

손해배상의 범위에 관한 韓·中·日 법규정의 계통

明 淳 龜 *

I. 문제의 제기	1. 민법원안 제384조에 대한 심의
II. 일본민법: 제416조	2. 민법 제393조의 성립
1. 일본구민법 제385조	3. 민법 제393조의 계통
2. 法典調査會 원안 제410조	IV. 중국계약법: 제113조
3. 法典調査會 원안 제410조에 대한 심의	1. 계약법 제113조의 성립
4. 일본민법 제416조	2. 계약법 제113조의 계통
III. 한국민법: 제393조	V. 맺음말

I. 문제의 제기

손해배상의 요건이 충족되어 책임이 성립한다 하더라도 손해배상의 범위 문제는 계속 남게 된다. 손해배상 규범에 있어서 배상범위는 성립요건 이상으로 까다롭고 예민한 문제이다. 그런 까닭에 대륙법계에 속하는 국가의 민법은 대부분 손해배상의 범위에 관한 규정을 포함하고 있다. 한국, 중국, 일본도 여기에서 예외가 아니다. 그런데 이들 3국의 관련 규정(한국 민법 제393조, 일본민법 제416조, 중국계약법¹⁾ 제113조)을 비교해 보면 “비슷하면서도 또한 다르다!”는 느낌을 가지게 된다.

우선, 비슷한 점을 본다. 가장 눈에 띄는 유사점으로 ‘豫見’이라는 표지

* 高麗大學校 法科大學 教授 法學博士, 법무부 민법개정위원회 위원.

1) 중국에서는 계약법을 ‘合同法’이라고 하며 중국계약법의 원 명칭은 ‘중화인민공화국 합동법’이지만 이 글에서는 ‘중국계약법’이라는 표현을 사용한다.

를 사용하고 있다는 것을 들 수 있다. 손해배상의 범위를 판단함에 있어서 '豫見'을 핵심기준으로 삼았다는 것은 결코 적지 않은 의미를 가진다. 왜냐하면 이러한 사실은 韓·中·日의 손해배상의 범위에 관한 규정이 동일한 계통에 속할 가능성을 반영하기 때문이다. 한국민법의 계보로 볼 때 한국과 일본의 관련규정이 같은 계통이라는 점은 새삼스럽다 할 수 없겠지만, 중국의 규정도 같은 계통에 속한다면 이는 꽤 흥미로운 일이다. 다음으로, 다른 점을 본다. 세부적으로 보면 3국의 손해배상의 범위에 관한 규정의 문언은 물론 내용에 있어서도 적지 않은 차이를 발견할 수 있다.

여기에서 다음과 같은 의문들이 다가온다. 3국의 규정 사이의 유사점은 어디에서 비롯된 것일까? 중국계약법 제113조의 입안과정에서 일본민법 제416조(내지 한국민법 제393조)가 일정한 영향을 준 것은 아닐까? 3국의 규정 사이의 차이점은 도대체 어디에서 비롯된 것일까? 아래에서는 비교법과 입법과정에 대한 분석을 중심으로 위에서 지적한 흥미로운 의문점들을 풀어보기로 한다.

II. 일본민법: 제416조

일본은 당시 일본정부의 법률고문이었던 프랑스 학자 보아소나드(Gustave Emile Boissonade: 1825-1910) 교수가 기초한 민법전을 1890년에 공포하고 1893년 1월 1일부터 시행할 예정이었다. 이 민법은 그 체계와 내용에 있어서 프랑스민법전을 모방한 것이었다. 그런데 프랑스민법전이라는 것이 프랑스대혁명과 공화정을 경험한 프랑스의 역사가 크게 반영된 것이어서, 그 사정이 현저하게 다른 일본사회에 그대로 적용하는 것이 타당화가 하는 점에 대하여 의문을 가지고 있던 사람들이 적지 않았다. 그리하여 민법을 예정대로 시행하여야 한다는 입장(소위 '시행론')과 시행을 연기하여야 한다는 입장(소위 '연기론')이 대립하게 되었는데, 결과는 연기론자들의 승리였다. 이렇게 시행되지도 못한 채 폐지된 민법전을 일본에서는 '舊民法' 또는 '보아소나드 민법전'이라고 한다. 일본정부는 1893년 다시 일본의 학자들로 구성된 '法典調査會'를 설치하여 민법초안을 작성하도록 하였다. 총

칙편, 물권편 및 채권편은 1895년에, 그리고 친족편과 상속편은 1897년에 초안이 완성되었다. 이것이 1898년 7월 16일부터 시행된 일본의 현행 민법 전이다.

1. 일본구민법 제385조

대부분의 경우가 그러하듯 일본민법 제416조의 성립과정에 대한 탐구도 일본구민법(소위 ‘보아소나드 민법’)으로부터 시작하는 것이 적절하다고 본다. 일본구민법에 있어서 손해배상의 범위에 관한 규정은 제385조이다. 이 조문은 다음과 같이 규정하고 있었다.²⁾

일본구민법 제385조 ① 손해배상은 채권자가 받은 손실의 價金 및 그 잃은 이득의 전보를 포함한다.

② 그러나 채권자의 악의없이 해태만으로 나온 불이행 또는 지연에 관하여는 손해배상은 당사자가 합의시에 豫見 또는 豫見할 수 있었을 손실과 이득의 상실만을 포함한다.

③ 악의의 경우에는 豫見할 수 없었던 손실일지라도 그것이 불이행에서 생기는 결과로서 피할 수 없는 것일 때에는 채무자가 그 배상을 부담한다.³⁾

일본구민법 제385조는 프랑스민법 규정의 의미를 그대로 옮긴 것이었

2) 鄭鍾休, ‘損害賠償의 範圍規定의 構造’, 『損害賠償法의 諸問題』(誠軒黃迪仁博士華甲記念), 博英社, 1990, 74면에 의함.

3) 제3항에 대한 鄭 교수의 번역은 정확하지 않다. 鄭 교수는 “악의의 경우에는 豫見했어야 할 손실일지라도 불이행에서 생기는 결과로서 피할 수 없는 것일 때에는 채무자가 그 배상을 부담한다.”라고 번역하였다. 그런데 이 조문의 프랑스어 버전은 “Dans le cas de mauvaise foi, le débiteur doit les dommages-intérêts même imprévus, pourvu qu'ils soient la suite inévitable de l'inexécution.”(『Code Civil de l'empire du Japon Accompagné d'un Exposé des Motifs』, Tome Premier Texte, 信山社, 1891, 156면)이고, 일본어 버전은 “惡意ノ場合ニ於テハ豫見スルヲ得サリシ損害ト雖モ不履行ヨリ生スル結果ニシテ避ク可カラサルモノタルトキハ債務者其賠償ヲ負擔ス”(前田達明 편, ‘舊民法(明治23年3月27日)’:『史料民法典』, 成文堂, 2004, 984면)로서, 鄭 교수의 번역부분 중 “豫見했어야 할 손실일지라도” 부분은 “豫見할 수 없었던 손실일지라도” 정도로 바꾸어야 할 것이다.

다. 즉 일본구민법 제385조 제1항은 프랑스민법 제1149조, 제2항은 제1150조, 제3항은 제1151조에 대응하며, 형식과 표현상의 차이만 있을 뿐 내용에 있어서는 프랑스민법의 그것과 같다고 볼 수 있다.⁴⁾ 두 민법의 유사성 중에서 법계통의 시각에서 중요하다고 인정되는 사항을 보면 다음과 같다: ① 손해가 고의에 의한 채무불이행의 결과인가 과실에 의한 결과인가에 따라 배상범위를 차별한다; ② 과실에 의한 채무불이행으로 인하여 발생한 손해에 대한 배상범위는 예견손해로 제한된다; ③ 예견 여부에 대한 판단의 기준시점은 계약체결시이다; ④ 고의의 채무불이행으로 인한 손해라 하더라도 간접적인 손해는 배상범위에서 제외된다.⁵⁾

2. 法典調査會 원안 제410조

일본구민법을 대체하기 위하여 조직된 법전조사회에 제출된 민법안에서 손해배상의 범위에 관한 규정은 제410조이다. 이 조문은 다음과 같이 규정하고 있었다.⁶⁾

-
- 4) 프랑스민법의 관계 규정은 다음과 같다(번역은 명순구, 『프랑스민법전』, 법문사, 2004, 523면에 의함):
- 제1149조: 채권자에게 귀속되어야 할 손해배상은, 이하의 규정에서 정하는 예외 또는 변경의 경우를 제외하고는, 원칙적으로 그가 입은 적극손실 및 상실한 소극 이익으로 한다.
 - 제1150조: 고의에 의한 채무불이행이 아닌 경우에 채무자는 계약체결시에 예견하였거나 예견할 수 있었던 손해에 대하여만 배상책임이 있다.
 - 제1151조 채무불이행이 고의에 의한 경우라 할지라도 채권자가 입은 당해 적극손해 및 일실이익이 계약채무불이행의 직접적이며 즉각적인 결과인 경우에 한하여 손해배상범위에 포함된다.
- 5) 고의의 채무불이행의 경우라 하더라도 간접손해는 배상범위에서 제외된다는 취지를 표현함에 있어서 프랑스민법과 일본구민법은 각각 다른 문언을 사용하고 있다. 프랑스민법 제1151조는 ‘불이행의 직접적이며 즉각적인 결과’(suite immédiate et directe de l’inexécution)라고 표현하고, 일본구민법은 ‘불이행의 피할 수 없는 결과’(suite inévitable de l’inexécution)라고 표현한다. 그러나 그 실제적인 의미에 차이가 있는 것은 아니다.
- 6) 아래 번역은 鄭鍾休, 앞의 논문 ‘損害賠償의 範圍規定의 構造’, 75면에 의함.

법전조사회 원안 제410조 ① 손해배상의 청구는 通常의 경우에 있어서 채무의 불이행으로부터 생긴 손해의 배상을 하게 함을 목적으로 한다.

② 당사자가 처음부터 예견하거나 예견할 수 있었을 손해에 관하여는 特別한 事情에 의해 발생한 것이라도 그 배상을 청구할 수 있다.

(1) 원안 제410조의 기초의사와 그에 대한 평가

원안 제410조는 그 문언과 내용에 있어서 현행 일본민법 제416조와 비교하여 몇 가지 차이가 있지만 구민법 제385조에 비해서는 현행 일본민법 제416조와의 유사성이 현저하다. 원안 제410조를 기초한 사람은 당시 영국에서 유학하여 영국법에 정통했던 穗積陳重이었는데, 다음에서는 그가 말하는 이 조문의 기초취지를 소개하고⁷⁾ 그에 대하여 각각 평가를 시도해 보기로 한다.

(가) 취지 1

<1> 穗積陳重의 발언 취지: 불이행과 손해 사이에 어느 정도의 관계가 있으면 되는가에 관하여 직접원인·간접원인의 구별을 배척하였다. 간접손해를 손해배상의 범위에서 제외하고 있는 프랑스민법주의와 달리 독일민법주의는 원인·결과의 관계가 명확하기만 하면 손해배상을 청구할 수 있도록 한다. 채권자는 채무의 이행으로부터 일정한 이익을 예상하고 있으므로 어떤 손해가 불이행으로 인한 결과임을 법정에서 증명할 수 있다면 원상회복을 인정하는 것이 당연하다.

<2> 평가: 穗積陳重의 위 발언은 우선 원안 제410조가 구민법 제410조 제3항의 기본취지와 결별했음을 말해주고 있다. 즉 어떤 경우이든 간접손해(dommage indirect)는 배상범위에 들어올 수 없다는 프랑스식의 손해배상범위에 대한 기준 중의 하나를 배척한 것이다. 프랑스식의 간접손해·직접손해의 구별을 독일식의 인과관계론으로 대체한 것이다. 그런데 이와 같은 전환이 실질적인 의미를 가지는 것으로 보기는 어렵다. 독일식의 인과관계론에 의한다 하여 인과관계가 인정되는 모든 결과를 배상범위에 포함

7) 이하 穗積陳重의 기초취지에 대한 소개는 鄭鍾休, 앞의 논문 '損害賠償의 範圍規定의 構造', 76-78면에서 『法典調査會民法議事速記錄』 第18卷의 관계 부분을 인용한 것을 요약한 것이다.

되는 손해로 파악하는 것은 아니기 때문이다. 독일의 인과관계론에 따라 손해배상의 범위로 확정된 결과와 프랑스민법의 직접손해 사이에 실제적인 차이가 있다고 볼 수는 없을 것이다. 즉 독일법에서는 연속되는 인과과정에서 어느 부분까지를 배상범위로 할 것인가를 고민하는 반면, 프랑스법은 어떤 결과가 직접손해인지 간접손해인지를 놓고 고심하는 정도의 차이가 있을 뿐이다.

(나) 취지 2

<1> 穗積陳重의 발언 취지: 손해배상의 범위를 놓고 악의에 의한 불이행과 과실에 의한 불이행을 구별하는 태도를 배척하였다. 손해배상에 있어서는 채권자를 원래의 모습으로 돌리는 것이 중요하다. 채권자의 모습을 표준으로 삼지 않고 채무자의 모습을 표준으로 삼는 것은 아무래도 이치에 맞지 않는다. 손해배상은 채무자를 징벌하는 것이 아니라 채권자를 원래의 모습으로 회복하는 것이다.

<2> 평가: 穗積陳重의 위 발언은 유책정도에 따라 배상범위를 차별하는 구민법 제410조와 결별했음을 의미한다. 근대적 의미의 민사책임의 내용은 배상의무자의 행태가 고의인가 과실인가에 따라 달라지지 않는 것이 원칙이다. 그러므로 穗積陳重의 위 발언은 매우 적절하다고 생각한다.

(다) 취지 3

<1> 穗積陳重의 발언 취지: 배상되어야 할 손해에 적극손해 뿐만 아니라 일실이익도 포함된다는 사실은 당연한 것이다. 이것은 법률에 규정하지 않아도 문제되지 않는다.

<2> 평가: 법률은 교과서와 같은 방식의 논리와 체계를 가질 필요가 없다. 당연하다고 여겨지는 사항을 굳이 명문으로 규정할 필요는 없을 것이다. 이런 점에서 볼 때 穗積陳重의 지적은 적절하다고 생각한다.

(라) 취지 4

<1> 穗積陳重의 발언 취지: 예건은 아무래도 채권관계의 성질상 손해배상의 하나의 표준으로 해야 한다. 예건 또는 예견할 수 있었을 것이라면 특별한 사정에서 생긴 손해라 하더라도 배상을 청구할 수 있다. 예컨대, 시가 100원짜리 물건이지만 매수인이 1000원으로 이용하고자 이 물건을 매

수한 경우 매도인이 그 물건을 넘기지 않으면 매수인이 1000원의 손해를 입는다는 특별한 사정을 알고 있었다면 그 손해도 배상해야 하는 것이다. 영국의 유명한 판례이론도 이와 같다.

<2> 평가: 穗積陳重은 손해배상 범위의 판단기준으로서 '예견'이라는 관념을 당연한 것으로 이해했던 것 같다. '예견'의 개념은 프랑스민법의 절대적 영향 아래 성립된 일본구민법(제385조)에도 있었던 것이지만 穗積陳重은 특별히 영국 판례이론을 전거로 들고 있다.

(2) 원안 제410조의 계통

위에서 살펴본 바와 같이 법전조사회 원안 제410조는 일본구민법 제385조와 상당히 큰 차이를 보이고 있다. 주지하는 바와 같이 법전조사회의 원안은 독일민법 제1초안의 영향이 현저하다. 그렇다면 원안 제410조는 프랑스민법의 계통에서 벗어나 독일민법의 계통에 속하게 된 것일까? 일본의 어떤 학자도 그렇게 평가하는 사람은 없는 것 같다.

원안 제410조의 계통에 대해서는 크게 두 입장이 있다.

하나는, 일본구민법 제385조와 독일민법 제1초안 제218조의 절충이라는 견해이다.⁸⁾ 독일민법 제1초안 제218조는 현행 독일민법 제252조에 대응하는데, 이 규정에는 '사물의 통상적 경과에 비추어'(nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge)라든가 '특별한 사정에 비추어'(nach dem besonderen Umständen)와 같은 문구가 포함되어 있다는 사실에 착안한 주장이다. 그러나 독일민법의 이 규정은 일실회의 이유로 포섭되는 범위를 정한 것으로 법전조사회의 원안 제410조와는 그 규율대상을 전혀 달리하는 것이다. 현재 이 견해를 지지하는 학자는 없다.

다른 하나는 원안 제410조의 연원을 프랑스민법 제1150조에 영향을 받은 영국의 판례이론에서 찾는 입장이다. 이것이 현재 일반적으로 받아들여지고 있는 입장이다. 19세기 영국은 계약법 분야에서 프랑스민법의 영향을 받은 분야가 많은데 그 대표적인 것이 착오(mistake)와 손해배상의 범위였

8) 鄭鍾休, 앞의 논문 '損害賠償의 範圍規定의 構造', 78면, 각주 43의 문헌 참조.

다.⁹⁾ 손해배상의 범위에 관한 영국의 리딩케이스는 1854의 *Hadley v. Baxendale* 사안이다.¹⁰⁾ 이 사안에서 Alderson 판사는, 계약위반으로 인하여 손해를 입은 당사자가 주장할 수 있는 손해배상은 ① 그 계약위반 자체로부터 당연히, 즉 사물의 통상적인 과정에 따라서 발생할 것으로 생각되는 공정하고 합리적인 손해이든가, 혹은 ② 계약체결시에 양당사자가 불이행의 개연적인 결과라고 예상할 수 있었던 합리적인 손해이어야 한다는 취지로 판시하였다.¹¹⁾ *Hadley v. Baxendale* 사안에서 제시한 원칙은 프랑스 민법과는 차이가 많은데, 특히 손해배상의 범위에 있어서 약의에 의한 불이행과 과실에 의한 불이행을 차별하지 않았다는 점과 직접손해와 간접손해의 구분을 채택하지 않은 점을 들 수 있다. 요컨대, 법전조사회 원안 제 410조는 예견 내지 예견가능성을 손해배상의 한계점¹²⁾으로 파악하는 영국

-
- 9) 김옥곤/양창수/명순구/김기창/D. Houtcief/G. Lardeux/R. Sefton-Green/Y.-M. Serinet, 『세계화지향의 사법: 그 배경과 한국·프랑스의 적용』, 세창출판사, 2006, 205면 참조.
- 10) (1854) 156 E.R. 145. 이 사안에서 제시된 판례이론이 프랑스민법의 영향으로 형성된 것이라는 사실에 대해서는 학자들 사이에 의문의 여지가 없다. 이와 같은 취지로는 鄭鍾休, 앞의 논문 '損害賠償의 範圍規定의 構造', 81면, 각주 50에서 들고 있는 문헌 이외에 김옥곤/양창수/명순구/김기창/D. Houtcief/G. Lardeux/R. Sefton-Green/Y.-M. Serinet, 앞의 책 『세계화지향의 사법: 그 배경과 한국·프랑스의 적용』, 205면, 각주 14에서 R. Sefton-Green 교수가 들고 있는 문헌도 참조.
- 11) 원문은 다음과 같다: "Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e., according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it."
- 12) 이러한 태도는 미국 계약법에서도 동일하다. '예견불가능성 및 손해배상범위의 제한'이라는 표제의 Restatement(Second) of Contract §51은 다음과 같이 규정하고 있다: (1) 계약체결시 위반당사자가 계약위반의 개연적인 결과라고 예견하지 못한 손해에 관해서는 손해배상을 받을 수 없다. (2) 손해는 다음과 같은 경우에 있어서 계약위반의 개연적인 결과로서 예견될 수 있다: (a) 손해가 계약위반 사실의 통상적인 과정으로부터 발생하는 경우 또는 (b) 손해가 계약위반 사실의 통상적인 과정을 초과하는 특별한 사정으로부터 발생하였다는 것을 계약위반 당사자가 알

판레이론(Hadley v. Baxendale 사안)¹³⁾을 계수한 것이다.

3. 法典調査會 원안 제410조에 대한 심의

穂積陳重이 기초한 원안 제410조에 대하여 위원들 사이에 공방이 벌어졌다. 다음에서는 심의 경과에 나타난 주요사항 몇 가지를 살펴보기로 한다.¹⁴⁾

(1) 1개 항으로 통합하여 규율하는 문제

원안 제410조가 2개의 항으로 구분하여 규율한 것에 대하여 土方寧은 1개의 항으로 통합하여 규율할 것을 주장하며 다음과 같은 수정안을 제출하였다: “손해배상의 청구는 당사자가 처음부터 예견하거나 예견할 수 있었을 손해의 배상을 하게 함을 목적으로 한다.” 土方寧에 따르면, 일반인이라면 당연히 예견하여야 할 손해의 경우에는 비록 채무자가 현실적으로 예견하지 못했다 하더라도 예견한 것으로 보아야 할 것이므로 굳이 제1항과 제2항으로 분리하여 규율할 필요가 없다는 것이다. 그리고 土方寧은 2개의 항으로 규정하게 되면 구민법에서 취하였던 직접손해와 간접손해의 관념을 인정하는 것처럼 보일 수 있다는 점도 지적하였다. 土方寧은 자신의 수

수 있었던 경우.

13) Hadley v. Baxendale 사안에서 제시된 원칙은 1949년 Victoria Laundry (Windsor) Ltd v. Newman Industries Ltd 사안에서 재확인 내지 정비되었다(Victoria Laundry (Windsor) Ltd v. Newman Industries Ltd [1949] 1 All ER 997, 1002). 이 사안에서 확인한 원칙은 다음과 같은 취지이다: ① 사물의 통상적인 경과에 의한 손해는 실제적인 예견가능성 여부와 무관하게 배상하여야 한다; ② 특별한 사정(special circumstances)에 의한 손해는 그 특별한 사정이 계약위반자(contract-breaker)에게 알려져 있었을 때에 배상범위에 들어간다. 시기적으로 볼 때 1949년 사안이 法典調査會 원안에 영향을 미친 것은 아니며 1949년 사안이 Hadley v. Baxendale 사안의 원칙을 변경한 것도 아니다. 1949년 사안은 그보다 약 100년 전의 1854년의 Hadley v. Baxendale 사안의 원칙을 그야말로 ‘restate’한 것에 불과하다.

14) 구체적인 내용은 法典調査會民議事速記録을 분석하여 소개한 鄭鍾休, 앞의 논문 ‘損害賠償의 範圍規定의 構造’, 83-88면 참조.

정안이 원안의 내용을 변경하는 것도 아니라고 주장하며 이를 관철하고자 했으나 채택되지 않았다.

(2) 예건의 시기

예건의 시기에 대하여 원안 제410조 제2항은 “처음부터 예건하거나 예견할 수 있었을 손해”라고 하여 예건의 시점이 계약체결시라는 점을 분명히 했다. 이는 계약체결시에는 예건하지 못했거나 예견할 수 없었지만 그 후로부터 이행기까지의 어느 시점에서는 비록 예견했거나 예견할 수 있었다 하더라도 이는 배상범위에 영향을 주지 않는다는 것이다. 예견시점에 관한 원안 제410조 제2항은 프랑스민법(제1150조)과 Hadley v. Baxendale 사안의 태도를 충실히 계승한 것으로 볼 수 있다. 그런데 원안에 대한 심의과정에서 예건의 시점을 계약체결시로 제한하는 것에 대하여 반대의견(磯部四郎, 田部芳, 梅謙次郎, 井上正一 등)이 제시되었다. 이들은 원안의 ‘처음부터’를 삭제하여 예건의 판단시점을 계약성립 후 이행기까지로 확대하는 내용의 수정안을 제안하였다. 수정이유는 물론 배상의 범위를 확대하기 위한 것이다. 이와 관련하여 梅謙次郎은 다음과 같은 취지로 발언하였다: 어떤 채무자가 이행을 하지 않는 것은 그 책임이 채무자에게 있는 것이므로, 그것 때문에 조금이라도 채권자가 조금이라도 손해를 받아서는 안 된다는 것이 원칙이어야 한다. 손해배상의 청구는 채무불이행으로부터 생기는 일체의 손해를 배상함을 목적으로 하는 것이다. 수정제안에 대하여 원안기초자인 穂積陳重은 다음과 같은 취지의 발언으로 방어하였다: 계약 관계에 있어서 계약이 성립된 후 나중의 사정에 의해 당초에는 생각하지도 못했던 것을 부담하도록 하는 것은 아무래도 너무하다.

제410조 제2항에서 ‘처음부터’라는 문언을 삭제할 것인가에 대하여 위원들 사이에 합의가 이루어지지 못하여 이루어진 표결에서 이 문언을 삭제하는 수정안¹⁵⁾이 다수결로 채택되었다.

15) 田部芳의 수정안을 말한다. 이 수정안은 예건의 시점뿐만 아니라 예건의 대상 문제도 포함되어 있다. 즉 원안은 예건의 대상을 ‘損害’로 규정하고 있으나 수정안은 예건의 대상을 ‘事情’으로 정하고 있다.

4. 일본민법 제416조

위와 같은 과정을 거쳐 일본민법 제416조가 탄생하였다. 그 내용은 다음과 같다:

일본민법 제416조 ① 손해배상의 청구는 채무의 불이행으로 인하여 통상 생기는 손해의 배상을 하게 함을 그 목적으로 한다.

② 특별한 사정으로 인해 생긴 손해라 할지라도 당사자가 그 사정을 예견 또는 예견할 수 있었을 때에는 채권자는 그 배상을 청구할 수 있다.

위 규정은 1898년 7월 16일부터 시행된 이래 내용상의 변경 없이 오늘에 이르고 있다. 그런데 예견의 시점은 프랑스민법과 코먼로에서와 같이 '계약체결시'를 기준시점으로 보는 것이 타당하다고 생각한다. 왜냐하면 당사자간의 이해관계가 조정되는 시점은 어디까지나 계약의 성립시로 보아야 할 것이고, 계약성립 후의 사정은 각 당사자가 개별적으로 책임을 져야 할 영역이기 때문이다.

일본민법 제416조의 계통에 대하여 과거에는 이를 독일민법에서 구하는 견해도 있었다.¹⁶⁾ 그러나 이러한 태도는 한때 독일민법 내지 독일민법학에 경도되었던 일본민법학의 시대 분위기가 낳은 오해의 결과라고 본다. 일본민법 제416조는 독일민법과는 계통적으로 볼 때 아무런 관련이 없는 규정이다.

Ⅲ. 한국민법: 제393조

한국민법의 제정에 대하여 간접적으로 관련되는 것까지 포함한다면 그 제정작업은 최소한 구한말부터 시작되었다고 말할 수 있다.¹⁷⁾ 그런데 현행민법의 제정과 직접적으로 연결되는 사항에 한정하여 볼 때 그 작업의

16) 이에 대해서는 鄭鍾休, 앞의 논문 '損害賠償의 範圍規定의 構造', 90면 참조.

17) 이에 대해서는 崔鐘庫, 『韓國法學史』, 博英社, 1990, 81면 이하 등 참조.

시작은 1948년 9월 15일 대통령령 제4호 ‘法典編纂委員會職制’¹⁸⁾의 제정이
고, 그 끝은 1958년 2월 22일 법률 제471호 ‘民法’¹⁹⁾의 공포이다.²⁰⁾

다음에서는 한국민법 제393조의 입법과정을 더듬어 보고 그 계통을 파악
해 보기로 한다.

1. 민법원안 제384조에 대한 심의

1957년 11월 5일 민법 제정을 위하여 민법원안(정부안)이 법제사법위원
회의 수정안, 玄錫虎 의원의 수정안 등과 함께 제26회 국회 본회의에 상정
되었다. 민법원안에서는 제384조가 손해배상의 범위에 관한 규정이며, 그
내용은 다음과 같다.

민법원안 제384조 ① 채무불이행으로 인한 손해는 보통 생기는 손해를 배상한다.

② 특별한 사정으로 인한 손해는 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을
때에 한하여 배상의 책임이 있다.

민법원안 제384조에 대해서는 법제사법위원회 민법안심소위원회는 특
별한 이의 없이 원안에 합의하였다.²¹⁾ 개별 국회의원들로부터 어떠한 수
정안도 제출되지 않았다. 그리고 민법 제정과 관련하여 당시 적극적인 의
견을 개진하였던 민사법연구회(현재 ‘사단법인 한국민사법학회’의 전신)에
서도 특별한 의견을 내지 않았다. 이러한 사정들로 미루어 볼 때 손해배상
의 범위에 관한 민법원안 제384조에 대해서는 특별한 이견이 없었다. 법제
사법위원회 민법안심소위원회의 심의에서 소위원회는 민법원안 제384조
가 의용민법 제416조와 같은 취지인 것으로 이해하고 있었다.²²⁾

18) 『官報』 제4호(1948. 9. 15.), 17면 수록.

19) 『官報』 제1983호(1958. 2. 22.), 1-296면 수록.

20) 한국민법의 제정과정에 대하여 자세한 것은 명순구, 『실록 대한민국민법 1』, 법문
사, 2008, 1면 이하 참조.

21) 法制司法委員會 民法案審議小委員會, 『民法案審議錄 上卷』, 235면 참조.

22) 앞의 책 『民法案審議錄 上卷』, 235면 참조.

당시 시행중이던 국회법에 따르면 법률안의 의결은 국회 본회의에서 원칙적으로 3독회를 거쳐야 했다(당시 국회법 제38조 제1항 본문). 대체토론으로 진행된 민법안에 대한 제1독회에 있어서 민법원안 제384조는 단 한번도 거론되지 않았다. 그만큼 이 조문은 전혀 법률가의 관심대상이 아니었다. 제2독회는 어떠했나? 1957년 11월 25일 제26회 국회 제45차 회의에서 수정안이 있는 조문에 대해서만 토론·표결하고 그 나머지 조문은 일괄 표결하기로 결의하였다.²³⁾ 그런데 민법원안 제384조에 대해서는 수정안이 제출되지 않아 본회의에서 토론이 전혀 없었다. 민법안 심의에 있어서 제3독회는 생략되었다.²⁴⁾

2. 민법 제393조의 성립

1957년 12월 17일 정오 경 민법안이 국회 본회의를 통과하였다. 그리고 1958년 2월 22일 이승만 대통령은 법률 제471호 '민법'을 공포하였다. 손해배상의 범위에 관한 '민법'의 규정은 제393조이며, 그 내용은 다음과 같다.

민법 제393조 [손해배상의 범위] ① 채무불이행으로 인한 손해배상은 통상의 손해를 그 한도로 한다.

② 특별한 사정으로 인한 손해는 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상의 책임이 있다.

민법원안 제384조는 심의과정에서 아무런 수정이 없었다. 그러므로 민법원안 제384조와 민법 제393조는 동일하여야 한다. 양 조문의 제2항은 동일하다. 그런데 제1항의 문언 사이에는 상당한 차이가 있다. 이와 같은 현상은 얼른 이해하기 어려운 일이다. 그러나 민법 제정과정을 보면 어느 단계에서 그와 같은 문언의 변경이 있었는지 알 수는 있다.

민법안 심의 막바지인 1957년 12월 17일 민법안에 대한 제2독회가 종료

23) 제26회 국회정기회속기록 제45호, 국회사무처, 1957. 11. 25, 6면 참조.

24) 국회의 결의로 제3독회를 생략할 수 있었다(당시 국회법 제38조 제1항 단서).

된 후 법제사법위원회장 대리 張暲根 의원은 다음과 같은 발언을 한다.

“... 자구수정과 각 조문 아래 조문의 제목을 붙이는 것이 있습니다... 이것은 전부 법제사법위원회에서 준비가 되어 있습니다. 자구수정 및 조문의 제목을 붙이는 것 외에 조문의 번호가 달라집니다. 조문이 삭제되면 조문의 번호가 줄고 신설조문이 있으면 번호 수가 늘게 됩니다. 조문의 배열정리는 법제사법위원회에 맡겨주시면 좋겠습니다.”²⁵⁾

이에 대하여 당시 사회자인 李在鶴 국회부의장은 다음과 같이 말한다.

“성원이 되었습니다. 이렇습니다. 민법안 제3독회는 생략하고 자구수정, 각 조문의 제목 붙이는 것, 조문의 배열·정리, 제763조에 누락된 점, 이런 것을 법제사법위원회에 일임하고 여기서 전문(全文) 통과시키자는 것입니다.”²⁶⁾

그러면 표결합니다.

(거수 표결)

재석의원 108인, 可에 92표, 否에 1표로 가결되었습니다.”

원안 제384조 제1항의 문언에 변경이 가해진 것은 민법안이 국회 본회의의 위임에 따라 법제사법위원회에서 작업을 한 결과이다.²⁷⁾ 즉 민법원안 제384조 제1항의 문언을 민법 제393조 제1항과 같이 변경한 것을 법제사법위원회는 자구수정에 불과한 것으로 본 것이다. 사실 제384조 제1항의 문장은 주어와 술어가 어울리지 않아 문법적으로 결정적 결함을 가지고 있었다.

3. 민법 제393조의 계통

(1) 계통의 복잡성

한국민법의 입법과정에 나타나는 바와 같이 제393조는 일본민법 제416

25) 제26회 국회정기회의속기록 제62호, 국회사무처, 1957. 12. 17, 4면.

26) 제26회 국회정기회의속기록 제62호, 국회사무처, 1957. 12. 17, 11면.

27) 당시 국회법 제41조 제3항은 다음과 같이 규정하고 있다: “第3讀會를 마칠 때에 修正決議의 條項과 字句의 整理를 法制司法委員會 또는 議長에게 付託할 수 있다.”

조를 모범으로 한 것이다. 그러므로 큰 계통을 보자면 제393조는 독일민법이 아닌 프랑스민법 내지 코먼로의 계보에 속하며,²⁸⁾ 보다 직접적으로는 일본민법의 지배적 영향 아래 성립된 것이다.

그런데 여기에서 유의하여야 할 것은 우리민법에 영향을 미친 것은 일본민법 규정만이 아니라는 사실이다. 일본의 학설·판례에 의하여 형성된 민법이론도 한국민법 제393조의 성립에 영향을 미쳤다.²⁹⁾ 그 중 주요 사항을 들어보기로 한다.

첫째, 특별한 사정의 예견주체에 관하여 일본민법 제416조 제2항이 '당사자'로 규정하는 것과 달리 한국민법 제393조 제2항은 '채무자'로 변화를 주었는데 이는 당시의 일치된 학설 내지 판례³⁰⁾를 반영한 것이다.

둘째, 제393조를 불법행위로 인한 손해배상에 있어서도 준용하는 규정(제763조)을 두고 있다는 점이다. 일본민법에는 그와 같은 취지의 규정이 없다. 일본의 통설은 독일민법학에서 손해배상범위와 관련하여 채용한 상당인과관계설을 수입하여, 제416조는 바로 이 상당인과관계의 원칙을 정한 것이라고 이해하였다.³¹⁾ 그리고 상당인과관계론은 손해배상의 범위를 정하는 일반원칙이므로 계약위반으로 인한 손해배상 뿐만 아니라 불법행위로 인한 손해배상에 있어서도 역시 규준이 된다고 보았다.³²⁾ 이와 같은 일본의 학설은 독일민법학에 경도된 소위 '學說繼受' 현상의 표출로 볼 수 있다. 일본민법 제416조가 불법행위에도 유추적용된다는 학설은 마침내 판례에도 수용(1926년 '富貴丸' 사안)³³⁾되었다. 한국민법의 입법자는 제

28) 이와 같은 취지의 주장은 우리나라에서도 이미 오래 전에 있었다. 예컨대, 梁三承, '損害賠償의 範圍 및 方法에 관한 獨逸·日本 및 우리나라 民法의 比較', 『民事法の 諸問題』(溫山方順元先生古稀記念論文集), 博英社, 1984, 84면 참조.

29) 이와 같은 사정은 만주민법에서도 동일하다. 만주민법 제380조는 다음과 같다: ① 債務의 不履行으로 因한 損害賠償의 請求는 不履行으로 因하여 一般的으로 發生할 損害에 對하여 이것을 할 수 있다; ② 特別한 事情으로 因하여 發生한 損害라 할 지라도 債務者가 그 事情을 豫想하던가 또는 豫想할 수 있었을 때는 債權者는 그 賠償을 請求할 수 있다.

30) 앞의 책 『民法案審議錄 上卷』, 450면 참조.

31) 특히 我妻榮, 『債權總論』, 岩波書店, 1940, 107면.

32) 특히 我妻榮, 『民法大意 上卷』, 岩波書店, 1950, 140면.

763조를 통하여 당시 일본의 통설과 판례를 명시적으로 실정화한 것이다.

위에서 두 가지 사항을 들어 한국민법의 계통적 특질을 지적하였다. 그런데 두 사항이 보여주는 성격은 서로 같지 않다. 첫 번째 사항은 입법계통에 유의하면서 모법의 규범을 구체화한 경우임에 반해, 두 번째 사항은 입법계통과 무관하게 독일민법이론으로 윤색된 일본의 학설·판례를 실정화한 것이다. 특히 눈길을 끄는 것은 두 번째 사항이다. ‘學說繼受’의 경향 속에서 일본민법학은 오랜 기간 동안 계통이 다른 독일민법학의 이론을 수입하여 해석론을 전개하였으나, 이는 그야말로 해석론의 차원이었다. 그들의 민법 제416조가 그 계통상 독일민법학의 이론과는 어울리지 않는다는 반성이 일어난 이후에는 계통에 충실한 해석론을 모색하고 있다. 그런데 한국은 어떠한가? 한국민법은 독일식으로 윤색된 일본의 해석론을 제763조를 통하여 아예 실정화하였다. 즉 손해배상의 범위 분야에 있어서 독일민법학의 영향은 단순한 해석의 차원을 넘은 것이다. 그리고 보면 한국민법의 손해배상범위에 관한 규정의 계통은 비교법적으로 매우 특이하다는 - 보다 정확하게 말한다면, 현재 시행되는 것으로는 세계에서 유일하다는³⁴⁾ - 평가가 가능하다.

(2) 계통과 무관한 해석론과 그 결과

한국민법 제393조에 대한 종래의 통설은 독일민법학에 지배된 일본민법학의 영향에 따른 것이다. 독일민법은 손해배상의 범위에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 독일민법의 입법과정에서 가끔 볼 수 있는 의도적 흠결에 해당하는데, 이는 이론적으로 복잡한 문제에 대하여 실정법에서 직접적인 규정을 하지 않고 구체적인 해결책을 학설과 판례에 맡기는 방식이다. 이와 같은 사정에서 독일의 민법학에서는 손해배상의 범위에 관하여 다양한 학설이 주장되어 왔다. 상당인과관계설(Adäquanztheorie), 위법성

33) 鄭鍾休, 앞의 논문 ‘損害賠償의 範圍規定의 構造’, 90면 참조.

34) 만주민법 제743조가 한국민법 제763조와 같은 취지의 규정인데(한국민법 제763조는 만주민법 제743조의 영향으로 성립한 것이다) 만주민법은 현재 시행되는 민법이 아니다.

관련설(Lehre von Rechtswidrigkeitszusammenhang), 규범목적설(Lehre von Schutzzweck der Norm) 등이 그 예이다.³⁵⁾ 일본의 학설은 전통적으로 독일 학설의 직접·간접적 영향 아래에서 제416조에 대한 해석론을 전개하였다.³⁶⁾ 그 중에서도 인과관계론(특히 상당인과관계론)의 시각에서 접근하는 견해가 주류를 이루었다. 그리고 이와 같은 시각은 한국민법학에도 그대로 이어졌다. 이에 해당하는 입장을 열거하면 다음과 같다.

“민법은 제393조에 손해배상의 범위를 정한다. 그 내용은… 상당인과관계의 범위에 관한 近時의 다수설이 설명하는 바와 합치하는 것이라고 볼 수 있다. 즉 제1항은 상당인과관계의 원칙을立言하고, 제2항은 그 기초로 하여야 할 특별한 사정의 범위를 나타낸 것이다.”³⁷⁾

“우리 민법은 오늘날의 통설인 상당인과관계설에 따라 채무불이행으로 인한 손해배상의 범위에 관한 제393조의 규정을 두고 있다.”³⁸⁾

위와 같은 학설은 독일의 상당인과관계설에서 보면 매우 이질적인 제393조 제2항의 ‘예건’이라는 표지에도 불구하고 이에 아랑곳하지 않았다. 이들은 제393조 제2항에 대하여 제1항을 명료화한 것에 불과한 것이라고 하든가 혹은 제1항에서 정하고 있는 상당인과관계의 기초가 되는 특별한 사정의 범위를 나타낸 것이라고 하여 그 의미를 약화시키고 있다. 독일의 상당인과관계론의 틀에 맞추지 위하여 계통적으로 볼 때 제393조의 핵심 중의 핵심에 해당하는 ‘예건’의 개념을 무의미한 것으로 몰고 간 것이다. 한편, 학설 중에는 제393조 제2항의 존재를 인식한 학설도 있다. 다음과 같은 입장이 이에 해당한다.

35) 독일 학설 내용에 대해서는 李銀榮, ‘損害賠償範圍의 理論’, 『損害賠償法の 諸問題』(誠軒黃迪仁博士華甲記念), 博英社, 1990, 39-46면 참조.

36) 일본의 해석론에 대해서는 앞의 논문 李銀榮, ‘損害賠償範圍의 理論’, 46-51면 참조.

37) 金曾漢/安二濬 編, 『新債權總論』, 博英社, 1958, 112면.

38) 玄勝鐘, 『債權總論』, 日新社, 1982, 160면.

“민법 제393조는 채무불이행의 경우에 있어서의 불이행과 손해와의 사이의 인과관계를 규정한 것이다. 그리고 동조는… 상당인과관계설, 그 가운데서도 절충설에 의거한 것이다. 즉 제1항은 상당인과관계의 원칙을 선언한 것이며, 제2항은 절충설의 견지에서 고찰의 대상으로 삼는 사정의 범위를 규정한 것…이다.”³⁹⁾

절충설이란 제393조 제1항은 채무불이행과 손해 사이에 상당인과관계가 있어야 배상범위에 들어간다는 것이지만, 제2항은 양자 사이에 상당인과관계가 없더라도 손해발생의 원인이 되는 사정을 예견하거나 예견할 수 있었다면 그 손해는 배상범위에 들어간다고 설명한다. 즉 절충설은 제2항을 상당인과관계설에서 떼어내어 각별한 의미를 부여하고 있다. 그러나 이 학설에 대해서는 다음과 같은 결정적 비판이 가해질 수 있다: 그렇게 해석할 것이면 왜 상당인과관계설을 고집하는가? ‘절충적’이라는 부적절한 수식어를 부가하면서까지 상당인과관계설을 고집하여야 할 이유가 무엇인가? 제393조의 문언을 독일의 상당인과관계설의 틀에 맞추어야 할 이유는 없다고 본다.

요컨대, 우리 민법상 손해배상의 범위는 제393조에서 정하고 있는 기준(통상손해와 특별손해)에 따라 판단하면 된다고 본다. 실무의 실제로도 이와 같은 방식을 손해배상의 범위를 판단하는 것이 아닌가 생각한다. 즉 각 급법원에서 ‘상당인과관계’라는 표현을 사용한다 하더라도 이것은 통상손해를 판단하기 위한 수단으로 기능하는 것이지 독일의 상당인과관계론을 채용한 결과는 아니라고 본다.⁴⁰⁾

39) 郭潤直, 『債權總論』, 博英社, 2002, 148면.

40) 이와 관련하여 프랑스 민법이론을 잠시 살펴보는 것도 유용할 것 같다. 프랑스민법 제1151조의 직접손해를 판단하기 위한 기준으로서 학설은 인과관계(lien de causalité)를 생각한다. 무한한 인과관계의 연속에서 직접손해의 범위를 판단하기 위한 방법으로 조건등가설(théorie de l'équivalence des conditions), 지배적 원인설(théorie de la cause prépondérante), 상당인과관계설(théorie de la causalité adéquate) 등의 논의가 있다. 그러나 손해배상의 범위를 설명하기 위한 독일의 상당인과관계설을 전반적으로 수용한 적은 없다. 그들의 실정법이 독일과 판이하기 때문이다. 이와 같은 논의에 대해서는 梁三承, ‘프랑스法’에 있어서의 損害賠償의 範圍 및 方法에 관하여(上), 『大韓辯護士協會誌』 제132호(1987. 8.), 대한변호사협회, 63-64면 참조.

IV. 중국계약법: 제113조

중국계약법(즉 中華人民共和國合同法)은 1999년 3월 15일 제9회 전국인민대표대회 제2차 회의에서 통과되어 1999년 10월 1일부터 되었다. 그동안 중국에서는 계약의 종류와 주체에 따라 적용을 달리했던 3개의 법률⁴¹⁾이 있었는데, 1999년 10월 1일 이후로는 모두 폐지되고(중국계약법 제428조) 하나의 계약법으로 통일되었다.

1. 계약법 제113조의 성립

중국계약법 제113조는 손해배상의 범위에 대하여 다음과 같이 정하고 있다.⁴²⁾

계약법 제113조 당사자 일방이 계약을 이행하지 아니하거나, 계약 이행이 계약 내용과 부합하지 않음으로써 상대방에게 손해가 발생한 때에는, 상당한 범위 내에서 계약위반으로 인한 손해를 배상하여야 하며, 그 손해배상액의 산정에는 계약의 이행에 의하여 취득하게 될 이익도 포함한다. 그러나 계약을 위반한 당사자가 계약체결시에 예견하거나 또는 예견할 수 있었던 계약위반으로 인한 손해액을 초과하지 못한다.

경영자가 기망하여 소비자에게 상품이나 노무를 제공한 때에는 '중화인민공화국 소비자권익보호법'의 규정에 따라 손해배상책임을 부담한다.

民法通則은 “계약을 위반한 당사자 일방의 손해배상은 이로 인하여 다른 일방이 받은 손실에 상당하여야 한다.”(제112조 제1항)라고 규정하여 추상적 내용을 담고 있었다. 이와 달리 계약법 제113조는 손해배상의 범위에 대하여 상당히 구체적인 기준을 제시하고 있다. 계약법 제113조는 사업

41) 中華人民共和國經濟合同法(1981. 12. 31. 공포, 1982. 7. 1. 시행), 中華人民共和國涉外經濟合同法(1985. 3. 21. 공포, 1985. 7. 1. 시행), 中華人民共和國技術合同法(1987. 6. 23. 공포, 1987. 11. 1. 시행)을 말한다.

42) 번역은 이상욱 역, 『중국계약법진』, 영남대학교출판부, 2005, 73면에 의함.

자의 소비자에 대한 계약위반의 경우(제2항)를 원칙적인 경우(제1항)와 구별하여 규정하고 있다. 중국의 소비자권익보호법(제49조)에 따르면, 경영자가 기망하여 소비자에게 상품이나 노무를 제공한 경우에 소비자의 청구에 의하여 그 받은 손해보다 증액하여 배상하여야 하고, 증액하여 배상할 금액은 소비자가 구매한 상품가액 또는 받은 서비스비용에 상당하는 금액이다. 이와 같이 소비자계약에 대해서는 손해배상의 범위에 있어서 '예견'에 의한 제한이 적용되지 않는다.

2. 계약법 제113조의 계통

(1) 제113조 제1항

중국계약법 제113조 제1항에서 눈에 띄는 뚜렷한 특징은 '예견' 관념이다. 중국계약법은 '예견'이라는 관념을 가지고 손해배상의 범위를 제한하고 있다.

손해배상의 범위와 관련하여 중국 국내법에서 '예견' 관념이 등장한 것은 中華人民共和國涉外經濟合同法이다. 涉外經濟合同法 제19조는 계약위반으로 인한 손해배상책임은 계약체결시에 예견할 수 있었던 계약위반으로 인한 손해액을 초과하지 못한다는 취지로 규정하였다. 이 규정은 CISG (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods) 가입⁴³⁾을 염두에 두고 입안된 것으로⁴⁴⁾ 中華人民共和國涉外經濟合同法 제19조는 손해배상범위에 관한 CISG 제74조를 그대로 따른 것이다. 그 후 中華人民共和國技術合同法도 동일한 취지의 문언을 채택하였다(동법 제17조 제2항).

43) CISG는 1980년 4월 10일에 비엔나에서 개최된 외교회의에서 최종 합의되어 1980년 8개국 이 본 협약을 정식으로 채택한 이후, 1986년 12월에 미국, 중국, 이탈리아가 채택함으로써 1988년 1월 1일 발효되었다.

44) 이에 대해서는 董延林, '联合国国际货物销售合同公约与我国涉外经济合同法', 『法学论坛』, 第五期, 1997, 26面; 师华、王铁锋, '<联合国国际货物销售合同公约>与我国<涉外经济合同>违约责任制度之比较', 『法学评论』, 1996, 第3期, 64面; 牛秀英, '试论买卖合同货物风险转移', <<http://www.lunwentianxia.com/product.free.8709112.1>>, 검색일: 2008. 12. 20.

중국계약법 제113조 제1항이 '예건'을 손해배상의 범위를 정하는 기준으로 채택한 것은 이미 중국에 형성되어 있던 입법전통을 표현한 것이라고 볼 수 있다. 중국의 이와 같은 입법태도는 CISG의 영향이다. 그리고 CISG 제74조의 계보를 고려해 볼 때, 중국계약법의 손해배상 범위에 관한 규정의 연원을 거슬러 올라가면 프랑스민법과 코먼로에 도달하게 된다.

중국계약법, 특히 채무불이행에 관한 규정을 들여다보면 미국의 Restatement를 보는 듯한 인상을 주는 대목이 많다. 실제로 중국의 학자 중에는 그들의 민법규정을 정비함에 있어서 코먼로의 비중을 높여야 한다고 주장하는 사람도 있는 것으로 알고 있다. 그러나 중국은 이미 대륙법계의 성문법주의로써 법체계를 구성한 나라⁴⁵⁾라는 점에 유의하여야 한다. 이와 같은 맥락에서 볼 때 중국계약법에서 발견되는 코먼로의 요소에 지나친 의미를 부여할 것은 아니라고 본다. 중국계약법에서의 코먼로의 요소는 코먼로를 직접 계수한 것이라기보다는 CISG를 비롯한 국제규범과의 조율의 결과로 보는 것이 타당하다고 생각한다.

(2) 제113조 제2항

중국계약법 제113조 제2항은 소비자 피해에 관한 특별규정으로 손해배상의 범위를 소비자권익보호법에 의하도록 하고 있다. 제113조 제2항이 염두에 둔 규정은 소비자권익보호법 제49조이며, 그 내용은 다음과 같다: "경영자가 제공한 상품 혹은 서비스가 사기행위가 있는 경우, 반드시 소비자의 요구에 따라 입은 손해의 배상을 증가하여야 하고 증가배상금액은 소비자가 상품을 구매한 대금 혹은 서비스를 받았던 비용의 1배이다."⁴⁶⁾ 이 규정의 취지는 경영자로 하여금 성실한 경영활동을 하도록 하고 동시에 소비자에 대해서는 경영자의 불법적인 경영활동에 대해 다툼을 장려하기 위

45) 梁慧星 집필/崔吉子 번역, '中國에 있어서 民法典制定의 몇 가지 問題點' 『법제연구』 제24호(2003. 6.), 한국법제연구원, 284면 참조.

46) 원문은 다음과 같다: "经营者提供商品或者服务有欺诈行为的, 应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失, 增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。"

한 것이라고 한다.⁴⁷⁾ 이 규정은 중국에 있어서 유일한 징벌적 손해배상 (punitive damages)⁴⁸⁾ 규정으로 미국법의 영향에 의한 것이다.⁴⁹⁾

중국계약법 제113조 제2항은 소비자보호의 관념을 반영한 것이다. 여기에서 중국 소비자권익보호법이 나오게 된 배경을 보기로 한다. 계획경제체제를 운영하던 1970년대까지의 중국에 있어서 소비자 문제는 표면화되지 않았다. 오히려 상품이 부족하여 생산을 장려하는 문제에 대하여 고민하고 있었다. 중국에서 소비자 개념이 등장한 것은 1980년대 시장 메카니즘이 도입되어 이윤의 극대화를 추구하는 경영자가 나타나고 그에 의하여 제공된 상품 또는 서비스에 의해 발생한 피해가 사회문제로 대두되면서부터이다.⁵⁰⁾ 1985년부터 1993년 사이에 중국 소비자협회⁵¹⁾에 제기된 소비자 피해 관련 건수는 341,196건에 달하였으며⁵²⁾ 상품의 품질, 가격, 안정성 등이 커다란 사회문제를 일으켰다. 이러한 상황에서 1993년 10월에 제8회 전국인민대표대회 상무위원회는 소비자권익보호법을 채택하기에 이르렀다.⁵³⁾ 소비자권익보호법은 경제의 고도성장에 따른 부수적인 결과를 조정하기 위한 노력의 산물이며, 동시에 중국의 글로벌화 전략의 표현으로 볼

47) 梁慧星, “消費者權益保護法第49條的解釋與適用”, 「人民法院報」(2001.3.29.), <<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=7756>>, 검색일: 2008. 9. 10.

48) 李建偉, 袁登明, 季宏等 編著, 『重點法條解讀』, 人民法院出版社, 2007, 162면.

49) 梁慧星, “消費者權益保護法第49條的解釋與適用”, 「人民法院報」(2001.3.29.), <<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=7756>>, 검색일: 2008. 9. 10.

50) 1985년 7월 12일 최고인민법원, 최고인민검찰원, 공안부와 사법부가 공동으로 발표한 “關於從嚴打擊製造販賣假藥, 毒品和有毒食品等嚴重危害人民生命健康的犯罪活動的通知”, 「최고인민법원공보」1985년 제3호, 10-11면, <<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=13060>>, 검색일: 2008. 9. 11.

51) 중국 소비자협회는 1984년 12월國務院의 허가에 의해 설립되었다. 소비자협회는 상품과 서비스에 대한 사회적인 감독역할을 수행하고 소비자의 합법적인 권익을 보호하는 전국적인 사회단체이다.

52) “全國消協受理投訴總量突破1000萬件”, <http://www.xfsd.com/news/2007/0208/article_330.html>, 검색일: 2008. 9. 11.

53) 소비자권익보호법의 제정 경위에 대해서 보다 자세한 것은 梁慧星, “中國的消費者政策和消費者立法”, 「法學」, 2000年 第5期. <<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=13060>>, 검색일: 2008. 9. 11.

수 있다. 중국의 소비자권익보호법은 1985년 4월 9일 소비자보호를 위한 UN가이드라인에 영향을 받은 바가 크다는 점에 유의하여야 한다.⁵⁴⁾

법계통의 시각에서 볼 때 중국계약법 제113조 제2항은 제1항과 매우 유사하다. 즉 징벌적 손해배상을 내용으로 하는 제2항은 국제규범과 조율하기 위한 노력의 일환이며, 그 원천은 코먼로 법계에 속하는 미국법이다.

V. 맺음말

일본민법 제416조와 한국민법 제393조가 “프랑스민법 → 코먼로”로 이어지는 계보에 속한다는 점에 대해서는 이제 의견이 일치하는 것 같다. 그리고 중국계약법 제113조 제1항⁵⁵⁾도 한국·일본과 동일한 계통에 속한다. 그러나 중국계약법은 구체적인 부분에서 한국·일본의 민법과는 상당한 차이가 발견된다. 몇 가지 중요한 사항을 들어보기로 한다.

첫째, 중국계약법은 통상손해와 특별손해로 구분하지 않고 모든 상황에 대하여 ‘예견’이라는 기준을 적용하고 있다. 그러나 이는 형식상의 차이일 뿐 실제에 있어서 그리 심각한 차이를 가져오는 것은 아니다.

둘째, 중국법에서 ‘예견’ 관념은 계약위반으로 인한 손해배상의 범위를 정하는 기준으로만 사용된다. 한국에서는 명문규정(즉 민법 제763조)으로, 일본에서는 해석론으로서 ‘예견’ 관념을 불법행위에 의한 손해배상의 범위를 정하는 기준으로 삼고 있다.

셋째, 예견의 시점이다. 예견의 기준시점에 대하여 중국계약법은 ‘계약 체결시’로 명확하게 규정하고 있다. 이는 프랑스민법, 코먼로 및 CISG의 태도와 동일한 것이다. 한국과 일본의 통설과 판례는 전통적으로 예견의 기준시점을 채무불이행시로 해석하고 있다.

54) 宋華, “聯合國保護消費者準則及其對我國消費者保護的指導作用”, 「消費經濟」, 1995年 第1期, <<http://211.218.126.210/kms50/detail.aspx?QueryID=15&CurRec=1>>, 검색일: 2008. 9. 11.

55) 제2항은 소비자보호에 관한 특별규정으로서 한국민법 제393조 및 일본민법 제416조와 비교할 대상이 아니다.

손해배상의 범위에 있어서 중국법이 한국 및 일본의 민법과 연원을 공유하고 있음에도 불구하고 세부적인 면에서 차이를 보이는 가장 큰 이유는 다음과 같이 정리할 수 있다: 독일민법 제1초안 발표 이후 독일민법학에 압도된 일본민법학은 민법규정의 문언 내지 계통을 도외시한 채 독일식의 해석을 도모하였다; 한국민법은 그와 같은 일본의 해석론의 영향 아래 민법을 제정하고 해석·운용하였다.

법규정을 해석함에 있어서 계통 내지 연원이 절대적 의미를 가지는 것은 아니다. 그러나 그것을 도외시함으로써 때에 따라서는 체계상의 혼란 혹은 이론적 한계에 부딪힐 수도 있다. 손해배상의 범위에 관한 규정의 입법 및 해석과 관련하여 한국과 일본이 경험한 약간의 부정적인 경험들은 중국에게 좋은 교훈이 될 수 있을 것이다. 중국에게는 후발주자가 가지는 이점이 있다는 점을 지적하고자 한다.

[참고문헌]

- 郭潤直, 『債權總論』, 博英社, 2002.
- 김옥곤 / 양창수 / 명순구 / 김기창 / D.Houtcieff / G.Lardeux / R. Sefton-Green / Y.-M. Serinet, 『세계화지향의 사법: 그 배경과 한국 프랑스의 적응』, 세창출판사, 2006.
- 金曾漢 / 安二濬 編, 『新債權總論』, 博英社, 1958.
- 명순구, 『실록 대한민국민법 1』, 법문사, 2008.
- _____, 『프랑스민법전』, 법문사, 2004.
- 鄭鍾休, ‘損害賠償의 範圍規定의 構造’, 『損害賠償法の 諸問題』(誠軒黃迪仁博士華甲記念), 博英社, 1990.
- 崔鐘庫, 『韓國法學史』, 博英社, 1990.
- 玄勝鐘, 『債權總論』, 日新社, 1982.
- 我妻榮, 『民法大意 上卷』, 岩波書店, 1950.
- _____, 『債權總論』, 岩波書店, 1940.
- 李建偉, 袁登明, 季宏等 編著, 『重點法條解讀』, 人民法院出版社, 2007.
- 이상욱 역, 『중국제약법전』, 영남대학교출판부, 2005.
- 前田達明 편, ‘舊民法(明治23年3月27日)’ : 『史料民法典』, 成文堂, 2004, 『官報』 제4호(1948. 9. 15.)
- 『官報』 제1983호(1958. 2. 22.)
- 法制司法委員會 民法案審議小委員會, 『民法案審議錄 上卷』
- 제26회 국회정기회속기록 제45호, 국회사무처, 1957. 11. 25.
- 제26회 국회정기회의속기록 제62호, 국회사무처, 1957. 12. 17.
- Code Civil de l' empire du Japon Accompagné d' un Exposé des Motifs, Tome Premier Texte, 信山社, 1891.
- 梁三承, ‘損害賠償의 範圍 및 方法에 관한 獨逸·日本 및 우리나라 民法의 比較’, 『民事法の諸問題』(溫山方順元先生古稀記念論文集), 博英社, 1984.
- _____, ‘프랑스法’ 에 있어서의 損害賠償의 範圍 및 方法에 관하여 (上), 『大韓辯護士協會誌』 제132호, 대한변호사협회, 1987. 8.
- 李銀榮, ‘損害賠償範圍의 理論’, 『損害賠償法の 諸問題』(誠軒黃迪仁博士華甲記念), 博英社, 1990.

“关于从嚴打擊製造販賣假藥，毒品和有毒食品等嚴重危害人民生命健康的犯罪活動的通知”，「최고인민법원공보」1985년 제3호, 10~11면, <<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=13060>>, 검색일: 2008. 9. 11. 董延林, ‘联合国国际货物销售合同公约与我国涉外经济合同法’, 『法学论坛』, 第五期, 1997.

师华、王铁锋, ‘<联合国国际货物销售合同公约>与我国<涉外经济合同>违约责任制度之比较’, 『法学评论』, 1996.

宋華, “聯合國保護消費者準則及其對我國消費者保護的指導作用”, 『消費經濟』, 1995年 第1期, <<http://211.218.126.210/kns50/detail.aspx?QueryID=15&CurRec=1>>, 검색일: 2008. 9. 11.

梁慧星 집필/崔吉子 번역, ‘中國에 있어서 民法典制定의 몇 가지 問題點’ 『법제연구』 제24호, 한국법제연구원, 2003. 6.

_____, “中國的消費者政策和消費者立法”, 『法學』, 2000年 第5期. <<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=13060>>, 검색일: 2008. 9. 11.

_____, “消費者權益保護法第49條的解釋與適用”, 『人民法院報』(2001.3.29.), <<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=7756>>, 검색일: 2008. 9. 10.

牛秀英, ‘试论买卖合同货物风险转移’, <<http://www.lunwentianxia.com/product.free.8709112.1>>, 검색일: 2008. 12. 20.

“全國消協受理投訴總量突破1000万件”, <http://www.xfsd.com/news/2007/0208/article_330.html>, 검색일: 2008. 9. 11.

<Abstract>

Determining damages: Korea · China · Japan's legal lineage

Soon-Koo, Myoung

Damages measurement is an especially thorny matter with regard to compensation for damages. Therefore, most continental law countries stipulate the exact terms of the amount of damages in the Civil Code. The Republic of Korea, China and Japan are no exception. By comparing the provisions of each respective country (Article 393 of the Korean Civil Code, Article 416 of the Japanese Civil Code, Article 113 of the Chinese Law of Contract) one reaches the conclusion that “although similar, the three are quite distinctive!”

Article 416 of the Japanese Civil Code and Article 393 of the Korean Civil Code are the fruits of the “French Civil Code → Common Law” family tree of law. Although Article 113 of the Chinese Law of Contract shows traces of the same lineage, some major points of departure can be found when one examines the provisions in detail. The critical differences are as follows:

First, Chinese Civil Law does not distinguish between ordinary loss and special loss. It merely applies the ‘predictability’ standard. However the difference here is rather formal than substantive.

Second, the ‘predictability’ standard in Chinese law is applied only in determining damages with regard to a breach of contract. ‘Predictability’ is explicitly stipulated in Korean Civil law (Article 763) and interpreted as such in Japanese Civil law as a standard in determining damages in tort cases.

Third, the 'predictability' standard is applied in different stages. The Chinese Law of Contract provides that the standard be applied at the time of the conclusion of the contract. Such an approach is taken by French law, Common law and CISG. As for Korea and Japan, both case law and the prevailing view interpret the standard as being applied when there is a breach of contract.

Despite sharing the same roots, Chinese law differs from Korean and Japanese law in respect of particular provisions in determining damages due to the reason below: Following the first draft bill of the German Civil Code, Japanese civil law was heavily influenced by German civil law, resulting in Japan's interpretation of its own civil law provisions according to that of Germany. This was inspite of the French - Common law foundation of Japan's Civil Code. Korea, in turn, enacted and applied its Civil Code under the influence of Japan's Civil law.

Korea and Japan's misfortunate enactment and interpretation of the provisions concerning the determination of damages may serve as a good example for China. It would serve China well by benefiting from its position as a runner-up.