

중국의 투자자-국가 간 분쟁 해결제도에 관한 연구*

A Study on the Resolution Mechanism for Dispute between Investor and State in China

하 현 수**
Hyun-Soo Ha

〈목 차〉

- I. 서 론
 - II. 중국의 투자협정 현황
 - III. 중국 투자협정의 투자자-국가 간 분쟁해결제도
 - IV. 결론 및 시사점
- 참고문헌
Abstract

주제어 : ISD, BIT, 중국의 투자협정, ICSID 협정, 투자분쟁, ICSID 중재

* 이 논문은 2013년도 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 연구되었음.
(NRF-2013S1A5A8021942)

** 전북대학교 상과대학 무역학과 부교수, 동 산업경제연구소 연구원, hhs004444@jbnu.ac.kr

I. 서론

투자협정(Bilateral Investment Treaty, 이하 BIT라 한다)은 외국투자자의 합법적 권리를 보호하고 투자를 촉진하기 위하여, 투자의 정의, 투자자본 진출입조건, 공평공정·내국민·최혜국대우 등과 같은 대우기준, 수용 및 보상, 그리고 투자자와 투자유치국 간의 분쟁해결 등을 규정함으로써, 투자자에 대한 높은 수준의 투자 보호를 제공하는 것이다. 이러한 BIT의 규정 중에서 수용 및 이에 따른 보상기준 그리고 외국투자자와 투자유치국 간의 분쟁해결제도(Investor-State Dispute, 이하 ISD라 한다)는 계약당사국으로부터 특히 중요시되고 있다.¹⁾

한국과 중국은 1992년 수교와 함께 ‘대한민국 정부와 중화인민공화국 정부간의 투자의 증진과 상호 보호에 관한 협정’을 체결하였으며, 이후 양국간 투자 및 교역 규모의 급속한 확대 그리고 중국의 ‘국가와 타방 국민간의 투자분쟁해결을 위한 협약’(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 이하 ICSID 협약이라고 한다) 가입 등의 원인으로 2007년 12월 기존의 양국간 BIT를 개정하였다.

한국은 1992년 한중 수교 이후 2013년 4월까지 중국에 10,041억 달러를 수출하고, 6,969억 달러를 수입하여, 3,072억 달러의 무역수지 흑자를 기록하였다. 그리고 이 기간 양국간 상호 직접투자에 있어서는 한국이 중국에 565억 달러를 투자하였고, 중국은 한국에 45억 달러를 투자하였다. 이러한 양국 간의 급속한 교역 및 투자 확대는 양국 투자자와 상대국 정부 간의 분쟁 발생 가능성을 확대시키는 결과를 가져왔다. 또한 한국과 중국은 2012년 5월부터 FTA 체결을 위한 협상을 진행하고 있어 순조롭게 협상이 완료되어 FTA가 발효된다면, 양국 간의 교역 및 투자 규모는 더욱 확대될 것으로 예상된다.

2007년 한-중 BIT가 개정되고 2012년에는 한-중 FTA 협상이 개시되면서, 국내에서도 일부 학자들에 의해 중국의 ISD 및 FTA 투자협정과 관련한 연구가 이루어졌다. 대표적인 연구물로는 유예리,²⁾ 이기평,³⁾ 김관호,⁴⁾ 남영숙,⁵⁾ 그리고 김호⁶⁾ 등의 논문이 있다. 유예

1) John Howard Jackson, Marco C. E. J. Bronckers, Reinhard Quick, *New Directions in International Economic Law: Essays in Honour of John H. Jackson*, Kluwer Law International, 2000, pp.392-393.

2) 유예리, “한-중 FTA 투자협정의 주요 쟁점 고찰”, 『국제법학회논문집』, 제57권 제1호(통권 제124호), 대한국제법학회, 2012, pp.119-153.

3) 이기평, “한중FTA투자채터상 MFN조항의 ISDS절차에 대한 적용문제 연구”, 『법학논고』, 제40집, 경북대학교 법학연구원, 2012, pp.713-748.

4) 김관호, “중국의 투자협정 정책의 변화와 한중투자협정의 고찰”, 『동북아경제연구』, 제20권 제1호, 한국동북아경제학회, 2008, pp.207-239.

5) 남영숙, “중국의 최근 투자협정 변화: 한-중 투자보장협정과 중-뉴질랜드 FTA를 중심으로”, 『통상법률』, 제89호, 법무부, 2009, pp.46-76.

6) 김호·김진형, “한중 투자보장협정을 통한 ISD제도에 관한 고찰”, 『인천법학논문집』, 제14집, 인천대학교 법학

리는 한-미 FTA와 중-뉴질랜드 FTA의 투자협정을 상호 비교하여 한-중 FTA 체결시 우리의 고려사항을 제시하였다. 이기평은 한-중 FTA에서 최혜국조항의 분쟁해결절차에 대한 적용문제를 어떻게 다루어야 할지에 대한 방향과 대안을 제시하였다. 김관호는 1992년 한-중 BIT와 2007년 개정된 BIT를 비교하여, 중국의 BIT 정책의 변화가 갖는 시사점과 전망을 제시하였다. 남영숙은 중-뉴질랜드 FTA와 한-중 BIT를 비교 분석하여 한-중 FTA 협상에서 쟁점이 될 것으로 예상되는 분야에 대한 시사점을 도출하였다. 그리고 김호는 한-중 BIT와 ICSID 협정의 ISD제도를 비교 분석하여, 한-중 FTA에서 ISD에 관련된 조항을 어떻게 규정하고 보완해야 하는가에 대하여 논하였다.

그러나 상기 연구물들은 대부분 한-중 BIT, ICSID 협정 그리고 중-뉴질랜드 FTA 등을 비교하여, 향후 한-중 FTA 협상에서 투자분쟁과 관련하여 어떠한 쟁점이 예상되고 어떠한 대응책이 필요한지에 대해 중점을 두고 연구되었다. 그러나 중국이 기체결한 BIT의 ISD를 전체적으로 검토하여, 중국이 이와 관련하여 어떠한 태도 및 변화를 보이고 있는지 그리고 중국 정부가 어떠한 점에 중점을 두고 있는지에 대해 체계적으로 연구한 국내 논문은 없다. 이에 따라서 본 논문은 중국의 기체결 BIT를 분석하여, 중국이 ISD에 대하여 어떠한 태도를 보이고 있는지를 연대별 그리고 체약상대국별 등으로 구분하여 살펴보고, ISD의 주요쟁점인 중재범위, 중재기관 등에 대해서도 살펴보고자 한다. 또한 이러한 분석 결과를 토대로, 우리 정부가 중국과 FTA 투자관련 협상중 ISD와 관련하여 주의하여야 할 점과 중국투자 국내기업이 ISD와 관련하여 유의하여야 사항을 제시하고자 한다.

II. 중국의 투자협정 현황

1. 중국의 투자협정 체결 현황

중국은 1978년 개혁개방을 시작하면서 외국자본을 경제성장을 위한 중요한 동력으로 인식하였다. 이에 따라서 중국은 외국자본의 투자보장을 위해 1982년 노르웨이와 최초의 BIT를 체결한 이후 2012년까지 145건의 BIT를 체결하였으며, 현재 유효한 BIT는 100건에 달하고 있다.⁷⁾

중국이 개혁개방 초기 체결한 대부분의 BIT는 자본수출국의 요구 및 건의에 의해 체결된 것으로, 중국 입장에서는 외국자본의 유인을 위한 수단으로 BIT를 체결한 것이다.⁸⁾ 중

연구소, 2012, pp.163-187.

7) 中華人民共和國商務部條約法律司, 雙邊投資保護協定 및 UNCTAD, *World Investment Report 2013*, United Nations, 2013, p.230 참조.

8) 李玲, “中國雙邊投資保護協定締約實踐和面臨的挑戰”, 『國際經濟法學刊』, 第17卷 第4期, 2010, p.115.

국은 1982년부터 1988년까지 21건의 BIT를 체결하였으며, 이중 17건은 선진국과 체결한 것이고 특히 유럽국가와 13건을 체결하였다. 이후 중국은 1989년부터 1996년까지 61개 국가와 BIT를 체결하였으며, 이중 일부 선진국을 제외하고는 대부분 아시아, 아프리카 그리고 남미의 개발도상국들과 BIT를 체결하였다.⁹⁾ 이 시기 중국의 경제규모는 급속하게 확장하고 있었으나, 중국 자본이 외국에 진출할 정도로 축적되지는 못한 상태였다. 따라서 이 시기 중국과 개발도상국 간에 체결된 BIT는 대부분 외교적 협력을 위해 체결된 경우로, 정치적 목적이 BIT 본래의 투자자보호 목적보다 강했다.¹⁰⁾

중국이 1996년 이전에 체결한 대부분의 BIT는 원칙적인 사항만을 규정하였으며, BIT의 내용에 있어서도 내국민대우 불인정, 제한적인 자본 본국송금, 수용 보상액과 관련한 분쟁에 한해서만 국제중재 인정 등 매우 제한적으로 BIT를 체결하였다.¹¹⁾ 중국은 이 시기 투자국의 입장이 아니라 투자유치국의 입장에서 BIT를 체결하였기 때문에 국가이익의 보호에 더욱 관심을 가졌으며, 또한 BIT의 중국 법률 및 정책에 대한 충격 및 영향을 최소화하고자 하였다.¹²⁾

중국은 ICSID 협약에 1990년 2월 가입하고, 1993년 2월 6일 전국인민대표자대회의 비준을 거쳐 발효시켰다. 한편, 중국은 ICSID 협약에 가입하면서 ‘국제투자분쟁해결센터’(the International Center for Settlement of Investment Disputes, 이하 ICSID라고 한다)에 수용 보상액과 관련하여 야기된 투자분쟁에 한해서만 ICSID에 중재 신청할 수 있도록 하는 중재범위 유보를 통지하였다. 따라서 이 시기 중국이 체결한 BIT는 투자자와 투자유치국 간의 분쟁을 국제중재에 제기하는 것을 허용하고는 있으나, 수용 보상액으로 인하여 발생한 분쟁에 한하여 중재를 이용할 수 있도록 하였다.¹³⁾

1997년 중국은 외국자본의 유치를 촉진하기 위해 BIT에 내국민대우, 국제중재 이용가능 투자분쟁의 범위 확대 등을 주요 내용으로 하는 외국자본 투자유치 확대 방안을 수립 시행하였다.¹⁴⁾ 이러한 결과 1997년부터 2002년까지 체결된 26건의 BIT는 모두 내국민대우와 중재범위를 확대하여 체결되었으며, 또한 26건의 BIT 모두 개발도상국가와 체결되었다.

2003년 이후 중국이 체결한 BIT는 기존에 체결한 BIT들과는 달리 원칙적인 내용뿐만 아니라 세부적인 내용도 자세히 규정하였으며, 2003년 독일, 2007년 한국, 프랑스, 그리고 2009년 스위스 등 13개국과는 기존 BIT를 수정하여 보다 더 구체적으로 협정을 체결하였다.¹⁵⁾

9) 우리나라도 이 시기인 1992년 9월 30일 중국과 BIT를 체결하였으며, 이후 2007년 9월 7일 BIT를 개정하였다.

10) 陳安·谷婀娜, “南北矛盾視角‘應當’摒棄嗎?-聚焦中加2012BIT”, 『現代法學』, 第35卷 第2期, 2013, p.138.

11) 林愛民, 『國際投資協定爭議仲裁研究』, 復旦大學 博士學位論文, 2009, p.71.

12) 楊趣玲, “評‘謝業深案’仲裁條款適用範圍認定問題-兼論我國雙邊投資協定序言的規範路徑”, 『廈門廣播電視大學學報』, 第2期, 2011, p.30.

13) 林愛民, 전개논문, p.72.

14) 沈偉, “論中國雙邊投資協定中限制性投資爭端解決條款的解釋和適用”, 『中外法學』, 第24卷 第5期, 2012, p.1049.

15) 중국은 스웨덴, 독일, 프랑스, 벨기에, 핀란드, 네덜란드, 스위스, 포르투갈, 스페인, 우즈베키스탄, 나이지리아, 쿠바, 그리고 한국과 1980~90년대 체결한 BIT를 2000년 이후 재협상을 통해 이를 수정하였다. 예를 들

2. 중국의 투자협정 정책 변화

(1) 개혁개방 이전

중국은 1840년 아편전쟁 패전 이후 서구 열강 및 일본 등에 의해 반식민지로 변하게 되어, 점진적으로 정치, 사법 그리고 경제 주권을 상실하게 되었다. 특히, 중국은 서구 열강으로부터 영사재판권관련 불평등조약의 체결을 강요받았으며, 이에 따라서 중국 정부는 영내에서 발생한 외국 요소의 각종 분쟁에 대한 관할권을 상실하게 되었다.¹⁶⁾

중국은 이후 1세기 넘게 자국의 영내에서 사법관할권을 행사할 권한을 박탈당했다. 중국은 1949년 중화인민공화국 건국 이후 이러한 불평등조약을 모두 취소하였다. 중국의 이러한 100년이 넘는 식민 압박과 외국의 간섭에 따른 고통스러운 교훈은 중국인들에게 타국과의 교류에 있어서 강한 경계심을 갖도록 하여, 쉽사리 타국과 조약을 체결하는 것을 경계하게 하였다. 또한 중국은 외국인의 중국에 대한 투자에 대해서도 의구심을 가졌다.¹⁷⁾ 중국은 이 시기 국제조약이 중국의 자주적 국가 형성에 부정적인 영향을 미칠 것이라는 두려움을 강하게 가졌던 것으로 보인다.¹⁸⁾

중국의 이러한 쇄국정책은 1978년 말까지 지속되어 오다가 개방정책으로의 정책변화에 따라 드디어 외부 세계로 문호를 개방하기에 이르렀다. 한편 중국은 1949년 신중국 건국 이후 개혁개방 이전까지 소련을 제외한 국가들로부터 해외직접투자를 유치하지 않았으며,¹⁹⁾ 이러한 결과 중재와 관련한 어떠한 국제조약에도 가입을 고려하지 않았다.

(2) 개혁개방 정책의 실시와 ICSID 협약 가입

중국은 1978년 말을 시작으로 개혁개방정책을 도입하여 외국투자를 유치하기 시작하였으며, 세계경제로의 진출을 위해서는 외국인 투자에 대한 기존의 태도를 변경시킬 수밖에 없었다.²⁰⁾ 그러나 이러한 중국의 변화는 여전히 매우 신중하고 조심스러웠다.²¹⁾ 중국 정

어, 한국과 중국이 체결한 1992년 BIT는 내국민대우와 관련하여 제3조 제2항에서 “일방국가의 투자자는 타방국가의 영역 안에서 투자·수익 및 투자와 관련된 사업활동에 대하여 타방국가의 투자자에게 부여되는 것보다 불리하지 아니한 대우를 보장받는다”고 규정하였으나, 2007년 양국간 BIT 제3조 제1항은 “어느 한쪽 계약당사자는 자국의 영역 안에서 다른 쪽 계약당사자의 투자자와 그들의 투자에 대하여 투자의 확장·운영·관리·유지·사용·향유·판매 또는 그 밖의 처분(이하 “투자 및 영업 활동”이라 한다)에 관하여 유사한 상황에서 자국의 투자자와 그들의 투자에 부여하는 대우보다 불리하지 아니한 대우(이하 “내국민 대우”라 한다)를 부여한다”고 보다 구체적으로 내국민대우 조항을 규정하였다.

- 16) ‘영사재판권’(領事裁判權)제도는 1843년 중국과 영국 간의 ‘虎門條約’에서 처음으로 규정되었으며, 이후 1844년 중국과 미국 간의 ‘望厦條約’에도 규정되었다. 이후, ‘영사재판권’제도는 1949년 이전에 중국이 강압에 의해 체결한 불평등 조약들에서 광범위하게 규정되었다.
- 17) 陣安, 『論國際經濟法學』, 復旦大學出版社, 2008, p.385; Kong Qingjiang, “Bilateral Investment Treaties: The Chinese Approach and Practice”, *Asian Yearbook of International Law*, Vol. 8, 1998/1999, pp.107-108.
- 18) 陣安, “對香港居民謝業深訴秘魯政府案(ICSID)管轄權裁定的四項質疑-中國-秘魯BIT>適用於“一國兩制”下的中國香港特別行政區嗎”, 『國際經濟法學刊』, 第17卷 第1期, 2010, p.20.
- 19) 宋慶宙, “略論中韓新舊BIT之差異及對中國的影響”, 『知識經濟』, 2010年 第10期, 2010, p.33.
- 20) 중국은 1978년 12월의 제11기三中全會를 통하여 종래의 자력갱생, 정경불가분, 계획무역의 3대원칙을 파기

부는 영사재판권이 재현되는 것을 회피하고자 하는 의도로, 중국 정부 자신을 상대로 한 분쟁이 국제중재에 제기할 수 있도록 하는 국제조약의 가입에 있어서 결정을 내리지 못하고 망설이는 태도를 보였다.²²⁾ 이에 따라서 중국은 국제중재와 관련하여 가장 중심이 되는 국제조약인 ‘1958년 외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 유엔협약’(U.N. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958, 이하 뉴욕협약이라고 한다)과 1965년 ICSID 협약의 가입을 오랫동안 미루어 왔다.

중국은 1987년 1월 22일에 가서야 뉴욕협약에 가입하였다. 중국은 뉴욕협약이 사법관할권과 관련하고 있어 역사적으로 민감한 문제를 규정하고는 있으나, 이는 중국 정부와 직접적으로 관련된 것이 아니라 사인(私人) 당사자에 대해 직접적으로 영향을 미치는 것이라는 점을 고려하여 뉴욕협약 가입에 동의하였다.²³⁾

그러나 중국은 ICSID 협약 가입은 뉴욕협약 가입과는 달리 심각한 주권 침해를 가져올 수 있을 것이라는 걱정을 하였다. 즉, 중국은 ICSID 협약에 가입하게 되면 중국 당국 스스로 국제중재의 당사자가 될 수 있으며, 외국 중재인이 내린 판정에 구속을 받게 된다는 점을 우려하였다. 당시의 중국의 입장에서는 이러한 협정은 중국의 사법관할권을 제한할 뿐만 아니라, 중국의 주권에 잠재적 손해를 야기할 것이라 보았다.²⁴⁾

중국 정부와 학자들은 상기의 이유로 인하여 1980년대 중반부터 1990년대 초까지 중국이 ICSID 협약에 가입하여야 하는가의 문제에 대해 격렬한 논쟁을 벌였다.²⁵⁾ 중국 정부는 1990년 2월 각계각층의 의견을 수렴하여 최종적으로 ICSID 협약의 가입을 결정하였으며, 1992년 7월 1일 중국 전국인민대표대회는 이 협정의 가입을 비준하고, 1993년 2월 6일 발효되었다.

하고 실용주의원칙에 입각한 경제적 개혁개방정책을 본격적으로 전개하였다. 특히 중국은 제11기三中全會를 통해 경제성장을 위해 사회인프라 구축 등의 국가 고정자산부문에 대한 막대한 투자를 계획하고, 이를 위해 적극적으로 해외로부터 투자 및 기술을 도입할 것을 천명하였다. 이와 함께 1979년 7월에는 중국 정부의 승인을 얻는 경우 외국 기업은 중국 기업과 합자기업을 설립할 수 있도록 허용하는 내용의 중외합자경영기업법이 공포되었다. 이를 시작으로 1980년 9월 합자경영기업소득세법, 1980년 7월 합자경영기업노동관리규정, 합자경영기업등록관리방법, 그리고 1981년 3월 합자경영기업건설용지에 관한 임시규정 등의 법규가 공포되는 등 직접투자의 유치를 위한 법적 정비작업이 이루어졌다. 이남구, “중국의 외국인투자 유치정책과 현황”, 『중국연구』, 제10집, 한양대학교 중국문제연구소, 1991, p.163 참조.

21) 이와 관련한 논의는 陣安, “關於中國應否參加‘華盛頓條約’,可否接受‘解決投資爭端國際中心’仲裁體制的分歧意見”, 載于『國際投資爭端仲裁·解決投資爭端國際中心’機制研究』, 復旦大學出版社, 2001, pp.25-41; 陣安, “區分兩類國家, 實行差別互惠; 再論ICSID體制賦與中國的四大‘安全網’不宜貿然全面拆除”, 『國際經濟法學刊』, 第14卷 第3期, 2007, pp.42-59 참조.

22) 徐崇利, “從南北紛爭焦點的轉移看國際投資法的晚近發展”, 『比較法研究』, 1997年 第1期, 1997, pp.44-45.

23) 李夢園·宋連斌, “論社會公共利益與商事仲裁的司法監督-對我國法院若干司法實踐的分析”, 『北京仲裁』, 2004年 第6期, 2004, p.77.

24) 徐崇利·趙德銘, “‘九七’之后國際投資條約繼續適用於香港特別行政區問題的爭議”, 『中國法與比較法年刊』, 第1卷 第2期, 1996, p.140.

25) 다양한 입장에 따른 논쟁과 관련하여 陣安, 전개논문, 2007, pp.42-49 참조.

Ⅲ. 중국 투자협정의 투자자-국가 간 분쟁해결제도

1. 중재기관

중국이 최근에 체결한 BIT는 대부분 기관중재와 임시중재 모두를 인정하고 있다.²⁶⁾ 이 중 기관중재는 대부분 ICSID 중재를 가리키고, ICSID 중재는 ICSID 협정과 ICSID 중재 규칙의 규정에 따라 진행된다. 그리고 임시중재는 UNCITRAL 중재규칙 및 기타 중재규칙에 따라 설치된 임시중재판정부에 의한 중재를 일컫는다.²⁷⁾

다만, 1996년 중국-모리셔스 BIT와 같은 일부 BIT는 단지 임시중재만을 규정하고 있고, 1996년 중국-사우디아라비아 BIT와 같은 일부 BIT에서는 ICSID를 통한 기관중재만을 규정하고 있기도 하였다. 그리고 2005년 중국-스페인 BIT와 같은 일부 BIT는 선택적 중재 제도를 채택하여 ICSID 중재와 UNCITRAL의 규정에 따라 설립된 임시중재판정부를 선택할 수 있도록 하고 있다. 또한 2003년 중국-독일 BIT와 같은 일부 BIT는 당사자 쌍방이 임시중재판정부 설치에 동의하는 경우를 제외하고는 ICSID 중재를 이용하여야 한다고 규정하고 있다. 그리고 1994년 중국-칠레 BIT와 같은 일부 BIT는 수용 보상액관련 분쟁은 ICSID 중재에 제기할 수 있으나 기타 분쟁은 임시중재를 통해 해결할 수 있도록 하고 있다.²⁸⁾

2005년 중국-코트디부아르 BIT, 중국-가이아나 BIT와 같은 일부 BIT에서는 임시중재판정부의 구성방법에 대해 구체적으로 규정하여, 의장중재인의 자격에 대해서는 일정한 제한을 가하고 있다. 즉, 분쟁 쌍방이 각각 1명씩 중재인을 임명하고, 이 임명된 중재인이 계약 쌍방 모두에 외교관계가 있는 제3국의 국민 중에서 의장중재인을 공동으로 지명하도록 하고 있다. 그러나 대부분의 BIT는 임시중재판정부의 구성방법에 대해 규정하지 않고, 특정 중재규칙에 따라 중재판정부를 구성하도록 규정하고 있다.

26) 중국 중재법 제16조는 “중재합의는 계약에서 약정한 중재조항과 기타 서면으로 분쟁 발생 전 또는 분쟁 발생 후 중재를 청구하는 합의에 도달한 것을 포함한다. 중재합의는 다음에 열거하는 내용을 구비하여야 한다. ① 중재 청구의 의사표시 ② 중재사항 ③ 선정한 중재위원회”를 규정하고 있다. 즉, 당사자가 중재합의를 하는 시점에 어느 중재기관을 이용하여 중재를 진행할 것인가를 약정하여야만 중재합의가 유효하다는 것이다. 이처럼 중국은 상사중재에 있어서는 기관중재만을 인정하고 임시중재를 인정하지 않고 있다. 하현수, “중국의 하자중재합의 효력 인정에 관한 연구”, 『관세학회지』, 제14권 제2호, 한국관세학회, 2013, p.171 참조.

27) 2007년 한국-중국 BIT 제9조 제3항(1) “국제 중재의 경우, 분쟁은 투자자의 선택에 따라 다음 중 하나의 절차에 회부된다. 가. 1965년 3월 18일 국가와 타방국가 국민 간의 투자분쟁의 해결에 관한 ICSID 협약에 의하여 설립된 국제투자분쟁해결본부 나. 국제연합국제무법위원회 중재규칙 또는 분쟁당사자 간에 합의된 그 밖의 중재규칙에 따라 설립되는 특별중재재판소”

28) 余勁松·詹曉寧, “國際投資協定的進期發展及對中國的影響”, 『法學家』, 第2006年 第3期, 2006, p.154.

또한 중국이 최근에 체결한 BIT는 대부분 기관중재와 임시중재를 동시에 규정하여, 외국투자자가 기관중재와 임시중재 중에서 한 가지를 선택하여 중재를 신청하도록 하고 있다. 다만, 중국-가이아나 BIT는 임시중재를 선택한 경우에는 투자자는 투자유치국과 특별 약정을 체결할 것을 요구하고 있다. 이처럼 특별약정을 요구하는 이유는 BIT의 체결로 이미 ICSID 중재에 대해 투자유치국의 동의가 이루어진 것으로 투자자의 중재 신청은 중재 합의를 이루게 한다. 즉, ICSID협약에서 요구하고 있는 쌍방 간의 서면 중재합의를 만족 시키게 되는 것이다. 그러나 투자유치국이 임시중재에 대해서는 동의하고 있는 것이 아니기 때문에, 투자자는 필히 투자유치국과 별도의 중재합의를 한 이후에 임시중재를 신청할 수 있다는 것이다.

한편, 중재 및 소송의 선택권과 관련하여, 중국이 초기에 체결한 BIT는 일반적으로 투자자와 투자유치국 모두에게 선택권이 있음을 규정하였으나, 최근에 체결한 BIT는 대부분 투자자가 소송 또는 중재를 선택하도록 규정하고 있다. 그러나 중국-코트디부아르 BIT는 어떤 당사자라도 중재를 제기할 수 있다고 규정하고 있으며, 중국-보스니아헤르체고비아 BIT에서는 누가 선택권을 갖는가에 대해 아무런 규정을 두지 않고 있다.

2. 중재범위

(1) 중재범위의 변화

1993년 1월 7일 중국은 ICSID 협약 비준서를 세계은행에 제출하면서, 이 협약 제25(4)조²⁹⁾에 근거하여 단지 수용 및 국유화로 인해 야기된 보상액 관련 분쟁에 한해서만 ICSID 중재를 통해 분쟁을 해결할 수 있다고 통지하였다.³⁰⁾ 이 통지는 중국은 수용 및 국유화로 인해 야기된 보상액과 관련된 분쟁을 ICSID 중재에 제기하는 것에 동의하고, 투자와 관련된 상기 이외의 분쟁에 대해서는 투자유치국 법원에 분쟁의 해결을 요구해야 한다는 점을 명확히 하고자 한 것이다. 중국의 ICSID 협약 가입 당시의 이러한 태도는 이후 중국이 체결한 다량의 BIT의 관련 규정에도 대부분 반영되었다.

그러나 ICSID 협약 제25조 제4항의 규정에 따르면 이러한 통지는 제25조 제1항³¹⁾에서

29) ICSID협약 제25조 제4항 “채약국은 본 협약의 비준, 수락 또는 승인하는 때나 또는 그 이후의 어느 때에 있어서 본부의 관할에 제기하는 것으로 고려한다거나 또는 고려하지 아니할 분쟁의 종류 및 제 종류를 본부에 통고한다. 사무총장은 즉시 이러한 통고를 모든 채약국에 전달한다. 이러한 통고는 제1항이 요구하는 동의를 구성하지 아니한다.”

30) 중국이 제시한 비준서의 중문본과 영문본은 각각 다음과 같다. “中華人民共和國聲明，根據公約第二十五條第四款的規定，中國政府允許提交解決投資爭端國際中心仲裁的案件目前僅限於關於徵收，國有化補償款額的爭議。” “Pursuant to Article 25(4) of the Convention, the Chinese Government would only consider submitting to the jurisdiction of disputes over compensation resulting from expropriation and nationalization.” 중문과 영문 비준서를 비교해 보면, 영문 비준서에는 “금액”(款額, amount)이라는 단어가 누락되어 있어, 이는 중재범위를 확정하는데 있어서 해석상의 오해 및 왜곡을 야기할 수도 있을 것이다.

31) ICSID 협약 제25조 제1항 “본부의 관할권은 분쟁 당사자가 본부에 제소할 것을 서면 상으로 동의한 분쟁으

요구하는 동의를 구성하지는 아니한다. 그러므로 중국이 서명한 BIT에 규정된 국제중재를 제기할 수 있는 사항은 중국이 중재동의를 한 것임으로, 중재기관은 BIT 당사국 투자자의 중재 신청만으로 투자분쟁을 수리할 수 있다.³²⁾

중국이 1982년 이후 각국과 체결한 BIT의 분쟁해결조항에 근거하여 중재범위의 변화를 구분하면 1982년 3월부터 1993년 1월까지, 1993년 2월부터 1998년 6월까지, 그리고 1998년부터 현재로 구분하여 살펴볼 수 있을 것이다.

1) 제1단계(1982년 3월~1993년 1월)

1982년 중국이 최초로 체결한 노르웨이와의 BIT 및 이후 연이어서 체결한 일부 BIT³³⁾는 ISD 조항에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않았으며, 단지 계약국 간에 투자협약의 해석과 관련하여 분쟁이 발생하는 경우에 이를 해결하기 위한 분쟁해결조항만을 규정하였다.

그러나 1982년부터 1992년 사이에 체결된 중국과 외국 간의 많은 수의 BIT는 ISD 조항을 규정하였으며,³⁴⁾ 이러한 분쟁해결조항의 분쟁해결 절차는 대부분 다음과 같은 내용을 요구하였다. 즉, 외국투자자와 투자유치국은 우선 투자분쟁에 대한 협상을 진행하고,³⁵⁾ 외국투자자와 투자유치국 간의 합의를 이루지 못한 경우에는, 이 분쟁은 필히 투자유치국의 관할법원에 소송을 제기하도록 하고 있다.³⁶⁾ 다만, 투자유치국 법원이 투자분쟁의 원인이 수용 또는 국유화의 보상액과 관련한다고 판결한 경우에, 투자자 또는 투자유치국은 단독으로 임시중재에 분쟁해결을 신청할 수 있도록 규정하고 있다.³⁷⁾ 또한 일부 BIT에서는 만약 투자자가 이미 수용 또는 국유화의 보상액과 관련한 분쟁을 현지 법원에 소송을 제기하였다면, 투자자는 동일한 분쟁을 대상으로 국제중재를 신청할 수 없다고 규정하고 있다.³⁸⁾

투자자와 투자유치국은 수용 보상액 이외의 기타 분쟁을 국제중재에 해결을 신청할 수 있으나, 이를 위해서는 분쟁 쌍방이 중재를 통해 분쟁을 해결하기로 합의한 경우에만 중

로서 계약국(또는 당해 계약국에 의하여 본부에 대하여 지정한 동 계약국의 하부조직이나 기관)과 타방계약국 국민간의 투자로부터 직접적으로 발생하는 모든 법적 분쟁에 미친다. 당사자가 그러한 동의를 한 경우에는 어떠한 당사자도 그 동의를 일방적으로 철회할 수 없다.”

32) 梁詠, “我國海外投資之間接徵收風險及對策-基于‘平安公司-豐通集團案’的解讀”, 『法商研究』, 2010年 第1期, 2010, p.13.

33) 예, 1985년 중국-태국 BIT, 1992년 중국-투르크메니스탄 BIT.

34) 예, 1988년 중국-호주 BIT, 1992년 중국-볼리비아 BIT.

35) 이러한 BIT에서 규정하고 있는 협상기간은 통상 6-12개월이며, 일부 BIT에서는 협상기한을 명확히 규정하고 있지 않은 경우도 있다.

36) 일부 BIT에서 투자자는 필히 투자유치국의 행정법원에만 소송을 제기할 것을 규정하고 있으며, 또한 일부 BIT는 투자유치국의 관할법원을 명확히 규정하고 있는 경우도 있다.

37) 중국이 ICSID 협약에 가입하기 이전에 체결한 BIT에서는 상설중재판정부 또는 임시중재판정부에 중재를 신청할 수 있다고 규정하고 있다.

38) 예를 들어 중국과 한국, 싱가포르, 뉴질랜드 간에 각각 체결한 BIT. 1992년 한국-중국 BIT 제9조 제3항 하단 “일방국가의 국민 또는 회사가 타방국가의 영역 안에서 행정적 또는 사법적 해결을 구하고 있는 경우, 그 분쟁은 중재위원회에 회부되지 아니한다.”

재제도를 이용할 수 있다.³⁹⁾ 이러한 분쟁에 대해 중재합의를 이루지 못하는 경우에는 단지 투자유치국 법원에 소송을 제기할 수밖에 없다.

이 기간 중국은 타국과의 BIT 협상과정에서 외국투자자와 투자유치국 간의 분쟁을 국제중재에 제기할 수 있는 범위를 엄격하게 제한할 것을 강력히 주장하였으며, 이러한 협상의 결과는 국제중재의 적용범위를 수용 및 국유화의 보상액과 관련한 분쟁에 엄격하게 제한하여 규정하였다.⁴⁰⁾ 이는 투자유치국이 보상액을 제외한 외국인 투자에 대하여 수용 또는 국유화 조치를 취했는지 여부와 관련된 분쟁을 포함하여 모든 기타의 분쟁을 투자유치국 관할법원의 판단을 받아야 한다는 것을 의미한다.

상기와 같은 제한적 규정은 1984년 중국-핀란드 BIT 제2조⁴¹⁾를 통해 구체적으로 확인할 수 있다. 이에 대하여 공경강(孔慶江) 교수는 다음과 같이 분석하였다. “중국과 외국이 초기에 체결한 BIT는 투자분쟁을 수용분쟁과 기타분쟁으로 구분하고 있는데, 그 좋은 예가 1984년 중국-핀란드 BIT이다. 이 협정은 수용에 따른 분쟁을 제외하고 투자유치국과 외국투자자 간에 발생한 모든 분쟁에 대해, 쌍방이 별도 합의한 경우를 제외하고는, 투자유치국의 법률 및 법규를 근거하여 현지의 구제수단을 통해 해결해야만 한다. 수용을 원인으로 하는 분쟁에 대해서는 이를 보다 세분화하여 수용의 합법성 문제와 수용 보상액 문제로 세부적으로 구분하여야 한다. 만약 분쟁이 수용의 합법성 문제와 관련한다면, 투자유치국 관할법원은 유일한 권한이 있는 해결기관이다. 그러나 분쟁이 수용 보상액과 관련이 있다면, 투자유치국 관할법원 및 중재판정부 모두가 분쟁에 대한 관할권이 있다.”⁴²⁾

중국이 상술한 기간 동안 체결한 대부분의 BIT에 규정된 분쟁해결조항은 1984년 중국-핀란드 BIT의 거의 유사하다.

2) 제2단계(1993년 2월~1998년 6월)

1993년 2월 ICSID 협약이 중국에서 발효된 이후, 중국은 1994년에 타국과 BIT 협상을 위하여 BIT 모델을 제정하였다.⁴³⁾ 중국의 이 BIT 모델은 기존에 중국이 체결한 대부분의 BIT와 유사하게, 국제중재에 제기할 수 있는 분쟁의 범위를 수용 보상액과 관련한 분쟁에

39) 1992년 한국-중국 BIT 제9조 제3항 하단 “일방국가의 투자자와 타방국가의 정부 간의 기타 문제에 관한 어떠한 분쟁도 상호 합의에 의하여 위에 규정된 중재위원회에 회부된다.”

40) 徐崇利·趙德銘, 전제논문, p.149.

41) 1984년 중국-핀란드 BIT 제2조 “① 투자자가 본 협정 제5조의 수용조치가 계약당사자 일방의 법률에 부합하지 않게 취해졌다고 인정하는 경우에, 투자자는 이 계약당사자 일방의 관할권이 있는 법원에 상술한 조치의 심사를 청구할 수 있다. ② 투자자가 수용된 투자 재산의 보상금액에 대하여 이의가 있는 경우에, 투자자와 수용조치를 취한 계약당사자 일방은 6개월 이내의 보상금액의 합의를 위한 협상을 진행한다. ③ 상기 항에 규정된 기간 내에 협상 쌍방이 합의를 이루지 못한 경우에, 투자자는 수용조치를 취한 계약당사자 일방의 관할권이 있는 법원 또는 국제중재판정부에 보상금액에 대한 심사를 청구할 수 있다.”

42) Kong Qingjiang, 전제논문, pp.130-131.

43) Agreement Between the Government of the People's Republic of China and the Government of ___ Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, Compiled in Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s, United Nations Publication, Printed at United Nations, Geneva, Switzerland, 1998.

한정하였다. 그리고 동 모델은 수용 보상액 이외의 기타 분쟁은 투자유치국 관할법원에 해결을 청구하도록 하였다. 이와 관련하여 1994년 중국 BIT 모델 제9조는 다음과 같이 규정하고 있다. “① 계약당사자 일방 투자자와 계약당사자 타방 간에 후자의 영내 투자와 관련한 모든 분쟁은 가능한 한 분쟁 당사자의 우호적 협상으로 해결한다. ② 만약 6개월 내에 협상으로 분쟁이 해결되지 않은 경우에, 당사자 일방은 분쟁을 투자유치국 관할법원에 제기할 권한을 갖는다. ③ 만약 수용 보상액과 관련한 분쟁이 본조 제1항에 근거하여 협상 개시 후 6개월 내에 해결되지 않은 경우에, 일방 당사자는 상설중재판정부에 제기할 수 있다. 만약 투자자가 이미 본조 제2항에 규정된 절차에 근거하여 소를 제기하였다면, 본 조항은 적용되지 않는다.”

중국은 상기 BIT 모델을 채용하여 1993년 2월부터 1998년 6월까지 타국과 체결한 모든 BIT에 수용 보상액과 관련한 분쟁에 대해서만 국제중재를 신청할 수 있다고 규정하였다.⁴⁴⁾ 이는 중국이 1993년 이전에 체결한 대부분의 BIT와 유사하게, 투자자와 투자유치국 간에 일정 기간 동안의 협상을 요구하고 있다. 그리고 투자유치국 법원이 투자유치국이 외국투자자의 투자를 수용하였다고 인정하고, 분쟁의 발생 원인이 수용 보상액과 관련된다고 인정하는 경우에만, 모든 당사자에게 국제중재를 제기할 권한을 부여하고 있다. 또한 외국투자자가 이미 수용 보상액 분쟁을 투자유치국 법원에 구제를 청구하였다면, 이 분쟁은 국제중재를 제기할 수 없도록 규정하였다.⁴⁵⁾

중국은 ICSID 협약 발효 이후 체결한 BIT에서 분쟁해결조항과 관련하여 새롭게 추가 규정한 내용은 ICSID 중재를 통해 수용 보상액 분쟁을 해결한다는 것이 전부였다.⁴⁶⁾ 그러나 이 당시 일부 중국의 BIT 체결 상대국은 ICSID 협약 체결국이 아니었기 때문에,⁴⁷⁾ 이들 국가와의 BIT에는 수용 보상액관련 분쟁을 상설국제중재판정부에 신청한다고 규정하고 있다.

44) 예를 들어 1994년 중국-페루 BIT 제9조는 다음과 같이 규정하고 있다. “① 계약당사자 일방의 투자자와 계약당사자 타방 간에 계약당사자 타방의 영토 내의 투자와 관련하여 발생하는 모든 분쟁은 당사자의 우호적인 협상으로 해결하도록 한다. ② 만약 분쟁이 6개월 내에 협상으로 해결되지 못하는 경우에, 모든 당사자는 분쟁을 투자유치국의 관할권이 있는 법원에 제기할 수 있다. ③ 수용 보상액과 관련한 분쟁의 경우에, 본조 제1항의 절차 후 6개월 내에 해결되지 못하는 경우에는 어떤 일방의 요구로 1965년 3월 18일 워싱턴에서 제정된 ‘국가와 타국 국민 간의 투자분쟁 해결에 관한 협약’에 의해 설립된 ‘국제투자분쟁해결기구’의 중재를 신청할 수 있다. 계약당사자 일방의 투자자와 계약당사자 타방 간의 기타 사항에 관한 모든 분쟁은 쌍방이 동의를 하면 상설중재판정부에 신청할 수 있다. 그러나 만약 관련 투자자가 본조 제2항에 규정된 절차에 따라 소송을 제기하였다면, 본 조항의 규정은 적용되지 않는다.” 이밖에 1993년 중국-알바니아 BIT, 1993년 중국-에스토니아 BIT, 그리고 1996년 중국-캄보디아 BIT 등에서도 유사하게 규정을 두었다.

45) 다만, 중국은 1998년 폴란드, 1993년 타지키스탄 그리고 1993년 아랍에미리트와 체결한 BIT에서는 이러한 제한규정을 두지 않았다.

46) 예를 들어, 중국은 1997년 카메룬, 1994년 칠레, 1993년 리투아니아, 1995년 모로코 그리고 1994년 페루와 체결한 BIT 모두에서 수용 보상액 분쟁에 대해서만 ICSID 중재를 신청할 수 있다고 규정하였다.

47) 예, 쿠바, 라오스, 타지키스탄 등.

3) 제3단계(1998년 7월~현재)

1998년 7월 중국은 바베이도스와 BIT를 체결하였는데, 이 BIT는 중국이 체결한 기존의 BIT와는 다르게 투자와 관련한 모든 분쟁에 대해 중재를 신청할 수 있다고 규정하였다.

1998년 중국-바베이도스 BIT 제9조는 투자자와 투자유치국 간의 분쟁해결조항을 다음과 같이 규정하였다. “① 계약 일방의 투자자와 계약 타방 간의 모든 투자분쟁은 투자자와 계약 타방 간의 우호적 협상으로 해결하도록 한다. ② 본조 제1항의 분쟁을 분쟁 일방이 타방으로부터 분쟁과 관련한 서면통지를 받은 익일로부터 6개월 내에 협상으로 해결할 수 없는 경우에, 투자자는 다음 두 곳의 중재판정부 중 한 곳을 선택하여 중재를 신청할 권리를 갖는다. i. 1965년 3월 18일 ICSID 협약의 ‘국가와 타국 국민 간의 투자관련 분쟁에 관한 협정’에 의해 설립된 ‘국제투자분쟁해결센터’. ii. ‘국제연합 국제무역법위원회 중재규칙’에 근거하여 설립된 중재판정부. 이 규칙 중 중재인 지정 책임은 ICSID의 사무총장에게 있다. ③ 제2항의 규정에도 불구하고, 계약 일방이 투자자에게 국제중재를 신청하기 이전에 국내 행정심의 절차를 다 할 것을 요구할 수 있다. 그러나 투자자가 제10조의 규정에 따라 소송을 제기한 경우(투자유치국의 관할법원에)에는 본 조의 규정은 적용되지 않는다.”

중국은 바베이도스와 상기와 같이 BIT를 체결한 이후 기타 국가들과 체결한 대부분의 BIT들도 이와 동일한 범위의 중재조항을 채용하였다.⁴⁸⁾ 다만, 1998년 이후 중국이 체결한 BIT 중에서 1999년 바레인, 카타르와 체결한 BIT는 종전대로 여전히 수용 보상액 분쟁에 한정하여 규정되었다.

중국은 1982년 노르웨이와 최초로 BIT를 체결한 이후, 현재까지 100개국 이상과 개별적으로 BIT를 체결하였으며, 현재까지도 유효한 BIT도 100개에 달하고 있다.⁴⁹⁾ 그러나 이들 BIT 중에서 80개 이상의 BIT는 외국투자자와 투자유치국 간의 분쟁에 대해 국제중재를 통한 분쟁해결을 엄격하게 제한하는 규정을 두고 있다.⁵⁰⁾ 즉, 중국은 1998년 이후 신규로 체결한 BIT 및 수정한 BIT에서는 중재범위를 확대하여 규정하고 있으나, 1998년 이전에 체결한 대부분의 BIT에서는 중재범위를 제한적으로 규정하고 있다.

(2) 중재가능 투자의 범위

최근 들어 중국이 체결한 BIT는 투자에 대해 매우 폭넓게 정의하고 있다. 예를 들어, 2003년 중국-독일 BIT 제1조는 “투자는 계약 일방 투자자가 직접 또는 간접적으로 타방의 영내에 각종 유형의 자산, 특히 ① 동산, 부동산 그리고 저당권, 질권과 같은 기타 채

48) 예, 콩고, 보츠와나, 키프로스, 시에라리온, 모잠비크, 케냐, 미얀마, 보스니아, 트리니다드토바고, 코트디부아르, 기아나, 베냉, 라트비아, 우간다 등.

49) <http://tfs.mofcom.gov.cn/sys/print.shtml?/Nocategory/201111>(2013년 7월 1일 방문, 중국 상무부 조약법률국, 양자투자보호협정)

50) 陣安, 전계논문, 2010, p.27.

산권리, ② 기업의 주식, 채권 그리고 기타 형식의 지분, ③ 금전청구권 또는 기타 투자와 관련된 구체적 경제가치가 있는 행위청구권, ④ 지적재산권 특히, 저작권, 특허권, 상표권, 의장권, 상업기밀, 제조공정, 노하우 그리고 영업권, ⑤ 법 또는 계약에 의해 부여된 자연 자원의 탐사 또는 개발을 포함하는 개발권을 포함하며, 이에 한정되지는 아니한다”고 투자의 범위를 매우 폭넓게 약정하였다.

이처럼 중국이 BIT의 보호를 받을 수 있는 투자의 범위를 확대한 이유는 중국의 경제성장과 밀접한 관련이 있기 때문이다. 즉, BIT의 개선 및 확대를 통해 중국의 투자환경을 개선함으로써 외국인투자의 흡입력을 강화시키고, 또한 중국의 해외직접투자(Outward Direct Investment: ODI)의 확대에 따른 중국 자본의 투자환경을 개선하는 역할을 하고 있다.

중국의 해외직접투자는 2000년 해외시장 개척과 자원 확보를 목적으로 한 대외진출전략(走出去,⁵¹⁾ going out)의 실시와 2001년 12월 WTO 가입과 함께 본격화되기 시작하여 글로벌 금융위기를 거치면서 대폭 확대되었다. 중국은 외국인 직접투자의 유입을 통한 성장추구 정책(引進來, inviting in)만으로는 국내산업의 구조조정, 글로벌 경쟁력 확보 등에 한계가 있다는 인식과 함께 해외투자 확대를 통한 외환보유액의 적절한 관리도 주요 원인으로 작용하였다.⁵²⁾ 중국의 해외직접투자 규모는 1990년대 연평균 23.3억 달러에 불과하였으나 2008년~2011년에는 606.5억 달러로 크게 증가하였다. 또한 해외투자잔액도 1990년대 연평균 277.7억 달러에 불과하였으나 2008년~2011년에는 3,659.8억 달러로 증가하였다.⁵³⁾ 중국의 해외직접투자가 중국내로 유입되는 외국인직접투자보다 더 빠르게 증가하면서 전통적으로 해외직접투자 유치국이던 중국이 해외투자국으로서의 역할을 제고하고 있다. 중국은 외국인직접투자 대비 해외직접투자의 비중은 개혁개방 초기인 1981년 2.9%에서 2011년 51.4%까지 상승하였고 2015년에는 해외직접투자가 외국인직접투자 규모를 추월할 것으로 전망하였다.⁵⁴⁾ 그리고 중국은 2011년말 기준 약 13,500개의 기업이 177개 국가에 18,000개 정도의 해외기업을 설립하고 있다.⁵⁵⁾ 이는 중국의 개발도상국 중 최대의 투자유치국이지만, 또한 중요한 자본 수출국이 되었음을 보여주는 결과라 하겠다.

그러나 중국의 BIT와 중국의 해외직접투자의 관련성이 비교적 낮다. 즉, 중국 투자자가 투자한 국가는 177개국 이지만, 현재까지 유효한 BIT는 100개 국가와의 100개의 BIT에 불과하다. 이는 중국의 투자자 중 중국과 BIT를 체결하지 않은 나머지 77개국에 투자한 투자자는 BIT에 의한 보호를 받지 못하고 있는 것이다. 또한 중국의 주요 해외직접투자

51) 2001년 3월 중국 전국인민대표자대회 정부업무보고에서 정식 국가정책으로 결정되었으며, 제10차 5개년계획(2001~2005년)에서 ODI를 동 전략의 주요 수단으로 선정하였다.

52) 2009년 7월 22일 중국 원자바오 총리는 급증한 외환보유액을 활용해 기업의 해외진출 및 M&A를 적극 지원할 것임을 표명하였다.

53) UNCTAD, *World Investment Report 2012*, UN, 2012, p.12.

54) 중국 상무부 내부자료.

55) 중국 상무부 내부자료 및 한국은행 조사국, 『해외경제 포커스』, 한국은행, 제2013-4호, 2003, p.3 참조.

대상국인 미국, 캐나다 등과는 아직까지도 BIT를 체결하고 있지 않고 있어,⁵⁶⁾ 이들 국가에 투자한 중국 투자자들은 그만큼 투자위험에 많이 노출되고 있다. 그리고 중국의 BIT 체결 상대국의 분포를 보면, 선진국 그룹인 OECD 회원국 중 4개국⁵⁷⁾을 제외한 30개국과 BIT를 체결하고 있으나, 개발도상국과는 70개 국가하고만 BIT를 체결하고 있다. 개발도상국은 선진국에 비해 경제적, 정치적 변동이 심하기 때문에 그만큼 상업위험에 많이 노출될 수밖에 없다.

중국은 과거 중국으로의 해외투자를 유인하기 위하여 선진국과의 BIT 체결을 적극적으로 추진하였으나, 주요 투자국이 아닌 개발도상국들과는 상대적으로 BIT 체결에 소극적이었다.⁵⁸⁾ 그러나 중국의 해외직접투자 확대는 개발도상국을 중심으로 이루어지고 있어 이들 국가들과의 적극적인 BIT 체결이 요구된다.⁵⁹⁾

3. 현지국 구제제도

중국이 1990년 이전에 체결한 대부분의 BIT는 “분쟁이 발생한 경우에 우선 우호적인 협상을 통해 분쟁을 해결하고, 분쟁이 발생한 후 6개월 내에 합의가 이루어지지 않은 경우에는 투자유치국의 행정기관에 제소 또는 법원에 소송을 제기할 수 있으며, 만약 수용 또는 국유화관련 보상과 관련한 경우에는 이상의 절차를 통해 해결할 수 없는 경우에 국제중재를 신청할 수 있다”고 규정하고 있다. 중국은 이 당시 국제중재에 대해 주권침해 등을 이유로 부정적인 시각이 강하여, 투자분쟁을 중재를 통한 해결보다는 당사자 간의 협상을 통한 해결이나 투자유치국의 심사를 통한 해결을 선호하였다.⁶⁰⁾ 예를 들어, 1984년 중국-독일 BIT는 현지국의 구제절차를 완료한 이후에만 중재를 신청하여 분쟁을 해결할 수 있도록 규정하였다.

중국은 1990년 이후 현지국 구제의 적용에 일정한 입장 변화를 보였다. 이에 따라서 일부 BIT는 현지국 구제절차를 요구하는 규정을 두지 않고, 곧바로 중재를 신청할 수 있도록 규정하였다. 예를 들어, 1992년 중국-카자흐스탄 BIT가 이렇게 규정하고 있다. 2005년 중국-스페인 BIT는 투자분쟁이 협상을 통해 해결되지 않은 경우에, 외국투자자는 투자유치국의 구제수단의 사전 이용과 관계없이 국제중재를 신청할 수 있도록 하였다. 1992년

56) 중국은 2008~2011년까지 미국과 캐나다에 각각 44.9억 달러(7위), 23.2억 달러(9위)를 투자하였다.

57) 미국, 캐나다, 슬로바키아, 아일랜드.

58) 曾華群, “變革期雙邊投資條約實踐述評”, 『國際經濟法學刊』, 第14卷 第3期, 2007, p.33.

59) 중국의 해외직접투자는 에너지 및 광물자원에 집중되어 있으며, 이러한 투자비중은 더욱 상승하고 있다. 2005~2007년 중 전체 투자액(610억 달러)의 58%인 351억 달러가 이들 분야에 투자되었으나 2008~2012년 6월 중에는 전체 투자액(2,740억 달러)의 75%인 2,040억 달러가 집중되었다. 한편 이러한 중국의 투자성향은 자원이 집중되어 있는 아프리카, 아시아 중남미 및 오세아니아 등의 개발도상국에 대한 투자를 더욱 확대시키는 결과를 가져왔다.

60) 單文華, “Calvo主義死了嗎”, 『國際經濟法學刊』, 第15卷 第2期, 2008, p.165.

한국-중국 BIT는 외국투자자는 국제중재를 신청하기에 앞서 투자유치국의 구제수단을 이용할 수도 있음을 규정하였다.⁶¹⁾ 1993년 중국-아랍에미리트연합 BIT는 외국투자자는 투자유치국 행정구제, 사법구제 그리고 국제중재 중에서 하나 또는 두 가지의 방식을 선택할 수 있다고 규정하고 있다.

그러나 중국이 1997년 이후 체결한 BIT는 대부분 전제조건으로 투자유치국의 행정심의를 완료하고 투자자가 투자유치국 국내 법원에 분쟁 해결을 청구하지 않은 경우에 분쟁을 중재 신청할 수 있도록 하였다. 이러한 입장은 필히 행정구제 절차를 소진하여야 한다는 점과 투자유치국의 사법구제와 국제중재는 서로 배척된다는 점을 명확히 하고 있다.

중국 행정심의법 제31조는 “행정심의기관은 행정심의 신청을 수리한 날로부터 60일 이내에 행정심의결정을 내려야 하며, 사안이 복잡한 경우에는 최대 30일간 연장할 수 있다”고 규정하고 있다. 즉, 행정기관은 최장 90일 이내에 필히 행정심의 결정을 내려야 한다. 2003년 중국-독일 BIT는 투자자가 행정심의를 신청한지 3개월이 경과한 경우에도 여전히 분쟁이 존재하는 경우에, 투자자는 분쟁해결을 국제중재에 신청할 수 있다고 규정하고 있다. 상기 조항을 중국 행정심의법 규정을 근거로 판단하면 다음 두 가지 상황에서 투자자는 중재를 신청할 수 있다. 첫째, 행정기관이 3개월이 경과한 이후에도 여전히 행정심의 결정을 내리지 못한 경우, 둘째, 행정기관이 3개월 이내에 행정심의 결정을 내렸으나, 투자자가 이 결정을 받아드리지 않은 경우이다. 중국은 기존의 BIT를 개정한 13개의 BIT 모두에서 외국 투자자는 3개월 또는 4개월의 행정심의를 완료한 이후에 소송 또는 중재를 이용할 수 있도록 규정하였다.⁶²⁾

4. 법인투자자 국적인정 기준

중국의 BIT에서 법인투자자가 계약국 국민에 속하는지 여부와 관련하여 일반적으로 채택하고 있는 국적인정 기준은 법인설립지 기준이다. 이러한 기준은 중국 BIT 모델에서 채택하고 있는 법인 국적인정 기준과 일치하며,⁶³⁾ 미국, 캐나다 등이 채용하고 있는 BIT 국적인정 기준과도 일치한다.⁶⁴⁾

61) 1992년 한국-중국 BIT 제9조 제3항 하단 “일방국가의 투자자와 타방국가의 정부 간의 기타 문제에 관한 어떠한 분쟁도 상호 합의에 의하여 위에 규정된 중재위원회에 회부된다. 일방국가의 국민 또는 회사가 타방국가의 영역 안에서 행정적 또는 사법적 해결을 구하고 있는 경우, 그 분쟁은 중재위원회에 회부되지 아니한다.”

62) 2007년 한국-중국 BIT 제9조 제3항 제2호 및 제3호 “국제 중재에 회부하기 전 분쟁에 관련된 계약당사자는 투자자에게 그 계약당사자의 법률에 따른 국내행정검토절차를 거치도록 요구할 수 있다. 국내행정검토절차는 서류준비에 소요되는 시간을 포함하여 검토를 위한 신청이 처음 제출된 날부터 4개월을 초과할 수 없다. 4개월 후에도 절차가 완료되지 않은 경우 절차는 완료된 것으로 간주되며, 투자자는 국제 중재에 분쟁을 회부할 수 있다. 투자자는 이 조 제2항에 규정된 4개월 간의 협의 또는 협상 기간 동안 검토를 신청할 수 있다.”

63) 예를 들어, 중국 BIT 모델의 투자자의 정의에 관한 규정에서 투자자는 자연인과 법인을 포함한다고 하고 있으며, 법인은 계약당사국 일방에서 법률에 근거하여 설립 또는 조직된 구체적 주소지가 있는 회사, 단체, 조합 그리고 기타 조직을 말한다고 규정하고 있다.

그러나 실제에 있어서는 예외적인 상황이 존재한다. 예를 들어, 1992년 중국-아르헨티나 BIT의 ‘투자자’ 정의조항에서 “만약 계약당사자 일방의 자연인 또는 법인이 제3국의 영토 내에 보유이익을 목적으로 법인을 설립하였고, 이 법인이 계약당사자 타방에 투자를 하였다면, 이 법인은 계약당사자 일방의 법인으로 인정한다”고 규정하고 있다. 분명히 동 BIT는 법인투자자의 국적인정 기준에 대해 일반적으로 적용되고 있는 법인 설립지 기준을 채택하였을 뿐만 아니라 소위 ‘통제기준’도 함께 채택하고 있다. 그리고 2000년 중국-브루나이 BIT의 투자자 정의에서 중국-아르헨티나 BIT와 유사한 규정을 두었다. 즉, 계약국 일방의 투자자에는 제3국에 설립되어 있으나 계약국의 자연인 또는 법인이 ‘실질적 또는 통제 이익’을 갖는 법인도 포함된다고 하고 있다.⁶⁵⁾

이와 같이 중국의 아르헨티나, 브루나이의 BIT를 적용한다면, 제3국에 설립된 법인은 계약국의 법인으로 인정받을 수 있게 된다. 또한 제3국이 ICSID 계약국이 아니더라도 동 법인은 ICSID 중재를 이용할 수 있는 적격의 당사자가 된다. 그러나 주의해야 할 사항은 상기 BIT에서는 보유이익이 무엇인지 그리고 실질적 또는 통제 이익이 무엇인지에 대해 규정하고 있지 않다는 점이다. 그러므로 이들 용어의 의미를 어떻게 해석할 것인가의 문제는 이들 국가 간에 투자분쟁이 발생한 경우에 직면하게 되는 문제일 것이다. 한편, ICSID 중재판정부의 과거 판정사례에서 보면 자신들의 권한을 폭넓게 해석하는 경향이 있어, 이러한 경우에도 자신들의 관할권을 유리하게 확립하려할 가능성이 높을 것이다.⁶⁶⁾

5. 중재판정의 승인 및 집행

중국 투자자 또는 정부가 투자분쟁의 당사자로 참여한 투자자-국가 간 중재 사건은 현재까지 총 3건이 있었으나,⁶⁷⁾ 이 중 2건은 당사자 간의 화해로 원만이 해결이 되었고, 나머지 평안(PingAn)생명보험 사건은 중국 투자자가 신청인으로 현재 심리가 진행 중이다. 따라서 중국 법원이 ISD관련 중재판정을 실제 어떻게 승인 및 집행하는지에 대해 사례를

64) 미국의 2012년 BIT 모델 제1조 정의조항에서 당사국의 기업(enterprise of a Party)이란 일방 당사국의 법에 의하여 설립 또는 구성된 기업 및 일방 당사국의 영토 내에 위치해 있으며 그 곳에서 영업 활동을 수행하는 지사(branch)를 말한다고 규정하고 있다. 그리고 기업(enterprise)에 대해서는 영리 목적 여부 및 민간정부의 소유나 지배 여부에 관계없이 준거법에 의하여 설립 또는 구성된 실체를 말하며, 법인, 트러스트(기업 합동), 조합, 개인 기업, 합작투자기업, 협회 또는 이에 준하는 단체 및 기업의 지사를 포함한다고 정의하고 있다.

65) 陳輝萍, “ECFA框架下海峽兩岸投資協議的法律思考”, 『時代法學』, 第10卷 第3期, 2012, pp.46-47.

66) Jeswald W. Salacuse, Nicholas P. Sullivan, “Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 46 No. 1, 2005, pp.106-107.

67) Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium (ICSID Case No. ARB/12/29); Ekran Berhad v. People’s Republic of China (ICSID Case No. ARB/11/15); China Heilongjiang International & Technical Cooperative Corp, Qinhuangdaoshi Qinlong International Industrial, and Beijing Shougang Mining Investment v. Republic of Mongolia, UNCITRAL(China-Mongolia BIT), 肖芳, “國際投資仲裁裁決在中國的承認與執行”, 『法學家』, 2011年 第6期, 2011, p.95 참조.

확인할 수는 없다. 다만, ICSID 협정, 뉴욕협약 그리고 중국 국내법의 관련 규정을 통해 중국의 태도를 간접적으로 확인할 수 있으며, 또한 중국 법원이 중국이 가입한 기타 국제조약을 어떻게 적용하고 있는지 등을 통해 중국의 ISD관련 중재판정에 대한 승인 및 집행의 태도를 예측할 수 있을 것이다.⁶⁸⁾

ICSID 협약 제54조 제1항은 “본 협약에 따라 내려진 판정은 구속력 있는 것으로 승인하고 그것이 당해 국가의 법원의 최종판결인 것과 같이 자국의 영역 안에서 이러한 판정에 의하여 과하여진 금전상의 의무를 집행하여야 한다”고 규정하고 있다. 그리고 이와 관련된 중국 민사소송법 제236조는 “중국이 체약 또는 가입한 국제조약이 본 법과 상이하게 규정하고 있는 경우에 동 국제조약의 규정이 우선 적용되나, 중국이 유보선언을 한 조약은 예외이다”라고 규정하여, 중국이 가입한 국제조약의 규정이 유보선언을 한 경우를 제외하고는 우선 적용되도록 하였다. 또한 2001년 중국 최고인민법원도 사법해석인 ‘섭외 민상사건의 심리 및 집행과 관련하여 주의하여야 할 몇 가지 문제점 통지’에서 중재관련 국제조약에 근거하여 국제중재판정의 승인 및 집행을 보장한다고 규정하였다.⁶⁹⁾ 따라서 중국 법원은 ICSID 중재판정에 대해 ICSID 협약 제52조 제1항⁷⁰⁾에 규정되어 있는 중재판정 취소사유에 의해 ICSID 특별위원회(ad hoc committee)로부터 중재판정이 취소된 경우를 제외하고는 판정을 승인 및 집행하여야 한다. 즉, ICSID 특별위원회가 중재판정을 취소판정하지 않으며, 중국 법원은 ICSID 중재판정의 승인 및 집행을 거부할 사유를 갖지 못한다.⁷¹⁾ ICSID 중재판정의 승인 및 집행을 책임지는 각국의 국내기관은 중재판정을 심사할 어떠한 권한도 없으며, 설령 법원지의 공공질서위반도 집행 거부의 사유를 구성하지 못한다.⁷²⁾

중국에서의 ICSID 중재를 이용하지 않은 ISD 중재판정의 승인 및 집행 문제는 ICSID 중재의 집행과 달리 보다 복잡한 상황을 야기할 수 있을 것이다. 즉, 중국 법원은 ICSID 이외의 중재기관을 이용하거나 임시중재를 통해 내려진 ISD 중재판정을 뉴욕협약 또는 중국 중재법의 관련 규정에 근거하여 승인 및 집행 여부를 판결할 수 있을 것이다. 그러

68) 중국 법원이 국제조약의 관련 규정을 직접적으로 적용하여 판결을 내린 대표적인 사건은 다음과 같다. 1998년 산둥성 고급인민법원의 ‘미국연합기업(주)과 중국 상동성 대외무역총공사 연태분공사 간의 매매계약 분쟁 사건’, 1995년 북경시 제1중급인민법원의 ‘20세기폭스사와 북경시 문화예술출판사 간의 음반 저작권 침해 분쟁 사건’, 그리고 1988년 천진시 해사법원의 “중국 선박연료공급공사 천지분공사와 홍콩 대운항운(주) 간의 선박충돌 손해배상 사건” 등이 있다. 沈四寶, “論國際條約在我國的適用”, 『甘肅社會科學』, 2010年 第3期, 2010, p.116 참조.

69) 2001년 중국 최고인민법원 ‘섭외민상사건의 심리 및 집행과 관련하여 주의하여야 할 몇 가지 문제점 통지’ 제3조 “섭외중재판정과 국외중재판정의 심리 및 집행에 대해 관련 국제조약 및 민사소송법, 최고인민법원의 민사소송법의 적용에 따른 몇 가지 문제에 대한 의견 등에 근거하여 중재판정을 승인 및 집행하여야 한다.”

70) ICSID 협약 제52조 제1항 “각 당사자는 다음의 1 또는 2 이상의 사유로서 사무총장 앞으로 신청서를 제출하여 판정의 취소를 요청할 수 있다. ①중재판정부 구성의 부적절, ②중재판정부의 명백한 월권, ③중재인의 부정, ④기본적인 절차규칙의 심각한 이탈, ⑤판정문에 판정사유 불기재.”

71) 하현수, “국제투자중재의 판정취소제도에 관한 연구”, 『관세학회지』, 제13권 제2호, 한국관세학회, 2012, pp.233-234.

72) Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001, p.1129.

나 뉴욕협약 및 중국 중재법 모두 사인과 국가 간의 중재판정 승인 및 집행에 적용되지 않는다고 언급하고 있지는 않았으나, 통상 이들 법규는 사인 간 중재판정의 승인 및 집행에 적용하기 위하여 제정된 것으로 인정되고 있다. 따라서 뉴욕협약 및 중국 중재법을 ISD 중재판정에 적용할 수 있는가 하는 문제가 야기될 수 있다. 그러나 관련 학자들의 공통된 주장은 주권국가를 당사자로 하여 뉴욕협약 및 중국 중재법을 적용하는 것은 별다른 문제는 없을 것으로 보았다.⁷³⁾

중국 법원은 뉴욕협약에 근거하여 ISD 중재판정의 승인 및 집행을 청구하는 경우에, 뉴욕협약 제5조의 승인 및 집행 거부사유에 근거하여 판정을 심사할 수 있을 것이다.⁷⁴⁾ 그리고 중국 법원은 피집행신청인으로부터 뉴욕협약 제5조에 규정된 집행거부 사유가 있음을 증명되거나 집행법원이 이들 사유를 증명하는 경우에는 승인 및 집행을 거부할 수 있을 것이다. 그러나 중국은 1987년 뉴욕협약 가입하면서 상호주의 유보선언과 상사유보선언을 하였다.⁷⁵⁾ 이중 중국의 상사유보는 중국에서의 국제투자 중재판정의 승인 및 집행에 장애를 형성할 수 있다. 즉, 중국은 상사유보선언을 통해 뉴욕협약을 “중국의 법률에 따라 계약적 및 비계약적 상사법률 관계에 의해 야기된 분쟁”에 한하여 적용한다고 하였으며, 이후 후속조치로 중국 최고인민법원은 ‘중국이 가입한 뉴욕협약의 집행에 관한 통지’⁷⁶⁾(關於執行我國加入的<承認及執行外國仲裁裁決公約>的通知)를 공포하였다. 이 통지 제2조는 “중국 법률에 근거하여 계약성 및 비계약성 상사관계에 속하는” 것은 구체적으로 “계약 및 권리침해로 인하여 또는 관련법률 규정에 근거하여 발생한 경제상의 권리 및 의무 관계로, 예를 들어 물품매매, 재산임대차, 공사도급, 가공도급, 기술이전, 합자경영, 합작경영, 자연자원 탐사개발, 보험여신, 노무, 대리, 자문서비스 그리고 해상, 민간항공, 철도, 도로의 여객 및 화물 운송, 상품책임, 환경오염, 해상사고 및 소유권 분쟁 등이며, 외국투자자와 투자유치국 정부 간의 분쟁은 포함되지 않는다”라고 규정하였다. 따라서 중국 법원은 ICSID 중재를 이용하지 않은 ISD 중재판정을 뉴욕협약에 근거하여 승인 및 집행하지 않을 것이다.

중국 법원이 뉴욕협약을 적용할 수 없다면 ISD 중재판정의 승인 및 집행은 어떠한 절차를 따라야 하는가? 이와 관련하여 중국 민사소송법 제267조는 “외국중재기관의 판정은 중화인민공화국 인민법원의 승인 및 집행이 요구되며, 응당 당사자가 직접 피신청인 주소

73) Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law International, 1981, pp.277-282.

74) 뉴욕협약 제5조에 규정된 외국중재판정 승인 및 집행 거부사유는 중재가능성이 없는 경우, 중재합의가 무효인 경우, 중재판정부가 부적절하게 구성된 경우, 중재절차가 부적절하게 진행된 경우, 중재판정부가 월권한 경우, 그리고 판정의 승인 및 집행이 집행지국 공공질서를 위반하는 경우 등이다.

75) 뉴욕협약 제1조 제3항은 뉴욕협약은 다른 체약국의 영토 내에서 내려진 판정에 대해서만 이 협약의 적용을 받는다는 이른바 상호주의유보와 상사적인 법률관계에서 발생하는 분쟁에 대해서만 이 협약을 적용한다는 이른바 상호유보를 선언할 수 있도록 하였다. 목영준, 「상사중재법」, 박영사, 2011, p.34 참조.

76) 1987年 4月 10日 法(經)發[1987]5號.

지 또는 그의 재산소재지 중국인민법원에 신청하여야 한다. 인민법원은 응당 중화인민공화국이 체약 또는 참가하고 있는 국제조약에 근거하여 또는 호혜원칙에 따라 처리하여야 한다”고 규정하고 있다. 따라서 중국 법원은 뉴욕협약이 적용될 수 없는 판정에 대해서는 호혜원칙에 따라 승인 및 집행 청구를 처리하여야 한다. 이에 따라서 집행신청인은 관련 국가와 중국 간에 호혜관계가 존재하는 가를 증명하여야 한다. 그리고 사인간 중재판정의 경우는 많은 관련 사건이 발생하고 있어 보다 쉽게 호혜관계를 증명할 수 있으나, 중국처럼 외국투자자와 국가 간에 투자분쟁이 거의 발생하지 않은 경우에 ISD 중재판정의 호혜관계를 증명하는 것은 쉽지 않을 것이다.⁷⁷⁾

따라서 중국 법원은 호혜관계도 증명할 수 없는 ISD 중재판정에 대해서는 최종적으로 중국 국내법을 적용하여 승인 및 집행 여부를 판단하게 될 것이다. 이와 관련된 중국 국내법 규정은 중국 중재법 제71조⁷⁸⁾와 민사소송법 제260조⁷⁹⁾의 규정이다. 그러나 이와 같이 중국 국내법을 적용하여 ICSID 중재를 이용하지 않은 기타 ISD 중재판정의 승인 및 집행 여부를 판단하는 것은, 본래 투자유치국의 간섭을 최소화하여 외국투자자를 보호하고자 하는 BIT의 기본목적에 부합하지 않는 결과를 초래할 수도 있을 것이다.

IV. 결론 및 시사점

중국은 ISD와 관련하여 1990년대 중반 이전까지는 비교적 신중한 태도를 보였다. 즉, 중국의 BIT는 투자자와 투자유치국 간의 분쟁을 임시중재를 통해 해결하는 방식을 채용하는 경우가 많았으며, 중재범위도 수용 또는 국유화에 따른 보상액과 관련한 분쟁에 한정하는 경우가 많았다. 그러나 중국은 1990년대 중반 이후 BIT 정책에 변화를 보여, 보다 적극적으로 ICSID 중재를 이용하였으며, 중재범위도 크게 확대하였다.

이러한 중국의 변화는 BIT에 대한 중국의 태도 변화를 반영하고 있다. 즉, 중국은 중재를 신청할 수 있는 분쟁의 범위에 있어서, 수용 보상액에 관한 분쟁에서 당사자가 동의한 기타 투자분쟁으로 그리고 최근에는 모든 투자분쟁으로 그 중재범위를 확대하는 단계적인

77) 이밖에도 중국과 호혜관계가 존재해야 하는 국가가 중재기구 소재국이어야 하는지, 중재지국이어야 하는지 아니면 신청인의 국적국이어야 하는지 등에 대해서도 명확한 규정이 없다. 張瀟劍, “ICSID仲裁裁決的承認與執行”, 『西北大學學報(哲學社會科學版)』, 2010年 第4期, 2010, p.182 참조.

78) 중국 중재법 제71조 “피신청인이 대외중재판정이 민사소송법 제260조 제1항 각 호의 1에 해당한다는 증거를 제출한 경우, 인민법원은 합의부를 구성, 당해 사실을 심사하고 불집행을 결정한다.”

79) 중국의 민사소송법 제260조는 중재판정의 취소 및 집행 거부 사유를 다음과 같이 규정하고 있다. 첫째, 중재합의가 없는 경우, 둘째, 피신청인이 중재인을 지정하지 못하였거나 중재절차와 관련한 통지를 받지 못하였을 경우, 셋째, 중재판정부의 구성 또는 중재절차가 중재규칙에 부합하지 않는 경우, 넷째, 중재사항이 중재합의의 범위에 속하지 않거나, 중재기관이 중재할 권리가 없는 경우, 다섯째, 중재판정의 집행이 중국의 사회공공이익을 위반하는 경우이다.

확대 전략을 취하였다. 또한 중국은 모든 투자분쟁을 중재에 신청할 수 있도록 허용한 후에도 투자분쟁에 대한 간섭을 유지 또는 확보할 목적으로 2000년 이후 새로 체결된 대부분의 BIT에 행정심의를 중재 신청의 전제절차로 규정하여, 중국 정부가 일정하게 투자분쟁을 통제할 수 있도록 하였다.⁸⁰⁾ 심지어 중국의 일부 BIT는 투자유치국으로서 중국만이 행정심사를 실시할 권한이 있고, 투자유치국으로서 타방 계약국은 행정심사를 실시할 권한이 없다고 규정하기도 하였다.⁸¹⁾

이러한 중국의 ISD에 대한 태도 변화는 중국이 자본수입국에서 자본수출국으로 전환되고 있음을 보여주는 증거이기도 하다. 즉, 본문에서 언급한 바와 같이 중국은 2000년대에 들어서면서 점차 해외투자가 증가함에 따라, 중국의 해외투자를 보호할 목적으로 ISD를 보다 적극적으로 받아들이는 변화를 보인 것이다.⁸²⁾

마지막으로 우리 정부가 이상에서 살펴본 중국의 ISD관련 태도를 토대로 한중 FTA 투자관련 협상에서 신중히 접근해야 할 점들에 대하여 정리하고, 우리 투자자가 중국 정부 간에 투자분쟁이 발생하는 경우에 유의하여야 할 사항에 대해서 정리한다.

첫째, 국제 중재를 신청할 수 있는 중재기관을 확대하여야 한다. 한국-중국 BIT는 중재를 신청하고자 하는 경우에 ICSID 중재와 UNCITRAL 중재규칙 및 기타 중재규칙을 적용한 임시중재 만을 이용할 수 있다고 규정하고 있다. 이에 따라서 한중 투자자가 이용할 수 있는 중재기관을 한정하여 투자자의 선택권을 적절히 보장하지 못하고 있다. 그러나 최근에 체결된 많은 BIT에서는 상기와 같은 중재기관 이외에도 당사자가 합의한 경우에는 기타 중재기관 이용도 가능하도록 하고 있다.⁸³⁾ 따라서 분쟁당사자의 추가적인 선택권을 보장할 수 있도록 이용가능 중재기관을 확대하여야 한다.

둘째, ISD의 적용 범위를 신중하게 검토하여야 한다. 중국에 투자한 우리 투자자를 보호하기 위해서는 한국-중국 BIT 보다 더 높은 수준의 한중 FTA 구축이 필요하다는 주장이 많다. 그러나 양국의 투자개방 분야가 상이한 상황에서 ISD 적용 범위를 어느 정도까지 할 것인가에 대해 면밀한 검토가 필요하다. 우리 투자자의 보호만을 고려하여 적용 범위를 필요 이상으로 확대한다면, 한국에 투자하는 중국 투자자에 대하여도 동일한 적용 범위의 보장에 따라 우리에게 불리하게 작용할 수도 있을 것이다. 이러한 점에서 한중 FTA는 한미 FTA와는 다른 기준으로 검토하여야 할 것이다.

셋째, 법인투자자의 국적인정 기준을 확대하여야 한다. 즉, 우리나라도 중국과 FTA 투자협정 등의 체결에 있어 우리나라 자연인 또는 법인이 제3국에 설립한 법인이 중국에

80) 李燁, “中國雙邊投資條約政策與定位的實證分析”, 『國際經濟法學刊』, 第16卷 第3期, 2009, p.188.

81) 2001년 중국-네덜란드 BIT, 2003년 중국-독일 BIT, 2004년 중국-라트비아 BIT 등.

82) 曾華群, “論南北問題與雙邊投資條約實踐的發展趨向”, 載于『國際經濟秩序與國際經濟法新發展』, 法律出版社, 2009, p.25.

83) 2012년 미국 양자간투자협정 표준안 제24조 제3(d)항 “원고와 피고가 기타 모든 중재기관에 대해 동의할 경우 또는 그 밖의 중재규칙에 준거한다.”

해외직접투자를 한 경우에, 이 법인을 우리 기업이 실질적으로 통제하는 경우에는 우리 법인으로 인정받을 수 있도록 중국이 아르헨티나 및 브루나이와 체결한 것과 유사한 규정을 두어 투자자에 대한 보호를 확대하여야 할 것이다.

넷째, 중국의 투자관련 협정에 대한 태도변화를 면밀히 검토하여야 한다. 중국이 과거 30여 년간 체결한 BIT는 많은 변화를 보였으며, 상황 변화에 따라 융통성 있게 BIT를 체결한 것으로 평가할 수도 있다. 그러나 부정적인 입장에서 보면 중국은 BIT 체결에 있어 원칙이 부족하여 계약상대국의 요구에 따라 BIT를 체결하는 경우가 많았다고 할 수 있다. 중국이 이처럼 상대국에 따라서 BIT를 상이하게 약정한 이유는 중국의 능력부족, 전문성 부족, 정부 내부 협조부족, 그리고 협상력 열세 등에서 찾을 수도 있다.⁸⁴⁾ 그러나 중국의 급속한 경제성장 및 경제력 확보는 향후 중국이 상당한 우위를 갖고 BIT를 체결할 수 있도록 하고 있다.⁸⁵⁾ 따라서 향후 중국 정부는 타국과의 BIT 및 FTA 투자협정의 체결에 있어서 자신들의 투자관련 원칙에 부합하도록 협정을 체결하려고 할 것이다. 이는 우리가 의도하지 않은 방향으로 투자협정이 체결 또는 변경될 수도 있다는 것이다.

마지막으로 우리 기업이 중국 정부를 상대로 ISD관련 중재를 이용하는 경우에 유의하여야 할 점을 제시하고자 한다. 현행 한국-중국 BIT에 따라 우리 투자자는 ICSID 중재와 UNCITRAL 중재규칙에 따른 임시중재 중에서 하나를 선택하여 중재를 신청할 수 있다. 중국 법원은 ICSID 중재판정에 대해 승인 및 집행을 거부할 수 있는 권한이 없으나, 임시중재 중재판정에 대해서는 본문에서 살펴본 바와 같이 호혜원칙 또는 중국 중재법을 적용하여 승인 및 집행 여부를 심사하게 된다. 우리 투자자가 어떤 중재기관을 선택하느냐에 따라 중국 법원의 중재판정 승인 및 집행 심사권한의 부여 여부가 결정된다. 따라서 우리 투자자들이 중국 정부를 상대로 ISD를 이용하는 경우에 중국 법원의 간섭을 최소화하기 위해서 ICSID에 중재를 신청하여야 할 것이다.

본 논문에서는 지면상의 제한 등으로 인하여 ISD 중재판정의 중국에서의 집행과 관련하여 개괄적인 내용만을 논의하였다. 따라서 필자는 상기 문제를 후속 연구과제로 정하여 향후 보다 심도 있는 연구를 진행하고자 한다.

84) UNCTAD, *International Investment Rule-making: Stocktaking, Challenges and the Way forward*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development(UNCTAD/ITE/IIT/2007/3), United Nations, 2008, p.33; Andrew T. Guzman, "Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 38, 1998, pp.666-667.

85) Axel Berger, "China's New Bilateral Investment Treaty Programme: Substance, Rational and Implications for International Investment Law Making", 『國際經濟法學刊』, 第16卷 第4期, 2009, p.42.

참고문헌

- 김관호, “중국의 투자협정 정책의 변화와 한중투자협정의 고찰”, 『동북아경제연구』, 제20권 제1호, 한국동북아경제학회, 2008.
- 김호·김진형, “한중 투자보장협정을 통한 ISD제도에 관한 고찰”, 『인천법학논총』, 제14집, 인천대학교 법학연구소, 2012.
- 남영숙, “중국의 최근 투자협정 변화: 한-중 투자보장협정과 중-뉴질랜드 FTA를 중심으로”, 『통상법률』, 제89호, 법무부, 2009.
- 목영준, 『상사중재법』, 박영사, 2011.
- 유예리, “한-중 FTA 투자협정의 주요 쟁점 고찰”, 『국제법학회논총』, 제57권 제1호(통권 제124호), 대한국제법학회, 2012.
- 이기평, “한중FTA투자챕터상 MFN조항의 ISDS절차에 대한 적용문제 연구”, 『법학논고』, 제40집, 경북대학교 법학연구원, 2012.
- 이남구, “중국의 외국인투자 유치정책과 현황”, 『중국연구』, 제10집, 한양대학교 중국문제연구소, 1991.
- 하현수, “중국의 하자중재합의 효력 인정에 관한 연구”, 『관세학회지』, 제14권 제2호, 한국관세학회, 2013.
- 하현수, “중국과 대만간 중재판정의 상호집행에 관한 연구”, 『중재연구』, 제19권 제1호, 한국중재학회, 2009.
- 하현수, “중국 법원의 중재판정 승인 및 집행에서 공공질서 적용에 관한 연구”, 『중재연구』, 제21권 제3호, 한국중재학회, 2011.
- 하현수, “국제투자중재의 판정취소제도에 관한 연구”, 『관세학회지』, 제13권 제2호, 한국관세학회, 2012.
- 하현수, “중국과 대만 간 투자분쟁해결제도에 관한 연구”, 『중재연구』, 제22권 제2호, 한국중재학회, 2012.
- 한국은행 조사국, 『해외경제 포커스』, 한국은행, 제2013-4호, 2003.
- 單文華, “Calvo主義死了嗎”, 『國際經濟法學刊』, 第15卷 第2期, 2008.
- 徐崇利, “從南北紛爭焦點的轉移看國際投資法的晚近發展”, 『比較法研究』, 1997年 第1期, 1997.
- 徐崇利·趙德銘, “‘九七’之后國際投資條約繼續適用於香港特別行政區問題的爭議”, 『中國法與比較法年刊』, 第1卷 第2期, 1996.
- 肖芳, “國際投資仲裁裁決在中國的承認與執行”, 『法學家』, 2011年 第6期, 2011.

- 宋慶宙, “略論中韓新舊BIT之差異及對中國的影響”, 『知識經濟』, 2010年 第10期, 2010.
- 沈四寶, “論國際條約在我國的適用”, 『甘肅社會科學』, 2010年 第3期, 2010.
- 沈偉, “論中國雙邊投資協定中限制性投資爭端解決條款的解釋和適用”, 『中外法學』, 第24卷 第5期, 2012.
- 楊趣玲, “評‘謝業深案’仲裁條款適用範圍認定問題-兼論我國雙邊投資協定序言的規範路徑”, 『廈門廣播電視大學學報』, 第2期, 2011.
- 梁詠, “我國海外投資之間接徵收風險及對策-基于‘平安公司-豐通集團案’的解讀”, 『法商研究』, 2010年 第1期, 2010.
- 余勁松·詹曉寧, “國際投資協定的進期發展及對中國的影響”, 『法學家』, 第2006年 第3期, 2006.
- 李燁, “中國雙邊投資條約政策與定位的實證分析”, 『國際經濟法學刊』, 第16卷 第3期, 2009.
- 李玲, “中國雙邊投資保護協定締約實踐和面臨的挑戰”, 『國際經濟法學刊』, 第17卷 第4期, 2010.
- 李夢園·宋連斌, “論社會公共利益與商事仲裁的司法監督-對我國法院若干司法實踐的分析”, 『北京仲裁』, 2004年 第6期, 2004.
- 林愛民, 『國際投資協定爭議仲裁研究』, 復旦大學 博士學位論文, 2009.
- 張瀟劍, “ICSID仲裁裁決的承認與執行”, 『西北大學學報(哲學社會科學版)』, 2010年 第4期, 2010.
- 曾華群, “變革期雙邊投資條約實踐述評”, 『國際經濟法學刊』, 第14卷 第3期, 2007.
- 曾華群, “論南北問題與雙邊投資條約實踐的發展趨向”, 載于『國際經濟秩序與國際經濟法新發展』, 法律出版社, 2009.
- 陳安·谷婀娜, “南北矛盾視覺‘應當‘摒棄’嗎?-聚焦中加2012BIT”, 『現代法學』, 第35卷 第2期, 2013.
- 陳安, 『論國際經濟法學』, 復旦大學出版社, 2008.
- 陳安, “對香港居民謝業深訴秘魯政府案ICSID管轄權裁定的四項質疑-<中國-秘魯BIT>適用於‘一國兩制’下的中國香港特別行政區嗎”, 『國際經濟法學刊』, 第17卷 第1期, 2010.
- 陳安, “關於中國應否參加‘華盛頓條約’,可否接受‘解決投資爭端國際中心’仲裁體制的分歧意見”, 載于『國際投資爭端仲裁-‘解決投資爭端國際中心’機制研究』, 復旦大學出版社, 2001.
- 陳安, “區分兩類國家, 實行差別互惠; 再論ICSID體制賦與中國的四大‘安全網’不宜貿然全面拆除”, 『國際經濟法學刊』, 第14卷 第3期, 2007.
- 陳輝萍, “ECFA框架下海峽兩岸投資協議的法律思考”, 『時代法學』, 第10卷 第3期, 2012.
- Berg, Albert Jan van den, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law International, 1981.
- Berger, Axel, “China’s New Bilateral Investment Treaty Programme: Substance, Rational and Implications for International Investment Law Making”, 『國際經濟法學刊』, 第16卷 第4期, 2009.
- Guzman, Andrew T., “Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 38, 1998.

Jackson, John Howard, Marco C. E. J. Bronckers, Reinhard Quick, *New Directions in International Economic Law: Essays in Honour of John H. Jackson*, Kluwer Law International, 2000.

Kong, Qingjiang, “Bilateral Investment Treaties: The Chinese Approach and Practice”, *Asian Yearbook of International Law*, Vol. 8, 1998/1999.

Salacuse, Jeswald W., Nicholas P. Sullivan, “Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 46 No. 1, 2005.

Schreuer, Christoph H., *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001.

UNCTAD, *International Investment Rule-making: Stocktaking, Challenges and the Way forward*, *UNCTAD Series on International Investment Policies for Development (UNCTAD/ITE/IIT/2007/3)*, United Nations, 2008.

UNCTAD, *World Investment Report 2012*, United Nations, 2012.

UNCTAD, *World Investment Report 2013*, United Nations, 2013.

ABSTRACT

A Study on the Resolution Mechanism for Dispute between Investor and State in China

Hyun-Soo Ha

Chinese ISD has been changed a lot since the reformation policy in 1978 and it is expected that China will present a changed attitude toward its advantage as its industrialization continues to advance. This study generally examines the ISD in BIT and also considers not only the attitude of China with regard to ISD but also the changes on the Chinese side. Moreover, this study determines the areas on which the Chinese government focuses. In order to conduct this study, the author attempts to classify the attitudes on ISD into chronical change and treaty powers based on the analysis of BIT. In addition, the paper examines the main contents of ISD in BIT which previously involved an agreement such as arbitral institution, arbitral range, counter-measures of local country, standard for admitting the nationality of corporate investors, and recognition and enforcement of arbitral award. Based on analysis, this paper mentions matters that require attention and caution in the Korea-China FTA as regards investment negotiation, and also suggests instructions for investors who may face dispute with the Chinese government.

Key Words: ISD, BIT, Chinese Investment Treaty, ICSID Convention, Investment Disputes, ICSID Arbitration