

## 중국 중재제도의 특징과 그 역사·문화적 배경에 관한 연구\*

### A Study on the Characteristics of Chinese Arbitration System and Its Historical and Cultural Background

오 원 석\*\*  
Won-Suk Oh  
이 경 화\*\*\*  
Jing-Hua Li

#### <목 차>

- I. 서 론
  - II. 임시중재의 불인정
  - III. 중재에 대한 심각한 사법간여
  - IV. 중재조정제도
  - V. 요약 및 결론
- 참고문헌  
Abstract

주제어 : 중국중재, 임시중재, 사법간여, 중재조정, 중국중재의 특징

\* 이 논문은 2013년 교육부의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2013S1A5B8A01053894).

\*\* 제1저자, 성균관대학교 경영전문대학원 교수, 이메일: wsoh@yurim.skku.ac.kr

\*\*\* 교신저자, 동서울대학교 경영학부 조교수, 이메일: jinghua1214@naver.com

## I. 서론

무역분쟁은 법원을 통한 소송방식만으로는 효과적으로 처리하는데 한계가 있으며 특히 국제무역에서는 피고지에서 재판을 하게 되면 원고에게 불리하게 작용할 우려가 있고<sup>1)</sup> 원고지에서 재판을 하게 되면 피고지에서 집행이 어렵게 될 우려가 있어 소송보다는 중재에 의한 해결이 선호되고 있다. 상사중재는 상사분쟁이 발생한 경우 분쟁당사자들의 합의에 의하여 선정된 중재인이 중립적인 위치에서 내린 중재판정에 의하여 분쟁을 해결하는 방식으로 대표적인 소송 외 분쟁해결방법(Alternative Dispute Resolution; 이하 ADR)<sup>2)</sup>이다. 실제로 전 세계적으로 무역분쟁의 대부분이 중재로 해결되고 있으며 세계 각국에 신뢰성 있고 대표적인 중재기관들이 많이 설립되어 활동하고 있다.<sup>3)</sup>

중국은 2012년부터 연간 무역액이 미국을 제치고 세계 1위를 차지하는 무역대국이며<sup>4)</sup> 한국의 최대 교역상대국이자<sup>5)</sup> 최대 무역분쟁 발생국<sup>6)</sup>이라는 점에서 중국의 상사중재제도를 연구하는 것은 의미 있는 일이라 하겠다. 하지만 중국은 최대무역국임에도 불구하고 급속한 사회·경제적인 변화에 법적 인프라가 뒷받침하지 못하는 기형적인 발전을 하고 있다. 특히 중재에서는 중재기관의 독립성이 낮고 국제표준에 미치지 못하는 중재제도를 시행하고 있으며 다른 나라와는 다른 독특한 중재조정방식을 사용하기도 한다. 중국은 현재 자국법규를 정비하여 국제표준과 시장경제에 맞추어 자국과 거래하는 외국기업들에게 법

- 1) 특히 중국은 공산당 1당 체제로 법원이 독립적이지 못하여 상사사건의 70%가 공산당 및 지방 정부관료의 의지대로 판결이 내려지고 있다(Turgut Guvenli-Rajib Sanyal, "Perception and Management of Legal Issues in China by US Firms", *The Journal of Social-Economics*, Vol.32, 2003, p.165). 게다가 법원이 지방정부의 압력을 받아 피고에 대한 집행을 거절하기도 한다(Randall Peerenboom, "Enforcement of Arbitral Awards in China", *The China Business Review*, 2001, p.11).
- 2) ADR이란 분쟁을 법원 밖에서 해결하는 방법으로 사법적 절차에 수반되는 비용적, 시간적 낭비를 절감하기 위한 일련의 절차이다. (서정일, "조정제도의 통합적 운용방안에 관한 연구", 「중재연구」, 제23권 제2호, 한국중재학회, 2013, p.38).
- 3) 세계 주요 중재기관으로는 ICC(International Chamber of Commerce), AAA(American Arbitration Association), LCIA(London Court of International Arbitration), SIAC(Singapore International Arbitration Center), CIETAC(China International Economic and Trade Arbitration Commission) 및 ICSID(International Centre for Settlement of Investment Disputes) 등이 있다.
- 4) 2012년 세계무역의 순위는 중국, 미국, 독일, 일본, 네덜란드, 프랑스, 한국, 러시아, 이태리 순이다(한국무역협회).
- 5) 2012년 한국의 국가별 무역순위는 중국, 미국, 일본, 홍콩, 싱가포르, 베트남, 대만, 인도네시아, 인도 순이다(한국무역협회).
- 6) 한국의 무역클레임은 중국(25.9%), 미국(22.6%), 일본(20.3%) 순으로 많이 발생하며, 중국과 거래시에는 국내업체가 클레임을 제기한 비율이 제기 받은 비율보다 더 높았고, 미국과 일본과의 거래시에는 클레임을 제기 받은 비율이 더 높다(대한상사중재원 클레임실태조사 보고서, 2006). 2009년부터 2011년까지 KCAB에서 접수한 중재사건 중 중국기업이 신청한 사건은 13건, 한국기업이 신청한 사건은 22건이었다(김광수, "한·중 수교 20년간 한·중 중재협력방안에 관한 소고", 중재 제337호, 2012, p.9); 중국의 국제분쟁건수는 가파른 상승세를 계속 이어가고 있다고 한다(高永富·陳晶瑩, 「國際貿易法論叢」, 北京大學出版社, 2006, p.4).

적 안정성을 보장하기 위한 노력을 계속적으로 하고 있는데,<sup>7)</sup> 그럼에도 불구하고 여러 가지 역사적, 사회적, 문화적 특성으로 말미암아 법제의 정비한계와 실무상의 문제점이 존재한다.<sup>8)</sup>

중국중재의 특징에는 국내중재와 국제중재에 대하여 일부 구별된 제도를 적용하고, 임시중재를 인정하지 않고, 당사자자치가 제한되거나 중재기관의 독립성이 부족하고, 중재에 대한 사법간여가 심각하며, 판정집행에 어려움이 존재하는 등이 있다. 그 외에도 중국의 중재기관에서는 중재절차 중에 판정부가 직접 조정을 진행하고 조정결과를 판정문으로 작성하는 방식을 사용하고 있는데 이 역시 중국중재의 특징에 포함된다.

본고에서는 위 특징들 중 가장 독특하다고 할 수 있는 세 가지 - 임시중재의 불인정, 심각한 사법간여, 중재조정제도-를 선택하여 이러한 특징에 대한 중국의 입장과 실태를 살펴보고, 나아가 이러한 특징을 나타내게 된 배경을 역사적, 문화적, 사회적 등 다양한 측면에서 분석하고자 한다. 한국과 중국이 FTA를 체결하게 되면 앞으로<sup>9)</sup> 중국과의 교역이 더욱 활발해 질 것이고 무역분쟁도 늘어날 것이며 나아가 중재지로 중국을 선택할 가능성도 커질 것이다. 이런 경우에 대비하여 본 연구는 중국중재의 특징과 그러한 특징을 나타내는 배경을 분석함으로써 무역관련 업계와 법조계, 학계가 중국중재를 사용하고 이해하는데 도움을 주고자한다.

본 연구와 관련된 선행연구로는, 윤진기의 연구에서 절차상 보전조치의 특징을 다루었고, 차경자, 이시환, 김선정, 소효룡 등의 연구에서는 중국에서 외국중재판정에 대한 집행 및 판정취소에 대해 다루었으며, 신군재, 이주원, 하현수 등의 연구에서는 중국 중재제도의 특성 및 문제점에 대해 다루었다. 그 외 허익범과 김태경은 박사학위논문의 한 절로 중국중재의 특징을 다루었고 허익범은 중국중재의 국제화 과제를 중심으로, 김태경은 중재에 대한 중국법원의 사법간여에 대해 기술하였다.<sup>10)</sup>

7) 중국은 2000년을 전후하여 중재제도 개선에 관한 의견제시를 본격적으로 진행하기 시작하였으며 지금까지도 끊임없이 이러한 제도개선 요구가 각계, 각층에서 이어지고 있다(김태경, “중국상사중재에 대한 사법간여에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, 2009, pp.120-127).

8) 이주원, “중국 중재제도의 특징에 관한 소고”, 중재연구 제15권, 제3호, 2005, p.115.

9) 이달 한중 FTA 11차 공식협상이 이루어진다.

10) 윤진기, “중재절차상의 보전조치에 관한 한중법제 비교”, 『기업법연구』, 제20권 제3호, 한국기업법학회, 2006.  
차경자, “중국의 섭외 및 외국중재판정 강제집행제도 연구” 『중재연구』, 제15권 제2호, 한국중재학회, 2005.  
이시환, “중국법원의 섭외상사중재판정의 취소”, 『무역상무연구』, 제31권, 무역상무학회, 2006.  
김선정, “중국에 있어서 외국중재판정의 승인 및 집행거절 사유인 공서와 법의 지배”, 『중재연구』, 제18권 제3호, 한국중재학회, 2008.  
신군재, “중국 중재제도의 특성에 관한 연구” 『무역학회지』, 제29권 제4호, 한국무역학회, 2004.  
이주원, “중국 중재제도의 특징에 관한 소고”, 『중재연구』, 제15권 제3호, 한국중재학회, 2005.  
유충원·하현수, “중국의 중재법상 중재기관 약정과 관련한 중재합의 유효요건에 관한 사례연구”, 『무역학회지』, 제32권 제3호, 한국무역학회, 2007.  
소효룡, “중국법원에서의 외국중재판정에 대한 승인과 집행”, 『인하대학교 법학연구』, 제16권 제1호, 2013.  
허익범, “중화인민공화국 국제상사중재의 법제와 국제화 동향 연구”, 고려대학교 박사학위논문, 2007.  
김태경, 앞의 논문.

한편, 본고에서는 중재절차 중에 조정을 진행하는 중국만의 독특한 방식을 추가 기술함으로써 기존의 연구들과 차별성을 두고 있으며, 나아가 중국중재의 특징이 나타나게 된 배경에 대해 다방면으로 분석함으로써 기존에 단순 중국중재의 특징이나 문제점을 제기하던 연구와는 다른 측면으로 접근하였다.

## II. 임시중재의 불인정

### 1. 임시중재의 불인정

임시중재(*ad hoc Arbitration*)란 절차를 관리하거나 중재규칙을 제공하는 중재기관 없이<sup>11)</sup> 당사자가 공동으로 선정한 중재인으로 구성된 임시 판정부에서 진행하고 판정을 내린 후에 즉시 해산하는 중재를 지칭한다. 이는 상설기구와 고정된 인력을 구비하고 자체 중재규칙을 제정하여 안정적으로 진행하는 기관중재(*Institutional Arbitration*)와 대비되는 개념으로, 기관중재에 비해 당사자 자치성이 더 강하고 사건처리의 민첩성이 있으며 비밀 유지가 용이하고 시간과 비용이 절약된다는 등 장점이 있어<sup>12)</sup> 국제중재제도에서 중요한 위치를 점하고 있다. 그리하여 대부분 국가가 임시중재를 인정하고 있으며<sup>13)</sup> 뉴욕협약<sup>14)</sup>에서도 “중재판정이라 함은 개개의 사건을 위하여 선정된 중재인이 내린 판정뿐만 아니라...”고 규정,<sup>15)</sup> UNCITRAL 모델중재법은 “중재라 함은 상설중재기구에 의하여 관리되거나 아니거나를 불문한다”고 규정<sup>16)</sup>함으로써 임시중재를 명시적으로 인정하고 있다. 또한 UNCITRAL 중재규칙은 국제적으로 임시중재에서 범용되고 있기도 하다.

하지만 중국은 법률과 실무에서 모두 임시중재를 인정하지 않고 있다.

중국 중재법 제16조는 “중재합의는 중재신청의 의사표시, 중재의 대상 및 중재기관을 명시하여야 한다”고 규정하고 있으며, 제18조는 “중재합의에서 중재기관을 명시하지 않았거나 불명확할 경우, 이를 보완해야 하며 보완할 수 없을 경우 당해 중재합의는 무효”라

11) 목영준, 「상사중재법론」, 박영사, 2001, pp.22-23.

12) 童曦, “臨時仲裁制度研究”, 「仲裁與法律」, 法律出版社, 2006, pp.71-74.

13) Zhaoxiu Wen, “Arbitrating Disputes with Chinese Entities”, *Renmin University China Law Summer Teaching Materials*, 2004, p.119.

14) 뉴욕협약은 1958년에 제정된 “외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 UN협약(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)으로 2014년 5월 현재 체결국이 149개에 달한다(2014년 5월 UNCITRAL 홈페이지 최종방문).

15) 뉴욕협약 제1조 제2항: The term “arbitral awards” shall include not only awards made by arbitrators appointed for each case but also those made by permanent arbitral bodies to which the parties have submitted.

16) UNCITRAL 모델중재법 제2조 a항: “arbitration” means any arbitration whether or not administered by a permanent arbitral institution.

고 규정하고 있다. 즉, 중국의 현행 중재법은 임시중재의 효력을 인정하지 않는 것이 원칙이며 실무에서도 중재기관을 명시하지 않은 중재합의의 효력을 부정하고 있다.<sup>17)</sup>

하지만 이러한 원칙이 중국이 체결하거나 가입한 일부 협정에서 지켜지지 않는 경우도 존재하여 논쟁이 되고 있다.

중국은 많은 나라와 “상호격려 및 투자보호에 관한 양자간 협정”을 맺고 있는데 이러한 협정의 내용에는 임시중재를 인정하는 문구를 포함하고 있어 중재법의 원칙과 모순된다. 예컨대, 중국-그루지야간 “상호격려 및 투자보호에 관한 양자간 협정” 제8조와 제9조는 “상대방의 중재신청을 받은 날부터 2개월 내에 양 당사자는 각 1명의 중재인을 지정하여야 하며 이렇게 지정된 두 명의 중재인은 그 후의 2개월 내에 제3국에서 한 명의 의장중재인을 선정해야 한다”고 규정하고 있으며 “이렇게 구성된 중재판정부는 자체적으로 절차 규칙을 제정할 수 있으며 투자분쟁에 관하여는 ICSID 중재규칙을 참고할 수 있다”고 규정하고 있다.<sup>18)</sup> 이와 같이 중국은 중재법 규정과 모순되는 규정을 본 협정에 포함시키고 있다. 그 외 중국은 국가간 투자협정의 체결에서도 투자자와 중국 정부사이의 투자분쟁에 대하여 분쟁이 발생할 경우에도 임시중재에 의해 해결할 수 있다고 허용하고 있어 중재법의 원칙과 모순된다.<sup>19)</sup>

중국은 또한 뉴욕협약 체결국이며, 앞에서 기술한 바와 같이 뉴욕협약은 임시중재를 인정하기 때문에 중재법과 뉴욕협약도 모순된다. 이에 최고인민법원은 2004년 “섭외상사해 사심판실무에 대한 문제해답”을 발표하여<sup>20)</sup> “당사자가 외국에서 임시중재를 진행하기로 약정한 경우, 그 약정지나 임시중재기구 소재국의 법률 또는 당사자가 선택한 법률이 임시중재를 인정할 경우 중재합의는 유효하다”고 규정하였다. 이는 얼핏 중국이 뉴욕협약의 원칙을 받아들인 것 같이 보이나 사실상 외국에서 유효성이 인정되는 임시중재판정만을 중국에서도 인정하겠다는 입장으로, 만약 당사자들이 중국내에서 임시중재를 진행하거나 중국법 즉, 중국 중재법을 준거법으로 선택했을 경우에는 중재합의 효력을 인정하지 않

17) 독일 A사와 중국 B사는 계약체결 시 중재조항에 ICC 중재규칙에 의거 중국에서 중재하는 것에 합의하였다. 그 후 중국 상해에서 임시 중재판정부는 A사의 승소판정을 내렸고 이에 불복한 B사는 인민법원에 중재 합의의 효력을 확인해 달라는 소송을 제기했다. 이에 대해 인민법원은 “중재합의에 중재의사표시와 중재규칙 및 중재지는 있지만 중재기관을 지정하지 않았으므로 무효이다”고 판결하였다. 또한 A사의 강제집행 신청을 받은 B사 소재지 법원도 같은 이유로 집행신청을 기각하였다(中華人民共和國江蘇省無錫市中級人民法院民事裁定書, 2006.7.19. 「2004」 錫民三仲字 第一號).

18) 《中格關於鼓勵和相互保護投資協定》 第8組 三、專設仲裁庭由三名仲裁員組成。締約雙方應在締約一方收到締約另一方要求仲裁的書面通知之日起的兩個月內各委派一名仲裁員。該兩名仲裁員應在其後的兩個月內共同推舉一名與締約雙方均有外交關係的第三國的國民為第三名仲裁員，并由締約雙方任命為首席仲裁員。四、如果在收到要求仲裁的書面通知後四個月內專設仲裁庭尚未組成，締約雙方間又無其他約定，締約任何一方可以提請國際法院院長任命尚未委派的仲裁員。如果國際法院院長是締約任何一方的國民，或由於其他原因不能履行此項任命，應請國際法院中非締約任何一方國民的資深法官履行此項任命。五、專設仲裁庭應自行制定其程序規則。仲裁庭應依照本協定的規定和締約雙方均承認的國際法原則作出裁決。

19) 허익범, 앞의 논문, p.200.

20) 《最高人民法院涉外商事海事審判實務問題解答》, 2004. 4. 8.

때문에 중국이나 외국에서 판정의 승인과 집행이 거부될 수 있다.

이와 같이 중국은 임시중재의 효력을 부정하는 입장이긴 하나 그와 모순되는 일부 협약들을 체결하기도 하면서 학자들 사이에서 논쟁이 되고 있다.<sup>21)</sup>

## 2. 임시중재 불인정의 배경

### (1) 역사적 측면

서양의 중재와 중국의 중재는 근본적으로 다른 길을 걸어왔다.

19세기 말에서 20세기 초, 국제적으로 무역이 발전하기 시작하고 경제교류가 활발해지면서 점차 현대적인 상업이 형성되었으며 상업분쟁의 수가 급증하였다. 이 시기부터 상사계약에는 계약자유 원칙이 적용되기 시작하였고 상사계약을 많이 체결하는 선진국들은 자연스럽게 이러한 원칙을 받아들인 후 중재에 대한 입법을 하였다.<sup>22)</sup>

중국은 1927년 남경국민정부가 들어선 후 “商事公斷處章程”에 의거 公斷을 진행하였지만 그 시기 公斷의 성격은 중재보다는 사실상 조정에 가까웠다.<sup>23)</sup> 그리고 2차 세계대전 이후 중국은 미국과 협력하여 중미상사연합중재위원회를 설립하고 자체 중재규칙을 제정하여 중미 쌍방 간에 발생하는 무역분쟁을 해결하였다. 하지만 이 시기 중국은 사실상 반식민지 격이었기 때문에 연합중재위원회는 미국의 통제 하에 있었다.<sup>24)</sup> 결국 1949년 신중국이 설립될 때까지도 중국에는 서방과 같이 독립적이고 당사자자치를 존중하는 성격의 중재기구가 없었으며 1962년에 와서야 經濟委員會라는 행정부서에서 중재를 진행하다가 1979년부터는 工商行政管理局에서도 중재를 다루기 시작하였다. 이러한 행정적 색채가 짙은 중국식 중재는 1994년 중재법을 제정하고 나서야 비로소 개선되었다. 하지만 지금도 중국의 중재기관은 인민정부의 협조를 받아 관련부서가 설립하기 때문에 여전히 행정적 색채가 남아 있다.<sup>25)</sup>

이러한 역사적 배경으로 말미암아 서방국가의 중재는 국가기관이 전혀 개입되지 않던 것에서부터 현재의 적절한 간여수준으로 발전하여 왔고, 임시중재에서부터 오늘날 임시중재와 기관중재의 병존으로 발전하였다. 하지만 중국의 중재는 행정중재에서부터 오늘날 행정색채가 짙은 기관중재로 발전한 것이다. 왜냐하면 행정색채가 짙기 때문에 당연히 국가기관의 간여가 있고 이러한 간여는 나아가 임시중재의 불인정으로 이어진 것이다.

21) 뿐만 아니라 실무에서도 임시중재판정을 승인 및 집행한 경우가 존재한다(Li Hu, “Enforcement of Foreign Arbitral Awards and Court Intervention in the People’s Republic of China”, *Arbitration International*, Vol.20-2, LCIA 2004, p.177). 이에 대하여는 김태경, 앞의 논문, p.30의 각주를 참고바람.

22) 張紫檀, “對在我國構建臨時仲裁制度的再思考”, *西安文理學院學報(社會科學版)*, 2013, pp.56-57.

23) Zhan Xianbin·Li Wang, “A Brief Report on China International Economic and Trade Arbitration”, *Meijo University Institute for Socioeconomic Dispute Studies Project-B Final Report*, 2004, p.128.

24) 「中華人民共和國仲裁法全書 [M]」, 法律出版社, 1995, pp.7-8.

25) 중재법 제10조: 중재위원회는 시 인민정부의 협조를 받아 관련 부서 또는 상업회의소가 설립한다. 중재위원회의 설립은 성, 자치구, 직할시의 사법행정부서에 등록하여야 한다.

## (2) 사회적 측면

임시중재는 당사자들에 의해 중재권을 수권 받은 개인에 의해 진행되는 방식으로 법리적으로 사법자치성을 띤다. 이러한 수권에 의해 선정된 중재인이 내린 판정이 공법적으로 그 효용성을 인정받아 강제집행이 가능하려면, 사법자치성을 띤 이 중재권의 지위가 국가기관의 권리와 동등한 공신력이 있어야 한다. 즉, 국가기관의 지배나 간섭을 받지 않고 완전히 독립적이고 민간적이어야 한다.<sup>26)</sup> 중요한 것은 개인의 계약에 의해 부여된 중재권의 독립성과 민간성 및 효력은 오직 시민사회<sup>27)</sup>에서만 인정이 가능하다는 것이다.

시민사회는 국가의 직접적인 간여를 받지 않고 국가기관으로부터 독립된 私的自治領域이라고 할 수 있으며, 가장 큰 특징은 계약자유의 원칙이다.<sup>28)</sup> 오늘날 현대사회는 계약자유의 원칙을 존중함으로써 시민사회를 실천하고 있다.

하지만 중국은 오랜 기간 동안 계획경제체제하에 있으면서 국가의 계획과 조정으로 경제, 정치, 사회를 움직이는데 익숙해져 있다. 비록 오늘날 중국이 정치적으로 사회주의를 유지하면서 경제적으로는 시장경제를 이루었다고 하지만, 아직도 경제의 면면들에서 국가가 간여하는 모습을 나타내고 있다. 즉, 계약주체의 민사적 지위가 완전한 독립성을 인정받지 못하여 계약이 계약자유의 원칙에 따라 이루어 질 수 없는 체제인 것이다. 앞에서 언급했듯이 임시중재는 당사자들의 계약에 의하여 중재권을 수권 받은 중재인이 공법적 효력이 있는 판정을 내리는 것이기 때문에 계약자유의 원칙을 기반으로 하여야 하는데, 계획경제체제하의 중국에서는 이러한 계약자유의 원칙을 보장받기 어렵다고 보아야 한다.

## (3) 문화적 측면

임시중재는 당사자들 간의 신용과 당사자들의 중재인에 대한 신용, 국가의 중재판정에 대한 신용 등 사회신용을 기반으로 진행되는 방식이다. 임시중재의 중재인은 당사자들이 선정하기 때문에 상대방이 선정하는 중재인의 독립성에 대한 신용이 없다면 임시중재 합의가 이루어지지 않을 것이다. 또한 선정된 중재인의 능력과 공정성에 대한 신용이 없거나, 나아가 이러한 중재인이 내린 판정에 대한 국가의 믿음이 없다면 인정될 수 없는 방식인 것이다. 임시중재를 인정하고 있는 많은 국가들은 사회적으로 이러한 신용기반이 형성되어 있기 때문에 가능하다.

하지만 중국은 사회주의체제를 받아들이면서 전통문화가 유실되고 신앙이 제한되면서 사회신용을 구축할 기반을 상실하였다. 또한 현재는 계획경제의 원칙아래 시장을 개방하

26) 郭樹理, 「民商事仲裁制度:政治國家對市民社會之妥協」, 學術界, 2000, pp.190-195.

27) 시민사회란 사람들의 의견이나 판단이나 활동을 기초로 성립한 공적 영역으로 국가장치와 경제시장으로부터 상대적으로 독립된 영역을 말한다(정치학대사전편찬위원회, 「21세기 정치학대사전」, 한국사건연구소). 시민사회와 국가는 대립되는 개념으로(혜질, 「법철학」(혜제), 강성화, 서울대학교 철학사상연구소, 2004) 시민사회는 사인의 이해관계를 존중하는 사회를 지칭하고 국가는 공공의 이해관계를 중요시하는 사회를 말한다(梁慧星, 「民法總論」, 法律出版社, 1996, p.26).

28) 潘漢典 譯, 「比較法總論」, 貴州人民出版社, 1992, p.590.

면서 중국특색의 시장경제체제를 형성하고 있는데, 이와 같이 성숙되지 못하고 안정되지 못한 사회경제체제에서 신용을 논하기는 어렵다. 통계에 따르면 중국 GDP 중 사회신용이 부족하여 발생하는 비용이 10%~20%를 차지한다고 한다.<sup>29)</sup> 뿐만 아니라 중국의 사법영역에도 악의적 소송이나 권리남용, 소송의 지체 등 신의칙에 어긋나는 행태들이 발생하고 있어, 고도의 신용기반아래 진행되는 임시중재를 받아들이기엔 준비가 되어있지 않다.

### Ⅲ. 중재에 대한 심각한 사법간여

#### 1. 사법간여의 실태

북경중재위원회가 2006년 4월부터 10월까지 전국 180여개 중재기관을 대상으로 중재기관의 운영현황에 대한 조사를 실시한 결과, 행정기관의 장이 중재기관의 사무책임자를 겸하는 현상이 두드러지고, 중재기관 구성원 중에 당정의 기관장이 차지하는 비율이 높아지고 있으며, 다수의 중재기관이 전부 혹은 부분적으로 정부로부터 재정지원을 받고 있다고 한다.<sup>30)</sup> 즉, 1994년 중재법 제정이후 새롭게 생겨난 수많은 중재기관 중 상당수는 시정부가 조직하고 출자하였으며 중재기관의 주임도 정부 法制辦 주임이 담당하거나 심지어 시정부 관련 지도자들이 담당하는 경우도 있었다.<sup>31)</sup>

이와 같이 중국의 중재기관은 설립에서부터<sup>32)</sup> 운영에 이르기까지 정부로부터 완전히 독립되지 못하였으며 중재기관의 결정권과 중재판정부의 심사권<sup>33)</sup> 및 중재판정의 집행 등 전반에 걸쳐 정부의 간여가 존재한다. 특히 중재판정의 효력에 관하여는 원칙적으로 판정 절차에 오류가 있는 경우를 제외하고는 모두 인정해 주어야 하는데 1997년 한 사례를 보면 인민법원은 판정의 실체를 판단하여 집행을 거부하기도 하였다.<sup>34)</sup> 그 외에도 한 통계를 보면<sup>35)</sup> 중국의 중재판정 집행율이 49%밖에 안 되었고, 집행거부 이유 중 43%가 “집

29) 梁水根, “關於企業信用建設的思考”, 『思想政治工作研究』, 2005, pp.20-21.

30) 王紅松, “中國仲裁面臨的機遇與挑戰”, 『北京仲裁』, 2008, p.9(김태경, 앞의 논문, p.33의 각주에서 재인용).

31) 김태경, 위의 논문, p.33.

32) 제10조: 중재위원회는 시인민정부의 협조를 받아 관련부서 또는 상업회의소가 이를 설립한다.

33) 대부분 국가들은 중재판정부의 자기권한심사권을 인정하고 있으나 중국의 경우 동 권한을 판정부가 아닌 중재위원회 또는 인민법원에 부여하고 있다. 중재법 제20조는 “당사자가 중재합의의 효력에 대하여 이의가 있는 경우 중재위원회나 인민법원에 결정을 요구할 수 있으며, 당사자가 중재위원회와 법원에 각각 달리 신청한 경우 인민법원이 결정한다”고 규정하고 있다.

34) 본 사례는 홍콩기업과 중국기업의 중재사례이며, 승소한 홍콩기업이 중국 인민법원에 집행신청을 한 것에 대하여 법원은 집행대상의 소유권문제를 이유로 집행거부를 하였다(본 사례에 대하여 상세히는 허익범, 앞의 논문, p.255를 참고바람).

35) Peerenboon, R., “Seek Truth From Facts: An Empirical Study of Enforcement of Arbitral Awards in the PRC”, *American Journal of Comparative Law*, 2001, p.249.



행대상 재산이 없음”이었으며 “집행상의 어려움”이나 “기타 불명확한 사유”, “사회공공이익의 위배”를 들어 집행을 거절하기도 하였다.<sup>36)</sup>

집행명령을 할 때 실체를 판단한다거나 집행거절의 이유가 불명확하다는 것은 중재기관이 독립성을 인정받지 못하고 정부나 사법당국이 판정의 실체와 집행에 대해 간여가 심각함을 여실히 보여준다. 그 외 중재인 기피에 대하여 당사자가 중재기관에 기피신청을 하면 기피여부는 중재기관의 주임이 결정하도록 하고,<sup>37)</sup> 중재인은 판정문에 서명하기에 앞서 중재기관의 사전검토를 받아야 하며,<sup>38)</sup> 인민법원이 중재합의의 효력에 대한 심사권을 보유하고 중재의 관할권 진행에 대하여 통제를 행사할 수 있으며, 나아가 중재판정을 취소하거나 재심리를 명하거나 집행을 거부함에 있어서 간여정도가 심한 등 사법간여가 존재한다.<sup>39)</sup>

중재의 기본원칙은 판단의 공정성과 사법부로부터의 독립성인데 중국중재는 이 중 후자를 보장받지 못하는 것이다. 비록 중재절차 중의 증인, 증거, 보전처분, 강제집행 등은 반드시 사법부의 협조가 있어야 할 부분이지만 이러한 협조는 절차에 관한 협조에 그쳐야 하며 판정결과에 영향을 주거나 판단에 개입해서는 아니 된다.

## 2. 사법간여의 배경

### (1) 역사적 측면

중국은 1987년에 뉴욕협약에 가입하였음에도 불구하고 중재제도가 국제적 수준과는 거리가 멀었다. 1994년 중재법을 제정하기 전까지 중국에는 14개의 법률, 80여개의 행정법규, 200여개에 가까운 지방법규에서 중재를 규정하고 있었고<sup>40)</sup> 중재기관의 수도 1991년 당시 3500개가 넘었다고 한다.<sup>41)</sup> 앞 절에서도 언급하였듯이 당시 중국의 중재는 행정부문의 중재부처에서 직접 진행하는 격이었기 때문에 중재의 본질인 민간성과 독립성을 갖추지 못하였다.

그 후 중재법이 제정되면서 중국은 중재에 대한 국제적 기준에 맞추기 위하여 여러 조항에 민간성과 독립성을 강조하는 규정을 삽입하였다.<sup>42)</sup> 중재법이 제정된 후 중국 전역의

36) 오원석·이경화, “한·중 국제중재제도의 비교와 시사점”, 『무역상무연구』, 제46권, 무역상무학회, 2010, p.341.

37) 한국 중재법은 당사자들에게 기피신청권을 주었고 판정부가 기피신청을 거부하면 법원에 제소할 수 있도록 하고 있다(한국 중재법 제13조, 제14조).

38) CIETAC 중재규칙 제42조.

39) 김태경, 앞의 논문, p.44.

40) 윤진기, “중국 중재법”, 『기업법연구』, 제12집, 한국기업법학회, 2003, p.238.

41) 허익범, 앞의 논문, p.23.

42) 중재법 제8조: 중재는 행정기관, 사회단체나 개인의 간섭을 받지 아니하고, 법률에 따라 독립적으로 수행되어야 한다.

제14조: 중재위원회는 여타의 행정기구에 예속되지 않으며 독립된 지위를 갖는다.

제15조: 중국중재협회는 모든 개별 중재위원회를 그 회원으로 하는 사회단체법인이다.

중재기관들은 관련 규정에 따라 재정비되거나 해체되었으며 현재 약 202개의 중재기관들만 남아있는 상태이며<sup>43)</sup> 이들 중재기관들의 민간성과 독립성은 대폭 강화되었다. 하지만 중재법 제10조를 보면 “중재기관은 시인민정부의 협조를 받아 설립”되기 때문에 국제적 기준과 시장경제적 요구에 부응하기에는 아직 미흡하다.<sup>44)</sup>

이와 같이 역사적으로 중국 중재기관은 행정부처의 중재부서에서 중재법 규정에 맞게 개편되어 구성되었기 때문에, 기존의 “완전 소속”의 성격은 탈피했으나 아직도 그 영향력이 남아 있는 실정이다.

## (2) 사회주의체제 측면

인민법원이 중재판정의 집행을 거부하는 이유 중 하나는 “사회공공이익의 위배”인데, 이는 중국뿐만 아니라 모든 국가의 중재법과 뉴욕협약에서도 규정하고 있는 사항이다. 하지만 국제적으로 뉴욕협약의 “사회공공이익의 위배”<sup>45)</sup> 조항을 근거로 중재판정을 거부하는 사례는 많지 않지만<sup>46)</sup> 중국은 자주 이러한 이유를 들어 집행을 거부하고 있다.<sup>47)</sup> 중국 중재법 제71조는 민사소송법 제260조에 근거, “법원은 판정이 사회공공이익에 반하는지를 심사하여 집행거부를 할 수 있다”고 규정하는데, 여기서 중국은 “사회공공이익”에 대한 개념과 범위의 판단기준이 모호하다는<sup>48)</sup> 문제가 존재한다.

중국은 사회주의체제를 유지하는 나라여서 기본적으로 자본주의 국가와 다른 사회공공이익을 갖고 있을 뿐만 아니라<sup>49)</sup> 법관의 자의적 해석에 의하여 해석되는 측면이 많다. 한 사례에서 법관은 사회공공이익의 개념과 적용기준에 대한 아무런 언급도 없고 이 사건 중재판정의 집행이 왜 사회공공이익에 위배되는지 이유를 밝히지도 않았으며 단지 추상적으로 “국가에 경제이익과 대외무역질서에 중대한 영향을 준다”는 이유를 제시하였다. 다른 한 사례에서도 법관은 “중국의 사회공공이익을 위반하였다”는 추상적인 이유를 들었다.<sup>50)</sup>

이와 같이 중국 법관들은 사회공공이익에 대하여 중국의 천연자원의 파괴, 심각한 환경오염, 국민의 건강과 안전에 대한 침해, 중국 도덕관념의 타락 등과 같이 광범위하게 해석하고 있으며, 만약 판결의 결과가 지방정부의 이익과 연결되는 경우에는 지방경제 이익을 보호하기 위하여 더 확대해석 하기도 한다. 이는 개인의 이익을 존중하고 민주주의를 근

43) 최근 中國仲裁網 ([www.china-arbitration.com](http://www.china-arbitration.com))의 보도내용 참조.

44) 肖永平·胡永慶, “加入WTO与我國仲裁法律制度改革”, 『中國法學』, 2001, p15.

45) 뉴욕협약에서는 public policy로 쓰고 있음.

46) 강병근, 『국제중재의 기본문제』, 도서출판 소화, 2000, p.337.

47) 중국의 중재판정 집행률에 대하여는 오원석·이경화, 앞의 논문, pp.340-342를 참고하라.

48) “사회공공이익”에 대하여 학자들마다 해석을 달리하고 있으나 모든 학자들의 공통된 설명으로는 “무엇이 사회공공이익인지는 법관의 자유재량에 의하여 구체화 된다”고 주장한다(法律詞典, 『中國社會科學院法學研究所法律詞典編纂匯編』, 法律出版社, 2005, pp.568-569).

49) 李玉洁, “我國現行涉外商事仲裁撤銷制度缺陷和完善途徑”, 中國國際司法年會, 2004.

50) 사회공공이익의 위반을 이유로 집행을 거부한 사례는 허익범, 앞의 논문, pp.268-276을 참고하라.

간으로 하고 있는 자본주의 국가와 달리, 공공의 이익을 중요시하고 개인의 이익을 하찮게 여기는 사회주의 국가의 차이로 인한 것이다. 사회주의 정치체제와 계획경제체제를 유지하는 중국에서 “사회공공이익”이 국제규범으로서의 public policy와 같은 의미로 해석될 수는 없고 단순히 국내의 공공질서나 지방정부의 이익과 관련된다고 해석해야 할 것이다.

그 외, 중국은 개혁개방정책 실시와 계획경제로부터 시장경제로의 부단한 발전 노력을 통하여 사회 및 인민의 생활수준을 향상시켜 주었지만 다른 한편으로는 부패적인 환경을 초래하였다.<sup>51)</sup> 이런 이유로 중국에서 중재는 국가가 보증하는 공정사회의 최후의 보루로서 사법심사 및 통제라는 외부의 관여시스템을 필요로 한다고 인식하고 있으며, 이는 권력남용을 방지하는 가장 효과적 제도로서 중재가 공정하게 진행되도록 중요한 역할을 한다고 여긴다.<sup>52)</sup>

#### IV. 중재조정제도<sup>53)</sup>

##### 1. 중재조정제도와 관련법규

중국의 상사중재기관에 따르면 상당부분 사건이 중재접수 후 단순중재절차가 아닌 중재절차 중에 조정으로 해결된다고 하며 이를 중재조정이라 부른다.<sup>54)</sup> 이는 중국 CIETAC이 설립초기인 1950년대부터 실천해오던 방식으로 중국의 조정 선호 경향이 중재에 반영된 중국중재만의 특징이다. 현재는 CIETAC 뿐만 아니라 중국의 대부분 중재기관들이 중재조정방식을 이용하고 있는데, 북경중재위원회의 경우 최근 몇 년간의 중재접수 건수 중 50% 가까이가 이 방식으로 해결되었다고 한다.<sup>55)</sup>

중재조정이란 중재판정부가 중재심리 중, 판정을 내리기 전에 당사자들에게 조정제의를 하거나 당사자들의 조정요청을 받아 판정부에서 직접 조정을 진행하는 방식이다. 이때 조

51) 중국은 현재 부패척결운동을 대대적으로 벌이고 있는데, 이 운동은 장기간 이어진 공산당 지도층의 형식주의, 관료주의 및 향락주의를 타파하고 지방정부 공직자 층 내부의 부정을 척결하는 것을 목표로 한다고 한다.

52) 김태경, 앞의 논문, pp.53-54.

53) 중재조정제도에 관하여는 논자의 박사학위논문인 이경화, “중국의 중재조정(Arb-Med) 제도와 그 시사점에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, 2013 중 pp.46-85을 주로 참고하여 작성하였음.

54) 중국문헌들에서는 이 방식을 “중재와 조정의 결합(仲裁与調解相结合, combination of arbitration with conciliation)”, “중재절차 중의 조정(仲裁程序中的調解, mediation of commercial arbitration)” 또는 “중재조정(仲裁調解, arbitration-mediation)”이라고 칭하고 있는데 본 논문에서는 “중재조정(간단히 Arb-Med)”으로 사용한다. “중재조정”이라는 용어는 최고인민법원이 2006년 9월 8일 발표한 《중재법 적용의 유관문제에 관한 사법해석(最高人民法院關於适用〈中華人民共和國仲裁法〉若干問題的解釋)》과 2011년 4월 22일에 발표한 《분쟁해결방식으로써 조정의 활용을 추진할 것에 관한 의견(關於深入推進矛盾糾紛大調解工作的指導意見)》에서 사용되고 있다.

55) 북경중재위원회 (<http://www.bjac.org.cn/introduce/report.html>).

정이 성립하면 판정부는 조정합의에 근거하여 조정조서나 판정문을 작성하고 조정이 실패하면 판정부에서 계속하여 심리 및 판정한다. 이 방식의 특징은 첫째, 중재판정부는 사건 접수 후 충분한 심리를 거쳐 내용을 정확히 파악한 후 조정을 진행한다는 것이고 둘째, 조정의 개시는 당사자들의 의사에 따라야 하며 강제해서는 아니 되고 셋째, 조정합의서<sup>56)</sup>가 작성되면 그에 근거하여 중재판정부가 조정조서나 판정문을 작성하는데 이 둘은 같은 효력이 있으며 넷째, 조정이 실패하면 판정부는 즉시 중재절차를 재개하여 판정한다.<sup>57)</sup>

여기서 보다시피 중재판정부가 중재와 조정을 모두 진행한다는 것이 특징이며 조정의 방식으로 해결되고 작성된 조정조서가 중재판정문과 같은 효력을 인정받는다라는 것도 특징이다. 이 방식은 오직 중국에서만 법률로 명시하여 인정하고 있는데, 중재법 및 관련 사법해석에 중재조정에 관한 규정을 두고 있고 CIETAC을 비롯한 중재기관들도 중재규칙상에 규정을 두고 있다. 다른 국가들에서는 이에 대하여 찬반이거나 중립의 입장을 취하고 있으며 명시적으로 중재조정 방식을 도입한 국가는 아직 없어 보인다. UNCITRAL은 중립의 입장을 취하고 있다.<sup>58)</sup>

#### 중국의 중재조정 관련법규<sup>59)</sup>

##### 중재법

제51조: 중재판정부는 판정 전에 조정을 할 수 있다...조정이 성립되지 못하는 경우, 중재판정부는 즉시 판정을 내려야 한다...합의가 성립된 경우, 중재판정부는 조정조서를 작성하거나 합의 결과에 근거하여 판정문을 작성하여야 한다. 조정조서와 중재판정문은 동일한 법률적 효력이 있다.

제52조: ...조정조서는 양당사자가 수령하는 즉시 법적 효력이 생긴다. 당사자 일방이 조정조서의 수령 후 합의 내용을 번복하는 경우, 중재판정부는 즉시 판정을 내려야 한다.

56) 조정기관이나 중재기관에서 작성한 결과에 대하여 학자마다 명칭을 달리 사용하고 있는데 그 명칭에는 조정조서, 조정합의서, 조정서 등이 있다. 본고에서는 중국 중재법상의 용어와 통일하여 조정의 결과물에 대하여 조정조서라는 명칭을 사용할 것이다.

57) 譚兵, 「中國仲裁制度的改革与完善」, 人民出版社, 2005, p.366.

58) UNCITRAL은 1980년 조정규칙에서 “조정인이 중재인으로 취임할 수 없다”고 명백히 규정하던 것에서 2002년 모델조정법에서는 “당사자들의 의사에 맡기는 것”으로 완화되었는데 이는 무역분쟁해결의 국제적 추세가 소송에서 ADR로 바뀌고 ADR 중에서도 조정의 사용이 점차 늘어나고 있음을 반영한 것이다(이경화, 앞의 논문, p.3).

59) 이경화, 전제논문, pp.48-50 도표 요약.

<p>《분쟁해결방식으로써 조정의 활용을 추진할 것에 관한 의견》 60)</p> <p>제8조: ... .. 중재조정제도를 적극 추진하고 중재기관들이 중재조정제도를 개선할 수 있도록 지도하며 중재조정인을 양성하고 중재조정인의 책임과 중재조정의 절차 등 절차규칙을 갖춘다.</p>
<p>《중재법적용의 유관문제에 관한 해석》 61)</p> <p>제28조: 중재조정으로 작성된 조정조서(仲裁調解書)나 당사자들의 합의에 근거하여 작성된 중재판정에 대하여 당사자가 집행거절신청을 할 경우 인민법원은 이를 수락하지 않는다.</p>
<p>CIETAC 중재규칙</p> <p>제45조: 중재와 조정의 결합</p> <p>(1) 양당사자가 조정을 원하거나, 일방 당사자가 조정을 원하고 중재판정부가 다른 일방 당사자의 동의를 얻은 경우, 중재판정부는 중재절차 중 그 사건에 대하여 조정을 할 수 있다.</p> <p>... ..</p> <p>(7) 조정이 이루어지지 않은 경우, 중재판정부는 중재절차를 계속 진행하여 판정을 한다.</p> <p>(8) 당사자들의 조정의사가 있으나 기존 중재판정부의 조정 진행을 원하지 않을 경우, 양당사자의 동의를 얻은 후 중재위원회는 당사자들을 도와 적당한 방식과 절차로 조정을 진행한다.</p> <p>(9) 조정이 이루어지지 않은 경우, 당사자들은 그 후의 중재절차, 재판절차 및 기타 어떠한 절차에서도 상대방이나 중재판정부가 조정과정에서 발표한 의견, 관점, 진술, 인정했거나 부정했던 사항, 주장 등을 인용하여 자신의 청구, 답변 또는 반대신청의 근거로 삼을 수 없다.</p>

## 2. 중재조정제도의 배경과 활성화 이유

### (1) 역사·문화적 전통

중국은 옛날부터 ‘和爲貴’<sup>62)</sup>라는 문화적 전통이 있어 분쟁이 발생하게 되면 일반적으로 조정으로 해결하였다.<sup>63)</sup> 諸子百家<sup>64)</sup>의 많은 저서들은 조정과 조화에 대해 상세히 다루고

60) 최고인민법원 2011년 4월 22일 발표.

61) 최고인민법원 2006년 9월 8일 발표.

62) 論語 學而篇 12章: 禮之用, 和爲貴(예가 귀한 것은 세상을 조화롭게 하기 때문이다).

63) 중국인 사회는 유교사상에 깊은 영향을 받아 갈등보다는 조화를 선호한다(Diamant N.J., “Conflict and Conflict Resolution in China”, *Journal of Conflict Resolution*, Vol. 44, No.4, 2000, p.523).

있는데 그중 대표적으로 공자와 노자를 들 수 있다. 論語 의 “已所不欲, 勿施于人”은<sup>65)</sup> 타인에 대하여 강압으로 영향력을 행사하여서는 아니 되고 자발적 의사에 의해야 함을 강조하며, 노자는 통치자(상사)를 직접 조정인에 비유하면서 민중에 대한 통치자의 통치는 조화이고 조정이며 이러한 조정은 자연적이고 이치에 맞아야 한다고 주장하였다.<sup>66)</sup> 그 후 이러한 전통은 소송과 중재가 서양으로부터 유입되기 전까지 중국의 분쟁해결방식에 영향을 주었으며 조정이 중국의 주요 분쟁해결방법으로 사용되어 왔다.<sup>67)</sup>

이러한 문화적 전통은 소송방식 유입 후 소송에도 영향을 미쳐 馬錫五심판방식<sup>68)</sup>을 거쳐 오늘날 법원조정<sup>69)</sup>으로 발전하였는데, 1982년 제정된 《민사소송법》에는<sup>70)</sup> “인민법원은 민사사건을 심리할 때 반드시 조정을 우선시해야 하며 조정이 성사되지 않을 경우 즉시 재판하여야 한다”는 규정이 있을 정도로 법원은 조정을 중요시 하였다.<sup>71)</sup> 이와 같이 조정문화가 법원의 소송방식에 영향을 준 것 같이 중재기관의 중재절차에도 큰 영향을 미쳤고<sup>72)</sup> 결국 중재절차 중에 중재인이 조정을 진행하는 중국만의 독특한 방식인 중재조정 제도가 만들어 졌다.<sup>73)</sup> 현재 중국법원은 재판 시 우선 조정을 시도하도록 권유하고 있으며<sup>74)</sup> 중재판정부도 최대한 조정으로 분쟁을 해결하려고 노력하고 있다.<sup>75)</sup>

## (2) 중재관행의 제도화

중재조정은 법률로 제정되기 앞서 먼저 CIETAC의 중재실무에서 사용하여 오다가 그 효과를 긍정적으로 인정받아 법률로 제도화 된 방식으로서 국제사회에서는 “동방의 경험”으로 불린다.<sup>76)</sup>

- 64) 중국 춘추전국시대(BC 8세기~BC 3세기)에 활약한 학자와 학파의 총칭을 말하며, 일반적으로 유가(공자)·묵가·법가·도가(노자, 장자)·명가·병가·종횡가·농가·음양가·잡가 등으로 분류하고 있다.(두산백과)
- 65) 내가 원하지 않는 바를 남에게 강요하지 말라는 뜻.
- 66) 穆子暉, “論中國商事調解制度之構建”, 對外經濟貿易大學 博士學位論文, 2006, p.39.
- 67) 이경화, 앞의 논문, p.20.
- 68) 馬錫五는 중국 항일전쟁시기 판사로 있으면서 재판장에서 재판만 진행한 것이 아니라 자신의 관할구역을 정기적으로 순회하면서 시민들 사이의 작은 분쟁이나 양금을 조정의 형식으로 해결해주었다. 이는 재판에 “순회”와 “조정”이라는 특징을 겸비한 독특한 형태의 재판이었으며 현시대 “법원조정”의 기원이다.
- 69) 법원조정은 법원에 소송을 제기한 사건에 대하여 양당사자가 동의하는 전제하에서 법원이 조정을 진행하여 분쟁을 해결하는 방식으로 조정결과는 집행력을 보장받는다(민사소송법 제93조, 제97조).
- 70) 《민사소송법》은 2013년 1월 1일부터 개정·시행되고 있음.
- 71) 1993년 中國冶金進出口總公司와 湖北省黃岡市三資企業物資公司的 매매계약 분쟁이 天津市중급인민법원에서 1차재판을, 北京市고급인민법원에서 2차재판을 한 후 사건의 특수성에 따라 최고인민법원에서 재심을 한 사례가 있다(중국은 원칙적으로 2심제임). 두 차례의 재판은 10년이라는 시간을 허비했지만 최고인민법원은 재심에서 재판에 앞서 《민사소송법》에 근거한 조정을 진행하였으며 최종 당사자들을 화해시켰다(蘇澤林, 「最后的裁判」, 中國長安出版社, 2006, pp.188-196).
- 72) 喬欣, 「和諧文化理念視角下的中國仲裁制度研究」, 廈門大學出版社, 2011, p.235.
- 73) 이경화, 앞의 논문, p.52.
- 74) 民事訴訟法 第九十三條 민사사건을 접수한 인민법원은 당사자자치에 근거하여 사실관계를 확인하고 조정을 진행한다(人民法院審理民事案件, 根據當事人自願的原則, 在事實清楚的基礎上, 分清是非, 進行調解); 第九十七條 양당사자가 조정조서를 접수한 경우 즉시 법적효력이 부여된다(調解書經雙方當事人簽收後, 即具有法律效).
- 75) Jingzhou Tao, 「Resolving Business Disputes in China」, 1st ed., Kluwer Law International, 2005, pp.1201-1401.

1954년 CCPIT가 설립되고 그 내부에 CIETAC이 설립되면서<sup>77)</sup> 중국에는 대외무역관련 분쟁을 전문적으로 다루는 중재기관이 처음으로 만들어졌으며, 그 후 첫 대외무역 중재규칙인 “중재절차 잠정규칙”<sup>78)</sup>을 제정하였는데 그 내용을 구성함에 있어서 당시 같은 사회주의체제인 소련의 대외무역중재규칙을 주로 참고하였다.<sup>79)</sup> 하지만 당시 소련의 대외무역 중재규칙에는 중재조정에 관한 조항이 없었으며 이에 중국의 중재규칙에도 당연히 중재조정에 관한 조항이 삽입되지 않았다. 하지만 CIETAC의 중재인들은 국제무역분쟁을 해결하는 중재실무에서 전통분쟁해결방식인 조정을 자연스럽게 중재절차 중에 삽입하여 사용하였으며,<sup>80)81)</sup> 조정문화권인 중국에서 이러한 방식은 논쟁거리가 되지 않았다.<sup>82)</sup>

뿐만 아니라 당시 CCPIT의 위원장이었던 南漢宸은 “전쟁시기 민사분쟁은 모두 조정으로 해결되었는데 아주 성공적이었다. 앞으로 대외무역관련분쟁도 조정으로 해결하기에 힘써야 하며 조정이 성공하여 중재판정이 필요 없게 될지라도 중재위원회는 그 성과를 인정받게 될 것”이라고 하였다.<sup>83)</sup> 또한 중국공산당의 영도자인 모택동도 “인민내부의 모순은 사법적 해결방식보다 조정으로 해결하는 방향으로 나아가야 함”을 강조하였다. 이와 같이 공산당 간부에서부터 중재기관 간부에 이르기까지 모두 조정으로 분쟁을 해결할 것을 요구하였기에 비록 당시 중재규칙에 조정관련 규정이 없었지만 실무에서는 중재조정을 진행하고 있었던 것이다.<sup>84)</sup>

앞에서도 언급했듯이 중재조정 방식은 실무에서 먼저 사용되다가 나중에 그 효과를 인정받아 법률로 제도화 된 독특한 방식이다. 중재조정을 도입하지 않는 많은 국가들은 중재조정의 법률적 한계를 문제시하고 있는데, 본 제도가 여러 가지 한계가 존재함에도 불구하고 중국에서 활성화되고 있는 이유는 바로 실무에서 검증되었기 때문이다.

76) 王生長, “仲裁與調解相結合制度研究”, 對外經濟貿易大學 博士學位論文, 2001, pp.80-88. 王美文, “商事仲裁程序中調解制度的研究”, 華東政法大學 碩士學位論文, 2011, p.6; 崔卓蘭, 任峰, 戰濤, 「仲裁法學」, 北京大學出版社, 2006, p.119.

77) 사실 CCPIT는 국제상사중재 전담기관으로 CIETAC을 설립하고 국제해사중재 전담기관으로 중국해사중재위원회(China Maritime Arbitration Commission; 이하 CMAC)를 동시에 설립하여 국제중재를 위임했다(오원석·이경화, 앞의 논문, p.320).

78) 《中國國際貿易促進委員會對外貿易仲裁委員會仲裁程序暫行規則》.

79) 20세기 50년대는 중국이 해방 된지 얼마 되지 않은 시기여서 중국의 교역국은 주로 사회주의 체제의 소련이거나 동유럽국가들이었으며 따라서 중국의 대외무역정책이나 관련 중재규칙은 소련의 영향을 많이 받았다.(董有淦, “仲裁與調解相結合的創舉”, 「中國對外貿易·中國仲裁」, 第5期, 2002.)

80) 張晉藩, 「中國民事訴訟制度史」, 民蜀書社出版, 1999年, p.11; 王美文, 앞의 논문, p.6. 喬欣, 앞의 책, pp.230-235.

81) 이경화, 앞의 논문, p.50.

82) 당시 국제중재기관으로 CIETAC뿐만 아니라 CMAC도 있었으며 이 두 기관에서 모두 중재조정 방식을 사용하였다(叶青, 「中國仲裁制度研究」, 上海社會科學院出版社, 2008, p.170). 하지만 모든 서적들에서는 이 방식을 CIETAC의 창조물로 기술하고 있다.

83) 2001년 王生長의 《董有淦, 唐厚志訪談錄》참고. (王生長, 앞의 논문, 부록)

84) 이경화 앞의 논문, p.51.

## (3) 사회적 측면

2004년 중국공산당은 사회발전전략으로 “조화로운 사회의 건설”을 제기했고<sup>85)</sup> 그 정신을 실현하기 위하여 모든 분쟁, 즉 민사분쟁, 경제분쟁, 행정분쟁 등을 해결함에 있어서 조정을 적극적으로 사용하고자 하는 “대조정(大調解)”의 시대를 열었다. “대조정”이란 모든 분쟁해결방식에 조정을 유기적으로 결합하는 방식을 모색하여 가능한 인민조정, 행정조정, 사법조정과 중재절차 중의 조정을 추진 및 연계시킨다는 개념이다.<sup>86)87)</sup>

또한 2011년 최고인민법원을 포함한 16개 유관기관은 함께 《분쟁해결방식으로써 조정의 활용을 추진할 것에 관한 의견(關於深入推進矛盾糾紛大調解工作的指導意見)》을 발표하여 “중재조정을 적극 활용하고 제도를 개선하며 중재조정을 진행할 수 있는 기량을 갖춘 중재인을 양성하고 중재인의 책임과 중재절차를 중재조정 특성에 맞게 개선해야 함”을 강조했다.<sup>88)</sup>

이러한 사회분위기와 정책에 힘입어 중국의 중재기관들은 모두 “중재조정”방식을 적극 사용하도록 권장하고 있는데, 일례로 2010년부터 2012년까지 西安仲裁委員會에서 선정된 우수중재사례를 보면 절반 이상이 중재조정방식으로 해결된 사례였다. 이러한 사례가 선정된 이유는 “대조정”의 정신과 중재기관의 가치관인 “우선조정”의 정신을 실현했고 중재조정제도를 활용하여 단순 중재로는 해결이 어려운 사례들을 지혜롭게 해결했다는 것이다.<sup>89)90)</sup>

이와 같이 중재조정제도는 현대 중국의 발전전략에도 부합하여 앞으로 중국에서 더욱 활성화 될 것으로 전망된다.

## V. 요약 및 결론

이상으로 중국중재의 특징 중 임시중재의 불인정, 심각한 사법간여 및 조정중재 등 세 가지 특징에 대하여 그 실태와 중국의 입장을 살펴보고 이러한 특징이 나타날 수 밖에 없는 중국의 역사적, 문화적, 사회적 배경을 분석하였다.

임시중재란 기관중재와 대립되는 개념으로 UNCITRAL을 비롯하여 대부분 국가들이 인정하는 중재방식이지만, 중국은 중재법에서 중재합의의 유효요건으로 중재기관을 명시해야 한다고 요구하면서 임시중재의 효력을 인정하지 않고 있다. 중국이 국제적 표준에 맞

85) 2004年9月19日, 中國共產黨第十六屆中央委員會第四次全體會議 내용.

86) 陳忠謙, “我國‘大調解’格局下的仲裁調解”, 『仲裁研究』 第28輯, 2012, p.2

87) 이경화, 앞의 논문, p.53.

88) 위의 논문, p.53.

89) 西安仲裁委員會, [http://www.xaac.org/notice/notice\\_28.html](http://www.xaac.org/notice/notice_28.html).

90) 이경화, 앞의 논문, p.53.



지 않게 임시중재를 인정하지 못하는 이유는 역사적 측면에서 볼 때, 중국중재는 행정기구의 하나였던 중재부서에서 다루어지다가 1994년 중재법이 제정된 후 그에 따라 독립해 나온 민간기구로서 독립한 시간이 길지 않아 행정색채를 완전히 탈피하지 못했기 때문에 행정색채를 유지하려는 목적으로 기관중재만을 인정하고 있는 것이다. 그리고 사회적 측면으로는, 중국은 1당통치하의 사회주의정치체제이며 계획경제체제로서 경제의 면면들에 국가가 간여하는 모습을 나타내고 있으며, 계약주체의 민사적 지위가 완전히 독립성을 인정받지 못하여 계약자유주의 원칙을 보장받기 어렵다. 문화적 측면으로는, 사회신용을 기반으로 진행되는 임시중재가 사회신용이 극히 낮은 중국에서 신뢰 받을 수 없으며 전통문화와 신앙이 유실되거나 제한되어 신용구축이 어려운 상황이다.

중재는 원칙적으로 독립성과 민간성이 보장되는 민간기구에서 다루어져야 하고 이렇게 이루어진 중재판정만이 중립성을 유지할 수 있다. 하지만 중국에서 중재는 정부와 사법당국의 간여를 많이 받음으로써 중재 본연의 독립성을 존중받지 못하고 있다. 심지어 중재기관은 시정부가 출자해서 조직되거나 정부인사가 중재기관 장을 담당하는 등 그 개입도가 아주 높다. 이와 같이 중국에서 중재에 대한 사법간여가 심각한 이유는 역사적으로 볼 때, 1994년 중재법이 제정되기 이전까지 중재기관들은 행정부서에 소속되어 있었기 때문에 오늘날 그러한 소속에서 독립되었다고는 하지만 아직도 그 잔재가 남아있는 것이다. 그리고 체제적으로는 사회주의를 유지하고 있으므로 사회공공이익에 대한 해석도 자본주의국가들과 차이가 나며 집행에 대한 법원의 심의가 있을 경우 법원은 자의적으로 사회공공이익에 대해 해석하여 집행거절을 하기도 한다. 이는 민주주의 국가와 자본주의 국가에서 개인의 이익을 최대한 존중해야 하는 원칙과 상반되는 행태이며 오직 집단과 국가의 이익만을 위해 사회를 움직이는 사회주의체제의 영향이라고 볼 수 있다. 나아가 중국은 정부나 기관인사들의 부패가 심각하여 민간기구인 중재기관에서 중재를 진행하고 판정을 내리는 것에 대한 우려도가 높기 때문에, 중국인들의 보편적인 인식은 사법심사와 통제를 가하는 것이 도움이 된다고 생각한다.

마지막으로 중국은 중재절차 중에 판정부가 당사자들에게 조정의 진행을 권유하여 조정을 진행하도록 권유하며, 판정부에서 직접 조정의 방식으로 분쟁을 해결하는 이른바 중재조정제도가 존재한다. 이 방식은 여러 가지 법률적 한계점을 갖고 있기 때문에 많은 국가들에서 도입을 하지 않고 있으며 UNCITRAL도 중립적 입장을 취하고 있을 뿐이다. 중국에서 중재를 단순 중재절차로 진행하지 않고 이와 같이 조정을 삼입하게 된 이유를 보면, 중국은 예로부터 갈등보다 조화를 중요시하고 소송보다 조정을 선호하는 전통을 갖고 있었으며 근현대에 와서 소송방식이 서양으로부터 유입되자 법원에서는 소송 중에 법원이 조정을 진행하는 것을 장려하는 법원조정제도가 만들어 졌다. 같은 이유로 중재제도가 도입된 후 중재판정부에서도 중재절차 중에 자연스럽게 조정을 유도하게 되었고 이러한 행

위는 전통방식에서 유래되었기에 누구도 문제제기를 하지 않았다. 중재의 발전역사에서 보더라도 중재조정방식은 관련 법률적 근거가 없을 때에도 CIETAC의 실무에서 보편적으로 이용되었으며 그 후 중재조정방식의 효력이 인정되어 법률조항으로 삽입되었다. 이러한 발전과정을 거쳤기에 오늘날 다른 국가들은 중재조정의 한계를 우려하여 도입하지 않고 있지만 중국에서만은 꾸준히 활용하고 있는 것이다. 마지막으로 사회적으로 보면 중국은 “조화로운 사회의 건설”을 기치로 내 걸고 사회 모든 분야에서 조화를 강조하고 있는 분위기이다. 이는 소송이나 중재와 같은 분쟁해결에서도 조정을 적극 활용하도록 권장하는 모습을 보이고 있으며 이 방식은 중국에서 앞으로 더 많이 활용될 것으로 보인다.

## 참고문헌

- 강병근, 「국제중재의 기본문제」, 도서출판 소화, 2000.
- 김광수, “한·중 수교 20년간 한·중 중재협력방안에 관한 소고”, 중재 제337호, 2012.
- 김선정, “중국에 있어서 외국중재판정의 승인 및 집행거절 사유인 공서와 법의 지배”, 「중재연구」, 제18권 제3호, 한국중재학회, 2008.
- 김태경, “중국상사중재에 대한 사법간여에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, 2009.
- 목영준, 「상사중재법론」, 박영사, 2001.
- 서정일, “조정제도의 통합적 운용방안에 관한 연구”, 「중재연구」, 제23권 제2호, 한국중재학회, 2013.
- 소효릉, “중국법원에서의 외국중재판정에 대한 승인과 집행”, 「인하대학교 법학연구」, 제16권 제1호, 2013.
- 신군재, “중국 중재제도의 특성에 관한 연구”, 「무역학회지」, 제29권 제4호, 한국무역학회, 2004.
- 오원석·이경화, “한·중 국제중재제도의 비교와 시사점”, 「무역상무연구」, 제46권, 무역상무학회, 2010.
- 유충원·하현수, “중국의 중재법상 중재기관 약정과 관련한 중재합의 유효요건에 관한 사례연구”, 「무역학회지」, 제32권 제3호, 한국무역학회, 2007.
- 윤진기, “중재절차상의 보전조치에 관한 한중법제 비교”, 「기업법연구」, 제20권 제3호, 한국기업법학회, 2006.
- \_\_\_\_\_, “중국 중재법”, 「기업법연구」, 제12권, 한국기업법학회, 2003.
- 이경화, “중국의 중재조정(Arb-Med) 제도와 그 시사점에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, 2013.

- 이시환, “중국법원의 섭외상사중재판정의 취소”, 『무역상무연구』, 제31권, 무역상무학회, 2006.
- 이주원, “중국 중재제도의 특징에 관한 소고”, 『중재연구』, 제15권 제3호, 한국중재학회, 2005.
- 차경자, “중국의 섭외 및 외국중재판정 강제집행제도 연구”, 『중재연구』, 제15권 제2호, 한국중재학회, 2005.
- 허익범, “중화인민공화국 국제상사중재의 법제와 국제화 동향 연구”, 고려대학교 박사학위 논문, 2007.
- 潘漢典 譯, 『比較法總論』, 貴州人民出版社, 1992.
- 中華人民共和國仲裁法全書 [M], 法律出版社, 1995.
- 梁慧星, 『民法總論』, 法律出版社, 1996.
- 張晋藩, 『中國民事訴訟制度史』, 民蜀書社出版, 1999.
- 郭樹理, 『民事仲裁制度:政治國家對市民社會之妥協』, 學術界, 2000.
- 王生長, “仲裁与調解相結合制度研究”, 對外經濟貿易大學 博士學位論文, 2001.
- 肖永平·胡永慶, “加入WTO与我國仲裁法律制度改革”, 中國法學, 2001.
- 董有淦, “仲裁与調解相結合的創舉”, 『中國對外貿易·中國仲裁』, 2002.
- 李玉洁, “我國現行涉外商事仲裁撤銷制度缺陷和完善途徑”, 中國國際司法年會, 2004.
- 梁水根, “關於企業信用建設的思考”, 思想政治工作研究, 2005.
- 法律詞典, 『中國社會科學院法學研究所法律詞典編纂匯編』, 法律出版社, 2005.
- 譚兵, 『中國仲裁制度的改革与完善』, 人民出版社, 2005.
- 蘇澤林, 『最后的裁判』, 中國長安出版社, 2006.
- 崔卓蘭, 任峰, 戰濤, 『仲裁法學』, 北京大學出版社, 2006.
- 高永富·陳晶瑩, 『國際貿易法論叢』, 北京大學出版社, 2006.
- 童曦, “臨時仲裁制度研究”, 『仲裁与法律』, 法律出版社, 2006.
- 王紅松, “中國仲裁面臨的机遇与挑戰”, 北京仲裁, 2008.
- 叶青, 『中國仲裁制度研究』, 上海社會科學院出版社, 2008.
- 喬欣, 『和諧文化理念視角下的中國仲裁制度研究』, 廈門大學出版社, 2011.
- 王美文, “商事仲裁程序中調解制度的研究”, 華東政法大學 碩士學位論文, 2011.
- 陳忠謙, “我國‘大調解’格局下的仲裁調解”, 『仲裁研究』第28輯, 2012.
- 張紫檀, “對在我國构建臨時仲裁制度的再思考”, 西安文理學院學報(社會科學版), 2013.
- Diamant N.J., “Conflict and Conflict Resolution in China”, *Journal of Conflict Resolution*, Vol. 44, No.4, 2000.
- Jingzhou Tao, 『Resolving Business Disputes in China』, 1st ed., Kluwer Law International, 2005.
- Li Hu, “Enforcement of Foreign Arbitral Awards and Court Intervention in the People’s Republic of China”, *Arbitration International*, Vol.20-2, LCIA 2004.

- Moses, M.L., 「The Principles and Practice of International Commercial Arbitration」, 2nd ed., Cambridge, 2012.
- Peerenboom. R., “Seek Truth From Facts: An Empirical Study of Enforcement of Arbitral Awards in the PRC”, *American Journal of Comparative Law*, 2001.
- Randall Peerenboom, “Enforcement of Arbitral Awards in China”, *The China Business Review*, 2001.
- Turgut Guvenli·Rajib Sanyal, “Perception and Management of Legal Issues in China by US Firms”, *The Journal of Socil-Economics*, Vol.32, 2003.
- Zhan Xianbin·Li Wang, “A Brief Report on China International Economic and Trade Arbitration”, *Meijo University Institute for Socioeconomic Dispute Studies Project-B Final Report*, 2004.
- Zhaoxiu Wen, “Arbitrating Disputes with Chinese Entities”, *Renmin University China Law Summer Teaching Materials*, 2004.

## ABSTRACT

### A Study on the Characteristics of Chinese Arbitration System and Its Historical and Cultural Background

Won-Suk Oh

Jing-Hua Li

This thesis, which mainly focuses on the characteristics of the Chinese arbitration system, will mainly deal with three characteristics and analyze the causes that directly or indirectly influence them.

The first characteristic is China does not recognize ad hoc arbitration. Ad hoc arbitration is the initial form of arbitration, and it occupies an important position in many countries; however, China's judicial system does not recognize it. There are many disadvantages for building a system of ad hoc arbitration in China; i. e., the arbitration system in China is undeveloped and shot-time established, and it lacks social and civil society basis, along with a credit system, which the Western ad hoc arbitration relies on.

The second characteristic is the existence of excessive judicial supervision and control over arbitration in China. Judicial supervision over arbitration has been the customary practice in each country of the modern world, but sharp variation exists in the legal stipulations and the courts' attitude toward the standard to be applied in the supervision over arbitration. In China, there has always been a controversy over judicial supervision, and the standards applied in the supervision over arbitration by courts in different regions are less than identical.

The last characteristic is the existence of a combination of mediation with arbitration, which is called Arb-Med in China. Such means that in the process of arbitration, the arbitrator may conduct mediation proceedings for the case it is handling if both parties agree to do so. Under the Chinese law, Arb-Med may lead to a binding and enforceable outcome. However, it has several legal disadvantages and almost no country adopts this system. China still insists that this system will go on because Arb-Med was first made in China, and its effect was proven through long-time practice in CIETAC.

**Key words** : Chinese Arbitration System, Ad Hoc Arbitration, Judicial Supervision, Arb-Med, Characteristics of Chinese Arbitration