

중국의 국제투자분쟁해결제도에 대한 고찰

최 흥 동*

目 次

- I. 서론
- II. 국제투자분쟁의 의의 및 해결방법
- III. 중국에 있어서 국제투자분쟁의 의의 및 종류
- IV. 중국에 있어서 국제투자분쟁의 해결방법
- V. 결론

국문초록

국제투자분쟁의 해결은 국제투자분야에 외국인투자자와 투자국, 투자유치국 및 국제 사회가 모두 주목하고 법률적으로 보호하는 중요한 문제이다. 국제투자분쟁의 해결은 분쟁 당사국 및 관련 국가의 정부 및 기업, 국민의 경제이익에 영향을 주는 문제이다. 또한 국제투자분쟁의 문제는 세계경제의 불균형 발전, 즉 자본수출국과 자본수입국의 경제적 지위 차이 때문에 쌍방이 심각하게 갈등하고 충돌하게 되어 투자분쟁의 해결 방식과 법률적 적용이 주로 문제가 된다.

국제투자분쟁의 해결방식은 국제투자분쟁을 해결할 때 어떤 방식을 취할 것인지 고려하는 것이며, 교섭, 중재, 소송 등 국제투자분쟁의 법률적용은 국제투자분쟁을 처리하는 과정에 어떤 법률을 적용할 것인지 결정하는 것이다. 각 분쟁은 모두 다른 법률적 특징이 있기 때문에 분쟁처리 문제에 세계 각국의 외자입법과 관련된 규정은 분쟁의 특징에 따라 개별 제도를 제정한다. 중국외자법은 외상투자분쟁의 해결방법, 외국인 투자자와 중국의 기업, 회사 또는 기타 경제조직 간의 투자계약분쟁에 대해 규정하고 있다. 중국의 국제투자분쟁은 주로 내·외국인 민간 투자자간의 분쟁, 외국인투자자와 투자유치국정부간의 분쟁, 투자본국과 투자유치국간의 투자분쟁을 말한다.

* 제주대학교 일반대학원 법학부 국제법전공 박사과정 3학기

본 연구에서는 중국의 국제투자분쟁의 해결방법을 중심으로 중국의 내·외국인 민간 투자자간의 분쟁, 외국인투자자와 투자유치국 정부간의 분쟁에 대한 해결방법과 법률적용을 연구하였다.

주제어 : 국제투자분쟁, 중국의 外商投資紛爭, 섬의경제계약분쟁, 외상투자분쟁해결의 법률적용, 중국 外商투자분쟁의 해결방법.

1. 서론

과학기술의 발전, 사회생산력 향상과 국제적 분업의 심화에 따라서 국제투자의 중요성이 날로 증가하고 있다. 오늘날 국가경제의 발전은 외자이용과 기술도입을 떼어 놓고 설명할 수 없다. 국제투자는 초국가적 자본이동과 인적자원의 흐름, 다양한 문화의 충돌과 국제경제거래 형식의 융합에 영향을 미치기 때문에 투자의 양은 해마다 증가하고 투자분쟁 또한 증가하는 상황이다. 따라서 국제투자유치를 위해서는 국제투자분쟁의 효과적인 해결이 대단히 중요한 문제가 되는 것이다.

세계 각국은 양자조약 또는 협정을 체결함으로써 상호간 무역관계 또는 투자관계를 강화하고 각국의 이해관계를 조정해 왔다. 중국에서 해외투자자는 중국법인과 합자경영, 합작경영 또는 합작 개발의 형식으로 투자해왔다. 외국인 투자자가 독자 경영을 할 지라도 경영확대시에는 중국내의 관련조직과 투자와 관련된 계약분쟁이 발생할 수 있고, 동시에 초국가적(超國家的) 합병·인수 과정 중에도 투자계약분쟁이 발생할 수 있다. 현재 중국에서 발생하고 있는 대부분의 분쟁은 투자계약의 집행과 해석에 관한 것이다. 그래서 中國外資法은 외상투자분쟁의 해결방법, 외국인투자자와 중국의 기업, 회사 또는 기타 경제조직 간의 투자계약분쟁에 대해 규정하고 있는 것이다.

중국내에서 발생하고 있는 국제투자분쟁의 효과적인 해결을 위하여 국제투자분쟁의 해결방법을 연구해야 한다. 본 논문에서는 국제투자분쟁의 해결방법, 중국 국제분쟁의 종류 및 중국 국제투자분쟁 해결에 대한 방법을 검토하고 이를 기초로 중국 국내·외 투자자간의 투자분쟁, 외국인투자자와 투자유치국간의 투자분쟁, 투자자 소속국과 투자유치국간의 투자분쟁에 대한 해결방법을 모색하고자 한다.

II. 국제투자분쟁의 해결방법

1. 국제투자분쟁의 의의 및 유형

1) 국제투자분쟁의 의의

분쟁이란 두 개 주체 간 법 또는 문제의 사실에 관하여 의견을 달리하는 것, 즉 두 사람 사이에 법적 또는 이해관계가 충돌하는 것이다.¹⁾ 여기서는 국제투자분쟁은 주로 투자유치국과 국제기업간의 분쟁을 말한다. 국내·외 민간투자자간의 분쟁과 외국인 민간투자자와 투자유치국정부간의 분쟁은 국제투자분쟁의 기본형태이며 국제민간 직접투자관계와 기타 국제경제관계와는 다른 특징을 구현한다.²⁾ 자본수출국과 자본수입국간의 투자분쟁에 관한 문제는 개인의 직접투자활동을 보호하기 위한 양자투자조약의 해석과 적용문제로 발생하는 분쟁이기 때문에 국제공법분쟁이다.³⁾ 이러한 분쟁은 국제공법분쟁의 보편성과 공동특징이 있기 때문에 처리 방식도 전통적인 국제분쟁해결방식과 상응한 국제법제도를 적용한다. 이를 고려하여 국제투자분쟁해결문제를 연구할 때 자본수출국과 자본수입국간의 투자분쟁을 일반적으로 포함하지 않다. 여기서는 내·외국인 민간투자자간의 분쟁, 외국인 민간투자자와 투자유치국정부간의 분쟁에 대해 살펴본다.

2) 국제투자분쟁의 유형

국제투자분쟁의 유형으로는 (1) 투자유치국의 계약상 의무불이행과 같은 순수한 계약상의 분쟁, (2) 투자유치국의 정치·경제·사회적 상황의 변화에 따른 투자유치국의 국내 법률의 개폐·변경에서 비롯되는 투자유치국의 외국인투자회사 또는 자산에 대한 몰수·국유화와 관련된 분쟁, (3) 투자유치국의 국가의 공권력적 특권을 줄일 수 있는, 즉 국유화 금지보장 또는 재정적 특혜우대조항 등과 같은 안정화 조항(stabilization clause)의 위반⁴⁾에 대해 투자자가 이의를 제기하는 형태 등이 있다. 그러나 실제 ICSID(the International Centre for the Settlement of Investment Disputes)

1) *Mavrommatis Palestine Concessions*, PCIJ(1924), Series A, No. 2, p.11. 金大淳, 『國際法』, 三英社 제 11판, 2006, p.975.

2) 肖冰, 「論國際投資紛爭的 解決方式與法律適用問題」, 『국제무역문제』, 1997, 제4기, pp.41~42.

3) 余勁松, 『國際投資法』, 北京法律出版社, 1994, p.331.

4) *Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. v. Government of Jamaica*(Case No. ARB/74/2) Alcoa사와 자메이카는 알루미늄제련공장건설계약을 체결하였는데, 계약상 추가조세 비부과조항에도 불구하고 자메이카가 추가조세를 부과하여 계약위반을 한 사례, I.L.M. 1281 Vol. 27, (1988)p.5.

에 중재 요청되는 사건은 외국인투자자간에 대한 직·간접적인 국유화에 따른 손해배상청구와 투자관련 인허가 취소에 대한 손해배상 청구가 많다.

2. 국제투자분쟁의 해결방법

1) 국제투자분쟁의 해결방법

분쟁의 평화적 해결수단에는 여러 가지가 있는데, UN헌장 제33조 1항에서는 “그 계속이 국제평화와 안전의 유지를 위태롭게 할 우려가 있는 그 어떤 분쟁의 당사자들도 먼저 교섭·사실심사·중개·조정(정치적 방법), 중재재판·사법적 해결(사법적 방법), 지역적 기구 또는 지역적 협정의 이용, 또는 기타 당사자들이 선택하는 평화적 수단에 의한 해결을 구해야 한다.”고 규정하고 있다. 여기서는 국제투자분쟁의 해결에 대해서는 주로 정치적 방법과 사법적 방법으로 살펴보자 한다.

(1) 정치적 방법

정치방법으로는 교섭, 주선, 조정, 중개, 사실심사 등이 있다.

국가 간의 분쟁과 마찬가지로 국가와 개인투자자 사이의 분쟁에도 당사자 간의 직접교섭을 통한 해결이 우선적으로 고려되어야 한다. 특히 계약내용의 수정을 둘러싼 분쟁의 경우는 이 방법이 매우 효과적이다.⁵⁾ 그러나 실제로 분쟁은 이러한 당사자 간의 교섭이 실패로 끝나거나 불가능한 경우가 대부분이다. 이때부터 제3자의 개입이 필요하게 된다. 이러한 경우에도 주선, 중개, 사실심사 또는 조정에 의한 방법은 비록 당사자들이 제3자의 도움을 받는다고 하더라도 최종적으로는 당사자의 합의에 의하여 분쟁의 해결조건이 자율적으로 정해진다는데 공통점을 가지고 있다.⁶⁾ 그러나 여기에서 주선은 제 3자가 양 당사자의 교섭에 참가하지 않고 당사자의 직접 교섭으로 문제를 해결하는데 비하여 중개와 조정은 양당사자가 교섭에 참여하고 해결조건도 제시한다는데 차이가 있다.

한편 仲介와 調停의 차이를 살펴보면 仲介는 제3자가 당사자 간의 교섭을 위한 주선 행위에서 더 나아가 해결조건을 제시하는 것으로 그 임무가 끝나지만 調停은 독립적 지위에 있는 조정위원회가 분쟁을 심사하여 당사자 간의 쟁점을 명백히 하고 이들이 서로 받아들일 수 있는 해결조건을 제시하여 당사자 간에 합의가 이루어지도록 한다.⁷⁾ 조정은 최종적으로 제3자의 판단에 구속되는 중재나 사법적 해결보다 오히려 더 평화적인 분쟁해결방식이라고 할 수 있다. 조정에 의해 제시된 해결조건은 법적인 구속력

5) 張孝相, 「國際經濟法」, 博英社, 1985. p.465.

6) 金富燦, 「國際投資紛爭解決制度」, 「제주대학교 논문집」 第26輯, 1988. p.330.

7) 상계논문. p.331.

이 없고 당사자가 이에 복종할 의무가 없기 때문에 이를 통해서 분쟁이 근본적으로 해결되지 못할 가능성이 있다.

조정부가 제시한 조정조건을 분쟁 당사자들이 받아들인 경우 법적 구속력이 발생한다. 조정조건을 당사자 중 한쪽이 받아들이지 않더라도 법적 구속력이 없는데 이러한 조정의 한계를 극복한 것이 중재이다. 중재란 분쟁 당사자의 합의에 따라 분쟁에 관한 판단을 법원이 아닌 제3자(중재인 또는 중재기관)에게 맡겨 그 판단에 복종함으로써 분쟁을 해결하는 방법이다. 중재라는 용어는 분쟁 당사자 사이에 제3자가 개입하여 화해를 붙인다는 점에서 일상적으로는 조정과 큰 차이가 없으나 법률적으로는 명확하게 구별된다. 조정에서는 분쟁의 당사자가 제3자의 조정안을 승낙함으로써 당사자를 구속한다. 중재에서는 제3자의 판단이 법적인 구속력을 지니고 있어 당사자는 이를 따라야 한다.

(2) 사법적 방법

법률적 해결방법은 중재와 사법적 해결이 있다. 분쟁의 종국적인 해결을 위해서 중재 또는 사법적 해결방법이 마지막 단계에서 중재나 사법적 해결방법을 택한다. 사법적 해결은 다음의 세 가지 점에서 중재보다 발전된 절차이다.⁸⁾

첫째, 중재의 경우에는 분쟁당사국들이 합의하여 재판소를 구성하는데 반해, 사법재판소의 경우에는 재판소가 사전에 이미 수립되어 있으며 따라서 재판소의 구성이 분쟁당사국의 통제 밖에 있다.⁹⁾

둘째, 중재재판의 경우에는 중재재판관이 판결을 내릴 때 따라야 할 '법'과 '법의 해석'에 관하여 분쟁당사국들이 합의할 수 있으며, 재판관은 분쟁당사국들의 그 같은 합의를 준수할 의무가 있다. 이에 반해 사법재판의 경우, 재판소가 적용하는 '법'과 '법의 해석'은 직접적으로 분쟁당사국들의 통제를 받지 않는다.

셋째, 중재재판소의 판결도 사법재판소의 그것과 마찬가지로 분쟁당사국들에게 법적 구속력을 가지며 따라서 그들은 이를 이행할 의무가 있는 것이 원칙이지만, 예외적으로 중재재판소의 판결이 단지 권고적 효력을 갖는다고 규정한 조약들도 발견된다.¹⁰⁾

사법적 해결의 세 가지 장점에서 살펴보면 중재는 분쟁당사국의 합의에 따라 그들 간의 분쟁을 쌍방이 선임하는 중재원에게 맡겨 그 판단에 복종함으로써 국제분쟁을 해결하는 방법이다.¹¹⁾ 중재는 “任意的管轄” 성질에 속하고, 즉 분쟁당사국이 스스로

8) 金大淳, 전계서, p.984.

9) United Nations, *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes between States*, New York: United Nations, 1992, § 170 at p.55.

10) 金大淳, 전계서, pp. 890, 1053.

11) 邵津, 「國際法」, 北京大學出版社, 2000, p.376.

분쟁을 자기에서 선택되는 중재원에게 맡긴다. 중재원은 분쟁당사국이 협의하는 규정의 범위에 분쟁당사국이 선택하는 법률에 따라 판결을 내리고, 중재재결은 분쟁당사국에게 구속력이 있다. 하지만, 법원의 구성은 사법적인 해결에 고정한 것이며 법원은 고정한 법률에 적용하고 판결을 내린다. 만약에 분쟁당사자의 지위가 불평등하면 사법적 해결방법은 중재보다 더 공정하다.

2) 전통적인 분쟁해결방법의 한계

국제투자분쟁이 발생할 경우, 전통적인 분쟁해결방법으로는 투자유치국에 의한 국내적 구제와 투자자 본국의 외교적 보호권, 국제사법재판 및 국제중재신청 등이 있다. 투자유치국에 의한 국내적 구제의 경우, 첫째, 투자유치국의 국내법을 통한 보장은 투자유치국의 일방적인 법률개폐가 가능하므로 외국인투자자가 신뢰하기 어렵고, 둘째, 분쟁발생시 투자유치국 국내법원 또는 국내중재기구에 분쟁해결을 부탁할 경우, 투자자 본국과의 법체계의 相異性과 투자유치국정부가 투자에 직접적 이해관계를 가지고 있으므로 투자유치국에 유리한 판결가능성에 대한 의구심과 우려로 공정한 판결을 기대하기 어렵다. 셋째, 투자유치국 국내법률에 의거하여 설립된 국내 중재기구의 경우에도 국제중재기구의 수준에 상응하는 중재절차를 기대할 수 없고, 더욱이 중재인 구성부터 투자유치국에 유리하게 구성될 것이므로 투자자 입장에서 볼 때 공정하고 납득이 가는 중재판정을 기대할 수 없다는 한계점을 지니고 있다.¹²⁾

일반적으로 개인은 국제사법재판의 당사자 적격이 없으므로, ICSID 설립 이전에 국가를 일방당사자로 하는 국제 경제분쟁에서 사인이 국제청구를 할 수 있는 유일한 방법은 투자자 본국정부가 외교적 보호권(diplomatic protection)을 행사하는 것이었다. 따라서 당시 투자유치국의 투자자에 대한 권리침해를 이유로 자본수출국이 투자유치국을 상대로 국제청구(international claim)를 제기하는 경우에는 국가 간의 국제분쟁으로 확산되어 양국 간의 원활한 투자교류 뿐만 아니라, 양국 간의 정치관계까지 악화시킬 수 있었다. 그리고 만약 투자자가 외교적 보호를 신청할 경우라도, 투자자 본국이에 응할 법적 의무가 없다는 문제점도 발생한다.¹³⁾

국제사법재판의 경우, 사법적으로 해결하는 평화적 분쟁해결방법이라는 점에서 재판의 공정성과 계속성 및 권위가 보장되는 가장 발전적 국제분쟁해결제도이기는 하나, 강제관할권이 일반적으로 확립되지 못했다는 점¹⁴⁾, 법을 엄격히 적용하는 사법재판소

12) 姜朱妍, 「ICSID에 의한 국제투자분쟁해결」, 석사학위 청구논문, 이화여자대학교 대학원, 2000, p.14.

13) 상계논문.

14) 당사자 간에 특별합의가 없는 한 어떤 국가도 다른 국가와의 분쟁을 중재나 사법재판 및 기타 분쟁해

의 판결은 구체적 타당성을 결여하기 쉽다는 점, 국제사법재판소의 경우 국가만이 소송당사자 자격을 가지므로 국가기관의 행위와 관련된 국제무역 및 투자분쟁에 사인은 당사자 자격이 거의 없다는 점, 법적 구속력 있는 판결에 의해 국가주권이 제한되는 것을 바라지 않는 국가들은 재판회부를 꺼리는 경향이 있다는 점 등의 여러 가지 면에서 근본적인 한계를 지니고 있다.

개인과 국가 간 국제투자분쟁의 경우 전통적인 국제법적 방법으로는 분쟁을 해결하는 데에는 많은 한계점을 지니고 있으므로, 상호의존적이고 개방적인 세계경제에서 사인이 관련된 국제투자분쟁의 해결에 있어 관련당사자 모두가 받아들일 수 있는, 좀 더 공정하고 객관적인 '탈지방화된'(delocalized) 분쟁해결제도를 필요로 한다. 그래서 국제기구(ICSID)가 탄생했다.

3) '국제투자분쟁해결센터(ICSID)

이런 분쟁을 다루기 위해서 '국제투자분쟁해결센터(the International Centre for the Settlement of Investment Disputes: 약칭 ICSID)'가 설립되었다.¹⁵⁾ ICSID는 개발도상국과 외국인투자자 간의 투자분쟁을 처리하는 제도적 장치가 미흡하여 오랫동안 개발도상국으로의 민간자본의 유입이 방해를 받아왔다는 사실에 대한 국제사회의 공통된 인식에서 나온 產物이다.¹⁶⁾ 역사적으로 당사국의 법원에서의 소송을 통한 국제투자분쟁의 해결이나, 본국의 외교적 보호의 어떤 방법도 외국인투자자의 裁量이 거의 허용되지 않는다는 최대약점을 내포하고 있다.¹⁷⁾ 외국인투자자가 투자유치국에서 行政的·司法的 구제방안을 강구하려해도 이 역시 투자유치국의 관할사항이다.

ICSID는 다자간 조약에 의해 설립되었고, 여기서 행하는 중재는 이 기관의 설립협정에 명시된 규정들에 따라 이루어진다. 통상적인 상사중재(commercial arbitration)의 경우와 달리, 판정의 유효성에 관한 다툼에 대해 국내 법원들은 관할권이 없다. 좀 더 정확히 말하면, 그런 문제를 다룰 수 없도록 명시되어있다.¹⁸⁾ ICSID조약에 따르면, 중재의 당사자는 사인이건 국가건 모두 해당 국가의 국내 법원에 판정의 집행을 요구할

결절차에 최후할 국제사법적 의무가 없다는 것은 국제법상 확립된 원칙이다. Eastern Carelia. 1924 PC.I.J Ser. B., No.5 at 27(Advisory Opinion of July 23): Reparation for Injuries. 1949 I.C.J. 177~178(Advisory Opinion of April 11): Ambatielos. 1953 I.C.J. 10. 19(Judgement of May 19).

15) Broches. "The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States". 136 Hague Recueil des Cours 331(1972).

16) 張孝相. 「國際經濟法」. 博英社. 1996. p.124.

17) 상계서. 1996.

18) 존 메릴스 지음, 김재원 옮김. 「국제분쟁의 해결방법」. 교육과학사. 1998. pp.160-161.

권리가 있다. 이렇게 볼 때, ICSID제도는 국가들 사이의 전통적 중재 속의 자율적 요소를 일부 유지하는 동시에, 집행과 같이 중대한 분야에 대해서는 私的중재의 요소를 빌려와 중재의 효력을 강화하였다.¹⁹⁾

국가와 사적 기관사이의 분쟁을 처리하는 절차가 발전해온 과정을 보면, 분쟁해결의 필요성에 따라 공급이 수요에 응하여 변해왔다.²⁰⁾ 그 뿐만 아니라 새로운 절차가 생겨난 것이 기존에 있던 절차들에 영향을 끼쳤다. 19세기에서 20세기 초기까지 외국인 투자(foreign investment)와 투자유치국(host state)사이에 분쟁이 발생하여 투자유치국의 국내법에 의해 해결이 되지 못한 경우에는 외교적 보호(diplomatic protection)를 통해 문제가 다루어지는 것이 일반적이었다. 이것은 분쟁의 주체가 투자유치국과 투자자본국 사이의 분쟁으로 전환되는 것이다.²¹⁾

그러나 투자본국 정부가 이러한 분쟁의 해결에 항상 직접적으로 나서는 것이 아니라, 이런 일을 맡는다 하더라도 소송이 아닌 교섭이나 외교적 노력에 의해 분쟁이 해결되리라는 보장도 없다. 여기서 중요한 것은 개인과 국가 사이의 분쟁이 두 국가 간의 문제로 비화되었다는 사실이다. '외교적 보호'라는 방법이 여전히 존재하고, 상사분쟁에 이것을 이용할 수도 있다. 하지만 사적중재의 발달과 ICSID의 창설은 투자자와 유치국 모두에게 유리한 대안적 분쟁해결절차를 제공해주었다.²²⁾ 결국 이 새로운 형태의 중재가 모든 형태의 분쟁에서 종래의 국가 간 중재를 대체하여 이용되기에 이르렀다.

국제분쟁해결기구(ICSID)는 모든 관계 당사자들의 이익과 필요성간의 균형과 특히 국제투자분쟁해결의 '탈정치화'(depoliticize)를 위하여 설립된 것이다.²³⁾ 이 기구는 투자분쟁의 해결만을 목적으로 하는 기구는 아니다. 그 일차적인 목표는 어디까지나 투자자와 당사국간의 상호 신뢰의 분위기를 조성하여 합리적인 조건하에서 對개도국투자를 촉진하는 것이다.²⁴⁾ 국제투자분쟁해결본부는 밀접한 연계를 맺고 있는 세계은행 및 다자간투자보증기구와 더불어 국제투자의 증진 및 경제발전의 촉진을 위한 기구이기도 하다.²⁵⁾

19) 상계서, p.161.

20) D.D.Caron, "The nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the evolving structure of international dispute resolution". 84 A.J.I.L. 151(1990).

21) 존 매릴스 지음, 김재원 옮김, 전계서, p.162.

22) 상계서, p.163.

23) Ibrahim F. I. Shihata, "Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA", in A.A. Fatouros(ed.), *Transnational Coporations: The International Legal Framework*. London and New York, published for and on behalf of the UNCTAD Programme on Transnational Corporations, 1994, p.463. 金富燦, 상계논문, p342.

24) 張孝相, 전계서, 1996, p.125.

25) Shihata, supra note 25, p. 125.

4) 중재재판소와 사법재판소(ICJ)의 투자분쟁해결방법

국제재판이란 재판형식에 의해 국제분쟁을 처리하는 분쟁해결절차이다.²⁶⁾ 당사국간의 협정으로 선정된 국가나 소정 절차에 따라 선임된 제3자가 재판을 하는데, 상설적인 것도 있고 개별적인 것도 있다. 원칙적으로 법에 따라 분쟁을 해결하나 당사국간의 합의가 있을 때에는 형평과 선(善)에 따라 해결하기도 한다. 국제재판은 중재재판과 사법재판이 있다.

(1) 중재재판소

중재재판을 하는 국제법상의 기관은 중재법원인데, 여기서는 특별중재재판소와 상설중재재판소(PCA)이 있다.

특별중재재판소는 국제분쟁을 재판하기 위해 분쟁당사국간의 중재재판조약에 의해 개설되는 법원을 말한다.²⁷⁾ 이 재판소는 개별분쟁에 한한 것이기 때문에 상설적인 것은 아니며, 그 구성·절차·재판준칙·판결효력 등은 경우에 따라 다르나 대체로 상설중재재판소(PCA)의 通常法征을 전형으로 하고 있다. 분쟁당사국의 합의에 의해 구성되므로 일정한 바는 없다. 따라서 당사국은 제3국의元首를 중재자로서 선임할 수 있으며, 중재자는 판결을 위한 조사 및 보고를 위해 1人 또는 다수를 선임할 수 있다. 또한 당사국은 중재위원회나 법원을 개인이나 단체로 구성할 수 있다.

특별중재재판소가 관할할 수 있는 분쟁은 그를 위해 재판소가 설치된 분쟁에 한하며, 재판소가 관할할 수 있는 당사자는 법원을 설치한 분쟁당사국이고, 이는 국가에 한한다. 제1차 세계대전 후부터는 혼합중재재판소처럼 특히 소송능력을 인정하는 경우를 제외하고 개인은 당사자가 될 수 없다.²⁸⁾ 당사국은 중재협정에 따라 자유로이 재판의 준칙을 정할 수 있다. 따라서 ICJ의 준칙을 따른다고 정할 수 있으며, 형평과 선을 재판준칙으로 정할 수 있다.²⁹⁾

국제분쟁을 재판하기 위해 헤이그협약에 의해 1901년 상설중재재판소(PCA)가 설치되었다. 상설중재재판소(PCA)는 중재법원과 재판정이 있다. PCA는 당사국이 임명한 각각 4명 이내의 법관 전원으로 구성된다. 분쟁당사국 사이에 구체적 사건을 재판할 재판정은 분쟁당사국이 분쟁을 법원에 부탁할 경우에 법원의 법관명부에서 일정수의 법관을 선정하여 구성하게 된다.

26) 金正均·成宰豪, 『國際法』, 博英社, 2001, p.603.

27) 李丙翰·李仲範, 『國際法新講』, 一潮閣, 1999, p.871.

28) 상계서, p. 871.

29) 상계서.

상설중재재판소(PCA)의 관할은 인적 관할과 물적 관할이 있다. 첫째, 인적 관할. PCA의 관할은 원칙적으로 당사국에 한하나, 비당사국이 재판소에 소를 제기할 것을 분쟁당사국들 사이에 합의했을 때는 一定분쟁에 대한 비당사국 간 또는 당사국간의 분쟁에도 관할권이 미친다.³⁰⁾ 둘째, 물적 관할. 헤이그협약의 규정은 당사국들의 법적 문제, 특히 조약의 해석, 적용문제에 관한 분쟁해결에 중재재판이 가장 유효하고 공평한 것을 인정하고, 또한 국가 간에 분쟁이 발생할 가능성이 있는 경우 재판소에 호소할 수 있음을 분쟁당사국에서 주지시키는 것이 당사국의 의무임을 인정하고 있다. 일반의정서에 의하면 당사국은 법적 분쟁 이외의 모든 분쟁을 제39조에 의해 유보된 사항과 분쟁당사국 사이에 특별한 협정이 있는 경우를 제외하고는 제22조와 제23조에 의해 구성되는 중재재판소에 부탁해야 한다.

중재재판에 적용할 준칙은 중재약정에서 정하게 된다. 중재원칙은 보통 일반국제법상의 원칙을 말한다.

(2) 국제사법재판소(ICJ)

국제법원에 의해 국제분쟁을 사법적으로 해결하는 절차를 말하는데, 이를 협의의 사법적 해결방법이라고 한다. 사법적 방법을 통하여 분쟁을 해결하는 가장 대표적이고 공식적인 재판소가 국제사법재판소(ICJ)이다. ICJ는 법원과 재판정으로 구성된다. 법원은 15명의 법관으로 구성되는데, 재판정에는 통상재판정·특별재판정·간이재판정이 있다.³¹⁾

ICJ의 관할은 인적 관할과 물적 관할로 나누어진다. 첫째, 인적 관할. ICJ에 제기되는 사건의 소송당사자는 원칙적으로 국가만이 될 수 있으면 ICJ는 규정당사국에게 개방되며, UN회원국은 자동적으로 규정당사국이 된다. 둘째, 물적 관할. ICJ가 재판관할권을 행사할 수 있는 사항을 말하는데, 그 내용은 당사국이 법원에 부탁하는 모든 사건 및 UN헌장 또는 현행조약에 특히 규정된 모든 사항이다.

ICJ의 재판관할권은 그 성격에 따라 임의적 관할권과 강제적 관할권으로 구별된다.

첫째, 임의적 관할권. ICJ는 당사국의 합의에 의해 부탁되는 모든 분쟁에 대해 관할권이 있다. 임의적 관할권제도는 '어떤 국가도 그 의사에 반해 강제로 제소될 수 없다'는 국제법의 일반원칙을 그대로 채택한 것으로 국내법질서에서의 강제적 관할권제도와 뚜렷하게 대조된다.

둘째, 강제적 관할권. 분쟁당사국의 일방이 제소한 분쟁에 대해 타방당사국의 의사를 불문하고 정제로 그 분쟁을 재판할 수 있는 권한을 말하며, 이를 의무적(obligatory)

30) 상계서.

31) 李丙朝·李仲範, 전계서, pp. 875~876.

관할권이라고도 한다. ICJ의 강제적 관할권제도는 아니지만, 임의적 관할권제도가 결함을 시정하여 국제재판제도를 발전시키려는 취지에서 설정된 것으로 비록 그것이 불완전하나마 국제재판제도의 발전을 위해 큰 의의를 갖는다고 할 수 있다.³²⁾

부탁된 분쟁을 국제법에 따라 해결함이 국제사법재판소의 직무인 것으로, 그 적용법규는 제38조에 규정된 바와 같이, ① 분쟁당사국이 명백히 인정한 규칙을 확립하는 일반적 또는 특별한 국제조약, ② 법적으로써 수락된 일반적 관행의 증거로서의 국제관습, ③ 문명국에 의해서 인정된 법의 일반원칙, ④ 법칙 결정을 보조하는 수단으로서의 재판상의 판결과 각국에서 가장 우수한 學者의 학설등 이다.³³⁾ 당사국이 합의한 경우에는 형평과 선에 의해 사건을 결정하는 국제사법재판소의 권능을 해하지 않는다는 것도 같이 규정되어 있다. 그러나 판결과 학설은 어디까지나 법의 규칙을 결정하는 보조수단에 불과한 것이므로, 엄격한 의미에 있어서는 국제법의 구성부분은 아니다.

Ⅲ. 중국에 있어서 국제투자분쟁의 의의와 종류

1. 중국에 있어서 국제투자분쟁³⁴⁾의 의의

余勁松(1997)은 국제투자분쟁, 외국인투자분쟁 또는 투자분쟁은 외국인민간직접투자 관계와 관련된 분쟁이며, 구체적으로 외국인민간투자자(개인 또는 회사)와 투자유치국 정부(또는 기구), 기업, 개인과의 외국인민간직접투자 문제와 관련하여 발생하는 분쟁이다.³⁵⁾ 丁偉(2004)는 광의로 국제투자분쟁은 여러 가지 국제투자로 인해 각종 주체 간에서 발생하는 분쟁을 포함하고, 협의로 국제투자분쟁은 투자유치국(정부 또는 기구)과 외국사인 투자자(자연인 또는 법인)간에 직접투자문제 때문에 발생하는 분쟁이라고 한다.³⁶⁾ 본문에서의 국제투자분쟁은 주로 丁偉 교수가 말하는 협의상 국제투자분쟁, 즉 외상투자분쟁(外商投資紛爭)이다.

중국의 외상투자기업은 중의합자경영기업, 중의합작경영기업, 외상단독투자기업이 있다. 외상투자기업은 그 설립과 경영과정 중에 여러 가지 분쟁을 유발할 수 있으며, 내부분쟁과 외부분쟁을 포함한다. 내부분쟁은 기업내부에서 발생하는 분쟁이며 주로 중

32) 상계서, p. 878.

33) 金正均·成率豪, 전계서, p.617.

34) 중국의 국제투자분쟁은 해외투자분쟁과 외상투자분쟁으로 나누어지며, 여기에서는 주로 외상투자분쟁을 가리킨다.

35) 余勁松, 「國際投資法」, 北京法律出版社, 1997, p.381.

36) 丁偉, 「經濟全球化與中國外資立法完善」, 北京法律出版社, 2004, pp.517~518.

외합자경영, 증의합작경영쌍방이 기업협약, 계약, 규약을 해석하거나 이행할 때 발생하는 분쟁을 가리킨다. 외부분쟁은 기업과 外界가 발생하는 분쟁이며, 주로 외국인투자자와 중국정부가 행정관리관계로 인하여 발생하는 투자분쟁이다.³⁷⁾

중국에서는 증의투자자간의 분쟁은 합영기업과 합작기업의 증의합자경영기업, 증의합작경영 쌍방이 기업협약, 계약, 규장등 협약성 문서를 해석하거나 이행할 때 발생하는 분쟁, 기업내부에서 발생하는 분쟁에 속한다.³⁸⁾

2. 외상투자분쟁의 종류

1) 분쟁주체에 따른 외상투자분쟁의 분류

(1) 국내·외 투자자간의 투자분쟁

국내·외 투자자간의 투자분쟁은 주로 외국인투자자가 투자유치국 내에서 합자경영 기업을 설립하거나 자연자원을 공동으로 탐사, 개발하는 과정에서 발생하는 분쟁을 가리킨다.³⁹⁾ 여기서는 분쟁주체 쌍방의 법률적 지위는 평등하여 분쟁의 내용에 미치는 영향 또한 평등하다. 따라서 국내·외 투자자간의 투자분쟁은 당사자 쌍방이 평등한 계약권리의무의 문제가 발생하게 되는 것이다.

(2) 외국인투자자와 투자유치국정부간의 분쟁

외국인투자자와 투자유치국정부간의 분쟁은 주로 투자유치국정부가 법적이거나 행정적 수단을 채용하거나 정치적 원인, 외국인투자자가 투자유치국의 법률에 위반함 등 때문에 유발된 분쟁이다.⁴⁰⁾ 여기서는 분쟁의 주체는 개인과 주권국가이다. 개인투자자는 사업적 주체이며 다만 국가는 국제법적 주체이다. 그래서 쌍방은 불평등한 법률지위를 가지고 있고, 분쟁의 내용은 다른 주체의 다양한 측면에 대한 권리와 의무에 영향을 미치게 된다. 따라서 외국인투자자와 투자유치국 정부 간의 분쟁은 투자계약문제일 수 있으며 비계약문제일 수도 있다.

(3) 투자자본국과 투자유치국간의 투자분쟁

투자자본국과 투자유치국간의 투자분쟁, 즉 국가투자분쟁은 국가간에 양자투자보호

37) 韓彩珍, 『外商投資政策與法律環境』, 北京中國輕工業出版社, 2000, p.241.

38) 趙相林, 曹俊, 『外商投資法律實務』, 中信出版社, 2003, p.393.

39) 상계서, p.394.

40) 상계서.

조약의 해석과 적용으로 인해 유발하는 분쟁이나 또는 국가간에 개인의 해외직접투자 활동으로 인해 유발되는 분쟁이다.⁴¹⁾ 여기서는 분쟁의 주체쌍방은 모두 주권국가이며, 그러므로 이 분쟁은 실제 국제공법적 분쟁이고 국제분쟁해결방법을 적용해야 한다.

2) 투자형식에 따른 외상투자분쟁의 분류

(1) 직접투자분쟁

직접투자분쟁은 일반적으로 투자유치국내에서 투자자의 여러 가지 기득권리, 예를 들어 재산 소유권, 기업 통제권, 외환인출권⁴²⁾, 투자유치국이 외국인투자자에 대한 가지는 관리권과 제어권, 자원의 주권권리 등에 영향을 미친다.⁴³⁾ 이러한 권리는 서로 교착되어 행사되고 이행되기 때문에 분쟁을 불가피하게 유발한다.

(2) 간접투자분쟁

간접투자분쟁은 주로 보너스의 지불 또는 원금과 이자를 돌려주는 것에 관한 분쟁을 말한다.

3) 투자성격, 원인에 따른 외상투자분쟁의 분류

(1) 계약분쟁

계약분쟁은 투자계약 쌍방이 투자계약의 해석, 이행, 개정 또는 폐기로 인해 발생하는 분쟁이다.⁴⁴⁾ 이러한 분쟁에 영향을 미치는 것은 계약 당사자의 권리의무에 관한 문제로 이는 투자계약분쟁과 특허협약분쟁으로 나누어진다.

투자계약분쟁은 외국인투자자와 투자유치국의 기업, 개인 또는 기타경제조직 간의 투자계약분쟁, 예를 들어 외국인투자자와 중국 법인 등 주체 간에 체결한 합자경영협약의 또는 합작투자개발 자연자원 협약의 해석과 적용으로 인해 발생한 여러 가지 분쟁을 의미한다. 외국인투자자와 중국 공동경영자의 일반투자계약분쟁은 중국 국내법 규정에 따라 해석되어야 한다. 특허협약의 분쟁은 특허협약의 해석 및 집행으로 인해 발생한 분쟁을 말한다.

41) 상계서.

42) 여기서는 外換引出權는 중국의 特色的 권리이다.

43) 趙相林, 曹俊, 전계서, pp.394~395.

44) 상계서, p.395.

(2) 비계약분쟁

비계약분쟁은 투자유치국정부가 외국인투자자와 투자계약이 없는 경우, 또는 투자계약밖에 발생한 분쟁을 의미한다. 이러한 분쟁은 주로 투자유치국이 그 경내의 외국인 투자자의 자산에 대한 징수나 징용 또는 국유화를 실행함으로써 인해 유발한 분쟁이나 또는 전쟁, 혁명 또는 무장폭동으로 인해 외자에 중대한 손실을 입을 경우 유발한 분쟁을 의미한다.⁴⁵⁾

4) 투자분쟁의 특수발생지에 따른 국제투자분쟁의 분류

(1) 마카오의 국제투자분쟁

마카오의 국제투자분쟁, 즉 주로 외국인(私人)의 투자관계중의 분쟁은 ① 투자유치국정부와 외국인 투자자간의 분쟁, ② 외국인 투자자가 투자유치국에 다른 국적을 가지는 합자경영자간의 분쟁, ③ 투자자본국과 투자유치국간의 분쟁 등 크게 세 가지로 나눈다.⁴⁶⁾

총괄적으로 말하면, 중국에서의 투자분쟁은 외국인투자자와 중국정부간의 분쟁, 외국인투자자와 중국합작자간의 분쟁 및 중국과 투자자본국간의 분쟁으로 구성된다. 중국 법률에서 이 세 종류 투자분쟁의 해결방법에 관해 통일적인 입법규정은 없지만 실제로 한 체계로 간주될 수 있기 때문에 이를 「외국인투자소송법」 또는 「외자분쟁해결절차법」으로 칭할 수 있다.⁴⁷⁾ 중국외자분쟁해결은 양자투자협정, 국제조약과 국내외자법중의 기본규정을 위주로 하며, 국내섭외 민·상사소송법과 중재법을 부로 한다.⁴⁸⁾

(2) 경제특구의 국제경제 분쟁

중국 경제특구의 경제관계는 매우 복잡한 형태를 띠고 있다. 경제특구 내에는 다양한 경제적 구성요소가 병존하고 있다. 경제특구 내의 기업은 섭외기업, 즉 중의합자경영기업, 중의합작경영기업, 독자기업 위주로 구성되어 있다.⁴⁹⁾ 따라서 경제특구내에서 발생하는 상사분쟁의 성질과 內地의 상사분쟁의 성질은 차이를 보일 수밖에 없다.

경제 분쟁은 법률관계의 구성요소를 기준으로 하여 섭외요소를 구비한 경제 분쟁(섭외 경제 분쟁)과 섭외요소를 구비하지 않는 경제 분쟁(국내 경제 분쟁)으로 구분할 수 있다.

45) <http://www.chinesetax.com.cn/Article/xfdgdfg/200508/260123.html>

46) 范劍虹, 「論澳門國際投資爭端的處理」, <http://www.law863.com/show.aspx?cid=45082id=211027>

47) 周成新, 전계서, p.276.

48) 丁偉, 전계서, 2004, p.587.

49) 「中國經濟特區法制研究」, 법무부, 2005, p.637.

분쟁의 종류가 다르면 분쟁의 처리과정도 다르다. 여기에서 주의해야 할 것은 화교·홍콩·마카오·대만 및 그 기업의 관련 경제 분쟁은 일반적으로 국내 경제 분쟁의 절차에 의해 처리되기도 하지만 섬의 경제 분쟁의 절차에 의해 처리할 수도 있다는 점이다.⁵⁰⁾

의상투자기업간 또는 의상투자기업과 중국 국영기업, 집단기업간의 경제 분쟁인 경우에는 의상투자기업도 중국 법인이므로 중국법인간의 또는 중국기업간의 분쟁으로 국내 경제 분쟁의 성질이 있어 국내 경제 분쟁의 해결절차에 따라 처리된다.⁵¹⁾

N. 중국에 있어서 국제투자분쟁의 해결방법

중국의자분쟁해결의 법률규범은 중국 의상투자법률 규범 중에 국내법규범과 국제법규범으로 구성된다. 국내법규범은 헌법 제18조, 「中華人民共和國合資經營企業法」, 「中華人民共和國合作經營企業法」, 「中華人民共和國外商獨資企業法」, 「中華人民共和國民事訴訟法」, 「中華人民共和國仲裁法」 등 기본 법률과 국무원이 제정하는 삼자기업법⁵²⁾의 부대조례 및 기타 관련 행정법규, 성급 지방성투자법규와 투자규칙이 있다. 국제법규범은 중국이 체결하거나 가입하는 국제조약(예를 들어 1988년 4월에 체결한 「서울협약」, 1990년 2월에 서명한 「워싱턴협약」, 2001년 11월12일에 WTO에 가입하였음), 중국이 체결하거나 가입하는 양자협정, 중국이 가입하는 구역성(區域性) 투자협정이 있다.⁵³⁾

1. 의상투자분쟁해결의 원칙

1) 의상투자분쟁해결의 원칙

중국에서는 중·외 투자자분쟁의 해결에 대해 근거할 수 있는 통일한 단일입법이 아직도 없고, 주로 양자투자조약과 국내입법의 관련 규정에 의해 해결되며, 이것은 투자분쟁의 해결원칙에 특히 중요하게 적용된다. 관련 조약, 법규에 따라 투자분쟁의 해결이 있어서 중국이 준수하는 원칙은 다음과 같다.

50) 李鐸沛, 「特區經濟法教程」, 法律出版社, 1992. pp.286~287.

51) 「中國經濟特區法制研究」, 법무부, 2005. p.639.

52) 여기서는 三資企業法은 「中華人民共和國合資經營企業法」, 「中華人民共和國合作經營企業法」, 「中華人民共和國外商獨資企業法」을 가리킨다.

53) 丁偉, 전계서, 2004. p.590.

(1) 국가주권 보호의 원칙

투자분쟁의 해결은 외상의 이익을 보호하고, 중국주권이익에 손해를 미치지 않는 것을 전제로 해야 하며, 이것은 가장 기본적인 원칙이다. 사법 실천에 있어 분쟁의 해결은 중국법률에 적용해야 하고, 당사자가 외국법률 또는 기타법률을 선택할 수 없으며, 만일 분쟁이 법원에 회부되면 중국법원에만 회부할 수 있다. 즉, 외국법원의 관할을 배척한다.⁵⁴⁾

(2) 호혜평등의 원칙

호혜평등의 원칙은 국제투자활동이 순조롭게 진행되도록 하는 실질적인 보장원칙이다. 섭외투자분쟁의 해결문제에 호혜평등의 원칙은 다음 네 가지와 같다.

첫째, 외국인투자자의 소송에 대한 권리를 보장하는 것으로, 이는 실체법 권리를 실현·유지하는 중요한 보장이다.

둘째, 소송과정 중에 중·외 투자자의 합법적 권익을 확실하게 보장한다. 중국 각 관련 외자법규에서는 분쟁이 발생할 때, 외상(外商)에게 중국합자경영자와 교섭 또는 조화하거나 중재절차에 의할 수 있는 권한이 있다. 만약에 중재조항 또는 중재협약이 없다면 중국인민법원에 직접적으로 제소할 수 있다.

셋째, 분쟁해결방식을 자유롭게 선택할 수 있다. 투자분쟁의 해결방식에 관해 중국 각 관련법규에서는 교섭, 조정, 중재 소송 등 방식을 규정하고 있다. 중국에서는 중외 투자 쌍방이 분쟁을 유발한 후 우선 우호협상, 조화를 채택하도록 유도하지만, 당사자가 마지막으로 어떤 방식을 선택할지는 그 구체적인 상황과 실제필요에 따라 선택하는 것이지 중국에서 이를 강요하지 않는다.

넷째, 호혜평등의 원칙은 신축성과 연관성을 갖는다. 중국 법률의 규정에 근거하여 분쟁이 발생하면, 당사자는 국내해결방법 또는 국외해결방법을 채택할 수 있으며, 절대적인 현지구제를 주장하지 않는다. 국외해결방법은 국외중재를 가리킨다. 중국법률은 중·외 쌍방이 중국에서 분쟁을 해결하도록 인정하고, 쌍방이 약정함으로써 국외에 중재를 허가한다.

2) 섭외경제계약상 분쟁에 대한 법률적용의 원칙

「涉外經濟契約法」, 중국 최고인민법원의 「涉外經濟契約適用上若干의 問題에 관한 解答」과 경제특구 섭외경제계약 관련 규정에 따르면 경제특구 섭외경제계약 분쟁에 관한 법률적용에는 다음과 같은 원칙이 있다.

54) 韓彩珍, 전계서, p.241.

(1) “意思自治”의 原則

의사자치의 원칙은 계약 당사자는 계약분쟁처리에 적용되는 법률을 선택할 수 있다. 당사자가 선택하지 않은 경우에는 계약법과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법률을 적용하는 원칙이다.⁵⁵⁾ 당사자가 선택하는 법률은 중국 법률일 수도 있고 홍콩이나 마카오 지역의 법률일 수도 있으며 외국 법률일 수도 있다. 다만, 당사자의 선택은 반드시 쌍방의 협상을 거쳐 일치해야 하고 이를 계약서상에 명시해야 한다. 그리고 여기에서의 중국법률은 각 경제특구의 지방성 단일법규를 포함한다.

중국에서는 실제 계약과정에 있어 당사자 쌍방의 협상일치와 명시적 意思自治를 요구하고 암묵적 또는 무제한적 意思自治는 허용하지 않고 있다.⁵⁶⁾ 당사자는 일반적으로 중국법률을 선택하거나 또는 계약 상대방의 소속국법을 선택하거나 계약 중에 중재조항을 기재하여 중재기구가 적용할 법률을 결정하도록 하기도 한다.⁵⁷⁾

만약 계약서에 적용할 법률을 규정하지 않는다면 분쟁이 발생할 경우 먼저 인민법원에 제소할 수 있으며, 이럴 경우 중국법이 적용될 가능성이 많다. 기술이전계약의 경우 기술이전계약에 적용할 법에 관하여 기술을 제공하는 측의 법률을 적용하자는 주장⁵⁸⁾, 기술을 도입하는 측의 법률을 적용하자는 주장⁵⁹⁾, 그리고 意思自治의 원칙을 적용해야 한다는 주장 등 세 가지의 주장이 존재하는데, 중국의 경우 기술이전을 받는 국가의 법률을 적용하도록 규정하고 있다.⁶⁰⁾

(2) 최고 밀접관계법 적용의 원칙

최고 밀접관계법 적용의 원칙은 계약상 분쟁이 발생하였을 때 섭외경제계약과 가장 밀접한 관계에 있는 요소나 사실을 근거로 계약에 적용할 법률을 결정하는 원칙이다.⁶¹⁾

중국 「섭외경제계약법」 및 중국 「민법통칙」의 규정에 의하면 섭외경제계약의 당사자는 법률에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고는 계약상 분쟁을 처리하는데 적용할 법률을 선택할 수 있고, 섭외경제계약의 당사자가 선택하지 아니한 경우에는 중국 법원은 가장 밀접한 관련성을 가진 국가의 법을 적용한다고 규정하였다.⁶²⁾

가장 밀접한 관계에 대한 표지(標識)로는 계약체결지, 계약이행지, 당사자의 국적,

55) 「섭외경제계약법」 제5조.

56) 李譯沛. 전제서. p.73.

57) 「中國經濟特區法制研究」, 법무부. 2005. p.218.

58) 이는 주로 기술을 제공하는 선진국 측에서 주장한다.

59) 이는 주로 기술을 제공받는 개발도상국 측에서 주장한다.

60) 李譯沛. 전제서. p. 73.

61) 「中國經濟特區法制研究」, 법무부. 2005. p.219.

62) 「섭외경제계약법」 제5조, 「민법통칙」 제145조.

목적물의 소재지, 채권자 또는 채무자의 주소지, 소송 또는 중재지, 국기 또는 국장 등이 있다.

최고밀접관계법 적용의 원칙은 입법 중에 막연하게 규정되는 경우가 많아 대부분은 법원이 계약 내용 중의 구체적인 상황에 따라 확정할 필요가 있는데, 일반적으로 관련된 요소의 양과 질에 따라 계약에 적용할 법률을 확정한다.⁶³⁾

중국에서는 당사자가 계약을 체결한 때 또는 분쟁이 발생한 후에 계약에 적용할 법률을 선택하지 않은 경우 인민법원은 사건을 접수 처리한 후 당사자에게 개정심리전에 선택할 수 있도록 허용해야 한다. 만약 당사자들이 여전히 협상을 통해 일치된 선택을 하지 못한 경우 인민법원은 최고밀접관계법 적용의 원칙에 따라 적용할 법률을 확정해야 한다.

통상적인 상황 하에서 다음에 열거하는涉外경제계약에 대한 적용법률 선택에 관한 원칙은 다음과 같다.⁶⁴⁾

- ① 국제화물매매계약은 계약체결 당시 매도인의 영업소 소재지의 법률을 적용한다. 만약 계약이 매수인의 영업소 소재지에서 협상을 통하여 체결된 경우, 또는 계약이 주로 매수인이 결정한 요건에 의존하고 또 매수인이 발주한 입찰에 의하여 체결되는 경우, 또는 계약서에 매도인은 매수인의 영업소 소재지에서 화물인도의무를 이행해야 한다고 규정한 경우에는 계약체결시의 매수인 영업소 소재지의 법률을 적용한다.
- ② 은행대출 또는 은행보증의 계약인 경우에는 대출은행 또는 보증은행 소재지의 법률을 적용한다.
- ③ 보험계약은 보험자 영업소 소재지의 법률을 적용한다.
- ④ 가공도급계약은 가공도급인 영업소 소재지의 법률을 적용한다.
- ⑤ 기술이전계약은 기술도입자인 영업소 소재지의 법률을 적용한다.
- ⑥ 공사도급계약인 경우에는 공사 소재지의 법률을 적용한다.
- ⑦ 과학기술자문 또는 설계계약인 경우에는 위탁인 영업소 소재지의 법률을 적용한다.
- ⑧ 노동계약인 경우 노동의 발생지 법률을 적용한다.
- ⑨ 플랜트 공급계약⁶⁵⁾인 경우 설비 설치지의 법률을 적용한다.
- ⑩ 대리계약의 경우 대리인의 영업소 소재지 법률을 적용한다.
- ⑪ 부동산 임대, 매매 또는 저당에 관한 계약인 경우에는 부동산 소재지의 법률을 적용한다.

63) 李譯沛, 전제서, p.74.

64) 중국 최고인민법원의 「涉外경제계약법」 적용상 약간의 문제에 관한 해답 제2조.

65) 원어로는 成套設備合同이라고 한다.

⑫ 동산 임대계약인 경우 임대인의 영업소 소재지 법률을 적용한다.

⑬ 창고보관계약인 경우에는 창고업자 영업소 소재지의 법률을 적용한다.

그러나 계약이 다른 국가 또는 지역의 법률과 훨씬 더 밀접한 관계를 가지는 것이 명백한 경우에는 인민법원은 그 다른 국가 또는 지역의 법률을 계약상 분쟁 해결의 근거로 삼아야 한다.

당사자가 하나 이상의 영업소를 가지고 있는 경우에는 계약과 가장 밀접한 관계의 영업소를 기준으로 하고, 당사자의 영업소가 없는 경우 그 주소 또는 거주지를 기준으로 한다.⁶⁶⁾

(3) 투자지법률적용의 원칙

투자지법률적용의 원칙은 투자지가 소속된 국가의 법률을 적용하는 원칙이다. 경제특구를 포함한 중국 경내에서 이행되는 중의합자경영기업계약과 중의합작경영기업계약, 중의합작 자연자원탐사개발계약 등은 반드시 중국법률을 적용해야 한다. 이러한 계약에 있어 당사자가 외국의 법률을 적용하기로 협정하였더라도 계약조항은 무효이다. 이러한 투자지법률적용의 원칙은 전국적 법규 또는 경제특구와 관련된 지방성 법규에 규정되어 있다.⁶⁷⁾

이와 같은 직접투자 형식의 계약에 대하여는 투자지 국가의 법률, 법규를 적용하는 것이 국제적으로도 통용되고 있다. 왜냐하면 이러한 경우는 대부분 자연자원에 대한 영구주권 및 외국인에 대한 민사적 권리 부여에 관한 문제 등 투자지 국가의 주권과 관련되어 있기 때문이다.

중국에서 체결하고 중국 내에서 이행하는 일반적인 섭외경제계약으로 토지사용, 노무, 용수(用水), 전력사용, 주택임대, 재산저당, 재산임대, 창고보관 등의 계약의 경우 어느 나라의 법률을 적용해야 하는가에 관하여는 소재지의 중국 법률을 적용하는 것이 국제적으로 공인된 원칙이다. 따라서 중국 법률을 적용하여야 한다.⁶⁸⁾

(4) 국제조약 우선적용의 원칙

만약 중국이 체결하거나 가입한 섭외경제계약과 관련된 국제조약이 중국의 법규와 다른 경우에는 국제조약의 규정을 적용한다. 다만, 중국정부가 유보한다고 서명한 경우는 그렇지 않다(中國最高人民法院의 「涉外經濟契約法」適用上若干의 問題에 관한 解答 第2조 제8항).⁶⁹⁾

66) 李譯沛, 전계서, pp.73~74.

67) 「섭외경제계약법」 제5조, 「심천경제특구 섭외경제계약 규정」 제35조.

68) 李譯沛, 전계서, p.75.

1989년 말까지 중국은 외국과 대량의 양자조약(兩者條約)을 체결하였다. 예컨대, 25개의 투자보호협정과 2개의 투자보험 및 투자보장 협정, 그리고 25개국과의 이중과세와 탈세방지협정을 체결하였고, 6개의 사법공조에 관한 협정을 체결하였다. 이와 동시에 「유엔국제화물판매계약조약」, 산업재산권보호에 관한 「파리조약」, 국제 상표등록에 관한 「마드리드협정」 등 다자조약(多者條約)에 가입하였다.⁷⁰⁾ 이와 같은 조약들은 중국의 섭외경제계약과 직접 또는 간접적으로 관계된다.

(5) 국제관례 적용의 원칙

중국의 법률과 중국이 체결하거나 가입한 국제조약에 섭외경제계약에 관한 규정이 없는 경우에는 국제관례⁷¹⁾를 적용할 수 있다.⁷²⁾

국제 화물매매나 국제 화물운송, 국제 화물운송보험, 국제 무역결제와 지불 등에 관해서는 모두 국제관례를 적용한다.⁷³⁾

2. 중국의상투자분쟁해결의 법률적용

분쟁해결적용의 법률은 중재기구 또는 법원이 분쟁의 시비를 판단할 때 근거하는 실체법규범이다. 각국 법률의 차이가 크기 때문에 어떤 국가의 법률에 적용하여 섭외경제 분쟁을 해결할지는 사건의 처리결과와 결부된다.⁷⁴⁾ 그래서 법률적용의 문제는 분쟁 해결 중에 가장 중요한 문제이다. 외국인투자분쟁의 해결은 국제관례에 따라 일반적으로 투자유치국의 법률에 적용한다.

69) 이러한 내용은 중국 「민법통칙」 제142조에도 규정되어 있다. 즉, 중국 「민법통칙」 제142조 제2관은 “중화인민공화국이 체결하거나 가입한 국제조약이 중화인민공화국의 민사법률과 다른 규정을 가지고 있는 경우에는 국제조약을 적용한다. 다만, 중화인민공화국이 보류한다고 성명한 경우에는 제외한다.”고 규정하고 있다.

70) 중국은 2003년 말까지 총 130개의 양자조약과 268개의 다자조약에 가입하였다. 이러한 양자조약과 다자조약 중 경제와 관련된 조약도 대단히 많다. 한편 중국은 2001년 11월 10일 카타르의 수도 도하에서 열린 세계무역기구(WTO) 제4차 각료회의에서 WTO 가입이 승인됨으로써 정식으로 WTO의 구성원이 되었다.

71) 여기서 말하는 국제관례란 통상적으로 말하는 단순한 관례를 의미하는 것이 아니라 국제거래에 있어 장기간 반복되어 규범으로 굳어진 것을 말하는 것으로 엄밀히 말하면 국제관습법이라는 용어가 더 정확하다고 할 수 있다. 그러나 중국의 관련 법률에 國際慣例라는 용어를 사용하고 있으므로 그 용어를 그대로 사용하기로 한다.

72) 중국 「섭외경제계약법」 제5조 제3항, 중국 「민법통칙」 제142조 제3항.

73) 劉瑞復, 「中國經濟法律百科全書」, 中國政法大學出版社, 1993, p. 726.

74) 韓彩珍, 전계서, pp.241.

1) 국제투자계약의 법률적용

첫째, 투자유치국의 법률에 적용한다. 최고밀접관계원칙⁷⁵⁾에 따라 국제투자계약은 투자유치국과 일반적으로 최고밀접관계가 존재한다. 예를 들어 계약을 맺은 곳, 계약 당사자 쌍방의 권리와 의무에 관한 대상물의 소재지, 계약이행지는 일반적으로 투자유치국에 있다. 국제투자계약에 따라 설립된 기업 또는 기타 경제조직은 투자유치국의 국적을 가지게 되며, 국제투자계약은 일반적으로 투자유치국의 주권에 영향을 미치며 투자유치국의 경제, 사회와 직접적인 이해관계를 가지게 된다.⁷⁶⁾

둘째, 당사자가 선택한 법률에 적용된다. 투자유치국의 동의를 거쳐 당사자는 투자유치국의 법률, 또는 투자국의 법률에 선택할 수 있다.

셋째, 국제조약에 관한 규정이 적용된다.

투자유치국은 투자국과 맺은 투자보호조약 중에 투자자의 권리와 의무 또는 분쟁해결적용의 법률을 규정하게 되면 해당 조약의 규정을 적용해야 한다. 투자유치국은 「국가와 타국민간의 투자분쟁에 관한 해결협약」의 체결국이면 국제투자분쟁해결본부의 중재를 통해 국가와 외국인투자자의 분쟁을 해결할 때, 당사자가 선택한 법률 규정을 우선 적용해야 한다. 당사자가 법률을 선택하지 않을 경우, 투자유치국의 법률을 적용하고, 국제법 규칙 또는 일반 법률원칙을 보충할 수 있으면, 형평과 선(善)적 원칙에 근거할 수 있다.

2) 중국의 외상투자계약에 관한 법률의 적용

「중화인민공화국계약법」 제126조에서 “섭외계약의 당사자는 계약분쟁 처리에 적용하는 법률을 선택할 수 있고, 단, 법률에 별도로 규정된 것은 제외한다. 섭외계약의 당사자가 선택하지 않을 경우, 계약과 가장 밀접한 관계가 있는 국가의 법률을 적용한다. 중국 영역 내에서 이행하는 중외합자경영기업 계약, 중외합작경영기업 계약, 중외합작자연자원탐사개발 계약은 중국법률을 적용한다.”고 규정하고 있다.

3) 섭외경제계약의 분쟁해결에 관한 법률의 적용

중국 「섭외경제계약법」 제37조에서는 계약분쟁이 발생하는 경우 당사자는 가능한

75) 最高密接關係原則이란 계약상 분쟁이 발생하였을 때 섭외경제계약과 가장 밀접한 관계에 있는 요소나 사실을 근거로 계약에 적용할 법률을 결정하는 원칙이다.

76) 丁偉, 전제서, p.591.

협의 또는 제3자의 조정을 통해 해결해야 한다고 규정하였다. 「심천(深圳)경제특구협의경제계약규정」제34조이나 「협의경제계약법」 제37조 모두 당사자가 협의·조정을 원하지 아니하거나, 협의·조정이 이루어지지 아니할 경우 계약 중 중재조항 혹은 사후의 중재합의서에 따라 중국의 중재기구 및 기타 중재기구의 중재에 회부할 수 있다고 규정하였다.

나아가 「심천(深圳)경제특구협의경제계약규정」 제35조에서는 특구 내의 중의합자경영기업, 중의합작경영기업, 자연자원의 합작개발계약 등 중국의 주권과 밀접한 관계가 있는 계약관련 분쟁에 대한 중재처리는 반드시 중국 법률을 적용해야 한다고 규정하였다. 또한 특구의 중재는 특구에 설립된 중재기구에서 중재를 한다.

다만, 분쟁쌍방이 동의하는 경우에는 기타 중재기구를 선택할 수 있다. 쌍방 당사자가 중재합의를 하지 않은 경우 당사자 중 한쪽이 중재기구에 중재판정을 신청한 후, 상대방이 서면형식으로 응소하면 쌍방이 중재합의를 한 것으로 본다(동 규정 제36조). 당사자가 계약 체결 시 중재조항을 별도로 두지 않은 경우 당사자 중 한쪽은 관할권을 가진 중국 인민법원에 소송을 제기할 수 있으며, 중재판정이 난 후 당사자 한 쪽이 규정된 기한 내에 중재판정을 집행하지 않는 경우에는 인민법원에 집행을 신청할 수 있다(동 규정 제37조).

4) 경제특구 경제분쟁의 법률적용

(1) 경제특구의 경제소송절차의 법적 根據

경제특구의 경제소송은 국내 경제분쟁 사건에 대한 소송과 협의 경제분쟁 사건에 대한 소송으로 구분할 수 있는데, 모두 중국의 민사소송절차 관련 법규가 적용된다.⁷⁷⁾ 「중화인민공화국 민사소송법」 제4조는 “모든 중화인민공화국 영역 내에서 진행되는 민사소송은 반드시 본법을 준수하여야 한다”고 규정하고 있다. 따라서 국내 경제분쟁 사건과 협의 경제분쟁 사건을 막론하고 중국 내에서 발생한 민사사건에 대하여는 모두 같은 법이 적용된다.

동법 제4편에 특별규정에서는 협의 민사소송절차에 대한 내용을 다루고 있다. 만약 제4편 협의 민사소송절차 규정에 관련 규정이 없는 경우에는 중국이 체결하거나 가입한 국제조약의 규정을 적용한다(동법 제237조, 제238조).

77) 李譯沛, 전계서, p.289.

(2) 섭외경제사건의 사법관할권

경제특구 섭외경제사건의 소송절차와 국내경제사건의 소송절차는 양심중심제를 실시하고 있다. 경제특구 섭외경제사건의 관할권 문제는 ① 어떤 섭외경제분쟁에 대해 인민법원이 처리해야 하는가 아니면 중재기구에서 처리해야 하는가의 문제, ② 어떤 섭외경제분쟁에 대해 어느 국가의 법원 또는 중재기구가 관할할 것인가 하는 문제를 말한다.⁷⁸⁾

중국 경제특구의 섭외경제사건 소송관할권에 대하여는 「중국 민사소송법」의 규정에 따라야 한다(동법 제237조). 동법에 따르면 중국이 체결하거나 가입하고 있는 국제조약 중 규정이 있으면 조약의 규정에 따라야 한다(동법 제239조).⁷⁹⁾ 만약 중국이 체결하거나 가입한 조약 중에 관할권에 대한 규정이 없는 경우에는 「중국 민사소송법」 제4편 제25장의 규정과 제1편 제2장의 규정 또는 관련 규정을 적용한다.⁸⁰⁾ 또한 동법에 의하면 섭외계약이나 섭외재산권익분쟁의 당사자는 서면합의로 분쟁과 실제적인 연관관계에 있는 법원을 선택하여 관할하게 할 수 있다(동법 제244조).

섭외경제분쟁에서 인민법원 경제재판정이 접수 처리하는 사건의 주된 내용은 다음과 같다. ① 중국 측과 외상이 경제, 무역, 운수와 해사사이에서 발생한 분쟁, ② 외상이 중국에 투자하여 경영활동을 하던 중 세무, 노무 등 방면에서 중국 주관부서의 처리에 이의가 있는 경우, ③ 외국기업·조직 간에 중국 영역 내에서 발생한 경제무역, 운수와 해사분쟁, ④ 외국기업과 경제조직 간에 중국의 영토 외에서 발생한 경제, 무역, 운수와 해사분쟁으로 당사자가 서면협의를 통하여 중국인민법원에 기소한다고 적시한 경우 등이 있다. 단, 중재 협의를 진행하거나 또는 이미 중재한 사건은 수리하지 않는다.⁸¹⁾

(3) 외국인과 대만·항콩·마카오 동포의 경제소송

「중국 민사소송법」의 규정에 따르면 외국인, 무국적인, 외국기업과 조직이 중국 인민법원에 기소·응소하는 경우, 중국 공민, 법인 그리고 기타 경제조직과 동등한 소송의 권리·의무가 있다(동법 제5조 제1관).

중국은 홍콩·마카오·대만 동포⁸²⁾를 중국인으로 보고 있다. 그리고 홍콩, 마카오,

78) 「中國經濟特區法制研究」, 법무부, 2005, p.646.

79) 「중국 민사소송법」 제238조는 조약을 국내법과 동일한 효력이 있는 것으로 규정한 중국 헌법과는 달리 조약에 우선적인 효력을 부여하고 있다. 섭외경제분쟁의 관할에 관한 조약의 예로는 「유류오염에 대한 민사책임조약」을 들 수 있다. 중국이 1980년 가입한 「유류오염에 대한 민사책임조약」 제9조의 규정에 따르면 유류오염 발생지의 계약국 법원을 유류오염으로 인한 배상소송의 관할권으로 하고 있다.

80) 李譯沛, 전계서, p.292.

81) 李譯沛, 전계서, p.293.

82) 동포(同胞)라는 말은 중국의 입장에서 홍콩, 마카오, 대만 주민에 대하여 사용하는 말이다. 따라서 엄밀하게 말하면 중국의 입장에서는 홍콩인, 마카오인, 대만인이라고 표현하는 것이 옳다고 할 수 있다. 그러나 중국의 법률에서도 사용하는 표현이므로 동포라는 말을 그대로 사용하기로 한다.

대만도 중국과 분리할 수 없는 영토의 일부로 보고 있다. 그러나 홍콩·마카오·대만의 사정이 특수한 것 또한 사실이므로 중국에서는 소송실무에 있어 홍콩·마카오·대만 동포 관련 경제분쟁사건에 대해서는 섬외민사소송에 관한 특별규정인 「중국 민사소송법」 제4장을 참조해 처리하고 있다.⁸³⁾

3. 중국의상투자분쟁의 해결방법

1) 중국의 전통적 방법

중·외 투자분쟁해결방법은 중국 법률의 규정에 따라 교섭, 조정, 중재와 사법소송을 포함한다. 그 중에서는 중재가 중국 중재기구와 외국중재기구로 구성된다. 그 네 가지 방법 중에 교섭은 조정과 외상투자기업의 모든 분쟁이 우선 적용하는 것이다. 중재 또는 소송 과정 중에 있을지라도 교섭과 조정을 통해 분쟁을 해결할 수 있다.

(1) 교섭

교섭해결은 분쟁 각 당사자가 우호적으로 관련 법률, 정책 및 계약조항의 규정에 따라 직접적으로 협상 또는 교섭하고, 스스로 협의하며, 분쟁을 해결하는 처리방법이다. 교섭의 방법으로 분쟁을 해결하는 것은 성격상 쌍방법률행위이며, 따라서 교섭의 방법을 채택하면 자원(自願)의 원칙, 호혜평등의 원칙과 합법적인 원칙을 철저히 지켜야 한다.⁸⁴⁾ 분쟁 교섭해결의 長點은 그 해결분쟁이 우호적으로 진행하여 쌍방이 직접적으로 만나서 의견을 교환하는 것이 당사자 간 우호적인 협력관계를 효과적으로 계속 유지·발전시킨다. 그밖에 분쟁교섭해결의 방식은 신속성이 있으며, 절차가 간단하고, 분쟁을 해결할 때 시간과 돈이 모두 적게 들며, 쌍방 당사자가 쉽게 채택할 수 있다.⁸⁵⁾ 그래서 사회주의 및 일부 제3 세계 국가들은 분쟁해결수단으로서 교섭을 선호하고 있다.

(2) 조정

조정이란 제3자-대체로 조정위원회가 분쟁당사국들의 동의를 얻어 분쟁의 기초된 사실을 조사하고, 당사자의 의견을 청취한 다음 해결책을 제시하는 방법을 말한다.⁸⁶⁾ 분쟁의 해결에서 조정해결방법을 채용하면 자원의 원칙, 평등한 원칙과 합법적인 원칙을

83) 李譯沛, 전계서, p.294.

84) 韓彩珍, 전계서, pp.243-244.

85) <http://www.chinesetax.com.cn/Article/xfdgdfg/200508/260123.html>

86) 金大淳, 전계서, p.981.

철저히 따라야 한다. 조정은 다른 분쟁해결방법보다 분쟁해결을 신속하게 할 수 있으며 투자 각 당사자들이 조정결과를 받아들이고 실행하도록 하는데 효과적이다. 그러나 조정의 성공여부는 당사자 쌍방이 상호이해하고 동의하여 타협하는지에 달려 있기 때문에 당사자들의 이익에 부합하지 않을 때는 조정의 실효성을 거두기 어렵다.⁸⁷⁾

(3) 중재

중재는 당사자 쌍방이 협의를 통하여 전문중재기구에 분쟁을 회부하여 중재규칙에 따라 분쟁을 해결하는 방법이다.⁸⁸⁾ 중재기구는 중국 중재기구와 외국중재기구로 구성되고, 분쟁쌍방이 협의, 해석 등을 원하지 않거나 협의, 조정이 실패하면 투자계약 중의 중재조항 또는 사후 서면적인 중재협약에 따라 중국의 중재기구나 또는 외국중재기구에 회부될 수 있다. 중재는 그 적용 영역에 따라 국제중재(즉 국가 간 분쟁을 해결하는 중재), 국내중재(국내의 무역, 경제, 노동 등의 분쟁을 해결하는 중재)와 국제상사중재로 나누어진다. 국제상사중재는 광의로 대외경제무역중재와 해상중재로 구성되고, 국제경제왕래 및 해사관계 중에 발생한 여러 가지 분쟁을 해결하는 것이다. 여기서는 외상 투자기업분쟁의 중재는 실제 국제상사중재 또는 대외경제무역중재에 속한다.⁸⁹⁾

(4) 소송

소송은 분쟁당사자가 우호적인 합의에 실패했거나 계약시 중재조항을 두지 않았거나 사후 중재에 대해서 서면적으로 합의를 달성하지 못했을 때, 관할 법원에 분쟁을 회부해서 관련 법률에 정한 소송절차에 따라 분쟁을 해결하는 중국의상투자분쟁해결의 한 방법이다.⁹⁰⁾

2) 국내·외 투자자간의 투자분쟁에 관한 해결방법

요즘 중국에서는 외국인투자자와 중국합영자(中國合營者) 사이의 투자분쟁이 자주 발생하고 있다. 중국정부는 외국인투자자와 중국합영자 간의 투자분쟁에 관한 해결의 문제에 대해 「중외합작경영기업법」 및 실시조례, 「중외합작경영기업법」, 「계약법」 등 법률, 법규에서 상응하게 규정하고 있다.⁹¹⁾

87) 韓彩珍, 전계서, p.245.

88) 상계서.

89) 상계서.

90) <http://www.chinesetax.com.cn/Article/xfdgdfg/200508/260123.html>

91) 韓彩珍, 전계서, p.241.

(1) 중외합자경영기업분쟁의 해결방법

「중외합자경영기업법」 제14조에서는“합자경영 당사자 간에 분쟁이 발생하고, 이사회 의 협의에 의한 해결이 불가능한 때에는 중국의 중재기관이 조정 또는 중재한다. 다만, 해당 당사자의 협의에 의하여 기타의 중재기관이 중재할 수 있다. 합자경영 각 당사자는 계약에 중재조항을 기록하지 않거나 사후 서면중재협의를 보지 못하면 인민법원에 기소할 수 있다.”고 규정한다. 「중외합자경영기업법실시조례」 제15장 제97조에서는“합자경영 각 측이 합자경영기업의 협의, 계약, 규약을 해석하거나 이행하면서 분쟁이 발생했을 경우 되도록 우호적으로 협상하거나 조정하는 경로를 거쳐 해결해야 한다. 협상 또는 조정을 거쳤으나 무효로 되었을 경우 중재 또는 사법기구에 제출하여 해결한다.”고 규정하고 있다.

(2) 합작경영기업분쟁의 해결방법

「중외합작경영기업법」 제25조에서는“중외합작자가 합작기업계약, 규약 이행시 분쟁이 발생할 경우 협상 또는 조정을 통해 해결해야 한다. 중외합작자가 협상·조정을 통해 해결을 원치 않거나 협상·조정되지 않을 경우, 합작기업계약 중의 중재조항 또는 사후 협의한 서면중재협약에 따라 중국 중재기구 또는 중재기구에 중재를 신청할 수 있다. 중외합작자는 합작기업계약에 중재조항을 제정하지 않고 사후도 서면중재협의를 하지 않을 경우 중국 인민법원에 기소할 수 있다”고 규정하고 있다.

(3) 외자기업분쟁의 해결방법

중국입법은 외자기업 분쟁해결방법에 대해 강제성을 규정하고 있지 않다. 외자기업의 출자자는 중국의 기업, 회사 및 기타 경제조직과 관련되지 않기 때문에 중국법률은 협상과 조정을 배제하는 원칙을 외자기업에 관한 입법에 쓰지 않는다. 계약상 분쟁이 발생하는 경우 어떤 방법으로 분쟁을 해결해야 하는지를 규정한다. 만약 중재를 통해 분쟁을 해결할 경우에는 계약서에 중재조항 또는 중재합의를 기재하여 중재관할지와 중재기구 및 적용법률 등에 대해 약정해야 한다. 만약 당사자가 이를 선택하지 않은 경우에는 수급자의 영업소 소재지의 법률을 적용해야 한다.⁹²⁾

(4) 합작개발자연자원분쟁의 해결방법

「대외합작육상석유자원개발조례」 제25조에서는 “계약 집행과정에서 분쟁 발생 시 협

92) 朱奇武, 「中國涉外經濟法理論與實踐」, 중국법률출판사, 1993, p.128. 법무부, 「중국경제특구법제연구」, 법무자료 제265집, 2005, p.126.

상 혹은 화해하는 방식으로 해결하며 협상 혹은 화해 불가 시 계약서 중재조항 또는 쌍방이 달성한 중재협약에 근거하여 중재기구 또는 다른 중재기구에 제출하여 중재한다. 당사자들이 계약내용에 중재조항을 약정하지 않았거나 사후도 서면중재협약이 달성되지 못하였을 경우 중국인민법원에 기소할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이밖에도「對外合作海洋石油資源採掘條例」 제24조에서는“合作採掘海洋石油資源活動 중에 외국기업과 중국기업 간에 분쟁이 발생하면 우호적인 협상을 통하여 해결한다. 협상을 통해 해결하지 못한 경우 중국 중재기구에서 조정 또는 중재되고 쌍방이 협의함으로써 기타 중재기구에 중재를 신청할 수 있다고”규정하고 있다.

(5) 대만동포투자를 미치는 분쟁의 해결방법

「대만동포투자보호법」 제14조에서는 “대만동포투자자와 기타 省, 자치구와 직할시의 회사, 기업, 기타 경제조직 또는 개인 간에 투자에 관한 분쟁이 발생하면 당사자가 협상 또는 조정을 통해 해결할 수 있다. 협상 또는 조정을 원치 않거나 협상 또는 조정되지 않을 경우 계약중의 중재조항 또는 사후 협의한 서면협약에 따라 중재기구에 중재를 신청한다. 당사자가 계약 중에 중재조항을 제정하지 않거나 사후도 서면협약이 되지 않을 경우 인민법원에 기소할 수 있다.”고 규정하고 있다.

(6) 계약적 분쟁의 해결에 관한 일반규정

「계약법」 제128조에서는“당사자가 화해 또는 조정을 통하여 계약의 분쟁을 해결할 수 있다. 당사자가 화해·조정을 원하지 않거나 화해·조정하여 합의를 보지 못할 경우에는 중재협약에 의거하여 중재기구에 중재를 신청할 수 있다. 섭외계약의 당사자는 중재협약에 따라 중국 중재기구 또는 기타 중재기구에 중재를 신청할 수 있다. 당사자가 중재협약을 체결하지 않았거나 중재협약이 무효할 경우에는 인민법원에 소송을 제기할 수 있다. 당사자는 법률효력을 발생하는 판결·중재재결·조정서를 이행해야 한다. 이행을 거절할 경우에 상대방은 인민법원에 집행을 청구할 수 있다”고 규정하고 있다.

중국의 국내·외 투자자간의 투자분쟁 해결방법에 대한 규정은 중국에서 발생한 투자분쟁을 신속하게 해결하고, 지속적인 외국인투자의 유지를 하는데 도움이 된다. 이런 점에서 볼 때, 투자분쟁에 관한 법률은 중국경제발전애 아주 중요한 의의를 지니고 있다.

3) 중국과 투자자본국 간 투자분쟁의 해결방법

오랫동안 중국은 타국과 투자분쟁이 발생 했을때 일반적으로 교섭과 협상 등의 외교

적 방법을 통하여 해결하였으며 법률적 해결방법으로 사례는 드물다.⁹³⁾

(1) 교섭과 협상 등 외교방법

80년대부터 중국과 기타 계약국간 국제투자분쟁분야에서 협상을 통한 분쟁해결방법이 광범위하게 활용되었다. 첫째, 교섭으로 분쟁을 해결해야 한다. 예를 들어 1982년 중국과 스웨덴 양자투자보호협정과 1984년 중국과 루마니아 양자투자보호협정에서는 “계약체결 쌍방이 이 협정을 해석 또는 집행하는 중에 분쟁이 발생하면, 계약체결 쌍방정부의 교섭을 통해 해결되어야 한다.”고 명시 되어 있다. 둘째, 우호적인 협상을 통해 분쟁을 해결해야 한다. 예를 들어 1985년 중국과 독일, 중국과 덴마크, 중국과 태국, 1986년 중국과 호주 양자협정에서는 모두 “계약체결 쌍방이 이 협정의 해석 또는 적용에 대해 분쟁이 발생하면, 우호적인 협상을 통해 해결되어야 한다.”고 규정했다. 셋째, 외교적인 방법을 통해 분쟁을 해결한다고 규정하고 있다. 예를 들어 1986년 중국과 영국, 중국과 싱가포르 등, 1987년 중국과 스위스, 중국과 이탈리아 등, 1989년 중국과 뉴질랜드 등, 1990년 중국과 말레이시아 등과의 양자협정에서는 모두 “계약체결 쌍방이 협정의 해석 또는 적용에 관해 분쟁이 발생하면, 외교방법을 통해 해결되어야 한다.”고 규정하고 있다.⁹⁴⁾

위 세 개 규정에서 보듯이, 외교적 분쟁해결 방법은 한정적인 교섭 또는 협상방법이 있지만, 이제는 교섭과 협상이외의 조정, 알선 등 외교방법으로 발전하여, 아직까지도 가장 중요하고 관용적인 분쟁해결방법으로 쓰이고 있다.⁹⁵⁾ 중국정부가 교섭과 협상 등 외교방법을 채용하여 중국과 타국간의 투자분쟁을 해결하는 것은 양자경제무역조약 또는 협정의 규정 뿐만 아니라 국제협약의 의무를 이행하는 것이다.

(2) 중재 또는 소송 법률방법

교섭과 협상은 중국이 타국 간 투자분쟁을 해결하는 방법중 하나이지만, 유일한 방법은 아니다. 국제투자분쟁의 해결추세를 살펴보면, 중재 또는 소송방법이 이미 보편화 되어 있다는 것을 알 수 있다.

첫째, 80년대부터 중국과 타국이 체결한 양자투자보호협정에서는 “계약쌍방이 6개월 내에 교섭과 협상 등 외교방법을 통해 분쟁을 해결할 수 없는 경우, 계약 당사자 한 측의 요구에 따라 전문 중재재판소에 중재를 회부할 수 있다고 규정했다.

둘째, 그 재판소가 3인으로 구성되고, 그 절차규칙을 스스로 제정한다. 중재 재결은

93) 丁偉, 전계서, p.599.

94) 상계서.

95) 沈木珠, 『國際貿易法研究』, 法律出版社, 2002, p.703.

중국제결이”라고 규정한다.

셋째, 중국 가입의 투자협약도 모두 계약국간의 분쟁이 중재 또는 국제법원에 회부 되도록 요구한다. 예를 들어 「국가와 타국민간의 투자분쟁의 해결에 관한 협약」 제 64조에서는 “계약국간의 분쟁은 교섭을 통해 해결할 수 없으며, 분쟁의 어느 당사자가 신청한 후에 국제법원에 회부될 수 있다”고 규정하고 있다.⁹⁶⁾

4) 중국정부와 외국의 개인투자자간 투자분쟁의 해결방법

이러한 분쟁은 중국에 주로 중국정부와 외국인투자자의 비계약성의 분쟁을 가리킨다. 중국정부는 외국인투자자에 대해 행정관리를 행사할 때 행정분쟁이라고 한다.⁹⁷⁾ 중국이 체결한 양자투자협정은 이러한 분쟁의 해결방법에 대해 규정하고 있다.

(1) 협상

투자유치국과 투자자 간에 투자문제로 인해 분쟁이 발생하면, 우선 협상을 통해 우호적으로 해결된다. 일반적으로 협상기간은 6개월로 한정한다. 만기 전까지 협상되지 않을 경우, 기타 방법을 채택할 수 있다. 그러므로 협상절차를 반드시 거쳐야 한다.⁹⁸⁾

(2) 중국의 행정 또는 사법구제

협상을 할 수 없을 때, 투자자가 투자유치국에서 행정기구를 소송할 수 있거나 관할권을 갖는 법원에 구제를 신청할 수 있다. 구체적으로 세 가지 상황이 있다. 첫째, 징수 또는 국유화보상액수의 분쟁에 관해서는 투자자가 현지 구제를 선택하거나 국제중재를 신청한다. 둘째, 국유화의 합법적인 분쟁에 관해서는 현지 법원이 담당한다. 셋째, 위 두 가지 분쟁이외의 분쟁은 분쟁 각 당사자가 따로 협의가 있는 것을 제외하고, 현지 구제방법을 통하여 해결해야 한다.⁹⁹⁾

(3) 국제중재

징수 또는 국유화보상액수의 분쟁 또는 외국인투자자와 체결한 투자계약의 위반에 관해서는 협상을 통해 해결하지 않을 경우, 투자자도 국제중재를 직접 선택할 수 있으며 이때 임시중재형식을 택하거나 국제분쟁해결본부에 회부할 수 있다.¹⁰⁰⁾

96) 丁偉, 전계서, p.560.

97) 韓彩珍, 전계서, p.259.

98) 상계서.

99) 丁偉, 전계서, p.602.

100) 상계서.

(4) 투자국은 투자유치국과 교섭함으로써의 해결방법

중국이 서명한 모든 양자투자협정에서는 계약양국간의 분쟁에 관한 해결방법을 규정하고, 이런 방법을 통해 투자유치국과 투자자간의 분쟁을 해결할 수 있다. 즉, 투자국이 투자유치국과 교섭함으로써 해결하는 방법이다.

첫째, 대위구상(代位求償)을 통해 해결한다. 투자자가 각 협정에 따라 그 본국에서 가입하고 정치적 위협에 의해 손실을 입은 후에 투자자의 본국정부 또는 정부기구가 보험계약에 따라 투자자에게 보상을 지불하는 경우, 투자자가 투자유치국에 대한 배상을 청구하는 권한을 얻을 수 있다.¹⁰¹⁾ 대위구상은 실제 투자자와 투자유치국간 求償에 관한 분쟁을 투자국과 투자유치국 간의 분쟁으로 바꿔, 협정규정의 방법에 따라 해결한다.

둘째, 양국정부 간의 협상 또는 중재를 통해 해결한다. 계약양국정부가 협정의 해석 또는 적용으로 인해 분쟁이 발생할 때, 각 양자협정에 따라 협상함으로써 해결되어야 한다. 협상을 통해 해결되지 않을 경우 전문 중재재판소에 중재를 신청해야 한다.¹⁰²⁾ 양국 간의 중재에 관해서는 각 양자협정에 유사한 절차를 구체적으로 규정하고 있다. 즉, 양국정부가 양자협정규정의 방법에 따라 중재원을 임명하여 중재재판소가 성립하고, 중재재판소는 국제법에 따라 판결을 내리며, 판결은 종국적인 효력이 있고, 쌍방에 대해 구속력이 있다.¹⁰³⁾

5) 경제특구 경제분쟁의 해결방식

경제특구에서 계약과 관련된 분쟁이 발생하여 협상으로 해결이 되지 않는 경우에는 인민법원에 소송을 제기하거나 중재기구에 중재를 신청할 수 있다.

(1) 소송

국내 경제분쟁사건¹⁰⁴⁾과 증대하지 않은 섭외 경제분쟁사건은 기층인민법원이 관할하고, 증대한 섭외 경제분쟁사건은 특구 소재지 시 중급인민법원의 경제관련 법정에서 접수 처리한다(「중국 민사소송법」 제18조, 제19조).

(2) 경제중재

중국 5개 경제특구의 경제중재에 대한 실정이 모두 같지는 않다. 섭외 경제분쟁사건

101) 余勤松, 『國際投資法』, 北京法律出版社, 1994, p.395.

102) 상계서.

103) 상계서, p.396.

104) 원어로는 經濟案件으로 되어 있다.

에 있어 심천은 자체적으로 中國國際貿易促進委員會(中國國際商會로 약칭) 分會가 설립되어 섭외증재를 직접 처리하고 있고, 주해, 산둥, 하문, 해남특구는 모두 북경에 있는 中國國際經濟貿易仲裁委員會에서 섭외 경제분쟁사건에 관한 증재를 진행한다. 각 특구의 국내 경제분쟁사건은 각 특구가 소재하는 성, 시 工商局 경제계약증재위원회¹⁰⁵⁾에서 접수 처리한다.¹⁰⁶⁾

중국 경제특구에서 일반적으로 섭외 경제분쟁이 발생한다. 경제분쟁 해결방법으로는 협상과 소송과 경제증재가 있는데, 섭외경제분쟁이 발생했을 때 우선 협상을 통해 해결되고, 협상으로 해결되지 않았을 경우에는 소송을 걸거나 경제증재를 신청한다.

V. 결 론

국가가 경제발전을 이룰 수 있느냐, 없느냐는 투자환경의 개선, 국제투자유치, 국제투자분쟁을 유효적으로 해결할 수 있는지 여부에 달려있다. 국제투자분쟁은 투자관계의 법적 기초인 투자계약을 둘러싸고 발생하는데, 투자관계 및 투자계약의 당사자인 투자유치국과 개인 투자자의 기본적인 여건과 관점의 차이 때문에 분쟁발생의 가능성은 상존한다고 보여 진다. 중국의 외국인투자관계는 외국인투자자와 중국정부간의 행정관리관계, 외국인투자자와 중국의 회사, 기업 또는 기타 경제조직 간의 투자계약관계로 구성된다. 중국의 현행 입법은 기본적으로 양자투자조약과 국내입법을 통해 국제투자분쟁의 구체적인 해결방법을 규정하고 있다. 외상투자자 입장에서는 투자유치국의 정책, 법률적 보호 여부, 투자자투자의 안전, 이익의 실현여부, 투자분쟁의 유효적인 해결여부가 아주 중요하다. 투자유치국이 국제투자분쟁문제에 현실성 있고, 분명하게 해결할 수 있다면 양호한 투자환경 조성할 수있다.

중국의 국제투자분쟁 해결방법에서 지닌 기본적 입법취지는 분쟁을 순조롭고 신속·공정하게 해결하며, 외국인투자자와 중국의 합법권익을 보호하고 쌍방의 정상적인 합작관계, 양호한투자환경 조성, 중국의 대외경제합작과 기술교류의 건강발전을 확보하기 위한 것이다.¹⁰⁷⁾ 외국인투자자와 중국정부간 투자분쟁의 해결에 대해서는 중국이 주로 관련 국가와 체결한 양자투자보호 또는 보험협정을 통해 어떻게 해결하는 가를 규정한다. 그러므로써 외국인투자자가 충분한 보장을 수 있도록 중국정부와 투자분쟁을 적절하게 해결할 수 있도록 하고 있다. 또한 외국인투자자와 중국합작자간 투자분쟁의

105) 원어로 經濟合同仲裁委員會이다.

106) 李譯沛, 전게서, p.287.

107) 余勤松, 전게서, p.392.

해결에 대한 경우 각 투자법규와 관련 협의경제법규에서 규정하고 있다.

종합해 보면, 투자유치국은 외국인투자자의 이익이 손해를 받지 않도록 보장함으로써 외자유치할 수 있고 투자자는 자신의 이익을 보장 받을 수 있기 때문에 투자자와 투자유치국 양측 모두에게 이익이다. 투자분쟁을 해결하는 여러 법률제도의 주요 내용은 외상투자를 보호하는 것이다. 중국의상투자분쟁의 해결방법은 양자투자협정, 국제조약과 국내·외사법중의 기본규정을 위주로 하여 국내 협의 민·상사 소송법과 중재를 보조로 한다.

투자분쟁해결방법을 연구하는 것은 다음과 같이 몇 가지 측면에서 의의가 있다. 첫째, 투자분쟁의 해결방법은 국제투자 법률제도의 필수적인 구성부분이며, 한 나라의 완전한 투자환경의 필수불가결한 요소이다. 둘째, 투자분쟁의 해결방법은 투자분쟁이 신속히 해결될 수 있게 하는 중요한 보장방법이다. 분쟁이 발생한 후, 당사자 간의 이해마찰이 심각하기 때문에 해결방법이 일치하지 않는다. 사전 규정한 해결방법이 있으면 분쟁이 발생하는 경우, 쌍방이 규정한 방법 및 절차에 따라 즉시 해결할 수 있다. 셋째, 투자분쟁의 해결방법은 투자분쟁이 국가간의 정치적 문제로 확대되는 것을 막기 위해서 아주 중요하다 넷째, 투자분쟁의 해결방법은 투자분쟁의 우호적인 해결을 위해 매우 중요하다

참고문헌

- 姜朱妍, 「ICSID에 의한 국제투자분쟁해결」, 석사학위 청구논문, 이화여자대학교 대학원, 2000.
- 金大淳, 『國際法』, 三英社 제11판, 2006.
- 金富燦, 「國際投資紛爭解決制度」, 『제주대학교 논문집』 第26輯, 1988.
- 金正均, 成宰豪, 『國際法』, 博英社, 2001.
- 李丙朝·李仲範, 『國際法新講』, 一潮閣, 1999.
- 張孝相, 『國際經濟法』, 博英社, 1985.
- 張孝相, 『國際經濟法』, 博英社, 1996.
- 法務部, 『中國經濟特區法制研究』, 2005.
- 존 메릴스 지음, 김재원 옮김, 『국제분쟁의 해결방법』, 교육과학사, 1998.
- 丁偉, 『經濟全球化與中國外資立法完善』, 北京法律出版社, 2004.
- 范劍虹, 「論澳門國際投資爭端的處理」(<http://www.law863.com/show.aspx?cid=45082id=>

211027)

- 韓彩珍, 『外商投資政策與法律環境』, 中國輕工業出版社, 2000.
 李譯沛, 『特區經濟法教程』, 法律出版社, 1992.
 劉瑞復, 『中國經濟法律百科全書』, 中國政法大學出版社, 1993.
 邵津, 『國際法』, 北京大學出版社, 2000.
 沈木珠, 『國際貿易法研究』, 法律出版社, 2002.
 肖冰, 「論國際投資紛爭의 解決方式與法律適用問題」, 『國際貿易問題』, 1997, 第4期.
 徐崇利, 「國際投資法中的重大爭議問題與我國的對策」, 『中國社會科學』, 1994, 第1期.
 余勁松, 『國際投資法』, 北京法律出版社, 1994.
 趙相林, 曹俊, 『外商投資法律實務』, 中信出版社, 2003.
 周成新, 『國際投資爭議解決方法』, 中國政法大學出版社, 1989.
 朱奇武, 『中國涉外經濟法理論與實踐』, 중국법률출판사, 1993.

- Broches, "The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States", 136 Hague Recueil des Cours 331(1972).
 D.D.Caron, "The nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the evolving structure of international dispute resolution", 84 A.J.I.L. 151(1990).
 Ibrahim F. I. Shihata, "Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA", in A.A. Fatouros(ed.), Transnational Coporations: The International Legal Framework, London and New York, published for and on behalf of the UNCTAD Programme on Transnational Corporations, 1994.
 United Nations, Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes between States, New York: United Nations, 1992, §.

「섬외경제계약법」

「심천경제특구 섬외경제계약 규정」

<http://www.chinesetax.com.cn/Article/xfgdgfg/200508/260123.html>

[Abstract]

Study on Chinese Legal System for the Settlement of International Investment Disputes

Cui Hong-dong

Ph. D. Candidate, Dept. of Law, Cheju National Univ.

The settlements of investment disputes are always an important matter that is universally concerned about by foreign investors, home countries, host countries and international society and protected in law in international investment field. Because the settlement of international investment disputes falls on different countries' governments, enterprises, nationals and their economic benefits, and the world economic development is ill-balanced, especially the status of home country and host country is unequal, two parties still have intense contradictions and conflicts in the settlement of investment disputes. Their contradictions and conflicts mainly express in the settlements and application of law of international investment disputes.

The settlements of international investment disputes are specific means that settling international investment disputes ought to adopt, for example, negotiation, arbitration and suit and so on. The application of law of international investment disputes means the selection of the application of law during dealing with the international investment disputes. Because nature, contents and subjects' status of different disputes has different characters, all countries's existing foreign investment legislation and some related international treaties make the legal system according to concrete character of different disputes. Chinese foreign investment law also makes regulations in settlements of foreigner investment disputes, investment disputes among foreign investors and Chinese enterprises, companies or other economic organization.

Chinese international investment disputes mainly has disputes between domestic and foreign private investors , foreign private investors and host country, home country

and host country. Here I mainly focus on settlements of Chinese international investment disputes and research the Chinese means of settlements and the application of law about disputes between domestic and foreign private investors . foreign private investors and host country.

Key Words : International Investment Disputes, Chinese Foreign Investment Disputes, Foreign Economic Treaty Disputes, Application of Law for Settlement of Foreign Investment Disputes, Chinese Settlements of Foreign Investment Disputes.