

중국 물권법상의 택지사용권에 관한 소고*

- 택지사용권의 양도를 중심으로 -

김 현 경

중국인민대 법학원 강사

< 目 次 >

- I. 서 론
- II. 택지사용권 개설
- III. 택지사용권의 양도가능성에 관한 학설
- IV. 택지사용권의 양도주체에 관한 논쟁
- V. 결 론

I. 서 론

중국은 지난 2007년 3월 16일 제10기 전국 인민대표대회 제5차 회의에서 중국 물권법의 제정안을 압도적 다수의 지지를 얻어 통과시킨 후¹⁾, 동년 10월 1일부터 물권법을 시행해 오고 있다.

중국 물권법의 제정은 중국 입법사에 있어서 단행 법률시안의 심의로서는 최다 기록인 여덟 차례에 걸친 심의기록을 세우고, 물권법 기초작업이 시작된 1993년 이래 십 수년에 걸친 연구와 심의결과 마침내 무대위에 올려지게 되었다.

중국물권법이 제정과정에서 이처럼 오랜 시간동안 연구 토론되고, 또한 중국 입법사에 유래가 없는 여덟 차례의 심의를 거친 것만으로도 제정에 많은 어려

* 심사위원 : 임건면, 이상욱, 배성호

1) 표결에 참여한 3천 여 명의 인민대표 중 2799표의 찬성과, 52표의 반대, 37표의 기권이라는 기록을 세우며 압도적인 지지 하에 통과되었다.

움이 있었다는 것을 짐작케 한다.

그렇다면, 중국이 물권법 제정에 있어서 겪은 이러한 어려움과 고민들은 어디에서 기인하는 것일까?

이는 사회주의체제를 유지하고 있는 중국사회 내에 자본주의 시장경제체제를 접목하는 과정에서 나타난 입법 체계적²⁾, 법리적, 이데올로기적³⁾ 접안점을 찾기 위한 고민에 기인하는 것이며, 특히 토지에 대한 국가와 집체의 소유만을 허용하는 이른바 토지공유제를 견지하고, 국유재산의 유실을 방지하며, 점차 증가되고 있는 공민(公民)의 사소유권(私所有權)에 대한 욕구를 만족시킬 수 있는 법질서를 구축하는 데 있어서 입법 기술적으로 적지 않은 곤란을 수반하는 데에 기인한 것이라고 생각한다.

또한, 물권법은 각 국가마다 저마다의 고유법적인 성질이 가장 잘 반영된 법률인 점을 감안 할 때, 중국의 물권법 또한 중국의 정치체제나 고유의 역사적인 발전배정으로 인해 중국 특유의 독특한 물권제도를 구성하게 되었다.

즉, 사회주의를 견지하는 중국은 토지에 대한 소유권이 국가와 집체에 귀속되며, 원칙적으로 사인에게 토지소유권이 인정되지 않는 사회주의 토지공유제를 채택하고 있어, 토지에 대한 이용은 물권적이용권(物權的利用權)의 형태를 취하게 됨으로써, 중국 물권법에서는 자연 용익물권이 중요한 위치를 차지하게 되었다.

또 다른 한편으로는, 도시와 농촌을 구별하는 정책이 물권법에도 반영되어,

2) 입법 기술적 문제에 대한 논쟁이라고도 할 수 있으며, 물권법의 제 제도 중 특히 용익물권법의 물권법내의 체계에 대한 논쟁 등이 그러하다.

3) 물권법 제정과정에서 나타난 여러 가지 쟁점 중, 물권법의 위헌성에 관한 논란은 2005년 8월 12일 북경대학의 쑹시엔티엔(聶獻田) 교수가 吳邦國위원장과 전국인민대표 위원에게 보내는 공개서한 “一部違背憲法和背離社會主義基本原則的‘物權法’草案：憲法第12條和86年民法通則第73條的廢除的公開信”으로 촉발된 소위 “위헌풍파”가 그 대표적인 사례가 아닌가 생각된다. 물권법초안은 사회주의 공유제를 붕괴시키는 것으로서, 헌법에 위반된다는 내용을 골자로 하는 이 공개서한으로, 당시 2006년 제정을 목표로 심의되던 물권법초안은 1년여 동안 심의를 연기하여야 했으며, 이에 대한 열띤 논쟁을 거친 후, 물권법 제1조에는 “헌법에 의하여 동법을 제정한다(根據憲法，制定本法)”는 문구를 삽입하고, 헌법 제6조 제2항의 내용 “國家在社會主義初級階段，堅持公有制爲主體、多種所有制經濟共同發展的基本經濟制度”를 물권법 제3조1항에 삽입하여 헌법의 사회주의적 시장경제, 공유제 주체의 견지 등의 내용을 추가함으로써 위헌론으로 부터 비판을 회피할 수 있었다. 이는 무제한적인 시장경제화에 대한 보수파의 저항을 단적으로 드러내주는 대목이며, 반면, 물권법의 제정 자체가 사회주의체제를 취하는 중국의 입법사에서 얼마나 중요한 의미를 갖는지를 반영하는 중요한 예이기도 하다.

지상권의 개념을 채택하는 대신 도시의 국가소유 토지에 대해서는 건설용지사용권(建設用地使用權)을, 농촌의 집체소유 토지에 대해서는 택지사용권(宅基地使用權)을 채택함으로써 기존의 토지사용권(土地使用權)을 대체하였다.

중국 전체 13억 인구 중 농촌의 인구는 7억 이상으로, 2007년 말 현재 중국 전체 인구의 55.1%를 차지하고 있다(표1 참조). 이렇듯 전체 인구의 절반을 훨씬 웃도는 농촌인구의 주택문제는 전체 중국사회의 안정과 번영에도 밀접한 관련이 있음에도 불구하고, 중국 물권법이 규정하고 있는 농촌의 주택부지와 관련된 택지사용권에 관한 규정은 물권법의 전체 247개 조문 중 제152조 내지 155조의 단지 네 개 조문에만 국한되어 규정하고 있고, 기타 중요 사항에 대해서는 토지관리법등 법률과 기타 국가규정에 의하도록 되어있다.⁴⁾

表1) 2007년 인구수(人口數) 및 그 구성(構成)⁵⁾

단위 : 만 명

내 용	연말 통계	비중(%)
전국 전체 인구	132129	100.0
그 중 : 도시와 읍(城镇)	59379	44.9
농촌(乡村)	72750	55.1

<중국 국가통계국의 “2007년도 인구수(人口數) 및 그 구성(構成)” 중 도시와 농촌인구 부분 발췌>

이는 도시의 건설용지사용권과 비교하여도 물권법에서 차지하는 비중이 상당히 적다는 것을 알 수 있으며⁶⁾, 물권법에서 택지사용권이 차지하는 비중은 전체 법조문의 단지 2%에 불과하여, 현실적인 법 적용의 수요 측면에서도 보다 구체적인 입법의 필요성이 요청된다 할 수 있다.⁷⁾

4) 중국 물권법 제153조 규정: “택지사용권의 취득, 행사 및 양도는 토지관리법 등의 법률 및 국가의 관련 규정을 적용한다(宅基地使用權的取, 行使和轉讓, 適用土地管理法等法律和國家有關規定)”.

5) 중국 국가통계국의 “2007년 국민경제와 사회발전통계공보(2007年國民經濟和社會發展統計公報)” : <http://www.stats.gov.cn/tjgb/ndtjgb/qgndtjgb/t20080228_402464933.htm>.

6) 건설용지사용권은 물권법 제135조 내지 151조의 17개 조문에 걸쳐 규정하고 있다.

7) 이와 관련하여 혹자는 물권법에 기본적인 원칙들만 규정하고 하위법이나 국가 정책적으로 이를 규율하려는 입법의도가 있다고 주장하기도하지만, 물건의 소유와 귀속을 규율하는 물권법에 중요물권인 택지사용권에 대한 규정을 보완 할 필요성이 있다고 생각한다.

본(本) 고(稿)에서는 중국 13억 인구 중에 7억 이상을 차지하는 농촌인구의 주택문제와 밀접한 관련이 있는 택지사용권의 성질과 물권법 제정을 전후로 문제되었던 택지사용권관련 쟁점들과 이에 대한 법리적인 분석을 시도해 보고, 또한, 물권법 시행 이후 물권법의 적용과 해석에 있어서의 문제점들을 판례분석을 통해 기술해 봄으로써, 중국 물권법상의 택지사용권의 입법에서 현재 시행에 이르기까지의 비록 짧은 기간이지만 물권법 운영과정 중 도출되기 시작한 문제점들을 진단해 보고, 이를 통해 중국 물권법이 사회주의 체제와 시장경제제도의 접목 및 시행 과정에서의 고민과 그 해결방안을 모색해보고자 한다.

II. 택지사용권 개설

1. 택지사용권 연혁

신 중국이 성립된 1949년 이래, 중국 농촌의 토지는 농민 개인의 소유에서 농촌집체경제조직(農村集體經濟組織)의 집체소유(集體所有)의 두 단계의 역사과정을 거쳤으며, 농촌의 택지(宅基地) 또한 농민 개인의 소유에서 집체의 소유라는 두 단계의 역사적인 변화과정을 거쳤다.⁸⁾

1) 농민의 택지소유권 단계

신 중국 성립 초기, 1950년 6월 30일, 중국은 “중화인민공화국 토지개혁법(中華人民共和國土地改革法)”을 단행하였으며, 동법 제1조의 규정에 의거하여⁹⁾ 대지주의 토지를 몰수하여 농민에게 분배하여 주었다. 중국의 토지개혁은 신 중국이 성립된 1949년 시작하여 1953년 봄까지 진행되었으며, 토지개혁이 기본적으로 완성되자 농민은 그 분배받은 토지와 토지상의 택지에 대하여 완전한 소유권을 향유하게 되었으며, 택지소유권(宅基地所有權)에 관하여도 역시 소유권을

8) 본 고에서는 도시(城鎮)주민의 택지사용권은 제외하고 농촌의 택지사용권에 대해서만 논하기로 하겠다.

9) 1950년 “중화인민공화국 토지개혁법”(中華人民共和國土地改革法) 제1조 규정: “지주계급의 봉건박해의 토지소유제를 폐지하고, 농민토지소유제를 시행한다.”(廢除地主階級封建土地制度的土地所有制, 實行農民土地所有制)

향유하게 되었다.¹⁰⁾ 이러한 소유권은 법률로서 자유로운 매매와 임대를 보장받았으며, 1954년 헌법 제8조에는, '국가는 법률에 의거하여 농민의 토지소유권과 기타 생산자료 소유권을 보호한다.'고 규정함으로써, 당시 중국의 농촌토지에 대해서 농민 사인소유제(私人所有制)가 시행되었음을 알 수 있다. 당시의 택지사용권에 대해서는, 비록 법률에 농촌의 주택용지, 즉 택지에 대하여 명문규정은 없었으나, 택지는 일반적으로 주택 소유자에게 소유되는 것이 인정되어, 농민은 분배받은 토지와 토지상의 주택에 대하여 완전한 소유권을 향유하였다. 즉, 당시 농민은 농촌택지에 대하여 소유권을 향유하였다.¹¹⁾

2) 농민의 택지사용권 제도로의 변환 및 확립 단계

토지개혁의 결과 농민의 토지사유에서 비롯된 폐단이 발생하기 시작하자, 1950년대 중반부터 이러한 농민의 토지사유제에 대한 폐단 극복을 목적으로 하는 농지제도 개혁이 단행되었고, 이는 농업집체화(農業集체化)를 그 주요내용으로 하고 있었다. 그리하여, 토지에 대한 농민의 사소유제를 사회주의집체소유제로 개혁하였으며, 초급농업합작사(初級農業合作社), 고급농업합작사(高級農業合作社) 및 인민공사(人民公社) 등을 거쳐 농민의 토지에 대한 사소유권을 박탈하고, 토지사유(土地私有)를 토지집체소유(土地集體所有)의 사회주의형식으로 탈바꿈시켜 나갔다.

1962년 9월 27일 통과된 “농촌인민공사조례수정시안(農村人民公社條例修正草案) (별칭으로 '60조(六十條)'라고도 한다) 제21조에 농촌 택지사용권 문제를 규정함으로써, 최초로 공식문건에 농촌 택지사용권에 관해 명문으로 규정하게 되었다. 이 때 이후 농촌택지소유권과 사용권을 분리하여, 그 중 소유권은 집체소유로 귀속시키고, 사용권은 그 구성원에게 귀속하도록 하여, 구성원은 택지에 대하여 사용권만 인정되고 소유권은 인정되지 않게 되었다.

그 후 1963년 3월 20일, 중공중앙(中國共產黨中央委員會)이 하달한 “사원(社員)의 택지문제에 대한 약간의 보충규정에 관한 통지(關於對社員宅基地問題作一些補充規定的通知)”에 택지에 관하여 상세히 규정함으로써, 택지사용권제도를

10) 高聖平·劉守英, 宅基地使用權初始取得制度研究: 兼評“中華人民共和國物權法”第十三章的相關規則, <<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=32234>>.

11) 孫毅·申建平著, 建設用地使用權 宅基地使用權, 中國法制出版社, 2007, 256頁.

확립하였으며, 이 때를 기점으로 농촌 택지소유권은 택지사용권으로 그 성질을 달리하게 되었다.

3) 택지사용권제도의 발전 완비단계

개혁개방 이래, 특히 1980년대부터 중국은 경제의 발전과 더불어 농촌의 생활 수준 또한 제고(提高)되었다. 농민의 택지 수요도 증가하였으며, 이러한 수요증가에 대해 공급에 차질이 빚어지자, 농경지를 침해 점유하는 현상이 심화됨으로써 점차 사회문제화 되기 시작하였다. 이리하여, 중국 정부는 농민의 택지사용권에 대하여 보다 규범적인 규율을 하기 시작하였으며, 예를 들면, 1982년 “중국헌법”에 제10에 다시금 택지 집체소유에 대해 규정하였다.¹²⁾

또한, 1986년 “중화인민공화국 토지관리법(中華人民共和國土地管理法)”의 반포로 국가토지관리국이 성립되고, 마침내 농촌 택지사용에 관하여 통일된 관리가 시작되었다.

1990년 1월 3일 국무원이 비준한 “국가토지관리국의 농촌택지관리업무의 요청에 관한 통지(國家土地管理局關於加強農村宅基地管理工作請示的通知)”에서, 농촌 택지사용권에 대한 유상분배에 대하여 규정하였다가, 1993년 농민의 부당경감을 위하여 국무원은 택지사용권의 무상분배를 다시 회복하였다.

1998년 “토지관리법” 제62조는, 당시 택지제도에 대한 법률법규에 있어서 가장 권위 있는 규정이며, 중국이 현재 시행하고 있는 택지사용권 제도의 주요 법률근거이다.

중국 물권법 제정 과정 중, 택지사용권을 물권법에 규정해야 할지에 대하여 열띤 논쟁과 토론이 있었다. 이에 대해 필자는 중국 물권법상의 택지사용권은 중국 토지제도의 독특한 특징 중 하나로서, 농민의 권리와 밀접한 관련이 있다는 면에서도 물권법에 독특한 택지사용권에 대한 규정은 타당하다고 생각한다.

2. 택지사용권의 개념 및 특징

12) 1982년 “중국헌법” 제10조 규정, ‘농촌과 도시 교외의 토지는, 법률의 규정에 의하여 국가소유인 것을 제외하고 집체의 소유에 속하며, 이는 택지, 自留地, 自留山 또는 집체소유에 속한다.’(農村和城市郊區的土地, 除由法律規定屬於國家所有的以外, 屬集體所有; 宅基地, 自留地, 自留山也屬於集體所有。)

1) 택지사용권의 개념

택지사용권은 중국 특유의 용익물권의 일종으로써 신 중국이 성립된 1949년 이후 중국 토지정책의 기초 위에 형성된 고유한 제도이다.¹³⁾

중국 물권법 제152조에 규정된 택지사용권에 관한 규정은, “택지사용권자는 법률에 따라 집단이 소유하는 토지를 점유 및 사용할 권리를 가지며, 법률에 따라 당해 토지 위에 주택 및 그 부속시설을 축조할 권리를 가진다.”고 규정하고 있다.

중국 물권법상 건물 등을 건축하는 대상 토지가 국가가 소유하는 토지일 경우, 건설용지사용권에 관한 규정을 적용하며¹⁴⁾, 집체소유에 속하는 토지상에 주택 등을 축조할 경우¹⁵⁾ 택지사용권에 관한 규정을 적용한다. 광의의 택지사용권은 도시(城鎮)택지사용권과 농촌 택지사용권을 포함하지만, 도시(城鎮)택지사용권은 전국적인 범위에서 볼 때, 현실적으로 아주 적은 수만 존재하고 있으며¹⁶⁾, 중국 물권법이 규정하고 있는 택지사용권은 오직 농촌의 택지사용권만을 그 대상으로 한다. 즉, 중국 물권법은 대상 토지를 소유하는 주체가 농촌 소재의 집체인지 도시 소재의 토지를 소유하는 국가인지, 그리고 그 토지의 용도에 따라 다른 법률규정이 적용된다.

따라서, 본 고(稿)에서 지칭하는 택지사용권이란, 자연인 즉 농촌주민이 자신의 주택 및 부속시설을 축조하기 위한 목적으로, 집체(集体)소유의 토지를 점유, 사용할 권리로서, 이는 전적으로 농민의 거주문제를 해결하기 위한 목적으로 집체소유의 토지상에 설정된 중국 특유의 용익물권의 한 형식을 지칭한다.¹⁷⁾

2) 택지사용권의 특징

택지사용권제도는 중국 사회주의 공유제 및 계획경제시대에 형성된 제도로써, 상당 부분에 있어 중국 특유의 고유법적인 성격이 매우 강하다고 할 수 있다.

13) 黃松有主編, 最高人民法院物權法研究小組編著, 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. 6, 455頁.

14) 즉, 주로 도시의 토지사용에 관하여.

15) 즉, 주로 농촌의 주택건설을 위한 토지사용의 경우.

16) 梅夏英·高聖平, 物權法教程, 中國人民大學出版社, 2007, 265頁.

17) 王利明主編, 民法, 中國人民大學出版社, 2007, 334頁.

이러한 고유법적 성질은 택지사용권이 존재할 근거이며 또한 기초가 되는 것으로서, 중국 물권법에 규정된 택지사용권의 개념으로부터 다음과 같은 택지사용권의 법률적 특징을 도출해 낼 수 있다.¹⁸⁾

(1) 권리주체에 대한 신분적 제한

택지사용권은 농촌주민의 주택문제 해결을 위하여 설정된 권리로서, 농민에게 부여된 법정의 사회보장적 복지혜택을 특징으로 하며, 택지사용권을 취득하기 위한 첫 번째 전제조건은 자연히 권리취득 주체의 범위와 자격에 대해 제한규정을 두게 되었다. 즉, 중국 택지사용권의 주체는 그 신분에 있어서 특정의 농촌주민으로 한정하게 되었다.

토지의 유한성을 고려해 볼 때, 비록 농촌 토지는 농촌집체경제조직의 소유에 속하지만, 중국의 법률은 농촌집체조직이 임의로 농촌토지의 용도를 변경할 수 없도록 규정하고 있으므로, 주택 및 그 부속시설 등을 축조할 수 있는 택지 및 그에 대한 사용권 또한 유한하고 희소한 자원이 될 수밖에 없으며¹⁹⁾, 농민의 생존과도 밀접한 관련을 맺게 된다. 그러므로 농촌 택지사용권의 주체는 오직 농촌집체경제조직의 구성원일 수밖에 없으며, 동시에 특정 택지사용권의 주체는 오직 본 집체경제조직의 특정 구성원만이 그 사용권을 향유할 수 있는 것이다. 즉, 택지사용권의 주체는 농촌주민으로 한정되며, 여기서 주의할 점은, 이러한 택지사용권의 주체로서의 농촌주민은 한 개인으로서의 자연인이 아닌 중국 현행법이 시행하고 있는 “일농가일택지주의(一戶一宅原則)”에 의하여, 한 농가(農戶)의 개념이 된다.²⁰⁾²¹⁾ 즉, 택지사용권은 특정 농가를 구성하는 구성원들에 의

18) 孫毅·申建平著, 建設土地使用權 宅基地使用權, 中國法制出版社, 2007, 270頁.

19) 孟勒國, 物權法開禁農村宅基地交易之辯, 法學評論 第4期, 2005, 25頁.

20) 黃松有主編, 最高人民法院物權法研究小組編著, 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. 6, 456頁; 房紹坤, 物權法(用益物權篇), 中國人民大學出版社, 2007, 217頁.

21) 택지사용권의 주체를 농촌주민으로 규정한 법률적 근거는 다음과 같다. 1999년 5월 6일, 국무원공청이 공포한 “關於加強土地轉讓管理嚴禁炒賣土地的通知” 제2조 2항의 규정, “농촌의 주택은 도시의 주민에게 양도할 수 없다”. 2004년 12월 24일, 국무원의 “엄격한 토지관리의 심화에 관한 결정(關於深化改革嚴格土地管理的決定)” 중에 농촌의 택지거지에 대한 관리 강화와 도시주민에게 농촌 택지사용권의 양도금지를 다시 한 번 강조하였으며, 도시주민의 택지사용권의 취득을 금지함으로써, 택지사용권의 주체를 오직 농촌주민으로 한정하였다.

하여 공유된다고 할 수 있으며, 그 성질에 있어서는 준공동공유(準共同共有)에 속한다 할 수 있다.²²⁾

그렇다면, 이러한 택지사용권의 주체를 오직 농촌주민으로 한정한다고 해서 과연 현실적으로도 택지사용권의 주체가 농촌주민으로만 한정되는 것일까?

만일 농촌에 거주하는 부모가 특정한 신분에 기인하여, 합법적인 절차를 거쳐 택지사용권을 취득하고, 농촌집체 소유의 토지상에 합법적으로 거주목적의 주택을 축조하였다고 가정할 때, 이렇게 축조된 주택은 현행 중국 법률상 개인의 소유권이 인정된다. 그렇다면, 이러한 주택을 후일 도시에 거주하는 자신의 자녀에게 유산으로 상속하거나 증여하게 될 경우, 중국민법이 취하고 있는 주택이나 건물의 양도와 더불어 토지사용권이 함께 양도되는 것으로 보는 원칙(房隨地走原則)에 의하여, 택지사용권 또한 도시에 거주하는 자녀가 그 사용권을 획득하게 되는 것이다. 이는 분명 중국 물권법이 취하고 있는 택지사용권의 권리주체를 특정의 농촌주민으로 제한하고 있는 규정과 배치되는 것이다. 이에 대해, 현행 중국 물권법 및 기타 법률은 명확한 규정을 두고 있지 않으며, 이에 대한 관련 규정의 보완이 시급한 실정이다.

(2) 권리객체의 특정

택지사용권의 객체는 농촌집체소유의 토지에 국한되며, 국유토지는 포함되지 않는다. 범위에 있어서는, 주택(住宅) 및 그 부속시설(附屬施設)을 축조하는 지(基地)와 일정한 범위의 정원용지(庭院用地)의 집체소유지(集體所有地)로 한정된다.²³⁾

택지사용권의 객체와 관련하여, 1986년 제정된 후 1988년에 개정된 “토지관리법(土地管理法)” 제41조 및 1991년 제정된 “토지관리법 실시조례(土地管理法實施條例)” 제26조와 제27조의 규정에 의하면, 농촌에 호구를 두지 않는 도시주민(城鎮居民)과 원래의 호적지인 농촌으로 돌아와 정착한 노동자, 퇴역군인, 퇴직한 간부 및 고향으로 돌아와 정착한 화교, 홍콩, 마카오, 대만동포 등은 택지사용권을 향유할 권리가 있다고 규정하고 있었다. 뿐만 아니라, 1988년 개정된 “토지관리법(土地管理法)” 제41조의 규정에 의하면, 관계당국의 허가(批准)를 얻

22) 房紹坤, 物權法(用益物權篇), 中國人民大學出版社, 2007, 218頁.

23) 孫毅·申建平著, 建設用地使用權 宅基地使用權, 中國法制出版社, 2007, 271頁.

은 후 국가의 토지수용기준에 의하여 관련 비용을 지급한 후에는 농촌집체소유의 토지상에 주택을 축조하는 것을 허용하고 있었다. 그러나 투기세력이 이러한 규정을 악용하여 농촌 택지에 대한 투기가 성행하자, 1998년 “토지관리법(土地管理法)”을 개정하여 동(同) 규정(規定)을 삭제함과 동시에, 1999년 “국무원 판공청의 토지양도관리의 강화와 토지투기매매의 엄격한 금지에 관한 통지(國務院辦公廳關於加強土地轉讓管理嚴禁炒賣土地的通知)(國辦發 [1999] 39号)”에서는 농민의 택지를 도시주민에게 양도하는 행위 등을 금지하는 내용을 담고 있어, 도시주민의 농촌집체소유의 토지상에 주택 등을 축조하는 행위를 금지하였다. 그리하여, 이러한 도시택지사용권(城鎮宅基地使用權)은 주로 중소도시(中小城鎮)에 일정기간 존재하게 되었으며, 도시택지사용권(城鎮宅基地使用權)은 현재까지도 농촌 택지사용권(農村宅基地使用權)과 공존하고 있는 실정이긴 하지만, 그 숫자에 있어서는 극히 미미한 정도이다.²⁴⁾ 이렇듯, 물건법의 제정과 시행 및 개정에 있어서는 어느 정도 국가의 토지정책 및 부동산 정책의 영향을 받을 수밖에 없음을 알 수 있다. 이러한 관점에서 볼 때, 현행 중국 물건법에 비록 이러한 부분을 고려하여 많은 부분을 토지관리법이나 기타 법률로서 대체 할 것을 규정하고 있으나, 물건(物件)에 관한 권리와 이에 대한 귀속관계를 규정하고 있는 물건법에 점진적으로 원칙적인 규정들을 보완해 나가야 하지 않을까 생각된다.

(3) 무상 권리취득 및 사회보장적 특징

중국 물건법상 택지사용권의 무상취득에 관한 명확한 규정은 없다. 그러나 물건법 제153조에 의하면, 택지사용권의 취득, 행사와 양도는 토지관리법 등 법률과 국가의 관련규정을 적용하도록 규정하고 있으며, 중국의 현행법 즉, 토지관리법 등 법률과 국가의 관련규정에 의하면 택지사용권은 무상취득 하도록 규정하고 있어 택지사용권의 무상취득에 관한 특징을 이해할 수 있다.²⁵⁾

이렇듯 택지사용권은 일종의 사회보장적이고 복지혜택적 성질을 갖고 있는 권리로써, 자격요건을 갖춘 농촌집체의 구성원은 본 권리를 무상으로 취득하고 사용할 권리가 있는 것이다.

24) 梅夏英·高圣平, 物權法教程, 中國人民大學出版社, 2007, 265頁.

25) 房紹坤, 物權法(用益物權篇), 中國人民大學出版社, 2007, 220頁.

그러나, 이러한 택지사용권의 무상취득제도는 1990년 1월에 발표된 “국무원이 국가 토지관리국에 비준하여 전달한 농촌택지관리업무의 강화에 관한 질문의 답변(國務院批轉國家土地管理局關於加強農村宅基地管理工作請示的通知)”에 의거하여, 중국의 지방정부들은 대부분 택지사용권의 유상사용에 관한 규정들을 제정하고 시범적으로 운영하기 시작함으로써 기존의 무상취득제도는 잠시 폐지되었다. 이러한 택지사용권의 유상 사용제도의 시행으로 농민들의 경제적인 부담이 가중되는 등 이로 인한 사회적 혼란이 야기되자, 1993년 7월 이러한 농민의 부담을 경감시키기 위하여, 중국공산당중앙위원회(中國共產黨中央委員會) 판공청(辦公廳)과 국무원 판공청(辦公廳)은 “농민부담사항의 심의 처리에 관한 의견통지(關於涉及農民負擔項目審核處理意見的通知)”를 발표함으로써 4년간 시행되었던 농촌 택지사용권의 유상취득제도를 취소하였다.

이렇듯, 단지 4년이라는 짧은 기간 동안 시행되었던 택지사용권의 유상취득제도의 시행과 폐지는 중국 민법사에 있어서 어떠한 의미를 갖는 것일까? 이는 앞에서도 언급했듯이 유상취득제도의 시행과 폐지의 주체 모두 중앙정부임을 알 수 있으며, 택지사용권의 유상취득제도의 시행이 당시 중국사회에는 적합하지 않은 토지제도였음을 반증하는 것이다.

그렇다면, 택지사용권의 유상설정 또는 무상설정의 적합성을 논하기 이전에, 택지사용권의 유·무상 설정에 관하여 법리적으로 검토해 볼 필요가 있다. 이러한 권리는 토지 소유권자에 귀속된 것이며, 집체토지(集体土地)는 농민집체(農民集体)에 귀속된 재산으로써 당연히 농민집체가 이러한 집체토지에 대하여 수익권을 행사할 수 있는 것이며, 농민집체만이 이러한 권리의 행사여부에 대하여 의사표시를 발할 수 있는 사항으로써, 국가가 농민집체에 이러한 비용의 취득 즉 택지사용권의 유상취득을 강제하는 것은 법리적으로 합당하지 않다고 본다.²⁶⁾

(4) 무기한적인 권리 존속기간

택지사용권은 농촌집체경제조직의 구성원이 생활상의 필요에 의하여 집체토지를 사용하여 거주목적의 주택을 축조할 수 있는 권리로서, 농가(農戶)를 그 권리주체로 하고 있으므로, 이러한 권리는 존속기한의 제한을 받아서는 안 된

26) 江平主編, 中國土地立法研究, 中國政法大學出版社, 2001, 287頁.

다²⁷⁾는 것이 중국 대부분 학자들의 주장이다. 이렇듯, 한 농가(農戶)를 단위로 택지사용권이 설정됨으로써, 비록 호주(戶主)가 가정의 대표로 권리를 향유할지라도, 호주 또는 기타 가정 구성원의 사망이나 이탈이 택지사용권의 존속에 어떠한 영향도 미칠 수는 없다.²⁸⁾

중국 현행법에는 택지사용권의 존속기한에 관한 제한규정이 없으며, 택지상의 건축물 및 그 부속물이 멸실하더라도 택지사용권의 효력에는 아무런 영향을 미치지 않을뿐더러, 택지상에 다시 건축물을 축조하여 거주 목적으로 사용할 수 있다고 규정하고 있다. 또한, 물권법 제154조의 규정에 의하면, 지진 등 자연재해로 인해 택지가 멸실된 농민은 응당 택지를 재분배받아 사용할 권리가 있음을 규정하고 있다. ²⁹⁾

(5) 택지사용권의 용도 제한

물권법 및 관련규정에 의하면³⁰⁾, 택지사용권은 오직 농촌주민의 거주를 목적으로 주택 및 그 부속시설을 축조하는 용도로 제한되며, 농촌주민의 주택 및 거주와 관련된 기타 건축물과 시설들 즉, 주택용 건축물, 화장실, 외양간, 돈사, 주차장 등을 포함한다.

이러한 물권법상의 택지사용권의 용도제한과 관련하여, 중국 학계의 의견은 찬반이 엇갈리고 있으나³¹⁾, 필자는 택지사용권의 용도를 법률로서 반드시 제한할 필요는 없다고 생각한다. 그 이유는 사용권자가 자신의 주택에서 가정생산경영활동(家庭生產經營活動)을 할 경우, 이는 택지사용권의 내용이 아닌 주택소유

27) 房紹坤, 物權法(用益物權篇), 中國人民大學出版社, 2007, 221頁.

28) 張林鴻, 農村宅基地使用權探討, 六盤水師專學報(社會科學版) 第2期, 1998, <<http://dlib.edu.cnki.net/kns50/detail.aspx?QueryID=265&CurRec=1>>.

29) 지난 5월 중국 사천(四川)지역의 지진으로 인해 택지가 멸실된 농촌주민들은 물권법에 의거하여 다시 택지를 재 분배받아 사용할 권리가 있음은 당연한 것이다. 그러나 만약 택지소재의 농촌집체경제조직이 지진 등 대규모의 자연재해의 피해를 입을 경우, 중국이 취하고 있는 농경지 우선 보호정책 하에서 수많은 피해 주민들의 택지 재 분배에 대한 요청을 어느 정도 만족 시켜줄 수 있을지에 대해서는 의문이다.

30) 1992년 5월 28일, 중국 국가토지관리국 정책법규부서의 “농촌주민의 ‘주택 건설’의 함의의 이해문제에 관한 답변(關於對農村居民‘建住宅’含義理解問題的答復)” 참조.

31) 예를 들면, 택지사용권의 용도를 확대해석해야 한다고 주장하는 학자로는 王衛國, 陳健 등이 있으며, 王利明 등은 위에서도 언급했듯 택지사용권에 굳이 그 용도를 제한하는 내용을 규정할 필요는 없다고 주장한다.

권의 내용이 되는 것이므로³²⁾, 법률로서 이를 금지하는 것은 개인의 소유권에 대해 제한을 가하는 결과가 되어 법리적으로 타당하지 않다고 생각한다.

III. 택지사용권의 양도가능성에 관한 학설

택지사용권은 중국 특유의 일종의 용익물권의 한 형식으로, 일정부분 사회복지와 사회보장적인 기능을 담당하고 있다는 것은 부인할 수 없다. 이는 농촌집체조직의 구성원이라는 신분적인 자격요건을 필요로 함은 앞에서도 언급한 바와 같다. 이러한 택지사용권의 사회보장적 기능과 구성원으로서의 신분적인 자격요건은 서로 밀접한 관련을 맺고 있으며,³³⁾ 이로 인해 택지사용권은 거래의 대상으로서 자유롭게 유통될 수 없다는 것이³⁴⁾ 중국 물권법 제정과정에 쟁점화되었던 택지사용의 양도 가능성 여부에 대한 논쟁이었다. 물권법 제153조는 택지사용권의 양도에 관하여 토지관리법 등의 법률 및 국가의 관련규정을 적용한다고 규정함으로써 택지사용권의 양도에 대해 부정도 긍정도 하지 않고 있다. 그렇다면, 택지사용권의 양도가능 여부에 대해 물권법에서 직접적인 규정을 회피한 이유는 어디에 있는 것일까?

이는 한편으로, 현행의 택지의 유통을 금지하고 있는 법률규정을 그대로 유지할 수 있고, 또 다른 한편으로는 금후 관련 법률규정의 개정과 관련 정책들을 조정할 필요성이 있을 때 보다 유통성을 발휘할 수 있도록 여지를 남겨두고자³⁵⁾하는 정책적인 고려가 반영된 것이라 판단된다. 그러나 물권법이 시행된 이후 현재에 이르기까지, 이러한 택지사용권이 과연 양도 가능한지, 양도 가능하다면 어떠한 조건, 즉 어떠한 범위 내에서 양도 가능한 것인지에 관하여 아직까지도 많은 논란이 되고 있다. 본 장에서는 택지사용권의 양도에 관한 쟁점들 및 관련 문제점들을 파악해 보고 이에 대한 저자의 견해를 개진해 보도록 하겠다.

1. 택지사용권의 양도가능성에 관한 학설

32) 王利明, 中國民法典學者建議稿及立法理由(物權篇), 法律出版社, 2005, 273頁.

33) 王利明, 物權法論, 中國政法大學出版社, 2003, 472頁.

34) 孫毅·申建平著, 建設土地使用權 宅基地使用權, 中國法制出版社, 2007, 278頁.

35) 朱岩·高聖平·陳鑫, 中國物權法評注, 北京大學出版社, 2007, 486頁.

택지사용권의 양도가 가능한 것인지에 대한 논의는 물권법 제정과정 중에 시종 논쟁이 그치지 않았던 부분이며, 이에 대한 학자들간의 의견대립이 가장 심했던 부분이기도 하다. 이에 대한 학설로는 주로 자유유통설(自由轉讓說), 제한양도설(有限制轉讓說), 양도금지설(禁止轉讓說) 등의 세 가지 학설이 대표적이다.

1) 자유유통설(自由轉讓說)

자유유통설에 의하면, 택지사용권의 양도 및 저당은 반드시 허가되어야 하며, 그렇지 않을 경우, 택지사용권은 농민의 '행사할 수 없는 재산권(死産)'이 될 것이며, 이는 농민의 이익을 진정으로 보호할 수 없다고 주장한다.³⁶⁾

이러한 주장의 근거는 다음과 같다.

첫째, 택지사용권은 용익물권의 일종이며, 특히 택지상의 주택은 농민 사소유권에 속하므로 농민이 주택을 양도하는 행위 즉, 소유권행사에 더불어 택지사용권이 양도되는 것을 금할 수는 없는 것이다.³⁷⁾

둘째, 택지의 양도는 농민의 현실 생활중에 필요로 하는 자금의 유통수단으로서 중요한 기능을 할 수 있으며, 택지의 양도나 저당은 농민들의 자금유통의 어려움을 해결해 줄 수 있는 하나의 좋은 수단이 될 수 있다.

셋째, 현실적으로 자녀교육이나 일자리를 찾아 농촌인구의 도시유입이 점점 증가되고 있는 현재, 농촌의 적지 않은 토지와 가옥이 점점 텅 비어있는 채로 버려져 있는 경우가 허다한 실정에, 농촌의 택지사용권의 양도를 자유롭게 허용한다면, 물건(物件)건의 이용 효율면에서(物盡其用)도 기대되는 효과가 클 것이다.

넷째, 택지사용권의 양도 및 저당 등은 도농(都農)간의 이중적인 차별구조를 어느 정도 완화하는 효과를 얻을 수 있을 것이다. 즉, 택지사용권의 자유로운 양도로 도시와 농촌간에 상호 유동성이 발생하여 농촌인구의 도시유입과 도시인구의 농촌유입을 원활히 하여 양 방향으로 이동이 원활하게 되어 결과적으로

36) 蘭琮, 農村宅基地使用權之法律研究, 广西政法管理干部學院學報 第1期, 2006, 33頁.

37) 韓世遠, 宅基地的立法問題: 兼析物權法草案 第十三章 '宅基地使用權', 政治与法律, 2005, 32頁.

도농간의 융합과 화합 및 격차를 점진적으로 지양하는 결과를 얻게 될 것이다.

2) 제한적 양도설(有限制轉讓說)

제한적 양도설에 의하면, 중국이 현재 취하고 있는 택지사용권의 양도를 원칙적으로 금지하는 입법태도는 대단히 불합리한 것이며, 본 집체경제조직의 동의 하에, 택지사용권은 집체경제조직의 구성원간에 주택의 양도에 수반하여 조건적으로 자유롭게 양도될 수 있도록 허용해야 한다는 입장이다.³⁸⁾ 즉, 택지사용권은 일정한 신분적 성질로 인하여 양도를 자유롭게 허용하는 것은 적합하지 않으며, 오직 일정한 범위내의 즉, 일정한 조건하에서 양도할 수 있도록 하여야 한다는 주장이다.³⁹⁾ 또한 이러한 주장은 경제의 발전과 인구 유동성 등의 원인으로 택지사용권자가 그 택지사용권을 더 이상 행사하지 않을 경우, 법률은 이에 대한 양도 및 주택임대 사용권의 행사를 더 이상 제한하지 않는다는 내용도 담고 있다.⁴⁰⁾

이러한 주장의 근거는 다음과 같다.

첫째, 양도필요성의 측면에서 볼 때, 택지사용권의 시장을 제한적으로 개방하는 것은 현대시장경제에 있어서 필수적으로 요구되는 요건이다.⁴¹⁾ 택지사용권은 일종의 특수한 사회자원으로서, 오직 시장의 기능에 의하여 조절되어야 그 효용을 최대한 살릴 수 있는 것이다. 사람의 인위적인 통제나, 행정수단으로 택지사용권을 제한하는 것은 근본적으로 실행 불가능한 것이며, 오직 시장의 조절을 통하여, 수요와 공급이 균형을 이룰 수 있으며, 이로써 진정 토지자원의 소유자 혹은 점유자의 이익을 보호할 수 있기 때문이다.

둘째, 양도의 법리적인 측면에서 볼 때, 택지사용권의 제한적 양도는 중국의 현행법상 원칙적으로 채택하고 있는 건물, 주택의 양도에 수반하여 그 점유하고 있는 토지도 함께 수반하여 양도되는 이른바 ‘방수지주(房隨地走)’의 원칙에 부합하는 것이다. 중국 현행법상 농촌 택지상의 주택에 대해서 개인의 소유권이 인정되고 있으며, 주택 등의 양도와 더불어 택지사용권이 양도되는 것을 금지한

38) 侯水平·黃果天等著, 物權法爭點詳析, 法律出版社, 316頁.

39) 王利明, 物權法論, 中國政法大學出版社, 2003, 475頁.

40) 中國政法大學物權立法課題組, 關於“中國民法草案(物權篇)”制定若干問題的意見, <http://ccelaws.com/int/artpage/2/art_381.htm>.

41) 侯水平·黃果天等著, 物權法爭點詳析, 法律出版社, 316頁.

다면, 이는 이른바 '방수지주(房隨地走)'의 원칙에 부합하지 않을뿐더러, 농민의 이익을 근본적으로 보호할 수 없는 결과를 초래하게 되는 것이다.⁴²⁾

셋째, 법률의 효과라는 측면에서 볼 때, 제한적 택지사용권의 양도는 집체경제조직의 이익에 손해를 가져오지 않는다. 택지사용권의 신청권은 특수한 신분적 요건을 갖춰야 하며, 만일 주택의 양도와 더불어 택지사용권이 본 집체 구성원이 아닌 경제집체조직 이외의 자에게 양도될 경우 이는 택지사용권의 분배원칙에 부합하지 않는 결과를 초래하게 된다. 이러한 측면에서, 택지사용권의 제한적 조건하에서의 양도는 농촌집체경제조직의 택지사용권에 대한 소유와 행사 및 경제적인 이익에 영향을 미치지 않으며⁴³⁾, 현 법률체제를 유지하는 상황에서 융통성있게 운영될 수 있는 장점이 있다.

3) 양도 금지설(禁止轉讓說)

양도금지설에 의하면, 택지사용권의 양도금지를 해제해서는 안되며 전면적으로 금지해야 하며, 택지사용권의 자유로운 유통을 금지하는 것은 농촌정책적인 고려에 기인한다고 생각한다⁴⁴⁾.

양도금지설이 주장하는 근거는 주로 다음과 같다.

첫째, 현재 중국의 농촌사회보장체계의 미비점들을 고려할 때, 택지사용권은 농민의 생산, 생활의 기본을 보장하는 것으로서, 이러한 생활의 근본이 되는 택지사용권의 양도를 허용하여 농민의 최소한의 생활보장의 근거마저 잃게 될 경우의 부작용 및 사회적 불안요소의 가중 등을 고려하면 택지사용의 양도는 금지되어야 한다.

둘째, 토지관리법의 규정에 의하면, 택지사용권은 농촌집체경제조직의 구성원이 무상으로 취득하는 것으로서 한 농가(農戶)가 오직 하나의 택지를 분배받아 사용할 수 있는 점을 고려할 때, 만일 택지소유권의 양도를 허용할 경우, 새롭게 승계취득한 택지사용권자가 본 집체경제조직의 구성원이 아닐 경우가 발생할 수가 있다. 이는 곧 토지관리법의 관련 규정을 위반하는 것이며, 또한 현행

42) 王利明, 物權法論, 中國政法大學出版社, 2003, 475頁.

43) 李滿枝, 物權法下宅基地使用權的轉讓, 廣西政法管理干部學院學報 第1期, 2006, 38頁.

44) 梁慧星主編, 中國物權法草案建議稿: 條文、說明、理由與參考立法例, 社會科學文獻出版社, 2000, 482-485頁.

농촌집체경제조직의 관리체계에 부합하지 않으며, 관리상에 있어서도 혼란을 가중하는 결과를 초래하게 된다.

셋째, 택지사용권의 양도를 허가할 경우, 택지를 과중하게 많이 점유하여 사용하는 사람들이 출현할 수 있으며, 농민의 택지사용권을 양수할 가능성이 높은 계층은 여러 곳의 택지를 소유할 수 있는 비교적 능력 있는 농민이거나, 농촌에 주택 등 건물을 건축할 수 있는 능력이 있는 도시민 또는 부동산 업계에 종사하는 상인이나 투기목적의 가진 자 등이 이에 속할 것이다.⁴⁵⁾ 또한, 택지사용권의 양도를 허가할 경우, 상대적으로 도시주민에게 유리한 조건을 제공함으로써 국가의 토지관리제도의 집행에 있어서 혼란을 가중시킬 가능성도 배제할 수 없게 된다.

필자는 택지사용권의 양도에 관한 세 가지 주요 학설 중 두 번째 택지사용권의 제한적 양도설에 비교적 찬성한다. 사용권의 제한적 양도설을 취하는 것이 중국의 현 법률제도를 유지하면서 현실적인 필요성, 법리적인 측면, 및 법률 효과면을 두루 고르게 만족시킬 수 있을 것이며, 현 시점에서의 가장 최선의 방법이라 생각한다. 현 중국의 사회현황 및 법률전반에 걸친 미비점들을 보완해 나가면서 또 한편으로 점진적으로 양도의 범위를 확대해 나가고 양도조건을 완화해 나가는 것이 가장 바람직할 것으로 판단한다. 이러한 의미에서 필자가 주장하는 택지사용권의 양도에 관해서는 “점진적 금지 완화설”이라 명명할 수 있겠다.

IV. 택지사용권의 양도주체에 관한 논쟁

중국의 물권법과 기타 현행 법률은 택지사용권의 자유로운 유통을 원칙적으로 금지하고 있으며, 특수한 형식의 예외를 허용하고 있다. 즉, 주택의 양도시 택지사용권이 함께 양도되는 경우, 또는 택지사용권자가 본 집체의 동의를 얻은 후, 건축한 주택을 본 집체 내부의 택지사용권 분배조건에 부합하는 농가(農戶)일 경우 등이 이에 속한다. 그러나 도시의 주민에게는 농촌의 택지를 양도할 수 없으며, 택지사용허가를 얻은 농가(農戶)가 택지사용권을 양도한 경우, 다시 택

45) 孟勤國, 物權法開禁農村宅基地交易之辯, 法學評論 第4期, 2005, 28頁.

지사용권을 신청할 수 없다. 그렇다면, 택지사용권의 양도에 있어서 도시의 주민은 농촌에서 택지사용권을 현실적으로 구입할 수 없다는 것인가? 이에 대해 중국 학계는 부정설과 긍정설로 나뉘어 지금까지도 논쟁이 그치지 않고 있다. 특히 지난 2007년 소위 '화가촌' 사건이라고 불리는 택지사용권의 양도와 관련한 사건에서의 판결결과로 인하여 택지사용권의 양수인에 대한 제한이 타당한 것인지, 한편 택지사용권은 과연 양도될 수 없는 것인지에 대한 열띤 논쟁이 벌어졌다⁴⁶⁾. 이는 현실적으로 볼 때 도시의 주민이 농촌의 주택을 구입하여 사용하는 경우가 매우 흔한 시점에 내려진 법원의 판결이라 주목을 끌게 하였으며, 또한 화가촌 사례의 판결 이후 비슷한 수 많은 사건이 법원에 기소되어 재판이나 판결을 기다리고 있는 현 시점에서, 택지사용권의 양도에 대한 부정설과 긍정설 및 이에 대한 법률적인 분석이 필요하다고 생각한다.

이에 본 장에서는 택지사용권 양도와 관련하여 양수인 자격에 대한 긍정설과 부정설의 입장을 살펴보고, 소위 '화가촌' 사건으로 대별되는 대표적인 택지사용권 양도와 관련된 판례의 분석을 통하여 택지사용권제도를 다시 한 번 진단해 보고자 한다.

1. 양수인 자격 제한설의 입장

택지사용권의 양도와 관련하여, 도시주민의 농촌 택지사용권의 양수를 부정하는 입장의 주장은 다음과 같다.

첫째, 법률규정에 의거하면, 택지사용권은 유통이 제한된 비유통물로써, 택지사용권은 도시주민에게 양도될 수 없는 비유통성의 특징을 갖는다. 2004년에 개정된 토지관리법 제62조 제4항에는, '농촌촌민 한 가구는 오직 한 곳의 택지를 영유할 수 있으며, 농촌촌민은 주택의 매도와 임대 후에 다시 택지의 불하를 신

46) 소위 북경 '화가촌' 사건이라고 불리며, 북경인근에 10여년 전부터 형성된 농촌 가옥을 구입하여 입주한 화가들의 밀집지역이 최근 부동산경기 및 화가촌의 유명세와 더불어 10여 배 이상의 부동산양귀현상 일어났다. 이에, 가옥을 매도했던 농민들이 본 농촌집체의 구성원이 아닌 도시민인 화가들에게 양도한 가옥의 매매계약의 무효를 이유로 소송을 제기하고, 법원은 이에 대해 무효판결과 함께 가옥의 원상복귀 및 반환을 판결하였다. 그러나 반면 농민에게는 채권적 책임을 물어 가옥의 가치 상승분에 해당하는 배상책임을 함께 판결한 바 있으나, 이는 물권적 해결방법이 아닌 채권적 해결방법을 채택함으로써 일시적인 해결방법은 될 수 있겠으나, 장기적으로 볼 때는 농촌가옥의 도시민에 대한 양도금지 법률규정을 개정해야 한다는 논란이 다시 불을 지피게 되는 계기가 되었다.

청할 경우, 이를 허가해 주지 않는다'라고 규정하고 있다⁴⁷⁾. 뿐만 아니라 1999년의 “국무원 판공청이 토지양도와 투기의 엄금을 강화하는 것에 관한 통지”의 규정에 의하면, 농민의 택지는 도시주민에게 양도할 수 없으며, 도시주민이 농민 집채토지를 점용하여 주택을 축조하는 것 또한 금지되며, 관련부문은 위법 축조하고 구매한 주택은 토지사용증과 부동산 증서를 발급할 수 없다는 규정을 담고 있다.

둘째, 물권법에 만일 택지사용권을 도시주민에게도 양도할 수 있도록 규정한다면, 이는 사회의 안정을 저해하게 될 것이다. 농민 한 호당 택지사용권을 신청할 수 있는 기회는 단 일회에 불과하므로, 만일 농민이 여러 가지 원인으로 인하여 일단 택지사용권을 상실할 경우 기본적인 생활터전을 상실케 되는 결과를 낳게 되고, 법 제도적으로 이를 방지할 경우 사회의 안정에 커다란 위해요소가 되는 것이다.

셋째, 택지의 자유로운 유통은 기존의 토지제도에 혼란을 야기하게 될 것이다. 구체적으로는, 택지가 농민의 기본적인 생활자료로서의 토지분배제도의 기초와 토지 이용제도를 파괴하게 될 것이며, 이로서 토지의 분배, 관리 그리고 이용에 혼란을 야기하게 될 것이다.⁴⁸⁾

2. 양수인 자격 제한 부정설

도시주민의 농촌 택지사용권 구입을 긍정하는, 즉 양수인 자격제한을 부정하는 입장의 주장은 다음과 같다.

첫째, 부정설이 논거로 제시하는 상술한 1999년의 “국무원 판공청이 토지양도와 투기의 엄금을 강화하는 것에 관한 통지”는, 비록 국무원 판공청의 명의로 발표된 것이지만, 이는 ‘행정법규’에 속하는 것이 아니다.⁴⁹⁾ 따라서 해석론적인 입장에서 볼 때, 상술한 “통지”의 규칙으로는 농촌 주택 매매계약의 효력을 결정할 근거가 되지 못하는 것이다. ⁵⁰⁾ 상술한 “통지”의 규정, 즉, ‘관련부서는 위

47) 侯水平·黃果天等著, 物權法爭點詳析, 法律出版社, 323頁.

48) 米健, 關於物權立法若干問題的思考, <<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=27361>>.

49) 侯水平·黃果天等著, 物權法爭點詳析, 法律出版社, 323頁.

50) 最高法院의 中國 계약법의 정용에 관한 약간문제의 해석(1)(最高人民法院關於適用“中華人民共和國合同法”若干問題的解釋(1))에 의하면, 계약법의 실시 이후, 인민법원이 계약의 무효를 확정할 경우, 반드시 전국 인민대표 및 그 상무위원회에서 제정한 법률

법적으로 축조하고 구매한 주택은 토지사용증과 부동산 증서를 발급할 수 없다'는 규정은 현실적으로 농촌 주택 매매에 장애를 가져오게 될 것이며, 재산권 분쟁의 씨앗을 묻어 두는 결과를 초래하게 될 것임은 의심의 여지가 없다.⁵¹⁾

둘째, 입법론적인 시각으로 볼 때, 도시주민의 농촌 택지사용권의 양도를 금지하는 것은 타당하지 못하다. 그 이유는 주택은 농민의 합법적인 재산으로서 원칙적으로 자유롭게 소유권을 행사할 수 있으며, 물론 자유로운 처분 권한도 포함하고 있다. 뿐만 아니라 도시주민도 원칙적으로 자유롭게 타인의 합법적인 재산을 구매할 수 있는 권리가 합법적으로 보장되어 있다. 그렇다면, 만일 농촌 주민이 자신의 정당한 소유권을 행사하여 주택을 도시주민에게 소유권 이전을 하는 것과 더불어 택지사용권이 함께 양도될 경우가 현실적으로 이미 다수 존재하는 상황하에서 도시주민의 농촌 택지사용권의 양도를 금지하는 것은 입법론적으로 타당하지 못한 것이다. 뿐만 아니라, 농민이 자신이 소재하는 집체내부의 요건에 부합하는 구성원(農戶)에게 택지사용권을 양도한다는 것은 효과적인 시장이 형성될 수 없을뿐더러 주택의 실제적인 가격형성에도 문제가 생겨 양도인의 이익에 손해를 발생시키게 될 것이다.⁵²⁾

셋째, 법률적용의 효용에 있어서, 거래주체의 엄격한 제한은 물건의 효율적 이용면에서 농민의 이익을 훼손할 수 있다. 중국 현행법은 택지사용권의 양도주체를 본 집체경제조직 내의 구성원으로 한정하고 있으며, 집체경제조직 이외의 자에게는 양도를 제한하고 있으며, 이는 택지사용권의 권능을 충분히 효율적으로 발휘할 수 없도록 제한하는 것이며, 특히 택지사용권의 가치를 효과적으로 발휘할 수 없도록 제한하는 결과를 초래하게 된다.

넷째, 도농간의 원활한 교류와 균형 있는 발전의 측면에서 보더라도 택지사용권의 양도주체를 제한하는 것은 바람직하지 못하다. 현재 농촌에서 자신의 주택을 매도하는 주체는 주로 두 부류로 크게 나눌 수 있다. 즉, 도시에서 정착한 자녀를 따라 나이 많은 부모도 도시에 정착하게 되는 경우, 또 한편으로는 도시의 안정적인 직장을 위하여 전 가족이 도시로 이전하는 경우가 그러하다. 반면,

과 국무권이 제정한 행정법규에 의거하여야 하며, 지방성법규, 행정규장을 근거로 해서는 안 된다고 규정하고 있다.

51) 韓世遠, 宅基地의立法問題: 兼析物權法草案 第十三章 '宅基地使用權', 政治与法律, 2005, 31頁.

52) 韓世遠, 宅基地의立法問題: 兼析物權法草案 第十三章 '宅基地使用權', 政治与法律, 2005, 31頁.

농촌에 주택을 구입하는 도시주민의 경우는, 퇴직한 노년층, 또는 도시의 직장을 잃고 실업한 자 또는 전원의 한적한 생활을 즐기기 위한 화가 등을 비롯한 특수계층 종사자들⁵³⁾의 예를 들 수 있다. 이러한 도농간의 이동과 교류를 합법적으로 허가함으로써 도시의 노령화, 밀집화 현상등을 완화할 수 있을 뿐 아니라, 또한 새로운 사상과 새로운 기술 등을 농촌에 이식시켜 농민의 사상과 의식수준을 보다 빨리 전환시킬 수 있으며 도농간의 교류와 화합 발전을 촉진시킬 수 있을 것이다.⁵⁴⁾

필자는 이에 대해, 비교적 두 번째 주장인 양수 주체의 자격제한을 반대하는 주장에 찬성한다. 그러나 중국의 현행 법률의 정비가 아직은 미흡하고, 현 농촌 사회복지 미비 등 현실적인 여건이 아직 미 성숙된 점을 고려하여 점진적으로 양도주체의 제한을 완화해 나가는 방향으로 법률이 정비되어야 한다고 생각한다.

V. 결 론

이상으로 현재 중국에서 시행되고 있는 물권법에서 지상권과 유사한 용익물권 중 택지소유권의 내용과 시행과정에서 다뤄진 문제들을 개략적이거나 살펴 보았다.

작년 3월 16일에 통과되고 동년 10월부터 시행되기 시작한 중국 물권법은 사회주의 경제체제의 바탕위에 자본주의경제제도를 접목시키기 위하여, 소유권의 유형을 국가소유권, 집단소유권, 개인소유권 등의 3분법으로 나누고 있는 점에서 어쩔 수 없이 파생되는 문제들을 피할 수 없으며, 이를 점진적으로 개혁하고자 하는 노력들이 진행 중이라 할 수 있다.

또한 현재 중국 물권법 제정과정에서부터 열띤 논쟁을 불러일으켰던 토지 이용에 관한 법리로서 지상권과 유사한 여러 가지의 용익물권, 즉 택지사용권을 비롯한 토지도급경영권, 건설용지사용권 등에 대한 규정들의 적용 및 내용상의 미비점들을 어떻게 해결해 나갈지는 아직도 중국 물권법의 과제들로 남아있다.

53) 이러한 농촌에 주택을 구입한 화가 등 특수계층종사자들의 택지사용권에 관한 분쟁은 다음장에서 자세히 살펴보기로 한다.

54) 朱江, 對禁購宅基地我仍有話說, <<http://www.npc.gov.cn/was40/detail?record=1&channelid=20179>>.

특히 본(本) 고(稿)에서 집중적으로 고찰한 농촌의 택지사용권의 양도에 관한 법리 및 제도적 보완에 대해서는 중국의 절대 다수를 점하고 있는 농촌인구 및 농촌과 관련된 인구들의 생활과 직접적으로 관련된 중요한 문제임을 고려할 때, 많은 토론과 연구와 더불어 점진적인 개선 및 보완의 작업들이 반드시 이루어져야 할 부분이라 생각한다. 이에 대해서도 앞으로 학계의 계속된 연구와 사법계의 유권해석 및 판례를 좀 더 지켜봐야 하겠다.

또한, 이러한 현실적인 문제들을 해결해나가는 과정에서, 중국이 사회주의 체제를 유지하고 도농간, 동서간, 빈부의 격차를 점진적으로 해결하고, 중국이 현재 이룩하고자 역점을 기하고 있는 '화합된 사회(和諧社會)'의 조기 도래를 위해서도, 중국 물권법에 이러한 현실적인 요청들을 어떠한 방식으로 반영을 시키고 시행해 나아갈지에 대해서는 중국 물권법이 점진적으로 해결해야 할 과제라 생각한다.

주제어 : 택지사용권의 양도, 집체소유, 농촌주택, 일 가구 일 택지주의, 무상 취득

참 고 문 헌

- 王利明, 物權法論, 中國政法大學出版社, 2003.
- 黃松有主編, 最高人民法院物權法研究小組編著, 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.
- 龍翼飛, 土地法教程, 國政法大學出版社, 1994.
- 梅夏英·高圣平, 物權法教程, 中國人民大學出版社, 2007.
- 姚輝, 民法的精神, 法律出版社, 1999.
- 王利明主編, 民法, 中國人民大學出版社, 2007.
- 房紹坤, 物權法(用益物權篇), 中國人民大學出版社, 2007.
- 楊立新主編, 民商法理論爭議問題(用益物權), 中國人民大學出版社, 2007.
- 江平主編, 中國土地立法研究, 中國政法人學出版社, 2001.
- 王利明, 中國民法典學者建議稿及立法理由(物權篇), 法律出版社, 2005.
- 梁慧星主編, 中國物權法草案建議稿: 條文、說明、理由与參考立法例, 社會科學文獻出版社, 2000.
- 朱岩·高圣平·陳鑫, 中國物權法評注, 北京大學出版社, 2007.
- 王衛國, 中國土地權利研究, 中國政法人學出版社, 2003. 1.
- 崔建元, 土地上的權利群研究, 法律出版社, 2004.
- 梁慧星·陳華彬編著, 物權法, 法律出版社, 2003. 11.
- 王澤鑒, 民法物權: 用益物權·占有, 中國政法大學出版社, 2001. 10.
- 崔建元, 物權: 生長与成型, 中國人民大學出版社, 2004.
- 王利明, 中國民法典學者建議稿及立法理由(物權篇), 法律出版社, 2005.
- 韓世遠, 宅基地的立法問題: 兼析物權法草案 第十三章“宅基地使用權”, 政治与法律, 2005.
- 王利明, 物權法論, 中國政法大學出版社, 2003.
- 孟勤國, 物權法開禁農村宅基地交易之辯, 法學評論 第4期, 2005.
- 韓世遠, 宅基地的租賃与農村房屋的買賣, 人民法院報, 2005. 1.
- 孫毅·申建平著, 建設用地使用權 宅基地使用權, 中國法制出版社, 2007.
- 黃松有主編, 最高人民法院物權法研究小組編著, 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. 6.

張林鴻, 農村宅基地使用權探討, 六盤水師專學報(社會科學版) 第2期, 1998.

蘭琮, 農村宅基地使用權之法律研究, 广西政法管理干部學院學報 第1期, 2006.

梁慧星, 制定和實施物權法的若干問題, <<http://www.iolaw.org.cn/showarticle.asp?id=1016>>

李滿枝, 物權法下宅基地使用權的轉讓, 广西政法管理干部學院學報 第1期, 2006.

高聖平·劉守英, 宅基地使用權初始取得制度研究 兼評“中華人民共和國物權法”第十三章的
相關規則, <<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=32234>>

中國政法大學物權立法課題組, 關於“中國民法草案, 物權法篇”制定若干問題的意見,

<http://ccelaws.com/int/artpage/2/art_384.htm>

米健, 關於物權立法若干問題的思考, <<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=27361>>

[內容提要]

關於中國物權法上的宅基地使用權問題研究

— 以宅基地使用權轉讓為主 —

金玄卿

中國人民大學 法學院 講師

改革開放以後，中國的經濟飛速發展，並且中國人民對財產所有權的保護意識也隨之提高。一般來說，對人們生活中最值錢的是不動產，尤其是房屋。幾千年來，在中國人民的觀念上，攢錢蓋新房是一生中及其重要的人事，可見住房在人民生活中所佔據的重要地位。中國13億人口中占7億以上的農村人口的住房問題是在中國制定物權法過程當中一直是個熱門話題，並且這是聯系到農民的繁榮與穩定等他們的切身利益。為了保證廣大農民的利益，中國實行了宅基地無償分配制度，這一制度是中國特有的不動產用益物權制度。在中國《物權法》將宅基地使用權作為一項獨立而特殊的權利予以單獨規定。但是其運行當中出現有些法律問題，比如宅基地使用權能否轉讓、宅基地使用權轉讓主體的範圍、所謂的小產權房問題等諸問題。由此，本文從物權法律政策介紹現今中國物權法上存在的宅基地使用權問題、學說及其解決方案

关键词：宅基地使用權的轉讓，集體所有，農村住宅，「一戶一宅」原則，無償取得