

연구보고 95-9

중국법연구(Ⅳ)

# 中國의 涉外經濟紛爭解決 制度和 事例

1995. 12

研究者 : 文俊朝(首席研究員)

한국법제연구원



## 發 刊 辭

최근, 우리 나라 기업들의 중국투자의 사례와 금액은 가히 기하급수적으로 증가하고 있다고 해도 과언이 아니다. 그럼에도 불구하고 많은 우리 기업들이 중국의 관련 법규정과 해석에 대한 이해 부족, 중국측 당사자의 관행과 사고방식에 대한 오해 또는 관련 기관의 자의적인 권한행사 등 여러 가지 이유로 인해 경영상의 어려움을 겪고 있다.

중국으로서도, 이러한 점들이 외자유치에 대한 커다란 장애요인이 되고 있음을 충분히 인식하여 제도개선에 많은 노력을 경주하여 왔다. 그러나, 여전히 중국에 투자한 외국기업들이 직면하는 분쟁의 사례는 줄어들고 있지 않다. 그 원인은 중국에는 아직도 많은 부분에서 사회주의 법제와 제도 및 관행이 지배하고 있다는 사실에서 찾아야 할 것이다.

이러한 맥락에서 볼 때, 중국에서의 분쟁 발생은 당해 외국인투자기업으로서 그 존립과 경영활동에 치명적인 타격이 될 수 있다. 따라서, 중국의 분쟁해결제도와 그 실제에 대한 정확한 이해를 위한 지침을 제공할 필요가 있음은 두말할 여지가 없다고 할 것이다.

이 연구서는 이러한 점을 고려하여 우리 나라를 비롯한 외국의 투자자들이 중국에서 발생한 분쟁을 해결하는데 있어서 알아야 할 중국의 분쟁해결제도 및 사례를 검토·분석하고 있다. 이 연구서는 중국의 섭외경제계약 관련법의 주요 내용과 그에 대한 평가, 계약의 무효와 그 처리, 섭외분쟁의 준거법, 섭외불법행위의 준거법, 공공질서 유보조항, 중국에서의 섭외분쟁의 해결제도를 주된 내용으로 하고 있다.

아울러 보다 실증적인 고찰을 위하여, 중국의 분쟁해결제도에 대한 평면적인 소개에 그치지 않고, 관련 분쟁사례와 그 결과에 대하여 많은 지면을 할애하여 검토하여 평석하고 있다. 또한 가장 최근의 자료를 수집하여 반영함으로써 중국의 분쟁해결제도의 발전방향까지도 진단하고자 하였다.

이 연구서가 아무쪼록 중국에 투자하는 기업들에게 특히 중국의 분쟁해결제도와 그 실제에 대하여 훌륭한 지침이 될 수 있기를 기대한다. 마지막으로 이 연구서를 작성한 文俊朝 首席研究員의 노고를 치하하는 바이다.

1995.12.

韓國法制研究院  
院長 白南辰

# 目次

第1章 序論 .....	11
第1節 研究의 目的 .....	11
第2節 中國의 經濟契約關聯法 體系 .....	13
第2章 中國의 涉外經濟契約 關聯法 .....	19
第1節 中國 涉外經濟契約關聯法の 社會主義的 特性 .....	19
第2節 涉外經濟契約의 概念 .....	21
第3節 涉外經濟契約法の 主要 內容과 評價 .....	22
I. 主要 內容 .....	22
1. 總 則 .....	22
2. 契約의 形式 .....	23
3. 契約의 履行과 違反責任 .....	26
4. 不可抗力 .....	31
5. 紛爭의 解決 .....	36
II. 評 價 .....	36
1. 準據法 .....	36
2. 溯及效 .....	37
3. 使用言語 .....	39
4. 國家의 承認과 干涉 .....	39
第4節 技術關聯 涉外契約法 .....	44
I. 意 義 .....	44
II. 技術關聯 涉外契約法の 構造와 評價 .....	46
1. 法的 構造 .....	46
2. 技術契約의 保護 .....	47
III. 特許와 商標의 保護 .....	49
1. 특 허 .....	49
2. 상 표 .....	51

第5節 涉外經濟契約의 無效와 그 處理 .....	58
I. 不法的 契約의 意義 .....	58
1. 經濟契約法의 規定 .....	58
2. 涉外經濟契約法의 規定 .....	59
II. 契約無效의 事由 .....	60
1. 未資格者와의 契約 .....	60
2. 不法 條項을 포함하는 契約 .....	66
3. 詐欺 또는 強迫에 의한 계약 .....	68
III. 契約의 無效 防止와 無效인 契約의 處理 .....	69
1. 涉外經濟契約法의 關聯 規定 .....	69
2. 『無效인 經濟契約의 確認과 處理에 관한 暫定規定』의  관련 규정 .....	69
3. 『經濟契約의 鑑證에 관한 暫定規定』 .....	72
第3章 涉外經濟紛爭의 類型과 準據法 .....	77
第1節 涉外經濟契約에 대한 準據法 .....	77
I. 準據法의 選擇과 當事者自治 .....	77
II. 準據法 選擇의 範圍와 制限 .....	77
III. 準據法 非指定時의 最密關聯法의 適用 .....	80
1. 中國의 關聯法 規定 .....	80
2. 最高人民法院의 『涉外經濟契約法適用의 若干的 問題에 관한 解答』 .....	83
IV. 外國法의 調査와 證明 .....	85
V. 準據法 決定에 관한 福建省아파트分讓 事件判決 .....	86
1. 事實關係 .....	86
2. 福建省 中級人民法院 判決 .....	88
3. 判決에 대한 中國法曹界의 評價 .....	88
VI. 韓國企業들이 체결한 契約事例 .....	91
第2節 涉外不法行爲에 대한 準據法 .....	93
第3節 民事行爲能力에 대한 準據法 .....	95

I. 自然人的 民事行爲能力에 관한 法律適用原則 .....	95
II. 法人 .....	96
第4節 公共秩序條項 .....	98
I. 公共秩序의 意義와 範圍 .....	98
II. 外國法의 適用制限 .....	101
第4章 中國의 涉外紛爭解決制度 .....	105
第1節 涉外經濟紛爭解決에 관한 中國의 立場 .....	105
I. 對外開放政策推進以前 .....	105
II. 對外開放政策推進以後 .....	107
III. 韓國企業이 체결한 契約上의 紛爭解決條項 .....	109
第2節 中國內에서의 紛爭解決 .....	110
I. 友誼的 協商 .....	110
II. 調停 .....	111
1. 意義 .....	111
2. 調停制度의 類型 .....	112
3. 調停案의 執行問題 .....	118
III. 仲裁에 의한 紛爭의 解決 .....	120
1. 意義 .....	120
2. 涉外仲裁의 概念, 類型 및 基本原則 .....	122
3. 仲裁地로서의 中國의 指定 .....	126
4. 仲裁機構의 性格 .....	128
5. 仲裁合意의 形式과 仲裁對象紛爭 .....	131
6. 仲裁節次 .....	135
7. 海事仲裁 .....	144
8. 保全措置 .....	145
9. 中國의 涉外仲裁機構에 의한 仲裁判定에 대한 評釋 .....	149
IV. 人民法院의 裁判에 의한 紛爭의 解決 .....	168
1. 意義 .....	168

2. 涉外裁判管轄權 .....	169
3. 司法共助 .....	184
第3節 被申請人 住所地 또는 第3國	
仲裁에 의한 紛爭解決 .....	189
I. 仲裁地 .....	189
II. 節次規則 .....	192
第4節 韓中貿易協定과 韓中仲裁協定の 紛爭解決條項 .....	194
I. 韓中貿易協定 .....	194
II. 韓中仲裁協定 .....	196
第5章 中國에서의 仲裁判定과 法院判決의 執行 .....	199
第1節 中國에서의 仲裁判定의 承認·執行 .....	199
I. 中國仲裁判定의 承認·執行 .....	199
1. 意義 .....	199
2. 仲裁判定執行申請과 人民法院의 審査·決定 .....	200
3. 執行拒否後의 救濟措置 .....	202
II. 外國仲裁判定의 承認·執行 .....	203
III. 中國에서의 仲裁判定執行上의 問題點 .....	207
1. 意義 .....	207
2. 地方法院의 保護主義 .....	209
3. 仲裁機構의 無能力 .....	211
4. 法院의 人員·資金不足 .....	212
5. 執行申請期間의 短期 .....	212
6. 國營企業의 財産에 대한 強制執行 .....	213
第2節 中國에서의 外國法院判決의 承認·執行 .....	214
I. 關聯法 規定 .....	214
II. 外國判決의 承認·執行에 관한 中國法 規定 .....	215
III. 司法共助協定에 의한 外國法院判決의 執行 .....	217
IV. 承認要件에 관한 立法上 問題點 .....	220
第6章 結論 .....	225



# 第1章

## 序 論



## 第1章 序 論

### 第1節 研究의 目的

과거 동구사회주의국가들이 법이 경제사회생활의 질서확립과 유지를 위한 중요한 기능을 하는 것으로 인식하였던 것과는 달리 중국은 법이 사회발전에 대한 장애요소가 된다고 보아 법을 완전히 정치에 종속시킴으로써 독특한 법체계를 발전시켜 왔다. 1950년대 百家爭鳴時代의 법률가들은 법이 사회생활과 경제발전의 기초임을 강조하고 외국법의 유용한 부분의 수용을 주장하였으나 보수적 원로들은 법전화에 회의와 의구심을 가지고 있었기 때문에 민형사법과 소송법까지도 폐지되어 1970년대까지 혼인법 이외에는 私法의 法典化가 이루어지지 못하고 있었다. 이와 더불어 재산의 사회주의 소유제 및 철저한 계획경제체제를 채택·시행하여 국민경제를 중앙 집권적·조직적으로 관리하여 왔기 때문에, 자본주의국가에서와 같이 재산관계를 명확히 확정하여 생산과 유통의 주체인 기업의 활동을 규제·조정하는 민·상법은 존재할 여지가 없었다. 특히 1966년 이후의 문화대혁명시대에는 기존의 법령들은 사문화되고 사법기구는 사실상 붕괴되었었다.

그러나 중국은 1978년부터 경제개혁·개방정책을 시행하게 됨에 따라 입법이 활성화되어 1979년 중외합자경영기업법을 시발점으로 하여 1981년 경제계약법, 1985년 섭외경제계약법 등 경제법 분야를 중심으로 1982년 민사소송법, 1985년 민법통칙 등 어느 정도 기본적인 법령들이 정비되기에 이르렀다. 중국의 이러한 입법작업

## 第1章 序 論

은 외국과의 경제교류를 위해 필수적으로 요구되는 것이었으며, 최근의 급격한 교역량 증가는 이러한 노력의 결실이라고 할 수 있다. 반면에 중국의 섬외경제분쟁은 기하급수적으로 증가하고 그 형태도 대단히 다양해지고 있다.

중국에서는 공산혁명 이후 전통적인 유교사회로서의 관습과 마르크스·레닌주의적 법인식에 따라 소송에 의한 분쟁해결을 기피하고 당사자간의 우의적 협상을 제1차적 해결방법으로 채택하여 왔다. 그러나 경제개혁·개방정책의 추진과 더불어 많은 법령에 섬외사법적 규정을 두고 국내의 섬외중재기구를 정비하여 왔을 뿐만 아니라, 분쟁해결분야에서도 상당한 정도 당사자 자치를 인정하게 되었다. 즉, 중국은 중국기업과 외국인투자자간의 분쟁을 당사자들의 합의에 따라, 피고소재지중재 또는 제3국중재를 허용하고 있다. 뿐만 아니라 1991년에는 민사소송법을 개정하여 調停을 중재의 前段階로 강제하던 관행을 버리고 더욱 당사자의 자치를 확대하게 되었다. 이러한 분쟁의 발생은 중국의 섬외사법분야의 입법화의 역사가 대단히 짧고 법의 흠결이 많다는 사실에서 일부 그 원인을 찾을 수 있다. 중국의 각종 법령의 규정 중에는 용어상으로는 자본주의 체제와 동일하거나 유사하지만, 사회주의적 법리에 따라 해석되어야 하거나 사회주의국가 특유의 장애들이 기능하고 있는 부분들이 있다.

이러한 상황에서 많은 중국의 국영기업들과 거래하는 외국기업들은 중국의 섬외경제계약제도 및 분쟁해결제도에 대하여 지대한 관심을 갖고 있지만, 그 관련법과 운용을 체계적으로 분석을 하고 있는 연구서는 드물다. 이 연구서는 계약분쟁을 중심으로 중국의 섬외경제분쟁의 해결제도와 사례를 중국의 관련 입법과 관행을 조명함으로써 그 본질과 문제점을 지적하기 위한 목적으로 작성되었다.

## 第2節 中國의 經濟契約關聯法 體系

중국의 공산혁명초기의 계약 관련 법은 사회주의 공유제 경제체제하에서의 유통관계를 조정하기 위한 목적으로 제정되었으며 그후의 정치적 상황 변화에 따라 우여곡절을 겪으며 발전하여 왔다. 현재 중국에는 경제계약법, 기술계약법, 섭외경제계약법, 민법통칙, 기타 계약 관련 법규들이 산재하고 있다. 이러한 면에서 볼 때, 중국의 계약을 규율하는 법체계와 내용은 여러 단행법과 기타 관련 법령간의 상호 관계 및 체계에 대한 이해를 토대로 파악되어야 한다. 개혁·개방정책 이후 계약법의 발전을 보면 다음과 같다. 1976년 10월 “문화대혁명”시대가 막을 내리고, 1978년 12월 개최된 第11期 공산당 중앙위원회 제3차 전체회의(三中全會)에서는 “문화대혁명”의 오류를 인식하여, 사회주의 현대화정책을 수립하게 되었다. 이에 따라, 대외개방과 대내경제활성화정책이 실시되었으며, 자급자족의 자연경제주의를 포기하고, 사회주의 상품생산과 상품교환을 대대적으로 발전시키고, 계획경제체제를 근간으로 시장조절기능을 도입하게 되었다.

그와 동시에 국민경제에 대하여 조정을 실시하고 경제관리체제를 점진적으로 개혁하여 기업의 자주권을 확대하게 되었다. 이로서 중국의 계약법은 소생과 새로운 발전의 길을 걷게 되었으며,<sup>1)</sup> 계약의

1) 1978년 9월 李先念 부총리는 국무원의 정책회의상의 발언중 먼저 계약법의 제정문제를 제기하였다. 그는 “우리들은 앞으로 인민공사법, 공장법, 계약법, 종자법, 삼림법, 초원법, 환경보호법 등을 포함하는 각종 경제법을 점차 제정하고 정비할 것이다.”라고 말했다. 1978年 黨中央의 『工業發展加速化의 몇 가지 問題에 관한 決定(草案)』(關於加快工業發展若干問題的決定(草案))은 기업은 반드시 상품공급계약을 전면적으로 완성해야 하며, 계약이 일단 체결되면 반드시 엄격히 이행해야 한다고 강

## 第1章 序論

파기는 곧 사회주의 계획경제의 파괴로 여겨지게 되었다. 이러한 상황발전에 따라, 사회주의 상품생산 및 상품교환의 필요에 부응하기 위한 입법작업이 진행되었으며, 그 일환으로 많은 계약 관련 법들이 제정되었다. 이러한 개혁개방초기의 계약 관련 법중에 『공상·농상기업 경제계약의 기본조항에 관한 시행규정』(關於工商農商企業經濟合同基本條款的試行規定) 및 『공광상품계약시행조례(工鑛產品合同試行條例)』는 특히 중요한 의미를 갖는다. 전자는 공상·농상기업간의 생산과 판매관계 및 서로 다른 상업부서간의 상품교환 관계에 적용되고 후자는 공상·농상기업이외의 경제관계에 적용된다. 이들 법규는 사회주의 공유제경제조직간의 각종 중요한 계약의 형식을 규정하여, 기본적 경제관계를 조정하고, 중국 계약입법의 근대화과 완성을 향한 중요한 계기를 마련하였으며 그후 제정된 계약관련법에 입법소재와 경험을 제공하였다는 점에서 높이 평가되고 있다.

즉, 이를 토대로 중국은 1981년 12월 13일 경제계약법, 1985년 3월 섭외경제계약법, 1986년 4월 민법통칙을 각각 제정하였다. 또한, 1987년 6월 23일 기술계약관계를 규율하기 위하여 기술계약법, 1989년 3월 15일 기술계약법실시조례를 공포하였으며, 1993년 9월 2일에는 경제계약법을 개정하였다. 이와 같이 중국의 계약법제는 상당한 수준까지 정비되었으며 그 보완작업도 계속될 것이다. 한편, 1979년 이전까지 외국기업과의 거래에서 계약체결은 대외무역부 관할하의 8개의 대외무역공사가 담당하는 것이 일반적이었다. 이 무렵까지 중국은 대외무역에 적용되는 계약법규를 제정하지 않았기 때문에 외국기업들은 계약에 의해 자신의 법적 권리를 보장받고자 하였으며, 중국측은 통상적으로 자신들이 작성한 표준계약서를 사용하고자 하였다.<sup>2)</sup>

조하였다. 王家福 外, 合同法 (北京:社會科學出版社, 1986), p.149.

그러나, 1979년 대외경제합작부의 대외무역독점제도가 폐지되었으며, 이에 따라 다른 부서에서도 대외무역공사를 설립하였고 국영기업들도 외국기업과 직접 계약을 체결할 수 있게 되었다. 이러한 상황변화와 더불어 표준계약서가 아닌 계약서도 사용되기 시작하였으며, 대외경제교역의 확대에 따른 소위 복합계약(complex contract)의 체결도 증가하였다.

그러나 중국에는 대외무역계약을 일관성 있게 규율할 수 있는 법규가 없었기 때문에 여러 가지 문제들이 발생하게 되었고, 이로 인한 외국당사자들의 교역비용(transaction costs)의 증가는 중국과의 경제교역의 의욕을 위축시키게 되었다. 이러한 현상은 특히 투자분야에서 심각하게 발생하였으며, 중국과 외국 당사자들과의 계약관계를 통일적인 법규에 의해 규율함으로써 안정성을 보장할 필요가 절실하였다. 이러한 상황에서 1985년 3월 21일 제6기 전국인민대표대회 상무위원회 제10차 회의에서 중화인민공화국 섭외경제계약법이 의결되어 동년 7월 1일부터 시행되고 있다.

섭외경제계약법은 총칙, 계약체결, 계약의 이행 및 계약위반에 대한 책임, 계약의 양도, 계약의 변경·해제·종료, 분쟁해결 및 부칙 등 7장 43조로 구성되어 있다. 소위 전국성 법률인 섭외경제계약법이 제정되기 전에 이미 1984년 1월 11일 광둥성 제6차 인민대표대회 상무위원회는 지방성 법규인 심천 경제특구섭외경제합동규정을 의결하고 2월 7일 광둥성 인민정부가 이를 공포하였다. 또한 동년 10월 15일에는 대련경제기술개발구에서 시행되는 이와 유사한 섭외경제계약규정도 공포되었다. 이들 지방성 법규는 그 지역에서는 섭외경제계약법에 우선하여 적용되고 있다.<sup>3)</sup>

2) J. P. Stevens, "The New Foreign Contracts Law", Law and Policy in International Business, Vol.18(1986), p.459.

3) 鄭衍杓, 中外投資法比較, (上海: 同濟大學出版社, 1993), p.14.

## 第1章 序論

한편, 중국의 계획경제시기에 제정된 법률은 경제개혁·개방 정책에 따른 시장경제체제의 확립·개선과는 필연적으로 모순이 발생하게 되었다. 상기 3부 계약법도 예외는 아니며, 현재 계약제도의 개선과 3부 계약법간의 관계 조화가 입법상의 중요한 과제가 되고 있다. 중국 학계에서는 이와 관련하여 다음 두 가지 견해가 있다. 즉, 첫째, 민법통칙을 기초로 모든 계약관계에 적용할 수 있는 통일 계약법전을 제정하여야 한다는 견해, 둘째, 3부 계약법에서 현실적인 경제활동에 부합되지 아니하는 조항을 개정함으로써 3부 계약법간의 조화와 3부 계약법과 기타 법률간의 균형을 유지하고 그 다음 시장경제의 개선이 이루어진 상황에서 통일계약법전의 제정을 제정하여야 한다는 견해이다.

중국의 현재의 상황으로는 통일계약법전의 제정을 기대하기 어렵다는 점때문에 후자의 견해가 비교적 우세한 것으로 보인다. 이러한 입장을 취하고 있는 吳宏偉 教授는 중국의 경제영역에서 새로이 출현하는 경제관계, 예컨대 先物契約(期貨合同), 운자리스계약, 공동경영계약 등 새로운 계약을 모두 계약관련법의 규율범위에 포함시켜야 하며 계약의 체결절차, 양도, 변경 또는 해제 요건, 무효확인 등의 사항은 계약관련법간의 조화를 위해 개선·통일이 필요하며 국가계획과 원칙의 극단적인 강조 및 계약에 대한 지나친 간섭 등 시장경제의 요구에 부합하지 않는 내용은 삭제되어야 할 것임을 지적하고 있다.<sup>4)</sup> 더 나아가 국가의 계약관계에 대한 거시적 조절의 구체적인 방법과 수준을 확정함으로써 중국의 시장경제체제의 요구에 부합하도록 계약법체계가 개선되어야 할 필요가 있다.

---

4) *Ibid.*, p.11.



## 第2章

# 中國의 涉外經濟契約 關聯法



## 第2章 中國의 涉外經濟契約 關聯法

### 第1節 中國 涉外經濟契約關聯法の 社會主義的 特性

계약은 당사자간의 합의에 의하여 성립되고 일정한 법률효과가 발생한다는 것은 중국에서도 예외는 아니다.<sup>5)</sup> 그러나, 시장경제활동을 토양으로 발전한 자본주의국가의 계약법과는 달리 사회주의국가의 계약법은 기본적인 생산수단의 국가소유와 국가에 의한 분배제도를 토대로 한 중앙경제계획체제하에서 발전하여 왔기 때문에 그 특성을 달리한다.<sup>6)</sup> 한편, 1982년 헌법은 중국의 네 번째 헌법으로서, 소위 '현대화추진형 헌법'이며, 사회주의체제를 유지하되(제5조), 공산당으로 하여금 국가의 헌법과 법률이 허용하는 범위 내에서 활동하도록 함으로써, 법의 중요성을 더욱 강조하고 있다.

동 헌법은 사회주의체제를 견지하되 국영경제는 全民所有制를 중심으로 하며(제7조), 외국인의 중국투자를 허용함을 규정하였다(제18조). 1988년에는 헌법의 개정을 통해 「사영경제의 사회주의공유제경제에 대한 보충성 인정 및 국가에 의한 사영경제의 합법적 권

5) 민법통칙 제95조, 경제계약법제2조, 섭외경제계약법 제2조.

6) 계약은 상품경제의 교환관계의 산물이지만 사회주의사회에서의 계약의 성질 및 작용은 근본적으로 다르다. 중국의 국내경제계약은 국민경제계획의 실천을 보증하고 기업의 경제적 효율성을 보장하되, 국가를 보호하고 집체와 개인의 합법적인 이익을 보호하여 사회주의경제법제를 유지하는 작용을 한다. 이 점은 섭외경제계약법에서도 또한 같다. 廖延豹, “利用外資合同的主體, 名稱及其主要內容,” 政治與法律 第5輯(1983), p.97.

리·이익의 보호와 지도·감독·관리」(제11조), 그리고 「임대에 의한 토지의 양도허용 및 토지사용권의 법률 규정에 의거한 양도가능성」(제10조)을 규정하였다. 또한 1993년의 헌법개정은 「중국에서 개혁·개방과 사회주의 현대화건설이 부단히 이루어지고 있는 과정에서, 경제·사회적으로 커다란 변화가 발생하였으나, 이것들이 헌법에 반영되지 않았고 기존의 규정이 중국의 실제적 상황에 부합되지 아니한다」는 상황 인식하여 이루어진 것으로 중국식 사회주의의 실현방향을 더욱 구체화하고 있다. 여기에서는 국유기업의 자주적 경영권(제16조) 및 집체기업의 독립적 경제활동에 관한 자주권(제17조)을 보장하고 있다.

이러한 규정의 변화는 중국의 경제관련법의 발전방향을 시사하는 것으로 대단히 중요한 의미를 갖는다. 그러나, 중국이 여전히 사회주의체제를 고수하고 있듯이 그 계약법 역시 사회주의적 성격이 대단히 강하게 남아 있다. 예컨대, 자본주의국가에서 계약위반에 대한 구제가 주로 금전적 배상인데 비해 사회주의국가에서는 형벌적 배상의 성격을 지닌다. 중요한 국가경제의 운용이 중앙계획에 의거하는 사회주의국가의 계약은 국가계획의 시행이라는 사회적 목적을 가지므로 계약불이행의 효과는 특정이행(specific performance)<sup>7)</sup> 및 형벌(penalty) 또는 몰수(forfeit)이다.<sup>8)</sup> 사회주의국가의 계약법은 여러 면에서 규제적(regulatory)이고 강제적(mandatory)인

7) 이러한 특정이행과 이행보장에 대하여는 D. C. Buxbaum, "Contract Law in China : the Dynamics of Statutory Development and Practice," (ed.) W.P. Streng, & A. D. Wilcox, *Doing Business in China*, (New York: Matthew Bender, 1990), pp.2~22. 참조.

8) 경제활동의 주된 주체는 사회화조직이며 국가계획은 계약의 자유는 제한하게 되지만 적법하게 성립된 계약의 이행을 보장하는 양면성을 지니고 있다. E. Allan Farnsworth and Viktor P. Mogolin, *Contract Law in the USSR and the United State*, (Washington D.C. : International Law Institute, 1987). p.148.

규정을 두고 있다.<sup>9)</sup>

## 第2節 涉外經濟契約의 概念

중국에서 현재 사용되고 있는 섭외경제계약의 개념은 주로 계약 주체를 중심요소로 하면서도 ①“중국의 公司, 기업 또는 기타의 경제조직과 외국의 公司, 기업, 기타 경제조직 또는 개인이 국가경제 협력을 발전시키고 상품경제와 기술교류를 진행시키기 위하여 법에 따라 체결하는 쌍방의 민사상의 권리의무관계를 확정하는 합의”,<sup>10)</sup> ②“각종 섭외적 계약관계중에서 중국의 경제조직 또는 기업과 외국의 기업, 경제조직 또는 개인이 체결하는 것으로서 당해 조직 또는 기업의 경제업무관계를 내용으로 하는 계약”,<sup>11)</sup> ③“중국의 기업 또는 기타 경제조직과 외국의 기업 및 기타 경제조직 또는 개인간에 일정한 경제목적을 실현하기 위하여 상호간의 권리의무관계를 명확히 하는 합의”,<sup>12)</sup> 등에서 볼 수 있듯이 학자들마다 약간씩 표현의 차이가 있다.

이러한 정의들은 모두 섭외경제계약법상의 규정을 염두에 둔 것으로 보인다. 섭외경제계약법 제2조는 “중국의 기업 또는 기타 경제조직과 외국의 기업 기타 경제조직 또는 개인이 체결하는 경제계약”으로 규정하고 있기 때문이다. 그러나 실무상으로는 섭외경제계

9) 예컨대, 舊 소련의 RSFSR(the Civil Code of the Russian Soviet Federated Socialist Republic) 제49조는 국가 또는 사회의 이익에 반하는 목적으로 체결된 거래는 무효라고 규정하고 있다. 만약 그러한 거래가 양당사자에 의하여 이행된 경우에는 당해 계약의 목적물은 국가에 의하여 몰수된다.

10) 邱在珏·張勁草, 對外經濟法律問答(北京: 知識出版社, 1986), p.5.

11) 王家福 外, supra note 1, p.444.

12) 徐孟洲, 吳宏偉, 中華人民共和國經濟法原理, (北京: 國際文化出版公司, 1988), p.239.

## 第2章 中國의 涉外經濟契約 關聯法

약법의 범위가 다소 달라지고 있음에 주의할 필요가 있다. 첫째, 중국 내에 소재하는 중외합자경영기업, 중외합작경영기업, 외자기업, 중국기업간에 체결된 계약도 국내계약으로 간주된다. 이 들간의 계약은 중국 국내기업간의 계약으로서涉外경제계약이 아니다. 이것은 중국 민법통칙 제41조에 규정되어 있듯이 중국 내에 등록된 외국인투자기업은 내국법인으로 보기 때문이다. 둘째, 심천경제특구의 경우에는 특구내에서 등록·영업하는 외자기업, 중외합자경영기업, 중외합작경영기업(이상 특구내 기업)상호간, 특구내 기업과 외국의 기업 기타 경제조직, 또는 외국의 개인간, 특구내기업과 특구에 설치된 중국의 기업 기타 경제조직간에 체결된 특구내에서 이행되는 경제계약도 심천경제특구涉外경제계약규정이 적용되며(심천경제특구涉外경제계약규정 제2조) 따라서 이러한 경제계약도 일종의涉外경제계약이라고 보아야 한다.

## 第3節 涉外經濟契約法の 주요 內容과 評價

### I. 主要 內容

#### 1. 總 則

涉外경제계약법은 중국의 기업 또는 기타 경제조직과 외국기업 또는 외국인간의 계약에 적용된다.涉外경제계약법이 명시적으로 그 적용을 배제한 유일한 계약은 국제운송과 관련된 계약이다. 일정한 일반원칙이 이 법에 따라 체결된 계약을 지배하는 바, “평등

과 호혜”의 원칙 및 “협의를 통한 합의에의 도달” 등이 그것이다. 뿐만 아니라 중국의 법령을 준수하여야 하고 중국의 사회공공이익을 해쳐서는 안된다고 규정하고 있다. 동 법은 분쟁의 해결에 어느 국가의 법이 적용될 것인가라는 미묘한 문제를 규정하고 있기도 하다. 계약당사자들은 자신이 선택한 국가의 법에 따라 분쟁을 해결할 수 있다. 그러나 중국의 영역 내에서 운영되는 합자경영, 합작경영, 자연자원합작탐사·개발계약은 중국법이 적용된다.

준거법이 명시되지 아니한 경우에는 당해 계약과 “最密”의 국가의 법을 준거법으로 한다. 이 원칙은 전통적인 국제관례에도 부합되는 것이다. 끝으로 섭외경제계약법은 국제조약이 중국법에 우선함을 천명하고 있는 바, 중국의 법령이 중국이 체결·가입한 국제조약과 상충되는 경우, 당해 국제조약이 적용된다는 규정을 두고 있다. 그러나 중국이 조약의 일정한 조항에 대해 유보를 한 때에는 당해 조항은 이 원칙으로부터 배제된다.

## 2. 契約의 形式

섭외경제계약법 제2장은 계약의 양식을 다루고 있다.

섭외경제계약법 제7조는 “당사자가 계약의 조항에 대하여 서면형식으로 합의에 도달하고 서명하면 계약이 성립된다.”라고 규정하고 있다. 이것은 일응은 섭외경제계약의 성립을 위하여는 서면형식에 의하고 서명이 있어야 함을 요구하는 것으로 이해될 것이다. 그러나, 섭외경제계약이 반드시 서면형식으로 체결하여야 하는 것은 아니며 기타의 형식도 허용되고 있다. 중국의 어느 학자는 “섭외경제계약법의 규정 중에는 ‘서면형식’ 네글자 앞에 단지 ‘으로써’의 의미를 나타내는 ‘以’ 한자만 있을 뿐, ‘반드시’의 의미를 갖는 ‘必須’라는 용어를 사용하고 있지 않다. 따라서 섭외경제계약의 형식

## 第2章 中國의 涉外經濟契約 關聯法

에 있어서 서면계약외에 기타의 형식도 여전히 허용된다.”라고 지적하고 있다.<sup>13)</sup>

한편, 당사자들은 우편, 전보 또는 텔레스의 방식에 의하여 합의에 도달할 수도 있다. 이 경우 그 합의의 목적은 계약과 동일하다. 즉 그것은 민사상의 권리의무관계를 설정·변경·종료시키고자 하는 의사표시가 일치하는 법률행위이며 이러한 종류의 합의는 법률상·실질상의 계약이다. 그러나 이러한 합의는 정식 계약과는 약간의 차이가 있다. 예컨대, 조항이 그와 같이 구체적이고 상세하지 아니할 수 있으며 자연적으로 “書名” 또는 “捺印”이 있을 수가 없다. 따라서 이러한 종류의 합의는 비록 정식계약과 동일한 법적 효력을 가지고 있다 할지라도 쌍방 당사자는 그후 확인서를 요청하는 경우가 많다.<sup>14)</sup>

이러한 중국측의 실무관행을 감안하여涉外경제계약법 제7조는 일방당사자가 확인서의 서명을 요구한 때에는 쌍방이 확인서에 서명한 때에 계약이 성립하는 것으로 보고 있다. 그 밖에도 계약의 체결에 있어서 녹음을 사용하는 경우가 비교적 많으며, 이러한 방식의 계약도 중국과의 교역에서 유효하다.<sup>15)</sup> 또한 중국의 계약실무관행을 보면, 예컨대 합자경영기업설립계약을 체결한 후에 기술이전협약, 기술서비스협약, 기계설비구매협약 또는 제품판매협약을 체결하는 경우가 있다. 이에 대하여涉外경제계약법 제8조는 “계약에 명시한 부속문건은 계약의 구성부분이 된다.”라고 규정하여 그 법적 성격을 명시하고 있다.

涉外경제계약법 제12조 다음과 같은 사항을 당해 계약에 포함시키도록 요구하고 있다. ①계약당사자의 명칭 또는 성명, 국적, 주영

13) 顏次青, 企業經濟合同與合同格式, (北京:中國經濟出版社, 1988), p.196.

14) *Ibid.*, p.197.

15) *Ibid.*



업소 또는 주소, ②계약체결일자와 장소, ③계약의 유형, 계약의 목적과 범위, ④계약목적의 기술조건, 품질, 표준, 규격 및 수량, ⑤계약이행의 기간, 장소 및 방식, ⑥가격조건, 지불금액, 지불방식 및 각종 부대비용, ⑦계약양도의 가부 또는 계약양도조건, ⑧계약위반에 따른 배상 및 기타 책임, ⑨계약분쟁발생시의 해결방법, ⑩계약에 사용하는 문자와 그 효력이다.

그런데 상술한 10개의 기본사항을 결여한 계약도 체결될 가능성이 있다. 구두, 전보, 텔렉스 또는 녹음 등의 방식으로 계약을 체결하는 경우, 기본사항을 결여할 소지가 없지 않기 때문이다.

섭외경제계약에는 상기의 기본조항외에도 몇 가지 필요한 규정을 추가할 수 있다. 첫째, 위험부담의 한계와 보험범위에 관한 규정을 들 수 있다. 즉 계약에 필요하다고 판단되는 경우 당사자들의 이행 대상에 대한 위험범위를 정하고 대상에 대한 보험범위를 정할 수 있다. 보증조항은 당사자들간에 합의할 수 있으며, 이 경우 이러한 조항에서 규정한 보증인의 책임을 명시하여야 한다(제13조). 또한 장기계약과 관련하여서는 당사자들이 계약의 유효기간에 대하여 합의하여야 하며, 계약기간의 연장 또는 만기전 종료에 관한 조건에 대하여도 합의할 수 있다(제14조). 또한 당사자들은 계약중에 담보에 관하여 약정할 수 있으며 담보설정자는 약정된 범위내에서 책임을 진다(제15조). 이것은 섭외경제계약의 당사자들은 서로 다른 법역의 법률관할을 받기 때문에 만약 계약의 담보가 없는 경우 일단 계약위반사건이 발생하면 그 책임을 추궁하기 어려우므로<sup>16)</sup> 계약 쌍방은 모두 담보를 제공하여 계약의 정상적 이행을 보장하기 위한 것이다.

16) *Ibid.*, p.195.; 丘在珏·張勁草, *supra* note 10, p.19.

### 3. 契約의 履行과 違反責任

#### 가. 의 의

중국은 섭외경제관계에 있어서 “계약은 엄격하게 준수하여 신용을 지켜야 한다.”는 원칙을 강조하고 있다. 섭외경제계약법 제3장은 계약의 이행 및 계약위반에 대한 책임에 관하여 비교적 상세하게 규정하고 있다. 계약의 이행은 완전이행과 실제이행을 의미하는 것이며, 前者는 계약 당사자가 반드시 계약에 규정된 모든 조항에 따라 그가 부담한 의무를 완전히 이행하여야 함을 의미하고 후자는 계약 당사자가 계약에 약정한 목적에 따라 부담한 의무를 이행하여야 하며 기타 목적물(예컨대, 금전)로 대체할 수 없음을 의미한다. 17) 이러한 원칙은 섭외경제계약법의 전체적 구조와 관련하여 보다 구체적으로 이해되어야 할 것이다.

섭외경제계약법은 계약이행에 대하여 “법에 의하여 성립된 계약은 법적 구속력을 갖는다. 당사자는 계약에서 약정한 의무를 이행하여야 하며 어느 일방이 임의로 계약을 변경하거나 해제할 수 없다.”라고 규정하고 있다. 이 규정은 자본주의국가의 법과 일치하는 것처럼 보지만 그 의미는 대단히 다르다. 그것을 예컨대, 영미법에서 완전이행(full performance)은 강행적인 것이 아니며 당사자들은 의무이행 대신에 손해배상을 선택할 수 있는 반면에, 중국과 같은 사회주의법제도하에서는 실제이행(actual performance)이 요청되어 그것은 손해배상에 우선한다. 이 경우의 완전이행은 앞서 지적인 완전이행과 실제이행을 포함하는 개념으로 사용되고 있다. 18)

17) 徐孟洲·吳宏偉, *supra* note 12, p.242.

1977년 이전의 중국법은 계약관계에 있어서 완전이행을 규범으로 강조하여 왔다. 다시 말해서 금전이나 손해배상과 같은 대용물(ersatz)로 대체될 수 없는 특정이행(specific performance)을 중시하였다.<sup>19)</sup> 그러나涉外경제계약법은 이러한 초기의 실무와는 대조적으로 계약위반에 대한 구제수단으로서 특정이행을 규정하고 있지 않다. 오히려 제18조 내지 제22조에서 손해배상에 대하여 언급하고 있다. 따라서,涉外경제계약법이 완전이행을 원칙으로 하는 점에서 그 의미는 자본주의국가의 법률과 다르다 할지라도 계약위반에 대한 구제수단으로 강제이행을 요구하지 아니하고 손해배상을 인정하고 있는 점에서涉外경제계약의 이행 및 위반에 관하여 중국법은 서방의 Common law와 국제관례를 따르고 있다고 보는 것이 타당할 것이다.<sup>20)</sup>

涉外경제계약법이 구체적으로 명시하고 있는 계약위반사항은 다음과 같은 세 가지 경우이다. 첫째, 계약성립후 일방 당사자가 임의로 계약을 변경하거나 해제하는 경우, 둘째, 일방 당사자가 계약을 불이행하거나 계약의무의 이행이 계약조건에 부합되지 아니하는, 다시 말해서 부적당한 이행을 하는 경우, 셋째, 계약을 이행할 수 없다는 확실한 증거가 없음에도 불구하고 일방 당사자가 이행을 중지한 경우 등이다.<sup>21)</sup> 이와 같은 계약위반을 한 당사자는 그에 대한 책임을 부담하여야 한다.

계약위반의 경우, 위반하지 아니한 당사자는 배상의 형식으로 또는 기타의 구제조치로 그 시정을 구하는 권리를 가진다. 위반당사

18) Zhang Yuqing & J. S. McLean, "China's Foreign Economic Contract Law: Its Significance and Analysis, Northwestern Journal of International and Business," Vol.8(1987), p.136.

19) *Ibid.*, pp.138~139.

20) *Ibid.*

21) 顏次青, *supra* note 13, p.198.

## 第2章 中國의 涉外經濟契約 關聯法

자가 지불하는 배상은 타방이 입은 손해에 상당한 것이어야 하되, 계약체결시에 예상할 수 있었던 손해의 범위를 넘을 수 없다. 섭외 경제계약법법에 따르면 정액위약금에 관한 조항을 둘 수 있다(제20조). 즉 당사자들이 계약위반시에 지불할 손해배상액에 대하여 합의할 수 있다. 다만, 계약위반으로 발생한 손해에 비하여 합의된 금액이 지나치게 많거나 적으면 당사자 일방은 금액을 조정하기 위하여 중재기구 또는 법원에 호소할 수 있다. 동 법은 손해의 확대 방지를 요구하고 있다(제22조).

즉 당사자 일방은 타방의 계약위반으로 인하여 손해를 입은 경우, 지체없이 손해의 확대를 방지하는 조치를 취하여야 하며 그러한 조치를 취하지 아니하여 손해가 확대된 경우에는 그와 같이 확대된 손해에 대하여는 배상청구권을 갖지 못한다. 동법은 지불의 지연에 대한 이자에 관한 규정도 두고 있다. 즉, 당사자 일방이 계약에서 정한 지불금액 또는 계약과 관련한 기타 지불금액을 기한 내에 지급하지 않을 경우, 타방은 지불지연에 대한 이자를 받을 권리를 갖는다.

### 나. 이행의 중지

제3장은 계약의 이행과 위반책임을 다루고 있다. 법률에 따라 성립된 계약은 법적으로 구속력이 있으며 당사자 일방은 계약을 일방적으로 연장하거나 해제할 수 없다. 일방 당사자는 타방이 계약을 이행하지 아니하였다는 구체적인 증거를 가진 경우, 계약의 이행을 일시적으로 정지시킬 수 있다. 다만, 타방에 그러한 행동을 지체없이 통지하여야 한다. 일방 당사자가 구체적인 증거없이 계약의 이행을 중지한 때에는 계약상의 의무위반에 대한 책임을 진다. 즉, 일방 당사자가 명백히 계약을 이행할 수 없는 사태의 발생에

대비하여 섭외경제계약법은 이행 중지에 대하여 규정하고 있는 것이다. 즉 일방 당사자는 상대방이 계약을 이행할 수 없는 구체적인 증거가 있는 경우, 계약의 이행을 중지할 수 있다. 다만, 상대방에게 지체없이 통지하여야 한다. 상대방이 계약의 이행을 충분히 보증할 때에는 계약을 이행하여야 한다. 일방은 타방이 계약을 이행할 수 없다는 구체적인 증거가 없음에도 불구하고 계약의 이행을 중지한 때에는 계약위반의 책임을 져야 한다.<sup>22)</sup> 이 규정은 일방 당사자가 계약을 이행할 수 없는 확실한 증거가 있는 때에 더 큰 손해의 발생을 방지하기 위하여 타방에게 계약의 이행을 중지할 수 있는 권리를 부여하는데 그 목적이 있다.<sup>23)</sup> 또한 이러한 규정은 국제관례에 따른 것이며,<sup>24)</sup> 미국의 보통법과 통일상법전(United States common law and the Uniform Commercial Code)과도 일치한다.<sup>25)</sup>

그러나 여기에서 명백히 하여야 할 두 가지 문제가 있다. 첫째, 일방 당사자는 타방이 계약을 이행할 수 없는 확실한 증거(conclusive evidence)가 있는지의 여부는 구체적 상황에 비추어 법원 또는 중재기구가 결정하여야 한다. 만약 일방 당사자의 국가에서 전쟁이 발생하거나 봉쇄가 행하여져 물품을 인도할 방법이 없거나 일방 당사자가 자신의 채무상환능력을 상실한 경우에는 그 당사자가 계약을 이행할 수 없는 확실한 증거가 될 수 있을 것이다. 둘째, 당사자 일방이 계약이행에 대한 충분한 보증(full

22) 섭외경제계약법 제17조.

23) Feng Datong, "The Main Contents and Basic Principles of the Foreign Economic Contract Law," in *Legal Aspects of Foreign Investment in the People's Republic of China*, (ed.), by William Tai, (Hong Kong:China Trade Translation Company Limited, 1988), p. 83.

24) 徐孟洲·吳宏偉, supra note 12, p.242.

25) Zhang Yuqing & J. S. McLean, supra note 18, p.13.

guarantee)을 제공한 경우 타방은 계약을 이행하여야 한다. 충분한 보증이 어떠한 것인지도 구체적 상황에 비추어 결정되어야 한다. 통상적으로 은행이 제공하는 이행보증(performance bond)이 준비된 경우에는 충분한 보증이 있는 것으로 볼 수 있을 것이다. 때로는 저당권(mortgage) 및/ 또는 질권(pledge)과 같은 담보이익이 계약이행에 대한 보증으로서 관련 당사자의 재산에 설정될 수 있을 것이다.<sup>26)</sup>

#### 다. 동시위반

중국의 섭외경제계약의 이행에 있어서 특별히 유의할 것은 섭외경제계약법이 동시위반에 관하여 규정하고 있다는 점이다. 섭외경제계약법 제21조에 의하면 쌍방 당사자 모두가 계약을 위반한 경우에는 각자 그에 상응하는 책임을 져야한다. 이러한 조항은 서방의 당사자들에게는 익숙하지 아니한 것으로 지적되고 있으며 특히 미국의 계약법에는 이에 해당하는 내용이 없으며, 오히려 이행명령(order of performance)은 동시위반의 가능성을 배제하고 있다.<sup>27)</sup> 그러나 중국에서의 동시위반개념은 분쟁해결에 대한 중국인의 관점과도 일치한다. 중국인들은 각 당사자의 입장에서 분쟁을 보기 때문이다. 섭외경제계약법이 인정하고 있는 동시위반의 개념은 책임을 부분적으로 면제시켜주는 법적 근거가 된다. 따라서 중국기업과의 교역에서 분쟁이 발생한 경우 외국의 소송당사자와 그 변호인들은 중국의 법정에서 이러한 개념을 주장할 수 있도록 면밀한 준비를 하여야 한다.<sup>28)</sup>

26) Feng Datong, *supra* note 23, pp.83~84.

27) Zhang Yuqing & J. S. McLean, *supra* note 18, p.137.

28) *Ibid.*

#### 4. 不可抗力

섭외경제계약에 있어서 불가항력에 관한 문제는 대단히 중요하며 일반적으로 국제계약중에는 모두 불가항력조항을 별도로 규정하고 있다.<sup>29)</sup> 실제로 중국의 대외무역공사의 표준계약은 모두 불가항력 사유로 인한 의무불이행에 대하여 책임을 부담하지 아니한다는 조항을 두고 있다. 섭외경제계약법도 불가항력에 관하여 두개의 조항을 두어 비교적 상세하게 규정하고 있다(제24조, 제25조). 동 법에 의하면 당사자가 불가항력 사건으로 인하여 계약의 전부 또는 일부의 의무를 이행하지 못한 경우 그 전부 또는 일부의 책임을 면제하며, 당사자 일방이 불가항력으로 인하여 계약에 약정된 이행기간을 지킬 수 없는 경우, 사건에 영향이 지속되는 동안 이행지연의 책임이 면제된다(제24조). 이러한 내용은 국제관례와 서방의 common law와도 일치한다.<sup>30)</sup>

종래 중국의 불가항력에 대한 견해는 상당히 엄격하였다. 과거 중국의 실무는 예견할 수 없는 자연적 재해의 몇 가지 형태로 해석하였다. 실제로 대부분의 표준계약의 불가항력조항은 불가항력의 정의에 대하여 규정을 두고 있지 아니하며,<sup>31)</sup> 규정이 있는 경우에도 서로 일치하지 아니하며,<sup>32)</sup> 정의조항을 포함하고 있는 계약은

29) 王家福 外, supra note 1, p.450.

30) Zhang Yuqing & J. S. McLean, supra note 18, p.137.

31) S. J. Mitchell and D. D. Stein, "United States - China Commercial Contracts," the International Lawyer, Vo.20(1986), p.909.

32) A. A. Smith, "Standard Form Contracts in the International Commercial Transactions of the People's Republic of China," the International and Comparative Law Quarterly, Vol.21(1972), p.145.

불가항력사유를 전쟁, 화재, 홍수 및 지진에 국한하고 있는 경우가 대부분이다. 다만, 약간의 계약들은 불가항력 事件에 대하여 「당사자가 합리적으로 통제할 수 없는 기타 사유」 또는 「당사자에 의하여 불가항력사유로 승인될 수 있는 기타 사유」 등의 표현을 하고 있다.<sup>33)</sup>

그러나, 국제무역의 확대와 더불어 중국도 불가항력 사유에 관한 견해가 관대해지게 되었다.<sup>34)</sup> 섭외경제계약법에 따르면 불가항력 사건이라 함은 당사자가 계약체결시 예견할 수 없고 그 발생 및 결과를 회피하거나 극복할 수 없는 사건을 말한다라고 규정하여 종래의 엄격한 입장에서 벗어나 관대한 태도를 취하고 있다. 그러나 그 구체적인 범위가 문제가 될 것이다. 섭외경제계약법에 의하면 불가항력사건의 범위는 계약에 약정할 수 있는 것으로 되어 있다(제24조). 이와 관련하여 중국의 顏次靑은 “각국의 법률은 불가항력에 대하여 동일한 해석을 하고 있는 것은 아니고 불가항력 사건의 구체적인 내용에 대한 규정은 통상적으로 차이가 있다. 그러므로 불가항력 사건의 범위에 대하여 계약 중에 약정할 수 있게 함으로써 이러한 사건이 발생하였을 때 하나의 구체적이고 명확한 범위를 가지게 되고 법에 따라 처리할 수 있으며, 일단 분쟁이 발생한 경우에도 근거로 삼을 수 있게 된다.”라고 주장하고 있다.<sup>35)</sup>

이에 따르면 불가항력의 범위가 다소 넓어질 수 있을 것이다. 문제는 실무상 어느 정도까지 불가항력사유를 인정할 수 있을 것인가인데 이와 관련하여 특히 문제가 되는 것으로 다음과 같은 몇 가지가 있다. 첫째, 노사분규 또는 파업이 불가항력 사유에 해당되는지에 관한 문제이다. 중국의 표준계약의 불가항력 조항에는 이에

33) S. J. Mitchell and D. D. Stein, *supra* note 31, pp.909~910.

34) Zhang Yuqing & J. S. McLean, *supra* note 18, p.138.

35) 顏次靑, *supra* note 13, p.200.



관한 언급이 없다. 계약 중에 불가항력의 정의조항이 없다면 계약의 준거법에 의하여 노사분규가 불가항력 사유에 해당되는지의 여부가 결정될 것이다. 만약, 계약에 불가항력 사유를 화재, 홍수 및 지진 등 특별한 자연재해나 재난사건에만 한정시킨다면 노사분규와 파업은 불가항력 사유에 해당되지 아니한다. 만약 계약에 「당사자가 통제할 수 없는 사유」라고 규정하고 있는 경우에는 어떠한 범위에 속하는 노사분규는 불가항력사유로 볼 수 있을 것이다. 예컨대, 매도인이 주요 공급자의 파업 또는 주요 운송수단의 직장폐쇄를 자신이 통제할 수 없는 것임을 증명할 수 있는 경우를 들 수 있다.

그러나 매도인 자신의 공장에서 발생한 파업은 통제할 수 없는 사유로 보기는 어려울 것이다.<sup>36)</sup> 왜냐하면 매도인은 근로자와 협상하여 파업을 종료시킬 수 있기 때문이다. 불가항력 사유에 대하여 「당사자가 불가항력 사유라 인정할 수 있는 기타 원인」의 형식으로 규정된 경우에는 파업이 불가항력 사유가 되는지를 명확하게 판단할 수 없을 것이다. 과거 미국기업들이 중국과의 계약에서 파업을 불가항력 사유로 열거하고자 시도하였지만 대부분 성공하지 못하였다.<sup>37)</sup> 그러나, “최근 중국의 회사들은 이러한 문제에 대하여 더욱 현실적이고 실제적인 태도를 취하고 있다.”는 지적에도 주목할 필요가 있다.<sup>38)</sup>

둘째, 정부의 행위가 불가항력사유에 포함될 것인가의 문제이다. 일반적으로 국가독점경제체제하에서는 법인의 개념은 이중의제(dual fiction)이라고 지적된다.<sup>39)</sup> 국영무역공사는 행정과 조직면에서 국가와 밀접하게 결합되어 있다. 따라서 국영무역공사는 그

36) S. J. Mitchell and D. D. Stein, supra note 31, p.910.

37) *Ibid.*

38) Zhang Yuqing & J. S. McLean, supra note 18, p.138.

39) S. Pizar, *Coexistence and Commerce*, (New York : McGraw-Hill Book Company, 1970), p.262.

국가 자신의 일방적인 행위에 대하여 면책을 주장할 수 있는지가 문제가 된다. 이 문제와 가장 관련 있는 것은 정부의 輸出入免狀의 발급거부와 취소 그리고 정부의 경제계획변경이다. 만약 국영무역공사가 행정적으로 정부에 속한다는 사실을 강조한다면 그 무역공사는 정부의 행위에 대하여 불가항력사유를 주장할 수 없을 것이다. 왜냐하면 이러한 상황하에서는 어느 일방의 행위는 타방의 행위를 대표하며 따라서 양 행위간에 요구되는 저항할 수 없는 강제력을 발생시킬 수 있는 의사의 충돌이 존재하지 않기 때문이다.

반대로 국영무역공사가 국가로부터 독립된 하나의 법인이라는 사실을 강조한다면 그것은 정부의 행위에 대하여 불가항력 사유를 주장할 수 있을 것이다. 이러한 상황에서는 국영무역공사는 자국 정부의 행위로 인하여 손해를 당한 상대방에 대하여 어떠한 책임도 회피할 수 있을 것이다. 국가가 경제계획을 변경한 경우에 대하여는 1956년부터 동구국가들의 중재법정에서 이미 논의가 있었다. 초기에는 계획변경행위가 불가항력 사유를 구성할 수 없다는 견해는 보편적으로 채용되지 아니하였다. 그러나 1964년말 중재판정부는 이러한 견해를 인용하였다.<sup>40)</sup>

종래 동구 국가의 법중에는 이에 대하여 명문으로 규정한 경우도 있었지만 중국의 섭외경제계약법의 불가항력에 관한 규정에는 정부의 행위와 관련한 사유에 대하여는 언급하고 있지 않다. 다만, 불가항력 사유의 범위에 대하여는 계약에 약정할 수 있다고 하고 있지만 중국의 계약실무에서는 이 문제를 거의 언급하고 있지 않다. 현재, 정부의 행위를 불가항력 사유로 볼 수 있을 것인가는 중국의 공식입장이 어떠한가에 좌우될 것이지만 과거 동구국가의 법률과 선례에만 입각한다면 정부의 수출입면장 발급거부 또는 경제계획의 변경은 불가항력사유에 해당하지 아니한다.

40) *Ibid.*, pp.277~278.

1981년 중국과 일본간에 중대한 계약분쟁이 발생하였다. 그것은 중국정부의 경제계획변경으로 인하여 야기된 것이며, 흔히 寶山紛爭으로 알려져 있다. 이 분쟁은 결국 우의적 협상의 방식으로 해결 되었지만 이 사건에서 계약의 취소가 정부계획의 변경으로 인한 것이었지만 중국국가기술수입공사는 불가항력사유를 주장하지 않고 오히려 계약취소로 인한 손해배상을 지불하였다.<sup>41)</sup>

한편 외국기업들이 중국 정부의 행위가 계약에 영향을 미치는 것을 우려하는 것과 마찬가지로 중국의 기업들도 외국기업과 체결한 계약이 외국정부에 의하여 영향을 받을 수 있다는데 관심을 가지고 있다. 예컨대, 과거 미국정부가 일정한 희귀자재의 수출에 대하여 허가를 취소한 경우가 있었다.<sup>42)</sup> “국가의 행위로 인한 계약불이행은 불가항력 사유를 구성하지 아니한다는 寶山사건에와 같은 이론은 계약이행을 하지 못한 당사자가 중국측일 경우에만 적합한 것으로 보인다.”는 지적은<sup>43)</sup> 사실 타당하지 않다. 왜냐하면 현재로서는 중국의 주권면제이론에 관한 최근의 발전을 보면 국영기업과 국가의 법인격은 별개임을 인정하고 있기 때문이다. 지금까지는 이러한 경우에 어떠한 입장을 취할 것에 대하여는 불확실하지만, 일응은 寶山사건에의 해석론이 그대로 적용될 수 있을 것이라고 보아야 할 것이다.

섭외경제계약법 제25조는 불가항력 사유가 발생한 경우 그 처리에 관하여 규정하고 있는 바, 일방 당사자가 불가항력의 사유로 인

---

41) D. A. Sneider, “The Baoshan Debacle: A Study of Sino-Japanese Contract Dispute Settlement,” *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 18(1986), p. 541.

42) P. M. Torbert, “Contract Law in the People’s Republic of China,” *Foreign Trade, Investment and the Law in the People’s Republic of China*, (ed.), by M.J. Moser, (Hong Kong : Oxford University Press, 1988), p.344.

43) *Ibid.*

## 第2章 中國의 涉外經濟契約 關聯法

하여 계약의 전부 또는 일부의 의무를 수행하지 못하였을 경우에는 그 전부 또는 일부에 대한 책임을 면제하며 그러한 불가항력적 사고의 범위에 대하여 계약에 규정할 수 있다. 일방이 불가항력으로 인하여 계약상의 의무를 이행할 수 없을 때에는 지체없이 타방에 통지하고 타방이 입을 수 있는 손해를 경감시키기 위한 조치를 취하고 합리적인 기간 내에 관계 당국이 발행하는 증명서를 제출하여야 한다.

### 5. 紛爭의 解決

섭외경제계약법의 규정을 보면 중국은 확실히 법원 밖에서의 분쟁해결을 장려하고 있다. 즉 동법 제6장에서 분쟁해결에 관한 규정은 법원에 의한 해결에 대하여 침묵을 지키고 있다. 당사자들은 계약으로부터 발생한 분쟁을 가능한 한 협상 또는 조정을 통하여 해결하되, 이러한 방법을 원하지 아니하거나 실패한 때에 중재에 회부할 수 있다고 규정하고 있다(제37조). 중재는 계약에 중재조항을 두거나 구체적인 분쟁이 발생한 후 당사자들이 중재합의서를 작성한 경우에 가능하며 중재기구는 반드시 중국의 중재기관이어야 할 필요는 없다. 그러나 계약에 중재조항이 없거나 분쟁이 발생한 후 중재합의서를 작성하지 못하는 경우에는 당사자들이 분쟁을 인민법원에 부탁할 수 있다.

## II. 評 價

### 1. 準據法

일정한 종류의 계약분쟁에 적용될 준거법을 당사자들이 선택할

수 있도록 허용하는 규정은 계약자유의 원칙에서 볼 때 진일보한 것임에는 틀림없다. 중국은 전통적으로 분쟁을 외국법을 적용하여 해결하는 것은 배척하여 왔다. 당사자들에게 준거법의 선택권을 부여하지 아니한 심천경제특구의 섭외경제계약 규정과는 달리, 이 법은 당사자들이 분쟁해결을 위하여 외국법을 적용하는 것을 명시적으로 허용하고 있다.

## 2. 溯及效

중국에서는 법령에 규정되지 아니한 사항도 당사자간에 계약으로 합의하였고 당해 계약을 중국의 승인기관이 승인한 경우에는 법적 효력을 가진다. 또한 사후법이 계약에 불리한 효력을 미치지 아니함을 인정한 전례도<sup>44)</sup> 있었으나 섭외경제계약법은 계약에 대한 사후법 적용으로 인한 불리한 효과로부터 투자가를 보호한다는 명시적 규정을 두고 있다(제40조). 그런데 섭외경제계약법의 관련 규정의 불명확성으로 인하여 그 실효성이 충분히 보장되어 있다고 단언할 수는 없다. 예컨대, 사후법의 규정에 반하는 계약의 이행에 대하여 “하여야 한다(應)”가 아니라 “할 수 있다(可以)”라고 하여 중국의 관계기관에 재량권을 부여한 것일 뿐이라고 해석될 수도 있고<sup>45)</sup> 소급효의 기간에 대해서도 명시하지 않고 있다.

44) 예컨대, 중국국영공사와 자본주의국가 기업간의 최초의 중외합자경영기업인 中國申得力昇降機有限公司合資經營契約 제8조 제1항은 「중외합자경영기업법 제7조에 의거하여 이익발생년도이후 3년간 소득세는 면제된다」, 또한 제2항은 「순이익이 순자산을 20% 이상 초과하지 아니하는 경우에는 최소한 10년간은 지방세를 포함하는 소득세가 31.5%를 초과하지 아니한다」라고 규정되어 있었다. 1980년 9월 중외합자경영기업소득세법이 공포되었으나 중국정부는 동조항을 존중하여 계약에 정한 세금을 징수하였다. 文俊朝, 中國投資의 法的 諸問題, (서울: 行法社, 1991), p.187.

즉, 계약당사자들은 계약에 대한 사후법의 적용에 대하여 합의할 수 있는 바(제41조), 그러한 법의 소급적용기간이 섭외경제계약법이 발효한 1985년 7월1일까지인지 또는 계약발효일까지 인지도 명확하지 않다.<sup>45)</sup> 또한 동조가 기존의 계약이 섭외경제계약법으로부터 영향을 받지 않는다는 것을 말하는지 그 유형의 모든 계약에 적용될 장래의 일반규칙 및 법령을 상정하는 것인지 명확하지 않다. 뿐만 아니라 “원래의 계약에 따라 수행된다.”는 규정이 계약상의 당사자의 권리와 의무가 계약의 규정 내에서 엄격하게 해석되어 변경되지 않는다는 것인지 아니면, 조세, 관세 등과 같이 당사자의 계약조건이 될 수 없는 사항 등을 비롯한 계약의 목적에 영향을 미치는 상황 전반을 포함하는 광범한 의미를 갖는 것인지도 분명하지 않다.

또한, 소급효로부터의 보호규정이 중외합자경영기업계약, 중외합작경영기업계약 및 자연자원합작탐사·개발계약만을 특정하고 있다는 사실에 유의하여야 한다(제40조). 다시 말해, 기술양허 또는 보상무역 등에 관한 계약은 동 규정에 의한 보호대상이 된다는 점을 명시하지 않고 있다. 董世忠 교수는 소급효로부터의 보호규정이 모든 계약에 대하여 적용된다고 주장한다. 그러나, 섭외경제계약법의 기초과정에 참여한 전문가들이 동 규정을 평석하면서 명시적인 보

45) 동규정이 당사자들은 소급적용에 관한 합의할 수 있을 뿐이고 중국관할기관에 기존의 계약에 대하여 사후법의 적용 여부에 관한 재량권을 부여하는 것이라면, 외국인투자자에게 확실한 보장책이 될 수 없다. 긍정적으로 동규정을 해석한다면, 계약당사자들이 달리 합의하지 아니하는 한 사후법으로부터 기존의 계약을 보호한다는 취지로 볼 수 있을 것이다.

46) Andrew Armfelt, "Foreign Economic Contract Law of the People's Republic of China," *International and Comparative Law Quarterly*, Vo.36(1987), p.153. ; Jacques L. deLisle, "Foreign Investment: Foreign Economic Contract Law," *Harvard Int'l Law J.*, Vol.27, No.1(1986), p.281.

호범위를 벗어난 그 밖의 보호에 대해서는 전혀 언급하지 않았다. 따라서 우리는 일단 후자의 해석을 보다 신뢰할 만한 것으로 받아들여야 할 것이다.

### 3. 使用言語

섭외경제계약법은 계약작성에 사용될 언어의 문제에 합리적으로 접근하고 있다. 심천경제특구섭외경제계약은 중국어본과 다른 언어본의 계약문에서는 중국어본이 우선한다고 규정하고 있으나, 섭외경제계약법은 당사자들이 이 문제를 스스로 결정하도록 허용하고 있다. 이러한 새로운 접근방법에 의하여 외국인이 자국어본의 계약문이 우선하도록 교섭하거나 적어도 각 언어본이 동등한 효력을 가질 수 있도록 할 수 있을 것이다. 이렇게 되는 경우, 중국어본에서 자신의 법적 권리의 근거를 찾을 필요가 없다.

### 4. 國家의 承認과 干涉

섭외경제계약법이 계약의 자유를 한정된 범위 내에서 인정하고 있기는 하지만 중국에서 계약을 교섭하고 있는 외국인들이 크게 우려해온 중국 정부의 간섭을 허용하고 있다. 중국의 섭외경제계약법 제7조가 “중국의 법률 및 행정법규에 의하여 국가의 승인을 받아야 하는 계약은 승인을 받은 때 성립한다.”라고 규정하고 있는 것은 섭외경제계약에 대한 국가승인의 특수성을 반영한 것이다. 이러한 원칙은 계약의 준거법의 여하에 관계없이 적용된다.<sup>47)</sup> 계약에 대한 국가승인은 중국이 사회주의체제를 채택하고 있다는 사실로 인한

47) Zhang Yuqing & J. S. McLean, supra note 18, p.133.

약간의 특수성이 있다. 즉 그것은 계획경제체제하의 국가계획구조와 밀접한 관련이 있다. 자본주의 국가에서는 당사자는 서명자의 사적인 이익에 입각하여 정부의 최소한의 간섭하에 계약을 체결한다. 그러나 사회주의국가에서는 당사자는 국가경제계획 및 세부계획에 필요한 특별한 요구에 따라 또한 중앙정부가 지시하는 물자분배에 따라 계약을 수행한다. 이 경우, 국가는 비록 계약 당사자는 아니지만 각 교역의 중요한 내용, 심지어 계약체결권자에 이르기까지 공공목적을 위하여 상급단위가 사전에 지시할 수 있다.<sup>48)</sup>

중국이 대외경제개방정책을 채택하여 외자도입정책을 실시하고 있지만 사회주의계획경제의 기본원칙에는 변함이 없다. 그 결과 외국인투자에 대한 승인은 중국의 국가계획경제구조와 밀접하게 관련되어 있다. 중국의 경제계획체계에 비추어 볼 때, 외국인투자 승인 절차는 주로 『계획 내에 있는 사업의 시행만을 허용할 목적으로 만들어진 정책구조인 것이다. 법률적으로 프로젝트는 중국의 회사·공장 또는 기타 경제단위가 외국측 당사자와 협상할 권한을 부여받기 전에 먼저 승인되어 연간계획에 포함되어야 한다. 승인되지 아니한 사업의 시행을 방지하고 승인된 사업이 원래 국가계획에 정해진 범위 내에서 수행되는 것을 확인하기 위하여 모든 사업은 외국측 당사자와 중국측 당사자간의 계약 및 합의가 법적 구속력을 갖기 위해서는 관련 정부 당국의 승인을 얻어야 한다. 실무적으로는 이 승인절차가 고위 당국의 검토를 받기 위하여 제출할 비구속적인 서류에의 서명을 준비하는 초기의 협상단계에서 이루어진다. 이 절차의 최종단계는 심사승인기관에 의한 정식 승인증명서의 발급이다.”<sup>49)</sup>

48) S. Pissar, *supra* note 39, p.288.

49) Michael J. Moser, "Foreign Investment in China :the Legal Framework" in *Foreign Trade, Investment and the law in*



중국의 모든 섭외경제계약이 국가의 승인을 받아야 하는 것은 아니지만 승인대상이 되는 계약은 대단히 많다. 특히 기술도입 및 합영·합작계약 등 중국의 현대화계획과 관련되는 계약의 경우는 국가의 승인을 얻어야 한다. 중외합자경영기업법 실시조례 제5조는 ①중국의 주권을 침해하는 경우, ②중국의 법률에 위반되는 경우, ③중국의 국민경제발전의 요구에 부합되지 아니하는 경우, ④환경오염을 초래하는 경우, ⑤체결된 약정, 계약, 정관이 현저하게 불공평하여 합영당사자의 일방의 권익을 해치는 경우에는 설립신청을 승인하지 아니한다고 규정하고 있다.

합자경영기업계약의 경우, 그 설립은 대외경제합작부, 성정부, 직할시의 인민정부 또는 대외경제합작부가 위임한 중앙정부의 관계부처의 승인을 얻어야 한다. 승인에 대하여 1979년 중외합자경영기업법에서는 외국투자관리위원회에서 심사하도록 하였으나, 1982년 중앙정부의 개편에 의하여 그 권한은 대외경제합작부에 흡수되었다.<sup>50)</sup> 그리하여 중외합자경영기업법 실시조례는 합자경영기업의 설립에는 대외경제합작부의 심사·승인을 받도록 하고 투자총액이 국무원이 규정한 금액이내이고 중국 합영자의 자금조달원이 확보되어 있는 경우와 국가로부터 원재료의 추가지급을 필요로 하지 않고 원료·동력·교통수단 또는 수출할당 등 전국적인 균형에 영향을 미치지 아니하는 경우에는 대외경제합작부가 관련 성·자치구·직할시의 인민정부 또는 국무원의 관련 부·국에 심사 승인을 위탁할 수 있도록 규정하고 있다. 다만 이 경우에도 대외경제합작부가 승인증서를 발급한다.<sup>51)</sup>

---

the People's Republic of China, (ed.), by Michael J. Moser, (Hong Kong : Oxford University Press, 1988), p.91.

50) 初保泰 著, 李種永 譯, 中國投資100問100答, (서울 : 韓國經濟新聞社, 1988), p.98.

51) 그러나 실제로는 1985년 부터 합자경영기업의 심사승인권 이 분산되

상품매매계약의 경우는 국가의 승인을 요구하고 있지는 않다. 그러나 이러한 계약이 외국기술 또는 노하우를 포함하고 있는 경우에는 승인을 받게 될 것이다.<sup>52)</sup> 이 밖에도 보상무역계약, 리스계약, 가공조립계약의 경우에도 승인을 요한다고 보아야 한다.<sup>53)</sup> 특히 주의할 사항은 심천경제특구에서의 섭외경제계약의 승인에 관한 것이다. 심천경제특구섭외경제계약규정은 “계약은 심천시 인민정부 또는 그 수권주관부서의 승인을 받아야 효력이 발생한다.”라고 규정하고 있다.

계약간에 구별을 두지 않고 있기 때문에 이 규정상의 계약은 문언상 섭외경제계약으로 인정되는 모든 계약을 지칭한 것으로 보인다. 예컨대 어떠한 합자경영기업이 외국기업과 장기적인 상품인도 또는 가공생산에 관한 계약을 체결한 경우 계약이 체결될 때마다 심천시 인민정부의 승인을 얻어야 하는가가 문제가 된다. 더욱이 심천시 인민정부에게는 승인신청한 계약을 심사할 수 있는 기간으로 3개월이 주어져 있다. 이러한 장기간은 국제시장에서의 변화무쌍한 환경에 보조를 맞추지 못할 것이다. 이 점은 문제가 아닐 수 없다.

---

었다. 교통운수, 원재료 공급, 연료·전력공급, 판매시장 등의 방면에서 국가의 종합적 균형을 필요로 하지 아니한다는 전제하에 상해시, 천진시는 투자총액 3,000만 달러 이하의 사업을 승인할 권한을 가지며, 광둥성·요령성·대련시는 투자총액 1,000만 달러 이하의 사업을, 그 외의 다른 성·자치구 및 국무원 각 부·위원회는 500백만 달러 이하의 사업을 승인할 권한을 가지게 되었다. 그 기준액 이상에 대하여는 대외경제협력부가 승인한다. 합작경영기업계약의 경우, 그 설립은 중외합작당사자가 계약 등 관계 서류를 국무원의 대외경제협력부 또는 국무원으로부터 권한을 위임받은 중앙부서 또는 지방정부에 제출하여 심사승인을 받아야 한다. 자연자원합작탐사개발계약 및 기술도입계약도 대외경제협력부 또는 그가 위임한 기관의 심사승인을 받아야 한다.

52) Zhang Yuqing & J. S. McLean, supra note 18, p.134.

53) 金秉俊·尹晋基, “中國의 對外經濟契約成立에 관한 法的 問題,” 人權과正義, 제169호(1990.9), pp. 138~141.

우려할 만한 또 하나의 조항은 사회공공의 이익에 반하는 계약은 무효라는 조항이다. 이러한 조항은 서구제국이 계약을 무효화하기 위하여 원용하는 공공정책상의 예외조항과 유사하다. 그러나, 이 조항은 중국의 사회주의체제하에서 넓게 해석되고 있기 때문에 중국정부로 하여금 계약의 교섭·시행에 간섭하는 행위가 국가의 이익이 된다고 주장하며 그와 같이 간섭할 수 있는 기회를 마련해 주게 될 수도 있다.

한편, 무원칙한 행정처분의 예를 들면 다음과 같다. 피혁류업체인 한국의 G사는 94년 2월 중국측과 합작으로 威海시에 손가방류 생산을 위한 W유한공사를 설립하였다. 그러나 이 회사가 시의 허가를 받아 공장을 설립하지 2개월도 되지 않아 『도시계획상 도로건설로 회사측 토지 30%가 편입된다.』라고 통보하였다. W사는 이 때문에 공장내 해당 시설물을 철거하였으나 95년 말 현재까지 보상받지 못하고 있다.

그 밖에도 특히 중요한 간섭형태는 고용 및 해고와 임금에 관한 간섭, 노무관리에 관한 간섭, 기업경영성과에 대한 간섭이 있으며 다양한 요금이나 수수료의 징수, 정치적 간섭의 현상도 나타나고 있다. 고용 및 해고에 대한 간섭은 대부분의 외국인 투자기업들이 느끼고 있는 부분이다. 고용의 경우 행정구역내의 인력을 우선적으로 채용하도록 하거나 인사청탁을 하는 등의 간섭이 빈번하게 이루어지고 있다. 해고의 경우에도 해고자 수가 많을 경우에는 이를 철회하도록 압력을 가한다.

특히 한국기업들이 체결하는 계약서의 규정이 미흡한 경우가 많다. 그 사례를 소개하면 다음과 같다. 의류생산업체인 K산업 김모 사장은 중국측과 『중국측은 천진시 근교에 2천평 부지를 제공하고 한국측은 공장설비를 조달한다』는 조건을 지분 50:50의 합영계약

을 체결하였다. 그러나 중국측은 공장부지를 은행에 담보로 제공하는 조건으로 확보하였다. K산업이 市당국에 시정조치를 요구하자 市측은 『계약서에 세부사항을 적시하지 않았다』는 이유로 대출금 상환의무가 합영공장에 있다고 유권해석하였다. 결국 한국기업은 철수하였다.

## 第4節 技術關聯 涉外契約法

### I. 意 義

중국은 섭외기술도입에 관한 일련의 규칙과 지침을 채택하여 왔다. 이 분야의 첫번째 입법은 광둥성 정부가 1984년 2월 8일 공포한 “심천경제특구기술도입잠정규정”이다. 이 심천경제특구기술도입잠정규정은 기술이전계약은 문서로서 작성하되 평등호혜의 원칙과 협의를 통한 합의에 따라 체결할 것을 요구하고 있다. 심천경제특구기술도입 잠정규정 제5조는 도입되는 기술이 선진적이고 경제적 이익이 되어야 할 뿐만 아니라 이미 특허를 받았거나 특허출원중인 것이어야 함을 요구하고 있다. 그 밖에도 중국측 기술도입자가 그 기술을 사용하게 될 방법까지 지적하고 있는 바, 특허의 실시, 보상무역, 기술서비스 또는 합영·합작기업에의 자본출자가 등이 그것이다.

동 규정 제25조는 기업의 등록자본의 25%까지로 기술형태의 출자액을 제한하고 있다. 기술이전계약기간은 5년을 초과할 수 없지만, 당해 기술이 자본출자로서 투자된 경우는 예외이다. 기술도입계약의 연장 또는 갱신을 위하여는 심천 관할당국의 승인을 얻어야

한다. 심천 및 다른 경제특구에서 투자가는 이전되는 기술의 법적 효과뿐만 아니라 기술적 효과 또는 결과까지도 보장하여야 한다. 결국 심천경제특구기술도입 잠정규정은 조문 그 자체뿐만 아니라 그 정신까지도 기술도입에 적용된다는 점에 유의할 필요가 있다. 더구나 외국인투자가는 당해 지방의 기술도입자가 이전된 기술로 생산한 제품을 국제시장에서 판매하여 입은 손해에 대해서까지 배상하여야 한다.

1985년 5월 24일 국무원은 경제특구이외의 지역에서 중국기업에의 기술도입에 관한 최초의 전국적 적용범위를 갖는 중화인민공화국 기술도입관리조례(이하 “기술도입관리조례”라 한다)를 공포하였다. 다만, 중의합자경영기업에 자본으로 투자되는 기술의 경우에는 기술도입계약관리조례는 적용되지 않는다는 점에 유의하여야 한다. 이 규정은 1985년 9월 18일부터 시행되고 있는 기술도입계약의 심사·승인규정과 더불어 중국의 기술이전법체계를 구성하고 있다.

기술도입계약관리조례 및 기술도입계약심사·승인규정은 기술이전을 검토·통제하기 위한 몇 가지 규정을 두고 있는 바, 이러한 규정들에 비해 외국인투자자들은 상당히 의구심을 가지고 있다. 예컨대, 기술도입계약관리조례 제9조는 대외경제합작부의 특별한 승인을 받지 않고는 기술도입계약에 규정할 수 없는 조건을 열거하고 있다. 그 중에서 가장 우려할 만한 것은 다음과 같은 사항을 제한하는 규정을 계약을 규정하지 못하도록 한 내용이다. 즉, ①외국측 당사자사이외의 공급원으로부터 원자재, 장비 또는 제품을 도입할 수 있는 기술양수인의 자유, ②도입된 기술을 사용하여 기술양수인이 생산하는 제품의 수량과 가격, ③판매채널과 수출시장(그 제한이 “부당한 경우”), ④기술양수인과 양허인에 의한 도입기술의 발전·개발, ⑤양수인에 의한 경쟁력 있는 기술, 상품 및 서비스의 도입

등이다.

기술도입계약관리조례에 의하면 모든 기술도입계약의 기간은 대외경제합작부, 그 하부기관 또는 대외경제합작부가 권한을 위임한 기관의 승인을 얻는 경우가 아니면 10년을 초과할 수 없다. 이들 기관은 승인신청서를 접수한 날로부터 60일 이내에 계약의 승인여부를 결정하여야 한다. 이러한 요건은 외국투자가가 사업을 진행하기 전에 예비적 사업승인을 얻음으로써 신청 기각의 위험부담과 비용을 회피하는 것이 좋다는 일종의 경고라는 점에서 큰 의미를 갖는다.

기술도입계약관리조례 제7조는 중국측 당사자로 하여금 관련 당사자들이 합의한 범위와 조건에 따라 양허인이 제공하는 기술에 포함된 기술적 비밀을 누설하지 못하도록 의무를 지우고 있기 때문에 외국인들에게는 유리한 조항이라고 할 수 있다. 또한 당사자들은 다소 융통성 있게 기술대가의 형태·지급기간 등을 명시할 수 있도록 한 규정도 합당한 것이다. 기술도입계약관리조례와 기술도입계약심사·승인규정은 다소의 제한적인 면이 없는 것은 아니지만, 과거의 법규들을 크게 개선한 것이다.

## II. 技術關聯 涉外契約法の 構造와 評價

### 1. 法的 構造

중국의 섭외기술도입관련법은 국제연합기술이전행동준칙(UN Code of Conduct on the Transfer of Technology)을 대부분 반영하고 있어 다소의 제한적인 면은 있으나 예측가능성이 있다는 긍정적 평가도 있지만, 사회주의국가 특유의 장애요인이 존재하고 있음을 유의하여야 할 것이다. 1988년 기술도입계약관리조례시행세칙은

수년간의 중국의 관행에서 형성되어온 기술이전에 관한 확립된 원칙을 성문화하고 이 분야에서 발전된 법제도를 보다 구체적으로 시행하며 더 나아가 불명확한 부분을 명확화하고 있다. 그러나 중국의 기술계약의 교섭과 시행에 대하여 중대한 영향을 미치는 중국의 경제계획과 더불어 중국법에 반영된 기술이전을 규율하는 확립된 원칙에 대한 정확한 이해와 평가가 선행되어야 할 것이다.<sup>54)</sup>

기술도입계약관리조례 제2조에 의하면 도입기술을 “중화인민공화국내의 회사, 기업, 조직 또는 개인이 중국 밖의 회사, 기업, 조직 또는 개인으로부터 무역 또는 경제·기술협력을 통하여 도입하는 기술적 항목”이라고 정의하고 있다. 그러한 항목에는 특허, 기술공정, 製品意匠, 기술 및 품질관리서비스, 특허 또는 기타 공업소유권의 라이선싱협정, 기타 독창적인 기술의 이전 및 기술서비스의 제공 등이 포함된다. 기술도입계약관리조례는 중국의 실체와 외국의 실체간의 기술도입계약에 대하여 적용되며,<sup>55)</sup> 다만 기술이전계약관리조례는 중외합자경영기업 또는 중외합작경영기업의 외국인 당사자의 기술 등에 의한 지분투자에 대하여는 적용되지 아니한다(실시조례 제4조).

## 2. 技術契約의 保護

대외개방초기에는 지적 소유권의 유일한 보호는 계약상의 보호였

54) Jerome Alan Cohen and A. Pierce, “Legal Aspects of Licensing Technology.” China Business Review, Vol.14, No.3 (1987), p.44.

55) 여기에서 중국의 실체라 함은 중외합자경영기업, 중외합작경영기업 및 외자기업을 포함한다. 또한 명시적인 규정은 없지만 지사와 영업소 등 중국에 등록된 외국의 실체에 의한 기술이전계약도 기술이전계약관리규정의 적용대상이 된다.

다. 特許의 존속, 양도, 비공개 등은 계약에의 삽입을 위한 교섭가 능한 사항일 뿐이었고, 플랜트(plant)계약 또는 턴키(turn-key)계 약에서 일정한 기간동안 노하우의 보호에 관한 조항에 관하여 중국 국가기술도입공사와 교섭할 수 있다는 정도였다.<sup>56)</sup> 제3자에 의한 특허침해에 대한 손해배상의 청구 및 형사처벌을 위한 범규정도 존 재하지 않았다. 그러나 1980년대 중반이후부터 공산주의 이데올로 기의 실용주의적 해석과 더불어 법적 권리로서의 발명의 보호가 과 학기술의 발전의 전제가 되며, 기업자주권확대정책하에서 기업의 독자적 기술과 발명의 비공개는 불가피하다는 인식전환을 하게 되 어 특허제도가 법제화되었다.<sup>57)</sup>

또한 1986년 4월 12일 공포된 민법통칙에서도 제94조(저작권의 인정), 제95조(특허권의 보호), 제96조(상표의 보호), 제97조(발 명의 장려), 제118조(저작권의 보호) 등과 같은 지적 소유권의 보 호에 관한 규정을 두고 있다.<sup>58)</sup> 그러나, 중국의 민사소송법이나 민 법통칙은 일종의 금지적 구제(injunctive relief)를 허용하고 있다. 따라서 외국측 당사자들은 계약에 금지적 구제와 손해배상의 청구 에 대한 규정을 두는 것이 바람직하다. 한편, 섭외경제계약법은 기 술이전과 관련하여서도 중요한 의미를 갖는다. 전체적으로 볼 때,

---

56) Mitchell A. Silk, "Recent Efforts in China's Drive to Promote Investment through the Protection of Intellectual Property Rights : the 1988 Trademark Rules and the 1988 Technology Import Contract Rules," *Syr. J. Int'l L. & Com.*, Vol. 15(1989), p.230.

57) 1984년 4월 12일 공포되고 1985년 4월 1일 발효한 특허법은 조례 보다 상위의 형식인 법률이기 때문에 발명장려조례(1978년 12월18일 개정)와의 효력관계는 법리상 별다른 어려움이 없다. 그 후 1986년 특허법 실시조례가 제정되었다.

58) 보다 자세한 논평은 Henry R. Zheng, "China's New Civil Law," *American Journal of Comparative Law*, Vol.34(1986), p.669. 참조.



섭외경제계약법은 외국인의 이익을 많이 반영하고 있다.

특히 주목할 것은 제3장(제16조 내지 제25조)에 계약의 위반과 손해배상에 관한 규정을 두고 있다는 것이다. 그러나 손해배상은 금전적인 배상에 한정된 것으로 해석되며, 금전적인 배상은 무체재산권과 관련한 사항에서는 확정하기 어렵다는 점에서 기술이전계약에의 동법 적용은 한계가 있다. 중외합자경영기업법은 공업 소유권 보호에 관한 명시적인 규정을 두고 있지는 않지만, 제2조는 “중국 정부는 …… 외국측 합영자의 합법적인 권리와 이익 및 투자한 자원을 보호한다.”라고 규정하고 있기 때문에 이러한 합법적인 권리에는 공업 소유권이 포함되어 있다고 해석할 수도 있다. 또한 공업 소유권에 출자를 규정하고 있다. 이상의 2개의 조항을 종합해 볼 때, 다소 제한적이지만 공업소유권에 대한 보호를 규정하고 있다고 할 수 있다.

### Ⅲ. 特許와 商標의 保護

#### 1. 특 허

중국의 특허법의 적용범위는 협소하다고 할 수 있으며,<sup>59)</sup> 특허보유자와 특허신청인에게 내국민대우를 부여하고 있다.<sup>60)</sup> 중국의 특

59) 중국특허법의 적용범위는 외국의 특허기술을 이용하여 보다 용이하게 자국의 산업을 발전시키기 위한 목적으로 특허의 보호와 실효성을 제한하는 다른 개발도상국의 특허법보다는 훨씬 광범위하다는 지적도 있다. Standly J. Marcuss and Arthur R. Watson, "Technology Transfer in the People's Republic of China : Assessment," *Syr. J. Int'l L. & Com.*, Vol.15(1989), p.179.

60) 중국은 미중무역협정 등에서 특허, 상표, 저작권 및 기타 지적 소유권을 포함하는 협정상 모든 분야에서 상호주의의 대우에 합의하고 있다. 이러한 상호주의적 대우는 일방당사국에게 타방당사국이 자국민에게 부

## 第2章 中國의 涉外經濟契約 關聯法

허벌제도의 기본적 골격은 첫째, 동일한 발명에 대한 선출원이 없으면 신규성(novelty)을 인정하는 선출원주의, 둘째, “제한적 세계 신규성”주의 셋째, “강제적 실시”제도로 요약할 수 있다. 특허 소유자는 특허권을 이용(예컨대, 제품의 생산 또는 특허과정을 이용)하지 아니하는 경우, 제3자에 의한 실시를 허용하여야 한다. 이러한 강제적 실시에 관한 규정은 외국인에게 크게 불리하지는 않다는 것이 중론이다.<sup>61)</sup> 중국의 특허제도는 외국인에게 특허국에 특허신청을 제출할 수 없도록 하고 철저한 국가관리하에 운용되고 있다. 또한 컴퓨터프로그램과 소프트웨어 등 정신활동을 위한 규칙과 방법, 질병의 진단과 치료, 동식물의 변종, 화학공정에서 얻어지는 의약품과 의약품질 및 식품·음료 등에 대하여도 특허가 인정되지 않는다.

중국특허법의 규정상 그러한 제품은 제조특허에 의하여 보호될 수 있으나, 실제로는 逆工程(reverse-engineering)을 통하여 다른 제조방법과 공정을 얻어낼 수 있기 때문에 제조방법특허의 보호는 아무런 의미가 없을 것이다. 또한 현재 특허권자의 허가를 받지 않고는 당해 특허제품을 생산경영목적으로 제조·사용·판매하거나

---

여하는 대우와 동일한 대우를 타방당사국 국민에게 부여하도록 요구하는 파리협정의 내국인대우와 다르다. 중국인이 미국에서 부여받는 지적 재산권의 보호는 대부분의 경우 중국에서의 보호보다 훨씬 광범한 것이고, 반대로 미국인이 중국에서 부여받는 지적 재산권의 보호는 미국에서 얻을 수 있는 보호보다 훨씬 협소하기 때문에, 중국이 특허법상의 내국인 대우조항은 미·중무역협정상의 의무에 위반된다고 주장하는 학자도 있다. Tek Ling Chwang and Richard L. Thursten, "Technology Commend: the Policy of the People's Republic of China with Respect to Technology Transfer and Protection of Intellectual Property," *International Lawyer*, Vol.21(1987), p.153.

61) Ross, J. Oeher, "Patent law in the People's Republic of China : A Primer," *N. Y. L. Sch. J. Int'l & Comp. L.*, Vol.8 (1987), pp.461~465. 參照.

그 특허방법을 사용할 수 없으나 특허권은 당해 특허제품의 수입권까지를 포함하는 것은 아니므로 특허권자는 타인이 외국으로부터 자신의 특허제품을 중국에 수입하는 것을 금지할 수 없다.

실제로 중국에서는 특허제도의 개선과 관련하여 중국의 상황으로 보아 특허권자에게 수입권을 인정하는 것이 좋다는 견해와 수입권을 무조건적으로 인정하는 것이 중국의 특허권의 가치를 제고하는 것이 좋다는 견해, 특허제품이 중국에서 생산되기 전까지 수입권을 한시적으로 인정하자는 견해 등이 나누어져 있다.<sup>62)</sup> 중국의 특허법은 분담적 침해(contributory infringement), 계약상의 제조업자, 운송업자, 도매업자, 소매업자 등의 일련의 침해단계에 관련된 자들에 의한 침해-에 대한 제재규정 및 그러한 침해문제가 해결되지 못한 경우의 법원에의 제소규정 등을 두고 있지 않다. 이상과 같이 중국의 특허법상의 많은 조항들이 문제점으로 지적되어 왔으나 종합적으로 중국의 특허법을 평가해 볼 때, 자본주의국가의 특허법과 크게 차이가 나지 않는다고 평가되고 있다. 다만 중국인의 지적 소유권에 대한 인식의 부족과 특허침해에 대한 처벌의 경미함 등이 가장 큰 문제로 남아 있다.<sup>63)</sup>

## 2. 상표

자본주의사회의 자유로운 기업활동에서 그 기원을 찾을 수 있는 상표제도는 상표권이 개인이 아닌 기업 또는 집체에 속하는 경우가 거의 대부분이므로, 사회주의이데올로기와는 무관한 것이었으며 오랫동안 하위법의 형식으로 시행되어 왔으나 새로운 상표관계법을

62) 王正發, “中國知識產權制度發展近況及存在的問題,” 經濟與法律 總第22期(1988), p.35.

63) Ross J. Oeher, supra note 61, p.218.

제정하였다. 1963년에도 상표법이 제정되었으나, 1982년 8월 23일 새로운 상표법의 제정으로 폐지되었으며 1983년 3월 10일에는 그 시행세칙이 제정되어 시행되고 있다. 상표법이 상표보호기능을 효과적으로 수행하기 위하여는 ①상표의 등록, ②부당한 등록에 대한 제한, ③상표침해의 방지, ④상표침해에 대한 구제 등에 관한 내용을 필수적으로 포함하고 있어야 한다. 중국이 상표법을 제정하고 실시한 이후, 이들 4 가지의 목적에서 벗어난 많은 입법상의 흠결이 드러났다.

1988년의 1월 13일 제정된 시행세칙은 이러한 흠결을 보완하기 위한 것이다. 1982년 상표법은 제1조에 명시적으로 규정되어 있는 바와 같이, 그 입법취지가 상표의 독점적 사용의 보호 및 상품의 품질보증을 통한 소비자 보호에 있다.<sup>64)</sup> 1988년 개정 시행세칙은 의약제품과 담배제품 등의 등록상표부착을 의무화하고 신청인의 승인 또는 등록된 사업의 범위를 벗어나는 상품에 대하여는 상표보호를 구하는 권리를 인정하지 아니함을 규정하고 있다. 특히 1988년 개정 시행세칙은 소비자보호의 강화이외에 상표등록의 효율성의 제고를 위한 많은 규정을 두고 있지만, 상표의 보호의 측면에서 보면 그다지 개선된 점이 없다.

한편, 시행세칙은 공식적으로 중국국제무역촉진위원회(Chinese Council for the Promotion of International Trade:CCPIT)를 그러한 기관으로 지명하고 있었다. 그 후 중국국제무역촉진위원회의 산하기관들이 상표등록신청을 위하여 외국인을 대리하는 대행기관으로 행동하게 되었는데, 이로 인하여 무조건적 수출원주의의 시행에는 중대한 문제점을 안고 있다. 예컨대, 수출원에 의한 우선

64) 商標局은 조악한 상품의 제조 또는 상품 품질의 저하에 대하여는 등록상표의 취소 또는 벌금을 부과할 수 있도록 하고 있다(상표법 제31조).

권은 대행기관에의 신청시각의 전후가 아니라 대행기관에 의한 상표국에의 신청시각의 전후에 좌우될 수밖에 없다.

심지어 다수의 외국신청인으로 부터 유사한 상표등록을 위탁받은 동일한 대행기관이 외국에서 합법적 상표권자로 인정된 제1순위상표등록위탁인보다 후순위위탁인의 신청서를 상표등록국에 먼저 제출함으로써 후순위 위탁인에게 우선권이 부여된 사례도 있었다.<sup>65)</sup> 그러나, 1988년 개정 시행세칙은 중국국제무역촉진위원회를 유일한 주관기관으로 제한한 1983년 시행세칙의 규정을 삭제함으로써 주관기관의 추가지정을 가능하게 하였다.

또한 개정 시행세칙은 침해의 구성요소를 확대하여 상표권의 침해와 상표모조로 부터의 보호를 강화하고 있다. 1988년 시행세칙 이전에는 상표에 대한 권리 또는 선사용의 입증을 요구하지 아니하고, 상표등록인만이 상표와 관련한 이익을 제기할 수 있는 선출원주의를 채택하고 있었다(제12조). 이로 인하여 적법한 상표소유자는 악의의 선출원자에게 라이선싱 등의 약정에 의하여 대가를 지불하지 아니하는 한, 중국에서 자신의 상표를 사용할 수 없었다.

이러한 부당한 상황은 중국이 회원국에 등록된 상표의 소유자는 다른 회원국내에서의 등록에 대하여 6개월의 제출우선권이 인정되는 공업소유권의 보호에 관한 파리협정(Convention for the Protection of Industrial Property)에 가입함으로써 부분적으로는 해소되었다. 그러나 6개월은 중국 내에서의 부당한 상표등록 등을 탐지하고 이익청구를 제출하는데 불충분한 기간이며, 이러한 폐단을 시정하기 위하여 1988년 개정 시행세칙 제25조는 선등록자 이외에도 누구든지 부당하게 등록된 상표에 대하여 이익을 제기할 수 있도록 하였다. 따라서 상표권자는 중국 내에서 상표의 무단등록의 무효를 주장할 수 있도록 하였다.

65) Mitchell A. Silk, supra note 56, p.220.

또한 제38조는 「동종의 상품에 대한 동일한 또는 유사한 상표의 무단 사용, 등록상표의 무단제조 또는 판매, 또는 타인의 독점적 상표권에 대한 기타의 방법에 의한 침해」를 특허의 침해사유에 해당하는 것으로 정의하고 있다. 그러나 상표의 침해범과 모조범에 대한 제재가 지나치게 경미하였다.<sup>66)</sup> 특히 매상액 또는 이익금에 대한 정확한 평가는 오류 없는 회계기록을 요하므로 회계기록상의 근거가 없는 경우, 벌금형은 그 기능을 발휘할 수 없게 된다. 또한 증거와 관련된 문제로 인하여 침해소송 및 모조소송의 수행에 지장을 받을 가능성이 있다.

상표침해에 대한 손해배상의 기준으로 적법한 상표소유자가 침해자의 불법적인 이익 또는 그로부터 발생한 자신의 손해 중에서 어느 하나를 선택하도록 하고 있기 때문에 손해배상금액 역시 특허침해범의 정확한 회계기록작성이 관건이 된다. 상표권의 침해확정에는 필수적으로 검토하여야 할 상표권침해자의 사업타당성보고서, 합작계약서 및 심사승인기관의 승인문서 등은 심사승인기관이 중국법상의 내부문서로서 공개하지 아니할 것이며, 형법 제186조에 의하여 불법적 공개는 국가기밀법의 위반으로 형사처벌의 대상이 된다. 그러나, 이러한 제도상의 문제로 인하여 필요한 증거의 입수 자체가 용이하지 않다.<sup>67)</sup>

뿐만 아니라 부당한 특허와 상표의 등록신청에 대한 이의의 제기 또는 침해소송의 제기에는 여러 가지 문제점이 남아 있다. 예컨대, 중국국제무역촉진위원회와 그 산하조직만이 각종 행정소송에서 외국인을 대리할 수 있기 때문에 업무상 독립성이 유지되기 어렵다.

66) 범법자의 자아비판, 상표의 취소, 매상액의 20% 미만 또는 이익금의 2배 미만의 벌금, 모조상표의 압수 및 보상 등에 불과하였다(1988년 상표법 시행세칙 제43조 참조).

67) Mitchell A. Silk, *supra* note 56, p.225.

또한, 제1차적으로 국가에 대하여 의무를 지고 있는 중국 변호사들에게 중립성을 기대할 수 없다는 것도 문제이다. 예컨대, 외국인이 중국에서 부당하게 등록한 상표를 중외합자경영기업에 출자의 일부로 투자하였고 다른 외국인이 상표권의 침해를 이유로 당해 중외합자경영기업을 고소한 경우, 그로 인하여 지방경제계획 또는 중앙경제계획에 크게 영향을 미치게 될 것으로 판단된다면 중국변호사들이 국가의 이익을 우선적으로 고려하게 될 것이다.<sup>68)</sup>

전술한 바와 같이 상표법은 대단히 오랫동안 시행되어 왔으나, 그 상표의 보호를 위한 위조상표사용에 대한 처벌규정은 없었다. 국무원은 9년이상 시행되어 온 상표법중 일부 규정은 현실과 동떨어져 있기 때문에 시장경제의 확대를 위해 보완작업이 필수적이라는 인식 하에 1992년 12월 8일 부터 개정작업을 진행하여 왔다. 종전의 상표법은 두 가지 문제가 있었다. 그 하나는 처벌이 지나치게 가벼워 일부 위조상표사건에서 상표권을 침해당한 측이 고액의 소송비를 지불하였으나 그 배상금은 그보다 적어 소송에 의한 권의 보호를 실효적으로 할 수 없었고

이에 따라 상표권을 침해당한 측이 고발하기를 원치 않아 위조상표가 더욱 기승을 부리는 악순환을 계속하여 왔던 것이다. 둘째, 상표법은 위조상표가 부착된 상품을 판매하는 자에 대한 처벌 자체가 사실상 이루어지고 있지 않았다. 이러한 문제점들을 감안하여 위조상표의 제조자와 판매자에 대한 처벌을 강화함으로써 소비자를 보호하고 제품의 품질과 국제경쟁력을 강화한다는 것이 1993년 2월 22일 상표법 개정의 취지이다. 개정된 상표법의 주요 내용을 보면, 다음과 같다.

제4조 1. “기업, 사업단위 및 민간(개체)공사업자는 자신이 생산·제조·가공·선택 또는 판매하는 상품에 대하여 상표 전

68) *Ibid.*, p.223.

용사용권을 취득하여야 한다. 필요한 경우에는 상표국에 상품상표등록을 신청하여야 한다. 2. “기업, 사업단위 및 민간공사업자는 자신이 제공하는 서비스에 대하여 서비스표 전용사용권을 취득하여야 할 필요가 있는 경우, 상표국에 서비스표 등록을 신청하여야 한다. 3. “이 법의 상품상표 관련규정은 서비스표에 대하여도 이를 적용한다.

제8조 2. 현 이상의 행정구역의 지명 또는 공지의 외국지명은 상표로 할 수 없다. 다만, 지명이 다른 의미를 포함하고 있는 경우는 예외로 한다. 이미 등록되어 사용되고 있는 지명의 상표는 계속하여 유효하다.

제12조 “동일한 신청인이 상이한 유형의 상품에 동일한 상표를 부착한 경우 상품분류표에 따라 그 등록을 신청하여야 한다.”

제16조 2. “타인의 등록상표 사용허가를 받은 경우에는 당해 등록상표를 사용한 상품에 피허가인의 명칭과 상품산지를 명기하여야 한다.

제27조 1. “이미 등록된 상표가 이 법 제8조의 규정에 위반한 경우 또는 사기적인 수단 기타 부당한 수단에 의하여 등록을 한 것인 경우, 상표국은 당해 상표등록을 취소한다. 다른 단위 또는 개인은 상표심사위원회에 당해 상표 등록의 취소를 청구할 수 있다.

2. “전항에 규정된 경우 외에 이미 등록된 상표에 대하여 다툼이 있는 경우, 당해 상표에 대한 등록허가일로부터 1년 이내에 상표심사위원회에 재정을 신청할 수 있다.

제29조 “상표심사위원회는 등록상표의 확인 또는 취소의 최종재정을 내린 후, 관련 당사자에게 이를 서면으로 통지하여야 한다.”<sup>69)</sup>

69) 人民日報 1993.3.25.



한편, 전국인민대표대회 상무위원회에서 1993년 2월 22일 통과된 『등록상표 위조범죄 처벌에 관한 보충규정』은 상표위조 범죄행위를 처벌하기 위하여 형법에 다음과 같은 보충규정을 두고 있다.

1. 등록상표권자의 허가를 받지 않고 동일상품에서 그 등록상표와 같은 상표를 사용하여 그로 인한 소득이 비교적 크거나 기타 엄중한 정황인 경우에는 3년 이하의 유기징역 또는 강제노역(拘役)에 처하되 벌금형을 병과 하거나 벌금형만을 부과할 수 있다. 또한 소득액이 대단히 큰 경우에는 3년 이상 7년 이하의 유기징역과 벌금형을 병과 한다. 위조상표의 상품의 판매상도 그 정을 명확히 안 경우에는 이에 준하여 처벌된다.
2. 등록상표의 표식을 위조하거나 무단으로 제조한 자도 상기 제1조에 준하여 처벌한다.
3. 기업사업단위가 상기의 죄를 범한 경우 당해 단위에 대해서는 벌금형에 처하고 직접 책임을 지는 주관 인원과 기타 직접 책임을 지는 자는 상기 제1조 및 제2조에 의하여 형사책임을 추궁 받는다.
4. 국가공작인원이 직무를 이용하여 이 규정에 위배됨을 인지한 범죄행위를 한 기업단위 또는 개인에 대하여 형사처벌을 받지 아니하도록 고의로 비호한 경우 형법 제188조의 규정에 따라 형사 처벌을 받는다.<sup>70)</sup>

---

70) 法制日報 1993.2.25., 人民日報 1993.2.25.

## 第5節 涉外經濟契約의 無效와 그 處理

### I. 不法的 契約의 意義

#### 1. 經濟契約法の 規定

섭외경제계약은 모든 계약의 공통적 요소와 아울러 구별되는 특징적인 요소를 포함하고 있다. 경제계약법 제55조의 “외국의 이해가 개입된 경제 및 무역계약에 대한 규제는 이 법 및 국제관례에 따른다.”라는 규정은 경제계약법의 원칙이 섭외경제계약에도 적용됨을 시사한다. 또한, 경제계약법은 계약 당사자의 합법적 권리가 보호되어야 하며, 합법적으로 성립된 계약은 법적 구속력을 갖는다고 규정하고 있다. 따라서, 계약 당사자는 계약에 명시된 의무를 이행하여야 하며, 일방적으로 계약의 내용을 변경하거나 철회할 수 없다. 경제계약법은 또한 경제계약이나 중국의 국내법 및 국가정책을 준수하여야 함을 규정하고 있다. 어떠한 개인 또는 조직도 경제 질서를 위배하거나 국가정책을 혼란시키거나 국가, 사회 및 공공의 이익을 저해하고 불법적 이득을 획득하기 위한 목적으로 계약을 체결할 수 없다. 따라서 국내법, 국가정책에 위배되는 계약, 불법적이고 강박에 의하여 체결된 계약 또는 국가·사회 및 공공의 이익을 저해하는 계약은 법적 구속력이 없다. 요컨대, 경제계약법은 계약은 준수되어야 하며 불법적 계약은 무효라는 민법통칙 및 경제법의 두 가지 대원칙을 표방하고 있다.<sup>71)</sup>

71) 이에 대하여는 林惠辰·許土秋·彭月忠, 涉外經濟法概論, (北京:中國政法大學出版社, 1993), pp.153~157.

## 2. 涉外經濟契約法의 規定

섭외경제계약법에서도 상기의 원칙들을 포함하고 있다. “합법적으로 체결된 계약은 법적 구속력을 가지며 계약 당사자는 계약이 명시한 의무를 이행하여야 한다. 계약 당사자는 일방적으로 계약의 내용을 변경하거나 철회할 수 없다.”라는 규정은 계약준수원칙을 강조한 것이다. 계약체결능력이 없는 당사자에 의하여 체결된 계약은 무효임은 이미 지적한 바와 같다. 또한 중국의 법률 또는 중국의 사회공공이익에 위반되는 경우에도 무효가 되며(제9조), 詐欺 또는 強迫에 의하여 체결된 경우도 무효가 된다(제10조). 섭외경제계약법 총칙에서는 계약의 체결은 “중국의 법률을 준수하여야 하며 중국의 공공이익을 침해할 수 없다.”라고 규정하고 있다(제4조).

이것은 국제적인 교역이 중국의 법률과 공공정책에 따라 행하여질 것을 규정한 것이다. 즉, 중국에 특유한 것은 아니며 법제 및 표현상의 차이에는 있지만 세계 각국의 민사법 및 상법에 의하여 보편적으로 수용되고 있다. 그러나 이러한 원칙은 그 시행되는 과정에서 때로는 국가간의 마찰이 빚어지기도 한다. 이러한 마찰은 상이한 사회적·경제적·정치적 체제, 법적 관점 및 법인식의 차이 그리고 불법 개념의 차이에서 연유하는 것이다. 공공정책의 개념은 서방의 실무가들에게 새로운 것은 아니다.

앞서 언급한 바와 같이 섭외경제계약법 제10조는 “詐欺 또는 強迫 수단에 의하여 체결된 계약은 무효이다.”라고 규정하고 있다. 대부분의 국가에서는 그러한 계약에 대하여는 완전한 법률효과를 부여하지 않고 있으며, 중국에서는 이를 무효로 하고 있는 점이 특징이다. 1978년 이후 중국의 섭외경제계약의 건수도 크게 증가하여 왔다. 이들 계약은 계약 당사자들의 합법적인 권익보호, 중국 사회

주의 건설의 진작 및 외자유치에 많은 기여를 하고 있으나, 외국측 당사자 본국과 중국간의 사회, 경제, 정치 및 법제도의 차이로 인하여 일부 섭외경제계약이 불법계약이라는 이유로 무효화되었다. 다음에서는 섭외경제계약의 불법적 사유를 분석하기로 한다.

## II. 契約無效의 事由

### 1. 未資格者와의 契約

섭외경제계약법에 의하여 섭외경제계약을 체결할 수 있는 자격을 구비한 외국측 당사자는 외국의 기업, 경제조직 및 개인을 포함한다. 중국측 당사자는 중국의 법인<sup>72)</sup> 및 경제조직이다. 이러한 범주

---

72) 중국에서는 대대적인 경제개혁과 더불어 활발한 입법작업, 특히 민사법과 경제법분야의 입법이 추진되면서 법인제도가 점차 확립되어 왔다. 예컨대, 1982년 1월 30일의 중외합작연안석유자원탐사사개발조례 제30조는 「중국해양석유총공사는 법인자격을 갖춘 국영기업이며 외국기업과 협력지역내에서 석유를 탐사·개발·생산·판매할 수 있는 배타적인 권리를 가진다」라고 규정하고 있다. 이 규정은 중국이 입법을 통하여 국영기업의 법적 지위와 책임을 국가 자신 또는 정부의 감독기관의 그것과 구별하기 시작하였음을 말해 주는 것이다. 그 후 1983년 4월 1일 공포된 국영공업기업잠정규정은 국영기업이 국가와의 독립된 법인임을 명시적으로 규정한 점에서 중요한 의미를 가진다. 또한 1986년 4월 12일의 민법통칙 제36조는 법인을 “민사적인 권리능력과 행위능력을 가지고 법률에 따라 독립적으로 민사상의 권리를 행사하고 민사상의 책임을 질 수 있는 조직”이라고 정의하고 있고, 제41조에서 국영기업 등의 법적 지위와 책임을 보다 구체적으로 규정하고 있다. 중국의 대외경제교류가 대단히 활발하게 이루어짐에 따라 법인제도에 관한 중국의 인식변화는 필연적일 수밖에 없었다.

한편, 법정절차에 따라 조직된 일정한 조직기구와 독립의 재산을 가진 사기의 명의로 민사법률관계에 참여하여 재산적 권리를 취득하고 의무를 부담하고 재판상의 당사자가 되는 사회주의조직은 중국의 법규정에 따라 법인이 된다. 여기에는 1) 국가의 예산으로 경비를 지출·운영하는 국가기관 및 사업단위로 독립의 경비를 가지는 단체, 2) 국가가 투자하여 경

에 해당하지 아니하는 당사자에 의한 계약은 무효이다. 개혁개방이전의 중국의 대외경제관계는 무역분야에 한정되어 있었고 무역활동에 종사하는 주체도 대외무역부의 관할 하에 있는 몇 개의 대외무역공사와 국외에 주재하는 상무참찬처 또는 상무대표처 및 홍콩과 마카오에 설립된 대외무역공사의 대리기관에 한정되어 있었다.<sup>73)</sup> 그러나 개혁개방이후에는 중국 측의 대외경제무역에 종사하는 계약 당사자는 각 성·시 또는 그 이하 행정단위의 기업들도 외국기업과 직접 무역을 할 수 있게 되었고 각 부처에서도 자신의 대외무역공사를 보유하게 되었다.<sup>74)</sup> 중국과의 계약에 있어서 그 당사자의 권한범위에 대하여 유의하여 하는 이유도 바로 여기에 있다.

---

제계획제(독립채산제)를 하는 국영기업, 3) 노동자가 스스로 조직하여 독립계산을 행하는 집단경제조직, 4) 人民이 조직하고 비경제적 활동에 종사하는 사회단체 등이 있다. 또한 5) 법에 의하여 인가를 얻어 설립된 중외합작경영기업, 중외합작경영기업 및 외자기업도 법인이 된다. 이중에서 1)은 법률 또는 행정명령에 의하여 설립되며, 등기를 요하는 경우, 등기에 의하여 법인격을 취득한다. 또한 2) 이하는 주관부문의 심사·승인을 얻어 설립등기를 함으로써 설립된다. 어떠한 법인도 조직과 활동내용은 국가의 인가를 얻은 정관, 조례에 의하여 정하여 진다. 활동범위의 변경, 조직의 합병·분리는 각각의 설립의 절차와 동일한 절차를 거치지 않으면 허가되지 아니하며, 그러한 사실을 공고할 필요가 있다. 민법통칙은 이중에서 2) 내지 3) 및 5)까지의 법인을 기업법인으로 하여 제41조 이하에서 상세히 규정하고 있다.

법인은 목적달성, 사원총회의 결의, 위법한 활동, 경영파산 등의 원인으로 소멸된다. 이 경우, 법률 및 행정명령에 의한 설립의 취소, 위법활동에 의한 등기말소처분, 파산 등의 강제절차에 의한 경우와 결의에 의한 해산 등 임의절차에 의한 경우가 있지만 어느 경우에도 공고를 요하며 법령, 정관에 따라 청산을 행하고 해산등기를 하여야 한다.

73) A. R. Dicks, "The People's Republic of China", East-West Business Transactions, (ed.) R. Starr (N.Y. : Praeger Publishers, 1974.) p.394.

74) P. M. Torbert, supra note 42, p.328.

가. 비법인 단체

중국 민법통칙에 의하면 18세 이상의 법률적인 자격을 갖춘 성인은 합법적인 단체와 마찬가지로 사적 계약을 체결할 능력을 보유한 것으로 간주된다. 그러나 섭외경제계약법에 의거하면 이러한 능력을 갖춘 개인 및 단체가 모두 섭외경제계약의 당사자 자격을 갖는 것은 아니며, 법인인 중국의 기업 또는 기타 경제조직이 계약만이 주체가 된다(제1조). 따라서 적어도 동법에 의한다면 외국인과 중국의 개인, 비법인 단체, 경제조직이 아닌 행정기구·공공단체·사회단체가 체결한 섭외경제계약은 무효이다. 한편, 최근 이와 같이 법인만을 섭외경제계약 당사자도 하는 중국의 법원칙은 엄격하게 고수되고 있지는 않다. 중국내 경제특구, 연안개방도시 및 경제기술개발구내에 많은 개인공상업체 및 조합이 생겨나고 있으며 이들은 실제로 섭외경제계약을 체결하고 있다.<sup>75)</sup>

나. 법에 의하여 계약체결이 금지된 법인

1984년 후반 중국의 경제활성화 및 경제구조개편정책에 편승하여 중국 공산당 및 행정기관의 관리들은 가격차등구조 및 다양한 가격조정정책을 이용하여 사업체 또는 법인을 설립하여 막대한 이익을 취하였다. 이들은 심지어 단체 또는 유령회사를 통하여 투기, 밀수 등을 통해 또는 그 지위와 특권을 남용하여 개인적 이익을 취

75) Chen An, "Why Some Sino-Foreign Economic Contracts are Void and How Voidness Can be Prevented," (ed.) W. Tai, *Legal Aspects of Foreign Investment in the People's Republic of China*, (Hong Kong : China Trade Translation Company Limited, 1988), pp.248~249.

하였다. 이러한 불법적인 행위를 시정하기 위하여 중국 공산당 중앙위원회와 국무원은 1984년 12월 공산당과 정부의 기관 및 관리의 사업행위 및 법인결성을 금지하는 결정을 내렸다. 이 결정은 이러한 불법적인 법인에 대하여 사업폐쇄, 해체, 합병 및 개조명령을 내림으로써 비리를 시정한다는 목적을 가진 것이었다. 이에 따라, 이 결정에 위배되는 법인은 섭외경제계약 당사자의 자격이 박탈되며 이들 법인이 체결한 계약은 무효가 된다. 요컨대, 중국의 모든 법인이 섭외경제계약의 당사자의 자격을 갖는 것은 아니다.<sup>76)</sup>

#### 다. 등록된 사업분야를 일탈한 법인

공상법인은 승인을 얻어 설립하고 사업활동 수행 전에 주관 부문에 생산 및 사업분야에 대한 등록을 하여야 한다. 이러한 절차를 밟지 아니한 경우 그 불법행위의 경중에 따라 벌칙이 부과된다. 민법통칙은 “기업법인은 승인을 얻어 등기된 경영범위내에서 경영에 종사하여야 한다.”라고 규정하고 있다(제42조). 중국의 대외경제무역부가 관할하는 각종 대외무역공사는 많은 수출입상품에 대하여 독점무역권을 가지고 있다. 그 밖에 새로 설립된 대외무역공사는 국무원이 인가한 상품에 대하여만 직접 무역활동에 종사할 수 있다. 지방정부가 설립한 대외무역공사도 역시 마찬가지이다.

어떠한 법인이 등록된 사업 외의 분야에 참여한 경우, 이에 대한 법적 책임을 지며, 법인의 법적 대표는 벌금이나 징계조치의 대상이 된다. 법인의 불법행위가 형법의 적용대상이 된 경우, 법인의 법적 대표에게 형사책임을 추궁한다. 또한, 등록된 범위 외의 사업을 위하여 체결된 섭외경제계약은 무효가 된다.<sup>77)</sup> 따라서, 그 사업

76) *Ibid.*, p.246.

77) S.Pisar, *supra* note 39, pp.263~264.

이 국내경제활동에 국한된 법인은 섭외경제계약 당사자의 자격을 갖지 못한다.

법인이 섭외경제계약 당사자 자격을 구비하였다 할지라도 모든 종류의 섭외경제계약을 체결할 수 있는 것은 아니다. 예컨대, 관련 법규에 의하여 면사 및 면폴리에스터 합성사의 수출은 중국방직품 수출입공사가, 또한 외국기업과의 합작에 의한 중국연안석유개발은 중국해양석유총공사가 각각 독점권을 갖는다. 다른 대외무역공사는 당국의 허가없이 이러한 사업활동을 수행할 수 없다. 외국측 당사자가 계약에 서명하기 전에 당해 계약이 중국측 당사자의 등록·승인된 사업분야 및 범위와 부합되는가를 확인하여야 하는 것도 바로 이러한 이유 때문이다.<sup>78)</sup>

중국기업이 일반적으로 외국 측과 계약을 체결할 권한이 있는지의 여부는 통상적으로 정관이나 국가공상행정관리국이 발급한 영업허가증에 기재되어있다. 예컨대 중국국제투자신탁공사 및 상해투자신탁공사는 그 정관에 외국기업과 계약을 체결할 수 있다고 규정되어 있다. 그러나, 과거 대부분의 중국기업들은 외국측 당사자의 요청이 있어도 정관 또는 영업허가증을 제시하지 않는 관행이 있었다.<sup>79)</sup>

또한 기술을 사용하게 될 공장을 대리하여 중개인이 기술양허계약에 서명하는 경우가 있는 바, 이 경우 계약에 중개인은 통상적으로 대리권 또는 경우에 따라서는 계약규정(특히 제3자에 대한 기술의 비공개에 관한 규정)을 당해 공장으로 하여금 준수하도록 하는 권한이 있다는 어떠한 증명도 제시하지 아니하는 경우가 많았다. 이와 같은 경우에 외국기업은 중국 측에 대한 관련 증명의 제시를 요구하여 그 협상권한을 확인하거나 중국국제무역촉진위원회, 중국

78) *Ibid.*, p.247.

79) P. M. Tobert, *supra* note 42, p.329.



국제경제자문공사 또는 최근 중요 도시에 설립된 중국의 법률사무소 등에 협조를 요청하고 때로는 계약을 공증하는 방법도 고려할 수 있을 것이다.<sup>80)</sup>

#### 라. 중국의 개인

섭외경제계약법에 의하면 외국측 당사자는 회사, 기업 기타의 경제조직 또는 개인이고 중국측 당사자는 중국의 회사, 기업 기타 경제조직이다(제1조). 중국측 당사자로서 자연인이 제외된 이유는 첫째, 중외합자경영기업법의 기초당시, 어느 범위까지 개인기업의 경영이 용인될 수 있을 것인가가 확정되어 있지 않았고, 둘째, 수십년 동안 국민경제의 주역이 국영기업과 집체소유기업(양자를 공유제기업이라고 한다)이었기 때문이다.<sup>81)</sup> 또한 소유제와 관련하여 중국의 자연인이 외국인과 합영기업 또는 합작기업의 설립을 위한 계약을 체결할 수 없다고 설명하는 자도 있다. 즉, 중국의 경제구조는 다종류의 경제가 공존하는 다단계구조이며 중국의 자연인의 소유권은 극히 제한되기 때문에 외국인과의 합작기업 또는 합영기업의 설립은 일반적으로 금지된다고 한다.<sup>82)</sup>

그러나 중국의 경제개혁이 가속화됨에 따라 법이론과 실제 관행에서 몇 가지 변화가 일어나고 있다. 중국의 신문들은 당국의 인가 및 지원을 받는 중국시민이 개인자격으로 외국기업과 중외합자경영기업계약을 체결한 사례를 보도하고 있다. 우리 나라 기업이 체결

80) *Ibid.*, p.330.

81) 關禮雄, “中外合資經營企業法的理論與實踐”, 中國經濟法論集, 第2輯, (香港: 大學出版印務公司, 1987), p.144.

82) 魏家駒, “中國涉外經濟契約的法律與實務,” 中國法學會(澳門東亞大學研究院)編, 佐々木精子(譯), 中國 ビジネス法大系, (中), (東京: 學生社, 1989), pp.731~732

한 계약 중에도 중국기업의 사장이 개인 자격으로 투자하기 위하여 체결한 경우도 있었다. 즉, 당해 계약의 서문에서 “심양수성집단 사장 \_\_\_\_\_과 한국의 \_\_\_\_\_주식회사는 ……계약을 체결한다.”라고 규정하고 본문 제58조에서는 “갑측은 개인의 명의로 투자하고 합영회사의 업무를 처리한다.”(甲方以個人的名義投資併辦理合營會社)라고 규정하고 있다.<sup>83)</sup> 일부에서는 이러한 현상이 예외적인 것이며 개인자격의 중국의 개인이 외국인과 합자경영기업설립계약을 체결하는 것을 장려하는 중국 당국의 정책을 반영한 것은 아니라는 견해를 피력하고 있다. 어찌되었건 이러한 사례는 분명히 발생하고 있으며 이는 중국 당국이 일률적으로 개인자격의 중국인과 외국인과의 합영·합작계약 체결을 금지하는 것은 아니라는 점을 시사해 준다.<sup>84)</sup>

기술도입계약관리조례 제2조에 의하면 기술도입계약에 참여자격을 갖는 중국측 당사자는 중국 영토 내에 거주하는 회사, 기업, 조직 및 개인을 포함한다. 물론 이들 계약은 섭외경제계약의 범주에 속하므로 상기 조례가 중국영역내의 개인에게 섭외경제계약의 참여자격을 부여하고 있다고 판단하여 이 조항이 기존의 섭외경제계약 범으로부터의 중요한 발전이자 보완이라고 평가하는 학자들도 있다.<sup>85)</sup>

## 2. 不法 條項을 포함하는 契約

### 가. 의 의

섭외경제계약법은 계약체결시에 중국의 국내법이 준수되고 중국

83) 文俊朝, 韓國企業의 對中國合營·合作投資契約에 관한 實證的 研究, (서울: 韓國法制研究院, 1993), p.38.

84) Chen An, *supra* note 75, p.249.

85) *Ibid.*

의 사회 내지 공공의 이익이 보호되어야 하며 중국의 법에 위배되고 사회이익을 저해하는 계약은 무효임을 밝히고 있다. 이러한 원칙은 민사법에서도 재삼 강조되고 있다. 최근에 중국의 법률에 위배되고 사회이익을 저해하는 내용으로 인하여 무효화된 섭외경제계약은 다음의 세 가지 부류로 나뉜다. ①일방 계약당사자에 의한 고의적인 불법계약, ②일방 계약당사자의 관련 법규의 무지로 인한 불법계약, ③자본주의 법제도에 익숙한 일방 계약당사자의 사회주의 제도에 대한 무지로 인한 불법계약이다. 이들 세 가지 부류는 그 불법사항 및 불법상황이 각기 다르므로 법적 책임도 달리 부과된다.

#### 나. 사 례

북건성에서 실뱀장어는 환경보호상 국가관리품목이며 그러한 품목의 수출을 위해서는 대외경제무역부의 공식수출허가가 필요하였다. 그런데, 외국인 스미스씨는 중국에 무역회사를 설립하고 당국의 허가없이 실뱀장어를 외국에 수출하기 위하여 실뱀장어를 중국인들로부터 구입하였다. 중국 당국(공상행정관리국 및 세관 등)은 수출을 위하여 허가없이 실뱀장어를 구입하는 것은 불법이며 따라서 실뱀장어구입계약은 무효라는 근거 하에 실뱀장어를 압수하고 스미스씨에 대해 벌금형에 처하였다.<sup>86)</sup>

또한, 어떤 외국회사가 중국의 컴퓨터회사와 기술이전에 관한 계약을 체결하면서 양수인은 향후 10년동안 다른 거래선으로부터 유사한 기술 및 부품을 수입할 수 없다는 규정을 두었다. 이 계약은 중국의 기술도입계약관리조례 제9조 제2항 및 제4항에 위반한 것으로 무효가 선언되었다. 그 밖에도 국가의 자동차수입계획 및 협상원칙을 외국인에게 누설하고 그 대가로 뇌물을 수수한 중국회사

86) *Ibid.*, pp.239~245.

와 외국인과의 계약, 중국의 관세를 탈세하기 위하여 원산지증명과 사업자 등록증을 위조한 경우 그 수출입계약, 관광지 개발과 관련한 합자경영기업설립계약에서 성적 오락을 목적으로 한 계약, 중국 내 토지매매계약, 중국의 외환관리법에 위반된 계약, 중국의 자동차수입금지규정을 어기고 차량을 증여 형식으로 수입한 계약, 중국의 조세법규에 위배되는 조항을 규정한 계약 등도 역시 무효가 선언되었다.<sup>87)</sup>

### 3. 詐欺 또는 強迫에 의한 계약

섭외경제계약법 제10조는 “사기 또는 강박의 수단에 의하여 체결된 계약은 무효이다.”라고 규정하고 있다. 일반적으로 모든 국가는 불법적인 방법으로 일방이 타방의 의사에 반하여 계약을 체결하도록 하는 행위 자체가 불법이라는 근거로 이를 금지하고 있다. 그러나 엄격한 의미에서 불법계약은 그 내용이 불법임을 말하며 사기 또는 강박에 의하여 체결된 계약은 계약체결에 사용된 수단이 불법임을 말한다. 후자에 해당하는 계약은 어떠한 경우에도 무효로 간주된다. 중국의 어떠한 가족회사가 외국으로부터 수입한 산업용 쇠가죽중 50%가 계약에 명시된 기준에 미달한 사건에서 계약체결과 정에서 매수인은 매도인에게 악용할 소지를 주었고 매도인이 이를 악용하였는 바, 매도인에게 사기행위가 있었음을 판시한 바 있다.<sup>88)</sup>

---

87) *Ibid.*, pp.250~256.

88) *Ibid.*, p.250.

### Ⅲ. 契約의 無效 防止와 無效인 契約의 處理

#### 1. 涉外經濟契約法の 關聯 規定

무효인 계약은 사회경제질서 및 계약 당사자의 합법적 권리에 부정적인 결과를 초래하게 되므로 관련 기관과 계약 당사자는 무효인 계약을 적절하게 처리하고 무효의 소지를 안고 있는 계약의 체결을 방지하고자 한다. 무효인 계약의 사후처리에 관하여 섭외경제계약법은 두 가지 조항을 예비해 두고 있다. 첫째, 섭외경제계약법 제9조는 “……계약중의 조항이 중국의 법률 또는 사회공공이익에 위반되는 경우 당사자가 협의하여 그것을 취소 또는 개정한 후에는 계약의 효력에 영향을 미치지 아니한다.”라고 규정하고 있다.

이 규정은 발전중인 법제도가 가지는 복잡성과 모호성 속에서 외국당사자들이 의지할 수 있는 구제조항(relief provision)으로 이해되고 있다.<sup>89)</sup> 둘째, 섭외경제계약법 제11조는 “당사자 일방이 계약의 무효에 책임이 있는 경우, 상대방이 계약의 무효로 인하여 입은 손실에 대하여 배상책임을 져야 한다.”라고 규정하고 있다. 이상의 두 가지 조항은 섭외경제계약법이 무효인 경우 이를 처리하는 원칙적인 사항을 명시한 것이다.

#### 2. 『無效인 經濟契約의 確認과 處理에 관한 暫定規定』의 關聯 規定

섭외경제계약법외에도 중국은 무효인 경제계약을 처리하기 위한

89) Zhang Yuqing & J. S. McLean, supra note 18, p.133.

## 第2章 中國의 涉外經濟契約 關聯法

법령들을 가지고 있다. 즉, 1985년 7월 25일 중국의 공상행정관리국은 오랜 기간에 걸쳐 무효인 계약을 처리한 경험을 근거로 『무효인 경제계약의 확인과 처리에 관한 잠정규정』(國家工商行政管理局關於確認和處理無效經濟合同的暫定規定)을 공포하였다. 이 규정은 중국이 무효인 경제계약을 처리하는 기본적인 기준이 되고 있고, 섭외경제계약에도 적용된다.<sup>90)</sup> 이 잠정조례에 의하면 무효인 경제계약의 확인 및 처리의 권한은 공상행정관리총국 및 각급 인민법원에 속하며, 무효인 경제계약은 ①무자격자와의 계약, ②불법적인 조항을 포함한 계약, ③대리권 없는 자에 의한 계약으로 분류된다. 이들 항목은 다시 각각 3~4개의 세부항목을 포함함으로써 무효인 계약은 총 11개의 항목으로 세분되어 있다.

한편, 상기 잠정규정은 공상행정관리국의 무효확인에 관한 사항만을 규정하고 있으나, 「경제계약법」 제7조는 경제계약의 무효확인의 권한을 계약관리기구, 즉 공상행정관리국 및 인민법원에 귀속시키고 있다. 따라서 계약 당사자는 인민법원에 계약무효의 확인 및 처리를 요청할 수 있다. 그리고 공상행정관리국은 자체 조사를 통해 또는 제3자의 제보에 따라 무효인 계약사례를 적발하였을 경우, 이 문제의 처리에 나서야 한다. 관련 사실과 당사자의 책임 소재를 파악한 후 공상행정관리국은 무효계약확인서를 작성한다. <sup>91)</sup> 일단 확인서가 발효되면 ①문제의 경제계약은 계약체결일로 소급하여 법적 효력을 상실한다. ②미이행된 계약은 사후에 이행하여서는 안된다. ③현재 이행중인 계약은 즉시 그 이행이 중지된다. ④부분적으로 무효조항과 유효조항이 다같이 포함되어 있는 계약은 무효조항

90) Chen An, supra note 75, p.257.

91) 『無效인 經濟契約의 確認과 處理에 관한 暫定規定』 第3條 (1) 및 (2).

의 실시가 유효조항에 영향을 미치지 아니하는 한 부분적인 유효조항의 유지가 가능하다.92)

무효인 계약에 대한 처리에는 책임 당사자의 과실 정도에 따라, 원상회복, 배상 또는 몰수 등의 방식이 적용된다.93) 앞서 설명한 사례들에서도 계약은 무효임이 확인된 후 그 각 개별적인 상황에 따라 처리되었다. 지금까지의 섭외경제계약의 무효처리사례에 대한 분석 및 분류작업의 결과에 의하면 원상회복, 배상, 몰수 등의 방식이 단일하게 또는 복합적으로 적용되었음이 밝혀졌다.94) 원상회복은 계약 당사자간의 재산관계를 계약체결이전의 상태로 복귀시키는 것을 의미한다. ①계약 당사자들은 상대방에게 계약에 의거하여 상대방으로부터 취득한 목적물을 반환하여야 하며 그 목적물이 존재하지 아니한 경우 또는 합법적으로 제3자에게 귀속된 경우에는 피해를 입은 당사자에게 피해재산의 가액을 배상하여야 한다.

②손해를 야기한 당사자는 상대방에게 실제로 발생한 손해에 대하여 배상하여야 한다. 계약의 쌍방 당사자 모두에게 책임이 있는 경우 각각의 책임정도에 따라 상대방에게 배상하여야 한다.

③몰수는 고의적으로 국가의 이익을 손상시킨 당사자에 대하여 경제적인 제재를 가하는 것을 의미한다. 쌍방 계약당사자가 고의적으로 불법행위를 한 경우에는 계약에 의하여 취득된 또는 취득하게 될 재산은 몰수되어 국고에 귀속된다. 일방 당사자만이 고의적인 불법행위에 대한 책임이 있을 경우에는 취득재산은 상대방에게 반환된다. 선의의 당사자가 귀책 당사자로부터 계약에 의거하여 취득한 또는 취득하게 될 재산도 마찬가지로 몰수의 대상이 된다.95)

92) 『無效인 經濟契約의 確認과 處理에 관한 暫定規定』 제2조.

93) 이에 관한 구체적인 내용은 林惠辰 外, *supra* note 71, pp. 158~160. 참조.

94) Chen An, *supra* note 75, p.265.

### 3. 『經濟契約의 鑑證에 관한 暫定規定』

1985년 8월 13일 국가공상행정관리총국은 계약이 무효가 되는 것을 방지하여 경제계약법규의 시행을 원활히 함으로써 당사자의 법적 권익을 보호하기 위해 『經濟契約의 鑑證에 관한 暫定規定』(國家工商行政管理局關於經濟合同鑑證的暫定規定)을 공포하였다. 이에 의하면 경제계약관리기관은 계약 당사자 쌍방의 신청에 따라 계약의 합법성 여부, 당사자간의 진정한 의사합치 여부를 확인한다. 중국법이 달리 규정하고 있지 아니하는 한, 경제계약의 감정은 당사자의 자발적인 신청에 의하여 행하여질 뿐이다. 경제계약의 감정은 통상적으로 공상행정관리국에 의하여 계약체결지 또는 계약이행지에서 실시된다.

그 감정내용은 다음과 같다. ①경제계약을 체결한 당사자가 계약체결의 자격(예컨대, 행위능력)을 구비하였는지의 여부, ②경제계약이 당사자들의 진정한 의사를 반영하고 있는지의 여부, ③경제계약의 내용이 중국의 법률, 국가의 정책 및 계획에 저촉되는지의 여부, ④경제계약의 본문이 완전하게 작성되었고 조문의 의미가 명확히 표현되었는지의 여부와 계약체결이 합법적 절차에 따른 것인지의 여부이다.<sup>96)</sup> 이러한 중국의 감정제도는 섭외경제계약에서도 준용될 것이다. 최근 몇년동안 체결된 섭외경제계약중 중국의 국내법이나 사회공공이익의 위반을 이유로 무효화된 계약의 경우, 과실과 법의 무지로 인한 것이 상당부분을 차지하고 있고 감정제도의 적극

95) 그러나, 귀책 당사자의 재산을 몰수함에 있어서는 선의의 상대방의 합법적 권익이 침해받지 않도록 각별한 주의를 하도록 하고 있다. 『無效인 經濟契約의 確認과 處理에 관한 暫定規定』 제2조.

96) 經濟契約의 鑑證에 관한 暫定規定 제5조.



#### 第5節 涉外經濟契約의 無效와 그 處理

적인 실시는 이들 부류에 해당하는 계약 당사자에게 시기적절한 조언을 통하여 법지식의 보강, 준법태도의 강화 그리고 불법조항의 수정기회를 제공하여 분쟁 및 손실을 미연에 방지하는데 기여를 할 것이다.<sup>97)</sup>

---

97) Chen An, *supra* note 75, p.266.



## 第3章

# 涉外經濟紛爭의 類型과 準據法



## 第3章 涉外經濟紛爭의 類型과 準據法

### 第1節 涉外經濟契約에 대한 準據法

#### I. 準據法의 選擇과 當事者自治

중국의 학자들은 예외없이 중국섭외사법상의 계약제도에서 당사자자치는 하나의 기본원칙이며, 98) 따라서 섭외계약당사자들은 계약에 적용될 법률을 적용할 수 있음을 지적하고 있다. 그러나, 중국법이 어떠한 외국법의 적용을 요구하고 있는 계약사건에서 만약 당해 외국의 섭외사법이 중국법의 적용을 적시하고 있다할지라도, 중국법원이 중국법을 적용하게 될 것인지, 아니면 직접적으로 외국의 계약에 관한 법규정을 적용할 것인지는 불분명하다. 또한, “강행” 규정과 “임의” 규정의 구분을 전제로 분쟁해결시의 준거법에 관한 규정은 당사자들이 선택할 수 있는 임의규정이라는 중국학자의 주장은 99) 분류의 근거와 기준이 명확하지 않다.

#### II. 準據法 選擇의 範圍와 制限

섭외경제계약법 제4조는 계약의 중국법에 의한 체결을 요구한 반

98) 민법통칙 제145조 및 섭외경제계약법 제5조.

99) 董世忠, “中國과의 貿易再開를 위한 法的現況”, 國際세미나 韓中經濟 交流의 實際와 展望, (서울: 法制處, 1988), p.376.

### 第3章 涉外經濟紛爭의 類型과 準據法

면, 제5조는 중외합자경영기업계약, 중외합작경영기업계약 및 천연자원의 탐사개발계약은 중국법을 준거법으로 하되, 기타의 경우에는 당사자의 준거법 선택의 자유를 허용하고 있다.<sup>100)</sup> 제4조와 제5조를 엄격하게 해석한다면, 중국법은 모든 계약에 적용되며 당사자가 선택할 수 있는 준거법은 외국의 절차법임을 의미하는 것이 될 것이다. 또한 중국에서 “계약분쟁”이라 함은 흔히 계약의 이행으로부터 발생하는 문제로 이해되어 왔으며, 이러한 입장에 의하면 준거법의 선택이란 계약 전체를 지배하는 법을 선택하는 것을 의미하지 않는다.<sup>101)</sup>

그러나, 최고인민법원은 유권해석을 통해 이러한 입장을 부인하였다. 즉, 1987년 10월 19일의 關於適用涉外合同法若干問題的解答<sup>102)</sup> 第一. (1)에 의하면 “섭외경제계약법 제5조에 규정된 ‘계약분쟁’이라는 용어는 넓게 해석되어야 한다. 즉, 계약의 체결, 계약의 체결일, 해석, 이행, 계약위반자의 의무, 계약의 변경, 위반에 대한 책임, 양도, 폐지, 종료 등에 관한 분쟁을 말한다”라고 규정하고 있다.<sup>103)</sup> 즉, 당사자가 선택할 수 있는 준거법은 실체법이며,

100) 섭외경제계약법 제5조는 다음과 같이 규정하고 있다. ①계약당사자들은 계약분쟁의 처리에 적용될 법률을 선택할 수 있다. 그러한 선택을 하지 아니하는 경우에는 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법률이 적용된다. ②중화인민공화국의 영역 내에서 이행되는 중외합자경영계약, 중외합작경영계약, 천연자원의 탐사·개발합작계약은 중화인민공화국의 법률이 적용된다. ③중화인민공화국의 법률이 없는 경우에는 국제관례가 적용된다. 또한, 민법통칙 제145조는 “섭외계약의 당사자는 법률에 별도의 규정이 없는 한, 계약의 분쟁처리에 적용되는 법률을 선택할 수 있다. 섭외계약의 당사자가 선택하지 아니한 경우에는 계약과 가장 밀접한 관계가 있는 국가의 법률을 적용한다.”라고 규정하고 있다.

101) Xu Goujian, Xu Goujian, “Contract in Chinese Private International Law,” *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.38(1989), p.649.

102) 이러한 유권해석은 법은 아니지만 법적 구속력을 갖는 법률문서이다. *Ibid.*, p.650.

그것은 계약 전체를 지배하는 법을 말한다는 것이다.

준거법의 선택방법과 시기에 대하여는涉外경제계약법에서 명확한 규정을 두고 있지 않았지만 關於適用涉外合同法若干問題的解答 第七은 “계약은 계약의 조건에 대하여 당사자가 서명한 때 성립된다. 다만, 우편, 전신 또는 텔렉스 등에 의하여 합의에 도달하고 일방이 확인서에 서명할 것을 요구하는 경우, 계약은 확인서에 서명한 때 성립한다. 그러나 준거법은 서면으로 선택하여야 한다”라고 규정하고 있다.

일부 지방법 예컨대, 「大連涉外經濟契約條例」 제6조는 “계약에 적용될 법에서 분쟁의 대상이 된 문제를 규율하는 조항이 없을 경우에는 중국법, 쌍방당사자들이 합의한 법 또는 쌍방당사자들이 수락할 수 있는 일반법률원칙을 적용한다.”라고 규정하고 있다. 여기에서 “쌍방당사자가 수락할 수 있는”이라는 구절이 구체적인 분쟁이 발생한 후에 수락할 수 있는 것을 의미하는지, 아니면 당사자의 의사와 관계없이 분쟁해결기관이 그와 같이 판단할 수 있는 재량권을 가진다는 것을 의미하는지 명확하지 않다. 또한 여기에서 일반법률원칙이란 또한 그 용어의 표현으로 보아, 중국의 법률상의 일반원칙을 의미하는 것으로 보아야 할 것이다. 關於適用涉外合同法若干問題的解答 第二(4)에 의하면 “준거법은 계약체결시 또는 계약분쟁이 발생한 후, 심지어는 인민법원이 소송을 수리한 후에도 선택할 수 있으나 법원이 사건을 심리하기 전에 그러한 선택이 이루어져야 한다.”라고 규정하고 있다.

103) 1988 中國法律年鑑, (上海: 法律出版社, 1988) p.157. 참조.

### Ⅲ. 準據法 非指定時의 最密關聯法の의 適用

#### 1. 中國의 關聯法 規定

섭외경제계약법 제5조 및 민법통칙 제145조에 의하면,<sup>104)</sup> 계약 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 때에는 중국법원은 가장 밀접한 관련성을 가진 국가의 법을 적용한다. 그런데, 대외경제합작부가 제안한 섭외경제계약법 초안에서는 계약과 실제관련성을 지닌 국가의 법을 당사자들이 준거법으로 선택할 수 있도록 하는 규정을 두고 있었으나, 현행 섭외경제계약법은 물론이고 민법통칙 등 중국의 어떠한 법률에도 최밀관련성의 요건에 관하여 규정하고 있지 않다.<sup>105)</sup>

“最密關聯要素의 원칙”이라 함은 많은 국가의 국내법과 국제조약에서 채택되고 있으며 당사자들이 계약의 준거법을 선택하지 아니한 경우 법원이 그 계약이 어떠한 국가와의 관계가 가장 밀접한가를 기준으로 판단하여 준거법을 결정한다는 것을 말한다. 어떠한 섭외계약도 항상 체결지, 계약이행지, 목적물의 소재지, 당사자의 국적지, 주소지, 거주지, 주된 업무중심관리지, 영업지, 계약분쟁심

104) 동조는 “①섭외계약의 당사자들은 계약분쟁의 처리에 적용될 법률을 선택할 수 있다. 중국의 법률이 달리 규정한 경우에는 그러하지 아니하다. ②섭외계약의 당사자들이 그와 같이 선택하지 아니한 경우에는 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법률이 적용된다.”라고 규정하고 있다.

105) 중국은 중재인이 다음과 같은 세 가지 원칙을 고려하는 우의적 중재인으로 행동하기를 희망한다. 즉, ①당사자의 독립의 원칙 ②당사자평등과 호혜 ③합리적으로 유용한 국제관례의 배려이다. 다만, 중재인은 외국의 법이 합리적이 아니거나 중국의 공공질서에 위배되는 경우 그러한 법률의 적용을 거부하여야 한다는 것이다.



리지 등과 같은 관련 국가와의 관계가 발생한다. 이러한 각종 관계가 바로 계약의 관련요소이며, 소위 계약과 가장 밀접한 관계를 가진 요소는 각종 계약과 관련 국가와의 각종 관계에서 계약과 특정 국가와의 관련성이 특별히 밀접한 것을 의미한다.<sup>106)</sup>

그러나, 최밀관련요소를 확정하는 방법은 국가마다 이해와 적용을 달리한다. 그 결과 각국의 법률선택에는 커다란 차이가 있게 되며 확정된 충돌규범에 의한 준거법 선택이 갖는 예측가능성과 안정성을 파괴하게 되었다. 이러한 맥락에서 볼 때, 중국이 어떠한 입장을 가지고 있는가는 대단히 중요한 문제가 아닐 수 없다. 오랫동안 대다수의 국가들이 계약체결지를 계약과 가장 밀접한 관계가 있는 것으로 인정하여 왔다. 그 근거는 계약체결지가 계약의 유효한 성립을 결정하게 되며 어떠한 계약의 유효한 성립도 체결지국의 법률에 위반되어서는 아니되며 많은 계약이 체결지국 법률에 따라 승인을 받기 때문이라는 것이다.

그러나 국제경제관계의 부단한 발전 특히 과학기술의 발전에 따라 계약체결방식이 전통적인 대화방식에서 점차 전보, 전화, 텔렉스와 같은 비대화방식으로 대체되고 있고 체결지와 계약의 의무간에 실질적으로 별다른 관계가 없는 경우도 있기에 계약의 체결지를 최밀관련요소를 가진 것으로 단정하기도 어렵게 되었다. 현재로서는 계약체결지주의를 채택한 국가는 차츰 줄어들고 있고 오히려 계약이행지주의를 채택하는 국가가 차츰 증가하고 있다.

계약이행지주의는 계약체결지주의에 반대하여 발전해온 것이다. 최근에는 계약체결지를 확정하기 어려운 경우 계약이행지를 계약의 최밀관련지로 인정하는 경우가 늘고 있는바, 계약이란 반드시 이행되어야 하며 체결지보다는 이행지를 확정하기 용이하다는 것을 그

106) 董立坤, 國際私法學, (北京: 中央廣播電視大學出版社, 1989), p. 76.

### 第3章 涉外經濟紛爭의 類型과 準據法

근거로 하고 있다. 또한 계약 이행지국으로서도 계약상의 의무이행은 이행지에서 비로소 실현될 수 있으며, 계약의 이행과 이행지국의 이익은 밀접한 관련성이 있음을 감안하여, 다른 국가의 법률체계가 그 계약의 이행을 지배하는 것을 허용하지 않고자 하기 때문이다.

그럼에도 불구하고 국제교역의 유형이 다양화되면서 계약의 종류도 증가함에 따라 계약체결지주의 또는 계약이행지주의만으로는 그 변화에 적용할 수 없게 되었다. 예컨대, 경매계약, 운송계약, 보험 등 많은 유형의 계약에서는 체결지 또는 이행을 확정하기 곤란하며 체결지 또는 이행지 모두 계약과 특별한 관계가 없는 경우가 있다. 이러한 상황에서 계약의 특정이행에 근거하여 계약과 가장 밀접한 관계가 있는 법률을 준거법을 선택하는 방법이 생겨나게 되었다.

특정이행계약은 계약의 주요 특징을 반영한 계약의 이행행위를 표현하고 있다. 예컨대, 매매계약에서는 매주는 매주에게 실물을 제공하고, 매주는 매주에게 금전을 지급하는 경우, 매주의 실물의 매각이 없으면 매주의 금전지급이 있을 수 없으므로 실물매각행위를 이행행위로 본다. 운송계약에서는 운송인의 책임은 화물을 목적지까지 운송하는 것이므로 운송의뢰인의 책임은 운송인에게 운송비를 지불하는 것이며, 운송인의 화물운송행위가 없으면, 그러한 계약관계가 발생할 수 없다. 따라서, 운송인의 화물운송행위를 이행행위로 본다.<sup>107)</sup>

107) 이에 관해서는 盧宋, “論最密接聯系原則,” 中國國際法年刊, (1989), pp.163~167.참조.

## 2. 最高人民法院의 『涉外經濟契約法適用의 若干의 問題에 관한 解答』

한편, 최고인민법원의 『涉外經濟契約法適用의 若干의 問題에 관한 解答』(關於適用涉外合同法若干問題的解答)에서는 섭외경제계약을 기술이전 등 13가지 유형으로 구분하여 구체적으로 열거하고 있다. (1) 국제화물매매계약은 계약체결시의 매주의 영업소 소재지의 법률을 준거법으로 한다. 만약 매주의 영업소 소재지에서 계약을 협상을 하고 체결한 경우 또는 계약에 매주가 매주의 영업소 소재지에서 화물인도의무를 이행한다고 규정한 경우에는 계약체결당시의 매주의 영업소 소재지의 법률을 준거법으로 한다. (2) 은행대부 또는 담보계약에는 대부은행 또는 담보은행 소재지의 법률을 준거법으로 한다. (3) 보험계약은 보험인의 영업소 소재지의 법률을 준거법으로 한다. (4) 가공위탁계약은 가공수탁인 영업소 소재지의 법률을 준거법으로 한다. (5) 기술이전계약은 양수인의 영업소 소재지의 법률을 준거법으로 한다. (6) 도급공사계약은 공사 실시지의 법률을 준거법으로 한다. (7) 과학기술자문 또는 설계계약은 위탁인 영업소 소재지의 법률을 준거법으로 한다. (8) 노무계약은 노무 실시지의 법률을 준거법으로 한다. (9) 설비일체 공급계약의 경우에는 설비설치지의 법률을 준거법으로 한다. (10) 대리계약의 경우에는 대리인의 영업소 소재지의 법률을 준거법으로 한다. (11) 부동산 임대차 또는 매매 또는 저당에 관한 계약은 부동산 소재지의 법률을 준거법으로 한다. (12) 동산임대차계약은 임대인 영업소 소재지의 법률을 준거법으로 한다. (13) 창고보관계약의 경우에는 창고보관인 영업소 소재지의 법률을 준거법으로 한다. 108)

### 第3章 涉外經濟紛爭의 類型과 準據法

중국의 학자들은 『섭외경제계약법적용의 약간의 문제에 관한 해답』에서 13가지 유형의 계약에 대하여 중국법을 적용하도록 한 것은 최밀관련요소를 구체화한 것으로 보고 있다.<sup>109)</sup> 이러한 주장에 따르면, 계약 당사자들이 중국법이 아닌 법률을 준거법을 선택하는 것도 허용된다고 볼 수 있다.<sup>110)</sup> 독립곤은 다음 세가지 방법에 의하여 계약의 최밀관련요소를 확정하게 된다고 지적하고 있다.

즉, 첫째, 계약 체결지를 고려한다. 계약이 체결지국의 법률에 따라 체결되었고 체결지국의 승인을 얻어야 하는가를 기준으로, 체결지국의 승인이 당해 계약의 성립요건인 경우에는 체결지가 최밀관련요소를 갖는 것으로 인정하여야 한다. 둘째, 계약 이행지를 고려한다. 계약이 국외에서 체결되었다 할지라도 그 주요 의무의 이행지가 국내에 있는 경우에는 이행지가 최밀관련요소를 갖는다. 예컨대 중외보상무역계약에서 제품의 생산부터 외국인의 기계와 원재료의 비용을 보상하기 위한 수출까지의 이행지는 중국이므로 중국측 당사자의 이행행위가 없다면 계약은 성립할 수 없으며, 따라서, 계약이행지가 최밀관련요소를 갖는 것으로 인정하여야 한다. 셋째, 당사자 일방의 계약이행은 주로 타방에게 실물 또는 노무를 제공하는 것이고 타방의 계약이행이 주로 일방에게 금전을 지불하는 특정 이행계약인 경우에는 일방의 특정이행지가 최밀관련요소를 갖는 것으로 인정하여야 한다.<sup>111)</sup>

한편, 同 해답 第二(5)는 당사자가 선택하거나 법원이 결정하는

108) 1988 中國法律年鑑, p.157.

109) 董立坤, supra note 106, p.177.; 林惠辰 外, supra note 71, p.168.

110) 최고인민법원의 해답의 내용이 당사자 자치를 제한한 것으로 본다 면, 그러한 13개 유형의 계약은 반드시 중국법을 준거법으로 하여야 하며, 외국법을 준거법으로 정한 계약규정은 무효가 된다고 보아야 한다.

111) 董立坤, supra note 106, p.175~176.

가장 밀접한 관계가 있는 국가의 법이란 저촉법이나 절차법이 아니라 당해 국가의 현행 실체법이라고 못박고 있다. 다시 말해서 당사자들간에 준거법의 선택이 없는 경우에는 법원 또는 중재판정부가 준거법을 결정하여야 한다. 그러나, 계약이 체결된 장소의 법, 계약을 이행하였거나 현재 이행중이거나 이행하게 될 장소의 법, 또는 중재기구가 위치한 장소의 법과 같이 계약과 가장 밀접한 연관을 갖는 법을 적용하여야 한다. 그밖에 중재인이 판정기준이 되는 법률을 정하는 때에는 ①중재지, ②계약의 목적물인 물건이나 권리의 소재지, ③계약 당사자의 국적·주소지·사무소 소재지·회사의 등록지, ④중전의 거래와의 관계, ⑤계약사항의 성격, ⑥당해 법률이 거래에 미치는 영향 등을 고려한다.<sup>112)</sup>

이와 같이 중국의涉外경제계약법 규정 그 자체로는 크게 문제가 될 것이 없지만, 엄격한 의미에서 법이 아닌 최고인민법원의 유권적 해석을 통하여 제시된 최밀관련요소의 결정기준에 따르면, 중요한涉外경제계약 대부분이 중국법이 준거법이 되도록 하고 있다.

#### IV. 外國法の 調査와 證明

同 해답 第二(11)은 외국법이 준거법으로 선택된 경우, 외국법의 조사와 증명을 인민법원의 의무로 하고 있다는 점에서 진보된 견해를 채택하고 있다. 인민법원은 외국법의 내용은 당사자가 아닌 인민법원이 확인할 의무가 있지만 그 내용을 스스로 결정하는 것이 아니며, 법 자체를 결정할 수 없을 때에는 ①당사자가 제공하는 정보, ②관련국가에 주재하는 하는 중국대사관 또는 영사관이 제공하는 정보, ③관련국가의 주중대사관 또는 영사관이 제공하는 정보,

112) 陶春明, 王生長 (編著), 中國國際貿易仲裁-手續理論과 實務- (北京:人民中國出版社, 1992), p.124.

### 第3章 涉外經濟紛爭의 類型과 準據法

④중국과 외국의 법률전문가가 제공하는 정보를 통하여 확인하도록 하고 있다. 또한 인민법원이 이러한 네 가지 정보로도 그 내용을 확인할 수 없을 때에는 관련 중국법을 준용하도록 하고 있다.

그러나, 동 해답이 외국법의 내용이 불명확한 경우, 중국법을 적용하도록 한 것은 최근의 조리 적용설 또는 근사법 적용설이 국제적인 통설인 점에 비추어 볼 때, 개선되어야 할 부분이다. 왜냐하면 법정지법 적용설의 문제점은 법관들로 하여금 법정지법으로 도피하는 것을 가능하게 하여 외국법 적용의 기회를 줄이는 작용을 할 우려가 있기 때문이다.<sup>113)</sup>

## V. 準據法 決定에 관한 福建省아파트 分讓 事件判決

### 1. 事實關係

복건성의 인민법원이 내린 한 판결은 당사자 자치와 관련하여 준거법의 묵시적 합의를 비롯한 여러 가지 문제에 대하여 시사하고 있어 주목할 만하다. 그 사건개요와 쟁점 및 이에 대한 중국의 법조계의 입장을 소개하면 다음과 같다.<sup>114)</sup> 1981년 홍콩의 A사와 복건성소재 모시의 B사는 다음과 같은 아파트건설합작계약을 체결하였다. A사는 건설자본을 제공하고 홍콩, 마카오 및 동남아시아에서 분양광고를 내고 매매계약과 관련된 업무를 처리하며, B사는 건설부지 확보, 건설업자 확보, 그리고 시내에서의 광고 및 매매계약

113) 金秉俊, “外國法の 調査와 證明,” 判例研究 第3輯 (서울地方辯護士會, 1990), p.109~120.

114) Chen An, *supra* note 75, pp.260~262.

등에 관련된 업무를 처리하기로 하였다.

1982년 아파트 매입자들은 몇 가지 시설에 하자가 있으며, 가용 주거면적이 광고 내용보다 적음을 발견하였다. 광고에 따르면 가용 주거면적은 총 건물면적의 85%였으나 실제로는 73~76%에 불과하였다. 가용면적계산에 홍콩 방식이 적용된다면 가용면적은 85%에 달하지만, 복건성의 보편적인 방식을 적용한다면 선전된 내용과 실제가용면적간에는 차이가 발생하는 것이다. 복건성의 19명의 소유주들은 가용면적에 대한 허위정보게재를 이유로 두 회사를 상대로 인민법원에 소송을 제기하고, 계약에 명시된 대로 새로운 아파트건물을 건설하거나 매매계약을 무효화하고 대금을 반환하도록 명해질 것을 청구하였다. 아울러 이러한 사기행위로 입은 경제적 손실에 대한 배상도 청구하였다.

이에 대해 A사는 매매계약, 광고 및 첨부된 도면의 정보는 일치하며 건설당사자간에 합의된 것이라고 주장하였다. 가용면적계산과 관련하여 건설당사자는 구매행위가 발생한 장소인 홍콩의 기준을 채택한다는데 동의하였고 이에 따라 문제의 아파트에서 가용면적은 85%에 달하였다고 주장하였다. 또한 이 방식은 매매계약서마다 첨부된 도면이나 규격표에도 언급되어 있었고 당사자간에 양해가 이루어진 상태이므로 부실공사로 인한 보수의 책임은 건설업자인 B사에 있다고 주장하였다.

B사는 복건성과 홍콩에서의 광고내용은 서로 동일하며, 가용면적의 계산은 홍콩방식에 따랐으며, 도면과 규격표 등이 매매계약에 첨부되지 않았지만 매수인들은 계약체결전에 이 문제에 대해 질문을 하였고 실제로 현장을 방문하여 위치 및 가용면적을 살펴보고 당시에는 아무런 이의도 제기하지 않았으므로 매매당사자간에 양해가 성립되었음이 명백하다고 주장하였다.

## 2. 福建省 中級人民法院 判決

복건성 중급인민법원은 심리에 착수하여 증거를 수집하고 증언을 청취하고 몇 개의 지역건설회사들에서 뽑은 엔지니어들로 구성된 감정인단에 문제의 건물 내장 및 외장 수준의 검사를 의뢰하였으며 그 결과를 토대로 다음의 판결을 내렸다. 1) 가용면적의 문제는 계약체결후 계산방식 적용의 차이로 발생하였다. 그러나 계약체결당시 매매 당사자간의 양해 및 의사의 개진이 분명하게 이루어졌으므로 본 계약이 처음부터 무효라고 볼 수는 없다. 2) 피고인들의 계약이행에 있어서의 여러 가지 하자로 인하여 원고들은 일상생활의 영위에 많은 피해를 입었다. 따라서 피고들은 이에 대한 경제적 보상의 책임이 있으며 시건설관리국의 감독 하에 보수를 실시하여야 한다. 원고들은 판결에 불복하고, 복건성 고급인민법원에 항소하였다.

## 3. 判決에 대한 中國法曹界의 評價

### 가. 비판론

일부 법조인들은 원심판결에 대하여 다음 몇 가지 논거를 들어 비판하였다.<sup>115)</sup> 첫째, 저축법의 원칙상涉外경제계약의 효력 및 해석에 적용될 법은 일반적으로 계약체결지법(*lex loci contractus*)이므로 이 사건에 있어서 적용될 법은 홍콩법이어야 한다는 것이다. 그러나 또 다른 원칙 즉, 계약이행지법(*lex loci solutionis*)도 고려되어야 한다. 다시 말해서 이는 계약이행에 관한 분쟁이 발생할 경우 『계약이행지법』을 결정적인 준거법으로 간주하는 것이다.

115) *Ibid.*, pp.261~262.



이 사례는 계약이행에 관한 분쟁의 경우였으며 계약이행지가 복건성이었으므로 복건성의 규칙 및 관례에 의거하였어야 한다는 것이었다.

둘째, 국제관례상 부동산에 관한 분쟁에 대하여는 일반적으로 *lex situs* 즉 재산소재지법이 준거법이 된다는 주장이다. 중국 민법통칙 제144조도 *lex situs*원칙을 규정하고 있는 바, 이는 중국이 국제관례를 존중하고 있음을 시사하는 것이므로 본 사건에서도 문제의 건물 소재지인 복건성의 관례에 따라야 했다는 것이다.

셋째, 복건성에서 체결된 아파트 12채의 매매계약에는 *lex loci contractus*, *lex loci solutionis* 및 *lex situs*에 관계없이 복건성의 관습적인 면적 산출방법을 적용하여야 했다는 주장이다.

넷째, 인민법원의 판결은 “문제의 계약을 해석함에 있어서 홍콩의 면적 산출방법에 따라야 한다.”는 피고측의 주장을 지지하고 있으나 이는 섭외사법상의 원칙에도 위배될 뿐만 아니라 중국 본토에 거주하는 시민의 합법적인 권리를 침해할 우려가 있다는 주장이다. 중국의 주권 및 법의 존엄성과 중국 시민의 권익이 영향을 받을 수 있는 사안에 관하여는 섭외경제계약을 둘러싼 분쟁시 준거법 선택에 대하여 각별히 주의해야 한다는 것이다.

#### 나. 찬동론

한편 다음과 같은 논거로 인민법원의 판결을 지지하는 입장도 있었다.<sup>116)</sup> 첫째, 준거법 선택에 관한 국제적으로 통용되는 원칙은 당사자 자치가 우선한다는 것이다. 섭외경제계약법 제5조는 “계약 당사자는 분쟁의 해결을 위하여 적용될 법을 선택할 수 있다.”라고

---

116) *Ibid.*, pp.262~264.

### 第3章 涉外經濟紛爭의 類型과 準據法

규정하고 있고 민법통칙 제145조도 동일한 취지로 규정하고 있는 바, 중국이 당사자 자치의 원칙을 인정하고 있음을 보여준다. 따라서 이 원칙은 *lex loci contractus* 또는 *lex loci solutionis*에 우선하여 적용되어야 한다.

다시 말해 당사자간에 명시적으로 준거법을 선택한 이상, 기타의 저촉법 원칙은 배제되어야 한다. 이 사건에 있어서 B사와 A사는 가용면적계산에 있어서 홍콩의 보편적 관례를 채택한다는데 합의하였으며, 법원은 이들의 당사자 자치를 인정하여야 한다. 홍콩에서 체결된 22건의 매매계약에 관한 한 계약서에 규격도면이 첨부되어 있었으므로 당사자간의 양해 및 의견의 개진이 분명히 이루어졌다고 간주하는 것이 타당하며 이러한 경우 중국의 법원은 당사자 자치의 원칙을 존중하여 당사자들의 합의에 대해 법적 효력을 인정하여야 한다.

둘째, 매매계약서에 규격도면이 첨부되어 있지 않았다 할지라도 매수인이 아파트 건물을 실제로 방문하여 직접 건물상태를 점검하였으므로 매수인의 계약체결은 자유의사의 표현으로 보아야 하며, 사기행위를 이유로 계약을 처음부터 무효로 간주하는 것은 타당하지 않다.

셋째, 국제관례 및 중국 민법통칙이 부동산과 관련된 국제분쟁에 있어서 *lex situs* 원칙의 적용을 인정하고 있으나 재산소유권의 범위 및 재산권의 내용이나 행사에 *lex situs*가 적용되어야 한다는 뜻이다. 그러나, 당사자에게 소재지(*situs*)의 전용면적 계산방식을 채택하도록 강요하거나 준거법 선택의 권리를 박탈하여서는 안된다. 이 사건에서 언급된 복건성의 가용면적계산방식은 입법화되거나 시행되지 않았다. 따라서 복건성의 계산방식을 부동산 소재지의 법이라고 보는 것은 타당하지 않다. 다시 말해 당사자간의 합의에 의하여 준거법을 선택하였을 때에는 복건성의 계산방식을 따를 필

요가 없는 것이다. 이와 달리 아파트 소유자가 부동산을 점유, 사용하거나 이로부터 이득을 얻는 행위, 저당권의 행사, 부동산 소유권의 취득·이전·변경 및 소멸 등에 관한 문제의 경우에는 예외없이 부동산 소유권의 법적 내용과 외양에 관한 것이므로 중국 및 북건설의 관계 법규가 엄격히 적용된다.

넷째, 거시적으로 법은 사회의 근간을 이루며 법의 역할중의 하나는 경제기반구축에 기여한다는 점이다. 중국의 장기적 경제정책은 대외개방 및 교역의 증대에 있으며, 이러한 정책은 중국의 입법 및 사법활동에 있어서 지침이 되어야 한다.

## VI. 韓國企業들이 체결한 契約事例

합자경영기업설립계약에 관한 중국의 표준모델 제21장(법률의 적용) 제58조는 “이 계약의 체결·효력·해석·이행 및 분쟁의 해결은 중화인민공화국 법률의 관할을 받는다.”라고 규정하고 있고 한국기업들이 체결한 대부분의 계약도 이에 따르고 있다. 그러나, 중국법을 준거법으로 받아들이면서도 이에 대한 대비규정을 두고 있는 계약도 있음에 주목할 필요가 있다. 예컨대, “이 계약의 체결, 효력, 해석, 이행 및 분쟁의 해결은 모두 중화인민공화국의 법률의 관할을 받는다. 만약, 을측이 이에 대하여 이의가 있으면 중국법률 부문에 국제관례에 따라 해결하도록 다투어야 한다. 만약, 중국법률의 변경으로 인하여 합자기업 또는 투자상대방이 경제적 손실을 입은 경우에는 이 계약은 자동적으로 해제된다(本合同的成立,效力,解釋, 履行和爭議解決均中華人民共和國法律的管轄, 如果乙方有異議時, 爭得中國法律部門安着國際慣例解決. 如因中國法律的邊境以合資企業或投資對方受倒經濟損失時, 本合同將自行解除.)”라고 규정한 사례가 있다.117)

### 第3章 涉外經濟紛爭의 類型과 準據法

이것은 준거법인 중국법의 변경으로 인한 우리측 당사자에게 경제적 손실이 발생한 경우, 계약이 자동적으로 해제된다고 하고 있지만, 앞서 지적한 바와 같이 사후법의 소급적용으로 인한 불이익 발생을 방지하고자 하는 섭외경제계약법의 규정을 보다 구체화한 것에 불과하다.

또한, “이 계약의 체결, 효력, 해석, 이행 및 분쟁의 해결은 모두 중화인민공화국 법률과 한국 법률의 관할을 받는다(本合同的定立, 效力, 解析, 履行和爭議的解決均受中華人民共和國 法律和韓國法律的管理).”라는 규정을 든 사례와 같이<sup>117)</sup> 한국법이 중국법과 더불어 복수의 준거법이 되도록 하고 있는 조항도 적어도 중국에서 분쟁을 해결하는 경우에는 중국의 관련법 규정으로 보아 무효로 처리될 것이며, 외국의 중재기구에서 중재한 경우에도 중국 내에서 승인·집행이 거부될 것이다.

---

117) 文俊朝, *supra* note 83, p.218.: 이보다 구체적으로 대비한 사례로서 “이 계약의 체결, 효력, 해석, 이행 및 분쟁의 해결은 모두 중화인민공화국 법률의 관할을 받는다. 이 계약의 특정한 부분을 규율하는 중화인민공화국의 성문법이 없는 경우에는 국제상거래관례를 참고하여야 한다. 다만, 갑은 자신이 알아야 할 또는 법률상 을의 인용이 허용되고 이 계약과 관련 있는 중국의 법률을 을에게 통지하여야 할 충분한 책임을 진다. 현행 중국법률에 근거하여 계약을 체결한 후, 중국이 새로운 법률 또는 법규를 제정하여 어느 일방 계약당사자의 경제이익에 불이익을 주거나 실질적으로 영향을 미치는 경우, 이 계약의 당사자들은 지체없이 타방과 협의하여 만약 그러한 법률 또는 법규가 제정·개정되지 아니하였거나 그와 같이 해석되지 아니하였다면 얻을 수 있었던 경제적 이익보다 불리하지 아니하여야 한다는 전제에 입각하여 각 당사자들의 경제적 이익의 유지에 필요한 조정을 위하여 최대한의 노력을 하여야 한다. 만약 이 계약의 체결일 이후에 중국 정부 또는 그 하부기관이 새로운 법률 또는 법규를 통하여 또는 기타의 방법으로 계약상의 조건보다 을에게 유리한 대우를 정한 경우, 이 계약의 당사자와 합영회사는 그러한 유리한 대우의 혜택을 받을 수 있도록 지체없이 협력하여야 한다.”라고 규정한 경우를 들 수 있다.

118) *Ibid.*, p.217.

## 第2節 涉外不法行爲에 대한 準據法

외국법의 적용은 공법의 분야에서는 극히 드물지만 모든 법계의 섭외사법에서 공통되는 법적용기술이다. 중국의 법원은 일정한 섭외불법행위에 대하여 외국법을 적용할 수 있다. 외국법의 적용에 대한 가장 중요한 법적 근거인 민법통칙은 섭외불법행위에 관한 저촉법 원칙에 대한 규정을 두고 있다.<sup>119)</sup> 이론상으로, 외국법의 적용은 중국법보다 오히려 특정한 사건에 대한 외국법의 적용을 요구하는 조약 또는 국제관습법에 근거할 수도 있다. 일반적으로 불법행위법은 다음과 같은 상호관련된 2가지 문제를 해결하여야 한다.

첫째, 어떠한 행위가 불법행위인가, 피해자에게 어떻게 보상하여야 하는가 등이다. 중국법에 의하면 불법행위로 인한 손해는 불법행위지법(*lex loci delicti*)의하여 결정된다. 민법통칙 제146조에 의하면, 불법행위지는 불법행위가 행하여진 장소를 의미하며 그 결과로 피해가 발생한 장소를 의미하지 아니한다. 또한 쌍방이 모두 동일한 국적을 갖거나 동일한 국가에 주소를 둔 경우, 그 국적국 또는 주소지국의 법이 적용될 수 있다. 이와 같은 규칙에 의하여 2 이상의 준거법이 도출되는 경우, 법원은 그 중 어느 하나를 준거법으로 결정하는 재량권을 가질 것이다.

중국법은 어떠한 행위의 불법성여부 결정에 있어서의 외국법 적용가능성에 대해 침묵을 지키고 있으나 중국 내에서 행하여진 불법

---

119) 민법통칙 제146조는 “권리침해에 대한 손해배상은 그러한 침해행위의 법률이 적용된다. 당사자 쌍방의 국적이 동일하거나 동일한 국가에 주소를 두고 있는 경우에도, 당사자들의 본국 또는 주소지국의 법률을 적용할 수 있다. 중국의 법률이 중국영역밖에서 발생한 행위가 권리침해행위에 해당되는 것으로 인정하지 아니하는 경우에는, 권리침해행위로 처리하지 아니한다.”라고 규정하고 있다.

### 第3章 涉外經濟紛爭의 類型과 準據法

행위의 경우에는 중국법이 적용될 것이다. 민법통칙 제146조에 의하여 중국영역외의 행위 역시 그 불법성여부의 판단기준은 중국법이므로, 외국법의 적용이 배제될 수 있다. 준거법이 외국법인 경우에도 행위의 불법성여부 판단기준은 제1차적으로 중국법이다. 중국법에 의하면 불법적이지만 행위지법에 의하면 적법한 것인 경우에는 중국법원은 외국법을 적용한다. 민법통칙 제146조를 문리적으로 해석하면 중국영역밖의 어떠한 행위가 중국법에 의하면 불법이지만 행위지법에 의하면 적법한 경우에는 적법한 것으로 간주되고, 중국법에 의하면 적법한 것이지만 행위지법에 의하여 불법인 경우에는 적법한 것으로 처리된다. 따라서, 중국법과 행위지법에 의하여 모두 불법한 행위에 대하여만 중국의 법원이 불법한 행위로서 처리하게 된다.

따라서 원고는 중국법과 행위지법상 모두 불법행위인 경우에만 손해를 배상 받을 수 있다. 중국의 어떤 법학자에 따르면 민법통칙 제146조는 개방정책의 시행이 불법행위의 처리에 있어서 「엄격한 책임원칙」을 고수하고 있는 많은 자본주의국가의 법과 관련되는 사례가 많을 것을 고려한 것이라고 한다.<sup>120)</sup> 즉, 제146조는 자본주의국가법의 불법행위의 광범위성이 중국의 재판에 대하여 악영향을 미치는 것을 제한하기 위한 목적을 가진다고 한다. 그러나 외국법의 적용 역시 국제관례의 경우와 마찬가지로 제한이 따른다. 민법통칙 제150조는 외국법의 적용이 중국의 공공이익에 위배되어서는 아니된다는 규정을 하고 있다.

---

120) H. R. Zheng, *supra* note 58, p.240.에서 재인용.

## 第3節 民事行爲能力에 대한 準據法

### I. 自然人的 民事行爲能力에 관한 法律適用原則

자연인의 능력에 대한 법률의 적용에 관하여 중국의 민법통칙은 “중화인민공화국영역내의 민사활동은 법률에 달리 정하고 있지 아니하는 한, 중화인민공화국의 법률을 적용한다. 이 법의 공민에 관한 규정은 법률에 달리 정하고 있지 아니하는 한, 중화인민공화국영역 내에 있는 외국인, 무국적인에 대하여도 적용한다.”(제8조). 그리고 “중화인민공화국 공민이 국외에 주소를 두고 있는 경우, 그의 민사행위능력은 주소지국의 법률을 적용할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이러한 규정에 근거하여 1988년 1월 20일 최고인민법원은 『關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見(試行)』에서 보다 구체적인 의견을 제시하였다. 이에 의하면 중국에서 자연인의 민사행위능력에 대한 법률적용의 기본원칙은 다음과 같다.

- ①중국법원에서의 소송사건에서 소송 당사자의 권리능력과 행위능력문제에 대한 법률충돌이 발생한 경우, 당사자가 중국 공민인가, 외국인 또는 무국적자인가의 여부에 관계없이 당사자가 중국영역 내에 있으며 중국의 법률을 적용하며, 여기에는 사망선고, 행위능력의 부재선고 또는 행위능력제한 선고가 포함된다.
- ②당사자가 중국 영역 내에 주소를 두고 있지 아니하지만 예컨대 중국에서 계약이 체결되는 등 그 법률행위가 중국에서 행하여진 경우에는 당사자의 권리능력과 행위능력도 중국의 민법통칙의 규정에 의한다.

③당사자가 중국공민이지만 국외에 정주 하는 경우, 법률행위가 국외에서 행해진 때에는 그의 민사행위능력은 주소지국의 법률규정에 의한다.

④무국적자의 민사행위능력은 일반적으로 주소지국의 법률을 적용하되, 주소지국이 없는 경우에는 그 거소지국의 법률을 적용한다. 또한 이중국적 또는 다중국적의 외국인은 주소지국 또는 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법률을 그 본국법으로 한다.

⑤당사자의 주소가 불분명하거나 확정할 수 없는 경우에는 일상 거주지를 주소로 한다. 당사자가 수개의 주소를 가진 경우에는 발생한 분쟁의 민사관계와 가장 밀접한 관련이 있는 주소만을 인정한다.<sup>121)</sup>

## II. 法人

섭외민사관계 특히 섭외경제관계는 법인과 법인간에, 또는 법인과 자연인간에 이루어져 왔지만, 최근에는 자연인보다는 법인에 의한 섭외경제활동이 훨씬 일반화되고 있고 그 중요성도 나날이 커지고 있다. 법인과 자연인의 권리능력과 행위능력은 모두 속인법이 적용된다. 다만, 법인의 속인법과 자연인의 속인법은 그 권리능력과 행위능력을 결정함에 있어서 차이가 있다.<sup>122)</sup> 최고인민법원 審判委員會의 토의를 거쳐 통과된 1988년 1월 26일의 『關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見(試行)』 제184항은 “외국 법인은 그 등록등기지국가의 법률을 그 본국법으로 하며, 법인의 민사행위능력은 그 본국법으로 확정한다. 외국법인이 중국영역내에

121) 董立坤, *supra* note 106, pp.112~113.

122) 中國人民大學法律系 經濟法教研室, 中國經濟法教程, (北京: 中國人民大學出版社, 1985), p.67.



서 민사활동을 수행하는 경우에는 중국의 법률규정에 부합되어야 한다.”라고 규정하고 있다.<sup>123)</sup>

한편, 중국에서는 법률에 의거하여 외국법인을 승인을 부여하는 특별승인주의를 채택하고 있다. 즉, 외국법인이 중국법률의 특별허가를 얻어야 법인의 자격으로 중국에서 활동할 수 있다. 소위 특별허가라 함은 일반적으로 외국법인이 중국의 국내법의 절차에 따라 중국에 등기를 신청하고 국가의 주관기관이 심사승인하는 것을 말한다.<sup>124)</sup> 1980년 10월 30일 공포된 국무원의 『關於管理外國企業常住代表機構的暫行規定』은 “외국기업이 중국에 상주대표기구를 설립할 필요가 있는 경우, 신청을 제출하고 승인을 얻어 등기절차를 밟아야 한다. 승인과 등기절차를 처리하지 아니한 경우에는 상주업무활동을 전개할 수 없다.”(제2조)라고 규정하고 있다. 물론 외국기업의 상주대표기구는 외국기업가가 중국에 설립한 외자기업, 중외합작경영기업, 중외합작경영기업과는 근본적으로 성질이 다르다. 전자는 중국에 특별허가를 얻어 중국에서 활동하는 외국법인이며, 직접적인 경영활동에 수행하지는 않는다.<sup>125)</sup> 그러나, 후자는 중국에서 승인을 얻은 중국법인으로서 직접 경영활동을 수행한다.

123) 王換安 外 (主編), 中華人民共和國法律全書, (長春: 吉林人民出版社, 1989), p.362.

124) 鄭衍杓, supra note 3, p.29.

125) 國家工商行政管理局關於外國企業常駐代表機構的登記管理辦法 제3조.

## 第4節 公共秩序條項

### I. 公共秩序의 意義와 範圍

공공질서조항은 公序良俗條項이라고도 하며, 공공정책의 내용과 범위는 국가마다 약간의 차이는 있다. 중국에서는 민법통칙, 민사소송법 및 섭외경제계약법에 이러한 공공질서조항을 두고 있으며, 공공정책 내지 공공질서의 의의와 범위는 준거법의 선택 및 적용 제한, 외국중재판정과 외국판결의 승인·집행 등과 관련되어 있을 뿐만 아니라 계약의 효력과도 관련되어 있는 대단히 중요한 문제이다. 공공질서의 법률표현형식은 다양하지만, 예컨대, “외국법에 의거함에 있어서 그 규정이 공공질서와 선량한 풍속에 위배되는 경우에는 이를 적용하지 아니한다.”라는 규정이 가장 보편적으로 채택되고 있으며 중국도 이에 따르고 있다.<sup>126)</sup>

한편, 공공질서에 범위에 대하여 명확한 한계를 설정하고 있는 국가는 없으며, 그 범위는 일반적으로 대륙법계국가들에서 비교적 넓지만, 영미법계국가도 수많은 판례를 통하여 그 범위를 넓혀왔다. 중국의 어떠한 학자는 각국의 이론과 실천에 의하면 공공질서 위배사유의 범위는 대체로 다음을 포함하며, 중국도 이와 크게 다

---

126) 그 밖에도 자국 법률의 구체적인 규정을 무조건 적용하도록 함으로써 외국법의 적용을 간접적으로 배제하는 방식(예컨대, 프랑스 민법전 제3조는 “경찰·공공치안과 관련된 법률은 프랑스 영역내 거주하는 자 모두에게 구속력을 갖는다.”라고 규정하고 있다.)과 외국법률의 적용이 국제법의 강행규범, 자국이 부담하는 국제의무 또는 국제법률사회의 공인된 정의의 요구에 상충되는 경우, 그 외국법의 적용을 배제하는 방식이 있다.

르지 않다고 지적하고 있다.<sup>127)</sup>

첫째, 외국법의 적용이 자국의 정치·경제·법률제도와 중대한 저촉이 발생하는 경우이다. 예컨대, 외국법의 적용이 자국의 법의 목적, 법률정책, 정치·법률제도에 위배되는 경우 등이다. 소련의 법원도 소비에트제도를 위태롭게 하는 모든 외국의 법률의 적용을 거부하였다.

둘째, 외국법의 적용이 자국의 국가이익 또는 안전을 위태롭게 하는 경우이다. 하거나 자국의 대외무역을 위태롭게 하는 경우, 적국에게 이익을 가져다줌으로써 자국의 국가안전을 위태롭게 하는 경우, 우호국의 반란단체에 자금을 대부·제공하기 위한 계약을 체결하는 경우 등이다.

셋째, 문명사회의 도덕과 기본적 인권에 반하는 외국법 또는 외국법으로부터 발생한 권리의 경우이다. 예컨대, 일부다처제, 노예제, 인종차별 등이다.

넷째, 호혜는 일반적으로 공공질서의 내용이 될 수 없지만 일부 국가의 입법과 사법관행은 외국인 또는 외국에 거주하는 자와 관련된 사건에서 왕왕 호혜의 존재를 법률적용의 조건으로 하며, 사법적 권리의 보증 면에서도 통상적으로 호혜의 존재를 조건으로 한다. 예컨대, 헝가리 국제사법 제19조는 재산취득능력의 제한에 대하여 규정하고 있고 1964년 체코슬로바키아 국제사법 제32조는 자국 국민과 법인이 향유하는 민사권리와 국민의 권리행사, 국민의 의무이행과 관련하여 외국법의 적용을 호혜의 조건으로 하고 있다.<sup>128)</sup>

중국도 이론상으로는 다른 국가와 별다른 차이가 없다. 일반적으로 중국의 공공정책이 자본주의국가에서의 공공정책보다 더 광범하

127) 董立坤, supra note 106, p.68.

128) *Ibid.*

고 탄력적으로 운영될 것이라는 우려가 많지만, 오히려 중국인들은 “서구자본주의국가의 공공질서개념은 대단히 애매보호한 내용을 담고 있고 탄력성 있게 운용되고 있는 바, 이는 통치계급이 공공정책이라는 용어를 빌어 외국법이 자국의 이익에 손해를 미치지 아니하도록 보증하고자 한다.”라고 비판하고 있다.<sup>129)</sup> 그러나, 중국에서의 공공정책이라 사회주의적 공공정책이며, 중국의 국내법과 공공정책이라는 추상적 개념에 의하여 이미 체결될 계약이 무효화될 수 있음을 감안하여 볼 때, 중국은 계약의 안정성이라는 면보다는 사회주의체도의 유지에 우선순위를 두고 있음을 알 수 있다. 이러한 면에서 중국의 공공정책의 개념이 서구자본주의국가의 그것보다는 훨씬 광범위하게 적용될 것이라고 보는 것이 정확할 것이다.

한편, 또한 섭외경제계약법 제4조와 제9조의 공공정책유보조항은 첫째, 공공의 이익을 이유로 계약을 무효화하는 근거가 될 수 있는 것이 중국의 모든 법인지 아니면 섭외경제계약법 그 자체인지가 불확실하다. 중국의 관계기관의 인가를 얻은 계약은 공공정책에 위배되지 않는 것으로 해석하여야 할 것이라는 견해가<sup>130)</sup> 있는가 하면 사회·공공의 이익이라는 개념은 사회주의체제하에서는 넓게 해석되고 있기 때문에 관계기관이 계약의 이행과정에 간섭할 수 있는 근거가 될 것이라는 견해도 있다.<sup>131)</sup>

---

129) Ibid., p.69.

130) Andrew Armfelt, “Foreign Economic Law of the People’s Republic of China,” *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.36.(1987), p.152.

131) Masanobu Kato, “Civil and Economic Law in the People’s Republic of China”, *American Journal of Comparative Law*, Vol.30(1982), p.463.

## II. 外國法の適用制限

공공질서 내지 공공정책은 준거법의 제한요소의 하나이다. 소위 공공질서유보는 자국의 충돌법 규범에 의하여 준거법이 외국법이 되는 경우, 만약 당해 외국법의 적용 또는 그에 근거하여 발생한 권리의 승인이 자국의 국가이익 또는 도덕관념에 위배되는 때의 문제이다. 이러한 때에는 당해 외국법이 자국의 공공질서에 위배된다는 이유로 외국법의 적용 또는 당해 외국법에 의하여 발생한 권리에 대한 승인을 제한, 수정 또는 배제하게 된다. 민법통칙 제150조는 중화인민공화국의 공공질서(즉 사회공공이익)에 위배되는 경우, 외국법의 적용을 배제하고 있다. 또한 섬외경제계약법은 중외합자경영기업계약, 중외합작경영기업계약, 중외자연자원탐사개발계약에 대하여는 외국법의 적용을 배제하고 있다.

이러한 문제를 구체적으로 설명하면 다음과 같다.<sup>132)</sup> 외국법의 적용과 외국법에 의하여 발생한 권리는 서로 다른 문제이다. 외국법의 적용은 외국법의 내용뿐만 아니라 외국법의 적용과정 및 적용의 결과와도 관련되어 있다. 만약 외국법이 내용상으로 자국의 공공질서에 위배되지 아니한다 할지라도 그 적용의 결과가 법정지의 공공질서에 위배되는 경우, 그 외국법은 적용이 배제된다. 외국법에 근거하여 발생한 권리의 승인문제는 비교적 복잡하여 어떠한 상황에서는 외국법에 의하여 발생한 권리의 승인은 법정지국의 공공질서에 위배되지만 그 법원이 그 사실을 인용하여 판결의 기초로 할 수도 있다. 예컨대, 일부다처제 국가로부터 일부다처제 가정이 이주한 후, 재산상속에 관한 소송이 제기된 경우, 법정지국은 그 사건을 심리함에 있어서 특히 당해 사건의 유산을 분할함에 있어서 외국법에 의하여 성립된 일부다처제가정을 승인하게 된다. 그러나,

132) 董立坤, *supra* note 106, pp.70~71.

### 第3章 涉外經濟紛爭의 類型과 準據法

당해 외국법이 그 가정의 구성원간의 불평등한 법률지위를 규정하고 있다면 법정지국은 공공질서의 위반을 이유로 그러한 불평등한 관계의 승인을 거부할 수 있다.

둘째, 공공질서유보는 외국법상의 유효한 행위를 무효로 할 수 있으며, 그 반대의 결과를 발생케하여 적용된 외국법상 무효가 된 행위를 유효하게 할 수도 있다. 예컨대, 어떠한 혼인관계에서 외국법이 적용하였고 그 외국이 일부다처제의 혼인을 유효한 것을 승인하고 있다면, 법정지국이 공공질서의 위반을 이유로 그 외국법의 적용을 거부하여 일부다처제 혼인의 유효성을 부인할 수 있다. 그러나, 어떠한 외국법이 귀족과 평민 또는 백인과 유색인간의 혼인을 통혼을 금지하고 있다면 법정지국은 당사자가 본국법상으로 불법무효인 혼인관계를 승인하고 보호할 수 있다.

이와 같이 외국법이 공공질서에 위배되어 적용이 배제되는 경우, 당해 외국법을 대체하는 것은 자국법인가 아니면 다른 국가의 법률인가도 문제가 된다. 이론적으로 말하면 현재 두 가지 주장이 있다. 적극설에 의하면 자국의 상응하는 법률로써 그 외국법을 대체하여야 하며 결과적으로 자국법률의 적용범위를 확대하는 것이 된다. 과거 사회주의체제하의 1979년 헝가리 국제사법 제6조가 그 예이다. 그리고 소극설에 의하면 적용이 배제되는 외국법에 대체되는 것은 반드시 자국법이 아니며 구체적인 상황에 근거하여 정하여야 하며 공공질서에 위배되는 외국법의 부분을 배제하되, 그와 같이 배제되는 부분은 당해 외국과 가장 가까운 법률로 대체할 수 있다는 것이다. 만약 당해 외국에 상응하는 법규가 없는 경우에는 조리에 의하여 유추 또는 귀납적 방법으로 대체적용할 법칙을 확정하여야 한다는 것이다. 중국도 세계 대부분의 국가들과 마찬가지로 적극설을 택하고 있다.<sup>133)</sup>

133) 關於適用涉外合同法若干問題的解答 第(10) 참조.

## 第4章

# 中國の 涉外紛争解決制度





## 第4章 中國의 涉外紛爭解決制度

### 第1節 涉外經濟紛爭解決에 관한 中國의 立場

#### I. 對外開放政策推進以前

섭외경제분쟁의 해결방식은 대단히 다양하지만, 당사자간의 교섭, 화해, 조정 등의 비강제적 절차와 중재, 사법재판 등 강제적 절차로 대별할 수 있다. 그러나, 중국은 전통적 유교사회로서의 관습과<sup>134)</sup> 마르크스·레닌주의적 법인식에 따라 소송에 의한 분쟁해결을 기피하여 왔으며, 당사자간의 교섭 또는 화해를 제1차적 해결방법으로 하고 있다. 마르크스레닌 주의에 의하면 법은 정의·이성의 표현이 아니라 정치적·경제적조건에 반영에 불과하며 지배계급의 의사의 표현이다. 즉, 국가(통치자=착취계급)는 법의 지배를 받지 아니하며, 법이라는 강제질서는 공산주의에 이르기까지의 과도기적인 현상일 뿐이고 법의 지배는 필요악이라는 전제에 입각하고 있다. 이러한 입장은 서구의 법의 지배의 전통과는 정면으로 배치되는 것이라고 할 수 있을 것이다. 대외개방정책의 추진 이전의 중국

---

134) 중국인들은 개인간의 분쟁을 화해와 조정을 통하여 해결하여온 오랜 역사적 관습을 지켜 왔다. 중화인민공화국의 수립직후인 1950년 「국영기업과 합작사들의 계약체결에 관한 판법」 및 개인간의 분쟁을 해결하기 위한 목적의 「인민조정위원회중재조직에 관한 잠정적 일반원칙」이 공포되었고 이것은 현재도 유효하다. 이에 대한 보다 구체적인 내용은 Anne Judith Farina, "Taking Disputes into Harmony: China Approaches in International Commercial Arbitration," Am. U. J. Int'l & Pol'y, Vol.4(1989), pp.139~142. 참조.

#### 第4章 中國의 涉外紛爭解決制度

의 분쟁해결입장의 근거에는 바로 법에 대한 이상과 같은 부정적 인식이 깔려 있었다.<sup>135)</sup>

1949년 이후 중국기업과 외국기업의 계약분쟁은 중국인들이 흔히 원용하는 '호혜평등'의 원칙에 따라 우호적이고 형평한 방법으로 해결되었으나, 국제적인 일반관례에 의하지 아니한 사례가 적지 않았다. 1958년 중국이 정치적 이유로 일본과 모든 무역관계를 단절하였을 당시, 일본기업들은 분쟁해결방법으로 중재를 규정한 계약분쟁을 중재에 회부할 수 없었으며<sup>136)</sup> 특히 1960년대 말에는 문화혁명의 영향이 외국인과의 계약분쟁에까지 미쳐 빈번한 정치적 개입이 있었다.

예컨대, 영국과 독일의 합작회사인 Vickers-Zimmer사는 홍위병들에 의하여 중국 북서부에서의 석유화학공장 건설을 방해받았기 때문에 계약의 규정에 따라 스톡홀름에서의 중재를 요구하였으나, 중국은 그러한 중재요청을 무시하고 당해 회사의 직원을 간첩죄로 소추하여 유죄판결을 받도록 하였다. 뿐만 아니라 북경의 중급인민 법원은 궤석재판을 통하여 계약상의 의무불이행을 이유로 Vicker-Zimmer사에 과중한 벌금형을 선고하였다.

이와 같이 중국이 대외개방정책 추진이전에는, 설령 계약에 중재를 규정하고 있다고 할지라도 중국의 관리들이 외국인의 중재의 요구를 '비우호적인 행위'로 간주하였기 때문에 분쟁을 비공식적으로 해결하는 경우가 많았으며, 특히 중국의 법원이 섭외계약분쟁사건에 대하여 관할하는 경우는 거의 없었다.<sup>137)</sup> 중국에서는 섭외경제

135) 喜多川篤典, 國際商事仲裁の研究, (東京: 東京大學出版會, 1978), p.241.

136) J. A. Cohen and Hungdah Chiu, People's Republic of China and International Law, Vol.2(Princeton:Princeton University Press, 1974), pp.1088~1094., 1448.

137) J. A. Cohen, "The Role of Arbitration in Economic Cooper-

계약분쟁은 물론이고 국내계약분쟁도 비사법적 방법에 의하여 해결하는 경우가 많다.<sup>138)</sup> 재판은 분쟁해결의 많은 방법중의 하나일 뿐이고, 그것도 현상황에서 결코 가장 유효하고 능률적인 방법은 아니며 분쟁의 극단적인 상태에서만 이용될 뿐이다. 일반적으로 재판의 방식을 채용하는 경우에는 원만한 해결이 불가능해졌음을 의미한다.<sup>139)</sup> 이러한 중국의 관행은 1949년 중공정권 수립이후 1980년대 초까지는 섭외사법이라는 단행법은 물론이고 섭외사법적인 법규정도 거의 찾아 볼 수 없었다는 사실과도 부합되는 것이다.<sup>140)</sup>

## II. 對外開放政策推進以後

그러나 대외개방정책의 추진과 더불어 많은 법령에서 섭외사법적인 규정을 두고 있고 국내의 섭외중재기구를 재정비하여 왔을 뿐만 아니라, 투자분쟁의 해결에 있어서도 상당한 정도까지 당사자자치를 인정하고 있다. 섭외경제분쟁해결에 관한 조항을 두고 있는 대표적인 법령으로는 다음과 같은 것들이 있다. ①1954년의 국제무역의 촉진을 위하여 중국국제무역촉진위원회내에 대외무역중재위원회 설치에 관한 국무원 결정, ②1979년 중외합자경영기업법과 중

---

ation With China," in Michael J. Moser, (ed.), Foreign Trade, Investment, and the Law in the People's Republic of China, (Hong Kong : Oxford Univ. Press, 1987), p.509.

138) A.R. Dicks, supra note 73, p.428.

139) 清河雅孝, 西村峯裕, 中國合弁企業法の理論と實務, (東京: 中央經濟社, 1988), p.18.

140) Jerome Alan Cohen은 그 당시 섭외사법사건에 대하여 법원은 일반적으로 상호주의적인 제원칙과 공공정책에 입각하여 처리하였으며 국제관습법과 관례를 존중하였다고 지적하고 있다. Jerome Alan Cohen, "Shezhen's New Contract Law: A Model for China," China Business Review, Vol.13, No.5(1984), p.16.

#### 第4章 中國의 涉外紛爭解決制度

외합자경영기업법 실시조례 ③1982년 중외석유합작탐사개발조례, ④1982년 민사소송(시행)법(1991년 개정민사소송법), ⑤1985년 섭외경제계약법, ⑥1988년 중외합작경영기업법, ⑦1986년 외자기업법 등이다. 그 밖에도 현재 중국에는 중재법이 없지만 민사소송법과는 분리된 별개의 법으로 제정될 예정이다.<sup>141)</sup>

중외합자경영기업법 제14조는 “이사회가 협의를 통하여 해결하지 못한 합영당사자간의 분쟁은 중국의 중재기관에 의한 조정 또는 중재를 통하여 또는 합영당사자들이 합의한 기타의 중재기관에 의한 중재를 통하여 해결한다”라고 규정하고 있다. 또한, 1982년의 중국석유탐사개발조례 제27조도 이와 유사한 규정을 두고 있다. 섭외경제계약법 제37조는 중국인과 외국인간의 모든 계약과 관련하여 당사자간의 협의 또는 조정이 실패한 경우 당사자들은 분쟁을 계약의 중재조항 또는 사후의 중재합의에 따라 중국의 중재기관 또는 기타의 중재기관에 회부할 수 있다고 규정하고 있다.

중국의 관련법상의 분쟁해결제도는 다음과 같이 요약될 수 있다. ①당사자간에 중재계약이 있으면 인민법원은 이에 대한 소송을 수리하지 않는다. ②분쟁 당사자들은 중국내외에서 자유롭게 분쟁을 중재에 회부할 수 있다. ③중국 내에서 내려진 중재판정은 중국적인 것으로 항소는 허용되지 않는다. ④일방 당사자가 중재과정에서 중간보존조치를 요청한 경우, 인민법원이 필요하다고 인정하면 그러한 조치를 취할 수 있다. ⑤일방 당사자가 중재판정에 승복하지 아니하여 타방 당사자가 법원에 집행신청을 한 때에는 이를 기각할 만한 이유가 없는 한, 중국 인민법원은 중재판정을 집행하여야 한다.

141) 唐厚志, “中國의 國際商事仲裁 및 調停制度”, 韓·中·日國際심포지엄 (Ⅱ), (서울:大韓商事仲裁院, 1993), p.6.

### Ⅲ. 韓國企業이 체결한 契約上의 紛爭解決條項

한국 기업들이 체결하고 중국 당국이 승인한 계약을 검토해 보면, 중국의 분쟁해결에 관한 입장을 이해하는데 도움이 될 것이다. 극단적으로 분쟁해결 조항을 두지 아니한 계약도 있으나 일반적인 것은 아니다. “이 계약의 집행에서 발생하거나 이 계약에 관련된 모든 분쟁은 갑,을 쌍방이 우호적인 협상을 통하여 해결하여야 한다. 우호적인 협상에 의하여 해결할 수 없는 경우, \_\_\_에서 중재를 진행한다.”라고 규정하여 중간단계로서의 조정절차를 생략하고 협상 - 중재의 순으로 분쟁을 해결하는 유형이 있는가 하면 “우의적 협상으로 해결하고, 이에 의하여 해결할 수 없는 경우, 유관 부문의 조정에 의하여 해결하고 받고, 조정에 의하여도 해결하지 못한 경우에는 \_\_\_에서 중재한다.” 또는 “우의적 협상 또는 유관기관이 조정에 의하여 해결한다. 이러한 방법으로 해결하지 못한 경우에는 \_\_\_에서 중재에 의하여 해결한다.”는 사례에서 볼 수 있듯이 중재의 선행절차로 조정을 규정하여, 협상 - 조정 - 중재의 순으로 해결한다는 유형이 있다.<sup>142)</sup>

특히 “60일 이내” 또는 “90일 이내” 등 일정한 기간 내에 우의적 협상 등에 의하여 해결하지 못하는 경우에는 “\_\_\_의 중재에 회부한다.” 등과 같이 시간경제상 법적인 구속력이 없는 협상 또는 조정 등에 의하여 일정한 기간 내에 분쟁이 해결되지 못한 경우, 공식적 절차인 중재에 회부한다는 이른바 단계적 이행(trigger mechanism)조항을 둔 경우도 있다.

142) 文俊朝, *supra* note 83, pp.231~238.

## 第2節 中國內에서의 紛爭解決

### I 友誼的 協商

앞서 지적한 바와 같이 중국이 최근에 들어 중재와 소송에 의한 분쟁해결제도를 정비하여 왔으나, 여전히 당사자간의 우의적 협상 또는 조정에 의한 분쟁해결을 강조하고 있다. 당사자간의 분쟁이 기본적 합의에 도달하지 못하면 우호적 협의(직접교섭)를 통해서 해결하고 이를 통해서도 해결되지 아니한 경우에 제3자의 협조를 받는 조정이 진행된다. 그러나, 계약에 우의적 협상이 다른 분쟁해결방법에 선행하여 진행되도록 규정하고 있는 경우에는 그러한 우의적 협상을 거치지 아니한 상태에서 다른 분쟁해결방법에 호소할 수는 없다. 중국인은 계약에 중재에 의한 분쟁해결조항을 삽입한다 할지라도, 분쟁해결의 제1단계로서 우의적 협상, 제2단계로서 조정, 제3단계로서 중재를 진행하는 것을 관례화 하여 왔다.<sup>143)</sup> 특히, 중외합작경영기업의 경우 분쟁의 중재회부에 앞서 분쟁당사자간의 우의적 협상에 의한 해결절차가 선행되도록 하고 있다.<sup>144)</sup>

그러나 1988년의 중외합작경영기업법에 의하면 중외합작경영기업의 경우에는 당사자들이 협의 또는 조정을 원하지 아니하는 경우, 직접 중재에 회부할 수 있다.<sup>145)</sup> 중외합작경영기업법의 이러한 규정은 섭외경제계약법의 규정과 부합되는 것으로, 당사자간의 비

---

143) S. L. Ellis & L. Shea, "Foreign Commercial Dispute Settlement in the People's Republic of China," the International Trade Law Journal, Vol.6(1980/1981), p.175.

144) 중외합작경영기업법 제6조 및 제14조, 동 실시조례 제109조.

145) 중외합작경영기업법 제26조.

공식적 분쟁해결은 장려하되 일부 중요한 분쟁은 중립적 법정에 회부하여 신속하게 해결하는 것이 바람직하다는 중국의 새로운 인식을 반영한 것이라고 할 수 있다. 우의적 해결과 관련된 중재사례를 소개하면 다음과 같다.

## II. 調 停

### 1. 意 義

조정(調停)은 분쟁사실을 명확히 하고 화해와 해결조건을 권고할 뿐이며, 구속력은 없지만 당사자들간에 합의하면 구속력을 갖게 된다. 한편 시간경제상 법적인 구속력이 없는 교섭 또는 조정 등에 의하여 일정한 기간 내에 분쟁이 해결되지 못한 경우, 공식적 절차인 중재에 회부한다는 이른바 단계적 이행(trigger mechanism)조항은 필수적이다. 중국에서의 조정과 관련된 원칙은 다음과 같다. 첫째, 조정은 중재 및 소송 전에 진행되어야 하는 불가피한 절차는 아니며, 당사자들의 자유의사에 근거하여야 한다. 둘째, 조정은 사실확정, 진위를 식별하고 공정성과 합리성 보장을 필수요건으로 하여 시행한다. 셋째, 조정절차는 별도로 또는 중재 또는 소송심리와 통합하여 실시할 수도 있다.<sup>146)</sup>

146) 중재의 경우에는 1988년 중재규칙의 개정을 통해 외국인도 중재인 명부에 포함될 수 있도록 하였으나, 조정은 중국의 실무상, 중국이 아닌 다른 곳에서도 가능하였고 이에 따라서 조정인은 외국인도 될 수 있었다. J. A. Cohen, *supra* note 137, p.516.

## 2. 調停制度의 類型

### 가. 인민법원의 조정제도

중국의 조정제도는 일반적으로 5개의 유형으로 분류된다. 즉, 인민에 의한 조정, 행정에 의한 조정, 인민법원에 의한 조정, 중국국제무역촉진위원회의 조정, 합동조정위원회의 조정이다. 그러나 이중 섭외분쟁사건은 주로 마지막 3개의 유형에 의하게 된다. 인민법원은 심리기간중 민사사건을 조정할 수 있으며, 이러한 소송과 조정의 결합은 중국조정제도의 중요한 특징의 하나라고 할 수 있다. 조정을 통해 분쟁을 해결하는 중국의 전통적 판례가 반영된 것이다. 그런데, 舊민사소송법(시행)은 중국인민법원이 수리한 민사사건이 조정될 수 있는 경우, 조정을 행하고 당사자들이 상대방의 입장을 이해하여 합의에 도달하도록 장려하며(제97조),<sup>147)</sup> 판결을 내리기 전에 재차 조정을 하거나(제111조) 항소 중에도 조정을 할 수 있도록 하고 있었다(제153조).

그러나 현행 민사소송법은 그러한 강제적 조정에 관한 규정을 삭제하고 '자유의사'에 따른 조정제도를 강조하고 있다.<sup>148)</sup> 따라서 현재로서는 당사자간의 합의가 없는 한 소송 중에 인민법원이 임의로 분쟁을 조정할 수 없다. 조정은 사실발견과 책임소재의 규명을 토대로 행하여야 지게 되며, 당사자들은 자유롭게 합의에 도달할 수 있다. 외부로부터의 강제적 영향력 행사는 용인되지 아니하며, 해결에 관한 합의내용이 위법적인 것이어서는 안된다.

147) 중국의 통계자료에 의하면 행정기관과 사법기관들은 1983년부터 1986년까지 60,000건 이상의 상표침해를 적발하였다. 또한 상표당국은 코카콜라, 소니, 라코스테 등 외국회사들의 상표와 관련된 분쟁을 비공식적이고 행정적 수단을 통하여 해결하여 왔다. Mitchell A. Silk, *supra* note 56, p.223.

148) 민사소송법 제88조 및 제89조.



조정(調停)은 인민법원의 단독판사 또는 합의부에 의하여 진행된다. 법원의 심리 중에 조정을 통해 당사자들간에 합의가 이루어진 경우, 법원은 조정조서를 작성·발급하게 된다. 조정조서는 단독판사 또는 합의부 판사 및 법원서기가 서명하고 법원이 날인하여 당사자들에게 송달되면 법적으로 효력을 발생하게 된다. 법원이 조정조서의 작성이 필요하지 않다고 판단하는 경우, 당사자들이 도달한 합의 내용을 문서화하여 당사자, 단독판사 또는 합의부 판사 및 법원서기가 이에 서명하고 법원이 날인하면 법적 효력을 갖게 된다. 법원이 작성한 조정조서는 법원판결과 동일한 효력을 갖는다. 149) 일반 당사자가 그 이행을 거부한 경우, 타방은 법원에 강제집행을 신청할 수 있다. 중국 인민법원은 경제분쟁의 행정처리와 관련하여 정부의 행정부서를 상대로 제기된 소송사건에 대하여는 조정하지 않는다.

#### 나. 중국국제무역촉진위원회의 조정제도

중국국제무역촉진위원회에는涉外경제분쟁의 해결을 위한 두개의 중재위원회를 두고 있다. 즉, 국제경제무역중재위원회와 해상중재위원회이다. 이들 중재위원회는 중재안건외에 각각涉外적인 상사 및 해상사건에 관한 조정을 한다. 중국국제무역촉진위원회는 분쟁을 다음 두 가지 단계에서 취급한다. 첫째 당사자들을 회합시켜 우호적 교섭을 통해 사적으로 해결하도록 한다. 이 단계에서 당사자들이 상호 만족할 수 있는 결과를 얻도록 지원하지만 어떠한 해결조건도 제시하지 아니한다.

중국국제무역촉진위원회는 당사자들이 여전히 해결을 하지 못하

149) 唐厚志, supra note 141, p.15.

#### 第4章 中國의 涉外紛爭解決制度

는 경우에는 다음 단계로 넘어가서 분쟁을 국제경제무역중재위원회 또는 해상중재위원회에 부탁하도록 한다. 당사자들이 조정을 위해 분쟁을 이들 위원회에 회부하면 해당 위원회의 사무처장 또는 사무차장 또는 해당 위원회의 중재인단에서 당사자들이 공동으로 임명한 중재인이 조정을 담당하게 된다.

이 단계에서 국제경제무역중재위원회 또는 해상중재위원회가 공식적으로 개입하고 자체조사에 착수한다. 동위원회는 적당한 권고를 하고 법적 구속력이 없는 조정안을 작성한다. 당사자들이 이러한 조정안을 거부하는 경우 동위원회는 분쟁이 중재에 적합한 것이라고 간주하게 된다. 조정이 실패한 후 관련 조정인도 중재절차의 중재인으로 임명될 수도 있다. 국제경제무역중재위원회는 “이 계약의 집행으로부터 발생한 이 계약과 관련하여 발생한 모든 분쟁은 우선 우의적 협의를 통하여 해결하여야 한다. 협의를 통하여 분쟁이 해결되지 못한 경우, 당해 분쟁은 중국국제무역촉진위원회의 국제경제무역중재위원회의 중재절차규칙에 따라 동위원회의 중재에 회부한다.”라는 중재조항을 권고한다.

국제경제무역중재위원회와 해상중재위원회는 북경조정센터가 준수하는 것과 동일한 조정원칙, 절차 및 관례를 채택하고 있으며, 심리중인 중재사건의 조정을 강조하고 있다.<sup>150)</sup> 즉 중재인은 중재 진행중에도 조정을 할 수 있도록 하고 있는 바, 이는 중국중재의 두드러진 특징으로서 중재와 조정의 결합형식이다. 그 과정을 구체적으로 설명하면 다음과 같다. 당사자들이 중재를 신청하고 해당 위원회가 이를 수락하고 중재판정부 구성되기 전에 조정을 요청한 때에는 해당 위원회는 사무총장 또는 사무차장에 명하여 사건 조정을 하도록 하거나 당사자들이 해당 위원회의 중재인명부에서 조정을 위한 중재인을 공동으로 선정할 수도 있다. 조정이 성공하

150) 두 위원회의 중재규칙 제37조.

면 중재판정부는 구성하지 않고 사건을 종결짓게 된다.

그러나, 당사자들이 중재판정부 구성후 조정을 요청한 때에는 중재과정에서 판정부가 사건을 조정하게 된다. 또한 당사자들이 심문과정에서 조정을 요청하면 판정부는 심문중에 조정을 실시한다. 심문과정에서의 조정은 대체로 다음과 같은 세 가지 방법에 따라 실시된다. 첫째, 중재판정부는 쌍방 당사자와 함께 협의한다. 둘째, 중재판정부는 쌍방 당사자와 개별적으로 협의한다. 셋째, 당사자들이 직접 협의한다.<sup>151)</sup>

조정과정에서 쌍방 당사자중 일방이 조정진행 중지를 요청하거나 중재판정부가 조정이 성과없이 시간이 소비되었다고 판단하는 때 또는 당사자들간에 합의도달가능성이 없다고 판단하는 때에는 가능한 한 지체없이 조정절차는 종료되며, 중재절차를 계속적으로 그리고 신속하게 진행한다. 중재진행중 조정을 의해 타협이 이루어지면 당사자들은 해결합의서에 서명하고 중재판정부는 당사자들간에 도달한 해결합의서 내용에 따라 중재판정을 내리게 된다. 따라서 이러한 경우, 조정조서를 작성하지 않는다.<sup>152)</sup>

#### 다. 북경 등의 섭외조정센터에 의한 조정

국제상사 및 해상분쟁을 조정하기 위한 섭외조정센터로서 1987년 북경조정센터, 1992년 서안의 섬서조정센터 및 복주의 복건조정센터, 1993년 천진조정센터가 설치되었다. 국제상사분쟁과 해상분쟁 조정신청은 북경조정센터가 설립되기 전에는 중재위원회(중

151) 王存學, 中國涉外仲裁和訴訟費用手冊, (北京:中國發展出版社, 1992), pp.326~330.

152) Tang, Houzhi, "Conciliation in China," For Presentation at Beijing Conference on the Law of the World (Apr.22~Apr.27., 1990), 저스티스, 제23권 제1호(1990), p.220~221.

국국제경제무역중재위원회 및 중국해사중재위원회)에 제출하였으나, 현재는 이들 섭외조정센터 또는 상기 중재위원회에 제출할 수 있다. 당사자들은 섭외조정센터에 조정을 신청하기 전에 서면으로 조정계약을 체결하여야 한다. 섭외조정센터는 일방 당사자의 조정신청서를 접수하게 되면 타방 당사자에게 즉시 통보하고 제출된 조정신청서와 신청서에 첨부된 모든 입증문서 사본 1부를 송달하고 답변을 요청한다.

그러나 쌍방 당사자간에 이미 체결된 조정계약이 있음에도 불구하고 타방 당사자가 답변하지 아니하거나 조정을 거부하는 경우, 조정을 실시하지 않는다. 타방 당사자가 답변을 하면 쌍방 당사자는 섭외조정센터 조정인단중에서 각각 조정인 1인을 지명한다. 그러나 쌍방 당사자는 단독조정인을 공동지명할 수도 있으며, 섭외조정센터 주석에게 조정인 지명권을 부여할 수 있다. 이와 같이 지명된 조정인들은 쌍방 당사자들이 제출한 모든 서면에 의한 주장과 문서상의 증거를 검토한 후 법적 관점과 영업적 관점에서 쌍방 당사자에게 통신으로 사건을 설명하여 그들로 하여금 타협을 추진하도록 하며, 타협이 성공한 경우, 사건은 종결된다.<sup>153)</sup>

통신에 의한 타협이 별다른 진전이 없을 때에는 조정인들은 쌍방 당사자를 양자대면의 조정회의에 출석시킨다. 이러한 회의는 통상적으로 섭외조정센터가 위치한 장소에서 갖게 되는데 쌍방 당사자가 요청하고 조정인들과 북경조정센터 모두 이에 동의한 경우 다른 장소에서도 회의를 가질 수 있다. 쌍방 당사자가 대면하는 조정회의에서 당사자들은 중국인 또는 외국인 변호인을 대동할 수 있으며 변호인들로 하여금 자신을 대리하는 권한을 부여할 수 있다. 조정과정에서 조정인들은 먼저 사실을 규명하고 진위를 식별하고 책임

153) 尹晋基, 國際紛爭解決가이드① 中國, (서울 : 大阜商事仲裁院, 1993). p.18.

에 대한 결정을 내린 후 공정성과 합리성의 원칙에 따라 상호 이해와 양보로 타협에 도달하도록 설득한다.

조정인들은 강제적 조정을 할 수 없으며, 적합한 경우 당사자들에게 해결조건을 제시할 수 있다. 타협이 이루어지면 당사자들은 해결합의서 내용에 의거하여 조정조서를 작성하여 사건을 종결짓는다. 그러나 조정이 실패한 경우 당사자들의 의견, 제안 및 시인내용, 조정인들의 제안, 일방 당사자가 표명한 조정인들의 제안 수락용의는 추후의 중재 또는 소송과정에서 보충자료로 사용될 수 없다. 조정과정에서 조정인들은 쌍방 당사자와 함께 또는 개별적으로 회합하거나 통신할 수 있다.<sup>154)</sup>

#### 라. 합동조정제도

중국은 중국의 조정인의 공정성에 대한 외국 측의 우려를 감안하여, 또한 국제적 분쟁해결에의 참여의 제1단계로서 중국국제무역촉진위원회(CCPIT)로 하여금 외국인 본국의 중재기관과의 합동조정( joint conciliation )에 참여시키고 있다. 이러한 합동조정( joint conciliation )은 무역협정이나 투자보장협정의 규정에 따라 이루어져 왔다. 예컨대, 1978년 이후 미국중재협회와 중국국제무역촉진위원회는 미중간의 무역분쟁의 해결을 위한 합동조정제도를 운영하고 있다.<sup>155)</sup> 또한, 알젠틴, 이태리 및 프랑스 중재기구와의 협정에 따른 합동조정제도도 운영되고 있다. 이러한 합동조정제도는 이미 무역분야에서 상당한 정도까지 성공을 거두었으며, 향후 투자분야에서도 그 활용이 기대되고 있다.<sup>156)</sup>

154) *Ibid.*, p.19.

155) 이에 관하여는 S.L. Ellis & L. Shea, *supra* note 143, p.163. 참조.

한편, 북경조정센터는 독일 함부르크에 있는 함부르크 조정센터와 조정협력협정을 체결하였다. 이 두 센터는 북경-함부르크조정규칙을 입안, 공표하였다. 이에 따라 두 센터는 국제상사 및 해상 분쟁을 해결하기 위하여 합동조정을 할 수 있게 되었다. 분쟁을 합동조정으로 해결하기를 원하는 당사자들은 두 센터중 1 센터 또는 2 센터 모두와 접촉할 수 있다. 두 센터는 당사자들의 합동조정 신청서를 접수한 후, 당사자 쌍방에게 사건을 공동조정할 조정인 2인을 선정하도록 하며 1인은 북경조정센터 조정인단에서 나머지 1인은 북경-함부르크 조정센터 합동조정인단에서 선정하도록 한다.

합동조정은 북경 또는 함부르크 또는 쌍방 당사자와 조정인들이 합의한 기타 장소에서 실시할 수 있다. 북경-함부르크 조정규칙에 의하면 합동조정절차 진행이 실패한 경우 조정인들은 당사자들이 달리 합의하지 아니하는 한 또는 추후 중재진행을 하게 될 국가의 법령이 달리 정하고 있지 아니하는 한 추후 중재진행에 중재인으로 임명될 수 있다. 북경 조정센터는 미국 중재협회의 뉴욕 조정센터 및 알젠틴 조정센터와 조정협력을 위한 유사한 협정을 체결한 바 있다.<sup>157)</sup>

### 3. 調停案의 執行問題

거의 모든 국가들이 조정조서에 대하여 법적 효력을 인정하지 않고 있으며 이에 따라 법원은 조정조서의 집행신청을 받아들이지 않는다. 중국에서는 민사소송법에 의거하여 중국 법원이 발행한 조정조서는 법원판결과 동일한 법적 효력을 갖고 있다. 일방 당사자가

156) 吳興光, 100中國「涉外合同法問題」, (香港:商務印書館 香港分館, 1986), p.82.

157) 唐厚志, supra note 141, pp.15~17.

그 이행을 거부하는 경우 타방 당사자는 법원에 강제집행을 청구할 수 있다. 국제경제무역중재위원회 중재규칙 제37조 및 해상중재위원회 중재규칙 제37조는 “조정에 의하여 해결합의가 이루어진 경우 중재판정부는 당사자들에 의하여 도달한 해결합의서 내용에 따라 판정을 내려야 한다.”라고 규정하고 있다.

결국 이 규정에 의거하여 조정에 의한 해결합의내용에 따라 내려진 판정을 집행하는 방식에 의하여 집행문제는 해결될 수 있다.<sup>158)</sup> 이러한 방식은 중국의 비섭외경제계약분쟁에 대한 조정 자체에 대하여 중재판정방식을 거치지 않고 강제집행을 인정하고 있는 것과 다르다. 즉, 1986년 8월 2일의 『最高人民法院關於人民法源對申請強制執行仲裁機構的調停書應如何處理的通知』는 (1993년 개정전) 경제계약법 제52조제3항과 (1991년 개정전) 민사소송법 제166조의 규정에 의하여 중재기구의 법률적 효력이 발생한 조정조서를 일방이 불이행하는 경우 타방은 관할권 있는 인민법원에 집행을 신청할 수 있도록 하고 있다.<sup>159)</sup> 따라서, 이 통지는 섭외중재에 대하여 준용되지 아니한다고 할 수 있다.

158) 唐厚志는 “두 중재위원회 또는 조정센터의 조정조서의 법적 효력과 집행성에 대하여는 어떠한 규정도 없으며, 법원은 그 집행신청을 수리하지 아니한다.”, 그러나 “북경조정센터가 발급한 조정의 집행문제는 아직 해결되지 아니하고 있다. 따라서, 일방 당사자가 북경조정센터의 조정조서의 이행을 거부하는 경우, 타방은 이를 계약위반으로 간주하여 중재를 신청하거나 소송을 제기할 수밖에 없다.”라고 지적하고 있다. Ibid., p.18.

159) 王玲, 經濟合同法規實用大典, (北京 : 中國人民大學出版社, 1989), p.604.

### Ⅲ. 仲裁에 의한 紛爭의 解決

#### 1. 意義

중재라 함은 중재기관이 분쟁 당사자의 합의 또는 관련법 규정에 의거하여 분쟁에 대하여 중립적인 위치에서 당사자를 구속하는 판정을 내리는 분쟁해결제도이다. 중재는 원칙적으로 당사자간의 분쟁을 선정된 중재인에 의하여 법을 기초로 해결하는 것으로 목적으로 한다는 점에서 분쟁의 법적 결정이며 그 결정은 당사자를 구속한다. 중재는 당사자의 합의에 기초한 임의적인 분쟁해결방법이므로 당사자가 중재에 대하여 합의한 경우에만 이루어질 수 있다.涉外경제계약법 제35조에 의하면 계약상의 중재조항은 계약의 다른 조항과 분리하여 취급된다. 즉 계약에서 분쟁의 해결을 위한 조건은 계약해제 또는 해지로 인해 무효가 되지 아니한다.

涉外분쟁의 해결과 관련하여 서면의 중재계약 또는 중재조항이 있을 경우 일방 당사자가 법원에 제소하고 타방 당사자가 중재계약 또는 중재조항을 원용하여 이의를 제기한 경우, 당해 법원은 중재계약 또는 중재조항이 무효이거나 효력을 상실하였거나 이행불능이라고 판단하지 아니하는 한 소를 기각하여야 하고 당사자들은 분쟁을 중재에 회부하여야 한다. 현행 민사소송법 제257조는 분쟁의 유일한 수단으로 당사자들이 중재를 선택한 것을 보호하고 있다. 계약 당사자들은 분쟁을 중재에 회부한다는 서면합의에 도달한 경우 인민법원에 소송을 제기할 수 없음을 분명히 하고 있다.<sup>160)</sup>

160) 경제계약법이 개정되기 전에는 국내중재에서는 경제계약분쟁의 당사자 일방이 중재기구에 중재를 신청하고 타방이 인민법원에 소를 제기한 경우에는 인민법원이 심리하였다(1985년 8월 3일의 最高人民法院關於合同糾紛當事人一方向仲裁機關申請仲裁, 仲裁機關已立案他方向人民法院



중요한 계약은 일반적으로 국제중재조항을 두고 있으나 중재의 복잡성과 비용 등으로 인하여 실제로 중재에 부탁되는 경우는 흔치 않다. 사실상, 중재제도는 분쟁이 국가간에 정치문제화되는 것을 방지하고 중재과정에서 당사자간의 주장과 요구를 명확히 함으로써, 분쟁의 우호적 해결을 조장하게 된다. 그러나, 중재는 그 실효성에 대한 많은 장애가 있다.

그 중에서도 특히 중재조항에 의한 관할권과 중재판정의 집행의 경우에는, 국제사회의 특수성이 직접 반영되어 중재판정의 실효성을 약화시키고 있다. 그 밖에도 중재판정부의 설치, 분쟁의 부탁, 관할의 단계에 있어서의 거부(중재인의 지명거부, 분쟁의 존재의 부인, 관할에 대한 항변) 등의 문제가 있다. 이러한 중재과정의 내재된 취약성(*inherent weakness of the arbitration process*)에도 불구하고 중재제도의 분쟁 해결기능은 결코 과소평가할 수 없다. 중재제도는 분쟁이 국가간의 정치문제화되는 것을 방지하고 중재과정에서 당사자간의 주장과 요구를 명확히 함으로써, 분쟁의 우호적 해결을 조장하게 된다.<sup>161)</sup>

중국은 1954년 5월 정무원의 결정에 의거하여 중국국제무역촉진 위원회내에 대외무역중재위원회를 설치하였다. 1978년 개혁개방추진 이후 대외무역중재위원회의 활동이 활성화되기 시작하였으며 1986

---

起訴, 人民法院應否受理的批復). 그러나, 1993년 경제계약법의 개정으로 중재합의가 있으면 중재에 의하되, 중재합의가 없는 상황에서 어느 일방이 법원에 소송을 제기한 경우에만 법원은 이를 수리한다.

161) Pierre Lalive, "The First 'World Bank' Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) -- Some Legal Problems," *British Yearbook of International Law*, Vol.51(1980).p.124.; ICSID에 제기된 분쟁의 과반수는 화해를 통하여 해결되었으며(Patrick J. O'Keefe, "The International Center for Settlement of Investment Disputes," *Yearbook of World Affairs*, Vol. 34(1980), pp.287~188.

## 第4章 中國의 涉外紛爭解決制度

년 「외국중재판정의 승인·집행」에 관한 협약(뉴욕협약)에 가입하기로 결정하였고 1987년 4월 22일부터 중국에 대해 효력을 갖게 되었다. 동 협약이 중국에 효력을 갖게 된 후 중국의 섭외중재기구가 내린 중재판정 중에서 10여건이 지금까지 미국, 캐나다, 이탈리아, 홍콩 및 일부 서구국가 등에서 승인 또는 집행되었다.

그러나, 다음에서 보듯이 아직까지 중국의 상사중재는 완전한 현대화·국제화와는 상당한 거리가 있다. 최근 중국에서 당사자 쌍방이 외국인인 분쟁사건의 수가 증가하고 있으나 다른 국가와 비교해서는 결코 많지 않다. 뿐만 아니라, 분쟁가액이 1,000만 달러 이상인 큰 사건에 대하여는 수리된 경우가 극히 적거나 아예 수리되지도 않았다.<sup>162)</sup>

### 2. 涉外仲裁의 概念, 類型 및 基本原則

#### 가. 섭외중재의 개념

섭외중재와 국내중재의 구별은 매우 미묘하고 곤란한 것이기는 하지만, 그와 동시에 실무상으로 중요한 의미를 갖는다. 중국에서는 중재기구와 적용법규 그리고 적용할 중재규칙이 달라지게 된다.<sup>163)</sup> 중국국제경제무역중재위원회 중재규칙 제2조제1항은 「중재위원회는

---

162) 姚壯, “向現代化國際化推進的我國國際商事仲裁,” 法制日報, 1993. 3.7.

163) 소련 등 사회주의국가에 있어서는 국내에서의 국영기업간의 분쟁, 국영무역공사와 외국정부, 외국의 사기업간 및 거래상의 분쟁의 해결은 모두 중재에 의하며 국내중재와 국제중재는 기구적으로 전혀 별개이다. 특히 국내중재는 더욱 엄격한 법의 적용(사회주의적 적법성)의 경향을 보이고 있다(喜多川篤典, *supra* note 135, p.241.). 한국에서도 예컨대, 중재법 제4조제3항이나 제7조제3항은 국제중재에는 적용되지 아니한다고 해석된다.

……국제경제무역에 있어서 발생한 분쟁사건을 수리한다.»라고 규정하고 있다. UNCITRAL모범법 제3조제1항은 「중재법은 다음의 경우에 국제적인 것으로 본다. (a) 중재계약 당사자가 계약 체결당시 다른 국가에 영업소를 두고 있는 경우 또는 (b) 다음의 장소의 하나가 당사자가 영업소를 두고 있는 국가 외에 있는 경우 즉 ①중재계약 또는 중재조항에 정한 중재지 ②상거래에 있어서 의무의 실질적인 부분을 이행하여야 할 장소 또는 분쟁의 주된 사항과 가장 밀접한 관련이 있는 장소 또는 (c) 당사자간의 합의에 의하여 중재대상이 되는 사항이 2 이상의 국가와 관련되어 있음을 명시한 경우」로 규정하고 있다.

중재규칙 제1조는 중국국제경제무역중재위원회는 국제경제무역에서 발생하는 분쟁을 독립하여 공정하게 해결한다고 규정하고 있다. 164) UNCITRAL모델법 제1조제1항에서는 동 법이 商事중재에 적용되는 것이라고 규정하고 「상사」의 해석을 위하여 각주를 붙이고 「상사」의 용어는 넓게 해석되어야 하며 상사적 거래를 구체적·예시적으로 규정하고 있다. 한국의 중재규칙 제1조의 「상사중재」, 중국의 중재규칙 제1조의 「국제무역에서 발생하는 분쟁」의 중재, UNCITRAL모델법 제1조제1항의 「상사중재」의 이동은 반드시 명확한 것은 아니다. 각국에 따라서는 약간의 차이가 있을 것이다.

중국의 섭외중재는 국내중재와 구별되는 다음과 같은 성격을 가지고 있다. 165) 첫째, 섭외적 성격이다. 섭외중재의 대상은 자국 또는 외국의 법인·자연인간에 발생한 분쟁이며, 통상적으로 당사자 일방 또는 쌍방이 외국인이다. 중국국제경제무역중재위원회에서 내

164) 한국중재규칙 제1조는 대한상사중재원은 공정한 상사중재를 촉진한다고 규정하고 중재법 제4조 제3항은 상사중재라 함은 상행위에 의하여 발생한 법률관계에 관한 중재라고 규정하고 있다.

165) 濟藤明美, 現代中國民事訴訟法, (東京: 晃洋書房, 1991), pp.137~138.

린 판정은 중국 또는 외국에서 집행된다. 그러나, 국내중재의 대상은 중국의 자연인·법인간에 발생한 분쟁이며 그 판정은 중국내에서 집행되어야 한다.

둘째, 유연성이다. 섭외중재에서는 당사자들이 원칙적으로 중재의 장소·중재기구·중재인 그리고 적용되는 실체법을 선택할 수 있다. 그러나, 국내중재의 장소·중재절차 등은 모두 엄격하게 중국법에 따라 확정되어 있으며, 중재인도 분쟁 당사자가 아니라 중재기구가 지정한다. 또한, 섭외중재에서는 국제관례를 존중하지만, 국내중재에서는 엄격히 중국법을 적용하지 아니한다.<sup>166)</sup>

#### 나. 섭외중재의 유형

섭외상사중재에는 두 가지 방법이 있다. 즉, 상설중재기구에서의 중재와 임시중재판정부에서의 중재가 그것이다. 만약 상설중재기구에서의 중재를 약정한다면 중재기구의 명칭을 명시하여야 하며 임시중재판정부에 의한 중재를 약정한 경우에는 중재판정부의 인원수와 중재인 지정방법, 적용할 중재규칙 등을 규정한다. 그러나 중국

166) 판정의 확정성과 관련하여 중국국제경제무역중재위원회가 내린 판정은 중국적·확정적이며, 쌍방 당사자를 구속하므로 당사자가 판정에 불복하여 법원에 소송을 제기하여 그 변경을 요구할 수 없다. 개정전 경제계약법 제49조에 의하면, 국내중재의 판정은 중국적인 것이 아니며 당사자 일방 또는 쌍방이 판정에 불복하는 경우, 판정서를 받은 날로부터 15일 이내에 소송을 제기할 수 있고 그 기간 내에 소송이 제기되지 아니하는 경우 판정은 법적 효력이 발생하게 되어 일방 당사자가 판정을 불이행하면 타방은 인민법원에 강제집행을 신청할 수 있었다. 그러나, 개정된 경제계약법 제42조에 의하면 당사자는 중재판정을 반드시 이행하여야 하고 일방이 소정의 기간 내에 판정을 불이행하는 경우 타방은 인민법원에 강제집행을 신청할 수 있도록 하고 있다. 현재까지는 「경제계약중재조례」가 개정되지 아니하였으나, 개정 경제계약법 제42조에 의하여 동 조례 제33조는 이미 효력을 상실한 것으로 판단된다(尹晋基 supra note 153, p.32.).

에서는 임시중재제도를 시행하고 있지 않다. 중국의 학자인 姚壯은 중국의 중재제도의 국제화·현대화를 위해서는 임시(ad hoc)중재의 법적 지위를 인정하는 방향으로 개선되어야 한다고 주장하고 있다.

즉, “…… 중국의 현행 중재규칙은 상설중재기구에 의한 중재만을 규정하고 있을 뿐이고 임시중재에 대하여는 규정하고 있지 않다. 중국도 참가하고 있는 1958년 뉴욕협약은 임시중재를 설명하고 있다. 따라서 임시중재의 중국에서의 법적 지위를 확정하는 것은 중국중재제도의 국제화를 위해 필요한 것일 뿐만 아니라 중국이 국제조약의무를 충실히 이행한다는 표현이기도 하다.”라고 지적하고 있다.<sup>167)</sup>

그러나, 일반적으로 말한다면, 중재과정에서는 상설중재기구에서의 중재가 임시중재판정부의 중재보다 편리하다. 상설중재기구의 작용은 주로 관련 중재행정관리와 조직업무에 종사하는 것이기 때문이다. 예컨대, 일방 당사자가 중재인 지정을 거부하는 경우 상설중재기구가 지정권을 갖는 등이다. 중재기구의 협조가 없으면 해결하기 곤란한 문제들도 있으며 이로 인하여 중재의 순조로운 진행이 영향을 받기도 한다. 중재기구의 선택은 중재지의 교섭에서 주의할 문제이다. 중재지와 중재기구는 대부분의 국가에서 중재기구를 선택시에 반드시 당해 중재기구의 신뢰, 중재규칙의 규정, 비용, 언어 등 여러 요소들을 반드시 고려하여야 한다. 한편, 중재지가 불분명하거나 분쟁중재조항 자체를 두고 있지 아니한 경우에는 분쟁이 발생한 후 당사자들간에 감정이 대립되고 쌍방이 중재협약에 무엇을 포함시켜야 하는가에 대하여 특히 중재지에 대하여 의견일치를 보지 못하여 분쟁이 오히려 악화될 가능성도 있다.

167) 姚壯, supra note 162.

다. 섭외중재의 기본원칙

중국의 학자들은 흔히 중국의 섭외중재의 기본원칙을 다음과 같이 지적한다.<sup>168)</sup> 첫째, 자주독립의 원칙이다. 섭외중재기구는 분쟁을 중재함에 있어서 국가주권을 보호하고 법제도의 존엄을 지켜야 할뿐만 아니라 중국의 관련 국내법 및 중국이 체결 또는 가입한 국제조약을 준수하여야 한다는 것이다. 특히, 중재기구가 중재를 함에 있어서 의거하는 중재의 합의 및 외국의 관련 법은 중국의 법의 기본원칙 및 국가·사회의 이익에 반해서는 안되며, 독립적·자주적으로 중재의 신청을 받아, 중재활동을 수행하며 판정을 한다고 한다.

둘째, 호혜평등의 원칙이다. 호혜평등의 원칙은 분쟁의 쌍방 당사자에 대하여 중재기구가 일률적으로 평등하게 대처할 것을 요구하며 쌍방 당사자에 평등한 권리행사의 기회를 부여함으로써 당사자의 정당한 이익을 보호한다고 한다. 중재에 있어서는 가능한 한 조정의 방식을 채택하여 호혜평등·상호이해를 기초로 하여 쌍방 당사자에 상호 협의하여 해결하도록 촉구하며, 계약분쟁의 중재에 있어서 통상적으로 쌍방 당사자가 호혜평등을 기초로 하여 체결한 계약조항을 존중하여야 한다.

3. 仲裁地로서의 中國의 指定

唐厚志는 분쟁을 중국의 중재에 회부하고자 하는 경우 “이 계약으로부터 또는 이 계약과 관련하여 발생하는 어떠한 또한 모든 분쟁은 중국국제경제무역중재위원회 중재규칙에 따라 신청인의 선택

168) 林惠辰 외, supra note 71, pp.115~117.

에 의거하여 위원회 소재지인 북경, 심천 소위원회(1984년 설치) 또는 상해 소위원회(1990년 설치)가 실시하는 중재를 위하여 중국 국제경제무역중재위원회에 회부하여야 한다. 중재판정은 중국적이며 양 당사자에게 구속력이 있다.”라는 표준중재조항을 계약서에 삽입하는 것이 바람직하다고 한다.<sup>169)</sup>

과거 중국측 당사자는 외국측 당사자의 제3국중재의 요구를 회피하기 위한 방편으로 『분쟁이 발생한 후 중재지에 대하여 합의하지 못한 경우에는 중국에서 중재한다.』는 규정을 삽입하고자 하였다. 석유개발계약표준양식도 중국의 중재기구 또는 당사자가 합의한 다른 중재기구에 분쟁을 회부한다는 규정을 두고 있다. 이러한 경우에도 실질적으로는 중국에서의 중재에 합의한 것으로 보아야 한다. 현재 중국에서는 ad hoc중재를 인정하고 있지 아니하기 때문이다.

그런데, 다음과 같이 중재지를 중국을 포함하여 2이상 열거하고 분쟁발생 후 그 중에서 다시 중재지에 대해 합의한다는 취지를 둔 경우에는 중국중재기구에서 사건을 수리하지 아니한다는 점에 유의하여야 한다. 예컨대, 한국 기업들이 체결한 계약 중에는 “중국 또는 스웨덴에서 중재를 진행한다.”, “중국 중국국제경제무역중재위원회 또는 스위스 국제무역중재원 또는 피고 소재지국 중재기구에 제소하여 동 기구의 중재규칙에 따라 중재한다.” 또는 “중국에서 중재하거나 또는 을이 제3국 중재기구에 회부하되 이에 필요한 비용은 을이 부담한다.”라고 규정한 사례가 있다.<sup>170)</sup> 이러한 애매모호한 규정에 의하여 중국의 중재기구에 분쟁을 회부할지라도 이를 수리하지 않는다.<sup>171)</sup>

한편, 중국에서 중재하되, 일정한 조건하에서 제3국의 중재도 인

169) 唐厚志, supra note 141, p.11.

170) 文俊朝, supra note 83, p.237.

171) 王存學, supra note 151, pp.274~275.

정하는 경우가 있다. 예컨대, “중국에서 중재하되, 만약 쌍방이 이에 대하여 이의가 있으면, 제3국 중재기구에서 그 중재규칙에 따라 중재할 수 있다.” 또는 “중국의 중국국제경제무역중재위원회에서 중재하되, 그 중재판정에 대하여 이의가 있는 일방은 제3국 중재기구에 회부한다.”고 규정하는 경우이다. 그러나, 이러한 규정은 당사자들이 중재판정에 대한 상소제도를 인정한 것이지만, 그 중국에서의 수리가능성 및 실효성에 대해서는 의문이 아닐 수 없다. 1993년 말에는 한국 변호사 3인이 중국국제경제무역중재위원회의 중재인 명부에 등재되었다는 점에도 유의할 필요가 있다.

#### 4. 仲裁機構의 性格

중국국제무역촉진위원회의 부속기구의 하나인 중국국제경제무역중재위원회는 1988년 9월 18일 대외경제무역중재위원회로부터 개칭되었으며<sup>172)</sup> 이 때 중재규칙도 상당부분 개정되었다. 국무원의

172) 중국에서 국제경제무역중재라 함은 국제경제·무역분야의 분쟁이 발생한 경우, 쌍방 당사자간의 서면에 의한 중재합의에 의거하여 분쟁을 국제경제무역중재위원회 또는 해사중재위원회정에 회부하는 것을 의미한다. 중국에서는 대외경제·무역의 발전의 필요에 부응하기 위하여 1956년 중국국제무역촉진위원회내에 대외무역중재위원회를 설치하고 그와 동시에 「대외무역중재위원회 중재절차집행규칙」을 제정·공포하였다. 그후 1980년에는 대외경제무역중재위원회로, 1989년에는 다시 현재의 명칭으로 변경되었다. 이러한 명칭의 변경외에도 국제경제·무역의 발전과 대외개방정책의 진행에 수반하여 외국과의 분쟁도 끈임없이 증가하여 「대외무역중재위원회 중재절차집행규칙」으로서로는 새로운 정세에 적응할 수 없게 되었다. 이리하여 1988년 6월 21일 국무원의 승인을 얻어 중국국제무역촉진위원회는 중재규칙에 수정을 가하여 1988년 9월 12일의 제1기 제3회 위원회에서 새로운 중재규칙 즉 「중국국제경제무역중재위원회 중재규칙」을 채택하고 1989년 1월 1일부터 시행하고 있다. 중국국제경제무역중재위원회는 중국에서 유일한 국제상사중재기구이다. *Ibid.*, pp.261~262.



승인을 얻어 원래의 중재절차잠정규칙을 토대로 하여 새로운 중재 규칙을 제정하였는 바, 이 새로운 규칙은 국제적으로 통용되는 일부 관례를 수용하고 구 규칙의 일부조항을 개정·보완하였다. 예컨대, 당사자의 상업적 신용과 명예 그리고 비밀을 확실하게 보장하기 위해 심리의 공개를 비공개로 바꾸었으며 중재판정의 공정성과 객관성을 보장하기 위하여 중재인회피제도를 규정하였다.<sup>173)</sup>

중국은 중국국제경제무역중재위원회는 국내경제중재기구와는<sup>174)</sup> 달리 민간적 성질에 중재에 속한다고 주장한다. 국내경제중재기구는 국가의 행정기관이며, 그 중재의 성격은 행정적 중재이지만, 중국국제경제무역중재위원회는 법적 성질상 행정기관이나 사법기관이 아니며, 민간사회단체라는 것이다.<sup>175)</sup> 즉 분쟁에 대하여 관할권을 강제하지 아니하고 쌍방 당사자의 자유로운 의사로 달성하는 중재 합의에 기초하여 사건을 수리하며 그 중재는 민간의 중재에 속한다고 강조한다. 그러나, 중국국제무역촉진위원회가 국가와는 독립된 법인격을 가지고 있다고는 하지만, 대외경제무역부의 감독을 받기 때문에 중국정부의 정책에 크게 영향을 받는다.

173) 주요 개정내용은 다음과 같다. 즉, ① 중재인은 지금까지 전부 중국인이었지만, 외국 및 홍콩, 마카오 지역의 지명인에 담당하도록 할 수 있다. ② 제3의 중재인은 당사자들의 합의에 의해서 선정되었지만 금후에는 중재위원회의 주석이 지명한다. ③ 중재계약의 유효성과 중재관할권에 관한 문제는 중재위원회가 결정한다. ④ 중재인의 기피제도를 도입한다. ⑤ 중재의 공개개정심리를 비공개개정심리(다만, 쌍방 당사자가 공개심리를 요구하고 중재판정부가 허가한 경우는 제외함)로 개정하였다. 人民日報, 1988. 9. 1.

174) 국내경제계약분쟁에 관한 중재기구는 공상행정관리국내에 설치된 경제계약중재위원회이다. 중재위원회는 주임 1인, 부주임 1-2인과 위원 약간 명으로 구성된다. 주임과 부주임은 통상적으로 공상행정관리국의 책임자와 계약관리 관계부문의 책임자가 담당한다. 중재위원회는 중재의 지도기관이며, 직접 분쟁을 처리하지 아니한다. 王存學, *supra* note 151, p.117.

175) 王家福·江偉·韓延龍, 現代中國涉外取引法論, (東京: 法律文化社, 1990), p.81.

한국의 대한상사중재원과 비교해 볼 때 공적인 성격이 강하다.<sup>176)</sup> 먼저 중국국제경제무역중재위원회는 1954년 정무원 결정에 의하여 설립되었다(당시는 대외무역중재위원회라 불렀다). 또한 그후의 명칭 변경, 수리할 수 있는 중재사건의 범위와 확대, 중재규칙의 제정·개정 등은 모두 국무원의 통지 또는 허가에 의하여 행하여지고 있다. 직원의 급여도 국가로부터 지급된다. 다만, 중국국제경제무역중재위원회는 중국국제무역촉진위원회의 부대기구로서 설치되어 있고 중국국제무역촉진위원회는 그 정관에 의하면 「중국의 대외적 상업회의소」(제1조)이고 「중국의 경제무역분야에 있어서 대표적인 개인·기업·조직·단체로 이루어지는 전국 규모의 민간대외경제무역조직」(제2조)라고 설명되고 있다. 따라서 형식상으로는 민간단체이지만 그 실질은 국가기관적 성격이 강하다. 그것은 중국국제경제무역중재위원회에 부여된 강한 권한과 기능을 구체적으로 검토해보면

---

176) 한국의 대한상사중재원은 사단법인이고 민간단체라고 할 수 있다. 그러나 그 운영에 필요한 자금의 대부분은 한국무역협회의 무역특별회계 보조금으로 충당하고 대한상사중재원 고유의 연회비, 중재료 기타의 수입은 극히 일부에 지나지 않는다. 대한상사중재원은 사단법인이지만 準 公的 성격과 기능을 가지고 있다. 중재법 제4조 제3항은 상사중재계약에서 중재인의 선정을 약정하고 있지 아니한 경우에는 통상산업부 장관이 지정하는 사단법인의 상사중재규칙에 의한 것으로 추정한다고 규정하고 있다. 동법 부칙 제2조는 동법 제4조 제3항의 「통상산업부 장관이 지정하는 사단법인」을 대한상사중재원으로 본다고 규정하고 있다.

대한상사중재원은 또한 무역클레임에 대한 책임을 회피하고자 하는 한국 당사자에 대한 조사권한 및 정당한 이유없이 중재에 불응하거나 중재판정을 임의로 이행하지 아니하는 한국당사자에 대한 제재권한이 무역거래법에 의하여 부여되어 있다. 다른 한편으로 한국기업에서 외국기업으로의 물품의 수출입에 수반되는 위약금, 손해배상금 또는 대리할당요금, 거래알선요금 등의 지급을 위하여 외화의 해외지급에 대해 사전에 심사하여 적절하게 관계 은행장에게 외국환지급에 대한 추천도 한다. 松浦聲, “韓國, 中國, 日本の國際的 商事仲裁制度の 相違點と共同的 紛爭解決の方途,” 韓·中·日 國際仲裁심포지움(I), 大韓商事仲裁院(1993), pp.26~27.

명백해진다. 177)

첫째, 실질적으로 중재계약의 유효성 등에 관하여 최종 판단권은 법원이나 중재인이 아니라 중재위원회에 있다. 중재위원회는 한국의 경우에는 법원이나 중재인이 보유하는 중재계약의 유효성 등에 관한 상당한 범위의 판단권을 가지고 있다. 둘째 중재인의 선임과정에서 중재위원회 또는 중재위원회 주석의 결정권에 관련하여, 한국의 경우에는 국내상사중재사건에 있어서만 그 중재규칙에 의한다고 추정되지만 중국의 경우에는 국제상사중재사건의 경우에도 항상 그 중재규칙에 의한다.

더구나 이 중재규칙에 의하면 당사자가 중재인을 선임하지 아니하는 경우에 중재위원회 주석이 선임하는 것은 물론이고 의장 중재인은 항상 중재위원회 주석이 선임하게 된다(중재규칙 제14조). 셋째, 중재인 기피신청에 대하여 한국에서는 법원이 결정하지만 중국에서는 중재위원회 주석이 결정한다. 넷째, 중재장소를 중재위원회 소재지 밖으로 하는 경우에는 중재위원회 주석의 허가를 얻어야 한다. 다섯째 중재판정의 평결방법은 다수결에 의하게 되며 이에 대하여 당사자들이 별도의 합의를 할 수는 없다. 이 점도 한국과는 다르다. 여섯째, 중국의 중재규칙에서는 중재판정부의 증거조사에 대한 법원의 협력과 협조에 관한 규정을 찾아 볼 수 없다. 이것도 중재위원회가 법원의 역할과 기능을 대신하고 있다고 할 수 있다.

## 5. 仲裁合意의 形式과 仲裁對象紛爭

### 가. 중재합의의 형식

중국국제경제무역중재위원회의 중재규칙에 의하면 중재합의는 서

---

177) *Ibid.*

면에 의하는 한 그 형식은 제한을 받지 아니하며,<sup>178)</sup> 시간적으로도 분쟁발생 전후에 작성된 중재조항은 모두 유효한 중재합의로 인정된다. 그러나, 분쟁발생후 당사자간에 중재합의가 사전에 체결되지 않았더라도 일방 당사자가 중국국제경제무역중재위원회에 중재를 신청하고 타방 당사자가 이에 응하였을 때에는 중국국제경제무역중재위원회는 사건에 대하여 관할권을 행사한다. 중국국제경제무역중재위원회는 중재계약의 유효여부에 대한 다툼이나 특정 사건에 대한 관할권을 보유하고 있다. 따라서 이러한 문제에 대한 결정을 법원에 청구할 필요는 없다. 중재신청을 하는 경우, 신청인은 중재신청서를 중국국제경제무역중재위원회에 서면으로 제출하여야 하며, 신청서에는 신청인과 피신청인의 성명과 주소, 중재계약 또는 중재조항, 배상청구 및 청구의 근거가 되는 사실과 증명을 명기하여야 한다.

#### 나. 중재대상분쟁

섭의경제계약법 제35조는 “계약에서 분쟁의 해결을 위한 조건은 계약해제 또는 해지로 인해 무효가 되지 아니한다.”라고 규정함으로써, 계약서의 중재조항을 다른 조항과 분리하여 취급하고 있다. 계약의 중재조항에는 통상적으로 “이 계약의 집행으로 인한 또는 이 계약과 관련된 모든 분쟁”은 모두 어떠한 중재기구에 회부하여

---

178) 중재 합의는 다음 3종류로 구분된다. 첫째, 국제경제무역계약의 중재조항, 둘째, 분쟁의 중재회부를 위하여 계약과 별도로 체결한 서면의 중재합의(통상적으로 분쟁발생후 체결한다.), 셋째, 분쟁을 중재에 회부한다는 데 대하여 쌍방 당사자가 동의하였음을 증명할 수 있는 기타의 서면 자료(예컨대, 당사자간의 서신·전보 또는 기타 관계 문서중에 중재회부에 관한 특별한 약정이 있는 경우)이다. 濟藤明美, *supra note* 165, p.141.

해결한다는 것을 규정한다. 이것은 중재에 회부될 분쟁의 범위를 정하고 있는 것이다.<sup>179)</sup>

일방 당사자가 중재를 신청한 분쟁 및 중재기구가 수리할 분쟁은 중재조항 또는 중재합의서에서 정한 중재사항에서 벗어나서는 아니 된다. 따라서 중재에 회부될 사항은 명확히 규정할 필요가 있다. 중재조항에 규정된 사항에 대하여 법원은 관할권을 행사할 수 없으며, 법원은 일방 당사자가 관정에 불복하여 소송을 제기하거나 상소를 제기하는 경우에도 이를 수리할 수 없다. 다시 말해서 일방 당사자의 제소에 대하여 타방이 서면의 중재계약 또는 중재조항이 있고 발생한 분쟁이 그 적용대상이 되지 아니함을 이유로 이의를 제기한 경우, 법원은 당해 중재계약 또는 중재조항이 무효이거나 효력을 상실하였거나 이행불능이라고 판단하지 아니하는 한, 소를 기각하여야 하며, 당사자들은 분쟁을 중재에 회부하여야 한다.

이에 관한 <판례>를 소개하면 다음과 같다. 1991년 10월 日照市 물자수출입공사와 대만의 한 회사는 중외합자경영기업을 설립하였다. 이 중외합자경영기업은 성의 인민정부로부터 이미 승인을 얻었고 공상행정관리국에 등록하여 영업허가증까지 발급 받았다. 중국 측 당사자는 계약의 규정에 따라 대량의 사람과 물건을 투입하여 출자를 이행하고 있었던데 반하여 대만 측 당사자는 극히 일부의 화물과 차량만을 현물출자로서 반입하였을 뿐, 대부분의 출자를 납입하지 아니함으로써 기업의 정상적인 활동을 지연시켰을 뿐만 아

179) 중재에 회부되는 분쟁은 반드시 섭외경제분쟁이어야 한다. 중국국제무역중재위원회는 국제경제무역중에 발생한 다음과 같은 분쟁을 수리한다. ①국제무역매매계약·위탁매매계약·기술이전계약으로부터 발생한 분쟁, 대외무역상품의 운송·보험·보관 및 발송으로부터 발생한 분쟁, ②합영, 합작, 대중국투자, 중외은행, 상호융자, 보상무역, 가공·조립 및 공동생산, 공동개발중 발생한 분쟁 등 국제경제협력과 관련하여 발생한 분쟁, ③국제경제무역업무와 관련된 기타 분쟁이다. *Ibid.*, p.145.

나라 1992년 9월에는 자신이 반입한 화물과 차량을 다른 곳으로 몰래 빼돌린 사건이 발생하였다. 이에 따라 중국측 당사자는 일조시 중급인민법원에 대만 측 당사자가 빼돌린 화물과 차량에 대한 보전신청을 하였다. 그러나 법원은 당사자들간에 체결된 계약서에서 『발생한 분쟁은 중국국제경제무역중재위원회의 중재에 의하여 해결한다』라는 규정이 있음을 확인하고 당해 법원에 관할권이 없다는 이유로 소송을 기각하였다.<sup>180)</sup>

대외경제무역중재위원회라는 명칭을 가지던 시절에는 중국법인·기업과 외국회사·기업을 양당사자로 하는 사건만을 중재하였으나, 중국국제경제무역중재위원회는 중국법인·기업과 외국회사·기업을 양당사자로 하는 사건 이외에 외국회사·기업간의 사건 및 중국공사·기업간의 섭외적 요소가 있는 사건을 중재한다. 제조 또는 피소의 능력이 있는 자연인 또는 법인은 중재의 당사자가 될 수 있으며 국가 또는 국가기관도 주권면제를 포기한다면 국제상사중재의 당사자가 될 수 있다.

중국의 민사소송법 제257조는 섭외경제무역, 운수 및 해운에서 발생하는 분쟁을 중재대상으로 규정하고 있다.<sup>181)</sup> 이것은 비교법적으로 보아 미국의 중재자유의 원칙(UAA 제1조 및 FAA 제2조)과 유사한 것처럼 보이지만 구체적인 실무, 판례 및 학설이 잘 알려져 있지 않기 때문에 선불리 단정할 수는 없다. 현재의 분쟁뿐만 아니라 장래의 분쟁에 대해서도 중재가 가능하다는 점은 한국 중재법 제2조제1항 및 중국 민사소송법 제257조제1항에서 공통되고있

180) 法制日報, 1993. 2.4.

181) 한국의 중재법 제2조 제1항에서는 사법상의 법률관계는 당사자가 처분할 수 없는 법률관계를 제외하고 중재가 가능하다고 규정하고 있다. 일본 민사소송법 제766조에서는 당사자가 계쟁물에 관하여 화해를 할 수 있는 권리를 가지는 경우에는 중재가 가능하다고 규정하고 있다. 표현을 다르지만 동일한 취지로 해석될 것이다.

다. 한편, 중국의 현행법상 상표, 특허 및 저작권, 파산과 관련된 분쟁은 중재의 대상이 되지 아니한다.<sup>182)</sup>

## 6. 仲裁節次

### 가. 중재규칙

중재규칙은 중재지와 더불어 대단히 중요한 의미를 갖는다. 당사자들은 외국의 법률과 중재방법에 대하여는 이해와 신뢰가 없고 자신의 소재지국의 법률과 중재방법에 대하여는 비교적 충분한 이해를 가지고 때문에 가급적 자국에서의 중재에 회부하고자 한다. 한편, 당사자가 약정한 중재지와 중재규칙 및 분쟁을 확정함에 있어서 적용되는 실체법은 모두 긴밀한 관계가 있다. 일반적으로 말해서 어떠한 국가에서의 중재는 일반적으로 그 국가의 중재법규를 적용하게 된다. 만약 당사자들이 적용할 실체법에 대하여 약정하지 못하였다면, 중재판정부는 중재기구 소재지국의 법률 규칙에 따라 적용할 실체법을 정하게 되며 이것은 중재결과에 영향을 미치게 된다. 그러므로 중재지는 중재조항의 중요한 초점이 된다.

중재규칙은 당사자와 중재인을 위한 일련의 중재진행상의 행동준칙으로서 중재시 적용되는 절차규칙을 말하며 중재신청 제출, 답변 진행, 중재인 지정, 중재판정부 구성, 중재심리 진행, 판정 및 중재비 등에 관하여 정하고 있다. 국제적으로 각국의 중재기구가 제정한 중재규칙 외에 일부 지역성·국제성의 중재규칙이 있다. 일반적으로 말해서 중재조항은 어떠한 상설중재기구의 중재에 회부할 것인가를 규정하면, 그 기구의 중재절차 규칙에 따라 중재를 진행한다. 그러나 일부 국가에서는 쌍방 당사자가 그들이 인정하는 적당

182) 唐厚志, *supra* note 141, p.12.

한 중재규칙을 자유롭게 선택하는 것을 허용한다. 예컨대, 스웨덴에서의 중재에서는 쌍방 당사자가 스웨덴의 중재규칙을 채택하지 않고 다른 국가의 중재규칙을 선택할 수 있다. 임시중재판정부의 중재절차는 당사자들의 약정에 맡겨져 있다. 만약 중국국제경제무역중재위원회에서 중재하는 경우에는 반드시 당해 위원회의 중재규칙을 적용하여야 한다.<sup>183)</sup>

이와 같이 실질적으로 중국의 절차법과 실체법에 따라 중재가 진행된다는 점에서 문제가 있다. 중국의 경우 중재절차에 관한 규정은 민사소송법이나 규칙에 포함되어 있지 않다. 당사자가 중국국제경제무역중재위원회의 중재를 합의한 경우에는 중국의 중재규칙에 의하게 되며, 만약 다른 중재규칙에 합의한 경우, 그 합의는 무효로 처리된다. 중국은 UNCITRAL규칙을 1988년 중재규칙개정시 하나의 지침으로 하였고 추후에도 참고하게 될 것이지만, 현재까지는 중국의 중재기구는 UNCITRAL규칙의 적용을 허용하지는 않는다. 따라서, 당사자가 외국의 중재법이나 중재규칙 또는 UNCITRAL 중재규칙에 의할 것에 합의한다 할지라도 허용되지 아니한다. 이러한 면에서 당사자 또는 중재인의 결정권의 범위가 협소하다 할 수 있다.

또한, 중국국제경제무역중재위원회 중재규칙의 주요 내용은 다음과 같다. ①중국국제경제무역중재위원회의 관할권은 중국인과 외국

---

183) 姚壯은 중국에서의 중재시 중재규칙의 적용문제에 대하여 다음과 같이 설명하고 있다. “국제적으로 일반화된 방식은 당사자 자치를 허용한다는 원칙에서 출발하여 쌍방 당사자의 중재규칙의 선택을 존중한다. 당사자들은 분쟁을 어떠한 국가의 중재기구의 중재에 회부할 수 있으며 이때에도 당해 중재기구에 자신들이 선택한 중재규칙의 적용을 요구할 수 있으며 이러한 중재규칙은 당해 중재기구의 중재규칙일 수도 있고 다른 국가 또는 다른 중재기구의 중재규칙일 수도 있다. 1985년 국제연합에서 채택된 「國際商事仲裁 모델법」 제19조 제1항도 그와 같은 취지의 규정을 두고 있다.”라는 것이다. 姚壯, supra note 162.



인, 외국인 및 섭외적 요인이 수반된 중국인 당사자들간의 사건도 취급할 수 있도록 확대되었다. ②비중국국적의 중재인을 중재인 명부에 포함시키고 있다. ③당사자는 2인의 중재인을 선임하되, 중재인 중재판정부의 의장중재인은 중국국제경제무역중재위원회 주석이 임명한다. ④심문은 비공개로 한다. ⑤중재인 기피제도에 관한 명시적 규정을 두고 있다. ⑥중국국제경제무역중재위원회는 통합중재를 시행할 수 있다. ⑦중재판정부는 당사자들의 동의가 있으면 사건을 조정할 수 있으며, 조정이 성공한 경우 판정부는 집행을 위하여, 조정조서 대신 조정을 통하여 당사자간에 도달한 분쟁해결합의의 내용에 따라 중재판정을 내리게 된다.

#### 나. 중재인의 중재권한의 존부에 관한 판단권한

한국에서는 중재계약의 유효성 등에 대한 일차적인 판단권은 중재인(중재판정부)에 있지만 최종적인 판단권은 법원에 있지만, 184) 중국에서는 중재위원회에 그 판단권이 있다는 점에 유의할 필요가 있다. 중재인의 중재권한의 존부에 관한 판단권한과 관련하여, 중국중재규칙 제2조제3항은 「중재위원회는 중재계약의 유효성 및 중

184) 한국의 중재법 제10조에 의하면 중재계약의 유효성이나 중재인의 중재권한에 대하여 다툼이 있을 경우, 중재인 자신이 그에 대하여 판단하게 된다. 다만, 중재계약의 효력이나 중재인의 중재권한의 존부에 관하여는 법원이 최종적으로 유권적인 판단을 할 권한을 가지며 무효인 중재계약에 의거하여 또는 권한 없는 중재인이 내린 중재판정은 중재판정의 취소의 소에 의하여 취소되고 그러한 중재판정에 근거한 강제집행은 거부된다(중재법 제13조제1항제1호, 제14조제2항 참조.). 그런데 중재인이 중재절차를 속행하는 경우 중재계약의 무효 등을 주장하는 당사자가 중재계약무효확인소나 중재계약 무효확인소송을 본안으로 하는 상대방 당사자에 대한 중재신청취하를 명하는 가처분신청이나 중재인에 대한 중재절차의 정지를 명하는 가처분신청을 할 수 있느냐에 관하여는 반드시 명확한 것은 아니다.

재사건의 관할권에 관하여 결정을 하는 권한을 가진다」라고 규정하고 있다. 따라서 중국에서는 중재계약의 유효성 등에 관하여 중재인이나 법원이 아니라 중국국제경제무역중재위원회가 결정한다. 唐厚志는 이 문제와 관련하여 “중국제경제무역중재위원회는 다른 국가에서의 법원에 상당한 권한을 가지며 UNCITRAL 모범법 제6조에 「그 밖의 기관」이라는 용어가 삽입된 것은 중국과 같은 경우를 고려한 것”임을 지적하고 있다.<sup>185)</sup>

#### 다. 중재인의 선임과 중재판정부의 구성

만약 신청인이 중재신청 제출시점에 이러한 선임하지 못하고 피신청인도 20일 이내에 중재인 1인을 선임하지 못하거나 중재통지의 최종 수령일로부터 20일 이내에 중재인을 선임하지 못하면 중국국제경제무역중재위원회 주석이 중재인을 지명하게 된다. 의장 중재인 등 모든 중재인은 중국국제경제무역중재위원회 중재인단에서 임명하여야 한다. 중국국제경제무역중재위원회의 중재인의 선임에 관하여는 중재규칙 제14조 내지 제20조에 규정되어 있다. 중재판정부는 중재인 3인 또는 1인으로 구성되며, 통상적으로 3인이지만 단일 중재안건에서 신청인 및/ 또는 피신청인이 2인 이상일 때에는 신청인측과 피신청인측이 협의하여 공동으로 각각 1인의 중재인을 임명하게 된다. 중재판정부가 3인으로 구성될 경우, 각 당사자가 1인씩 임명하고 중국국제경제무역중재위원회 주석이 세번째 중재인을 임명하게 되며 주석이 임명한 중재인은 의장 중재인이 된다. 중재판정부가 단독 중재인으로 구성될 경우, 당사자들은 협의하여 선임을 하거나 주석에게 선임을 의뢰할 수 있다. 그러나, 쌍

185) 唐厚志, *supra* note 141, p.6.

방 당사자들이 단독중재인을 선임한다는데 합의하였으나, 20일 이내에 누구를 선임할 것인가에 대해 합의하지 못하면 주석이 선임한다.

중재위원회에는 명부가<sup>186)</sup> 비치되어 있으며 이 명부는 중재위원회가 소속된 중국국제무역촉진위원회에 의하여 조정된다. 1988년 중재규칙을 개정하면서 중재사건이 “중국인의 손아귀에서 놀아난다.”는 의혹을 불식시키기 위해 중국국제무역촉진위원회가 지정한 중국 밖의 인사 즉, 외국인을 중재인으로 초빙할 수 있도록 하였으며, 이는 중국의 중재제도에 있어서의 큰 발전이라고 할 수 있다. 현재 중재인 명부는 국제무역 및 경제, 과학, 기술, 법 및 기타 전문 분야의 지식과 실무 경험이 풍부한 중국인 및 외국 국적인으로 구성되어 있다. 이에 따라 중재인들은 홍콩, 마카오, 싱가포르 등 친중국계 인사외에도 미국, 영국 등의 국적을 가진 자들도 있으며, 1993년 말에는 한국의 법률가 3인이 중재인 명부에 포함되었다.

그러나, 중국의 중재제도는 여전히 미흡한 점이 많다. 중국의 학자인 姚壯이 지적한 바와 같이 중재인 선택범위를 확대하여 분쟁당사자들이 중재인 명부외의 인사를 중재인으로 선임할 수 있도록 허용되어야 한다. 중재인의 선택에 대하여 두가지 국제관례가 있다. 그 하나는 중재기구가 중재인 명부를 제공하지 않고 당사자들이 일정한 자격이 있는 자이면 누구든지 중재인으로 선임할 수 있도록 하는 방법이고, 둘째는 중재기구의 중재인 명부에서 당사자들이 적당한 중재인을 선임하도록 하는 방법이다. 그러나 많은 국가에서

186) 국내경제계약중재의 경우에는 전임중재인이나 보조중재인을 두지 않고 있으며 따라서 중재인 명부도 없다. 각급 중재기구가 중재사건을 처리하는 과정에서 저명인사, 전문기술자 및 법률관계자를 초빙하여 겸직 중재인으로 할 수도 있다. 현재, 경제계약의 전문성·기술성이 점차 강해지고 있어 각 전문 기술자를 초빙하여 경제계약분쟁의 정확하고 신속한 처리를 보장해야 할 필요가 있다. 그러나 중재기구의 소요경비 등에 관한 관계법 규정이 결여되어 있기 때문에 실제로는 겸직중재인을 활용하는 경우가 드물다. 松捕 聲, supra note 176, p.28.

당사자들이 중재인 명부에서 중재인을 선임할 수 있을 뿐 만 아니라 중재인 명부에 기재되지 아니한 자도 중재인으로 선택할 수 있는 권리를 인정하고 있다. 중국은 선택될 수 있는 중재인을 중재인 명부에 등재된 자로 국한시킴으로써 당사자들의 중재인 선택자유를 제한하고 있기 때문에 이를 개선할 필요가 있다.<sup>187)</sup>

#### 라. 중재인의 기피

한국에서는 중재법 제6조에 의하여 중재인의 기피신청은 법원에 하도록 되어 있으며 중재규칙에는 관련 규정을 두고 있지 않다. 반대로 중국에서는 민사소송법에는 규정이 없고 중재규칙 제18조 내지 제20조에서 규정하고 있다. 이에 따르면, 중재인은 안전에 대하여 이해관계가 있는 때에는 자발적으로 중재위원회 주석에게 자발적으로 회피신청을 하여야 한다. 중재인으로 선임되었으나, 당해 사건에 개인적인 이해관계가 있는 자는 일방 당사자의 기피가 있을 때에는 중재인직에서 사임하여야 한다. 기피는 반드시 사건의 제1차 심문 전에 신청하여야 한다. 그러나 일방 당사자가 1차심문종료 후까지 기피이유를 알지 못할 때에는 최종심문 종결 전에 기피신청을 할 수 있으며 중국국제경제무역중재위원회 주석이 기피문제에 대한 결정을 내린다.

#### 마. 심 리

신청인은 또한 중재비용표에 따라 중재비용을 중국국제경제무역중재위원회에 예납하여야 한다. 중국국제경제무역중재위원회는 신

---

187) 姚壯, *supra note*, 162.

청인의 중재신청서 접수후 즉시 신청인의 중재신청서 1부를 중재통지와 함께 피신청인에게 송달하여야 하며 이 때 피신청인에게 중재인 1인을 임명하거나 주석에게 중재인 임명권을 위임하도록 요청하여야 한다. 피신청인은 답변서와 반대 신청인이 있을 때에는 반대신청서를 45일 이내에 제출하여야 한다. 당사자들은 자신들이 원하면 중국인 및/ 또는 외국인 변호사로 하여금 중국국제경제무역중재위원회의 중재과정에서 자신에게 조력하도록 하거나 대리권을 부여할 수 있다. 중재위원회는 중국어를 정식용어로 한다(중재규칙 제 39조).

중재판정부는 당사자간의 별도의 합의가 없으면 심문을 진행하며 심문일 30일전에 당사자에 통지하여야 한다. 당사자는 정당한 사유가 있는 경우 심문일 12일전에 중국국제경제무역중재위원회 비서처에 이러한 심문의 연기에 대한 요청을 할 수 있으며 중재판정부는 그에 대한 결정하게 된다. 교차심문은 하지 않으며 당사자들은 중재판정부의 주관 하에 상호 질문을 하고 증인을 심문할 수도 있다.

일방 당사자 또는 그 대리인이 심문에 출석하지 않을 경우, 중재판정부는 심문을 계속할 수 있으며 결석인 상태에서 중재판정을 내릴 수 있다. 중국국제경제무역중재위원회 사무국은 심문기간 중 심문내용을 서면기록하거나 녹취할 수 있다. 중재판정부는 필요한 경우 당사자 및/ 또는 그들의 대리인, 증인 및/ 또는 기타 관련 인사들에게 명하여 기록에 서명할 수 있다. 당사자들이 별도로 요청하고 판정부가 이를 허락하지 않는 한 심문은 비공개로 진행되어야 한다. 당사자들이 요청하고 중국국제경제무역중재위원회 주석의 별도로 허가가 아니하는 한 모든 사건은 북경에서 심리하며, 중재과정에서는 중국어가 사용된다.

당사자들은 배상청구 또는 답변이 근거한 사실에 대한 증거를 제시하여야 한다. 그러나 필요하다고 생각되는 경우 중재판정부는 자

#### 第4章 中國의 涉外紛爭解決制度

신의 발의로 조사하고 증거를 채취할 수 있다. 중국국제경제무역중재위원회는 증인으로 하여금 증언하도록 하거나 증거를 제시하고 문서의 제출을 요구하기 위하여 법원으로부터 명령을 발급 받을 수도 있다. 중재판정부는 사건에 관한 특별한 심문의 설명을 위해 전문가들과 상의하거나 감정인을 임명할 수 있다. 중국인, 외국인 또는 기관도 전문가 및 감정인이 될 수도 있다. 판정부 밖에서 당사자들간에 사건 해결이 이루어졌을 때에는 신청인의 요청에 의하여 사건을 각하 하게 된다. 그러나 각하된 사건의 중재를 중국국제경제무역중재위원회에 재차 신청하면 중국국제경제무역중재위원회 주석이 이 사건의 수락여부를 결정하게 된다.

#### 바. 판 정

중재판정부는 필요시 문답형식의 판정, 일부 판정 및 추가판정을 내릴 수도 있다. 중재판정부는 심문종료후 45일 이내에 최종판정을 내리지 않으면 안된다. 3인의 중재인으로 구성된 중재판정부가 어떠한 사건을 심리하였을 경우 판정은 중재인 전원 또는 과반수의 찬성에 의한다. 중재인 과반수에 의하여 판정이 내려진 경우, 소수의견은 서류철에 보관할 기록에 기재되어야 한다. 중재판정부는 중재절차 진행과정에서 중재판정부가 실시한 조정을 통해 당사자들간에 도달한 해결합의에 따라 판정을 하지 않는 한 중재판정부는 판정이 근거한 이유를 밝혀야 한다. 판정문에서는 중재판정부에 임했던 중재인 전원 또는 과반수의 서명이 있어야 하며 판정 일자와 장소도 표시하여야 한다.

판정은 중국적이므로 당사자가 법원에 소송을 제기하거나 다른 기관에 판정의 변경을 요구할 수 없다. 중국국제경제무역중재위원회의 중재판정부는 중재진행기간중 사건을 조정할 수 있다. 이 제

도는 중국의 특이한 중재관행이며 중재와 조정의 결합체이다. 이러한 조정을 통하여 당사자들간에 해결에 대한 합의가 이루어졌을 경우 중재판정부는 합의내용에 의거하여 판정을 내린다. 판정문의 법원에의 보고 또는 등록은 필요하지 않다. 중재절차의 비용과 관련하여 중재규칙 제6조제4항의 규정이 있음에도 불구하고 제41조를 든 이유중의 하나는 외국인 중재인을 선임한 경우에는 특별비용으로 중재인의 보수·여비·출장비·숙박비 등을 부담시키지 않을 수 없기 때문이다. 외국인 중재인의 선임시에는 중국어를 할 수 있을 것, 주소가 중국과 가까울 것, 희망보수가 고액이 아닐 것 등을 고려하여야 한다.

중국의 민사소송법 등 어떠한 법에도 판정취소에 관한 규정을 두고 있지 않다.<sup>188)</sup> 그러나 판정집행의 대상이 된 당사자는 다음과 같은 사실에 대하여 증거를 제시할 수 있으면 법원에 집행거부명령을 신청할 수 있다. 첫째, 계약에 중재조항도 없고 추후에 서면의 중재합의도 체결하지 아니하였다는 사실, 둘째, 불리한 판정을 받

188) 중국의 비섭외중재에서는 재중재의 제도도 있다. 재중재라 함은 중재기구가 중재된 사건에 대하여 사실인정과 법의 적용에 착오가 있는 경우, 일정한 절차에 의하여 다시 사건에 대하여 중재를 하거나 달리 중재되도록 하는 제도를 말하며, 중재감독의 성격을 갖는 절차이다. 이러한 착오가 판명되는 경로는 주로 4가지이다. ①다른 사회조직 및 개인은 효력이 있는 중재문서에 오류가 있다고 판명되는 경우 원중재기구 또는 상급의 중재기구에 품신할 수 있다. ②당사자는 효력있는 판정에 오류가 있다고 생각하는 경우, 원중재기구에 재의를 신청할 수 있다. 중재기구는 재심의 결과, 원판정이 타당하다고 판단되면 기각하고 오류가 있다고 판단되면, 원중재기구 또는 상급 중재기구가 재중재를 결정한다. ③경제계약중재위원회 주석·부주석은 그가 소속된 중재기구가 내린 법적 효력 있는 판정에 명백한 오류가 있다고 판명된 경우, 위원회의 토의·결정에 회부하여야 한다. ④상급 중재기구는 하급 중재기구의 법적 효력 있는 판정에 명백한 오류가 있다고 판명된 경우, 직접 중재하거나 원중재기구에 달리 중재하도록 명할 수 있다. 달리 중재함에 있어서는 별도로 중재정을 구성하여야 한다. 經濟合同仲裁委員會辦案規則(1985.8. 10. 國家工商行政管理局) 제37조 및 제38조.

은 당사자에게 중재인 선임 또는 중재절차에 관한 적절한 통지가 행하지 아니하였거나 그에게 귀책되지 아니하는 이유로 응할 수 없었다는 사실, 셋째, 중재판정부 구성 또는 중재절차가 중재규칙에 부합되지 아니하였다는 사실, 넷째, 판정에서 취급된 사안이 중재계약의 범위 밖이거나 중재판정부의 권한 밖이었다는 사실이다.<sup>189)</sup>

소위 중재판정의 효력은 판정이 중국적인 지의 여부, 쌍방에 대하여 구속력을 갖는지의 여부와 관련된 문제이다. 그러므로 중재조항에 판정의 효력 즉 중재판정의 중국성, 쌍방당사자에 대한 구속력에 대하여 규정하여야 한다. 중국국제경제무역중재위원회의 중재규칙 제36조와 민사소송법 제259조는 대부분의 국가와 마찬가지로 중국의 중재기구에서 판정한 사건에 대하여는 법원에 상소할 수 없다고 규정하고 있다. 그러나 당사자들의 상소를 허용하는 일부 국가에서도 절차문제에 한정하고 있다. 즉, 법원은 절차적인 심사는 할 수 있으나 실제적인 심사는 할 수 없도록 하고 있다.

## 7. 海事仲裁

중국에서 해상분쟁을 처리하는 중재기구는 중국해사중재위원회이다. 원래 중국해사중재위원회는 중국국제무역촉진위원회내에 설립된 두개의 중재기구의 하나였다. 해사중재위원회는 1959년 통과된 「중화인민공화국 국무원의 중국국제무역촉진위원회의 해사중재위원회의 설립에 관한 규정」에 따라 해상운송, 대외무역, 금융, 해상보험, 해상구조 등 각 관련 분야의 전문가 및 해상법, 국제법, 해양법, 국제사법, 민법 등의 전문지식을 구비한 법률계 인사로 구성되었다. 해사중재위원회는 1988년 8월 12일부터 중국해사중재위원회로 명칭이 바뀌어졌다. 해사중재위원회는 섭외해사사건만을 수리

189) 민사소송법 제260조.



하고 있다. 해사중재위원회의 중재규칙은 중국국제경제무역중재위원회의 중재규칙은 제1조(목적), 제2조제1항(사건의 수리범위)과 부칙의 중재비용표 이외는 내용이 완전히 일치한다.

해사중재위원회는 당사자가 분쟁발생전 또는 분쟁발생후 분쟁을 중재위원회에 부탁하여 중재하기로 한 합의와 당사자 일방의 서면 신청에 근거하여 다음과 같은 해사분쟁사건을 수리한다.<sup>190)</sup> ①항해선박 상호간의 구조료, 항해선박과 내수항행선박간의 구조료로 인한 분쟁(제1호), ②항해선박의 충돌, 항해선박과 내수항해선박의 충돌 또는 항해선박의 항구 건축물 또는 설비 훼손으로 인하여 발생한 분쟁(제2호), ③항해선박의 임대차, 예인, 인양, 매매, 수리, 건조업무 및 운송계약, 선하증권 또는 기타의 운송서류에 의해 처리되는 해상운송업무 및 해상보험으로 인하여 발생한 분쟁(제3호), ④해양환경오염 피해에 관한 분쟁(제4호) ⑤당사자가 합의하여 중재를 요구하는 기타 해사분쟁사건(제5호)이다.

## 8. 保全措置

1954년 중앙인민정부 정무원(국무원의 전신)에서 통과된 중국의 첫 번째 섭외중재법규인 「중앙인민정부 정무원의 중국국제무역촉진위원회내에 대외무역중재위원회의 설립에 관한 결정」 제8조는 “중재위원회에서 분쟁사건을 심문할 때에는 당사자의 권리를 보전하기 위하여 당사자와 관계 있는 물자 소유권에 대하여 임시처분방법을 규정할 수 있다.”라고 규정하였다. 「중국국제무역촉진위원회 대외무역중재위원회 중재절차 잠정규칙」 제15조는 “중재위원회 주석은 당사자 일방의 청구에 의하여 당사자와 관계가 있는 물자 소유권 등에 대하여 임시처분 방법을 규정함으로써 당사자의 권리를 보전

190) 中國海事仲裁委員會 仲裁規則 第2條第1項.

할 수 있다.”라고 규정하였다. 이들 규정을 근거로 섭외중재사건에 대하여 보전조치를 취하는 권리는 중재위원회에 있었다. 당시 중국의 법제가 건전하지 못하고 완전한 민사소송법도 없는 상황에서 이러한 규정은 필요한 것이었다. 그러나, 중재위원회가 이들 규정에 따라 보전조치를 취할 때에는 주로 중재위원회가 당사자로 하여금 보전조치의 결정을 준수하도록 강제할 수 있는 충분한 권리를 갖고 있지 못함으로써 부딪히게 되는 곤란이 있었다.<sup>191)</sup>

1982년 3월 9일 통과된 민사소송법(시행)은 섭외중재사건의 보전조치에 대하여 새로운 규정을 두었다. 동법 제194조는 “중화인민공화국 섭외중재기구(중재위원회)는 당사자의 신청에 따라 보전조치가 필요하다고 인정되는 것에 대해서는 피신청인 재산소재지 또는 중재기구 소재지의 중급인민법원에 재결을 신청하여야 한다”라고 규정하였다. 제194조와 동법 제92조 내지 제94조에 의하여 섭외중재사건의 보전조치는 비교적 완전한 법률적 근거를 갖게 되었다. 민사소송법(시행)과 상술한 정무원의 결정을 비교하면 두 가지 중요한 변화가 있었다.

그 하나는 민사소송법(시행)에 의하면 보전조치의 결정을 하는 권리를 가진 기관은 인민법원이지만, 인민법원에서 보전조치를 결정하기 전에 중재위원회는 여전히 당사자의 보전신청을 인민법원에 이송할 필요가 있는가를 심사하는 권리를 갖고 있었다. 둘째, 민사소송법(시행)은 구체적으로 보전조치를 신청하는 조건, 보전의 범위와 방식 및 신청인 패소후의 결과에 대하여 규정하였다. 민사소송법(시행)의 규정을 근거로 중국국제무역촉진위원회는 1988년 「중재위원회 중재절차 잠정규칙」 개정시 보전조치의 신청에 대해서도 상응하는 개정을 하였다. 개정후의 「중국국제경제무역중재위원회 중재규칙」 제13조와 舊 민사소송법 제194조는 일치하고 있었다.

191) 尹晋基, supra note 153, p.86.

상기의 舊 민사소송법의 규정은 실제에 있어서는 여전히 문제가 있었다. 주요한 문제는 법률에는 중재기구가 보전조치를 취할 필요가 있다고 인정하는 것에 대해서 비로소 당사자의 보전신청을 법원에 제기할 수 있지만 이것은 실제로는 중재기구가 보전조치의 필요성에 대한 의견을 개진할 것을 요구하는 것으로 객관적으로 중재기구를 보전조치의 제2신청인이 되도록 하는 것이며 이것은 중재의 성질과 부합되지 않는다.<sup>192)</sup>

그러나, 1991년 4월 9일 통과된 현행 민사소송법은 세계 각국의 입법례를 참조하여 보전조치의 관련규정을 개정하였다. 현행 민사소송법 제258조의 규정에 의하면 중재기구는 보전조치의 필요성에 대한 의견을 개진할 필요없이 당사자의 신청을 피신청인의 주소지 또는 재산소재지의 중급인민법원에 이송하면 된다.<sup>193)</sup> 따라서 신청인의 보전조치에 대한 요구의 이유가 정당한 것인지 또한 보전을 허가할 것인지는 전적으로 법원이 결정하게 된다.

중재위원회 중재규칙 제13조는 “중재위원회는 당사자의 신청과 중국의 관련법의 규정에 따라 피신청인의 재산소재지 또는 중재기구 소재지의 인민법원에 보전조치의 재정을 내려주도록 요청할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 그러나, 이 규정은 현행 민사소송법의 규정과 다른 것으로 효력을 상실한 것으로 보아야 한다.<sup>194)</sup> 따라서 민사소송법의 규정에 따라 당사자가 재산보전신청을 한 경우에 중재위원회는 반드시 당사자의 신청을 피신청인의 주소지 또는 재산소재지의 중급인민법원에 교부하여 재정하여야 한다.

한편, 중국의 해상법에서 말하는 선박가압류는 해상분쟁의 처리

192) *Ibid.*

193) 이에 관한 구체적인 설명은 林惠辰 外, *supra* note 71, p.437. 참조.

194) 尹晋基, *supra* note 153, p.87.

#### 第4章 中國의 涉外紛爭解決制度

에 있어서 상용되는 효과적인 강제수단으로 특정한 기구에 의해 법정의 절차를 거친 선박에 대한 이동의 제한을 포함하는 압류이다. 선박의 가압류의 근본목적은 해사청구권의 실현과 행사를 재산의 제공을 통해 보증하는데 있다. 즉, 선박가압류의 의미는 적시에 해사청구의 보전과 해사소송의 순조로운 진행과 판결의 집행을 보증하는데 있으며, 선박의 가압류는 당사자의 합법적인 이익을 보호하기 위한 것이다.<sup>195)</sup>

중국의 이러한 입장은 서방의 일부 국가와 다르다. 서방국가의 입법과 학자들의 저술들은 선박가압류는 대물소송의 한 단계이고 선박에 대한 소송제기의 법률표현형식으로 보고 있다.<sup>196)</sup> 중국 학자들은 선박가압류와 해사소송은 완전한 그리고 필연적인 연계는 없는 것으로 보고 있다. 따라서 당사자가 어느 법원에 선박가압류를 신청한다는 것이 반드시 그 법원에 소송을 제기한다는 것을 의미하는 것은 아니며 소송의 제기 없이 화해·조정 또는 중재를 통해서도 분쟁을 해결할 수 있다.

당사자가 어느 해사법원에 소송을 제기하였다 할지라도 반드시 선박가압류를 신청하여야 하는 것은 아니다. 중국에서 가압류 선박에 대한 본안 소송의 관할권은 민사소송법 제31조와 1952년 「선박충돌에 관한 민사관할권 협약」 제1조의 규정의 정신에 근거하여 실제적으로 선박가압류 법원에 부여되어 있다. 선박의 가압류 절차에 관하여는 최고인민법원의 『제소전선박압류에 관한 구체규정』(關於訴訟前予押船舶的具體規定)이 있다.<sup>197)</sup>

195) 王存學, supra note 151, p.291.

196) 예컨대, 張培田, 解決涉外經濟·民事糾紛法律指南, (北京: 中國政法大學出版社, 1993), p.256.

197) 그 절차에 관한 자세한 설명은 張曉森, 中國涉外經濟法律實務, (北京: 法律出版社, 1993), pp.461~465.

## 9. 中國의 涉外仲裁機構에 의한 仲裁判定에 대한 評釋

### 가. 事例 1

#### (1) 事實關係와 仲裁判定의 內容

중국국제경제무역중재위원회는 1991년 4월 신청인이 미국의 A 회사이고 피신청인 역시 미국의 B회사인 중재신청서를 접수하였다. 신청서는 중재신청의 근거가 신청인과 피신청인간에 체결된 계약서의 중재조항이었다. 피신청인은 중재위원회의 중재통지를 받은 후, 중재위원회에 중재절차의 진행에 대한 항변을 제기하였는 바, 피신청인 자신이 이미 미국 뉴욕 주법원에 중재절차의 중지를 신청하였음을 그 이유로 들었다. 피신청인의 근거는 다음과 같다.:

- i) 피신청인과 신청인은 모두 미국의 회사이며 뉴욕에서 분쟁을 해결하는 것이 가장 편리하다. 국제사법상, 문제의 분쟁은 북경과 아무런 관계가 없다.
- ii) 중재 전에 신청인과 피신청인은 마땅히 우호적인 해결을 하여야 함에도 불구하고 신청인이 피신청인과 어떠한 협상도 진행하지 않았다.
- iii) 신청인과 피신청인간의 중재합의서에는 중재지에 대한 규정이 없으며, 중재합의서중의 중재기구는 중국국제무역촉진위원회의 대외무역중재위원회이지 중국국제경제무역중재위원회가 아니다. 다시 말해서 피신청인이 중국국제경제무역중재위원회의 중재에 동의한 바 없다.

중재위원회는 A회사와 B회사간의 계약서의 중재조항 전문을 검토하였는 바, 동 조항은 “본 계약으로부터 발생한 또는 또는 본 계

#### 第4章 中國의 涉外紛爭解決制度

약과 관련된 모든 분쟁은 쌍방이 우의적 협상을 통하여 해결하여야 한다. 협상을 통하여 해결하지 못한 때에는 북경 국제무역촉진위원회 대외경제무역중재위원회에 회부하여 중국국제무역촉진위원회 대외중재위원회의 중재절차 잠정규칙에 따라 중재를 진행한다. 중재위원회의 판정은 중국판정으로 하며, 쌍방에 대하여 구속력을 가진다.”라고 규정하고 있었다. 중국국제경제무역중재위원회는 중재규칙 제2조의 규정에 따라 동 위원회가 그 사건에 대하여 관할권이 있으며 중재절차가 계속 진행되어야 함을 결정하고 피신청인이 반드시 기한 내에 중재인을 지정하여야 함을 통지하였다. 그 결과 피신청인은 중재인을 지정하고 중재에 참가하였으며 뉴욕 주법원의 소송을 취하하였다.

#### (2) 評 釋

본 사건은 사건의 실체적 문제와 관련된 것은 아니며 절차사항중 중요한 관할권문제에 관한 것이었다. 중국국제경제무역중재위원회 중재규칙 제2조에 따르면 『관련 중재합의의 유효성과 중재관할권 문제는 중재위원회가 결정한다. 따라서 피신청인이 관할권에 대한 항변은 타당하지 아니한 바, 그 이유는 다음과 같다:

- i) 신청인과 피신청인이 체결한 계약중의 중재조항은 명확하며 유효한 중재합의는 쌍방 모두에 대하여 구속력을 가진다. 중재조항은 쟁의가 있는 경우 우호적인 협상을 통하여 해결하도록 규정하고 있으나 동시에 우호적인 협상에 의하여 해결하지 못한 때에는 중재에 회부하여 해결하도록 규정하고 있다. 중재위원회의 견해에 따르면 신청인과 피신청인은 이미 협상을 하였으나 그 협상에 의하여 해결하지 못하였고 따라서 신청인이 중재를 신청한 것은 계약규정에 부합되는 것이

며 법률에도 부합된다.

- ii) 중재조항은 다음과 같이 명시하고 있다. 즉, “……북경의 중국국제무역촉진위원회 대외무역중재위원회에 제출하여 중국국제무역촉진위원회 대외무역중재위원회 중재절차 잠정규칙에 따라 중재를 진행한다.” 이것은 쌍방이 다음에 대하여 동의하였음을 의미한다. 첫째, 분쟁은 북경의 중재위원회의 중재에 회부하여야 한다. 둘째, 북경의 중재위원회의 중재절차규칙에 따라 중재하며 당해 위원회의 중재규칙은 중재위원회가 수리한 사건은 중재위원회의 소재지에서 심리를 진행하도록 하고 있다. 중재위원회의 소재지는 북경이므로 신청인과 피신청인이 이미 중재합의서에서 북경이 본 사건의 중재지임을 분명히 밝히고 있다. 따라서, 피신청인이 중재합의서에서 중재지를 규정하고 있지 아니하다고 주장하는 것은 사실이 아니다.
- iii) 본 사건은 국제중재사건이다. 뉴욕에서 본 사건의 분쟁을 해결하는 것이 그다지 편리하지 아니하며 뉴욕은 본 사건과는 무관하다. 더구나 취소할 수 없는 중재합의에 의거한 국제중재사건은 미국 국내법원이 관할하지 못한다. 뿐만 아니라 미국과 중국은 모두 1958년 뉴욕협정의 체약국이며 따라서 양국은 중재합의를 이행하여야 할 국제적인 의무를 부담하고 있다.
- iv) 중국국제무역촉진위원회 대외무역중재위원회는 중화인민공화국 (舊) 중앙인민정부 정무원의 1954년 5월 6일의 결정에 따라 조직되었다. 그후 1980년 2월 26일, 중화인민공화국 국무원의 결정에 따라 중국국제무역촉진위원회는 중국국제무역촉진위원회 대외무역중재위원회의 명칭을 대외무역경제중재위원회로 변경한다는 결정·통지를 하였다. 1988년 6월

#### 第4章 中國의 涉外紛爭解決制度

21일, 중화인민공화국 국무원은 다시 대외경제무역중재위원회가 중국국제경제무역중재위원회로 명칭을 변경하는 것을 허가함을 중국국제무역촉진위원회에 통지하였다.

이상의 사실은 중국국제무역촉진위원회 대외무역중재위원회가 대외경제무역중재위원회이며 중국국제경제무역중재위원회가 지금까지 하나의 기구이며 두번에 걸쳐 명칭이 변경된 것에 불과하다는 것을 설명하고 있다. 또한 그 명칭은 변경은 보도를 통해 전세계에 공고되었다. 홍콩최고법원도 이미 3개의 상이한 명칭이 모두 하나의 중재기구를 의미한다는 판결을 내린바 있다. 따라서 피신청인이 중국국제무역촉진위원회 대외무역중재위원회와 중국국제무역경제위원회 중재위원회의 관계를 서로 다른 두개의 중재기구라는 이유로 중국국제경제무역중재위원회의 이 사건에 대한 관할권을 부인한 것은 타당하지 아니하다.

이 판례는 다음과 같은 사실을 설명하고 있다. 즉, 중재조항을 보다 명확히 할 필요가 있다. 실제상황으로 보건대, 적지 아니한 계약의 중재조항이 중국국제경제무역중재위원회의 변경전의 명칭을 사용하고 있기 때문에 발생하여서는 아니될 분쟁을 초래하고 있다. 각 공사들은 중재위원회가 제시한 모범중재조항을 참조하여 표준계약서의 중재조항을 이에 상응하도록 작성하여야 한다.

#### 나. 事例 2

##### (1) 事實關係와 仲裁判定의 內容

신청인인 합영회사인 甲(賣主)와 피신청인인 외국회사 乙(買主)은 1989년 ×월 ×일 물품판매계약을 체결하였다. 그 계약은 갑이 을에게 얼린(凍) 새우\_\_××톤을 인계하고 물품이 도착한 후 買主



가 전신환으로 대금지불한다고 규정하고 있었다. 갑측은 화물매매 계약의 규정에 따라 적시에 열린 새우를 포장운송하였으나 을측은 물품을 인수한 후, 그 대가를 지불하지 아니하였다. 갑측은 물품매매계약서의 중재조항의 규정에 따라 중재를 제기하였다. 을측(즉 피신청인)은 신청인(갑측)이 물품매매계약에 따라 중재를 신청할 권리가 없다는 주장을 제기하였다. 그 이유는 다음과 같다. ;

중화인민공화국 합자경영기업법 및 그 실시조례의 규정에 따르면 합영회사의 이사회는 합영회사 정관에 의거하여 합영회사의 모든 중요 문제에 대하여 어떠한 행동을 할 수 있는 권한을 가지고 있다. 합영회사의 정관은 합영회사는 어떠한 중요 문제를 결정하기 전에 반드시 이사회의 승인을 얻도록 하고 규정하고 있다. 본 사건에서 합영회사 자신이 합자 당사자 일방을 상대로 제기한 중재신청이 그 합영회사 이사회의 승인을 얻지 아니하였으며 또한 합영회사의 명의 즉 갑이 합영회사의 투자 당사자 일방 즉 을측을 상대로 중재를 신청하는 것은 합영회사의 “중요사항”으로 보아야 하며 따라서 합영회사 명의로 제출한 중재신청은 무효이다.

중재위원회는 당해 사건의 사실관계 및 상품매매계약의 중재조항 즉 “이 계약의 집행으로부터 발생하거나 이 계약과 관련된 분쟁은 쌍방이 우호적인 방식을 통하여 해결하되 협상으로 해결할 수 없을 때에는 중국국제무역촉진위원회 대외무역중재위원회에 제출하여 동 중재위원회가 제정한 중재규칙에 따라 중재를 진행한다. 중재위원회가 쌍방이 분쟁을 처리하는 최종적인 근거로서 결정을 내리며 쌍방은 모두 이를 받아들여야 한다.”라는 규정을 검토하였다. 이에 따라 합영회사가 자신의 명의로 중재를 신청할 권한이 있음을 인정하였다.

(2) 評 釋

- i) 본 사건의 갑과 을 쌍방은 물품매매계약 및 중재조항을 작성하는 시점에서 중재의 의사를 충분히 명확히 하였다. 즉 당해 계약의 집행과정에서 발생한 분쟁은 협상이 성공하지 못한 경우 중국섭외중재기구의 중재에 회부한다는 조항은 이것은 무조건적인 것일 뿐만 아니라 이 조항은 쌍방 당사자들이 스스로 원한 바의 것이었으며 쌍방 당사자에 대하여 구속력을 가진다. 그러므로 당해 계약을 집행함에 있어서 분쟁이 발생한 후 협상을 통하여 해결할 수 없을 때에는 일방 당사자가 이 조항의 규정에 근거하여 중재를 신청할 수 있으며 이 경우 이사회에서의 논의를 거쳐야 할 필요가 없다.
- ii) 본 사건에서 심리하여야 할 것은 물품매매의 집행으로부터 발생한 물품매매대금 분쟁이지 합영회사의 합자 쌍방 간에 발생한 분쟁이 아니며 합영회사의 계약과 정관과 관련된 규정은 물품매매계약에 대하여 구속력을 갖지 아니하며 본안과 무관하다. 그러므로 물품매매계약의 집행으로부터 발생한 분쟁에 대하여 합영회사가 당해 계약의 체결당사자로서 합영회사의 권익 즉 중국측 당사자와 외국측 당사자의 공동이익을 보호하기 위하여 중재를 신청하였는 바, 이는 합영회사의 계약과 정관에서 합영회사가 어떠한 중요한 결정을 내리기 전에 반드시 이사회를 승인을 얻어야 한다는 규정에 구속되지 아니한다. 또한 이사회를 승인을 얻을 필요도 없다. 따라서 합영회사의 명의로 신청한 중재는 유효하다.
- iii) 본 사건에서의 계약의 체결지 및 이행지 모두 중국이며, 본 사건은 중국의 법률이 적용되어야 한다. 중국 섭외경제계약법 제37조의 규정에 따라 일단 계약중의 중재조항은 일방

당사자가 중재조항에 근거하여 중재를 신청할 수 있으며, 어떠한 기구의 승인을 얻어야 하는 것은 아니다.

다. 事例 3

(1) 事實關係와 仲裁判定의 內容

신청인(買主)과 피신청인(賣主)은 8000톤의 알루미늄塊 매매계약을 체결하였다. 계약상의 대금지불조건은 賣主가 먼저 예상되는 선적기일 및 준비된 선적의 수량을 買主에게 통지한 후 買主가 신용장을 개설하도록 규정하고 있다. 계약 체결후, 중재신청인은 피신청인의 선적통지를 받지 못한 상태에서 신용장을 개설하였다. 그러나, 피신청인은 계약 대금의 인상을 요구하고 새로운 물품인도절차를 제시하였다. 신청인은 새로운 물품인도절차를 받아들였으나 물품대금인상에 대하여 동의하지 않았으며 아울러 피신청인에게 선적통지를 하여주도록 催告하였다. 피신청인은 신청인이 개설한 신용장이 이미 기간을 경과하였음에도 새로운 신용장을 개설하지 아니하였다는 이유로 물품인도의무의 해제를 선언하였다. 신청인은 중재신청서에서 피신청인에게 계약가격과 시장가격간의 차액을 배상하도록 요구하였다.

중재판정부는 『쌍방이 새로운 상품인도절차에 동의한 후 피신청인이 대금지불조건에 관한 계약규정에 따른 선적통지를 행하지 않았기 때문에 신청인에게 새로운 신용장 개설책임을 물을 수 없음』을 지적하였다. 중재판정부는 또한 『본 사건의 관건은 계약체결 후 알루미늄塊의 市價가 대폭인상되었으며 영국 파운화가 평가절하되어 피신청인이 물품공급원이 없어서 신청인에게 물품을 인도하지 못하였음』을 강조하였다. 중재판정부의 결정은 피신청인으로 하여금 積荷期日 마지막 날의 국제시장가격과 계약가격간의 차액에 따라 계약규정이 허가한 적하부족수량의 백분비를 공제하여 신청인에

게 손해배상을 하도록 하는 것이었다.

(2) 評 釋

i) 물물매매거래중에서 신용장방식의 상품대금지불은 흔히 볼 수 있는 지불방식이다. 일반적으로 말해서, 買主가 신용장을 개설한 것은 賣主가 상품을 인도하는 전제가 된다. 만약 정당한 사유가 없어 일방이 신용장을 개설하지 아니하거나 또는 일방이 상품을 인도하지 아니하는 경우, 모두 계약위반행위이다. 그러나 교역의 복잡성으로 인하여 쌍방이 신용장 개설 또는 상품인도를 구분하여 특정한 조건에 대하여 약정할 수 있다. 이 사건의 계약의 “지불조건”에 관한 규정은 피신청인(賣主)이 먼저 예상되는 선적기일 및 준비된 선적수량을 신청인(買主)에게 통지하여야 하며 신청인이 그후에 신용장을 개설하도록 되어 있다.

쌍방이 새로운 상품인도절차에 대하여 동의한 후 신청인이 그 규정에 따라 피신청인에게 그 계약규정의 통지의무를 이행하도록 수차에 걸쳐 催告하였으나 피신청인은 이를 이행하지 아니하였다. 그러므로 피신청인은 당연히 신청인이 신용장의 개설하지 못함에 대하여 책임을 물을 수 없다. 무역관행상 만약 買主가 스스로 賣主의 통지 전에 신용장을 개설한다 할지라도 이것은 買主의 계약상의 의무는 아니다.

ii) 재판정부가 심리한 사건의 관건은 각종 다툼에 은폐된 기본적인 사실을 명확히 하는 것이다. 이 사건의 쌍방 당사자간의 분쟁은 통지여부, 신용장개설여부인 것처럼 보인다. 그러나 실제로는 중재판정부가 조사하여 밝힌 바와 같이 賣主는 기본적으로 인도하여야 할 상품이 없었다. 이 기본적인 사실

은 買主가 어떠한 노력을 할지라도 賣主의 계약 위반은 필연적인 것이었음을 증명하고 있다.

- iii) 위약의 정도에 의거하여 볼 때, 손해배상의 계산방법을 판정하는 것은 물품매매계약분쟁사건을 처리하는 중재판정부가 흔히 부딪치는 문제이다. 손해배상액을 계산하는 방법은 크게 네 가지이다. 첫째, 쌍방이 약정한 위약금에 의거하여 배상을 하는 방법이다. 둘째, 계약을 이행한 측이 다른 당사자의 계약불이행으로 인하여 입은 이미 발생한 실제 손해의 금액에 의거하여 배상을 하는 방법이다. 셋째, 예상되는 이윤의 손실에 의거하여 배상을 하는 방법이다. 이러한 유형의 손실의 흔히 볼 수 있는 표현형식은 상품인도시의 화물의 시장가격과 계약가격간의 차액으로 인한 손실이다. 넷째, 합리적으로 추정될 수 있는 물품매매세 지불후의 이윤액에 의거하여 배상하는 방법이다. 이상의 어떠한 방식에 의하여 손해배상액을 계산한다 할지라도 손실의 실제성 또는 손실액수의 합리성을 입증하는 것은 대단히 중요하다.

#### 라. 事例 4

##### (1) 事實關係과 仲裁判定의 內容

신청인(買主)인 중국의 모 회사가 자신의 고객인 모 공장의 부탁을 받아 피신청인(賣主)인 홍콩의 모 회사와 일본제 複合薄膜生産機 1대의 수입에 관한 계약을 체결하였다. 계약상의 그 생산기 1대라 함은 짜내기 복합기, 분절기 및 制袋機 각 1대 및 이들 설비의 사용을 위한 2년 동안의 부속품을 포함하는 것이었다. 계약은 賣主가 설치, 시험가동, 공장 훈련 및 시험가동 재료제공의 의무를 진

다고 규정하고 있었다. 상품이 도착한 후 두 차례의 시험가동이 모두 성공하지 못하였을 뿐만 아니라 일부 부품의 손괴를 초래하기까지 하였다. 그 밖에도 피신청인은 계약의 규정에 따라 충분한 부속품과 기술자료를 제공하지 못하였다. 신청인과 피신청인은 시험가동의 실패에 관하여 각기 달리 해석하고 있었다. 피신청인은 설비의 시험가동의 실패는 신청인의 임의의 설비분해로 인하여 초래된 것이며 따라서 신청인이 그에 대한 책임을 져야 한다고 주장하였다. 중재판정부는 실제조사를 한 후 다음과 같이 판정하였다.

- i) 짜내기 복합기문제에 관하여 쌍방이 다툰 주요 문제는 복합기 T형모델과 유선모델이 시험가동에 성공하였는지의 여부였다. 쌍방이 서명한 시험가동상황보고서중의 복합기의 시험가동결과에 대한 설명에서는 “재료복합은 의견상 요건에 부합되지만 剝離強度는 성능시험을 진행할 기구가 없어, 성능시험을 기다리고 있다.”라고 하고 있다. 그 후 T型모델의 시험가동결과 최적의 상태상태에 도달할 수 없었으며, 피신청인은 그러한 실패원인이 신청인의 고객인 모 공장의 임의적인 분해 때문이라고 판단하였으며, 신청인도 분해한 사실을 인정하였다. 중재판정부의 현장조사에 의하면, 피신청인이 제공한 짜내기 복합기의 사용설명서에는 T형 모델의 시험가동에 관한 부분이 없었으며 따라서 신청인이 설명서에 따라 T형모델의 시험가동을 정확하게 진행할 수는 없었다.

그러므로 복합기의 시험가동이 최선의 상태에 도달할 수 없었던 것도 이와 관련되어 있으며, 피신청인은 완벽한 사용설명서를 제공할 책임을 이행하지 못하였다고 할 수 있다. 피신청인의 고객인 모 공장은 이미 이 기계를 생산에 투입하였으며 따라서, 제품의 반품에 관한 신청인의 요구는 받아들여질 수 없었다. 그러나, 피신청인이 완벽한 사용설명서와 설

비를 제공하지 못하여 정상적인 생산이 이루어질 수 없었기 때문에 짜내기복합기의 물품대금은 공제되어야 하며 그 공제액은 그 설비 대금의 5%로 한다.

- ii) 분절기와 관련하여, 조사를 하여 보니 이 기계의 부속품은 오래된 불량품이었으며 아직 사용하지 않으나 사용할 수도 없는 것이었다. 피신청인은 이 점에서 계약상 賣主로서의 제품품질보증 규정을 위반하였다. 따라서, 그 분절기는 반품되어야 하며 피신청인은 그 물품대금에 이자를 가산하여 신청인에게 지불하여야 한다.
- iii) 制袋機와 관련하여, 조사를 하여 보니, 이 기계의 冷却刀에서 물이 새고 滑座路상에 收縮巢가 있고 光電制御가 때로는 잘되지 아니하는 바 이러한 것들은 모두 설비 자체의 품질문제에 속하는 것이며 관련 부속을 교체해야 정상적인 생산을 할 수 있다. 그러나 피신청인은 適時에 그에 관한 책임을 이행하지 아니하였다. 중재판정부는 그 기계는 반품할 수 없으며 가격의 10%를 삭감하는 것을 인정하였다.

## (2) 評 釋

설비도입계약 이행과정중에서 흔히 볼 수 있는 분쟁은 설비의 품질이 계약규정에 부합되는 것인 지의 여부에 관한 분쟁이다. 계약상의 품질보증은 교역 쌍방이 교섭에 의하여 약정하는 것이며 그것들은 물품의 모델, 규격, 성능 수치와 특성지표 등이며 때로는 계약의 부속문서로 하는 경우가 있다. 계약 및 그 부속문서에 기재된 각각의 내용은 賣主의 명시적인 보증을 구성한다. 그 밖에도 설비 매매거래중에 적용법률의 규정에 근거하여 賣主는 통상적으로 물품의 묵시적인 품질보증을 부담하여야 하는 바, 다시 말해서 賣主는

#### 第4章 中國의 涉外紛爭解決制度

마땅히 기계의 성능이 정상적인 조건하에서 정상적인 가동과 작업을 할 수 있음을 보증하여야 한다. 賣主가 물품에 대한 명시적이고 묵시적인 보증을 위반한 경우 그것은 계약위반이 된다.

賣主가 인도한 물품이 명백히 품질보증에 위배되는 경우 즉, 그 물품에 품질결함이 있는 경우, 賣主는 그 물품에 대하여 결함의 정도에 따라 다음과 같이 구제방법을 청구하거나 채택할 수 있다.

- i) 물품이 아직 사용할 만한 가치가 있는 경우에는 결함정도에 따라 가격을 삭감할 수 있다.
- ii) 물품이 결함이 커서 사용할 수 없는 경우에는 반품처리한다.
- iii) 買主가 물품에 대하여 보수 또는 환불을 요구하는 경우, 賣主는 그와 같이 보수하거나 환불할 수 있다.
- iv) 상기의 사항이외에는, 賣主가 계약을 위반하여 買主에게 야기한 직접손실은, 때로는 예상되는 이윤의 손실을 포함하기도 하며, 이에 대하여 賣主는 배상하여야 한다.

이 사건에서의 賣主는 각각 그가 제공한 3대의 설비의 명시적 보증과 묵시적 보증을 위반하였다. 그러나 설비의 품질결함정도는 각각 다르며, 중재판정부가 판정한 구제방법 역시 이에 따라 달랐다.

#### 마. 事例 5

##### (1) 事實關係와 仲裁判定의 內容

1988년 5월, 신청인인 중국의 甲회사와 피신청인인 중국의 乙회사, 홍콩의 丙회사는 라텍스제품합자경영유한회사의 협의서를 체결하였다. 협의서는 합영회사의 연간생산량은 라텍스 원료 약 540톤을 필요로 하며 피신청인 乙과 丙은 그러한 원료의 수입책임을 진



다고 규정하고 있었다. 갑, 을 및 병이 별도로 체결한 합영계약은 할 걸음 더 나아가 다음과 같이 규정하고 있다. : 합영회사의 등록 자본은 인민폐 150만원이며 신청인 갑회사가 102만원을 출자하였으며 투자방식은 실물과 인민폐 현금이었다.

피신청인 乙회사는 현금으로 인민폐 10.5만원을 출자하고 丙회사는 실물과 미화 10만 달러를 현금으로 출자하였다. 신청인의 책임중의 하나는 합영회사가 중국에서 설비를 구매하고 관련 기관에 신청하고 등록하여 영업허가증을 취득하는 등의 사항에 협조하는 것이었다. 피신청인의 책임중의 하나는 합영회사의 생산에 필요한 원료를 제공하고 그 수입통관절차를 진행하는 것이었으며 합영회사의 생산제품의 50%를 판매하는 것이었다.

1988년 9월 국가공상행정관리국은 합영회사영업허가증을 발급하였다. 신청인과 피신청인은 각기 계약 규정에 따라 합영회사에 출자액을 납입하였으나 병은 전혀 출자하지 아니하였다. 합작 3방은 1988년 12월 이사회를 개최하여 병회사가 합영회사의 지분 모두를 미국의 丁에게 양도한다는데 합의하였으나 주관기관이 그 지분의 양도를 승인한 후, 정회사도 합영계약의 규정에 따라 전혀 자본을 납입하지 아니하였다. 그 밖에도 피신청인은 합영회사에 생산원료를 제공하지 않았으며 합영회사는 생산을 개시할 수도 없었다. 신청인은 중재를 신청하여 피신청인에게 신청인의 직접손실 200여만 원 인민폐를 배상하도록 요구하였다. 피신청인은 다음과 같이 답변하였다.:

첫째, 피신청인은 합영회사에 원료를 제공하는 것이지 합영회사의 어느 당사자에게 원료를 제공하는 것은 아니므로 신청인은 그에 대하여 배상을 청구할 수 없다.

둘째, 병과 정 쌍방은 모두 합영회사에 자본을 납입하지 않아서 법에 의거하여 합영회사는 자동적으로 해산되었으며 피신청인은 합

영회사에 원료를 제공할 의무가 갖지 아니한다. 피신청인은 신청인이 합영회사가 자동적으로 해산된 상황에서 “합영회사”의 명의로 생산과 경영활동을 진행한 것은 무효인 법률행위라고 주장하였으며, 피신청인의 반소는 피신청인이 합영회사에 투입하였으나 신청인의 위약으로 인하여 야기된 50만원 인민폐를 배상하도록 신청인에게 요구하는 것이었다. 중재판정부는 합영계약이 유효하다는 점, 합영회사도 유효하게 성립되었다는 점 그리고 합영계약은 종료되어야 함을 인정하였으며, 신청인의 청구와 피신청인의 청구는 모두 기각되었다.

(2) 評 釋

- i) 본 사건의 기본적인 사실은 대단히 명확하다. 합영회사는 주 관기관의 승인을 얻어 법에 의하여 성립되었으나 합자의 일 방 즉 병 또는 병이 지분을 양도한 후의 정이 출자를 하지 않았다. 대외경제무역부, 국가공상행정관리국의 1988년 1월 1일 공포한 『중의합자경영기업 각 합영당사자 출자의 약간의 규정』 제4, 제5, 제6 및 제7조의 규정에 의하면 합영 당사자들이 규정된 기간 내에 출자를 이행하지 아니한 경우, 합영회사는 자동적으로 해산된 것으로 보며 합영회사의 승인증서도 자동적으로 실효하고, 합영회사는 당연히 공상행정관리 기관에 등록 취소절차를 밟아 영업허가를 취소할 수 있도록 하여야 한다. 그러므로 중재판정부가 합영계약은 종료된다고 판정한 것은 본 사건의 적용법률 즉 중국법률에 부합된다.
- ii) 합영계약의 규정에 의하면 피신청인은 합영회사에 대하여 생산에 필요한 원료를 제공하고 그 수입통관절차를 밟을 의무를 진다. 그러나 합영계약중에는 그러한 의무를 어떻게 이행

하여야 하는가에 관한 구체적인 규정이 없다. 관례에 의하며 합영회사와 피신청인이 먼저 구매계약을 체결하고 피신청인이 제공하는 품질규격, 수량, 인도일 및 지불 등에 관한 규정을 하여야 한다. 그러나 피신청인과 합영회사의 책임 및 그 밖의 원인으로 인하여 그러한 구매계약을 체결할 수 없었으며 이에 따라 피신청인도 합영회사에 원료를 제공할 의무를 이행할 수 없었다.

원료의 공급에 따른 생산이 없으면 합영회사가 자동적으로 해산되기 전에 합영회사에서 발생할 수 있는 라텍스 장갑 가공료의 손실에 대한 보상 및 합영회사가 대외적으로 상품공급의무를 이행할 수 없어 그 장갑 구매인이 요구하는 배상은 중재판정부가 심리할 수 있는 권한범위 밖에 있으며 그러므로 합영회사와 라텍스 장갑 구매인 모두 이 사건의 당사자는 아니다. 이 사건에서 신청인이 배상을 요구한 손실은 실제로는 신청인이 합영회사에 행한 투자의 손실이며 합영회사에 대한 신청인의 채권관계이다.

또한, 어떠한 투자 또는 채권행위가 합영회사에서 자동적으로 해산된 후에 발생한 경우, 그러한 투자손실 및 채권관계와 피신청인의 원료공급의무는 법률상의 아무런 관계가 없다. 실제로 이 사건의 합영회사의 해산은 근본적으로 합영회사의 병, 정이 출자하지 아니한 계약위반행위로부터 연유한 것이며 이로 인하여 신청인과 피신청인의 손실과 합영회사의 채무와 발생하였던 것이다. 그런데 이 중재사건에서 신청인 또는 피신청인 모두 계약을 위반한 병측 또는 정측에 손해배상청구를 제출하지 않았다. 당해 합영회사는 이미 해산되었고 영업허가증은 취소되었으며 신청인이 받은 손실 및 피신청인이 받은 손실은 당연히 청산위원회가 중국의 법률에 의거하여 청산을 거쳐 해결하여야 한다.

중재판정부가 청산에 개입할 수 있는지의 여부는 법률상 명확한

#### 第4章 中國의 涉外紛爭解決制度

규정이 없다. 중재관할권은 당사자들의 중재합의에 의거한다는 것은 기본원칙이며 만약 청산이 중재사건의 당사자 이외의 제3자에게 까지 미친다면 중재판정부는 당해 제3자의 채권채무에 대하여 심리할 권한이 없으므로 중재판정부는 일반적으로 청산에 개입하지 아니한다.

#### 바. 事例 6

##### (1) 事實關係과 仲裁判定의 內容

미국의 회사(신청인)와 중국의 회사(피신청인)가 교섭을 거쳐 합영회사를 설립한다는데 합의하여 합영회사의 계약과 정관을 작성하여 관련 심사주관기관에 제출하였다. 심사승인기관은 당해 계약과 정관이 타당하지 못한 부분이 있어 개정되어야 할 필요가 있음을 발견하였다. 신청인과 피신청인은 1984년 9월 24일 의견을 교환하였으며, 그 후 피신청인은 수정된 계약과 정관에 대하여 승인을 얻어 등록 절차를 밟았다.

그러나 신청인은 계약과 정관에 자신의 의견이 반영되지 아니하였음을 이유로 중재를 신청하여 중재판정부로 하여금 당해 합영계약이 무효임을 판정하여 줄 것을 청구하였다. 피신청인은 답변서에서 쌍방이 1984년 9월 22일 계약의 개정에 관하여 구두로 의견일치를 보았으며 신청인은 당시 급히 중국을 떠나서 서면으로 작성하고 서명하지 못하였다고 주장하였다. 바로 이러한 이유로 신청인은 자신과 피신청인 계약의 개정에 대하여 의견일치에 도달하였음을 부인하였다. 최종적으로 중재판정부는 피신청인이 쌍방이 계약의 개정에 대하여 서면에 의한 의견일치에 도달하였음을 증명하지 못하였으므로 중재판정부는 합영계약이 무효임을 판정하였다.

(2) 評釋

어떠한 성질의 중재사건에서도 舉證責任은 대단히 중요한 문제이다. 이 사건에 관건이 되는 사실은 쌍방이 피신청인이 주장하는 합영계약과 정관의 개정에 관한 일치된 서면의견에 도달하였는지의 여부였다. 신청인은 이에 대하여 부인하였다. 거증책임을 부담하는 피신청인은 사실에 근거한 서면증거를 제출할 수 없었으며 그로 인하여 패소하였다. 구두협정 즉 소위 신사협정이 법률상 효력이 있는지의 여부에 대하여 여러 법률은 각기 다른 규정을 두고 있다. 이 사건에 적용되는 법률 즉 중국의 법률에 의하면涉外경제무역거래중의 구두협정은 쌍방이 모든 승인하지 아니하는 한 법률상의 보호를 받지 못한다.

사. 事例 7

(1) 事實關係와 仲裁判定의 內容

공동신청인인 중국의 모 대외무역공사(갑), 중국의 모 가공공장(병)과 피신청인인 홍콩의 모 회사(을)는 1988년 4월 라텍스장갑 원료가공계약을 체결하였으며 계약은 1988년 5월 16일 효력이 발생하였으며 유효기간은 3년이었다. 계약의 규정에 의하면, 을은 1988년 11월 1일부터 매월 병에게 라텍스 장갑 334만개의 가공을 위한 원부재료 44.9톤을 제공하되, 계약 체결후 7일 이내 즉 1988년 5월 4일 이전에 갑에게 1차로 4천만 개의 라텍스 장갑 가공료 미화 96.192달러의 취소불가능한 즉시불신용장을 개설해야 했다. 또한 병은 을이 제공하는 라텍스 장갑원부재료를 인수한 후

1개월 내에 가공된 완제품 장갑을 을에게 인계하도록 되어 있었다.

그러나, 계약의 유효기간 내에 피신청인 을은 신청인 병에게 라텍스 원부재료를 제공하지 아니하였으며 신용장도 개설하지 않았다. 신청인은 1989년 6월 6일 중재신청서를 제출하여 계약 제6조의 “세 당사자들 중의 어느 일방이 계약을 일방적으로 해제하는 경우 위약 당사자는 다른 두 당사자에 대하여 매년 30만 달러로 계산한 배상금을 지불하여야 한다.”라는 규정에 의하여 피신청인으로 하여금 3년동안의 위약금 90만 달러를 배상할 것을 청구하였다. 중재판정부는 계약이 종료되었으며 피신청인은 신청인에게 30만 달러를 배상하도록 판정하였다.

## (2) 評 釋

이 사건의 피신청인은 계약을 위반한 것은 사실이다. 그러나 위약에 따른 배상액을 어떻게 확정할 것인지는 대단히 복잡하다. 이 계약의 세 당사자는 위약한 측이 매년 타방 당사자들에게 30만 달러를 배상한다고 약정하였기 때문에 3년 동안의 배상액은 최고 90만 달러에 달한다. 그러나 신청인이 계약발효후 약 1년이 경과한 후 계약의 종료를 요구하는 중재를 신청하였으며 비록 피신청인의 위약이 선행되었다 할지라도 피신청인도 그 1년 동안의 위약행위에 대하여서만 신청인에게 배상할 의무가 있으므로 배상액은 30만 달러가 되었다.

중국의 섭외경제계약법의 규정에 의하면 당사자들이 사전 약정한 위약금을 위약당사자의 배상금으로 한다. 위약금의 배상액은 높을 수도 있고 낮을 수도 있는 바, 이는 당사자들의 약정에 일임되어 있다. 그러한 만약 약정된 위약금과 계약이행당사자가 받은 경제적 손실간에 차이가 있는 경우, 당사자의 청구에 따라 중재판정부는

그 위약금의 액수를 삭감하거나 인상할 수 있는 권한을 가진다.

아. 事例 8

(1) 事實關係와 仲裁判定의 內容

1987년 8월 중국의 모회사(買主)와 홍콩의 모 회사(賣主)는 보상무역계약을 체결하였다. 계약은 賣主가 買主에게 신품 대리석의 채굴생산기를 제공하고 買主는 그 설비로 생산한 대리석판재를 賣主에게 제공한다고 규정하고 있었다. 계약은 또한 중국측 買主가 현지의 모 투자회사에 담보를 신청한다는 규정을 하고 있었다. 계약의 발효후, 중국측 買主는 계약에 규정된 투자공사에 담보를 신청하였으며 그 투자공사는 1987년말 홍콩측 賣主를 수익자로 하는 담보증서를 발급하였다. 그러나 홍콩의 賣主는 그 담보증서를 받은 후 자신의 거래하는 은행이 그 담보증서를 접수하지 아니함을 지적하였으며 그후 중국측 買主에게 홍콩의 모 대출기관의 양식의 담보증서 조건에 따라 담보를 제공하여 줄 것을 요구하였다.

그러한 양식의 담보증서의 조건에 따르면, 그들간의 보상무역은 임대차거래로 변경되어 홍콩의 당해 대출기관이 임대인이 되고 중국측 買主가 임차인이 되므로 중국측 당사자로서는 받아들이기 어려운 조건이었다. 결국 중국측 買主가 그 제안을 거부하였으며, 이에 따라 홍콩측 賣主는 계약상의 생산설비를 제공하지 아니하였다. 중국측 買主는 중재를 신청하여 손해배상을 청구하였다. 사건의 쟁점은 중국측이 홍콩 당사자의 요구에 따라 홍콩의 모 대출기관의 담보조건을 받다들어야 하는지의 여부였으며 이 문제는 어느 당사자가 계약을 위반하였는가와 관련된 것이었다. 중재판정부는 홍콩 당사자가 계약을 위반하였다고 판정하였다.

(2) 評 釋

분쟁은 보상무역계약에 규정된 “중국측 당사자는 당지의 모 투자 공사에 담보를 신청한다.”라는 간단한 표현으로부터 기인한 것이었다. 이 규정은 담보의 형식, 유효기간, 담보의 구체적인 내용을 명시하지 않았으며 담보의 수익자도 지정하지 않았다. 그러나, 보상 무역의 특징에 의하면 賣主는 설비를 제공하고 買主는 그 설비로 생산된 제품으로 그 대금을 賣主에게 지불하도록 하고 있다. 여기에서 그 계약이 요구하는 담보는 買主의 담보인이 賣主의 설비에 대하여 담보로 하는 것이라고 추정해 볼 수 있다. 따라서 홍콩 당사자가 재차 중국측 당사자에게 홍콩의 대출기관의 양식의 담보증서의 조건에 따라 담보를 제공하도록 요구한 것은 쌍방이 약정한 취지에서 벗어난 것이다.

#### IV. 人民法院의 裁判에 의한 紛爭의 解決

##### 1. 意 義

섭외민사소송절차는 인민법원이 섭외적 요소를 가진 민사·경제 분쟁사건을 수리하고, 재판하고, 집행하는 과정에서 적용되는 소송 절차를 말한다. 섭외적 요소를 가진 민사·경제분쟁사건이라 함은 ①소송주체로서의 당사자 일방 또는 쌍방이 외국인·무국적자·외국의 기업과 조직인 경우, ②소송물이 되는 민사상의 법률관계의 발생·변경·소멸의 법률사실이 외국에 있는 경우 ③쌍방 당사자간에 다툼이 있는 재산이 외국에 있는 경우 등 3가지의 1 이상과 관



련되어 있는 사건을 말한다.198)

중국은 사법권의 행사에 대한 외국의 간섭은 허용되지 아니한다는 점을 강조해왔다. 이것은 섭외민사소송에서 국가주권의 보호와 밀접한 관련이 있으며, 다음과 같은 3가지 의미를 갖는다고 한다.199)

①인민법원의 관할에 속하는 사건에 대하여 외국법원은 관할권을 갖지 아니한다. 인민법원의 전속관할에 속하는 사건에 대하여는 당사자의 선택관할 및 합의관할은 인정하지 아니한다. 인민법원이 섭외사건을 수리하였지만, 중국밖에 거주하는 당사자가 다른 외국법원에 소송을 제기한 경우, 인민법원의 사건심리에 영향을 미치지 아니한다. ②인민법원에서 소송을 제기하는 외국인, 무국적자, 외국기업 및 조직은 중국의 민사소송법 규정을 준수하여야 한다. ③ 외국법원의 판결 및 중재기구의 판정은 인민법원의 중국법에 의한 심사·결정에 의하여 승인되어 중국영역내에서 그 효력이 확정된 경우에는 민사소송법의 규정에 의하여 집행될 수 있다. 그러나, 이러한 원칙은 중국에 특유한 것은 아니며, 중국의 역사적 경험에 대한 확인적·경고적 성격을 강조한 것에 불과하다.

## 2. 涉外裁判管轄權

### 가. 섭외관할권의 의의

법률상으로 ‘관할권’은 다양한 의미로 사용되고 있다. 섭외사법에서 관할권이라 함은 어떠한 국가가 섭외민사사건을 심리·재판하는 권리를 말한다. 국제법상 관할권은 국가가 그 영역내의 인과 물에 대하여 행사하는 최고권력 다시 말해서, 입법·사법·행정의 권

198) 濟藤明美, supra note 165, p.119.

199) *Ibid.*, p.120.

력을 포괄하는 국가의 통치권 = 국가주권을 말한다. 어떤 중국의 학자도 “섭외사법상의 관할권과 국가의 주권의 관계는 그다지 밀접하지 않다. 즉, 동일한 섭외민사사건의 관할권에 대하여 어떠한 국가의 법률에서는 당해 국가가 행사하도록 규정하고 있고 또 다른 국가의 법률에서는 외국이 행사하도록 규정하고 있는 현실을 감안해 볼 때 섭외사법상의 관할권은 모두 국가주권문제와 직접 관련이 있는 것은 아니다.”라고 설명하고 있다.<sup>200)</sup>

섭외사법상의 관할권은 국제재판소의 관할권과도 구별된다. 국제재판소의 관할권은 사건을 심리·재판하는 권한이기는 하지만 국제재판소가 해결하는 것은 국가와 국가간의 분쟁이며 소송당사자는 국가에 한정되며, 어떠한 국가가 동의하지 아니하는 한, 법원은 강제적 관할권을 갖지 않는다. 반면에 섭외사법상의 관할권은 통상적으로 그 심리의 대상은 섭외요소를 포함하는 민사사건이며, 당사자는 개인 또는 법인이다. 따라서, 심리·재판의 대상이 되는 모든 사건은 당사자의 동의를 요하지 아니하며 법원도 당연히 그 권한을 행사하여야 한다.

섭외사법상의 관할권과 국내민사소송의 관할권도 역시 다르다. 국내민사소송상의 관할권은 국내의 특정한 법원이 배분 받는 사건의 범위를 말하며, 자국민간의 민사분쟁에 대하여만 적용되며, 당해 국가의 구체적인 상황과 사건의 성격에 따라 여러 범주의 민사사건을 수리하는 법원이 정하여지게 된다. 섭외사법상의 관할권은 여러 범주의 섭외민사사건을 어느 국가가 심리·재판하는가에 관한 문제이며, 그 섭외사건에 대해 어느 법원이 관할하느냐는 완전히 당해 국가의 국내법에서 정하게 된다. 섭외민사사건의 관할권문제는 섭외사법상 대단히 중요한 위치를 차지하고 있으며, 대부분의 국가, 특히 영미법계국가들은 섭외민사사건의 관할권과 법률적용문

---

200) *Ibid.*, p.262.

제를 섭외사법상의 두 가지 주요 문제로 여기고 있다.<sup>201)</sup>

섭외민사사건의 관할권문제가 특별히 중시되는 것은 법률적용문제와 관련있기 때문이기도 하지만 다음과 같은 이유 때문이다. 첫째, 섭외사법상의 관할권은 당사자의 권리의 취득과 직접 관련이 있으며, 각국의 섭외사법 대부분이 섭외민사사건에 대하여 관할권 있는 국가의 법원의 판결만이 다른 국가의 승인을 얻을 수 있다. 국제적으로 섭외사법상의 관할권을 갖지 아니하는 국가의 법원이 섭외민사사건을 심리·재판하는 것은 인정되지 아니한다. 둘째, 관할권과 법률적용은 별개의 문제이므로, 관할권 있는 국가의 법원이 반드시 그 국가의 법률을 적용하는 것도 아니며 또한 어떠한 국가의 법률이 적용된다고 할지라도 반드시 그 국가의 법원이 관할하는 것은 아니다.

그러나 섭외사법상 관할권이 법률적용문제에 영향을 미치는 경우가 대단히 많다. 예컨대, 원래 외국법을 적용하여야 할 섭외민사사건은 관할하는 국가가 그 외국법이 자국의 공공질서에 위반한다고 인정하여 법정지국의 법률을 적용하게 된다. 대부분의 국가의 섭외사법은 법정지국의 법률을 법률관계의 성질을 결정하는 준거법으로 하고 있다. 셋째, 섭외사법상의 관할권과 국제법상의 국가관할권은 별개의 개념이지만 국가관할권의 섭외민사사건의 심리와 재판에 영향을 미친다. 섭외민사사건의 관할권은 어느 정도 국가주권의 행사와 직접 관련이 있다.

---

201) 섭외사건의 해결에 있어서 관할법원의 선택은 준거법의 선택과 더불어 대단히 중요한 문제로 인식되고 있다. 각국의 섭외사건에 관한 준거법 선택 규정은 상이하므로 법정지에 따라 선택된 준거법이 상이할 수 있으며 그 외국법을 해석하고 적용하는데 있어서 법정지에 따라 다를 수 있다. 따라서 어느 국가의 법원을 선택하느냐는 섭외사건의 해결에 있어서 대단히 중요한 의미를 갖는다. 이러한 의미에서 볼 때, 재판관할권의 선택은 준거법을 선택·해석·적용하는 전반적인 법체계를 선택하는 것이라고 할 수 있다.

나. 涉外民事管轄權 原則

(1) 中國의 기본입장

中國은 각종 민사사건의 구체적인 관할법원을 정함에 있어서 국제관례를 충분히 고려하고 있으며, 특히 당해 안전과 밀접한 관계를 갖는 요소를 관할권 행사의 연결요소로 고려하였다. 中國은 근본적으로 별다른 연계가 없는 당사사가 잠시 그 영역을 경과하는 사건에 대하여도 본국 법원의 관할권을 확대하는 소위 “실제 통제원칙”을 채택하고 있지는 않다.<sup>202)</sup> 그러나, 中國의 주권과 국민의 이익과 밀접한 관련이 있는 사건, 예컨대 부동산 사건, 中國에 주소 또는 거주지를 두고 있는 일방이 中國국민인 사건에 대하여는 中國은 관할권을 행사하고자 한다.<sup>203)</sup>

일반적인 상황에서는 분쟁 당사자는 자국의 법원에 소송을 제기하기를 희망한다. 그 원인은 여러 가지이지만 그중 가장 중요한 것은 당사자가 자국의 법원의 절차, 실체법과 저촉법을 외국의 그것들보다는 비교적 자세히 파악하고 있기 때문이다. 中國의 어떤 학자는 中國인의 입장에서 볼 때, 국제적으로 통용되는涉外民事管轄權제도를 이해함과 동시에 中國의涉外民事管轄權제도를 정확히 이해해야 하며, 가능한 한涉外民事소송에서 中國 법원이 사건에 대하여 관할권을 행사하도록 하는 것이 바람직하다고 지적하고 있다.<sup>204)</sup> 中國 민사소송법 제4편 “涉外民事소송절차의 특별규정” 제237조는 “중화인민공화국 영역 내에서涉外民事소송을 진행함에

202) 張培田, supra note 196, pp.254~257.

203) 林惠辰 外, supra note 71, p.426.

204) 董立坤, supra note 106, p.264.

있어서는 이 편의 규정을 적용한다. 이 편에 규정되지 아니한 경우에는 이 법의 기타 유관 규정을 적용한다.”라고 규정하고 있다. 따라서 중국민사소송법 제1편 제2장 “관할”의 관련 규정도 마찬가지로涉外민사소송사건에 적용할 수 있다.

## (2) 피고주소지주의

### ① 의 의

원고는 피고주소지의 법원에 소를 제기하여야 한다는 원칙은 로마법이래 정립된 소송의 일반원칙이라고 할 수 있으며 국제재판관할의 원칙으로도 널리 인정되고 있다. 중국도 보통재판적을 피고주소지주의에 따라 규정하고 있다. 피고주소지주의는 언어, 문화, 법제도가 상이하고 지리적으로 상당히 멀리 떨어진 당사자간의 소송에서 피고를 보호할 수 있다는 점과 피고의 생활근거지인 주소지에 그의 재산이 소재할 가능성이 많아 판결의 실효성을 확보할 수 있다는 점때문에 소송절차의 공평과 편의상 인정된다.

중국 민사소송법 제1편 제2장 제2절의 피고주소지원칙에 따르면 피고주소지(즉 호적소재지), 피고기업·조직의 소재지 법원이 민사사건의 관할권을 갖는다.<sup>205)</sup> 따라서, 피고가 외국의 자연인 또는 법인인 경우 당해 외국인의 주소지국의 법원이 그 사건의 관할법원이 되어야 한다. 주소지와 일상거주지가 불일치할 때에는 피고측의 일상거주지 소재지 법원도 관할권을 갖는다. 제23조는 중국영역내에 거주하지 아니하는 자에 대하여 제기된 신분관계소송 등 일정한 소송에서는 원고의 주소지와 일상거주지가 일치하지 아니하는 경우, 원고의 일상거주지의 인민법원이 관할하도록 하고 있다.

205) 이를 중국에서는 “以原就被”原則이라고 부른다. *Ibid.*, p.278.

한편, 민사소송법 제243조는 피고주소지주의 원칙의 예외로서 “계약분쟁 또는 기타 재산상의 권리·이익의 분쟁에 의하여 중화인민공화국내에 주소를 갖지 아니한 피고에 대하여 제기된 소송은 계약이 중화인민공화국영역내에서 체결 또는 이행되거나 또는 소송의 목적물이 중화인민공화국 영역 내에 있거나 또는 피고가 중화인민공화국 영역 내에 압류될 수 있는 재산을 가지거나 또는 피고가 중화인민공화국영역내에 대표기구를 설치하고 있는 경우, 계약체결지, 계약이행지, 소송의 목적물 소재지, 압류할 수 있는 재산 소재지, 권리 침해지 또는 대표기구 소재지의 인민법원이 관할할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

이 규정에서 보듯이 중국영역내에 주소를 두지 아니한 피고에 대하여 제기된 소송은 중국 영역 내에서 계약체결지·계약이행지·소송 목적물의 소재지·압류될 수 있는 재산 소재지·권리침해행위지·대표기구의 주소지 인민법원이 관할한다.<sup>206)</sup> 또한 피고의 주소가 없거나 주소를 알 수 없을 경우에도 소송물과 직접적으로 관련 있는 피고의 재산이 법정지에 소재하고 있다면 국제재판관할권이 일반적으로 인정된다.

## ② 합의관할

중국 민사소송법 제244조는 “섭외계약 또는 섭외재산상의 권리·이익의 분쟁의 당사자는 서면합의에 의하여 다툼과 실제 관련되어 있는 다른 지역의 법원의 관할을 선택할 수 있다. 중화인민공화국 법원의 관할을 선택하는 경우, 이 법의 級別管轄 및 專屬管轄에 관한 규정에 반할 수 없다.”라고 규정하고 있다. 합의관할로써 배제할 수 없는 전속관할과 급별 관할은 다음과 같다.

206) 중국이 체결한 사법공조협정들도 이와 동일하다. 張培田, supra note 196, p.257.

i) 전속관할 : 중국 민사소송법은 전속관할권의 범위를 규정하고 있다. ①부동산소송은 부동산소재지 인민법원이 관할한다. ②항만 작업중 발생한 소송은 항구소재지 인민법원이 관할한다. ③유산상속소송은 피상속인 생전의 호적소재지(즉 주소지) 또는 주요 유산소재지 인민법원이 관할한다.

ii) 급별관할 : 중국의 법원제도는 지방인민법원, 특별인민법원, 최고인민법원으로 구성되며 지방인민법원에는 기층인민법원, 중급인민법원 및 고급인민법원으로 구성되어 있다. 민사소송법 제1편 제2장 제1절은 “급별 관할”에 관한 규정이다. 소위 “급별관할”이라 함은 어떠한 국가의 여러 급별의 법원이 제1심사건을 수리하는 권한을 말한다. 민사소송법 제19조에 의하여涉外사건에서는 중급인민법원이 제1심관할법원이 된다. 다시 말해서涉外민사사건은 각지의 중급인민법원이 수리할 권한을 가지며 기층인민법원은 국내민사사건만을 수리할 수 있다.

그런데 민사소송법은 고급인민법원이 그 관할내의 중요한 사건의 관할법원이 되며 최고인민법원은 국가적인 중요성을 갖는 사건에 대한 관할법원이 된다(민사소송법 제20조 및 제21조). 또한 상급법원은 하급법원의 관할권에 속하는 사건을 자신의 재량으로 재판을 하거나 자신을 제1급심으로 하는 민사사건을 하급인민법원에 이송할 수 있다(민사소송법 제39조). 그러므로涉外사건의 물적 관할권은 통상적으로 중급인민법원에 있지만 사건이 충분히 중요성을 가진 것이거나 상급법원이 사건의 관할을 결정한 경우에는 고급인민법원 또는 최고인민법원이 제1심법원이 될 수 있다. 여기에서 어떠한 사건이 “중대한 영향”를 미치는 사건에 해당하는가는 민사소

송법에 구체적으로 규정되어 있지 않기 때문에 “중대한 영향”의 개념은 탄력적인 것이며 법원이 결정하게 될 것이다.<sup>207)</sup>

③ 응소관할

피고가 관할위반의 항변 없이 본안에 변론 또는 진술한 경우에 인정되는 재판관할인 응소관할도 국제재판관할로 인정되고 있지만 관할만 다루기 위하여 소송에 응하였거나 다른 법원에 전속관할이 있는 경우에는 인정되지 않는다. 중국 민사소송법 제245조는 “섭외민사소송의 피고가 인민법원의 관할에 대하여 이의를 제출하지 않고 응소하여 답변한 경우에는 당해 인민법원을 관할권 있는 법원으로 승인한 것으로 본다.”라고 규정하고 있다.

다. 主要 管轄對象 紛爭

(1) 섭외경제계약분쟁

현행 민사소송법 제257조는 상업분쟁의 유일한 해결수단으로 당사자들이 중재를 선택한 것을 보호하고 있다. 계약당사자들은 대외경제·무역·운송·해운 등의 문제로부터 발생한 분쟁과 관련하여, 중국의 중재기구에 당해 분쟁을 회부한다는 서면합의에 도달한 경우, 인민법원에 소송을 제기할 수 없다. 그러한 서면합의가 없는 경우에 한하여 인민법원에 소송을 제기할 수 있다.

그런데 舊 민사소송법 제192조는 엄격하게 해석한다면, 「중국의 섭외중재기구 이외의 재판소(tribunal)에서의 중재에 관한 서면합의의 존재 또는 비중국재판기관(non-Chinese tribunal)에 의한

---

207) 董立坤, supra note 106, p.278.



실제의 중재가 인민법원에의 제소를 방해하지 아니한다」는 것을 의미하였다.<sup>208)</sup> 중국의 관리들은 기회 있을 때마다 舊 민사소송법 제 192조는 문자 그대로 해석하지 아니하며 중국 밖의 구속력 있는 중재에 합의한 중국측 당사자에 의한 인민법원에의 제소는 허용되지 아니한다고 주장하여 왔다.<sup>209)</sup> 또한 중외합자경영기업법 실시조례 제111조도 중국의 중재기구에 의한 중재를 명시하지 아니하고 단순히 중재합의에 도달한 경우의 중국의 법원에의 소송제기의 배제를 규정하고 있을 뿐이다.

그 후 제정된 섭외경제계약법 제38조는 당사자들이 어떠한 장소에서의 계약에 중재조항을 두고 있거나 분쟁 발생후 중재에 합의한 이상 중국에서의 소송을 제기할 수 없다는 명시하였으며, 현행 민사소송법 제257조도 이 점을 명확히 하였다. 그러나 섭외경제계약법 제38조는 외국중재판정이 중국에서 어떠한 지위를 가지는가에 대하여 뿐만 아니라, 중국의 법원이 외국의 중재판정이 내려진 경우의 당해 판정의 주제인 분쟁의 본안을 심사할 수 있는가에 대하여도 침묵을 지키고 있다. 한편, 舊 민사소송법은 보다 많은 의문점을 남기고 있었다. “중국의 섭외중재기구”가 구체적으로 의미하는 바가 분명하지 않아 예컨대, 계약의 당사자들이 UNCITRAL 중재규칙에 따라 중국에서의 중재에 합의한 경우에도 민사소송법의 규정에 위배되는 것은 아닌가가 문제가 되었다.

뿐만 아니라 “사건이 중국의 섭외중재기구에 의하여 중재되는 경우, 당사자는 인민법원에 소송을 제기할 수 없다.”라고 규정한 舊

208) Jerome Alan Cohen, supra note 137, p.513.

209) Chales J. Conroy and Michael J. Moser, “Selected Legal Aspects of Financing Transactions with the People’s Republic of China,” in Foreign Trade, Investment, and the Law in the People’s Republic of China, (ed.) by Michael J. Moser, (Hong Kong : Oxford University Press, 1987), p.397.

민사소송법 제193조의 규정도 많은 문제점을 안고 있었다. “중재되는“이라는 표현이 분쟁의 중재기구에 회부된 시점을 의미하는 것인지 아니면 판정이 내려진 후를 의미하는 것인지가 명확하지 않고 심리 중에 일방 당사자가 중국의 법원에 소송을 제기한 경우, 중국의 법원이 동 제193조를 근거로 소송을 수리하지 아니할 것인지 명확하지 않았다.<sup>210)</sup>

그러나, 현행 민사소송법은 이상과 같은 불확실한 부분을 보다 명확히 규정하고 있다. 즉 제257조는 “섭외경제무역·운수 및 해상에서 발생한 분쟁은 당사자가 계약에 중재조항을 두거나 사후에 서면에 의하여 중재의 합의에 도달하여 중화인민공화국 섭외중재기구 또는 기타 중재기구의 중재에 회부한 때에는 당사자는 인민법원에 소를 제기할 수 없다. 당사자는 계약에 중재조항을 두지 아니하거나 사후에 서면에 의한 중재의 합의에 도달하지 아니한 경우에는 인민법원에 소송을 제기할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 민사소송법 제259조는 “중화인민공화국의 섭외중재기구의 판단이 내려진 경우, 당사자는 인민법원에 소송을 제기할 수 없다. 일방 당사자가 중재판정을 이행하지 아니하는 경우에는 타방 당사자는 피신청인의 주소지 또는 재산소재지 중화인민공화국 법원에 집행을 신청할 수 있다.”라고 규정하고 있다.<sup>211)</sup>

210) Jerome Alan Cohen, *supra* note 137, p.513.

211) 민사소송법이 개정되기 전이기는 하지만 상해의 중급인민법원 경제심판정에 제소된 사건을 보면 아직 현행 민사소송법상 당사자들이 중재에 합의한 계약분쟁에 대하여도 일정한 경우 인민법원이 소를 수리할 수 있는 여지가 남아 있다는 의문도 없지 않다. 이 사건을 간략하게 설명하면 다음과 같다. 중국의 원고와 스위스의 피고는 북경의 국제경제무역중재위원회의 중재를 규정한 계약을 체결한 바 있으나 원고는 상해인민법원에 소송을 제기하였다. 원고는 계약상의 유일한 분쟁해결수단으로 중재를 명시하고 있다는 사실은 인정하면서도 상기 법원에 “사기 또는 강박에 의하여 체결된 계약은 무효로 한다.”라고 규정한 섭외경제계약법 제10조를 근거로 당해 계약의 무효를 선언하여 주도록 청구한 것이다.

(2) 협의해사분쟁

중국 민사소송법은 해사사건의 관할에 대하여도 원칙적인 규정을 두고 있다. 선박충돌 또는 기타 해손사고로 인한 손해배상소송은 피해선박의 최초도달지, 가해선박의 압류지 또는 가해선박 선적항구의 소재지 법원이 관할한다(제31조). 한편, 중국의 대외개방정책의 확대와 더불어 협의해사사건이 크게 증가함에 따라 해사법원을 광주, 상해, 청도, 천진, 대련에 설치하였으며, 1987년에는<sup>212)</sup> 다시 무한에, 1990년에는<sup>213)</sup> 해구와 하문에 설치함으로써 현재 중국에는 8개의 해사법원이 설치되어 있다. 그리고 1986년 1월 최고인민법원은 중국이 가입한 국제조약과 국제관례를 참조하고 민사소송법, 해상안전교통법 등을 고려하여 다음과 같은 내용의 『最高人民法院關於涉外海事訴訟管轄的具體規定』을 공포하였다.<sup>214)</sup>

중국의 법원은 다음의 1에 해당하는 선박충돌 또는 선박에 의한 해상작업시설의 파괴 등 해손사고로 인한 손해배상소송에 대하여 관할권을 행사할 수 있다. i) 선박충돌 또는 기타 해손사고발생이 중국 항구, 내수, 영해 및 중국관할하의 기타 해역에서 발생한 경우, ii) 선박충돌 또는 기타 해손사고가 중국 관할해역 밖에서 발생하였지만 피해선박의 최초도달항구가 중국항구이고 가해선박 또

---

원고가 계약의 체결시 어떠한 사기 또는 강박이 있었음을 입증할 만한 사실을 제시하지 못하고 있기 때문에 이 사건은 중국법원에서 중재조항의 이행문제와 검토하는 것과 결부될 수밖에 없을 것이다. 이 사건에서 상해인민법원은 어떠한 근거로 소송을 수리하였는지 확실하지 않지만, 동 분쟁의 성격이 계약 자체의 無效有無를 따지는 것이라는 사실은 시사하는 바가 크다. 文俊朝, *supra* note 44, p.452.

212) 1987年 7月 28日 最高人民法院의 「關於調整武漢,上海海事法院管轄區域的通知」.

213) 1990年 3月 2日 最高人民法院의 「關於設立海口,廈門海事法院的決定」.

214) 王存學, *supra* note 151, pp.388~389.

#### 第4章 中國의 涉外紛爭解決制度

는 가해선박의 소유인에 속하는 다른 선박이 중국 항구에 압류되어 있고 피해선박 또는 가해선박의 선적항이 중국의 항구인 경우, iii) 선박충돌 또는 기타 해손사고가 중국국민에게 사상 또는 재산상의 손해를 초래한 경우이다.

선박의 유류유출 또는 해안에 폐기물 또는 기타 유독물의 방기 또는 해양석유탐사개발, 선박해체작업으로 인하여 부당하게 조성된 해역오염으로 인한 손해배상소송에 대하여는 다음의 1에 해당하는 경우, 중국 법원은 관할권을 행사할 수 있다. i) 만약 중국 영해 또는 중국이 관할하는 기타 해역에서 오염 손해가 발생한 경우, ii) 오염사고는 중국 관할해역밖에서 발생하였지만 중국의 해역이 오염된 경우, iii) 오염손해를 방지·경감하기 위하여 중국이 예방 조치를 취한 경우이다.

해양개발과 해양종합이용계약분쟁, 항구예인계약, 해상운송계약 분쟁, 정기용선계약분쟁, 광선용선계약분쟁, 선박서비스대리계약분쟁, 선박수리계약분쟁, 해상보험계약분쟁, 선박건조·매매 등 각종 계약분쟁으로부터 발생한 소송은 계약이 중국에서 체결 또는 이행되는 경우, 개발, 이용 및 기타 법률행위가 중국 영해 또는 중국이 관할하는 기타 해역에서 발생하거나 선박의 선적항, 반환항, 선박이 진입하는 중국 항구 또는 중국이 관할하는 해역에서 발생한 경우, 중국 법원도 관할권을 행사할 수 있다.

선박압류권 또는 우선배상권으로 인하여 제기된 소송은 압류권 또는 우선배상권이 중국에서 설정되거나 발생한 경우 또는 당해 선박이 중국의 항구에 도달하거나 중국이 관할하는 해역에 진입한 경우, 중국 법원이 관할권을 행사할 수 있다. 중국의 섭외해사사건관할권에 관한 규정을 한 걸음 더 나아가 본다면, 중국의 섭외민사관할권의 주로 지역을 관할권행사의 근거로 삼고 있으며 동시에 영미의 컴먼로의 실제통제원칙의 일부 정신을 받아들여 피고가 중국 내

에 압류될 수 있는 기타 재산을 가지고 있는 소송에 대하여도 관할권을 행사할 수 있다. 한편, 합의관할권과 관련하여, 쌍방 당사자(쌍방이 모두 외국의 기업과 조직이어야 한다는 제한은 없다.)가 중국 법원에서 소송을 진행한다는 협의만 있으면 중국 법원도 관할권을 행사할 수 있다.

### (3) 특허분쟁

특허분쟁사건은 비교적 특수한 경제분쟁사건이며 과학기술과 밀접한 관계가 있으며 전문기술성이 대단히 강하다. 이러한 사건을 처리하기 위해서는 많은 전문적인 과학기술법률·법규를 적용해야 하며 광범위한 과학적 지식을 요구한다. 이러한 종류의涉外사건도 비교적 많아서 최고인민법원은 당시의 민사소송법(시행)과 특허법, 특허법 실시세칙의 관련 규정과 실제상황에 근거하여 「關於開展專利審判工作的幾個問題的通知」에서 특허분쟁사건의 재판관할에 대하여 다음과 같이 규정하였다.<sup>215)</sup>

1. 수리안건중 1-4류 사건(발명특허권을 부여할 것인지에 관한 안건, 부여된 발명특허권의 무효 또는 발명특허권의 유지의 선고에 관한 안건, 강제실시권 사용료에 관한 분쟁사건은 북경시 중급인민법원이 제1심법원이 되고 북경시 고급인민법원이 제2심법원이 된다. 이 규정에 의하여 북경은 국가특허권과 특허심사위원회 소재지가 되며 중국 전역에서 발생한 상기의 특허분쟁사건의 제1심사건은 북경시 중급인민법원이 수리한다.
2. 수리안건중 5-7류사건(특허신청공고후 특허권이 부여되기 전에 발명, 실용신안, 외관설계의 사용료에 관한 분쟁사건, 특허신청권 또는 특허권 양도계약분쟁사건)은 각 성, 자치구, 직

215) *Ibid.*, pp.384~387.

#### 第4章 中國의 涉外紛爭解決制度

할시 인민정부 소재지의 중급인민법원과 각 경제특구의 중급 인민법원이 제1심 법원이 되며, 성, 자치구, 직할시의 고급인민법원이 제2심 법원이 된다. 그러므로 각 성, 자치구의 고급인민법원은 실제 필요에 근거하여 최고인민법원의 동의를 얻어 성, 자치구내의 개방도시 또는 특허관리기구가 없는 비교적 큰 도시의 중급인민법원을 그 관할구역내의 상기 특허분쟁사건의 제1심 법원으로 지정할 수 있다.

또한, 특허분쟁사건의 관할권에 대한 상기의 규정외에 1987년 6월 29일 최고인민법원은 다시 『關於專利侵權糾紛案件地域管轄問題的通告』를 공포하여 특허분쟁사건의 지역관할에 대하여 다음과 같은 보충규정을 하였다.<sup>216)</sup>

1. 특허권자의 허가없이 생산경영목적으로 발명 또는 실용신안의 특허제품의 제조·사용·판매 및 외관설계의 특허제품의 제조·판매는 당해 제품의 제조지의 인민법원이 관할한다. 제조지가 불분명한 때에는 당해 제품의 사용지 또는 판매지의 인민법원이 관할한다.
2. 특허권자의 허가를 얻지 않고, 생산경영목적으로 특허방법을 사용한 경우에는 당해 특허방법사용자 소재지의 인민법원이 관할한다.
3. 특허권자의 수권없이 타인에게 특허실시를 허가 또는 위탁한 경우에는 허가한 자 또는 위탁한 자의 소재지의 인민법원이 관할한다. 만약 허가받은 자 또는 위탁받은 자가 특허를 실시하여 쌍방이 공동으로 권리를 침해한 경우에는 허가 받은 자 또는 위탁받은 자 소재지의 인민법원이 관할한다.
4. 특허권 공유인이 다른 공유인의 동의없이 타인에게 특허 실시를 허가한 경우에는 허가한 자의 소재지의 인민법원이 관할

216) *Ibid.*, pp.385~386.

한다. 만약 허가 받은 자가 특허를 실시하여 쌍방이 공동으로 권리를 침해한 경우에는 허가 받은 자 소재지의 인민법원이 관할한다.

5. 특허권 공유인이 다른 공유인의 동의없이 자신의 지분액을 초과하여 특허권을 양도한 경우, 양도한 자의 소재지 인민법원이 관할한다. 만약 양도받은 자가 상대방의 월권양도 사실을 명백히 알고 있으면서도 이를 받아 들여 쌍방이 공동으로 권리를 침해한 경우에는 양도받은 자의 소재지 인민법원이 관할한다.
6. 타인의 특허를 모방하는 것은 아직 범죄를 구성하지 아니하지만, 특허권자 또는 이해관계자에 손해를 미친 경우에는 모방 행위지 또는 손해결과발생지의 인민법원이 관할한다. 만약 그것이 곤란한 경우에는 피고소재지의 인민법원이 관할한다.

상기의 사항에 따라 지역관할을 확정하는 때에는 「關於開展專利審判工作的幾個問題的通知」의 사건에 관한 지정관할의 규정에 따라 처리한다.<sup>217)</sup> 特許申請權 紛爭事件에 대하여 발생한 실제상황이 있으면 경제심판 실천중 특허법 및 특허법실시세칙을 철저히 집행하고 특허권신청분쟁을 해결하고 특허신청권자의 합법적 권익을 보호하기 위하여 1987년 10월 19일 최고인민법원은 「關於審理專利審判申請權糾紛案件若干問題的通知」를 공포하였다.

이 통지는 다음과 같은 내용으로 되어 있다. 당사자들이 특허신청권 분쟁으로 인한 자신의 상급주관부문 또는 그 소재지 특허관리기구의 처리에 불복하여 인민법원에 소송을 제기한 경우, 인민법원은 수리하여야 한다. 특허신청권분쟁에는 ①직무발명창조인가 아니면 비직무발명창조인가에 관한 분쟁사건 ②발명창조의 발명인 또는

217) *Ibid.*, p.387.

218) 중국의 민사소송법은 중국 영역내에 주소를 두지 아니한 당사자에

하여 완성한 발명창조에 대하여 누가 신청권을 갖는가에 관한 분쟁 사건을 포함한다. 특허신청분쟁의 관할에 대하여 통지는 다시 각 성, 자치구, 직할시 인민법원 소재지의 중급인민법원, 각 경제특구의 중급인민법원 및 각 성, 자치구, 고급인민법원이 실제필요에 근거하여 최고인민법원의 동의를 얻어 지정한 중급인민법원을 제1심 법원으로 한다는 것을 밝히고 있다.

### 3. 司法共助

#### 가. 의 의

사법공조라 함은 외국과 체결한 또는 공동으로 가입한 국제조약 또는 호혜의 원칙에 의하여 상대방을 대신하여 일정한 소송행위를 행함으로써 상호 공조하는 것을 말한다. 여기에서 국제조약이라 함은 1954년 「민사소송절차에 관한 조약」, 1970년 「민사 및 상사에 대한 외국에서의 증거수집에 관한 조약」 등을 들 수 있다. 또한 사법공조에는 소송서류의 송달·증거의 조사 등 일정한 소송행위를 대신하여 행하는 것과<sup>218)</sup> 외국 법원의 판결 또는 외국중재기구의 판정의 승인·집행이라는 두 분야로 나누어져 있다.

#### 나. 소송서류의 송달

##### (1) 국제조약에 의거한 송달

피송달인 소재지국과 중국간에 체결된 또는 가입한 국제조약상의

---

218) 중국의 민사소송법은 중국 영역내에 주소를 두지 아니한 당사자에 대한 송달방법으로서 다음과 같이 정하고 있다(제247조). 여기에서 주소를 두고 있지 아니한 당사자라 함은 외국인, 무국적자, 외국기업과 조직을 포함하며, 국외에 거주하는 중국인도 포함한다.



규정된 송달방식에 따라 송달한다. 여기에서 말하는 국제조약은 중국이 1991년 3월 2일 가입한 『국외로 송달되는 민사 또는 상사재판문서와 재판외문서에 관한 협약』 및 중국이 개별적으로 프랑스, 폴란드, 몽고, 이태리와 체결한 사법공조협정 등을 말한다. 소송서류 송달은 다음과 같은 절차에 따른다.

중국의 인민법원이 그러한 계약국 국민, 기업 및 조직 또는 제3국 국민 또는 무국적자에게 소송서류를 송달하기 위하여는 관련 중급인민법원 또는 전문인민법원이 청구서와 송달되는 소송서류를 관련 고급법원을 통해 최고인민법원에 제출하여야 하며 최고인민법원은 당해 외국이 지정한 중앙기관에 송부하기 위하여 사법부에 전달한다. 필요한 경우, 최고인민법원은 중국의 당해 국가의 대사관에 당해 국가의 지정된 중앙은행에 송부하도록 전달할 수 있다. 만약 중국과 협약 계약국이 사법공조협정을 체결한 경우, 그 협정의 규정에 따라 처리한다. 협정에 규정된 방식으로 송달하는 때에는 반드시 피송달 계약국이 송달협정에 가입하면서 행한 유보를 고려하게 된다.

## (2) 외교송달

이러한 송달방식은 국제적으로 공인된 일종의 정규 송달방식이다. 그러나 이러한 방식은 절차가 번잡하고 많은 시간을 요하는 것으로 『국외로 송달되는 민사 또는 상사재판문서와 재판외문서에 관한 협약』에 가입하지 아니하거나 및 중국과 사법공조협정을 체결하지 아니한 국가에 대하여 채택된다. 구체적으로 말해서 受訴인민법원(주로 중급인민법원)은 송달위탁서와 재판외문서 및 그 번역본을 동봉하여 소재지의 성, 자치구, 직할시 고급인민법원에 제출하여 심사를 받은 후, 당해 고급인민법원이 외교부 영사사에 제출하며, 外交部 領事司는 그 외국 주중대사관에 전달하고 당시 그 외국 주

#### 第4章 中國의 涉外紛爭解決制度

중대사관이 본국의 외무부 또는 법무부에 전달하며, 그후 다시 그들이 피송달인의 관할법원에 전달하게 된다.

##### (3) 영사송달

중국이 1979년 가입한 『영사관계에 관한 비엔나협약』, 1991년 『국외로 송달되는 민사 또는 상사재판문서와 재판외문서에 관한 협약』 가입시의 유보선언(중국영사에 의한 외국소재하는 자에 대한 직접 송달을 거부한다는 선언.) 및 민사소송법 제247조의 규정에 의거하여 영사송달은 중국인민법원에 의한 국외거주하는 중국 국적의 피송달인への 소송서류송달에만 적용된다. 만약 당해 국가가 중국의 당해국 주재의 대사관, 영사관에 직접 송달하는 것을 허용하는 경우, 중국의 당해국 주재대사, 영사에게 송달을 위탁할 수 있다. 영사송달절차는 위탁서와 송부될 소송서류를 관련 중급인민법원 또는 전문인민법원이 관련 고급인민법원을 통해 최고인민법원에 제출하고 최고인민법원이 중국의 사법부를 통해 중국의 피송달국 주재 대사관, 영사관에 전달하고 영사관이 당사자에게 송달한다.

##### (4) 위탁송달

피송달인이 위탁한 송달 받은 권한을 가진 소송대리인에게 송달하는 방식은 다음과 같은 상황에서만 가능하다. 첫째, 수소인민법원이 상기의 3가지 송달방법을 채택하기 불편한 경우, 둘째, 피송달인이 여러 가지 이유로 직접 송달 받을 수 없는 경우, 셋째, 당해 소송대리인이 자신을 대리하여 송달 받도록 위탁한 경우이다. 중국과 외교관계를 갖고 있지 않고 공동으로 체결 또는 가입한 관련 국제조약이 없는 국가에 대하여 또한 중국과 외교관계를 갖고 있으나 공동으로 체결 또는 가입한 관련 국제조약이 없고 호혜관계에 있지 아니한 국가에 대하여 당해 국가의 당사자에게 소송서류를 송달하는 경우, 피송달인이 그 소송서류를 송달 받도록 위탁한 소

송대리인이 있는 때에는 이러한 송달방식을 택한다.

(5) 중국내 대표기구 또는 지점·업무대리인에의 송달

외국기업 또는 기타 경제조직이 중국에 설립한 대표기구는 외국기업 또는 기타 경제조직을 대표하여 중국에서 활동을 하고 대표기구의 설립을 신청한 외국기업 또는 기타 경제조직은 그 대표기구의 행위에 대하여 책임을 진다. 그러므로 대표기구를 설립한 외국기업 또는 기타 경제조직은 중국 인민법원이 수리한涉外경제분쟁사건의 당사자인 경우, 인민법원은 그 대표기구에 소송서류를 송달할 수 있다. 피송달인의 지사, 업무대리인과 상주대표기구는 다르다. 지사, 업무대리인, 업무대리인중에는 인민법원의 소송서류를 송달 받을 권한을 가진 경우도 있고 그러한 권한을 갖지 아니한 경우도 있는 바, 주로 지사, 업무대리처 설립시에 또는 사후에 그러한 권한을 갖도록 정하였는지의 여부에 달려 있다.

(6) 우편송달

중국 민사소송법 제247조의 규정은 우편송달방법을 채택하고 있다. 그 우선적인 조건은 피송달인 소재지국의 법률이 우편송달을 허용하고 있어야 한다. 『국외로 송달되는 민사 또는 상사재판문서와 재판외문서에 관한 협약』에 가입한 국가는 협약 가입 시에 협약 제10조 제1항의 우편송달에 반대하는 성명을 하지 않았어야 한다. 이 협약에 가입하지 아니한 국가에 대하여는 당해국의 국내법 규정이 우편송달을 허용하고 있는지의 여부를 고려하게 된다.

(7) 공시송달

인민법원이 상기의 6가지의 송달방식을 사용할 수 없는 경우, 공시송달방식을 채택한다. 한편, 민사소송법은 당사자가 국외에 거주하고 소송서류의 주고받기, 소송의 위탁 등에 비교적 시간을 요함

#### 第4章 中國의 涉外紛爭解決制度

을 감안하여 피고의 답변서의 제출기간, 상소제기의 기간, 피상소인의 답변서 제출기간에 대하여도 특별규정을 두고 있다(제248조 및 제249조). 또한 동일한 취지로부터 소송제기전에 재산보전이 행하여진 경우의 소송제기의 기간에 대하여도 일반 민사소송보다도 장기의 기간을 정하고 있다(제93조 제3항 및 제252조 참조.).

#### 다. 증거조사

중국 민사소송법 제262조 내지 제265조의 규정, 국제조약 및 국제관례에 의하면 다음과 같은 방법으로 외국법원에 증거조사를 위탁할 수 있다. 첫째, 위탁법원의 소재지국과 피위탁법원 소재지국 간에 공동으로 가입한 또는 체결한 국제조약에 증거조사위탁에 관한 규정이 있는 경우, 그에 따라 진행한다. 둘째, 그러한 조약이 없는 경우, 일반적으로 호혜의 원칙에 따라 진행한다.

중국은 현재까지 『민사 및 상사에 관한 외국에서의 증거조사에 관한 조약』 등 증거조사에 관한 조약을 체결 또는 가입하고 있지 않다. 따라서 중국 인민법원이 외국법원에 증거조사를 위탁하거나 외국법원이 인민법원에 증거조사를 위탁한 경우, 쌍방이 체결한 사법공조협정 또는 호혜원칙에 따라 진행한다. 최고인민법원의 『중외 사법공조협정에 관한 통지』의 정신에 의하면 인민법원은 체약국 일방의 청구에 따라 증거를 조사할 수 있으며, 인민법원도 체약국 일방의 법원에 증거조사를 청구할 수 있다. 그러나 외국법원이 특별한 방법에 따를 것을 요구한 때에는 그 특별한 방법은 중국법에 반할 수 없다(제265조).

## 第3節 被申請人 住所地 또는 第3國 仲裁에 의한 紛爭解決

### I. 仲裁地

중국은 아편전쟁 이후, 서구 열강의 불평등조약의 요구 등 역사적 경험 및 공산주의의 이념으로 인하여 자본주의국가의 법원에서 분쟁해결을 기피하여 왔으며, 반면에 외국인은 중국의 비공식적 해결절차인 調停의 불확실성과 시간지연 및 중국의 법체계에 대한 불안감 등으로 제3국에서의 분쟁해결을 요구하여 왔다. 이러한 상황에서 해외중재는 외국법원에서의 분쟁해결에 대한 하나의 대안이 되었다.

중국이 외국인의 제3국 중재요구에 대한 하나의 대안으로 최초로 수용한 방법은 피신청인 소재지국에서의 중재였다. 그러나 외국인은 이러한 방식에 대하여 반대하는 바, 대부분의 경우, 피고는 중국측 당사자일 것이므로 그 효과면에서 중국에서의 중재에 합의한 것이나 전혀 다를 바 없기 때문이다. 또한 경험상, 분쟁당사자들이 피고의 지위가 되기 위하여 그들의 관계를 조작하는 경향이 있다는 점도 기피원인중의 하나였다.<sup>219)</sup>

우리나라 기업들이 체결한 계약에서도 피신청인소재지주의를 규정한 사례가 있다. 단순히 “피신청인 소재지국에서 중재한다.”는 규정을 둔 경우도 있지만 구체적으로 “중국에서는 국제경제무역중재위원회, 한국에서는 대한상사중재원에서 그 중재절차에 따라 중

---

219) Jerome Alan Cohen, *supra* note 137, p.517.

#### 第4章 中國의 涉外紛爭解決制度

재한다.”라는 규정에서 보듯이 구체적인 중재기구를 명시하는 것이 보통이다. 특히, 다자간 합영계약에서 “중재는 피신청인의 국가에서 진행, 중국은 국제경제무역중재위원회에서 그 중재규칙에 따라, 일본은 국제상사중재협회에서 그 중재규칙에 따라, 그리고 한국에서는 대한상사중재원에서 그 중재규칙에 따라 중재한다.”라고 규정하고 있다.<sup>220)</sup>

중국의 대외경제무역부가 투자계약을 승인하는 관례를 보면, 런던, 제네바 또는 기타 지역 보다는 스톡홀름 상업회의소의 중재기구에 의한 중재를 선호한다. 역사적으로 동서간의 중요한 계약은 중재기구로 스톡홀름상업회의소를 지정하는 중재조항을 포함하는 것이 상례화되어 있다.<sup>221)</sup> 중국기업이 외국인과 체결하는 투자계약에서는 분쟁이 당사자간에 일정기간동안 해결되지 아니하는 경우, 일반적으로 제3국, 특히 그 공정성, 능력 및 융통성에 관한 명성 때문에 스웨덴의 스톡홀름 상업회의소 중재기구(the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce)의 중재적이고 구속력 있는 중재에 회부한다는 규정을 두고 있다.<sup>222)</sup> 중국은 해외중재지로서는 스톡홀름 이외에는 동경 특히 홍콩을 선호하고 있다.<sup>223)</sup>

우리 기업들의 투자계약을 보면, 스웨덴 스톡홀름 상업회의소에

---

220) 文俊朝, supra note 83, p.237.

221) R. Holzman, "Dispute Resolution Procedures in East-West Trade," *International Lawyer*, Vol.13(1979), p.234, 241.; A. Wetter, "East Meets West in Sweden," *ibid.*, pp.261., 265~267.

222) Chales J. Conroy and Michael J. Moser, supra note 209, p.395.

223) Anne Judith Farina, "Taking Disputes into Harmony: China Approaches in International Commercial Arbitration," *Am. U. Int'l & Pol'y*, Vol.4(1989), p.156.

서의 중재를 규정한 경우에는 동 상업회의소의 중재규칙을 적용하기로 사례가 대부분이지만 국제연합국제상거래위원회의 중재규칙을 적용한다고 규정한 사례도 있다. 또한 스웨덴 스톡홀름에서 그 중재규칙에 따라 중재하되, 쌍방이 각각 1인의 대표와 쌍방이 동의하는 1인의 스웨덴인으로 중재판정부를 구성한다는 규정을 둔 경우도 있다.<sup>224)</sup>

한편, 대외경제협력부 등 중앙정부기관의 승인을 요하지 아니하는 투자계약의 경우에는 런던이나 쥘리히 등을 중재지로 지정하기도 한다. 또한 스웨덴인의 對중국투자계약에서는 쥘리히 상업회의소에서의 중재를 규정하고 있으므로 현재 미국중재협회와 중국국제무역촉진위원회의 밀착을 고려해 볼 때, 미국인 이외의 외국인이 일방당사자인 투자계약에서 미국중재협회의 중재도 승인할 수 있을 것으로 기대된다. 일부 석유개발협정에서는 UNCITRAL규칙에 따른 수시적 중재를 규정하고 있으며, 또한 스톡홀름상업회의소의 중재에서 UNCITRAL규칙을 적용한다는데 합의할 수도 있다.

중국측이 개방초기 체결한 많은 계약에는 중재조항에 중재지의 선택이 포함되어 있지 않아 분쟁이 발생한 후에 이를 결정하는 과정에서 또 다른 분쟁을 초래하는 경우가 있었다. 그러한 예로 *Bauhina Corp. v. China Nat'l Machinery & Equipment Corp.* 사건을 들 수 있다. 사건개요는 다음과 같다. *Bauhina Corp.*는 중국 국영기계장비공사(CMEC)와 수입계약을 체결하였으나 후자가 계약을 이행하지 않았다. 전자는 캘리포니아 지방법원에 제소하였고, 후자는 계약상의 중재조항을 근거로 대외무역중재위원회의

---

224) 지리적으로 인접한 일본이 중재에 필요한 시간과 비용을 줄일 수 있지만 우리 나라 기업들이 체결한 계약 중에서 일본을 중재지로 선택한 경우는 없다. 다만, 합영 당사자의 국적이 일본, 중국 그리고 우리나라인 계약에서 피신청인소재지주의를 채택한 경우도 있다. 이 때는 일본 동경이 중재지의 하나가 된다.

중재부탁을 주장하였다.

동 법원은 후자의 항변중 중재부탁의무는 인용하였으나 중국대의 무역중재위원회가 아닌 미국중재협회(AAA)에 분쟁을 회부하도록 명하였다. 법원은 법정지 선택조항이 없다는 이유로 자신의 관할지역내에 소재하는 중재기구를 지정한 것이다. 항소심에서 미국 제9 순회항소법원(United States Court of Appeals for the Ninth Circuit)은 계약상의 내용으로도 당사자들이 선택하고자 의도하였던 중재지의 지정을 확인할 수 없다는 이유로 동 판결을 인용하였다.<sup>225)</sup>

우리 나라 기업들이 체결한 계약중에는 “일본 동경, 영국 런던 및 스웨덴 스톡홀름 중재기구를 선택한다.”라고 규정에서 볼 수 있듯이 2 이상의 제3국 중재지를 열거한 경우도 있고, 구체적인 중재지를 명시하지 아니하고 “제3국 중재위원회에서 그 중재규칙에 따라 중재한다.”라고만 규정한 경우도 있다. 이러한 분쟁이 발생한 후 다시 중재지를 선택하여야 하는 바, 이에 대한 합의가 이루어지지 아니할 가능성이 있기 때문에 이러한 규정태도는 그다지 바람직하지 않다.

## II. 節次規則

피고주소지국의 중재를 규정한 계약에서는 절차규칙을 규정하지 않는 경우가 일반적이지만, 제3국의 중재의 경우에는 지정된 제3국 중재기구의 중재규칙 또는 미중무역협정에서도 규정하고 있듯이 다른 중재규칙의 지정도 가능하다. 1979년 미중무역협정은 당사자들과 선택된 중재기구가 수락하는 때에는 UNCITRAL중재규칙의 적

---

225) Anne Judith Farina, *supra* note 223, pp.160~161.



용을 허용하고 있다. 1979년 7월 7일 체결된 미중무역협정 제8조는 다음과 같다. ①채약국은 그들의 상사·회사·법인과 무역기구 간의 계약으로부터 발생한 또는 계약과 관련된 분쟁을 우의적 협상, 조정, 기타 상호합의한 수단을 통하여 신속하고 형평하게 해결하는 것을 장려한다. ②그러한 분쟁은 상기 어느 1의 방법에 의하여 신속하게 해결될 수 없는 경우, 분쟁당사자는 중재회부에 관한 계약상의 규정 또는 기타의 합의에 따라 그 해결을 위하여 중재에 부탁할 수 있다. 그러한 중재는 중화인민공화국, 미국 또는 제3국의 중재기구에 의하여 수행될 수 있다. 그러한 중재에는 당해 중재기구의 중재절차규칙이 적용될 수 있으며 분쟁의 당사자와 중재기구가 수락하는 경우, 국제연합이 권고하는 UNCITRAL의 중재규칙 또는 기타의 중재규칙도 이용할 수 있다. ③각 채약국은 그 집행을 구하는 경우, 적용법률과 규칙에 따라 자국의 관할당국에 의하여 중재판정이 승인·집행되는 것을 보장하여야 한다.<sup>226)</sup>

UNCITRAL규칙은 특히 사회주의체제와 자본주의체제 및 선진국과 개발도상국의 이데올로기적 차이를 해소하기 위해 의도된 것이며, 무역계약 이외에도 기술이전 및 합작기업의 책임 등과 관련된 대단히 복잡한 분쟁에도 적합하다. UNCITRAL 중재규칙은 중재지의 여하에 불구하고 중재의 절차규칙으로 합의할 수 있으며, 미중간의 거래분쟁에서는 미중무역협정에 특별히 언급하고 있기 때문에 가장 빈번하게 채택되는 중재규칙이 되었다. 중국은 국제상업회의소(International Chamber of Commerce: 이하 “ICC”라 한다)의 중재규칙에 대하여는 반대하고 있다. 그 이유는 단순히 대만이 계속하여 국제상업회의소에 참여하고 있다는 사실 때문이다.

ICC의 중재는 중재재판소(Court of Arbitration)가 상설되어 있고 재판소 규정(Statute of the Court)도 마련되어 있기 때문에

---

226) International Legal Materials, Vol.18(1979), p.1041.

분쟁이 발생한 후 중재부탁합의와 중재판정부의 구성과 절차를 개별적으로 결정하는 수시적(ad hoc)중재와는 다르다.<sup>227)</sup> ICC의 중재는 정부 및 공공기관과 민간기업간의 분쟁과 투자계약에서 일어나는 분쟁 및 공익사업에 관한 투자계약에서 일어나는 분쟁도 해결할 수 있으며, 정부기관과 외국회사가 설립한 현지법인간의 계약분쟁에도 적용될 수 있다. 또한 본안심리에 적용될 법률은 당사자가 서면합의에 의하여 정하며, 그 합의에 대한 의사표시가 없으면 중재인이 저촉법에 따라 준거법으로 지정되는 법률을 적용하고(ICC 조정중재규칙 제13조제3항), 계약과 관계되는 상관습까지도 고려한다(ICC조정중재규칙 제13조제4,5항).

## 第4節 韓中貿易協定과 韓中仲裁 協定の 紛爭解決條項

### I. 韓中貿易協定

대한무역진흥공사와 중국국제상회간에 체결되어 1992년 2월 1일 발효한 「한중무역협정」 제6조에서는 양국간의 무역 및 경제협력과 관련하여 발생한 상사분쟁은 당사자간의 합의를 통해 해결하도록 하되, 그 해결이 불가능한 경우 중재에 의하여 해결하도록 권장하고 있다. 구체적으로 「한중무역협정」은 제6조에서 한중 양국의 상사분쟁에 관하여 규정하고 있는데 모두 4개항으로 구성되어 있다. 먼저 양국의 거래 당사자간에 분쟁이 발생하면 이를 우의적 협

227) Frédéric Eisemann, "Arbitration Under the International Chamber of Commerce," *International Comparative Law Quarterly*, Vol.15(1966), p.728.

상을 통해 해결하는 것을 장려한다(제1항). 그러나 이러한 협의를 통해 해결할 수 없는 경우, 당사자간의 계약 또는 계약과 관련된 별도의 중재약정에 따라 중재에 회부할 수 있다(제2항). 중재의 경우 당사자로 하여금 양국의 중재기구를 이용하도록 장려하며(제3항), 한중 양국은 자국의 적용가능한 법률과 규정에 따라 중재판정의 집행을 보장한다(제4항)라고 규정하고 있다.

특히 한중무역협정 제6조제4항은 “한중 양국은 자국의 적용가능한 법률과 규정에 따라 중재판정의 집행을 보장한다.”라고 규정하고 있는 바, 이는 중재판정의 승인과 집행을 보장하기 위한 국가적 의무를 선언하는 동시에 한중 양국의 거래 당사자들이 마음놓고 무역거래에 종사할 수 있도록 하자는 데 그 목적이 있다.

한국과 중국은 모두 뉴욕협약의 체약국이기 때문에 이러한 무역협정이 체결되어 있지 않다 할지라도 동 협약가입시의 양국의 상호주의 유보와 상사한정의 유보에 따라, 상사상의 법률관계로부터 발생한 분쟁에 대한 뉴욕협약 체약국의 영토 내에서 내려진 중재판정에 대한 승인과 집행을 보장하고 있다. 한중무역협정의 제6조제4항의 규정은 뉴욕 협약 비체약국에서 내려진 중재판정이나, 비상사상의 중재판정에 대하여도 집행을 보장한다는 것으로 해석할 수 없다. 중재판정은 “……자국의 적용가능한 법률과 규정에 따라 …” 집행하는 바, 중국의 민사소송법 등의 규정으로 보아 뉴욕협약 비체약국에서 내려진 중재판정과 비상사상의 중재판정의 집행이 보장되고 있는 것은 아니기 때문이다. 228)

---

228) 尹晋基, *supra* note 153, p.177.

## II. 韓中仲裁協定

한국과 중국은 1992년 12월 15일 북경에서 상사중재협정을 체결하였다. 이 협정의 성격은 양국의 민간단체인 중재기구간의 협정이기 때문에 사법상의 계약에 속한다. 협정의 한국측 당사자는 대한상사중재원이고 중국측 당사자는 중국국제경제무역중재위원회이다. 이 협정은 양국의 자연인과 법인에 대하여 “이 계약으로부터 또는 이 계약과 관련하여 당사자간에 발생하는 모든 분쟁, 논쟁 또는 의견차이는 대한상사중재원과 중국국제경제무역중재위원회간의 중재협정에 의한 중재에 의하여 최종적으로 해결한다. 중재판정은 최종적인 것으로 계약의 쌍방 당사자를 구속한다.”라는 중재조항의 삽입을 권고하고 있다. 또한 당사자간에 특별약정이 없으면 피신청인주의를 채택한다는 것에 대하여 합의하고 있다.

피신청인주의는 분쟁과 직접적으로 관련된 제반 물적 자료가 있기 때문에 증거제출 및 판정의 집행 등의 면에서 편리하다. 일반적으로 피신청인이 분쟁을 야기한 당사자이며 피신청인주의는 상당한 손해가 확정적으로 발생하기 전에는 소송제기 또는 중재신청의 남발을 억제하여 주기 때문이다. 그러나, 피신청인주의가 부적당한 경우도 있다. 특히 상거래에서 물품이 양도된 후, 매수인이 품질불량을 이유로 매도인에게 클레임을 제기한 때에는 피신청인주의하에서는 매도인 소재지에서 중재가 진행되겠지만 분쟁의 객체인 물품은 신청인소재지에 있기 때문에 중재인 또는 검사인으로 하여금 그 확인이나 검사에 불편을 초래하며 특히 부패 또는 변질되기 쉬운 물품인 경우에는 그 어려움은 더욱 가중된다.<sup>229)</sup>

229) 柳海民, 金相浩, 羅奇鉉, “國際商事仲裁制度의 法理와 展望에 관한 研究 - 共產圈國家와의 經濟交流에 따른 商事紛爭의 解決對策을 중심으로-”, p.94.

## 第5章

# 中國에서의 仲裁判定과 法院判決의 執行



## 第5章 中國에서의 仲裁判定과 法院判決의 執行

### 第1節 中國에서의 仲裁判定의 承認·執行

#### I 中國仲裁判定의 承認·執行

##### 1. 意義

당사자들은 판정문에 명시된 기한 내에 자발적으로 판정을 이행하여야 한다. 만일 판정문에 기한이 명시되어 있지 아니한 경우, 당사자들은 판정을 지체없이 이행하여야 한다. 중재규칙 제38조의 규정에 의하면 당사자 일방이 판정을 자발적으로 이행하지 않는 경우에 타방 당사자는 중국 법률의 규정에 따라 인민법원에 강제집행을 신청하거나 1958년 『외국중재판정의 승인·집행에 관한 협약』 또는 중국이 체결 또는 가입한 기타 국제조약의 규정에 따라 외국의 관할권 있는 법원에 강제집행을 신청할 수 있다. 이른바, 판정의 강제집행은 법정절차에 따라 이미 법적 효력이 발생하였으나 일방 당사자가 이행하지 아니한 판정을 관할권 있는 법원에 신청하여 그 법원이 강제집행의 재정을 내리는 것을 말한다.

이와 관련하여 중국 민사소송법 제259조는 “중화인민공화국의 섭외중재기구가 판정을 내린 경우, 당사자는 인민법원에 제소할 수

없다. 일방 당사자가 중재판정을 이행하지 아니하는 경우 타방 당사자는 피신청인의 주소지 또는 재산소재지의 중급인민법원에 집행을 신청할 수 있다.”라는 규정을 두고 있다. 이 규정에 따라 만약 일방 당사자가 중재판정 중에 규정된 의무를 이행하지 않을 경우, 타방 당사자는 피신청인의 주소지 또는 재산소재지의 중급인민법원에 집행을 신청할 수 있다.

## 2. 仲裁判定執行申請과 人民法院의 審査·決定

중국의 민사소송법 기초과정에서 법원이 중국 섭외중재기구가 작성한 판정을 심사하는 문제에 대하여 두 가지 다른 견해가 있었다. 첫 번째 견해는 중재절차를 심사할 뿐만 아니라 실체적 측면 즉 판정이 법률에 위반하는지의 여부도 심사하여야 한다는 것이었고, 두 번째 견해는 절차문제만 심사할 수 있을 뿐이며 실체문제에 대하여 심사할 수 없다는 것이었다.<sup>230)</sup> 현행 민사소송법 제260조는 후자의 입장을 취해 인민법원이 중국섭외중재기구의 중재와 관련하여 절차상의 심사만 할뿐이며 실체적인 즉, 사실인정과 법률적용에 관한 심사는 행하지 않는다는 것을 명백히 하고 있다.

민사소송법 제260조에 의하면 중화인민공화국 섭외중재기구가 작성한 중재판정에 대하여 피신청인이 다음의 1에 해당된다는 입증하는 경우 인민법원은 합의부를 구성하여 심사 및 사실확인을 거친 후 집행을 하지 아니한다는 결정을 내린다. 첫째, 당사자가 계약 중에 중재조항을 삽입하지 아니하였거나 사후에 서면의 중재합의에 이르지 못한 경우, 둘째, 피신청인이 중재인을 지정할 수 없거나 중재진행절차의 통지를 받지 못한 경우 또는 기타 피신청인에 귀책

230) 董立坤, *supra* note 106, p.469.



되지 아니하는 사유로 의견을 진술할 수 없었던 경우, 셋째, 중재판정부의 구성 또는 중재절차가 『중재규칙』에 부합하지 아니하는 경우, 넷째, 판정된 사항이 중재합의의 범위에 속하지 아니하거나 중재기구가 중재할 권한이 없는 경우이다. 또한 인민법원이 당해 중재판정을 집행하는 것이 사회의 공공이익에 위배된다고 인정하는 경우에는 집행하지 아니한다는 決定을 내린다. 중재판정의 집행거부의 결정에 대하여는 상소가 인정되지 아니한다. 그러나, 민사소송법 제16장(재판감독수단)에 따른 재심은 인정된다.

인민법원은 섭외중재기구의 중재판정을 집행함에 있어서 사건의 심사절차는 법률과 중재규칙에 부합되는가만을 심사하며, 사건의 실체문제가 정확한지의 여부에 대하여는 심사하지 않는다. 뿐만 아니라 인민법원이 중재판정에 대하여 절차심사를 진행하는 때에는 제260조제2항에 규정된 상황<sup>231)</sup> 외에는 피신청인의 신청서와 제출한 증빙서류에 의할 수 있으며 인민법원은 주도적으로 심사하거나 증거를 수집하지 않는다.<sup>232)</sup> 인민법원이 중재판정의 집행을 결정한 경우, 그 집행절차는 민사소송법 제22장(집행조치)의 규정에 따라 진행한다. 주된 집행조치는 피집행인 은행구좌의 동결·대체·압류, 피집행인이 이행하여야 할 부분의 수입에 대한 압류·인출, 가옥의 強制明渡 또는 토지로부터의 강제퇴거 등이다(제233조). 집행과정에서 당사자들은 자발적으로 화해협약에 도달할 수 있다. 중재판정에 대하여 인민법원의 불집행의 결정을 내린 경우, 당사자들은 서면중재합의에 의하여 다시 중재를 신청하거나 인민법원에 소송을 제기할 수 있다.

231) 피신청인이 중재인을 지정할 수 없거나 중재진행절차의 통지를 받지 못한 경우 또는 기타 피신청인에 귀책 되지 아니하는 사유로 의견을 진술할 수 없었던 경우.

232) 王存學, supra note 151, p.322.

### 3. 執行拒否後の 救濟措置

중재판정이 인민법원에 의하여 그 집행을 거부된 경우와 관련하여 민사소송법 제261조는 “중재판정이 인민법원에 의하여 집행되지 아니하는 것으로 결정이 내려진 경우에는 당사자 쌍방이 합의한 서면의 중재합의에 근거하여 다시 중재를 신청하거나 인민법원에 제소할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이 규정에 의하면 중재판정이 인민법원의 재정에 의해 집행될 수 없을 때 당사자는 새로이 중재를 신청하거나 인민법원에 소송을 제기하는 두 가지 방법을 선택할 수 있다.

그런데 제261조의 규정에 대하여는 두 가지 해석이 있다.<sup>233)</sup> 제1의 해석은 당사자는 쌍방간에 도달한 중재합의 즉, 원래 당사자들이 계약 중에 두었던 중재조항 또는 분쟁발생후 도달한 중재합의를 근거로 새로이 중재를 신청할 수 있으며, 만약 ‘당사자가 계약 중에 중재조항을 두지 않았거나 또는 사후 서면중재합의에 도달하지 못한 경우’에는 제261조제1항에 열거한 인민법원이 집행을 거절하는 사항에 속하는 경우에만 인민법원에 기소할 수 있다고 한다. 제2의 해석은 당사자가 새로이 중재를 신청하려면 쌍방이 새로이 서면중재합의에 도달하여야 하며, 그러하지 못한 경우에는 인민법원에 소송을 제기할 수 있을 뿐이라고 한다.<sup>234)</sup>

일부 국가의 이와 유사한 법규정을 보면 법원이 중재판정에 대한 승인·집행을 거절하는 경우, 새로이 중재를 신청하기 위해 새로운 중재합의에 도달해야 함을 요구하고 있지 않다. 절차상으로도 법원이 중재판정에 대한 승인·집행을 거부하였지만 법원이 당사자가

233) 尹晋基, supra note 153, pp.117~118.

234) Ibid., pp.117~118.

원래 중재를 요구하던 의사를 거부하거나 변화시킬 수는 없는 것 즉, 당사자자치의 원칙에 따르는 것이며 실제로 법원이 중재판정에 대한 승인·집행을 거부한 때에는 패소자와 승소자가 새로운 중재 합의를 달성한다는 것이 불가능하거나 매우 어렵다. 따라서, 당사자가 계약중에 중재조항을 두지 않았거나 또는 사후에 서면중재계약에 도달하지 못한 경우에만 인민법원에 기소할 수 있다고 보아야 한다.

## II. 外國仲裁判定의 承認·執行

중재판정은, 최종적으로는 국내관할법원에 의하여 공공질서를 이유로 또는 기타 법령상의 규정을 근거로, 거부될 수 있는 여지가 남아 있다. 중국국영기업이 외국인과 체결하는 섭외경제계약에서는 분쟁에 관한 중재는 중국적이며 당사자를 구속한다는 조항을 둘 뿐이고 중재판정의 집행에 관한 조항을 두지 않는 것이 일반적이다. 중국은 1986년 12월 2일 「외국의 중재판정의 승인·집행에 관한 뉴욕협약」에 가입하면서 협약 제1조의 규정에 따라 동협약이 타방체약국의 영역 내에서 행하여진 상업분쟁(commercial disputes)에 대하여만 적용된다는 유보를 하였다.<sup>235)</sup>

뉴욕협약 이외에 중국은 무역협정 등 여러 국가와 체결한 많은 양자조약에서 중재판정의 승인·집행에 관한 규정을 두는데 동의하여 왔으나, 그러한 조약은 일반적으로 중재판정의 승인·집행에 관한 명확한 보장과 절차를 규정하고 있지 않다. 그런데 중국의 舊 민사소송법 제195조는 중국의 섭외중재기구의 중재판정의 집행을 인민법원에 청구할 수 있다는 규정을 하고 있을 하고 있는 반면 해

235) Chales J. Conroy and Michael J. Moser, supra note 209, p.396.

## 第5章 中國에서의 仲裁判定과 法院判決의 執行

외중재기구에 의한 중재판정의 집행에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그러나, 개정 민사소송법은 제269조에서 이에 관한 명확한 규정을 두었다.

외국 중재기구가 작성한 판정은 중국에서 민사소송법 제269조의 규정에 따라 승인·집행을 받을 수 있다. 중국에서의 1958년 뉴욕협약에 의한 외국중재판정의 승인·집행신청절차는 간단하다. 신청인은 인증된 중재계약 및 중재조항과 중재판정문 각 1부를 첨부한 신청서를 피집행자의 주소지 또는 재산소재지의 중급인민법원에 제출하면 된다. 신청기한은 일방 또는 쌍방 당사자가 자연인인 경우에는 1년이며 쌍방 모두 법인인 경우에는 6개월이다. 중국에서 국제적 공공정책의 개념이 인민법원의 판결에서 반영되었다는 것은 알려진 바 없으며, 외국중재판정의 승인·집행의 거부사유의 하나인 공공정책은 중국에서 대단히 광범하게 인정될 것이라는 지적이 많다. 인민법원은 국제중재판정의 본안에 대해 통제하지 않으며 현행 중국법하에서 법적 문제에 관한 통제도 없다. 중국법과 중국의 관례로서는 당사자들이 중재심문재개를 신청할 수 없게 되어 있다. 민사소송법에 따라 법원이 명령으로 중재판정집행을 거부하게 되면 당사자들은 그들 사이에 체결한 서면 중재계약에 따라 중재를 재신청할 수 있다.

중국이 뉴욕협약에 가입할 때 행한 '상호주의유보'의 성명에 근거하여 중국은 다른 체약국의 영토내에서 작성한 중재판정의 승인 및 집행에 대해서만 당해 협약을 적용한다. 이 협약과 중국의 민사소송법의 규정이 서로 다른 경우에는 협약의 규정에 따라 처리한다. 또한 중국이 뉴욕협약에 가입할 때 행한 '商事限定留保'의 성명에 근거하여 중국은 계약적 또는 비계약적 상사법률관계로부터 발생한 분쟁에 대해서만 뉴욕협약을 적용한다.

한편, 뉴욕협약 제4조의 규정에 근거하여 신청인이 신청할 경우

에는 승인 및 집행이 신청되는 곳의 인민법원에 중재판정서와 중재합의서를 직접 제출하여야 하며, 외국 법원에 위탁할 필요는 없다. 당사자의 신청은 다음과 같은 지역의 중급인민법원이 수리한다. ① 피집행인이 자연인인 경우에는 그 호적 소재지 또는 거주지 소재지 ② 피집행인이 법인인 경우에는 그 주된 사무소의 소재지 ③ 피집행인이 중국에 주소, 거주지 또는 그 주된 사무소를 두고 있지 않으나 재산이 중국에 있는 경우 재산의 소재지이다.

중국의 관할권이 있는 인민법원은 승인·집행에 대한 신청을 접수한 후 당해 중재판정을 절차면에서 심사하고 뉴욕협약상의 승인·집행거부사유에 해당되지 아니하는 경우, 그 효력을 승인하는 결정을 하고 민사소송법의 규정에 따라 집행절차를 진행한다. 승인·집행거부사유에 해당되는 경우에는 신청을 기각하는 결정을 내린다.

뉴욕협약은 국내법원이 외국중재판정의 집행을 신청을 거부할 수 있는 사유를 규정하고 있다. 그러한 사유는 대부분 당사자의 무능력, 합의의 무효성, 통지의 결여, 자신의 사건에의 출두기회의 결여, 중재합의의 범위를 벗어난 판정, 당사자의 합의 또는 중재지국의 국내법에 위배되는 중재권한 또는 중재절차의 무효성, 판정의 구속성 결여 등과 같이 특정한 법률문제가 관련되어 있다.

중국의 민사소송법은 외국인이 관련된 분쟁에 관한 중재판정에 대한 법원의 집행을 규정하고 있고 섭외관계로부터 발생하는 분쟁의 해결수단으로의 하나로서의 중재를 예정하고 있기 때문에 a)의 규정은 대부분의 중재판정의 집행에 대한 장애로 작용하지는 않을 것이다. 그러나, 중국에서의 중재판정의 집행가능성은 부분적으로는 공공정책에 대한 중국의 해석에 좌우될 수밖에 없다. 공공정책의 개념은 중국에서는 극히 포괄적인 의미를 가지며, 많은 중국법령에서도 법적용의 예외사유로 규정되고 있다.

한편, 대부분의 국가들이 뉴욕협약의 체약국이기 때문에 외국중

재판정이 뉴욕협약의 비체약국에서 행해진 경우는 혼치 않을 것이다. 중국의 민사소송법 제269조는 “국외의 중재기구의 판정은 중화인민공화국 법원의 승인과 집행을 필요로 하는 경우, 당사자가 직접 피집행인의 주소지 또는 재산소재지의 중급인민법원에 신청하여야 하며 인민법원은 중화인민공화국이 체결 또는 가입한 국제조약에 따라 또는 호혜의 원칙에 따라 처리하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 舊 민사소송법은 제20장(중재)에서 중국내의 중재만을 다루고 있었으며, 제22장(사법공조)에 정한 절차에 의하여 뉴욕협약의 적용대상이 되지 아니하는 중재판정의 집행은 외국법원이 그 집행을 요청해야 했다. 다시 말해서 당해 외국법원이 당해 중재판정의 집행을 위하여 개입할 것이 요구되었다. 그러나, 현행 민사소송법 제269조는 외국중재판정의 승인·집행에 대하여 명시적으로 규정하고 있고 외국법원이 아니라 당사자가 직접 중국의 인민법원에 신청하도록 하고 있다.

우리 나라의 경우 외국중재판정의 승인·집행에 관한 규정을 두고 있지 않으며, 국제적인 현실에서 우리 나라 민사소송법 제203조 또는 국내중재법을 유추적용하여야 한다는 지적이 나오고 있다.<sup>236)</sup> 이

---

236) 한편, 우리 나라에서도 뉴욕협약의 비체약국에서 내려진 중재판정의 승인과 집행요건에 대하여는 첫째, 중재판정의 성질을 판결이라고 보는 입장에서 외국중재판정도 외국판결로 보아 민사소송법 제203조가 적용된다는 견해(金洪圭, “仲裁判定의 國籍,” 法思想과 民事法(玄勝鐘 回甲 紀念 論文集) p.533), 민사소송법 제203조를 준용하여 條理에 의하여 해결이 가능하다는 견해(崔公雄, 國際訴訟, (서울 : 출판사, 1988), p. 413)이라는 견해에 있다. 이와는 달리 외국중재판정의 性質을 국제중재판정과 같은 것으로 보고 우리 나라 중재법에 외국중재판정의 승인과 집행에 관한 규정이 없으므로 국제중재판정의 승인과 집행에 관한 규정을 유추적용하여야 할 것이라는 견해(李鎬元, “外國仲裁判定의 承認과 執行” 涉外事件의 諸問題(下), 裁判資料 제34집(法院行政處, 1986), p.697), 그리고 국제민사소송법에 기초한 條理法으로서 뉴욕협약을 유추적용하여야 할 것이라는 견해(張文哲, “外國判決과 外國仲裁判定의 承認 및 執行”, 仲裁學會誌, 第3卷(1993), p.13)가 있다.

러한 면에서 볼 때, 중국이 이러한 문제를 자신들의 민사소송법에 규정하여 해결하고자 한 점은 입법론적으로 대단히 바람직하다고 할 수 있다. 다만, 뉴욕협약의 체약국의 영역 밖에서 내려진 중재판정의 승인·집행을 인민법원에 신청하는 것은 민사소송법 제269조의 규정에 따라 위탁자의 소재지국이 반드시 중국과 국제조약을 체결하였거나 공동으로 가입하고 있거나 또는 호혜관계가 있는 경우에만 가능하다. 이 점은 현행 민사소송법이 구 민사소송법의 규정에서 한 단계 더 발전하였지만, 여전히 그 승인·집행에 대하여는 상호주의 원칙에 입각한 제한적인 입장을 취하고 있음을 보여주는 것이라 하겠다.

### Ⅲ. 中國에서의 仲裁判定執行上の 問題點

#### 1. 意 義

실제의 경험에 의하면, 중국에서의 중재판정의 집행에는 많은 장애가 있다. 특히 심각한 것은 지방법원이 지방경제에 불이익을 초래하는 판정에 대하여는 집행을 기피한다는 점이다. 중재위원회와 법원간에 협조가 이루어지지 않는다는 것도 역시 큰 장애요소이다. 또한 현행 민사소송법이 법원이 중재판정의 집행에 대해 책임회피를 할 수 있는 구실을 제공하고 있기 때문에 중재판정의 집행에 대한 절차상의 어려움은 더욱 가중되고 있다.

중국국제경제무역중재위원회의 중재규칙에 의하면 중재판정은 마땅히 판정서에 정한 기한 내에 이행되어야 하며 판정서에 기한의 규정이 없으면 판정은 지체없이 이행되어야 한다. 만약 일방 당사자가 소정의 기한 내에 이행을 하지 아니한 경우, 타방 당사자는

중급인민법원에 판정의 집행을 신청할 수 있다. 중국 민사소송법에 의하면 인민법원에서 외국의 자연인 또는 기업은 중국 변호사에 의한 대리만이 인정된다.<sup>237)</sup> 외국변호사는 법원에 제출한 문서를 준비하고 수시로 외국회사에 집행절차의 진행을 보고하는데 대해 실질적인 책임을 지고 있는 경우에도 인민법원의 소송에서는 직접 외국회사를 대표할 수는 없는 것이다. 따라서, 중국의 유능한 변호사를 선정하는 것은 대단히 중요한 일이지만, 현실적으로는 대단히 어렵다. 예컨대, 北京에는 섭외법률사무소내의 변호사의 능력은 천차만별이기 때문이다.

외국회사가 중국의 변호사를 선임하게 되면, 授權委託書를 작성하여 변호사로 하여금 중급인민법원에서 업무를 처리하도록 하게 된다. 수권위탁서는 반드시 회사 본국의 중국주재 영사관에서 중국 공증인으로부터 공증과 인증을 받아야 한다.<sup>238)</sup> 중국변호사는 외국 회사의 내부변호사와 협력하여 법원에 제출할 집행신청에 관한 문서를 작성한다. 신청 문서에는 중재판정과 불이행에 증거에 대한 설명을 명기하여야 하며, 외국의 소송당사자가 서명한 후 수권위탁서를 포함한 자료를 법원에 제출한다. 중국의 민사소송법이 최근 개정되기 전에는 이들 신청은 거의 모두 북경 중급인민법원에 제출되었다.

자료를 받은 후 4~6주내에 법원은 접수통지문을 발송하고 통상적으로 100달러에 못 미치는 집행비용을 받는다. 법원은 사건을 수리한 후 신속하게 외국 당사자의 중재판정의 집행을 지원하여야 하지만 현실적으로는 그렇지 못한 경우가 많다. 중국에는 중재법이 제정되어 있지 않기 때문에 중재판정의 집행절차에 관한 더 상세한 규정이 미비되어 있으며, 이로 인하여 실무상 혼란이 초래되고

---

237) 民事訴訟法 第241條.

238) 民事訴訟法 第242條.



있다. 또한 법원이 판정집행 신청을 접수한 후 결정을 오랫동안 미룸으로써 결정까지는 1.2년 이상이 소요되는 경우도 있어 중국의 법원의 역할에 대한 회의론이 제기되기도 한다.<sup>239)</sup>

중국의 어떠한 법률에도 명백한 규정이 없기 때문에 일부 지방법원은 중재판정이 위법이라는 근거 없는 이유로 중국의涉外중재기구가 내린 판정을 집행하지 않는 경우도 발생하고 있다. 최근 중국에서의 중국과 외국당사자간의 중재건수는 매년 스톡홀름 상업회의소보다도 많으며, 인민법원에 의한 집행을 필요로 하는 판정이 적지 않기 때문에 중국국제경제무역중재위원회와 법원의 적극적인 협조는 절대적으로 필요하다. 그러나 중국의 사법체계 자체가 중국당사자에게 채무상환을 강제할 수 있도록 정비되어 있지 않기 때문에 집행상의 문제가 남아 있다.<sup>240)</sup>

## 2. 地方法院의 保護主義

중국의 인민법원은 그 지방의 경제적 이익을 보호하려는 경향이 대단히 강하다. 중국에서는 불이행 당사자의 은행구좌를 동결하기 위해서는 거래은행에 대한 관할권 있는 법원의 허가를 얻는 것이 필요하다. 대부분의 회사들이 가까운 지역의 은행에 구좌를 개설하고 있기 때문에 불이행자 소재지 법원이 집행에 협조하여야 하지만, 동 법원이 관할구역내의 기업의 은행구좌의 동결에 협조를 거부하는 경우가 많다.<sup>241)</sup> 이러한 지방법원의 보호주의는 소재지가 다른 중국기업들간에도 심각한 집행난을 초래하고 있다. 예컨대,

239) 尹晉基, *supra* note 153, p.122.

240) 이러한 점은 중재비용이 상대적으로 저렴하고 신속하게 분쟁을 해결할 수 있는 중국국제경제무역중재위원회의 분쟁해결기능을 사실상 훼손하는 것이라 할 수 있다. *Ibid.*

241) 王存學, *supra* note 151, p.461.

## 第5章 中國에서의 仲裁判定과 法院判決의 執行

상해의 중국기업이 광주의 중국기업을 대상으로 하는 판정의 집행에 있어서 광주법원의 협조를 얻기가 매우 어렵다. 이러한 법원의 지방주의적 경향 심화는 각성의 경제적 자율권 확대에서 연유하는 것이며 최고인민법원장 任建新도 이에 대한 우려를 표명한 바 있다.<sup>242)</sup>

어느 영국회사가 고품질의 산양음공급에 관한 계약을 영하공사와 체결하였는데 공급된 양모에 다량의 불순물이 섞여 있어 이와 관련한 분쟁이 발생, 중재위원회의 중재에서 영국회사가 승소하였으나, 寧夏公司는 판정된 금액의 3분의 2만을 지불하고 중재위원회의 중재판정부의 평가에 착오가 있었다고 주장하며 나머지의 지불을 거부하였다. 승소한 영국회사는 북경 중급인민법원에 판정의 집행을 신청하였으며 북경중급법원은 사건을 수리하여 寧夏의 某企業에 잔금을 지불하도록 명하였다.

그러나 북경법원의 협조요청에도 불구하고 영하 중급인민법원은 이를 거부하였다. 영국회사의 부단한 설득 후에 북경 중급인민법원의 직원은 이 사건을 처리하는 당지 고문변호사와 함께 寧夏에 가서 寧夏의 상대방과 면담할 것을 동의하였다. 寧夏의 중급인민법원과 은행원들은 실제로 寧夏의 당해 기업을 위해 중재판정의 집행에 협조하지 않았다. 당지의 은행은 寧夏公司가 충분한 예금을 갖고 있지않다고 하였지만 이는 사실이 아니었으며, 寧夏法院은 중재판정의 손해배상평가에 착오가 있었다고 주장하는 등 비협조적이었다. 당해 분쟁사건에서 寧夏의 기업이 선임한 중재인이었던 중재위원회 어떤 고위간부는 평가에 착오가 없었음이 명백하며 그 기업이

242) 1991년 전국인민대표대회에서 任建新은 “근래의 지방보호주의는 심각하게 법원의 사법업무에 영향을 미치고 있다…… 지방이익을 보호하기 위하여 일부 법원은 사실을 근거로 하여 법에 따라 재판을 행한다는 원칙을 무시하고 지방 당사자를 비호하고 있다.”라고 지적하였다. 尹晉基, supra note 153, p.122.

중국법률에 위반한 것임을 지적하였으나, 寧夏의 법원은 여전히 집행절차에 대한 협조를 거부하였다. 243)

### 3. 仲裁機構의 無能力

위의 사례는 중국에 있어서 중재판정의 집행곤란, 즉 중재위원회와 중국법원 사이에 거의 협조가 이루어지지 않는다는 구조적인 문제를 지적하고 있는 것이다. 중재위원회의 관점에 따르면 일단 중재판정이 행하여지면 그 분쟁과는 하등의 관계가 없는 것이며 판정의 집행에 있어 부딪히게 되는 곤란은 법원의 문제라는 것이고 법원은 법원대로 중재위원회의 결정의 준수에 대하여 성의가 없는 것이다. 법원이 중재판정의 집행절차를 수행한다고 할지라도 만족스러운 결과를 얻는 것이 용이하지 않다.

예컨대, 최근 또 다른 영국회사를 대표하여 山羊絨의 판정에 관한 집행을 위한 소송에서 중국의 계약공급상은 2톤의 고품질의 山羊絨으로 원래 공급하였던 저품질의 것을 교체할 것이 요구되었다. 중국회사는 수개월을 지연하고 두번에 걸쳐 대체하였던 것도 모두 법원에 의하여 열악품으로 인정되어 의뢰인은 이로부터 중국회사가 영구히 계약에 부합되는 물품을 생산할 수 없을 것이라는 결론을 얻었다. 법원에서 쉽게 볼 수 있는 해결방법은 피고에게 금전배상으로 물품을 대신하여 지불하게 요구하는 것이다. 그러나 중재판정은 특별히 이렇게 하는 것을 허용하지 않고 있으므로 법원은 또한 외국회사가 요구하는 금전배상의 청구를 만족시키려 하지 않는다.

그후 의뢰인의 변호사는 계속하여 중재위원회의 중재판정을 수정할 것을 요구하였지만 이러한 청구는 거부되었다. 중재위원회는 모든 사정이 그들의 관여범위를 벗어난 것으로 마땅히 법원에 해결을

243) *Ibid.*, p.123.

요구하여야 할 것이라고 말하였다. 마지막으로 의뢰인의 변호사는 법원의 직원으로 하여금 중재위원회에 찾아가 수정을 요구하도록 하였다. 비록 의뢰인의 변호사가 이 회의에 참석하는 것은 허용되지 아니하였지만 중재위원회는 법원이 중재판정의 원문에 따라 집행하지 못하는 것을 질책하였고 법원의 직원은 그에 반박하여 중재위원회는 집행불가능한 판정을 하였다고 비난하는 등 격렬한 토론만이 있었을 뿐이었다. 결국 의뢰인은 법원과 중재위원회를 통해서도 문제를 해결할 수 없다는 것을 알고 집행을 포기하였다.<sup>244)</sup>

#### 4. 法院의 人員·資金不足

중재판정 집행에 대한 또 다른 장애요인은 중국 인민법원 특히 집행법원의 심각한 인원과 자금의 부족이다. 통상적으로 집행신청시 법원의 직원이 불이행 당사자 소재지 법원에 출장가서 집행에 협조를 하여야 하지만, 법원의 인원부족으로 파견자체가 용이하지 않고, 직원중국의 관련기준에 의하면, 출장비가 극히 적다. 이러한 이유로 파견이 지연되거나, 중재판정의 집행청구인에 별도의 출장비를 요구하는 경우가 드물지 않으며,<sup>245)</sup> 이들 요구는 모두 비합리적이고 또한 직업윤리에 벗어난 것이지만, 이를 거절하면 시간상의 지연 또는 출장의 거부의 결과를 초래하게 된다.

#### 5. 執行申請期間의 短期

민사소송법 제219조는 집행신청의 기한을 쌍방 또는 일방 당사

244) *Ibid.*, p.125.

245) 王存學, *supra* note 151, p.461 ; 王存學은 중국의 기업의 중재판정에 대한 인식불족 그리고 유동자금부족도 집행난의 원인에 속하는 것으로 지적하고 있다. *ibid.*, pp.461~464.

자가 자연인인 경우에는 1년, 쌍방이 법인 또는 기타 조직인 경우에는 6개월로 규정하고 있다. 그런데, 이 기간은 다른 국가에 비해 대단히 단기이며, 중국이 지리적으로 대단히 광범위한 상황에서 집행신청자가 외국인인 경우에는 집행신청전에 판정불이행측의 불가피한 사정에 의한 이행지연 또는 교섭기간연장 등으로 인하여 기간을 徒過할 가능성도 있다.

## 6. 國營企業의 財産에 대한 强制執行

외국인과 중국의 국영기업간에 분쟁이 발생하여 중재 또는 재판에 의하여 분쟁을 해결한다고 할지라도, 중국내에서의 그 집행에는 여러가지 법적 제약요소가 있다. 또한 집행에 관한 판결을 얻는다고 할지라도 그 목적을 실현한다는 것은 사실상 불가능하다. 중국의 합작당사자나 경제활동의 주체로서 분쟁의 당사자가 되는 것은 거의 예외없이 중국의 국영기업일 것이기 때문이다. 국영기업은 소유권과 경영권의 분리원칙에 따라 국가로부터 경영관리를 위탁받은 재산에 대하여 점유, 사용하거나 법률이 정하는 바에 따라 처분할 수 있는 권리를 향유할 뿐이다.

국영기업은 토지 다음으로 중요한 국가소유재산이며, 실제로 국가의 일부분이지만 법인으로서 법률에 의하여 부과된 업무에 의하여 요구되는 경우, 다른 국가 또는 집체, 개인과 법률관계를 설정할 수 있는 제한적인 권능을 가진다. 그러나 기업은 자신의 운영자본에 배당된 재산을 소유하는 것이 아니라 이에 대한 경영권만을 가진다. 즉, 소유권과 다른 이러한 특별한 권한에 의하여 국영기업은 법률이 정한 범위 내에서 이를 사용·이용·처분할 수 있을 뿐이다.<sup>246)</sup> 중국 민법통칙 제73조는 “국가의 재산은 모든 인민의 소

246) 1988년 전인민소유제공업기업법 제2조 참조.; 보다 구체적인 것은 Howard Chao and Yang Xiaoping, “Reforms of the Chinese

유에 속한다. 국가의 재산은 신성불가침이며, 어떠한 조직 또는 개인도 불법점유하거나 사취하거나 불법분배하거나 압류 또는 파괴하는 것이 금지된다.”라고 규정하고 있다.

## 第2節 中國에서의 外國法院判決의 承認·執行

### I. 關聯法 規定

섭외경제계약법은 비사법적인 분쟁해결을 장려하고 있으나 법원에 의한 분쟁해결에 대하여는 침묵을 지키고 있다. 「계약에 중재조항이 없거나 분쟁발생 후, 중재합의서를 작성하지 못한 경우에는 당사자들은 분쟁을 인민법원에 부탁할 수 있다」라는 규정이 중국의 인민법원이 배타적인 관할권을 가진다는 것인지 또는 당사자들이 외국의 국내법원에 분쟁을 부탁할 수 있다는 것인지도 명확하지 않다. 설령 분쟁을 외국의 법원에서 재판을 통하여 해결한다 할지라도, 그 판결의 중국내 집행은 중국의 사법권에 속하게 된다.

외국판결의 승인·집행이라 함은 일국의 법원이 일정한 심사절차를 거쳐 외국의 관할법원이 이미 확정판결을 승인하고 판결을 자국의 법규정에 따라 집행하는 것이다. 그러나 ‘승인’과 ‘집행’은 구별되는 개념이면서도 ‘승인’이 ‘집행’의 전제가 된다는 점에서 상호 밀접한 관련을 갖는다. 따라서 외국의 판결을 승인하였다는 것이 집행가능한 것을 의미하지 않는다. 강제집행의 경우 반드시 자국법의 규정에 의거해야 하기 때문이다. 일국의 법원이 판결을

---

System of Enterprise Ownership.” Stanford Journal of International Law, Vol.15(1988), pp.366~377.참조.

내리고 판결을 집행하는 것은 당해 국가의 사법권에 속하는 것이고 사법권의 행사는 원칙적으로 그 영역내에서만 효력이 있을 뿐, 역외적 효력을 갖는 것은 아니다.

그러나 오늘날 각국간의 교류와 협력 특히 국제경제교류가 비약적으로 발전하고 상품의 수출입, 국제투자 등이 국경을 초월하여 진행되고 있기 때문에 외국의 판결의 승인·집행이 국제사회에서 새롭게 법률문제화되고 있다. 이러한 외국판결의 승인·집행에 관련하여서는 기득권존중, 일사불재리의 원칙, 국제예양과 호의 등을 그 근거로 제시되고 있지만, 중국의 학자들은 외국판결의 승인·집행이 국가간의 정상적인 교류와 협력에 필수적이므로 주권의 상호 존중과 호혜평등에 기초하여 또는 조약상의 근거에 의거하여 행하여져야 한다고 한다.<sup>247)</sup>

## II. 外國判決의 承認·執行에 관한 中國法 規定

외국판결의 승인·집행은 일반적으로 조약상의 관련규정에 따르거나 그러한 조약이 없는 경우, 호혜평등의 원칙에 따라 외교경로를 통하여 사법공조의 차원에서 행하여지는 것이다. 외국판결의 승인·집행의 절차는 그 국내법에 또는 국제조약에 의거하여 이루어지는 것이므로 각국의 절차가 동일한 것은 아니다. 민사소송법 제 267조는 “외국 법원이 내린 법률적 효력이 발생한 판결·결정이 인민법원의 승인·집행을 필요로 하는 경우, 당사자는 외국법원의 판결·결정의 승인·집행을 관할권 있는 중급인민법원에 직접 청구할 수 있다. 외국의 법원은 당해 국가와 중국과 체결한 조약의 규정에 의하여 또는 호혜의 원칙에 의하여 승인·집행을 인민법원에

247) 郭思永, “民事訴訟法(試行)中關於外國判決的承認與執行,” 政治與法律, 第5輯(1983.6), p.104. 參照.

청구할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

또한 제268조는 “인민법원은 승인·집행이 신청 또는 청구된 외국법원이 내린 법적 효력이 있는 판결, 결정에 대하여 중화인민공화국이 체결 또는 가입한 국제조약에 근거하여 또는 상호주의 원칙에 따라 심사한 후, 중화인민공화국의 법의 기본원칙, 국가주권, 안전, 사회공공의 이익에 반하지 아니한다고 인정하는 경우, 그 효력을 승인하는 결정을 하고 집행을 필요로 하는 때에는 집행명령을 발하고 이 법의 관계 규정에 따라 집행한다. 중화인민공화국의 법의 기본원칙 또는 국가주권, 안전, 사회공공의 이익에 반하는 경우에는 승인·집행하지 아니한다.”라고 규정하고 있다.

제267조와 제268조는 중국 인민법원에 외국법원 판결과 결정의 승인·집행을 신청 또는 청구하는 절차상의 원칙에 관한 규정이라 할 수 있다. 제267조는 외국법원의 판결과 결정을 누가 인민법원에 승인·집행을 청구하는가에 관한 규정이며, 제268조는 인민법원의 승인·집행의 원칙에 관한 규정이다. 중국 민사소송법의 규정을 통해 볼 때, 외국법원의 판결과 결정에 대한 중국 인민법원에의 승인·집행의 청구 및 중국 인민법원의 판결과 결정에 대한 외국법원에의 승인·집행의 청구의 조건과 방식이 동일하다는 것을 알 수 있다. 다시 말해서 첫째, 이미 법률적 효력이 발생한 판결과 결정일 것, 둘째, 당사자 또는 외국법원이 인민법원에 신청 또는 청구하였을 것, 셋째, 외국법원이 자신의 판결을 승인·집행을 인민법원에 청구하는 경우에는 국제조약의 규정이 있어야 하며, 국제조약의 규정이 없을 때에는 호혜의 원칙에 따라 처리할 것이다.

이러한 조건을 구비하지 아니한 경우 인민법원의 외국법원의 청구를 수리하지 아니한다. 인민법원은 당사자의 신청 또는 외국법원의 청구를 수리한 경우 주로 다음과 같은 사항을 심사한다. 첫째, 외국법원이 인민법원의 법률적 효력이 있는 판결과 결정의 승인과



집행에 관한 중국 당사자의 신청을 절차상으로 수리하는지의 여부, 둘째 외국법원 판결이 이미 법률적 효력이 발생한 것인 지의 여부, 셋째, 외국법원 소재지국과 중국간에 공동으로 가입한 또는 체결한 국제조약이 존재하는지의 여부, 국제조약이 존재하지 아니하는 경우에는 호혜관계가 존재하는지의 여부, 외국법원 판결의 승인·집행이 중국의 법의 기본원칙 또는 국가주권, 안전 및 사회의 공공이익을 반하지 아니하는지의 여부 등이다.<sup>248)</sup>

이와 같이 중국의 민사소송법은 중국이 체결·가입한 국제조약이나 호혜원칙에 따라 외국법원이 내린 확정판결을 심사하여 중국의 법률규정 또는 국가와 사회의 이익에 위배되지 않는 경우에 한하여 그 효력을 결정하고 중국의 법에 따라 집행하도록 하고 있으며, 이러한 “공공질서유보조항”에 의한 예외가 광범하게 적용될 가능성이 대단히 높다. 중국은 동구제국의 예를 따라 관할법원이 내린 중국 판결인가, 중국의 공공질서에 위배되지 아니한가, 호혜원칙에 부합되는가를 심사하여 그 승인여부를 결정한다.<sup>249)</sup>

### Ⅲ. 司法共助協定에 의한 外國法院判決의 執行

중국은 현재 프랑스, 폴란드, 몽고, 이태리 등과 사법공조협정을 체결하고 있다. 그러한 사법공조협정에는 계약국간의 타방의 법원의 판결과 결정에 대한 승인·집행에 관한 규정을 두고 있는 바, 프랑스 및 폴란드와 체결한 협정의 내용을 소개하면 다음과 같다.<sup>250)</sup>

248) 王存學, supra note 151, pp. 563~564.

249) 郭思永, supra note 247, p.107.

250) 董立坤, supra note 106, pp.296~299.

가. 타방 법원의 판결과 결정에 대한 승인·집행의 범위

체약국 쌍방은 그 영역 내에 사법공조협정이 발효한 후 타방의 영역 내에서 내려진 민사, 상사사건의 판결, 결정, 조정조서를 승인·집행한다. 사법공조협조협정의 발효 전에 체약국의 법원이 내린 판결, 결정, 조정조서에 대하여는 협정을 적용하지 아니한다.

나. 청구의 제출

중국과 폴란드간의 협정은 체약국 일방의 법원이 중앙기관(중국은 사법부)을 통하여 타방 체약국 법원에 승인·집행의 청구를 제출할 수 있다고 규정하고 있다. 당사자가 청구를 제출하는 경우에는 중앙기관을 통하지 아니하고 직접 타방 당사자의 관할권 있는 법원에 직접 제출할 수 있다. 그러나 중국과 프랑스간의 협정은 타방의 법원의 판결, 결정 및 조정조서의 승인과 집행의 청구는 당사자가 직접 타방의 법원에 제출하여야 한다. 승인·집행의 청구과정에서 체약국 쌍방의 중앙기관의 업무는 타방 당사자의 청구가 있으면 필요한 정황, 예컨대, 관할권 있는 법원의 명칭을 확정하고 청구의 방식과 기타 승인·집행의 청구와 관련된 상황에 대한 정보를 제공하는 것이다.

다. 필수적인 문서

청구인이 당사자인지 또는 법원인지의 여부에 불구하고 타방 체약국의 관할권 있는 법원에 승인·집행을 청구하는 때에는 다음과 같은 서류를 첨부한 신청서를 제출하여야 한다. 즉, ①법원의 판결,

결정, 조정조서의 부분, 251) ②송달회송증빙 또는 법원의 판결, 결정, 조정조서가 이미 피집행인에 이미 송달된 바 있음을 증명하는 증명서, ③제출된 서류는 피청구국의 언어 또는 쌍방이 동의하는 제3국어로 번역되어야 한다.

#### 라. 절차

판결, 결정, 조정조서의 승인·집행은 피청구국 법원이 자국의 법률에 규정된 절차에 따라 진행하되, 심사는 협정의 규정에만 의거하여 진행하여야 한다. 일반적으로 판결, 결정 및 조정조서에 대하여는 실질적 심사를 하지 아니한다.

#### 마. 승인·집행의 거부사유

외국법원의 판결, 결정, 조정조서의 승인·집행은 소송문서의 위탁송달에 비해 대단히 번거로우며, 규정 내용도 비교적 엄격하다. 다음에 열거한 사유의 하나에 속하면 승인·집행을 거부한다. 즉, ①피청구국의 법률상의 관할권 규정에 의하면, 판결, 결정, 조정조서가 관할권 없는 법원에 의하여 내려진 경우, ②판결, 결정, 조정조서를 내린 계약국 일방의 법률에 근거해 볼 때, 당해 판결, 결정, 조정조서가 아직 효력을 발생하지 아니하였거나, 집행할 수 없는 경우, ③패소인이 적법한 소환명령을 받지 아니하여 출정하지 못함으로써 소송에 참가하지 못한 경우, ④당사자가 변론가능성을 박탈당한 경우, 또는 소송능력이 결여되어 있는 당사자에게 당연히 인정하여야 할 대리인위탁의 권리를 박탈당한 경우, ⑤강제집행으로

251) 만약 부분에서 판결, 결정, 조정조서의 효력발생과 집행가능성에 대하여 명확히 지적하지 아니한 경우에는 법원은 이에 덧붙여 이미 효력이 발생하였고 집행가능하다는 증명을 제출하여야 한다.

피청구국의 주권, 안전 및 공공질서를 손상시키는 경우, ⑥피청구국 법원이 당사자간의 동일한 사실과 요구에 관한 동일한 사건에 대하여 이미 법률적 효력이 발생한 판결을 내리거나 현재 심리중이거나 이미, 제3국 법원이 당해 사건에 대하여 법률적 효력이 있는 판결을 내린 경우이다.

#### IV. 承認要件에 관한 立法上 問題點

중국의 민사소송법 제267조와 제268조의 규정은 대단히 중요한 문제에 대하여 언급하지 아니한 입법상의 미비점을 남기고 있다. 무엇보다도 외국법원 판결의 승인·집행요건에 대해 침묵을 지키고 있다. 통상적으로 외국법원의 판결을 승인·집행하기 위하여는 첫째, 관할권 있는 법원이 내린 판결일 것, 둘째, 소송서류가 적절하게 송달되었을 것, 셋째, 자국의 공공정책에 위배되지 아닐 것, 넷째, 관련 조약 또는 상호주의적 보증이 존재할 것을 요건으로 한다. 민사소송법은 첫 번째 요건과 두 번째 요건에 대하여 침묵을 지키고 있다.<sup>252)</sup>

이러한 불명확한 사항은 중국이 체결한 사범공조협정을 통해 유추해 볼 수 있을 것이다. 프랑스, 폴란드와 체결한 사범공조협정에서는 타방 계약국 법원 판결의 승인·집행의 거부사유로서 “피청구국의 법률상의 관할권 규정에 의하면, 판결·결정·조정조서가 관

---

252) 우리 나라 민사소송법 제203조는 외국법원의 확정판결이 ①법령 또는 조약으로 외국법원의 재판권을 부인하지 아닐 것, ②폐소한 피고가 대한민국 국민인 경우에는 공시송달에 의하지 아니하였거나, 소송에 필요한 소환 또는 명령의 송달을 받았거나 그러한 소환 또는 송달을 받아 응소하였을 것, ③외국법원의 판결이 대한민국의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하지 아닐 것, ④상호주의의 보증이 있을 것을 요구하고 있다.

할권 없는 법원에 의하여 내려진 경우”와 “패소인이 적법한 소환명령을 받지 못함으로써 출정하여 소송에 참가하지 못한 경우”를 포함시키고 있다.

뿐만 아니라 청구인이 당사자인지 또는 법원인지의 여부에 불구하고 타방 계약국의 관할권 있는 법원에 승인·집행을 청구하는 때에는 각종 서류를 첨부하여야 하는 바, 그러한 서류중의 하나로서 “송달회송증빙 또는 법원의 판결·결정·조정조서가 피집행인에 송달된 바 있음을 증명하는 증명서”가 포함되어 있다. 따라서, 중국의 실무상으로도 국제관례 참조의 원칙에 비추어 그러한 조건을 요구하고 있다고 추정된다. 왜냐하면 사법공조협정의 규정보다 완화된 조건을 중국이 사법공조협정을 체결하지 아니한 국가의 법원과의 관계에서 적용한다는 것은 모순이기 때문이다.

또한 민사소송법 제268조는 “인민법원은 승인·집행을 신청 또는 청구한 외국법원이 내린 법적 효력이 있는 판결·결정에 대하여 중화인민공화국이 체결 또는 가입한 국제조약에 근거하여 또는 상호주의 원칙에 따라 심사한 후, ……”라고 규정하고 있는 바, 여기에서의 심사는 실질적 심사까지 포함하는가 아니면 절차적 심사만을 의미하는가가 문제가 될 것이다. 그러나 사법공조협정에서는 “일반적으로 판결, 결정 및 조정조서에 대해서는 실질적 심사를 하지 아니한다.”는 점을 명확히 하고 있다. 그러므로 사법공조협정을 체결하지 아니한 국가의 법원과의 관계에서도 일응 절차적 심사에 그칠 것으로 추정되며, 결국 간접적 일반관할에 대하여 심사하게 될 것이다.

한편, 민사소송법은 “호혜원칙”에 의한 승인·집행에 대하여 언급하고 있는 바, 이러한 범규정상 “호혜원칙”이라는 애매한 표현에 대하여 대부분의 중국의 학자들은 이를 상호보증과 관련시켜 설명을 하고 있지는 않다. 중국에서 호혜원칙을 규정한 내용은 대단히

## 第5章 中國에서의 仲裁判定과 法院判決의 執行

많지만 승인·집행 분야와 관련하여서는 다른 분야에서의 호혜원칙과는 달리 새겨야 할 것이다. 다시 말해서 여기에서 말하는 호혜는 상호이익(mutual benefit)이라기 보다는 상호보증(reciprocal guarantee)을 의미하는 것으로 보아야 할 것이다. 상호보증이란 판결을 내린 법원의 소재지국에서 중국의 판결을 승인한 사례가 있어야 하는 것이 아니라, 법원 소재지국의 법체계에 비추어 승인할 것이라고 기대할 수 있으면 충분하다는 점을 말한다.<sup>253)</sup>

---

253) 우리 나라 大法院判決, 1971.10.22. 71다 1393.

## 第6章

# 結 論





## 第6章 結論

중국의 계약법체계는 민법통칙, 경제계약법, 기술계약법, 섭외경제계약법 등의 법률과 그 조례와 실시세칙, 그리고 각종 외국인투자법의 계약 관련규정들로 이루어져 있다. 최고인민법원의 『섭외경제계약법적용의 약간의 문제에 관한 해답』에서는 섭외경제계약을 13가지 유형으로 구분하여 최밀관련요소를 구체화하고 있다. 한편 동 해답은 외국법이 준거법으로 선택된 경우 당사자가 아닌 인민법원이 외국법의 내용을 확인할 의무가 있도록 하고 있다는 점에서 진보적 입장을 취하고 있다. 외국법의 내용은 당사자가 제공하는 정보, 당해 외국에 주재하는 중국대사관 또는 영사관이 제공하는 정보, 중국과 외국의 법률전문가가 제공하는 정보를 통하여 확인된다. 한편, 동 해답이 외국법의 내용이 불명확한 경우 중국법을 적용하도록 한 것은 최근의 조리 적용설 또는 근사법 적용설이 국제적인 통설인 점에 비추어 개선되어야 할 부분이다.

중국에서는 민법통칙, 민사소송법 및 섭외경제계약법에 공공질서 조항을 두는 바, 공공정책 내지 공공질서의 의의와 범위는 준거법의 선택 및 적용 제한, 외국의 중재판정과 법원판결의 승인·집행, 그리고 계약의 효력과도 관련되어 있는 중요한 문제이다. 중국에서 공공정책이라 함은 국제적 공공정책이라는 개념이 아닌 사회주의적 공공정책을 의미하는 것으로 보아야 할 것이므로 서구자본주의국가에서는 인정되지 아니하는 사회주의체제 특유의 정책 내지 질서까지도 포함한다고 할 수 있다. 중국에서 섭외중재의 원칙의 하나로 국가주권의 원칙을 강조하고 있는 것도 바로 이러한 점에 연유한다고 할 수 있다.

## 第6章 結論

중국에서는 분쟁을 당사자간의 우의적 협상을 통해 해결하고 이로써 해결할 수 없는 경우 조정, 중재, 재판 등에 의하여 해결한다. 과거 대다수의 중재안건은 모두 중재절차의 진행과정에서 조정을 통해 해결되었으며, 조정과 중재의 상호결합은 중국의 섭외분쟁해결제도의 중요한 특징이 되어 왔다. 또한, 舊 민사소송법도 중국의 인민법원이 수리한 사건에 대하여 강제적 조정을 할 수 있다는 취지의 규정을 두고 있었다. 그러나, 현행 민사소송법은 강제적 조정제도를 폐지하고 당사자의 자유의사에 따른 조정제도를 강조하고 있다. 중국에서의 조정은 인민법원, 북경 등에 설립된 섭외조정센터, 중국국제경제무역중재위원회 및 중국해사중재위원회에 의해 이루어지며, 이중 인민법원에 의한 조정과 중국국제경제무역중재위원회 및 중국해사중재위원회에 의한 조정은 법원 판결과 동일한 법적 효력을 가진다. 기타의 조정에 대하여는 인민법원이 집행신청을 수리하지 아니하며, 따라서, 일방 당사자가 조정조서의 이행을 거부하는 경우, 이를 조정계약위반으로 간주하여 중재를 신청하거나 소송을 제기할 수밖에 없다. 한편, 중국국제경제무역중재위원회는 몇몇 국가의 중재기구와 협정을 체결하여 합동조정제도를 운영하고 있다.

섭외경제계약법 제35조에 의하면 계약상의 중재조항은 계약의 다른 조항과 분리하여 취급된다. 즉 계약에서 분쟁의 해결을 위한 조건은 계약해제 또는 해지로 인해 무효가 되지 아니한다. 섭외분쟁의 해결과 관련하여 서면의 중재계약 또는 중재조항이 있을 경우 일방 당사자가 법원에 제소하고 타방 당사자가 중재계약 또는 중재조항을 원용하여 이의를 제기한 경우, 당해 법원은 중재계약 또는 중재조항이 무효이거나 효력을 상실하였거나 이행불능이라고 판단하지 아니하는 한 소를 기각하여야 하고 당사자들은 분쟁을 중재에

회부하여야 한다. 舊민사소송법 제192조는 외국에서의 중재를 선택한 경우에도 분쟁을 인민법원에 제소할 수 없는가에 대하여 애매한 규정을 하고 있었으나, 현행 민사소송법 제257조는 이에 대한 명쾌한 규정을 두고 있다.

계약당사자들이 대외경제·무역·운송·해운 등의 문제로부터 발생한 분쟁과 관련하여, 당해 분쟁을 중국의 섭외중재기구에 회부하든 중국 밖의 중재기구에 회부하든 간에 모두 서면합의가 있는 한, 인민법원에 소송을 제기할 수 없도록 하고 있다. 현행 민사소송법 제257조는 섭외경제무역, 운수 및 해운에서 발생하는 분쟁은 중재가 가능하다고 규정하고 있다. 이것은 비교법적으로 보아 미국의 중재자유의 원칙(UAA 제1조 및 FAA 제2조)과 유사한 것처럼 보이지만 구체적인 실무나 판례, 학설이 잘 알려져 있지 않기 때문에 결론을 내리기는 어렵다. 한편, 중국의 현행법상 상표, 특허 및 저작권, 파산과 관련된 분쟁은 중재의 대상이 되지 아니한다.

중국에서 섭외중재와 국내중재의 구별은 실무상 중요한 의미를 가지고 있는 바, 양자는 다음과 같이 그 성격을 달리한다. 그 대상에 있어서 전자는 중국 또는 외국의 법인·자연인간의 국제경제·무역 중에 발생한 분쟁이라는 것 외에도 중재의 장소·중재기관·중재인·준거법 등의 선택에 관한 당사자 자치가 인정된다. 그러나, 후자의 경우, 장소·중재절차 등은 모두 엄격하게 중국법에 따라 확정되고 중재인도 중재기관이 지정한다. 또한 전자는 사회주의적 성격을 유지하면서도 국제관례를 상당 부분 반영한데 반해, 후자는 철저한 사회주의적 성격을 고수하고 있다.

중국에서는 1988년 중재규칙의 개정을 통해 비공개심리주의, 중재인회피제도, 중재인명부에의 외국인허용 등에서 볼 수 있듯이 대폭적으로 국제관례를 수용하였다. 그러나, 아직까지 중국의 섭외중재제도는 국내법제가 정비되어 있지 않아, 복잡한 섭외경제분쟁을

## 第6章 結論

다루는데 필요한 제도화된 하부구조가 결여되어 있고 현대화·국제화를 위해 개선되어야 할 부분이 많다. 섭외중재기구인 중국국제경제무역중재위원회는 명목상 「민간대외경제무역조직」(정관 제2조)이지만, 국가기관적 성격이 강하다.

이러한 사실은 그 권한과 기능을 통해서도 알 수 있다. 예컨대, 동 위원회 주석은 중재판정부의 의장중재인 선임, 중재인기피신청 결정, 동 위원회 소재지 밖의 중재장소 허가에 대한 독점적 권한을 가지며, 당사자가 중재인을 선임하지 아니하는 경우 중재인을 선임한다. 또한 중재계약의 유효성과 중재사건의 관할권의 존부에 대한 결정권은 동 위원회에 있다. 이와 같이 중재위원회의 권한이 비대함에 따라 중재인의 결정권의 범위 또는 당사자 자치의 범위는 이에 비례하여 대단히 협소하다. 특히, 당사자들이 중재규칙이나 다수결 외의 중재판정의 평결방법에 대하여 별도의 합의를 하거나 중재인명부에 기재되지 아니한 자를 중재인으로 선택할 수 있는 권리도 인정되지 아니한다. 또한, 중국에서의 임시(ad hoc)중재제도도 인정되지 아니한다.

1982년 舊 민사소송법 제186조는 외국의 자연인의 경우와는 달리 외국의 기업과 조직에 대하여는 내국민대우를 명시하지 않았는바, 당시 중국에서의 외국기업 등에 대한 법적 지위가 불확실하였기 때문에 민사소송상 개인소유의 외국기업과 공공소유의 중국기업의 평등한 대우를 명시하지 못하였던 것이다. 그러나, 1984년 최고인민법원은 1984년 외국의 기업과 조직에 대하여도 내외국인평등대우를 인정하는 유권해석을 하였으며, 1988년 행정소송법 제70조 및 1991년 개정 민사소송법 제5조에 의하여 입법화하였다.

중국 민사소송법상의 섭외재판관할권 규정은 국제관례를 상당부분 반영하여 사건과 밀접한 관계가 있는 요소를 고려하고 있지만,

중국과 중국인의 이익과 관련된 사건에 대하여는 중국의 재판관할권을 확대하고 있다. 민사소송법 제243조는 “계약분쟁 또는 기타 재산상의 권리·이익의 분쟁에 의하여 중화인민공화국 영역 내에 주소를 갖지 아니한 피고에 대하여 제기된 소송은 계약이 중화인민공화국 영역 내에서 체결 또는 이행되거나 또는 소송 목적물이 중화인민공화국 영역 내에 있거나 또는 피고가 중화인민공화국 영역 내에서 압류될 수 있는 재산을 가지거나 또는 피고가 중화인민공화국 영역 내에 대표기구를 설치하고 있는 경우, 계약 체결지, 계약 이행지, 소송 목적물의 소재지, 압류할 수 있는 재산 소재지, 권리 침해지 또는 대표기구 소재지의 인민법원이 관할할 수 있다.”라고 규정함으로써 피고주소지주의를 원칙으로 하면서 약간의 예외사유를 인정하고 있다.

섭외사건의 소송서류의 송달과 관련하여 민사소송법 제26장(송달·기간) 제247조는 ①국제조약 또는 호혜원칙에 의한 송달, ②외교수단에 의한 송달, ③영사송달, ④위탁송달, ⑤중국에 설립한 피송달인의 대표기구 또는 송달 받을 권한을 가진 지점·업무대리인에의 송달, ⑥우편송달, ⑦공시송달을 규정하고 있다. 중국은 1991년 3월 2일 『국외로 송달되는 민사 또는 상사재판서류와 재판외문서에 관한 협약』에 가입하였으며, 일부 국가와 사법공조협정을 체결하고 있다. 이러한 조약은 소송서류의 송달방식에 관한 중요한 내용을 담고 있음은 물론이다.

또한, 민사소송법 제29장(사법공조) 제262조도 국제조약 또는 호혜의 원칙에 따라 외국 법원과의 소송서류의 송달과 증거조사의 위탁에 관한 사법공조를 수행할 수 있음을 규정하고 있다. 한편, 민사소송법 제29장(사법공조)은 증거조사의 위탁에 관한 절차를 규정하고 있고 중국이 현재까지 『민사 및 상사에 관한 외국에서의 증거조사에 관한 협약』에 가입하지 않았기 때문에 중국이 체결한

## 第6章 結論

사법공조협정 또는 호혜원칙에 따라 진행하게 될 것이다. 최고인민법원의 『중외사법공조협정에 관한 통지』도 중국 인민법원은 체약국 일방의 청구에 따라 증거를 조사할 수 있으며, 중국 인민법원도 체약국 일방의 법원에 증거조사를 청구할 수 있다고 규정하고 있다.

중국 민사소송법 제259조는 중국섭외중재기구의 중재판정을 일방 당사자가 이행하지 아니하는 경우, 타방 당사자는 피신청인의 주소지 또는 재산소재지의 중급인민법원에 집행을 신청할 수 있도록 하고 있다. 이때, 인민법원은 중재판정의 절차가 중국의 관련법과 중재규칙에 부합되는가에 관한 절차적 심사만을 하며, 사건의 실체문제에 대하여는 심사하지 않는다. 다만, 당해 중재판정을 집행하는 것이 사회의 공공이익에 위배된다고 판단되는 경우에는 불집행의 결정을 내린다. 또한, 제261조에 의하여 중재판정에 대하여 인민법원이 불집행의 결정을 내린 경우, 당사자 쌍방은 서면중재합의에 따라 다시 중재를 신청하거나 인민법원에 소를 제기할 수 있다. 한편, 민사소송법 제219조는 집행신청의 기한을 쌍방 또는 일방 당사자가 자연인인 경우에는 1년, 쌍방이 법인 또는 기타 조직인 경우에는 6개월로 규정하고 있는 바, 이 기간은 대단히 짧다고 할 수 있다.

舊민사소송법과 달리 개정 민사소송법은 제269조에서 외국중재판정의 집행에 관한 명확한 규정을 두었다. 중국은 뉴욕협약 가입시 행한 상호주의 유보와 상사한정유보에 의하여 다른 체약국의 영역 내에서 상사법률분쟁에 대해 내려진 중재판정에 대해 승인·집행을 하게 된다. 그러나, 동협약상의 집행거부사유 중의 하나인 공공정책의 개념은 중국에서는 극히 포괄적인 의미를 가지며, 많은 중국법령에서도 법적용의 예외사유로 규정되고 있다. 어떠한 종류의 중재판정이 중국의 법률원칙 또는 중국의 국가·사회이익에 반

하지 아니하는 것으로 간주되는가는 명확하지 아니하므로, 중국의 법원에 광범한 재량권이 주어져 있다고 할 수 있을 것이다. 한편, 舊 민사소송법은 제22장에 정한 절차에 의하여 뉴욕협약의 적용대상이 되지 아니하는 중재판정의 집행은 외국법원이 그 집행을 요청해야 했다. 그러나, 현행 민사소송법은 외국중재판정의 승인·집행에 대하여 명시적으로 규정하고 있고 외국법원이 아니라 당사자가 직접 중국 인민법원에 신청하도록 하고 있다.

우리 나라에서는 이에 대한 명시적인 규정이 없는데 반해, 중국은 이러한 문제를 민사소송법에 규정하여 해결하였는 바, 이는 입법론적으로 대단히 바람직하다고 할 수 있다. 그러나, 민사소송법 제269조의 규정에 따라 위탁자의 소재지국이 반드시 중국과 국제조약을 체결 또는 공동으로 가입하고 있거나 또는 호혜관계에 있는 경우에 한해 승인과 집행을 청구할 수 있도록 하고 있기 때문에 여전히 상호주의 원칙에 입각한 제한적인 입장을 취하고 있다고 할 것이다. 실제의 경험에 의하면, 중국에서의 중재판정의 집행은 많은 장애가 있다. 특히 지방법원들은 지방경제에 불리한 판정의 집행을 기피하고 중국의 중재기구와 법원간의 협조도 원활하지 않고 법원의 자금난도 대단히 심각한 지경이다. 또한 판정집행의 신청기간을 너무 짧게 규정하고 있는 바, 집행의 기회를 상실할 우려가 있다.

한편, 중국의 국영기업의 재산에 대한 강제집행에는 여러 가지 법적 제약요소가 있으며, 그 집행에는 여러 가지 법적 제약요소가 있다. 국영기업은 소유권과 경영권의 분리원칙에 따라 국가로부터 경영관리를 위탁받은 재산에 대하여 점유, 사용하거나 법률이 정하는 바에 따라 처분할 수 있는 권리를 향유할 뿐이다. 국영기업의 재산은 일반적으로 기본기금과 유동기금으로 구분되며, 전자는 건물·시설·기계·운송수단 기타 경제적으로 중요한 재산으로 구성

## 第6章 結論

되고 이러한 재산에 대하여는 국영기업은 사용권만을 가지므로 처분하거나 양도할 수 없고 현금이나 상품 등 유동자산에 대하여만 집행이 가능하다.

외국판결의 승인과 집행에 대하여 중국 민사소송법 제267조와 제268조는 인민법원의 외국법원 판결과 결정의 승인·집행 절차상의 원칙에 대해 규정하고 있다. 제267조는 누가 외국법원 판결과 결정에 대한 승인·집행을 인민법원에 신청하여야 하는가에 관한 규정이며, 제268조는 인민법원에 의한 승인·집행의 원칙에 관한 규정이다. 중국 민사소송법의 규정을 통해 볼 때, 외국법원의 판결과 결정에 대한 중국 인민법원에의 승인·집행의 신청 및 중국 인민법원의 판결과 결정에 대한 외국법원에의 승인·집행의 신청의 조건과 방식이 동일하다는 것을 알 수 있다. 다시 말해서 첫째, 이미 법률적 효력이 발생한 판결과 결정일 것, 둘째, 당사자 또는 외국법원이 인민법원에 신청 또는 청구하였을 것, 셋째, 외국법원이 자신의 판결을 승인·집행을 인민법원에 청구하는 경우에는 조약의 규정이 있어야 하며, 조약의 규정이 없을 때에는 호혜의 원칙에 따라 처리할 것이다.

이러한 조건을 구비하지 아니한 경우 인민법원의 외국법원의 청구를 수리하지 아니한다. 인민법원은 당사자에 대한 신청 또는 외국법원의 청구에 대하여 심사를 하여야 하며 심사할 사항으로는 다음을 포함한다. 첫째, 외국법원이 중국 인민법원의 법률적 효력이 있는 판결과 결정의 승인·집행에 관한 중국 당사자의 신청을 절차상으로 수리하는지의 여부, 둘째 외국법원 판결 또는 결정이 이미 법률적 효력이 발생하였는지의 여부, 셋째, 외국법원소재지국과 중국간에 공동으로 가입한 또는 체결한 국제조약이 존재하는지의 여부, 국제조약이 존재하지 아니하는 경우에는 호혜관계가 존재하는



지의 여부, 외국법원 판결 또는 결정의 승인·집행이 중국의 법률의 기본원칙 또는 국가주권, 안전 및 사회공공이익에 위배되는지의 여부 등이다. 여기에서 “공공질서조항”에 의한 예외가 광범하게 적용될 가능성이 대단히 높다.

한편, 중국 민사소송법 제267조와 제268조의 규정은 입법론상 대단히 중요한 문제에 대하여 언급하고 있지 않다. 통상적으로 외국법원의 판결을 승인·집행하기 위하여는 첫째, 관할권 있는 법원이 내린 판결일 것, 둘째, 소송서류가 적절하게 송달되었을 것, 셋째, 자국의 공공정책에 위배되지 아니할 것, 넷째, 관련 조약 또는 상호주의적 보증이 존재할 것을 요건으로 한다. 민사소송법은 첫째 요건과 두 번째 요건에 대하여 침묵을 지키고 있다. 이러한 불명확한 사항은 중국이 프랑스, 폴란드 및 몽고 등 일부 국가들과 체결한 사법공조협정을 통해 유추해 볼 수 있을 것이다.

프랑스, 폴란드와 체결한 사법공조협정에서는 승인·집행의 거부 사유로서 “피청구국의 법률상의 관할권 규정에 의거할 때, 판결, 결정, 조정조서가 관할권 없는 법원에 의하여 내려진 경우”와 “패소인이 적법한 소환명령을 받지 아니하여 출정 못함으로써 소송에 참가하지 못한 경우”를 포함시키고 있다. 뿐만 아니라 청구인이 당사자인지 또는 법원인지의 여부에 불구하고 타방 체약국의 관할권 있는 법원에 승인·집행을 청구하는 때에는 각종 서류를 첨부하여야 하는 바, 그러한 서류중의 하나로서 “송달회송증빙 또는 법원의 판결, 결정, 조정조서가 이미 피집행인에 송달된 바 있음을 확인해주는 증명서”가 포함되어 있다. 따라서, 중국의 실무상으로도 그러한 조건을 요구하고 있다고 추정된다.

또한 민사소송법 제268조는 “인민법원은 승인과 집행을 신청 또는 청구한 외국법원이 내린 법적 효력이 있는 판결 또는 결정에 대하여 중화인민공화국이 체결 또는 가입한 국제조약에 근거하여 또

## 第6章 結論

는 상호주의 원칙에 따라 심사한 후, ……”라고 만 규정하고 있는 바, 사법공조협정에서는 “일반적으로 판결, 결정 및 조정조서에 대하여는 실질적 심사를 하지 아니한다.”는 사실을 분명히 하고 있다. 따라서, 사법공조협정이 체결되지 아니한 국가와의 관계에서도 절차적 심사에 그칠 것으로 추정되며, 따라서 간접적 일반관할에 대하여 심사하게 될 것이다.

민사소송법 제266조의 규정으로부터 당사자가 다음 두가지 방식으로 중국 인민법원의 법률적 효력이 있는 판결의 승인과 집행을 외국법원에 청구할 수 있음을 알 수 있다. 첫 번째 방식은 당사자가 직접 관할권 있는 외국법원에 승인·집행을 신청하는 것이고 두 번째 방식은 인민법원이 중국이 체결 또는 가입한 국제조약의 규정에 따라 또는 호혜의 원칙에 따라 외국법원에 승인·집행을 청구하는 것이다. 이 두 가지 방식은 명확히 구분된다. 즉 당사자가 직접 중국 인민법원의 효력이 발생한 판결의 승인·집행을 신청하는 경우에는, 조약의 규정이나 호혜의 원칙에 제한을 받지 아니한다.

일반적으로 말해서 중국이 승인·집행의 피청구국과 공동으로 가입하거나 개별적으로 체결한 국제조약이 없으면 당사자가 직접 관할권 있는 외국법원에 신청을 제출할 수 있다. 그러나 이러한 상황에서도 외국법원에 의한 중국 인민법원의 판결에 대한 승인과 집행은 당해 외국의 국내법규정의 제한을 받는 바, 대부분의 국가에서도 외국법원의 판결의 승인·집행에 대하여 일정한 한계를 설정하고 일정한 조건을 부과하고 있다.

연구보고 95-9 中國의 涉外經濟紛爭解決制度和 事例

---

1995년 12월 25일 印刷

1995년 12월 30일 發行

發行人 白 南 辰

發行處 **한국법제연구원**

印刷處 (주) 한국컴퓨터산업

서울특별시 종로구 신문로2가 1-103

전화 : (722)2901~3, 0163~5

등록번호 : 1981. 8. 11 제1-190호

---

本院의 承認없이 轉載 또는 譯載를 禁함. ©

값 4,600 원

