

<외국투자법(의견수렴안)> 주요 쟁점 및 유의점

2015. 1. 27. 법무법인(유한) 태평양

입법 경과

- 상무부는 2015. 1. 19. 17:00 <외국투자법> 의견수렴안을 공표. 의견수렴 기간은 2015. 1. 19.부터 2. 18.까지임.
- 실제 <외국투자법>이 확정되어 발효될 시점은 지금부터 상당한 시간이 소요된 후가 될 것으로 예상됨. 상무부 당국자들(조법사, 외자사)은 2015. 1. 19. <외국투자법> 의견수렴안 발표일에 2017 년 하반기 정도로 예상한다는 개인적인 의견 표명.

배경과 성격

- 개혁개방초기 회사법제가 없어서, 중국정부는 임시로 3 자기업법을 제정하여 시행한 후 비로소 회사법을 정비하였음. 3 자기업법은 외상투자를 유치하는 법이기도 하지만, 감독규제하는 법이기도 함. 선진시장경제질서를 가진 국가의 회사법에 비하여 과도한 규제를 하고 있고, 투자총액 개념 등은 사실상 외상투자기업의 추가투자에 방해가 되고 있기도 함. 또한 3 자기업법과 일반법인 회사법 사이의 모순이 발생하고 있어서 회사법을 기준으로 한 통일적인 법규 적용 문제점이 있었음.
- 미국이나 유럽 등지의 국가안전을 이유로 한 규제시스템 도입.
- 선진시장경제질서를 가진 국가의 회사영업에 대한 규제는 기본적으로 Negative List 방식임. 이미 상해자유무역구에서 Negative List 제도 도입하였고, 한중 FTA의 서비스 시장 협상에서도 Negative List 도입을 합의하였음(다만 중국 국내법규 미비 때문에 2년 정도 협상한 후에 시행하겠다고 한 것으로 보도됨). 이번 <외국투자법>에서는 Negative List 를 중앙정부 법률 차원에서 제도화하는 것이어서, 한중 FTA 추가협상의 시한과 일치함. 대략 2017 년 하반기경 시행될 것으로 예상됨.

분야별 쟁점 및 의견제기 가능한 문제점

- 외국투자진입인허가제도의 변경 - Negative List 제도
 - 특별관리조치목록에 속한 산업에 대해서만 인허가를 받아야 하고, 그 외의 경우에 대해서는 별도 인허가 없음이 원칙. 즉 내국민대우를 받음(제 6 조)

- 특별관리조치목록은 금지목록과 제한목록으로 구성됨. 금지목록의 경우 (국무원의 허용규정이 있는 경우를 제외하고는) 외국투자가 금지됨. 반면, 제한목록에 속하는 산업에 대해서는 국무원 유관부서의 인허가를 받아야 함.
- 금융산업의 경우 특별규정이 있음. - 추후 구체적인 항목이 나와야 함.(74 조, 166 조)

→ [의견]

- 특별관리조치목록에 속하는 산업이나 금융산업에 대한 구체적인 규제사항이 무엇인지가 더 중요하며, 현재 초안에서는 이에 대한 절차만 언급되어 있을 뿐 실질적인 개방의 폭이 나와있지 않음. 따라서, 계속 주시하여야 함. 참고로 외국투자를 심사할 때 “국제조약의무”를 같이 고려한다고 하므로, WTO 나 한중 FTA 에서 별도 약정-가령 상호주의개방-이 있다면, 이는 별도 허용사유가 될 수 있을 것임.
- 허가류 및 장려류에 대해서는, 외상투자기업의 설립 및 지분양수도, 기타 절차에 대한 중국상무부서의 기준이 제외될 것으로 예상됨. 이 경우 관련계약 (합자계약이나 지분양수도계약)의 효력발생시점이 상무부서의 기준이 아니라, 체결시점으로 앞당겨짐.

→ [의견]

- 상무부 대변인 설명에서는 “진입단계”에 대한 기준이 필요 없다고 했는데, 좀더 나아가 지분이전이나 퇴출단계에서도 자율성이 허용되어야 한다는 취지(즉 합자 관계 종료, 지분 매각 후 exit 등의 경우, 당사자간의 합의로만 효력 발생하며 상무부서 기준 불필요)의 건의가 필요함(사실상 이러한 방향으로 가고 있는 것으로 보이지만, 상무부 대변인 설명이 불완전함)
- 한편, 과거 지분양수도대금의 송금과 관련하여 반드시 지분양도등기, 외환등기, 세무등기 등의 변경이 이루어져야만 인민폐 거래대금의 달러 송금이 가능했음. 오히려, 이번 기회에 (1) 당사자들 사이의 합의에 따라 언제든지 대금 송금이 가능하도록 하거나 또는 (2) 외국인투자자가 중국에서 인민폐 계좌를 개설하여 그 대가를 직접 지급받고, 다만 이를 해외로 송금할 때 세금납부여부 확인하고 불법자금이 아님을 확인한 후 송금을 허용하는 방안을 좀 더 적극적으로 건의할 필요가 있음.

□ VIE 구조 등 특이사항

- 외국투자자가 중국투자자의 통제를 받고 그가 중국 경내에서 제한 목록 상의 투자를 실시하는 경우 “중국투자자로 간주”함. (45 조).
- 또한 경외거래로 인해 경내기업에 대한 실제통제권이 외국투자자에게 이전되는 경우에도 외국투자의 중국경내 투자로 간주함(15 조 2 문).
- 회피행위에 대한 규제조항을 두고 있음(즉 149 조)→ “외국투자자, 외국투자기업이 주주명의 대여, 신탁, 다단계 재투자, 임대, 도급, 대출, 계약통제(協議控制), 역외거래 또는 기타 여하한 방식으로 이 법의 규정을 회피하고 실

시 금지 목록에 열거된 분야에 투자하거나 사전허가 없이 실시 제한 목록에 열거된 분야에 투자하거나 이 법에 규정한 정보보고 의무를 위반하는 경우 이 법 제 144 조 【금지목록 내의 투자】, 제 145 조 【진입허가 규정 위반】, 제 147 조 【정보보고 의무 위반에 따르는 행정법률책임】 또는 제 148 조 【정보보고 의무 위반에 따르는 형사법률책임】에 따라 각각 처벌한다.”

· 계약통제의 처리(158 조): 의견수렴고의 설명부분(일종의 waiver 공간 허용)
 “외국인투자기업이 계약을 통해 내자기업에 대한 통제권을 가지는 문제가 광범위하게 주목을 받아왔다. 《의견수렴고》는 계약통제 방식도 외국투자의 한 종류라고 명확히 규정하고, 이 법이 발효되면 협의통제 방식으로 진행된 투자에 대해서도 본 법이 적용된다고 명시하였다. 법 발효 전에 이미 계약통제 방식으로 진행된 투자 가운데 본 법 발효 후 외국투자가 금지 또는 제한된 분야일 경우 어떻게 처리할 지에 대해, 학술계와 실무계에서 다음과 같은 몇 가지 의견이 있다.

- 1) 계약통제 외국인투자기업이 국무원 외국투자 주관부문에 중국투자자가 실제로 통제되고 있음을 신고한 경우, 계약통제 구조를 유지하면서 계속 경영 활동에 종사할 수 있다.
- 2) 계약통제 외국인투자기업이 국무원 외국투자 주관부문에 중국투자자가 실제로 통제되고 있음을 인정하여 달라고 신청하고, 국무원 외국투자 주관부문이 당해 중국투자자가 사실상 통제되고 있음을 인정한 이후, 계약투자 구조를 유지하면서 계속 경영 활동에 종사할 수 있다.
- 3) 계약통제 외국인투자기업은 국무원 외국투자 주관부문에 진입 허가를 신청해야 하고, 국무원 외국투자 주관부문이 유관 부문과 함께 외국인투자기업의 실제 통제인 등 제반 요소를 종합적으로 고려하여 경영을 허용할 것인지 결정한다.

우리는 사회 각계의 의견을 광범위하게 청취하고 이를 토대로 이 문제에 대해 지속 연구한 후 처리방안에 관한 건의를 제시하고자 한다.”

· 이상의 규정을 종합해보면, (i) VIE 구조는 기본적으로 편법에 속함(149 조); (ii) 다만, VIE 구조 하에서 WOFE의 실제 통제자가 중국인인 경우에는, 내국인투자자로 간주함(45 조). 이때 이를 신고/인정/허가 중 추후 결정될 어느 하나의 방법으로 진입 허가를 받아야, 해당 기업은 계속 해당사업구조 하에서 영업할 수 있음; (iii) 반면, WOFE의 실제통제자가 외국인이면, 제한류산업에 종사하기 어려울 것으로 보임. 즉 원칙적으로 규제한다는 취지로 이해됨. 다만 워낙 이해관계가 많이 얽혀 있어, 상무부가 쉽게 위와 같이 결정 및 집행하기는 쉽지 않을 것으로 판단되며, 향후 이 점에 관하여 많은 논쟁이 있을 것으로 예상됨.

➔ [의견]

- 이는 결국 중국기업이 해외상장을 위해 VIE 구조를 이용하는 경우(예: 알리바바)만 허용하고, 외국인이 중국 산업 규제를 회피하기 위하여 VIE 구조를 이용하는 것은 금지하겠다는 의도를 밝힌 것으로 이해할 수 있음. Negative list의 구체적인 내용과 결부하여야, 이러한 조치의 실효성, 실제 중국 정부의 의지와 의도를 가늠할 수 있을 것임(외자 개방을 확대하되 과거 불명료한 부분을 양성화, 제도화하겠다는 것인지, 아니면 외자 규제를 강화하겠다는 것인지 등).

- VIE 구조가 탄생하게 된 데에는 본질적으로 중국 정부의 산업 정책, 법규와 실무상의 괴리가 큰 원인이었음을 추후 Negative list 에서 전향적으로 개방의 폭을 넓힐 것을 요구하고(예를 들어 최근 상해자유무역구에서는 전자상거래에 대하여 외자 개방한다는 규정 나왔음), 중국인이 실제 통제하는 경우에 일정한 요건 하에 waiver 를 주는 방식 역시 행정편의주의와 사실상 외자에 대한 차별적 규제로 흐를 크다는 점 지적 필요.
- 국적/영주권에 따른 변동: 중국인이 해외상장을 위해 외국국적을 취득하 경우가 종종 있음. 이러한 경우 외국투자자로 간주됨(제 159 조). 반면 중국이 해외영주권을 취득하면, 여전히 중국국적이 있으므로, 경내투자자로 간주됨(160 조).
 - [의견]
 - 외국인인 중국영구거류권을 취득하면, “별도 법규나 행정법규에 따른다”고 하는데, 그 취지가 무엇인지 확인이 필요함. 가령 중국영주권 부여에 대한 중국의 정책변화가능성이 있는지(좀더 개방할 것인지) 및 경내투자자로 인정할 것인지 등에 대해 필요함(투자자들 입장에서는 장기적으로 매우 중요한 이슈가 것임. 이는 세금문제와도 결부되어 있음).
- 홍콩/마카오 및 대만, 화교의 중국투자에 대해서는 “국무원의 별도 규정” 따른다고 함(162, 163 조).
 - [의견]
 - 그렇다면, 한국의 중국투자에 대해서는 한중 FTA(조약)에 따른 특별대우가능성 없는지 질의 가능.

□ 외국투자의 특이사항

- 비영리조직이나 협회의 설립을 허용함. 제 17 조 및 제 117 조에서 상회/협의 제정을 허용하고 있는바, 한국상회 등 지역별 분야별 협회를 합법적으로 설립하여 활동할 수 있도록 하고 있음.
 - [의견]
 - 한국상회에서는 이에 대한 근거를 문의하여, 좀 더 구체화할 것을 건의할 필요가 있음. 아울러 협회의 자율성을 침해하지 않도록 하위규정 작성시 고려할 것을 건의할 필요가 있음.
- 외국투자는 외국투자자가 직접 또는 간접으로 종사하는 경제활동을 지칭 제 15 조 및 제 18 조에서 '통제(또는 '지배'로 번역 가능, control)'의 개념을 용하고 있는데, 일반규정을 통해 “실질적인 외국투자”에 대해서도 통제하고자 함. 19 조의 실제통제인 개념이나 제 18 조의 통제 개념에 대해 주목 필요가 있음. 이는 반독점법이나 회사법상 통제 개념과 유사함.
- 부동산 취득. 16 조. 관련법규 준수하여야 함. 여기서도 국가안전심사를 거치거나 보고의무를 부여하고 있음.
 - [의견]

- 참고로 한국의 경우 토지에 대해서는 군사시설, 환경보호시설, 문화재 등이 있으면 반드시 허가를 받아야 하고, 기타의 경우에는 신고만 하면 됨. 중국의 경우 아직 구체적인 분류가 없는 상황에서 국가안전심사제도를 통해 걸러보려는 것으로 보임.
- 한국의 제도 소개하면서 외국인의 부동산 취득 실질화 건의 필요.

□ 진입허가제도 - 제한류에 대해

- 특징적인 것은, 심사기간을 명시하고 또한 심사결과에 대해 이유를 명시하도록 하였다는 점에서 종래보다 진전된 내용임(투명성 제고 및 절차적 권리 보장).
 - [의견]
 - 다만, 국가안전심사에 필요한 기간은 심사기관에 포함시키지 않고 있어서, 여전히 국가안전심사를 이유로 마냥 지연할 가능성이 큼.
- 결정방식으로, 승인/조건부승인/불승인이 있음. 조건부승인에서는 각종 부가조건을 부여할 수 있는데, 이는 경영자집중신고에 대한 심사결정방식을 참조한 것으로 보임(36 조, 37 조).
- 외자진입허가심사지침이 별도 제정 공표될 것으로 보임(제 46 조). 이 규정에서 보다 자세한 절차나 심사기준 공표할 것으로 예상됨.

□ 국가안전심사제도

- 국무원 산하 외국투자국가안전심사부서간 연석회의를 구성함. 외국투자자가 직접 심사신청을 할 수도 있고(50 조; 예약상담가능-52 조; 임의취하불가-54 조), 관련기업이나 협회의 요청/ 정부 스스로 판단 등에 따라 직권으로 심사개시가능(55 조). 일반심사 및 특별심사로 구분하여 기간의 차별을 두었음. 승인/불승인/조건부승인 등 가능 - 결정 전에 임시조치도 가능하고, 심사 이후 강제조치도 가능함.
 - [의견]
 - 안전심사지침이 추후 발표되어야 함. 이를 살펴보아야 보다 구체적인 심사기준을 알 수 있을 것이지만, 설사 발표되더라도 판단하기 어려울 수 있음.
- 위 임시조치(70 조)나 강제조치(71 조)로 인하여 기존 투자에 관하여 어떠한 손실이 발생하더라도, 외국투자자는 그 손해를 스스로 부담하여야 함(72 조). 나아가, 국가안전심사결정에 대하여는 행정재심사나 행정소송을 제기할 수 없다고 명시함(73 조).
 - [의견]
 - 국가안전심사를 명목으로 임의로 기존투자를 무효화한다면, 이는 사실상 “몰수”에 해당함. 따라서, 한중 FTA 나 WTO/기타 투자보호협정에 따른, 손해배상을 청구할 수 있어야 함. 이러한 분쟁을 예방하기 위해, 예약상담을 신청하는 경우 반드시 허용

여부에 대해 서면으로 회신을 주고, 그 서면회신에 근거하여 투자한 경우에 대해서는, 합법적인 투자로 간주하며, 만일 추후 변경된다면 이를 몰수로 간주하여 손해배상을 하도록 하여야 함. 이점에 대한 한국상회 및 대한민국 정부 차원의 건의가 필요함.

- 참고로 미국이나 다른 나라의 국가안전심사결정에 대한 사법적 구제절차 연구 필요함.

□ 외국투자에 대한 보고제도

- 제도 정비 차원에서 도입.

→ [의견]

- 보고의무가 과다하거나 빈번한 경우 기업에 부담이 될 수 있음. 따라서, 우리나라 주요기업들로부터 보고의무의 적성성에 대해 조사하여 이를 반영한 건의안을 만들 필요가 있음.
- 정보공시의 예외인, 상업비밀과 개인프라이버시와 연관된 사항이 어떠한 정도까지인지에 대해서도, 추후 명확화 요구 필요.

- 상장회사 지분인수에 대한 사항은 일반적으로 증권관련법규상 보고와 유사하며, 특별히 문제가 될 것으로 보이지는 않음(제 81 조 등)

- 사전보고의무: 투자실시 30 일 전까지 보고의무(86 조). 정기보고(92 조 이하) - 연도별 보고내용(연도감사와 달리 보고만 하면 된다는 점에서 과거 대비 개선된 부분임). 포트폴리오 투자에 대한 보고(93 조)도 연 1 회.

- 중점외국투자기업의 분기보고(94 조) - 자산총액, 매출액 또는 수익이 100 억원을 초과하거나 또는 자회사의 수가 10 개를 초과하는 경우, 매분기 종료 후 30 일 내에 경영정보와 재무회계정보 보고를 요구함.

→ [의견]

- 이 제도가 적절한지 의문이 있음.
- 규모기준으로 가령 1 억 위안 이하인 기업의 경우 자율적으로 매년 1 회 보고만 하면 되고, 실제 필요한 사항은 세무당국이 규율하면 되므로, 최대한 보고의무를 면제하거나 보고범위 축소 시도 필요.
- 일정규모 이상인 기업에 대해서만 보다 자세한 사항을 보고하도록 하고, 매우 규모가 큰 기업(중점외국투자기업)에 대해서도, 상장회사가 아니므로, 매년 1 회 정도 보고하는 것으로 그쳐야 함.
- 본래 공시제도는, 투자자를 보호하기 위한 것임. 상장회사의 경우 소액주주 등 투자자들의 판단을 위해 회사의 재무상황이나 주요변동사항을 공시하라는 것임. 그런데, 현재 외상투자기업은 모두 비상장기업임. 즉 폐쇄기업임. 따라서, 원칙적으로 외부투자자 보호를 위해 공시하는 것이 아니라, 중국정부가 개별기업의 정보를 강제적으로 입수하기 위해 “공시하도록 요구”하고 있는 것임(나아가 허위이면 처벌 규정도. 여전히 행정편의주의적 발상).

- 일반적으로 국가는 세금목적으로 회계자료를 볼 수는 있음. 이 때문에 매년 1 회 회계감사보고서를 기준으로 세금을 부과함. 현재 세무서가 그러한 역할을 하고 있음. 그렇다면, 외상투자규제 목적으로 접근하자면, 영업범위나 실제투자자, 실제통제자, 기타 산업규모 등의 일부 제한적인 정보에 한정하여 보고의무를 부여하고, 이를 1 년에 한번 정도만 심사하면 될 것으로 보임. 현재 <외국투자법> 초안에서의 보고의무에 대해서는 이해관계자들의 관심과 의견제시가 필요함.

□ 특수경제지역

- 109 조, 110 조 - 일반적인 문구만 있음. 아직 구체적인 사항 파악 불가

□ 투자보호

- 111 조의 몰수금지와 보상(해석문의 경우 징수금지라고 번역했는데), 112 조의 징용제한 및 보상, 113 조의 국가배상 등

→ [의견]

- 국가기관과 실무자가 “법을 위반”하여 손실을 초래한 경우로 되어 있음. 앞서 언급한 바와 같이 국가안전성 심사와 관련하여 재량권 남용에 따른 투자자 손실우려가 있음. 나아가 국제조약(한중 FTA) 위반한 경우에도 법 위반으로 볼 수 있어야 하는데, 이점에 대해 의견개진 필요함.
- 손해배상의 범위 - 이를 무조건 보상한다고 할 것이 아니라, 정당한 시장가치로 보상해야 한다는 것이 중요함. 이점에 대해서는 언급이 없다면 결국 한중 FTA 등의 ICSID 절차로 가게 될 수 밖에 없음.

□ 신용기록 시스템 141 조

- 신용기록시스템관리방법은 국무원이 별도로 제정할 예정. 그 내용을 살펴 보아야 함.

한국 기업이 향후 유의해야 할 점

□ 의견수렴 제도의 적극적인 활용 필요

- 상무부가 <외국투자법> 의견수렴안을 정식 공표하기 직전 일부 대표자들에게만 의견수렴안을 사전 공개하면서 상무부의 의도를 해명하는 절차가 있었음. 그때 상무부 실무자들 역시 외자 투자 법제 관련 개혁개방 이후 최대의 변화가 될 것이라면서, <외국투자법>의 실제 파장이 매우 클 것으로 예상한다 하였음.

- 우리 기업들 역시 <외국투자법> 의견수렴안을 심화 분석하고 적극적으로 의견 개선 등 노력하여, 향후 최종 입법 과정에서 우리 기업에게 초래될 수 있는 불이익을 최소화하도록 할 필요 있음.
- 이를 위해 의견수렴안 청취 기간뿐만 아니라 그 이후에도 개별 기업 차원을 넘어 한국상회 등 대표성 있는 기관을 통하여 지속적인 관심과 의견 피력 필요.

□ 회사 조직형태 및 지배구조 변경에 따라 합자계약서, 정관 등 수정 필요

- 종래 3 자기업법에서 회사 지배구조에 대하여 규정하고 있던 것과 달리 (예를 들어 중외합자경영기업법은 회사법과 달리 동사회를 최고 의사결정 기구로 규정), 회사 조직형태나 지배구조에 대하여 별도 규정하지 않았음. 따라서 향후 모든 외자기업들의 조직형태 및 지배구조에는 회사법의 규정이 적용될 것임. <외국투자법> 발효 전에 존재하고 있는 회사들에 대한 처리가 문제됨.
- 대표적으로 중외합자기업의 경우 주주회를 상위에 두는 방식으로 조직형태 및 지배구조를 수정해야 함. <외국투자법> 의견수렴안은 3년 정도의 과도기를 부여하여, 그 기간 동안에 조직형태 및 지배구조 변경을 유도한다고 규정하고 있음.
- 이는 특히 합자회사에 대하여 상당히 큰 변화와 변동을 예고. 예를 들어 기존 주주들간에 합자계약서(소위 JVA)에 관한 재협상이 필요해질 수도 있으며, 이는 의도하지 않은 분쟁 국면을 야기할 수도 있음. 따라서 이에 대하여 주의 필요하며, 향후 입법 동향 예의 주시하며 사전 작업(중방 파트너와 합리적인 대화, 타사 사례 확보 등) 등 필요.

□ VIE 구조에 대한 입법 동향 파악 및 비즈니스 모델 변경 검토 필요

- 종래 중국 정부는 VIE 구조에 대하여 간헐적으로 문제 제기하였으나 이를 전면적으로 금지하는 조치는 취하지 않았음. 그런데 <외국투자법>은 중국인이 통제하는 VIE 구조와 그렇지 않은 경우를 구분하여, 후자의 경우는 원칙적으로 금지한다는 의도를 명확하게 하고 있음.
- 많은 이해관계가 얽혀 있어 중국 정부로서도 전면적으로 금지하기는 어려울 것이나, 만약 위와 같이 될 경우 향후 VIE 구조를 통한 외국인투자 모델은 그 리스크가 크게 증가하게 될 수 있음.
- 향후 후속 입법 동향을 계속 관찰하면서, 비즈니스 모델을 변경하는 것 등 검토해야 함. 특히 게임, 전자상거래, 교육 등 전통적으로 VIE 구조가 많이 활용되었던 산업에 신규 진출하려는 사업자의 경우, 더욱 큰 주의 요망됨.

□ 보고제도 유의

- 현재 시행되고 있는 기업정보공시제도와 중첩될 수 있음. 기업 실무자들에게는 작지 않은 부담이 될 수 있음.

□ 국가안전심사 제도 유의

- 국가안전심사 제도가 시행되고 그 심사 범위에 해당하는 투자의 경우, 인허가 절차의 불투명성으로 인하여 거래 안정성에 적지 않은 영향 미칠 수 있음.
- 특히 현재 심사 요건 등에 대하여 추상적인 규정들이 많아, 개별 기업이 이를 판단하기에 애로가 클 것으로 예상됨.