

中國 契約法 制度의 發展

中國南開大學教授 程開源

중국 대륙은 상당히 오랜 시간 계획 경제를 실현하여, 중국 대륙의 계약 법률 제도를 장기간 있으나 마나 하고 지극히 불완전한 상태에 처하도록 하였다. 1979년 중국 대륙에서는 경제 건설을 중심으로 개혁 개방을 견지하고 법제 건설을 중시하여, 계약 법률 제도에 큰발전이 있도록 하였다. 1981년 국가의 입법 기관은 《중화인민공화국 경제계약법》을 통과시켰는데, 이는 중국 대륙 계약 법률 제도에 있어 이정표가 되고 그것은 중국의 법률 제도가 하나의 새로운 단계에 진입했음을 보여주고 있다. 1985년 대외무역의 수요에 적응하기 위해, 또한 《대외경제계약법》을 통과시켰다. 특별히 1986년 국가 입법 기관은 또 기본법 성질을 가지고 있는 《中華人民共和國民法通則》을 통과시켰다. 《민법총칙》은 비록 비교적 간단명료하지만 중국 입법 사상 중 대한 의의를 가지고 있는데, 특히 이 법에 채권 제도를 규정하여 계약법 체계를 완전하게 하는데 중요한 작용을 하였다. 1987년 과학 기술의 발전을 추진하기 위해 《기술계약법》을 통과시켰다. 이처럼 중국 계약 법률 제도는 《민법총칙》을 기본법으로 하고, 《경제계약법》·《대외경제계약법》·《기술계약법》을 병행하는 상태로 드러났다. 경제 체제 개혁이 철저해짐에 따라서, 시장경제의 건립과 발전에 따라서 계획 경제체제를 반영하는 《경제계약법》은 이미 경제 생활의 수요에 적응할 수 없게 되었다. 그래서 국가 입법기관은 또한 “《중화인민공화국경제계약법》을 수정하는 것에 관한 결정”을 하였다. 진일보하고 완전한 법률 제도를 위해 국가 입법기관은 또 1999년에 통일 계약법 즉 《중화인민공화국계약법》을 반포하여, 계약 법률 제도 중 대립 상황을 종결시켰다. 본문에서는 신 《계약법》에서 출발하여, 중국 계약 법률 제도의 근 20여 년 간 몇 개 주요한 방면에서의 발전을 논술하려고 한다.

I. 적용 범위에 관하여

중국 대륙은 오랜 기간 법률 허무주의의 영향을 받았고, 법률 이론 연구가 빈약하게 실제경험도 부족하다. 중국이 개혁 개방을 시작하자 법률 제도를 강화하는 시기에 진입했는데, 먼저 발생한 하나의 중요한 쟁론은 계약 법률 제도가 민법 범주에 속하는가 아니면 경제 범주에 속하는가 하는 것이다. 어떤 학자들은 소련 경제법 이론의 영향을 받았기 때문에, 계약은 민사 계약과 경제 계약으로 구분하여 나누는 것이 마땅하고, 민사 계약은 민법에 의해 조정되고 경제 계약은 경제법에 의해 적용된다고 여겼다. 이러한 이론의 영향 아래 중국 대륙 1981년의 《경제계약법》은 그 조정 범위를 비교적 좁게 잡았다.

1981년 《경제계약법》 제2조에 규정하기를 “경제 계약은 법인간에 일정한 경제적 목적을 실현하기 위해, 상호 권리 의무 관계를 명확하게 협의하는 것이다.”라고 하였다. 이 하나의 규정은 우리들에게 다음과 같은 것을 알려준다. 첫째, 계약은 경제 계약과 민사 계약으로 나뉘어진다. 둘째, 경제 계약은 법인 지간에 체결되는 계약을 가리킨다. 셋째, 《경제계약법》은 다만 법인간의 계약 관계에 적용되고 계약 관계를 조정할 뿐, 자연인 사이 및 자연인과 법인·기타 경제 조직 사이의 계약에 적용되는 것은 아니다. 《경제계약법》의 적용 범위가 좁은 것 외에, 그 두 가지 계약법의 적용 범위도 매우 좁다. 《대외경제계약법》은 다만 중국 기업과 기타 경제 조직의 대외 경제 계약만 적용되고, 중국 국민의 대외 경제 계약은 포함되지 않았다. 《기술계약법》도 다만 국내 기술 계약만 적용하고, 대외 기술 계약은 적용되지 않았다.

경제발전에 적응하기 위해 1993년 《경제계약법》에 대해 수정을 진행하였다. 수정을 통해 《경제계약법》의 적용 범위를 고쳤다. 개정된 후의 《경제계약법》에 규정하기를 “본법은 평등한 민사 주체인 법인·기타 경제 조직·개인 경영 상공업자·농촌 도급 경영자 상호간에 적용되는데, 일정한 경제 목적을 실현하기 위해 상호의 권리 의무 관계를 명확하게 하여 체결하는 계약이다.”라고 하였다. 이 규정으로부터 다음과 같은 것을 알 수 있다. 첫째, 경제 계약은 상품 경제 관계를 근거로 하는 법률 표현 형식으로서, 민법 조정의 일부분이지만 경제법 적용의 범위는 아니다. 둘째, 《경제계약법》의 적용 범위는 단지 법인사이를 포함하지 않을 뿐만 아니라, 법인과 개인 경영 상공업자가 맺는 계약도 포함하지 않는데, 이 역시 법인·경제 조직·개인 경영 상공

업자·농촌 도급 경영자 모두 경제 계약의 주체가 될 수 있음을 말하는 것이다.

시장경제의 건립·발전과 개혁 개방이 부단히 심화되고 확대됨에 따라서, 원래 3개의 계약법 적용 범위는 이미 경제발전의 수요에 적응하지 못하게 되었다. 그러므로 1999년 제정한 《계약법》은 적용 범위 문제에 있어서 두드러진 수정을 가하였다. 1999년의 《계약법》 제2조에 규정하기를 “본 법에서 일컫는 계약은 평등한 주체인 자연인·법인·기타 사회 조직간에 민사 권리 의무 관계를 설립·변경·정지하는 것에 대한 합의이다.” 혼인·입양·후견 등 유관한 신분 관계에 대한 합의에는, 기타 법률의 규정을 적용한다.”라고 하였다. 이 규정에서 다음과 같은 것을 알 수 있다. 중국 대륙 계약법 적용 범위의 비교적 큰 변화를 반영하였다. 이 규정에서 첫째, 계약법은 평등한 주체간의 민사 권리 의무 관계를 조정하는데 중점을 두고 있다. 정부의 경제적 관리 활동은 행정관리 관계에 속하는 것이지 평등한 주체간의 관계가 아니므로, 계약법의 규정을 적용하지 않는다. 둘째, 계약법은 다만 법인 사이의 계약 관계가 아니고, 자연인 사이 및 자연인과 법인간의 계약 관계에 적용된다. 셋째, 계약법은 ‘公民’이라는 용어를 사용하지 않고 ‘자연인’이라는 어휘를 사용하였는데, 이는 중국에서 외국인과 체결되는 계약 관계에도 계약법이 적용됨을 의미하고 있다. 넷째, 혼인·입양·후견 등 신분과 관계가 있는 합의가 계약법 적용 범위 밖으로 배척되었다.

II. 계약법의 기본 원칙에 관하여

계약법의 기본 원칙은 계약에 관한 입법이나 법의 집행 및 법률 해석에 있어서 총체적인 지도 사상과 근본 준칙을 의미한다. 1981년의 《경제계약법》은 당사자가 반드시 합법적인 원칙·사회 공공 이익을 해칠 수 없다는 원칙·호혜 평등 협상 일치 원칙과 등가 보상 원칙을 따를 것을 요구하였다. 1999년의 《계약법》은 비교적 전면적으로 계약법의 기본 원칙을 규정하였다. 이러한 원칙에는 평등 원칙·自願의 原則·공평 원칙·신의성실의 원칙·합법의 원칙 등이 있다. 여기에서 주로 自願의 원칙과 신의성실의 원칙을 소개하려고 한다.

1. 自願의 원칙

계약 자유 원칙은 계약법 중 매우 중요한 원칙으로서, 그것은 시장경제의 법률에 대한 기본적 요구를 반영하였다. 그러나 20세기 80년대에 중국이 여전히 실행한 것은 사회주의 계획 경제이다. 계획 경제와 구체제의 영향을 받았기 때문에, 1981년의 《경제계약법》은 근본적으로 계약 자유를 하나의 법률 원칙으로 간주하지 않았다. 상당히 오랜 시간 사람들은 감히 계약 자유를 말할 수 없었고, 계약 자유 원칙은 자산 계급의 계약 원칙으로 여겨져 비판·부정되었다.

1999년의 《계약법》은 계약 자유 원칙에 대하여 충분히 긍정하였다. 이 법 제4조에 규정하기를 “당사자가 법에 의거해 스스로 원해서 계약을 체결할 권리를 향유함에 있어서, 어떠한 단위와 개인도 법에 어긋나는 관여를 할 수 없다.”고 하였다. 이 하나의 원칙에 근거하여 당사자가 계약을 체결할 것인지, 누구와 계약을 맺을 것인지, 계약의 내용·계약 책임·계약 분규의 해결의 방식 등에 있어서 모두 당사자가 자원하여 협상 결정한다. 이는 당사자의 자유의지를 구현한 것이다. 이와 동시에 계약법 가운데 강제성 법률 규범이 대폭 감소되고, 임의성 법률 규범이 매우 많이 증가되었다.

여기에서 법률은 당사자에게 자유를 부여한 동시에, 당사자가 반드시 ‘법에 의거하여’ 계약을 체결할 것을 강조하였다. 법에 의해 계약을 체결한다는 것은 내용에 있어 응당 법률·행정 법규를 따를 것을 포괄하고, 절차상 마땅히 법률·행정 법규를 따라야 함을 포괄하고 있다. 법률·행정 법규는 반드시 비준·등기 절차를 따를 것을 요구하는데, 반드시 비준·등기 절차를 밟아야지만 비로소 유효하다.

이밖에 1999년의 《계약법》은 비록 실제적으로 계약 자유 원칙을 인정하였지만, 법률 용어상으로는 ‘계약 자유’라는 어휘를 사용하지 않았다.

2. 신의성실의 원칙

신의성실의 원칙은 대륙법계에서 특히 채권법에서 최고의 지도적 원칙으로 일컬어진다. 중국의 1981년 《경제계약법》과 1985년 《대외경제법》에는 이 원칙에 대하여 모두 규정한 것이 없다. 1987년 《기술계약법》에는 이 원칙에 대하여 규정한 것이 있다.

1999년 《계약법》은 신의성실의 원칙에 대하여 원칙적인 규정을 했을 뿐만 아니

라, 계약의 체결·계약의 이행·계약의 정지에 대해 구체적으로 규정하였다.

계약의 체결에 있어서, 신의성실의 원칙을 위배하면 옹당 계약 체결 과실상의 책임을 져야 한다고 규정하였다. 《계약법》 제42조에 “계약 체결 과정에서 일방이 계약 체결을 빌어 악의로 협의를 하거나, 고의로 계약 체결과 관련한 중요한 사실을 숨기거나 허위 상황을 제공하는 등 성실 신용 원칙을 위배하는 행위로 상대방에게 손실을 입힌 경우 마땅히 손해 배상 책임을 져야 한다.”고 규정하였다. 제43조에는 다음과 같이 규정하였다. 계약 체결 과정에서 일방이 이 상업의 비밀을 누설하거나 부당당하게 사용한 경우에도, 손해 배상 책임을 지는 것이 마땅하다.

계약 이행의 과정에서, 마땅히 신의성실의 원칙에 의거하여 부수적 의무를 이행해야 한다고 규정하였다. 《계약법》 제60조 제2항에 규정하기를 “당사자는 마땅히 신의성실의 원칙에 따라서, 계약의 성질·목적과 거래 습관에 근거하여 통지·협조·비밀 보호 등의 의무를 이행해야 한다.

계약 정지 시에 옹당 성실 신용 원칙에 따라서 후 계약 의무를 이행해야 한다고 규정하였다. 《계약법》 제9조에 규정하기를 “계약 권리 의무가 정지된 후, 당사자는 성실 신용 원칙을 따르고, 거래 습관에 근거하여 통지·협조·비밀 보호의 의무를 이행함이 마땅하다.”라고 하였다.

Ⅲ. 계약의 효력에 관하여

계약의 효력은 당사자에 대한 구속의 정도와 밀접한 관계가 있다. 계약이 일단 무효가 되면 당사자가 예상하는 목적이 실현되지 못할 수 있다. 1981년 《경제계약법》은 계약의 효력을 매우 중시하였는데, 제7조에서 다음과 같은 계약은 모두 무효라고 규정하였다. 첫째, 법률과 국가 정책·계획을 위반한 계약. 둘째, 사기나 강박 등의 수단을 사용하여 체결한 계약. 셋째, 무권대리나 자기대리 또는 쌍방대리에 의하여 체결된 계약. 넷째, 국가의 이익이나 사회 공공 이익을 위반한 계약이다. 동시에 또한 국가 행정기관으로서 - 공공 행정관리 기관에 계약 효력을 확인할 권리가 있음을 규정하였다. 이러한 규정은 실제 경제생활에서 대량의 경제 계약을 무효로 인정되게 하였고, 심지어 서면 형식을 채용하지 않고 조인한 계약도 무효로 인정되게 하였

다. 또 대량의 계약 당사자가 기대하는 목적이 실현될 수 없도록 하고, 전체 사회경제 생활에서 많은 불안정한 요소들이 출현하도록 하였다.

1993년 개정 후의 《경제계약법》은 계약 효력 문제에 있어서 두 가지 방면에서 중대한 개정을 하였다. 첫 번째 내용은 경제 계약이 반드시 국가의 정책에 부합되고, 반드시 국가의 계획에 부합되어야 한다는 규정을 삭제하였다. 이 하나의 수정은 그것이 국가 정책이 부단하게 법률화를 향해 달려가고 국가의 지령성 계획이 부단하게 축소되는 것과 서로 부응되도록 하였다. 이밖에 공공 행정관리 기관의 계약 무효에 대한 확인권을 폐지하고, 다만 인민법원이나 중재 기관에만 확인권이 있다고 규정하였다. 그러나 이 하나의 개정만으로는 결코 비교적 좋은 계약의 안정성 문제를 해결할 대책이 될 수 없다.

1999년 《계약법》은 다만 국가의 이익과 사회의 공공 이익에 직접 손해가 되는 계약을 무효한 계약으로 한정하고, 그 구속력을 인정하지 않았다. 그러나 기강·강박의 수단이나 타인의 위급한 상황을 틈타 침해함으로써, 상대방으로 하여금 진실한 의지를 위배하게 한 상황에서 체결된 계약을 취소할 수 있는 계약으로 한정하였다. 이러한 부류의 계약이 유효한지 무효인지는 계약 당사자 스스로에 의해 결정된다.

이밖에, 1999년 《계약법》은 효력이 결정되기를 요하는 계약에 대해 구체적으로 규정하였다. 효력이 결정되기를 요하는 계약이란 계약 자체를 비록 하자가 있으나, 결코 극복할 수 없는 것이 아니며 권리자가 인가하기만 하면 계약에 효력이 생기는 것을 가리킨다. 효력이 결정되기를 요하는 계약에 대해 다른 하나의 방면에서 대폭 무효의 범위를 축소할 것을 규정하였다. 1999년 《계약법》에서는 아래의 몇 가지 계약을 효력이 정해질 것을 필요로 하는 계약으로 규정하였다.

1. 민사상 행위능력이 제한된 사람이 체결한 계약은 법정대리인의 추인을 받으면 유효하게 된다.

2. 권리가 없는 대리인이 본인의 명의로 체결한 계약은 본인의 추인을 받으면, 그 계약은 본인에 대해 법률적 효력이 발생한다.

3. 처분권이 없는 자가 타인의 재산을 처분하는 내용의 계약을 체결한 경우, 권리자의 추인을 받으면, 그 계약은 유효하게 되고 권리자가 추인 하지 않으면 무효가 된다.

1999년의 《계약법》은 또한 과거의 계약 성립과 계약 효력을 합쳐서 하나로 이야기하는 현상을 바꾸고, 양자를 명확하게 규정하였다.

IV. 계약 이행에 관하여

전면적인 계약 의무 이행은 계약 당사자가 합리적인 기대를 실현할 것을 전제로 한다. 중국 대륙의 각 시기 계약법은 모두 계약의 이행에 대해 규정하였다.

1981년 《경제계약법》 제6조에는 “당사자는 반드시 전면적으로 계약에 규정한 의무를 이행해야 한다.”라고 규정하였다.

이 법은 계약 이행에 대해 원칙성의 규정을 했을 뿐만 아니라, 제14조·제15조에서도 담보 책임 이행의 형식을 규정하였는데, 즉 계약금·보증의 방식으로 채무자에게 계약 의무를 이행할 것을 독촉하는 것이다.

1986년 《민법총칙》은 채무 혹은 계약의 이행에 대해, 또한 진일보한 규정을 하였다. 이러한 규정은 개괄하면 주로 이하 두 방면으로 포괄된다. 첫째, 계약에서 질적인 내용·기한·지점 혹은 대금과 유관한 약정이 불명확한 경우, 어떻게 계약 의무를 이행하는가 하는 문제이다. 둘째, 담보 채무의 이행 방식으로서, 즉 보증·저당·계약금·유치 등 4가지 형식이다.

그러나 경제가 발전함에 따라서, 계약을 이행하는 중의 문제도 점점 드러나게 되었다. 주로 다음과 같이 표현된다. 첫째, 채무자가 계약 의무를 이행하지 않는 비용이 점점 증가된다. 둘째, 채무자가 지불하지 않는 상품 대금의 액수가 점점 높아진다. 셋째, 채무자가 장기간 지불하지 않는 상품 대금도 점점 많아진다. 넷째, 채무자가 계약을 무시하고 법률을 무시하는 담력이 점점 커진다. 다섯째, 채권자가 채권을 실현할 수가 없어서, 경영할 수 없거나 심지어 곤경에 빠지게 하는 경우도 점점 증가한다. 이러한 원인에 비추어 볼 때, 현재 있는 계약 제도 중 계약 이행에 관한 관련 제도로는 일찍이 이미 현실 생활 중의 수요에 만족할 수 없으니, 반드시 건전한 계약 이행과 유관한 제도가 필요하다. 바로 이처럼 1999년 《계약법》에는 과거에 없던 不安抗辯權·대리권과 철회권 제도를 증가시켰는데, 이로써 채권자권리에 대한 보호 역량을 증대시켰다.

1. 불안의 항변권

《계약법》 제68조에 다음과 같이 규정하였다. “선이행의무있는 채무자가 상대방에

게 다음과 같은 사유가 있음을 증명한 때에는 자신의 채무이행을 정지할 수 있다. 1. 경영상황이 현저하게 악화된 경우, 2. 채무를 면할 목적으로 재산이나 자금을 이전하거나 은닉한 경우, 3. 거래상의 신용을 상실하거나 상실할 우려가 있는 기타 사유가 있는 때, 4. 채무이행능력을 상실하거나 상실할 우려가 있는 때. 확실한 증거없이 이행을 중지한 당사자는 채무불이행책임을 부담하여야 한다.”

제69조는 “이행을 중지한 후 상대방이 상당한 담보를 제공한 후에는 계약의 이행을 회복할 수 있다.”고 규정하고 있다.

2. 채권자대위권

《계약법》 제73조에 다음과 같이 규정하였다. “채무자가 기한이 도래한 자신의 채권에 관한 권리행사를 게을리하여 채권자에게 손해를 입힌 경우, 채권자는 인민 법원에 자신의 명의로 채무자의 채권을 대위할 것을 청구할 수 있다.”

3. 채권자취소권

《계약법》 제73조에 다음과 같이 규정하였다. “채무자가 기한이 도래한 자신의 채권을 포기하거나 무상으로 재산을 양도하여 채권자에게 손해를 끼친 경우, 채권자는 인민 법원에 채무자의 행위를 취소할 것을 청구할 수 있다. 채무자가 분명히 불합리한 헐값으로 재산을 양도하여 채권자에게 손해를 입혔고 양도받은 사람이 이 상황을 알고 있는 경우, 채무자는 인민 법원에 채무자 행위의 취소를 청구할 수 있다.”

《계약법》에 또한 다음과 같이 규정하였다. “계약이 효력을 발생한 후 당사자는 성명·명칭을 변경하거나 법정 대표자·책임자·도급받은 사람의 변동으로 인하여 의무를 이행하지 않을 수 없다. 당사자가 계약을 체결한 후에 합병되었다면 합병 후의 조직에 의해 계약 의무가 이행된다. 당사자가 계약을 체결한 후 분리되었다면, 분리된 조직이 계약 의무에 대해 연대 책임을 진다.”

이상에서 신 《계약법》에 계약 이행 방면에서 두드러지는 발전이 있었음을 알 수 있다.

V. 채무불이행책임에 관하여

채무불이행책임 제도는 채무자의 채무이행을 보증하여, 채권자의 권리를 실현하게 하는 중요한 조치이다. 1981년 《경제계약법》 제32조에 규정하기를 “당사자 일방의 과실로 인하여 경제 계약을 이행할 수 없거나 완전하게 이행할 수 없는 경우, 과실이 있는 일방이 위약 책임을 진다. 만약 쌍방의 과실에 속한다면 실제 상황에 근거하여, 쌍방이 나누어 각자가 마땅히 져야 할 위약 책임을 진다.”라고 하였다. 제35조에는 다음과 같이 규정하였다. “당사자 일방이 경제 계약을 위반했을 때, 응당 상대방에게 위약금을 지불해야 한다. 만약 위약으로 상대방에게 입힌 손해가 위약금을 초과한다면, 마땅히 배상하여 위약금으로 부족한 부분을 배상해야 한다. 상대방이 계약을 계속 이행하기를 요구하면, 계속 이행함이 마땅하다.”

1981년 《경제계약법》의 채무불이행 책임에 관한 규정에서 이항의 몇 가지 문제를 간파할 수 있다. 첫째, 채무불이행 책임에서 과실책임의 원칙을 채용하였다. 둘째, 채무불이행책임의 형식에는 주로 계속 이행·위약금 지불, 배상금 지불이 있다. 셋째, 채무불이행책임을 부담하는 것은 주로 보상을 위함이지 징벌은 아니다.

《경제계약법》의 과실은 채무불이행 책임을 부담하게되는 조건이라는 규정을 바꾸었고, 과실책임 원칙을 부정하고 무과실책임원칙에 의거하여 채무불이행책임을 추궁하였다.

당사자가 계약 의무를 이행하고 채무불이행으로 인해 상대방에게 입힌 손해를 보상하며, 시장 교역 질서를 유지하도록 하기 위해서, 1999년 《계약법》은 위약 책임 제도를 더욱 완전하도록 하였다.

1. 예상되는 채무불이행제도를 증가시켰다. 《계약법》 제108조에 다음과 같이 규정하였다. “당사자 일방이 계약 의무 불이행을 명확하게 표시하거나 자신의 행위로 표명하면, 상대방은 이행기가 도래하기 전에 채무불이행으로 인한 책임을 부담하도록 청구할 수 있다.

2. 채무불이행으로 인한 손해배상에 대하여 직접적인 손해도 포함되고, 간접적인 손해도 포함되며, 계약 이행 후 얻을 수 있는 이익에 대한 배상이다.

3. 법정 위약금의 규정이 없다. 위약금의 설정, 위약금 액수·비율 모두는 당사자에 의해 약정되고, 위약금에 대한 약정이 지나치게 높거나 지나치게 낮은 경우 모두

인민 법원에 적당하게 감소시키거나 증가시키기를 청구할 수 있다고 규정하였다.

4. 귀책 원칙에 대하여, 무과실책임원칙을 위주로 하고 과실책임의 원칙을 보조적 형식으로 채용하였다. 이는 바로 신 《계약법》이 전체 방면에서 실행하는 것은 무과실책임 원칙이지만, 개별적인 계약에 대하여 법률에 명확한 규정이 있는 상황에서 과실 원칙을 실행하기도 함을 말하는 것이다. 예를 들어 무상 임차·무상 위탁으로 인한 손해배상에는 모두 과실책임의 원칙이 적용된다.

5. 위약금과 계약금의 관계를 조절하였다. 《계약법》 제116조에는 다음과 같이 규정하였다.“당사자가 위약금을 약정하기도 하고 계약금을 약정한 경우, 일방이 위약하면 상대방은 위약금이나 계약금의 조항을 선택 적용할 수 있다.”

6. 채무불이행책임과 불법행위 책임의 경합 문제에 대해 규정하였다. 《계약법》에 명확하게 규정하기를 “피해자는 이에 대해 계약법에 의거하여 채무불이행 책임을 부담할 것을 청구하거나 또는 기타 법률에 따라 불법행위 책임을 부담할 것을 청구할 수 있다.