

중국 대외무역대리제도의 법률 적용에 관한 연구*

윤충원** · 하현수*** · 박종철****

요 약

중국의 대외무역대리제도는 대외무역정책의 산물로 탄생한 것이지 법률요소를 고려해서 만들어진 것이 아니다. 이에 따라서 중국 학자들은 대외무역대리를 위탁대리관계, 위탁매매관계 아니면 매매관계로 볼 것인지와 관련하여 다양한 의견을 제시하였다. 이러한 혼란은 유사한 유형의 대외무역대리관련 사건에 대해 상이한 판결이 내려지는 결과를 낳았다.

그러나 중국은 1999년 계약법을 제정하여 대리에 따른 당사자 간 법률관계를 명확히 규정하였다. 또한 2004년에는 대외무역법을 개정하여 그동안 중국 대외무역대리의 모호성에 가장 큰 영향을 미친 대외무역권을 개방하였다. 따라서 현재 중국의 대외무역대리 당사자 간 법률관계는 어느 정도 분명해졌다고 할 수 있다. 그러나 중국은 계약법을 제정하는 과정에서 대륙법계 법체계에 영미법계 대리규정을 채용하여 법을 제정하였기 때문에 법 적용상의 불확실성은 여전히 존재하고 있다.

따라서 우리 기업이 중국 기업과 중국의 대외무역대리제도를 이용하여 무역계약을 체결하는 경우는 다음과 같은 점을 주의하여야 할 것이다. 첫째, 우리 기업이 중국 기업이 대리인 자격으로 계약과정에 참여하고 있음을 알았을 경우에는 무역계약서에 이러한 사실을 삽입하여 계약관련 분쟁에 대비하여야 할 것이다. 둘째, 우리 기업이 중국의 본인과 대리인 간의 대리관계를 알았을 경우에, 본인이 대외무역권을 갖고 있는지 여부에 대하여 확인하여야 한다. 셋째, 우리 기업이 대리관계가 존재하는지 불명확하게 인식하고 있었을 경우, 계약체결시 대리관계를 알지 못하였음을 주장하는 것이 분쟁해결에 보다 유리할 수 있다.

핵심주제어 : 대리, 무역대리, 중국무역대리제도

* 논문접수일 2009년 7월 10일, 게재확정일 2009년 9월 15일

* 본 연구는 학술진흥재단과 한국산업경제저널에서 정한 연구윤리규정을 준수함

** 전북대학교 무역학과 교수 (won1009@jbnu.ac.kr)

*** 전북대학교 무역학과 전임강사 (hhs004444@jbnu.ac.kr)

**** 전북대학교 무역학과 박사과정 (bjc101@hanmail.net)

1. 서론

일반적으로 대외무역대리란 제조업자 또는 기타 무역업자로부터 일정한 수수료를 받고 수출입을 중개·알선·보조하는 것을 말한다. 이러한 대외무역대리제도는 생산자와 실수요자를 신속하게 연결시켜줌으로써 국제거래의 증진을 도모할 뿐만 아니라 생산자와 실수요자의 시간·노력·비용을 절약 시켜주는 역할을 수행하고 있다. 이러한 대외무역대리는 중세 유럽에서 해상무역의 발전과 함께 자연스럽게 등장하게 되었다.

그러나 중국의 대외무역대리제도는 다른 국가들과 비교하여 상이한 배경 하에 등장하게 되었다. 개혁개방 이전 중국의 대외무역은 국영대외무역공사가 자신의 자금으로 국내 제조업체의 물품을 구입하여 이를 자신의 책임과 명의로 수출하는 형태로 이루어졌다. 1978년 중국은 개혁개방정책을 시행함다른 국 대외무역이 급속히 증가하는 1978가져폰내 제조업체의 19 중국은 더제조상 전통적인 대외무역방식으로 폭등하는 수출입 활동을 수행할 수 없게 됨다른 국 대외무역방식의 변화78피하게 되었다. 다른 국가들등장하게 된 것이 중국 특유의 대외무역대리제도이다.

2004년 중국은 대외무역법을 개정하여 무역업을 등록제로 전환하기 이전까지는 일부 대외무역공사에 한정하여 대외무역권을 부여하고 있었다. 따라서 대부분의 중국 기업들은 대외무역권이 없었기 때문에 물품의 수출 및 수출용 원자재의 수입을 대외무역공사의 대외무역을 통해서 수행할 수밖에 없었다. 대외무역공사는 해외 수출입상과의 무역계약 체결을 비롯하여 통관, 외환결제, 증치세환급 등 계약물품의 제조와 관련된 업무를 제외하고는 거의 모든 무역관련 법률행위를 자신의 명의로 책임으로 수행하였다. 또한 대외무역공사는 무역계약과 관련한 법률결과에 대해 해외 수출입상에게 직접적으로 책임을 부담하였다. 이처럼 중국의 대외무역대리제도는 대외무역대리의 장점 즉 상업적 고려에 의하여 등장한 것이 아니라 제도상의 이유로 등장하게 된 것이다.

또한 중국의 대외무역대리제도에 대한 법률적 근거와 관련하여 1999년 중국 계약법이 제정되기 이전까지는 대외무역대리를 준거할 만한 법률 규정이 명확하지 않았기 때문에, 중국 법원들은 대외무역대리와 관련한 유사 사건들에 대해 상이한 판결을 내리는 경우도 많았다.

한국 기업이 중국 기업과 무역계약을 체결하는 과정에 중국의 대외무역대리를 이용하게 되는 경우가 있다.¹⁾ 이러한 무역거래에 의해 분쟁이 발생하는 경우 국내 기업이 보다 효과

1) 중국 산둥성의 A공사는 1996년 5월 14일 한국의 B기업에 12만 m의 편직물을 판매하기로 합의 하였다. B기업은 계약물품의 적기 발송을 보장받기 위해 1996년 6월 20일 A공사에 2만 달러의 계약금을 지급하기로 하였다. 그러나 무역계약 체결과정에서 A공사의 대표는 A공사가 대외무역권이 없기 때문에 대외무역권을 갖고 있는 중국 청도의 C공사와 무역계약을 체결해줄 것을 요구하였다. B기업은 이에 동의하고 C공사와 무역계약을 체결하였다. 이후 B기업은 약정일에 계약금을 A기

적으로 대처하기 위해서는 중국의 대외무역대리제도에 대한 연구가 선행되어야 할 것이다. 그러나 유감스럽게도 현재까지 중국의 대외무역대리제도와 관련하여 국내에서 이루어진 연구는 전무하다 해도 과언이 아니다. 다만 중국 학자들에 의해 중국의 대외무역대리제도에 대한 문제점 및 개선방안에 대한 연구가 이루어졌다. 이와 관련된 연구물로는 許軍珂(2005)²⁾, 趙世璐(2006)³⁾, 周江(2007)⁴⁾, 唐篠芳(2008)⁵⁾ 등이 있다. 許軍珂는 중국의 대외무역법 개정이 대외무역대리제도에 미치는 영향에 대하여 분석하고, 동 제도 유지의 필요성 및 동 제도와 관련한 법률의 개정을 건의하였다. 趙世璐는 중국 대외무역대리제도에 관한 법률 적용상의 불확실성을 지적하고 대외무역대리와 관련한 전문규정의 제정을 제안하였다. 周江은 대외무역대리와 관련한 중국 계약법 규정에 영미법계 대리관련 규정을 무분별하게 채용하였음을 지적하고 있다. 唐篠芳은 대외무역대리제도를 중국의 대외무역 확대를 위한 수단으로 활용하기 위해서는 활용상의 모호성 및 법률상의 모호성을 제거하여야 한다고 주장하였다.

본 논문에서는 중국의 대외무역대리제도와 관련하여 중국 자료를 참고하여 중국의 대외무역관리제도, 대외무역대리제도의 변화 및 관련법률, 그리고 분쟁발생시 법률적용 등에 대해 고찰하고자 한다. 또한 이러한 연구결과를 통해 우리나라 기업이 중국 대외무역대리를 이용하여 수출입행위를 하는 과정에서 분쟁이 발생하는 경우 대처할 수 있는 방안을 제시해 보고자 한다.

업에 지급하였으나, 계약물품이 약정된 기간 내에 도착하지 않음에 따라, 중국의 다른 기업으로부터 면직물 11만 m를 수입하게 되었다. 이 시기 계약물품의 국제 가격은 m당 0.3달러 상승하였다. 이에 따라서 B기업은 3,000달러 정도의 추가 수입비용이 발생하였다. B기업은 A공사에 손해배상 및 계약금 반환을 요구하였으나, A공사는 무역계약은 C공사와 B기업 간에 체결된 것이므로, 자신은 계약당사자가 아니라고 주장하였다. 따라서 A공사는 무역계약과 관련한 어떠한 법률적 책임도 부담할 수 없다고 주장하였다. B기업은 계약당사자인 C공사에 손해배상을 요구하였으나, C공사는 자신은 단순히 A공사가 대외무역권이 없어 그를 대신하여 계약에 서명한 것이 전부이기 때문에, 자신은 손해배상책임이 없다고 주장하였다. A공사와 C공사 모두 무역계약과 관련한 손해배상의 책임을 부담할 수 없다고 주장함에 따라, B기업은 C공사를 제1피신청인으로 A공사를 제2피신청인으로 하여 중국국제경제무역중재위원회에 중재를 신청하였다. 黃曉亮, “外貿經營權與間接委託”, 『中國紡織』, 2006年 第5期, 2006, pp. 162-164 참조.

- 2) 許軍珂, “中華人民共和國對外貿易法框架下的外貿代理制”, 『外交學院學報』, 總第80期, 2005, pp. 100-105.
- 3) 趙世璐, “外貿經營權的開放對我國外貿代理制的影響”, 『上海海關高等轉科學校學報』, 2006年 第1期, 2006, pp. 59-63.
- 4) 周江, “后外貿法時代我國外貿代理制度的困境與完善”, 『政治與法律』, 2007年 第5期, 2007, pp. 117-122.
- 5) 唐篠芳, “我國外貿代理制度的缺陷及完善立法的探析”, 『對外經貿實務』, 2008年 第8期, 2008, pp. 47-49.

II. 중국의 대외무역 주체관리 및 대외무역대리제도

1. 대외무역주체에 관한 관리

1) 대외무역법 개정 이전

중국의 대외무역관리체계 변천과정 중 가장 중요하게 다루어진 부분은 대외무역권의 개방 문제였다. 즉, 1949년 중국 신정부 설립초기, 중국은 계획경제체제 하에 있음에 따라 대외무역분야도 국가가 지정한 국영무역공사에 의해 독점적으로 이루어졌다. 이러한 국영무역공사에 의한 독점무역체제는 중국이 개혁개방을 시작한 1970년대 말까지 지속되었다.⁶⁾

개혁개방 초기 중국은 독점무역체제에 따른 다양한 문제점들이 노출됨에 따라 1979년 대외무역관리체제의 개혁을 시작하였다. 이 시기 중국의 무역체제관련 개혁조치의 목적은 고도로 집중된 독점무역체제를 점진적으로 과점무역체제로 전환하여 지방의 무역기업에도 대외무역권을 부여하는 것이었다.⁷⁾ 중국은 이러한 개혁의 결과 1994년 대외무역법을 제정하였다. 그러나 중국 기업들은 대외무역법 제정 이후에도 여전히 대외무역권을 획득하기 위해서는 정부로부터 허가를 받아야만 했다.⁸⁾

중국은 개혁개방 이후에도 대외무역권에 대한 허가제를 유지함에 따라 허가제과 관련한 많은 문제점을 노출시켰다.⁹⁾ 그러나 중국은 WTO 가입의정서에서 가입조건으로 WTO 가

6) 孫玉琴, “外貿經營權改革與外貿經營主體的變化”, 『國際貿易問題』, 2004年 第10期, 2004, p. 13.

7) 1980년대 초 중국은 전국을 하나로 하는 고도로 집중된 대외무역총공사에 의한 독점무역의 국면을 타개하고, 각 성 및 직할시 소속의 대외무역공사가 대외무역활동의 중요한 주체로 등장하게 되었다. 이러한 결과 중국 대외무역공사의 수량은 점진적으로 증가하여, 1979년 하반기부터 1987년까지 2,200여 개의 지방 대외무역기업이 중국 정부로부터 비준을 받았다. 이는 1979년에 비해 11배가 증가한 수치이다. 1988년 중국 국무원은 각 성, 자치구, 직할시 등에 수출권을 위임하고 수출액 중 일정액을 중앙 정부에 납입하도록 하는 대외무역 도급경영책임제를 시행하였다. 이에 따라서 1993년 말 대외무역권을 획득한 기업은 8,000여 개에 달하였다. 鄧琳, 『我國對外貿易收購制, 代理制和自營制的市場前景之比較研究』, 鄭州大學碩士學位論文, 2006, pp. 4-9 참조.

8) 唐篠芳, 전계논문, pp. 47-48.

9) 중국 대외무역권 허가제의 단점을 다음과 같이 정리할 수 있다. 첫째, 대외무역권 허가제는 국내시장과 국제시장을 분리하는 결과를 가져와 기업의 국내외시장의 유기적 결합을 통한 발전을 방해하는 요인으로 작용하였다. 둘째, 중국 정부의 대외무역권에 대한 엄격한 통제는 기업 간의 차별 대우를 야기하게 되었다. 또한 이러한 통제는 관련 정부기관의 부패를 야기하는 결과를 가져왔다. 셋째, 허가제는 대외무역 관리기관에 많은 권한을 부여함으로써, 이들 기관들의 과도한 간섭과 감독은 번잡하고 복잡한 허가 절차를 낳게 하여 기업의 부담을 가중시켰다. 이는 중국 정부의 행정효율을 저해하는 요인으로도 작용하였다. 沈四寶·王秉乾, 『中國對外貿易法』, 北京: 法律出版社, 2006, p. 47 참조.

입 후 3년 이내에 대외무역권 허가제를 등록제로 전환하기로 약속하였다.¹⁰⁾ 또한 중국은 WTO 가입시 외국의 개인에 대해서도 대외무역권을 개방하겠다고 약속하였다. 중국의 1994년 대외무역법 제8조 규정에 따르면 개인은 대외무역활동에 종사하는 것이 불가능하였다. 또한 중국이 중국인에게 대외무역권을 개방하는 문제는 WTO와의 약속한 사항은 아니었다.¹¹⁾

2) 대외무역법 개정 이후

중국은 2004년 대외무역법을 개정하여 대외무역 주관부서에 등록한 모든 개인, 법인 그리고 조직에 대하여 대외무역권을 부여하였다. 개정 대외무역법 제8조는 무역주체와 관련하여 “대외무역사업자라 함은 법에 따라 공상등록 또는 영업수속을 하였고 본 법과 기타 관

10) 중국의 WTO 가입의정서 제5.1조 “가입 후 3년에 중국의 관세영역에서 상품무역에 종사하는 모든 중국 기업에 대외무역권을 전면 개방한다. 단 부속서 2A에 등록된 상품에 대해서는 국영무역을 계속 유지한다.”

11) 중국의 대외무역주체관리 관련 규정

일 시	내 용
1979	개혁개방 초기 중국은 소수의 국유대외무역공사를 통해서만 대외무역을 실시
1985. 3	대외경제무역부 ‘대외무역공사의 설립조건 및 허가절차에 관한 임시규정’ 공포
1988. 7	대외경제무역부 ‘대외무역기업의 허가과 관련한 문제점에 대한 규정’ 공포
1992. 9	국무원 ‘대외무역공사 설립허가와 관련한 문제점에 대한 회답’ 공포
1992.	대외경제무역부 ‘제조 기업에 수출입경영권의 부여와 관련한 문제점에 관한 의견’ 공포
1993.	대외경제무역부, 국가과학기술위원회 ‘과학기술연구원원의 과학기술 제품 수출입권 부여에 관한 임시 규정’ 공포
1993.	국가경제무역위원회, 대외경제무역부, 대내무역부 ‘상업, 물자 기업의 수출입경영권 부여에 관한 시험적 의견’ 공포
1997. 1	대외경제무역부 ‘경제특구 생산기업의 자체 수출입권 자동 등록에 관한 임시규정’ 공포
1998. 9	대외경제무역부 ‘사영생산기업 및 과학기술연구원원의 자체 수출입권에 관한 임시규정’ 공포
1999. 1	대외경제무역부 ‘전국 대형공업기업 자체 수출입권 등록제도 실행에 관한 통지’ 공포
1999. 5	대외경제무역부 ‘기업의 수출입경영권 신청 자격조건의 조정 및 사후관리 강화와 관련한 문제점의 통지’ 공포
2001. 7	대외경제무역부 ‘수출입경영자격 관리와 관련한 규정’ 공포, 동 규정에서 유통기업의 대외무역권 신청자격 조건은 등록자본금 500만 위엔 이상, 중서부 지구는 100만 위엔 이상, 생산기업, 개인독자기업, 공동기업은 300만 위엔 이상, 중서부 지구, 소수민족지구는 200만 위엔 이상, 과학기술연구원, 첨단과학기술기업, 그리고 기계전기제품 생산기업은 100만 위엔 이상, 사영기업도 상기 조건을 충족시키면 대외무역권을 획득할 수 있도록 하였음.
2001.12	‘중국의 WTO 가입의정서’ 발효, 중국 정부 2004년 12월 11일 이전 대외무역권 개방을 약속
2003. 7	상무부 ‘수출입경영자격 표준 및 허가절차 조정에 관한 통지’ 공포, 유통기업의 대외무역권 신청 자격 조건은 등록자본금 100만 위엔 이상, 중서부지구의 내자기업 및 생산기업은 등록자본금 50만 위엔 이상
2004. 4	대외무역법 개정 공포, 대외무역권 허가제를 등록제로 개정
2004. 6	상무부 ‘대외무역경영자 등록규정’ 공포, 무역거래자 자격조건 폐지

런 법률, 행정법규의 규정에 따라 대외무역 사업 활동에 종사하는 법인, 기타 조직 또는 개인을 말한다”고 규정하고 있다.

중국 대외무역법에 따른 무역거래자¹²⁾의 범위는 다음 3분류로 나눌 수 있다.¹³⁾ 첫째, 법인. 중국은 법인을 기업법인과 비기업법인으로 구분하고 있다. 그중 비기업법인은 기관법인, 사업단위법인 그리고 사회단체법인으로 구분된다. 중국의 관련 법률에 따르면 기관법인은 기업경영활동에 참여할 수 없으며, 사회단체법인은 본질적으로 비생산적 사회조직이다. 그러므로 기관법인과 사회단체법인은 무역거래자가 될 수 없다.¹⁴⁾ 따라서 실제로 무역거래자가 될 수 있는 법인은 기업법인과 사업단위법인에 국한된다. 사업단위법인의 경우도 과학기술제품을 연구개발하는 기술연구소, 의료서비스를 제공하는 의료기관 등과 같이 한정된 범위 내에서 업무성격에 따라 일부 법인만이 무역거래자가 될 수 있다.

둘째, 기타 조직. 중국이 말하는 기타 조직이란 비법인조직을 의미한다. 대외무역의 영리적 성격에 근거하면 기타 조직이란 영리를 추구하는 비법인조직으로 대표적으로 공동출자경영을 들 수 있다.¹⁵⁾

셋째, 개인. 중국의 WTO 가입의정서 제5.2조는 “중국에 아직 투자 또는 등록하지 않은 개인 및 기업을 포함한 모든 외국의 개인 및 기업에 중국의 기업에 대한 대우보다 낮지 않게 대외무역권을 부여 한다”고 규정하고 있다. 중국의 WTO 가입 작업반보고서 제84(a)조는 “중국 대표는 중국이 WTO에 가입 후 3년 이내에 대외무역권 허가제를 취소함을 확인하였다. 그때가 되면 중국은 중국의 기업 및 WTO 체약국의 독자경영자를 포함한 외국 기업과 개인에게 중국의 관세영역 내에서의 모든 제품(의정서 부속서 2A에 열거된 국영무역기업 수입 및 수출 제품의 제외한)에 대한 무역을 허가한다”고 약속하고 있다. 이들 규정에 따르면 외국의 기업뿐만 아니라 개인에 대하여도 중국에서의 대외무역에 종사할 수 있도록 하고 있다. 이는 중국의 개인에 대해서도 대외무역에 종사할 수 있는 권한을 부여하여야 함을 의미한다.¹⁶⁾

중국은 대외무역법 개정을 통해 개인에 대해서도 대외무역을 할 수 있도록 허용하고는 있으나 관련 법률에 근거하여 사전에 공상등록 및 영업수속을 완료한 자에 한하여 대외무역을 할 수 있도록 하고 있다.¹⁷⁾

12) 한국 대외무역법 제2조 제3호 정의에서 “ ‘무역거래자’란 수출 또는 수입을 하는 자, 외국의 수입자 또는 수출자에게서 위임을 받은 자 및 수출과 수입을 위임하는 자 등 물품 등의 수출행위와 수입행위의 전부 또는 일부를 위임하거나 행하는 자를 말한다.”고 규정하고 있다.

13) 馬秀紅, 『中華人民共和國對外貿易法釋義』, 北京: 中國商務出版社, 2004, pp. 56-57.

14) 王曉輝, “外資經營權下放后出現的經濟現象分析與思考”, 『理論導刊』, 2008年 第5期, 2008, p. 79.

15) 任麗君·楊新房, “外資經營權完全放開的意義和問題探討”, 『黑龍江對外經貿』, 2005年 第4期, 2005, p. 12.

16) 沈四寶·王秉乾, 전거서, pp. 48-49.

2. 대외무역대리제도

1) 대외무역대리제도의 정의 및 법률 성질

(1) 대외무역대리제도의 정의

중국의 법률은 대외무역대리제도의 개념과 관련하여 명확한 정의를 내리고 있지 않다. 다만 중국의 일부 학자들은 ‘민법통칙’과 ‘대외무역대리제도에 관한 임시규정’의 일반대리와 대외무역대리에 관한 규정의 차이점을 분석하여 대외무역대리의 개념을 설명하고 있다. 李煥은 대외무역대리제도를 “대외무역권이 있는 수탁인이 위탁인의 위탁을 받고 위탁인으로부터 일정한 수수료를 받고 대리하여 무역계약의 체결 및 이행과 관련된 업무를 처리하며, 거래와 관련하여 발생하는 모든 손익을 위탁인이 부담하는 제도”이라고 정의하고 있다.¹⁸⁾ 戴霞는 “대외무역권이 있는 공사, 기업(대리인)이 국내 공사, 기업(본인)의 위탁에 근거하여, 대리인이 자신의 명의로 수출입업무를 처리하되 최종적인 법률적 결과에 대해서는 국내 공사, 기업이 부담하는 일종의 법률제도”라고 정의하고 있다.¹⁹⁾

17) 중국에서 대외무역업 등록을 원하는 자는 ‘대외무역경영자등록표’를 기재하고 하기의 자료를 첨부하여 등록기관에 제출한다. 영업허가증 사본, 조직관번호증명서 사본, 외국투자기업은 외상투자기업 허가증명서 사본. 그리고 공상등록을 한 상공계열 자영업자(개인독자기업)는 공증기관이 발급한 재산공증증명서, 공상 등록한 외국기업은 공증기관이 작성한 자금신용증명서를 추가로 제출하여야 한다. 또한 대외무역업 등록을 완료한 후 외환, 은행, 세무, 검사검역, 해관 등에 등록을 하여야 한다. 중국 상무부가 공포한 ‘대외무역경영자등록방법’ 제8조에서 “대외무역경영자는 등록도장이 날인된 등록표를 30일 내에 관할 해관, 검사검역, 외환, 세무 등의 기관에 제출하고 대외무역업무와 관련된 수속을 마쳐야 한다. 규정된 기한을 넘긴 등록표는 자동 무효 처리된다”고 규정하고 있다. 이에 따라서 대외무역경영자등록표를 수령한 후 30일 이내에 관련 기관에서 요구하는 수속을 받지 않은 경우에는 대외무역경영권이 자동 취소된다. 등록 후 30일 내에 관련기관이 요구하는 수속을 받지 않은 경우, 검사검역 특히 법정검사화물의 경우는 화물의 검사검역을 받을 수 없고, 외환관리기관에 등록하지 않은 경우에는 수출입상품의 환거래가 불가능하다. 또한 세무기관에서 세무등록증명서를 발급받지 않은 경우에는 세금을 납입하거나 증치세환급을 받을 수 없다. 그리고 해관에 등록하지 않은 경우에는 수출입화물의 통관이 불가능하다. 예를 들어 해관 등록을 위해 제출해야 되는 서류는 다음과 같다. ①대외무역경영자등록표, ②통관등기신청서, ③법인영업허가증 사본(개인독자기업, 개인공동기업 또는 상공계열 자영업자인 경우는 영업허가증 사본), ④세무등기증명서 사본, ⑤은행계좌개설허가증 사본, ⑥조직기관번호증명서 사본, ⑦고정생산경영장소증명서, ⑧기업법인 대표자 또는 개입독자기업, 개인공동기업 또는 상공계열 자영업자 책임자의 신분증 사본, ⑨기업계약규약 및 정부 주관부분의 기업계약규약 허가문건(외국투자기업만 제출, 다만 외국독자기업의 경우에는 기업계약규약만 제출). 劉德標, “外貿經營權備案制五大釋疑”, 『中國經貿』, 2004年 第8期, 2004, pp. 16-17 참조.

18) 李煥, “淺議我國的外貿代理制”, 『經濟師』, 2002年 第11期, 2002, p. 32.

상기 두 대외무역대리제도에 대한 개념을 비교하면, 다음과 같은 차이점이 존재함을 발견할 수 있다. 우선, 전자는 수탁인이 위탁인을 대리하여 단지 “무역계약의 체결 및 이행과 관련된 업무”를 처리하는 것으로 정의하고 있다. 그러나 후자는 “수출입업무”를 처리하는 것으로 정의하고 있다. 또한 두 정의는 “손익”과 “법률적 결과”로 구분하여 표현하고 있다. 이를 종합해 보면 “수출입업무”가 “무역계약의 체결 및 이행과 관련된 업무”보다 포괄적인 개념이라 할 수 있으며, “법률적 결과”는 “손익”에 비해 더욱 합리적인 표현이라 할 수 있다. 따라서 후자가 더 적당한 중국의 대외무역대리제도에 대한 정의라 할 수 있다. 그러나 후자 있다. “국내 공사, 기업”으로 범위를 한정하고 있으나 중국의 대외무역법 제12조는 “대외무역 합 “손은 타인의 위탁을 받고 및범위 내에가 대외무역업무를 대리할 수 있다”고 규정하고 있다. 상기 규정은 중국 국내 공사 및 기업에 한정하여 규정하고 있는 것이 아니라 기타 조직 및 개인도 포함하고 있다고 보아야 할 것이다.

상기의 내용을 종합하여 중국의 대외무역대리제도를 다음과 같이 정의할 수 있을 것이다. “대외무역대리제도는 대외무역권이 있는 공사, 기업(대리인)이 국내 공사, 기업, 기타 조직 그리고 개인(본인)의 위탁에 근거하여 대리인이 자신의 명의로 수출입업무를 처리하되, 최종적인 법률적 결과에 대해서는 국내 공사, 기업, 기타 조직 그리고 개인이 부담하는 일종의 법률제도이다”라고 정의 내리는 것이 타당하다 할 것이다.

(2) 대외무역대리제도의 법적 성질

중국 대외무역대리제도의 실무상 운영방법은 먼저 본인과 대리인이 위탁계약을 체결하고, 이후 본인이 대리인에게 위탁한 위탁범위에 근거하여, 대리인은 해외 수출입상과 무역계약을 체결하게 된다. 이때 무역계약의 당사자는 대리인과 해외 수출입상이다. 본인은 무역계약과 관련된 권리와 의무를 직접적으로 부담하는 것이 아니라, 대리인이 무역계약에 따른 권리와 의무를 향유 또는 부담한 이후 본인에게 이러한 권리와 의무를 전가하게 된다.²⁰⁾

중국 대외무역대리의 운영과정을 보면 ‘대리’²¹⁾라고 명칭을 사용하는 것이 부당한 것처럼 보인다.²²⁾ 중국의 전통 민법이론에서 대리란 “대리인이 대리권에 의거하여 본인을 대신하여 제3자와 법률행위를 하고 그로 인해 발생한 법률효과는 본인에게 귀속되는 민사 법률제도 및 민사법률관계와 민사법률행위를 확인하는 제도이다”²³⁾라고 하고 있다. 그러

19) 戴霞, “健全和完善中國外貿代理制度探討”, 『現代法學』, 1999年 第2期, 1999, p. 46.

20) 周備峰·張雋·夏楊楊, “我國外貿代理制度探析”, 『現代商務工業』, 第20卷 第6期, 2008, p. 72.

21) 대리는 타인(대리인)이 본인의 이름으로 법률행위(의사표시)를 하거나 또는 의사표시를 받음으로써 그 법률효과가 직접 본인에 대하여 생기는 제도이다. 박윤직, 민법총칙, 박영사, 2002, p. 252 참조.

22) 許軍珂, 전제논문, p. 105.

나 중국의 대외무역대리는 대리인이 자신의 명의로 제3자와 민사법률행위를 하게 된다. 이는 중국 계약법에 규정되어 있는 ‘위탁매매계약’²⁴⁾와 유사하다.²⁵⁾ 즉, 위탁매매계약은 “위탁매매인이 자신의 명의로 타인의 계산을 위하여 동산의 매매 또는 기타 상업상의 교역을 행하고 보수를 받는 계약이다.”²⁶⁾ 또한 위탁매매계약에서 위탁인과 제3자 간에는 직접적인 법률관계가 없다.²⁷⁾ 그러나 대외무역대리는 위탁인이 대리인과 제3자 간의 거래협상에 직접적으로 참여할 수 있고, 위탁인의 개입권 및 제3자의 선택권을 통해 위탁인과 제3자 간에 직접적인 법률관계가 성립될 수도 있다는 점에서 위탁매매계약과 상이하다 할 것이다.²⁸⁾ 이를 본다면 중국의 대외무역대리를 위탁매매계약의 유형으로 받아드리는 것도 타당하지 않을 것이다.

상기의 내용을 종합해 보면, 중국에서 말하는 대외무역대리는 비록 ‘대리’라는 명칭을 채용하고는 있지만 전통적인 위탁매매계약에서 변형된 중국만의 독특한 법률제도라 할 수 있다.

2) 대외무역대리제도의 변화

(1) 대외무역법 개정 이전

중국의 대외무역대리제도는 기타 국가의 대외무역대리제도와 달리 특수한 배경 하에 등장하였다.²⁹⁾ 중국은 1984년 대외경제무역부가 공포한 ‘대외무역체제 개혁 의견에 관한 보

23) 張俊浩, 『民法學原理』, 北京: 中國政法大學出版社, 1997, p. 256.

24) 중국 계약법은 위탁매매계약을 ‘行紀合同’으로 표현하고 있다.

25) 중국 계약법 제414조 “위탁매매계약은 위탁매매인이 자기의 명의로 위탁자를 위하여 거래활동에 종사하고, 위탁자가 보수를 지불하는 계약이다.”

26) 史尚寬, 『民法總論』, 北京: 正大印書館, 1980, p. 465.

27) 중국 계약법 제421조 제1항 “위탁매매인이 제3자와 계약을 체결하는 경우, 위탁매매인은 그 계약에 대해 직접 권리를 향유하고 의무를 부담한다.”; 위탁매매인은 자기명의로 위탁인을 위하여 일정한 법률행위를 행한다. 위탁매매계약에서 위탁매매인은 자기 명의로 위탁매매 사무를 처리한다. 위탁매매인은 제3자와 법률행위를 하고 그 법률결과도 위탁매매인이 직접 부담한다. 위탁인과 제3자 사이에 직접적인 권리와 의무관계는 없다. 이것은 위탁매매계약이 위탁계약과 다른 점이다. 한편, 위탁매매계약에서 위탁매매인이 하는 위탁사무는 일반적으로 구매·판매와 기타 상업상의 무역활동 등의 법률행위에만 제한되지만, 위탁계약에서 위탁인이 하는 위탁행위는 법률행위와 사실행위를 모두 포함한다. 江平(노정환 역), 『中國民法』, 삼성경제연구소, 2007, pp. 1404-1405 참조.

28) 吳行行, “論外貿代理制”, 『黑龍江對外經貿』, 2008年 第1期, 2008, p. 70.

29) 중국 대외무역대리제도는 대외무역 독점체제 하에서의 역사적 산물이다. 즉, 중국의 대외무역대리제도는 독점무역에 따른 문제를 해결하기 위해 등장한 것으로, 대외무역권이 없는 기업들에 간접적으로라도 수출입행위를 할 수 있는 길을 열어주기 위하여 등장한 것이다. 趙世璐, 전제논문, pp. 59-60 참조.

고' (關於外貿體制改革意見的報告)에서 대외무역대리제도의 시행을 최초로 제시하였다. 즉, '수매제' 30) (收購制)를 포기하고 중국 특유의 대외무역대리제를 시행할 것을 제시하였다. 1991년 중국 대외경제무역부는 '대외무역대리제도에 관한 임시규정' (關於對外貿易代理制的暫行規定) (이하 '임시규정' 이라 칭함)을 공포하여 대외무역대리제도에 대한 법률적 근거를 두었다. 동 규정은 대외무역대리제를 중국의 대외무역권이 있는 공사, 기업이 기타 공사, 기업, 사업단위 또는 개인의 위탁을 받아 수권범위 내에서 상품 수출입을 대리하는 것으로, 대리비를 받고 행하는 일종의 대외무역제도라고 규정하고 있다.³¹⁾ 1994년 제정된 중국의 대외무역법 제13조는 대외무역권 허가를 받지 못한 조직 및 개인은 국내의 대외무역대리업자에게 대외무역을 위탁할 수 있고, 위탁을 받은 대외무역대리업자는 위탁자에게 시장상황, 상품가격, 고객상황 등과 관련된 경영정보를 제공하여야 한다고 규정하고 있다. 또한 위탁자와 수탁자는 위탁계약을 체결하여 쌍방의 권리의무를 계약에 약정하여야 한다고 규정하고 있다. 그러나 중국의 대외무역법은 대외무역대리제도와 관련된 원칙적인 사항만을 규정하고 있다.

중국의 '임시규정' 과 1994년 대외무역법의 규정에 따르면, 중국의 대외무역대리업자는 다음 두 가지 유형으로 나눌 수 있다. 첫째, 대외무역권을 갖고 있는 기업 간에 상호 대외무역을 하는 것으로, 대리인이 본인의 명의로 해외 수출입상과 무역계약을 체결하는 것이다. 둘째, 대외무역권이 없는 기업 및 개인이 대외무역권이 있는 기업에 물품의 수출입을 위탁하는 것으로, 이 경우에는 대리인이 자신의 명의로 해외 수출입상과 무역계약을 체결하는 것이다. 이는 대외무역권이 없는 중국의 기업 및 개인이 무역계약을 체결하는 경우, 중국 해관은 이들 계약물품의 통관을 불허할 것이고, 중국은행은 수출입대금결제에 응하지 않을 것이다. 따라서 대외무역권이 없는 기업 및 개인은 대외무역권이 있는 기업을 통해서만 수출입이 가능하였다. 상기의 두 번째 유형이 중국의 가장 전형적인 대외무역대리라 할 수 있다.³²⁾

중국의 이러한 특수한 형태의 대외무역대리제도는 대다수의 대외무역권이 없는 국내기업과 국제시장을 연결하는 역할을 하였지만, 대외무역권의 허가제는 일부 기업에게 대외무역에 대한 독점적 지위를 부여하는 역할을 하였다. 이러한 제도적 결함 이외에, '임시규정' 은 대리인과 본인 간의 위탁계약과 대리인과 해외 수출입상 간에 체결된 무역계약은 상호

30) 1984년까지 중국은 대외무역수출체제로 수매제를 이용하였다. 이 수매제는 국가로부터 허가를 득한 무역기업이 국가계획과 국제시장의 수요공급 상황에 근거하여 국내에서 생산된 제품을 전매하여 수출하는 제도이다. 즉, 대외무역기업이 생산기업에서 생산된 제품을 전매를 통해 소유권을 이전 받아 수출하는 방식으로, 무역에 관한 모든 책임을 대외무역기업이 부담하는 제도이다. 鄒琳, 전제 논문, p. 10 참조.

31) 중국 '대외무역대리제도에 관한 임시규정' 제1조 및 제2조.

32) 鄭自文, 『國際代理法研究』, 北京: 法律出版社, 1998, p. 230.

독립된 별개의 계약으로 규정하고 있다. 또한 본인이 대리인의 동의를 얻어 무역협상에 참가할 지라도 무역계약과 관련한 어떠한 형태의 승낙도 대리인의 동의 없이는 용인되지 않았다.³³⁾ 그리고 본인은 대리인의 동의 없이 해외 수출입상을 변경하거나 무역계약을 변경할 수도 없다. 해외 수출입상이 무역계약을 위반하는 경우에, 본인은 위탁계약의 관련규정에 근거하여 대리인에게 클레임을 제기할 수는 있으나, 스스로 해외 수출입상을 상대로 직접 클레임을 제기할 수는 없다. 그리고 본인이 계약을 위반하는 경우에, 해외 수출입상은 본인에게 직접적으로 클레임을 제기할 수 없다. 단지 대리인을 상대로 클레임을 제기할 수 있다.³⁴⁾

이러한 중국의 대외무역대리제도 하에서 중국의 대외무역업자는 일반적으로 본인으로부터 무역계약액의 1~3%를 수수료로 받고, 외국 수출입상에게는 100% 책임을 부담하여야 한다. 대외무역업자가 본인에게 외국 수출입상에게 부담한 책임을 구상할 수는 있으나,³⁵⁾ 국내 기업이 배상능력이 없거나 약한 경우에는 문제가 될 수 있다. 그리고 본인은 해외 수출입상의 불법행위에 따른 책임을 직접적으로 물을 수 없기 때문에, 위탁계약에 대리인의 해외 수출입상에 대한 클레임 제기와 관련한 조항을 삽입하지 않은 경우 또는 본인이 소송비, 중재비, 변호사비용, 출장비 등과 같이 소송 또는 중재와 관련하여 발생하는 비용을 대리인에게 제공하지 않은 경우에, 대리인은 본인을 대신하여 클레임을 제기할 의무를 부담하지 않는다.

그러나 상기와 같은 현상은 중국의 대외무역대리제도 발전에 부정적인 영향을 미쳤다. 중국의 대외무역대리제도가 시행된지 20여년이 넘게 경과 하였지만, 통계에 따르면 중국의 대외무역대리를 통한 무역규모는 매우 낮게 형성되어 있다. 1989년 대외무역대리를 통한 수출이 최고점에 달했을 때에도 총수출에서 대외무역대리를 이용한 수출 비중은 7.2%에 불과하였다. 또한 1990년대에 들어서도 상기에서 살펴본 문제점들이 개선되지 않음에 따라 대외무역대리 이용은 계속해서 하락하여 1990년대 후반에는 비중이 5%대 이하로 낮아졌다.³⁶⁾

(2) 대외무역법 개정 이후

2004년 중국은 WTO 가입에 따른 약속사항의 이행을 위해 대외무역법을 개정하여 대외무역업 허가제를 등록제로 전환하였으며, 개인도 등록절차를 통해 대외무역을 할 수 있도록

33) 중국 ‘대외무역대리제도에 관한 임시규정’ 제8조.

34) 李彦榮, “關於外貿代理制若干問題的探討”, 『物流工程與管理』, 第30卷, 2008, p. 94.

35) 중국 ‘대외무역대리제도에 관한 임시규정’ 제11조.

36) 徐海燕, 『英美代理法研究』, 北京: 法律出版社, 2000, p. 334.

하였다. 이러한 중국 대외무역제도의 변화는 대외무역대리제도의 기반을 실추시키는 결과를 가져올 수도 있었을 것이다. 그러나 중국은 대외무역법 제12조에서 대외무역대리에 관한 규정을 유지하였다. 그렇다면 제12조의 유지를 어떻게 이해하여야 할 것인가. 중국의 개정 대외무역법은 기존 대외무역대리제도의 불합리한 요소를 제거한 것으로 이해될 수 있다.

그러한 이유는 첫째, 개정 대외무역법은 기존 대외무역대리제도의 독점적 성격을 제거하였다. 대외무역법 개정 이전 중국의 대외무역대리는 대외무역권이 있는 기업이 대외무역권이 없는 기업을 대리하여 자신의 명의로 대외무역행위를 하는 경우가 대부분이었다. 그러나 중국의 대외무역법 개정은 독점적 대외무역대리를 종결시키고 국제적으로 통용되는 대외무역대리³⁷⁾에 부합하도록 하였다.³⁸⁾

둘째, 개정 대외무역법은 대외무역대리를 통해 국영무역과 같은 국가 독점적 영역의 무역이 WTO 규정에 위배되지 않게 이행되도록 하였다. 중국의 개정 대외무역법 제11조³⁹⁾는 국가가 일부 상품의 수출입에 대해 국영무역을 실시할 수 있다고 규정하고 있다. GATT 1994 제17조와 GATS 제8조도 이와 유사한 규정을 두고 있으며, 중국의 WTO 가입의정서 제6조도 국영무역을 규정하고 있다.⁴⁰⁾ 국영무역 운영은 WTO 회원국으로서 일종의 권리이며 의무이다. 즉, 국영무역을 통해 일정한 공공정책을 실현할 수 있으며, 국영무역의 제한에 관한 WTO 규정을 준수하여야 한다.⁴¹⁾ 국영무역기업은 소유제를 구분하여 국영무역기업을 결정하는 것이 아니라, 기업이 종사하는 업종 및 업무에 따라 결정하게 된다. 따라서 모든 대외무역거래자는 국영무역기업이 될 수 있다. 그러나 국영무역상품으로 규정된 상

37) 국제적으로 통용되는 대외무역대리제도에서 무역대리업자는 무역계약 상의 당사자가 아니므로 물품인도 및 대금지급과는 아무런 관계가 없다. 무역대리업자는 수출자 또는 수입자로부터 수수료를 받고 수출입을 중개·알선·보조하는 자로서 수출입 거래시 자신의 명의로 사용되지 않고 무역계약 단체에 계약대리인으로 개입하게 된다. 따라서 무역거래의 이행과 관련하여 책임을 지지 않는다. 임목삼, 『국제대리점계약에 관한 연구』, 성균관대학교 박사학위논문, 2005, p. 15 참조.

38) 蔡鎮順, “我國加入WTO后外貿代理制度的發展分析”, 『國際經貿研究』, 2005年 第4期, 2005, p. 131.

39) 중국 대외무역법 제11조 “국가는 일부 상품의 수출입에 대해 국영무역관리를 실시할 수 있다. 국영무역관리를 실시하는 상품의 수출입업무는 권한을 부여받은 기업만이 경영할 수 있지만 국가가 허용한 일부 수량의 국영무역관리상품의 수출입업무는 권한을 부여받지 않은 기업이 경영할 수 있는 것은 제외한다. 국영무역관리를 실시하는 상품과 권한을 부여받은 경영기업의 리스트는 국무원 대외무역 주관부처가 국무원 기타 관련 부처와 확정, 조정 및 공포한다.....”

40) 중국은 가입의정서 제6조 제1항에서 국영무역의 수입구매 절차에 대한 투명성을 보장하고, WTO 협정에 규정된 예외 이외에는 국영무역기업의 수입구매 상품의 수량, 가격 그리고 원산지에 영향을 미치는 조치를 자제한다고 약속하고 있다. 또한 제6조 제2항에서 중국은 국영무역기업의 명단 및 수출입가격체제를 WTO에 통보할 것을 약속하고 있다. 하현수·윤충원·유찬화, “중국의 국영무역제도 운영에 관한 연구”, 『관세학회지』, 제8권 제3호, p. 310 참조.

41) 黃東黎·王振民, 『中華人民共和國對外貿易法條文精解及國際規則』, 北京: 法律出版社, 2004, p. 55.

품은 권한을 부여받은 기업만이 수출입을 할 수 있으며, 국영무역권한을 부여받지 못한 기업은 국영무역권한을 부여받은 기업을 통해서 대외무역이 가능하다. 이러한 의미에서 중국의 대외무역대리제도는 국영무역 실시를 위한 하나의 유형으로 이용될 수 있다.⁴²⁾

III. 중국의 대외무역대리관련 법규

1. 민법통칙

1986년 제정된 중국의 민법통칙 제63조 규정은 대리제도와 관하여 대외무역대리 실무 및 분쟁의 중요한 법률적 근거를 제공하고 있다.⁴³⁾ 즉, 동 조항은 “공민, 법인은 대리인을 통해 민사법률행위를 실시할 수 있다. 대리인은 대리권한내에서 피대리인의 명의로 민사법률행위를 실시할 수 있다. 피대리인은 대리인의 대리행위에 대해 민사책임을 진다. 법률 규정에 따르거나 혹은 쌍방 당사자 간의 약정에 따라 웅당 본인이 실시해야 하는 민사법률행위는 대리하지 못한다” 고 규정하고 있다.

그러나 중국의 민법통칙에 규정되어 있는 대리는 대외무역대리 유형의 일부분만을 규정하고 있다. 실제에 있어서 중국의 대외무역대리는 본인이 대외무역권이 있는지 없는지에 따라 두 가지 유형으로 구분할 수 있다. 첫째, 대외무역권을 있는 기업이 대외무역권이 있는 타 기업에 수출입업무를 대리시키는 경우이다. 둘째, 대외무역권이 있는 기업이 대외무역권이 없는 기업 및 개인의 수출입업무를 대리하는 경우이다. 전자는 대리인이 본인의 명의로 무역계약을 체결할 수 있다. 즉, 본인 역시 대외무역권을 갖고 있기 때문이다. 따라서 대리인과 본인 그리고 이들과 제3자 간의 권리의무관계는 민법통칙의 규정을 적용할 수 있다. 그러나 후자 본인이 대외무역권이 없기 때문에 자신의 명의로 무역계약을 체결할 수 없다. 이는 중국의 민법통칙이 직접대리와 관련하여 규정하고 있을 뿐 간접대리⁴⁴⁾와 관련한 규정을 두고 있지 않기 때문이다.⁴⁵⁾

42) 中國商務部, 『中華人民共和國對外貿易法講話』, 北京: 中國財政經濟出版社, 2004, p. 62.

43) 劉丹紅, “論我國外貿代理制的權責均衡化”, 『新疆警官高等專科學校學報』, 第28卷 第1期, 2008, p. 47.

44) 위탁매매인, 운송주선인 등의 행위와 같이 타인의 계산 하에 자기의 이름으로 하는 법률행위를 말한다. 대리인의 대리행위에 따른 법률효과가 간접적으로 본인에게 귀속한다는 점에서 대리인의 대리행위에 따른 법률효과가 직접적으로 본인에게 귀속하는 통상의 대리와의 구별된다. 간접대리는 직접대리를 인정하지 않는 데에서 오는 불비를 직접대리와 비슷한 행위에 의하여 구제하는 제도이다. 간접대리인이 권리를 취득한 때에는 곧 본인에게 이전한다는 특약을 할 수도 있으나, 권리의전의 경로가 달라서 본래의 의미의 대리와는 다르다.

2. 대외무역법

중국의 대외무역법은 1994년 7년 1일 시행되었다. 대외무역법 제13조는 “대외무역경영 허가를 받지 못한 조직 또는 개인은 국내 대외무역경영자에게 그의 경영범위 내에서 대외무역 업무를 위탁할 수 있다. 위탁을 받은 대외무역경영자는 위탁자에게 시장상황, 제품가격, 고객상황 등의 경영정보를 제공하여야만 한다. 위탁자와 피위탁자는 위탁계약을 체결하여, 쌍방의 권리의무를 약정하여야 한다” 고 규정하고 있다. 또한 2004년 개정된 대외무역법 제12조에서도 “대외무역 사업자는 타인의 위탁을 받고 경영범위 내에서 대외무역업무를 대리할 수 있다” 고 규정하고 있다. 이처럼 중국의 대외무역법은 대외무역대리제도가 합법적임을 명확히 하고는 있으나, 원칙적인 내용만을 규정하고 있어 대외무역대리와 관련한 사건에 대한 법률적용시 민법통칙, 계약법 그리고 ‘임시규정’ 이 적용되었다.

3. 대외무역대리제도에 관한 임시규정

중국의 대외경제무역부는 대외무역대리의 법적 근거를 제공하고자 위탁인과 수탁인의 의무, 위탁계약의 작용 및 성립, 그리고 분쟁의 해결 등을 주요 내용으로 하는 총 26개 조항으로 구성된 ‘임시규정’ 을 1991년 8월 29일 공포하였다. 동 규정은 대외무역권이 없는 기업이 대외무역권이 있는 기업의 대리행위를 통해 수출입을 하는 경우에 본인과 대리인 간의 법률관계를 명확히 하고자 규정된 것이다. 중국은 1999년 계약법이 시행되기 이전까지는 간접대리에 따른 분쟁을 해결하기 위한 어떠한 법률적 근거도 없었다. 그러나 이 시기 중국은 간접대리의 형태로 대외무역대리가 이루어지고 있었다. 이에 따라서 중국의 대외경제무역부는 간접대리를 통한 대외무역행위에 대해 법률적 근거를 제공하고자 행정부서 규정의 형태로 ‘임시규정’ 을 시행하게 된 것이다.⁴⁵⁾

45) 沈四寶·馬其家, “對外貿易法若干問題研究”, 『山西大學學報(哲學社會科學版)』, 第27卷 第3記, 2004, p. 66; 대륙법계는 현명주의를 대리법의 기본원리로 삼음으로써, 대리인이 본인을 위한 것임을 표시하지 않은 경우에는 그 행위는 대리행위로 인정되지 않고 따라서 그 행위의 효과는 전적으로 대리인에게만 귀속된다. 이에 반하여 영미법계에서는 대리인의 그러한 표시가 없더라도 대리행위로 보고 따라서 본인에의 효과귀속이 인정된다. 우리나라 법도 민법상으로는 현명주의원칙에 기하여 본인을 위한 것임을 표시한 경우에 한하여 대리효과를 인정하지만, 상법에서는 대리인이 본인을 위한 것임을 표시하지 않아도 대리효과를 인정하고 있다. 김학동, “국제적 물품매매계약에 있어서의 대리에 관한 UNIDROIT의 국제협약에 관한 연구”, 『서울시립대학교 논문집』, 제20권 제2호, 1986, pp. 22-26 참조.

46) 周江, 전제논문, p. 118.

‘임시규정’ 제1조는 “대외무역경영권을 획득한 공사, 기업(대리인)은 허가된 경영범위 내에서 국가의 관련 규정에 근거하여 대외무역경영권이 있는 공사, 기업을 대리하여 수출입 업무를 수행할 수 있다”고 규정하고 있다. 그리고 제2조에서는 “대외무역경영권이 없는 공사, 기업, 사업단위 및 개인(위탁인)이 상품(화물 및 기술 포함)의 수출입이 필요한 경우, 이와 관련된 상품의 대외무역경영권이 있는 공사, 기업(수탁인)에게 국가의 관련 규정에 규정된 방법에 따라 위탁할 수 있다”고 규정하고 있다.

‘임시규정’에 따르면 중국의 대외무역대리는 다음과 같이 3가지 유형으로 구분할 수 있다. 첫째, 대외무역권이 있는 기업 간의 대리무역으로 대리인이 본인의 명의로 계약에 서명하는 경우이다. 둘째, 대외무역권이 있는 기업 간의 대리무역으로 대리인이 자신의 명의로 계약에 서명하는 경우이다. 셋째, 대외무역권이 없는 기업이 대외무역권이 있는 기업에 위탁하여 대리인의 명의로 계약에 서명하는 경우이다. 첫 번째 방법은 직접대리와 차이가 없기 때문에 본인과 대리인 간의 권리의무관계는 민법통칙 제63조의 규정을 적용하여 해결할 수 있다. 그러나 두 번째와 세 번째 유형은 간접대리이기 때문에 ‘임시규정’의 관련규정을 적용하여 해결할 수 있다.⁴⁷⁾

‘임시규정’ 제8조 제1항은 본인은 대리인의 동의 없이 제3자와 접촉하거나 상담을 할 수 없다고 규정하고 있으며, 제9조⁴⁸⁾는 본인은 대리인의 동의 없이 제3자와 합의하여 무역계약을 수정할 수 없다고 규정하고 있다. 또한 제15조는 “대리인은 외국상인에 대한 계약상의 의무를 부담하고, 권리를 향유한다”라고 규정하고 있다. 이처럼 ‘임시규정’은 본인의 자동개입권과 관련된 규정이 없으며, 본인의 개입권과 제3자의 선택권에 관한 규정도 없다. 따라서 분쟁이 발생하는 경우 제3자는 대리인에 대해서만 계약관련 책임을 물을 수밖에 없으며, 본인도 제3자에 대해 계약관련 책임을 물을 수 없다.⁴⁹⁾

중국의 계약법 시행이전, 중국 법원은 민법통칙에 규정된 대리관련 규정과 ‘임시규정’에 규정된 규정을 적용하여 대외무역대리관련 사건을 처리하였다.⁵⁰⁾ 그러나 ‘임시규정’은 행정부서의 규정 형태로 공포된 것이기 때문에 법률 지위가 대단히 낮았고, 1999년 중국의 계약법이 시행됨에 따라 계약법 규정과 저촉, 그리고 동 규정의 일부 내용이 개정 대외무역법에 부합하지 않는 등의 문제로 2008년 1월 29일 폐지되었다.⁵¹⁾

47) 陳文岳·趙江濤, “外貿代理案件中的法律適用問題”, 『法律適用』, 總第240期, 2006, p. 92.

48) ‘임시규정’ 제9조 “위탁자와 외국상인이 독자적으로 보충 또는 수정한 무역계약의 합의는 무효이다.”

49) 周江, 전계논문, p. 119.

50) 吳行行, 전계논문, p. 71.

51) 陳忠禹, “論間接代理—兼評我國合同法第402,403條”, 『石河子大學學報(哲學社會科學版)』, 第22卷 第4期, 2008, pp. 25-26.

4. 계약법⁵²⁾

중국의 계약법은 1999년 10월 1일 시행되었다. 중국 계약법의 대리에 관한 규정은 ‘사법통일국제협회’(UNIDROIT)가 1983년 제정한 ‘국제물품매매대리협약’⁵³⁾(Convention on Agency in the International Sale of Goods)의 관련 규정을 대부분 인용하여 규정하고 있다.⁵⁴⁾

계약법 제 402조는 “수탁자는 자기의 명의로 위탁자의 수권 범위 내에서 제3자와 체결하는 계약은 제3자가 계약체결 시에 수탁자와 위탁자 사이의 대리관계를 안 경우, 그 계약은 위탁자와 제3자를 직접 구속하고, 다만 그 계약이 단지 수탁자와 제3자를 구속한다는 확실한 증거 증명이 있는 경우는 제외한다” 고 규정하고 있다. 또한 제403조는 “①수탁자가 자기의 명의로 제3자와 계약 체결 시 제3자가 수탁자와 위탁자 간의 대리관계를 알지 못한 경우, 수탁자는 제3자의 원인으로 의무를 이행하지 못하면 수탁자는 위탁자에게 제3자를 말하여야 하고 위탁자는 이로 인하여 수탁자의 제3자에 대한 권리를 행사하고, 다만 제3자는 수탁자와 계약을 체결할 때 만약 알았다면 위탁자가 바로 계약을 체결할 수 없는 것은 제외한다. ②수탁자가 위탁자의 원인으로 제3자에게 의무를 이행하지 못하면 수탁자는 제3자에게 위탁자를 말하여야 하고, 제3자는 이로 인하여 수탁자 또는 위탁자를 선택하여 상대방으로서의 그 권리를 주장할 수 있고, 다만 제3자는 선정한 상대방을 변경할 수 없다. ③위탁자가 수탁자의 제3자에 대한 권리를 행사하는 경우, 제3자는 위탁자에게 그 수탁자에 대한 항변을 주장할 수 있다. 제3자가 위탁자를 선정하여 그 상대방으로 삼는 경우, 위탁자는 제3자에게 그 수탁자에 대한 항변 및 수탁자의 제3자에 대한 항변을 주장할 수 있

52) 원문은 ‘合同法’이다.

53) UNIDROIT는 1961년 ‘국제적 성격을 가진 사법관계에서의 대리에 관한 통일법안’ 및 ‘국제적 물품매매에 있어서의 위임계약에 관한 통일법안’을 시작으로 대리에 관한 통일법안을 준비하였으나 영미법계 국가의 이견으로 채택되지 못하고, 국제물품매매에 관한 대리계약으로 범위를 좁히자는 의견에 따라 1992년 ‘정부전문가위원회’에서 다시 초안을 작성하였다. 그러나 이도 본인과 대리인·제3자 간의 법률관계 가운데 본인과 대리인의 관계를 삭제하고 초안을 다시 작성하여 1981년 말 정부전문가위원회에서 수정 보완 후 1983년 제네바의 외교총회에서 49개국이 참석한 가운데 ‘국제물품매매대리협약’을 채택하게 되었다. 동 협약은 10개국이 비준해야 발효되지만 지금까지 프랑스, 이탈리아, 멕시코, 남아프리카공화국, 네덜란드 등 5개국이 비준했다. ‘국제물품매매대리협약’은 본인과 대리인 간의 내부관계에 대해서는 언급이 없고, 본인 또는 대리인과 제3자 간의 외부관계만 규율되어 있다. 제1조 제2항에서 적용범위를 국제물품매매계약에 있어서의 대리관계에 한정함으로써, 이 협약이 CISG를 보충하기 위한 것임을 명시하고 있고, 또한 제1조 제1항에서 이 협약은 대리인이 본인을 위하여 계약의 권한이 있다고 주장하는 경우에만 적용된다고 하고 있다. ‘국제물품매매대리협약’은 전체 5장 35개조로 구성되어 있다. 제1장은 협약의 적용범위, 제2장은 대리권 발생과 범위, 제3장은 대리행위의 효과, 제4장은 대리권의 종료 등으로 구성되어 있다. 임목삼, 전계논문, pp. 48-49 참조.

54) 許軍珂, 전계논문, p. 104.

다”고 규정하고 있다.

중국 계약법 제402조는 본인의 자동개입권을 규정하고 있다. 대외무역대리의 상황에서 제3자가 계약을 체결할 때 본인과 대리인 사이의 대리관계를 안 경우, 그 계약은 본인과 제3자를 직접 구속한다. 본인과 제3자는 무역계약의 당사자가 되는 것이다. 주의할 점은 본인의 자동개입 전제조건은 제3자가 계약체결시 대리인이 대리인으로서 대리관계에 있다는 사실을 알았어야 한다는 것이다. 계약법 제403조는 본인의 개입권과 제3자의 선택권을 규정하고 있다. 제3자가 계약체결시 본인과 대리인 간의 대리관계를 알지 못하였다는 전제 하에서, 제3자가 계약을 위반한 경우에 본인은 대리인의 무역계약에 따른 권리를 사용할 수 있으며 무역계약의 당사자가 될 수 있다. 또한 상기와 같은 전제 하에서 본인의 원인으로 야기된 대리인의 계약위반에 대하여 대리인이 제3자에게 대리관계임을 고지하는 경우에, 제3자는 본인을 무역계약의 당사자로 선택할 수 있다. 제3자가 본인을 무역계약의 당사자로 선택한 경우에, 본인은 무역계약의 당사자가 되며 무역계약에 따른 책임을 부담하게 된다. 이 상에서와 같이 중국의 계약법은 본인의 개입권과 제3자의 선택권을 부여함으로써 당사자 간 권리의무의 균형을 유지하게 하였다.

이와 같이 중국 계약법 제402조와 제403조는 중국의 대외무역대리에 대한 법률적 근거를 제공하고 있다. 또한 중국은 계약법 제정 이전 ‘임시규정’이라는 부서규정을 통해 본인과 대리인 간의 법률관계를 불안정하게 규정하고 있었으나 계약법 시행을 통해 이러한 법률적 불확실성을 제거하게 되었다.

IV. 중국의 대외무역대리관련 분쟁에 대한 법률 적용

대외무역대리관련 분쟁의 처리과정에서 직면하게 되는 어려움중 하나는 대리 유형을 확정하여 상응하는 법률을 적용하는 문제이다. 중국에서 대외무역대리와 관련한 분쟁이 발생하는 경우, 동 분쟁이 직접대리, 위탁매매계약, 비현명대리 또는 본인불공개대리 중 어느 유형에 속하는지 결정한 후에 적용될 법률규정을 확정해야만 한다.⁵⁵⁾ 이론상으로는 몇 가지 대리유형을 구분하는 것이 그리 어려워 보이지는 않으나, 실제로 있어서는 이를 판단하기가 그리 쉬운 것만은 아니다. 대리인이 자신의 명의로 제3자와 계약을 체결하는 경우에는 특히 더 판단하기 힘들다.

1. 계약법 제402조, 제403조와 위탁매매계약 규정의 선택 적용

⁵⁵⁾ 陳文岳·趙江濤, 전제논문, p. 92.

중국의 대외무역대리와 관련하여 분쟁이 발생하는 경우, 먼저 고려해야할 점은 계약법 제 402조, 제403조의 규정을 ‘위탁매매계약’ 56)에 보충 적용할 수 있는가 하는 점이다. 또한 위탁매매계약과 관련한 제421조 57)의 규정이 위탁매매관계에 제402조와 제403조의 적용을 배제하고 있는가 하는 점이다. 실제로 있어서는 이와 관련하여 상이한 의견이 존재하고 있다. 이러한 상이한 의견은 재판과정에서 동일한 법률관계에 대해 상이한 판정결과를 가져오게 했다. 즉, 위탁매매인으로 판단하느냐 대리인으로 판단하느냐에 따라 판결도 상이하게 나타날 수밖에 없었다.⁵⁸⁾ 이와 같은 문제점을 발생시킨 근본 원인은 중국의 계약법이 대륙법계와 영미법계의 대리제도를 동시에 채용하여 제정되었기 때문이다.⁵⁹⁾

중국은 계약법 제정과정에서 제402조 및 제403조에 규정된 대리관련 내용을 위탁매매계약 장(章)에 포함시키자는 의견이 있었다. 그러나 최종안에서는 제402조 및 제403조의 내용을 위탁계약 장에 포함시켰다. 이와 같은 법 제정 과정을 볼 때 다음과 같은 두 가지 결론을 도출할 수 있을 것이다. 첫째, 중국 계약법 제402조 및 제403조의 규정은 대외무역대

56) 중국 계약법 제22장(제414조~제422조)은 ‘行紀合同’ 즉 위탁매매계약과 관련하여 규정하고 있다.

57) 중국 계약법 제421조 “①위탁매매인이 제3자와 계약을 체결하는 경우, 위탁매매인은 그 계약에 대해 직접 권리를 향유하고 의무를 부담한다. ②제3자가 의무를 이행하지 않아 위탁자가 손해를 입는 경우, 위탁매매인은 손해배상책임을 부담하여야 하고, 다만 위탁매매인이 위탁자와 별도의 약정이 있는 것은 제외한다.”

58) 陳文岳·趙江濤, 상계논문, p. 92.

59) 대륙법계의 대리는 직접대리와 간접대리로 구분된다. 직접대리는 대리인이 대리권한 내에서 대리인의 명의로 제3자와 계약을 체결하고 그 효력은 직접 본인에게 미치게 된다. 그러나 대리인은 제3자에 대한 책임을 부담하지도 권리를 향유하지도 못한다. 간접대리는 위탁매매라고도 부른다. 간접대리의 특징은 직접대리와 같은 삼면 법률관계가 존재하지 않는다는 점이다. 즉, 대리인과 제3자 간 그리고 대리인과 본인 간의 양면 법률관계만이 존재한다. 이러한 두 개의 법률관계는 두 개의 독립된 계약관계에서 나온 것이다. 따라서 본인은 대리인과 제3자의 계약에 개입할 수 없으며, 위탁계약 상의 권리에 따라 대리인에게 권리를 주장할 수 있다. 또한 제3자도 본인에게 권리를 주장할 수 없다. 영미법계의 대리는 현명대리, 비현명대리 그리고 본인비공개대리로 구분된다. 현명대리는 대리인이 본인의 존재 및 본인의 성명을 공개하는 것을 말한다. 이러한 상황에서 대리인과 제3자가 체결한 계약은 본인과 제3자 간의 계약이 된다. 대리인은 계약 체결 이후 계약관계에서 벗어나게 된다. 비현명대리는 대리인이 자신의 명의로 제3자와 민상사 활동을 진행하지만, 대리인은 처음부터 대리인의 신분임을 제3자에게 공개하나 본인의 성명은 공개하지 않는 것을 말한다. 본인불공개대리는 대리인과 제3자 간에 계약체결시 본인의 존재의 사실을 공개하지 않는 것으로 대리인이 자신의 명의로 제3자와 계약을 체결한다. 이는 대륙법계의 간접대리와 거의 유사하다. 그러나 본인불공개대리는 본인에게 개입권이 부여되므로 직접 제3자에 대하여 청구권을 행사할 수 있다. 또한 제3자는 본인의 존재를 알게 된 이후에는 본인 또는 대리인에 대한 청구권 행사의 선택권을 갖는다. 이러한 점은 본인불공개대리와 간접대리의 차이점이라 할 수 있다. 중국의 계약법은 영미법계의 비현명대리와 본인불공개대리를 채용하여 규정하고 있다. 鄭自文, 전제서, p. 32, 趙秀文, 『國際貿易法文選』, 北京: 中國大百科全書出版社, 1993, pp. 392-393, 馮大同, 『國際商法』, 北京: 對外貿易教育出版社, 1991, p. 327, 및 姜聖復·付本超, “隱名代理和我國外貿代理法律制度的完善”, 『當代法學』, 2001年 第7期, 2001, p. 122 참조.

리에 법적 근거로 제공되고 있다. 둘째, 대외무역대리가 위탁매매관계에 부합하는 특징을 보인다면,⁶⁰⁾ 위탁매매계약의 규정을 적용할 수 있다. 이상의 두 가지 결론은 중국 계약법의 입법 본질상 위탁매매계약에 제402조와 제403조의 적용을 배제하고 있는 것이 아니며, 제402조와 제403조의 규정은 위탁매매계약의 장에 규정하지 않는 내용에 속하므로 동 조항들을 보충 적용할 수 있다는 것이다.⁶¹⁾

중국의 대외무역대리관련 분쟁을 처리하는데 있어서 계약법 제402조 및 제403조의 규정을 적용할 것인지 위탁매매계약관련 규정을 적용할 것인지 판단하는데 있어서 다음과 같은 기준을 따라야 할 것이다.

첫째, 대외무역대리가 위탁매매의 특징에 부합하지 않는다면, 민법통칙 또는 계약법 제402조 및 제403조의 규정을 적용하여야 한다.

둘째, 대외무역대리가 위탁매매의 특징에 부합한다면, 위탁매매계약의 규정을 적용하여야 한다. 위탁매매인은 제3자와 체결한 계약에 대해 직접적으로 권리를 행사할 수 있으며 의무를 부담한다. 그러나 제3자가 계약 체결시 위탁매매인과 본인 간의 대리관계를 알았을 경우에는 계약법 제402조를 적용하여야 한다. 이러한 계약은 제3자와 본인을 직접적으로 구속하게 된다.

셋째, 대외무역관련 위탁매매중 제3자가 계약체결시 위탁매매인과 본인 간의 대리관계를 알지 못하였다 하더라도 다음과 같은 경우에는 위탁매매계약 규정을 적용할 수 있다. ①위탁매매인이 제3자의 원인으로 본인에 대한 의무를 이행할 수 없었다면, 계약법 제403조 제1항의 규정을 적용하여 위탁매매인은 공개의무를 부담하며, 본인은 개입권을 갖는다. 계약은 제3자와 본인을 직접 구속하게 된다. 그러나 본인은 개입권 행사를 포기하는 경우에는 계약법의 위탁매매계약 규정 제421조에 근거하여 위탁매매인에게 책임을 부담시킬 수 있다. ②위탁매매인이 본인의 원인으로 제3자에 대한 의무를 이행할 수 없었다면, 계약법 제403조 제2항의 규정을 적용하여 위탁매매인은 공개의무를 부담하며, 제3자는 선택권을 갖는다. 제3자는 본인을 상대방으로 선택하면, 본 계약은 제3자와 본인을 직접적으로 구속하게 된다. 그러나 제3자가 위탁매매인을 상대방으로 선택한다면, 계약법 제421조의 규정에 따라 위탁매매인에게 책임부담을 요구할 수 있다.⁶²⁾

이상의 내용을 보면 위탁매매계약의 규정과 계약법 제402조, 제403조는 상호 보충적 관계에 있다고 할 수 있다.

60) 위탁매매의 특징에 부합하는지 여부는 대외무역 대리인이 대외무역권을 갖고 있는지 여부와 대리인과 본인 간에 합의 내용을 보고 판단하여야 할 것이다.

61) 陳文岳·趙江濤, 전계논문, pp. 92-93.

62) 黃曉亮, 전계논문, pp. 163-164.

2. 계약법 제402조와 제403조의 선택 적용

중국 계약법 제402조와 제403조의 적용조건은 완전 상반된다. 계약법 제402조는 “제3자가 계약체결 시에 수탁자와 위탁자 사이의 대리관계를 안 경우”를 위한 것이고, 계약법 제403조는 “제3자가 수탁자와 위탁자간의 대리관계를 알지 못한 경우”를 위한 것이다. 그러므로 어느 조항을 활용할 것인가를 판단하는 것은 제3자가 계약을 체결할 때 본인과 대리인 간의 대리관계를 알고 있었는가 하는 점이다.

그러나 실제에 있어서는 제3자가 알았는가를 판단하는 것은 그리 용이한 것은 아니다. 중국의 계약법 제402조와 제403조는 대리관계를 알았거나 알지 못한 경우를 구분하여 규정을 달리하고 있다. 한편 국제물품매매대리협약 제12조⁶³⁾에서는 ‘제3자가 알았거나 알 수 있었던 경우’라고 표현하여, 제3자가 대리관계를 알았는지 여부에 대한 범위를 중국의 계약법 제402조에 비해 확대한 것처럼 보인다. 그러나 실제에 있어서 중국의 법원 판례를 보면 중국 계약법 제402조와 제403조의 해석에 있어서 제3자가 알았거나 몰랐다는 확실한 증거 및 증명을 요구하는 것이 아니라 알았거나 몰랐음을 추정할 수 있으면 된다고 하고 있다.⁶⁴⁾

실제 대외무역대리에 있어서 무역계약의 일방 당사자인 제3자는 본인의 존재 및 대리인의 대리 지위에 대하여 인지할 수 있는 상황이 많이 존재하게 된다. 많은 경우에 본인은 무역협상 과정에 직접 참여할 것이고, 무역협상에 참가한 본인의 대표는 무역계약서에 직접 서명을 하기도 한다. 그렇다면 이러한 상황은 “제3자가 계약체결 시에 수탁자와 위탁자 사이의 대리관계를 안 경우”에 해당되는가. 그러나 이를 일률적으로 판단할 수는 없을 것이다. 제3자가 계약체결시 대리인의 대리지위를 알았더라도 본인을 구체적으로 알지 못한 경우에는 중국 계약법 제402조에 규정된 상황에 부합하지 않는다. 이러한 경우에는 403조의 규정을 적용하여야 할 것이다. 그리고 본인이 직접 무역협상 과정에 참가하였을 지라도 심지어 본인의 대표가 무역계약에 서명을 하였을 지라도 제3자가 “수탁인과 위탁인 간의 대리관계”를 알았다고 판단하기 곤란한 경우가 발생할 수 있다. 즉, 대외무역 실무에 있어서, 본인과 대리인이 대리합의에 서명한 후, 제3자와의 협상과정에 본인 또는 본인이 파견한 자가 참여하여 대리인의 명의를 사용하는 경우가 많다. 이러한 경우에 본인이 제3자에게 자신의 신분을 노출시키지 않고 대리인의 명의로 무역계약서에 서명하기도 한다. 이러한 상황에

63) 국제물품매매대리협약 제12조 “대리인이 본인을 위하여 그의 권한범위 안에서 행위하였고 제3자가 그것이 대리인으로서의 행위임을 알았거나 알 수 있었던 경우에는, 대리인의 행위는 본인과 제3자를 각각 직접 구속한다. 다만 그 경우의 상황에서 보아, 예컨대 위임계약을 참조하여 볼 때, 대리인이 자기만을 구속하려고 하는 것인 경우에는 그러하지 아니한다.”

64) 陳文岳·趙江濤, 전제논문, p. 93.

서 제3자는 본인의 존재를 인식하지 못할 수도 있을 것이다. 이러한 경우에 계약법 402조의 규정을 적용하기는 적절하지 않을 것이다. 이러한 경우에는 제403조의 내용을 적용하는 것이 타당할 것이다. 이상의 내용을 종합해보면, 제3자가 대리인과 본인 간의 대리관계를 알았는지를 인정할 때에는 현실의 복잡성, 진실성을 충분히 고려하여 판단을 내려야 할 것이다.

V. 결 론

과거 중국의 대외무역대리제도는 태생적인 문제점 때문에 당사자 간 법률관계에 있어서 많은 혼란을 야기하였다. 즉, 중국의 대외무역대리제도는 대외무역정책의 산물로 탄생한 것이지 법률요소를 고려해서 만들어진 것이 아니었기 때문이다. 중국은 오랜 기간 계획경제체제 하에서 대외무역을 실시하였다. 이에 따라서 중국은 대외무역과 관련한 법률의 필요성을 절실하게 느끼지 못하였다. 이러한 결과는 중국의 대외무역관련 법률의 부재를 낳았으며, 대외무역과 관련한 법률적 문제가 발생하는 경우 중국 국무원의 국무원규정, 중앙행정기관의 부서규정, 그리고 지방정부의 지방규정 등과 같이 임시적인 방법으로 문제를 해결하고자 하였다. 중국의 대외무역대리제도와 관련한 혼란도 이러한 차원에서 이해될 수 있을 것이다. 그러나 중국 법원은 대외무역관련 시시비비를 가리는데 있어서 이러한 규정들을 참고자료 정도로 취급하고 기타 법규정을 적용하여 판결을 내리는 경우도 많았다.

중국 학자들은 대외무역대리를 위탁대리관계, 위탁매매관계 아니면 매매관계로 볼 것인지와 관련하여 다양한 의견을 제시하였다. 그러나 이러한 혼란은 유사한 유형의 대외무역대리 관련 사건에 대해 상이한 판결이 내려지게 하는 결과를 낳았다. 그러나 다행스러운 점은 중국이 WTO 가입을 전후해서 대외무역과 관련된 많은 법률을 제정하거나 기존 법률을 국제적인 수준에 맞게 개정하는 작업을 진행해오고 있어 법률규정의 불명확성 또는 부존재에 따른 문제점을 상당 부분 개선해 가고 있다는 점이다. 대외무역대리와 관련해서도 중국은 1999년 계약법을 제정하여 대리에 따른 당사자 간 법률관계를 명확히 규정하였을 뿐만 아니라, 2004년에는 대외무역법을 개정하여 그동안 중국 대외무역대리의 모호성에 가장 큰 영향을 미친 대외무역권을 개방하였다. 따라서 현재 중국의 대외무역대리 당사자 간 법률관계는 어느 정도 분명해 졌다고 할 수 있다.

그러나 중국은 계약법을 제정하는 과정에서 대륙법계 법체계에 영미법계 대리규정을 채용하여 법을 제정하였기 때문에 법 적용상의 불확실성은 여전히 존재하고 있다. 따라서 우리 기업이 중국 기업과 중국의 대외무역대리제도를 이용하여 무역계약을 체결하는 경우는 다음

과 같은 점을 주의하여야 할 것이다.

첫째, 우리 기업이 중국 기업이 대리인 자격으로 계약과정에 참여하고 있음을 알았을 경우에는 무역계약서에 이러한 사실을 삽입하여 계약관련 분쟁에 대비하여야 할 것이다. 즉, 차후 분쟁이 발생하는 경우 중국의 대리인 또는 본인이 대리관계의 존재 또는 부존재를 주장하며 책임을 회피하거나 손해배상을 지연하는 경우에 대비하여야 한다.

둘째, 우리 기업이 중국의 본인과 대리인 간의 대리관계를 알았을 경우에, 본인이 대외무역권을 갖고 있는지 여부에 대하여 확인하여야 한다. 그러한 이유는 과거 중국 법원이 대외무역권이 없는 본인을 위해 행한 대리행위를 위탁매매에 준하여 법률을 적용하는 경우가 많았기 때문에, 우리 기업의 의도와는 달리 중국 법원 또는 중재판정부가 계약법의 위탁매매계약 규정을 적용하여 판결 또는 판정을 내릴 수 있기 때문이다.

셋째, 우리 기업이 대리관계가 존재하는지 불명확하게 인식하고 있었을 경우, 계약체결시 대리관계를 알지 못하였음을 주장하는 것이 분쟁해결에 보다 유리할 수 있다. 그러한 이유는 중국 계약법 제403조의 선택권을 활용할 수 있기 때문이다. 즉, 우리 기업은 상대방의 원인으로 분쟁이 발생하는 경우 선택권을 활용하여 본인과 대리인 중 보다 유리한 당사자를 선택하여 책임을 물을 수 있다.

참 고 문 헌

- 江 平(노정환 역)(2007), “中國民法”, 삼성경제연구소, pp. 1404-1405.
- 곽윤직(2002), “민법총칙”, 박영사, p. 252.
- 김학동(1986), “국제적 물품매매계약에 있어서의 대리에 관한 UNIDROIT의 국제협약에 관한 연구”, 서울시립대학교 논문집, 제20권 제2호, pp. 22-26.
- 임목삼(2005), “국제대리점계약에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, pp. 15-49.
- 하현수·윤충원·유찬확(2007), “중국의 국영무역제도 운영에 관한 연구”, 관세학회지, 제8권 제3호, p. 310.
- 姜聖復·付本超(2001), “隱名代理和我國外貿代理法律制度的完善”, 當代法學, 2001年 第7期, p. 122.
- 鄒 琳(2006), “我國對外貿易收購制, 代理制和自營制的市場前景之比較研究”, 鄭州大學碩師學位論文, pp. 4-10.
- 唐篠芳(2008), “我國外貿代理制度的缺陷及完善立法的探析”, 對外經貿實務, 2008年 第8期, pp. 47-49.
- 戴 霞(1999), “健全和完善中國外貿代理制度探討”, 現代法學, 1999年 第2期, p. 46.
- 馬秀紅(2004), “中華人民共和國對外貿易法釋義”, 北京: 中國商務出版社, pp. 56-57.

- 史尚寬(1980), “民法總論”, 北京: 正大印書館, p. 465.
- 徐海燕(2000), “英美代理法研究”, 北京: 法律出版社, p. 334.
- 孫玉琴(2004), “外貿經營權改革與外貿經營主體的變化”, 國際貿易問題, 2004年 第10期, p. 13.
- 沈四寶·馬其家(2004), “對外貿易法若干問題研究”, 山西大學學報(哲學社會科學版), 第27卷 第3期, p. 66.
- 沈四寶·王秉乾(2006), “中國對外貿易法”, 北京: 法律出版社, pp. 47-49.
- 吳行行(2008), “論外貿代理制”, 黑龍江對外經貿, 2008年 第1期, pp. 70-71.
- 劉丹紅(2008), “論我國外貿代理制的權責均衡化”, 新疆警官高等專科學校學報, 第28卷 第1期, p. 47.
- 劉德標(2004), “外貿經營權備案制五大釋疑”, 中國經貿, 2004年 第8期, pp. 16-17.
- 王曉輝(2008), “外貿經營權下放后出現的經濟現象分析與思考”, 理論導刊, 2008年 第5期, p. 79.
- 李彥榮(2008), “關於外貿代理制若干問題的探討”, 物流工程與管理, 第30卷, p. 94.
- 李 煥(2002), “淺議我國的外貿代理制”, 經濟師, 2002年 第11期, p. 32.
- 任麗君·楊新房(2005), “外貿經營權完全放開的意義和問題探討”, 黑龍江對外經貿, 2005年 第4期, p. 12.
- 張俊浩(1997), “民法學原理”, 北京: 中國政法大學出版社, p. 256.
- 鄭自文(1998), “國際代理法研究”, 北京: 法律出版社, pp. 32-230.
- 趙秀文(1993), “國際貿易法文選”, 北京: 中國大百科全書出版社, pp. 392-393.
- 趙世璐(2006), “外貿經營權的開放對我國外貿代理制的影響”, 上海海關高等轉科學校學報, 2006年 第1期, pp. 59-63.
- 周 江(2007), “后外貿法時代我國外貿代理制度的困境與完善”, 政治與法學, 2007年 第5期, pp. 117-122.
- 周備峰·張雋·夏楊楊(2008), “我國外貿代理制度探析”, 現代商務工業, 第20卷 第6期, p. 72.
- 中國商務部(2004), “中華人民共和國對外貿易法講話”, 北京: 中國財政經濟出版社, p. 62.
- 陳文岳·趙江濤(2006), “外貿代理案件中的法律適用問題”, 法律適用, 總第240期, pp. 92-93.
- 陳忠禹(2008), “論間接代理—兼評我國合同法第402,403條”, 石河子大學學報(哲學社會科學版), 第22卷 第4期, pp. 25-26.
- 蔡鎮順(2005), “我國加入WTO后外貿代理制度的發展分析”, 國際經貿研究, 2005年 第4期, p. 131.
- 馮大同(1991), “國際商法”, 北京: 對外貿易教育出版社, p. 327.
- 許軍珂(2005), “中華人民共和國對外貿易法框架下的外貿代理制”, 外交學院學報, 總第80期, pp. 100-105.
- 黃東黎·王振民(2004), “中華人民共和國對外貿易法條文精解及國際規則”, 北京: 法律出版社, p. 55.
- 黃曉亮(2006), “外貿經營權與間接委託”, 中國紡織, 2006年 第5期, pp. 162-164.

A Study on the Application of a Law for Foreign Trade Agency System in China

Chung-Weon YOON* · Hyun-Soo HA* · Jong-Cheol PARK*

Abstract

The foreign trade agency system of China is a result of foreign trade policy, not a system regarding legal factors. Therefore, Chinese scholars present various opinion whether foreign trade agency is considered as a consignment agency relationship or consignment dealing relationship, or dealing relationship. However this kind of confusion aroused different conclusion about similar cases related to foreign trade agency. So China established Contract Law in 1999 that it enacts legal relationship among parties. Moreover, Foreign Trade Law is amended in 2004 and as a result foreign trade right, which has an effect on ambiguity of Chinese foreign trade agency a lot, is opened. Hence it is that legal relationship among parties of Chinese foreign trade agency is partly obvious. Nevertheless uncertainty in application of a law still exists because when China establish Contract Law, they applied agency regulations in Anglo-American Law System on Chinese own Continental law system. Therefore, in case of our companies make trade contract with Chinese companies under Chinese foreign trade agency system, they have to consider as follows. Firstly, in case of our companies know that they participate in contract themselves as an agency of Chinese company, they should insert this content on contract in order to get rid of conflicts. Secondly, in case of our companies recognize between Chinese principal and agency, they should confirm whether principal has foreign trade right or not. Finally, in case of our companies recognize that agency relationship is not clear, to persist that they didn't know the agency relationship when they made a contract is much better than conflict settlement.

Key Words : Agency, Foreign trade Agency, Chinese foreign trade agency system

* Professor, Department of International Trade, Chonbuk National University

* Full-time Lecturer, Department of International Trade, Chonbuk National University

* Doctoral Student, Department of International Trade, Chonbuk National University