

외국인투자시 중국법상 담보제공에 대한 법적 장애

최 용 원*

1. 중국 담보제도에 대한 개관

사회주의 국가인 중국에서 '담보권'에 관한 입법의 필요성은 크지 않았다. 그러나 80년대 개혁개방의 물결 속에서 많은 제도들이 도입되었고, 기업경영과 투자유치에 필요한 담보제도들도 입법되기에 이르렀다. 1981년 제정된 경제계약법을 시작으로 1986년에 제정된 민법통칙에 담보제도에 관한 내용을 미흡하게나마 담게 되었다. 법률의 공백을 사법해석으로 메워오다 1995년에 담보법을 제정하기에 이르렀고, 소유권을 비롯한 물권전반을 체계적으로 규율할 물권법은 2007년에 이르러서야 제정되었다.

1981년의 경제계약법은 계약금(제14조)과 보증(제15조)에 대한 규정을 통해 초보적인 채권적 담보제도를 도입하였고, 1986년의 민법통칙에 이르러서야 제 89조의 규정을 통해 물권적 담보제도가 도입되었다. 그러나 이에 규정된 담보권은 저당권과 질권을 구별하지 않았던 데다가 저당권의 등기제도 및 경매절차가 완성되지 않아 제 기능을 하지 못하였다. 1995년의 담보법은 보증, 저당권, 질권, 유치권, 계약금 등 채권적 담보제도와 물권적 담보제도를 모두 아우르는 입법이었다. 1995년 담보법은 2007년 물권법에 의하여 물권적 담보제도인 저당권, 질권, 유치권이 규정됨으로써 그 중요성이 반감 되었지만 보증과 계약금과 같은 채권적 담보제도에 대해서는 여전히 중요한 법률로 남게 되었다. 따라서 중국의 담보제도는 크게 물권법과 담보법에 의하여 규율되는 상황이라고 할 수

* 법무법인 세종 북경사무소 대표변호사

있다.

위에서 보는 바와 같이 현재 시점에서는 중국에서도 한국의 담보제도와 유사한 담보제도를 기본적으로 구비하고 있다고 볼 수 있다.

그런데, 외국인 채권자에 대해 중국에서 담보를 제공(이를 중국에서는 대외담보라고 함)하려면 아직 여러 규제 및 제한사항이 있다. 이하에서는 대외 담보 제공 관련 여러 규제 및 제한사항에 대해 살펴보도록 하겠다.

2. 중국 대외담보제도의 특징

대외담보라 함은 중국내 담보제공자(보증인)가 담보법에 의하여 보증, 저당, 질권 등의 방식으로 비거주자에게 제공하는 담보를 말한다. 한편 중국내 담보제공자(보증인)가 채무자인 비거주자를 위하여 거주자에게 제공하는 담보도 대외담보로 간주된다.

대외담보에 대해서는 거주자 즉, 내국인에 대한 담보와 달리 중국내기구의 대외담보관리방법을 비롯한 다수의 특별 규정에 따라 각종 절차와 담보의 상한액 등에서 복잡다기하게 중층적으로 규율하고 있는 점이 특징이다.

대외담보제도의 특징을 요약하면 (1) 담보제공자(보증인), 채무자, 채권자(수익자)의 회사 유형에 따라 적용규정이 다르다는 점, (2) 중국인 개인에게는 대외담보가 허용되어있지 않는다는 점, (3) 담보 설정 시는 물론이거니와 계약 이행 시에도 각각 외환관리 당국의 승인이 필요하다는 점, (4) 담보등기를 위한 절차 및 난이도가 각 담보마다 상이하다는 점, (5) 대외담보에 상한액이 존재한다는 점을 들 수 있다.

이하에서는 이러한 순서에 따라 관련규정의 상세를 살펴보도록 하겠다.

3. 보증인(담보제공자), 채무자, 채권자의 회사유형에 따라 적용규정 상이

1) 보증인(담보제공자)

중국내기구 대외담보 관리문제에 관한 통지의 규정에 따라 보증인(담보제공

자)이 자신의 채무를 위하여 담보를 제공할 경우 담보제공자의 자격 요건이 없으며, 한도도 없고 개별적인 승인도 받을 필요가 없으나 은행의 경우 외환관리국에 정기적으로 신고하여야 하고, 은행이 아닌 경우에는 개별적으로登記하여야 한다.

그런데, 보증인(담보제공자)이 제3자의 채무를 위하여 담보를 제공할 경우에는 보증인(담보제공자) 유형별로 외환관리국의 승인, 신고가 필요하다.

보증인(담보제공자) 유형	담보 유형	외환관리국 사전관리방식	외환관리국 사후관리	계약이행 승인
은행/보험회사	융자성 ²⁾	한도 내 ³⁾ 개별승인 불요	매월 신고	불요
	비용자성 ⁴⁾	한도 없음, 개별승인 불요		
비은행금융기관/일반기업		원칙상 개별승인 필요 일정조건 만족 시 한도 ⁵⁾ 부여 한도 내 개별승인 불요	계약 후 15일 내登記	개별승인 필요

그 밖에 아래와 같은 유형의 보증인(담보제공자)에 대하여 적용하는 특별 규정이 있다.

(1) 국가기관과 사업단위

중국내기구 대외담보관리방법에 의하면 국가기관과 사업단위는 원칙적으로 대외담보를 제공할 수 없다. 그러나 국무원으로부터 비준을 받아 외국정부, 국제경제기구로부터 대출을 하는 경우에 한하여 국가기관과 사업단위가 해외중자기업의 채무를 위하여 대외담보를 제공하는 것이 예외적으로 가능하다.

- 2) 중국내기구 대외담보 관리문제에 관한 통지의 규정에 따라 융자성 대외담보란 담보계약과 관련된 주계약, 즉 채권계약이 융자의 성격이 있는 담보 즉, 대출, 채권발행, 융자리스 등을 위하여 제공한 담보를 포함한다.
- 3) 은행의 대외담보액 한도는 원칙적으로 납입자본금 혹은 운영자금의 50%, 혹은 외화순자산 금액을 초과할 수 없다.
- 4) 중국내기구 대외담보 관리문제에 관한 통지의 규정에 따라 비용자성 대외담보란 융자성 대외담보를 제외하는 담보를 말하는데, 품질담보, 준공책임담보, 입찰담보, 선급금담보, 연기지급담보, 매매계약에 따른 계약이행담보 등을 말한다.
- 5) 비은행 금융기관의 대외담보액 한도는 원칙적으로 납입자본금 혹은 운영자금의 50%, 혹은 외화순자산 금액을 초과할 수 없다. 기업의 대외담보액 한도는 순자산의 50%를 초과할 수 없다.

(2) 상장기업-자회사 포함

중국증권감독관리위원회, 국무원 국유자산감독관리위원회의 상장회사와 계열사간의 자금 거래 및 상장회사의 대외담보의 규율에 관한 제 문제에 대한 통지 제2조에 의하면 상장회사가 대외담보의 담보제공자가 되는 경우에 몇 가지 특별한 제약이 있다. 먼저 상장회사는 지배주주 및 50% 미만 지분을 보유하는 기타 계열사, 비법인 내지 개인에 대하여 담보를 제공하여서는 아니 된다. 또한 상장회사의 정관에 반드시 대외담보의 심사절차, 피담보대상의 자금력과 신용도의 기준에 대한 규정을 두어야 한다.

대외담보에 관해서는 전체 이사의 2/3 이상의 서면동의를 받거나, 주주총회의 비준을 얻어야 하며, 자산부채비율이 70%를 초과하는 채무자의 채무에 대해서는 담보를 제공할 수 없다. 아울러 상장회사의 대외담보에 대해서는 실제 책임능력을 가진 채무자에 의하여 제공된 반담보가 필수적으로 요구된다.

2) 채무자

보증인(담보 제공자) 유형	담보유형	채무자에 대한 제한
은행/ 보험회사	융자성	없음
	비용자성	채무자 또는 채권자 중 적어도 하나는 중국법인이거나 중국법인의 해외 자회사이어야 함
비은행 금융기관/일 반기업		1. 담보제공자가 비은행 금융기관일 경우 채무자는 중국법인 혹은 중국법인의 외국자회사이어야 하며, 담보제공자가 기업일 경우 채무자는 담보제공자의 중국내 또는 해외 자회사이어야 함 2. 채무자의 자산이 부채보다 많을 것 3. 담보제공자의 경우 최근 3년 내 최소한 1년간은 수익이 있어야 하며, 만약 채무자의 업종이 자원개발 등 장기 프로젝트인 경우에는 최근 5년 내 최소한 1년간 수익이 있어야 함

(1) 외상투자기업

중국내기구 대외담보관리방법에 의하면 외상투자기업을 제외한 외상투자기업이 대외담보를 제공받으려면, 채무자의 외채차입용도가 국가산업정책의 방향에 부합하여야 하며, 비준을 받지 않은 대외자금대출은 인민폐로 환전하지 못한다는 제한을 두고 있다. 또한 외국주주의 투자금과 관련된 채무를 피담보채무로 하는 대외담보는 허용되지 않는다.

4. 중국인 개인의 대외담보 제공 불허

개인외환관리방법 실시세칙 제23조에 따르면 중국인 개인의 외채 차입 및 대외담보 등에 관해 점차적으로 개방하도록 하고 있고, 구체적인 규정은 별도로 마련하도록 되어 있다. 하지만 중국은 아직까지 관련규정을 공포하지는 않고 있다. 그리고, 대외담보계약에 대해서는 외환관리국의 승인을 받아야 유효한데, 개인이 대외담보를 제공 할 경우에 대한 승인절차가 마련되어 있지 않고 있어서, 중국인 개인의 대외담보는 실제로 허용되지 않는다고 보아야 한다.

유일한 예외규정으로 중국법인이 그의 외국 자회사의 외국에서의 용자를 위하여 대외담보를 제공할 경우 해당 중국법인(담보제공자)과 직접적인 이해관계가 있는 중국인 개인이 동 채무를 위하여 공동 담보제공자로 대외담보를 제공하는 것은 허용하고 있다.

한편, 중국인 개인의 외채차입도 현재로서 허용되지 않기 때문에 보증인(담보제공자)은 중국인 개인의 채무를 위하여 대외담보를 제공할 수도 없다.

5. 담보계약 이행 시에도 외환관리 당국의 승인 필요

국가외환관리국 중국내기구 대외담보 관리문제에 관한 통지 규정은, 은행을 제외한 중국내 기구가 대외담보를 이행할 경우에 따라야 할 사항을 정하고 있다. 우선 은행이 용자성 및 비용자성 대외담보를 제공함에 따른 대외담보의 이행의 경우, 스스로 대외담보 이행 항목의 대외지불을 처리할 수 있다. 그러나 비은행

금융기관과 기업이 대외담보를 이행하려는 경우에는 반드시 소재지 외환관리국에 개별 허가를 신청해야 대외담보 이행시 외환매입과 외국채권자에 대한 송금이 가능하다.

한편 은행 또는 비은행 금융기관이 담보제공자가 되고, 그 역담보제공자(담보제공자가 주채권자에게 담보제공을 위해 채무자나 제3자의 담보를 요구하는 경우 담보제공자에게 담보를 제공하는 채무자나 제3자를 역담보제공자라고 함)가 자발적으로 역담보에 따른 대금지급 의무를 이행할 수 있는 경우, 역담보제공자는 담보이행 증명서류에 의거하여 은행에 가서 채권자에 대해 직접 대금을 송금을 할 수 있다.

반면에, 채무자 또는 역담보제공자가 여러 이유로 인해 자발적으로 상환의무를 이행할 수 없는 경우, 담보제공자는 합법적인 수단으로 채무자 또는 역담보제공자로부터 추심한 금전으로 외환매입 처리를 할 수 있다.

한편, 기업이 담보제공자 또는 역담보제공자가 된 경우에 있어서 채무자로부터 받은 자금이 외환일 때에는 외환관리국 심사비준을 거친 후에야 인민폐로의 환전처리가 가능하다.

6. 채권자 및 담보물에 따라 담보등기 절차와 난이도가 상이

1) 질권

(1) 지분권 질권등기

지분권자는 담보법의 관련규정에 따라 채권자와의 질권설정계약에 의해 기출자한 지분에 대해 질권을 설정할 수 있다. 그러나 아직 출자금을 납입하지 않은 지분(중국의 경우 등록자본금을 분할 납입하는 것이 가능하므로 미출자 지분이 존재함)에 대해서는 질권설정이 불가능하다. 질권설정 기간 동안 투자자는 그 투자자로서의 신분이 변하지 않아야 하며, 질권자는 해당 지분에 대한 투자자의 동의를 얻지 못하면 질권을 제3자에게 양도하지 못하고, 투자자(질권설정자)는 이미 설정된 지분을 양도 하거나 다시금 질권을 설정하지 못한다.

외상투자기업의 지분에 질권을 설정하는 절차는 좀 더 복잡하다. 지분권자는 질권자와 지분권 질권설정에 대한 계약체결 후, 질권신청서와 외상투자기업 비준증서 및 영업집조 사본, 외상투자기업 동사회 및 주주총회 결의서 등의 서류를 준비하여 외상투자기업 관할 상무부서에 질권 설정 비준신청을 해야 한다. 상무부서 비준이 있으면 30일 이내에 비준문건과 관련 서류를 지참하고 공상행정관리국에서 지분권 질권등록을 하여야 한다.

다만, 실무상 지분권자가 금융기관이 아닌 일반 기업인 경우에는, 관할 기관이 질권등록을 해주지 않는 경우가 있으니, 지분에 대해 대외담보를 설정하고자 하는 경우, 질권 등록 신청전에 반드시 관할 기관의 실무를 확인할 필요가 있다.

(2) 미수금채권 질권등기

한국의 경우 미수금채권에 대한 질권설정 방법은 질권자와 미수금 채권자간의 채권에 대한 질권설정계약 및 미수금채무자에 대한 통지로 채권에 대한 질권을 설정할 수 있고, 제3자에 대한 질권설정 공시방법은 없다. 그런데 중국의 경우 미수금채권에 대해서도 질권설정등기를 하도록 하여 제3자에 대해 질권을 공시할 수 있는 시스템을 두고 있다.

미수금 질권 등기 방법에 따르면, 중국인민은행신용중심을 미수금 질권 등록 기관으로 정하여, 기업과 개인의 신용데이터 처리, 금융 데이터 서비스, 기술지원, 양성 및 시장추진, 홍보협조, 국제 교류 등의 업무를 수행토록 하면서, 중국인민은행신용중심의 미수금 등록 공표 시스템을 통한 조회 서비스를 제공하고 있다.

이에 의하면 판매 채권, 화물판매, 물, 전기, 가스, 스팀공급, 지적재산권 허가 사용으로 인한 채권, 동산 혹은 부동산 임대료 생긴 채권, 서비스 제공으로 생긴 채권 및 도로, 교량, 터널, 항구 등 부동산 수금료와 대부금 혹은 기타 신용제공으로 발생한 채권의 미수금을 시스템에 등록함으로써 질권을 설정토록 하고 있다. 단, 어음 혹은 기타 유가증권, 차용증 등에 파생된 청구권은 포함되지 않는다.

2) 저당권

(1) 동산저당등기

중국 물권법과 담보법의 관련규정에 의하여 제정된 동산저당등기방법에 의하면 기업, 개인사업자, 농업생산경영자가 생산설비, 원자재, 반제품, 제품에 대해 저당을 설정할 경우 반드시 저당제공자 소재지 현금 이상 공상행정관리부문에 등록수속을 진행해야 하며, 등록하지 않은 동산에 대한 저당은 선의의 제3자에 대항하지 못한다.

(2) 부동산저당등기

부동산에 대한 담보제공은 일반적으로 중국에서 담보로서 가장 널리 이용되고 있다. 한국과 유사하게 부동산 소유권 등기 관할 기관인 건물관리부서 및 국토자원행정부서에 저당권 설정 등기를 하면 된다.

문제는 부동산에 대한 대외담보는 규정상으로는 특별한 제한이 없으나, 실무상으로는 저당권 설정이 쉽지 않다. 특히 토지에 대한 대외담보는 실무상 관할부서에서 채권자가 은행인 경우는 설정등기가 비교적 용이하나, 채권자가 비은행금융기관, 일반 기업인 경우에는 저당권 설정이 어렵다. 따라서 부동산에 대해 대외담보를 설정하고자 하는 경우에는 반드시 부동산 소재지 관할 건물관리부서 및 국토자원행정부서의 실무를 확인할 필요가 있다.

7. 대외담보액에 대한 상한이 존재

국가외환관리국의 중국내기구 대외담보관리문제에관한통지제13조에 따르면 중국내 비은행 금융기관과 기업이 대외담보를 제공할 경우, 반드시 외환관리국에 개별적으로 승인 심사를 신청해야 한다.

그런데, 여기서 대외담보 제공 회수가 많고 내부 관리 제도 규칙이 잘 정비된 비은행 금융기관과 일반 기업(100% 외상투자기업 포함)은 대외담보(융자성과

비용자성 담보 포함)를 제공할 경우, 외환관리국에 잔액한도 심사결정을 신청할 수 있으며, 심사결정한 한도 범위 내에서 대외담보를 제공하는 경우에는 외환관리국에 개별 승인을 신청할 필요가 없다고 규정하고 있다.

개별적으로 승인제도를 적용하든 잔액한도 제도를 적용하든, 담보제공자가 기업인 경우, 그 순자산과 총자산의 비율은 원칙상 15%를 초과해야 하며, 외환관리국이 기업에 심사결정한 잔액 한도 또는 개별심사 승인한 대외담보 잔액은 그 순자산의 50%를 넘을 수 없다는 제한을 두고 있다.

한편, 담보제공자가 증권회사의 경우, 중국증권감독관리위원회의 증권회사 담보문제에 관한 통지에 따르면, 순자본액이 증권회사 순자본액 최저표준(인민폐 2억 위안)에 미치지 못하는 증권회사는 타인에 담보를 제공하지 못하게 되어있다. 한편 증권회사의 담보액은 순자산액의 20%를 초과할 수 없다는 제한 역시 마련되어 있다.