

무역상무연구  
제66권  
2015. 5, pp. 119~148.

논문접수일 2015. 04. 30.  
심사완료일 2015. 05. 15.  
게재확정일 2015. 05. 16.

## 중국계약법상 화물운송대리에서의 계약책임과 귀책원칙\*

김 영 주\*\*

- 
- I. 서 언
  - II. 중국계약법상 계약책임의 법적 성격
  - III. 계약책임의 귀책성 판단에 관한 사례 검토
  - IV. 상무적 시사점
  - V. 결 어
- 

주제어 : 중국계약법, 화물운송대리, 위임계약, 위약책임, 엄격책임, 과실책임, 귀책원칙

### I. 서 언

채권이 그 청구력에 의하여 만족을 얻지 못하는 경우, 채권자는 해당 채무 내용을 강제적으로 실현할 수 있는 힘 내지 수단을 갖게 되는 것이 원칙이다. 채권자의 이러한 강제력에 복종하는 것이 바로 책임이라 할 것인 바,<sup>1)</sup> 계약책임이란 계약에 의해 발생하는 구속력에 복종하는 상태라 할 수 있다.

물품매매계약 관계에서 흔히 언급되는 계약불이행에 의한 계약책임은 이러한 구속력을 기반으로 한 일원화된 책임 구조의 성질을 갖는다. 그러나 각국의 계약책

---

\* 이 논문은 2013년도 대구대학교 학술연구비 지원(과제번호: 20130269)에 의하여 연구되었음.

\*\* 대구대학교 무역학과 조교수, E-Mail : ykim0323@naver.com

1) 곽윤직, 채권총론, 제6판, 박영사, 2009, p. 65.

임의 구조는 이와 달라서 귀책원인이나 책임원칙 등에 대하여 제각각의 특성과 형태를 띠고 있다.<sup>2)</sup> 국제물품매매에 관한 UN 협약(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 이하 ‘CISG’라 한다)은 이러한 각국 계약책임의 상이에서 비롯되는 매매법의 통일을 위해 제정된 것이라고 언급되고 있는데, 전 세계적인 매매법의 입법기초에 가장 강력한 영향력을 미치고 있음을 부인할 수 없다. 여기서 CISG의 책임 구조가 전면적으로 인정되고 있는 입법의 예로서는 1999년 제정된 ‘중국제약법’(中華人民共和國合同法)<sup>3)</sup>이 대표적이다.

중국제약법은 종래 중국의 3대 계약법인 ‘경제계약법’(經濟合同法), ‘섭외경제계약법’(涉外經濟合同法), ‘기술계약법’(技術合同法)의 민사법체계를 통합한 것으로, 기존의 대륙법 체제에서 답습되는 책임구조 체제를 버리고, 영미법 및 CISG의 책임구조를 정면으로 받아들였다는 점에서 매우 중요한 의의가 있다. 다만 위약책임(違約責任)으로 언급되는 중국제약법상의 계약책임은<sup>4)</sup> 그 귀책원칙과 성질에 관한 이론적 논의가 오래전부터 진행되어 왔다. 예를 들어, 계약책임의 원칙규정으로서는 엄격책임의 성질은 무엇인지, 전체적으로는 엄격책임을 취하면서도 과실책임에 근거한 사례가 제시된다든지, 과실상계 규정의 흠결에도 불구하고 공평의 원칙에 기해 실질적으로 과실상계를 이루고 있다든지의 논의들이 그것이다.

본 논문에서는 이와 같은 중국제약법상의 계약책임과 그 귀책원칙에 대해 구체적으로 검토해 보기로 한다. 물론 현재까지 중국제약법상의 계약책임에 관하여는 다양한 선행연구들이 이루어져 왔다.<sup>5)</sup> 다만 운송계약, 도급계약 및 위임계약과 같은 개별적 전형계약에서의 계약책임 규정이 실질적으로 어떻게 적용되며 동시에 중국제약법상의 계약책임의 귀책원칙에 관한 성질적 규명 여부에 관한 논의는 다

2) 예를 들면, 대륙법계는 과실책임주의를 채택하고 있으나, 영미법계는 엄격책임주의를 취하고 있다.

3) 중국합동법, 중국통일계약법 등으로 불리지만 본고에서는 간단히 중국제약법이라 칭한다.

4) 위약책임은 계약위반시 당사자가 지는 책임을 의미하므로, 계약위반의 책임이 될 것이다.

다만 일반적인 의미에서 계약책임으로 통칭하여도 무방하다고 본다.

5) 나승복, “중국통일계약법의 특색과 주요내용”, 인권과 정의 제283호, 대한변호사협회, 2000, pp. 55~68; 송오식, “중국제약법상 위약책임”, 민사법연구 제15집 제1호, 한국민사법학회, 2007, pp. 247~290; 심중석, “중국통일계약법상 계약체결에 관한 법적 기준”, 무역학회지 제37권 제5호, 한국무역학회, 2012, pp. 275~299; 윤상윤·오현석, “중국통일계약법(중국제약법)의 계약체결상 과실책임에 관한 연구”, 무역상무연구 제63권, 한국무역상무학회, 2014, pp. 63~88; 이상욱, “중국의 계약책임제도”, 비교사법 제10권 제3호, 한국비교사법학회, 2003, pp. 157~184; 채성국, “중국 합동법(계약법)에서의 계약책임”, 저스티스 통권 제119호, 한국법학원, 2010, pp. 125~169; 한삼인·김상명, “중국 계약법상 위약책임 연구”, 홍익법학 제15권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2014, pp. 193~215; 송수련, “중국위탁매매계약법 및 UN통일매매법의 적용에 관한 CIETAC 중재사례 연구”, 무역상무연구 제54권, 한국무역상무연구, 2012, pp. 167~190 등 참조.

소 부족한 것으로 판단되었다. 이에 본 논문에서는 연구의 기준으로서, 개별계약상 계약책임의 성격이 문제가 된 중국의 실질적인 재판례를 중심으로 이에 관한 법리 적용의 틀을 검토하고자 한다.

이하에서는 우선 중국계약법상 계약책임규정의 구조, 법적 성격, 귀책원칙에 관한 학설 등을 먼저 살펴보기로 하고(Ⅱ), 개별계약으로서 화물운송대리계약에서의 귀책성 판단에 관한 일련의 사례들을 추려 논의해 보고자 한다.<sup>6)</sup> 특히 화물운송대리계약상 계약책임이 문제된 2011년 텐진시 고급인민법원<sup>7)</sup> 판결, 2009년의 저장성 고급인민법원 판결 및 2006년 산둥성 고급인민법원 판결들을 검토의 기초자료로 삼는다(Ⅲ). 나아가 중국계약법상 계약책임의 판단기준에 관한 이론을 분석하고, 계약책임의 귀책성 판단에 대한 상무적 의의 내지는 시사점 등을 모색해 보고자 한다(Ⅳ).

## Ⅱ. 중국계약법상 계약책임의 법적 성격

### 1. 중국계약법상 계약책임의 기본 구조

#### 1) 책임원칙

계약책임 구조에 관한 입법례를 보면, 크게 ① 계약위반을 여러 유형으로 세분화하여 개별 유형에 대응하는 구제수단을 규정하는 방식과 ② 계약위반을 여러 유형으로 세분화하지 않고 모든 유형에 공통되는 구제수단을 규정하고, 각 구제수단의 적용요건으로서 일부 계약위반의 유형에 관하여 추가적으로 규정하는 방식이 있다.<sup>8)</sup> 1999년 중국계약법의 경우에는 계약위반을 세부 유형으로 나누지 않고, 계약위반 하나로 통일하고 그것에 대하여 위약책임을 지도록 규정하고 있다.<sup>9)</sup> 그리

6) 본 논문에서는 蘇德托亞, “中國契約法における契約責任の歸責原則について”, 博士學位請求論文, 早稻田大學大學院法學研究科, 2014, pp. 75~90에서 소개된 판례들을 대부분 참고하여 이를 재구성·검토하였다.

7) 우리나라로 치면 고등법원에 해당되는 바, 본고에서는 번역용어 그대로 고급인민법원이라는 표현을 쓰기로 한다.

8) 채성국, 중국의 계약책임법, 경인문화사, 2008, p. 72.

9) 계약위반의 민사책임을 의미하는 위약책임은, 중국법제상 민법통칙 제111조와 계약법 제107에서 규정하고 있다. 다만 계약과 관련해 직접적으로 적용되는 것은 계약법 제107조 이하의 규정이다.

고 계약책임은 과실책임이 아니라 엄격책임으로 규정하고 있으며, 담보책임 역시 계약책임의 하나로 포섭한다.<sup>10)</sup> 그러나 중국계약법 제정전의 법제하에서는 위와 같은 통합적 책임구조는 아니었고, 책임원칙이 혼재되는 양상을 보이고 있었다.

우선 종래의 경제계약법은 책임의 기본원칙으로 과실책임주의를 채택하고, 구체적으로는 과실추정에 의한다는 책임체계를 취하고 있었다.<sup>11)</sup> 반면에涉外경제계약법의 경우에는 CISG를 참조하여 엄격책임주의를 기본원칙으로 채택하고 있었다.<sup>12)</sup> 기술계약법과 민법통칙(民法通則)의 경우,<sup>13)</sup> 계약책임의 원칙에 관하여는 그것이 과실책임인지 엄격책임인지 학설적 견해가 대립되고 있는 상황이었다.<sup>14)</sup> 다만 기존의 3대 계약법제를 통합한 1999년의 중국계약법은 책임원칙을 엄격책임으로 정하여 현대 국제사법 내지는 국제계약규범의 조류를 따르고 있다는 평가를 받고 있다.<sup>15)</sup>

중국계약법 제107조는 “당사자 일방이 계약의무를 불이행하거나, 계약의무의 이행이 약정에 적합하지 않는 경우, 이행을 계속하거나 구제조치를 취하거나 손실을 배상하는 등의 계약위반의 책임을 부담하여야 한다”고 규정되어 있는 바, 이는 계약책임의 일반규정으로서 기능한다.

제107조의 문언상 ‘계약의무의 불이행’이란 계약당사자가 계약의무를 이행하지 않거나 또는 이행하는 것을 거절한 경우를 가리킨다. 또한 ‘계약의무의 이행이 약정에 적합하지 않은 경우’란 불이행 이외의 모든 계약의무 위반의 경우를 말하는 것이다.<sup>16)</sup> 따라서 계약의 불이행을 ① 이행불능, ② 이행지체, ③ 불완전이행으로 분류하지 않고, ‘계약의무를 불이행하거나 또는 계약의무의 이행이 계약에 적합하지 않은 경우’ 즉, ‘계약위반’이라는 객관적·통일적 지표로 단일화하여, 당사자의 과실유무를 고려하지 않고 있다는 점이 특징적이다.<sup>17)</sup>

10) 김상용, 비교계약법, 법영사, 2002, p. 346.

11) 中華人民共和國經濟合同法 第28條 第1項.

12) 中華人民共和國涉外經濟合同法 第18條.

13) 中華人民共和國技術合同法 第17條 第1項·中華人民共和國民法通則 第111條.

14) 예를 들면, 민법통칙 및 기술계약법 양자의 계약책임은 과실책임원칙을 취하고 있다는 견해(韓世遠, 違約損害賠償研究 法律出版社, 1999, pp. 76~78)와 민법통칙과 기술계약법상의 계약책임은 과실을 요건으로 하고 있지 않으므로 엄격책임의 원칙을 취하고 있다는 견해이다(梁慧星, “我國侵權責任法的几个問題”, 暨南學報 第3期, 哲學社會科學版, 2010, p. 9).

15) CISG는 계약위반으로, ‘국제상사계약에 관한 UNIDROIT 원칙’(UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 이하 ‘PICC’라 한다)과 ‘유럽계약법원칙’(Principles of European Contract Law, 이하 ‘PECL’이라 한다)은 계약불이행을 계약책임의 귀책사유로 채택한다. 즉, 일련의 국제협약 및 국제계약법 원칙들은 모두 고의·과실에 기한 귀책사유를 요건으로 두고 있지 않다.

16) 소재선, 중국합동법해설, 청림출판, 2007, p. 142.

17) 田中信行(編), 中國ビジネス法の理論と實務, 弘文堂, 2011, p. 71.

## 2) 계약책임의 구성요건

중국계약법상 계약책임은 ‘계약위반’에 의해 발생하므로, 계약책임을 형성하는 일차적인 구성요건은 계약위반이 된다. 다만 중국계약법은 이러한 계약책임을 위약책임으로, 계약위반은 위약행위로 표현하고 있다. 위약책임은 ① 객관적 실체로서의 위약행위, ② 그로 인해 발생한 상대방의 손해, ③ 위약행위와 손해와의 인과관계의 존재로 귀결되는 바,<sup>18)</sup> 문제는 위약행위와 과실의 관계를 규명하는 것이다.

앞서 언급하였듯이, 중국계약법 제107조가 엄격책임주의를 취하고 있으므로 책임구성의 요건상 과실은 필요하지 않다. 따라서 계약불이행이 있는 경우 채권자는 채무자의 계약위반의 사실을 입증하는 것으로 족하며, 채무자는 자신의 무과실을 증명하더라도 책임을 면할 수 없는 것이다. 예컨대, 채무자는 불가항력과 같은 제 117조의 법정면책사유를 입증하지 않으면 계약책임을 부담해야 한다.<sup>19)</sup>

계약책임의 구성요건으로서 ‘위약행위’ 자체에 과실의 요소가 포함되어 있는지에 관해서, 대부분의 학자들은 위약행위에는 계약상의 의무를 위반했다는 객관적인 사실만이 있을 뿐이며 당사자의 주관적 과실 요소는 포함되지 않는다고 보고 있다.<sup>20)</sup>

한편 위약행위와 위법성과의 관계에 대해서도 명확하지 않다. 위약행위의 요소에 위법성이 개입되면, 중국계약법 제107조의 해석상 당사자 일방이 ‘정당한 이유 없이’ 계약의무를 불이행하거나 또는 부적합한 이행을 한 것이 될 것이다. 만약 불이행이나 부적합한 이행에 정당한 이유가 있다면 이는 위약행위로 인정되지 않는다. 여기서 정당한 이유에는, ① 불이행에 있어 항변권을 행사할 수 있는 경우,<sup>21)</sup> ② 법정 혹은 약정의 면책사유가 있는 경우, ③ 상대방의 귀책으로 이행할 수 없게 된 경우 등이 해당될 것이다.<sup>22)</sup>

## 3) 개별적 전형계약에서의 책임원칙

중국계약법은 제107조에서 엄격책임을 주된 원칙으로 정하고, 보충적으로 개별계약에서 과실책임원칙을 채택하고 있다. 크게 다음과 같은 유형의 계약들이 그렇다.<sup>23)</sup>

18) 이정표, “중국통일계약법의 위약책임체계”, 국제상학 제19권 제3호, 한국국제상학회, 2004, p. 32.

19) 謝懷栻, 合同法原理, 法律出版社, 2000, p. 286.

20) 이에 관하여는 후술하는 II-2에서 구체적으로 다루기로 한다.

21) 중국계약법상 항변권은 채무부존재의 항변권, 시효소멸의 항변권, 동시이행의 항변권, 불안의 항변권 등이 있다.

22) 王利明, 侵權行爲研究, 中國人民大學出版社, 2003, p. 448.

23) 이 부분은 이상욱, 전게논문, pp. 164~165를 정리하였다.

첫째, 증여자의 손해배상책임이다. 중국계약법상 증여자가 고의 또는 중대한 과실로 증여의 대상인 재산을 멸실하거나 훼손한 때에는 그로 인한 손해를 배상하여야 한다(중국계약법 제189조). 이는 이행의무를 부담하는 증여자는 반대급부 등 아무런 이익을 받지 않는다는 무상계약의 특성에 비추어 양 당사자의 이익균형을 고려하여 계약책임을 완화한 것으로 해석된다.

둘째, 임차인의 손해배상책임이다. 중국계약법상 임차인은 임차물을 적절하게 보관하여야 하며, 부적절한 보관으로 임차물이 훼손되거나 멸실된 때에는 임차인이 그 손해를 배상하여야 한다(중국계약법 제222조). 임차인의 보관의무에 관해 과실책임원칙을 채택하고 있는 것으로, 여기서의 임차인이 임대물 보관의무는 선량한 관리자의 주의의무(선관주의의무)로서 과실요소를 포함한 것이다.

셋째, 수급인의 손해배상책임이다. 중국계약법상 수급인에게는 도급인이 제공한 재료 및 완성된 일의 결과를 적절하게 보관하여야 할 의무가 부과되는데, 적절하지 못한 보관으로 인하여 목적물이 훼손되거나 멸실된 때에는 그 손해를 배상하여야 한다(중국계약법 제265조). 여기서 의미하는 적절한 보관 역시 선관주의 의무를 의미하는 것으로 이 규정도 과실책임주의를 취하고 있는 것이다.

넷째, 여객의 휴대수하물에 대한 운송인의 손해배상책임이다. 중국계약법상 여객이 휴대한 물품이 운송인의 과실로 인하여 운송 중에 훼손되거나 멸실된 경우에는 그 손해를 배상하여야 한다(중국계약법 제303조). 즉, 이 경우에도 운송인의 과실책임주의를 취하고 있는 것이다.<sup>24)</sup>

다섯째, 수치인의 손해배상책임이다. 중국계약법상 보관기간 중 수치인의 부주의로 임차물이 멸실되거나 훼손된 경우에는 수치인은 그 손해를 배상하여야 한다(중국계약법 제374조).<sup>25)</sup>

여섯째, 수임인의 손해배상책임이다. 중국계약법상 유상위임의 경우 수임인의 과실로 인하여 위임인에게 손해가 발생한 경우에는 위임인은 손해배상을 청구할 수 있다. 무상위임의 경우에는 수임인의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 위임인에게 손해가 발생한 때에 한하여 위임인은 손해배상을 청구할 수 있다(중국계약법 제406조). 이러한 위임계약에서도 책임발생의 요건으로 과실을 인정하고 있다.

24) 다만 중국계약법 제311조는 “운송인은 운송과정 중 화물의 훼손·멸실에 대해 손해배상책임을 부담한다”고 규정함으로써, 화물운송계약의 경우에는 운송인의 무과실책임원칙을 채택하고 있다.

25) 다만 무상임차인 경우에는 수치인에게 중대한 과실이 없으면 손해배상책임을 부담하지 않는다(중국계약법 제374조). 여기서 부주의란 수치인의 과실로 목적물이 도난된 경우 등을 말한다.

## 2. 계약책임의 귀책원칙에 관한 학설<sup>26)</sup>

### 1) 중국계약법 제107조의 엄격책임주의

중국계약법 제107조는 엄격책임을 취하고 있는 것으로 알려져 있으나, 그 법적 성격에 관하여는 학자들마다 견해가 대립한다. 우선 중국의 계약법제상 엄격책임이 도입된 경위를 보면, 민법통칙을 시행하기 이전 민사책임의 귀책원칙에 대해 ‘침권책임’이라고 불리는 불법행위책임의 손해배상의 귀책원칙이 논의되고 있었고, 미국의 제조물책임법상의 법리가 중국법상 소개되면서 엄격책임의 개념 역시 받아들여진 것으로 보인다. 구체적으로는 중국이 민법통칙을 제정하면서, 민법통칙 제122조에 미국법상의 제조물책임 개념이 도입되면서 엄격책임의 법제화가 실현된 것이다. 물론 민법통칙 제122조에 규정된 책임의 성격이 실질적으로 엄격책임인지 아닌지에 관하여는 상당한 논쟁이 이루어지고 있었으나, 엄격책임이라는 관념이 민법통칙을 통해 도입되었다는 사실에는 이견이 없다. 따라서 중국계약법상 계약책임의 법적 성격에 관한 이론적 논쟁은 민법통칙의 시행 이후 촉발된 것으로 보아야 한다.

또한 민법통칙 제106조 제1단 및 제111조에서 규정된 민사책임의 성격이 과연 무엇인지에 관하여도 학자들간의 견해가 분분하다. 민법통칙 제111조는 “당사자 일방이 계약의무를 불이행하거나 계약의무의 이행이 약정에 부합하지 않는 경우에, 다른 당사자는 이행이나 구제조치를 요구할 수 있고 손해배상을 청구할 권리가 있다”고 규정하고 있는 바, 문언상 과실이라는 용어가 없기 때문에 그 해석상 논란이 제기되고 있는 것이다. 이에 대해서는 민법통칙 전체의 구조를 살펴볼 때 주관적인 귀책사유가 위약책임의 요건이라는 견해(과실책임설)와 위약책임의 요건이 아니라는 견해(엄격책임설)로 나뉘어져 있었다.<sup>27)</sup> 만약 민법통칙 제111조의 민사책임의 성격을 과실책임이라고 보게 된다면, 동일한 대상에 적용되는 중국 민사법제에서 각각 다른 귀책원칙이 혼재하게 되는 것이다.

### 2) 무과실책임설

대부분의 중국 학자들은 계약법 제107조의 엄격책임을 무과실책임으로 이해하고 있다. 그 이론적 근거에 관하여는 아래와 같이 세분화 된다.

26) 이에 관하여는 蘇德托亞, 前揭論文, pp. 20~26에서 매우 상세하게 기술되어 있다. 본 논문에서는 蘇德托亞, 前揭論文 및 관련 중국문헌을 참조하여 이를 정리·검토하였다.

27) 이상욱, 전제논문, p. 250.

첫째, 梁慧星 교수의 견해이다.<sup>28)</sup> 이 견해에 따르면, 대륙법계에서는 책임의 귀책원칙을 과실책임과 무과실책임으로 구분할 뿐이며, 엄격책임이라는 개념은 본래 존재하지 아니한다고 한다. 즉, 대륙법계에서는 당사자의 과실 유무에 따라 책임원칙의 성질을 구분하는 것이 일반적이며, 엄격책임이란 영미법상의 개념에서 유래된 것으로 보는 것이다. 엄격책임은 책임당사자에게 법이 엄격하느냐 엄격하지 않느냐는 관점에서 비롯된 것으로, 이것이 대표적으로 표상화된 것은 미국의 제2차 불법행위법 리스테이트먼트 제402조A의 제조물책임이다.

엄격 책임을 해석함에 있어 과실 개념에 의존하여 그 유무만으로 무과실 책임으로 파악할 수는 없다는 견해도 있으나, EU의 각 대륙법계 국가들이 입법한 현행 제조물 책임법을 보면 그 책임의 성질을 모두 무과실 책임으로 다루고 있다. 따라서 미국의 불법행위법에서 도입된 엄격 책임의 법적 성격은 대륙법계에서는 무과실 책임으로 설명할 수 있다고 한다.

결국 엄격 책임은 미국 불법행위법상의 관념적 차원에서 도입된 것으로<sup>29)</sup> 중국 계약법상의 계약 책임이 엄격 책임이라고 한다면 구체적인 법적 성격은 무과실 책임이 되는 것이다. 梁慧星 교수는 대륙법계의 시각으로는 엄격 책임이 과실 책임보다 엄격한 책임인데, 이에 상응하는 개념은 무과실 책임밖에 없다고 설명한다.

둘째, 崔建遠 교수의 견해로서, 영미법상 무과실 책임은 용어적 차원에서 엄격 책임을 칭하는 것일 뿐이며, 과실을 책임요건으로 다루지 않는다는 것 자체가 무과실 책임을 나타내는 가장 확실한 징표가 된다는 것이다.<sup>30)</sup> 이 견해에 따르면, 중국 계약법 제107조의 문언상 면책 사유가 없는 한 위약당사자는 계약 책임을 부담할 수밖에 없으므로, 책임추궁의 요건으로 과실이 필요 없고, 이렇게 문리적으로 해석한다면 이는 무과실 책임으로 볼 수밖에 없다는 것이다.

셋째, 韓世遠 교수의 견해로서, 이 견해 역시 중국 계약법상 계약 책임의 구성요건에 과실 요소가 개입되지 않고 있기 때문에 그 책임의 성질은 무과실 책임이라고 보는 이론이다.<sup>31)</sup> 중국 계약법 제107조는 계약 책임의 유일한 구성요건으로 계약의 불이행인 위약 행위만을 들고 있고, 위약 행위의 성립 여부에는 과실 요소가 전혀 개입되지 않는다. 예컨대, 불이행에 대한 유일한 항변으로는 불가항력과 같은 면책

28) 梁慧星, 前掲論文(註14), p. 9.

29) 민법통칙 제122조는 제조물 책임에 대하여 규정하고 있는 바, 이 역시 학계에서는 엄격 책임이라고 보고 있다. 민법통칙 제122조에서도 문언상 생산품, 제조자, 판매자의 책임에는 주관적인 과실을 성립요건으로 하고 있지 않다. 즉, 梁慧星 교수의 견해에 따르면 여기서 말하는 책임도 무과실 책임이라 할 수 있을 것이다.

30) 崔建遠, 合同法, 北京大學出版社, 2012, p. 308.

31) 韓世遠, 合同法總論, 第2版, 法律出版社, 2008, p. 526.



사유만이 인정될 뿐이다.

이렇게 책임 구성요건상의 귀책성 여부를 과실의 유무 여부로 규정한 것은 제 107조가 무과실책임이기 때문이라는 것이다. 무과실책임과 엄격책임은 동일한 귀책성 법리에 의해 책임의 성립요건을 구성하고 있으므로, 결국 양자는 동일한 책임으로 해석될 수 있다고 한다.

## 2) 과실추정책임설

중국계약법 제107조의 엄격책임을 과실추정책임과 유사한 것으로 파악하는 견해가 있다. 이에선 중국계약법의 기안자 중 한명인 王利明 교수의 견해가 대표적이다.<sup>32)</sup> 이 견해에 따르면, 엄격책임은 무과실책임과는 달리 ‘과실추정책임’과 유사한 것으로, 여기서 말하는 과실추정책임은 일반적인 과실추정책임이 아닌 ‘특수한 과실추정책임’이라는 것이다.

王利明 교수는 과실추정의 형태를 ① 일반과실추정과 ② 특수과실추정으로 구분하고, 엄격책임은 이 중 특수과실추정책임에 해당한다고 설명한다.<sup>33)</sup> 특수과실추정이란 채무자가 자신에게 법정 항변사유가 존재함을 입증하지 못하면 과실 있음으로 추정되는 것을 의미한다. 즉, 채무자는 무과실을 증명하더라도 면책되지 않으며, 손해의 발생이 채권자의 과실 또는 불가항력에 의한 것임을 입증할 경우에만 책임면제의 이익을 누릴 수 있다는 것이다.

과실추정책임설에 따르면, 계약위반에 대한 항변사유를 법정화하여 제한함으로써 책임의 귀책원칙이 엄격성을 띠게 되는 바, 그러한 측면에서 엄격책임으로 불린다고 한다. 일반과실추정에 따르면 채무자가 무과실을 입증하면 책임이 면제되지만, 특수과실추정에 의하면 채무자가 무과실 입증과 함께 법정화된 항변사유를 입증하여야만 책임이 면제된다. 王利明 교수는 중국계약법의 책임원칙 구조가 바로 이러한 형태를 띠고 있기 때문에, 제107조의 엄격책임은 특수과실추정책임이라고 볼 수 있다는 것이다. 제107조의 위약책임은 문언상 엄격책임의 모습을 띠고 있으나, 단순한 무과실책임으로 볼 수는 없으며, 그 이유는 귀책성 판단시 입증책임이 채무자에게로 전환되기 때문이라고 한다. 따라서 위약행위의 당사자가 증명책임을 부담하고, 불가항력과 같은 법정면책사유를 입증하지 못하면 위약행위 당사자에게 과실이 있다고 추정하게 되는 것이다. 이러한 논리에 따라, 王利明 교수는 엄격책임이 실제로는 과실추정방식을 통해서 실현되고 있다고 주장한다.

王利明 교수의 견해에 따르면, 무과실책임은 불법행위법상 과실을 절대적으로

32) 王利明, 前掲書(註22), p. 452 이하.

33) 王利明, 侵權行爲法研究, 上卷, 中國人民大學出版社, 2004, p. 244.

고려하지 않는 이념에서 비롯된 것으로 손해 발생 이후 가해자의 과실이나 피해자의 과실이 전혀 문제가 되지 않는 법정책임, 이른바 결과책임의 한 형태라는 것이다. 보통 무과실책임에서 가해자의 책임은 과실 유무와는 관계가 없고 손해의 결과가 가해자의 행위와 인과관계가 있는지 여부만을 따지게 된다. 즉, 무과실책임은 면책사유와 같은 것을 일체 고려하지 않게 된다. 王利明 교수가 판단하는 무과실책임의 적용 범위란, ① 금전채무의 지체 또는 불능의 경우 불가항력은 면책사유로 인정되지 않으며, ② 이행지체의 경우 연체 기간에 불가항력에 의한 손해가 면책되지 않고, ③ 채무자의 채무불이행이 제3자에 의해 이루어지는 경우 채무자는 책임을 지게 되는 경우 등을 말한다.

요컨대, 과실추정책임설에 따르면, 엄격책임은 과실을 책임의 구성요건으로 파악하지는 않지만, 어디까지나 ‘과실이 있으므로 책임을 부담하는’ 즉, 과실을 추정하는 책임이다. 반면에 무과실책임은 일종의 법정책임으로서 불가항력의 경우에도 면책되지 않는 ‘절대책임’이 되는 것이다.

### 3) ‘무과실책임 및 과실추정책임’설

중국계약법 제107조의 엄격책임을 무과실책임과 과실추정책임의 성격을 모두 가진 것으로 보는 견해가 있다. 대표적으로는 張新宝 교수의 견해가 있는데, 그 이론적 근거는 다음과 같다.

우선 張新宝 교수는 엄격책임을 영미법의 불법행위법에서 비롯된 개념으로 보고, “채무자가 계약의 불이행을 막기 위해 합리적인 주의를 다하였음에도 자신의 행위로 손해가 발생하였다면 그에 대해서는 책임을 져야 하는 것이 엄격책임”이라고 파악한다.<sup>34)</sup> 이러한 엄격책임은 단순한 과실추정책임도 아니며, 무과실책임으로도 상응되지 않는다고 한다.

張新宝 교수의 견해에 따르면, 과실추정책임은 기본적으로 채무자의 과실을 전제로 하는 책임이며, 입증책임의 전환이 이루어지는 점에서 특수한 책임이라고 한다. 반면에 엄격책임의 경우에는 채무자가 무과실을 항변사유로 주장할 수 없고, 채권자는 채무자의 과실을 증명할 필요도 없으므로, 엄격책임을 과실추정책임과 동일시할 수는 없다는 것이다. 또한 무과실책임이란 채무자의 과실 여부와는 관련 없이 민사책임을 부담해야 하는 것이므로, 행위의 발생과 야기한 손해에 대해서만 책임을 지는 법정책임이며, 그 적용범위도 엄격책임에 비해 매우 제한적이라고 한다.<sup>35)</sup>

張新宝 교수는 비교법적 관점에서 중국계약법 제107조의 엄격책임이 영미 불법

34) 張新宝, 中國侵權行爲法, 中國社會科學出版社, 1995, p. 60.

35) 張新宝, 上揭書, p. 62.

행위법상의 엄격책임과 동일하다는 전제 하에, 그 책임의 성질이 대륙법계에서의 무과실책임의 원칙하에 그 적용범위에 있어서는 과실책임의 특수 형태인 과실추정책임이 혼재되어 있는 것으로 파악하고 있다.<sup>36)</sup>

‘무과실책임 및 과실추정책임’설에 따르면, 제107조의 엄격 책임을 무과실책임이나 과실추정책임으로 일별하여 대응할 수 없다고 한다. 일반적인 과실추정책임의 경우 채무자가 무과실을 입증하면 면책이 되지만, 제107조의 엄격책임의 경우에는 채무자의 무과실 입증에 의해서도 책임이 면제되지 않고, 불가항력과 같은 면책사유를 증명하여야만 면책된다. 따라서 제107조의 엄격책임은 일반적인 과실추정책임보다 중한 책임이다. 또한 일반적인 무과실책임의 경우, 그 성질이 법정책임으로서 그 적용범위가 한정되어 있다. 반면에 제107조의 엄격책임은 과실을 요건으로 하지 않는다는 점에서 무과실책임과 동일하지만, 그 적용범위가 제한적이지 않다. 즉, 제107조의 엄격책임은 일반적인 무과실책임보다 중한 책임이다.

이처럼 본 학설은 중국계약법 제107조의 엄격책임은 과실추정책임이나 무과실책임과 같은 단일화된 책임원칙이 아니라 이들을 합쳐진 형태로 이해하여야 온전한 책임원칙의 성격을 파악할 수 있다고 한다.

### III. 계약책임의 귀책성 판단에 관한 사례 검토

#### 1. 텐진시 고급인민법원 2011년 12월 6일 판결<sup>37)</sup>

##### 1) 사실관계

2011년 7월 26일, 텐진외항운송컨테이너발전 유한회사(이하 ‘피고’라 한다)는 텐진화물운송대리 유한회사(이하 ‘원고’라 한다)와 컨테이너 적재에 관한 위탁계약을 체결하였다. 구체적으로 피고는 원고가 대리하는 허난금방중공기계 유한회사(河南金邦重工機械 有限會社, 이하 ‘A회사’라 한다)의 화물을 컨테이너에 적재하는 업무를 수탁한 것이었다. 화물은 구연마기(球研磨機)로서 중량은 총 14톤이었고, 화물 적재는 MSN(master sequence number)<sup>38)</sup> 방식에 의하였다.

2011년 7월 28일 오전 중, 피고는 피고 소유의 화물적재장소에서 원고가 위탁한

36) 張新宝, 中國侵權責任法, 第2版, 中國人民大學出版社, 2010, p. 23.

37) 天津市高級人民法院2011年12月6日民事判決, 津高民四終字第0188号.

38) MSN 방식이란 해운사에서 작성한 적하목록을 선허증권 번호 별로 부여한 번호 적재방식을 의미한다.

화물을 지정 컨테이너에 적재하기 시작하였다. 화물의 컨테이너 적재방식에 대해서는, 당사자 쌍방이 화물과 컨테이너의 상황에 따라 밀어 넣는 방식으로 대략적인 합의는 하였으나 작업의 세밀한 부분에 대하여는 구체적으로 합의하지 않았다.

2011년 7월 29일 오후 1시, 피고의 지게차(lift truck) 기사는 지정 컨테이너에 본건 화물의 장치 작업을 개시하였다. 그런데 컨테이너에 화물을 밀어 넣는 적재방식상 화물 받침으로 착용한 나무 판대가 컨테이너 바닥면과의 마찰에 의해 밀려지게 되었고, 그 결과 화물 지지대의 각 부분들이 목재 받침대와 서로 충돌하여 화물이 지면에 추락하게 되었다.

결국 본건 화물에 손해가 발생하게 되었다. 파손된 화물의 수리와 배상에 관해 각 당사자들의 협상이 진행되었으나 합의가 이루어지지 않았다. 이에 A회사는 피고의 지정 화물적재장소로부터 화물을 허난성에 있는 공장으로 이동시켜 수리하였고, 피고에 대해 인민폐 31,000위안의 배상금을 청구하였다.

원고는 A회사에게 우선 31,000위안의 배상금을 지불하고, Y에게 이를 구상청구하였다. 피고는 이를 거절하였고, 원고는 피고를 상대로 화물 수리비용, 부품교환비용, 종업원 보수, 화물운임, 출장비용 등의 총 31,000위안의 손해배상청구소송을 제기하였다.

## 2) 판결요지

### (1) 원심

본 건은 화물운송대리계약에서의 손해배상청구 분쟁에 관한 것으로, ① 계약책임을 추궁하기 위한 귀책원인과 ② 계약책임 규정의 적용에 따른 배상의 실질적 범위가 주로 다투어졌다. 이러한 두 가지의 논점에 대해 제1심 법원의 판단은 다음과 같이 이루어졌다.

첫째, 중국계약법 제406조 제1항의 규정에 따르면, 유상위임계약의 경우 수임인의 과실로 인하여 위임인에게 손실을 야기하였을 경우, 위임인은 손해배상을 청구할 수 있다. 사안에서 피고는 컨테이너의 보존, 적재, 수리, 점검 등을 영업으로 하는 회사로서 해당 분야에서는 전문업자의 지위를 갖는다. 이러한 취지로 보면, 피고는 화물을 적정하고 합리적인 방법으로 컨테이너에 적치시켜야 할 방안을 미리 계획하거나 또는 상황에 따라 유효한 방안들을 즉시 적용시켜야 한다.

그럼에도 불구하고, 본건에서 실제로 이루어진 작업은 지게차를 이용하여 화물을 컨테이너에 단순히 밀어 넣는 방식으로 적치되었다. 이는 화물 하부의 마찰력을 감소시켜 그에 따른 사고의 위험성을 급증시키는 단점이 있다. 그럼에도 본건에서

는 작업방식 자체가 매우 간단하고 저비용이기 때문에 사용되었던 것이다. 결국 피고는 컨테이너 적재작업을 할 당시 합리적인 주의의무를 다하여야 함에도 그렇게 하지 못하였고, 부적절한 작업을 함으로써 본건 손해를 야기시켰으므로 화물손해에 대한 배상책임이 인정된다 할 것이다.

다만 본 사안의 컨테이너는 원고가 제공한 것이고, 컨테이너 자체의 화물 적치 범위가 협소하므로, 적재 리스크 자체를 애초부터 피고가 가지고 있었음이 인정된다.<sup>39)</sup> 따라서 원고 역시 화물 손해에 대한 부차적인 책임을 부담하여야 한다. 이점을 참작하여 본건 손해의 20%는 원고가 부담하고, 80%는 피고가 부담하여야 한다.

둘째, 사안에서 원고는 화물의 손해가 발생한 후, 구체적인 손해액 산정을 위해, 손해산정평가기관에 해당 손실에 대한 명확한 산정·평가를 의뢰하지 않은 채, 단지 A회사의 청구서를 근거로 하여 A회사에 배상을 진행하였다. 이것이 문제되는 이유는, 예컨대 본 사안에서 배상비용으로 책정된 설비의 부품교환비용, 수리비용, 장거리 운송비용 및 출장비용 등이 납득할만한 합리성을 충족시키지 못하고 있기 때문이다. 중국계약법 제5조는 “당사자는 공평한 원칙에 따라 각 당사자의 권리의무를 확정하여야 한다”고 규정하고 있는 바, 본건에서 제기된 화물의 합리적 손해비용과 그에 따른 배상액은 이러한 공평의 원칙에 반한다 할 것이다.

결국 법원은 화물의 합리적 손실의 사정을 고려하면, 원고가 A회사에 지불한 31,000위안의 50% 정도만이 본건 화물의 합리적인 손해액으로 인정된다고 파악하였다. 원고의 손해액은 15,500위안으로 인정되었고, 피고는 그 손실액의 80%인 12,400위안을 부담하여야 한다고 판시되었다.

## (2) 항소심

제1심 판결 이후, 피고는 ① 사실인정이 불명확하고 배상금의 인정도 부적절하며, ② 제1심의 법률 적용상의 오류가 있었음을 이유로 항소하였다. 여기서 법률 적용의 오류라는 것은, 중국계약법 제5조의 ‘공평원칙’은 계약체결에 있어서 당사자의 권리의무의 분배에 적용되는 것이지 계약손실 배상액의 분배에 적용할 규정은 아니라는 것이었다.

피고의 항소 이유에 대해, 고급인민법원은 우선 제1심 법원에서 제시된 사실관계를 재확인·재인정하고, 사안의 주요 쟁점을 화물 손실에 대한 합리적인 배상액 문제로 초점을 맞추었다. 그 전제로서 본건 화물운송대리계약의 성질을 위임계약의 일종으로 파악하였는 바,<sup>40)</sup> 구체적인 판시사항은 아래와 같다.

39) 법원은 이점에서 컨테이너 자체의 용적률 문제가 피고의 적재방식 자체를 객관적으로 제한하고 있다고 판단하였다.

우선 기초사실관계에 따르면, 컨테이너 적재 과정에서 발생한 화물 손해는 피고의 부적절한 컨테이너 적재방식에 의한 것임이 분명하다. 이에 대하여는 합리적 주의의무를 결한 피고에게 책임이 있다. 그러나 여기서 문제가 된 컨테이너는 원고에 의해 제공된 것이었는 바, 컨테이너 자체의 용적률이 작아 화물 적재방식에 제한이 있을 수밖에 없는 상황이었다. 이는 적재작업 자체에 리스크가 높았음을 의미하는 것이고 그 리스크는 피고가 부담하고 있었다.

컨테이너 자체의 협소성, 즉 리스크 부담의 문제가 본건에서의 손해배상액을 분배하는 일정한 기준점이 될 것이다. 원고도 손해 부담으로부터는 벗어날 수 없으며, 손해에 대한 부차적인 책임을 갖는다. 제1심 법원에서는 이러한 점들을 고려하여, 원고와 피고의 과실 비율을 8:2로 분배하고 있는데, 부적절한 비율분배라고는 할 수 없다.

화물손해의 배상에 관하여, 손해발생 이후 하주인 A회사는 신속하게 현장에 도착하여 화물의 수리와 배상을 위한 협의를 진행하였으나 결코 합의에 이르지 못하였다. 이에 A회사는 화물을 허난성에 있는 공장으로 이동시켜 수리를 진행하였는데, 이점도 부적절하다고 볼 수 없다. 본건 화물은 구연마기로서 일반적인 기계류가 아닌 일종의 전문적인 범주의 특수기계류에 해당한다고 볼 수 있다.

피고가 주장하는 바와 같이, 산정기관을 통해 화물의 손해를 평가받고 당사자가 화물손해의 평가, 부품교환, 수리 및 각 비용에 관한 분담 협의에 가능성이 있다고 하더라도, 그로 인한 운송지연과 손실확대를 막을 수는 없었을 것이다. 이러한 상황을 고려하면, 본건 화물의 경우 손해발생시 신속한 조치야말로 가장 현실가능한 대안이었음을 부정할 수 없다.

한편 사안에서 원고는 A회사의 요청에 따라 31,000위안의 배상금을 지불하였지만, 피고는 부품교환 등의 비용은 인정될 수 없다고 주장하였다. 다만 원고 역시 각종 손실의 구체적인 증거를 제시하지 못하고 있다. 즉, 제1심 법원에서 계약법 제5조의 공평의 원칙에 기반해 화물의 합리적 손실은 15,500위안으로 인정하고, 피고에게 과실비율에 따라 12,400위안에 해당하는 배상책임이 있다고 판단한 것은 무리한 해석이 아니다. 피고는 공평의 원칙이 계약체결상 당사자의 권리의무의 분배에 적용되는 것이지, 손실배상액의 분배에 적용될 것은 아니라고 주장하고 있으나, 이는 뚜렷한 근거도 없으므로 지지하기 어렵다.

위와 같은 이유로, 항소심은 법률적용의 타당성을 인정하고, 항소를 기각, 원심 판결을 유지·확정하였다.

40) 즉, 법원은 본건 당사자들의 권리의무의 확정과 관련하여 중국계약법상 위임계약의 관련 규정에 의거하여 실시한 것이다.

### 3) 검토

본 사안에서는, 화물운송인인 원고가 화물운송을 의뢰한 A회사의 화물에 대해, 피고와 화물운송대리계약을 체결하여 피고에게 화물을 인도하였으나, 피고가 해당 화물을 컨테이너에 적재하는 과정에서 부주의로 인한 손해가 발생하였다. 원고는 화물손해에 대해 A회사에 배상금을 지불한 후, 피고를 상대로 31,000위안의 구상청구를 요구하였다.

제1심에서는 당사자들의 계약관계를 원고(위임인)와 피고(수임인)간의 위임계약으로 인정하였다. 나아가 피고는 수임인으로서 해당 업무를 함에 있어, 합리적인 주의의무를 다하여야 함에도 이를 해태하여 화물에 손해가 발생하였다고 판단하고 있는 바, 피고의 과실이 손해배상책임의 귀책원인이 된다는 해석론을 전개하였다. 다만 본건 컨테이너는 원고가 제공한 것이고 컨테이너의 용적률이 화물 적재작업을 하기에는 적절치 않은 ‘리스크’가 있었으므로, 본건 피고의 과실에 원고도 상당 부분 기여하였다는 점이 인정되었다. 결국 제1심은 중국계약법 제406조를 적용하여 피고의 과실책임을 인정하였다. 구체적인 손해액 산정에서는 원고의 과실을 20% 인정하여 피고는 손해청구액의 80%를 부담하여야 한다고 판시하였다. 즉, 제1심은 계약책임의 귀책원인으로 ‘과실’을 판단의 근거로 삼고 있는 것이다.

항소심에서도 제1심이 유지·확정되어, 피고의 과실이 계약책임을 구성하는 주요한 귀책원인이 된다고 보았다. 항소심은 대체로 제1심과 동일한 해석론을 취하고 있는데, 피고의 계약책임의 적용법규로서 중국계약법 제406조만을 언급하고 있다는 점이 특징적이다.<sup>41)</sup> 즉, 중국계약법 제107조의 원칙 규정이 본 사안에서 어떠한 연관성을 갖느냐가 사안의 문제가 되는 것이다.

생각건대, 제1심과 항소심이 계약책임의 귀책원인을 과실이라고 판단하고 중국계약법 제406조만을 적용하였다는 점에서, 제107조는 무과실책임으로 파악한 것이 아닌가 한다. 계약책임의 원칙으로서 제107조가 엄격책임을 규정하고는 있으나, 본건 계약과 같은 개별적 계약의 경우에는 엄격책임을 완화하여 과실책임의 원칙을 견지하고자 하는 논리적 귀결상 그 적용법규로서 제406조만을 적용한 것으로 보인다. 물론 법원에서 제107조와 제406조와의 관계 또는 본 사안과 제107조와의 연관성에 대해 아무런 판단을 하지 않은 것은 아쉬운 점이다.

또 한 가지 본 판결의 독특한 점으로는, 중국계약법상 과실상계원칙이 인정되지 않고 있음에도 과실상계가 현실적으로 실현되고 있다는 점이다. 중국계약법은 커

41) 제1심과 항소심에서의 해석론상 근소한 차이가 있다. 제1심은 피고의 컨테이너 적재 업무에서 발생한 손해가 피고가 합리적인 주의의무를 해태해서 발생한 것으로 보고 있고, 항소심에서는 피고의 부적절한 방법에 의해 손해가 발생하였다고 보고 있다. 즉, 양 심급간 사실판단의 기준이 약간은 다르다고 할 수 있다.

면로와 CISG의 입장과 같이 손해배상의 예견가능성원칙(중국계약법 제113조)이나 손해경감의무(중국계약법 제119조)를 규정하면서도 과실상계의 원칙은 인정하지 않는다. 본 사안에서는 피고의 손해배상범위에 관하여 중국계약법 제5조의 공평원칙에 기반한 책임분담이 이루어짐으로써 과실상계가 실질적으로 이루어졌다. 이러한 점도 본 판결이 갖는 특징 중 하나라고 볼 수 있겠다.

## 2. 저장성 고급인민법원 2009년 12월 21일 판결<sup>42)</sup>

### 1) 사실관계

2009년 5월, 중국 Ningbo시 인저우에 소재한 '진닝가구용품공장'(金寧家具用品工場, 이하 '원고'라 한다)은 '상하이국제물류유한회사 Ningbo지점'(上海愛意特國際物流有限會社寧波支社, 이하 '피고'라 한다)과 면봉운송에 관한 화물운송대리계약을 체결하였다.<sup>43)</sup> 원고는 피고의 물품입고 통지 요구에 따라, 2009년 6월 1일 피고가 지정한 창고에 화물을 입고하였다.

2009년 6월 3일, 피고는 홍콩에 소재한 물품 구입회사인 Oriental Collection Ltd. Hong Kong(이하 'B회사'라 한다)을 하주로 지정하고 피고가 운송인으로 기재된 선하증권을 발행하였다. 다만 피고는 원고에게는 본건 선하증권을 교부하지 않았다.

2009년 6월 10일, 피고는 화물을 B회사에 인도한 이후,<sup>44)</sup> 원고를 지급인으로 기재한 인민폐 495위안의 화물운송대리업무 영수증을 교부하였다. 이에 원고는 해당 금액을 지불하였으나, B회사로부터 물품대금을 회수하지 못하였고, 선하증권을 교부받지 못해 이를 주장할 수도 없게 되었다. 결국 원고는 피고를 상대로 4,7090.94 위안 상당의 손해배상청구 소송을 제기하였다.

### 2) 판결요지

#### (1) 원심

제1심 법원은 우선 원고와 피고간의 화물운송대리계약의 존재를 확인하였다. 사실관계상 원고는 피고에게 화물운송을 위탁하였고, 피고의 화물입고 통지대로 화물을 피고에게 인도하였으며, 피고가 지급한 화물대리비용 영수증에 기재 화물운

42) 浙江省高級人民法院2009年12月21日民事判決, 浙海終字第127号.

43) 본건 화물은 개당 미화 0.315달러에 해당하는 면봉이었으며, 1박스당 192개의 면봉이 포장된 총 114개의 종이박스였다.

44) 화물의 통관신고금액은 미화 6,894.72달러였다.



송대리비용을 지불하였으므로, 양 당사자 사이에서는 해상화물운송대리계약관계가 형성되었다고 본 것이다.

제1심은 피고가 원고에게 선하증권을 교부할 의무가 있음에도 이를 이행하지 않음으로써 원고가 대금을 회수할 수 없었음을 지적하면서, 피고는 원고에게 해당 B회사로부터 수령한 화물대금 및 환율변동에 따른 손해배상액을 부담해야 한다고 판단하였다.<sup>45)</sup> 즉, 법원은 중국계약법 제107조 및 제406조 제1항에 기해 피고에게 47,090.94위안의 손해배상책임을 명하였다. 피고는 제1심에 불복하고 저장성 고급 인민법원에 항소하였다.

## (2) 항소심

피고는, ① 제1심에서는 본건 FOB 조건에 따른 법리적 오해가 있었는 바, 사실 관계상 피고와 B회사간에는 해상운송대리계약 관계가 존재하나, 원고와 피고간에는 화물운송대리계약 관계가 존재하지 않으며, ② 원고는 선하증권상의 운송인이 아니므로 선하증권을 원고에게 교부할 의무가 없고, ③ 원고는 피고에게 화물운송대리의 위탁사실 및 화물대금 회수불능의 원인이 피고에게 있음을 증명할 필요가 있음에도, 제1심에서는 이러한 입증책임의 분배가 이루어지지 않았다는 점을 항소 이유로 제시하였다.<sup>46)</sup>

항소심에서는 제1심에서 인정된 기초적 사실관계 부분이 대부분 유지되었다. 다만 당사자들의 청구원인에 따라 ① 원고와 피고간의 해상화물운송대리계약 관계의 존재 여부 및 ② 피고의 원고에 대한 선하증권 교부의무 여부가 중점적으로 재검토되었다.

첫째, 항소심은 원고와 B회사간의 국제물품매매계약 관계가 존재한다고 보았고, 피고는 B회사가 지정한 화물운송대리인임을 확인하였다. 이 부분에 대해서는 당사자들도 다툼이 없었는데, 원고와 피고간의 화물운송대리계약 관계의 존재여부에 대해서는 양측의 주장이 다르다. 우선 원고는 화물운송대리계약 관계의 존재를 주장하고 피고는 이를 부정하고 있다.<sup>47)</sup>

45) 피고는 화물운송이 B회사의 위탁에 의해 운송된 것이며 화물입고통지서 역시 B회사가 원고에게 교부하였다고 항변하였으나 증거불충분으로 인정되지 않았다.

46) 피고의 항소이유에 대해 원고는, ① 원고가 화물운송대리업 영수증 등의 관련 증거에 따라 원고와 피고간의 해상화물대리계약관계의 존재는 충분히 증명되며, ② 본건 FOB 조건은 매매계약에 대한 가격확인에 불과하므로, 이는 오직 운임을 B회사가 부담하기로 확정하는 것일 뿐 화물운송대리를 누가 위탁하는지에 관하여는 필연적 관계가 없다고 주장하였다.

47) 원고는 피고에게 화물운송 및 화물통관신고를 위탁했으므로 화물운송대리계약이 성립하였다고 주장하는 반면, 피고는 B회사가 피고에게 화물운송을 위탁한 것이므로 피고와 B회사간 화물운송대리계약이 성립하였다고 항변하였다.

이 부분에 대하여 항소심에서는, “① 피고가 화물 원고에게 화물입고통지서를 제공하였고, ② 해당 통지서의 표제에는 피고의 영문 회사명인 BIT가 기입되어 있으며, ③ 영업소 주소와 연락처 등의 사항들은 모두 피고의 회사 소재지로 되어 있으므로, 원고는 피고의 통지서를 받고 피고가 지정한 창고에 화물을 인도하였음이 입증된다”고 판단하였다. 반면에 피고가 제공한 B회사와의 위탁계약서, 화물운송대리관계 서류, 전자메일 기록부 등은 모두 공증 인정 절차를 실시하지 않았기 때문에 인정되지 않았다. 또한 피고가 원고에게 교부한 495위안의 화물운송대리업무 영수증 및 그에 대한 원고의 대금 지불 역시 원고의 주장이 합리적임을 보여주는 사실적 증거로 인정되었다.

둘째, 항소심은, “피고는 ‘상하이국제물류유한회사’의 발행대리인으로서 선하증권을 발행하였는 바, 실제로는 화물을 위탁한 원고를 송하인으로 하여 선하증권을 발행하고 이를 원고에게 교부하여야 함에도 이를 행하지 않았다”고 지적하였다.<sup>48)</sup> 또한 피고가 원고의 허락 없이 무단으로 B회사를 송하인으로 기재하고 B회사에게 선하증권을 작성·교부함으로써, 원고의 적법한 계약상의 권리를 침해하였으며, 해당 국제물품매매계약의 안전성은 상실되었다고 판단하였다.

결국 항소심은 원고와 피고간의 화물운송대리계약 관계는 유효하게 성립하였고, 피고가 원고의 허락 없이 선하증권을 B회사에 교부함으로써 원고의 대금회수를 불가능케 하였음을 인정하여, 원고가 받은 손해 전액에 대한 피고의 배상책임을 인정하였다. 즉, 제1심 법원의 판단이 유지·인정되었고, 피고의 항변은 배척되었다.

### (3) 검토

사안에서 원고(매도인)는 B회사(매수인)와 국제물품매매계약을 체결한 후 피고(화물운송대리인)에게 운송을 위탁하였다. 그런데 피고가 원고에게 선하증권을 교부하지 않은 채 화물을 매수인에게 인도하였고, 이에 원고는 대금을 회수하지 못해 피고를 상대로 손해배상을 청구하게 되었다.

제1심은 원고와 피고간에 성립된 위임계약상 피고가 선하증권을 원고에게 교부하지 않은 점을 계약위반의 형태로 판단하였다. 제1심은 계약위반 형태 적용의 근거로 중국계약법 제107조를 인용하였고, 배상책임을 근거로는 동법 제406조를 적용하였다. 항소심에서도 제1심의 법리를 그대로 인정하여, 원고와 피고간의 계약 관계는 위임계약이며, 피고의 위임계약상 의무 불이행을 이유로 중국계약법 제107조 및 제406조에 근거하여 피고의 손해배상책임을 인정하고 있다.

48) 본건 물품매매계약상 약정된 대금지급방식은 ‘T/T Bfter received B/L copy’이다. 이는 매도인이 먼저 선하증권의 부분을 매수인에게 교부하고 매수인이 대금을 지불하면, 매도인이 선하증권의 원본을 교부하는 방식이다.

여기서 본 판결의 특징은 중국계약법 제107조와 제406조를 동시에 적용하고 있다는 점이다. 즉, 법원이 제107조와 제406조 양자의 관계를 어떻게 파악하고 있는지가 핵심적 쟁점이 되는 것이다. 판결에서는 명시적으로 ‘피고가 원고에게 선하증권을 교부할 의무를 이행하지 않은’ 것을 계약위반의 형태로 판단하고 있다. 피고의 과실 유무에 대해서는 아무런 언급이 없다. 단지 피고의 교부의무 위반을 위약행위로 파악함으로써 엄격책임의 원칙상 피고에게 위약책임을 인정하는 것이다. 따라서 본 사안의 우선적이며 직접적인 계약법 적용법규는 제107조로 볼 수 있겠다.<sup>49)</sup> 그러나 법원은 사안에서 중국계약법 제107조와 동시에 제406조도 적용하고 있다. 제406조는 “유상위임계약의 경우, 수임인의 과실로 인하여 위임인에게 손실을 야기하였을 경우, 위임인은 손해배상을 청구할 수 있다”고 규정함으로써 제107조와는 달리 손해배상책임의 구성요건으로 과실을 요구하고 있다.

여기서 중국계약법상 계약책임의 구조를 다시 언급해 보면, 우선 제107조는 원칙규정으로서 엄격책임을 채택하고, 이에 대한 예외로서 각칙에 개별계약상의 과실책임 규정들을 마련해 두고 있다. 위임계약에 관한 제406조도 제107조의 이러한 예외에 해당하는 것이다. 제107조에 따르면, 채무자에게 과실이 있으면 당연히 책임을 지고, 무과실의 경우에도 책임을 지게 된다. 반대로 제406조는 그 문언해석상 채무자가 무과실인 경우에는 책임을 지지 않는다.<sup>50)</sup> 이와 같은 법리해석의 한계 때문인지 본건에서는 중국계약법 제107조와 제406조를 동시에 적용한 것으로 보인다. 즉, 제107조만을 적용하는 경우, ‘과실이 없음에도’ 책임을 부담해야 하는 상황이 발생하므로, 제406조를 동시에 적용하여 피고의 손해배상책임을 중국적으로는 ‘과실책임’으로 한정시키고자 한 것은 아닌가라고 생각된다.

### 3. 산둥성 고급인민법원 2006년 9월 26일 판결<sup>51)</sup>

#### 1) 사실관계

2005년 5월 11일, 칭다오국제화물수송유한회사(國際貨物輸送有限會社, 이하 ‘원고’라 한다)는 칭다오평안운송유한회사(靑島平安達運送有限會社, 이하 ‘피고’라 한

49) 법원에서 언급한 ‘피고가 원고에게 선하증권을 교부할 의무를 이행하지 않은’ 것은 계약법 제107조의 문언상 ‘당사자 일방이 계약의무를 불이행하거나, 계약의무의 이행이 계약에 적합하지 않는 경우’이기 때문이다.

50) 중국계약법 제406조에 따르면, 본건에서 피고가 원고에게 선하증권을 교부하지 않은 데 대해 과실이 인정되지 않는다면, 손해배상책임을 물을 수 없게 된다.

51) 山東省高級人民法法院2006年9月26日判決, 魯民四終字第74号.

다)와 화물운송대리계약을 체결하였다. 피고는 원고의 위탁을 받아, 원고 화물의 운송인으로부터 냉동 컨테이너를 수령하였다.

그러나 며칠 후, 피고가 수령한 냉동 컨테이너를 적재한 화물차량이 칭다오시 우편집중국 근처에서 도난당하였다. 2005년 7월, 칭다오시 공안은 본건 도난사건을 수사하여, 화물차는 파손되었고 냉동컨테이너 내의 전자부품이 절도된 상태로 발견되었다고 수사보고를 발표하였다.

2005년 9월 29일 원고는 화물운송대리인에 해당하는 칭다오웬양다아야화물수송유한회사(靑島遠洋大亞貨物輸送有限金社, 이하 ‘A회사’라 한다)에게 컨테이너 배상금으로서 미화 14,060.97달러를 지불하였다. 이후, 원고는 피고에 대하여 당해 배상액에 상당하는 인민폐 113,894위안 및 지연이자를 구상 청구하였다.<sup>52)</sup>

## 2) 판결요지

### (1) 원심

제1심에서는, 피고가 원고와 화물운송대리계약을 체결하고 컨테이너 운송을 위탁받은 후, 피고의 ‘운송 과정 중’에 컨테이너가 도난되어 손해가 발생한 것으로 파악하였다. 피고는 컨테이너 보관 및 관리과정상 과실이 없었으므로 배상책임을 질 수 없다고 주장하였으나, 법원은 “중국계약법 제107조에 따르면, 당사자의 계약 이행이 약정에 적합하지 않은 경우, 당사자의 과실의 유무에 관계없이 계약위반(위약) 당사자는 책임을 져야 한다”고 판단하였다. 또한 “원고가 A회사에 지불한 손해 배상금으로 미화 14,060.97 달러(인민폐 113,894위안)가 책정된 것은 중국 교통부가 제정한 시행규칙상 적정한 금액이다”라고 판시하여, 원고가 피고에게 청구한 배상액의 적절성을 확인하고 있다.

결국 제1심에서는 중국계약법 제107조에 기해 피고는 원고에게 113,894위안과 2005년 9월 30일부터 판결이 확정된 일자까지의 이자를 배상하라고 판시하였다.

### (2) 항소심

피고는 제1심 판결에 불복하여 산둥성 고급인민법원에 항소하였다. 피고의 항소 이유로는 다음과 같은 것들이 주장되었다. ① 피고는 수임인으로서 선량한 관리자의 주의의무를 부담하면 족하다. 따라서 컨테이너의 도난과 같은 것은 수임인의 귀책으로 판단할 수 없고, 피고는 도난과 관련한 어떠한 과실도 없다. ② 제1심 법

<sup>52)</sup> 본건에서 도난당한 냉동 컨테이너의 제조연도는 1996년이고, 시가는 미화 33,000 달러에 해당하였다. 연도별 원가절감이 5%로 계산되어 최저배상금액은 미화 16,500달러가 되었다.

원은 본건 법리적용의 기준으로 중국계약법 제406조를 적용하여야 함에도, 제107조만을 적용하여 피고의 과실유무를 판단하지 않았다. 즉, 제1심에서는 법리적용의 오해가 있었다. ③ 제1심에서 산정한 배상액의 기준이 적합하지 않다.<sup>53)</sup>

항소심은 위와 같은 피고의 항소이유를 배척하고 원심 판결을 유지·확정하였다. 다만 사안의 적용법규를 제1심과는 달리 하였다.

첫째, 항소심은 원고와 피고간의 화물운송대리계약이 유상위임계약이므로, 중국계약법 제406조가 적용되어야 한다고 판단하였다. 제406조의 적용에 따를 때, 피고는 위임계약상의 수임인으로서 선관주의의무를 부담할 의무가 발생하는 바, 운송과정에서 도난사고가 발생하였다는 것은 그러한 선관주의의무가 적절하지 못했음을 반증하는 것이라고 보았다. 즉, 피고가 선량한 관리자로서 주의를 다하지 못한 ‘과실’이 있다고 본 것이다.

둘째, 항소심은 제1심 법원의 법리적용에 오류가 있었다고 지적하였다. 제1심에서는 중국계약법 제107조에 기하여 피고의 배상책임을 명하고 있지만, 항소심은 본건 계약상 발생한 계약책임이 화물운송대리계약, 즉 위임계약상 발생한 책임이 명백하므로, 중국계약법 제107조가 아니라 제406조에 의한 법리구성이 이루어져야 한다고 판단하였다.

항소심에서는 제1심 판결의 적용법규상 오류를 지적하고 이를 수정하고 있으나, 그 결론에 있어서는 제1심과 큰 차이가 없다. 즉, 피고의 과실에 따른 손해배상책임을 긍정하고 있고, 구체적인 손해배상액 역시 제1심에서 산정한 액수를 그대로 유지·확정하였다.

### (3) 검토

본 사안은 국제화물운송업자인 원고가 A회사로부터 컨테이너 화물운송의 의뢰를 받고, 운송인인 피고에게 실질적인 운송을 위탁한 것이다. 그러나 피고의 운송과정 중에, 도난사건이 생겼고 결국 화물손해가 발생하게 되었다. 일단 원고는 A회사에게 배상액을 지불한 후 이에 대한 구상청구를 피고에게 하였는데, 이에 대해 피고가 거절함으로써 책임추궁이 제기된 것이다.

본 판결에서 주목할 부분은 하급심과 상급심에서 인용한 적용법규가 서로 다르다는 점이다. 제1심은 중국계약법 제107조에 기해 피고의 위약행위를 인정하여 그 계약책임으로서 손해배상책임을 명하고 있다. 계약책임의 귀책성 판단에 있어, 피

53) 피고의 이러한 항소이유에 대해 원고는, “본건 컨테이너의 도난은 불가항력 사유가 될 수 없고, 피고가 선량한 관리자의 주의의무를 해태하였기 때문에 발생한 것이므로, 피고의 과실을 부정할 수 없다”면서, “그럼에도 불구하고, 중국계약법 제107조는 과실 유무를 판단하고 있지 않으므로 본건에서는 과실의 존부 여부를 고려할 필요가 없다”고 항변하였다.

고의 과실 존재 여부에 대하여는 판단을 내리지 않았다. 단지 피고의 “계약의무의 이행이 약정에 적합하지 않는 경우”만을 귀책원인으로 지적하고 있다. 즉, 피고의 계약책임을 과실책임이 아닌 엄격책임에 의거하여 판단하고 있는 것이다.

반면에 항소심에서는 원고와 피고간의 계약을 유상위임계약이라고 전제하고 중국계약법 제406조에 근거한 손해배상책임이 인정되었다. 따라서 피고의 과실 유무가 귀책성 판단의 쟁점으로 부각된 것이다.

항소심은 피고가 화물을 수탁하여 운송하는 과정이란 화물이 피고의 지배범위 하에 있는 것을 뜻하며, 그러한 과정 중에 도난 사고가 발생하였다면 그에 대한 피고의 주의의무 위반이 인정된다고 해석하였다. 피고의 선관주의의무 해태는 곧 과실을 구성하므로, 중국계약법 제406조의 귀책요건이 충족된다는 것이다. 나아가 항소심은 제1심이 본건 계약책임을 법리를 구성함에 있어 엄격책임에 의해 파생된 책임으로 파악하고 있는 것이 법규적용의 오류에서 비롯된 것이라고 보고 있다.

그러나 단순히 법률적용의 오해만으로 계약책임을 원칙규정인 제107조의 적용 배제를 논해서는 안된다고 생각된다. 다시 언급하지만, 중국계약법은 계약책임을 원칙으로서 제107조에 엄격책임을 규정하고, 개별적 전형계약에서 보충적으로 과실책임을 도입함으로써 제107조의 엄격책임을 완화하고 있다.

물론 원고와 피고간의 계약이 유상위임계약임에는 틀림이 없다. 즉, 피고는 ‘유상’ 위임계약상 ‘선량한 관리자의 주의의무’를 계약상의 의무로 부담하여야 하는 것이다.<sup>54)</sup> 본건에서는 피고의 ‘선관주의의무’ 해태로 인해 운송과정 중 컨테이너의 도난이 발생하였다. 여기서 계약상 발생하는 ‘선관주의의무’ 및 ‘그 불이행’이라는 점이, 중국계약법 제107조에서 언급하는 ‘계약의무의 이행이 약정에 적합하지 않은 경우’와 어떠한 문언적 차이가 있는지 쉽게 이해하기 힘들다. 항소심에서는 제107조를 적용한 원심의 법리적용상 오해가 있었다고 지적하지만 수긍하기 어려운 해석론이다. 왜냐하면 선관주의의무의 이행이라는 것이 위임계약상 약정된 이행의무에 해당된다면 제107조를 적용한 원심판결의 이론적 근거는 타당하기 때문이다.

항소심에서는 중국계약법 제406조를 과실책임을 규정으로 보고, 제107조는 무과실책임으로 파악한 것이 아닐까 생각한다. 항소심은 본건 계약이 과실 요소로 귀책성을 평가하는 제406조의 계약임이 분명함에도 과실유무의 판단이 배제된 제107조만을 적용한 원심판결의 법리에 부적절한 법규적용이 있었다고 비판하고 있지만, ‘주의의무’에 대한 해석론을 단순히 계약의무의 이행에 부수되는 수준으로서만

54) 만약 무상위임계약이라면, 위임인의 계약상 의무는 선관주의의무가 아닌 ‘자기의 사무를 처리하는 것과 동일한 수준의 주의의무’가 될 것이다.

판단하고 있는 것은 아닌가 하는 지적을 하고 싶다. 즉, 중국계약법 제107조의 엄격책임을 영미법계와 같이 ‘계약을 지키지 않으면 책임을 부담한다’라고 하는 원칙규정의 시각으로 볼 것인지, 아니면 대륙법계와 같은 ‘과실책임’과 ‘무과실책임’의 틀 속에서 파악할 것인지에 따라 제107조 적용에 관한 해석론의 격차가 발생할 여지가 있는 것이다.

## IV. 상무적 시사점

### 1. 학설상의 시사점

중국계약법 제107조의 엄격책임에 대해서는 학자들마다 상당 부분에서 이론적 견해차이가 확인된다. 학설들에 따르면 모두 엄격책임 자체를 대륙법계의 과실책임에 대위시켜 이해하고자 하는 것 같다. 즉, 대륙법계의 과실책임과 무과실책임의 틀이라는 전체적인 체계에서 계약법 제107조의 엄격책임을 해석하고 있는 것이다. 이를 다음과 같이 다시 정리하여 본다.

첫째, 중국계약법 제107조의 엄격책임을 무과실책임으로 보는 견해는, 엄격책임 자체가 과실을 책임의 귀책요건으로 삼고 있지 않기 때문에, 이를 무과실책임과 동일한 것으로 파악하여야 한다고 보는 것이다. 무과실책임설에 따르면, 엄격책임은 무과실책임으로서, 채무자에게 과실이 존재하면 당연히 무조건적인 책임을 지고, 과실이 부존재하고 선관주의의무와 같은 계약상의 주의의무를 준수하더라도 책임을 부담하여야 한다.

둘째, 중국계약법 제107조의 엄격책임을 과실추정책임으로 보는 견해로서, 이는 엄격책임이 과실을 요건으로 하고 있지는 않지만, 과실을 절대적으로 고려하지 않은 것은 아니고 과실추정에 의하여 비로소 과실이 존재한다고 인정되는 것과 유사한 책임의 속성을 지닌다는 것이다. 이 견해에 따르면 엄격책임은 과실을 요건으로 하지 않으나, 일단 채무자의 과실은 존재하는 것으로 추정되어 입증책임의 전환 여부에 따라 책임의 면제여부가 가려지게 된다.

셋째, 중국계약법 제107조의 엄격책임을 무과실책임과 과실추정책임이 혼합된 것으로 보는 견해로서, 엄격책임의 기본 성질은 대륙법계에서의 무과실책임이지만, 그 적용범위에 있어서는 과실추정책임이 적용되고 있는 것이라고 한다.

이상과 같은 세 가지의 학설은 모두 영미법상의 개념인 엄격책임 자체를 대륙법계의 무과실책임 및 과실책임에 치환하여 해석하려고 하는 시각이 전제되어 있다. 즉, 무과실책임이나 과실책임의 틀 안에서 엄격책임의 성질을 구성하려고 한다는 것이다. 물론 엄격책임은 대륙법계 계약법상 존재하지 않는 추상적인 관념과 같은 것이므로, 어찌 보면 해석론상의 당연한 귀결이라 볼 수도 있겠다.

생각건대, 중국계약법 제107조의 엄격책임은 무과실책임으로 파악하는 것이 가장 현실적이라고 본다. ① 우선 중국계약법 제107조의 문리적 해석상 위약행위 자체에 과실을 요하지 않음은 확실하다는 점이다. ② 또한 중국계약법 제107조의 엄격책임이 영미의 제조물책임법에 근원을 두고 있는 것이며, 그 제조물책임에서의 엄격책임은 결과책임으로서 과실 여부가 중요하지 않는 무과실책임으로 인식되는 것이 국제적인 해석론이라는 점이다. ③ 나아가 영미에서도 엄격책임(strict liability)과 절대책임(absolute liability)의 구분은 명확한 것이 아니며 오히려 거의 동일한 책임으로서 인식되고 있다는 점이다. ④ 결론적으로는 중국계약법의 편제적 구조 자체가 제107조에 계약책임의 원칙으로서 엄격 책임을 규정하고 개별적 전형계약에서 과실책임의 규정들을 마련하여 엄격 책임을 완화하고 있다는 점이다. 이러한 점들을 고려하면, 입법자가 엄격 책임을 대륙법계의 과실책임과 무과실책임의 틀 내에서 도입한 것은 아닌가 생각된다.

이와 같이 중국계약법은 계약책임의 기본원칙을 CISG 제45조와 같이 ‘엄격책임’으로 설정하고 있다. CISG를 비롯한 PICC 또는 PECL 등 국제계약에 관한 일련의 규범체계가 모두 계약책임의 구조를 엄격책임 방식으로 규정하고 있다.<sup>55)</sup> 즉, 중국계약법은 엄격책임주의를 채택함으로써 국제계약법 발전의 일반적 조류에 편승하고 이로써 국제계약규범과는 일정한 정합성을 갖추게 된 것이다. 문화적 인식 나아가 제도적·사회적 배경의 차이에도 불구하고 중국계약법체가 국제상거래법 체제와의 ‘법제 호환성’을 어느 정도 구비하였다는 점에서는 통일매매법 형성이라는 궁극적인 차원에서 중요한 상무적 의의를 확인할 수 있다고 본다.

## 2. 판례상의 시사점

화물운송대리와 같은 위임계약 사례에서 중국 법원들이 계약법 제107조를 적용하는 단면을 보면 그 이론적 구성이나 적용법규의 틀이 일정치 않음을 알 수 있다.

55) CISG는 영미법계의 영향을 받아 엄격책임원칙을 받아들인 반면, PICC와 PECL이 엄격 책임을 채택한 것은 양대 법계(영미법계와 대륙법계)의 학자들이 숙고의 과정 끝에 도달한 결론이라 할 수 있겠다.



앞서 살펴본 사례들은 그 사실관계의 측면에서 세 가지의 사례 모두 거의 유사한 경로를 띠고 있고 제기되는 쟁점들도 대체로 동일하다. 그러나 각 법원에서의 법리 구성에서는 몇 가지의 차이점들이 확인된다. 이를 다시 정리해보면 아래와 같다.

첫째, 2011년의 텐진시 고급인민법원 판결에서는 화물운송대리계약을 위임계약으로 파악하여 중국계약법 제406조만을 적용하고 있다. 제107조와 제406조와의 관계 또는 본 사안과 제107조와의 연관성에 대해서는 아무런 판단을 하지 않았다.

둘째, 2009년의 저장성 고급인민법원 판결에서는 화물운송대리계약을 위임계약으로 파악하면서도 중국계약법 제107조와 제406조를 동시에 적용하고 있다. 특징적인 점은 ‘피고가 원고에게 선하증권을 교부할 의무를 이행하지 않은’ 것을 위약행위의 형태로 판단하여, 피고의 과실 유무를 가리지 않고 바로 제107조의 책임을 추궁하였다는 점이다. 이는 법원이 제107조만을 적용하는 경우 ‘과실이 없음에도’ 책임을 부담해야 하는 상황을 고려하여, 보충 방안으로서 제406조를 동시에 적용하고 중국적으로는 피고의 손해배상책임을 ‘과실책임’으로 한정시키고자 한 것으로 풀이된다.

셋째, 2006년의 산둥성 고급인민법원 판결에서는 제1심과 항소심의 법규적용이 다르다. 제1심은 제107조에 기한 계약책임을 인정하고 있고, 항소심에서는 제406조만을 적용하였다. 그런데 항소심이 제406조의 적용 근거로 제시한 ‘선관주의의무 위반’이라는 것이 제107조에서 언급하는 ‘계약의무의 이행이 약정에 적합하지 않은 경우’와 어떠한 차이가 있는지 의문이다. 즉, 제107조만을 적용한 원심의 법리적용도 수긍 가능한 해석론이라는 것이다. 선관주의의무의 이행은 위임계약상 약정된 이행의무이고, 그렇다면 제107조에 기해서도 충분한 책임추궁이 가능하기 때문이다.

생각건대, 위의 세 가지 판결 중에서 2009년의 저장성 고급인민법원 판결의 해석론을 지지한다. 화물운송대리라는 위임계약에서 계약책임이 추궁되는 경우, 우선 원칙 규정으로 제107조를 적용하고 동시에 제406조도 보완적으로 적용함으로써 궁극적으로는 과실책임으로 귀책성을 귀결시키는 점이 매우 합리적이라는 이유에서이다. 개별적 전형계약임에도 제107조만을 적용하면 무과실의 책임을 추궁받게 되므로, 이 경우에는 제406조를 보충적으로 적용하여 그 엄격성을 완화할 수 있다. 결론적으로는 과실책임으로 책임의 귀책원인을 특정화시키는 것이다.

중국계약법 제107조의 엄격책임을 과실책임과 무과실책임이라는 범주에서 놓고 본다면 그 법적 성격은 무과실책임으로 파악될 수 있는 바, 제107조의 적용 범위를 한정하는 측면에서 개별계약 규정에서 과실책임주의가 인정되고 있는 것이라고 볼 수 있다. 2009년 저장성 판결에서는 이러한 중국계약법상 책임구조의 사정이 반영되어 있다고 본다.

## V. 결 어

이상 본 논문에서는 중국계약법상 계약책임의 법적 성격에 따른 학설 및 계약책임의 귀책성 판단에 관한 사례들을 검토해 보았다. 특히 개별적 전형계약으로서 화물운송대리, 즉 위임계약상 계약책임의 귀책원칙이 어떻게 적용되는지에 대해 논의의 초점을 맞추었다.

전체적으로 중국계약법은 계약책임의 기본원칙으로서 제107조에 엄격책임주의를 채택하고 있다. 이는 영미법상의 계약책임 관념을 수용한 것으로, CISG를 비롯한 PICC 및 PECL 등의 국제계약규범상 계약위반의 일원적 구조라는 사고방식을 전면적으로 도입한 것으로 보인다. 독특한 점은 중국계약법이 이렇게 엄격책임주의를 귀책성의 대원칙으로 잡고 있으면서, 개별적 계약에서는 과실책임주의를 채택하고 있다는 점이다. 예컨대, 위임계약을 비롯해, 증여계약, 임차계약, 도급계약 등 몇 가지의 전형계약에서는 엄격책임을 완화하여 과실책임 원칙에 따른 귀책원칙들을 설정하고 있다.

이와 같은 전제하에, 본 논문에서 살펴본 중국계약법상의 학설과 판례들의 법이론들을 다시 정리하고 그에 대한 나름의 해석론을 피력해 보고자 한다.

첫째, 중국계약법 제107조는 계약책임에 대한 일반규정으로서 엄격책임주의를 채택하고 있다. 그리고 그 엄격책임의 법적 성격은 무과실책임으로 해석하는 것이 타당하다고 본다. 이는 ① 우선 중국계약법 제107조의 문리적 해석상 위약행위 자체에 과실을 필요로 하지 않는다는 점, ② 제107조의 엄격책임이 영미의 제조물책임법에 근원을 둔 것이라면, 제조물책임법상의 엄격책임은 결과책임으로서 과실 여부를 판단하지 않는 이른바 무과실책임으로 인식된다는 점, ③ 영미법상 엄격책임과 절대책임의 구분은 명확하지 않으며 오히려 거의 동일한 책임으로서 인식되고 있다는 점, ④ 중국계약법의 전체적인 편제가 제107조에는 계약책임의 원칙으로서 엄격책임을 규정하고, 개별 계약상 과실책임을 규정하고 있는 바, ‘과실’이라는 용어를 사용한 입법취지에서 엄격책임을 무과실책임으로 치환할 수 있다는 점 등의 이유에 근거한다.

둘째, 일련의 중국 판결들을 보면, 화물운송대리계약과 같은 개별계약상 발생하는 계약책임의 귀책성 판단에 대해 그 적용법리 구성상 견해의 일치가 이루어지고 있지 않다. 2011년 텐진시 고급인민법원 판결에서는 중국계약법 제406조만을 적용하였고, 2009년의 저장성 고급인민법원 판결은 중국계약법 제107조와 제406조를

동시에 적용하였다. 2006년 산둥성 고급인민법원 판결에서는 중국계약법 제107조의 적용은 배제되어야 한다고 지적한다.

세 가지의 판례 모두 화물운송대리계약이라는 위임계약이며, 계약책임이 추궁되는 구조도 모두 비슷한데, 각 법원들의 해석론이 각기 다르다는 점은 주목할 만하다. 이는 아마 중국계약법상 계약책임의 귀책원칙이 원칙으로서 엄격책임, 개별계약에서는 과실책임이라는 전혀 다른 성질의 판단요소로 편제화되어 있기 때문으로 보인다. 따라서 계약책임의 법적 성격을 다룰 때에는, 엄격책임은 무과실책임이라는 인식을 기반으로 하고, 개별계약에서는 과실책임을 통한 책임완화라는 명제로 이해함으로써, 보다 통일적인 법리구성의 해석론이 필요한 것은 아닐까 생각된다. 이러한 측면에서 2009년 저장성 고급인민법원 판결의 법리 적용은 중요한 의미가 있다고 본다.

셋째, 중국계약법은 영미법이나 독일·일본·한국 등 대륙법계의 계약법과는 근본적 속성을 달리하는 사회주의 체제의 법제이다.<sup>56)</sup> 즉, 현대 자본주의 시대의 입법적 색채를 전면적으로 담고 있지 않다는 점에서, 자본주의 계약법상의 해석론상 괴리감이 존재할 수도 있을 것이다.

다만 현대 계약법이 지향하는 관점, 예컨대 민사법제에서의 당사자들의 이익균형 내지는 공평성 확보라는 부분에서는 중국계약법도 어느 정도 일치된 입장을 보이고 있다. 그 방식이 입법부의 법률 제정에 의한 것이냐 아니면 사법부의 법률해석에 의한 것이냐 하는 문제가 있을 수는 있겠지만, 중국계약법상의 법리해석이 이러한 방향으로 가고 있다는 점은 분명하다고 본다. 예를 들면, 2011년 톈진시 고급인민법원 판결에서는 중국계약법상 과실상계 조항의 부재에도 불구하고, 중국계약법 제5조 공평의 원칙을 적용하여 당사자들의 이익균형을 도모하고 있다. 즉, 현대 국제계약법상 보편적 타당성으로서 당사자들의 이익균형 내지는 책임분배의 일관된 원칙이라는 해석기조가 중국 법제상 어느 정도 반영되어 있음을 확인할 수 있겠다.

56) 이는 계약법상의 최대 이념이 어떠한 가치판단을 전제로 구성되어 있느냐 하는 점에서 큰 차이가 있을 것이다.

## 참 고 문 헌

- 곽윤직, 채권총론, 제6판, 박영사, 2009.
- 김상용, 비교계약법, 법영사, 2002.
- 소재선, 중국합동법해설, 청림출판, 2007.
- 채성국, 중국의 계약책임법, 경인문화사, 2008.
- 송오식, “중국계약법상 위약책임”, 민사법연구 제15집 제1호, 한국민사법학회, 2007.
- 심중석, “중국통일계약법상 계약체결에 관한 법적 기준”, 무역학회지 제37권 제5호, 한국무역학회, 2012.
- 윤상윤·오현석, “중국통일계약법(중국계약법)의 계약체결상 과실책임에 관한 연구”, 무역상무연구 제63권, 한국무역상무학회, 2014.
- 이상욱, “중국의 계약책임제도”, 비교사법 제10권 제3호, 한국비교사법학회, 2003.
- 이시환, “중국 통일계약법상 계약의 성립”, 무역상무연구 제23권, 한국무역상무학회, 2004.
- 이정표, “중국통일계약법의 위약책임체계”, 국제상학 제19권 제3호, 한국국제상학회, 2004.
- 田中信行 (編), 中國ビジネス法の理論と實務, 弘文堂, 2011.
- 瀬々敦子, 中國民法の比較法的考察, 晃洋書房, 2010.
- 蘇德托亞, “中國契約法における契約責任の歸責原則について”, 博士學位請求論文, 早稻田大學大學院法學研究科, 2014. 2.
- 陳靜嫻, 合同法比較研究, 中國人民公安大學出版社, 2006.
- 崔建遠, 合同法, 北京大學出版社, 2012.
- 韓世遠, 合同法總論, 第2版, 法律出版社, 2008.
- 韓世遠, 違約損害賠償研究, 法律出版社, 1999.
- 李新天, 違約形態比較研究, 武漢大學出版社, 2005.
- 王利明, 合同法研究, 中國政法大學大學出版社, 2011.
- 王利明, 侵權行為研究, 中國人民大學出版社, 2003.
- 謝懷栻, 合同法原理, 法律出版社, 2000.
- 張新寶, 中國侵權行為法, 中國社會科學出版社, 1995.
- 張新寶, 中國侵權責任法, 第2版, 中國人民大學出版社, 2010.

叶林, 違約責任及其比較研究, 中國人民大學出版社, 1997.

朱广新, “違約責任的歸責原則探究”, 政法論壇, 第4期, 2008.

宁紅麗, “无償合同—民法學与社會學之維”, 政法論壇, 第30卷 第1期, 2012年.

梁慧星, “我國侵權責任法的几个問題”, 暨南學報, 第3期, 哲學社會科學版, 2010.

梁慧星, “從過錯責任到嚴格責任”, 民商法論叢, 第8卷, 法律出版社, 1997.

## ABSTRACT

### **A Study on the Legal Character of Contractual Liability in Freight Agency under Chinese Contract Law**

Young-Ju KIM

Generally, the liability for breach is defined as the civil liability that arises from the conduct of violation of a contract. There are two notable principles governing liability for breach that have fundamental impacts on the unified Contract Law of the People's Republic of China (hereinafter Chinese Contract Law) in the remedies.

In China, during the drafting of the Contract Law, there was a great debate as to whether damages for breach of contract ought to follow the fault principle or to follow the strict liability principle. Ultimately the Chinese Contract Law follows the model of the CISG on this point, namely, it follows the strict liability principle (article 107) with an exemption cause of force majeure.

Under Chinese Contract Law, it is interpreted as strict liability in principle. Strict Liability is a notion introduced into Chinese Contract Law from the Anglo-Saxon Law. The strict liability or no fault doctrine, on the contrary, allows a party to claim damages if the other party fails to fulfill his contractual obligations regardless of the fault of the failing party. Pursuant to the strict liability doctrine, if the performance of a contract is due, any non-performance will constitute a breach and the fault on the party in breach is irrelevant.

This paper reviews problems of legal character or legal ground of contractual liability in Chinese contract law. Specifically, focusing on the interpretation of Chinese contract law sections and analysis of three cases related contractual liability in freight agency, the paper proposes some implications of structural features of Chinese contract law and international commercial transactions.

Keywords : Chinese Contract Law, Freight Agency, the Liability for Breach of Contract, the Doctrine of Liability Imputation, Fault