

중국의 토지도급경영권제도에 관한 연구

Research on The System of Land Contract Management Right

박성률(Piao Xinglu)* · 배성호(Bae, Sung Ho)**

ABSTRACT

Since The Third Plenary Session of the 11th Central Committee, the household contract responsibility system made a great contribution to developing rural economy and rural community in China. But with the development of the society, the system has begun to limit the development of the rural economy in today's industrial composition. Reform and perfect The system of the right to the contractual management of rural Land in China has become a common voice in the theoretical and practical realm in recent years. The circulation of land contract management right is a core link for solve the current issues and reform Rural land contract and management right system. The legalisation of The system of the right to the contractual management and the reasonable circulation of land contract management right is the prerequisite of Optimize the allocation of rural land resources and Promote the development of rural economy.

Land contract management right is the most important content of rural land system in China, which influences the development of the rural economy. About the rural land contracting right of management circulation, there are six main ways according to Rural Land Contract Law-Subcontracting, rent, transfer, exchange, shares, mortgages. But there are not a specific and clear provision about applicable conditions and scope. In view of the present situation, This sort of uncertainties and the deadline problem about land contract management right, In addition to, the imperfection of the rule about rights and obligations of the rural collective economic organizations, farmers' dependence on land, hysteresis of Related legislation. This series of questions makes The circulation of land contract management right gets more difficult in practice. On the one hand, influencing the activity of Circulation of land contract management right, on the other hand, limiting the development of rural land reform and economic development.

According to this problem, first of all, the related rules about the rural land contracting right of management circulation should be perfected. In the meantime, conscientiously implement all plans for basic security system of rural society. After a solid foundation, then, the establishment of Rural land market new order, the specification of circulation procedure, and the establishment of a perfect arbitration system will be set out to carry it through. This article proposed the improvement plan regarding the activity of Circulation of land contract management right through the following points: the related legislation, the Social Security of peasantry, land markets, supervision and administration, arbitration.

Key words: Land contract management right, Circulation, System perfection, Contract agreement, Usufructuary right

* 제1저자: 영남대학교 법학연구소 선임연구원

** 교신저자: 영남대학교 법학전문대학원 교수 · 법학박사

I. 서론

중국에서 농촌의 토지문제는 중국농촌과 농업발전에 관하여 지속적으로 문제의 중심이 되어왔다. 중국은 1978년 중국 공산당 제11기 중앙위원회 제3차 전체회의 이후부터 농촌에서 전면책임제를 실시하고 가정도급경영책임제를 보편적으로 추진하여 다수 대주의 생산성을 크게 확대시켰다.¹⁾ 70-80년대에 중국 농촌토지가 점차 가정도급책임제를 중심으로 토지의 사권제도로 형성되었다. 국가가 토지도급경영권을 농민들에게 부여하여 정책과 법률 수단으로 농촌의 토지도급경영권제도를 확립했다.

토지도급경영권은 20세기 말 가정도급책임제에 따라 생긴 권리이다. 이 권리의 형성 초기에는 계획적 경제의 체제에서 자발적으로 생긴 관습상의 권리였지만 개혁개방에 따라 정치적인 승인을 받고 정책적인 권리로 변모하면서, 1986년 민법통칙에서 그 법적 성질을 규정하였다. 그 시기의 민법통칙 제80조 제2항에서 토지도급경영권은 “소유권에 관한 재산권리”로 규정되었다. 그 후에 공포한 농업법, 토지관리법에서 토지도급경영권을 더욱 반영하였고, 2002년 공포된 토지도급법에서 토지도급경영권의 내용을 규정하였다. 2007년 공포된 물권법에서도 토지도급경영권을 용익물권의 일종으로 대략적으로 규정하였지만 토지도급경영권에 관한 문제가 해결된 것은 아니다.²⁾

가정도급책임제를 실시할 때부터 중국농촌의 토지재산권제도는 일련의 변혁에 들어섰다. 이러한 변혁에 따라 중국농촌토지의 소유권과 도급경영권이 분리되었다. 농가들의 토지도급과 토지도급경영권의 유통은 점차 농촌토지개혁에 관한 쟁점이 되어 토지법제와 정책도 연이어 수정되어 왔다. 특히 2014년 11월에 중국공산당 중앙판공청, 국무원판공청에서 공포한 “농촌토지경영권을 질서 있게 인도하여 적당한 규모의 농업경영을 발전시키는 방법에 관한 의견”에서 “농촌토지의 단체소유권을 전지하고 소유권, 도급권,³⁾ 경영권 3가지 권리를 분리하여 토지경영권을 질서 있게 유통할 수 있도록 인도하여야 한다.”라는 내용을 강조했다. 그중에 토지도급경영권에 포함된 소유권, 도급권, 경영권의 삼권분리의 내용은 해석론적 쟁점⁴⁾ 많지만 이 연구에서는 법률규정만을 근거로 한다. 그에 따라 2015년 국무원에서 공

1) 조동제, “중국 농촌토지도급경영권에 관한 법적 검토”, 재산법연구 제29권 제3호, 2012.11, 344면.

2) 王金堂, “土地承包经营权制度的困局与解破-兼论土地承包经营权的二次物权化”, 西南政法大学, 박사학위논문, 2012. 10면.

3) 광의로 해석하면 도급권은 토지도급경영권인데, 여기에서는 협의의 해석을 채택하고 농민들이 토지를 도급받을 수 있게 되는 권리이다.

4) 高圣平, “新型农业经营体系下农地产权结构的法律逻辑”, 法学研究 제4기, 2014, 82면. 陈小君, “我国农村土地法律制度变革的思路与框架-十八届三中全会决定相关内容解读”, 法学研究 제4기, 2014, 5면. 丁文, “论土地承包权与土地承包经营权的分离”, 中国法学 제3기, 2015, 156면. 丁关良, 阮韦波, “农村集体土地产权三权分离论驳析-以土地承包经营权流转中‘保留(土地)承包权转移土地经营权(土地使用权)’观点为例”, 土地经济与管理 总第43期, 2009, 2면. 刘守英, “中共十八届三中全会后的土地制度改革及其实施”, 法商研究 总第160期, 2014, 7면.

포한 “혁신강도의 증가와 농업현대화 건설의 가속에 관한 의견”에서 토지도급경영권을 유통시키려는 의도와 농민들의 권익을 보호하고 토지도급경영권과 관련된 이해당사자의 권익을 균형하게 다루려는 의도를 표현했다.

아래에서는 중국 토지도급경영권과 관련하여 토지도급경영권의 유통에 관한 내용을 살펴보고, 그 개선점을 모색해 보고자 한다.

Ⅱ. 토지도급경영권의 내용과 특징

물권법 제125조에 따르면 토지도급경영권이란 농업경영자가 단체소유 혹은 국가의 토지를 도급받아서 도급받은 농지, 임지, 초원에 대하여 점유, 사용 및 수익할 수 있는 권리를 보유하고 재식농업, 임업, 목축업을 할 수 있는 권리를 말한다. 지난 30여년 동안 토지도급경영권제도가 발전함에 따라 토지도급경영권은 택지사용권 및 건설용지사용권과 함께 중국의 토지사용권제도로 구성되어 왔다.

중국은 토지국유제와 단체소유제 때문에 토지 소유권은 농촌단체에 속하고 토지를 도급받은 농민들은 도급권을 가진다. 농민들이 토지도급경영권을 타인에게 양도할 때에는 사용권만 양도되고 도급권은 여전히 농민이 보유한다. 토지도급경영권의 기한은 토지도급권의 기한을 초과할 수 없다.

1. 토지도급경영권의 내용

토지도급경영권은 중국만의 독특한 농촌토지도급제도에서 생긴 개념이다. 토지도급경영권의 개념은 아래 3가지 내용을 포함하고 있다.

① 토지도급경영권의 주체는 특정된 것이다. 농촌토지의 도급관계에서 토지를 도급해주는 자(아래에서는 도급인라고 함)는 농촌단체이고 도급받는 자(아래에서는 수급인라고 함)는 반드시 농업활동에 종사하는 자연인 혹은 단체이어야 한다. 토지도급법과 물권법의 규정에 근거하여 중국농촌토지의 도급방식은 2가지만 존재한다. 하나는 농촌단체가 그 단체 내부의 가정단위로 도급하는 방식인데, 이 방식에서의 도급경영권의 주체는 농촌단체의 구성원이다. 다른 하나의 방식은 가정도급에 적당하지 않는 사항지⁵⁾ 등 황폐한 토지의 경우 입찰, 경매, 공개협상 등의 방법(아래서는 기타방식이라고 함)으로 도급한다. 기타방식에 의하

5) 사항지란 합리적으로 충분하게 이용하지 못한 4가지 토지종류를 말한다. 즉 황폐한 산, 개울, 언덕, 모래사장이다.

여 토지를 도급하는 경우에, 첫째, 농촌단체의 구성원에 한하는 것이 아니며 기업법인, 개인 기업, 개인공사업자, 국가기관 직원 또는 기타 자연인 등도 모두 수급 받을 수 있고, 둘째, 기타방식에 의하여 수급 받은 경영권은 자유로이 처분할 수 있다. 그리고 토지도급경영권을 처분함에 있어서 등기는 성립요건이 아니고 대항요건이다.⁶⁾

② 토지도급경영권의 객체는 농촌토지이다. 물권법 제124조에서 “농촌단체소유와 국가소유하여 농촌단체가 사용하고 있는 농지, 임지, 초원 및 기타 농업에 사용된 토지는 법에 따라 토지도급경영제도를 실행한다”라고 규정하고 있다. 즉 농촌 토지도급경영권의 객체는 택지와 다른 건설용지를 배제하고 농업용지와 사황지 등의 토지를 말한다.

③ 토지도급경영권의 내용은 권리주체가 그 도급받은 토지에 관한 점유, 사용, 수익, 처분 등의 권능을 말한다.

(1) 토지도급경영권자의 권리

토지도급경영권은 아주 복잡한 권리이다. 권리자가 그 권리에 속하여 가진 능력은 권능이다. 이것은 권리의 미시적인 구조로서 권리의 구체적 내용라고 볼 수 있다.⁷⁾ 물권법에 의하면 토지수급경영권자는 토지수급경영권의 점유 사용 수익의 권리, 유통할 수 있는 권리, 예외적인 상속권 및 법에 의한 보상을 받을 권리가 있다.⁸⁾ 아래서는 토지도급경영권에 속한 권능을 분석해 보고자 한다.

① 점유권

점유권이란 토지도급경영권의 권리자가 단체소유 혹은 국가소유의 농업토지에 대해서 실제로 지배하는 권리이다. 점유권은 다른 권리를 행사하기 위한 전제가 되는 권리이다. 그러한 목적을 달성하려면 점유권은 필수적이다.

② 사용권

사용권이란 권리자가 토지의 자연성질과 법 규정에 따라 토지를 사용하는 권능이다. 권리자가 전지에서 경작하거나 초원에서 축산을 하는 행위를 할 수 있는 권능을 말한다. 토지도

6) 정연부, 김로륜, “중국의 토지사용권 유형에 관한 연구-중국물권법의 용익물권편 규정을 중심으로-”, 중국법연구 제13집, 한중법학회, 2010.6, 52면.

7) 刘小红, 郭忠兴, 陈兴雷, 앞의 논문, 51면. 王金堂, 앞의 논문, 2012. 32면.

8) 이정표, “중국 농촌집체토지수급경영권의 징수와 보상제도”, 재산법연구 제25권 제3호, 2009.2, 490면.

급법 제16조에서 “권리자가 토지에 대하여 사용과 농업생산을 안배하는 권리가 있다”라고 규정하고 있다. 또한 동법에 따라 그 토지에서 건설한 농업시설에 대하여 소유권이 있다.

③ 수익권

수익권이란 권리자가 도급받은 토지에서 생긴 이익을 취득하는 권능이다. 토지 도급경영권의 권리자가 그 도급받은 토지에서 종식, 양식, 축산을 해서 생긴 수확은 법에 따라 권리자에 속한다. 토지도급법 제16조에서 권리자가 토지에 대한 수익권을 명확하게 승인하였다.

④ 처분권

처분권은 권리자가 법에 규정한 범위내에서 그 재산에 대하여 처분할 수 있는 권능을 말한다. 즉 사실적인 양도, 소비, 매매, 보관 등 처리할 수 있는 권능이다. 토지관리법에 근거하여 토지도급경영권자가 토지에 대하여 임대, 양도, 교환, 투자⁹⁾, 유통 등의 처분권을 가진다.

⑤ 물상청구권

물상청구권이란 권리자가 자신의 점유, 사용, 수익, 처분 등의 권능을 침해하는 타인에 대하여 방해를 배제할 것을 청구할 수 있는 권리이다. 즉 침해정지, 방해제제, 원상회복, 손해배상 등 내용을 포함한다. 권리자의 물상청구권은 소유자의 동의를 받지 않아도 행사할 수 있다. 이 권리는 제3자에게 행사할 수 있고 소유자에게 행사할 수도 있다.

⑥ 지역권

지역권은 법률규정 혹은 계약에서 약정한 인접한 토지사용권자 간에 생긴 권리를 말한다. 주로 통행, 배수 등에 관한 권리이다.

⑦ 해제권과 토지도급경영권의 기한을 연장하는 권리

계약 기한만료 후에 권리자는 원래 체결한 계약을 해제할 수 있는 권리가 있다. 그런데 물권법 제126조에서는 토지도급경영권의 권리자가 계약기한만료 후에 계약을 연장할 수 있도록 규정하여 그 토지를 계속 도급받을 수 있도록 보호하고 있다.

9) 중국에서는 ‘입고(入股)’라고 한다. 토지도급경영권의 투자란 수급인이 자기의 토지도급경영권을 주주권으로 가격을 정하고 투자하여 주식회사 혹은 경제합작사 등의 방식으로 통일적인 농업생산을 진행하여 그 구성원들의 투자비율에 따라서 이익을 배당받는 방식을 말한다.

⑧ 기한만료 후의 보상권과 토지수용에 대한 보상권

기한만료 후에도 토지도급경영권자는 그 토지의 부착물을 소유할 수 있다. 그 부착물을 취득할 수 없을 때에는 그 새로운 토지도급경영권의 권리자에게 보상을 청구할 권리가 있다.

토지도급법 제16조에서 “법에 의거하여 수용된 경우에 도급받은 토지의 권리자는 상당한 보상을 받을 수 있는 권리가 있다”라고 규정하고 있다. 물권법 제132조에서 “도급받은 토지가 수용된 경우에서 권리자는 본법 제42조 제2항의 규정에 따라 상당한 보상을 받을 수 있는 권리가 있다”라고 규정하고 제42조 제2항에서 “국가가 단체소유의 토지를 수용할 때는 법에 의거하여 토지보상금, 안치보조금, 지상부착물과 농작물에 관한 보상금을 지불하여야 한다”라고 규정하고 있다. 그러므로 토지도급경영권의 권리자는 도급받은 토지가 수용될 경우에는 법에 의하여 정당한 보상을 받음으로써 법적인 보호를 받고 있다.

(2) 토지도급경영권자의 의무

토지도급경영권의 내용에 따라 권리자에게 부과된 의무는 농촌토지도급법과 토지관리법에서 규정하고 있다.

① 토지도급경영권자는 토지의 농업용도를 유지할 의무가 있다. 토지도급법 제17조 제1항에 따르면 권리자는 토지의 농업적인 용도를 유지하여야 한다. 농지를 보호하기 위하여 비농업적인 건설 등의 행위를 할 수 없다.

② 토지를 합리적으로 이용하고 보호하여야 한다. 토지의 영구성에 손해를 초래하는 행위를 할 수 없다. 토지도급법 제17조 제2항에 따르면 토지에 대한 과도한 이용은 토지의 계속적인 발전에 불리하다.

③ 권리자는 농촌단체의 감독을 받는다. 토지관리법 제37조에 따르면 권리자가 2년 동안 토지를 경작하지 않으면 도급관계가 중지되고 토지는 반환하여야 한다.

2. 토지도급경영권의 특징

토지도급경영권을 토지에 관한 다른 권리와 비교하면 농촌단체소유제도의 제한을 강하게 받는 등 여러 특징을 가지고 있다. 아래에서는 토지도급경영권에 관하여 특징들을 도출하여 설명하고자 한다.

(1) 신분특징을 구비한 용익물권

토지도급경영권은 용익물권의 일종으로서 신분특징을 가지고 있다. 재산권은 본질적으로 자유롭게 처분할 수 있는 권리이므로 중국에서 동산에 관한 자유로운 처분은 허용되지만 부동산에 관한 처분은 중국 특유의 소유제도 때문에 자유로운 처분성이 제한된다.

중국은 토지공유제를 실행하고 있기 때문에 토지소유권은 매매할 수 없지만 건설용지사용권, 토지도급경영권 등과 같은 토지의 용익물권은 일정한 조건에서 양도할 수 있다. 그러나 건설용지사용권과 비교해보면 토지도급경영권은 상대적으로 양도에 있어서 엄격한 제한을 받고 있다. 토지도급경영권의 양도인은 안정적인 직업과 수입을 갖추어야 토지도급경영권을 양도할 수 있다. 토지도급경영권의 양수인은 농업생산능력을 구비하고 농촌단체의 동의를 받아야 토지도급경영권을 양수할 수 있다. 또한 양도받은 토지도급경영권은 기한이 만료되면 법적인 보호가 보장되지 않는다. 토지를 도급받은 가구는 농업호구(農業戶口)의 지위를 포기하면 농촌단체는 그 토지를 강제적으로 회수한다.

(2) 법률과 계약에 따른 이중의 제약

토지도급경영권은 법률과 계약에 따른 이중의 제약을 받는 권리이다. 이 권리는 발생연원과 관련하여 토지사용권과 달리 국가에서 법률로써 인정되어온 권리가 아니라 오래전부터 농민단체와 도급받은 농민들 간에 계약을 체결함으로써 발생된 권리이다. 따라서 개개의 토지도급경영권의 내용은 체결된 계약내용에 따라 조금씩 차이가 있을 수 밖에 없었기 때문에 토지도급관계가 불안정할 수 밖에 없어서 농민들의 이익을 보호할 필요성이 높아졌다. 이러한 연유로 토지도급법을 제정·공포하여 토지도급경영권에 대한 양도권, 저당권, 점유권, 사용권, 수익권, 처분권을 농민들에게 부여하였다. 그러므로 토지도급법 공포 이후에는 토지도급경영권이 법정의 권리가 됨에 따라 법적인 성질과 당사자 간의 약정의 성질 모두를 가지게 되었다.

(3) 토지용도에 따른 제한

토지도급경영권은 재식농업, 임업, 목축업, 어업 또는 기타 농업을 하기 위하여 국가소유 혹은 단체소유의 토지를 도급받아서 사용, 수익하는 권리이다. 즉 토지도급경영권자는 양식, 목화, 수목, 밭작물, 채소 등 작물을 포함한 재식농업이나 도급받은 토지, 임지, 산, 초원, 황지, 간석지에서 진행하고 있는 임업, 목축업, 어업 등의 활동을 할 의무가 있다.

(4) 기한의 정함이 있는 토지권리

토지도급경영권은 기한이 있는 권리이다. 현재 중국에서 전지를 도급받을 수 있는 기한은 보통 30년이다. 기한이 만료된 후에 권리자는 법률이 정하는 절차에 따라 다시 도급받을 수 있다. 이러한 토지도급경영권의 연장은 일반적인 도급관계에서는 문제가 없지만 토지도급경영권이 유통됨에 따라 해석상 문제가 발생하고 있다.

이러한 특징을 가지고 있는 토지도급경영권은 도급계약에서 생겼지만 권리자와 농촌단체의 관계에 제한된 채권만 아니라 물권성질을 가지고 있는 특별한 권리이다.

Ⅲ. 토지도급경영권의 유통

토지도급경영권의 유통의 개념에 관해서는 다양한 견해가 있다. 이 부분을 명확히 해석하려면 아래와 같은 3가지 점을 주의하여야 한다. 첫째, 법적인 토지도급경영권의 유통의 개념에서 경제학의 용어를 사용하는 것은 타당하지 않다. 둘째, 본 연구에서는 토지도급경영권의 유통에 대하여 논의하기 위해 토지도급경영권의 내용을 반복해서 설명할 필요는 없다고 생각한다. 셋째, 토지도급경영권의 유통의 대상은 토지소유권이 아니라 토지도급경영권이기 때문에 “토지소유권을 변화시키지 않는 전제”라는 용어도 불필요하다고 생각한다.

그러므로 토지도급경영권의 유통은 도급경영권이 권리자의 처분에 따라 물권변동이 발생하거나 또는 권리자의 채권행위에 따라 일정한 기간에 그 사용수익권을 채권으로 타인에게 양도하는 법적 현상이라고 볼 수 있다.¹⁰⁾

1. 토지도급경영권유통의 특징

토지도급경영권의 유통은 토지도급경영권의 제한을 받는다. 또한 토지도급경영권과 비슷한 특징을 가지며 토지도급경영권 유통의 특성에 따라 제한을 받고 있다.

① 우선 권리자가 어떠한 방식으로 토지경영권을 유통해도 반드시 기본적인 원칙을 지켜야 한다. 즉 토지의 소유권을 변화시킬 수 없다. 다시 말하면 토지의 국가소유와 단체소유의 상태는 변화시킬 수 없다는 것이다. 토지는 국가의 농업생산의 근본이고 국가경제의 명맥이다. 토지도급경영권의 유통은 농촌경제를 활성화하고 농민들의 수익을 높이는 수단이 된다.

10) 杨光, “我国农村土地承包经营权流转法律问题研究”, 吉林大学法学院, 박사학위논문, 2013, 19면.

② 토지의 농업용도를 유지하고 합리적으로 토지를 사용해야 하며 토지를 방치할 수 없다. 토지도급경영권의 유통과정에서 토지의 도급인, 수급인 및 수급인의 손에서 토지를 다시 양수 받은 양수인은 누구나 토지의 농업용도를 유지하고 농지를 보호하여야 한다. 이것은 중국의 농지가 적고 인구가 많은 사정에 따른 정책적인 요구이다.¹¹⁾

③ 토지도급법의 규정¹²⁾에 따라 토지도급경영권유통의 양도인은 반드시 토지를 도급받은 농민들이어야 한다. 또한 토지도급경영권유통의 양수인은 개인 및 단체가 되지만 토지도급법 제33조의 규정에 따라 농업활동을 경영할 수 있는 능력을 구비하여야 한다.

④ 토지도급경영권을 유통받은 자의 권리의 기한은 수급인이 토지를 도급받은 권리의 남은 기한을 초과할 수 없다. 여기에서의 기한은 법정기한이기 때문에 반드시 법으로 규정하여야 한다.

⑤ 토지도급경영권은 어떤 방식으로 유통되어도 반드시 서면으로 계약을 체결하여야 한다. 토지도급법에 따라 토지도급경영권의 유통계약은 계약 당사자 쌍방의 권리의무를 증명하는 증거가 된다. 이것은 이후에 계약관계에 관한 모든 분쟁을 처리하는 중요한 근거이다.

⑥ 토지도급경영권의 유통은 당사자 의사에 따라 자유로이 행해져야 한다.

⑦ 토지도급법 제32조¹³⁾와 제49조¹⁴⁾의 규정에 따라 중국에서는 토지도급경영권의 출처를 구별하여 또는 등기여부의 차이를 가지고 권리에 대한 보호방식을 결정한다. 가정도급으로 취득한 토지도급경영권은 취득과 동시에 그 물권을 가지고 법에 따라 직접 유통할 수 있는데, 기타방식으로 취득한 토지도급경영권은 등기하기 전에는 채권만 보유한다. 따라서 토지도급경영권을 취득한 법에 따라 등기한 이후에만 유통할 수 있다.

2. 토지도급경영권유통의 방식

토지도급경영권유통의 내용과 외연은 그 권리에 관한 지배와 이용하는 정도에 영향을 준

11) 刘洪华, “论农村土地权益流转”, 法学杂志 제5기, 2010, 15-16면참조.

12) 토지도급경영권유통의 주체가 토지를 도급받은 수급인이다. 수급인은 자주적으로 토지도급경영권의 유통여부와 유통의 방식으로 결정할 수 있다.

13) 토지도급법 제32조에서는 “가정도급으로 취득한 토지도급경영권은 법에 따라 전환, 임대, 교환, 양도 및 기타 방식으로 유전할 수 있다.”라고 규정했다.

14) 토지도급법 제49조에서는 “입찰, 매매 및 공개협상 등 방식으로 농촌토지를 도급하고 법에 따라 등록하여 토지도급경영권증서 또는 입권증서를 취득했을 때 그 토지도급경영권을 법에 따라 전환, 임대, 입주, 저당 및 기타 방식으로 유전시킬 수 있다.”라고 규정했다.

다. 중국 토지도급법에서 정하는 토지도급경영권유통의 주요방식은 도급이전, 임대, 양도, 교환, 투자, 저당 등 6가지이다. 2005년 3월에 실시된 “농촌토지도급경영권유통의 관리방법”에서 그 6가지 방식에 관한 내용을 규정하였는데, 유통방식에 관한 적용조건과 규범 등의 구체적인 내용은 규정하지 못했다. 아래에서는 토지도급경영권유통의 방식에 대해서 간단하게 소개하고자 한다.

(1) 토지도급경영권의 도급이전

토지도급경영권의 임대는 원래의 도급관계를 변화시키지 않고 수급인이 그 도급받은 토지의 전부 혹은 일부의 사용권을 단체 내부의 다른 구성원에게 이전하는 행위를 말한다.¹⁵⁾ 이런 방식은 절차가 간단하고 수익도 빨리 얻을 수 있기 때문에 현재 농촌에서의 일반적인 유통방식이다.

도급이전은 원래의 도급관계를 변화시키지 않고 도급인과 수급인의 권리의무에도 영향을 주지 않는다. 새로운 도급계약관계는 도급인관 수급인 사이에 새로운 계약을 체결하여 그들 간의 새로운 권리와 의무를 결정한다. 따라서 원래의 도급관계와 새로운 도급관계의 2가지 법률관계가 있다. 즉 새로이 수급인은 그 도급인에게만 책임을 지고 원래 도급인과는 원칙적으로 권리의무가 없다. 따라서 원래 도급인도 원래 수급인에게 계약상의 채권을 청구할 수 있고 새로이 수급인에게는 청구할 수 있는 권리가 없다.

(2) 토지도급경영권의 임대

토지도급경영권의 임대는 원래의 도급관계를 변화시키지 않고 토지의 수급인 토지의 전부 혹은 일부의 사용권을 타인에게 임대해서 농업활동을 진행하는 행위이다. 토지도급경영권의 임대와 도급이전을 비교해보면 동일한 점은 원래의 토지도급관계가 변하지 않는다는 것이다. 차이점은 도급이전에서 새로운 계약관계는 도급관계인데 반해 임대에서는 임대관계라는 점이다. 또한 도급이전에서의 주체는 단체내부의 구성원인데 반해 임대에서의 주체는 다른 단체와 같은 농촌단체 구성원을 제외한 개인이다. 그러나 토지도급경영권의 임대는 시장경제의 발전에 따라 원래 단체내부의 도급이전에서 단체외부에 나온 권리이전행위이다. 따라서 양자가 근본적인 차이가 없다고 생각한다.

15) 丁关良, “土地承包经营权流转主要方式之法律性质研究述评”, 山东大学学报(社会科学版), 총제39기, 2008, 5면.

(3) 토지도급경영권의 양도

토지도급경영권의 양도는 수급인이 그 토지의 도급인의 허가를 받고 토지도급경영권을 타인에게 양도하는 행위이다. 토지도급경영권의 양도는 한국에서의 소유권 이전과 유사한 방식이다. 수급인이 그 토지도급경영권을 양도하는 것은 토지에 대한 모든 권리를 포기하는 것이다. 원래의 도급관계는 양도한 때부터 소멸된다. 원래 도급인과 새로운 양수인은 새로이 협상해서 새로운 도급계약을 체결한다.

(4) 토지도급경영권의 교환

토지도급경영권의 교환이란 농촌단체의 구성원 간에 농업생산의 요구에 따라 각자의 토지도급경영권을 서로 교환하는 행위를 말한다. 여기에서 중요한 점은 교환의 주체는 반드시 단체내부의 구성원이어야만 하는 것이다. 따라서 그 객체는 반드시 그 단체소유의 토지이어야 한다. 보통 수급인이 취득한 토지는 자잘하고 분산된 토지기 때문에 각자의 토지를 통합하여 농업규모에 적합하게 하기 위하여 토지를 교환한다.

(5) 토지도급경영권의 투자

토지도급경영권의 투자란 수급인이 자기의 토지도급경영권을 주주권으로 가격을 정하고 투자하여 주식회사 혹은 경제합작사¹⁶⁾ 등의 방식으로 통일적인 농업생산을 진행하여 그 구성원들의 투자비율에 따라서 이익을 배당받는 방식을 말한다. 대규모 경영을 통한 농업의 산업화에 적합한 방식이며, 경영권을 주식화한 후에도 토지권리를 재산권의 형태로 유지할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 앞서 지적한 대로, 주식으로 전환된 경영권에 대해 재산권을 행사할 수 있는 범위가 제한적이라는 점은 주자 이전 방식의 보편화는 물론 주식합작제의 성공적인 운용을 위해서 조속히 해결되어야 할 과제로 남겨져 있다.¹⁷⁾

(6) 토지도급경영권의 저당

토지도급경영권의 저당이란 토지수급인이 그 토지에 대한 점유상태를 변화시키지 않고 토지도급경영권을 채권의 담보로 저당으로 하는 것을 말한다. 일반적인 저당권과 다름없이

16) 경제합작사란 농촌의 경제체제에서 단체소유, 민주관리, 구성원을 위해 봉사하는 지역사회적인 농촌 경제단체를 말한다.

17) 장호준, “개혁개방 이후 중국의 농촌 토지제도 개혁: 토지도급경영권 이전 기제의 형성을 중심으로”, 중국연구 제52권, 2010.10, 577면.

채무자가 채무를 이행할 수 없을 때 채권자는 경매, 판매 등의 방식으로 저당된 토지도급경영권을 처분할 수 있다. 그러나 이런 유통방식은 단지 기타방식으로 취득한 토지도급경영권에 적용할 수 있을 뿐이다. 즉 가정단위로 취득한 토지도급경영권에 대한 저당은 농민들의 생존에 대한 보장을 박탈시킬 수 있기 때문에 금지된다.¹⁸⁾

Ⅳ. 토지도급경영권유통의 문제점과 개선방안

1. 토지도급경영권유통의 문제점

토지도급경영권은 토지도급법에 근거하여 발생된 토지도급경영에 관한 점유, 사용, 수익, 처분 등의 권리이다. 70-80년대의 가정보담책임제에서 생긴 이 권리가 법제화와 물권화의 과정을 거치면서 여러 문제가 드러나고 있다. 아래에서는 토지도급경영권에 관한 문제점을 분석하고자 한다.

(1) 토지도급경영권유통방식의 불명확성

현재의 중국법률의 토지도급경영권의 유통방식에 관한 규정은 혼란스러운 문제가 있다. 예컨대 농촌토지도급법에서 토지도급경영권의 유통방식에 관한 규정은 농민들이 도급받아서 채택할 수 있는 도급이전, 임대, 교환, 양도 등의 방식(토지도급법 제32조)과 기타방식으로 토지도급경영권을 취득한 자가 채택할 수 있는 양도, 임대, 저당, 투자 등의 방식(토지도급법 제49조) 등 모두 6가지인데 물권법에서는 도급이전, 교환, 양도 등 3가지만 규정하고 있다. 이러한 토지도급경영권에 관련된 규정의 불일치가 문제되는 것이다. 또한 양도방식의 중복문제가 있다. 유통의 경우 영업양도, 교환, 임대 등 여러 가지방식으로 유통방식으로 규정하고 있다.¹⁹⁾ 그러나 토지도급경영권의 유통방식의 성질이 명확하게 규명되지 못하고 있다. 가령 도급이전과 임대는 근본적인 차이가 있는가, 법에서 규정하는 유통의 기타방식은 어떤 방식인가, 특히 구체적 실현과 관련하여 문제가 가장 많은 토지도급경영권의 양도, 저당, 상속 등의 유통방식은 어떻게 실행되는가가 문제된다. 아래에서는 이 3가지 유통방식에 관한 문제를 분석하고자 한다.

18) 물권법 제180조에서 채무자 혹은 제3자가 처분할 수 있는 아래에 열거한 재산은 저당할 수 있다고 규정했다. 그중에 제3항은 “입찰, 경매, 공개협상 등의 방식으로 취득한 황지 등의 토지도급경영권”라고 열거되고 있다.

19) 김종우, “중국의 토지도급법제도에 관한 고찰”, 중국법연구 제17집, 한중법학회, 2012.6, 101면.

① 토지도급경영권의 양도

토지도급경영권은 형성될 때부터 권리자의 특정한 신분적인 특성을 요구한다. 현재의 법에 따라 토지도급경영권은 농민의 신분에 귀속하여 존재하고 있다. 농민들은 농촌의 호구를 포기하여 농민의 신분을 상실하면 토지경영도급경영권도 상실하게 된다. 이렇게 법에서 규정하는 귀속관계가 한편으로는 농업발전에 불리하다. 농민들은 농사일을 하는 작업도구로 되면서 토지에 묶여졌다. 물권법 공포 이후 물권화에 따라 토지도급경영권은 토지양도, 교환 등의 유통수단이 생기면서 토지도급제도가 개선되고 있다.

토지도급경영권의 시장과 양도의 관계는 변증법적인 통일과정을 거치고 있다. 토지시장이 없으면 토지도급경영권도 유통할 수 없다. 토지도급경영권은 상품으로서 다른 상품과 같이 가치규율의 지배와 시장체제의 제한을 받고 있다.²⁰⁾

토지도급경영권의 양도는 토지시장의 개선과 발전에 도움이 되고 규범적으로 완벽한 토지시장도 토지도급경영권의 양도를 촉진시킨다. 그러나 현재의 토지도급경영권의 시장은 여러 방면에서 제한을 받고 있다.

그리고 토지도급경영권의 양도절차에서는 토지도급법 제37조에 따라 농촌단체의 허가를 받아야 한다. 즉 토지도급경영권의 양도는 양도인과 양수인 간에 계약의 체결과 더불어 토지의 소유자인 농촌단체의 허가를 받지 못하면 무효이다. 그러나 농촌단체의 허가에 관한 규정이 모호하기 때문에 토지도급경영권의 유효한 양도는 이루어지기 어렵다. 우선 농촌단체가 가지는 허가권의 주체가 모호하다. 허가할 수 있는 주체는 농촌단체의 경제단체, 농촌 내부의 여러 경제단체, 촌민위원회, 촌민조 등의 단일 단체가 아니기 때문에 누가 허가권을 가지는지 분명하지 않다. 그리고 토지도급경영권의 양도를 허가하는 표준도 모호하다. 또한 농촌단체의 허가권은 행사표준이 없어서 남용할 가능성도 있다. 허가권의 남용으로 당사자 간에 계약으로 양도한 토지도급경영권의 효력을 무효로 하여 토지를 회수하는 등 양도인과 양수인의 이익을 침해하는 문제가 있는 것이다.

② 토지도급경영권의 상속

예전부터 중국 토지도급경영권의 상속은 음성적으로 지속된 문제이다. 토지도급경영권은 여러 의무를 포함하는 채권적인 토지사용권이다. 이러한 경우에 한 가정에 사람이 사망했다면 그 가정의 다른 구성원들은 그 토지를 자연적으로 상속한다. 여기에서 가정단위로 취득한 토지도급경영권의 주체는 개인이 아니라 농가지만 법정관계에서 수급인은 농가가 아니라 농가에 소속된 모든 구성원이다.²¹⁾ 토지도급법 제31조 제1항에서는 “수급인이 받아야 할 수익은 상속법의 규정에 따라 상속한다”라고 규정하고 있는데 상속법 제4조에서는 “개인의

20) 王金堂, 앞의 논문, 제81면.

21) 朱庆育, “民法总论”, 北京大学出版社, 2013, 464면.

도급에 의하여 취득한 개인수익을 이 법의 규정에 의해 상속할 수 있으며 개인의 도급을 법률적으로 허용하여 상속인이 도급받을 때에는 도급계약서에 의해 처리해야 한다”라고 규정하고 있다. 여기에서 토지도급경영권의 상속여부에 관한 명확한 규정이 없지만 반대로 토지도급경영권이 상속될 수 있게 되는 여지를 남겼다.²²⁾ 따라서 토지도급경영권의 상속에서는 특별히 충돌의 문제가 없어서 상속인과 피상속인간에 자연스럽게 상속의 방식으로 유통하게 되는 것이다.

그러나 물권법이 공포된 후에 토지도급경영권이 물권화됨에 따라 그 재산적 성질도 점차 변화하여 왔다. 이러한 과정에서 토지도급경영권은 용익물권의 성질을 가지고 더욱 합리적으로 상속되기 변했는데²³⁾ 농업세의 폐지 또는 토지수용에 생긴 고액의 보상금 때문에 토지도급경영권은 이전처럼 간단한 토지사용권뿐만 아니라 여러 재산적 가치를 포함하게 되었다. 이러한 경우에 토지도급경영권의 상속에 관해서 음성적인 문제가 점차 드러나게 되어서 법제의 개선에 따라 해결하여야 한다.

현재의 토지도급경영권은 완벽한 토지제도가 아니다. 상속권에 대한 규정은 명확한 승인도 없고 명확한 부인도 없다. 즉 법제가 모호하고 충돌이 많고, 사법실천과 관련해서도 혼란스럽다. 토지도급법의 입법취지는 “사람이 증가해도 토지는 증가하지 않고, 사람이 감소해도 토지는 감소하지 않는다”는 원칙이다. 즉 토지도급법은 토지를 보호하고 농촌단체의 지배력을 제한하기 위해서 제정된 법률이다. 그러나 현재의 토지도급경영권의 상속에 관한 문제는 이러한 입법취지를 위배하고 있다. 막연한 상속제한에 따라 토지도급경영권의 상속은 곤란하게 되었다. 농촌에 토지가 더욱더 상속되지 못하고 농촌단체에게 회수됨으로써 토지시장도 파괴되고 권리자에게도 불공평한 결과가 초래되고 있다.

③ 토지도급경영권의 저장

토지도급경영권의 저당은 토지도급경영권자가 자신의 토지도급경영권을 채무의 담보로서 채무의 변제가 없는 때에 그 권리로부터 우선 변제받는 권리를 말한다. 현재 농촌에서 농민들이 융자받기 어려운 점은 건전한 담보물이 없기 때문이다.²⁴⁾ 토지도급경영권은 농민들에게 가장 가치 있는 재산이지만 저장권에 따라 토지가 변제될 때 토지도급경영권의 제한 때문에 여러 문제가 생긴다.

2002년 공포한 토지도급법은 토지도급의 방식을 두 가지로 구분했다. 하나는 농촌단체의 구성원들이 농촌단체에서 토지를 분배받아서 도급한 경우, 또 하나는 경매, 양도 등 다른 방식으로 토지를 도급한 경우이다. 그중에 농민들의 토지도급경영권은 담보물로 저장할 수

22) 刘凯湘, “论农村土地承包经营权的可继承性”, 北方法学 第8권 총제44기, 2014, 23면.

23) 王利明主编, “中国民法典草案建议稿及其说明”, 第884条, 中国法制出版社, 2004, 125면. 梁慧星主编, “中国民法典草案建议稿附理由”, 第457条, 法律出版社, 2004, 264면.

24) 唐薇, 吴越, “土地承包经营权抵押的制度瓶颈与制度创新”, 河北法学 第30권 제2기, 2012.2, 63면.

없고 다른 방식으로 도급한 황지의 도급경영권은 담보물로 저당할 수 있다.

토지도급경영권의 저당에 대한 금지는 간단한 법제의 결함이 아니라 사회적인 원인이 있기 때문이다. 토지도급경영권은 농민들이 보유한 가장 높은 가치의 재산이다. 같은 이치로 유추하면 그 권리가 변제될 때 농민은 자신의 생존하는 보장이 없어진다. 이러한 방식에 따라 토지도급경영권이 임의로 유통되어 많은 농민이 재산을 상실할 수 있게 된다. 토지가 기업, 자본가에게 쉽게 집중되어 농지가 상업용지로 유실되고²⁵⁾ 농촌단체의 토지에 대한 지배력도 없어진다.

(2) 토지도급경영권의 기한

토지도급경영권의 기한은 그 권리의 안정성과 가치성에게 영향을 주는 핵심이다. 70-80년대에는 가정도급책임제의 토지도급기한이 적게는 1년이고 많게는 3-5년이었기 때문에 농촌토지도급경영관계가 불안정한 문제가 지속되어 왔다.

이러한 불리한 상황을 개선하기 위하여 1998년 수정한 토지관리법 제14조에서 “토지도급경영의 기한은 30년이다”라고 규정했다. 또한 2002년에 공포한 토지도급법 제20조에서 “전지의 도급기한은 30년, 초지의 도급기한은 30-50년, 임지의 도급기한은 30-70년이다”라고 규정했다. 2007년에 공포한 물권법 제126조에서도 토지도급법에서 정한 도급기한을 다시 규정했고 그 기한만료 후에 권리자는 법에 따라 도급기한을 연장할 수 있다고 규정했다.

이러한 일련의 규정으로 토지도급경영권이 가지는 단기성의 문제를 해결했지만 기한만료 후에 생기는 문제는 여전히 남아 있다.

① 기한으로 인한 토지가치의 손해

토지에 대해서 진행하고 있는 농업활동은 오래전부터 형성되어 온 관습상의 규율에 의존한다. 토지의 비옥도, 농업시설 등 지속 가능한 발전에 따른 내용은 전부가 토지도급경영권의 기한에 관련된다. 아래에서는 토지도급경영권의 기한에 관한 문제를 분석하고자 한다.

첫째, 기한이 있는 토지도급경영권은 농업시설의 건설에 불리하다. 농업생산에 필요한 시설은 투입이 크고 고정적인 것이고 단시간에 수익을 얻을 수 없는 것이다. 이러한 특징을 가지고 있는 농업시설의 건설은 장기간의 경영권이 보장되지 않으면 권리자가 자신의 투입과 수익을 고려하기 때문에 농업생산에 대하여는 불리하고 토지에 대해서도 단기 이익만 요구하는 낭비이다.

25) 韦福, “论农村土地承包经营权抵押的必要性和可行性”, 河池学院学报 제6기, 2007, 123면.

둘째, 기한이 있는 토지도급경영권은 토지보호에 대해서도 불리하다. 가령 사람이 하나의 불모지에 대하여 소유권을 보장받으면 그 사람은 이 불모지를 화원으로 만들 수 있다. 그러나 비옥한 토지에 대해서 그 사람과 단기계약을 체결하면 이 비옥한 토지를 불모지로 만들 수 있다는 것이다.²⁶⁾ 같은 이치로 유추하면 토지도급경영권의 정기성은 이러한 약탈농업을 조성하고 토지에 대한 파괴를 촉진시키는 문제가 있는 것이다. 그러므로 농업생산의 특성에 맞지 않는 토지경영도급권의 정기성의 변화는 피할 수 없는 과제가 되는 것이다.

셋째, 기한이 있는 토지도급경영권은 농업경제의 규모화에 대해서 불리하다. 현재 농촌토지의 도급 상황은 복잡하다. 서로 다른 토지용도, 일치하지 않는 기한 또는 기한만료 후에 토지도급경영권 변동에 관한 위험 등과 같은 이유로 토지도급경영권의 정기성은 토지사용의 규모화에 방해를 초래한다. 농업경제의 발전은 토지의 집중화와 규모화에 근거하여야 생산효율과 경제적 수익을 높일 수 있다.

② 토지도급경영권의 기한만료 후에 생긴 문제

현재 중국 농촌 가정도급경영권의 기한은 30년이다. 이러한 기한은 농업생산의 기본적 요구를 만족하지만 토지경영권의 유통과 경제적 발전에는 부족하다. 따라서 토지도급경영권의 기한만료 후에 생긴 문제가 많다.

첫째, 토지도급경영권의 정기성은 토지유통거래를 방해하며 유통가치도 낮춘다. 현행 토지도급법 제23조에서 “유통의 기한은 남은 도급기한을 초과할 수 없다”라고 규정했다. 1997년부터 실행한 토지도급기한은 30년인데 현재의 시점에서 토지도급경영권의 기한은 10여년만 남았다. 이러한 짧은 기한에 대한 위험을 회피하기 위하여 투자자는 높은 가격으로 유통받지 않는다. 그래서 농민들이 높은 유통가격을 받을 수 없기 때문에 토지도급경영권의 원활한 유통과 농민의 보호측면에서도 문제가 되고 있다.²⁷⁾

둘째, 토지도급경영권의 기한만료 후에 생긴 법적인 문제도 많다. 토지를 도급한 농민들이 자신의 토지의 사용권을 타인에게 양도하는 경우에 토지도급경영권의 권리자가 두 사람으로 변했다. 이러한 경우에 만약에 토지도급경영권의 기한이 만료됐으면 농촌단체에 대해서 문제가 생긴다.

물권법에서는 토지도급경영권자가 국가의 관련규정에 따라서 계속 도급할 수 있다고 규정하고 있다. 토지도급경영권을 양도 하지 않은 경우 혹은 서로 교환하지 않은 경우에는 문

26) 林卿, “试论农地产权制度与生态环境”, 中国土地科学 第3期, 1996, 28면.

27) 阎敏, “对延长土地承包经营期的思考”, 高等函授学报(哲学社会科学版) 第12期, 2009, 12면.

제가 없지만 양도하거나 교환한 경우에는 원래의 토지도급경영권의 주체(양도인)와 현재의 토지도급경영권의 주체(양수인) 모두 토지도급경영권의 권리주체가 된다. 토지도급경영권의 기한이 만료한 후에 그 권리가 누구에게 속하는 것도 문제이다.

기한만료 후에 토지도급경영권이 원래의 권리자에 속하면 오래 동안 규모가 형성되어 집중되어 온 토지가 다시 분열하게 된다. 따라서 원래 농업생산에도 방해가 되고 현재의 권리자도 손해를 받는다. 이러한 방식은 농업생산을 불안정하게 만든다. 또한 원래의 권리자가 30년 동안에 농사일을 못한 경우에 다시 토지를 관리시키는 것도 어려운 일이다.

그러나 토지도급경영권을 현재의 권리자에 속하게 하면 위에 문제는 해결할 수 있지만 토지도급법에 관련된 규정²⁸⁾을 위반하기 때문에 다른 문제도 생긴다. 우선 토지도급제도가 자신의 강제적 신분을 요구한다. 즉 도급주체가 농촌단체의 구성원이야 한다. 그러나 현재의 권리자는 토지를 양수하여 사용할 뿐이고 직접 농촌 토지를 도급할 수 있는 권리가 없다. 그 다음에 현재의 권리자가 도급계약에 따라 토지사용권만 있다. 토지도급경영권의 기한만료 후에 그 사용권이 소멸된 경우 단체 구성원을 배제하고 농촌단체에게 직접 토지도급경영권을 받는 것이 타당한가가 문제된다. 또는 이러한 방식으로 현재의 권리자가 계속 연장하고 무기한으로 토지를 사용하는 것도 원래의 권리자의 이익을 침해한다는 문제가 있다.

(3) 농촌단체의 권리·의무에 관한 규정의 미비

중국에서 농촌토지의 소유권은 법에 따라 국가에 속한 것 외에는 농촌단체에 속한다. 그러나 농촌단체는 간단한 단일 단체가 아니다. 법률에서의 농촌단체에 대한 규정은 많이 부족하다. 농촌단체는 농촌토지의 소유자로서 자신의 단체구성, 직권범위, 권리²⁹⁾, 의무³⁰⁾에 관한 규정이 현재까지도 명확하지 않고 또한 규정된 대략적인 내용은 실무에서 실현하기 어렵다. 따라서 농촌단체는 자신의 권리는 행사하지 못하고 수급인들을 유효하게 감독하지

28) 제39조 제1항 “도급자는 일정 기한 내에 일부 또는 전부의 토지도급경영권을 제3자에게 양도하거나 임대할 수 있으며, 도급인과 수급인의 도급관계는 변하지 않는다.”

29) 토지도급법 제13조 “토지를 도급 맡기는 자는 다음 권리를 소유한다. (1) 당해 집단의 소유이거나 국가소유인 경우, 당해 집단에서 사용하는 농촌토지를 도급 맡긴다. (2) 수급인이 도급계약서에 약정된 용도에 따라 토지를 합리적으로 이용하고 보호하는지 여부를 감독한다. (3) 수급인이 도급토지 및 농업자원을 손상하는 행위를 통제한다. (4) 법률, 행정법규에 규정된 기타 권리.”

30) 토지도급법 제14조 “토지를 도급 맡기는 자는 다음과 같은 의무가 있다. (1) 수급인의 토지도급경영권을 보호하고, 불법적으로 변경하거나 도급계약을 해제하지 못한다. (2) 수급인의 생산경영 자주권을 존중하고, 수급인이 법에 따라 정상적인 생산경영활동을 행하는 것을 방해할 수 없다. (3) 도급계약서 약정에 따라 수급인에게 생산, 기술, 정보 등 서비스를 제공한다. (4) 현(縣), 향(鄉)(진鎮)의 토지이용 총 계획을 집행하고, 당해 집단경제조직내의 농업기초시설을 건설한다. (5) 법률, 행정법규가 규정한 기타 의무.”

도 못하고 있다. 심지어 토지가 수급인의 손에 지나간 다음에는 농촌단체가 그 토지에 대한 영향력을 거의 가지지 못한다. 그러나 다른 한편으로 보면 농촌단체는 법률에 제한³¹⁾을 받고 있는데 그 위반에 따른 책임이 미미하기 때문에 자신의 소유권을 가지고 사리를 도모할 수 있는 문제가 있다.

(4) 관련입법의 정체(滯后)

현재 농촌 토지도급경영권유통에 관련된 입법은 정체되고 있다. 이러한 정체는 법률간의 충돌에서도 나타나고 유통의 계약과 등기에 관해서도 법률의 미비를 보인다.

① 현재 토지도급경영권 및 그의 유통에 관한 법률(토지도급법, 토지관리법, 물권법 등)에서 규정되고 있는 내용은 지나치게 모호하다. 이러한 대략적인 규정은 실무에서 다루기 어렵고 또는 서로 충돌하고 있다. 예컨대 토지관리법 제37조에서는 토지를 2년 동안 황폐시키면 회수한다고 규정하고 있는데 토지도급법에서는 농촌단체에게 토지를 회수할 수 없는 제한을 많이 규정하고 있다.³²⁾ 이러한 법률 규정간의 충돌은 법리적인 원칙에 따라서 적용규

31) 토지도급법 제54조 “도급을 맡기는 자가 다음 행위 중의 하나를 하는 경우, 침해를 중지하고, 원래 물건을 반환하며, 원상을 회복하고, 방해하지 않고 위험을 없애며, 손실을 배상하는 등 민사책임을 부담해야 한다. (1) 수급인이 법에 따라 소유한 생산경영자주권을 간섭할 경우. (2) 본 방법의 규정을 어기고 도급토지를 회수하거나 조정할 경우. (3) 수급인의 토지도급경영권의 유전을 강압하거나 저해할 경우. (4) 허위로 소수가 다수에 복종하도록 하여 강압적으로 수급인이 토지도급경영권을 포기하거나 또는 변경함으로써 토지도급경영권을 유전할 경우. (5) “구량전” 및 “책임전”을 이유로 도급토지를 회수하여 입찰도급을 실시할 경우. (6) 도급토지를 회수하여 대출금을 상환하게 하는 경우. (7) 부녀자의 토지도급경영권 소유를 약탈하거나 침해할 경우. (8) 기타 토지도급경영권을 침해하는 행위.”

32) 토지도급법 제26조 “도급기한 내 도급을 맡긴 자는 도급토지를 회수하지 못한다. 도급기한 내 도급한 가정원 모두가 도시로 호구를 옮기고 비농업부문으로 전환하는 경우, 도급한 경작지 또는 초지를 도급 맡긴 자에게 반환하여야 한다. 수급인이 토지를 반환하지 않을 경우, 도급을 맡긴 자는 관련 경작지 및 초지를 회수할 수 있다. 도급기한 내 수급인이 토지를 반환하거나 도급을 맡긴 자가 법에 따라 회수하는 경우, 수급인의 투자로 도급토지 생산능력이 제고되었다고 인정되는 경우 상응한 보상을 받을 권리가 있다.” 제27조 “도급기한 내 도급을 맡긴 자는 도급토지를 조정하지 못한다. 도급기한 내 자연재해로 도급토지가 심하게 파손되는 등 특수한 상황으로 인해 개별 농가간 도급 경작지, 초지에 대해 일부 수정이 필요한 경우, 당해 집단경제조직회원의 총민위원회 2/3이상의 회원 또는 2/3이상의 총민대표의 동의를 얻어야 하고, 동시에 향(진) 인민정부의 농업등 행정주관부문에 보고하여 동의를 얻어야 한다. 도급계약서의 약정대로 조정할 수 없는 것은 계약서에 따른다.” 제30조 “도급기한 내 부녀자가 결혼하였으나 새로운 거주지에서 토지를 도급하지 않았을 때 도급을 맡긴 자는 원래의 도급토지를 회수하지 못한다. 부녀자가 이혼 또는 배우자 사망의 경우, 원 거주지에서 생활하거나 또는 원 거주지에서 생활하지 않지만 새로운 거주지에서 토지를 도급하지 않았을 때 도급을 맡긴 자는 도급토지를 회수하지 못한다.” 제35조 “도급기한 내 도급을 맡긴 자는 도급계약서를 취소하거나 억지로 도급을 포기토록 하거나 또는 토지도급경영권을 변경토록 하지 못하며, “식량전(口粮田)”과 “책임전(责任田)”으로 토지를 회수하여 입찰도급하지 못하고, 도급토지를 회수하여 대

정을 찾을 수 있지만 실무의 처리에서는 문제가 많이 생겨서 법률간 충돌의 현상을 무시할 수는 없다.

② 토지도급경영권은 계약에 따라 생긴 권리로서 토지도급법에서는 계약의 방식 등 일정 요건을 규정하고 있다.³³⁾ 즉 토지도급경영권의 유통방식과 관련하여 반드시 서면으로 계약을 체결할 것을 규정하고 있다. 그러나 계약내용에 관한 규정은 대체로 임의규정의 성격을 가져서 이러한 임의적인 규정에 따라 농민들이 계약내용을 자유로이 정하여 체결하고 있다. 법률을 규정하는 것은 실무의 문제를 해결하기 위하는 것인데 토지도급경영권의 주요한 주체인 농민들은 충분한 법적인 지식과 관념이 있다고 기대할 수 없다. 따라서 토지도급경영권 유통계약과 관련하여 계약내용의 규범화와 계약절차의 규범화가 요구된다.

③ 물권은 보통 등기를 함으로써 그 효력이 생기는데 토지도급경영권은 계약의 효력이 발생할 때로부터 그 효력이 발생한다.³⁴⁾ 토지도급경영권은 등기에 따라서 설립되는 권리가 아니지만 등기하지 않으면 선의의 제3자에게 대항할 수 없다.³⁵⁾ 이러한 경우에 농민들은 보통 계약만 체결하고 등기하지 않는다. 따라서 법률이 등기를 요건으로 하고 있지 않기 때문에 토지도급경영권 등기의 공시적인 효력도 거의 없어졌다. 그래서 당사자와 제3자의 권리도 침해받을 수 있는 소지가 다분하다.

(5) 농민들이 토지에 대한 의존성

사회는 계속 발전하고 있지만 중국 농촌의 경제적인 구성은 도시화에 따라 많이 변하지 못했다. 다수의 농민들은 지금도 농지에 의존해서 살고 있다. 토지도급경영권의 유통은 농민들의 생계와 밀접한 관련이 있다. 농민들은 자신의 비농업적인 수입이 있다고 하더라도 농지를 포기할 수 없는 이유가 아직까지 중국의 사회보장제도가 미비하기 때문이다. 즉 농

부금을 상환하지 못한다.”

33) 토지도급법 제37조 “토지도급경영권은 도급전환, 임대, 양도 또는 기타 방식으로 유전시키며, 당사자는 서면형식의 계약서를 작성해야 한다. 양도방식으로 유전할 경우 도급을 맡기는 자의 동의를 받아야 하며, 도급전환, 임대, 교환 또는 기타 방식으로 유전할 경우 도급을 맡기는 자에게 보고하여 등록해야 한다. 토지도급경영권 유전계약은 보통 다음과 같은 내용을 포함한다. (1) 쌍방의 이름, 주소. (2) 유전토지의 이름, 지점, 면적 및 품질등급 등. (3) 유전기한, 시작일, 마감일. (4) 유전토지의 용도. (5) 양측 당사자의 권리 및 의무. (6) 유전가격 및 지불방식. (7) 계약위반 책임.”

34) 물권법 제127조 “토지수급경영권은 토지수급경영권계약이 효력을 발생한 때로부터 설정된다. 현(縣)급 이상 지방인민정부는 토지수급경영권자에게 토지수급경영권증서, 임야권리증서, 초원사용권증서를 발급하고 등기하여 토지수급경영권을 확인한다.”

35) 토지도급법 제38조 “교환, 양도방식으로 토지도급경영권을 유전할 경우, 당사자가 등기를 원할 때 현급 이상의 인민정부에서 신청하여 등기를 한다. 등기하지 않는 경우에는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.”

민들의 입장에서는 농지가 생계의 최후의 보루이다. 농민들은 농촌에서 스스로 벗어나기 어렵고 사회 보장제도는 부족하기 때문에 근본적으로 토지도급경영권은 농민의 생존권과 결부된다.

2. 토지도급경영권유통의 개선방안

이 장에서는 위에 토지도급경영권 유통의 문제점에 대해서 토지도급경영권의 관련입법에 관한 개선, 농촌보장제도에 관한 개선, 토지시장에 관한 개선, 중재 및 감독제도에 관한 개선 등의 부분으로 개선방안으로 제시하고자 한다.

(1) 입법에 관한 개선

토지도급경영권은 미비한 관련입법에 따라 유통과정에서 문제가 많이 발생하고 있다. 이러한 문제에 따라서 현재의 토지도급경영권은 합리적으로 유통하기 어렵게 되었다.³⁶⁾ 현행 토지도급경영권에 관련된 규정의 불일치한 내용은 그의 유통에 방해된다. 입법기관은 이러한 관련규정을 즉시 수정하여야 한다. 즉 헌법과 민법 중심으로 토지도급법에서 토지도급경영권의 유통에 관련된 내용을 상세하게 충돌 없이 규정하여야 한다.³⁷⁾

우선 토지도급법에서 토지도급경영권 유통에 관한 방식, 절차, 관리방법, 분쟁을 해결하는 수단을 명확하게 규정하여야 한다. 혹은 전문적으로 토지도급경영권유통법을 제정하여 특별법으로 각 법에 토지도급경영권의 유통에 관련된 내용을 집중해서 관리하는 것이 타당하다.

그리고 입법내용에 세분해서 토지도급경영권의 주체는 그 신분특징에 속해서 다양한 주체의 개방된 농촌토지시장의 건설에 문제가 된다. 여기에서는 그 신분특징을 수정하는 것보다 농민들이 토지경영권을 유통하는 방식에 대한 다양성, 유통기간에 대한 융통성, 이익분배에 대해서 농민들에게 편중되는 정도가 문제의 핵심이다.

또한 토지도급경영권의 절차에서 미비한 계약만 체결하는 것은 현재 토지도급경영권에 대한 분쟁이 생기는 주요 원인이다. 통일적인 등기제도의 확립은 토지도급경영권 유통에 대한 필수적인 절차라고 생각한다. 따라서 계약내용의 미비도 재판에서 문제가 된다. 도급계약의 규범화와 계약에 대한 공정기관의 설립은 농촌토지도급경영권의 유통에 유리하다고 생각한다.

36) 张玉峰, “农村土地承包经营权流转低效的成因分析”, 河北师范大学学报(哲学社会科学版) 제2기, 2011, 53면.

37) 杨光, 앞의 논문, 88면.

(2) 농촌보장제도에 관한 개선

물권법에 따라 토지도급경영권은 용익물권 혹은 재산권으로서 자유롭게 유통하여 그 가치와 효익을 최대한도로 사용할 수 있는 권리이다. 그러나 토지도급경영권에 포함된 신분특징과 농민들이 생계를 보호하는 의미에³⁸⁾ 따라 토지도급경영권의 유통은 제한을 받고 있다. 즉 토지도급경영권을 자유롭게 유통하려면 이상의 특징에 대해서 농촌보장제도를 개선시켜야 한다. 이런 측면에서 보면 농촌에 대한 보장제도는 토지도급경영권의 유통을 개선시키는 제도이다. 따라서 농촌경제를 발전시키고 농업의 현대화를 실현하는 객관적인 요구이다.

우선 현재 중국농촌의 사회보장제도는 초보적으로 설립된 제도이다. 이러한 사회보장제도를 개선시키려면 단일한 보호만 해주는 것은 부족하다. 농촌보장제도는 다양하게 의료, 실업, 양로를 포함한 사회보험, 사회복지, 최저생계비의 보장 등의 내용을 구비한 제도이어야 한다. 다양한 사회보장제도의 설립은 구체적인 지역차이를 고려하여 평균수입, 소비수준에 따라서 제정하여야 한다.

따라서 토지도급경영권 유통 후에 농민들의 재취업에 관한 보장도 필수적이다. 한편에 토지를 잃은 농민들에게 새로운 수입원을 제공해주고 그리고 농민들의 생계에 대해서 퇴로가 있어야 농지에 속한 농업활동에서 벗어나올 수 있다. 농민들은 자기의 토지도급경영권을 유통하기 원해야 그 유통을 활성화시킬 수 있다.

(3) 토지시장에 관한 개선

현재 중국 토지도급경영권 유통의 시장은 초보적으로 건설되었다. 그러나 관련된 법률규정은 미비하고 보조실비도 부족하다. 따라서 시장의 주체는 이러한 완벽하지 않는 시장에 참여하는 열의가 부족하다. 그러므로 거래제도의 개선과 그에 대한 일련의 조치의 확립은 토지시장에 대한 개선의 수요한 내용이다.

토지시장에 대한 개선의 우선적인 내용은 토지정보플랫폼의 건설이다. 토지도급경영권의 유통은 실시간의 토지상황과 가치에 관한 정보가 부족하고 유통의 기록이 혼란하기 때문에 큰 방해가 되었다. 이러한 토지정보플랫폼의 건설에 따라 한편에는 시장의 주체가 자기의 토지를 등록시키거나 원하는 토지정보도 검색할 수 있다. 또는 토지도급경영권의 유통은 규범하게 효율적으로 진행시킬 수 있다. 따라서 토지정보플랫폼을 건설하는 동시에 토지시장의 중개도 규범화하게 건립하여야 한다.

38) 王利明, 周友军, “论我国农村土地权利制度的完善”, 中国法学 제1기, 2012, 52면.

(4) 토지도급경영권의 구제체제에 관한 개선

권리에 대해서는 구제가 있어야 한다. 권리와 구제는 서로 보완하고 의존하는 관계이다. 즉 권리를 유지하고 보호하는 구제수단이 없으면 권리의 법적인 확립도 그의 의미가 없어진다. 현재의 입법에서 권리의 개념에서 구제에 관한 내용은 내포되지 못했다.³⁹⁾ 그러므로 토지도급경영권 유통의 실현은 그에 대한 구제는 필수적인 내용이다. 중국 토지도급법 제51조⁴⁰⁾와 “농촌토지도급경영권 유통의 관리방법” 제33조⁴¹⁾의 규정에 근거하여 토지도급경영권 유통에 대한 구제수단은 4가지다. 즉 당사자 간의 평등협상, 농촌단체 혹은 기층정부의 조정, 농촌토지도급에 대한 중재기관의 중재, 법원에 대한 소송제기 등의 구제수단이다. 토지도급경영권 유통의 구제체제에 관한 개선은 다양한 구제수단을 결합하여 완벽한 권리의 구제체제를 구성하여야 한다.

사법적인 구제는 법에 따라 국민에게 부여한 기본적인 권리이다. 인민법원은 법률과 사실에 근거하여 재판절차에 따라 침해해위를 제재하고 피해자의 권익을 보호한다. 따라서 이러한 제도는 토지도급경영권 유통의 분쟁에 대한 대체할 수 없는 구제수단이다.⁴²⁾ 한편 토지도급경영권 유통에 관한 사건은 그의 복잡성·특수성이 때문에 재판과정에서는 그에 관한 정책, 지방의 사실상황, 역사적·정치적 문제를 결합해서 고려하여야 한다. 또한 토지도급경영권 유통에 관한 분쟁은 보통 농촌단체 내부의 분쟁이다. 실천에서 어렵게 재판하기보다 조정으로 해결하는 것은 더 타당하다고 생각한다. 재판은 분쟁을 해결하는 최후의 수단이지만 유일한 수단이 아니다. 조정절차를 분쟁의 해결과정에서 일관되는 것은 토지도급경영권 유통분쟁의 해결에 유리하다고 생각한다. 따라서 조정절차는 토지분쟁을 해결하는 좋은 수단이지만 법률은 그 조정에 따른 협의서에게 강제적인 효력을 부여해주지 못했다. 농민들은 협의를 달성한 다음에 후회하면 분쟁은 다시 시작하기 된다. 그러므로 이러한 조정과 재판의 반복성을 피하기 위해서 조정협의서에게 일정한 효력을 부여해줘야 타당하다고 생각한다. 같은 의미로 사법적인 구제수단보다 협상, 조정, 중재 등의 수단은 더욱 효율이 높고 융통성이 있다. 토지분쟁에 대한 구제수단은 사법적인 구제의 중심으로 기타 방식

39) 张文显, “法哲学范畴研究”, 中国政法大学出版社, 2001, 281-324면참조. 杨光, 앞의 논문, 106면.

40) 토지도급법 제51조 “토지도급경영상 문제가 발생할 경우, 쌍방의 당사자들은 협상을 통해 해결할 수 있고, 촌민위원회 및 향(진) 인민정부에 청구하여 해결할 수 있다. 당사자들이 협상으로 해결하지 않으려 하거나 또는 협상으로 해결이 안될 경우, 농촌토지도급 중재기관에 신청할 수 있고, 직접 인민법원에 고소할 수 있다.”

41) 농촌토지도급경영권 유통의 관리방법 제33조 “농촌토지도급경영권 유통에 쟁의 혹은 분쟁이 생길 때 당사자 간에는 법에 의거하여 협상에 통해 해결하여야 한다. 협의 불성립할 때는 농촌위원회 혹은 향(진) 인민정부에 청구하여 해결할 수 있다. 당사자들이 협상으로 해결하지 않으려 하거나 또는 협상으로 해결이 안될 경우, 농촌토지도급 중재기관에 신청할 수 있고, 직접 인민법원에 고소할 수 있다.”

42) 杨光, 앞의 논문, 110면.

을 탄력 있게 운용하여야 한다. 농촌 토지권리에 대한 분쟁은 다양한 수단으로 협동하여 동태적인 구제체제를 구성하여야 한다.⁴³⁾

V. 결론

이상에서 논의된 도급경영권과 그의 유통방식을 정리하면 다음과 같다. 중국에서는 토지 매매가 법적으로 금지되어 있으므로, 개인토지의 재산적인 가치는 오직 토지사용권으로 나타나고 이를 양도함으로써 실현될 수 있다. 그에 따라 토지도급경영권유통의 활성화는 농촌 경제발전에 가장 중요한 일환이다. 즉 농촌단체의 토지사용권에서는 농촌의 토지도급경영권이 그 내용의 핵심을 이룬다.

현행 토지도급경영권의 내용을 연구하는 과정에서 생긴 여러 문제는 간단한 문제가 아니라서 쉽게 해결할 수 없다. 구체적으로 보자면 이러한 문제는 근본적으로 법제의 문제는 아니다. 입법자의 입법취지는 농지를 보호하고 농민의 이익을 위하는 것인데 이러한 단점을 간단하게 수정한다고 하여 토지도급경영권의 문제를 해결할 수 없다.

토지도급경영권은 30-40년 동안에 발전하여 중국 농촌토지제도체제의 중요한 구성부분이다. 이러한 발전과정에서 민법적 측면으로 토지도급경영권을 살펴보면 채권에서 물권으로 변화하여 온 과정으로 볼 수 있다. 2007년 공포한 물권법은 농촌토지도급경영권을 물권의 범위에 포함시켜 그에 대한 취득과 유통을 법률적으로 상세하게 규정하고 있으며 농민들에게 안정적인 토지사용권을 부여했다. 그러나 중국사회의 현황 또는 법제 자체의 문제 때문에 토지도급경영권의 발전과 변혁은 지속적으로 요청되고 있다.

따라서 토지도급경영권유통의 활성화는 농촌경제를 발전시키고 농민들의 수익을 높이는 새로운 수단이 된다. 농민들에게 권리를 안정적으로 부여해 준 다음에는 권리의 활용을 높일 수 있도록 해야 한다. 토지도급경영권의 유통은 중국의 현황에 따라 농업을 발전시키는 필수적인 수단이다. 현재 중국에서 토지도급경영권의 유통은 관련규정이 아직 많이 부족한 관계로 실무에서도 여러 문제들이 발생하고 있다. 기초적으로는 우선 법적인 문제를 해결하여 토지도급경영권 및 그의 유통에 관한 규정을 개선하여 권리주체의 권리와 의무를 정하고 농민들의 기본적인 보호체제를 갖추어야 한다. 일정한 조치를 취하여 기초를 단단히 다진 다음에 토지시장에 들어가서 시장의 질서를 세우고 절차를 규범화 시켜야 한다. 마지막으로 토지도급경영권 유통의 최후의 보루로서 토지도급경영권의 구제체제에 관한 개선이 요청된다. 토지도급경영권 유통에 관한 보장, 관리, 구제 등의 수단을 다양하게 사용하여 그 체제를 구성하여야 한다.

43) 张曙光主编, “中国制度变迁的案例研究(土地卷)” 第八集, 中国财政经济出版社, 2011, 394면.

참고문헌

- 김중우, “중국의 토지도급법제도에 관한 고찰”, 중국법연구 제17집, 한중법학회, 2012.6.
- 이정표, “중국 농촌집체토지수급경영권의 징수와 보상제도”, 재산법연구 제25권 제3호, 2009.2.
- 장호준, “개혁개방 이후 중국의 농촌 토지제도 개혁: 토지도급경영권 이전 기제의 형성을 중심으로”, 중국연구 제52권, 2010.10.
- 정연부, 김로륜, “중국의 토지사용권 유형에 관한 연구-중국물권법의 용익물권편 규정을 중심으로-”, 중국법연구 제13집, 한중법학회, 2010.6.
- 조동제, “중국 농촌토지수급경영권에 관한 법적 검토”, 재산법연구 제29권 제3호, 2012.11.
- 陳小君, “我國農村土地法律制度變革的思路与框架-十八屆三中全會決定相關內容解讀”, 法學研究 제4기, 2014.
- 丁關良, “土地承包經營權流轉主要方式之法律性質研究述評”, 山東大學學報(社會科學版), 총제39기, 2008.
- 丁關良, 阮韋波, “農村集体土地產權三權分离論駁析-以土地承包經營權流轉中‘保留(土地)承包權轉移土地經營權(土地使用權)’觀點爲例”, 土地經濟与管理 총제43기, 2009.
- 丁文, “論土地承包權与土地承包經營權的分离”, 中國法學 제3기, 2015.
- 高圣平, “新型農業經營體系下農地產權結構的法律邏輯”, 法學研究 제4기, 2014.
- 梁慧星主編, “中國民法典草案建議稿附理由”, 第457條, 法律出版社, 2004.
- 林卿, “試論農地產權制度与生態环境”, 中國土地科學 제3기, 1996.
- 劉洪華, “論農村土地權益流轉”, 法學雜誌 제5기, 2010.
- 劉凱湘, “論農村土地承包經營權的可繼承性”, 北方學第8권 총제44기, 2014.
- 劉守英, “中共十八屆三中全會后的土地制度改革及其實施”, 法商研究 총제160기, 2014.
- 劉小紅, 郭忠興, 陳興雷, “農地權利關係辨析”, 經濟學家 제8기, 2011.
- 閻敏, “對延長土地承包經營期的思考”, 高等函授學報(哲學社會科學版), 제12기, 2009.
- 唐薇, 吳越, “土地承包經營權抵押的制度瓶頸与制度創新”, 河北法學 제30권 제2기, 2012.2.
- 王金堂, “土地承包經營權制度的困局与解破-兼論土地承包經營權的二次物權化”, 西南政法大學, 박사학위논문, 2012.
- 王利明主編, “中國民法典草案建議稿及其說明”, 第884條, 中國法制出版社, 2004.
- 王利明, 周友軍, “論我國農村土地權利制度的完善”, 中國法學 제1기, 2012.
- 韋福, “論農村土地承包經營權抵押的必要性和可行性”, 河池學院學報 제6기, 2007.
- 楊光, “我國農村土地承包經營權流轉法律問題研究”, 吉林大學法學院, 박사학위논문, 2013.
- 張曙光主編, “中國制度變遷的案例研究(土地卷)” 第八集, 中國財政經濟出版社, 2011.
- 張文顯, “法哲學範疇研究”, 中國政法大學出版社, 2001.
- 張玉峰, “農村土地承包經營權流轉低效的成因分析”, 河北師範大學學報(哲學社會科學版) 제2기, 2011.
- 朱慶育, “民法總論”, 北京大學出版社, 2013.

투고일자 : 2016. 11. 18

수정일자 : 2016. 12. 26

게재일자 : 2016. 12. 30

<국문초록>

중국의 토지도급경영권제도에 관한 연구

박성률 · 배성호

중국 공산당 제11기 중앙위원회 제3차 전체회의에서 반포된 가정토지도급책임제(家庭聯產承包責任制)는 중국 농업경제와 사회의 발전에 많은 공헌을 했다. 그러나 사회의 발전에 따라 가정토지도급책임제는 현재의 산업구성에서 농촌경제를 속박하고 있다. 따라서 토지도급경영권제도를 개선하는 과정에서 토지도급경영권의 유통의 개선은 필수적인 수단이다. 토지도급경영권의 합리적·합법적인 유통은 농촌의 토지자원을 최적으로 배치하고 농촌경제를 발전시키는 전제가 된다.

토지도급경영권은 중국 농촌토지법제의 주요한 내용으로서 농촌경제의 발전에 많은 영향을 준다. 현재 농촌에서 토지도급경영권의 유통방식은 토지도급법의 규정에 따라 도급이전, 임대, 양도, 교환, 투자, 저당의 6가지가 있는데, 유통방식에 관한 적용조건과 규범 등의 구체적인 내용은 규정하지 못했다. 따라서 이러한 유통방식의 구체적인 불명확성과 토지도급경영권의 기한, 농촌단체의 권리·의무에 관한 규정의 미비, 관련입법의 정체, 농민들의 토지에 대한 의존성 등의 문제점 때문에 토지도급경영권의 유통은 실무에서 많은 문제가 되고 있다. 이러한 문제는 토지도급경영권 유통의 활성화를 저해시키고 농촌경제의 발전과 토지제도의 개혁을 제한하고 있다.

이러한 문제에 대해서 우선 법적인 문제를 해결하여 토지도급경영권 및 그의 유통에 관한 규정을 개선하여 권리주체의 권리와 의무를 정해야 한다. 따라서 농민들을 보호할 수 있는 기본적인 수단을 마련한 다음에 토지시장에서 시장의 질서를 세우고 질차를 규범화하여야 한다. 마지막으로 토지도급경영권 유통의 최후의 보루로서 토지도급경영권의 구제체제에 관한 개선이 요청된다. 이 연구에서는 토지도급경영권 유통의 활성화를 위해 입법에 관한 개선, 농촌보장제도에 관한 개선, 토지시장에 관한 개선, 권리의 구제체제에 관한 개선의 4부분으로 문제점을 고찰하고 개선방안을 모색하고자 한다.

주제어: 토지도급경영권, 유통, 개선, 도급계약, 용익물권

