

# Chapter 6 The Good Faith Acquisition of Real Property in the Property Law of China

## 제6장 중국의 선의취득제도

### I. 선의취득 제도의 개관

#### 1. 선의취득제도의 연혁

선의취득제도는 거래의 안전을 보호하는 반면에 진정한 소유자를 희생시키는 제도인데 어느 시대에도 방법은 다소 다르지만 거래의 안전을 도모하는 제도는 존재하였다. 선의취득제도는 기원은 중세 게르만법의 '손이 손을 지킨다'(Hand muss Hand Wahren)에서 찾을 수 있다.<sup>1)</sup> 그런데 중세 게르만법에서는 근대법과 같은 관념적 소유권은 볼 수 없었고, 소유권은 게베레(Gewere), 즉 점유와 결합하여서만 보호되었기 때문에 점유를 상실한 소유권은 무력하게 되어 현재의 점유자가 더 강하다는 것을 표현하고 있다고 할 수 있다. 그리고 중세 게르만법에서는 무권리자의 점유물을 원소유자의 의사에 의하여 교부된 점유위탁물과 원소유자의 의사에 기하지 않고 소유자의 점유를 벗어난 점유이탈물로 나누어 점유위탁물에 대하여는 선의취득을 인정하였으나 점유이탈물에 대해서는 선의취득을 인정하지 않고 원소유자의 무제한의 추급력을 인정하였다. 이와 달리 로마법에서는 로마법의 개인주의적 성격으로 인하여 선의취득을 인정하지 않았고 다만, 동산에 대하여만 1년의 단기취득시효를 인정하여 선의취득자를 보호하였다. 한편 근대법의 선의취득제도는 게르만법에 연혁을 가지지만 보다 적극적으로 거래의 안전과 신속을 고려하고 있다.

#### 2. 각국 입법례

최초의 근대적 민법전이라 할 수 있는 프랑스 민법은 동산에 대한 선의취득자의 권리취득의 근거가 취득자의 점유에 있는 것 같은 표현을 하여 게르만법의 흔적을 보여주는 중간적 과도기적인 구성을 취하고 있다.<sup>2)</sup> 프랑스 민법 제2279조 제2항은 유실물 또는 도품은 유실 또는 도난당한 날로부터 3년간은 그 반환을 청구할 수 있도록 하고 있는데 이는 로마법상의 단기의 취득시효에 의하여 상대방을 보호하고자 한 것으로 보인다. 즉 프랑스 민법은 동산에 관하여

\* 원광대학교 법과대학 전임강사, 법학박사.

\*\* 중국 변호사, 법학박사.

1) 梁慧星·陈华彬, 物权法(法律出版社, 2007), 204면.

2) '占有는 權原의 값이 있다'(La possession vaut titre, Art. 2279, I.C.c). 金相容, 物權法(法文社, 2006), 219면

만 공신의 원칙을 채택하고 부동산에 관하여는 채택하지 않고 있다. 일본 민법은 프랑스 민법에 따라 부동산에 선의취득을 인정하지 않는다.<sup>3)</sup> 독일민법은 동산과 부동산에 대하여 모두 공신의 원칙을 채택하고 있다.<sup>4)</sup> 독일 민법은 제932조 이하에서 선의취득제도를 근대적으로 파악, 구성하고 있는데 이는 게베레(Gewere)적인 구성이 아니라 점유의 공신력에 의한 공신의 원칙에서 근대적으로 구성되었다. 아울러 제935조에서는 게르만법과 같이 점유위탁물에 대해서만 선의취득제도를 인정하고 점유이탈물에 대해서는 선의취득을 인정하지 않고 있다. 독일 민법이 부동산등기에 공신력을 인정하는 이유는 독일의 부동산등기제도가 부실등기를 방지하는 제도적 장치를 충분히 갖추고 있으며, 등기제도의 오랜 전통으로 등기의 신뢰성을 확보했기 때문이다.<sup>5)</sup> 스위스 민법은 선의취득을 동산소유권 취득과 점유권의 효력으로 나누어 규정함으로써 독일 민법과 프랑스 민법의 절충적 입장을 취하고 있다.<sup>6)</sup> 우리나라의 구민법은 프랑스 민법을 본 받아서 선의취득에 대해 양수인이 현재 점유하는 점유권의 효력으로서 규정하였으나, 현행 민법은 독일 민법을 계수하여 점유의 공신력에 의한 소유권의 취득으로 보아 소유권취득의 한 원인으로 규정하였는데<sup>7)</sup> 부동산의 선의취득을 인정하지 않는 등 그 내용에 있어서는 독일 민법과 다르다. 한편 중국은 스위스 민법과 독일 민법상의 부동산 선의취득 제도를 받아 들인 것으로 보이며 특히 스위스 민법 제973조의 규정을 많이 참조한 것으로 보인다.<sup>8)</sup>

### 3. 중국의 선의취득제도 도입

1993년 제8기 전국인민대표대회 제1차 회의에서 통과된 헌법 수정안은 그동안 중국이 세계 경제발전의 실전 경험을 통하여 얻은 사회주의 시장경제에 대한 확인과 사회주의 시장경제의 개혁방향에 대하여 명확하게 규정하였다.<sup>9)</sup> 즉 중국의 경제문화가 다른 국가에 비해 상당히 오랜 기간동안 낙후하였기 때문에 공업화, 도시화, 현대화를 실현하기 위하여 사회주의 시장경제를 추구하고, 생산력의 발전을 꾀하였다. 특히 시장경제에 대한 깊은 이해를 통하여 거래주체들이 여러 가지의 사용가치와 가치의 추구에 만족할 수 있도록 하였으며, 이를 통하여 자원의 최적화배치(优化配置)를 실현하고, 자원의 최대 유효이용을 보장하였다. 시장경제는 안정된

3) 日本 民法의 制定過程에서 法典調査會는 法律 審議時 다른 外國의 法典을 참조하였으나, 善意取得에 대하여는 獨逸 民法草案(제1초안)을 참조하지 않았다. 安永正昭, “民法一九二條一九四條(動産の善意取得)”(廣中俊雄・星野英一編, 民法典の百年Ⅱ, 1998), 465면.

4) 善意取得에 대한 로마법적 요소와 게르만법적 요소는 프로이센, 바이에른, 작센 민법을 거쳐 오스트리아 민법에 이르러 로마법 위주로 정리되었다. 프랑스 민법에 이르러 讓受人의 善意가 요건으로 부가되었고, 獨逸 民法에 이르러 即時取得의 基반으로서 善意取得으로 확고히 이행되었다. 李英俊, 韓國民法論(物權編)(博英社, 2004), 244면.

5) 李銀榮, “不動産 善意取得이 인정되는 경우”(考試研究, 1997), 48면.

6) 金曾漢・李英俊, 註釋民法(上)(司法行政學會, 1973), 348면.

7) 金相容, 前揭書, 220면.

8) 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), 231면; 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), 193면.

9) 庄曉泳, 中華人民共和國物權法輔導讀本(中國民主法制出版社, 2007), 156면.

거래질서를 필요로 하며, 이를 위하여 고려해야 하는 요소가 바로 거래안전의 보장여부이다. 시장거래질서의 핵심인 거래안전이란 거래를 통해 취득하는 이익은 합법성과 확정성이 있어야 한다. 시장 주체가 믿음을 가지고 시장거래에 참여하여야 정상적인 거래질서가 형성되고 생기고 활력이 넘치는 사회주의 시장경제의 체제를 구축할 수 있다. 중국 공산당 제16기 3중전회 “关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定”에서 계약자유와 거래의 안전을 법률적 제도로 보장하도록 천명하였다.<sup>10)</sup> 물권법의 영역에 있어서는 기본적으로 물건의 소유권의 안전을 보호하는 것 뿐 아니라 시장거래의 안전도 보호하여야 한다. 법률상의 물건의 소유권을 평등하고 안전하게 보호하는 것이 시장 거래의 안전을 보호하는 것과 기본적으로 일치한다. 다만 양자간에 충돌하거나 모순되는 때가 있게 마련인데 이것이 바로 무권처분의 경우이다. 무권처분의 경우에 법률규정에 따라 거래의 안전을 보호하면 진정한 권리자는 물건에 대한 소유권을 잃게 되는 반면에 진정한 권리자를 보호하면 소유권자는 물건을 되찾을 수 있지만, 당사자간 거래는 효력이 부정되고 따라서 거래의 안전성을 상실한다. 선의취득제도는 민법에서 중요한 제도의 하나인데 이는 선의로 재산을 취득한 제3자의 적법한 이익 보호 및 거래 활동의 동적 안전 유지에 있어 중요한 의미를 가진다. 이른바 무권리자로부터 선의로 재산을 취득한 제3자를 보호하는 이 제도는 재화 유통의 확대 또는 유통 안전의 경제적 요청에 따라 생성 및 발전해 온 것이다.<sup>11)</sup> 중국에서 물권법 제정 이전에 선의취득에 대해 민법통칙은 명문의 규정이 없었다. 다만, 1988년 4월 2일부터 시행중인 최고인민법원의 ‘最高人民法院关于贯彻执行民法通则若干问题的意见’ 제89조는 동산 및 부동산을 불문하고 선의취득제도를 규정하였다.<sup>12)</sup> 그 후 물권법은 등기효력주의를 취하고 부동산 등기에 공신력을 부여함으로써 부동산 선의취득제도를 명문으로 규정하였다.

## II. 중국의 부동산선의취득제도

### 1. 의의

근·현대 민법은 선의취득제도를 두고 있는데 선의취득은 학설상 즉시취득이라고도 한다.<sup>13)</sup> 선의취득이란 부동산과 동산에 대한 처분권이 없는 양도자가 물건을 양수인에게 양도하고 양수인이 선의로 또는 합리적인 가격을 지불하여 법에 의해 등기 또는 점유해서 물건의 소유권을 취득할 수 있는 것이다.<sup>14)</sup> 즉 선의취득제도는 물권법상 중요한 제도의 하나인데 이는 선의

10) 上掲書, 157면.

11) 梁慧星·陈华彬, 前掲書, 204면.

12) 最高人民法院关于贯彻执行民法通则若干问题的意见(试行)(法释 第6号) 第89条.

13) 梁慧星·陈华彬, 前掲書, 203면.

14) 庄晓泳, 前掲書, 158면.

로 재산을 취득한 제3자의 적법한 이익의 보호와 아울러 거래 활동의 동적안전의 유지를 위해서 대단히 중요한 의미를 가지고 있다. 또한 선의취득제도는 경제 효용원칙과 일치하여 物尽其用<sup>15)</sup>에 유리하다. 즉 무처분권의 거래를 무효로 하게 되면 선의 양수인이 원소유자에게 물건을 반환하여야 되고, 그에 따라 더 많은 거래 비용을 지출하여 불필요한 손실과 낭비를 가져올 수 있다. 따라서 선의취득자가 소유권을 취득하도록 하여 손실과 낭비를 줄이도록 하되, 원소유자에 대해서는 물건의 소유권을 상실하지만 무처분권자에게 손해배상을 청구할 수 있도록 하는 것이다. 물권법이 선의취득제도를 규정한 것은 위와 같은 物尽其用의 原則에 따라 효율성을 높이고 거래질서와 거래안전을 보호, 유지하여 사회주의 시장경제의 발전을 위한 것이다.<sup>16)</sup> 다만, 거래안전 내지 제3자를 보호하기 위해서는 물권변동에서 공시원칙을 관철하여야 하며, 진실한 권리자 및 제3자를 보호하기 위하여 등기기관의 심사를 강화하여야 할 필요가 있다.

## 2. 물권법 제정이전의 선의취득제도

### 가. 장물의 몰수와 처리에 관한 규정

중국 민법에는 선의취득에 대한 규정이 없었으나 사법실무에서는 선의취득과 관계있는 규정이 있다. 1965년 12월 1일부터 시행중인 최고인민법원, 최고인민검찰원 및公安부의 脏物 등의 몰수와 처리에 관한 임시규정은<sup>17)</sup> 뇌물과 장물의 몰수와 처리에 관한 사항을 규정하고 있는데 그중에 선의취득과 관련된 것이 있다. 동 규정 제6조는 “사건처리과정에서 범죄자가 매도한 장물임이 밝혀졌으면 사정을 참작하여 되찾아야 한다. 매수인이 장물임을 분명히 알고 구매한 경우에는 그 장물을 무상으로 찾아 몰수하거나 또는 원소유자에게 반환하여야 한다. 매수인이 확실히 장물인지 모르고 또 원소유자를 찾은 경우에 그 범죄자는 매도한 가격으로 원물을 되찾아 원소유자에게 반환하거나 시가에 따라 손해를 배상하여야 한다. 만약 범죄자에게 되찾거나 또는 손해배상을 할 능력이 없으면 매수인과 원소유자 쌍방이 구체적 상황에 맞게 조정하여 처리하여야 한다”고 규정하고 있다. 이 규정에 의해서 시장거래에 있어서 선의로 매수한 자의 이익을 보호받을 수 있게 되었다.<sup>18)</sup>

### 나. 민법통칙에 대한 사법해석의 규정

물권법 이전의 중국의 선의취득제도는 소유권자의 이익을 보호하여야 할 뿐 아니라 선의의 제3자의 이익을 유지, 보호하여야 한다는 고려에서 출발하여 입법과 사법실무에서 인정하여 오고 있다. 즉 물권법이 제정되기전에는 정식으로 선의취득제도가 확립되지 않았고, 사법해석 중에 선의취득에 관한 규정이 있었다.<sup>19)</sup> 최고인민법원의 1988년 法釋 제6호 제89조는 “공동

15) 物尽其用 貨物其流 :物件이 저마다 제 價値를 충분히 발휘하고, 商品의 流通이 막힘없이 이어지는 것을 말한다.

16) 庄晓泳, 前掲書, 159면.

17) 最高人民法院・最高人民检察院・公安部、财政部关于没收和处理赃款赃物若干问题的暂行规定 第6条.

18) 董立坤, 中國內地와 香港의 法律衝突 및 調整(法務部, 2006), 358면.

19) 葛云松, 中国的新物权法概覽(民事法學 제39-2호, 韓國民事法學會, 2007), 142면.

공유관계 존속 기간에 일부 공유자가 공유 재산을 임의로 처분할 경우 일반적으로 무효로 본다. 그러나 제3자가 선의 및 유상으로 당해 재산을 취득한 경우 제3자의 적법한 이익을 보호하여야 한다. 기타 공유자의 손해에 대해서는 임의로 당해 재산을 처분한 자가 배상하여야 한다”고 규정함으로써 선의취득제도를 보호하고 있다. 이 규정은 비교적 명확하며, 이에 의거하여 중국이 물권법의 제정전까지 선의취득에 관한 문제를 처리해 왔다. 이 규정에 의한 선의취득의 특징은 우선 선의취득의 적용범위가 불법으로 처분한 공유재산에 한정되고 동산물권의 모든 영역에 적용되지는 않으며, 양도인은 동산의 비소유권자 및 일부 공유자에게 제한된다. 그리고 선의취득 방식은 유상취득에 한하고 있다.<sup>20)</sup> 이러한 선의취득의 구성요건은 우선, 양수인의 점유는 반드시, 선의 무과실이어야 하고, 둘째, 양수인은 불법 양도인으로부터 반드시 유상으로 점유를 취득하여야 한다. 셋째, 불법 양도인의 점유는 반드시 소유자의 의사에 기하여 취득된 것이어야 한다.<sup>21)</sup>

### 3. 물권법상 부동산 선의취득제도

#### 가. 의의

선의취득제도는 원소유자의 소유권을 소멸시키고 양수인이 동산과 부동산 등 목적물의 소유권을 취득하므로 취득요건을 엄격하게 규정하고 있다. 물권법 제106조는 “무권리자가 부동산 또는 동산을 양수인에게 양도할 경우 소유자는 해당 재산을 추급하여 반환을 청구할 권리가 있다. 그러나 다음의 경우에 양수인은 해당 부동산 또는 동산의 소유권을 취득할 수 있다. 첫째, 양수인이 해당 부동산 또는 동산을 선의취득한 경우 둘째, 합리적인 가격으로 양도받은 경우 셋째, 양도 부동산 또는 동산은 법률규정에 따라 등기가 필요한 경우 이미 등기를 마쳤으며 등기를 요하지 않은 경우 이미 양수인에게 교부한 경우이다. 양수인이 전항의 규정에 따라 해당 부동산 또는 동산의 소유권을 취득할 경우 원소유자는 무권리자에게 손해배상을 청구할 권리가 있다. 당사자가 선의로 기타 물권을 취득한 경우에는 앞의 2개항의 규정을 준용한다”고 규정하고 있다. 이와 같이 물권법 제106조는 부동산 선의취득에 대해 구성요건을 정하였다고 할 수 있다.<sup>22)</sup>

#### 나. 선의취득의 구성요건

##### 1) 양도인의 무처분권

20) 王利明, 改革开放中的民法疑难问题(吉林人民出版社, 1992), 135면.

21) 董立坤, 前掲書, 359면.

22) 王利明、尹飞、程啸, 中国物权法教程(人民法院出版社, 2007), 53면.

양도인은 부동산을 처분할 권리가 없는 자이어야 한다. 무권처분이란 재산을 처분할 권리가 없이 법률상의 처분행위를 실행하는 것을 말한다. 선의취득은 처분할 권리가 없는 자를 진실한 권리자라고 오신하여 거래행위를 한 자를 보호하는 것인데 이는 주로 매매나 저당권 설정을 통하여 소유권이 양도된다. 이러한 권한없는 처분은 주로 몇가지 경우를 나누어 생각할 수 있다. 우선 임차인이 임차한 임대인의 재산을 타인에게 권한없이 양도하는 것처럼 아무 권한없이 임의로 재산을 처분하는 경우가 있을 수 있다. 둘째, 공유재산의 경우처럼 소유권은 있지만 처분권이 제한 받는 경우도 있을 수 있고 셋째, 조건부 매매 등 권리자가 완벽한 권리를 소유하지 않고 물건을 매도하거나 기타 대리권자가 본인의 허락없이 재산을 처분하는 경우 등이 있을 수 있다.

그러나 선의취득제도는 양도인이 민사 행위능력자가 아닌 경우에는 양수인이 민사행위능력자라도 선의취득을 적용할 수 없다. 그리고 대리권이 없는 자를 대리권이 있다고 오신하여 거래행위를 한 경우에 선의취득을 받지 못하는 등 그 보호범위가 제한되는 경우도 있다. 중국의 부동산등기체제는 아직 미흡한 점이 많기 때문에 농촌 등의 부동산에는 권리관계에 대한 이해 부족이나 등기관련기관의 난립 등으로 등기 또는 등록이 제대로 되지 않은 것이 일반적이라고 할 수 있다.<sup>23)</sup> 따라서 물권법상 선의취득제도에는 부동산의 선의취득도 포함되고 있다. 다만, 부동산의 선의취득제도는 완벽한 부동산 등기체제가 수립된다면 해소될 수 있을 것이다.

## 2) 양수인의 선의양수

양수인이 부동산을 취득할 때 선의이어야 한다. 여기서 선의란 추정적인 선의이며 이와 같은 추정적 선의의 물질적인 기초는 부동산 등기라는 객관적인 사실이다. 따라서 이러한 ‘객관적 선의’는 로마법 선의취득 제도인 ‘주관적 선의’와 다르다.<sup>24)</sup> 부동산등기의 공신력에서 제3자의 선의에 대한 판단기준은 등기부에 이의등기가 없거나 제3자가 등기부의 착오를 모르기만 하면 선의라고 할 수 있다. 설령 제3자가 중대한 과실이 있더라도 역시 선의는 인정된다. 왜냐하면 부동산 등기부는 국가가 설치, 관리하는 것이고 국가의 신용을 뒷받침으로 하고 있기 때문에 법적으로는 점유보다 더 높은 믿음성이 있다고 할 수 있다. 동산의 양수인과 달리 부동산의 양수인은 등기부의 상황 외에 별도로 심사할 의무가 없다.<sup>25)</sup> 선의의 판단시점에 관하여 등기 신청시와 등기 완료시 등의 두 가지 견해가 있지만<sup>26)</sup> 등기완료시를 기준으로 하는 견해는 거의 없다고 할 수 있다. 등기신청시를 기준으로 하는 견해에 의하면 부동산 물권변동의 완료는 부동산등기의 완료를 기준으로 하며 이러한 면에서 볼 때 선의의 판단기준은 등기완료시를 기

23) 金容吉, “中國의 不動產登記制度”(土地法學 第23-1號, 韓國土地法學會), 2007, 110면.

24) 孫究忠, “物權法基本範疇及主要制度的反思(下)”(中國法學, 1999年 第6期), 60면.

25) 程嘯, “不動產登記公信力與善意取得之區別”, 人民法院報, 2005.2.23日字.

26) 王澤鑒, 民法物權第一冊(中國政法大學出版社, 2001), 124면.

준으로 하여야 하지만 등기신청부터 완료까지 일정한 시간이 소요되고 또한 소요시간은 당사자가 제어할 수 없는 부분이기 때문에 만약 그 동안 양수인이 양도인의 무단 처분을 알게 되어 그의 선의취득을 부정하게 된다면 양수인에게 불리하게 된다. 또한 양수인이 등기 신청시까지만 선의이면 해당 부동산에 대한 거래의 정당성을 충분히 인정할 수 있다. 선의의 판단시점을 등기신청시를 기준으로 하는 것이 타당한데 그 이유는 현재 등기기관이 통일되지 않고 등기의 관리체계가 매우 혼란하기 때문에 등기 신청시를 기준으로 하여야만 양수인을 보다 면밀하게 보호할 수 있기 때문이다. 한편 양도인이 진실한 권리자인지 아닌지의 여부에 대한 양수인의 인식은 등기 신청시까지만 보아야 한다. 등기신청시부터 등기 완료하는 동안에 양수인이 양도인이 진실한 권리자가 아닌 것을 알았다고 하여 양수인으로 하여금 적극적으로 이미 신청한 등기를 취소하여 진실한 권리자에게 해당 부동산을 반환하도록 하는 것은 사회통념에 부합하지 않다고 볼 수 있다.

### 3) 합리적인 양도가격

부동산을 합리적인 가격으로 양도하여야 한다. 선의취득은 거래 안전을 보호하기 위한 제도이며 양도인과 양수인간에 거래행위가 존재할 경우에만 법적으로 보호할 필요가 생긴다. 물론 광의로는 유상거래와 무상의 재산양도를 모두 포함하지만<sup>27)</sup> 선의취득제도의 취지상 이는 일정한 대가를 지급한 선의의 제3자를 보호하기 위한 것이기 때문에 여기서의 거래는 유상으로 한정하는 것이 타당하다고 하겠다. 왜냐하면 무상으로 재산을 취득한 제3자의 입장에서 설령 해당 재산이 진정한 권리자에게 반환되더라도 그 경우에는 별로 손해를 받지 않기 때문이다. 물론 법이 합리적인 양도가격을 요건으로 한 것은 그 이유가 있다고 한다.<sup>28)</sup> ① 선의취득의 적용 범위를 분명히 할 수 있다. 대부분의 경우 재산의 무상양도 자체가 해당 재산의 출처가 부정당하다고 할 수 있으며 성실하고 정직한 양수인은 해당 재산을 무상으로 양수 받을 경우 재산의 출처를 우선 확인하는 것이 바람직하다. 그렇지 않을 경우 양수인이 악의 또는 과실이 있다고 할 수 있다. 따라서 무상으로 재산을 취득할 경우에는 선의취득을 적용할 수 없다. ② 법관이 부동산 관련 사건을 정확하게 심리하고 증거수집의 어려움을 줄이는데 도움을 줌으로써 선의취득을 정확히 적용하도록 한다. 지극히 낮은 가격 심지어는 무상으로 재산을 양도한 사건을 판단함에 있어서 법원은 바로 양수인의 악의를 추정할 수 있게 한다. 그렇지 않으면 법원이 자유재량으로 선의라고 판단할 경우 비합리적인 양도가격의 요건을 적용하지 않을 수 있게 되어 양수인이 비합리적인 양도가격 또는 무상으로 해당 재산을 취득할 수 있다. 이는 진정한 권리자에게 불리하며 당사자간의 이익을 적절히 조율할 수 없게 되기 때문이다. ③ 실

27) 王利明, “善意取得制度的构成”(中国法学, 2006年 第4期), 86면.

28) 上掲論文, 86면.

무에서는 국가 재산의 유실 문제를 해결할 수 있도록 한다. 중국의 일부 지방에서는 국가 기업의 조직이나 사업을 개편할 때에 국가 기업의 자산을 무상으로 양도할 경우가 종종 있다. 이 경우에 설령 해당 재산의 양도가 국가 관련기관의 허가가 있다고 하더라도 재산권 분쟁이 생길 때에는 선의취득을 적용하지 않아야 한다. 따라서 실질적인 예상가격 보다 낮은 수준의 가격으로 국가 재산을 처분할 때에 경우에 따라 선의취득을 적용하도록 허용한다면 국가 재산의 유실을 초래할 수 있다. 따라서 합리적인 양도가격을 요건으로 한다면 국가 재산의 유실 문제를 효율적으로 방지할 수 있게 된다. 이러한 것은 물권법 제57조의 취지와도<sup>29)</sup> 일치한다.

#### 4) 등기 요건

양도한 부동산은 법률에 의해 등기하여야<sup>30)</sup> 하는 경우에는 이미 등기하였고, 등기할 필요가 없는 경우 이미 양수인에게 인도하였어야 한다. 물권법의 규정에 따라 부동산 물권은 등기하여야 효력이 생길 수 있고 동산물권의 양도는 인도 후에 효력이 생긴다. 선박, 항공기와 자동차 등의 물권의 양도는 등기를 하지 않으면 선의의 제3자에게 대항하지 못하며, 원소유자가 반환청구를 요구할 수 있을 것이다.<sup>31)</sup> 선의취득제도는 이미 거래가 완성되어야 효력이 발생하며, 쌍방간에 합의만 하고 목적물의 점유이전이 발생하지 않을 경우에는 선의취득의 효과가 발생하지 않는다. 선의취득은 물권취득의 한 방법이므로 공시를 통해야만 공신력을 취득할 수 있다. 물권법은 부동산과 동산에 대하여 등기요건주의를<sup>32)</sup> 취하고 있다. 즉 부동산물권의 변동은 등기를 하므로써 비로소 소유권이전의 효력이 생긴다. 2008.4.15일 강소성 장가항시 인민법원은 부동산 선의취득에 관한 사건을 판결하였는데 당해 사건의 사실관계는 다음과 같다. 2006.9.24일 A(육모씨)와 B(조모씨)는 임대기간을 1년으로 하여 부동산 임대차계약을 체결하고 A의 주택을 B에게 임대해 주었다. 2007.5월 B는 임차한 집을 자기 집이라고 사칭하여 C(풍모씨)에게 양도하였다. 그러나 B와 C간에는 부동산 매매계약만 체결하고 이전등기는 하지 않았다. 이에 법원은 C가 해당 부동산을 양수할 때 선의이지만 이전등기를 경료하지 않았으므로 물권법 제106조 선의취득의 구성요건에 부합하지 않는다는 이유로 해당 부동산의 소유권을 취득할 수 없다고 판결하였다.<sup>33)</sup>

29) 물권법 제57조는 국가 재산을 관리 감독하는 기관 및 요원의 책임에 대해 “국가재산 관리규정을 위반하여 기업의 소유제 개혁, 기업의 합병 또는 분리, 관련 거래에서 낮은 가격으로 양도, 사사로의 처분, 임의적인 담보 또는 기타의 방식으로 국가 재산에 손해를 야기할 경우에는 그 법적책임을 부담하여야 한다”고 규정하고 있다.

30) 중국에서 등기라는 용어는 우리나라의 등결과 등기를 포함하는 개념으로 사용하고 있다고 할 수 있다. 중국에서는 건물을 제외한 부동산 특히 토지에 대한 사적 소유가 전면적으로 금지되어 있고, 제한된 범위내의 부동산에 대하여만 시행된다는 점에서 일반적인 不動產登記制度和 다르다. 특히 중국에서는 婚姻登記管理條例, 戶口登記條例 등과 같이 우리나라의 ‘등결’에 해당하는 개념으로 ‘登記’라는 용어를 사용하고 있다. 사법연수원, 중국법, 2006, 134면

31) 庄晓泳, 前掲書, 160면.

32) 물권법 제9조는 “부동산물권의 설정, 변경, 양도 및 소멸은 적법한 등기에 의하여 발효하며, 등기하지 않으면 효력이 없다. 그러나 법률이 별도로 규정할 경우에는 그러하지 아니한다. 법률상 국가소유로 되어 있는 자연자원은 소유권 등기를 요하지 아니 한다”고 규정하고 있다.

33) 2008.4.15日, 人民法院报, 江苏省张家港市人民法院审结了一起涉及不动产善意取得的房屋迁让纠纷案. 法院审理后认为, 冯某虽与曹某签订了购房协议并支付了购房款, 而且受让房屋时也是善意的, 但由于转让的房屋并未依照法律规定进行登记, 不符合物权法第一百零六条善意取得的构成要件, 故冯某不能取得该房屋的所有权, 该房屋的所有权人仍是陆某. 陆某的房屋被冯某占有, 其有权请求冯某返还并迁出房屋. 最后经法院调解, 冯某自动迁出了陆某的房屋.

#### 다. 선의취득의 효력

무처분권의 양도거래 중에 일단 선의취득제도의 요건이 구비되면 양수인은 부동산의 소유권을 취득할 수 있는데, 이것이 선의취득제도의 기본적 효력이다. 선의취득이 원시취득인가 또는 승계취득인가에 대해 학설은 견해가 나뉘지만 원시취득설이 근대 이래의 통설이다.<sup>34)</sup> 원시취득설은 선의취득이라는 것은 법률의 규정에 의해서 발생하기 때문에 원시취득이 되며, 승계취득설은 선의취득이 법률행위에 의해서 발생하기 때문에 승계취득이라고 주장한다. 양수인이 법률의 규정에 의해서 타인의 부동산의 소유권을 취득하는 경우에는 법률상 원인에 따른 이익을 향수하며, 부당이득을 구성하지 않는 동시에 위법성이 조각되어 불법행위를 구성하지 않는다.<sup>35)</sup> 원소유자는 양수인에게 반환을 요구하지 못한다.

#### 라. 선의취득에 대한 학설의 검토

중국에서는 물권법 제정이전에 부동산의 선의취득에 대하여 많은 논의가 있었는데 대체로 긍정론과 부정론으로 나뉘어 있다. 선의취득에 대한 물권법의 규정이나 부동산등기관 관련 법률 규정이 아직 완전하지 않기 때문에 이러한 논란은 향후에도 지속될 것으로 보인다.

##### 1) 긍정론

부동산의 선의취득을 인정하는 긍정론이 주장하는 이유는 다음과 같다. 첫째, 부동산 등기 제도가 아무리 완벽하다고 하여도 부동산등기의 권리내용과 실제의 권리상태가 일치하지 않는 상황을 완전히 배제할 수 없으므로 부동산에 대한 무단처분의 가능성이 존재할 수가 있다. 따라서 거래 당사자들이 부동산 점유자가 실제의 권리자임을 믿고 거래하였다는 것을 이유로 부동산 선의취득의 적용을 일률적으로 배제하는 것은 근거 없는 견해이며 등기의 공신력을 믿고 무권리자로부터 부동산을 취득한 선의의 제3자에게도 불공평하다는 것이다.<sup>36)</sup> 둘째, 여러 가지 원인으로 인하여 등기에 착오가 생길 수 있으므로 선의의 제3자를 보호하여야 한다. 이는 법률상 이익이 상충된 실제의 권리자와 선의의 양수인간에 어쩔 수 없이 선택한 것이며 거래 안전의 보호 및 사회 경제 질서의 안정을 위해서는 피할 수 없는 조치라는 것이다.<sup>37)</sup>

##### 2) 否定論

위와 같은 긍정론에 대하여 부정론의 입장은 다음과 같다. 첫째, 부동산의 등기가 착오나 누락이 있을 경우이더라도 등기부의 진실을 믿고 등기 명의자와 거래한 선의 제3자는 물권 등기

---

[http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=296909&k\\_title=不动产善意取得&k\\_content=不动产善意取得&k\\_author=](http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=296909&k_title=不动产善意取得&k_content=不动产善意取得&k_author=)

34) 陈华彬, 物权法(法律出版社, 2004), 342면.

35) 梁慧星·陈华彬, 前掲書, 212면.

36) 李建伟, “不动产善意取得制度初探”(中央政法干部管理学院学报, 2000年 第3期), 45~46면.

37) 王金根, “论不动产善意取得”(重庆工商大学学报, 第23卷 第1期), 80면.

의 공신력을 근거로 법적 보호를 받을 수 있다는 것이다. 둘째, 현재 대부분의 국가는 모두 부동산 등기제도를 설립, 운영하고 있으며 부동산 등기부를 공개하기 때문에 어느 누구도 부동산 등기의 내용을 모른다고 주장할 수 없다. 따라서 주관적인 선의는 인정될 수 없다는 것이다.<sup>38)</sup> 즉 부동산 물권영역에서 부동산 등기제도가 합리적으로 구축되고 또한 부동산 등기부는 모든 사람들에게 공개된 성질을 지니고 있기 때문에 누구도 자신이 거래 하자를 모르거나 알 수 없었다는 이유로 선의의 항변을 주장할 수 없다. 이는 부동산 물권법에서 이미 인정된 원칙이기 때문에 선의취득 원리 및 규칙은 부동산법 영역에서 적용될 수 없다는 것이다.<sup>39)</sup> 셋째, 중국에서 물권법제가 정비되지 않았을 때 부동산 등기의 공신력에 관한 명문의 규정이 없어 그 미흡한 점을 보완하기 위하여 선의취득 제도를 도입할 필요가 있었겠지만, 이미 물권법에서 부동산 등기의 공신력에 대해 분명히 규정하였기 때문에 부동산 선의취득 등의 이론을 논할 의미가 없으며, 이는 오히려 부동산 등기제도의 발전 및 거래 안전에 대해 불리하다는 것이다.<sup>40)</sup>

### 3) 학설의 검토

어떠한 법률제도이든지 간에 이는 특정한 사회의 사회생활을 바탕으로 하고 있다. 로마법시대의 자연경제에 있어서 정적인 토지가 사람들의 생존권의 보장이었고, 금전교환이 아닌 물물교환으로 인하여 재산의 교환관계의 범위 및 정도가 제한을 받고 있었기 때문에 법률이 정적 안전 즉 재산의 귀속관계를 보다 중요시 하는 것이 당연하다고 하겠다. 그러나 자본주의제도의 확립 및 사회경제의 발전에 따라 부동산의 거래가 나날이 활발해 지고, 재산의 유통관계 즉 거래관계의 경제적 가치와 사회적 의미가 보다 대단히 커졌기 때문에 민상법 영역에서의 거래안전이 중요한 가치목표가 되었는데<sup>41)</sup> 이는 중국에서도 마찬가지라고 하겠다. 중국은 그동안 시장경제의 신속한 발전에 따라 시민을 위한 정부의 아파트 특별공급 정책<sup>42)</sup> 및 은행의 담보대출 완화정책<sup>43)</sup> 등에 힘입어 부동산거래가 대단히 활발해지고 있다. 따라서 제3자 보호를 위한 장치가 반드시 마련되어야 한다. 이와 같이 거래가 활발한 부동산영역에 선의취득제도를 도입할 것인지 아니면 등기의 공신력 원칙으로만 충분한지에 대해 논란이 있어 왔다. 공신력원칙은 공시된 외형적 사실을 믿고 거래한 사람을 보호하기 위하여 권리관계가 있는 것과

38) 梁慧星·陈华彬, 前掲書, 207면.

39) 孙宪忠, 前掲論文, 59면.

40) 程啸, “不动产登记公信力与善意取得之区别”, 人民法院报, 2005.2.23日字.

41) 李建伟, 前掲論文, 46면.

42) 일반 아파트를 구입할 능력이 없는 저소득 사회계층을 상대로 시행하는 정책이다. 예컨대 일정한 조건에 부합될 경우 일반 아파트보다 낮은 가격 또는 세금으로 아파트를 살 수 있도록 하는 경제적용방(經濟適用房)정책을 말한다.

43) 비록 중국 인민은행과 중국 은행감독관리위원회에서 두 번째 아파트 구입시 선지급금액에 대해 엄격히 규제하고 있지만 첫 번째 아파트 구입할 경우와 같이 여전히 기존 30%의 선지급금액에 관한 규정을 적용하기 때문에 부동산거래에는 큰 충격이 없다고 하겠다.

같은 법률효과를 부여하는 효력으로, 완전히 제3자의 입장에서 고려된 것이라고 할 수 있으며 이는 물권행위이론 및 무인성 원칙에서 비롯된 것이다.<sup>44)</sup> 그러나 부동산의 선의취득은 선의의 제3자뿐만 아니라 진정한 소유자도 배려하고 있다. 즉 부동산을 취득한 제3자가 악의일 경우에는 해당 재산을 실제 권리자에게 반환하여야 한다. 한편 물권법에는 등기 공신력에 대한 명문의 규정을 두고 있지 않고 등기기관의 심사도 형식적인 심사를 규정하고 있다. 그리고 통일등기제도를 규정하였지만 이는 단지 목표일뿐 실제로 어떻게 통일할 것인지에 대하여 자세한 규정이 없기 때문에 부동산등기법의 제정이 시급하다. 그러나 부동산등기법의 제정에도 많은 시간과 노력이 필요할 것이다.<sup>45)</sup> 그래서 물권법 제246조는 법률 및 행정법규가 부동산등기의 범위, 등기기관, 등기방법에 대하여 정하기 전에는 각 지방정부가 등기의 세부 내용을 정할 수 있도록 허용하고 있다. 결국 중국은 당분간 현재와 같은 부동산등기의 혼란 상태가 지속될 것이기 때문에 부동산의 선의취득과 같은 거래안전 보호장치는 등기제도가 완전히 정착되는 기간까지 당분간은 필요하다고 할 수 있다.

#### 4. 진정한 소유자의 구제

부동산 선의취득제도는 정적 안전을 포기하는 대가로 동적안전을 보호하기 위한 제도이다. 결국 부동산을 취득한 제3자는 법의 보호를 받지만 부동산의 소유자인 진정한 권리자는 막대한 손해를 입게 된다. 따라서 공평의 이념에서 진정한 권리자에 대한 법적인 구제장치도 마련되어야 한다.<sup>46)</sup> 중국 현행법에 의하면 다음과 같은 제도를 통해 진정한 권리자는 구제를 받을 수 있다.

##### 가. 이의등기제도

이의등기란 등기에 착오가 있다고 인정할 경우 기존 등기의 공신력을 저지하기 위하여 부동산등기부에 기재하는 등기를 말하며<sup>47)</sup> 특히 이의등기는 공평가치를 실현하기 위한 것이다.<sup>48)</sup> 물권법 제19조에 의하면 “권리자 및 이해관계자가 부동산등기부의 기재사항이 착오가 있다고 인정하는 경우 경정등기를 신청할 수 있다. 부동산등기부에 기재된 권리자가 등기의 정정을 동의하거나 등기 착오를 증명할 수 있는 증빙서류가 있을 경우 등기기관은 등기를 정정하여야 한다. 부동산등기부에 기재된 권리자가 등기의 정정을 동의하지 않을 경우 이해관계자는 이의등기를 신청할 수 있다. 등기기관이 이의등기를 받아 드릴 경우 신청자는 이의등기를 한

44) 孙宪忠, 前揭论文, 60면.

45) 王利明, “不动产登记与物权的确认和保护”, 光明日报, 2007.9.24日字.

46) 王金根, “論不動產善意取得”(重慶工商大學學報, 2006年 第2期), 83면.

47) 謝乃煌, “物權法理論視野中的異議登記”(求索, 2007年 第5期), 102면; 江平, 中国物权法教程(知識产权出版社, 2007), 144면.

48) 王利明·周友军, “民法典创制中的中国民法学”(中国法学, 2008年 第1期 总第141期), 136면.

날로부터 15일 이내에 소를 제기하여야 하며 그렇지 못할 경우 이의등기는 실효된다. 이의등기가 부당하여 권리자에게 손해를 가할 경우 권리자는 신청자에게 손해배상청구를 할 수 있다”고 규정하고 있다.<sup>49)</sup> 그러나 물권법은 이의등기의 신청기간에 대하여 분명하게 규정하지 않아 문제의 소지를 남겼다. 하지만 물권법 부동산 선의취득의 입법취지를 감안할 때 이의등기 신청기간은 제3자가 해당 부동산의 소유권을 취득하기 전 즉 소유권 이전등기 완료 전으로 한정하는 것이 타당할 것이다. 예를 들어 등기권리자인 A가 그의 부동산을 B에게 매각하여 등기기관에 소유권이전등기를 신청한 경우에 진정한 권리자인 C가 등기기관의 이전등기 완료 전에 관련 증빙서류에 의하여 이의등기를 신청한다면 B는 해당 부동산을 선의취득할 수 없다. 그러나 이전등기가 완료된 이후에 이의등기는 적용될 수 없을 것이다.

#### 나. 불법행위책임

불법행위란 타인에게 손해를 가하는 위법한 행위를 말한다. 불법행위 및 그에 따른 손해배상책임은 사회생활에서 생기는 손해를 적정하게 분담하는데 있다. 불법행위책임은 과실책임을 원칙으로 하는데 이는 법률이 명확하게 규정한 경우에 적용할 수 있으며, 책임의 형식은 불법행위의 정지, 재산반환, 원상회복, 손실배상 등이 있다. 일반적으로 불법행위의 가해자는 무과실을 입증할 책임을 부담한다. 불법행위책임은 손해배상책임의 범위가 직접손실을 포함할 뿐만 아니라 간접손실도 포함한다. 민법통칙 제117조에 의하면 국가 집단 및 타인의 재산을 침해할 경우 해당 재산을 반환하여야 한다. 반환할 수 없을 경우 금전으로 환산하여 배상하여야 한다. 진정한 권리자는 이 규정에 의하여 침해자에게 배상청구를 할 수 있다.

#### 다. 부당이득

부당이득이 성립하기 위하여는 우선 수익이 법률상 원인 즉 반환의무자에 의한 일정한 이익의 취득을 법률상 정당화하는 사유 내지 그 이익을 보유할 권원이 없는 것이어야 한다. 그리고 그 수익자 즉 반환의무자가 타인의 재화 또는 노무로부터 이익을 취하여야 한다. 즉 부동산 소유권과 같은 물권의 취득뿐만 아니라 부동산 등기의 취득도 수익에 해당한다. 부당이득은 수익자가 받은 이익의 모습 그대로 반환하는 것이 원칙이며, 반환되는 부당이득에는 원물은 물론이고 그 과실도 포함한다. 민법통칙 제92조에 의하면 적법한 근거 없이 부당한 이익을 취득하여 타인에게 손해를 가할 경우 가해자는 그가 받은 이익을 피해자에게 반환하여야 한다. 진정한 권리자는 이 원리에 의하여도 구제 받을 수 있다.

---

49) 不動産登記制度를 도입한 국가는 일반적으로 모두 更正登記制度를 두고 있다. 독일 민법은 제894조(不動産登記簿의 訂正) 및 제899조(異議登記)에서 규정하고 있고, 스위스 민법은 제975조 및 제977조에 규정되어 있다. 全國人大常委会法制工作委员会民法室編, 前掲書, 30면; 王勝明主編, 前掲書, 44면.

## 라. 등기기관의 책임

### 1) 공시원칙과 통일등기제도

공시제도는 물권의 변동 내지 현상을 공시하여 물권 거래를 하려는 자를 보호하기 위하여 만들어진 제도이다. 따라서 공시의 내용을 신뢰한 자를 보호하고 신뢰한 대로 법률효과를 부여할 필요가 있다. 이렇게 함으로써 공시의 기능이 발휘되게 된다. 물권법 제9조는 공시의 원칙을 명문으로 규정하였다. 즉 부동산 물권의 설립 변경 양도 및 소멸은 법적 등기를 하여야 효력이 발생하고 등기하지 않으면 효력이 없다. 그러나 법률이 별도로 규정할 경우 그러하지 아니한다. 공시의 형식에 관하여 동법 제16조에 의하면 부동산 등기부는 물권의 귀속 및 내용의 근거이다. 부동산 등기부는 등기기관에서 관리하는데 공시의 방법인 등기에 관하여 종래 중국에서는 토지와 건물을 구별하여 등기기관을 달리하였다. 따라서 실무상으로는 이와 같은 물권별 등기기관의 불일치로 인하여 등기의 혼란 내지 많은 분쟁 등을 유발하고 있다. 이에 물권법 제10조는 부동산 통일등기제도를<sup>50)</sup> 규정하였으나<sup>51)</sup> 실제로 등기기관 및 등기방법 등의 통일은 상당한 시간이 소요될 것이다.<sup>52)</sup>

### 2) 등기심사제도

중국의 현행 법률은 부동산 물권의 등기요건 및 등기심사표준에 대하여 명확한 규정이 없으며 다만, 물권법 제12조는 등기기관의 등기심사에 대하여 규정하였다.<sup>53)</sup> 물권법 제정 전에 등기기관의 심사에 대하여 분명하지 않았고 학설도 일치하지 않았다. 등기는 물권의 창설행위가 아니라 단지 공시방식이고 등기기관은 등기한 물권 진실성을 보장하는 담보인도 아니기 때문에 등기기관의 심사는 형식적인 심사일 수밖에 없다는 견해가<sup>54)</sup> 있다. 이에 대하여 중국이 현재 시장경제발전 초기에 처해 있어 경제질서가 매우 혼란하고 사기행위가 자주 발생하기 때문에 실질적인 심사를 하지 않으면 심각한 사기문제를 초래할 수 있다. 따라서 실질적 심사제도

50) 학자에 따라 物權登記의 통일을 大統一, 中統一, 小統一로 나누고 있다. 申卫星, “我国物权法中论爭焦点问题探讨”(法学杂志 第2006年 第4期 总第159期, 法学杂志社, 2006), 38면.

51) 物權法 草案 2次 審議稿 당시 法律委員會는 당사자의 부담을 덜어주기 위하여 不動產登記를 통일시켜야 한다는 常務委員會의 의견을 찬성하면서 統一登記는 행정관리체제와 관련된 문제이기 때문에 일정한 과정이 필요하다고 하였다. 罗菜娜, 物權法(草案)學習討論 參考(中国法制出版社, 2005), 68면.

52) 中國에서 登記에 관한 統一方案이 어려움을 토로하고 있다. 申卫星, “我国物权法中论爭焦点问题探讨”(法学杂志 第2006年 第4期 总第159期, 法学杂志社, 2006), 38면.

53) 중국은 물권법 제정과정에서 부동산 등기심사와 관련하여 형식적인 심사를 진행할 것인지 아니면 실질적인 심사를 할 것인지 여부에 대하여 논란이 있었으나 이러한 정의 규정과 심사형식에 대한 의견의 차이로 이에 대한 직접적인 논의를 회피한 채 등기기관의 직책만 규정하였다. 임호, “중국부동산 등기제도에 관한 연구(物權法을 중심으로)”(아시아법제연구 제8호, 2007), 130면.

54) 劉凱湘, 關於不動產登記問題的几点思考, <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=20004>.

를 도입하면 거래 당사자의 손해를 최대한 막을 수 있으며 등기기관의 책임감도 보다 강화할 수 있고 등기의 공시기능과 공신기능을 도모할 수 있다는 등의 이유로 실질적 심사제도를 시행하는 것이 타당하는 견해가 있다.<sup>55)</sup>

어떻든간에 현행 물건법은 실질적 심사주의를 취하지 않았다. 그 이유는 중국의 등기기관은 행정기관이기 때문에 실질적 심사주의를 취하면 막대한 책임을 지게 되는데 현실적으로 등기기관은 그와 같은 책임을 감당할 수 없다. 따라서 물건법은 형식적인 심사를 중심으로 특수 상황에서 실질적인 심사를 하는 절충적인 입장을 취한 것이다.<sup>56)</sup> 현재 중국의 현실을 감안하면 물건법이 형식적 심사주의 입장을 취하는 것이 이해가 된다. 그것은 등기행정기관이 형식적 심사를 하는 것만 해도 시간이나 비용이 막대하게 소요되는데 실질적인 심사를 한다는 것은 현실적으로 매우 어렵기 때문이다. 아울러 등기행정기관은 공공기관으로서 실질적인 심사를 담당함으로써 당사자 간의 분쟁에 개입하는 것도 바람직하지 않다. 그러나 장기적으로는 등기의 내용과 진실한 권리를 일치시키기 위해서 등기내용에 대해서 실질적인 조사가 필요할 것이다.<sup>57)</sup>

### 3) 등기기관의 과실책임제도

물권법 제정과정에서 부동산물권의 등기청구권자가 허위서류를 등기기관에 제출하고 그로 인하여 타인에게 피해가 발생하였을 경우 배상책임에 대하여는 이의가 없었으나 등기기관의 배상책임에 대하여 많은 논의가 있었다. 이는 등기기관에 따라 등기행위가 민사 또는 행정행위로 구분되며 그에 의하여 책임소재가 일반민사책임과 국가행정행위 배상책임으로 구분되기 때문이다.<sup>58)</sup> 물건법 제21조는 등기기관의 배상제도를 규정하였다. 부동산물권의 등기 내용이 정확한지 여부는 거래 당사자의 이익뿐만 아니라 거래안전 및 사회질서에도 많은 영향을 끼치므로<sup>59)</sup> 물건법이 등기기관의 책임을 강화하여 이와 같은 규정을 두는 것은 매우 타당하다고 할 수 있다. 다만, 이러한 배상책임이 민사상 배상책임인지 아니면 국가배상책임인지에 대하여 제21조는 분명하지 않다.<sup>60)</sup> 국가배상책임의 경우 직접 피해만 보상함으로써 당사자는 사실상 충분한 배상을 받을 수 없고, 민사상 배상책임의 경우에 등기기관은 배상문제에 대하여 엄청난 부담을 갖게 된다. 현재 최고인민법원이 제정 중인 "도시가옥등기행정안건 심리 약간의 문제에 관한 규정"<sup>61)</sup> 이러한 문제에 대해 분명히 정할 것을 기대한다.

55) 王利明, “試論我國不動產登記制度的完善”(求索, 2001年 第6期), 45면; 王利明, 我國民法典重大疑難問題之研究 (法律出版社, 2006), 340면.

56) 梁慧星, “精確認識物權法”(學習時報, 2006年3月27日), 5면.

57) 崔建遠, 中國房地產法研究(中國法制出版社, 1995), 266면.

58) 임호, 前揭論文, 133면.

59) 王利明, 前揭 試論我國不動產登記制度的完善, 46면.

60) 中國의 현행 이론 및 실무에 의하면 등기기관의 책임은 국가배상책임이다. 임호, 前揭論文, 133면.

61) 關於審理城市房屋登記行政案件若干問題的規定, <http://news.xhby.net/system/2008/04/08/>

