

중국통일계약법(CLPRC)의 계약체결상 과실책임에 관한 연구

윤 상 윤*
오 현 석**

-
- I. 서 론
 - II. CLPRC의 계약체결상 과실책임 유관규정
 - III. CLPRC의 계약체결상 과실책임의 유형 및 법적성질
 - IV. 계약체결상 과실책임에 관한 중국법원판례 평석 및 경향분석
 - V. 결 론
-

주제어 : 중국통일계약법, 계약체결상 과실책임, 신의성실원칙

I. 서 론

우리나라 제1의 무역상대국 중국은 2013년 기준 2,300억 달러의 무역규모를 달성하였다. 이는 2012년과 비교할 경우 약 100억 달러 이상 증가한 수치

* 건국대학교 국제학부 조교수(주저자)

** 대구대학교 무역학과 조교수(교신저자)

이다. 그러나 이 같은 한·중 무역규모의 성장에 비례하여 양국 간 무역분쟁도 지속적으로 증가하고 있는 추세에 있다.

통계지표에 따르면 2012년 중국국제경제무역중재위원회(中国国际经济贸易仲裁委员会, China International Economic and Trade Arbitration Commission, 이하 ‘CIETAC’)에 접수된 중재안건은 1,060건에 이르고 있는데, 이 중涉外안건이 331건이고 전체 중재안건은 계속해서 증가추세에 있다. 이 경우 중재의 일방당사자는 미국, 독일, 일본, 한국 등 41개 국으로 중국과의 국제상사계약과 관련된 국가 수 또한 지속적으로 증가하고 있다.¹⁾

한편 중국에서 국제상사중재와 소송에서는 ‘국제물품매매계약에 관한 UN협약’(United Nations Convention on Contract for the International Sale of Goods, 이하 ‘CISG’)이 적용되는 경우가 대부분일 것이나,²⁾ 그럼에도 불구하고 CISG가 적용되지 않는 법적 다툼이 야기되어 국제사법이 지정한 바에 따라 중국의 국내법이 적용될 경우에는 그 양상이 사뭇 다르게 진전될 것이다. 이를테면 중국은 CISG 제95조에 의거, 제1조 (1), (b)를 유보하고 있음에 따라, 비체약국에 영업소를 보유한 계약당사자의 입장에서는 국제사법에 의해 지정된 준거법으로서 경우에 따라 중국 국내법이 개입될 수 있는 여지가 상존하고 있는데, 이로부터 별단의 법적 안정성 및 예견가능성에 기한 부담보의 문제가 부각된다.³⁾

물론 우리나라와 중국은 공히 CISG의 체약국으로서 중국의 본조항 유보에 따른 CISG 적용에는 별단의 문제가 없을 것이나, 다만 여기서 문제시 될 수 있는 사안은, 예컨대 우리나라에 소재한 모기업이 비체약국에 자회사를 둔 경우 당해 자회사가 중국에 소재한 기업과 직접 무역을 행할 경우이다. 이 같은 논점은 비체약국에 소재한 자회사가 중국에 영업소를 둔 상인과 국제상사계약

1) 「<http://www.chinanews.com/fz/2013/01-22/4507855.shtml>」 이하 본고에서 인용하고 있는 웹사이트는 본고제출시점 현재 웹상에 현시되고 있음을 의미한다. 기술편의상 프로토콜명(<http://>)은 생략한다.

2) 윤상윤, “중국의 국제물품매매계약에 관한 UN협약(CISG) 적용에 관한 연구-중국 법원판례에 대한 분석을 중심으로-”, 중국연구, 한국외국어대학교 중국연구소, 제56권, 2012, pp. 127~147면 참조.

3) 심중석, “중국 통일계약법상 계약체결에 관한 법적 기준”, 무역학회지, 한국무역학회, 제 37권, 2012, p. 277.

에 임한 경우 중국의 국내법의 적용에 따라 발생될 수 있는 법적 오해 및 적용 또는 그 해석에 기한 문제점을 미연에 방지할 수 있는 법적 고려가 선행되어야 함을 시사한다. 특히 CISG에서는 다루지 않고 있는 계약체결상 과실책임의 경우에 중국 국내법이 직접적으로 적용된다는 점에서 연구의의는 더욱 두드러질 수밖에 없다.

본 연구는 이 같은 시각을 기저에 두고 특별히 논제의 범위 내에서 중국통일계약법(Contract Law of the People's Republic of China, 이하 'CLPRC'⁴⁾⁵⁾상 계약체결상 과실책임에 대한 법적 유의점과 시사점을 도출해 보고자 한다.

계약체결상 과실책임이란 아직 법률효과가 발생하지 않은 계약요섭단계에서 당사자의 일방의 과실로 인해 상대방에게 손해를 준 때에 부담하여야 할 법적 책임을 총칭한다. 곧 이를 채무불이행 책임으로 물을 것인지 아니면 불법행위 책임으로 물을 것인지가 법적 논의의 초점이라고 할 수 있다.

중국은 대륙법계 국가이고 민법을 제정함에 있어서 독일 민법과 CISG를 위시하여 '국제상사계약에 관한 일반원칙'(Principles of International Commercial Contract, 'PICC'), '유럽계약법원칙'(Principles of European Contract Law, 'PECL') 등의 영향을 많이 받았다고 알려져 있는데, CISG는 계약체결상 과실 책임을 다루지 않고 있는 까닭에, 이에 관련한 법리는 독일 민법을 계수한 것이라고 평가된다. 또한 독일 민법에 더하여 PICC와 PECL의 영향을 일부 받은 것으로 볼 수 있다.⁶⁾

4) 연혁에 비추어 중국에서 계약체결상 과실 책임을 처음으로 규정한 것은 1981년에 제정된 경제계약법(經濟合同法) 제16조 제1항이고, 1985년 제정된涉外경제계약법(涉外經濟合同法) 제11조와 민법통칙(民法通則) 제61조 제1항에서 계약이 무효 또는 취소된 경우 계약체결상 과실 책임에 대한 규정을 두고 있었다. 이후 1999년 경제계약법,涉外경제계약법, 기술계약법을 통합하여 소위 중국통일계약법(CLPRC)을 제정하면서 계약체결상 과실 책임을 계약의 무효 또는 취소된 경우뿐만 아니라 그 밖의 특정 유형에 따른 계약체결상 과실 책임을 추가로 명문의 규정으로 삽입하였다.

5) 중국계약법[中國合同法]은 1982년 이후 '경제계약법', '涉外경제계약법', '기술계약법' 등으로 분할되어 있던 계약법을 동시에 폐지하고, 1999년 이를 통합하여 자연인·법인 그 밖의 조직 간의 설립·변경·폐지 등 민사상 권리의무관계의 협의에서도 평등한 계약을 이룰 수 있는 기초를 마련하였다. 논제에 기하여 CLPRC는 계약주체의 범위를 확대·수용하여, 종래 계약법에서 배제되었던 외국의 자연인 및 경제조직이 체결하는 계약관계상 법률 관계를 일원화 하였다. 경우에 따라 '중국합동법'(中國合同法), 중국계약법이라고도 칭하고 있으나, 본고에서는 계약법의 통일화 및 일원화에 주안점을 두고 '중국통일계약법' 또는 'CLPRC'이라 칭한다(심중석, 전제논문, p. 278).

본 논문에서는 CLPRC상 계약체결상 과실책임에 관한 유관조문을 분석하고 중국에서 논의되고 있는 계약체결상 과실책임의 유형 및 법적 성질에 대해 검토하고자 한다. 더불어 중국 법원의 계약체결상 과실책임을 인정한 판례를 분석하여 중국 법원의 계약체결상의 과실책임에 대한 견해와 최근의 판례경향, 시사점 내지 법적 유의점 등을 추론해 보고자 한다.

II. CLPRC상 계약체결상 과실책임의 유관규정

1. 제42조

CLPRC에서 계약체결상 과실책임에 관한 일반조항은 제42조⁶⁾이다. 본조에서는 계약체결과정, 곧 계약의 교섭단계에서 일방이 범한 과실로부터 타방이 손해를 입었을 경우 이에 상당한 손해배상책임을 부가할 수 있는 법적 기반을 마련해 두고 있다. 본조에서 계약체결상 과실이 문제되는 유형은 3가지로 대별할 수 있는데 분석하면 다음과 같다.

첫째 계약체결을 구실로 악의적으로 협상을 진행하는 경우이다(제1호). 이는 일방당사자가 계약을 체결할 의사를 가지고 있지 않는 상태에서 악의적으로 협상을 진행하여 타방당사자의 상업적 기회를 상실하게 한 경우를 가리킨다. 예컨대 자신의 계열사를 지원할 목적으로 당해 계열사와 경쟁관계에 있는 상대방에게 당초 계약을 체결할 것 같은 신뢰를 주었으나 그럼에도 불구하고 이후 악의적으로 계약을 체결하지 않는 경우가 이에 해당한다. 이는 통상 불공정경쟁의 수단으로 활용되는 경우가 대부분이다.

둘째 계약체결과 관련 있는 중요한 사실을 고의로 은폐하거나 또는 허위정

6) Han Shiyuan, "Culpa in Contrahendo in Chinese Contract Law", *Tsinghua China Law Review* Vol. 6 No. 2, 2014, p. 157.

7) 合同法 第四十二条 当事人在订立合同过程中有下列情形之一, 给对方造成损失的, 应当承担损害赔偿责任:

- (一) 假借订立合同, 恶意进行磋商;
- (二) 故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况;
- (三) 有其他违背诚实信用原则的行为。

보를 제공한 경우이다(제2호). 이는 곧 부실표시로 인한 계약 전 책임으로 취급된다. 영미계약법에서는 계약협상에 있어서 계약파기의 자유가 넓게 인정되어 신의칙(good faith)에 기한 계약 전 책임을 인정하지 않고 있다. 다만 예외적으로 사기적 부실표시(liability for misrepresentation), 일방이 타방에 대하여 특정한 약속을 한 경우 그 약속에 대한 특정책임(liability for specific promise), 협상을 하기로 합의(agreement to negotiate)⁸⁾를 한 경우에는 계약체결전 책임을 인정하여 왔다.⁹⁾ 이 가운데 CLPRC에서는 사기적 부실표시를 계약체결상 과실책임으로 수용하고 있다(제42조). 다만 동조항에서는 사기적 부실표시를 중요한 사실에 대한 고의적 은폐, 허위정보 제공 등으로 한정하고 있어 과실에 의한 사실에 대한 불고지, 착오에 의한 사실과 다른 정보 제공 등은 포함하고 있지 않은 것으로 보이나, 이는 동조 제3호를 적용하여 계약체결상 과실책임을 물을 수 있는 여지를 남겨두고 있는 것으로 보인다.

셋째 그 밖의 신의칙에 위배되는 행위이다(동조 제3호). 동조항 제3호는 제1호 내지 제2호 이외의 경우에도 계약체결의 과정에서 신의칙(제4조)을 위반하여 계약교섭 당사자 일방이 타방에 손해를 주는 경우에는 계약체결상 과실 책임을 인정하고 있다. 따라서 동조 제1호 내지 제2호는 신의칙에 위반하는 사례 중 하나를 예시적으로 열거하였다고 보아야 한다. 그러한 이유로 중국 학설과 판례는 계약체결상 과실책임을 법적 성질에 대한 논의와는 별개로 계약교섭 당사자가 준수하여야 할 신의칙으로부터 구현되는 법적 책임으로 취급하고 있다.

2. 제43조

CLPRC 제43조¹⁰⁾에서는 계약체결과정에 있어서 양당사자의 상업비밀유지의무를 부과하고 있다. 즉 당사자는 계약체결과정에서 알고 있었던 상업적 비밀

8) 중국법원은 협상을 하기로 합의하였으나 후에 일방이 계약협상을 파기한 경우에도 계약체결상 과실책임을 인정하고 있다. 이에 대해서는 후술한다.

9) 김상용, 비교계약법, 법영사, 2002, p. 99.

10) 合同法 第四十三条 当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密, 无论合同是否成立, 不得泄露或者不正当地使用。泄露或者不正当地使用该商业秘密给对方造成损失的, 应当承担损害赔偿责任。

은 계약의 성립여부와 관계없이, 누설하거나 부당하게 사용하여서는 안 되고 이를 위반하여 상대방에게 손해를 준 경우에는 손해배상책임을 지우도록 하고 있다.

PICC와 PECL에서도 양당사자의 비밀유지의무를 규정하고 있다. PICC 제 2.1.16조에서는 협상과정에서 일방이 비밀로 다루어져야 할 정보를 제공한 경우 상대방은 추후 계약이 체결되는지 여부를 불문하고 그러한 정보를 공개하거나 자신의 이익을 위해 부당하게 사용하지 아니할 의무를 진다고 규정하고 있고, PECL 제2:301조에서도 동일한 취지에서 교섭의 과정에서 당사자 일방에 의하여 비밀정보가 주어졌다면, 계약체결 여부와 상관없이 상대방은 그 정보를 누설하거나 자신의 목적을 위하여 그 정보를 이용하지 아니할 의무가 있음을 밝히고 있다.

요컨대 PICC와 PECL은 원칙적으로 계약을 위한 협의는 자유이며 계약이 체결에 이르지 못한 것에 책임을 지우지 않고 있다. 곧 대륙법에서와 같이 계약체결상 과실책임을 다루고 있지는 않지만 신의칙 또는 공정거래 원칙에 비추어 계약의 교섭과정에서 양당사자에 상당한 의무를 지우고 있고, 나아가 비밀유지의무 규정도 신의칙 또는 공정거래의 원칙에서는 나오는 법적 의무로 인식하고 있다.

한편 CLPRC 제43조도 본질적으로 PICC와 PECL의 비밀유지의무 규정의 취지와 그 궤를 같이 한다. 즉 계약교섭단계에 있는 양당사자는 신의칙에 기한 비밀유지의무가 있고 당해 의무를 위반한 당사자는 교섭상대방에게 미친 손해를 배상하여야 한다.

그러나 CLPRC에서 수용하고 있는 상업비밀은 일반인들에게는 알려져 있지 않은, 이를테면 권리자에게 경제적 이익이 될 수 있는 사항으로서 비밀조치를 행하고 있는 기술정보와 경영정보 등이 이에 해당한다.¹¹⁾ 이 경우 기술정보란 설계·공정·물품의 원재료·제조방법 등의 정보를 말하고, 경영정보는 관리노하우·경영정책·고객명단·원재료 구매처 등의 정보가 이에 해당한다. 따라서 PICC, PECL과 비교할 경우 상업비밀은 비밀정보에 비해 그 범위가 상대적으로 좁은 것으로 이해된다는 점에서 CLPRC와 PICC와 PECL의 관련규정과 엄

11) 杜菁, “论合同的缔约过失责任制度”, 广东技术师范学院学报, 2005年 第3期, 2005, p. 33.

격히 일치하지는 않는다고 본다.

3. 제58조

CLPRC 제58조¹²⁾에서는 계약이 무효 또는 취소된 경우 계약체결상 과실책임을 규정하고 있다. 본조에 따르면 계약이 무효 또는 취소된 후 당해 계약으로부터 취득한 재산은 반환하여야 하고, 달리 반환할 수 없거나 또는 반환할 필요가 없는 때에는 그 가액을 배상하여야 한다. 이때 과실이 있는 일방은 상대방이 받은 손해를 배상하여야 하며, 달리 양당사자가 모두 과실이 있는 경우에는 각자 과실비율에 따라 그에 상응하는 책임을 부담하여야 한다.

본조에서는 계약이 무효 또는 취소되면 양당사자의 과실여부를 불문하고 계약이 무효 또는 취소되기 전에 취득한 재산이 있다면 반환의무를 부여하고 있다. 더불어 이미 전매[재매각]되었다는 등의 사정으로 반환할 수 없거나 또는 반환이 불필요하다면 그 취득한 재산에 상응하는 가액에 대해 배상하여야 한다. 만약 계약의 무효 또는 취소에 있어서 일방당사자에게만 과실이 있는 경우 손해배상을 하여야 한다. 또한 과실이 양당사자에게 모두 있는 경우 과실상계의 법리에 따라 처리할 것이다.

4. 소결

CLPRC에서 계약체결상 과실책임은 신의칙으로부터 도출되는 계약교섭당사자의 의무이다. 즉 계약의 교섭 또는 체결과정 중에서 당사자 일방이 신의성실의 원칙을 위배하여 이행하여야 할 계약이전 의무[선합동의무(先合同义务)]를 위반하였고 손해발생에 대해 주관적인 과실이 있을 경우 당해 당사자는 계약교섭의 상대방이 받은 손해에 대하여 배상하여야 한다.

CLPRC의 계약체결상 과실책임의 일반조항은 제42조이고 제43조와 제58조는 제42조 제3항에서 말하는 계약체결과정에서 신의칙 위반의 유형들로 파악하여야 할 것이다. 그러나 CLPRC는 상기 조문 등에서 계약체결상 과실책임

12) 合同法 第五十八条 合同无效或者被撤销后,因该合同取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失,双方都有过错的,应当各自承担相应的责任。

을 규정하고 있지만 계약체결상 과실책임이 문제되는 유형은 명문의 규정 이외에도 매우 다양한 유형이 있을 것이고 이 경우 일반규정으로서 제42조 제3호의 적용가능성을 검토하여야 할 것이며 이는 학설과 판례에 의존하고 있음을 유의하여야 한다.

Ⅲ. CLPRC에서 계약체결상 과실책임의 유형 및 법적 성질

1. 계약체결상 과실책임의 유형

1) 급부의 원시적·객관적 불능

CLPRC에서는 원시적·객관적 불능의 경우 당해 계약의 효력에 대해서는 규정하고 있지 않다. 다만 원시적·객관적 불능을 학설상 무효로 보는 견해가 있다.¹³⁾ 이 견해는 중국 민법통칙 제55조의 법률행위의 요건으로 행위능력, 의사표시의 진위, 법률 또는 사회공공이익에의 부합은 물론이거니와 계약내용의 확정성과 가능성은 법률행위의 효력발생요건이기 때문에 계약체결 당시에 특정물이 멸실되어 있는 것과 같은 계약이 원시적·객관적 불능이라면 계약의 이행가능성이 없고 계약은 효력을 발생하지 못한다고 본다. 이 견해에 따르면 계약이 원시적·객관적 불능인 경우 계약은 무효이기 때문에 이 경우 계약체결상 과실책임을 규정한 제58조의 적용을 받게 된다.

타인재산의 매매와 같이 원시적·주관적 불능에 해당되는 경우에는 CLPRC는 이를 유효로 보고 있다. 곧 제51조에 의하면 무권리자의 타인재산 처분은 권리인의 추인을 받거나 무권리자가 계약을 통해 권리를 취득하는 경우에는 타인재산의 처분을 내용으로 하는 계약도 유효한 계약이 된다. 따라서 권리자의 추인 또는 무권리자의 권리취득이 되지 않는 경우에는 채무불이행의 문제가 될 것이다.

13) 梁慧星, 『民法解釋法』(第三版), 法律出版社, 2009, pp. 227~228.

2) 계약협의를의 부당파기

계약자유의 원칙에 따르면 계약교섭당사자는 교섭 중에 언제라도 교섭을 중단할 수 있다. 그러나 일방당사자가 타방당사자에게 일정한 신뢰를 갖게 할 원인을 제공하였고 그 타방 당사자는 당해 신뢰에 기하여 계약의 준비를 하게 된 경우와 같이 합리적인 사정이 인정된다면 계약의 교섭중단, 부당파기는 계약체결상 과실책임의 문제가 된다.

CLPRC에서는 계약협의를의 부당파기에 대해 명시적으로 언급하고 있는 규정은 보유하고 있지 않다. 다만 학설상으로는 어느 일방의 과실에 기한 계약의 불성립은 계약의 취소 또는 무효와 비교하였을 때 계약이 존재하지 않는다는 점, 당사자에게 과실이 존재한다는 점에서 공통점이 있고 이 유형이 사실상 계약체결상 과실책임의 중요한 논의배경이기 때문에 제58조를 유추적용하여야 한다는 견해가 있다.¹⁴⁾

이와 관련하여 계약교섭의 양당사자가 매매계약의 내용에 대해 협의할 것을 약정하고 양당사자가 서명날인 한 후 효력을 발생한다는 협의서(예비계약)를 작성한 후, 본 계약이 체결되기 전 어느 일방이 계약체결을 거절한 경우에는 계약체결상 과실책임이 있다는 상하이고등인민법원의 판례가 있다.¹⁵⁾ 이 판례에 대해서는 후술한다.

3) 행정관청의 인허가에 따른 계약의 좌절 또는 무효의 경우

CLPRC 제58조에서는 계약이 무효 또는 취소된 경우 과실 있는 일방의 계약체결상 과실책임에 대해 규정하고 있다. 예컨대 계약의 효력발생 요건으로서 관청의 인허가가 필요하였으나 행정관청의 인허가를 받지 못하여 계약이 좌절 내지는 무효로 되었다면 이 역시 계약체결상 과실책임이 문제될 것이다.

중국에서는 행정관청의 인허가를 받아야 하는 계약이 상당히 많을 뿐만 아니라 당해 인허가 절차 또한 상당히 복잡하고 심지어 행정관청의 불허결정이 임의로 빈번히 행해진다는 점을 고려할 때, 계약체결상 과실책임의 문제가 중

14) 崔建远 主编, 合同法(第五版), 法律出版社, 2010, p. 124.

15) 上海市高级人民法院 (2004), 沪高民二(商), 终字 第146号.

요한 쟁점이 될 수 있다. 만약 법령이나 계약의 내용에 행정청의 인허가를 받아야 계약의 효력이 발생한다는 효력발생요건이 정해져 있다면, 양당사자는 행정관청의 인허가를 받기 위해 협력할 의무가 발생할 것이다. 계약의 당사자 중 일방이 이러한 협력의무를 다하지 않아 계약이 좌절되거나 또는 무효가 되었을 경우 계약체결상 과실책임이 문제될 수 있다.¹⁶⁾

이에 대해 중국의 최고인민법원이 2009년 2월 9일에 공포한 “최고인민법원 중화인민공화국계약법 적용에 있어 약간 문제에 관한 해석 (2)”[最高人民法院 关于适用 中华人民共和国合同法 若干问题的解释 (二)] 제8조¹⁷⁾에서 이에 관한 견해를 밝히고 있다. 당해 해석 제8조에 의하면, 법률 또는 행정법규의 규정에 의하여 허가 또는 등기를 득하여야 효력이 발생하는 계약이 성립한 후 허가신청 또는 등기신청 등의 절차를 하여야 할 의무가 있는 일방당사자가 법률의 규정 또는 계약의 약정에 따라 허가의 신청 또는 등기의 신청을 이행하지 않는 때에는, 제42조 제3항에서 규정하고 있는 ‘그 밖의 신의칙을 위배한 행위’에 해당하고 인민법원은 사건의 구체적 정황과 상대방의 청구에 의해 상대방이 직접 관련절차를 이행하게 판결할 수 있다. 또한 타방당사자는 이로 인해 발생한 비용과 상대방에 미친 실제손실에 대해 손해배상책임이 있다.

중국의 최고인민법원은 당해 해석에 기하여 인허가 또는 등기를 얻기 위해 협력하여야 할 의무의 위반에 대한 책임은 제42조에서의 계약체결상 과실책임에 속한다고 판시하고 있고 이 경우 채무불이행책임이 아닌 계약체결상 과실 책임을 검토하여야 한다고 판단한 판례가 다수 존재한다.¹⁸⁾

16) 汤文平, “批准(登记)生效合同、‘申请义务’与‘缔约过失’”, 「合同法解释 (二)」, 第8条评注”, 中外法学 2011年 第2期, 2011, pp. 337~338 ; 崔建远 编著, 合同法, p. 124.

17) 最高人民法院 关于适用 中华人民共和国合同法 若干问题的解释 (二) 第八条 依照法律, 行政法规的规定经批准或者登记才能生效的合同成立后, 有义务办理申请批准或者申请登记等手续的一方当事人未按照法律规定或者合同约定办理申请批准或者未申请登记的, 属于合同法第四十二条第 (三) 项规定的 “其他违背诚实信用原则的行为”, 人民法院可以根据案件的具体情况和相对人的请求, 判决相对人自己办理有关手续; 对方当事人对由此产生的费用和给相对人造成的实际损失, 应当承担损害赔偿责任.

18) 最高人民法院, 民提字第81号, 2011, 이 사건에서 최고인민법원은 광산채굴권임대계약은 국무원이 제정한 광산채굴권양도관리방법의 규정에 의해 관공기관의 허가를 받아야 하고 그 허가를 받지 못한 경우 임대계약은 효력을 발생하지 않는다고 보았다. 이 임대계약은 그 허가를 받을 수 없는 것이 객관적으로 확인된 경우 무효가 될 것이고 따라서 채무불이행책임(위약책임)이 아닌 계약체결상 과실책임의 문제이지만 당사자가 계약체결상 과실 책임을 주장하지 않았으므로 법원은 이에 대해서는 판단할 수 없다고 보았다.

4) 계약외적 법익의 보호의무 위반

계약의 교섭을 개시한 양당사자는 상호 이익을 침해하지 않아야 하는 보호의무를 부담한다. 이 경우 당해 보호의무는 계약체결 전에 주급부의무가 존재하지 않지만 주급부의무 없는 주의의무·보호의무·충실의무·설명 의무 등의 부수의무는 여전히 존재하고 있음에 따라 그 부수의무 중 하나로 보호의무를 위반한 경우에는 계약체결상 과실책임이 문제시 된다.

중국의 주류적 견해는 이러한 유형의 계약체결상 과실책임은 불법행위책임으로 충분히 해결할 수 있으므로 계약체결상 과실책임으로 포함시키지 않고 있다.¹⁹⁾ 이 견해에 따르면, 독일에서 사례로 드는 리놀륨용단사건, 바나나껍질사건 등의 계약체결상 과실책임은 2010년 제정된 불법행위법(侵权责任法)의 적용을 받게 될 것이다. 당해 불법행위법 제11장에서는 물품손해책임에 관하여 총 8개 조문을 할애하여 규정하고 있는데, 특히 제85조 제1문에서는 “건축물·구축물 또는 그 밖의 설비 및 거치물, 계시물의 추락으로 타인에게 손해를 미친 경우에는 소유자·관리인 또는 사용자는 자기가 과실이 없음을 증명하지 못하는 한 불법행위책임을 진다”고 규정하고 있다. 또한 동법 제88조에서는 “적체물의 붕괴로 타인에게 손해를 미치고 적체한 자가 자신이 과실이 없음을 증명하지 못하는 경우 불법행위책임을 진다”고 규정하고 있다. 따라서 독일의 리놀륨용단사건에서와 같이 리놀륨용단의 쓰러지면서 고객에게 상해를 입히는 손해를 준 경우에는 불법행위법 제85조 또는 제88조의 적용을 받게 될 것이다.

다른 사례의 경우에도 불법행위법에 기하여 동법상의 일반조항으로도 불법행위책임의 해결이 가능할 뿐만 아니라 중국의 경우 불법행위법에서 사용자의 면책이 거의 용인되지 않고 있으며, 소송시효²⁰⁾의 경우에도 계약책임과 불법행위책임의 차이가 존재하지 않는다는 점²¹⁾에서 독일과 같이 계약외적 법익에

19) 李中原, “缔约过失责任之独立性质疑”, 法院 2008年 7期, p. 143.

20) 중국에서는 소멸시효가 아닌 구소련법의 영향을 받아 소송시효를 인정하고 있다.

21) 중국 민법통칙 제135조 내지 제141조에서 소송시효에 대해 규정하고 있다. 동법 제135조에 의하면 민사책임, 즉 계약책임·불법행위책임·계약체결상 과실책임은 모두 다른 법률의 규정이 없는 경우 2년으로 규정하고 있다. 다만 동법 제136조 제1항 제1호에서는 신체상해에 대한 손해배상의 소송시효는 1년으로 하고 있다. 이 경우 신체상해에 대한 손해배

대한 보호의무 위반을 계약체결상 과실책임에 포함시켜 그 책임의 범위를 넓게 인정할 필요성이 적다고 할 수 있다. 학설과 판례상으로도 계약외적 법인에 대한 보호의무 위반을 이유로 한 책임을 계약체결상 과실책임으로 보는 견해는 없는 것으로 보인다.

2. CLPRC의 계약체결상 과실책임의 법적 성질

1) 학설

계약체결상 과실책임은 계약체결 이전의 과실로 인해 발생한 손해를 전보하기 위한 책임이고 당사자는 계약관계를 맺기 직전 교섭단계에서 계약유사적 관계를 맺고 있다는 점에서 계약책임으로서의 성질이 전혀 없는 것도 아니고, 계약의 성립이전에 발생하였으므로 계약관계 밖에 존재하는 타인 간의 문제로 불법행위책임이라고 볼 여지도 있다. 특히 대륙법계 국가에서는 불법행위책임설,²²⁾ 채무불이행책임설,²³⁾ 법정책임설이 대립하고 있다. 중국도 대륙법을 계수한 국가로서 이상의 3가지 학설이 동일한 이유에서 논의되고 있다.

중국에서의 다수설은 법정책임설이다.²⁴⁾ 법정책임설하에서 계약체결상 과실책임은 다음의 점에서 채무불이행책임과 구별된다고 본다. 첫째, 계약체결상 과실책임은 계약이전 의무(先合同义务)를 전제로 하나 채무불이행책임[위약책임(违约责任)]은 계약채무를 성립의 전제로 삼는다. 둘째, 계약체결상 과실책임은 과실을 요건으로 하지만 채무불이행책임은 경우에 따라서는 과실을 성립요건으로 삼지 않는다. 셋째, 계약이전의 의무는 법정의 의무이지만 채무불이

상이 불법행위에 의한 손해배상에 한정되는 것은 아니다.

22) 李中原, “缔约过失责任之独立性质疑”, 法学(2008) 第7期, 华东政法学院, 2008, pp. 133~143.

23) 杨路明, “缔约过失责任的理论基础”, 湘潭师范学院学报(社会科学版 2004) 第6期, 湘潭师范学院, 2004, p. 66.

24) 崔建远, 전계서, p. 122; 王利明 主编, 『民法』(第三版), 中国人民大学出版社, 2007, p. 754; 李杰俊, “缔约过失责任独立性分析”, 科技信息 2010年 第35期, 2010, p. 414; 余中根, “论缔约过失责任的几个基本问题”, 临沧师范高等专科学校学报 第18卷 第1期, 2009, p. 95; 郑大鹏, “缔约过失责任理论基础的发展及其独立性”, 学术交流 第12期, 2005, p. 60.

행책임은 약정의무로서 그 핵심은 급부의무이다. 넷째 계약체결상 과실책임의 범위는 신뢰이익의 손해이지만 채무불이행책임은 이행이익의 손해이다.

또한 법정책임설은 계약체결상 과실책임과 불법행위책임은 구별된다고 본다. 그 이유는 불법행위책임은 불법행위라는 적극적 행위로부터 타인의 재산, 생명 등의 손해가 발생한 경우 부담하는 책임이고 당해 주의의무의 정도는 일반인이 능히 행할 수 있는 정도의 주의이지만, 계약체결상 과실책임은 계약교섭단계라는 일반관계로부터 특수한 신뢰관계로 이미 진입한 이후의 문제이며, 그 신뢰관계는 보통의 타인 간의 관계보다 더욱 밀접한 관계이고, 어떠한 부작위만이 요구되는 단계를 넘어 일정한 작위를 요구하고 주의의무의 정도도 불법행위의 그것보다 상대적으로 높다. 환언하면 법정책임설에서 계약체결상 과실책임은 불법행위책임과는 달리 이미 형성된 신뢰관계를 보호하는 것을 목적으로 한다고 주장한다.

결국 법정책임설은 채무불이행책임과 불법행위책임과는 구별되고 독립된 책임제도로 이해하고 있다. 요컨대 중국에서는 계약체결상 과실책임을 독립된 법정책임설이 다수설적 견해이고 민사책임을 채무불이행책임, 불법행위책임, 계약체결상의 과실책임으로 삼분하여 구성하고 있다.

2) 최고인민법원의 견해

중국 최고인민법원이 계약체결상 과실책임을 다수설과 마찬가지로 법정책임설을 취하는지에 대해서는 명확하지 않다. 다만 불법행위책임설을 취하는 견해에서는 2004년에 공포한 “최고인민법원 인신손해²⁵⁾배상안건 법률적용에서 약간의 문제에 관한 해석”(最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释) 제6조 제1항²⁶⁾에서 계약체결상 과실책임을 불법행위책임으로 보고 있다고 주장한다.²⁷⁾

25) 여기서 인신손해란 생명·신체침해로 인해 발생하는 손해를 가리킨다.

26) 最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释) 第六条 第一款 从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他社会活动的自然人、法人、其他组织，未尽合理限度范围内的安全保障义务致使他人遭受人身损害，赔偿权利人请求其承担相应赔偿责任的，人民法院应予支持。

27) 李中原, 전계논문, 2008, p. 143.

동 사법해석 제6조 제1항에서는 숙박·요식·오락 등 경영활동 또는 그 밖의 사회활동에 종사하는 자연인·법인·그 밖의 조직은 합리적인 범위 내에서 안전보장의무를 다하지 않아 타인의 생명·신체에 손해를 준 경우 배상권리자는 이에 상응하는 배상책임을 부담할 것을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 본조항에서는 일정한 서비스업에 종사하는 자에게 안전보장의무를 부여하고 있고 당해 안전보장의무는 계약체결상 과실책임에 기한 의무 중 하나이며 결과적으로 안전보장의무와 신뢰관계가 형성된 계약체결상 의무를 분리하여 이해하는 것은 논리적이지 않기 때문에 최고인민법원은 계약체결상 과실책임을 불법행위책임으로 보고 있다는 견해이다.

반면에 법정책임설을 취하는 견해는 상술한 최고인민법원의 사법해석 제6조 제1항은 단지 몇 개의 서비스업에 국한되어 있고 근본적으로 불법행위책임법의 주의의무 수준을 벗어나지 않고 있다는 점에서 계약체결상 과실책임에 기하여 이미 형성된 신뢰관계에서 비롯된 당사자의 주의의무와는 본질적으로 다르다고 본다.²⁸⁾

한편 계약체결상 책임을 비계약책임이라고 하여 계약책임이 아니라는 취지의 판결도 일부 존재하고는 있으나, 명시적으로 계약체결상 과실책임의 법적 성질에 대해서는 밝히고 있지 않다. 다만 생각건대 계약책임과 불법행위책임에 기한 해석이 아닌 계약법상 명시적으로 규정된 계약체결상 과실책임이라는 독자적인 체계를 통한 적용을 한다는 점에서 법정책임설에 가깝다고 본다.

IV. 계약체결상 과실책임에 관한 중국법원판례 평석 및 경향분석

1. 악의적 교섭

1) 사실관계

28) 崔建远, 전계서, p. 122.

본 판결의 사실관계는 다음과 같다.²⁹⁾ 우쿠양철강유한회사(소외 제3자, 이하 C)는 홍콩바오웨이유한회사(이하 D)와 매매계약의 중재재판에 대해 화쓰회사(피고, B), D, 상하이바오웨이회사(원고, A)와 화해계약을 체결하고 원매매계약의 일체의 권리와 의무를 포기하고 매도인은 A를 통해 B에게 별도로 3번의 물품을 공급하기로 하였다.

첫 번째 인도물품은 냉연코일 875.80톤이고 가격은 톤당 4,680위안으로 하였고, 두 번째 인도물품은 냉연코일 1,875.95톤으로 가격은 톤당 4,680위안으로 하였다. 마지막 인도물품은 열침 아연도금 강판으로 톤당 5,680위안으로 하였다. 또한 3개의 계약이 이행종료 된 이후 C는 3 영업일 내에 중재위원회 중재신청을 취소하기로 하고 동시에 매도인이 계약의 불이행에 대한 일체의 책임을 추궁하지 않기로 하였다.

이 화해계약이 체결됨과 동시에 A와 B의 대리인은 상술한 3개의 매매계약서를 작성하고 서명하고 계약에서 화물명칭·재질·규격·수량·단가·인도기일(2003년 4월 1일 전) 등에 대해 약정하였으나 추가적으로 “양당사자 대표의 서명날인 후 효력이 발생된다”는 약정을 하였다.

당해 계약에서는 B가 화물이 도달하여 인도받으면 7일 이내에 화물인도의 통지를 하고 대금전액을 지불하도록 약정하였다. B가 대금을 지급한 후 A는 대금지급증명서를 발급하기로 하였다. A와 D는 상술한 화해계약서와 3부의 매매계약서 원본에 2003년 3월 18일 서명날인한 후, B에 보냈으나 B는 서명날인을 하지 않았다. 2003년 4월 2일부터 15일까지 A는 수차례 전연통신으로 B가 물품을 수령할 것을 독촉하였으나 B는 수령은 물론 어떠한 회신도 없었다. A는 이미 계약에서 약정한 물품을 수입하였고 B가 수령하지 않음으로 인해 이 물품을 전매(轉賣)하였으나 본건 매매계약가격에 비해 훨씬 낮은 가격으로 전매되어 손해가 발생하였다.

A는 1차로 냉연코일 1,794.27 톤을 B와의 매매계약(원매매계약)에 비해 톤당 430위안 낮은 가격으로 전매하였고, 2차로 2종의 냉연코일을 각각 156.25 톤, 409.15톤을 원매매계약에 비해 각각 톤당 680위안과 750위안에 매도하였다. 또한 냉연코일 391.28톤을 원매매계약에 비해 톤당 1,060위안 낮게 전매하였고, 열침 아연도금 강판은 29.425톤을 원매매계약에 비해 톤당 1,280위안

29) 上海市高级人民法院 (2004)沪高民二(商)终字第146号.

낮게 매도하였다.

2) 당사자의 주장

A는 본건 3개의 매매계약은 이미 성립되었고 B의 수령거부 및 대금지급거절은 위약책임(채무불이행책임)을 구성한다고 주장하였다. 그리고 A는 매매계약체결 전 이미 구매한 물품의 가치하락에 따른 손해와 B의 계약위반(違約)행위 사이에는 인과관계가 있다고 주장하였다. 나아가 실령 계약이 성립되지 않았다고 본다 하더라도 B는 계약체결상 과실책임이 있고 B의 악의적 행위는 체결상 과실에 해당되며 A의 전부손실에 대해 손해를 배상할 책임이 있다고 주장하였다. 다만 A는 체결비용과 이행준비에 소요된 비용은 그 손해에 포함시키지는 않았다.

B는 계약서상 “본 계약은 양당사자 대표의 서명날인 후 효력이 발생된다”는 약정이 있었고, B의 서명날인이 없었으므로 계약은 성립하지 않았고 계약체결의 거절은 합리적인 상업행위이며 체결상 신의칙을 위반하지도 않았다고 주장하였다. 또한 B와 A 사이의 인도시기에 대해 견해차가 존재하였고 B는 철강의 가격이 하락할 것으로 예상하여 이 계약을 체결하지 않았으며, 철강가격이 하락하는 상황에서 물품을 수령할 것을 요구하는 것이 오히려 신의칙에 위반된다고 주장하였다.

3) 평석 및 검토

양당사자의 주장을 종합하면 본 사례의 쟁점은 첫째, 화해계약과 함께 행해진 3개의 매매계약이 독립된 계약인지 여부, 둘째, 독립된 계약이라면 계약이 유효하게 성립되었는지 여부, 셋째, 계약이 유효하게 성립되지 않았다면 피고에게 계약체결상의 과실책임이 있는지 등의 여부이다.

2심법원(상하이고급인민법원)은 첫 번째 쟁점에 대해 A와 B가 이미 체결된 화해계약은 3개의 매매계약은 서로 관련이 있으나, 이는 별도의 계약으로 매매계약에 대해서는 각각의 체결과정을 검토하여야 한다고 판단하였다. 두 번째 쟁점에 대해서 법원은 A가 매매계약서를 B에게 보내는 행위는 청약으로 보아야 하고 B는 피청약자로서 계약을 승낙할지 여부를 지체 없이³⁰⁾ 통지하여야 한다고 보았다. 또한 법원은 본건 3개의 매매계약에서 “본 계약은 양당사자

대표의 서명날인 후 효력이 발생된다”는 약정은 회사대표의 서명과 회사인장으로써 날인되어야 효력이 발생된다고 해석하여야 하므로 본건 3개 매매계약은 성립하지 않았다고 보았다. 결론적으로 법원은 계약이 성립하지 않았다는 전제하에서 계약체결상 과실책임을 검토하였다.

세 번째 쟁점에 대해 법원은 B는 계약을 승낙할지 여부를 통지하여야 함에도 A의 계약이행 준비완료에 관한 전언통신을 받은 후에도 여전히 계약을 승낙하지 않겠다는 의사를 통지하지 않았고, 이로부터 A가 계약이 이미 성립하였다는 착오에 기해 임의로 계약의 이행을 위한 준비를 하게 하는 원인을 제공하였기 때문에 신의칙을 위반하였고, 따라서 B는 이에 상응하는 계약체결상 과실책임을 부담하여야 한다고 설시하였다.

동 법원은 CLPRC의 계약체결상 과실책임을 신의칙에도 도출되는 책임으로 보았다. 즉 이미 계약요섭단계에서 신뢰관계가 형성된 양당사자 사이에는 신의칙에 기하여 당해 계약이행의무가 존재하며 이러한 충실의무·주의의무 위반은 계약체결상 과실책임을 구성한다고 보았다. 그러나 계약체결상 과실책임의 법적성질에 관하여 다수설과 같이 법정책임설을 취하여야 하는지의 여부에 대해서는 그 견해를 밝히지는 않았다.

계약체결상 과실로 발생하는 손해에 대해서 법원은 다음과 같이 설시하였다. “B가 고지의무를 이행하지 않음으로 인해 A는 신뢰이익의 손해를 입었고, 이 손해는 직접손해와 간접손해를 포함한다. B가 직접손해, 즉 체결비용과 이행의 준비를 위해 지출된 비용에 대한 손해는 주장하지 않았다고 명시적으로 밝혔고 이는 자신의 권리처분이므로 법원은 이를 허용하여야 한다. 간접손해는 A가 제3자와 다른 계약을 지체 없이 체결할 수 있는 기회를 상실하는 손해를 가리킨다. 본건의 경우 2003년 4월부터 5월까지 강재(鋼材)의 시장가격은 계속해서 하락하였고 B가 계약의 체결을 거절한다는 고지를 지체 없이 하지 않아 A는 강재를 적시에 전매할 수 없게 되었고 B는 계약체결과정에서 수반되는 충실의무·주의의무를 이행하지 않았기 때문에 신의칙을 위반하였고 A의 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 강재가격이 하락하는 상황에서 B에 재촉

30) 법원은 지체없이 통지하여야 한다고 표현하였으나 CLPRC 제23조 2호에 따르면 승낙기한이 정해지지 않은 청약에 대해서는 청약이 대화방식으로 행해진 경우에는 다른 약정이 없다면 지체없이 승낙하여야 하고 청약이 비대화방식으로 행해진 경우에는 합리적 기한 내에 승낙이 도달하여야 한다고 정하고 있다.

하여 문의하지 않은 상태에서 도리어 계약이행의 준비를 하였다는 점에서 과실이 있고 A의 과실을 참작하여 B는 A에서 360만 위안을 배상하여야 한다”

당해 법원은 적용조문을 밝히지는 않았지만 CLPRC 제42조 제1호(계약체결을 구실로 악의적으로 협상을 진행하는 경우)를 적용한 것으로 판단된다. 이에 따라 법원은 B는 계약을 체결할 의사를 가지고 있지 않는 상태에서 악의(惡意)적으로 협상을 진행하여 A가 다른 상업적 기회를 상실하게 하였고 따라서 B는 계약체결상 과실책임이 있고 보았다.

당해 법원은 계약체결상 과실책임에서의 손해는 신뢰이익에 한정되고 직접손해와 간접손해를 모두 포함한다고 실시하였다. 이 경우 직접손해는 계약의 교섭과정에 발생하는 비용, 곧 이행준비비용을 가리키며 간접손해는 승낙의 거절 후 지체 없이 제3자와 다른 계약을 체결할 기회를 상실하게 되어 발생한 손해를 가리킨다.

본건에서의 또 다른 논점은 물품가격이 계속해서 하락하였고, 계약이 좌절된 사실을 피청약자의 과실로 인해 알지 못하였으며, 당해 계약이 좌절된 시점부터 제3자에게 전매된 시점까지 물품매매가격의 차액이 간접손해에 해당하는지 아니면 승낙이 없었던 계약의 청약가격과 전매가격과의 차액이 간접손해에 해당하는지 여부이다.

당해 논점에 관하여 동 법원은 청약가격과 전매가격의 차액으로 취급하고 있음을 엿볼 수 있다. 그러나 계약서 원본을 B에 보낸 시점과 상당한 기한이 경과된 시점과는 일정한 격차가 존재하기 때문에 당해 기간 동안 가격이 계속 하락하였다면 상당한 기한이 경과되는 시점에서의 가격과 실제로 전매된 가격과의 차액을 계산하였어야 한다고 본다. 왜냐하면 피승낙자가 상당한 기한 내에서는 승낙여부를 결정할 수 있고, 이 기간이 도과한 후에 거절의 의사를 의도적으로 통지하지 않은 것에 과실이 있었다고 보아야하기 때문이다.

2. 계약이 무효가 되었을 경우

1) 사실관계

본 판결의 사실관계는 다음과 같다.³¹⁾ 싱가포르 위엔티엔무역유한회사(이하 C)와 한국 현대중공업주식회사(이하 D)는 2008년 3월 28일 선박용디젤엔진 4대

를 공급하는 계약(이하 ‘디젤엔진공급계약’)을 체결하였다. 본건 계약에서는 “상대방의 동의 없이 계약 또는 그 중의 전부 또는 부분의 권리의무를 제3자에게 양도할 수 없고 동의 없는 계약양도는 무효로 한다”는 약정이 삽입되어 있었다.

그런데 C와 양웨이(피고, B)는 2008년 6월 24일 수입계약을 체결하였는데, 본 계약은 B와 C 간의 선박용디젤엔진 1대에 대한 수입대리계약이었다. 당해 계약내용은 D에 통지되지 않았기 때문에 C는 익명대리를 하게 되었다. 인도지는 중국 상하이 또는 Ningbo였고 화물발송시기는 6월 30일이었다.

한편 2008년 6월 22일 쉬푸윈(원고, A)은 B와 선박용디젤엔진(주엔진) 양도 계약(이하 ‘디젤엔진양도계약’)을 체결하여 “B는 C와 D 간에 체결한 선박용디젤엔진 매매계약의 목적물로서 당해 물품을 A에게 양도한다. A는 B와 D 간에 체결한 원계약 중 모든 조항을 전면적으로 수용한다”고 합의하였다.

이후 A의 자금사정이 악화되어 B와 A는 협상을 통해 “C가 D에게 요청하여 원계약의 인도시기와 대금결제시기를 각각 1년 연기하고, A는 화물인도 4개월 전에 신용장을 개설한다”는 약정을 후보하였다.

계약의 이행과정에서 계약양도 무효약정을 이유로 당사자들 사이에 분쟁이 발생하였고 A는 B를 상대로 CLPRC 제58조에 의해 계약이 무효가 되었기 때문에 이미 지급한 물품대금을 반환하고 나아가 계약체결상 과실책임을 부담하여야 한다고 주장하였고, 이에 대하여 B는 계약은 여전히 유효이기 때문에 자신은 대금지급을 반환할 의무가 없고 A는 계속해서 계약을 이행하여야 한다고 주장하였다.

2) 평석 및 검토

1심법원(Ningbo해사법원)은 B와 C의 법률관계를 C는 B의 익명대리인으로서 D와의 디젤엔진공급계약을 체결하였기 때문에 익명대리계약(Unnamed Agency agreement)으로 보았다.³²⁾ 또한 디젤엔진양도계약은 디젤엔진공급계약의 권리

31) 浙江省高级人民法院 (2013)浙海终字第97号.

32) CLPRC에서는 대리에서 현명주의를 원칙으로 하지만 대리인이 본인을 밝히지 않는 영미법의 영향을 받아 익명대리 또는 간접대리를 인정하고 있다. 익명대리의 경우에도 제3자가 본인과 대리인의 대리관계를 알고 있었던 경우에는 본인은 대리인과 제3자 사이의 계약의 직접적인 구속을 받게 되고 대리인이 본인에게 있는 원인으로 제3자에게 의무를 이

와 의무가 A에게 양도되는 계약양도계약이기 때문에 디젤엔진공급계약에서 D의 동의가 없는 양도행위는 무효라고 한 계약양도무효양정에 의해 디젤엔진양도계약은 무효로 취급하고 이에 CLPRC 제58조를 적용하여 본건을 계약체결상 과실책임의 법리에 따라 해결하여야 한다고 실시하였다.

그러나 2심법원(저장성고급인민법원)은 B와 A의 디젤엔진양도계약은 계약상의 모든 권리와 의무를 양도하는 계약양도계약이 아니라고 보았다. 곧 디젤엔진공급계약은 매매계약이고 B와 C의 계약은 대리계약이며 B와 A의 계약은 별도의 매매계약에 불과하다고 판시하였다. 이에 B와 A의 매매계약은 C와 D 간의 법률관계에 그 어떠한 영향을 미치지 않는다고 보았다. 나아가 디젤엔진양도계약에 의해 디젤엔진공급계약상 B의 권리 및 의무가 A에게 양도되어질 수 없다고 판단하였다. 또한 디젤엔진공급계약에서 C가 B의 대리인(익명대리)이라고 하더라도 당사자는 C와 D이고 B와 D 사이에 매매계약관계가 직접적으로 발생할 만한 사유는 없다고 보았고 B가 양도하는 목적물은 선박용디젤엔진이지 B의 계약 상 권리·의무가 아니고, 그러한 권리·의무를 양도할 권리조차 없다고 판단하였다. 따라서 2심법원은 제52조의 계약무효사유에 해당되지 않는 한 디젤엔진양도계약은 유효이며, 계약무효를 전제로 하는 계약법 제58조는 적용될 수 없고 계약체결상 과실책임도 논할 여지가 없다고 결론지었다.

요컨대 본건에서의 쟁점은 디젤엔진양도계약의 유효·무효이고, 당해 유효·무효의 판단에 따라 무효가 되는 경우 비로소 무효의 법률효과 및 계약체결상 과실책임이 문제될 수 있을 것이다. 생각건대 원 공급계약이 양도계약에 영향을 미칠 수 없다는 2심법원의 판단은 타당하며 계약이 유효인 이상 계약이행 또는 채무불이행의 문제로 판단할 수밖에 없다고 본다.

3. 중국 최고인민법원의 최근 판례경향

중국 최고인민법원에서 계약체결상 과실책임이 문제된 최근 판례는 대부분 계약이 무효가 되는 경우라고 할 수 있다. 계약의 유효·무효가 다투어져 계약체결상 과실책임이 문제가 되는 사례도 다음과 같이 몇 가지 유형으로 구분할

행할 수 없는 경에는 대리인은 제3자에게 본인을 현명하여야 하고 제3자는 대리인 또는 본인을 선택(제3자의 선택권)하여 권리를 주장할 수 있다(제402조, 제403조).

수 있다.

첫 번째 유형은 채권계약이 무효가 되어 계약체결상 과실책임이 쟁점이 된 경우이다. 이를테면 채권계약이 강행법규의 위반으로 무효가 되어 계약체결상 과실책임이 문제된 사례,³³⁾ 주채권계약이 아닌 보증계약이 무효가 되어 보증인의 계약체결상 과실책임이 문제가 된 사례³⁴⁾ 등을 예로 들 수 있다. 여기서 강행법규 위반으로 계약이 무효가 발생하는 경우 중에는 부동산 등기제도의 불비로 다수의 주택매매계약이 무효가 되고, 그 결과 계약체결상 과실책임이 중요한 쟁점이 되게 된다. 중국의 경우에는 건물과 토지의 분리를 허용하지 않기 때문에[지수방주(地隨房走)] 단순한 건물 또는 주택매매계약만이 존재하여 계약이 무효가 되는 경우 매매가 허용되지 않는 농촌주택을 매매하여 무효가 되는 경우가 빈번히 발생한다. 이러한 사례는 특히 하급심 법원의 판례의 다수를 차지하고 있다. 또한 계약체결상 과실책임이 문제되는 유형 중 하나는 주채권계약이 무효가 되어 보증계약이 무효가 되는 경우이다.³⁵⁾ 이 경우에도 보증인의 계약체결상 과실책임이 문제시 된다.

두 번째 유형은 채권을 담보하는 물권계약이 무효가 되어 계약체결상 과실책임³⁶⁾이 야기되는 사례이다. 곧 채권계약이 무효가 되어 담보계약이 성립상

33) 最高人民法院 (2011) 民二终字第9号 (법률(금융관련법)의 강행규정을 위반하여 기업간의 소비대차계약이 무효가 되어 계약체결상의 과실책임을 인정한 판례, 이 판례에서 최고인민법원은 CLPRC 제58조에 기해 반환하여야 할 재산의 범위에는 원금 뿐만 아니라 이자도 포함되며 그 이자는 중국인민은행이 규정한 같은 기간의 대출이율을 기준으로 하여 한다고 보았다)

34) 最高人民法院 (2011) 民申字第167号 (보증계약이 무효가 된 경우, 그 무효에 보증계약의 당사자가 과실이 있다면 계약체결상의 과실책임을 인정할 수 있고 이 계약체결상의 과실책임 소송시효의 기산점은 보증계약이 무효가 되어 계약체결상의 과실책임으로 전환된 시점으로 본 판례), 最高人民法院 (2011) 民四终字第40号 (주계약이 무효가 되어 보증계약이 무효가 되었을 뿐만 아니라, 보증계약 자체에도 무효사유가 존재하는 특수한 상황에서, 보증인은 채무를 변제받지 못하게 된 채권자에 대하여 1/3의 배상책임이 있다고 인정한 판례)

35) 최고인민법원 경제계약분쟁안건 심리에 있어 보증과 관련된 약관문제에 관한 규정(最高人民法院关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定) 제20조.

36) 最高人民法院 (2012) 民四终字第16号 (질권계약이 무효가 된 경우 그 무효로 인해 채권의 변제를 받지 못하게 된 부분만큼의 과실책임 인정판례), 最高人民法院 (2012) 民四终字第58号 (권리질권이 무효가 되어 그 무효에 질권설정자의 과실이 있는 경우 질권설정자는 계약체결상의 과실책임이 있으나 질권자도 과실이 같은 비율로 있다면 원담보책임의 50%의 재담보책임이 있음을 인정한 판례) 등을 예시할 수 있다.

의 부종성으로 인해 무효가 되는 경우, 담보계약 자체에 무효사유가 존재하여 무효가 되는 경우 등과 같이 담보설정자의 계약체결상 과실책임의 인정여부가 중요한 쟁점이 되고 있다.

세 번째 유형은 계약체결상 과실책임이 당사자에 의해 주장되었으나 계약이 유효하게 성립되었기 때문에 계약체결상 과실책임이 배척된 경우이다.³⁷⁾ 이러한 유형의 판례에서는 일방당사자가 계약의 무효를 주장하였으나 최고인민법원이 계약의 유효성을 인정한 결과 계약체결상 과실책임이 부정되고 계약책임(위약책임)의 문제로 다루어지게 된다.

V. 결 론

본 논문에서는 CLPRC에서 계약체결상 과실책임과 관련된 주요 조문과 이에 상당한 계약체결상 과실책임이 문제되는 유형 및 법적 성질에 대해 고찰하였다. 또한 중국 법원에 계약체결상 과실책임이 쟁점이 된 판례를 평석하고 최근 최고인민법원의 경향을 분석하였다. 이상의 결과를 요약·정리하면 다음과 같다.

중국의 학계에서는 계약체결상 과실책임에 대한 연구가 상당히 활발하다. 그 이유는 CLPRC에서는 계약체결상 과실책임에 대한 규정이 비교적 상세히 규정되어 있고, 명문의 규정으로서 계약체결상 과실책임에 대한 일반조항을 두고 있기 때문이다. 곧 CLPRC 제42조, 제43조, 제58조에서 계약체결상의 과실 책임을 직접적으로 다루고 있다. 특히 제42조 제3호에서는 신의칙으로부터 유래하는 계약체결상 과실책임에 대한 일반조항을 두고 있는 까닭에, 계약체결상 과실책임의 법적성질과 일반조항의 적용범위를 어디까지 인정할 것인가가 상당히 중요한 쟁점이 되고 있다. 따라서 유형별로 계약체결상 과실책임이 검토

37) 最高人民法院(2012)民抗字第71号[이 판례에서 최고인민법원은 계약의 무효로 인한 계약체결상의 과실책임을 인정한 원심판결(산둥고급인민법원)과는 달리 계약의 유효성을 인정하여 계약체결상의 과실책임을 부정하였다], 最高人民法院(2011)民申字第1064号(이 판례에서도 최고인민법원은 원심판결과는 달리 계약의 유효를 인정하여 계약체결상의 과실책임을 부정하였으나 판결결과에 영향이 없었다는 이유로 원심을 유지하였다) 등을 예시할 수 있다.

되어야 하는데, 요컨대 중국에서는 계약체결 전의 보호의무 위반을 이유로 한 신체 또는 생명의 침해에 대한 배상책임을 제외하고 계약체결상 과실책임을 폭넓게 인정하려는 법해석론이 주류적 견해를 이루고 있다.

최근 최고인민법원에서 다루어진 사례는 법률의 강행규정위반, 행정허가의 미취득 등의 사유로 계약체결이 무효 또는 취소되는 경우 계약체결상 과실책임을 지속적으로 부각되었다. 고급인민법원, 중급인민법원에서도 이 같은 경향을 보이고 있다.

국제상사계약과 관련하여 무역계약의 교섭과정에서 계약체결의 의사가 없음에도 약의적으로 협상을 진행하는 경우 계약체결상 과실책임을 근거로 손해배상을 청구할 수 있을 것이다. 현재 중국과의 무역과정에는 계약체결 후 가격 급등 또는 가격급락을 이유로 하는 일방적 계약해제가 중요한 문제로 부각되고 있다.³⁸⁾ 이와 같은 상황은 계약교섭단계에서도 다름없이 발생할 수 있다. 계약교섭과정에서 신뢰관계가 이미 형성되어 있고 계약체결을 앞두고 있는 시점에서 원자재·부품 등의 가격변화를 이유로 계약교섭을 일방적으로 중단하는 경우도 발생할 수 있으며, 이때에는 CLPRC의 관련규정에 의해 이미 발생한 손해에 대해 계약체결상 과실책임을 물을 수 있을 것이다.

또한 중국기업과 거래하는 물품이 수출입허가품목의 경우에는 수출입허가와 같은 행정허가 등의 행정적 절차가 완료되어야 수출입계약의 효력을 발생하는 경우가 상대적으로 많다. 이를테면 한국기업과 중국기업이 합작기업설립과 같은 투자계약에서는 관련 행정허가절차가 필요하고 이 경우에도 계약체결상 과실책임을 문제될 수 있는 것은 물론이다.

결국 이러한 제반사항을 고려하여 사전 계약체결 시 적절한 주의를 다하여야 하며, 나아가 계약내용에 이를 명시하여야 할 것이다. 만약 계약체결 후 당해 허가를 취득하지 못하여 이로 인해 계약의 효력이 발생되지 못하고, 상대방이 허가취득에 있어서 허가취득에 협조하지 않았다는 사실과 같이 상대방의 과실이 있다면 계약체결상 과실책임에 의한 손해배상을 청구할 수 있을 것이다. 따라서 실제 소송에서 계약체결의 유효·무효가 쟁점이 되고 있다면 주의적 청구로 채무불이행책임에 기한 손해배상청구 이후에 예비적 청구로 계약체결상 과실책임을 묻는 방법도 활용하여야 할 것이다.

38) www.hankyung.com/news/app/newsview.php?aid=2007122793451 및 2012052178451 참조.

참 고 문 헌

- 김상용, “계약체결상의 과실책임에 관한 비교 고찰”, 법조, 법조협회, 제52권 4호, 2003.
- _____, 비교계약법, 법영사, 2002.
- 박희호, “계약체결상의 과실책임과 위법성”, 외법논집, 한국외국어대학교 외국학종합연구센터 법학연구소, 제18집, 2005.
- 심종석, “중국 통일계약법상 계약체결에 관한 법적 기준”, 무역학회지, 한국무역학회, 제37권, 2013.
- _____, “국제상사계약에서 신의칙의 법적 기능과 판정례에 관한 고찰”, 무역상무연구, 한국무역상무학회, 제43권, 2009.
- 양창수·김재형, 계약법, 박영사, 2010.
- 윤상윤, “중국의 국제물품매매계약에 관한 UN협약(CISG) 적용에 관한 연구 -중국 법원판례에 대한 분석을 중심으로-”, 한국외국어대학교 중국연구소, 제56권, 2012.
- 이충훈, “계약체결상의 과실책임의 재검토”, 비교사법, 한국비교사법학회, 제14권 제4호(통권39호), 2007.
- 이시환, “중국 통일계약법상 계약의 성립”, 무역상무연구, 한국무역상무학회, 제23권, 2004.
- 최명국, “비엔나 협약에 있어서의 계약체결상의 과실책임”, 무역상무연구, 한국무역상무학회, 제10권, 1997.
- 梁慧星, 『民法解释法』(第三版), 法律出版社, 2009, 227~228.
- 崔建远 主编, 『合同法』(第五版), 法律出版社, 2010, 124.
- 王利明 主编, 『民法』(第三版), 中国人民大学出版社, 2007.
- 杜 菁, “论合同的缔约过失责任制度”, 广东技术师范学院学报, 2005年 第3期, 2005
- 汤文平, “批准(登记)生效合同‘申请义务’与‘缔约过失’《合同法解释(二)》第8条评注”, 中外法学 2011年第2期, 2011,
- 李中原, “缔约过失责任之独立性质疑”, 法院2008年7期, 2008.
- 杨路明, “缔约过失责任的理论基础”, 湘潭师范学院学报(社会科学版) 2004年

第6期, 2004.

李杰俊, “缔约过失责任独立性分析”, 科技信息 2010年第35期, 2010.

余中根, “论缔约过失责任的几个基本问题”, 临沧师范高等专科学校学报第18卷第1期, 2009.

郑大鹏, “缔约过失责任理论基础的发展及其独立性”, 学术交流 第12期, 2005.

焦富民, “我国缔约过失责任制度的发展与完善”, 法学论坛 第17卷 第6期, 2002.

Han Shiyuan, “*Culpa in Contrahendo* in Chinese Contract Law”, *Tsinghua China Law Review*, Vol. 6 No. 2, 2014.

ABSTRACT

A Study on Culpa in Contrahendo in Chinese Contract Law

Youn, Sang Youn

Oh, Hyon Sok

The *culpa in contrahendo* is a doctrine that “damages should be recoverable against the party whose blameworthy conduct during negotiations for a contract brought about its invalidity or prevented its perfection”.

In China, Chinese Civil law gradually adopted Culpa in Contrahendo under the former ‘economic contract law’ and the ‘general rules of the civil law’, then the legal system of culpa in contrahendo was formally established under Contract Law of the People's Republic of China (CLPRC) in 1999.

To put it concretely, Art. 42, 43, 58 of the Chinese Civil Law expressly establishes a *culpa in contrahendo* liability derived from a principle of good faith governing pre-contractual negotiations. However, in general, *culpa in contrahendo* has been recognized as an independent legal liability as distinct from contractual default liability and torts liability.

This article provides a general description of the characteristics of *culpa in contrahendo* under Chinese Contract Law, and both theoretical issues that have arisen in Chinese academics and relevant important precedent in Chinese Courts. This article also analyzed trend of judgment on precedents that the Supreme People's Court of the PRC applied *culpa in contrahendo*.

Key Words : *Culpa in Contrahendo*, Contract Law, CLPRC,
Principle of Good faith