

중국 계약법의 주요내용과 특징에 대한 고찰

A Study on the main contents and the characteristic factor in Contract Law of China

박 규 용* · 김 상 명**
Park, Kyu-Yong · Kim, Sang-Myeong

목 차

- I. 서 론
- II. 종래 중국 3대 계약법의 제정과 주요내용
- III. 현행 중국 계약법의 제정배경과 특징
- IV. 현행 중국 계약법의 기본원칙과 계약의 성립·효력
- V. 결 론

국문초록

중국은 중화인민공화국계약법(합동법)이 제정되기 이전에는 종래 경제계약법·대외경제계약법·기술계약법이 있었다. 이와 같은 법률들은 상호 부조화의 문제로 인하여 통일적인 적용이 어려웠고, 그 구체성이 결여되어 여러 가지 규율에 있어서 문제가 있었다. 따라서 좀 더 통일적이고 비교적 정비된 계약법의 제정으로 사회주의 시장경제의 발전을 보장하기 위해 1999년 3월 15일 제9기 전국인민대회 제2차 회의에서 중화인민공화국계약법을 통과시켰으며, 동년 10월 1일부터 시행되었다.

논문접수일 : 2014.07.15

심사완료일 : 2014.08.11

게재확정일 : 2014.08.12

* 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 교수

** 법학박사·제주국제대학교 경찰행정학과 부교수

이러한 중국 계약법은 총칙, 각칙 및 부칙 등 총 3개 부문 23장 제428조로 구성되어 있으며, 많은 조문들이 새롭게 신설됨으로써 21세기 기본원칙으로 평등의 원칙·공평의 원칙·신의성실의 원칙·공서양속의 원칙을 선언하고, 유럽연합 등 영미법상의 제도와 독일 민법 등을 상당부분 도입하여 국제적으로 획기적이고, 중국 특유의 계약법을 만들었다.

따라서 이러한 규정만으로 모든 계약체결 중의 문제를 해결할 수 있는 것은 아니지만, 종래 계약법들과 비교하여 보면 구체적이고 실용적인 법률이라고 평가할 수 있다.

주제어 : 중국법, 계약법, 중국계약법, 중국인민공화국계약법, 사법해석

1. 서론

중국은 1978년 개혁·개방을 시작으로 점차 '계약사회'로 변모하면서 단행 계약법으로 국내의 경제주체간의 계약관계에 관한 '경제계약법(1982년)'이, 외국과 국제무역에 관한 '대외경제계약법(1985년)'이, 법인 사이, 법인과 개인 또는 개인간의 기술개발, 기술양도, 기술자문과 기술서비스에 관한 '기술계약법(1987년)'이 시행되었다.¹⁾ 그리고 1993년 9월 2일 전국인민대표대회 상무위원회는 '경제계약법 개정에 관한 결정'을 채택하였다. 그 배경에는 중국의 대외개방정책에 따라서 '민법통칙(1987년)'²⁾의 아래에 있는 종래 3대 계약법이 각각 다른 법률관계와 영역을 규율의 대상으로 하고 있으므로, 상호 부조화의 문제, 법규제의 구체성 결여 등의 문제점이 지적되었다.³⁾

- 1) 송오식, "중국계약법(합동법)상 위약책임", 「민사법연구」 제15집 제1호, 대한민사법학회, 2007, 247-248면; 이영신·최홍동, "CISG의 중국에서의 적용에 관한 고찰", 「법과정제」 제14집 제2호, 제주대학교 법과정제연구소, 2008. 8, 165면.
- 2) 1987년에 시행된 '민법통칙'은 제5장 제2절에서 채권, 제6장 제2절에서 계약위반의 민사책임(계약책임)을 각각 규정하여 계약관계를 규율하였다.
- 3) 나승복, "중국 통일계약법의 특색과 주요내용", 「인권과 정의」 제283호, 대한변호사협회, 2000, 56면.

특히, 1992년에 제기된 사회주의 시장경제체제의 확립을 개혁의 목표로 해 온 이래 더욱 통일적이고 완비된 현대적 계약법의 제정이 중요한 과제로 부상하였다.⁴⁾ 그러나 경제계약법이 개정될 틈도 없이 통일적인 중국계약법을 입안하기 위해 전국인민대표대회 상무위원회는 중국사회과학원의 법학 전문가들에게 법안을 기초하도록 위촉하였다.⁵⁾

그 결과 중국계약법 입법안이 제시되었고, 그것을 토대로 전국인민대표대회의 법제위원회는 전국 12개 대학과 연구기관의 전문가를 소집하여 좌담회를 열어 계약법 기초의 이념과 기본원칙, 총칙 9장, 각론 29장의 총 38장으로 구성하는 내용을 세 차례에 걸쳐서 토의하고 각 연구기관에 보내어 기초 작업을 하여 최종적으로는 중국사회과학원의 법학연구소가 정리하여 보낸 것으로 결정하였다.⁶⁾ 이렇게 정리된 최초의 '계약법건의초안'은 총칙 9장, 각론 25장의 총 34장 제538조로 구성하였다. 이것은 토의와 조사·연구를 반복하고 전국인민대표대회가 공포하여 각 기관에 의견을 청취한 후 1997년 5월 14일에 완성된 여덟 번째의 원고였다. 그로부터 두 차례 더 전국인민대표대회 상무위원회에서 심의되고, 1999년 1월에 이봉(李鵬) 위원장이 계약법 초안에 대한 의견을 청취하고 그 해 1월 하순에 전국인민대표대회의 심의에 상정이 결정되었다.

기초과정에서 논의되었던 주요 내용은 계약의 자유와 국가의 관여, 합동 계약법과 종래 3대 계약법의 관계, 실현해야 하는 시대적 필요성, 신의성실의 원칙에 대한 것 등이 있다. 마침내 1999년 3월 15일 제9기 전국인민대표대회 제2차 회의에서 중화인민공화국계약법(이하 '합동 계약법' 이라 함)을 통과시켰다. 그리고 같은 날 주석령 제15호로 공포하고, 1999년 10월 1일부터 시행되었다. 중국의 계약법은 총칙, 각칙 및 부칙 등 총 3개 부분 23장 제428조로 구성되어 있다.⁷⁾ 중국 계약법은 종래 계약법의 기본방침을 계수하고 많은 조문을 새롭게 신설함으로써 계약 당사자의 자유의사를 존중하고, 신의성실의 원칙을

4) 김상용, 「비교계약법」, 법영사, 2002, 327면.

5) 劉文華 主編, 「中華人民共和國 合同法實用指南」, 改革出版社, 1999, 5-8면.

6) 郭明瑞·房紹坤, 「新合同法原理」, 中國人民大學出版社, 1999, 62-66면.

7) 劉景一 主編, 「合同法新論」, 人民法院出版社, 1999, 10-25면.

관찰하며 영미법적 개념을 도입하여 국제적으로 통용할 수 있는 획기적인 계약법을 탄생시킨 것이다.⁸⁾

따라서 이하에서는 중국 종래 3대 계약법의 주요내용과 그 특징을 알아보고, 새롭게 제정된 '합동 계약법'⁹⁾의 추진배경과 그 주요내용, 중국 계약법의 기본원칙과 그 범위를 검토함으로써 사회주의 국가인 중국이 계약사회로 이행하는 과정에서 제정된 중국 특유의 계약법의 특징적 요소를 검토한다.

II. 종래 중국 3대 계약법의 제정과 주요내용

1. 중국 3대 계약법의 제정

중국은 합동 계약법 이전에 종래 3대 계약법이 존재하고 있었다. 종래 3대 계약법은, 계획경제 아래 국유경제 주체들 간의 국내외의 계약관계를 다루기 위한 계약법을 말한다.¹⁰⁾ 사회주의 계획경제에서 계획적 시장경제로 이행한 단계에서 중국은 그 첫 조치로서, 1981년에 경제계약법(1981. 12. 31)을 제정하여 1982년에 이를 시행(1982. 7. 1)하고¹¹⁾ 1993년에 개정하여 주로 국내 경제계약에 대한 분쟁의 해결을 시도하였고, 이 경제계약법은 경제거래관계에서 당사자의 합법적인 이익을 보호하고 상품경제를 촉진시키는데 기여하였다.¹²⁾

8) 柴振國·何秉群, 「合同法研究」, 警官教育出版社, 1999, 15-20면.

9) 종래 중국에서는 '계약'이라는 어원과 '합동'이라는 어원을 혼용하여 사용하고 있는 듯하다. 1949년 이후부터 1970년대까지 '계약'과 '합동'을 혼용하여 사용하다가 70년대 후반부터는 '합동'으로 사용하고 있으나 이하에서는 특별하게 원어를 인용하는 경우를 제외하고는 '합동' 혹은 '합동법'으로 사용하지 않고, '계약' 및 '계약법'으로 사용기로 한다('합동' 혹은 '합동법'으로 사용하게 되는 이유에 대하여는 채성국, "중국 "합동법"(계약법)에서의 계약책임", 「저스티스」 통권 제119호, 2010, 125-126면. 각주 1) 참조).

10) 程開源, "中國 契約法 制度의 發展", 「영남법학」, 제8권 제1·2권(통권15·16호), 영남대학교 법학연구소, 2002, 10면.

11) 김상용, 앞의 책, 327면.

12) 중국의 경제계약법은 계획경제체제 아래서 특정한 주체 간에서만 적용되는 계약관계를 규율하기 위해 제정되었다. 그러나 1993년 개정을 통해 시장 경제적 요소를 수용하였고, 현행 계약법의 모 법이라 할 수 있다(김상용, 앞의 책, 328면).

또한 1985년에 제정(1985. 3. 31)하여 동년에 시행(1985. 7. 1)되고, 주로 국가가 대외경제계약의 분쟁을 해결하기 위한 중국의 경제주체와 다른 국가 또는 특정지역의 경제주체 사이에 국경을 초월한 대외적 거래관계에 적용하는 중화인민공화국 '대외경제계약법'이 있다.¹³⁾ 그리고 1987년에 제정(1987. 6. 23)하여 동년에 시행(1987. 11. 1)되고 주로 과학기술을 상품으로 인정하고, 발명 및 창조를 장려하고 국가간의 기술거래를 규율하기 위한 중화인민공화국 '기술계약법'이 있다.¹⁴⁾

한편, 1986년에 공포(1986. 4. 12)되어 다음해에 시행(1987. 7. 1)된 중화인민공화국 '민법통칙'¹⁵⁾에는 '민사권리'라고 하는 장에서 '채권'이라는 절이 있는데, 주로 계약에 관한 규정이 있다. 1984년에 공포되고 1992년에 개정된 '특허법'에서는 특허권의 사용허가 및 양도에 관한 규정을 두었다.¹⁶⁾ 1982년에 공포되고, 1993년에 개정된 '상표법'에는 등록상표의 사용허가 및 양도에 관해 규정하였다. 1979년에 공포되고 1990년에 개정된 '중외합자경영기업법'에서는 중외합자기업의 계약을 어떻게 체결하는가를 규정하고 있다. 또 '노동법'에는 고용문제에 관한 노동계약에 관한 규정이 있다. 그리고 운송에 관한 법률로서 '철도법', '해상법' 및 '민용 항공법'의 경우에도 운송에 관한 계약이 규정되어 있다.

이와 같은 법률들은 모두 중국 전국인민대표대회 및 그 상무위원회에서 채택된 것이다. 기타 계약에 관한 규정으로서는 국무원이 공포한 계약과 관련하여 몇 가지 행정 법규인 조례¹⁷⁾라는 형식으로 제정되었다. 합동 계약법이

13) 程開源, 앞의 논문, 10면.

14) 김상용, 앞의 책, 328면.

15) 중국의 민법통칙은 총 9개의 장과 156조의 조문으로 구성되었으며, 그 내용은 기본원칙, 공민(자연인), 법인, 민사 법률행위, 대리, 민사권리, 민사책임, 소멸시효, 대외민사관계에 관한 법률적용 및 부칙으로 구성되어 있다.

16) 민법통칙의 제정과 그 특징적 내용에 대하여는, 김상용, 앞의 책, 335-337면. 참조.

17) 공업광물제품의 매매계약조례(1984. 1. 23), 농업관련 제품의 매매계약조례(1984. 1. 23), 건축공사도급계약조례(1983. 8. 8), 가공도급계약조례(1984. 11. 20), 육로·수로·철로·항공 화물운송계약의 4개 세칙(1986. 11. 8), 창고보관계약실시세칙(1985. 9. 25), 금전소비대차계약조례(1985. 2. 28), 재산보험계약조례(1983. 9. 1) 및 최고인민법원이 판결실무에서 발생하는 문제점을 해결하기 위해 제정한 50여건의 사법해석 등이 있다. 따라서 계약법이 제정되기 이전까지는 종래 중국계약법의 체계는 본문에서 검토한 3대 계약법, 즉 국무원의 행

1999년 10월 1일부터 시행됨에 따라 종래 '경제계약법', '대외경제계약법' 및 '기술계약법'이 폐지되었다. 다만, 기타 계약과 관련된 법률 즉, '노동법'과 '민법통칙'은 당연히 그대로 유효하다.¹⁸⁾

2. 중국 3대 계약법의 주요내용

가. 경제계약법

경제계약법은 중국이 사회주의 현대화 건설을 주창한 후 처음으로 제정한 사회주의 시장경제를 실천하기 전의 계획법이라 할 수 있다. 동법의 기본원칙으로는 사회주의 소유재산 신성불가침의 원칙, 국가의 전면적 영도·참여 및 간섭의 원칙, 국가이익의 우선보호의 원칙, 국가경제목적 우선 실시의 원칙, 계획위주·시장조절보충의 원칙, 책임·권리·이익의 상호결합 및 국가·집체·개인이익 상호통일의 원칙, 능력에 따라 일하고 노동의 양과 질에 따라 분배받는 원칙 등이 있다.¹⁹⁾ 이와 같이 동법은 중국의 계획적 상품경제의 기본원칙을 실현하는 것을 내용으로 하였다.²⁰⁾

경제계약법은 법인 간에만 체결할 수 있고(제2조), 즉시 결재를 할 경우를 제외하고 경제계약은 서면으로 체결하여야 하고(제3조), 다른 법률에 의하여 경제계약의 체결에 국가의 확인 또는 공인이 요구되는 때에는 국가의 확인 또는 공인을 받아야 그 법적 구속력을 가질 수 있다(제6조). 경제계약의 계약 내용은 반드시 국가의 정책과 계획에 합치되어야 한다(제4조). 따라서 국가의 정책 및 계획이 계약 당사자의 합의보다 우선하였다.²¹⁾ 그리고 동법은 법률, 국가의 정책, 계획에 위반되는 경우, 사기·강박 등의 수단에 의하여 체결된 경우, 국가의 이익 또는 사회공공의 이익에 반하는 경우에는 무효로 처리된다.

정법규 및 최고인민법원의 사법해석으로 되어 있다고 볼 수 있다.

18) 김상용, 앞의 책, 329면.

19) 윤진기, "중국경제법에 관한 연구: 그 기초이론을 중심으로-", 「경남법학」 제10집, 경남대학교 법학연구소, 1995, 130면.

20) 김상용, 앞의 책, 331면.

21) 程開源, 앞의 논문, 10면.

다만 우리나라 민법과 달리 일부무효인 경우에는 전부무효로 하지 않고 잔부 유효(殘部有效)로 하였다(제7조).

계약 당사자의 과실에 따라 책임을 물을 수 있는 과실책임주의(제32조)와 계약체결상의 과실책임을 인정하고 있으며, 계약이 무효인 경우에 과실있는 당사자는 상대방에 대하여 손해배상책임을 지고, 쌍방 모두에 과실에 있는 경우에는 각 당사자가 이에 상응하는 책임을 지도록 하며, 사회공공의 이익에 반하는 계약을 체결함으로써 그 계약이 무효인 경우에는 당사자 쌍방이 모두 고의인 경우에는 쌍방이 모두 취득하거나 취득하기로 약정되어 있는 재산은 모두 국고에 귀속시키도록 하고(제16조), 일방만이 고의인 경우에는 상대방으로부터 취득한 재산을 상대방에게 귀속시켜야 하며, 고의가 없었던 당사자는 고의가 있는 당사자로부터 취득하였거나 취득하기로 되어 있는 재산은 국고에 귀속시키도록 하고 있다.

중국 계약법은 국가계획의 수정 또는 취소, 당사자 일방의 폐쇄, 조업정지, 생산전환 등의 사정변경에 의하여 당사자 일방이 상대방에 대하여 경제계약의 변경 또는 해제를 할 수 있도록 하고(제27조), 계약의 변경 또는 해제는 서면으로(제28조)하여 관계주무부서의 승인을 얻어야 그 효력이 발생하는 것으로 한다(제30조). 계약이행과 관련하여 당사자 일방의 귀책사유로 경제계약의 이행을 불가능하거나 이행이 불완전할 경우에는 위약책임을 지며, 이행지체의 경우에 위약금의 지급에 의한 손해배상책임을 지는가에 대하여 쌍방이 과실로 인하여 위약한 경우에는 쌍방이 각각 위약책임을 지고, 중대한 위약의 경우에는 계약법상의 책임 이외에 형사책임 및 행정책임도 져야 한다(제32조). 불가항력에 의한 이행불능 또는 불완전이행에 대해서는 면책되도록 하고(제34조) 있으나 과실책임주의에서는 타당하지 않는 규정이라 할 것이다.²²⁾

나. 대외경제계약법

중국의 대외경제계약법은 법인이 외국, 외국기업 또는 외국인과의 대외적

22) 김상용, 앞의 책, 333면.

거래관계를 규율하기 위하여 제정되었으며, 중의합자기업 또는 중의합자기업의 중국내에서의 거래는 경제계약법이 적용되고 대외경제법은 적용되지 않는다(제2조). 동법의 기본원칙은 국가주권의 원칙(제4조), 호혜평등의 원칙(제3조) 및 국제관련 참조의 원칙(제5조)을 들 수 있다.²³⁾

동법은 서면방식으로 체결하는 것이 원칙이나 구두, 기타의 방식의 체결도 가능하며, 법률 또는 행정법규가 국가의 승인을 요구하는 때에는 국가의 승인을 받아야 성립하고(제7조), 그 계약의 내용이 중국의 법률 및 사회공공의 이익에 반할 때(제9조), 사기·강박에 의하여 체결된 때에는 무효로 하였다(제10조). 그러나 중국의 법률 및 사회공공의 이익에 반하여 대외경제계약이 무효인 때에는, 당사자 협의에 의하여 무효부분을 삭제하거나 수정하면 그 대외경제계약의 효력에는 영향이 없도록 하였다(제9조 2항).

동법은 계약체결상의 과실책임에 따라 당사자 일방이 계약의 무효에 책임이 있는 경우에는 상대방에 대하여 계약의 무효로 입은 손해에 대하여 배상책임을 물을 수 있다(제11조). 금전에 의한 손해배상에는 예견가능성설에 입각하여 그 범위를 산정하도록 하고(제19조), 위약금의 약정이 인정되며 그 위약금은 손해배상의 예정으로 보며, 일방 당사자의 계약위반이 있을 때에는 위약금의 증액을 청구할 수 있고, 위약금보다 적을 때에는 상대방은 위약금의 감액을 중재기구 또는 인민법원에 청구할 수 있도록 허용하고 있다(제20조). 그리고 당사자 일방은 상대방의 계약위반으로 손해를 입었을 때에는 지체없이 손해확대방지조치를 하여야 하고, 이러한 방지조치를 취하지 아니하여 손해가 확대된 경우에 그 확대된 손해에 대하여는 손해배상청구권이 인정되지 않는다(제22조). 이와 같이 계약위반의 성립에는 당사자의 귀책사유를 요하지 아니하는 것으로 해석된다.²⁴⁾

계약당사자 일방의 계약위반이 있거나 불가항력적 사유가 발생할 때에 타방은 그 대외경제계약을 해제할 수 있으며(제29조), 따라서 계약불이행으로 인한 해제는 물론 사정변경에 의한 해제를 인정하고 있으나 그 해제권의 행

23) 김상용, 위의 책, 334면.

24) 程開源, 앞의 논문, 10면; 김상용, 앞의 책, 334면.

사는 서면에 의하도록 하고 있으며(제32조), 국가의 승인을 받고 체결된 대외 경제계약을 해제하는 경우에는 원승인기관에 보고하여 등록하도록 하였다(제33조).²⁵⁾

다. 기술계약법

종래 중국 기술계약법은 중국 국내의 기술계약에만 적용되고 대외의 기술 계약에는 대외경제계약법이 적용되었다.²⁶⁾ 그리고 동법은 법인은 물론 개인도 기술계약의 당사자가 될 수 있고, 기술계약에는 기술개발계약, 기술이전계약, 기술자문 및 기술서비스 계약이 있다(제2조). 기술계약은 서면으로 체결하여야 하고, 기술계약의 변경 및 해제의 경우도 서면의 방식으로 하여야 한다(제9조). 그리고 기술계약은 국가의 이익 또는 사회공공의 이익을 해하거나, 불법으로 기술을 독점하여 기술의 진보를 방해하는 경우, 타인의 합법적인 권익을 침해하는 경우, 사기 또는 협박에 의하여 체결된 경우에는 무효로 하며, 일부 무효인 경우에는 잔부유효로 한다(제21조). 당사자 일방의 계약위반의 경우, 불가항력적 사유의 발생의 경우에는 다른 일방이 기술계약을 해제할 수 있도록 하였으며, 계약위반 및 사정변경에 의한 해제를 인정한다(제24조).

계약위반에 대하여는 현실적 이행의 청구, 보완조치의 청구 및 손해배상을 청구할 수 있고, 손해배상의 범위는 상당인과관계설에 의하여 결정하도록 하면서, 동시에 예견가능성설에 의하여 그 최고한도를 제한하고, 기술계약의 당사자는 위약금을 약정할 수 있고, 일방의 계약위반으로 손해를 입은 상대방은 손해확대방지조치를 취하여야 하며, 그 조치를 취하지 아니하여 손해가 확대된 경우에는 그 확대손해의 배상청구를 부정한다(제17조). 그리고 기술개발이 실패한 경우의 책임에 관하여는 당사자가 이에 관하여 약정할 수 있고, 약정이 없으면 당사자가 합리적으로 분담하도록 한다(제33조).

25) 김상용, 위의 책, 335면.

26) 김상용, 위의 책, 337면.

Ⅲ. 현행 중국 계약법의 제정배경과 특징

1. 계약법의 제정배경과 그 특징

합동 계약법을 제정한 그 배경은 종래 3대 계약법에서 나타난 다음과 같은 문제점들에서 찾아 볼 수 있다.²⁷⁾

첫째, 종래 3대 계약법은 계획경제체제 아래서 제정된 것으로 현재의 사회주의 시장경제체제의 정세와 적합하지 않다는 점이다.²⁸⁾ 종래 3대 계약법은 1985년 전후에 제정되었고, 경제계약법만은 1993년에 한번 개정되었다. 최초 제정된 경제계약법은 중국의 계획경제를 기본으로 한 국가정책에 기초한 것이기 때문에 개혁개방의 노선이 확정되지 않은 시기에 개정된 것으로 내용 역시 계획경제에 관한 규정이다. 다만 1993년 경제계약법을 제정하면서 계획적 관리를 명확하게 강조하는 규정을 삭제하였지만 경제계약의 성립, 이행과 효력에 관한 주요 부분들이 계획적 관리를 위한 목적으로 존재하고 있었기 때문에 그것은 여러 가지 문제를 해결하기 위한 범위 내에서 개정된 것에 지나지 않았다. 가령, 1981년 경제계약법 제7조에는 '법률과 국가의 정책과 계획에 위반한 계약은 무효로 한다'를 1993년 개정에서 '법률과 행정법규에 위반한 계약은 무효로 한다'로 변경한 것이다. 그 외 내용은 대부분 변화가 없었으나,²⁹⁾ 종래 계약법이 각각 10여년 밖에 되지 않았음에도 중국의 특수한 사정이 그 배경에 있기 때문이다.

그 당시 중국은 계획경제에서 시장경제로 변화하는 과도기라 경제체제가 미성숙하여 불안정한 면도 있고, 수년 전에 실시된 일부의 정책은 현재 정세에는 적합하지 않게 되어 오늘날 사회주의 시장경제체제의 노선에서는 새로

27) 程開源, 앞의 논문, 11면.

28) 김상용, 앞의 책, 338면.

29) 당시 개정에 있어서는 대·중·소라고 하는 세 가지의 개정안이 있었다. '대'는 새로운 계약법을 기초한다는 것이고, '중'은 계약법에 관한 중요한 내용을 모두 규정하는 것을 말하며, '소'는 개정이 필요한 부분만을 개정하고, 그 이외의 부분은 개정하지 않는다는 것을 말한다. 따라서 그 당시에는 '소'라는 법안을 채택하였던 것이다.

은 입법이 필요하였던 것이다. 개혁개방의 진전에 따른 시장경제 여건의 변화로 인하여 경제무역 실무 가운데 여러 문제가 나타났지만, 그에 대해서는 계약법의 제정 당시 예측하지 못했기 때문에 이것을 규제할 새로운 계약법이 요구되었던 것이다.

가령 전기사용계약, 위탁매매계약, 중개계약, 여행계약, 시설대여계약 등이 필요하였다. 금융리스의 문제도 그 한 예가 된다. 어떤 기업이 선진적인 생산라인을 도입하고 싶었지만, 자금이 부족하여 은행으로부터 용자도 받지 못했을 경우에는 리스회사에 생산라인을 매매하여 해당 기업이 사용하고 비용은 분할로 리스회사에 지불한다. 이렇게 하여 기업의 자금부족 문제를 해결하는데, 이것이 이른바 금융리스이다. 금융리스기업이 중국에 처음으로 설립된 것은 1981년이다. 그것은 중국동방리스유한공사와 중국리스유한공사이고 정식으로 업무를 개시한 것은 1984년 이후이다. 그렇기 때문에 경제계약법 및 대외계약법에서는 금융리스에 대한 규정을 둘 수가 없었던 것이다.

둘째, 종래 3대 계약법은 원칙적인 규제가 많고 통합성이 결여되어 있다는 점이다.³⁰⁾ 계약체결의 문제에 대한 종래 3대 계약법에는 대부분이 원칙적인 규정만을 두고 있기 때문에 사법 실무상 문제가 많았다. 예컨대, '당사자가 계약의 주요 내용에 대하여 합의하여 계약을 체결시킨다'라는 이 규정은 틀리지 않지만 실효성이 결여되었다. 종래 3대 계약법에서는 계약의 청약과 승낙에 대하여 명문 규정이 없기 때문에 실제로 계약의 체결과정에서 많은 분쟁의 문제점이 발생하였기 때문이다. 그러나 합동 계약법에서는 계약체결의 청약, 승낙에 관한 규정만 해도 20조 정도에 달하고 있고, 국제조약과 국제관행이 일치하도록 하고 있다. 이러한 규정만으로 모든 계약체결 중의 문제를 해결할 수 있는 것은 아니지만, 종래 계약법과 비교하여 구체적이고 실용적이 되었다.

결과적으로, 중국의 계약법 제정은 하나의 통일적이고 비교적 정비된 계약법 제정아래 사회주의 시장경제의 건전한 발전을 보장하려는 것이다. 그와 동시에 법의 연속성 및 안정성을 유지하고 기존의 경제계약법, 대외경제계약법, 기술계약법 및 실무경험에 기초하여 새로운 보충과 안전성을 꾀하고 있다. 그

30) 김상용, 앞의 책, 338면.

리고 그 동안 유효한 행정법규 및 사법해석을 계약법으로 흡수시켜 하나로 정리된 통일법률의 형태로 하였다. 또 경제의 글로벌화와 중국의 대외개방정책의 실시에 따라 국내무역과 대외무역의 구별이 앞으로 없어지기 때문에 계약법을 제정할 때, 국제조약 및 국제무역규칙을 충분히 참고하여 기본적으로 법의 원칙, 제도 또는 구체적인 규정을 국제적인 규칙과 일치시켰다. 이렇게 하여 중국의 대외개방정책의 추진 또는 중국의 근대화의 건설에 유리한 법률이 탄생한 것이다.³¹⁾

2. 종래 3대 계약법과 현행 계약법의 비교

가. 적용대상 및 적용범위

현행 합동 계약법은 그 적용대상을 '평등 주체간의 민사권리와 의무관계'로 규정하여 그 범위를 확대하고 있다. 즉 계약의 주체에 중국만이 아니라 외국을 포함한 자연인, 법인, 기타 조직을 모두 포함시키고 있다. 그리고 계약의 종류에 대하여 경제계약, 기술계약 등 채권과 채무관계에 한정하지 않고 기타 각종의 '민사권리의무관계'를 발생시키는 모든 계약을 포함시켰다. 그 동안 중국에서 개인은 계약의 주체가 될 수 없었지만 현행 계약법에서는 개인도 계약 주체로 허용되어 외국인 또는 외국기업은 중국 개인과도 계약을 체결할 수 있게 되었다.

이와 같이 중국에서의 계약관계는 다음 두 가지가 포함된다. 첫째, 합동 계약법의 규제대상은 평등한 주체간의 민사관계라 할 수 있다.³²⁾ 정부가 법률에 기초하여 경제질서를 유지하기 위한 관리는 행정상 관리관계로 민사관계는 아니므로 관련 행정관리법을 적용하고, 위 계약법을 적용하지 않는다. 둘째,

31) 김상용, 앞의 책, 339면.

32) 중국 경제계약법상 계약에서는 공민 상호간, 공민과 법인, 기타 경제조직간의 계약은 포함되지 않았다. 대외경제계약법도 계약을 중국의 기업, 기타의 경제조직이 외국의 기업, 기타 경제조직, 개인간에 체결한 경제계약이라고 규정함으로써 중국 공민이 외국의 기업, 기타 조직이나 개인과 사이에 계약을 체결하는 것을 허용하지 않았다.

합동 계약법은 주로 법인, 기타 경영조직간의 경제무역계약관계를 조정하는 동시에 자연인 사이에 매매, 리스, 임대차, 증여 등 계약관계도 적용된다. 그러나 혼인, 입양, 부양 등 신분관계는 계약법의 적용대상에서 제외된다(제2조).³³⁾ 즉 본법의 제2조가 적용하는 계약의 개념에서는 신분관계에 관한 신분계약을 제외한 물권계약 및 채권계약에 한정된 재산계약의 실체를 대상으로 하는 계약이라는 것을 명확히 하고 있다.³⁴⁾ 이것은 지금까지의 경제계약법, 대외경제계약법, 기술계약법에는 없는 명확한 규정이라 할 것이다.

본법의 구체적인 조항으로부터 그 대상은 주로 민사상 주체간의 채권과 채무에 관련된 채권계약, 즉 민법상 협의 계약개념이라는 것을 알 수 있다. 동시에 그 민법상 법률행위는 평등한 민사관계의 주체인 자연인, 법인, 기타의 조직 사이에 다른 민사권리와 그 의무의 성립, 변경, 종료의 합법적 행위라는 것을 요건으로 한다.

나. 구체적인 차이

위에서 검토한 바와 같이 합동 계약법은 종래 3대 계약법과 비교하여 다음과 같은 차이점이 있다.

첫째, 합동 계약법의 규율대상이 확대되었다. 경제계약법이 중국법인, 기타 경제조직, 개인경영자, 농촌도급경영자간의 계약관계를 규율의 대상으로 하고 있는 것과 달리 현행 계약법은 위의 내용 외에 공민간 및 공민과 기업간의 매매, 증여, 차용도 규율의 대상으로 하고 있다.³⁵⁾ 또한 대외경제계약법의 규율대상이 중국기업 및 기타 경제조직의 대외경제관계인 것에 대하여 합동 계약법은 위 내용 외에 중국의 공민과 외국인, 외국기업간 경제무역관계도 규율의 대상으로 하고 있다. 종래 기술계약법은 국내기술계약 관계만을 규율 대상으로 하고 대외기술계약관계를 규율하고 있지 않은 것에 대하여 합동 계약법은

33) 程開源, 앞의 논문, 11면.

34) 한상현, "1999년 제정 중국 신통일계약법의 내용상의 특징과 평가", 「경영정보학회지」 제2권, 한국창업정보학회, 1999, 36면.

35) 程開源, 앞의 논문, 11면; 한상현, 앞의 논문, 40-41면.

국내와 국외의 기술계약 및 기술수출입계약도 모두 그 대상으로 하고 있다는 점이다.

그리고 중국의 경제무역 가운데 대외무역에 관해서는 '대외무역대리'라는 것이 있다. 대리에 관해서는 1986년에 채택된 민법통칙에는 규정이 있다. 그 대리는 대륙법계의 일반대리인 직접대리를 말한다. 대리인은 본인명의로 활동하고, 그 활동에 대하여 책임을 진다. 대외무역의 경영권 등의 원인으로 대외무역권을 갖고 있지 않은 기업은 외국에서 물건을 수입할 때, 대외무역권이 있는 회사를 대리하여 수출입계약을 체결한다. 즉 생산기업과 대외무역회사의 관계는 본인과 대리인의 관계이고, 대외무역회사는 대외무역 경영권의 원인에 의해 본인, 즉 생산기업의 명의로 계약을 체결할 수 없고, 자기 명의로 계약할 수밖에 없다. 민법통칙 및 대외경제계약법에는 간접대리의 문제에 대한 규정을 두고 있지 않다. 그러나 합동 계약법은 제22장의 '위탁매매계약' 및 제402조 및 403조에서 이에 관한 규정을 두고 있다. 이와 같이 규정하고 있는 것은 장래에 대외무역관계에서는 반드시 대외무역대리는 당연히 존재하게 될 것이기 때문이다. 아울러 중국의 부동산업의 변화에 따라 중국의 부동산 중개에 관하여 합동 계약법에서 구체적인 규정을 두고 있다.

둘째, 합동 계약법은 새로운 중국 경제질서를 확립하기 위한 것이다. 종래 중국 내의 경제질서가 혼란스럽고 거래의 신용도는 낮았다. 계약법을 '상거래의 게임법칙'이라고 비유하는데, 게임법칙을 잘 이용할 수 있다면 자신의 이익이 보호되나, 그렇지 않다면 게임에 지게 된다. 그 때문에 새로운 게임법칙의 제정이 필요하게 되었던 것이다.

셋째, 계약체결의 문제에 관하여 종래 3대 계약법에는 동일한 원칙적 규정을 두고 있지 않았다.³⁶⁾ 즉 당사자가 계약의 주요 내용에 대하여 합의하여 계약을 체결시킨다는 이 규정은 틀리지 않지만 실효성은 결여되어 있다.³⁷⁾ 계약

36) 한상현, 앞의 논문, 41-42면.

37) 실제로 계약을 체결하는 경우에 다음의 문제가 발생할 가능성이 있다. 가령, 어느 기업이 철강을 판매하기 위해 다른 기업에 신청을 하게 되면, 그 신청서 중에 화물의 양, 품질, 가격 등에 관한 조항은 모두 명기하여야 한다. 상대방은 해당 신청서를 수령한 후, 주요 조항에 동의하는 외에 이 매매계약에 관하여 분쟁이 발생한 경우에 신청 수령자 소재지의 중재기관 또는 인민법원에서 해결한다는 신청을 함께 하였다면, 이 시점에서 계약은 성립했다

의 체결문제는 매우 복잡하기 때문에 합동 계약법은 계약체결의 청약과 승낙에 관한 규정만 모두 20개조에 달하고 국제조약과 국제관행이 일치하도록 포섭하고 있다. 이러한 규정만으로 모든 계약체결 중의 문제를 해결할 수 있는 것은 아니지만, 종래 계약법과 비교하여 보면 구체적이고 실용적인 법률이라고 할 수 있다.

IV. 현행 중국 계약법의 기본원칙과 계약의 성립·효력

1. 합동 계약법의 기본원칙

중국 합동 계약법은 총칙 8장, 각칙 15장으로 모두 23장과 부칙으로 구성되어 있다. 그 중 제1장의 일반규정은 8개의 조문으로 이루어져 있다. 제1조에서 계약법의 입법목적,³⁸⁾ 제2조에서 계약법의 조정범위, 제3조에서 제7조까지는 본법의 기본원칙을 선언하고 있으며, 마지막 제8조에서는 계약의 효력을 규정하고 있다.³⁹⁾ 본 계약법 제2조에서 계약의 정의를 본법에서 계약이란 평등의 주체인 자연인, 법인 그 외의 기타 조직 사이에서 민사권리, 의무관계를 성립, 변경, 종료시키는 합의다. 혼인, 부양 및 감호 등 신분관계에 관한 합의는 기타 법률의 규정을 적용한다고 정의하고 있다. 제3조 이하에서 평등의 원칙, 의사자치의 원칙, 공평의 원칙, 신의성실의 원칙, 공서양속의 원칙을 규정하고 있다.⁴⁰⁾

고 할 수 있는가? 그리고 신청자는 상대방에게 서신을 통해 신청을 하고 10일 이내에 회답이 있기를 희망하다고 한 경우, 신청 수령자는 해당 신청을 받은 후 그 내용에 대해 동의할 하고 7일 이내에 서신을 보내게 되면 되는데, 그러나 배달부의 사정에 의해 당해 서신은 1개월 이후에 도착한 경우에 계약은 성립한다고 할 수 있는가 여부가 문제가 된다.

38) 계약법 제1조 법의 목적은, 계약당사자의 합법적 권익의 보호와 사회의 경제질서를 유지하며, 사회주의의 현대화 건설을 촉진하기 위해 본법을 제정한다고 규정하고 있다.

39) 종래 3대 계약법은 계약의 체결에 관한 일반 규정을 두고 있지 않고 각 개별적 규정을 두고 있어 상호 충돌하는 경우가 있었다. 이런 모순을 방지하고 통일성을 기하기 위해서 합동 계약법 제정에 있어서는 일반규정을 두게 되었다. 이는 우리나라 민법총칙의 통칙규정에 해당한다.

가. 평등의 원칙

합동 계약법은 계약 당사자의 법적지위는 평등하고, 일방 당사자는 자기의 의사를 다른 일방에게 강요할 수 없다(제3조)고 규정하였다. 이와 같은 규정은 민법통칙에서 민사관계에서 당사자의 지위는 평등하다는 규정(제3조)과 동일한 취지이다. 앞서 검토한 경제계약법(제5조), 대외경제계약법(제3조), 기술계약법(제4조)을 기초로 계약 당사자의 민사활동에 있어서 지위의 평등원칙을 전제로 하고 있다.

그러나 경제계약법은 계획경제 아래서 제한된 당사자에게만 주체자격을 주었기 때문에 그 지위의 평등이 완전히 보장되었다고는 할 수 없다.⁴⁰⁾ 합동 계약법에서 말하는 당사자의 지위평등은 '법률적 평등'을 의미하는 것이다. 계약 당사자는 어느 일방도 다른 일방에게 압력을 가하거나 강제를 해서는 안 된다는 의사자치의 원칙을 결정한 기본원칙이다. 중국과 같은 사회주의 국가체제의 국유기업이나 집체기업과 거래하는 자연인, 중소기업인의 경우에 그 지위가 약자일 가능성이 많은데, 이러한 경우에 계약의 체결과 이행과정에서 불평등한 결과를 낳을 가능성이 많기 때문에, 계약법에서 원칙적 조항을 두면서 계약체결 및 이행과정에서 당사자를 보호하고 계약자유를 실현할 수 있다는 점이 평등원칙의 실질적인 의의가 된다.

이와 같이 평등의 원칙은 상품경제의 객관적 법칙에 의해 결정된 것으로 계약에 대응하여 당사자 사이의 의사표시 자치를 요구하는 것으로서 합동 계약법에서 인정하고 있는 것은 중국의 대외개방정책과 시장경제의 전개를 국제적인 궤도에 좀 더 일치시키려는 노력의 일환으로 볼 수 있다.

나. 의사자치의 원칙

의사자치의 원칙은 계약 당사자가 법률에서 정한 범위 내에서 자유롭게 자기의 의사에 따라 계약관계를 성립시킬 수 있는 것을 말한다. 합동 계약법 제

40) 謝懷軾 等, 「合同法原理」, 法律出版社, 1999, 13-20면.

41) 劉景一 主編, 앞의 책, 78-80면.

4조는 당사자가 법에 의하여 자율적으로 계약을 체결할 권리를 가지며, 어떤 조직이나 개인도 불법으로 이에 대하여 간섭할 수 없다고 규정하고 있다.

이와 같은 규정은 경제계약법 제5조⁴²⁾을 기초로 중국 민법통칙에서 확립한 의사자치의 원칙을 명확히 한 것이다. 동시에 이 원칙은 상품경제의 법칙이 추구하고 있는 계약의 호혜평등과 협상일치의 성질을 가지며, 계약자유 원칙으로 이해할 수 있다. 그러나 원래 중국은 계획경제체제아래서 계약체결의 원칙은 '자원(自願)'의 원칙이었다.⁴³⁾ 국가의 계획적 요소가 강한 상태에서 계약체결은 피동적인 입장에서는 제한적인 계약체결을 할 수밖에 없다. 이것이 바로 '자원의 원칙'인데, 다른 측면에서는 '계약자유 원칙'과는 구별된다고 할 것이다.

다. 공평의 원칙

공평의 원칙은 계약의 체결과 이행과정에서 공평이라는 가치 척도로 당사자 간의 권리의무관계를 확정하고자 하는 원칙으로, 이 원칙은 민법통칙에서 정하고 있는 민사관계의 일반원칙 중의 하나이다.⁴⁴⁾ 계약법에서도 당사자는 공평의 원칙에 따라 각 당사자의 권리와 의무를 정하여야 한다(제5조)고 규정하고 있다. 이 공평의 원칙은 계약 당사자 쌍방이 계약의 체결과 그 집행, 해석의 과정에서 공평의 개념에 기초하여 각자의 권리와 의무의 내용을 계약으로서 확정한다는 의미를 가지는데, 공평의 개념이라는 것은 바로 이익균형의 가치판단 표준으로서 당사자 사이의 이익관계를 확정할 수 있는지 아닌지를 갖고 공평과 합리를 판단할 수 있다고 본다.⁴⁵⁾

42) 경제계약법 제5조는 경제계약의 체결은 평등의 원칙, 협상일치의 원칙을 존중하여야 한다. 어떤 당사자도 자기의 의사를 상대방에게 강요할 수 없다. 어떤 조직이나 개인도 불법적인 간섭을 할 수 없다고 규정하고 있다.

43) 중국 계약법에서는 실제적으로 계약자유 원칙을 인정하고 있으나, 법률 용어상으로는 '계약 자유'라는 어휘를 사용하지 않고 자원(自願)이라는 어휘를 사용한다(程開源, 앞의 논문, 12면).

44) 김영규, "중국·북한 민법상 계약일반과 그 성립", 「법학연구」 제21집, 한국법학회, 2006, 77면.

45) 劉景一 主編, 앞의 책, 81면.

이 규정에 의해 공정성이 현저하게 결여된 계약에 대해서 당사자의 일방은 인민법원 또는 중재기구에 계약의 변경 또는 취소를 청구할 수 있다. 그리고 특별한 사정의 변화가 생겼을 경우에도 당사자는 인민법원 혹은 중재기구에 계약의 변경 또는 취소를 요청할 수 있다. 그 외 인민법원이 계약의 분쟁을 해결하는 과정에서도 공평의 원칙으로 계약을 해석한다. 예컨대, 당사자가 약정한 위약금이 실제의 손실보다도 높거나 낮을 경우에 상대방 당사자는 인민법원이나 중재기구에 그 위약금을 적당하게 증감할 것을 요청할 수 있다.

라. 신의성실의 원칙

신의성실의 원칙은 계약 당사자가 권리를 행사하거나 의무를 이행함에 있어서 신의에 따라 성실하게 하여야 한다는 것을 말한다. 계약법에서도 당사자가 권리를 행사하거나 의무를 이행함에 있어서 신의성실의 원칙을 준수해야 한다(제6조)고 규정하고 있다. 신의성실의 원칙을 채택한 본 조문은 기술계약법 제4조에 규정한 것을 계승한 것으로 볼 수 있고, 경제계약법과 대외경제계약법에서는 찾아볼 수 없다.⁴⁶⁾ 이와 같은 신의성실의 원칙은 민법통칙과 합동계약법에서 매우 중요한 기본원칙이고,⁴⁷⁾ 당사자가 민사과정을 진행할 때 반드시 신의가 있어야 하며 신의가 있는 내심상태를 구비할 것을 요구한다. 그리고 법관이 법적인 문제를 다루는데 있어서도 명문 규정이 없을 경우, 이 원칙을 적용하여 심판을 할 수 있는 기능을 갖고 있다.

한편 계약의 실행이 완료된 단계에서 당사자는 경우에 따라서는 신의성실의 원칙에 의거 필요한 부수의무를 수행해야 하는데, 중국 계약법 제60조 제2항은 당사자는 당연히 신의성실의 원칙에 따라서 계약의 성질·목적과 거래습관에 근거하여, 통지·협조·비밀보호 등의 의무를 이행해야 한다고 규정함으로써, 계약의 이행과정에서 신의성실의 원칙에 따라 부수의무를 이행하여야 한다는 점을 밝히고 있다. 예를 들어 고용계약이 종결된 후 피고용자는 자신이 습득한 중요한 영업비밀을 누설하지 않아야 할 의무를 부담한다.

46) 謝怀軾等, 앞의 책, 21면.

47) 劉景一 主編, 앞의 책, 72-78면.

마. 공서양속의 원칙

합동 계약법 제7조는 당사자는 계약의 체결과 이행을 함에 있어서 법률과 행정법규를 준수해야 하고, 사회의 공중도덕을 존중해야 하며, 사회경제질서를 교란하거나 사회공공이익을 저해해서는 안 된다고 규정하였다. 동법은 경제계약법(제4조)과 대외경제계약법(제4조) 및 기술계약법(제3조)에서의 '사회도덕의 존중'을 도입하여 개정한 것이다. 여기서 '법률과 행정법규를 준수'하는 것은 당사자가 계약체결에서 그 이행에 이르기까지 모든 면에서 법률의 규정과 충돌하면 안 된다는 것을 요구한 것이다.

그리고 여기서의 법률이란 중국의 전국인민대표대회와 그 상무위원회가 제정한 규범적 문서를 뜻하고, 행정법규는 국무원 및 그 소속부문이 제정한 법규와 법칙을 말한다. 또한 '사회도덕의 존중'은 사회가 공인하고 있는 도덕규범을 말하며, 본법은 계약 당사자에게 그 존중을 요구하고 있다. 또 사회의 경제질서를 교란시켜서는 안 되며, 사회의 공공이익을 침해해서는 안 된다는 이 규정은 각국의 민법에 규정되어 있는 공서양속과 공공질서의 개념에 대응되는 것이라 할 수 있다.

2. 계약의 성립에 있어서 특징적 요소

중국 계약법 제2장 계약의 체결은 제9조부터 제43조까지 전체 35조로 구성되어 있다. 본장은 계약의 주체, 계약의 형식과 그 주요 내용, 계약의 체결방식, 계약의 성립 및 기타 계약의 체결과 관계되는 내용을 담고 있으며, 새로운 형태의 계약형식을 포함하고 있다.⁴⁸⁾

계약의 성립은 당사자의 청약과 승낙에 의하여 성립하고(제13조), 당사자가 계약서 형식으로 계약을 체결하는 경우는 쌍방 당사자가 서명 또는 날인한

48) 이상욱, "중국 계약법상 계약 성립에 관한 법리", 『영남법학』 제30호, 영남대학교 법학연구소, 2010. 3. 119면: 가령 종래 3대 계약법과는 달리 계약 체결의 방식에 청약과 승낙의 개념 및 구비해야 할 요건, 발효, 철회, 취소 등의 내용을 상세하게 규정함과 동시에 최신 기술거래의 동향도 도입하여 전자데이터교환(EDI)과 전자메일(E-Mail)을 계약의 서면형식으로 채용하였다.

때에 성립한다(제32조). 종래 계약법에서는 없는 규정으로 외국의 입법경험과 민법을 참고하여 도입한 것으로 볼 수 있다.⁴⁹⁾ 이는 당사자 일방의 청약과 상대방의 승낙이라는 2단계 방식으로 계약이 성립하는 현대적 거래계약 형태에 부합되는 형태이다. 계약의 성립과정에서 청약(offer)과 승낙(acceptance)이 일치하면 계약이 성립하고 성립된 계약이 효력 조건에 부합하면 법적 구속력을 가지게 된다.⁵⁰⁾ 그리고 계약은 보통거래약관에 의하여도 체결할 수 있도록 하고 있다(제39조 내지 41조)⁵¹⁾

가. 청약

합동 계약법은 비엔나협약 제15조 제1항과⁵²⁾ 같이 청약은 상대방⁵³⁾에게 도달한 때로부터 그 효력이 생기는 도달주의에 의한다. 그리고 정보전자문서 형식을 이용하여 계약을 체결함에 있어서는 그 물건 접수인이 특정 시스템을 지정하여 정보 전자문서를 접수하는 경우에 그 정보 전자문서가 그 특정 시스템에 접수된 시간을 도달시간으로 본다. 또한 특정 시스템을 지정하지 아니한 경우에는 그 정보 전자문서가 물건 접수인의 어떠한 시스템에라도 최초로 접수된 시간을 도달시간으로 본다(제16조).

또한 합동 계약법은 비엔나협약 제15조 제2항과⁵⁴⁾ 같은 취지의 규정을 하

49) 郭明瑞·房绍坤, 앞의 책, 89-90면; 이상욱, “중국의 계약책임제도”, 「비교사법」 제10권 제3호(통권 제22호), 한국비교사법학회, 2003. 9, 158면.

50) 중국 민법통칙 제57조에서는 민사 법률행위는 성립할 때부터 법적 구속을 갖는다고 하여 계약성립시에 법적 구속력을 부여하고 있다.

51) 김상용, 앞의 책, 341면.

52) 비엔나협약 제15조 제1항은 청약은 청약내용이 상대방에게 도달된 때 그 효력이 발생한다고 함으로써, 청약의 효력발생시기에 관하여 도달주의를 취하고 있다. 이때의 도달에 대해서는, 구두로 통지한 때 또는 그 이외의 방법으로 상대방의 신체, 상대방의 영업소 또는 우편함, 혹은 상대방이 영업소나 우편함을 가지지 아니한 경우에 있어서는 상대방의 일상의 거소에 통지가 도달한 때에 상대방에게 도달한 것으로 본다.

53) 중국 계약법에서는 우리 민법(청약자와 승낙자로 표시)과 달리 의사표시를 하는 표의자인 청약자와 상대방인 피청약자로 표시하고 있다. 이하에서는 우리나라 표기형식에 따르기로 한다.

54) 비엔나협약 제15조 제2항은 청약자는 청약이 상대방에게 도달하기 전에 또는 그 도달과 동시에 철회의 의사표시가 도달할 것을 조건으로 이를 철회할 수 있다고 함으로써, 청약은

고 있는데, 청약은 철회할 수 있으나 청약의 철회 통지는 청약이 상대방에게 도달하기 전 또는 동시에 승낙자에게 도달하여야 한다. 청약의 의사표시가 상대방에게 도달하여 그 효력이 발생한 후에는 청약의 철회문제가 아닌 청약의 취소문제가 생긴다.⁵⁵⁾ 따라서 청약은 취소할 수 있으나 청약취소의 통지는 승낙자가 승낙통지를 발송하기 전에 상대방에게 도달하여야 한다(제18조). 이 규정은 비엔나협약 제16조 제1항과 같은 취지의 내용이다. 그러나 예외적으로 청약이 승낙기간을 정하고 있거나 혹은 그것이 취소불능임을 나타내고 있는 경우와 승낙자가 청약을 취소불능으로 믿는 것이 합리적이고 또 승낙자가 그 청약을 신뢰하여 행동한 경우에는 이를 취소할 수 없다(제19조).

나. 승낙

합동 계약법에 의하면, 승낙은 통지의 방식으로 하여야 하는데, 단지 거래관행 또는 청약행위에 의한 승낙이 가능하다고 명시하고 있는 경우는 제외한다(제22조). 즉 승낙의 표시는 반드시 구두 또는 서면에 의한 명확한 통지방식에 따른다는 것이다. 서면에 의하여 계약을 체결할 경우에는 양당사자가 서명 또는 날인하였을 때에 성립된다(32조). 승낙기한에 관해서는 청약 중에 승낙기한을 설정하는 경우(제23조 전단)와 청약 중에 승낙기한을 설정하지 않은 경우로 나눈다(제23조 후단). 전자는 청약규정에 따라 승낙을 기한 내에 상대방에게 도달하도록 해야 하며, 후자는 승낙이 언제 상대방에게 도달하는가는 청약방식이 대화방식인가 아니면 비대화방식인가에 따라 다르다. 청약을 대화방식으로 한다고 하는 것은 일반적으로 서면의 형식으로 제출하는 것을 말한다. 이 경우 승낙은 합리적인 기한의 범위 내에 이루어져야 하고, 합리적인 기한이란 청약을 한 객관적 상황과 거래관행에 의해 결정된다. 이것은 청약을 받는 상대방에게 충분히 고려할 여유를 주어야 하고, 청약한 사람의 예상이익에 손해가 미치지 않도록 하여야 한다는 것을 의미한다.⁵⁶⁾

그 의사표시가 상대방에게 도달할 때에 효력이 생기기 때문에 상대방에 도달하기 전 또는 동시에 철회할 수 있다.

55) 郭明瑞·房沼坤, 앞의 책, 91-92면.

승낙기간은 청약을 우편 또는 전보의 형식으로 한 경우에는 우편은 기재 날짜, 전보는 발신일, 기재 날짜가 없는 경우에는 그 우편물을 발신한 우편물의 소인 날짜부터 기산한다. 청약을 전화 또는 팩스로 했을 경우 전화를 받은 청약자가 그 내용을 알게 되었을 때부터, 팩스는 상대방에게 도달한 시점부터 승낙기한을 기산한다(제24조). 승낙의 내용이 청약에서 결정한 것과 주요한 부분에서 일치하고 승낙기간 내에 도달하면 그 효력은 발생한다(제25조). 승낙효력의 발생시기에 대해 비엔나협약 제18조 제2항⁵⁷⁾이 대륙법의 도달주의를 채택하고 있다는 점을 참고하여, 합동 계약법 역시 이에 준하여 규정하고 있는 것으로 보인다(제26조).⁵⁸⁾

승낙의 철회와 관련하여 영미법 국가에서는 승낙의 발신과 동시에 법적 효력을 갖는 발신주의를 채택하고 있기 때문에 승낙철회의 문제는 존재하지 않지만, 대륙법계를 채택하고 있는 합동 계약법에서는 승낙의 철회가 가능하더라도 그 철회는 청약자에 불이익을 초래하지 않는다는 것을 전제조건으로 한다. 따라서 승낙의 철회는 승낙이 법적 효력을 발생하기 이전 또는 승낙통지와 동시에 도달할 것을 요구한다(제27조).

청약을 받은 승낙자가 자기의 귀책사유로 승낙기한을 경과하여 승낙한 경우에 청약자가 지연된 승낙의 효력을 추인하려면 신속하게 승낙자에게 그 청약이 유효하다는 뜻을 통지하여야 한다. 승낙기한을 경과하여 도달한 승낙에 대하여 청약자는 그 효력을 승인할 수 있으나, 승낙자에게 통지할 것을 조건으로 하고 있다. 지연된 승낙은 청약자에게는 승낙이라고 하는 의미가 상실되며 새로운 청약이라고 할 수 있다(제28조). 청약자가 기한이 경과된 승낙을 유효하다고 인정할 경우에는 승낙자에 대하여 승낙기한 연장을 인정하는 것

56) 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, 1999, 32면.

57) 비엔나협약 제18조 제2항은 청약에 대한 승낙은 동의의 의사표시가 청약자에게 도달한 때에 그 효력이 발생한다. 승낙은 동의의 의사표시가 청약자가 지정한 기간 내에 도달하지 아니하거나 또는 어떠한 기간도 지정되지 아니한 때에는 청약자가 사용한 통신수단의 신속성을 포함하여 거래의 사정을 충분히 고려한 상당한 기간 내에 도달하지 아니한 경우에는 그 효력이 발생하지 아니한다. 구두의 청약은 별도의 사정이 없는 한 즉시 승낙되어야 한다고 규정하고 있다.

58) 郭明瑞·房沼坤, 앞의 책, 117-119면.

이다. 승낙의 연락에 대하여 청약자는 신의성실의 원칙에 따라 승낙자에 대하여 승낙지연을 통지할 의무를 진다.⁵⁹⁾ 만일 이 의무이행을 게을리 한 경우는 그 승낙이 늦지 않은 것으로 보아 효력을 갖고 계약은 당연히 성립한다.

승낙은 승낙자가 청약의 내용에 기초하여 청약자와 사이에 계약을 체결할 의사표시로 승낙의 내용이 반드시 청약의 내용과 일치하지 않으면 계약은 성립하지 않는다(제30조). 청약의 의미와 내용을 실질적으로 제한 또는 변경한 승낙은 본래의 청약에 대한 승낙이 아니고 승낙자가 청약자에게 보낸 새로운 청약에 대한 승낙이라고 할 수 있다. 승낙이 청약의 내용에 대하여 실질적이지 않은 정도의 변경을 한 때에는 청약자가 반대를 표시했거나 청약의 내용에 관한 어떤 변경도 할 수 없다고 명시한 경우를 제외하고 그 승낙은 유효하고 계약의 내용은 승낙의 내용에 따르도록 하고 있다(제31조).

3. 계약의 효력에 있어서 특징적 요소

가. 계약의 효력 발생 및 이행순서

계약의 효력은 합동 계약법 제44조부터 제59조까지 총 16개조로 구성되어 있으며, 합동 계약법 제3장에서 '계약의 효력'이라는 장을 두고 있는데도 불구하고 계약의 효력요건에 대하여 일반규정을 두고 있지 않는 이유는 민법통칙 제55조에서 이에 대한 구체적인 규정을 두고 있기 때문이다.⁶⁰⁾ 합동 계약법에 따르면 계약의 체결·성립과 동시에 그 법적효력이 발생한다(제44조). 법률이나 행정법규에서 인가·등기 등의 절차를 밟아야 그 효력이 생기는 규정이 있는 경우에는 인가 또는 등기의 수속을 완료한 후에야 비로소 계약은 법적 효력을 갖게 된다. 계약체결 후 계약 유효기간 내에 쌍방 당사자는 법률의 규정 또는 당사자 사이의 약정에 의해 전후의 순서에 따라 각자의 의무를 이행하게 되는데(제67조 전단), 나중에 이행하는 당사자는 선이행해야 하는 당사

59) 夏志宏 主編, 앞의 책, 33면.

60) 劉文華 主編, 앞의 책, 72면.

자에게 먼저 의무를 이행할 것을 요구할 권리를 갖고 있다. 만일 선이행해야 하는 당사자 일방이 채무를 이행하지 않았거나 이행한 채무가 약정과 일치하지 않을 경우, 후이행 당사자는 선이행 당사자의 이행청구를 거절할 수 있는 권리가 있다(제67조 후단).

계약체결 후 당사자는 계약 및 의무를 이행하지 않으면 안 된다. 그러나 일방의 당사자가 의무를 이행한 후에 상대방의 계약이행이 불가능하다고 판단되는 경우, 먼저 계약을 이행한 당사자가 손해를 입을 가능성이 있는데, 먼저 이행해야 할 당사자는 상대방이 경제상황의 악화, 재산이전 및 은닉, 영업신용과 명예의 상실 기타 채무이행능력의 상실 또는 그 가능성이 있는 상황에 처해 있다고 증명할 확실한 증거가 있으면 자신의 이행을 중단할 수 있다(제68조).

나. 책임재산의 보전 및 채권양도

책임재산의 보전수단에 관하여 채무자가 그의 채권의 행사를 게을리하여 채권자가 손해를 입은 경우에 채권자는 인민법원에 자신의 명의로 채무자의 권리를 행사할 수 있다(제73조). 합동 계약법에 따르면 이러한 채권자대위권은 채권자가 구체적으로 손해를 입어야 하고 반드시 소로서만 행사할 수 있다(제73조). 채권자대위권 행사의 효과는 제3채무자로부터 교부받은 재산은 채무자에게 귀속하고 채권자대위권을 행사한 채권자가 직접 자기의 채권을 청산하는데 교부받은 재산을 사용할 수 있으나 여부에 관해서는 견해가 대립된다.⁶¹⁾ 채무자가 그의 채권 또는 재산을 무상으로 양도하여 채권자에게 손해를 입혔을 경우 채권자는 인민법원에 채무자의 행위를 취소하여 줄 것을 청구할 수 있다(제74조 전문). 채무자가 자기재산을 무상양도한 경우에는 상대방인 수익자의 악의(고의)를 요하지 아니하고 채권자취소권이 인정된다. 그러나 채무자가 불명하고도 불합리한 낮은 가격으로 재산을 양도하여 채권자에게 손해를 입힌 경우에는 상대방인 수익자가 이러한 사실을 인지하고 있는 때에 한하여, 채권자는 인민법원에 채무자의 행위를 취소하여 줄 것을 청구할

61) 나승복, 앞의 논문, 44면.

수 있다(제74조 중문). 그리고 채권자취소권 행사의 범위는 채권자의 채권액의 범위에 국한한다. 채권자는 채권을 양도할 수 있는데, 채권양도는 채무자에게 통지하여야 하고 그 통지는 채권양도의 대항요건이 아니라 효력요건이다(제80조). 채권양도의 경우에 채무자가 채권양도의 사실을 통지받았을 때에 채무자의 채권이 양도된 채권보다 먼저 변제기가 도래하거나 동시에 변제기가 도래한다면 채무자는 양도된 채권에 대하여 양수자에게 상계할 수 있다(제83조). 그리고 채무인수의 경우에도 채권자의 동의가 있어야 한다(제84조).

다. 위약책임

위약책임은 계약 당사자가 계약의무를 위반함으로써 부담해야 하는 책임을 말하는데, 중국 계약법 제107조에서 계약위반의 구체적 형태와 위약위반의 구제수단에 관하여 개괄적으로 규정하고 동조 이하에서는 어떠한 계약위반의 형태가 인정될 수 있는지, 각 구제수단은 구체적으로 어떠한 요건 하에서 적용되는지에 대하여 구체적으로 규정하고 있다. 우선 제108조에서 이행기전의 이행거절도 계약위반으로 인정하고 있고, 제111조에서는 계약목적물의 품질에 관한 위반도 계약위반으로서 어떠한 구제수단이 적용될 수 있는지에 대하여 규정하고 있다. 다음으로 제109조 및 110조에서는 강제이행의 적용요건에 관하여, 제113조 및 제114조에서는 손해배상의 범위와 위약금에 관하여 규정하고 있다. 그 밖에 계약법 제7장 위약책임 부분에서는 위약금과 계약금간의 관계(116), 쌍방위약(120조), 제3자로 인한 계약위반(121조), 계약책임과 불법행위책임의 관계(122조) 등에 관하여 규정하고 있다.⁶²⁾

중국 위약행위의 형태를 살펴보면, 크게 두 가지로 나눈다. 즉 불이행과 부적절한 이행 두 가지이다. 예를 들면, 민법통칙 제111조에 의하면, 당사자 일방이 계약의무를 불이행하거나 계약의무를 이행하였으나 약정한 조건에 부합하지 않은 경우, 상대방은 이행 또는 보완조치를 요구할 수 있고 손해배상을 청구할 수 있다. 계약법 제107조에 의하면, 계약 당사자 일방이 계약의무를 이

62) 채성국, 앞의 논문, 128-129면.

행하지 않거나 이행하였지만 계약 내용과 부합하지 않으면, 계속이행, 보완조치 또는 손해배상 등 위약책임을 부담하여야 한다. 그러나 이런 규정은 너무 추상적이어서 실무상황에 맞지 않아, 학계에서는 위약행위에 대하여 구체적으로 구분하고 있다. 사전위약과 실제위약이 있다. 사전위약은 계약의 이행기가 도래하기 전에 일방 당사자가 정당한 이유 없이 이행기가 되더라도 계약을 이행하지 않는다고 명확히 표시하거나 그의 행위가 이행기가 되더라도 계약을 이행하는 것은 불가능하다는 것을 나타내는 경우를 말한다. 이행기가 되었으나 당사자가 계약의무를 불이행하거나 불완전하게 이행하면, 그 행위는 실제위약이 된다. 실제위약에는 이행거절, 이행지체, 부적절이행, 일부이행, 기타 불완전이행이 있다. 이행거절이란 계약이행기가 되었음에도 불구하고 일방 당사자가 적당한 이유 없이 계약에 정한 전부 의무의 이행을 전부 거절하는 것을 말한다. 이행지체는 계약당사자가 이행기의 규정을 위반한 것을 말하고 채무자의 급부지체와 채권자의 수령지체를 포함하지만 일반적으로 채무자의 급부지체를 말한다. 단, 중국 계약법 제96조에 의하면, 채권자의 수령지연도 포함하여 이행기간을 지키지 않으면 이행지체가 이뤄진다. 부적절이행은 당사자가 교부한 목적이 계약에서 정한 품질요구에 부합하지 않는 것, 즉 이행함에 있어서 하자가 있는 이행을 말한다. 중국계약법은 대륙법계의 하자담보책임을 받아들이지 않고 부적절이행을 독립적인 위약행위의 하나로 인정하였다.⁶³⁾

위약책임의 형식으로는 실제이행, 손해배상, 위약금 등이 있다. 실제이행은 강제이행이라고도 하는데, 일방 당사자가 계약을 위반한 경우, 상대방은 계약에 정한 데로 계속이행할 것을 청구할 수 있다. 실제이행은 국가강제력으로 계약의 이행을 도모하는 것으로서, 위약상대방이 계약을 이행하기 싫음에도 불구하고 계약을 계속이행해야 한다. 이는 법률의 강제력을 나타낸다. 손해배상은 위약 당사자가 계약을 불이행 또는 계약에서 약정한 데로 이행하지 않으면, 금전이나 기타 실물로 상대방의 손해를 배상할 책임을 말한다. 중국 현행 법률에 의하면, 주로 금전배상을 말하는데, 실물·노무 기타 형식으로 배상하는 것도 배제할 수 없다. 위약금은 당사자들이 약정을 통하여 사전에 확정

63) 王利明·房紹坤·王軼, 「合同法」, 中國人民大學出版社, 2009, 227面, 232-240面.

한 것으로서 위약 후 효력을 가지는 이행행위와 독립되는 급부를 말한다. 중국 계약법의 위약금은 보상적인 위약금을 원칙으로 한다.⁶⁴⁾

4. 계약의 종료에 있어서 특징적 요소

합동 계약법 제91조에서 107조까지 각각 계약의 종료사유, 계약의 해제, 계약해제의 방식, 계약해제의 요건, 계약해제의 절차, 계약해제의 법적효과, 상계 및 상계권 행사의 요건과 절차, 공탁과 공탁의 요건 및 절차, 공탁의 효력, 채무면제, 채권·채무의 혼동 등이 계약 종료의 특징적 요소이다.⁶⁵⁾ 계약의 종료는 계약의 소멸이라고도 한다. 그것은 일정한 사실에 의해 계약 당사자의 채권·채무가 객관적으로 존재하지 않게 되는 것을 말한다. 합동 계약법은 계약의 종료사유를 일곱 가지를 규정하고 있다. 이 중 어느 하나에 속하는 경우에 계약의 권리와 의무는 종료한다.

① 채무가 약정에 따라 이행된 경우, 즉 채무의 상환을 말하는데, 상환과 이행의미는 크게 다르지 않다. 이행은 계약의 목적을 실현하는 것이고, 상환은 계약을 종료하는 측면에서 표현한 것이다. ② 계약이 해제되는 경우이다. ③ 상계의 경우이다. 상계에는 법정상계와 약정상계가 있는데, 모두 계약의 종료사유가 된다. ④ 공탁의 경우이다. 채무자가 상환할 수 없는 목적물을 공증기관에 공탁하는 것으로 계약관계를 종료할 수 있다. ⑤ 면책의 경우이다. 즉 채권자의 채권포기를 의미한다. ⑥ 혼동의 경우이다. 즉 채권자와 채무자가 동일할 때를 말한다. ⑦ 법률규정 또는 당사자가 약정한 기타 종료사유의 경우이다. 이것은 위에 언급한 여섯 가지 종류의 원인 이외의 계약종료 사유가 발생한 경우이다. 일반적으로 흔히 볼 수 있는 계약철회에 의한 계약종료는 계약주체의 자연인이 사망하여 그 채무를 이행하는 사람이 없을 경우 또는 계약주체의 법인이 해산하여 그 채무를 계승할 자가 없는 경우 등이 있다 (제91조).

64) 劉慶, “論違約責任中各種責任方式的適用”, 『黑龍江省政法管理干部學院學報』, 2011, 第5期, 68面.

65) 夏志宏 主編, 앞의 책, 34-35면; 劉文華 主編, 앞의 책, 73-74면; 謝懷軾 等, 앞의 책, 47-48면

5. 계약법의 사법해석

계약법이 시행된 후, 최고인민법원은 계약법의 내용을 보완하기 위하여 이와 관련한 3개의 사법해석을 제정하였다. 1999년 12월 29일, 최고인민법원 <중화인민공화국계약법>을 적용함에 있어서 약간의 해석(1)(이하, 사법해석I)이 시행되었다. 이것은 계약법의 정확한 적용을 위하여 제정한 사법해석으로서, 총 30개 조문에 법률적용범위, 소송시효, 계약효력, 대위권, 철회권, 계약양도에서의 제3자, 청구권의 경합에 대하여 구체적으로 정하였다.

사법해석I이 공포된 지 10년이 지난 후, 최고인민법원은 <중화인민공화국계약법>을 적용함에 있어서 약간의 해석(2)(이하, 사법해석II)를 공포하였다. 총 30개 조문인 사법해석II는 2009년 4월 24일 공포되고 2009년 5월 13일부터 시행하기 시작하였다. 사법해석I과의 시간 간격이 10년인 만큼, 사법해석II는 계약법을 실행함에 있어서, 실무에서의 경험을 총결하여 조문의 원칙화를 피하고 조문의 명확화와 구체화를 도모하여 쉽게 응용되는 것에 초점을 두었다. 사법해석II의 실행은 계약의 성립, 효력, 이행종료, 위약책임 등 일련의 법률문제를 명확하게 하여 계약영역에서의 경제분쟁을 타당하게 해결하는데 도움이 되었다.

첫째, 계약효력 부분에서 사법해석II는 계약무효의 법정조건을 엄격하게 적용하면서도 효력의 인정에 있어서는 완화된 태도를 취하였다. 예를 들면, 무권대리인이 체결한 계약효력을 인정함에 있어서, 피대리인이 실제로 계약을 이행하는 행위를 추인의 의사표시로 간주하였다. 또한 법률, 행정법규의 강제성 규정을 위반하면 계약을 무효로 인정하는데, '효력 강제성 규정'으로 한정하여 해석하고 있다. 둘째, 사법해석II에서 '계약이행'에 관한 6개 조문 중, 2개 소송절차에 관한 조문 외, 모두 채권채무변제에 관한 실질적인 규정이다. 금융위기가 심화됨에 따라 악의적으로 채무를 변제하지 않거나 채무변제 순서를 악용하는 등 중요한 문제점들을 감안하여 제정한 조문들이다. 최고인민법원은 '합리적 가격'의 판단기준도 명시하였다. 셋째, 계약권리의무의 종료부분에서 사정변경을 인정하였다. 사정변경원칙은 계약법 초안에는 들어있었지만 인정하지는 않았다. 최고인민법원은 이번 기회에 사법해석인 형식으로 사정변경원칙

을 명확히 정함으로서 계약법의 원칙을 세계추세에 부합하도록 하였다. 이 원칙의 확립은 사법기관이 금융위기에 대응함에 있어서 더욱 적극적인 대책을 낼 수 있는 기반을 마련하였다. 넷째, 위약책임에 있어서 위약금의 공평성에 초점을 두었다. 사법해석II는 위약금이 과도하게 많다는 것을 판단하는 참고적인 기준을 제시하였는데, 당사자간에 약정한 위약금이 실제손실의 30%를 넘었다면, '초래한 손실을 과도하게 넘었다'고 인정할 수 있고 이 때 위약금을 조정할 수 있다.⁶⁶⁾

2012년 3월 31일 통과한 <최고인민법원 매매계약분쟁사안을 심리함에 있어서 법률적용문제에 관한 해석>(이하, 사법해석III)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 해석을 내렸다. 이와 동시에 최고심판권에 종속한 사법해석권을 활용하여 계약법이 실행된 10여년의 민사재판실무 경험을 집결하고 민법이론 연구성과를 참조하여 몇개의 해석규칙을 신설하였다. 예컨대, 제2조 매매예약규칙, 제3조 매매계약 특별효력규칙, 제9조와 제10조 동산의 다중매매 이행순서규칙, 제30조 위약책임의 과실상계규칙, 제31조 손익상계규칙 등을 들을 수 있다. 이 사법해석은 최고인민법원의 사법해석에 있어서의 창조성을 가장 잘 나타냈고, 중대한 실천적 의의와 이론적 의의를 가지고 있어 실무와 학계는 특별한 관심을 기울이고 있다.⁶⁷⁾

V. 결 론

계약에 관한 기본법적 성격을 가지고 있는 중국 민법통칙은 변화하고 있는 현대의 개별적 거래행위들에 관하여 통일적으로 규율하기에는 한계가 있었고, 또한 종래 3대 계약법은 계약입법 체계와 관련하여 일정한 한계를 가지고 있

66) 蔡奕, “司法解釋詮釋合同審判疑難問題”, 「董事會」, 2009, 第7期, 84-85面.

67) <http://lawinnovation.com/html/zgfx50rlt/9357.shtml>. [梁慧星, “對買賣合同司法解釋(法釋2012-8号)的解讀和評論”]

었다. 이에 따라 1999년 3월 15일 제9기 전국인민대회 제2차 회의에서 중화인민공화국계약법을 통과시켰으며, 계약당사자는 합법적 권익을 보호하고, 사회경제질서를 유지하며, 사회주의의 현대화를 촉진하기 위하여 1999년 10월 1일부터 시행되었다. 중국 합동 계약법은 종래 3대 계약법의 기본방침을 상당부분 계수하고 많은 조문이 새롭게 신설됨으로써 21세기에 접어들어 당사자의 자유의사를 존중하고, 신의성실의 원칙을 관철하며, 비엔나협약 등 영미법적 개념들을 도입하여 국제적 시각을 가지려 노력하였다.

한편, 종래 3대 계약법이 중국법인, 기타 경제조직, 개인경영자, 농촌도급경영자간의 계약관계만을 규율대상으로 하였던 것을, 합동 계약법은 공민간 및 공민과 기업간의 매매, 증여, 차용 등도 규율대상으로 확대하였다. 또한 종래 계약법에서 경제질서의 혼란을 바로잡지 못하였으므로 합동 계약법은 계약의 파기나 부정행위를 방지하고 새로운 사회경제질서를 유지하기 위하여 노력하였다. 그리고 종래 3대 계약법은 원칙적인 규제가 많고 통합성이 결여되어 있었으나, 합동 계약법은 계약체결과 관련된 조문(20개조문)을 많이 더함으로써 국제조약과 국제관행에 일치하도록 노력하였다.

중국의 민사입법 수준을 대표할 만한 법률로서 합동계약법은 외국의 선진적인 법조문을 받아들였으나, 입법이념을 이해하지는 못한 경우가 많아 실무에서 많은 문제점들이 나타나기도 한다. 영미법계의 실질적인 위약제도를 도입하였으나, 실질적으로 위약하였다는 사실을 판단함에 있어서 영미법계에서 법관은 대량의 판례를 참조하여 구체적인 판단기준을 정할 수 있는 것에 반해, 중국 계약법은 이를 조문으로 규정하고도 구체화하는 후속조치를 취하지 않아서 중국 법관은 안건을 처리함에 있어서 많은 어려움을 겪고 있다. 또한 계약 이행장애에 대하여 민법통칙과 계약법은 불가항력만을 정하고 있어 사정변경에 대하여는 언급하지 않고 있다. 그리고 실제 상황에서 많이 나타나고 있는 체인점 가맹, 노하우 거래 등을 계약법에 규정하고 있지 않다.⁶⁸⁾

결과적으로 중국 계약법은 여러 문제점도 안고 있고 계약법에 포함되어 있는 규정만으로 모든 계약체결 중의 문제를 해결할 수 있는 것은 아니지만, 새

68) 姚輝, “中國合同法的制定及其發展動向”, 「법학연구」 제52권 제68호(상), 부산대학교 법학연구소, 2011, 8-12면.

로 시행되고 있는 중국 합동 계약법이 종래 계약법과 비교하여 좀 더 구체적이고 실용적인 법률이라고 평가할 수 있겠다.

참고문헌

- 김상용, 「비교계약법」, 법영사, 2002.
- 김영규, “중국·북한 민법상 계약일반과 그 성립”, 「법학연구」 제21집, 한국법학회, 2006.
- 나승복, “중국통일계약법의 특색과 주요내용”, 「인권과 정의」 제283호, 대한변호사협회, 2000.
- 송오식, “중국계약법(합동법)상 위약책임”, 「민사법연구」 제15집 제1호, 대한민사법학회, 2007.
- 윤진기, “중국경제법에 관한 연구: 그 기초이론을 중심으로-”, 「경남법학」 제10집, 경남대학교 법학연구소, 1995.
- 이상욱, “중국 계약법상 계약의 성립에 관한 법리”, 「영남법학」 제15권 제2호, 영남대학교 법학연구소, 2010.
- 이상욱, “중국의 계약책임제도”, 「비교사법」 제10권 제3호, 한국비교사법학회, 2003.
- 이영신·최홍동, “CISG의 중국에서의 적용에 관한 고찰”, 「법과정책」 제14집 제2호, 제주대학교 법과정책연구소, 2008.
- 이정표, “중국 통일계약법의 위약책임체계”, 「국제상학」 제19권 제3호, 한국국제상학회, 2004.
- 程開源, “중국의 계약법 제도의 발전”, 「영남법학」 제8권 제1·2호, 영남대학교 법학연구소, 2002.
- 채성국, “중국 ‘합동법’(계약법)에서의 계약책임”, 「저스티스」 제119호, 한국법학원, 2010.
- 한상현, “1999년 제정 중국 신통일계약법의 내용상의 특징과 평가”, 「창업정보학회지」 제2권, 한국창업정보학회, 1999.

- 姚輝, “中國合同法的制定及其發展動向”, 「법학연구」 제52권 제68호(상), 부산대학교 법학연구소, 2011
- 郭明瑞·房紹坤, 「新合同法原理」, 中國人民大學出版社, 1999.
- 劉景一 主編, 「合同法新論」, 人民法院出版社, 1999.
- 劉文華 主編, 「中華人民共和國 合同法實用指南」, 改革出版社, 1999.
- 劉慶, “論違約責任中各种責任方式的适用”, 「黑龍江省政法管理干部學院學報」, 2011, 第5期.
- 柴振國·何秉群, 「合同法研究」, 警官教育出版社, 1999.
- 謝懷軾 等, 「合同法原理」, 法律出版社, 1999.
- 蔡奕, “司法解釋詮釋合同審判疑難問題”, 「董事會」, 2009, 第7期.
- 王利明·房紹坤·王軾, 「合同法」, 中國人民大學出版社, 2009.
- 王遂起·夏國強, 「新編合同法教程」, 政法大學出版社, 1994.
- 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, 1999.
- 胡康生 主編, 「中華人民共和國合同法釋義」, 法律出版社, 1999.

[Abstract]

A Study on the main contents and the characteristic factor in Contract Law of China

Park, Kyu-Yong

Professor, Jeju National University Law School

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. However years in preparation, the first ever law on New Contract Law in the People's Republic of China came into effect on October 1, 1999, adopted at the second Session of the Standing Committee of the ninth National People's agreement on March 5, 1999.

In the beginning, the contract law in China was adapted from many good system of other developed countries. This law has provided some advanced regulations. This is important because contract law is the important law. This law can provide concrete regulations and standards of action to people when dealing with business and trade in China. I will introduced the contract law in China Focus on formation, performance and breach of contract in this thesis.

This Law shall apply to economic contracts concluded between individuals, enterprises or other economic organizations of the People's Republic of China and foreign enterprises, other economic organizations or individuals. This study will look into the character of the new contract law in the People's Republic of China

Key words : Chinese Law, Contract Law, Contract Law of China, Contract Law of the People's Republic of China, judicial construction