

중국 계약법상 계약책임에 관한 연구

A Feature Study on the Liability of Contract Law in China

김 상 명*
Kim, Sang-Myeong

목 차

- I. 서 론
- II. 계약책임의 특성과 법적 성질
- III. 계약책임의 귀책원칙
- IV. 계약책임의 내용
- V. 사법해석
- VI. 결 론

국문초록

중국은 개방정책으로 인하여 계약사회로 접어들면서 종래에 제정되었던 경제계약법, 섭외경제계약법, 기술계약법 간의 상호 부조화, 또한 민법통칙과의 통일성의 결여 등의 문제가 지적됨에 따라서 1999년에 계약관계의 국제화 흐름과 현대화의 경향에 따라 종래의 3대 계약법을 통합하여 중국 계약법을 제정하여 시행하고 있다. 이러한 중국 계약법은 우리 민법과는 달리 계약책임은 계약에 대해서만 적용되고, 계약위반행위는 귀책사유를 요하지 않는 엄격책임주의를 취하는 것을 원칙으로 하였으며, 하자담보책임 역시 귀책사유를 요하지 않고 담보책임을 채무불이행책임의 한 유형으로 파악하고 있는데 그 특징

논문접수일 : 2015. 02. 12.

심사완료일 : 2015. 03. 08.

게재확정일 : 2015. 03. 11.

* 법학박사·제주국제대학교 경찰행정학과 부교수

이 있다.

중국 계약법은 당사자 쌍방의 계약책임에 대하여 규정하고, 계약책임과 불법행위책임에 대하여 당사자가 선택하여 청구할 수 있도록 하고 있다. 그리고 국제적 흐름에 따른 규정들과 현대화의 규정들을 함께 고려하고 있을 뿐만 아니라 중국의 특유의 요소도 함께 규정하고 있는 규범으로 평가할 수 있다. 아울러 중국 계약법이 시행된 이후, 최고인민법원은 계약법을 적용함에 있어서 3개의 사법해석을 제정하게 되는데, 특히 사법해석(Ⅱ)에서는 우리나라와 달리 사정변경의 원칙을 명확히 하여 국제화의 특징을 내포하고 있다고 할 수 있다.

이와 같이 사법해석은 최고인민법원의 사법해석에 있어서의 창조성을 가장 잘 나타냈고, 중대한 실천적 의의와 이론적 의의를 가지고 있어 실무뿐만 아니라 학계도 높은 관심을 가지고 있다.

주제어 : 중국 계약법, 위약책임, 중국 계약책임, 엄격책임, 과실책임, 사법해석

Ⅰ. 서 론

중국은 1999년 종래 3대 계약법인 ‘경제계약법(국내의 경제주체간의 계약관계)’, ‘섭외경제계약법(외국과 국제무역의 거래관계)’, ‘기술계약법(법인 사이, 법인과 개인 또는 개인간의 기술개발, 기술양도, 기술자문과 기술서비스 거래관계)’를 통합하고, 계약관계의 국제화 경향에 따라 새로운 계약법을 제정하였다. 이것이 바로 ‘중국계약법(중화인민공화국합동법)’ 또는 ‘중국합동계약법’이라고 하는데, 1986년 입법한 ‘민법통칙’과 함께 중국의 민법체계를 구성하는 중요한 규범이다. 이와 같이 중국 계약법은 계약위반과 관련된 책임귀속에 관하여 영미법상의 엄격책임주의를 입법화함으로써 종래 민사책임체계를 보완·수정하여 중국 특수성에 맞는 현대화의 입법을 제정하였다.¹⁾

1) 劉景一 主編, 「合同法新論」, 人民法院出版社, 2007, 21-23면.

중국 계약법은 종래 3대 계약법의 기본방침을 계수하였으며, 국제거래의 현실성을 중시하여 ‘비엔나협약’, ‘국제물품매매에 관한 협약’, ‘유럽계약법원칙’ 등을 참조하여 계약자유 원칙과 신의성실의 원칙을 선언하고, 귀책원칙에 관하여 원칙적으로 엄격책임을 도입함으로써 국제적 시각을 갖는 획기적인 계약법으로 평가되고 있다.²⁾ 이와 같은 중국 계약법은 계약책임에 관하여 제7장 제107조에서 제122조까지 총 16개 조문을 두고 독일법상의 위험책임과 영미법상 엄격책임을 흡수하고, 별도로 하자담보책임을 규정하고 있는 중국 특유의 계약법 체계를 가지고 있다.

따라서 이러한 맥락에서 중국의 독자적인 계약법의 특성에 따른 계약책임의 특징적 내용을 비교법적 시각에서 검토하고, 중국 계약법을 적용에 있어서 보충적 보완을 위한 중국 최고인민법원의 사법해석에 관한 규정을 검토함으로써 우리의 법해석학에 기여하고자 한다.

II. 계약책임의 특성과 법적 성질

1. 특성

중국 계약법은 유엔통일법, 독일민법, 프랑스민법 등의 서구 입법 경향을 수용하여³⁾ 총 23장 총칙 8장, 각칙 15장, 총 428조로 구성되고, 제7장 계약책임(제107조-제122조)에서 계약위반책임을 규정하고 있으며, 아울러 21세기에 들어서면서 국제거래의 현실을 중시하여 ‘조약법에 관한 비엔나협약(VCLT: Vienna Convention on the Law of Treaties)’, ‘국제물품매매에 관한 유엔협약’(CISG: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods)과 ‘국제상사계약원칙’(PICC: Principles of International Commercial Contract), 및 ‘유럽계약법원칙’(PECL: Principle of European Contract Law)

2) 柴振國·何秉群, 「合同法研究」, 警官教育出版社, 1999, 15-18면.

3) 이상욱, “중국의 계약책임제도”, 『비교사법』 제10권 3호(통권 제22호), 한국비교사법학회, 2003, 9, 158면.

등 국제협약의 내용들을 상당부분 도입함으로써 계약법의 국제화 경향,⁴⁾ 나아가 현대화의 특징과 동시에 중국의 특수성도 함께 가지고 있는 것으로 평가되고 있다.⁵⁾

중국 계약법상 계약책임제도는 제7장에서 '違約責任'이라는 원어를 사용하고 있다.⁶⁾ 위약책임과 관련해서는 계약위반의 범위, 계약책임과의 같은 의미인지의 여부, 채무불이행책임과의 관계가 논의될 수 있다. 여기서 '위약(違約)'이란 용어는 '국제물품 매매계약에 관한 국제연합협약(CISG)'에서도 볼 수 있으며, 중국 계약법상의 위약은 재산상의 계약위반에 관한 것뿐만 아니라 권리 및 신체상의 확대손해개념까지도 포함할 수 있기 때문에 물품매매계약위반에만 적용되는 국제물품매매협약에서의 위약과 구별되는 것으로 보아야 한다. 이에 대하여 중국 계약법은 계약 당사자 일방이 계약의무를 불이행하거나 계약의무의 이행이 약정에 부합하지 않은 경우에 계속이행, 구제조치, 또는 손해배상의 위약책임을 부담한다고(제107조) 규정함으로써 손해배상에 관한 해석부분에 다른 견해가 있을 수 있다. 그러나 동법은 일방 당사자의 계약 '의무의 위반'에 중점을 두고 있으므로 의무위반에 대한 책임을 부여하는 근거가 되고 있다고 할 수 있다.⁷⁾

한편, 중국 '민법통칙'에서는 민사책임에 관한 귀책원칙이 무엇인가에 관하여 명확한 규정이 없었음으로 많은 논란이 있었지만 학자들은 과실책임주의를 취하고 있다고 한다.⁸⁾ 따라서 중국의 민사책임제도는 민법통칙상 '과실책임주의'와 계약법상의 '엄격책임주의'가 병존하는 이원적 구조로 구성되어 있다고 평가할 수 있다.

4) 이정표, "중국 통일계약법의 위약책임체계", 「국제상학」 제19권 제3호, 한국국제상학회, 2004. 9. 26면.

5) 邢穎, 「違約責任」, 中國法制出版社, 2000, 4면.

6) 중국 계약법상 위약책임과 계약책임과의 관계는 이하 법적 성질에서 검토하고, 위약책임이라는 용어는 계약책임과 구별하여야 할 특별한 경우를 제외하고는 이하에서는 계약책임이라는 용어를 주로 사용한다.

7) 江平 主編, 「民法學」, 中國政法大學出版社, 2007, 656면.

8) 劉景一 主編, 앞의 책, 23-25면; 柴振國·何秉群, 앞의 책, 19-25면; 江平 主編, 앞의 책, 654~655면.

2. 법적 성질

중국 계약법 제107조⁹⁾에서 규정한 違約責任이 계약책임과 같은 의미인지의 여부, 계약책임의 귀책원칙을 어떻게 확정해야 하는지에 따라 계약책임의 구체적인 적용범위가 달라질 수 있다. 그리고 계약책임과 담보책임과의 관계 설정에서도 계약책임의 적용범위가 영향을 받을 수 있다.

첫째, 계약책임이 위약책임과 동일 의미인지의 여부에 대하여 검토할 필요가 있다. 먼저, 양자를 구별하는 견해에 의하면, 계약책임은 계약체결과 관련하여 발생하는 모든 민사책임으로 보고, 이에 는 계약체결상의 과실책임만이 아니라 선기위약(先期違約, Anticipatory Breach)¹⁰⁾에 관한 민사책임, 계약이 무효 또는 해제된 경우의 민사책임, 계약위반에 관한 민사책임, 계약담보에 관한 민사책임 등도 모두 이에 포함하는 것으로 본다.¹¹⁾ 반면 위약책임을 계약 의무의 위반으로 인하여 발생하는 민사책임만을 의미하는 것으로 해석하여 계약책임을 위약책임의 상위개념으로 이해한다. 다만 계약체결상의 과실책임은 계약책임에 포함시킬 것인가에 관해서는 다른 견해¹²⁾가 있음을 유의할 필요가 있다. 그러나 양자를 동일한 의미로 보면, 위약책임은 계약의무위반에 관한 모든 민사책임이라 보고, 다만 계약이 유효하게 체결되기 전에 일방 당사자의 과실로 인해 계약이 성립되지 않은 경우에는 당사자 간의 계약의무가 발생되지 않기 때문에 계약책임에서 계약체결상의 과실책임을 분리해서 보는 견해이다. 이와 같은 해석은 독일이나 한국의 민법해석과는 달리 중국에서는 계약상의 위약구제(違約補救: Remedies for Breach of Contract)의 차이점에서 연유된 것으로 볼 수 있다.¹³⁾

9) 中國人民共和國契約法 第107條 當事人一方不履行合同義務或者履行合同義務不符合約定的, 應當承擔繼續履行、採取補救措施或者賠償損失等違約責任。

10) 先期違約이란 영미법상의 개념으로 Anticipatory Breach를 번역한 것으로, 이는 계약을 이행하기 전의 계약을 위반하는 것을 말한다. 이를 豫期違約이라고도 하는데 이하에서는 선기위약으로 통일하여 사용한다.

11) 韓世源, “合同責任的爭點與反思”, <http://big.hi138.com/falv/xianfa/200605/19204.asp>, 1면, 2014. 12. 27. 검색

12) 王利明, 「違約責任論」, 法律出版社, 2003, 26면.

13) 催建遠, 「合同責任研究」, 法律出版社, 1995, 8면.

둘째, 위약책임과 채무불이행책임과의 구별이다. 이 양자는 발생근거를 달리 하고 그 적용범위도 다르다. 채권의 발생원인은 일반적 계약채무, 불법행위, 부당이득, 사무관리가 주요한 것이고, 이에 부가하여 계약체결상의 과실책임도 채권의 발생근거로 보는 것이 중국 민법학계의 견해이다.¹⁴⁾ 그러나 위약책임은 전적으로 계약의무의 위반으로 인하여 발생된 책임을 의미한다. 따라서 위약책임과 채무불이행책임은 귀책원칙, 책임범위, 책임형식, 소송시효 등에서 주요한 차이가 있다.¹⁵⁾

셋째, 계약책임의 귀책원칙을 어떻게 확정하느냐에 따라서 계약책임의 범위가 달라진다. 이에 관해서는 계약책임과 담보책임의 적용범위에 관한 것이다. 대륙법계에서는 채권계약의 체결에 의하여 쌍방 당사자는 채권관계의 성립에 따른 일정한 의무를 부담하게 된다. 이러한 결과 대륙법계에서는 매매계약에서 담보책임을 따로 두어 계약관계에 있는 매도인이 매매계약의 체결목적에 따른 일정한 노력을 하여야 할 의무뿐만 아니라 매매 목적물의 무하자에 대한 보증까지 책임을 부담할 의무를 부담시키고 있는 것이다.¹⁶⁾ 그러나 영미법계에서는 채권계약을 보증약속으로 파악하기 때문에 채무자가 그 약속한 결과를 이행하지 않으면 계약위반이 되고 이에 다른 채권자의 권리구제가 가능하도록 하고 있다. 따라서 매매계약의 담보책임도 결국은 보증약속에 관한 것이기 때문에 이에 관한 책임도 계약위반에 따른 책임을 부담하게 되어 따로 담보책임을 특수하게 취급할 필요가 없어진다.

넷째, 중국 계약법은 매매계약편 제7장에서 하자담보책임을 따로 규정하고 있다. 하자담보책임의 법적 성질에 관해서는 대륙법계에서 채무불이행책임설과 법정책임설이 논의되고 있다.¹⁷⁾ 중국 계약법의 입법자들도 이에 관해서는 채무불이행책임설을 받아들인 것으로 볼 수 있다.¹⁸⁾ 중국 계약법은 계약책임

14) 刑頴, 앞의 책, 6~8면; 柴振國·何秉群, 앞의 책, 22~23면; 劉景一 主編, 앞의 책, 25~27면.

15) 江平 主編, 앞의 책, 657~658면.

16) 콘라트 츠바이게르트(양창수 옮김), 「비교사법제도론」, 대광문화사, 1991, 331면.

17) 송덕수, 「민법강의」, 박영사, 2014, 1426~1436면; 김형배 외, 「민법학강의」, 신조사, 2009, 1282~1283면; 지원립, 「민법강의」, 홍문사, 2007, 1198~1220면; 한삼인, 「계약법」, 화산미디어, 2011, 268~272면.

18) 채성국, “중국 “합동법”(계약법)에서의 계약책임”, 「저스티스」, 통권 제119호, 한국법학원.

을 채무불이행책임과 담보책임의 이원체계로 규정한 것이 아니라 담보책임을 계약책임에 포섭시킨 것으로 보는 견해가 있으나,¹⁹⁾ 중국 계약법이 영미법상 엄격책임을 채택하였으므로 채무불이행책임과 법정책임의 간격을 좁힌 결과가 되어 담보책임과 계약책임이 함께 논의되는 결과가 된 것으로 볼 수 있다.

III. 계약책임의 귀책원칙

1. 엄격책임주의(원칙)

앞에서 검토한 바와 같이 종래 중국 3대 계약법에서는 과실책임주의를 채택하고 있었다. 그런데 현행 중국 계약법을 제정하면서 과실책임을 원칙으로 채택하자는 견해²⁰⁾와 무과실책임의 원칙을 채택하자는 견해,²¹⁾ 그리고 양 원칙을 병행하자는 견해가 있었다.²²⁾

이에 관한 과실책임주의를 주장하는 견해는, 계약책임은 엄격책임을 취하면서 불법행위책임은 과실책임주의를 취한다면 법률체계에 혼란을 가져올 수 있고, 중국의 전통적인 법률의 윤리적 특징상 계약책임의 도덕적 속성을 강조하여 과실책임이 타당하다는 견해가 있다.²³⁾ 이와 반면에 엄격책임을 주장하는 견해는, 민법통칙과 섭외경제계약법 및 기술계약법 등이 엄격책임을 규정하고 있으며,²⁴⁾ 엄격책임이 계약법의 발전추세이고 채무불이행책임의 본질에 부합하므로 엄격책임설이 타당하다는 견해가 있다.²⁵⁾ 또 이와는 달리 과실책임주의와 무과실책임주의의 병용을 주장하는 견해는, 계약법 발전추세를 다각

2010. 10. 130면.

19) 채성국 위의 논문, 29면.

20) 王利明, 앞의 책, 60~61면.

21) 劉景一 主編, 앞의 책, 27면.

22) 催建遠, 앞의 책, 9~10면.

23) 王利明, 앞의 책, 60면.

24) 송오식, 앞의 논문, 251면.

25) 王李明, 「違約損害賠償研究」, 法律出版社, 1999, 95-99면.

도로 보아 유엔통일매매법 등이 모든 계약법을 대표하는 것으로 볼 수 없고, 특히 유럽 대부분의 국가들은 여전히 과실책임주의 원칙을 고수하고 있다는 점에서 양 주의를 병존하는 것으로 이해한다.²⁶⁾

이와 같은 견해는 계약법 제정 이후에도 논란이 되고 있으나 대체적으로 엄격책임을 주된 원칙으로 하고 예외적으로 과실책임주의를 취하고 있는 것으로 이해하는 것이 일반적이다. 따라서 계약책임의 귀책원칙으로서 엄격책임주의를 취하게 된 것은 유엔통일매매법과 국제상사계약원칙 및 유럽계약법 등에서 이 원칙을 취하고 있는 등 엄격책임이 계약법의 발전 추세라는 점과 엄격책임원칙은 계약책임의 본질과 부합한다고 하여 계약책임의 기초는 쌍방이 합의한 내용을 위반한 점에 있으므로 불법행위와 같은 범정의무를 위반하는 것과 다르다는 점을 강조하며 특히 과실책임주의에서 과실의 객관화는 엄격책임의 합리성을 증명하는 것이라는 점을 들어 엄격책임의 우수성을 강조하는 견해가 있다.²⁷⁾

중국 계약법 제107조는 계약의 당사자 일방이 계약의무를 불이행하거나 계약의무이행이 약정에 부합하지 아니한 경우에는 강제이행, 구제조치 또는 손해배상 등의 계약책임을 부담해야 한다고 규정하고 있다. 이러한 규정은 채무불이행책임의 성립요건으로서 귀책사유를 요하지 않는 엄격책임의 원칙을 확립한 것이다. 따라서 상대방이 계약상의 의무를 이행하지 않은 사실만 증명하면 곧바로 채무불이행책임이 인정되며, 더 이상의 상대방의 고의·과실 등 귀책사유를 증명할 필요가 없게 된다.

이와 같이 엄격책임은 영미법에서 연유한 것이라 하여 무과실책임과 구별되는 개념으로 계약법 제107조가 규정하고 있는 귀책원칙을 무과실책임이라고 하는 견해가 있다.²⁸⁾ 그러나 무과실책임이라는 용어보다는 채무불이행의 성립상 채무자의 귀책사유를 요하지 않는다는 점에서 영미법상 엄격책임이라는 용어를 사용하는 것이 타당해 보인다. 따라서 중국 계약법상 귀책원칙은

26) 韓世源, 각주 9) 2면.

27) 邢穎, 앞의 책, 22면; 郭明瑞·房沼坤, 「新合同法原理」, 中國人民大學出版社, 2008, 345면; 陳小君, 「合同法學」, 中國法政大學出版社, 2011, 235면.

28) 田韶華, “論我國法合同法理上的嚴格責任原則”, 「河北法學」, 2000, 44면.

계약법 제107조에서 채무불이행책임 일반에 관하여 규정하고 채무자의 귀책사유를 요하지 않는 점으로 미루어 보아 엄격책임주의를 채택하는 것으로 볼 수 있으며, 예외적으로 계약법 각론에서 과실책임주의를 인정하고 있는 것으로 볼 수 있다.²⁹⁾

2. 과실책임주의(예외)

위와 같이 중국 계약법은 엄격책임을 주된 원칙으로 하고 각론에서 보충적으로 과실책임주의를 채택하고 있는 것으로 볼 수 있다.³⁰⁾

첫째, 증여자의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 증여한 재산이 훼손, 멸실된 경우에 증여자는 손해배상의 책임을 진다(제189조)고 규정하여 이행의무를 부담하는 증여자는 반대급부 등 아무런 이익을 받지 않는다는 무상계약의 특성에 비추어 양 당사자의 이익균형을 고려하여 계약책임을 완화한 것으로 증여자의 손해배상책임은 과실책임으로 해석해 볼 수 있다.

둘째, 임차인은 임차물을 선량한 관리자의 주의의무로 보관하여야 한다. 임차인이 보관의무를 다하지 못하여 임차물을 훼손 또는 멸실하게 한 경우에는 손해배상책임을 진다고(제222조) 규정하여 임차인이 보관의무를 위반하여 상대방에게 손해를 준 때에는 손해배상책임을 지도록 하여 과실책임을 인정하고 있다.

셋째, 수급인은 도급인이 제공한 재료를 적절히 보관하고 작업을 완성시켜야 한다. 보관의무를 다하지 않아서 훼손, 멸실한 경우에는 손해배상책임을 부담하여야 한다고(제265조) 규정하여 수급인이 보관의무를 게을리 하여 훼손, 멸실 등의 손해를 발생케 한 때에는 과실책임을 부과하도록 하고 있다.

넷째, 운송인은 운송 도중에 발생한 여객의 상해와 사망에 대하여 손해배상책임을 부담한다. 그러나 여객의 상해와 사망이 여객 자신의 건강상 원인으로 야기되었거나 또는 운송인이 여객의 고의, 중대한 과실로 야기되었음을 증명

29) 郭明瑞·房沼坤, 앞의 논문, 346면.

30) 이상욱, 앞의 논문, 161~163면.

한 경우는 제외된다고(제302조) 규정함으로써 운송도중에 발생한 여객의 상해와 사망에 대한 손해배상책임은 엄격책임으로 해석할 수 있으나, 운송 도중 여객이 소지한 화물이 운송인의 고의 또는 과실로 훼손, 멸실한 경우에 운송인은 손해배상의 책임을 부담한다. 여객이 위탁한 화물이 훼손, 멸실한 경우에는 화물운송의 관련 규정을 적용한다고(제303조) 규정하여 여객운송 과정에서 물품이 훼손, 멸실된 경우에는 과실책임주의를 적용하는 것으로 해석할 수 있다.

다섯째, 임치물 보관기관 동안에 수취인의 보관 잘못으로 임치물이 훼손, 멸실된 경우에 수취인은 손해배상의 책임을 부담하여야 한다. 그러나 무상임치에 대해서는 수취인에게 중대한 과실이 없다는 것을 증명한 경우에는 손해배상의 책임을 지지 않는다(제374조)고 규정하여 수취인의 과실로 목적물을 도난당하는 경우와 같이 수취인의 부주의에 의한 손해배상책임을 과실책임으로 해석할 수 있다.

여섯째, 유상의 위임계약에서 수임인의 고의 또는 과실로 위임인에게 손해를 준 때에는 위임인은 손해배상을 청구할 수 있다. 무상의 위임계약에는 수임인의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 위임인에게 손해를 가한 때에 한하여 위임인은 손해배상을 청구할 있다. 수임인은 권한을 초과하여 위임인에게 손해를 준 경우에는 손해배상의 책임을 진다고(제406조) 규정하여 수임인의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 발생하는 손해배상책임에 대하여는 과실책임으로 해석할 수 있다.

IV. 계약책임의 내용

1. 이행거절

이행거절이라 함은 당사자 일방이 계약의무를 이행하지 않는다는 의사를 명시적으로 표시하거나(명시적 이행거절) 자기의 행위로 표명한 경우(묵시적 이행거절)를 말하며(제108조)³¹⁾, 이는 우리나라와 달리 규정하고 있다.³²⁾ 이를 이행기간 만료 전에 확정할 수 있는 위약행위로 선기위약(先期違約)이라

고 하는데,³³⁾ 영미법상 이행거절(Repudiation)제도를 수용하는 것으로 상대방의 이익을 보호하는데 큰 기여를 하는 것으로 볼 수 있다.³⁴⁾

그리고 선기위약은 이행기가 도래하기 전의 이행거절의 의사표시를 하는 것을 말하는 점에서 이행기가 도래한 후에 발생하는 일반적인 채무불이행책임(실제위약)과 구별되며, 장래의 계약상 의무를 이행하지 않겠다는 의사표현이라는 점과 장래의 채권을 침해한다는 점에서 이행기 도래 후에 야기되는 채무불이행과도 구별된다.

또한 이행거절은 위반의 형태가 단순하여 장래의 채무를 이행하지 않겠다는 명시 또는 묵시의 의사표시에 불과하지만 실제위약은 약정된 계약 내용에 부합하지 않는 다양한 형태로 전개된다는 점에서도 양자는 구별된다.³⁵⁾

가. 불안의 항변권과의 구별

불안(不安)의 항변권은 쌍무계약에서 상대방이 의무를 이행할 수 없게 되거나 계약의무를 이행할 수 없게 될 가능성이 있는 경우 선이행의무 있는 당사자가 상대방의 의무이행 또는 담보제공 이전에 상대방에 대한 계약의무의 이행을 중지하는 권리로서,³⁶⁾ 일방의 당사자가 의무를 이행한 후에 상대방이 계약을 이행하는 것은 불가능하다고 판단한 경우에 어떠한 조치를 취할지가 문제가 된다. 상대방이 의무를 이행하지 않으면 먼저 계약을 이행한 당사자가 손해를 입을 가능성이 있는 때에 사정의 변경으로 인하여 손해가 발생하기 전에 적당한 행동을 취하는 것이 불안항변권의 목적이다.³⁷⁾ 따라서 중국 계약법상 이행거절의 의미는 다음과 같은 점에서 불안의 항변권(제68조)과 구별된다.

31) 中華人民共和國契約法 第108條 當事人一方明確表示或者以自己的行為表明不履行合同義務的，對方可以在履行期限屆滿之前要求其承擔違約責任。

32) 송오식, 앞의 논문, 258면.

33) 徐景和 主編, 앞의 책, 193면.

34) 邢穎, 앞의 책, 73면.

35) 陳小君, 앞의 책, 240면.

36) 胡康生 主編, 앞의 책, 118면.

37) 나승복, “중국 통일계약법의 특색과 주요내용”, 『인권과 정의』 제283호, 대한변호사협회, 2000. 3, 62면.

첫째, 불안의 항변권은 당사자 일방의 권리행사에 대항할 수 있는 일종의 법적구제권으로서 선이행의무자에게만 인정되는 권리이나, 이행거절은 당사자의 특정한 위약행위의 표현이고 당사자 모두 행사할 수 있는 권리이다. 둘째, 불안의 항변권은 선이행의무 있는 일방 당사자에게 법률상 인정되는 권리로서 이행의 선후순서가 있는 경우에만 행사할 수 있는 권리이나, 이행거절은 일방 당사자의 이행선후가 문제되지 않으며 이행기가 도래하기 전에 명시적·묵시적 의사표시에 의해 발생한다. 셋째, 불안의 항변권의 발생원인은 장래 이행기가 도래한 상대방이 채무를 이행하기 어려운 사유, 가령 경영상황이 심각할 정도로 악화된 경우, 재산이나 자금의 은닉으로 채무를 도피한 경우, 상업상 신용과 명예를 상실한 경우, 기타 채무이행 능력을 상실 또는 상실할 우려가 있는 경우(제68조)에 인정되나, 이행거절은 다양한 원인으로 인해 발생한다.³⁸⁾ 넷째, 불안의 항변권은 항변권의 일종으로 원칙적으로 청구권의 행사를 저지하는 효력에 불과하고, 그 효과는 선이행의무자의 이행을 일시적으로 중지할 수 있고 상대방 당사자가 담보제공을 하지 않거나 이행능력을 회복하지 못하면 계약을 해제할 수 있을 뿐이나, 이행거절의 효과는 강제이행을 위한 소의 제기, 손해배상청구, 계약의 해제 및 해지 등 다양한 효과가 발생한다.³⁹⁾

나. 명시적 이행거절과 묵시적 이행거절

상대방에게 계약의 내용에 따른 이행을 할 수 없다는 내용을 아무런 조건 없이 상대방에게 표시할 경우에 이행거절이 성립하고, 조건을 부가한 이행거절 의사표시는 이에 해당되지 않는다. 또한 이행기가 도래하기 전에 명시적으로 이행거절의 의사를 표시하여야 하므로 이행기가 도래한 후에 약정된 의무를 이행할 수 없다는 거절의 의사표시는 불이행에 해당하고 이행거절은 아니다.

이행거절의 의사표시는 계약을 파기한다는 의미가 내포되어야 하고 단순한 이행이 곤란하다는 정도의 의사표시로서는 부족하다.⁴⁰⁾ 그리고 이행거절의 의

38) 송오식, 앞의 논문, 165면.

39) 謝懷軾 等, 앞의 책, 282-283면.

40) 李國光, 앞의 책, 430면.

사표시를 표시하는 당사자는 반드시 계약상의 중요한 의무를 이행하지 않음을 표시하여야 하며, 계약의 목적 달성에 중대한 영향을 미치지 않는 계약 내용의 일부에 대한 이행거절 또는 약정금액의 일부만 지급을 거절하는 경우는 해당되지 않는다. 또한 이행기가 도래하기 전에 명시적으로 이행을 거절할 정당한 이유, 가령 법정해제권의 발생·불가항력에 의한 불이행·계약 내용이 현저하게 공평하지 않음으로써 무효가 된 경우·계약관계의 부존재 등은 이행거절이라 할 수 없다.⁴¹⁾

자기의 행위로 계약의무의 불이행을 표시한 경우의 이행거절의 의사표시를 묵시적인 이행거절이라고 한다(제108조). 이 경우 상대방은 그 행위로 인하여 이행기가 도래하더라도 계약내용을 이행하지 않을 것임을 예견할 수 있고, 그 예견은 확실한 증거가 있어야 한다. 묵시적인 이행거절의 구체적인 예로서는 이행을 위하여 일정한 담보제공의무를 부담하는 자가 상당한 기간 내에 충분한 보증을 제공할 수 없는 경우를 들 수 있다. 즉 담보제공의무자가 상당한 기간 내에 담보를 제공하지 않는 것은 묵시적인 이행거절을 구성하게 된다. 묵시적인 이행거절에 관한 중국 계약법의 규정은 그 내용이 너무 간략하여 실제 적용상 분쟁의 소지가 많으며 구제방법도 부족하다는 비판이 제기되고 있다.⁴²⁾

다. 계약해제권과 이행청구권

당사자 일방이 이행거절의 의사표시를 명시적으로 표시하거나 자기의 행위로 표시한 때에는 상대방은 계약을 해제할 수 있으며(제94조 제2호), 계약을 해제하는 경우에는 강제이행을 청구할 수 없다. 계약해제는 손해배상청구에 영향을 미치지 아니하므로 손해가 있으면 손해배상도 함께 청구할 수 있다(제97조).

당사자 일방의 이행거절 의사표시에도 불구하고 상대방이 계약의 효력을 계속 유지할 것을 희망할 때에는 상대방은 계약의 효력을 유지하여 계속해서

41) 邢穎, 앞의 책, 104면.

42) 이상욱, 앞의 논문, 166~167면; 吳志忠, “新合同法的重要改進及其不足”, 2010, 81면.

이행할 것을 청구할 수 있다(제109조). 이행청구권은 원칙적으로 채무이행기가 도래한 경우에 행사할 수 있고, 채무자가 이행하지 않을 경우에는 채권자는 법원에 소를 제기하여 강제이행을 청구할 수 있다.

라. 손해배상 및 위약금 청구권

당사자 일방이 계약의무를 위반하여 상대방에게 손해를 준 경우에 그에 상응하는 가치재산으로 손해를 배상해야 한다(제107조). 손해배상액의 산정기준은 원칙적으로 이행이익이 기준이 되나 이행이익에 대한 증거가 어려운 때에는 채권자는 신뢰이익의 배상청구를 선택할 수 있다. 이행이익은 전보배상으로 계약의 이행 후에 얻을 수 있었던 이익을 포함한다. 그러나 당사자가 계약을 체결한 때에 예견하거나 예견할 수 있었던 손실의 범위를 초과하지 못한다(제113조). 그리고 당사자가 위약금을 약정한 때에는 채무자가 이행을 거절한 경우에는 채권자는 위약금의 지급을 청구할 수 있음은 당연하다(제114조).

2. 불이행

불이행이란 이행불능 또는 이행기가 도래한 후 채무자가 정당한 사유 없이 계약상의 채무이행을 거절하는 행위를 의미한다.⁴³⁾ 이는 이행기가 도래한 후의 채무불이행에 관한 의사표시라는 점에서 이행거절과 구별된다.⁴⁴⁾ 계약법은 명문규정을 두고 있지는 않으나, 계약해제에 관한 동법 제94조 3호와 제109조 및 제110조를 근거로 간접적으로 인정되는 것으로 해석한다.⁴⁵⁾ 불이행의 요건으로는 합법적인 채무가 존재하여야 하고, 채무자가 채권자에 대하여 계약상의 의무의 이행을 거부하는 의사표시를 하여야 하며, 이행을 거부하는 의사표시는 명시적 의사표시에 한하지 않고 채무자가 계약의 목적인 특정물을 채권자가 아닌 제3자에게 인도한 경우처럼 묵시적인 의사표시로도 가능하다. 아울

43) 那穎, 위의 책, 75면. 郭明瑞·房小坤, 앞의 책, 352면; 謝懷軾等, 앞의 책, 283면.

44) 송오식, 앞의 논문, 272~273면.

45) 那穎, 앞의 책, 77면.

러 이행기가 도래한 후에 채무자의 이행거절 의사표시가 있어야 하고, 채무자에게 정당한 사유가 없어야 한다.

가. 강제이행

당사자 일방이 이행기가 도래한 후 이행거절의사를 표시한 경우에는 그 상대방은 채무불이행책임으로서 채무이행을 강제하여 계약의 목적을 달성할 수 있다(제109조 및 제110조). 즉 상대방은 법원에 소를 제기하여 강제집행을 할 수 있으며, 동법 제107조는 채무불이행책임으로서 계속이행을 규정하고 있다.

나. 계약해제

당사자 일방이 정당한 이유 없이 이행기가 도래한 채무의 이행을 거절하는 의사를 표시한 경우에 그 상대방은 계약을 해제할 수 있다(제94조 3호). 법률의 규정이나 당사자의 약정에 의하여 해제권의 행사기간이 정해진 경우에는 그 기간이 도래하여도 해제권을 행사하지 않으면 소멸하며(제95조 1호), 해제권의 행사기간이 정해지지 않은 경우에는 상대방이 최고를 수령한 후 상당한 기간 내에 해제권을 행사하지 않으면 소멸하게 된다(제95조 2호). 이 경우의 해제권은 일방적인 권리행사로서 해제 의사표시가 상대방에게 도달한 때에 그 효력이 발생하게 된다.⁴⁶⁾ 계약을 해제하면 아직 이행하지 않은 내용은 이행을 종료하게 되며, 이미 이행된 경우에는 이행상황과 계약의 성질에 따라 당사자는 원상회복 또는 그 밖의 구제조치를 청구할 수 있으며, 이와 병행하여 손해배상도 청구할 수 있다(제98조).

다. 손해배상 및 위약금 청구

중국 계약법상 손해배상책임은, 당사자 일방이 계약의무불이행 또는 계약의무의 이행이 약정에 부합하지 않는 경우, 의무를 이행하거나 구제조치를 취한

46) 那穎, 앞의 책, 83면.

후에도 상대방에게 기타 손실이 있는 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다(제112조). 또한 계약체결시에 예정한 위약금이 있다면 그 위약금을 청구할 수 있으며, 약정된 위약금이 실제 발생한 손해보다 과소한 경우에는 당사자는 인민법원이나 중재기구에 금액의 증액을 청구할 수 있고, 약정된 위약금이 실제 발생한 손해보다 과다한 경우에는 적당한 금액으로 감액할 것을 청구할 수 있다(제114조). 만약에 계약체결시에 당사자가 계약금과 위약금에 관한 약정을 동시에 한 경우에는 상대방은 위약금에 관한 규정(제115조)이나 계약금에 관한 규정을 선택적으로 청구할 수 있다(제116조).

3. 이행지체

중국 계약법은 이행지체에 관하여 명문으로 규정하고 있지 않으나, 해석상 채무불이행의 한 유형으로서 이행지체의 개념을 인정하고 있다.⁴⁷⁾ 그리고 이행지체는 채무자의 이행지체와 채권자의 수령지체를 포함하는 개념으로 이해된다.⁴⁸⁾ 이행지체는 채무자가 이행이 가능함에도 이행기에 채무를 이행하지 않는 것으로 귀책사유를 필요로 하지 않는 점에서 우리와는 다르다.⁴⁹⁾

이행지체의 요건으로는 채무자의 귀책사유를 요하지 않는다는 점을 제외하면 우리나라의 민법상의 요건과 크게 다르지 않는다. 따라서 합법적인 채무가 존재하여야 하며, 이행기내에 이행이 가능하였어야 하고, 이행기 내에 이행하지 않고 이행기를 도과하였어야 하며, 나아가 법률상의 정당한 사유가 없을 것을 요건으로 한다. 이와 같은 요건에 따른 이행지체의 효과는 강제이행과 지연배상 및 손해배상청구가 인정되며, 계약해제도 인정된다. 다만 채무자에게 불가항력의 면책사유가 존재하는 경우에는 책임을 부담하지 않는다.⁵⁰⁾ 여기서 문제는 금전채무의 경우에는 불가항력에 의하여도 면책될 수 없으며, 또한 금전채무가 지체된 때에는 지연이자만 발생할 뿐이고 그 밖의 손해배상책임은

47) 郭明瑞·房紹坤, 앞의 책, 355~356면.

48) 李國光, 앞의 책, 426면. 謝懷軾等, 앞의 책, 284면. 王利明, 앞의 책, 692면.

49) 송오식, 앞의 논문, 266면.

50) 송오식, 앞의 논문, 266~267면.

인정되지 않는다.⁵¹⁾ 한편 손해배상의 범위에 관하여 완전한 배상원칙을 인정하고(동법 제113조), 상대방의 예견가능성에 의해 제한된다.⁵²⁾

4. 이행불능

중국 계약법은 불가항력에 의한 이행불능을 면책사유로 규정(제117조)하고 있으나, 이에 따른 구체적인 효과를 규정하고 있지 않으므로 학설에 의할 수밖에 없다. 이행불능의 경우에 채무자의 귀책사유가 요구되지 않는다는 점을 제외하면 우리 민법상의 이행불능의 법리와 크게 다르지 않다는 것이 학설이다.⁵³⁾ 그리고 이행불능의 효과는 불가항력에 의하여 이행불능인지의 여부에 따라 달라진다. 그러므로 일반적인 이행불능의 경우에는 채무자는 손해배상책임을 부담하나(제107조), 만일 이행불능이 불가항력에 의한 경우에는 채무자는 면책된다(제117조). 이행불능이 법률상 혹은 사실상의 원인에 의한 경우에는 불가항력과 관계없이 강제이행은 제한되나(제110조), 계약을 해제할 수 있다(제94조). 이행불능의 효과로서 대상청구권은 우리의 경우와 마찬가지로 인정하는 것으로 해석할 수 있다.

5. 불완전이행

채무자의 이행이 있었으나 그 이행이 계약내용과 부합되지 않는 경우에 채무불이행이 된다(제107조)는 규정의 근거로 불완전이행(不適當履行)의 개념을 인정하고 있으며, 적극적 채권침해(加害履行·加害給付)까지 불완전이행의 범주에 포함시키고 있다.⁵⁴⁾ 그러므로 동법 제107조, 제111조, 제112조, 제122조 등에서 불완전이행을 규율하고 있는 것으로 보인다. 품질이 약정에 부합하지 않은 경우에 당사자는 약정에 따라 위약책임을 부담한다(제111조)고 함으로써

51) 李國光, 앞의 책, 434면.

52) 那穎, 앞의 책, 145면; 郭明瑞·房紹坤, 앞의 책, 384~385면.

53) 이상옥, 앞의 논문, 172면.

54) 郭明瑞·房小坤, 앞의 책, 354면.

물품하자로 계약과 합치하지 않은 경우에 불완전이행책임을 인정하고 있다. 예를 들어 인도된 목적물의 품질, 수량, 품종, 규격, 크기, 무늬와 색상 등이 당사자가 약정한 계약내용과 부합하지 않는 경우를 말한다.⁵⁵⁾ 매매계약의 경우에 매도인은 목적물의 소유권을 이전할 의무를 부담하고(제130조), 인도한 목적물에 대하여 제3자가 매수인에게 어떠한 권리도 주장하지 못하도록 보증할 의무를 부담한다(제150조).

그리고 매도인이 인도한 목적물이 품질기준의 요구에 부합하지 않은 경우, 매수인은 동법 제111조에 따라 위약책임을 청구할 수 있다(제155조)고 규정함으로써 일반적인 매매계약에서 매도인의 하자담보책임을 채무불이행책임으로 구성하고 있다. 또한 하자담보책임은 채무불이행책임의 한 유형으로서 불완전이행에 속하며,⁵⁶⁾ 채무불이행책임에 있어서 엄격책임의 원칙과 함께 채무자의 귀책사유를 요하지 않는 무과실책임을 인정하고 있다.⁵⁷⁾ 따라서 하자담보책임은 위약책임의 한 유형으로 불완전이행에 속하고 하자담보책임과 함께 위약책임이 엄격책임을 취하고 있다고 할 수 있다.⁵⁸⁾ 또한 채무자(매도인)가 이행을 하였으나 계약내용에 부합하지 않고 그 품질이 법률규정이나 당사자 약정에 위반하는 것으로서 정당한 사유가 없다면 요건은 충족된 것으로 볼 수 있다.⁵⁹⁾

계약의 효력이 발생한 후 당사자는 품질, 대금 또는 이행 장소 등의 내용에 관하여 약정이 없거나 약정이 명확하지 아니한 경우에 합의하여 보충할 수 있다. 보충합의를 달성할 수 없는 때에는 계약의 관련조항 또는 거래관행에 따른다(제61조). 이와 같이 계약 당사자가 보충합의에 의하여도 책임내용을 결정할 수 없는 때에는 손해를 받은 자는 목적물의 성질 및 손해의 대소에 따라 상대방에게 수리·교환·재제작·반품·감액 또는 보수 등의 합리적인 선택을 요구할 수 있다(제111조 후단). 이와 관련하여 우리나라 민법은 도급계

55) 郭明瑞·房小坤, 위의 책, 355면.

56) 이상욱, 앞의 논문, 173면; 송오식, 앞의 논문, 275면.

57) 張新寶, 「買賣合同 贈與合同」, 法律出版社, 1999, 20면; 李國光, 앞의 책, 711~712면.

58) 이상욱, 앞의 논문, 177면.

59) 施天憐, 앞의 책, 173면.

약에 있어서는 수급인에게 하자보수의무를 인정하고 있으나(제667조), 매매계약에 있어서는 매도인에게 보수의무는 인정하지 않고 있다. 그러나 중국 계약법에서는 매매계약에도 보수의무가 적용되는 것으로 해석된다.⁶⁰⁾

중국 계약법상 교환(更換)의 경우에는 계약의 목적물이 종류물인 경우에 적용되며, 제재작(重作)의 경우에는 다른 국가에서 볼 수 없는 내용으로 주로 서비스를 제공하는 계약에서 발생되고 매매계약에는 적용되지 않는다.⁶¹⁾ 반품은 계약해제를 의미하고 법정해제에 관한 요건(제95조)을 갖추어야 하므로 목적물의 품질이 계약 목적달성에 영향을 미치게 되는 경우에 한하여 매수인의 목적물 반품이 인정되나, 목적물의 품질이 계약내용에 부합하지 않음으로써 다른 손해가 발생한 경우에는 그 잔여 손해의 배상책임을 인정하고 있다(제112조).

당사자 일방이 위약행위로 인하여 상대방의 신체, 재산상 이익을 침해한 경우에 피해자는 계약책임과 불법행위책임 중 선택하여 청구할 수 있으므로(제122조), 불완전이행의 한 유형인 적극적 채권침해(加害給付)를 인정하고 있는 것으로 해석할 수 있다.⁶²⁾ 이와 같이 계약책임과 불법행위책임의 경합을 규정하여 피해자에게 선택권을 인정함으로써 이른바 청구권경합주의를 채택한 것으로 평가할 수 있다.⁶³⁾ 계약책임에 의한 손해배상은 당사자의 합의로 결정할 수 있고, 만일 당사자의 합의가 없는 때에는 계약법에 의한다. 그러나 불법행위로 인한 손해배상에서 인권이 침해된 때에는 정신적 손해배상도 포함되고(민법통칙 제120조), 사망자가 생전에 부양했던 자의 생활비용도 손해배상범위에 포함될 수 있다.⁶⁴⁾

책임내용에서도 채무불이행책임은 주로 재산상의 책임이지만 강제이행이나 위약금, 손해배상 등이 가능한데 반하여, 불법행위책임은 비재산상의 책임도 포함된다는 점에서 양자는 차이가 있다. 소멸시효기간에 관해서도 불법행위로

60) 李國光, 앞의 책, 441면.

61) 李國光, 위의 책, 442면.

62) 那穎, 앞의 책, 289면.

63) 이상욱, 앞의 논문, 174면.

64) 李國光, 앞의 책, 504~505면.

인한 손해배상청구권은 민법통칙 제135조 규정에 따라 시효기간이 2년이 되지만, 신체의 상해로 인한 손해배상청구권은 1년 기간으로 제한되는데(민법통칙 제136조 1호) 반하여 채무불이행으로 인한 손해배상청구권은 2년의 시효기간에 걸리게 된다(민법통칙 제135조). 다만 국제매매계약과 기술 수출입계약의 경우에는 시효기간이 4년이 된다(제129조).

6. 제3자에 의한 채권침해

당사자 일방이 제3자의 원인으로 인하여 계약을 위반하게 된 경우에도 상대방에 대한 위약의 책임을 부담하여야 한다(제121조 전문)고 규정하여 제3자에 의한 채권침해의 유형을 규정하고 있다. 이와 같은 취지는 제3자의 침해행위로 인하여 채무를 이행하지 못하게 된 경우에도 채무자는 채무불이행책임을 부담하도록 하는 것은 제3자의 채권침해행위를 불가항력적인 사유로 인정하지 않기 때문이다.

V. 사법해석

중국 최고인민법원은 계약법 시행이후 계약법의 내용을 보완하기 위하여 계약과 관련한 3개의 사법해석을 두고 있다. 이는 최고인민법원 중화인민공화국계약법을 적용함에 있어서 약간의 사법해석(I)이 1999년 12월 29일부터 시행되었다. 사법해석(I)이 시행된 지 10년이 지나 최고인민법원은 중화인민공화국계약법을 적용함에 있어서 약간의 사법해석(II)을 2009년 5월 13일부터 시행하였는데, 총 30개 조문으로 실무 경험을 토대로 하여 조문의 명확화 및 구체화를 도모하여 쉽게 응용할 수 있도록 하는데 있었다.⁶⁵⁾ 그 특징으로 첫째, 계약효력 부분에서 계약무효의 법정조건을 엄격하게 적용하면서도 효력의 인정에 있어서는 완화한 태도를 취하였다. 가령 무권대리인이 체결한 계약효

65) 이에 관하여 자세히는 소제선, “중국계약법에 관한 새로운 사법해석”, 『KHU 글로벌 기업법무 리뷰』 제2권 제2호, 경희대학교 법학연구소, 2009. 11, 175면.

력을 인정함에 있어서, 상대방이 현실적으로 계약을 이행하는 행위는 추인의 의사표시로 간주하도록 하였다. 또한 법의 강제성을 위반하면 계약을 무효로 인정하는데, '효력강제성규정'⁶⁶⁾으로 한정하여 해석하도록 하고 있다.

둘째, 사법해석에서 '계약이행'에 관한 6개 조문 중, 2개 소송절차에 관한 조문 외, 모두 채권채무변제에 관한 실질적인 규정을 두었다. 그리고 금융위기가 심화됨에 따라 악의적으로 채무를 변제하지 않거나 채무변제 순서를 악용하는 등 중요한 문제점들을 감안하여 약간의 조문을 두었다. 최고인민법원은 '합리적 가격'의 판단기준도 명시하였다.

셋째, 계약권리의무의 종료부분에서 계약법에는 들어 있었으나 인정되지 않았던 사정변경을 인정하였다. 최고인민법원은 사법해석의 형식으로 사정변경 원칙을 명확히 정함으로서 계약법의 원칙을 세계추세에 부합하도록 하였다.

넷째, 계약책임에 있어서 위약금의 공평성에 초점을 두었다. 이는 위약금이 과도하게 많다는 것을 판단하는 참고적인 기준을 제시하였는데, 당사자간에 약정한 위약금이 실제손실의 30%를 넘었다면, '초래한 손실을 과도하게 넘었다'고 인정하여 이 때 위약금을 조정할 수 있도록 하였다.⁶⁷⁾

그 후, 2012년 3월 31일 통과한 사법해석(Ⅲ) '최고인민법원 매매계약분쟁사안을 심리함에 있어서 법률적용문제에 관한 해석'은 2012년 7월 1일부터 시행하였다. 최고인민법원은 이 사법해석에서 매매계약의 효력발생, 목적물의 교부와 소유권의 이전, 목적물의 위험부담, 목적물의 검사, 위약책임, 소유권보류 등 중요한 계약제도에 대하여 일반적인 해석과 함께 최고심판권에 종속한 사법해석권을 활용하여 계약법이 시행된 10여년간의 민사재판실무경험을 총합하고 민법이론 등의 연구성과를 토대로 하여 몇 개의 해석규칙을 제정하였다.⁶⁸⁾

66) '강제성규정'이란 당사자의 의사나 약정에 의해 그 적용을 배제 또는 변경할 수 없는 규정을 말한다. 이는 규정을 위반하는 행위의 관리 처벌 등을 하는 것만으로 해당행위의 사법상의 효력까지 부정하지 않은 '관리성 규정'과 해당행위에 위반하는 경우에 계약의 무효가 되는 규정인 '효력성 규정'으로 나눌 수 있다(소재선, 앞의 논문, 177면). 그러므로 '효력강제성규정'은 우리나라에서 사용되는 효력규정을 의미하는 것으로 해석할 수 있다.

67) 蔡奕, "司法解釋詮釋合同審判疑難問題", 「董事會」, 第7期, 2009, 84~85면.

68) <http://lawinnovation.com/html/zgfx50rlt/9357.shtml>. [梁慧星, "對買賣合同司法解釋(法釋2012-

VI. 결 론

앞에서 중국 계약법의 특징, 법적 성질과 그 귀책원칙, 면책사유, 그리고 계약책임의 유형에 따른 계약책임의 효과에 대하여 검토하였다. 앞서 검토한 바와 같이 중국 계약법은 독일 등의 대륙법계와 영미법계의 법률 및 이론, 그리고 국제거래 현실의 중요성을 감안하여 비엔나협약, 국제물품매매에 관한 유엔협약, 국제상사계약원칙, 유럽계약법원칙 등 국제협약도 함께 참조하여 구성하였다는데 그 특징적 요소를 찾아볼 수 있다.

중국 계약법은 우리 민법과는 달리 계약책임은 계약에 대해서만 적용되고 원칙적으로 위약행위는 귀책사유를 요하지 않는 엄격책임주의를 취하였으며, 위약행위 뿐만 아니라 하자담보책임 역시 귀책사유를 요하지 않고 담보책임을 채무불이행책임의 한 유형으로 파악하고 있는데 그 특징이 있다. 그리고 중국 계약법은 불가항력에 의한 면책사유를 규정하고, 불가항력 사항의 통지의무와 증거제출의무를 함께 부과하고 있다. 그리고 손해배상의 범위에 관해서는 완전한 배상원칙을 채택하고 예견가능성에 의한 제한과 손해확대방지의무를 규정하여 적절한 조치를 취하지 않아서 확대된 손해에 대해서는 배상범위에서 제외하도록 하고, 또한 당사자 쌍방의 계약책임에 대하여 규정하고, 계약책임과 불법행위책임에 대하여 당사자가 선택하여 청구할 수 있도록 청구권 선택주의를 취하는 등 계약책임의 특징이 존재한다.

이와 같이 중국 계약법상 계약책임은 국제적 흐름에 따른 관련 규정들과 현대화의 규정들을 함께 고려하고, 중국의 특유의 요소도 함께 규정하고 있는 규범으로 평가할 수 있다. 아울러 중국 계약법이 시행된 이후, 최고인민법원은 계약법을 적용함에 있어서 3개의 사법해석을 제정하였는데, 특히 사법해석(Ⅱ)에서는 우리나라와 달리 사정변경의 원칙을 명확히 하여 세계화의 특징을 내포하고 있다고 할 수 있다. 이와 같이 사법해석은 최고인민법원의 사법해석에 있어서의 창조성을 가장 잘 나타내고 있으며, 중대한 실천적 의의와 이론적 의의를 가지고 있어 실무뿐만 아니라 학계에서도 높은 관심을 가지고

8号)의解讀和評論”) 2014. 12. 27 검색

있는 것으로 평가되고 있다.

참고문헌

- 김영규, “중국·북한 민법상 계약일반과 그 성립”, 『법학연구』, 제21집, 한국법학회, 2006. 2.
- 나승복, “중국 통일계약법의 특색과 주요내용”, 『인권과 정의』, 제283호, 대한변호사협회, 2000.
- 소재선, “중국계약법에 관한 새로운 사법해석”, 『KHU 글로벌 기업법무 리뷰』, 제2권 제2호, 경희대학교 법학연구소, 2009. 11.
- 송오식, “중국계약법(합동법)상 위약책임”, 『민사법연구』, 제15집 제1호, 한국민사법학회, 2007.
- 이상욱, “중국 계약법상 계약의 성립에 관한 법리”, 『영남법학』 제15권 제2호, 영남대학교 법학연구소, 2010.
- 이영신·최홍동, “CISG의 중국에서의 적용에 관한 고찰”, 『법과정책』 제14집 제2호, 제주대학교 법과정책연구소, 2010.
- 이정표, “중국 통일계약법의 위약책임체계”, 『국제상학』, 제19권 제3호, 한국국제상학회, 2004. 9.
- 채성국, “중국 ‘합동법’(계약법)에서의 계약책임”, 『저스티스』, 제119호, 한국법학원, 2010. 10.
- 江平 主編, 『民法學』, 中國政法大學出版社, 2007.
- 郭明瑞·房紹坤, 『新合同法原理』, 中國人民大學出版社, 2008.
- 姚輝, “中國合同法的制定及其發展動向”, 『법학연구』 제52권 제68호(상), 부산대학교 법학연구소, 2011.
- 劉景一 主編, 『合同法新論』, 人民法院出版社, 2007.
- 謝懷軾 等, 『合同法原理』, 法律出版社, 2000.
- 徐景和 主編, 『中華人民共和國合同法通解』, 中國檢査出版社, 2005.
- 施天憐, 『合同法釋論』, 中國人民公安大學出版社, 1999.

- 王淦起·夏國強,「新編合同法教程」,政法大學出版社,1994.
- 吳志忠,“新合同法的重要改進及其不足”,中南財經大學學報,2010.
- 王利明,「違約責任論」,中國政法大學出版社,2003.
- 王利明·崔建遠,「合同法新論·總則」,中國法政大學出版社,1998.
- 劉文華 主編,「中華人民共和國 合同法實用指南」,改革出版社,2011.
- 李國光,「合同法解釋與活用(上册)」,新華出版社,1999.
- 田韶華,“論我國合同法上的嚴格責任原則”,2000.
- 陳小君,「合同法學」,中國法政大學出版社,2011.
- 蔡奕,“司法解釋詮釋合同審判疑難問題”,「董事會」,第7期,2009.
- 崔建遠,「合同責任研究」,法律出版社,1995.
- 夏勇 主編,「走向權利的時代」,中國政法大學出版社,1995.
- 何志,「合同法分則判解研究與活用」,人民法院出版社,2002.
- 夏志宏 主編,「中華人民共和國法實務」,對外經濟貿易大學出版社,2012.
- 胡康生 主編,「中華人民共和國合同法釋義」,法律出版社,2009.
- 邢穎,「違約責任」,中國法制出版社,2000.
- 韓世源,“合同責任的爭點與反思”,<http://big.hi138.com/falv/xianfa/200605/19204.asp>,
2014. 12. 27. 검색.

[Abstract]

A Feature Study on the Liability of Contract Law in China

Kim, Sang-Myeong

Professor, Jeju International University

China does not have a single civil code, but rather has several civil acts. Contract Law of the People's Republic of China of 1999(Contract Law of

China) is one of the several civil acts, which was drafted by legal scholars, first in the history of legislation, and enacted in reference to foreign legal system.

China legislated the Unification Contract Law instead of the previous three contract: Economy Contract, Technology Contract, International Economy Contract.

Contract Law of the People's Republic of China that has been carried out since 1999 prescribes advanced contents that accepted tendency of western legislation such as United Nations Convention on Contracts for International Sales of Goods, and German Civil Law.

Among this Contract Law of 23 chapters, 7 chapters are about Liability for Breach of Contract(107~122). Liability in this Contract Law is evaluated to possess not only the characteristic of globalization and modernization but also the characteristic of China at the same time.

Although Liability in Contract Law of china recognizes Fault liability supplementally and exceptionally, it adopts Strict liability as a basic principle.

Key words : Contract Law of China, Liability for Breach, Contractual Liability in China. Strict Liability, Fault Liability. judicial construction