

# 中國 契約法 總則에 관한 概論的 考察

黃 鉦 源\* · 金 萬 紅\*\*

## An Outline of General Provisions of Chinese Contract Law

Hwang, Jeung-Won\* · Jin, Wan-Hong\*\*

### < 목 차 >

1. 中國 契約法의 立法 經緯	3.1 構成
2. 中國 契約法 立法過程의 爭點	3.2 適用範圍
2.1 技術契約法의  수용 問題	3.3 基本原理
2.2 雇傭契約의  포함 問題	3.4 契約의 締結
2.3 契約法의 適用範圍	3.5 契約의 效力
2.4 事情變更 原則의  수용 問題	3.6 契約의 履行
2.5 詐欺 및 強迫에 의한 契約의 效力 問題	3.7 契約의 變更과 讓渡
2.6 對外貿易의 代理 問題	3.8 契約의 終了
3. 中國 契約法의 內容	3.9 違約責任
4. 맺는 말	

### 1. 中國 契約法의 立法 經緯

中國은 民商合一의 法體系하에 아직 까지 民法典과 商法典이 制定되어 있지 아니하고, 現行 法體系에 있어서 民法의 基本法으로는 民法通則(1986년 制定, 1987년 1월 1일 발효)이 있다. 民法通則을 기본으로 하여 3部契約法, 즉 經濟契約法<sup>1)</sup>(1981년 12월 31일 公布, 1982년 7월 1일 施行, 1993년 9

\* 韓國海洋大學校 教授

\*\* 韓國海洋大學校 大學院 海事法學科 博士課程, 中國 判事.

1) 中國은 契約을 合同이라고 하고 있다. 따라서 99년 10월 1일부터 施行되게 되는 中國의 契約法도 “中華人民共和國合同法”이라 하고, 經濟契約法도 “經濟合同法”이라 한다. 본 문에서는 이해의 便宜를 위하여 合同을 契約이라 하고, 기타의 용어도 한국식 표현을 기본으로 한다.

월 2일 改正), 涉外經濟契約法(1985년 3월 21일 公布, 동년 7월 1일 施行) 및 技術契約法(1987년 6월 23일 公布, 동년 11월 1일 施行)이 있고, 그 외에 海商法, 保險法, 民用航空法 등 각 單行法에 契約에 관한 規定이 散在하여 있다.

이러한 法規는 지금까지 市場 去來行爲를 規範化하고 去來 當事者들의 合法的權利를 보호하며 市場經濟의 秩序維持와 發展을 추진하는데 나름대로 중요한 역할을 하여 왔다. 하지만 다른 한 면으로는 현재의 法體系로 활발히 進行되고 있는 商去來를 규범화하고 去來의 安全과 便利를 保障하는데는 法制的 不備가 많았다. 특히 1992년부터 中國에 市場經濟 體制가 定立되기 시작하면서 3部契約法의 施行에 따른 문제점도 더욱 突出하여 졌는데 첫째는 세 契約法이 國內 經濟契約, 涉外經濟契約, 技術契約에 각각 적용되면서 상호 불일치 내지는 不調和하는 문제가 있을 뿐만 아니라 또한 法 規定들이 너무 原則的이어서 구체적인 施行에 애로가 많았다. 둘째는 근년에 와서 商去來중 에 契約를 이용한 詐欺事件이 부쩍 늘어 國家, 집단이나 또는 他人의 利益을 침해하는 사례가 많아졌고, 따라서 契約에 관한 規定을 정비하여 詐欺를 방지하는 것도 시급한 과제로 되었다. 셋째는 市場經濟의 발전에 따라 전에 없던 리스契約, 委任, 居間등 契約이 새로 나타나게 되어 이러한 契約에 대한 立法이 필요하였 고 또한 去來의 활성화로 契約紛爭事件이 많이 늘어났다.<sup>2)</sup>

1993년 9월 2일 經濟契約法 改正案이 통과된 후, 現행 民法通則과 3部契約法이 시행되는 過程에 쌓아 온 司法經驗과 理論研究를 바탕으로 劃一的이고 完備한 契約法을 制定하는 것이 社會主義 市場經濟下의 法體系를 갖추는 중요한 과제로 부상하게 되어 全國人民代表大會 常任委員會(이하 전인대 상임위라 함)에서는 전문가와 학자들에게 契約法의 立法案 制定을 委任하였다.<sup>3)</sup>

學者와 전문가들은 아래와 같은 指導理念에 따라 契約法의 立法案을 起草하였다.

첫째, 中國의 改革·開放과 社會主義 市場經濟의 추진 및 全國的인 統一된 大市場의 형성과 國際市場과 연결시킨다는 現實 目標에 입각하여 지금까지의 契約立法, 司法實務의 經驗과 理論研究의 성과를 바탕으로 市場經濟 선진국의 立法例와 判例, 學說을 광범위하게 참작하며, 現代 市場經濟의 객관적인 법칙을 反映한 普遍化한 規則을 가능한 수용하며 또한 國際協約과 國際慣行과도 調和를 이루는 것을 追求한다.

둘째, 當事者의 意思에 基한 自治를 충분히 반영하여 法律과 公序良俗에 반하지 아니하는 한 當事者의 契約 自由를 保障하며 行政機關과 기타 조직의 干涉를 배제한다. 重要하고도 正當한 事由가 없 는 한 當事者 意思自治의 原則에 대하여 어떠한 制限도 인정할 수 없다.

셋째, 이 법이 制定·施行되는 시대 특성을 감안하여 社會主義 市場經濟가 成熟段階에 이른 후의 經濟 去來關係를 規制하는데 적합하여야 할뿐만 아니라 計劃經濟體制로부터 市場經濟體制로의 過

2) 中國 각 法院에서 매년 재판하는 契約紛爭事件은 계속 증가하는 추세를 보이고 있는데 1997년을 예로 볼 것 같 으면 전국 法院에 접수된 商事紛爭事件은 150萬件(그중 涉外 事件은 1천여건)이고, 民事事件은 300萬件인데 그중 140萬件은 契約紛爭이다. 즉 法院에서 1997년 受理한 契約紛爭 事件은 300여萬件에 이른다. 顯昂然, 合同法介紹. 中華人民共和國全國人民代表大會常務委員會公報, 1999년, 3월호.

3) 이 立法案의 起草작업에 참여한 전문가와 학자는 中國政法大學의 江平教授, 人民大學의 王利明教授, 吉林大學의 崔建遠教授, 煙臺大學의 郭明瑞教授, 最高法院의 李凡 판사, 北京高級法院의 何忻 판사, 法學研究 잡지사의 張廣興, 中國社會科學院法學研究所의 梁慧星教授 등이다.

渡期에 있는 현재의 특징도 적당히 고려하여야 한다. 그러나 뒤떨어진 社會現象과의 타협이란 있을 수 없다.

넷째, 이 법이 지향하는 것은 經濟의 效率과 社會의 公正, 去來의 圓滑과 安全이다. 즉 立法을 통하여 效率의 向上과 生産力 發展을 圖謀하며, 社會의 公益을 追求하고 消費者와 勤勞者의 權益을 保護하며 市場經濟하에서의 道德倫理秩序를 유지하여 國家, 社會, 消費者 및 勤勞者의 利益을 해하는 利益追求 行爲를 허용하여서는 아니 된다. 또한 市場經濟에 수요되는 去來의 簡便性을 반영하여 便利하고도 신속한 去來를 보장하는 前제하에 去來의 安全도 感안하여 필요한 形式과 節次를 規定하여야 한다.

다섯째, 法律의 規範性과 適用可能性을 중요시하여야 한다. 法律을 適正하게 適用하기 위해서는 法律 條文의 繁簡도 適當하여야 하며, 法律概念은 그 適用 範圍, 構成 要件 및 法律效果에 대하여 明確한 規定을 두어야 한다.<sup>4)</sup>

이러한 原則에 따른 立法案이 制定된 후, 전인대 상임위 法制工作委員會에서는 12개의 大學 및 研究機關<sup>5)</sup>에 法條文의 起案을 위임하였고, 제출된 法條文을 근거로 梁慧星, 張廣興, 博靜坤 등 세 사람이 「契約法建議草案」(이하 建議草案이라 함)을 작성하여 1995년 1월 法制工作委員會에 提出하였다. 法制工作委員會에서는 建議草案에 대하여 일부 修正을 한 후 「法制工作委員會 1995년 10월 契約法施行稿」(이하 第2草案이라 함)를 작성하였고, 1996년 5월 27일부터 6월 7일까지 동 위원회의 주최하에 北京에서 전문가회의를 소집하여 建議草案과 第2草案을 바탕으로 하여 制定한 것이 第3草案이다. 第3草案 작성시 法制工作委員會의 責任者는 전문가와 학자의 의견을 충분히 존중하여 建議草案中 學者가 제기한 새로운 制度에 대하여는 中國의 實情에 부합하는 한 수용하겠다고 屢次 강조하였다. 第3草案에 대하여 약간의 修正을 하여 第4草案이 작성되었고, 이 草案을 각 法院, 關聯團體 및 大學에 배부하여 의견을 수렴하였다.<sup>6)</sup>

1998년 8월에는 제9기 전인대 상임위 제4차 회의에 상정하여 審議를 하였고, 전인대 상임위의 결정에 따라 契約法 草案 全文을 公布하여 전 社會의으로 의견을 수렴하였다. 그후 先後하여 제9기 전인대 상임위 제5, 6, 7차 회의의 審議를 거쳐 契約法 草案에 대한 修正作業이 이루어 졌고, 1999년 3월 15일 제9기 전인대 제2차 全體會議에서 통과되어 中華人民共和國 主席令 제15호로 公布되었으며, 同年 10월 1일부터 施行되었다.

## 2. 中國 契約法 立法過程의 爭點

### 2.1 技術契約法의 수용 問題

새로 制定된 契約法에 技術契約를 포함시키고 1987년에 制定된 기존의 技術契約法을 廢止하느냐

4) 梁慧星 著, 久田眞吾·金光旭 譯, 中國統一契約法の起草(上), 國際商事法務, 1998. No 1, 61~62면.

5) 이 12개의 대학 및 연구기관은 中國政法大學, 北京大學, 中國人民大學, 中國社會科學院法學研究所, 對外貿易大學, 吉林大學, 煙臺大學, 武漢大學, 西南政法學院, 中南政法學院, 西北政法學院, 華東政法學院 등이다.

6) 梁慧星, 前揭 論文, 62면.

를 두고 논쟁이 있었다. 학자와 전문가들의 의견은 대부분이 契約法에 技術契約法을 포함시켜야 한다는 주장하였고, 國家科學委員會에서는 反對意見을 主張하였다. 反對의 주 이유로는: 첫째, 技術契約法은 55개의 法條文에 134개 條文으로 된 施行令, 그리고 65개에 달하는 司法解釋이 있기에 技術契約에 관하여는 이미 완벽한 法體系가 형성된 상태인바, 이를 굳이 새로 立法한 契約法에 포함시킬 何等の 이유가 없다. 둘째, 立法時 普遍性和 特殊性을 감안하여야 한다. 普遍化한 문제에 대하여는 劃一的인 統一規定을 둘 필요가 있겠지만 일반 契約과 技術契約은 民法上的 財產法과 知的財產權法의 關係와 類似하여 技術契約은 일반 民事契約과 구별되는 특징을 가지고 있다. 따라서 獨立된 特別法으로 두어야 한다. 셋째는 技術契約法에 근거하여 이미 技術契約에 대한 行政管理機關이 省級 行政機構에는 모두 설립되어 있고, 기타 지방행정기구에는 75~50%의 地域에 이러한 管理機構가 형성되어 있는 상태이기에 만약 技術契約法을 廢止하게 되면 이러한 管理機構는 存在의 法的根據를 상실하게 되어 主務機關이 解體되어야 하는데 이렇다면 技術契約에 대한 效果의인 管理가 곤란하다는 것이다.

이에 대하여 학자와 판사, 기타 行政機關의 의견은 技術契約은 賣買, 貨貸借, 建設都給契約등과 마찬가지로 普遍的인 原則은 契約法의 總則에 規定을 둘 필요가 있기에 기존의 技術契約法을 廢止하고 새로 立法된 契約法에 技術契約을 포함시켜야 한다고 주장하였다. 또한 技術契約에 대하여 契約法의 各則에서 既存의 技術契約法의 規定을 수용한 상세한 規定을 두었기에 技術契約法을 독립된 法律로 둘 이유가 충분하지 못하다는 것이다. 따라서 새로 立法된 契約法에서는 학자와 전문가들의 의견을 수용하여 技術契約法을 포함시켰고, 同時에 契約法의 施行으로 기존의 技術契約法은 經濟契約法, 涉外經濟契約法과 같이 廢止되게 되었다.

## 2.2 雇傭契約의 포함 問題

立法時 일부 학자들은 雇傭契約은 하나의 중요한 契約種類에 속하기에 契約法에 포함시켜야 한다고 하여 第4草案에서는 雇傭契約에 관한 規定을 두고 있었다. 하지만 立法案에 대한 의견을 수렴하는 과정에 勞動法에 勞動契約에 관한 規定이 있고 또한 곧 勞動契約法을 별도로 制定할 것이기에 契約法에서는 勞動契約에 관한 規定을 두지 않는 것이 바람직하다고 주장하였는데 立法기관에서는 이 의견을 수용하여 第4草案중의 勞動契約에 관한 內容을 삭제하였다.<sup>7)</sup>

## 2.3 契約法의 適用範圍

契約法의 立法過程에서 그 適用範圍에 行政契約, 土地使用權의 讓渡 및 農村土地貨貸契約, 企業의 貨貸契約, 國家 計劃性 公산품에 대한 賣買契約, 알곡과 면화에 대한 國家의 收買契約 등을 契約法에 포함시키느냐에 대하여 논쟁이 있었다.

行政契約에 대하여는 아직까지 무엇이 行政契約인지 概念把握이 되어 있지 아니한 상태이기에 立法機關에서는 契約法에 포함시키지 아니하기로 하였고, 土地使用權의 讓渡 및 農村土地貨貸契約에

7) 李國光主編, 中國合同法條文解釋, 新華出版社, 1999, 17면.

관하여는 物權法에서 規定하여야 할 문제, 즉 用益物權에 속한다고 보고 금후에 制定하게 될 物權法에 맡기는 것이 바람직하다고 하였다. 企業의 貸貸契約중 어떤 것은 企業 內部的 任職員이 貸貸하는 것이고, 어떤 것은 外部 사람이 貸貸하는 경우가 있는데, 이 두 種類의 貸貸는 그 性質을 달리하는 것으로 전자의 경우는 企業經營管理의 範疇에 속하는 것이고, 후자는 貸貸契約에 속하는 것으로 간주하여 契約總則의 關聯規定과 기타 行政法規의 規定을 준용하도록 하고 별도로 契約法의 各則에는 規定을 두지 않기로 하였다. 그리고 國家計劃에 따른 工產品의 賣買에 대하여는 企業間에 國家計劃에 따라 目的物의 品質, 履行期間 등에 관한 契約을 締結할 때에는 契約法總則의 規定을 준용할 수 있다고 하였다. 國家에서 收買하는 알곡과 면화는 國家에서 필요한 알곡 물량을 확보하기 위하여 실행하는 制度로서 國家의 알곡 收買에 응하는 것은 農民의 義務이고, 알곡을 收買하는 者도 國家에서 認可한 專門 買受者이다. 그리고 면화의 經營, 市場, 價格에 대하여도 國家가 全量 통제하기에 알곡과 면화의 國家 收買에 대하여는 契約法을 적용치 아니하기로 하였다.

#### 2.4 事情變更 原則의 수용 問題

契約法 第3草案과 第4草案<sup>8)</sup>에서는 모두 事情變更의 原則에 관한 規定을 두고 있었는데 이에 대한 論爭도 많았다. 事情變更의 原則을 立法화하는데 반대하는 이유로는 첫째, 소위 말하는 事情變更이란 不可抗力으로 인한 것을 포함하는데 不可抗力에 대하여는 이미 規定을 두고 있는바, 별도로 事情變更의 原則을 規定할 필요가 없다. 둘째, 事情變更을 事由를 일반적인 原則으로만 規定하고 이에 대한 구체적인 기준을 提示하지 아니하였기에 實務에 있어서 濫用의 우려가 있고 法的 安定性을 害할 念慮가 있다.

이에 대한 反論으로 첫째 이유는 不可抗力과 事情變更이라는 두 개의 相異한 概念을 混同한 것이다. 즉, ① 事情變更과 不可抗力은 모두 履行障礙를 構成하는 원인이지만 그 程度가 다르다. 不可抗力은 履行不能을 의미하지만 事情變更은 履行不能까지는 이르지 아니하고 履行은 가능하지만 다만 履行이 困難하거나 또는 履行을 하면 顯著하게 公平을 잃게 되는데 지나지 않는다. ② 不可抗力은 確定的인 概念으로서 民法通則 第153조에 不可抗力에 대한 規定을 두고 있지만 事情變更은 不確定概念으로서 法律로 定義를 내리기 困難하다. ③ 不可抗力은 法定 免責事由로서 當事者가 不可抗力에 의한 履行不能을 立證하기만 하면 免責되고 法院이나 仲裁機構의 免責 可否에 대한 判定을 필요로 하지 아니한다. 하지만 事情變更은 法定 免責事由는 아니고, 그 본질은 다만 當事者에게 契約의 變更 내지는 解止에 관한 請求權을 부여하는 것이고, 法院이나 仲裁機構에 公正한 裁量권을 부여하는 것이다. ④ 不可抗力에 따른 效果는 당연히 발생하는데 반하여 事情變更에 따른 效果는 당연히 생기는

8) 第3草案에서는 제4장 제55조에 事情變更에 관한 規定을 두었고, 第4草案은 제4장 제52조에 事情變更에 관한 規定을 두었는데 “不可抗力이 아닌 경우라도 當事者가 豫見하지 못하거나 回避할 수 없는 各觀事情의 重大한 變更으로 契約의 履行이 當事者 一方에게 顯著히 不公正한 경우, 그 當事者는 契約의 變更을 相對方에 要求할 수 있다. 相對方과 合意를 보지 못할 경우, 人民法院 혹은 仲裁機構에 당해 契約의 變更이나 解止를 請求 할 수 있다.”라고 規定하였다.

것이 아니고 事情變更의 要件을 충족하는지, 契約의 變更 내지는 解止가 가능한지, 또한 免責되는지 등은 모두 法院이나 仲裁機構의 判定을 받아야 생기는 것이다.

두 번째 이유에 대한 반론을 보면 事情變更의 本質이 法院이나 仲裁機構에 自由裁量權을 부여한다는 면에서 보면 實務에 있어서 濫用될 우려가 있음을 否認할 수 없다. 하지만 法律에 事情變更에 관한 規定을 두지 않는다 하여 이러한 濫用을 피할 수 있는 것은 아니다. 사실 中國의 裁判實務에 있어서 이미 事情變更을 인정한 판례가 나왔고<sup>9)</sup>, 契約法에 事情變更에 관한 規定을 두지 않는다고 하여도 法院에서 事情變更의 理論에 입각하여 裁判하는 것을 막지 못한다. 따라서 規定을 두지 않기보다는 오히려 契約法에 명문으로 事情變更의 原則을 規定하여 法院 또는 仲裁機構에서 이 原則을 적용할 수 있는 法的 根據를 부여하고, 裁判의 恣意를 抑制하고 濫用의 危險을 줄이는 것이 바람직하다. 따라서 大部分의 學者와 專門家들은 事情變更의 原則을 規定하여 둘 것에 찬성하였다.<sup>10)</sup>

하지만 契約法이 전인대에서 통과될 때에 事情變更의 문제는 복잡한 문제로서 지금까지의 경험으로는 事情變更에 대해 科學的인 定義를 내릴 수 없고, 특히는 事情變更과 정상적인 商業危險의 구별이 容易하지 아니하며 施行에도 困難이 많을 것이다. 그리고 실무에 있어서도 극히 특별한 상황을 제외하고는 事情變更의 原則이 적용될 여지가 없기에 契約法에 事情變更의 原則을 規定하여 두는 것이 바람직하지 않다고 하여 事情變更의 原則이 삭제되었다.<sup>11)12)</sup>

## 2.5 詐欺 및 強迫에 의한 契約의 效力 問題

現行 民法通則과 3部契約法은 詐欺 및 強迫을 契約의 無效事由로 規定하고 있다.<sup>13)</sup> 契約法의 建議草案에서는 이를 取消事由로 하였다가 第2草案에서는 다시 無效事由로, 그리고 第3草案과 第4草案에서 또 반복을 거듭하였다. 無效事由로 規定하자는 이유는 현행 民法通則과 일치되고, 또한 無效事由로 規定하는 편이 詐欺, 強迫을 받은 측, 즉 被害者의 救濟에 유리하다는 것이다.

取消事由로 하여야 한다는 측의 주장을 보면 : ① 法政策的 견지에서 보면 契約의 效力에 영향주는 원인이 직접 社會의 公益에 반하는 경우에 契約을 無效로 하는 것은 公益을 保護하기 위해서이다. 이에 반하여 만약 契約의 效力에 영향 주는 원인이 當事者의 私益을 침해하는 경우에는 契約 當事者에게 取消權을 부여하여 契約의 無效를 주장하려는 當事者가 取消權을 行使할 수 있도록 하면 족한 것

9) 梁慧星 著, 中國統一契約法の起草(下), 國際商事事務, 1998, No 2, 197면.

10) 梁慧星, 前揭論文(下), 1998. No2, 197면.

11) 九屆全國人大法律委員會關於中華人民共和國合同法草案審議結果的報告, 제3항, 人民日報, 1999년 3월 15일, 제3면.

12) 韓國 民法에서는 事情變更을 바탕으로 하는 規定이 흩어져 있으나(민법 제218조, 제286조, 제557조, 제67조, 제628조, 제661조, 제689조 등), 이 原則을 직접 規定하는 一般規定은 없다. 또한 判例도 始終一貫하여 이 原則을 인정하지 않고 있다. 郭潤直, 債權各論, 博英社, 1998, 158면.

13) 詐欺·強迫에 의한 契約은 西方 國家의 立法에서는 모두 取消事由로 規定하고 있지만 中國에서 無效事由로 規定한 취지는 中國은 社會主義 國家이고 또 입법 당시만 하여도 주요 適用對象이 國有企業과 集團 共同所有의 企業이기에 만약 取消事由로 規定하여 두면 當事者의 請求가 있는 경우에만 取消가 가능하다. 強迫에 의한 契約은 當事者가 相對方의 脅迫으로 取消를 主張하지 못하는 경우가 있을 것이고, 이러한 때에는 國家의 積極的인 介入이 불가능하여 國家의 利益이 損害를 입을 것이라는 견지에서, 즉 公權力이 自意的 판단에 의하여 詐欺, 強迫에 의한 契約을 바로 無效로 할 수 있도록 關與의 길을 열어 놓은 것이다. 顧昂然, 전계는문, 11면.

이다. ② 無效란 처음부터 絶對的으로 無效한 것을 말하는 것으로서 有效하게 轉換할 가능성마저도 없는 것을 말한다. 詐欺 및 強迫에 의한 契約을 無效로 하면 그러한 契約은 처음부터 當然 無效로 되는데, 이러한 경우에 詐欺 및 強迫을 받은 측이 당해 契約에 基하여 받은 利益이 있다면 이러한 利益도 모두 반환하여야 한다. 만약 取消事由로 規定한다면 當事者가 자기의 판단하에 契約을 取消하든가 혹은 契約을 계속 존속시켜 당해 契約으로 얻은 利益을 보존할 수 있다. 따라서 詐欺 및 強迫에 의한 意思表示를 當然 無效로 하는 것이 被害 當事者에게 도리어 불리한 경우가 있을 수 있다. ③ 契約의 無效事由는 客觀性을 具備하여 法院이나 仲裁機構에서 그 無效事由의 존재 여부를 확인하는데 容易하여야 한다. 즉 契約이 違法하든가 國家의 計劃을 違反한 경우라든가 社會의 公益에 反하든가 등에 대하여 法院이나 仲裁機構에서는 契約의 內容 및 客觀的인 사정에 의하여 판단을 내리는 것이 가능하여야 한다. 하지만 詐欺 및 強迫은 任意의 意思表示로서 詐欺 및 強迫이 있었는지의 여부는 當事者가 알 것이고, 이것에 대하여 當事者가 주장을 하지 아니하면 契約의 內容이나 客觀的인 상황으로부터는 詐欺나 強迫이 있었는지 판단하기 곤란할 것이다. 民法通則에서 詐欺 및 強迫에 의한 契約을 無效事由로 規定하고 있지만 實務에서 많이 適用되지 아니하고, 오히려 違法을 근거로 하여 契約의 無效判定을 내리는 경우가 많은 것도 바로 이러한 原因에서다.<sup>14)</sup>

契約法은 최종 立法시에는 이 두 의견을 折衷하여 契約法 제52조 제2호에 詐欺, 強迫에 의한 契約으로 國家의 利益을 害한 경우에는 無效事由로 規定하고 있고, 詐欺, 強迫에 의한 기타 契約의 效力에 대하여는 제54조 제2항에서 取消할 수 있는 事由로 規定하고 있다. 즉 詐欺와 強迫의 의한 契約으로 國家의 利益을 害한 경우에는 契約을 無效로 하고, 기타의 경우에는 當事者의 判斷에 맡겨 取消하려는 자가 法院이나 仲裁機構에 取消을 請求하도록 規定하고 있다.

## 2.6 對外貿易의 代理 問題

中國 民法通則에서 規定하고 있는 代理는 代理人이 本人의 名의로 法律行爲를 하고, 그 效果는 직접 本人에게 귀속되는 이른바 直接代理를 지칭하는 것으로서 狹義의 代理에 속한다. 하지만 中國의 對外貿易에서의 代理는 直接代理가 아닌 이른바 間接代理<sup>15)</sup>로서 廣義의 代理에 속한다.

間接代理를 직접 規定하여 두자고 주장하는 학자들은 對外貿易에 있어서의 代理는 仲介契約으로 는 해결할 수 없고, 本人을 代理人과 相對方의 去來에 개입시키기 위해서는 代理에 관한 規定을 적당히 援用하여야 한다고 하고 있다. 하지만 대부분 학자들은 이를 反對하였는데 그 이유로는 中國은 大陸法系에 속하기에 英美法의 規定을 繼受하는 것도 좋지만 大陸法系의 기본 틀을 벗어나서는 不當하다는 것이다.

14) 梁慧星, 전계논문, 1998, No2, 196면.

15) 間接代理란 委託賣買業(상법 제101조)와 같이, 他人의 計算으로, 그러나 自己의 이름으로써 法律行爲를 하고, 그 效果는 行爲者 자신에 관하여 생기며, 후에 그가 취득한 權利를 他人에게 移轉하는 관계가 이른바 間接代理이다. 그 經濟的 작용은 본래의 代理 즉 直接代理와 비슷하지만, 本人을 위하여 한다는 代理의 效果意思에 따라 그 行爲의 法律的 效果가 직접 本人에게 들어가는 점에서 直接代理와 차이점이 있다. 間接代理人이 權利를 취득한 때에는 곧 本人에게 移轉한다는 特約을 하는 경우도 있으나, 이때에도 본래의 의미에 있어서의 代理와는 차이를 주의하여야 한다. 郭潤直, 民法總則, 博英社, 1998, 445~446면.

中國契約法에서 規定한 代理에 관한 規定을 보면, 仲介인과 제3자가 契約을 締結한 경우, 仲介인이 직접 그 契約에 따른 權利를 행사하고 義務를 履行한다. 제3자가 義務를 履行하지 아니하여 委託人에게 손해를 입힌 경우에 仲介인은 損害賠償責任을 진다. 단 當事者간에 다른 約定이 있는 때에는 그러하지 아니한다(契約法 제421조). 仲介인이 자기의 명의로 受託 받은 範圍 내에서 제3자와 契約을 締結할 때 그 제3자가 委託者와 受託者의 代理관계에 안 경우, 그 契約의 效力은 직접 委託者와 제3자에 대하여 생긴다는 規定(契約法 제402조), 그리고 委託者의 事由로 하여 契約이 履行不能에 처한 경우, 제3자는 委託者와 受託者중 선택하여 求償權을 행사할 수 있다는 規定(契約法 제403조 2항) 등을 두고 있다.

### 3. 中國 契約法의 內容

#### 3.1 構成

금년 10월 1일부터 發效한 中國 契約法은 28章 428개의 條文, 總則과 各則으로 나뉘어 구성되었다. 總則은 8章으로 되었는데 제1장 一般規定, 제2장 契約의 締結, 제3장 契約의 效力, 제4장 契約의 履行, 제5장 契約의 變更과 讓渡, 제6장 契約의 權利·義務의 消滅, 제7장 違約 責任, 제8장 기타 規定으로 구성되었다. 契約法의 各則에는 15개의 有名契約에 관하여 規定하고 있는데 구체적으로 보면 제9장 賣買契約<sup>16)</sup>, 제10장 전기, 물, 가스, 열에너르기 供給契約<sup>17)</sup>, 제11장 贈與契約<sup>18)</sup>, 제12장 借款契約<sup>19)</sup>, 제13장 貸借契約<sup>20)</sup>, 제14장 리스契約<sup>21)</sup>, 제15장 都給契約<sup>22)</sup>, 제16장 建設工事契約<sup>23)</sup>, 제17장 運送契約<sup>24)</sup>, 제18장 技術契約<sup>25)</sup>, 제19장 保管契約<sup>26)</sup>, 제20장 倉庫保管契約<sup>27)</sup>, 제21장 委任

- 16) 매매계약이란 매도인이 그의 물의 소유권을 매수인에게 이전하고, 매수인이 대금을 지불하는 계약이다(중국 계약법 제130조).
- 17) 전기공급계약이란 전기공급자가 전기사용자에게 전기를 공급하고, 전기사용자가 전기사용료를 지급하는 계약이다(중국 계약법 제176조). 물, 가스, 열에너르기공급계약은 전기공급계약에 관한 規定을 준용한다(중국 계약법 제180조).
- 18) 증여계약은 증여자가 자기의 재산을 무상으로 상대방에 授與하고, 상대방이 접수의 승낙을 하는 계약이다(중국 계약법 제185조).
- 19) 금전소비대차(借款合同)계약이란 借主가 貸主로부터 금전을 貸與받고, 만기가 도래하면 원금을 반환하고 이자를 지급하는 계약이다(중국 계약법 제196조).
- 20) 貸借契約(租賃合同)이란 貸貸人이 貸貸物을 貸借人에게 교부하여 使用, 收益하게 하고, 貸借人이 借賃을 지급하는 契約이다(中國 契約法 제212조).
- 21) 리스계약(融資租賃合同)이란 貸借人이 선택한 賣渡人과 貸貸物에 따라 貸貸人이 賣渡人으로부터 貸貸物을 購入하여 貸借人에게 貸與하여 使用하게 하고, 貸借人으로부터 借賃을 받는 계약을 말한다(中國 契約法 제237조).
- 22) 도급계약(承攬合同)이란 受給人이 都給人의 요구에 따라 일정한 作業을 완성하여 都給人에게 引渡하고, 都給人으로부터 報酬를 支給받는 契約이다(中國 契約法 제251조).
- 23) 건설공사계약(建設工程合同)이란 受給人이 工事를 완성하고, 都給人이 代金を 지급하는 계약을 말한다(中國 契約法 제269조).
- 24) 운송계약(運輸合同)이란 運送人이 旅客이나 貨物을 出發地로부터 約定地까지 運送하고, 旅客, 託送人 또는 受荷人으로부터 표값 또는 運賃을 지급받는 契約이다(中國 契約法 제288조).
- 25) 기술계약(技術合同)이란 技術契約의 當事者가 技術의 開發, 讓渡, 諮問 혹은 서비스에 관한 權利, 義務關係를 약정한 契約이다(中國 契約法 제322조).
- 26) 보관계약(保管合同)이란 受置人(보관인)이 任置人이 교부한 물건을 보관하고, 그것을 반환하는 계약이다(中國 契約法 제365조).
- 27) 창고보관계약(倉儲合同)이란 受置人이 任置人이 교부한 倉庫 보관물건을 창고에 보관하고, 任置人이 보관료를 지급하는 계약이다(中國 契約法 제381조).



契約<sup>28)</sup>, 제22장 仲介契約<sup>29)</sup>, 제23장 居間契約<sup>30)</sup> 등으로 구성되었고, 제428조는 附則으로서 契約法의 發效日과 契約法의 施行으로 經濟契約法, 涉外經濟契約法, 技術契約法이 同時に 廢止됨을 規定하고 있다.

아래에는 中國 契約法의 總則의 內容을 중심으로 中國 契約法에 대한 概論的인 考察을 하고자 한다.

### 3.2 適用範圍

中國 契約法 제2조에서는 “이 법에서 말하는 契約이란 平等的 主體의 自然人, 法人, 기타 組織間에 民事權利, 義務관계의 設立, 變更, 해지에 관한 合意를 말한다.”라고 規定하고 있다. 이 規定은 民法 通則의 規定을 수용하여 制定한 것인데, 기존의 契約關聯 法規의 適用範圍와 比較하여 아래의 몇 가지 특징이 있다.

첫째, 適用範圍를 擴大하였다. 기존의 經濟契約法, 涉外經濟契約法 및 技術契約法은 그 適用範圍에 있어서 모두 강조하는 측면이 있었다. 經濟契約法의 適用範圍는 平等的 民事主體인 法人, 기타 經濟 團體, 個人 商人(個體 工商戶), 農村 都給戶 상호간에 일정한 經濟的인 目的<sup>31)</sup>을 위하여 締結되는 契約에 적용되지만, 自然人 사이, 그리고 自然人과 法人, 기타 經濟 團體 사이에 締結되는 契約에는 適用되지 아니하였다. 涉外經濟契約法은 中國의 企業이나 기타 經濟 團體가 外國의 法人, 自然人 사이에 締結되는 契約에 대하여는 적용되지만 中國의 自然人과 外國의 法人, 自然人 사이에 締結되는 契約에 대하여는 적용되지 아니하였다. 그리고 技術契約法은 國內의 法人과 自然人 상호간의 技術契約에 대하여는 적용되었지만 涉外 技術契約에 대하여는 적용되지 아니하였다. 이번 立法된 契約法은 그 適用範圍를 확대하였다. 하나는 적용되는 契約 主體의 範圍를 확대하여 內國人이나 外國人이나를 불문하고, 또 自然人이나 法人이나를 막론하고 모두 적용하도록 하였다. 다른 하나는 契約法이 적용되는 契約의 種類도 확대하였는데 經濟契約(商事契約), 技術契約뿐만 아니라 기타의 民事契約에도 모두 적용할 수 있다.

둘째, 이 법에서의 契約은 平等的 主體間에 締結된 契約을 말한다. 따라서 政府의 經濟에 관한 行政管理은 契約法을 적용하지 아니하고, 政府의 豫算執行, 徵用 등 行政管理에 관한 內容도 適用對象에서 제외되었다. 그리고 都給契約은 이 법의 適用對象이 되지만 工場이나 會社 내부의 生産責任制는 企業內部的 經營管理에 속하는 問題로서 역시 이 법의 적용대상에서 제외된다. 또 다른 하나는 民法通則에서 契約을 債權編에 두고 있기에 入養 등 身分關係에 대한 契約에도 適用되지 않는다. 따라서 契約法 제2조 2항에서는 “婚姻, 入養, 後見 등 身分關係에 관한 合意는 기타 法律規定을 적용한

28) 위임계약(委託合同)이란 受任人과 委任人의 約定에 따라 受任人이 委任人의 事務를 處理하는 契約이다(中國 契約法 제396조).

29) 중개계약(行紀合同)이란 仲介人이 自己의 名義로 委任者를 위하여 貿易活動을 하고, 委任者가 報酬를 支給하는 契約이다(中國 契約法 제414조).

30) 거관계약(居間合同)이란 居間人이 委任者에게 契約締結의 機會를 報告하거나 契約締結의 媒介 작용을 하고, 委任者로부터 報酬를 支給받는 契約이다(中國 契約法 제424조).

31) 일정한 經濟的인 目的이란 自己 消費를 위한 것이 아니라 經濟活動을 통하여 利潤을 追求하는 目的을 말한다.

다.”라고 規定하고 있다.

셋째, 政府를 一方 當事者로 하는 契約에 대하여는 不同한 상황에 따라 그 適用與否를 따져야 할 것이다. 만약 政府가 平等한 民事主體의 資格으로 契約의 一方 當事者로 될 경우, 예컨대 政府가 事務用品을 구입하는 民事契約을 締結하는 경우에는 일반적인 契約關係로 이 법의 적용을 받게 된다. 그 외, 政府의 行政管理 기능에 따라 治安, 環境保護 등에 대하여 일반 會社나 기타 民事主體와 合意를 이루어 契約을 맺었다도 이러한 계약은 이 법의 適用對象이 아니다. 그리고 中國의 경우, 특히 指令性 任務(國家의 強制性 任務)나 國家의 收買 任務는 어떻게 다루는가 하는 것이 문제로 되는데, 中國은 社會主義 市場經濟國家를 표방하기에 指令性 任務가 契約法 적용에 있어서의 통상적인 상황은 아니지만 國家의 國防産業이나 전략적 물자의 備蓄 수요에서 指令性 任務를 내리거나 또는 일부 물자에 대하여 國家에서 收買하는 경우가 있다. 이러한 契約 締結에 있어서는 “國家가 指令性 任務나 收買 任務를 내릴 필요가 있는 경우, 法人, 기타 組織은 應당 相關 法律과 行政法規에서 規定한 權利, 義務에 따라 契約을 締結하여야 한다.”(中國 契約法 제38조). 즉 이때에도 契約法이 적용되지 아니한다.<sup>32)</sup>

### 3.3 基本原理

契約法의 基本原理란 契約의 當事者가 契約을 締結함에 있어서 따라야 할 基本指針인 同時에 또한 法院이나 仲裁機構에서 사건을 재판하는데 있어서도 根本理念으로 삼아야 할 것을 말한다. 契約法에서 規定하고 있는 契約의 締結, 效力, 履行 및 違約 責任이나 契約法 各則의 內容도 모두 이러한 基本原理에 입각하여 制定된 것이기에 契約法의 基本原理를 파악하는 것은 契約法을 올바르게 理解하고 타당한 해석을 하는데 필요하다. 中國 契約法의 총칙 제1장의 제3조 내지 제8조에서 規定하고 있는 契約法의 基本原理로는 아래의 것이 있다.

#### 3.3.1 當事者 平等의 原則

“契約當事者의 법적地位는 平等하고, 어느 一方도 자기의 意思를 相對方에게 강요할 수 없다”(中國 契約法 제3조). 當事者 平等의 原則은 契約自由의 전제조건이기도 하다. 만약 當事者의 법적 지위가 平等하지 아니하다면 契約自由의 原則은 더구나 운운할 여지가 없을 것이다.

平等의 原則은 또한 社會主義 性格의 中國 憲法에서 강조하고 있는 基本理念의 하나이다. 中國 憲法에서는 國家의 모든 權利는 人民에게 속한다(中國 憲法 제2조)라고 하고 있으며, 民族 平等權에 대한 規定(中國 憲法 제4조), 법 앞에서 모든 公民의 一律 平等을 제일 중요한 公民의 基本權(中國 憲法 제33조 2항)으로 예시하고 있다.

中國 民法에서는 契約의 自由와 公平, 信義誠實의 原則에 앞서 當事者 平等原則을 우선으로 하고 있다.<sup>33)</sup> 當事者 平等이란 契約의 當事者는 그의 身分이나 地位如何를 막론하고 契約의 締結에 있어

32) 顧昂然, 전개논문, 4면.

33) 中國 民法 通則은 제3조에 “當事者의 民事活動중의 地位는 平等하다”라고 規定한 후에 제4조에 “民事活動을 함에 있어서 自願(자유), 公平, 等價有償, 信義誠實의 原則을 지켜야 한다”라고 規定하고 있다.

서 그 지위가 평등하고 독립된 것이며, 그 누구도 相對方에 종속된 것이 아닐 뿐만 아니라 모두 법령의 規定을 따라야 하며, 相對方 및 기타 當事者의 意思를 존중하여야 한다는 것을 의미한다.

### 3.3.2 契約自由의 原則

契約自由의 原則도 契約法의 중요한 原則의 하나이다. 中國 契約法 제4조에서는 “當事者는 법에 의하여 契約自由의 權利를 향유하며 어떠한 機關이나 개인의 간섭도 받지 아니한다.”라고 規定하고 있다. 契約自由의 原則은 民事法律關係가 行政法律關係나 刑事法律關係와 구별되는 가장 중요한 특징의 하나이다. 契約의 自由란 契約締結의 自由, 相對方 선택의 自由, 契約內容의 自由, 契約方式의 自由, 그리고 契約의 履行過程에서 相對方과 협상하여 契約의 內容을 變更하거나 해지할 自由 및 契約의 紛爭解決方式에 대한 選擇自由<sup>34)</sup>등을 포함한다.

하지만 契約自由의 原則도 절대적인 것은 아닌바<sup>35)</sup>, 契約의 自由도 公序良俗이나 社會의 公共福利에 반할 수 없기에 일정한 제한이 가해지고 있다. 첫째는 締約이 강제되는 경우가 있는데 예컨대 공공사업에 종사하는 자는 相對方의 締約要求에 대하여 거절하지 못하도록 規定하고 있다. “公衆運送業에 종사하는 자는 旅客이나 託送人의 통상적이고, 합리한 運送要求를 거절할 수 없다”(中國 契約法 제289조). 둘째는 强行 規範은 契約當事者가 모두 따라야 한다. 예컨대 獨占規制에 관한 法律, 利子制限에 관한 法律, 商業登記, 約款 規制에 관한 法律 등은 契約當事者들이 반드시 遵守하여야 할 强行 規定이다. 셋째는 전문적인 管理機關을 두어 契約에 대한 監督과 管理를 하는 것으로서 契約自由의 原則을 제한하고 있다. 예컨대 中國 契約法 제127조에 “工商行政管理部門과 기타 行政主務官廳은 각자의 職權範圍 내에서 法律과 行政法規의 規定에 의하여 契約을 이용하여 國家의 利益이나 社會公共利益을 해하는 違法行爲에 대하여 監督, 處理하고 犯罪가 구성될 경우에 법에 따라 刑事責任을 추궁한다.”라고 規定하고 있다.

### 3.3.3 公平의 原則

中國 契約法에서는 公平의 原則도 基本原理의 하나로 規定하고 있다. 즉 當事者는 公平의 原則에 따라 각자의 權利와 義務를 確定하여야 한다(中國 契約法 제5조). 法律의 기본 이념은 公平과 正義의 基礎 위에 社會秩序를 건립하는 것이다. 當事者는 公平의 原理에 따라 權利를 행사하여야 하며 他人의 適法한 權利를 해하지 아니하는 範圍 내에 자기 利益을 실현하여야 한다.

公平의 原則은 法律을 適用함에 있어서의 原則이기도 하기에 法律 規定의 未備나 契約의 不備를 보완할 수 있다. 法律에 規定이 없거나 또는 契約에 約定이 없는 경우, 또는 規定이나 約定이 애매할

34) 徐景和 主編, 中華人民共和國合同法通解, 中國檢察出版社, 1999, 4~5면.

35) 近代 民法의 3대원칙인 私所有財產權 尊重의 原則, 私의 自治의 原則, 過失責任의 原則도 자본주의 사회의 고도의 발달로 사람들 사이의 빈부의 격차가 점점 커져 갔고 이와 더불어 여러 가지 弊害와 缺陷의 근원이 된 민법의 3대 원칙에 대한反省이 있게 되고, 그 修正을 피하게 되었음은 또한 당연한 理致라고 할 것이다. 韓國民法의 最高原理로는 自由人格의 原則과 公共福利의 原則을 最高原理로 하며, 다시 그 밑에 이른바 3대 原則이 존재한다고 할 수 있다. 郭潤直, 前揭 民法總則, 74~79면. 이에 대하여 公共福利를 最高의 存在原理로 하는 것은 自由民主主義의 基本秩序에 반한다고 하며, 私의 自治의 原則이 韓國 憲法에서 선언하고 있는 個人의 尊嚴과 價値를 保障하기 위한 유일한 手段이라고 주장하는 학자도 있다. 李英俊, 民法總則, 博英社, 1995, 16면.

경우에는 公平의 原則에 따라 當事者의 權利와 義務를 確定할 수 있다. 契約의 當事者나 혹은 法院, 仲裁機構에서 事件을 處理(審理)할 때 모두 이 原則에 의하여 다를 수 있다.

### 3.3.4 信義誠實의 原則

當事者가 權利를 行使하고 義務를 履行함에 있어서 信義誠實의 原則을 따라야 한다(中國 契約法 제6조). 즉 信義誠實의 원리에 따라 當事者들은 權利를 남용하여서는 아니 되며, 信義있고 誠實하게 자기의 義務를 履行하여야 한다. 적법하게 성립된 契約은 當事者에 대하여 법적 구속력을 가지는데, 當事者는 契約에서 約定한대로의 義務를 履行하여야 하고, 임의로 契約을 變更하거나 解除하여서는 아니 된다(中國 契約法 제8조). 當事者가 契約의 締結이나 契約의 內容에 대하여는 자기의 意思에 따라 自由로 결정할 수 있지만 적법하게 契約이 성립하여 效力을 발생하였다면 당연히 그 契約에 따라 信義誠實하게 義務를 履行하고 權利를 享有하여야 할 것이다.

中國 契約法에서는 信義誠實의 原則을 강조하여 總則 제6조에 規定을 두고 있는 외에 契約을 履行함에 있어서나 또는 契約이 終了한 후에도 當事者는 信義誠實의 原則에 따라 契約을 締結한 目的이나 契約의 性質, 또는 去來의 慣習에 의한 通知, 協助, 祕密維持 등 義務를 履行하도록 明文의 規定을 두고 있다(中國 契約法 제60조 2항 및 제92조). 韓國 民法에서는 契約 當事者의 이러한 附隨的 義務에 대하여 明文의 規定을 두고 있지 않고 다만 信義則의 原則에 의한 當事者의 義務로 보지만, 中國 契約法에서는 明文의 規定을 두고 있다는 것이 特色이다.

信義誠實의 原則은 公平의 原則과 더불어 법을 적용함에 있어서 法規範이나 契約의 不備를 보완할 수 있다. 즉 信義則에 어긋나고 顯著하게 公正을 잃은 契約은 無效 내지는 當事者의 청구에 의하여 취소할 수 있다(中國 契約法 제54조).

### 3.3.5 公共 福利의 原則

“當事者가 契約을 締結하거나 履行함에 있어서 法律과 行政法規의 規定을 遵守하여야 하며, 社會의 美風良俗을 해하지 아니하고 社會의 經濟秩序를 파괴하지 아니하며, 社會의 公益에 반하지 아니하여야 한다”(中國 契約法 제7조). 통상적으로 契約의 締結이나 履行은 契約 當事者간에 民事上의 權利, 義務에 대한 約定으로서 개인의 經濟的인 생활에 대하여 國家가 關與를 하지 아니하였다. 그러나 個人의 이러한 契約自由도 社會의 美風良俗과 公益에 반하지 아니하는 範圍 내에서 自由이지 無制限, 無節制의 自由는 아니다. 따라서 權利濫用을 禁止하고 公益에 반하지 아니할 것은 契約自由의 原則에 대한 필요한 보충이고, 현대 民法에서 보편적으로 취하고 있는 基本原理의 하나이다. 契約自由의 原則과 權利濫用禁止의 原則과의 관계에 있어서는 契約法에서 정한 強行法規, 예컨대 當事者가 惡意로 共謀하여 國家, 集團이나 他人의 權利를 해하여서는 아니 된다(中國 契約法 제52조 2호)는 등의 社會公益과 經濟秩序 유지에 필요한 強行法規를 違反할 경우에는 그 契約은 無效로 된다. 그러하지 아니하고 법에서 정한 任意法規, 예컨대 契約의 內容이나 品質, 價格, 履行地 등에 관한 規定은 任意法規로서 當事者가 契約自由의 原則에 따라 任意로 約定할 수 있다. 따라서 契約의 自由는 社會의 公共 福利에 반하지 아니하고 強行法規에 위배되지 아니하는 前提하에서의 自由이고, 또한 이러한

強行法規를 遵守하여야 當事者의 契約自由 原則도 실현될 수 있다.<sup>36)</sup>

### 3.4 契約의 締結

契約의 締結은 契約에 있어서 중요한 의미가 있다. 즉 契約의 締結은 契約이 效力을 발생하는 전제이며 또한 義務를 履行하고 權利를 享유하며, 紛爭을 해결하고 법적 보호를 청구할 수 있는 根據이기도 하다. 契約을 締結할 때에 심사숙고하여 가급적이면 면밀하게 締結하는 것은 本人의 合法的 權利를 보호하고 契約의 目的을 실현하는 것과 매우 밀접한 關聯이 있다. 또한 완벽하게 締結된 契約은 紛爭의 所在를 줄이고, 紛爭이 발생하였다 하더라도 빠른 기일 내에 합리적인 해결을 볼 수 있을 것이다. 中國의 현실에 있어서 많은 사람들이 아직까지 법의식이 부족하여 契約을 締結하는 가운데서 詐欺를 당하거나 또는 契約締結時 세심하게 검토하지 아니하여 履行段階에 와서 후회하는 경우가 많다. 따라서 새로 立法된 契約法에서는 契約 締結에 관한 다음의 規定을 두고 있다.

#### 3.4.1 契約의 當事者

契約의 當事者는 法律行爲의 主體로서 契約締結에 있어서 不可缺의 要素이다. 契約의 當事者는 自然人일 수도 있고, 法人이나 기타 團體일 수도 있다. “當事者가 契約을 締結함에 있어서 반드시 民事權利能力과 民事行爲能力이 있어야 한다”(中國 契約法 제9조). 즉 상응한 主體 資格을 具備하여야 한다.

自然人은 出生 한 때로부터 사망할 때까지 民事權利能力이 있어 民事權利를 享有하고 民事義務를 부담한다. 그러나 自然人의 民事行爲能力은 그의 年齡과 知能狀況에 따라 完全民事行爲能力者, 不完全民事行爲能力者, 民事行爲無能力者로 나뉜다. 民法通則 제11조에서는 이에 대한 상세한 規定을 두고 있는데, 滿 18세 이상의 自然人은 完全民事行爲能力者로서 獨立的으로 民事行爲를 할 수 있고, 滿16세 이상, 滿 18세 이하의 自然人이 자기의 勤勞收入을 主 生活費로 할 때는 完全民事行爲能力者로 간주한다. 滿 10세 이상의 未成年者는 不完全民事行爲能力者이고, 本人의 行爲를 分辨하지 못하는 精神患者는 民事行爲無能力者이며, 本人의 行爲에 대하여 不完全하게 分別하는 精神患者는 不完全民事行爲能力者이다. 不完全民事行爲能力者는 그의 年齡이나 知能 또는 精神狀態와 상응한 民事行爲를 할 수 있고, 기타의 民事行爲는 法定 代理人이 代理하여야 한다.

法人은 企業法人(商事法人)과 기타 機關, 事業單位(社團, 財團法人)등으로 나뉘는데, 이러한 法人은 반드시 법에 의하여 설립된 것이어야 하고, 規定에 부합되는 財産이나 經費가 있어야 하며, 자기의 名稱, 組織 機構와 事務所이 있어야 하며, 獨立的으로 民事責任을 부담할 수 있어야 한다. 法人의 民事行爲能力과 民事權利能力은 一致하며, 法人이 設立되어서부터 消滅될 때까지 존속한다.

契約은 當事者 本人이 직접 締結할 수 있을 뿐만 아니라 代理人을 통하여도 締結할 수 있다. 따라서 契約을 締結할 때에 當事者의 民事權利能力과 民事行爲能力의 有無, 委任의 有無, 또는 委任의 範圍와 權限 등도 契約의 效力에 영향을 미친다.

36) 徐景和, 전계서, 7면.

### 3.4.2 契約의 形式

中國 기존의 3部契約法은 모두 經濟契約의 要式性을 강조하여 왔다. 經濟契約法에서는 即時 清算되는 契約을 제외하고는 “반드시” 書面 形式을 취하여야 한다고 規定하였고, 涉外經濟契約法과 技術契約法도 모두 書面形式을 갖출 것을 요하였다. 따라서 司法實務에 있어서 書面 形式을 갖추지 아니한 契約에 대해서 履行을 한 것에 대해서도 無效로 인정하는 경우가 가끔 생기곤 하였다. 각종 契約을 締結하는 상황이 各異하여 書面形式을 갖추면 契約의 規範化나 紛爭의 減少, 解決에 容易한 점이 있지만 劃一的으로 書面形式을 갖출 것을 요하는 것은 去來의 실정에 맞지 아니하고 去來의 迅速性도 阻害한다고 하여 현재의 去來慣習도 감안하고 契約의 規範化도 추진한다는 취지에서 새로 制定된 契約法에서는 契約의 形式에 대하여 상당히 柔軟한 態度를 보이고 있다.

“當事者が 契約을 締結하는 形式은 書面形式, 口頭形式 및 其他 形式이 있다”(中國 契約法 제10조 1항)라고 하여 經濟 契約에 대하여 書面形式을 갖추지 아니할 경우, 劃一的으로 無效로 하지 않고 있다. 동조 제2항에서는 계속하여 “法律, 行政法規에서 書面形式을 취할 것을 요하는 경우에는 반드시 書面形式을 취하여야 한다. 當事者が 書面形式을 취하기로 約定한 경우에도 반드시 書面形式을 취하여야 한다.”라고 하여 法律의 規定과 當事者の 約定이 있는 경우에는 역시 書面形式을 취할 것을 요하고 있다. 그러나 이러한 경우에도 書面形式을 취하지 아니하였다 하여 既往과 같이 劃一的으로 契約을 無效로 하는 것이 아니라 “...그러나 一方이 契約의 主義務를 履行하였고, 相對方이 이를 수락한 경우, 當該 契約은 成立한다.”(中國 契約法 제36조)라고 規定하고 있다.

그리고 빠르게 발전하고 있는 情報化 產業과 電子 商去來를 감안하여 契約法에서 이에 대한 原則적인 規定을 두고 있다. “書面形式이란 契約書, 편지와 數值 電文(數據電文)(전보, 팩스, 텔렉스, 전자수치교환 및 전자우편을 포함) 등 有形的으로 기재한 內容을 나타 낼수 있는 形式을 포함한다.”(中國 契約法 제11조)라는 規定을 두고 있다.

### 3.4.3 契約의 內容

契約을 締結함에 있어서 當事者の 意思表示는 “請約과 承諾의 方式으로 한다”(中國 契約法 제13조). 中國 民法理論에 있어서 契約의 締結은 請約과 承諾으로 이루어진다<sup>37)</sup>고 하고 있었으나 民法通則이나 3部契約法에서는 請約과 承諾에 대한 구체적인 規定이 없었다. 이번 契約法에서 國際 慣習과 大陸法係의 法律을 繼受하여 請約과 承諾에 대한 規定 및 契約의 包含할 事項과 定型契約인 約款에 관한 規定을 두고 있다.

#### 3.4.3.1 請約

請約<sup>38)</sup>은 他人과 契約을 締結하려는 意思表示를 말하는데 다음과 같은 要件을 具備하여야 한다. 첫째는 內容이 具體적이고 明確하여야 한다. 둘째는 請約의 相對方이 請約에 대한 承諾이 있으면 請

37) 全國法院幹部業余法律大學民法教研組 共著, 中國民法教程, 人民法院出版社, 1989. 345~348面; 費宗禕 主編, 中國經濟法教程, 人民法院出版社, 1989. 476~478면 참조.

38) 請約을 中國 法律用語로는 “要約”이라고 하는데, “發盤”, “出盤”, “發價”, “出價” 혹은 “報價”등도 모두 請約을 나타낸다.

約者은 곧 그 承諾에 따른 拘束力을 받는다는 表示가 있어야 한다(中國 契約法 제14조). 請約의 效力은 請約이 相對方에게 到達하는 때에 생기는 것으로 하여(中國 契約法 제16조 1항) 역시 到達主義를 취하고 있다. 請約의 效力이 생긴 후에는 當事者가 이를 任意로 撤回할 수 없지만 請約을 撤回하는 通知가 請約보다 먼저 혹은 同時에 相對方에 到達하는 경우에는 請約을 撤回할 수 있다(中國 契約法 제17조). 請約의 效力에 있어서 특이한 점은 “請約은 取消할 수 있다. 請約을 取消하는 通知는 相對方이 承諾의 通知를 발송하기 전에 相對方에 到達하여야 한다”(中國 契約法 제18조)라고 하여 請約을 取消할 수 있도록 規定하고 있다는 점이다.<sup>39)</sup> 단, 아래의 경우에는 請約을 取消할 수 없다. 請約者가 承諾의 期間을 정하였거나 또는 기타 形式으로 請約을 取消하지 못한다고 명시한 경우와 相對方이 상당한 이유로 請約이 취소할 수 없을 것이라는 것을 믿고, 또한 契約의 履行을 위하여 준비를 한 경우이다(中國 契約法 제19조). 契約의 履行을 위하여 준비를 한 경우란 예컨대 契約을 履行하기 위해 銀行으로부터 貸出을 받았거나 혹은 貨物을 保管하기 위하여 倉庫를 賃賃한 경우 등을 말한다. 請約의 效力이 喪失되는 事由로는 “① 請約을 拒絕하는 通知가 請約者에게 도달한 경우, ② 請約者가 適法하게 請約을 取消한 경우, ③ 承諾期間 내에 相對方이 承諾을 하지 아니한 경우, ④ 相對方이 請約의 內容에 대하여 實質的인 變更을 한 경우”(中國 契約法 제20조) 등이 있다.

#### 4.3.3.2 承諾

承諾은 請約을 받은 者가 請約을 수락하는 意思表示이다(中國 契約法 제21조). 承諾은 通知의 방식으로 하여야 하지만 去來의 慣習이나 또는 請約에서 行爲로 承諾을 할 수 있다고 한 경우에는 그러하지 아니하다(中國 契約法 제22조). 예컨대 賣買契約의 一方이 貨物을 발송하였거나 또는 代金を 送金を 경우에는 承諾이 있었다고 보아야 할 것이다. 承諾은 請約에서 정한 期間 내에 到達하여야 하고, 承諾은 請約者에게 到達한 때에 發效한다<sup>40)</sup>(中國 契約法 제26조). 承諾을 通知의 방식으로 하지 아니할 경우에는 去來의 慣習이나 請約에서 정한 承諾의 行爲를 한 때에 效力이 생긴다(中國 契約法 제26조 後文). 中國 契約法에서는 承諾의 效力發生시기에 관하여 到達主義를 취하고 있기 때문에 承諾을 撤回하는 通知가 承諾의 通知보다 먼저 혹은 同時에 請約者에게 到達하는 경우에는 承諾도 撤回할 수 있다(中國 契約法 제27조).

그 외, 承諾은 請約의 承諾適格의 存續 중에 하여야 하고, 承諾의 通知가 기한을 초과하여 到達한 경우에는 請約者가 지체없이 그 承諾의 效力을 인정하는 通知를 발송하지 아니한 때에는 새로운 請約으로 보며(中國 契約法 제28조), 承諾은 또한 請約의 內容과 일치하여야 하고, 請約의 內容에 대하여 契約의 目的, 數量, 品質, 價格 혹은 報酬, 履行期間, 履行地와 履行方式, 契約違反의 責任과 紛爭

39) 韓國 民法 제527조는 “契約의 請約은 이를 撤回하지 못한다.”라고 規定하고 있다. 請約期間을 정하여 請約을 한 경우에는 그 期間 내에, 期間을 정하지 아니한 경우에는 請約者가 상당한 期間 내에 承諾의 通知를 받지 못한 때에 그 效力을 잃는다(韓國 民法 제528조).

40) 韓國 民法에서는 隔地者간의 意思表示의 效力發生時期에 관하여, 이른바 到達主義를 취하고 있으나(民法 제111조 1항), 隔地者 사이의 契約의 성립에 관하여는, 到達主義에 대한 예외로서 發信主義를 취하고 있다. 즉 民法 제531조는 “隔地者間的 契約은 承諾의 通知를 發送한 때에 成立한다”라고 規定하고 있다. 郭潤直, 前掲 債權各論, 72면.

解決方法 등에 대하여 실질적인 變更을 한 경우에는 새로운 請約으로 본다(中國 契約法 제30조).

그리고 中國 契約法에서는 傳統的으로 經濟契約의 要式性을 강조하여 왔기에 書面으로 締結되는 契約의 成立시기는 쌍방 當事者가 契約書에 記名 혹은 捺印한 때로 하고(中國 契約法 제32조), 當事者가 편지나 電文, 전자우편 등 방식으로 契約을 締結하는 경우에는, 契約成立 전에 먼저 確認書를 締結할 수 있는데, 이 때에는 確認書가 締結된 시점을 契約締結時로 본다(中國 契約法 제33조). 契約의 成立地에 대하여는 承諾이 發效한 곳을 契約이 成立한 곳으로 보기에(中國 契約法 제34조) 通知를 承諾의 방식으로 하는 契約은 請約者가 承諾의 通知를 받은 곳이 契約成立地이고, 去來의 관습이나 혹은 請約의 요구에 따라 行爲로 承諾의 通知를 대체하는 경우의 契約成立地는 承諾者가 承諾의 行爲를 한 곳이 될 것이다. 이는 契約에 紛爭이 생길 경우에 管轄 法院을 確定하는 중요한 根據로 되기에 重要한 意味가 있다.

#### 4.3.3.3 契約의 一般條項

當事者가 契約을 締結하는 目的은 民事權利, 義務關係를 設立, 變更, 消滅시키기 위한 것이다. 이러한 契約締結의 意思表示는 請約과 承諾에 따라 이루어지며, 締約 當事者의 請約과 承諾의 內容이 곧 契約의 內容을 이루고, 이에 따라 當事者의 權利와 義務가 確定된다.

契約의 一般條項은 賣買契約, 都給契約, 貸借契約 등 契約의 性質과 種類가 다름에 따라 그 內容도 相異하겠지만, 中國 契約法은 總則에서 契約에 包含할 通常的인 條項을 明示하고 있는 것이 特色이다. 中國 契約法 제12조에서 規定하고 있는 契約에 포함되어야 할 條項으로는 다음과 같은 것이 있다. ① 契約 當事者의 名稱 혹은 姓名과 住所. 즉 權利, 義務의 主體를 明確히 할 것을 規定하고 있다. 예컨대 建設工事契約에서 어느 建設會社가 工事を 수주하며, 그 會社는 法定의 資格要件과 實質的인 履行能力을 갖추었는지 등에 대하여도 把握함으로써 契約 當事者가 主體 資格要件을 가진 當事者인가를 明確히 하기 위함이다. ② 標的. 權利, 義務의 客體가 되는 對象을 말하는데 物件일 수도 있고, 行爲일 수도 있다. 契約의 標的은 모든 契約에 있어서의 中心 要素이다. ③ 數量. ④ 品質. 品質에는 規格, 機能, 樣式, 基準 등이 포함된다. ⑤ 代金 혹은 報酬. 有價契約에 있어서의 重要한 要素이다. ⑥ 履行期限, 場所와 方式. ⑦ 契約違反責任. 違約金에 대하여 約定을 둘 수도 있고, 損害賠償額의 算定에 관한 約定을 둘 수도 있다. ⑧ 紛爭의 解決方法. 紛爭解決方法은 法院 또는 仲裁에 대한 選擇 및 具體的인 機構에 대하여도 選擇을 할 수 있는데, 이러한 紛爭의 解決方法에 관한 條項은 契約이 無效, 取消 혹은 終了되어도 여전히 有效하다(中國 契約法 제57조).

하지만 이번에 公布된 契約法에서는 모든 契約이 모두 上記의 條項을 具備하여야 成立하는 것으로, 즉 強行 規定으로 둔 것은 아니다. 기존의 3部契約法에서는 經濟契約의 要式性을 強調하여 契約의 形式이나 內容이 法定 要件을 具備하지 못한 경우의 效力이 문제로 되었다. 經濟契約法에서는 “經濟契約은 반드시 다음과 같은 條項을 갖추어야 한다.”라고 하여 法定 條項을 缺한 경우에는 實務에 있어서 契約이 成立되지 아니하였다고 判示한 것이 있다.<sup>41)</sup> 涉外經濟契約法을 立法할 때에는 “통

41) 顧昂然, 전계논문, 7면.



상적으로”(一般)이라는 말을 추가하여 “통상적으로 그러한 條項을 갖추어야 한다”로 하였고, 技術契約法을 立法할 때에는 갖춘다는 “具備”를 “包含”한다고 改正하여 強行規定에서 점차 任意規定으로 變化하는 모습을 보이고 있다. 이번의 契約法에서도 이러한 條項에 대하여 “通常적으로 갖추어야 한다”라고 하여 설사 누락된 조항이 있더라도 반드시 契約이 無效로 되는 것은 아닌 것으로 하고 있다(中國 契約法 제12조 1항 참조). 즉 契約法에서는 要式契約에서 일부 後退하여 世界的인 趨勢에 따랐다고 하겠다. 하지만 이러한 條項 중에서도 契約締結에 있어서의 不可缺의 條項인 目的이나 數量 등 기본적인 條項이 缺如되면 契約이 成立되었다고 볼 수 없을 것이다.

經濟貿易活動의 多樣性和 當事者가 經驗 부족 등으로 未備한 契約이 締結되어 紛爭이 發生할 여지가 많은 것을 우려하여 中國 契約法 제12조 2항에서는 “當事者는 각종 契約 類型의 模範契約書(示範文本)을 參照하여 契約을 締結할 수 있다.”라고 規定하고 있는바, 中國 特色이 있는 規定이라 하겠다. 즉 契約當事者들이 法的 規定을 잘 모르는데 대비하여 둔 特殊한 規定이다.<sup>42)</sup> 다만 주의할 것은 模範契約書란 會社에서 자체로 作成한 約款(格式條款)과는 다른 것으로서, 模範契約書는 綜合部門에서 각 方面의 의견을 수렴한 후, 특히는 消費者의 의견을 청취한 후 一定한 節次에 따라 作成된 것을 말한다. 다른 하나는 “參照하여”라고 하였기에 다만 當事者들에게 권장할 뿐이지 法的으로 模範契約書에 따르도록 강제하는 것은 아니다.

#### 4.3.3.4 約款

約款(格式條款)이란 當事者(특히 일부 獨占의 企業)가 多數의 相對者와 동일한 內容의 契約을 締結하기 위하여 事前에 作成한, 契約의 相對方과 契約 締結시 協商하지 아니한 契約을 말한다(中國 契約法 제39조 2항). 公正을 기하고, 弱者를 保護하기 위하여 中國 契約法에서는 다음과 같이 세 方面으로 約款에 대해 規制를 가하고 있다. 첫째, 約款을 사용하여 契約을 締結할 경우, 約款을 作成한 자는 公平의 原則에 따라 當事者間의 權利, 義務를 確定하여야 하고, 作成者의 免責 혹은 責任制限에 관한 條項은 適當한 方法으로 相對方에게 明示하여야 하며, 相對方의 要求에 따라 約款의 內容을 說明하여야 한다(中國 契約法 제39조 1항). 둘째, 約款에 約款作成者의 責任을 免除하거나 또는 相對方의 責任을 加重시키거나 相對方의 重要한 權利를 排除하는 條項은 效力이 없다(中國 契約法 제40조). 셋째, 約款에 대하여 두 개 이상의 解釋을 할 수 있는 경우, 約款作成者에게 不利한 解釋을 하여야 한다. 約款과 다른 特約(非格式條款)이 있는 경우에는 特約이 우선한다(中國 契約法 제41조).

#### 3.4.4 締約過失問題

이번에 立法된 中國 契約法에서는 契約義務를 확대하여 規定하고 있다. 契約이 성립한 후의 當事者의 權利, 義務는 당해 契約과 關聯法規의 規定에 따라 행사하고, 契約違反이 있는 경우에는 契約에

42) 1990년 3월 중국 중앙정부(國務院) 사무국에서는 國家工商行政管理局의 「關於在全國逐步推行經濟合同示範文本制度的請示」(전국에 경제계약 模範契約書制度를 보급할데 관한 請求)를 발포하였다. 그 취지는 契約 締結의 不備로 하여 當事者의 意思表示 不明, 公平性 喪失 및 違背 內容의 契約이 締結되는 등 問題點을 補完하고자 하였다. 그후 相關 부서에서는 先後하여 “建設工事契約”, “倉庫保管契約”, “財產貨貸契約”, “國有土地使用權讓渡契約” 등 模範契約書를 作成하여 보급하였다. 徐景和, 전게서, 23면.

근거하여 責任을 확정하면 될 것이다. 하지만 契約이 締結되지 아니하여 當事者의 權利, 義務에 대하여 合意가 아직 이루어지지 않은 경우, 즉 締約過程에서 발생한 當事者의 損害나 또는 契約이 終了한 후의 當事者가 信義則上 지켜야 할 後續的인 義務의 不履行으로 相對方 當事者에게 준 損害에 대하여 既存의 民法通則이나 3部契約法에서는 명확한 規定을 두고 있지 않았기 때문에 이러한 當事者 救濟에 限界가 있었다.

中國 契約法은 契約의 成立過程에 있어서, 當事者의 一方이 그에게 責任 있는 事由로 相對方에게 損害를 준 때에 負擔하여야 할 賠償責任에 관한 規定을 두고 있다. 즉 “① 契約締結을 빙자하여 악의로 協商한 경우, ② 契約締結과 관련되는 중요한 사항을 의도적으로 숨기거나 또는 허위의 사실을 제공한 경우, ③ 信義則에 반하는 기타 行爲를 한 경우”(中國 契約法 제42)와 “當事者는 契約締結過程에서 알게 된 商業秘密에 대하여 契約의 成立 여부를 불문하고 그 秘密을 漏泄하거나 不當하게 사용하여서는 아니 된다. 이로 하여 相對方에게 損害를 준 경우에는 損害를 賠償하여야 한다”(中國 契約法 제43조)라고 規定하여, 締約過程에 있어서의 當事者의 過失에 대하여 폭넓게 責任을 인정하고 있다.<sup>43)</sup>

### 3.5 契約의 效力

契約의 成立과 效力發生은 별개의 문제이다. 契約의 有效·無效는 契約의 성립을 전제로 하여, 그 契約이 目的한 대로 效果가 생기느냐 없느냐를 말하는 것으로서, 契約이 不成立으로 끝난 경우에는 有效·無效의 문제가 생기지 아니한다. 그렇다하여 有效하게 성립한 契約이 모두 效力을 발생하는 것은 아니다. 경우에 따라 有效인 契約, 無效인 契約, 취소할 수 있는 契約, 效力未確定의 契約으로 될 수 있다. 中國 契約法에서는 이러한 契約에 대한 상세한 規定을 두고 있다.

#### 3.5.1 契約의 效力發生時期

적법하게 성립한 契約은 成立時로부터 效力이 있다(中國 契約法 제44조). 中國 民法通則에서는 적법한 民事行爲를 民事法律行爲(中國 民法通則 제54조)라고 하고 있는데, 民事法律行爲가 有效하려면 아래의 세 가지 요건을 갖추어야 한다. 첫째는 當事者가 그러한 民事行爲를 할 수 있는 行爲能力이 있어야 한다. 둘째는 意思表示가 眞實하여야 한다. 다시 말하면 當事者가 한 意思表示는 當事者의 自由에 기한 眞意여야 하며, 強迫이나 그의 意思에 반하는 상황하에 이루어진 것이 아니어야 한다. 셋째는 法律이나 社會의 公益에 반하지 아니하여야 한다. 즉 그 法律行爲의 目的은 적법한 것이어야 하며, 社會의 秩序나 公序良俗에 반하지 아니하여야 한다(中國 民法通則 제55조).

적법하게 성립된 契約은 그 成立時로부터 效力을 발생하지만 다음과 같은 두 가지의 事由가 있을 경우에는 그러하지 아니하다. 첫째는 法律이나 行政法規에서 許可나 登記를 요하는 경우에는 그 許可나 登記가 이루어진 경우에 效力이 발생한다. 예컨대 中國 擔保法에 의하면 土地使用權, 도시의 不動產,

43) 韓國 民法 제535조는 【契約締結上の 過失】이라고 하여 “① 目的이 不能한 契約을 締結할 때에 그 不能을 알았거나 알 수 있었을 者는 相對方이 그 契約의 有效를 믿었음으로 인하여 받은 損害를 賠償하여야 한다. 그러나 그 損害額은 契約이 有效함으로 인하여 생길 利益額을 넘지 못한다. ② 前項의 規定은 相對方이 그 不能을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 適用하지 아니한다.”라고 規定하고 있다. 締約上の 過失責任은 비단 原始的 不能의 경우에만 문제되는 것은 아니므로, 그 適用範圍가 너무 좁게 規定된 느낌이 있다. 郭潤直, 前掲 債權各論, 89면.

航空機, 船舶, 自動車 등에 대한 抵當權 설정은 抵當登記를 하여야 하고 抵當契約은 登記한 날로부터 效力이 생긴다(中國擔保法 제41조). 둘째는 契約의 當事者가 條件附 契約이나 期限附 契約을 締結한 경우에는 그 條件이나 期限이 성취된 후에야 當該 契約이 發效한다(中國民法通則 제62조).

### 3.5.2 瑕疵 있는 契約

#### 3.5.2.1 無效인 契約

無效 契約에 관한 規定을 든 취지는 國家와 社會公益을 위해서이다.<sup>44)</sup> 契約은 當事者 自由의 原則에 締結되지만, 그러한 契約이 社會秩序나 公益에 반할 경우에 國家가 積極的으로 關與하게 된다. 契約法에서 정한 契約의 無效事由로는 “① 一方 當事者의 詐欺, 強迫에 의한 契約으로 國家의 利益을 害한 경우, ② 惡意로 共謀하여 國家, 집단 혹은 제3자의 利益을 害한 경우, ③ 적법한 형식으로 不法의 目的을 달성하고자 한 경우, ④ 社會公益에 반할 경우, ⑤ 法律이나 行政法規의 強行 規定에 반할 경우”(中國契約法 제52조). 이러한 경우의 1에 해당하는 때에 契約은 無效로 되는데, 契約法에서 정한 無效事由와 기존의 民法通則 및 3部契約法의 規定과 일맥상통하다. 다만, 無效事由에 대하여 다음과 같은 두 개 方面에 修正이 가하여 졌다.

첫째는 詐欺, 強迫에 의한 契約의 效力에 대하여 詐欺, 強迫으로 하여 締結된 契約이 國家의 利益을 害한 경우에는 바로 無效事由로 되어 國家에서 積極적으로 關與할 수 있도록 한 것이고, 詐欺, 強迫에 의한 契約으로 私人的 利益을 害한 경우에는 取消事由로 하여 當事者가 法院이나 仲裁機構에 當해 契約의 取消을 청구할 수 있도록 하였다. 이에 대하여는 앞서 이미 언급한 바이기에 더 언급하지 아니한다.

둘째는 法律과 行政法規의 強行 規定에 반할 경우, 契約을 無效로 한다는 規定에 대하여서이다. 民法通則과 기존의 3部契約法에서도 類似한 規定을 두고 있었는데, 다만 그 表現이 各異하였다. 民法通則에서는 “法律에 반한 契約”(民法通則 제58조 제5호), 經濟契約法에서는 “法律과 行政法規에 반한 契約”(經濟契約法 제7조 제1호), 技術契約法에서는 “法律과 法規에 반하는 契約”(技術契約法 제21조)을 無效로 하다고 規定하였었는데, 이번 契約法에서는 法律과 行政法規에 반할 때에 無效로 한다고 하였고, 또 하나는 “強行 規定”이라는 內容을 추가하여 法律이나 行政法規의 強行 規定에 반할 경우에만 契約의 無效事由로 하였다. “強行 規定”이라는 용어를 추가한 것은 法律과 行政法規중 契約에 관한 內容은 대부분이 契約自由의 原則을 존중한 任意 規定에 속하기에 이러한 法規를 違反할 경우에는 契約이 無效로 되는 것이 아니다. 종전의 法 規定에서는 이러한 문제에 대해 明確한 規定을 두지 못하였기에 이러한 法律 規定에 따라 無效로 인정되는 契約이 지나치게 많았고, 當事者의 契約自由에 대하여 지나치게 關與하게 되었다. 그리고 “法律과 行政法規”중의 強行 規定이기에 地域性的인 法規나 部門의 規章은 그 內容이 強行 規定이라도 이를 理由로 契約의 無效를 주장할 수 없다.

#### 3.5.2.2 變更, 取消할 수 있는 契約

中國契約法에 의하여 變更, 取消할 수 있는 契約으로는 중대한 착오(誤解)가 있는 契約과 契約締

44) 顧昂然, 전계논문, 11면.

結時에 顯著하게 公正하지 못한 契約, 그리고 詐欺, 強迫이나 혹은 相對方의 위기를 이용하여 相對方의 意思에 반하여 締結된 契約은 當事者가 法院이나 仲裁機構에 變更이나 取消을 청구할 수 있다. 當事者가 變更을 청구한 경우에 法院이나 仲裁機構에서는 取消하지 못한다(中國 契約法 제54조). “중대한 錯誤”란 民事 行爲者가 그 行爲의 性質, 相對方, 目的物의 種類, 品質, 規格과 數量 등에 대한 錯誤로 하여 그 行爲의 結果가 자기의 意圖와 반하고, 이로 하여 큰 損害를 입은 경우를 말한다. “顯著하게 公正하지 못한” 것이란 一方 當事者가 優勢를 이용하거나 相對方의 經驗이 없음을 이용하여 締結된 契約으로서 쌍방의 權利, 義務가 현저하게 公正하지 아니하고, 等價有償의 原則에 위배되는 것을 말한다.<sup>45)</sup> 여기서 주의할 것은 契約 締結時에 顯著하게 公正을 잃은 것을 말하고, 契約의 履行過程에 시세의 변화로 생긴 손해, 즉 商業 危險으로 하여 생긴 손해에 대하여는 이를 이유로 當事者가 契約의 變更이나 取消을 주장하지 못한다. 이러한 손해는 當事者가 자신의 責任으로 손해를 감수하여야 할 것이다.

變更이나 取消을 청구할 수 있는 者는 過失이 없는 當事者이며, 過失이 있는 當事者는 變更이나 取消을 청구할 수 없을 뿐만 아니라 이로 하여 相對方에 입힌 손해를 배상하여야 한다. 이러한 取消權은 取消請求權者가 그러한 事由를 알거나 알 수 있었을 때로부터 1년 내에 행사하지 아니하면 消滅하고, 또는 取消請求權者가 그 事由를 안 후 取消權 拋棄를 명시하거나 혹은 자기의 行爲로 取消權을 拋棄하였음을 나타내었을 경우에도 消滅한다(中國 契約法 제55조). 여기서 1년 期間은 除斥期間을 말한다.

無效, 取消된 契約은 처음부터 效力이 없고, 契約이 부분적으로 無效된 경우, 契約의 기타 부분에 영향을 미치지 아니할 때에는 기타 부분은 여전히 有效하다(中國 契約法 제56조). 契約이 無效 또는 取消된 경우, 契約으로 하여 얻은 재산은 相對方에 반환하여야 하고(원상회복), 반환하지 못할 경우, 상당한 價額을 補償하여야 한다. 過失이 있는 측은 相對方이 입은 손해를 배상하고, 雙方過失일 경우에는 각자 過失에 따른 責任을 진다(中國 契約法 제58조).

無效인 契約은 國家와 社會 公益에 반하기 때문이고, 取消할 수 있는 契約은 一方 當事者에게 현저하게 公正하지 못하기 때문이다. 따라서 두 契約은 아래의 면에서 차이점을 보이고 있다.

첫째는 法定 事由가 다르다. 無效인 契約은 中國 契約法 제52조와 제53조에서 規定한 事由에 의한 것이고, 取消할 수 있는 契約은 中國 契約法 제54조에서 들고 있는 事由이다.

둘째는 無效를 주장할 수 있는 主體(當事者)가 다르다. 無效인 契約은 쌍방 當事者가 모두 주장할 수 있고 國家의 능동적인 關與도 가능하지만, 取消할 수 있는 契約은 取消請求權이 있는, 즉 過失이 없는 當事者만이 청구할 수 있고, 또 이러한 청구가 있는 경우에만 法院이나 仲裁機構에서 契約의 取消, 또는 變更을 확정할 수 있다.

셋째는 立證責任에 있어서 取消할 수 있는 契約은 取消을 청구하는 자가 取消事由에 대한 立證責任을 지지만, 無效인 契約은 特定人의 주장을 필요로 하지 않으며, 당연히 效力이 없다.

넷째, 取消할 수 있는 契約은 1년의 除斥期間에 걸리지만 無效인 契約은 除斥期間이 없다.<sup>46)</sup>

46) 徐景和, 전계서, 95~96면.

45) 中國 最高人民法院(大法院)의 “中華人民共和國民法通則”을 집행할 때 관한 若干 意見”, 제71조, 제72조.

### 3.5.2.3 效力未確定의 契約

效力未確定의 契約<sup>47)</sup>이란 契約이 締結되었지만 契約의 發效要件을 완전히 구비하지 못하였고, 그렇다 하여 또 無效거나 取消될 契約에는 속하지 아니하는 契約을 말한다. 中國 契約法에서 規定하고 있는 效力未確定의 契約은 다음과 같은 몇 가지가 있다.

#### 3.5.2.4.1 行爲無能力者의 契約

中國 契約法에서는 未成年者나 不完全行爲能力者가 行爲能力의 限界를 넘어서 한 法律行爲에 대하여 相對方은 法定代理人에게 1개월 내에 追認할 것을 催告할 수 있다. 法定代理人의 意思表示가 없는 경우에는 追認을 拒絕한 것으로 간주하고, 追認을 하면 당해 法律行爲는 效力을 가진다. 追認이 있기 전에 善意의 相對方은 契約을 取消할 수 있는데, 取消는 通知를 하는 것으로 한다. 그러나 단순히 未成年者나 限定治產者가 利得만을 얻거나 또는 그의 年齡이나 知能, 精神狀態에 부합하는 契約을 締結한 경우에는 法定代理人의 追認이 없어도 效力이 있다(中國 契約法 제47조).

#### 3.5.2.4.2 無權代理人의 契約

中國 契約法에서는 代理權이 없거나 또는 代理權의 범위를 넘은 경우, 또는 일단 주어졌던 代理權이 消滅한 경우, 즉 無權代理人이 한 行爲에 대하여 相對方은 本人에게 催告하여 1개월 내에 追認할 것을 청구할 수 있다. 本人의 意思表示가 없는 경우에는 追認을 거절한 것으로 간주하며, 追認이 없는 경우에는 本人에 대하여 效力이 없고, 그 法律效果는 代理人에게 歸屬된다. 本人의 追認이 있기 전에 善意의 제3자는 그 法律行爲를 取消할 수 있다(中國 契約法 제48조). 代理人에게 代理權이 없음에도 불구하고 마치 그 것이 있는 것과 같은 外觀을 가지고 있고, 또한 그러한 外觀의 발생에 관하여 本人이 어느 정도의 원인을 제공한 경우, 예컨대 代理權이 없는 者가 本人의 명의로 契約을 締結함을 알고도 本人이 反對意思를 표시하지 아니한 경우 또는 代理權 授權委任書에 代理人의 權限에 대하여 명확한 기재가 없는 경우, 또는 처음에는 代理權을 부여하였지만 후에 代理權을 取消하면서 오랜 去來關係가 있는 相對方에게 代理權 取消의 通知를 하지 아니한 경우 등 相對方이 代理人에게 代理權이 있다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 때에 이를 表見代理라 한다.<sup>48)</sup> 이러한 경우에 善意의 제3자를 보호하기 위해 그 代理行爲는 有效한 것으로 한다(中國 契約法 제49조). 즉 本人과 代理人은 連帶하여 제3자에 대하여 責任진다.

#### 3.5.2.3.3. 無處分權者의 契約

處分權이 없는 者가 他人의 財産을 處分하거나 기타 共有人的 同意없이 共有財産을 處分한 경우의 效力은 權利者의 追認이 있거나 또는 處分權이 없었던 者가 契約締結후 그 處分權을 얻은 경우 당해

47) 中國 契約法에서 말하는 效力未確定의 契約(合同效力待定)을 韓國 民法에서는 「無效行爲의 追認」이라고 하여 다루고 있는데, 中國 契約法의 規定으로 보아서는 「效力未確定의 契約」이라고 하는 것이 더 바람직 할 것 같다. 韓國 民法에서 無效한 行爲에 대한 追認은 일단은 그 行爲가 無效인 것으로 보고, 또 追認도 원칙적으로 溯及效가 없는 것으로 보지만(大判, 1983. 9. 27, 83 ㄴ 22), 中國 契約法의 規定은 無效로 보는 것이 아니라 다만 追認이 있기까지 그 效力發生을 留保하였다가 權利者의 追認이 있으면 당해 行爲는 溯及하여 效力이 있다고 보아야 할 것이고, 追認이 없는 경우에만 無效로 되기 때문이다.

48) 顯昂然, 전계논문, 12면.

契約은 有效하다(中國 契約法 第51조).<sup>49)</sup>

### 3.6 契約의 履行

契約의 履行은 契約法에 있어서 제일 重要하고, 契約上의 權利의 實現과 直결되는 문제이다. 當事者가 契約을 締結하는 目的은 契約의 履行을 통하여 契約의 目的을 실현하고자 하는 것이기 때문이다. 따라서 契約의 締結을 前提條件이라고 한다면 契約의 履行은 目的으로서 契約이 履行되지 못하면 契約을 締結하는 意味를 喪失하게 된다. 契約의 擔保나 違約責任에 대한 規定도 모두 契約의 履行을 確保하기 위해서이다. 契約의 履行여부는 當事者의 合法的 權利의 實現과 關係되며 또한 社會經濟秩序의 維持와도 關係되는 문제이다.

#### 3.6.1 契約履行의 原則<sup>50)</sup>

첫째, 契約은 完全하고 적절하게 履行되어야 한다(中國 契約法 第60조)(全面履行의 原則 또는 實際履行의 原則). 當事者는 契約의 約定에 따라 자기의 義務를 完全履行하여야 하는바, 契約의 目的, 數量, 品質, 價格 혹은 報酬 및 履行의 方式, 地點, 期限에 따라 完全履行하여야 한다. 完全履行의 原則은 中國 契約法의 特色이다. 資本主義 社會에서 契約을 締結하는 目的은 일정한 利益을 추구하기 위해서이기 때문에 契約이 實際로 履行될 것보다는 利益을 얻으면 족하고, 違約責任으로도 損害賠償이 이루어지면 充分하다. 하지만 中國은 社會主義 體制하에 契約의 履行은 當事者의 利益과도 關係될 뿐만 아니라 社會 全般的인 國民經濟와도 關係이 되는 것이라고 보고 契約이 實際로 履行될 것을 要求하고 있다. 따라서 違約責任의 方式도 繼續履行을 優先하고, 그 다음으로 後續의인 救濟措置와 損害賠償을 들고 있다.

둘째, 契約은 信義誠實의 原則에 따라 履行하여야 한다. 契約의 締結에 있어서도 信義誠實의 原則을 지켜야 할뿐만 아니라 契約을 履行함에도 信義誠實의 原則을 지켜야 한다. 즉 當事者는 信義誠實의 原則하에 契約의 履行에 있어서 상호 협조하여야 하며, 契約의 性質, 目的과 去來 慣習에 따라 通知義務, 協助義務, 秘密維持義務(中國 契約法 第60조 2항)를 履行하여야 한다.

셋째, 公平, 合理하게 契約의 履行을 성취시켜야 한다. 契約의 확실한 履行을 실현하기 위해서는 契約締結시 가능한 쌍방의 權利, 義務를 구체적으로 約定하여야 하고, 만약 約定이 없는 경우에는 쌍방 當事者가 補充協商을 하여 해결한다. 補充協商에서도 合意를 보지 못하는 경우에는 契約의 趣旨와 去來의 慣習에 따라 權利, 義務를 확정하여야 하고(中國 契約法 第61조), 이렇게 하여도 權利, 義務의 확정 이 안될 경우, 다음의 原則에 따른다. ① 品質에 대한 約定이 불명확한 경우, 國家基準과 業種基準에 따르고, 國家基準이나 業種基準이 없는 때에는 통상적인 基準이나 契約目的의 실현에 부합

49) 韓國 民法에서도 他人의 物件에 관하여 債權行爲는 成立할 수 있지만 物權行爲는 成立할 수 없다고 하고 있다. 他人의 物건을 賣買하는 경우 賣渡人이 후에 그 物件의 所有權이나 處分權을 취득하여 買受人에게 所有權을 移轉하려면 다시 物權行爲를 해야 한다. 李銀榮, 民法學講義, 博英社, 1995, 292면.

50) 中國 契約法에서는 契約의 一般的인 原則을 總則部分에 規定하고 있는 외에 契約履行의 原則에 대하여도 規定을 두고 있고, 학자들도 “契約履行의 原則”이라고 하여 다루고 있다. 徐景和, 전게서, 101면; 顧昂然, 전게 논문, 22면 참조.

되는 特定基準에 따른다. ② 價格이나 報酬에 대한 約定이 불명확한 경우, 契約締結시 履行地의 市場價格에 따라 履行한다. 法에 의하여 國家에서 정한 價格이나 政府에서 권장한 가격에 따라야 하는 때에는 그 規定에 따른다. ③ 履行地가 불명확한 경우, 金錢債務인 때에는 債權者의 所在地에서 履行하고, 不動產의 引渡는 不動產 所在地에서 하며, 動產을 引渡할 때에는 債務者의 所在地에서 履行한다. ④ 履行時期가 불명확한 경우, 債務者는 隨時로 履行할 수 있고, 債權者도 隨時로 履行을 청구할 수 있다. 그러나 相對方에게 필요한 準備期間을 주어야 한다. ⑤ 履行의 方式에 대한 約定이 불명확한 경우, 契約目的을 실현하는데 유리한 方式으로 履行한다. ⑥ 履行費用에 대한 約定이 불명확한 경우, 債務者가 履行費用을 부담한다(中國契約法 제62조).

### 3.6.2 雙務契約의 抗辯權

契約은 片務契約과 雙務契約으로 나뉘지만 대부분은 雙務契約이다. 즉 각 當事者가 서로 代價的 의미를 갖는 債務를 부담할 것을 約定하는 契約이다. 그 결과, 각 當事者는 相對方으로부터 給付를 받게 된다는 것을 전제로 하여 또한 그것을 目的으로 하여서만 자신도 給付할 것을 約定하는 것이며, 쌍방 當事者의 債務는 서로 依存關係에 서고 있는 것이다. 따라서 雙務契約에는 相對方의 請求權에 對抗하거나 否認할 수 있는 抗辯權이 있는데, 中國契約法에서 規定하고 있는 雙務契約의 抗辯權은 두 가지가 있다.

#### 3.6.2.1 同時履行의 抗辯權

當事者가 서로 債務를 부담하고 있고 또한 先後履行順序가 없는 경우, 그 債務는 同時에 履行되어야 한다. 一方은 相對方이 履行을 하기 전에 相對方의 履行請求를 거절할 權利가 있고, 먼저 履行한 債務가 約定에 부합되지 아니할 때, 후에 履行하는 者는 相對方의 履行請求를 거절할 權利가 있다(中國契約法 제67조).

#### 3.6.2.2 不安抗辯權

不安抗辯權이란 雙務契約에 있어서 먼저 債務를 履行해야 할 當事者가 확실한 증거로 후에 債務를 履行하게 될 相對方이 상응한 給付를 하지 못할 상황이 있음을 증명할 수 있을 경우, 契約을 中止할 수 있는 權利를 말한다.<sup>51)</sup> 不安抗辯權을 둔 취지는 當事者의 合法的 權利를 보호하고, 契約을 빙자한 詐欺를 防止하며 또한 相對方의 義務履行을 촉구하기 위해서이다. 하지만 이러한 不安抗辯權에 대하여는 엄격한 제한을 하여 반드시 法의 規定에 따라 하도록 하여야 하며, 濫用되지 않도록 하여야 한다.<sup>52)</sup> 中國契約法에서는 不安抗辯權의 濫用을 피하기 위하여 不安抗辯權의 行使要件, 節次 및 效果에 대하여 구체적인 規定을 두고 있다.

債務를 履行하여야 할 當事者가 不安抗辯權을 행사하여 契約의 履行을 中止할 수 있는 事由로는 相對方의 ① 經營狀況이 嚴重하게 惡化된 경우, ② 財産을 移轉하고 資本을 流出, 隱匿하여 債務를

51) 徐景和, 전계서, 126면.

52) 顧昂然, 전계 논문, 14면.

忌避하고자 하는 경우, ③ 商業信用을 喪失한 경우, ④ 債務履行能力을 喪失하였거나 喪失할 만한 기타 事由가 있는 때이다(中國 契約法 제68조). 이러한 規定으로부터 不安抗辯權을 행사하려는 當事者는 相對方이 契約을 顯著하게 違反하고, 또한 確실한 證據로 이를 立證할 경우에만 行使할 수 있다. 그리고 不安抗辯權을 행사하여 契約의 履行을 中止한 때에는 지체없이 相對方에게 이를 通知하여야 하고, 相對方이 相當한 擔保를 제공한 때에는 契約의 履行을 계속하여야 한다. 相對方이 합리적인 期間내에 履行能力을 회복하지 못하였거나 또는 상응한 擔保를 제공하지 아니한 경우, 契約을 中止한 當事者는 그 契約을 解除할 수 있다(中國 契約法 제69조).

抗辯權에 관하여 기존의 民法通則과 3部契約法에서는 다만 涉外經濟契約法에 不安抗辯權<sup>53)</sup>에 관한 規定을 두고 있는 외에 기타 法律에서는 規定을 두고 있지 아니하였다. 이번에 立法된 契約法에서 抗辯權에 관한 內容은 새로 추가된 內容이다.

### 3.6.3 債務者財產의 保全

債務者의 財產狀態의 여하는 債權의 가치에 직접 큰 영향을 미친다. 여기서 債權者가 確실하게 지급을 받기 위하여서는 擔保物權制度를 이용하여 債權者 平等의 原則을 깨뜨려 다른 債權者에 앞서서 지급 받도록 하는 방법이 있고, 또 다른 하나의 방법은 債權者의 利益을 위하여 債務者의 財產의 減少를 防止하는 것이다. 債權은 債務者의 財產을 직접 支配하는 權利가 아니므로 債務者가 그의 財產에 대하여 어떠한 態度를 취하든 그것은 債務者의 自由이며, 債權者의 干涉을 허용하지 않는 것이 原則이다.<sup>54)</sup> 그러나 中國 契約法에서는 契約의 確실한 履行과 債權者의 債權 行사를 확보하기 위하여 債務者 財產減少 防止의 방법으로 債權者代位權과 債權者取消權을 規定하고 있다.

#### 3.6.3.1 債權者代位權

債務者가 만기가 도래한 債權이 있음에도 그 權利를 행사하지 아니하여 債權者에게 損害를 준 경우, 債權者는 자기의 명의로 債務者를 代位하여 債務者에 속하는 債權을 代位行使할 것을 法院에 請求할 수 있는 權利를 말한다(中國 契約法 제73조). 예컨대, 甲은 賣買契約에 의하여 貨物을 乙에게 引渡하였고, 乙은 金錢貸借 契約에 의하여 丙에게 金錢을 貸與하였다면, 甲은 乙이 代金を 償還하지 아니할 경우, 乙의 丙에 대한 債權을 代位行使할 수 있다는 것이다. 中國에 三角債務 내지는 連環債務<sup>55)</sup>가 많이 존재하고 있는 현실을 감안할 때, 債權者代位權에 대한 立法은 積極的인 意味가 있다고 하겠다. 기존의 民法通則이나 3部契約法에서는 債權者代位權에 대한 아무런 規定도 두고 있지 않기 때문

53) 涉外 經濟契約法 제17조에서는 “當事者 一方은 相對方이 契約을 履行하지 못할 確實한 證據가 있는 경우, 契約의 履行을 暫時 中止할 수 있다. 단 이를 지체없이 相對方에게 通知하여야 하고, 相對方이 契約의 履行을 위해 確實한 擔保를 提供한 때에는 契約을 履行하여야 한다. 相對方이 契約을 履行하지 못한다는 確實한 證據가 없음에도 불구하고 履行을 中止한 當事者는 契約違反의 책임을 진다.”라고 規定하고 있다.

54) 權龍雨, 債權總論, 法文社, 1993, 225년.

55) 三角債務(三角債)란 예컨대 甲, 乙, 丙 세 사람이 甲은 乙에 대하여, 乙은 丙에 대하여, 丙은 甲에 대하여 채권을 갖고 있는 경우를 말하고, 連環債務란 甲은 乙에 대하여, 乙은 丙에 대하여, 丙은 丁에 대하여 債權을 갖고 있는 경우를 말하는데, 중국에서는 이를 통틀어 三角債라 하고 있다. 三角債는 중국 기업 사이의 資金流通을 阻害하고, 경제 활성화를 막는 큰 걸림돌로 되고 있다.



에, 위의 예에서 丙의 債權者인 乙이 債權을 행사하지 아니하면 甲은 乙이 기타의 資産이 없어 代金 받을 수 없음에도 불구하고, 丙에게 權利를 주장할 수 있는 아무런 방법이 없었다.

代位權의 行使範圍는 債權者의 債權의 範圍에 限하고, 債權者가 代位權 행사에 있어서의 필요한 費用은 債務者가 부담한다(中國契約法 제73조 2항). 단, 債務者 一身專屬的 權利에 속하는 것인 때에는 代位權을 行使할 수 없다(中國契約法 제73조 1항 단서).<sup>56)</sup>

### 3.6.3.2 債權者取消權

債務者가 滿期가 到來한 債權을 拋棄하거나 혹은 無償으로 財産을 讓渡하여 債權者에게 損害를 입힌 경우 혹은 債務者가 顯著하게 불합리한 低價로 財産을 讓渡하여 債權者에게 損害를 입히고 또한 讓受人도 그러한 상황을 안 때에 債權者는 法院에 當해 行爲의 取消을 청구할 수 있는 權利를 말한다(中國契約法 제74조).

債權者가 取消權을 行使하려면 일정한 要件을 갖추어야 한다. 客觀的인 要件으로는 첫째, 債務者의 財産處分行爲가 있어야 한다. 處分行爲에는 滿期가 到來한 債權의 拋棄, 財産의 無償讓渡 및 顯著的 低價로 財産을 讓渡한 行爲등이 포함된다. 取消權의 目的은 債務者의 財産을 원래의 상태로 회복하여 債權者의 債權實現을 確保하고자 하는 취지이지 債務者의 財産을 增加하기 위한 것은 아니다. 따라서 債務者가 얻을 어떠한 利益을 포기할 때에는 取消權을 行使할 수 없다. 둘째, 債務者의 財産處分行爲가 이미 法的 效力이 생겨야 한다. 債務者의 行爲가 效力이 發生하지 아니하였거나 또는 이미 無效, 取消된 경우에는 債權者가 取消權을 行使할 필요가 없을 것이다. 셋째, 債務者의 處分行爲로 하여 債權者에게 損害를 입혔거나 혹은 損害를 입힐 危險이 있어야 한다. 債務者의 財産處分行爲후에도 충분한 資力이 있다면 取消權이 發生할 여지가 없을 것이다.

主觀的인 要件으로는 債務者의 惡意가 있어야 한다. 이러한 惡意가 債權者의 債權을 害할 것 까지 要하는가에 대해서는 논란이 있지만 害意가 없더라도 財産의 處分行爲로 無資力이 될 것을 알고 있다면 족하다고 보아야 할 것이다. 제3자의 惡意與否는 상황에 따라 판단하여야 할 것이다. 만약 債務者가 無償으로 財産을 제3자에게 讓渡하였다면 제3자의 善意, 惡意를 불문하고 債權者는 取消權을 행사할 수 있다. 반대로 債務者가 有償으로 財産을 제3자에게 處分하였다면 제3자가 惡意인 경우에만 取消權을 행사할 수 있다.

取消權의 行使는 法院에 裁判을 청구하는 方式으로 해야 하고(中國契約法 제74조 1항 후문), 債權의 限度내에서만 할 수 있다(中國契約法 제74조 2항 전문). 取消權의 行使 비용은 債務者의 負擔으로 하고(中國契約法 제74조 2항 후문), 債權者가 取消의 사유를 알았거나 알 수 있었던 때로부터 1년 내에, 債務者의 處分行爲가 있는 때로부터 5년 내에 하여야 한다(中國契約法 제75조).

56) 代位權을 行使할 수 없는 債務者의 一身專屬的 權利란 債務者의 一身과 밀접한 關聯이 있는 權利를 말하는데, 예컨대 扶養請求權, 人身權 등이다. 徐景和, 전계서, 134면.

### 3.7 契約의 變更과 讓渡

#### 3.7.1 契約의 變更

契約의 變更은 當事者 쌍방의 合意하에 契約의 內容에 대한 變更을 말하고, 契約의 讓渡란 契約의 內容은 변하지 아니하면서 다만 當事者만 變更되는 경우를 말한다. 契約은 當事者의 合意에 의하여 그 內容을 變更할 수 있는데, 法律, 行政法規에 의하여 許可나 登記 등 手續을 요하는 契約은 그 手續을 하여야 한다(中國 契約法 제77조). 契約의 變更 內容에 관하여 當事者의 約定이 불명확 때에는 契約은 變更되지 아니한 것으로 간주한다(中國 契約法 제78조). 契約變更에 관한 規定은 기존의 民法 通則과 3部契約法에도 동일한 規定을 두고 있었다.<sup>57)</sup>

#### 3.7.2 契約의 讓渡

中國 契約法의 契約讓渡<sup>58)</sup>에 관한 規定을 간단히 살펴보면, 契約 讓渡의 종류는 契約權利의 讓渡(中國 契約法 제79조), 契約 義務의 讓渡(中國 契約法 제84조), 契約 權利, 義務의 일괄 讓渡(中國 契約法 제89조)등이 있고, 契約 權利의 讓渡는 債務者에게 通知하는 것으로 效力이 생기며(中國 契約法 제80조 1항), 權利의 讓渡는 債務者에게 通知한 후에는 債務者의 동의가 있는 경우가 아니면 原則적으로 取消하지 못한다(中國 契約法 제80조 2항). 債權의 讓渡는 主된 債務를 讓渡하면 從된 債權도 讓渡된 것으로 간주되고(中國 契約法 제81조), 債務者는 원 債權者에 대한 抗辯을 讓受人에 대하여도 주장할 수 있으며(中國 契約法 제82조), 債務者가 讓受人에 대하여 債權을 가지고 있으면 相計를 주장할 수 있다(中國 契約法 제83조). 契約의 讓渡가 不可한 것은 ① 契約의 性質에 의하여 讓渡가 不可한 때<sup>59)</sup>, ② 當事者 사이에 讓渡 不可의 約定이 있는 경우, ③ 法律의 規定에 의하여 讓渡가 不可한 때 등이 있다.<sup>60)</sup>

債務者가 債務를 讓渡하고자 하는 때에는 債權者의 同意를 필요로 하고(中國 契約法 제84조), 債務를 인수한 者는 원 債務者가 債權者에 대한 抗辯을 주장할 수 있으며(中國 契約法 제84조), 主된 債務가 讓渡된 때에는 從된 債務도 讓渡된 것으로 간주된다(中國 契約法 제86조). 그러나 從된 債務가 원 債務者의 一身專屬的인 債務일 경우에는 그러하지 아니하다(中國 契約法 제86조 단서). 그리고 權利와 義務의 일괄 讓渡에 있어서는 相對方의 동의하에 讓渡할 수 있도록 하고 있으며(中國 契約法 제88조), 權利, 義務의 讓渡에 관한 相關 規定을 적용하도록 하고 있다(中國 契約法 제89조).

57) 經濟契約法 제26조, 제27조; 涉外經濟契約法 제28조, 제32조, 제33조, 제34조; 技術契約法 제23조, 제25조 등 참조.

58) 計劃經濟下에 立法된 중국의 民法通則은 契約의 讓渡에 대하여 消極的이었다. 民法通則 제91조에서는 “契約의 一方 當事者가 契約의 權利, 義務를 전부 혹은 부분적으로 제3자에게 讓渡할 경우, 相對方의 同意를 얻어야 하며, 契約의 讓渡로 이득을 보아서는 아니된다...” 라고 하여 利得을 얻음 目的으로 契約의 權利, 義務를 讓渡하는 것을 禁하고 있었다. 하지만 社會主義 市場經濟體制의 시행을 憲法에 規定한 지금에 制定된 契約法은 去來의 活性化와 市場經濟의 發展을 꾀한다는 취지에서 契約의 讓渡에 상당히 積極的인 態度를 보이고 있다.

59) 예컨대, 從된 權利는 主된 權利와 分離되어 單獨으로 讓渡할 수 없다.

60) 中國 契約法에서는 기존의 技術契約法이나 涉外經濟契約法에서 權利(債權)를 讓渡하려면 相對方(債務者)의 同意를 필요로 한다(技術契約法 제26조, 涉外經濟契約法 제26조)는 規定을 通知를 하면 讓渡가 가능한 것으로 要件을 緩和하였다. 徐景和, 전계서, 147면.

### 3.8 契約의 終了

契約은 當事者가 契約 關係를 終了하고, 契約에서 합의한 權利, 義務關係가 消滅되면 契約이 終了된다. 契約 終了의 原因은 多樣하며, 效果도 各異하다. 中國 契約法에서 規定하고 있는 契約의 終了 事由로는 ① 契約이 完全 履行된 경우, ② 契約이 解除된 경우, ③ 債務가 相計된 경우, ④ 債務者가 법에 의하여 目的物을 供託한 경우, ⑤ 債權者가 債務를 免除한 경우, ⑥ 混同, ⑦ 法律이 規定하거나 또는 當事者의 約定이 있는 경우<sup>61)</sup>가 있다.

#### 3.8.1 契約의 履行

契約 當事者가 實際, 全面履行의 原則에 따라 契約을 履行한 경우, 當事者의 權利, 義務關係는 이로서 끝나며, 契約은 終了된다. 履行은 契約 終了의 가장 一般的인 事由이다.

#### 3.8.2 契約의 解除

契約을 解除할 수 있는 法定事由로는 ① 不可抗力<sup>62)</sup>으로 契約의 目的을 실현할 수 없는 경우, ② 履行期間 滿期전에 當事者 一方이 명시적으로나 혹은 行爲로 주요 債務를 履行하지 아니할 것을 表示한 경우, ③ 當事者 一方이 주요 債務의 履行을 遲滯하고, 催告가 있는 후에도 합리한 期間내에 履行이 없는 경우, ④ 當事者 一方이 履行遲滯를 하거나 또는 기타 契約을 違反하는 事由로 하여 契約의 目的을 실현하지 못할 경우, ⑤ 法律이 規定한 기타 事由(中國 契約法 제94조)를 들고 있다.

解除權은 法定 期間이 있는 때에는 法定期間내에 行使하여야 하고, 法定期間이 없거나 또는 當事者가 解除權의 期間에 대해 約定이 없는 경우에는 相對方의 催告를 받은 후 상당한 期間내에 행사하지 아니하면 消滅한다(中國 契約法 제95조). 解除權은 解除의 通知가 相對方에 도달한 때에 發效하고(中國 契約法 제96조 1항), 法律이나 行政法規에서 許可나 登記등 手續을 요하는 때에는 그 수속을 거쳐야 解除의 效力이 발생한다(中國 契約法 제96조 2항). 解除權 행사 의 效果로 契約을 履行하지 아니한 때에는 履行할 필요가 없고, 이미 履行한 때에는 原狀回復을 請求할 수 있으며, 損害賠償을 請求할 수 있다(中國 契約法 제97조).

#### 3.8.3 相計

契約의 終了 事由의 하나로 中國 契約法에 相計에 관한 規定을 두고 있다. 同種의 債權, 債務는 相計할 수 있으나 法律이나 契約의 性質上 相計할 수 없는 때에는 그러하지 아니하며, 相計는 相計의 通知가 相對方에 도달한 때에 발효하고, 또한 條件附일 수 없다(中國 契約法 제99조). 條件附일 수 없다고 한 것은 만약 條件附이거나 또는 期限附일 경우, 그 條件이나 期限이 成就되지 아니하는 한 債權, 債務가 모두 불확실한 상태에 놓이게 되어 當事者의 지위가 불안하기 때문이다. 同種의 債權, 債

61) 法律에 기타 規定이 있는 경우란 예컨대 중국 保險法 제14조에서 “保險法에 다른 規定이 있거나 혹은 保險契約에 다른 約定이 있는 경우를 제외하고 保險契約者는 任意로 契約을 解止할 수 있다”라고 規定하고 있다. 契約의 當事者는 契約이 終了되는 각종 條件을 約定할 수 있는데, 當事者가 約定한 事由가 있는 때 契約은 終了된다. 이는 當事者의 契約 自由의 原則에 의한 것이다.

62) 不可抗力이란 예견치 못하고, 避免할 수 없는 客觀狀況을 말한다(中國 契約法 제117조).

務가 아닌 경우에도 當事者의 合意에 의하여 相計할 수 있다(中國 契約法 第100조). 同種의 債權, 債務가 아닌 경우에도 合意에 의하여 相計할 수 있다는 것은 契約 自由의 原則의 體現이라고 하겠다. 하지만 이러한 경우에도 契約法 第99조에서 規定한 “法律이나 契約의 性質上 相計할 수 없는 때”는 合意에 의한 相計가 不可하다고 보아야 할 것이다.

### 3.8.4 供託

中國 契約法의 規定에 따라 當事者가 債務를 免除하기 위한 目的으로 供託할 수 있는 사유로는 ① 債權者가 正當한 事由없이 수령을 거절한 경우, ② 債權者가 行方不明인 경우, ③ 債權者가 死亡한 후 相續人이 確定되지 않았거나 또는 行爲能力을 喪失한 후 後見人이 確定되지 아니한 경우, ④ 法律에서 정한 기타의 事由가 있는 경우<sup>63)</sup>인데, 目的物이 供託하기에 적합하지 아니하거나 또는 供託費用이 많이 더는 경우, 目的物을 競賣하거나 賣却하여 그 價額을 供託할 수 있다(中國 契約法 第101조). 供託 후의 危險은 債權者가 부담하고, 供託物로 생긴 利得과 供託에 든 費用도 債權者가 부담한다(中國 契約法 第103조). 供託이 있는 날로부터 5년 내에 債權者가 供託物을 수령하지 아니할 경우에는 供託物을 國庫에 還收한다(中國 契約法 第104조).

그 외에 中國 契約法에서는 債權者의 免除와 混同을 契約 終了의 事由로 規定하고 있다(中國 契約法 第105조, 106조).

## 3.9 違約責任

違約責任이란 契約 當事者가 契約을 違反한대 따른 民事責任을 말한다. 적법하게 성립된 契約은 當事者에 대하여 法的 拘束力을 가지고, 當事者는 契約의 約定에 따라 자기의 義務를 履行하여야 한다. 만약 契約을 違反하여도 아무런 責任을 지지 않는다면 法的 拘束力이란 空言에 지나지 않을 것이다. 契約責任은 不法行爲責任과 같이 民事責任의 두 部類를 이루고, 民事責任은 刑事責任이나 行政責任과 다른 性質을 가지고 있다. 따라서 그 構成要件, 責任方式과 節次 등 方面에서 나름대로 特徵을 가지고 있고, 不法行爲責任과도 많은 차이점이 있다.

### 3.9.1 違約責任의 要件

法律責任은 통상적으로 客觀的인 要件과 主觀的인 要件을 충족하는 경우에만 그 責任을 지게 된다. 예컨대 刑事責任의 構成要件은 客觀的으로 刑法에 저촉되는 社會에 해를 끼치는 犯罪行爲가 있어야 하고, 主觀的으로는 故意 또는 過失이 있어야 한다. 만약 主觀的으로 故意, 過失이 없는 경우, 즉 罪過가 없는 때에는 그 行爲가 危害性이 있다고 하여도 처벌을 받지 아니한다. 行政責任의 構成要件도 客觀的으로 行政法律을 違反하는 行爲가 있어야 하고, 主觀的으로는 故意 또는 過失이 있어야 한다. 中國 民法通則에서 規定하고 있는 不法行爲 責任도 역시 過失責任을 原則으로 하고 있다.<sup>64)</sup> 中國 契約法의 違約責任은 다음의 要件을 具備하여야 한다.

63) 中國 擔保法 第49조, 第70조, 第77조, 第78조에서 供託할 기타의 事由를 規定하고 있다.

64) 民法通則 第106조 2항, 第126조 내지 第133조 참조.

契約의 不履行이나 不完全履行이 있어야 한다. 契約의 不履行은 當事者가 契約의 義務를 전혀 履行하지 아니하였다는 것이고, 不完全履行이란 不適當한 履行 내지는 履行遲滯를 말한다. 一方 當事者가 契約을 履行하지 아니하거나 또는 履行이 約定에 違背될 경우, 違約違反 責任을 지게 된다(中國契約法 제107조). 즉 客觀的으로 契約을 違反한 사실이 있으면 不可抗力이 있는 경우를 제외하고 當事者는 違約責任을 지게 된다.

違約責任을 구성하는데 있어서 當事者의 故意, 過失을 要件으로 하는가? 이에 대하여 中國法律은 變化의 過程을 거쳐 왔다. 제일 먼저 制定된 經濟契約法에서는 過失責任의 태도를 취하고 있다. 즉 一方 當事者의 過失로 經濟契約이 不履行 또는 不完全履行이 될 경우, 過失이 있는 一方이 違約責任을 부담한다(經濟契約法 제29조)라고 하였는데, 후에 制定된 民法通則, 涉外經濟契約法, 技術契約法에서는 이와 약간씩 다른 規定을 두고 있다. 民法通則에서도 原則的으로는 過失責任의 태도를 취하였지만, 同時에 “過失이 없지만 法律에 規定이 있는 경우에는 民事責任을 부담하여야 한다”(民法通則 제106조 3항)라고 하여 약간 修正된 規定을 두었다. 그리고 民法通則 제6장 제2절에 契約을 違反한 民事責任에 관하여 一方 當事者가 契約을 履行하지 아니하거나 履行이 約定에 不합하지 아니할 경우, 民事責任을 부담한다고 하였고, 涉外經濟契約法이나 技術契約法에서도 모두 類似한 規定<sup>65)</sup>을 두어 “過失”을 違約責任의 要件으로 하지 않고 있다. 이번 契約法에서는 契約違反에 있어서의 無過失責任原則을 明確히 하였다. 즉 當事者는 契約의 不履行이나 또는 契約의 履行이 約定에 違背될 경우, 故意, 過失을 불문하고 繼續履行, 救濟措置 혹은 損害賠償 責任을 져야 한다(中國契約法 제107조).

中國이 過失責任에서 無過失責任의 原則으로 旋回하게 된 원인은 첫째는 契約의 履行率을 높이고자 한 것이다. 현재 契約의 履行率이 상당히 저조하여, 當事者들은 債務不履行은 인정하지만, 過失이 없다고 抗辯한다. 예컨대 債務不履行의 原因을 제3자가 債務를 不履行하기에 辨濟能力이 없어 債務를 履行하지 못할 뿐이지 本人에게는 過失이 없다고 억지를 부리는 경우가 많았다. 違約責任에 있어서 無過失責任의 原則을 明確히 함으로써 契約 當事者들의 自動的인 契約履行을 촉구할 수 있을 것이다. 위의 사례에서와 같은 當事者는 더는 별도의 法律關係인 제3자의 債務不履行을 本人의 債務不履行의 抗辯事由로 주장할 수 없게 되었다. 둘째는 契約의 不履行으로 損害를 입은 當事者의 救濟에 편리하다. 기존의 過失責任의 原則下에서는 權利를 주장하는 者가 契約을 違反한 사실을 立證하여야 할뿐만 아니라 또한 그의 過失도 立證하여야 하였기에 立證責任이 過重하였으며, 立證을 못하여 損害賠償을 받지 못하는 경우가 있었다.<sup>66)</sup> 無過失責任의 原則하에서는 相對方의 契約違反사실만 立證하면 바로 違約責任을 물을 수 있게 되었다.

### 3.9.2 違約責任의 效果

65) 中國 涉外經濟契約法 제18조, 技術契約法 제17조 참조.

66) 徐景和, 전계서, 177면.

67) 民法通則에서 열거한 民事責任의 부담방식으로는 ① 侵害 停止, ② 妨害 除去, ③ 危險 除去, ④ 財產 返還, ⑤ 原狀回復, ⑥ 修理, 再作業, 更新, ⑦ 損害賠償, ⑧ 違約金 지급, ⑨ 影響 除去와 名譽回復, ⑩ 謝罪 등이 있는데, 이러한 방식은 단독, 혹은 複合 적용할 수 있다. 그 외에 또 訓戒, 准법 誓約書 작성, 불법 소득 沒收, 과태료 부과와 拘禁 등을 할 수 있다(동법 제134조).

民事責任의 形式으로 民法通則에서는 열 가지를 들고 있는데<sup>67)</sup>, 契約法에서 規定한 違約責任의 效果로 責任을 부담하는 方式은 實際 履行(계속 履行), 後續의인 救濟 措置, 損害賠償, 違約金과 保證金<sup>68)</sup>(中國 契約法 제107조, 제114조, 제115조)등이 있다. 이러한 方式중 어느 方式에 의하여 契約違反 責任을 물을 것인가는 當事者의 選擇에 달려 있다. 앞서 언급한 바와 같이 기존의 經濟契約法에서는 經濟 契約의 履行이 當事者의 權利, 義務와 관련될 뿐만 아니라 計劃 經濟하에서 國家 計劃의 실현과도 관련되었기에 實際, 全面 履行의 原則을 강조하였다. 하지만 國際的인 商去來에서는 契約을 締結하는 目的이 일정한 利得을 얻고자 하는 것이므로 經濟的으로 보상을 받으면 족하다고 보고 涉外 經濟契約法에서는 損害賠償을 契約違反責任의 제일 주요한 方式으로 規定하였다.<sup>69)</sup> 이번의 契約法은 統一된 契約法이기에 여러 가지 상황을 모두 감안하여 상기와 같은 規定을 둔 것이다.

### 3.9.3 違約責任과 不法行爲責任과의 關係

違約責任과 不法行爲責任의 關係에 대하여 大陸法系나 英美法系 모두 學說이 구구하다. 違約責任이나 不法行爲責任 모두가 損害賠償을 原則으로 하는 것이기에 原則的으로는 양자 택일하여 違約責任을 묻거나 또는 不法行爲責任을 물어야 할 것이다. 中國 最高人民法院의 有權解釋<sup>70)</sup>에 따르면 債權과 物權의 競合 또는 違約責任과 不法行爲責任의 競合에 있어서 原告측은 자기에게 유리한 것을 任意로 選擇하여 訴를 제기할 수 있지만, 同一한 法律行爲나 法律事實에 基하여 不同한 訴訟理由로 두 개의 訴를 제기할 수 없다고 하였다. 中國 契約法에서도 一方 當事者의 契約違反行爲로 하여 相對方의 人身이나 財產權을 侵害한 경우, 損害를 입은 者는 이 법에 의하여 違約責任을 물을 수도 있고, 기타 法律의 規定에 따라 不法行爲責任을 물을 수도 있다(中國 契約法 제122조)라고 規定하고 있다.

## 4. 맺는 말

中國은 70년대 末부터 改革·開放政策을 실시한 이래 經濟的으로 획기적인 발전을 하였고, 이러한 經濟의 지속적인 발전을 위하여 90년대 初에 와서는 傳統的인 計劃經濟體制를 拋棄하고 市場經濟를 導入하였다. 따라서 經濟主體를 規制하거나 去來關係를 規制하는 많은 法律들이 새로 制定되거나 또는 既存의 法律들을 改正하는 작업도 활발히 進行되고 있다. 中國의 立法特色은 단번에 內容이 龐大한 法典을 編纂하는 것이 아니라, 각종 試行 法令이나 單行法들을 制定하여 일정 기간을 施行하면서 쌓은 司法經驗과 外國法의 일부를 조금씩 繼受하여 새로운 立法을 하는 것이다. 이번의 契約法도 이러한 立法活動의 一環으로 먼저 經濟契約法, 涉外經濟契約法, 技術契約法을 先後로 制定하여 施行하다가 그 것을 통합하고, 또 大陸法系의 일부 民法原則을 수용하여 制定된 것이다.

中國 立法의 다른 한 特色은 長期間의 準備過程을 통하여 각 階層의 意見을 廣範圍하게 收斂하여

68) 契約 保證金を 中國 法律用語로는 定金이라고 하는데, 擔保의 性質을 가지고 있다.

69) 涉外經濟法 제18조에서는 "... 契約을 違反한 경우, 相對方에 대하여 損害賠償 혹은 기타 合理的인 救濟措置를 請求할 수 있다"라고 規定하여 損害賠償을 違約責任의 주요한 效果로 하고 있다.

70) 最高人民法院, 「全國沿海地區涉外, 涉港澳經濟審判工作座談會紀要」, 1989. 6. 12 法(經)發 [1989]12號, 제3조 제2항 1호.

立法에 反映하고, 또한 把握이 잘되지 않은 부분에 관해서는 慎重한 태도를 취하고 있는 것이다. 그 단적인 예로는 이번 契約法 立法에 있어서 立法案의 여러 草案에서는 모두 提案되었던 事情變更의 原則이 最終的으로 전인대를 통과할 때에 시기상조라는 이유로 삭제된 것이다.

이번 契約法은 既存 民法通則과 3部契約法보다 去來의 迅速性和 安全性을 保障한다는 면에서 진일보하였다. 예컨대 契約自由의 原則을 더욱 폭넓게 인정하였고, 契約의 讓渡에 있어서도 柔軟한 態度를 보이고 있으며, 去來의 安全을 위해 同時履行의 抗辯權과 不安抗辯權 등에 관한 規定도 두고 있다.

結論的으로 새로 立法된 契約法은 去來의 活性和와 市場經濟를 規範化하는데 얼마나 寄與할 것인지는 發效한지 2개월 밖에 되지 아니한 현 시점에서 斷言하기 어렵지만, 施行過程에서 立法의 未備點이 드러나면 解釋論的인 方法, 窮極的으로는 改正作業을 통하여 法的 安定性과도 調和를 이루면서 補完하여야 할 것이다.

#### 參 考 文 獻

- 李國光 主編, 中國合同法條文解釋, 新華出版社, 1999.  
 徐景和 主編, 中華人民共和國合同法通解, 中國檢察出版社, 1999.  
 費宗禕 主編, 中國經濟法教程, 人民法院出版社, 1989.  
 全國法院幹部業余法律大學民法教研組 共著, 中國民法教程, 人民法院出版社, 1989.  
 顧昂然, 合同法介紹, 中華人民共和國全國人民代表大會常務委員會公報, 1999年 3월호.  
 梁慧星著, 久田眞吾·金光旭 譯, 中國統一契約法の起草(上, 下), 國際商事法務, 1998. No1, 2.  
 郭潤直, 民法總則, 博英社, 1998., 債權各論, 博英社, 1999.  
 權龍雨, 債權總論, 法文社, 1993.  
 李英俊, 民法總則, 博英社, 1995.  
 李銀榮, 民法學講義, 博英社, 1996.

