

중국 계약법상 계약의 성립에 관한 법리* **

이 상 욱

영남대학교 법학전문대학원 교수

< 목 차 >

- I. 서
- II. 계약법 체제상의 계약 성립에 관한 내용
- III. 계약 성립의 유형과 방식
- IV. 청약과 승낙
- V. 계약의 성립 시기와 장소
- VI. 계약상의 과실책임
- VII. 결

I. 서

우리 민법은 계약의 성립에 관한 규정으로서 민법전 제3편 채권 제2장 계약 제1절 총칙 제1관에 「계약의 성립」이라고 하여 제527조부터 제535조까지 9개 조항만을 두고 있다. 그런데 그 내용은 주로 청약과 승낙에 의한 계약의 성립에 관한 것으로서, 계약 성립의 요건이나 시기 또는 계약서 작성 등에 관해서는 구체적인 언급을 하지 않고 있으므로 해석상 논란의 대상이 되고 있는 실정이다.¹⁾

* 심사위원 : 배병일, 이동형, 배성호

투고일자 : 2010. 2. 26 심사일자 : 2010. 3. 15 게재확정일자 : 2010. 3. 23

** 이 연구는 2009학년도 영남대학교 학술연구조성비에 의한 것임.

우리 민법이 규정하고 있는 계약 성립의 모습은 3가지로서, 청약과 승낙에 의한 경우, 의사실현에 의한 경우 및 교차청약을 들 수 있다.

그런데 1999년 10월 1일부터 시행되고 있는 중국 계약법(中華人民共和國 合同法)²⁾은 계약의 성립에 관하여 35개의 조문을 둬으로써 비교적 자세하게 규정하고 있다. 그 내용은 비교법적인 관점에서 관심의 대상이 될 수 있을 뿐만 아니라, 실질적으로 중국과의 교류가 증대하고 있으며 중국에 거주하고 있는 교민이나 유학생의 수가 날로 증가하고 있다는 현실을 감안할 때, 실로 중요한 의미가 있다고 하지 않을 수 없다. 더구나 향후 추진될 한국을 비롯한 일본과 중국 등 동아시아 제국가간의 계약법 통일 사업을 염두에 둔다면 중국 계약법의 내용은 간과할 수 없는 의미를 가지게 된다. 이에 본 논문은 현재 시행중인 중국 계약법상의 내용 중에서 계약의 성립에 관한 법리를 규명하여 소개함으로써, 우리 민법상의 계약 성립에 관한 법리를 되돌아볼 수 있는 기회를 제공하고, 앞으로 진행될 바람직한 개정 방향을 가늠해보고자 한다.

II. 계약법 체제상의 계약 성립에 관한 내용

1999년 10월 1일부터 시행되고 있는 중국의 계약법은 총칙편과 각칙편(分則)으로 나누어 총칙편에는 8개의 章으로 구성되어 있고, 각칙편에는 15유형의 전형계약에 관하여 규정하고 있다. 구체적으로 살펴보면, 총칙편은 제1장 일반 규정(제1조 - 제8조), 제2장 계약의 체결(제9조 - 제43조), 제3장 계약의 효력(제44조 - 제59조), 제4장 계약의 이행(제60조 - 제76조), 제5장 계약의 변경과 양도(제77조 - 제90조), 제6장 계약상 권리의무의 소멸(제91조 - 제106조), 제7장 채무불이행책임(제107조 - 제122조), 제8장 기타 규정(제123조 - 제129조)으로 규정하여, 우선 양적인 측면에서도 다른 분야에 비하여 계약의 성립에 관한 내용을 매우 자세하게 언급하고 있음을 알 수 있다.

제2장 계약의 체결(合同的訂立)³⁾은 총 34개의 조문으로 구성되어 있는데,

1) 계약 성립에 관한 심도 있는 연구 결과로서 이병준, 계약성립론, 세창출판사(2008), 참조.
 2) 이하 계약법이라 함은 「中華人民共和國 合同法」을 의미한다.
 3) 계약의 체결(合同的訂立)은 계약의 성립(合同的成立)과 다른 개념으로서, 후자는 전자의 구성부분에 불과하여 합의에 이르는 靜態的인 協議를 의미하는 것으로서 합의는 계

먼저 계약을 체결하는 당사자의 권리능력과 행위능력을 갖출 것을 요구하고(제9조), 법률에 의하여 서면계약을 강제하는 경우 이외에는 원칙적으로 계약체결 방식의 자유를 선언하고 있으며(제10조), 구체적으로 계약서에 기재되어야 할 내용을 제시하고 있다(제12조). 그리고 계약 성립 방법으로서 청약과 승낙에 의한 계약체결에 관하여 자세하게 규정하고 있으며(제13조-제31조), 계약 성립 시기와 계약 성립 장소(제32조-제37조), 약관에 의한 계약(제39조-제41조), 계약체결 과정상의 손해배상책임(제42조) 및 계약 체결과정에서 알게 된 비밀보호의무(제43조) 등을 규정하고 있다. 그 자세한 내용은 항을 바꾸어 살펴해보도록 한다.

III. 계약 성립의 유형과 방식

1. 계약체결 방식의 자유와 제한

계약법 제4조에 의하면, 당사자는 법률이 허용하는 범위 내에서 자유의사로 계약을 체결할 권리가 있으며 누구도 부당하게 간섭할 수 없다는 계약자유 원칙을 선언하고 있으며, 그 내용의 하나로서 계약체결 방식의 자유도 인정되는 것으로 해석하고 있다. 즉 당사자는 계약자유 원칙의 내용으로서 계약 체결 방식을 선택할 자유가 있다는 것이다.⁴⁾ 또한 민법총칙(中華人民共和國 民法通則) 제56조에도 「민사상의 법률행위는 서면형식이나 구두형식 및 기타 형식을 채택할 수 있다. 다만 법률에 특별한 형식을 규정하고 있는 때에는 그 법률의 규정에 따라야 한다」라는 규정을 두고 있다. 그런데 계약법 제10조는 「당사자는 서면형식이나 구두형식 및 기타 형식의 방법으로 계약을 체결할 수 있다」고 하여 재차 명확하게 계약 체결 방식의 자유를 밝히고 있다.⁵⁾

약의 성립요건이 되지만, 전자는 보다 광범위하게 계약 성립과정에서의 당사자간의 접촉과 협상 등 동태적인 과정을 의미하는 것이라고 하여 양자를 구분하는 유력한 견해가 있다. 韓世遠, 合同法總論(第二版), 法律出版社(2008), 60면.

4) 王利明, 合同法 新問題研究, 中國社會科學出版社(2003), 42면 ; 郭明瑞/房紹坤, 新合同法原理, 中國人民大學出版社(2000), 74-75면 ; 韓世遠, 위의 책, 30면 ; 隋彭生, 合同法要義, 中國政法大學出版社(2003), 13면 ; 陳小君, 合同法學, 中國政法大學出版社(1999), 28면.

그런데 계약법이 시행되면서 폐지되었던 종래의 경제계약법(經濟合同法)과
 섭외경제계약법(涉外經濟合同法), 기술계약법(技術合同法) 등에서는 일반적으로
 계약의 체결과 내용의 변경 등은 반드시 서면 형식을 취할 것을 요구하고 있었
 다. 이에 따라 계약법 제정과정에서도 구두 방식의 계약은 분쟁의 발생이 용이
 하다는 측면이 있고 서면계약을 채택할 경우에는 계약의 법제화와 규범화에 유
 리하다는 점 등을 들어 종래 대로 계약체결은 반드시 서면 방식을 취하도록 하
 여야 한다고 주장하는 다수 위원들의 견해가 있었지만, 서면계약을 강제하게 되
 면 서면계약서를 작성하지 않은 계약은 무효가 된다는 점에서 거래의 활성화에
 장애를 초래할 수 있고 현대 시장경제 발전의 추세에도 부합하지 않는다는 현
 실을 감안하여 계약법에 서면방식과 구두방식을 규정하게 되었다고 한다.⁶⁾ 또
 한 서면계약을 원칙적인 방식으로 채용할 경우에 「말로만 하는 것은 훗날의
 증거가 되지 않는다(口說無凭)」는 사고가 더욱 만연할 것이라는 점 등을 감안
 하여 계약법 제10조의 내용을 규정하게 된 것이라고 한다.⁷⁾

이 계약 체결 방식의 자유는 두 가지 측면에서 제한을 받는다. 그 하나는 법
 른이나 행정법규 등에 서면으로 계약을 체결하도록 규정된 경우이고, 또 하나는
 당사자의 특약에 의한 제한이다. 즉 당사자가 서면으로 계약을 체결할 것을 합
 의한 경우에는 그 방식에 따라야 한다. 법률에 서면 계약을 요구하고 있는 구체
 적인 예를 소개하면 다음과 같다. 먼저 부동산의 경우에 「도시부동산관리법(城
 市房地產管理法)」에 의하면, 토지사용권이나 부동산의 양도는 서면계약으로
 서명을 요하며(동법 제14조 제1항, 제40조), 부동산의 저당권 설정계약이나 임
 대차계약 모두 서면계약을 강제하고 있다(동법 제49조, 제53조). 선박 등 특수한
 동산에 관한 것으로서, 「해상법」에 의하면 선박 소유권의 양도나 용선계약 및
 선박의 저당권설정계약 등은 모두 서면계약으로 체결하여야 한다(동법 제9조
 제2항, 제12조 제2항). 또한 「담보법(中華人民共和國 擔保法)」 제13조(보증
 계약), 제38조(저당권 설정계약), 제64조(질권 설정계약), 제90조(계약금 계약)
 등은 서면 방식을 규정하고 있다. 그 밖에 「노동법(中華人民共和國 勞動法)」

5) 이하 중국 계약법 조항을 번역한 내용은 이상옥역, 중국계약법전, 영남대학교 출판부
 (2005)에 의한다.

6) 全國人大法制工作委員會民法室, 《中華人民共和國 合同法》立法資料選, 法律出版社
 (1999), 44-45면.

7) 胡康生, 中華人民共和國 合同法釋義, 法律出版社(1999), 18면; 吳合振, 合同法理論與實
 踐應用, 人民法院出版社(2002), 34면.

제19조, 「상업은행법(中華人民共和國 商業銀行法)」 제37조, 「공동출자기업법(中華人民共和國 合夥企業法)」 제8조 등에서도 서면 계약을 요구하고 있다. 또한 국가기관이 개입하여 그 효력이 발생하는 서면형식에는 4가지 유형이 있는데, 그 첫째는 공증기관에 의한 공증형식(公證形式)이고, 둘째 상공부 등 행정기관이 계약의 진실성과 합법성을 심사하여 증명하는 감정형식(鑒證形式), 셋째 계약 당사자의 상급 기관이 계약의 합법성을 심사하여 허가하는 심의형식(審核形式), 끝으로 등기형식이라고 한다.⁸⁾

서면 방식은 당사자의 약정에 의한 형식과 법정 형식의 두 유형으로 구분된다.⁹⁾ 위에 소개한 내용처럼 법률에 의하여 계약서 작성이 강제되는 경우가 법정 형식에 속한다. 약정된 서면 방식에 따르지 않고 체결된 계약은 원칙적으로 그 효력이 발생하지 않지만, 일방 당사자가 이미 계약상의 주요 의무를 이행하고 상대방이 이를 수령한 때에는 계약이 성립한다(계약법 제36조). 이 규정은 비교적 합리적이라는 평가를 받고 있다.¹⁰⁾

계약법 제11조는 서면 방식의 구체적인 내용으로서 계약서를 비롯하여 우편, 전자통신(전보, 텔렉스 및 팩시밀리, 전자메일 포함)등을 제시하고 있지만, 이에 한하지 않고 계약의 내용이 유형적으로 표현되는 일체의 모든 방법을 의미한다(계약법 제11조).¹¹⁾

서면으로 계약서를 작성할 경우에 당사자는 쌍방이 합의하여 그 내용을 결정할 수 있고, 각종 계약의 표준계약서를 참조할 수도 있지만, 중국 계약법이 명문으로 규정하여 예시하고 있는 계약서에 기재하여야 할 내용은 다음과 같다. 즉 중국 계약법 제12조 제1항에 의하면, 당사자의 성명과 주소, 목적, 수량, 품질, 대금 또는 보수, 이행시기·이행장소·이행방법, 채무불이행책임, 분쟁의 해결방법 등이 일반적으로 계약서에 기재할 내용이 된다.

서면 방식과 구두방식 이외에 기타의 방식으로 추정 방식(推定形式)을 들 수 있다.¹²⁾ 묵시적 형식 또는 묵시적 계약¹³⁾이라고도 하는 이 방식은 당사자

8) 董開軍, 中華人民共和國 合同法釋義, 群眾出版社(1999), 19-20면.

9) 王利明/房紹坤/王軼, 合同法(第二版), 中國人民大學出版社(2007), 123면.

10) 吳合振, 앞의 책, 36면.

11) 胡康生, 앞의 책, 25면.

12) 王利明/房紹坤/王軼, 앞의 책, 128-129면.

13) 胡康生, 앞의 책, 19면.

의 청약과 승낙이라는 의사표시에 의하지 않고 일정한 행위를 함으로써 계약이 성립하는 것을 의미한다. 앞에서 언급하였지만 계약서에 의한 계약 체결을 약정한 경우라도 계약서를 적성하기 전에 당사자 일방이 계약에 의한 채무의 중요한 부분을 이행하고 상대방이 이를 수령했다면 계약은 성립된 것으로 본다는 계약법 제 36조의 규정을 예로 들 수 있고, 자동판매기에 의한 계약도 이에 속한다고 한다.¹⁴⁾ 또한 주택임대차 계약 기간이 만료된 후 임대인과 임차인의 특별한 의사표시가 없더라도 계속해서 임차인이 임차 주택을 점유하고 있고 임대인이 퇴거를 요구하지 않는다면 임대차 계약은 계속해서 그 효력이 유지된다는 것이다.¹⁵⁾ 생각건대 먼저 제시한 예는 묵시적 승낙에 계약의 성립을 염두에 두고 있는 듯하고, 뒤에 제시된 예는 묵시적 갱신을 의미하는 것으로 풀이된다.

2. 계약 성립의 유형

중국 계약법상 명문으로 규정하고 있는 계약 성립의 유형은 청약과 승낙에 의한 계약을 전형적인 유형으로 설정하고, 그 밖에 전자문서에 의한 계약 성립과 약관에 의한 계약 성립을 규정하고 있다. 또한 서면계약이 강제되는 경우에 계약서를 작성하지 않았다고 하더라도 일방 당사자가 계약에 따른 주요 내용을 이행하고 상대방이 이를 수령한 경우에는 계약서를 작성하지 않았더라도 계약은 성립된다고 하는 규정을 두고 있다. 그 밖에 우리나라 민법에 규정하고 있는 교차청약이나 의사실현에 의한 계약의 성립에 관해서는 명문 규정을 두고 있지 않다. 그러나 중국의 다수 학자들은 계약 성립의 한 유형으로서 교차청약과 의사실현에 관한 내용을 자세하게 소개하고 있다.¹⁶⁾

1) 청약과 승낙에 의한 계약 성립

계약법 제13조는 「당사자는 청약(要約)과 승낙의 방식에 의하여 계약을 체

14) 韓世遠, 앞의 책, 103면.

15) 胡康生, 앞의 책, 19면.

16) 王利明, 合同法研究(第一卷), 中國人民大學出版社(2002), 246면 ; 李永軍/易軍, 合同法, 中國法制出版社(2009), 76-79면 ; 江平, 民法學, 中國政法大學出版社(2007), 652면 ; 郭明瑞/房紹坤, 앞의 책, 120-123면 ; 韓世遠, 앞의 책, 90-96면.

결한다」라고 규정하여 청약과 승낙에 의한 계약을 전형적인 계약 성립의 모습으로 선언하고 있다. 사실 계약법이 제정되기 전의 중국에서는 청약과 승낙제도에 관한 법률 규정이 존재하지 않았는데,¹⁷⁾ 계약법에 처음으로 이 제도를 도입하게 된 것이다. 이제 중국에서도 청약과 승낙은 계약 성립의 기본 원칙이 되었는데,¹⁸⁾ 그 자세한 내용은 항을 바꾸어 살펴보기로 한다.

2) 전자통신에 의한 계약 성립

계약법 제11조는 전자통신(數據電文)에 의한 계약체결에 대하여 규정하고 있다는 점에서, 이는 전자계약(電子合同)에도 계약법의 일반 원칙이 적용되고 있다는 점을 법률상 명확하게 밝히고 있는 것으로 해석한다.¹⁹⁾

전자계약의 개념은 광의의 의미와 협의의 의미로 구분할 수 있는데, 전자의 의미는 전자 통신이나 광학 또는 기타 이와 유사한 방법에 의하여 당사자간에 권리의무가 발생하는 계약 형식을 지칭하는 것으로서, EDI(Electronic Data Interchange)나 E-mail 등의 방식에 의한 계약 성립을 들 수 있다. 후자는 EDI 방식, 즉 거래에 관한 데이터와 문서를 표준화하여 컴퓨터 통신망으로 거래 당사자가 직접 전송·수신하는 정보전달 시스템에 의한 계약 성립을 의미한다. 그런데 중국에서는 대다수의 학자들이 EDI 방식에 의한 계약 체결을 전자계약이라고 부른다고 한다.²⁰⁾

전자계약을 체결하기 위한 청약과 승낙의 효력이 발생하는 시기는, 수취인이 특정한 시스템을 지정하여 전자통신을 수취한 때에는 그 전자통신이 특정된 시스템에 수신된 시간을

청약과 승낙의 도달시간으로 파악하며, 특정한 시스템을 지정하지 않은 때에는 그 전자통신이 수취인의 일정한 시스템에 수신된 시점을 도달시간으로 본다(계약법 제16조 제2항, 제26조 제2항).²¹⁾ 이처럼 전자계약은 계약법에서 포괄

17) 最高人民法院經濟審判庭, 合同法解釋與適用 上冊, 新華出版社(1999), 107면; 胡康生, 앞의 책, 31면.

18) 王利明, 앞의 책(合同法研究), 201면.

19) 王利明, 앞의 책(合同法 新問題研究), 78면.

20) 王利明, 위의 책(合同法 新問題研究), 79면.

21) 중국 전자계약의 법리에 관한 자세한 내용은 王利明, 위의 책(合同法 新問題研究), 78-113면 참조.

적으로 규율하고 있으며 그 밖에 전자계약에 관한 특별법은 존재하지 않는다. 다만 2004년 8월 28일 통과된 「전자서명법(中华人民共和国电子签名法)」이 2005년 4월 1일부터 시행되고 있다.²²⁾

3) 약관에 의한 계약 성립

중국은 우리나라와 달리 약관(格式條款)에 의한 계약을 특별법으로 규제하지 않고 계약법에서 포괄적으로 규정하고 있다. 먼저 약관이란 「당사자가 반복 사용하기 위하여 사전에 작성해 두는 것으로서 계약 체결시에 상대방과 협의를 하지 않은 조항을 의미한다」고 그 개념을 규정하고 있다(계약법 제39조 제2항). 그리고 약관에 의한 계약을 체결할 때 약관 작성자는 공평하게 내용을 설정할 의무가 있고(계약법 제39조 1항 전단), 합리적이고도 적절한 방법으로 약관 내용을 제시할 의무가 있으며, 상대방의 요청이 있으면 약관의 내용을 설명할 설명의무가 있다(계약법 제39조 제1항 후단). 이를 약관의 공평 작성의무(公平擬約義務), 합리적인 적절한 제시의무(合理, 適當提示義務), 설명의무(給與說明義務)라고 해석한다.²³⁾ 약관의 설명의무를 약관 작성자의 기본적인 당연한 의무로 인정하지 않고, 상대방의 요구가 있을 때에 비로소 설명할 의무가 있다고 규정하고 있다는 점은 우리나라의 약관 법리와 상이하다고 할 수 있다.

약관의 해석에 관한 원칙으로서는 통일적 해석의 원칙, 약관작성자 불리의 원칙, 개별약정 우선의 원칙 등에 대하여 명문으로 규정하고 있다(계약법 제41조).

약관의 내용이 무효가 되는 사유로서는 계약법 제52조²⁴⁾와 제53조²⁵⁾에 규

22) 그 내용은 제1장 총칙, 제2장 전자통신(数据电文), 제3장 전자서명과 인증(电子签名与认证), 제4장 법률책임, 제5장 부칙 등 총 36개 조문으로 구성되어 있다.

23) 何志, 合同法原理與審判實務, 法律出版社(2002), 101-103면.

24) 계약법 제52조 : 다음 각 호의 사유에 해당되는 계약은 무효가 된다.

1. 당사자 일방이 사기 강박에 의한 계약을 체결하여 국가의 이익을 해한 경우
2. 악의에 의한 통모로 국가나 기업 또는 제3자의 이익을 해한 경우
3. 합법적인 형태를 가장하여 불법적인 목적을 은폐하려고 한 경우
4. 사회의 공공이익을 해한 경우
5. 법률 및 행정법규상의 강행규정을 위반한 경우

25) 계약법 제53조 : 다음 각 호에 해당하는 경우에 계약 내용의 면책조항은 무효가 된다.

1. 상대방의 신체에 상해를 가한 경우

정하고 있는 사유가 발생한 경우 및 약관 작성자의 부당한 면책조항, 상대방에게 부당하게 책임을 가중하는 조항, 상대방의 중요한 권리를 배제하는 조항 등을 명문으로 규정하고 있다(계약법 제40조).

4) 계약상의 의무이행에 의한 계약 성립

법률이나 행정법규 또는 당사자의 약정에 의하여 서면방식에 의한 계약체결이 강제되는 경우에 당사자가 서면으로 계약서를 작성하지 않았지만 일방 당사자가 이미 계약상의 중요한 의무를 이행하고 상대방이 이를 수령하였다면 계약은 성립하게 된다(계약법 제36조). 이 경우 이행이란 이행의 제공(履行的提交)도 포함되는 개념이며, 이러한 규정은 영미법상의 금반언법리(estoppel)와 유사한 내용이라고 한다.²⁶⁾ 또한 계약서를 작성한 경우에 서명이나 날인이 있기 전이라도 당사자 일방이 계약상의 중요한 의무를 이행하였고 상대방이 이를 수령한 때에는 계약이 성립된다(계약법 제37조).

IV. 청약과 승낙

1. 청약

1) 의의 및 요건

종래 무역상의 용어로서 「오퍼(offer)를 내다」, 「가격을 알리다」, 「견적서를 내다」 등의 의미로 사용되던 「發盤」, 「出盤」, 「發价」, 「出价」, 「報價」 등이 사용되고 있었는데 계약법에서는 이를 「要約」이라는 용어로 통합하였다.²⁷⁾

중국 계약법에는 우리나라의 민법과 달리 청약의 의미를 명문으로 규정하고 있는데, 계약법 제14조에 의하면, 「청약이란 타인과의 계약 체결을 희망하는

2. 고의 또는 중대한 과실로 상대방에게 재산상의 손해를 가한 경우

26) 韓世遠, 앞의 책, 105면.

27) 王利明, 앞의 책(合同法研究), 203면. 이하 「要約」을 「청약」으로 번역한다.

의사표시」라고 규정하고 있으며, 청약의 내용은 구체적으로 확정되어야 하고(동 조항 제1호), 청약수령자가 승낙하면 청약자는 즉시 그 의사표시에 구속된다(동 조항 제2호)는 점을 선언하고 있다.

그리고 「당사자는 청약과 승낙에 의하여 계약을 체결한다(계약법 제13조)」는 규정에 의하여 청약은 계약 체결 과정에 필수적인 절차가 되며, 청약 없이는 계약이 성립하지 않는 것으로 해석한다.²⁸⁾

청약의 법적 성질은 기본적으로 우리나라의 경우와 크게 다르지는 않지만 특이한 점도 발견된다. 즉, 특정인의 의사표시이고 그 내용의 확정성이 요구된다는 점은 우리나라의 법리와 다르지 않지만, 구속되겠다는 의지(intention to be bound)가 있으며, 상대방을 향한다는 점²⁹⁾ 등은 생소한 내용으로 이해된다.

또한 중국 계약법은 우리나라의 민법과 달리 청약과 청약의 유인을 명백하게 구별하는 명문 규정을 두고 있다. 청약의 유인(要約邀請)이란 「타인이 자신에게 청약의 의사표시를 할 것을 희망하는 의사표시로서, 가격표의 송부, 경매 공고, 입찰 공고, 주식모집 설명서, 상품광고 등은 청약의 유인」이라고 한다(계약법 제15조 제1항). 다만 청약의 규정에 부합하는 상업광고는 청약으로 본다(계약법 제15조 제2항). 청약과 청약의 유인을 구분하는 기준으로서는, 첫째 계약 체결의 목적과 의도, 둘째 계약 성립에 필요한 조항의 포함 여부, 셋째 법률 규정, 넷째 당사자의 의사표시, 다섯째 거래관습, 끝으로 기타 사항으로서 당사자의 신뢰가 중시되는 계약 등에서는 상대방의 신용, 자력, 품행 등의 정황을 실제로 접촉하지 않고서는 알 수 없기 때문에 청약의 유인이 되는 경우가 대부분이라고 한다.³⁰⁾

2) 청약의 효력

우리나라와 동일하게 중국에서도 청약의 효력발생 시기는 도달주의를 취하고 있다. 즉 청약은 상대방에게 청약의 의사표시가 도달한 때부터 그 효력이 발생한다(계약법 제16조 제1항). 청약 수령자의 이익과 거래안전을 보호하기 위해

28) 王利明/房紹坤/王軼, 앞의 책, 49면.

29) 韓世遠, 앞의 책, 65-68면 ; 王利明, 앞의 책(合同法研究), 203-211면. 李永軍/易軍, 앞의 책, 56-57면.

30) 王利明, 위의 책(合同法研究), 213-222면 ; 李永軍/易軍, 위의 책, 58-59면.

서 인정되는 청약의 형식적 효력에 대하여 종래 중국의 민법이론은 이를 인정하고 있었지만,³¹⁾ 현행 중국 계약법에는 우리나라와 달리 청약의 구속력에 대한 명문규정을 두고 있지 않다. 오히려 중국의 계약법은 청약의 철회와 취소를 인정하고 있다는 점에서 청약의 형식적 구속력은 일정한 제한을 받고 있는 것으로 볼 수 있다. 다만 상대방에게 도달한 청약은 그에 대한 청약 수령자의 승낙이 있으면 곧바로 유효한 계약을 성립시킬 수 있는 효력을 갖고 있다(계약법 제14조 제2호)는 점에서 승낙적격으로서 청약의 실질적 구속력은 인정되고 있다.³²⁾

3) 청약의 철회와 취소

중국 계약법은 우리 민법과 달리 청약의 철회와 취소를 원칙적으로 인정하는 명문규정을 두고 있다. 즉 청약은 철회할 수 있으며, 청약 철회의 통지는 청약이 청약 수령자에게 도달하기 전이나 또는 적어도 청약과 동시에 청약 수령자에게 도달하여야 한다(계약법 제17조). 또한 청약은 취소할 수 있으며, 취소 통지 역시 청약이 도달하기 전이나 또는 적어도 청약과 동시에 청약 수령자에게 도달하여야 한다(계약법 제18조). 청약 수령자는 자신의 승낙 통지가 청약자의 청약 취소 통지가 도달하기 전에 이미 발송되었음을 입증하여야 하고, 청약자는 취소 통지가 청약수령자에게 도달한 시간을 입증할 책임이 있다고 한다.³³⁾

다만, 다음 사유가 있는 경우에는 청약의 취소권이 제한된다. 첫째 청약자가 승낙기간을 확정된 경우, 둘째 청약이 취소될 수 없다는 사실을 명시한 경우, 셋째 청약 수령자에게 청약을 취소할 수 없는 사유가 있는 경우, 넷째 청약 수령자가 이미 계약이행을 위한 준비 행위를 한 경우 등이다(계약법 제19조). 이를 청약자가 위반하여 청약을 부당하게 취소한 때에는 계약상의 과실책임(계약법 제42조)으로 인한 손해배상책임이 발생한다.³⁴⁾ 그 자세한 내용은 항을 바꾸어 살펴보기로 한다.

31) 韓世遠, 앞의 책, 74면.

32) 王利明, 앞의 책(合同法研究), 226면 ; 韓世遠, 위의 책, 74-75면.

33) 韓世遠, 위의 책, 79면.

34) 王利明, 앞의 책(合同法研究), 230면.

4) 청약의 실효

중국 계약법 제20조는 청약의 효력이 상실되는 사유를 명문으로 규정하고 있다. 이에 따르면 청약은 다음과 같은 사유가 있는 때 그 효력을 상실한다. 즉, 첫째 청약 거절의 통지가 청약자에게 도달한 때, 둘째 청약자가 법에 의하여 청약을 취소한 때, 셋째 승낙기간이 종료할 때까지 청약 수령자가 승낙하지 아니한 때, 넷째 청약 수령자가 청약의 내용에 대하여 실질적인 변경을 가한 승낙을 한 때가 된다. 그 내용은 우리 민법상의 해석론과 크게 상이하지는 않지만 중국 계약법은 이를 명문으로 밝히고 있다는 점이 주목된다.

2. 승낙

1) 의의 및 요건

중국 계약법에 명문으로 규정하고 있는 내용에 의하면, 「승낙이란 청약 수령자가 청약에 동의하는 의사표시이다(계약법 제21조)」. 일단 승낙이 효력을 발생하면 곧바로 계약이 성립되므로(계약법 제25조), 승낙은 반드시 일정한 요건에 부합하여야 한다. 그 요건상의 내용은 우리나라의 법리와 다르지 않은데, 정리하면 다음과 같다.³⁵⁾

첫째, 승낙은 반드시 청약 수령자가 청약자에게 하는 의사표시이다. 청약 수령자가 아닌 제3자의 승낙 의사표시는 새로운 청약으로 인정될 뿐이다.³⁶⁾

둘째, 승낙은 반드시 청약이 정한 기한 내에 청약자에게 도달하여야 한다(계약법 제23조 제1항).

셋째, 승낙은 반드시 청약의 내용과 일치하여야 한다(계약법 제30조 전단). 청약 수령자가 청약의 내용을 실질적으로 변경하여 승낙한 때에는 이를 새로운 청약으로 본다(계약법 제30조 후단). 청약 내용의 실질적인 변경이란 계약의 목적, 수령, 품질, 대금 또는 보수, 이행기, 이행장소와 방식, 채무불이행책임 및 분쟁해결방법 등에 관한 변경을 의미한다(계약법 제30조 후단). 그렇지만 위에

35) 王利明, 앞의 책(合同法研究), 232-236면 ; 韓世遠, 앞의 책, 84-85면 ; 吳合振, 앞의 책, 48-49면 ; 胡康生, 앞의 책, 48-49면.

36) 王利明/房紹坤/王軼, 앞의 책, 62면.

소개한 실질적인 변경에 해당되지 않는 내용을 변경하여 승낙한 경우에는 청약자가 지체 없이 반대 의사표시를 하거나, 또는 청약을 하면서 청약의 내용은 어떠한 변경도 할 수 없다는 점을 명시한 경우가 아니라면, 그 승낙은 일응 유효한 것으로 인정되어 계약은 성립된다(계약법 제31조). 이 경우 계약 내용은 당연히 승낙한 내용을 기준으로 하게 된다(계약법 제31조).

넷째, 승낙의 방식은 청약에 명시된 내용과 부합하여야 한다. 중국 계약법에는 승낙은 통지 방식으로 표시되어야 하지만, 다만 승낙의 의사표시에 갈음하는 이행행위에 의한 승낙이 거래 관습상 가능하거나 또는 청약에 명시된 경우에는 예외적으로 승낙의 의사표시가 없더라도 계약은 성립한다(계약법 제22조 단서). 비록 중국 계약법에는 우리 민법에 규정하고 있는 의사실현에 관한 명문 규정을 두고 있지 않지만 위 내용은 의사실현을 인정할 수 있는 근거로 이해되고 있다.³⁷⁾

2) 승낙의 효력발생

승낙은 승낙 통지가 청약자에게 도달한 때 그 효력이 발생한다(계약법 제26조 제1항). 따라서 중국 계약법은 우리 민법상의 규정과 달리 대화자와 격지자간의 계약을 구분하지 않고 모두 도달주의의 원칙을 채택하고 있다.³⁸⁾ 다만 앞에서 언급하였지만, 승낙통지가 필요하지 않은 경우에는 거래 관습이나 청약자 요구에 따른 승낙의 의사표시에 갈음하는 이행행위가 있는 때부터 그 효력이 발생한다(계약법 제26조 제2항).

앞에서 언급하였듯이 승낙은 청약에서 정한 기간 내에 청약자에게 도달하여야 하지만(계약법 제23조 제1항), 청약에 승낙기간을 정하지 않은 경우에는 다음과 같은 특칙이 적용된다. 즉 대화자간의 청약인 경우에는 당사자간의 특별한 약정이 없는 한, 즉시 승낙의 의사표시를 하여야 한다(계약법 제23조 제2항 제1호). 격지자간의 청약(要約以非對話方式)인 경우에는 승낙은 상당한 기간 내에 청약자에게 도달하여야 한다(계약법 제23조 제2항 제2호). 상당한 기간인가의 여부를 판단할 때 고려할 사항으로서는 첫째, 청약에 언급된 완급의 표현여부, 둘째 청약의 내용, 셋째 거래 관습, 넷째 이성적이고 선량하며 정상적으로 거래

37) 韓世遠, 앞의 책, 92면.

38) 王利明, 앞의 책(合同法研究), 241면.

하는 평균 수준의 일반인이 고려하고 준비할 수 있는 시간이라고 해석한다.³⁹⁾

3) 연착된 승낙과 승낙의 철회

연착된 승낙의 효력은 우리 민법상의 규정과 다르지 않다. 즉 청약 수령자가 승낙기간을 경과하여 승낙한 경우에 청약자가 지체 없이 그 승낙이 유효하다는 통지를 하지 않은 때에는 연착된 승낙은 새로운 청약으로 간주된다(계약법 제28조). 다만 우리 민법에 의하면, 연착된 승낙은 청약자가 이를 새 청약으로 볼 수 있다(민법 제530조)는 것으로만 규정하고 있지만, 중국 계약법은 새로운 청약(新要約)으로 된다고 규정하여 보다 적극적인 효력을 부여하고 있음을 알 수 있다. 또한 우리 민법 제528조의 내용과 유사하게, 승낙기간 내의 승낙 통지가 통상적인 상황에서는 적시에 청약자에게 도달할 수 있는 것임에도 불구하고 다른 원인에 의하여 승낙기간을 경과하여 청약자에게 도달한 경우에는, 청약자가 지체 없이 청약 수령자에게 거절의 의사표시를 통지하지 않으면 그 승낙은 유효한 것으로 효력이 발생한다(계약법 제29조).

그 밖에 중국 계약법은 청약의 철회와 동일하게 승낙의 철회도 인정하고 있다. 즉 승낙은 철회할 수 있으며, 이 경우 철회의 통지는 승낙통지가 청약자에게 도달하기 전에, 또는 적어도 승낙통지와 동시에 청약자에게 도달하여야 한다(계약법 제27조).

3. 합의

중국 계약법은 청약과 승낙에 의한 계약의 체결에 관한 내용만 규정하고 있고 청약과 승낙 의사표시의 합치(합의)에 대해서는 아무런 내용도 규정하지 않고 있다. 이 점은 우리 민법상의 내용과 다를 바 없다고 할 수 있다.⁴⁰⁾ 따라서 청약과 승낙의 내용이 어느 정도 까지 부합되어야 하는지, 의사 합치가 필요한 대상은 어디 까지가 되는지 해석론상 다툼이 발생할 우려가 있다. 우리나라의 대법원 판례는 「계약이 성립하기 위하여는 당사자의 서로 대립하는 수개의 의

39) 何志, 앞의 책, 89면.

40) 다만 민법 제153조 제2항은 「당사자에게 필요한 내용은 의사가 일치하여야 하며, 필요하지 않은 내용은 의사표시가 없더라도 계약은 성립하는 것으로 추정된다. 필요하지 않은 내용에 대한 당사자의 의견이 일치하지 않는 때에는 법원이 그 사건에 의한 성질을 결정 한다」 고 당사자의 합의에 관한 명문 규정을 두고 있다.

사표시의 객관적 합치가 필요하고 객관적 합치가 있다고 하기 위하여는 당사자의 의사표시에 나타나 있는 사항에 관하여는 모두 일치하고 있어야 하는 한편, 계약 내용의 '중요한 점' 및 계약의 객관적 요소는 아니더라도 특히 당사자가 그것에 중대한 의의를 두고 계약성립의 요건으로 할 의사를 표시한 때에는 이에 관하여 합치가 있어야 계약이 적법·유효하게 성립한다」고 판시하고 있다.⁴¹⁾ 구체적인 예를 들면, 매매 계약의 경우에는 목적물과 매매대금(민법 제563조), 임대차의 경우에는 목적물과 차임(민법 제618조) 등의 합치가 있어야 계약이 성립하게 된다. 중국에서도 계약의 불가결한 요소로서 매매 계약의 경우에는 목적물과 대금, 고용 계약의 경우에는 노무제공과 보수 등의 합치가 있어야 계약이 성립된다고 해석하는 견해가 있다.⁴²⁾ 우리나라의 경우에는 고용 계약을 체결할 때 보수 지급 자체에 대한 약정이 없더라도 이는 관습에 의한 보충이 인정되므로(민법 제656조) 고용 계약은 성립될 수 있을 것이다.

또한 우리 민법과 동일하게 「불합의」에 관한 어떠한 명문 규정도 두고 있지 않다.

V. 계약의 성립 시기와 장소

1. 계약의 성립 시기

계약의 성립 시기는 승낙이 실질적으로 효력을 발생하는 시간에 의하여 결정되는데,⁴³⁾ 중국 계약법에는 계약의 성립시기를 다음과 같이 다양하게 규정하고 있다.

1) 청약과 승낙에 의한 계약

이미 앞에서 소개하였지만 중국 계약법은 도달주의 원칙을 채택하여 승낙의 의사표시가 도달한 때에 계약이 성립한다. 다만 연착된 승낙은, 우리 민법 규정

41) 대판 2003. 4. 11. 2001다53059.

42) 韓世遠, 앞의 책, 62면.

43) 王利明, 앞의 책(合同法研究), 250면.

과 유사하게 통상적인 상황에서 승낙 기간 내에 도달할 수 있음에도 불구하고 다른 사정에 의하여 연착된 것이라면 청약자가 지체 없이 통지하지 아니하면 그 승낙은 유효한 것으로서 계약은 성립하게 된다.

전자통신 방식으로 계약을 체결한 경우에도 승낙의 도달시간, 즉 계약의 성립 시기는 청약의 효력발생에 관한 계약법 제16조 제2항의 규정이 준용된다(계약법 제26조 제2항). 따라서 수취인이 특정한 시스템을 지정하여 전자통신을 수취한 때에는 그 전자통신이 특정한 시스템에 수신된 시간을 도달시간으로 인정되며, 특정한 시스템을 지정하지 않은 경우에는 그 전자통신이 수취인의 일정한 시스템이 수신된 최초의 시점을 도달시간으로 본다.

2) 계약서에 의한 계약

당사자가 계약서를 작성하여 계약을 체결하는 경우에는 쌍방 당사자가 계약서에 서명하거나 날인한 때 계약이 성립한다(계약법 제32조).

3) 계약확인서의 서명

당사자가 우편물이나 전자통신의 방법으로 계약을 체결하는 경우에는 계약이 체결되기 전에 확인서에 서명할 것을 요구할 수 있는데, 이 경우 확인서에 서명하는 때에 계약은 성립한다(계약법 제33조). 따라서 일방 당사자가 청약하거나 승낙할 때 계약 확인서에 서명할 것으로 요구하였다면, 계약은 마지막 서명이 이루어진 때 성립하게 된다. 계약이 성립한 후에 당사자 일방이 확인서의 서명을 요구한 경우에는 이미 성립된 계약의 효력에는 영향을 미치지 않는다. 계약 확인서란 계약을 체결할 때 당사자가 자신의 의사표시를 최후로 확인하는 형식을 의미한다.⁴⁴⁾ 전자통신이란 계약법 제11조가 규정하고 있는 전보, 텔렉스 및 팩시밀리, 전자데이터 교환 및 전자 메일 등을 포함한다.

4) 계약상의 의무이행

계약서를 작성하여 계약을 체결하는 경우에 당사자가 서명이나 날인을 하기

44) 最高人民法院經濟審判庭, 앞의 책, 158면.

전이라도 당사자 일방이 이미 계약상의 중요한 의무를 이행하였고 상대방이 이를 수령하였다면 그 때 부터 계약은 성립하게 된다(계약법 제37조). 이에 해당되는 사안으로서 구체적으로 다음과 같은 4가지의 형태를 상정할 수 있다.⁴⁵⁾ 첫째, 당사자 일방은 계약서에 서명이나 날인을 하였는데 상대방이 아직 서명이나 날인을 하지 않은 상태에서 자신이 부담하게 될 계약상의 중요한 의무를 이행하였고 상대방이 이를 수령한 경우에는 계약은 성립한다. 둘째, 당사자 쌍방이 계약서에 서명이나 날인을 하지 않은 상태에서 쌍방 모두 계약상의 중요한 의무를 이행하였다면 계약은 성립한다. 셋째, 당사자 일방은 계약서에 서명이나 날인을 하였는데, 상대방은 서명이나 날인을 하지 않은 상태에서 계약상의 중요한 의무도 이행하지 않았다면 계약은 성립하지 않는다. 넷째, 당사자 쌍방이 모두 계약서에 서명이나 날인을 하지 않았는데 당사자 일방만 계약상의 중요한 의무를 이행하고 상대방은 계약상의 중요한 의무를 이행하지 않고 있다면 계약은 성립하지 않는다.

2. 계약의 성립 장소

중국 계약법은 계약이 성립하는 장소도 계약 방식에 따라 다양하게 규정하고 있다. 먼저 청약과 승낙에 의한 계약을 체결할 때에는 승낙의 효력이 발생하는 장소가 계약이 성립하는 장소가 된다(계약법 제34조 제1항). 그러나 전자통신의 방식으로 계약을 체결하는 경우에는 수취인의 주된 영업장소가 계약이 성립하는 장소로 되며, 주된 영업지가 없는 경우에는 당사자간에 특별한 약정이 없는 한, 일상 거주지를 계약 성립 장소로 한다(계약법 제34조 제2항). 또한 당사자가 계약서를 작성하여 계약을 체결하는 경우에는 쌍방 당사자가 서명하거나 날인한 장소를 계약이 성립하는 장소로 한다(계약법 제35조).

VI. 계약상의 과실책임

중국 계약법은 계약체결 과정에서 당사자 일방의 과실로 상대방에게 손해가

45) 胡康生, 앞의 책, 165면.

발생한 경우에 인정되는 손해배상책임에 관하여 명문 규정을 두고 있다. 원시적 불능으로 인한 무효에 관한 법문의 내용과 계약체결상의 과실 책임이라는 모호한 규정 때문에 해석상의 논란을 야기시키고 있는 우리 민법 제535조와 달리 명확하게 계약체결상의 과실 책임을 규정하고 있다. 즉, 중국 계약법 제42조와 제43조의 내용을 계약상의 과실책임에 대하여 규정한 것으로 해석함에는 중국의 학계에서도 이론이 없는 듯하다.⁴⁶⁾ 다만 계약상의 과실책임의 법적 성질에 대해서는 크게 논의되지는 않고 있지만, 불법행위설·법률행위설·법률규정설·신의성실설 등이 소개되고 있는데, 다수설의 입장은 신의성실설을 취하고 있다고 한다.⁴⁷⁾

1. 계약법상의 규정

1) 계약법 제42조

계약 체결 과정에서 다음 각 호의 사유로 말미암아 상대방에게 손해가 발생한 때에는 그 손해를 배상하여야 한다.

1. 계약체결을 빙자하여 악의의 협상을 한 경우
2. 계약 체결에 관한 중요 사항을 고의로 은폐하거나, 또는 허위의 정보를 제공한 경우
3. 기타 신의성실의 원칙에 반하는 행위를 한 경우

2) 계약법 제43조

당사자가 계약체결 과정에서 알게 된 영업 비밀은 계약 성립 여부에 관계없이 이를 누설하거나 부정하게 사용하여서는 안된다. 영업 비밀을 누설하거나 또는 부정하게 사용함으로써 상대방에게 손해가 발생한 경우에는 그 손해를 배상하여야 한다.

46) 王利明, 앞의 책(合同法研究), 308면; 隋彭生, 앞의 책, 90면; 韓世遠, 앞의 책, 109면; 胡康生, 앞의 책, 72면; 最高人民法院經濟審判庭, 앞의 책, 179면; 李永軍/易軍, 앞의 책, 105면; 郭明瑞/房紹坤, 앞의 책, 145면; 江平, 앞의 책, 657면.

47) 韓世遠, 앞의 책, 115면. 중국에서 논의되고 있는 계약상 과실책임의 법적 성질에 대한 자세한 내용은 張華/陳金福, 論締約過失責任的性質, 理論月刊, 2006年 第8期 참조.

2. 성립 요건

1) 계약 체결 과정 중에 당사자 일방의 과실 발생

계약상의 과실책임은 채무불이행책임(違約責任)과 근본적으로 구별되는 것으로서, 반드시 계약체결 과정에서 당사자 일방의 과실로 인하여 야기되는 배상책임이다. 따라서 계약이 성립된 후에는 적용되지 않으므로 계약이 성립되지 않거나, 또는 성립되었다고 하더라도 효력요건에 부합하지 않음으로써 계약이 무효가 되거나 취소되었을 때 인정된다. 즉 계약체결 과정에서 당사자 일방의 고의에 의한 사기나 진의 야닌 의사표시로 인하여 계약이 무효가 되거나 취소됨으로써 상대방에게 손해가 발생한 경우에는 계약상의 과실 책임이 적용되는 것이다.⁴⁸⁾

2) 당사자 일방이 신의성실의 원칙에 의하여 부담하는 의무를 위반할 것

계약상의 과실책임이므로 당연히 당사자의 과실이 요건으로 요구되는데, 이 경우 과실의 의미가 문제된다. 일반적인 의미에서의 과실이란 주관적인 과실을 의미한다고 해석하는 견해도 있지만,⁴⁹⁾ 유력한 견해에 의하면 계약상의 과실에서의 과실이란 객관적인 과실을 의미한다. 이는 결국 당사자의 행위에 의하여 결정되는데, 계약체결 단계에서부터 당사자에게 요구되는 신의성실의무를 위반한 경우를 의미하는 것으로 해석한다.⁵⁰⁾

계약 체결단계에서 요구되는 신의성실의무의 구체적인 예로서는, ① 정당한 이유 없이 청약을 취소하지 않을 의무, ② 사용방법을 고지할 의무, ③ 계약 체결 전에 중요한 사항을 고지할 의무, ④ 협조의무와 타인의 이익을 배려할 의무, ⑤ 충실의무, ⑥ 비밀보호의무, ⑦ 교섭의 자유를 남용하지 않을 의무 등을 들 수 있다.⁵¹⁾ 학자에 따라서는 이에 해당되는 내용을 「선계약의무(先合同義務, 合同前義務)」의 위반이라는 요건으로 설명하기도 하는데,⁵²⁾ 선계약의무의

48) 王利明, 앞의 책(合同法研究), 310-312면.

49) 隋彭生, 앞의 책, 93면.

50) 王利明, 앞의 책(合同法研究), 312면.

51) 王利明, 위의 책(合同法研究), 312-313면.

예로서는 위에 실시한 내용 이외에 경고의무⁵³⁾와 보호의무⁵⁴⁾를 기타 선계약의 무의 예로서 추가하고 있으며, 사회생활상의 안전의무(社會生活安全義務)는 선 계약의무의 범주에 해당되지 않는다고 한다.⁵⁵⁾ 즉 중국 계약법상 계약상의 과실책임은 이와 같은 선계약의무의 존재를 전제로 성립한다는 것이다.⁵⁶⁾

3) 상대방에게 신뢰이익의 손해가 발생할 것

계약이 성립되지 않거나 무효가 되었다는 점에서 상대방에게 발생한 불이익(손해)은 신뢰이익의 손해가 된다. 따라서 상대방에게 신뢰이익의 손해가 발생할 것으로 요건으로 한다.⁵⁷⁾

4) 기타

계약체결 과정에서 요구되는 신의성실의 의무를 위반한 행위 또는 선계약의 무를 위반한 행위와 그로 인한 손해발생 사이에 인과관계가 있을 것이 요구된다.⁵⁸⁾

3. 책임의 유형

중국 계약법 제42조와 제43조의 내용을 근거로 다음과 같은 유형으로 구분한다.

52) 江平, 앞의 책, 657면 ; 韓世遠, 앞의 책, 117면 ; 隋彭生, 앞의 책, 92-93면.

53) 경고의무란, 갑과 을이 갑의 주택에 대한 매매 교섭 중에 을이 목적물을 확인하기 위하여 방문하고자 하는데 그 전에 이미 그 주택이 제3자에게 매도되었다면 갑은 지체 없이 그 사실을 을에게 통지하여 을이 불필요한 여비 등을 지불하지 않도록 배려할 의무라고 한다. 韓世遠, 앞의 책, 125면.

54) 중국 계약법에는 보호의무에 관한 명문 규정이 없지만, 「직업병예방치료법(職業病防治法)」에 의하면, 직업병이 발생할 수 있는 위험한 작업을 하는 노동자에게는 건강검진을 실시하고 그 결과를 고지하는 등의 보호의무가 있으며(동법 제32조), 노동자에게는 사회보험을 가입하게 하는 등(노동법 제72조)의 보호의무가 요구된다고 한다. 韓世遠, 위의 책, 125-126면.

55) 韓世遠, 앞의 책, 126면.

56) 韓世遠, 위의 책, 119면.

57) 王利明, 앞의 책(合同法研究), 314-317면.

58) 江平, 앞의 책, 658면 ; 韓世遠, 앞의 책, 117면 ;

1) 계약체결을 빙자한 악의의 협상

계약체결을 빙자한다(假借)는 것은 상대방과 계약을 체결할 의사가 없으면서 상대방과 협상 진행을 구실로 상대방 또는 제3자에게 손해를 발생하게 하는 행위를 의미한다.⁵⁹⁾ 악의란 교섭이나 협상을 빙자하여 상대방에게 손해를 발생하게 하는 주관적인 심리 상태를 의미하는 것으로서, 첫째 행위자에게 주관적인 협상 의도가 없으며, 둘째 행위자가 상대방에게 손해를 입히려는 동기나 목적이 존재하여야 한다. 악의는 계약상의 과실 있는 행위를 구성하는 가장 핵심적인 요건이 된다.⁶⁰⁾

2) 계약체결의 중요 사항 은폐 또는 허위의 정보제공

계약 체결 과정에서 야기되는 기망에 의한 사기행위를 의미한다. 사기의 의미는 우리 민법상의 개념과 크게 다르지 않은 듯하다. 중국 최고인민법원이 공포한 민법총칙에 관한 司法解釋에 속하는 「最高人民法院《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見》」⁶¹⁾ 제68조에 의하면 「일방 당사자가 고의로 상대방에게 허위 사실을 고지하거나 또는 고의로 사실을 은폐함으로써 상대방이 그로 인하여 착오에 의한 의사표시를 하도록 하는 것이 사기행위라고 한다」고 규정하고 있다. 따라서 당사자 일방의 기망행위가 있었지만 상대방이 그로 인한 착오에 빠지지 않는다면 사기행위는 성립되지 않는다.⁶²⁾

3) 영업비밀의 누설 또는 부당한 사용⁶³⁾

59) 胡康生, 앞의 책, 72면.

60) 王利明, 앞의 책(合同法研究), 323면.

61) 중국 최고인민법원의 司法解釋인 「最高人民法院《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見》」은 1988년에 공포되었으며, 전문 200개 조항으로 구성되어 있다.

62) 王利明, 앞의 책(合同法研究), 326면.

63) 중국 계약법 제43조는 계약체결 과정에서 알게 된 상대방의 영업비밀을 누설하거나 부당하게 사용하지 않을 의무를 부과하고, 이를 위반하여 상대방에게 손해가 발생한 경우에는 배상책임이 있다고 규정하고 있는데, 이 경우에 인정되는 손해배상책임이 계약상의 과실책임인지 아니면 불법행위책임인지 해석상 논란이 있는 듯하다. 불법행위

중국 계약법 제43조의 내용을 기초로 구체적인 요건을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 당사자는 밝혀진 정보가 영업비밀에 속한다는 사실을 알고 있어야 한다.

둘째, 영업비밀을 누설하거나 부당하게 사용하여야 한다. 중국의 「부정경쟁방지법(反不正當競爭法)」 제10조 제1항 제2호는 타인의 사용 허가가 있기 이전에 알게 된 영업 비밀에 속하는 사항을 누설하거나 사용하는 행위를 금지하고 있다.

셋째, 상대방의 영업 비밀에 속하는 사항을 누설하거나 부당하게 사용함으로써 상대방에게 손해가 발생하여야 한다. 이 경우, 영업 비밀을 폭로하거나 부당하게 사용한 자가 고의로 한 것인지 과실에 의한 것인지는 문제되지 않는다.⁶⁴⁾

4) 기타 신의성실의 원칙에 반하는 행위

그 밖에 신의성실의 원칙에 반하는 계약 체결 과정상의 행위로 말미암아 계약상의 과실책임이 발생하는 경우로서는 다음과 같은 예를 들 수 있다.⁶⁵⁾

① 초기 단계의 협의나 허락을 위반한 경우를 들 수 있다. 계약을 체결하기 위한 당사자 쌍방의 협의 과정 중에 이미 계약의 중요한 내용에 대해서는 초기 단계의 의향이 확인되었고, 다만 서면으로 기재하거나 서명만 남아 있는 상태에서 정당한 이유 없이 계약 체결을 거부한다면, 이는 계약체결을 기대한 상대방의 신뢰관계를 부당하게 파괴한 것이 되므로 계약상의 과실책임이 인정된다는 것이다.

② 유효한 청약의 유인을 위반한 경우이다. 청약의 유인을 신뢰하고 계약체결을 원하는 상대방이 청약을 하려고 일정한 비용을 지출하는 등 준비를 하고 있는데 정당한 이유 없이 청약의 유인을 철회한다면 이 사실을 알지 못한 선의의 상대방은 예측하지 못한 손해가 발생한다는 점에서 계약상의 과실책임이 인정된다는 것이다. 예컨대 입찰공고는 청약의 유인에 해당되는데(계약법 제15조

책임에 속한다고 주장하는 견해도 있지만(孔祥俊, 合同法教程, 150면), 계약법 제43조는 선합동행위의 구체적인 예에 속한다(最高人民法院經濟審判庭, 앞의 책, 185면)고 주장하는 등, 계약상의 과실책임으로 해석하는 견해가 유력한 것으로 보인다. 王利明, 앞의 책(合同法研究), 329면; 江平, 앞의 책, 658면.

64) 王利明, 앞의 책(合同法研究), 329면.

65) 王利明, 위의 책(合同法研究), 330-336면.

제1항), 입찰공고를 제시한 후 정당한 이유 없이 입찰공고에 위반하는 행위를 한다면 계약상의 과실책임을 부담한다.

③ 청약자가 유효한 청약을 위반한 경우도 포함된다. 중국 계약법 제18조는 청약의 취소를 인정하고 있지만, 청약의 취소가 금지되는 사유(계약법 제19조)가 존재함에도 불구하고 이를 위반하여 청약을 취소한 경우에는 계약상의 과실책임을 부담하게 된다.

④ 계약이 무효가 되거나 취소된 경우에도 계약상의 과실책임이 인정된다. 중국 계약법 제58조에 의하면, 계약이 무효가 되거나 취소된 경우에는 그 계약으로부터 취득한 재산은 반환하게 되는데, 이와 동시에 과실이 있는 당사자는 상대방에게 발생한 손해를 배상하도록 규정하고 있다. 이 경우의 손해배상책임의 법리를 계약상의 과실책임으로 해석한다.

⑤ 강제되는 계약의무를 위반한 경우가 있다. 중국 계약법 제289조에 의하면, 공공운송에 종사는 운송인은 여객이나 송하인의 통상적이고 합리적인 운송요구를 거절하지 못한다고 규정하고 있는데, 이와 같은 계약의무를 정당한 이유 없이 위반한 경우에는 계약상의 과실책임을 부담하게 된다는 것이다. 다만 계약상의 과실책임으로서 신뢰이익의 손해를 배상받게 되면 그 이후에는 계약 강제가 인정되지 않는다.

⑥ 무권대리의 경우에도 계약상의 과실책임 법리가 적용될 수 있다. 무권대리인의 대리행위가 본인의 추인을 받지 못한 경우에 부담하게 되는 손해배상책임은 일반적으로 불법행위책임에 속하지만, 表見代理가 성립하는 경우에 계약상의 과실책임이 발생할 수 있다는 것이다. 즉, 대리권이 없거나 월권대리 또는 대리권이 소멸한 후의 대리인 등 무권대리인⁶⁶⁾이 상대방과 계약을 체결하는 과정에서 대리권이 존재한다고 표명함으로써 대리권이 있다고 신뢰할 만한 사유가 있다면 계약이 성립하지 않은 경우에 신뢰이익의 범위 내에서 손해를 배상하게 되므로 계약상의 과실책임 법리가 적용된다고 한다.⁶⁷⁾

4. 손해배상

66) 중국 계약법 제49조는 「행위자에게 대리권이 없거나, 대리인의 권한을 넘는 행위를 하거나 또는 대리권이 소멸된 후에 본인의 명의로 계약을 체결한 경우에 상대방이 행위자에게 대리권이 있다고 믿을 만한 정당한 사유가 있는 때에는 그 대리행위는 유효한 것으로 된다」고 규정하여 表見代理를 포괄적으로 인정하고 있다.

67) 王利明, 앞의 책(合同法研究), 334면.

계약상의 과실책임의 효과로서 부담하게 되는 손해배상의 범위는 신뢰이익의 손해에 한정된다. 구체적인 예를 들면, 다음과 같은 손해가 포함된다.⁶⁸⁾ 첫째, 계약체결 비용이다. 그 내용은 우편비용, 계약체결 장소의 이동과 목적물의 조사 등에 지출한 합리적인 비용이 포함된다. 둘째, 이행을 준비하는데 지출한 비용을 들 수 있다. 그 속에는 목적물의 운송 비용, 상대방의 이행을 수령하기 위하여 지출한 합리적인 비용 등이 포함된다. 셋째, 위에 열거한 비용을 지출하면서 발생한 이자도 배상범위에 포함된다. 넷째, 배려의무나 보호의무를 위반하여 상대방에게 발생한 재산 및 인신 손해도 배상범위에 포함된다. 끝으로 제3자와 계약을 체결할 기회를 상실함으로써 발생한 손해도 배상범위에 포함된다.

VII. 결

이상으로서 중국 계약법상의 계약 성립에 관한 규정의 내용과 그 해석론을 정리해 보았다. 무엇보다도 중국 계약법상의 계약 성립에 관한 내용은 우리 민법상의 계약 성립에 관한 규정에 비하여 비교적 자세하게 언급되어 있음을 지적할 수 있다.

중국 계약법에서도 청약과 승낙에 의한 계약 성립을 기본적인 유형으로 설정하고 있다는 점은 우리 민법상의 제도와 크게 다르지 않다. 또한 계약의 성립 요건으로서 당사자 의사표시의 합의에 관해서는 아무런 규정도 두지 않고 있다는 점은 우리 민법과 동일한 문제점으로 지적할 수 있다. 그렇지만 전자계약과 약관에 의한 계약을 특별법에 의존하지 않고 계약법에 일괄적으로 규정하고 있다는 점과 청약과 승낙의 의사표시 모두 도달주의의 원칙을 견지함으로써 원칙적으로 계약의 성립 시기를 통일적으로 규명하고 있다는 점은 앞으로 우리 민법을 개정할 때에 고려해 볼 사항이라고 할 것이다. 다만 중국 계약법에 규정되어 있는 전자계약이나 약관에 관한 내용이 지나치게 포괄적이어서 해석상 많은 논란이 예상된다는 점은 앞으로 중국 계약법이 극복해야 할 과제라고 할 수 있다. 특히 계약 체결 과정에서 야기되는 손해배상책임으로서, 계약상의 과실책임

68) 江平, 앞의 책, 658면.

에 관한 중국 계약법상의 규정과 해석론상의 법리는 앞으로 우리 민법을 개정하게 될 때 참고할 만한 가치가 있는 중요한 내용이라고 평가된다.

주제어 : 계약 성립, 중국 계약법, 계약체결상의 과실책임, 청약과 승낙, 비교계약법

참 고 문 헌

- 이병준, 계약성립론, 세창출판사, 2008.
- 이상옥 역, 중국계약법전, 영남대학교출판부, 2005.
- 陳小君, 合同法學, 中國政法大學出版社, 1999.
- 董開軍, 中華人民共和國 合同法釋義, 群眾出版社, 1999.
- 郭明瑞/房紹坤, 新合同法原理, 中國人民大學出版社, 2000.
- 韓世遠, 合同法總論(第二版), 法律出版社, 2008.
- 何志, 合同法原理與審判實務, 法律出版社, 2002.
- 胡康生, 中華人民共和國 合同法釋義, 法律出版社, 1999.
- 江平, 民法學, 中國政法大學出版社, 2007.
- 李永軍/易軍, 合同法, 中國法制出版社, 2009.
- 吳合振, 合同法理論與實踐應用, 人民法院出版社, 2002.
- 全國人大法制工作委員會民法室, 《中華人民共和國 合同法》立法資料選, 法律出版社, 1999.
- 隋彭生, 合同法要義, 中國政法大學出版社, 2003.
- 王利明/房紹坤/王軼, 合同法(第二版), 中國人民大學出版, 2007.
- 王利明, 合同法 新問題研究, 中國社會科學出版社, 2003.
- 王利明, 合同法研究(第一卷), 中國人民大學出版社, 2002.
- 張華/陳金福, 論締約過失責任的性質, 理論月刊, 2006年 第8期.
- 最高人民法院經濟審判庭, 合同法解釋與適用 上冊, 新華出版社, 1999.

[Abstract]

The Formation of Contract on the Chinese Contract Law

Lee, Sang-Wook

Professor, Law School, Yeungnam University

Although the Korean civil law only provides 9 articles on the formation of contract, the Chinese contract law stipulates intimately the formation of contract by 35 legal provisions.

There are three main types of the formation of contract in Korean civil law, which are contract by offer and acceptance, contract by the fulfil of intention and crossed offer ; however, the Chinese contract law regulates not only the contract by the offer and acceptance, but also the electronic contract and the contract by the standard provision. The difference between those two countries is that the Chinese contract law merely is expressly stipulated the regulations on the contract by the fulfil of intention and crossed offer in the substantive enactment.

The crucial contents of the formation of contract under the Chinese contract law are as follows.

1. It is required to acquire the capacities of rights and performances, when the people are having a contract (article 9).
2. It is announced that people are freely enter the contract by anyway(article 10).
3. It suggests the concrete substances of written contracts(article 12).
4. They regulate all the details of the contract by offer and acceptance(article 13 - article 31).
5. The period of the formation of contract and the place of the formation of contract (article 32 - article 37).

6. The contract by the standard provision (article 39 – article 41).
7. The electronic contract(article 11, article 16-2, article 26).
8. Culpa in contrahendo(article 42).
9. It also regulates the duty for the protection of secret, when people find out during the contract process. (article 43).

Furthermore, when China choose for the actual period of the effectuation of offer and acceptance, they obey the principle of arrival system. Therefore, the proper period of the establishment of contract should be the period when the effect of permission is occurred.

China also provides the regulation on the culpa in contrahendo under their contract law; which are quite different from the korean civil law. China set the compensation ranges as the damage of the reliance interests; it occurs after people violated the good-faith duty, which is required at the process of the conclusion of contract.

Key words : Formation of contract, Offer and acceptance, Culpa in contrahendo, Chinese contract law, Comparative of contract law.