

Chapter 4 The Law of Jus Rerem of China

제4장 중국 물권법의 체계

1. 개요

2005년 7월에 물권법 초안이 중국 사회전체에 공포되자 이에 대한 여러 의견과 건의가 1만건 이상 제출되었고, 100회 이상의 좌담회와 수차례의 논증회를 거쳤으며 각 지방별 문제를 조사 연구하면서, 전국인대 대표, 일반 국민, 전문학자, 중앙유관부처 등 각 방면의 의견을 충분히 수렴하였다. 전국인대 상무위는 이러한 각 부문의 의견을 매우 중요시하여 초안에 대해서 여섯 차례의 심의를 진행하였는데 이러한 심의는 중국의 입법역사상 한차례도 없었다.¹⁾ 물권법은 선진생산력, 선진문화 발전, 광대한 인민(노동자와 농민)의 근본이익 등 등소평의 "3개 대표"의 중요사상을 모범으로 삼아 실제적인 과학발전의 관점에서 정확한 정치방향을 견지하고 사회주의 기본경제제도를 전면적으로 구현하고자 하고 있다. 즉 정치개혁과 동시에 헌법과 법률에 근거하여 국가와 집단과 개인의 물권에 대해 평등한 보호를 원칙으로 하고 아울러 국유재산의 보호를 강화하면서, 농촌정책을 마련하여 광대한 농민군중의 이익을 보호하는 등 민사문제에 대해 합리적이고, 체계적인 물권법의 적용을 통하여 조화사회를 구현하고자 하였다.²⁾ 이에 따라 2007년 1월 12일 물권법 초안을 전국인대 대표에 발송했고 토론 중 제출된 의견에 따라 약간 수정된 후 물권법 초안이 전국인대에 제청되었다.³⁾ 물권법은⁴⁾ 총칙과 소유권, 용익물권, 담보물권, 점유 등 모두 5편으로 구성되어 있는데 이는 기본적으로 대륙법계의 민법 편제를 따른 것으로 볼 수 있다.

2. 중국 물권법의 체계

제1편 총칙

제1장 기본원칙(제1조-제8조)

제2장 물권의 성립, 변경, 양도와 소멸

제1절 부동산 등기(제9조 - 제22조)

제2절 동산 인도(交付)(제23조 제27조)

제3절 기타 규정(제28조 - 제31조)

제3장 물권의 보호(제32조 제38조)

제2편 所有權

제4장 일반규정(제39조 - 제44조)

1) 中华人民共和国物权法(中国法制出版社, 2007), 40면.

2) 王胜明, 前掲書, 3면.

3) 黃松有, 前掲書, 30면.

4) 중국은 시장경제체제 및 비공유경제제의 지위문제에 관하여 물권법이 위헌인가의 여부에 대하여 전사회적으로 논란을 벌였는데 물권법은 이러한 문제 역시 교묘히 처리하였다. 즉 물권법에서는 적용할 가치가 거의 없는 조문을 이 법에 규정함으로써 사회주의 원칙이 변함없이 적용되고 있음을 천명하였다.

제5장 국가, 집단(集體) 및 개인소유권(私人所有權)(제45조 - 제69조)

제6장 건물주의 건축물구분소유권(業主的建築物區分所有權)(제70조 - 제83조)

제7장 상린관계(제84조 - 제92조)

제8장 공유(제93조 - 제105조)

제9장 소유권취득의 특별규정(제106조 - 제116조)

제3편 용익물권

제10장 일반규정(제117조 - 제123조)

제11장 토지도급경영권(土地承包經營權)(제124조 - 제134조)

제12장 건설용지사용권(제135조 - 제151조)

제13장 택지사용권(宅基地使用權)(제152조 - 제155조)

제14장 지역권(제156조 - 제169조)

제4편 담보물권

제15장 일반규정(제170조 - 제178조)

제16장 저당권(抵押權)

제1절 일반저당권(제179조 - 제202조)

제2절 최고액저당권(제203조 - 제207조)

제17장 質權

제1절 동산질권(제208조 - 제222조)

제2절 권리질권(제223조 - 제229조)

제18장 留置權(제230조 - 제240조)

제5편 점유

제19장 점유(제241조 - 제245조)

부칙(제246조- 제247조)

3. 중국 물권법의 주요 내용

(1) 총칙

1) 기본원칙

총칙은 물권법의⁵⁾ 일반론으로서 물건, 물권의 정의, 내용 및 물권법의 원칙 등을 정하고 있다.⁶⁾ 물권법⁷⁾ 제1조는 물권법의 입법 목적을 명확히 밝히고 있는데 「국가의 기본

5) 물권법이 제정되기 전에 중국에는 물권관련 법규가 있었다. 물권법은 이러한 내용들을 대부분 포함하였으며 물권법이 제정된 이후에도 이들을 폐지하지 않았다. 물권법은 관련법규의 미비점이나 흠결을 보완하여 분산된 물권규정을 모으는 동시에 '물권'의 개념 및 일부 공통규정을 새로 넣음으로써 비교적 완비(完整)된 체계를 갖추었다. 葛云松, 前揭論文, 298면.

6) 梁彗星教授와 王利明教授의 입법건의안 物權法에 총칙 규정을 두는 것에 대하여 입장을 같이한다. 梁彗星, 中國民法典草案建議稿附理由(物權編)(法律出版社, 2005), 1면; 王利明, 中國民法典學者建議稿及立法理由(物權編)(法律出版社, 2005), 1면

7) 이하 본고에서 사용하는 中國 物權法의 각 조문은 이를 특정하지 않고, 그 이외의 법률 조문은 특정하여 표시하기로 한다. 아울러 우리나라에서 사용하는 '條, 項, 號, 目'은 중국법상에서는 이를 '條, 款, 項, 目'으로 표시한다.

경제제도와 사회주의 시장경제질서를 유지, 보호하고 물건의 귀속을 명확하게 하며, 물건의 효용을 충분히 발휘하고, 권리자의 물권을 보호하도록」하고 있다. 물권법의 기능을 규정하고 있는 제2조는 물건의 소유 및 이용에 관한 민사관계는 물권법을 적용하고, 부동산 및 동산이나 기타 법률에 정한 권리도 물권의 대상이 될 수 있다고 하고 있다. 물권의 본질은 자연인 및 법인이 부동산 또는 동산 등 일정한 물건을 직접 지배하고 더불어 이익에 대한 배타적인 권리를 가지는 것이다.⁸⁾ 물권법상 물권의 종류는 소유권과 점유가 있고, 용익물권으로는 토지도급경영권, 건설용지사용권, 택지사용권, 지역권 등이 있으며, 담보물권으로는 저당권과 질권, 유치권 등이 있다.

2) 물권법정주의

물권법 제5조는 “물권의 종류 및 내용은 법률이 정한다”고⁹⁾ 함으로써 物權法定原則을¹⁰⁾ 채용하였다. 다만 제8조는 기타 법률에 물권에 대한 별도의 특별규정이 있는 경우에는 그에 따른다고 하여 물권법 이외의 다른 법률에서 물권의 종류와 내용을 창설할 수 있도록 하고 있다. 일반적으로 물권은 제3자에게 대항하는 효력이 있기 때문에 물권법정 원칙을 취하여야만 물건상에 존재하는 권리가 복잡하게 되는 것을 피하고 거래비용을 감소하는 한편, 거래안전을 보호할 수가 있다.¹¹⁾ 국가, 집단 및 개인의 물권과 기타 권리자의 물권은 법률의 보호를 받으며, 그 어떠한 단위(單位)나 개인도 이를 침범해서는 안 된다. 또한 물권의 취득과 행사시에는 법률을 준수하고, 사회공중도덕을 존중하여야 하며 공공이익과 타인의 합법적인 권익을 침해해서는 아니된다. 따라서 물권은 절대적인 것은 아니다.

3) 법률행위에 의한 물권변동

물권변동의 형식에는 일반적으로 3가지가 있다. 첫째 의사주의인데 프랑스, 일본 등이 취하고 있으며 이는 당사자의 의사표시에 따라 물권변동이 발생한다는 이론이다. 다만, 부동산은 공시방법인 등기를, 동산은 인도하지 않으면 제3자에게 대항하지 못한다. 둘째는 형식주의인데 독일, 스위스, 한국, 대만 및 기타 Torrens 등기제도를 운용하는 국가에서 취하고 있는 입법주의이다. 물권의 변동은 당사자가 물권변동의 의사가 있어야 할 뿐 아니라 원칙적으로 부동산은 등기를, 동산은 인도를 하여야 물권의 변동이 생긴다. 마지막으로 절충주의는 물권의 변동은 원칙적으로 물권변동의 원인인 채권행위의 효력 발생 및 물권공시의 완성을 요건으로 하나 의사표시를 요건으로 하지 않는다. 중국에서도 이에 대한 논쟁을 많이 거쳤지만 여전히 대립중이다.¹²⁾ 물권법 제9조는 “부동산물권

8) 崔建远, “物權效力一般理論”(法学杂志 第2003年 第4期 总第139期, 法学杂志社, 2003), 16면

9) 物權法定原則은 물권의 종류와 내용을 직접 법률의 규정에 의하며 당사자의 자유로운 창설을 금지한다. 尹田, “物權法定原則批判之思考”(法学杂志 第2004年 第6期 总第147期, 法学杂志社, 2004), 8면

10) 物權法定原則은 物權法 구조상 중요한 支柱중의 하나이며 물권법상 최고로 특색있는 기본원칙중의 하나로써 20세기 이래 가장 많이 비판을 받은 원칙의 하나이다. 上揭論文, 8면

11) 일부 학자들은 物權法定原則이 너무 경직되어서 거래 중에 새로운 제도를 창설하는 것은 지해한다고 한다. 葛云松, 前揭論文, 301면.

12) 주류학자인 梁慧星, 王利明, 崔建远教授는 모두 독일법상의 형식주의를 취하는 것을 반대하고 절충주의를 주장하고 있으며, 전국인대의 法制工作委員會도 이를 입장을 취하고 있는 듯하다. 上揭論文, 301면.

의 성립, 변경, 양도와 소멸은 등기를 하여야만 효력이 발생한다. 등기를 하지 않으면 효력이 없다”고 규정하고, 제23조는 “동산물권의 성립, 양도는 동산을 인도한 때부터 효력을 발생한다”고 규정하였는데 이는 의사주의를 취하지 않은 것으로 볼 수 있다. 즉 물권의 변동은 물권의사표시를 하여야 하는지가 명확히 규정되지 않았다.¹³⁾이 밖에도 이러한 일반규정과는 예외적으로 의사주의 형식을 취한 규정도 있다.¹⁴⁾

4) 공시제도

公示原則은 물권변동에 외부로부터 인식할 수 있는 일정한 상징적인 형식 즉 공시가 수반되어야 한다는 것을 요구하는 원칙을 말한다. 즉 公示原則은 각종 물권변동을 외부에서 알 수 있는 방식으로 나타내야 한다.¹⁵⁾ 물권은 절대성과 배타성이 있으므로 하나의 물건에 하나의 물권이 성립된 이후에 그것이 외부에 알려지지 않으면, 제3자는 불측의 손해를 볼 수 있게 된다. 따라서 누구라도 인식할 수 있는 방식으로 공개된다면 제3자는 외부에서 물권의 상황을 파악하여 거래여부를 결정할 수 있기 때문에 선의의 제3자를 보호하는 기능을 한다. 아울러 실제로 이러한 기능은 시장경제의 거래질서를 보호하여 권리분쟁을 감소시킬 수 있게 된다.¹⁶⁾ 물권법 제6조는 부동산 물권의 성립, 변경, 이전 및 소멸은 법률에 따라 등기하여야 하고, 동산물권은 인도하여야 한다¹⁷⁾고 규정함으로써 공시원칙을 채택하고 있다. 부동산의 물권변동은 부동산등기부에 기재된 때부터 효력이 발생하며(제14조), 부동산등기부는 등기소에서 관리하도록 하고 있다.¹⁸⁾ 등기에 공신력을 부여하는 것은 물권공시의 신뢰를 높이고, 제3자의 이익 보호 내지 거래안전을 보장하기 위한 것이다. 등기의 효력발생요건의 기초는 등기의 공신력이며¹⁹⁾ 등기제도가 공신력의 요구를 만족시키지 못하면 사상누각이 되게 된다.²⁰⁾

5) 부동산등기제도

중국은 주나라 왕조부터 토지의 소유권변동 등 토지관리제도가 형성되기 시작하여 천 년 이상의 역사를 가지고 있다.²¹⁾ 1950년대 초기에는 주로 토지와 도시건물에 등기를 하였으나 10년간의 문화혁명기 이후에는 등기소가 사라지고 등기제도도 훼손되어, 권리는 불명확해지고 재산장부가 정확하지 않은 현상이 보편화되어 권리분쟁이 점증하였다.²²⁾ 개혁·개방 이후에 등기제도가 회복되어 재산장부관리기구가 만들어지고, 등기관련 법규

13) 梁彗星, 王利明, 崔建远教授와 法制工作委員會의 견해가 법조문에 직접적으로 반영되지 못하였다.

14) 물권법 제158조의 지역권 설정, 제127조의 토지도급경영권의 설정, 제129조의 토지도급경영권의 양도, 제188조의 일부 저당권의 설정 등이다.

15) 王利明, 前掲 我國民法典重大疑難問題之研究, 232면

16) 上掲書, 233면.

17) 中国 物權法 제6조는 物權 公示原則에 대한 규정이다. 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), 7면

18) 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. 全國人大常委會法制工作委員會民法室編, 前掲書, 25면.

19) 물권법 제12조는 등기소의 실질심사제도를 규정하고 있고 제21조는 등기소의 손해배상책임을 규정함으로써 등기의 공신력을 강하게 뒷받침하고 있다.

20) 渠海, “不動產物權變動制度研究與中國的選擇”(法學研究 第21卷第5期 總第124期, 法學研究雜誌社, 1999), 53면.

21) 隋唐의 「食貨志」에는 중국의 고대 정부가 재산을 문서로 계약했고, 그것에 근거해 세금을 징수했다는 것이 기록되어 있다. 梁彗星·陳華彬, 物權法(第四版)(法律出版社, 2007), 103면.

22) 王利明, 俄國民法典重大疑難問題之研究(法律出版社, 2006), 310면.

또한 조금씩 완성되었다. 중국은 각종 등기소와 등기방법 등 부동산등기를 관리하기 위한 제도를 통일하지²³⁾ 못하였는데²⁴⁾ 이번에 제정된 물권법에는 부동산등기에 대한 원칙을 정하고, 구체적인 부동산등기의 절차는 향후 부동산등기법에 규정될 것이다.²⁵⁾ 부동산등기란 권리인의 신청에 의하여 국가전문기관이 신청인의 부동산물권에 관한 사항을 국가 부동산등기부에 기재하는 사실을 말하는데, 부동산등기는 크게 두 가지 공법 및 사법적 측면에서 중대한 의의를 가진다. 공법상 부동산등기는 세법의 시행을 위한 것이고, 사법상의 의미는 주로 공시에 주안점을 두고 있다.²⁶⁾ 물권법 제9조는 “부동산 물권의 성립과 변경, 양도 및 소멸은 법률규정에 의하여 등기를 하여야 효력이 발생한다. 등기를 하지 아니하면 물권의 효력이 발생하지 않는다”고 함으로써 물권변동의 성립요건의주의를 채택하고 있다. 부동산등기는 부동산소재지의 등기소에서 관할하고, 국가는 부동산에 대하여 통일등기제도를 행하여야 하며, 통일등기의 범위, 등기소 및 등기방법은 법률에 따라 정하도록 하고 있다(제10조). 중국 정부는 현재 난립하고 있는 등기소를²⁷⁾ 통일하고²⁸⁾ 이를 통해서 부동산시장을 관리 감독하려고 하고 있다.

(2) 소유권

1) 의의

물권법 제2편 소유권은 일반규정을 시작으로 국가, 집단 및 개인소유권과 건물구분소유권, 상린관계, 공유, 소유권취득의 특별규정 등을 정하고 있다. 특히 개인재산보호제도를 개선하기 위하여 물권법은 개인소유권에 대해 규정하고 건물구분소유권 개념을 도입하였다. 개혁·개방전에 사유재산권은 국가소유권에 비하여 차별적인 법의 보호를 받았으나²⁹⁾ 사회주의 시장경제제도가 정착된 이후에는 사유재산보호에 많은 노력을 기울이고 있다. 즉 소유권에 관한 기본 체제는 여전히 사회주의 국가의 소유권제도를 그대로 답습한 듯하지만, 헌법을 수정하고 물권법 제정을 통하여 사회주의 국가의 특징인 국가 및 집단재산의 신성한 지위를 강조하면서 개인의 소유권도 공공재산과 동일한 평등보호원칙을 확립하고 있다. 소유권자는 자기의 부동산이나 동산에 대하여 법률에 따라 점유, 사용, 수익 및 처분할 권리를 갖는다고 하여³⁰⁾ 법률의 범위내에서 소유물에 대한 전면적이고 지배적인 물권을 인정하고 있다.³¹⁾ 아울러 소유권자는 자기의 부동산이나 동산에 用

23) 중국은 복잡한 사정으로 인하여 전국적으로 통일된 등기제도의 마련이 쉽지 않다. 申卫星, “我国物权法中论笔焦点问题探讨(法学杂志 第2006年 第4期 总第159期, 法学杂志社, 2006), 38면.

24) 王利明, 中国民法典草案建议稿及说明(中国法制出版社, 2004), 406면.

25) 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33권 第9호, 2005), 1264면.

26) 金容吉, 中國의 不動産登記制度(土地法學 第23호, 韓國土地法學會, 2007), 104면.

27) 등기업무를 접수하는 기관은 土地管理部門, 房產管理部門, 農業主管部門, 林業主管部門, 運輸工具登記部門, 工商行政管理部門 등이 있다. 全國人大常委辦公廳, 前掲書, 63면.

28) 중국은 현재 등기소의 “多頭執政”(난립) 또는 근거한 법률이 저마다 달라 체계적인 부동산 공시제도가 구축되어 있지 않는 상태이다. 孫憲忠, 論物權法(法律出版社, 2001), 478면.

29) 중국은 國家所有權의 신성불가침에 대하여 특별히 강조하였는데, 이는 중국이 제정 초기 계획경제에서 시장경제로 이행하는 역사적 환경에 기초한 것으로 소유권 주체의 성질을 규정하고 이를 보호하고 격려하는 일정한 정책적 경향을 띠었으며 일정한 작용도 발휘하였다. 段匡, “中国物权法立法中存在的若干问题”(情報와 法研究, 제7호, 國民大學校 情報와 法研究所, 2005), 16면.

30) 崔建远, 前掲論文, 16면

31) 梁彗星·陈华彬, 前掲書, 111면

益物權이나 擔保物權을 설정할 권리가 있다고(제40조) 하여 제한물권을 인정하고 있다. 국가는 경작지에 대한 특수 보호정책을 실시하며 농업용토지의 건설용지로 전환을 엄격하게 제한하며 건설용지의 총량을 통제하고 있다.

2) 국가, 집단 및 개인소유권

중국에서 토지소유권을 향유하는 주체는 국가와 농민집단 2개뿐이다. 국가소유권은 국가가 전인민을 대표하여 전인민소유재산인 국가소유재산을 점유, 사용, 수익, 처분할 수 있는 권리이다(민법통칙 제73조). 물권법은 국유재산의 범위, 국가소유권의 행사와 국유재산의 보호에 대해서 명확히 규정하고 있다. 국가소유권의³²⁾ 행사에 대해서는 헌법에 따라 전국인민대표대회가 최고국가권력기관이고 국무원은 최고국가권력기관의 집행기관이 된다. 물권법은 평등보호원칙에 따라 국유재산을 보호하고 있는데 국유재산의 관리감독기관과 그 담당자는 직권남용, 직무경시, 국유재산손실에 대해 법에 따라 책임을 진다. 이는 사회주의 공공재산을 보호하는 중요한 현실적 의의를 가진다.³³⁾

집단(集體)소유권은 근로대중의 집단경제조직이 자기의 재산을 점유, 사용, 수익, 처분하는 권리(민법통칙 제74조)를 말한다. 도시와 읍의 집단기업은 지난 1950년대 이래로 계속 형성되어 왔는데³⁴⁾ 집단소유는 공유제의 중요한 구성부분이다. 집단소유의 물건은 법률상 집단소유에 속하도록 한 토지와 삼림, 산림, 초원, 황무지, 간석지 그리고 집단소유의 건축물, 생산시설, 농지수리시설 및 교육·과학·문화·위생·체육 등 시설과 집단소유의 동산과 부동산이다. 농민집단이 소유하는 동산과 부동산은 해당 구성원의 집단소유에 속한다. 다만, 토지 도급 방안과 토지를 당해집단 이외의 단위 또는 개인에게 도급을 주거나, 도급토지 조정사항, 토지보상비등 비용의 사용, 분배방법, 집단출자기업의 소유권변동 사항 등은 법정절차에 따라 집단구성원이 정하도록 하였다.

個人所有權은 공민 개인이 자기의 재산을 법률에 따라 점유, 사용, 수익, 처분하는 권리(민법통칙 제75조)를 말한다. 중국 헌법 제13조의 원칙에 따라³⁵⁾ 물권법은 제64조 내지 제67조에 개인소유권에 대하여 규정하였다. 개인은 자기의 합법적인 수입, 주택, 생활용품, 생산도구, 원자재 등 부동산과 동산에 대하여 소유권을 향유한다. 개인의 합법적인 예금, 투자 및 그 수익은 법률의 보호를 받으며, 국가는 개인의 상속권 및 기타 합법적인 권익을 보호해야 한다. 국가, 집단 및 개인은 합법적으로 출자하여 유한책임회사, 주식유한회사 또는 기타 기업을 설립할 수 있으며, 기업의 법인은 그의 부동산과 동산을 법률 및 정관에 따라 점유, 사용, 수익 및 처분할 권리를 가진다.

32) 國家財產이 全民所有財產인데 國家所有權은 국가가 동산과 부동산에 대하여 직접 지배할 권리를 갖는 것을 말하며, 全民所有財產은 國家所有權과 같은 것은 아니다. 全民所有財產은 하나의 정치경제학상의 개념으로 公有制의 高級形態를 말한다. 다만 全民所有財產은 직접 향유하는 일체의 재산권리를 포괄하며 國家所有權도 그 일종이다; 尹田, “论国家財產的物权法地位”(法学杂志 第2006年 第3期 总第158期, 法学杂志社, 2006), 10면.

33) 黃松有, 前揭書, 32면

34) 王勝明, 前揭書, 8면; 1949년 이후에 중국 농촌에서 몇 년간 토지소유권을 가질 수 있었다. 그러나 1950년대 중반 이후 농민은 점차 토지소유권을 잃고 명의상으로는 농민집단이 토지소유권을 가졌으나 정부에서 엄격한 관리를 하였다. 1980년대초부터 도급책임제를 시행하여 개개의 농가(農戶)가 독립적으로 배당받은 토지를 경영할 수 있게 되었다. 이것이 제한물권의 성질인 토지도급경영권이다. 葛云松, 前揭論文, 305면.

35) 中國 憲法 제13조는 “공민의 합법적 사유재산을 침해해서는 아니되고, 국가는 법률에 의하여 공민의 私所有財產 권 및 상속권을 보호한다”고 규정하고 있다.

3) 건축물구분소유권

중국 역시 부동산개발 등으로 아파트와 같은 고층건물의 대량 출현으로 인하여 생기는 특수한 소유권의 형태로서 建築物區分所有權의 중요성이 점점 더 부각되고 있다.³⁶⁾ 구분소유권은 전유부분소유권, 공유권 및 공동관리권이 결합된 복합물권이다.³⁷⁾ 전유부분으로는 구조상 및 사용상 독립성이 있는 동시에 소유권의 객체로 되는 부분을 말하며, 공유권은 구분소유권자가 법률 또는 계약 및 전체 소유자간의 규약을 기초로 건물의 공용부분, 토지사용권 및 공공장소 및 공공시설 등의 공동으로 가진 재산권을 말한다.³⁸⁾ 건축물내의 주택이나 상업용 가옥 등의 건물주(業主)는 전유부분의 소유권을 가지며, 그 외 공용부분에 대해서는 공용하거나 공동으로 관리할 권리가 있다. 건물주는 전유부분에 대하여 점유, 사용, 수익 및 처분할 권리가 있으며, 건물의 안전을 위태롭게 하거나 타소유자의 합법적 권익을 침해해서는 안된다(제71조)고 엄격하게 규정하고 있다. 건물주는 임의로 주택을 상가로 변경해서는 안되며, 건물 및 그 부대시설의 유지보수 자금은 건물주의 공동소유에 속한다. 건물 및 그 부대시설의 비용분담, 수익분배 등은 약정이 없는 경우 건물주 전유부분이 건물총면적에서 차지하는 비율에 따라 확정하도록 하는 등 필요한 사항에 대해 자세한 규정을 두고 있다.

4) 상린관계

상린관계는 부동산의 상린관계를 말하며 로마법 이래 민법상 중요한 제도로서 학설상으로는 相隣權이라고도 한다.³⁹⁾ 부동산 상린권리자는 유리한 생산, 생활상의 편리, 단결과 상호협조, 공정합리의 원칙에 따라 상린관계를 정확히 처리하여야 하며, 법령에 규정이 없는 경우에는 현지 관습을 따를 수 있다. 부동산권리자는 상린권자의 用水, 排水에 필요한 편리를 제공해 주어야 하며, 자연유수의 이용에 있어서 권리자들간에 합리적으로 분배하여야 한다. 부동산권리자는 상린권자가 통행 등을 위해 당해 토지를 이용해야 할 경우 필요한 편의를 제공하며, 건물을 축조할 때에는 국가건설공사의 표준을 위반하거나 상린건물의 통풍과 채광, 일조에 지장을 주어서는 안된다(제89조). 부동산권리자는 고체폐기물질을 방치하거나 대기오염물질과 수질오염물질이나 유해물질을 배출해서는 안되며, 부동산권리자가 건물 축조, 설비 설치시 상린부동산의 안전에 위협이 미치게 해서는 아니된다.

5) 공유

공유는 현대 물권법상 일종의 소유권 형식이다. 부동산 또는 동산은 둘이상의 단위 또

36) 고층아파트에서는 기본적으로 구분소유권을 적용하게 됨으로써 사회적으로 엄청난 관심을 불러 일으키고 있다. 실제로 부동산개발업체와 주택구매자간에 많은 분쟁이 발생하는데 이는 기본적으로 계약의 불평등과 무지에서 기인한다. 즉 계약상에는 통상 주택에 대해서만 규정하고 기타 공유 또는 공동부분의 이용이나 사용에 대해서는 아무런 규정이 없는 경우가 대부분이다. 주택에 관한 주차장, 이면도로, 녹지, 난방시설 및 전기시설 등에 대한 권리 귀속이 분명하지 않아 이로 인한 분쟁이 끊이지 않고 있다.

37) 王利明·尹飞·程啸, 中国物权法教程(人民法院出版社, 2007), 208면.

38) 上掲書, 216면.

39) 梁彗星·陈华彬, 前掲書, 185면.

는 개인이 공동으로 소유할 수 있는데 공유는 비례적공유(按分共有)와 공동소유(共同共有)로 구분된다.⁴⁰⁾ 비례적공유자는 공유부동산 또는 동산에 대하여 그의 지분에 따라 소유권을 향유하고, 공동소유자는 공동으로 소유권을 향유한다. 공유자는 약정에 따라 공유의 부동산 또는 동산을 관리하고, 약정이 없는 경우 공유자 각자에게 모두 관리의 권리와 의무가 있다. 공유의 부동산 또는 동산을 처분하거나 공유의 부동산 또는 동산에 대해 대수선을 할 경우 지분의 3분의2 이상을 차지하는 비례적공유자 또는 전공동소유자의 동의를 거쳐야 하며, 공유물에 대한 관리비용은 약정이 없는 경우 비례적공유자는 각자의 지분에 따라 부담하고 공동소유자는 공동으로 부담한다. 공유자가 공유의 부동산 또는 동산을 분할하지 않고 공유관계를 유지하기로 약정한 경우 그에 따라야 하며(제99조), 공유자는 분할방식을 협상하여 결정할 수 있으며 합의가 이루어지지 않더라도 분할이 가능하고 또 분할로 인한 가치감소가 발생하지 않을 경우에는 현물을 분할해야 한다. 비례적공유자는 그가 보유하고 있는 공유의 부동산 또는 동산의 지분을 양도할 수 있으며 다른 공유자는 동등한 조건하에서 우선적으로 매입할 권리를 가진다.

(3) 용익물권

1) 의의

용익물권은 타인이 소유하고 있는 부동산 또는 동산이 갖는 가치 중 사용가치만을 독립적으로 지배할 수 있는 제한적인 물권이다. 우리 민법은 타인의 동산에 대한 사용, 수익은 채권에 의한 방법으로 모두 채권법에서 규율하고 있다. 산업발달에 따라 소유자가 타인에게 부동산 및 동산을 사용, 수익하게 하는 것이 빈번하게 발생하고 있기 때문에 중국도 용익물권제도를 도입하고 있다.⁴¹⁾ 중국은 개인 또는 경영조직이 국유 또는 집단소유의 토지 및 자연자원을 활용할 수 있도록 하기 위하여 물권법에 토지도급경영권, 건설용지사용권, 택지사용권, 지역권을 규정하였다.⁴²⁾ 물권법은 경제발전에 따라 노동으로 힘들게 축적한 재산을 합법적으로 보호하고, 인민군중의 권익을 보호함으로써 인민의 재산을 활성화하여 조화사회를 촉진하고자 하였다.⁴³⁾ 물권법은 농촌의 집단경제조직을 가족단위 도급경영제를 기초로 통일과 분산이 결합된 이중 경제체제를 실행하면서 토지도급경영권과 택지사용권을 나누어서 규정하고 있는데 농민에게 장기적으로 토지사용권을 보장하기 위하여 耕地, 草地, 林地의 도급기간 만료시 관련규정에 따라 계속 도급할 수 있도록 하였다.⁴⁴⁾ 토지도급경영권과 택지사용권의 양도와 저당에 대해서는 농민들이 근심없이 생활하도록 하기 위하여 관련 법률을 개정 또는 조정하도록 물권법에 관련규정을 삽입하였다.⁴⁵⁾

40) 上揭書, 235면.

41) 중국의 일부학자는 物權法에 用益物權制度를 두는 것을 반대하고 있다. 그 이유는 用益物權은 토지 개인소유제를 바탕으로 하고 있으나 중국은 토지공유제를 기본체도로 하고 있어 이를 기반으로 하는 토지사용권, 도급경영권, 택지사용권 등의 제도는 전통 민법상 用益物權制度와 상당한 차이가 있다. 孟勤國, 物權二元結構論-中國物權制度的理論重構(人民法院出版社, 2002), 21면

42) 梁慧星·陳華彬, 前揭書, 260면.

43) 黃松有, 前揭書, 29면

44) 上揭書, 32면.

용익물권자(用益物權人)는 자연자원을 이용할 수 있지만 원칙적으로 유상으로 사용하도록 하고 있으며, 용익물권자는 권리행사시에 자원을 보호하여야 하고, 자원을 개발 및 이용시에는 법률에 따라 합리적으로 하여야 하며 이런 경우 소유권자는 용익물권자의 권리행사를 간섭하지 못한다고 규정하고 있다. 부동산이 징수되거나 수용으로 인하여 용익물권이 소멸되거나 용익물권의 권리행사에 영향을 미친 경우에는 물권법 제42조 및 제44조에 의거하여 보상하도록 하고 있다.

2) 토지도급경영권(土地承包經營權)⁴⁶⁾

토지도급은 농촌의 가장 중요한 경제제도이다. 토지도급경영권은⁴⁷⁾ 성질상 용익물권에 속하며 이에 따라 권리자는 도급지(承包地)를 점유할 권리가 있어 도급지를 농업생산을 위하여 사용할 수 있으며, 토지상의 산출물 등 천연과실(天然孳息)을 획득할 수 있다. 생산활동에 대하여 도급인은 經營自主權을 갖는다.⁴⁸⁾ 농민이 집단적으로 사용하고 있는 농민집단소유와 국가소유의 농경지, 임지, 초지 및 기타 농업용 토지는 토지도급경영제도를 실시하여야 하며, 토지도급경영권자는 도급 경영하는 농경지, 임야, 초지 등을 점유, 사용 및 수익할 권리를 가지고, 재배업, 임산업, 목축업 등 해당 농업생산에 종사할 수 있다.⁴⁹⁾ 토지도급경영권은 기한이 있는 물권으로 기한이 만기시에 소멸하며, 그 기한은 토지의 용도에 따라 다르다. 농경지의 경우 30년, 초지는 30년 내지 50년, 임지는 30년 내지 70년인데 도급기간이 만료되면 국가규정에 따라 계속 도급할 수 있으나⁵⁰⁾ 현재 중국은 토지도급경영권의 사용기간 문제로 사회적 갈등과 반목이 늘어나고 있다.⁵¹⁾ 농촌 토지도급법에 따라 토지도급경영권자는 하도급(轉包), 교환, 양도 등의 방식으로 유통시킬 권리가 있는데, 그 유통기간은 도급의 잔여기간을 초과하지 못하며 허가없이 도급토지를 비농업건설에 사용하지 못한다. 권리자가 원하는 경우 토지도급경영권의 등기할 수 있으며, 미등기시 선의의 제3자에 대항할 수 없고, 도급인은 계약기간내에 도급토지를 조정하거나 회수하지 못하며(제131조), 도급토지가 징수된 때에는 토지도급경영권자는 물권법 제42조 제2관에 따라 상응하는 보상을 받을 수 있다. 토지도급경영권은 도급기간의 만료, 도급지의 반환, 도급지의 회수, 공공이익이나 공익사업상의 토지의 징수 및 점유, 토지의 멸실 등의 사유로 소멸한다.⁵²⁾

3) 건설용지사용권

건설용지사용권은 로마법이래 전통 민법의 지상권에 상당하는 개념이다.⁵³⁾ 협의의 건

45) 中华人民共和国物权法(中国法制出版社, 2007), 44면.

46) 토지도급경영권은 2002년에 제정한 '농촌토지도급법'의 중복에 불과하며 새로운 내용이 없다. 주의할 것은 이는 일종의 물권으로 명확히 되었지만 토지도급경영권의 설정 및 이전은 등기를 요하지 않는다. 葛云松, 前掲論文, 307면.

47) 도급경영권은 1980년대 초부터 중국의 농촌토지에 대하여 제도적으로 확립되었는데, 이는 토지의 소유권과 사용권의 법적분리를 전제로 성립된 생산양식으로서 농촌의 도급경작방식을 제도화한 것이다. 王叔文·韓延龍·畑中和夫, 現代中國法概論(法律文化史, 1989), 115면.

48) 王利明·尹飛·程嘯, 前掲書, 307면.

49) 江平, 中国物权法教程, 知識产权出版社, 2007, 307면

50) 梁慧星·陈华彬, 前掲書, 263면.

51) 桑杰, “对我国農村土地承包經營制度的法律分析”(法学杂志 第2006年 第5期 总第160期, 法学杂志社, 2006), 78면.

52) 房紹坤, 物权法 用益物權論編(中国人民大学出版社, 2007), 115~119면.

설용지사용권은 국가토지상에 존재하나 광의의 건설용지사용권은 국가 및 집단소유의 토지상에 존재하는 것을 말한다.⁵⁴⁾ 중국은 토지가 국가의 소유이기 때문에 개인이나 집단이 건축물을 신축할 경우에 토지의 이용에 대한 사용기간이나 임료 등에 대하여 명확하게 규정해야 할 필요가 있었다.⁵⁵⁾ 건설용지사용자는 법률에 의하여 국가소유의 토지를 점유, 사용, 수익할 수 있고 그 토지상에 건물, 구축물 및 기타 부속시설을 건축할 수 있는 권리가 있으며(제135조), 권리행사의 범위는 토지의 지표, 지상 및 지하까지 가능하다. 건설용지사용권은 사용권 매각 또는 무상제공 등으로 설정할 수 있다(제137조). 입찰, 경매, 협상 등 사용권 매각의 방식으로 건설용지 사용권을 설정할 경우에는 서면으로 계약을 체결해야 한다. 이런 경우 등기소에 사용권등기신청을 하여야 하면 등기와 동시에 설정된다. 건설용지사용권자는 토지를 합리적으로 이용해야 하고 토지용도를 변경해서는 아니되며, 축조한 건물, 구축물 및 그 부대시설의 소유권은 건설용지사용권자에게 속한다. 주택건설용지사용권은 기간만료시 자동 연기되며, 비주택건설용지사용권은 법률에 따라 처리한다.⁵⁶⁾ 건설용지사용기간의 만료전에 공공수요에 의해 당해 토지를 조기 회수하는 경우에는 토지상의 가옥과 부동산에 대하여 보상해주고 이에 상응하는 사용권 매각대금을 반환하여야 한다(제148조)고 규정하고 있다.

4) 택지사용권

택지사용권(宅基地使用權)은⁵⁷⁾ 농촌택지사용권과 성진택지사용권의 2종류가 있는데 농촌택지사용권은 사회보장과 사회복리적인 성질을 가진 권리이다.⁵⁸⁾ 물권법에는 명확한 규정이 없지만 택지사용권은 1가구 1주택원칙을 적용한다.⁵⁹⁾ 택지면적의 상한은 각지역별로 실제상황에 따라 차이가 크며 각성, 자치구, 직할시가 정하도록 하고 있다.⁶⁰⁾ 택지사용권자는 법에 의하여 집단소유의 토지를 점유, 사용 및 수익할 권리가 있으며, 당해 토지상에 주택이나 기타 부속시설을 건축할 권리가 있다.⁶¹⁾ 택지사용권⁶²⁾의 취득, 행사 및 양도는 토지관리법 등 법률과 관련규정을 적용하며(153조), 택지가 자연재해 등의 원

53) 梁彗星·陈华彬, 前掲書, 269면.

54) 房紹坤, 前掲書, 121면.

55) 중국은 1980년대 말부터 국유토지 사용권제도를 실시하였고 공업, 상업, 주택개발 등 영리목적으로 토지사용이 필요한 경우 국가로부터 일정기간내에 특정 토지를 사용할 권리를 취득할 수 있었다. 1990년 “城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例”를 제정한 이후 1994년 도시부동산관리법이 제정되었고, 토지관리법도 여러번 개정되었다. 유상양도방식의 건설용지사용권은 부동산개발에서 가장 중요한 법적기초이다. 葛云松, 前掲論文, 306면.

56) 城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例 제12조에서는 建設用地使用權의 最高年限을 거주용지 70년, 공업용지 및 교육, 과기, 문화, 위생, 체육용지50년, 상업, 여행, 오락용지 40년, 기타50년으로 정하고 있다. 房紹坤, 前掲書, 124면.

57) 중국의 농촌거주민은 사회보장을 많이 받을 수 없기 때문에 한 곳의 주택이라도 소유하도록 하는 것은 최소한도의 생활보장을 위해서 이다. 따라서 택지사용권을 자유롭게 거래하도록 한다면 농민들은 이를 타인에게 양도할 것이 분명하기 때문에 기본적으로 자유거래의 대상이라고 보기 어렵다. 그러나 실제로 많은 농촌거주민은 가옥 및 토지를 도시거주민에게 팔려고 시도하고 있다. 그러한 시도는 불법적인 것으로 등기를 할 수는 없지만 쌍방간에 거래의 이익이 발생하는 경우에는 실현가능성이 매우 높으며 이로 인한 분쟁도 많이 발생한다. 葛云松, 前掲論文, 307면.

58) 梁彗星·陈华彬, 前掲書, 289면.

59) 土地管理法 제62조는 “農村村民은 1가구 주택과 하나의 택지를 가진다”고 하고 있다. 房紹坤, 前掲書, 231면.

60) 王利明·尹飞·程嘯, 前掲書, 385면.

61) 上掲書, 389면.

62) 宅基地란 농민의 주거용 건물 및 부속건물로서 부엌, 화장실, 축사 및 정원 또는 우물, 주택전후의 약간의 녹지를 말한다. 史敏, 中華人民共和國土地管理法釋義(中國法制出版社, 1998), 137면.

인으로 멸실되는 경우 택지사용권은 소멸되며, 택지를 상실한 촌민에게는 새로운 택지를 다시 부여하여야 한다. 이미 등기한 택지사용권이 양도되었거나 소멸된 경우 적시에 등기 변경 또는 등기말소 절차를 취하여야 한다.

5) 지역권

지역권은 물권법이 이번에 새로 확립한 제도로서 배수, 통행, 도관부설, 조망 등이다. 중국의 토지소유권제도가 매우 특이하기 때문에 지역권은 주로 건설용지사용권자, 토지도급경영권자, 택지사용권자 사이에서 발생할 것이다. 지역권자는 계약에 따라 자기 부동산의 효용을 높이기 위하여 타인의 부동산을 이용할 수 있는 권리가 있으며, 이 경우 타인에게 이용할 권리를 준 토지를 供役地(승역지)라고 하고 자기의 부동산을 需役地(요역지)라 한다.⁶³⁾ 지역권을 설정하는 경우 당사자는 서면형식으로 계약을 체결하여야 하며, 계약이 발효하는 때부터 효력이 생긴다. 당사자는 등기를 요구할 수 있으며, 등기소에 지역권 등기의 신청이 가능하고, 미등기시 선의의 제3자에게 대항할 수 없다(158조). 공역지 권리자는 계약에 따라 지역권자에게 해당토지의 이용을 허용하여야 하며 지역권자의 권리행사를 방해하여서는 안된다.(제159조) 아울러 지역권자는 계약에 약정한 이용목적과 방법에 따라 공역지를 이용해야 하며, 지역권의 기간은 당사자가 약정하는데 용익물권의 잔여기간을 초과해서는 아니된다. 토지소유권자가 지역권을 향유 또는 부담하고 있는 토지에 토지도급경영권 또는 택지사용권을 설정하였을 때 권리자는 토지에 설정된 지역권을 계속 향유한다.

(4) 담보물권제도

1) 의의

담보물권이란 채권의 실현을 담보하기 위하여 채무자(债务人) 또는 제3자가 제공한 특정한 물건 또는 권리에 설정한 제한물권이다.⁶⁴⁾ 중국은 이미 1995년에 제정된 담보법에 저당권, 질권, 유치권을 규정하였으며 특별법상으로는 선박우선권 및 항공기우선권이 있다. 물권법은 담보법을 토대로 재판실무에 의한 내용을 많이 보충하여 담보제도를 완비함으로써 용자를 촉진하고 경제를 발전시키도록 하였다.⁶⁵⁾ 즉 담보법은 시행된지 이미 10년이 지나서 일부 내용은 사실과 부합하지 않게 되었으므로 물권법은 중국의 담보물권제도를 진일보하기 위하여 제정되었다.⁶⁶⁾ 물권법은 담보법의 일부 내용을 수정하였으므로 두 개의 법률이 저촉될 수 있기 때문에 물권법 제178조는 “담보법과 본법의 규정이 불일치하는 경우에는 본법을 적용한다”고 규정하였다. 따라서 물권법의 시행 이후에도 담보법은 여전히 유효하지만 법률적용에 있어서 담보물권에 관한 부분에서는 물권법을 우선 적용하여야 한다.

63) 张鹏·史浩明 地役权(中国法制出版社, 2007), 73면.

64) 梁慧星·陈华彬, 前掲書, 301면; 王利明, 物权法论(修订本)(中国政法大学出版社, 2003), 539면.

65) 中华人民共和国物权法(中国法制出版社, 2007), 46면.

66) 王胜明, 前掲書, 377면.

담보권자 또는 채권자는 대차, 매매 등 민사활동에서 채권의 실현을 보장하기 위하여 법률에 의하여 담보물권을 설정(設立)할 수 있는데, 제3자가 담보를 제공할 경우 채무자에게 반대담보(反擔保)를⁶⁷⁾ 요구할 수 있다. 담보물권 설정시에는 담보계약(擔保合同)을 체결하여야 한다. 담보물권의 담보범위는 주채권 및 그 이자, 위약금, 손해배상금, 담보물 보관과 담보물권 실행비용 등 법정담보채권을 포함하며, 당사자간 별도약정이 있으면 그에 따른다. 담보기간 내 담보물이 훼손, 멸실 또는 징수(征收)되는 등 경우 담보물권자는 보험금, 배상금 및 보상금 등에 대해 우선변제를 받을 수 있으며, 피담보채권의 이행기간이 만료되지 않은 경우에는 이러한 보험금, 배상금 또는 보상금⁶⁸⁾등을 공탁(提存)할 수도 있다.

2) 저당권

저당권은 채무의 이행을 담보하기 위하여 채무자 또는 제3자가 재산의 점유를 이전하지 않고 채무자가 만기채무를 이행하지 않는 등의 경우에 채무자가 담보로 제공한 목적물에 대하여 다른 채권자에 우선하여 자기 채권의 변제를 받을 수 있는 권리를 말하는데, 이 경우 채무자 또는 제3자가 저당권설정자(抵押人)이고 채권자는 저당권자(抵押權人)이며 담보물은 저당목적물(抵押物)이다. 담보법 제53조에 따르면 “채무자가 채무를 이행하지 않는 경우에만 채권자는 법에 의하여 저당권 또는 질권을 실행할 수 있다”고 하는데 실무적으로는 채무이행기간이 만료로 저당권자가 변제를 받지 못하는 상황까지 기다리지 않는 경우가 있다.⁶⁹⁾ 물권법은 당사자가 저당권실행의 약정을 인정함으로써 담보법의 규정을 진일보하여 완비하였는데 이는 채권자의 이익보호에도 도움이 된다. 채무자 또는 제3자에게 처분권이 있는 일정한 재산은 저당권을 설정할 수 있는데, 토지소유권과 경작지, 주택용지 등 집체소유의 토지사용권 및 기타 사회공익시설 등은 물권법상 저당권을 설정할 수 없다(제184조). 중국 물권법 규정 중 가장 특이할 만 것이 浮動擔保制度이다. 물권법 제181조는 “기업, 개인공상업자(个体工商户), 농업생산경영자는 현존 및 장래에 가지게 될 생산설비, 원자재, 반제품, 제품을 저당할 수 있다. 채무자가 만기채무를 불이행하거나 또는 당사자간 약정사유가 발생한 경우, 채권자는 이 재산에 대하여 우선변제 받을 수 있다”고 규정하여 부동담보제도를 도입하고 있다.⁷⁰⁾ 浮動抵當이란 권리자가 현존 및 장래에 가지게 될 전부 또는 일부 재산으로 그의 채무를 위하여 담보를 제공하는 것을 가리키는데, 이는 주로 중소기업과 농민들의 대출의 어려움을 해결하기 위한 것으로,⁷¹⁾ 기업용자에 있어서 커다란 가치를 가지고 있기 때문에⁷²⁾ 국제상업용자에 있어서

67) 反擔保란 채무자를 위하여 담보를 제공한 자가 구상권의 실행을 보장하기 위하여 채무자에게 자기 구상권의 실행을 위한 담보제공을 요구하는 것을 말한다. 全国人大常委会法制工作委员会民法室編, 前掲書, 301면; 孔祥俊, 擔保法及其司法解釋的理解與適用(法律出版社, 2001), 22면; 周林彬, 物權法新論(北京大學出版社, 2002), 721면.

68) 보상금이란 주로 담보재산이 국가에 의하여 수용될 때 담보권설정자가 국가로부터 취득하는 보상금을 말한다. 王勝明, 前掲書, 369면.

69) 程嘯, “物權法對抵押權制度的六個重大改進”, <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=31922>

70) 浮動擔保制度는 영국의 형평법에서 기원한 담보제도로서 미국, 캐나다, 호주 등 대다수의 영미법계 국가에서 도입하였고, 일부 대륙법계국가에서도 제도적으로 도입하거나 또는 판례로 정착되고 있다. 金容吉, “코먼로상 浮動擔保에 관한 考察”(中央法學 第6집 第3호, 中央大學校, 2004), 239면.

71) 全国人大常委会法制工作委员会民法室編, 前掲書, 327면.

72) 浮動擔保는 기업의 擔保價値를 충분히 이용가능하고, 자본의 융통을 촉진하며, 편리하고 아주 유익한 담보형식이다. 申衛星·傅穹·李建华, 物權法(法律出版社, 2003), 334면.

크게 주목받고 있다.⁷³⁾ 물권법이 이렇게 새로운 유형의 저당권을 규정하였지만 이에 대한 문제점도 많다고 할 수 있다.⁷⁴⁾

한편, 채무의 이행을 담보하기 위하여 채무자 또는 제3자는 일정기간내에 연속 발생하는 채권에 대하여 담보재산을 제공하고 채무자가 만기채무를 이행하지 않거나 당사자간 약정사유가 발생하는 경우에 저당권자는 최고채권액 한도내에서 당해 담보재산에 대하여 우선 변제받을 수 있다. 최고액저당권은 채권자에 대해서 일정범위내에 있는 불특정의 채권에 대해서 최고한도액을 예정하는 것이다.⁷⁵⁾ 최고액저당 담보채권이 확정되기 전에 저당권자와 저당권설정자는 협의를 통하여 채권확정의 기간, 채권범위 및 최고채권액을 변경할 수 있으나 그 변경내용은 기타 저당권자에게 불이익을 주어서는 아니 된다.

3) 질권

채무이행을 담보하기 위하여 채무자 또는 제3자가 자기동산을 채권자에게 질물로 제공하여 점유하게 하고 채무자가 만기채무를 이행하지 않거나 또는 당사자간 약정사유가 발생하는 경우 채권자는 당해동산에 관하여 우선 변제받을 수 있다. 이 경우 채무자 또는 제3자는 질권설정자(出质人)이고 채권자는 질권자(质权人)이며, 인도한 동산은 질물(质押财产)이다(제208조). 질권을 설정하는 경우 당사자는 서면으로 질권설정계약을 체결하여야 하며, 질권은 질권설정자가 목적물을 인도한 때부터 성립한다(제212조). 질권자는 질물을 적절하게 보관할 의무를 부담하며, 보관상 질물의 훼손, 멸실을 초래한 경우에는 배상책임을 부담하여야 한다. 질권자는 질권을 포기할 수 있다. 채무자가 자기재산으로 질권을 설정한 경우에 질권자가 이 질권을 포기하면 기타 담보권설정자는 질권자가 우선 변제권익을 상실한 한도 내에서 담보책임을 면제받는다. 다만 기타 담보설정자가 여전히 담보제공을 승낙한 경우에는 제외된다(제218조). 채무이행기간이 만료된 후 질권설정자는 질권자에게 질권을 즉시 행사할 것을 청구할 수 있고 질권자가 행사하지 아니하는 경우에 질권설정자는 인민법원에 질물을 경매, 매각할 것을 청구할 수 있다. 한편, 어음, 수표, 약속어음, 채권, 예금증서, 창고증권, 선하증권, 양도 가능한 기금지분과 증권, 양도 가능한 등록상표전용권, 특허권, 저작권 등 지적재산권 중의 재산권, 미수금과 법률이 정한 기타 재산권에 대하여 질권을 설정할 수 있다(제223조). 그 중 양도 가능한 기금지분(基金份額)⁷⁶⁾과 미수금(应收账款)⁷⁷⁾은 물권법에 의하여 최초로 권리질권의 목적

73) 张影, “浮动抵押的价值取向及其移植借鉴”(经济研究导刊, 第5期(总第6期), 2006, 90면.

74) 梁慧星 教授는 “학계의 부동산담보에 관한 이론연구가 부족하고 사법실무계층이 부동산담보의 실행에 대하여 심리적인 준비가 부족하고 어느 기관에서 부동산담보등기를 하여야 하는가는 문제가 아직 해결을 보지 못한 조건하에서 물권법이 이른바 부동산담보제도를 규정하는 것을 매우 경솔하고 위험한 것이고, 은행을 사기대상으로 하는 보험사기와 은행사기의 새로운 사기소동을 유발할 것이다.”는 등의 이유로 물권법에서 부동산담보의 규정을 삭제할 것을 강력하게 주장하였다. 梁慧星 “物權法草案(第六次审议稿)的修改见”, <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=30135>

75) 王利明, 中国民法田草案建议稿及说明(中国法制出版社, 2004년), 426면.

76) 기금지분이란 증권투자기금지분을 가리키는데 기금지분의 소지인이 기금계약의 약정과 법률의 규정에 의하여 그가 소지한 지분에 따라 기금재산에 대하여 향유하는 수익분배권, 청산종결후의 재산취득권리와 기타 관련권리를 가리킨다. 程嘯, “俄国物权法对权利质权制度的创新”, <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=32093>.

77) 미수금도 권리질권의 목적물이 될 수 있는데 이것은 커다란 변화이다. 이를 시행하기 위하여 2007년 9월 30일에 중국 인민은행은 ‘应收账款质押登记办法’을 공포하였다.

으로 될 수 있도록 규정되었다. 질권을 설정한 경우 당사자는 서면계약을 체결하고 권리증서를 질권자에게 교부한 때로부터 설정되고, 권리증서가 없는 경우 질권은 질권등기한 때부터 성립한다(제224조). 등록상표전용권, 특허권, 저작권 등 지적재산권 중의 재산권으로 질권을 설정한 경우에 당사자는 서면계약을 체결하여야하고 질권은 관련주관부문에서 질권등기를 한 때부터 설정된다.

4) 유치권

유치권이란 채권자가 채무자의 동산을 합법적으로 점유하고 채무자가 채무를 변제하지 아니하는 경우에 채권자가 재산을 유치하여 이를 환가하거나 또는 경매, 매각한 대금으로 우선변제를 받을 수 있는 것을 가리킨다.⁷⁸⁾ 이 경우 채권자가 유치권자(留置权人)이고 점유한 동산이 유치물(留置财产)이다(제230조 제2관). 채권자가 유치한 동산은 채권과 동일한 법률관계에 속하여야 한다.⁷⁹⁾ 물권법은 유치권이 발생하는 구체적인 계약의 유형을 열거하지 아니하고 유치하는 동산이 채권과 동일한 법률관계에 속하여야 한다는 요건만을 규정함으로써 담보법상 적용요건을 완화하였다. 유치권자는 유치물의 과실을 수취할 권리를 가지며, 이 과실은 먼저 그를 수취하는 비용에 충당하여야 한다(제235조). 유치권자는 유치재산을 적절하게 보관하는 의무를 부담하며, 보관상의 문제로 유치물의 훼손·멸실을 초래한 경우에는 배상책임을 부담한다(제234조). 채무이행기간이 만료된 후 채무자가 스스로 채무이행능력이 없음을 알고 있는 경우에도 유치권자가 유치권을 행사할 것을 청구할 수 있다.⁸⁰⁾ 동일한 동산에 있어서 유치권의 발생이 저당권과 질권설정 이전인가 아니면 이후인가를 불문하고 유치권의 효력은 저당권 또는 질권에 우선한다.⁸¹⁾ 유치권자가 유치물에 대하여 점유를 상실하였거나 또는 유치권자가 채무자가 별도로 제공한 담보를 접수한 때, 유치권을 소멸된다.

(5) 점유제도

점유제도는 조문이 5개로 구성되어 있는데 이는 중국법상 최초로 법률상 점유제도를 규정한 것이다. 따라서 점유제도에 대한 규정이 다소 미약하지만 이것은 처음으로 임차인(承租人), 차용인 및 보관인에 등 실무적으로 채권적 점유자에게 직접적인 보호를 제공하는 것이다. 과거 물권법 초안에서 물건에 대한 점유는 유권점유로 추정한다는 조항이 있었으나 이는 불법재산에 대하여 법이 보호하는 결과를 가져오게 된다는 이유로 삭제되었다. 물권법은 점유의 보호와 무권점유자의 침해에 대한 책임을 규정하고, 사회질서와 권리자의 합법적 권익을 보호한다.⁸²⁾ 점유란 점유자가 부동산 또는 동산에 대한 실제의 지배를 말하는데 유권점유와 무권점유를 포함한다.⁸³⁾ 점유는 계약관계 등으로 발생하며,

78) 梁彗星·陈华彬, 前掲書, 367면.

79) 유치재산과 채권의 관계에 관하여 물권법입법과정에서 논쟁이 매우 컸다. 유치재산과 채권은 동일한 법률관계에 속하여야 하지만 기업간의 유치는 제외하여야 한다고 주장을 채택하였다. 王暉明, 前掲書, 496면.

80) 全国人大常委会 法制工作委员会民法室編, 前掲書, 421면.

81) 王暉明, 前掲書, 509면.

82) 上掲書, 15면.

83) 王利明, 前掲 中国民法典草案建议稿及說明, 432면.

부동산 또는 동산의 사용, 수익, 위약책임 등 관련사항은 계약에 따르며, 기타 약정이 없거나 불명확한 경우에는 법률이 정한 바에 따른다. 부동산 또는 동산이 손실된 경우 악의점유자는 배상책임을 부담하며(제242조), 부동산 또는 동산이 점유자에게 점유된 경우 권리자는 原物과 그 과실(孳息)의 반환을 청구할 수 있으나, 선의점유자가 유지보수하기 위해 지출한 필요비를 지급하여야 한다(제243조). 점유한 부동산 또는 동산이 훼손, 멸실된 경우 점유자는 그로 인하여 취득한 보험금, 배상금 또는 보상금 등을 권리자에게 반환하여야 하며, 손실이 충분히 보상되지 못한 경우 악의점유자는 손실도 배상하여야 한다(제244조). 점유부동산 또는 동산이 侵占된 경우 점유자는 원물의 반환청구 및 방해의 배제 또는 위험의 제거를 청구할 수 있으며, 그로 인하여 손해가 발생한 경우 점유자는 손해배상을 청구할 권리가 있는데, 원물반환청구권은 침점발생일로부터 1년 이내에 행사하여야 한다(제245조).⁸⁴⁾

84) 본 점유보호규정은 입법과정 중 커다란 논쟁은 없었다.全国人大常委会法制工作委员会民法室编, 前掲書, 434면; 王胜明, 前掲書, 521면.