

中國의 賣買法

李相旭*

I. 중국 매매법의 구성과 특징

1. 중국 매매법의 구성

중국의 매매법은 신 계약법(中華人民共和國 合同法, 1999년 10월 1일 시행)¹⁾ 제9장 제130조부터 제174조까지의 내용으로 구성되어 있다. 조문 순서에 따라 표제부²⁾ 내용을 살펴보면 다음과 같다.

제130조(의의), 제131조(매매계약의 내용), 제132조(목적물), 제133조(소유권이전), 제134조(소유권유보), 제135조(매도인의 의무), 제136조(관련서류 교부의무), 제137조(지적재산권의 유보), 제138조(이행기), 제139조(이행기를 정하지 아니한 경우), 제140조(간이인도), 제141조(이행장소), 제142조(위험부담), 제143조(매수인귀책사유로 인한 위험부담), 제144조(운송중의 위험부담), 제145조(송부매매의 위험부담), 제146조(매수인 수령거절시의 위험부담), 제147조(매도인의 자료이전 의무 위반과 위험부담), 제148조(계약의 해제와 위험부담), 제149조(위험부담과 위약책임), 제150조(권리의 하자에 대한 담보책임), 제151조(권리하자에 대한 매수인의 악의), 제152조(대금지급거절권), 제153조(품질기준에 따른 이행의무), 제154조(품질에 관한 보충협의), 제155조(품질보증의무 위반의 효과), 제156조(매도인의 포장의무), 제

* 嶺南大學校 法科大學 教授

1) 이 계약법의 전문 번역은 줄고, 중국 계약법, 영남법학, 제9권 제1호(2002), 89-167면 참조.

2) 조문 옆에 기재한 표제부 내용은 필자가 이해를 돕기 위하여 임의로 부여한 것이다.

157조(매수인의 목적물 검사의무), 제158조(매수인의 하자 통지의무), 제159조(대금지급의무), 제160조(대금지급장소), 제161조(대금지급시기), 제162조(목적물의 수량 초과), 제163조(과실의 귀속), 제164조(종물에 대한 해제의 효과), 제165조(수개의 물건 매매의 해제), 제166조(목적물 분할인도의 해제), 제167조(대금분할지급의 해제), 제168조(전본매매), 제169조(전본매매의 담보책임), 제170조(시험매매), 제171조(시험매매 매수인의 권리), 제172조(입찰), 제173조(경매), 제174조(유상계약에의 준용).

2. 중국 매매법의 특징

(1) 민·상법 규정의 혼재

중국은 전통적으로 민·상법합일주의를 따르고 있으며 매매의 경우에도 예외가 아니다. 따라서 계약법상의 매매계약 조항에는 우리나라에서는 상법에 규정되어 있는 내용이 다수 포함되어 있다. 이를테면 매수인의 하자검사의무(合同法 제157조)와 하자 통지의무(合同法 제158조)의 내용은 우리나라 상법 제69조의 내용에 상응하는 것이라고 볼 수 있다.

(2) 대륙법계 법제의 수용

淸 말기인 1911년(宣統 3년) 일본 법학자들이 중심이 되어 근대적 민법전이라고 할 수 있는 「大清民律草案」이 편찬되었는데 그 내용은 주로 독일법과 스위스법 및 일본법을 참고로 한 것이었다.³⁾ 그 후 1930년 국민당 정부가 역시 독일 스위스 일본 등의 법률과 학설 판례를 참조하여 중국 사상 처음으로 「中華民國 民法典」을 제정하였지만,⁴⁾ 1949년 중화인민공화국이 건국되면서 이 법은 폐지되고 소련민법을 계수하여 시행하게 된다. 이렇게 볼 때 중국의 법제는 대체적으로 대륙법계에 속한다고 볼 수 있다.

신 계약법 역시 기본적인 체제와 내용이 독일법과 프랑스, 스위스, 이탈리아 등 유럽 대륙법계의 법을 대거 수용하고 있다. 매매에 관한 법도 그 체제와 내용이 기본적

3) 潘維和, 中國歷次民律草案校釋, 漢林出版社, 23면 이하.

4) 이 법은 현재까지 臺灣에서 시행되고 있는 민법이다. 潘維和, 위의 책, 28-42면 참조.

으로 대륙법계에 속한 것이라고 할 수 있다.

(3) 유엔통일매매법 등 최근의 입법 동향 반영

매도인의 관련서류교부의무를 규정하고 있는 合同法 제136조는 유엔통일매매법 제30조와 제34조의 내용과 유사하며, 목적물의 인도시기가 약정된 경우에 매도인은 그 기간 내에 언제든지 임의로 기일을 선택하여 인도할 수 있다는 내용(合同法 제139조)은 유엔통일매매법 제33조의 내용을 참고한 것이다. 또한 이행장소에 관한 合同法 제141조는 유엔통일매매법 제31조의 내용을 따르고 있으며, 목적물의 포장방식에 관하여 규정한 合同法 제156조는 유엔통일매매법 제35조의 내용을 반영한 것이다.

특히 위험부담과 관련하여서는 유엔통일매매법의 내용을 대거 수용하고 있다. 운송 중의 목적물을 매도하는 경우의 멸실·훼손에 대한 위험은 원칙적으로 매수인이 부담한다는 合同法 제144조와 송부매매에서의 매수인의 위험부담에 관한 合同法 제145조, 매수인이 기간 내에 목적물을 수령하지 않은 경우에는 매수인에게 위험이 이전하게 된다는 合同法 제146조의 규정 및 위험을 부담하는 매수인에게도 계약을 위반한 매도인에 대한 손해배상청구권을 인정하고 있는 合同法 제149조의 내용은 유엔통일매매법 제67부터 제70조까지의 내용을 따른 것이다.

그밖에도 매도인이 약정된 수량을 초과하여 인도한 때에는 매수인에게 수령거절권을 인정하고 있는 合同法 제162조는 유엔통일매매법 제52조의 내용과 일치하며, 매매계약의 목적물을 분할하여 인도하는 경우의 해제권에 관하여 규정한 合同法 제166조는 유엔통일매매법 제73조의 내용을 참고한 것이다.

(4) 규정의 상세화

계약법이 재판규범이라는 점을 의식한 탓인지 매매법의 내용은 여러 가지의 구체적 인 상황을 고려하여 총 44개의 조항으로 구성되어 비교적 자세한 규정을 두고 있다.⁵⁾ 이를테면 合同法 제131조는 매매계약의 내용에는 포장방법과 목적물의 검사기준이나 방법 및 대금결제 방식과 계약체결시에 사용하는 문자와 그 효력 등에 관한 내용도 포함된다고 규정하고 있으며, 매매의 목적물은 약정된 포장방식에 따라 인도하여야 한다고 하여 매도인의 포장의무에 대한 규정도 두고 있다(合同法 제156조).

5) 張新寶/龔賽紅, 買賣合同 贈與合同, 法律出版社(1999), 20면.

이행장소에 대해서도 운송을 요하는 경우와 요하지 않는 경우로 나누어 규정하고 있으며(合同法 제141조), 권리하자에 대한 담보책임의 경우에 대해서도 매수인이 악의인 경우와 목적물에 대하여 제3자가 권리를 주장할 가능성을 매수인이 입증한 경우 등으로 나누어 매수인의 대금지급거절권을 인정하고 있다(合同法 제151조, 제152조).

(5) 매매대금의 확보 방안 강구

매매계약의 의의를 규명한 조항(合同法 제130조)에서 매도인의 목적물 소유권 이전 의무와 매수인의 대금지급의무를 명백하게 밝히고 있지만, 合同法 제159조는 다시 매수인은 약정된 금액의 대금을 지급하여야 한다는 내용을 강조하고 있다. 특히 동 조항은 대금지급에 대한 약정이 불명확한 경우에는 당사자간의 보충협의를 인정하고 있는 合同法 제61조(계약이 효력을 발생한 후 품질이나 가격, 보수, 이행장소 등의 내용에 관한 당사자간의 약정이 없거나 또는 약정이 불명확한 경우에는 당사자는 보충협의를 할 수 있다. 보충협의를 불가능한 경우에는 계약의 관련조항이나 거래관습에 따라 확정할 수 있다) 및 동법 제62조 제2항(대금 또는 보수가 불명확한 경우에는 계약체결 시 이행지의 시장가격에 의하여 지급한다. 법에 의하여 국가가 가격을 정하거나 또는 정부가 가격지도를 하는 때에는 그 규정에 따라서 이행하여야 한다)을 적용하여 대금을 확정할 수 있도록 규정하고 있다.

특히 대금의 분할 지급을 약정한 경우에 매수인의 미지급 대금이 총매매대금의 5분의 1에 달할 때에는 매도인에게 대금전액청구권 또는 계약해제권을 인정하고 있으며, 매도인이 계약을 해제한 때에는 매수인에게 목적물 사용료지급의무를 규정하고 있다(合同法 제167조). 이 규정은 당사자 쌍방의 형평성을 고려한 내용으로서 강행규정으로 해석한다.⁶⁾

(6) 적용범위의 확대

앞에서 지적하였듯이 중국의 신 계약법은 민·상합일주의 원칙에 따라 제정된 것이므로 기본적으로 민사상의 매매계약은 물론이고 상사매매계약에도 당연히 본 계약법이 적용될 것이다. 그리고 다른 법률에 계약에 관한 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 중국 내에서의 모든 계약(다만 혼인, 입양 친권 등 신분에 관한 합의는 제외됨. 합

6) 李國光編, 合同法解釋与活用(上冊), 新華出版社(1999), 760면.

同法 제2조 제2항)에는 신 계약법이 적용되는데(合同法 제123조), 매매에 관한 다른 특별법이 존재하지 않는 듯 하므로 중국 내에서는 매매계약 당사자가 누구이든 모든 매매계약에는 본 법이 적용될 것이다.

국제간의 거래에 대해서는 당사자가 계약분쟁에 적용되는 법률을 선택할 수 있도록 하고 있지만(合同法 제126조 제1항), 중국 내에서 中外合資經營企業(Chinese-foreign equity joint ventures)이나 中外合作經營企業(Chinese-foreign contractual joint ventures)이 다른 기업이나 회사 또는 경제조직과 체결한 계약에 대해서는 중국의 법률을 적용한다고 하여(동법 동조 제2항) 결국 신 계약법의 적용을 받게 된다.

다만 신 계약법은 기술계약을 별도로 규정하고 있으므로(제18장) 기술의 이전에 관해서는 본 매매법이 적용되지 않는다. 그 밖에 매매법이 적용되지 않는 목적물에 대해서는 항을 바꾸어 살펴보기로 한다.

II. 매매계약의 성립

1. 매매계약의 의의

매매의 의의를 「매매계약이란 매도인이 목적물의 소유권을 매수인에게 이전하고 매수인은 그 대금을 지급하는 계약이다(合同法 제130조)」라고 규정하여 우리 나라와 달리 재산권이 아닌 「목적물」의 소유권이전을 매매계약의 요건으로 인정하고 있는 점은 우리 나라 법제와의 차이점으로 지적될 수 있다.

특히 매매법상 매매의 목적물은 유체물에 한하는 것인지 해석상 논란의 여지가 있으며, 이에 대하여는 항을 바꾸어 자세하게 살펴보기로 한다.

2. 매매계약의 법적 성질

중국에서도 매매계약은 유상·쌍무·낙성·불요식계약으로 해석하고 있다.⁷⁾ 다만

7) 胡康生, 앞의 책, 199-200면 ; 張新寶/龔賽紅, 앞의 책, 9-10면 ; 陳小君, 앞의 책, 276-277면 ; 董開軍 主編, 앞의 책, 213면 ; 何志, 앞의 책, 3-4면.

부동산매매계약과 차량매매계약 등에서는 법률의 규정에 따라 예외적으로 서면형식을 요하고 있다(合同法 제10조 제2항).

3. 매매의 목적물

앞에서 지적하였듯이 중국에서는 合同法 제130조의 규정을 근거로 매매의 목적물은 유체물 즉 實物賣買에 한정되고 권리매매는 포함되지 않는다는 해석론이 통설적 입장인 듯하다.⁸⁾

권리매매에 대해서는 신 계약법 제18장 기술계약에 관한 규정과 증권법의 적용을 받게 된다는 것이다.

반면에 외국의 입법예를 참조하여 이론상으로는 실무상 매매는 실물매매에 한하지 않고 권리매매도 포함되어야 한다는 소수견해도 유력하게 제기되고 있다.⁹⁾

또한 「지적재산권적인 성질을 구비한 컴퓨터 소프트웨어 등의 목적물을 매도할 경우에는 법률에 특별한 규정이 있거나 또는 당사자간에 특별한 약정이 있는 경우를 제외하고는 그 목적물의 지적재산권은 매수인에게 귀속되지 않는다(合同法 제137조)」고 하여 무체재산권인 지적재산권에 대한 특성을 고려하여 매매의 목적물에서 배제하고 있다.

그리고 중국에서 토지의 매매는 법률상 금지되어 있으므로 토지소유권 이전문제는 법률상 존재하지 않으며, 토지사용권만이 양도될 수 있다.

그리고 건물의 매매에 대해서는 1983년 12월에 공포된 「도시사유건물관리조례(城市私有房屋管理條例)」 제6조(건물소유권의 이전 또는 건물의 현상을 변경할 때에는 건물 소재지 건물관리기관에 소유권 이전 또는 건물현상의 변경에 관한 등기를 경료하여야 한다)에 따라 소유권이전등기를 하여야 한다.¹⁰⁾

8) 李國光 主編, 앞의 책(上冊), 619면; 董開軍 主編, 앞의 책, 212면; 張新寶/龔賽紅, 앞의 책, 8면; 陳小君 主編, 앞의 책, 273면; 吳合振, 앞의 책, 274면; 施天濤 主編, 앞의 책, 214면; 郭明瑞/房紹坤, 앞의 책, 418면; 馬俊駒/余延滿, 民法原論(下), 法律出版社(1998), 682면.

9) 何志, 앞의 책, 5면; 謝懷斌 外, 合同法原理, 法律出版社(2000), 318면.

10) 吳合振, 앞의 책, 279면.

4. 타인의 권리 매매

「매매의 목적물은 매도인의 소유에 속하고, 매도인이 처분할 수 있는 권리를 갖는 것이어야 한다(合同法 제132조 제1항)」는 규정에 의하여 매매의 목적물이 타인의 소유물인 경우에 그 매매계약의 효력에 대해서 다양한 해석론이 제기되고 있다.

대체적으로 위 규정에 따라 매도인에게 목적물의 소유권이나 처분권이 존재하지 않는 경우에는 매매계약이 무효가 된다는 무효설이 지배적인 해석론인 듯하다.¹¹⁾

그러나 이에 반하여 效力待期論을 주장하는 견해에 의하면, 合同法 제132조를 반대 해석하여 매도인이 타인의 소유물을 매도한 때에는 매매계약의 효력이 발생하지 않고, 合同法 제51조에 의한 선의취득 규정을 적용하게 되므로 권리자의 추인을 얻게 되면 그 때부터 매매계약은 효력이 인정된다고 해석한다.¹²⁾

또한 일부 유력한 견해는, 「계약성립시에 매도인에게 목적물에 대한 처분권이 없는 경우에도 매매계약의 효력에는 영향을 미치지 않는다. 매도인이 목적물에 대한 소유권이나 처분권을 취득하지 못한 경우에는 위약책임을 부담하게 되며, 매수인은 계약을 해제하고 손해배상을 청구할 수 있다」는 내용의 최고인민법원의 「《關於審理買賣合同案件若干問題的解釋》(第二稿)」 제1조 규정에 의하여 타인 소유물의 매매계약도 유효하다고 주장하거나,¹³⁾ 合同法 제51조의 해석론을 근거로 하여 유효설을 주장하고 있다.¹⁴⁾

Ⅲ. 매도인과 매수인의 권리 · 의무

1. 매도인의 권리 · 의무

(1) 소유권이전의무

11) 胡康生, 앞의 책, 206면 ; 施天濤 主編, 앞의 책, 218면 ; 全國人大法工委 研究室 編, 221면 ; 董開軍 主編, 앞의 책, 217면.

12) 梁慧星, 如何理解《合同法》第51條, 民商法論叢, 제15권(2000.7), 法律出版社, 219-224면.

13) 李國光 主編, 經濟審判指導與參考 第3卷, 法律出版社(2000), 430면.

14) 何志, 앞의 책, 22면 ; 彭萬林 主編, 앞의 책, 649면.

우리 나라의 경우, 매도인에게는 「재산권이전 의무」가 요구되지만(민법 제568조), 중국 매매법상 매도인은 목적물의 「소유권」을 이전할 의무가 있다(合同法 제135조).

중국의 경우, 매매계약에 의한 목적물의 소유권은 법률에 특별한 규정이나 당사자간의 특약이 없는 한, 인도시에 이전된다(合同法 제133조). 특별한 법률규정으로서 「城市私有房屋管理條例」와 건물 기타 토지의 정착물의 매매에 관한 最高人民法院의 「關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見」 및 항공기 차량 등 특수한 동산의 매매에 관한 법률을 들 수 있다. 이러한 물건은 등기를 하여야 소유권이 이전된다.¹⁵⁾

그리고 인도의 개념으로 간이인도에 대한 명문규정은 두고 있지만(合同法 제140조), 이론적으로 점유개정(占有改定)과 목적물반환청구권의 양도(指示交付)에 의한 인도도 인정되고 있다.¹⁶⁾

또한 과실의 귀속에 관하여는 우리 민법 제587조와 동일하게 「목적물을 인도하기 전에 발생한 과실은 매도인의 소유에 귀속되지만, 인도한 후에 발생한 과실은 매수인의 소유에 속한다(合同法 제163조)」는 규정을 두고 있다. 이 경우 과실이란 천연과실과 법정과실을 포함하는 개념이다.¹⁷⁾

(2) 관련 자료 및 서류 인도의무

매도인에게는 목적물과 관련된 각종 자료 및 서류(위생허가증·질량보증서·제품검역서·영수증·가옥소유권증 등)를 인도할 의무가 있다(合同法 제135조, 제136조).

(3) 목적물 포장의무

매도인에게는 약정된 포장방식이나 통상적인 포장방식 또는 목적물을 충분히 보호할 수 있는 방식으로 목적물을 포장하여 인도할 의무가 있다(合同法 제156조).

(4) 부수의무

合同法 제60조 제2항(당사자는 신의성실의 원칙을 준수하고, 계약의 성질, 목적 및

15) 李國光, 앞의 책(上冊), 632-633면.

16) 張新寶/龔賽紅, 앞의 책, 46-47면.

17) 李國光, 앞의 책(上冊), 745-746면.

거래의 관행에 따라 통지, 협력, 비밀보호 등의 의무를 이행하여야 한다)에 의하여 매도인의 부수의무로서 매도인은 신의칙에 따라 계약목적의 달성하여야 하며, 계약의 성질·목적·거래관행에 따른 통지·협조·비밀보호 등의 의무가 인정된다.¹⁸⁾

(5) 매매비용부담

우리 나라 민법은 매매계약의 비용부담에 관하여 균분부담을 원칙으로 하고 있으나(제566조), 중국 매매법에는 이에 대한 명문 규정이 없다.

이에 대하여 계약이행비용의 부담이 명확하지 않을 때에는 채무자가 부담한다는 규정(合同法 제62조 제6항)을 참조하여 매매비용에 관한 명확한 약정이 없을 때에는 매도인이 부담하여야 한다는 견해가 있다.¹⁹⁾

2. 매수인의 권리·의무

(1) 대금지급의무

매수인의 대금지급의무는 우리 나라와 동일하게 중국의 경우에도 당연히 인정되고 있는 내용이지만, 중국에서는 매수인은 약정된 대금을 매도인에게 지급하여야 한다(合同法 제159조)는 매수인의 대금지급의무에 관한 명문 규정을 별도로 두고 있다. 또한 매매대금에 관한 약정이 없거나 불명확한 경우에는 보충협약이나(合同法 제61조), 계약 체결시의 시장가격에 의하여 결정된다(合同法 제62조 제2항).

(2) 목적물 수령의무

중국에서도 명문으로 매수인의 목적물 수령의무를 규정하고 있는 것은 아니지만, 학설상 매도인이 이행의 제공을 하였으나 매수인이 수령을 거절한 경우에는 매수인에게 위험이 이전된다는 규정(合同法 제146조)을 근거로 매수인의 목적물수령의무를 적극적으로 인정하고 있다.²⁰⁾

18) 何志, 앞의 책, 73면.

19) 張新宝/龔賽紅, 앞의 책, 65면.

20) 何志, 앞의 책, 80면 ; 吳合振 主編, 앞의 책, 296-297면 ; 張新宝/龔賽紅, 앞의 책, 68면 ; 李國光 主編, 앞의 책(上冊), 685면.

(3) 하자검사와 통지의무

앞에서 지적하였듯이 우리 나라에서는 상법상 규정되고 있는 매수인의 목적물 검사 의무와 하자통지의무를 중국은 매매계약에서 매수인의 의무로 인정하고 있다(合同法 제157조, 제158조).

(4) 수령거절시의 목적물보관의무

우리과 달리 중국에서는 목적물의 품질이 기준에 적합하지 않음으로써 계약목적 달성을 수 없을 때에는 매수인에게 목적물 수령거절권이 인정된다. 이 때 매수인은 그 목적물을 선량한 관리자의 주의로 보관할 의무가 있으며, 보관비용은 매도인이 부담하게 된다.²¹⁾

(5) 부수의무

중국에서는 매수인에게도 부수의무로서 신의칙 및 거래관행에 따른 협조의무와 이행의무가 인정되며, 상업상의 비밀보호의무와 목적물에 관한 매도인의 지적재산권을 보호할 의무 등이 인정되고 있다.²²⁾

IV. 위험부담

우리 민법상의 규정과 달리 중국의 신 계약법은 매매계약에 관한 내용의 일부로서 위험부담의 법리를 비교적 자세하게 규정하고 있다.

1. 인도주의 원칙

위험의 이전시기는 목적물의 인도를 기준으로 하여 목적물이 인도되기 전에는 매도

21) 何志, 위의 책, 81면 ; 吳合振, 위의 책, 297면.

22) 張新寶/龔賽紅, 위의 책, 71면.

인이 부담하고, 인도 후에는 매수인에게 귀속된다고 하여(合同法 제142조) 독일 민법과 동일하게 원칙적으로 인도주의(交付主義)를 취하고 있다.²³⁾

2. 매수인의 위험부담

매수인에게 책임있는 사유로 매도인이 목적물을 인도하지 못한 경우(合同法 제143조)와 매수인의 수령지체나 수령거절로 인한 위험부담은 매수인이 약정을 위반한 날로부터 매수인에게 귀속된다(合同法 제146조). 그런데 合同法 제143조의 경우는 매수인의 과실로 목적물이 인도되지 않은 경우에 관한 것으로서 매수인의 과실을 요하지만,²⁴⁾ 合同法 제146조의 경우에는 매수인의 고의·과실 등 귀책사유는 요건이 아니며 오직 매수인이 수령을 지체하거나 거절했다는 사실만으로 매수인이 위험을 부담하게 된다.²⁵⁾

3. 매도인의 위험부담

매도인이 목적물은 인도했지만(주된 급부의무의 이행), 목적물에 관한 서류와 자료(예컨대 제품합격증이나 위생허가증, 質量保證書, 제품점역서, 영수증, 가옥소유권증 등이 관련 서류나 자료에 해당된다)²⁶⁾ 교부의무 등 종된 급부의무를 이행하지 않은 때에는 목적물의 멸실·훼손으로 인한 위험부담에 아무런 영향을 미치지 않는다(合同法 제147조).²⁷⁾

반면에 매도인에게 위험이 이전되는 경우로서, 목적물의 품질이 기준에 적합하지 않음으로써 계약의 목적을 달성할 수 없는 때에는 매수인에게 수령거절권 또는 해제권이 인정되며, 이 경우 목적물의 멸실·훼손으로 인한 위험은 매도인이 부담하게 된다(合同法 제148조).

그리고 매수인이 위험을 부담하게 되는 경우에도 매도인이 계약 내용에 적합한 이행을 하지 않은 때에는 매도인은 매수인에게 채무불이행책임(違約責任)을 부담한다(合

23) 何志, 合同法分則判解研究与活用, 人民法院出版社(2002), 87면.

24) 張新寶/樊賽紅 編, 앞의 책, 86면 ; 胡康生 主編, 앞의 책, 225면.

25) 李國光 主編, 앞의 책(上冊), 670면.

26) 董開軍 主編, 앞의 책, 234면.

27) 李國光 主編, 앞의 책(上冊), 687-688면.

同法 제149조).

위험부담은 당사자의 책임 없는 사유로 목적물이 멸실·훼손된 경우에 발생하는 손실분배에 관한 법리로서 위약책임과는 그 성질을 달리하므로 양자의 책임과 권리는 별개의 것으로서 서로 다르기 때문에 매수인이 위험을 부담하더라도 매도인의 채무불이행책임은 면할 수 없다는 것이다.²⁸⁾

4. 운송중의 위험부담

운송중의 물건을 매도하는 경우의 위험부담은 계약성립시부터 매수인이 부담하게 되며(合同法 제144조), 당사자가 인도장소를 정하지 않았지만 운송을 요하게 되어 매도인이 목적물을 제3자로 송부할 경우에는 매도인이 첫 번째 운송업자에게 목적물을 인도하면 위험은 매수인에게 이전된다(合同法 제145조).²⁹⁾

5. 임의규정성

당사자간의 특별한 합의가 있는 때에는 위험부담에 관한 계약법의 내용을 배제할 수 있다고 하여(合同法 제142조 단서) 우리 민법과 달리 위험부담에 관한 규정이 임의법규임을 분명히 밝히고 있다.

V. 매매에 특유한 해제

1. 담보책임에 의한 해제

목적물의 품질이 계약 내용에 적합하지 않음으로써 계약의 목적을 달성할 수 없는 때에는 담보책임의 내용으로서, 매수인에게 계약 해제권이 인정된다(合同法 제148조).

28) 董開軍 主編, 中華人民共和國 合同法釋義, 群衆出版社(1999), 237-238면.

29) 운송중의 위험부담에 관한 合同法 제144조와 제145조의 내용은 유엔통일매매법 제68조와 제67조의 내용을 수용한 것이다.

2. 주물의 하자로 인한 해제

종물에 대한 해제의 효과에 관한 것으로서, 주물이 계약 내용과 일치하지 않음으로써 계약이 해제된 경우에는 그 효력이 종물에까지 미치지만, 종물이 계약 내용과 일치하지 않아서 계약이 해제된 때에는 그 효력이 주물에 미치지 않는다(合同法 제164조).³⁰⁾ 사실 중국 법제상 주물과 종물을 구별하는 법규정은 존재하지 않으며, 학설상 거론되고 있는 개념이지만, 중국의 최고인민법원의 「중화인민공화국민법통칙의 집행에 관한 의견(關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見(施行)」 제87조에 「附屬物이 있는 재산은 재산이전과 더불어 그 부속물도 이전한다」는 규정을 두고 있는데, 이 부속물을 종물에 상당하는 것으로 해석하고 있다.³¹⁾

3. 목적물이 다수인 경우의 해제

다수의 목적물 중 일부가 계약 내용과 일치하지 않은 때에는 하자있는 물건에 대해서만 매수인에게 해제권이 인정되며, 목적물의 일부를 분리함으로써 가치가 훼손될 때에는 목적물 전부에 대한 해제권이 발생한다(合同法 제165조).³²⁾ 예컨대 쌀 80kg과 밀가루 80kg을 구입하는 매매계약이 체결된 경우에 인도된 밀가루의 양이 부족하다면 밀가루 구입계약은 해제할 수 있지만, 쌀 구입계약까지 해제할 수는 없다는 것이다.³³⁾

4. 목적물을 분할하여 인도할 경우의 해제

구체적인 경우를 다음 세가지로 나누어 규정하고 있다.³⁴⁾

(1) 부분적 해제에 관한 것으로서, 목적물 상호간에 의존관계가 존재하지 않기 때

30) 이 내용은 독일 민법 제470조에 따른 것이다. 全國人大常委會法制工作委員會 民法室 編, 《中華人民共和國合同法》與國內外有關合同規定條文對照, 法律出版社(1999), 125면.

31) 李國光, 앞의 책(上冊), 750-751면.

32) 이 규정은 독일 민법 제469조를 수용한 것이다. 全國人大常委會法制工作委員會 民法室 編, 《中華人民共和國合同法》與國內外有關合同規定條文對照, 125면.

33) 胡康生 主編, 앞의 책, 247면.

34) 胡康生 主編, 위의 책, 247-248면. 이 내용은 유엔통일매매법 제73조 제1항, 제2항, 제3항과 일치한다.

문에 인도된 목적물의 일부가 다른 목적물의 이행과 사용에 영향을 미치지 않을 경우에는 위약행위에 대해서만 일부의 계약 해제권이 인정된다(合同法 제166조 제1항).

(2) 사후의 목적물에 한정된 해제권에 관한 것으로서, 인도된 목적물의 일부가 계약 내용에 부합하지 않음으로써 계약목적물을 달성할 수 없을 때에는 그 이후의 목적물 인도 계약에 대한 해제권을 행사할 수 있다(동법 동조 제2항).

(3) 계약 전체에 대한 해제권이 인정되는 경우로서, 이미 인도된 목적물과 향후 인도될 목적물의 관계가 불가분의 상호의존관계에 있다면 이미 인도된 부분을 포함하여 계약 전체에 대한 해제권이 발생한다(동법 동조 제3항).³⁵⁾

(4) 분할지급매매에 있어서 매수인이 이행기가 도래했음에도 불구하고 지급하지 않고 있는 미지급 대금이 총매대금의 5분의 1에 달할 때에는 매도인에게 해제권을 인정하고 있다(동법 제167조).

VI. 매도인의 담보책임

중국의 매매법에서도 매도인의 담보책임으로서 물건의 하자에 대한 담보책임과 권리의 하자에 대한 담보책임을 인정하고 있다.

1. 담보책임의 법적 성질

중국에서도 매도인의 담보책임에 관한 법적 성질에 대하여 다양한 견해가 제기되고 있지만 이 문제가 크게 논란의 대상은 되지 않고 있는 듯하다. 대부분의 저서는 담보책임의 법적 성질에 관한 논의를 하지 않고 있기 때문이다.

현재 주장되고 있는 내용을 살펴보면, 매매계약 체결 당시에 목적물의 하자에 대한 책임이 묵시적으로 포함되어 있다고 구성하는 묵시적담보계약설, 매도인의 담보책임은 당사자의 약정에 의한 것이 아니라 법률의 규정에 의하여 직접 발생하게 된다는 논지의 법정책임설, 거래안전을 보호하고자 하는 것이라고 해석하는 매수인보호무과실책임설(유상계약거래안전설), 하자고지의무불이행설, 違約責任의 일종으로 파악하는 설 등

35) 李國光, 앞의 책(上冊), 756-759면.

이 주장되고 있다.³⁶⁾

위 학설 중 현재 중국에서 가장 유력한 견해는 법정책임설인 듯하다.³⁷⁾ 그런데 合同法 제154조가 물건에 대한 하자담보책임의 효과로서 매수인에게 위약책임상의 제반 권리(동법 제111조)를 인정하고 있다는 점은 하자담보책임의 본질을 채무불이행책임(違約責任)의 한 유형으로 파악할 수 있는 여지가 있는 것으로 이해된다.

또한 하자담보책임은 일종의 무과실책임이며, 담보책임에 관한 合同法 규정은 임의 규정으로 해석³⁸⁾한다는 점은 우리 나라의 해석론과 일치한다.

2. 권리의 하자에 대한 담보책임

(1) 담보책임의 요건

중국의 담보책임은 한국과 달리 권리의 하자에 대한 구체적인 모습을 구분하지 않고 포괄적으로 규정하고 있다.

(가) 매매계약 체결 당시에 이미 권리의 하자가 존재하고 있어야 한다.

(나) 매수인은 목적물의 권리에 대한 하자가 존재한다는 사실을 알지 못하여야 하며, 약의의 매수인은 보호되지 않는다(合同法 제151조).

(다) 매매계약을 이행한 후에도 권리의 하자가 제거되지 않고 있어야 한다.

(라) 권리의 하자에 대한 담보책임은 일종의 무과실책임이므로 매도인의 고의·과실은 묻지 않는다.

(마) 당사자간에 담보책임을 배제하는 특약이 존재하지 않아야 한다.³⁹⁾

(2) 담보책임의 효과

(가) 매수인은 대금지급거절권을 행사할 수 있다(合同法 제152조).

(나) 매수인은 권리의 하자 없는 완전한 이행을 청구할 수 있으므로 아직 목적물이

36) 吳合振 主編, 앞의 책, 287면 ; 李國光, 앞의 책(上冊), 717면 ; 王全興/劉建強/洪彬 主編, 新合同法原理與案例評析, 暨南大學出版社(2002), 216면.

37) 何志, 앞의 책, 61면 ; 吳合振 主編, 위의 책, 287면 ; 陳小君, 앞의 책, 282면.

38) 何志, 위의 책, 같은 면 ; 吳合振 主編, 위의 책, 같은 면 ; 李國光, 앞의 책(上冊), 699면.

39) 何志, 앞의 책, 63-64면 ; 張新寶/龔賽紅, 앞의 책, 59-60면 ; 李國光 主編 앞의 책(上冊), 699-700면.

인도되지 않은 경우에는 매수인에게는 하자 없는 완전물 인도청구권이 인정된다.

(다) 매수인은 매매계약을 해제할 수 있다. 매도인이 목적물의 권리에 대한 하자를 제거하지 않고 있거나 제거할 수 없는 경우에 매수인에게는 해제권이 인정된다.

(라) 매수인에게는 손해배상청구권이 인정된다.⁴⁰⁾

3. 물건의 하자에 대한 담보책임

(1) 담보책임의 요건

일반적으로 合同法 제153조부터 제155조까지의 내용을 물건의 하자에 대한 담보책임을 규정한 것으로 해석한다.⁴¹⁾

이 역시 우리 나라의 경우와 달리 특정물매매인지 종류물매매인지의 구분 없이 포괄적으로 품질기준에 따른 하자담보책임을 규정하고 있다.

(가) 목적물의 하자가 위험이전(목적물의 인도) 당시에 존재하고 있어야 한다. 목적물의 하자가 인도 후에 발생한 것이라면 위험부담의 문제가 발생하고 매도인은 책임을 면하게 된다(合同法 제142조 참조).

이 경우 하자의 개념에 대해서는 ① 가치가 멸실되거나 감소되는 하자 ② 통상적인 효용 또는 예정된 효용이 멸실되거나 감소되는 하자 ③ 보증품질의 하자 등으로 구분하여 설명하고 있다.⁴²⁾

(나) 매수인은 물건의 하자를 알지 못하고, 알지 못하는데 중대한 과실이 없어야 한다.

(다) 매수인이 약정된 기간 내에 매도인에게 목적물의 하자에 대하여 통지하여야 한다(合同法 제158조).

(라) 물건의 하자에 대한 담보책임 역시 일종의 무과실책임이므로 매도인의 고의 과실은 요건이 아니다.⁴³⁾

(2) 담보책임의 효과

40) 何志, 위의 책, 65-67면 ; 張新寶/龔賽紅, 위의 책, 60-61면.

41) 張新寶/龔賽紅, 위의 책, 49면.

42) 何志, 앞의 책, 67-68면 ; 陳小君, 앞의 책, 283면.

43) 李國光 主編, 앞의 책(上冊), 711-712면 ; 何志, 위의 책, 68-69면 ; 張新寶/龔賽紅, 앞의 책, 50-51면. 위의 요건에 부가하여 매수인이 강제집행이나 경매에 의하여 목적물을 취득하지 않을 것을 요건으로 인정하는 견해도 있다. 吳合振 主編, 290면.

(가) 매수인에게서는 하자있는 물건에 대한 수령거절권이 인정된다.

(나) 매수인에게서는 계약해제권이 인정된다. 학설상 매수인의 해제권은 청구권의 일종이라고 해석하는 견해도 있다.⁴⁴⁾

(다) 合同法 제111조에 의한 매수인의 권리

매도인의 담보책임으로서 매수인에게서는 合同法 제111조에 의한 위약책임 청구권이 인정된다(合同法 제154조).

合同法 제111조는 위약책임의 효과로서 매수인에게 목적물의 수리·교환, 대금감액, 보상, 반품 등의 청구권을 인정하고 있으므로, 매도인의 담보책임으로서 매수인은 이와 같은 다양한 권리를 행사할 수 있다. 참고로 우리 나라의 경우, 민법 개정안에는 하자보수청구권을 신설하였고(제580조 2항), 또한 별도의 손해배상청구권을 인정하고 있다(동조 제3항).

(라) 목적물의 하자로 인하여 매수인에게 손해가 발생한 경우에는 당연히 매수인에게 손해배상청구권이 인정된다.⁴⁵⁾

VII. 특수 매매

중국의 매매법에는 환매(買回)에 관한 규정은 보이지 않지만,⁴⁶⁾ 특수매매에 관해서는 명문규정을 두고 있다.

먼저 소유권유보부매매가 언급되고 있다. 合同法 제134조는 「당사자는 매매계약을 체결할 때 매수인이 대금을 지불하지 아니하거나 또는 기타 의무를 이행하지 아니하는 경우에 목적물의 소유권이 매도인에게 귀속한다는 내용을 약정할 수 있다」고 규정하고 있으며, 이 내용은 소유권유보제도를 명문화한 것이라고 한다.⁴⁷⁾

소유권유보부매매의 법적 성질에 대해서는, 학설상 정지조건부소유권이전설을 비롯하여 부분소유권이전설, 특수질권관계설, 담보물권설, 담보성채산신탁설, 담보권익설

44) 張新寶/龔賽紅, 앞의 책, 53면.

45) 張新寶/龔賽紅, 앞의 책, 56면.

46) 환매의 법리에 대한 설명은 하고 있다. 彭萬林 主編, 民法學, 中國政法學出版社(1999), 659-660; 吳合振 主編, 앞의 책, 315-318면.

47) 何志, 앞의 책, 40면; 李國光 主編, 앞의 책(上冊), 635면; 胡康生 主編, 앞의 책, 213면; 全國人大法工委 研究室 編, 中華人民共和國 合同法律釋義, 人民法院出版社(1993), 224면.

등의 다양한 의견이 개진되고 있는데, 정지조건부소유권이전설이 유력한 듯 하다.⁴⁸⁾ 또한 소유권유보부매매에 관한 合同法 규정은 임의법규로 해석되고 있다.⁴⁹⁾

그밖에 중국의 매매법에는 분할지급매매(合同法 제167조)와 견본매매(동법 제168조) 및 시험매매(동법 제170조)에 관한 명문규정을 두고 있다.⁵⁰⁾ 특히 견본매매에 대해서는 매수인이 목적물에 숨은 하자가 있음을 알지 못한 경우에는 매도인에게 동일한 종류의 하자 없는 완전한 물건을 인도할 의무를 부과하고 있다(동법 제169조).

또한 한국의 경우, 경매는 실질상 매매에 해당한다고 하면서도⁵¹⁾ 민법상의 매매 규정에는 담보책임에 관한 내용만 규정하고 있지만(제578조), 이와 달리 중국에서는 매매법에 입찰(合同法 제172조)과 경매(동법 제173조)에 관하여는 관련 법률과 행정법규의 규정에 따른다는 포괄규정을 두고 있다.⁵²⁾

기타 특수매매로서 중국에서는 현실적으로 통신판매(郵售買賣合同)가 활발하게 이용되고 있다고 하지만,⁵³⁾ 신 계약법에는 아무런 규정을 두고 있지 않다.

48) 何志, 위의 책, 35-38면. 이는 대만의 통설적 견해이기도 하다.

49) 李國光 主編, 앞의 책(上冊), 641면.

50) 合同法 제167조는 대만 민법을 수용한 것이며, 제168조와 제170조는 대만 민법과 독일 민법을 참고한 것이다. 全國人大常委會法制工作委員會 民法室 編, 《中華人民共和國合同法》與國內外有關合同規定條文對照, 126-127면.

51) 대판 1961.11.2, 4293민상590.

52) 현재 중국에는 입찰에 관한 단행법이 존재하지 않으므로 건축법과 기술도입조례(技術引進條例) 등에서 개별적으로 규정하고 있는데 불과하며, 경매는 경매법에 따라 진행된다.

53) 吳合振 主編, 앞의 책, 318면.