁾을 할 수가 없어서 규범적으로 경영되는 외국기업에 대비하여 경쟁능력이 약화시키는 원인이 되고 있다. 그리고 액수가 거대한 부동산들이 그 수량이 확실히 파악되지 않아서 대량의 국유자산이 사사로이 이전되거나 대장 외에서 순환하며 자산이 유실되는 문제들이 존재한다.

둘째, 많은 부동산개발기업의 운영부실이다. 적지 않은 부동산개발기업이 취득

223) 부동산의 가치를 평가하여 주식제기업의 투자지분으로 활용함을 말한다.

한 건설용지의 등기절차를 완비하지 못한 상황에서 건물을 완공하여 판매한 후 구매자 혹은 구매단위에서 장기적으로 재산권증서를 받지 못하는 경우가 있다. 동시에 중국은 현재 상품주택을 예매가 가능하도록 되어 있는데 많은 경우에 가옥준공도 안되고, 가옥소유권에 대한 초시등기를 진행하기 전에 이미 대부분 가옥을 판매하여 매수자들이 사실상 점유를 하고 있지만, 부분적 신용이 낮고 경영능력이 약한 부동산개발기업에서 서류상 부실과 등기조건의 장기간 불만족으로 소유권등기를 할 수 없게 된다. 이는 이미 중요한 사회적 문제로 대두되고 정부가 접수하는 민원 중에 상당수가 부동산등기를 통한 소유권취득에 관련된 문제라 하여도 과장이 아니다.

2. 未登記不動產의 改善方案

정부에선 조속히 부동산개발기업에 대한 사전 감독, 관리를 강화하여 건물시공허가를 취득하기 전의 엄격한 심사, 비준이 필요하다. 그리고 조속히 물권법관련 규정에 따라서 매수자들이 건물대금을 지불한 시점에서 부동산에 각기의 부동산에 대한 예고등기를 하도록 유도하여야 한다.

제2절 不動產登記機構 및 關聯法制的 問題點 및 改善方案

I. 不動產登記機構의 統一

1. 登記機構의 不統一 問題

부동산등기업무를 행정부나 법원에서 담당케 하는 것은 국가의 입법정책마다 다르지만, 세계 각국의 등기제도를 보면 등기기관과 그 법제는 대체적으로 통일되어 있다고 할 수 있다. 예컨대 독일, 스위스, 한국 등은 법원에서 담당하고 있고, 일본은 행정기관에서 담당하고 있다. 중국의 경우에는 장기간 행정기관에서 담당해 왔지만, 1980년대 중반부터 지방과 중앙의 건물과 토지등기기구는 점차적

으로 분리되면서 여러 등기기구(행정기관)에서 각기 관리하고 있으면서 법률 또한 다르게 적용되고 있다.²²⁴⁾ 등기는 하나의 독립적인 공시방법이 아니었기 때문에 건물과 토지는 등기절차상에서 중복되거나 다를 수밖에 없다.²²⁵⁾

상해·북경·중경 등의 도시에서는 이미 기본적으로 건물과 토지를 통합하여 관리하고 있지만, 전국 대부분적인 성, 시의 관리기구는 아직도 별개로 관리하고 있다. 그리고 건물과 토지를 통합하여 관리하는 소수 지역이라 하더라도 관리성 기구만 통합이 되어 있을 뿐이지 현, 시 구급별의 실제담당기관은 아직도 분리되어 있는 과도기적 상태라고 볼 수 있다.

이와 같이 등기와 관련된 업무를 분리하여 관리하는 것은 완전한 등기제도의 理想을 추구할 수 없게 된다. 즉, 등기신청인은 두 개의 이상의 부서를 방문하여 두 가지 이상의 절차를 밟아야 하고, 등기비용도 이중으로 납부하여야 한다. 뿐만 아니라 등기제도의 효율성을 약화시키는 원인과 중복등기의 발생으로 인하여 거래의 안전에 부정적인 영향을 미치게 된다. 이외에도 같은 등기기관 내부라 하더라도 많은 대도시에서 市와 그 소속의 區의 2급 등기관리체제를 이루고 있어서 區급 관리체제는 보통 區정부에 귀속되며, 업무만 市의 上級機構의 지도를 받게 되어 한 건물의 당안이 市와 區의 두 등기기관에 분산되어 있는 경우가 있어 등기기관의 심사절차의 복잡화를 가져온다.

2. 機構分散으로 인한 登記情報의 分散

등기기구의 분리와 관련되어 또 하나의 문제점은 등기정보가 분산되어 있다는 것이다. 토지와 건물, 삼림, 해역, 광산 등의 등기기구가 나뉘어 있어서 1개의 부동산에 대한 등기관리가 여러 기관으로 나뉘어져 있다. 따라서 한 도시내에도 직급에 따른 市·區級 등기기구가 분리되어 부동산등기당안이 분산되어 있고, 건물 준공전과 준공후의 정보와 당안들이 분산되어 있으며, 건물의 임대차에 관련된 정보나 소유권·저당권 등 물권정보가 분산적으로 기록되는 경우가 있어 완전한 부동산등기부를 갖추지 못하게 된다. 이러한 이유로 등기기관이 자료를 조사·심

224) 劉遠春, 앞의 논문, 5면.

225) 김상찬, 앞의 논문, 42면.

사하는 인의적인 절차를 증가하여 착오적인 등기와 등기의 오류가 발생할 가능성이 높다.²²⁶⁾

2. 改善方案

부동산등기는 일종의 중요한 공시수단이다. 세계 여러 나라의 부동산 등기제도를 고찰하여 보면 등기기구는 대부분 통일되어 있으며, 전문적인 부동산등기기구와 부동산등기법을 갖추고 있다. 예를 들면 일본의 부동산등기법에는 “등기사무는 관할부동산소재지의 법무국, 지방법무국 및 그 지국, 파출기구”를 등기기관으로 하여 관할에 따라 진행한다. 독일 토지등기조례의 규정에는 “부동산등기는 지방법원(부동산등기국)에서 통일적으로 관리한다. 부동산등기국은 본 지역내의 토지에 관할권을 가진다.” 영국은 통일토지권속등기기구가 정부의 토지관리국인데 이 기구는 영국에서 현재 통일적으로 부동산 소유권에 대한 심사, 확인, 등기, 증서발급 등 사무를 처리한다.²²⁷⁾ 통일등기기구를 통해 정당한 권리자의 보호, 기구의 단일화, 절차의 간소화, 거래정보의 접근 용이성, 거래의 안전과 신속을 보장할 수 있다는 장점이 있다.

그러므로 중국의 여러 부서에서 각각 등기하고 또 급별을 나누어 등기하며, 등기대상에 따라 나누어 등기하는 관할제도를 폐지하고 간편성, 효율성, 통일성, 투명성을 유지할 수 있도록 하여야 한다. 그리고 토지사용권 취득으로부터 건축물 멸실에 이르기까지 부동산 처분과 가치에 영향을 주는 모든 등기를 하나의 기관에서 처리할 수 있어야 한다. 이를 위하여 중국은 부동산 등기 실무에서 우선 건물과 토지의 등기기구를 합병하여야 하고(일부 소수 지방에서는 이미 실행하고 있다), 이러한 기초위에 등기기구의 수직적 관리가 이루어져야 한다. 만약 관할구역이 넓으면 하급기구를 설립할 수 있지만, 반드시 등기업무가 당지의 정부에서 분리·독립한 후,²²⁸⁾ 통일적인 등기정책과 절차를 실행하고 등기정보를 전면적으로 확보할 수 있도록 하여야 한다.

226) 劉遠春, 앞의 논문, 5면.

227) 錢進, 誰是不動產登記机构的最佳選擇, 中國公証雜誌, (www.cqvip.com)

228) 劉遠春, 앞의 논문, 7면.

다음으로 등기기구의 성질을 명확히 하여야 한다. 등기기관은 등기정책의 집행 기관이지 결정자가 아니다. 그러나 등기기구는 공익을 목적으로 한 것이기 때문에 영리를 목적으로 하는 것은 허용되지 않지만, 기능과 능률면에서는 기업운영과 비슷한 樣相을 띠는 것이므로 기업의 사무처리에 있어서와 같이 기구의 효율적 운영을 담보하여 신속한 민원처리를 이끌어 낼 수 있다. 또한 등기기관을 행정목적으로 이용하는 태도를 止揚하여 등기의 사회적 기능인 公示機能을 정착시키는 데에 목적을 두어야 한다.²²⁹⁾

물권법에서도 등기의 단일화의 필요성에 대하여 명확히 하고 있지만(제10조), 등기제도의 단일화를 기하는 최초의 과제가 통일적인 등기기구를 건립하는 것이라고 본다.

(1) 統一機構의 設置方式

2007년 제정된 물권법은 부동산 등기기구를 단일화시키는 규정을 두지 않고 행정법률과 법규에 위임하고 있다. 그러나 물권법제정 이전부터 해결하지 못함이 오래된 과제를 법 시행 후 단기간 내에 해결한다는 것은 어려운 일일 것이다. 지금까지 논의되고 있는 등기기구의 단일화 방안을 살펴보면 다음과 같다.²³⁰⁾

첫째, 기구합병방식이다. 부동산등기에 관계되는 부서들을 하나의 부서로 합병하여 통일적으로 부동산등기를 진행하는 방식이다. 예컨대 전국의 토지행정주관 부서와 지질광산행정관리부서를 합병하여 국토자원행정부관부문으로 운영하고, 또한 토지와 건물의 통일등기를 요구하는 의견에 맞추어 일부지방에서는 토지와 건물등기의 두 개 부서를 하나의 부서로 합병하였다. 이러한 통일등기의 방식에는 2가지 문제를 전개하면서 그 해결책을 제시하고 있다. ① 여러 가지 증서를 통일하는 문제, 즉, 부동산등기에는 토지권리증과 건물소유증을 취득하면 되는 것이 아니라 다른 권리증서도 있을 수 있다. 만약에 부동산통일등기의 목적을 국민들이 한곳에서 모든 권리증서를 발급받을 수 있게 한다는 데 그 취지를 두려면 마땅히 “2증”통일만으로는 부족하다는 것이다. ② 토지도급증, 임권증 취

229) 劉遠春, 위의 논문, 7면.

230) 曲宇輝, 앞의 논문 참조.

등 등이 만약 부동산통일등기에 기재되지 않는다면 부동산통일등기제도는 내용상 완전하지 못하여 물권법의 입법취지와 규정에 부합되지 않는다는 것이다.

둘째, 집중업무처리방식이다. 관련부서들이 일정한 장소에서 한꺼번에 신청을 접수하고 집중시켜 통일적으로 증서를 발급하는 방식으로써 정부 부문의 업무기능에 변화를 주지 않으면서 통일적으로 권리증서를 발급하는 목적을 이룰 수 있다는 것이다. 최근 몇 년 사이에 중국 각 지방정부에서는 업무처리효율을 높이기 위하여 민원관련업무처리센터를 설립하여 대중들의 지지를 받았다. 그러나 이 방식은 다음의 두 가지의 문제를 안고 있다. ① 대집중과 소집중 두 가지 문제이다. 만약에 집중적으로 처리하는 방식을 취하고자 하면 당연히 대집중 방식을 채택하여야 할 것이다. 부동산등기는 등기의 전부를 집중적으로 처리해야 하며, 어떠한 부서에서도 그 어떤 이유로 집중처리를 방해하여서는 안되는 것이다. ② 구체증서발급기구의 직권문제. 법률, 법규에는 토지권리증은 시·현인민정부에서 발급하며, 건물소유증서 등은 시·현정부소속의 관련부서에서 발급한다. 그러나 각 부문에서 증서를 발급하는 구체사업은 보통 권리기관의 대행부서가 책임지므로 구체업무담당부서는 정부로 부터의 명확한 수권이 필요하다.

(2) 統一機構의 擔當部署

외국의 부동산등기제도를 살펴보면, 부동산등기기구는 사법적인 성격을 많이 띠고 있을 뿐만 아니라 부동산등기기구의 통일성을 요구하고 있다. 장기적인 관점에서 본다면 중국에서도 부동산등기기구의 통일화는 당면과제이며, 이에 대한 이견은 없다. 물권법의 부동산통일등기제도에 관한 규정은 중국의 부동산등기제도의 하나의 거대한 돌파이며, 과도시기의 방법을 규정하고 있다. 이에 대해서는 물권법 초안검토 시 학자들이 제기한 각 등기기구 간의 정보공유를 가강하여 앞으로 통일등기기구의 확립을 위하여 준비할 수 있다. 즉 “부동산등기기구와 토지등기기구는 응당 정보공유도경으로 당사자가 동시에 증서를 취득하는 데에 편리를 제공하여야 한다.” 이 조항은 통일등기를 실행하기 전 과도기간의 등기방법에 도입함도 바람직한 처사라고 하겠다.²³¹⁾

그러나 등기기구를 건립할 데에 관해서는 명확한 규정을 하지 않고 있다. 이와

관련하여 학계와 실무계에서 논의되고 있는 부동산 통일등기기관의 설정을 살펴 보면 다음과 같다.

1) 國土資源管理部

중국 내의 일부 도시들에서는(예컨대 夏門 등 계획단렬시, 대부분 직할시) 토지권리와 가옥권리등기는 모두 동일한 등기기구에서 처리하고 있다. 이와 관련하여 물권법상 부동산등기기구에 관하여 통일되고 구체적인 규정을 두는 것에 대하여 대부분의 주장은 국토자원관리부를 登記의 管掌機構로 선정하고자 한다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 이 방안은 국외입법례와 방향을 같이하고 대륙법계의 전통에 부합된다. 토지는 주된 부동산이며, 지상물은 반드시 토지를 기초로 하여야만 생성될 수 있는 것이므로 세계 각국은 부동산의 분산관리로 인한 혼란을 피하기 위하여 부동산등기를 사법기관에서 관장하도록 하든지 아니면 정부의 전문기관에서 관장하도록 하고 있다. 중국은 민국시기에도 주로 지방정부에서 등기를 관장하였으며, 대만지구에서도 여전히 地政所에서 부동산등기를 관장하고 있다.

둘째, 중국의 부동산등기는 토지등기와 가옥등기 외에도 삼림권, 해역사용권, 초원사용권 등을 포함하고 있기 때문에 국토자원부에서 관리하는 것이 중국 부동산등기관리의 현실상황과 연계하기 쉽다. 등기자료의 구비정도, 등기제도의 실효성, 등기이용률, 등기관 of 전문성을 감안하면 더욱이 토지관리부서가 등기업무를 관장하는 것이 바람직하다.

셋째, 국토자원관리부가 관장하는 것이 기구의 충실 면에서 토지등기관리는 이미 기본적으로 중앙으로부터 향진에 이르는 5급기구의 분포를 설치하였고 등기 절차와 등기자료가 잘 구비되어 있다. 또한 등기의 대상면에서 건물보다 토지가 기본적이라는 점에서 등기업무의 범위를 토지를 중심으로 등기하면 건설용지, 농용지, 용도미지정토지, 경작지, 임지, 해역 등을 관장할 수 있고, 건물은 반드시 토지위에 세워지기 때문에 별도의 관장기를 둘 필요는 없을 것이다. 또한 현재 건물관장기관의 등기업무는 도시의 건설용지에만 한정하고 있다.

231) 林依標, 앞의 논문, 56면.

넷째, 기초자료의 所藏면에서 부동산등기업무는 민국시기부터 주로 지방정부에서 담당하였고 토지등기도 연구(외국의 토지관리에 대한 적극적 인식)와 기반시설영역 면에서 어느 정도 충실을 기하고 있어서 광범위한 토지등기에 대한 전산처리를 실현하고 토지이용갱신조사도 정기적으로 실시하고 있다. 따라서 국토자원관리부가 등기업무를 관장하는 것은 여러 가지 점에서 장점이 있다고 할 수 있다.

2) 行政主管機關

등기업무를 기존에 설치되어 있는 행정주관기관(방산관리국, 임업관리국, 해양관리국 등)에서 부동산등기를 담당하여야 한다는 견해이다. 예컨대 기존에 설치되어 있는 도시의 방산관리국, 임구의 임업관리국, 근해지역의 해사관리국은 近海地域 등에서 등기업무를 관장하자는 것이다. 그러나 관련 행정주관기관이 없는 농어촌 등 僻地에는 주관기관을 설치해야 하는 행정기관의 지역적 분포가 문제가 된다. 또한 주민들의 등기 편리를 도모하려면 많은 인력을 충원하고 관장사무소를 설치하여야 하므로 비용적 부담이 크다는 문제점이 있다.

3) 人民法院

기존 인민법원에서 부동산등기를 관장하는 것도 하나의 방법이다. 인민법원이 부동산등기를 관장하면 등기행위의 공정성과 등기의 신뢰성과 객관성을 제고할 수 있다. 또한 부동산 관련분쟁이 발생할 경우 별도의 소송절차를 진행할 필요없이 바로 소송을 제기할 수 있게 되어 소송비용을 낮출 수 있다는 장점이 있기 때문에 중국의 대다수 학자들이 주장하고 있다. 즉, 인민법원은 중국의 독립적인 재판기관이므로 법원이 부동산등기를 관장하면 법원의 지위에 부합하는 일반인의 신뢰를 얻을 수 있고, 큰 어려움 없이 등기기구를 단일화할 수 있다고 하여 물권법 초안에 채택되기도 하였다.

그러나 인민법원이 등기업무의 주관기관이 된다고 하더라도 현실적인 문제점이 존재하지 않는 것은 아니므로 현행 물권법에는 규정되지 아니하였다. 중국의

각급 인민법원으로 하여 등기실질심사사업을 부담하라고 한다면 법원에 많은 인력을 투입하여야 한다. 이는 법원의 본래 업무인 재판업무와 등기업무의 양면에 차질을 가져올 수 있다.²³²⁾

한국이 이러한 방법을 취하고 있다. 그러나 사법기관인 법원은 한편으로는 재판업무를 담당하면서도 다른 한편으로는 非訟事件(등기·공탁·신청사건 등)에 대한 업무를 처리하고 있기 때문에 비교적 많은 법률전문가로 구성되어 있다. 따라서 법원으로 하여금 등기업무를 전담하도록 하는 것은 등기업무에 專門人力을 활용하는 것이 되고, 등기에서 발생하는 많은 문제점을 사전에 예방할 수 있는 長點이 있다. 물론 登記官이 잘못하여 이해관계인이 손해를 입은 경우에는 국가 배상법에 의해 손해를 청구하는 것은 중국의 경우와 마찬가지로이다.

4) 公證機構

부동산등기기구에 대한 선택은 등기제도를 실현하는 데 유리하고, 등기에 관한 외국의 제도와 유사성이 있고, 중국의 실정에도 맞아야 하는 것이다. 이를 이유로 중국의 부동산등기를 관장하기에 비교적 적합한 기관은 공증기구라고 주장하는 사람들도 있다.

공증은 공증기구가 법률의 규정과 당사자의 신청에 근거하여 법정절차에 따라 법률행위, 법적 의미가 있는 사실과 문서의 진실성, 합법성, 당사자신분 및 재산상의 권리를 합법적으로 확인해 주는 사법행위이다. 공증서는 중국사법문서의 중요한 구성부분이며 분쟁사건에 증거력, 강제집행력, 법률행위의 성립요건 등의 효력에 관한 입증자료가 된다. 중국 공증법 제6조에는 “공증기구는 법에 따라 설립하며 영리를 목적으로 하지 않으며 법에 따라 독립적으로 공증직능을 행사하며 민사책임을 지는 증명기구이다”고 규정하고 있다.

공증기구는 부동산등기직책을 담당할 능력을 가지고 있다. 공증기구는 담보법에서 정한 저당권등기의 법정등기의 담당부서 중의 하나이므로 부동산등기방면에서 풍부한 경험을 가지고 있다. 부동산물권변동에 대하여 실질심사를 하는 전

232) 錢進, 誰是不動產登記机构的最佳選擇, 中國公証雜誌, www.cqvip.com 2008 10.10 검색.

문성이 갖추고 있다. 부동산물권변동의 실질심사는 주로 공증기구가 한다. 예컨대 건물매매계약공증, 저당계약공증, 증여계약공증 및 계승권공증 등은 현재의 부동산등기기구에서 부동산물권변동에 대하여 진행하는 심사이다. 부동산물권등기에 대하여 실질심사를 진행하려면 그에 상응하는 기술지식이 필요할 뿐 아니라 등기와 관련된 민상법률과 법규 등을 숙지하여야 한다. 공증법에서도 공증인의 자격요건으로서 법률전문성을 요구하고 있다.

공증법상 공증기구를 설치할 수 있고, 공증기구는 통일적인 기획에 따라서 합리적으로 분포하는 원칙에 따라서 현·구를 설치하지 않은 시·구를 설치한 시와 직할시 내지 直轄區에서 설립하며, 구를 설치한 시·직할시는 하나 혹은 여러 개의 공증기구가 있을 수 있다. 그리고 공증기구는 우선 당사자에게 편의를 제공할 수 있고 동시에 등기효력상 통일을 기할 수 있기 때문에 등기관장기구로서 특성을 겸비하고 있다. 또한 공증기구의 조직은 수직적이라기 보다는 수평적이므로 행정단체에 따라 계층별로 설치할 필요가 없다. 그리고 공증기관이 등기업무를 관장하면 등기업무에 사법자원이 낭비되는 현상을 방지할 수 있기 때문에 공증기구는 법원에 비하여 더욱 큰 장점이 있다는 것이다.

공증법 제40조에는 “당사자 혹은 공증사항의 이해관계자는 공증서의 내용에 관해 쟁의가 있을 경우 그 쟁의를 인민법원에 향해 민사소송을 제기할 수 있다”고 규정하고 있기 때문에 공증기구는 당사자에게 실효성이 있는 등기관장기구가 될 수 있다. 또한 공증기구는 배상책임능력도 가지고 있다. 즉, 공증업계는 이미 통일적인 公證執業責任보험제도와 배상기금제도를 갖추고 있기 때문에 공증기구를 등기관장기구로 선정한다면 부분적으로는 장점이 있다고 볼 수 있다. 그러나 공증기구도 주로 縣·市에는 설치되어 있으나 鄉·鎮에는 설치되어 있지 않아서 이용자에게 불편을 초래할 수 있다. 뿐만 아니라 행정기관이나 사법기관이 등기를 관장하는 경우보다는 등기의 권위성이 떨어질 수 있고, 등기업무가 情實에 영향을 받을 수 있어 공정성을 잃을 우려가 있기 때문에 등기 신뢰성의 저하를 가져올 수 있다.

II. 登記關聯法制的 統一

중국현행부동산등기 입법은 아직도 많은 문제점이 존재하는데 직접적으로 부동산등기의 공신력, 권위성, 과학성을 제약하고 실행에 있어 곤란을 조성해주고 있다.

1. 登記關聯法制的 問題點

세계무역조직의 하나의 중요한 원칙은 성원국의 영토범위내의 관련법률, 법규 및 정책은 마땅히 차별하여 대하여야 하며 지방정부에서 집행 및 반포하는 법률, 법규가 중앙정부에서 반포한 법률, 법규와 서로 저촉되지 아니하여야 한다. 그러나 중국은 오랜 기간 동안 등기의 성격에 대하여 착오적인 인식을 가지고 있었기 때문에 부동산등기를 일종의 정부관리활동으로 오해하고 있다. 중국이 세계무역조직에 가입한지가 10여년이 지났지만, 지역사이의 지방성 법규가 서로 상이하고, 그 소속의 현, 시 사이에도 부동산 정책과 집행절차가 다르고 모순된 경우가 많아서 전반적으로 권위적인 통일법규와 정책이 부족하고 또 법규, 정책이 평등하지 못한 현상들이 많이 존재한다.²³³⁾

첫째, 법규의 규정은 비교적 개괄적이고 여러 지역 내지 부문들에서 서로 상이하게 나타나고 있다. 예를 들면 담보법 제36조에는 “법에 의하여 취득한 국유토지위에 가옥담보를 할 경우, 그 가옥 점용범위내의 국유토지사용권도 동시에 저당한다.”고 규정하였으나 동법 42조에는 제1관, 제2관의 규정으로 저당등기를 하는 부문은 아래와 같다. “지상정착물이 없는 토지사용권을 저당한 경우, 토지사용권 증서를 심사, 발급한 토지관리부서가, 도시가옥 혹은 향진촌기업의 공장건물 등 건축물을 저당한 경우, 현급이상 인민정부에서 규정한 부문이다”라고 규정하였다. 따라서 방산관리부문에서는 이미 완성된 건축물을 저당할 경우, 당사자는 방산국에서 저당등기를 진행하면 토지도 그 건물과 같이 저당된 것으로 보며 토지부서에서는 완성된 건물을 방산국에서 저당등기를 함과 동시에 토지국에 가

233) 劉遠春, 앞의 논문, 5면.

서 점용범위 내의 토지사용권저당등기를 하여야 한다고 주장한다. 그렇지 아니면 이 가옥의 점용한 부분의 토지는 저당범위에 들어가지 않는다고 본다.

둘째, 정책이 평등하지 못하다. 부동산등기정책은 국제적인 주요 관념들과 같이 움직여 나가야 하므로 국내외의 권리자 내지 서로 다른 성격의 권리자들에 대하여 등기정책상 일치한 국민대우를 해주어야 한다. 그러나 부동산 등기실천 중에서 국내 및 국외 권리자에 대한 등기기구가 상이하다는 문제와 등기관련비용에 대한 징수정책이 일치하지 못하고 있다는 문제가 있다. 등기기구와 관련해서는 많은 지역의 주택은 경내와 경외 판매를 구분하고 있으며 외국의 기업, 개인은 외관상품주택만 구매할 수 있도록 되었다. 등기기구도 일반적으로 별도로 섭외부서가 있으며 특히는 이급관리를 실행하는 대도시에서는 일반적으로 지역권리 모식을 타파하고 시급등기기구에서 진행하는 경우가 많다. 등기비용과 관련해서는 국가계획위원회, 경제무역위원회 등 부서에서 연합으로 발급한 연합문건에는²³⁴⁾ “국유대중형기업의 3가지 개조를 추진하기 위하여, 3가지 개조를 진행하는 기업은 부동산 재산권등기를 할시, 권속증서의 제작원가비용만 받고, 재산권 등기비, 수속비는 면제한다.”고 규정하였다. 일부지방에서는 국유기업의 개혁을 지지하고 자금유통을 원활하게 하게 위하여 공업기업의 부동산 유상양도를 일종의 구조조정행위로 보아서 관련 부동산등기시 등기비용만 납부하고 보통의 부동산양도 시처럼 별도의 수속비를 지불하지 않도록 규정하였다.²³⁵⁾

셋째, 건물과 토지의 등기규정이 상이하다. 가옥권속관리는 건설부에서 반포한 도시가옥권속등기관리방법 등에 따라서 집행하며, 토지권속관리는 국토자원부에서 반포한 토지등기규칙²³⁶⁾에 따라 진행하며 조작규범 및 절차상에서 많은 차이가 있다. 예를 들면 건설부에서는 이미 建物測繪와 등기를 서로 분리하여 사회화, 기업화, 경영화의 방향으로 발전하도록 하였다. 즉 건물측회기구는 등기관과 달리하고 반면에 토지의 측회사업은 토지등기의 주요한 내용과 주요한 조성부분이다. 그리고 토지등기중에 등기부를 설정하는데 이는 등기의 주요한 용건이

234) 國家計委經貿易委, “關於對企業實施改革過程中有關收費實行減免的通知”, 1077호, 1998 참조.

235) 劉遠春, 앞의 논문, 5면.

236) 國家土地局 1995年 國土字 第184号文件 국가토지국은 중국 국토자원부의 전신이다.

고 토지권리증서는 등기의 부분이다. 그러나 가옥등기 중에는 이러한 절차가 없으므로 가옥소유권증서는 권리자의 합법적 증표이다. 그리고 건물, 토지에 관한 등기종류의 설치도 차이가 있다.

2. 改善方案

등기는 사실상 물권의 공시방식으로서 그 의미는 물권의 성립과 변동을 대외에 공개하여 권리확인과 안전한 교역을 보호하는 역할을 한다. 종래에는 주요하게 부동산의 관리를 강조하여 등기기구가 분할된 상황을 초래하여 많은 폐단을 초래하였다. 중국도 이제는 선진국과 마찬가지로 기업전체를 담보물로 설정함으로써 담보의 가치를 최대한 높일 수 있을 뿐만 아니라 기업을 매수한 측에서도 매수자산을 통합적으로 이용할 수 있도록 하여 일석이조의 효과를 추구하여야 한다. 그러나 중국의 분산되고 낙후한 현행등기체제는 아직 전반적, 총체적물건으로 담보를 제공하는 거래방식과 서로 어울리지 않다. 그러므로 전인대에서 조속히 여러 분야의 의견을 수렴하여 부동산통일등기법의 입법계획을 제정하여 물권법에 추구하는 통일등기제도를 뒤받침 할 수 있는 실속있는 부동산등기법체계를 설립함이 시급하다.²³⁷⁾

등기법제의 整備는 진정한 권리자의 보호, 권리관계의 정확한 공시 등을 통하여 거래의 안전과 신속을 기할 수 있을 것이다. 따라서 통일적인 부동산등기를 할 수 있도록 입법체계를 구축하는 것은 切實히 요구되는 일이다.²³⁸⁾

제3절 不動產登記節次關聯 問題點 및 改善方案

I. 登記節次體系

1. 節次體系의 問題點

237) 王利明, “不動產登記與物權的確認和保護”, 中國高校論文網, 1면.

238) 梁慧星 主編, 앞의 책, 141면.

중국의 시장경제질서의 기본방향은 지역차를 없애고 전국적으로 통일적인 시장경제환경을 건설하는 것이다. 부동산 거래시장도 이와 마찬가지로 보고 있다. 여기서의 통일은 지리적 의미의 통일이 아니라 법률적 의미의 통일이다. 즉 시장의 기초는 일치된 법률규칙이며, 부동산 거래시장을 놓고 볼 때 통일된 법률기초는 등기절차에서 주요하게 표현된다. 그러나 중국은 현재 통일된 등기절차에 관한 규칙이 없으며 각 지방의 입법기관, 정부와 관련행정부문에서 제정하는 각각의 등기절차에 관한 규정만이 있다.

등기절차의 통일이 필요하다는 것은 현재 부동산등기는 시행되고 있지만, 통일되지 않은 등기절차의 규정은 각 등기관련기구의 이익만을 대표하고 있을 뿐이고, 그렇게 제정된 절차와 규칙들도 그 의미가 각각 다르므로 등기의 직접당사자로 하여금 거래의 불편을 초래할 뿐만 아니라 부동산시장의 통일적인 건설을 위하여도 불필요한 결과만을 초래하고 제도 사이의 장애를 조성하기도 한다.

예를 들면 부동산에서 등기절차를 보면 상해시부동산등기조례 제9조와 제25조에 의하여 부동산분할등기를 신청할 경우 당사자(매도인이나 매수인의) 한쪽에서만 신청하면 되지만, 주해시부동산등기조례 제10조에서는 부동산분할등기는 반드시 당사자 쌍방이 공동으로 신청하여야 한다고 규정하고 있다. 이 두 규정은 차이가 아주 크다. 상해시에서의 등기는 비교적 수월하고 간단하게 이루어지지만, 주해시의 경우에는 힘들고 복잡한 절차를 거쳐야 한다. 따라서 “동일한 물건을 서로 다르게 적용하게 되는” 불평등한 경우가 발생하게 된다. 이러한 등기절차규칙의 혼란으로 이러한 모순이 나타나는 사례는 아주 많다.

또 다른 예를 들면 어떤 지방의 부서지간에 등기수리권을 쟁취할 목적으로 여러 가지 “토지정책이나 홍두문건”²³⁹⁾을 이용하여 인위적으로 서로 다른 등기절차를 제정하고 있다. 아래의 전형적인 사례가 바로 이 문제를 설명한다. 모시의 국토관리국에서 2000년 8월 17일에 본시의 인민은행을 비롯한 각 전업적인 은행에 「토지사용권 담보등기의 규범화에 관한」 공문을 발송하였다. 본 공문에는 “법률법규와 정책의 규정에 따라 도시부동산과 향(진)촌 기업의 공장건물 등 건축물의 담보등기, 주택소유권과 토지사용권에 관한 담보등기 등은 법에 따라 주택소

239) 토정책은 법률이 규정이 아닌 지방의 관습으로 행하던 관습법을 말한다. 홍두문건은 중국공산당위원회에서 각 행정부서에 보내는 문서이다.

유권소유지 방산관리부문과 토지관리 부문에서 관리한다. 토지관리부문으로부터 토지담보등기를 설정하지 아니하면 담보계약은 무효로 되며 담보행위는 법률적 보호를 받지 못한다. 토지담보 등기사업의 정상적인 질서를 보호하고 담보당사자의 합법적인 권리를 보장하기 위하여 통보를 받은 담보당사자는 통보를 접수한 날부터 30일 내에 반드시 현금 이상의 토지관리부문에서 토지사용권 담보등기수속을 완성해야 한다”고 하였다. 그러나 인민은행을 비롯한 각 은행은 본시 인민정부의 규정에 근거하여 본시 부동산 담보등기사업은 당지의 방산관리부문에서 법에 따라 관리하였다.²⁴⁰⁾ 그리하여 등기의 불통일을 초래하였다.

2. 登記節次體系에 대한 改善方案

등기절차에 문제가 발생하면 절차의 가치를 배반한다. 이러한 문제를 소멸하는 것은 절차가치를 원상태로 회복하는 것이라고 하겠다. 부동산은 물리적인 이동을 할 수 없는 제한을 받고 있고, 또한 당지의 특수정책, 습관 등 인소의 제약도 받고 있기 때문에 등기절차의 통일이 가능할 수 있다. 그리고 부동산물권 변동을 핵심으로 하는 부분의 부동산 거래는 지역제한을 초월하는 추세가 많이 나타나고 지역제한도 부단히 폐지되고 있다. 즉, 타역투자자가 본 지역에서 주택구매를 진행하는 부동산물권활동이 나날이 빈번해지고 있다고 볼 수 있다. 이러한 투자흐름과 인구흐름은 실제상에서 부동산물권의 가치흐름을 유발하며 또한 부동산물권변동이 본 지역범위를 초월한 부동산규칙을 요구하게 된다. 따라서 부동산물권변동은 부동산거래시장의 범위를 통일하고 통일등기절차의 정착에 긍정적인 역할을 하게 된다.

물론 등기절차의 체계를 확립하기 위해서는 단일화된 부동산등기절차법의 제정이 필요하다. 그러나 절차법의 제정은 지금 당장 할 수 있는 것이 아니라 상당한 시일을 요하는 것이므로 등기절차의 합리성을 가늠하는 가치표준의 확립과 세계 각국의 입법례를 검토하여 보는 것이 필요하다.

첫째, 등기절차의 합리성을 가늠하는 가치표준을 확립해야 한다. 즉, 자유결정

240) 吳楚, “房地產抵押登記部門能一分爲二嗎”, 中國房地產信息雜誌, 2000年 1期.

과 합당한 시스템 도입 등으로 절차체계의 설계를 지도하여 등기기관 또는 당사자에게 각자의 독립적인 자유의식 공간을 설치해 주고, 등기기관이 등기를 심사할 수 있는 권리를 갖지만 함부로 당사자의 사적인 권리를 간섭해서는 안되며, 당사자 스스로 자신이 이익을 주장할 수 있는 보증체계를 갖추어 등기기관의 부당한 행위에 대응하도록 하여야 한다. 예를 들어 법률상에서 명확하게 규정한 “특수한 상황에서 등기기관은 직권에 따라 등기를 진행하며 당사인의 의지개입을 배척하고 등기발생의 효율을 실현한다.” 그러나 이때 응당 당사인이 알 권리와 부동한 의견을 발표할 권리를 가지게 하여 등기기관의 직권행위를 감독하고 착오된 등기의 발생할 수 있는 기회를 감소시켜야 한다.²⁴¹⁾

둘째, 부동산등기에 관한 선진 제국의 등기 절차체계를 대담하게 받아들이는 방안도 고려하여야 한다. 중국은 등기규칙방면에서 다른 나라보다도 뒤쳐져 있기 때문에 이미 시행착오를 겪으면서 입법화하고 있는 다른 나라의 입법례를 채택하여 규칙을 제정하는 등의 노력을 통하여 등기비용의 절감과 등기의 신뢰성과 공정성을 기해야 한다.

생각건대 중국은 대륙법계의 전통을 대체로 받아들였다고 보여지지만, 입법의 편의를 위하여 전체적인 제도의 범위에서 한국·독일·스위스·일본 등의 부동산등기법을 체계적으로 검토·분석하여 중국의 기본적 제도와 현실정에 맞도록 통일되고 완전한 절차체계를 확립해야 할 필요성이 있다. 예컨대 토지사용권, 전권의 등기절차는 중국 특유의 관습으로 내려온 제도이므로 이러한 절차는 응당 현재의 합리적인 규칙을 견지해야 할 것이다. 그리고 입법적으로 미비한 등기순위제도와 등기예고제도 및 구체적 등기의 절차와 방법에 대한 상세한 규정 및 해석기준 등도 정립하여야 한다.

II. 不動產登記審查

1. 登記審查方式에 대한 問題點

241) 常鵬翱 編著, 「物權法典型案例研究」, 人民法院出版社, 2002. 11, 141면.

중국물권법 제12조에는 등기기구의 직책을 규정하면서 그 실질상 형식주의 심사와 실질주의 심사를 동시에 채택하고 있다. 즉, 형식심사를 위주로 실행하고 실질심사를 부대적으로 진행하는 심사제도를 채용하고 있다고 볼 수 있다.²⁴²⁾ 등기심사는 진실한 공시정보의 유효하게 보장하는 수단이다. 한 나라가 어떠한 등기심사제도를 채용하든지 거래의 안전을 보장하기 위해 공시정보의 진실성, 정확성은 일정한 체계를 설치하여 보장받아야 한다. 다만 각국의 실정에 근거하여 그 심사를 변호사나 공증인 혹은 사법부서, 보험회사 등이 담당하고 있다.

중국의 등기실천 중에서 공증기구는 일찍 부동산물권변동의 실질적인 심사의무를 담당하기 시작하였으며 등기부문과 함께 각 심사내용에 대해 점검하였다. 1991년 사법부와 건설부에서는 연합으로 「방산등기관리에서 공증을 가장함에 대한 연합통지」를 발표하고 상속 혹은 증여로 인해 발생하는 부동산물권이전등기에 대하여 “본 항 상속 혹은 증여 행위가 공증을 받지 못하면 등기기관에서는 등기를 해주지 않는다.”고 하였다

2. 登記審査의 改善方案

물권법은 민사에 관한 실체법에 속하는 것이지만, 등기는 행정확인행위이다. 따라서 물권법에 정면으로 행정기관의 직책을 규정하는 것이 타당하지 못하기 때문에 아래와 같은 원칙성규정을 보완하여야 할 것이다. 즉 “등기신청인은 등기사항 및 제출한 각항 토지권속증서외의 서류들의 진실성에 대해 진실성책임을 진다.”는 조항을 보충하는 것이다.

현재 중국은 법률서비스시장이 아직 성숙되지 못하고 변호사, 공증원 등 전문일군이 보급되지 못하며 국민들이 일상에서 공증인, 변호사와 거래하는 습관이 아직 양성되지 못한 상황에서 무턱대고 강제공증 강제보험 등 제도를 시행하여 인위적으로 거래원가를 증가하는 것은 국민정서에 위배된다고 할 수 있다. 그러나 상대적으로 볼 때 중국행정기관은 향, 진에까지 면밀하게 포치되어 있고 공무원자질이 일정하게 보장되고 사회공중에 대한 공신력이 비교적 강하다. 따라서

242) 馬特, 앞의 책, 194면.

물권법에서 일정한 한도 내에서 행정기관에 실질적인 심사기능을 부여하였다. 그리고 입법에서 규정한 직책, 권한 또한 등급에 따른 수급표준을 설정하여 실질적 심사권의 남용을 방지하는 것이 바람직하다.²⁴³⁾

Ⅲ. 登記賠償責任

1. 物權法 제21조의 登記賠償責任上 問題點

물권법 제21조에는 등기기구의 배상책임에 관하여 “당사자가 허위적인 서류를 제공하며 등기신청을 하여 타인에게 손해를 끼친 경우, 마땅히 배상책임을 져야 한다. 등기상의 착오로 타인에게 손해를 끼친 경우, 등기기구에서는 마땅히 배상책임을 져야 한다. 등기기구에서 배상한 후 이 등기에 책임이 있는 당사자에게 추적배상을 요구할 수 있다”라고 규정하고 있다. 그러나 이 조항에 관하여는 현재 해석상 논란이 제기되고 있다.

물권법 제21조는 두 가지의 책임상황을 규정하고 있다. “당사자가 허위적인 서류를 제공하며 등기신청을 하여 타인에게 손해를 끼친 경우”와 “등기상의 착오로 타인에게 손해를 끼친 경우”에는 배상책임이 발생한다는 것이다. 이조항의 제1관은 일종의 과실책임이고, 제2관은 일종의 충실책임이라고 볼 수 있다. 따라서 제1관을 제외하고는 모두 등기기관의 책임을 인정한 것이다. 즉, 제3자의 고의·과실에 대한 책임까지 등기기관이 부담한다는 것이다. 구체적인 경우를 살펴보면, 당연히 등기를 하여야 함에도 등기를 하지 않은 경우, 등기당사자와 결탁하여 거짓으로 등기를 한 경우, 이의등기를 접수한 후 명의이전등기를 한 경우 등의 등기착오에 대하여 모두 충실책임을 묻고 있다.

착오된 등기 이외에 등기기관이 정당하지 않은 이유로 등기에 태만하거나 무리하게 등기접수를 거절하는 것은 소극적 행정행위에 속하며 직무태만으로 인한 침해행위를 구성한다는 데 이론이 없다.²⁴⁴⁾

243) 馬特, 앞의 책, 197면.

244) 馬特, 위의 책, 197면.

그리고 관련등기기관에서 착오된 등기로 인해 배상책임을 부담하는 귀책원칙에 대하여 과실책임설과 무과실책임설이 대립하고 있다. 과실책임설은 등기기관의 과실이 있어야만 배상책임을 져야 한다는 주장으로써, 등기기관의 과실로 인해 부동산등기의 착오가 발생했을 경우 본 착오로 인해 당사자 혹은 이해관계인에게 손해가 발생하였다면 등기기관은 국가배상법상 당해 규정에 따라 배상책임을 져야 한다는 것이다. 그에 반하여 무과실책임설은 사업일군이 심사임무를 최대한 이행하였는가를 묻지 않고 주관상²⁴⁵⁾에서 과실이 있고 없는 여부에 따라 등기기관의 등기착오 혹은 누락으로 타인에게 끼친 손해에 대하여 배상책임을 져야 한다는 것이다. 또한 이와 관련하여 현재 논의가 많은 것은 등기기관의 배상책임의 성격에 관하여 본질적으로 국가배상책임인가 아니면 민사배상책임인가 하는 것이다.

국가배상책임설은 중국에서 현재 행정기관에서 부동산 등기사무를 담당하고 있으므로 국가의 공신력을 기초로 하여 당사자에게 부동산거래의 안전을 보장하고 있다고 할 수 있기 때문에 행정기관이 직권으로 당사자에게 손해를 입었을 때에는 그 손해는 국가로부터 적법하게 배상받을 수 있다고 한다. 그러나 등기책임으로 발생한 손해는 그 액수가 일반적으로 크다고 할 수 있으므로 등기기구에서 손해 전부에 대하여 배상책임을 진다고 하는 것 또한 합당하지 못할 것이다. 따라서 등기기구는 국가배상법에 의거하여 배상책임을 져야 하며, 착오된 등기의 피해자 자신은 본등기의 착오로 인해 부당한 이익을 얻은 자로부터 추적보상을 요구할 수 있어야 한다.²⁴⁶⁾

민사배상책임설은 등기기관의 착오된 등기로 당사자에게 발생한 손해는 당사자의 민사상의 권리를 침해했기 때문에 민사침해행위에 속하는 것이므로 그 책임은 민사책임이라는 것이다. 그러면서 국가배상법상 국가가 배상책임을 지는 경우를 매우 엄격하게 제한을 하고 있기 때문에 피해자의 합법적 권리를 보장받는데 불리하다고 한다. 부동산의 착오된 등기로 인해 발생한 실제 손해는 일반적으로 등기비용의 범위를 상당부분 초과하는 것이다. 이러한 배상책임을 부담은

245) 梁慧星, 中國物權法草案建議稿, 제250조.

246) 梁慧星, “中國物權法草案的不同意見及建議”, 「刊登在 河北省政法干部學院報」, 2006年 1期.

부동산 등기업무중에서 일정한 비율에 의한 비용을 배상기금으로 설립하는 것과 보험제도를 통하여 책임을 분산시키는 책임보험을 적용할 필요가 있다. 그리고 등기기관은 신청인에게 배상을 독촉할 수 있을 뿐만 아니라 등기사업의 종사자에게도 과실정도에 근거하여 추적배상권을 행사할 수 있다는 것이다. 예컨대 스위스 연방책임법 제3조는 “공무원이 직무집행시 불법으로 타인의 권리를 침해하였을 경우 연방은 공무원의 과실여부를 물어 볼 필요 없이 응당 배상책임을 져야 한다”고 규정하면서 동법 제7조에는 “만약 연방에서 이미 배상을 지불했으면 연방은 고의적 혹은 중대과실로 인해 손해를 발생케 한 공무원에게 추적배상권을 가질 수 있고, 직무관계가 이미 취소된 경우도 예외가 아니다”라고 규정하고 있다.

이에 반하여 등기기관에서는 등기에 필요한 기본적인 비용만 받고 있기 때문에 그 책임은 국가배상책임이라고 주장하고 있다. 물권법 제22조는 부동산 등기의 수금원칙에 대하여 “부동산 등기비용은 마땅히 건수에 따라 수금하여야 하지 부동산의 면적, 체적, 혹은 대금의 비례에 따라 수금하지 못한다. 구체 수금표준은 국무원관련부서에서 가격관리부서와 공동으로 정한다”고 규정하고 있기 때문에 근본적으로 민사배상이 인정될 수 없도록 하고 있는 듯하다. 그러나 당사자의 입장에서 보면 국가배상의 도경으로 확실하고 충분한 손실을 보상받을 수 없다. 이 문제도 법원의 실무 중에서 처리하기가 아주 어려우므로 해석의 기준을 정할 필요가 있다.²⁴⁷⁾

2. 登記賠償責任의 改善方案

물권법 제21조의 귀책사유와 관련하여 과실책임설과 무과실책임설이 대립하고 있지만, 중국 물권법은 등기기구에 존재하는 과실은 제외하고 오직 등기착오로 타인에게 손해를 조성했을 경우에만 등기기구가 배상책임을 져야 한다고 규정하였다. 이것은 국가기관이 직무행위로 인해 권리자에게 손해를 입힌 경우는 특수 침해행위에 속하며 무과실책임을 채용하였기 때문이다. 만약에 과실책임원칙을

247) 王利明, “不動產登記與物權的確認和保護”, 2면.

채용하면 피해자는 관련정보의 수집, 증거제출 등의 입증방법의 한계가 있기 때문에 등기기관의 과실을 증명하기 힘들다. 그러므로 무과실책임을 채용하여 보다 효율적으로 등기기관과 사업일군의 위법행위를 방지할 수 있으며 등기부에 기재된 것과 진실된 권리가 일치할 수 있도록 보증하며 이로 인해 최종에는 등기부의 공신력을 확립할 수 있도록 하고 있다.²⁴⁸⁾

이와 관련하여 그 배상책임의 성질에 관하여 국가배상책임인지 아니면 민사배상책임인지 논의가 많지만, 등기의 배상책임은 국가배상책임이라고 명확히 할 필요가 있다.²⁴⁹⁾ 그 이유는 첫째, 배상책임의 귀책원칙상 국가배상법과 일치하고 있다. 즉 위법배상원칙을 확립하고 있는 국가배상법 제2조는 “국가기관과 국가기관사업일군이 법에 어긋난 직무행위로 인하여 공민, 법인과 기타조직의 합법적 권익에 손해를 끼쳤을 경우, 피해자는 본법에 근거하여 국가배상을 취득할 권리가 있다”고 규정하고 있다. 다시 말하면 국가기관이 직무를 수행하던 과정에서 위법한 행위를 하였거나 또는 그 위법한 행위로 인하여 공민이나 법인에게 불이익을 초래한 경우에만 배상책임을 지도록 하고 있다.²⁵⁰⁾

둘째, 물권법 제21조 제2관은 “등기착오로 인해 타인에게 손해를 발생케 한 경우, 응당 등기기관이 배상책임을 부담한다”고 하여 등기기관에 비교적 엄하게 규정하고 있다. 현재 중국의 토지 혹은 부동산등기실천경험으로부터 본다면 당사자의 거짓증명을 제공하는 문제가 자주 발생하고 있다. 이러한 경우에 있어서 등기착오가 발생하여 타인에게 손해가 발생하였다 하더라도 등기기구에서 배상책임을 지도록 하는 것은 등기기구에 과중한 부담을 주는 것이라 할 수 있다. 생각건대 등기기구에서 책임을 지는 경우를 명확하게 규정할 필요가 있다. 예컨대 당사자의 거짓증명으로 인하여 발생한 등기착오는 등기의 직접당사자에게 책임을 부담하도록 추궁하여야 하고, 그 반대의 경우에 한하여 등기기구에서 배상책임을 져야 할 것이다.

당사자가 허위로 작성한 등기자료를 제공하면서 등기신청을 하고 그에 따라 등기기구는 법률규정에 좇아 등기절차상 심사의무를 완벽히 하였다면 그 착오는

248) 馬特, 物權變動, 198면.

249) 林依標, 앞의 논문, 56면.

250) 林依標, 위의 논문, 56면.

당사자의 거짓증명으로 발생한 것이므로 그 법률상 책임은 직접 당사자가 져야 하는 것이므로 등기기관에서는 별도로 지지 않아야 한다. 그 반대의 경우에 한하여 등기기구에서 배상책임을 져야 할 것이다. 등기부의 내용을 신뢰하고 거래한 선의의 제3자는 보호를 받아야 한다. 즉, 실권리자가 등기신청인의 거짓등기로 인하여 손해를 입었다면 민법상 부당이득반환청구권 내지 손해배상청구권에 의해 구제를 받을 수 있다.

신청인이 허위적으로 부동산 등기를 신청하고 등기기관이 심사의무를 다하지 않아 등기착오를 초래하고 당사자에게 중대한 손실을 주었다면 이에 대해 등기기관은 당연히 배상책임을 져야 한다. 이것은 한편으로는 권리와 책임을 결합한다는 원칙에서 비롯된 것이다. 등기기관은 수급할 권리를 가지고 있는 반면에 착오된 등기의 과실에 대해 책임을 져야 한다는 것이다. 다른 한편으로는 등기기관이 등기내용에 대해 책임을 부담하는 것은 등기기관의 직책을 강화하는데 유리하며, 등기내용을 면밀하게 심사할 수 있도록 하여 등기내용의 진실과 성실을 추구하게 된다.

이상에서 살펴본 내용을 종합하여 보면, 본 조항은 “등기기구 혹은 그 사업일군의 위법으로 인해 타인에게 조성한 손해에 대해서, 등기기구는 응당 국가배상법의 규정에 근거하여 배상책임을 져야 한다. 등기기구가 배상한 후, 등기착오를 초래한 책임인의 책임을 추궁할 수 있다”라고 개정하는 것이 타당할 것이다.²⁵¹⁾

IV. 過渡時期의 登記의 解決方案

물권법 246조에는 과도시기의 부동산 등기에 대하여 다음과 같이 규정하였다. 즉 법률, 행정법규로 부동산 통합등기의 범위, 등기기구 및 등기방법 등에 관하여 규정을 하기 전에는 지방성법규도 본 법의 관련규정에 근거하여 집행할 수 있다. 이와 같이 과도시기에 부동산법제가 일순간에 완비될 수 없고 중국의 경우에는 땅이 넓고 분포가 복잡하기에 더욱 긴 시간이 필요하다. 어떻게 큰 혼동없이 통일등기체제로 발전할 수 있도록 하는 것이 중국등기체도가 안고 있는 아주

251) 林依標, 위의 논문, 56면.

중요한 문제이기도 하다.

따라서 과도시기의 등기제도에는 한국을 비롯한 주변 국가의 과도시기의 특별 규정이나 법률들을 과감히 도입할 필요가 있다. 예컨대 단일 사항의 부동산등기인 주택소유권등기, 토지사용권등기 등은 이미 유관되는 규정과 규범화된 문건이 있다. 통일등기방법을 제정하는 주요한 이유는 부동산등기의 범위, 종류와 권리 증서명칭을 국가적으로 통일하여 규정해야 하며, 지방과 부문에서 새롭게 설립하는 부동산등기종류와 권리증서명칭을 사용하지 못하도록 하여 “물권법정”의 원칙을 진정으로 보장하여야 한다. 그러나 현실에 입각하여 너무 절대적인 방식도 피면하여야 한다. 즉 법에서 허용하는 성급정부가 법의 수권으로 결정할 수 있는 사항에 대해서는 마땅히 지지하여야 한다.²⁵²⁾ 생각건대 물권법실시 후 부동산통일등기법이 제정·시행되기 전까지의 이 과도시기에는 원칙상 현상태를 유지하고 토지행정주관부문과 부동산주관부문에서 등기기능을 각기 행사할 수 있도록 해야 한다. 그러나 국민의 편리를 도모하고 행정효율제고문제를 고려하여 “窓口式” 혹은 “一列式” 업무를 볼 수도 있다. 즉 한개 창구에서 수리하고 각기 심사, 핵실하고 통일로 증서를 발급하는 등 그리고 점차 통일등기로 넘어가는 것이다.²⁵³⁾

V. 登記節次의 立法方向

물권법에서 등기절차에 대한 규정은 많거나 적거나 막론하고 많은 문제들을 야기시킨다. 그러나 중국에는 물권법에 대응하는 절차법이 없기 때문에 더 많은 문제를 야기할 수 있기 때문에 이를 보완하는 것이 필요하다.

첫째, 물권법은 실체법이므로 절차법적인 성격을 가지는 조항을 규정하는 것은 바람직하지 못하다. 그리고 부동산등기는 부동산물권의 현황과 관계되며 거래되는 액수도 많기에 국가의 계획과 민생에 비교적 큰 영향을 미친다. 부동산등기는 반드시 법률의 규정에 따라서 법에서 규정한 절차에 따라서 진행하여야 한다. 이는 우리에게 별도로 통일적인 부동산등기법을 제정할 것을 필요로 하고 있다.

252) 曲宇輝, 앞의 논문 참조.

253) 林依標, 앞의 논문, 57면.

둘째, 물권법과 관련하여 최단의 과제는 부동산등기의 절차에 관한 법률의 제정이지만, 이를 대체할 수 있는 것이 기존법률의 보완이다. 즉, 물권법은 사회생활의 필요에 순응하기 위하여 필요한 법률이므로 여기에 상세하고 완비된 등기 절차를 제정하는 것은 불가능하지만, 그에 관련된 원칙적인 규정을 세워두는 것이 “없는 것보다는 낫다”고 볼 수 있고 이리함으로써 앞으로의 부동산등기법의 제정에 기초를 닦을 수 있지 않나 하는 관점이다. 물권법 제246조에는 “법률 행정법규에 부동산통일등기범위, 등기기구, 등기방법에 대하여 규정을 하기 전에는 본법의 관련규정에 따라 지방성법규에서 관련내용을 규정할 수 있다.

생각건대 중국물권법에 등기절차에 대하여 규정하는 것이 불가능하지 않다고 할 수 있으므로 둘째의 관점이 타당하다고 본다. 첫째, 물권법은 비록 실체법이기는 하나, 절차법적인 색채도 가질 수 있다. 여기에서 말하는 절차는 물권의 성립과 변경과정 중의 절차를 말하는 것으로 소송절차에 대한 규정은 아니다. 그러므로 의연히 실체법의 범주에 속한다.²⁵⁴⁾ 실제 물권법에도 절차성적인 내용들이 있다. 이는 물권의 설립, 변동, 이전에 필요한 절차이다. 만약 이러한 등기와 같은 공시제도의 규정이 없다면, 물권변동에 관한 공시제도는 허상에 불과하다.

둘째, 물권법은 마땅히 부동산 등기의 원칙과 기본제도를 규정하여야 한다. 비록 등기절차에 관련된 문제들이 아주 복잡하고 기술성이 강하기 때문에 물권법에서 이를 모두 개괄할 수 없지만, 근본적으로 등기제도가 물권제도의 구성부분이므로 물권법도 마땅히 등기제도의 기본문제에 관하여 규정을 함이 바람직하다. 우선적으로 물권법은 등기절차의 기본원칙인 통일등기원칙, 적법성의 원칙, 신청의 원칙 등 부동산등기법을 지도규정에 대하여 대하여 명확히 하여야 한다. 또한 변경등기, 이의등기, 예고등기 등과 관련하여 각국의 통상적인 절차는 모두 민법전 물권편에서 규정을 하였는데 이는 위 등기들이 실체적 권리문제와 연관되기 때문이다. 그러나 부동산등기의 구체적인 절차인 신청등기인의 자격, 조건, 신청등기에 필요한 수속, 등기기관의 심사내용, 심사기한 및 등기하자에 관한 보완조치 등 세칙에 대하여서는 부동산등기법에서 구체적으로 규정하여야 한다.²⁵⁵⁾

현행 중국의 부동산 물권등기절차는 분산적으로 규정되어 있고 그 적용도 혼

254) 溫世揚, “黃軍 我國物權法之檢討”, 「法學」, 2000年 6期.

255) 馬特, 앞의 책, 183면.

란하여 사회생활과 시장경제발전의 수요에 부응하지 못한다. 현재 실행되고 있는 등기에 관련한 법률들은 여러 가지 단행 민사법률 및 법규에 분산되어 수록되어 있다. 예를 들면 중화인민공화국토지관리법, 중화인민공화국토지관리법실시조례, 중화인민공화국도시향진 국유토지 사용권 양도와 재양도에 관한 장정조례, 중화인민 공화국 도시 부동산 관리법, 중화인민 공화국삼림법, 중화인민공화국 광산 자원법, 중화인민공화국해역사용관리법, 중화인민공화국초원법, 중화인민공화국어업법, 중화인민공화국담보법, 토지등기규칙, 도시 향진 국유토지사용권 양도와 재양도 집행조례 등등이다. 이상의 법률들은 기본적으로 토지, 가옥, 해역, 수면, 초원, 삼림, 임목, 광산 등의 부동산을 포괄하고 있지만, 모든 부동산의 범위를 포괄하지 못한다는 점을 주의해야 할 것이다.

제4절登記의內容과 관련된問題點 및 改善方案

I. 更正登記와 異義登記의 選擇

1. 更正登記와 異義登記에 있어서 選擇의 問題點

중국물권법 제19조는 “권리자, 이해관계자가 부동산등기부에 기재한 사항에 하자가 있다고 인정하는 경우 변경등기를 신청할 수 있다. 부동산등기부의 권리자가 서면으로 수정할 것을 요구하거나 부동산 등기기록에 확실히 하자가 있다고 증명될 경우, 등기기구에서는 마땅히 수정하여야 한다. 만약, 부동산 등기부상의 권리자가 수정에 동의하지 않을 경우 이해관계자는 등기에 대한 이의등기를 신청할 수 있고, 등기기구에서 이의등기를 허가하였으나 신청인이 이의등기일부터 15일내에 기소하지 않으면 이의등기는 효력을 잃는다. 이의등기가 부당하여 권리자에게 손해를 끼친 경우에는 권리자는 신청인에게 손해배상을 요구할 수 있다”는 것이다.²⁵⁶⁾

이와 같은 부동산등기사항의 착오에 대한 이해관계자의 구제방식에 대하여 경

256) 曲宇輝, 앞의 논문, 1면.

정등기와 이의등기를 선택구도로 보아야 하는가 아니면 하나의 필연적 구도로 보아야 하는가의 문제가 있다. 이 문제에 대한 학설을 살펴보면 다음과 같다.

(1) 選擇構圖

이해관계자가 부동산등기사항에 착오가 있다고 생각되면 물권법 제19조에 근거하여 경정등기와 이의등기를 신청할 수 있다. 그리고 등기기관을 피고(피신청인)로 행정소송을 제기할 수 있다. 이러한 관점을 받쳐주는 근거는 ① 물권법 제19조의 “可以”라는 글귀를 사용하고 있고, 이는 일종의 법률적인 인도이지 제한은 아니다. 또한 이해관계자도 행정소송을 직접 선택할 수 있다. ② 행정소송법 및 최고인민법원의 관련사법해석으로 보아도 등기기관의 증서발급행위는 직접 행정소송을 제기할 수 있는 구체행정행위이다.

(2) 필경구도

이해관계자가 등기사항에 착오가 있을 경우 그 구제를 받으려면 당연히 물권법 제19조에 의한 경정등기와 이의등기를 신청하여야 하는 것이지 직접 행정소송을 제기할 수 있는 것은 아니다. 물권법 제1조는 “국가의 기본경제제도를 지키고 사회주의시장경제질서를 수호하며 물건에 대한 명확한 귀속을 하여 물질의 효능을 발휘하고 권리자의 물권을 보호하기 위하여 헌법에 근거하여 본 법을 제정한다”고 하여 입법적 목적을 규정하고 있고, 이에 근거하여 물권에 대한 보호조치는 물권법에서 규정한다고 총체적 원칙을 세웠다. 물권법 제19조에 의한 보호조치로는 경정등기신청, 이의등기신청과 기소 등이 있다.²⁵⁷⁾

중국 물권법 제9조는 부동산물권 설립, 변경, 양도, 소멸은 법에 의해 등기하여야 효력을 발생한다고 규정하고 있으므로 부동산등기는 행정심사비준이나 행정허가는 될 수 없다. 중국 행정기관의 사업직능 중 부동산등기를 행정확인으로 분류하였는데 이는 국가가 권리자의 권리를 확인하는 일종의 방식이다. 그러나 등

257) 曲宇輝, 위의 논문, 1면.

기를 하지 않았다 하여 권리자가 권리를 상실하거나 권리자의 권리를 부정하는 것은 아니다. 즉, 물권법 제15조의 규정을 보더라도 “당사자 간 체결한 부동산물권의 설립, 변경, 소멸에 대한 계약은 법률에 별도의 규정이 없는 한 계약이 성립한 때로부터 효력이 발생하며, 물권등기를 하지 않아도 그 계약의 효력에 영향을 미치지 않는다”고 규정하고 있다.

부동산등기는 물권의 효력을 발생하게 하며 법적 보호를 받을 수 있다. 만약 등기를 거치지 않은 물권이 효력을 발생하거나 법적 보호를 받을 수 있는가의 여부는 상황에 따라 다를 수 있지만, 예컨대 쌍방 중 일방만 등기하였다면 등기한 자를 우선적으로 보호한다. 즉, 등기는 일종의 권리의 공시라고 볼 수 있는 것이다.²⁵⁸⁾

2. 登記選擇의 改善方案

결과적으로 보면 필경구도라는 관점이 보다 타당하다. 부동산물권은 일종의 민사권리로서 등기의 여부로 권리의 본질은 변하지 않는다. 중국 물권법은 “물권의 종류와 내용은 법률로 규정한다”(제8조)고 물권법정주의를 채택하고 있기 때문에 그 구제방식도 당연히 법률인 물권법에서 규정하여야 한다. 그 이유를 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 중국문자로부터 분석하면 “가히”는 일종의 선택이다. 그러나 일종의 유한적이고 제한적인 선택이다. 예컨대 행정처벌조항 중에 “가히 처벌을 병과 할 수 있다”는 “처벌을 병과” 혹은 “처벌을 병과하지 않는” 것에서 선택할 수 있다는 것이다. 또한 행정처벌조목에서 “60일내에 행정복의를 제기할 수 있거나 또는 3개월 내에 인민법원에 기소할 수 있다”는 “60일내에 행정복의를 제기하거나 제기하지 않을 수 있는” 경우와 “3개월 내에 인민법원에 기소하거나 하지 않는” 경우에 대한 해석이라고 본다. 만약 “可以”를 “응당”으로 바꾸면 당사자의 행정처벌에 불복하면 반드시 행정복의를 제기하거나 인민법원에 기소하여야 하는 것이 되어 입법취지에도 부합되지 않고, 오해의 소지를 남길 수 있게 된다.

258) 曲宇輝, 위의 논문, 2면.

둘째, 이의등기를 신청한 후 기소하는 데에 부동산등기부에 기재된 권리자를 피고로 할 것인지 등기기관을 피고로 할 것인지 문제가 된다. 행정소송으로 부동산재산권의 귀속문제를 해결할 수 없다. 부동산등기는 일종의 권리공시수단이므로 등기기관은 부동산권리의 최종결정자가 아니다. 이러한 의미에서 이의등기를 제기한 후 등기기관을 상대로 소송을 제기하여 등기기관이 패소하게 되는 경우, 부동산등기부와 부동산권리증서를 철소하게 되는데, 역시 이것만으로 원고가 부동산권리를 취득하였다고 인정할 수 없다. 부동산권리의 최종재결자는 인민법원이다. 원고가 만약 부동산권리를 취득하려면 마땅히 물권법 등 민사법률에 근거하여 민사소송법 등 절차를 거쳐야만 취득할 수 있다. 그러므로 행정소송은 의미가 없는 행동이며 오히려 소송자원을 낭비하고 시간만 허비하는 격이 된다. 따라서 등기기관을 피고로 하여서는 아니된다.

이상의 관점에서 보면 입법기관, 최고재판기관²⁵⁹⁾에서 조속히 관련 입법해석 및 사법해석을 내리는 것이 바람직하다.²⁶⁰⁾

II. 土地他抗權利登記

1. 土地賃借權 및 擔保權 관련 問題點

토지임차권 및 담보권과 관련하여 다음과 같은 문제점이 있다. 첫째, 토지임차권등기의 효율이 낮다. 토지임차권등기는 토지 2급 시장에서의 토지사용권 임차권등기를 말한다.²⁶¹⁾ 흑룡강성토지등기방법 제42조 규정에 의하면 국유토지임차는 시, 현 인민정부의 토지행정관리부서와 토지사용자가 체결한 임차계약이다. 토지사용자는 응당 계약에 의해 토지사용권 세금을 지불해야 한다. 토지사용권의 임차기한은 일반적으로 1년 내지 5년이다. 토지사용권임차기간이 만료되면 토지

259) 최고재판기관은 중화인민공화국최고인민법원을 칭한다. 산하에 지역별로 성고급인민법원, 지역의 중급인민법원, 및 지방기층인민법원이 설립되어 4급 구조를 형성하고 있다.

260) 曲宇輝, 앞의 논문, 3면.

261) 王沛, “土地登記中的几个難題及處理意見”, 「刊登在 黑龍江國土資源」, 2007, 39面.

사용자는 법에 의해 계속 임차기간을 연장 신청할 수 있다. 부동산개발용지는 임차방식으로 국유토지사용권을 취득할 수 없다.

현재 중국의 토지등기의식이 종전보다는 제고되어 토지등기, 토지등기의 양도 변경 및 토지등기의 담보에 대한 등기비율이 일반적으로 높았다. 그러나 토지사용권임대에 대한 등기의식이 높지 못하여 등기비율도 아주 저조하였다. 치치할얼시의 경우를 보면, 2년내에 토지의 타항권리등기 중에서 국유토지사용권의 임차등기는 거의 없는 실정이며 농촌집체 비농업건설용지의 사용권 임차등기도 아주 僅少하다. 토지사용권을 임차한 후 등기를 하지 않으면 국유, 집체자산의 유실을 초래하고 토지 2급시장질서에 혼란을 주며 토지임대관련 분쟁을 야기시키는 요인이 된다.

둘째, 토지담보권을 실현하기 힘들다. 각종 기업이 생산을 경영하고 자산개발에 수요되는 대량의 자금은 주요하게 각 금융기구에서 나온다고 볼 수 있다. 최근 금융기구가 기업에게 대출을 할 때 기업의 부동산을 담보로 할 것을 요구하고 있다. 담보법과 도시부동산관리법의 요구에 의해 은행과 기업은 대다수 경우, 정부의 토지관리부서에 가서 토지담보등기절차를 거친 후 토지타항권리증서 발급받았다. 그러나 부동산담보자체가 적지 않은 위험부담이 존재하기 때문에 담보인이 대출상환능력이 없는 상황이 나타날 수 있다. 이때 담보권자인 은행은 법에 의해 담보한 부동산경매를 통해 취득한 대금에서 우선변제 받을 수 있다. 그러나 도시부동산관리법 제50조에는 “담보한 토지가 할당²⁶²⁾형식으로 취득한 경우, 응당 경매대금에서 토지사용권양도금을 공제한 후 담보권자측은 우선변제 받을 수 있다”고 규정하였다. 이외에 여러 지방정부에서 “기업에서 기업채산을 경매해서 취득한 대금은 우선 체불한 직원월급, 복리에 사용할 수 있다.”고 하였다. 이러한 순서로 경락대금을 분배하면 담보권자는 배당금이 없는 경우가 있다. 만약에 담보물을 향촌기업이 집체토지의 비농업건설용지로 담보를 제공할 경우, 은행이 담보권을 실현한다하더라도 국유토지에 비하여 실효성이 적다.

262) 중국에서 공공기관사무용부지나 공중의료, 문화시설 등 용도로 국가에서 일정한 자격요건을 가진 대상에게 무상으로 토지를 양도하는 특수한 경우를 칭한다.

2. 改善方案

토지임차권 및 담보권과 관련한 개선방안으로는 첫째, 토지임차권등기비용이 낮은 현상에 대하여 정부는 우선 법제선진과 정책 인도를 강화하여 군중들에게 토지임차 등기의식을 제고하여야 한다. 다음 합리적으로 토지임차등기방법을 제정하여 절차를 簡易化하고 효율을 높여 군중들이 편리하게 신청할 수 있도록 해주어야 한다. 또한 토지를 임대시 세금을 포함한 등기비용의 표준을 낮추거나 면제하는 등 조치를 취하는 필요가 있고 정부는 토지집법역도를 가강하고 토지임차시장의 검사와 감독을 유기적으로 진행하여야 한다.

둘째, 은행은 토지담보권을 실현함에 있어서도 담보위험을 감소시켜야 주어야 한다. 이를 위해서는 ① 신용이 있는 기업, 즉 경제전망이 좋은 대출대상을 선택해야 한다. ② 담보를 설정할 건물, 토지에 대한 상황을 정확하게 파악하고 부동산가치를 적절하게 평가하여 담보가치를 확정해야 한다. ③ 대출자금의 관리를 강화해야 한다. 은행은 수시로 기업의 생산과 경영 상황을 파악하고 대출자금의 흐름을 잘 관찰하며 기업과 함께 자금손실의 위험을 방지해야 한다.²⁶³⁾

이와 같이 정부토지관리부서와 은행, 기업과 인민법원에서는 적극적으로 관여하여 담보토지사용권을 명확하게 처리하고 국유, 집체토지소유자의 권익을 충분히 보호해야 한다. 그리고 토지자산의 유실을 방지하고 토지담보자의 합법이익을 보장하며 토지담보권의 순조로운 실현을 촉진하며 성실신용과 온정한 질서가 있는 기반을 공동으로 만들어야 한다.

Ⅲ. 土地分割登記制度

1. 土地分割登記의 問題點

현재 중국의 도시 아파트의 토지사용권등기비용은 매우 저조한 실정이다. 특히 고층아파트에 토지사용권이 무슨 필요가 있느냐는 인식의 작용도 있지만, 토지등

263) 王沛, 앞의 논문, 39면.

기기관이 효율적인 분할등기제도를 만들지 못하여 개개 건물구매자가 개발건축물 전반에 대한 서류를 보완(예를 들어 천 가구의 아파트 단지라면 개발업자의 토지허가서류들만 천부 복사하여 입주자들이 한부씩 제출하는 중복제출의 문제가 있다)하기가 어렵고 번거로우며, 등기절차 또한 매우 복잡하여 개발업자의 등기협조에 불성실을 야기할 소지들이 많다.

현재 중국에서 개발업자가 분양을 목적으로 집합건물을 신축할 경우, 토지등기기관에서는 당해 입주자들의 토지사용권 지분에 관련하여 통상적으로 분할등기제도를 실행하고 있다. 부동산개발업자가 부동산 개발 및 분양의 목적으로 법에 의해 자기명의로 토지사용권을 취득한 후 전필지토지에 개발업자 명의의 건설용지등기를 진행하고 토지권리증을 가진다. 이후 건축물이 완공테스트에 합격 후 기존 개발업자 명의의 토지권리증을 토지등기기관에 제출하여 회수하도록 하고 또한 건물구매자들의 각자 명의로 국유토지사용권권리증서를 신청하도록 하고 있다. 그러나 다음과 여러 문제점들을 안고 있기 때문에 아파트 입주자들의 등기신청비율이 저조하다.

첫째, 개발업자가 수백, 수천의 입주자들을 상대로 건물개발을 위한 건축허가비준서류, 등기신청절차 등에 관하여 일일이 서류제공 및 설명을 해주어야 하는 입장이므로 협조에 대한 적극성이 보편적으로 저조하다. 둘째, 입주자들이 고층건물은 건물소유증만 있으면 문제가 없다는 낙후된 인식이 아직도 보편적이어서 토지사용권의 의미를 경시하는 경향이 있고, 또한 관련 토지사용권등기절차가 번잡과 등기비용 및 등기기간 등을 고려하여 토지등기적극성이 저조하다. 셋째, 일부 개발업자들이 부동산등기를 하는 것보다는 저렴한 가격만을 원하는 서민들을 대상으로 농촌집체토지, 군용토지, 공장기업용토지권리자들과 공동개발한다는 명목으로 그 어떤 토지용도변경허가절차도 거치지 않고 불법건축을 하는 경우가 많다. 이러한 불법건축물들이 많은 서민들에게 불법 분양되어 단순히 법률적 제재나 법적처리로는 해결하지 못할 많은 사회적 문제들이 발생시키고 있다. 그러나 이러한 문제는 현대 중국부동산제도에 존재하는 문제이고, 피할 수 없는 사회적 현실이다.²⁶⁴⁾

264) 李明晶, 淺析土地分割登記, 「刊登在黑龍江國土資源」, 2007年 7期, 64면.

2. 土地分割登記의 改善方案

이와 같은 토지분할등기의 문제를 해결하기 위해서는 토지사용권분할양도허가증제도를 신설하는 것이 바람직하다. 이 제도는 강소성 소주시가 토지등기사업 실무중 도입한 관리제도로써 그 의미가 크다. 즉, 토지 등기기관에서 건설용지에 대한 신청을 접수한 후, 분할하여 양도하여야 할 부동산인지 판단하고, 등기기관에서 바로 실사를 진행하여 부동산의 실태를 파악하고 완공 후에 분할하여 등기를 하는 현실에 대비하여 적법한 개발업자에게 분할양도허가증을 발급한다. 이렇게 건물이 분양되면 입주자는 본인이 개발회사로부터 넘겨받은 토지분할증을 근거로 자신의 토지사용권 등기를 진행한다.

토지분할등기의 장점은 건설용지를 비준한 후, 등기기관에서 매 구체 건물을 기본 단위로 하여 우선적으로 전반 토지를 건물분할의 상황에 맞추어 여러 가지 지분으로 나누어 원래 나중에 진행하던 토지등기심사업무를 앞당겨 진행한다. 그리하여 우선 개발업자가 건축설계도면 등에 의하여 토지분할을 진행하고 토지등기부담에서 심사를 거쳐 분할토지증을 발급하고 나중의 실 매수자가 해당건물에 귀속된 분할토지증서를 근거로 본등기를 진행한다. 소주시에서 이렇게 시험적으로 3년간 진행한 결과 정부나 건물입주자나 개발업자들로부터 높은 평가를 받았다. 그리고 토지등기부서의 업무효율도 제고되고, 실구매자는 간편하게 이미 제작된 분할증에 서명을 한 후 제출하여 토지사용권 설정등기를 할 수 있게 되었다.

토지사용권분할양도허가증제도를 도입한 결과 집합건물의 토지소유권에 대한 등기비율이 많이 증가되어 진실한 권리자의 권리와 토지시장의 거래안전을 위하여 아주 중요한 역할을 하였다. 또한 토지등기기구에서 분할등기제도를 실시함으로써 부동산시장의 위법용지에 대한 사후처벌만 하던 것에 비하여 사전예방과 불법용지감독 등 일석이조의 효과가 있고, 단순토지등기 및 관리기구로부터 사회의 중대한 불안정문제를 감독, 보장한다는 의미있는 역할을 담당하게 되었다. 또한 국유토지유상사용제도 개혁이 부단히 추진됨에 따라 토지사용자들도 모두 자신의 권리와 의무에 대하여 파악하여 불법토지유전을 방지하고 토지분쟁 야기의 가능성을 소멸하는데 중시를 돌려야 한다.²⁶⁵⁾

제5장 結 論

중국의 현재 부동산체제를 포괄적으로 분석하면 농경지보호를 중심으로 생산력이 낙후하였던 시기에 방산관리가 우세이던 과거에서 벗어나 토지관리를 부동산체제의 핵심적인 위치에 부각시키고 있다. 그러면서 현실에 입각하여 다양한 차원에서 부동산법률의 제정 및 개정과 부동산정책을 시행하는 등 토지에 대하여 체계적이고 전략적인 관리를 하기 위해 특별한 노력하고 있다.

1980년대 중국은 새로운 시장경제체제로 진입하였고, 과거의 부동산관리제도에 대하여 중대한 개혁을 단행하였다. 가장 기본적인 개혁조치로는 국유토지사용권에 대한 유상양도제도의 실행이었다. 부동산관리제도의 개혁은 부동산시장과 부동산산업을 발전시켰으며 그에 상응한 일련의 법과 제도의 정비도 가속화되었다. 중국의 부동산등기제도는 개혁개방과 더불어 꾸준한 발전을 이끌어 오다가 13여년 심사과정을 거쳐 2007년 3월 16일 물권법 제정하였다. 2008년 2월 1일에는 부동산권리체계의 핵심인 신규토지등기방법을 출시하여 물권법이 규정하는 부동산 통일등기, 변경등기, 이의등기, 예고등기, 등기배상, 등기수금 등 원칙적인 규정에 대한 실무집행규칙을 제정하여 종래 시행되어 오던 “토지등기규칙”, “토지관리법”, “도시부동산관리법”과 “토지관리법시행조례” 등에서 “물권법”규정과 불일치하는 부분을 수정·삭제·보완하여 토지등기의 일관성있는 통일성을 보장하는데에 한걸음 진보하였다. 특히 이의등기, 예고등기 등 새로운 등기방식을 도입하여 부동산등기의 적용범위가 대대적으로 확대하였으며, 절차상에서도 다양성과 융통성을 가져왔고 입법도 비교적 많은 改善이 있다고 볼 수 있다.

이와 같이 물권법의 시행으로 인하여 기존의 법률과 법규에 분산적으로 있던 부동산등기관련제도를 한층 정비·보완하여 중국 법률의 글로벌화, 과학화의 발전 및 중국사회주의 시장경제발전에 큰 기여를 하였다고 할 수 있다. 그러나 시장경제의 급속한 발전과 부동산물권변동의 급변으로 아직도 새로운 사회발전의 형세에 적응하기 어렵고, 더욱이 사법실무에서 많은 문제점이 존재함을 보여주고 있었다. 예를 들면 부동산 통일기구가 정비되어 있지 못하고, 절차적 규정인 부

265) 李明晶, 위의 논문, 64면.

동산등기법의 제정도 아직 갈피를 잡지 못하고 있다. 또한 부동산등기 효력에서도 체계적이지 못하는 등 단점을 보이는 등의 여러 문제점들로 인하여 성숙한 부동산제도를 형성하려면 아직도 갈 길이 멀다.

부동산등기는 현대사회에서 없어서는 아니 될 구성부분이며, 또한 매우 중요한 역할을 하고 있다. 한 국가의 민법전에 있어서 부동산등기제도에 대한 규정이 과학적이고 합리적인가 하는 것은 직접적으로 그 나라의 민사법의 기능에 영향을 준다. 따라서 이상에서 살펴본 내용을 토대로 중국의 현행부동산등기 제도의 개선방안에 대하여 다음과 같은 결론을 도출할 수 있고, 하루속히 통일적이고 완비된 합리적인 등기제도가 이루어지기를 바란다.

첫째, 부동산등기의 대상범위를 명확히 하여 미등기부동산이 발생하지 않도록 하여야 한다. 어떤 대상이 부동산의 범위에 속하고 또한 어떤 대상이 부동산등기 범위에 속하며, 법정명칭과 권리증명 명칭을 어떻게 정할 것인가를 명확하게 하여야 한다. 또한 부동산개발기업에 대한 사전 감독, 관리를 강화하여 건물시공허가를 취득하기 전의 엄격한 심사·비준을 갖추어 미등기부동산이 발생하지 않도록 하여야 한다. 그럼으로써 진정한 권리자를 보호와 부동산시장의 발전과 더불어 새로운 유형의 부동산등기의 공백을 사전에 방지할 수 있고, 국유기업의 경쟁능력과 대외신인도를 높일 수 있을 것이다.

둘째, 부동산등기기구 및 관련법제를 통일해야 한다. 세계적으로 토지등기기관은 거의 모두 통일적으로 설치되어 있다. 토지등기는 직·간접적으로 권리인의 실제적 권리를 결정하는 것이므로 등기는 사법기관과 직접적인 관계가 있다. 중국은 종래 법원에서 통일된 등기를 하는 방법을 채용하였지만, 민국시기 사법의 혼란으로 인해 행정기구인 지정국에서 통일등기를 진행하였다. 그러나 사회주의 체제 확립 후 중국부동산등기는 “여러 기관에서 분할하여 집행”하는 국면이 지속되었다. 또한 각자의 근거법도 상이하다. 두 기관 혹은 두 개 이상의 등기기관의 권리가 교차되고 중복될 때 당사자는 정당한 이익에 손해를 끼칠 뿐만 아니라 정상적인 법률절차를 혼란시킬 수 있을 뿐만 아니라 경제적 부담의 가중과 담보권 등 권리의 정확한 성립일자의 확정·판명이 혼란 및 제3자와의 권리관계 등이 혼란스러워 진다. 등기제도의 단일화를 기하는 최초의 과제가 통일적인 등기기구를 건립하는 것이며, 이를 통해 정당한 권리자의 보호, 기구의 단일화, 절

차의 간소화, 거래정보의 접근 용이성, 거래의 안전과 신속을 보장할 수 있다는 장점이 있다.

그리고 부동산등기의 법률적 근거와 관련하여 하나의 통일된 부동산등기법을 제정하여야 한다. 그리고 이를 전제로 현행 부동산관리 체계에 근거하여 토지, 건물, 삼림, 수면, 간석지, 도로 등 각항 부동산에 대하여 각각 등기의 대상에 따라서 부동산등기법에 장절로 기입하여야 한다.

셋째, 부동산등기절차와 관련한 개선방안이다. ① 등기절차의 체계를 확립하여야 한다. 등기절차의 확립은 각 지방별로 시행되고 있는 등기절차를 규범화·통일화하는 것을 말한다. 이를 통하여 부동산등기절차를 정확하고 신속한 부동산관리변화에 대한 보호를 실현함으로써 중국이 추구하는 시장경제의 수요를 만족시켜야 한다. ② 현재 중국에서의 등기는 행정확인행위로 파악하고 있고, 실질적 심사권이 물권법상 인정되고 있기 때문에 물권법상 “등기신청인은 등기사항 및 제출한 각항 토지권속증서외의 서류들의 진실성에 대해 진실성책임을 진다.”는 조항을 보충하여야 하고, 입법에서 규정한 직책, 권한 또한 등급에 따른 수급표준을 설정하여 실질적 심사권의 남용을 방지하는 것이 바람직하다. ③ 등기배상책임을 국가배상책임이라고 명확히 할 필요가 있다. 즉, 물권법 제21조를 “등기기구 혹은 그 사업일군의 위법으로 인해 타인에게 조성한 손해에 대해서, 등기기구는 응당 국가배상법의 규정에 근거하여 배상책임을 져야 한다. 등기기구가 배상한 후, 등기착오를 초래한 책임인의 책임을 추궁할 수 있다”라고 개정하는 것이 타당할 것이다. ④ 중국물권법에 상응하는 부동산등기법의 제정이 시급하지만, 현재의 중국물권법상 등기절차에 대하여 규정하는 것이 불가능하지 않다. 따라서 등기절차의 기본원칙인 통일등기원칙, 적법성의 원칙, 신청의 원칙 등 부동산등기법의 지도이념을 규정하여야 한다.

넷째, 등기의 내용과 관련된 문제점과 개선방안이다. ① 경정등기와 이의등기의 선택을 필경구도로 보아야 한다. ② 토지임차권 및 담보권과 관련하여 정부는 우선 법제의 홍보와 정책을 강화하여 토지임차 등기의식을 제고시키고, 토지담보권을 실현함에 있어서도 담보위험을 감소시켜야 주어야 한다. ③ 토지분할등기의 문제를 해결하기 위해서는 토지사용권분할양도허가증제도를 신설하여 집합건물의 토지소유권에 대한 등기의 효율성과 진실한 권리자의 권리와 토지시장의 거

래안전을 보호할 수 있다.

이상의 개선방안은 중국 시장경제의 부동산법제에 대한 필연적이고 기본적인 요구이다. 그러나 중국의 거대한 영토와 세계제일의 인구 및 토지공유제의 사회주의체제 등을 감안할 때, 위 통일들의 현실화는 순차적이며 점진적으로 진행되어야 할 것이다. 즉 먼저 입법을 통일하고 등기기관을 통일하며 국민들이 부동산 등기에 대한 인식을 바꾸고 나중에 권속증서를 통일해야 한다.

중국의 사회주의 시장경제는 아직도 발전하는 단계이다. 중국에서 부동산이 중요한 산업으로 성장하기에는 그 역사가 길지 않고 많은 문제점들이 존재하고 있다. 따라서 부동산과 관련된 제도들의 법제화·규범화·시장화로 나아가는 과정이 필요하다. 끝으로 중국은 앞으로 꾸준한 경제성장을 할 것이므로 부동산제도 특히 부동산등기영역에서도 많은 문제점에 대한 종합적인 보완을 실행으로써 국토의 체계적인 개발 및 효율적인 부동산등기제도를 이루어 나갈 수 있을 것이다.

參考文獻

【中國文獻】

1. 單行本

- 屈茂輝 主編。「物權法-原理精要与實務指南」。人民法源出版社，2008。
- 梁慧星 主編。「中國物權法草案建議稿」。社會科學文獻出版社，2000。
- 梁彗星·陳華彬。「物權法」。法律出版社，2006。
- 馬特。「物權變動」。中國法制出版社，2007。
- 謝在全。「民法物權論(上)」。台北，1989。
- 常鵬翱 編著。「物權法典型案例研究」。人民法院出版社，2002。
- 小口彥 太·田中知行。「現代中國法」。成文堂，2004。
- 孫憲忠。「論不動產物權登記」。中國法學，1996。
- 。「論物權法」。法律出版社，2001。
- 孫賢中。「物權法」。法律出版社，2001。
- 申衛星·傅穹·李建華。「物權法」。吉林大學出版社，2003。
- 梁慧星。「中國物權法研究(上)」。法律出版社，1997。
- 吳越·李大雪 譯。「德國物權法」。法律出版社，2002。
- 王利明。「物權法論」。中國政法大學出版社，2000。
- 。「我國民法典重大疑難問題之研究」。法律出版社，2006。
- 。「中國民法典草案建議稿及說明」。中國法制出版社，2004。
- 王勝明 主編。「中華人民共和國物權法解讀」。中國法制出版社，2007。
- 劉武元。「房地產交易法律問題研究」。法律出版社，2002。
- 尹田。「物權法」。人民大學出版社，2004。
- 李開國。「民法學(專題講座)」，西i政法大學，1995。
- 李双元·溫世揚。「比較民法學」。武漢大學出版社，1998。
- 全國人大法制委員會 編著。「物權法產法背景及觀點全集」。法律出版社，2007。

全國人大常委會法制工作委員會民法室編。「中華人民共和國物權法條文說明-立法理由及相關規定」。北京大學出版社, 2007.

陳華彬,「物權法」。法律出版社, 2004.

黃松有 主編。「中華人民共和國物權法-條文理解与适用」。人民法院出版社, 2007.

侯水平·黃果天。「物權法爭点詳析」。法律出版社, 2007.

「建物登記方法 單行本」。中國法制出版社, 2008.

「土地登記頒法 單行本」。中國法制出版社, 2008.

2. 研究論文

渠 濤。「不動產物權變動制度研究與中國的選擇」。「法學研究」第21卷(總第124期)。法學研究雜誌社, 1999年 5期。

曲宇輝。「對不動產統一登記制度的思考」。「原載于 中國土地科學」, 1997年 6期。

國家計委經貿易委,“關於對企業實施改革過程中有關收費實行減免的通知”。1077号, 1998.

梁慧星。「中國物權法草案的不同意見及建議」。「刊登在 河北省政法干部學院報」, 2006年 1期。

劉遠春。「中國房地產登記制度建設」。中外房地產導報, 2003年 20期。

李明晶。「淺析土地分割登記」。「刊登在黑龍江國土資源」, 2007年 7期。

林依標。「從完善土地登記管理角度看物權法草案」。「刊登在福建法學」, 2006年 4期。

常鵬翱。「異議登記的制度建构-法律移植微觀分析」。中國科學院法學研究所。

孫憲忠。「再談物權行為理論」。「中國社會科學」, 2001年 5期。

孫憲忠·鄭笑蓉 譯。「中國物權法制定に關する若干の問題(1)」。「民商法雜誌」第130卷 第4·5號。有斐閣, 2004. 7·8.

吳 楚。「房地產抵押登記部門能一分爲二嗎」。中國房地產信息雜誌, 2000年 1期。

溫世揚。「黃軍 我國物權法之檢討」。「法學」, 2000年 6期。

王利明。「物權法定原則(上)」。「北方法學」, 2007年 第1期。

王利明。「不動產登記与物權的確認和保護」, 中國高校論文网。

- 王 沛. “土地登記中的几个難題及處理意見”. 「刊登在 黑龍江國土資源」, 2007.
- 牛振亞. “物權行爲初探”. 「法學研究」, 1989年 6期.
- 尹 田. “物權法定原則批判之思考”. 「法學雜誌」(第2004年 第6期 總第147期).
法學雜誌社, 2004.
- 張玉敏·田曉梅. “我國民法應當承認物權行爲”. 「現代法學」, 1997年 6期.
- 齋毅保·楊立茂. “論物權公示的效力及我國立法模式的選擇”, 「現代法學」, 1997
年 6期.
- 錢 進. “誰是不動產登記机构的最佳選擇”, 中國公証雜誌(www.cqvip.com)
- 陳靖祥. “我國房地產立法的死角和法律思考”.
- 崔建遠. “物權效力一般理論”. 「法學雜誌」. 總第139期. 法學雜誌社, 2003年 第4期.
- “百姓關注的房地產登記條例修訂草案提請建議”. 「上海人大月刊」, 2002年 9期.

【韓國文獻】

1. 單行本

- 고상용. 「물권법」. 법문사, 2001.
- 곽윤직. 「물권법」. 박영사, 2008.
- . 「부동산등기법」. 박영사, 2001.
- 권용우. 「물권법」. 법문사, 2001.
- 김상용. 「물권법」. 법문사, 2006.
- 김용한. 「물권법」. 박영사, 1993.
- 김준호. 「물권법」. 법문사, 2007.
- 김증한. 「물권법」. 박영사, 1986.
- 김증한·김학동. 「물권법」. 박영사, 1997.
- 명순구·김제완·김기창·박경신. 「아듀. 물권행위」. 고려대학교출판부, 2006.
- 박준서 대표. 「주해 민법(총칙) II」. 한국사법행정학회, 2001.
- 양창수. 「민법연구」 제1권. 박영사, 1991.

- 유석주. 「부동산등기법」. 삼조사, 2006.
- 이영준. 「물권법」. 박영사, 2001.
- 이은영. 「물권법」. 박영사, 2006.
- 장경학. 「물권법」. 법문사, 1987.
- 정우형. 「부동산등기법」. 법우사, 2007.
- 최돈호. 「부동산등기법」. 박영사, 2004.
- 최명구. 「부동산등기법론」. 세창출판사, 2000.
- 한대원 외 13인. 「현대중국법입문」. 박영사, 1995.
- 현승중. 「민법(총칙·물권)」. 일신사, 1975.
- 홍성재. 「물권법」. 대영문화사, 2006.
- 법무부. 「민법(재산법)개정 자료집」, 2001. 12.
- 법원공무원교육원. 「부동산등기실무」, 2003.
- 법원행정처. 「개정 부동산등기법 해설」, 2006.

2. 研究論文

- 강창석. “부동산물권변동의 적용법리에 관한 연구”. 박사학위논문 한양대학교, 1987.
- 강태성. “민법상의 물건에 있어서의 여러 문제점”. 「법학논총」 제25집. 단국대학교, 2001. 12.
- 권용우. “등기원인증서의 공증-부실등기방지를 위한 입법방안-”. 「민법학논고」. 신양사, 2002.
- 김민규. “중화인민공화국 ‘민법통칙’에 대한 비교법적 고찰”. 「비교법학」 제12집. 부산외국어대학교, 2001.
- 김민규. “한국 부동산물권변동의 발전과 문제점”. 토지법학. 제21호, 2005. 12.
- 김법철. “한국물권법에 직면한 문제”. 國際シンポジウム-日中韓の民法學のトレンド. 早稻田大學, 2007. 1. 26.
- 김상목. “부동산등기제도의 문제점과 개선방안”. 「법학연구」 제26집, 2007. 5.

- 김상용. “부동산거래실명법률에 대한 평가와 실명제 실시의 전제조건”. 「민사재판의 제문제(상)」. 이시윤박사화갑기념논문집, 1995.
- 김상용. “부동산등기의 공신력”. 「토지법학」 제19권. 한국토지법학회, 2003. 12.
- 김상찬. “중국물권법의 성격과 특색에 관한 연구”. 「토지법학」 제23집 2호. 한국토지법학회, 2007. 12.
- 김용길. “중국 물권법의 체계에 대한 고찰”. 한국민사법학회 호남지회 2007년 동계학술대회, 2007. 12. 14.
- . “중국의 부동산등기제도”. 「토지법학」 제23집 1호. 한국토지법학회, 2007. 6.
- 김정수. “부동산등기제도의 개선에 관한 연구 -신뢰성 제고방안을 중심으로-”. 박사학위논문 경성대학교, 1996.
- 노청석. “중국의 토지등기제도”. 「토지법학」 제22호. 한국토지법학회, 2006. 12.
- 명순구. “물권행위 개념의 유용성에 대한 비판적 검토”. 「물권법의 현대적 과제와 자유주제」. 한국민사법학회 춘계학술대회, 2007. 3. 31.
- 문창해 “중국의 토지사용제도에 대한 연구”. 석사학위논문 한남대학교, 2006.
- 박광동. “부동산전자거래의 법률적 개념과 현황”. 「토지법의 이론과 실무」. 지암 이선영박사화갑기념, 2006.
- 박상호. “중국토지제도에 관한 연구”. 「토지법학」 제22호. 한국토지법학회, 2006. 12.
- 박흥기. “부동산등기제도의 개선에 관한 연구”. 박사학위논문 조선대학교, 2007.
- 양재모. “부동산소유권이전등기등에 관한 특별조치법의 제정필요성의 여부”. 「부동산법학」 제10집. 한국부동산법학회, 2004. 6.
- 어인의. “중간생략등기와 부동산등기특별조치법”. 「한국민사법학논집」. 어인의교수정년기념, 2006.
- 윤철홍. “물권적 기대권과 공시방법”. 「비교사법」 제11집 제1호, 2004.
- 이상태. “한국법상 토지와 건물과의 관계”. 「일람법학」 제9권. 건국대학교, 2004.
- 이영준. “물권행위의 구성요소”, 「손해배상법의 제문제」. 성헌 황적인박사화갑기념논문집. 박영사, 1990.

- 이종길. “중국사회의 토지소유관계에 대한 법제사적 일검토-태·한 및 수·당 대를 중심으로”. 「토지법학」 제22호. 한국토지법학회, 2006. 12.
- 이호정. “부동산의 최종매수인(전득자)의 최초매도인에 대한 등기청구권”. 「고시계」 제26권 제7호, 1981. 7.
- 장석천. “중국의 부동산 등기제도와 물권변동”. 「재산법연구」 제23권 제1호. 한국재산법학회, 2006. 12.
- 정옥태. “물권행위의 무인론”. 「고시연구」, 1998. 8.
- 조동제. “중국 토지사용권 출양에 관한 법률적 검토”. 「재산법연구」 제21권 제1호. 법문사, 2004. 8.
- 조성국. “중국 물권법의 현황과 전망”. 「부동산법학」 제9집. 한국부동산법학회, 2003.
- 최명구. “부동산등기신청에 대한 등기관 주의의무-대법원 2005. 2. 25. 선고 2003다13048 판결-”. 「민사법학」 제31호, 2006. 3.
- 최승록. “국유토지사용권의 출양”. 「중국법논단」 2집. 중국법연구회, 2004.
- 최청인. “부동산공시제도의 개선방안에 관한 연구”. 「한국지적학회지」 제2호, 2002. 12.
- 한삼인·김상명. “중국의 부동산에 관한 물권법의 주요내용과 전망”. 「토지법학」 제23-2호. 한국토지법학회, 2007. 12.
- 건설교통부 보도자료. “인터넷 건축허가시스템 구축사업 본격 추진”, 2005. 2. 2.
- 대법원보도자료. “법원 등기업무 2차 전산화 사업 착수”, 2003. 10. 28.
- 대법원보도자료. “부동산 등기부 등본 인터넷 발급 서비스 개시”, 2004. 3. 5.
- 대법원보도자료. “부동산등기 대국민전산서비스 개시”, 1998. 10. 7.
- 대법원보도자료. “부동산등기 전자신청 대국민 서비스 개시”, 2006. 5. 24.
- 대법원보도자료. “금년 11월부터 e-form에 의해 등기신청서 작성이 더욱 쉬워 집니다!”, 2005. 8. 30.

【기타】

- 松岡久和. “中國不動産取引法の現状と立法の動向 - 登記制度と物權變動法制を中心に-”. 「ジュリスト」 1258號. 有斐閣, 2003.
- 尹可平・射手矢好雄. “中國における物權法の制定準備状況”. 「國際商事法務」第33卷 第9號, 2005.
- 田中信行. “中國における司法解釋の立法的役割”. 「比較法研究」 55号. 有斐閣, 1993.
- 鄭 芙蓉. “中國における不動産登記制度の現状と立法問題(二)”. 「法學論叢」 155卷 6号. 有斐閣, 2004. 9.
- Jürgen Baur/Rolf Stürner. Sachenrechts. München: C.H.Besks. 17.Aufl., 1999.
- Rolf Schmidt. Sachenrecht II. Grasberg bei Bremen, 2005.

附 錄

- 中國의 不動產登記簿 -

| 房屋登記簿 | | 其他部分 (查封登記) 第 页 |
|----------|---|-----------------|
| 房屋册号: | | |
| 册号 内容 | | |
| 业务序号 | | |
| 查封机关 | | |
| 查封文件 | | |
| 查封文号 | | |
| 查封时间 | | |
| 查封期限 | | |
| 登记时间 | | |
| 终审人/登簿人 | / | / |
| 查封注销业务序号 | | |
| 解除查封文件 | | |
| 解除查封文号 | | |
| 解除查封时间 | | |
| 登记时间 | | |
| 终审人/登簿人 | / | / |
| 附记 | | |

丘 号: _____

房屋登记簿编号: _____

本号共 _____ 本 第 _____ 本

中华人民共和国房屋登记簿

_____ 省 (自治区、直辖市) _____ 市 _____ 区 (县、市)

_____ 街 (路) _____ 号 _____

登记机构: _____

房屋登记簿

房屋编号:

基本状况第 页

| | | | | | | | | |
|----------------------------|--|--------|--|---------|---|--|--|--|
| | | | | | | | | |
| 地 号 | | 业务编号 | | 建筑物层数 | | | | |
| 土地性质 | | 建筑面积 | | 规划用途 | | | | |
| 国有土地使用权取得方式 (集体土地使用权类型) | | 套内建筑面积 | | 房屋结构 | | | | |
| 土地使用年限 | | 分摊共有面积 | | 登记时间 | | | | |
| 土地证书 | | 专有部分面积 | | 共有人/登簿人 | / | | | |
| 基本状况登记已用纸页数 | | | | | | | | |
| 房屋所有权登记已用纸页数 | | | | | | | | |
| 房屋他项权利登记已用纸页数 | | | | | | | | |
| 其他状况部分登记已用纸页数 | | | | | | | | |
| 附记 | | | | | | | | |

房地产平面图

图例:

图例:



比例尺

1:

房屋登记簿

| | | | | | | | | | |
|--------------------------|--|--|--|--|--|--|--|--|--|
| 建筑物区分所有 业主共有部分登记已用纸张数 | | | | | | | | | |
| | | | | | | | | | |
| | | | | | | | | | |
| | | | | | | | | | |

建筑物区分所有业主共有部分第 页

| 建筑物区分所有 业主共有部分权利人 | | | | | |
|----------------------|------|-------|------|---------|----|
| 业务序号 | 建筑编号 | 建筑物名称 | 登记时间 | 申请人/登簿人 | 附记 |
| | | | | / | |
| | | | | / | |
| | | | | / | |
| | | | | / | |
| | | | | / | |
| | | | | / | |
| | | | | / | |
| | | | | / | |
| | | | | / | |
| | | | | / | |
| | | | | / | |
| | | | | / | |
| | | | | / | |
| | | | | / | |
| | | | | / | |
| | | | | / | |
| | | | | / | |
| | | | | / | |
| | | | | / | |
| | | | | / | |
| | | | | / | |
| | | | | / | |
| | | | | / | |
| | | | | / | |
| | | | | / | |
| | | | | / | |

房屋登记簿

房屋编号：

所有权部分第 页

| | | |
|----------|---|---|
| 序号 内容 | | |
| 业务序号 | | |
| 所有权人 | | |
| 身份证明号 | | |
| 户籍所在地 | | |
| 共有情况 | | |
| 房屋取得方式 | | |
| 房屋性质 | | |
| 所有权证号 | | |
| 登记时间 | | |
| 终审人/登簿人 | / | / |
| 附记 | | |

注：所有权补、换证情况，以及共有人情况在本附记中记载。

房屋登记簿

房屋编号:

他项权利部分(现房抵押)第 页

| 序号 内容 | | |
|----------------------|---|---|
| 业务序号 | | |
| 一般抵押/最高额抵押 | | |
| 抵押权人 | | |
| 抵押人/债务人 | / | / |
| 被担保主债权数额 (最高债权数额) | | |
| 担保范围 | | |
| 债务履行期限 (债权确定期间) | | |
| 他项权证号 | | |
| 登记时间 | | |
| 终审人/登簿人 | / | / |
| 业务序号 | | |
| 最高债权确定 事实和数额 | | |
| 登记时间 | | |
| 终审人/登簿人 | / | / |
| 抵押注销业务序号 | | |
| 登记时间 | | |
| 终审人/登簿人 | / | / |
| 附记 | | |

注：他项权证、换证情况，以及地役权登记在本附记栏中记载。

房屋登记簿

房屋编号:

其他部分(预告登记)第 页

| | | |
|----------|---|---|
| 序号 内容 | | |
| 业务编号 | | |
| 预告登记种类 | | |
| 权利人 | | |
| 权利人身份证明号 | | |
| 义务人 | | |
| 义务人身份证明号 | | |
| 预告登记证明号 | | |
| 登记时间 | | |
| 终审人/登簿人 | / | / |
| 预告注销业务编号 | | |
| 登记时间 | | |
| 终审人/登簿人 | / | / |
| 附记 | | |

房屋登记簿

房屋编号:

其他部分(异议登记)第 页

| | | |
|----------|---|---|
| 序号 内容 | | |
| 业务序号 | | |
| 申请人 | | |
| 异议事项 | | |
| 登记时间 | | |
| 终审人/登簿人 | / | / |
| 异议注销业务序号 | | |
| 登记时间 | | |
| 终审人/登簿人 | / | / |
| 附记 | | |

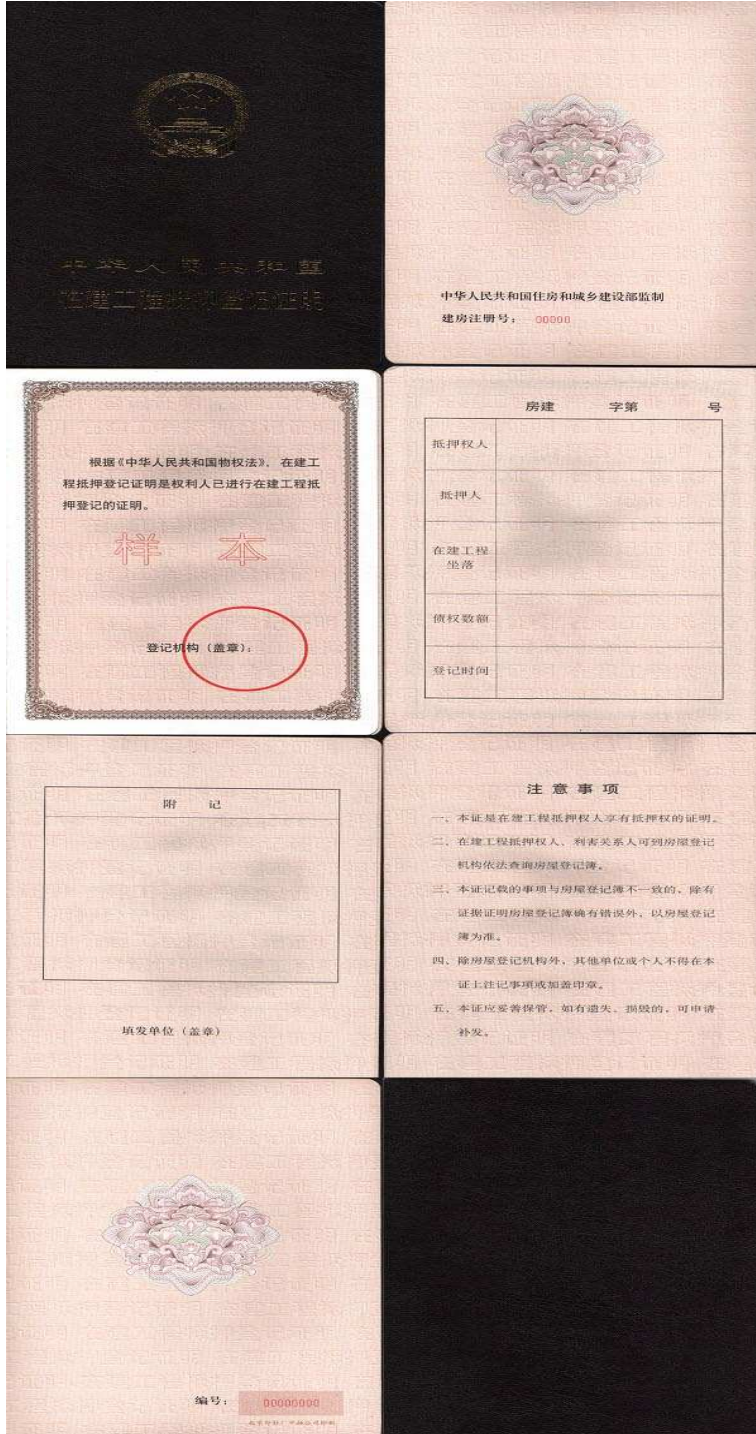
房屋登记簿

地 号:

房屋编号:

他项权利部分(在建工程抵押)第 页

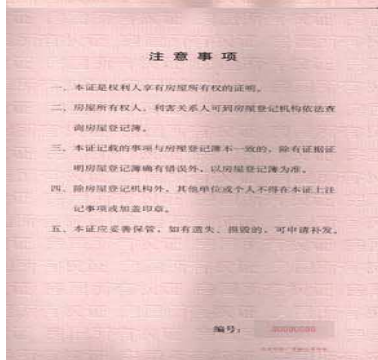
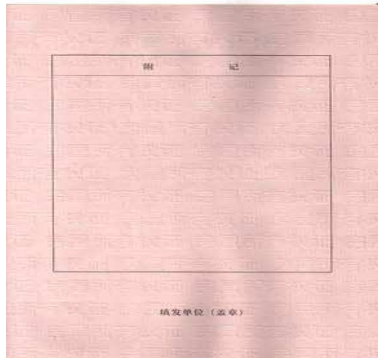
| 序号 内容 | | |
|----------------------|---|---|
| 业务序号 | | |
| 抵押权人 | | |
| 抵押人 | | |
| 在建工程坐落 | | |
| 被担保主债权数额 (最高债权数额) | | |
| 担保范围 | | |
| 债务履行期限 (债权确定期间) | | |
| 抵押登记证明号 | | |
| 登记时间 | | |
| 终审人/登簿人 | / | / |
| 业务序号 | | |
| 最高债权确定 事实和数额 | | |
| 登记时间 | | |
| 终审人/登簿人 | / | / |
| 抵押权注销业务序号 | | |
| 登记时间 | | |
| 终审人/登簿人 | / | / |
| 附记 | | |





房权证 字第 号

| | | | |
|--------|-----|------------------------|--------------------------|
| 房屋所有权人 | | | |
| 共有情况 | | | |
| 房屋坐落 | | | |
| 登记时间 | | | |
| 房屋性质 | | | |
| 规划用途 | | | |
| 房屋状况 | 总层数 | 建筑面积 (m ²) | 套内建筑面积 (m ²) |
| | 其他 | | |
| 土地状况 | 地号 | 土地使用权取得方式 | 土地使用年限 |
| | | | 至 年 月 |





中华人民共和国 房屋他项权证



中华人民共和国住房和城乡建设部监制
建房注册号：00000

根据《中华人民共和国物权法》，房屋他项权证书是权利人享有房屋他项权利的证明。

样 本

登记机构（盖章）：

房他证 字第 号

| | |
|---------|--|
| 房屋他项权利人 | |
| 房屋所有权人 | |
| 房屋所有权证号 | |
| 房屋坐落 | |
| 他项权利种类 | |
| 债权数额 | |
| 登记时间 | |

附 记

填发单位（盖章）

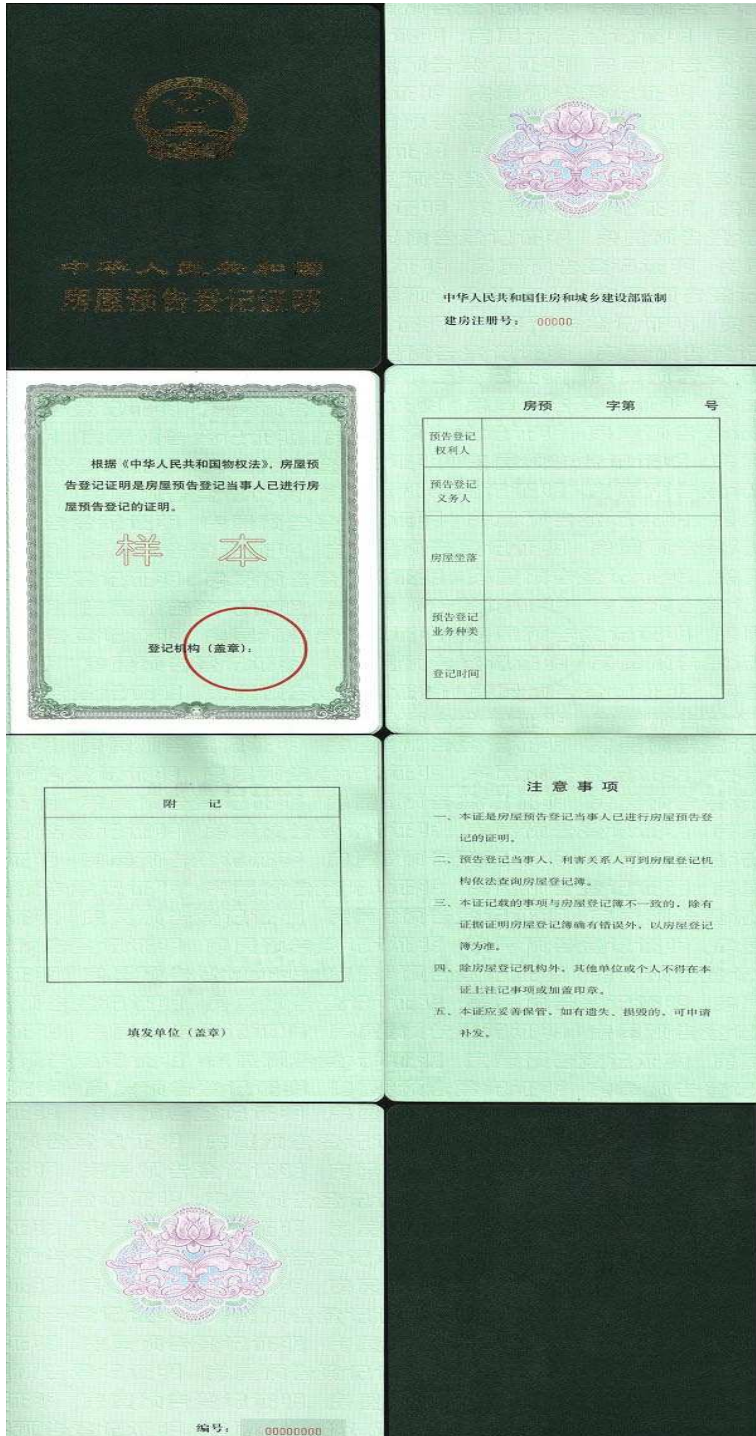
注 意 事 项

- 一、本证是权利人享有房屋他项权利的证明。
- 二、房屋他项权利人、利害关系人可到房屋登记机构依法查询房屋登记簿。
- 三、本证记载的事项与房屋登记簿不一致的，除有证据证明房屋登记簿确有错误外，以房屋登记簿为准。
- 四、除房屋登记机构外，其他单位或个人不得在本证上登记事项或加盖印章。
- 五、本证应妥善保管，如有遗失、损毁的，可申请补发。



编号：00000000

住房和城乡建设部监制



中华人民共和国
房屋预售登记证明



中华人民共和国住房和城乡建设部监制
建房注册号：00000

根据《中华人民共和国物权法》，房屋预告登记证明是房屋预告登记当事人已进行房屋预告登记的证明。

样 本

登记机构（盖章）：

房 预 登 记 号

| | |
|----------|--|
| 预告登记权利人 | |
| 预告登记义务人 | |
| 房屋坐落 | |
| 预告登记业务种类 | |
| 登记时间 | |

附 记

填发单位（盖章）

注 意 事 项

- 一、本证是房屋预告登记当事人已进行房屋预告登记的证明。
- 二、预告登记当事人、利害关系人可到房屋登记机构依法查阅房屋登记簿。
- 三、本证记载的事项与房屋登记簿不一致的，除有证据证明房屋登记簿确有错误外，以房屋登记簿为准。
- 四、除房屋登记机构外，其他单位或个人不得在本证上登记事项或加盖印章。
- 五、本证应妥善保管，如有遗失、损毁的，可申请补发。



编号：00000000

감사의 글

불안하면서도 부끄러운 마음으로 박사학위논문을 제출한다. 비록 같은 민족이라고 하지만, 태어나서 자란 생활환경이 중국이라, 아직도 한국어를 제대로 구사하기가 부족함이 많다. 또 학문의 미성숙으로 인해 미흡하고 부족한 점이 너무나도 많음을 시인하지 않을 수 없다. 많은 질책과 격려와 조언을 기대하는 마음이다.

이 논문을 제출하기까지 많은 가르침을 주신 박운길지도교수님께 깊은 감사를 드린다. 교수님의 깊은 배려와 가르침이 없었다면 박사공부라는 큰 꿈은 상상조차도 할 수 없기에 그 은혜 백골난망이다. 그리고 세심하게 오류를 지적하시고 논문을 심사하여 주신 여러 심사위원교수님들께 깊은 감사의 말씀을 드린다. 그 외에도 저에게 많은 가르침을 주신 조선대학교 법과대학의 모든 교수님들에게 감사의 말씀을 드린다. 논문의 지도와 교정에 수고를 아끼지 않은 법과대학 동문들과 조교 여러분들의 노고에 깊은 감사를 드린다.

그리고 박사공부의 꿈을 이룰 수 있도록 튼튼한 디딤돌이 되어준 연변조선족자치주인민검찰원관계자 여러분 및 저희 가족과 친구들에게 깊은 감사를 드린다. 마지막으로 하늘나라에서 즐거워하실 부모님께 졸작이나마 기쁜 마음으로 올리고 싶다.

저작물 이용 허락서

| | | | | | |
|------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|----------|-----|---------------|
| 학 과 | 법 | 학 번 | 20067716 | 과 정 | 석사, <u>박사</u> |
| 성 명 | 한글: 문 창 해 한문 : 文昌海 영문 : Wen Changhai | | | | |
| 주 소 | 中國 吉林省 延吉市 朝阳街 | | | | |
| 연락처 | E-MAIL : changhai72@yahoo.co.kr | | | | |
| 논문제목 | 한글 : 中國不動產登記制度和 그 問題點 및 改善方案에 관한 研究 영문 : A Study on Problem and Improvement of the Property Registration System in China | | | | |

본인이 저작한 위의 저작물에 대하여 다음과 같은 조건아래 조선대학교가 저작물을 이용할 수 있도록 허락하고 동의합니다.

- 다 음 -

1. 저작물의 DB구축 및 인터넷을 포함한 정보통신망에의 공개를 위한 저작물의 복제, 기억장치에의 저장, 전송 등을 허락함
2. 위의 목적을 위하여 필요한 범위 내에서의 편집·형식상의 변경을 허락함. 다만, 저작물의 내용변경은 금지함.
3. 배포·전송된 저작물의 영리적 목적을 위한 복제, 저장, 전송 등은 금지함.
4. 저작물에 대한 이용기간은 5년으로 하고, 기간종료 3개월 이내에 별도의 의사표시가 없을 경우에는 저작물의 이용기간을 계속 연장함.
5. 해당 저작물의 저작권을 타인에게 양도하거나 또는 출판을 허락을 하였을 경우에는 1개월 이내에 대학에 이를 통보함.
6. 조선대학교는 저작물의 이용허락 이후 해당 저작물로 인하여 발생하는 타인에 의한 권리 침해에 대하여 일체의 법적 책임을 지지 않음
7. 소속대학의 협정기관에 저작물의 제공 및 인터넷 등 정보통신망을 이용한 저작물의 전송·출력을 허락함.

2009 년 월 일

저작자: 문 창 해 (서명 또는 인)

조선대학교 총장 귀하