

무역학석사 청구논문

중국통일계약법하에서 계약체결상 과실책임에
관한 연구
- CISG와의 비교를 중심으로 -

무 역 학 과

오 효 효

지도교수 심 중 석

2014년 6월

대구대학교 대학원

중국통일계약법하에서 계약체결상 과실책임에
관한 연구
- CISG와의 비교를 중심으로 -

이 논문을 무역학석사 학위논문으로 제출함.

무역학과

오 효 효

지도교수 심 중 석

오효효의 무역학석사 학위논문을 인준함.

2014년 6월

심사위원장 _____(인)

심사위원 _____(인)

심사위원 _____(인)

대구대학교 대학원

목 차

제1장 서 론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 범위와 구성체계	4
제3절 선행연구의 검토	6
제2장 계약체결상 과실책임의 기원 및 입법례	9
제1절 계약체결상 과실책임의 기원	9
1. 계약체결상 과실책임의 연원	9
2. 계약체결상 과실책임의 법리	10
제2절 계약체결상 과실책임의 법리	15
1. 권리침해행위설	15
2. 법률행위설	15
3. 법률규정설	16
4. 신의칙의제설	18
제3절 법계 및 주요 국가에서의 처지	19
1. 대륙법계	19
2. 영미법계	21
3. 주요 국가	23
제3장 계약체결상 과실책임에 관한 비교	29
제1절 CISG에서의 법적 기준	29

1. 신의칙의 구현	29
2. 일반원칙과 합리성	30
제2절 중국통일계약법에서의 법적 기준	32
1. 법적 성격	32
2. 법적 요건	35
3. 법률효과	37
제3절 소결	39
1. CISG상의 법적 기준	39
2. 중국통일계약법상의 법적 기준	40
제4장 계약체결상 과실책임에 관한 판결례	42
제1절 CISG의 적용	42
1. 신의칙 위반	42
2. 계약체결상의 하자에 기한 책임	43
3. 물품공급상의 하자에 기한 책임	45
4. 그 밖의 계약체결상 과실책임	47
제2절 중국통일계약법의 적용	49
1. 계약의 목적에 따른 책임	49
2. 매매계약의 하자에 기한 책임	50
3. 도급경영상의 하자에 기한 책임	51
4. 악의의 협상이 개입된 경우	52
5. 그 밖의 계약체결상 과실책임	53
제5장 요약 및 결론	55

1. CISG하에서의 유의점	56
2. 중국통일계약법상의 유의점	57
 참고문헌	 59
Abstract	64

중국통일계약법하에서 계약체결상 과실책임에
관한 연구
- CISG와의 비교를 중심으로 -

오 효 효

대구대학교 대학원
석사과정 무역학과

지도교수 심 중 석

(초록)

1988년 발효된 **CISG**는 국제물품매매계약에 있어 가장 성공한 선도적 입법례로 평가되고 있다. 본 연구는 중국통일계약법(**CLPRC**)을 **CISG**과의 비교를 통해 계약체결상 과실책임에 관한 일반원칙과 법적 기준의 차이를 구하고 이에 제반 판결례를 결부하여 이에 상당한 유의점과 시사점을 제공하는데 연구의 목적을 두었다. 요컨대 본 논문은 **CLPRC**와 **CISG**의 비교법적 분석을 통해 계약체결상의 과실책임의 법적 기준을 명료히 하고 나아가 제반 판례를 이에 결부하여 실무적용상 그 유의점 내지 시사점을 제시하는데 연구의 목적을 두었다.

CLPRC는 **CISG**와 비교할 때, 계약체결상의 과실책임에 관한 개념과 법적 기준을 다름없 계수하고는 있으나 그럼에도 불구하고 법적용상 일정한 시각차가 존재하고 있기로 하다. 이에 양법규범상 계약체결상의 과실책임에 관한 판결례를 분석 검토하여 이에 상당한 연구의 목적을 달성하고자 한다.

제1장 서론

제1절 연구의 목적

중국은 주지하듯 1980년대 초 사회주의 시장경제체제로의 전환기적 이정을 마련한 이후 불과 30년이 채 지나지 않은 시점에서 경제규모 세계 2위의 소위 G2 국가로서의 지위를 확보하였다.

1990년대 후반 이후 연평균 10% 안팎의 고도성장을 달성한 중국은 또 다시 2013년을 원년으로 삼아 ‘제2의 개혁개방시대’(第二代改革開放時代)를 선언하고 새로운 도약의 발판을 마련하고 있는 차제에 있다.

그간에 중국이 이처럼 괄목할 만한 경제성장을 이룩할 수 있었던 동인(動因)은 실로 주장하는 사람만큼이나 그 설이 다양하나, 공통적 시각에서 제시되고 있는 동인은 이를테면 ‘시의적으로 변화하는 세계경제의 흐름에 대응하는 신속성’, ‘국내외 자원과 시장의 순기능적 활용’, ‘신성장동력에 기여할 수 있는 첨단산업의 육성’, ‘잠재적 국가 인프라의 견인을 통한 부가가치의 창출’, ‘글로벌 수준에서의 선진화된 법과 제도적 시스템의 보완 내지 구현’ 등을 손꼽을 수 있다.

이 가운데 본 연구의 논제와 관련하여 눈여겨보고자 하는 논점은 중국의 법제적 선진화 시스템 구현에 관한 사항이다. 요컨대 중국은 1988년 발효일 기준 ‘국제물품매매계약에 관한 UN 협약’(United Nations Convention on Contract for the International Sale of Goods, 이하 ‘CISG’)의 체약국(contracting state)으로서의 지위를 보전하고 있을 뿐만 아니라 2001년 WTO 가입 등을 통해 국제상거래의 활성화와 세계경제의 순기능적 부양에 견인차 역할을 수행하여 왔다.

법제적 기반 인프라의 확충 내지 구현의 시각에서 이와 같은 중국의 신속하고도 민활한 전 방위적 행보는 나날이 급속도로 변모하는 국제경제사회에 적극적으로 대처할 수 있는 국내법의 제정비를 자연스럽게 추인하였는데, 모름지기 그 대표적 입법성으로 표창할 수 있는 것이 다름 아닌 본 연구에서 주목하고자 하는 소위 ‘중국통일계약법’(Contract Law of the People’s Republic of

China, 이하 ‘CLPRC’)이다.

살피기에 CLPRC는 현재 중국의 지속적인 경제성장의 법제적 기반 인프라의 역할을 충실히 감당하고 있는 실체법으로서, 연혁에 비추어 1982년 이후 ‘경제계약법’[經濟合同法], ‘섭외경제계약법’[涉外經濟合同法], ‘기술계약법’[技術合同法] 등으로 분할되어 있던 중국의 계약법을 일괄 폐지하고 1999년 이를 통합하여 자연인, 법인 그 밖의 조직 간의 설립, 변경, 폐지 등 민사상 권리의무관계 창설의 과정 가운데 평등한 계약을 이룰 수 있는 기초를 마련하였다는 취지에서 그 입법적 의의를 부각할 수 있다.¹⁾

본 연구는 이 같은 시각에 기초하여 특별히 타법계 내지 국내 실정법상 그 입법유래를 찾아보기 힘든 명문의 규정으로서 CLPRC상 ‘계약체결상 과실책임’(契約締結上過失責任)에 관한 법적 기준과 효과를 살펴보고자 한다.

본래 ‘계약’(契約, contract)이라고 함은 강학상(講學上) ‘서로 대립하는 복수 이상 당사자의 의사표시의 합치로 성립하는 법률행위’로 해제된다. 이 경우 법률행위로서 계약이 유효하게 성립되게 되면 이로부터 법률효과, 곧 ‘법적 구속력’(legal enforcement)이 기능하게 된다.

그런데 ‘계약의 성립’(formation of contract)²⁾을 위한 사전단계에서 당사자 일방이 당해 교섭에 성실히 임하지 않은 결과, 곧 상호협력의무(duty to co-operate)와 주의의무(due diligence) 등의 위반으로부터 상대방에게 손해를 야기한 경우 어떠한 법적 근거로 그 책임을 귀속시킬 수 있느냐가 문제시 될 수 있다.

이 문제의 논점은 계약체결을 위한 교섭단계에서 양당사자의 지위는 계약의 성립에 따른 구속적 법률관계를 형성하고 있지 않은 처지에 놓여 있음에도 불

-
- 1) CLPRC는 특히 계약주체의 범위를 확대·수용하여 종래 계약법에서 배제되었던 외국의 자연인 및 경제조직이 체결하는 계약관계상 법률관계를 일원화 하고 있다는 시각에서 선진 입법으로서의 지위를 담보하고 전례 없이 높이 평가되고 있는 차제에 있다. CLPRC는 경우에 따라 ‘중국통일계약법’(中國合同法)이라고도 칭하고도 있는데, 본 연구에서는 중국계약법의 통일화 및 일원화에 주안점을 두고 이하 ‘중국통일계약법’ 또는 ‘CLPRC’라 칭한다.
 - 2) 용어의 사용에 있어 ‘계약체결’을 ‘계약성립’과 구별하는 견해가 있다. 즉 행위(conduct) 또는 강제(enforcement)로서의 법률행위로 각기 구별하고 있는 시각으로써 전자는 ‘자치적 규율의 준비로 보고, 후자는 이러한 완비된 준비상태에서 ‘법적 효력이 부여되고 있는 단계’로 구분할 수 있다는 주장이 그 요지이다. 이영준, 「민법총칙」, 박영사, 1998, 145면. 본 연구에서는 이를 구별하지 않고 동일한 의미로 의제하여 사용한다.

구하고, 만약 당해 교섭과정에서 당사자 일방에게 기대하지 않았던 손해가 발생한 경우 이로부터 타방당사자의 과실을 계약상 채무불이행 또는 불법행위책임으로 물을 수 있을 것인지, 만약 그렇지 못하다고 한다면 어떠한 귀책사유로 그 책임을 특정하여야 할 것인지에 그 핵심을 두고 있다. 다만 이 경우 문제라고 함은 법제 및/또는 국제통일계약법규범의 적용상 법통일화 및 합목적성 차원에서의 시각차를 의미한다.

이 같은 시각차를 기저에 두고 본 연구에서는 계약체결을 위한 교섭단계에서 상호협력의무와 주의의무 위반에 따른 과실을 계약책임 또는 불법행위책임이 아닌 일련의 새로운 계약책임으로 인정할 수 있는지에 주안점을 두고, 특히 이를 명문의 규정으로 존치해 두고 있거나 유추적용을 통해 이를 다룰 수 있는 규정을 보유하고 있는 **CLPRC**와 **CISG**를 위시한 제반 국제통일계약법규범의 규정례 및 주요 국가의 입법례를 중심으로 이에 대한 비교법적 고찰을 통해 그 법적 기준 및 효과를 고찰하고자 한다.

이로부터 예견가능한 법적 시사점 내지 유의점을 도출하여 중국이 **CISG**의 계약체결상의 채약국임에도 불구하고 특단의 경우 **CLPRC**의 적용으로부터 발생할 수 있는 분쟁의 개연성을 미연에 방지하고,³⁾ 법적 안정성을 제고함과 동시에, 계약체결의 과정에서 법리적 시각차에 기한 계약체결전 과실책임에 관한 명료한 이해를 제고할 수 있는 일말의 단초를 제공하고자 한다.

3) 우리나라와 중국은 공히 **CISG**의 채약국으로서 중국의 **CISG** 제1조 (b)의 유보에 상관없이 **CISG** 적용에는 문제가 없을 것이지만, 여기서 문제시 될 수 있는 사안은 이를테면, 모회사를 우리나라에 둔 기업이 비채약국에 소재한 해외의 자회사를 통해 중국과의 무역을 행할 경우이다. 이 같은 논점은 비채약국에 소재한 자회사가 중국에 영업소를 둔 상인과 국제물품매매계약에 임한 경우 **CLPRC**의 적용에 따라 발생될 수 있는 법적 오해 및 적용 또는 그 해석에 기한 문제점을 미연에 방지할 수 있는 법적 고려가 선행되어야 함을 시사한다.

제2절 연구의 범위와 구성체계

본 연구에서는 **CLPRC**를 위시하여 동법의 제정 시에 참고 되어진 **CISG** 및 ‘국제상사계약에 관한 일반원칙’(Principles of International Commercial Contract, 이하 ‘**PICC**’) 그리고 ‘유럽계약법원칙’(Principles of European Contract Law, 이하 ‘**PECL**’) 등을 비교법적 분석도구로 삼아, 아울러 법제 및 주요 국가의 입법례를 이에 결부하여 본 연구의 목적을 달성하고자 한다.

본 연구는 문헌연구방법을 취하고자 하는 바, 이를 위해 국내외 학술서적 및 선행 연구논문, 공신력 있는 주요 유관기관 내지 협회에서 발행한 기관지 및 웹페이지, 주요 국가의 입법례와 판결례⁴⁾, 국내외 저명한 학자의 입법해석과 평가 등에 관한 문헌을 적의 참조하고자 한다. 이를 위한 본 연구의 구성체계는 다음과 같다.

우선 제1장은 연구의 목적과 범위 및 구성체계에 기한 본장으로 갈음하고, 제2장에서는 계약체결전 과실책임에 관한 개념과 법적 기준을 다루고자 한다. 그 내용은 계약체결전 과실책임의 개념과 법리로 양분하여 해제하고 나아가 법제 및 주요 국가의 실정법상에서의 입법처지를 각각 구분하여 살피고자 한다. 이로부터 이하 **CLPRC**의 법리적 특징과 기준을 명료히 특정함에 있어 참고할 수 있는 이론적 기반으로 삼고자 한다.

제3장에서는 계약체결전 과실책임에 관한 **CLPRC**의 처지를 동법 제정 시에 참고가 되었던 **CISG**, **PICC**, **PECL** 등을 비교법적 분석도구로 비교·고찰하고자 한다. 그 내용은 계약체결전 과실책임의 성격과 기수요건 및 법률효과 등으로 삼분하여 검토하고자 한다.

제4장에서는 계약체결전 과실책임에 기하여 **CLPRC**과 **CISG**가 적용된 판결례를 각각 구분하여 검토하고 이에 판례평석을 결부하여 이로부터 **CLPRC** 및 **CISG**하에서 계약체결전 과실책임에 관한 법적 유의점 내지 시사점을 제시하고자 한다.

4) 본 연구에서는 용어의 사용에 있어 ‘판결례’는 문맥상 달리 표현되지 않는 한 ‘판례’ 및 ‘판정례’를 합체한 의미로 새긴다. 마찬가지로 법원(court) 또한 중재판정부(arbitral tribunal)를 포함하는 의미로 새긴다.

제5장에서는 이상의 연구결과를 요약함과 동시에 계약체결상 과실책임에 관한 **CLPRC**의 순기능적 의의를 부각함과 동시에 당해 명문의 유관규정에 대한 동법의 우위적 지위를 부각하고자 한다. 이로부터 특단의 경우 계약체결상 과실책임에 관한 **CLPRC**상 유관규정의 적용에 있어 실무계의 명료한 이해 및 그 필요성을 담보해 두고자 한다.

제3절 선행연구의 검토

본 연구의 논제에 기하여 그간에 집적된 주요 선행연구를 분석하면 다음과 같다. 우선 최명국(1997)은 CISG하에서 계약체결전의 과실책임을 다룰 수 있는지의 여부를 논점으로 계약의 유효성에 관한 사안은 CISG의 범위 밖에 있다고 하더라도 경우에 따라 CISG의 유관규정을 통해 이를 해결할 수 있다고 주장하면서 그 근거로서 CISG 제7조의 유추적용과 일반원칙을 통한 해결을 주창하고 있다. 다만 신의칙(信義則, the principle of good faith)을 CISG에서 수용하고 있다는 논리의 전개는 사뭇 비약된 일면이 있음을 적시할 수 있다.⁵⁾

정기웅(2001)은 계약체결상 과실책임에 관한 의의와 기능을 독일, 일본 및 한국의 입법례를 통해 이를 분설하고 있다. 나아가 학설로서 계약체결상 과실책임에 관한 주요 논점을 명료히 제시함과 동시에 각각의 학설에 대한 평석을 통해 우리 민법의 적용상 유의점을 제시하고 있다.⁶⁾

심종석(2004)은 계약체결을 위한 교섭단계에서 상호협력의무와 주의의무 위반에 따른 과실을 계약책임 또는 불법행위책임이 아닌 일련의 새로운 계약책임으로 인정할 수 있는지에 주안점을 두고, 특별히 국제상사계약에 있어 계약체결상 과실책임의 법적 기준에 관한 제반 국제통일계약법규의 규정례를 법통일화의 시각에서 비교법적 고찰을 통해 그 근거 및 시사점을 제시하고 있다. 이 경우 비교법적 분석도구로 취한 국제통일계약법규범은 CISG, PICC, PECL 등이다. 본 연구결과는 우선 법계에 있어 계약체결상 과실책임에 대한 법적 시각은 서로 상이하나, 그 법적 기준과 요건으로부터의 법률효과는 대체로 일관성을 견지하고 있고, 다른 한편 국제통일계약법규에 있어 CISG는 신의칙에 상당한 유사개념을 통해 계약체결상 과실책임에 접근하고 있으며, PICC는 계약체결상 과실책임을 명시적으로 규정하여 CISG를 보충하고 있고, PECL은 여타의 법규범에 비하여 보다 진일보한 규정을 통해 명확한 법적 기준을 포함하고 있다고 하는 사실 등으로 요약할 수 있다.⁷⁾

5) 최명국, “비엔나 협약에 있어서의 계약체결상 과실책임문제”, 「무역상무연구」 제10권, 한국 무역상무학회, 1997.

6) 정기웅, “계약체결상 과실책임”, 「고시계」 제46권 제6호, 고시계사, 2001.

엄동섭(2007)은 영미법상 계약교섭의 결렬에 따른 법적 책임을 부당이득, 불실표시, 특별한 약속, 신의성실로 교섭하겠다는 예비적 합의 등으로 세분화하고 이를 위반하였을 경우에 한하여 계약체결상 과실책임을 인정하여야 한다고 역설하고 있다. 이는 기존의 영미법상의 처지를 그대로 반영한 결과로서 이를 보다 구체적으로 세분하여 당해 법적 기준을 명료히 하고 있는 특징을 보이고 있다.⁸⁾

홍성재(2010)는 계약체결상 과실책임에 관한 입법상의 무용론을 배척하고 있다. 그 당해 사안에 대한 배척의 근거 내지 주장으로서 계약체결상 과실책임의 법적 성질과 효과를 명료히 추론하고 이를 계약체결 이전단계와 계약이 유효하게 성립된 이후 그리고 계약이 무효 또는 취소된 경우로 구분하여 다루면서 현행 입법하에서의 법적용상 유연하고도 포괄적인 자세를 요구하고 있다.⁹⁾

이충훈(2012)은 계약체결전 과실책임에 관한 CLPRC상의 당해 규정을 독일의 법이론을 무작위로 수용한 결과로 취급하고 이에 CLPRC상의 당해 규정의 무용론을 주장하고 있다. 곧 독일에서는 순수한 재산적 이익의 침탈에 대한 보호를 위하여 계약체결상 과실책임 이론이 발전되었기에 이를 이미 불법행위 책임으로 다루고 있는 중국의 침권책임법을 근거로 동법의 유관규정이 불필요한 규정이라고 역설하고 있다.¹⁰⁾

이상의 선행연구에 기하여 본 연구의 차별성을 제시하면 우선 CLPRC상 계약체결상 과실책임에 관한 법리를 명료히 추론하여 제시하고 이에 제반 판결례를 접목하여 동법의 유관규정에 대한 이해를 제고하고 있다는 점이다. 아울러 국제상사계약과의 연관성을 고려하여 국제물품매매계약에 관한 한 선도적 입법례로 평가받고 있는 CISG 및 국제상사계약에 관한 일반원칙으로서 PICC, PECL 등과의 비교를 통해 경우에 따라 국제사법으로서 CLPRC의 적용에 따

7) 심종석, “국제상사계약에 있어 계약체결전 과실책임에 관한 비교 연구”, 「국제상학」 제19권 제4호, 한국국제상학회, 2004.

8) 엄동섭, “영미법상 계약교섭의 결렬에 따른 책임”, 「민사법학」 제35권, 한국민사법학회, 2007.

9) 홍성재, “계약체결상 과실책임 법리의 고찰”, 「민사법학」 제50권, 한국민사법학회, 2010.

10) 이충훈, “중국민법상의 계약체결상 과실책임”, 「법학논고」 제38권, 경북대학교 법학연구원, 2012.

른 예견가능한 법적 문제를 미연에 방지하고자 하는 취지 또한 본 연구의 목적으로 결부해 두고 있다는 점이다.

현재 중국경제는 모름지기 세계경제를 좌지우지하고 있다고 해도 과언이 아닐 만큼 초강대국으로서의 위상을 견실히 하고 있다. 동일한 시각에서 날로 선진화되고 있는 중국 실정법, 특히 본 연구의 논제와 관련하여 **CLPRC**상 유관규정의 명료한 이해를 통해 갈수록 증가하고 있는 한국과 중국의 교역규모에 비추어 특별히 법제적 차원에서 상호 순기능적인 시너지 효과가 극대화될 수 있었으면 한다. 이에 본 연구의 결과가 일말의 단초가 될 수 있기를 기대한다.

제2장 계약체결상 과실책임의 기원 및 입법례

제1절 계약체결상 과실책임의 기원

1. 계약체결상 과실책임의 연원

법사학적(法史學的)으로 ‘계약체결상 과실책임’(契約締結上過失責任, *fault in negotiating, culpa in contrahendo*)은 로마법(Roman law, *Ius Romanum*)에 그 근원을 두고 있다. 로마법에서는 계약체결상 과실책임을 명문으로 존치해 두고 있음과 동시에 다양한 사례 또한 집적하고 있다. 그러나 로마법상 계약체결상 과실책임의 법리해석에 관한 학설은 그 의견이 분분한 실정이다.

일설로 Jhering과 Leonhard는 로마법에 기하여 로마법이 계약체결상 과실책임의 법리를 실질적으로 내포하고 있다고 주장하고 있다. 이를테면 로마법상 계약이 유효하게 성립한 경우를 조건으로 악의의 계약책임을 묻고 있을 뿐만 아니라 계약이 무효로 취급된 경우에는 사인(私人)의 매매, 유통할 수 없는 물품의 매매 및 부존재 상속재산의 매매 등 원시적 불능에 대하여는 매수인 소송을 인정하고 있음을 예로 들어 계약체결상 과실과 관련한 매도인의 손해배상책임을 인정하고 있다는 사실을 그 주장의 배경에 두고 있다.¹¹⁾

나아가 Jhering은 계약체결상 과실책임에 기한 손해배상청구권이 매매계약의 외형적 체결, 매매 목적물의 하자, 능력 또는 존재의 하자에 기한 매매계약의 무효, 매도인에 있어서의 하자, 즉 매도인이 계약상 담보하지 않으면 안 되었던 성질의 하자(이 경우 매도인이 하자를 알았을 것, 즉 고의가 있었던 것을 필요로 하지 않는다), 매수인이 그 하자를 알지 못할 것(알 수 있었을 경우에는 알았던 것과 같이 취급하여야 한다)을 요건으로, 다만 그 행사는 계약이 체결되지 않음에 따른 이익, 즉 계약체결에 의해서 야기되었던 손해배상을 목적으로 한 계약상의 소에 의하여야 하는 명문의 규정을 통해 계약체결상 과실책임에 대한 법적 근거를 명료하게 추론할 수 있다고 주장하고 있다.

11) 조종현, “계약체결상 과실책임에 관한 연구”, 조선대학교 대학원 박사학위청구논문, 1980, 31-32면.

한편, **Leonhard**는 계약이 유효한 경우 매도인의 계약체결상 과실에 의한 통상의 책임을 주장하고 있다.¹²⁾ 곧 매도인이 계약체결상의 모든 과실에 대해서 매수인소송으로 책임을 부담하여야 하는 형태를 3가지 유형으로 구분하여 로마법에서 그 근거를 찾아 제시하고 있다. 즉 매매목적물에 관해 알고 있었던 흠결에 관한 침묵, 물품특성의 확약에 관한 과실, 물품의 성질에 관한 부주의와 태만한 조사 등에 관한 명문의 규정을 근거로 로마법이 계약체결상 과실책임을 인정하고 있다고 주장하고 있다.

그러나 **Heldrich**는 로마법은 계약체결상 과실책임을 시종일관 통일적인 원칙으로 인정한 것이 아니라, 개별적인 경우에 계약체결상의 과실책임을 민사적으로 파악하기 위해서 다만 2가지 수단을 이용하고 있을 뿐이라고 주장하면서 이를 악의소송과 계약책임으로부터의 소를 예시하고 있다.¹³⁾

이와 같이 로마법에서 계약체결상 과실책임을 인정하거나 인정했던 것처럼 보이는 사례를 두고서도 그 법리적 시각이 상이한 까닭에 설마다 로마법상 계약체결상 과실책임의 법리에 대하여 그 의견이 분분한 실정이다.¹⁴⁾

2. 계약체결상 과실책임의 법리

계약체결상 과실책임은 1861년 **Jhering**의 ‘계약체결상 과실책임 또는 무효인 계약 혹은 완성될 수 없는 계약에 있어서의 손해배상’(*Culpa in contrahendo oder Schdensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*)에서 처음으로 제기되었다.

여기서 **Jhering**은 원시적 불능 및 법규위반으로 인한 무효인 계약과 관련하여 계약체결상 과실책임에 관한 법이론을 전개하였다. 즉 일방이 유효한 계약의 조건을 충족하지도 못한 상태에서, 타방과 계약을 체결한다는 것은 타방을

12) Franz Leonhard, Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse(Diss.), Göttingen, 1896, S. 4 ff., 김성천, “계약체결상 과실책임에 관한 고찰”, 한국외국어대학교 대학원 석사학위청구논문, 1985, 8면(재인용).

13) Heldrich. Das Verschulden beim Vertragsabschluss im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung. 1924. S. 40., 김성천, 상계논문, 9면(재인용).

14) Hildebrandt, a.a.O., S. 25., 조종현, 전계논문, 33면(재인용).

오도하는 과실 그 자체가 되기에 충분하다고 보았다. 그리하여 당사자는 계약 체결의 과정에서, 그 스스로 계약의 유효조건을 명확히 함과 동시에 이에 요구되는 상당한 주의를 다하여야 하고, 이러한 주의의무를 다하지 못하여 상대방이 손해를 입게 되면 이를 배상하여야 한다고 주장하였다.

이러한 법리에 기초하여 **Jhering**은 계약체결과정에 있어 일방의 과실로 인한 손해배상책임은 일련의 계약책임도 아니며 불법행위책임도 아닌 양자 책임의 중간 정도에 위치하는 제3의 책임유형으로 그 법리를 전개하였다.

Jhering의 계약체결상 과실책임에 관한 법이론은 독일민법 제정 시에 곧이곧대로 수용되었다. 다만 동법에서 계약체결상 과실에 관한 일반규정은 두지 않고 산재한 개별규정을 두어 이를 대신하였다.

그러나 학설과 판례는 초기에는 개별적인 계약체결상 과실책임의 유추해석과 신의칙에 기하여(**BGB, §242**)¹⁵⁾ 일반적으로 계약체결상 과실이 있으면 그로

15) 일반적으로, ‘신의성실(信義誠實)의 원칙(the principle of good faith), 소위 신의칙(信義則)이라고 함은, “권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다”는 원칙을 말한다. 이 경우 신의칙은 계약당사자 간의 상호 신뢰를 저버리지 않도록 성의를 가지고 행동해야 함을 의미하며, 이는 ‘권리남용(權利濫用) 금지의 원칙’, ‘계약자유(契約自由)의 원칙’과 더불어 근대 사법을 지배하는 기본적이고도 최고의 원리로서 그 지위를 보유한다. 특히, 신의칙은 채권법의 기본원칙에 한하지 않고, 당사자 간의 행동원칙, 법률 및 계약해석의 원리, 나아가 입법원리로서 기능하고 있는 특성이 있다. 본래 신의칙은, 로마법상에 확립된 신의(*fides*)의 개념으로부터 발현하는데, 이 경우 신의는, ‘법률관계에서 약속을 정직하게 준수하고 합의에 의한 의무를 성실히 이행하는 것’으로 타인의 행위, 곧 ‘채무의 이행에 관한 계약법상의 신의’와 동일한 개념으로 취급된다. 아울러, 로마법상의 신의칙은, 계약 또는 법의 해석에 있어 특정문구 또는 규정에 구애됨이 없이, 객관적 사정 및 합의내용에 따라 적정한 기준이 적용되었는데, 로마인은 이 과정에서 신의칙에 관한 해석·절차·사고방식 등을, 통상 “신의는 합의된 것의 이행을 요구한다”(bona fides exigit, ut quod covenit fiat)는 원칙 하에서, 그 법적 당위성을 확보하였다. 다만, 이 같은 신의칙은 다른 민족 간의 상거래에 관한 특정영역에서 기능한 특성이 있다. 이후 로마법상의 신의칙은 근세 대륙법체계에 계승되어 성문화되는 과정을 거쳐, 널리 ‘상호협력과 관용’(co-operation and tolerance)이라는 인식을 통해, 계약법 분야를 비롯한 사법의 전반을 지배하는 최고원리로 자리매김 되었다. 이와 같이 신의칙은 각양의 법계 및 법체계하에서, 보통 계약법에서 준수되어야 할 일반원칙 또는 기본원칙으로서, 불성실(不誠實, bad faith)한 행위를 배제하는데 기능하는 것으로 그 의의가 존중되고는 있으나, 그럼에도 불구하고, 객관적이고도 구체적인 개념이 명확히 확립되어 있지 않아, 그 인식정도·접근시각·적용기준 등이 상이하다는 특성이 있다. 이는 신의칙이 법계 또는 각양의 법체계에서 그 고유한 적용기준에 따라, 계약단계별 종합적 사실·범위·해석·사정 등이 적의 고려되어, 이에 상당한 법률효과(法律效果, legal effect)를 발생시키는 개별특성이 있음을 함의한다. 결국 신의칙은 계약관계 당사자 간 행위의 준칙으로서 널리 인정되고 있는 일반원칙임에도 불구하고 법계 내지 법체계

인한 손해를 배상하여야 한다는 법이론을 발전시켰다. 즉 계약협상단계에 진입하게 되면, 이미 당사자는 계약상 상당한 주의의무를 지게 되며, 당사자 간에는 특별구속관계가 형성되는 것으로 보아¹⁶⁾ 이러한 특별한 구속관계에 있어서 주의의무를 위반하면, 손해배상책임이 발생한다는 것을 일반화하게 되었다.¹⁷⁾

연혁에 비추어, 2001년 독일채권법이 개정된 이후 계약체결상 과실책임이 제정법으로 규정되기 전까지는, 관습법에 의하여 계약체결상 과실책임이 인정되었다.¹⁸⁾ 그 결과로서 이후로 독일법원은 계약체결상 과실책임을 실정법상의 불법행위책임을 보충하는 손해배상제도로 활용하였다. 즉 독일민법상 불법행위책임은 단일구성요건주의로 취급하지 아니하고, 사용자배상책임에 기하여 사용자의 면책으로 인정하고 있다.¹⁹⁾ 또한 불법행위로 인한 손해배상채권의 단기소멸시효기간(3년)의 문제점을 극복할 수 있는 제도로 활용하고 있다.²⁰⁾²¹⁾

간 적용·인정기준이 서로 상이하여, 이로부터 신의칙은 보통 기속력(羈束力, effect of sentence) 있는 판결 또는 판정 및 소송절차로부터 그 의미가 제한되고 또한 그 기준이 유추되는 법적 특수성이 있다. 심종석, 「국제물품매매계약에 관한 UN협약(CISG)의 해석과 적용」, 삼영사, 2013, 117-119면.

16) 사실적 계약관계를 인정하는 견해에 의하면, 계약체결 당사자 간의 특별구속관계를 사회적 접촉에 의한 사실적 계약관계로 보기도 한다. Hans Brox, *Besonderes Schuldrecht*, 19. Aufl. 1993, Rn. 51.

17) Dieter Medicus, *Schuldrecht I : Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 1992, S. 55.

18) Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts B I : Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 1992, S. 55.

19) BGB, §831 : “(1) A person who uses another person to perform a task is liable to make compensation for the damage that the other unlawfully inflicts on a third party when carrying out the task. Liability in damages does not apply if the principal exercises reasonable care when selecting the person deployed and, to the extent that he is to procure devices or equipment or to manage the business activity, in the procurement or management, or if the damage would have occurred even if this care had been exercised. (2) The same responsibility is borne by a person who assumes the performance of one of the transactions specified in subsection (1) sentence 2 for the principal by contract.”

20) 독일에서 소멸시효법이 2001년에 개정되기 전에는, 불법행위로 인한 손해배상채권은 피해자가 손해 및 배상의무자를 안 날로부터 3년, 선의 및 악의를 불문하고 불법행위 시로부터 30년의 소멸시효기간에 걸렸다(BGB, §852). 그러나 개정 소멸시효법에서는 불법행위로 인한 손해배상채권의 소멸시효기간은 원칙적으로 손해배상청구권이 발생하고 피해자가 가해자를 안 날 또는 중대한 과실이 없었더라면 가해자를 알 수 있었을 날이 속하는 연도가 종료한 다음 연도의 1월 1일부터 3년(BGB, §§195, 199) 혹은 생명·신체·건강·자유의 침해로 인한 경우는 불법행위시로부터 30년(BGB, §199), 기타의 불법행위로 인한 손해배상채권

결국 계약체결상 과실책임은 계약체결전 단계에서 일방의 과실로 타방이 입은 손해를 불법행위책임의 엄격성에 기하여 다룰 수 없었던 중전 독일민법상의 법적 흠결을 어느 정도 완화할 수 있는 법적 기반을 제공하였다고 볼 수 있다.

이후 독일에서는 계약체결상 과실책임이 학설과 판례에 의해 지지되면서 관습법으로 발전된 계약체결상 과실책임을 채권법을 개정을 통해 이를 민법에 수용하는 입법과정을 거쳐,²²⁾ 계약체결상 과실책임을 제3의 유형의 법정책임에서 계약책임으로 바꾸게 되었다.

한편 영미법에서는 원칙적으로 계약체결을 위한 협의상의 자유를 보장하기 위하여 독일과 같이 일반적인 계약체결상 과실책임은 인정되고 있지 않지만, 예외적으로 일방이 타방에게 불실표시(不失表示, **misrepresentation**)를 하였거나, 계약협의를 성실히 하기로 합의(**agreement to negotiate**)를 한 경우 등에는 계약체결상 과실책임을 인정하고 있다. 이를 소위 ‘계약체결상 책임’(**precontractual liability**)이라고 한다. 다른 한편 프랑스에서는 계약체결상 과실책임을 불법행위책임으로 법체계 내에 수용하고 있다.²³⁾

은 그 손해배상채권의 발생 시로부터 10년, 불법행위 시로부터 30년(BGB, §199)의 소멸시효기간에 걸린다. 물론 의무위반으로 인한 손해배상채권도 역시 3년 또는 그 손해배상채권 발생 시로부터 10년, 의무위반 시로부터 30년의 소멸시효기간에 걸린다. 어느 경우에서나 3년 또는 장기의 기간 중에 어느 시효기간이 먼저 완성되면 그 손해배상채권은 소멸한다(BGB, §199). 전자의 3년의 소멸시효기간의 기산은 주관적 요건을 요하나, 후자의 장기의 소멸시효기간의 기산에는 객관적 요건만을 요한다.

21) Larenz, a. a. O. S. 121., Dieter Medicus, Schuldrecht II: Besonderer Teil, 5. Aufl. 1991, S. 55.

22) BGB, §311 Abs. 2. : “(1) A contract by which one party agrees to transfer or acquire ownership of a plot of land must be recorded by a notary. A contract not entered into in this form becomes valid with all its contents if a declaration of conveyance and registration in the Land Register are effected. (2) A contract by which one party agrees to transfer his future property or a fraction of his future property or to charge it with a usufruct is void. (3) A contract by which one party agrees to transfer his present property or a fraction of his present property or to charge it with a usufruct must be recorded by a notary. (4) A contract relating to the estate of a third party who is still living is void. The same applies to a contract relating to a compulsory portion or a legacy from the estate of a third party who is still living. (5) Subsection (4) above does not apply to a contract entered into between future heirs on intestacy relating to the hereditary share on intestacy or the compulsory portion of one of them. Such a contract must be recorded by a notary.”

참고로 국제적인 통일계약법인 **CISG**에서는 계약체결상 과실책임을 규정하지 아니하고 각국의 국내법의 입법으로 해결하도록 하였다. 그러나 **PICC** 및 **PECL**에서는 계약체결상 과실책임을 명문으로 상세히 규정하고 있는 특징이 있다.²⁴⁾

23) Lando, Beale, H., *Principles of European Contract Law, Part I, Part II, prepared by the Commission of European Contract Law*, Kluwer Law International, 2000. p.192.

24) PICC, Art 2.15, 2.16., PECL, Art 2:301, 2:302.

제2절 계약체결상 과실책임의 법리

1. 권리침해행위설

권리침해행위설에 의하면 뜻밖의 법정상황을 제외하고, 계약체결상 과실로 인하여 발생한 손해는 권리침해행위법의 적용범위에 해당하고, 따라서 권리침해행위법에 따라 당사자의 책임을 물을 수 있다고 보는 설이다. 이 설은 독일 민법전을 제정한 지 10년 내에 주도적 지위를 점하였다.

프랑스에서도 많은 학자들은 프랑스민법전 제1382조에 기하여 “특정인의 행위로 인한 손실임과 동시에 그의 과실이거나 실수로 인하여 발생한 손해에 대해서는 법적 배상책임을 져야 된다”는 규정을 인용하여²⁵⁾ 이 설을 지지하고 있다.²⁶⁾ 또한 중국의 통설은 계약체결상 과실행위는 권리침해행위로 해석하는 것이 실제상황에 더 부합되고 또는 민법규정체계와의 요구에 더 부합된다는 설이 그 지지를 받고 있는 상황이다.²⁷⁾

2. 법률행위설

법률행위설은 Jhering의 학설을 그 기저에 두고 있다. 곧 이 설은 계약체결상 과실책임의 법리적 기초는 당사자가 반드시 계약체결을 한 후가 되어야 할 것으로 이에 당사자는 계약체결과정 중에서 합의에 의한 행위에 따라 법률행위를 본질적으로 구성하게 된다고 보고 있다.

요컨대 이 설은 당사자가 체결하려고 한 계약은 나중에 계약이 성립하지 않았음에도 불구하고 계약체결 당시에 행한 합의는 당사자 간에 ‘준비된 법률관계’를 형성하게 한다고 보고 있다.

이러한 법률관계는 비슷한 계약의 성질을 가지고 있다고 보아 계약체결상 과실책임을 단지 당해 법률관계를 위반된 결과로 취급하였다. 이로 인하여 계

25) France, Civil Code, §1382 : “Any act whatever of man, which causes damage to another, obliges the one by whose fault it occurred, to compensate it.”

26) 王泽鉴, 「民法学说与判例研究」, 第3版, 中国政法大学出版社, 2005, 86頁.

27) 董安生, 「民事法律行為」, 中国政法大学出版社, 2002, 116-117頁.

약체결상 과실행위는 본질적으로 계약의 내용에 따른 합의를 위반한 ‘선계약 의무’의 위약행위로 취급하고 있다.²⁸⁾

이 학설의 법이론적 핵심은 선계약관계에 주안점을 두고 있다. 당해 설을 지지하고 있는 학자들은 계약체결상 과실행위를 위반한 의무에 대하여 “그 성질과 강도는 계약관계와 비슷하여 일반적인 권리침해행위법상의 주의의무를 초과하고 계약법의 원칙에 적용되고 상대적으로 당사자의 이익상태에 부합한다”라는 시각에 공통의 합의를 전제해 두고 있다.²⁹⁾

법률행위설은 무엇보다도 사법실무를 중시하고 있음에 따라 계약체결상 과실행위를 위약책임으로 취급하고 있다. 즉 계약체결상 과실책임은 위약책임이 확장하여 적용된 결과로 취급하고 있는 것이다. 그렇지만 이는 분명히 계약체결과 계약이행, 계약체결상 과실책임과 위약책임에 관한 관계에 혼선을 야기할 개연성이 다분하다고 본다. 이러한 시각은 당해 학설의 법리적 약점이 되어 이윽고 학자들이 대부분 그에 이론 및 실무상의 큰 결점이 있다고 주창하게 된 빌미로 기능하게 된다.³⁰⁾ 그러나 소위 ‘준비된 법률관계’, ‘묵시적인 체결책임계약’이라는 법리적 시각에서 충분히 납득할 수 있는 법리적 기초를 제공하고 있다는 시각에서 그 의의를 돋보이고 있다고 본다.

3. 법률규정설

법률규정설은 계약체결을 위한 협의의 개시로서 당사자 간에 접촉이 이루어지면, 그 때부터 당사자 간에는 이미 법적 특별구속관계가 발생하고, 그 특별구속관계는 급부의무를 내용으로 하지는 않으나 보호 내지 주의의무를 내용으로 하는 법정의 채권채무관계라고 한다.

따라서 이 계약체결상의 특별구속관계에서 발생하는 손해배상책임인 계약체결상 과실책임은, 독일민법에서 이를 입법적으로 규정하기 전까지 관습법에 의한 법정책임으로 파악하였다. 환언하면 계약체결 이전의 당사자 관계는 상

28) 王澤鑑, 前掲書, 81頁.

29) 王澤鑑, 上掲書, 85頁.

30) 王澤鑑, 上掲書, 80頁.

호보호관계로 파악하고, 그 보호관계는 관습법에 의한 법정의 채권채무관계로 이해하였다.

중국의 학설은 계약체결과정 중에서 신뢰이익으로 인하여 발생한 손실은, 독립적인 신뢰이익 배상청구권을 통하여 기 기대이익을 보호하고 있다고 보고, 당해 청구권은 법률상 특별히 규정된 청구권으로서 취급하고 있다. 그 법리적 근거로서 법률은 거래의 안전과 사회경제질서를 보호하여 법적 요건을 규정할 수 있고, 당해 법적인 요건을 구비한 때에 직접적으로 당해 청구권의 효과를 부여하기 때문이라는데 두고 있다.³¹⁾

법률규정설은 계약체결상 과실책임을 계약체결을 위한 협의의 개시부터 계약의 성립 시까지의 과정을 하나의 독립된 단계로 보아, 그 자체에 법적으로 특별한 지위를 부여하고, 전통적인 불법행위책임과 계약책임을 이원화 체계에 수정을 가하고자 하는 견해이다.

한편 계약체결상 과실책임을 제3의 법정책임으로 보는 견해 내에서도, 계약책임을 가까운 법정책임으로 파악하는 견해가 있다. 이와 같이 계약체결상의 과실책임을 법정책임으로 이해하는 견해는 그 책임근거를 **CLPRC 제42조³²⁾**와 **제43조³³⁾**에서 찾고 있다.

31) 王利明, 「違約責任論」, 中國政法大學出版社, 2000年版, 783頁.

32) **CLPRC, 第42條** : “當事人在訂立合同過程中有下列情形之壹, 給對方造成損失的, 應當承擔損害賠償責任 : (1) 假借訂立合同, 惡意進行磋商 (2) 故意隱瞞與訂立合同有關的重要事實或者提供虛假情況 (3) 有其他違背誠實信用原則的行為.” [당사자가 계약을 체결하는 과정 중에 다음의 정황 중 하나가 있어 상대방에게 손실을 조성한 경우 마땅히 손해배상책임을 부담하여야 한다. (1) 거짓으로 계약을 체결하고 악의적으로 협상을 진행한 경우 (2) 고의로 계약체결과 관련된 중요한 사실을 은폐하거나 또는 허위정황을 제공한 경우 (3) 기타 성실신용원칙에 위배되는 행위가 있는 경우]

33) **CLPRC, 第43條** : “當事人在訂立合同過程中知悉的商業秘密, 無論合同是否成立, 不得泄露或者不正當地使用. 泄露或者不正當地使用該商業秘密給對方造成損失的, 應當承擔損害賠償責任.” (당사자가 계약을 체결하는 과정 중 알게 된 상업기밀은 계약의 성립여부를 막론하고 누설하거나 부정당하게 사용하여서는 아니 된다. 당해 상업기밀을 누설하거나 부정당하게 사용하여 상대방에게 손실을 조성한 경우 마땅히 손해배상책임을 부담하여야 한다)

4. 신의칙의제설

신의칙의제설은 계약준비단계에서 발생하는 행위의 유효성과 생명·재산의 안전성에 대한 신뢰에서 특별한 채무발생원인을 인정하고 있는데서 그 의의를 구할 수 있다. 즉 계약의 준비·협의·상담의 개시에 의하여 신뢰관계가 기초가 되어 당사자 간에 일정한 주의의무와 설명의무 그리고 보전의무가 발생하고, 이러한 의무위반이 있을 때 계약체결상 과실로 인한 손해배상책임을 부담하게 된다.³⁴⁾

독일의 통설에 있어 당사자가 계약체결을 위하여 협상을 위해 접촉한 때는 일반적인 보통관계부터 상호 간의 특별한 신뢰관계로 돌입하였다고 인정하고 있다. 이러한 법률관계 때문에 채무인은 급부의무를 제외하고, 신의성실원칙으로 인하여 발생된 부가의무(subordinated obligation)를 부담해야 한다. 즉 협조의무, 통지의무, 보호의무 등의 의무는 신의성실에 기한 원천적 책임으로 취급되고 있다.

계약체결상 과실배상책임의 법이론상의 전제는 계약체결 단계상의 일반적인 의무로 본 신의성실이 표창된 결과라고 보고 있다. 이로 인하여 계약체결상 과실행위는 부가의무와 신뢰이익에 관한 손해로서 그 지위를 점하게 된다. 즉 신의칙 위반으로 취급된다. 따라서 신의칙은 계약체결상 과실책임의 법적인 기초로서 그 지위를 점하고 있다고 볼 수 있다.³⁵⁾

34) 공순진, “계약체결상 과실책임의 유형적 연구”, 부산대학교 대학원 박사학위청구논문, 1990, 12면.

35) 錢玉林, “締約過失責任與誠信原則的適用”, 「載法律科學」, 2006版, 第4期, 3頁.

제3절 법제 및 주요 국가에서의 처지

1. 대륙법계³⁶⁾

전술한 바와 같이 계약체결상 과실책임에 대해서는 **Jhering**에 의해 본격적인 논의가 시작되었다. 그 주장의 골자로서 그는 로마법을 토대로 계약이 유효하게 성립하지 아니한 경우에는 당사자에게 어떠한 책임도 발생하지 않는다는 법리를 비판하며, 계약상의 과실 이외에 계약체결전의 과실 또한 인정하여야 한다는 것에 기치를 두었다.

이에 **Mommsen**은 **Jhering**의 이론을 비판하면서 유효한 계약에도 계약체결상 과실책임이 존재할 수 있음을 주장하였다. 그 후 **Leonhard**는 계약체결전의 과실책임을 계약책임으로 인정하면서도, 계약이 무효이거나 불성립된 경우에는 계약의 효력이 그 체결 전 단계까지 미칠 수 없음을 인식하고 **Jhering**이 과실을 의제하고 계약책임을 주장함에 반대하여 과실주의를 취하면서도, **Jhering**의 논리를 일괄하여 계약체결전의 과실책임은 계약이 유효하게 성립된 경우에만 인정하여야 한다고 주장하였다. **Leonhard**의 설에 의하면 계약체결전의 과실책임은 이행상의 책임과 같다는 결과에 이르게 된다.

계약이 성립되지 아니한 경우 계약체결전의 과실을 계약책임으로 처리한 최초의 판례는 독일법원의 1911년 12월 7일 소위 용단사건에 관한 판결이다. 이 사건은 다만 신체의 침해에 관한 것이었다. 그리고 순수 재산적 손해 사안에 관한 판례로서, 곧 계약체결의 과실이론 및 계약의 효력장애 사유에 관한 설명의무를 위반하는 책임유형에 매우 중요한 의미를 가진 것은 1922년 4월 5일의 금속제품을 계약 목적물로 한, 소위 주석산(朱錫酸)사건에 관한 판결이다.

당시 법원은 “계약체결전의 과실책임은 실정법을 보충하기 위하여 창안된 법적 채권·채무관계에서 유출된 책임이며, 이러한 법적 채권·채무관계는 계약교섭을 시작함으로써 발생하고 상대방에 대하여 일반적으로 거래상 요구되는 주의의무를 부과시킨다”라고 계약체결전의 과실책임을 설명하였고, 나아가

36) 양재홍, “계약체결전의 과실과 구제방법”, 순천향대학교 대학원 박사학위청구논문, 2012, 20-25면.

“계약체결전의 과실에서 나온 청구권은 계약상담을 목적으로 타인의 세력영역 내에 들어가는 자의 특별한 신뢰 및 당해 신뢰와 신의칙에 따라 상대방에게 발생하는 행위의무에 의하여 정당화된다. 따라서 이 청구권은 신뢰보호의 필요성에 근거를 두고 있다. 계약체결전의 과실을 이유로 한 손해배상청구권의 기초는 결국 깨진 신뢰이다”라고 판시하였다.

대륙법계는 역사적으로 계약 혹은 불법행위 책임을 근거로 신의칙상의 의무 하에 계약체결전 단계의 책임을 인정하고 있다. 즉 계약당사자가 교섭 중에 신의성실에 따라 행동해야 할 의무를 부담하므로 합의에 이르는 것을 방해하는 부적절한 행위를 한 당사자는 상대방이 입은 손실에 대하여 책임을 진다는 것이다.

개정 독일민법이 계약체결상 과실책임에 관한 일반규정을 신설한 것을 계기로, 이에 영향을 받아 네덜란드, 중국, 나아가 PICC과 PECL도 관련규정을 신설하였다. 이 경우 모두는 계약체결전의 과실책임은 설령 계약이 무효라 하더라도 피해당사자는 구제되어야 한다는 특정한 경우를 인정하고 있던 로마법에 그 뿌리를 두고 있다.

독일법에 명문의 규정으로 존치되고 있는 계약체결상 과실책임은 상당한 주의를 결한 일방당사자가 계약체결을 방해하였지만 이에 대하여 책임을 지지 않는 상황을 구제하기 위한 것으로 귀책사유가 없는 당사자가 계약의 유효를 믿었기 때문에 입은 손해를 배상하여야 한다는데 그 법적 기초를 두고 있다.

한국에서는 계약체결전의 과실이라는 표제 아래 원시적 불능의 경우에 한하여 과실 있는 당사자에게 계약체결전의 과실책임을 규정하고 있으며, 그 책임의 법적성질에 관해서는 현재까지 논의가 진행되고 있는 상황이다.

그 핵심은 계약체결전의 과실책임 이외의 다른 유형의 경우에도 확대 적용될 수 있는지 또한 계약체결전의 과실로서 계약책임으로 물을 것인지, 아니면 불법행위책임으로 물을 것인지, 아니면 독자적인 영역으로 인정하는 독자적 책임으로 물을 것인지에 대하여 견해가 분분한 실정이다. 나아가 입증책임, 보조자의 책임 등이 문제시 되고 있기도 하다.

요약하면, 대륙법계에서는 계약체결을 위한 교섭단계에서 신의성실에 기한 공정거래의 도모, 합리적기준의 준수, 공정한 교섭의 의무 등을 인정한다. 이

는 법사학적으로 로마법으로부터 확립되어 있는 신의의 개념에 기초하고 있는데, 이 경우 신의는 전술한 바와 같이 ‘법률관계에서 약속을 정직하게 준수하고 합의에 의한 의무를 성실히 이행하는 것’으로 타인의 행위, 곧 채무의 이행에 관한 계약법상 신의와 동일한 개념으로 취급되고 있다.

따라서 계약체결 후에만 인정되고 있는 영미법계보다 대륙법계에서는 신의성실의 원칙을 폭 넓게 적용하고 있기 때문에 계약교섭 중에 정당한 사유 없이 계약교섭을 파기한 경우에 신의성실의 위반을 근거로 계약체결전의 과실책임을 인정하고 있다.

2. 영미법계

미국을 포함한 보통법(common law)³⁷⁾ 국가에 있어서는 계약교섭의 자유를 전통적인 법원칙으로서 인정하고 있다. 곧 실제로 합의에 이르지 않은 경우 계약 당사자는 책임을 지는 그 어떠한 위험도 부담하지 않고 자유로이 교섭할 수 있고, 또 교섭을 그만둘 수도 있다.

계약의 교섭단계에서의 협상은 사행적(aleatory)이라는 것이 계약체결 전 단계의 책임에 대한 전통적인 보통법상의 관점이다. 즉 최종적인 합의로 인해 나중에 이익을 얻을 수 있다고 기대하면서 계약교섭에 임한 당사자는 협상과기로 인한 손해로부터 보호되지 않는다. 따라서 타방 당사자의 적절하지 못한 행위로 인하여 손실을 입은 교섭의 일방당사자는 계약이 실제로 합의된 것이 아니라면 어떠한 구제도 받을 수가 없다.

37) 전통적으로 영국에서는, 처음부터 일련의 규칙을 제정하여, 구체적 사건에 이를 적용하지 않고 판례(判例)를 법이라고 생각하고, 후에 일어난 사건은 앞의 판결을 선례로 해서 재판을 하였다. 그렇게 하여 집적된 것을 보통법(普通法, common law)이라고 한다. 영국에서는 보통법과 병행하여, 일련의 법체계를 마련하였는데 이를 형평법(衡平法, equitable law)이라 한다. 국왕의 최고 고문인 대법관은, 보통법에 의해서, 구제되지 못한 개인을 구제하기 위하여, 재판을 하게 되었고, 이 같은 재판이 선례가 되어, 형평법은 성립하게 되었다. 이에 비하여, 의회가 제정하는 제정법(制定法)은 판결위에 군림하는 것으로서, 근대에 와서 제정법도 많이 제정되었지만, 그럼에도 보통법은 영국법의 근간이 되고 있다. 영국법은 로마법의 영향도 받고 있지만, 그 영향이 근소하다는 점에서, 대륙법과는 상이하다. 보통법 및 형평법은 미국을 비롯한 영국의 구식민지에도 계수되어, 근대 이후 ‘영미법’이라는 일대의 법체계를 형성하고 있다.

영미법상 신의칙은 계약이 체결된 후의 계약상의 의무로서만 인정된다. 일부 학자들이 계약체결 단계에서도 신의성실의 의무를 인정해야 한다고 주장하고 있기도 하지만, 일반적으로 받아들여지지 않고 있다. 왜냐하면 영국에서는 계약교섭의 당사자는 상대방에 대해 이러한 신의성실에 따라 행동할 의무를 부담하지 않으며 신의성실에 따라 교섭할 의무도 부담하지 않는다는 것이 오랫동안의 확고한 법원칙으로서 자리잡고 있었기 때문이다.

아울러 미국의 법원과 학계 역시도 신의칙이 단지 계약체결 이후의 관계에서만 적용된다는 태도를 분명히 하고 있다. 신의칙을 규정하고 있는 통상의 계약법도 신의칙은 계약성립 단계에는 적용되지 않음을 천명하고 있다. 따라서 계약의 체결을 위한 교섭이 상당한 정도까지 진행된 후라고 하더라도 아직 계약이 체결되기 이전이면 일방은 언제라도 계약체결을 거절할 수 있다고 보고 있다.

그러나 이처럼 계약체결 과정에서는 신의성실의 의무가 인정되지 않는다고 하여도 당사자가 전혀 구제를 받지 못하게 되는 것은 아니다. 즉 법원은 예외적으로 제한된 경우에는 계약교섭의 결렬에 따라 책임을 물을 수도 있다. 이와 관련하여 미국의 계약 법리에서도 ‘약속적인 금반언’(promissory estoppel)과 같이 계약교섭 단계에서 적용 가능한 법리가 강조되고 있기도 하다.

일설로 Farnsworth는 판례분석을 통해 계약체결전의 과실책임의 근거로서 부당이득(unjust enrichment), 불실표시(misrepresentation), 약속적인 금반언, 예비적 합의(preliminary agreement) 등을 들고 있다. 그리고 영국의 Atiyah 역시 이와 유사하게 부당이득, 명시적인 예비적 합의, 약속적인 금반언, 불실표시, 신뢰관계위반으로 나누어 계약교섭자의 책임문제를 검토하고 있다.

계약이 성립되지 아니한 경우에 부당이득으로 처리한 대표적인 판례는 미국의 「Hill v. Waxbery」 사건과 영국의 「Countrywide Communications Ltd. v. ICL Pathway Ltd.」 사건을 들 수 있으며, 불실표시로 처리한 대표적인 판례는 미국의 「Markov v. ABC Transfer & Storage Co.」 사건과 영국의 「Box v. Midland Bank Ltd.」 사건을 예시할 수 있다. 나아가 약속적인 금반언으로 처리한 판례는 「Hoffman v. Red Owl Stores」 사건을 들 수 있다.

3. 주요 국가

(1) 프랑스

프랑스민법은 독일민법과는 달리 불법행위에 관한 일반조항(제1382조)을 두고 있으며, 집행보조자의 불법행위에 대한 사용자의 면책에 따른 입증책임에 관한 규정을 두고 있지 않기 때문에,³⁸⁾ 그러한 한도 내에서 법기술적으로 계약체결상 과실을 인정할 필요가 없으며 실제로 인정하고 있지도 않다.³⁹⁾⁴⁰⁾

마찬가지로 계약이 무효가 되었다거나 계약체결 시에 사기·사술을 사용하였다는가, 호의동승과 같이 어떤 의사표시에 의한 합치가 있는 경우에도 계약체결상 과실을 인정하지 않고 있다.⁴¹⁾ 청약자가 그의 의사표시를 철회함으로써(프랑스민법에 있어서는 원칙적으로 청약의 구속력을 인정하지 않는다) 상대방의 신뢰를 침해한 경우에는 실수가 인정되어 불법행위를 이유로 하는 손해배상의무가 발생한다는 것이 법원의 태도이지만, 최근에 와서는 불법행위책임을 인정하는 견해가 그 지지를 상실해 가고 있는 차제에 있다.⁴²⁾

그리고 타인의 물품을 매매함에 있어 매수인이 그와 같은 사정을 몰랐을 경

38) France Civil Code, §1384 : “A person is liable not only for the damages he causes by his own act, but also for that which is caused by the acts of persons for whom he is responsible, or by things which are in his custody. However, a person who possesses, regardless of the basis thereof, all or part of a building or of movable property in which a fire has originated is not liable towards third parties for damages caused by that fire unless it is proved that the fire must be attributed to his fault or to the fault of persons for whom he is responsible. This provision may not apply to the landlord and tenant relationship, which remains governed by Art. 1733 and 1734 of the Civil Code. The father and mother, in so far as they exercise parental authority are jointly and severally liable for the damage caused by their minor children who live with them. Masters and employers, for the damage caused by their servants and employees in the functions for which they have been employed; Teachers and craftsmen, for the damage caused by their pupils and apprentices during the time when they are under their supervision. The above liability exists, unless the father and mother or the craftsmen prove that they could not prevent the act which gives rise to that liability. As to teachers, the faults, imprudence or negligent conducts invoked against them as having caused the damaging act must be proved by the plaintiff at the trial, in accordance with the general law.”

39) 김형배, “계약체결상 과실책임과 계약관계”, 「법학논집」 제29권, 고려대학교 법학연구원, 1993.

40) Hübner · Constantinesco, Einführung in das französische Recht, 2. Aufl., 1988, S. 128., Ferid, Das Französische Zivilrecht, Bd. 1, 2 A 98.

41) Aynes · Malaurie, Cours de droit civil les obligations 2nd. ed., 1990, N.875.

42) Hübner · Constantinesco., *op. cit.*, S. 128.

우에 매도인은 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담해야 한다는 것이 종래의 통설이었으나,⁴³⁾ 최근에 와서는 이와 같은 책임이 계약적 성질을 가진 것이라고 하는 새로운 견해가 유력한 통설로서 수용되고 있다.⁴⁴⁾

(2) 한국

한국민법 제535조에서는 원시적 객관적 불능을 목적으로 하는 계약은 무효임을 전제로 하여 이를 계약체결상 과실책임으로 규정하고 있다.⁴⁵⁾ 그러나 원시적 객관적 불능을 목적으로 하는 계약은 무효가 아니라 유효로 파악하는 시대적 추이에 비추어, 한국민법이 인정하는 원시적 객관적 불능을 목적으로 하는 계약은 더 이상 계약체결상 과실책임이 성립하는 경우가 아니라고 볼 수 있다. 이는 후발적 불능과 동일하게 이행불능의 문제로 다루어진다. 요컨대 한국민법은 원시적 불능을 목적으로 하는 계약만을 계약체결상 과실책임의 경우로 규정하고 있다.

그러나 학설은 원시적 객관적 불능을 목적으로 하는 계약만을 계약체결상 과실책임으로 인정하는 견해뿐만 아니라 계약의 준비단계에서의 일방의 과실로 인하여 타방이 손해를 입은 경우에도 계약체결상 과실책임이 성립함을 인정하는 견해도 있다. 더 나아가 계약이 체결되었으나 그 계약이 무효 또는 취소된 경우에 일방의 과실로 타방이 손해를 입은 경우에도 계약체결상 과실책임을 인정하는 견해도 있다. 그리고 계약이 유효하게 성립된 경우에도 계약체결 전 단계에서의 일방의 과실로 타방이 손해를 입은 때에는 그 손해를 계약체결상 과실책임으로 배상을 인정하고자 하는 견해도 있다.

(3) 일본

43) France Civil Code, §1599 : “The sale of a thing belonging to another is void: it may give rise to damages where the buyer did not know that the thing belonged to another.”

44) Ferid, a.a.O., Bd. 1, 1 E 106.

45) 한국민법, 제535조 : “(1) 목적이 불능한 계약을 체결할 때에 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 자는 상대방이 그 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해를 배상하여야 한다. 그러나 그 배상액은 계약이 유효함으로 인하여 생길 이익액을 넘지 못한다. (2) 전항의 규정은 상대방이 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 적용하지 아니한다.”

일본민법은 계약체결상 과실책임과 관련한 규정은 없지만 독일의 학설을 수용하여 학설상 일반적인 해석론으로서 계약체결상 과실책임을 인정하여 왔다. 당초 일본의 학설은 계약체결상 과실책임을 인정할 것인가 부정할 것인가에 관하여 지극히 소극적인 태도를 취하고 있었으나 점차적으로 위법성이 있는 경우에만 불법행위로 인한 계약체결상 과실책임을 인정하는 추이로 진전되었다.⁴⁶⁾

한편 계약체결상 과실책임은 충분히 불법행위의 규정에서 구제할 수 있다는 주장도 있다.⁴⁷⁾ 이설은 규정에 없다는 이유로 계약체결상 과실책임을 부정하는 것은 정당한 법률해석이 아니며, 일본민법의 해석으로도 매도인의 담보책임규정을 유추하면서 일반불법행위의 규정에 의하여 원시적 불능의 경우에 신뢰이익의 배상을 인정해야 한다는 것이다.

다른 한편 계약의 무효·불성립의 경우에는 불법행위책임설로, 계약이 유효한 경우에는 계약체결상에도 당사자에게 신의칙상의 주의의무를 과하여 그 위반에 대해서는 계약책임을 묻는다는 이원론을 배척하고 계약책임설을 내세우고 있는 주장도 있다.

상기 견해를 요약하면 계약체결상 과실에 의한 책임은 계약책임이고 그 법적 효과는 신뢰이익의 배상이라고 보고, 이는 원시적 불능에 대하여 사실상 계약에 의해 결합된 관계는 하등 특별관계가 없는 자의 책임 이외의 책임을 발생한다고 하는 것이 신의칙의 요소라고 하여 계약책임을 구성하고 또 원시적 불능에서 과실 있는 당사자는 선의·무과실의 상대방에게 신의칙을 이유로 한 계약상의 책임으로서 신뢰이익의 배상을 부담하고 이 책임은 이행보조자 책임 등에 대해서도 일반 불법행위보다 중요한 책임을 부과하는 것이 적절하다고 파악하고 있는 주장이다.⁴⁸⁾

한편 계약체결상 과실책임의 법리를 보호의무에 의해 구성한다고 하는 주장도 있다. 이 견해는 계약체결을 위한 상담이 개시되면 신뢰관계로서의 채무관계가 성립하고 계약체결상 과실책임은 이러한 채무관계로부터 생기는 보호의

46) 유연옥, “계약체결상 과실책임”, 성신여자대학교 대학원 석사학위청구논문, 2005, 33-34면.

47) 未引嚴太郎, “一雙務契約と履行不能”, 『法學協會雜誌』第34卷 第4號, 1906, 47頁.

48) 我妻榮, 『債權各論(上)』, 岩波書店, 1978, 38~40頁.

무위반에 대한 책임이라고 하며 보호의무는 계약상 급부의무와는 관계가 없다고 보아, 계약의 성립과는 관계없이 보호의무를 위반하여 손해를 가한자는 손해배상의 책임이 있다고 보고 있다.⁴⁹⁾

최근의 이론으로는 과실책임의 법적 근거를 채권관계에서 찾고 있기도 하다. 곧 계약체결상 과실의 유형을 급부의무위반과 광의의 부수의무위반으로 분류하고 광의의 부수의무위반은 다시 협의의 부수의무위반과 주의의무위반으로 나뉘어 유형별로 그 근거를 달리하고 있다.⁵⁰⁾

일본에서는 계약이 무효로 되는 경우의 체결상의 과실에 관한 문제에 대하여 규정하지 않아서 이를 불법행위의 문제로 해결하였으나, 독일의 학설을 수용하여 계약책임설로 해결하려는 경향이 유력한 통설로 부각되고 있는 차제에 있다. 곧 계약이 유효한 경우 계약체결상 과실은 초기에 하자담보이론과 그 맥을 같이 하고 있고 따라서 이를 계약체결 시의 부수의무의 문제로 해결하여야 한다고 보고 있다.

요컨대 일본에서는 계약준비단계의 계약체결상 과실은 불법행위책임으로 보고 보충적으로 체결상의 과실을 인정하였으나, 이후에는 계약의 성립여부와는 상관없이 계약준비단계에서도 신의칙에 의하여 채무관계가 생긴다는 견해가 통설로 수용되고 있다.⁵¹⁾

(4) 독일

전술한 바와 같이 독일에서는 일찍부터 학설에 의하여 계약체결상 과실책임이 인정되었다. 즉 계약체결을 위한 협상을 위하여 당사자가 접촉을 하게 되면, 그 양자 사이에는 특별구속관계가 성립하고, 그 특별구속관계는 신의칙에 의하여 지배되며 급부의무는 없고 오로지 보호의무를 중심으로 하는 부수의무가 발생하며, 이러한 일방의 보호의무의 위반으로 타방이 손해를 입었을 때에는, 계약체결상 과실책임을 인정하였다.

49) 松坂佐, 「契約の成立と責任」, 一粒社, 1988, 24頁.

50) 北川善太郎, 「契約責任の研究」, 有斐閣, 1991, 231頁.

51) 北川善太郎, 上掲書, 346~348頁.

이와 같은 학설은 판례에 의하여 받아들여지고, 끝내는 관습법으로 발전되었다. 그리하여 독일에서는 계약체결상 과실책임이 관습법에 의한 손해배상책임으로 인정되고 있다. 그리고 계약체결상 과실책임은 계약체결 전 단계에서의 쌍방의 배려의무의 위반으로 인한 손해배상책임으로 보아, 그러한 배려의무로서 주된 내용은 쌍방 상호간의 보호의무 및 충실의무로서 그 법적 의의를 견고히 하고 있다.

독일민법 제311조에서는 계약체결상 과실책임의 발생사유를 3가지로 나누어 규정하고 있다. 곧 (a) 협의의 착수, (b) 일방이 어떤 법률행위적인 관계와 관련하여 타방에게 그의 권리와 법익 및 이익을 침해할 가능성을 제공하거나 믿게 하는 계약을 향한 행위의 개시, 그리고 (c) 이와 유사한 업무상의 접촉에 의하여 양자 간에 배려의무가 발생하고 일방의 과실 있는 배려의무의 위반에 의하여 타방이 손해를 입으면 계약체결상 과실책임이 발생하는 것으로 규정하고 있다.⁵²⁾

이와 같이 배려의무가 발생하는 사유 중에서 가장 중요한 사유는 (b)에 의한 포괄적인 계약을 향한 준비의 개시이며, (a)의 협의의 착수는 (a)의 계약을 향한 행위의 개시의 한 예에 불과하다.⁵³⁾ 물론 계약을 향한 행위의 개시는 협상개시전 단계에서의 배려의무 발생의 경우이다. 이러한 계약체결 전 단계에서의 배려의무, 특히 보호의무의 대상은 상대방의 권리만이 아니라 법익 및 이익을 포함한다.

이와 같이 독일의 개정채권법에서는 계약체결상 과실책임을 모두 규정한 것

52) BGB, §311 : “(1) In order to create an obligation by legal transaction and to alter the contents of an obligation, a contract between the parties is necessary, unless otherwise provided by statute. (2) An obligation with duties under section (2) also comes into existence by (a) the commencement of contract negotiations (b) the initiation of a contract where one party, with regard to a potential contractual relationship, gives the other party the possibility of affecting his rights, legal interests and other interests, or entrusts these to him, or (c) similar business contacts. (3) An obligation with duties under section (2) may also come into existence in relation to persons who are not themselves intended to be parties to the contract. Such an obligation comes into existence in particular if the third party, by laying claim to being given a particularly high degree of trust, substantially influences the pre-contract negotiations or the entering into of the contract.”

53) Kommentar zum, BGB, §11., a. a. O., Rn. 19.

은 아니며, 계약체결상 과실책임을 유형화한 것도 아니다. 다만 보호의무가 발생하는 경우와 그 시점 그리고 보호의 대상에 관해서만 규정하고 있다. 따라서 입법적으로 규정되지 않은 사항은 여전히 학설과 판례에 의하여 규율된다.

그리고 계약체결상 과실책임은 계약협의를 양당사자 사이에만 발생하는 것이 아니라, 협의당사자가 아닌 제3자에 대해서도 발생하고, 제3자가 계약협의 당사자에게 부담할 때도 있다. 개정 독일채권법은 계약체결상의 제3자에 대한 과실책임과 제3자의 계약체결상 과실책임도 역시 입법적으로 규정하고 있다. 이는 독일의 학설과 판례에 의하여 인정된 제3자 보호 있는 계약의 법리를 계약체결 전 단계에까지 확대하여 규정한 것이다. 이 경우 계약체결상 과실책임에 의한 손해배상은 신뢰이익의 손해배상 또는 비용의 상환에 한한다.

제3장 계약체결상 과실책임에 관한 비교

제1절 CISG에서의 법적 기준

1. 신의칙의 구현

CISG의 경우에 계약당사자 상호간의 신의칙에 관하여, 별단의 의무를 명시하고 있는 규정은 보유하고 있지 않다. 그 이유는 외견상 신의칙 적용이라는 명분 아래, CISG정신에 반하는 특단의 국제사법이 개입하는 것을 방지하기 위한 것에 그 의도에 두고 있다.⁵⁴⁾

그럼에도 불구하고 CISG는 신의칙에 관한 유효한 해석 및 적용기준을 제시하고 있지 못한 한계를 내재하고 있음은 부인할 수 없는 사실이다. 다만, CISG는 국제거래에 있어 “신의의 준수를 증진할 필요성을 고려하여야 한다”는 보편적인 규정만을 존치해 두고 있을 따름이다[제7조 (1)].⁵⁵⁾ 결국 CISG의 해석기준으로서 기능하고 있는 신의칙은, 그 목적이 CISG의 통일성을 증진하는데 있고, 달리 신의칙을 지역적 정의나, 특단의 개념을 통해 해석하거나, 적용하는 것은 일절 배제하고 있다.

CISG에서 ‘신의의 준수 및 증진의 필요성’에 관한 의미는, CISG가 기초하고

54) 심종석, 전제서, 121면.

55) CISG, Art. 7 : “(1) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade. (2) Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.” [(1) 본 협약의 해석에 있어서는 협약의 국제적 성격과, 적용상의 통일성 및 국제상거래에서 신의의 준수를 증진할 필요성을 고려하여야 한다. (2)본 협약의 의해 규율되는 사항에 관한 문제로서, 본 협약에서 명시적으로 해결되지 않는 문제는, 본 협약이 기초하고 있는 일반원칙에 따라 해결되어야 하며, 만약, 그러한 원칙이 없는 경우에는 국제사법의 규칙에 의해 적용되는 법에 따라 해결되어야 한다] 이하 CISG의 국문은 심종석, 「국제물품매매계약에 관한 UN 협약의 해석과 적용」, 삼영사, 2013의 번역을 이기하고자 한다.

있는 일반원칙(**general principles**)의 적용과 관련성이 있다. 이는 **CISG**가 기초하고 있는 일반원칙에 따른 해석과, 당해 원칙이 부재한 경우에 국제사법의 규칙에 의하여 적용되는 법에 따라 해결되어야 한다는 규정[제7조 (2)]에 의해 보충된다.

요컨대, **CISG**상 신의칙은 **CISG**가 채용한 규칙 및 조항의 해석에 있어서만 기능하고, 달리 **CISG**의 대상에 대한 본질을 해석하는데 있어서 적용되는 원칙은 아니다. 왜냐하면, **CISG**는 ‘계약내용의 확정’, ‘계약조항의 해석’, ‘채무내용의 확정’에 있어 신의칙은 기능하지 않는다는 원칙을 수용하고 있기 때문이다.

그러나 **CISG**에서 신의칙은 제반 규정의 입법적 기초가 되었거나, 협약 내 여타 규정에 반영되어, 당해 규정의 의 또는 취지를 보충하는 일반원칙으로써 기능하고 있다. 일례로 합리성(**reasonableness**), 공정거래(**fair dealing**) 등과 같이, 신의칙과 동일시 할 수 있는 개념을 통해 제반 규정에 수용되어 있음을 살필 수 있다.⁵⁶⁾

2. 일반원칙과 합리성

당사자들은 계약체결을 위한 교섭 중에 언제라도 그들의 권리와 의무가 무엇인가에 관하여 명시적으로 합의할 자유가 있다. 통상적으로 긍정적인 결과를 보장할 수 없는 장기간의 교섭이 요구되는 복잡한 거래에서 이러한 종류의 합의가 빈번하게 된다.

당해 문제의 합의는 통상 당사자 일방이 양해사항에 관한 합의서를 상대방에게 보내고 상대방이 이를 수락하는 형식을 취하고 있다. 그러나 마찬가지로 당사자 일방이 상대방에게 어떤 서비스를 제공할 것을 요청하고 상대방이 이에 대한 명시적 합의에 도달함이 없이 그 서비스의 제공을 제한하는 경우에도

56) 신의칙의 개념에 대한 학설의 상세는, Schlechtriem P, *Uniform Sales Law : The UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods*, Vienna Manz, 1986, n. 41., Frans, A. van der Velden, “The Law of International Sales : The Hague Convention 1964 and the UNCITRAL Uniform Sales Code 1980”, (Some Main Items Compared, Voskuil & Wade eds.), Hague-Zagreb Essay 4 on the Law of International Trade, Hague Nihoff, 1983, p.52, n.2., Bonell M, “Art.7 : Interpretation, Gap-filling, in Bianca-Bonell Commentary”, Milan Giuffrè, 1987, pp.81-82. 등을 참조.

합의는 묵시적으로 담보될 수 있다.

이러한 합의내용은 교섭 중에 교환된 기밀정보에 대한 비밀보장, 계약이행의 준비과정에서 지급된 활동비의 상환, 제3자와의 동시교섭의 배제 등과 같은 중요한 특정의무를 규정하는 합의에서부터 당사자에게 신의성실로 교섭에 임할 의무를 부과하거나 또는 나중에 아직 해결되지 않은 사항을 해결하기 위하여 당사자들이 최선의 노력을 할 의무를 부과하는 등과 같은 보다 일반적인 성격에 관한 합의까지 매우 다양하다.

CISG에 의해 규율되는 매매계약에 당사자들은 이러한 종류의 합의를 할 수 있다는 점은 의심의 여지가 없다. 이는 제6조에 규정된 당사자 자치의 원칙에서 유래한다.⁵⁷⁾ 반면에 준거국내법에서 당사자들이 동일한 권리를 누릴 수 있다는 사실에 비추어 보아 계약체결상의 과실책임에 관한 문제가 CISG의 범위 밖에 있다고 보는 견해도 이와 마찬가지로의 결과를 얻을 수 있다.

이러한 합의와 관련해서 야기될 수 있는 일련의 문제는 당사자들이 계약을 체결하기 전에 합의된 의무와 일치하게 행동하지 못한 결과에 대해서는 언급하고 있지 않거나 또는 이러한 의무의 내용을 규정하는 방법이 모호하다는데 있다.

따라서 기밀보호에 따른 합의가 이루어지지 않은 상황에서 그 보장의무의 위반이 있을 경우 적용이 가능한 구제방안을 명시하지 않거나 또는 이러한 사항에 대하여 보다 명확한 의미를 담고 있지 않는 신의성실조항 또는 최선노력조항을 두는 경우 그 해결책은 당사자들의 합의 밖에서, 즉 CISG 자체에서나 또는 국제사법에서 찾아야 한다는 점은 명백할 것이다. 환언하면 이 점에 대해서는 당사자들 간에 어떤 합의를 이루었다고는 볼 수 없다고 본다.

57) CISG, Art. 6 : “The parties may exclude the application of this Convention or, subject to Art. 12, derogate from or vary the effect of any of its provisions.” (당사자는 본 협약의 적용을 배제할 수 있고, 제12조를 제외하고 본 협약의 어떠한 규정의 효력을 감퇴시키거나 또는 변경할 수 있다)

제2절 중국 통일계약법에서의 법적 기준

1. 법적 성격

(1) 악의적 협상

CLPRC 제42조의 규정에 의하면 거짓으로 계약을 체결할 구실로 악의적으로 협상을 진행하는 경우 계약체결상의 과실책임이 발생한다. 여기서 ‘거짓’이라 함은 ‘상대방과 계약을 체결할 목적이 없고 상대방과 협상을 진행하는 것은 평계에 불과하고 진정한 목적은 상대방 혹은 타인의 이익에 대하여 손해를 가하는 것’으로 요약할 수 있다.⁵⁸⁾

예컨대 A가 B와 계약체결과 관련하여 교섭하는데, 그 목적이 B가 C와 계약을 체결하는 것을 방해하기 위함이거나, B로 하여금 다른 계약체결의 기회를 상실하게 하기 위함인 경우를 들 수 있다. 이 경우 ‘악의’라 함은 ‘협상, 교섭 등 명의를 빌려 고의로 상대방에게 손해를 가하는 것’을 말한다.⁵⁹⁾

여기서 악의는 다음의 두 가지 요건을 포함하고 있어야 한다. 하나는 행위자가 주관적으로 계약을 체결할 목적이 없어야 하고, 다른 하나는 행위자가 주관적으로 상대방에게 손해를 가할 목적과 동기가 있어야 한다는 점이다. 악의는 계약체결상의 과실책임을 발생시킴에 있어 가장 핵심적 요건이다. 그리고 피해자는 상대방이 협상, 교섭 등 명의를 빌려 자신에게 손해를 가하기 위한 악의의 존재를 증명하여야만 계약체결상의 과실책임을 성립을 주장할 수 있다.

(2) 중요한 사실의 은폐

계약체결과 관련된 중요한 사실을 고의로 숨기거나 거짓된 정보를 제공한 경우는 계약체결과정의 사기행위에 속한다. 여기에서 ‘사기’란 ‘일방당사자가 고의로 타인을 기만하는 행위를 함으로써 상대방이 착오에 빠져 계약을 체결

58) 胡康生, 「合同法實用問答」, 中國商業出版社, 1999, 137頁.

59) 王利明, 「民法學」, 第2版, 法律出版社, 2009, 516頁.

하도록 하는 것’을 말한다.⁶⁰⁾

‘중화인민공화국민법통칙을 집행하는데 있어 약간의 문제에 대한 최고 인민 법원의 의견시행’(最高人民法院關於貫徹執行中華人民共和國民法通則若干問題的意見試行) 제68조의 규정에 의하면 “일방당사자가 고의로 상대방에게 거짓 정보를 제공하거나 진실을 숨겨 상대방 당사자로 하여금 착오된 의사표시를 하게 할 경우 사기행위로 인정할 수 있다”고 규정하고 있다.

(3) 상업비밀누설

CLPRC 제43조의 규정에 의하면 계약의 성립여부를 막론하고 당사자는 계약체결과정에서 알게 된 상업비밀을 누설하거나 부당하게 사용하여서는 안 된다고 규정하고 있다. 곧 상업비밀을 누설하거나 부당하게 사용하여 상대방에게 손실을 가했을 경우 손해배상책임을 부담해야 한다.

중국부정경쟁방지법 제10조⁶¹⁾의 규정에 의하면 ‘상업비밀’이란 ‘대중에 알려지지 않고 권리자에게 경제적 이익을 가져다주며 실용성이 있고 권리자가 비밀유지조치를 한 기술정보와 경영정보’를 말한다. 만약 일방 당사자가 협상 중에 상대방에게 그 정보가 상업비밀이라고 명확하게 말했거나 상대방이 그 정보가 상업비밀인 것을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 그 상대방에게 비밀유지 의무가 부과된다. 계약체결과정에서 상업비밀을 누설하거나 부당하게 사용

60) 王利明, 「中國民法典學者建議稿及立法理由 (債法總則編・合同編)」, 法律出版社, 2005, 65頁.

61) 中國反不正當競爭法, 第10條: “經營者不得採用下列手段侵犯商業秘密: (1) 以盜竊・利誘・脅迫或者其他不正當手段獲取權利人的商業秘密. (2) 披露・使用或者允許他人使用以前項手段獲取的權利人的商業秘密. (3) 違反約定或者違反權利人有關保守商業秘密的要求, 披露・使用或者允許他人使用其所掌握的商業秘密. 第三人明知或者應知前款所列違法行為, 獲取・使用或者披露他人的商業秘密, 視為侵犯商業秘密. 本條所稱的商業秘密, 是指不為公衆所知悉 能為權利人帶來經濟利益 具有實用性並經權利人採取保密措施的技術信息和經營信息.” [경영자는 다음과 같은 수단으로 상업비밀을 침범하면 안 된다. (1) 절도, 화유, 협박 혹은 기타 부정수단으로 채권자의 상업비밀을 획득 (2) 전항 수단을 피로하거나 사용하고 또는 가타 사람을 사용함을 허용하여 채권자의 상업비밀을 획득 (3) 약정을 위반하거나 채권자가 상업비밀을 지키는 요구를 위반하고, 그가 장악한 상업비밀을 피로하거나 사용하고 또는 가타 사람을 사용함을 허용한다. 자3자가 전항의 부정행위를 알았거나 알았어야 했더라도 타인의 상업비밀을 획득하거나 사용하고 또는 피로하는 것은 상업비밀을 침범행위로 본다. 본조에서의 상업비밀이란 대중에게 알려지지 않고 채권자에게 경제적 이익을 초해하거나 또는 실용성을 띠고 채권자로부터 기밀로 한 조치를 채택한 기술정보와 경영정보를 말한다]

하는 행위는 아래와 같은 요건을 충족해야 한다.

첫째, 당사자는 누설한 정보가 상업비밀인 것을 알고 있어야 한다. 일방 당사자가 상대방의 정보를 접촉하여 이해한 후 그 정보가 상업비밀⁶²⁾이라는 것을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 상대방에게는 신의성실원칙에 따라 비밀을 유지할 의무가 부과된다. 이 경우 상대방은 이러한 정보를 외부에 누설하거나 부당하게 사용해서는 안 된다.

둘째, 상업비밀을 누설하거나 부당하게 사용하여야 한다. 중국부정경쟁방지법 제10조 (1), (b)는 전호에 규정한 수단으로 획득한 권리자의 상업비밀을 누설, 상용 혹은 타인에게 사용하도록 허용 하는 행위를 금지하고 있다. 여기서 ‘누설’이라함은 ‘상업비밀을 다른 사람들에게 알려주는 것’을 말하는데 여기에는 상대방이 비밀을 유지할 것을 요구한 상황에서 특정인 소수자에게 상업비밀을 알려주는 행위로서, 곧 부정한 수단으로 획득한 정보를 알려주는 행위가 포함된다.

이 경우 ‘부당하게 사용’이란 ‘권한을 부여받지 않고 그 비밀을 사용하거나 그 비밀을 다른 사람에게 넘겨주는 것’을 말한다.⁶³⁾ 예컨대 상업비밀을 자신의 생산경영활동에 사용하거나 불법으로 타인이 사용하는 것을 허여하게 되면 중국부정경쟁방지법에 따라 불법행위가 성립한다. 이때 불법행위자의 이익획득 여부를 막론하고 모두 계약체결상의 과실책임이 부과될 수 있다.

셋째, 상업비밀을 누설하거나 부당하게 사용함으로써 상업비밀의 소유자가 손실을 입어야 한다. 이때 행위자에게 고의가 있는지 과실이 있는지 여부는 고려할 필요가 없다.

요컨대 CLPRC는 당사자가 계약의 체결단계에 비밀유지의무를 부담하도록 요구하고 있다. 그 취지 중 상업비밀에 대한 보호를 강화하고 따라서 지적재산을 보호하고 발명창조를 격려하고 경제효율을 높이기 위함이다. 다른 하나의 취지는 상업도덕을 보호하고 일방당사자의 부당이득, 사인 간의 신뢰관계의 파괴를 방지하고, 신의성실의 원칙이 실제로 적용되게 하기 위함에 그 취

62) 여기에는 비법, 비결, 노동생산이나 기술조작의 경험이나 지식 및 기교, 상품의 성능이나 판매대상 및 마케팅정황 등 여러 가지 상업비밀이 포함된다.

63) 王利明, 前掲書, 518頁.

지를 두고 있다. 한국 불법행위법에 해당하는 ‘중국 침권책임법’은 모두 상업 비밀을 침해하는 행위를 제재하는 방법을 취하고 있다.

(4) 신의칙에 위배되는 그 밖의 행위

신의칙에 위배되는 그 밖의 행위에는 여러 가지가 있다. 이를테면 계약의 무효와 취소, 강제적인 체결의무의 위반, 무권대리 등 경우에도 계약체결상의 과실책임이 발생할 수 있다.

2. 법적 요건

(1) 발생시기

계약체결상 과실책임은 계약체결과정에서 발생한다. 계약이 성립되지 않았거나 성립되었지만 법률이 규정한 효력요건을 충족하지 못하여 무효로 되거나 또는 취소되었을 경우에만 의무당사자가 계약체결상 과실책임을 부담한다. 만약 계약이 성립되었고 일방당사자의 과실로 인하여 상대방이 손해를 입었을 경우에는 계약체결상 과실책임이 적용되지 않는다.⁶⁴⁾

한편 조건부 계약에서 조건이 성립되기 전에 일방당사자가 악의로 조건의 성립을 방해하거나 지연할 경우라도 계약이 성립되었기 때문에 이는 위약책임으로 처리된다. 곧 계약체결상 과실책임은 적용되지 않게 된다.

계약체결상 과실책임은 계약의 체결단계에서 발생하는 것이 원칙이다. 따라서 당사자들 사이에 계약내용에 대한 확인 과정은 거쳤으나, 당사자 간에 계약체결단계에 이르렀다는 점을 증명할 수 없을 때에는 일방당사자의 과실로 상대방이 손해를 입더라도 계약체결상 과실책임이 적용되지 않는다.⁶⁵⁾ 예컨대 물품을 구매할 의사가 없는 사람이 백화점을 돌아다니다가 뜻밖에 백화점에서 손해를 받았을 경우 양당사자는 계약을 체결하려는 의사가 없기 때문에 피해

64) 王利明, 「中國民法典學者建議稿及立法理由 (債法總則編・合同編)」, 法律出版社, 2005, 65頁.

65) 王利明, 上揭書, 65頁.

자의 손해에 대한 백화점의 책임은 불법행위책임이어야 하고 계약체결상 과실 책임이 성립될 수 없다. 그러므로 계약체결의 과정에서 일방당사자의 고의적인 사기 혹은 진실하지 않은 의사표시로 인하여 계약이 무효로 되거나 취소된 경우에만 계약체결상 과실책임이 적용된다.

(2) 일방적 선언에 따른 위약

신의칙은 **CLPRC**의 기본원칙이다. 그 핵심은 민사주체가 민사활동을 할 때 성실해야하고 신용을 지켜야 하며 선의의 방식으로 권리를 행사하고 의무를 이행해야 한다는 것이다.

동원칙에 의하면 계약을 체결하거나 성립한 이후 당사자에게 일정한 부수적 의무를 부과하고 있다. 급부 의무와 비교하여 볼 때 신의성실원칙에 따른 충실, 협조, 비밀유지 등 의무는 부수적 의무에 불과하다. 그렇지만 이러한 의무도 법에 의해 발생한 것이기 때문에 법정 의무이고 쌍방 당사자들의 접촉이 많아지면서 발생하게 된다.⁶⁶⁾

만약 일방당사자가 이러한 의무를 이행하지 아니할 경우 타방당사자에게 손해를 가하게 되고, 더 나아가서는 정상적인 사회경제질서를 방해할 수도 있다. 그러므로 당사자는 이러한 부수적 의무를 이행하여야 하고, 이러한 부수적 의무를 이행하지 않은 경우에는 계약체결상 과실책임을 부담하게 된다.

(3) 실질적 기대이익의 박탈

CLPRC상 민사책임은 보통 손해의 발생을 구성요건으로 한다. 손해의 발생도 계약체결상의 과실책임의 구성요건 중 하나이다. 이 경우 계약체결의 과실행위로 인하여 계약관계를 직접적으로 파괴함으로써 발생한 손해는 상대방이 계약의 성립과 효력을 신뢰하였지만 계약이 성립하지 못했거나 무효로 인하여 불이익을 받은 경우를 말한다. 즉 신뢰이익 또는 소극적 이익의 손해를 의미한다.⁶⁷⁾

66) 계약체결 전에 당사자에게 부과된 부수적 의무를 선계약의무라고 한다. 崔建遠, 「合同法」, 第1版, 法律出版社, 2003, 83頁.

신뢰이익은 이행이익 혹은 적극이익과는 구별된다. 신뢰이익의 배상결과는 당사자들로 하여금 계약이 발생하기 전의 상태에 되돌리는 것을 의미하고, 이행이익의 배상 결과는 당사자들로 하여금 계약을 완전히 이행했을 경우의 이익을 의미한다.

신뢰이익의 손실에는 상대방의 계약체결상 과실행위로 인한 상대방의 직접 재산의 감소뿐만 아니라 상대방에게 당연히 발생하게 되는 재산적 이익이 발생하지 못한 이익, 예컨대 계약의 효력을 신뢰하여 응당 얻어야 하는 기회를 놓친 경우도 포함된다.⁶⁸⁾ 물론 이러한 이익은 반드시 객관적으로 예견할 수 있는 범위 내여야 한다. 특히 법적 보호를 받는 신뢰이익은 합리적인 신뢰관계를 기초로 발생한 이익이어야 한다. 만약 객관적인 사실에서 계약의 성립이나 유효성에 대해 신뢰할 수 없다면 비용을 지불하였더라도 신뢰이익의 손실이라고 볼 수 없다.

(4) 실질적 손해와의 인과관계

계약체결상 과실의 인과관계는 계약체결상 과실행위로 상대방의 손해를 초래하는 것이다. 계약체결상 과실의 인과관계는 계약체결상 과실책임에 미치는 영향은 다음과 같이 나타난다. 우선, 계약체결상 과실이 되는지 여부를 결정한다. 이후에 계약체결상 과실행위자가 어느 정도의 배상책임을 부담하는지에 그 영향을 미치게 된다.

3. 법률효과

법리적으로, 신의칙은 통상 ‘부당가능성’에 대립하는 개념으로서 기능하는데, 때로는 ‘공정성’, ‘공정행위’, ‘합리성’, ‘합리적 기준’, ‘공정거래’, ‘공동일치의 정신’, ‘공평한 행동’, ‘사실상의 정직’, ‘양심과 선의’ 등과 같은 추상적·포괄적 개념에 의제된다.

67) 王利明, 「民法」, 第3版, 中國人民大學出版社, 2007, 755頁.

68) 崔建遠, 前掲書, 84頁.

그렇지만, 신의칙은 공히, ‘계약당사자의 합의의 정신을 존중하고 증진하기 위한 기대를 보호하는 것’에 본질적 기능을 두고 있음은 공통한 사실이다. 따라서 계약당사자는 계약의 체결을 위한 합의의 과정에서 고려할 수 없었거나 또는 예견하지 못했던 장래의 수많은 우연의 분쟁소지를, 신의칙의 적용 아래 둘 수 있다고 하는 기대를 통하여, 이에 상당한 필요외적 경비를 절감할 수 있는 실익을 향유할 수 있다. 결국, 신의칙은 ‘계약당사자의 권리의 행사와 의무의 이행에 있어, 상호간의 이해를 결합하거나, 보장할 수 있는 기준’으로 그 의미를 바로 새길 수 있다.

CLPRC 제42조는 계약체결상 과실책임이라는 표제 하에 당사자가 계약의 성립 과정 중에 아래 상황 중 하나에 해당하여 상대방에게 손해를 야기하면 손해배상 책임을 부담한다고 규정하고 있다. 계약체결을 구실로 악의로 협상을 진행한 경우, 고의로 계약과 관련된 중요사실을 은폐하거나 허위의 정황을 제공한 경우, 그 밖에 신의칙을 위배하는 행위를 한 경우 등이다.

또한 **CLPRC 제43조**에서는 비밀유지의무라는 표제 하에 당사자가 계약체결 과정 중에 알게 된 상업비밀은 계약의 성립여부와 관계없이 누설할 수 없고 정당하게 사용할 수 없다고 하고, 나아가 상업비밀을 누설하거나 정당하지 않게 사용하여 상대방에게 손해를 입힌 경우 손해배상책임을 진다고 규정하고 있다. 요컨대 **CLPRC**에서 계약체결상 과실책임을 이 두 조항에 근거하고 있으며, 그 핵심은 신의칙에 두고 있음을 살필 수 있다.⁶⁹⁾

69) 江 平, 「中華人民共和國合同法精解」, 中國政法大學出版社, 1999, 32頁.

제3절 소결

1. CISG상의 법적 기준

CISG는 매매계약의 체결이전에 교섭중의 행위에 관한 당사자들의 책임문제를 명시적으로 다루는 규정을 두고 있지 않다. 그러나 CISG의 준비작업 중에 이 문제에 관한 몇몇 의견들이 제시되었다. UNCITRAL 작업부에 의해 채택된 계약의 성립에 관한 협약초안은 명시적으로 “계약의 성립 중에 당사자들은 공정거래의 원칙을 준수하여야 하고 신의성실로 행동하여야 한다”라고 되어 있는 규정을 두고 있었다.

동조는 UNCITRAL의 1978년 제11차 회기에서 장기간 논의되었다.⁷⁰⁾ 특히, 동조를 삭제하여야 한다는 주장은, 비록 신의성실과 공정거래가 국제상업에서 극히 바람직한 원칙이라고 하더라도, 그 원칙들을 구체화시키는 방법이 너무 애매하다고 지적하였다. 곧 동조를 적용하는 국내법정은 필연적으로 그들 자신의 법제와 다른 국가에서는 동조에 다른 해석이 주어질 수 있다는 사회적 전통에 의해 영향을 받는다는 점을 주장하였다. 또한 CISG 초안은 당사자들을 구속시키는 원칙을 준수하지 못하는데 따른 결과를 언급하고 있지 않다는 점이 지적되었다. 이는 통일적인 제재를 가할 수 없기 때문에 위반의 결과는 국내법에 맡겨져 있다는 것을 의미한다.

동조를 유지시키고자 하는 입장에서는 먼저 신의칙에 관한 범세계적인 인식 때문에 CISG에 이를 포함하는 것은 아무런 해가 되지 않는다는 점을 주장하였다. 제의된 규정이 신의성실과 고정거래의 원칙에 대한 위반의 효과를 두고 있지 않다는 반대 입장에 대하여, 이는 법원에 의해 개별사건의 특수한 상황에 따라 융통성 있게 결정되어야 함을 주장하였다. 어떠한 경우든 제재조치 없이도 그 조항의 존재만으로도 국제무역거래에서 행위의 상위기준을 기대할 수 있다는 사실 때문에 당사자들과 법원의 주의를 끌 수 있다고 보았다. 이러한 의견의 차이로 UNCITRAL은 결국 문제의 규정을 삭제하고 CISG의 해석조항인 제7조 (1)에 신의성실원칙을 넣는 타협적인 해결책에 만족하여야 했다.

70) UNCITRAL Yearbook, Vol, IX, 1978, pp.35~36.

CISG의 해석조항에 신의칙을 규정하는 것이 타당한가에 대해서는 비엔나 외교회의 때에 다시 제기되었다.⁷¹⁾ 두 가지의 수정안이 제시되었는데, 이 두 수정안 모두 그 원칙을 다른 곳에 규정하자는 것이었다. 첫째 제의는 그것을 개별계약의 해석조항부분에 규정하자는 것이고,⁷²⁾ 둘째 제의는 매매계약의 성립, 해석 및 이행에 있어서 당사자들은 신의성실과 국제협력의 원칙을 준수하여야 한다는 특별조항을 채택하여야 한다는 것이었다.⁷³⁾ 이들 두 제안이 일부 지지를 받긴했지만, 지배적인 견해는 이미 **UNCITRAL**이 집중적으로 논의했던 문제에 대하여 논의를 재개하는데 반대하는 입장이었다. 따라서 제7조 (1)은 더 이상의 수정없이 채택되었다.

2. 중국통일계약법상의 법적 기준

계약체결상의 과실책임은 계약체결 과정에서 일방이 신의칙과 법률이 규정한 의무를 위반함으로써 상대방의 신뢰이익에 손해를 가했을 경우 부담해야 하는 손해배상책임이라고 보고 있다. 즉 계약체결상의 과실책임이라 함은 계약의 체결과정에서 일방 당사자가 신의성실의 원칙이나 법률에 의해 부과된 의무를 위반하여 상대방의 손실을 발생시킴으로써 부담해야 하는 배상책임이라고 보고 있다.

중국은 대륙법계 국가이고 민법을 제정함에 있어서 독일 민법의 영향을 많이 받았고 계약체결상의 과실책임에 관한 규정도 독일 민법의 관련 규정을 계수한 것이라고 평가되고 있다.

CLPRC에서는 계약체결 전이나 계약관계가 종료된 후에도 일정한 경우에 계약당사자가 책임을 부담하여야 하는 경우를 규정하고 있다. 계약체결 전에 손해배상책임이 발생할 수 있는 경우가 **CLPRC** 제42조이고, 상업비밀을 누설하거나 부당하게 사용한 경우가 제43조이며, 계약체결 후에 손해배상책임이 발

71) United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna 10 March~11 April, 1980), Official Records, 1981, pp.255-257.

72) Amendment proposed by Norway (A/Conf.97/C.1/L.28).

73) Amendment proposed by Italy (A/Conf.97/C.1/L.59).

생하는 경우가 제92조이다.⁷⁴⁾

CLPRC에서는 계약체결 전이나 계약체결 후에 당사자가 부담하는 책임의 근거를 신의칙 등으로부터 발생하는 의무의 위반에서 구하고 있다.⁷⁵⁾ 특히 계약체결 전에 손해배상책임을 부담해야 하는 이유는 CLPRC에서 계약체결상의 과실책임을 명문으로 규정하고 있고, 그 책임의 근거 역시 신의성실의 원칙으로부터 발생하는 의무의 위반에 있다고 보고 있다.

일반적으로 계약체결단계에서도 당사자는 사회적 접촉으로 서로 영향을 줄 수 있는 범위 내에 들어올 수 있게 되므로 신의성실의 원칙에 따라 거래상 필요한 주의의무를 다함으로써 타인의 재산과 기대이익을 보호할 의무가 발생하게 된다. 따라서 계약체결 단계에서도 법률상의 조정이 필요하며, 당사자는 신의성실의 원칙을 준수하여 부과된 의무를 성실하게 이행하여야 하며, 계약의 구속이 없다고 마음대로 청약을 철회하거나 그 밖에 타인에게 손해를 초래할 수 있는 부정행위를 금하여야 한다. 그렇지 않으면 계약의 성립과 효력발생에 영향을 주어 거래의 안전에 영향을 줄 뿐만 아니라 사인 간의 정상적인 관계의 수립에도 영향을 미치게 된다.⁷⁶⁾ 이에 따라 계약체결단계에서 신의성실의 원칙에 위배되는 행위를 한 당사자에게 부과된 책임이 곧 CLPRC상 계약체결상의 과실책임이라고 볼 수 있다.

74) CLPRC, 第92條：“合同的權利義務終止後，當事人應當遵循誠實信用原則，根據交易習慣履行通知・協助・保密等義務。”(계약의 권리의무가 종료된 후 당사자는 마땅히 성실신용의 원칙을 준수하여야 하며 교역관습에 근거하여 통지・협조・기밀유지 등 의무를 이행하여야 한다)

75) 江 平, 前掲書, 32頁.

76) 王利明 外, 「21世紀法學系列教材 合同法」, 第2版, 中國人民大學出版社, 2007, 76頁.

제4장 계약체결상 과실책임에 관한 판결례

제1절 CISG의 적용

1. 신의칙 위반

(1) 논점과 판결요지

매수인(스페인)과 매도인(독일)은 중고 연삭기(milling machine)에 대한 매매 계약체결하였다. 특별히 당해 매매계약서에는 계약의 이행에 관한 조건으로 매도인이 매수인의 영업장에 연삭기를 최종적으로 설치하여야 한다는 내용이 명시되어 있었다. 다만 매도인의 표준조건에는 중고 기계류의 하자에 대한 어떠한 책임으로부터도 면책된다는 면책조항이 포함되어 있었는데, 이는 계약당사자간 최종 확정주문서(confirmation of order)에 명시된 사항이었다.

그런데 계약의 목적물로서 당해 연삭기는 그 설치과정에서 구동 상 상당한 문제점이 노출되었고, 그 결과 설치기간 또한 예상외로 길어지게 되었다. 결국 이 과정에서 매도인을 대신한 설치자는 연삭기의 하자에 기인하여 결국 설치를 포기하였는데, 다만 전기설비를 담당한 전기기술자는 그나마 연삭기를 무리 없이 설치하기 위해서는 상당한 비용이 투입되어야 한다는 조건으로 그 명세를 매수인에게 청구하게 되었다.

매수인은 이와 같은 명세를 근거로 청구사실을 부당히 여겨 결국 매도인을 상대로 소송을 제기하였는데, 그럼에도 불구하고 매도인은 당해 계약에 포함되어 있는 표준조건과 면책조항을 원용하여 매수인의 주장을 일축하였다.

하급심(lower court)에서는 계약물품의 부적합에 대한 매도인의 책임, 곧 표준조건에서의 면책요건에 관한 규정은 본 소송에서의 사안대비 유효하지 않다고 판결하였으나, 상급심(supreme court)판결에서는 원심판결을 파기하고 이를 반송하였다. 상급심은 하급심으로 하여금 재차 당해 설비에 결함이 존재하는지의 여부는 매수인의 계산과 위험 하에서 행사되어야 함을 분명히 하였을 뿐만 아니라 매도인의 표준조건과 면책조항이 유효함을 인정하였는데, 이는 사

실상 원심파기의 판결이었다. 상급심은 동 판결의 법적 근거로써 계약서에 포함되어 있는 표준조건은 계약의 성립과 해석에 관한 CISG 당해 규정에 의한 일반규정으로 양당사자를 구속하기에 충분하고, 달리 국제사법에 의한 별단의 적용이 고려될 수 없다고 하였다.

(2) 평가

동 판결의 의미는 청약서에 언급된 표준조건은 양당사자를 정히 구속하기에 마땅하고, 이 경우 국제상거래에서 신의의 준수에 관한 일반원칙을 규정하고 있는 CISG 제7조 (1)은 반드시 고려되어야 한다는 원칙을 재차 확인했다는 데서 그 법적 의의를 구할 수 있다.

그렇다면 계약당사자는 당해 규정으로부터 상호협력과 정보제공에 관한 의무를 각기 부담하게 되는데, 이로부터 매수인은 그 자신의 권리를 향유하지 못한 책임을 그 스스로가 감당하여야 할 것으로 이는 국제상사계약에 있어 특별히 표준조건을 원용할 경우에도 공히 적용된다고 하는 바가 당해 판결의 시사점이다.⁷⁷⁾

2. 계약체결상의 하자에 기한 책임⁷⁸⁾

(1) 논점과 판결요지

중국 매수인이 싱가포르 매도인과 대리석에 관한 매매계약을 체결하였다. 매수인이 화물을 받은 후에 매도인에게 일부분 대금만을 지불하였다. 쌍방 당사자가 협상 후 아무 결과가 없는 경우 매도인은 계약에 삽입한 중재조항에 따라 매수인에게 물품대금과 이자지급을 청구의 소로 중재를 제기하였다.

77) 심중석, 전제논문, 14면(판례 재인용).

78) 「<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V11/858/72/PDF/V1185872.pdf?OpenElement>」 이하 본 연구에서 인용하고 있는 웹사이트는 본 연구 제출시점 기준(2014.4.21.) 웹상에 현시(display)되고 있음을 참고한다. 다만, 기술 편의상 프로토콜명(http://)은 생략한다.

이에 대하여 매수인은 매도인에게 계약대로 물품의 계약부적합에 따른 대체 청구, 그리고 이로 인하여 매수인에게 초래한 손실에 대하여 배상청구를 제기하였다.

당사자는 계약에 적용할 법률을 명시적으로 약정하지 않았기 때문에, 중재판정부는 매수인의 영업장과 물품의 인도장소에 의해서 당해 계약과 가장 밀접하게 관련된 국가의 법률이 적용된다고 판정하고 중국 국내법을 적용법으로 보았다. 나아가 중재판정부는 양당사자의 영업소가 서로 다른 CISG체약국에 있기 때문에 CISG가 우선적용 되어야 한다고 판정하였다.

물품대금지급에 관한 다툼에 관하여 중재판정부는 계약의 내용에 비추어 물품대금지급방식이 신용장으로 지급하는 것을 명시적으로 규정하고 있고, 이에 따라 매도인은 매수인이 청약 또는 전부 위험을 부담하는 것을 승낙하는 경우에 선화증권 원본을 매수인에게 교부한 것으로 취급하였다.

이러한 사실과 CISG상 신의칙[제7조 (1)] 규정에 따라 중재판정부는 매수인이 선화증권의 원본(original)을 인수하고 물품을 인도받은 이후 상당한 기간(reasonable time) 내에 매도인에게 물품대금지급 의무를 이행해야 하고, 동시에 당해 대금지급의무는 물품을 인수한 후 품질에 이의가 있는 것은 별론이라고 판정하였다.

또한 중재판정부는 CISG 제38조⁷⁹⁾에 따라 물품이 매수인에 의한 검사를 위한 합리적인 기회도 없이 매수인에 의하여 운송 중에 목적지가 변경되거나 또는 전송되는 경우 검사는 물품이 새로운 목적지에 도착한 이후까지 연기될 수

79) CISG, Art. 38 : “(1) The buyer must examine the goods, or cause them to be examined, within as short a period in the circumstances. (2) If the contract involves carriage of the goods, examination may be deferred until after the goods have arrived at their destination. (3) If the goods are redirected in transit or redispached by the buyer without a reasonable opportunity for examination by him and at the time of the conclusion of the contract the seller knew or ought to have known of the possibility of such redirection or redispach, examination may be deferred until after the goods have arrived at the new destination.” [(1) 매수인은 상황에 비추어 실행가능한 단기간 내에 물품을 검사하거나 검사하게 하여야 한다. (2) 계약이 물품의 운송을 포함하는 경우에는 검사는 물품이 목적지에 도착한 이후까지 연기될 수 있다. (3) 물품이 매수인에 의한 검사를 위한 합리적인 기회도 없이 매수인에 의하여 운송 중에 목적지가 변경되거나 또는 전송되고 또한 계약체결 시에 매도인이 그러한 변경이나 전송의 가능성을 알았거나 또는 알았어야 했던 경우에는 검사는 물품이 새로운 목적지에 도착한 이후까지 연기될 수 있다]

있다고 판정하였다. 나아가 매수인이 검사 지연된 경우 물품의 품질문제가 인도전이나 후에 발생했는지 판정하기 어렵다고 하고, 그렇지만 중재판정부는 관련 증거에 의하여 매도인도 품질문제에 일정한 책임을 져야 한다고 판정했다. 결국 중재판정부는 매도인이 인도한 물품의 하자에 관한 물품대금을 제외하고 매수인이 매도인에게 대금과 이자를 지불해야 한다고 최종 판정하였다.

(2) 평가

물품대금의 쟁의에 대하여 중재판정부는 계약에 대금지급 방식이 신용장에 의한다고 명시적으로 규정되어 있고, 매도인은 매수인이 전부 위험을 부담하는 것을 승낙하는 경우에 선화증권 원본을 매수인에게 교부하였다면 매수인이 물품을 인수한 것이라고 판정하였다.

당해 사실과 신의칙에 관한 CISG 제7조 (1)에 의하여 매수인은 선화증권 원본을 받고 물품을 인수 한 후 즉시 매도인에게 대금을 지급하는 의무를 부담한다고 판정하였다(CISG 제53조).⁸⁰⁾ 동시에 당해 즉시 지급 의무는 물품을 인수한 후 품질에 문제가 있는 이의를 제기함에 인하여 영향을 미칠 수 없다고 판정한 것은 타당하다고 본다.

3. 물품공급상의 하자에 기한 책임⁸¹⁾

(1) 논점과 판결요지

벨기에의 매도인과 프랑스의 매수인이 호출기의 생산과 공급에 대하여 협상을 진행하였다. 양당사자가 후속적인 협상 후 최종 합의서를 체결할 것을 내용으로 의향서를 교환하였다. 다만 이 의향서에는 매수인이 30,000개의 호출기 주문, 인수시간표, 지불할 단가 등을 발송해야 한다고 규정하고 있었다. 또한

80) CISG, Art. 53 : “The buyer must pay the price for the goods and take delivery of them as required by the contract and this Convention.” (매수인은 계약 및 본 협약에 따라, 물품의 대금을 지급하고, 물품의 인도를 수령하여야 한다)

81) 「daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V10/578/32/PDF/V1057832.pdf?OpenElement」

최종합의로서 계약이 체결되기 전후에 쌍방 당사자 간의 상호 관계는 프랑스의 법률로 규율한다고 합의하였다. 쌍방당사자는 지정한 기일 내에 계약을 체결하지 않았지만 계속적으로 구체적인 조건에 대해선 합의하기로 하였다.

이후에 계약의 목적 실행가능성이 불확정 되었다. 곧 크리스마스 기간에 프랑스 호출기의 판매량이 급격히 감소했기 때문이었다. 쌍방은 이 문제에 대하여 우호적으로 해결할 수 있는 방안을 모색하게 되었다.

그러나 매도인은 매수인이 주문을 취소함으로써 계약을 위반했다고 매수인에게 최종 통지하게 되었다. 그러나 매수인은 당해 주문을 인정하지 않았다. 매도인은 매수인에게 물품대금지급을 청구하면서 동시에 당해 30,000개의 호출기를 인수해야 한다는 것을 골자로 상소를 제기하였다.

벨기에 제1심법원은 재판관할권을 갖지 않다고 판단했다. 당해 분쟁 중의 주요 의무는 프랑스에서 이행한 것이기 때문이었다. 이에 매도인은 상소를 제기하였다. 법원에선 매도인의 상소에 비추어 프랑스법률은 프랑스가 이미 가입한 CISG의 규율을 받는다고 판시하였다.

한편 법원은 CISG 제3조 (1)⁸²⁾에 따라 물품을 제조 또는 생산하여 공급하는 계약은 매매로 본다고 하고, 이에 매수인의 주된 의무는 물품대금을 지급하는 것이라고 설시하였다. 의향서에선 물품을 인도하는 장소만을 규정하고 있었지만 물품대금을 지급하는 장소를 규정하지 않고 있었다는 사실에 대해서는 CISG 제57조 (1)⁸³⁾에 따라 매도인의 영업소(벨기에)에서 물품대금을 지급해야

82) CISG, Art. 3 : “(1) Contracts for the supply of goods to be manufactured or produced are to be considered sales unless the party who orders the goods undertakes to supply a substantial part of the materials necessary for such manufacture or production. (2) This Convention does not apply to contracts in which the preponderant part of the obligations of the party who furnishes the goods consists in the supply of labour or other services.” [(1) 물품을 제조 또는 생산하여 공급하는 계약은 매매로 본다. 다만, 물품을 주문한 당사자가 그 제조 또는 생산에 필요한 재료의 실질적인 부분을 공급하기로 한 경우에는 그러하지 아니하다. (2) 본 협약은 물품을 공급하는 당사자 의무의 주된 부분이 노무 그 밖의 서비스 공급에 있는 계약에는 적용되지 아니한다]

83) CISG, Art. 57 : “(1) If the buyer is not bound to pay the price at any other particular place, he must pay it to the seller : (a) at the seller’s place of business; or (b) if the payment is to be made against the handing over of the goods or of documents, at the place where the handing over takes place. (2) The seller must bear any increases in the expenses incidental to payment which is caused by a change in his place of business subsequent to the conclusion of

한다고 판시하였다.⁸⁴⁾

법원은 매매계약의 성립을 규율하고 있는 CISG 제2편에 따라 당해 계약의 기초는 청약과 승낙을 요건으로 한다고 주지하면서 또한 동시에 양당사자는 CISG 제6조의 규정에 기하여 당사자자치의 원칙에 따라 계약상 그 내용의 법적 구속력을 인정하였다. 곧 양당사자가 이미 합의한 의향서는 일종의 원칙적인 협의로 볼 수 있다고 보고 이에 공식적인 계약을 체결하지 않았다고 볼 수 있지만 양당사자가 계속적 합의의 과정에서 그 결론을 도출한 사실로부터 매수인이 주문을 한 적이 없다는 주장은 받아들일 수 없다고 판시하였다.

(2) 평가

본 판결의 의미는 청약서에 언급된 표준조건은 양당사자를 정히 구속하기에 마땅하고, 이 경우 국제상거래에서 신의의 준수에 관한 일반원칙을 규정하고 있는 CISG 제7조 (1)은 반드시 고려되어야 한다는 원칙을 재차 확인했다는 데서 그 법적 의의를 구할 수 있다.

4. 그 밖의 계약체결상 과실책임⁸⁵⁾

(1) 논점과 판결요지

스페인의 매도인(원고)과 오스트리아의 매수인(피고)는 과일과 채소를 매매 계약의 목적물로 계약을 체결하였다. 매수인은 대금지급의무를 이행하지 않았다. 이에 원고는 물품대금청구소송을 제기했다. 피고는 원고와 아무 계약이나

the contract.” [(1) 매수인이 다른 특정한 장소에서 대금을 지급하여야 할 의무가 없는 경우에 매수인은 다음과 같은 장소에서 매도인에게 이를 지급하여야 한다. (a) 매도인의 영업소; (b) 대금이 물품 또는 서류의 인도와 상환으로 지급되어야 하는 경우 그 인도가 행하여지는 장소; (2) 매도인은 계약체결 후에 자신의 영업소를 변경함으로써 발생하는 대금지급에 대한 부수비용의 증가액을 부담하여야 한다]

84) CISG, Art. 5 : “This Convention does not apply to the liability of the seller for death or personal injury caused by the goods to any person.” (본 협약은 물품에 의하여 발생한 사람의 사망 또는 상해에 관한 매도인의 책임에는 적용되지 아니한다)

85) 「daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V06/539/51/PDF/V0653951.pdf?OpenElement」

체결한 적이 없고, 과일과 채소를 매매하는 상업관계는 원고와 그의 자회사 간에 체결한 것이라고 판단하였다. 이에 자회사의 책임자가 자회사를 대표하여 본건 계약을 체결한 것인지, 모회사를 대표하여 행한 것인지가 그 핵심 쟁점이 되었다.

당초 법원은 원고의 소송을 기각했다. 법원은 CISG에서 당사자를 대표하는 문제를 규율하지 않고 있다고 보았다. 이러한 문제는 국제사법의 규칙에 의하여 지정한 법률이 적용되어야 한다고 보았다. 이에 상소법원은 원심을 반송하였다. 곧 상소법원은 자회사 책임자가 피고의 명의로 행사했는지의 여부는 그의 진술에 의하여 결정해야 한다고 판시하였다. 이에 적용법을 CISG로 보았다. 곧 CISG는 계약의 성립 문제를 규율할 뿐만 아니라 당사자의 진술에 대한 해석(CISG 제8조)⁸⁶⁾ 문제도 규율하고 있기 때문이라고 설시하였다. 이에 법원은 당해 계약은 원고와 피고 간에 체결한 것이라고 판단하였다.

(2) 평가

판결의 의미는 청약서에 언급된 표준조건은 양당사자를 정히 구속하기에 마땅하고, 이 경우 국제상거래에서 신의의 준수에 관한 일반원칙을 규정하고 있는 CISG 제7조 (1)은 반드시 고려되어야 한다는 원칙을 재차 확인했다는 데서 그 법적 의의를 구할 수 있다.

86) CISG, Art. 8 : “(1) For the purposes of this Convention statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to his intent where the other party knew or could not have been unaware what that intent was. (2) If the preceding paragraph is not applicable, statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to the understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances. (3) In determining the intent of a party or the understanding a reasonable person would have had, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages and any subsequent conduct of the parties.” [(1) 본 협약의 적용상 당사자의 진술 또는 기타의 행위는 상대방이 그 당사자의 의도를 알았거나, 모를 수 없었던 경우에는 그 당사자 의도에 따라 해석되어야 한다. (2) 전항이 적용되지 아니하는 경우에 당사자의 진술 또는 기타의 행위는 상대방과 동일한 부류의 합리적인 자가 동일한 상황에서 이해하였을 바에 해석되어야 한다. (3) 당사자의 의도 또는 합리적인 자가 이해하였을 바를 결정함에 있어서는 교섭, 당사자 간에 확립된 관습, 관행, 당사자의 후속하는 행위를 포함하여 관련된 일체의 사정을 충분히 고려하여야 한다]

제2절 중국통일계약법의 적용

1. 계약의 목적에 따른 책임⁸⁷⁾

(1) 논점과 판결요지

A는 전력운영용 건물을 건축하기 위하여 엘리베이터 2대의 구매를 계획하고 있었다. 본건은 공개입찰 구매방식으로 하여 B를 포함하여 6개 회사에게 입찰 참가를 요청했다. 입찰요청서를 받은 후 B는 2002년 11월에 입찰의향서와 함께 입찰보증금을 납부했다.

2002년 12월 B는 낙찰자로 선정되었다. 이에 B는 계약이행보증금을 지급하였다. A는 B에 낙찰통지서를 발행하고 2002년 12월말 전에 계약을 체결하겠다고 통보하였다. 그러나 약정된 기간 내에 A는 B와 계약을 체결하지 않았다. 2003년 1월 A는 입찰요청이 중국의 법적 규정에 부합하지 않고, 입찰절차가 부당했을 뿐만 아니라 정부구매법의 유관규정에 부합하지 않는다는 이유로 B에게 본건 낙찰의 무효를 통지하였다.

이에 B는 2003년 3월 법원에 소송을 제기함과 동시에 본건으로부터 비롯된 손해배상을 청구하였다. 중국법원은 본건 행위는 신의칙 위반으로 보아 A는 이에 상당한 법적 책임을 부담해야 한다고 판시하였다. 나아가 B에게 기대이익의 손실 또한 A가 부담하여야 한다고 주문하였다.

(2) 평가

A의 요청과 그 절차에 따라 입찰하고, 동시에 B에게 낙찰통지서를 발송하였다는 사실은 중국통일계약법에 의하여 양당사자에게 공히 효력이 있다고 본 중국 법원의 판단은 계약당사자 자치에 의한 법적 구속력 차원에서나 신의칙의 구현차원에서 매우 적절하였다고 판단된다. 따라서 A가 약정시간 내에 계약체결을 하지 않은 것은 신의칙 위반으로 보아 마땅할 것으로 생각된다.

87) 「china.findlaw.cn/anyou/4187.html」

2. 매매계약의 하자에 기한 책임⁸⁸⁾

(1) 논점과 판결요지

2005년 1월 원고는 한 마켓에서 쇼핑을 하던 중에 계단의 결빙으로부터 넘어져 상해를 입었다. 마켓은 원고를 근처에 있는 병원에 후송하였고 진단은 골절로 판명되었다. 3개월의 치료과정 이후 원고는 마켓에 손해배상을 요구하였다. 이에 마켓은 당시 원고가 영업점 안에 들어가지 않은 상태에서 상해를 입었던 까닭에 양당사자는 계약관계를 형성하지 않았다고 주장하며 원고의 주장을 배척하였다. 원고는 당해 사유를 이유로 법원에 소송을 제기하였다.

법원은 원고는 쇼핑하기 위하여 마켓에 간 것이고 그의 목적은 마켓과 매매계약체결을 하는데 두고 있었기 때문에 그의 행위는 요약행위(要約行爲)에 속한다고 하면서, 이 과정에서 상해를 입은 원고에게 그 주장대로 계약체결상의 과실책임을 부담해야 한다고 판시하였다. 한편 법원은 원고의 상당한 주의의무의 결여를 이유로 이에 상당하는 책임을 비용으로 환산하여 당해 손해배상금액에서의 상계를 주문하였다.

(2) 평가

본 사건에서 원고는 아직 마켓에 들어가지 않았더라도 쇼핑을 하기 위하여 마켓에 갔기 때문에 그의 목적은 매매계약체결이라고 할 수 있다. 법원은 이를 매매계약체결하려는 요약행위로 취급하였다. 원고는 계약체결상 일방당사자로 본 동 법원의 판단은 매우 시의적절 했다고 본다.

88) 「china.findlaw.cn/hetongfa/hetongdongtai/hetongzhishi/xiaoshouhetong/45763.html」

3. 도급경영상의 하자에 기한 책임⁸⁹⁾

(1) 논점과 판결요지

2000년 5월 B는 새로 건립한 빌딩에 대한 도급경영권에 대하여 입찰을 시행하였다. 이에 A회사가 낙찰되었다. 동년 6월 양당사자는 정식으로 도급경영 계약을 체결하였다. 양당사자는 당해 계약을 공증하였다. 다만 당시 계약서에 A의 기명날인은 B의 서식에 부합하지 않았기 때문에 B는 이를 잠시 미루기로 하였다. 그러나 동년 8월 B는 자신 회사의 재무형편과 기명날인의 부재를 이유로 본건 도급경영권에 관한 입찰 모두를 무효화하였다.

법원은 B의 행위는 계약체결상 과실로 볼 수 있다고 판시하였다. 나아가 CLPRC 제42조에 따라 B는 A에게 입찰 또는 계약체결상의 손해를 배상하여야 한다고 최종 판시하였다.

(2) 평가

본안에서 B의 행위는 계약체결상 과실책임으로서 손해배상청구의 원인이 되었다. A가 이미 도급비용을 납부한 것은 본건 계약의 승낙으로 볼 수 있고 이는 B의 요청에 따른 것으로 보아 B의 항변은 있을 수 없다는 것이 본건 법원의 주문이라고 볼 수 있다.

본건에서 계약의 법적 효력에 비추어, CLPRC상 입찰계약은 반드시 서면으로 체결되어야 하기 때문에 본건 도급계약은 법적 발효요건에 흠결이 있다고 본다. 따라서 B의 행위는 계약이 유효하게 성립하기 전에 발생한 것으로 보아 계약체결상의 이익을 보호하는 주의의무를 이행하지 않은 것에 따른 계약체결상의 과실에 속한다는 본건 법원의 판결은 정당하다고 본다.

89) 「china.findlaw.cn/info/xingzheng/gjcg/anli/169464.html」

4. 악의의 협상이 개입된 경우⁹⁰⁾

(1) 논점과 판결요지

A는 새로운 휴대폰이 출시되자마자 휴대폰 구매를 예약하였다. 당시 A는 미성년자이었기 때문에 휴대폰을 구입할 수 없었으나 A의 후견인은 가짜 신분증을 위조하여 A에게 휴대폰을 취득할 수 있도록 하였다. 휴대폰을 구매할 당시 A의 후견인은 상품명세에 비하여 휴대폰의 성능이 뒤떨어지는 것으로 보아 당초 예약을 취소하였다. 이에 B는 A에게 예약금 반환을 거절하였다. A는 그럼에도 불구하고 예약금은 반환되어야 한다고 주장하면서 A를 상대로 법원에 소를 제기하였다.

2) 평가

CLPRC에 의해 당사자는 계약체결 중에 고의로 계약체결에 관련된 중요한 사실을 숨기거나 가짜 정보를 제공하여 상대방에게 손실을 야기한 경우 이에 따른 손해배상책임을 부담해야 한다고 규정하고 있다.

본건에서 A가 B에게 제공한 것은 거짓 정보로서 이 경우 휴대폰을 예정하는 것이 ‘계약체결 중에 가짜 정보를 제공하는 것’에 속하고 예약금은 B가 공급사와 관련하여 불수불가결하게 소요된 비용으로서, 곧 당해 계약의 이행을 위하여 지급한 비용이었다. 법원은 이에 A에게 B가 기 지급한 비용까지 지급할 것을 명하였다. 이 경우 A는 미성년이라는 이유를 들어 그 후견인에게 손해배상책임을 부담해야 한다고 최종 판결하였다.

90) 「court.gmw.cn/html/Art./201108/05/75105.shtml」

5. 그 밖의 계약체결상 과실책임⁹¹⁾

(1) 논점과 판결요지

2009년 9월 A는 B에게 강재(鋼材)를 판매하려는 서한을 보냈다. 당해 서한 내에 강재의 모델번호, 질량, 가격, 수량 등의 내용이 포함되어 있었다. 동시에 B는 본건 서한을 받은 후 10일 내에 확약하여야 한다고 규정하고 있었다.

이후 B는 이 서한을 받은 후 물품대금, 창고, 운송회사 등 그 인수에 따른 사전절차를 모두 준비하고 계약의 이행에 임하였다. 그러나 A는 B에게 본건의 취소서신을 보냈고 이 통지는 9월 10일 B에게 도착했다. B는 A가 이미 그 청약에서 승낙기간을 확정했기 때문에 당해 요약은 취소불능한 청약이라고 보았다. 이에 A의 취소통지는 법적 효력이 없다고 주장하였다. 동시에 A는 이에 상응한 과실책임을 부담해야 한다고 주장하였다. 이에 B는 법원에 소송을 제기하였다.

법원은 A가 B에게 한 청약은 청약으로서 취소불능한 것으로 보아 이로부터 발생한 B의 손실을 배상하여야 한다고 판시하였다. 나아가 A의 행위는 신의칙에 위반한 계약체결전 과실책임을 해당한다고 설시하였다.

(2) 평가

본건에서 A는 계약체결상 과실책임을 부담하여야 한다. CLPRC 제18조에 따라 청약은 취소할 수 있다.⁹²⁾ 당해 취소의 통지는 마땅히 승낙자가 승낙의 통지를 발송하기 전에 승낙자에게 도달하여야 한다. 나아가 제19조에서는 다음 정황 중 하나가 있는 경우 청약의 취소는 인정되지 않는다. 곧 청약자가 승낙기간을 정하고 있거나 또는 그 밖의 형식으로 청약이 취소될 수 없음을 명시한 경우와 승낙자가 청약이 취소될 수 없다고 인정할만한 충분한 이유가 있고

91) 「www.docin.com/p-349325382.html」

92) CLPRC, 第18條 : “要約可以撤銷. 撤銷要約的通知應當在受要約人發出承諾通知之前到達受要約人.” (청약은 취소할 수 있다. 그러나 청약취소의 통지는 피청약자가 승낙통지를 발송하기 전에 상대방에게 도달해야 한다)

이미 계약의 이행을 위하여 준비작업을 진행한 경우로 두고 있다.⁹³⁾

본건에서 A는 승낙기간을 규정하고 있기 때문에 당해 청약은 취소불능인 청약으로 취급할 수 있다. A의 행위는 계약체결전 의무를 위반했다고 볼 수 있다. 동시에 청약은 본건 승낙자의 행위와 일정한 인과관계가 있기 때문에 A가 계약체결상 과실책임을 부담해야 한다는 판정은 타당하다고 본다.

93) CLPRC, 第19條：“有下列情形之一的，要約不得撤銷：(1) 要約人確定了承諾期限或者以其他形式明示要約不可撤銷；(2) 受要約人有理由認為要約是不可撤銷的，並已經為履行合同作了準備工作。” [다음의 어느 것에 해당하는 경우 청약은 취소할 수 없다. (1) 청약 중에 승낙기한을 정한 경우 또는 기타의 방식으로 청약을 취소할 수 없다는 취지를 명시한 경우 (2) 피청약자에게 청약은 취소하지 못한다고 믿을 만한 이유가 있고, 또 이미 계약의 이행을 위해 준비행위를 한 경우]

제5장 요약 및 결론

계약체결상 과실책임은 **Jhering**이 처음으로 주장하였다. 그 내용은 원시적 불능, 금지법규 위반으로 인한 무효인 계약과 관련하여 계약체결상 과실을 수용하는 것은 타당하다는 것이다. 그 법적 근거는 일방이 계약의 유효요건을 충족하지도 못한 상태에서 타방과 계약을 체결한다는 것은 타방을 오도하는 과실이라는데 두었다. 따라서 이 경우 당사자는 계약체결의 과정에서 계약의 유효성을 담보하고 나아가 필요한 상당한 주의를 다하여야 하고, 그럼에도 불구하고 만약 이러한 주의의무를 다하지 못하여 상대방이 손해를 입게 되면 이를 배상하여야 한다고 하였다. 이러한 법리에 기초하여 **Jhering**은 계약체결과정에 있어서 일방의 과실로 인한 손해배상책임은 계약책임도 아니며, 불법행위책임도 아닌, 양책임의 중간에 위치하는 제3의 책임유형으로 보았다.

이 같은 **Jhering**의 계약체결상 과실이론은 독일민법 제정 시에 수용되었다. 이후 학설과 판례는 초기에는 개별적인 계약체결상 과실책임의 법유추와 신의칙에 의하여, 일반적으로 계약체결상 과실이 있으면 그로 인한 손해를 배상하여야 한다는 이론을 발전시켰다. 즉 계약협상단계에 들어가면, 이미 당사자는 높은 주의의무를 지게 되며, 당사자 간에는 특별구속관계가 형성되는 까닭에 이러한 특별구속관계에 있어서 주의의무를 위반하면, 손해배상책임이 발생한다는 것을 일반화하였다.

요컨대 계약체결상 과실책임은 계약체결전 단계에서의 일방의 과실로 타방이 입은 손해를 불법행위책임 또는 손해배상책임으로 보아야 하는지에 그 문제를 두고 있다. 영미법에서는 원칙적으로 계약체결을 위한 협의상의 자유를 보장하기 위하여 독일과 같이 일반적인 계약체결상 과실책임은 인정되고 있지 않지만, 예외적으로 일방이 타방에게 불신포시를 한 경우, 계약협의를 성실히 하기로 합의가 전제된 경우 등에는 계약체결상 과실책임이 인정된다.

그리고 국제적인 통일계약법인 **CISG**에서는 계약체결상 과실책임을 규정하지 아니하고 각국의 국내법의 입법으로 해결하도록 하고 있다. 그러나 **PICC** 및 **PECL**에서는 계약체결상 과실책임을 상세히 규정하고 있는 특징이 있다.

계약체결상 과실책임은 거래를 위한 접촉에서 계약체결 전까지의 기간 동안 일방당사자의 과실로 인하여 타방이 입은 손해를 전보하는 제도이므로 그 손해는 계약이 유효하게 성립된 경우에도 인정되어야 할 것이며, 계약체결상의 성실보장의 수단으로서도 기능하므로 폭넓게 인정할 필요가 있다.

1. CISG하에서의 유의점

CISG의 적용범위 내에 있는 대부분의 계약이 청약과 승낙의 원칙이라는 전통적인 방법에 의해 체결되고 있지만, CISG는 그러한 청약과 승낙의 과정없이 점진적으로 최종계약에 이르는, 즉 당사자 간의 교섭 후에 계약이 체결되는 거래에도 적용가능하다는 점은 이상의 논의에서 보았듯이 분명하다.

이러한 후자의 범주에 속하는 거래에는 여러 가지 문제점이 나타날 수 있다. 즉 어떤 사건에서 계약체결하려는 합의가 있었는지, 또 있었다면 그것이 언제 있었는지를 결정하여야 하는 문제, 교섭과정에서 당사자들이 교환하게 되는 다양한 종류의 서류에 관한 정확한 성격과 그 구속력의 문제, 또는 준수해야 할 서류상의 형식요건에 관한 특별합의에 따른 효과문제 등이 있다.

이러한 모든 문제점들은 여러 가지 면에서 계약성립의 과정과 관련되며, 이에 CISG의 규율범위에 두어야 한다. 다만 경우에 따라 CISG의 유추적용이 개입될 수 있을 것으로도 본다.

CISG는 교섭중의 당사자들의 행위에 관한 계약체결상 과실책임에 관한 문제에 대해서도 침묵하고 있다. 이 문제가 CISG에 의해 해결될 수 있는지의 여부를 결정하기 위해서는 다양한 판결례를 통하여 그 입법의의를 추론하여야 한다. 실제로 교섭중의 손해나 소유권의 침해와 같은 경우와 당사자 일방에 의한 부당한 행위로 체결된 계약이 무효로 되는 경우는 CISG의 범위 밖에 있는 반면에, 당사자들 스스로가 교섭 중에 그들의 권리와 의무를 확정하고 있는 경우와 당사자 일방의 부당한 행위가 합의를 방해한 경우라면 그 상황은 다르게 전개될 수 있다.

계약체결상 과실책임의 문제는 무엇보다도 먼저 교섭중의 부당한 행위로 인하여 당사자 일방이 책임이 있었는지의 여부와, 만약 있었다면 그 정도를 결

정하는 것이며, 둘째로 피해당사자가 이용할 수 있는 구제방안을 결정하는 것이다. CISG를 합리적으로 해석한다면 CISG는 이러한 두 가지 문제에 대한 해결책을 제공할 수 있는 것으로 보인다.

계약체결상 과실책임의 기준에 대해서는 CISG의 해석에 관해 제7조 (1)에서 명시적으로 규정되어 있는 신의칙에서 찾을 수 있을 것이다. 또한 신의칙은 전체적으로 CISG를 유지하고 있는 일반원칙의 하나를 이루고 있는데, 제7조 (2)에 따라 CISG에 명시적으로 규정되어 있지 않은 문제는 이러한 일반원칙을 적용하여 해결할 수 있을 것이다. 구제방안에 관해서도 계약위반시의 구제에 관한 CISG 규정을 유추적용함으로써 해결책을 찾을 수 있을 것이다.

2. 중국통일계약법상의 유의점

CLPRC은 독일민법을 계수하여 계약체결상 과실책임에 관한 명문의 규정을 존치해 두고 있다. CLPRC은 계약체결의 과정에서 거짓으로 계약체결하고 악의적으로 협상을 진행한 경우와, 고의로 계약체결과 관련된 중요사실을 은폐하거나 허위정황을 제공하여 계약이 불성립되거나 무효로 된 경우에 계약체결상 과실책임이 성립하는 것으로 규정하고 있다.

그럼에도 불구하고 중국에서 이 경우 불법행위책임이 발생하지 않는다고 할 수 있는지 의문이 든다. 독일의 경우에는 순수한 재산적 이익에 대한 침해의 경우에는 불법행위가 성립되지 않는다. 그 이유는 독일불법행위법에서는 보호되는 이익이 제한적으로 열거되어 있기 때문이다.

그러나 중국침권책임법은 순수한 재산적 이익에 대한 침해의 경우에도 불법행위가 성립하기 때문에 독일민법과 같이 우회적인 방법, 즉 불법행위책임을 물을 수 없기 때문에 채무불이행책임으로 이론 구성해야 하는 방법을 사용할 필요가 없다고 할 것이다.

계약체결의 과정에서 거짓으로 계약을 체결하여 상대방에게 재산적 손해를 입힌 경우에는 불법행위책임이 성립할 수 있고, 계약체결과 관련하여 중요사실을 은폐하거나 허위정황을 제공하여 계약이 불성립하거나 무효가 되어 상대방에게 재산적 손해를 입힌 경우에도 역시 불법행위책임이 성립할 수 있다.

또한 상업비밀을 누설하거나 부당하게 사용하여 상대방에게 손해를 입힌 경우에도 역시 불법행위책임이 성립할 수 있다.

한편 독일에서 계약체결상 과실책임론이 의미를 갖게 된 이유 중 하나가 바로 사용자의 면책규정이다. 계약체결과정에서 피용자가 개입되었으나 사용자가 피용자의 선임 및 감독의무를 이행한 경우 독일은 사용자면책규정이 적용되어 사용자책임을 물을 수 없지만, 채무불이행책임으로 이론 구성할 경우 채무자에게 책임을 부과할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 중국의 경우 사용자면책규정이 존재하지 않으므로 사용자책임을 바로 적용할 수 있으므로 굳이 채무불이행책임으로 이론 구성할 이유가 없다고 할 것이다.

CLPRC는 1999년에 제정되었고 중국침권책임법은 2009년에 제정되어 두 법 상호간의 역할에 대한 연구가 미진한 상태로 독일이론을 무비판적으로 도입한 것이라 생각된다. CLPRC에서 규정하고 있는 계약체결상 과실책임은 중국침권책임법의 규정을 적용하여 충분히 해결할 수 있으므로 동법상 연관규정은 불필요한 규정이라고 생각된다.

참고문헌

■ 국내 단행본

- 김인호, 「국제물품매매계약에 관한 유엔협약 사례연구」, 법무부, 2006.
- 김상용, 「비교계약법」, 박영사, 2002
- _____, 「민법총칙」, 법문사, 1993.
- 김선광, 「비엔나협약해설」, 경남대학교 출판부, 1997.
- 김대정, 「신회리익개념에 대한 재검토 소고」, 삼영사, 1992.
- 강원진, 「무역계약론」, 제4판, 박영사, 2013.
- 심종석, 「신체계무역상무론」, 삼영사, 2009.
- _____, 「국제상사계약의 이론과 실제」, 대구대학교출판부, 2008.
- _____, 「국제물품매매계약에 관한 UN협약(CISG)의 해석과 적용」, 삼영사, 2013.
- _____, 외, 「신체계국제무역 분쟁사례론」, 한울출판사, 2009.
- 오원석, 「무역계약론」, 제3판, 삼영사, 1998.
- _____, 역, 「UN통일매매법」, 삼영사, 2004.
- 이기수, 「국제거래법」, 세창출판사, 2001.
- 이규철, 「중국계약법총람」, 아진출판사, 2006.
- 임홍근 외, 「국제물품매매계약에 관한 UN협약사의 여러 문제」, 대경문화사, 1991.
- 최준선, 「국제거래법」, 제3판, 삼영사, 2002.
- 현암사, 「법률용어사전」, 제3판, 현암사, 2011.

■ 국내 연구논문

- 김미리, “국제물품매매계약에 관한 UNGUQDIR과 미국통일상법전 제2편에 관한 비교연구”, 경남대학교 대학원 석사학위청구논문, 2006.
- 김민중, “UN매매법의 해석과 흠결보충”, 「전북대학교 동북아법연구」 제4권

- 제1호, 전북대학교 동북아법연구소, 2010.
- 김상용, “계약체결상 과실”, 「사법학의 재조명」 제52권 제4호, 연세대학교 법학연구소, 2003.
- 김선국, “미국계약법연구서설-그 구조와 현대적 의의”, 「재산법연구」 제23권 제3호, 한국재산법학회, 2007.
- 김영호, “상사거래에서의 신의칙법리의 체계”, 「한국상사판례학」 제24권 제2호, 한국상사판례학회, 2011.
- 김인호, “국제물품매매계약에 관한 국제연합협약의 신의성실원칙의 적용범위”, 「법조」 제55권 제9호, 법조협회, 2006.
- 김재완, “계약체결상 과실과 불완전이행의 책임체계구성에 관한 연구 - 신의칙에 기초한 채무구조를 중심으로 -”, 경상대학교 대학원 석사학위 청구논문, 2010.
- 김호동, “계약체결상 과실책임에 관한 연구”, 고려대학교 대학원 석사학위 청구논문, 1995.
- 김형배, “계약체결상 과실책임과 계약관계”, 「법학논집」 제29권, 고려대학교 법학연구원, 1993.
- 김혁용, “계약체결상 과실책임에 관한 소고”, 경희대학교 대학원 석사학위 청구논문, 2002.
- 곽윤직, “계약체결상의 과실”, 「사법행정」 제8권 제5호, 한국사법행정학회, 1967.
- 공순진, “계약체결상 과실책임의 유형적 연구”, 부산대학교 대학원 박사학위 청구논문, 1990.
- 권오승, “계약체결상의 과실책임”, 「고시」 제168권, 법학사, 1988.
- 남윤봉, “계약체결상과실”, 「법학논총」 제12권, 한양대학교 법학연구소, 1995.
- 문상호, “신의칙상의 부수적 주의의무”, 연세대학교 대학원 석사학위 청구논문, 2008.
- 박지동, “계약체결상 과실”, 영남대학교 대학원 석사학위 청구논문, 1966.
- 박정기, “유럽계약법원칙에 있어서 계약책임”, 「국제지역연구」 제3권 제2호, 국제지역학회, 1999.

- 박정제, “계약교섭파기로 인한 법적책임”, 서울대학교 대학원 석사학위청구 논문, 2008.
- 박희호, “계약체결상 과실책임과 위법성”, 「외법논집」 제18집, 한국외국어대학교법학연구소, 2005.
- 박영복, “계약교섭과 교섭자의 책임에 대한 미국법상의 논의”, 「외법논집」, 제12집, 한국외국어대학교, 2002.
- 심종석, “국제상사계약에 있어 계약내용의 해석에 관한 법적 기준”, 「통상법률」 통권 제56호, 법무처, 2007.
- _____, “국제상사계약에 있어 신의칙의 적용기준과 법적규제에 관한 비교연구”, 「통상법률」 통권 제56호, 법무처, 2004.
- _____, “유럽계약법원칙(PECL)하에서 계약책임에 관한 연구”, 「관세학회지」 제6권 제3호, 한국관세학회, 2005.
- _____, “PECL의 일반규정 및 계약의 성립에 관한 규정과 CISG, PICC 규정과의 비교연구”, 「국제상학」 제19권 제1호, 한국국제상학회, 2004.
- _____, “국제상사계약에 있어 계약체결전 과실책임에 관한 비교 연구”, 「국제상학」 제19권 제4호, 한국국제상학회, 2004.
- 서 민, “계약체결상 과실에 관한 연구”, 「상호신용금고」 제67권, 전국상호신용금고연합회, 1989.
- 손홍열, “계약교섭의 부당파기”, 서강대학교 대학원 석사학위청구논문, 2007.
- 엄동섭, “영미법상 계약교섭의 결렬에 따른 책임”, 「민사법학」 제35호, 한국민사법학회, 2007.
- 유연옥, “계약체결상 과실책임”, 성신여자대학교 대학원 석사학위청구논문, 2005.
- 이동원, “계약체결상 과실책임에 관한 연구”, 명지대학교 대학원 석사학위청구논문, 1997.
- 이충훈, “중국민법상의 계약체결상 과실책임”, 「법학논고」, 제38권, 경북대학교 법학연구원, 2012.
- 양채홍, “계약체결전의 과실과 구제방법”, 순천향대학교 대학원 박사학위청

구논문, 2012.

엄동섭, “영미법상 계약교섭의 결렬에 따른 책임”, 「민사법학」 제35권, 한국민사법학회, 2007.

유연옥, “계약체결상 과실책임”, 성신여자대학교 대학원 석사학위 청구논문, 2005.

윤달원, “계약체결상 과실책임”, 「연세법학연구」 제4권, 연세법학회, 1997.

윤형렬, “계약체결상 과실책임의 책임체계의 위상”, 「연세법학연구」 제5권, 연세법학회, 1998.

정기웅, “계약체결상 과실책임”, 「논문집」 제20권, 경찰대학, 2000. 12.

최명국, “비엔나 협약에 있어서의 계약체결상 과실책임문제”, 「무역상무연구」 제10권, 한국무역상무학회학, 1997.

홍성재, “계약체결상 과실책임 법리의 고찰”, 「민사법학」 제50권, 한국민사법학회, 2010.

■ 국외 단행본

江 平, 「中華人民共和國合同法精解」, 中國政法大學出版社, 1999.

童安生, 「民事法律行爲」, 中國政法大學出版社, 2002.

王澤鑒, 「民法學說与判例研究」, 第3版, 中國政法大學出版社, 2005.

王利明, 「違約責任論」, 中國政法大學出版社, 2000.

_____, 「民法」, 第3版, 中國人民大學出版社, 2007.

_____, 「中國民法典學者建議稿及立法理由(債法總則編・合同編)」, 法律出版社, 2005.

_____, 外, 「民法學」, 第2版, 法律出版社, 2009.

_____, 外, 「21世紀法學系列教材 合同法」, 第2版, 中國人民大學出版社, 2007.

崔建遠, 「合同法」, 第1版, 法律出版社, 2003.

我妻榮, 「債權各論(上)」, 東京, 岩波書店, 1978.

松坂佐, 「契約の成立と責任」, 一粒社, 1988.

胡康生, 「合同法實用問答」, 中國商業出版社, 1999.

Franz Leonhard, Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse(Diss.), Gottingen, 1896.

Heldrich, Das Verschulden beim Vertragsabschluss im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung, 1924.

Lando, Beale, H., Principles of European Contract Law, Part I, Part II, prepared by the Commission of European Contract Law, Kluwer Law International, 2000.

Dieter Medicus, Schuldrecht I : Allgemeiner Teil, 6. Aufl, 1992.

Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts B I : Allgemeiner Teil, 6. Aufl, 1992.

Dieter Medicus, Schuldrecht II : Besonderer Teil, 5. Aufl, 1991.

Hübner · Constantinesco, Einführung in das französische Recht, 2. Aufl., 1988.

Aynes · Malaurie, Cours de droit civil les obligations 2nd. ed., 1990.

■ 國외 연구논문

賴少彬, “締約過失責任研究”, 中國政法大學碩士學位請求論文, 2008.

吳艷青, “論締約過失責任”, 「法制与社會」第8期, 2013.

韓力宏, “合同法締約過失責任制度及其法律适用”, 「鐵路採購与物流」第4期, 2011.

朱利平, “合同法之締約過失責任”, 「四川警察學院學報」第2期, 2010.

王秋實, “締約過失責任制度及其适用”, 「陰山學刊」第4期, 1999.

鄭琪宁, “合同洽談中締約過失責任的思考”, 「經濟師」第7期, 2004.

崔建遠, “締約上過失責任論”, 「吉林大學社會科學學報」第3期, 1992.

曹理, “締約過失責任研究”, 中央民族大學碩士學位請求論文, 2007.

李思, “締約過失責任之賠償問題研究”, 中國社會科學院研究生院碩士學位請求論文, 2012.

王海霞, “論締約過失責任”, 中國社會科學院研究生院碩士學位請求論文, 2000.

■ 웹 페이지 자료

「china.findlaw.cn/anyou/4187.html.」

「china.findlaw.cn/hetongfa/hetongdongtai/hetongzhishi/xiaoshouhetong/45763.html.」

「china.findlaw.cn/info/xingzheng/gjcg/anli/169464.html.」

「court.gmw.cn/html/Art./201108/05/75105.shtml.」

「www.docin.com/p-349325382.html.」

「daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V11/858/72/PDF/V1185872.pdf?OpenElement.」

「daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V10/578/32/PDF/V1057832.pdf?OpenElement.」

「daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V06/539/51/PDF/V0653951.pdf?OpenElement.」

A Study on the Pre-Contractual Liability in Contract Law of the People's Republic of China ; Focused on the comparison with CISG

Xiao-Xiao, WU

Department of International Trade
Graduate School, Daegu University
Gyeongbuk, Korea

Supervised by Prof. Chong-Seok, Shim

(Abstract)

The United Nation Convention on Contract for the International Sale of Goods (hereinafter CISG), came into operation on January 1, 1988, is intended to be the centrepiece of international harmonisation of trade law. It has taken effect both in China and Korea. Since CISG is a composite of both civil law and common law concepts, there are many sameness and differences between CISG and Contract Law of the People's Republic of China(hereinafter CLPRC), which has been adopted on March 15, 1999.

CLPRC provides liabilities for damage in Art. 42 and 43. In particular, the article stipulate three cases where one party shall compensate for the loss which the other party suffered. The cases are (1) where one party negotiates for a contract with an intent to deceive the other party; (2) where one party conceals the important facts related to the contract or provides the false information; and (3) where one party discloses trade secret or uses it in the inappropriate manner. The Chinese rules are known to reflect the theory of the German *Culpa in*

contrahendo. There are, however, differences between German and Chinese *Culpa in contrahendo*. Thus, when one party causes damage to the other party's interests simply related to the property, there is no basis for illegal actions. In response to the failure to protect the purely property-related interests, the German *Culpa in contrahendo* emerged to protect the purely property-related interests. In contrast to the German rules, the Chinese Tort Law enacted in 2009 clarifies that when one party causes damage to the purely property-related interests of the other party, the party shall be liable for the illegal actions.

It is widely understood that *Culpa in contrahendo* means the liability to compensate for the loss which is incurred as a result of one party's misconduct another party in the process of negotiating a contract as well as at the stage of preparing for the contract. *Culpa in contrahendo* is known to be derived from certain unique features of German laws. German tort laws list the cases where tort is established, but they do not cover the pure property loss. Thus, the pure property loss which is incurred in the process of negotiating a contract, shall be subject to the contract liability. On the other hand, the Korean Civil Code extends the liability to compensate for loss to the property loss which is incurred at the contract negotiating state. Therefore, we are of the view that there is no need to introduce the theory of *Culpa in contrahendo* to the Korea Civil Code.

Regarding to the fault in negotiating in CLPRC , the CISG only mentions the good faith principle in Art. 7 (1) which rules on the interpretation of the convention as a uniform international law text. According to that provision, the CISG is to be interpreted and applied in a way that the observance of good faith in international trade is promoted. The CISG, however, does not contain an express provision that the individual contract has to obey the maxim of good faith as well.

The principle of fault in negotiating based on the principle of good faith. In fact The principle of fault in negotiating is a embodiment of the principle of good faith during the contract subscribe. The principle of fault in negotiating has some

means: The first is the contracting party has some act include intentional negligence and tort of negligence to break promise before the contract has been signed. Second, the opposite party's loss means actual loss, trust benefit's loss not the benefit of contract carrying out. The last is that there is a causal relation between fault in negotiating and the loss. The principle of fault in negotiating remedied the objection of Contract Law and Tort Law. It has a important means to protecting parties of the contract, it can help to safeguard the bargaining, it can stick up for the principle of good faith, and it can help to stick up for the order of market economy.