

## 중국에서 내국인 간의 투자계약 관련 중재 사례 검토

### A Case Study on the Investment Contract in China

장 경 찬\*

Kyung-Chan Jang

#### <목 차>

- I. 중국에서의 투자
- II. 사례검토
- III. 결 론
- 참고문헌
- Abstract

주제어 : 준거법, 중재합의, 내사기업, 지분양도계약, 투자계약, 보전처분

---

\* 동국대학교 - 서울 법과대학 교수

## I. 중국에서의 투자

### 1. 거래현황

가. 한국과 중국관계는 수교이래 과거의 정치적, 이념적, 대립적 관계에서 경제문화, 기술, 교육 등 사실상 사회전반에 걸쳐 비약적인 발전을 거듭하고 있으며 특히 경제적인 면에서는 한국의 제1, 2위 수출 대상국이 되어 더 말할 필요가 없다. 최근 한국, 중국은 2008 전략적 동반 관계로 형성된 이후에는 양국간의 교류가 확대, 심화되었다.

그러나 중국은 아직 한국의 수준에서 볼 때 법제나 법률실무 현황이 만족스러운 상태에 있지 아니하고 있으나 그 차이와 간격은 해를 거듭할수록 없어지거나 좁아지고 있다.<sup>1)</sup>

한편 한중간에는 국가간의 교류와는 별도로 민간 교류 역시 활발하고 그 중 법률 교류의 현황을 살펴보면 대부분은 학자, 변호사, 기타 법률전문가들을 중심으로 하는 법률전문가의 교류이고 산업체 종사자들에 의한 업종별 교류가 미진하다. 법률전문가들이 교류하는 것은 일반적인 법제도나 법이론을 소개하고 연구하는 데는 매우 효과적이지만, 특정한 산업분야와 관련된 규제 내용을 교류하고 이해하는 데는 한계가 있어 양자의 서로 보완적 교류가 절실하다.<sup>2)</sup>

나. 한국의 중국투자 누적 신고 건수는 총 4만 4386건에 달한다.<sup>3)4)</sup> 그런데 투자된 한국기업 중 95%가 정보 수집력 및 사업 다각화 역량이 취약한 중소기업으로 거의 대부분의 기업이 분쟁이 발생할 경우 거리가 멀어 떨어져있고, 고비용의 중국의 섭외중재기구를 이용하기 어려운 문제점이 있다. 만약 중국의 국내중재기구가, 절차나 판정의 공정성, 판정집행의 가능성이 담보된다면 지리적으로 멀리 떨어져 있는 섭외중재기구보다 가까이 있는 국내중재기구를 이용하는 것이 보다 효율적인 분쟁해결 방법이 될 것이다.

향후 한국투자기업들의 중국 내수시장 진출이 활발해짐에 따라 중국 국내 거래당사자들과의 분쟁 발생 가능성이 많아지고, 분쟁의 가액도 다양할 수 있는 바, 중국 국내 거래당사자와의 중소규모 분쟁 해결에는 양국내에서의 각 국내중재기구가 중요한 역할을 할 수 있다.

1) 중국은 2001. 12. 10. WTO에 법률분야 뿐 아니라 모든 분야에서 발전의 새로운 계기를 마련하고 있다.

2) 윤진기 한중간 법률교류의 현황과 역할, 중국법연구(19집), 2013. 6. p.28

3) 상계논문, p.30

4) 해외로 눈돌리는 로펌들 ②진출 1번지 중국[가장 큰 경쟁상대는 일본.. 중국 로펌도 가파르게 성장, 법률신문, 2012. 7. 19.

이 글은 최근에 한중간의 상사거래관계에서 발생하는 문제해결의 수단으로 국가기관이 개입하지 않으면서도 공평하고 신속한 해결을 도모할 수 있는데 대체적 분쟁 해결 수단으로 자리 잡아 가고 있는 중재와 관련하여 다른법제와 사회체제에서의 중국의 회사법, 외국인 투자에 관하여 살피고 실제 구체적 중재사건에서 빈번하게 발생하는 문제점을 검토하고 중국의 회사법 개관에 초점을 두고자 한다.

## 2. 적용법 문제

가. 우선 중국과의 거래 중 상(사)거래에 있어 적용될 법은 형식적 의의의 상사법으로 이것은 상법이라는 명칭으로서 국가의 입법기관에 의하여 제정된 상법전을 의미하고 예컨대, 한국 상법전, 프랑스 상법전 및 독일상법전이 형식적 의의의 상사법이다. 중국에는 이러한 형식적 의의의 상사법은 존재하지 않고 생사를 대상영역으로 하는 특정한 영역으로 파악할 수 있는데 실제적, 실질적 상사법으로 개념지을 수 있다. 즉, 상사주체 및 상사행위를 규제하는 특정의 법영역으로서 실질적 의의에 있어서의 상사법<sup>5)</sup>, 상사주체를 규제하는 특정의 법영역, 상사주체법을 말한다. 그것은 주로 민법통칙에 있어서의 상자연인(개인상인) 및 기업법인에 관한 규정, 각종 기업단행법, 회사법, 상업등기법 등의 법률·법규에 의하여 구성된다. 광의의 중국 상사법이란 상사주체 및 상사행위를 규제하는 법규범 총체를 말한다. 여기에는 위에서 말한 상사주체법 뿐만 아니라 보험, 어음, 해상, 증권 등 상사행위를 규정하는 법률·법규도 광의의 실질적인 중국 상사법의 중요한 구성부분으로 되고 있다.

상사법의 중국법률체계에 있어서의 지위의 논의는 현재 중국에 있어서는 주로 상사법과 민법의 관계, 상사법과 경제법의 관계를 중심으로 민상법합일설, 경제법·상법합일설, 상사법독립설 등이 주장되고 있다.<sup>6)</sup>

중국의 회사법은 모든 상사 입법이 단행 입법의 형식을 취하고 있듯이 회사법도 단행 법이며<sup>7)</sup> 1993. 12. 29. 제정되고 1999. 12. 25., 2004. 8. 28., 2005. 10. 27. 각 개정된 중국회사법(公司法)은 모두 13장 219개 조문으로 구성되어 있다.

나. 중국 회사법 제2조는 “이 법에서 말하는 회사(公司)란 유한책임회사와 주식유한회사를 의미한다”라고 규정하고 있다. 따라서 중국 회사법이 적용되는 회사의 종류는 단지 위와 같은 두 가지 형식으로 제한된다. 이 법에서 말하는 유한책임회사는 우리나라의 유한회사에 해당하는 것이고, 주식유한회사는 주식회사와 비슷하다고 할 수 있다.

5) 徐治文, 現代中國ビジネス法, 法律文社化, 2005, pp.205-206

6) 상계서 pp.6~7

7) 이러한 단행입법 형식은 사회·경제적 변화에 따른 개정의 필요성에 보다 유연하게 대응할 수 있다는 점에 장점이 있다. 사법연수원, 중국법, 2010, p.212

우리나라의 합자회사에 해당하는 기업형태는 중국법에서는 인정되지 아니한다. 중국 회사법에 규정이 없을 뿐만 아니라 조합(合伙)기업법에도 일부 구성원은 무한책임을 지고 나머지 구성원은 유한책임을 지는 형태의 기업은 규정되어 있지 않다.<sup>8)</sup>

현행 회사법은 1인회사의 설립을 허용함에 따라, 유한책임회사는 50인 이하의 사원이 공동으로 출자하여 설립할 수 있게 되었다.

다. 회사법이 적용되는 주식회사도 두 가지 형태가 있는데, 하나는 상장회사(上市公司)이고 다른 하나는 비상장회사이다. 상장회사는 발행한 주식의 거래를 국무원이나 국무원으로 권한을 위임받은 증권관리부서의 허가를 받아서 증권거래소에 위임하여 상장한 주식회사를 말한다.(회사법 제121조), 2008. 12. 기준, 중국 上海증시에 상장한 회사는 864개이고 深圳증시에 상장한 회사는 740개이다.

### 3. 외국인투자기업의 개념

가. 오늘날 기업(특히 다국적기업)은 기업이윤을 극대화 할 수 있는 지역을 찾아서 자본을 투자한다. 따라서 자본이나 기술조건이 열악한 국가는 다국적기업에 대하여 이윤을 극대화 할 수 있는 유리한 투자환경을 조성하여 주고 자국에 자본을 투자할 것을 유도한다.

그러나 자본의 이전이 극히 자유롭게 된 오늘날, 다국적기업의 투자자본은 만약 자본유치국의 투자환경이 악화될 경우 쉽게 투자환경이 좋은 다른 지역으로 이전하기 때문에, 자본유치국인 개발도상국들은 투자자본의 자유로운 이전에 일정한 제약을 가하고 있다.

중국은 외자유치의 방법과 절차를 법률로 규정하고 그 법률이 규정하고 있는 방법과 절차에 따라 외국 투자자들이 중국에 자본을 투자하도록 함으로써 국가의 경제개발정책과 부합하는 합리적이고 효과적인 외자유치가 가능하게 될 뿐만 아니라 외자를 효과적으로 관리할 수 있게 된다.<sup>9)</sup>

나. 외국 투자자의 입장에서 볼때에도 중국이 허용하고 있는 투자의 방법과 절차에 따라 합법적으로 투자하였을 때 비로소 투자자본의 원금과 과실을 합법적으로 회수할 수 있게 되어 투자의 위험을 최소화 할 수 있게 된다.<sup>10)</sup> 중국은 외국투자자의 중국 내 투자를 유치하기 위하여 중외합자경영기업법, 중외합작경영기업법 및 외자경영기업법(이를 합하여 삼자기업이라 함) 외국인투자기업에 관한 법률을 제정하고 중국 회사법보다 우선 적용되

8) 상계서, p.213

9) 중국공산당 제11회 중앙위원회 제3차 전체회의(3中全會)에서 개방정책을 채택한 중국도 중국의 산업자본 부족문제와 열악한 기술조건 등의 문제를 해결하기 위하여 대외적으로 개방하기 시작하였다.

10) 논문에서 다루고 있는 사건도 한국에서와 같은 계약의 내용으로 사실상의 출자금의 회수 문제가 가장 중요한 경제적 실질 문제이다.

므로 중국이 어떠한 방법으로 외자를 유치하고 있는가 하는 점을 숙지하는 것이 투자의 위험을 최소화하는데 무엇보다도 중요하다.

외국인투자 기업을 설립한 외국 투자자가 중국에서의 사업경영을 포기하고 투자원금을 회수하고자 할 때에는 설립한 외국인투자기업을 해산하고 채권·채무를 청산한 다음 투자원금을 회수하여야 한다.

다. 이하에서는 위 기초적 논의에 근거하여 실제 중재사건이 어떻게 처리되었는지 살펴보기로 한다. 개별당사자에 대한 정보보호를 위하여 당사자의 성명 기타 특정되는 부분은 가급적 익명 또는 간략하게 처리하였다.

## II. 사례 검토

### 1. 사건의 경위

#### 가. 당사자의 지위

신청인<sup>11)</sup>은 2007. 9.경 투자자문, 상무자문등을 경영범위로 한 유한책임회사로서 외국인투자기업이고, 피신청인<sup>12)</sup>은 2007. 5.경 체육운동시설의 경영, 문화예술교류업무등을 경영범위로 한 중국인이 설립한 내자기업으로서 유한책임회사이다.

#### 나. 사건의 진행

1) 피신청인은 신청 외 C와 북경시 소재 토지 325무(이하 ‘제1토지’라함)에 관한 합작계약을 체결하고 위 토지에 관한 사용권을 취득, 피신청인은 별도로 위 제1토지에 인접한 80무 토지(이하 제2토지라 함)에 관한 토지사용권을 취득하였다. 피신청인의 법정대표자인 B’는 2007. 8. 북경시 소재 또 다른 토지 30무(이하 ‘제3토지’라함)에 관한 사용권을 11월 토지 31무(이하 ‘제4토지’라 함)에 관한 사용권을 각 취득하였다.

2) 신청인과 피신청인은 2007. 7. 20. 피신청인이 보유하고 있는 지분 50%를 신청인에게 양도하는 계약을 체결하고 신청인의 법정대표자인 A’가 피신청인의 총관사장으로 경영에 관여하기 시작하였다.

11) 이 사건은 중재지가 대한민국, 서울이나 당사자의 상호와 실질금액 내용은 당사자의 비밀보호와 여러 가지 점을 고려하여 익명으로 하였고 그들의 주장도 논의의 필요한 해당부분만을 발췌하였다.

3) 그 후 신청인과 피신청인이 체결한 이 사건 계약에 의하여 A는 B가 경영하는 기업에 대한 운영권과 수익의 50% 배분청구권을 취득하였으므로 이 사건 계약이 동업계약인지, 지분양도계약인지 여부 문제와 신청인 피신청인 사이의 사업운영에 필요한 금전대차가 있었다. 이런 문제들 때문에 신청인과 피신청인은 중재합의를 하였으나 발생한 분쟁에 적용할 법을 지정하지 아니하였다. 또한 신청인과 피신청인은 운영중에 발생한 회계처리를 둘러싸고 횡령의 문제가 불거져 형사 문제까지 발생하였으나 형사문제는 중재대상과 관련은 있으나 논의에서 생략하고 양당사자 사이의 계약의 내용에 관한 법적성질 문제와 그 계약내용의 유무효가 결정되면 신청인의 주장의 당부가 결정된다.

## 2. 문제점

### 가. 준거법문제

신청인과 피신청인 당사자간의 문제점을 판단하기 앞서 당사자간에 체결된 계약서 중재합의가 있으므로<sup>13)</sup> 위 중재합의는 서면에 의한 합의이고 달리 위 중재합의의 효력을 제한 할 사유가 없으므로 대한민국 중재법에 따라 중재판정부가 이 사건 중재합의의 합법적인 성립과 그 법률효력을 인정하는 것은 당연하다.<sup>14)</sup>

그런데 신청인과 피신청인은 위 계약과 관련하여 발생한 분쟁에 적용할 법을 지정하지 아니하여 중재사건에 적용할 법률규정을 정하여야 하는데<sup>15)</sup> 이 사건에 적용할 법률은 이 사건의 중재지인 대한민국 중재법의 규정에 따라 결정되어야 한다.

중재에 적용될 법(governing law, applicable law)은 크게 두가지 범주로 나뉜다. 하나는 중재절차를 규율하는 법이고, 다른 하나는 주된 계약과 중재합의의 효력을 결정하는 법이다. 전자를 절차법(the procedural law)이라고 하고, 후자를 실질법(the substantive law)이라고 하는데, 후자는 다시 주된 계약에 적용될 실질법과 중재합의에 적용될 실질법으로 구분된다. <sup>16)</sup>

13) 계약서 “만약 분쟁이 발생하였을 때 갑과 을은 먼저 협의를 통하여 분쟁을 해결하고, 협의를 통하여 분쟁을 해결 할 수 없을 때 대한상사중재원에 중재를 신청한다. 중재결과를 갑과 을 쌍방에 대하여 동등한 법률적 구속력을 가진다.”(如發生糾紛時, 甲、乙雙方首先應進行友好協商, 達成協議, 對於不能達成協議的部分可向大韓商事仲裁院<sup>1)</sup>提出訴訟進行仲裁, 仲裁結果對於甲乙雙方具有同等法律約束力。

원문에는 “大韓商社仲裁院”이라고 기재되어 있는데, 이는 “대한상사중재원(大韓商事仲裁院)의 오기임.

14) 대한민국과 중화인민공화국은 1958년의 “외국중재판정의 승인과 집행에 관한 협약 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)”의 가입당사국이다.

15) 대한민국 중재법 제29조는 다음과 같이 규정하고 있다.

제1항 중재판정부는 당사자들이 지정한 법에 따라 판정을 내려야 한다. 특정국가의 법 또는 법체계가 지정된 경우에 달리 명시되지 아니하는 한 그 국가의 국제사법이 아닌 분쟁의 실체에 적용할 법을 지정한 것으로 본다. 제2항 제1항의 지정이 없는 경우에 중재판정부는 분쟁의 대상과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 적용하여야 한다.

16) 실질법을 ‘실체법’이라고도 하고, ‘준거법’(governing law)이라는 용어를 ‘실질법’만을 지칭하는 것으로 부르기도 하며 표현은 일치하지 않는다.

이 사건의 경우에는 중재심리 절차가 한국에서 이루어지고 있어 절차진행에서 법정지법주의가<sup>17)</sup> 일반적으로 적용되므로 이 사건의 경우 당사자가 명시적으로 달리 합의한 바 없어 법정지법주의원칙을 따르는데 문제는 없다.

실질법 중재합의의 해석, 유·무효, 의무이행, 효력범위 등에 관하여는 중재합의에 관한 실질법이 적용된다. 즉 중재조항의 효력은 주된 계약의 그것과 별도로 판단되어야 하므로 중재합의에 적용될 실질법은 주된 계약에 적용될 실질법과 이론상 구별되지만 실제의 경우는 두가지 실질법이 일치하는 경우도 많고 이 시간에서 그런 구별을 하고 있지 않다.

일반적으로 중재당사자는 법적요소가 있는 법률관계에 관하여 분쟁이 있는 경우, 국가주권에 터잡아 이루어지는 소송에서의 실체법은 법정지법(*lex fori*)의 국제사법에 의하여 결정될 것이나 중재사건은 그 자체가 국가 주권작용에 의하여 진행되는 일반적인 사법 절차가 아니므로 이를 강제할 수 없는 것이 원칙이고 오히려 분쟁의 자치적 해결의 수단성이 강조되는 만큼 사적 자치 원칙이 적용되어 우선적으로 당사자가 합의하여 적용할 실체법규를 정할 수 있는 것이다.<sup>18)</sup>

그러나 이 사건과 같은 경우 당사자 간에 실질법에 관한 합의가 없다면 그 주된 계약과 중재조항의 해석을 어느 법에 의하여야 하는가의 문제가 남는다. 이에 대한 해결방안으로 다음과 같이 네 가지 방법이 제시된다.<sup>19)</sup>

- i) 중재지 또는 법정지국의 실질법에 의하는 방법
- ii) 중재지 또는 법정지국의 국제사법에 의하는 방법
- iii) 중재인이 적절한 국제사법을 택한 후, 이에 따라 실질법을 정하는 방법
- iv) 중재인이 적절한 실질법을 정하는 방법

17) 법정지법주의에 입각하여 중재지가 속한 국가의 절차법이 중재의 절차법이 된다는 견해이다. 제네바의정서 제11조 제1항은, “중재절차는 당사자의 의사(*the will of the parties*)와 중재지의 법(*the law of the country in whose territory the arbitration takes place*)에 의하여 규율된다”라고 규정하여, 중재지법이 절차법의 하나임을 명시하였다. 그러나, 위 조항은 당사자의 의사와 중재지법간의 우열을 명시하지 않아 해석의 혼돈을 주었으므로, 뉴욕협약 제5조 제1항 d호는 “중재절차가... 당사자들의 합의에 의하거나.. 그것이 없을 때에 중재지법에 의하여 아니한 경우”라고 하여 중재지법이 보충적인 것임을 명시하였다.

18) 중재법 제29조 제1항은 “중재판정부는 당사자들이 지정한 법에 따라 관정을 내려야 한다. 특정국가의 법 또는 법체계가 지정된 경우에 달리 명시된 것이 없으면 그 국가의 국제사법이 아닌 분쟁의 실체에 적용될 법을 지정한 것으로 본다”라고 규정하여 당사자자치의 원칙을 천명하였다.

19) 목영준, 상사중재법, 박영사, 2011, p.114  
 우선 모범법안 제28조 제2항은, “제1항의 지정이 없는 경우에 중재판정부는 적절하다고 인정하는 국제사법규정에 의해서 정하여지는 실질법을 적용하여 한다”라고 규정, 프랑스 민사소송법은 제1496조에서 “당사자간의 합의가 없다면 중재인은 그가 적절하다고 인정하는 법원칙에 따라 심판하여야 한다.”라고 규정, 독일 민사소송법 제1051조 제2항도 “중재인은 중재의 대상과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 적용하여야 한다”라고 규정, 유럽협약은 주된 계약에 적용될 실질법과 중재합의에 적용될 실질법을 따라 규정하고 있다. 즉 유럽협약은 주된 계약에 적용될 실질법에 관하여는 제7조에서 “준거법에 관한 당사자간의 합의가 없을 때에는 중재인은 적절한 국제사법에 따른 법을 적용하여야 한다”라고 규정한다.

한편, 한국중재법은 당사자들이 지정한 법이 없는 경우에 제29조 제2항에 따라 중재판정부가 결정한 ‘분쟁의 대상과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법’을 적용하도록 하고 있고<sup>20)</sup> ‘법’이 ‘특정국가의 법’만을 지칭한다.<sup>21)</sup>

따라서, 이 사건에 관하여 살펴보면 행위주체로 나타나는 신청인과 피신청인, 그 외 당사자는 모두 중화인민공화국의 법에 의하여 설립되었고 중화인민공화국의 주권이 미치는 지역인 북경시에 소재하고 있는 점,

이 사건 분쟁의 대상토지는 중화인민공화국 주권이 미치는 지역인 북경시 조양구에 위치하고 있는 점,

이 사건 분쟁의 대상은 위 기재 토지에 관한 합작계약의 해지에 따른 보상금 귀속의 문제인 점을 고려한다면 비록 당사자가 적용할 실체법을 지정하지 아니하였다 하여도 이 사건 분쟁의 대상과 가장 밀접한 관련이 있는 중화인민공화국 법률이 이 사건에 적용되어야 마땅하다.

#### 나. 계약내용

##### 1) 계약의 성질 결정

신청인과 피신청인이 2007. 7. 20. 체결한 이 사건 계약의 주요 내용이 앞서 본바와 같이 법적 성격에 관하여 동업계약으로서 피신청인이 경영하는 골프연습장 경영권과 50%에 해당하는 수익배당권을 취득하는 계약인지 피신청인의 지분 50%를 양도하는 지분양도계약인지에 관하여 다툼이 있는 것이다.

이것이 한국에서 해석 된다면 그 계약 내용자체의 실현 가능성 내지 당사자의 권리의 무의 유효, 무효에 범위와 내용에 관한 해석의 문제에 불과하나 중국 회사법규를 적용할 때는 중국회사법규가 인정하고 있는 제도나 개념이 한국의 그것과 달라 단순히 계약 내용의 해석에서 끝나지 않고 계약의 유효, 무효에 관련되는 것이 되어 중재계약 해석에서 뿐 아니라 일반적 민사분쟁시에도 동일한 문제가 발생된다.

중화인민공화국 계약법 제125조 1항은 “당사자가 계약의 조항을 해석함에 있어 분쟁이 생겼을 때 계약에서 사용하고 있는 용어와 계약상 관련된 조항, 계약의 목적, 거래관행 및 신의성실의 원칙에 근거하여 해당 조항의 진실된 의사를 확정한다”라고 규정하고 있다.<sup>22)</sup> 한편, 한국과는 달리 중국에서는 계약 자유권원칙보다는 사회주의 경제체제 아래서 외국 투자 기업에 관하여 달리 법을 정하고 있기 때문에 그 해석이 중요하다<sup>23)</sup> 이에 대

20) Failing the designation referred to in paragraph (1) the arbitral tribunal shall apply the law of the State it considers having the closest connection with the subject-matter of the dispute.

21) 목영준, 전개서, p.117

22) 中華人民共和國 合同法 第125條 一款 : 當事人對合同條款的理解有爭議的, 應當按照合同所使用的詞句、合同的有關條款、合同的目的、交易習慣以及誠實信用的原則, 確定該條款的真實意思。

23) 한국의 상법은 2012 개정되어 기존의 회사기업 형태를 합병, 합가, 주식유한회사로 한정하였던 것을 유한회



하여 한국역시 중문계약서 제1조에는 지분 50%를 양도함에 동의하고, 쌍방이 50%대50%의 비율로 공동 경영한다.<sup>24)</sup>

A는 외국자연인이 미화 55만불 출자하여 설립한 기업으로서 중화인민공화국 외자기업을 법을 근거법으로 설립된 외자기업<sup>25)</sup>에 속하고 B는 중국국적의 자연인의 출자로 설립된 기업으로서 중화인민공화국 회사법(公司法)에 근거하여 설립된 내자기업(境內企業)에 속한다.

위 계약에서 사용된 용어들을 종합하여 보면 신청인이 피신청인에게 투자하여 50%에 해당하는 피신청인의 경영권을 취득한다는 약정으로 해석된다.

결국 이 사건 계약은 외자기업인 신청인이 내자기업(境內企業)의 지분을 양수하는 법률행위으로써 외자기업의 중국 내 투자행위에 해당된다. 외자기업의 중국 내 투자행위는 “외상투자기업의 중국 내 투자에 관한 임시규정”(關於外商投資企業境內投資的暫行規定)이 규정하고 있는 바에 따라야 하는데, 2000년 7월 25일 공포되었고 2000년 9월 1일부터 시행된 위 임시규정에 의하면 외자기업의 중국 내에서의 투자는 다음과 같은 절차를 이행하여야 한다.<sup>26)</sup>

외자기업이 “외상투자산업지도목록” 상 장려류와 허용류에 해당되는 업종에 투자하고자 할 때 투자대상인 내자기업(境內企業) 소재지 등기기관에 위 임시규정 제7조가 규정하고 있는 서류를 첨부하여 신청하여야 하고(위 임시규정 제7조<sup>27)</sup>), 신청을 접수한 등기기관은 이를 심사하여 합법적인 투자로 인정되었을 때 변경등기를 함과 동시에 투자를 받은 내자기업(境內企業)에게 변경된 영업집조를 발급한다. 이 때 발급되는 변경된 영업집조(營業執照)상 기업유형(企業類型)란에는 “외상투자기업투자”라는 문구가 명시된다(위 임시규정 제8조<sup>28)</sup>).

사, 출자조합 등의 새로운 기업형태로 예정하고 있으나 중국은 외국자본의 도입의 필요성이 절실하여 회사법을 적용하고 있으나 한국과 같은 법제가 아니어서 외국인 설립, 운영하는데 제한을 많이 가하고 있는 것이 현실이다.

- 24) 甲方同意將現有的北京朝來新生體育休閑有限公司之股份的50%以人民幣800萬元轉讓給乙方，雙方以50%對50%比率共同經營。  
乙方應向甲方支付投資金額人民幣800萬元整，並分3次向甲方支付。  
乙方如不能按照合同上所約定的投資金額向甲方支付投資金額的，甲方也應按照乙方已投資的實際金額所占比率承認其股份的存在。
- 25) 中華人民共和國外資企業法 第一條 爲了擴大對外經濟合作和技術交流，促進中國國民經濟的發展，中華人民共和國允許外國的企業和其他經濟組織或者個人（以下簡稱外國投資者）在中國境內舉辦外資企業。（대외경제협력과 기술교류를 확대하고 중국 국민경제의 발전을 촉진하기 위하여 중화인민공화국은 외국의 기업과 기타 경제조직 또는 개인(이하 외국투자자라 약칭함)이 중국 영토 내에서 외자기업을 설립함을 허용한다.)  
中華人民共和國外資企業法 第二條 本法所稱的外資企業是指依照中國有關法律在中國境內設立的全部資本由外國投資者投資的企業。（본 법에서 규정하고 있는 외자기업이란 중국의 관련법률에 따라 중국 영토 내에 자본의 전부를 외국투자자가 투자하여 설립한 기업을 말한다.)
- 26) 위 임시규정 제5조와 제6조는 외상투자기업(중외합작기업, 중외합작기업, 외자기업)의 중국 내 투자와 관련된 조건이 규정되어 있으나, 위 조건은 2006년 5월 26일 하달된 “<외상투자기업의 심사비준과 등기에 관한 법률적용과 관련된 약간의 문제에 관한 집행의견>실시에 관한 통지”(關於實施《關於外商投資的公司審批登記管理法律適用若干問題的執行意見》的通知)에 의하면 위 통지가 하달된 날로부터 위 임시규정 제5조와 제6조를 폐기하였으므로 이 사건에서는 이를 논할 필요는 없다.
- 27) 《關於外商投資企業境內投資的暫行規定》第七條：外商投資企業在鼓勵類或允許類領域投資設立公司，應向被投資公司所在地公司登記機關提出申請，並應提交下列材料。

외자기업이 “외상투자산업지도목록”상 제한류에 해당하는 업종에 투자하고자 할 때에는 위 임시규정 제9조가 규정하고 있는 서류와 함께 투자대상인 내자기업(境內企業)소재지를 관할하는 성급대외경제무역주관부문에 신청하고(위 임시규정 제9조29), 신청을 접수한 성급대외경제무역주관부문은 투자를 받는 내자기업(境內企業)이 외상투자기업의 투자를 받은 후에도 계속 해당 업종을 경영할 수 있는지 여부에 관하여 동급 또는 국가업종관리부문의 의견을 받아야 하며(위 임시규정 제10조30), 동급 또는 국가업종관리부문이 동의하였을 때 비로서 투자를 받은 내자기업(境內企業)은 그 업종을 계속 경영할 수 있는 변경된 영업집조를 수령할 수 있게 된다. 이 때 발급되는 변경된 영업집조상에도 “외상투자기업투자”라는 문구가 명시된다(위 임시규정 제11조31).

이러한 절차를 거쳐 변경된 영업집조를 수령하였을 때 비로서 투자자인 외자기업은 투자를 받는 내자기업(境內企業)의 합법적인 투자자로서의 법률상 지위를 취득하게 된다.

## 2) 계약의 효력

신청인과 피신청인은 이 사건계약을 체결한 후 신청인의 지분양수행위를 합법화하기 위한 행정절차를 이행하지 않았음을 인정하고 있어 위 지분양도계약이 완벽한 법률효력을 가지는 유효한 계약으로 볼 수 없다.

그렇다면 신청인은 피신청인에게 지분양수계약에 터잡아 신청인이 피신청인의 합법적인 지분권자로서의 법률상 지위를 취득할 수 있도록 필요한 행정절차를 이행하여 줄 것을 청구할 수 있는 권리를 가지고 있을 뿐, 그와 같은 행정절차가 완료되어 신청인이 피신청인의 합법적인 지분권자로서의 법률상 지위를 취득하기 전에 피신청인의 경영상 권한을 행사한다거나 경영에 따른 이윤의 배분을 청구할 수 있는 권리를 가지지 못한다.

우리나라에서는 계약이행과정에서 행정적절차를 거치지 않는 경우, 원칙적으로 행정절차를 단속규정에 불과하고 효력규정이 아니어서 절차상 위반으로 과태료등의 제재는 있을 수 있어도 직접적으로 사법상의 계약을 실효시키는 경우는 거의 없는 것으로 대조를 이루고 있어 소위 중국과의 투자계약 협의시 이점을 꼼꼼히 살펴볼 필요가 있다.

28) 《暫行規定》第八條：公司登記機關依〈公司法〉、〈中華人民共和國公司登記管理條例〉的有關規定，決定准予登記或不予登記。准予登記的，發給《企業法人營業執照》，并在企業類別欄目加注“外商投資企業投資”字樣。

29) 《暫行規定》第九條：外商投資企業在限制類領域投資設立公司的，應向被投資公司所在地省級外經貿主管部門提出申請，并應提交下列材料。

30) 《暫行規定》第十條：省級審批機關接到上述申請后，按照被投資公司的經營範圍，征求同級或國家行業管理部門的意見。省級審批機關應自收到同級或國家行業管理部門同意或不同意的意見起十日之內，作出書面批復。

31) 《暫行條例》第十一條：省級審批機關對外商投資企業作出同意批復的，外商投資企業憑該批復文件向被投資公司所在地公司登記機關申請設立登記。公司登記機關依《公司登記管理條例》的有關規定，決定准予登記或不予登記。准予登記的，發給《（加注）營業執照》。

#### 다. 중재절차에서 보전처분

1) 중재절차에서도 당사자들의 지위를 보호하고 중재판정의 결과를 기다리는 동안 그 상태를 유지하기 위하여 소송절차와 마찬가지로 임시적 처분을 허용할 필요가 있고 이러한 경우 중재판정부가 직접 임시적 처분을 할 권한을 갖는 것이고, 다른 하나는 법원에 의하여 현행민사 집행법상 가압류, 가처분 등 보전처분을 이용하는 것이다<sup>32)</sup>. 중재합의는 당사자 간의 분쟁을 법원이 아닌 사인에 의하여 해결하기로 하는 당사자 간의 약정이고 중재는 분쟁의 본안을 중재인에 의하여 해결하기로 하는 것, 이에 각국은 UNCITRAL 모범답안에 따라 법원에 의한 보전처분을 인정하고 있다.

이 사건과 같이 중재합의 당사자가 외국기업인으로 중재지가 한국인 경우 중재지가 속하지 않은 다른 국가의 법원이 그 중재의 분쟁대상에 대하여 보전처분을 할 수 있는지 즉, 이 경우 중국 현지 법원에서 가능한지의 문제가 제기된다.

중재합의가 유효하다는 것은 계약당사자로 하여금 중재에 이르고 중재판정에 따르도록 하는 효력과 다른 한편으로는 국가의 재판관할권을 배제하는 효력이 발생하는 바, 전자를 적극적 효력, 후자를 소극적 효력이라 한다.<sup>33)</sup>

중재합의를 한 당사자가 중재판정의 결과가 나올때까지 상황의 변화를 막고 그 상태를 유지하기 위하여 일반 민사 소송절차와 마찬가지로 임시적 처분을 허용할 필요가 있다. 우리 나라의 역시 그와같은 취지에 부응하고 있다.<sup>34)</sup>라고 규정하고 있을 뿐 임시적 처분의 집행방법은 규정하지 않고 있다. 중재법 제37조는 법원에서 집행판결을 받을 수 있는 대상을 ‘중재판정’에 한정하고 있기 때문에 임시적 처분은 법원에 의한 집행판결을 받을 수 없는 논리적 결과가 되어 중재법 제18조는 상당부분 의미를 상실하게 되므로 독일민사소송법 제1041조 제2항과 같이 법원이 위 결정을 집행 할 수 있도록 할 필요가 있다.<sup>35)</sup>

한편, 중재는 분쟁의 본안을 중재인에 의하여 해결하기로 하는 것으로, 일방 당사자가 법원에 보전처분을 신청하거나 받았다고 하여 분쟁의 해결을 중재가 아닌 소송에 의뢰하는 것이라고 보기는 어렵다. UNCITRAL 모범답안을 비롯한 각국의 입법례는 법원에 의한 보전처분을 인정하고 있고 2006개정 모범법안 제17조는 임시적 처분을 내릴수 있는 법원을 확대하여, “법원은 중재지가 그 국가의 영토 내인지 여부에 관계없이 중재절차에 관한 임시적 처분을 내리는데 있어 소송절차에서와 같은 권한을 가진다. 법원은 국제중재의 특징을 고려하여 법원 고유의 절차에 따라 이러한 권한을 행사하여야 한다”라고 규정하고

32) 목영준, 전게서, p.182

33) 상게서, p.66

34) 중재법은 제18조는 “당사자간에 다른 합의가 없는 경우에 중재판정부는 어느 한쪽 당사자의 신청에 따라 결정으로 분쟁의 대상에 관하여 필요하다고 인정하는 임시적 처분을 내릴수 있다. 이 경우 중재판정부는 피신청인이 임시적 처분에 갈음하여 제공할 담보의 금액을 정할 수 있다. ② 중재판정부는 임시적 처분의 신청인에게 적절한 담보를 제공할 것을 명할 수 있다.”

35) 정선주, “중재절차에 있어서의 보전처분에 관하여(하)”, [중재]제269호, 1994, p.9, p.11, 석광현, 국제민사소송법, 박영사, 2012, p.521

있다. 우리 중재법 제10조도 “중재합의의 당사자는 중재절차의 개시 전 또는 진행 중에 법원에 보전처분을 신청 할 수 있다”고 규정하고 있고, 독일 민사소송법 제1033조, 일본 중재법 제15조도 같은 취지로 규정하고 있다. 또한 유럽협약 제6조 제4항은, “법원에 대한 잠정처분 또는 보전처분의 신청은 중재합의와 양립할 수 있으며, 사안을 법원에 부탁하는 것으로 간주되지 아니한다”라고 규정하고 있다. 당사자의 법원에 대한 보전처분 신청은 중재합의에 반하는 것이 아닐뿐 아니라 중재판정을 실효성을 사전에 확보하기 위한 것이고 이것은 사법적 작용인 판결 절차에서와 다른바 없고, 오히려 대체적 분쟁 해결수단인 중재 활성화를 위하여 필요한 측면도 있다.<sup>36)</sup>

한편 이 사건과 마찬가지로 국제중재에서 중재지가 속하지 않은 다른 국가의 법원이 그 중재의 분쟁대상에 대하여 보전처분을 할 수 있는지가 문제된다.

이러한 문제의 본질은 중재의 합의는 당사자간의 사적자치 계약의 적용인데 반하여 중재지가 아닌 나라에서의 보전신청을 심리 결정하는 것은 보전책임의 결정이 국가 고유의 사법작용이므로 사법적 계약에 유래된 것이라고 하여도 그 근거가 전혀 근본적으로 다른 것이다. 그러나 국제거래가 급증하면서 중재지 법원뿐만 아니라 중재지가 아닌 문제가 발생한 또는 이해관계가 있는 당사자가 속한 법원에서 신속하고 긴급한 보전집행의 필요성은 상존하고 있고 이 사건에서도 중재심판 대상이 되어 있는 금전이 중국현지은행에 예치되어 있는 경우 중국현지 법원에 대하여 예금등의 인출처분금지가 처분의 필요성은 있다.

2006개정모범법안은 제17조에서 임시적 처분을 내릴 수 있는 법원을 확대하여, “법원은 중재지가 그 국가의 영토 내인지 여부에 관계없이 중재절차에 관한 임시적 처분을 내리는데 있어 소송절차에서와 같은 권한을 가진다. 법원은 국제중재의 특징을 고려하여 법원 고유의 절차에 따라 이러한 권한을 행사하여야 한다”라고 규정하기에 이르렀다.

우리나라에는 아직까지 중재합의된 분쟁대상에 대한 보전처분의 국제재판관할에 관한 관례가 없다.<sup>37)</sup>

이 사건에서도 보전처분의 문제가 거론되었으나 앞서의 여러문제로 말미암아 신속한 심리 진행이라는 중재절차들을 고려 실제로 진행되지 못하였다. 바람직하기는 입법론적으로 개정모범법안과 같이 해결되는 것이 바람직하다.

36) 김상찬, 중재합의와 보전처분의 국제재판관할, 법학연구, 제51집, 2013, p.6, pp.270~272

37) 상계논문에서는 동경지방재판소의 판례시보 1991호 89편, 영국의 Channel Tunnel Group Limited v. Balfour Beatty Construction Limited, 1993 A.C. 334(House of Lords), 미국 Borden, Inc. v. Meiji Milk Products Co., Ltd., 919 F.2d 822(2d Cir. 1990)의 사례를 분석하면서 일본의 판례는 중재법과 민사보전법, 그리고 민사소송법상 국제재판관할의 입법취지, 중재계약 당사자의 합리적 의사, 이념에 따르는 특별한 사정 등을 고려요소로 삼고 있지만, 중재지 이외의 외국의 법원에 보전명령관할을 인정하지 않고 있고, 영미의 판례를 검토해 보면, 중재지 이외의 외국의 법원에 보전처분을 명할 권한이 있음을 인정하면서도, 실제적으로 그 명령을 내림에 있어서는 절차법, 실질법, 해당법원과 분쟁 간의 실질적 관련성, 증거의 소재지, 보전처분의 집행용이성, 중재지 국가에서의 보전처분가능성 등 다양한 요소를 고려하여 신중한 태도를 보이고 있다.

### III. 결론

한국과 중국간의 수교이래 중국경제의 급격한 발전, 거리적 가까움 등이 더해져 양국 간의 경제활동이 급증할 만큼 그에 대한 분쟁 역시 증가 할 것이다. 분쟁처분을 사법적 판결에 의하는 것이 전통적인 방법이나 많은 장애가 있어 많은 경우 중재에 의한 해결이 시도되고 있으나 한편 이 사건에 본바와 같이 평범한 사건안에서도 중재사건의 문제점, 준거법결정, 계약내용의 해석 기준, 보전소송에서의 사법사건과의 연계등의 문제가 자주 발생하고 있고 그것을 일거에 해결하기 위하여는 조약이나 입법론적인 해결이 가장 손쉬운 것이기는 하나 실제로 기대하기는 쉽지 않은 상황이다. 현재 개정이 없는 상태에서는 중재법 및 강제집행법의 취지, 나아가 중재합의를 한 당사자의 의사에 합치하면서, 보전명령의 특성상 신속성과 확실성을 보장할 수 있도록 하기 위하여 중재지 이외의 국가의 법원에서 보전처분의 관할권을 인정하는 보다 유연하게 해석을 할 필요성이 있다는 주장도 타당성을 갖는다<sup>38)</sup>. 그러므로, 실무적으로 현재로서는 중국에서의 투자를 목적으로 계약을 체결할 경우 달성하려는 경제적 효과와 법규정 차이를 면밀하게 분석하고 그것에 기초하여 계약을 체결하는 것이 우선적으로 만일의 경우에 대비하여서는 국제에서 중재할 수 있는 조항을 두어 꼭 판결이 아닌 조정 기타 합리적 분쟁수단이 동원될 수 있도록 여지를 가질 필요가 있다.

### 참고문헌

- 김상찬, “중재합의와 보전처분의 국제재판관할”, 『법학연구』, 제51집, 2013.  
 \_\_\_\_\_, 『ADR』, 도서출판 온누리, 2012.  
 김 연, 『민사보전법』, 법문사, 2010.  
 김용진, “국제보전처분의 현황과 과제-집행을 위한 한·일간 협력방안 제시를 겸하여”, 『저스티스』 제34권 제1호, 한국법학원, 2001.  
 목영준, 『상사중재법』, 박영사, 2011.  
 사법연수원, 『중국법』, 2010.  
 석광현, 『국제민사소송법』, 박영사, 2012.  
 \_\_\_\_\_, 『국제재판관할에 관한 연구』, 서울대학교 출판부, 2001.

38) 김상찬 전게서 p283, 284

- 윤진기 「한중민간 법률교류의 현황과 역할」, 중국법연구(19집). 2013.
- 이시윤, 「신민사소송법(제5판)」, 박영사, 2010
- 정선주, “중재절차에 있어서의 보전처분에 관하여(하)”, [중재]제269호, 1994.
- 徐治文, 現代中國ビジネス法, 法律文化社, 2005,
- 近藤昌昭·後藤健·内堀宏達·前田洋·片岡智美, 「仲裁法コンメンタル」, 商事法務, 2003.
- 吉川大二郎, 「保全訴訟の基本問題」, 有斐閣, 1952.
- 道垣内正人, “日本の新しい國際裁判管轄立法について”, 「國際私法年報」第12卷, 2010.
- 小島武司·高桑昭編, 「註釋と論点仲裁法」, 青林書院, 2007. 新堂幸司, “仲裁合意と保全 命令事件の國際裁判管轄”, 「民事法學への挑戦と新たな構築」, 創文社. 2011.
- 中野俊一郎, “保全命令の國際的效力”, 中野貞一郎編, 「民事保全講座(1)」, 法律文化社, 1996.

## ABSTRACT

### A Case Study on the Investment Contract in China

Kyung-Chan Jang

1. This study focuses on recent developments of trade transaction between Korea and China. The volume of trade is most rapidly increasing. There have been many items considered to ensure the proper, impartial, and rapid settlement of disputes in private laws by international arbitration. The article contains recent tendencies and proceedings of cases including place of arbitration, language, and so on.

2. The contract made between parties has led to some interpretational, legal questions. Interpretational questions rise mainly from differences of legal systems and legal questions on applying law. The characteristic features of the contract have different meanings, so some articles of the contract can be construed unlawful as a result.

3. As regards the Arbitration Act of Korea, Article 10, the Arbitration Agreement and Interim Measures by Court stipulate the following:

*A party to an arbitration agreement may request from a court art interim a measure of protection before or during arbitral proceedings.*

This article examines the application of Article 10 of the Arbitration Act of Korea.

**Key Words** : Applying Law, Effect of Contract, Arbitration, Interim Measure