



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학박사 학위논문

국제법상 외국인투자심사

- 국가안보평가를 중심으로 -

2023년 8월

서울대학교 대학원

법학과 국제법 전공

정 세 정

국제법상 외국인투자심사

- 국가안보평가를 중심으로 -

지도교수 이재민

이 논문을 법학박사 학위논문으로 제출함

2023년 4월

서울대학교 대학원

법학과 국제법 전공

정세정

정세정의 박사 학위논문을 인준함

2023년 7월

위원장 이근관 (인)

부위원장 원유민 (인)

위원 박덕영 (인)

위원 정찬모 (인)

위원 이재민 (인)

국문초록

외국인투자심사는 국제법과 국내법이 교차하는 분야로, 국가안보를 위협하는 외국인투자를 심사하여 국가안보위험성이 인정되면 투자철회나 취소 등의 조치를 하는 제도이다. 따라서 ‘국가안보’라는 개념은 외국인투자심사에서 핵심적인 개념 징표가 된다.

그동안 국제법과 국내법은 모두 ‘국가안보’라는 용어에 집중하여 기존 국가안보 법리를 적용해왔다. 예컨대 국제법에서는 외국인투자심사는 안보예외조항이 적용되는 BIT·FTA 협정문의 예외로 검토하였고, 국내법에서는 외국인투자심사의 심사기준에 기존 군사상의 ‘국가안보’ 평가방식인 RBA를 그대로 활용했다. 게다가 2008년에 있었던 우리나라의 외국인투자심사 법제화는 ‘국가안보’를 위협하는 ‘외국인투자’를 심사한다는 점에 주목하여 외국인투자 유치 등 진흥 중심인 외국인투자촉진법령에 외국인투자심사를 그대로 편입시켰다. 그러나 이들은 작동하는 상황적인 요건에서 차이가 있는바, 전통적인 의미의 ‘국가안보’ 논의는 전쟁 등 긴급상황이 전제되는데, 외국인투자심사는 외국인의 M&A라는 일반 거래 행위에 해당하는 일상적이고 상시적인 상황에서 적용된다. 이들은 국가 조치의 성격에서도 차이가 있는바, 전통적인 의미의 ‘국가안보’ 조치가 긴급상황에서 의무를 준수하지 않는 ‘예외’적인 조치인 데 반해, 외국인투자심사에서의 국가의 조치는 외국인투자심사를 하지 않아야 한다는 의무의 존재가 인정되기 어려우므로 의무를 위반한다는 측면의 ‘예외’적인 조치라고 볼 수 없다. 그러므로 국가안보 예외 법리는 긴급상황 등의 예외적인 상황에 적용되어야 하고, 외국인투자심사와 같이 일상적인 거래로 볼 수 있는 경우까지 확대 적용하는 것은 ‘예외’가 가진 본질적 성격에 어긋난다는 점에서 유효하다고 할 수 없다. 기존 법리를 외국인투자심사에 그대로 적용하는 것은 국가안보의 범위가 확대되고 있는 현실을 고려할 때, 국가안보와 관련이 된다는 주장만으로 곧바로 외국인투자 제한이 정당화되어 국제법질서의 약화와 국내법에 의한 국제법의 무력화

로 이어지는 결과로 이어질 가능성이 있는 것이다.

본 연구는 외국인투자심사는 기존의 ‘국가안보’ 법리가 적용되는 사안들과 본질적으로 다름에도 불구하고 국제법이나 국내법에서 관련 법리와 용어를 그대로 사용함으로써 발생하는 문제점을 분석하였다. 이는 기본적으로 국제법이나 국내법이 외국인투자심사의 독자성을 반영하지 못하는 현실에서 비롯된 것으로 볼 수 있다. 국가안보와 관련한 국가 조치가 빠르게 진화하고 있는 반면, 외국인투자심사의 기초 법체계가 아직 과거 군사상의 국가안보에 머물러 있는 데서 발생한 괴리인 것이다.

외국인투자심사의 국가안보평가는 투자 자유화에도 불구하고 외국인 투자를 심사하는 이유는 무엇이고, 외국인투자에 의해 국가안보위험이 발생한다는 의미가 무엇인가라는 질문에서 출발한다. 오늘날 국가들이 외국인투자심사를 하는 이유는 외국인투자로 인한 국가안보위험을 방지하려는 것에 있고, 특히 국내기업이 보유한 군사관련 기술, 핵심자산, 핵심기술, 지식재산권 등이 해외로 유출되지 않도록 보호하려는 데 있다. 기존의 ‘국가안보’ 법리에서는 군사관련 기술의 유출이 곧바로 ‘국가안보’로 직결되므로 외국인투자심사에서 군사관련 사항만 규율하면 충분했다. 그러나 오늘날의 ‘국가안보’는 군사관련 기술뿐만 아니라, 국가의 존립과 흥망성쇠에 영향을 미치는 핵심기술 등을 포함하는 광범위한 개념으로 발전하고 있다. 그렇다면 외국인투자심사는 이와 같은 광의의 ‘국가안보’와 관련한 국내기업에 외국인투자자가 영향력을 행사할 수 있는 경우를 심사대상으로 포섭한 다음 국가안보평가를 해야 할 필요성이 있다.

본 연구에서는 외국인투자자가 국내기업에 영향력을 행사할 수 있는 경우를 ‘지배 가능성’ 측면에서 고찰하였다. 외국인투자심사는 사실상의 지배관계까지 포괄하는 ‘외국인투자심사대상’에 대해 군사상의 위험평가와 구분되는 ‘국가안보평가’를 하는 절차로서 이루어져야 하는바, ‘외국인투자심사대상’과 ‘국가안보평가’를 새롭게 정의할 필요가 있는 것이다.

외국인투자심사는 경제안보와 국가안보가 교차되고, 보호주의적 요소가 유행하는 현실에서 한층 더 중요성이 커질 전망이다. 외국인투자심사를 도입했을 때 단순히 ‘국가안보’라는 용어를 사용한다는 이유로 국가안

보 관련 법리를 그대로 활용하고, 국내법적으로도 ‘국가안보’, ‘외국인투자’ 등의 용어와 법리를 그대로 활용함으로써 발생하는 문제는 기존의 ‘국가안보’ 법리의 적용을 단절시키는 것으로 해결할 수 있을 것이다. 외국인투자심사는 더 이상 기존의 ‘국가안보’ 법리가 적용되는 것으로 취급하면 안 되고, 외국인투자심사제도에 부합하는 법리와 용어를 새롭게 정의하고 사용함으로써 독자적인 제도로써 운영할 필요가 있다.

주요어 : 외국인투자심사, 국가안보평가, 심사기준, 국제법상 예외, 지배관계, 외국인투자촉진법, 외국인투자위원회(CFIUS), 외국인투자현대화법(FIRRMA)

학 번 : 2018-35518

목 차

제1장 서론	1
제1절 연구의 배경	1
1. 문제의 제기	1
2. 연구의 목적	7
제2절 선행연구 및 문제점	9
제2장 외국인투자심사의 역사와 발전과정	17
제1절 주요국의 외국인투자심사의 발전	17
1. 외국인투자와 규제 의 시작	17
2. 외국인투자심사제도의 출현	19
3. 외국인투자심사의 성문화 시기	22
4. 외국인투자심사의 1차 확대시기	28
5. 외국인투자심사의 2차 확대시기	31
제2절 외국인투자심사의 의의와 특징	38
1. ‘국가안보’와 ‘국가안보평가’의 구별 필요성	38
2. 국제정치질서와 동조화	40
3. 심사대상의 동질성	41
4. 독자적인 법체계로의 발전	42
5. 제한적인 권리구제수단	43
제3절 우리나라의 외국인투자심사 도입과 발전	44
1. 외국인투자심사의 입법연혁	44
1) 외국인투자 자유화 이전 시기	45
2) 외국인투자 자유화와 외국인투자제한	52
2. 우리나라 외국인투자심사의 도입과정과 발전	61

1) 외국인투자촉진법 개정안 발의	61
2) 국회에서의 개정안 심사	67
3) 시행령으로의 외국인투자심사 법제화	68
4) 법령 개정을 통한 외국인투자심사 강화	76
3. 우리나라 외국인투자심사의 특징과 의의	78
1) 논의의 개관	78
2) ‘심 의’인가 ‘심 사’인가	82
3) 타법상의 외국인투자심사제도	83
(1) 산업기술보호법상의 외국인투자심사제도	83
(2) 국가첨단전략산업법상의 외국인투자심사제도	84
(3) 외국인투자촉진법상의 외국인투자심사와의 관계	85
4) 우리나라 외국인투자심사의 특징	89

제3장 외국인투자심사에 대한 국제법적 고찰 92

제1절 국가안보의 상시화와 국제법상 예외 92

1. 문제의 제기	92
2. 국가안보 예외 법리의 발전과 변화	93
1) 국가안보 예외조항의 등장	93
2) 국가안보의 확대와 상시화	95
3) 외국인투자심사에의 적용	99
(1) 기존의 국가안보 예외 법리	99
(2) 국제분쟁에서의 국가안보 예외 판단	101
(3) 소결	109

제2절 안보예외와 외국인투자심사 국가 실행 112

1. 안보예외와 외국인투자심사 관련 국가 실행 분석	112
1) 자기판단이 인정되기 위한 안보예외조항 중심 방식	112
2) 분쟁해결절차의 예외 규정 중심 방식	117
3) 투자협정 부속서 유보 중심 방식	121

2. 우리나라의 안보예외와 외국인투자 관련 실행	125
1) 우리나라가 체결한 투자보장협정의 안보예외	125
2) 우리나라가 체결한 FTA 협정문의 분석	130
(1) 안보예외 협의, 유보 미포함	134
(2) 안보예외 협의, 외국인투자 신고제 유보	135
(3) 안보예외 협의, 외국인투자촉진법 제4조까지 유보	137
(4) 안보예외 협의, 공공질서 유보	138
(5) 안보예외 변형된 협의, 유보안 작성 미완료	139
(6) 안보예외 변형된 협의, 공공질서·산업기술보호법 유보	141
(7) 안보예외 변형된 협의방식의 확대, 공공질서 유보	141
(8) 안보예외 광의, 공공질서 미유보	143
(9) 안보예외 광의, 공공질서 유보	144
(10) 안보예외 광의, 공공질서·산업기술보호법 유보	147
3. 국가실행에 대한 분석과 평가	149
1) 기존 국가안보 법리에 따른 우리나라 실행 평가	149
2) 국가실행에 대한 평가와 대안적 접근방식의 필요성	152
제3절 외국인투자심사의 국제법체제로의 편입	154
1. 논의의 필요성	154
2. OECD 외국인투자심사 지침	155
3. 미국·EU의 외국인투자심사 아웃리치	156
4. 미국·EU 아웃리치에 대한 평가와 시사점	162
5. 대안적 접근방식의 제시	165
제4장 국가안보평가 심사기준의 타당성 검토	167
제1절 국가안보평가의 비교법적 검토	167
1. RBA(Risk-Based Analysis)의 개념	167
2. 미국에서의 RBA 분석	169
1) CFIUS 심사절차	169

(1) 심사절차 개관	169
(2) CFIUS Regulation	173
(3) RBA 평가 절차	175
2) 대통령 행정명령 사례에서의 RBA 검토	180
(1) 1989년 MAMCO Manufacturing 피인수 사례	180
(2) 2012년 Ralls Corporation 인수 사례	183
(3) 2016년 Aixtron 피인수 사례	185
(4) 2017년 Lattice 반도체 피인수 사례	190
(5) 2018년 Qualcomm 피인수 사례	193
(6) 2020년 StayNTouch 피인수 사례	197
(7) 2020년 TikTok 인수 사례	200
3) 기타 사례에서의 RBA 검토	202
(1) 2005년 Unocal 피인수 사례	203
(2) 2005년 Dubai Ports World 인수 사례	207
4) 위험 완화조치(Mitigation)의 검토	209
(1) 완화조치 개관	209
(2) 사례 검토: Alcatel 사건	210
3. 미국 RBA에 대한 평가	212
제2절 우리나라의 외국인투자 국가안보평가	215
1. 우리나라 법제도와 심사기준	215
2. 우리나라 RBA 분석과 문제점	222
3. 개선방안 모색	225
제5장 우리나라 국가안보평가의 법체계적 문제	227
제1절 우리나라 외국인투자심사 법제화 평가	227
1. 논의의 필요성	227
2. 법체계적 정합성의 분석	228
3. 국제협약 위반 가능성의 분석	231

1) OECD 자유화규약 위반 가능성	231
2) 국제관습법상 인정되는 국가안보의 한계 위반 여부	234
3) BIT · FTA 위반 가능성	237
4. 외국인투자제한업종과의 관계	239
1) 문제점	239
2) 제한업종의 개념	239
3) 제한업종의 법체계적 위치	241
5. 소결	244
제2절 사실상의 지배관계를 고려하지 못하는 문제	247
1. 지배관계를 고려하지 못하는 ‘외국인투자’	247
1) 사실상 지배관계와 무관한 ‘외국인투자’ 용어의 사용	247
(1) 법령 규정에 따른 해석	247
(2) 사례 검토 : 매그나칩 반도체 M&A	248
(3) 사실상 지배관계를 포괄할 필요성	253
2) 미국 CFIUS 심사의 사실상의 지배관계 판단	256
(1) CFIUS Regulation	256
(2) 회사의 국적과 국가관할권의 문제	259
(3) 사례 검토 : CFIUS 심사대상이 된 외국기업	263
3) 소결	267
2. 주식취득형 경영상 지배권만 인정하는 문제	269
1) 문제점	269
2) 행정규칙의 해석론	269
3) FIRMA에서의 심사대상 확대	271
4) 소결	274
제3절 외국인투자 신고제도와와의 정합성	275
1. 문제점	275
2. 신고의 의의와 법적 성격	276

3. 일반적인 외국인투자 신고의 경우	277
4. 외국인투자심사와 외국인투자 신고	277
1) 논의의 기초	277
2) 일반적인 외국인투자 신고와의 차이점	280
3) 소결	282
제4절 비판적 검토	284
제6장 외국인투자 국가안보평가의 개선방안	288
제1절 외국인투자심사의 구성요건	288
1. 문제점	288
2. 외국인투자심사에서의 ‘국가안보’	292
3. 헌법재판소·법제처에서의 국가안보 판단	294
4. 국가안보의 해석론 검토	298
1) 협의의 ‘국가안보’로 해석하는 입장	298
2) 광의의 ‘국가안보’로 해석하는 입장	300
3) 검토	301
제2절 구성요건의 해석과 적용상의 한계	304
1. 시행령에 열거된 국가안보 상황	304
1) 방위산업물자 생산에 지장을 초래할 우려	305
2) 대외무역법상 군사목적 전용 가능성이 높은 경우	310
3) 국가정보원법상 국가기밀 등의 내용이 공개될 우려	313
4) 국제연합 등의 노력에 심각하고 중대한 지장을 초래할 우려 ·	315
5) 산업기술보호법상 국가핵심기술의 유출 가능성의 검토	317
2. 구성요건의 분석과 평가	323
제3절 새로운 국가안보평가방식의 제안	327
1. 기본 원칙	327
2. 외국인투자심사의 국가안보평가	328

1) 국가안보 범위의 재설정	328
2) 지배 가능성 중심의 접근방식	330
3) 국가안보평가의 합법성 제고	332
4) 합리적인 절차의 마련	334
3. 의의 및 평가	335
제7장 결론	339
참고문헌	342
Abstract	369

표 목 차

[표 1] '84년 「외자도입법」 상의 외자의 도입기준과 제한	48
[표 2] '93년 「외자도입법」 상의 외자의 도입기준과 제한	54
[표 3] '97년 「외국인투자및외자도입에관한법률」 상의 기준	57
[표 4] 외국인투자제한기준 문언 비교	60
[표 5] 시행령 개정안 입법예고안과 공포안의 비교	73
[표 6] 외국인투자촉진법·산업기술보호법·국가첨단전략산업법	86
[표 7] 투자보장협정상 안보예외조항의 개관	128
[표 8] FTA 협정문상 안보예외조항의 개관	131
[표 9] 제12조에 규정된 대한민국의 유보 중 외국인투자제한 中·	138
[표10] 미국 면제국가 요건과 EU 외국인투자심사규칙의 비교	161
[표11] CFIUS 검토, 조사, 철회 및 대통령 결정 건수	172
[표12] CFIUS에서의 국가안보요소(National Security Factors)	173
[표13] 국가안보위해 심의기준	216
[표14] 산업기술보호법상 국가안보 영향 검토 시 세부 심의기준	219
[표15] 외국인투자제한사유의 변천 정리	245
[표16] CFIUS Declarations이 요구되는 외국인투자	273
[표17] 국가안보위해 여부 판단을 위한 제출 서류	278
[표18] 국가핵심기술의 수출과 해외인수·합병 비교	297
[표19] 외국인투자촉진법령과 산업기술보호법령의 비교	320

그 립 목 차

[그림 1] 외국인투자심사제도를 운영하는 국가	11
[그림 2] 산업기술보호법상의 심사절차	84
[그림 3] 국가첨단전략산업법상의 심사절차	85
[그림 4] 외국인투자촉진법상의 심사절차	88
[그림 5] 미국 CFIUS에서의 위험평가(RBA) 공식	176
[그림 6] 외국인투자촉진법·대외무역법·산업기술보호법·방위사업법	304

인용된 분쟁표

<i>Barcelona Traction</i>	<i>Barcelona Traction, Light and Power Company</i> (Belgium v. Spain), Judgment, ICJ Reports (1970)
<i>Certain Norwegian Loan</i>	<i>Case of Certain Norwegian Loans</i> (France v. Norway), Judgment, ICJ Reports (1957)
<i>China-Raw Materials</i>	Panel Report, <i>China-Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials</i> , WTO Doc. WT/DS394/R (adopted 2012.2.22.)
<i>CMS</i>	<i>CMS Gas Transmission Company v. Argentina</i> , ICSID Case No. ARB/01/8, Award (2005.5.12.)
<i>Continental Casualty</i>	<i>Continental Casualty Company v. Argentina</i> , ICSID Case No. ARB/03/9, Award (2008.9.5.)
<i>El Paso</i>	<i>El Paso Energy International Company v. Argentina</i> , ICSID Case No. ARB/03/15, Award(2011.10.31.)
<i>Enron</i>	<i>Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina</i> , ICSID Case No. ARB/01/3, Award (2007.5.22.)
<i>Gabčíkovo-Nagymaros Project</i>	<i>Gabcikovo-Nagymaros Project</i> (Hungary v. Slovakia), Judgment, ICJ Reports (1997)
<i>Iranian Assets</i>	<i>Certain Iranian Assets</i> (Islamic Republic of Iran v. United States), Judgment, ICJ Reports (2023)

<i>LG&E</i>	<i>LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentina</i> , ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability (2006.10.3.)
<i>Louts</i>	<i>S.S. Lotus</i> (France v. Turkey), Judgment No.9, PCIJ Series A No.10 (1927)
<i>Mobil Exploration</i>	<i>Mobil Exploration and Development v. Argentina</i> , ICSID Case No. ARB/04/16, Decision on Jurisdiction and Liability (2013.4.10.)
<i>Mutual Assistance</i>	<i>Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters</i> (Djibouti v. France), Judgment, ICJ Reports (2008)
<i>Nicaragua</i>	<i>Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua</i> (Nicaragua v. United States), Merits, Judgment, ICJ Reports (1986)
<i>Oil Platforms</i>	<i>Oil Platforms</i> (Islamic Republic of Iran v. United States), Judgment, ICJ Reports (2003)
<i>Ralls</i>	<i>Ralls Corporation v. Committee on Foreign Investment in United States</i> , United States District Court, District of Columbia, No.12-1513 (2013.2.26.) <i>Ralls Corporation v. Committee on Foreign Investment in United States</i> , United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, No.13-5315 (2014.7.15.)

<i>Russia-Transit</i>	Panel Report, <i>Russia-Measures Concerning Traffic in Transit</i> , WTO Doc. WT/DS512/R (adopted 2019.4.26.)
<i>Saudi Arabia-IRPs</i>	Panel Report, <i>Saudi Arabia-Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights</i> , WTO Doc. WT/DS567/R (2020.6.16.)
<i>Sempra</i>	<i>Sempra Energy International v. Argentina</i> , ICSID Case No. ARB/02/16, Award (2007.9.28.), Annulment Proceeding (2010.6.29.)
<i>US-Steel and Aluminium Products</i>	Panel Report, <i>United States-Certain Measures on Steel and Aluminium Products</i> , WTO Doc. WT/DS544/R (2022.12.9.)
<i>US-Origin Marking</i>	Panel Report, <i>United States-Origin Marking Requirement</i> , WTO Doc. WT/DS597/R (2022.12.21.)
<i>TikTok</i>	<i>TikTok Inc. v. Trump</i> , 490 F. Supp. 3d 73, United States District Court, District of Columbia (2020.12.7.)

약어표

ASEAN	Association of Southeast Asian Nations
BIT	Bilateral investment treaty
CEPA	Comprehensive Economic and Partnership Agreement
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement
CFIUS	The Committee on Foreign Investment in the United States
CPTPP	Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership
CRS 보고서	Congressional Research Service Reports
DSU	Understanding on the Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes
EFTA	European Free Trade Association
EU 외국인투자심사 규칙	EU Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2019 establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the Union
FATA	Foreign Acquisitions and Takeovers Act (Australia)
FDI	Foreign direct investment
FINSA	Foreign Investment and National Security Act (US)
FIRA	Foreign Investment Review Act (Canada)
FIRB	Foreign Investment Review Board (Australia)
FIRRMA	Foreign Investment Risk Review Modernization Act (US)
FTA	Free Trade Agreement
GAO	Government Accountability Office (US)
GATS	General Agreement on Trade in Services
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
ICA	Investment Canada Act (Canada)

ICJ	International Court of Justice
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
IEEPA	International Emergency Economic Powers Act (US)
IIA	International Investment Agreement
ILC	International Law Commission
ISDS	Investor-State Dispute Settlement
ITO	International Trade Organization
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NSTA	National Security Threat Assessment
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
OECD 자유화규약	OECD Codes of Liberalisation
OECD 외국인 투자심사지침	OECD Guidelines for Recipient Country Investment Policies relating to National Security
OECD 협약	Convention on the Organization for Economic Cooperation and Development
PCIJ	Permanent Court of International Justice
RBA	Risk-Based Analysis
RCEP	Regional Comprehensive Economic Partnership
TPP	Trans-Pacific Partnership
TWEA	Trade with the Enemy Act (US)
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
USMCA	United States-Mexico-Canada Agreement
WTO	World Trade Organization

제1장 서론

제1절 연구의 배경

1. 문제의 제기

미국 하원 외교위원회는 2023년 3월 23일 숏폼 동영상 플랫폼 회사인 틱톡(TikTok)이 국가안보를 위협하는지에 관한 청문회를 개최하였다.¹⁾ 틱톡은 2017년 중국 회사인 ByteDance가 미국 회사인 Musical.ly를 인수하면서 미국에서만 1억 5천만 명 이상의 사용자를 가진 회사로 성장했는데, 모회사인 중국 ByteDance를 통해 중국 정부가 틱톡 사용자의 민감정보에 접근하고 이 정보를 여론을 조작하는 수단으로 악용한다는 의혹이 제기되는 상황이었다.²⁾ 틱톡은 캐나다, 벨기에, 뉴질랜드, 대만, 영국, 일본에서도 국가안보에 위협이 된다는 이유로 정부 소유 기기에서 사용하지 못하도록 하는 조치가 이어지고 있는데, 특히 미국에서는 2017년 ByteDance의 Musical.ly의 인수가 ‘국가안보’를 위협하는지가 쟁점이 되고 있다.³⁾

미국 트럼프 행정부는 ‘2017 국가안보 전략’⁴⁾에서 “경제안보가 곧 국

1) “TikTok congressional hearing: CEO Shou Zi Chew grilled by US lawmakers”, Reuters (2023.3.24.) 참조. 틱톡 CEO는 청문회에 출석하여 중국 공산당에게 미국 사용자 관련 정보를 공유한다는 의혹을 부인하였다.

2) “TikTok: Recent Data Privacy and National Security Concerns”, Congressional Research Service (2023.3.29.); “How TikTok Became a US-China National Security Issue”, Bloomberg (2023.3.23.) 등 참조.

3) “美-加-日 “中틱톡, 안보위협” 사용금지 조치”, 동아일보 (2023.3.1.)에 따르면 미국은 연방정부 전 기관에 대해 모든 디지털장비와 시스템에서 틱톡을 삭제하라고 지시하고, 2022년 12월 연방기관 직원들이 정부 소유 기기에서 틱톡 사용을 금지하는 법안(Consolidated Appropriations Act)이 통과되었다. 캐나다도 정부가 발급한 모든 전자기기에서 틱톡을 제거할 예정이고, 일본에서도 기밀정보를 취급하는 정부 소유기기를 대상으로 틱톡 이용을 금지하고 있다고 밝혔다. “TikTok: Why do countries think Chinese tech firms are a security risk?”, BBC News (2023.3.24.) 참조.

4) Trump, D., “National Security Strategy of the United States of America”,

가안보(Economic security is national security)”라고 하면서, 산업·경제적인 이해관계까지 국가안보의 논의로 확장시켰다. 통상확대법 제232조(Section 232 of the Trade Expansion Act)에 따른 철강 제품 수입 관세 부과 등은 국가안보의 범위를 저가의 수입물품 범람에 따른 경제적 이해관계까지 포함시킨 대표적인 조치였다. 2021년 출범한 바이든 행정부의 정책도 세부적인 방법론에서 차이는 있지만, 트럼프 행정부가 취했던 ‘경제안보’가 곧 ‘국가안보’라는 정책적 방향성은 동일하다.⁵⁾

본 연구에서 다루는 주제는 경제안보가 전면에 등장하고 있는 외국인 투자심사이다. 흔히 국가안보를 위한 외국인투자 규제를 투자보장협정 등에 의해 투자 보호가 확대되는 현대 국제사회의 유보 영역이라고 표현하는데, 그 이유는 외국인투자 규제조치가 자국의 주권적 행위이지만 투자자유화 원칙과 갈등 관계에 있어 복잡한 구도를 가지기 때문이다.⁶⁾

통상 외국인투자는 해외 자본의 유입을 통한 국내 투자 활성화·경제 발전, 선진기술 취득 등의 순기능이 크므로 국가 차원에서 장려한다. 그러나 1970년대 국제유가 급등에 따른 중동에서의 국부펀드 부상과 일본·중국 등의 해외투자 확대는 외국인투자를 바라보는 관점이 변화하게

(2017.12.18.), <<https://trumpwhitehouse.archives.gov/wp-content/uploads/2017/12/NSS-Final-12-18-2017-0905.pdf>>, (2023.7.23. 최종방문).

- 5) 바이든 행정부가 2022년 10월 발표한 National Security Strategy는 국가안보의 개념에 군대의 현대화, 강화 이외에 기술, 사이버안보, 무역과 경제 등을 포괄하였다. Biden, J., “National Security Strategy” (2022.10.12.), <<https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2022/10/Biden-Harris-Administrations-National-Security-Strategy-10.2022.pdf>>, (2023.7.23. 최종방문). Moreland, Will, “FDI like You’re FDR: CFIUS Review under the Biden Administration’s Rooseveltian Conception of National Security”, *Journal of National Security Law and Policy*, Vol.12, No.3 (2022) 참조. 한편 류성걸 의원 대표발의, “경제안보를 위한 공급망 안정화 지원 기본법안 제정법률안” (2022.10.14)은 ‘경제안보’를 “국내외에서 발생하였거나 발생할 가능성이 있는 경제, 통상, 정치, 외교적 상황 변화나 자연재해 등에도 불구하고 국내의 생산, 소비, 유통 등 국가 및 국민의 전반적인 경제활동에 필수적인 품목, 서비스, 기술 등이 원활히 유입되고, 부적절하게 해외로 유출되지 않도록 함으로써 국가의 안전보장이 유지되고 국가 및 국민의 경제활동에 지장이 초래되지 않는 상태”로 정의한다.
- 6) 일본국제경제법학회(박덕영 외 공역), 국제경제법의 쟁점-통상·투자·경쟁, 박영사 (2014), p.313.

된 단초가 되었다. 특히 외국인에 의한 기술탈취가 쟁점이 되고, 첨단기술이 국가의 생존에 직접적으로 영향을 미침에 따라 외국인투자심사는 경제안보를 포함하는 차원으로 확대되기에 이르렀다.⁷⁾

미국은 외국인투자제한으로서 외국인투자심사를 선도하고 있는 국가이다.⁸⁾ 미국은 1975년 외국인투자위원회(Committee on Foreign Investment in the United States, 이하 'CFIUS'라 한다)를 설치하고 외국인투자심사를 하고 있다. 미국은 1988년 Exon-Florio Act, 2007년 외국인투자과 국가안보법(Foreign Investment and National Security Act, 이하 'FINSA'라 한다), 2018년 외국인투자현대화법(Foreign Investment Risk Review Modernization Act, 이하 'FIRRMA'라 한다)을 통해 외국인투자심사를 강화하고 있다.⁹⁾

7) “5년간 첨단기술유출 83건...33건은 국가안보-경제영향 큰 기술”, 한국경제TV (2022.8.30.); “‘현대판 매국’ 해외 기술유출에 반도체가 위협하다”, 시사저널 (2023.4.16.) 참조.

8) 미국은 외국인투자위원회(Committee on Foreign Investment in the United States) 이외에도 통신 분야를 대상으로 하는 외국인투자에 관하여 연방통신위원회(Federal Communications Commission)에서 국가안보 위협 가능성을 심사하여 통신업종에 대한 외국인투자를 허가하고 있다. 트럼프 대통령은 2020년 4월 4일 “Establishing the Committee for the Assessment of Foreign Participation in the United States Telecommunications Services Sector”(Executive Order 13913)을 발표하며, 이를 위한 근거를 마련하였다. 연방통신위원회는 법무부장관이 위원장이고, 국방부장관, 국토안보부장관, 기타 대통령이 필요하다고 결정한 부처의 장관 등으로 구성되는데, 우리나라의 전기통신사업법상의 공익성 심사와 유사하다. 전기통신사업법상 공익성 심사는 외국인의 기간통신사업 경영권 지배 상황 발생에 대응하기 위해 2004년 도입되었는데, 기간통신사업자의 최대주주 변경 등이 국가안전보장, 공공의 안녕, 질서의 유지 등 공공의 이익을 저해하는지 여부를 공익성심사위원회를 통하여 심사하는 제도이다. 공익성 심사대상은 ① 발행주식의 15% 이상 소유, ② 최대주주 변경, ③ 외국정부·외국인과 임원 임면·영업 양수도 등의 협정체결, ④ 기간통신사업자 사실상 경영권자를 변경하는 경우이다. 공익성심사위원회는 과기정통부 차관이 위원장이고, 기획재정부, 외교부, 법무부, 국방부, 행안부, 산업통상자원부, 공정위, 경찰청의 고위공무원 및 민간위원으로 구성되는데, 기간통신사업자 또는 주주는 공익성 심사사유가 발생한 날부터 30일 이내에 과기정통부에 신고하거나, 사유가 발생하기 전 심사를 요청하여야 한다. 심사결과 공공이익 저해가 인정된다고 판단되면 협정 변경, 의결권 행사의 정지 또는 해당 주식의 매각 등을 명할 수 있다.

9) Alvarez, Jose E., “Political Protectionism and United States International

2018년 제정된 FIRRMA는 EU, 일본, 호주 등의 외국인투자심사 강화에 큰 영향을 주었다.¹⁰⁾ FIRRMA 이후 EU 차원에서는 외국인투자심사 규칙이 마련되었고,¹¹⁾ 그에 따라 독일, 프랑스 등 EU 회원국들과 영국에서 외국인투자심사를 강화하는 입법이 진행되었다.¹²⁾ 일본에서도 2019년 외국환 및 외국무역법을 개정하여 외국인투자심사를 강화하였다.¹³⁾ 흥미로운 것은 미국, 호주, 캐나다, 독일 등 많은 국가에서 외국인투자심사 대상의 대부분은 중국발 투자가 차지하고 있는데, 중국은 이들보다 더 광범위한 외국인투자심사를 운영하고 있다는 점이다.¹⁴⁾ 중국은 2020년 12

Investment Obligations in Conflict: The Hazards of Exon - Florio”, *The Virginia Journal of International Law*, Vol.30, No.1 (1989); Berg, E. Maddy, “A Tale of Two Statues: Using IEEPA’s Accountability Safeguards to inspire CFIUS Reform”, *Columbia Law Review*, Vol.118, No.6 (2018) 등 참조.

- 10) Eichensehr, Kristen E. and Hwang, Cathy, “National Security Creep in Corporate Transactions”, *Columbia Law Review*, Vol.123, No.2 (2023), p.571은 미국은 다른 국가들도 CFIUS와 유사한 외국인투자심사절차를 만들도록 독려하고 있는바, FIRRMA 이후 EU, 영국, 호주, 캐나다, 독일, 일본, 뉴질랜드 등이 외국인투자심사를 강화한 것으로 분석하였다.
- 11) EU Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2019 establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the Union. 이하 ‘EU 외국인투자심사규칙’이라 한다.
- 12) EU 집행위원회에 구체적인 자국의 외국인투자심사 법령을 통보한 국가는 2023년 7월 기준 벨기에, 체코, 덴마크, 독일, 스페인, 프랑스, 이탈리아, 라트비아, 리투아니아, 헝가리, 몰타, 네덜란드, 오스트리아, 폴란드, 포르투갈, 루마니아, 슬로베니아, 슬로바키아, 핀란드 등 19개 국가이다. EU 집행위원회가 2022년 9월 발표한 연례보고서에는 27개 회원국 중 불가리아와 사이프러스를 제외한 25개국에서 외국인투자심사제도를 운영하고 있는 것으로 나타난다. Report from the Commission to the European Parliament and the Council, “Second Annual Report on the screening of foreign direct investments into the Union”, COM(2022) 433 final (2022.9.19.). 한편, 영국은 2021년 국가안보와 투자법(National Security and Investment Act)을 제정하여 외국인투자심사를 강화하였다. <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2021/25/contents/enacted>>, (2023.7.23. 최종방문).
- 13) 일본은 2019년 외국환 및 외국무역법(外國爲替及び外國貿易法)을 개정하여 사전신고 범위를 상장회사 기준 지분을 10%에서 1%로 하향하였다. <https://www.mof.go.jp/policy/international_policy/gaitame_kawase/gaitame/recent_revised/index.html>, (2023.7.23. 최종방문).

월 19일 ‘외상투자안전심사방법’을 발표하여 외국인투자심사절차를 명문화하였는데, 언론브리핑에서 “외국인투자심사는 국제적으로 인정되는 외국인투자 관리제도로서, 경제적 이익과 국가안보 사이의 균형을 위해 중요한 역할을 한다.”고 하면서, 미국, EU, 호주, 독일, 일본, 영국에서 외국인투자심사를 강화했다는 점을 언급하였다.¹⁵⁾

우리나라에서는 미국 FINSA의 영향을 받아 2008년 「외국인투자촉진법 시행령」에 외국인투자심사를 도입하였다. 이후 2020년 「외국인투자촉진법」을 개정하고, 2022년 「외국인투자촉진법 시행규칙」 개정 및 「외국인투자 안보심의 절차 운영규정」 제정 등이 있었다.

FIRMA가 시행된 지 어느 정도 경과했고, 외국인투자심사를 하는 국가들이 증가하는 상황에서 외국인투자심사의 국가안보평가를 분석하는 것은 의미 있는 작업일 것이다.¹⁶⁾ 게다가 주요국들은 코로나 팬데믹과 공급망 문제 등으로 외국인투자심사를 포함한 경제안보를 강화하고 있다. 특히 미국은 동맹국을 상대로 외국인투자심사 아웃리치(outreach) 활동을 하고 있고, G7 차원에서도 투자심사 전문가 그룹을 결성하여 외국

14) Lin, Joe Muqiao, “China Further Strengthens National Security Review of Foreign Investment”, *National Law Review*, Vol.10, No.366 (2020.12.31.); 김관호, “중국의 인수·합병형 외국인투자 국가안전심사제도의 고찰”, 통상법률 제104호 (2012); 中 “외상투자법” 시행 후 외국인투자 관리제도의 변화, KOTRA 청다오무역관 (2021.4.28.) 등에 따르면 중국은 2008년 반독점법에 국가안보심사 근거를 마련한 후 2011년 “외국인투자자의 국내기업 인수·합병 안전심사제도 수립에 대한 국무원 통지”, “외국인투자자의 국내기업 인수·합병 안전심사제도 실시에 관한 규정”을 발표하고, 2020년 외상투자법에 “국가는 외국인투자 안전심사제도를 수립하고, 국가안보에 영향을 주거나 영향을 줄 가능성이 있는 외국인투자에 대하여 안전심사를 진행하여야 한다. 법에 따라 진행된 안전심사 결정은 최종 결정이다.”라고 외국인투자심사를 규정하였다.(中華人民共和國外商投資法 第35條, 법제처 세계법제정보센터 번역본 참조)

15) 國家發展改革委、商務部發布《外商投資安全審查辦法》(2021.12.19.).

16) Roberts, Anthea and Lamp, Nicolas, *Six Faces of Globalization - Who wins, Who Loses, and Why it matters* (Harvard University Press, 2021), pp.138-140은 미국의 외국인투자심사는 2001년 9.11. 테러와 Dubai Ports World 사건 등에 따라 강화되던 중 FINSA와 FIRMA를 기점으로 심사건수가 급증하였는바, 이와 같은 심사건수의 증가는 외국인투자의 감소로 이어져서 국가안보 위협으로부터 보호받는 결과를 가져왔다고 평가했다.

인투자심사에서의 협력을 강화하고 있다.¹⁷⁾ 미국-EU TTC(Trade and Technology Council)에서는 외국인투자심사 워킹그룹이 설치되어 외국인투자심사에 관한 협력방안을 논의하고 있다.¹⁸⁾ 한국과 미국 사이에도 2021년 투자심사 협력 워킹그룹이 설치되었다.¹⁹⁾ 이 같은 국제동향을 고려하면 외국인투자심사는 이제 국내법적으로 강화되는 수준을 넘어서 미국과 EU 등이 주도하는 글로벌 규범 형성 단계에 접어드는 시점에 이르렀다고까지 평가할 수 있는데, 그동안 학계에서는 실무에 비해 상대적으로 관심이 저조했다고 평가된다.²⁰⁾ 다만, 최근 미국에서는 틱톡을 둘러싼 국가안보 이슈로 인해 학계에서도 외국인투자심사에 관해 연구를 활발히 하고 있는 것으로 분석된다.²¹⁾

17) 2021년 G7 정상선언문에는 “We will also enhance our cooperation on investment security within our G7 Investment Screening Expert Group, to ensure we are resilient in our openness to all, able to tackle risks in keeping with our shared principles of open markets, transparency and competition.”라는 문구가 포함되어 있다. “Carbis Bay G7 Summit Communique” (2021.6.13.), <<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/06/13/carbis-bay-g7-summit-communicue/>>, (2023.7.23. 최종방문).

18) 미국-EU TTC에서 설치된 수출통제·외국인투자심사 워킹그룹은 특별히 민감기술(sensitive technology) 분야에 대한 외국인투자의 국가안보위험을 논의하고 있다. 2023년 개최된 제4차 TTC 회의에서 양측은 민감기술과 핵심 인프라 분야의 국가안보 관련 외국인투자 정보를 계속 교환하기로 하면서, 외국인투자심사의 중요성을 강조했다. 또한 미국과 EU는 수출통제와 외국인투자심사를 보완하는 해외투자통제의 중요성도 언급하며 해외투자 분야에 관해서도 협력을 강화하기로 합의하였다. The White House, “US-EU Joint Statement of the Trade and Technology Council”, (2023.5.31.), <<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2023/05/31/u-s-eu-joint-statement-of-the-trade-and-technology-council-2/>>, (2023.7.23. 최종방문).

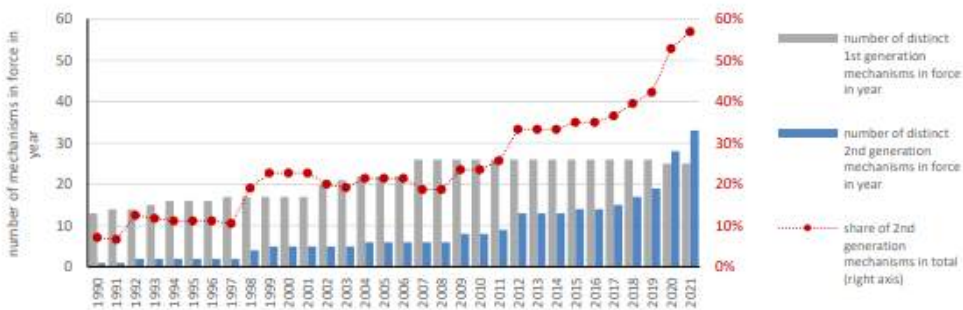
19) 2021년 5월 23일 한미 정상회담 이후 외국인투자심사협력을 위한 투자심사 워킹그룹이 설치되었다. The White House, “Fact Sheet: United States-Republic of Korea Partnership”, (2021.5.21.), <<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/05/21/fact-sheet-united-states-republic-of-korea-partnership/>>, (2023.7.23. 최종방문).

20) “Demand grows for lawyers in secretive world of CFIUS”, Financial Times (2019.7.16.)에 따르면 로펌에서는 CFIUS과 관련된 사건이 매우 비중 있게 다루어진다. 그러나 미국이나 우리나라의 경우 모두 그동안 외국인투자심사에 관한 학술적인 연구는 많이 이루어지지 않는 상태이다.

2. 연구의 목적

OECD는 주요국의 외국인투자심사 관련제도 운영 현황을 분석하면서, 외국인이 특정 분야에 투자하는 경우 사전승인을 요하거나, 외국인이 취득할 수 있는 지분을 상한을 정한 방식을 1세대 정책(First generation policy)으로 분류한다. 반면, 사전승인이나 지분비율 제한 대신 심사절차, 심사기한, 제재수단, 보고의무 등을 규정하여 외국인투자심사제도를 운영하는 경우를 2세대 정책(Second generation policy)이라고 분류하는데, 본 연구에서 다루는 것은 2세대 정책에 해당하는 외국인투자심사이다.²²⁾

- 21) Hochen, Ru, “When your Apps threatens National Security–A Review of the TikTok and Wechat Bans and Government Actions under IEEPA and FIRRMA”, *Brooklyn Journal of Corporate, Financial and Commercial Law*, Vol.16, No.1 (2021); Law, Austin, “The “Legal Black Hole“: CFIUS and the Implications of Trump’s Executive Order against TikTok”, *Cornell Journal of Law and Public Policy*, Vol.31, No.1 (2021); Horowitz, Bernard and Check, Terence, “TikTok v. Trump and the Uncertain Future of National Security–Based Restrictions on Data Trade”, *Journal of National Security Law and Policy*, Vol.13, No.1 (2022); Sitaraman, Ganesh, The Regulation of Foreign Platforms, *Stanford Law Review*, Vol.74, No.5 (2022) 등 참조.
- 22) Pohl, Joachim and Rosselot, Nicolás, *Acquisition and ownership-related policies to safeguard essential security interests, Current and emerging trends, observed designs, and policy practice in 62 economies*, Research note by the OECD Secretariat (2020), pp.18-19 참조. OECD는 2020년 이후 2세대 정책을 사용하는 국가가 급증하였다고 분석했다. 위 보고서는 이하 “2020년 OECD 보고서”라 한다.



(그래프 출처) OECD, *Transparency, Predictability and Accountability for investment screening mechanisms*, Research note by the OECD

그동안 외국인투자심사는 국제법과 국내법 모두에서 ‘국가안보’라는 용어에 집중하여 기존에 확립된 국가안보 법리가 적용되었다. 국제법 차원에서는 국가안보 법리가 적용되는 결과 안보예외조항의 자기판단성 문제 또는 국제규범으로부터의 적용 제외 등으로 논의되고 있다. 국내법 차원에서는 기존의 ‘국가안보’에 대한 영향평가로서의 심사기준이 적용되며, 법체계 역시 기존의 ‘국가안보’, ‘외국인투자’와 관련된 제도나 논리, 용어 등을 그대로 차용하고 있다.

그러나 외국인투자는 일상적으로 일어나는 거래행위에 해당하는바, 전쟁 등 긴급상황이라는 예외적인 상황에서 국가의 조치가 이루어지는 것으로 볼 수 있을지에 관해서는 비판적으로 접근할 필요가 있다. 설령 외국인투자심사에서 ‘국가안보’라는 용어가 사용된다고 하더라도, 외국인투자의 ‘국가안보평가’는 기존의 ‘국가안보’ 법리와 구별할 필요가 있다는 것이 본 연구의 출발점이다. 국가안보가 경제안보 등 새로운 안보상황까지 포괄하는 것으로 확대되고, 안보예외조항이 경제적 위기상황까지 포섭할 수 있다고 해석하더라도, 안보예외조항은 기본적으로 일상적인 상황이 아닌 ‘예외’라는 상황적 요건이 전제되어 있다. 반면, 외국인투자심사는 일상적으로 이루어지는 외국인투자에 대해 적용된다는 점에서 근본적인 차이가 있다.

본 연구는 외국인투자심사에 관하여 기존의 국가안보 법리가 그대로 적용됨으로써 발생하는 다양한 측면의 문제를 국가안보평가의 관점에서 분석하는 것을 목적으로 한다. 이를 위해 외국인투자심사의 발전과정을 검토하고, 국제법 차원에서 국가안보와 예외와 BIT·FTA 협정문 등의 국가실행 등을 고찰하며 외국인투자심사를 새로운 국제법체제로 편입할 필요가 있다는 점을 살핀다. 심사기준과 관련해서는 기존의 국가안보 법리가 적용된 국가안보평가가 적용됨으로써 심사기준 자체가 불명확해지

Secretariat(2021), p.9 Figure 3(New policies and reform of older design lead to more sophisticated mechanisms overall)

OECD에 따르면 우리나라를 포함하여 외국인투자심사제도를 운영하는 국가들은 1998년 미국의 Exon-Florio Act, 2007년 FINSA, 2018년 FIRRMA 시행 시점을 전후하여 외국인투자심사제도를 도입하거나 강화하는 등 미국의 영향을 받은 것으로 분석된다.

고, 법적 안정성 및 예측 가능성에 문제가 있다는 점을 비교법적으로 분석한다. 우리나라 국가안보평가의 법체계적인 문제점에 대해서는 기존의 ‘국가안보’, ‘외국인투자’라는 용어를 그대로 사용함으로써 문제가 비롯되고 있다는 점을 분석한다. 또한 외국인투자심사가 법제화된 현행 「외국인투자촉진법 시행령」의 구성요건을 분석함으로써 기존의 국가안보 법리에서 벗어나 외국인투자심사의 국가안보평가를 ‘지배 가능성’의 관점에서 새롭게 구성할 필요가 있다는 점을 논증하고자 한다.

제2절 선행연구 및 문제점

최근 국가안보 개념의 확대와 국가안보 조치의 확산으로 인한 문제에 관해서는 여러 연구가 있었다. 국제경제 분야의 국가안보 조치에 관해서는 GATT 제21조의 입법연혁과 함께 “국가안보의 상업화(commercializing national security)”, “경제정책의 안보화와 전략정책의 경제화(securitisation of economic policy and economisation of strategic policy)”, “국가안보의 무기화(Weaponization of National Security)”, “무역의 안보화(securitization of trade)” 등으로 연구되었다.²³⁾ 국제법상 국가안보 예외에 관해서는 WTO에서의 국가안보 논의와 함께 많은 연구

23) Bhala, Raj, “National Security and International Trade Law: What the GATT says, and what the United States does”, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Vol.19, No.2 (1998); Akande, Dapo and Williams, Sope, “International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO?”, *Virginia Journal of International Law*, Vol.43, No.2 (2003); Pinchis-Paulsen, Mona, “Trade Multilateralism and US National Security: The Making of the GATT Security Exceptions”, *Michigan Journal of International Law*, Vol.41, No.1 (2020); “Lets’ Agree to Disagree: A Strategy for Trade-Security”, *Journal of International Economic Law*, Vol.25, No.4 (2022); Lee, Jaemin, “Commercializing National Security? National Security Exceptions’ Outer Parameter under GATT Article XXI”, *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, Vol.13, No.2 (2018); Du, Ming, “Huawei Strikes Back: Challenging National Security Decisions before Investment Arbitral Tribunals”, *Emory International Law Review*, Vol.37, No.1 (2022) 등 참조.

가 이루어졌는데, 대부분 안보예외조항의 자기판단성 여부와 GATT, WTO에서의 국가안보 항변이 제기된 사건을 분석하였다.²⁴⁾

각국의 외국인투자심사를 분석한 국제기구의 연구는 OECD와 UNCTAD가 대표적이다. OECD는 2016년 외국인투자심사와 관련한 국가실행을 분석한 결과, 국가들은 에너지, 통신, 운송 등 핵심 인프라, 이 중용도, 지식재산권, 산업스파이 활동 등을 우려하여 소유권 제한, M&A 제한, 심사절차 등을 도입하고 있다고 하였다.²⁵⁾

UNCTAD는 2019년과 2023년에 걸쳐 외국인투자심사와 관련한 제도를 운영하고 있는 국가 현황을 분석한 Investment Policy Monitor 보고서를 발표하였다. 2019년 12월 보고서²⁶⁾는 전 세계적으로 2016년부터 2019년 사이에 국가안보를 이유로 5천만 달러 이상 규모의 외국인투자를 20건 이상 불허했고, 2011년부터 2019년 사이에 13개 국가 이상이 국가안보와 관련된 외국인투자심사제도를 채택하여 총 28개 국가 이상에서 외국인투자심사제도를 운영하고 있다고 분석하였다.²⁷⁾ 이들 국가는 전통적인 국방 분야뿐만 아니라 전략산업이나 핵심 인프라, 첨단 산업기술

24) Boklan, Daria and Bahri, Amrita, “The First WTO’s Ruling on National Security Exception: Balancing Interests or Opening Pandora’s Box?”, *World Trade Review*, Vol.19, No.1 (2020); Yoo, Ji Yeong and Ahn, Dukgeun, “Security Exceptions in the WTO System: Bridge or Bottle-Neck for Trade and Security?”, *Journal of International Economic Law*, Vol.19, No.2 (2016); 박연경, “국제통상분쟁에서 안보예외조항의 법적 쟁점과 과제-러시아 통과운송 사건을 중심으로”, EU연구 제58호, 한국외국어대학교 EU연구소 (2021); 정찬모, “WTO 안보예외 - 「러시아-통과운송 제한」 사건 패널 결정의 법리와 한국에의 함의”, 국제법평론 제54호, 국제법평론회 (2019); 류병운, “국제 무역과 국가안보: WTO의 안보예외 남용 방지를 중심으로”, 홍익법학 제22권 제1호, 홍익대학교 법학연구소 (2021) 등 참조.

25) Wehrlé, Frédéric and Pohl, Joachim, *Investment Policies Related to National Security: A Survey of Country Practices*, OECD Working Papers on International Investment (2016).

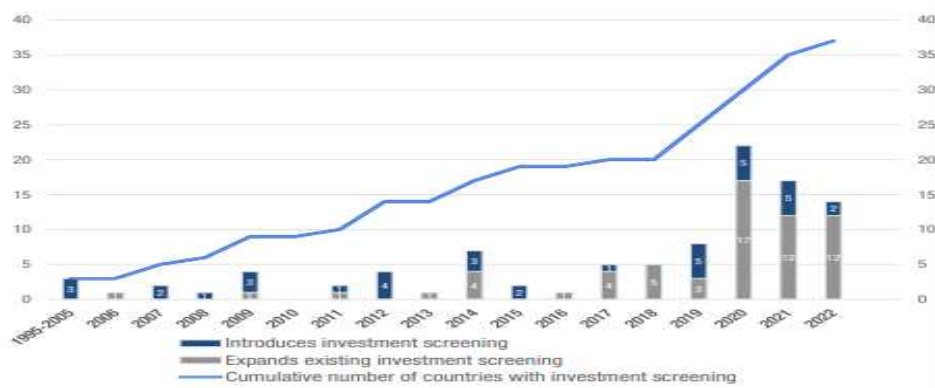
26) UNCTAD, *National Security-Related Screening Mechanisms for Foreign Investment, An Analysis of Recent Policy Development*, Investment Policy Monitor Special Issue (2019.12.).

27) 이 보고서는 호주, 오스트리아, 벨기에, 캐나다, 중국, 덴마크, 핀란드, 프랑스, 독일, 헝가리, 아이슬란드, 인도, 이탈리아, 일본, 라트비아, 리투아니아, 멕시코, 뉴질랜드, 노르웨이, 폴란드, 포르투갈, 한국, 루마니아, 러시아, 스페인, 남아공, 영국, 미국을 명시하고 있다.

분야 등으로 심사분야를 확대하고 있는 것으로 나타났다.²⁸⁾

한편, UNCTAD의 2023년 2월 보고서²⁹⁾에서는 1995년 이후 전 세계 37개국 이상이 외국인투자심사 규제를 하고 있다고 분석하였다.³⁰⁾ 특히 글로벌 경제위기 시기였던 2006년부터 2009년 사이 외국인투자심사를 채택한 국가가 급증하였고, 코로나 팬데믹이었던 2020년부터 2021년에는 외국인에 의해 자국의 민감 분야가 인수·합병될 우려로 인해 증가세가 최고조에 달했던 것으로 분석하였다.

[그림 1] 외국인투자심사제도를 운영하는 국가 (1995-2022)



출처 : UNCTAD Investment Policy Monitor (Issue 25, Figure 1)

28) 다만, UNCTAD 보고서는 ‘national security-related FDI screening mechanisms’을 다루고 있기 때문에, 국가안보 이외의 요소까지 심사기준으로 분석에 포함하였다. 따라서 호주는 ‘national interest’, 캐나다는 ‘net benefit’, ‘national security’, 미국은 ‘national security’, EU는 ‘security or public order’ 등이 심사기준으로 표현되어 있고, 한국의 경우에도 「외국인투자촉진법」 제4조에 따라 국가안보 이외에 공공질서, 보건위생, 환경보전, 미풍양속 등도 포함된 것으로 서술하고 있다. 위 보고서 pp.9-10 참조.

29) UNCTAD, *The Evolution of FDI Screening Mechanisms, Key Trends and Features*, Investment Policy Monitor 25 (2023.2.). UNCTAD는 외국인투자심사의 개념 정의에서 외국인투자가 미개방된 분야나 투자 유보를 제외하고 있다.

30) UNCTAD 보고서에 따르면 37개 국가는 호주, 오스트리아, 캐나다, 중국, 체코, 덴마크, 핀란드, 프랑스, 독일, 헝가리, 아이슬란드, 인도, 이스라엘, 이탈리아, 일본, 라오스, 라트비아, 리투아니아, 몰타, 멕시코, 네덜란드, 뉴질랜드, 노르웨이, 필리핀, 폴란드, 포르투갈, 한국, 루마니아, 러시아, 사우디, 슬로바키아, 슬로베니아, 남아공, 스페인, 태국, 영국, 미국이다.

이 보고서는 최근의 외국인투자심사 동향을 분석하면서, 외국인투자심사에서 다루는 ‘국가안보’의 범주가 핵심 전략기술부터 개인정보, 여론 등에 영향을 미칠 수 있는 영역과 관련된 경제 분야까지 확대되었다고 분석했다. 또한, 각국은 심사대상이 되는 외국인투자 비율이나 투자금액의 하한을 낮췄으며, 심사기간을 연장하거나 제재수단을 도입하는 등 규제를 강화하였다고 언급했다. UNCTAD는 각국의 외국인투자심사가 복잡하게 규정되어 있고, 예측가능성, 투명성 측면에서 보완이 필요하며, 외국인투자심사가 국제적으로 확산됨에 따라 외국인투자가에게 불확실성이 증가하고 있다고 결론을 내렸다.

한편, 미국의 외국인투자심사에 관해서는 FIRRMA 등 외국인투자심사 관련 법령 제·개정을 분석하거나, 대통령 행정명령으로 투자가 철회된 경우 등에 해당 사건을 평석하는 연구가 이루어졌다.³¹⁾ 미국에서의 국가안보 조치의 확산으로 인한 경제질서에의 영향을 분석한 연구도 있었는데, 이 연구는 국가안보의 확장적인 활용의 예로 외국인투자심사를 분석하였다.³²⁾

이에 반해 우리나라 외국인투자심사제도에 관한 연구는 외국에서의 연구에 비해 관심이 적은 것으로 분석된다. 우리나라의 외국인투자심사에 관해서는 국책연구기관을 중심으로 미국 등 주요국 법제를 분석하고, 동향을 소개하는 정도의 연구가 이루어지고 있는데, 특히 미국에서 FINSA, FIRRMA 등이 쟁점화되었던 시기에 집중되는 경향을 보인다.

우선 우리나라 「외국인투자촉진법」상의 외국인투자심사에 관해서는 외국인투자촉진법령 조항의 정합성 측면에 집중한 연구가 대표적이다.³³⁾

31) Zimmerman, Evan J., “The Foreign Risk Review Modernization Act: How CFIUS became a Tech Office”, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol.34, No.4 (2019); Blakey, J. Russell, “The Foreign Investment Risk Review Modernization Act: The Double-Edged Sword of US Foreign Investment Regulations”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol.53, No.4 (2020); Eichensehr, Kristen E., “CFIUS Preemption”, *Harvard National Security Journal*, Vol.13, No.1 (2022) 등 참조.

32) Heath, J. Benton, “The New National Security Challenge to the Economic Order”, *The Yale Law Journal*, Vol.129, No.4 (2020) 참조.

33) 이재민, “국가안보와 외국인투자규제-외국인투자촉진법 시행령 제5조를 중

이 연구는 「외국인투자촉진법」 제4조는 “국가의 안전 유지”라고 규정하나, 시행령 제5조는 “국가안보위해”를 규정하고 있어 문언상 간극이 존재한다고 검토하였다. 이 견해는 시행령 제5조의 법적 성격과 관련하여, 시행령 제5조가 주요 개념을 정의하기 위한 수단으로 입법된 것으로 해석하면 법 제4조의 “국가의 안전 유지”도 ‘국가안보’와 마찬가지로 군사상·외교적 측면의 국가안보로 해석되어 국제협정과 부합할 수 있다고 분석한다. 이에 반해 시행령 제5조를 법 제4조의 “국가의 안전 유지에 지장을 주는 경우”에 해당하는 특정 사례를 규정한 것으로 해석하는 경우 시행령 제5조는 외국인투자가 군사적·외교적 안보와 관련된 영역에서 M&A를 하는 경우에만 적용된다고 분석했다. 이 연구는 어떤 견해를 따르든지 법 제4조와 시행령 제5조의 체계상 문제는 해소되지 않는다고 결론을 내리면서, 외국인투자촉진법령을 개정할 필요성을 지적하였다.³⁴⁾

한편, 「외국인투자촉진법 시행령」 제5조의 입법과정을 미국의 FINSA와 비교한 연구는 우리나라의 외국인투자심사가 미국과 달리 군수산업과 밀접히 관련성이 있는 경우에 제한적으로만 규제할 수 있고, 국가안보라는 입법목적은 달성하기에는 규제의 성격이 약하다고 분석하였다.³⁵⁾ 이 연구는 우리나라의 규제는 외국인투자가에 대하여 부담을 최소화하는 데에 초점이 맞춰져 있어 미국에서의 국가안보위해 가능성을 최소화하는 것과 구별되고, 심사절차나 심사기구 등에서도 외형상으로는 미국과 유사하지만 적용범위가 협소하므로 소극적 대응 수준을 넘지 못한 것으로 평가하였다.³⁶⁾ 위의 연구들은 「외국인투자촉진법 시행령」의 입법 과정을 분석하면서 국가안보의 개념이 국방상·외교상 개념으로 제한되는지에 관한 분석에 집중되어 있다고 볼 수 있다.

한편 우리나라가 체결한 투자협정과 「외국인투자촉진법」을 비교한

심으로”, 고려법학 제57조, 고려대학교 법학연구원 (2010).

34) Ibid, p.420 참고.

35) 김관호, “국가안보 차원의 외국인직접투자 규제: 한국과 미국의 관련 규제의 비교 고찰”, 규제연구 제18권 제1호, 한국경제연구원 (2009).

36) 김관호, “외국인투자정책 패러다임의 변화와 한국의 규제방향의 고찰”, 사회과학연구 제27권 제3호, 동국대학교 사회과학연구원 (2020); 김명아, “국제통상·투자 법제 연구(I)”, 한국법제연구원 (2019.10.) 등 참조.

연구는 외국인투자의 진입 및 설립에 대한 규율을 중심으로 분석하면서, 외국인투자심사는 미국에 비해 제한적이고, 절차상의 한계에 기인하여 실무상 운용이 제한적인 것으로 평가하였다.³⁷⁾ 다만 이 연구의 주제는 외국인투자심사가 아니라 중소기업적합업종·품목선정제도와 한·미 FTA, 한·EU FTA의 관계 등이었다. 상법 관점에서 「외국인투자촉진법」상의 M&A형 외국인투자를 분석한 연구는 미국의 Exon-Florio Act와 비교하면서 외국인투자 활성화를 위해 M&A 규제 강화에 반대하는 입장으로 결론을 도출했는데, 외국인투자심사가 외국인투자촉진법령에 입안되기 이전의 연구이다.³⁸⁾

한편, 2018년 들어 미국에서 핵심기술, 인프라, 개인정보 등과 관련된 외국인투자는 지배권을 취득하지 않더라도 심사대상이 된다는 내용의 FIRRMA가 제정되면서 우리나라 외국인투자심사에 대한 시사점을 도출하려는 연구가 있었다.³⁹⁾ 국책연구기관 등에서는 FIRRMA의 주요내용과 미국의 대중 투자규제를 분석하는 보고서를 발표하였다.⁴⁰⁾ 이 보고서는 미국이 트럼프 행정부 출범 이후 중국의 기술굴기에 대한 대응책으로 FIRRMA를 발효했으며, 이에 따라 지배권을 취득하는 투자뿐만 아니라 핵심기술, 인프라, 민감정보 관련 분야에 대한 외국인의 비지배적 투자(non-controlling investment)까지 CFIUS의 심사대상으로 확대되었다는

37) 전중원, “외국인직접투자의 진입 및 설립에 대한 규율에 관한 연구: 외국인 투자촉진법과 한국이 체결한 투자협정에 대한 분석을 중심으로”, 석사학위 논문, 서울대학교 (2012) 참조.

38) 조계권, “외국인에 의한 M&A에 관한 연구 - 법적 규제와 활성화를 중심으로”, 석사학위 논문, 서울대학교 (2008) 참조.

39) 김민배, “미국의 외국인투자규제대상과 특징”, 법제논단 9월호, 법제처 (2020); “미국의 부동산에 대한 외국인의 투자규제와 국가안보 - 31CFR Part 802가 한국에 주는 시사점을 중심으로”, 법제논단 3월호, 법제처 (2022); 최창수, “외국인투자 규제에 대한 비교법적 연구 - 핵심기술, 주요기반시설, 데이터 및 의료분야 보호를 위한 법령 개정을 중심으로”, 경제규제와 법, 제14권 제1호 (2021) 등 참조.

40) 나수엽·김영선, “미국의 「외국인투자위험심사현대화법(FIRRMA)」 발효와 미국의 대중 투자규제”, KIEP 세계경제 포커스, 대외경제정책연구원 (2020.4.); 신혁·이환수, “외국인투자 규제 국가안보심사 개선 방향 및 시사점 - 미국 「FIRRMA」 및 「산업기술보호법」을 기반으로”, 과학기술정책 제4권 제2호 (2021) 등 참조.

측면을 강조하고 있다. 한편, FIRRMA를 미·중간 첨단기술경쟁의 관점에서 분석한 보고서도 발표되었다.⁴¹⁾ 이 보고서는 트럼프 행정부가 중국을 견제하기 위해 수출통제법(Export Control Reform Act), 2019 국방수권법 제889조, 외국인투자위험심사현대화법(FIRRMA) 등을 통해 무역규제와 투자규제를 함께 실시하고 있다는 면을 강조하였다. 한편 2018년을 전후하여 영국, 일본, 캐나다 등에서도 외국인투자심사가 강화되었는데, 이들 국가에서의 개정 법령과 우리나라를 비교함으로써 우리나라도 경제안보 차원에서 외국인투자심사제도를 보완할 필요가 있다는 내용의 연구들도 발표되었다.⁴²⁾

2018년 FIRRMA 제정 이후에 나온 보고서 대부분은 FIRRMA에서 CFIUS 심사대상을 확대했으므로 우리나라도 경제안보 관점에서 심사대상을 확대할 필요가 있다는 내용으로 요약할 수 있다. 이러한 보고서는 FIRRMA와 「외국인투자촉진법」의 심사대상을 비교한 후, 우리나라의 외국인투자심사 범위가 협소하므로 심사대상을 확대하여 경제안보를 보호할 필요가 있다는 주장으로 전개된다는 공통점이 있다.

이상과 같은 선행연구들은 외국인투자심사제도를 설명하거나 법령의 변경 사항을 설명하고 보호주의의 확산이나 심사범위의 확대 등을 중심으로 이루어졌다고 할 수 있다. 이들 연구는 외국인투자심사에 적용되는 국가안보 법리에 대하여 비판적으로 분석하지 않았다.

이에 본 연구는 주요국의 외국인투자심사의 발전과정과 우리나라 외국인투자심사를 연혁적으로 분석하고 평가한다(제2장). 다음으로 외국인

41) 연원호 외 공저, “첨단기술을 둘러싼 미중 패권 경쟁 분석”, KIEP 오늘의 세계경제, 대외경제정책연구원 (2020.6.) 참조.

42) 김민배, “미국의 첨단기술 보호정책과 국가안보의 판단기준”, 법제논단 12월호, 법제처 (2020); “주요국의 첨단기술 보호정책과 투자규제의 대상”, 인하대학교 법학연구, 제25권 제4호 (2022)는 가칭 ‘기술보호기본법’ 제정, 직권심사제도 도입 등의 제도 보완을 촉구하는 내용으로 작성되었다. 정형곤·김서희, “주요 선진국의 외국인투자 경제안보 심사 정책 동향과 시사점”, KIEP 오늘의 세계경제, 대외경제정책연구원 (2022.2.)은 미국, 일본, 영국의 제도를 분석하면서, 우리나라 외국인투자심사대상을 신기술, 핵심 인프라, 민감정보 등 공급망 안정화 시각에서 확대할 필요가 있다고 분석하였다. 정형곤·이아라, “주요 선진국의 외국인직접투자정책변화와 시사점”, 연구자료 22-02, 대외경제정책연구원 (2022.7.)도 경제안보 차원의 보완이 필요하다는 결론이다.

투자심사에 대한 국제법적 고찰을 통해 외국인투자심사에는 기존의 국제법상 예외 법리가 적용되는 것이 타당하지 않다는 점을 논증한다. 이를 위해 주요국의 실행을 분석하고, 외국인투자심사를 새로운 국제법체제로 편입해야 한다는 점을 고찰한다(제3장). 그런 다음 국가안보평가의 심사 기준을 미국과 우리나라의 비교법적 분석을 통해 평가하고, 군사상 국가안보에 따라 설계된 심사기준이 외국인투자심사에는 타당하지 않다는 점을 검토한다(제4장). 제5장에서는 우리나라의 외국인투자심사의 법체계가 가진 문제에 관해 2008년 법제화 당시부터 정합성 문제가 있었고, 외국인투자심사제도의 본질을 고려하지 않은 채 ‘국가안보’, ‘외국인투자’라는 용어가 동일하게 사용되는 기존의 외국인투자촉진법령에 그대로 이식함으로써 발생한다는 점을 분석한다(제5장). 제6장에서는 우리나라의 외국인투자심사 관련 구성요건의 해석과 적용상의 한계를 살핀 후, 새로운 국가안보평가방식을 제안하고(제6장), 마지막 부분에서 결론을 제시한다(제7장).

제2장 외국인투자심사의 역사와 발전과정

제1절 주요국의 외국인투자심사의 발전

1. 외국인투자와 규제의 시작

일찍이 Vattel은 다른 국가와 통상을 계속하는 것이 국가의 일반적인 의무로서 우호국과는 교역할 권리가 있지만, 자국에 불리하거나 위험한 통상을 거절해야 하는 의무도 있다고 주장하였다. 그는 국가가 자국의 이익이나 안전을 고려하여 자신의 행위를 규제할 수 있는 완전한 권리가 있음을 들어 통상의 자유, 그리고 그에 따라 파생되는 통상과 관련되는 국가의 규제 권한을 주장하였다.⁴³⁾ 이러한 사조 속에서 미국과 프랑스 사이에 1778년 체결된 우호통상항해조약(Treaty on Friendship, Navigation and Commerce)을 시작으로, 국가 간에 최혜국대우, 내국민대우, 수용 및 보상 등을 규정한 조약이 체결되기 시작했다.

19세기 들어 이른바 칼보 독트린(Calvo Doctrine)이 유행하면서 특히 라틴아메리카 국가에 투자한 외국인투자가는 본국이 아닌 투자유치국의 사법 수단에 따라 구제를 신청해야 한다는 원칙이 적용되기 시작했다. 19세기에는 국내 산업을 외국 경쟁(foreign competition)으로부터 보호하는 것이 대다수 국가의 정책 목표였다.

43) Vattel, Emer, *The Law of Nations (LF ed.)* (Liberty Fund, 1797), Book II (Nations in relation to other states), Chapter II (Of the Mutual Commerce between Nations) §25 (Each nation is sole judge of the propriety of commerce on her own part), Chapter VIII (Rules with respect to Foreigners) §103 (Who is the judge of their disputes) 등 참조. 외국인투자 초기 역사는 Dolzer, Rudolf, Kreibbaum, Ursula and Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press (2022), pp.2-5; 한국 국제경제법학회, *신국제경제법*(전면개정판), 박영사 (2018), pp.704-705 참조. 외국인투자 역사와 국제법의 관계는 Asante, Samuel K.B., "International Law and Foreign Investment: A Reappraisal", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.37, No.3 (1988) 참조.

미국에서 1917년 제정된 대적성국교역법(Trade with the Enemy Act, 이하 ‘TWEA’이라 한다)은 외국인투자에 관한 최초의 규제법이라고 분석된다.⁴⁴⁾ 독일에서는 20세기 들어 미국에 대한 외국인투자가 증가하고 자회사도 많이 설립되었는데, 미국에서는 1914년 무렵부터 독일 정부의 개입 가능성에 관한 우려가 제기되기 시작하였다. 이런 상황에서 미국은 1917년 제1차 세계대전에 참전하였고, 그에 따라 TWEA이 제정되었다. TWEA는 대통령에게 전시상황에서 외국 또는 외국인이 이해관계를 가지는 재산 또는 이와 관련된 거래 등에 대해 조사, 규제, 무효화, 금지 등을 할 수 있는 권한을 부여하였다. TWEA는 경제공황 시기에는 전시상황뿐만 아니라 대통령이 긴급상황(national emergency)에도 적용될 수 있도록 개정되었고, 냉전 시절까지 광범위하게 활용되었다.⁴⁵⁾

제2차 세계대전 이후 미국은 전후 경제부흥 지원을 겸하여 활발하게 해외투자를 확대해 나가면서 동시에 군사장비와 기술유출 중심의 기간산업 보호정책을 추진하였다.⁴⁶⁾ 한편 1950년대에는 개도국을 중심으로 외국인투자로부터 국내산업을 보호해야 한다는 기조가 유행하기 시작했는데, 1962년 UN총회에서 채택된 천연자원에 대한 주권선언이 대표적이다.⁴⁷⁾

44) Wilkins, Mira, *The History of Foreign Investment in the United States 1914-1945* (Harvard University Press, 2004), pp.122-134; Zimmerman, Evan J., 전계논문, pp.1268-1269 참조.

45) TWEA는 긴급상황에 대한 조치에 관한 법률인 1977년 국가긴급상황경제조치법(International Emergency Economic Powers Act, ‘IEEPA’라 한다) 제정 과정에서 전시상황에만 적용되는 것으로 개정되었다. US Congressional Research Service, “The International Emergency Economic Powers Act: Origin, Evolution, and Use” (2022.5.25.); Graham, Edward and Marchick, David, *US National Security and Foreign Direct Investment* (Peterson Institute for International Economics, 2006), pp.2-17 등 참조.

46) 성희환, “미국의 기간산업보호와 엑스-플로리오법”, 법학연구, 제48권 제1호, 부산대학교 법학연구소 (2007), p.6는 국방생산법(Defense Production Act)을 예시하고 있다.

47) General Assembly Resolution 1803 (XVII), “Permanent Sovereignty over Natural Resources” (1962.12.14.) 참조.

2. 외국인투자심사제도의 출현

1970년대 오일쇼크는 중동 자본의 해외투자 증가와 이들 자본에 의한 전략자산 인수 가능성에 대한 위기의식을 고조시켰다.⁴⁸⁾ 이에 1970년대 중반부터 미국, 호주, 캐나다를 중심으로 외국인투자를 규제해야 한다는 주장이 대두되었다. 오일쇼크를 기점으로 외국인투자는 국내경제발전에 대한 순기능 이외에도 기술탈취 수단으로의 악용 가능성 등 부정적인 측면도 있다는 사실이 부각되기 시작하였다.

외국인투자심사를 위한 행정기관을 최초로 설치한 국가는 미국이다. 1975년 포드 대통령은 행정명령 제11858호를 통해 CFIUS를 설치하고 외국인투자를 모니터링·분석하도록 하였다.⁴⁹⁾ 행정명령 제11858호는 CFIUS에 대하여 외국인투자의 동향 분석, 외국정부의 투자 관련 사전 협의를 위한 지침 마련, 미국의 국익(national interests)에 중대한 영향을 미칠 수 있는 투자 검토(review) 등의 임무를 부여했는데, 이 중 마지막 사항이 외국인투자심사 권한이었다.⁵⁰⁾ 그런데 위 행정명령 문언만으로는 어떤 유형의 외국인투자가 심사대상인지, 어떤 절차에 따라 진행되는지 등이 모호하여 외국인투자심사 관련 세부 내용을 전혀 파악할 수 없다는 평가가 있었다.⁵¹⁾ 이에 따라 행정명령 제11858호는 외국인투자의 심사

48) “Keynote Remarks by Assistant Secretary Feddo at the American Conference Institute’s Sixth National Conference on CFIUS” (2020.7.20.), <<https://home.treasury.gov/news/press-releases/sm1067>>, (2023.7.23. 최종방문).

49) 행정명령 제11858호는 6개 조항으로 구성되었다. CFIUS는 법무처 위원회로 재무부, 국무부, 국방부, 상무부 등 부처 차관과 대통령 경제비서관실 등으로 구성되었는데, 위원장은 재무부장관의 대리인(representative)이 담당하였다. 1988년 행정명령 제11858호가 개정되면서 USTR, 법무부장관, 경제자문위원회 의장, 국가예산처장도 구성원으로 추가되었다.

50) Section 1(b) The Committee shall have primary continuing responsibility within the Executive Branch for monitoring the impact of foreign investment in the United States, both direct and portfolio, and for coordinating the implementation of United States policy on such investment. In fulfillment of this responsibility, the Committee shall: (중략)
(3) review investments in the United States which, in the judgment of the Committee, might have major implications for United States national interests; (하략).

권한을 CFIUS에 부여했다는 면에서 연혁적인 의미가 있지만, ‘국가안보(national security)’가 아닌 ‘국익(national interest)’에 따른 검토라는 점에서 현재와는 다르다고 평가할 수 있다. 한편 CFIUS는 1975년 설치된 이후 1980년까지 외국인투자를 금지한 기록이 없는데, 모니터링과 검토 기능에 제한된 역할 때문이라는 분석이 있다.⁵²⁾ 따라서 CFIUS는 설립 초창기에는 전문성을 발휘하지는 못한 것으로 평가되고 있다.⁵³⁾

한편, 호주에서는 1975년 외국인취득 및 인수법(Foreign Acquisitions and Takeovers Act, 이하 ‘FATA’라 한다)이 제정되었다. 호주 정부는 앞으로 일정 금액 이상의 외국인투자는 심사하되, 재무부장관이 ‘국익(national interest)’에 반하지 않는다고 결정해야 외국인투자를 승인하는 구조로 변경할 것이라고 발표하였다.⁵⁴⁾ 호주는 곧이어 1976년 외국인투

51) 그 외에도 행정명령 제11858호는 상무부에 대해 ①외국인투자에 관한 정보의 수집, 통합 및 분석, ②외국인투자 정보의 수집·제공 절차 개선, ③외국인투자 모니터링, ④외국인투자 동향 분석, ⑤ 중요 투자의 데이터 수집 및 평가, ⑥외국인투자 관련 보고서, 권고사항 마련 등의 임무를 부여했다. 한편, 연방기관이 자료·정보 등의 제출을 요구할 수 있는 권한을 가지고 있는가가 문제가 되어 1976년 International Investment Survey Act 제정으로 대통령에게 통계에 대한 수집·이용권을 명문으로 부여하는 입법이 이루어졌다. US Congressional Research Service, “The Committee on Foreign Investment in the United States” (2020.2.14.), pp.4-7; International Investment Survey Act of 1976, PL. 94-472, 90 Stat. 2059 (1976.10.11.) 참조. 한편, 배영자, “외국인 직접투자 규제와 국가안보: 미국 사례를 중심으로”, 국제지역연구 제24권 제2호, 한국외국어대학교 국제지역연구센터 (2020), p.150은 CFIUS가 설치된 1975년까지 있었던 논의는 외국인투자 영역에서 안보화로 가는 토대를 마련한 것으로 평가하고, 전시가 아닌 평상시의 일상적인 외국인투자를 국가이익의 관점에서 보는 관점이 형성되었음에 주목할 필요가 있다고 언급하고 있다.

52) “The Fairchild Deal: Trade War: When Chips were down”, Los Angeles Times (1987.11.30.)에서는 CFIUS가 설치된 이후 1980년대까지는 10번 가량의 회의만 진행한 것으로 보도하였다.

53) US Congressional Research Service, “The Committee on Foreign Investment in the United States” (2020.2.14.), p.6 참조. “President Biden Issues Executive Order on Ensuring Robust Consideration of Evolving National Security Risks by the Committee on Foreign Investment in the United State”, *The American Journal of International Law*, Vol.117, No.2 (2023, 이하 ‘2023 AJIL 논문’이라 한다)도 설치 이후 5년 동안 CFIUS의 활동은 저조했다고 분석한다.

자심사를 담당하는 외국인투자심사위원회(Foreign Investment Review Board, 이하 'FIRB'라 한다)를 설치하였다.⁵⁵⁾ 다만 호주 역시 1980년 중반까지는 외국인투자가 전면 자유화되지 않았고, 외국인투자와 관련된 규제도 많아 심사 자체는 제한적이었다고 평가된다.⁵⁶⁾

캐나다에서는 1973년 12월 외국인투자심사법(Foreign Investment Review Act, 이하 'FIRA'라 한다)이 통과되었다.⁵⁷⁾ 캐나다에서는 1960년대부터 캐나다 기업과 천연자원에 대한 외국인투자를 경계하는 주장이 대두하기 시작했고, 특히 미국 자본에 의한 경제 예측 가능성에 관하여 의회의 우려가 대두되고 있었다. FIRA는 제2조제1항에서 외국인의 산업, 무역, 상업에서의 지배권 취득에 따른 영향이 국가적 관심(national concern)이 되었는바, 캐나다 회사를 인수하거나 신규 사업체를 설립할 때 고용·경제효과, 생산성, 기술발전·제품 다각화, 경쟁 제한성, 투자

54) 당시 캐나다 McMahon 총리는 '국익(national interest)'이란 외국인의 인수가 생산, 가격, 품질, 물품·서비스의 효율성 및 기술적 발전 등 경제적 이익(net economic benefits)에 반하지 않아야 하고, 추가적으로 수출, 수입, 로컬 프로세싱, R&D, 국내산업과의 관계, 국방상 목적, 환경보호, 지역개발 등과의 상충 여부도 고려하는 것이라고 설명하였다. Speech by Prime Minister McMahon, "Companies (Foreign Take-overs) Bill 1972 Second Reading Speech", From the Parliamentary Debates, House of Representatives (1972.10.24.), p.3 참조.

55) 호주 재무부, "Foreign Investment Policy in Australia-A Brief History and Recent Development", p.64. <<https://treasury.gov.au/sites/default/files/2019-03/round5-4.pdf>>, (2023.7.23. 최종방문).

56) 호주 Productivity Commission, "Foreign Investment in Australia", Productivity Commission Research Paper (2020.6.), <<https://www.pc.gov.au/research/completed/foreign-investment/foreign-investment.pdf>>, (2023.7.23. 최종방문).

57) Borgers, Oliver and Rix, Emily, "Foreign Investment Screening under Canada's Investment Canada Act", *Canadian Competition Law Review*, Vol.25, No.2 (2012), p.469; Carasco, Emily F., "The Foreign Investment Review Agency(FIRA) and the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT): Incompatible?", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol.13, No.2 (1983), pp.442-443 참조. 한편, Bonney, William H., Foreign Investment Review Act, *Alberta Law Review*, Vol.13, No.1 (1975), p.84는 캐나다의 '상당한 이익' 평가는 주관적 접근방식에 따라 재량의 여지가 크다는 점을 지적하고 있다.

관련 국가정책과의 일치 여부 등을 심사하여 캐나다에 ‘상당한 이익 (significant benefit)’인 경우에만 허용될 수 있다고 규정하였다. 캐나다에서는 1973년 외국인투자심사청(Foreign Investment Review Agency)이 설치되었고, 1974년부터 FIRA에 따른 외국인투자심사가 개시되었다.

3. 외국인투자심사의 성문화 시기

1980년대 들어 일본의 경제 호황으로 일본 기업의 대미 투자가 급증하였다. 이에 따라 미국에서는 일본 기업의 M&A로 국가안보가 저해될 것이라는 주장이 제기되기 시작했다. 1986년 일본 Fujitsu의 Fairchild 인수 시도는 본격적인 외국인투자심사 법제화로 평가받는 Exon-Florio Act의 입법으로 이어졌다.⁵⁸⁾

미국 언론과 의회에서는 일본기업 Fujitsu가 미국의 대표적인 반도체 기업인 Fairchild를 인수할 예정이라는 내용의 발표에 따라 일본에 의한 경제 침략을 우려하는 목소리가 커졌다. 당시 미국 정부는 외국인투자를 규제하기 위해 반독점법, 국방계약 등을 검토하였으나, 반독점법에 따른 경쟁제한성이 인정되기 어렵다는 의견이 우세하였고, 국방계약과 관련한 규제도 어려울 것이라는 의견에 따라 CFIUS 심사를 거치게 된 것으로 보인다.⁵⁹⁾⁶⁰⁾ 그러나 여러 경로를 통해 상무부와 국방부 등이 해당 거래

58) 사건의 경과는 “Japanese Purchase of Chip Maker canceled after objections in US”, New York Times (1987.3.17.); “Deal to Sell Fairchild Semiconductor to Fujitsu Canceled”, Los Angeles Times (1987.3.17.); “The Fairchild Deal: Trade War: When Chips were down”, Los Angeles Times (1987.11.30.) 등 참조.

59) “Fairchild-Fujitsu Merger Triggers National Security Review”, AP News (1986.11.1.) 참조. Fujitsu Microelectronics는 일본 Fujitsu의 미국 자회사로 1986년 10월 23일 미국의 반도체 칩 설계·제조기업인 Fairchild의 지분을 80% 인수하겠다고 발표했다. Fairchild는 미국의 대표적인 반도체 기업으로, 1979년 뉴욕에 본사를 둔 프랑스계 기업인 Schlumberger가 인수했던 상황이었다. 1980년대 들어 미국과 일본의 가격 경쟁으로 미국산 반도체칩은 가격 경쟁력을 서서히 상실하고 있었고, 그에 따라 Fairchild도 투자가 필요하게 되었다. Schlumberger는 비밀리에 Fujitsu와 M&A 협상을 진행하면서 인수 대금으로 200백만 달러에 합의하였다고 한다.

에 반대한다는 취지의 보도가 이어졌고, 여론과 정부 반대 등에 부담을 느낀 Fairchild 측은 1987년 3월 16일 Fujitsu와의 지분 인수계약을 철회했다고 발표하면서 해당 거래는 무산되었다.⁶¹⁾

이 사건에서 쟁점은 과연 CFIUS가 외국인투자를 제한하거나 개입할 법적 권한이 있는가에 관한 것이었다. 특히 Fairchild 측은 CFIUS에게

-
- 60) 당시 언론은 CFIUS를 “이빨 빠진 노인(the old guy with no teeth)”으로 묘사했는데, 1975년 설치 이후 “외국인투자를 모니터링하고 조사하지만, 개입할 권한은 없는 연방기구”로서 외국인투자를 금지한 이력이 없었기 때문이었다. “The Fairchild Deal: Trade War: When Chips were down”, Los Angeles Times (1987.11.30.) 기사 참조. 당시 재무부, 국무부, 대통령실의 다수는 CFIUS 심사과정에서 레이건 행정부가 천명했던 개방 투자정책(open investment policy) 원칙이 준수되어야 한다고 주장하며 기존처럼 외국인투자를 최대한으로 보장할 필요가 있다고 주장했다. 그러나 상무부, 국방부 및 정보기관은 Fairchild가 생산하는 제품 중에 첨단 컴퓨터와 군사 시스템에 사용되는 이미지 결합 칩(ECL)이 포함되어 있는바, Fairchild는 군용 계약업체로서 핵미사일과 슈퍼컴퓨터를 제어하는 통신시스템, 군사 장비 및 컴퓨터시스템에 사용되는 첨단 부품을 공급하는 기업이어서 국가안보에 위협이 될 가능성이 높다는 이유로 반대했다. CFIUS 전체회의는 1987년 2월 19일 개최되었고, 부처별 이견은 좁혀지지 않았다. 위 기사에 따르면 국가예산처, NSC, 재무부, 국무부, 경제자문위원회는 정부 개입을 반대하는 입장이었고, 상무부, 국방부는 개입을 주장하는 입장이었는데, 주관부처인 국방부에서 권고의견을 생략한 채 경제정책위원회(Cabinet’s Economic Policy Committee)에 보고서를 보내, 최고위급이 결정하도록 했다고 한다. 한편, 당시 CFIUS 심사과정에서 주목할 만한 내용이 논의되었다. 당시 USTR 부대표였던 Smith는 “폭탄, 총알, 미사일 등과 같은 국가안보뿐만 아니라 경제안보도 필수적이다.”라고 하면서, 미국이 스스로 반도체를 생산하지 않으면 세계 강국이 될 수 없다고 주장하였다. 그는 레이건 행정부의 개방 투자정책은 개방 무역 정책에 연계되어야 하는바, 일본 정부가 무역협정을 위반하고 시장개방 의무를 준수하지 않으면 미국으로서는 투자제한을 포함한 경제 보복을 고려해야 한다고 주장하였다. 그의 입장은 1980년대 중반부터 이미 전통적인 의미의 국방상 국가안보의 범위에서 나아가 현대적인 의미의 경제안보까지 포괄하여 심사할 수 있는 가능성을 제시했다는 점에서 중요하다고 평가할 수 있다. CFIUS 심사과정에서 일부 위원들은 Fujitsu의 신기술이 Fairchild에 이전됨으로써 미국 국방력 향상에 기여할 수 있다는 의견을 개진하였고, 일본기업의 안보 의식 미비로 소련에 기술유출 가능성이 있다는 의견 등도 제시되었다고 한다.
- 61) 위 보도는 CFIUS 심사가 지나치게 정치적으로 이루어졌다고 비판하는바, 대일본 무역적자가 지속되는 상황에서 일본이 미국과의 반도체 무역협정을 준수하지 않고 반도체 칩의 덤핑을 지속하고, 미국산 슈퍼컴퓨터가 시장접근에서 배제되는 등의 상황이 심사과정에서 고려된 것으로 분석하였다.

외국인투자를 제한할 법적 권한이 없다고 주장하면서, 해당 거래를 제한할 수 있는 법적 권한은 반독점 행위를 심사하는 법무부만이 보유하고 있다고 주장하였다. 즉, CFIUS는 행정명령으로 설치되어 법적 근거가 미약하므로, 대통령이 외국인투자에 관하여 행사할 수 있는 조치의 법적 근거는 국가긴급상황경제조치법(IEEPA)밖에 없다는 것이었다.⁶²⁾ 이와 같은 CFIUS의 개입 권한 미비 문제는 중국적으로는 대통령 행정명령을 개정하고, Exon-Florio Act의 입법을 가져오는 결과를 가져왔다.

1988년 들어 외국인투자에 의한 미국기업의 인수를 정부가 규제할 수 있는 권한이 필요하다는 공감대가 광범위하게 형성되었다. 외국인투자를 규제할 수 있는 법으로 반독점법, 국가긴급상황경제조치법(IEEPA) 등이 마련되어 있기는 하지만, 엄격한 요건에서만 적용될 수 있으므로 외국인투자에 의한 미국기업의 인수를 규제할 수 있는 일반법이 필요하다는 것이었다. 의회는 이를 반영하여 외국인투자심사를 명문화한 Exon-Florio Act를 통과시켰고, 이는 1988년 종합무역경쟁력법(Omnibus Trade and Competitiveness Act)에 포함되어 발효되었다.

Exon-Florio Act는 미국 주간 거래(interstate commerce)에 종사하는 외국인의 인수·합병이 국가안보를 저해하는 경우 대통령에게 해당 거래를 금지할 수 있는 권한을 부여하는 내용으로 구성되어 있었다. 다만, 이와 같은 대통령의 권한은 다른 법률에 의해서는 국가안보를 보호할 수 없는 경우로서 ‘신빙성 있는 증거(credible evidence)’가 존재하는 경우에 한정하여 행사할 수 있다는 제한이 있었다.

Exon-Florio Act는 외국인투자심사의 근거를 법률에 명시한 최초의 법이자, 대통령에게 외국인의 인수·합병을 중지하거나 금지하는 권한을 부여함으로써 FINSA, FIRMA로 이어지는 외국인투자심사법제의 초석을 마련했다는 점에서 의미가 있다고 하겠다. 또한 Exon-Florio Act는 국가안보요소(National Security Factors)를 국방상 요구에 필요한 국내 생산, 국방상 목적에 필요한 국내산업의 능력·역량, 외국인의 국내산업 지배로 인한 영향, 테러와 관련된 국가로의 군수품 등 판매 여부, 미국의

62) 각주 53의 2023 AJIL 논문, p.342 참조.

기술 리더십에 미치는 영향 등으로 규정하여 심사기준을 제시하였다는 점에서 의의가 크다고 할 것이다.

그러나 Exon-Florio Act에서는 외국인투자심사를 수행하는 기관이 “대통령 또는 대통령이 위임하는 기관(The President or the President’s designee)”으로만 규정되어 있었던 관계로, 곧이어 행정명령 제12661호를 통해 외국인투자 검토·조사, 권고 권한을 CFIUS에게 정식으로 위임하였다.⁶³⁾ 행정명령 제12661호는 CFIUS 심사절차를 규정하고 있는데, CFIUS가 조사(investigation)를 위한 통지 등을 접수하는 기관으로 지정되었고, 조사가 필요하다고 결정할 경우 인수·합병과 관련한 서면 통지를 접수한 날부터 30일 이내 조사를 개시하도록 규정하였다. 또한 CFIUS가 만장일치로 조사 불개시를 결정하면 외국인투자심사는 종료되는 것으로 규정하여 절차의 명확성을 제고하면서, CFIUS가 조사를 종료하는 경우 대통령에게 보고하고 권고안(recommendation)을 제시하도록 규정하였다. CFIUS는 행정명령 제12661호를 통해 외국인투자를 분석하고 검토하는 기관에서 대통령에게 외국인투자를 중단하거나 금지할 것을 권고할 수 있는 강력한 권한을 보유한 기관으로 변모하였다고 평가된다.⁶⁴⁾

한편, 미국 의회조사국(Congressional Research Service Reports, 이하 ‘CRS 보고서’라 한다)는 Exon-Florio Act 논의 과정에서의 쟁점은 ‘외국인의 지배’, ‘국가안보’, 그리고 ‘외국인투자 심사대상’이었다고 검토하였다.⁶⁵⁾ 특히 ‘국가안보’의 정의가 없어 여러 차례 논쟁이 되었는바,

63) Implementing Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988 and Related International Trade Matters, Executive Order 12661 of December 27, 1988, 54 F.R. 779.

64) CFIUS 구성원은 1975년 행정명령 제11858호 대비 장관급으로 격상되었고, 위원장도 재무부장관으로 변경되면서 국방생산법 Section 721을 이행하기 위해 법령을 제정할 권한도 위임받았다.

65) Conference report to Accompany H.R.3, Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988, House of Representatives, 100th Congress, Second Session (1988.4.20.); US Congressional Research Service, “The Committee on Foreign Investment in the United States” (2020.2.14.), pp.7-8 참조. 이하 ‘CRS 보고서’라 한다.

Exon-Florio Act 초안에는 ‘국가안보와 필수상업(national security and essential commerce)’에 영향을 미치는 외국인투자자로 규정되어 있었는데, 레이건 행정부는 ‘필수상업’이라는 용어가 국가안보의 정의를 전통적인 군사·국방 개념에서 경제적인 요소를 포함하는 개념으로 확장시킨다는 이유로 반대하여 결국 최종안에서는 ‘필수상업’이 삭제되었다.

한편, 심사과정에서 외국인투자심사기준으로서의 ‘국가안보’를 어떻게 해석할 것인지를 둘러싸고 논쟁이 벌어졌다. 하원 법사위는 국방생산법(Defense Production Act)도 ‘국가안보’의 정의가 없는 점을 감안하여 ‘국가안보’는 특정의 산업에 한정하지 않고 광범위하게 해석해야 한다고 보고서에 명시하였다.⁶⁶⁾ 하원 보고서에는 대통령은 ‘어떤 산업이든지(any industry)’ 외국인의 인수·합병에 대해 조치를 취할 수 있으며, ‘국가안보’라는 용어는 국방생산법의 ‘국가방위(national defense)’와 같은 한정적인 의미를 가지는 것이 아니라는 점이 명시되었다.⁶⁷⁾

이후 의회는 Exon-Florio Act를 1993년 국방수권법(National Defense Authorization Act)에서 개정하였다.⁶⁸⁾ 이는 CFIUS에 대해 ①인수기업

66) Conference report to Accompany H.R.3, Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988, House of Representatives, 100th Congress, Second Session (1988.4.20.), p.926 참조. 성희황, 전계논문, p.13은 의회가 ‘국민경제’를 Exon-Florio Act에서 삭제하는 대신 국가안보 개념을 넓게 해석해야 한다는 의사를 법안과 양원합동총회 의사록에 표명한 것으로 설명하였다.

67) Conference Report to Accompany H.R.3, Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988, House of Representatives, 100th Congress, Second Session (1988.4.20.), pp.926-927 참조.

68) National Defense Authorization Act for Fiscal Year 1993 (P.L. 102-484)을 발의한 Byrd 상원의원의 이름을 따라 ‘Byrd Amendment’라고 일컫는다. CRS 보고서 (각주 65), p.8 참조. 한편 성희황, 전계논문, p.17은 Exon-Florio Act 전개시기와 관련하여 형성기(1989-1991)에는 절차적 불확실성이 상당했던 시기로 평가하면서, 외국인투자자들은 국가안보와 관련이 없는 경우에도 CFIUS에 신청서를 제출하는데, 안정기(1992-2001)에는 외국인투자 급증에도 불구하고 CFIUS 조사건수는 적었다고 분석하였다. 한편 9.11. 테러 이후인 2003년부터 2005년에는 국토안보부 창설, 핵심 인프라 심사 강화 등이 특징적이고, Dubai Ports World 사건이 있던 2006년 이후에는 외국인투자 규제 강화 법안이 발의되었다고 분석하였다. 미국의 입법연혁은 Bailey, David, “US Policy towards Inward FDI - CFIUS and Extension of the Concept of National Security”, *The Journal of World Investment*, Vol.4, No.5 (2003)

이 외국정부에 의해 지배되거나, 외국정부를 대리할 때, ②인수·합병이 미국에서 주간 상거래(interstate commerce)에 종사하는 자를 지배하여 국가안보에 영향을 미치는 경우 CFIUS 조사를 의무화하는 내용이었다. 이 개정안에도 ‘국가안보’의 정의는 포함되어 있지 않았는데, 입법자가 의도적으로 국가안보의 개념을 정의하지 않은 것은 국가안보를 특정의 산업에 한정해서 협의로 해석하지 않기 위해서라는 분석이 있다.⁶⁹⁾

한편, 캐나다에서는 1980년대 들어 외국인투자심사법(FIRA)으로 외국인이 지배하는 사업체의 확장을 제한하는 역할을 못할뿐더러, 미국으로부터 외국인투자를 차별한다는 비판이 제기되었다. 이런 상황에서 미국은 1982년 외국인투자자에게 캐나다산 물품을 구매하도록 강제하고 이행요건을 부과한다는 이유로 FIRA를 GATT에 제소하였다.

패널은 GATT 협정문은 정부가 외국인투자규제에 관한 주권적 권리를 행사하는 것을 예방하는 것은 아니라는 전제 하에 FIRA에 따른 구매조건이 GATT를 위반했는지를 검토하였다. 패널은 외국인투자자에게 캐나다산 물품 구매를 조건으로 투자를 허용하는 조치는 내국민대우 원칙에 위반되지만, 캐나다산 구매조건이 수입을 금지하는 것은 아니므로 수량제한 금지 원칙 위반은 아니라고 판시하였다.⁷⁰⁾

이에 따라 캐나다는 1985년 FIRA를 캐나다투자법(Investment Canada Act, 이하 ‘ICA’라 한다)으로 개정하였다. ICA는 FIRA에 비해 외국인투자심사기준(threshold)을 상향시키는 등 외국인투자를 촉진하는 방향으로 변경되었다. 그에 따라 외국인투자심사청(FIRA)도 캐나다투자청(Investment Canada)으로 변경되었고, 외국인투자를 활성화하기 위해 정부 당국의 규제 권한도 제한되었다. 또한 외국인투자가 부담하는 증명책임도 ‘상당한 이익(significant benefit)’ 기준에서 ‘순이익(net benefit)’ 기준으로 완화되었다.⁷¹⁾

참조.

69) CRS Report for Congress, “China and the CNOOC Bid for Unocal: Issues for Congress” (2006.2.27.) p.7 참조.

70) Canada-Administration of the Foreign Investment Review Act, Report of the Panel adopted on 7 February 1984(L/5504-30S/140); Carasco, Emily F., 전개논문 참조.

4. 외국인투자심사의 1차 확대시기

1989년에는 이른바 ‘워싱턴 컨센서스(Washington Consensus)’ 논의가 촉발되면서 전 세계적으로 급격히 외국인투자가 자유화되기 시작했다.⁷²⁾ 그러나 1990년대 활발하던 투자 자유화의 기조는 2001년 9·11 테러로 퇴조하고, ‘국가안보’의 개념도 전통적인 국방개념에서 경제안보와 전략 산업을 포함하는 방향으로 진화하였다.⁷³⁾ 특히 2005년을 전후하여 중국 CNOOC의 Unocal 인수 시도, Dubai Ports World의 미국 항만운영 관련 회사 인수 시도, 전 세계적인 국부펀드 증가, 글로벌 철강회사 Mittal의 공격적인 인수·합병 등의 복잡한 상황과 아울러 국가들은 적대적인 외국인투자로부터 보호해야 할 전략산업 분야를 점차 확대해 나가기 시작했다.⁷⁴⁾ 1990년대까지의 외국인투자는 글로벌 GDP 대비 7% 수준으로

71) Borgers, Oliver and Rix, Emily, 전계논문, pp.469-470 참조.

72) ‘워싱턴 컨센서스’는 국제경제연구소(Institute for International Economics) 연구원 Williamson이 1989년 중남미 국가들의 경제발전을 위해 ①재정정책 변경을 통해 대규모 재정적자 해소, ②공적 보조금 축소, ③조세제도 개혁, ④금리 자유화, ⑤고정환율제도 폐지, ⑥관세철폐 등 무역 자유화, ⑦외국인 투자 자유화, ⑧공기업 민영화, ⑨규제 개혁, ⑩재산권 보호 강화 등을 제안 하면서 시작된 논의이다. Williamson, John, “A Short History of the Washington Consensus”, *Law and Business Review of the Americas*, Vol.15, No.1 (2009); Dolzer et al., 전계서, p.133 참조.

73) 1989년 ‘워싱턴 컨센서스(Washington Consensus)’ 논의에 따라 개도국에도 외국인투자 자유화의 시대가 본격적으로 시작했다. 세계은행(World Bank)은 1992년 ‘외국인투자 대우 지침(Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment)’을 발표하였는데, 외국인투자의 증가가 글로벌 경제뿐만 아니라 개도국에게도 상당한 경제적인 이익을 제공하고, 경쟁의 증가, 자본, 기술 및 기술의 이전, 시장접근 향상 등 투자유치국의 효율성을 개선시키며, 국제교역의 확대를 가져오는 순기능이 있다는 내용이었다. 이 지침은 개별 국가에 대해 외국인투자 진입에 관한 규제 권한을 인정하면서, 이행요건 부과 방식보다는 투자 유보 방식이 효율적인바, 투자 유보에는 ‘심사(screening)’나 ‘허가(licensing)’가 있다고 명시하였다.

74) UNCTAD, *The Protection of National Security in IIAs, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development* (2009) 참조. UNCTAD는 국가안보의 개념이 변화한 원인으로 외국인투자가 국적이 위협요인이 되는 경우가 생기게 되었고, 에너지, 통신, 운송 등 분야의 민영화는 외국정부의 투자를 촉진시켰는데, 외국인투자 규제 주장이 등장했다는 점을

대부분 동맹국 사이에서 이루어졌던 반면, 2005년을 전후하여 글로벌 GDP 대비 25%를 상회하는 등 외국인투자가 급증하면서 외국인투자의 기저에 정치적인 동기가 있다는 우려도 증폭되기 시작했다.⁷⁵⁾

한편 미국에서는 2005년 회계감사원(Government Accountability Office, 이하 'GAO'라 한다)이 Exon-Florio Act를 개정해야 한다는 내용의 보고서를 발표하였다.⁷⁶⁾ GAO는 CFIUS 위원장을 담당하는 재무부가 국가안보를 지나치게 형식적이고 협의로 해석하는 점을 비판하였다. 즉 재무부는 국가안보를 ①수출통제와 관련한 기술, ②기밀계약과 핵심기술, ③정보기관에 의한 특별한 첩보 등과 관련된 경우로만 해석하기 때문에 국가안보에 취약성이 발생할 가능성이 있다는 내용이었다.

그에 따라 2007년 FINSA(Foreign Investment and National Security Act)가 마련되어 의회에서 통과되었다.⁷⁷⁾ 부시 대통령은 2007년 7월 26일 FINSA에 서명하고, 행정명령 제13456호를 통해 이행하였다.⁷⁸⁾ CFIUS는 외국인투자심사기관으로 법률에 규정되었고, 에너지부, 국가정보국장, 고용부장관이 구성원으로 추가되었으며, 특정 사건마다 재무부장관이 주관부처(lead agency)를 지정하도록 하여 해당 부관부처가 심사를 주도하도록 하였다.

FINSA에는 국가안보 고려요소로서 에너지 자산 등 핵심 인프라에

언급했다. 또한 국부펀드의 증가로 외국정부의 정치 개입 가능성 등에 대한 우려가 증폭된 점도 원인이라고 진단하였다.

75) 2020년 OECD 보고서, p.6 참조.

76) United States Government Accountability Office, "Testimony before the Senate Banking, Housing, and Urban Affairs Committee, Defense Trade Implementation of Exon-Florio" (2005.10.6.), pp.5-6 참조.

77) CRS 보고서 (각주 65)에 따르면 Maloney 하원의원이 2007년 1월 18일 발의한 National Security Foreign Investment Reform and Strengthened Transparency Act(H.R. 556)이 2007년 2월 28일 하원에서 통과되었다. 한편, Dodd 상원의원은 2007년 1월 13일 Foreign Investment and National Security Act(S.1610)를 발의하였고, 2007년 1월 29일 상원에서 통과되었다. 하원은 2007년 7월 11일 H.R. 556의 상원입법을 통과시킨 후 대통령에게 송부하였다.

78) Executive Order 13456, "Further Amendment of Executive Order 11858 Concerning Foreign Investment in the United States" (2008.1.23.).

미치는 영향, 핵심기술에 미치는 영향, 외국정부가 통제하는 거래, 외국정부가 통제하는 거래인 경우 테러, 무기 확산, 수출통제 등과 관련하여 미국과의 공조 여부, 에너지·핵심 자원물자에 대한 장기적 전망 등이 추가되었다. 즉, Unocal과 Dubai Ports World 사건 등에서 문제된 핵심 인프라에 미치는 영향 등이 추가되어 국가기간산업에 대한 외국인투자심사의 근거로 작동하게 되었다.

이 시기에는 많은 국가들이 미국 FINSA에 영향을 받아 외국인투자심사를 강화하고 심사대상의 범위도 확대하였다. 캐나다는 2009년에 ICA를 개정하여 ‘국익심사(Net Benefit Review)’와는 별도의 ‘국가안보심사(National Security Review)’를 도입하였다. ‘국가안보심사’는 ‘국익심사’가 투자금액 기준에 따라 심사하는 것과는 달리, 투자금액 액수와는 무관하게 심사하는 구조로 입안되었다.⁷⁹⁾

뉴질랜드는 2005년 해외투자법(Overseas Investment Act)을 제정하고 외국인투자심사를 도입했는데, 외국인이 특정금액 이상의 ‘민감 자산(sensitive assets)’을 인수하는 경우 심사를 하는 구조로 입안되었다.⁸⁰⁾ 독일도 2009년 외국인투자심사를 도입했고,⁸¹⁾ 중국도 2008년 반독점법에

79) Investment Canada Act (2009) Part IV.1 “Investments Injurious to National Security” 참조. 나종갑, “국제 M&A와 첨단기술유출방지에 관한 법제도 연구-사례연구를 중심으로”, 지식재산연구 제6권 제1호, 한국지식재산학회 (2011), p.7은 캐나다에서는 중국자본의 캐나다 천연자원 취득 시도 등에 따라 2005년 국가안보심사를 도입하려고 했으나 의회가 반대하였고, 2008년 이후가 되어서야 비로소 입법이 이루어진 것으로 분석하였다.

80) New Zealand Legislation, Overseas Investment Act of 2005, <https://www.legislation.govt.nz/act/public/2005/0082/latest/DLM356887.html?search=ts_act%40bill%40regulation%40deemedreg_overseas+investment_reseel_25_a&p=1>, (2023.7.23. 최종방문).

81) 신상우, “독일의 외국인투자심사제도 및 시사점”, 법학연구 제31권 제2호, 충북대학교 법과대학 법학연구소 (2020), p.139에 따르면 독일은 2009년 대외무역법(Außenwirtschaftsgesetz)을 개정하여 특정산업(sector-specific)의 외국인투자 지분 취득을 심사하기 시작했고, 2013년 모든 산업(cross-sectoral)으로 확대 적용하였다고 한다. 독일 경제에너지부(BMWi)의 외국인투자심사 설명자료에는 방산물자와 IT 보안물품 등 특정산업은 10% 이상의 의결권 취득 시 심사를 받아야 하고, 다른 산업에 관해서는 의무적 신고가 적용되는 경우 10% 또는 20% 이상의 의결권 취득 시, 자발적 신고가 적용되는 경우 25% 이상의 의결권 취득 시 심사를 받는 구조로 규정되어 있다. Federal

국가안보의 심사 근거를 마련하고, 2011년 ‘외국인투자자의 국내기업 인수·합병 안전심사제도 수립에 대한 국무원 통지’, ‘외국인투자자의 국내기업 인수·합병 안전심사제도 실시에 관한 규정’을 발표하여 이른바 ‘중국판 Exxon-Florio법’이 만들어졌다.⁸²⁾ 우리나라에서도 2008년 「외국인투자촉진법 시행령」에 외국인투자심사가 도입되어 법제화되었다.

한편, 호주는 1999년 FATA를 개정하여 국익심사 금액 기준을 상향하고, 외국인투자 절차를 간소화하였다.⁸³⁾ 호주는 2004년 미국과 FTA를 체결하면서 미국 투자자에게 국익심사 기준을 상향하였는데, 이 시기에 외국인투자심사를 확대한 것으로 평가되지는 않는다.

5. 외국인투자심사의 2차 확대시기

외국인투자심사는 2010년대 후반 들어 2차 확대시기가 도래하였다. 미국에서는 트럼프 행정부 출범에 따라 미중 분쟁이 본격화되었고, 특히 중국으로부터의 외국인투자를 통해 미국의 첨단기술이 탈취되고 있다는 주장에 따라 의회는 초당적인 차원에서 외국인투자를 규제하는 입법을 하게 되었다. 특히 2015년을 전후하여 외국인투자로 인해 국가안보가 위협된다는 우려가 증가하였는데, 이는 국영기업과 개도국으로부터의 투자가 급속하게 증가한 것과 밀접한 관련이 있다.⁸⁴⁾ 특히 중국의 일대일로 사업이 2013년부터 본격화되고, 중국으로부터의 투자가 유럽과 북미로 급증하면서 중국발 투자를 규제해야 한다는 목소리가 커졌다.⁸⁵⁾

FIRRMA 초안은 CFIUS의 관할을 ‘특정 국가’로부터의 외국인투자를

Ministry for Economic Affairs and Climate Action, Investment Screening, <<https://www.bmwk.de/Redaktion/EN/Artikel/Foreign-Trade/investment-screening.html>>, (2023.7.23. 최종방문).

82) 각주 14 중국 쪽 참고자료 참조.

83) 각주 55 호주 재무부 자료, p.69.

84) 2020년 OECD 보고서, pp.6-7 참조.

85) 특히 유럽과 북미 대륙으로의 중국발 외국인투자는 2005년 21억 달러에서 2017년 1,191억 달러로 폭발적으로 증가하다 미중분쟁 등에 따라 2019년에는 328억 달러로 급감했다. "Does China Dominate Global Investment?", China Power, CSIS (2021.1.28.) 참조.

심사하는 것으로 명시했었는데, 재무부가 반대하여 하위규정에서 중국이나 러시아 등 소위 ‘블랙리스트’ 국가 조항을 포함하여 이들로부터의 외국인투자는 추가적인 심사절차를 거치게 할 것이라는 예상이 있었다.⁸⁶⁾ 게다가 FIRMA 초안은 CFIUS의 심사범위를 Joint Venture로 해외에 투자하는 미국기업의 기술이전까지 심사하도록 규정했었는데, 기업들의 반대로 ‘특정 국가’나 해외투자심사는 포함되지 않은 채 ‘민감·기반기술(emerging and foundational technologies)’ 내용은 수출통제법(Export Control Reform Act)으로 규제하는 방향으로 입안되었다.⁸⁷⁾

FIRMA는 CFIUS의 심사범위를 기존의 ‘지배적 투자’ 이외에 핵심 기술·핵심 인프라·민감정보 관련 기업에 대해서는 ‘비지배적 투자’까지 심사하는 것으로 확대하였다. ‘비지배적 투자’는 외국인이 비공개 기술 정보에 접근할 권한을 취득하거나, 중요의사결정권 등을 보유하게 되는 경우를 의미하여, 주식 취득 이외의 다양한 거래를 포괄하여 실질적으로 심사하겠다는 의미이다. 또한 FIRMA에는 국가안보와 관련된 부동산 거래도 CFIUS가 심사할 수 있는 내용이 포함되었다. 한편, CFIUS 심사절차는 당사자가 자발적으로 신고해야 개시되는 원칙을 유지하고, 핵심 기술과 관련되거나 외국정부와 실질적 이해관계가 있는 거래에 관해서는 의무적으로 신고해야 하는 규정을 신설하였다.

미국은 바이든 행정부가 출범한 2021년 이후에도 외국인투자심사를 계속하여 강화하고 있는 것으로 분석된다. 2022년 9월 15일 외국인투자심사에 관한 행정명령 제14083호가 발표되었는데,⁸⁸⁾ 이는 CFIUS가 1975년 설치된 이후 국가안보와 관련한 심사기준을 명시한 최초의 행정명령이라는 의의가 있다. 다만, 행정명령 제14083호가 CFIUS의 관할이나 절

86) David R. Hanke, “Testimony before the US-China Economic and Security Review Commission”, Hearing on US-China Relations in 2021: Emerging Risks, Panel III: Assessing Export Controls and Foreign Investment Review (2021.9.8.).

87) White & Case, CFIUS Update, (2018.7.4.), <<https://www.whitecase.com/insight-alert/cfius-update>>, (2023.7.23. 최종방문).

88) Executive Order 14083, “Executive Order on Ensuring Robust Consideration of Evolving National Security Risks by the Committee on Foreign Investment in the United States”, 85 FR 57369 (2022.9.15.).

차를 변경한 것은 아니다.⁸⁹⁾

Exon-Florio Act와 FINSA는 국가안보위험을 판단할 때 고려요소로서 국방상 필요를 고려한 국내생산, 국방상 필요를 고려한 국내 산업능력, 핵심기술에 미치는 영향, 에너지·핵심 원자재에 미치는 장기적인 영향, 주요 에너지 자산 등 핵심 인프라에 대한 영향, 테러·미사일·생화학 무기 등 군사 위협에 대한 영향, 기술이 군사용으로 전용될 가능성, 외국 정부에 의한 지배 가능성 등을 명시했는데, 이는 전통적인 군사상 국가안보위험 가능성이다. 행정명령 제14083호는 이를 구체화하면서 추가적으로 공급망에 미칠 영향, 미국의 기술력 우위에 미칠 영향, 특정산업이나 기술 분야의 외국인투자 동향, 사이버안보 위협, 미국인의 민감정보 침해 위협 등의 요소도 명시하였다. 이 중에서 미국의 기술력 우위에 미칠 영향은 방위산업, 제조업, 서비스, 핵심 광물자원, 국가안보에 기본적인 기술인 전기전자, 인공지능, 바이오·생명과학, 양자컴퓨팅, 배터리·수소 등 첨단 청정에너지, 친환경 기술, 리튬 및 희토류와 같은 핵심원재료, 식량안보를 위한 농산업 등을 포괄하고 있는바, 사실상 대부분의 분야를 포함하고 있다. 한편, 전체 산업 동향에 미칠 영향에 관해서는 해당 산업 분야에서 이루어지는 다수의 인수·합병 거래나 전반적인 투자의 흐름 등을 고려하여 개별 투자가 전체적인 산업 구조에 미칠 영향까지 검토하도록 하였다. 또한, 지배권을 누적적 투자의 결과로 취득하게 되는 경우 등도 참작하도록 규정하였다. 이는 장기간 이루어지는 증액투자과 같은 외국인투자의 경우에도 투자 기간 전체를 고려하고, 해당 산업에 미치는 영향 등도 종합적으로 판단하겠다는 것으로, 증액투자라면 최초에 이루어진 투자부터 고려하도록 하고, 산업 전반에 미치는 장기적인 영향까지 판단하라는 것이다.⁹⁰⁾ 이 행정명령에서 주목할 점은 제3자와의 관계(third-party ties)가 고려요소로 명시되었다는 것이다. 이는 국가안보를

89) 각주 53의 2023 AJIL 논문 참조.

90) Gerver, Keith M., “New Executive Order Directs CFIUS on Review of Covered Transactions”, *National Law Review*, Vol.12, No.273 (2022.9.30.)는 행정명령 제14083호에 명시된 고려요소 중 특정산업이나 기술 분야의 외국인 투자 동향이 거래 당사자에게 불확실성을 야기할 가능성이 가장 높은 것으로 평가한다.

위협하는 ‘외국인투자’의 범위를 외국인투자가가 상업적, 투자적, 비경제적 또는 어떤 형태로든 관계를 맺는 제3자까지 확대시킨 효과가 있다고 볼 수 있다.⁹¹⁾

한편 EU는 2019년 3월 19일 외국인투자심사규칙을 채택하여 2020년 10월 11일부터 EU 역내에 적용하고 있다.⁹²⁾ EU 외국인투자심사규칙은 회원국의 외국인투자심사제도(screening mechanism) 운영과 관련하여 투명성 원칙, 외국인투자가에 대한 비차별 의무, 외국인투자가가 제출한 비밀 준수 의무, 외국인투자제한 결정에 따른 권리구제, 협력메커니즘, 통보절차 등을 규정하였다.⁹³⁾ EU는 외국인투자심사제도가 없는 회원국이나 EU 외국인투자심사규칙보다 협소한 범위로 운영하는 회원국들에 대해 종합적인 심사메커니즘을 시행할 것을 권고한다.⁹⁴⁾ EU 외국인투자심사규칙에 따라 회원국은 해당 외국인투자가 안보(security) 또는 공공질서(public order)를 위협할 경우 외국인투자를 제한할 수 있는데, 핵심

91) 그 외에도 재무부는 2022년 10월 20일 CFIUS 집행 및 제재에 관한 지침(CFIUS Enforcement and Penalty Guidelines)을 발표하였다. 해당 지침은 신고의무 불이행, 시정명령 불이행, 허위기재 등으로 위반행위를 유형화하고, 제재절차(Penalty Process)와 제재 시 고려요소(Aggravating and Mitigation Factors) 등을 규정하여 투명성과 예측가능성을 높이기 위한 것으로 보인다. Latham & Watkins, “New CFIUS Enforcement Guidelines: Top 5 Takeaway” (2022.11.1.) 참조. 한편, “Assistant Attorney General for National Security John C. Demers Delivers Keynote at ACI’s Sixth National Conference on CFIUS: Compliance and Enforcement” (2020.7.16.)에 따르면 2018년 CFIUS는 2016년 체결했던 Mitigation Agreement의 위반, 보완계획 수립 미비 및 CFIUS 미보고 등을 이유로 1백만 달러의 민사벌(civil penalty)을 부과했는데, 이는 2007년 FINSA 이래 최초의 제재였다. CFIUS는 2019년에도 2018년 부과했던 CFIUS interim order를 위반했다는 이유로 75만 달러의 민사벌을 부과하였다.

92) European Commission, “EU foreign investment screening mechanism becomes fully operational” (2020.10.9.) 참조.

93) 박덕영, “EU 공동통상정책과 한-EU FTA에 관한 고찰”, 법학연구 제22권 제2호, 연세대학교 법학연구원 (2012), pp.157-163에 따르면 리스본 조약에 따라 기존 무역 분야 이외에 외국인투자까지 EU의 배타적 권한(exclusive competence)에 속하게 되었다. 외국인투자는 ‘common commercial policy’에 해당하여 EU의 배타적 권한에 포함되었다.

94) European Commission, Investment Screening, <https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/investment-screening_en>, (2023.7.23. 최종방문).

인프라, 핵심기술, 에너지 또는 원재료와 같은 핵심 원자재 공급, 민감정보에의 접근권, 언론의 자유 등에 대한 잠재적인 영향을 고려하도록 규정하고 있다.⁹⁵⁾

그런데 이 시기는 코로나 팬데믹 상황에 따라 외국인투자심사가 전반적으로 강화되었던 때이기도 하다. 코로나 상황은 특히 보건분야에 대한 외국인투자심사를 강화시켰고, 많은 국가들 사이에 코로나 위기를 악용하려는 외국인투자를 규제해야 한다는 공감대가 형성되었다.⁹⁶⁾

호주는 2020년 3월 코로나 팬데믹 동안 금액과 무관하게 모든 외국인투자를 심사하겠다고 발표하면서, 2020년 6월 신규 국가안보심사를 도입할 예정이라고 밝혔다. 호주는 2020년 12월 10일 국가안보규정(Foreign Investment(Protecting Australia's National Security) Regulations 2020)을 개정하였다. 동 규정에 따라 투자금액에 상관없이 '국가안보사업(national security business)'⁹⁷⁾을 시작하거나 인수하는 외국인투자는 심사대상이 되었고, 외국인투자심의위원회(FIRB)에 통지해야 하는 의무가 신설되었다. 또한 재무부장관은 '소환권(call-in power)'을 부여받아 미신고 거래에 대해서도 10년간 소급하여 심사할 수 있게 되었고, 기존에 승

95) 핵심기술로는 이중용도, AI, 로봇, 반도체, 보안, 항공우주, 양자 컴퓨팅, 원자력, 나노, 바이오 등이 있고, 핵심 공급(input)으로는 에너지, 원자재 공급 및 식품 등이 있으며, 정보 접근권으로는 정보통제권 등이 있는데, 회원국이 정하는 분야에 따라 심사하게 된다. 송인옥, “국가안보 차원에서의 외국인투자 규제에 관한 연구 - 독일과의 비교를 중심으로”, 법학연구 제33권 제1호, 충남대학교 법학연구소 (2022), pp.243-246 참조. 최근 OECD는 EU 외국인투자심사규칙이 도입된 것은 긍정적이지만, 회원국 간의 외국인투자심사제도 상이로 효율성이 떨어진다고 분석하였다. OECD, *Framework for Screening Foreign Direct Investment into the EU: Assessing effectiveness and efficiency* (2022).

96) OECD, *Investment screening in times of COVID-19 and beyond* (2020.7.7.); UNCTAD, *Investment Policy Responses to the COVID-19 Pandemic*, Investment Policy Monitor Special Issue No.4 (2020.5.) 참조.

97) '국가안보사업(필수 인프라, 전기통신, 방위산업, 민감정보 접근권한 등)'에 해당하는 사업체에 대한 '직접적인 이해관계(10% 이상의 지분, 지배적 지위 또는 영향력 행사)'를 보유하는 경우, '방위시설'에 해당하는 토지 또는 국가정보기관 등의 토지에 이해관계를 가지는 경우, '국가안보사업'을 영위하는 경우 등.

인받은 거래에 대해서도 자산처분 명령이나 추가조건 등을 부과할 수 있도록 외국인투자심사를 강화하였다. 호주는 2020년 그동안 국익 심사의 일부로 포함되었던 국가안보심사를 별도의 심사로 명문화한 것이다.

영국에서는 2021년 국가안보투자법(National Security and Investment Act)을 제정하였다.⁹⁸⁾ 영국은 2002년 기업법(Enterprise Act 2002)에서 기업인수·합병 심사 시 경쟁제한성 이외에 외국인투자도 심사했었는데, 국가안보투자법을 제정하여 외국인투자에 대해 의무적 신고 도입, 심사 대상 범위 확대, 소급적으로 소환(call-in)하는 조항 등을 포함시켰다.

독일에서도 2018년 12월과 2020년 7월 대외무역법(Außenwirtschaftsgesetz)을 개정하여 외국인투자심사가 강화되었고,⁹⁹⁾ 프랑스에서도 2019년 12월 법령(décret) 제2109-1590호와 명령(arrêté)에서 기존의 통화 및 재정법전(Code monétaire et financier)을 개정하면서, 2022년 9월 외국인투자심사제도의 투명성을 제고하기 위한 지침을 발표하였다.¹⁰⁰⁾ 이 지침은 프랑스의 외국인투자심사에 관한 최초의 자료로서,

98) National Security and Investment Act 2021 참조.

99) Zwölfte Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung (2018.12.19.), 독일은 2018년 12월 군사설비, 암호기술, IT 보안, 핵심 인프라 및 관련 소프트웨어 분야에 대해 기존에는 25% 이상의 지분 취득 시 심사를 하던 것을 10% 이상으로 지분율 기준을 하향하여 외국인투자심사를 강화하였다. 한편, 2020년에는 코로나 상황에 따라 백신, 의약품 등 분야에 대해 10% 이상의 지분 취득 시 심사를 하도록 하향하고, ‘public order’나 ‘security’를 저해할 가능성이 있는 경우에도 심사할 수 있도록 개정하였다. UNCTAD, “Germany expands the scope of its FDI screening regime” (2018.12.19.); “Responses to COVID-19 by tightening FDI screening” (2020.5.20.); “Germany amends its FDI screening regime” (2020.7.17.) 등 참조.

100) Publication des lignes directrices relatives au contrôle des investissements étrangers en France. Ministre de l’Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique (2022.9.8.), 한편, 주요 내용은 Skadden, Arps, Slate, Meagher and Flom, “France Issues Guidelines on Foreign Investment Control Regime” (2022.11.14.); UNCTAD, “Expands and clarifies its FDI screening regime” (2019.12.31.); “Issues guidelines to enhance the transparency of the FDI screening regime” (2022.9.8.) 등 참조. 한편, 프랑스의 외국인투자심사대상은 핵심기술(이중용도, 보안, AI, 로봇, 적층기술, 반도체, 양자 컴퓨팅, 에너지 저장 등), 핵심 인프라(국방시스템, 통신, IT, 에너지, 수도, 우주, 국

외국인투자심사 승인 시 공공질서, 공공 안전, 국방상 이해 등의 필요에 따른 장기적인 생존과 지속적인 활동의 보장, 프랑스 기업의 기술과 노하우의 보존 및 보호, 프랑스 기업의 내부 조직 및 거버넌스, 투자자의 권리 등의 변경 가능성, 정부와의 절차 관련 정보 교환 등을 고려하도록 예시하였다.¹⁰¹⁾

일본에서도 2019년 외국인환 및 외국무역법(外國爲替及び外國貿易法)을 개정하여 지정업종, 핵심업종에 대해 외국인투자심사를 강화하였다.¹⁰²⁾ 중국도 2019년 3월 기존 법률을 통합한 외상투자법(外商投資法)을 제정하였다. 외상투자법 제35조는 “국가는 외국인투자 안전심사체도를 수립하고, 국가안보에 영향을 주거나 영향을 줄 가능성이 있는 외국인투자에 대하여 안전심사를 진행하여야 한다. 법에 따라 진행된 안전심사 결정은 최종 결정이다.”라는 내용으로 외국인투자심사를 규정하였다.¹⁰³⁾ 중국은 2020년 12월 19일 ‘외상투자안전심사방법(外商投資安全審查辦法)’을 발표하여 외국인투자심사 절차를 명문화하였는데, 언론브리핑에서 “외국인투자심사는 국제적으로 인정되는 외국인투자 관리제도로서, 경제적 이익과 국가안보 사이의 균형을 위해 중요한 역할을 한다.”라고 발언하면서, 미국, EU, 호주, 독일, 일본, 영국에서 외국인투자심사를 강화했다는 점을 언급했다.¹⁰⁴⁾ 우리나라에서도 2020년과 2022년에 외국인투자심사를 강화하는 내용으로 외국인투자촉진법령이 개정되었다.

방시설, 보건, 식품 등), 언론·출판 중심으로 이루어진다. 한편, 심사요건으로는 기본적으로 의결권의 25% 이상을 취득하는 경우가 통상적이거나, 코로나 팬데믹에 따라 한시적으로 10% 이상 취득하는 경우가 적용되었다.

101) *Ministre de l'Économie, des Finances et de la Relance, FAQ Foreign Direct Investment Screening in France.*

102) UNCTAD, “Expands Scope of Industries subject to prior notification for FDI” (2019.8.1.); 外國爲替及び外國貿易法の關連政省令·告示改正について (2020.4.24.) 참조.

103) 中華人民共和國外商投資法 第35條, 법제처 세계법제정보센터 번역본 참조.

104) 國家發展改革委、商務部發布 《外商投資安全審查辦法》 (2021.12.19.).

제2절 외국인투자심사의 의의와 특징

1. ‘국가안보’와 ‘국가안보평가’의 구별 필요성

외국인투자심사는 1차 확대시기와 2차 확대시기를 거치면서 심사대상이 지속적으로 확대되고 있다. 1차 확대시기에는 인프라 등 전략자산 중심이었다면 2차 확대시기에는 반도체 등의 핵심·첨단기술, 민감정보 등이 중심이었다고 평가할 수 있다. 외국인투자는 기업이 경제적 이익을 추구하는 과정에서 국제산업구조 등을 고려하여 최적화된 국가와 기업에 투자하는 의사결정 과정이므로, 이에 대응하는 국가정책에서도 유사점이 발견된다.

그렇다면 과연 외국인투자심사에서 보호하고자 하는 ‘국가안보’란 무엇인가? 미국을 비롯하여 외국인투자심사를 운영하는 대다수의 국가는 외국인투자심사에서의 ‘국가안보’를 정의하지 않는다. 이는 외국인투자와 ‘국가안보’와의 관련성 판단과정에 법적인 요소 이외에 정치적인 요소의 포함 가능성을 고려하고 정책 여지를 확보하기 위한 것으로 추측할 수 있다.

국가안보 개념은 시대상황의 변화에 따라 전통적 국방, 군사·외교상 개념에서 사회경제적인 상황까지 포함하는 것으로 변천하고 있다.¹⁰⁵⁾ 오

105) 정준호, “국가안보개념의 변천에 관한 연구”, 국방연구 제35권 제2호, 국방대학교 안보문제연구소 (1992), p.25는 전통적인 안보개념은 위협에 대응하는 접근방식에 따른 군사적 안보가 중심이었으나, 시대변화에 따라 비군사적인 요소가 중시되는 포괄적 안보개념의 형성 등 복수의 국가안보개념이 등장하여 안보환경이 복잡해지고 다양화되었다고 분석하였다. 한편, 성희환, 전계논문, p.145에 따르면 미국의 경우 Exon-Florio Act 당시 국가안보에 경제안보를 포함할지가 쟁점이 되었는데, 철강산업법(2001 Steel and National Security Act) 등을 근거로 경제안보를 국가안보에 포함해야 한다는 주장이 의회에서 지속적으로 제기되었다고 한다. Fjäder, Christian, “The nation-state, national security and resilience in the age of globalisation”, Resilience: International Policies, Practices and Discourses, Vol.2, No.2 (2014), pp.116-119도 다양한 새로운 위협요인의 등장과 상호의존성(interdependency)의 증가 등으로 대부분의 국가안보전략은 새로운 패러다임에 따라 경제적, 정치적, 군사상을 불문하고 ‘모든 위협’에 대응하는 방향으로

늘날 외국인투자로 인한 국가안보위험은 국방에 대한 위험 이외에도 개인정보나 위치정보 등의 민감정보, 사이버안보 등과 관련한 위험 등으로 확대되고 있다.¹⁰⁶⁾ OECD도 외국인투자심사제도를 운영하는 국가들은 국가안보 개념에 대해 국경이나 국방을 외국인으로부터 보호해야 한다는 입장에서 전기, 철도, 수도, 통신 등의 인프라 뿐만 아니라 개인정보, 미디어, 첨단기술, 식량안보 등까지 포섭하는 입장으로 발전한 것으로 분석하였다.¹⁰⁷⁾ 게다가 최근의 국가안보 개념은 국방 관련 분야를 확대하는 것에 그치지 않고, M&A로 인해 경쟁자가 감소됨으로써 발생할 수 있는 공급망 위험, 핵심기술에 대한 접근권한 등의 거래 행태까지 고려하는 단계로 진화하고 있다.

이에 따라 미국 등 주요국 외국인투자심사에서 보호하고자 하는 국가안보는 이중용도 기술, 군사시설 인근의 부동산 거래 등과 같이 국방상 국가안보뿐만 아니라 핵심 인프라, 핵심기술, 개인정보 등을 포함한다. 이러한 상황은 그동안 국제법, 국내법에서 논의되던 국가안보의 개념과 외국인투자심사대상 및 기준으로서의 국가안보를 개념적으로 구별해야 할 필요성을 제기한다. 이는 전통적인 국가안보 법리가 전쟁 발발이나

발전하고 있다고 분석하였다. Tipler, Christopher M., “Defining ‘National Security’: Resolving Ambiguity in the CFIUS Regulations”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol.35, No.4 (2014)도 유사한 입장에서 국가안보 개념이 모호하기 때문에 수출통제법 등을 참고하여 특정 산업이나 기술을 나열하는 방식을 제안하고 있다. Ma, Ji, “International Investment and National Security Review”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.52, No.4 (2019), pp.907-909도 최근의 국가안보는 더 이상 군사상 위협에 한정되지 않고 광범위하게 규정되고 있다고 보았으며, ICSID 판정, 국제투자규범 등을 고려할 때 국가안보는 시대 변화를 반영하여 진화하고 있는 것으로 분석하였다. Heath, J. Benton, 전계논문도 마찬가지로 입장에서 최근 국가안보를 확대하여 규정하는 입법으로 인해 초래되는 여러 문제점을 분석하면서, 협의로 국가안보를 해석하여 분쟁을 해결할 수 있는 단계는 이미 지나갔다고 평가한 바 있다.

106) 예컨대 틱톡 사안과 같이 미국인들의 개인정보가 중국공산당에 제공되어 국가안보가 위협되므로 규제가 필요하다는 주장이 대표적이다. “Lawmakers say TikTok is a national threat, but evidence remains unclear”, CNN (2023.3.21.) 참조.

107) 2020년 OECD 보고서, pp.26-36 참조.

국제관계에서의 긴급상황과 같은 예외적인 상황이 전제된 상태에서 작동하는 것을 의미하기 때문이다. 이러한 상황하의 국가안보 법리에 따른 국제법에의 적용 예외가 외국인투자심사에서 확대된 국가안보의 개념에 적용되는 것은 문제가 있다고 할 것이다.

첫째, 이들은 작동하는 상황 요건에서 차이가 있다. 전통적인 의미의 ‘국가안보’ 논의는 전쟁 등의 긴급상황이 전제되는데, 외국인투자심사는 외국인의 M&A라는 일반 상거래 행위에 해당하는 일상적이고 상시적인 상황에서 적용된다.

둘째, 이들은 관련된 국가 조치의 성격에서도 차이가 있다. 전통적인 의미의 ‘국가안보’ 관련조치는 긴급상황에서 국가가 국제법상의 의무를 준수하지 않는 ‘예외’적인 조치이다. 그러나 외국인투자심사에서의 국가 조치는 외국인투자심사는 주권행사의 영역에 속하고, 국가로서는 외국인 투자심사를 하지 않아야 한다는 의무가 있다고 보기 어렵다는 점을 고려할 때 국제법상의 의무를 준수하지 않는 것으로 볼 수 없는바 ‘예외’적인 조치라고 볼 수 없다.

그러나 우리나라를 포함한 주요국의 외국인투자심사는 국내법, 국제법 모두에서 ‘국가안보’라는 용어를 사용하고, 이에 따라 ‘국가안보평가’도 동일하게 ‘국가안보’에 따른 법리가 적용되도록 설계되어 있다. 일상적으로 이루어지는 M&A 거래에 관해 예외적인 비상상황을 위해 마련된 기존의 국가안보 법리가 그대로 적용된다고 해석하는 것은 타당하지 않다. ‘국가안보’의 범위가 확대되고 있다는 것과, ‘국가안보평가’에서의 ‘국가안보’는 구별될 필요가 있는바, 이에 관해서는 제3장 이하에서 검토한다.

2. 국제정치질서와 동조화

전 세계적으로 외국인투자심사는 미국을 중심으로 발전하고 있는 것으로 평가할 수 있다. 미국에서는 1970년대 오일쇼크로 인해 외국인투자심사제도가 출현하였고, 1980년대 일본으로부터 외국인투자가 급증하여

Exon-Florio Act라는 외국인투자심사 법제화가 이루어졌다. 2000년대 들어 인프라 분야를 외국인투자심사대상으로 포함하고, 2010년대에는 중국으로부터의 투자 급증에 따라 외국인투자심사를 전체적으로 강화하는 내용으로 법제화가 진행되고 있다.

특히 2차 확대시기에 이루어진 미국, EU, 호주, 영국, 독일, 프랑스, 일본 등에서의 외국인투자심사 강화는 미중 분쟁이라는 국제정치질서를 반영한 것으로 평가할 수 있다. 중국자본에 의한 기술탈취 등이 문제되면서 미국을 비롯한 많은 국가들 사이에 중국자본을 규제할 필요가 있다는 공감대가 형성되어 외국인투자심사 강화라는 결과가 도출된 것으로 보인다. 특히 미국은 중국에 대해 전략적 경쟁자로서 우방과 협력하여 중국을 억제하는 전략을 취하고 있는바,¹⁰⁸⁾ 외국인투자심사의 동조화도 이러한 맥락에서 미국과 동맹국의 중국 견제적인 측면을 나타낸다고 할 것이다.

EU 집행위원회도 2022년 4월 5일, 우크라이나 전쟁에 대한 러시아 제재의 일환으로 러시아와 벨라루스로부터 외국인투자심사 강화지침을 발표하였다.¹⁰⁹⁾ 이러한 점도 외국인투자심사가 국제정치질서를 반영하는 정치적 도구로 활용된다는 측면을 나타내는 것으로 볼 수 있고, 외국인투자심사가 가지는 정치적 성격을 보여준다고 할 것이다.

3. 심사대상의 동질성

미국에서 1차 확대시기에 쟁점이 되었던 핵심기술 분야와 핵심 인프라 분야, 2차 확대시기에 쟁점이 되었던 민감정보 분야는 EU를 포함한 많은 국가에서 심사대상으로 포함되어 있다. 미국은 FIRREA에서 핵심

108) 허재철 외 공저, “미중 전략경쟁 시대 지정학적 리스크와 경제안보”, 연구보고서 22-01, 대외경제정책연구원 (2022.1.), pp.38-45 참조.

109) European Commission, “Communication from the Commission: Guidance to the Member States concerning foreign direct investment from Russia and Belarus in view of the military aggression against Ukraine and the restrictive measures laid down in recent Council Regulations on sanctions” (2022/C 151 I/01).

기술, 핵심 인프라, 민감정보와 관련한 분야에 대해 심사를 강화하였고, EU도 핵심 인프라, 핵심기술, 핵심 원자재 공급, 민감정보 등의 분야에 대해 외국인투자심사대상으로 규정하였다.

특히 핵심기술이 포함되는 첨단산업 분야는 외국인투자심사제도를 운영하는 국가들이 대부분 심사대상으로 포함시키고 있는바, 외국인투자심사대상에서 동질성이 발견된다. 다만 우리나라의 외국인투자심사는 「산업기술보호법」상의 국가핵심기술이 포함되어 있고, 인프라 분야나 민감정보 분야는 외국인투자심사대상에 포함되어 있지 않다.

4. 독자적인 법체계의 발전

각국의 외국인투자심사는 복잡해지고, 정교해지는 법체화로 발전해 나가는 것으로 평가할 수 있다. 미국의 경우가 특히 그러한데, 대통령의 행정명령에 의해 1975년 설치된 CFIUS 근거를 법률로 상향입법하면서 지속적으로 외국인투자심사를 강화해 나가고 있다. 2007 FINSA가 12개 조항으로 규정된 16페이지가량의 법률인데 반해, 2018년 FIRRMA는 28개 조항으로 규정된 35페이지가량의 법률로 분량과 내용이 공히 늘어난 것이 단적인 예이다. 이는 외국인투자심사가 강화되면서 외국인투자자의 권리 침해 가능성과 관련된 법적 분쟁에 대비하여 법률에 근거를 둔 것으로도 평가할 수 있다.

EU에서도 외국인투자심사규칙을 2019년 제정하면서 EU 차원의 독자적인 외국인투자심사제도가 마련되었다. EU 외국인투자심사규칙은 회원국의 심사제도가 포함해야 하는 기본적인 내용과 협력메커니즘을 규정하고 있고, 이에 따라 대다수의 EU 회원국이 외국인투자심사를 운영하고 있으므로, EU 차원의 독자적인 법체계가 빠르게 발전해가고 있는 것으로 평가할 수 있다.

캐나다에서는 2009년 ‘국익심사’와 별도의 ‘국가안보심사’를 도입했고, 호주도 2020년 국가안보규정을 통해 국가안보심사를 별도 입법하였다. 영국에서도 2021년 국가안보투자법이라는 별도의 법률로 국가안보심사가

신설되었다. 이들 국가에서 국가안보심사가 독자적인 법체계로 발전하고 있는 것은 외국인투자심사가 기존의 국익 심사나 경쟁법상의 심사와는 구별되는 제도로써 다른 법체계를 가지고 있다는 점을 드러낸다고 할 것이다.

5. 제한적인 권리구제수단

외국인투자심사 결과 국가안보에 위험성이 긍정된다는 이유로 외국인투자가 제한되는 조치가 있을 경우 권리구제수단은 어떻게 되는가? 우선 조치를 취한 국가의 경우 ‘국가안보’ 법리의 적용에 따라 국제협정상의 의무에서 벗어날 가능성이 있다고 해석된다. 그럴 경우 외국인투자자의 권리구제수단은 조치를 취한 국가의 국내적인 절차가 주가 될 것이므로 제한적이라고 평가할 수 있다.

미국의 경우 Exon-Florio Act에서 대통령의 명령이 사법심사대상이 아니라고 규정하였고, FIRRMA는 제한적으로 콜롬비아 특별구 순회항소 법원에 민사소송을 제기할 수 있도록 규정하였다. 이에 따라 미국에서는 국내적인 사법심사가능성이 높지는 않다고 평가할 수 있다.¹¹⁰⁾ 게다가 미국은 국제법상 국가안보의 예외를 광의로 규정하면서 국가안보사항은 자기판단에 속한다는 입장을 견지하고 있다. 그렇다면 미국에서의 외국인투자심사는 특히 실체적 판단의 경우 사법심사로부터 제외될 가능성이 높고, 투자불허나 철회 등의 조치는 국가안보라는 이유로 그대로 정당화되는 결과가 발생할 가능성이 있다. 그와 같은 경우 외국인투자자로서는 자신의 권리가 침해되더라도 실효적인 구제절차를 제공받지 못하는 결과가 초래될 가능성이 있다.

외국인투자심사가 사실상 미국이 주도하는 분야라는 점을 감안하면, 외국인투자심사는 국제법과 국내법 모두 사법심사에서 제외되는 결과가 되어 이른바 ‘절대적인’ 영역으로 발전될 가능성조차 있다고 평가된다.

110) Ralls Corp. v. Committee on Foreign Investment in U.S. 758 F.3d 296 (D.C. Cir.2014)에서 법원은 CFIUS 심사에서의 절차 위반을 인정하였으나, 실체적 사항은 판단하지 않았다.

게다가 외국인투자심사는 ‘국가안보’라는 특성상 비공개로 진행되는 것이 통상적이기 때문에 외국인투자가로서는 방어권 행사를 위해 필요한 수준의 정보를 제공받지 못한다는 점에서도 한계가 노정된다. 인수·합병이 원칙적으로 기업의 영업활동의 자유에 속한다는 측면을 고려하면 외국인 투자에 의한 M&A가 국가안보를 위협한다는 이유만으로 외국인투자와 피인수기업의 권리를 제약하면서도 권리구제수단은 불충분하다는 점은 문제이다.

제3절 우리나라의 외국인투자심사 도입과 발전

1. 외국인투자심사의 입법연혁

우리나라의 외국인투자심사는 2008년 「외국인투자촉진법 시행령」에 제5조제1항제2호가 신설되면서 본격적으로 등장하게 되었다. 2008년을 전후하여 포스코 같은 기간산업을 대상으로 하는 외국인투자를 규제해야 한다는 다수의 외국인투자촉진법 개정안들이 발의되었다. 당시 정부는 외국인투자를 저해할 우려가 있다는 이유를 들어 법률 개정 대신 시행령에 외국인투자심사 규정을 포함하였고, 현재까지 이 같은 시행령 체계가 유지되고 있다.

「외국인투자촉진법 시행령」에 규정된 외국인투자심사 규정을 이해하기 위해서는 「외국인투자촉진법」의 입법연혁을 살필 필요가 있다. 「외국인투자촉진법」은 외국인투자 허가제도, 제한적으로만 허용하던 인가제도, 그리고 투자 자유화 과정에 따른 신고제도 등으로 변천되었다. 그 과정에서 별개의 제도에서 유래된 문구들이 제4조(외국인투자의 자유화 등)라는 하나의 조항으로 통합되었고, 시행령으로 외국인투자심사를 하향입법하면서 해석상의 어려움을 야기하게 되었다.

1) 외국인투자 자유화 이전 시기

외국인투자에 관한 최초의 법률은 1960년 제정된 「외자도입촉진법」(법률 제532호, 1960.1.1. 제정, 이하 ‘1960년 법’이라 한다)이다.¹¹¹⁾ 당시 우리나라는 산업재건과 경제부흥을 위한 자금을 대부분 우방의 무상원조를 통한 대외원조에 의존하고 있었는데, 1950년대 후반 들어 무상원조가 급격하게 감소되면서 차관 방식으로 전환을 모색하고 있었다.

1960년 법은 경제적 안정을 도모하고, 외국인의 자본을 유치할 목적으로 제정되었다. 외국인투자는 허가제로 운영되었는데, “대한민국과 정상적인 외교관계를 유지하고 있으며 우호통상항해조약을 체결하고 있는 국가의 선의의 국민”인 ‘외국인’에게 적용되었다.¹¹²⁾ 당시 우리나라가 우호통상항해조약을 체결한 국가는 미국이 유일했으므로, 외국인투자는 사실상 미국으로부터의 투자만 허용되었다. 1960년 법은 재무부장관의 허가를 얻어 등록한 외국인투자자에게 대한 보장(제18조), 과실송금(제29조), 내국민대우(제38조) 등 투자 보호 규정과 조세감면 등 인센티브 제공 등의 특혜(제19조 내지 제27조) 등으로 구성되어 있었고, 외국인투자자에게 정부 조치가 법규정에 위반된다고 믿는 경우 대한민국 법원에 제소할 수 있는 권한을 부여했다는 특징이 있다.¹¹³⁾

111) 「국민의 정부 5년간 외국인투자 유치 노력과 성과」(이하 ‘국민의 정부 성과보고서’라 한다)에 나타난 우리나라 최초의 외국인투자는 1962년 미국 캠텍스(Chemtex)사가 한국나이롱 필라멘트 나이롱사 사업에 출자한 579천달러이다. (산업통상자원부 홈페이지(정책·정보 → 정책게시판 → 무역·투자 게시판 → 투자정책과 2003.1.9.), pp.6-7 참조)

112) 1960년 당시 우호통상항해조약을 체결하는 국가는 미국밖에 없었으므로, 외자 도입을 촉진하기 위해 1961년 개정 「외자도입촉진법」(법률 제678호, 1961.8.7. 시행)은 우호통상항해조약 부분을 삭제하고, 정상적인 외교관계를 유지하고 있는 국가는 모두 자본을 투자할 수 있도록 범위를 확대하였다.

113) 제소권 조항은 1966년 「외자도입법」(법률 제1802호, 1966.9.3. 시행)에서 삭제되었다. 제소권 조항의 입법례는 다음과 같다.

“제9조(제소권) 등록신청서를 제출한 자 또는 등록된 외국인투자자는 위원회가 결정한 정책의 시행을 포함하는 재무부장관의 조치가 본법의 규정에 위반된다고 믿는 경우에는 본인 또는 변호사를 통하여 대한민국 법원에 제소할 수 있다.”

외국인투자가 허가제에서 인가제로 전환되어 자유화되기 시작한 것은 1966년이다. 1966년 「외자도입법」(법률 제1802호, 1966.8.3. 제정, 이하 ‘1966년 법’이라 한다)은 외국인이 대한민국의 법인 또는 개인기업의 주식 또는 지분을 인수하고자 할 경우 경제기획원장관의 인가를 받도록 하면서(제6조제1항), 인가기준으로는 국제수지 개선 기여도를 우선적으로 고려하도록 하였다.¹¹⁴⁾ 그 경우, 구체적인 인가기준은 ①국제수지의 개선에 현저히 기여하는 사업, ②중요사업 또는 공익사업의 발전에 기여하는 사업, ③경제개발계획에 책정되어 있는 사업으로 규정하였다.¹¹⁵⁾ 1966년

114) 제1차 경제개발 5개년 계획(1962-1966) 기간 중 외자도입은 급증했으나, 원리금 상환 부담과 고율의 착수금 등의 문제에 따라 정책 개편이 요구되었다. 1966년 「외자도입법」은 「외자도입촉진법」, 「장기결제방식에의한자본제도입에관한특별조치법」, 「차관에대한지불보증에관한법률」을 통합, 정비하여 제정되었다. 1966년 법은 적용범위를 확대하여 대한민국과 국교관계를 유지하고 있는 국가의 국민으로부터 외자를 도입할 수 있도록 규정하면서, 국민경제발전을 위해 특히 필요하다고 인정되는 사업으로서 국무회의의 심의를 거쳐 대통령이 승인하였을 때에는 국교관계를 유지하지 않는 국가로부터도 외자를 도입할 수 있도록 하였다(제3조).

115) 「외자도입법」(법률 제1802호, 1966.8.3. 제정)의 입법례는 다음과 같다. “제4조(인가등의 기준) ①경제기획원장관이 이 법의 규정에 의하여 인가 또는 승인하는 경우의 기준은 다음 각호와 같으며 그 인가 또는 승인을 함에 있어서는 국제수지의 개선에 유효하게 기여할 수 있는 것을 우선하여야 한다.

1. 국제수지의 개선에 현저히 기여하는 사업
2. 중요사업 또는 공익사업의 발전에 기여하는 사업
3. 경제개발계획에 책정되어 있는 사업

②전항의 인가 또는 승인에 필요한 요건은 대통령령으로 정한다.“

한편, 「외자도입법시행령」(대통령령 제2756호, 1966.9.24. 시행)의 입법례는 다음과 같다.

“제3조(인가의 요건) ①법 제6조제1항에 의한 주식 또는 지분의 인수에 대한 인가를 함에 있어서는 다음 제1호 내지 제8호의 사항, 법 제17조제1항에 의한 현금차관계약 및 자본제도입계약에 대한 인가를 함에 있어서는 다음 각호의 사항이 적합한가를 각각 심사하여야 한다. 다만, 외국환은행의 지불보증(政府支拂保證은 제외한다)을 받는 현금차관계약 또는 자본제도입계약의 경우에는 제10호 내지 제12호의 사항을 제외한다.

1. 소요외자의 규모
2. 도입물품의 가격
3. 법 제44조에의 해당성 유무
4. 계약조건
5. 생산능력·생산원가 및 생산계획

법에서 의미 있는 부분은 ‘외국인투자자’의 정의를 “이 법에 의하여 주식 또는 지분을 인수하였거나 보유하고 있는 외국인”으로 신설한 것이다(제2조제3호). 현행법은 ‘외국인투자자’에 관하여 “이 법에 따라 주식 등을 소유하고 있거나 출연을 한 외국인”으로 정의하고 있는데(제2조제5호), 이와 같은 형식의 정의 조항이 최초로 도입된 것이 1966년 법이었다.

이러한 인가기준은 1973년 「외자도입법」을 개정하면서 일부 개정되었다. 즉, ①국제수지 개선 기여, ②중요사업 또는 공익사업 발전 기여를 고려하도록 한 점은 동일하게 유지하였으나, ③“경제개발계획에 책정되어 있는 사업” 대신 “국민경제의 발전 및 사회복지에 기여하는 사업”으로 변경되었고, 외국인투자자는 합작투자사업을 우선하도록 개정되었다(제4조).

1980년에는 석유과동에 의해 국제수지가 악화되면서 국제금리 상승, 글로벌 외환위기에 따른 개도국 등의 디폴트 등이 발생했고,¹¹⁶⁾ 그 결과 차관 중심으로 이루어지던 우리나라의 외자 도입은 한계에 직면하게 되었다. 결국 1983년 12월 31일, 외국인투자를 허용업종 열거방식(positive system)에서 금지·제한업종(negative system)으로 자유화하고, 외자의 도입주체, 자금의 성질에 따라 「외자도입법」, 「공공차관의도입및관리에관한법률」 및 「외자관리법」으로 구분되어 있던 법체계를 「외자도입법」(법률 제3691호, 1984.7.1. 시행, 이하 ‘1984년 법’이라 한다)으로 단일화하는 입법이 이루어졌다.¹¹⁷⁾

-
6. 생산공정 및 기타 기술성
 7. 국내외 시장성에서 본 생산계획
 8. 원료조달계획
 9. 입지조건 및 건설공사계획
 10. 소요내자의 규모(施設·運轉 및 기타 資金別로 區分한다).
 11. 소요내자의 조달가능성(前號에서 査定된 金額을 基準으로 한다).
 12. 수익성에서 본 원리금 상환가능성
 13. 외국에서 도입할 자본재에 대체할 국내 제작 자본재가 당해 계약액의 100분의 50이상일 것(法 第43條의 認可에 限한다).“

116) 1980년대 글로벌 외환위기는 브라질, 멕시코, 아르헨티나, 칠레, 베네수엘라 등 중남미 국가를 중심으로 1980년대 초에 발생하였다. 신중협·최형선·최원, “과거 금융위기 사례분석을 통한 최근 글로벌 금융위기 전망”, 조사보고서 2010-1, 보험연구원 (2010.3), pp.45-51 참조.

1984년 법은 외자도입상대국의 요건을 국교관계를 유지하는 국가를 대상으로 하던 것을 삭제하여 개방경제를 지향하는 내용이었다. 이를 위해 외국인투자가 가능한 업종을 고시하여 제한적으로 허용하는 방식에서 투자 자유화 원칙으로 변경하여 외국인투자비율이 50% 미만이거나 투자 금액이 일정금액 이하인 외국인투자는 자유롭게 투자가 가능하도록 변경하였다.

1984년 법에서 비로소 현행법의 외국인투자제한과 유사한 입법형식이 등장하였다. 즉, 외자도입기준으로 “국가의 안전과 공공질서의 유지에 지장을 초래하는 경우”가 최초로 등장했고, 이 문구는 현행법 제4조제2항제1호로 이어지게 되었다.¹¹⁷⁾ 다만, 현행법은 ‘외국인투자제한’ 사유로 규정되어 있는데, 1984년 법은 외자가 도입될 수 없는 경우로 규정되어 있다.

[표 1] '84년 「외자도입법」 상의 외자의 도입기준과 제한

조항	내용
제3조(외자의 도입기준)	① 대한민국 국민·대한민국 법인 또는 외국인은 다음 각호의 1의 경우에 해당하는 것을 제외하고는

117) 1984년 법은 재무부장관이 외국인투자가 또는 외국인투자기업에 대한 인가 취소사유를 규정하였는데, 허가제 당시 1960년 법에서 “대한민국의 안전보장을 해하는 행위를 한 경우”를 취소사유로 규정한 것과는 다르다. 구체적인 입법례는 다음과 같다.

“제18조(인가의 취소등) 재무부장관은 외국인투자가 또는 외국인투자기업이 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그 인가를 취소하거나 등록을 말소할 수 있다.

1. 외국인투자자가 출자의 목적물을 제11조에 규정한 기간내에 납입하지 아니한 경우
2. 외국인투자기업이 계속하여 2년이상 사업활동을 하지 아니한 경우
3. 제39조제3항의 규정에 의한 시정명령 또는 필요한 조치를 이행하지 아니한 경우
4. 외국인투자기업에 해산사유가 발생한 경우
5. 외국인투자자의 신청이 있는 경우“

118) 최창수, 전계논문, p.118 각주3는 현행 「외국인투자촉진법」 제4조제2항은 내용과 조항번호는 다르지만, 1984년부터 시행된 「외자도입법」 제9조에서 유래한 것으로 분석하였다.

	<p>이 법에 의하여 외자를 도입할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <u>국가의 안전과 공공질서의 유지에 지장을 초래하는 경우</u> 2. 국민경제의 건전한 발전에 나쁜 영향을 미치는 경우 3. 대한민국의 법률에 위반되는 경우 <p>② 정부는 제1항 각호의 1의 경우에 해당하는 외자의 도입을 인가하거나 신고의 수리등을 하여서는 아니 된다.</p>
제7조(외국인 투자의 인가)	<p>② 재무부장관은 외국인투자가 다음 각호에 해당되지 아니하는 경우에는 지체없이 이를 인가하여야 한다. 이 경우에는 제35조의 규정에 불구하고 주무부장관과의 협의를 요하지 아니한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 주식의 인수 또는 지분의 소유비율이 100분의 50 이상인 경우. 다만, 외국인투자기업이 자가생산제품을 대통령령이 정하는 비율이상으로 수출하거나 자가생산제품의 수입이 자유화되고 관세율이 대통령령이 정하는 율 이하인 경우를 제외한다. 2. 주식의 인수 또는 지분의 소유금액이 대통령령이 정하는 금액을 초과하는 경우 3. 제14조제1항의 규정에 의한 조세지원을 받고자 하는 경우 4. <u>외국인투자가 제한되고 있는 업종에 투자하는 경우</u>. 이 경우 외국인투자가 제한되는 업종은 대통령령이 정하는 기준에 따라 재무부장관이 주무부장관과 협의하여 선정된 후 이를 고시한다.
(시행령) 제9조(외국인 투자제한업종)	<p>법 제7조제2항제4호의 규정에 의하여 외국인투자가 제한되는 업종은 다음 각호와 같다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 정부의 특별한 지원을 받고 있는 사업

	<p>2. 에너지를 많이 소비하거나 사용원자재중 수입원 자재의 비중이 과다한 사업</p> <p>3. 공해가 많이 발생하는 사업</p> <p>4. 사치성 및 소비성이 높은 사업</p> <p>5. 농어민의 생업에 영향을 주는 사업</p> <p>6. 그밖에 산업정책상 일정기간 보호가 필요하다고 인정되는 초기발전단계의 산업에 투자하는 사업</p>
<p>제9조(외국인 투자의 금지)</p>	<p>제9조(외국인투자의 금지) ① 외국인투자를 할 수 없는 사업은 다음 각호와 같다.</p> <p>1. 국가 또는 공공단체가 영위하는 공익사업</p> <p>2. 국민의 보건위생 및 환경보전에 해를 끼치는 사업</p> <p>3. 미풍양속에 현저히 반하는 사업</p> <p>4. 기타 대통령령이 정하는 사업</p> <p>② 제1항 각호의 사업의 내용은 대통령령으로 정한다.</p>
<p>(시행령) 제10조(외국인 투자 금지사업)</p>	<p>① 법 제9조제1항제1호에서 “국가 또는 공공단체가 영위하는 공익사업”이라 함은 상·하수도사업, 우편업, 전신전화업, 철도운수업, 담배·홍삼제조업 그밖에 재무부장관이 주무부장관과 협의·선정하여 고시하는 사업을 말한다.</p> <p>② 법 제9조제1항제2호에서 “국민의 보건위생 및 환경보전에 해를 끼치는 사업”이라 함은 환경오염을 유발하는 위해사업 그밖에 재무부장관이 주무부장관과 협의·선정하여 고시하는 사업을 말한다.</p> <p>③ 법 제9조제1항제3호에서 “미풍양속에 현저히 반하는 사업”이라 함은 도박장운영업 그밖에 재무부장관이 주무부장관과 협의·선정하여 고시하는 사업을 말한다.</p>

	<p>④ 법 제9조제1항제4호에서 “기타 대통령령이 정하는 사업”이라 함은 신문발행업·라디오방송업·곡류작물생산업 기타 재무부장관이 주무부장관과 협의·선정하여 고시하는 사업을 말한다.</p>
--	---

당시 법안을 심의한 국회 재무위원회와 법제사법위원회 회의록은 1984년 법은 금지·제한업종 이외에는 원칙적으로 투자를 자유화하여 외국인투자의 문호를 대폭 개방하는 투자가능업종 고시방식의 개편(positive system에서 negative system으로 전환)으로서 의의가 있다고 평가하였다.¹¹⁹⁾ 그러나 법 제9조에 따라 외국인투자가 금지되는 사업의 범위가 일반적이고, 대통령령이 정하는바에 따라 고시하도록 되어 있어 운용 여하에 따라 현행보다 사실상 더욱 제한적이고 규제가 광범위한 제도가 될 수도 있다는 점도 지적하였다. 따라서 외국인투자자의 입장에서 보면 negative system 전환이기는 하지만, 투자가능 대상사업이나 세계 지원가능사업 등의 내용이 명확하지 못하면 제도운영의 안정성이나 예측 가능성 측면에 우려가 있으므로, negative system 내용을 보다 단순하고 명확하게 할 필요성이 있다고 지적하였다.

이에 관련하여 국회 재무위원회 심사보고서에는 국회가 개정안의 제한업종 기준이 막연하므로 상세하게 규정될 필요가 있다고 지적했는데, 정부가 “negative list는 외국인투자가 금지되는 금지업종과 현 단계로서는 개방이 어려우나 장차 개방될 수 있는 제한업종으로 구분되며, 금지업종은 그 기준을 법에 명시하였고 구체적인 대상업종을 앞으로 대통령령에서 구체적으로 명시한 것임. 그리고 제한업종에 대하여도 그 구체적 기준은 시행령에서 명시될 것이며 대상업종은 한국표준산업분류를 토대로 관계부처와 구체적으로 선정작업을 진행중에 있음”으로 답변했다는 내용이 포함되어 있다.¹²⁰⁾

119) 국회회의록 제11대 119회 제15차 재무위원회 (1983.12.5.), 제15차 법제사법위원회(1983.12.13.) 참조.

120) “외자도입법개정법률안 심사보고서”, 국회 재무위원회 (1983.12.12.), p.22 참조.

그러나 재무위원회, 법제사법위원회 등의 회의록 어디에도 제3조(외자의 도입기준)에 관한 논의는 발견되지 않는다. 법안 회의록에는 1984년 법이 외자도입 관련 법체계를 정비했다는 점에서 중요하다는 점만 언급되고, 절차간소화와 제한업종 등의 논의만 등장한다. 이를 종합하면 국회와 정부는 1984년 법 개정 과정에서 외자의 도입기준으로서 “국가의 안전과 공공질서의 유지에 지장을 초래하는 경우”에 관하여 깊은 고민을 하지는 않은 것으로 판단된다.¹²¹⁾

2) 외국인투자 자유화와 외국인투자제한

외국인투자 제도는 1991년 들어 인가제를 유지한 채 예외적으로 수리 신고제를 도입하는 방향으로 개정되었다. 1991년 「외자도입법」(법률 제4316호, 1991.3.1. 시행, 이하 ‘1991년 법’이라 한다)은 전면적인 개방화 정책에 따라 외국인투자 절차를 간소화하는 내용이었는데, 종전에는 모든 사업을 인가대상사업으로 하던 것을 투자제한업종에 해당하는 사업, 법령에 의하여 주식 또는 지분의 소유가 제한되는 사업 등에 한하여 인가대상사업으로 하고, 그 외의 사업은 신고대상사업으로 전환하도록 하는 내용이었다.¹²²⁾ 다만, 1991년 법은 외자의 도입기준(제3조),¹²³⁾ 제한업

121) 헌법 제37조제2항이 국민의 모든 자유와 권리는 ‘국가안전보장·질서유지 또는 공공복리’를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있도록 규정하고 있는바, 이를 참고한 것으로 보인다.

122) 제7조(외국인투자의 인가) 외국인인 이 법에 의하여 대한민국법인(設立중인 法人을 포함한다) 또는 대한민국국민이 영위하는 기업의 주식을 인수하거나 지분을 소유(이하 “外國人投資”라 한다)하고자 할 때에는 미리 재무부장관의 인가를 받아야 한다. 다만, 다음 각호의 어느 경우에도 해당되지 아니하는 외국인투자는 이를 재무부장관에게 신고함으로써 인가에 갈음한다.

1. 대통령령이 정하는 기준에 따라 재무부장관이 주무부장관과 협의하여 고시하는 외국인투자제한업종에 해당되는 경우
2. 다른 법률에 의하여 외국인의 주식 또는 지분소유에 제한이 있는 경우. 다만, 외국환관리법 및 증권거래법에 의하여 외국인의 주식 또는 지분소유에 제한이 있는 경우를 제외한다.
3. 중소기업사업조정법 제6조의2의 규정에 의하여 정부가 지정한 중소기업고유업종에 해당되는 경우
4. 기타 대통령령이 정하는 기준에 해당되는 경우

종(제7조),¹²⁴⁾ 외국인투자의 금지(제9조)¹²⁵⁾ 등 1984년 법과 동일한 구조로 입법되어 있어, 외국인투자의 절차만 간소화되었을 뿐 외국인투자제와 관련된 부분에는 변화가 없었다.

1993년 「외자도입법」(법률 제4519호, 1993.3.1. 시행, 이하 ‘1993년 법’이라 한다)은 국제적 개방화 추세에 따라 외국인투자의 절차를 더욱 간소화하기 위하여 외국인투자를 인가제에서 신고수리제로 변경하는 내

-
- 제7조의3(외국인투자의 신고수리) ①재무부장관은 제7조 단서의 규정에 의한 신고가 있는 경우에는 신고일로부터 30일 이내에 대통령령이 정하는 바에 따라 그 신고수리여부를 결정하고 이를 신고인에게 통지하여야 한다. 다만, 대통령령이 정하는 경우에는 그 처리기간을 달리하거나 연장할 수 있다.
- ②제1항의 규정에 의한 처리기간내에 신고수리여부의 통지가 없는 경우에는 그 처리기간이 경과한 날에 신고가 수리된 것으로 본다.
- ③제7조 단서의 규정에 의한 외국인투자의 신고에 대하여는 대통령령이 정하는 경우를 제외하고는 제7조의2 및 제35조의 규정에 불구하고 주무부장관과의 협의를 요하지 아니한다.
- ④재무부장관은 제7조 단서의 규정에 의한 신고를 수리함에 있어서 필요하다고 인정할 때에는 조건을 붙일 수 있다.
- 123) 제3조(외자의 도입기준) ①대한민국 국민·대한민국 법인 또는 외국인은 다음 각호의 1의 경우에 해당하는 것을 제외하고는 이 법에 의하여 외자를 도입할 수 있다.
1. 국가의 안전과 공공질서의 유지에 지장을 초래하는 경우
 2. 국민경제의 건전한 발전에 나쁜 영향을 미치는 경우
 3. 대한민국의 법률에 위반되는 경우
- ②정부는 제1항 각호의 1의 경우에 해당하는 외자의 도입을 인가하거나 신고의 수리등을 하여서는 아니된다.
- 124) 제7조(외국인투자의 인가) 외국인인 이 법에 의하여 대한민국법인(設立중인 法人을 포함한다) 또는 대한민국국민이 영위하는 기업의 주식을 인수하거나 지분을 소유(이하 “外國人投資”라 한다)하고자 할 때에는 미리 재무부장관의 인가를 받아야 한다. 다만, 다음 각호의 어느 경우에도 해당되지 아니하는 외국인투자는 이를 재무부장관에게 신고함으로써 인가에 갈음한다.
1. 대통령령이 정하는 기준에 따라 재무부장관이 주무부장관과 협의하여 고시하는 외국인투자제한업종에 해당되는 경우(후략).
- 125) 제9조 (외국인투자의 금지) ①외국인투자를 할 수 없는 사업은 다음 각호와 같다.
1. 국가 또는 공공단체등이 영위하는 공익사업
 2. 국민의 보건위생 및 환경보전에 해를 끼치는 사업
 3. 미풍양속에 현저히 반하는 사업
 4. 기타 대통령령이 정하는 사업
- ②제1항 각호의 사업의 내용은 대통령령으로 정한다.

용이었다.¹²⁶⁾ 1993년 법은 외자의 도입기준(제3조)은 1991년 법과 동일하였으나,¹²⁷⁾ 제한업종과 금지업종을 하나의 조항으로 통합하여 1991년 법과 차이가 있었다.

[표 2] '93년 「외자도입법」 상의 외자의 도입기준과 제한

조항	내용
제3조(외자의 도입기준)	<p>① 대한민국 국민·대한민국 법인 또는 외국인은 다음 각호의 1의 경우에 해당하는 것을 제외하고는 이 법에 의하여 외자를 도입할 수 있다.</p> <p>1. <u>국가의 안전과 공공질서의 유지에 지장을 초래하는 경우</u></p> <p>2. 국민경제의 건전한 발전에 나쁜 영향을 미치는 경우</p> <p>3. 대한민국의 법률에 위반되는 경우</p> <p>② 정부는 제1항 각호의 1의 경우에 해당하는 외자의 도입을 인가하거나 신고의 수리등을 하여서는 아니된다.</p>

126) 제7조의2(외국인투자의 신고수리) ①재무부장관은 제7조 본문의 규정에 의한 신고가 있는 경우에는 신고일부터 30일이내에 대통령령이 정하는 바에 따라 그 신고수리 여부를 결정하고 이를 신고인에게 통지하여야 한다. 다만, 대통령령이 정하는 경우에는 그 처리기간을 달리하거나 연장할 수 있다.

②제1항의 규정에 의한 처리기간내에 신고수리 여부의 통지가 없는 경우에는 그 처리기간이 경과한 날에 신고가 수리된 것으로 본다.

③제7조 본문의 규정에 의한 외국인투자의 신고에 대하여는 대통령령이 정하는 경우를 제외하고는 제35조의 규정에 불구하고 주무부장관과의 협의를 요하지 아니한다.

④재무부장관은 제7조 본문의 규정에 의한 신고를 수리함에 있어서 필요하다고 인정할 때에는 조건을 붙일 수 있다.

127) 제3조(외자의 도입기준) ①대한민국 국민·대한민국 법인 또는 외국인은 다음 각호의 1의 경우에 해당하는 것을 제외하고는 이 법에 의하여 외자를 도입할 수 있다.

1. 국가의 안전과 공공질서의 유지에 지장을 초래하는 경우

2. 국민경제의 건전한 발전에 나쁜 영향을 미치는 경우

3. 대한민국의 법률에 위반되는 경우

②정부는 제1항 각호의 1의 경우에 해당하는 외자의 도입을 인가하거나 신고의 수리등을 하여서는 아니된다.

조항	내용
제9조(외국인투자의 제한)	<p>① 외국인투자가 제한되는 사업은 다음 각호와 같다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 국가 또는 공공단체등이 영위하는 공익사업 2. 국민의 보건위생 및 환경보전에 해를 끼치는 사업 3. 미풍양속에 현저히 반하는 사업 4. 기타 대통령령이 정하는 사업 <p>② 제1항 각호에 해당하는 사업에 대하여 외국인투자를 허용하지 아니하는 사업과 외국인투자를 허용할 수 있는 사업의 범위등은 대통령령으로 정한다.</p>
(시행령) 제10조(외국인투자제한사업)	<p>제10조(외국인투자제한사업) ①법 제9조제1항제1호에서 “국가 또는 공공단체등이 영위하는 공익사업”이라 함은 상·하수도사업, 우편업, 철도운수업, 담배·홍삼제조업 그밖에 재무부장관이 주무부장관과 협의·선정하여 고시하는 사업을 말한다.</p> <p>②법 제9조제1항제2호에서 “국민의 보건위생 및 환경보전에 해를 끼치는 사업”이라 함은 환경오염을 유발하는 위해사업 그밖에 재무부장관이 주무부장관과 협의·선정하여 고시하는 사업을 말한다.</p> <p>③법 제9조제1항제3호에서 “미풍양속에 현저히 반하는 사업”이라 함은 도박장운영업 그밖에 재무부장관이 주무부장관과 협의·선정하여 고시하는 사업을 말한다.</p> <p>④법 제9조제1항제4호에서 “기타 대통령령이 정하는 사업”이라 함은 다음 각호의 사업으로서 재무부장관이 주무부장관과 협의하여 고시하는 사업을 말한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 정부의 특별한 지원을 받고 있는 사업 2. 에너지를 과다하게 소비하거나 사용원자재중 수입원자재의 비중이 과다한 사업

조항	내용
	3. 사치성 및 소비성이 높은 사업 4. 농어민의 생업에 영향을 주는 사업 5. 산업정책상 일정 기간동안 보호가 필요하다고 인정되는 초기발전단계의 산업에 속하는 사업 6. 기타 신문발행업·라디오방송업·곡류작물생산업 등 외국인투자의 제한이 필요하다고 인정되는 사업 ⑤법 제9조제2항 후단의 규정에 의하여 외국인투자를 허용할 수 있는 사업에 속하는 업종 및 허용기준은 해당 사업의 국내에서의 발전단계 및 대내외 경제정책과의 관계 등을 참작하여 재무부장관이 주무부장관과 협의하여 고시한다.

결국 1993년 법에 이르러서야 현행법과 같은 외국인투자제한업종(제외업종, 제한업종)의 체계가 갖추어진 것으로 평가할 수 있다.

한편, 우리나라는 OECD 가입을 추진하는 과정에서 M&A 방식의 외국인투자에 관한 규정을 대폭 개정하게 되었다. 1997년에는 「외자도입법」을 「외국인투자및외자도입에관한법률」(법률 제5256호, 1997.2.1. 시행, 이하 ‘1997년 법’이라 한다)로 변경하고, 외국인투자의 정의에 M&A 방식의 외국인투자¹²⁸⁾ 이외에 5년 이상의 장기차관을 추가하며, 종전의

128) 「외자도입법」에 따른 M&A 방식의 외국인투자는 “외국인이 이 법에 의하여 대한민국법인(設立중인 法人을 포함한다) 또는 대한민국국민이 영위하는 기업의 주식을 인수하거나 지분을 소유하는 것”으로 정의되었는데, 「외국인투자및외자도입에관한법률」에서 M&A 방식의 외국인투자는 “외국인이 이 법에 의하여 대한민국법인(設立중인 法人을 포함한다) 또는 대한민국국민이 영위하는 기업의 경영활동에 참여하는 등 당해 법인 또는 기업과 대통령령이 정하는 지속적인 경제관계를 수립할 목적으로 당해 법인이나 기업의 주식 또는 지분을 소유하는 것”으로 정의되어 ‘지속적인 경제관계 수립 목적’이 추가되었다. 이는 OECD 가입에 따라 OECD 자유화규약상 외국인직접투자의 정의와 일치시키기 위한 것이었다. “외자도입법중개정법률안 심사보고서”, 국회 재정경제위원회 (1996.12.10.), p.4 참조. 대통령령은 이러한 외국인투자에 관하여 ① 외국인이 당해 법인 또는 기업이 발행한 의결권 있는 주식총수 또

원칙적 신고제·예외적 인가제 체제에서 전면적인 신고제로 전환하여 절차를 간소화하였다. 1997년 법에서 가장 중요한 변화는 외자의 도입기준과 외국인투자제한이 통합·규정된 것이다.

[표 3] '97년 「외국인투자및외자도입에관한법률」 상의 기준

제3조(외자의 도입기준)	<p>① 대한민국 국민·대한민국 법인 또는 외국인은 다음 각호의 1의 경우에 해당하는 것을 제외하고는 이 법에 의하여 외자를 도입할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <u>국가의 안전과 공공질서의 유지에 지장을 초래하는 경우</u> 2. 국민경제의 건전한 발전에 나쁜 영향을 미치는 경우 3. 대한민국의 법령에 위반되는 경우 4. <신설> <u>국민의 보건위생 또는 환경보전에 해를 끼치거나 미풍양속에 현저히 반하는 경우</u> <p>② 정부는 제1항 각호의 1의 경우에 해당하는 외자의 도입을 인가 또는 허가하거나 신고의 수리등을 하여서는 아니된다.</p>
제9조(외국인투자의 제한범위)	제3조제1항 각호의 1에 해당하여 외국인투자를 허용하지 아니하는 업종과 외국인투자를 허용할 수 있는 업종의 범위, 당해 업종의 외국인투자비율, 외국인투자의 허용시기, 국내 합작투자 당사자의 자격 기타 외국인투자의 허용기준은 대통령령으로 정한다.

는 출자총액의 100분의 10이상을 소유하고 그 의결권을 행사하는 경우, ② 외국인이 당해 법인 또는 기업의 경영에 참여하는 등 당해 법인 또는 기업의 경영에 실질적인 영향력을 행사하는 것이 합작투자계약서 기타 관계증빙서류에 의하여 객관적으로 입증되는 경우로 정의하였다. 1997년 법은 외국인투자의 정의가 법인이나 기업의 주식을 10% 이상 소유하는 경우로 입법되었다는 점에서도 중요하다.

<p>(시행령) 제10조(외국인투자 제한업종등)</p>	<p>① 법 제9조의 규정에 의한 외국인투자의 허용기준은 경제협력개발기구에 관한 협약중 대한민국에 대한 경제협력개발기구에 관한 협약가입 초청 협정 부속서 1(자본이동자유화규약에 대한 유보)의 직접투자 부문에서 비거주자에 의한 국내 직접투자의 유보내용에 의한다.</p> <p>② 제1항의 규정에 의한 외국인투자의 허용기준에 관한 세부적인 내용 및 변경내용은 당해 업종의 국내에서의 발전단계 및 대내외 경제정책과의 관계등을 참작하여 재정경제원장관이 주무부장관과 협의하여 고시한다.</p>
--	--

당시 국회 재정경제위원회 심사보고서에 따르면 “현재 외자도입의 금지(제3조제1항)와 제한(제9조)을 나누어 규정하고 있으나, 개정안에서는 이를 통합하여 법령에 위반되는 경우나 국민의 보건위생 및 환경보전에 해를 끼치거나 미풍양속에 현저히 반하는 경우에는 외자도입을 금지하도록 규정하려는 것”이라고 하면서, “이는 외국인투자제한업종수가 OECD 회원국 수준에 비해 많은 편이므로, OECD 자본이동 자유화규약 등에서 일반적으로 인정되는 외국인투자제한근거를 제외하고는 폐지하려는 것임”으로 기술하고 있다.¹²⁹⁾ 또한, “제3조와 제9조가 통합되면서 국가 또는 공공단체 등이 영위하는 공익사업과 기타 대통령령이 정하는 사업이 삭제되었는바, 공익사업의 경우 개별법에 의하여 내외국인 모두 진입제한을 하므로, 별다른 문제가 없을 것으로 생각되고, 대통령령이 정하는 사업의 경우(곡류작물 생산업, 연근해어업등)은 ‘국민경제의 건전한 발전에 나쁜 영향을 미치는 경우’로서 이에 대한 투자가 제한될 수 있을 것으로 보여짐”으로 되어 있다. 결국, 1997년 법은 외국인투자가 제한되는 경우를 단일화하여, OECD 가입에 따른 자유화 수준을 형식적으로 제고하려는 목적으로 개정된 것으로 평가할 수 있다.¹³⁰⁾

129) “외자도입법중개정법률안 심사보고서”, 국회 재정경제위원회 (1996.12.10.), pp.14-17 참조.

1998년 9월에는 외국인투자를 활성화하기 위하여 외국인투자에 관한 규제를 대폭 완화하는 내용으로 다시 개정이 이루어졌다. 즉, 「외국인투자및외자도입에관한법률」 중 공공차관도입에 관한 부분은 별도의 법률로 분리하고, 외국인투자와 기술도입에 관한 부분은 「외국인투자촉진법」으로 제정하면서, 외국투자를 신고수리제에서 단순 신고제로 전환하는 내용이었다. 그 결과 「외국인투자및외자도입에관한법률」가 폐지되고 「외국인투자촉진법」(법률 제5559호, 1998.9.16. 제정, 1998.11.17. 시행)이 제정되었는데, 외환위기 상황에서 외국인투자를 적극 유치하기 위해 외국인투자지역을 지정하고, 조세지원을 상향하는 등의 내용을 포함하였다. 그에 따라 「외국인투자촉진법」은 드디어 현행 규정과 동일한 “외국인투자의 자유화 등”의 표제 하에 “국가의 안전과 공공질서의 유지에 지장을 주는 경우”가 입법되기에 이르렀다.¹³¹⁾ 이와 같은 문구는 아래 표에서 비교한 것 같이 「외국인투자및외자도입에관한법률」 제3조 ‘외자의 도입기준’을 수정 입법한 것이었다.

130) 한편, 1997년 법은 외국인의 경우 내국인이 영위하는 국내기업의 이사회 의 동의를 받은 경우에는 「증권거래법」의 규정에 불구하고 사전에 재정경제원 장관에게 신고한 후 당해 기업이 이미 발행한 주식 또는 지분을 취득할 수 있도록 하되, 국민경제에 중대한 영향을 미치는 일정규모이상의 국내기업은 사전에 재정경제원장관의 허가를 받도록 하였다. 즉, 1997년 법은 외국인이 10% 이상의 주식이나 지분을 취득할 경우 해당기업 이사회 의 동의를 받도록 규정하였다. 외환위기 당시인 1998년에는 선진국 기업의 투자를 적극적으로 유치할 목적으로 「외국인투자및외자도입에관한법률」(법률 제5523호, 1998.4.16. 시행)이 개정되었다. 주요 개정사항은 외국인이 국내기업의 기존주식을 10% 이상 취득하고자 하는 경우에는 당해기업 이사회 의 동의를 받도록 하고 있으나, 앞으로는 국내기업의 기존주식을 3분의 1미만으로 취득하는 경우에는 이사회 의 동의를 받지 않고 취득할 수 있도록 하는 내용이었다. 외환 위기 중이던 1998년에는 다시 「외국인투자및외자도입에관한법률」(법률 제 5538호, 1998.5.25. 시행)이 개정되어, 외국인이 국내기업의 기존주식을 3분의 1 이상 취득하고자 하는 경우 이사회 동의를 받도록 하던 제한을 폐지하여, 외국인에 의한 국내기업의 인수·합병을 용이하게 하였다.

131) 최창수, 전계논문, p.118 각주3는 「외국인투자촉진법」 제4조제2항제1호는 2007년 「외국인투자촉진법」이 제정되면서 신설된 것으로 분석했으나, 엄밀 하게 분석하면 1998년 법에서 신설되었다고 보는 것이 타당하다.

[표 4] 외국인투자제한기준 문언 비교¹³²⁾

외국인투자및외자도입에관한법률 제3조(외자의 도입기준)	외국인투자촉진법 제4조(외국인투자의 자유화 등)
<p>① 대한민국 국민· 대한민국 법인 또는 외국인은 다음 각호의 1의 경우에 해당하는 것을 제외하고는 이 법에 의하여 외자를 도입할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 국가의 안전과 공공질서의 유지에 지장을 초래하는 경우 2. 국민경제의 건전한 발전에 나쁜 영향을 미치는 경우 3. 대한민국의 법령에 위반되는 경우 4. 국민의 보건위생 또는 환경보전에 해를 끼치거나 미풍양속에 현저히 반하는 경우 <p>②정부는 제1항 각호의 1의 경우에 해당하는 외자의 도입을 인가하거나 신고의 수리등을 하여서는 아니된다.</p>	<p>② 외국인은 다음 각 호의 경우 외에는 이 법에 따른 외국인투자를 제한받지 아니한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 국가의 안전과 공공질서의 유지에 지장을 주는 경우 <p>< 삭 제 ></p> <ol style="list-style-type: none"> 3. 대한민국의 법령을 위반하는 경우 2. 국민의 보건위생 또는 환경보전에 해를 끼치거나 미풍양속에 현저히 어긋나는 경우

위 표에서 알 수 있듯 현행 외국인투자제한기준은 구법상의 외자의 도입기준을 활용한 것인데, 「외국인투자촉진법」 제정 당시 국회 재정경제위원회 심사보고서는 외국인투자의 제한기준 중 국제적 기준에 부합되지 않는 “국민경제의 건전한 발전에 나쁜 영향을 미치는 경우”를 삭제했다고만 기술하고 있다.¹³³⁾

132) 비교의 편의를 위해 각 호는 구법 「외국인투자및외자도입에관한법률」의 순서로 정리하였다.

133) “외국인투자촉진법안 심사보고서”, 국회 재정경제위원회 (1998.8.28.), p.12,

2. 우리나라 외국인투자심사의 도입과정과 발전

1) 외국인투자촉진법 개정안 발의

2003년부터 소버린 자산운용(이하 ‘소버린’이라 한다)은 SK(주)와 경영권 분쟁을 벌이기 시작하고, 2005년 7월 소버린이 SK(주) 주식 전량을 처분하고 1조원에 가까운 수익을 거두었다는 사실이 알려지면서 이른바 외국인투자의 ‘떡튀’ 논쟁이 벌어졌다.¹³⁴⁾ 당시 사회 분위기는 외국인투자촉진법 개정안에 대한 국회전문위원 검토보고서를 보면 알 수 있는데, 예컨대 배기선 의원안에 대한 검토의견에는 “외국자본에 대한 국내시장 개방을 위한 일련의 조치들이 외환위기의 극복 및 경제의 안정화에 일정한 기여를 한 것이 사실이지만, 그 부작용으로 외국인의 적대적 M&A에 의하여 국내의 주요 기업들의 경영권이 위협받는 현상도 발생하고 있다”라고 기술되어 있다.¹³⁵⁾

배기선 의원은 2004년 12월 23일 외국의 투기자본에 의한 국내 경제질서 교란행위 등을 방지하기 위해 외국인투자를 제한할 수 있도록 하는 내용의 ‘외국인투자촉진법중 개정법률안’을 발의하였다. 배기선 의원안은 외국인투자를 일반적으로 제한할 수 있다는 조항을 신설하고, 경영지배 목적의 외국인투자로 인해 국가안보, 경제질서 등에 위해가 초래된다고 판단되는 경우 산업통상자원부가 외국인투자자의 경영지배권 행사행위를 제한하는 등 필요한 조치를 할 수 있도록 규정하였다.¹³⁶⁾ 당시 산업통상

p.14 참조.

134) “상법 개정안 논란 - SK 사례 ‘소버린의 악몽’”, 「비즈워치」 (2013.8.6.) 참조. 김관호, 전개논문 (각주 35), p.4도 소버린과 SK의 경영권 분쟁이 외국인투자심사법제화의 계기가 된 것으로 분석하였다.

135) “외국인투자촉진법중개정법률안 검토보고서”, 국회 산업자원위원회 (2005.6.20.), p.3 참조.

136) 배기선 의원안의 입법례는 외국인투자의 일반적 제한과 경영지배권의 행사에 따른 제한 근거를 신설하는 것으로, 다음과 같다.

<신설> 제4조(외국인투자의 자유화 등)

“④산업자원부장관은 이 법에 의한 외국인투자자가 제2항 각호의 1에 해당한다고 판단되는 경우 대통령령이 정하는 바에 따라 해당 외국인투자를 제한할

자원부는 배기선 의원안에 대해 우리나라가 체결한 투자협정 등과 상충 가능성이 있다는 의견이었는데, “한일 투자보장협정과 한·칠레 FTA는 일반적 예외를 규정함에 있어서 국가안보를 좁은 의미로 규정하고 있어 개정안과 같이 넓은 의미의 국가안보를 외국인투자의 제한사유로 새로이 도입하는 것은 당해 협정들과 부합되지 않을 가능성이 크다”는 이유로 반대하였다.¹³⁷⁾

2005년에는 외환은행의 론스타 매각으로 투기적인 성격의 외국자본 문제가 사회적으로 논란이 되었고, 2006년에는 칼 아이칸의 KT&G 적대적 인수·합병 위협, 인도의 미탈 철강(Mittal Steel Company N.V.)의 아르셀로(Arcelor S.A.) 인수 등으로 포스코도 외국인투자로 인수될 수 있다는 우려가 증대하였다.¹³⁸⁾ 국회는 철강 산업과 같은 이른바 국가기

수 있다.”

<신설> 제23조의2(경영지배권의 행사 등)

“①외국인투자자가 경영권인수계약의 체결, 의결권대리행사의 권유 및 기타 대통령이 정하는 방법으로 해당 외국인투자회사의 경영지배권을 행사하고자 하거나, 경영권 지배행사를 목적으로 추가지분을 취득하는 경우에는 대통령이 정하는 바에 따라 산업자원부장관에게 신고하여야 한다.

②산업자원부장관은 제1항의 외국인투자자의 경영지배권 행사행위로 인하여 이 법 제4조제2항 각 호의 1에 해당하는 결과가 초래된다고 판단되는 경우에는 해당 외국인투자자의 경영지배권 행사행위를 제한하는 등 필요한 조치를 할 수 있다.

③산업자원부장관은 제2항에 해당하는 조치를 취하는 경우 합당한 이유를 붙여야 하며, 정당한 사유 없이 그와 같은 조치를 남용해서는 아니된다.”

137) “외국인투자촉진법중개정법률안 검토보고서”, 국회 산업자원위원회 (2005.6.20.), p.5 각주2는 한·일 BIT는 일반적 예외로서의 국가안보를 전시, 무력충돌, 기타 국내 또는 국제관계상 긴급사태, 무기확산금지에 관한 국내정책이나 국제협정의 이행에 관련된 경우로 한정하고 있고, 한·칠레 FTA는 일반적 예외로서의 국가안보를 군수물자의 거래, 군사시설에의 제공을 목적으로 직간접적으로 이루어지는 상품 및 서비스거래, 전시 또는 국제관계상 긴급사태, 핵관련물질의 거래에 관련된 경우로 한정하고 있어 산업자원부가 우려를 제기하는 것으로 기술하고 있다.

138) 김관호, 전제논문 (각주 35), p.4는 소버린 권은 경영권에 초점이 있었으나, 론스타 건은 외환위기 이후 전면적인 자본시장 개방에 따른 투기자본의 유입, 국부유출, 외국자본의 국내 경제질서의 교란 등이 쟁점이었고, 칼 아이칸의 KT&G 건으로 외국인투자를 규제해야 한다는 주장이 힘을 얻었다고 분석하였다. 최승재, “미탈과 아르셀로의 기업결합 사건과 협조효과”, 경쟁저널 제159호, 한국공정경쟁연합회 (2011) 참조. “흔들리는 한국의 캐시카우 - 거세

간산업의 경영권이 외국인에게 넘어가면 국가안보에 위협이므로 외국인 투자에 관한 사전승인제도 신설 등의 내용의 개정안을 발의하였다. 한편, 같은 시기 미국에서는 FINSA가 발의되면서 CFIUS에 의한 외국인투자 심사가 다시 주목을 받게 되었고,¹³⁹⁾ 마침 한·미 FTA 협상도 진행 중이어서 외국인투자에 관한 관심이 증가하고 있었다.

이런 배경에서 2005년 2월 3일 김종률 의원은 ‘외국인투자촉진법 일부개정법률안’을 발의하였다. 김종률 의원안은 국가안보와 관련된 기간산업을 영위하는 국내법인에 대한 외국인투자 중 당해 외국인이 지배주주가 되고자 하는 경우 산업통상자원부의 사전승인을 얻도록 하는 내용이였다.¹⁴⁰⁾ 김종률 의원안은 당해 기업의 영위업종, 규모, 그 밖의 사정, 외국인투자자의 국적, 외국인투자자의 성격 및 내용에 따라 국가안보에 위협이 초래될 수 있다고 판단되는 경우로서 대통령령으로 정하는 기업에 대해 외국인이 지배주주 등이 되고자 하는 때 사전에 승인을 받도록 규정하였다.¹⁴¹⁾

지는 M&A 열풍”, 서울경제(2007.4.3.)에 따르면 2005년부터 미탈, 아르셀로 등 글로벌 철강기업은 공격적으로 M&A를 진행하였다. 미탈은 2005년 후난 바린(중국), 크리보로즈스탈(우크라이나), 아르셀로는 2005년 CST(브라질), 2006년 도파스코(캐나다)를 인수하였는데, 미탈은 2006년에 아르셀로(룩셈부르크)와 시카르차(멕시코)를 인수하였다. “커지는 M&A 부작용...고급기술 통째 해외로 M&A가 블랙홀”, 한국경제 (2007.4.17.) 등 참조.

139) FINSA는 초당적 지지를 받아 2007년 7월 11일 의회에서 통과되어 2007년 7월 26일 부시 대통령이 서명한 후 2007년 10월 4일 발효되었다.

140) 김종률 의원안 제7조의2(국가안보 등에 대한 외국인투자자의 지배주주 승인)의 입법례는 다음과 같다.

“①당해 대한민국 기업의 영위업종, 규모 및 기타의 사정과 외국인투자자의 국적, 외국인투자자의 성격 및 내용에 따라 제4조제2항제1호 또는 제2호에 해당할 위험이 초래될 수 있다고 판단되는 경우로서 대통령령이 정하는 기업에 대하여 외국인이 제5조 내지 제7조에 따라 외국인투자를 하는 경우에 있어 당해 외국인이 대통령령이 정하는 지배주주 등이 되고자 하는 때에는 사전에 산업자원부장관의 승인을 얻어야 한다.”

141) 최한수, “한국판 엑스 플로리오 규정, 보약? 아니 독약!”, 경제개혁연구소 (2006), p.10은 김종률 의원안과 관련하여 이미 현행법으로 국가안보와 직결되는 산업을 외국인이 인수하지 못하도록 규제하고 있으므로 추가적 규제는 필요 없고, 재계가 개정안에 찬성하는 이유는 국가안보와 관련된 기술보호에 관심이 있기 보다는 국가안보를 지키겠다는 명분으로 국가안보와 직결되지 않는 다른 기간산업들에까지 적용범위를 넓히고 정치적 압력에 의해 발동될

심상정 의원이 2006년 4월 10일 발의한 ‘외국인투자촉진법 일부개정 법률안’은 아예 법률명을 ‘외국인투자촉진법’에서 ‘외국인투자관리법’으로 개정하면서 국제수지 및 국제금융상 어려움에 처할 경우와, 기타 거시정책 시행에 지장을 초래하는 경우 외국인투자의 시정 또는 중지를 명할 수 있도록 하는 내용이었다.¹⁴²⁾

이상경 의원은 2006년 12월 29일 ‘국가안보에 반하는 외국인투자규제 법안’을 발의하였는데, 이 법률안에서 비로소 국가안보를 이유로 하는 외국인투자제한이 등장하였다. 이상경 의원안은 미국 외국인투자위원회(CFIUS)의 구성·운영과 동일한 방식으로 외국인투자심사를 규정하고 있었는데, CFIUS에 해당하는 ‘외국인투자조사위원회’¹⁴³⁾가 조사하고, 대통령에게 조사결과를 보고하고 필요한 조치를 건의하는 구조(제6조)로 되어 있었다. 이상경 의원안은 외국인투자가 이루어지는 ‘주요기업’¹⁴⁴⁾의 범위를 사기업까지 포함하는 기간산업 등으로 광범위하게 규정하고(제2조제1항), ‘투자’¹⁴⁵⁾에 관하여 경영권에 영향을 미치는 행위로 정의하여

수 있도록 법안의 제정을 요구하는 것이라고 비판하였다.

142) 심상정 의원안 제4조의2(외국인투자 시정명령 등) 입법례는 다음과 같다.

“①산업자원부장관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당된다고 인정되는 경우에는 외국인투자자 또는 외국인투자기업에 대하여 외국인투자의 시정 또는 중지를 명할 수 있다.

1. 국제수지 및 국제금융상 심각한 어려움에 처하거나 처할 우려가 있는 경우
2. 대한민국의 국내와 국외 간의 자본이동으로 인하여 통화정책·환율정책 그 밖의 거시정책을 수행하는 데 심각한 지장을 초래하거나 초래할 우려가 있는 경우“

143) 이상경 의원안의 외국인투자조사위원회는 국무총리를 위원장으로 하며, 재정경제부, 외교통상부, 법무부, 과학기술부, 산업자원부, 보건복지부, 정보통신부, 문화관광부, 농림부, 해양수산부 장관을 각 위원으로 한다(제5조제1항 참조).

144) 이상경 의원안의 “주요기업”의 입법례는 다음과 같다.

“제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

①“주요기업”이라 함은 다음 각 호와 같다.

1. 무기 등 직접적인 군수물자 및 관련 핵심부품 제조기업
2. 원자력, 정유, 철강 등 에너지, 원자재 관련 기업
3. 비교우위를 점하고 있는 첨단기술 보유 기업
4. 국민생활에 필수적인 물품생산 및 제조기업
5. 자본, 금융시장에 중대한 영향을 줄 수 있는 기업
6. 사회통합에 중대한 영향을 미칠 수 있는 수단을 보유한 기업“

주식 취득 이외의 행위까지 포괄할 수 있도록 규정하였다(제2조제3항). 조사절차도 외국인이 자진하여 조사 요청을 하거나(제9조제1항), 제3자에 의한 조사 청구(제10조제1항), 직권조사(제11조)를 규정하고, 대통령이 투자 철회 명령을 할 수 있도록 규정하였다(제17조). 이상경 의원안은 직접적 이해관계자가 아니더라도 조사를 청구할 수 있다는 점에 특징이 있다.

< 이상경 의원안에 따른 적용대상기업 : ‘주요기업’ >

1. 무기 등 직접적인 군수물자 및 관련 핵심부품 제조기업
2. 원자력, 정유, 철강 등 에너지, 원자재 관련 기업
3. 비교우위를 점하고 있는 첨단기술 보유 기업
4. 국민생활에 필수적인 물품생산 및 제조기업
5. 자본, 금융시장에 중대한 영향을 줄 수 있는 기업
6. 사회통합에 중대한 영향을 미칠 수 있는 수단을 보유한 기업

이병석 의원도 2007년 3월 15일 ‘국가경제에 중대한 영향을 미치는 외국인투자 등의 규제에 관한 법률안’을 발의했는데, 이상경 의원안과 유사하게 한국판 CFIUS 심사법안 입법으로 평가할 수 있다. 다만, 이병석 의원안은 이상경 의원안과는 달리 ‘투자’를 합병, 주식 취득, 장기차관 방식 또는 자산양수 등으로 경영에 참여하는 행위로 정의하여 행위 유형을 명확하게 규정하고(제2조제2호), ‘조사대상 투자’의 정의는 대통령령으로 위임하며(제2조제3호), 외국인투자조사위원회는 관련 시민단체에서 추천한 자가 5인 이상 포함되도록 규정(제4조제6항)한 점 등에서 차이가 있다. 이병석 의원안은 법 적용대상기업의 범위에 제한은 없었으나, ① 해당 대상기업, ② 해당 대상기업의 의결권 있는 주식 또는 지분의 100분의 10 이상을 소유한 주주, ③ 해당 대상기업의 사업을 관장하는 중앙행정기관의 장에게 조사를 요청할 수 있도록 규정되어 있었다. 이병석 의원안에서 특기할 사항은 조약과의 관계인데, 이상경 의원안이 외국인투자 보호

145) 이상경 의원안의 “투자”의 입법례는 다음과 같다.

“③“투자”라 함은 다음 각 호와 같다

1. “주요기업”의 유가증권 또는 자산의 일부 또는 전부를 취득하는 행위
2. “주요기업”의 경영권에 영향을 미치는 행위“

노력 조항¹⁴⁶⁾(제3조)으로 규정한데 반해, 이병석 의원안에는 조약이 국내법에 우선한다는 점을 명시적으로 밝히면서, 국내법이 조약상의 의무에 위반되지 않도록 해석되고 적용된다는 점을 규정하였다.¹⁴⁷⁾

신국환 의원도 2007년 5월 31일 ‘외국인투자촉진법 일부개정법률안’을 발의하였는데, 국가경제에 중대한 피해를 초래할 우려가 있다고 판단하는 경우 외국인투자위원회가 심사하도록 규정하였다(제4조의3)¹⁴⁸⁾. 신국환 의원안에서는 적용대상기업에 관한 규정은 없었고, 심사대상 외국인투자의 기준, 심사절차 등은 대통령령에 위임하였다.

서갑원 의원은 2007년 8월 24일 ‘외국인투자촉진법 일부개정법률안’ 발의했는데, 국가의 ‘본질적 안보이익(essential security interest)’에 중대한 피해를 초래할 우려가 있다고 판단하는 경우 외국인투자위원회가 심사하도록 문구만 수정한 것이었다(제4조의3).¹⁴⁹⁾ 서갑원 의원안도 심사대상 외국인투자의 기준, 심사절차 등은 대통령령에 위임하는 조항을 포함하고 있었다.

한편, 이병석 의원안, 서갑원 의원안과 이상경 의원안은 개정안 제안 이유에 미국의 Exon-Florio Act를 언급하며 국가안보를 이유로 한 외국인투자규제가 ‘글로벌 스탠더드’에 부합한다는 점을 명시하였다.

146) 이상경 의원안 제3조(외국인투자 보호 노력) 입법례는 다음과 같다.

“정부는 건전한 외국인투자자가 정당한 보호를 받을 수 있도록 최선을 다해야 한다.”

147) 이병석 의원안 제3조(외국인투자 보호 노력) 입법례는 다음과 같다.

“① 정부는 이 법에 따른 규제에도 불구하고 관련 법률 또는 조약에 따른 건전한 외국인투자 및 외국인투자자가 정당한 보호를 받을 수 있도록 하여야 한다.

② 대한민국이 당사자인 조약은 이 법에 우선하며, 이 법은 조약상 대한민국의 의무에 위반되지 아니하도록 해석되고 적용된다.”

148) 신국환 의원안 제4조의3(외국인투자의 심사 등) 입법례는 다음과 같다.

“① 산업자원부장관은 제4조에도 불구하고 외국인투자가 국가경제에 중대한 피해를 초래할 우려가 있다고 판단하는 경우에는 외국인투자위원회에 이를 심사하도록 요청할 수 있다.”

149) 서갑원 의원안 제4조의3(외국인투자의 심사 등) 입법례는 다음과 같다.

“① 산업자원부장관은 외국인투자가 국가의 본질적 안보이익에 중대한 피해를 초래할 우려가 있다고 판단하는 경우에는 외국인투자위원회에 이를 심사하도록 요청할 수 있다.”

2) 국회에서의 개정안 심사

국회는 개정안들이 국가안보와 관련된 외국인투자에 관해 사전승인 제도를 도입한다는 점에서 공통된다고 보아 한꺼번에 심의했는데,¹⁵⁰⁾ 산업통상자원부의 입장은 외국인투자에 의한 M&A는 기존 국내법에 의해서도 차단이 가능하고, 외국인투자 규제 심사는 국제규범 위배 가능성이 높다는 이유를 들어 신중히 검토할 필요가 있다는 것이었다.¹⁵¹⁾ 산업통상자원부는 「상법」, 「증권거래법」, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘공정거래법’이라 한다) 등에 M&A 방어 수단이 마련되어 있어 별도의 규제는 불필요하고, 국제규범 위배와 관련해서는 국가안보와 관련된 외국인투자 규제는 가능하나, 국제협약에서 정한 한계나 국제관습법에서 인정하는 국가안보의 범위를 넘는 경우 현상동결(standstill) 원칙 위배가 우려된다는 입장이었다.

여기에서 중요한 것은 산업통상자원부가 한·미 FTA상 국가안보를 위한 투자제한과 관련하여 국가안보의 개념은 ‘기본적으로 군사와 테러에 국한’되는 것으로 보고, 미국의 Exon-Florio Act에 대해서도 국가안보에 한정해서 매우 제한적으로 운영되고 있다고 분석한 것이다. 산업통상자원부는 OECD 회원국이나 여러 국제기구에서 Exon-Florio Act에 대해 지속적으로 문제제기를 하며 비난하고 있다고 언급하고,¹⁵²⁾ 외국인투자 유치에 부정적인 영향이 우려될 뿐 아니라, 재정부, 외교부, 법무부, 국방부 등 관계부처가 모두 부정적인 의견을 제시했다고 밝혔다. 산업통상자원부는 결론적으로 OECD 자유화규약과 FTA 협정문 등을 위반할 가능성이 있다고 하면서, Exon-Florio Act도 미국 종합무역법의 일부로 포함되어 있는바, 규제를 목적으로 하는 별도 법을 가지고 있는 나라는 없다는 점도 언급하였다.¹⁵³⁾

150) 국회회의록 제17대 제268회 국회(임시회) 산업자원위원회(법안심사소위원회) (2007.6.20.)에 따르면 당시 이상경 의원안, 이병석 의원안, 배기선 의원안, 김종률 의원안, 심상정 의원안을 함께 심사하였다.

151) 위 회의록 pp.1-3 참조.

152) 위 회의록 pp.8-9 참조.

153) 위 회의록 p.6 참조.

한편, 당시 산업자원소위에는 전경련 관계자가 참석하여 「상법」, 「증권거래법」, 「공정거래법」 등 기존 국내법에 의해 M&A가 충분히 방어가 가능하다는 산업통상자원부의 주장은 실효성이 없고, 한·미 FTA 추가 협상에서 미국이 본질적 안보 관련 권한 확대를 주장하는 점, OECD 자유화규약에도 본질적 국가안보 이익 조항이 포함된 점 등을 근거로 개정안에 찬성한다는 입장을 피력하였다.

끝이어 소집된 산업자원위원회에서는 서갑원 의원안과 신국환 의원안을 검토하였는데, 정부는 서갑원 의원안에 관해 「외국인투자촉진법」이 이미 국가안보에 영향을 미칠 수 있는 외국인투자에 대해서는 산업통상자원부장관이 주무부장관과 협의하여 투자를 제한할 수 있는 근거를 갖고 있다고 설명하였다. 이에 따라 정부로서는 이미 존재하는 국가안보 관련 투자제한 규정에 덧붙여 새로운 규제 조항을 도입하는 것이 국제적인 논란을 초래할 수 있다는 점을 우려하고 있다고 밝혔다.¹⁵⁴⁾ 또한 신국환 의원안에 관해서는 국가경제에 중대한 위해를 초래할 우려가 있는 외국인투자에 대하여 시정 또는 중지 명령 등을 할 수 있도록 규정하는 것은 OECD 자유화규약, 한·칠레 FTA, 한·싱가포르 FTA 등 우리나라가 체결한 국제협약 등에 위반될 소지가 있다고 답변하였다.

3) 시행령으로의 외국인투자심사 법제화

당시 산업통상자원부 기록에는 정부 입장이 「외국인투자촉진법」을 개정하는 대신, 의원입법안의 핵심 내용을 시행령에 포함하는 방안이 바람직하다고 검토한 것으로 나타난다.¹⁵⁵⁾ 즉, 제한업종을 통해 외국인투자

154) 국회회의록 제17대 제269회 국회(정기회) 산업자원위원회(2007.9.17.), p.8 참조. 한편, 최승재, “한국판 ‘엑슨-플로리오법’ 제정에 대한 연구-입법론을 중심으로”, 증권법연구 제7권 제2호, 한국증권법학회 (2006)는 당시 외국인투자심사법제를 도입할지 여부를 둘러싸고 찬반론이 있는바, 외국인에 의한 국내기업의 경영권 지배가 국가안보, 공익 등에 부정적 영향을 초래할 수 있는 경우에는 정성적인 국가존립과 관련된 필요에 대한 대응이라는 관점에서 규제 내지 심사에 대한 필요가 정당화될 수 있고, 국가안보심사를 법제화하는 방안은 신속한 입법을 위해 「외국인투자촉진법」의 일부로 규정하는 방식이 바람직하다고 분석하였다.

가 일부 제약되는 효과가 있다는 점을 부각하면서, 특히 법률 개정이 불가피한 경우 수용 가능한 대안으로 ①시행령 개정을 통한 사전심사절차를 마련하거나, ②법률 제·개정을 통한 사전심사절차를 마련하는 방안을 제안하고 있다. 제1안은 법률 제4조제3항에 의한 ‘외국인투자의 제한에 관한 사항’ 중 국가안보에 관련되는 사안의 경우, 산업통상자원부 장관이 주무부 장관과 협의한 후 외국인투자위원회의 심의를 거쳐 고시하고, 주무부 장관 또는 인수·합병대상기업은 외국인투자가 군사기밀 또는 기술의 유출, 보유기술의 군사기술 전용 또는 방위산업 물자 수급에 지장 등을 초래할 우려가 있다고 판단되는 경우, 국가안보 관련 사항을 구체화하고 심사요청 자격도 한정할 것을 제안하는 내용이었다. 또한 산업통상자원부장관에게 외국인투자위원회의 심의를 거쳐 필요한 조치를 고시하여 줄 것을 요청하도록 함으로써 국가안보에 관한 사항에 대한 심의절차를 명료화하도록 하였다. 제2안은 당시 방위산업체에 한정하여 외국인투자를 허가하는 것에 추가하여 사전심사제의 도입을 법률에 명시하고, 민간·군사 이중용도 기술을 보유한 기업에 대한 투자나, 방위산업체에 필수적인 물자를 공급하는 기업에 대한 투자에 대해서만 사전심사를 하는 방안 등을 장기적으로 검토할 수 있다고 언급하고 있다.

국무조정실 경제조정관 산업심의관이 생산한 ‘국가안보 관련 외국인투자규제법안 검토’ 자료¹⁵⁵⁾(이하 ‘검토자료’라 한다)에 의하면 정부는 「외국인투자촉진법」을 개정하는 대신, 외국인투자심사제도를 대통령령에 포함하는 방안을 추진하기로 입장을 정리한 것으로 나타난다. 정부는 「외국인투자촉진법」 제4조에 규정된 대로 ‘국가안보’와 관련된 제한을 대통령령으로 정하는 것이 바람직하다는 방침 하에, 제1안으로 국가안보 관련 심사 등 절차규정을 보완하는 방안이나 제2안으로 대통령령이 정하는 방위산업체의 범위를 확대하는 방안, 제3안으로 전략물자 수출통제

155) 산업통상자원부 기록관 기록물철 “외국인투자 규제법안 검토의견” (2007.6월, 투자정책팀) p.8 참조.

156) 국가안보 관련 외국인투자규제법안 검토, 국무조정실 경제조정관 산업심의관(2007.8.14. 생산·등록), 국가기록원 관리번호 DA0532446 참조.

제도를 활용하여 제한대상 범위를 확대하는 방안을 검토하였다.¹⁵⁷⁾ 검토 자료는 어떤 안을 선택하든지 국제적으로 논란의 소지는 있는데, 제2안과 제3안은 국가안보와 관련하여 투자허가 대상기업을 지정하기가 현실적으로 어렵고, 국가안보 관련 상황이 지속적으로 변할 수 있다는 현실적인 한계가 있어 제1안이 바람직하다는 결론을 내리고 있다.¹⁵⁸⁾

검토자료에는 민관합동 T/F에서도 해당 사항을 논의한 것으로 나타난다.¹⁵⁹⁾ 정부는 민간합동 T/F 논의 결과, 국가안보와 관련하여 국제적으로 통용되는 규제 기준을 찾기는 어려우나, 국가안보와 관련하여 정부내의 심의절차를 마련하는 등 순수한 의미의 절차적 규정을 도입하는 것은 국제협약 위배로 보기 어렵다는 결론이 도출되었다면서, 국가안보와 관련된 외국인투자에 관한 사전심사 절차를 마련하는 방향으로 입장을 선회하였다. 즉, ①국내 방위산업물자 생산에 차질을 초래할 우려가 있는 경우(단, 방위산업체의 기존 주식을 취득하는 경우는 「외국인투자촉진법」 제6조제3항에 따른 허가 대상이므로 제외), ②군사목적으로 전용 가능성이 높은 물자나 기술과 관련된 경우, ③국가기밀로 취급되는 계약이 노출될 우려가 있는 경우, ④국내기업의 인수·합병을 추진하는 외국인이 국가안보에 위협을 초래할 수 있을 것으로 우려되는 경우에는 사전심사를 할 수 있는 절차 규정을 마련할 필요가 있다는 것이었다.¹⁶⁰⁾ 이를 위해 외국인투자위원회에서 국가안보위해성 여부를 심사하도록 하고, 국방부의 위원회 참여를 명시하며, 국가안보에 대한 위해여부를 외국인투자가가 인지하기는 어려우므로 주관부처가 외국인투자위원회에 국가안보 위해 여부 심사를 신청하는 구조로 만드는 방안이 제시되었다.¹⁶¹⁾

검토자료에 따르면 2007년 9월 4일 청와대 서별관 회의에서 국가안보 관련 외국인투자를 시행령 개정을 통해 도입하기로 결정하였다. 이는 의

157) 위 검토자료 pp.109-110 참조.

158) Ibid, p.112.

159) 2007.7.11., 7.13. 양일에 걸쳐 기업지배 구조와 국제통상·국제법 전문가들의 의견을 청취하였다.

160) 위 검토자료 p.121.

161) Ibid, pp.123-124.

원입법안의 핵심내용을 수용하여 국가안보 관련 외국인투자에 대해 외국인투자위원회의 심의 절차를 시행령에 반영한다는 것으로 관계부처인 재경부, 외교부, 국조실 등이 합의한 것이었다.¹⁶²⁾ 당시 정기국회 회의록에는 정부가 7개 개정안 전부를 심사하는 과정에서 시행령을 개정함으로써 개정안의 입법 취지를 반영하겠다는 의견을 표명하였다고 기술되어 있는 바, 산업통상자원부의 입장은 아래와 같이 정리할 수 있다.¹⁶³⁾

산업통상자원부는 국회에 새로운 입법을 하는 경우에는 전면적인 제도 개편이라든지 새로운 규제의 추가라고 인식될 가능성이 많기 때문에 시행령을 개정하는 것이 바람직하다면서, 시행령 개정안을 설명하였다. 즉, 준비중인 시행령에는 외국인투자심사절차와 심의대상을 규정할 예정인데, 심사절차는 외국인투자 신고일로부터 30일 이내에 주무장관이 심의를 요청할 경우 외국인투자실무위원회에서 사전심의를 하고, 그 후 외국인투자위원회에서 국가안보위해 여부를 최종심의·결정한다는 것이었다. 만일 외국인투자위원회에서 국가안보위해 결정이 있으면 산자부 장관이 해당 투자건을 불허하거나 시정명령 등의 절차를 진행할 수 있다는 내용도 포함될 예정이라고 덧붙였다.

한편, 심의대상 요건에 관해서는 외국사례 등을 감안하여 국내 방위 산업물자 생산에 차질을 초래할 우려가 있을 경우, 군사목적으로 전용 가능성이 높은 물자나 기술과 관련된 경우로서 전략물자, 국가기밀로 취급되는 계약이 노출될 우려가 있는 경우, 국내기업의 인수·합병을 추진하는 특정의 외국인투자자가 국가안보에 위협을 초래할 수 있을 것으로 우려되는 경우로 입안할 예정이라고 설명하였다. 이 중에서 마지막 부분인 “국내기업의 인수·합병을 추진하는 특정의 외국인투자자가 국가안보에 위협을 초래할 수 있는 것으로 우려되는 경우”란 테러집단이나 적성

162) 국가안보 관련 외국인투자규제법안 검토, 국무조정실 경제조정관 산업심의관(2007.8.14. 생산·등록), 국가기록원 관리번호 DA0532701, p.65 참조. 위 검토자료와 전체적인 내용은 동일하나, 각 부처의 세부 검토의견이 추가되어 있다.

163) 국회회의록 제17대 제269회 국회(정기회) 산업자원위원회(법안심사소위원회) (2007.11.19.), pp.5-7 참조. 이하 국회 논의는 위 회의록을 요약하였다.

국가로부터 자금이 들어오는 경우에 적용되는 것이라는 설명도 있었다. 산업통상자원부는 재경부, 외교부, 국무조정실, 법제처 등 관계부처뿐만 아니라 포스코와도 협의를 진행했다고 부연하였다.

당시 국회에서는 위의 네 가지 요건이 지나치게 제한적이어서, 포괄적인 요건을 신설할 필요가 있다는 지적이 있었다. 이에 대해 산업통상자원부는 OECD 투자위원회의 논의, WTO 서비스무역에 관한 일반협정(GATS), OECD 자유화규약, 미국의 Exon-Florio Act, 일본의 외환과 무역법 등을 참고하여 시행령을 마련했다고 설명하면서, 입법 과정에서 포괄 요건 추가를 고려하겠다고 답변하였다.

산업통상자원부가 마련한 「외국인투자촉진법 시행령」 개정안은 2007년 11월 19일 법안심사소위에서 수용하기로 결정한 이후 입법예고(2007.12.27.~2008.1.16.), 법제처 심사(2008.2.12.), 차관회의(2008.2.14.), 국무회의(2008.2.19.)를 거쳐 대통령령 제20646호로 공포되었다(2008.2.22.). 외국인투자심사제도가 대통령령으로 입안된 이후 국회 회의록에서는 더 이상의 논의는 발견되지 않는다.¹⁶⁴⁾ 다만, 입법예고한 시행령 개정안과 실제 공포된 시행령상의 내용에 차이가 있는 점으로 미루어 법제처 심사 과정에서 일부 요건이 수정된 것으로 추측된다.

164) “(취재여록) 나라 이미지 망치는 산자부”, 한국경제 (2007.10.25.) 보도는 당시 산업통상자원부 내부에서 외국인투자촉진법 시행령 개정을 둘러싸고 논란이 있었음을 보여준다. 한국경제에 따르면 국내 모 일간지는 2007년 10월 4일 외국인투자가 위축될 것을 우려하여 M&A 방어책 도입에 반대 입장을 고수하던 정부가 제도 도입을 위해 외국인투자촉진법 시행령을 개정하기로 했다고 보도했고, 산업통상자원부는 위 보도에 대응하지 않았는데, 이는 국회의원들의 오해를 유도하기 위한 목적이었다고 한다. 산업통상자원부가 준비 중인 외국인투자촉진법 시행령은 국가안보 관련 내용을 4가지로 구체화하고, 국가안보에 위해를 끼치는지 심의해 조치할 수 있다는 형식적인 수준에 불과하므로, 국회가 요구한 포괄적인 국가안보 보호와는 거리가 있다는 것이었다. 한국경제는 이 같은 보도에 대해 산업통상자원부가 대응하지 않은 결과, 2007년 10월 22일 파이낸셜타임즈(Financial Times)에 한국의 반외자정서가 부각된 기사가 게재되었다고 주장하였다. 이에 대해 산업통상자원부는 2007년 10월 29일 정부안은 국회에 사전 설명했다는 설명자료를 배포하였다. “Seoul rethinks foreign investment law”, Financial Times (2007.10.22.)는 정부가 외국인투자촉진법 시행령을 통해 외국인투자심사제도를 마련할 예정이라는 내용이다.

[표 5] 시행령 개정안 입법예고안과 공포안의 비교

제5조(외국인투자제한 업종 등)	시행령 개정안 (입법예고안)	시행령 개정안 (공포안)
<p><u><신 설></u></p>	<p>⑤ 제1항에 따라 외국인투자가 제한되지는 않으나, 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 외국인투자에 대하여 관계부처장관은 <u>국가</u>의 안전에 관한 법 제4조제2항제1호와의 <u>관련성</u>(이하 “국가안보위해”라 한다) 여부를 검토하여 줄 것을 산업자원부장관에게 요청할 수 있다.</p> <p>1. 「방위사업법」 제3조제7호에 따른 방위산업물자의 생산에 차질이 초래될 우려가 있는 경우</p>	<p>2. 다음 각 목에 모두 해당되는 외국인투자가 법 제4조제2항제1호에 따른 <u>국가의 안전 유지에 지장을 초래하는 경우</u>(이하 “국가안보위해”라 한다)에 해당하는지 여부에 대한 주무부장관의 검토 요청에 의하여 산업자원부장관이 위원회의 심의에 따라 국가안보위해에 해당하는 것으로 결정한 사항 가. 외국인이 이미 설립된 국내기업의 주식 등의 취득을 통하여 해당기업의 경영상 지배권을 실질적으로 취득하려는 경우 나. 다음의 어느 하나에 해당되는 경우 (1) 「방위사업법」 제3조제7호에 따른 방위산업물자의 생산에 지장을 초래할 우려가 있는 경우</p>

제5조(외국인투자제한 업종 등)	시행령 개정안 (입법예고안)	시행령 개정안 (공포안)
	<p>2. 「대외무역법」 제 19조 및 「기술개발촉진법」 제2조제4호에 따른 수출허가대상 물품이나 기술로서 군사 목적으로 전용될 가능성이 높은 경우</p> <p>3. 「국가정보원법」 제13조제4항에 따라 국가기밀로 취급되는 계약 등의 내용이 노출될 우려가 있는 경우</p> <p>4. 국내기업의 인수·합병을 추진하는 외국인이 국가의 안전에 지장을 초래할 우려가 있는 국가 또는 단체와 관련된 경우</p>	<p>(2) 「대외무역법」 제 19조 및 「기술개발촉진법」 제13조에 따른 수출 허가 또는 승인 대상 물품 등이나 기술로서 군사목적으로 전용될 가능성이 높은 경우</p> <p>(3) 「국가정보원법」 제13조제4항에 따라 국가기밀(이하 “국가기밀”이라 한다)로 취급되는 계약 등의 내용이 공개될 우려가 있는 경우</p> <p>(4) 국제평화 및 안전 유지를 위한 국제연합 등의 국제적 노력에 심각하고 중대한 지장을 초래할 우려가 있는 경우</p>

위 표에서 보는 바와 같이 입법예고안에서는 경영상 지배권 취득 여부와는 무관하게 ‘국가의 안전과의 관련성’에 해당하는 M&A 방식의 외국인투자라면 관계부처 장관의 요청에 따라 외국인투자심사 절차를 거쳐야 하지만, 최종 공포안에서는 경영상 지배권을 실질적으로 취득하려는 외국인투자에 한정하여 외국인투자심사대상 범위를 축소하였다. 이는 지분 취득 방식의 외국인투자의 정의가 원칙적으로 지분을 10% 이상 취득

기준이 적용되고 있는 점에 비추어, 10% 이상의 지분을 취득하는 모든 외국인투자가 심사를 거치도록 하는 방식이 과연 실효적인가라는 의문이 고려된 것으로 보인다. 또한, 입법예고안은 ‘국가의 안전과의 관련성’으로 규정하고 있는 반면, 최종 공포안은 ‘국가의 안전 유지에 지장을 초래하는’으로 변경되었는데, ‘관련성’이라는 용어가 지나치게 포괄적이라는 점이 고려된 것으로 추측된다.

한편, 개별 국가안보 상황과 관련해서는 「방위사업법」, 「대외무역법」, 「국가정보원법」의 문구 수정이 있었고, “국가의 안전에 지장을 초래할 우려가 있는 국가 또는 단체와 관련된 경우”는 “국제평화 및 안전 유지를 위한 국제연합 등의 국제적 노력에 심각하고 중대한 지장을 초래할 우려가 있는 경우”로 변경되었는데, ‘우려’, ‘관련’ 등의 불명확한 표현이 삭제되었다. 이에 대해서는 보호 범위가 넓어졌다고 평가하는 견해가 있는데, 외국인이 우려 국가 또는 단체와 관련된 경우보다 국제연합 등의 노력에 심각하고 중대한 지장을 초래할 우려가 있는 경우가 반드시 포괄적이라고 해석되는지는 의문이다.¹⁶⁵⁾

165) 김관호, 전개논문 (각주 35), p.7 각주14는 최종적으로 규정된 내용은 입법예고안과 비교하여 포괄적인 내용으로 대체된 것으로 평가하였다. 한편, 국내법상 “국제평화와 안전 유지를 위한 국제적 노력”이라는 문구가 포함된 법률은 「대외무역법」, 「공중 등 협박목적 및 대량살상무기확산을 위한 자금조달행위의 금지에 관한 법률」(테러자금금지법)과 「외국환거래법」이 있다. 「대외무역법」의 경우 제5조제4호에서 일반적으로 승인된 국제법규에서 정한 국제평화와 안전 유지 등의 의무를 이행하기 위하여 필요할 경우 물품 등의 수출과 수입을 제한하거나 금지할 수 있고, 「국제평화 및 안전 유지 등 의무이행을 위한 무역에 관한 특별조치 고시」를 통해 김벌리 프로세스 관련 다이아몬드 원석 무역, 이라크, 소말리아, 콩고민주공화국, 수단공화국, 레바논, 리비아, 시리아, 북한, 중앙아프리카공화국, 예멘, 남수단공화국 등의 무역에 관한 특별조치를 규정하고 있다. 2007년 12월 21일 제정된 「테러자금금지법」 제4조는 ①조약, 일반적으로 승인된 국제법규를 성실히 준수하기 위해 대량살상무기확산등의 규제가 필요한 경우, ②국제평화와 안전 유지를 위한 국제적 노력에 특히 기여하기 위하여 대량살상무기확산등의 규제가 필요한 경우 금융거래등제한대상자를 지정하여 고시할 수 있도록 규정되었다. 「외국환거래법」은 제15조제2항에서 ①조약, 일반적으로 승인된 국제법규를 성실하게 이행하기 위하여 불가피한 경우, ②국제평화 및 안전을 유지하기 위한 국제적 노력에 특히 기여할 필요가 있는 경우 외국환의 지급 또는 수령시 허가를 받도록 할 수 있도록 규정하였는데, 2009년 1월 30일 개정을 통해 입

4) 법령 개정을 통한 외국인투자심사 강화

외국인투자심사가 시행령에 2008년 입법된 이후 2020년까지는 외국인 투자심사와 관련한 법령상 개정 내역은 발견되지 않는다.

「외국인투자촉진법」은 2020년 국가안보와 관련되어 외국인이 방위 산업체의 신주 취득을 위해 투자하는 경우에도 산업통상자원부장관의 사전허가를 받도록 개정되었다(법률 제16944호, 2018.11.28. 발의, 2020.2.4. 일부개정, 이하 ‘2020년 법’이라 한다). 기존에는 방위산업체의 기존 주식을 취득하는 외국인투자에 대해서만 사전 허가를 받도록 규정하였는데, 기존 주식 이외에 새로 발행하는 주식을 취득하는 경우에도 허가사항으로 변경된 것이다. 2020년 법은 외국인투자위원회 당연직 위원에 국방부 차관, 방위사업청장 및 국가정보원 차장을 추가하여 외국인투자심사 기능을 강화하였다. 이 부분은 2007년 시행령을 마련할 당시부터 검토된 사항인데, 2020년 법률 개정을 통해 비로소 포함된 것이다.

2020년에는 안보심의 검토 요청권자가 주무부장관으로만 한정되었던 「외국인투자촉진법 시행령」(대통령령 제30918호, 2020.8.5. 개정·시행, 이하 ‘2020년 시행령’이라 한다)이 개정되어 주무부장관 이외에도 ‘정보 수사기관의 장’을 추가하여 국가안보에 전문성을 가진 정보수사기관에 의해서도 절차 개시가 가능하게 되었다. 2020년 법에서 외국인투자위원회의 당연직 위원에 국가정보원 차장을 추가한 것과 같은 맥락에서 국가정보원의 기능을 확대·강화한 것이라고 평가할 수 있다.

법되었다. 「금융거래제한대상자 지정 및 지정취소에 관한 규정」(금융위원회 고시)과 「국제평화 및 안전 유지 등의 의무이행을 위한 지급 및 영수 허가지침」(기획재정부고시)이 적용되는 대상은 UN 안보리 결의에 따른 제재위원회가 지명한 자 등이 특정되어 있다. 같은 문구를 사용하는 법령에서 제재대상자가 특정된 체계를 따르는 이상, 「외국인투자촉진법 시행령」만 달리 확대해석하기는 어렵다고 보인다. 따라서 “국제평화 및 안전 유지를 위한 국제연합 등의 국제적 노력에 심각하고 중대한 지장을 초래할 우려가 있는 경우”란 「대외무역법」, 「테러자금금지법」과 「외국환거래법」의 제한을 받는 대상자와 이들과 관련성이 있는 자로 해석하는 것이 법률의 통일적 해석에 부합한다고 판단된다. 그렇다면 입법예고안보다 최종 공포안이 포괄적이라고 해석하는 것은 타당하지 않다고 할 것이다.

2020년 개정 시행령은 안보심의 대상에 「산업기술보호법」에 따른 국가핵심기술의 유출 가능성이 높은 경우를 추가하였다는 점에서도 매우 중요한 의미를 가진다. 개정 전 법률에는 1) 「방위사업법」, 2) 「대외무역법」, 3) 「국가정보원법」, 4) 국제평화 및 안전 유지를 위한 국제연합 등의 국제적 노력에 심각하고 중대한 지장을 초래할 우려가 있는 경우로 규정되어 있었으나, 5) 「산업기술보호법」 부분이 추가된 것이다.

2022년에는 외국인투자 신고 시 국가안전 유지를 위한 투자심사 관련 서류를 제출하도록 하는 내용으로 「외국인투자촉진법 시행규칙」(산업통상자원부령 제484호, 2022.9.22. 개정·시행, 이하 ‘2022년 시행규칙’이라 한다)이 개정되었다. 이에 따라 경영상의 지배권을 취득하는 외국인 투자이면서 동시에 「방위사업법」에 따른 방위산업물자를 생산하는 기업이거나, 「대외무역법」에 따른 수출 허가 또는 승인 대상 물품을 생산하는 기업, 「국가정보원법」에 따라 국가기밀로 취급되는 계약을 보유하는 기업, 「산업기술보호법」에 따른 국가핵심기술을 보유한 기업에 해당하면 국가안보위해 여부 판단에 필요한 서류를 사전에 제출해야 하는 의무가 신설되었다.¹⁶⁶⁾

2022년에는 산업통상자원부 예규인 「외국인투자 안보심의 절차 운영 규정」(산업통상자원부 예규 제2022-15호, 2022.8.22. 제정·시행, 이하 ‘2022년 예규’라 한다)이 제정되었다. 2022년 예규는 시행령에 규정된 외국인투자심사 절차를 보다 명확하게 규정하고, 안보심의 전문위원회를 설치하여 전문성을 보강하였다.¹⁶⁷⁾ 예규는 ‘외국인투자 안보심의 대상’에 대해 “「외국인투자촉진법 시행규칙」 별지 제1호서식에서 외국인투자기업(투자대상 국내기업) 신고내용 중 ⑨경영상의 지배권 취득란 및 ⑩투

166) 「외국인투자촉진법 시행규칙」 별지 제1호서식 ‘주식등의 취득 또는 출연 방식에 의한 외국인투자 신고서’는 국가안보위해 여부 판단에 필요한 서류의 목록을 규정하고 있다.

167) 전문위원회는 산업통상자원부 이외에 기획재정부, 외교부, 국방부, 금융위원회, 국가정보원, 대한무역투자진흥공사, 전략물자관리원 등의 당연직 위원으로 구성하여 외국인투자위원회 당연직 위원 중에서 안보와 관련된 부처가 포함되면서, 위촉직 위원으로는 국방, 기술, 산업, 공급망, 보안, 법률 등 전문가를 포함하도록 하여 국방, 산업·기술, 공급망 등을 포괄하도록 규정되었다.

자대상 국내기업의 시행령 제5조제1항제2호 해당란에 모두 [v] 표시를 한 외국인투자 신고”라고 정의하여, 2022년 시행규칙에서 개정된 외국인투자 신고서란에 표시한 외국인투자에 대해 의무적으로 적용되는 구조로 규정하였다. 또한, ‘외국인투자 안보심의 절차’는 “안보심의 전문위원회의 사전검토를 거쳐 외국인투자위원회의 심의에 따라 산업통상자원부 장관이 결정하는 절차”라고 정의하여 전문위원회의 사전검토를 심의절차로 포함시켜, 시행령에 규정되어 있지 않은 안보심의 전문위원회의 검토까지 안보심의 절차에 포섭시켰다. 2022년 예규는 국가안보위해 심의기준을 위협요인, 취약요인, 국가안보위해 영향으로 구분하여, 위협요인은 외국인, 외국인 또는 외국정부의 영향력, 취약요인은 투자대상기업의 특성, 국가안보위해 영향으로 국방·치안 등에 대한 영향, 해당 분야 기술에 대한 영향, 공급망·산업·국가경제에 대한 영향, 무역·통상·국제투자 등에 대한 영향을 검토하도록 규정하였다.¹⁶⁸⁾

3. 우리나라 외국인투자심사의 특징과 의의

1) 논의의 개관

우리나라의 외국인투자심사제도는 외국인투자 일반에 적용되는 「외국인투자촉진법」, 개별 산업의 외국인투자에 적용되는 「방위사업법」, 「산업기술보호법」, 「국가첨단전략산업법」 등에 산재하고 있다. 우리나라의 외국인투자심사는 「외국인투자촉진법」, 「산업기술보호법」, 「국가첨단전략산업법」에서 이루어지는데, 국가핵심기술이나 전략기술을 보유하고 있는 기관에 대한 외국인투자에 대한 심사에 우선 적용되는 「산업기술보호법」이나 「국가첨단전략산업법」과 달리 「외국인투자촉

168) 박병석 의원 대표발의, “외국인투자촉진법 일부개정법률안” (2023.5.26.)은 외국인투자에 대한 관리와 제한을 국가안보와 경제안보 차원에서 접근할 수 있도록 「외국인투자촉진법」 제4조제2항제1호 “국가의 안전과 공공질서의 유지에 지장을 주는 경우”를 “국가·경제안보 또는 공공질서의 유지에 지장을 주는 경우”로 변경하는 내용이다.

진법」은 외국인투자의 대상기관이 기술을 보유하고 있는지 여부를 불문하고 적용되므로 일반법에 해당한다고 볼 수 있다.

「외국인투자촉진법」은 제4조제2항에서 “국가의 안전과 공공질서의 유지에 지장을 주는 경우” 외국인투자를 제한할 수 있도록 규정하고, 같은 법 시행령 제5조제1항제2호는 “다음 각 목에 모두 해당되는 외국인투자가 법 제4조제2항제1호에 따른 국가의 안전 유지에 지장을 초래하는 경우(이하 “국가안보위해”라 한다)에 해당하는지 여부에 대한 주무부장관 또는 정보수사기관의 장의 검토 요청으로 산업통상자원부장관이 외국인투자위원회의 심의에 따라 국가안보위해에 해당하는 것으로 결정한 사항”으로 규정한다. 즉, 외국인투자촉진법령상의 외국인투자심사는 ‘국가의 안전 유지에 지장을 초래하는’ 외국인투자에 대해 외국인투자위원회의 심의를 거쳐 산업통상자원부장관이 결정하는 절차이다.

「외국인투자촉진법」에 따른 외국인투자심사에 적용되는 법령은 「외국인투자촉진법」 제4조, 「외국인투자촉진법 시행령」 제5조제1항제2호, 「외국인투자에 관한 규정」 제6조, 「외국인투자 안보심의 절차 운영 규정」으로, 법률 제4조와 시행령 제5조는 아래와 같다.

< 외국인투자촉진법 >

제4조(외국인투자의 자유화 등)

- ① 외국인은 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 제한을 받지 아니하고 국내에서 외국인투자업무를 수행할 수 있다.
- ② 외국인은 다음 각 호의 경우 외에는 이 법에 따른 외국인투자를 제한받지 아니한다.
 - 1. 국가의 안전과 공공질서의 유지에 지장을 주는 경우
 - 2. 국민의 보건위생 또는 환경보전에 해를 끼치거나 미풍양속에 현저히 어긋나는 경우
 - 3. 대한민국의 법령을 위반하는 경우
- ③ 제2항 각 호의 어느 하나에 해당하여 외국인투자가 제한되는 업종과 제한 내용은 대통령령으로 정한다.

< 외국인투자촉진법 시행령 >

제5조(외국인투자제한업종 등)

① 법 제4조제3항에 따라 외국인투자가 제한되는 업종과 제한 내용은 다음 각 호와 같다.

1. 「경제협력개발기구에 관한 협약」 중 대한민국에 대한 경제협력 개발기구에 관한 협약가입 초청협정 부속서 1(「자본이동자유화규약」에 대한 유보)의 직접투자 부문에서 비거주자에 의한 국내 직접 투자의 유보내용과 양자간 또는 다자간 투자에 관한 협약의 부속서에 규정하는 유보내용의 범위를 고려하여 산업통상자원부장관이 주무부 장관과 협의하여 고시하는 다음 각 목의 사항

가. 외국인투자를 허용하지 아니하거나 부분적으로 허용하는 업종(이하 “제한업종”이라 한다)

나. 가목에 따라 외국인투자를 부분적으로 허용하는 업종별 외국인의 총투자허용비율(이하 “외국인투자허용비율”이라 한다)

다. 외국인투자가 및 국내 합작투자 당사자의 자격

라. 그 밖에 외국인투자의 허용 시기 등 허용 기준

2. 다음 각 목에 모두 해당되는 외국인투자가 법 제4조제2항제1호에 따른 국가의 안전 유지에 지장을 초래하는 경우(이하 “국가안보위해”라 한다)에 해당하는지 여부에 대한 주무부장관 또는 정보수사기관의 장의 검토 요청으로 산업통상자원부장관이 외국인투자위원회의 심의에 따라 국가안보위해에 해당하는 것으로 결정한 사항

가. 외국인이 이미 설립된 국내기업의 주식등의 취득을 통하여 해당 기업의 경영상 지배권을 실질적으로 취득하려는 경우

나. 다음의 어느 하나에 해당되는 경우

1) 「방위사업법」 제3조제7호에 따른 방위산업물자(이하 “방위산업물자”라 한다)의 생산에 지장을 초래할 우려가 있는 경우

2) 「대외무역법」 제19조에 따른 수출 허가 또는 승인 대상 물품 등 이나 기술로서 군사목적으로 전용될 가능성이 높은 경우

- 3) 「국가정보원법」 제4조제1항제2호에 따라 국가기밀(이하 “국가기밀”이라 한다)로 취급되는 계약 등의 내용이 공개될 우려가 있는 경우
- 4) 국제평화 및 안전 유지를 위한 국제연합 등의 국제적 노력에 심각하고 중대한 지장을 초래할 우려가 있는 경우
- 5) 「산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률」 제2조제2호에 따른 국가핵심기술의 유출 가능성이 높은 경우

‘외국인투자’는 「외국인투자촉진법」 제2조제1항제4호에 따라 ‘외국인’이 대한민국 법인 또는 기업과 지속적인 경제관계를 수립할 목적으로 투자금액이 1억 원 이상으로서 ㉠의결권 있는 주식총수나 출자총액의 100분의 10 이상을 소유하거나, ㉢주식 등을 소유하면서 임원(이사, 대표이사, 업무집행을 하는 무한책임사원, 감사나 이에 준하는 자로서 경영상 중요의사결정에 참여할 수 있는 권한을 가진 자)을 파견하거나 선임하는 것을 의미한다.¹⁶⁹⁾ 이에 따라 ‘외국인투자’는 ‘외국인’이 1억 원 이상의 투자금액으로 ‘국내기업’의 10% 이상 지분율을 취득하는 행위를 의미하고, 그에 따라 주식 등을 소유한 외국인은 ‘외국인투자가’로 정의된다. 따라서 외국인투자가가 출자한 기업인 ‘외국인투자기업’은 우리나라 「상법」에 의해 설립되는 국내법인이고, 외국인투자기업의 투자행위는 외국인투자가 아니므로 「외국인투자촉진법」의 규제 대상이 아니다.

169) 「외국인투자촉진법」상 ‘외국인투자(inbound 투자)’의 정의에는 주식취득 이외에도 5년 이상의 차관, 비영리법인 출연, 미처분이익잉여금의 처분이 있으나, 외국인투자심사는 이 중에서 주식취득의 경우로 한정된다. 참고로 ‘해외(직접)투자(outbound 투자)’는 「외국환거래법」 제3조에 따라 ①외국법령에 따라 설립된 법인(설립 중인 법인을 포함한다)이 발행한 증권을 취득하거나 그 법인에 대한 금전의 대여 등을 통하여 그 법인과 지속적인 경제관계를 맺기 위하여 하는 거래 또는 행위, 또는 ② 외국에서 영업소를 설치·확장·운영하거나 해외사업 활동을 하기 위하여 자금을 지급하는 행위를 의미하는바, inbound 투자는 ‘외국인투자’, outbound 투자는 ‘해외투자’ 용어를 사용한다. 다만, 「산업기술보호법」 제11조의2(국가핵심기술을 보유하는 대상기관의 해외인수·합병등)는 국가핵심기술을 보유하는 대상기관이 해외인수·합병, 합작투자 등 외국인투자를 진행하려는 경우를 규정하고 이는 inbound 투자에 해당함에도 불구하고 ‘해외인수·합병등’이라는 용어를 사용하고 있다.

2) ‘심의’인가 ‘심사’인가

「외국인투자촉진법 시행령」 제5조는 외국인투자가 국가안보위해에 해당하는지 여부에 대해 외국인투자위원회의 ‘심의’를 거쳐 산업통상자원부 장관이 결정하도록 규정하고 있다. 그에 따라 산업통상자원부예규로 제정된 「외국인투자 안보심의 절차 운영규정」은 ‘안보심의 절차’라는 용어를 사용하고 있다.

그런데 언론보도에서는 국가안보를 이유로 하는 ‘외국인투자심사’로 표현하는 경우가 많고, 보고서에서도 ‘심사’라는 용어를 사용하는 경우가 종종 발견된다.¹⁷⁰⁾ 그렇다면 외국인투자심사인지, 안보심의인지와 관련된 용어 문제부터 검토할 필요가 있을 것이다.

「외국인투자촉진법 시행령」 제5조제1항제2호는 외국인투자심사를 “산업통상자원부장관이 외국인투자위원회의 심의에 따라 국가안보위해에 해당하는 것으로 결정한 사항”으로 규정하고 있다. 국어사전은 ‘심의(審議)’의 사전적 의미를 “심사하고 토의하는 것”, ‘심사(審査)’의 사전적 의미를 “자세히 조사하여 등급이나 당락 따위를 결정하는 것”으로 정의한다.¹⁷¹⁾ 이러한 정의에 따르면 ‘심의’는 결정권 없이 토론만 하는 것으로, 결정의 의미까지는 포함되지 않은 것으로 해석된다.¹⁷²⁾

170) 언론보도에는 “외국인투자심사 강화하는 美, 한국기업 대미투자도 영향받나”, 한국무역협회 (2022.9.16.), 보고서는 정형곤·김서희, 전개보고서 참조. 한편, 박균성·윤기중, “수리를 요하는 신고의 구별기준에 관한 연구”, 경희법학 제48권 제4호, 경희대학교 법학연구소 (2013)는 ‘심사’는 법에서 요구하는 기준을 충족했는지 여부를 조사·판단하는 과정으로, 행정청의 사후적·공권적 확인행위로서, 형식적 심사와 실질적 심사로 구분된다고 설명한다. 형식적 심사는 사인이 제출한 신고서류에 한정하여 직관적·피상적으로 판단하는 것이고, 실질적 심사는 신고의 근거법령상의 요건뿐만 아니라 관련법령상 요건 충족 여부, 입법취지, 당해법령의 보호법익, 실체법상의 권리관계와 일치하는지 여부 등을 행정청이 보유한 정보를 활용하거나 실사하는 등의 방법까지 포함하여 심사하는 것이다. 외국인투자심사는 실질적 심사의 일종이다.

171) 국립국어원, ‘심사’와 ‘심의’와 ‘검열’의 차이, <<https://ko.dict.naver.com/#/correct/korean/info?seq=7208>>, (2023.7.23. 최종방문).

172) 참고로 헌법재판소의 「사립학교법」 제29조제4항제1호 등 위헌확인(2013헌마692, 2016.2.25.) 사건에서 ‘심의’와 ‘심사’의 차이가 문제된 바 있다. 「사립학교법」상의 등록금위원회 조항은 등록금심의위원회의 ‘심의’만을 거치는 것

「외국인투자촉진법 시행령」은 국가안보위해의 우려가 있는 외국인 투자에 관해 외국인투자위원회의 ‘심의’를 거쳐 산업통상자원부장관이 투자불허를 ‘결정’하는 것을 규정하는바, ‘심의’와 ‘결정’이 모두 포함된 절차로 해석된다. 따라서 ‘심의’와 ‘결정’까지 포함하여 ‘외국인투자심사’라고 사용하는 것이 정확한 용어 사용이라고 판단된다. 본 연구가 다루는 것은 외국인투자 심의뿐만 아니라 결정도 포함하는 일련의 절차이므로, ‘외국인투자심사’라는 용어를 사용한다.¹⁷³⁾

3) 타법상의 외국인투자심사제도

(1) 산업기술보호법상의 외국인투자심사제도

「외국인투자촉진법」이 외국인투자에 관하여 일반적으로 적용되는 법률임에 반해, 「산업기술보호법」은 산업기술의 유출방지 및 보호에 관하여 특별법적 지위에 있는 법률이다. 「산업기술보호법」은 “국내외 시장에서 차지하는 기술적·경제적 가치가 높거나 관련 산업의 성장잠재력이 높아 해외로 유출될 경우 국가의 안전보장 및 국민경제의 발전에 중대한 악영향을 줄 우려가 있는 기술”인 ‘국가핵심기술’을 특별히 보호

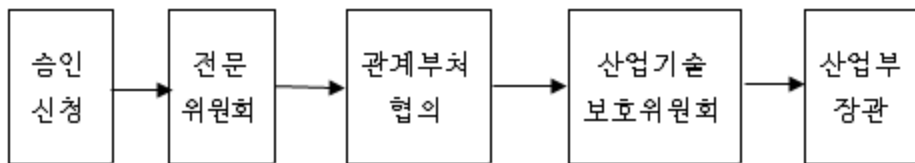
으로 되어 있었는데, 법제사범위원회 과정에서 ‘심사·의결’을 거치도록 변경되었다. 청구인들은 이에 대해 입법절차의 하자를 주장하였고, 국회 교육위원회 수석전문위원은 ‘심의’는 결정권 없이 토론만 하는 것이고 ‘심사’에는 결정이 포함되어 있어 다른 개념인바, ‘심의’를 ‘심사·의결’로 수정한 것은 잘못이라는 입장을 표명하였다. 다만, 헌법재판소는 등록금위원회 조항의 입법절차가 헌법이나 국회법에 위반된다고 하더라도 그와 같은 사유만으로 기본권 침해의 현재성, 직접성을 인정할 수는 없다고 하였다. “심의와 심사, 단어 하나 차이가 헌법소원까지”, 머니투데이 (2019.4.24.) 참조.

173) UNCTAD는 ‘National Security-Related Screening Mechanism’, OECD는 ‘Investment Screening Mechanism related to National Security’, 미국은 ‘National Security Reviews’, EU는 ‘Foreign Investment Screening Mechanism’ 등으로 표현한다. 산업통상자원부도 ‘외국인투자심사’라는 용어를 사용한다. 산업통상자원부 보도자료, “인수·합병(M&A)형 외국인투자에 대한 안보심사 실효성 제고 - 산업부, 「외국인투자 안보심의 절차 운영규정」 제정·시행” (2022.8.23.) 참조.

한다. 그에 따라 국가핵심기술을 수출하는 경우나 국가핵심기술 보유기관의 해외 M&A의 경우에는 산업통상자원부장관의 승인·신고 등 절차가 규정되어 있다.

이 중에서 국가핵심기술 보유기관의 해외 M&A는 제11조의2(국가핵심기술을 보유하는 대상기관의 해외인수·합병)에 포함되어 있는데, 국가핵심기술 보유기관이 해외인수·합병, 합작투자 등 외국인투자의 대상이 되는 경우 산업기술보호위원회의 심의를 거쳐 승인할 수 있도록 규정하였다. 산업통상자원부장관은 해외인수·합병 등이 국가안보에 미치는 영향을 검토하여 조건부 승인 등을 할 수 있고, 국가안보에 심각한 영향을 줄 수 있다고 판단하는 경우에는 해외인수·합병 등에 대하여 중지·금지·원상회복 등의 조치를 명할 수 있다.

[그림 2] 산업기술보호법상의 심사절차¹⁷⁴⁾



(2) 국가첨단전략산업법상의 외국인투자심사제도

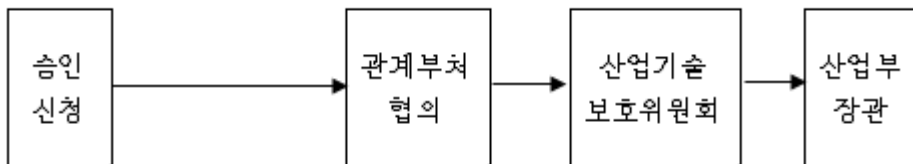
「국가첨단전략산업법」은 2022년 2월 3일 제정된 법률로서, “공급망 안정화 등 국가·경제안보에 미치는 영향 및 수출·고용 등 국민경제적 효과가 크고 연관산업에 미치는 파급효과가 현저한 기술”인 ‘국가첨단전략기술’(이하 ‘전략기술’이라 한다)과 이와 같은 전략기술을 사업화하는 ‘국가첨단전략산업’의 혁신생태계 조성을 위해 마련되었다.

174) 승인절차는 국가로부터 연구개발비를 지원받아 국가핵심기술을 보유한 경우에 적용되고, 국가로부터 연구개발비를 지원받지 않고 국가핵심기술을 보유한 경우에는 신고절차가 적용된다. 신고절차는 해당기관의 해외인수·합병 신고 → 전문위원회 개최 → 산업통상자원부 장관 결정의 순서로 진행된다.

「국가첨단전략산업법」은 「산업기술보호법」과 유사한 법체제로 규정되어 있다. 즉, 전략기술의 수출과 전략기술 보유자의 해외 M&A에 관해 산업통상자원부 장관의 승인 절차를 규정하고 있는데, 전략기술 보유자가 해외인수·합병, 합작투자 등 외국인투자를 진행하려는 경우 산업기술보호위원회의 심의를 거쳐 승인할 수 있도록 규정한다. 산업통상자원부 장관은 해외인수·합병이 국가·경제안보에 미치는 영향을 검토하여 조건부 승인 또는 중지·금지·원상회복 등의 조치를 명할 수 있다.

「국가첨단전략산업법」은 전략기술의 보호조치에 관해 보충적으로 「산업기술보호법」에 따르도록 규정하였다(제4조제2항). 이에 따라 「국가첨단전략산업법」상의 절차는 전략기술을 보유한 자에 대한 외국인투자심사에 해당하며, 전략기술을 보유한 자에 대한 외국인투자가 문제될 경우에는 「국가첨단전략산업법」이 우선 적용되고, 「산업기술보호법」이 보충적으로 적용되는 구조이다.

[그림 3] 국가첨단전략산업법상의 심사절차



(3) 외국인투자촉진법상의 외국인투자심사와의 관계

「외국인투자촉진법」은 외국인투자를 지원하고 외국인투자에 편의를 제공하여 외국인투자 유치를 촉진함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적(제1조)으로 하는 법률이다. 「산업기술보호법」이 산업기술의 부정확한 유출을 방지하고 산업기술을 보호함으로써 국내산업의 경쟁력을 강화하고 국가의 안전보장과 국민경제의 발전에 이바지함을 목적(제1조)으로 하는 법률이고, 「국가첨단전략산업법」이 국가첨단전략산업

의 혁신생태계 조성과 기술역량 강화를 통해 산업의 지속가능한 성장기반을 구축함으로써 국가·경제안보와 국민경제발전에 이바지함을 목적(제1조)으로 하는 법률이라는 것과는 구별된다고 할 것이다.

이들 법률에 규정된 외국인투자심사제도를 정리하면 아래 표와 같다.

[표 6] 외국인투자촉진법·산업기술보호법·국가첨단전략산업법 비교

구분	외국인투자촉진법	산업기술보호법	국가첨단전략산업법
근거 규정	법률 제4조, 시행령 제5조제1항	법률 제11조의2, 시행령 제18조의2 내지 제18조의7	법률 제13조, 시행령 제19조 내지 제22조
심사 기관	산업부장관(결정) 외국인투자위원회 (심의)	산업부장관(결정) 산업기술보호위원 회(심의)	산업부장관(결정) 산업기술보호위원회 (심의)
신고 의무	외국인	국가핵심기술 보유기관	전략기술보유자
제재 조치	M&A 불허	M&A 불허, 벌칙 (15년 이하 징역, 15억원 이하 벌금)	M&A 불허, 벌칙 (20년 이하 징역, 20억원 이하 벌금)
심사 기한	검토요청 후 90일 이내	승인신청은 접수일 부터 45일 이내 (기술심사기간 제외)	승인신청은 접수일 부터 45일 이내 (기술심사기간 제외)

그렇다면 각 법률상의 외국인투자심사는 어떤 관계에 있는 것으로 보아야 하는가? 법제처는 「대외무역법」상의 전략물자이면서 동시에 「산업기술보호법」상의 국가핵심기술에 해당하는 기술의 수출이 문제된 사안에서 「대외무역법」과 「산업기술보호법」의 입법 목적이 다른 별개의 법률이고, 어느 법률이 다른 법률에 우선하여 배타적으로 적용되는 관계에 있지 않다는 점에 주목했다. 이에 따라 법제처는 어떤 행위가 양 법률의 요건에 모두 해당한다면 「대외무역법」과 「산업기술보호법」이

모두 적용되는바, 「대외무역법」 상의 수출허가와 「산업기술보호법」 상의 신고를 각각 해야 한다고 해석하였다.¹⁷⁵⁾ 이는 「대외무역법」과 「산업기술보호법」의 입법 목적이 다르고, 전략물자와 국가핵심기술을 지정하여 운영하는 목적도 다르기 때문에 일반법, 특별법 관계로 볼 수 없다고 판단한 것이다. 즉, 법제처는 일반법, 특별법 관계를 입법목적과 적용에 관한 규정을 기준으로 구분하였다.

「외국인투자촉진법」은 외국인투자 유치, 「산업기술보호법」은 산업기술유출방지 및 보호, 「국가첨단전략산업법」은 국가첨단전략산업 강화라는 측면이 강조되고 있다는 점에서 차이점이 발견된다. 또한, 외국인투자심사에 관해서는 각 법률에서 서로 다른 심사절차를 규정하고 있어 상호 모순·저촉되는 경우에 해당한다. 예컨대 국가핵심기술을 보유한 기업이 외국인투자의 대상이 되는 경우 「외국인투자촉진법」, 「산업기술보호법」, 국가핵심기술이면서 동시에 전략기술에 해당하는 기술을 보유한 기업이 외국인투자의 대상이 되는 경우 「외국인투자촉진법」, 「산업기술보호법」, 「국가첨단전략산업법」에 규정된 심사절차를 모두 거쳐야 하는지 등에서 모순·저촉 가능성이 문제될 수 있다.¹⁷⁶⁾

한편 위 법률들은 국민경제의 발전이라는 목적에서는 공통점이 있다. 또한 「외국인투자촉진법」과 「산업기술보호법」, 「국가첨단전략산업법」 상의 외국인투자심사는 모두 ‘국가안보’를 보호하기 위한 목적으로 외국인의 M&A를 심사한다는 점에서도 공통점이 있고, 「외국인투자촉진법」은 「산업기술보호법」을, 「국가첨단전략산업법」은 「산업기술보호법」을 인용하기도 한다.

「산업기술보호법」은 산업기술의 유출방지 및 보호에 관하여는 다른

175) 법제처 유권해석 20-0467, “산업통상자원부-전략물자이자 국가핵심기술에 해당하는 기술을 수출허가 등 없이 수출하는 경우에 대한 행정처분 가능 여부” (2020.9.17.) 참조.

176) 예컨대 「국가첨단전략기술 지정 등에 관한 고시」(산업통상자원부 고시 제2023-108호, 2023.6.2.)에 따른 반도체 분야 기술 중 ‘픽셀 0.8 μ m 이하 이미지센서 설계·공정·소자 기술’은 전략기술로 지정되었는데, 「국가핵심기술 지정 등에 관한 고시」(산업통상자원부 고시 제2023-060호, 2023.4.6.)에서는 ‘픽셀 1 μ m 이하 이미지센서 설계·공정·소자’가 국가핵심기술로 지정되어 있다. 따라서 국가핵심기술이면서 동시에 전략기술에 해당할 수 있다.

법률에 우선하도록 규정한다(제4조). 「국가첨단전략산업법」은 전략기술의 보호조치에 관해서는 「국가첨단전략산업법」을 우선 적용하고, 보충적으로 「산업기술보호법」을 적용하도록 규정하고 있다(제4조제2항). 그에 따라 국가핵심기술을 보유한 대상기관의 M&A에는 「산업기술보호법」이 적용되고, 전략기술 보유자의 M&A에는 「국가첨단전략산업법」이 우선 적용된다. 그렇다면 외국인투자로 인한 국가안보심사체계는 각 법률에서 규정하고 있는 기술에 해당된다는 전제 하에 「국가첨단전략산업법」, 「산업기술보호법」, 「외국인투자촉진법」이 특별법과 일반법 관계에 있는 것으로 보아야 한다.¹⁷⁷⁾

따라서 국내기업을 대상으로 하는 외국인투자의 M&A 국가안보위해여부는 대상기업이 국가핵심기술이나 전략기술을 보유하지 않은 이상 외국인투자 일반에 적용되는 「외국인투자촉진법」과 같은 법 시행령에 규정된 외국인투자심사 절차에 따라 결정되는 것으로 해석된다. 이렇게 해석하는 것이 외국인투자를 통한 국가안보위해 가능성을 방지하고자 하는 입법자의 의도에 부합하는 것이기도 하다.

[그림 4] 외국인투자촉진법상의 심사절차



177) 특별법 우선의 원칙은 동일한 형식의 성문법규인 법률이 상호 모순·저촉되는 경우에 적용되는 것이고 법률이 상호 모순·저촉되는지 여부는 법률의 입법목적, 적용범위 및 규정사항 등을 종합적으로 검토하여 판단한다(대법원 1989.9.12. 선고 88누6856 판결, 1997.7.22. 선고 96다38995 판결 등).

4) 우리나라 외국인투자심사의 특징

미국 등 다른 국가와 구별되는 우리나라 외국인투자심사만의 특성은 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, 우리나라의 외국인투자심사는 「산업기술보호법」, 「국가첨단전략산업법」 등의 특별법부터 우선 적용되는바, 단일법 체제에서 외국인투자심사대상을 규정하여 운영하는 국가와 차이가 있다. 특히 산업기술보호 법제는 독자적인 법체계로 평가되는바, 우리나라 외국인투자심사는 특정 기술 중심의 특별법과 외국인투자 일반에 적용되는 「외국인투자촉진법」이라는 다원화된 구조로 외국인투자심사가 이루어진다는 특징이 있다.¹⁷⁸⁾

둘째, 우리나라의 외국인투자심사는 「외국인투자촉진법」상 ‘외국인투자 신고’를 기반으로 하기 때문에 게이트키퍼(gatekeeping) 기능이 강력한 것으로 평가할 수 있다. 외국인투자 신고는 대한무역투자공사 또는 외국환은행에서 접수하는데, 우리나라에서는 외국인투자 신고가 있어야 외국인투자 자금을 송금받을 수 있으므로, 외국인투자 신고는 투자자금 송금을 받기 위한 전 단계로서의 의미 이외에도 외국인투자 자금 유입을 실현하는 기능까지 있다. 게다가 2022년 예규는 외국인투자 신고가 있으면 수탁기관의 통보로 외국인투자심사가 개시되도록 규정했는데, 정부가 사실상 모든 외국인투자 신고를 모니터링할 수 있는 구조로 설계되었다.¹⁷⁹⁾ 우리나라의 외국인투자심사는 외국인투자 신고와 동시에 이루어지고, 외국인투자심사만을 위한 신고나 신청절차는 별도로 마련되어 있지 않으므로, 이러한 의미에서 외국인투자 신고는 사실상 ‘의무적 신고’의 성격을 가진다고 평가할 수 있다.

이에 반하여 미국 등에서는 ‘자발적 신고(voluntary notice filing)’에 의해 외국인투자심사가 개시되는 것이 원칙이다.¹⁸⁰⁾ 따라서 미국에서는

178) 현대호, “산업기술의 보호에 관한 법제 연구”, 법제연구 제36호, 한국법제연구원 (2009), p.349 각주 3은 「산업기술보호법」과 유사한 외국 입법례는 찾기 어렵다고 분석하였다.

179) 「외국인투자 안보심의 절차 운영규정」 제3조(수탁기관의 통보 등) 참조.

외국인투자심사와 관련하여 외국인이 신고하지 않은 경우의 모니터링이 중요하고, ‘자발적 신고’를 보완하기 위해 일정한 유형의 거래에 ‘의무적 신고(mandatory filing)’를 강제하는 방식으로 제도를 운영하고 있다.¹⁸¹⁾ 이러한 점에서 우리나라의 제도는 외국인투자 신고단계부터 스크리닝이 가능하도록 고안되어 강력한 정책도구로 사용할 수 있는 가능성을 제시하고 있다고 할 수 있다. 그러나 이런 구조적인 설계에도 불구하고 현재 까지의 제도 운영은 소극적인 것으로 평가된다.

셋째, 우리나라의 외국인투자심사는 단심으로 운영된다. 미국의 경우 검토(review), 조사(investigation)의 2단계로 운영하고, 독일과 프랑스도 심사와 심층 조사의 2단계로 운영하고 있다. 이들 국가는 비교적 간단한 사안인 경우 단시간에 심사를 종료하고, 필요한 경우에 한정하여 2단계 심층 조사를 한다. 다만 총 심사기간은 우리나라의 경우 90일, 미국은 105일 정도로 큰 차이는 없는 것으로 보인다.

넷째, 미국을 포함한 주요국이 첨단기술이나 민감정보 등을 국가안보 영역으로 포섭하여 외국인투자심사대상으로 하고 있는 것과 비교할 때, 우리나라는 첨단기술의 경우는 「산업기술보호법」, 「첨단전략산업법」 등에 따라 지정된 기술에 한정하여 특별히 보호하지만, 민감정보 등에 관해서는 외국인투자심사 법제에 포함하지 않고 있다.¹⁸²⁾ 게다가 「외국인투자촉진법」에서 보호하는 대상은 협소하고, 작동 가능성, 실효성 측면에서도 문제가 있는바, 후술한다.

다섯째, 「외국인투자촉진법」에는 외국인투자심사에 대한 벌칙 규정이 마련되어 있지 않다.¹⁸³⁾ 「외국인투자촉진법」에는 외국인투자 허가

180) 31 CFR § 800.501 참조.

181) FIRMA는 이른바 TID US Business에 대한 외국인투자에 관하여 의무적 신고제도를 도입하였다.

182) 박병석 의원 대표발의, “국가첨단전략산업법 일부개정법률안” (2023.5.26.)에는 개인의 민감한 데이터를 보유한 기업에 대해 외국인투자가 이루어질 경우 국가·경제안보에 위협을 가져올 중요기술정보 자산이 해외로 유출될 가능성이 높다는 이유로 주요기반시설·개인민감데이터 보유기업의 외국인투자에 관해서도 정부의 승인·신고를 받도록 하는 내용이 포함되어 있다.

183) 「산업기술보호법」에는 15년 이하 징역, 15억 원 이하 벌금, 「국가첨단전략산업법」은 20년 이하 징역, 20억 원 이하 벌금의 벌칙 조항이 포함되어

나 신고와 관련하여 거짓 서류 제출의 경우 벌칙이 있을 뿐이다. 외국인 투자심사 결과를 이행하지 않을 경우 벌칙은 없고, 「외국인투자촉진법 시행령」 제5조제10항에서 외국인투자심사 불허용 결정에 따른 주식 양도 의무만 규정하고 있다. 반면, 미국은 외국인투자심사 신고의무 미이행, CFIUS 시정조치 불이행, 허위 기재 등에 관한 벌칙 조항이 있다.¹⁸⁴⁾

이러한 점을 고려하면 「외국인투자촉진법」에 따라 외국인투자심사에 적용되는 제재 수단은 미비된 것으로 평가할 수 있다. 이러한 구조는 2022년 예규에서 게이트키퍼 기능을 강화하여 외국인투자 신고와 동시에 외국인투자심사가 개시되는 구조로 설계하면서, 벌칙까지 포함하는 것은 전면적인 모니터링이 가능하다는 측면을 고려할 때 과도할뿐더러 외국인 투자 유치에 저해할 우려가 있다는 현실적인 고려가 작용한 것으로 추측된다.

있다.

184) US Department of the Treasury, “CFIUS Enforcement and Penalty Guidelines” (2022.10.20.) 참조.

제3장 외국인투자심사에 대한 국제법적 고찰

제1절 국가안보의 상시화와 국제법상 예외

1. 문제의 제기

Sornajarah는 주권국가는 국가이익을 손상시키는 외국인투자에 대하여 조치할 수 있는 국제관습법상의 권리가 있다고 주장하였다.¹⁸⁵⁾ 외국인투자심사는 ‘국가안보’를 위협하는 외국인투자가 대상이므로, ‘국가안보’가 문제되고, 이에 따라 ‘국가안보’ 법리가 적용되는 것으로 이해되고 있다. 그렇기 때문에 국제법 차원에서는 ‘국가안보’ 예외 법리 적용에 따라 WTO 안보예외조항이나 양자투자협정(BIT), FTA 협정상의 안보예외조항이나 유보 등을 중심으로 연구되고 있다.¹⁸⁶⁾

그동안 국제법상 ‘국가안보’에 관해서는 전통적인 국방상·외교상의 국가안보 개념이 적용되는 것으로 이해하면서, 국제경제적 영역에서의 ‘국가안보’에 관해서는 특별히 논의되지 않았다. GATT/WTO 협정에는 국가안보 예외조항이 포함되어 있지만, 기존 국제경제법 체계에서는 국가안보를 예외적인 상황에서만 원용할 수 있도록 규율하여, 무역·투자자유화와 국가안보 예외는 별개의 단절된 활동으로 간주되었다.¹⁸⁷⁾ 국가안보가 문제되는 상황에서 국가들은 정치적으로 해결하거나 상호자제(mutual restraint)하면서 해결하려는 경향이 나타났는데, 국제경제법 체계에서 국가안보가 쟁점이 되는 경우는 드물었다. 결국 기존의 국제법 체계에서 국가안보가 논의되는 국면은 ‘예외’라는 상황이 전제되어 있다

185) Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge University Press, 2021), p.104 참조.

186) 대표적인 연구로 Voon, Tania and Merriman, Dean, “Is Australia’s Foreign Investment Screening Policy consistent with International Investment Law?”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol.23, No.1 (2022) 참조.

187) Heath, J. Benton, 전제논문, pp.1025-1027 참조.

고 할 것이다.

그러나 외국인투자심사에 있어서의 국가안보 개념은 경제안보를 포괄하는 광의의 국가안보 개념으로 변화하고 있다. 더구나 외국인투자심사는 통상적인 거래관계(ordinary economic activity)에서 적용되므로, ‘예외’적인 상황이 아닌, 보통의 상시적인 거래관계에서 작동한다는 점에서 기존의 법체계와는 차이가 발생한다.

아래에서는 국제법 측면에서의 외국인투자심사를 고찰하면서 기존의 국제법 체계에서의 국가안보 예외 논의와 국가실행을 분석하고, 외국인투자심사에서 기존의 ‘국가안보’ 법리를 적용하는 것이 타당한지를 검토하고자 한다.

2. 국가안보 예외 법리의 발전과 변화

1) 국가안보 예외조항의 등장

제2차 세계대전 이후 GATT 체제가 출범하면서 국제경제법에서는 이른바 안보예외(security exceptions) 조항이 등장하였다. 안보예외조항인 GATT 제21조는 1946년 미국 대표가 국제무역기구(International Trade Organization, 이하 ‘ITO’라 한다) 헌장 제정 회의에서 예외조항을 제안하면서 논의되기 시작했다.¹⁸⁸⁾ 자기판단(self-judging)의 근거가 되는 안보예외조항의 “which it considers” 문구는 1947년 미국 대표가 제안하여 ITO 헌장 최종안에 포함되었다가 GATT 제21조로 성안되었는데, 미국 대표는 네덜란드 대표의 질의에 “예외조항을 지나치게 광의로 규정하면 결과적으로 모든 조치를 예외로 허용되는 결과가 되므로, 실질적인 안보 이익을 보호할 수 있으면서, 동시에 가능한 모든 상황에서 산업을 보호하는 방안으로 사용되지 않도록 예외조항을 제한적으로 마련하는 것이 좋다고 생각했다.”고 답변하였다.¹⁸⁹⁾ 이에 따라 GATT 제21조는 회원국

188) GATT 제21조의 입법연혁은 Report of the Panel, *Russia-Measures concerning Traffic in Transit*, WT/DS512/R (2019.4.5.), paras.7.83-7.100.

의 중대한 안보이익을 보호하기 위해 또는 국제평화와 안보 유지를 위한 조치를 취할 수 있는 여지를 확보하기 위해 입안되었고,¹⁹⁰⁾ GATT상의 모든 의무로부터 예외로 작동하도록 의도된 것으로 평가되었다.¹⁹¹⁾

그런데 해당국가만이 국가안보 예외 사항과 해당 조치에 관해 결정할 수 있다는 이른바 ‘자기판단(self-judging)’이라는 성격은 통상적인 경제 활동과 국가안보라는 예외적인 상황을 구분하는 경계로 활용되었다.¹⁹²⁾ 국가들은 ‘자기판단’ 영역이라는 이유로 국제분쟁에서 상대적으로 자유로운 ‘안보예외’를 원용하고, 그 대신 정치·경제적 비용을 감수하면 국제법상 의무로부터 벗어날 수 있었다. 그럼에도 불구하고 국가들은 국가안보와 관련된 상황에서 안보예외조항의 원용을 자제하고, 정치적으로 압력을 행사하는 등으로 상황을 해결하였다. 즉, 국가안보가 작동하는 영역과 통상적인 무역·투자 영역은 별개의 영역으로 여겨졌고, 국가안보는 통상적인 경제 규제로부터 벗어난 광범위하고 유연한 예외조항의 적용을 받는다고 인식되었다.¹⁹³⁾ GATT 시절인 1982년 영국-아르헨티나 포클랜드 분쟁이 발발하여 EC, 호주, 캐나다가 아르헨티나에 금수조치를 취했고, GATT 이사회가 아르헨티나 요청에 따라 안보예외조항을 검토하였으나, 당사국간의 합의로 취하되어 결론까지 도출되지 못했던 것은 이런 배경에서 이해할 수 있다.¹⁹⁴⁾ 결국 국가들은 국제경제법과 국가안보를

189) Ibid, paras.7.87-7.92, Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Verbatim Report, E/PC/T/A/PV/33 (1947.7.24.) 참조.

190) 한국경제경제법학회, 전게서, p.180.

191) Mavroidis, Petros, *The Regulation of International Trade: GATT* (The MIT Press, 2016), p.479.

192) Heath, J. Benton, 전게논문, p.1025 이하 논의 참조.

193) Ibid, p.1031 참조. Pinchis-Paulsen, Mona, 전게논문 (2022), p.527 참조.

194) General Agreement on Tariffs and Trade, Minutes of Meeting(C/M/157) (1982.5.7.), pp.2-11에서 아르헨티나는 해당 조치가 선진국이 개도국에 대해 취한 경제제재로서 정치적인 동기에 의한 것이므로 GATT 체제에 위협이 되는바, 패널은 심사권한을 가진다고 주장하였다. 이에 대해 미국은 안보예외조항은 국제위기 상황에서 필요한 조치를 회원국 스스로 결정하는 자기판단 사항인바, GATT는 정치적인 쟁점이나 국가안보 문제에 관해 심사할 권한이 없다는 입장이었다. EC, 캐나다, 호주는 안보예외조항은 회원국이 최종적인 결정권자가 된다는 의미로 해석하면서, GATT는 정치적인 결정을 회피해야

논의의 결을 달리하는 별개의 제도로 인식하고, 국제경제법 틀 안에서 국가안보를 적용하는 것을 자제하는 입장이었다고 평가할 수 있다.

2) 국가안보의 확대와 상시화

냉전이 종식된 이후에는 통상적인 무역·투자 규범과 국가안보의 개념이 서로 중첩되기 시작했다.¹⁹⁵⁾ 게다가 최근의 국가안보 개념은 냉전 당시 적대국가에 대응하는 패러다임에서 인권, 환경, 건강, 경제 등까지 포괄하는 다각화된 개념으로 변화하였다.¹⁹⁶⁾ 특히 미국 트럼프 행정부는 “경제안보는 국가안보(economic security is national security)”라고 천명하면서 철강·알루미늄 제품에 관하여 제232조 관세 부과 등 국가안보를 적극적으로 확대 적용하는 양상을 보였다.

이와 같은 국가안보의 확대에 대해서는 미중 분쟁과 이로 인한 지정학적 요소를 살펴볼 필요가 있다. 2010년대 중반 이후 미중 분쟁은 단순한 무역 분쟁을 넘어 전략적 경쟁 차원까지 발전되는 양상을 보인다.¹⁹⁷⁾ 중국 경제의 급속한 발전과 민군 융합(Military-Civil Fusion) 전략은 미국 사회에 첨단기술의 유출이 곧바로 무기화로 이어질 수 있다는 우려를 낳았고,¹⁹⁸⁾ 이에 따라 미국과 중국은 핵심기술의 주도권 등을 두고 전략적으로 경쟁하는 구도가 전개되고 있다.¹⁹⁹⁾

중국은 2015년 첨단 제조업 육성정책인 ‘중국 제조 2025(Made in

한다는 입장이었다.

195) Heath, J. Benton, 전계논문, p.1032 참조.

196) Ibid, p.1033 참조.

197) Mazarr, Michael J. et al., “Understanding the Emerging Era of International Competition: Theoretical and Historical Perspectives”, *RAND Corporation Research Reports RR-2726-AF* (2018) 참조.

198) “중국, ‘민군융합’ 전략 강화...”첨단기술·군현대화 목표“, 연합뉴스 (2020.6.22.); ”美 “中 첨단반도체 확보 막아야...韓과 협력 중요”, 서울경제 (2023.4.13.) 등 참조.

199) Evan S. Medeiros, Statement before the Committee on Armed Services U.S. Senate (117th Congress), Hearing on “The United States’ Strategic Competition with China” (2021.6.8.); US Congressional Research Service, “China Primer: US-China Relations” (2023.2.2.) 등 참조.

China 2025)’를 발표하였다.²⁰⁰⁾ 미국은 ‘중국 제조 2025’가 지식재산권의 강제이전, 불법 보조금 지급, 정부 자금을 이용한 외국인투자, 인력 유출 등을 통해 이루어지고 있다는 입장에서 중국의 기술 굴기를 본격적으로 견제하기 시작했고, 미중 분쟁이 본격화되었다.²⁰¹⁾ 미국은 중국 공산당과의 관련성, 국가안보·사생활 보호, 5G 기술·인프라 보호 등을 이유로 화웨이, ZTE 등 중국 통신장비의 조달을 금지하였다. 또한 화웨이에 대한 광범위한 수출통제 조치,²⁰²⁾ 틱톡·위챗 등의 중국앱 금지조치,²⁰³⁾ 첨단반도체 장비수출통제 등 대중국 견제정책을 지속하고 있다.²⁰⁴⁾

이와 같은 전략 경쟁의 기저에는 새로운 정치학(new politics)의 출현이 있는 것으로 분석되고 있다.²⁰⁵⁾ 과거에는 국가 간에 경제적으로 연결되어 있을수록 충돌을 완화하고 전쟁을 방지할 수 있어 국가안보에 긍정적이라는 인식이 지배적이었는데, 최근의 새로운 지경학적 세계질서(geoeconomic world order)에 따라 경제적인 의존관계가 위협이 되고, 그에 따라 국가안보 정책이 결정되는 것으로 변천하고 있다는 것이다. 이러한 입장과 논의의 결은 다르지만, 세계 패권 구조의 다극화에 따라 국가안보 조치의 활용이 증가했다는 주장도 있다.²⁰⁶⁾ 이와 같은 국가안보 조치의 확산 현상은 “국가안보의 상업화(commercializing national

200) 이민자, “중국제조 2025와 미중 기술패권 경쟁”, 현대중국연구 제20권 제4호, 현대중국학회 (2019); “중국제조 2025 문건의 내용 및 평가”, KIEP 북경사무소 (2015.6.18.) 등 참조.

201) US Congressional Research Service, “Made in China 2025 Industrial Policies: Issues for Congress“ (2023.3.10.) 참조.

202) 미국 국무부는 2020.8.17. 동맹국에 대해 화웨이 제재에 동참할 것을 요청하였다.

203) “Trump’s bid to ban TikTok and Wechat: where are we now?”, The Guardian (2020.9.29.) 참조.

204) “The US imposed semiconductor export controls on China. Now a key EU nation is set to follow suit.”, CNBC (2023.3.9.) 참조.

205) Heath, J. Benton, 전개논문, pp.1047-1048; Roberts, Anthea, Moraes, Henrique C. and Ferguson, Victor, “The Geoeconomic World Order”, Lawfareblog (2018.11.19.) 참조.

206) Sornarajah, M., 전개서, p.147는 중국기업에 대한 국가안보 조치를 사례로 예시하면서 대(對) 화웨이 제재를 예시하고 있다.

security)",²⁰⁷⁾ “경제정책의 안보화와 전략정책의 경제화(securitisation of economic policy and economisation of strategic policy)”, “국가안보의 무기화(Weaponization of National Security)”,²⁰⁸⁾ “무역의 안보화(securitization of trade)”²⁰⁹⁾ 등으로 분석된 바 있다. 오늘날의 국가안보 조치는 ‘예외’적인 상황에서 적용되는 것이 아니라, 상시적인 경제활동 가운데 국가가 ‘국가안보’를 이유로 제한하는 방식으로 변천되었다고 할 것이다.

이에 대해서는 국가안보와 투자 자유화는 충돌하는 양상을 보이며, 기존처럼 정치적인 압력과 상호 자제에 의존하는 입장은 더는 유효하지 않고, 후술하는 WTO *Russia-Transit* 사건에서와 같이 국제재판을 통해 국가안보 문제의 심판을 받는 것도 국가안보를 남용하는 경우와 그렇지 않은 경우를 구별하지 못하는바, 적절하지 않다는 지적이 있다.²¹⁰⁾ 이 연구는 과거에는 적대국가에 의한 무력 침공 등이 국가안보 위협이었는데 최근에는 경제안보, 전염병, 사이버안보, 기후변화 등의 새로운 위협요인이 등장했고, 경제위기에 따른 비상조치와 같이 비군사적인 경제 요인도 위협으로 포섭되기 시작했다고 분석했다.²¹¹⁾ 또한 1990년대 전 세계적인 테러의 확산은 국가 중심에서 개인 또는 네트워크 중심으로의 패러다임 변경을 가져왔고, 비국가행위자(non-state actor)에 의한 안보 위협 증가 및 2005년 Dubai Ports World 사건에서 지적된 인프라의 취약성은 핵심 기술, 핵심 인프라, 민감정보를 외국인투자심사대상에 포함시켜, 결국 대부분의 온라인 비즈니스, 데이터이전, 민감기술은 국가안보와 관련성이 있는 것으로 인식되게 되었다는 것이다.²¹²⁾ 게다가 과거에는 예외적인

207) Lee, Jaemin, 전계논문, pp.301-303; Roberts, Anthea · Moraes, Henrique C. and Ferguson, Victor, 전계논문 중 Michael Wesley의 분석내용 참조.

208) Du, Ming, “Huawei Strikes Back: Challenging National Security Decisions before Investment Arbitral Tribunals”, *Emory International Law Review*, Vol.37, No.1 (2022), p.6 참조.

209) Pinchis-Paulsen, Mona, 전계논문 (2022), p.527 참조.

210) Heath, J. Benton, 전계논문, p.1026 참조.

211) Ibid, p.1039 참조.

‘긴급상황’이란 위협요인이 제거되면 국가안보 위기 상황이 곧 종료될 것이라고 인식했던 반면, 오늘날의 새로운 위협요인은 오히려 확산적이고 영구적인 특징을 가진다고 분석했다.²¹³⁾

오늘날의 국가안보는 경제안보 등의 상황까지 포괄하는 방향으로 광의로 발전해 나가고 있고, 특히 미국은 국가안보 범위 확대에 대응하여 국가안보 관련조치도 적극적으로 확대해 나가는 것으로 평가할 수 있다. 그러나 무엇보다도 중요한 것은 오늘날의 국가안보는 ‘예외’적인 상황에서만 제한적으로 적용하는 것이 아니라, 상시적인 거래에서 일상적으로 적용이 가능한 개념으로 변천되었다는 점이다. 이는 미국에서 국가안보에 관해 취하는 태도를 보면 분명하다. 바이든 행정부의 설리반 국가안보 보좌관은 과학기술 분야에서의 우위를 유지하는 것은 국내문제(domestic issue)이자 곧 국가안보에 해당하므로, 국내정책과 외교정책을 긴밀하게 통합할 필요가 있다고 주장하였다.²¹⁴⁾ 그에 따르면 국가안보는 국가 번영으로 이어지는 산업과 기술의 발전뿐만 아니라 새로운 군사·정보 역량, 과학기술의 우위 등도 포함하는 개념이다. 따라서 국가안보를 보호하기 위해서는 과학기술에 투자할 필요가 있고, 기술을 보호하여야 하며, 동맹국들과 협력을 강화해야 한다. 이 입장에 따르면 국가안보는 곧 중요한 산업, 기술 등과 동치관계에 있다. 국가 경제에 중요한 산업, 기술, 과학기술 등은 모두 국가안보에 해당하므로, 일상 영역에서 이루어지는 경제활동을 의미하게 되는 것이다. 결국 국가안보를 통해 보호하고자 하는 법익은 산업·과학기술 분야에서의 경쟁력 유지이고, 전통적인 국가안보에서 보호하고자 하는 국토방위 능력과는 논의의 평면이 바뀌었다고 할 것이다.

이러한 연장선상에서 설리반 국가안보 보좌관은 수십 년 지속된 자유

212) Ibid, pp.1040-1044 참조.

213) Ibid, p.1046 참조.

214) “Remarks by National Security Advisor Jake Sullivan at the Special Competitive Studies Project Global Emerging Technologies Summit” (2022.9.16.) 참조.

화에 따라 에너지, 공급망, 반도체, 핵심광물 등을 특정 국가에 의존하게 된 위험에 대응하기 위해 전략적인 투자를 통한 산업기반 강화, 다각화된 공급망 구축 등 이른바 ‘새로운 워싱턴 컨센서스(new Washington consensus)’가 필요하다고 주장하여 관심을 끌고 있다.²¹⁵⁾ 그는 1990년대 이루어졌던 관세인하 중심의 무역협정으로는 현재의 상황을 타개할 수 없다고 진단하고, 기반기술(foundational technologies)의 보호를 위해 “작은 마당과 높은 울타리(small yard and high fence)” 방식이 필요하다고 강조하였다. 또한 이러한 상황을 위한 맞춤형 조치(tailored measures)로서 반도체 기술의 수출통제, 외국인투자심사 강화, 민감기술 해외투자 규제를 언급하였다. 결국 바이든 행정부로 오면서 미국은 국가 경제에 영향을 미치는 산업, 과학기술 등을 국가안보에 명시적으로 포함하면서, 이들 분야의 경쟁력 유지를 위해 취하는 조치를 국가안보 영역으로 포괄하는 입장이라고 평가할 수 있다. 이는 국가안보를 경제적인 영역까지 확대하는 동시에, 상시적으로 이루어지는 외국인투자와 해외투자 규제를 통해 수출통제 등의 제재와 유사한 법적 효과를 도모하겠다는 것이다.

3) 외국인투자심사에의 적용

(1) 기존의 국가안보 예외 범례

외국인투자심사는 국내법적으로 국가행정권의 행사이고, 국제법적으로 주권적 권리 행사에 해당하여 국제법과 국내법이 교차하는 영역으로 볼 수 있다. 외국인투자심사에 등장하는 주체는 외국인투자자, 피인수대상이 되는 국내기업, 외국인투자심사를 담당하는 행정기관, 외국인투자자

215) "Remarks by National Security Advisor Jake Sullivan on Renewing American Economic Leadership at the Brookings Institution" (2023.4.27.) 참조.

의 본국 정부이다. 국내적으로는 외국인투자가 또는 국내기업이 제기하는 행정소송, 국제적으로는 외국인투자가 또는 외국정부가 투자유치국을 상대로 제소하는 국제투자분쟁 등이 문제될 수 있다.

외국인투자심사의 국제법적 근거는 국가의 주권적인 권리 행사로서의 국내문제 불간섭 원칙이라 할 수 있다. 즉, 외국인투자심사는 ‘국가안보’를 보호하는 조치이므로, 기존 국제법상 국가안보 조치의 원용 여부는 국가의 재량에 맡겨져 있고, 국제사법재판소(International Court of Justice, 이하 ‘ICJ’라 한다), WTO, 국제투자분쟁 중재판정부 등에서는 국가안보와 관련한 조치를 심사하는 것이 적절하지 않다는 이른바 ‘자기판단(self-judging)’ 문제가 논의되고 있다.

국가안보 예외조항은 외국인투자심사가 국제분쟁으로 발전될 경우 직접적으로 적용 가능한 조항이라는 의미가 있다. 외국인투자심사에 따라 투자 불허용 결정이나 조건부 허용 결정이 있는 경우, 외국인투자자는 투자유치국을 상대로 권리구제를 청구하거나, 외국인투자가 본국 정부가 투자유치국 정부를 상대로 권리구제를 청구하는 경우를 생각할 수 있다.²¹⁶⁾ 투자유치국은 안보예외 항변을 통해 국제협정상의 의무에서 벗어날 수 있을 것으로 기대할 것이고, 이는 안보예외조항이 ‘자기판단(self-judging)’ 사항인지 여부와 밀접하게 관련되어 있다.²¹⁷⁾ 만일 안보예외조항이 자기판단 사항에 해당한다면 ICJ, WTO 패널, 국제투자분쟁 중재판정부 등의 사법심사로부터 제외되어 결국 국가의 일방주의

216) 김관호, “미국의 2007년 외국인투자와 국가안전에 관한 법의 고찰”, 통상법률 제80호, 법무부 국제법무과 (2008), p.58은 국가의 최고 정책적 목표인 국가안보의 문제가 외국인투자가로부터 도전을 받는 상황은 정치적인 부담으로 작용할 것이고, 특히 중재판정에서 국가안보 차원에서 발동된 조치가 부정된다면 정치적 타격은 여타 성격의 투자분쟁과 비교될 수 없을 것이라고 분석하였다.

217) 안보예외와 자기판단의 관계에 대해서는 김대순, “조약상의 자기판단조항의 사법심사 가능성에 관한 연구”, 국제법학회논총 제54권 제3호, 대한국제법학회 (2009); 김보연, “국가안보 예외조항의 ‘자기판단’ 범위”, 국제경제법연구 제17권 제2호, 한국국제경제법학회 (2019); Milanov, Momchil, “A Lauterpachtian Affair: Security Exceptions as ‘Self-Judging Obligations’ in the Case Law of the International Court of Justice and Beyond”, *The Journal of World Investment and Trade*, Vol.22, No.4 (2021) 참조.

(unilateralism)가 보장되는 결과가 되는 것이다.²¹⁸⁾

다자조약이나 양자조약에 포함된 국가안보 예외조항은 해당 조약상의 의무에서 벗어나려는 ‘예외조항(escape clauses)’으로서의 의미를 가진다.²¹⁹⁾ 즉, 국가안보 예외조항을 통해 국가는 자국의 안보이익을 국제의 무보다 우선함으로써 국제규범 준수를 포기한 것으로 볼 수 있다.²²⁰⁾ 안보예외조항을 통해 국가는 일방적인 무역제한조치를 허용하는 국가안보 관련 법령을 채택·유지할 수 있고, 안보예외조항을 통해 국제법의 일반적 적용에서 벗어날 수 있게 된다.²²¹⁾

안보예외(Security Exceptions)는 GATT 제21조 이외에도 WTO 서비스무역에 관한 일반협정(General Agreement on Trade in Services, GATS) 제14조의2, 무역관련 지적재산권협정(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property, TRIPS) 제73조 등에 포함되어 있고, 투자보장협정(BIT), FTA 협정문 등에서도 발견된다.

(2) 국제분쟁에서의 국가안보 예외 판단

218) 김대순, 전계논문, p.58.

219) 국가안보 예외에 관한 논의는 Schloemann, Hannes and Ohlhoff, Stefan, “Constitutionalization and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence”, *The American Journal of International Law*, Vol.93, No.2 (1999); Goodman, Ryan, “Norms and National Security: The WTO as a Catalyst for Inquiry”, *Chicago Journal of International Law*, Vol.2, No.1 (2001); Akande, Dapo and Williams, Sope, 전계논문; Blanco, Sebastian Mantilla and Pehl, Alexander, *National Security Exceptions in International Trade and Investment Agreements: Justiciability and Standards of Review* (Springer, 2020) 등 참조. 참고로 국가안보 예외조항의 원형은 1927년 미국, 독일, 영국, 일본 등 29개국이 체결한 Abolition of Import and Export Prohibitions and Restrictions 조약의 Article 5(Nothing in this Convention shall affect the right of any High Contracting Party to adopt measures prohibiting or restricting importation or exportation for the purpose of protecting, in extraordinary and abnormal circumstances, the vital interests of the country)에서 발견된다. <<https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/lttreaties//l1treaties-ustbv002/l1treaties-ustbv002.pdf>>, (2023.7.23. 최종방문).

220) 한국국제경제법학회, 전계서, p.177.

221) Bhala, Raj, 전계논문, p.266.

국제사법재판소(ICJ)에서 안보예외조항의 자기판단성을 부정하는 논거의 시초는 *Certain Norwegian Loan* 사건에서의 Lauterpacht 재판관 별개의견이다.²²²⁾ Lauterpacht 재판관은 관할권과 관련된 조문의 해석 권한은 재판소의 고유한 권한이고, 이는 국제법 및 국내법의 근본원칙이라는 점을 실시하였다.²²³⁾ 그는 해당 사건에서 문제된 프랑스의 유보는 당사국이 자신의 의무의 범위와 존재 여부를 스스로 결정하는 결과가 되므로 법적으로 유효한 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.²²⁴⁾ 즉, 당사국이 스스로 국제법상 의무 유무에 관해 판단하는 것이 가능한가라는 이른바 ‘자기판단’ 문제에 관해 부정적인 입장을 견지한 것으로 볼 수 있다.

1986년 *Nicaragua* 사건은 미국과 니카라과가 체결한 우호통상항해조약상 안보예외조항의 성격이 쟁점이었다.²²⁵⁾ 재판부는 GATT상의 안보예외조항과 비교하여 미국·니카라과 협정은 GATT 협정문상 안보예외조항의 ‘it considers necessary’라는 문구가 없다는 점에 주목했다. 그에 따라 재판부는 미국의 조치가 협정문에 따라 ‘필요(necessary)’했는지 여부를 심사할 권한이 있다고 해석하면서, ‘necessary’의 판단은 당사국이

222) Milanov, Momchil, 전계논문은 ICJ, 국제투자분쟁 중재판정부, WTO 등에서 안보예외조항의 자기판단성 부정 독트린(Non-Justiciable Disputes Doctrine)을 Lauterpachtian Approach로 명명하였다.

223) *Case of Certain Norwegian Loans* (France v. Norway), Judgment, ICJ Reports (1957), Separate Opinion of Judge Sir Hersch Lauterpacht, p.44 참조.

224) Ibid, p.48 참조.

225) *Military and Paramilitary Activities and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States), Merits, Judgment, ICJ Reports (1986), 이 사건에서 문제된 안보예외조항은 다음과 같았다.

“Article XXI

The present Treaty shall not preclude the application of measures:

- (c) regulating the production of or traffic in arms, ammunition and implements of war, or traffic in other materials carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment:
- (d) necessary to fulfill the obligations of a Party for the maintenance or restoration of international peace and security, or necessary to protect its essential security interests.“

주관적으로 판단하는 문제는 아니라고 판시하였다.²²⁶⁾ ICJ는 *Oil Platforms* 사건²²⁷⁾에서 *Nicaragua* 사건에서의 판시를 재차 확인하였다.

최근의 *Iranian Assets* 사건도 *Oil Platforms* 사건과 동일한 조항이 문제되었는데,²²⁸⁾ 미국은 필수적 안보이익은 광의로 해석해야 하고, 필수적 안보이익의 보호를 위한 조치를 취한 국가는 광범위한 재량이 허용되므로, ICJ는 실질적 심사를 자제해야 한다고 주장하였다.²²⁹⁾ 이에 반해 이란은 해당 조치가 필수적 안보이익에 해당하는지 여부는 ICJ가 판단할 수 있는바, 관할권이 긍정된다는 취지의 주장을 펼쳤다.²³⁰⁾

ICJ는 필수적 안보예외 항변은 필수적 안보이익을 보호하기 위한 목적과 필요성 요건이 필요한바, 특히 필요성 요건과 관련하여 해당 조치를 원용하는 국가의 주관적 판단이 아니므로 사법심사가 가능하다는 *Oil Platforms* 사건, *Nicaragua* 사건의 판시를 인용하였다.²³¹⁾ 이에 따라 ICJ는 이란 자산을 동결한 미국 정부의 행정명령이 필수적 안보이익을 보호하기 위해 필요했다는 점에 관해 미국이 증명책임을 다하지 못한 것으로 판단하여 필수적 안보예외 항변을 기각하였다.²³²⁾

226) Ibid, paras.221-225, 282 참조.

227) *Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States), Judgment, ICJ Reports (2003), para.43 참조.

228) *Certain Iranian Assets* (Islamic Republic of Iran v. United States), Judgment, ICJ Reports (2023) 참조.

229) Ibid, para.104 참조.

230) Ibid, para.105 참조.

231) Ibid, para.106는 *Oil Platforms* 사건 판결문, p.183, para. 43, *Nicaragua* 사건 판결문, p. 141, para. 282를 인용하였다. 한편, 미국은 *Mutual Assistance*(Djibouti v. France) 사건의 판시를 인용하면서 필수적 안보예외 원용 여부는 상당한 범위의 재량이 허용된다고 주장했는데, ICJ는 *Mutual Assistance*(Djibouti v. France)사건에서 문제된 조항은 “consider(ed) that execution of the request (was) likely to prejudice its sovereignty, its security, its ordre public or other of its essential interests”로 규정되어 안보와 관련하여 광범위한 재량을 허용하는 형식으로 규정되어 있으므로, 본 사건과는 다르다고 판단하였다.

232) Ibid, para.180은 행정명령에는 국가안보 관련 사항이 명시되지 않은 채, 이란 은행의 관행, 미흡한 자금세탁 방지체계, 국제금융 시스템상 위험 등만 적시되어 있다는 점을 지적하였다. 이와 같은 다수의견에 관해 Barkett 재판관 (Ad Hoc)은 위 행정명령 서문, 2008년 UN안보리 결의 제1803호, 2012년 국

국제투자분쟁에서도 안보예외조항의 자기판단 여부를 둘러싼 다툼이 있었다. *CMS* 사건에서는 1991년 미국·아르헨티나 BIT상의 안보예외조항이 자기판단 사항인지에 관한 논의가 있었다. 중재판정부는 ICJ *Nicaragua* 사건과 *Oil Platforms* 사건에서 미국·니카라과 우호통상항해조약상의 문언이 GATT 안보예외와는 다르게 ‘which it considers’라는 문구 없이 단순히 ‘necessary’라고만 규정된 점이 중요하게 고려된 점, ICJ *Gabchikovo-Nagymaros* 사건 재판부가 긴급피난(necessity) 요건의 충족 여부에 관해 해당 조치를 원용하는 국가가 단독으로 판단하는 사항이 아니라고 판시한 점을 인용하며 안보예외의 자기판단성을 부정하는 취지로 판단하였다.²³³⁾

Enron 사건 중재판정부도 안보예외조항의 자기판단성을 검토하면서, 미국이 안보예외조항을 자기판단 사항에 해당하는 것으로 조약 문언을 구성했음에도 불구하고, 조약의 해석을 위해서는 자기판단성이 명시적으로 현출되었어야 하고, 그렇지 않은 경우라면 자기판단성을 추정할 수 없는 것으로 보았다.²³⁴⁾ 재판부는 조약을 체결한 당사국의 의도에 관해 양국이 동일하게 해석하더라도 조약 문언 성질이 변경되는 것은 아니며, 양국이 조약을 변경하기로 합의하였다고 하더라도 투자자 기타 제3자의 권리에 영향을 미치는 것은 아니라고 판단하였다. 재판부는 “국제법의 준수 여부에 대한 사법적 판단은 중재판정부가 주권국가의 기능을 대신

방수권법(National Defense Authorization Act) 문구 등을 근거로 미국은 행정명령이 필수적 안보이익을 보호하기 위한 조치라는 증명책임을 다했다고 판단하였다. Sebutine 재판관은 미국 조치가 테러대응, 무기밀수와 관련된 이상 행정명령은 안보예외조항이 적용되는바, 미국은 이란에 배상책임이 없다는 반대의견을 제시하였다.

233) *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/08, Award (2005.5.12.), para.339 이하 참조. 미국·아르헨타 BIT 제 11조는 “This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.”으로 규정되어 있었다. paras.371-372 참조.

234) *Enron Corporation and Pondersoa Assets v. Argentina*, ICSID Case No.ARB/01/3, Award (2007.5.22.), paras.336-337 참조.

하는 것처럼 이해되어서는 안 되며, 적용 제외에 관하여 명시적 동의가 없는 이상 당사자에게 구속력을 가지는 국제법상의 의무와 규정을 해석해야 하는 의무로서 이해되어야 한다.”라고 판시하였다.²³⁵⁾

Sempra 사건²³⁶⁾이나 *El Paso* 사건²³⁷⁾, *Mobil Exploration* 사건²³⁸⁾ 등의 중재판정부도 동일하게 자기판단성이 긍정되려면 조약 문언에 자기판단성이 명확하게 현출되어야 함을 들어 중재판정부의 해석권한을 긍정하였다.²³⁹⁾

한편, WTO 차원에서 국가안보 예외조항이 본격적으로 주목을 받게 된 것은 중국과 러시아가 WTO에 가입한 이후부터이다.²⁴⁰⁾ 2011년

235) Ibid, para.343 참조.

236) *Sempra Energy International v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award (2007.9.28.), para.383 참조. 중재판정부도 ICJ *Nicaragua* 사건, *Oil Platform* 사건을 인용하면서, 안보예외조항의 자기판단성을 긍정하기 위해 조약 문언을 해석할 필요가 있으며, 위 두 사건의 조항은 자기판단성을 긍정할 수 있는 문언이 명시되지 않는 것으로 판단하였다고 언급했다.

237) *El Paso Energy International Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award (2011.10.31.), para.590 참조. 중재판정부는 조약법에 관한 비엔나협약 제31조제1항에 따라 조약 문언은 단어가 가지는 통상적인 의미를 해석하는 것에서 출발하는바, 당사자의 의도가 조약문언에 현출될 필요가 있다고 하였다. 중재판정부는 조약법은 객관적인 성격이 있으므로, 다른 특별한 사정이 없는 이상 자기판단성을 긍정할 수는 없다고 판단하였다. 다시 말해 당사국 일방에게는 조약 문언을 단독으로 해석할 권한이 부여되는 것으로 볼 수는 없다는 것이다.

238) *Mobil Exploration and Development v. Argentina*, ICSID Case. No.ARB/04/16, Decision on Jurisdiction and Liability (2013.4.10.), para.1037 참조. 중재판정부는 조약의 해석은 대상과 목적을 고려하여 조약 문언의 통상적인 의미를 신의성실하게 해석하는 데서 출발하는바, 조약 문언은 당사국의 의도를 명시한 것으로 간주된다는 측면에서 조약의 해석은 객관적인 성격을 가진다고 판단하였다.

239) Milanov, Momchil, 전게논문, pp.548-551는 ICJ 판결은 ‘자기판단’이라는 용어를 사용하지 않고, 신의성실 의무에 대해서는 대체로 침묵하고 있다고 분석하면서, 국제투자분쟁은 해당 조치가 근본원칙(fundamental principle)의 틀 안에서 이루어졌는지 등까지 검토했다는 점에서 보다 적극적으로 안보예외조항을 해석하고 있다고 평석하였다.

240) Yoo, Ji Yeong and Ahn, Dukgeun, 전게논문, pp.430-433은 GATT 시절 국가안보 예외 항변이 저조했던 이유로 GATT 체약국들이 미국 동맹 중심으로 구성된 점, 패널보고서 채택이 어려웠던 점 등을 지적하였다. 박언경, 전게논문, pp.60-68은 미국-체코슬로바키아 수출제한 조치 사건(1949)을 제외

China-Raw Materials 사건에서는 간접적으로 국가안보 예외에 관한 언급이 있었는데, 패널은 수량제한 금지 원칙의 예외조항은 자기판단의 원칙이 적용되는 안보예외조항과는 문언에서 차이가 있으므로, 예외에 해당하는지는 문제된 조치로 인해 회원국들이 직면한 특별한 상황 등을 고려하여 해석해야 한다고 판시하였다.²⁴¹⁾

2019년 *Russia-Transit* 사건은 WTO 패널이 GATT 제21조의 안보예외조항의 성질에 관해 최초로 판단한 사건이다.²⁴²⁾ 우크라이나는 러시아로부터 러시아 영토 통과를 제한받기 시작하여 WTO에 제소하였는데, 러시아는 해당 조치는 필수적 안보이익을 보호하기 위한 것으로서 GATT 제21조(b)(iii)에 해당하므로 패널은 우크라이나의 주장을 심리하면 안 된다고 주장하였다.²⁴³⁾ 이 사건에서 문제된 것은 WTO 패널이 회

하면 패널보고서가 채택되지 않아 GATT 체제에서 확립된 해석론 도출은 어렵지만, 미국-체코슬로바키아 수출제한 조치 사건도 패널의 관할권 자체가 부인된 것은 아니었는바, 안보예외가 원용된 통상분쟁 사건에서는 GATT/WTO 분쟁해결기구의 관할권을 인정하는 방향으로 전개되고 있다고 분석하였다. 정찬모, 전게논문, p.25 참조; 박언경, “국가안보를 위한 통상규제에서의 1994년 GATT 제21조의 적용성”, 박사학위논문, 경희대학교 (2009), pp.109-133 참조. 한편, 1982년 포클랜드 전쟁 당시 아르헨티나에 대한 무역제한조치 논의 과정에서 GATT 체결국들은 제21조에 따른 무역조치를 취할 경우 가능한 한 최대한의 정보를 통보받아야 하고, 제21조의 조치에 영향을 받는 체결국은 협정상의 모든 권리를 보유하며, 적정한 절차에 따라 GATT 이사회에 추가논의를 요청할 수 있다는 내용의 Decision Concerning Article 21 of the General Agreement(1982.11.30.)를 채택하였다. 곧이어 1982년 GATT 각료선언 7(iii)에는 비경제적인 성격을 이유로 GATT에 위반되는 무역제한조치를 자제할 것을 약속하는 내용이 포함되었다. Ministers at GATT Session Adopt Declaration, Ministerial Declaration, GATT/1328 (1982.11.29.), pp.3-4 참조.

241) Panel Report, *China-Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WTO Doc. WT/DS394/R(adopted 2012.2.22.), para.7.276에 따르면 안보예외조항은 ‘which it considers necessary for the protection of its essential security interests’라고 되어 있으나, GATT 제11조제2항(a)는 단순히 ‘other products essential to the exporting contracting party’라고 되어 있어 문언이 다르다.

242) Panel Report, *Russia-Measures Concerning Traffic in Transit*, WTO Doc. WT/DS512/R(adopted 2019.4.26.), para.7.20. 참조. *Russia-Transit* 사건의 자세한 내용은 정찬모, 전게논문; 류병운, 전게논문; Pinchis-Paulsen, Mona, 전게논문 (2020); Boklan, Daria and Bahri, Amrita, 전게논문 참조.

원국이 원용한 국가안보 조치를 심사할 수 있는지였다. 러시아는 안보예외조항은 완전한 자기판단(totally self-judging) 사항이므로 WTO는 심사할 수 없다는 입장이었다.²⁴⁴⁾ 제3자 참여를 한 국가들도 안보예외조항의 성격에 관해 의견을 제출했는데, 호주는 안보예외조항 원용이 있더라도 WTO 심사에서 전적으로 제외된다고 볼 수 없으므로, ‘필요성(necessity)’ 심사를 위해 필수적 안보이익과 해당 조치 사이에 충분한 관련성(sufficient nexus)은 심사해야 한다는 입장이었다.²⁴⁵⁾ 캐나다는 안보예외를 원용하는 회원국이 필수적 안보이익, 문제된 조치, 제21조상의 요건을 결정한다는 측면에서 주관적인 기준(subjective standard)이라고 보아야 하므로, 패널은 가급적 회원국을 존중(high level of deference)하고, 회원국은 신의성실에 따른 낮은 수준의 증명책임을 부담하면 되는 것으로 해석했다.²⁴⁶⁾ 한편 미국은 모든 회원국에게는 필수적 안보이익을 보호하기 위한 필요한 조치를 결정할 수 있는 고유한 권리(inherent right)가 있고, 이는 GATT 체약국과 WTO 회원국 사이에서 양해된 사항이라고 주장하였다. 또한 안보예외조항은 자기판단 사항으로 규정되어 있기 때문에 회원국이 안보예외조항을 원용하면 패널은 심사할 수 없다는 입장을 피력하였다.²⁴⁷⁾ 미국을 제외한 대부분의 회원국은 국가안보

243) Panel Report, *Russia-Measures Concerning Traffic in Transit*, WTO Doc. WT/DS512/R(adopted 2019.4.26.), paras.7.1-7.4.

244) Ibid, paras.7.24-7.26, 7.53. 참조.

245) Ibid, paras.7.35-7.36. 한편 paras.7.37.-7.38.에서 브라질은 안보예외 항변은 적극적 항변(affirmative defence)의 성격을 가진다는 입장 하에 제21조는 주관적 요소와 객관적 요소가 혼용되어 있는바, 패널은 회원국이 제21조를 원용하는 동기를 고려하여 조치와 목표 사이의 관련성(plausible link)이 있는지를 심사해야 한다고 주장하였다.

246) Ibid, paras.7.39-7.40. para.7.41에서 중국도 조약법에 관한 비엔나협약 제26조의 신의성실 원칙이 적용되는 것으로 주장했다.

247) Ibid, paras.7.51-7.52. 한편 패널보고서 각주140에서 미국은 ‘관할권(jurisdiction)’과 ‘수리가능성(justiciability)’을 구별하는바, ‘관할권’은 ‘패널이 DSU에 따라 분쟁에서 법적인 결정을 내릴 수 있는 권한의 범위’, ‘수리가능성’은 ‘사법심사가 가능한지 여부, 또는 사법심사의 적격 여부’를 의미하는 것으로 정의하여 본 사건에서 패널은 DSB가 설치되고, 우크라이나가 제기한 청구에 대해 DSU에 따라 판단한다는 차원을 고려하면 ‘관할권’은 있으나, 안보예외 사항에 속하는 문제이므로 ‘수리가능성’은 인정되지 않는다는 입장이

보호의 필요성과 남용 방지 사이의 균형이 중요하므로, 자기판단 사항이더라도 패널 심사에서 전적으로 배제된다고 보기는 어렵다는 입장인 것으로 요약할 수 있다.

이에 대해 패널은 제21조(b)(i)부터 (iii)부터의 요건을 회원국이 전적으로 재량에 따라 결정할 수 있는 것으로 볼 수는 없다고 지적하였다.²⁴⁸⁾ 또한 제21조 구성요건은 객관적인 요소이므로 객관적 판단이 가능하므로, ‘국제관계의 긴급상황(emergency in international relations)’은 무력 충돌, 고도의 긴장관계나 위기상황, 전반적인 불안정한 상황 등을 의미하고, 회원국은 이러한 상황에서 군사상 또는 법령·공공질서 유지 등과 관련한 특별한 이해관계를 가지게 된다고 해석했다.²⁴⁹⁾

패널은 GATT 제21조에 대해 통일된 해석은 없지만,²⁵⁰⁾ 그간 회원국들은 군사상 또는 심각한 안보 관련 충돌상황과 단순한 경제적 무역 분쟁을 구분하여 제21조 원용을 자제해왔다고 분석했다.²⁵¹⁾ 패널은 결론적으로 ‘which it consider’ 문구는 (iii)의 상황을 수식하는 것이 아니므로, 각 호에 규정된 요건의 충족 여부는 객관적으로 판단되어야 한다고 해석했다.²⁵²⁾

또한 패널은 GATT 제21조의 입법연혁을 분석하면서, ①제20조 일반예외와 제21조 안보예외는 법적 성격이 다르고, ②안보예외와 관련하여 조치를 원용하는 국가는 필수적 안보이익 및 안보이익을 보호하기 위한 필요성 측면에서는 재량을 가지지만, 남용 방지를 위해 제21조(b)요건을 충족해야 하는 제한이 있으며, ③안보예외는 협의(consultation) 조항과 분쟁해결조항의 적용을 받는 것으로 해석하였다.²⁵³⁾ 즉, 제21조 안보예외

었다.

248) Ibid, paras.7.62-7.65.

249) Ibid, para.7.76. 패널은 이와 같은 해석이 미국이 ITO 현장에서 Geneva Draft를 제안하면서, ‘국제관계의 긴급상황’이란 미국이 제2차 세계 대전에 참전하기 이전인 1939년부터 1941년까지 의미하는 것으로 이해한다고 발언한 것과 일치하는 해석론이라고 부연했다.

250) Ibid, para.7.80.

251) Ibid, para.7.82.

252) Ibid, para.7.82.

253) Ibid, para.7.98.

는 전적인 자기판단 사항에 해당하는 것으로는 볼 수 없으므로, 패널은 안보예외 조치가 제21조(b)에 따라 취해졌는지 여부를 판단할 수 있다는 것이다. 한편, 패널은 우크라이나와 러시아가 원용한 ICJ *Nicaragua* 사건과 *Oil Platforms* 사건은 투자협정문상의 안보예외에 ‘which it considers’라는 문구가 포함되지 않아 GATT 제21조와 비교하여 해석한 사례인바, GATT 제21조의 해석과는 무관하다고 부연하였다.²⁵⁴⁾

결국, *Russia-Transit* 사건의 패널은 안보예외에 관하여 ICJ에서의 판시와는 달리 ‘which it considers’가 포함되어 있다고 하더라도 ‘자기판단’이 전적으로 적용될 수는 없고, WTO가 사법심사할 수 있다는 결론을 내린 것이다. 따라서 *Russia-Transit* 사건은 안보예외의 해석과 적용에 대해 중요한 선례로서 후속 사건에서 중요한 지침으로서의 의미가 크다고 할 것이다.²⁵⁵⁾

(3) 소결

국가안보 예외조항의 법적 성격이 자기판단 사항인지 여부에 관해 ICJ, 투자분쟁 중재판정부, WTO 패널의 입장은 사법심사가 전적으로 부정되는 자기판단사항은 아니라는 것이므로, 결국 재판관할권을 긍정하고

254) Ibid, 각주 156 참조.

255) Panel Report, *Saudi Arabia-Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights*, WTO Doc. WT/DS567/R (2020.6.16.)는 TRIPS 협정 제73조(b)(iii)의 해석이 문제되었는바, paras.7.230-7.255에서 *Russia-Transit* 패널판정을 참조하였다. 다만 패널보고서는 채택되지 않았다. 한편 Panel Report, *United States-Certain Measures on Steel and Aluminium Products*, WTO Doc. WT/DS544/R (2022.12.9.), paras.7.102-7.128에 따르면 미국은 제21조 안보예외는 자기판단의 영역으로 사법심사대상이 아니라고(non-justiciable) 주장하였으나, 패널은 받아들이지 않고 *Russia-Transit* 사건과 마찬가지로 판단하였다. Panel Report, *United States-Origin Marking Requirement*, WTO Doc. WT/DS597/R (2022.12.21.)도 *Russia-Transit* 사건과 마찬가지로 결론이었으나, 조약법에 관한 비엔나협약 제31조에 따라 문법 구조와 영어, 불어, 스페인본 등을 비교하면서 분석하였다. 미국의 조치가 문제된 두 사건은 2023년 6월 현재 WTO 상소기구에 회부되어 있다.

있는 것으로 평가할 수 있다. 특히 최근 WTO *Russia-Transit* 사건의 패널은 ICJ *Nicaragua* 사건에서의 논리와 다르게 WTO 협정상의 안보 예외조항은 자기판단 사항이 아니라는 입장을 표명하였고, 이런 경향은 이후 사건에서도 동일하게 나타난다.

이 같은 국제재판의 판시는 국가가 취하는 국가안보 조치를 단순히 안보예외조항에 따라 국제법상 의무에서 면제되는 것으로 해석하는 것은 타당하지 않은바, 국가가 국가안보 예외조항으로 도피함으로써 국제법상 의무로부터 벗어나려는 시도를 차단하겠다는 입장으로 해석할 수 있다. 즉, 국가안보 조치는 국가가 주관적으로 판단할지라도 재판부는 해당 조치가 국가안보를 위한 목적에서 이루어졌고, 국가안보를 위해 필요했는가를 심사하겠다는 것이다. 또한 비록 GATT 초창기 안보예외조항 성안 당시, 국가들이 국가안보가 가지는 정치적 성격에 따라 사법심사로부터 제외하고자 하는 의도가 있었다고 하더라도 재판부로서는 국제협정 등과 관련이 있는 이상 심사하겠다는 것이다. 이는 국가안보의 개념이 확대됨으로써 국가주권의 행사 영역이 팽창되었으나, 다른 한편으로 남용 가능성에 대한 우려 또한 증가하였으므로 이들 사이의 균형을 위해 재판부의 심사가 필요하다는 것으로 해석할 수 있다.

게다가 문제된 사건에서의 국가의 조치는 일상적인 거래에 해당한다고 볼 수 없는 예외적인 긴급상황이었다는 점도 고려할 필요가 있다. ICJ *Nicaragua* 사건에서 문제된 조치는 무력사용과 군사충돌 등이었고, *Oil Platforms* 사건은 원유시설 공격 등이었으며, *Iranian Assets* 사건은 미국이 이란을 테러지원국으로 지정하면서 이루어진 일련의 후속입법 등이었다. ICSID 중재판정부에서 문제된 조치는 경제위기 상황에서 아르헨티나가 취한 일련의 긴급경제조치들이었고, WTO *Russia-Transit* 사건에서 문제된 조치는 러시아와 우크라이나 간의 군사긴장이 고조되던 상황에서의 물품의 통과 제한이었다. 즉, 이들 사건에서 문제된 조치들은 일상적인 거래행위에 해당한다고 보기 어려운 긴급상황에서의 예외적인 조치였다.

이에 반해 외국인투자심사의 경우에는 외국인투자에 의한 M&A를 제

한하는 국가의 조치가 문제되는 것으로, 국가의 조치는 일상적인 상황에서의 외국인투자에 대응하여 이루어지는 조치에 해당한다. 이러한 경우 이루어진 국가의 조치를 위의 사건에서 문제된 조치들과 동일하게 긴급상황에서 예외적으로 취해진 조치에 해당한다고 해석하기는 어렵다고 할 것이다.²⁵⁶⁾ 또한 외국인투자심사에서 문제되는 국가안보 상황의 정도는 위의 안보예외조항이 문제된 사건들과 다르다는 점도 고려할 필요가 있다.

최근 국제재판에서의 판시는 긴급상황에서의 예외적인 국가 조치에 해당하더라도 안보예외의 자기판단성은 인정되지 않는다는 것이다. 이를 예외적인 상황이 아닌, 상시적이고 일상적인 거래에 해당하는 외국인투자심사에 유추적용하면 국가안보를 이유로 외국인투자에 대한 투자제한 조치는 사법심사대상이 된다는 점이 전제되어 있다고 판단할 수 있다. 그렇다면 국제재판에서의 심리기준을 검토해볼 필요가 있다. 외국인투자심사는 국가주권의 행사로서 국가의 재량이 허여된 영역으로, 국제재판에서는 국가의 주권적 행사를 존중해야 할 필요가 있기 때문이다.

외국인투자심사 결과 투자불허용 결정에 대해 WTO나 투자분쟁에서 다루어지는 경우 조치 원용국으로서의 국가안보와 관련된 상황과 필요성 등에 관하여 증명책임을 부담하는 것이 원칙일 것이다. 국가가 부담하는 증명책임을 수준, ICJ 또는 WTO에서의 심리기준에 관해서는 아직까지 합일된 견해는 없는 것으로 판단된다. 기존의 국가안보 법리가 적용된다고 가정할 경우 GATT 제21조 요건에 해당하는지 여부를 검토할 필요가 있을 것인데, 외국인투자심사는 ①핵분열성 물질 또는 그 원료가 되는 물질 관련조치나 ②무기, 탄약 및 전쟁도구의 거래에 관한 조치와 군사시설에 공급하기 위하여 직접적 또는 간접적으로 행하여지는 그 밖의 재화 및 물질의 거래에 관련된 조치에 해당될 가능성은 현저히 낮다고 판단된다. 외국인투자심사가 해당될 가능성이 있는 것은 ③전시 또는 국제관계에 있어서의 그 밖의 비상시에 취하는 조치 부분일 텐데, ‘그 밖의

256) Lee, Jaemin, 전제논문, pp.301-302에서는 경제적 긴급상황(economic emergency)도 안보예외조항의 적용 범주에 해당하는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 분석하였다.

비상시가 WTO *Russia-Transit* 판정과 동일하게 무력 충돌, 고도의 긴장·위기상황, 전반적인 불안정 상태 등 극히 예외적인 상황으로 해석된다면 평시의 통상적인 거래관계를 전제로 하는 외국인투자심사에서 GATT의 안보예외 항변은 사실상 인정받기 어려울 것으로 판단된다.

아래에서는 이와 관련하여 외국인투자심사와 관련한 국가실행과 우리나라에서의 실행을 검토한다. 외국인투자심사를 활용하는 미국을 중심으로 캐나다, 호주, 뉴질랜드 등에서의 실행과 우리나라 BIT·FTA 협정문에서의 실행을 분석한다.

제2절 안보예외와 외국인투자심사 국가 실행

외국인투자심사는 국가안보를 위협한다고 판단된 외국인투자를 제한하는 것이므로, 국가안보를 보호하기 위한 조치일 것이 필수적으로 요구된다. 그런데 외국인투자심사제도를 운영하는 국가들은 외국인투자심사 결과 취한 국가안보 관련조치가 국제분쟁에 회부될 가능성을 방지하기 위해 다양한 방식으로 협정의 적용을 차단하고자 한다. 미국은 안보예외를 광의로 규정하면서 국가안보와 관련한 조치를 분쟁해결절차에서 제외하고 있다. 캐나다, 호주, 뉴질랜드도 유사하나, 이들은 투자유보 목록에 포함하는 방식도 활용한다. 최근 역내포괄적경제동반자협정(Regional Comprehensive Economic Partnership, 이하 ‘RCEP’이라 한다)은 회원국들의 외국인투자심사를 예외조항에서 규정하기도 하였다. 아래에서는 이들의 안보예외조항과 외국인투자심사의 실행을 검토한다.

1. 안보예외와 외국인투자심사 관련 국가 실행 분석

1) 자기판단이 인정되기 위한 안보예외조항 중심 방식

미국은 국가안보는 자기판단 사항이므로 ICJ, WTO 등은 판단할 수 없다는 입장이다.²⁵⁷⁾ 미국의 안보예외조항은 GATT 제21조와는 다르게

구체적인 안보상황을 명시하지 않은 광의방식으로 규정하면서 외국인투자심사를 유보하지 않고 있다. 미국은 외국인투자심사가 주권적 행위에 속하므로, 국제투자협정 등의 적용에서 제외된다는 입장인 것으로 평가된다.²⁵⁸⁾

ICJ *Nicaragua* 판결 이후 미국에서는 의회를 중심으로 자기판단을 전적으로 인정받을 수 있으려면 안보예외조항을 어떻게 구성해야 하는지에 관한 논의가 시작되었다.²⁵⁹⁾ 미국은 1992년 러시아와 BIT를 체결하면서 안보예외조항에 자기판단 요소를 포함시키기 시작했다.²⁶⁰⁾ 미국·러

257) 최근 WTO의 Panel Report, *United States-Certain Measures on Steel and Aluminium Products*, WTO Doc. WT/DS544/R (2022.12.9.), Panel Report, *United States-Origin Marking Requirement*, WTO Doc. WT/DS597/R (2022.12.21.)에 관해 미국은 WTO가 국가안보에 관해 판단할 권한이 없으므로 위법하다는 입장이다. Statement by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body (2023.1.27.) 참조. <<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2023/january/statements-united-states-meeting-wto-dispute-settlement-body>>, (2023.7.23. 최종방문).

258) 2012 Model BIT는 제18조(Essential Security)를 광의로 규정하고, 일반적 예외 등의 여타 예외조항은 포함하지 않고 있다. 김관호, “역내포괄적경제동반자협정(RCEP)의 투자분야 협정의 의의와 전망”, 국제지역연구, 제18권 제2호, 국제지역학회 (2014), p.251은 미국형 투자협정보델은 협정의 모든 의무로부터 면제를 받는 일반적 예외 사유로서 오직 국가안보 사유만을 인정하고, 공공질서, 건강 및 환경, 문화보호 등을 이유로 하는 규제조치들은 일반적 예외로 인정하지 않고 각국의 유보 목록 기재를 통해 투명하게 공개해야 한다는 것이 미국 입장이라고 분석하였다.

259) Vandeveld, Kenneth J., “Of Politics and Markets: The Shifting Ideology of the BITs”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol.11, No.2 (1993), pp.171-172 참조.

260) Treaty between the United States of America and the Russian Federation Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (1992.6.17. 서명, 미발효)의 안보예외조항은 다음과 같다.

“Article 10.1. : This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.”

한편, Vandeveld, Kenneth J., “US Bilateral Investment Treaties: The Second Wave”, *Michigan Journal of International Law*, Vol.14, No.4

시아 BIT상의 안보예외조항은 1994년 Model BIT에 포함되었고, 2004년 Model BIT에서는 GATT 제21조와 동일하게 'it considers necessary'를 추가하여 현재에 이르고 있다.²⁶¹⁾²⁶²⁾

미국이 체결한 FTA의 안보예외조항은 Model BIT에 따라 대부분 동일한 문구로 구성되어 있다. FTA 협정문에는 당사국은 국제 평화와 안전 유지나 회복을 위한 의무 이행이나 자국의 안보 이익 보호를 위해 필요하다고 판단하는 조치를 방해하는 것으로 해석되어서는 안 되고, 당사국이 자국의 안보 이익의 보호를 위해 필요하다고 고려하는 조치이면 정당화될 수 있는 것이라고 규정되어 있다. GATT 제21조가 구체적인 안보상황을 규정하여 제한적으로 해석되는 것과는 달리, Model BIT상의 안보예외는 조치를 원용하는 국가가 자국의 필수적 안보를 위해 필요하

(1993), pp.681-685에 따르면 당시 미국과 러시아는 BIT상의 안보예외조항(제10조제1항)이 'self-judging'하다는 점에 의견을 같이 했다고 한다. LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability (2006.10.3.), para.213 참조.
261) 미국 Model BIT 비교는 UNCTAD Investment Policy Hub, International Investment Agreements Navigator 참조.

262) 미국·이스라엘 FTA는 비교적 초창기인 1985년 9월 1일 발효되었는데, 협정문은 GATT 제20조 일반적 예외와 제21조의 안보예외조항을 그대로 FTA에 포함시킨 형태였다. 그 후 미국·캐나다 FTA는 1989년 1월 1일 발효되었고, 안보예외조항은 GATT 제21조와 유사한 형식으로 포함되었다. 미국·캐나다 FTA 안보예외조항의 표제는 '국가안보'로 되어 있었는데, 전반적으로 GATT 제21조와 동일하였으나, 무기, 탄약 등의 공급 관련조치에 '서비스'를 추가한 점이 다르다. 즉, 미국·캐나다 FTA를 계기로 안보예외조항을 GATT 제21조에 규정된 범위보다 확대하는 시도가 나타났다고 볼 수 있다. 미국·캐나다·멕시코 NAFTA는 1994년 1월 1일 발효했고, 안보예외조항은 캐나다 FTA와 유사했다. 즉, 표제는 '국가안보'로 되어 있었고, 무기, 탄약 등의 공급 관련조치에 '서비스', '기술' 및 '기타 안보시설' 등의 문구가 추가되었다. 그런데 미국·요르단 FTA는 2001년 9월 28일 발효되었는데, 안보예외조항은 미국·이스라엘 FTA와는 다르게 규정되어 있다. 본문은 자국의 안보이익을 보호하기 위해 필요하다고 고려한 조치이면 안보예외가 적용되는 것으로 규정하여 자국의 재량을 확보하는 방식으로 발전하고 있으나, 그러한 상황으로 무기, 탄약, 전쟁도구의 거래 및 군사시설 또는 기타 안보시설에 공급하기 위하여 직접 또는 간접으로 행하여지는 기타의 물품, 원료, 서비스 및 기술 거래에 관한 조치를 예시하고 있다. 이 문구는 NAFTA 협정에서 가져온 것으로 보이는데, NAFTA와 마찬가지로 '기타 안보시설', '서비스', '기술' 부분이 추가되어 있다.

다고 고려하기만 하면 되므로 재량의 범위가 넓게 규정되어 있다.

미국과 호주가 체결한 FTA는 2005년 1월 1일 발효되었는데, 당사국에게 국가안보와 관련된 조치에 광범위한 재량을 허용한 필수적 안보(제 22.2조) 조항이 포함되어 있다. 이러한 방식의 안보예외조항은 미국·싱가포르 FTA²⁶³, 미국·칠레 FTA,²⁶⁴ 미국과 CAFTA-DR(Dominican Republic-Central America),²⁶⁵ 미국·바레인 FTA,²⁶⁶ 미국·페루 FTA,²⁶⁷ 미국·콜롬비아 FTA,²⁶⁸ 미국·파나마 FTA²⁶⁹, 한국·미국 FTA²⁷⁰)에서 모두 동일하다.

263) 미국·싱가포르 FTA는 2004년 1월 1일 발효되었고, 필수적 안보조항이 Article 21.2(Essential Security)에 포함되어 있다.

264) 미국·칠레 FTA는 2004년 1월 1일 발효되었고, 필수적 안보 조항은 Article 23.2(Essential Security)에 포함되어 있다. 다만, 미국·칠레 FTA는 전단 규정이 다른 FTA 문언에서의 “obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security”가 아니라 “obligations under the United Nations Charter with respect to the maintenance or restoration of international peace or security”로 국제평화 또는 안전의 유지나 회복이 UN 헌장상의 의무에서 유래된다는 점을 명시한 것이 특징적이다.

265) 미국과 중미 국가인 코스타리카, 엘살바도르, 과테말라, 온두라스, 니카라과 간에 2005년 1월 1일 발효된 자유무역협정으로, Article 22(Essential Security)에 포함되어 있다.

266) 미국·바레인 FTA는 2006년 1월 11일 발효되었고, 필수적 안보 조항은 Article 20.2(Essential Security)에 포함되어 있다.

267) 미국·페루 FTA는 2009년 2월 1일 발효되었고, 필수적 안보조항은 Article 22.2(Essential Security)에 포함되어 있다. 미국·페루 FTA는 자국이 원용하는 필수적 안보이익 관련조치는 중재절차의 예외가 된다는 점을 각주로 명시한 것이 특이하다.

268) 미국·콜롬비아 FTA는 2012년 5월 15일 발효되었고, 필수적 안보 조항은 Article 22.2(Essential Security)에 포함되어 있다. 미국·콜롬비아 FTA도 미국·페루 FTA와 마찬가지로 자국이 원용하는 필수적 안보이익 관련조치는 중재절차의 예외가 된다는 점을 주석으로 명시하였다.

269) 미국·파나마 FTA는 2012년 10월 31일 발효되었고, 필수적 안보조항은 Article 21.2(Essential Security)에 포함되어 있다. 미국·파나마 FTA는 미국·페루 FTA, 미국·콜롬비아 FTA에서와 마찬가지로 필수적 안보이익 관련조치는 중재절차의 예외가 된다는 점을 명시하고 있다.

270) 한·미 FTA는 2012년 3월 15일 발효되었고, 필수적 안보조항은 Article 23.2(Essential Security)에 포함되어 있다. 한·미 FTA도 당사국이 제11장(투자) 또는 제22장(제도규정 및 분쟁해결)에 따라 개시된 중재절차에서 제

미국은 안보예외조항의 주석 부분에 당사국이 필수적 안보예외를 원용하는 경우 분쟁해결절차에서 예외가 적용된다고 규정하고 있다.²⁷¹⁾ 이에 따르면 미국은 CFIUS가 행하는 외국인투자제한조치에 관해 투자협정상 분쟁해결절차가 적용되지 않는다는 입장으로 보인다.

미국이 탈퇴하면서 호주, 브루나이, 캐나다, 칠레, 일본, 말레이시아, 멕시코, 뉴질랜드, 페루, 싱가포르, 베트남 등 나머지 국가들이 체결한 CPTPP(Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership)는 2018년 12월 30일 발효되었는데, 필수적 안보조항은 동일한 형식으로 규정되어 있다.²⁷²⁾²⁷³⁾ 미국이 가장 최근에 체결한 USMCA(United States-Mexico-Canada Agreement)는 2020년 7월 1일 발효했는데, 필수적 안보조항은 동일하게 규정되었다.²⁷⁴⁾

23.2조를 원용하는 경우, 그 사안을 심리하는 중재판정부 또는 패널은 그 예외가 적용됨을 판정하도록 명시하고 있다.

271) 김관호, 전제논문 (각주 35), p.58 각주53은 2007년 5월 부시행정부와 의회의 초당적인 합의에 따른 미국의 신통상정책은 국가안보 우려에 의거하여 외국회사가 미국의 항만을 운영하는 것을 금지시킬 수 있는 완전한 권한(full and non-challengeable authority)을 미국 정부가 가질 수 있도록 요구하였는 바, 그 결과 FTA에서 국가안보 예외조항을 원용하는 경우 중재판정부 또는 패널은 예외가 적용됨을 판정하는 주석을 포함하게 되었다고 분석하였다.

272) CPTPP는 캐나다, 호주, 일본, 멕시코, 뉴질랜드, 싱가포르가 비준하면서 2018년 12월 30일 발효되었고, 베트남, 페루, 말레이시아, 칠레, 브루나이에서 차례로 발효되었다. 2023년 3월 31일 CPTPP 장관급회의에서 회원국들은 영국 가입 협상이 실질적으로 타결되었다고 선언하였다. 한편, TPP 투자챕터에 관한 연구로는 정찬모, “TPP투자챕터의 실제규정 - 한중 FTA와의 비교를 중심으로”, 동북아법 연구 제10권 제1호, 전북대학교 동북아법연구소 (2016)는 투자챕터상의 기본 원칙 규정, 예외 규정 등을 한중 FTA와 비교했으나, TPP 참여국가들의 투자유보안은 분석하지 않았다. TPP 투자협정이 가지는 의의에 관해서는 김관호, “TPP 투자협정의 의의”, 사회과학연구 제23권 제1호, 동국대학교 사회과학연구원 (2016) 참조. 이재민, “TPP 투자챕터의 특징 및 법적 쟁점 - 한미 FTA 투자챕터와의 비교를 중심으로”, 국제거래법연구 제24권 제1호, 국제거래법학회 (2015), pp.242-243은 TPP 투자챕터는 ‘건강보호 및 여타 규제정책’과 관련하여 정당한 규제정책 보호 문구를 상세화하여 간접적인 영향력 확대가 기대된다고 분석한 바 있다.

273) Article 29.2(Security Exceptions) 참조.

274) Article 32.2(Essential Security) 참조.

2) 분쟁해결절차의 예외 규정 중심 방식

외국인투자심사로 인한 분쟁이 있을 경우 명문의 규정으로 FTA 협정문상의 분쟁절차가 적용되지 않는다고 규정하는 방식은 1988년 미국·캐나다 FTA 협정에서 최초로 발견되는 것으로 보인다. 미국·캐나다 FTA 협정문 제1608조(Disputes)는 캐나다 투자법(Investment Canada Act)에 따른 외국인투자심사는 분쟁의 대상이 아니라고 규정하였다.²⁷⁵⁾ 한편, 1994년 체결된 NAFTA(North American Free Trade Agreement)에서도 캐나다투자법(Investment Canada Act)상의 외국인투자심사는 분쟁대상에서 제외한다고 규정되어 있었다.²⁷⁶⁾

캐나다가 EU와 체결한 CETA(Comprehensive Economic and Trade Agreement) 투자챕터 제8.45조에서는 부속서 8-C(Exclusions from Dispute Settlement)에서 캐나다투자법(Investment Canada Act)에 따른 외국인투자심사를 분쟁대상에서 제외하고 있다.²⁷⁷⁾ 한국·캐나다 FTA도 부속서 8-바(분쟁 해결의 배제)에서 “캐나다 투자법상 심사에 따라 그 심사의 대상이 되는 투자의 허용 여부에 관한 캐나다의 결정은 이 장의 제2절 또는 제21장(분쟁 해결)의 분쟁 해결 규정의 적용을 받지 아니한다.”라고 규정하였다. 이와 관련하여 캐나다 Model BIT(2004)의 Annex

275) Tuomi, A. Keith, “The Canada-US Free Trade Agreement: Implications for the Bilateral Trade Balance”, *Maryland Journal of International Law*, Vol.13, No.1 (1988), p.109 각주18은 미국·캐나다 FTA의 적용 면제로 세 가지가 중요했는바, 민영화되는 공기업의 지분을 제한, 캐나다투자법상의 우라늄, 석유 및 가스 산업의 지분을 심사기준, 그리고 캐나다투자법에 따른 기업의 인수 관련 결정을 분쟁해결절차에서 제외하는 것이었다고 분석했다.

276) 캐나다와 멕시코는 Annex 1138.2: Exclusions from Dispute Settlement에서 자국의 외국인투자심사가 분쟁해결에서 제외된다고 규정하였다.

277) 강준하, “CETA 투자자-국가간 분쟁해결제도에 대한 법적 고찰: 한국-캐나다 FTA와의 비교를 중심으로”, *홍익법학*, 제20권 제1호, 홍익대학교 법학연구소(2019) pp.169-177은 CETA가 국가가 정당한 정책목표를 달성하기 위해 필요한 조치를 취할 권한을 가지고 있음을 명확하게 규정하면서, 명시된 공공보전, 안전, 환경, 소비자보호, 문화다양성 보호 등 이외에도 당사국이 정당한 정책목표라고 판단하는 내용을 추가할 수 있다고 하여 국가의 정당한 규제 권한을 강조하고 기준을 명확히 했다는 점에 의미가 있다고 분석하였다.

IV는 ‘Exclusion from Dispute Settlement’라는 표제 하에 캐나다투자법상의 외국인투자심사를 분쟁대상에서 제외하고 있었는데, 현재의 Model BIT(2021)에는 해당 내용이 발견되지 않는다.

호주도 캐나다와 유사하게 외국인투자심사를 분쟁해결절차에서 제외한다는 방식을 사용한다. TPP 투자챕터 초안 논의 과정에서 호주는 협정문의 본문 각주로 ISDS 절차가 규정된 Section B(Section B: Investor-State Dispute Settlement)는 수용하지 않는다는 문구를 추가하는 입장이었으나, 외국인투자심사와 관련된 경우 분쟁절차를 적용하지 않는다는 부속서(Annex 9-H)를 첨부하면서 합의되었다.²⁷⁸⁾ CPTPP 투자챕터 부속서(Annex 9-H)에서 자국의 외국인투자심사를 분쟁해결절차의 적용에서 제외한다고 규정한 국가는 호주, 캐나다, 멕시코, 뉴질랜드이다. 호주는 우리나라와의 FTA에서도 동일한 방식으로 부속서(부속서 11-사(외국인투자정책))에 외국인투자정책에는 분쟁해결규정이 적용되지 않는다고 명시했다.²⁷⁹⁾²⁸⁰⁾

278) TPP 투자챕터 초안 각주 29(Section B does not apply to Australia or an investor of Australia. Notwithstanding any provision of this Agreement, Australia does not consent to the submission of a claim to arbitration under this Section.) 참조. 한편, 이재민, 전개논문 (각주 272), pp.250-251은 이에 관해 여타 계약당사국이 호주의 주장을 수용하기는 쉽지 않을 것으로 예상했다. TPP 협정문 최종안은 각주29를 삭제하고, 투자협정 부속서 9-H에 호주, 캐나다, 멕시코, 뉴질랜드의 외국인투자심사 관련 내용이 분쟁해결절차의 적용(Section B(Investor-State Dispute Settlement), Chapter 28(Dispute Settlement)에서 제외되는 것으로 규정되었다.

279) 한·호주 FTA 협정문 제11장 투자챕터는 제11.16조(중재 청구 제기)에 중재대상으로 협정상의 의무 위반 이외에 ‘투자인가’ 및 ‘투자계약’ 위반 사항을 포함하였다. ‘투자인가’와 관련하여 호주는 1975년 「외국인 인수·합병법」을 포함한 호주의 외국인투자정책 하에 재무부장관이 내린 결정은 이 정의에 포함되지 않는다고 각주에 포함하였고, 한국은 협정 서명일 현재 한국이 투자인가를 부여하는 외국인투자당국을 가지고 있지 않다고 인정했다. 호주의 외국인투자심사가 ‘투자인가’에서 제외되어 있으므로, 호주의 외국인투자심사는 중재 대상에서 제외된 것으로 볼 수 있을 것이다. 이 점은 투자챕터 부속서 11-사에서 “호주의 외국인투자정책상 심사대상이 되는 투자에 대한 거부 여부 또는 명령이나 조건 부과 여부에 관한 호주의 결정은 제2절의 분쟁 해결 규정을 따르지 아니한다.”라고 규정된 점을 보아도 명확하다. 여기서 ‘투자인가’란 당사국의 외국인투자당국이 적용대상투자 또는 다른 쪽 당사국의 투자자에게 부여한 인가를 말하는데, 각주에서 경쟁법과 같이 일반적으로 적용되는 법을

한편, 아세안 10개국과 한·중·일·호주·뉴질랜드·인도 등 16개 국가 간에 체결된 RCEP 협정문은 아예 외국인투자심사에 관한 규정이 예외조항의 하나로 포함하고 있다. RCEP 협정문 제17장은 일반규정 및 예외조항으로 구성되어 있는데, 제17.12조(일반적 예외)나 제17.13조(안보 예외)²⁸¹⁾ 이외에 제17.11조(심사제도 및 분쟁해결)²⁸²⁾가 명문으로 포함되었다.

집행하기 위해 당사국이 취하는 조치는 해당되지 않는다고 규정하였다. ‘투자계약’이란 한쪽 당사국의 국가당국과 적용대상투자 또는 다른 쪽 당사국의 투자자 간 서면계약으로서 적용대상투자 또는 투자자가 서면계약 그 자체 이외의 적용대상투자를 설립하거나 인수하는 데 의존하고, 적용대상투자 또는 투자자에게 ①국가당국이 통제하는 천연자원에 관하여, 탐사·채취·정제·운송·유통 또는 매각 등의 권리, ②발전 또는 배전, 용수 처리 또는 분배, 또는 통신과 같이 당사국을 대신하여 공중에 서비스를 공급하는 권리, ③ 정부의 배타적 또는 현저한 이용과 혜택을 위한 것이 아닌, 도로·교량·운하·댐 또는 배관의 건설과 같은, 기반시설사업을 수행할 권리를 부여하는 것을 말한다. 한·호주 FTA 상세설명자료(2014.4), p.87에 따르면 투자계약은 우리 정부가 사실상 거의 시행하지 않는다고 한다.

280) 호주는 인도와의 협정에서도 외국인투자심사관련 사항을 분쟁에서 제외하는 부속서 방식을 활용하였다. Australia-India Economic Cooperation and Trade Agreement(ECTA) Annex 8D(Foreign Investment Framework)는 호주의 외국인투자 관련 법령 등에 따른 결정이나 요구 사항은 협정상외 분쟁해결의 대상이 아니라고 명시하고 있다.

281) RCEP 협정문 제17.13조(안보예외)는 당사자가 자신의 필수적인 안보이익을 보호하기 위하여 필요하다고 여기는 ①핵분열성 및 핵융합 물질 또는 이들의 원료가 되는 물질과 관련된 조치, ②무기, 총포탄 및 전쟁 도구들의 거래와 그 밖의 제품 및 재료의 거래에 관련된 조치, 또는 직접 또는 간접적으로 군대 시설에 공급하거나 조달하는 것을 목적으로 수행되는 서비스 공급과 관련된 조치, ③통신, 전력 및 수도시설을 포함하는 중요한 공공 기반시설(공공 또는 민간 소유 여부에 관계없이 중요한 공공기반시설 포함)을 보호하기 위하여 하는 조치, ④국내적 비상사나 전시 또는 그 밖의 국제관계에서의 비상시에 취해지는 조치를 취하는 것을 금지하거나, 국제평화와 안보유지를 위하여 국제연합헌장에 따른 자신의 의무를 수행하기 위한 조치를 하는 것을 금지하는 것으로 해석되지 않는다고 규정하여, 중요한 공공기반시설 보호를 위한 조치를 포함하고 있다는 점이 특징적이다.

282) 제17.11조(심사제도 및 분쟁해결)의 규정례는 다음과 같다.

“외국인투자 제안의 승인 또는 허가 여부에 관하여 당사자의 외국인투자 당국을 포함하는 권한있는 당국의 결정 그리고 승인 또는 허가가 적용대상인 되는 어떠한 조건이나 요건의 집행은 제19장(분쟁해결)에 따른 분쟁해결 규정의 적용대상이 아니다.”

RCEP 협정문 제17.11조(심사제도 및 분쟁해결)는 외국인투자제한에 관하여 ‘외국 투자 당국을 포함하는 권한 있는 당국’의 결정에 따르고, ‘외국 투자 당국을 포함하는 권한 있는 당국’은 협정 발효일을 기준으로 외국인투자 관련사항을 행사하는 기관으로 명시하였다.²⁸³⁾ 또한 ‘외국인 투자 당국을 포함하는 권한 있는 당국의 결정’의 내용에 관해서도 각주로 설명하고 있다.²⁸⁴⁾ 외국인투자심사를 운영하는 국가인 호주, 중국, 한국, 뉴질랜드의 경우 ‘규제 당국’을 구체적으로 명시하고 있으나, 일본은 ‘규제 당국’을 명시하지 않고 ‘규제 당국의 결정’에 명시하였다. 일본의 경우 국가안보상 주요한 지정업종에 대한 사전신고와 지정업종 내 핵심업종에 사전심사를 운영하고 있는데, 지정업종은 재무성장관 및 경제산업성 장관의 승인, 핵심업종은 관련부처의 심사를 거치는 과정으로 되어 있으므로, 이러한 점을 반영하여 규제당국의 결정으로 단일화한 표현을 사용한 것이 아닌가 추측된다.

283) 외국인투자심사제도를 운영하고 있는 주요 국가를 중심으로 보면 호주는 1975년 외국인 인수·합병법(연방) 및 그 개정을 포함하는 호주의 외국인투자 체제에 따른 호주 연방정부 재무부장관, 중국은 중화인민공화국의 외국인투자법(2019년 3월 15일 채택) 및 그 개정을 포함하는 관련법과 규정에 따라 정부 승인을 요구하는 분야에 대하여 외국인투자 승인의 부여를 담당하는 당국, 뉴질랜드의 경우 2005년 해외투자법 및 1996년 어업법 및 그 개정을 포함하는 뉴질랜드의 해외 투자체제에 따라 승인된 의사결정권을 가지는 장관들로 명시되어 있다. 한국은 「외국인투자촉진법」(법률 제16479호, 2019. 8. 20.), 「외국인투자촉진법 시행령」(대통령령 제29172호, 2018. 9. 18.), 「외국인투자에 관한 규정」(산업통상자원부고시 제2018-137호, 2018. 7. 6.), 「외국인투자 통합공고」(산업통상자원부공고 제2018-191호, 2018. 2. 27.), 그리고 「산업기술보호법」(법률 제16476호, 2019. 8. 20.), 그리고 그 개정에 따라 기재되는 권한있는 당국으로 되어 있다. 한편, 당사자가 이 협정의 발효일 후 외국인투자 당국을 포함하는 권한 있는 당국을 설립하는 경우, 이 조는 그러한 권한 있는 당국에도 적용된다.

284) 일본의 경우, 투자내용을 변경하거나 투자절차를 중단하도록 하는 명령을 포함하여, 외환 및 대외무역법(1949년 법률 제228호) 및 그 개정에 따라 사전통보를 요구하는 투자 관련 동 법에 따른 결정으로 규정되어 있다.

3) 투자협정 부속서 유보 중심 방식

호주, 캐나다, 뉴질랜드는 투자협정 부속서상 현재유보에 외국인투자 심사절차를 유보하는 방식을 사용하고 있다. 이들 국가는 외국인투자 지분율이나 투자금액 등에 따른 사전신고 절차, 정부에 의한 불승인 가능성 등을 현재유보로 규정하는데, 이들이 모두 참여한 CPTPP 협정문이 대표적이라 하겠다.²⁸⁵⁾

캐나다는 CPTPP 이외에도 EU와의 CETA, 한국과의 FTA에서도 부속서 I (기존의 조치에 대한 유보)에 캐나다 회사 인수에 관해 투자감독관의 검토를 조건으로 한다는 내용을 유보하였다.²⁸⁶⁾ 다만, 캐나다는 호주, 뉴질랜드와는 달리 미래유보에는 심사 관련 내용은 포함하지 않았다.

호주는 외국인투자가 국익(national interest)에 부합하는지 판단하기 위해 외국인투자심사위원회(Foreign Investment Review Board)에 의해 심사를 받도록 한다는 사실을 투자협정 유보문에 규정한다.²⁸⁷⁾ 구체적으

285) CPTPP 협정문의 경우, 호주는 Annex I -Australia pp.3-6, 캐나다는 Annex I -Canada pp.2-5, 뉴질랜드는 Annex I pp.12-13 참조. 캐나다는 USMCA Annex- I -Canada pp.2-5에서 캐나다투자법(Investment Canada Act)에 따른 외국인투자 사전신고를 현재유보에 포함하고 있다. 캐나다가 EU와 체결한 CETA Reservation Annex- I -C-1 pp.1-3도 캐나다투자법에 따른 외국인투자심사를 현재유보에 포함하였다. 정찬모, “TPP의 투자자-국가 분쟁해결 절차 - 한미 FTA와의 비교를 중심으로”, 법학논총 제29권 제1호, 국민대학교 법학연구소 (2016), p.161, p.164는 TPP 투자챕터 부속서상 호주, 캐나다, 멕시코, 뉴질랜드가 자국 관련법에 따른 외국기업에 의한 인수·합병 승인여부에 대한 당국의 결정은 ISDS나 분쟁해결절차의 대상이 아니라고 명시한 것은 공공정책의 자주성과 사법주권에 대한 우려 불식을 위한 유연성 부여로 평가하였다.

286) 한·캐나다 FTA 부속서 I (기존의 조치에 대한 유보), 캐나다의 유보목록 I -CA-1부터 I -CA-4 참조. 유보 내용은 외국인이 ①자산이 5백만 캐나다 달러 이상인 캐나다 회사의 직접 인수, ②자산이 5천만 캐나다 달러 이상인 캐나다 회사의 간접 인수, ③5백만 캐나다 달러에서 5천만 캐나다 달러 사이의 자산을 가지고, 이러한 자산이 해당거래에서 직접적 또는 간접적으로 지배권이 인수되는 모든 실체들의 자산 가치의 50 퍼센트 초과에 해당되는, 캐나다 회사의 간접인수의 경우 투자감독관의 검토를 조건으로 한다. 캐나다 투자법에 따른 검토 대상인 투자는 캐나다에 순이익이 될 가능성이 있어야 하는데, 유보 내용에는 고려요소와 절차 등이 명시되어 있다.

로 살펴보면 미국과의 FTA²⁸⁸⁾, 중국과의 FTA²⁸⁹⁾, RCEP, 호주·인도 경제협력무역협정²⁹⁰⁾, 한국·호주 FTA²⁹¹⁾²⁹²⁾ 등에서 서비스 및 투자에

287) Voon, Tania and Merriman, Dean, 전계논문은 호주가 체결한 FTA별로 외국인투자정책을 명시적으로 분쟁해결절차에서 제외하고 있는 경우, 투자채터 유보안에 비합치조치로 포함하는 경우 등으로 구분하여 분석하였다.

288) Australia-United States(AUSFTA)는 2005년 1월 1일 발효되었다. Non Conforming Measures Annex I Schedule of Australia에는 외국인투자심사절차가 열거되어 있으며, 통신, 운송, 교육, 방산, 핵물질 등의 분야의 일정 금액 이상도 심사절차를 거치는 것으로 규정되어 있다. Westcott, Thomas, “Foreign investment issues in the Australia - United States Free Trade Agreement”, *Economic Roundup Summer 2004-05* (2005), p.74에 따르면 FTA 협상 당시 미국은 ‘national interest test’가 없는바, 미국 투자자에게 불리하므로 호주의 ‘national interest’를 ‘국가안보’에 한정할 것을 주장했다. 그러나 호주는 ‘national interest test’를 비합치 조치로 고수하고, 심사관련 기준금액을 상향하는 방안으로 타협했다고 한다.

289) China-Australia FTA(ChAFTA)는 2015년 12월 20일 발효되었다. Annex III Part 1: Schedule of Non-Conforming Measures, Referred to in Chapter 8(Trade in Services) and Chapter 9(Investment), Schedule of Australia Section A에는 외국인투자심사절차가 명시되어 있고, AUSFTA와 마찬가지로 통신, 운송, 교육, 방산, 핵물질 등 분야의 일정 금액 이상의 외국인투자도 심사절차를 거치는 것으로 규정되어 있다.

290) Australia-India Economic Cooperation and Trade Agreement(ECTA)는 2022년 12월 29일 발효되었고, Chapter 8(Trade in Services) Annex 8F Schedules of Non-Conforming Measures-Schedules of Australia, Part A에 동일하게 유보되어 있다.

291) 호주의 유보는 부속서 I (호주의 유보목록)에 1975년 외국인취득 및 인수법 (FATA) 등에 근거하여 일정한 자산 가치 이상의 기존 호주 사업 또는 지정 회사 등에 대한 외국인투자에 관해 호주 정부가 거부할 수 있고, 정부에 대한 통보가 요구될 수 있다고 규정한다. 부속서 I (호주의 유보목록), pp.2-5에서 호주는 다음의 투자에 관해 호주정부의 거부권의 대상이 될 수 있으며 정부에 대한 통보가 요구될 수 있다고 규정하였다.

가. 투자 액수를 불문하고, 외국인의 언론분야에 대한 5퍼센트 이상의 투자
나. 다음 분야에서 자산가치가 2억4천8백만 호주달러를 초과하는 기존 호주 사업 또는 지정 회사에 대한 외국인의 투자

- 1) 통신부문
- 2) 호주 내 또는 호주 착발로 제공되는 공항, 항구설비, 철도기반시설, 국제 및 국내 항공 및 선적 서비스를 포함하는 운송부문
- 3) 호주 또는 그 밖의 방위군에게 대한 훈련 또는 인적자원 공급, 또는 군수물품, 장비 또는 기술의 제조 또는 공급
- 4) 군사목적으로 사용될 수 있는 물품, 장비 또는 기술의 제조 또는 공급
- 5) 암호화 및 보안 기술과 통신시스템의 개발, 제조 또는 공급 또는 관련 서비

대한 유보 및 비합치 조치 목록의 현행유보로 외국인투자심사 절차를 유보하고 있다.

한편 호주와 뉴질랜드는 외국인투자심사를 투자협정상의 미래유보로 규정하는 경우도 있다. 한국·호주 FTA 부속서Ⅱ(호주의 유보목록)에는 ‘필수적 안보이익’을 이유로 외국인투자에 관해 어떠한 조치도 채택하거나 유지할 권리를 유보하고 있다.²⁹³⁾ 호주는 RCEP 협정문상 서비스 및 투자에 대한 유보 및 비합치 조치 목록의 미래유보에서 필수적 안보이익에 관하여 유보를 포함하고 있다. RCEP 협정문 상에 필수적 안보이익 조항이 포함되어 있음에도 불구하고, 호주는 이를 미래유보에 포함시켜 필수적 안보이익을 위해 외국인투자를 제한할 수 있는 근거를 재차 규정하였는바, 외국인투자제한에 관한 정책적 재량의 범위를 최대한으로 확보한 것으로 평가할 수 있다. 이와 같은 미래유보 조항은 2005년 호주·미국 FTA에는 포함되어 있지 않으나, 2015년 호주·중국 FTA에는 유사한 조항이 포함되어 있다.²⁹⁴⁾

스 제공, 그리고

6) 우라늄 또는 플루토늄의 추출(또는 추출권), 또는 핵설비의 운영
다. 금융부문회사를 제외한 그 밖의 모든 분야에서 자산가치총액이 10억7천8백만 호주달러를 초과하는 기존 호주 사업 또는 지정 회사에 대한 외국인의 투자(하락).

292) 한·호주 FTA 상세설명자료(2014.4), p.91에는 호주의 투자 사전심사기준액을 호주·미국 FTA, 호주·뉴질랜드 FTA 수준으로 상향 조정(2.4억 호주달러→10억 호주달러)하여 기준액 미만은 사전심사가 면제되는바, 우리 기업들의 대호주 투자 원활화가 기대된다는 내용이 언급되어 있다.

293) 부속서Ⅱ(호주의 유보목록), p.7에서 호주는 “호주는 호주에 투자한다는 외국인과 외국정부 투자자의 제안에 대하여 그 필수적 안보 이익의 보호에 필요하다고 판단하는 어떠한 조치도 채택하거나 유지할 권리를 유보한다.”라고 규정하면서, 내국민대우, 최혜국대우, 이행요건, 고위 경영진 및 이사회 관련 의무 전부를 유보하였다.

294) 유보내용으로 “Australia reserves the right to adopt or maintain any measure that it considers necessary for the protection of its essential security interests with respect to proposals by foreign persons²³ and foreign government investors to invest in Australia.”으로 시장접근, 내국민대우, 최혜국 대우를 명시하고 있다. Annex III Part 1: Schedule of Non-Conforming Measures, Referred to Chapter 8(Trade in Services) and Chapter9(Investment), Schedule of Australia, Section B p.1035 참조.

한편, 뉴질랜드는 FTA 협상을 할 때 자국의 규제 권한을 확보하는 것이 매우 중요한바, 서비스 투자 협상에서는 뉴질랜드 경제에 중요하거나 민감한 영역에서 정책 여지를 확실하게 확보하는 것이 기본 방침으로서 외국인투자심사를 위한 정책 여지를 확보할 필요가 크다고 언급한다.²⁹⁵⁾ 뉴질랜드는 호주나 캐나다와는 달리 한국·뉴질랜드 FTA 투자챕터에 자국의 외국인투자심사 제외 관련 사항은 포함하지는 않았고, 부속서Ⅱ(서비스 및 투자 비합치 조치)에서 외국인투자에 관해 뉴질랜드 정부의 사전 승인을 받도록 요구하는 조치를 채택하거나 유지할 권리를 유보하였다.²⁹⁶⁾

다만, 뉴질랜드는 협정에 따라 현재유보를 병행하는 경우도 있어, RCEP 협정문에서는 서비스 및 투자에 대한 유보 및 비합치 조치 목록 미래유보로 외국인투자심사 절차를 유보하는 방식을 취했다. 뉴질랜드는 RCEP 협정문에서 현행유보 없이 미래유보를 포함했는데, CPTPP 협정문에서는 현행유보와 미래유보를 모두 포함했다.²⁹⁷⁾

295) 뉴질랜드 외교통상부, “NZ trade policy : Preserving our right to regulate-Services and investment commitments”, <<https://www.mfat.govt.nz/en/trade/nz-trade-policy/preserving-our-right-to-regulate/>>, (2023.7.23. 최종방문). 뉴질랜드는 정책 여지 확보가 필요한 분야로서 외국인투자심사, 건강, 공공교육, 공공주택, 공공교육을 언급하고 있다.

296) 부속서Ⅱ(서비스 및 투자 비합치 조치) Ⅱ-62부터 Ⅱ-63에 따르면, ①뉴질랜드 기관 내 25퍼센트 이상의 어떤 유형의 지분 또는 의결권의 취득 또는 지배로서, 이전 비용 또는 자산가치가 5천만 뉴질랜드달러를 초과하는 경우, ②뉴질랜드 내에서 사업운영의 개시 또는 사업 자산을 포함한 기존 사업의 인수로서, 그 사업 또는 자산의 개시 또는 인수에 수반되는 총 비용이 5천만 뉴질랜드달러를 초과하는 경우, ③달러가치에 관계없이, 뉴질랜드 해외투자법률에 따라 민감하다고 간주되거나 특별승인이 요구되는 일정 유형의 토지의 취득 또는 지배, ④달러가치에 관계없이, 상업적 어획할당량 또는 연간 어획권을 보유하는 뉴질랜드 기관 내 25퍼센트 이상의 어떤 유형의 지분 또는 의결권의 취득, 또는 상업적 어획할당량 또는 연간 어획권의 취득 등의 경우 정부의 사전 승인 권한을 유보하였다.

297) CPTPP 협정문상 뉴질랜드의 유보는 현행유보(Annex I - New Zealand-12 and 13), 미래유보(Annex II - New Zealand-7 and 8)에 규정되어 있다.

2. 우리나라의 안보예외와 외국인투자 관련 실행

1) 우리나라가 체결한 투자보장협정의 안보예외

2023년 2월 기준으로 우리나라가 체결한 투자보장협정은 총 99개국 (발효 84, 미발효 4개, 종료 11개)인데,²⁹⁸⁾ 안보예외조항이 포함된 것은 10개의 투자보장협정밖에 없는 것으로 분석된다.²⁹⁹⁾

우리나라가 외국과 체결한 투자보장협정에서 안보예외조항이 정식으로 등장한 것은 2002년 일본과 체결한 조약 제1614호 「대한민국 정부와 일본국 정부간의 투자의 자유화·증진 및 보호를 위한 협정」(이하 ‘한·일 BIT’라 한다)이다. 이 조약은 서문에 투자 증진 및 투자 확대를 위한 여건 조성을 통해 투자자유화의 중요성을 강조하면서 “이러한 목적들이 일반적으로 적용되는 보건·안전 및 환경과 관련된 조치들의 완화 없이 달성될 수 있음을 인식”한다고 명시한 점에서도 기존 투자보장협정들이 투자의 증진 및 보호, 경제협력을 명시한 것과 구별된다.³⁰⁰⁾³⁰¹⁾

298) 외교부, 우리나라 투자보장협정 체결현황 (2023.2 기준) 참조.

299) 우리나라가 체결한 투자보장협정 현황은 외교부 홈페이지 → 외교정책 → 경제 → 경제협정 → 경제협정체결현황 참조. 장성길, “국가안보 측면에서의 투자분쟁 검토 및 대응 방안 모색”, 통상법률 제152호, 법무부 국제법무과 (2021), pp.18-20은 우리나라가 체결한 투자보장협정(BIT) 중에서 우루과이, 르완다, 카메룬, 미얀마, 아르메니아, 케냐, 일본과의 협정 및 한중일 투자보장협정만이 국가안보 예외조항을 포함하고 있다고 분석하였다. 2023년 7월말 기준, 국가안보 예외조항을 포함하고 있는 투자보장협정은 위의 투자보장협정 이외에 짐바브웨, 우즈베키스탄과의 투자보장협정이 포함된다.

300) 예컨대 조약 제1598호 「대한민국 정부와 멕시코합중국 정부간의 투자의 증진 및 상호보호를 위한 협정」(2000.11.14. 서명, 2002.6.27. 발효)의 경우 “평등과 호혜의 원칙에 입각하여 양국간 경제협력의 발전 및 특히 일방체약 당사자의 투자자가 타방 체약당사자의 영역 안에서 행한 투자에 유리한 여건을 조성하기를 희망하고, 이 협정에 기초한 투자의 증진 및 상호보호가 기업의 창의적진을 유도하고 양국의 번영을 증대시킨다는 것을 인식”한다는 내용이 서문에 명시되어 있는데, 이와 같은 규정 형식이 통상적이다.

301) 외교부 보도자료에 의하면 한·일 BIT는 우리나라가 체결한 최초의 투자(자유화) 협정으로서 투자 단계부터 내외국인을 동등하게 대우(외국인투자의 자유화)한다는 점에서 기 투자자의 투자원금 및 과실송금 보장을 주된 목적으로 하는 (우리나라가 지금까지 체결한) 전통적인 투자보장협정과 다른 차이가

한·일 BIT상 안보예외조항(제16조)은 GATS 제14조의2와 같이 안보 조치와 관련된 구체적인 상황을 ①전쟁, 무력충돌, 국제관계상 긴급상황, ②무기의 확산방지 관련사항으로 제한적으로 규정하고 있다. 한·미 FTA의 경우 “자국의 필수적 안보이익의 보호를 위하여 필요하다고 판단하는 조치를 적용하지 못하도록 배제하는 것”으로 해석되지 않는다고 규정(제23.2장 필수적 안보)하여, 자기 판단의 범위가 넓게 규정되어 있는 것과 비교된다. 즉, 일본과의 투자보장협정에는 자기 판단의 범위가 군사상의 필요에 한정하는 것으로 규정되어, 전통적인 의미에서의 군사상 필요 상황이 아닌 경우 안보예외를 원용하기 어렵게 규정된 것으로 해석할 수 있을 것이다.³⁰²⁾

그런데 우리나라가 2002년 일본과 BIT를 체결한 이후 2009년 우루과이와 BIT를 체결할 때까지 동안 체결되었던 BIT에는 안보예외조항이 포함되어 있지 않았다.³⁰³⁾ 우리나라는 2009년 우루과이와 BIT를 체결한

있다. 외교부 보도자료, “한·일 투자협정 2003년 1월 1일 발효” (2002.12.2.) 참조.

302) 한찬식·이원희·유영준, “한일 투자협정 해설”, 산업연구원 (2003.7.), p.245도 국내 유치산업 보호 등을 이유로 협정의 의무사항을 위배하는 조치를 취한다면 당연히 협정 위배가 된다고 언급하고 있다. 김관호, 전개논문(각주 35), pp.24-25는 구체적인 상황을 열거한 것은 이 규정의 목적을 명료화하려는 의도를 담고 있는 요소들로 해석할 수 있고, 이를 개방적인 열거방식(open list)이 아닌 폐쇄적 열거방식(closed list)으로 제시함으로써 이 규정의 예외 적용의 범위를 제한하고 있는 것으로 해석하고 있다.

303) 예컨대 조약 제1623호 「대한민국 정부와 사우디아라비아왕국 정부간의 투자의 상호장려 및 보호에 관한 협정」(2002.4.4. 서명, 2003.2.19. 발효), 조약 제1642호 「대한민국 정부와 이스라엘국 정부간의 투자의 상호증진 및 보호를 위한 협정」(1999.2.7. 서명, 2003.6.19. 발효), 조약 제1650호 「대한민국 정부와 브루나이다루살람 정부간의 투자의 장려 및 상호보호에 관한 협정」(2000.11.14 서명, 2003.10.30. 발효), 조약 제1651호 「대한민국 정부와 트리니다드토바고공화국 정부간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정」(2002.11.5. 서명, 2003.11.27. 발효), 조약 제1655호 「대한민국 정부와 오만왕국 정부간의 투자의 증진 및 상호보호에 관한 협정」(2003.10.8. 서명, 2004.2.10. 발효), 조약 제1674호 「대한민국 정부와 베트남사회주의공화국 정부간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정」(전면개정)(2003.9.15. 서명, 2004.6.5. 발효), 조약 제1677호 「대한민국 정부와 아랍에미리트연합국 정부간의 투자의 증진 및 보호를 위한 협정」(2002.6.9. 서명, 2004.6.15. 발효), 조약 제1697호 「대한민국 정부와 요르단왕국 정부간의 투자의 증진 및 보호를 위한 협정」(2004.7.24.

서명, 2004.12.25. 발효), 조약 제1710호 「대한민국 정부와 네덜란드왕국 정부 간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정」(전면개정)(2003.7.12. 서명, 2005.3.1. 발효), 조약 제1761호 「대한민국 정부와 슬로바키아공화국 정부 간의 투자의 증진 및 상호보호에 관한 협정」(2005.5.27. 서명, 2006.2.7. 발효), 고시 제567호 「대한민국 정부와 이란회교공화국 정부 간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정의 개정을 위한 교환각서」(2004.9.11. 및 2006.1.1. 각서교환, 2006.3.31. 발효), 조약 제1782호 「대한민국 정부와 알바니아공화국 정부 간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정」(2003.12.15. 서명, 2006.5.18. 발효), 조약 제1784호 「대한민국 정부와 크로아티아공화국 정부 간의 투자의 증진 및 상호보호에 관한 협정」(2005.7.19. 서명, 2006.5.31. 발효), 조약 제1794호 「대한민국 정부와 모리타니아공화국 정부간의 투자의 증진 및 상호 보호에 관한 협정」(2004.12.15. 서명, 2006.7.21. 발효), 조약 제1801호 「대한민국 정부와 가이아나협동공화국 정부 간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정」(2006.7.31. 서명, 2006.8.20. 발효), 조약 제1817호 「대한민국 정부와 불가리아공화국 정부 간의 투자의 상호 증진 및 보호에 관한 협정」(2006.6.12. 서명, 2006.11.16. 발효), 조약 제1823호 「대한민국 정부와 레바논공화국 정부 간의 투자의 증진 및 상호 보호에 관한 협정」(2006.5.5. 서명, 2006.12.21. 발효), 조약 제1839호 「대한민국 정부와 리비아인민사회주의아랍공화국 정부 간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정」(2006.9.21. 서명, 2007.3.28. 발효), 조약 제1863호 「대한민국 정부와 쿠웨이트 정부간의 투자의 증진 및 상호보호에 관한 협정」(2004.7.15. 서명, 2007.8.31. 발효), 조약 제1870호 「대한민국 정부와 자메이카 정부 간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정」(2003.6.10. 서명, 2007.11.5. 발효), 조약 제1872호 「대한민국 정부와 중화인민공화국 정부 간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정」(전면개정)(2007.9.8. 서명, 2007.12.1. 발효), 고시 제644호 「대한민국 정부와 루마니아 정부 간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정에 관한 의정서」(2006.9.6. 서명, 2008.1.11. 발효), 조약 제1879호 「대한민국 정부와 아제르바이잔공화국 정부 간의 투자의 증진 및 보호를 위한 협정」(2007.4.23. 서명, 2008.1.25. 발효), 조약 제1894호 「대한민국 정부와 모리셔스공화국 정부 간의 투자의 증진 및 상호보호를 위한 협정」(2007.6.18. 서명, 2008.3.7. 발효), 조약 제1899호 「대한민국 정부와 도미니카공화국 정부 간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정」(2006.6.30. 서명, 2008.6.10. 발효), 조약 제1901호 「대한민국 정부와 키르기스공화국 정부 간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정」(2007.11.19. 서명, 2008.7.8. 발효), 조약 제1964호 「대한민국 정부와 가봉공화국 정부 간의 투자의 증진 및 상호보호에 관한 협정」(2007.8.10. 서명, 2009.8.9. 발효), 조약 제2001호 「대한민국 정부와 부르키나파소 정부간의 투자의 증진 및 상호보호에 관한 협정」(2004.10.26 서명, 2010.4.14. 발효), 조약 제2038호 「대한민국 정부와 벨기에-룩셈부르크 경제동맹 간의 투자의 상호증진 및 보호에 관한 협정」(전면개정)(2006.12.12. 서명, 2011.3.27. 발효), 조약 제2055호 「대한민국 정부와 콩고공화국 정부 간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정」(2006.11.8. 서명, 2011.8.13. 발효)까지 안보예외 제외 관행은 계속되었다.

이후에는 BIT상 안보예외조항을 계속 포함하는 관행을 보이고 있다.³⁰⁴⁾ 우루과이 BIT의 안보예외조항(제15조)은 “당사자가 필수안보이익을 보호하기 위하여 필요하다고 여겨지는 조치”로 포괄적으로 규정되어 한·일 BIT와 비교할 때 자기판단의 범위가 넓다고 판단된다.

우리나라가 체결한 투자보장협정(BIT)상 포함된 안보예외조항에 관해 국가안보 조치를 원용할 수 있는 구체적인 상황을 규정하면 ‘협의’ 방식, 구체적 상황 명시 없이 자기판단하에 조치를 취할 수 있다고 규정하면 ‘광의’ 방식으로 구분하여 정리하면 다음의 표와 같다.³⁰⁵⁾

[표 7] 투자보장협정상 안보예외조항의 개관

상대국가	규정방식	안보예외조항
일본	§16: 협의	1)자국의 본질적인 안보이익을 보호하기 위하여 필요하다고 인정되는 조치 (1)전쟁, 무력충돌, 계약당사자 내에서 또

304) 조약 제2125호 「대한민국 정부와 르완다공화국 정부 간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정」(2009.5.29. 서명, 2013.2.16. 발효), 조약 제2183호 「대한민국 정부, 중화인민공화국 정부 및 일본국 정부간의 투자 증진, 원활화 및 보호에 관한 협정」, 조약 제2348호 「대한민국 정부와 케냐공화국 정부 간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정」(2014.7.8. 서명, 2017.5.3. 발효), 조약 제2401호 「대한민국 정부와 미얀마연방공화국 정부 간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정」(2014.6.5. 서명, 2018.10.31. 발효), 조약 제2432호 「대한민국 정부와 아르메니아공화국 정부 간의 투자의 증진 및 상호 보호에 관한 협정」(2018.10.19 서명, 2019.10.3. 발효), 조약 제2473호 「대한민국 정부와 짐바브웨공화국 정부 간의 투자 증진 및 보호에 관한 협정」(2010.5.24. 서명, 2021.4.7. 발효), 조약 제2545호 「대한민국 정부와 우즈베키스탄공화국 정부 간의 투자의 상호 증진 및 보호에 관한 협정」(2019.4.19. 서명, 2023.4.5. 발효) 참조.

305) OECD, *International Investment Perspectives: Freedom of Investments in a Changing World* (2007), pp.98-99는 43개국의 BIT별 안보예외조항을 분석하면서, 전쟁 등 안보예외조항을 적용할 수 있는 구체적인 상황이 규정된 방식, 2004 미국 Model BIT와 같이 ‘it considers necessary’ 문구가 포함되어 자기판단사항임이 명시된 방식 등으로 ‘scope’를 구분한 바 있다. 본 연구에서는 전자와 같은 경우 ‘협의’ 방식, 후자와 같은 경우 ‘광의’ 방식으로 구분한다. 한편, 안보예외조항에 통상적으로 포함되는 정보의 제공·공개 요구 금지 조항은 본 연구와 관련성이 적으므로 분석에서 제외한다.

상대국가	규정방식	안보예외조항
		는 국제관계상 긴급상황이 발생하는 경우
중국 · 일본	§18: 협의	(2) 무기의 확산방지에 관한 국내정책이나 국제협약의 이행과 관련되는 경우 2) 국제평화 · 안전 유지를 위한 UN헌장상의무이행과 관련되는 경우
우루과이	§15: 광의	1)당사자가 필수안보이익을 보호하기 위하여 필요하다고 여겨지는 조치 2)국제평화 · 안전 유지를 위한 UN헌장상의무수행과 관련되는 경우
르완다	§15: 광의	
카메룬	§15: 광의	
미얀마	§15: 광의	
아르메니아	§17: 광의	
케냐	§15: 광의	
짐바브웨	§15: 광의	
우즈베키스탄	§17: 협의	1)자국의 필수안보이익을 보호하기 위하여 필요하다고 판단하는 다음의 조치 (1)군수품 관련조치 (2)전시 또는 기타 국제관계의 긴급상황 (3)핵물질 관련조치 2)국제평화 · 안전 유지를 위한 UN헌장상의무수행과 관련되는 경우

우리나라가 체결한 BIT 중에서 국가안보 예외가 협의방식으로 규정된 경우는 한 · 일 BIT, 한중일 투자보장협정, 한 · 우즈베키스탄 BIT 등 세 건밖에 발견되지 않는다. 한중일 투자보장협정의 경우 기존의 일본이나 중국과의 양자협정과 비교하여 보호수준이 높은 조항을 포함하고 있어 투자자로서는 자신에게 더 유리한 협정을 원용할 수 있게 되었으나,³⁰⁶⁾ 당사국이 국가안보를 이유로 하는 경우에는 한 · 중 BIT에는 안보

306) 외교부 보도자료, “한중일 투자보장협정 발효” (2014.5.15.)는 “일본과는 한중일 투자보장협정보다 투자보호 수준이 높고 포괄적인 한일 투자협정이 이

예외가 없고, 한중일 투자보장협정과 한·중 FTA에는 안보예외가 포함되어 투자분쟁이 발생하는 경우 투자자가 어떤 협정을 원용하느냐에 따라 안보예외 원용 가능성이 달라질 수 있게 되었다.³⁰⁷⁾ 그 이외의 경우는 모두 정부의 자기판단이 광범위하게 적용되는 광의방식으로 규정되어 있는바 재량이 넓다고 평가된다.

2) 우리나라가 체결한 FTA 협정문의 분석

우리나라는 2023년 6월 현재 59개국과 21건의 FTA를 체결하여 협정이 발효된 상태이다. 우리나라 최초의 FTA인 한·칠레 FTA를 시작으로 싱가포르, EFTA(유럽자유무역연합), ASEAN, 인도, EU, 페루, 미국, 튀르키예, 호주, 캐나다, 중국, 뉴질랜드, 베트남, 콜롬비아, 중미 5개국(파나마, 코스타리카, 온두라스, 엘살바도르, 니카라과), 영국, RCEP, 이스라엘, 캄보디아, 인도네시아와의 FTA가 발효되었다.

아래에서는 우리나라 체결한 FTA 협정별로 안보예외조항과 투자협정에서의 유보 등을 분석하는데, 안보예외조항은 BIT에서와 동일하게 국가안보 관련조치를 원용할 수 있는 구체적인 상황을 규정하면 ‘협의’ 방식, 구체적 상황 없이 자기판단하에 안보에 필요한 조치를 취할 수 있다고 규정하면 ‘광의’ 방식으로 분류한다.³⁰⁸⁾ 다만, ASEAN과 ASEAN에

미 발효중이고, 한국과 중국 간에는 「한중 투자보장협정」(’92년 체결, ’07년 개정)이 있으며, 이번 한중일 투자보장협정은 기존의 양자협정과 비교하여 보호 수준이 더 높은 내국민대우, 지적재산권, 투명성, 조세조치 등의 조항을 포함하고 있어 투자자는 동 협정과 기존 양자협정 중 더 유리한 협정을 원용할 수 있게 되었다.”라고 설명하였다. 참고로 김관호, “중국의 투자협정 정책의 변화와 한중투자협정의 고찰”, 동북아경제연구, 제20권 제1호, 한국동북아경제학회 (2008), p.234는 협상 과정에서 한국과 일본은 포괄적인 수준의 투자보장협정을 주장했으나, 중국이 상당한 거부감을 표명하였다고 언급했다.

307) 정찬모, “가상자산 투자에의 국제투자보호협정 적용상 쟁점”, 법학연구 제26권 제1호, 인하대학교 법학연구원 (2023), p.21. 한편, 중국과 관련해서는 한·중 FTA상의 안보예외가 협의방식으로 규정되었고, 투자 유보안도 아직 작성되지 않은 상황이라 협정문상으로는 국가안보 예외 사항이 협의로 해석된다고 보아야 할 것이다.

308) 이재민, “국가안보 예외의 사각지대-‘정보제공 거부’ 조항의 의미와 문제점,

속하는 국가들의 경우, 국가안보조치를 원용할 수 있는 상황이 통신, 발전, 수도 등 주요 공공기반시설의 불능화 또는 기능저하를 위한 계획적인 시도로부터 보호하기 위한 조치인 경우가 추가되어 있는바, ‘변형된 협의’의 안보예외로 구분한다. 우리나라가 체결한 FTA 협정문상 안보예외조항을 구분하면 다음의 표와 같다. 안보예외조항의 내용이 다른 협정문들과 구별되는 경우 밑줄로 표시하였다.

[표 8] FTA 협정문상 안보예외조항의 개관

상대국가	규정방식	안보예외조항
칠레	§20.2: 협의	1)자국의 필수안보이익의 보호에 필요하다고 스스로 판단하는 다음의 조치 (1)군수품 관련조치 (2)전시 기타 국제관계의 긴급상황 (3)핵물질 관련조치 2)국제평화·안전 유지를 위한 UN헌장상의 의무에 따른 조치
싱가포르	§21.3: 협의	
EFTA	§3.15: 협의	
EU	§15.9: 협의	
튀르키예	§8.3: 협의	
호주	§22.2: 협의	
캐나다	§22.2: 협의	
뉴질랜드	§20.2: 협의	
영국	§15.9: 협의	1)자국의 필수안보이익 보호를 위해 필요하다고 판단하는 다음의 조치
중국	§12.14:협의	

국제법학회논총, 제65권 제1호 (2020); Lee, Jaemin, 전제논문; 장성길, 전제논문 참조. 한편, 유지영, “대북 제재조치와 WTO/FTA 안보예외조항의 합치성에 관한 연구”, 국제지역연구 제25권 제2호, 서울대학교 국제학연구소 (2016), pp.16-17은 ①안보예외조항의 부재, ②WTO와 동일한 안보예외조항, ③개발도상국 위주로 확산되고 객관성이 증진된 안보예외조항, ④미국과 EU 중심으로 확산된 보다 모호해진 안보예외조항으로 구분하면서 ①에 해당되는 경우로 한·EFTA, 한·ASEAN FTA를 예시하나, 한·EFTA 제3장 서비스 무역에는 제3.15조에서 GATS 제14조의2를, 한·ASEAN 기본협정은 GATS 제14조의2를 그대로 수용하여 ②유형에 해당한다고 보아야 한다. 우리나라가 체결한 FTA에는 ③유형은 발견되지 않는다. 우리나라 투자협정에 관해서는 박덕영 외 13인, 국제투자법, 박영사 (2012), pp.24-58 참조.

상대국가	규정 방식	안보예외조항
		(1) 전시, 무력충돌, 그 밖의 <u>당사국 내에서</u> 또는 국제관계에서 비상시에 취해지는 조치 (2) 무기의 확산방지 관련 국내정책, 국제협약 이행 관련조치 2) 국제평화·안전 유지를 위해 UN헌장에 따른 자국의 의무를 수행하기 위한 조치
ASEAN	§21: 변형된 협의 방식	1) 당사국이 중대한 안보이익을 보호하기 위해 필요하다고 간주하는 다음의 조치 (1) 군수품 관련조치 (2) 전시 기타 국제관계의 긴급상황 (3) 핵물질 관련조치 (4) <u>통신, 발전, 수도시설 포함 주요 공공기반 시설 불능화·기능저하 시도로부터 보호 조치</u> 2) 국제평화·안전 유지를 위한 UN헌장상의 의무에 따른 조치
베트남	§16.2: 변형된 협의 방식	1) 당사국이 필수적 안보이익을 보호하기 위해 필요하다고 판단하는 다음의 조치 (1) 군수품 관련조치
캄보디아	§9.2: 변형된 협의 방식	(2) 핵물질 관련조치 (3) <u>통신, 전력, 수도시설 포함 주요 공공기반 시설 불능화 기능저하 시도로부터 보호 조치</u>
인도네시아	§11.2: 변형된 협의 방식	(4) <u>국내비상시</u> , 전시 기타 국제관계의 긴급상황 2) 국제평화·안전 유지를 위한 UN헌장상의 의무에 따른 조치
인도	§10.18: 변형 협의 방식의 확대	1) 당사국이 중대한 안보이익을 보호하기 위해 필요하다고 간주하는 다음의 조치 (1) 군수품 관련조치 (2) 전시 기타 국내 또는 국제관계의 긴급상황 (3) 핵물질 관련조치

상대국가	규정방식	안보예외조항
		<p><u>(4)통신, 전력, 상수도공급 위한 주요 공공기반 시설 불능화·기능저하 시도로부터 보호 조치</u></p> <p>2)국제평화·안전 유지를 위한 UN헌장상의 의무에 따른 조치</p> <p>3)어느 한 쪽 당사국이 이 장의 혜택이 다른 쪽 당사국 기업/투자에 부여될 경우 비당사국 또는 그 투자에 대해 위반·손상될 수 있는 필수적 안보이익을 보호하기 위해 필요하다고 간주되는 자국법상 조치 채택·유지</p>
RCEP	§17.13:변형된 협의방식 §10.15:광의	<p>< 제17장 일반적 안보예외 ></p> <p>1)당사국이 필수적 안보이익을 보호하기 위해 필요하다고 여기는 다음의 조치</p> <p>(1)핵물질 관련조치</p> <p>(2)군수품 관련조치</p> <p><u>(3)통신, 전력, 수도시설 포함 주요 공공기반 시설 불능화·기능저하 시도로부터 보호조치</u></p> <p><u>(4)국내비상시, 전시 기타 국제관계의 긴급상황</u></p> <p>(2)국제평화·안전 유지를 위한 UN헌장상의 의무에 따른 조치</p> <p>< 제10장 투자협정상 안보예외 ></p> <p>1)국제평화·안전 유지·회복에 대한 의무이행</p> <p>2)자신의 필수적 안보이익 보호</p>
페루	§24.2: 광의	어느 한 쪽 당사국이 국제평화·안전 유지·회복에 대한 자국의 의무를 이행하기 위해, 또는 자국의 필수적 안보이익의 보호를 위해 필요하다고 판단하는 조치
미국	§23.2: 광의	
콜롬비아	§21.2: 광의	
중미	§23.2: 광의	
이스라엘	§21.2: 광의	

아래에서는 안보예외의 구분 방식과 유보의 방식까지 고려하여 10가지 방식으로 분류하였는바, 차례대로 살핀다.

(1) 안보예외는 협의, 유보 미포함

안보예외를 협의방식으로 규정한 것은 우리나라 최초의 FTA인 한·칠레 FTA에서 발견할 수 있다.³⁰⁹⁾ 한·칠레 FTA상 투자 분야는 제3부(투자·서비스 및 관련사항) 제10장(투자)에 규정되었는데, 제10.42조(제외)에서 국가안보(제20.2조)에 의한 외국인투자 금지·제한을 투자협정의 적용에서 배제하고 있다.³¹⁰⁾ 한편, 한·칠레 FTA에서 한국은 외국인투자신고제도나 공공질서 등을 위해 외국인투자를 제한할 수 있는 것으로 유보하지는 않았다.³¹¹⁾

한편, 안보예외를 협의방식으로 규정하면서 유보안이 작성되지 않은 경우도 마찬가지로 방식으로 분류할 수 있다. 한국이 중국과 체결한 FTA는 제21장(예외) 제21조(필수적 안보)에서 “GATS 제14조의2는 필요한 변경을 가하여 이 협정에 통합되어 그 일부가 된다.”라고 규정하여 협의방식을 따른 것으로 평가할 수 있다.³¹²⁾ 한·중 FTA 제12장은 투자챕터인데, 서비스 챕터와 함께 후속협상을 약속하며 투자 보호 조항으로만 협정문이 구성되었다.³¹³⁾ 제12.14조(안보예외)는 필수적 안보이익과 관련

309) 한국과 칠레는 1999년 2월 협상을 개시하여 2003년 2월 FTA 협정문에 서명하고, 2004년 4월 협정문이 발효되었다.

310) 제10.42조(제외)의 규정례는 다음과 같다.

“일방 당사국이 제20.2조에 따라 취한 다른 조치에 대하여 이 절 또는 제19조의 분쟁해결규정이 적용될 수 있는지 여부를 저해함이 없이, 일방 당사국이 제20.2조에 따라 타방 당사국의 투자자에 의한 자국 영역 내에서의 투자의 취득 또는 그 투자자의 투자를 금지하거나 제한하기로 하는 결정은 이들 규정의 적용을 받지 아니한다.”

311) 한편, 부속서 10.9.6는 칠레에 대하여 적용되는데, 협정상 의무가 칠레의 대외투자법, 외국인투자금지법 등 외국인투자 관련 법규의 개정 또는 미래에 채택될 수 있는 투자제도에 적용되지 않도록 규정되어 있다.

312) 한국과 중국은 2012년 5월 협상을 개시하여 2015년 6월 1일 FTA 협정문에 서명하였고, 2015년 12월 20일 협정문이 발효되었다.

313) 한·중 FTA 상세설명자료 (2015.6.), p.91 참조.

하여 자국의 필수적 안보이익 보호를 위해 필요하다고 판단하는 ①전시 또는 무력충돌이나 그 밖의 그 당사국 내에서 또는 국제 관계에서 비상시에 취하여지는 조치, ②무기의 확산방지에 관한 국내정책이나 국제협약의 이행과 관련되는 조치, 또는 국제평화와 안보 유지를 위해 UN에 따른 자국의 의무를 수행하기 위한 조치로 규정되어 일응 협의방식에 따라 작성한 것으로 평가할 수 있다. 그런데 “당사국 내에서 비상시에 취하여지는 조치”의 해석과 관련하여 ‘비상’의 범위를 어디까지로 볼 것인가를 검토할 필요가 있다. 베트남, 캄보디아, 인도네시아 등과의 FTA에도 유사한 문구가 포함되어 있는데, ‘국내적 비상시’에 관하여 경제적인 위기 상황까지 포섭하는 것으로 해석할 수 있는 여지가 있기 때문이다. 다만, 베트남 등과의 FTA 협정문³¹⁴과는 달리 한·중 FTA 협정문에는 ‘전시 또는 무력충돌’이라고 전단을 수식하는 문구가 포함되어 ‘비상시’를 전시 또는 무력충돌에 준하는 상황으로 해석하는 것이 합리적이라고 판단되는바, 그와 같은 수준이라고 보기 어려운 상황까지 안보예외에 해당한다고 보기는 어려울 것으로 보인다.

(2) 안보예외는 협의, 외국인투자 신고제 유보

이 방식은 안보예외를 협의로 규정하지만, 투자협정상에 ‘외국인투자 사전신고제도’를 유보한 경우이다. 이러한 방식으로 체결된 FTA는 한·싱가포르 FTA, 한·EU FTA, 한·영국 FTA가 있다.

한·싱가포르 FTA에서 투자 부분은 제9장(국경간 서비스 무역)에 포함되어 있는데,³¹⁵ 국가안보 예외는 제21장(예외)의 국가안보(제21.3조)에 포함되어 있다. 한편, 제9장(국경간 서비스 무역) 부속서 9A(현재조치 및

314) 한·베트남 FTA 제16.2조(안보예외)에서는 한·중 FTA와 달리 “국내적 비상시, 또는 전시 또는 그 밖의 국제관계에서의 비상시에 취하여지는 조치”라고 규정되어 있다. 한·캄보디아 FTA 제9.2조(안보예외), 한·인도네시아 FTA 제11.2조(안보예외)도 마찬가지로 “국내 비상시, 전시 또는 그 밖의 국제관계에서의 비상시에 취해지는 조치”로 규정되어 있다.

315) 한국과 싱가포르는 2004년 1월 협상을 개시하여 2005년 8월 FTA 협정문에 서명하였고, 2006년 3월 협정문이 발효되었다.

자유화약속에 대한 유보)에서 우리나라는 외국인투자 사전신고제를 유보하면서 유보내용으로 내국민대우를 명시하고 있다. 그 외에 외국인투자를 공공질서를 위해 제한할 수 있다는 유보는 포함되어 있지 않다.

한국이 EU와 체결한 FTA³¹⁶⁾의 제15장(제도 일반 및 최종규정)에는 안보예외(제15.9조)가 적용되는 상황이 협의방식으로 규정되어 있다. 한·EU FTA는 제7장에서 서비스무역 설립 및 전자상거래를 규정하는데, 제7.10조(적용범위)에서 핵물질의 채굴, 제조 및 처리, 무기, 군수품 및 전쟁물자 생산·거래 등의 경우 적용을 제외하고 있다.³¹⁷⁾ 그리고 제7.50조(예외)는 공공안보, 공중도덕, 공공질서를 유지하기 위해 필요한 조치, 인간, 동·식물의 생명이나 건강을 보호하기 위해 필요한 조치 등을 허용하면서, ‘공공안보(public security)’를 위해 필요한 조치를 포함하고 있다.³¹⁸⁾³¹⁹⁾

316) 한국과 EU는 2007년 5월 협상을 개시하여 2010년 10월 16일 FTA 협정문에 서명하였다. 한·EU FTA는 2011년 7월 1일 잠정 발효되고, 2015년 12월 13일 전체 발효되었다.

317) 시정각 서비스, 국내연안해상운송, 그리고 항공 운송 관련 서비스도 적용 제외하도록 규정되어 있다.

318) www.fta.go.kr에 따른 국문협정문은 ‘공공안보’라고 규정하고 있으나, 한·EU FTA 상세설명자료는 p.98에서 ‘공공안전’으로 표현되어 있다. 설명자료는 서비스무역 챕터에만 적용되는 ‘예외’로서 ‘공공안전, 공중도덕·질서, 인간·동식물의 생명 및 건강 보호, 문화재보호, 천연자원 보존, 사생활 보호’ 등을 위한 제한 조치는 허용되나, 자의적 또는 정당화될 수 없는 국가간 차별수단이거나 위장된 제한 조치가 되어서는 안되는바, 국내적으로 「외국인투자촉진법」 제4조 및 「대외무역법」 제5조의 교역·투자제한사유를 ‘예외’에 포함시킴으로써 규제 권한을 유지하는 효과가 있다고 언급하였다. 제7.50조(예외) 각주 40)은 공공질서를 위한 예외는 사회의 근본적인 이익 중 하나에 대하여 진정하고 충분히 심각한 위협이 제기되는 때에만 원용될 수 있다고 규정한다. 이에 대해 김인숙, “한-EU FTA 투자협상의 주요 법적 쟁점 분석”, 비교법 현안분석, 최신 외국법제정보, 법제처 (2010), p.161 각주39)는 한·EU FTA 제7.50조제1항 각주40)는 공공질서를 위한 예외를 제한적으로 규정했으나, 일반적 예외사유인 공공안보, 공중도덕, 공공질서라는 요소가 모두 불명확한 용어임에 비추어 공공안보, 공중도덕에 대해서도 공공질서와 마찬가지로 제한적 해석이 필요한지에 관한 의문이 있다고 지적하였다. 한편, 한·EU FTA 상세설명자료 (2012.7.), p.94)는 한·EU FTA는 한·미 FTA(negative 방식)와 달리 양허표에 기재한 분야만 개방하는 positive 방식(WTO 서비스협정 방식)을 채택하였다고 설명한다.

319) 부속서 7-가-2 유럽연합 당사자 제7.13조에 합치하는 약속 목록(설립) p.8

한편, 영국의 EU 탈퇴에 따라 한국과 영국은 FTA를 체결했다.³²⁰⁾ 한·영국 FTA는 기본적으로 한·EU FTA와 동일한 형식으로 구성되어 있는데, 제15장(제도·일반 및 최종규정) 제15.9조(안보예외)는 구체적인 상황이 열거된 협의방식으로 규정되었다. 한편, 제7장(서비스 무역·설립 및 전자상거래)에서 제7.10조(적용범위)에 핵연료 채굴·제조·처리, 군수품 및 전쟁물자 제조 분야의 비서비스업을 제외하는 것, 제7.50조(예외)에서 ‘공공안보’를 위한 필요한 조치가 예외에 해당하는 것도 한·EU에서와 동일하다.³²¹⁾

(3) 안보예외는 협의, 외국인투자촉진법 제4조까지 유보

한국과 유럽자유무역연합(EFTA)이 체결한 한·EFTA FTA³²²⁾는 안보예외를 구체적인 상황을 열거하는 협의방식으로 규정하고, 외국인투자 신고제 이외에 「외국인투자촉진법」상의 외국인투자제한사유 전체를 투자 유보에 규정하였다. 한·EFTA FTA는 제3장(서비스무역) 안에 GATS 제14조의2에 의한 안보예외가 적용된다고 규정하여 기본적으로 협의방식의 안보예외가 적용되는 구조이다.

한편, 한국은 유럽자유무역연합 국가 중에서 노르웨이를 제외한 아이슬란드, 리히텐슈타인, 스위스와 투자협정을 체결했다. 투자협정의 예외 조항(제20조)에는 자의적이거나 정당화될 수 없는 차별수단을 구성하거나, 위장된 제한을 구성하지 않는 것을 조건으로, 공중도덕·공공질서 관

에서는 프랑스의 경우 기존 프랑스 기업의 지분이나 의결권의 33.3%, 또는 상장된 프랑스 기업의 지분이나 의결권의 20%를 초과하는 한국인의 투자는 인가가 필요하고, 핀란드의 경우 주요 핀란드 회사의 의결권의 3분의 1을 초과하는 지분 취득은 핀란드 당국의 확인을 조건으로, 중요한 국가적 이익이 손상될 수 있는 경우에는 거부될 수 있다고 규정되어 있다.

320) 한국과 영국은 2017년 2월 협상을 개시하여 2019년 8월 22일 FTA 협정문에 서명하였고, 2021년 1월 1일 협정문이 발효되었다.

321) 한·영국 FTA 상세설명자료 (2021.2.), pp.94-115 참조.

322) 한국과 유럽자유무역연합(EFTA)은 2005년 1월 협상을 개시하여, 2005년 12월 FTA 협정문에 서명하고, 2006년 9월 협정문이 발효되었다. 유럽자유무역연합은 스위스, 노르웨이, 아이슬란드, 리히텐슈타인의 서유럽 4개국 경제연합체이다.

련조치, 생명·건강·환경 관련조치, 집행조치만 규정되어 있고, 안보예외는 포함되어 있지 않다. 투자협정 부속서1은 한국 유보목록인데, 외국인투자 신고제도 이외에 「외국인투자촉진법」상의 제한사유인 제4조제2항 전체가 포함되어 있다.

[표 9] 제12조에 규정된 대한민국의 유보 중 외국인투자제한 中

유보내용	<p>외국인직접투자를 하고자 하는 외국인은 산업자원부 시행령에 따라 사전에 산업자원부 장관에게 신고하여야 한다. 이는 외국인직접투자 금액 및 외국인투자 비율 등 사안을 변경하는 경우에도 적용된다.</p> <p><u>대한민국은 국가의 안전·공공질서 유지에 지장을 초래하거나, 국민의 보건위생·환경보전 및 미풍양속에 반하거나 또는 대한민국의 법령에 위반되는 외국인투자를 금지하거나 제한할 수 있는 권리를 보유한다.</u></p>
유보목적 또는 동기	<p>통계상 목적 및 인센티브 검토 국가안보 및 공공질서 유지</p>

즉, 아이슬란드, 리히텐슈타인, 스위스와 체결한 투자협정에서 한국은 국가의 안전·공공질서, 보건위생·미풍양속, 법령 위반 등 「외국인투자촉진법」에 따라 외국인투자를 금지하거나 제한할 수 있는 권한을 보유하고 있는바, 이는 오히려 「외국인투자촉진법」이 언급하고 있지 않은 ‘금지’를 추가함으로써 외국인투자에 대한 국가의 개입권한을 광범위하게 확보했다고 평가할 수 있다.

(4) 안보예외는 협의, 공공질서 유보

이 방식은 안보예외는 GATS 제14조의2와 같이 구체적인 국가안보 상황을 제한적으로 규정하는 방식에 따라 작성하되, 한·미 FTA 협정문부터 등장한 공공질서를 이유로 외국인투자를 제한할 수 있다는 내용이

투자유보안에 포함된 경우이다.

한·튀르키예 FTA는 기본협정 제8.3조에서 안보예외를 협의방식에 따라 규정하고,³²³⁾ 투자협정 제4절(예외) 제1.19조(안보예외)는 기본협정의 안보예외는 필요한 변경을 가하여 투자협정의 일부가 된다고 규정하였다.

한·호주 FTA도 제22장(일반적 규정과 예외)에서 필수적 안보(제22.2조) 조항을 협의방식으로 규정하고 있다.³²⁴⁾ 그런데, 제22.2조 각주 92는 당사국이 제11장(투자) 제2절에 따라 개시된 중재절차에서 이 장을 원용하는 경우, 그 사안을 심리하는 중재판정부는 그 예외가 적용됨을 판정한다고 규정하고 있어, 필수적 안보의 경우 중재의 대상이 아니라는 점을 언급하고 있다.³²⁵⁾ 한편, 제11장 투자챕터에 따른 부속서Ⅱ(한국의 유보목록)에는 한·미 FTA와 동일하게 공공질서 유보가 규정되어 있다.

한·캐나다 FTA도 호주와 유사하게 규정되어 있는바,³²⁶⁾ 제22장(예외)에 규정된 제22.2조(국가안보)는 협의방식에 따랐다. 제8장은 투자챕터인데, 한국은 부속서Ⅱ(미래조치에 대한 유보)에 공공질서 유보를 포함하였다.

한국과 뉴질랜드가 체결한 FTA는 제20장(일반적 규정 및 예외)에서 제20.2조(안보예외)를 협의방식으로 규정하였다.³²⁷⁾ 한국은 부속서Ⅱ(서비스 및 투자 비합치 조치)에서 동일한 공공질서 유보를 규정하였다.

(5) 안보예외는 변형된 협의, 유보안 작성 미완료

323) 한국과 튀르키예는 2010년 4월 협상을 개시하여, 2015년 5월 26일 서비스·투자협정에 서명하고, 2018년 8월 1일 서비스·투자협정이 발효하였다.

324) 한국과 호주는 2009년 5월 협상을 개시하여, 2014년 4월 8일 FTA 협정문에 서명하였고, 2014년 12월 12일 협정문이 발효되었다.

325) 장성길, 전계논문, p.15는 투자챕터에서의 국가안보 예외 원용시 실질적으로 재판관할권 행사를 배제하는 조항은 한·미 FTA와 한·호주 FTA에서만 찾아볼 수 있다고 설명한다.

326) 한국과 캐나다는 2005년 7월 협상을 개시하여, 2014년 9월 22일 FTA 협정문에 서명하였고, 2015년 1월 1일 협정문이 발효되었다.

327) 한국과 뉴질랜드는 2009년 6월 협상을 개시하여, 2015년 3월 23일 FTA 협정문에 서명하였고, 2015년 12월 20일 협정문이 발효되었다.

이 방식은 안보예외는 GATS 제14조의2를 기본으로, 주요 공공기반 시설을 보호하는 조치 등을 추가하여 규정한 방식으로, 투자협정상의 유보안 작성에는 아직 합의하지 않은 경우이다.

한국은 ASEAN과 FTA를 체결하면서 기본협정을 체결했는데,³²⁸⁾ 기본협정은 서비스무역에 관해 GATS 제14조의2 안보예외를 그대로 수용하여 협의방식으로 규정하였다. 기본협정 하의 투자협정의 안보예외는 변형된 협의방식으로 규정되었는데, 무기·탄약 등 군수품, 전시 기타 국제관계의 긴급상황, 핵물질과 관련된 조치 이외 “통신, 발전, 수도시설을 포함하는 주요한 공공 기반시설들의 불능화 또는 기능저하를 위한 계획적인 시도로부터 동 시설들을 보호하기 위하여 취해진 조치”가 추가되어 주요 공공기반시설 보호가 포함되어 있는 것이 특징적이다.

한·베트남 FTA도 이와 같은 방식을 따른다고 평가할 수 있다.³²⁹⁾ 한국과 베트남이 체결한 FTA 제16장(예외)에서 제16.2조(안보예외)는 군수품, 핵물질 관련조치 이외에 중요 공공사회기반시설의 보호를 위한 조치, 국내적 비상시 또는 전시 또는 그 밖의 국제관계에서의 비상시에 취해지는 조치가 규정되어 있다. 한편, 제9장은 투자챕터인데, 투자 자유화 및 투자 보호 규범에는 합의했으나, 베트남이 기체결 FTA에서 유보 작성 경험이 없음을 감안하여, 유보는 추후 완결토록 하는 Built-in 조항을 도입했다.³³⁰⁾

한·캄보디아 FTA도 같은 방식을 따르고 있다.³³¹⁾ 한국이 캄보디아와 체결한 FTA는 제9장(예외)에서 제9.2조(안보예외)를 ASEAN FTA와 마찬가지로 변형된 협의방식에 따라 군수품, 핵물질, 중요한 공공 사회기반시설의 보호, 국내적 비상시, 전시 또는 그 밖의 국제관계에서의 비상

328) 한국과 ASEAN은 2005년 2월 FTA 협상을 개시하고, 2009년 6월 투자협정문에 서명하였고, 2009년 9월 투자협정문이 발효되었다.

329) 한국과 베트남은 2012년 8월 협상을 개시하여 2015년 5월 5일 FTA 협정문에 서명하였고, 2015년 12월 20일 FTA 협정문이 발효되었다.

330) 한·베트남 FTA 상세설명자료 (2015.5.), p.69 참조.

331) 한국과 캄보디아는 2020년 7월 협상을 개시하고, 2021년 5월 12일 FTA 협정문에 서명하였고, 2022년 12월 1일 협정문이 발효되었다.

시에 취해지는 조치로 규정하였다.

(6) 안보예외는 변형된 협의, 공공질서·국가핵심기술 유보

한국이 인도네시아와 체결한 CEPA는 제11장(예외)의 제11.2조(안보예외)에서 한·ASEAN FTA와 마찬가지로 변형된 협의방식에 따라 군수품, 핵분열성 물질, 중요한 공공 사회기반시설의 보호, 국내적 비상시, 전시 또는 그 밖의 국제관계에서의 비상시 조치 또는 국제연합헌장에 따른 의무 수행으로 규정하였다.³³²⁾ 한편, 한국은 RCEP에서와 동일하게 공공질서를 이유로 하는 외국인투자제한, 「산업기술보호법」상의 국가핵심기술과 관련하여 취하는 조치를 미래유보로 규정하였다.³³³⁾

(7) 안보예외는 변형된 협의방식의 확대, 공공질서 유보

한국은 인도와 포괄적 경제동반자협정(CEPA)을 체결하고, 제10장에 투자챕터를 규정하였다.³³⁴⁾ 투자챕터상의 안보예외(제10.18조)는 한·ASEAN FTA와 마찬가지로 주요 공공시설의 보호를 위한 조치를 추가하여 기본적으로는 변형된 협의방식으로 따른다고 할 수 있겠으나, 이에 더해 “어느 한 쪽 당사국이 이 장의 혜택이 다른 쪽 당사국 기업이나 투자에 부여될 경우 비당사국 또는 그 투자에 대해 위반·손상될 수 있는 필수적 안보이익을 보호하기 위해 필요하다고 간주되는 자국법상 조치 채택·유지하는 경우”까지 구체적인 상황을 확대하여 규정하고 있다. 즉, 한·인도 CEPA 투자챕터상 안보예외는 변형된 협의방식에 광의방식을 혼용함으로써 사실상 광의방식으로 규정한 것에 상당한 것으로 평가할

332) 한국과 인도네시아는 2012년 3월 CEPA 협상을 개시하여 2020년 12월 18일 CEPA 협정문에 서명하였고, 2023년 1월 1일 협정문이 발효되었다.

333) 한·인도네시아 CEPA 협정문 부속서Ⅱ(한국의 유보목록) 1번(공공질서), 4번(「산업기술보호법」에 정의되는 ‘중요기술’과 관련한 조치) 항목 참조. ‘중요기술’은 ‘국가핵심기술’의 오기로 보인다.

334) 한국과 인도는 2006년 3월 CEPA 협상을 개시하여, 2009년 8월 CEPA 협정문에 서명하였고, 2010년 1월 협정문이 발효되었다.

수 있을 것으로 보인다.³³⁵⁾

투자캡터상 안보예외는 부속서 10-나(투자에 대한 안보상 예외)와 부속서 10-다(안보상 예외의 불가쟁성)에 따라야 하는데, 부속서 10-나(투자에 대한 안보상 예외)는 필수적 안보이익을 보호하기 위한 의도 및 목적으로 부과하는 조치로서 비차별적이어야 한다는 점에 더해, “대한민국은 현재 자국의 법 또는 규정에서 비당사국 또는 비당사국의 투자자에 대하여 어떠한 일방적 조치도 채택하거나 유지하고 있지 아니하다”라고 명시하고 있다. 이에 비해 인도의 경우는 “제10장제18조제2항라호에서 언급된 적용 가능한 조치는 외국환관리법(FEMA)에 따라 형성된 규정에 본질적으로 명시되어 있다”라고 명시하여 우리나라에 비해 상대적으로 재량을 많이 확보하고 있는 것으로 평가할 수 있다.³³⁶⁾ 한편, 부속서 10-

335) 나. 당사국이 중대한 안보이익을 보호하기 위하여 필요하다고 간주하는 다음의 조치를 취하는 것을 방해하는 것

4) 통신 전력 및 상수도 공급을 위한 중요 공공 기간시설을 무력화하거나 손상시키기 위한 의도된 시도로부터 보호하기 위한 조치 (각주: 제2항나호4)목은 그러한 조치가 유사한 상황에 있는 국가 간에 자의적인 또는 정당화될 수 없는 차별의 수단 또는 투자자 및 투자에 대한 위장된 제한을 구성하는 방식으로 적용되지 아니한다는 요건을 조건으로 한다.)

라. 어느 한 쪽 당사국이 이 장의 혜택이 다른 쪽 당사국의 기업 또는 그 투자에 부여될 경우 비당사국 또는 그 투자에 대하여 위반되거나 손상될 수 있는 필수적 안보 이익을 보호하기 위하여 필요하다고 간주되는 자국법상 조치를 채택하거나 유지하는 경우 그 당사국에게 다른 쪽 당사국의 기업인 투자자에 대하여 이 장의 혜택을 부여하도록 요구하는 것

336) 김관호, “투자협정 정책의 딜레마: 최근 인도 사례의 고찰”, 국제지역연구 제25권 제3호, 서울대학교 국제학연구소 (2016), pp.18-22는 한·인도 CEPA 체결 이후 인도가 2015년 발표한 양자간 투자협정 모델 개정 초안을 분석하였다. 인도는 2011년 호주의 White Industries가 제소한 ISDS에서 패소하고, 2012년 이후 외국 통신업체들로부터 지속적으로 피소되면서 투자협정에 대한 부담이 가중되는 상황이었는바, 이런 배경에서 Model BIT 초안을 마련했다. 초안은 외국인투자자가 국제중재를 제기하기 전에 국내구제절차를 거치도록 하고, 정부의 정책 주권을 보호하기 위해 사법부 판결, 조세관련조치, 공공질서 유지, 환경보호, 금융체제 안정, 근로조건, 보건, 문화 등을 일반적 예외로 포함하는 등 외국인투자에 대한 대우와 보호 수준을 1970년대 수준으로 후퇴시켰는바, 외국기업에 대한 통제주권을 강조했던 제3세계의 입장을 반영한 ‘과거로의 회귀’로서 평가하였다. 인도 정부 홈페이지에서 확인한 인도 Model BIT(2016.7.14.) 제33조(Security Exceptions)는 협의방식의 안보예외 이외에 ①통신, 전력, 수도 인프라를 포함한 핵심 공공기반시설의 보호, ②회사, 자연

다(안보상 예외의 불가쟁성)는 분쟁 당사국이 위반이라고 주장하는 조치에 대해 안보예외 항변이 있을 경우, 심지어 중재절차가 손실 또는 보상에 대한 주장 또는 그 법정에 회부된 그 밖의 사안에 대한 판결과 관련된 경우라도 분쟁 당사국이 그러한 안보를 고려하여 채택한 결정은 어떠한 중재법정에 그 시비를 검토하기 위하여 회부되지 아니한다는 점에서 다툼의 대상이 되어서는 안된다고 규정하였다. 즉, 국가안보를 원인으로 취해진 조치는 다툼 수 없다는 점을 분명히 하였다. 한편, 제10장(투자) 투자유보안 부속서에서 한국은 공공질서를 이유로 외국인투자를 제한할 수 있다고 미래유보로 규정하였다.³³⁷⁾

(8) 안보예외는 광의, 공공질서 미유보

한국이 콜롬비아와 체결한 FTA는 제21장(예외)에서 제21.2조(필수적 안보)를 광의방식으로 규정하였다.³³⁸⁾ 즉, 당사국이 “자국의 필수적 안보 이익의 보호를 위하여 필요하다고 판단하는 조치”는 필수적 안보조항의 적용을 받게 된다. 이 조항은 각주에 “당사국이 제8장(투자) 또는 제20장(분쟁해결)에 따라 개시된 중재절차에서 제21.2조를 원용하는 경우, 그 사안을 심리하는 중재판정부 또는 패널은 그 예외가 적용됨을 판정한다.”라고 규정하였다.

인, 설비 등을 불문하고 보안허가(security clearance) 취득 등과 관련한 여하한 정책이나 조치도 포함하고 있다. 한편, 부속서1(Annex1: Security Exceptions)에는 당사국이 안보예외라고 항변하는 경우, 중재재판이 개시되었는지와 무관하게 분쟁절차에서 다툼 수 없다고 규정되어 있다. 이에 관한 평석은 Ranjan, Prabhash, Singh, Harsha Vardhana, James, Kevin and Singh, Ramandeep, “India’s Model Bilateral Investment Treaty - Is India too risk averse”, Brookings India (2018) 참조.

337) 한·인도 CEPA 주요내용, 외교통상부, 대외경제정책연구원 (2009.10.), pp.32-35는 우리나라는 공공질서, 안보상 이유를 위한 투자 규제를 유보하고 있으므로, 공공질서 유지를 위한 조치 채택 권한을 포괄적으로 확보하였고, 질서 유지 목적으로 외국인에 대한 차별적 조치, 이행요건 부과 등이 가능하다고 설명하고 있다.

338) 한국은 콜롬비아와 2009년 12월 협상을 개시하고, 2013년 2월 21일 FAT 협정문에 서명하였고, 2016년 7월 15일 협정문이 발효되었다.

한편, 안보예외를 광의로 규정한 여타 FTA에서 공공질서 미래유보가 포함되어 있는 것과 달리 한·콜롬비아 FTA에는 공공질서 유보가 포함되어 있지 않다. 한국은 한·미 FTA에서 최초로 공공질서 유보를 포함하기 시작했는데, 이는 미국·콜롬비아 FTA에 부속된 콜롬비아의 공공질서 유보안을 참고한 것이었다. 한·콜롬비아 FTA에서 양국은 모두 공공질서 유보안을 포함하지 않았다.

(9) 안보예외는 광의, 공공질서 유보

한·미 FTA 제23장(예외)의 필수적 안보(제23.2조)는 “당사국이 국제평화 또는 안보의 유지 또는 회복에 대한 자국의 의무를 이행하기 위하여, 또는 자국의 필수적 안보이익의 보호를 위하여 필요하다고 판단하는 조치”를 제외하여 안보조치 관련 상황도 자국이 판단하도록 명시하였다.³³⁹⁾ 이 방식은 한·콜롬비아 FTA와 마찬가지로 안보예외를 GATS 제14조의2와 같은 구체적인 상황이 아닌 광의방식으로 규정한 경우로서, 국가안보 해석에 관해 각국 정부에 완전한 자기판단권(self-judgment)을 부여하는 것으로 해석된다.³⁴⁰⁾

한편 한·미 FTA에는 공공질서를 이유로 외국인투자를 제한할 수 있다는 내용의 유보안이 최초로 포함되어 현재까지 활용되고 있다. 당시 외교부는 공공질서 유보에 관한 내용을 아래와 같이 언급한 바 있다.³⁴¹⁾

○ 우리측은 공공질서(public order)를 현저히 저해하는 경우, 외국인투

339) 한국과 미국은 2006년 6월 FTA 협상을 개시하여 2007년 6월 FTA 협정문에 서명하였고, 2012년 3월 15일 FTA 협정문이 발효되었다. 장성길, 전계논문, pp.14-15는 한·미 FTA는 GATT 제21조와 비교하여 국가안보 예외의 적용범위가 확대되었다고 평가하면서, 투자 분쟁 등 한·미 FTA와 관련한 모든 분쟁에서 국가안보 예외가 원용될 경우 자동적으로 국가안보 예외가 적용되는 구조가 되었는바, 국가안보 예외 조치를 원용하는 체약국의 자기결정이 그대로 존중되었다고 분석하고 있다.

340) 김관호, 전계논문 (각주 35), p.24 참조.

341) 외교통상부, 설명자료, “한·미 FTA 관련(한겨레신문 투자자-투자절차 보도 관련)” (2007.5.28.) 참조.

자에 대하여 NT(내국인대우) 의무 등에 반하는 필요 조치를 취할 수 있는 유보를 기재하여 이에 대한 규제 권한을 확보하였음.

○ 그간 우리가 체결한 기존 FTA에서는 공공질서 외에도 보건, 환경, 미풍양속 등에 지장을 초래하는 경우 외국인투자를 제한할 수 있는 유보안을 두었으나, 한미 FTA에서는 아래를 감안, 공공질서로만 한정하기로 합의하였음.

- 현행 국내법규상 보건, 환경, 미풍양속 등과 관련하여 외국인투자를 제한할 수 있는 관련 규정들은 모두 개별적인 유보로 기재*하여 외국인투자가 보건, 환경, 미풍양속 등과 관련하여 문제를 초래할 경우, 필요한 조치를 취하는 것이 가능

* 도박서비스, 사회서비스, 보건·의료서비스, 환경서비스 유보 등

- 또한 동 법은 실제로 과거에 발동된 사례가 없고, 외국인투자를 적극 유치하고자 하는 우리 정책상 향후 발동될 가능성도 거의 전무하므로 실제 발동가능성 없는 불필요한 투자제한 사항을 제거함으로써 미국의 대한 투자 확대를 기대

- 그러나 동 유보에서 보건, 환경, 미풍양속 등의 요건이 배제되었다고 하는 것이 보건, 환경, 미풍양속 등과 관련하여 국내적인 문제가 발생하는 경우, 우리 정부가 아무런 조치도 취할 수 없다는 의미는 아니며, 내외국인간 차별적인 조치가 아니라면 필요한 조치를 취하는 것이 가능함.

○ 따라서 우리측은 상기와 같이 보건, 환경, 미풍양속 등과 관련한 상황에 대해서는 개별유보를 기재하고, 이에 추가하여 장래 미국인 투자로 인하여 공공질서에 반할 수 있는 상황에 대해서는 차별적인 조치를 취할 수 있도록 유보를 기재한 것임.

- 미국은 동일한 유보를 기재하지 않았으며, 우리측만이 동 유보를 일방적으로 기재하였는데, 동 유보는 미국이 과거 체결 FTA에서 콜롬비아³⁴²⁾를 제외하고는 인정한 바 없음.

342) 한미 FTA 투자분야 연구, 법무부 (2008), p.365에 따르면 콜롬비아 헌법에 공공질서 유지를 위한 외국인투자제한이 규정되어 있기 때문에 위헌 논란을

당시 공공질서 유보 조항과 관련하여 「외국인투자촉진법」 제4조의 공공질서 유지 등을 위한 규제권한을 반영하기 위한 규정으로, 내국민대우의무와 이행요건 부과금지 의무 등 두 조항에만 제한적으로 면책된다. 또한 외국인투자의 설립 또는 인수 즉 설립 전 투자에 관련된 것에 한하므로, 이미 설립된 투자의 경영 운영 등에 관한 조치까지 허용되는 것은 아니라는 연구가 있다.³⁴³⁾ 이 연구에 의하면 기존 FTA에서는 「외국인투자촉진법」 제4조에 근거하여 공공질서 이외에 보건, 환경, 미풍양속 등도 제한할 수 있도록 유보안을 마련했으나, 공공질서 이외 분야에 관해서는 개별적인 유보(도박서비스, 사회서비스, 보건의료 서비스, 환경서비스 유도 등)로 필요한 조치를 취할 수 있기 때문에 정부의 규제권이 현저히 제한되었다고 볼 수 없다. 이 연구는 한·미 FTA가 “필수적 안보 이익을 위한 강력한 예외조항을 두고 있는바, 공공질서 유지의 필요성이 안보이익과 관련될 정도라면 공공질서 유보가 아닌 필수적 안보예외조항의 적용을 주장할 수 있을 것”이라는 점도 언급하고 있다.³⁴⁴⁾

회피하기 위해 공공질서 유보가 내국민대우에 한정하여 포함되었다고 한다. 미국·콜롬비아 FTA Annex II 콜롬비아 유보는 한·미 FTA와 유사하며, 한국 유보와 달리 콜롬비아 유보에는 필요성 요건이 규정되어 있다.

343) 법무부, 전거서, pp.360-368 참조.

344) Ibid, p.365. 한편, 당시 언론을 중심으로 공공질서 유보와 관련하여 정부의 입증책임 부담으로 공공질서 유지라는 국내규제권이 무력화될 우려가 있다는 비판이 있었다. 공공질서 유보안에는 한국 정부가 공공질서 유지를 위해 취한 조치가 중재에 제기된 경우, 정부가 ①외국인투자촉진법령 등에 규정된 절차적 요건을 따랐고, ②그 투자가 사회의 근본적 이익에 대하여 진정하고 충분히 심각한 위협을 가져오는 경우였으며, ③자의적이거나 정당화될 수 없는 방식으로 적용되지 않았고, ④투자에 대한 위장된 제한을 구성하지 않았으며, ⑤달성하고자 하는 목적과 비례한다는 점을 모두 입증한 경우 청구인에게 유리한 판정이 내려질 수 없다고 규정되어 있다. 이에 대해 정부는 통상 협정의 예외적 조치를 정부가 발동할 경우, 동 예외조치의 정당성에 대한 입증책임을 정부가 부담하는 것은 일반 국제법상 원칙에 부합되는 것으로서 한·미 FTA에만 특별히 불합리한 규정이라고 할 수 없고, WTO 분쟁해결절차 판례는 일반적 예외 발동 시, 조치 발동 국가가 입증책임을 부담하는 구조라고 부연하였다. 또한 투자자-국가간 분쟁해결절차 제기에 소요되는 비용을 감안할 때, 동 조치로 인한 실제 피해를 입지도 않은 외국인투자자가 심증만으로 동 절차에 제소하여 행정력 낭비가 우려된다는 보도는 지나치게 과

한·페루 FTA도 제24장(예외)에서 필수적 안보(제24.2조)를 광의방식으로 규정하고, 부속서Ⅱ 대한민국의 유보도 공공질서 유보가 포함되어 있다.³⁴⁵⁾ 한·중미 FTA도 제23장(예외)에서 제23.2조(필수적 안보)를 광의방식으로 규정하고,³⁴⁶⁾ 제9장 투자챕터 부속서Ⅱ(한국의 유보목록)에 공공질서 유보를 규정하고 있다.³⁴⁷⁾ 한·이스라엘 FTA도 제21장(예외)에서 제21.2조(필수적 안보)를 광의방식에 따라 규정하고, 기존 FTA와 동일하게 공공질서 유보를 미래유보로 포함시켰다.³⁴⁸⁾

(10) 안보예외는 광의, 공공질서·산업기술보호법 유보

RCEP의 일반적 안보예외는 한·ASEAN FTA와 마찬가지로 변형된 협의방식이나, 투자챕터상의 안보예외는 광의로 규정하고 있다. 무엇보다 RCEP은 한·미 FTA에서 시작된 공공질서 유보 이외에 「산업기술보호법」상의 국가핵심기술까지 최초로 유보했다는 점에서 의미가 있다.³⁴⁹⁾

장된 것이라고 주장하였다. 외교통상부 해명자료, “한·미 FTA 관련(한겨레신문 투자자-중재절차 보도 관련)” (2007.5.28.) 참조.

345) 한국과 페루는 2009년 3월 협상을 개시하여, 2011년 3월 21일 FTA 협정문에 서명하였고, 2011년 8월 1일 협정문이 발효되었다. 한·페루 FTA 제9장(투자) 제9.12조(수용)는 “‘공공 목적’이라는 용어는 국제법에 따라 해석되는 조약 용어이다. 이 용어는 ‘국가안보’ 또는 ‘공공의 필요’와 같은 양 당사국의 국내법의 동일하거나 유사한 개념과의 어떠한 불합치도 발생하는 것을 의도하지 않는다.”라는 각주가 규정되어 있는바, ‘국가안보’의 개념이 원칙적으로 국내법상 용어라는 점을 보여준다.

346) 한국과 중미 5개국(니카라과, 온두라스, 코스타리카, 엘살바도르, 과테말라)은 2015년 6월 FTA 협상을 개시하여 2018년 2월 21일 FTA 협정문에 서명하였고, 2021년 3월 1일 협정문이 발효되었다.

347) 부속서Ⅱ(한국의 유보목록) KOR-AnnexⅡ-2 참조.

348) 한국과 이스라엘은 2016년 5월 FTA 협상을 개시하여, 2021년 5월 21일 FTA 협정문에 서명하였고, 2022년 12월 1일 협정문이 발효되었다. 부속서Ⅱ(대한민국의 유보목록) 1번 항목 참조.

349) RCEP은 2012년 11월 20일 한국, 중국, 일본, 호주, 뉴질랜드와 ASEAN 10개국 사이에 협상을 개시하여 2020년 11월 15일 협정문에 서명하였다. 우리나라에서 RCEP 협정문은 2022년 2월 1일 발효되었고, 필리핀에서 2023년 6월 2일 발효됨으로써 15개 회원국 모두에서 협정문이 발효되었다. 「산업기술보호법」상의 국가핵심기술 관련 유보는 RCEP 협정문 이후 한·인도네시아 CEPA에도 규정되어 있다.

RCEP 제17장(일반 규정 및 예외)의 제17.13조(안보예외)는 ①핵분열성 물질, ②군수품, ③통신, 전력 및 수도시설을 포함하는 중요한 공공 기반시설 보호 조치, ④국내적 비상사나 전시 또는 그 밖의 국제관계에서의 비상사에 취해지는 조치로 규정하고 있다. 그렇지만 제10조 투자챗터는 제10.15조 안보예외를 “당사자가 자신의 필수적 안보이익 보호를 위해 필요하다고 판단하는 조치”로 광의방식으로 규정하였다.

한편, RCEP은 외국인투자심사에 관한 규정도 제17장(일반 규정 및 예외)의 예외로 포함하고 있다. 즉, 제17.12조(일반적 예외)나 제17.13조(안보예외) 이외에 제17.11조(심사제도 및 분쟁해결)³⁵⁰⁾가 별도로 규정되어 외국인투자 제안의 승인 또는 허가 여부에 관한 당국의 결정, 승인, 허가 등은 분쟁해결규정의 적용에서 제외되는 것이다. 우리나라의 경우 ‘권한 있는 당국’으로 「외국인투자촉진법」, 「외국인투자촉진법 시행령」, 「외국인투자에 관한 규정」, 「외국인투자 통합공고」, 그리고 「산업기술보호법」, 그리고 그 개정에 따라 기재되는 권한 있는 당국으로 규정하였다. 여기서 외국인투자촉진법령 이외에 「산업기술보호법」이 포함된 것을 확인할 수 있는데, 이는 국가핵심기술 보유기관의 해외 M&A 심사를 유보한 것으로 보인다.³⁵¹⁾

이에 따라 한국의 유보는 부속서 3(서비스 및 투자에 대한 유보 및 비합치 조치 목록)에서 공공질서 유보가 기존 FTA와 마찬가지로 포함되어 있고, “한국은 「산업기술보호법」에 정의되는 “중요기술”³⁵²⁾에 대하여 어떠한 조치도 채택하거나 유지할 권리를 유보한다”라는 부분도 포함

350) 제17.11조(심사제도 및 분쟁해결) 외국인투자 제안의 승인 또는 허가 여부에 관하여 당사자의 외국인투자 당국을 포함하는 권한있는 당국의 결정 그리고 승인 또는 허가가 적용대상이 되는 어떠한 조건이나 요건의 집행은 제19장(분쟁해결)에 따른 분쟁해결 규정의 적용대상이 아니다.

351) RCEP 상세설명자료 (2021.10.), p.93 참조. 다만 RCEP 상세설명자료에는 「산업기술보호법」이 포함된 배경이나 의의 등에 관한 내용은 없다.

352) 유보문언의 ‘중요기술’은 「산업기술보호법」상의 ‘국가핵심기술’의 오기로 보인다. 다만, 「산업기술보호법」상의 심사대상이 확대될 가능성을 고려하여 용어를 광범위하게 규정한 것으로 해석할 여지도 있다. RCEP 영문본에는 ‘중요기술’이 ‘critical technology’로 규정되어 있는바, 한국법제연구원 법령번역센터에서 제공하는 「산업기술보호법」상의 ‘국가핵심기술’의 영문 명칭은 ‘national core technology’이다.

되었다. 「산업기술보호법」과 관련된 비합치 의무로는 내국민대우, 최혜국대우 의무가 규정되어 있고, 기존의 조치로는 「산업기술보호법」과 「외국인투자촉진법」이 명시되어 있다.

3. 국가실행에 대한 분석과 평가

1) 기존 국가안보 법리에 따른 우리나라 실행 평가

외국인투자심사를 하는 국가들이 외국인투자심사를 국제법 적용에서 제외하는 방향으로 FTA 등을 체결하고 있는 것과는 다르게, 우리나라 실행에서는 일관된 흐름은 발견되지 않는다.

우리나라의 경우는 안보예외조항 자체도 협의방식, 변형된 협의방식, 광의방식 등이 혼재되고, 유보안의 내용도 통일적이지 않다. 이에 대해서는 국가안보를 이유로 하는 국가의 조치는 국제재판의 대상이 아니라는 입장에서 특별히 협정문에 표시할 필요가 없다고 인식했을 수도 있고, 국내법인 「외국인투자촉진법」으로 충분하므로 별도로 국제법 차원에서 대응이 필요하지 않다고 판단했을 수도 있다. 다만 그렇다고 하더라도 안보예외가 국가별로 각기 다른 형식으로 규정되어 있는 것은 문제이다. BIT의 경우 비슷한 시기에 있었던 한·우즈베키스탄 BIT는 협의방식이나 한·아르메니아 BIT는 광의방식이고, FTA의 경우 한·영 FTA는 협의방식이나 한·이스라엘 FTA는 광의방식으로 규정되어 있다.³⁵³⁾ 국가별로 다른 안보예외조항에 따라 우리나라가 취할 수 있는 조치의 정당화 근거도 달라지므로 통일적으로 규정될 필요가 있다고 할 것이다.

기존의 국가안보 법리 관점에서 우리나라의 실행을 분석하면 다음과 같다. 투자보장협정상의 안보예외조항 중 한·일 BIT, 한중일 투자보장

353) 한·우즈베키스탄 BIT의 서명일은 2019년 4월 19일이고, 한·아르메니아 BIT의 서명일은 2018년 10월 19일이다. 한·영 FTA의 원칙적 타결선언일은 2019년 6월 10일이고, 한·이스라엘 FTA의 협상 타결 공동선언일은 2019년 8월 21일이다.

협정은 협의방식으로 구성되어 전쟁이나 무력충돌 등의 긴급상황시에만 안보예외조항을 원용할 수 있을 것이다. FTA 협정문상 안보예외를 협의방식으로 규정한 경우에도 전시상황 등으로 상황 자체가 한정적으로 규정되어 있어 외국인투자심사를 정당화하는 근거로서 작동하기에는 부족하다고 평가된다. 특히 우리나라에 외국인투자를 많이 하는 일본과 중국의 경우에는 한일 BIT, 한중일 투자보장협정, 한·중 FTA 협정문 모두 협의방식으로 규정되어 있으나, RCEP 협정문 투자챕터 제10.15조에서는 광의방식으로 규정되어 협정문별로 안보예외조항이 각기 다르다. 한·칠레 FTA, 한·싱가포르 FTA도 문제가 되는데, 이들 국가와의 FTA 협정문은 특별히 외국인투자심사와 관련된 유보도 포함되어 있지 않기 때문이다.³⁵⁴⁾ 다만, 싱가포르는 RCEP 회원국인바, RCEP 협정문 투자챕터에서 안보예외는 광의방식이다. 한편, 한·ASEAN FTA에서와 같이 변형된 협의방식에 의하더라도 외국인투자에 의해 통신, 발전, 수도 등 주요 공공기반시설의 불능화, 기능 저하 시도가 이루어지는 것으로 보기 어려워 위 조항의 적용 가능성은 적으므로, 외국인투자심사에 있어서는 협의방식과의 구별의 실익은 없는 것으로 판단된다.

한·미 FTA와 같이 광의로 안보예외조항을 규정한 경우 우리나라 스스로 국가안보 상황을 판단하게 되는 장점이 있을 것이다. 그러나 우리나라가 광의방식으로 안보예외조항을 구성한 경우는 미국, 중남미 일부 국가, 이스라엘 등이고, 대부분의 FTA는 협의방식에 따라 안보예외조항이 규정되어 있다.³⁵⁵⁾ 이는 미국을 제외한 대다수의 국가가 협의방식으로 FTA 등을 체결하는 관행이 있기 때문인 것으로 분석된다. 다만, 최근의 RCEP 협정문에는 투자협정상의 안보예외가 광의방식으로 규정

354) 김관호, 전제논문 (각주 35), pp.25-26도 한·일 BIT, 한·칠레 FTA, 한·싱가포르 FTA, WTO GATS 협정의 4개 규범을 예시하고 있고, 각주46에서 국가안보 예외조항의 발동상황을 폐쇄적으로 열거한 명료화 요소들이 근본적으로 이 조항이 갖고 있는 자기판단적 성격을 얼마나 제한할 수 있는가에 대해서는 확립된 해석이 없다고 지적하였다.

355) 투자보장협정상으로는 우루과이, 르완다, 카메룬, 미얀마, 아르메니아, 케냐, 짐바브웨가 있으나, 이들 국가로부터의 외국인투자 규모는 미미한 수준으로 평가된다.

되어 안보예외와 관련하여 재량을 확보하려는 국가들의 노력을 드러내고 있는 것으로 보인다.

우리나라가 체결한 투자챕터의 유보안에서는 초기에 FTA를 체결한 국가의 경우 외국인투자 사전신고나 외국인투자제한사유를 포함했던 것으로 나타난다. 그러나 한·미 FTA에서 공공질서 유보안이 등장한 이후 대부분의 FTA에서 공공질서 유보안이 포함되는 것이 표준이 되었다고 평가할 수 있다.

한편, RCEP 협정문과 인도네시아 FTA에서는 「산업기술보호법」의 국가핵심기술에 대한 유보가 신설되어 있는바, 기존의 투자협정과의 관계를 검토할 필요가 있다. 「산업기술보호법」상 심사제도도 외국인투자 심사의 일종이므로 필수적 안보예외에 해당할 가능성이 있다. 그동안 「외국인투자촉진법」상의 외국인투자심사에 대해 필수적 안보예외가 적용된다고 보아 유보하지 않았던 것으로 해석하면 「산업기술보호법」에 대해서만 특별히 유보해야 하는 이유는 명확하지 않다. 게다가 「산업기술보호법」과 유사한 법체계를 가진 「국가첨단전략산업법」상의 심사는 국가핵심기술이 아닌 전략기술에 적용되는바, 「산업기술보호법」과 같은 방식으로 유보가 필요한지에 대해서도 입장을 정할 필요가 있다.

외국인투자심사에 관해 기존의 국가안보 법리가 적용되는 상황에서 정부재량을 확보하면서 분쟁 가능성 등에 대응하기 위해서는 안보예외를 광의로 작성하고, 투자협정문상의 분쟁해결에서 제외하는 명문의 문구를 추가하는 방안이 바람직하다고 평가할 수 있다. 투자협정문상 분쟁해결 제외 문구는 RCEP 협정문을 참고하거나, 캐나다, 호주, 뉴질랜드 등의 실행을 활용하는 방안이 있을 것이다. 그러나 이를 위해서는 우선 외국인투자심사에 대한 기본입장부터 정한 후에 현행과 같은 협정문의 파편화 현상을 최소한으로 만들 필요가 있다. 우리나라의 FTA 유보안 작성례를 보면 그간 국내 외국인투자관련 업무를 담당하는 부서와 FTA 등 통상업무를 담당하는 부서 간에 유기적으로 협력했다고 보기 어려운 점이 발견된다. 한·미 FTA에서 공공질서 유보안이 포함된 이래 콜롬비아를 제외한 모든 FTA에 공공질서 유보가 관행적으로 포함되고 있고,

「산업기술보호법」상의 심사가 2013년 국내법에 도입되었음에도 불구하고 RCEP 협정문에서야 비로소 포함된 점 등을 고려하면 특히 그러하다. 이는 기본적으로 국내법과 국제법이 단절되어 있는 현실에서 비롯된 것으로, 국내법과의 관계를 충분히 검토하지 않은 채 관행적으로 기존의 협상례에 따라 통상 업무를 하는 것에서 이유를 찾을 수 있을 것이다.

2) 국가실행에 대한 평가와 대안적 접근방식의 필요성

외국인투자심사를 활용하는 국가들은 외국인투자와 관련한 분쟁에서 책임에서 벗어나기 위해 구체적인 국가안보 상황을 명시하지 않고 전적인 자기판단이 적용되도록 안보예외조항을 구성하는 방식, 분쟁해결절차의 예외로 구성하는 방식, 투자협정 부속서에 유보하는 방식 등의 실행이 있는 것으로 분석된다. 특히 미국, 캐나다, 호주 등 외국인투자심사의 역사가 상대적으로 긴 국가들은 외국인투자심사를 국제협정상 의무에서 제외하기 위해 안보예외조항이나 분쟁해결절차의 예외, 유보안 작성 등의 방식을 적극적으로 활용하는 것으로 나타난다. 즉, 외국인투자심사와 관련한 주요 국가들의 실행은 기존 국가안보 예외 법리를 외국인투자심사에도 그대로 적용함으로써 결국 외국인투자심사는 자기판단사항이라는 입장으로 해석할 수 있다. 이와 같은 입장은 RCEP 협정문에서 아예 외국인투자심사 자체가 별도의 예외로 규정된 점에서 선명하게 드러난다고 할 것이다. RCEP 회원국들은 기존의 일반 예외, 안보예외에 더해 외국인투자심사를 예외의 하나로 취급하기로 합의하였는바, 외국인투자심사 제도를 운영하는 국가들은 이를 국제법상 예외로 취급한다는 점에 입장을 같이한 것으로 해석할 수 있다.

결론적으로 외국인투자심사의 실행은 국가안보 예외로서 포함하든지, 투자협정 등의 분쟁해결절차에서 예외로 규정하거나 부속서에 유보하든지, 아니면 협정상 새로운 예외로 등장하는바, 국가들로서는 국제법상 규율로부터 적용 제외를 의도하고 있는 것으로 평가할 수 있다. 이러한 국가 실행의 기저에는 국가안보는 주권적 행사에 해당하기 때문에 타국의

간섭이나 개입은 적절하지 않다는 고려가 내포되어 있다고 보인다. 그러나 이와 같은 국가 실행은 일상적으로 일어나는 외국인투자 거래에 대해서 국제법상 ‘예외’를 적용하겠다는 것이다. 또한 오늘날과 같이 국가안보의 범위가 광범위하게 확대된 경우에 있어서는 ‘예외’적이라고 볼 수 없는 일상적인 상황에서, 확대된 국가안보에 해당할 소지가 있다는 이유로 거래를 제한하면서도 ‘예외’ 조항의 적용을 통해 국제법상 의무에서 벗어나겠다는 것이다. 국가안보 예외 법리는 전쟁이나 긴급상황 등 예외적인 상황에 적용되어야 하는바, 외국인투자심사와 같이 일상적인 거래로 볼 수 있는 경우까지 확대 적용하는 것은 ‘예외’가 가진 본질적 성격에 어긋난다는 점에서 더 이상 유효하다고 할 수 없다.

우리나라를 포함하여 다른 국가들의 경우에도 국내법상 국가안보는 상시화된 상황까지 포괄하는 것으로 변천되었고, 이에 대응하는 국가의 조치도 상시화된 상황에 적용되는 것이 전제된다. 바로 이 지점에서 외국인투자심사의 국가안보평가를 검토할 필요성이 있는 것이다. 현재와 같이 외국인투자심사에 대해 국제법상 예외로 취급하는 것은 국가안보의 범위가 확대되고 상황에서 외국인투자심사의 형식을 취하기만 하면 국제법상 의무에서 벗어날 수 있는 등의 남용 가능성이 있는바, 이로 인해 국제법체제의 위기로 이어질 수 있다.

안보예외조항의 자기판단성을 부정한 최근 ICJ, WTO 등의 판시는 안보예외조항 문언에 ‘자기판단성’이 명확하게 드러나지 않는 이상 사법심사가 가능하다는 것이다. 이는 국제법체제를 위협하는 국가들의 안보예외조항으로의 도피와 남용 가능성에 대해서는 국제분쟁에서 심리될 필요가 있다는 인식을 드러낸다. 외국인투자심사는 단순히 ‘국가안보’라는 이유만으로 국제법에서 예외로 취급되어서는 안 되는바, 아래에서는 외국인투자심사의 새로운 국제법체제로의 편입 가능성을 검토한다.

제3절 외국인투자심사의 국제법체제로의 편입

1. 논의의 필요성

외국인투자심사의 근거가 ‘국가안보’라는 이유로 전적으로 자기판단이 긍정된다면 국가안보 조치가 남용될 가능성이 있고, 국제협약상의 의무 회피 수단으로 악용되어 종국적으로는 국제법질서가 약화될 수 있다. 이는 외국인투자심사가 작동하면서 외국인투자가, 국내기업, 외국인투자심사를 하고 관련 조치를 취하는 국가, 외국인투자자의 본국 등이 이해관계자로 등장하여 필연적으로 국제법질서와 관련이 있기 때문이다. 외국인투자심사가 전시상황이나 비상사태 등 예외적 상황이 아니라 통상적인 거래 관계에서 이루어지는 점을 생각해보면 오히려 적극적으로 국제법질서에 편입시켜 남용 가능성을 방지할 필요성이 제기된다. 게다가 국가안보의 범위가 계속하여 팽창됨에 따라 국가안보를 원용하는 국가의 조치를 제한 없이 허용하면 결과적으로 국제법상의 의무 위반을 정당화하여 국제법질서를 불안정하게 만드는 요인으로 작용한다. 따라서 기존의 외국인투자심사에 기존의 국가안보 예외 법리를 적용하는 것은 타당하지 않다고 할 것이다.

외국인투자심사를 적극적으로 활용하는 미국은 대외적으로 안보예외 조항의 자기판단성을 긍정하며 BIT·FTA 등에서의 적용을 부정하는 입장이나, 외국인투자심사에 관해서는 면제국가 제도를 통해 자국의 외국인투자심사제도의 확산을 추진하고 있다. EU도 외국인투자심사 규칙을 통해 회원국과 EU 집행위원회 간의 외국인투자심사 통보절차 등을 운영하고 있다. 아래에서는 OECD의 외국인투자심사 지침과 미국·EU의 외국인투자심사 관련 아웃리치(outreach) 활동을 분석하고, 기존과는 다른 새로운 국제법체제가 마련될 가능성과 우리나라에 주는 시사점을 검토한다.

2. OECD 외국인투자심사지침

OECD는 2009년 ‘국가안보와 관련된 외국인투자정책지침(Guidelines for Recipient Country Investment Policies relating to National Security, 이하 ‘OECD 외국인투자심사지침’이라 한다)’을 발표하였다. OECD는 회원국이 외국인투자심사 관련 정책을 도입할 때 고려해야 원칙을 비차별, 투명성·예측가능성, 규제비례성, 책임성으로 제시하였다.³⁵⁶⁾

비차별 원칙(Non-discrimination)은 동등한 상황에 있는 투자자를 동등하게 대우하는 것으로, 국가안보를 보호하기 위해 부적절한 경우에는 국가안보에 위협을 초래하는 개별 투자의 구체적인 상황에 근거해야 할 필요가 있다는 것이다.

투명성·예측가능성(Transparency/Predictability)은 투자자가 제출한 정보 중 민감한 자료는 비밀로 유지하고, 회원국은 투자자가 외국인투자심사 결과를 예측할 수 있도록 심사제도를 투명하게 운영해야 한다는 것이다. 이를 위해서는 법령 공표, 정책변경시 사전공개, 이해관계인 의견수렴, 정해진 심사절차 기한의 준수 등의 정책 수단이 제시되었다.

규제비례성(Regulatory Proportionality)은 국가안보의 위협과 그에 상응하는 규제수단을 비교 형량하라는 것이다. 국가안보는 자기판단(self-judging) 영역에 속하므로, 회원국은 자국의 특수한 상황, 제도, 자원 등을 반영한 위험평가기법(risk assessment techniques)을 사용하여 국가안보위험을 평가할 필요가 있다. 이를 위해서는 투자제한조치와 국가안보위험의 관계가 명확하게 식별되어야 하고, 규제는 국가안보위험과

356) OECD 투자위원회는 2008년 회원국들이 국가안보와 관련된 투자정책 수립 시 합의한 사항으로 “필수적 안보는 자기결정사항인바, 각국은 국가안보를 위해 필요한 분야를 스스로 결정할 수 있다. 이러한 결정은 엄격한 위험평가 방법을 통해 이루어져야 하고, 국가의 상황, 제도 및 자원을 고려해야 한다. 투자제한과 식별된 국가안보위험 간의 관계는 명확해야 한다.”라는 내용의 보고서를 채택하였다. OECD Freedom of Investment, national security and strategic industries, Progress Report by the OECD Investment Committee (2008.3.26.), pp.3-4 참조. 그 이후 2009년 OECD 이사회에서 OECD 외국인투자심사지침이 채택되었다.

관계된 부분에 한정될 필요가 있다. 또한, 침해의 최소성을 고려하여 투자제한조치는 가능하면 최후 수단으로만 이용하고, 국가안보위험을 완화할 수 있는 수단(risk mitigation agreements)을 활용하는 것이 바람직하다고 하였다.

책임성(Accountability)은 국민, 국회, 외국인투자가 등에 대한 책임성을 강화해야 한다는 원칙으로, 투자심사제도를 중립적이고 객관적으로 운영하여야 한다는 것이다. 이를 위해 민감정보나 국가안보와 관련된 정보를 보호하고, 외국인투자심사와 관련된 정책을 OECD에 통보하거나 동료심사(peer review)를 진행하며, 외국인투자가에게 구제수단을 제공할 필요가 있다. 또한 국가안보위험이 인정되어 투자를 규제하는 조치는 재산권 등의 권리를 침해할 소지가 있고, 관계부처별로 의견조율 과정이 필요하므로 장관급 등 고위급에서 결정하여야 책임성에 부합하게 된다.

OECD 외국인투자심사지침은 구속력은 없다는 한계에도 불구하고, 다자 차원의 유일한 외국인투자심사 관련 지침으로서 의의가 있다. OECD는 회원국들의 외국인투자심사제도를 지속적으로 모니터링·평가하고, 정책권고 등을 통해 외국인투자심사 지침을 준수하도록 유도한다.

3. 미국·EU의 외국인투자심사 아웃리치

미국은 외국인투자심사에서 면제국가 제도(excepted foreign states)를 운영하여 특정 국가로부터의 외국인투자에 대해서는 외국인투자심사를 일정 부분 면제하고 있다.³⁵⁷⁾ 법령에 의하면 외국인투자심사를 효과적으로

357) 31 CFR § 800.219-Excepted investor 참조. 면제국가(excepted foreign state)는 외국인투자심사 면제투자자(excepted investor) 판단을 위한 선결적인 개념이다. 면제국가는 CFIUS가 지정한 적격국가(eligible foreign state)이면서 효과적인 심사제도를 운영하며 미국과 공조하는 국가를 의미한다. 한편, 외국인투자심사가 면제되는 투자자에 해당하려면, 면제국가 출신이면서 의결권 조건 등의 조건을 충족해야 한다. 추가 조건에는 △외국인이 면제국가 또는 미국법의 적용을 받을 것, △주된 영업소 소재지가 면제국가 또는 미국, △이사회 의결권의 75% 이상을 면제국가 출신이 보유할 것, △주식의 10% 또는 주주총회 의결권 10% 이상을 면제국가 출신이 보유할 것 등이 규정되어 있다.

로 하면서 미국과 공조하는 국가 중에서 면제국가를 지정할 수 있는데, 현재 호주, 캐나다, 영국, 뉴질랜드 등 Five-Eyes³⁵⁸⁾ 국가들이 면제국가로 지정되어 있다. 미국은 면제국가로 지정되기 위한 전제조건으로 해당 국가에 외국인투자심사의 근거규정이 있는지 여부, 방위산업·첨단기술·이중용도 및 군수품·네트워크 기술·핵심 인프라 등 분야에 대한 심사 여부, 국가안보를 위협하는 외국인투자라고 판단할 경우 조건을 부과하거나 투자 철회 등 권한 보유 여부, 외국인투자에 따른 최종수익자에 대한 정보나 핵심적 권리를 보유한 자, 또는 국가안보위험에 대해 정보를 취득할 법령상 권한 보유 여부, 민감정보의 보호 정도, 모니터링 정도, 미신고된 투자에 대한 모니터링 정도, 미국과 외국인투자심사 관련 정보를 공유할 수 있는 법적 권한 보유 여부 등을 종합적으로 고려한다.

위에 명시된 요소는 미국의 외국인투자심사제도를 구성하는 핵심으로 볼 수 있겠는데, 결국 미국은 CFIUS와 유사한 외국인투자심사를 운영하는 국가의 외국인투자자에 대해 심사를 면제하겠다는 것이다. 미국에 투자하는 외국인투자자로서는 본국이 면제국가로 지정되면 외국인투자와 관련된 행정 부담이 경감되고, 신속한 투자가 가능하다는 점 등의 장점이 있어 본국이 면제국가로 지정되기를 희망할 것이다. 한편, 면제국가로 지정되려는 국가는 CFIUS와 유사한 외국인투자심사를 마련하고 미국과 공조해야 할 것이므로, CFIUS 방식의 외국인투자심사를 도입할 유인이 된다. 이러한 측면에서 면제국가 제도는 미국이 자국의 외국인투자심사를 국제질서로 편입시키려는 시도로 평가할 필요가 있으며, 이는 미국이 외국인투자심사를 기존의 국제경제법 질서와는 별개의 새로운 질서로서 확립하려고 하는 점을 드러낸다.

결국 미국은 CFIUS 방식의 외국인투자심사를 국제적으로 확산시켜 자국법의 국제화를 추진하는 것으로 볼 수 있다. 다만, 미국이 추진하는 방향은 CFIUS 방식의 외국인투자심사의 확산으로, 각국의 국내법에 외

358) Five-Eyes는 미국, 호주, 캐나다, 뉴질랜드, 영국 등 5개국의 정보협력체로 공중의 안전, 국가안보 등 광범위한 이슈에 관한 정보를 공유하며, Five Country Ministerial, Five-Eyes Intelligence Oversight and Review Council 등의 협력채널을 통해 긴밀히 협력하고 있다.

국인투자심사의 근거를 규정하고, 해당 외국인투자에 관한 정보 등을 파악할 수 있는 권한의 확보 및 이를 미국과 공유하는 점에 초점이 맞춰진 것으로 분석된다. 이를 종합하면 미국은 다른 국가들도 외국인투자심사를 강화하는 국내법을 통해 외국인투자와 관련한 정보를 미국과 공유하도록 함으로써 결국 관할권이 확대되는 효과를 의도한다고 할 것이다.

그런데 미국과 EU는 TTC(Trade and Technology Council) 외국인투자심사워킹그룹(Investment Screening Working Group)에서 국가안보와 관련한 외국인투자 정보, 위협평가방법을 포함한 모범관행, 민감기술과 관련하여 국가안보위험에 대응할 수 있는 정책도구의 발전방안 등을 논의하고 있다.³⁵⁹⁾ 미국이 주도하는 G7에서도 외국인투자심사협력은 지속적으로 논의되고 있다.³⁶⁰⁾ 면제국가 제도가 다른 국가가 CFIUS 방식의 외국인투자심사를 운영하도록 유인하는 것이라면 EU, G7 등과의 외국인투자심사협력은 외국인투자심사에 관한 국제표준과 규범을 마련하려는 노력으로 평가할 수 있다.³⁶¹⁾

한편, EU는 2019년 외국인투자심사규칙을 제정하여 역내 외국인투자심사절차, 고려요소, 보고의무 및 협력의무 등의 기본적인 구조와 체계를 규정하였다. 후술할 매그나칩 반도체 M&A 사건의 경우,³⁶²⁾ 미국과 한국 매그나칩의 지배구조에서 일종의 도관회사 등록지였던 룩셈부르크와 네

359) European Commission, “Factsheet on state of play, EU-US Trade and Technology Council Working Group 8”, <https://futurium.ec.europa.eu/system/files/2022-12/WG8_TTC3%20factsheet_FIN.pdf>, (2023.7.23. 최종방문).

360) 2023년 G7 정상회의 선언문은 국제평화와 안전 보호를 위해 민감기술을 보호해야 하는바, 수출통제·외국인투자심사에서 협력을 강화하면서 해외투자로부터 발생하는 위험에도 대응할 필요가 있다는 점을 강조하였다. G7 Leaders’ Statement on Economic Resilience and Economic Security (2023.5.20.) 참조.

361) EU는 제2차 TTC 외국인투자심사 워킹그룹 회의에서 양측은 21세기 기술 관련 표준과 규범을 마련하기 위해 주도적인 역할을 수행하겠다고 언급했다. “2nd US-EU Stakeholder event of the TTC Investment Screening Working Group” (2022.12.13.), <<https://futurium.ec.europa.eu/system/files/2023-02/Draft%20Report%202nd%20TTC%20stakeholder%20outreach%20-%20FINAL.pdf>>, (2023.7.23. 최종방문).

362) 매그나칩 반도체 사건에 대해서는 제5장 제2절 참조.

덜란드에서는 반도체 분야에 대한 외국인투자심사 규정이 없었다. EU 집행위원회에 통보된 외국인투자심사 현황에 따르면 네덜란드는 전기, 가스 및 통신사업의 지배권이 외국인으로 변경될 경우에 심사하게 되어 있고, 룩셈부르크의 경우에는 심사와 관련하여 EU 집행위원회에 통보한 내역이 없었다.³⁶³⁾ 즉, 매그나칩 반도체 M&A가 문제되었던 2021년에는 룩셈부르크와 네덜란드에서 외국인투자 규제는 없었던 것이다. 그러나 네덜란드는 2023년 5월 18일 외국인투자심사법을 시행하여 필수 공급, 민감기술 분야 등과 관련한 외국인투자를 심사하기 시작했고,³⁶⁴⁾ 룩셈부르크에서도 2023년 6월 13일 전략물자, 에너지, 운송, 통신, 항공, 국방 등의 핵심 분야에 관한 외국인투자심사법이 통과되었다.³⁶⁵⁾ EU 외국인투자심사규칙에서는 외국인투자심사를 도입할지 여부를 회원국 스스로 결정할 사항이라고 규정하고 있음에도 불구하고,³⁶⁶⁾ EU 집행위원회는 회원국에게 외국인투자심사를 도입할 것을 지속적으로 촉구하고 있다.³⁶⁷⁾ EU 외국인투자심사규칙의 시행과 더불어, 매그나칩 사건과 같이

363) European Commission, Investment Screening, List of screening mechanisms notified by Member States (Last update: 09 June 2023), p.17 참조.

364) 법령명은 Wet veiligheidstoets investeringen, fusies en overnames(Wet vifo)으로, EU 집행위원회에 통보한 영문명은 Investments, Mergers and Acquisitions Security Screening Act(Vifo Act)이다. 주요 내용은 Linklaters, “Foreign investment control in the Benelux-The Netherlands initiates a general investment screening regime” (2023.6.1.); White & Case, “Foreign direct investment reviews 2023: Netherlands” (2023.3.20.) 참조.

365) EU 외국인투자심사규칙 이행을 위한 룩셈부르크 법률 제7885호인데, 2023년 9월1부터 시행될 예정이다. 주요 내용은 Arendt, “Luxembourg adopts a Foreign Direct Investments screening regime” (2023.6.14.); NautaDutilh, “Foreign Direct Investment Screening Act” (2023.6.15.) 참조.

366) EU 외국인투자심사규칙 Preamble (8) 참조.

367) EU 집행위원회는 2023년 6월 20일 EU 경제안보전략(European economic security strategy)을 발표하였다. EU는 지정학적 긴장과 기술경쟁에 따라 공급망 회복력, 핵심 인프라에 대한 물리적·사이버 위협, 기술유출 위협, 경제 의존의 무기화(weaponisation of economic dependencies), 경제적 강압(economic coercion)이 경제안보의 위협요소라고 지적하였다. EU는 2023년 말까지 외국인투자심사규칙 개정안을 마련하고, 아직까지 외국인투자심사를 도입하지 않은 회원국에게 심사제도 도입을 촉구하면서 해외투자도 규제할 예정인바, 신규 협력메커니즘을 마련하여 2023년 말까지 관련 이니셔티브를

외국인투자심사를 도입한 국가와 도입하지 않은 국가 간의 규제권한의 차이가 극명하게 드러나는 사례가 발생하면서 외국인투자심사를 도입하는 국가들이 증가하고 있는 것으로 추측된다.

EU 외국인투자심사규칙은 회원국과 EU 집행위원회 간의 통보절차, 의견제출 절차 등이 규정되어 있다. 우선 EU 외국인투자심사규칙 제6조에 따라 외국인투자심사를 하는 국가는 EU 집행위원회와 다른 회원국에게 통보해야 한다. 그리고 다른 회원국에서 외국인투자심사가 이루어지고 있을 경우 자국의 안보·공공질서도 위협된다고 생각하는 회원국은 EU 집행위원회와 해당국가에 의견을 제출할 수 있다. 한편, 제7조에서는 다른 국가가 외국인투자심사를 하지 않는 경우에도 해당 투자로 안보·공공질서에 영향을 받는다고 생각하는 회원국은 EU 집행위원회와 해당국가에게 의견을 제출할 수 있는 절차를 규정하였다. 제8조는 EU 집행

출범시킬 것이라고 밝혔다. European Commission, “European Economic Security Strategy”, JOIN(2023) 20 final 참조. Reports from the Commission to the European Parliament and the Council, “Second Annual Report on the screening of foreign direct investments into the Union” (2022.9.1.), p.15는 2021년 기준 27개 회원국 중 불가리아, 사이프러스를 제외한 25개국이 외국인투자심사제를 도입하거나 도입할 예정이라고 분석하였다.

외국인투자심사제도 운영 중	오스트리아, 핀란드, 몰타, 폴란드, 포르투갈, 슬로베니아, 스페인
기존 외국인투자심사제도 개정	프랑스, 독일, 헝가리, 이탈리아, 라트비아, 리투아니아
기존 외국인투자심사제도 개정 예정	네덜란드, 루마니아
외국인투자심사제도 신규 도입	체코, 덴마크, 슬로바키아
외국인투자심사제도 신규 도입 논의	벨기에, 크로아티아, 에스토니아, 그리스, 아일랜드, 룩셈부르크, 스웨덴
외국인투자심사 이니셔티브 부존재	불가리아, 사이프러스

한편, 독일도 2023년 6월 14일 연방내각에서 국가안보전략(National Security Strategy: Integrated Security for Germany)을 승인하였는바, 독일 최초의 국가안보전략으로, 강건성(robust, wehrhaft), 회복력(resilient), 지속가능성(sustainable)으로 구성되었다. 독일의 국가안보전략은 오늘날의 안보 환경이 다극화(multipolar)되고, 체제 경쟁(systemic rivalry)이 격화되고 있다고 분석하며 국제경제기구(international economic and financial institutions)가 정치 투쟁의 장이 되고 있다는 점을 지적했다. 독일은 사이버안보, 핵심기술, 핵심 인프라 뿐만 아니라 기후변화까지 안보영역으로 포괄하면서, 회복력 부분에 외국인투자심사 강화를 통해 공급망과 핵심 인프라의 종속을 방지하고, 민감기술의 유출에 대응하겠다고 밝혔다.

위원회도 EU의 프로젝트나 프로그램상 안보·공공질서에 영향을 미치는 외국인투자에 대해 의견을 제출할 수 있도록 규정하였다. 이와 같은 규정은 외국인투자심사를 실시하는 국가, 이해관계가 있는 국가, 그리고 EU 집행위원회 간의 협력메커니즘을 구축하여 관할권이 확대되는 효과가 있다고 할 것이다. 게다가 EU 집행위원회는 회원국의 외국인투자심사내역을 통보받고, 의견도 제출할 수 있으므로 WTO TBT, SPS, 반덤핑 위원회 등과 같은 역할을 수행하는 것으로 평가할 수 있다.

결국 EU도 회원국과 EU 집행위원회가 유기적으로 협력하는 체계를 구축하여 외국인투자심사제도를 국제법질서로 편입하려는 시도를 한다고 평가할 수 있다. 다만 미국과는 다르게 EU 집행위원회 통보절차, 회원국 등의 의견제출 등을 규정함으로써 절차적인 측면에 방점이 있는 것으로 보인다. 이는 기본적으로 외국인투자심사가 국가의 주권적 행사에 해당한다는 점에서 비롯된 한계로 보이지만, 미국과 비교하여 상대적으로 남용에 대한 통제가 가능하다는 점에서 차이가 있다고 할 것이다. 미국의 면제국가 제도와 EU 외국인투자심사규칙을 비교하면 아래와 같다.

[표 10] 미국 면제국가 요건과 EU 외국인투자심사규칙의 비교

	미국의 면제국가 제도	EU 외국인투자심사규칙
주요 분야	국방·첨단기술·이중용도	핵심기술·이중용도 (AI, 로봇, 반도체, 사이버안보, 항공, 국방, 에너지 저장, 양자·핵기술, 나노·바이오)
	핵심 인프라·네트워크 기술	핵심 인프라 (에너지, 운송, 물, 건강, 통신, 언론, 데이터, 항공, 국방, 금융 인프라, 민감설비, 관련 부동산)
		핵심공급원 (에너지, 원자재, 식량) 민감정보 (개인정보, 통제권한) 언론의 자유
법적권한 보유	조건부 허용/투자철회 권한 보유 여부	회원국의 재량

	미국의 면제국가 제도	EU 외국인투자심사규칙
비밀유지	영업비밀 보호의 정도	영업비밀 보호 의무
모니터링 권한	조건 이행, 미신고 투자 모니터링 권한 여부	회원국의 재량
취득하는 정보범위	최종수익자, 외국인투자 거래의 의사결정권자 등	최종수익자 등 지배구조, 자금 출처 등
국제협력	미국과 정보 공유 여부	전문가 그룹에서 모범관행, 외국인투자심사 관련 논의 제3국과 투자심사 협력
효과	면제투자자 판단을 위한 최소한의 요건	역내 외국인투자심사제도의 최소한의 요건

4. 미국 · EU 아웃리치에 대한 평가와 시사점

외국인투자심사를 주도하는 미국은 대외적으로 국가안보 예외조항의 자기판단성을 주장하며 국제분쟁에서 국가안보 조치는 심사할 수 없다는 입장이지만, Five-Eyes 국가들이나 EU 등과의 협력을 통해 외국인투자심사를 국제적으로 확산시키려는 노력을 하고 있다. 물론 미국이 구상하는 것으로 보이는 새로운 국제법체제가 곧바로 외국인투자심사를 국제분쟁에서 다룰 수 있다는 결론으로 이어지는 것은 아닐 것이다. 미국은 국가안보 예외의 자기판단성에 관해 GATT 초창기부터 70년 이상 WTO를 포함한 국제재판에서의 관할권을 부인하는 입장이기 때문이다.³⁶⁸⁾

이에 비해 EU 외국인투자심사규칙은 회원국의 통보절차, 의견제출 등 현행 WTO 위원회의 운영방식과 유사한 체제로 평가되는바, EU 외국인투자심사규칙은 역내 회원국의 외국인투자심사가 다른 회원국이나

368) Statement by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body (2023.1.27.)에서 미국은 국가안보는 WTO에서 검토될 수 없다는 입장을 70년 이상 취해왔는바, WTO는 국가안보위협에 대응하는 회원국의 능력(ability)을 추측할 수 있는 권한도 없다고 강조했다.

EU 집행위원회의 의견제출 등을 통해 실질적으로 심리될 수 있는 가능성을 제시한다.

결국 외국인투자심사는 미국 중심의 영미권 국가와 EU 국가들 중심으로 국제적인 차원으로 확대되는 가운데 통일적 규율을 위한 노력 또한 진행되고 있다고 평가할 수 있다. 미국의 면제국가 제도와 EU 외국인투자심사규칙은 세부적인 요건에서 차이가 있으나, 국방 분야 이외에 핵심 기술, 핵심 인프라, 통신 등이 포함되어 있고, 기업의 영업비밀 보호 의무와 취득하는 정보의 범위에서는 공통점이 발견된다. 미국과 EU가 외국인투자심사와 관련한 새로운 규범 마련에 돌입한 것으로 평가할 수 있는 이상, 미국과 EU에서 공통된 사항은 규범 안에 포함될 가능성이 높다고 할 것이다. 외국인투자심사 관련 국제협력을 강화하면서 새로운 규범을 마련하게 되면, 관할권 제약이라는 한계를 극복할 수 있게 되어 한 국가에서 외국인투자심사를 하지 못해 관할권을 행사하지 못하더라도 다른 국가에서 외국인투자심사를 통해 투자를 제한할 수 있다. 이를 위해서는 현행 EU 외국인투자심사규칙과 같이 자국의 안보에 영향이 미친다고 생각하는 국가가 외국인투자심사 관할권을 가지는 국가에 대해 의견을 제출하는 절차가 원용되는 것을 생각할 수 있다.

이와 같은 외국인투자심사에 대한 새로운 국제법체제 마련 노력에 관해서는 기존 국가안보 법리가 적용되는 것과는 본질적으로 다르다고 평가할 수 있다. 미국과 EU가 구상하는 새로운 국제법체제는 전통적인 국방 이외에도 핵심기술, 핵심 인프라, 통신 등의 분야가 공통적으로 규정되어 있는바, 이들 분야는 국가경제발전을 위해 중요한 산업으로서 일상적으로 외국인투자가 많이 유입되는 분야이다. EU 외국인투자심사규칙에 따른 통보절차 역시 예외적인 비상상황에서의 절차가 아닌, 일상적인 거래과정 중의 통상적인 통보절차에 해당하는 것으로 보아야 하는 이상, EU가 구상하는 외국인투자심사 체제는 WTO에 특정 조치를 보고하고, WTO 위원회에서 특정 조치를 모니터링하는 구조와 유사하다고 평가할 수 있다.

미국과 EU가 외국인투자심사협력을 지속적으로 확대하고 있는 점을

보면 과거 COCOM(Coordinating Committee for Multilateral Export Controls)과 유사한 방식으로 동맹국간의 외국인투자심사 체제를 구축하려는 것이 목표인 것으로 추측할 수 있다. COCOM은 제2차 세계대전 이후 미국과 일본, 유럽 국가들이 주축이 되어 공산권에 전략물자 등의 수출을 통제하던 서방 국가들의 연합이었는데,³⁶⁹⁾ 현재 미국이 G7, EU 등과 외국인투자심사협력을 강화하는 노력은 WTO와 같이 모든 국가가 참여하는 다자 체제가 아니라, 동맹국을 중심으로 한 제한적인 다자 체제로 구축될 가능성을 보여준다.

우리나라도 미국과 외국인투자심사 워킹그룹에서 외국인투자 관련 정보를 교환하고, 제도에 대한 이해를 제고하는 과정에 있다. 우리나라의 외국인투자심사제도와 미국의 면제국가 제도를 비교하면 주요 분야 중 첨단기술, 핵심 인프라, 네트워크 기술 등이 심사대상에서 제외되어 있는 것으로 분석된다. 우리나라는 첨단기술에 관해서는 「산업기술보호법」, 「국가첨단전략산업법」에서 국가핵심기술과 전략기술을 지정하여 보호하고 있는바, 해당기술에 포함되지 않는 기술과 인프라 분야에 대한 보호가 부족하다고 평가할 수 있다. 그 외 법적권한 보유나 비밀유지, 모니터링 권한, 취득하는 정보의 범위 등에서는 면제국가 제도에서 요구하는 수준에 부합하는 것으로 볼 수 있다. 그러나 우리나라는 미국과 외국인투자 관련 정보를 공유할 수 있는 법적 권한 또는 이를 위한 조약이 없는 상황이다. 한편, 우리나라 외국인투자심사제도와 EU 외국인투자심사 규칙을 비교하면 미국과 마찬가지로 기술, 인프라 분야뿐만 아니라 핵심 공급원, 민감정보, 언론과 관련한 분야의 보호가 미흡하다고 할 수 있다. 이를 종합하면 현재 미국과 EU가 추진하는 아웃리치 체제에 현행 우리나라 제도 수준으로는 미흡하다는 점이 도출된다.

369) 호주, 서독, 네덜란드, 영국, 벨기에, 그리스, 노르웨이, 미국, 캐나다, 이탈리아, 포르투갈, 덴마크, 일본, 스페인, 프랑스, 룩셈부르크, 튀르키예 등 17개국이 참여하였다. 최승환, “전략물자 수출통제와 남북경협”, 통상법률 제61호, 법무부 국제법무과 (2005) 참조.

5. 대안적 접근방식의 제시

미국과 EU의 외국인투자심사 아웃리치에 따라 많은 국가들이 외국인투자심사를 도입하거나 강화하고 있다. 미국과 EU가 구상하는 외국인투자 협력 체제는 자국의 영토 내로 제한된 외국인투자심사의 관할권이 확대된다는 측면 이외에, 외국인투자심사와 관련하여 협력하는 과정에서 외국인투자가의 정보가 다른 국가에도 공유될 가능성이 있다.

외국인투자심사는 외국인투자라는 국제법적 요소와 국가안보라는 국가 주권적 요소가 적용되는바, 그간 국가안보라는 주권적 요소가 우선적으로 적용되는 체제로 작동되었다. 이에 따라 국가들은 국가안보의 예외 조항이나 BIT·FTA 등에서의 적용 제외라는 실행이 있었다. 그러나 국가안보의 범위가 지속적으로 확대되고 있는 현실에서 외국인투자심사가 국가안보에 해당한다는 이유만으로 계속하여 국제법상 ‘예외’에 해당된다고 보는 것은 국가안보가 전가의 보도가 되어 국내법에 의한 국제법 무력화로 이어지는 결과가 된다.

따라서 외국인투자심사는 기존처럼 국가안보 예외 법리가 적용되어 국제법상 예외로 취급하는 대신, 국제법 차원에서 새롭게 규율될 필요가 있다. 그런데 미국에서의 외국인투자심사 아웃리치는 동맹국 중심으로 논의되고 있고, CFIUS와 같은 외국인투자심사 확산과 미국과의 외국인투자 관련 정보 공유가 중심이 된다. 국제법 차원에서 외국인투자심사를 논의할 경우에는 CFIUS와 같은 외국인투자심사가 국제기준이 되어야 한다든지, 다른 국가와의 외국인투자 관련 정보 공유가 필수적이라든지 등의 내용은 다른 국가의 주권적 영역을 침해할 가능성이 있다. 따라서 국제법 차원에서의 논의는 OECD 외국인투자지침상의 기본 원칙이 준수되고 있는지가 일응의 기준이 될 필요가 있다고 보인다. 즉, 외국인투자심사절차를 중심으로 투명성부터 논의하는 것이 바람직할 것이다.

국가안보를 결정하는 주체는 국가이고, 국가안보를 위협한다고 판단하는 주체 역시 국가이므로 국가주권의 보장과 통제 측면의 균형이 필요하다. 따라서 EU 외국인투자심사규칙을 참고하여 외국인투자심사절차의 통보절차, 이해관계가 있는 국가의 의견제출 절차 등 형식적인 절차규범 중심으로 논의할 필요가 있다. 이를 위해서는 WTO나 UN 등의 국제기

국가 외국인투자심사와 관련한 통보절차를 담당하도록 하는 방안이 있을 것이다.³⁷⁰⁾ 외국인투자심사를 실시하는 국가가 심사절차의 개시를 통보하면 다른 국가들이 의견을 제출하고, 이와 같은 의견은 외국인투자심사를 실시하는 국가가 필수적으로 검토하도록 하는 등 국제 차원의 절차를 마련함으로써 외국인투자심사절차가 남용되지 않도록 할 필요가 있다. 그럼으로써 외국인투자심사를 실시하는 국가가 외국인투자심사절차를 준수하는 등 규범력 제고 효과뿐만 아니라 자의적이고 차별적이지 않게 외국인투자심사를 하게 되는 효과도 기대할 수 있을 것이다. WTO나 UN 등 국제기구에서의 심리와 관련해서는 WTO 반덤핑협정 등을 참고하여 외국인투자심사에서의 국가의 조치는 원칙적으로 존중하도록 하는 방안을 고려하면 국가주권과의 관계에서 상충될 소지가 적을 것이다.³⁷¹⁾

다만 다자주의 퇴조와 보호주의 확산 등 오늘날의 국제지형 속에서 WTO나 UN 등의 국제기구가 각국의 외국인투자심사 업무를 담당하는 것으로 국제적인 합의가 도출될 수 있을지에 관해서는 의문이 제기될 수 있다. 게다가 미국은 동맹국 차원에서 외국인투자심사의 아웃리치 활동을 하지만, 국가주권이 적용되는 영역이라는 이유로 국제기구 등의 관할권을 부정하는 입장을 취할 것으로 예측된다. 그렇다면 미국의 반대에도 불구하고 새로운 국제법 편입이 가능할 수 있을지에 대해서는 현실적인 제약이 있을 것으로 보인다. 게다가 국가안보가 가지는 민감성의 속성 때문에 미국을 위시한 국가들이 중국 등의 국가와 외국인투자심사협력을 할 수 있을지는 미지수이다. 그러나 현실의 국제정치와 국제법은 구별할 필요가 있으며, 오늘의 현실에서는 가능성이 낮은 것으로 평가되더라도 법적인 차원의 논의와 분석은 필요할 것이다.

370) Lester, Simon and Manak, Inu, "A Proposal for a Committee on National Security at the WTO", *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol.30, No.2 (2020)는 WTO 국가안보위원회를 설치하여 국가안보 관련조치를 담당하면서 외국인투자심사에 관한 논의도 하는 대안을 제시하였다.

371) WTO 반덤핑협정 제17.6(i)조는 반덤핑조치의 WTO 합치성을 판단할 때 해당국가에 적절하게 사실관계를 판단하고, 편파적이지 않고 객관적으로 평가했다면 패널로서는 그와 같은 평가를 뒤집을 수는 없다고 규정하여 국가의 조치를 원칙적으로 존중하는 입장이다.

제4장 국가안보평가 심사기준의 타당성 검토

제1절 국가안보평가의 비교법적 검토

1. RBA(Risk-Based Analysis)의 개념

앞에서 외국인투자심사의 국가안보평가는 전쟁 등의 예외적인 상황에 적용되는 국제법상의 ‘국가안보’의 법리가 적용되는 것이 타당하지 않다고 살펴보았다. 그렇다면 국내법적 측면에서 외국인투자심사의 국가안보평가는 타당한지를 살필 필요가 있다.

외국인투자심사의 국가안보평가는 ‘국가안보위해 평가’, ‘국가안보위험 평가’ 등으로 언급되는데, 국가안보에 관한 ‘위험’을 분석하는 방법을 의미한다. 위험에 기초한 분석(Risk-Based Analysis, 이하 ‘RBA’라 한다)은 위험을 식별, 평가, 완화하기 위한 체계적인 접근 방법으로, 정부가 규제 효과성과 효율성을 확보하기 위해 활용한다. RBA는 식별된 위험별로 구분하여 규제하는 방법인데, 위험의 중요성에 비례하여 규제를 설계할 것이 요구된다.

‘위험’과 ‘위험평가’는 군사전략에서 많이 활용되는 개념으로, 미국은 ‘위험평가’에 기초하여 국가안보전략을 수립하고 있다.³⁷²⁾ ‘위험평가’는 위험의 크기, 위험이 실현될 가능성, 결과 등을 계량화된 지표로 분석하는 방법이다. 미국 국방부에 의하면 ‘위험평가’는 표준화된 틀에 따라 위험의 정도를 ‘낮음’, ‘보통’, ‘심각’, ‘높음’ 등으로 분석하는 방법으로 기본

372) Freier, Nathan, et al., *At Our Own Peril: DoD Risk Assessment in a Post-Primacy World* (US Army War College, 2017); Department of Defense Risk Management Guide for Defense Acquisition Programs, Office of the Deputy Assistant Secretary of Defense for Systems Engineering (2014.12.); Mazarr, Michael J., “Fixes for Risk Assessment in Defense”, *War on the Rocks* (2015.4.22.); 손한별·최원석, “포괄적 위험평가의 시론적 검토: 미국 전략문서에 나타난 위험평가를 중심으로”, *신아세아* 제29권 제1호, 신아시아연구소 (2022), pp.18-19 참조.

적으로 정성 평가에 해당하지만, 지표가 구체화된 경우 정량 평가도 가능하다. 이러한 위험평가는 위험 식별(Problem Framing: Risk to What?), 위험 평가(Risk Assessment(Risk from What?)), Risk Judgment(Risk Characterization(How much Risk?)), Risk Evaluation(How much Risk is OK?), 그리고 위험관리(What to do about Risk?)의 순서로 진행되는 일련의 절차를 의미한다.³⁷³⁾ 이러한 위험평가에 따르면 위험은 ‘위험 = 자산 × 위협 × 취약성’으로 개념화할 수 있는데, ‘자산’이란 국가안보 및 국방의 목표로서 지켜야 할 대상을 의미한다.³⁷⁴⁾ ‘위협’이란 의도를 가진 주체의 위협, 단기간의 위해요소(hazard), 장기적 도전요인(challenge) 등을 함께 평가하는 것이고, ‘취약성’은 자산과 인프라의 취약성, 목적-방법-수단의 불균형, 전략 실행 간에 발생하는 위험(danger), 취약성을 최소화하는 방법 등을 평가하는 것이다.

RBA가 가지는 의미는 OECD가 2009년 발표한 ‘국가안보와 관련된 외국인투자정책 지침’에서 찾을 수 있다. 이 지침에는 외국인투자심사를 하는 회원국들은 위험평가방법(risk assessment technique)을 엄격하게 실시해야 규제의 비례성 원칙에 부합하는바, 국가안보위험과 투자제한조치 사이의 관계를 명확하게 식별할 필요가 있다고 언급하였다.³⁷⁵⁾

우리나라의 외국인투자심사는 「외국인투자촉진법 시행령」 제5조제1항제2호에서 산업통상자원부장관이 외국인투자위원회의 심의에 따라 “국가안보위해에 해당하는 것으로 결정”하고, 제8항에서 국가안보위해에 해당하는 외국인투자에 대하여 필요하다고 인정하면 특정 사업 부분의 분리매각이나 보안유지 준수 등의 조건부로 외국인투자를 허용하거나, 제9항에 따라 허용결정 또는 불허하는 결정을 할 수 있는 것으로 규정되어 있다. 즉, 우리나라의 경우에도 외국인투자심사는 ‘국가안보위험’을 식별

373) Chairman of the Joint Chiefs of Staff Manual, Joint Risk Analysis Methodology (2021.10.12.), Enclosure B(Joint Risk Analysis Methodology) 참조.

374) 손한별 · 최원석, 전계논문, p.19 ‘포괄적 위험평가’ 부분 참조.

375) OECD 외국인투자심사지침 참조.

하고, 그 위험에 대응하는 ‘규제(허용, 조건부 허용, 불허)’ 수단을 결정하도록 규정되어 있는바, RBA를 도입하고 있는 것이다. 이 장에서는 외국인투자심사의 심사기준 측면에서 이 쟁점을 살피고자 하는바, 우리나라의 RBA를 살피기 이전에 비교법적인 측면에서 미국에서의 RBA부터 검토한다.

2. 미국에서의 RBA 분석

1) CFIUS 심사절차

(1) 심사절차 개관

우리나라 외국인투자심사에서의 RBA는 비교적 최근 도입되었으나, 미국 CFIUS는 외국인투자심사과정에서 지속적으로 RBA를 실시해왔다. 우리나라의 RBA가 미국으로부터 영향을 받은 것으로 평가한 이상, 비교법적인 측면에서 미국에서의 RBA를 면밀하게 검토할 필요가 있다.

미국의 CFIUS 심사절차는 검토(Review)와 조사(Investigation)를 거쳐 필요한 경우 대통령에게까지 회부되어 최종적으로 대통령이 결정하는 구조로 진행된다. CFIUS의 심사가 개시되는 절차로는 Notice 절차와 2018년 FIRRMA에서 도입된 Declaration 절차가 있는데, Declaration 절차는 당사자가 간략하게 작성한 신고서를 CFIUS에 제출하면 30일 동안 진행되는 간소화된 심사절차이다.³⁷⁶⁾ CFIUS 심사가 당사자의 자발적 신고에 따라 개시되는 것이 원칙인 것과 마찬가지로, Declaration 절차도 당사자의 자발적 신고가 원칙이다. 다만, 외국정부가 미국의 이른바 TID(Technology, Infrastructure, Data) 기업에 대해 ‘실질적인 이해관계(substantial interest)’를 취득하는 경우에는 예외적으로 의무적 신고가 적용된다.

미국 국방부는 CFIUS 심사절차에 관한 상세자료를 공개하고 있다.

376) Section 1706. Declarations for certain covered transactions 참조.

Declaration 절차는 재무부가 CFIUS에 대하여 외국인투자 거래 개요를 송부함으로써 개시되고, 국방부 담당자는 해당 외국인투자의 사실관계와 거래 상황 등을 고려하여 국가안보에 위해가 있는지를 결정하게 된다. 국방부 내부에서는 CFIUS에 대해 ①국가안보위험을 식별하기에 정보가 부족한 경우 ‘미조치(No Action)’하고, ②국가안보위해가 없는 거래라면 심사를 종결하고(clear the transaction), 당사자에게 ‘안전조치(Safe Harbor)’라는 문건을 발급한다. 만일 국가안보 고려요소(national security consideration)가 식별되는 경우라면 국가안보 검토절차가 필요하므로 당사자에게 외국인투자심사를 신청하도록 요청하거나, 국가안보 검토절차 관련 의견을 제시하게 된다.³⁷⁷⁾

Declaration 절차에서 중요한 것은 국가안보 고려요소가 있는지를 판단하는 것이다. 국가안보 고려요소가 없는 거래라면 ①, ②의 절차로 진행되나, 국가안보 고려요소가 있다면 외국인투자심사 절차에 따라 국가안보 검토(National Security Review) 절차가 개시되어야 하는 것이기 때문이다.³⁷⁸⁾

국가안보 검토(Review)는 45일 동안 해당 외국인투자가 국가안보위해 우려가 있는지를 검토하는 절차이다. 국방부 훈령에 따르면 CFIUS 위원장인 재무부장관이 해당 외국인투자가 국방부의 이해관계에 영향을 미친다고 결정하거나 국방부가 요청하는 경우, 국방부는 재무부와 함께 CFIUS 심사의 주무부처가 되어 국방부의 이해관계와 국가안보위험과의 관련성을 검토하게 된다. 국방부 훈령은 특정의 국방관련 사안에 관해 국가안보위험을 평가하는 담당자가 국가안보 우려를 식별(identify)하는 경우, 주요 이해관계자로서 위험, 취약성, 영향을 평가하면서 국방부가 작성하는 RBA에 의견을 제출한다고 규정한다. 만일 RBA에서 국가안보 위해 우려가 해소되지 않는다는 결론이 있게 되면, CFIUS에 대해 국가

377) DoD Instruction 2000.25, “DoD Procedures for Reviewing and Monitoring Transactions filed with the Committee on Foreign Investment in the United States, Office of the Under Secretary of Defense for Acquisition and Sustainment”, 이하 ‘국방부 훈령’이라 한다.

378) 국방부 훈령, p.21 참조.

안보 조사(Investigation) 절차로 진행하라는 권고를 하게 된다.

국가안보 조사절차는 국가안보 검토 결과 국가안보에 위해 우려가 인정되어 추가조사가 필요하다고 판단되는 경우 45일 동안 진행된다. 즉, 국가안보 검토절차에서 확인된 국가안보 우려를 조사하여 거래 당사자들이 완화 조치를 통해 우려를 해소할 수 있는지, 또는 정부가 거래를 중단하거나 금지해야 하는지 등을 결정하는 절차라고 하겠다.

국방부 훈령에 따르면 RBA를 완료하고 국가안보위해 우려가 ‘실사(due diligence)’를 통해 해소할 수 있는 것으로 식별되는 경우 국방부는 해당 거래를 심사 종결(clear)하라고 권고하고, 국가안보위해가 식별되는 경우라면 완화조치를 권고하게 된다.³⁷⁹⁾

국가안보 조사결과 국가안보에 위해 우려가 없다고 판단하거나, 다른 법률에 의해 국가안보위해 우려를 해소할 수 있는 경우라면 CFIUS는 서면으로 심사를 종결했다고 통지한다. 그렇지 않은 경우라면 CFIUS는 당사자와 국가안보위해 우려를 완화할 수 있는 계약을 체결하거나 조건을 부과하거나, 대통령에게 회부하여 거래를 중단하거나 금지하도록 권고하게 된다. 완화조치와 관련하여 CFIUS 구성기관들은 국가안보위해 우려를 해소할 수 있는 조건에 관하여 합의하여 당사자들과 계약을 체결하거나 조건을 부과함으로써 심사를 종결할 수 있는데, 이 경우 의회에 국가안보위해 우려가 해소되었음을 증명하는 완화계약 등을 제출하여야 한다. 결국 국가안보 조사절차의 주된 논의사항은 CFIUS 구성기관들과 당사자 간의 완화조치에 관한 협의이고, 당사자는 자발적으로 신청을 철회하면서 외국인투자를 포기하거나, 자발적으로 외국인투자로 취득한 주식 등을 매각할 수 있다. 이와 같은 경우에는 CFIUS의 공식 의사결정 없이 해당 외국인투자가 취소·철회되는 결과로 이어지므로 사실상 CFIUS 심사의 목적이 달성된다고 평가할 수 있다.

그런데 국가안보 조사에도 불구하고 여전히 국가안보위해 우려가 있지만 당사자가 완화조치나 조건 등에 응하지 않는 경우에는 CFIUS는 대통령에게 회부하여 해당 외국인투자를 중지하거나 금지하도록 하는 내

379) 국방부 훈령, p.14 참조.

용의 권고의견을 제출할 수 있다. 대통령은 해당 외국인투자가 국가안보를 위협하는 경우 해당 거래를 중지하거나 금지할 수 있는데, 국가안보 조사 기간이 완료된 날 또는 CFIUS가 대통령에게 회부한 날 중 먼저 도래하는 날부터 15일 이내에 발표해야 한다. 이때, 대통령은 신빙성 있는 증거에 의해 해당 외국인투자가 국가안보를 위협한다는 결론을 도출해야 하고, 다른 법률에 의해서는 적절한 구제조치가 불가능해야 거래 중지·금지 조치를 원용할 수 있다. CFIUS가 의회에 보고한 연례보고서 상에 나타난 외국인투자심사 검토, 조사, 철회 및 대통령 결정 등을 정리하면 다음의 표와 같다.

[표 11] CFIUS 검토, 조사, 철회 및 대통령 결정 건수

연도	Notice 건수	검토단계 신청철회	조사건수	조사이후 신청철회	대통령 결정
2005	64	1	1	1	0
2006	111	14	7	5	2
2007	138	10	6	5	0
2008	155	18	23	5	0
2009	65	5	25	2	0
2010	93	6	35	6	0
2011	111	1	40	5	0
2012	114	2	45	20	1
2013	97	3	49	5	0
2014	147	3	52	9	0
2015	143	3	67	10	0
2016	172	4	172	70	1
2017	237	4	172	70	1
2018	229	2	158	64	1
2019	231	0	113	30	1
2020	187	1	88	28	1
2021	272	2	130	72	0
2022	286	1	162	87	0
합계	2,852	80	1,345	494	8

출처: CFIUS Annual Report to Congress 2008부터 2022까지 정리

위 표에서 보는 바와 같이 CFIUS에 신고된 Notice 건수는 CFIUS가 의회에 보고하기 시작한 2005년 대비 증가 추세를 보이고, 최근으로 올수록 자발적 신고 이후 50%가량은 검토단계에서 조사단계로 넘어가는 경향성을 발견할 수 있다. 조사단계에서 신청을 철회하는 경우가 많이 나타나는 것은 외국인투자가 입장에서 외국인투자심사 결과가 긍정적인 것이라고 확신하지 못하는 경우에 해당할 것이고, 2016년 이후 Notice 건수, 조사건수, 조사이후 신청철회 건수가 급격하게 증가하였다. 다만, 대통령 단계까지 회부되는 심사사례는 극히 드문 것으로 발견된다.

(2) CFIUS Regulation

CFIUS가 외국인투자심사를 할 때 고려해야 하는 국가안보요소(National Security Factors)는 국방생산법 Section 721(f)와 관련 규정³⁸⁰⁾에 명시되어 있는데, 이러한 요소들은 예시적인 성격으로 기타 국가안보 고려에 필요한 요소라면 추가적으로 고려될 수 있다.

[표 12] CFIUS에서의 국가안보요소(National Security Factors)

구분	국가안보 고려요소	비고
2018년 FIRRMA	①예상되는 국방상 요구에 필요한 국내생산	1988년 Exon- Florio Act 도입
	②국방 목적에 필요한 국내산업의 능력·역량 (고용, 제품, 기술, 원자재, 물자, 서비스)	
	③외국인의 국내산업 지배에 따른 영향	
	④군수품 등을 테러 등 관련국가에 판매	
	⑤미국의 기술 리더십에 미치는 영향	
	⑥에너지 자산 등 핵심 인프라에 대한 영향	2007년 FINSA 도입 ³⁸¹⁾
	⑦핵심기술에 대한 국가안보 관련 영향	
	⑧외국정부가 통제하는 거래	

380) 50 U.S. Code §4565(Authority to review certain mergers, acquisitions, and takeovers (f) factors to be considered) 참조.

구분	국가안보 고려요소	비고
	⑨외국정부가 통제하는 거래인 경우, 테러, 무기확산, 수출통제에 미국과의 공조	
	⑩에너지, 핵심 자원물자에 대한 장기적 전망	
	⑪기타 필요하다고 인정하는 요소	
2022년 행정명령 제14083호 382)	핵심 공급망에 미치는 영향을 고려	③구체화
	기술 리더십 분야 예시 ³⁸³⁾ (마이크로 전자기술, AI, 생명 공학·바이오, 양자컴퓨팅, 청정에너지 및 기후적응기술 등)	⑤구체화
	해당 산업분야에서의 외국인투자 동향	‘22년 신설
	사이버안보 위협	
	민감정보 침해 위협	

위의 표에서 보듯이, 미국에서의 국가안보 고려요소는 1998년 Exon-Florio Act 도입 당시 협의의 국방·치안 요소 위주로 규정되어 있었다. 그러다가 2007년 FINSA 입법을 계기로 핵심 인프라, 핵심기술에 대한 부분이 강화되었고, 2022년 행정명령에서는 공급망, 핵심기술 이외에도 사이버안보나 민감정보 부분까지 국가안보 고려요소로 추가되었다. 이는 CFIUS의 심사기준인 국가안보 개념과 연결되는 것으로, 국가안보 범위가 계속적으로 확대되고 있다는 점을 보여준다.

CFIUS는 국가안보위해 우려가 있는 외국인투자를 위협요인(threat), 취약성 요인(vulnerability), 국가안보에 대한 영향요인(consequence)을 통해 분석한다. CFIUS Regulation은 위협에 관해 외국인이 국가안보를 저해시킬 수 있는 조치를 취할 수 있는 의도와 역량, 취약성에 관해 미

381) US Congressional Research Service, “The Exon-Florio National Security Test for Foreign Investment” (2010), pp.14-15 참조.

382) Executive Order 14083, “Executive Order on Ensuring Robust Consideration of Evolving National Security Risks by the Committee on Foreign Investment in the United States”, 87 FR 57369 (2022.9.15.).

383) 행정명령 제14083호의 주요내용은 본 연구 제2장 제1절 5. 외국인투자심사의 2차 확대시기 부분 참조.

국기업이 국가안보 저해에 따라 영향을 받게 되는 측면, 국가안보에의 영향은 위협요인에 의해 미국기업의 취약성이 공격받아 발생하게 되는 잠재적인 영향이라고 규정하고 있다.³⁸⁴⁾ 미국 재무부는 2008년 외국인투자심사 지침을 발표하면서 위협요인, 취약성 요인, 영향요인을 설명한 바 있다.³⁸⁵⁾ CFIUS는 위 지침에서 다른 ‘국익(national interest)’이 아닌 ‘국가안보’와 관련된 우려가 있을 경우에만 외국인투자심사를 실시하고, 수출통제법 등 다른 법률이 적용되지 않는 경우 보충적으로 진행한다고 밝혔다.

(3) RBA 평가 절차³⁸⁶⁾

CFIUS에서의 RBA는 특정 거래로부터 야기되는 국가안보에 대한 위협 가능성 등을 종합적으로 평가한 것으로, 실무상으로는 위협평가를 완료한 문서를 일컫는다. RBA는 현재의 국가안보위험뿐만 아니라 향후 발생할 수 있는 위험까지 고려하고,³⁸⁷⁾ 심사를 담당하는 주무부처가 국가

384) 31 CFR § 800.102 (Risk-based analysis). 손한별·최원석, 전계논문은 미국의 국가안보전략(National Security Strategy)을 중심으로 위협평가를 분석했는데, 아래와 같이 국가안보 개념이 확장되었음을 보여준다.

행정부	위협평가	구분
부시·클린턴 (1989-2001)	탈냉전기의 다변화된 위협(정치·군사상 위협에서 과학, 산업, 약물, 난민 등) 고려	위협기반
부시 (2001-2009)	본토 위협에 대한 취약성, 미국이 지향하는 가치의 수호	취약성 기반 위협평가
오바마 (2009-2017)	Post-Primacy에 따른 위기 이후의 회복력 사이버안보·보안의 중요성	포괄적 위협평가
트럼프 (2017-2021)	‘수정주의적 강대국’의 위협	
바이든 (2021- 현재)	유일한 경쟁국 중국과의 장기적 경쟁	

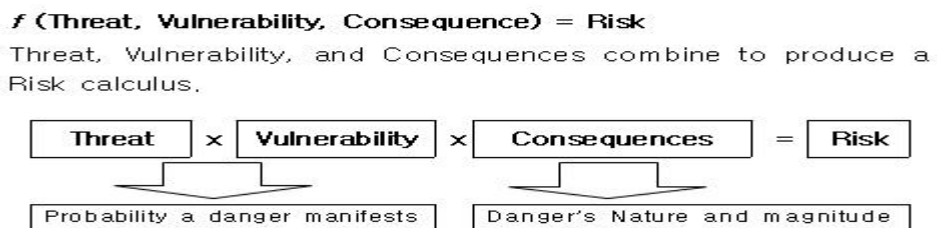
385) Office of Investment Security; Guidance Concerning the National Security Review Conducted by the Committee on Foreign Investment in the United States (Federal Register Vol.73, No.236, 2008.12.8. Notices).

386) RBA 평가 절차 전반은 위 각주 자료 참조.

387) 국방부 훈령 참조.

안보에 위협이 된다고 판단하는 경우에만 한정하여 RBA를 작성한다. CFIUS는 명확하고 일관된 방법을 사용하여 구체적인 위협을 명시하고, 사안마다 규격화된 문서구조나 용어 등을 사용하고자 한다. RBA는 요약(summary), 위협, 취약성, 결과 및 위협 완화방안 순으로 작성하고,³⁸⁸⁾ 위협을 정량화하여 측정하는 것을 목표로 하는바 다음의 식으로 표현된다.³⁸⁹⁾

[그림 5] 미국 CFIUS에서의 위협평가(RBA) 공식



출처 : 국방부 발표자료 p.13 참조.

여기서 ‘위협(threat)’과 ‘취약성(vulnerability)’은 위협의 확률, ‘영향(consequence)’은 위협의 본질과 정도를 나타낸다. 국방부 자료에 따르면 해당기술이 국방부에 필수적인지와 해당기업이 국방부에 필수적인지를 검토하는 작업이 필요하다. 해당기술의 검토에 있어서는 국방상 긴요한 기술이나 기술적 우위가 있거나 향후 유망한 분야의 기술이면 포함되고, 다른 기술을 발전시키는 데 필요하거나 시스템 성능을 개선하거나 유지하는 데 활용되는 경우, 대체기술이 없는 경우에는 국방부에 필수적인 경우로 판단한다. 한편, 해당 회사가 국방부에 필수적인지의 판단은 국방부의 독점적 공급자인지, 해외 의존도 감소를 위해 또는 공급 중단을 피하기 위해 필요한지, 국방부의 예산이 투입된 경우나 시장점유율이 높은

388) “Department of Defense(DoD) Role in the Committee on Foreign Investment in the United States(CFIUS)”, <<https://hdiac.org/wp-content/uploads/2021/06/HDIAC-Webinar-CFIUS.pdf>>, (2023.7.23. 최종방문). 이하 이 자료는 ‘국방부 발표자료’라 한다.

389) 국방부 발표자료 p.13 수식과 Key Questions and Concerns 부분 참조.

경우인지, 향후 재구축시 비용과 일정이 상당히 소요될 것이라 예상되는 경우인지, 첨단설비, 제조, 제품 등 혁신의 원천인 경우인지를 고려하여 결정된다. 국방부는 해당기술과 회사를 보호할 수 있는지도 검토한다. 즉, CFIUS가 완화조치를 통해 기술을 보호할 수 있는지, 완화조치가 이행 가능한지, 추가적인 보호조치가 무엇이 있는지 등을 종합적으로 고려하는 것이다.

RBA의 요소로서의 ‘위협’은 미국기업에 투자하는 외국인이 얼마나 ‘위협’한지를 분석하는 것으로, 외국인투자가가 가진 배경이나 기존의 활동, 관계(relationship) 등을 평가하는 것이다. 이는 외국인투자가의 위협성을 검토함으로써 그로 인해 국가안보가 저해될 가능성을 측정하는 것이다. 예컨대 외국인투자가가 취득하는 지배권, 정보에의 접근권, 회사에 미치는 영향력 등을 종합적으로 고려하고, 외국인투자로부터 사실상 또는 법률상 이익을 받게 되는 제3자에 대한 검토도 하게 된다. 이때 CFIUS는 외국인의 의도나 행동이 상업적 고려에 기초하더라도 국가안보에 위해가 될 수 있다고 판단한다.

한편, CFIUS는 외국정부의 지배력이 미치는 경우도 위협요인으로 검토하는데, 대표적인 예로 국영기업, 국부펀드, 국민연금 등을 예시하고 있다. 그렇다면 CFIUS가 위협성이 있다고 판단하는 외국은 어디인지가 문제될 것이다. CFIUS는 위험한 국가를 구체적으로 명시하지 않았지만, 해당국가가 핵확산금지, 테러 등과 관련이 있는지, 법령 등을 준수하고 있는지 등을 고려한다. 외국정부가 지배하는 거래의 경우, 투자 결정이 전적으로 상업적 동기에 의한 것인지를 고려하고, 투자 결정이 정부로부터 독립적으로 이루어지는지, 투명성과 정보 공개 수준, 투자 목적, 기관과의 계약 여부, 투자자의 재무 정보, 법령 준수 여부 등을 고려한다.

국방부 훈령은 위협요소의 평가는 정보기관에 의존할 수밖에 없는바 개별적으로 행해지지만, 취약성과 영향 평가와는 병행해서 이루어지는 것으로 설명하고 있다.³⁹⁰⁾ 구체적으로는 국방부의 국가정보국(Office of the Director of National Intelligence)이 국가안보 위협평가(National

390) 국방부 훈령, p.24 참조.

Security Threat Assessment, 이하 ‘NSTA’라 한다)를 작성하여 CFIUS에 제출하는데, NSTA에는 외국인의 의도와 능력에 대한 평가가 포함된다. 국방부에 따른 구체적인 위협 유형으로는 공급망 안정성, 기술이전, 제품의 무결성, 미국 군사시설의 인접성, 민감정보 등이 있고,³⁹¹⁾ 공급망 안정성의 경우 공급의 감소 또는 중단, 기술이전의 경우 기술에의 접근 권한 배제, 적대국으로의 기술이전이 있다. 제품의 무결성과 관련해서는 부품 또는 소프트웨어에 악성 코드 등의 삽입, 장소적인 위협으로는 미국 군사시설 인근의 사업부지나 공장시설 등에서 군사시설 관련 정보를 수집할 가능성, 민감정보와 관련해서는 해당 정보가 악용되도록 하는 것 등이 명시되어 있다.

한편, 위협의 종류를 CFIUS의 심사사례와 국가안보 관련 고려요소를 종합하여 ①외국인이 지배하는 공급자로부터의 물품이나 서비스의 공급 거절 위협, ②기술이나 전문인력 등의 유출 위협, ③간첩, 스파이 등의 통로로 악용될 위협으로 분석한 연구가 있다.³⁹²⁾ 그러나 이 연구는 2009년까지의 CFIUS 심사와 2007년 FINSA에 근거한 연구로서, 2018년 FIRMA 시행과 사이버안보, 개인정보 등에 따른 새로운 위협요인을 포함하지는 못하는 한계가 있다고 평가할 수 있다.

RBA 요소로서 취약성이란 지배력을 행사하게 되는 주체가 부당하게 이용할 때 취약해지는 피인수 기업(목표 대상)의 속성을 의미한다. 즉, 취약성은 피인수 기업이 생산하는 제품과 서비스를 대상으로 하는데, 피인수 기업의 시장지배력 등 시장에서의 지위(market position) 등을 고려하고, 대체 기업이 존재하는지도 고려하여 취약성을 평가하게 된다. 또한, 피인수 기업이 보유하는 기술 및 지식재산권을 해당 분야의 최첨단

391) 국방부 발표자료 p.13 참조.

392) Three Threats: An Analytical Framework for the CFIUS Process, Theodore H. Moran, Peterson Institute for International Economics (2009) 참조. Moran에 따르면 첫째 유형의 위협으로 Fairchild 반도체 사건, 둘째 유형의 위협으로 Unocal 사건, 셋째 유형의 위협으로 Dubai Ports World 사건 등을 예시하며, 첫째 유형은 FINSA Section 2(a)(3)(4), 둘째 유형은 국방생산법 제721조(f)(the potential effects of the transaction on sales of military goods, equipment, or technology), 셋째 유형은 FINSA Section2(a)(5)(6)에서 근거를 찾을 수 있다고 주장하였다.

기술과 비교·대조하여 취약성을 판단하면서, 범용 기술인지, 미국 정부에 유용한 기술인지를 고려하게 된다. 한편, 관계(relationship) 관련 사항은 최종 사용자에게 대한 관계를 고려하는 것으로, 미국 정부가 최종 소비자인지, 상업용 사용자 등과의 관계 등을 고려하여 평가하는 것이다. 운영 및 장소 관련 사항은 지역적인 개념으로 고객이 접근 가능한지, 현행 사업이 고정된 곳에서 일어나는지, 장소적 이전이 가능한지, 미국 정부가 가까이 소재하고 있는지 등을 고려하여 평가하는 것이다.

CFIUS에 따르면 취약성이 인정된 경우는 피인수 기업이 미국 정부기관에 물품이나 서비스를 공급하는 계약을 체결한 경우가 많았는데, 국가기밀을 보유했거나, 국방, 보안 등과 관련된 기업이 많았고, 무기, 군수품 제조, 항공우주, 레이더 시스템 등의 분야에 집중되었다. 또한, 국가안보와 관련된 기능을 수행하는 정부기관에 ICT(컨설팅, 하드웨어 또는 소프트웨어), 통신, 에너지, 천연자원, 첨단제품 등이 문제된 경우가 많았다. CFIUS는 정부와 직접 계약을 체결하지 않았더라도, 에너지, 천연자원 개발, 자원 운송(파이프라인), 송배전 등의 운영, 생산, 공급을 통해 국가안보를 위협할 수 있는 경우 다양한 거래 단계에서 문제된 바 있었다고 설명한다. 그 외에도 해상 운송, 항만 터미널 운영, 항공, 운송 시스템 등에 영향을 미치는 미국기업 등에 취약성이 인정되었다. 중요에너지 자산과 같이 핵심 인프라와 관련된 기업이 인수대상이 되었을 경우에는 자산의 중요성 등을 고려하여 취약성을 심사한다. CFIUS가 국가안보를 방어하거나 손상시킬 수 있는 첨단기술을 보유한 기업에 대해 취약성을 인정된 경우는 대부분 반도체 관련기업이었다. 그 외에도 암호화, 데이터 보호, 인터넷 보안, 네트워크 침입 탐지, 수출통제의 대상이 되는 기술, 상품, 소프트웨어 또는 서비스 등과 관련된 분야도 취약하다고 본 경우가 있었다.

RBA의 마지막 요소는 위협요인에 의해 취약성이 야기된 결과로서의 ‘영향’인데, 미국 정부가 고객이라면 피인수 기업(목표 대상)의 제품과 서비스의 성격과 범위를 고려하고, 해당 거래에서 평가된 취약성을 부당하게 이용함으로써 발생하는 결과 및 이러한 결과가 잠재적으로 국가안보

에 영향을 미치는지 여부를 평가하는 것이다. CFIUS는 인수·합병을 통해 지배권이 순차적으로 이전되는 경우에 있어서도 국가안보위험을 긍정한 바 있다.

2) 대통령 행정명령 사례에서의 RBA 검토

CFIUS에서 구체적으로 어떻게 RBA를 실시했는지를 확인하는 것은 CFIUS가 취하고 있는 비공개 원칙 때문에 한계가 있다. 당사자가 외국인투자심사를 위해 CFIUS에 제출하는 정보는 원칙적으로 기업의 영업 비밀에 해당하여 비공개이고, CFIUS는 외국인투자심사와 관련한 절차 진행 상황 등을 공개하지 않는다. 다만, 당해 회사가 자발적으로 CFIUS 심사가 진행 중이라고 밝히는 경우나 증권거래위원회(SEC)에 중요한 거래 내용으로 신고하는 경우 등을 통해 간접적으로는 외국인투자심사가 진행중이라는 사실을 확인할 수 있게 된다.

CFIUS 심사가 검토절차, 조사절차를 거쳐 최종적으로 대통령이 결정하는 것은 대부분 국가안보위험이 인정되어 투자철회 명령이 이루어지는 경우이다. 대통령이 투자철회 명령을 하는 경우에는 행정명령으로 공포하기 때문에, CFIUS가 해당 외국인투자에서 어떻게 구체적으로 RBA를 했는지를 간접적으로나마 파악할 수 있다.³⁹³⁾

아래에서는 대통령 단계까지 회부된 사례들을 중심으로 미국에서의 RBA를 검토한다.

(1) 1989년 MAMCO Manufacturing 피인수 사례

1989년 MAMCO Manufacturing(이하 'MAMCO'라 한다) 사례는

393) 양정윤, “미국 대통령의 행정명령에 대한 소고”, 고려법학 제84호, 고려대학교 법학연구원 (2017), p.118은 대통령의 행정명령이 실질적 규칙(substantive rule)의 법적 의미를 가지는 경우 행정입법(administrative legislation)이라고 평가할 수 있다고 한다. 아래에서 살피는 대통령의 행정명령 사례는 모두 행정입법에 속한다고 볼 수 있을 것이다.

CFIUS 심사 결과 국가안보위협이 인정되어 대통령이 투자 철회 명령을 내렸던 최초의 사건이다.³⁹⁴⁾ CRS 보고서는 MAMCO 사건이 대통령이 Exon-Florio Act 상 권한을 행사한 첫 번째 사건으로 평가하고 있다.³⁹⁵⁾

중국의 국영기업인 중국항공기술수출입공사(China National Aero-Technology Import and Export Corporation, 이하 ‘CATIC’이라 한다)는 미국의 소규모 항공 부품 생산기업 MAMCO를 인수하려고 하였다.³⁹⁶⁾ MAMCO는 1989년 11월 3일 자발적으로 CFIUS에 심사 신청서를 제출하였다. CFIUS는 검토기간이 30일이므로 1989년 12월 5일을 전후하여 종료될 것으로 검토하고 있었는데, CATIC은 CFIUS의 심사가 완료되기 전인 1989년 11월 30일 MAMCO 전체 주식인수를 완료하였다. CFIUS는 심사를 완료하기 전에 MAMCO 인수가 완료될 것이라는 사실을 통지받지 못하였다.

CFIUS는 심사절차를 개시하였고, 상무부 담당자는 1989년 11월 6일 해당 투자건을 통지받았다. 한편, MAMCO는 수출 이력이 없는 기업이었는데, 1989년 11월 17일 MAMCO가 생산하는 제품이 수출통제 품목에 해당할지 모른다는 우려가 제기되기 시작했다. CFIUS는 MAMCO에 1989년 11월 29일까지 답변서를 제출할 것을 요구하여 해당일자에 답변서를 제출받았지만, MAMCO는 11월 30일이면 주식인수가 완료될 예정이라는 점을 밝히지 않았다.

CFIUS는 1989년 11월 30일 회의를 개최하였고, CFIUS 위원들은 조사가 필요하다고 주장하였다. CFIUS는 1989년 12월 4일 공식 조사를 개

394) United States General Accounting Office Testimony, “The President’s Decision to Order a Chinese Company’s Divestiture of a Recently Acquired US Aircraft Parts Manufacture”, Statement of Allan I. Mendelcwitz, Director, International Trade, Energy, and Finance Issues before the Subcommittee on Commerce, Consumer Protection and Competitiveness, House Committee on Energy and Commerce (1990.3.19.), p.3 참조.

395) Congressional Research Service Reports, “Defense Production Act: Purpose and Scope” (2009.5.14.), p.5 참조.

396) 당시 CFIUS의 심사 진행 경과에 United States General Accounting Office Testimony를 요약. 언론보도는 “China Ends Silence on Deal US Rescinded”, New York Times (1990.2.20.) 등 참조.

시하여 MAMCO의 생산능력과 기술역량을 평가하기로 하였다. CFIUS의 상무부, 국방부 담당자들은 12월 중순 MAMCO를 방문하여 CATIC의 과거 활동이력 조사 및 상무부의 수출통제법과 관련하여 검토하였다.

그 후 CFIUS는 국가안보위험이 있다는 취지로 대통령에게 보고한 것으로 보인다. 이에 따라 부시 대통령은 1990년 2월 1일 CATIC에 대해 MAMCO 인수를 철회하라고 명령했다.³⁹⁷⁾ 대통령은 CATIC이 국영기업이므로 사실상 중국의 국방부를 대리한다고 볼 수 있고, 수출허가를 받아야만 취득할 수 있는 기술을 MAMCO를 통해 우회 취득할 수 있다고 보아 국가안보에 위험성이 있다고 판단한 것으로, 이 부분이 RBA의 결론이었다고 파악할 수 있다.

대통령이 취한 조치는 ①CATIC이 직접적으로, 또는 자회사나 계열사를 통해 취득한 MAMCO의 지분 인수행위를 금지하고, ②CATIC과 자회사, 계열사는 1990년 5월 1일까지 CFIUS가 부과하는 조건에 따라 MAMCO 관련 지분 등을 매각해야 하며, CFIUS에 확인서를 제출해야 한다는 것이었다.

MAMCO 사건은 외국인투자에 의해 M&A가 완료된 경우에도 CFIUS가 심사할 수 있고, 대통령은 해당 거래를 소급하여 무효화시킬 수 있다고 결정한 사건으로 평가할 수 있다. 그 결과 당시 시행 중이던 Exon-Florio Act상의 심사절차가 완료되기 이전에 외국인투자가 완료된 경우에도 CFIUS가 심사할 수 있게 되었고,³⁹⁸⁾ 외국인투자심사결과 투자 철회조치까지 가능하게 됨으로써 외국인투자자에게는 법적으로 불확실한 상태가 야기되었다고도 보인다.

한편, CFIUS가 주식인수가 완료된 이후 일주일여 경과하고서야 해당 M&A가 완료되었다는 사실을 알게 된 점은 당시에도 문제점으로 지적

397) Presidential Memorandum, "Order on the China National Aero-Technology Import and Export Corporation Divestiture of MAMCO Manufacturing, Incorporated" (1990.2.1.) 참조.

398) 제2장(외국인투자심사의 역사와 발전과정) 제1절(주요국의 외국인투자심사의 발전) 3. 외국인투자심사의 성문화 시기에서 본 바와 같이 Exon-Florio Act는 1988년 종합무역경쟁력법(Omnibus Trade and Competitiveness Act)에 포함되어 발효되었다.

되었다.³⁹⁹⁾ 당시 Exon-Florio Act는 당사자에게 CFIUS 신고서를 제출할 것을 의무화하지 않았기 때문이다. 그럼에도 불구하고 MAMCO 사건에서는 당사자의 CFIUS 미신고로 인해 중국적으로는 투자철회조치라는 결과로 이어졌는바, 이 사건을 계기로 CFIUS에 신고서를 제출하는 것이 법적 불안정성을 해소하는 측면에서 바람직할 수 있다는 인식이 생겼을 가능성이 높다.

MAMCO 사건의 RBA는 위협요소의 판단에서는 중국 국영기업이 사실상 중국 국방부를 대리한다고 볼 수 있는 점에 근거하여 기술의 유출 위협이 인정되었고, 수출통제 품목 등의 생산을 통한 전략물자관련 시장에서의 지위 및 항공우주 관련 기업인 점이 고려되어 취약성이 인정되었으리라 추측된다. 그 결과 MAMCO의 피인수행위는 위협성이 인정되고, 국가안보에 영향을 미친다고 판단한 것으로 보인다.

(2) 2012년 Ralls Corporation 인수 사례

Ralls Corporation(이하 'Ralls'라 한다)은 미국 델라웨어 회사로서, 중국의 제조기업인 Sany 임원인 중국인 2명이 공동소유하고 있었다. Ralls는 Sany가 제조한 풍력 터빈을 사용한 풍력발전소를 건설하기 위해 2012년 3월 오리건 지역의 프로젝트 회사 4개를 인수하였다.⁴⁰⁰⁾ 이들 회사는 미국 오리건 중북부에서 추진 중이던 Butter Creek 풍력발전 프로젝트를 위해 설립된 회사였다. 그런데 Butter Creek 프로젝트 중 세 곳의 사업부지는 군사 제한구역(영공) 7마일 이내였고, 나머지 1곳은 제한구역 안에 위치하고 있었다. 이에 미군은 Ralls 측에 풍력발전단지를 이

399) 위 United States General Accounting Office Testimony, p.7 참조.

400) Ralls가 인수한 네 곳의 프로젝트 회사는 Pine City Windfarm, LLC., Mule Hollow Windfarm, LLC., High Plateau Windfarm, LLC., Lower Ridge Windfarm, LLC.였고, 이들 중 Lower Ridge Windfarm, LLC.는 군사 제한구역 내에 소재하고 있었다. Oregon Windfarms, LLC.는 당초 이들 프로젝트 회사 지분을 2010년 Tema Energy USA Holding Corporation(Tema)에 매각했고, Tema는 2012년 US Innovative Renewable Energy, LLC.(USIRE)가 소유하고 있던 Intelligent Wind Energy, LLC.(IWE)에 재매각하였다. Ralls는 USIRE로부터 IWE를 인수하였다.

전할 것을 요구하였다. 그에 따라 Ralls는 풍력발전단지의 위치를 이전하기는 하였으나, 풍력발전단지는 여전히 제한구역 내(영공)에 소재하고 있었다.

Ralls는 2012년 6월 28일 CFIUS에 프로젝트 회사의 인수 사실을 신고하면서, 국가안보에 위해가 되지 않는다고 주장하였다. CFIUS는 Ralls가 신고서를 제출함에 따라 심사절차를 개시하였다. CFIUS는 Ralls의 프로젝트 회사 인수가 군사 제한구역 내에 위치하여 국가안보에 위협이 된다고 판단하면서 건설 중단과 현장 출입 금지 등의 완화조치를 취할 것을 명령하였다.⁴⁰¹⁾

CFIUS는 2012년 9월 13일 대통령에게 Ralls의 인수행위가 국가안보를 저해한다는 내용으로 보고하였고, 오바마 대통령은 9월 28일 조치의 근거법으로 국방수권법 제721조를 명시하면서, Ralls의 프로젝트 회사 인수행위는 신빙성 있는 증거(credible evidence)에 의해 국가안보를 위협한다는 점을 분명히 하였다. 오바마 대통령은 Ralls의 프로젝트 회사 인수를 금지하고, Ralls는 프로젝트 회사, 프로젝트 회사의 IP, 기술, 인력, 계약 등을 포함한 일체의 자산, 운영 등을 90일 이내에 처분해야 한다고 명령하였다.⁴⁰²⁾

401) CFIUS는 두 차례 임시명령을 발령하였다. 7월 25일 임시명령은 ①Butter Creek 프로젝트 건설 및 운영 중단, ②2012년 7월 30일까지 프로젝트 현장 비품 등의 철거, ③현장 출입금지를 내용으로 하였고, 8월 2일 임시명령은 이에 더하여 ①프로젝트 회사의 매각 금지 및 Butter Creek 프로젝트 자산 매각 금지, ②매각시 CFIUS에게 10영업일 이전에 통보하도록 하였다.

402) “Order Signed by the President regarding the Acquisition of Four US Wind Farm Project Companies by Ralls Corporation” (2012.9.28.), <<https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2012/09/28/order-signed-president-regarding-acquisition-four-us-wind-farm-project-c>>, (2023.7.23. 최종방문). 그 외에도 Ralls는 14일 이내 ①비축, 보관, 예치, 설치 또는 부착한 모든 종류의 물품, 구조물 또는 기타 유체물 또는 설치물(콘크리트 기초 포함) 철거, ②자산에 대한 접근금지, ③자산의 사용 또는 설치를 위해 Sany가 제조·생산한 품목의 판매, 양도 금지, ④프로젝트 회사 또는 자산의 제3자 매각·양도 금지 등을 이행해야 한다. 또한, CFIUS는 해당 명령의 준수 여부를 확인하기 위해 프로젝트 회사와 Ralls 시설물 등의 접근권이 보장되고, 프로젝트 회사와 Ralls의 모든 장부, 원장, 기록, 문서 등을 조사하고 복사할 수 있으며, 시설물, 소프트웨어를 포함한 기술 데이터를 조사

Ralls 사건에서 CFIUS와 대통령의 조치는 그 후 법원에서 다투어졌는데, 법원은 CFIUS가 Ralls측에 자료를 불충분하게 제공한 것은 적법절차 위반이라고 판시하면서 절차와 관련된 쟁점을 판단하였다.⁴⁰³⁾

Ralls 사건에서 RBA상의 위협요소는 외국인투자가가 중국인으로서 해당 프로젝트 부지가 국방상 제한구역 내에 소재함으로써 얻을 수 있는 국방상 비밀정보 접근 가능성이 긍정된 것으로 보인다. 취약성 요소로는 군사시설의 인접성에 따라 취약성이 긍정된 것으로 판단되고, 그 결과 Ralls의 인수행위는 위협성이 인정되며, 국가안보에 영향을 미친다고 판단한 것으로 보인다.

(3) 2016년 Aixtron 피인수 사례

중국 Fujian Grand Chip Investment Fund LP.(이하 'FGC'라 한다)의

하고 인터뷰할 수 있는 권한을 부여받았다.

403) Ralls는 CFIUS와 대통령을 피고로 ①행정절차법(APA) 위반, ②대통령의 헌법상 권한 이탈, ③수정헌법 제5조 적법절차와 평등권 위반 등을 주장하는 소송을 제기하였고, 1심은 Ralls측 청구를 기각했으나, 항소심은 CFIUS가 Ralls에게 자료를 불충분하게 제공한 것은 적법절차 위반이라고 판시하였다. 법원은 대통령의 외국인투자 중단·중지 권한 등에 관해서는 판단하지 않고, 절차적인 쟁점만 판단하였다. Ralls Corporation v. Committee on Foreign Investment in the United States(758 F.3rd 296) (2014) 등 참조; Fitzpatrick, Christopher M., "Where Ralls Went Wrong: CFIUS, the Courts, and the Balance of Liberty and Security", *Cornell Law Review*, Vol.101, No.4 (2016); Deeley, Hunter, "The Expanding Reach of the Executive in Foreign Direct Investment: How Ralls v. CFIUS will alter the FDI landscape in the United States", *American University Business Law Review*, Vol.4, No.1 (2014); Wakely, Jonathan and Windsor, Lindway, "Ralls on Remand: US Investment Policy and the Scope of CFIUS's Authority", *The International Lawyer*, Vol.48, No.2 (2014); Gent, Will, "Tilting at Windmills: National Security, Foreign Investment, and Executive Authority in Light of Ralls Corp. v. CFIUS," *Oregon Law Review*, Vol.94, No.2. (2016); 표인수, "미국의 국가안보를 이유로 한 외국인 투자제한의 법률적 검토-Ralls Case를 중심으로", 통상법률 제141호, 법무부 국제법무과 (2018) 등 참조. 사실관계는 Ralls v. CFIUS 판결문, 대통령 명령 (Order Signed by the President regarding the Acquisition of Four US Wind Farm Project Companies by Ralls Corporation) 등을 재정리.

100% 자회사인 Grand Chip Investment GmbH(이하 ‘GCI’라 한다)는 2016년 5월 23일 독일회사인 Aixtron을 인수하겠다고 발표하였다.⁴⁰⁴⁾ FGC는 2016년 3월 1일 설립된 중국 투자펀드 회사였는데, FGC 지분의 51%는 중국인인 Zhendong Liu, 49%는 중국 Xiamen Bohao Investment Ltd.가 보유하고 있었다.⁴⁰⁵⁾ 인수계약에 따르면 GCI는 Aixtron의 주식 인수를 위해 공개매수를 진행하되, M&A 계약은 관계당국의 승인 및 60% 주주들의 승인을 조건으로 진행할 예정이라고 하였다. GCI는 2016년 7월 29일 Aixtron의 공개매수를 제안하였고, 전액 현금으로 인수하겠다고 발표하였다. 이에 대해 Aixtron은 2016년 10월 6일, M&A의 최소 찬성기준(minimum acceptance threshold)을 60%에서 50.1%로 하향하겠다고 발표하였다.⁴⁰⁶⁾

Aixtron은 LED, 디스플레이 기술, 데이터저장 등의 기술을 보유하고 있는 독일의 반도체 증착장비 생산기업으로, 미국에 자회사를 보유하고 있었다. Aixtron은 질화갈륨(gallium nitride)을 이용하여 첨단반도체 칩을 생산하는 기술을 보유하고 있었는데, CFIUS가 이 기술과 유사하게 질화갈륨을 사용하여 반도체 제품을 만드는 Royal Philips LED 부문의 중국 GO Scale 컨소시엄으로의 인수를 반대했다는 보도가 있었다.⁴⁰⁷⁾

404) Aixtron Press Release, “GCI to launch offer for Aixtron SE” (2016.5.23.)

참조. 참고로 Aixtron 피인수 사례에서의 관찰권 관련 검토는 본 연구 제5장 제2절 1. 2) (3) 사례 검토 : CFIUS 심사대상이 된 외국기업 부분 참조.

405) Statements by Martin Goetzeler, President and CEO, Aixtron SE, Analyst Earnings Conference Call, Second Quarter 2016 (2016.8월)에 따르면 Xiamen Bohao는 Xiamen Youhong Trade Co., Ltd.와 Xiamen Golden Circle Real Estate Development Co., Ltd.가 소유하고 있었는데, Xiamen Golden Circle Real Estate Development는 Xiamen Finance Bureau에게 소유권이 넘어갔다.

406) Aixtron Press Release, “Lowering of minimum acceptance threshold for the takeover offer by Grand Chip Investment GmbH to the shareholders of AIXTRON SE from 60% to 50.1%” (2016.10.6.) 참조.

407) “Showdown Looms as US Questions Chinese Deal for Aixtron”, New York Times (2016.11.19.). 위 보도에 따르면 당사자들은 CFIUS 반대에 따라 대통령 회부 대신 거래를 포기하였다고 한다. “Concern Grows in US Over China’s Drive to Make Chips”, New York Times (2016.2.4.)에 따르면 CFIUS는 질화갈륨을 사용하여 다이오드를 만드는 기술이 차세대 반도체 칩

언론과 로펌 등에서는 Aixtron이 제조하는 유기금속 기상 화학 증착기 (Metal-Organic Chemical Vapor Deposition, 이하 ‘MOCVD’라 한다)가 상업용 및 군사용 중요 자산에 해당하는데, 중국 정부가 해당 공정 노하우에 관심을 가진 것으로 보인다는 점, 중국 자금이 외국인투자에 지원되었다는 점 등이 국가안보에 우려를 제기하는 요인으로 분석하였다.⁴⁰⁸⁾

Aixtron은 2016년 7월 1일 CFIUS에 자발적으로 심사를 신청하였다. 한편 Aixtron은 독일회사이기 때문에 독일의 외국인투자심사도 거쳐야 했는데, 독일 경제에너지부(BMWi)는 지분 25% 이상을 취득하는 외국인 투자를 심사하여 에너지 안보, 국가안보 또는 재무 안정성 등을 위협하는 투자를 금지할 수 있었다. FGC는 2016년 6월 3일 독일 경제에너지부에 신고서를 제출하고, BMWi는 2016년 6월 28일 검토절차를 개시한 후, 2016년 9월 8일 해당 외국인투자를 승인한 것으로 보도되었다. 그런데 Aixtron은 2016년 10월 24일, 독일 경제에너지부가 2016년 9월 8일 발급했던 심사승인(clearance certificate)을 취소하고 심사절차를 재개할 예정이라는 통지를 해왔다고 밝혔다.⁴⁰⁹⁾ 언론에서는 미국 정보기관의 첩보에 따라 독일 경제에너지부가 심사를 재개한 것으로 보도하였다.⁴¹⁰⁾

Aixtron은 2016년 11월 18일 CFIUS로부터 대통령에게 회부하겠다는 통지를 받았다.⁴¹¹⁾ CFIUS는 해당 거래는 국가안보 우려가 있으므로, 대통령에게 투자 금지를 권고하도록 회부할 예정인바, 심사통지를 철회(request withdrawal of their notice)하고, 해당 거래를 포기할 것을 권고한다고 하였다. 여기서 중요한 것은 CFIUS가 대통령에게 권고하는 내

생산에 응용될 수 있어 우려한 것으로 보도되었다.

408) Covington & Burling, “President Obama Blocks Chinese Acquisition of Aixtron” (2016.12.5.) 참조.

409) Aixtron Press Release, “Withdrawal of Clearance Certificate and reopening of review proceedings by the Ministry of Economics pertaining to the takeover by Grand Chip Investment GmbH” (2016.10.24.).

410) “German EconMin withdraws clearance for Aixtron buyer FCC”, Reuters (2016.10.24.) 참조.

411) Aixtron Press Release, “Tender Offer by Grand Chip Investment GmbH / Referral of CFIUS Decision to the President of the United States” (2016.11.18.).

용이 ‘transaction be prohibited’라는 점이다. 즉, CFIUS는 해당 외국인 투자 행위 자체를 금지할 것을 대통령에게 권고한 것으로 보인다.

이에 대하여 Aixtron과 GCI는 CFIUS의 권고를 따르지 않기로 결정하면서 CFIUS와 대통령이 납득할 수 있는 완화방안을 지속적으로 협의해나갈 예정이라고 밝혔다. 추측건대, Aixtron과 GCI는 양사의 합병에 따라 기대되는 경제적 이익이 큰 점, 완화조치를 통해 국가안보위험이 해소될 것이라는 점 등에 관해 대통령을 설득할 자신이 있다고 판단하여 대통령 검토단계까지 진행한 것으로 보이지만, 결과적으로는 실패한 것으로 평가할 수 있다.

오바마 대통령은 2016년 12월 2일, GCI의 Aixtron US 인수를 금지하는 내용의 행정명령을 발표하였다. 그는 GCI에 대해 Aixtron US 인수를 금지하면서, GCI의 주주, 파트너, 자회사, 계열사를 통한 인수행위도 금지한다고 명시하였다.⁴¹²⁾ 대통령 명령은 4개 조항으로 구성되었는데, Section 1에는 GCI의 Aixtron US 인수행위가 미국의 국가안보를 위협한다는 신빙성 있는 증거가 있다는 내용이었다. 즉, 행정명령은 ①독일 GCI GmbH(Grand Chip), ②Grand Chip의 모회사인 GC Investment(룩셈부르크)와 중국 Fujian Grand, ③Fujian Grand의 파트너인 중국인 Mr. Liu와 Xiamen Bohao를 ‘구매자들(Purchasers)’이라고 언급하면서 신빙성 있는 증거에 의해 이들이 Aixtron US를 지배함으로써 미국의 국가안보를 위협하는 조치를 취할 수 있다고 규정하고 있다. 또한, Aixtron US는 캘리포니아에 소재한 Aixtron, Inc.의 지분, Aixtron 내지 Aixtron, Inc.의 자산, 미국에서 상업활동을 하는 Aixtron, Inc.가 사용하거나 이익을 얻고 있는 일체의 자산, 지분, 특허 등을 통칭하는 것으로 명시하였다. Section 2에서는 대통령의 조치를 명시하고 있는데, 구매자들에 의한 Aixtron US의 인수를 금지하면서, 이와 실질적으로 동등한 거래로서 구매자들의 주주, 파트너, 자회사, 계열사 등을 통한 인수행위도 금지하고 있다. 이를 위해 구매자들과 Aixtron은 30일 이내에 인수행위를 영구히

412) Regarding the proposed acquisition of a controlling interest in Aixtron S.E. by Grand Chip Investment GmbH(81 Fed. Reg. 88607) (2016.12.7.).

포기한다는 조치를 취해야 하고, CFIUS에 서면으로 해당 내용을 제출해야 한다. 또한, 구매자들과 Aixtron은 CFIUS에 대하여 행정명령을 준수하고 있고, Aixtron US 인수를 영구히 포기했음을 주 단위로 보고해야 한다.

흥미로운 점은 대통령 행정명령에 대한 Aixtron측의 논평이었다. Aixtron은 대통령 행정명령이 US business에 대해서만 적용되고, GCI에 의한 Aixtron의 피인수행위를 금지하는 것은 아니라고 해석하였다.⁴¹³⁾ Aixtron이 어떤 의도에서 위와 같이 논평했는지는 알 수 없으나, 결국 Aixtron은 2016년 12월 8일 GCI로부터 CFIUS의 불승인 및 행정명령에 따른 M&A 거래 조건 불성취로 해당 거래가 종료되었다고 발표했다.

한편, 재무부는 대통령 행정명령이 있었던 당일인 2016년 12월 2일, 외국인투자를 어떻게 심사했는지 추측할 수 있는 보도자료를 발표하였다.⁴¹⁴⁾ 재무부는 인수회사인 Grand Chip은 중국적으로 중국 투자자가 소유하고 있는 기업으로, 중국 정부 지분도 포함되어 있는바, 특정의 M&A 거래를 위해 설립된 특수목적회사(special purpose investment vehicle)라고 보았다. 한편, 피인수회사인 Aixtron에 관해서는 MOCVD 등 반도체 제작에 사용되는 장비를 제조하는 독일 기업으로 설명하면서, 인수자금은 중국의 집적회로 산업의 발전을 위해 지원하는 중국 자금에 의해 조달된다는 점을 명시하였다.

재무부는 RBA를 수행한 결과, 국가안보에의 위협이 완화조치를 통해 해소될 수 없는바, 국가안보위험에 관해서는 Aixtron의 전문적인 지식과 경험 전반이 군사적으로 응용될 수 있고, 그 과정에서 Aixtron의 'US business'의 지식과 경험이 이용될 수 있다고 언급하였다. 즉, CFIUS는 인수회사인 Grand Chip은 기술 취득을 위해 새로 설립된 회사로서 위협에 해당한다고 보고, Aixtron은 이로 인해 MOCVD 기술 등이 중국 등

413) Aixtron Press Release, "Tender Offer by Grand Chip Investment GmbH /Prohibition of Acquisition of US Business of Aixtron by the US President" (2016.12.3.).

414) US Department of the Treasury Press Release, "Statement on the President's Decision Regarding the US Business of Aixtron SE" (2016.12.2.).

미국의 기술적 리더십을 위협할 수 있는 국가로 이전될 취약성이 있는 기업으로 보면서, 이를 통해 MOCVD 기술과 노하우가 중국으로 이전되었을 때 미국 반도체 산업에 미칠 부정적 영향으로 인해 국가안보에 위협이 발생한다고 본 것이다.

그 후 Aixtron은 2017년 5월 25일, ALD와 CVD 메모리를 생산하는 미국 자회사를 한국 유진기술의 100% 자회사인 Eugene Technology, Inc.에 매각하겠다고 발표하였다. CFIUS는 2017년 10월 24일 해당 거래가 국가안보 우려가 없다고 결정하였고, 2017년 11월 16일 매각이 완료되었다고 발표하였다. 앞선 거래에서 FCI가 2016년에 설립된 회사로서 기술회사를 인수하던 사모펀드 회사였던 반면, 유진기술은 2000년 설립된 반도체 제조용 기계 장비 제조업체라는 점에서 차이점이 발견되는바, 인수회사가 중국계 자본일 경우와 한국 기업인 경우, 기업의 업력 등을 고려하여 중국과 한국에 대한 위협 요인 평가에서 차이가 있었을 것으로 추측된다.

Aixtron 사건에서 RBA는 인수자금에 중국 정부의 지분이 포함된 점을 고려하고, 특히 인수회사가 기존에 영업을 하던 회사가 아니라 해당 M&A를 위해 설립된 실체가 미약한 사모펀드 회사로서 반도체 관련 기술의 유출 가능성이 위협요소로 긍정된 것으로 판단된다. 취약성 요소의 경우 피인수회사가 반도체 관련 중요한 장비를 제조하는 첨단회사라는 점이 고려되었고, 그 결과 위험성이 인정되고 국가안보에 미칠 영향도 인정된 것으로 판단할 수 있다. 이는 Aixtron의 후속 M&A의 RBA에서 인수회사가 반도체 제조용 기계장비 제조업에 상당 기간 종사하고 있는 회사라는 점이 중요하게 고려된 점을 볼 때도 그러하다.

(4) 2017년 Lattice 반도체 피인수 사례

미국의 고성능 반도체 회사인 Lattice 반도체(Lattice Semiconductor Corporation, 이하 'Lattice'라 한다)는 2016년 11월 3일 Canyon Bridge와 Canyon Bridge의 모회사(Canyon Bridge Acquisition Company, Inc.)가

Lattice의 주식 전부를 인수하는 계약을 체결했다고 발표하였다.⁴¹⁵⁾ Lattice 보도자료에는 Canyon Bridge에 관하여 미국 캘리포니아 팔로알토에 본사를 둔 신생 글로벌 사모펀드로 소개하면서, 초기 투자자금은 중국의 유한 투자자로부터 조달되었다는 점이 명시되어 있었다. 그런데 Canyon Bridge의 투자자가 중국 정부라는 것이 보도되면서 중국 정부에 의한 미국 반도체 기업의 인수가 문제되었다.

Lattice와 Canyon Bridge는 2016년 12월 28일 CFIUS에 신고서를 제출하여 30일 동안 검토절차와 45일 동안 조사절차가 진행되었는데, 양사는 2017년 3월 24일 신고서를 철회하고, 다시 신고서를 제출하였다.⁴¹⁶⁾ Lattice는 CFIUS 검토와 조사에 상당한 기간이 소요되었는데, 신청서를 재제출함으로써 다시 30일 동안의 검토기간과 45일 동안의 조사기간이 개시된다고 밝혔다.⁴¹⁷⁾ 그런데 Lattice와 Canyon Bridge는 2017년 6월 9일 합병계약의 내용을 일부 수정하면서 외국인투자심사와 관련하여 다시 추가적인 검토가 필요하다는 등의 이유로 2017년 6월 9일 신고서를 철회하고, 다시 신고서를 제출하였다.⁴¹⁸⁾ Lattice와 Canyon Bridge는 CFIUS에 신고서를 세 번 제출한 셈이었다.

Lattice는 2017년 9월 1일 CFIUS로부터 국가안보위해 우려가 있으므로 대통령에 회부할 예정이라는 통지를 받았다고 발표하였다. 그러면서 Lattice는 CFIUS에 제안한 완화조치를 통해 국가안보위해 우려를 해소할 수 있을 것으로 기대했던 것 같은데, Lattice 보도자료에 따르면 Lattice는 미국인 직원을 두 배 증원하겠다는 내용을 완화조치로 제안한

415) Lattice Semiconductor Press Release, “Lattice Semiconductor to be Acquired by Canyon Bridge Capital Partners, Inc. for \$1.3 Billion” (2016.11.3.).

416) Form 8-K, Lattice Semiconductor Corporation, Current Report Pursuant to Section 13 or 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934 (2017.3.24.).

417) “China-backed fund relaunches bid for US chip deal approval-sources”, Reuters (2017.3.24.)는 CFIUS가 75일(검토기간 30일, 조사기간 45일)이 경과할 때까지 국가안보위험을 평가하지 못했고, 트럼프 행정부 초기 담당자가 장기간 공석이었던 점 등이 원인인 것으로 분석하였다.

418) Lattice Semiconductor Press Release, “Lattice Semiconductor Reports Second Quarter 2017 Results” (2017.8.8.).

것으로 보인다.⁴¹⁹⁾ Lattice는 그와 같은 완화조치는 반도체 업계를 대상으로 한 외국인투자 중 가장 포괄적인 조치라고 평가했는데, Aixtron 사건에서와 마찬가지로 대통령 검토단계에서 대통령을 설득할 수 있다고 판단한 것으로 보인다.⁴²⁰⁾

트럼프 대통령은 2017년 9월 13일 대통령 행정명령을 발표하면서, ① 미국 Canyon Bridge Merger Sub(Merger Sub), ②Merger Sub의 모회사인 미국 Canyon Bridge(Acquisition Company), 케이만 제도에서 설립된 Canyon Bridge Capital Investment Ltd.(Capital Investment), 미국 Canyon Bridge Fund I, LP(CBF I), ③CBF I의 유한책임 파트너 홍콩 Yitai Capital Ltd.(Yitai), Yitai의 모회사인 China Venture Capital Fund(CVCF)를 ‘구매자들(Purchasers)’로 통칭하며, 이들 구매자들이 Lattice 반도체를 지배함으로써 국가안보에 위협을 초래할 수 있는 조치를 할 수 있는바, 신빙성 있는 증거가 있다고 발표하였다.⁴²¹⁾

대통령 행정명령은 구매자들의 Lattice 인수를 금지하고, 구매자들의 주주나 주주의 최종적인 외국인의 수익자 또는 구매자들의 자회사 등을 통한 실질적으로 동등한 거래라 할 수 있는 행위도 금지하였다. 그에 따라 구매자들과 Lattice는 30일 이내에 제안된 거래를 영구적으로 포기하기 위한 조치를 취해야 했다. CFIUS에 서면으로 통지해야 하는 의무, CFIUS에 주 단위로 보고해야 하는 의무, 법무부 장관에게 행정명령을 집행할 권한을 부여하고, 행정명령을 회피하거나 우회하는 거래가 금지된다는 점 등은 2016년 Aixtron 당시의 대통령 행정명령과 동일하였다. 결국 Lattice는 대통령 행정명령이 있었던 당일 보도자료를 통해

419) Lattice Semiconductor Press Release, “Lattice Semiconductor and Canyon Bridge Capital Partners announce Termination of Merger Agreement Following Decision from President Trump” (2017.9.13.) 참조.

420) “President Trump Blocks Chinese Acquisition of Lattice Semiconductor Corporation”, Harvard Law School Forum on Corporate Governance, <<https://corpgov.law.harvard.edu/2017/09/24/president-trump-blocks-chinese-acquisition-of-lattice-semiconductor-corporation/>>, (2023.7.23. 최종방문).

421) Executive Order, “Order Regarding the Proposed Acquisition of Lattice Semiconductor Corporation by China Venture Capital Fund Corporation Limited”, 82 FR 43665 (2017.9.13.) 참조.

Canyon Bridge와의 합병계약을 종료했다고 발표하였다.⁴²²⁾

한편, 재무부도 같은 날 보도자료를 통해 CVCF는 중국 국영기업이 소유한 중국 법인으로서는 산업통상자원부문의 투자와 벤처캐피탈을 관리한다고 설명하면서, Lattice 사건은 ①지식재산권이 외국인투자자에게 이전될 가능성, ②해당 투자에서 중국 정부의 역할, ③미국에서의 반도체 공급망의 중요성, ④미국 정부가 사용하는 Lattice 반도체 제품 등의 네 가지 국가안보 요소를 특별히 고려했다고 언급하였다.⁴²³⁾ 즉, Lattice 사건에서 RBA도 위협요소로서 중국 정부의 자금이 투입된 점, Lattice가 보유한 기술, 지식재산권 등이 중국으로 유출될 우려 등이 긍정되었고, 취약성 요소로서 미국 정부와의 공급계약, 반도체 기술 등이 긍정되어 결론적으로 국가안보에의 영향과 위협성이 인정된 것으로 판단된다.

(5) 2018년 Qualcomm 피인수 사례

Avago는 미국 Hewlett-Packard에서 분사한 Agilent에서 분리되어 2005년 싱가포르에서 설립된 회사인데, 2016년 Broadcom을 인수하면서 세계 8위의 반도체 칩 제조회사가 되었다. Avago는 회사설립지가 싱가포르인 점을 제외하면 주된 인력과 설비가 미국에 소재했었는데, Broadcom CEO는 2017년 11월 2일 싱가포르에서 미국으로 본사를 이전할 계획이라 발표하였다.

본사 이전 발표 직후 Broadcom은 2017년 11월 6일 Qualcomm 지분 전체의 인수를 시도하였으나, Qualcomm 이사회에 반대에 직면했고, 이에 2018년 1월 5일, 2018년 3월 6일로 예정된 Qualcomm 정기 주주총회에서 이사 후보 11명 선출 관련 의결권 대리 행사를 권유하였다.⁴²⁴⁾ 이

422) Lattice Semiconductor Press Release, “Lattice Semiconductor and Canyon Bridge Capital Partners announce Termination of Merger Agreement Following Decision from President Trump” (2017.9.13.) 참조.

423) US Department of the Treasury Press Release, “Statement On The President’s Decision Regarding Lattice Semiconductor Corporation” (2017.9.13.) 참조.

424) Broadcom Financial News, “Broadcom Files Definitive Proxy Materials

에 Qualcomm은 2018년 1월 29일 CFIUS에 단독으로 Broadcom의 의결권 대리 행사 권유를 검토해달라는 내용의 신고서를 제출하였다.⁴²⁵⁾ Broadcom은 2018년 3월 5일 Qualcomm이 Broadcom과 협의 없이 단독으로 CFIUS에 신고서를 제출한 행위를 주주에게 알리지 않은 것을 비난하는 성명을 발표하였다.⁴²⁶⁾

Broadcom은 2018년 2월 21일과 2018년 3월 2일 CFIUS에 외국인투자심사관련 서류를 제출하였다. CFIUS는 2018년 3월 4일 검토범위를 Qualcomm의 적대적 인수행위로 직권으로 변경하고, 해당 외국인투자가 국가안보 위협 가능성이 있으므로, Qualcomm에 대해 정기 주주총회 및 이사 선임을 30일 동안 연기하라는 내용의 임시명령을 발표하였다. 이 기간에 Qualcomm과 Qualcomm 이사들은 Broadcom으로부터의 M&A를 수락하여서는 안 되고, Broadcom은 미국으로 본사 이전 시 CFIUS에 사전 통지해야 했다. 또한 Qualcomm과 Broadcom에 대하여는 임시명령에 따라 취하는 조치를 CFIUS에게 주 단위로 보고하는 의무가 부과되었다. CFIUS는 임시명령을 통해 인수행위의 효력을 잠정적으로 정지시키고 심사하려는 것이었다.⁴²⁷⁾

그런데 CFIUS는 2018년 3월 8일, Broadcom이 싱가포르 법원 청문회 참여 및 2018년 3월 23일 법인 재분할에 대한 Broadcom 주주 투표 소집 신청서 제출 등을 사전 통지하지 않았다는 점을 근거로 임시명령을 위반했다고 통지했다.⁴²⁸⁾ Broadcom은 2018년 3월 10일 의회에 공개서한을 보내면서 외국인에게 핵심 국가안보 자산을 매각하지 않을 것을 약속

and Sends Letter to Qualcomm Stockholders” (2018.1.5.) 참조.

425) CFIUS 심사경과는 “CFIUS letter: Broadcom Limited(Singapore) /Qualcomm Incorporated” (2018.3.5.) 참조. <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/804328/000110465918015036/a18-7296_7ex99d1.htm>, (2023.7.23. 최종방문). 이하 ‘CFIUS letter’라 한다.

426) Broadcom Financial News, “Broadcom Reiterates Qualcomm Did Not Inform Its Own Stockholders or Broadcom of Its Secret, Voluntary Unilateral Request Filed on January 29, 2018” (2018.3.5.).

427) US Department of the Treasury Press Release, “Statement on CFIUS Action” (2018.3.4.).

428) Skadden, Arps, Stlae, Meagher & Flom, “Analysis of Executive Order Prohibiting Broadcom’s Acquisition of Qualcomm” (2018.3.19.) 참조.

하고, 연간 R&D 예산 지출, 미국 엔지니어에 대한 교육 등을 확약했다. 한편 CFIUS는 2018년 3월 11일 CFIUS 심사진행 경과를 보내면서, Broadcom이 2018년 3월 9일 증권거래위원회에 최종위임장을 제출한 행위가 임시명령 위반이라는 사실을 포함하였다.

트럼프 대통령은 2018년 3월 12일, Broadcom의 Qualcomm 인수를 금지하는 행정명령을 발표하였다.⁴²⁹⁾ 그는 싱가포르의 Broadcom이 미국 Broadcom Corporation과 케이만 제도에서 설립된 Broadcom Cayman LP.를 포함한 자회사, 계열사, 합작사 등(이들을 통칭하여 ‘구매자(Purchaser)’라 한다)을 통해 미국 Qualcomm을 지배함으로써 미국의 국가안보를 위협하는 조치를 취할 수 있는 신빙성 있는 증거가 있다고 언급하였다. 그에 따라 Broadcom 등 구매자들이 제안한 Qualcomm 인수는 금지되고, 이와 실질적으로 동등한 인수, 합병 등도 금지되며, Broadcom이 증권거래위원회에 제출한 15인의 신규 이사 후보에 대해서도 Qualcomm 이사회 의 구성원이 될 수 없다고 하였다.

대통령 행정명령은 Qualcomm 주주총회에서 해당 내용을 통지할 것을 명령하는 것 이외에도 해당 인수행위를 영구적으로 포기하고 CFIUS에 서면으로 제출할 것을 명령하였다. CFIUS에 주 단위 보고의무, 행정명령을 회피하거나 우회하는 행위 금지, 법무부장관을 집행기관으로 지명하는 것 등은 과거의 대통령 행정명령과 동일하였다.

재무부는 2018년 3월 12일 보도자료를 통해 대통령 명령이 오로지 국가안보에 기인한 것이라고 설명하면서 Aixtron 사건이나 Lattice 사건에서와 같은 구체적인 국가안보위험을 명시하지는 않았다.⁴³⁰⁾ 그렇지만 CFIUS letter에서는 Broadcom과 제3의 외국기업과의 관계를 명시하고 있어 CFIUS의 RBA가 어떻게 이루어졌는지에 관한 단서가 포함되어 있어 살펴볼 필요가 있다.⁴³¹⁾

429) Executive Order, “Presidential Order Regarding the Proposed Takeover of Qualcomm Incorporated by Broadcom Limited” (2018.3.12.) 참조.

430) Press Release, “Statement by Secretary Mnuchin on the President’s Decision Regarding Broadcom’s Takeover Attempt of Qualcomm” (2018.3.12.) 참조.

431) “US security panel deals major blow to Broadcom’s bid for Qualcomm”,

Qualcomm은 모바일, 네트워크, 브로드밴드 등의 설비에 필요한 기반 기술을 보유한 미국기업으로, 반도체뿐만 아니라 미국의 기술 리더십을 견인하면서 미국 통신 인프라의 핵심적 역할을 하고 있었다. CFIUS는 Qualcomm의 장기적인 기술경쟁력과 글로벌 표준에 대한 영향력 감소는 미국의 국가안보에 중대한 영향을 준다고 평가하였다.⁴³²⁾ CFIUS는 Qualcomm이 Broadcom의 적대적 인수에 의해 경쟁력이 감소되면 중국의 화웨이 등의 통신회사가 이익을 얻게 되는 결과, 미국의 국가안보에 부정적 영향이 초래된다고 분석하였다. CFIUS는 RBA 과정에서 Broadcom의 인수가 Qualcomm의 장기적인 기술경쟁력 유지를 약화시키는지 검토하겠다고 밝혔다. 그러면서 Broadcom은 Qualcomm 인수를 위해 대규모의 자금을 차입하였는바, 부채 증가는 단기적으로 수익성에 압박을 가져오고, 장기 투자를 저해하는 결과가 되리라 전망하였다. 게다가 Qualcomm은 특허기술에 기반한 특허사용 계약으로 수익을 창출하는데, Broadcom CEO가 Qualcomm의 특허사용 계약 구조를 비판하며 재설계하겠다고 발언한 점을 근거로 Qualcomm의 R&D 지출 구조 변경이 예상되므로, 이는 국가안보에 영향을 줄 것이라고 하였다. 그리고 Qualcomm의 제품이 국방부 등에 공급되고 있는 점을 근거로, CFIUS는 미국 정부에 공급하는 제품과 서비스 공급의 무결성과 안전성 등에 대한 영향을 분석할 예정이라고 하였다. 이를 정리하면 Qualcomm의 RBA는 Broadcom의 R&D 감소로 인한 중국의 5G 분야의 지배가 초래할 국가안보위험, 대규모 부채로 인한 단기 수익에의 압박 가능성, 국방부 등 정부기관과의 공급계약의 붕괴 가능성이 주된 고려요소가 된 것이다.

대통령 행정명령에서 Broadcom의 인수를 금지한 점에 비추어, CFIUS letter에서 언급했던 국가안보 고려요인이 대통령 검토과정에서 최종적으로 인정되었을 것이라고 보는 것이 합리적일 것이다. 즉, RBA에서는 Qualcomm의 취약성이 미국의 기술 리더십에 지장을 초래할 수

Reuters (2018.3.5.) 보도는 미국 의회와 연방거래위원회(Federal Trade Commission)는 Broadcom이 Qualcomm 인수 후 Qualcomm을 분리 매각하여 중국기업에 매각할 가능성을 우려한 것으로 나온다.

432) CFIUS letter (각주 425) pp.1-2 참조.

있는 경우에 해당하는바 국가안보에 위협이 발생하는 거래로 판단한 것으로 볼 수 있다.

Qualcomm 사건에서 주목할 만한 부분은 단순한 기술이전 가능성을 넘어, R&A 비용의 감소 가능성에 따른 기술 리더십의 약화를 국가안보 위협 요소로 판단한 점이다. 그러나 통상 M&A가 타인자본 등 부채가 수반되고 사모펀드에 의해 진행되는 경우가 많다는 점을 고려하면, CFIUS가 R&D 비용의 감소 가능성을 언급한 것은 불명확성을 증대시키는 것이라 할 것이다. 또한 이러한 기준은 법적 명확성 차원에서도 어떤 M&A든지 국가안보에 위협이 될 수 있음을 긍정하게 되는 결과라고 평가할 수 있다. 추측컨대, 중국 정부로부터의 자금이 투입된 Aixtron 사건이나 Lattice 사건에서와는 달리, 싱가포르에 본사가 소재하고 당시 미국에서 활발하게 사업을 하던 Broadcom이 곧바로 국가안보에 있어 위협요인이 된다고 명시하기는 근거가 미약했던 것이 아닌가 생각된다.

Qualcomm 사례는 의결권의 대리 행사 권유뿐만 아니라 적대적 인수까지 CFIUS가 직권으로 검토범위를 확대한 사건으로 평가할 수 있다. 또한 당사자 사이에서 아직 합의되지 않은 인수계약이 심사대상이 되었다는 점에서 CFIUS가 거래 초기 단계에 적극적으로 개입하여 심사를 신속하게 진행할 수 있다는 점을 보여준 점에 의의가 있을 것이다. 당시 Broadcom은 미국으로 본사를 이전할 계획이었는데, 본사를 미국에 이전하면 CFIUS로서는 Broadcom을 심사하기 어려워진다는 점도 고려된 것으로 보인다. 결국 Broadcom은 2018년 3월 14일, Qualcomm 인수를 철회하면서 Qualcomm 신규 이사 선출 계획 등도 철회하였다.⁴³³⁾

(6) 2020년 StayNTouch 피인수 사례

중국 Beijing Shiji는 미국과 유럽에서 호텔 관련 소프트웨어 사업을 운영하는 기업이었는데, 2016년부터 미국의 스마트폰용 호텔관리시스템

433) Broadcom Financial News, “Broadcom Withdraws Offer to Acquire Qualcomm” (2018.3.14.).

개발업체인 StayNTouch에 Series A 투자를 해오던 중 2018년 9월 18일 StayNTouch를 인수했다고 발표했다.⁴³⁴⁾ StayNTouch가 개발한 호텔관리시스템은 모바일을 통해 호텔 체크인이 가능하였는바, StayNTouch가 중국기업으로 인수되면 미국 공무원의 숙박기록 등이 유출될 우려가 있다는 논란이 야기되었다.⁴³⁵⁾

트럼프 대통령은 2020년 3월 9일 StayNTouch 인수를 금지하는 행정명령을 발표했는데, Beijing Shiji는 이미 2018년 9월 18일 StayNTouch를 인수했다고 발표한 상황이었다. M&A 시점부터 대통령 행정명령까지 걸린 시일이 1년 반 이상인 점에 비추어 당사자들은 외국인투자 당시 CFIUS에 자발적으로 신고하지 않은 것으로 보이는데, 이 사례는 CFIUS가 미신고된 거래를 직권으로 조사한 것으로 평석된다.⁴³⁶⁾

대통령 행정명령이 발표된 당일, Shiji는 국가안보에 위해를 초래하지 않으므로 대통령 명령이 틀렸다(incorrect)고 주장하면서도, 행정명령에 따라 제3자에게 매각하여 처분하겠다고 발표하였다.⁴³⁷⁾ Shiji측의 보도자료에 따르면 Shiji는 CFIUS 심사에 7개월가량 대응하였고, 호텔 투숙객 정보 접근권한을 엄격하게 제약하고, 독립적인 제3의 기관에게 모니터링 하겠다는 내용의 완화조치를 제안한 것으로 분석된다.

트럼프 대통령은 2020년 3월 9일 Beijing Shiji의 StayNTouch 인수가 국가안보를 위협하므로 금지한다는 내용의 대통령 명령을 발표하였다. 그는 신빙성 있는 증거에 의하여 중국 Beijing Shiji Information Technology와 홍콩 자회사 Shiji(이들을 ‘구매자(Purchaser)’라 한다)는 미국 StayNTouch의 지분 취득을 통해 국가안보를 위협하는 조치를 취할 수 있는 것으로 판단하였다. 그는 구매자들의 StayNTouch 인수를 금지하고, 구매자들이 주주, 합작회사, 자회사, 계열사 등을 통해

434) Shiji Press Release, “Shiji Completes Acquisition of StayNTouch” (2018.9.18.).

435) “Trump Orders Chinese Firm to Sell US Hotel Software Company”, Wall Street Journal (2020.3.6.).

436) Wiley Rein, “Executive Order Requires Beijing Shiji Information Technology to Unwind Acquisition of StayNTouch” (2020.3.9.).

437) Shiji Press Release, “Shiji Group Divestiture in StayNTouch” (2020.3.9.).

StayNTouch 및 관련 자산 등에 이해관계를 취득하는 행위도 금지했다.

StayNTouch 행정명령에 따라 구매자들은 대통령 명령 발효 120일 이내에 ①StayNTouch, ②StayNTouch의 자산, 지식재산권, 기술, 데이터(고객 데이터 포함), 인력, 계약, ③StayNTouch를 인수한 시점부터 StayNTouch가 직간접적으로 개발, 보유, 통제하는 운영(operation)과 관련한 이익을 처분해야 하였다. 또한 구매자들은 대통령 명령에 따라 처분을 완료했고, 해당 외국인투자의 영구적 포기 절차를 완료했다고 CFIUS에 서면으로 확인해야 했다. 게다가 행정명령은 구매자들에게 처분이 완료될 때까지 StayNTouch 호텔 투숙객 정보에 자회사 또는 계열사 등을 불문하고 접근을 금지하는 내용을 포함하였다.

한편, 대통령 명령은 제3자로의 처분과 관련하여 CFIUS에게 제3자 관련 정보를 서면으로 통지하고, CFIUS가 10일 이내에 반대의견을 표명하지 않을 것을 요구하였다. 이때 제3자로의 처분은 제3자가 미국인인지 여부, 구매자 또는 그 임직원 또는 주주와 직간접적인 계약, 재정, 가족, 고용 또는 기타 밀접한 관계가 있는지 여부, 대통령 명령을 준수하는지 여부 등을 검토하도록 명시하였다. 그 외에 CFIUS가 회계감사, 시스템·네트워크 통신 등의 조사 등을 통해 대통령 명령 이행 여부를 모니터링할 수 있고, CFIUS에게 임직원 등에 대한 인터뷰 등의 권한 부여, 법무부장관이 집행기관으로 지정된 점 등은 과거의 다른 대통령 명령과 동일하였다.

그간 대통령 행정명령이 발표되는 당일에 재무부에서도 보도자료가 배포되어 RBA를 간접적으로 파악할 수 있었던 것과 다르게 StayNTouch 사건에서는 재무부의 보도자료가 발표되지 않았다. 다만, 대통령 행정명령에서 처분이 완료될 때까지 StayNTouch의 호텔 투숙객 정보 접근금지가 포함된 점에 비추어 RBA에서는 개인정보가 중요하게 고려된 것으로 보인다.⁴³⁸⁾ 즉, StayNTouch의 소프트웨어는 얼굴인식을 통해 호텔 투숙객의 신원을 식별하고, 방을 배정하는 기능 등이 포함되

438) Covington & Burling, “President Trump Orders Divestiture of StayNTouch, Inc. by Shiji Group of China” (2020.3.9.).

어 있었는바, CFIUS가 식별한 국가안보위험은 미국인의 신원 증명 및 위치정보에 대한 접근권한, 그리고 그들이 체류하는 장소에 대한 잠재적 접근권한에 있었다고 추측할 수 있다. 요컨대 StayNTouch 사건에서 RBA는 위협요소로서 민감한 개인정보가 중국 등으로 이전될 가능성이 긍정되고, 취약성 요소는 방대한 양의 민감정보를 보유하고 있다는 사실에 근거하여 긍정되었으며, 이로 인해 국가안보에 대한 영향 및 위험성도 긍정된 것으로 판단된다.

한편, 미신고 거래에 관한 CFIUS의 심사에는 시효나 제척기간 등이 적용되지 않았는바, StayNTouch 사건은 이미 M&A가 완료된 투자에 해당하더라도 CFIUS는 심사절차를 진행하여 투자를 무효화할 가능성이 현실화된 것으로 평가할 수 있다. 그 후 Shiji는 뉴욕과 델리스 등에서 92개의 호텔을 운영하던 미국 5위의 호텔 관리업체 MCR에게 StayNTouch를 매각하였다.⁴³⁹⁾ 흥미로운 점은 Shiji와 달리 StayNTouch는 CFIUS 관련 보도자료가 일체 없었다는 것이다.

(7) 2020년 TikTok 인수 사례

TikTok의 모회사인 중국 ByteDance는 2017년 11월 미국에서 주된 영업활동을 하던 숏폼 동영상 앱 개발 회사 Musical.ly를 인수했고, 2018년 8월 TikTok은 Musical.ly를 인수했다.⁴⁴⁰⁾ 그 과정에서 ByteDance는 CFIUS에 해당 M&A를 신고하지 않았다.

TikTok은 2019년 들어 미국에서 이용자가 가장 많은 숏폼 동영상 앱이 되었고, 중국 정부가 TikTok이 수집하는 방대한 인터넷 및 위치데이

439) Shiji Press Release, “Shiji Group and MCR Announce Agreement on the \$46 Million Purchase of StayNTouch” (2020.8.31.); StayNTouch Press Release, “The Future is Bright for StayNTouch, Backed by New Owners MCR Investors and \$10M Investment” (2020.8.31.) 참조.

440) ByteDance 홈페이지상 회사지배구조는 ByteDance Ltd.(케이만 제도), TikTok Ltd.(케이만 제도), TikTok LLC.(미국), TikTok Inc.(미국), TikTok US Data Security Inc.(미국)이 순차적인 자회사 관계로 연결되어 있다. <<https://www.bytedance.com/en/>>, (2023.7.23. 최종방문).

터, 검색기록 등에 대해 접근할 수 있다는 우려도 제기되기 시작했다.⁴⁴¹⁾ 트럼프 대통령은 2020년 8월 6일, 중국 정부가 TikTok 사용자의 정보에 접근할 수 있고, TikTok은 잠재적으로 중국을 위한 스파이 활동에 악용될 위험이 있어 국가안보에 위험이 된다는 점을 긍정하면서, ByteDance와의 거래 일체를 금지한다고 명령하였다.⁴⁴²⁾ 트럼프 대통령은 곧이어 2020년 8월 14일, 2017년 ByteDance의 Musical.ly 인수가 국가안보를 위협했다고 결정하면서, ByteDance의 Musical.ly 인수를 미국 내에서의 Musical.ly 활동과 관련된 범위에서 금지하고, ByteDance가 Musical.ly 지분을 취득한 것도 금지된다고 명령하였다.⁴⁴³⁾ 이는 2017년에 이루어진 ByteDance의 Musical.ly 인수를 소급하여 무효화시킨 것으로, 사실상 TikTok의 미국 사업부 매각명령을 내린 것이었다.⁴⁴⁴⁾ 다만, 트럼프 대통

441) “US opens national security investigation into TikTok-sources”, Reuters (2019.11.2.)는 CFIUS가 ByteDance의 Musical.ly의 인수를 검토하기 시작했다고 보도했다. Walshe, Taylor and Tan, Shining, “TikTok on the Clock: A Summary of CFIUS’s Investigation into ByteDance”, CSIS (2020.5.13.); Chesney, Robert, “TikTok, WeChat, and Biden’s New Executive Order: What You Need to Know”, The Lawfare Institute (2021.6.9.) 등 참조.

442) 트럼프 대통령은 Executive Order 13873, “Securing the Information and Communications Technology and Services Supply Chain” (2019.5.15.)에서 IEEPA(International Emergency Economic Powers Act)에 근거하여 외국 적대세력에 의해 정보통신분야에 국가안보위험이 발생하였다는 이유로 외국 적대세력과의 ICT기술·서비스 등 거래를 금지하였다. 그는 Executive Order 13942, “Addressing the Threat Posed by TikTok, and Taking Additional Steps To Address the National Emergency With Respect to the Information and Communications Technology and Services Supply Chain” (2020.8.6.)에서 IEEPA를 근거로 TikTok으로 인한 국가안보위험을 긍정하고 ByteDance와의 거래를 금지하였다. 위 행정명령의 근거인 IEEPA는 CFIUS 근거법인 국방생산법에 비해 대통령에게 광범위한 제재권한을 허용하였다. Chesney, Robert, “The Latest TikTok Order: Comparing the New CFIUS Order to the Prior IEEPA Order”, The Lawfare Institute (2020.8.18.) 참조. 2020년 8월 6일 대통령 행정명령 이후 상무부는 9월 18일, TikTok 앱 사용 금지조치를 단행했고, 이에 대한 TikTok측의 금지가처분 신청은 인용되었다. 507F. Supp.3d 92). “US appeals courts dismiss government’s appeals of TikTok ruling”, Reuters (2021.7.16.) 참조.

443) Executive Order, “Regarding the Acquisition of Musical.ly by ByteDance Ltd.”, 85 FR 51297 (2020.8.14.)

444) 위 행정명령에 따라 ByteDance는 90일 이내에 ①TikTok 앱을 운영하는데

령의 행정명령은 통상적인 CFIUS 심사절차에 따른 것이 아니라 IEEPA에 근거한 행정명령이었다는 점에서 차이가 있다.

한편, 바이든 대통령은 2021년 6월 9일, 전임 트럼프 대통령이 TikTok 등의 중국 업체에 대해 거래금지를 명령한 행정명령은 집행이 불가능하다는 이유로 취소하였다.⁴⁴⁵⁾ TikTok 사안은 아직 CFIUS에서 심사하고 있는 것으로 보도되고 있는데, 중국 모회사 ByteDance로부터 분사하는 방안, 미국 이용자의 정보는 미국 내의 서버에 보관하고, 미국 정부가 임명하는 3인의 감독위원회를 설치하는 방안 등 위험완화방안이 논의되고 있는 것으로 분석된다.⁴⁴⁶⁾ 다만 TikTok 사건에서 RBA의 위협 요소로는 중국 정부와의 관련성과 개인정보에의 접근권 등이 고려될 것으로 예상되고, 개인정보를 보유한 기업이 피인수대상이 되었다는 점이 취약성 요소로 인정될 가능성이 높다고 판단된다.

3) 기타 사례에서의 RBA 검토

아래의 두 사례는 대통령 행정명령이 있지는 않았으나, 2007년 FINSA 입법이 진행되던 시기 우리나라 외국인투자심사 입법에 결정적인 영향을 미친 사건으로 볼 수 있다. Unocal 사건을 통해 이른바 ‘전략적 자산(strategic asset)’, Dubai Ports World 사건을 통해 항만 등의 ‘국가기간산업 보호’, 그리고 테러 등과 관련이 있는 ‘외국정부가 통제하

필요한 유무형의 자산과 재산, ②TikTok과 Musical.ly에서 수집한 미국인 사용자들의 데이터 등을 처분해야 했다.

445) Executive Order 14034, “Protecting Americans’ Sensitive Data from Foreign Adversaries”, 86 FR 31423 (2021.6.9.). Sitaraman, Ganesh, The Regulation of Foreign Platforms, *Stanford Law Review*, Vol.74, No.5 (2022), pp.1149-1151은 바이든 대통령도 외국정부와 군부, 적대세력의 소유·지배관계 등을 조사하여 국가안보에 위협이 초래하는지를 엄격한 증거에 기초하도록 하고 있으므로, 트럼프 대통령의 행정명령과 본질적으로 동일하며, 상무부장관이 국가안보에 위협이 된다고 결정하면 여전히 중국 테크기업 앱은 금지되는 것으로 분석하였다.

446) “틱톡, 美당국 승인 못 받으면 中 모회사와 분사도 검토”, 연합뉴스 (2023.3.15.); “Lawmakers say TikTok is a national security threat, but evidence remains unclear”, CNN Business (2023.3.21.) 참조.

는 거래'를 외국인투자로부터 보호해야 한다는 주장이 미국 의회 등을 통해 제기되기 시작했다. 이는 2007년 FINSA 입법과 함께 '에너지 자산 등 핵심 인프라에 대한 영향', '에너지, 핵심 자원물자에 대한 장기적 전망', '외국정부가 통제하는 거래인 경우, 테러, 무기, 수출통제에 대한 미국과의 공조' 등의 국가안보 고려요소가 추가되었다는 결과로 이어졌다. 우리나라에서는 국가기간 산업을 외국인투자로부터 보호해야 한다는 내용의 외국인투자촉진법 개정안 발의로 이어져서, 결국 2008년 외국인투자심사제도가 도입되는 직접적인 계기로 작용한 것으로 평가할 수 있다.

(1) 2005년 Unocal 피인수 사례

미국의 9위 석유업체 Unocal Corporation(이하 'Unocal'이라 한다)은 2005년 1월 경영실적 악화로 매각을 선언했다. 미국기업인 Chevron이 2005년 4월 4일 163억 달러를 제시하면서 Unocal 인수협상이 진행되고 있었고, 2005년 6월 10일 반독점법에 따른 승인도 완료된 상황이었다.

그런데 중국 제1위의 석유가스국영기업 중국해양석유총공사(CNOOC, 이하 'CNOOC'이라 한다)가 인수액으로 130억 달러를 제시하면서 외국인 투자로 인한 국가안보위해 우려가 제기되기 시작했다.⁴⁴⁷⁾ CNOOC은 2005년 6월 22일, Chevron과의 합의를 뒤집는 조건으로 185억 달러를 현금으로 지급하겠다고 제안하였다. Unocal은 2005년 6월 27일 CNOOC 과 본격적으로 협상을 시작했다.⁴⁴⁸⁾ CNOOC의 회장 Fu Chengyu는

447) CRS Report for Congress, "China and the CNOOC Bid for Unocal: Issues for Congress" (2006.2.27.) 참조.; Statement of Hon. C. Richard D'Amato Chairman, US-China Economic and Security Review Commission, National Security Dimensions of the Possible Acquisition of UNOCAL by CNOOC and the Role of CFIUS, Before the House Committee on Armed Services (2005.7.13.) 참조. 이하에서 앞의 보고서는 'CRS 보고서', D'Amato 의견서는 'Statement of Hon. C. Richard D'Amato Chairman'이라 한다.

448) CNOOC Press Release, "CNOOC Limited proposes merger with Unocal offering US\$67 per Unocal share in cash" (2005.6.23.); Form 6-K, Report of Foreign Issuer Pursuant to Rule 13a-16 or 15d-16 of the Securities

CNOOC는 CFIUS 심사를 받을 준비가 되어 있다면서, Unocal의 소규모 파이프라인과 저장시설 등의 매각, 비에너지 부문의 미국 경영진에로의 위탁하는 방안 등 국가안보위해 우려를 해소하는 방안을 준비하고 있다고 밝혔다.⁴⁴⁹⁾ 또한, 미국에서 생산되는 석유와 가스는 미국에 계속 공급할 것이고, Unocal의 고용을 유지하겠다는 입장을 밝혔다.

그러나 미국의 석유회사를 중국 국영기업이 보유한다면 국가안보가 위협될 것이라는 미국 내 여론이 증가하였고, 특히 하원은 2005년 6월 30일 CNOOC의 인수는 국가안보를 위협하므로 대통령에게 Unocal 매각 재검토를 촉구하는 내용의 결의안을 채택하였다.⁴⁵⁰⁾ 하원은 2005년 6월 30일 세출법안을 통과시켜 Unocal의 CNOOC 매각 승인을 위한 예산을 사용하지 못하도록 하였다.⁴⁵¹⁾ 이렇듯 의회에서 CNOOC의 Unocal 인수가 국가안보를 위협한다고 본 이유는 ①CNOOC가 외국기업이고, ②중국 정부에 의해 지배되고 있으며, ③중국정부로부터의 재정적 지원을 부당히 많이 받고 있다는 점으로 요약할 수 있다.⁴⁵²⁾ 의회는 CFIUS 심사의

Exchange Act of 1934, CNOOC Limited (2005.6.23.) 참조.

449) CNOOC Press Release, “Statement by Fu Chengyu, Chairman and CEO of CNOOC Limited” (2005.6.24.) 참조.

450) “Expressing the sense of the House of Representatives that a Chinese state-owned energy company exercising control of critical United States energy infrastructure and energy production capacity could take action that would threaten to impair the national security of the United States”, H. Res.344 (2005.6.30.) 참조. 하원 결의안은 CNOOC의 Unocal 인수 시도가 국가안보를 위협하는 이유에 관해 CNOOC은 정부 지분이 70%인 국영기업으로, 1982년에 설립되어 해외 석유자원을 개발하는 국영기업 집단으로 구성되어 있으며, CEO가 공산당원이고, Unocal 인수를 위해 국무원 승인을 받고 정부의 금융지원을 받았다는 점을 지적하였다. 즉, 중국 정부의 지원 없이는 Unocal 인수가 불가능했으므로, 중국 정부의 의도를 파악할 필요가 있는바, Unocal이 사업을 영위하고 있는 멕시코만, 동남아시아 지역은 중국의 정치적 영향력 확대가 우려될 우려가 있고, 미국의 전략요충지인 쿡 제도, 알라스카, 멕시코만 등에 인접하고 있다는 것이다. 게다가 Unocal은 해저 채굴 기술을 보유하고 있으므로 기술이 유출될 경우 국가안보에 위해가 우려된다는 점도 지적하였다.

451) H.Amdt. 431 (Kilpatrick) to H.R.3058. 참조.

452) Hufbuer, Gary Clyde, Wong, Yee and Sheth, Ketki, “US-China Trade Disputes: Rising Tide, Rising States”, Institute for International Economics” (2006.8.), p.47 참조.

불투명성, 국가안보를 협의로 해석하는 관행, 그리고 의회의 의견을 반영하지 않는 점 등에 불만을 가졌던 것으로 분석되는데, 이러한 문제점은 결국 FINSA 입법으로 이어지게 되었다.⁴⁵³⁾

CNOOC는 2005년 7월 2일 CFIUS에 심사신청서를 제출하였다.⁴⁵⁴⁾ 그러던 중 Chevron이 2005년 7월 20일 매각금액을 40% 인상하면서 Unocal은 Chevron측의 제안을 수용하였고, CNOOC은 2005년 8월 2일 인수의사를 철회하였다.⁴⁵⁵⁾

CNOOC 사건은 CNOOC이 Unocal의 인수를 포기하면서 종결되었기 때문에 CFIUS가 정확하게 어떤 입장을 취했는지는 불분명하다. 다만, CFIUS는 Unocal이 CNOOC 인수 제의에 동의하면 심사를 개시하겠다는 입장을 보인 것으로 나타난다.⁴⁵⁶⁾ 다만, 하원 등에서 해당 건을 긴박하게 논의하면서 다양한 입법절차가 진행된 것과 비교하면 CFIUS는 사실상 침묵한 것으로도 평가할 수 있을 것이다.⁴⁵⁷⁾

Unocal 사건에서는 국가안보에 영향을 미치는 경제적인 안보 위협은 어느 정도여야 하는지, 미국에 석유를 공급하는 기업에 대한 외국 소유 지분이 어느 정도여야 국가안보를 위협하는지, 이중용도 기술에 대한 외

453) Hufbuer, et al., 전게서, p.49 참조.

454) CNOOC Press Release, “CNOOC Limited Files CFIUS Notice” (2005.7.2.) 참조. 성희황, 전게논문, p.28은 CNOOC가 중국 정부로부터 주당 인수가를 승인받았고, 중국 정부도 CNOOC의 인수를 저지하려는 미국에 경고하는 등 지원을 했기 때문에 CNOOC로서는 인수 가능성을 확신하고 있었다고 한다.

455) Chevron News Release, “Unocal accepts increased offer from Chevron” (2005.7.20.), CNOOC Press Release, “CNOOC Ltd. to withdraw Unocal Bid” (2005.8.2.) 참조. 한편 미국에서는 2005년 8월 8일 Energy Policy Act of 2005, H.R. 6(P.L.109-58)이 통과되어 중국에서의 에너지 수요, 중국기업의 에너지 자원 투자가 미치는 영향, 미국의 수출통제 기술 등에 미치는 영향 등을 종합적으로 검토하여 의회와 대통령에게 보고서를 제출하도록 하였다. 또한, 중국 정부가 소유하거나 지배하는 기업이 미국의 에너지 자원기업에 투자하는 경우의 외국인투자심사는 위 보고서가 의회와 대통령에게 제출된 이후 21일이 지날 때까지 완료해서는 안된다고 규정하였다. 즉, 2005년 Energy Policy Act에서는 CFIUS 심사를 법률에 의해 연기했다는 점이 특징적이다. 결국 Unocal의 주주총회는 2005년 8월 10일 Chevron에 의한 인수를 승인했다.

456) Hufbuer, et al., 전게서, p.49 참조.

457) CRS 보고서 (각주 447), p.15 참조.

국 소유 지분이 어느 정도여야 국가안보를 위협하는지 등의 다양한 쟁점이 제기되었다.⁴⁵⁸⁾ 무엇보다도 중요한 것은 국가안보의 범위를 경제안보까지 포괄하도록 확대하는 Exon-Florio Act를 개정하여 FINSAs로 입법되었고, CFIUS의 위원장을 재무부장관에서 상무부장관으로 변경하라는 주장까지 등장하게 된 것이었다.⁴⁵⁹⁾ 이러한 지적은 CFIUS 심사대상이 전통적인 국가안보에 한정되어 있어 미국의 경제안보이익을 보호하는데 실패하고 있다는 문제에서 비롯되었다. 그에 반해 당시 미·중 경제안보 검토위원회(US-China Economic and Security Review Commission)의 D'Amato 의장은 Unocal 관련 의견서를 제출하면서 오히려 국가안보의 개념을 광범위하게 해석하는 것이 필요하고, 미국의 국방상 필요에 중요한 물품과 관련된 거래는 국가안보의 영역에 포함되는바, Unocal 사안은 국가안보의 범위에 포섭된다는 입장을 표명하였다.⁴⁶⁰⁾

한편, CFIUS 심사에서 상호주의가 어느 정도까지 적용되어야 하는지에 대한 논의도 있었다.⁴⁶¹⁾ 이는 미국기업의 진출이 허용되는 않던 중국과 같은 국가의 기업이 미국기업을 인수하는 경우의 처리 문제인데, D'Amato 의장은 상호주의를 적용하여 그러한 국가로부터의 외국인투자 자체가 허용되어서는 안된다는 입장을 강경하게 피력했다.⁴⁶²⁾

458) Casselman, Joshua W., "China's Latest 'Threat to the United States: The Failed CNOOC-UNOCAL Merger and its Implications for Exon-Florio and CFIUS", *Indiana International Law and Comparative Law Review*, Vol.17, No.1 (2007), pp.177-178 참조. 이 연구는 국가안보의 범위와 관련하여 광의설을 따르는 법무부, 국방부, 협의설을 따르는 재무부간 입장 차이와 무관하게 CFIUS 절차는 합의(consensus)에 따라 이루어지므로 국가안보를 정의할 필요는 없다고 분석하였다.

459) 2004 Report to Congress, US-China Economic and Security Review Commission, 108th Congress, Second Session (2004.7.), p.12 참조. Mostaghel, Deborah M., "Dubai Ports World Under Exon-Florio: A Threat to National Security or a Tempest in a Seaport", *Albany Law Review*, Vol.70, No.2 (2007), pp.608-609도 Unocal 사건을 통해 의회는 국가안보의 범위를 경제안보까지 확대하고, CFIUS·대통령이 승인한 외국인투자거래를 의회가 거부할 수 있는 권한을 있어야 한다고 주장함으로써 CFIUS 심사가 정치적인 요소에 의해 좌우될 가능성이 커졌다고 분석하였다.

460) Statement of Hon. C. Richard D'Amato Chairman (각주 447), p.6 참조.

461) CRS 보고서 (각주 447), p.17 참조.

(2) 2005년 Dubai Ports World 인수 사례

Unocal 사건이 언론의 관심에서 멀어질 무렵, UAE의 국영회사 Dubai Ports World는 2005년 11월 19일 미국 등 전세계에서 항만운영 사업을 하는 영국기업 The Peninsular and Oriental Steam Navigation Company (P&O)의 인수전에 입찰하였다. 그런데 P&O를 인수하게 되면 미국의 항만 터미널 운영권까지 인수하게 되는 구조였다.⁴⁶³⁾

Dubai Ports World와 P&O는 해당 거래가 외국인투자심사대상이 될 것으로 예상했다. Dubai Ports World는 2005년 10월 17일, CFIUS에 자발적으로 통지하겠다고 밝혔고, 2005년 10월 31일 국토안보부 등 CFIUS 구성기관에게 보고했다. CFIUS는 양사가 심사 신청을 제출하기 전인 2005년 11월 2일 국가안보평가(intelligence assessment)를 요청하였고, 정보기관은 약 30일 경과 후 Dubai Ports World가 국가안보를 위협할 의도나 역량이 있는지 등의 위협평가(threat assessment)를 진행했다. Dubai Ports World와 P&O는 2005년 12월 6일 CFIUS 구성기관들과 재차 회의를 진행하였고, 2005년 12월 16일 자발적 신청서를 제출하였다. CFIUS는 2005년 12월 17일, 30일 간의 검토(review)절차를 개시하였다.

한편, 국토안보부는 검토기간이 진행되는 동안 Dubai Ports World, P&O와 국가안보위험을 완화할 수 있는 완화조치의 일종인 확약서(assurance letter)를 협의하기 시작했고, 당사자들은 2006년 1월 6일 확약서에 합의하였다.⁴⁶⁴⁾ CFIUS는 Dubai Ports World 인수 건은 국가안보와는 무관한 일상적인 거래로 보는 입장이어서, 의회 등에는 보고하지

462) Statement of Hon. C. Richard D'Amato Chairman (각주 447), pp.2-3 참조.

463) 당시 미국은 항만보안(port security)에 관해서는 국토안보부와 관세국경보호청(Coast Guard and US Customs and Border Protection)이 담당하고 있었다.

464) CFIUS 심사절차 등은 재무부 보도자료 “CFIUS and the Protection of the National Security in the Dubai Ports World Bid for Port Operations” (2006.2.24.) 참조.

않은 것으로 나타났다. 그러나 P&O와 Joint Venture 관계에 있던 Eller社가 2006년 초부터 의회를 상대로 주의를 환기시키면서 분위기는 반전되었다.⁴⁶⁵⁾

이후 의회를 중심으로 두바이가 911 테러리스트의 거점지로 활용된 점, Dubai Ports World가 UAE 국영기업이라는 점, 항만시설이나 핵심 인프라 시설이 외국인에 의해 소유되면 국가안보가 위협된다는 점 등을 고려하여 인수를 불허해야 한다는 주장이 강력히 대두되었다. 그에 반해 부시 대통령은 국가안보에 위협이 되지 않는다는 기본 입장을 발표하여 의회와 행정부 간에 긴장이 고조되었다.⁴⁶⁶⁾

결국, 여러 논쟁 끝에 Dubai Ports World는 미국 항만시설의 운영권을 미국기업에 매각하는 것으로 입장을 변경하고, 2006년 2월 26일 CFIUS 검토를 다시 신청했다.⁴⁶⁷⁾ Dubai Ports World는 2006년 3월 9일 미국 항만시설 운영권을 American International Group의 자산관리부문인 Global Investment Group에 매각하겠다고 공식 발표하였다.

CFIUS는 CFIUS에 정식으로 심사 신청이 접수되기 전과 30일 동안의 검토기간 동안 검토한 후, Dubai Ports World 사건은 45일 동안의 조사까지는 필요 없다고 결론을 내렸다. 또한, Dubai Ports World가 외국정부의 지배를 받는 경우로서 Bryd Amendment에 따라 의무적 심사요건을 충족한다고 하였다. 다만, CFIUS로서는 검토과정에서 두 번째 요건인 국가안보에의 영향을 인정할 수 없다고 하였다. CRS 보고서에

465) “Examination of the Exon-Florio Amendment: Focus on Dubai Ports World’s Acquisition of P&O”, Hearing before the Committee on Banking, Housing, and Urban Affairs United States Senate, 109th Congress, Second Session, Implementation of the Exon-Florio Amendment, Focusing on Dubai Ports World Acquisition of Peninsular and Oriental Steam Navigation Company, the Role of Terminal Operators, and US Coast Guard Actions under the Maritime Transportation Security Act of 2002 (2006.3.2.); Hufbuer, et al., 전제서, p.53 참조.

466) “Bush threatens veto in ports row”, BBC News (2006.2.22.) 참조. 성희활, 전제논문, p.29는 의회가 CFIUS의 승인사실을 뒤늦게 알게 되어 격앙된 분위기에서 인수 반대 의견을 표명한 것으로 분석하였다.

467) 재무부 보도자료, “CFIUS Welcomes Dubai Ports World’s Announcement to Submit to New Review” (2006.2.26.) 참조.

따르면 Dubai Ports World 사건은 부시 행정부가 2006년 외국인투자에 관한 정책 방향을 개방 중심에서 규제 쪽으로 변경하게 된 계기가 되었다고 분석한다.⁴⁶⁸⁾

4) 위험 완화조치(Mitigation)의 검토

(1) 완화조치 개관

미국에서는 RBA에 따라 위협이 식별되고, 취약성 요인도 인정되어 결과적으로 국가안보위협이 인정되면 그러한 위협을 완화할 수 있는 조치에 대하여 검토해야 한다. 국방부 훈령⁴⁶⁹⁾은 완화조치에는 ①기술이전, ②정보 보호 및 사이버안보, ③제품의 무결성(product integrity), ④장소적 조치, ⑤공급 안정성 등의 조치가 있다고 설명한다.

일반적인 완화 조치는 인수 대상 회사의 이사회에 미국 시민권자 추가, 보안 책임자 고용, 외국인투자자의 특정 지식재산권 등에의 접근금지 등이 많이 활용되고, 공급의 안정성과 관련해서는 외국인투자자가 특정 자산을 해외로 이전하지 않고 일정 기간 동안 미국 정부에 계속 공급하는 데 동의하도록 요구하는 방법도 활용된다.

2021 CFIUS 연례보고서에 예시된 완화조치 ①특정 지식재산권, 영업비밀 또는 기술관련 정보의 이전 또는 공유를 금지하거나 제한, ②미국 정부와 기존 및 향후 계약 체결을 위한 지침 수립, ③권한 있는 사람에 한정하여 특정 기술, 시스템, 시설 또는 민감정보의 접근권 제한, ④미국 내에서의 특정 시설, 장비, 데이터 및 운영의 제한, ⑤미국 정부가 승인한 보안 책임자의 임명, 이사 임명, 보안 정책, 감사보고서 등에 있어 외국의 영향력을 제한하고 규정 준수를 보장하기 위한 보안 위원회, 의결

468) CRS 보고서 (각주 65), p.9 참조. Mostaghel, Deborah M., 전계논문, pp.609-611은 Dubai Ports World 사건은 서비스 분야가 대상이었고, 테러 등 초국가적 안보와 관련되어 있었으며, 핵심 인프라를 보호할 필요성을 제기했기 때문에 기존 CFIUS 심사와는 근본적으로 차이가 있었다고 분석하였다.

469) DoD Instruction 2000.25., pp.30-31 참조.

권 신탁 등의 메커니즘 구축, ⑥외국인이 미국기업에 방문할 경우 사전에 보안 책임자 또는 관련 정부 등에 통지·승인 절차 마련, ⑦미국 정부에 공급하는 제품 또는 소프트웨어 무결성을 보장하기 위한 보안 프로토콜, ⑧미국기업의 지배구조 변경 시 고객사 또는 관련 정부 당사자에게 통지, ⑨일정기간 미국 정부에 대한 공급의 연속성 보장 및 특정 사업 결정을 내리기 전에 사전 협의, 미국기업이 사업 중단을 결정한 경우 미국 정부에게 권리 유보, 미국 정부에 공급을 하고 있을 경우 공급에 영향을 미치거나 국가안보에 영향을 미칠 수 있는 사업계획 관련정부의 협의 권한, ⑩해당 외국인투자에서 민감한 자산의 제외, ⑪승인된 공급자로부터의 특정 제품 또는 서비스 공급 보장, ⑫외국인투자가 권리 확대 시 정부에 사전 통지 및 승인, ⑬외국 인수자의 미국 사업의 전부 또는 일부 매각 등이 규정되어 있다.⁴⁷⁰⁾

한편, CFIUS에 참여하고 있는 법무부는 완화조치를 검토할 때 보안 담당자 등을 포함하는 내부 컴플라이언스 체제, 독립적인 감사기구 등의 외부 컴플라이언스 체제, 모니터링 유관기관과의 협조 체제 구축 등을 고려하는데, 특히 모니터링 기관의 실사, 임직원을 대상으로 하는 조사, 관련 문건의 검토 등을 포함하게 된다.⁴⁷¹⁾

(2) 사례 검토: Alcatel 사건

완화조치와 관련된 사례로 Alcatel 사건을 검토할 필요가 있다.⁴⁷²⁾ 프랑스 기업 Alcatel은 미국의 Lucent Technologies(이하 ‘Lucent’라 한다)를 인수하려고 하였다. Lucent는 미국 뉴저지에 본사가 있는 미국 회사

470) CFIUS Annual Report to Congress, CY 2021, pp.38-39 참조.

471) Assistant Attorney General for National Security John C. Demers Delivers Keynote at ACI’s Sixth National Conference on CFIUS: Compliance and Enforcement (2020.7.16.) 참조.

472) Michaels, Jon D., “The (Willingly) Fettered Executive: Presidential Spinoffs in National Security Domains and Beyond”, *Virginia Law Review*, Vol.97, No.4 (2013), p.826 각주 107도 Alcatel의 완화조치가 가장 강력한 보안조치에 해당하는 것으로 분석하고 있다.

였는데, 벨 연구소의 지원을 받아 차세대 통신 네트워크 시스템, 모빌리티, 광학, 소프트웨어, 데이터 및 음성 네트워킹 기술 등을 보유한 회사였다. 한편 Alcatel은 고정 및 모바일 광대역 네트워크, 애플리케이션 등의 통신 전문 회사로서, 매출액 131억 유로, 직원 58,000명에 130여 개국에 진출한 프랑스 회사였다.

Lucent와 Alcatel은 2006년 8월 CFIUS에 자발적으로 신고서를 제출하였다. CFIUS는 2006년 11월 17일, 양사에게 미국 정부기관과 합의한 국가안보계약(National Security Agreement)과 특별보안계약(Special Security Agreement)을 체결하는 것을 조건으로 대통령에게 인수 승인 권고안을 작성했다고 통지하였다.⁴⁷³⁾

국가안보계약은 양사와 법무부, 국토안보부, 국방부 및 상무부 간에 체결되었는데, Lucent와 Alcatel의 미국 내 영업(US business)과 관련된 사업, 즉 벨 연구소의 연구와 미국 내 통신 인프라와 관련하여 준수해야 하는 사항을 포함하였다. 이는 Alcatel이 Lucent의 민감한 연구시설인 벨 연구소에 접근하지 못하도록 제한하는 내용이었다. 또한 계약 내용에는 CFIUS가 당사자가 협약을 준수하지 않는다고 판단할 경우, 외국인투자 승인을 취소하고 조사를 재개할 수 있다는 내용이 포함되어 있었다. 다시 말해, 만일 두 회사가 위 협약을 준수하지 않아 국가안보가 손상될 위험이 있다고 판단되는 경우, CFIUS는 심사를 재개하면서 대통령에게 제출했던 권고 내용을 변경하는 조항도 포함되어 있었던 것이다.

Lucent와 Alcatel은 미국 정부와 관련한 업무를 수행하기 위해 별도 자회사를 설립하여 벨 연구소와 관련된 정부 계약 및 특정 민감 자산을 이전하기로 합의하였다. 자회사는 미국 시민권자로서 국방부에서 보안

473) Presidential Statement, “Statement on CFIUS Recommendation Regarding Proposed Merger of Lucent Technologies, Inc., and Alcatel” (2006.11.17.); Alcatel Press Release, “Alcatel and Lucent receive CFIUS approval to proceed with proposed merger” (2006.11.18.); Form 8-K, Current Report pursuant to Section 13 or 15(D) of the Securities Exchange Act of 1934, Lucent Technologies Inc. (2006.11.17.); Form 6-K, Report of Foreign Private Issuer Pursuant to Rule 13a-16 or 15d-16 under the Securities Exchange Act of 1934, Alcatel (2006.11.20.) 등 참조.

허가증을 보유한 3인 이상의 이사를 선임해야 했는데, 보도자료를 통해 전직 국방장관, 전직 CIA 국장, 전 국가안보국 국장을 선임한다고 발표하였다. 양사는 자회사의 운영과 관련하여 특별 보안계약도 체결했는데, 자회사의 직원, 운영 및 시설의 독립적 운영과 모회사의 통제 제한에 관한 조항이 포함되어 있었다.

결국 Alcatel과 Lucent의 M&A는 2006년 12월 1일 완료되었다. CFIUS 심사과정에서 특징적이었던 점은 국가안보계약을 체결하고, 계약 위반 시 CFIUS 심사를 다시 개시하도록 국가안보계약에 명시한 점이다. CRS 보고서에서는 당시 기업들은 CFIUS의 승인을 최종적인 절차로 반복이 불가능한 것으로 인식하고 있었는데, Alcatel 사건을 계기로 CFIUS 승인을 받은 거래도 다시 심사가 진행될 수 있다는 불확실성이 야기된 것으로 분석하였다. 이에 따라 많은 기업들이 반대 의견을 제시한 것으로 보도되었다.⁴⁷⁴⁾

3. 미국 RBA에 대한 평가

앞에서 살핀 미국 CFIUS 심사사례 중 대통령까지 회부되어 행정명령이 있었던 사례에서의 RBA를 분석하면 다음과 같다.

첫째, CFIUS 측이 국가안보에 위해가 된다는 점에 관한 증명책임을 부담해야 하는 구조로 판단된다. 대통령이 투자철회 명령을 하는 경우 신빙성 있는 증거에 의해야 하는데, 행정명령에는 증거의 존재가 전제된 채 투자철회 관련 명령이 포함된다. CFIUS의 내부 자료가 아닌 공개된 자료 일부를 분석했다는 점에서 한계는 있으나, 그간의 행정명령은

474) CRS 보고서 (각주 65) pp.9-10; “Businesses Object to US Move on Foreign Investment,” Reuters (2007.1.21.) 참조. 한편, Zaring, David, “CFIUS as a Congressional Notification Service”, *Southern California Law Review*, Vol.83, No.1 (2009), pp.108-110은 CFIUS가 얼마나 많은 완화조치를 사용하는지 확인할 수는 없으나, 국토안보부, 국방부, 법무부 등의 자료와 언론보도 등을 통해 대부분의 외국인투자심사에서 완화조치를 활용하고 있는 것으로 볼 수 있고, 연방통신위원회(Federal Communications Commission)에서 공개한 1997년부터 2007년까지 28개 완화조치 계약서에는 공통요소가 많이 발견된다고 분석하였다.

CFIUS가 국가안보위협에 대하여 엄격한 증명을 하지 않고 자유로운 증명으로 한 것으로 판단된다. 예컨대 ‘기술 리더십의 약화’ 요소의 판단과 관련하여 CFIUS와는 정반대로 결론내리는 것도 가능할 것으로 보이고, 그럴 경우 RBA 결과는 반전될 가능성이 있다. 따라서 당사자측의 권리 구제와 예측 가능성 측면에서 증명책임과 관련하여 개략적인 사항이라도 공개할 필요가 있다고 생각된다. 대통령이 행정명령을 발표하면서 재무부도 동시에 보도자료를 발표하는 경우는 이러한 점을 감안한 것으로 보이지만, 모든 사안에서 재무부가 발표하는 것은 아니므로 CFIUS가 증명 책임을 제대로 이행했는지 여부는 불분명한바, 책임성의 원칙에 위반될 소지가 있다고 판단된다.

둘째, CFIUS는 위협요소로서 국영기업이나 정부로부터의 자금 투입을 중요하게 고려하고, 특히 중국 정부와의 관련성을 중요한 위협요소로 감안하는 것으로 평가할 수 있다. 대통령 행정명령을 통해 투자철회 조치가 내려진 사례 대부분이 중국 정부와의 관련성이 인정된 사례라는 점에서 특히 그러하다고 할 것이다. 한편 CFIUS는 인수자의 해당 분야에서 이력이나 배경 등을 고려하여 심사하고, M&A를 위해 설립된 사모펀드가 인수자인 경우에는 제조 기업이 인수하는 경우보다 엄격하게 심사하는 것으로 보인다.

셋째, CFIUS는 취약성 요소로서 반도체, 항공우주 등 군사전용 가능성이 높은 첨단산업 분야를 중요한 요인으로 고려하고, 수출통제 등의 규제를 우회할 우려가 있는 경우 외국인투자심사를 통해 규제하려고 한다. 최근 2022년 행정명령 제14083호⁴⁷⁵⁾에서 규정한 기술 리더십 분야(마이크로 전자기술, AI, 생명 공학·바이오, 양자컴퓨팅, 청정에너지 및 기후적응기술 등)의 경우 취약성 요소 판단에 중요한 고려요소로 판단될 것으로 예상되는바, 실제로는 외국인투자제한 분야를 신설한 것과 마찬가지로 효과가 있는 것으로 평가할 수 있을 것이다. 다만, 이 경우 CFIUS가 국가안보위협 관련 증명해야 하는 증거는 신빙성 있는 증거에

475) 행정명령 제14083호의 주요내용은 본 연구 제2장 제1절 5. 외국인투자심사의 2차 확대시기 부분 참조.

의하여야 하므로, 첨단산업에 포함되었다는 이유만으로 취약성 요소가 곧바로 긍정하는 방식의 판단은 엄밀한 의미에서 RBA에 어긋난다고 보아야 할 것이다.

넷째, CFIUS는 국가안보의 개념에 관해 군사상의 국가안보 개념에서 민감한 개인정보 등으로 확대하여 심사하고 있는데, 이를 반영하여 투자 철회에 따른 이행 모니터링 점검 수단이 다양해지고 있다.

다섯째, CFIUS는 타국의 외국인투자심사 기관과 협조하거나 정보를 공유함으로써 국가안보와 관련된 외국인투자에 관해 공조하려는 경향이 나타난다.⁴⁷⁶⁾ 특히 미국은 외국에 본사가 있는 외국기업에 대해서도 적극적으로 관할권을 행사하고 있는바, 외국의 투자심사결과와 일치하지 않을 가능성에 대비해 정보기관 등을 통해 비공식적으로도 협력하는 것으로 볼 수 있다.

그러나 무엇보다도 큰 문제는 국방상 RBA를 외국인투자심사에 그대로 사용하면서 발생하는 심사기준 자체의 실효성이다. RBA 공식에 따른 위협은 위협과 취약성에 따른 영향 사이의 상호작용으로, 위협요소와 취약성 요소가 긍정되면 국가안보위험이 인정되는 것으로 보이는바, ‘영향’ 부분의 법적 의의가 무엇인지 분명하지 않다. 게다가 위협요소는 인수자 측이 가진 고유의 특성을 의미하는 것으로 이해되는바, 사전에 결정되어 있는 요소라고 볼 수 있다. 즉, 기존의 거래 이력 등을 감안하거나, 국영 기업이나 국가의 자금이 투입된 경우에는 해당 외국인투자의 속성을 살피기 이전에 이미 결정되어 있는 요소라고 평가할 수 있다. 따라서 특정 기업이라는 이유만으로 해당 외국인투자와는 무관하게 이미 위협요소라는 점이 긍정된다고 볼 것이다. 이는 취약성 요소도 마찬가지이다. 예컨대 핵심 반도체 분야에 속한 기업이거나 해당 산업분야에서 지배적 위치에 해당하는 기업이라면 해당 외국인투자와 무관하게 취약성 요소는 이미 긍정된다고 할 것이다. 그렇다면 사실상 RBA 자체가 가진 의의는 현저히 적어진다. 즉, RBA의 위협요소와 취약성 요소는 이미 사전적으로

476) 본 연구 제3장 제3절 3. 미국·EU의 외국인투자심사 아웃리치 중 미국 면제국가 부분 참조.

결정된 것인바, 이들 사이의 영향은 정성적인 요소에 의해 결정될 수 있고 여기에는 정치적인 고려가 포함될 개연성이 커지게 된다.

게다가 위협요소와 취약성 요소의 구별도 불분명하다. 특히 반도체 산업의 경우, 위협요소에는 반도체 기술의 유출 가능성이 고려되고, 취약성 요소로는 반도체 산업 자체는 취약성이 인정된다는 평가로 이어졌다. 개인정보 관련 산업에서도 마찬가지인데, 특정 산업에 해당하기만 하면 취약성 요소는 자동으로 인정되는 결과가 되어 ‘취약성 평가’가 가지는 독자적 의미가 감소되었다고 평가된다. 이는 기존 군사 영역에서 적용하는 RBA를 일상적인 M&A에 적용함으로써 투자가 가진 특징을 제대로 반영하지 못한 것으로 볼 수 있는바, 현행 RBA는 제도 자체로서 법적 안정성과 예측가능성에 문제가 있는 것으로 평가할 수 있다.

제2절 우리나라의 외국인투자 국가안보평가

1. 우리나라 법제도와 심사기준

우리나라의 외국인투자심사 RBA의 기준은 시행령 제5조제1항제2호에 따라 「외국인투자촉진법 시행규칙」 별지 제1호서식(주식등의 취득 또는 출연방식에 의한 외국인투자 신고서)과 「외국인투자 안보심의 절차 운영규정」(2022년 예규)의 별표(국가안보위해 심의기준)에서 확인할 수 있다. 시행규칙 별지 제1호서식은 외국인투자 안보심의 대상이 외국인투자가에게 신청인(외국인투자가) 현황 자료, 인수하고자 하는 국내기업의 현황 자료, 구체적인 투자 내용에 관하여 세부자료를 제출하도록 규정했는데, RBA의 위협요인(외국인투자가), 취약요인(국내기업) 등을 판단하기 위해서이다. 외국인투자 안보심의 절차 운영규정은 별표에서 ‘국가안보위해 심의기준’을 포함하여 외국인투자심사 시 고려해야 할 요소를 나열하고 있다.

[표 13] 국가안보위해 심의기준

항목	구분	고려요소
위협 요인	외국인	① 해당 외국인의 국내법 등 위반 이력 ② 외국인의 외투비율, 투자금액, 지배구조를 고려할 때 국내에 미치는 영향 ③ 외국인의 기술·사이버보안대책 ④ 내부 통제절차 등 컴플라이언스 체계 구비 여부
	외국인 또는 외국정부 영향력	① 외국정부에 의한 통제 가능성(외국정부의 감시, 간첩행위 등과의 관련성 포함, 국영기업 인지 여부 등) ② 외국인에 의해 국내산업, 거래관계 등의 지배 가능성
취약 요인	투자대상 기업	① 방산물자, 국가기밀계약, 전략물자등, 국가 핵심기술 등을 보유·생산·제조·공급·운영 여부 ② 투자대상기업이 생산하는 제품과 서비스의 중요성 ③ 국내 대체기업의 존재 가능성 ④ 투자대상기업이 보유하는 기술, 지식재산권 등 수준 ⑤ 정부, 공기업, 공공기관 계약 등 존재 여부 ⑥ 보유하는 자산, 시설 등이 중요기반시설 또는 장기적으로 에너지 자원을 포함한 핵심 자산에 해당하는지 ⑦ 투자대상기업의 기술·사이버보안대책 ⑧ 타 법령 등에 의해 지분 인수·합병 등이 제한되는지
국가안보 위해 영향	국방치안 등에 대한 영향	① 투자대상기업 및 관련산업의 국방상 중요성(국방능력에 미치는 효과 등) 및 국방 관련 연구개발, 운영, 제조, 판매 등과의 관련성

항목	구분	고려요소
		② 투자대상기업이 포함된 거래에서 국방 수요 및 국내 공급의 정도 ③ 수출통제체계를 포함하여 군사 및 기술에 미칠 수 있는 영향 ④ 테러, 미사일기술, 생화학 무기 확산 등에 미치는 영향
	해당 분야 기술에 대한 영향	① 투자대상기업이 보유한 기술 확보의 난이도 및 해당 산업의 성장에 미치는 영향 ② 경쟁국의 기술 수준에 미치는 영향
	공급망 · 산업 · 국가경제에 대한 영향	① 연관산업 파급효과(시장점유율, 유통 · 물류 측면의 영향 등) ② 중요 인프라 등 사회기반에 미치는 잠재적 영향 ③ 안보 목적에 필요한 국내 산업 역량에 미치는 영향 ④ 공급망, 국가안보 등 위기대응 능력에 미치는 영향 ⑤ 안보목적에 필요한 국내생산에 미치는 영향 ⑥ 정부수입 감소, 투자, 기술손실 등에 대한 영향 ⑦ 필수재, 서비스 공급 또는 중요자원 등의 장기적 공급 등에 미칠 영향 등
	무역 · 통상 · 국제투자 등에 대한 영향	① 무역 · 통상 · 국제투자 등에 미칠 영향 ② 외교관계 등에 미칠 영향 ③ 해당 산업의 국제 경쟁력에 미치는 영향 ④ 외국법령 · 당사자간 계약 등을 고려할 때 향후 기술유출 가능성의 존재 등

우리나라의 외국인투자심사에서 ‘위협’은 위협요인, 취약요인, 국가안보위해 영향을 평가하는 방식에 따라 진행하는바, 위협요인은 외국인 자체가 가지는 위협성을 고려한다. 즉, 해당 외국인이 국내법을 위반한 이력이 있는 경우, 외국인의 투자비율이나 투자금액, 지배구조 등을 고려할 때 국내에 위협성이 있는 경우, 외국인이 제출한 기술·사이버보안대책이 미흡하거나 부실한 경우, 외국인의 내부 통제절차 등 컴플라이언스 체계가 구비되지 않아 정보나 기술 등의 유출 우려가 있는 것으로 평가할 수 있는 경우 등은 외국인 자체를 위협요인으로 고려한다. 외국인 자체가 위협요인이 되는 경우 이외에도 외국인이나 외국정부가 통제하는 외국인인 경우에도 외국인이나 외국정부가 국내기업을 지배할 위협성이 있으므로 위협요인으로 고려한다.

취약요인은 외국인투자로 인해 취약성이 있는 국내기업을 고려하는 것으로, 「외국인투자촉진법 시행령」에 규정된 방산물자, 국가기밀계약, 전략물자, 국가핵심기술 등을 보유, 생산 등을 하는지를 검토한다. 또한 국내기업이 생산하는 제품이나 서비스가 중요하거나, 대체 가능성, 기술의 수준, 중요한 인프라 보유, 기술·사이버보안대책 등도 고려하도록 규정되어 있다. 이는 국내기업이 보유하는 자산, 기술, 생산품 등을 종합적으로 고려하여 시행령상의 방산물자 등을 생산하는 기업, 중요한 제품을 생산하거나 대체 가능성이 없는 기업 등은 취약성이 더 높다고 평가하는 것이다.

국가안보위해 영향 부분은 국방·치안 등에 미치는 영향, 해당 분야 기술에 대한 영향, 공급망·산업·국가경제에 대한 영향, 무역·통상·국제투자 등에 미치는 영향으로 구분되어 있다. 이 중에서 국방·치안에 대한 영향은 외국인투자에 따라 국방능력에 영향을 미치거나, 국내기업이 포함된 거래에서 국방상 수요와 공급을 고려하도록 되어 있다. 또한 해당 외국인투자로 인해 수출통제체계를 포함하여 군사 및 기술에 미칠 수 있는 영향도 고려하도록 규정한다. 해당 분야 기술에 대한 영향은 국내기업이 보유한 기술 수준을 평가하고, 국내기업이 보유한 기술을 확보하기 위한 난이도, 경쟁국의 기술 수준을 고려하는 것이다. 공급망·산업·국

가경제에 미치는 영향은 외국인투자가 연관 산업에 미치는 파급효과, 인프라 등 사회기반, 국내산업 역량, 공급망, 국가안보 등 위기대응 능력에 미치는 영향, 국내생산에 미치는 영향, 필수재 등의 장기적인 공급에 미치는 영향을 고려하도록 규정하였다. 마지막인 무역·통상·국제투자 등에 미치는 영향은 외교관계, 해당 산업의 국제경쟁력, 외국법령 등을 고려한 향후 기술유출 가능성의 존재 등을 고려하도록 규정하였다.

한편, 외국인투자심사기준을 검토하기에 앞서 「산업기술보호법」상 국가핵심기술 보유기관이 해외 M&A를 하는 경우 국가안보에 미치는 영향에 관한 세부 심의기준부터 살필 필요가 있다. 「산업기술보호법」상 국가안보 영향에 관한 세부 심의기준은 국가법령정보센터에서 법령이나 행정규칙에서는 검색이 되지 않아 산업통상자원부 내부지침인 것으로 보인다.⁴⁷⁷⁾

[표 14] 산업기술보호법상 국가안보 영향 검토 시 세부 심의기준⁴⁷⁸⁾

검토 분야	세부 심의기준
국방·치안	① 타 법령 등에 의해 기술 등의 수출, M&A 등이 제한되는지 여부(전략물자, 방산물자 등) ② 수출·M&A 대상 기술의 국방상 중요성 ③ 안보위협 국가로의 수출·M&A 여부
해당기술분야	④ 해당기술 확보의 난이도 및 해당산업의 성장에 미치는 영향 ⑤ 해당 산업의 대외 경쟁력에 미치는 영향

477) 법제처 국가법령정보센터에서 검색 결과, 산업기술보호법령과 행정규칙(국가핵심기술 지정 등에 관한 고시, 산업기술보호 관련 위탁업무 수행기관 지정, 산업기술보호지침, 산업기술 확인 요령)에 포함되어 있지 않다(2023.7.23. 최종검색).

478) 산업통상자원부 보도자료, “제40회 산업기술보호위원회 개최” (2022.9.14.), p.7는 국가핵심기술 수출 및 보유기관 M&A의 심의기준이 국가안보(국방·치안, 국가경제·산업, 기술분야, 기술보호대책 등), 국민경제(GDP·수출·고용 및 지역경제 영향, 국내투자 가능성 등)에 대한 파급효과라고 규정하면서 표 14를 첨부하였다.

검토 분야	세부 심의기준
	⑥ 경쟁국의 기술수준에 미치는 영향 ⑦ 수출대상국 등의 법령·당사자간 계약 등에 의해 향후 기술유출 가능성
전체 산업	⑧ 연관산업 파급 효과 ⑨ 중요 인프라 등 사회기반에 미치는 영향
국가경제 기반	⑩ 정부수입 감소, 투자, 기술손실 등에 대한 영향 ⑪ 중요한 자원조달의 장기 전망에 미치는 영향 등
기타 중요사항	⑫ 기술보호 대책의 적절성 ⑬ 기타 위원회에서 중요하다고 인정한 사항

위의 세부심의기준에 포함된 요소들과 외국인투자심사 예규를 비교하면 「산업기술보호법」상의 세부 심의요소가 예규에 대부분 포함되어 있음을 알 수 있다. 다만, 「산업기술보호법」에서 국가안보 영향 세부 심의기준이 검토 분야별로 작성되어 있다면, 예규에서는 RBA 형식에 따라 항목별로 상세하게 고려요소가 나열되어 있다는 특징이 발견된다. 이는 예규를 작성할 때 「산업기술보호법」상의 세부 심의기준을 참고했음을 추측케 한다.

우리나라 외국인투자심사기준에 따르면 국가안보위해 영향은 ①국방·치안에 대한 영향, ②해당 분야 기술에 대한 영향, ③공급망·산업·국가경제에 대한 영향, ④무역·통상·국제투자 등에 대한 영향을 검토하도록 되어 있어, 「산업기술보호법」보다도 광범위한 고려요소로 구성되어 있다. 따라서 예규에서 광범위하게 구성된 고려요소가 「외국인투자촉진법 시행령」 제5조제1항제2호를 위반한 것이 아닌지를 검토할 필요가 있다. 시행령은 외국인투자가 “국가의 안전 유지에 지장을 초래하는 경우에 해당하는지 여부”에 대해 외국인투자위원회의 심의를 거쳐 산업통상자원부장관이 결정하도록 규정하고 있다.

“국가의 안전 유지”의 해석은 제6장에서 검토하겠지만, 외국인투자심사의 도입경위, 국가안보 개념의 변천 등을 고려할 때 협의의 국가안보

로는 볼 수 없는데, 시행령에 규정된 1) 내지 5) 이외의 추가적인 조항이 포함될 수 있는 가능성이 긍정된다고 보아야 한다. 이와 같은 해석론에 따르면 국가안보위해 상황은 1)부터 5)에 한정되지 않기 때문에, 1)부터 5)에 나열된 상황보다 넓은 개념이다. 예규에 포함된 심의기준상의 고려 요소는 위와 같은 해석론에 따라 국가안보와 관련된 개념 지표들을 광의로 포함시킨 것으로 보아야 한다. 즉, 전통적인 국방·치안적인 요소뿐만 아니라, 기술력 유지, 공급망이나 국가경제, 나아가 무역, 통상, 국제투자영역 등 광의의 요소를 포함하고 있는 것이다.

물론 외국인투자심사의 국가안보를 협의의 국가안보 개념으로 한정하는 경우 위의 심사기준은 전통적인 국방 개념을 넘어서 국가경제 전반에 미치는 영향까지 고려하도록 되어 있으므로 위임입법의 범위를 벗어나는 것으로 해석할 수도 있다. 그러나 국가안보는 시대상황 등의 변화에 따라 개념이 변천한다는 점, 외국인투자심사를 운영하는 국가들도 국가안보 개념을 광의로 해석하고 있는 점, 향후 시행령에 추가할 수 있는 새로운 국가안보 상황에 대한 정책 여지 확보 필요성 등을 고려할 때 외국인투자심사기준이 위임입법의 한계를 일탈한 것으로 해석하는 것은 합리적이지 않다고 판단된다.

행정규칙이 위임의 한계를 준수하고 있는지를 판단할 때는 당해 법률 규정의 입법 목적과 규정 내용, 규정의 체계, 다른 규정과의 관계 등을 종합적으로 살펴야 한다. 또한, 법률의 위임 규정 자체가 그 의미 내용을 정확하게 알 수 있는 용어를 사용하여 위임의 한계를 분명히 하고 있는데도 고시에서 문언적 의미의 한계를 벗어났다든지, 위임 규정에서 사용하고 있는 용어의 의미를 넘어 그 범위를 확장하거나 축소함으로써 위임 내용을 구체화하는 단계를 벗어나 새로운 입법을 한 것으로 평가할 수 있다면, 이는 위임의 한계를 일탈한 것으로서 허용되지 않는다.⁴⁷⁹⁾ 「외국인투자촉진법」이 규정하고 있는 “국가의 안전”이 ‘국가안보’로 해석되는 이상 “국가의 안전 유지에 지장을 초래하는”의 지표로서 “국가안보위해”는 전통적인 국방·치안 요소 이외에 외국인투자로 인해 문제되는 다

479) 대법원 2012.12.20. 선고 2011두30878 전원합의체 판결 참조.

양한 국가안보 상황을 포괄할 수 있는 요소가 기준으로 적용되어야 하는 바, 심사기준이 ‘국가의 안전 유지’ 내지 ‘국가안보’의 의미를 넘어 범위를 부당하게 확장한 것으로는 해석되는 것으로 볼 수는 없다. 게다가 ‘심의기준’에는 ‘위협요인’, ‘취약요인’, ‘국가안보위해 영향’이라고 명시하고, 구체적인 세부심의기준에는 구속력이 없는 것으로 이해되는 ‘고려요소’라는 용어를 사용하고 있는 점도 위임입법의 한계를 일탈하지 않은 근거가 된다고 판단된다.

2. 우리나라 RBA 분석과 문제점

우리나라의 외국인투자심사는 위협요인, 취약요인, 국가안보위해영향을 종합하여 판단하도록 규정하고 있으므로 RBA를 위한 심의기준과 절차는 형식적으로는 미국과 유사한 것으로 평가할 수 있을 것이다. 그런데 예규상의 심의기준에 규정된 고려요소 중에는 외국인투자가뿐만 아니라 투자대상기업인 국내기업으로부터 제출을 받아야 파악할 수 있는 자료가 상당 부분 포함되어 있다. 예컨대 투자대상기업이 생산하는 제품과 서비스의 중요성을 판단하기 위해서는 제품과 서비스의 목록이 필요하고, 투자대상기업이 보유하는 기술, 지식재산권 등 수준은 보유 기술, 지식재산권의 파악이 선행되어야 한다. 게다가 보유하는 자산, 시설 등이 중요기반시설에 해당하는지도 기업 보유 자산 목록의 제출이 전제되어야 파악할 수 있다. 이와 같은 자료는 기업의 영업 비밀에 해당할 가능성을 배제할 수 없고, 제출에 따른 기업의 권리침해도 배제할 수 없다.

우리나라의 RBA는 「산업기술보호법」상의 국가안보 세부 심의기준과 미국의 RBA를 상당 부분 참고하여 작성한 것으로 분석된다. 미국의 경우는 실제로 문제되었던 사건들에서 추출한 요소를 추가하는 방식으로 구체화시키고 있는데, 우리나라 심사기준은 「산업기술보호법」과 미국의 RBA 심사기준을 통합하여 관련된 요소를 전체적으로 포함시킨 것으로 볼 수 있다. 이는 실제로 우리나라에서 외국인투자심사를 한 사례가 없고, 과거에 언론보도 등을 통해 화제가 되었던 사건들은 기술탈취가

문제된 사건들이었기 때문인 것으로 보인다. 이와 같이 「산업기술보호법」의 세부 심의기준과 미국의 심사기준을 모두 포함시킴으로써 국가안보의 보호범위는 확대되었다고 볼 수 있을 것이나, ‘지배 가능성’, ‘국방 능력’, ‘국방 수요 및 국내 공급의 정도’, ‘필수재’ 등과 같이 미국법에서 유래한 것으로 보이는 용어가 혼용되어 명확성 원칙 문제가 제기된다고 할 것이다.

게다가 고려요소가 추상적으로 규정되어 있어 외국인투자자가 외국인투자심사 결과를 예측하기 어려운 점도 문제로 지적할 수 있다. 이러한 문제는 국가안보위해영향 부분 중 공급망·산업·국가경제에 대한 영향, 무역·통상·국자투자 등에 대한 영향 부분에서 두드러진다. 예컨대 “공급망, 국가안보 등 위기대응 능력에 미치는 영향”, “안보목적으로 필요한 국내생산에 미치는 영향”은 지나치게 추상적이고, “위기대응 능력”, “안보목적” 등 국내법적으로 정의 자체가 없는 용어를 사용하고 있다.

우리나라 외국인투자심사는 「외국인투자촉진법」 제27조에 규정된 외국인투자위원회의 심의를 거쳐 산업통상자원부장관이 결정하는 절차로 규정되어 있다. 외국인투자위원회는 산업통상자원부장관이 위원장이고, 기획재정부차관 등 관계부처차관급으로 구성되어 있고, 구성원 중에서 국가안보에 관하여 전문성이 있는 기관은 외교부, 국방부, 방위사업청, 금융위원회, 국가정보원이다. 그런데 심의기준에서 규정하는 국가안보위해영향 평가는 공무원들로 구성된 외국인투자위원회의에서 심의하기에는 한계가 있는 것으로 보인다. 예규는 이런 점을 보완하여 관계부처 공무원으로 구성된 당연직 위원들과 국방, 기술, 산업, 공급망, 보안, 법률 등 전문가로 구성된 위촉직 위원으로 구성된 안보심의 전문위원회를 설치하도록 규정하였다. 또한, 전문위원회를 보조하기 위해 “전문분석기관”을 지정하여 “영향평가”를 할 수 있는 조항을 마련했는데, 예규에서 예시하는 기관은 산업연구원, 대외경제정책연구원, 한국국방연구원 등으로 규정하였다.⁴⁸⁰⁾ 이 조항은 국가안보위해 영향평가를 할 때 예컨대 한국국방

480) 「외국인투자 안보심의 절차 운영규정」 제12조(전문분석기관의 영향평가 등) 참조.

연구원은 ①국방·치안에 대한 영향, 산업연구원은 ②기술, ③공급망·산업·국가경제에 대한 영향, 대외경제정책연구원은 ④무역·투자·국제투자에 대한 영향 평가 등에서 전문성을 보완할 수 있다는 취지로 보인다.

우리나라 외국인투자심사의 경우 최근 예규를 제정하여 RBA 절차와 심사기준을 마련했다는 점에서는 의미가 있다. 그러나 미국 RBA에 대한 평가에서 지적한 문제점이 우리나라의 경우에도 동일하게 발생한다고 평가된다.

우리나라의 경우에도 위협요인과 취약성 요인이 외국인투자 행위와 무관하게 사전적으로 결정될 것으로 보인다. 위협요인 중 외국인의 외투비율, 투자금액, 지배구조를 고려할 때 국내에 미치는 영향을 제외하면 나머지 위협요인은 해당 외국인투자의 특성을 고려하기 이전에 이미 결정된 것으로 볼 수 있다. 즉, 특정 외국인이라면 위협요인은 사전적으로 긍정되는 구조이다. 취약요인에서도 동일한 문제가 발생한다. 투자대상기업의 특징에 따라 취약요인 또한 사전적으로 긍정될 수 있다. 따라서 위협요인과 취약요인은 사전에 결정된 관계로 RBA의 실효성이 감소된다.

게다가 미국에서와 마찬가지로 우리나라의 경우에도 위협요인과 취약성 요인의 판단이 구분되지 않을 가능성이 있다. 외국정부에 의한 통제가능성을 제외하면 해당 외국인이 얼마나 ‘위협’적일지를 판단하는 것은 용이하지 않을 것으로 보인다. 특히 위협요인 중 “외국인의 기술·사이버보안대책”과 취약요인 중 “투자대상기업의 기술·사이버보안대책”만으로 위협과 취약성을 판단하기에는 어렵다고 보인다. 우리나라의 경우에도 미국과 마찬가지로 위협요인과 취약요인이 긍정되면 곧바로 국가안보위해 영향이 긍정될 가능성이 있다고 판단된다. 특히 취약요인에는 투자대상기업이 보유하는 기술, 생산품, 보유자산 등이 고려되는데, 이는 필연적으로 국가안보위해 영향과 관련이 있을 수밖에 없다.

결국 우리나라의 RBA도 미국과 마찬가지로 군사 영역에서 사용되는 RBA가 그대로 적용되기 때문에 심사기준의 실효성에 문제가 있으며, RBA 요소간의 관계가 불분명하다는 결론으로 이어진다.

3. 개선방안 모색

우리나라의 심사기준과 관련하여 우선 현행 체계 내에서 개선방안을 모색하자면, 심사기준이 가지는 권리 침해적 요소를 고려하여 최소한 위협요인, 취약요인, 영향요인이라도 상위입법에 포함하는 방안을 고려할 필요가 있다고 판단된다. 특히 현행 외국인투자심사기준은 행정규칙인 예규에 포함되어 있으므로, 상향입법이 필요하다.

위협요인 중 “외국인의 기술·사이버보안대책”과 취약요인 중 “투자대상기업의 기술·사이버보안대책”은 구별기준이 명확하지 않으므로 구체적인 기준을 마련하여 명확성을 제고할 필요가 있다. 취약요인에는 투자대상기업이 보유하는 기술, 생산품, 보유자산 등은 국가안보위해 영향과 관련이 있을 수밖에 없으므로 고려요소별로 세분화할 필요도 있다.

절차와 관련해서는 CFIUS는 검토와 조사 2단계로 심사를 진행하고, 국가안보위험이 적다고 판단되는 사안은 검토절차에서 종결하는바, 우리나라도 사안에 따라 간소화된 절차를 규정하는 방안도 고려할 수 있다. 한편 우리나라 외국인투자심사의 경우 국가안보위해에 관한 증명책임은 행정청이 부담하는 것이 원칙이나, 증명책임의 정도나 범위 등이 불분명하므로, 증명책임에 관해서도 명확성을 제고할 필요가 있다.

규제의 비례성 측면에서도 보완이 필요하다고 평가된다. 시행령 제5조제8항과 제9항에 따르면 외국인투자심사 결과 산업통상자원부 장관이 행하는 조치는 투자 허용, 조건부 허용, 불허 결정인데, 조건부 허용이나 불허 결정에 관하여 세부기준 등이 마련되어 있지 않다. 게다가 조건부 허용 결정의 경우에도 시행령에서는 특정사업의 분리매각이나 보안유지 준수만 예시하고 있어 미국 RBA에서 중요하게 다루어지는 ‘완화조치’ 부분이 미비되어 있다. RBA 결과 국가안보위험이 인정되더라도 위험을 완화할 수 있는 수단이 있으면 침해의 최소성 원칙에 따라 투자불허 결정보다는 위험을 완화할 수 있는 수단부터 적용하도록 해야 투자자유화 원칙과 국가안보 사이의 균형을 찾을 수 있을 것이다. 기업들이 적용하는데 무리가 없는 수준의 내부 보안절차 강화나 내부정보 접근권한 제한 등의 방안은 우리나라 완화조치로서 참고할 수 있을 것이다. 다만 미국

과 같이 외국인이 해당기업에 방문할 경우 정부의 사전 승인을 얻도록 하거나 지배구조 변경 시에 정부에 사전 통지하도록 하는 조치 등은 기업 활동의 자유를 침해할 가능성이 있어 현행과 같이 예규 방식으로 규정할 수는 없을 것으로 판단된다. 결국 입법론으로 우리나라 외국인투자심사 법령에 완화조치 관련 조항을 포함하여야 하고, 그에 따라 외국인투자심사대상이 되는 기업에 대해서는 정부가 부과할 수 있는 조치를 유형화하여 규정할 필요가 있다고 할 것이다.

우리나라 RBA는 미국의 RBA를 사실상 그대로 받아들인 것으로 평가된다. 그러나 미국의 RBA는 과거의 국가안보 개념이 적용되는 군사상의 국가안보평가에 따른 방법론을 채용하였고, 이와 같은 군사상 국가안보평가는 기본적으로 ‘예외’적인 안보위기 상황에서의 적용을 가정한다고 할 것이다. 군사상의 국가안보평가에서 ‘위협’ 요소와 ‘취약성’ 요소는 사전에 결정되어 있더라도 국방전략의 본질에 어긋나는 것이 아니다. 전쟁 등의 상황을 가정할 때 ‘위협’ 요소는 적대국가나 테러단체 등이고, ‘취약성’ 요소는 국가적으로 중요한 시설물 등일 것인바, 이러한 요소는 전쟁 등의 상황에 따라 변경되는 성질의 것이 아니기 때문이다.

그러나 외국인투자심사에서 ‘위협’ 요소가 사실상 결정되어 있다고 보는 것은 외국인투자자에 관해 수출통제 등의 제재에서 활용하는 일종의 블랙리스트 기업이나 투자자 목록을 지정하겠다는 논리이다. ‘취약성’ 요소 또한 사전에 정해진 것으로 본다면 외국인투자의 대상이 될 수 없는 기업 목록을 사전적으로 지정하겠다는 논리와 다를 바 없다. 바로 이 지점에서 국제법 측면에서 기존의 국가안보 법리가 적용됨으로써 발생하는 문제가 국내법상 심사기준에서도 동일하게 발생한다고 할 것이다. 국내법에서도 기존의 국가안보 법리가 그대로 적용되어 형성된 RBA가 성질이 다른 외국인투자심사에 적용됨으로써 혼란이 발생하는 것이다.

따라서 외국인투자심사의 본질에 부합하도록 새로운 심사기준에 따라 외국인투자심사의 국가안보평가가 이루어져야 할 필요가 있다. 현재와 같은 RBA는 요소 간의 관계가 불명확하고, 결과 예측도 불가능하므로 외국인투자심사의 타당한 심사기준으로 보기는 어렵다고 할 것이다.

제5장 우리나라 국가안보평가의 법체계적 문제

제1절 우리나라 외국인투자심사 법제화 평가

1. 논의의 필요성

외국인투자심사는 국제법 차원에서는 기존의 국가안보 법리, 국내법 차원에서는 기존 군사상의 RBA가 적용되어 외국인투자심사의 특수성이 제대로 반영되지 못하는 문제가 있다. 이와 같은 문제는 우리나라 외국인투자촉진법령의 체계에서도 동일하게 발생한다.

우리나라 외국인투자심사의 법체계적인 문제는 2008년 「외국인투자촉진법 시행령」의 입법에 대한 평가에서부터 시작할 필요가 있다. 외국인투자심사는 「외국인투자촉진법」 제4조제2항제1호 “국가의 안전 유지”에 지장을 초래하는 경우 시행령 제5조제1항제2호에 따라 이루어지는데, “국가의 안전 유지”는 1984년 「외자도입법」에 포함되어 있던 “외자의 도입기준” 문구가 1998년 「외국인투자촉진법」 제정되면서 “외국인투자제한사유”로 표제만 변경된 채 그대로 유지된 것이었다. 그런데 정부는 2008년 외국인투자심사를 법제화하면서 외국인투자심사 도입은 국제협약 위반 가능성이 있으므로 「외국인투자촉진법」을 개정하는 대신 시행령으로 하향입법을 해야 한다는 것으로 요약할 수 있다.

이 장에서는 우리나라 외국인투자심사 법제화를 평가함으로써 법체계적인 문제를 규명하고, 이것이 국내법상의 ‘국가안보’와 ‘외국인투자’라는 기존의 용어와 관련 법리를 차용함으로써 생긴 문제라는 점을 논증하고자 한다. 즉, 외국인투자심사로 보호하고자 하는 국가안보 등의 특수성이 고려되지 못한 채, 종래부터 투자자유화의 관점에서 ‘국가안보’와 ‘외국인투자’라는 용어를 사용하며 발전해가고 있는 외국인투자촉진법령 체계 내에 그대로 이식되었다는 점으로부터 법체계적 정합성의 문제가 발생한다는 점을 검토한다.

2. 법체계적 정합성의 분석

우선 우리나라 외국인투자심사가 「외국인투자촉진법 시행령」으로 법제화된 것의 법체계적인 정합성 측면을 검토할 필요가 있다.

정부는 당시 한·미 FTA 협상⁴⁸¹⁾에 따른 부담 등으로 「외국인투자촉진법」을 개정하는 대신, 법적 부담을 최소화할 수 있을 것으로 판단하여 시행령으로 입법을 추진한 것으로 보인다. 정부의 검토기록에 따르면 “국가안보와 관련해 정부 내의 심의절차 마련 등 순수한 의미의 절차적 규정 도입은 국제협약 위배로 보기 어려움”이라고 언급되어, 시행령에 절차 규정만 신설하면 국제협약 위반 문제는 해소될 수 있다는 입장에서 검토한 것으로 나타난다.⁴⁸²⁾ 그러나 시행령으로 포함된 외국인투자심사는 순수한 절차 규정에만 해당된다고는 볼 수 없다. 2008년 시행령 이전까지 국가안보를 이유로 외국인투자를 제한하는 조치는 없었고, 시행령상의 1)부터 5)까지 문언을 통해 국가안보 상황이 구체적으로 추가되어 규정되었기 때문에 규제가 신설된 것에 해당하기 때문이다.

국회의 동의를 얻어 체결한 BIT·FTA 협정문은 헌법 제6조제1항에 따라 ‘법률’로서의 효력이 있다고 할 것이다.⁴⁸³⁾ 한·일 BIT(제16조)는 국가안보의 범위를 ①전쟁, 무력충돌, 체약당사자 내 또는 국제관계상 긴급상황이 발생하는 경우, ②무기 확산방지에 관한 국내정책이나 국제협약 이행과 관련되는 경우로 규정하였다. 한·칠레 FTA(제20.2조)는 국가안보의 범위를 ①군수품 관련조치, ②전시 기타 국제관계의 긴급상황, ③

481) 한·미 FTA 협상타결은 2007년 4월 2일에 이루어졌고, 2007년 6월 30일 서명되었으나, 3년 5개월간 비준·발효를 위한 기반이 없었다가 2010년 12월 3일 추가협상이 타결되어 미국은 2011년 10월 21일 당시 오바마 대통령이 한·미 FTA 이행법안에 서명하고, 한국은 2011년 11월 22일 국회의 동의를 받아 2012년 3월 15일 조약 제2081호로 발효되었다.

482) 국가안보 관련 외국인투자규제법안 검토자료 (각주 156), p.119 참조.

483) 정인섭, “조약의 국내법적 효력에 관한 한국 관례와 학설의 검토”, 서울국제법연구 제22권 제1호, 서울국제법연구원 (2015), pp.33-37 참조. 한·일 BIT는 2002.10.30. 국회의 동의를 받아 조약 제1614호로 발효되었고, 한·칠레 FTA는 2004.2.16. 국회의 동의를 받아 조약 제1665호로 발효되었다.

핵물질 관련조치로 규정하였다. 즉, 국내법적인 지위가 ‘법률’인 한·일 BIT와 한·칠레 FTA는 국가안보 상황을 전시 등의 긴급상황, 군수품 관련이나 핵물질과 관련된 상황으로 규정하고 있다. 그런데 시행령이 규정하는 국가안보 관련 상황은 전시 등의 긴급상황이 아닌, 통상적이고 일상적인 거래에 해당하는 외국인투자가 방위산업물자 생산에 지장을 주거나 군사목적으로 전용될 가능성이 높은 경우 등으로 규정되어 있다. 그렇다면 일본과 칠레에 대해 적용되는 경우, 시행령은 상위법인 법률에서 정한 위임범위를 일탈한 위법이 있다고 평가하여야 한다.

결국 정부의 논리처럼 ‘시행령’으로 입법한다고 하여 국제협약 위반 가능성이라는 하자가 치유되거나 없어지는 것은 아니라고 보아야 한다. 게다가 정부는 외국인투자심사가 국제협약 위배라는 전제 하에서 이와 같이 검토하고 있는데, 정부의 입장에 따라 외국인투자심사 도입 자체가 국제협약 위배라면, 비록 절차만 규정하더라도 기존에 없던 심의절차를 신설하는 자체로 국제협약에 위배되는 것으로 판단하여야 논리적으로 일관된다고 할 것이다.⁴⁸⁴⁾ 따라서 정부가 법률 개정 대신 시행령으로 하향 입법을 추진한 이유에는 설득력이 있다고 보기 어렵다. 당시 정부의 논거인 국제협약 위반 가능성에 대해서는 뒤에서 상세히 검토한다.

다음으로 시행령이 법률 위임의 한계를 준수하고 있는지 검토할 필요가 있다. 법률이 특정 사안과 관련하여 시행령에 위임을 한 경우 시행령이 위임의 한계를 준수하고 있는지를 판단할 때는 법률의 입법 목적과 규정 내용, 규정의 체계, 다른 규정과의 관계 등을 종합적으로 살펴야 하는바, 법률 위임 규정 자체가 그 의미 내용을 정확하게 알 수 있는 용어를 사용하여 위임의 한계를 분명히 하고 있는데도 시행령이 그 문언적 의미의 한계를 벗어났다든지, 위임 규정에서 사용하고 있는 용어의 의미를 넘어 그 범위를 확장하거나 축소함으로써 위임 내용을 구체화하는 단계를 벗어나 새로운 입법을 한 것으로 평가할 수 있다면 위임의 한계를 일탈한 것으로서 허용되지 않는다고 할 것이다.⁴⁸⁵⁾ 「외국인투자촉진

484) 국가안보 관련 외국인투자규제법안 검토자료 (각주 156), p.119 참조.

485) 대법원 2012. 12. 20. 선고 2011두30878 전원합의체 판결 참조.

법」 제4조제2항제1호에서는 “국가의 안전에 지장을 주는 경우” 외국인투자를 제한할 수 있도록 되어 있고, 제3항은 “제2항 각호의 어느 하나에 해당하여 외국인투자가 제한되는 업종과 제한내용”은 대통령령으로 정하도록 규정하였다. 즉, 법률 문언에서는 국가의 안전에 지장을 주는 경우 외국인투자가 제한되는 업종과 제한내용을 대통령령으로 정하도록 위임하였는바, 시행령은 국가안보위해에 해당할 수 있는 외국인투자에 관한 심사를 규정하고 있다. 생각건대, 법률에서 위임하고 있는 사항은 외국인투자가 제한되는 업종과 제한내용을 대통령령으로 규정함으로써 외국인에게 사전에 외국인투자제한 사항을 알리는 것으로 볼 수 있다. 이에 따라 시행령 제5조제1항제1호에 규정된 제한업종의 경우 제한되는 구체적인 업종과 외국인의 투자허용비율, 허용시기 등을 규정하고 있다. 물론 제한업종의 경우에도 법률상 위임 범위를 일탈했다는 점에서 법체계적인 문제가 있다. 그러나 외국인투자심사는 제한업종의 규정 형식과도 다르게 규정되어 있고, 법률의 내용을 구체화한 것으로 해석하기 어렵다. 시행령은 국가의 안전에 지장을 주는 외국인투자의 구체적인 업종에 대해서는 규정하지 않은 채 외국인투자심사대상과 절차를 규정하고 있는바, 이를 외국인투자의 제한업종과 제한내용이 규정된 것으로 해석하기도 어렵다. 이러한 점에서 시행령은 법률 위임의 한계를 일탈한 것으로 평가할 수 있다.

한편, 법체계적인 관점에서 미국 등의 외국인투자심사에서는 외국인의 지배관계를 실질적으로 고려하는 것과 대비하여 우리나라의 경우에는 사실상의 지배관계를 포괄하지 못하고 직접적인 외국인투자에만 적용된다는 점, 국내기업의 주식을 취득해야만 경영상 지배권을 인정하는 점 등 제한적으로만 적용되도록 구성된 점도 문제점으로 지적할 수 있는바 이에 대해서는 제2절에서 검토한다.

우선 아래에서는 2008년 외국인투자심사 법제화 당시 정부의 논거를 중심으로 타당성 여부를 검토한다. 정부의 주된 논거는 법률에 외국인투자심사를 포함하게 되면 우리나라가 체결한 국제협약을 위반할 가능성이 있다는 것이었다.

3. 국제협약 위반 가능성의 분석

2008년 시행령 입법과정에서 작성된 외국인투자규제법안 검토자료에 따르면 정부는 외국인투자심사가 OECD 자유화규약, BIT·FTA 위반 소지가 있다는 이유로 반대하였다.⁴⁸⁶⁾ 정부는 국가안보에 따른 외국인투자 규제는 일반적으로 인정되는 국가의 권리이므로, 국가안보 관련 신규 규제절차나 제도 도입 자체에 관해서는 국제협약 위배 문제를 논할 수 없다고 하면서도, FTA 등 국제협약에서 정한 국가안보 범위를 넘어서는 경우 협약상의 현상동결원칙(standstill)에 위배될 우려가 있다고 검토하였다.⁴⁸⁷⁾ 그러면서 정부는 국제관습법에서 인정하는 국가안보 범위에 관해 ①국가존속에 대한 위협, ②위협이 당사국이 초래한 것이 아닐 것, ③위협의 급박성 및 치명성이 존재해야 한다고 검토하면서, 국제투자분쟁 센터(ICSID) *LG&E v. Argentina* 사건을 예시하고 있다.⁴⁸⁸⁾

다음으로, 정부는 OECD 자유화규약과 기 체결한 FTA 등 국제협약에서 약속한 사항을 감안하여 외국인투자제한업종(28개)을 운영하고 있는바, 추가적인 외국인투자제한조치 도입은 규약상의 현상동결원칙(standstill) 위배에 해당할 소지가 있다고 검토하였다. 또한, 한·일 BIT(제16조), 한·칠레 FTA(제20.2조)는 국가안보의 범위를 ‘전쟁 등 긴급상황, 무기확산’ 등으로 매우 제한적으로 인정하고 있으므로, 국가안보를 명문으로 하는 투자제한은 국제협약을 위배할 우려가 있다고 검토하고 있다. 아래에서는 차례대로 당시 정부 주장의 타당성을 검토한다.

1) OECD 자유화규약 위반 가능성

OECD 자유화규약 위반 가능성 문제를 검토하기 위해서는 선결적으로 OECD 자유화규약의 법적 성격부터 검토할 필요가 있다.

486) 국가안보 관련 외국인투자규제법안 검토자료 (각주 162), pp.63-64 참조.

487) Ibid, p.63.

488) *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability (2006.10.3.).

우리나라는 OECD에 가입하면서 ‘경제협력개발기구에 관한 협약 (Convention on the Organization for Economic Cooperation and Development(OECD), 이하 ‘OECD 협약’이라 한다)’에 서명했고, OECD 협약은 1996년 12월 12일 조약 제1358호로 발효하였다. OECD 협약에는 ‘대한민국에 대한 OECD에 관한 협약가입 초청협정’이 첨부되어 있고, ‘대한민국의 OECD 회원국 의무수락에 관한 대한민국 정부의 선언문’(1996.10.9.)은 자유화규약 중 비거주자에 의한 국내 직접투자로서, 보통작물생산업, 육우사육업, 금융기관 및 보험회사 설립, 항공운송업, 통신관련업 등을 유보하였다.⁴⁸⁹⁾ OECD 자유화규약은 우리나라의 OECD 가입에 따른 조약의 일부를 구성하고, OECD 회원국 간에는 구속력(legally binding)이 발생하는 것으로 볼 것이다.⁴⁹⁰⁾

우리나라가 자유화규약에 유보한 부분은 「외국인투자촉진법 시행령」 제5조제1항제1호 전단 “OECD 협약 중 대한민국에 대한 OECD 협약가입 초청협정 부속서1(자본이동자유화규약에 대한 유보)의 직접투자 부문에서 비거주자에 의한 국내 직접투자의 유보내용”으로 표현되었다.⁴⁹¹⁾ 그런데 유보와 관련하여 자유화규약은 자유화 조치가 채택되면 예외적인 상황에서 일시적인 철회만 인정될 뿐 자유화 조치의 후퇴를 인정하지 않는 현상동결(standstill)을 적용하도록 규정하고 있다.⁴⁹²⁾ 그렇

489) 부속서 1(자본이동자유화규약에 대한 유보) 참조.

490) 자유화규약 위반의 경우 회원국은 제16조에 따라 OECD에 이의신청을 할 수 있고, OECD는 해당국에 대해 위반조치의 제거나 변경 등과 관련하여 적절한 제안을 할 수 있는바, 규약 위반에 따른 분쟁해결절차나 보복조치 등에 관한 규정이 없어 규범으로서의 실효성에는 한계가 있다.

491) OECD 자유화규약과 관련하여 일본국제경제법학회편, 전게서, pp.313-326; 도시환, “국제자본이동의 법적 문제점과 규제방안”, 국제법학회논문집 제48권 제1호, 대한국제법학회 (2003); 박경명, “OECD 가입 시 자본이동화 규약에 대한 우리의 대응책”, 경영논총 제16호, 동아대학교 경영문제연구소 (1995); 왕윤중, “OECD 투자규범에 관한 일고찰 - 자본이동자유화규약과 내국민대우 규정을 중심으로”, 통상법률 제6호, 법무부 국제법무과 (1995); “OECD 투자규범과 한국의 외국인직접투자제도”, 정책연구 95-08, 대외경제정책연구원 (1995.12.) 참조.

492) 현상동결(standstill)은 1988년 11월 OECD 국제투자위원회(Committee on International Investment and Multinational Enterprises)에서 합의한 원칙으로, 회원국들은 새로운 규제를 신설해서는 안 되고, 유보는 축소되거나 폐지

다면 외국인투자심사가 도입되면 자유화규약상의 현상동결에 위배되는 것으로 보아야 하는가? 투자 자유화 과정에서 자유화되지 않고 유보되어 있는 분야에서 외국인투자가 제한된다는 것과, 투자 자유화가 이미 이루어진 분야에서 국가안보를 이유로 외국인투자를 제한한다는 것을 동일하다고 볼 수 없다. 현상동결 원칙 위반은 투자 자유화 조치를 후퇴시키는 것으로서 외국인에 대한 투자 지분을 제한 등을 새로이 부과하는 것을 의미하는 것이므로, 국가안보를 이유로 심사를 하여 제한하는 것과는 다른 논의라고 보는 것이 타당하다.

자유화규약이 유보와 관련된 근거로서 제2조(Measures of liberalisation)를 규정하고, 국가안보와 관련된 조치는 제3조(Public order and security)로 구분하여 규정한 점도 외국인투자심사 도입이 현상동결 위배가 아니라는 논거가 된다. 게다가 제3조는 필수적 안보이익의 보호는 자기판단(self-judgment) 하에 조치를 취하도록 되어 있고, OECD는 회원국들이 제3조에 따라 안보예외를 원용하는 것보다 제2조에 따라 유보하는 것이 바람직하다는 입장이라는 점을 고려하면 제2조 유보에는 현상동결이 적용되나, 제3조에는 현상동결이 적용되지 않는다고 보아야 한다.⁴⁹³⁾ 따라서 외국인투자심사를 우리나라 법제에 도입하더라도 자유화 규약 위반은 아니라고 판단하는 것이 타당하다.

될 뿐 추가해서는 안 된다는 것이다. 만일 국가가 규제를 철폐하면 다시 규제를 도입할 수 없는바, 이를 ‘현상동결 의무’(standstill obligation)라 한다.

493) OECD, *Codes of Liberalisation User's Guide* (2021), pp.33-34는 자유화 규약 제3조는 회원국에게 자유화규약 유보로 포함되지 않은 영역에서의 공공 질서나 국가안보를 위한 규제를 허용하는 것으로 설명하면서, OECD는 국가안보를 이유로 규제를 도입할 경우 자유화규약 자체가 적용되지 않는 제3조 보다는 유보하는 방식이 바람직하다고 설명하고 있다. 즉, OECD는 국가안보 관련조치를 취하는 국가들이 제3조보다 제2조 유보에 근거하는 것이 바람직하다는 입장으로, 제2조의 유보가 투명성과 향후 자유화의 가능성 측면에서 자유화규약의 정신에 부합한다고 본다.

2) 국제관습법상 인정되는 국가안보의 한계 위반 여부

외국인투자심사가 「외국인투자촉진법 시행령」을 개정하는 방향으로 추진될 당시 정부는 “FTA 등 국제협약에서 정한 한계 및 국제관습법에서 인정하는 국가안보 범위를 넘어서는 조치의 경우 규약상의 현상동결 원칙(standstill)에 위배될 우려가 있다”고 하면서, 국제관습법 부분에 ‘특정사안이 협약 예외인 국가안보 문제가 되기 위해서는 “①국가존속에 대한 위협, ②위협이 당사국이 초래한 것이 아닐 것, ③위협의 급박성 및 치명성이 존재하여야 함(ICSID, *LG&E v. Argentina*, 2006.10.3.)”이라고 명시하였다.⁴⁹⁴⁾

정부가 언급하고 있는 *LG&E* 사건의 판시는 중재판정부가 아르헨티나의 조치가 국가책임법상 위법성 조각사유에 해당하는지 여부를 검토할 때 등장한다.⁴⁹⁵⁾ 재판부는 아르헨티나의 조치가 미국·아르헨티나 BIT 제11조⁴⁹⁶⁾에 따른 조치로서 국가책임에서 면제된다고 검토하고, ILC 국가책임 초안도 마찬가지로 하면서 긴급피난(necessity)을 언급하였다. 즉, 긴급피난을 원용하기 위해서는 ①국가의 존속에 대한 위협이 있고, ②그 위협은 당사국이 초래한 것이 아니어야 하며, ③중대하고 절박한 위협이어서, 다른 수단으로는 회피할 수 없어야 한다는 것이다.⁴⁹⁷⁾ 당시 정부 보고서가 언급하고 있는 “국제관습법에서 인정하는 국가안보 범위”로서의 ①국가존속에 대한 위협, ②위협이 당사국이 초래한 것이 아닐 것, ③위협의 급박성 및 치명성은 2001년 ILC 국가책임 초안상의 긴급피

494) 국가안보 관련 외국인투자규제법안 검토자료 (각주 162), p.63.

495) *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability (2006.10.3.), para.245 이하 참조.

496) 미국·아르헨티나 BIT의 제11조 규정례는 다음과 같다.

“This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the Protection of its own essential security interests.”

497) 위 ICSID 판정문 para.247 참조.

난의 요건일 뿐, 국제관습법이 인정하는 국가안보의 범위라고 볼 수는 없다. 오히려 *LG&E* 사건의 중재판정부는 필수적 이익에는 경제적, 재정적인 이익도 포함된다는 입장이었다.⁴⁹⁸⁾ 중재판정부는 아르헨티나가 처한 상황은 아르헨티나 자체의 존속뿐만 아니라 정치적, 경제적 생존, 그리고 필수 서비스의 유지 및 평화 유지 가능성에 매우 심각한 위협이라고 판단하면서, 그러한 상황에서는 경제회복을 위한 조치만이 유일한 수단이었다고 판단하였다.⁴⁹⁹⁾ 결론적으로 *LG&E* 사건에서 중재판정부는 필수적 안보이익의 항변을 인용한 것이었다.

그런데 아르헨티나가 2000년대 초반 취했던 조치들은 *CMS* 사건⁵⁰⁰⁾, *Enron* 사건,⁵⁰¹⁾ *Sempra* 사건⁵⁰²⁾ 등에서도 다루어졌고, 이들 사건에서의 중재판정부는 필수적 안보예외를 원용할 수 없다고 판시하였다. 반면, *Continental Casualty* 사건에서 중재판정부는 *LG&E* 사건과 마찬가지로 필수적 안보예외를 원용할 수 있다고 판시하였다.⁵⁰³⁾ ICSID 재판부는 아르헨티나가 동일한 시기에 취했던 조치를 두고 다른 해석을 하고 있는

498) Ibid, para.251, 257. 한편, LG&E측은 필수적 안보이익은 오로지 국방상의 안보이익만 의미할 뿐, 경제적 이익은 포함되지 않는다고 주장하였다 (para.222). 중재판정부는 Crawford도 교수도 ILC 국가책임 초안에서 필수적 이익(essential interest)은 반드시 국가의 '존속'에 대한 이익만을 의미하는 것은 아니고, 해당 조치를 원용하는 국가의 특별한 사정이 고려되어야 하는 것으로 검토하였다고 언급하였다.

499) Ibid, para.257 참조.

500) *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award (2005.5.12.), para.355에서 중재판정부는 아르헨티나의 경제위기는 심각했으나, 경제 및 사회 전반을 붕괴시킬 정도는 아니라고 판단하였다.

501) *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award (2007.5.22.), para.306에서 중재판정부는 아르헨티나의 위기 상황은 심각했고, 기업들이 통상적인 활동을 하지 못했으리라는 점에는 의문이 없지만, 그러한 상황이 국가의 존속과 독립성을 훼손하여 필수적 안보이익과 관련된 것으로는 인정하기 어렵다고 판단하였다.

502) *Sempra Energy International v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award (2007.9.28.), para.348에서 중재판정부는 *Enron* 사건의 중재판정부 para.306과 동일하게 필수적 안보이익과 관련되는 것으로는 인정하기 어렵다고 판단하였다.

503) *Continental Casualty Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award (2008.9.5.), para.180 참조.

것이다.⁵⁰⁴⁾

다음으로 국가안보 범위에 대한 국제관습법이 있는가를 검토할 필요가 있다.⁵⁰⁵⁾ 이는 국가안보를 위한 조치를 어느 범위까지 행사할 수 있는지와 관련된 국제관습법이 있는지에 관한 문제일 것이다. ILC 국가책임 초안은 국제관습법의 증거로 원용되는데, ILC 국가책임 초안에서 긴급피난의 요건은 ‘중대하고도 절박한 위험’에 대항하여 ‘본질적 이익’을 수호하기 위한 ‘유일한 방법’이어야 하고, 피해국가 또는 국제공동체 전체의 ‘본질적’ 이익이 문제의 피난행위로 ‘중대한’ 침해를 받지 않아야 한다고 규정되어 있다.⁵⁰⁶⁾ 이는 긴급피난의 정당성이 인정되기 위해서는

504) *Sempra* 사건은 2010년 6월 29일 특별위원회에서 원 중재판정부가 BIT 안보예외조항을 심리하지 않은 것은 권한을 유월했다는 이유로 취소되었다. 특별위원회는 긴급피난이 모든 상황에서 동일하게 해석되고 적용되는 것은 아니고, 국가들이 이와 다른 협정을 체결한다고 할지라도 국제법이 파편화되는 것도 아니라고 판시하였다. 또한 강행규범(jus cogens)은 당사국들이 BIT를 체결할 때 긴급피난의 항변을 포기할 것을 요구하지 않고, 당사국들이 체결하는 문구가 정치적 또는 경제적으로 현명하지 않더라도 불법이 되는 것도 아니라고 판시하였다. 이는 BIT 안보예외조항과 ILC 국가책임 초안은 규율하는 상황이 다르고, 아르헨티나가 칼보 독트린을 포기하고 미국과 BIT에서 안보예외를 규정한 이상, BIT 조항이 모호함에도 불구하고 안보예외조항에 따른 조치는 불법은 아니라는 취지이다. *Sempra Energy International v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/16, Annulment Proceeding (2010.6.29.) para.202 참조. Kurtz, Jurgen, “Adjudging the Exceptional at International Investment Law: Security, Public Order and Financial Crisis”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.59, No.2 (2010); 김보연, “국제투자협정의 예외조항 연구: 규제 권한과의 균형을 위한 예외조항 모색”, 박사학위 논문, 서울대학교 (2018), pp.152-172 등 참조.

505) 국제관습법과 관련하여 Identification of customary international law, Resolution adopted by the General Assembly (A/73/556) (2018.12.20.)에 따르면 국제관습법이 되기 위해서는 관행의 존재와 법적 확신이 필요한바, 국제투자분야에서 국제관습법으로 형성된 국가안보 조치가 있는지는 의문이다. 2000년대 초반 아르헨티나가 경제위기 상황에서 취한 조치에 관해 ICSID 중재판정부별로 다른 판정이 내려진 것은 외국인투자에서 국가의 조치에 관해 보편적 관행의 존재와 법적 확신이 확립되었다고는 보기 어렵다는 점을 보여 준다.

506) Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001), United Nations (2008), Article 25 Necessity, p.80.

중첩적인 요건이 모두 충족되어야 한다는 의미로서, 투자보장협정상의 국가안보 예외가 향유하는 자기판단과는 거리가 있다.⁵⁰⁷⁾ 다만, 국가안보를 위한 조치를 할 경우, 무력사용 금지, 국내문제 불간섭의 원칙, 신의성실 원칙 등 국제법의 기본원칙을 준수해야 한다는 점에는 의문이 없다.

결국 개정안과 관련하여 정부가 “FTA 등 국제협약에서 정한 한계 및 국제관습법에서 인정하는 국가안보 범위를 넘어서는 조치의 경우 규약상의 현상동결원칙(standstill)에 위배될 우려”라고 언급한 부분은 ILC 국가책임 초안상 긴급피난 요건과 BIT·FTA 등에서의 현상동결원칙을 구별하지 않고 사용한데서 온 오류라고 판단된다.

3) BIT·FTA 위반 가능성

다음으로 정부의 중요한 논거 중의 하나였던 BIT·FTA 위반 가능성을 검토한다. 정부는 국가안보를 명분으로 기간산업에 대한 외국인투자를 제한할 경우 한·칠레 FTA 및 한·미 FTA 위반에 해당된다고 분석하고 있다. 정부는 위반의 근거에 관해서는 특정사안이 국가안보 문제가 되기 위해서는 국가존속에 대한 위협과 이의 급박성, 치명성이 존재해야 한다는 ICSID 판시를 인용하고 있다.⁵⁰⁸⁾ 정부는 한·칠레 FTA와 한·미 FTA에 따라 중재패널이 판정할 수 있고(한·칠레 FTA 제19.6조, 제19.10조, 제19.13조; 한·미 FTA 제22.9조 내지 제22.11조), 패널판정 불이행 시 FTA 협정에 따른 혜택의 정지, 피해규모에 상응하는 금전적 보상으로 해결된다고 설명하였다(한·칠레 제19.15조, 한·미 제22.13조).

또한 우리정부의 투자제한조치가 국가안보를 자의적으로 해석한 것이고, 그에 따라 손해를 입었다고 생각하는 투자자는 투자분쟁을 제기할 수 있으며(한·칠레 제10.22조; 한·미 제11.16조), 중재판정은 분쟁 당사

507) 이재민, 전계논문 (각주 308), pp.129-130.

508) 산업통상자원부 기록관 기록물철 “외국인투자 규제법안 검토의견”(2007.6월, 투자정책팀) 예상질의·답변자료는 *Enron v. Argentina* 사건을 인용하고 있다.

자 및 양 당사국에 구속적 효력이 있다는 점을 설명하고 있다(한·칠레 제10.40조, 한·미 제11.26조). 다만, 투자제한이라는 사전적인 행위 제한으로 인한 손해를 투자자가 입증하기는 쉽지 않을 것이므로, 추가적인 투자제한조치는 투자자가 제기하는 투자분쟁보다는 체결 당사국이 제기하는 협정위반 문제가 될 가능성이 높다고 분석하였다.

그러나 한·칠레 FTA에서 안보예외가 협의로 규정된 것과는 달리, 한·미 FTA는 완전한 자기판단이 적용되는 안보예외조항이 포함되어 있었고, 당시 미국에서의 국가안보 개념이 군사상 안보개념에 한정된다고 보기 어려웠다는 점을 고려할 필요가 있다. CFIUS는 이미 2005년 Unocal 사건과 Dubai Ports World 사건을 통해 핵심 인프라 등 국가기 간산업에 대하여도 ‘국가안보’의 범위에 포함시키는 광의의 국가안보 해석론을 채용하고 있었기 때문이다.

한편, 시행령 입법 당시의 검토자료를 보면 의원입법안에 관해 외국인투자가의 부정적 인식 확산으로 외국인투자 유치에 곤란하다고 검토하면서, “비준을 앞두고 있는 한미 FTA에 부담으로 작용할 우려”를 언급하고 있다.⁵⁰⁹⁾ 이 자료에서는 한미 FTA 협상과정에서 투자자유화는 미국의 최우선 관심사항의 하나로 미국은 강경한 입장을 고수하고 있다는 내용이 포함되어 있다. 이는 당시 발의되었던 외국인투자촉진법 개정안에 대하여 미국기업들의 반대가 있었음을 추측케 한다. 결국, 당시 정부는 외국인투자심사를 도입하면 한·미 FTA 위반 가능성은 적으나, 미국 기업들의 반발이 우려되고, 한·칠레 FTA 등 여타 FTA 위반 가능성 등을 종합적으로 고려하여 실체 조항 대신 절차 조항 중심으로 입법하는 타협안을 마련한 것으로 보인다. 다만 이에 대해서는 앞에서 살핀 바와 같이 법체계적인 정합성에는 배치된다고 할 것이다.

509) 국가안보 관련 외국인투자규제법안 검토자료 (각주 162), p.59 참조.

4. 외국인투자제한업종과의 관계

1) 문제점

「외국인투자촉진법」 제4조제3항은 “제2항 각 호의 어느 하나에 해당하여 외국인투자가 제한되는 업종과 제한 내용은 대통령령으로 정한다.” 라고 하면서, 개별적인 사유로 ①국가의 안전과 공공질서의 유지에 지장을 주는 경우, ②국민의 보건위생 또는 환경보전에 해를 끼치거나 미풍양속에 현저히 어긋나는 경우, ③대한민국의 법령을 위반하는 경우로 규정하였다.

그런데 「외국인투자촉진법 시행령」 제5조(외국인투자제한업종 등)제1항의 문언은 “법 제4조제3항에 따라 외국인투자가 제한되는 업종과 제한 내용은 다음 각 호와 같다.”라고 되어 있고, 제1호에는 제한업종, 제2호는 외국인투자심사를 규정하고 있다. 외국인투자심사의 근거는 「외국인투자촉진법」에서 외국인투자가 제한되는 근거로 제시한 ①국가의 안전·공공질서, ②보건위생·환경보전·미풍양속, ③국내법령 위반이라는 사유 중에서 ‘국가의 안전’으로 파악된다. 그렇다면 외국인투자심사 바로 앞에 규정된 ‘제한업종’의 근거는 무엇인지를 규명할 필요가 있다. 이는 앞에서 살펴본 우리나라 외국인투자심사의 입법과정과 연결되는바, 법적으로 다른 의미를 가지는 ‘제한업종’이 외국인투자심사 바로 앞에 배치되어 법체계적인 문제를 야기하는 것으로 보이기 때문이다.

2) 제한업종의 개념

「외국인투자촉진법 시행령」 제5조제1항제1호에서 규정하고 있는 ‘제한업종’은 「경제협력개발기구에 관한 협약」 중 대한민국에 대한 경제협력개발기구에 관한 협약가입 초청협정 부속서 1(「자본이동자유화규약」에 대한 유보)의 직접투자 부문에서 비거주자에 의한 국내 직접투자의 유보내용과 양자간 또는 다자간 투자에 관한 협약의 부속서에 규정하

는 유보내용의 범위를 고려하여 산업통상자원부장관이 주무부장관과 협의하여 고시한 것인데, 투자 자유화 과정에서 자유화를 하지 않고 유보한 업종이다.

산업통상자원부는 「외국인투자에 관한 규정」에서 ‘제외업종’과 ‘제한업종’을 구분하는데, 외국인투자의 대상이 되지 않는 업종인 행정기관, 입법기관, 사법기관 등은 ‘제외업종’으로 별표1에 규정하고 있다.⁵¹⁰⁾ 한편, 허용기준이 있거나, 허용시기가 표시되어 있는 등의 업종은 ‘제한업종’으로 별표2에 규정하고 있다.⁵¹¹⁾ ‘제외업종’과 ‘제한업종’은 외국인투자를 전면 개방하지 않았다는 점에서 공통되고, 시행령에서는 ‘제외업종’과 ‘제한업종’을 합한 개념으로 ‘제한업종’으로 규정하고 있으므로,⁵¹²⁾ 이하에서는 ‘제외업종’과 ‘제한업종’을 합한 용어로 ‘제한업종’을 사용한다.

510) 제외업종은 우편업, 중앙은행, 개발금융기관(한국산업은행, 한국수출입은행), 개인공제업, 사업공제업, 연금업, 금융시장 관리업, 그 외 기타 금융지원 서비스업, 입법기관, 중앙 최고집행기관, 재정 및 경제정책 행정, 기타 일반공공행정, 정부기관 일반보조행정, 교육행정, 문화 및 관광행정, 환경행정, 보건 및 복지행정, 기타 사회서비스 관리 행정, 노동행정, 농림수산행정, 건설 및 운송행정, 우편 및 통신행정, 기타 산업진흥 행정, 외무 행정, 국방행정, 법원, 검찰, 교도기관, 경찰, 소방서, 기타 사법 및 공공질서 행정, 사회보장행정, 유아교육기관, 초등학교, 중학교, 일반 고등학교, 상업 및 정보산업 특성화 고등학교, 공업 특성화 고등학교, 기타 특성화 고등학교, 전문대학, 대학교, 대학원, 사회교육시설, 그 외 기타 분류 안 된 교육기관, 공연 예술가, 비공연 예술가, 산업단체, 전문가단체, 노동조합, 불교단체, 기독교 단체, 천주교 단체, 민족종교 단체, 기타 종교단체, 정치 단체, 환경운동 단체, 기타 시민운동 단체, 그 외 기타 협회 및 단체, 주한 외국공관, 기타 국제 및 외국기관이다.

511) 곡물 및 기타 식량작물 재배업, 육우사육업, 기타 기초 무기화학물질 제조업, 기타 비철금속 제련, 정련 및 합금 제조업, 원자력 발전업, 수력 발전업, 화력발전업, 태양력 발전업, 기타 발전업, 송전 및 배전업, 전기 판매업, 방사성 폐기물 수집운반 및 처리업, 육류 도매업, 내항 여객 운송업, 내항 화물 운송업, 국제항공 운송사업, 국내항공 운송사업, 소형항공 운송사업, 신문 발행업, 잡지 및 정기간행물 발행업, 라디오 방송업, 지상파 방송업, 프로그램 공급업, 유선방송업, 위성 및 기타 방송업, 유선 통신업, 무선 및 위성통신업, 그 외 기타 전기통신업, 뉴스제공업, 국내은행 등이 일정한 외국인투자비율 등에 따라 제한되고 있다.

512) 시행령 제5조 제1항제1호 가목은 “외국인투자를 허용하지 아니하거나 부분적으로 허용하는 업종(이하 “제한업종”이라 한다)“으로 규정하여, ‘제외업종’과 ‘제한업종’을 합한 개념으로 ‘제한업종’을 사용한다.

3) 제한업종의 법체계적 위치

「외국인투자촉진법 시행령」 제5조제1항의 문언 구조는 제1호 제한업종과 제2호 외국인투자심사를 병렬적으로 열거하는 형식이다. 「외국인투자촉진법 시행령」 제5조제2항이 제1항제1호에 관해 해당기업의 총매출액 중 제한업종의 매출액 비율이 100분의 1 이하인 기업에 대해서는 제1호 제한 없이 투자를 할 수 있도록 규정하고, 제5항부터 제10항까지는 제2호에만 적용하는 형식으로 규정한 점에 비추어 제1호 제한업종과 제2호 외국인투자심사는 입법취지가 완전히 다른 별개 제도라는 전제에서 입법된 것으로 판단할 수 있다.⁵¹³⁾

외국인투자 제한업종의 개념이 투자 자유화 과정에서 아직 미개방된 업종이거나 지분을 취득 등 제한을 두고 있는 업종이라는 점을 감안하면, 우리나라의 외국인투자심사는 외국인투자가 허용되어 있는 업종임에도 불구하고 국가안보에 위해 우려가 있는 경우 심의를 거쳐야하는 제한이 부가된 것으로 해석되어야 한다. 다시 말해, 외국인투자심사는 전면적 투자 자유화가 이루어진 분야를 대상으로 입법된 것으로 해석할 수 있는 바, 전면적인 투자 자유화가 이루어지지 않은 제한업종과는 개념상 구분되는 것이 타당하다.

그러나 「외국인투자촉진법」은 투자 자유화가 이루어진 분야에 대한 심사와 전면적 투자 자유화가 되지 않은 제한업종을 구분하지 않고, ‘제한’이라는 용어를 사용하여 혼란을 초래한다. 제한업종의 경우 투자가 일부 제한된다는 측면, 그리고 외국인투자심사의 경우 결과적으로 투자가 제한된다는 측면이 공통되어 하나의 조항으로 입법한 것이라고 추측되는

513) 김관호, 전계논문 (각주 35), pp.9-10은 2008년 시행령은 외국인투자에 대한 새로운 규제를 도입했다기보다는 그동안 숨겨져 있던 규제를 명확히 드러낸 것으로 평가하였다. 즉, 새로운 규제조치를 도입하거나 기존의 규제조치를 확대·강화하지 않기로 약속한 업종이나 분야에서 국가안보상의 이유로 새로운 규제를 도입하거나 기존규제를 확대·강화하고자 하는 상황이 발생하는 경우 적용되는 국제투자규범상의 국가안보 예외조항을 단지 명시적으로 규정한 것으로 보아야 한다는 것이다.

데, 이러한 규정 방식이 제한업종과 외국인투자심사를 구분하기 어렵게 만드는 요인이 된 것으로 판단된다.⁵¹⁴⁾

그렇다면 제한업종의 법체계적 위치는 무엇인가? 「외국인투자촉진법 시행령」 제5조제1항은 “법 제4조제3항에 따라 외국인투자가 제한되는 업종과 제한내용은 다음 각 호와 같다”라고 규정하였다. 그렇다면 제한업종의 법률적 근거는 「외국인투자촉진법」 제4조제3항, 그리고 다시 제4조제2항의 각 호 사유가 되어야 하는데, 제한업종이 처음 등장했던 1984년 법부터 검토할 필요가 있겠다.

‘제한업종’이라는 용어는 1984년 외국인투자 제한업종의 규제 방식이 negative system으로 전환되면서 「외국인투자 인가지침」(재무부고시 제84-10호)⁵¹⁵⁾에서 처음 등장하였다. 1984년 「외자도입법」은 외자의 도입기준(제3조)에 “국가의 안전과 공공질서의 유지에 지장을 초래하는 경우”를 명시하고, 외국인투자의 인가(제7조) 조항에서 제한업종에 관하여 대통령령이 정하는 기준에 따라 재무부장관이 주무부장관과 협의하여 고시하도록 하였다. 당시 대통령령은 제한업종을 정부의 지원을 받거나 에너지 다소비 사업, 공해 발생 사업, 사치성 및 소비성이 많은 사업, 농어민에 영향을 주는 사업, 산업정책상 일정기간 보호가 필요하다고 인정되는 초기발전단계 산업 등으로 정하고 있었고, 그에 따라 「외국인투자 인가지침」 제2조(업종구분)에서는 ‘제한업종’에 관해 “현재로는 외국인투자 허용이 제한되나 국가경제여건 변동에 따라 향후 단계적으로 개방될 업종으로 시행령 기준에 의거 선정된 공해가 많이 발생하는 사업”으로 규정하였다.

그 후 제한업종은 1993년 「외자도입법」이 개정되면서 제9조(외국인투자의 제한)에 국가 또는 공공단체등이 영위하는 공익사업(시행령은 상·하수도사업, 우편업, 철도운수업, 담배·홍삼제조업 등으로 규정), 국

514) 윤상직, 외국인투자법제 해설(개정판), 세경사 (2009), pp.54-59; 고준성, “국내외 환경변화를 반영한 외국인투자제한 업종 개선 검토 연구”, 산업연구원 (2016.3). pp.20-40 참고.

515) 대한민국 관보 제9782호 외국인투자 인가지침(재무부고시 제84-10호)(1984.7.2.). 1984년 법 관련 내용은 본 연구 제2장 제3절 우리나라의 외국인투자심사 도입과 발전 부분 참조.

민의 보건위생 및 환경보전에 해를 끼치는 사업(시행령은 환경오염을 유발하는 위해사업 등으로 규정), 미풍양속에 현저히 반하는 사업(시행령은 도박장운영영업 등으로 규정), 대통령령이 정하는 사업(시행령은 정부의 특별한 지원 사업, 에너지 다소비, 사치성 및 소비성 사업, 농어민의 생업에 영향을 주는 사업, 산업정책상 일정 기간 동안 보호가 필요하다고 인정되는 초기발전단계의 산업, 기타 신문발행업, 라디오 방송업, 곡류작물생산업 등 외국인투자의 제한이 필요하다고 인정되는 사업)으로 규정되었다.

1997년 「외국인투자및외자도입에관한법률」에서는 외국인투자의 제한범위(제9조) 조항에서 외국인투자를 허용하지 않는 업종과 허용할 수 있는 업종의 범위, 허용시기, 허용기준 등은 대통령령으로 위임하였다. 그에 따라 대통령령은 제한업종에 관하여 OECD 가입 초청 협정 부속서 1의 유보 내용에 의하되, “당해 업종의 국내에서의 발전단계 및 대내외 경제정책과의 관계 등을 참작하여 재정경제원장이 주무부 장관과 협의하여 고시”하도록 하였다. 1998년 「외국인투자촉진법」이 제정되면서 현행과 같이 법 제4조제3항상 제한이 규정되었고, 「외국인투자촉진법 시행령」은 현행 제5조제1항제1호와 같이 제한업종에 관해 OECD 가입 초청협정 부속서 1의 유보내용과 양자간 또는 다자간 투자 협약 부속서 유보내용의 범위 내에서 재정경제부 장관이 주무부 장관과 협의하여 고시하도록 규정하였다.

결국 ‘제한업종’은 투자 자유화를 하는 과정에서 정부가 정책상 필요에 따라 개방하지 않은 분야로서, 1984년에는 정부의 특별한 지원을 받거나 에너지 다소비, 공해 발생, 사치성 및 소비성, 농어민 관련 사업, 산업정책상 일정기간 보호가 필요하다고 인정되는 초기발전단계 산업 등이었다가, 1993년에는 기존의 사업에 추가하여 공익사업, 환경오염 유발사업, 도박장 운영사업뿐만 아니라 신문발행업, 라디오 방송업, 곡류작물생산업 등 외국인투자의 제한이 필요하다고 인정되는 사업까지 확대되었다는 것을 알 수 있다. 1997년 이후로는 현행 방식과 유사하게 규정되어 있는바, 이를 종합하면 제한업종은 현행법 제4조제2항상의 각 호 사유인

국가의 안전과 공공질서의 유지, 보건위생 또는 환경보전 등의 사유에 의해 제한되는 업종이 아니므로, 제4조제2항상의 각 호 사유와는 무관한 것으로 보아야 한다는 결론에 도달한다. 시행령상의 제한업종은 국내산업의 경쟁 촉진, 대외경쟁력 강화 등을 이유로 점진적으로 대외 개방해 오면서 아직 전면 개방이 되지 않고 남아있는 업종으로, 수십 년 동안의 투자 자유화에 따른 귀납적인 결과로서 이해해야 하는 것이다. 따라서 제한업종은 연역적 의미를 가지는 국가안보나 공공질서 등 각 호 사유에 따라 외국인투자가 제한되는 것으로는 볼 수 없다.

이를 종합하면 제한업종은 투자 자유화를 하는 과정에서 제반 요소를 고려하여 투자 자유화를 하지 않고 남아있는 영역인바, 현행법 제4조제2항 각 호의 어느 하나에 해당하여 외국인투자가 제한되는 업종으로 볼 수는 없다고 해석된다.

5. 소결

외국인투자심사가 법률이 아닌 시행령으로 입법되게 된 결정적 계기는 정부의 반대 때문이었다. 정부는 OECD 자유화규약, 국제관습법상 인정되는 국가안보의 한계 위반, BIT·FTA 등의 위반 가능성을 주장하였다. 그러나 앞에서 살핀 바와 같이 국가안보를 이유로 하는 외국인투자규제는 OECD 자유화규약 제3조상의 필수적 안보예외에 해당할 가능성이 있으므로 현상동결 원칙이 적용되지 않는다고 보아야 하고, 국제관습법상 인정되는 국가안보의 한계 논리 역시 ILC 국가책임 초안상 긴급피난 요건과 혼동이 있었던 것으로 보인다. 따라서 당시 정부의 반대 논리 중 자유화규약 위반 가능성과 국제관습법상 인정되는 국가안보의 한계 주장은 타당하지 않은 것으로 보아야 한다.

2003년 발효된 한·일 BIT를 포함하여 2008년 당시에 발효된 한·칠레 FTA 등의 안보예외는 모두 협의로 규정되어 있었다. 따라서 한·미 FTA의 안보예외가 광범위하게 규정된 것과는 달리 협의로 규정된 한·일 BIT나 한·칠레 FTA 등의 위반 가능성을 주장한 정부의 논리에는

타당성이 있다. 그러나 BIT·FTA 등의 위반 가능성이 인정된다는 점만으로 법률 대신 시행령 입법을 택한 것은 법률의 지위를 가지는 BIT·FTA에 위반되는 시행령을 입법한 것으로 평가되고, 시행령 문언 자체도 법률 위임의 한계를 일탈했다고 볼 수 있다.

외국인투자심사의 법률상 근거인 「외국인투자촉진법」 제4조제2항의 “국가의 안전과 공공질서의 유지에 지장을 초래하는 경우”라는 문구는 1984년 「외자도입법」에 처음 등장하였다. 1984년 법은 외자의 도입기준으로서 국가의 안전·공공질서에 지장을 초래하지 않을 것을 규정하여, 국가의 안전·공공질서에 지장을 초래하는 외자는 도입할 수 없도록 하였다. 1984년 법은 외자도입을 할 수 없는 경우 외에도 외국인투자제한업종(에너지 다소비, 공해 발생, 초기발전단계 산업 등)과 금지사업(보건위생·환경보전·미풍양속 등)을 규정했는데, 1993년 법에서 외국인투자 제한업종과 금지사업을 “외국인투자제한사업”으로 통합하였다. 그 후 1997년 법은 여전히 “국가의 안전과 공공질서의 유지에 지장을 초래하는 경우” 외자를 도입할 수 없는 사유로 규정하면서, “외국인투자제한사업”에 위치하던 “보건위생, 환경보전, 미풍양속”을 외자의 도입기준 항목으로 변경하였다. 1998년 법은 “외자의 도입기준”을 “외국인투자의 자유화”로 제목을 변경하면서 해당 사유인 ‘국가의 안전·공공질서’, ‘보건위생, 환경보전, 미풍양속’은 그대로 유지하였다.

[표 15] 외국인투자제한사유 의 변천 정리

사유	1984년 법	1993년 법	1997년 법	1998년 법
국가안보 공공질서	외자의 도입기준	외자의 도입기준	외자의 도입 기준이자 제한기준	외국인투자 제한기준
국민경제의 건전한 발전에 나쁜 영향	외자의 도입기준	외자의 도입기준	외자의 도입 기준이자 제한기준	삭제

사유	1984년 법	1993년 법	1997년 법	1998년 법
제한업종	외국인투자 인가사항 * 에너지소비, 공해발생, 초기산업 등	외국인투자 제한 (제한업종)	외자의 도입기준에 해당하는 사업은 대통령령에 위임	외국인투자 제한기준에 해당하여 외국인투자 제한업종· 제한내용은 대통령령에 위임
공익사업 (철도, 우편 등)	외국인투자 금지사업	외국인투자 제한	삭제 (개별법 제한)	-
보건위생 환경보전 미풍양속	외국인투자 금지사업 * 오염유발, 도박장 등	외국인투자 제한 * 오염유발, 도박장 등	외자의 도입 기준이자 제한기준	외국인투자 제한기준
기타 대통령령이 정하는 사업	외국인투자 금지사업 * 신문발행업, 라디오, 작물생산 등	외국인투자 제한 * 신문발행업, 라디오, 작물생산 등	삭제 * 작물생산은 국민경제의 건전한 발전 조항으로 규제	-

결국 「외국인투자촉진법」 제4조의 외국인투자의 제한사유는 기존 법률의 외자의 도입기준과 외국인 금지사업에 있었던 사유들이 투자 자유화 과정에서 통합되어 규정된 것이다. 법적 성격이 다름에도 불구하고 이들은 「외국인투자촉진법」 제4조제3항의 “제2항 각 호의 어느 하나에 해당하여 외국인투자가 제한되는 업종과 제한 내용은 대통령령으로 정한다.”가 적용되어 시행령상 제한업종과 외국인투자심사로 병렬적으로 규정되어 있다. 이는 1997년 법에서 OECD 가입 등 대외적으로 투자 자유화를 제고해야 한다는 필요에 따라 외국인투자에 대한 규제적 성격을 가

진 조항들을 충분한 검토 없이 통합하여 발생한 체계적 정합성 차원의 문제로 볼 수 있다.

결론적으로 「외국인투자촉진법」과 「외국인투자촉진법 시행령」은 형식적으로는 외국인투자의 ‘제한’을 규정하고 있으나, 법적 성격이 다른 제도들이 단순히 외국인투자가 ‘제한’된다는 이유로 병렬적으로 열거된 것으로 정리할 수 있다. 즉, 우리나라의 외국인투자심사는 과거 외자로도 도입될 수 없었던 ‘국가안보’ 사유를 1998년 법에서는 외국인투자제한기준으로 규정하였다가, 2008년 시행령에서 외국인투자심사의 근거로 사용하고 있는 것이다. 이에 따라 외국인투자심사는 심사제도의 특징이나 심사를 통해 보호해야 하는 법익 등에 대한 고민 없이 기존 「외국인투자촉진법」상의 ‘외국인투자’, ‘외국인투자 신고’ 등의 용어를 그대로 사용하게 되었고, 그로 인한 법체계적인 문제가 발생하게 되었다.

제2절 사실상의 지배관계를 고려하지 못하는 문제

1. 지배관계를 고려하지 못하는 ‘외국인투자’

1) 사실상 지배관계와 무관한 ‘외국인투자’ 용어의 사용

(1) 법령 규정에 따른 해석

외국인투자심사는 「외국인투자촉진법」 제5조제1항제2호에 따라 “다음 각 목에 모두 해당되는 외국인투자”에 해당해야 한다. 즉, 「외국인투자촉진법」 제2조4호에서 ‘외국인’이 ‘대한민국 법인 또는 기업’의 경영활동에 참여하는 등 그 법인과 기업과 지속적인 경제관계를 수립할 목적으로 신주 또는 구주를 취득하는 것으로 규정된 ‘외국인투자’에 해당할 것이 전제되어 있는 것이다. 즉, 외국인투자심사의 대상이 되기 위해서는 ‘외국인’이 ‘국내기업’의 주식을 직접 취득하는 ‘외국인투자’에 해당해야 한다. 따라서 외국인이 국내기업의 주식을 취득하지 않는 경우라면, 사실

상의 지배관계가 인정되는 회사를 통한 간접 투자에 대해서는 외국인투자심사가 적용되지 않는 것으로 해석된다.

따라서 외국인투자자가 출자한 기업인 외국인투자기업의 경우, 실질적으로 외국인이 지배하는 회사임에도 불구하고 외국인투자기업 자체가 외국인투자에 해당하기 않기 때문에 외국인투자기업이 재투자하는 경우는 외국인투자심사대상에서 제외된다. 또한, 외국인투자자를 지배하는 모회사가 M&A 등에 따라 지배구조 변경이 이루어지더라도 이러한 거래는 외국인투자가 아니기 때문에 심사대상에서 제외된다. 즉, 외국인투자자를 기준으로 자회사 관계나 모회사 관계에서 이루어지는 지배구조 변경 모두 외국인투자심사대상이 아닌 것이다. 이를 사실상의 지배관계 측면에서 보면 ‘외국인투자’에서의 ‘외국인’이 사실상 지배하거나, ‘외국인’을 사실상 지배하는 거래 행위에 대해서 외국인투자심사로 규제하지 못하는 것이다. 다시 말해, 우리나라의 외국인투자심사는 ‘사실상의 지배’를 고려하지 못하도록 입법되었다고 평가할 수 있다.

국가안보위해 우려는 직접적으로 외국인투자에는 해당되지 않지만 ‘외국인’이 지배하거나 ‘외국인’을 지배하게 되는 거래에 의해서도 발생할 수 있다. 예컨대, 외국인투자기업이 다른 국내기업을 인수할 경우, 외국인투자기업을 지배하는 외국인은 외국인투자기업을 통해 다른 국내기업이 보유한 기술을 유출할 가능성이 있을 텐데, 이러한 경우에는 외국인투자심사가 적용되지 않는다. 마찬가지로 외국인투자자를 인수하는 거래는 외국인투자자를 인수한 배후기업이 외국인투자기업을 지배하게 되는 결과가 되는데, 이러한 경우에도 외국인투자심사가 적용되지 않는다.

(2) 사례 검토 : 매그나칩 반도체 M&A

2021년 매그나칩 반도체 매각 무산 사건은 우리나라 외국인투자심사의 적용상의 한계를 보여준 대표적인 사례이다. 매그나칩 반도체는 2004년 하이닉스 반도체에서 분사한, 유기발광다이오드(OLED) 디스플레이 구동 집적회로(DDIC) 분야의 기술력을 가진 기업이었다.⁵¹⁶⁾ 매그나칩 반

도체는 2021년 3월 중국계 사모펀드 와이즈로드 캐피탈(Wise Road Capital) 컨소시엄과 주식양도 계약을 체결했다고 발표했다. 국회와 언론에서는 중국으로 전력반도체 기술이 유출되어 국가안보가 우려된다고 지적하기 시작했다.⁵¹⁷⁾

매그나칩 사건에서 중요한 것은 매그나칩의 지배구조 문제였다.⁵¹⁸⁾ 한국에서 전력반도체 사업을 하고 있는 매그나칩 반도체 유한회사(Magnachip Semiconductor, Ltd., 이하 ‘한국 매그나칩’이라 한다)와 미국 매그나칩 반도체 주식회사(Magnachip Semiconductor Corporation, 이하 ‘미국 매그나칩’이라 한다)가 있는데, 미국 매그나칩은 룩셈부르크 매그나칩, 네덜란드 매그나칩, 한국 매그나칩을 순차적으로 지배하는 구조로 되어 있었다. 언론에서 보도된 M&A는 한국 매그나칩이 M&A 대상이 된다는 것이 아니라, 미국 매그나칩 주식을 중국계 사모펀드인 와이즈로드 캐피탈 컨소시엄으로 양도하겠다는 내용이였다.⁵¹⁹⁾

이 사례에서의 쟁점은 미국 매그나칩의 소유권이 중국계 사모펀드로 이전되면 한국 매그나칩의 지배구조도 간접적으로 영향을 받게 되는 결

516) 매그나칩 사례는 정세정, “무역·투자에 대한 최근 국제적 규제 동향”, BFL 제118호 (2023.3.), 서울대학교 금융법센터에서 일부 다루었다.

517) Magnachip News Release, “Magnachip Enters into Definitive Agreement with Wise Road Capital in a Take Private Transaction Valued at \$1.4 Billion” (2021.3.26.); “한국기업 매그나칩 중국으로... 반도체 핵심기술유출 우려”, 매일경제신문 (2021.3.26.) 참조.

518) Form S-4, Magnachip Semiconductor, United States Securities and Exchange Commission (2010.8.4.), Table of Contents, p.6에 따른 기업지배 구조는 한국 매그나칩 반도체(Magnachip Semiconductor, Ltd.)는 순차적으로 Magnachip Semiconductor B.V.(네덜란드), Magnachip Semiconductor S.A.(룩셈부르크)를 거쳐 미국 Magnachip Semiconductor Corporation이 소유하는 형태로 되어 있었다. “[지배구조 분석] LX 그룹이 인수 원하는 매그나칩 반도체는?”, 글로벌 이코노믹 (2022.5.25.)은 2021년말 기준으로 매그나칩 반도체는 매그나칩 세미컨덕터(Magnachip Semiconductor B.V.)가 100%를 보유하고 있고, 최상위 지배회사는 Magnachip Semiconductor Corporation으로 분석하였다.

519) 매그나칩 M&A는 역삼각 합병(Reverse Triangular Merger) 방식이었는데, 미국 매그나칩, 와이즈로드 캐피탈 계열사가 설립한 케이만 제도 회사, 케이만제도 회사의 미국법인 Merger Sub가 합병을 통해 미국 매그나칩이 와이즈로드 캐피탈의 자회사가 되는 구조였다.

과가 되는데, 이와 같은 외국인투자도 심사할 수 있는지 여부였다. 앞에서 살핀 바와 같이, 한국 매그나칩의 최종 모회사에 해당하는 미국 매그나칩의 주식을 양도하는 것은 「외국인투자촉진법」상의 ‘외국인투자’가 아니므로 외국인투자심사가 적용되지 못한다.

그렇다면 「산업기술보호법」에 따른 심사대상에는 해당되는가? 매그나칩이 M&A를 발표한 것은 2021년 3월이었는데, 산업통상자원부는 2021년 7월 국가핵심기술 지정 등에 관한 고시를 개정하여 매그나칩이 보유한 OLED 구동칩 기술을 국가핵심기술로 지정하였다.⁵²⁰⁾

그런 와중에 매그나칩 M&A는 미국 CFIUS의 심사대상이 되었다. 미국 매그나칩은 2021년 5월 26일, CFIUS로부터 국가안보위해 가능성이 있으므로 신고서(Notice)를 제출해야 한다는 통지를 받아 6월 11일 신고서를 제출하였다. 그 직후 매그나칩은 6월 15일 CFIUS로부터 외국인투자심사 완료 시까지 매각절차를 금지한다는 내용의 임시명령(Order Establishing Interim Mitigation Measures)을 받았다.⁵²¹⁾ 이는 CFIUS가 매그나칩 M&A가 국가안보에 위협을 초래한다고 판단한 것이었다.⁵²²⁾

결국 매그나칩은 2021년 12월 13일 CFIUS로부터 승인을 받는 것은 불가능하다는 이유를 들어 CFIUS 심사 신고를 철회하고 주식양도 계약을 종료했다고 발표하였다.⁵²³⁾ 매그나칩의 발표 내용에는 한국 매그나칩

520) 산업통상자원부 고시 제2021-130호 참조.

521) 임시명령의 내용은 다음과 같았다.

(i) 합병의 효력을 발생시키기 위한 다음의 직간접적인 조치를 금지한다.

(a) 미국 매그나칩 자산 또는 자회사를 와이즈로드 등에 양도, 임대, 라이선스 또는 매각, (b) 와이즈로드 등이 미국 매그나칩 또는 계열사와 합병하거나, (c) 와이즈로드 등이 미국 매그나칩 또는 계열사에 대한 지분 또는 기타 소유권을 취득하는 행위

(ii) 와이즈로드(자회사)는 미국 매그나칩(계열사)에 대한 담보권 취득 금지

(iii) 미국 매그나칩은 (a) 회사의 설립지를 델라웨어 주에서 다른 관할권으로 변경하거나 (b) 뉴욕증권거래소에서 상장을 폐지하거나 변경하는 조치 금지

522) CFIUS 심사 경과는 Form 8-K, Current Report pursuant to Section 13 or 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934, Magnachip Semiconductor Corporation (2021.6.15.) 참조.

523) Magnachip News Release, “Magnachip and Wise Road Capital Announce Withdrawal of CFIUS Filing and Mutual Termination of Merger Agreement” (2021.12.13.).

이 신청한 「산업기술보호법」 제11조의2에 따른 해외 M&A 승인신청도 철회하겠다는 내용이 포함되어 있었다.

이 사례가 흥미로운 점은 미국 매그나칩은 미국 델라웨어에서 설립된 미국회사로서 나스닥에 상장되어 있었는데, 대부분의 생산 활동은 한국 매그나칩에서 이루어지는 회사라는 것이다. 미국 매그나칩은 한국 매그나칩을 지배하는 일종의 지주회사인데, 제조, R&D, 판매 등 모든 영업활동이 한국 매그나칩에서 이루어지고, 모든 임직원도 한국에서 근무하며, 지식재산권도 한국 매그나칩이 보유하고 미국에는 어떠한 유형자산인 IT 시스템이 없다는 점 등을 내세워 CFIUS에 해당 M&A를 신고하지 않았던 것으로 밝혀졌다.⁵²⁴⁾

매그나칩 사건은 회사의 지배구조에 따라 미국, 룩셈부르크, 네덜란드, 한국이 관할권을 행사할 가능성이 있었으나, 당시 룩셈부르크와 네덜란드에서는 외국인투자심사가 없었고, 우리나라에서는 ‘외국인투자’에 해당하지 않아 외국인투자심사대상에서 제외되었다. 이러한 상황에서 미국이 실질적으로는 한국회사에 해당하는 매그나칩에 대해 관할권을 행사한 것은 전략적 경쟁자인 중국에 대한 기술력 우위를 유지하기 위해 외국회사라고 인식되는 회사에 대해서도 나스닥 상장 등 여하한 형태의 관련성이 있거나 하면 적극적으로 심사를 한다는 점을 드러낸다.

그런데 미국 매그나칩에는 유형자산이나 임직원이 없었는바, 구체적으로 어떻게 국가안보위협이 긍정될 수 있었는지에 관해서는 비판적으로 평가할 수 있다. 미국에서의 RBA는 ‘위협’, ‘취약성’, ‘영향’을 검토하여 국가안보위협을 평가하는데, 인수자가 중국계 사모펀드라는 점을 근거로 ‘위협’ 요인이 인정되었다고 하더라도 미국에서 영업하거나 장소적 관련성이 없는 상황에서 단순히 반도체 기업이라는 이유로 ‘취약성’ 요인이 인정되었고, 그로 인해 국가안보위협까지 긍정된 것이 과연 타당하다고 할 수 있을지에 대해서는 의문이다. 미국에서 실질적인 실체가 없는 회사가 지배구조를 통해 한국의 반도체 증손회사를 지배한다고 하더라도

524) Form 8-K, Current Report pursuant to Section 13 or 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934, Magnachip Semiconductor Corporation (2021.5.26.) 참조.

종국적으로 문제되는 것은 한국의 국가안보위협이지, 미국의 국가안보위협이라고 보기는 어렵기 때문이다. 결국 매그나칩 사건은 RBA 자체가 가진 정치적인 단면뿐만 아니라 미중 분쟁 등 국제 정치지형을 반영한 심사기준이 적용될 수 있다는 점을 드러냈다 할 것이다.

한편, 매그나칩 사건에 대해서는 국제협력 측면에서 생각해볼 수 있다. 매그나칩 M&A에 대해서는 미국만이 외국인투자심사에 대한 관할권을 행사할 수 있는 가능성이 있었는데, 당시 우리나라로서는 제도상으로는 관할권 행사가 어려운 상황이었다. 이런 상황을 감안하면 미국은 동맹국가라는 점을 고려하여 관할권을 확대 적용한 것으로도 해석할 수 있다. 우리나라는 결과적으로 미국에서 국가안보위해 가능성이 인정됨으로써 우리나라가 외국인투자심사를 한 것과 사실상 동일한 이익을 얻었다고 평가할 수 있다. 특히 우리나라로서는 사실상 지배관계를 포괄하면서 관할권을 확대 행사하는 미국의 외국인투자심사를 통해, 현행 국내법으로 규제하지 못하는 다국적기업 등의 투자에 관해 관할권이 확대된 효과가 있다고 평가할 수 있다.

다만, 이 사건에서 우리나라가 사실상 관할권을 행사한 것과 마찬가지로 평가에 대해서는 미국이 특정 사건에 관해 관할권을 적극적으로 행사함으로써 얻은 반사적 이익에 불과한바, 장기적인 차원에서 이와 같은 협력이 지속될 것으로 기대하기 어렵다는 점이 지적될 수 있다. 미국이 어떤 경우 관할권을 확대 행사하는지에 관한 객관적인 기준이 없는 상황에서 미국의 일방적인 행위의 결과 우리나라가 외국인투자심사를 한 것과 동일한 결과가 도출되었다고 하여, 이를 일반적인 의미의 ‘협력’과 동일하다고 볼 수는 없다는 것이다. 즉, 미국의 일방적이고 자의적인 관할권 행사에 따라 우리나라로서는 결과적으로 영향을 받은 것에 불과하고, 이에 대해 적극적인 의미를 부여하는 것은 무리라는 것이다.

그렇지만 매그나칩 사건이 문제된 시기는 한미 투자심사 협력 워킹그룹이 설치된 2021년으로 한국과 미국 간 외국인투자심사에 관한 협력 논의가 가속화되고 있던 시점이라는 점, 국내적으로는 매그나칩이 보유한 기술을 국가핵심기술로 지정하고 「산업기술보호법」상의 심사절차를 개

시했다는 점에서 국가안보에 위협이 될 가능성을 고려하고 있었고, 미국에서도 결론적으로 국가안보에 위협이라고 판단했다는 점 등을 감안하면 매그나칩 사건에 대한 민감성이 양국 간에 공유되었으리라 추측할 수도 있다. 그렇다면 향후에도 이처럼 관할권이 확대되는 효과가 지속될지는 확실하지는 않으나, 최소한 매그나칩 사건을 통해 새로운 차원에서의 협력은 시작된 것으로 평가할 수 있다.

(3) 사실상 지배관계를 포괄할 필요성

외국인투자에 관해 외국인투자심사를 하는 이유는 ‘외국인’이 초래할 수 있는 국가안보위험을 방지하기 위해서이다. 현행 규정은 ‘외국인’과 관련한 지배관계가 변경되어 ‘외국인’이 간접적으로 국가안보위험을 초래할 수 있는 경우에는 법 적용대상에서 제외하고 있다. 이 경우 ‘외국인’의 판단에 있어 직접적인 거래인지, 간접적인 거래인지를 구별하여 형식적으로 직접적인 거래에 한정하여 규제하는 것이 합리적인 것인지 검토할 필요가 있다. 특히 복잡한 기업지배구조를 이용하여 법률의 적용을 우회하는 거래를 외국인투자심사대상에서 제외하면 과연 국가안보 보호라는 입법목적 달성할 수 있을지는 의문이다. 오늘날 M&A는 기업이 다른 기업을 단순하게 직접 인수·합병하는 방식으로 진행되지 않고, 지배구조를 고려하여 여러 국가에 설립된 자회사 등을 활용하는 방식으로 진행된다. 외국인투자와 관련된 기업들은 대부분 다국적기업(Multinational Enterprise)의 형식을 활용하기 때문이다.⁵²⁵⁾

「공정거래법」의 경우 기업결합 심사를 통해 경쟁 제한성을 판단하는데, 이미 기업결합의 개념에 특수관계인을 통한 결합행위를 포함하고 있다. 또한, ‘기업집단’ 개념을 도입하여 상호출자금지, 공시의무 등을 부

525) 다국적기업(Multinational Enterprise)에 관하여 합치된 정의는 없다. 다국적기업에 대해 일정한 사회적 책임을 부여하는 OECD 다국적기업 가이드라인(OECD Guidelines for Multinational Enterprise)에서도 다국적기업에 대한 구체적인 정의 없이, 하나 이상의 국가에서 설립되어 영업활동을 하는 회사로 언급하고 있다.

과하여 경제력 집중을 억제하고 있다. 「공정거래법」 이외에도 「금융회사의 지배구조에 관한 법률」, 「세법」 등에서도 사실상의 지배력 기준을 도입하여 모회사, 자회사 관계로 연결된 회사들을 각기 독립된 개별적인 회사로 취급하지 않고, 실질상의 영향력을 고려하고 있다.

「외국인투자에 관한 규정」 제6조에서는 기업의 경영상 지배권을 실질적으로 취득하려는 경우를 정의하면서 외국인의 지분과 합산하는 이른바 “특수관계인”을 규정하고 있다. 특수관계인에는 외국인이 ‘사실상 지배하는 외국법인’이 포함되고, 그와 같은 외국법인과 당해 외국인 등이 합하여 50% 이상을 소유하고 있는 외국법인까지 포함된다. 즉, 외국인이 국내기업을 인수할 경우, 지배관계를 일응 인정할 수 있는 외국기업이나 사모인 등과 함께 주식을 인수하는 경우에는 외국인의 지배권을 합산하여 지배권을 판단하는 것이다. 이 조항의 실익은 외국인이 단독으로는 과반수 미만으로 주식을 취득하나, 지배관계를 인정할 수 있는 자들과 합산하여 과반수 이상의 취득으로 인정되는 경우에도 외국인투자심사를 할 수 있다는 취지로 이해된다. 그런데 위 조항은 의결권의 공동행사를 제외하면 어떤 경우이든지 외국인이나 외국인이 지배하는 외국법인의 경우 인수하고자 하는 국내기업의 주식을 직접 소유하도록 규정하고 있다. 즉, 피인수기업의 주식을 직접적으로 소유하는 경우가 아닌 간접적으로 소유하고 있는 경우는 명시적으로 범위에서 제외하고 있는 것이다. 이는 「외국인투자촉진법」상의 ‘외국인투자’의 정의 조항 때문인데, ‘외국인’이 ‘국내기업을 지배하는 것으로 볼 수 있는 외국기업’에 대하여 행하는 투자는 심사대상에서 제외되어 있기 때문이다.

여기서 검토해야 할 것은 「외국인투자촉진법 시행규칙」 별지 제1호 서식(주식등의 취득 또는 출연방식에 의한 외국인투자 신고서)의 경우 국가안보위해 여부 판단을 위한 첨부서류에 외국인투자자의 지배구조(성명, 국적 포함), 지분율, 계열회사 현황 등이 포함되어 있고, 투자대상기업(국내기업)의 경우에도 동일하게 지배구조 등의 자료를 제출하도록 되어 있는 점이다. 현행 법체계상 외국인의 직접투자만이 외국인투자심사 대상이 되어 미국과 비교할 때 제한적이지만, 최소한 외국인투자심사대

상요건을 갖춘 경우라면 외국인과 국내기업의 지배구조를 전체적으로 고려하여 위협요인과 취약성 요인을 종합적으로 판단하겠다는 의도로 해석할 수 있다.

이에 비하여 「산업기술보호법」은 해외 M&A 심사의 적용대상이 ‘국가핵심기술을 보유한 기관’으로 되어 있다. 「외국인투자촉진법」의 법체계에 대응하자면 ‘외국인투자기업’이 법률의 적용대상인 셈이다. 이는 법률에서 보호하고자 하는 대상이 ‘기술’ 그 자체이므로 ‘기술’을 보유하고 있는 기관이 적용대상이 되는 것이다. 그러나 「산업기술보호법」에 의하더라도 국가핵심기술을 보유한 기관 자체가 M&A의 대상이 될 것을 요구하기 때문에, 국가핵심기술을 보유한 회사를 지배하는 최종 모회사가 M&A의 대상이 되는 경우에 해외 M&A 심사대상이 된다고 해석하기는 어렵다.⁵²⁶⁾ 매그나칩이 발표한 보도자료에 따르면 「산업기술보호법」상의 해외 M&A 승인신청을 하여 절차가 진행된 것으로 나타나나, 이러한 경우까지 「산업기술보호법」을 적용하는 것은 범문언의 범위를 넘는 확대해석이라고 판단된다.⁵²⁷⁾ 결국, 외국인투자심사 적용상의 한계는 외국인에 대해 사실상 지배관계를 인정할 수 있는 거래를 포함하지 않는 데서 발생한다고 할 것이다.

매그나칩 사례의 경우, 국가핵심기술로 지정되지 않은 경우라면 국내적으로는 어떠한 법으로도 규제할 수 없는 결과가 된다. 만약 매그나칩의 주장대로 미국 매그나칩은 지주회사에 불과하고, 생산 등 모든 활동이 한국에서 이루어지기 때문에 CFIUS의 심사대상이 아니라는 결정이

526) 「산업기술보호법」의 경우도 「외국인투자촉진법」상의 심사체계와 기본적으로 유사하다. 즉, 외국인이 단독 또는 특수관계인과 합하여 50% 이상을 소유하려는 경우에 심사대상이 되는데, 특수관계인에는 배우자 등의 인척, 외국인이 조직변경 또는 신규사업 투자 등 주요의사결정이나 업무집행에 지배적인 영향력을 행사할 수 있는 회사, 외국인이 대표자를 임명하거나 임원의 50% 이상을 선임할 수 있는 회사가 포함된다. 외국인이 보유기관의 영업양도 등으로 보유기관을 경영하려는 경우, 외국인이 보유기관에 자금을 대여하거나 출연을 하면서 과반수 이상 임원선임에 지배적인 영향력을 행사할 수 있게 되는 경우도 심사대상에 포함된다.

527) Magnachip News Release, “Magnachip and Wise Road Capital Announce Withdrawal of CFIUS Filing and Mutual Termination of Merger Agreement” (2021.12.13.) 참조.

내려졌다면, 매그나칩 M&A는 국내법과 미국법 모두에서 외국인투자심사대상이 아니라는 이상한 결론으로 이어졌을 것이다. 그런 경우 회사입장에서는 지배구조를 복잡하게 설계함으로써 관련 규제를 회피할 수 있게 된다는 장점이 있을 것이나, 종국적으로 회사 법인격 남용 문제까지 이어질 수 있다. 회사의 실체가 존재하고, 사실상 지배관계가 인정되어 국내 회사에 직접적으로 영향을 미치게 되는 M&A에 관해 ‘외국인투자’에 해당하지 않는다는 이유로 외국인투자심사대상에서 제외하는 것은, 외국인투자심사제도를 형식화하는 것으로, 국가안보 보호라는 제도의 입법목적은 달성하지 못하게 되는 결과를 초래한다고 할 것이다.

다만, 외국인에 대해 사실상 지배관계가 인정되는 경우까지 확대하는 경우에는 국가관할권 문제가 발생할 수 있다. 우리나라는 외국인투자의 정의를 형식적으로 규정하고, 외국인투자심사제도도 소극적으로 운영하고 있어 상대적으로 관할권 문제가 발생할 가능성은 적다고 판단된다. 그러나 미국 CFIUS는 사실상 지배관계를 폭넓게 인정하고 있으므로, 이하에서는 미국에서의 ‘사실상 지배관계’ 판단에 관해 검토한다.

2) 미국 CFIUS 심사의 사실상의 지배관계 판단

(1) CFIUS Regulation

미국은 독점규제 등 경제법을 중심으로 효과이론(effects doctrine)에 기초하여 역외적용을 해오면서, Helms-Burton Act, 수출통제법 등에 대해서도 역외적용을 하고 있다.⁵²⁸⁾ 미국이 외국인투자심사에 관해 역외적

528) Shaw, Malcom N., *International Law*, Cambridge University Press (2017), pp.515-516; Ryngaert, Cedric, *Jurisdiction in International Law* Oxford University Press (2015), pp.65-99; Knox, John H., A Presumption against Extrajurisdictionality, *The American Journal of International Law*, Vol.104, No.3 (2010); Colangelo, Anthony J., “What is Extraterritorial Jurisdiction?”, *Cornell Law Review*, Vol.99, No.6 (2014); 소병천, “국내법의 역외적용에 관한 미국의 관행”, 국제법학회논문집 제49권 제3호, 대한국제법학회 (2004); 강호, “미국 수출통제법의 역외적용에 관한 고찰”, 경희법학, 제53권 제2호, 경희대학교 법학연구원 (2018) 등 참조.

용하는지를 검토하는 일은 국가관할권과 관련하여 중요하다.

FIRRMA는 외국인투자심사대상을 ‘대상거래(covered transaction)’로 정의하면서, M&A형 투자에 관해서는 ‘외국인(foreign person)’이 ‘US business’를 지배하게 될 수 있는 합병, 인수 또는 양도를 의미한다고 규정하고 있다.⁵²⁹⁾ 여기서 중요한 것은 ‘외국인’과 ‘US business’라는 개념이다. FIRRMA는 ‘외국인’에 대해서는 특별한 정의 규정은 없고, ‘US business’는 미국 내에서 상거래(interstate commerce)에 종사하는 자로 정의한다.⁵³⁰⁾

CFIUS Regulation은 ‘외국인(foreign person)’에 관해 ①외국인, 외국 정부 또는 외국기업, ②외국인, 외국정부 또는 외국기업에 의해 지배되거나 지배될 수 있는 기업(entity)으로 정의하면서, “Any entity over which control is exercised or exercisable by a foreign person is a foreign person”이라고 하여 외국인에 의해 지배되거나 지배될 수 있는 기업은 외국인에 해당한다고 규정하였다.⁵³¹⁾ 즉, 외국기업에 비해 외국인의 범위가 더 넓게 규정되어 있어, 외국기업이 아닌 경우에도 외국인에 해당할 가능성을 제시하고 있다.⁵³²⁾ 다시 말해, 미국법에 의해 설립되고

529) Section 1703. Definitions. (a)(4)(B)(i) Covered Transaction—Any merger, acquisition, or takeover that is proposed or pending after August 23, 1988, by or with any foreign person that could result in foreign control of any United States business, including such a merger, acquisition, or takeover carried out through a joint venture.

530) US business 정의는 FINSA(2007)에 없고, FIRRMA(2018)에 포함되었다. “Section 1703. Definitions. (a)(13) United States business—The term ‘United States business’ means a person engaged in interstate commerce in the United States.”

531) 31 CFR Part 800.224 Foreign person 참조. 한편, Part 800.217 Entity는 지점, 파트너십, 그룹 또는 하위 그룹, 조합, 부동산, 신탁, 법인 또는 법인의 사업부 또는 조직(설립지와 무관), 별개의 법인격이 있는지와 무관하게 특정 장소에서 또는 특정 제품·서비스를 위해 운영하는 자산, 정부 등을 의미하는 것으로 규정하고 있다.

532) 31 CFR Part 800.220 Foreign entity에 따르면 foreign entity는 외국법에 의해 설립된 법인 등으로서, 미국 이외에 주된 영업소가 있거나, 한 개 이상의 해외증권거래서 주로 거래되는 경우를 의미하는데, 미국인이 과반수(majority) 지분을 최종적으로 보유(ultimately owned)하는 경우에는 foreign entity가 아니다. 즉, foreign entity의 개념 요소는 ①외국법에 의해 설립되었

미국에서 운영되는 기업일지라도 외국인이 지배한다고 볼 수 있는 경우라면 외국인에 해당하여 그 기업이 다른 기업을 상대로 하는 M&A를 심사할 수 있게 되는 것이다.

한편, CFIUS Regulation은 ‘US business’의 경우 속지주의 원칙에 따라 미국에서 주 간 상업 활동을 하는 회사로서, 그 회사를 지배하는 자의 국적과는 무관하다고 규정하고 있다.⁵³³⁾ 즉, US business는 미국인이 지배하는지와 무관하게 미국에서 상거래 활동을 하면 성립되는 개념인 것이다. 다만, 어느 정도로 미국 내 상거래에 종사해야 US business에 해당하는지는 불분명하지만, Regulation에 예시하고 있는 사례를 볼 때 자회사나 지사의 설립 등의 고정사업장과 고용인원은 최소한도로 요구되는 지표라고 판단된다.

그런데 2018년 FIRRMA 이전에 규정되었던 ‘US business’는 “미국에서 주 간 상업 활동을 하는 회사로서, 그 회사를 지배하는 자의 국적과

는지 여부, ②주된 영업장소, ③미국인이 과반수 지분을 최종적으로 보유하고 있는지 여부에 따라 결정된다. 그에 따라 대부분의 경우 외국기업과 외국인의 범위는 일치하나, 양자의 범위가 반드시 일치하는 것은 아니다. 즉, 미국 기업이면서 외국인에 해당하는 경우도 발생할 수 있다. 이런 경우로는 미국법에 의해 설립되고 미국이 주된 영업장소인 A기업이 외국법에 의해 설립되고, 외국이 주된 영업장소인 B기업에 의해 지배되는 경우로서, B기업의 주주가 50%는 미국인, 50%는 외국인으로 구성되는 경우이다. 이 경우 A기업은 US business에는 해당하지만, 외국인에 해당한다. 또한, A기업이 외국법에 의해 설립되고 외국인이 지배하는 경우, A기업의 자회사는 미국에서 운영되는 경우 A기업의 자회사는 US business이지만, 외국인에 해당한다. A기업이 외국법에 의해 설립되고, 외국에서 운영되는 경우, 만일 A기업이 다수의 미국인이 55% 지분을 소유하고, 외국인이 45% 소유하지만 이 중에서 지배 주주가 있다면 A기업은 과반수 지분이 미국인이 보유하고 있으므로 외국기업은 아니지만, 외국인에는 해당하게 된다.

533) 31 CFR Part 800.252 US business 참조. 만일 외국법에 의해 설립되고 외국인이 지배하는 기업 A가 자회사를 통해 미국에서 영업하면 자회사는 US business에 해당하지만, 외국인이 된다. 한편, 외국법에 의해 설립되고 외국인이 지배하는 기업 A가 미국에 자회사나 고정사업장, 자산, 인력 등이 없고, 단순히 수출이나 기술 라이선싱 등을 하는 경우 기업 A는 US business가 아니다. 외국법에 의해 설립된 기업 A가 기업 X에 의해 지배되고 있는데, 기업 X는 미국법에 의해 설립되고 미국인이 지배하는 경우로서 기업 A가 미국에 자회사, 고정사업장 등이 없고 단순히 기업 X에 물품을 수출하는 경우 기업 A는 US business가 아니다.

는 무관하나, 주 간 상거래 활동 범위까지만 포함한다.(any entity, irrespective of the nationality of the persons that control it, engaged in interstate commerce in the United States, but only to the extent of its activities in interstate commerce.)”라고 정의되었으나, FIRRMA 제정 이후에는 “미국에서 주 간 상업 활동을 하는 회사로서, 그 회사를 지배하는 자의 국적과는 무관하다.(any entity, irrespective of the nationality of the persons that control it, engaged in interstate commerce in the United States.)”라고 개정되었다. 관보에 따르면 ‘US business’의 정의를 변경한 것은 FIRRMA 문언에 따라 단순 문구 수정에 불과한 것으로, CFIUS의 심사범위를 주 간 상업활동과 무관한 것으로 변경한 것은 아니라고 한다.⁵³⁴⁾

(2) 회사의 국적과 국가관할권의 문제

회사의 국적은 개인의 국적 결정과는 달리 복잡한 결정과정을 거친다. 우리나라는 법인의 경우 주된 사무소 소재지에서 설립등기를 함으로써 성립하기 때문에 원칙적으로 국내에 설립등기를 한 법인은 국내법인이 된다.

ICJ는 *Barcelona Traction* 사건에서 법인의 국적 결정에는 자연인과 같은 진정한 관련성(genuine connection)이 요구되지 않는다는 취지로 판시하면서, 본점소재지(siège social, management or centre of control), 과반수 또는 실질적인 지배력을 행사할 수 있는 지분 소유자의 국적국으로 법인의 국적국이 결정되는 일부 국가의 실행을 언급하고 있다.⁵³⁵⁾ 그

534) Federal Register, Vol.85 No.12 (2020.1.17.), p.3119 참조. Grack, Brandon L. Van and Brower, James, “CFIUS’s Expanding Jurisdiction in the Magnachip Acquisition”, *The Lawfare Institute* (2021.10.11.)에 따르면 ‘US business’의 정의 변경과 관련한 관보 설명에 따라 미국 법조계는 CFIUS의 심사가 여전히 미국의 주 간 상업활동에 제한되는 것으로 해석하였다고 한다. 이에 따라 매그나칩은 ‘US business’에 해당하지 않는다고 판단하여 CFIUS에 자발적으로 신고하지 않은 것으로 추측된다.

535) *Case Concerning the Barcelona Traction* (Belgium v. Spain), ICJ Reports (1970), p.42, para.70 참조.

에 따라 ILC 외교보호 초안에서는 회사의 국적 결정과 관련하여 설립지법을 원칙으로 하지만, 설립지국이 아닌 자가 지배하거나 설립지국에서 실질적으로 상업 활동을 하지 않는 경우로서 본점 소재지가 다른 국가에 있는 경우, 설립지국이 아닌 본점 소재국이 국적국이 된다고 규정하고 있다.⁵³⁶⁾ 회사의 국적을 결정하기 위해서 사용되는 일반적인 기준은 설립지(incorporation)와 본점 소재지(principal seat)지만, 국내법이나 조약에 따라 달리 규율되기도 하고, 심지어 하나의 조약 안에서도 각 당사자에게 다른 국적 결정 기준을 적용하기도 한다.⁵³⁷⁾ 통상 설립지 국가와 본점 소재지가 다른 국가의 경우 어디를 기준으로 국적을 결정할 것인지는 해당국가의 법률이 결정하게 된다.⁵³⁸⁾

536) Draft Articles on Diplomatic Protection, Article 9(State of nationality of a corporation) 참조.

537) 김대순, 국제법론(제21판), 삼영사 (2022), p.812, p.880; Dolzer, et al. 전거서, p.63.

538) Dolzer et al., pp.63-71은 투자분쟁 사건에서 다루어진 회사의 국적결정 기준을 분석하였다. 투자분쟁에서 회사의 국적은 기본적으로 BIT 문언에 따라 결정되는 것이 원칙이고, 경우에 따라 해당 국적을 보유한 자연인에 의해 회사가 실효적으로 지배되는 경제적인 실질관계까지 요구되는 경우도 있다. 장승화, “국제투자분쟁의 해결”, 서울대학교 법학 제42권 제3호, 서울대학교 법학연구소 (2001), pp.106-107은 대부분의 투자협정이나 ICSID 체계에서는 설립지가 기본적 기준이고, 투자유치국 법률에 의해 설립되었으나 타방국의 국민이 지배(foreign control)하는 기업은 ICSID 협약 제25조제2항(b)에 따라 타방국의 기업으로 간주하도록 합의할 수 있다고 규정한 것으로 설명한다. 한편, ‘foreign control’과 관련하여 위 논문 각주64는 Société Ouest Africainedes Bétons Industriels(SOABI) v. State of Senegal(ICSID Case No. ARB/82/1) 사건 중재판정부는 최종적인 지배(ultimate control)를 고려했다고 설명했다. 한편, 신희택, “국제투자협정상 투자자의 정의와 정책적 고려사항”, 통상법률 제133호, 법무부 국제법무과(2017), pp.20-25는 ICSID 협약은 법인의 국적판단 기준에 관해 언급하지 않고 있으므로, 개별 투자협정이 정하는 바에 따라 통상 설립준거지법에 따라 그 국적이 주장된 투자협정 체결국의 국내법에 따르게 된다고 분석했다. 또한 체결당사국의 설립준거법 이외에 본사소재지, 실질적인 경영이 이루어지는 곳, 주주의 국적, 자본의 출처 등의 추가적인 요건을 두려면 투자협정에 명시해야 한다고 지적하였다. ICSID 협약은 이와 같은 추가적인 요건을 포함하지 않고 있으므로 투자협정이 법인의 국적판단의 기준으로서 형식적 요건인 설립준거법만 명시하고 있으면 ICSID 중재판정부는 그와 같은 요건만 충족하면 관할을 인정하기 때문에, 이러한 점에서 형식적인 요건 이외에 법인의 실제적 소유 지배관계까지

국가관할권은 국가가 사람이거나 물건, 자원 등에 대해 행사할 수 있는 권한의 총체이자 국가주권의 핵심적 요소로서, 국가의 관할권 행사는 국가주권의 구체적인 발현이다.⁵³⁹⁾ 국가 관할권은 국가가 입법권을 행사하는 입법관할권, 국가가 자국법을 시행할 권한을 의미하는 집행관할권으로 구분된다. 입법관할권의 경우 자국 영토 외에서 적용되는 역외 입법 관할권을 행사할 경우 타국의 국내관할권을 침해할 가능성이 있다. PCIJ는 *Lotus* 사건에서 국제법은 국가가 법의 적용과 관할권을 영토 밖의 사람, 물건이나 행위에까지 확대하는 것을 금지하지 않았고, 오히려 역외관할에 관하여 광범위한 재량을 허용하였다고 판시한 바 있다.⁵⁴⁰⁾

고려하는 외교적 보호권에 관한 국제관습법과는 차이가 있다고 설명한다.

539) 정인섭, *신국제법 강의*(제10판), 박영사 (2020), p.206; 김대순, *전게서*, p.481 참조.

540) 김대순, *전게서*, p.483 참조. S.S. *Lotus* (France v. Turkey), Judgment No.9, PCIJ Series A No.10 (1927), pp.18-19, “국제법은 독립국가 간의 관계를 규율한다. 따라서 국가를 구속하는 법은 공존하는 독립 공동체 간의 관계를 규율하거나 공동의 목표를 달성하기 위해 일반적인 법의 원칙을 표현하는 것으로 받아들여지는 관습이나 관행으로 표현된 자유의지에서 비롯된다. 그렇기 때문에 주권국가의 행동에 대한 제한은 추정될 수 없다.(...) 국제법은 국가가 그들의 법의 적용과 그들 법원의 관할권을 그들 영토 밖의 사람, 물건 및 행위까지 확대해서는 안된다는 취지의 일반적 금지를 수립하고 있지 않다. 오히려 국제법은 이 점에 있어 광범위한 재량의 여지를 그들에게 맡겨 놓고 있으며, 이러한 재량은 금지규칙에 의해 단지 몇몇 경우에 있어서만 제한된다. 다른 경우들에 관해서는, 모든 국가는 자신이 최선이고 가장 적절한 것으로 생각하는 원칙을 채택할 자유를 갖고 있다.(International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these coexisting independent communities or with a view to the achievement of common aims. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed.(...) Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property’ and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable.)”

당시 재판부는 국가관할권은 주권국가가 자유롭게 정할 수 있는 재량의 영역에 포함되는바, 주권국가의 행동에 대한 제한은 특별한 근거가 있어야 한다는 입장이었다.⁵⁴¹⁾ 한편 집행관할권은 입법관할권과 비교할 때 영토적 제약성이 보다 강하다는 특징을 가진다.⁵⁴²⁾ Lotus 사건에서도 재판부는 국가는 다른 국가의 영토에서 자신의 권한을 행사하면 안된다고 판시하면서, 이러한 관할권은 영토적이라고 언급하였다.⁵⁴³⁾

만일 CFIUS의 심사권한을 미국 이외의 지역으로 확대한 것으로 해석될 수 있는 입법이 이루어진 것이라면 입법관할권의 역외적용, CFIUS가 심사를 통해 외국인투자를 제한하는 조치를 취했다면 집행관할권을 역외적용한 것으로 평가할 수 있을 것이다.⁵⁴⁴⁾

FIRMA 문언으로는 ‘대상거래’에 관하여 영토적 제약이 없는 것으로 볼 수 있다. 그런데 입법관할권의 이론적 근거인 속지주의는 한 국가의 영토 내에서(within a state’s territory) 발생한 행위에 대해 국가는 완전한 입법관할권을 향유한다는 것이다.⁵⁴⁵⁾ 속지주의에 따라 관할권을 행사

541) 정인섭, 전게서, p.209; 김대순, 전게서, p.483.

542) 김대순, 전게서, p.482 각주 12 참조.

543) Lotus 사건 판결문, p.18, “국제법이 국가에 부과하는 가장 중요한 제한은 - 반대를 허용하는 규칙이 없으면 - 다른 국가의 영토에서 어떤 형태로든 권한을 행사할 수 없다는 것이다. 이러한 의미에서 관할권은 확실히 영토적이며, 국가가 영토 밖에서 행사할 수 없다. 국제관습이나 협약으로부터 나오는 허용 규칙이 아니면 영토 밖의 국가가 관할권을 행사할 수 없다.(Now the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that-failing the existence of a permissive rule to the contrary-it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial ; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention.)”

544) O’ Laughlin, Kathleen M., “Extraterritorial Application of Canadian Foreign Investment Review”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, Vol.8, No.2 (1987)는 캐나다 외국인투자심사법(Foreign Investment Review Act)은 캐나다의 자회사에 직접적인 영향을 주지 않더라도 모회사의 지배관계가 변경되는 경우까지 캐나다 정부에 보고의무를 부과하여 역외적용되는 구조로 되어 있었기 때문에 미국과 같등이 있었다고 분석하였다. 캐나다 외국인투자심사법은 결국 1985년 현행 캐나다 투자법(Investment Canada Act)으로 개정되어 캐나다의 자회사에 직접적인 영향을 미치지 않는 경우에는 보고의무를 부과하지 않는 내용으로 변경되었다.

할 수 있는지 여부와 관련해서 이미 PCIJ *Lotus* 사건에서도 행위로 인한 영향(effects of the offence)이 미치는 곳이면 관할권을 행사할 수 있으리라는 점을 시사한 바 있었다.⁵⁴⁶⁾

외국인투자심사의 경우, M&A 등 외국인투자라는 행위가 있고, 그로 인하여 국가안보에 위협이 발생하거나 발생할 우려가 있어야 한다. 외국인투자가 이루어지는 장소가 미국이 아닌 경우라도 국가안보위험이 미국에서 발생하거나 발생할 우려가 있다면 효과이론(effects doctrine)에 의해 미국 영토 내에서 새로운 효과 또는 영향이 발생했다고 보아 국가관할권을 행사할 수 있는 것으로 해석될 수 있다.

한편, 다국적기업의 모회사와 자회사의 국적(nationality)이 다른 경우 지배관계를 이유로 별개의 법인격을 인정하지 않는 법인격부인론을 원용하거나 이른바 단일경제실체이론(single economic unit theory)에 근거하여 모회사와 자회사를 ‘역내의 사람(person with the territory)’로 간주하는 것도 가능하다.⁵⁴⁷⁾ 이런 경우 외국인투자심사에서 모회사가 외국기업이고 자회사가 미국기업인 경우, 자회사가 외국인투자의 주체가 되어 다른 미국기업을 M&A하는 경우에 적용될 수 있다. 또한, 모회사가 외국기업이고 자회사가 미국기업인 경우, 모회사가 외국기업에 의해 M&A의 대상이 되는 경우에도 같은 논리가 적용될 수 있다.

(3) 사례 검토 : CFIUS 심사대상이 된 외국기업

미국의 외국인투자심사에서 문제되는 지점은 그간의 심사사례에서 드러나는 바와 같이 CFIUS의 관할권을 지속적으로 확대하는 시도를 하고 있다는 것이다. CFIUS에서 심사대상이 된 기업 중에는 미국에 자회사만

545) 김대순, 전계서, p.487은 입법관할권의 이론적 기초가 되는 속지주의, 속인주의, 수동적 속인주의, 보호주의, 보편관할권 등은 주로 형사관할권을 중심으로 발전했지만, 속지주의, 속인주의, 수동적 속인주의는 민사관할권의 경우에도 적용된다고 한다.

546) *S.S. Lotus (France v. Turkey)*, Judgment No.9, PCIJ Series A No.10 (1927), p.23 참조.

547) 김대순, 전계서, p.489 참조.

있고, 본사 소재지가 외국인 경우가 많이 등장한다.

2016년에는 CFIUS가 네덜란드 Royal Philips LED 부문의 중국 GO Scale 컨소시엄으로의 매각을 반대하여 네덜란드 Royal Philips가 CFIUS 신청을 철회했다는 보도가 있었다.⁵⁴⁸⁾ CFIUS가 어떤 근거로 심사하였는지는 확실하지 않으나, 언론은 LED가 반도체의 일부로써 미국이 핵심 인프라로 간주하는 산업에 해당하고, Royal Philips가 미국 내에 자산과 특허를 보유하고 있었다는 점 등이 유력하다고 보도했다.

CFIUS가 외국기업의 외국기업 인수를 심사한 또 다른 사례로는 2016년 중국의 국영기업인 Chem China의 스위스 종자·화학회사 Syngenta 인수 사례를 들 수 있다.⁵⁴⁹⁾ 당시 미국 의회는 중국 국영기업에 의해 미국의 식량 공급이 영향을 받을 가능성이 있다는 주장을 제기하였고, 언론보도에 따르면 CFIUS는 Syngenta 수익의 25% 이상이 북미 지역으로부터 나온다는 점을 근거로 심사했다고 한다.⁵⁵⁰⁾ 다만, CFIUS는 Syngenta의 M&A는 국가안보에 대한 위험성이 없다고 판단하여 해당 거래를 승인하였다.

CFIUS는 2016년 중국회사 Fujian Grand Investment Fund 계열(중국 Fujian Grand Chip Investment Fund LP의 100% 자회사인 Grand Chip Investment GmbH가 인수회사였는데, 이하에서는 계열사를 통칭하여 ‘Fujian Grand Chip’이라 한다)의 독일회사 Aixtron 인수도 심사하였다.⁵⁵¹⁾ Aixtron은 LED, 디스플레이 등의 기술을 보유한 독일 반도체 회

548) Philips Press Release, “Philips and consortium led by GO Scale Capital terminate Lumileds transaction” (2016.1.22.); “US blocks Philips’ \$3.3 billion sale of Lumileds to Asian buyers”, Reuters (2016.1.23.) 등 참조.

549) Syngenta News Release, “ChemChina and Syngenta receive clearance from the Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS)” (2016.8.22.). Syngenta는 스위스에 본사를 두고 스위스 증권거래소에 상장된 글로벌 회사로서, 뉴욕증시에서도 ADS(American depositary share, 미국에 타주식)가 거래되고 있다.

550) “US clearance of ChemChina’s Syngenta deal removes key hurdle”, Reuters (2016.8.22.)에 따르면 미국 의회는 Syngenta M&A는 미국의 식량안보에 영향을 미치므로 CFIUS 심사를 촉구했고, 이에 따라 농림부(Department of Agriculture)도 CFIUS 심사에 참여했다고 한다.

551) 본 연구 제4장 제1절 2. 2) (3) 2016년 Aixtron 피인수 사례 참조.

사였는데, 미국에 자회사를 보유하고 있었다. Aixtron 사례에서는 대통령 행정명령으로 외국인투자를 금지했는데, 글로벌 매출의 20% 정도만이 미국에서 발생하는 독일회사인 Aixtron의 인수에 대해 미국이 관할권을 행사할 수 있는지 의문이 제기된 상황이었다.⁵⁵²⁾ CFIUS는 대통령에게 제출한 의견에서 국가안보에 부정적 영향이 있으므로 외국인투자 거래를 금지하라고 권고했다. 만일 대통령이 CFIUS 권고대로 독일회사 Aixtron에 대하여 중국회사 Fujian Grand Chip로의 주식 양도를 금지하는 행정명령을 발표한다면 외국에 소재한 외국기업에 대해 미국이 관할권을 행사하는 결과가 되어 논란이 예상되었다.⁵⁵³⁾ 이러한 상황에서 행정명령은 CFIUS가 권고한대로 거래를 금지(prohibit the transaction)하는 대신, ‘Aixtron US’의 개념을 활용하였다. 독일 Aixtron은 미국에 설립한 자회사 Aixtron, Inc.가 있었는데, Aixtron US는 Aixtron, Inc.의 지분, Aixtron과 Aixtron, Inc.의 자산, 미국에서 상업 활동을 하는 Aixtron, Inc.가 사용하거나 이익을 얻고 있는 일체의 자산, 지분, 특허 등을 통칭하는 것으로 정의하였다. 행정명령은 Fujian Grand Chip의 Aixtron US 인수를 금지하면서, 이와 실질적으로 동등한 거래로서 Fujian Grand Chip의 주주, 파트너, 자회사, 계열사 등을 통한 인수행위도 금지하였다.

이에 관해서는 ‘US business’의 범위가 미국 내 자회사(Aixtron, Inc.)와 미국 내 자회사가 미국 내 상업활동을 위해 사용하는 자산과 특허 등으로 규정되었으나, 실제로는 ‘US business’의 범위를 광범위하게 해석할 수 있는 여지를 남긴 것으로 보는 견해도 있다.⁵⁵⁴⁾ 즉, ‘US business’의 범위는 CFIUS와 대통령 행정명령에서 정한 범위에 구속되므로, Aixtron의 자산 등이 미국 외에 소재하고 있더라도 미국 내 Aixtron, Inc.가 사용, 소유 등으로 이익을 받고 있는 것에 해당하는 이상 ‘US business’로 포섭이 가능하다는 것이다. 다시 말해 ‘US business’의 소유

552) Offer Document at Aixtron SC TO-T/A, Ex-99.(A)(1)(A) (2016.8.2.), Aixtron Form 20-F (2016.2.23.) 참조.

553) Squire Patton Boggs, “Presidential Review of Aixtron Acquisition: Implications for Future Inbound Investment” (2016.11.18.) 참조.

554) Covington & Burling, “President Obama Blocks Chinese Acquisition of Aixtron SE” (2016.12.5.) 참조.

는 아니나, 미국 내에 있는 Aixtron의 자산이 포함될 수 있고, ‘US business’의 활동에 사용되는 미국 외부에 소재한 자산도 ‘US business’의 범위에 포함될 수 있다는 것이다. 이에 따르면 결국 대통령 행정명령은 CFIUS의 관할범위를 확장시킨 것으로 볼 수 있다.

한편, 매그나칩 사례는 위에서 본 바와 같이 미국 매그나칩이 델라웨어 주에서 설립되고 뉴욕증권거래소에 상장되었기 때문에 ‘US business’에 해당된다고 보아 CFIUS의 심사대상이 되었다. 그런데 미국 매그나칩은 미국에서 반도체 사업을 하지 않고 고용, 생산, 연구개발 등 일체의 활동이 미국에서 이루어지지 않는 점을 근거로 미국에서 주 간 활동을 하는 회사로 볼 수 없다고 해석하는 견해가 있다.⁵⁵⁵⁾ 이 견해는 매그나칩 사례를 미국 정부가 중국 회사가 한국 반도체 회사를 인수하지 못하도록 관할권을 적극적으로 확대 해석한 것으로 분석했다. 즉, Aixtron 사례에서는 ‘US business’의 개념을 활용하여 미국 내 사업에 적용되도록 용어 선택에 신중한 태도를 취했으나, 매그나칩 사례에서는 미국 외부에서 주된 상업활동을 하고, 미국과의 연계(nexus)가 적은 기업에 대해서도 별다른 언급을 하지 않았다는 점을 들어 CFIUS의 관할권과 관련한 해석에 변화가 생겼다는 것이다. 즉, FIRREA 이후 CFIUS는 국가안보를 위해 외국기업에 대해서도 적극적으로 심사를 하면서, 미국 내 사업 매각 등의 완화조건을 제안하지 않고 아예 매각을 금지하거나 불허하는 입장으로 선화했다는 것이다.

555) Grack, Brandon L. Van and Brower, James, 전계논문; Paul Hastings, “Magnachip CFIUS Case Underscores Focus of US Government on Semiconductor Supply Chain Security” (2021.9.17.)도 같은 취지이다. “매그나칩 매각, 원칙적으로 美 검토대상 아냐... 기술유출 어불성설”, 이투데이 (2021.6.4.)에 따르면 매그나칩은 기존에 CFIUS가 불허했던 사례들은 M&A 인수주체가 사모펀드가 아닌 경쟁사였던 경우가 대부분이었다고 주장하며, 인수자가 사모펀드이고, 미국에 실물 자산 자체가 없는 매그나칩 M&A는 CFIUS의 심사대상이 아니라는 입장이었다.

3) 소결

미국은 우리나라와 같이 형식적으로 ‘외국인’이 ‘국내기업’에 투자한 행위를 심사하지 않고, ‘외국인’과 관련해서는 누가 지배하는지, ‘US business’에 관해서는 국적과 무관하게 미국에서 어떤 형태로든지 상업 활동이 있기만 하면 심사대상으로 해석한다. 따라서 ‘US business’의 해석은 우리나라와 같이 법인 설립지가 문제되는 것이 아니라, 설립지와 무관하게 미국에서 상업활동을 하기만 하면 성립하는 개념이다. 앞에서 살핀 네덜란드 Royal Philips 사례나 스위스 Syngenta 사례에서 이들의 국적국은 네덜란드와 스위스이고, 미국이라고 할 수 없다. 그러나 이들 회사는 미국에서 상업활동을 했기 때문에 ‘US business’에 해당하여 CFIUS의 심사대상이 된 것이다. 특히 Syngenta의 경우 미국 주식시장에 상장된 외국기업이었는데, 미국법의 역외적용에 해당한다고 평가된다.⁵⁵⁶⁾ 결국 미국은 자국의 국가안보에 영향이 미치기만 하면 CFIUS가 심사를 하는 입장으로 분석할 수 있겠는바, 외국인투자심사에도 효과이론이 적용되고 있는 것으로 평가할 수 있다. 따라서 미국은 효과이론에 따라 외국인이 사실상 지배하는 거래에 대해서도 CFIUS 심사를 하고 있다고 결론내릴 수 있다.

이와는 다르게 우리나라 외국인투자심사는 ‘외국인’이 ‘국내기업’에 투자하는 1차적 행위만을 대상으로 하기 때문에, 사실상 지배관계를 고려하지 못하므로, 미국에 비해 보호범위가 현저하게 좁다. 「공정거래법」상의 기업결합 심사기준에서 지배관계를 판단할 때 과반수 미만 주식취득의 경우에도 공급관계, 임원겸임관계, 거래관계 등을 고려하여 경영전반에 실질적인 영향력을 행사할 수 있는 경우 지배관계를 인정하고, 주식 취득이 없는 경우에도 임원겸임, 새로운 회사설립 참여 등의 행위 태

556) 이재민, “미국 부패방지법(FCPA)의 외국기업에의 적용-‘이중적’ 역외적용과 국제법적 함의”, 서울대학교 법학 제61권 제1호, 서울대학교 법학연구소 (2020), pp.435-436은 미국 부패방지법(FCPA)이 외국기업과 외국인에 대해 적용되는데, 미국시장에 상장되어 있는 외국기업에 대해 적용되는 것은 미국의 관할권 행사를 정당화할만큼의 연결점(nexus)과 합리성이 있다고 보기 어렵다고 분석하였다.

양을 고려하여 지배관계를 인정한다는 점을 참고할 필요가 있겠다.⁵⁵⁷⁾

한편, 「외국인투자촉진법」이 외국인투자에 관한 일반법이라면 특별법인 「산업기술보호법」이나 「국가첨단전략산업법」에 대해 보충적으로 적용할 수 있도록 규정되어야 하는데, 특별법인 「산업기술보호법」보다 협소하게 규정되어 있다는 점에서도 문제가 있다.⁵⁵⁸⁾ 「외국인투자촉진법」상의 외국인투자심사가 기술 보호에 관한 특별법인 「산업기술보호법」이나 「국가첨단전략산업법」에 대한 일반법이라고 한다면, 이들 특별법이 적용되지 못하는 경우에도 보충적으로 적용될 수 있도록 규정하는 것이 통상적인 일반법, 특별법 관계에 부합한다. 그러나 현행 외국인투자심사는 특별법이 적용되지 않는 경우에도 보충적으로 적용될 수 없도록 설계되었다.

이와 같은 문제가 발생한 이유는 「외국인투자촉진법」상의 ‘외국인투자’의 정의를 외국인투자심사에 그대로 적용했기 때문이다. 외국인투자심사를 도입한 취지가 외국인투자로 인한 국가안보위험을 보호하려는 데 있는 점을 감안하면, 「외국인투자촉진법」에 따른 현금지원 대상이나 입지지원 대상으로 규정되어 있는 ‘외국인투자’와는 개념 정의를 다르게 할 필요가 있었다. 현금지원이나 입지지원 인센티브를 제공하고, 부당한 인센티브 수혜 방지를 위해 형식적으로 판단하는 ‘외국인투자’의 개념과, 외국인투자심사의 대상이 되는 ‘외국인투자’는 다른 개념으로 정의하는 것이 입법취지에 부합할 것이다. 외국인투자심사에 적용되는 ‘외국인투자’는 현행과 같이 1차적인 투자를 형식적으로 규정하는 방식이 아니라,

557) 기업결합 심사기준(공정거래위원회 고시) IV. 지배관계 형성여부 판단기준 참조.

558) 산업통상자원부 보도자료, “우리기술 및 우리기술 및 핵심인력 보호를 위해 빈틈없는 대책을 차질없이 이행해 나가겠습니다!” (2021.12.23.) 참조. 산업통상자원부는 위 보도자료에서 <글로벌 기술패권 경쟁下 우리기술 보호전략>을 발표하면서, 외국인에 의한 국가핵심기술 보유기관 지배취득 기준을 현실화하여 규제의 실효성을 높일 계획이라고 하였다. 즉, 현행기준에 따르면 주식·지분 50%이상을 직접 소유하는 경우에만 심사할 수 있는데, 앞으로는 30% 이상 직접소유, 모회사, 자회사 등의 간접소유까지 심사하는 것으로 개정할 예정이라고 밝혔다. 이에 따르면 특별법인 「산업기술보호법」의 보호범위가 「외국인투자촉진법」보다 더 넓어지게 된다.

「외국인투자촉진법」상의 ‘외국인투자’를 기초로 외국인과 사실상의 지배관계를 인정할 수 있는 자의 지배구조가 변경되는 경우까지 포괄하는 방식이 바람직할 것이다.

2. 주식취득형 경영상 지배권만 인정하는 문제

1) 문제점

우리나라 외국인투자심사는 외국인투자 중에서 외국인이 국내기업의 주식을 통해 해당기업의 경영상 지배권을 실질적으로 취득하려는 경우에 해당하여야 한다. 「외국인투자촉진법 시행령」상의 “경영상 지배권을 실질적으로 취득하려는 경우”는 산업통상자원부고시인 「외국인투자에 관한 규정」 제6조에 규정되어 있다. 외국인투자심사는 ‘외국인투자’로서 국내기업의 ‘주식등의 취득’을 통해 해당기업의 ‘경영상 지배권’을 ‘실질적으로 취득’하려는 경우에 해당하여야 하는데, 「외국인투자에 관한 규정」의 해석부터 검토할 필요가 있다. 이 조항은 국가안보 관련 외국인투자제한에 대해 구체적인 기준과 절차를 정한 「외국인투자촉진법 시행령」이 2008년 개정됨에 따라 같은 해 「외국인투자 및 기술도입에 관한 규정」(지식경제부 고시 제2008-54호)을 개정하면서 포함되었는데, 현재 까지 신설 당시의 문언이 그대로 유지되어 있다.

2) 행정규칙의 해석론

「외국인투자에 관한 규정」 제6조는 “기업의 경영상 지배권을 실질적으로 취득하려는 경우라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우”로 정의하고 있다.

제1호는 외국인이 기업을 인수하려는 경우로서 단독 또는 특수관계인과 공동으로 주식 등을 ①50% 이상 소유하려는 경우, ②50% 미만 소유로서 주식 등의 최다소유자가 되면서 외국인이 직접 또는 특수관계인을

통해 기업의 임원선임이나 경영에 지배적인 영향력을 행사할 수 있게 되는 경우를 규정하고, 제2호는 외국인이 단독 또는 특수관계인과 공동으로 기업의 경영의 전부 또는 주요 부분의 양수·임차 또는 경영 수임방식에 의해 해당기업을 사실상 경영하려는 경우로 규정하고 있다. 따라서 외국인투자심사에 해당하기 위해서는 원칙적으로 외국인이 국내기업의 주식을 과반수 이상 취득하는 등의 M&A나 영업양도, 경영수임 방식 등에 해당해야 한다.

그런데 「외국인투자에 관한 규정」 제6조제2호를 주식 취득이 없는 M&A의 경우로 해석하여 외국인투자심사의 대상이 되는지에 관해 검토할 필요가 있다.

외국인투자심사의 근거가 되는 직접적인 조항은 「외국인투자촉진법 시행령」 제5조제1항제2호이다. 「외국인투자에 관한 규정」 제6조는 영 제5조제1항제2호가목의 “기업의 경영상 지배권을 실질적으로 취득하려는 경우”를 규정하는데, 시행령 제5조제1항제2호는 “다음 각 목에 모두 해당되는 외국인투자가 법 제4조제2항제1호에 따른 국가의 안전 유지에 지장을 초래하는 경우”로 규정되어 있어 제5조제1항제2호가목이 적용되기 위한 전제로 ‘외국인투자’일 것을 규정하고 있기 때문이다.

「외국인투자촉진법」은 제2조제1항제4호에서 ‘외국인투자’를 정의하는데, 외국인투자심사가 적용되는 M&A형 외국인투자에 대해서는 가목에 규정된 ‘외국인투자’가 적용된다. 법률 제2조제1항제4호가목은 “외국인이 이 법에 따라...(중략)...대통령령으로 정하는 바에 따라 그 법인이나 기업의 주식 또는 지분(이하 “주식등”이라 한다)을 다음 어느 하나의 방법으로 소유하는 것”으로 규정하여 주식이나 지분을 취득할 것을 요건으로 규정한다. 즉, 주식이나 지분 취득이 없는 경우에는 「외국인투자촉진법」상의 ‘외국인투자’에 해당할 수 없는 것이다.

그렇다면 「외국인투자에 관한 규정」 제6조제2호는 기본적으로 ‘외국인투자’에 해당해야 하는 것으로 해석하여야 한다. 따라서 제2호가 적용되는 상황은 ‘외국인투자’로서 영업양도, 경영 수임 방식 등으로 해당기업을 사실상 경영하려는 경우에 해당하여야 하는바, 외국인이 투자금액

이 1억 원 이상으로서 주식이나 지분을 10% 이상 소유하거나, 주식 등을 소유하면서 임원을 파견하거나 선임하는 경우가 전제되어야 한다. 정리하자면, 외국인투자심사대상이 되는 경영상 지배권의 실질적 취득이란 ①주식 등을 50% 이상 취득하는 외국인투자, ②주식 등을 10% 이상 취득하는 외국인투자로서 영업양도, 경영 수입 방식 등으로 해당기업을 사실상 경영하려는 경우, ③주식 등을 소유하면서 임원을 파견하거나 선임하면서, 영업양도, 경영 수입 방식 등으로 해당기업을 사실상 경영하려는 경우에 해당하여야 한다. 어떤 경우이든지 우리나라의 외국인투자심사대상이 되기 위해서는 국내기업의 주식을 취득하는 ‘외국인투자’에 해당해야 한다.

이상에서 살핀 바와 같이 우리나라의 외국인투자심사대상은 국내기업의 주식을 취득하면서 경영상 지배권을 취득한 것으로 볼 수 있는 경우에 해당해야 하는바, 거래 유형으로는 주식등의 과반수 취득, 영업 양도, 경영 수입 방식으로 한정적으로 규정된 것이 특징이다.

3) FIRRMA에서의 심사대상 확대

미국은 FIRRMA를 입법하면서 CFIUS의 심사대상을 확대했는데, ‘대상거래(covered transactions)’에 기존의 ‘지배권을 취득하는 거래(covered control transactions)’ 이외에 이른바 ‘비지배적 투자(non-controlling investments)’ 유형을 추가하였다. 비지배적 투자에는 ①국방시설 인근의 부동산에 대한 외국인의 구매, 임대 또는 양허, ②미국의 핵심기술, 인프라, 민감정보 관련 기업(이른바 ‘TID 미국기업’으로, Critical Technology, Critical Infrastructure, Sensitive Personal Data를 의미한다.)⁵⁵⁹⁾에 대한 비공개 정보에 대한 접근권한이나 이사 임명권 또는 중요한 의사결정을 할 수 있는 권한을 취득하는 유형의 거래, ③외국인투자자의 권리가 변경되어 외국인이 미국기업을 지배하는 것으로 볼 수 있는 경우나 ④의 권한을 취득하는 거래, ④기타 CFIUS 심사를 회피

559) TID 미국기업(TID US business)의 내용은 아래 표와 같다.

하기 위한 여하한 거래를 포함하는 유형이 포함되었다.⁵⁶⁰⁾

‘지배권을 취득하는 거래’는 ‘외국인’, ‘US business’, 그리고 ‘지배(control)’의 요소로 구성되는데, ‘외국인’과 ‘US business’는 앞에서 살펴 보았다. ‘지배(control)’의 개념은 CFIUS Regulation에서 의결권 지분의 과반수나 지배적 지분 소유, 이사 선임권, 대리 투표권, 약정 기타 수단 등을 통해 직간접적으로 기업에 영향을 미치는 중요사항을 결정, 지시 또는 결정하는 권한 등을 의미하는 것으로 규정하였다.⁵⁶¹⁾ 중요사항은 ①기업의 유무형 자산 매각, 임대, 저당, 질권 또는 기타 양도, ② 구조조정, 합병 또는 해산, ③생산, 운영, 연구개발시설의 폐쇄, 이전 또는 변경, ④중요지출, 투자, 주식발행, 배당금 또는 예산 승인, ⑤신규 사업 등의 승인, ⑥중요계약의 체결, 해지, 중단, ⑦비공개 기술, 재무 기타 중요정보와 관련된 방침, 절차, ⑧임원 선임, 해임, ⑨핵심기술, 민감기술 또는 미국정부의 기밀정보에 접근 가능한 직원의 임명, 해고 등을 의미하는 것으로 규정되어 있다.⁵⁶²⁾

한편, ‘비지배적 투자’에서 중요한 것은 TID 미국기업에 투자하는 경우 지분을 기준이 없다는 점이다. 즉, 어떤 형태의 거래이든지 외국인에

구분	기업의 활동 내용	주요 내용
핵심 기술	- 생산 - 설계 - 시험 - 제조 - 개조·발전 등	- 통제 체제와의 관련성 - 군수물자, 전략물자 - 수출관리규정상 상무부 통제리스트 - 원자력, 핵시설 - 독성물질 - 수출통제법상 신흥·기반 기술
핵심 인프라	- 소유 - 활동 - 제조 - 공급 또는 서비스	31 CFR Appendix A to Part 800 (정보통신, 에너지, 금융, 국방시설, 공항, 항만 등)
민감 정보	- 유지 - 수집	31 CFR §800.241 (국방인사 개인정보, 100만 명 이상 개인정보 등)

560) FIRMA Section 1703. Definitions. (a)(4) Covered Transaction 항목과 Summary of FIRMA’s Key Provisions, CFIUS Legislation, CFIUS Laws and Guidance, US Department of the Treasury 참조.

561) 31 CFR Part 800.208 Control 참조.

562) 위 CFR Regulation에 의하면 외국인인 A법인이 미국 B법인의 의결권 있는 주식 7%를 취득하고, B법인의 중요 계약을 해지할 수 있는 권리를 취득하면 A법인이 B법인을 지배한다고 본다.

계 TID 미국기업에 대해 비공개 기술정보에 대한 접근권한, 이사 임명 권한, 핵심기술의 사용, 개발, 취득 또는 공개, 핵심 인프라의 관리, 운영, 제조 또는 공급, 또는 TID 미국기업이 보유 또는 수집하는 민감정보의 사용, 개발, 취득, 보관 또는 공개와 관련된 의사결정 권한을 보유하게 되는 경우는 CFIUS의 심사대상이 되도록 규정하였다.

[표 16] CFIUS Declarations이 요구되는 외국인투자⁵⁶³⁾

외국인투자	Parts 800 through 802 of Title 31, CFR
미국 TID기업 관련 외국인투자	비지배적 투자로서, 외국인투자자에게 다음의 권리를 부여하는 거래 a. 중요한 비공개 기술 정보에 대한 접근권한 b. 이사회 의결권 등 권리 c. 이사 임명권 d. 주식 의결권을 제외한 실질적 의사결정권한
외국정부의 미국 TID기업 투자	비면제국가가 아래 권리를 취득하는 경우 a. TID기업의 25% 이상 의결권 지분 취득 b. 외국정부가 49% 이상을 소유·통제하는 거래
국방설비 또는 국방부 설비와 인접한 부동산 매매·임대차 등	비면제국가가 투자자가 투자 등을 통해 아래 권리를 취득하는 경우 a. 외국인에게 아래 세 개 이상의 재산권을 부여 1. 부동산에 물리적으로 접근할 수 있는 권리 2. 다른 사람이 부동산에 물리적으로 접근하는 것을 배제할 수 있는 권리 3. 부동산을 변경하거나 개발하기 위해, 또는 4. 부동산에 고정 또는 이동식 구조물 또는 물건을 부착하는 경우

출처: DoD Instruction 2000.25. p.22 Table 2.

563) CFIUS Declaration은 본 연구 제4장 제1절 2 1) (1) 심사절차 개관 부분 참조.

4) 소결

우리나라 외국인투자심사는 시행령에 “경영상 지배권의 실질적 취득”으로 규정되고, 외국인투자자에 관한 규정에서 ①주식 등을 50% 이상 취득, ②주식 등을 10% 이상 취득하면서 영업양도, 경영 수임 방식 등, ③주식 등을 소유하면서 임원을 파견하거나 선임하면서, 영업양도, 경영 수임 방식 등으로 해당기업을 사실상 경영하려는 경우에 적용된다.

우리나라의 외국인투자심사의 심사대상은 경영권을 취득하는 유형만 심사하겠다는 방식으로 규정되어, 미국과 같이 다양한 거래 유형을 포괄하지 못하다는 점에서 한계가 노정된다. 이는 「외국인투자촉진법 시행령」의 문언 자체가 ‘경영상 지배권’을 규정하고 있기 때문에, 경영상 지배권의 이전으로 볼 수 없는 경우는 처음부터 외국인투자심사대상에 포섭이 불가능하게 되는 것이다.

외국인투자심사를 통해 보호하려는 법익 측면에서 고찰하면 경영상 지배권이 이전되는 유형만 심사대상으로 포섭하는 현행 외국인투자심사 제도는 실효성이 적다고 판단할 수 있다. 이를 위해서는 국내기업에 대한 지배관계를 경영전반에 사실상의 영향력을 행사할 수 있는 경우로 확대하는 방안을 고려할 수 있을 것이다. 또한 주식을 취득하지 않고 임원 선임권 등을 행사할 수 있는 경우 등 의사결정권한을 보유하는 경우, 또는 국내기업의 핵심가치를 구성하는 기술이나 지식재산권 등에 대한 접근권한을 취득하는 경우도 실질적인 영향력 행사의 지표로 포함하는 방안을 검토할 수 있다. 현행 방식은 단순히 과반수 이상의 지분 취득을 통해 기업의 의사결정에 향을 미치는 대주주 중심의 규제 방식이므로, 입법 목적을 달성하는데 효율적이지 않은 것으로 판단된다.

제3절 외국인투자 신고제도와외의 정합성

1. 문제점

우리나라 외국인투자는 입법연혁에서 본 바와 같이 허가제(1960년~1966년), 인가제(1966년~1993년), 신고수리제(1993년~1998년) 시기를 거쳤다. 「외국인투자촉진법」은 1998년 제정되면서 전문에 외국인투자에 관한 규제 완화로서 ‘신고수리제’에서 ‘단순신고제’로 변경한다고 명시하였다.⁵⁶⁴⁾ 즉, 기존에는 신고수리행위가 있어야 외국인투자 신고의 효력이 발생했는데, 현행법은 외국인투자가가 산업통상자원부장관에게 신고하면 산업통상자원부장관은 ‘지체없이’ 신고증명서를 발급하도록 규정하고 있다. 그런데, 「외국인투자 안보심의 절차 운영규정」(예규)은 안보심의 대상에 해당하는 외국인투자 신고가 있으면 안보심의절차가 개시되고, 신고증명서 발급을 보류하도록 규정하고 있다(제3조제2항). 예규는 외국인투자 신고증명서 발급 시기에 관해 제17조제3항에서 수탁기관의 장이 투자허용 결정을 통보받은 경우에 비로소 ‘즉시’ 발급하는 것으로 규정하였다.

「외국인투자촉진법」 전문에서 언급하고 있는 단순신고제는 행정청의 수리가 필요없는 신고로서, 형식적·절차적 요건을 갖춘 신고서가 행정청에 도달하면 신고로서의 효력이 발생하는 이른바 ‘자기완결적 신고’이다.⁵⁶⁵⁾ 그렇다면 외국인투자심사에서 신고증명서 발급을 보류하도록

564) 구법 「외국인투자 및 외자도입에 관한 법률」 제7조의2(신주등의 취득에 의한 외국인투자의 신고수리), 제8조의3(기존주식등의 취득에 의한 외국인투자의 신고수리 등) 등에서는 신고수리를 규정하였는데, 「외국인투자촉진법」은 신고를 받으면 ‘지체없이’ 신고인에게 신고증명서를 발급하여야 한다고 규정한다.

565) 홍강훈, “소위 자체완성적 신고와 수리를 요하는 신고의 구분가능성 및 신고제의 행정법 Dogmatik을 통한 해결론”, 공법연구 제45집 제4호, 한국공법학회 (2017), pp.100-101는 자기완결적 신고(자체완성적 신고)와 수리를 요하는 신고(행정요건적 신고)의 구분기준에 관해 판례는 관계법령이 신고의무만 규정하고 별다른 실질적 요건을 규정하지 않는 경우 그 신고가 구비서류 등을 갖추었는지 여부 등을 심사하여 적법한 요건을 갖춘 신고가 있으면 행정

규정하고, 신고증명서 발급 시기를 외국인투자심사가 완료된 이후에 이루어지도록 한 것이 외국인투자 신고의 단순신고제 원칙과 상충되는 것인가를 법체계적인 관점에서 검토할 필요가 있다.

2. 신고의 의의와 법적 성격

행정법상 신고는 사인이 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지함으로써 공법적 효과를 발생 시키는 사인의 공법행위인데, 행정청이 보다 완화된 형태의 규제수단을 선택하고자 할 때 이용되는 규제수단이다.⁵⁶⁶⁾

「행정절차법」 제40조제2항은 신고서 기재사항에 흠이 없고, 필요한 구비서류가 첨부되어 있으며, 그 밖에 법령 등에 규정된 형식상의 요건에 적합한 신고의 경우 신고서가 접수기관에 도달된 때 신고의무가 이행된 것으로 본다. 즉, 자기완결적 신고가 원칙적인 형태로 인정되고, 행정청의 수리가 있어야 신고로서의 효과가 발생하는 수리를 요하는 신고는 예외적인 형태로 규정되어 있는 것이다.⁵⁶⁷⁾

신고의 법적 성격에 관해서는 자기완결적 신고의 경우에는 형식적 요건에 대해 형식적으로만 심사하기 때문에 약한 형태의 사전적 규제수단에 해당하고, 적극적으로 진입을 허락하고자 하는 성격을 가진 것으로 분석된다. 반면, 수리를 요하는 신고는 형식적 요건 이외에 실질적 요건도 요구하고, 이에 대한 실질적 심사도 이루어진다는 점에서 신고 수리 단계에서부터 수리 거부 가능성이 예정되어 허가제와 유사한 사전적 규제수단으로 이용된다.⁵⁶⁸⁾

청의 별다른 조치를 기다릴 필요 없이 접수시에 신고의 효력이 발생한다고 보지만, 수리를 요하는 신고는 관계법령이 수리를 요한다는 명문의 규정을 두고 신고에 대한 실질적 요건을 규정하는 경우 실질적 심사를 거쳐 수리 여부를 결정할 수 있다고 분석하였다.

566) 박균성·윤기중, “행정규제완화수단으로서의 신고에 관한 연구”, 경희법학 제49권 제1호, 경희대학교 법학연구소 (2014), p.134.

567) Ibid, p.135.

568) Ibid, p.136.

3. 일반적인 외국인투자 신고의 경우

외국인투자 신고는 「외국인투자촉진법 시행규칙」 제2조제1항과 별표 1(외국인투자 신고 및 허가신청 제출서류)에 규정되어 있는데, 외국인투자자의 국적을 증명하는 서류, 투자형태 관련 서류, 출자목적물 관련 서류를 수탁기관(대한무역투자진흥공사, 외국환은행)에 제출해야 한다.

「외국인투자촉진법」 제5조제4항은 산업통상자원부장관이 외국인투자 신고를 받으면 지체없이 신고인에게 신고증명서를 발급하도록 규정한다. 이 때 수탁기관은 법령에서 정한 요건 및 구비서류가 형식적으로 적법한 경우 외국인투자 신고를 접수하고, 외국인투자 신고사항이 명확하지 않거나 잘못 기재된 경우 사실관계를 정확히 파악한 후 신고를 접수한다고 되어 있다.⁵⁶⁹⁾

위 규정의 문언을 해석하면 수탁기관은 외국인투자신고서의 형식적 요건만 심사하기 때문에 외국인투자는 자기완결적 신고에 해당한다고 평가할 수 있다. 외국인투자 신고를 단순신고제로 변경한 입법취지도 외국인투자자에 대해 규제를 완화한다는 점에 있었기 때문에, 자기완결적 신고가 약한 형태의 사전적 규제수단이라는 성격도 충족하는 것으로 판단된다.

4. 외국인투자심사와 외국인투자 신고

1) 논의의 기초

외국인투자심사의 경우에도 외국인투자자가 외국인투자신고서를 제출할 필요가 있다는 점에서는 일반적인 외국인투자 신고절차와 유사하다. 그러나 「외국인투자촉진법 시행규칙」에는 외국인투자심사에 관해 추가적인 서류 제출을 요구하고 있다.

우선 「외국인투자촉진법 시행규칙」 별표 1(외국인투자 신고 및 허가

569) 대한무역투자진흥공사 규정(외국인투자신고 접수업무 처리요령) 제5조.

신청 제출서류)은 ‘국가안보위해 여부 판단 관련 제출’이라는 항목에서 국내기업의 경영상 지배권 취득 사실을 확인할 수 있는 서류와 시행령상의 개별 안보상황 관련 서류를 제출하도록 하고 있다. 이는 예규에서 “외국인투자 안보심의 대상”이란 「외국인투자촉진법 시행규칙」 별지 제1호서식에서 외국인투자기업(투자대상 국내기업) 신고내용 중 ⑨경영상의 지배권 취득란 및 ⑩투자대상 국내기업의 시행령 제5조제1항제2호 해당란에 모두 [v] 표시를 한 외국인투자 신고를 의미하기 때문에 ⑨ 요건과 ⑩ 요건을 확인하기 위한 목적으로 보인다.

즉, 외국인투자심사는 외국인투자가가 「외국인투자촉진법 시행규칙」 별지 제1호서식(주식등의 취득 또는 출연 방식에 의한 외국인투자 신고서) 안에 작성하는 내용 중에 ⑨번 항목과 ⑩번 항목이 표시되어 있으면 국가안보위해 여부 판단에 필요한 서류를 제출해야 한다. 해당 서류는 아래 표와 같이 신청인(외국인투자가) 현황, 투자대상기업(국내기업) 현황, 투자내용 등과 관련되는 문건으로 규정되어 있다.

[표 17] 국가안보위해 여부 판단을 위한 제출 서류⁵⁷⁰⁾

<p>신청인 (외국인투자가) 현황</p>	<p>1) 의사결정권한이 규정된 내부규정(정관 등), 지배구조 [주주구성(성명, 국적 포함), 지분율, 계열회사 현황 등] 2) 재무제표, 감사보고서(감사보고서가 없는 경우 회사가 작성한 재무제표 등) 3) 사업보고서(사업내용, 생산제품 및 기술보유, 연구인력, 제품·기술의 내용 및 수준, 생산공정 등) 4) 외국정부의 보유지분(국부펀드·공공기관 등 포함), 외국정부가 보유한 직간접적인 권리 내용</p>
<p>투자대상기업 (국내기업)</p>	<p>1) 의사결정권한이 규정된 내부규정(정관 등), 지배구조 [주주구성(성명, 국적 포함), 지분율, 계열회사 현황 등]</p>

570) 외국인투자촉진법 시행규칙 [별지 제1호서식] 제2쪽 “첨부서류” 13번 항목.

<p>현황</p>	<p>2) 재무제표, 감사보고서(감사보고서가 없는 경우 회사가 작성한 재무제표 등)</p> <p>3) 사업보고서(사업내용, 관련 시장 규모와 경쟁력, 생산제품 및 기술·공정 개요)</p> <p>4) 「방위사업법」 제3조제7호에 따른 방위산업물자 생산 내역, 「대외무역법」 제19조에 따른 전략물자 생산 내역, 「국가정보원법」 제4조제1항제2호에 따른 국가기밀 계약 목록, 「산업기술보호법」 제2조제2호에 따른 국가핵심기술 보유 내역</p>
<p>투자내용</p>	<p>1) 인수·합병 등과 관련된 계약서 또는 계획서, 금번 외국인투자자로 변경되는 사항(지배구조, 외국인투자가가 취득하는 권리의 범위·내용), 외국인투자의 자금 출처 및 증빙서류</p> <p>2) 투자계획에 따른 기술·물품·용역 등 제공조건 및 방법, 기술·사이버보안대책 마련 여부 등</p>
<p>기타</p>	<p>그 밖에 수탁기관장이 국가안보위해 여부 판단을 위해 필요하다고 인정하는 서류</p>

예규는 이와 같이 ⑨번 항목과 ⑩번 항목이 표시된 외국인투자 신고서가 수탁기관에 제출되면 수탁기관은 산업통상자원부장관에게 즉시 통보하고, 외국인투자 신고증명서 발급을 보류하여야 한다고 규정한다. 산업통상자원부장관은 통보를 받으면 외국인투자심사 절차를 개시하는데, 예규에 따라 수탁기관이 신고증명서를 발급하는 시기는 예규 제17조에 산업통상자원부장관이 외국인투자위원회의 의결 결과에 따라 투자허용 결정을 하는 시점이다.

결국 예규에 따라 외국인투자심사가 진행되는 경우, 외국인투자 신고증명서는 최종적으로 산업통상자원부장관이 투자 허용 결정을 할 때까지

발급되지 않는 것으로 해석된다.

2) 일반적인 외국인투자 신고와의 차이점

상위법인 「외국인투자촉진법」 제5조제4항에서는 외국인투자신고가 있으면 지체없이 신고증명서를 발급하도록 했는데, 예규는 외국인투자심사가 진행되는 동안 신고증명서 발급을 보류하도록 규정했다. 그렇다면 이는 위임입법 한계 일탈로 무효로 보아야 하는가?

이 문제는 일반적인 외국인투자 신고와 외국인투자심사에서의 신고가 개념적으로 구분될 필요가 있다는 점에서 논의를 시작해야 한다. 일반적인 외국인투자 신고는 자기완결적 신고로서, 외국인투자 신고서에 대한 형식적 심사만 이루어지고 그에 따라 신고증명서를 발급하고 있다. 「외국인투자촉진법 시행규칙」 별표1(외국인투자 신고 및 허가신청 제출서류)도 외국인투자 신고 시에 공통제출 서류로서 외국투자가의 국적을 증명하는 서류와 별지 제1호서식의 외국인투자 신고서만 제출하면 되는 것으로 규정하고 있다.

그러나 외국인투자심사의 경우에는 외국인투자자가 제출하는 서류 등에 기초하여 국가안보위해 여부를 판단하는 별개의 절차를 거치기 때문에 실질적 심사로서, 외국인투자 신고서 제출 시 이루어지는 형식상요건의 심사와는 개념적으로 구별된다고 보아야 한다. 「외국인투자촉진법 시행규칙」 별표1(외국인투자 신고 및 허가신청 제출서류)은 ‘국가안보위해 여부 판단 관련 제출서류’로 국내기업의 경영상 지배권을 취득할 수 있는지를 확인할 수 있는 서류와 방위산업물자 생산내역·전략물자 생산내역·국가기밀 계약목록·국가핵심기술 보유내역 등을 외국인투자 신고서에 제출하도록 규정하고, 별지 제1호서식의 외국인투자 신고서에도 ‘경영상의 지배권 취득’과 ‘투자대상 국내기업의 영 제5조제1항제2호나목 해당여부’에 해당한다고 표시한 외국인투자의 경우에는 ‘국가안보위해 여부 판단에 필요한 서류 제출’이 명시되어 외국인투자심사의 경우에는 외국인투자 신고서에 제출해야 하는 내역이 다르다는 점이 명시되어 있다.

한편, 외국인투자 신고와 외국인투자심사의 신고는 법적 성격에서도 구별될 필요가 있다. 일반적인 외국인투자 신고는 외국인투자를 원칙적으로 금지하는 것이 아니라 최소한의 형식적 요건을 갖춘 외국인투자는 적극적으로 진입을 허락한다는 의미에서 사전적 규제 수단에 해당한다고 볼 수 있다.⁵⁷¹⁾

그러나 외국인투자심사에서의 신고는 외국인투자 신고서를 제출하는 단계에서부터 외국인투자 신고가 거부될 가능성이 내포되어 있다.⁵⁷²⁾ 외국인투자심사는 외국인이 투자 신고서를 제출하면 「외국인투자촉진법 시행규칙」과 예규에 따라 ⑨번 항목과 ⑩번 항목이 표시되어 있으면 자동적으로 심사가 개시되고, 외국인투자심사 결과 투자 허용, 조건부 허용, 불허용 결정으로 귀결된다. 투자 허용결정이 이루어지는 경우에만 비로소 외국인투자 신고서가 발급되는 구조임을 감안하면, 불허용 결정의 경우에는 외국인투자 신고서가 발급되지 않아 사실상 허가제에 가깝다고 평가할 수 있는 것이다. 따라서 외국인투자심사에서의 외국인투자 신고는 허가제에 가까운 강한 사전적 규제수단으로서, 일반적인 외국인투자 신고가 자기완결적 신고라는 성질을 가지는 것과는 달리, 행정청의 수리를 요하는 강한 규제적 성격을 가진 신고라고 보는 것이 타당하다.

외국인투자 신고 증명서는 통상 국내은행을 통하여 주식매매 대금을 지급할 때 사용되며, 투자자금이 송금되면 외국인투자기업으로 등록하는 절차를 거친다. 외국인투자 신고 증명서의 발급을 보류한다는 의미는 투자자금의 송금절차에 지장이 초래된다는 것이다. 그리고 외국인투자심사 결과 국가안보위해에 해당하여 투자 불허용 결정이 내려지는 경우에는 「외국인투자촉진법 시행령」 제5조제10항에 따라 취득한 주식을 양도해야 한다. 결국, 외국인투자 신고증명서 발급을 보류한다는 것은 외국인의 주식 양수 행위가 완결되지 못하게 하는 효력이라고 평가할 수 있다. 「외국인투자촉진법 시행령」 제5조제8항에 따라 외국인투자심사 기한이 검토요청한 날부터 90일 이내라는 점을 생각해보면, 외국인투자 신고 증

571) 박균성·윤기중, 전제논문, p.135.

572) Ibid, p.135.

명서의 발급을 보류한다는 의미는 국가안보위해에 따라 초래될 수 있는 비가역적 결과를 고려하여 외국인투자심사 절차가 완료될 때까지 주식양수 행위의 법적 효력이 발생하지 않도록 한다는 의미로 볼 수 있다. 다만 외국인투자자가 입는 불이익을 감안하여 해당 기간은 외국인투자심사 기간 동안으로 제한한 것으로 볼 것이다. 외국인투자심사 결과 국가안보위해가 인정되어 투자 불허용 결정이 있을 경우, 외국인투자 신고증명서를 발급하여 투자자금 송금까지 완료된 경우와 외국인투자 신고증명서 발급을 보류하여 투자자금 송금이 완료되지 않은 경우를 비교형량하여 후자의 방안이 바람직하다는 고려 하에 외국인투자자가 입는 불이익은 외국인투자심사 기간 동안으로 한정할 것이 아닐까 추측된다.⁵⁷³⁾

3) 소결

이상에서 검토한 바와 같이 일반적인 외국인투자 신고와 외국인투자심사에서의 외국인투자 신고는 ‘외국인투자신고’라는 동일한 용어를 사용하고 있지만, 법적인 성질 측면에서 차이가 있다고 보는 것이 타당하다. 즉, 일반적인 외국인투자 신고는 자기완결적인 신고이지만, 외국인투자심사에서의 신고는 수리를 요하는 신고로 보는 것이 신고에 관한 행정법 체계에 부합한다.

이와 같은 문제가 발생하는 원인은 ‘외국인투자 신고’라는 행위가 ‘일반적인 외국인투자 신고행위’와 ‘외국인투자심사 개시 요건인 외국인투자 신고행위’로 구분됨에도 불구하고 하나의 서식으로 진행되기 때문이다. 해당 서식은 외국인투자 신고 이외에 허가를 위한 신청서까지 통합된 양식으로 규정되어 있다. 「외국인투자촉진법 시행규칙」 별지 제1호서식의 명칭은 “주식등의 취득 또는 출연 방식에 의한 외국인투자(신고서, 허가신청서)”인데, 「외국인투자촉진법」 제5조에 따른 외국인투자 신고와 제

573) 다만, 이와 같은 해석론은 시행령 제5조제10항과는 배치된다고 할 것이다. 시행령은 투자 불허용 결정이 있을 경우 취득한 주식을 양도하도록 규정하고 있는바, 이는 투자 불허용 결정이 있기 전이라도 주식 취득이 가능하다는 취지로 해석되기 때문이다.

6조에 따른 외국인투자 허가를 위한 신청까지 하나의 서류로 마련된 것이다. 결국 「외국인투자촉진법 시행규칙」에 규정된 외국인투자 신고서식은 일반적인 의미의 ‘외국인투자 신고서’, 방위산업체에 대한 외국인투자로서 허가를 받기 위한 ‘외국인투자 허가신청서’, 그리고 외국인투자 심사가 개시되기 위한 ‘외국인투자 신고서’으로 기능한다고 할 것이다.

외국인투자 신고와 허가신청이 「외국인투자촉진법 시행규칙」상의 별지 양식으로 통합된 것은 1998년 「외국인투자촉진법」 제정 당시부터였다. 1998년 「외국인투자촉진법」은 주식 취득의 유형을 신주 취득과 기존 주식 취득으로 나누고, 기존 주식 취득에 의한 방위산업체 투자에 대해서만 허가사항으로 규정하고 있었다. 당시 「외국인투자촉진법 시행규칙」은 이를 반영하여 신주 취득 유형의 외국인투자 신고에 대해서는 별지 제1호서식(신주등의 취득에 의한 외국인투자 신고서), 기존 주식 취득 유형의 외국인투자 신고와 허가신청에 대해서는 별지 제3호서식(기존 주식 등의 취득에 의한 외국인투자신고서·허가신청서)으로 규정하고 있었다. 그 후 2016년 외국인투자 신고제도를 통합하는 방식으로 「외국인투자촉진법」이 개정되면서⁵⁷⁴⁾ 「외국인투자촉진법 시행규칙」도 신주 취득 유형과 기존 주식 취득 유형의 외국인투자 신고서를 별지 제1호서식(주식등의 취득 또는 출연 방식에 의한 외국인투자(신고서, 허가신청서))으로 통합하여 오늘에 이르고 있다.⁵⁷⁵⁾

한편 별지 서식은 일반적인 ‘외국인투자 신고서’와 ‘외국인투자 허가신청서’를 표제 부분에서 제출자가 구분하여 표시하도록 규정하고 있다. 즉, 해당 서식을 제출하는 외국인투자자는 ‘외국인투자 신고서’ 또는 ‘외국인투자 허가신청서’에 표시를 함으로써 제출용도가 구분되는 구조이다. 이 경우 별지 제목 바로 하단 부분에는 처리기간을 ‘신고: 즉시, 허가:15일’로 규정하고 있다. 일반적인 외국인투자 신고의 처리기간은 즉시이고,

574) 2016년 「외국인투자촉진법」(법률 제13854호, 2016.1.27. 개정, 2016.7.28. 시행)은 주식 취득 방식의 외국인투자 신고, 장기 차관 방식의 외국인투자 신고 등을 하나의 조항으로 통합하는 내용이었다.

575) 2016년 「외국인투자촉진법 시행규칙」(산업통상자원부령 제206호, 2016.8.2. 개정·시행) 참조.

허가사항인 경우에도 15일 이내에 처리된다는 것인데, 외국인투자심사의 경우에는 처리기간이 ‘즉시’ 또는 ‘15일’ 모두 적용될 수 없다는 점에서도 미비점이 발견된다고 할 것이다.

결국, 현행 법령은 자기완결적 신고로서의 성질을 가진 외국인투자 신고서에 수리를 요하는 투자심사의 외국인투자 신고를 구분하지 않고 운영함으로써 체계상의 혼란을 초래하고 있다고 할 것이다.⁵⁷⁶⁾

제4절 비판적 검토

우리나라 외국인투자심사가 가진 법체계적인 문제는 결국 국내법상 ‘국가안보’와 ‘외국인투자’라는 기존의 용어와 관련 법리를 이용함으로써 생긴 것이다. 이는 외국인투자심사가 시행령으로 입법될 당시 국제협약 위반 가능성을 우려했던 정부가 외국인투자심사가 가지는 의의를 충분히 고려하지 못한 채 기존 외국인투자촉진법령 체계 안에 포함시킨 것에서 유래한다.

우리나라의 외국인투자심사는 「외국인투자촉진법」에 따른 ‘외국인투자’라는 용어를 사용한다. 따라서 ‘외국인’이 ‘국내기업’에 투자하는 경우만 외국인투자심사대상으로 규제되는바, 이 같은 유형의 거래에 해당하지 않으면 외국인투자심사대상에서 제외된다. 또한 경영상 지배권이 인정되는 투자의 유형도 기본적으로 주식 취득의 경우로 한정하여 경영상 의사결정에 영향력을 행사할 수 있는 다양한 거래 유형을 포괄하지 못하고 있다. 이에 반하여 미국에서는 실질적인 지배관계를 인정하고, 경영상 의사결정에 영향력을 행사할 수 있는 거래 유형도 포함하여 실질적

576) 송인옥, “국가안보를 위한 국가핵심기술 관리의 실효성 확보 방안”, 고려법학 제104호, 고려대학교 법학연구원 (2022), pp.100-101은 산업기술보호법상 ‘신고’와 ‘승인’의 법적 성격을 검토하면서 「산업기술보호법」상의 ‘신고’는 수리를 요하는 것으로 되어 있으나, 신고 수리 통보 이후에도 산업기술보호위원회의 심의를 통해 중지·금지·원상회복 등의 조치가 가능하므로 ‘승인’과의 구별이 어려운 경우가 나타난다는 점을 지적하였다. 「산업기술보호법」도 신고제를 채용했으나, 국가안보라는 특수성을 감안하여 신고제의 성질과는 배치되는 방식으로 운영되는 것으로 평가된다.

인 지배관계를 규제한다는 점에서 차이가 있다. 한편 외국인투자심사에서 '외국인투자 신고'는 자기완결적 신고에 해당하는 일반적인 외국인투자 신고와는 달리 수리를 요하는 신고에 해당하는데도 '외국인투자 신고'라는 용어를 혼용한다. 결국 현행 「외국인투자촉진법」의 '국가안보', '외국인투자', '외국인투자 신고' 등의 개념을 그대로 적용함으로써 외국인투자심사를 통해 국가안보위험을 평가하지 못하고, 법체계적인 문제만 야기한다고 할 것이다.

이와 같은 문제점이 발생하게 된 근본적인 이유는 외국인투자심사의 법률적 근거를 「외국인투자촉진법」 제4조(외국인투자의 자유화 등)에서 찾기 때문인 것으로 볼 수 있다. 우리나라의 외국인투자심사 입법연혁에서 살핀 바와 같이 '국가의 안전에 지장을 초래하는 경우'는 외자를 도입할 수 없는 금지 사유였는데, 1998년 제정된 「외국인투자촉진법」에서 제4조(외국인투자의 자유화 등)로 조문의 표제가 변경되면서 '외국인투자 제한사유'로 규정되었다. 「외국인투자촉진법」 제4조(외국인투자의 자유화 등)는 외국인투자 금지사유와 제한사유를 단순히 형식적으로 통합함으로써 OECD 가입에 따른 자유화 수준을 높이고자 하는 것이었다. 따라서 당시로서는 국가안보를 이유로 외국인투자를 심사하고 제한하는 근거로서 제4조를 활용하리라는 점에 대해서는 전혀 예상하지 못했는데, 국회 입법 과정에서 '외국인투자제한사유'로서의 '국가의 안전에 지장을 초래하는 경우'에 관해 논의한 흔적이 발견되지 않는 것은 이를 뒷받침한다. 외국인투자 금지사유에 해당했던 '국가의 안전에 지장을 초래하는 경우'가 '외국인투자제한사유'로 변경되었으나 '금지', '제한'의 의미에 대한 검토가 미흡하여 '제한업종'의 체계정합성 차원의 문제로도 연결된다고 할 것이다. 2008년 외국인투자심사의 법제화는 이 같은 법률 자체가 가지는 체계적 문제에 더해 BIT·FTA 위반 가능성, '외국인투자 신고'와의 관계 등 「외국인투자촉진법」내의 체계적 문제도 발생된 것으로 평가된다.

외국인투자심사는 국가안보평가를 통해 이미 자유화된 외국인투자를 제한하는 것으로, '국가안보'와 '외국인투자심사대상'이라는 개념을 중심

으로 검토할 필요가 있다. 외국인투자심사는 ‘외국인투자심사대상’에 해당하는 거래를 국가안보평가를 통해 위험성이 있다고 판단하면 조건을 부과하거나 투자를 불허하는 것이고, 위험성이 없다고 판단하면 투자를 허용하는 것이다. 그런데 외국인투자자가 국내기업의 주식을 취득함으로써 발생하게 되는 ‘국가안보위협’은 외국인투자자가 국내기업의 의사결정권을 보유하거나 국내기업의 내부정보를 지득할 수 있는 지위 취득에서 비롯된다고 할 것이다. 즉, ‘국가안보위협’은 외국인투자자가 국내기업의 의사결정권을 보유하거나 내부정보를 지득할 수 있는 지위를 취득함으로써 국내기업이 보유한 인프라를 포함한 자산, 기술, 지식재산권, 민감정보, 전문 인력 등이 해외로 유출되고, 그로 인하여 국내기업의 가치가 약화되거나 형해화됨으로써 발생하는 위협이라고 하겠다. 이를 전통적인 국방상 ‘국가안보’ 측면에서 살펴보면 국방과 관련된 국내기업에 대한 외국인투자에 의해 군사기술, 물자 등이 해외로 유출되어 우리나라의 군사능력 등에 영향을 미치는 경우일 것이고, 비전통적인 ‘국가안보’ 측면에서 살펴보면 국내기업이 보유하는 인프라, 기술, 지식재산권, 민감정보 등이 해외로 유출되어 결국은 국가경제 전반에까지 영향을 미치는 경우일 것이다.

이와 같은 문제를 극복하기 위해서는 외국인투자심사에 전속적으로 적용되는 ‘국가안보’와 ‘외국인투자심사대상’라는 개념을 도입할 필요가 있다고 할 것이다. 외국인투자심사는 전통적인 국방상의 ‘국가안보’ 뿐만 아니라 비전통적인 ‘국가안보’까지 포괄해야 외국인투자를 통해 오늘날의 ‘국가안보’를 보호하고자 하는 취지에 부합할 수 있다. 또한 ‘외국인투자심사대상’에 관해서는 외국인이 지배하는 거래도 포함할 수 있도록 현행의 ‘외국인투자’의 정의를 확대할 필요가 있다. 예컨대 외국인투자심사의 대상이 되는 ‘외국인투자’의 경우 「공정거래법」상 지배관계가 미치는 기업집단 등의 개념을 차용하여 임원의 임면 등에 의해 사실상 영향력을 행사하는 회사의 지배관계에 영향을 미치는 거래까지 포함하는 방안을 고려할 수 있을 것이다. 이를 통해 외국인투자심사의 독자성을 고려한 새로운 ‘국가안보’와 ‘외국인투자심사대상’ 개념을 정립하면 외국인투자심

사를 위한 새로운 유형의 신고를 신설하고, 현행의 외국인투자 신고절차와 분리하는 방안도 고려할 수 있을 것이다.

결론적으로 우리나라의 외국인투자심사는 현행 외국인투자촉진법령 체계와는 별개의 성격을 가지는 독자적인 제도이므로 법체계적으로 별개의 법제가 요구된다고 할 것이다. 그에 따른 우리나라 외국인투자심사에 대한 개선방안은 제6장에서 검토한다.

제6장 외국인투자 국가안보평가의 개선방안

제1절 외국인투자심사의 구성요건

1. 문제점

외국계 자본이 국내기업을 M&A할 예정이라는 기사는 국내기업의 기술이 유출될 가능성을 지적하면서 국가안보에 우려가 있다는 취지로 보도되는 경우가 많다.⁵⁷⁷⁾ 비교적 최근의 대한전선과 매그나칩 반도체 사례는 이들이 보유한 기술이 M&A를 통해 해외로 유출될 우려가 있다는 내용이 기사화되고, 결국 외국인투자가 무산되었다는 점에서 공통점이 있다.⁵⁷⁸⁾ 그런데 이들 사례는 외국인투자로 인해 기술유출이 우려된다는 업계, 국회, 언론 등에서의 문제 제기가 있는 후 「산업기술보호법」상 국가핵심기술로 지정되면서 「산업기술보호법」에 따라 매각이 무산되었다는 점에서도 공통점이 있다.⁵⁷⁹⁾

「산업기술보호법」상의 외국인투자심사는 정부의 보도자료를 통하여 어느 정도 확인할 수 있다.⁵⁸⁰⁾ 그렇다면 「외국인투자촉진법」에 따른

577) “기술유출형 해외 M&A의 위험성”, 보안뉴스 (2018.7.3.)는 2002년 하이닉스의 LCD 사업부였던 하이디스가 중국 BOE 그룹에 매각되며 대표기술이었던 LCD 기술이 중국으로 무단 유출된 사례를 대표적인 경우로 예시하였다. 유사한 취지의 기사로는 “대한전선 中 매각설...‘국가핵심기술’ 유출 우려”, 뉴데일리 (2019.6.11.); “매그나칩 매각을 걱정해야 하는 이유”, 아시아경제 (2022.7.25.) 참조.

578) “대한전선 해외 매각, 불완전 ‘제동’”, 전기신문 (2019.6.27.) 참조.

579) “전력케이블기술 ‘국가핵심기술’ 지정, 대한전선 해외매각 제동”, 머니투데이 (2019.6.20.); “OLED 구동칩 국가핵심기술 지정... 정부, 매그나칩 中매각 제동거나”, 아시아경제 (2021.6.9.) 참조. 매그나칩 사례에서는 국가핵심기술로 지정된 것이 기술유출 논란이 제기된 이후에 비로소 이루어진 점을 지적하는 보도가 많았다. 관련 보도로 “매그나칩에 드러난 국가핵심기술 구명...‘OLED 칩’ 뒷북 지정”, 머니투데이 (2021.5.12.) 참조.

580) 산업통상자원부 보도자료, “제40회 산업기술보호위원회 개최” (2022.9.14.)에 따르면 액화가스 압력용기 관련 국가핵심기술 보유기관인 조선분야 기업의 해외 M&A에 대해 조건부 승인을 하였다고 하는바, 산업기술보호법상의

외국인투자심사사례는 어떠한가? 「외국인투자촉진법 시행령」 제5조제9항은 산업통상자원부장관이 국가안보위해에 해당하는지에 관한 결정을 한 경우 국가안보위해 해당 여부, 결정사유 등을 공표하도록 규정되어 있는데, 아직까지 그에 따라 공표된 사례는 발견되지 않는다.⁵⁸¹⁾ 즉, 「외국인투자촉진법」 상의 외국인투자심사는 「산업기술보호법」 상 심사보다도 저조한 활용도를 가진다고 추측할 수 있다. 우리나라의 외국인투자가 지속적으로 증가하는 추세에 대비하여⁵⁸²⁾ 외국인투자심사가 이루어졌다는 등의 보도를 찾아보기 어려운 것은 사실이다. 그러나 외국인투자심사가 없었다고 곧바로 우리나라로 유입된 외국인투자가 국가안보위협이 없는 무해한 투자라고 단언하기는 어렵다고 할 것이다.

우리나라 외국인투자에서 기술탈취가 문제된 사건은 하이디스 사례가 대표적이다. 중국 BOE는 1993년 브라운관을 만드는 전자부품회사로 설립되었는데, 2003년 현대전자(현 SK 하이닉스)에서 분사한 LCD 부문 자회사인 하이디스를 인수하며 첨단 디스플레이업체로 빠르게 성장한 회사이다. BOE는 하이디스를 인수한 후 중국에 BOEOT를 설립하여 하이디스 관련 인력과 기술자료를 유출하였다. BOE는 하이디스가 BOE 그룹 전체 매출의 60%를 차지하는 주력기업이 되었다고 밝혔으나, 2006년 중국에 5세대 라인을 건설하자마자 하이디스를 부도 처리하고 중국으로 철수하였다.⁵⁸³⁾ 언론에서는 BOE가 처음부터 하이디스의 첨단기술을 유출할 목적으로 인수·합병을 추진한 것이라는 소위 ‘먹튀’ 주장이 있었고, 검찰 수사 결과 BOE가 하이디스 기술자료 4,331건을 중국으로 유출한

외국인투자심사를 한 것으로 볼 수 있다.

581) “SK쉴더스 인수 최대변수‘ EQT, 외투법 안보심의 뚫을까”, 더벨 (2023.5.3.)에서는 EQT 파트너스의 SK쉴더스 인수거래가 외국인투자심사 1호 안건이 될 것이라고 보도하였다.

582) 산업통상자원부, “2023년 상반기 외국인직접투자, 역대 최대 신고금액 달성 -신고금액 170.9억달러(지난해 같은 기간 대비 +54%)로 사상 최대 규모” (2023.7.4.) 등 참조.

583) “[BOE 어떻게 컸나] 하이디스 인수 후 인력 몽땅 빼가...中BOE 성장, 한국이 바친 꼴”, 서울경제 (2018.7.25.); “기술유출 판례(2) BOE-하이디스 LCD 기술유출 분쟁”, 동아일보 (2023.5.2.); “하이디스 사태로 본 외투자본 문제점과 입법방향”, 국회토론회 자료 (2017.7.25.) 등의 사실관계 참조.

것으로 밝혀졌다. 그에 따라 하이디스 대표이사과 개발센터장은 업무상 배임으로 처벌되었는데, 문제된 시점에는 외국인투자촉진심사 법제화도 없었고, 「산업기술보호법」도 제정되기 전이었다.

한편, 쌍용자동차 사건도 기술탈취라는 맥락에서 공통점이 있다. 쌍용자동차는 워크아웃 도중 2005년 상하이차에 매각되었는데, 검찰은 2009년 쌍용자동차의 디젤 하이브리드 제어장치 기술이 중국 상하이차로 유출되었다는 수사 결과를 발표했다.⁵⁸⁴⁾ 상하이차가 쌍용자동차를 인수할 당시부터 자동차 첨단기술유출에 대한 우려는 제기되던 상황이었다. 쌍용자동차 임직원은 하이브리드 제어장치 기술을 상하이차에 제공하라는 요구에 따라 이사회 결의 등 적법한 절차 없이 소스코드와 기술자료를 상하이차에 제공했는데, 법원은 해당기술은 국책사업 이전부터 독일과 기술용역 계약으로 개발된 것으로 정부지원금이 사용되지 않았고, 이미 공개된 기술을 바탕으로 한 것이어서 영업비밀이 아니고, 배임의 고의도 인정할 수 없다고 판시하였다.⁵⁸⁵⁾ 쌍용자동차 사건이 문제된 것은 2009년 이후였는데, 하이디스 사례와는 달리 외국인투자심사 법제화가 완료되었고, 「산업기술보호법」이 제정된 이후였다. 그러나 쌍용자동차에서 문제된 사안은 ‘기술유출’이었기 때문에, 당시 기술유출 부분이 포함되어 있지 않은 「외국인투자촉진법 시행령」이나, 국가로부터 지원받아 개발한 국가핵심기술을 보유한 기관의 M&A에만 적용되도록 규정된 「산업기술보호법」을 적용하는데 한계가 있었다.

매그나칩 사건은 제5장에서 자세히 살펴본 바와 같고, 초고압 전력케이블 시스템 기술을 가진 업체인 대한전선 인수도 유사하게 전개되었다. 대한전선은 2015년 사모펀드 IMM Private Equity Fund로 매각된 바 있었는데, 2019년 중국 전선업체로의 매각설이 보도되면서 대한전선이 보유한 초고압 케이블 전선기술이 중국으로 유출될 우려와 이에 따른 국내

584) “[그때 그 IT] 기술유출 판례(3) 쌍용차 HCU기술유출 사건”, 동아일보 (2023.5.16.); 이상호, “해외자본에 의한 산업기술유출대응에 대한 비교법적 검토-쌍용자동차 사례를 중심으로”, 한국산업보안연구 제5권 제1호, 한국산업보안연구학회 (2015) 참조.

585) “법원, ‘기술유출’ 쌍용차 임직원 2심도 무죄”, 법률신문 (2012.8.10.) 참조.

기업의 경쟁력 약화, 국가안보에 대한 우려 등이 제기되었다.⁵⁸⁶⁾ 산업통상자원부는 대한전선이 보유한 초고압 케이블 기술을 국가핵심기술로 지정하였고,⁵⁸⁷⁾ 대한전선의 중국 업체로의 매각은 무산되며 2021년 국내 호반건설이 인수하는 것으로 마무리되었다. 반도체 파운드리 업체 동부하이텍의 경우에도 2013년 중국 파운드리 업체 SMIC로 인수가 추진되었는데, 기술유출 우려 등이 제기되고 매각작업이 2년 넘게 담보상태에 빠지면서 매각은 무산된 바 있었다.⁵⁸⁸⁾

정리하자면 그동안 우리나라에서 문제되었던 외국인투자는 기술유출 가능성이 주된 쟁점이었는데, 「외국인투자촉진법」의 적용 대신 「산업기술보호법」을 개정하든지, 「산업기술보호법」상 국가핵심기술로 지정하든지 등의 방식을 활용하여 대응해온 것으로 보인다. 그렇다면 외국인투자심사법령의 문제는 무엇이고, 이러한 문제점을 어떻게 해결할 것인지 검토할 필요가 있다.⁵⁸⁹⁾ 제5장에서 우리나라 국가안보평가의 법체

586) “중국, 대한전선에 군침..고급기술유출 우려”, 서울경제 (2019.5.7.); “대한전선, 중국 등 해외매각 ‘제동’, 매일경제 (2019.6.14.); “IMM, 상장폐기 위기 대한전선 인수부터 매각까지”, 더벨 (2021.3.31.) 등 참조.

587) 산업통상자원부 보도자료, “산업부, 국가핵심기술 7개 신규 지정 - 500kV급 전력케이블 설계·제조기술 포함” (2019.6.20.)는 “500kV급 이상 전력케이블 시스템 설계·제조 기술”의 경우, 전기산업진흥회 등 전선업체가 국가핵심기술 지정을 요청하였고 일부 업체가 지정에 반대하였으나, 우리나라가 보유한 기술이 세계적 수준이며, 향후 시장성도 높고, 경쟁국에 기술이 유출되면 국내 전선업체가 어려움에 처할 수 있다는 점이 인정되었다”라고 언급하고 있는바, 대한전선 측에서 국가핵심기술 지정에 반대했음을 알 수 있다.

588) “中 반도체 위탁생산기업, 동부하이텍 ‘관심’...10년 노하우 넘어가나”, 헤럴드경제 (2015.2.23.); “동부하이텍 “반도체 파운드리 애써 키웠는데 외국에 팔릴까 걱정”, 한경뉴스 (2015.8.2.); “국산 파운드리 엇갈린 운명... 동부하이텍 vs 매그나칩”, zdnet Korea (2015.10.14.); “中에 팔릴 뻔한 이 기업... 세계 10위 파운드리 회사로 ‘우뚛’”, 한국경제 (2023.7.1.) 등 참조.

589) 최근 SK셀더스 M&A는 외국인투자촉진법령상의 외국인투자심사 구성요건에 해당하는 것으로 보도되고 있다. SK셀더스는 보안서비스 캡스를 운영하는 업체인데, 2023년 스웨덴 발렌베리(Wallenberg) 가문의 투자회사 EQT 인프라스트럭처가 SK셀더스의 지분 68%를 인수하기로 했다. 외국인투자촉진법령상의 구성요건은 다섯 가지로 규정되어 있는데, SK셀더스는 방위산업물자·전략물자 생산과 무관하고, 국제평화와 안전 유지와 관련한 국제적 노력 등과도 무관하며, 보유하는 기술이 국가핵심기술로 지정된 것으로 보기는 어렵다고 판단된다. 그렇다면 SK셀더스는 「국가정보원법」에 따른 국가기

계적인 문제를 살폈다면, 이 장에서는 우리나라의 국가안보평가의 구성요건을 중심으로 검토하고자 한다.

2. 외국인투자심사에서의 ‘국가안보’

「외국인투자촉진법」 제4조제2항은 “국가의 안전과 공공질서의 유지에 지장을 주는 경우” 외국인투자를 제한할 수 있고, 시행령상 외국인투자심사에는 “국가의 안전 유지에 지장을 초래하는 경우”(이하 ‘국가안보위해’라 한다)에 해당하는지 여부가 문제되는 경우로 규정되어 있다.⁵⁹⁰⁾ 즉, 외국인투자심사의 대상은 국가안보위해에 해당하는 외국인투자여야 하는데, 「외국인투자촉진법」은 ‘국가안보’에 대한 정의 조항을 두는 대신 시행령에 1)부터 5)까지 열거함으로써 국가안보 상황요건을 규정하고 있다.

영어사전에서는 ‘국가안보(national security)’의 의미에 관해 ‘군사적 위협이나 스파이 활동, 테러 등으로부터 국가와 국민, 기관 등의 안전을 위협하는 행위’로 정의하는데, 국어사전에는 ‘외부의 위협이나 침략으로부터 국가를 지키는 일’이라고 정의되어 있다.⁵⁹¹⁾ 그런데 이와 같은 국가안보는 전통적인 국방상 개념에 따른 것으로서, 최근 회자되는 공급망 등의 경제안보까지는 포괄하지 못한다.

대통령실 국가안보실이 2022년 3월 발표한 ‘신흥·핵심기술과 국가안보 전략과제’에는 신흥·핵심기술이 국가안보와 번영에 직결되는 핵심적인 국가이익이며, 국가이익은 국가의 안전보장과 경제적 번영, 국제적 위

밀로 취급되는 계약 등을 보유하고 있을 것으로 추측하는 것이 합리적이다.
590) 이재민, 전개논문 (각주 33), pp.397-400은 ‘국가의 안전(national safety)’과 ‘국가안보(national security)’ 용어의 차이를 지적하면서, ‘국가의 안전’이라는 용어는 사용례가 명확하지 않고 ‘국가안보’보다 광범위한 개념으로 확대 해석될 여지가 있으므로, 시행령 입법 당시 국제적으로 통용되는 ‘국가안보’라는 용어를 사용한 것으로 분석한 바 있다. 참고로 한국법제연구원 법령번역센터는 「외국인투자촉진법」 제4조제2항제1호 “국가의 안전과 공공질서의 유지에 지장을 주는 경우”를 “where he or she threatens national security and public order”라고 번역하고 있다.

591) Oxford English Dictionary, ‘national security’, 네이버 국어사전 참조.

상 및 역할 등과 관련하여 국가와 사회경제적 시스템의 유지, 대외 자율성과 경쟁력 확보, 국제사회 협력 선도 등의 핵심 요소로 구성한다고 규정하였다.⁵⁹²⁾ 이에 따르면 우리나라의 국가안보는 신홍·핵심기술 등 첨단기술뿐만 아니라 사회경제적인 상황까지 포괄하는 개념으로 변화한 것으로 분석할 수 있다. 국가안보실은 2023년 6월에는 ‘국가안보전략’을 발표하고, 안보 도전요인을 북한핵·WMD, 미중 경쟁, 공급망 위기, 신안보 위기로 진단하면서 외교, 국방, 남북관계, 경제안보, 신안보 등 주요 분야별로 국가안보전략 기조를 선정하였다.⁵⁹³⁾ 이에 따르면 오늘날의 국가안보는 전통적인 외교·국방을 넘어서서 경제안보, 사이버보안·기후변화·감염병 등 신안보 위협까지 포함하는 개념으로, 특히 핵심공급망, 에너지 수급, 식량안보, 핵심·신홍기술 보호, 보건안보, 재난관리 등까지 포섭하도록 발전하였다.⁵⁹⁴⁾ 이러한 점은 국가안보 업무를 수행하는 국가정보원의 직무에서도 드러나는바, 전통적인 안보침해행위인 「국가보안법」, 「형법」, 대테러 관련 업무 이외에 산업경제정보 유출, 사이버안보 등도 국가정보원의 직무로 포함되어 있다.

「외국인투자촉진법 시행령」에 규정된 1)은 방위산업물자, 2)는 군사 목적으로 전용가능성이 높은 전략물자, 3)은 국가기밀, 4)는 UN 등의 국제적 노력에 심각하고 중대한 지장을 초래하는 경우로서 전통적인 의미의 군사상의 국가안보 상황과 관련되어 있다고 할 수 있다. 그런데 2020년 추가된 5) 「산업기술보호법」상의 국가핵심기술의 경우 ‘기술유출’이라는 비전통적인 요소가 포함되어 전통적인 군사상의 국가안보의 범위를 확대하였다.

최근의 에너지 안보, 식량 안보 등의 논의는 국방상의 국가안보 이외의 여러 다양한 상황에서도 국가의 존립 등이 문제될 가능성을 제시해주고 있다. 따라서 「외국인투자촉진법」상의 외국인투자심사가 전통적인 국가안보에만 한정되어 해석되어야 하는지, 입법 당시부터 확대 해석 가

592) 국가안보실, “신홍·핵심기술과 국가안보 전략과제” (2022.3.), p.3 참조.

593) 국가안보실, “윤석열 정부의 국가안보 전략: 자유, 평화, 번영의 글로벌 중추국가” (2023.6.) 참조.

594) Ibid, p.9, p.13, pp.87-91 참조.

능성을 포함하고 있다고 해석할 수 있을지, 그리고 그러한 해석론에 따른 외국인투자심사의 구성요건에 어떤 한계가 있는지에 관해 살필 필요가 있다.

3. 헌법재판소 · 법제처에서의 국가안보 판단

국가안보 개념은 시대 변화에 따라 사회경제적인 개념까지 포괄하는 방향으로 확대되고, 그에 따라 법·제도나 정책적인 측면에서는 국가안보를 넓게 포섭하는 방향으로 진화하고 있다. 그러나 외국인투자심사에서의 국가안보를 이처럼 진화하고 있는 광의의 국가안보 개념으로 해석할 수 있을지는 검토할 필요가 있다.

외국인투자심사에서의 ‘국가안보’ 개념은 법원, 헌법재판소, 법제처 등에서 다루어진 적이 없으므로, 다른 법률에서 사용하고 있는 ‘국가안보’라는 개념이 실시된 헌법재판소 판례와 법제처의 유권해석부터 분석한다. 왜냐하면 이와 같은 헌법재판소와 법제처의 판단이 ‘국가안보’ 일반에 대한 해석으로 원용될 가능성을 배제할 수 없기 때문이다.

헌법 제37조 제2항은 “모든 국민의 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”라고 규정하여 ‘국가안전의 이익’을 헌법상의 이익으로 보호하고 있다. 헌법재판소는 ‘국가의 안전보장’이란 국가의 존립·헌법의 기본질서의 유지 등을 포함하는 개념으로 국가의 독립, 영토의 보전, 헌법과 법률의 기능, 헌법에 의하여 설치된 국가기관의 유지 등의 의미로 해석한 바 있다.⁵⁹⁵⁾ 이 판결에 따르면 국가가 외부의 물리적인 위협을 받아 주권적 국가로서의 기능에 장애가 발생한 경우여야 국가안전보장에 필요한 상황적 요건을 충족하게 된다.

그러나 국가의 안전은 국가에 대한 위협을 전제로 성립하는 개념이므로, 외부로부터 가해지는 군사적인 위협뿐만 아니라 에너지, 환경, 국민

595) 헌법재판소 1992. 2. 25. 선고 89헌가104 결정.

의 건강, 경제, 외교, 사회질서 등 비군사적인 위협까지 포함하는 개념으로 볼 필요가 있다.⁵⁹⁶⁾ 특히 위 헌재 결정은 「군사기밀보호법」상 ‘군사상의 기밀’의 명확성 원칙 위반이 문제된 사건으로, 국민의 ‘알 권리’와 비교하여 보호해야 할 ‘군사외교상의 비밀로서 보호되어야 할 사항’을 판단했다는 점에서 논의의 출발 자체가 전통적인 국가안보 개념일 수밖에 없으므로, 이를 외국인투자심사의 국가안보 개념까지 적용되는 일반론으로 채용하기에는 논리적 근거가 부족하다고 보는 것이 타당하다.

법제처에서도 ‘국가안보’ 개념을 협의로 유권해석한 바 있었다. 법제처는 「산업기술보호법」상 국가핵심기술의 수출 시 고려하도록 되어 있는 ‘국가안보’의 개념에는 ‘경제안보’는 포함되지 않으나, 그 경제적 위협요인으로 국가의 존립을 위태롭게 하는 정도의 사항에 한해서는 국가안보의 개념에 포함된다고 해석했다.⁵⁹⁷⁾ 법제처는 「산업기술보호법」에서 ‘국가안보(국가의 안전보장)’에 관한 사항과 ‘국민경제의 발전(국민경제적 파급효과 등)’에 관한 사항을 구별되는 문구를 사용하고 있는 점을 근거로 ‘국가안보’의 개념에는 경제적 요소에 해당하는 국민경제의 발전에 관한 사항을 포함시킬 수 없다는 입장을 취하였다.

「산업기술보호법」은 국가로부터 연구개발비를 지원받아 개발한 ‘승인대상 국가핵심기술’과 순수 민간 개발인 ‘신고대상 국가핵심기술’을 구분하고 있다. 즉, ‘승인대상 국가핵심기술’은 ‘국가안보 및 국민경제적 파급효과’를 고려하도록 하고, ‘신고대상 국가핵심기술’은 사전검토 시 ‘국가안보’와의 관련 여부만 규정하며, 수출중지·수출금지·원상회복 등의

596) 정종섭, “국가안전에 관한 법(National Security Law) 체계의 정립”, 국가정보연구 제1권 제1호, 한국국가정보학회 (2008). 한편, 국가정보원이 직무 범위를 벗어나 다단계판매업체의 비리에 대한 보고서를 작성함으로써 위 업체 등의 명예를 훼손한 사건에서 정부는 국가안보의 개념이 과거의 국방이나 외교에 한정된 개념이 아니라 경제, 통상, 환경 등 사회 전 분야를 포괄하는 새로운 안보개념으로 변화했다고 주장하였으나, 하급심 법원은 헌법재판소 89헌가104결정을 인용하며 받아들이지 않았다(서울중앙지방법원 2009.5.29. 선고 2008가합40668판결).

597) 법제처 법령해석 안건번호(08-0160), “지식경제부-「산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률」 제11조제2항·제5항(국가안보의 개념) 관련”(2008.7.8. 회신) 참조.

조치를 할 때에도 ‘국가안보에 심각한 영향을 줄 수 있는지’를 판단하도록 하고 있다. 즉, 「산업기술보호법」은 ‘신고대상 국가핵심기술’에 대해서는 국민경제적 파급효과를 제외하고 국가안보에 관한 사항만 고려하도록 명시하고 있는 것이다. 법제처는 「산업기술보호법」이 기업의 영업의 자유를 제한하고 위반 시 벌칙까지 규정하고 있는 점, 국가안보(국가의 안전보장)에 관한 사항과 국민경제의 발전(국민경제적 파급효과)에 관한 사항을 구별하여 규정하고 있는 점 등을 고려하여 국가안보의 개념은 군사·외교 등 전통적 안보개념으로 제한적으로 해석하는 것이 타당하다고 하였다. 법제처는 이와 같이 제한적으로 해석해야 순수 민간개발 기술에 대한 불명확한 규제로 국민의 권리가 부당하게 침해되지 않을 수 있다고 하였다. 다만, 국가핵심기술의 정의가 “국내외 시장에서 차지하는 기술적·경제적 가치가 높거나 관련 산업의 성장잠재력이 높아 해외로 유출될 경우에 국가의 안전보장 및 국민경제의 발전에 중대한 악영향을 줄 우려가 있는 기술”로서, 그 수출로 국민경제에의 악영향에서 그치지 않고 국가의 존립까지 위태롭게 하는 안보상의 사태가 발생하는 정도이면 국가안보의 개념에 포함될 수 있다고 판단하였다.⁵⁹⁸⁾

그런데 법제처 유권해석은 국가핵심기술의 ‘수출’에 관한 판단이었다는 점에서 신중히 접근할 필요가 있다. 법제처 유권해석이 있었던 2008년과는 달리 2013년 「산업기술보호법」이 개정되어 국가핵심기술 보유기관의 M&A도 심사를 받는 것으로 변경되었다. 국가핵심기술의 ‘수출’과 ‘해외 M&A’는 ‘승인대상’과 ‘신고대상’을 국가로부터 연구개발비를 지원받았는지 여부로 구분한다는 점에서는 동일하다. 그러나 국가핵심기술의 수출의 ‘승인대상’인 국가핵심기술의 경우 ‘국가안보’ 이외에 ‘국민경제에 대한 파급효과’까지 고려하도록 규정된 것과는 달리, 해외 M&A에서는 ‘국가안보’만 고려하도록 규정되어 있다. 이를 정리하면 아래 표와

598) 송인옥, 전계논문 (각주 576), pp.85-86는 법제처 유권해석에 따라 「산업기술보호법」상 국가안보 해석에 있어 그 자체로는 경제안보가 포함되지 않는다고 하더라도, 국가핵심기술유출이 미치는 영향은 예외적이라 할 수 있을 만큼 중대하므로 국가안보의 개념이 포함된다고 보아야 할 것이라고 지적하였다.

같다.

[표 18] 국가핵심기술의 수출과 해외인수·합병 비교

구분	국가핵심기술 수출		국가핵심기술 해외 M&A	
승인대상	국가 R&D 지원		국가 R&D 지원	
	고려 요소	국가안보 <u>국민경제 파급효과</u>	고려 요소	국가안보
신고대상	순수 민간개발기술		순수 민간개발기술	
	사전 검토	국가안보	사전 검토	국가안보
	조치 명령 (중지 등)	국가안보에 심각한 영향	조치 명령 (중지 등)	국가안보에 심각한 영향

즉, 법제처는 국가핵심기술의 ‘수출’의 경우 국가로부터 R&D를 지원 받았는지와 순수민간개발기술의 고려요소가 ‘국가안보’ 이외에 ‘국민경제에 대한 파급효과’까지 포함되는지에 따라 대상을 구분하고 있으므로, 기업의 영업의 자유를 제약하는 측면을 검토하여 ‘국가안보’를 협의로 해석한 것이다. 그러나 국가핵심기술 보유기관의 ‘해외 M&A’는 ‘국민경제에 대한 파급효과’를 고려하지 않고 ‘국가안보’를 단일한 요소로 고려하도록 규정되어 있는바, 이에 따라 법제처 유권해석의 핵심 논거인 ‘승인대상 국가핵심기술’과 ‘신고대상 국가핵심기술’의 고려요소에서의 차이는 존재하지 않는다. 따라서 법제처가 국가핵심기술의 ‘수출’과 관련한 유권해석에서 국가안보의 개념을 군사·외교 등 전통적인 안보개념으로 제한해서 해석해야 한다는 논지를 국가핵심기술 보유기관의 해외 M&A에 그대로 적용하는 것은 타당하다고 할 수 없다. 그렇다면 외국인투자심사에서의 국가안보 해석에 헌법재판소의 판례와 「산업기술보호법」의 유권해석을 그대로 원용할 수는 없고, 외국인투자촉진법령 문언에 따라 국가안보의 개념을 해석할 필요성이 제기된다.

4. 국가안보의 해석론 검토

2008년 「외국인투자촉진법 시행령」이 입법될 당시 시행령에 규정된 ‘국가안보위해’의 개념을 둘러싼 해석론이 전개된 바 있었다. 아래에서는 ‘국가안보’ 개념에 대한 국내에서의 해석론을 살피고, 현행 시행령에 따른 외국인투자심사의 국가안보 개념을 분석하고자 한다.

1) 협의의 ‘국가안보’로 해석하는 입장

이 견해는 시행령 문언에 규정된 1) 이하의 구체적인 상황이 기본적으로 전통적인 국방안보 요소를 포함하고 있으므로, 시행령 문언에 충실하게 협소하게 해석해야 한다는 입장이다.⁵⁹⁹⁾ 이 입장은 2008년을 전후하여 국회에서 발의된 「외국인투자촉진법」 개정안은 국가의 전략산업이나 기간산업 보호 등의 경제안보를 포함한 포괄적 의미의 국가안보를 다루고 있었는데, 시행령은 군수산업과의 연계성이라는 협의의 국가안보를 규정한 것으로 분석한다. 이 견해는 우리나라가 체결했던 국제투자규범이 국가안보 차원의 외국인투자 규제를 발동할 수 있는 재량권을 제약하고 있었고, 외국인투자 유치 확대가 중요한 정책적 목표인 상황에서 규제적 성격을 도입하는 것은 현실적인 한계가 있었을 것이라고 평가한다. 다만, 이 입장은 시행령 1) 이하 문언의 확대 해석 가능성을 긍정하는바, 예컨대 1) 방산물자 생산에 차질을 초래할 우려가 있는 경우를 직접적인 방산물자 생산업체뿐만 아니라 방산물자의 공급망과 관련된 업체까지 확대 적용할 수 있는바, 보호범위를 확장할 수 있다고 언급하였다.⁶⁰⁰⁾ 2) 전략물자의 경우에도 제2종 전략물자(캐치올 품목)까지 확대 해석할 수 있고, 군사 전용 가능성도 광의로 해석하면 규제 대상을 확대할 수 있는

599) 김관호, 전계논문 (각주 35), p.82 참조. 같은 저자, “외국인투자정책 패러다임의 변화와 한국의 규제방향의 고찰”, 사회과학연구 제27권 제3호, 동국대학교 사회과학연구원 (2020), p.148 참조.

600) 김관호, 전계논문 (각주 35), p.83 참조.

바, 국가안보를 위해 규제발동이 필요한 경우에는 유연하게 확대해석하여 보호범위 확장이 가능하다고 분석하였다.

「외국인투자촉진법」 제4조제2항제1호에서 사용하는 ‘국가의 안전’과 ‘국가안보’ 개념을 구별하여, ‘국가안전’은 국가의 안위에 관련되는 경제, 군사, 사회, 문화 등 제반 영역을 포괄하는 개념으로서 국가의 핵심적 경제이익 내지 경제주권 보호도 포함하는 광의의 개념이지만, ‘국가안보’는 전통적으로 군사적 영역에 적용되는 개념이라는 점에서 구별된다는 견해도 결론에 있어서는 같은 입장으로 볼 수 있다.⁶⁰¹⁾ 이 견해는 「외국인투자촉진법」은 ‘국가의 안전’, 시행령은 ‘국가안보위해’라고 규정하여 핵심개념에 대해 상이한 용어를 사용함으로써 혼란을 야기하므로 시행령의 법적 성격을 ①주요 개념의 정의 수단으로 파악하는 경우와 ②특정 사례 관련 세부적 규정 제공 수단으로 파악하는 경우로 나누어 검토하였다.

①의 경우는 “국가의 안전 유지에 지장을 주는 경우”가 곧바로 ‘국가안보위해’를 의미하고, 상세요건이 시행령에 나열되어 있다는 해석론이고, ②는 시행령은 모법 제4조가 적용되는 특정 사례를 세부적으로 규정된 것으로서, 군사적·외교적 안보에 관련된 영역에서 외국인이 M&A를 시도하는 경우 규제하는 것으로 보는 입장이다.⁶⁰²⁾ ①은 ‘국가의 안전’이 곧 ‘국가안보위해’와 동일하므로 경제위기 등 비안보적 요인으로 인한 경우 외국인투자제한을 하지 못하게 되고, ②는 시행령에 규정된 상황이 아닌 국가안전 위협 상황에 대해서는 여전히 법 제4조제2항제1호가 적용되기 때문에 외국인투자를 제한할 수 있다는 점에서 차이가 있다. 그러나 ①과 ②는 ‘국가안보’의 해석에 있어서는 군사상·외교상의 국가안보로 본다는 점에서는 차이가 없다. 이 견해는 ‘국가안보’ 개념이 국제법에서 통용되고 있는 이상, 군사적·외교적 측면으로 제한하여 해석해야 국

601) 이재민, 전계논문 (각주 33), pp.397-415는 선결적으로 외국인투자촉진법 제4조와 시행령 제5조의 관계에 관해 ①과 ②의 어떤 입장에서 해석하든지 시행령 제5조의 불명확성은 해결되지 않기 때문에 시행령을 통한 구체화의 효과가 미미하다고 비판하였다. 이 견해는 외국인투자촉진법 자체를 개정하든지, 새로운 입법을 통해서 해결했어야 함에도 시행령만 개정함으로써 유래하는 문제라는 점을 지적하였다.

602) 이재민, 전계논문 (각주 33), pp.412-413 참조.

가안보 개념의 확대에 따른 투자분쟁 발생 가능성을 감소시킬 수 있다고 지적했다. 국제법상 안보예외조항은 국방, 군수물자조달, 반테러조치 등 국가 존립에 위해를 초래하는 상황에 엄격하게 적용되므로, 시행령상의 국가안보도 동일하게 해석할 필요가 있다는 취지이다.⁶⁰³⁾

최근의 연구도 위의 견해들과 같은 취지에서 ‘국가안보위해’ 이외의 사안들에 대해서는 현재의 법체계가 어떤 규율도 하지 못하도록 규정되어 주요기반시설, 민감한 개인정보 등의 경우 입법적 공백이 존재한다고 지적한 바 있다.⁶⁰⁴⁾

2) 광의의 ‘국가안보’로 해석하는 입장

시행령 문언상의 ‘국가안보’를 국방상의 ‘국가안보’에 한정하지 않고, 이른바 경제안보 등의 비군사적인 상황까지 포괄할 수 있는 것으로 해석하는 입장도 이론적으로 가능하다. 이와 같은 입장에 따르면 현행 시행령 문언의 ‘국가안보’는 광의의 개념인바, 1) 이하의 조항은 광의의 ‘국가안보’를 예시하는 것으로 볼 수 있다. 즉, 시행령 문언에 규정된 ‘국가안보’는 광의의 국가안보로서, 국방·외교상의 국가안보 이외에도 최근에 논의되는 경제안보 상황 등까지 포함하는 것으로 해석할 수 있고, 1) 이하에서는 광의의 ‘국가안보’ 중 일부의 국가안보 상황을 규정하는 것으로 볼 수 있는 것이다.

생각건대 「외국인투자촉진법」 제4조제2항제1호의 ‘국가의 안전’을 군사적인 상황으로 제한적으로 해석하지 않고, 국가의 안전이 위협되는 대내외적인 상황을 포괄하는 것으로 본다면, 시행령도 국가의 안전이 위협되는 군사적, 비군사적인 상황을 모두 포함한다고 해석하는 것이 논리적일 것이다.

603) 이재민, 전계논문 (각주 33), p.418 참조.

604) 최창수, 전계논문, p.119 참조.

3) 검토

법률의 해석은 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 문리해석을 원칙으로 하면서, 입법 취지와 목적, 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석을 추가하여 법해석의 요청에 부응하도록 타당하게 해석을 하여야 한다.⁶⁰⁵⁾

우선 ‘국가의 안전’이 ‘국가안보위해’보다 광의인지부터 검토할 필요가 있을 것이다. 외국인투자심사의 입법연혁에서 살핀 바와 같이 ‘국가의 안전’이라는 문구가 최초로 등장한 것은 1984년 「외자도입법」의 ‘외자의 도입기준’이고, 이 문구는 1998년 「외국인투자촉진법」 제4조제2항제1호로 그대로 승계되었다. 당시 국회 회의록 등에서는 ‘국가의 안전과 공공질서의 유지’에 관하여 논의한 자료는 발견되지 않는다. 그렇다면 이는 외국인투자 자유화 원칙에 대한 예외로서 법률상 제한사유에 해당하므로 헌법 제37조제2항 ‘국가안전보장·질서유지 또는 공공복리’를 위한 경우 법률로써 제한할 수 있다고 규정한 것에서 유래된 것으로 추측할 수 있다.⁶⁰⁶⁾ 즉, 헌법의 ‘국가안전보장·질서유지’가 「외국인투자촉진법」 제4조제2항제1호의 ‘국가의 안전과 공공질서의 유지’라는 문구로 표현된 것으로 볼 수 있는 것이다. 그렇다면 ‘국가의 안전’과 ‘국가안보’는 사실상 동일한 의미로 볼 수 있다고 판단된다.

한편, 「대외무역법」 제19조제1항은 전략물자를 규정하면서 “국제평화와 안전 유지와 국가안보를 위하여”로 규정하여 일응 “안전 유지”와 “국가안보”를 다른 개념으로 사용하는 것으로 보인다. 그러나 「대외무역법」이 사용하는 “국제평화와 안전 유지”는 1992년 「대외무역법」을 개정하고 전략물자 제도를 법제화하면서 국제법규에서 정한 ‘국제평화와 안전 유지’라는 문구를 추가한 것이다. 즉, 「대외무역법」은 UN 헌장

605) 대법원 2018.6.21. 선고 2011다112391 판결 등, 이계정, “입법자의 의사와 법률해석의 문제”, 서울대학교 법학 제63권 제4호, 서울대학교 법학연구소 (2022), pp.122-123; 정영환 외 공저, “정부유권해석제도의 정착을 위한 바람직한 제도 운영에 대한 연구”, 법제처 (2006.10.), pp.19-41 참조.

606) 제헌헌법부터 1969년 헌법까지 국민의 기본권 제한사유는 ‘질서유지 또는 공공복리’로 규정되었는데, 1972년 헌법에서 ‘국가안전보장’이 추가되었다.

등 국제적인 의미에서의 ‘국제평화와 안전 유지’와 국내적인 의미에서의 ‘국가안보’를 포괄하여 규정한 것으로 해석하는 것이 타당할 것이다.

외국인투자로 인하여 국가안보가 위협이 된다는 논리는 국방물자를 생산하거나 군사전용 가능성이 높은 물자 등을 생산하는 기업 등에서 외국인투자에 의해 군사기술 등이 유출되어 이로 인해 군사상 위협이 발생할 가능성이 있다는 것이 주된 논거였다. 그러나 국가안보의 개념은 시대의 변화에 따라 변천되고 있으며, 국가안보가 침해되는 양상도 계속 변화하고 있다.⁶⁰⁷⁾ 정부도 국가안보를 전통적인 군사상 개념에서 공급망, 경제안보 등을 포함하는 광의의 국가안보로 확대하고 있다. 이러한 상황에서 시행령이 입법되었을 당시 다수설이었던 협의의 국가안보 개념이 유지된다고 보기는 어렵다고 판단된다. 게다가 앞에서 살핀 바와 같이 헌법재판소와 법제처에서 국가안보를 협의의 개념으로 판단한 것을 적용 법규가 다른 「외국인투자촉진법」에 그대로 적용하는 것은 타당하지 않다.

그렇다면 외국인투자심사의 ‘국가안보’는 외국인투자촉진법령에 따라 해석되어야 하는바, 시행령 1)에서 5)까지 구체화된 국가안보 관련 상황인 방위산업물자 생산에 지장이 초래할 우려가 있는 경우, 전략물자로서 군사목적으로 전용될 가능성이 높은 경우, 국가기밀이 공개될 우려가 있는 경우, 국제평화 및 안전 유지를 위한 국제연합 등의 국제적 노력에 심각하고 중대한 지장을 초래할 우려가 있는 경우, 국가핵심기술의 유출 가능성이 높은 경우로서 국가의 안전 유지에 지장을 초래하는 경우이다. 특히 국가핵심기술의 유출 가능성이 높은 경우는 전통적인 국방상의 국가안보로 볼 수는 없으므로, 현행법령상 외국인투자심사의 국가안보 개념은 이미 비전통적인 국가안보까지 포함한 개념으로 명문화되었다고 판단하여야 한다.

한편, 5)의 국가핵심기술의 유출 가능성이 높은 경우는 2020년 「외국인투자촉진법 시행령」 개정을 통해 추가되었다는 점도 법적인 의미의 분석을 필요로 한다. 이는 시행령상의 ‘국가안보’ 개념이 고정된 것이 아

607) 정준호, 전계논문, p.25 참조. Fjäder, Christian, 전계논문, p.119 참조.

니고, 시대상황 등의 변화에 따라 새로운 국가안보 상황의 추가 가능성을 긍정하였다는 것으로 평가할 수 있다. 즉, 외국인투자심사의 국가안보 개념은 가변적인 것으로서, 상황변경 등에 따라 추가하는 등 신축적으로 운영할 수 있는 것으로 해석할 수 있는 것이다.

산업통상자원부에서 제정한 「외국인투자 안보심의절차 운영규정」(예규)에 포함된 별표 ‘국가안보위해 심의기준’은 ‘국가안보위해 영향’에 관하여 ①국방·치안에 대한 영향, ②해당 분야 기술에 대한 영향, ③공급망·산업·국가경제에 대한 영향, ④무역·통상·국제투자 등에 대한 영향이 ‘국가안보위해 영향’을 평가하도록 규정하고 있다. 이는 전통적인 국방·치안뿐만 아니라 공급망, 산업, 국가경제에 미치는 영향 등도 포함된다는 점을 명시한 것이다.⁶⁰⁸⁾

따라서 시행령상의 국가안보는 전통적인 국가안보 개념이 아닌 광의의 국가안보 개념으로 해석하는 것이 타당하다. 즉, 1)부터 4)까지는 전통적인 군사상 국가안보 상황이고, 5)는 기술유출이라는 비전통적인 국가안보 상황을 포함한 것으로서, 6) 이하에 새로운 조항을 추가함으로써 보호범위 확장이 가능하다고 볼 것이다. 2008년 당시의 문언을 기준으로 검토하면 2008년 시행령상 국가안보 개념은 군사상으로 제한하는 해석이 타당했을지 모르나, 2020년 시행령 개정과 예규의 제정으로 외국인투자심사의 국가안보는 이미 확대된 것으로 해석하여야 한다. 다만, 현행 시행령의 국가안보 관련 상황은 1)에서 5)까지로 열거되었으므로, 주요기반시설, 민감한 개인정보 등에 대한 입법적 공백이 있다는 평가는 타당하다고 판단된다.⁶⁰⁹⁾ 이와 같은 입법 공백은 시행령에서 국가안보 상황을 추가적으로 규정함으로써 보완할 수는 있는 것으로 해석된다.

608) 만일 국가안보의 개념을 협의로 해석하게 되면 산업통상자원부 예규상의 심의기준은 위임근거 없이 입법된 것에 해당할 소지가 있을 것이다.

609) 최창수, 전계논문, p.119 참조.

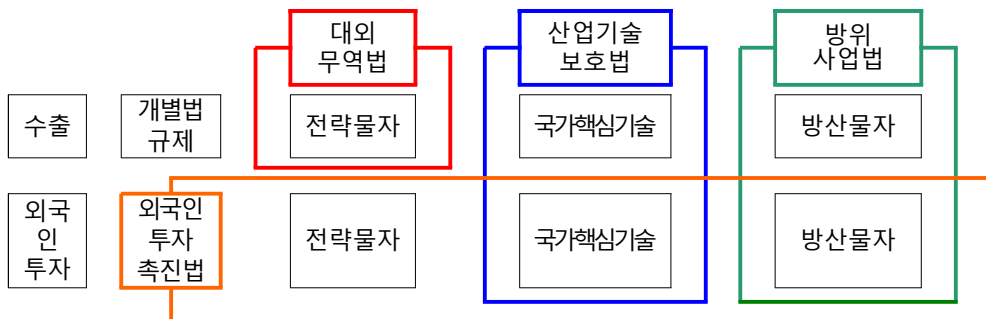
제2절 구성요건의 해석과 적용상의 한계

1. 시행령에 열거된 국가안보 상황

현행 「외국인투자촉진법 시행령」 문언은 가목과 나목에 모두 해당되는 외국인투자가 법 제4조제2항제1호에 따른 국가의 안전 유지에 지장을 초래하는 경우를 ‘국가안보위해’라고 규정한다. 나목은 1)부터 5) 중 어느 하나에 해당되는 경우를 열거하고 있는데, 1) 「방위사업법」 제3조제7호에 따른 방위산업물자(이하 “방위산업물자”라 한다)의 생산에 지장을 초래할 우려가 있는 경우, 2) 「대외무역법」 제19조에 따른 수출 허가 또는 승인 대상 물품 등이나 기술로서 군사목적으로 전용될 가능성이 높은 경우, 3) 「국가정보원법」 제4조제1항제2호에 따라 국가기밀(이하 “국가기밀”이라 한다)로 취급되는 계약 등의 내용이 공개될 우려가 있는 경우, 4) 국제평화 및 안전 유지를 위한 국제연합 등의 국제적 노력에 심각하고 중대한 지장을 초래할 우려가 있는 경우, 5) 「산업기술보호법」 제2조제2호에 따른 국가핵심기술의 유출 가능성이 높은 경우이다.

우선, 「대외무역법」, 「산업기술보호법」, 「방위사업법」, 「외국인투자촉진법」의 규율대상을 그림으로 나타내면 아래와 같다.

[그림 6] 외국인투자촉진법·대외무역법·산업기술보호법·방위사업법



즉, 「대외무역법」, 「산업기술보호법」, 「방위사업법」은 각기 전략물자, 국가핵심기술, 방산물자 등 품목 규제 중심의 법체계이고, 이 중에서 「대외무역법」이 수출만 규제하는 반면, 「산업기술보호법」과 「방위사업법」은 수출과 외국인투자까지 규율하는 체계로 이루어져 있다. 이에 반하여 「외국인투자촉진법」은 특정품목이 아닌, 외국인투자 일반에 적용되는 법률로서, 「방위사업법」, 「대외무역법」, 「산업기술보호법」 등 개별법을 원용하여 국가안보 상황을 규제하는 체계로 이루어져 있다.

그런데 「외국인투자촉진법 시행령」 1)에서 5)까지 조항을 면밀히 분석하면 법령 자체의 적용 가능성과 관련한 실효성에 의문이 제기된다. 특히 외국인투자심사의 국가안보 개념이 광의로 해석된다는 점을 고려하면 현행 시행령상의 1)부터 5)까지 조항으로는 광의의 국가안보를 보호하기는커녕, 현행의 국가안보 상황조차 제대로 보호할 수 없는 방식으로 입법된 것으로 분석된다. 아래에서는 1)부터 5)까지 조항별로 검토한다.

1) 방위산업물자 생산에 지장을 초래할 우려

방산물자는 방위사업청장이 산업통상자원부장관과 협의하여 무기체계에 분류된 물자 중에서 안정적인 조달원 확보 및 엄격한 품질보증 등을 위해 필요한 물자를 지정한 것이다. 방산물자를 생산하고자 하는 자는 시설기준과 보안요건 등을 갖추어 산업통상자원부장관으로부터 방산업체의 지정을 받아야 한다. 방산물자는 군용 또는 국방부령이 정하는 기준에 해당되는 물자를 의미하는바,⁶¹⁰⁾ 방산물자로 지정되면 이를 생산하고자 하는 자도 방산업체로 지정을 받아야 한다.

「방위사업법」 제35조제3항에서는 방산업체의 경영 지배권의 변화가 예상되는 경우 사전에 산업통상자원부장관의 승인을 얻도록 규정하고 있다.⁶¹¹⁾ 즉, 방산업체의 경영상 지배권이 이전되는 경우 정부의 사전승인

610) 「방위사업법 시행규칙」 제27조(방산물자의 지정대상) 참조.

611) 「방위사업법 시행령」 제45조(방산업체의 매매 등) 참조. 한편, 방위사업청은 방산물자 조달에 미치는 영향(제조장비, 인력, 품질시설 등 생산설비 변경

을 얻도록 하고 있는데, 법 제35조제4항에서 「외국인투자촉진법」 제6조에 의해 산업통상자원부장관의 허가를 받은 경우에는 예외로 하고 있다. 「외국인투자촉진법」은 외국인이 방위산업체를 경영하는 기업에 대해 (신주 또는 구주 취득 방식으로) 외국인투자를 하려는 경우 사전 허가를 받도록 규정하고 있기 때문에 「외국인투자촉진법」의 허가를 받으면 방위사업법상의 승인을 얻을 필요가 없다는 취지이다.

여기서 「외국인투자촉진법」상 허가는 “제2조제1항제4호가목의 방법에 따른 외국인투자”이므로, 외국인이 투자금액 1억 원 이상으로 의결권 있는 주식총수나 출자총액의 100분의 10이상을 소유하거나 외국인이 주식 등을 소유하면서 임원을 파견하거나 선임하는 것을 의미한다.

그렇다면 「외국인투자촉진법 시행령」에 규정된 1) 방위산업물자의 생산에 지장을 초래할 우려가 있는 경우에 해당하는 외국인투자는 어떤 경우인가? 일단 외국인투자 지분부터 살펴본다. 외국인이 10% 이상의 지분을 취득하거나, 지분을 보유하면서 임원 선임권을 가지는 경우에는 산업통상자원부장관의 허가를 받아야 한다. 만약 외국인이 경영상 지배권을 실질적으로 취득하는 경우라면 산업통상자원부고시인 「외국인투자에 관한 규정」 제6조에 따라 원칙적으로 지분율이 50% 이상을 취득하는 경우를 의미하게 된다.

그러면 외국인이 10% 이상 주식이나 지분을 취득할 경우에는 허가사항이고, 50% 이상 취득할 경우에는 허가에 더하여 국가안보심의절차까지 거쳐야 하는 것으로 해석해야 하는가? 외국인투자 허가와 관련하여 「외국인투자촉진법 시행령」 제7조제4항과 제5항은 산업통상자원부장관이 허가신청에 대해 국방부장관에게 협의를 요청하도록 규정하면서, 국방부장관은 허가 신청대상인 방위산업체가 생산하는 방위산업물자가 국내의 다른 기업으로부터 대체 공급이 가능하거나 허가로 인해 국가안보에 중대한 영향을 미치지 않는다고 판단하는 경우 허가에 동의하도록 하

여부), 업체의 보안성 측정(보안요건 변경 여부 등)을 기준으로 승인여부를 심사하고, 방산물자 생산 관련 시설, 장비, 인력을 유지하고, M&A 이후에도 방산물자의 안정적인 조달 및 품질에 차질이 발생하지 않아야 한다는 등의 조건을 부과한다.

였다. 즉, 국가안보에 중대한 영향을 미치지 않는 경우에만 허가하도록 규정하였는바, 국가안보위해 우려는 허가를 하는 과정에서 고려되는 것으로 해석된다.

그렇다면 50% 이상 주식이나 지분을 취득할 경우 허가에 더해 추가적으로 국가안보심의절차까지 거치도록 해석하는 것은 국가안보에 대한 고려를 중복적으로 하도록 하는 해석론이라 하겠다. 물론, 국가안보에 대한 고려를 하는 주체가 외국인투자 허가에서는 국방부로 규정된 반면, 시행령상의 안보심의 절차의 경우 국방부 이외에도 관계부처로 구성된 외국인투자위원회에서 심의한다는 점을 고려하여 50% 이상 취득할 경우 외국인투자 허가 이외에 국가안보 심의까지 필요하다고 해석하는 것도 가능하다. 그러나 이러한 해석은 중복 규제로서 규제의 목적 실현에 필요한 최소한의 범위에서 하도록 규정한 「행정규제기본법」의 원칙에 위반될 소지가 있다.

또한 허가제도의 취지가 원칙적으로 금지되어 있는 사항을 예외적으로 허용한다는 의미가 있는 점, 우리나라의 외국인투자심사는 원칙적으로 투자 자유화가 된 분야에 적용되는 것이라는 점 등을 고려하면 외국인이 10% 지분 취득 시에는 원칙 금지, 예외 허용으로 해석하다가 50% 지분 취득 시에는 원칙 허용, 예외 금지로 변경된다는 해석도 논리적이지 않다.

이는 제6조상의 외국인투자 허가의 범위가 기존에는 구주 취득에만 적용되었다가 2020년 「외국인투자촉진법」 개정으로 신주 취득까지 포함하는 것으로 변경되면서, 개정 이유에 “국가안보 관련 산업관리를 강화하기 위하여 외국인이 방위산업체의 신주 취득을 통해 투자하는 경우에도 산업통상자원부장관의 사전허가를 받도록 했다”고 명시한 점에서도 뒷받침된다. 2020년 「외국인투자촉진법」의 개정은 국가안보와 관련된 방산 분야는 사전허가의 범위를 확대함으로써 관리를 강화하고자 의도한 것으로 볼 수 있으므로, 외국인의 50% 지분 취득 시에도 10% 지분 취득 시와 마찬가지로 원칙 금지로 해석하는 것이 입법취지에 부합하는 해석이라 할 것이다. 따라서 방산업체에 대한 50% 이상의 주식이나 지분

을 취득하는 외국인투자의 경우, 「외국인투자촉진법」 제6조에 따른 허가만 필요하고, 시행령상의 안보심의 절차까지 중복적으로 거칠 필요는 없다고 해석하는 것이 타당하다. 「방위사업법」 제35조제3항 단서의 형식도 인수자의 국적에 따라 국내기업 등에 의한 경영 지배권 변화가 있는 경우라면 사전승인, 외국기업 등에 의한 경우라면 사전허가라는 이원화 구조로 입법된 것으로 해석할 수 있을 것이다.

이를 종합하면 방산업체에 대한 외국인투자는 10% 이상 주식이나 지분 취득의 경우, 경영상 지배권 취득인 50% 이상인 경우까지 포함하여 산업통상자원부 장관의 사전 허가를 필요로 하고, 국가안보심의절차는 거치지 않아도 된다고 해석하는 것이 타당하다.

그렇다면 시행령에 규정된 1)은 중복규제로서 실제 적용될 가능성은 없는 조항이므로 잘못된 입법에 해당한다고 보아야 하는가? 이 문제는 1)의 문언을 역사적·논리적·체계적 해석을 통해 검토하여야 한다.

1)의 문언이 입법된 2008년 당시에는 방산업체에 대한 외국인투자는 기존 주식을 취득하는 경우에 한정하여 산업통상자원부 장관의 허가사항이었고, 신주 주식 취득의 경우에는 허가사항이 아닌 것으로 규정되어 있었다. 즉, 2008년 시행령으로는 1)의 문언은 신주 주식 취득의 경우 50% 이상의 경영상 지배권 취득 유형의 외국인투자의 경우 국가안보심의절차를 거쳐야 하는 것이 입법자의 의도였다고 평가할 수 있다.⁶¹²⁾ 그

612) 본 연구 제2장 제3절 우리나라의 외국인투자심사 도입과 발전 부분 참조. 2020년 「외국인투자촉진법」(법률 제16944호, 2020.2.4. 개정, 2020.8.5. 시행)에 이르러서야 외국인이 방위산업체를 경영하는 기업에 대해 신주 취득을 하는 경우에도 산업통상자원부 장관의 허가를 받도록 되었는바, “외국인투자촉진법 일부개정법률안 심사보고서”, 국회 산업통상자원중소벤처기업위원회 (2019.11.22.), pp.8-9는 “방위산업체에 대한 외국인투자는 방위산업체로 지정 받은 국내기업의 유상증자에 참여하는 방식으로 가능하네, 이러한 방식 역시 지분비율 변경 및 주주의 지위 취득, 주주권 행사 등의 측면에서 기존 주식과 차이가 없으나, 현행 법률은 신주 취득에 대한 사전 허가를 누락하고 있음”으로 검토하고, “산업통상자원부에 따르면 당초 외국인투자를 가장한 적대적 인수·합병으로부터 방위사업체를 보호하려는 의도에서 기존주 취득에 대해 규정하였으나, 신주 취득을 통한 지분비율 변동 가능성은 고려가 없었던 것으로 파악됨. 동 조항 입법 당시 방산업체 사전허가제에 따라 기존주 취득만이 가능할 것으로 염두에 두었던 것으로 파악되며, 현실적으로 신주

런데 2020년 「외국인투자촉진법」이 개정되면서 방산업체에 대한 신주 주식의 경우에도 산업통상자원부 장관의 허가사항으로 포함되면서 1)의 문언의 해석상의 문제가 발생한 것으로 볼 수 있다.

이와 같은 문제를 해결하기 위해서 1)의 문언이 독자적인 의의를 가지는 경우를 생각해볼 수 있다. 1)의 문언이 여전히 독자적인 의의를 가지는 경우로는 외국인이 방산업체로 지정되지 않은 업체를 M&A하여 방산물자의 생산에 지장을 초래하는 경우가 있을 것이다. 즉, 방산업체에 원자재, 부품 등을 공급하는 업체를 외국인이 M&A함으로써 방산물자 생산에 지장을 초래하는 경우에 적용되는 규정으로 해석하면 1)의 문언은 여전히 의미를 가지는 것으로 해석할 수 있다.⁶¹³⁾

그러나 위와 같은 체계적·논리적 해석에 따른 결론에도 불구하고, 현행 「외국인투자촉진법 시행규칙」과 산업통상자원부 예규는 「방위사업법」과 관련된 부분에서 다른 해석론을 택한 것으로 보인다. 예규 제2조는 ‘외국인투자 안보심의 대상’에 관해 “「외국인투자촉진법 시행규칙」 별지 제1호서식에서 외국인투자기업(투자대상 국내기업) 신고내용 중 ⑨경영상의 지배권 취득란 및 ⑩투자대상 국내기업의 시행령 제5조제1항제2호 해당란에 모두 [v] 표시를 한 외국인투자 신고를 말한다”라고 규정하고, 시행규칙 별지 제1호서식의 ⑩투자대상 국내기업의 영 제5조제1항제2호나목 해당여부에는 「방위사업법」 제3조제7호에 따른 방위산업물자를 생산하는 기업으로 되어 있다. 즉, 시행규칙과 예규에 따르면 「방위사업법」이 적용되는 경우는 방산물자를 생산하는 기업에 대해 경영상의 지배권을 취득하는 경우로 한정된다는 입장인 것이다. 이와 같은 입법은 시행규칙 개정과 예규 제정을 통해 외국인투자심사제도를 사실상

취득의 효과 발생 시 이에 대한 사전 허가 규정은 정하고 있지 않은 입법적 불미사항으로 설명함”으로 언급하고 있다.

613) 김관호, 전계논문 (각주 35), p.83는 방산물자 생산에 차질을 초래할 우려가 있는 경우를 직접적으로 방산물자를 생산하는 업체에 대한 외국자본의 경영지배만을 규제할 수 있는 상황으로 해석하면 규제 발동상황이 매우 제한적이므로, 방산물자 생산에 필요한 원자재나 부품을 생산하는 모든 업체에 대해서도 외국자본의 경영지배를 규제할 수 있는 상황으로 해석할 가능성을 긍정하였다.

의무적 신고제로 전환하면서, 방산업체에 원자재, 부품 등을 공급하는 업체까지 외국인투자심사대상에 포함할 경우 심사범위가 지나치게 확대될 우려, 외국인투자에 대한 부정적 영향 등을 종합적으로 고려한 고육지책으로 보이지만, 외국인투자촉진법령의 체계적·논리적 해석과는 일치하지 않는다고 볼 것이다.

2) 대외무역법상 군사목적 전용 가능성이 높은 경우

「외국인투자촉진법 시행령」 제5조제1항제2호나목의 2)는 “「대외무역법」 제19조에 따른 수출 허가 또는 승인 대상 물품 등이나 기술로서 군사목적으로 전용될 가능성이 높은 경우”로 규정되어 있다. 이에 따라 「대외무역법」 상의 이중용도 물품이나 기술에 해당하는 기업에 대한 외국인의 M&A가 있을 경우 외국인투자심사가 진행되는 것으로 해석할 수 있다.

그런데 「외국인투자촉진법 시행령」 2) 문언에 규정된 ‘승인 대상 물품이나 기술’이 무엇을 의미하는지부터 규명할 필요가 있다. 「대외무역법」은 제19조에서 산업통상자원부장관에게 국제수출통제체제의 원칙에 따라 국제평화 및 안전 유지와 국가안보를 위해 수출허가 등 제한이 필요한 물품 등을 지정하여 고시하도록 하고 있다. 또한, 전략물자는 아니지만 대량파괴무기와 그 운반수단인 미사일 및 재래식무기의 제조·개발·사용 또는 보관 등의 용도로 전용할 의도가 있음을 알았거나, 그 수출이 법 제3항 각호에 해당되어 그러한 의도가 있다고 의심되면 상황허가를 받도록 하고 있다. 즉, 「대외무역법」 제19조에는 ‘허가’만이 규정되어 있고, ‘승인’이 규정되어 있지 않아 「외국인투자촉진법 시행령」의 ‘승인 대상 물품이나 기술’의 의미가 명확하지 않다.

이 문제를 검토하기 위해서는 2) 문언의 변천을 분석할 필요가 있다. 2008년 외국인투자촉진법 시행령 문언에는 “「대외무역법」 제19조 및 「기술개발촉진법」 제13조에 따른 수출 허가 또는 승인 대상 물품 등이나 기술로서 군사목적으로 전용될 가능성이 높은 경우”로 규정되어 있었

다. 그런데 2014년 「외국인투자촉진법 시행령」을 개정하면서 “「대외무역법」 제19조 및 「기술개발촉진법」 제13조”는 “「대외무역법」 제19조”로 변경되어 현재까지 동일한 문구로 유지되고 있다.⁶¹⁴⁾

「기술개발촉진법」은 신기술의 개발을 촉진하는 것을 목적으로 하는 법률이었는데, 2011년 폐지되고 「산업기술혁신촉진법」으로 통합되었다. 「기술개발촉진법」 제13조는 전략기술 수출을 승인하는 조항이었는데, 2009년 「대외무역법 시행령」으로 전략기술 부분이 이관되면서 「기술개발촉진법」에서는 삭제되었다. 이를 정리하면 「외국인투자촉진법 시행령」이 입안되었을 당시에는 “「대외무역법」 제19조에 따른 수출허가 대상 물품(전략물자)”과 “「기술개발촉진법」 제13조에 따른 승인 대상 기술(전략기술)”을 각기 규정했었는데, 전략물자 제도가 물자와 기술을 함께 규율하는 ‘수출허가’ 체제로 개편되는 과정에서 법령 정비가 되지 않은 것으로 보인다. 따라서 2) 문언에 따른 “승인 대상 물품이나 기술”이라는 문구는 현행 「대외무역법」 체계와 부합하지 않는다고 볼 것이다. 따라서 「외국인투자촉진법 시행령」 2) 후단 부분인 “승인 대상”은 현행 법 체계와 일치하지 않으므로, 2) 문언은 “「대외무역법」 제19조에 따른 수출 허가 물품 등이나 기술”만이 외국인투자심사의 구성요건이 된다고 해석할 수 있다. 그렇다면 “「대외무역법」 제19조에 따른 수출허가 물품 등이나 기술”의 법적인 의미는 무엇인가?

「대외무역법」 제19조는 “전략물자의 고시 및 수출허가등”이라는 표제 하에 제1항은 산업통상자원부장관에게 “수출허가 등 제한이 필요한 물품 등”에 대해 고시하도록 규정하고 있다. 제2항은 제1항에 따라 지정·고시된 물품 등을 ‘전략물자’라고 하면서 수출하려는 경우 ‘수출허가’를 받도록 규정하고, 제3항은 전략물자는 아니나 전용 가능성이 높은 물품 등의 수출은 ‘상황허가’를 받도록 규정하였다. 전략물자 수출입고시(산업통상자원부고시 제2023-75호)는 이에 따라 전략물자 수출허가 이외에 상황허가 등도 규정하고 있다.

614) 2014년 「외국인투자촉진법 시행령」(대통령령 제25655호, 2014.10.15. 일부 개정) 참조.

문제는 「외국인투자촉진법 시행령」에서 규정하고 있는 “「대외무역법」 제19조에 따른 수출허가 물품 등이나 기술”이 「대외무역법」 제19조 제1항을 의미하는지, 아니면 제2항의 ‘수출허가’만을 의미하는지 여부이다. 전자로 해석하는 경우라면 제2항의 ‘수출허가’ 이외에 제3항의 ‘상황허가’까지 포함하게 될 것이고, 후자로 해석하는 경우라면 ‘상황허가’는 제외된다는 결과에서 차이가 발생하게 된다.

「대외무역법」 제1항의 문언은 “수출허가 등 제한이 필요한 물품 등”이라고 규정하여, ‘상황허가’의 경우 ‘등 제한이 필요한’ 경우로서 비로소 포섭이 가능한 구조이다. 또한 「대외무역법」 제2항은 “제1항에 따라 지정·고시된 물품 등(이하 “전략물자”라 한다)을 수출하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 산업통상자원부장관이나 관계 행정기관의 장의 허가(이하 “수출허가”라 한다)를 받아야 한다.”라고 규정하여 ‘수출허가’는 전략물자만 적용되는 것으로 규정하고 있다. 그렇다면 문언해석 원칙에 따라 “대외무역법 제19조에 따른 수출허가 물품 등이나 기술”은 「대외무역법」 제19조제2항의 전략물자만 적용되고, 제3항의 ‘상황허가’의 경우는 제외된다고 보아야 한다.

따라서 「대외무역법」 제19조제3항의 상황허가 품목을 생산하는 기업의 경우에는 외국인투자심사대상에서 제외된다고 할 것이고, 오로지 전략물자를 생산하는 기업만 심사대상이 된다고 해석할 것이다.⁶¹⁵⁾

2)는 외국인투자심사대상으로 현실화될 가능성이 가장 높다고 평가할 수 있는 구성요건이다. 그런데 「대외무역법」상의 전략물자 생산기업에만 적용되고, 상황허가 품목을 생산하는 기업에는 적용되지 않는다고 하면 2)의 적용 범위는 상대적으로 제한적이라고 평가할 수 있다. 그렇다면 외국인투자심사의 국가안보를 광의로 해석하는 것과의 정합성을 위해

615) 김관호, 전계논문(각주 35), p.11은 수출허가 대상이 되는 전략물자를 제1종 전략물자(국제수출통제체제에서 정한 통제품목으로, 수출할 경우 항상 허가사항)로 한정하고 군사목적으로 전용될 가능성을 엄격히 해석할 경우 규제 대상은 상당히 협소할 것이나, 제2종 전략물자(제1종 전략물자 이외 품목으로서 대량파괴무기 등의 개발, 제조 등에 이용될 우려가 있는 경우 허가사항, 일명 캐치올(catch-all) 통제)로까지 확대해석하고 군사목적 전용가능성을 느슨하게 해석한다면 규제 대상이 확대될 수 있다고 분석하였다.

서는 전략물자 이외에 상황허가 품목 등도 외국인투자심사의 구성요건에 해당할 수 있도록 개정할 필요가 있다고 판단된다. 즉, 전략물자 수출입 고시에 포함된 모든 품목을 포괄할 수 있도록 “「대외무역법」 제19조에 따른 수출허가 등 제한이 필요한 물품 등”으로 개정하는 방안을 고려할 수 있을 것으로 보인다.

게다가 실무적으로는 전략물자를 생산하는 기업이더라도 수출을 하지 않으면 전략물자 판정 과정을 거치지 않아 전략물자 생산기업이라는 인식 자체를 하지 못하는 경우가 있을 것이다. 이는 전략물자 관리 체계 자체가 전략물자의 ‘수출’을 전제로 작동하기 때문으로, ‘수출’하지 않는 전략물자를 생산하여 국내에 공급하는 기업이라면 관리 체계에 편입되지 않기 때문이다. 이 부분은 ‘수출’을 전제로 하는 수출통제 제도와 ‘inbound 투자’라는 외국인투자의 방향이 다르기 때문에 필연적으로 야기되는 문제로서, 제도의 실효성 차원에서 문제가 된다. 즉, 정부로서는 수출 이력이 없는 기업이 전략물자를 생산하고 있는지를 확인할 수단이 없으므로, 이러한 기업을 대상으로 하는 외국인투자에 대해서는 강제 수단이 미비하다고 평가할 수 있다.⁶¹⁶⁾ 결국, 이러한 문제는 외국인투자심사제도를 외국인투자가의 선의에 의존하게 되는 결과가 되는데, 국가안보를 보호해야 하는 측면에서 공백으로 작동하게 된다고 볼 것이다.

3) 국가정보원법에 따른 국가기밀로 취급되는 계약 등의 내용이 공개될 우려

「외국인투자촉진법 시행령」의 3)의 문언은 「국가정보원법」 제4조 제1항제2호에 따라 국가기밀(이하 “국가기밀”이라 한다)로 취급되는 계약 등의 내용이 공개될 우려가 있는 경우로 규정하고 있다. 「국가정보원법」의 ‘국가기밀’은 제13조제4항에 규정되어 있었다가 2021년 「국가정보원법」이 전부 개정되면서 제4조(직무)로 이동하였고, 「외국인투자

616) 이와는 달리 「산업기술보호법」은 산업기술의 보호 및 관리현황에 대한 실태조사를 실시할 수 있도록 규정하여 정부가 산업기술 보유 여부를 확인할 수 있는 제도적 기반을 갖추고 있다.

촉진법 시행령」도 같은 해 인용조문이 개정되었다.

그렇다면 「국가정보원법」에 따른 국가기밀은 무엇을 의미하는가? 「국가정보원법」 제4조는 국가정보원의 직무를 규정하며 제1항제2호는 “국가기밀(국가의 안전에 대한 중대한 불이익을 피하기 위하여 한정된 인원만이 알 수 있도록 허용되고 다른 국가 또는 집단에 대하여 비밀로 할 사실·물건 또는 지식으로서 국가기밀로 분류된 사항만을 말한다. 이하 같다)에 속하는 문서·자재·시설·지역 및 국가안전보장에 한정된 국가기밀을 취급하는 인원에 대한 보안 업무. 다만, 각급 기관에 대한 보안감사는 제외한다.”라고 규정하고 있다. 즉, 「국가정보원법」상 ‘국가기밀’에 해당하기 위해서는 ①한정된 인원만이 알 수 있도록 허용되고, ②비밀로 할 사실·물건 또는 지식으로서, ③국가기밀로 분류된 사항이고, ④형태요건으로 문서·자재·시설·지역 및 국가안전보장에 한정된 국가기밀 취급 인원을 포함한다고 할 것이다.⁶¹⁷⁾

보안업무규정(대통령령 제31354호) 제32조는 국가정보원장이 파괴 또는 기능이 침해되거나 비밀이 누설될 경우 전략적, 군사적으로 막대한 손해가 발생하거나 국가안전보장에 연쇄적 혼란을 일으킬 우려가 있는 시설, 항공기, 선박 등 중요 장비를 국가보안시설과 국가보호장비로 지정하여 관리할 수 있다고 하였는데,⁶¹⁸⁾ 이러한 시설이나 장비를 보유한 기

617) 김호정, “국가기밀과 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」상의 정보공개”, 의법논집 제40권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소 (2016), pp.7-8 참조. 신옥주, “국가정보원 관계 법령의 위헌성 문제와 개선방안 연구”, 헌법학연구 제25권 제4호, 한국헌법학회 (2019), pp.193-194는 「국가정보원법」상의 ‘국가기밀’과 국가기밀의 체계적인 보호·관리를 위해 제정된 보안업무규정상의 ‘국가기밀’에 대해서는 ‘비공지성’, ‘보호의 필요성’과 같은 실질비 요건뿐만 아니라 국가가 특별히 비밀로 지정했어야 하는 형식비의 요건과 한정된 인원만 지득이 허용되는 강한 은밀성을 요구하고 있다고 분석하였다.

618) 보안업무 시행규칙(대통령훈령 제45호) 제52조의2(국가안전보장에 중요한 시설 또는 장비)는 정부·금융기관 청사, 전력시설, 정보통신시설, 주요 교통시설, 공항·항만시설, 수원시설, 방송시설, 과학시설, 방위산업시설, 산업시설, 교정·정착지원 시설, 공동구(共同溝), 항공기 및 선박, 그 밖에 국가안전보장에 중요한 시설 및 장비를 지정할 수 있다고 규정하고 있다. 이상훈, “정부합동청사의 국가보안시설 지정 필요성 검토”, 한국민간경비학회보 제19권 제5호, 한국민간경비학회 (2020), p.171에 따르면 2018년 기준 국가보안시설은 가급 208개소(청와대, 정부청사, 대법원, 핵연료 개발 및 종합적인 체계 갖춘

업이 M&A의 대상이 되는 경우에 외국인투자심사대상이 된다고 할 것이다.

그런데 「통합방위법」은 공공기관, 공항·항만, 주요 산업시설 등 적에 의하여 점령 또는 파괴되거나 기능이 마비될 경우 국가안보와 국민생활에 심각한 영향을 주게 되는 시설을 “국가중요시설”로 정의하고(법 제2조제13호), “국가중요시설”은 국방부장관이 관계행정기관의 장 및 국가정보원장과 협의하여 지정하도록 규정하고 있다(제21조제4항). 한편, 국민보호와 공공안전을 위한 「테러방지법 시행령」 제25조는 “테러대상시설”은 「통합방위법」에 따라 지정된 국가중요시설 및 보안업무규정에 따른 국가보안시설 등으로 규정하고 있다.⁶¹⁹⁾

결국, 보안업무규정에 따라 국가보안시설이나 국가보호장비로 지정된 경우에도 「국가정보원법」상의 국가기밀로 취급되고, 이들 “국가보안시설”과 “국가중요시설”은 “테러대상시설”로 특별히 보호되고 있는 점을 고려하면 현행 「국가정보원법」상의 ‘국가기밀’ 이외에도 「통합방위법」상의 “국가중요시설”까지 외국인투자심사대상으로 포함하여 균형을 맞출 필요가 있다고 판단된다.⁶²⁰⁾

4) 국제평화와 안전 유지를 위한 국제연합 등의 국제적 노력에 심각하고 중대한 지장을 초래할 우려

국제평화와 안전 유지를 위한 국제연합 등의 국제적 노력에 심각하고 중대한 지장을 초래할 M&A란 어떤 경우일까? 국내법적으로 “국제평화와 안전 유지를 위한 국제연합 등의 국제적 노력”이라는 문구는 「대외

연구시설 등), 나급 193개소(대검찰청, 경찰청, 국가기록원 등)가 지정되었다.
619) 강철하, “메타버스 환경에서 국가보안시설 공간정보 보호를 위한 입법개선 연구”, 입법학연구 제19집 제2호, 한국입법학회 (2022), p.245 참조.

620) 안용운, “국가중요시설의 대(對) 드론 방호시스템 구축방안”, 한국군사학논총 제11집 제2권, 미래군사학회 (2022), p.64 <표1> 국가중요시설의 대상 및 분류 참조. 이에 따르면 주요 산업시설, 전력시설, 방송시설, 정보통신시설, 교통시설, 국제·국내선 공항, 대형 항만 등은 가급, 나급, 다급으로 지정되어 있다.

무역법」, 「공중 등 협박목적 및 대량살상무기확산을 위한 자금조달행위의 금지에 관한 법률」(이하 ‘테러자금금지법’이라 한다)과 외국환거래법에서 발견된다.

「대외무역법」은 제5조제4호에서 “일반적으로 승인된 국제법규에서 정한 국제평화와 안전 유지 등의 의무를 이행하기 위하여 필요할 경우” 물품 등의 수출과 수입을 제한하거나 금지할 수 있다고 규정하고 있다. 그에 따라 「국제평화 및 안전 유지 등 의무이행을 위한 무역에 관한 특별조치 고시」에서는 김벌리 프로세스 관련 다이아몬드 원석 무역, 이라크, 소말리아, 콩고민주공화국, 수단공화국, 레바논, 리비아, 시리아, 북한, 중앙아프리카공화국, 예멘, 남수단공화국 등의 무역에 관한 특별조치를 규정하고 있다.

「테러자금금지법」은 국제평화와 안전 유지를 위한 국제적 노력에 특히 기여하기 위하여 대량살상무기확산등의 규제가 필요한 경우 금융거래등제한대상자를 지정하여 고시할 수 있도록 규정하였다(제4조제1항제2호). 이에 따라 금융위원회 고시에서는 UN 안보리 결의에 따른 제재위원회가 지명한 자 등이 금융거래등제한대상자로 지정되어 있다.⁶²¹⁾ 「외국환거래법」도 국제평화 및 안전을 유지하기 위한 국제적 노력에 특히 기여할 필요가 있는 경우 외국환의 지급 또는 수령시 허가를 받도록 할 수 있도록 규정하였고(제15조제2항제2호), 그에 따라 기획재정부 고시에서는 UN 안보리 결의에 따른 제재위원회가 지명한 자 등이 지정되어 있다.⁶²²⁾

그렇다면 「외국인투자촉진법 시행령」4)의 “국제평화 및 안전 유지를 위한 국제연합 등의 국제적 노력에 심각하고 중대한 지장을 초래할 우려가 있는 경우”는 「대외무역법」, 「테러자금금지법」 및 「외국환거래법」에 따른 대상자에게 적용되는 것으로 해석하는 것이 법률 해석 원칙에 부합한다고 판단된다. 게다가 외국인투자심사가 신설된 「외국인투자촉진법 시행령」은 2008년 2월 22일 개정, 「테러자금금지법」은

621) 금융거래등제한대상자 지정 및 지정취소에 관한 규정 참조.

622) 국제평화 및 안전 유지 등의 의무이행을 위한 지급 및 영수허가지침 참조.

2007년 12월 21일 제정, 「외국환거래법」은 2009년 1월 30일 개정 등 비슷한 시기에 입법이 이루어진 사실, 테러단체와의 연관성에 따라 제재 대상자로 규정된 자에 대한 거래를 규제하기 위한 목적에서 입법이 이루어졌다는 점도 위와 같은 해석의 근거가 된다고 할 것이다.

그렇다면 4)가 적용될 수 있는 경우는 외국인투자자가 「대외무역법」, 「테러자금금지법」, 「외국환거래법」에 따른 제재대상자와 이들과 연관된 자에 해당하는 경우로 해석될 것이다. 따라서 이들 제재대상자와 관련이 없는 일반적인 의미의 외국인투자에 대해 4) 문언이 적용되는 경우를 상정하기는 어렵고, 이러한 측면에서 4) 문언도 적용대상이 제한적이라고 평가된다.

이를 종합하면 4)가 적용될 수 있는 경우로는 국내기업 M&A 인수자금의 출처가 UN 안보리 결의에 따른 제재위원회가 지명한 자 등 제재대상자와 관련이 있는 경우에 해당된다고 해석된다. 따라서 4) 문언은 제재대상자와 상관이 없는 일반적인 의미의 외국인투자에 대해서는 적용될 수 없는 구성요건이라고 판단할 수 있다.

5) 산업기술보호법상 국가핵심기술의 유출 가능성의 검토

「외국인투자촉진법 시행령」에 규정된 5) 「산업기술보호법」의 국가핵심기술의 유출가능성이 높은 경우는 2020년 8월 시행령이 개정되면서 추가된 구성요건이다. 「산업기술보호법」은 “국내외 시장에서 차지하는 기술적·경제적 가치가 높거나 관련 산업의 성장잠재력이 높아 해외로 유출될 경우에 국가의 안전보장 및 국민경제의 발전에 중대한 악영향을 줄 우려가 있는 기술”을 “국가핵심기술”로 지정하여 특별히 보호하고 있다.⁶²³⁾

623) 국가핵심기술은 산업통상자원부장관이 산업기술보호위원회의 심의를 거쳐 지정되는데, 해당기술이 국가안보 및 국민경제에 미치는 파급효과, 관련 제품의 국내외 시장점유율, 해당 분야의 연구동향 및 기술 확산과의 조화 등을 종합적으로 고려하여 필요최소한의 범위 안에서 선정하여야 한다. 「산업기술보호법」에 관해서는 정병일, “국가핵심기술의 해외유출 시점에 관한 법적 연구 - 산업기술유출방지 및 보호에 관한 법률을 중심으로”, 법학연구 제10집

「산업기술보호법」은 제11조의2에서 국가핵심기술을 보유한 대상기관이 대통령령으로 정하는 해외인수·합병, 합작투자 등 외국인투자를 진행하려는 경우 미리 산업통상자원부 장관의 승인을 받거나 미리 신고를 하도록 하는데, 시행령 제18조의2는 「외국인투자촉진법 시행령」과 유사하게 원칙적으로 외국인이 대상기관의 지분을 50% 이상을 소유하려는 경우를 규정하고 있다. 즉, 「산업기술보호법」에 따르면 외국인이 국가핵심기술을 보유한 기관의 지분을 50% 이상 취득하려는 경우는 승인 또는 사전신고를 하여야 하고, 이 경우 산업기술보호위원회의 심의를 거치도록 하는 것이다.

「산업기술보호법」은 2006년 10월 27일, 첨단기술의 해외 유출을 방지하기 위한 목적으로 제정되었는데, 국가로부터 연구개발비를 지원받아 개발한 국가핵심기술을 해외매각, 기술이전 등을 하는 경우 산업통상자원부 장관에게 승인받고, 연구개발비를 지원받지 않은 국가핵심기술을 해외매각 등을 하는 경우 사전신고하도록 규정하였다. 그런데 2007년부터 국가핵심기술 보유기관의 해외인수·합병, 외국기업과의 합작투자 등 외국인투자에 관해서도 사전신고를 법제화한 개정안이 발의되기 시작했다. 당시 국회 검토보고서에 따르면 외국인투자에 관해 「외국인투자촉진법」에서 산업통상자원부 장관에게 신고하도록 되어 있고, 국내기업의 해외투자는 국가핵심기술의 수출 관련 신고제도가 있으므로 불필요한 중복 규제에 해당할 가능성이 크고, 신고대상 행위가 기술수출인지 기업활동 자체인지 불분명하여 기업의 자유로운 활동을 위축시킬 우려가 있다는 지적이 있었다.⁶²⁴⁾ 이 법안은 임기만으로 폐기되었으나, 2011년 국가로부터 연구개발비를 지원받아 개발한 국가핵심기술을 보유한 대상기관의

제2호, 인하대학교 법학연구소 (2007) 참조.

624) “산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고서”, 국회 산업자원위원회 (2007.11.16. 상정), p.4 참조. 국회 검토보고서는 신고한 대상 행위에 대한 산업통상자원부 장관의 심사, 중지, 금지, 원상회복 등과 관련해서는 국가안보상의 목적이 아니라 국민경제상의 필요에 의해 국가핵심기술의 유출을 방지하겠다는 명분으로 민간이 자체 개발한 기술 수출을 통제하거나 외국인투자를 제한하게 되어 OECD 자유화규약, 한·칠레 FTA, 한·싱가포르 FTA, 한·EFTA 및 다수의 BIT 위반 우려가 있다고 지적하였다.

M&A에 관해 사전신고하도록 범위를 축소한 개정안이 다시 발의되었다. 국회 검토보고서는 2007년 보고서와는 다르게 작성되었는데, “대다수의 국가들은 주요산업에 대한 외국인투자한도 제도를 두고 있으며, 특히, 미국, 프랑스, 독일, 캐나다, 호주, 중국 등은 외국인에 의한 국가기간산업 M&A 시도 시 사전심사제를 운영하고 있음. 국제규범에 비추어 보더라도 GATS 등 현행 다자규범과 우리가 체결한 양자협정상 국가가 자국 안보이익의 보호를 위해 필요하다고 판단할 경우, 자국내 외국인투자에 대해 협정의 예외적 조치가 인정됨”으로 검토하였다.⁶²⁵⁾ 2011년 개정안은 전 세계적인 외국인투자심사 강화 동향, 해외인수·합병에 따른 기술 유출 우려 등이 고려되어 통과되었는데, 국가로부터 연구개발비를 지원받아 개발한 국가핵심기술 보유기관의 해외 M&A는 국가안보심사절차를 거치도록 하는 제도를 신설하였다.

한편, 2019년 들어 국가로부터 연구개발비를 지원받지 않고 개발한 국가핵심기술 보유기관의 외국인투자에 관해서도 국가안보심사절차를 거치도록 하는 내용으로 「산업기술보호법」이 개정되었다. 국회 검토보고서는 「외국인투자촉진법」을 언급하며 “국가핵심기술의 경우 외국인투자의 제한 여부가 불분명하므로, 법적 일관성 측면에서 이를 함께 정비할 필요가 있어 보임”이라고 언급되어 있다.⁶²⁶⁾ 즉, 국회에서도 「외국인투자촉진법」과 「산업기술보호법」상 적용범위의 중복 여부에 관해 인지하고 있던 것으로 평가할 수 있다.

「외국인투자촉진법 시행령」 제5조제1항제2호5)는 외국인이 국내기업의 경영상 지배권을 실질적으로 취득하려는 경우면서 동시에 「산업기술보호법」에 따른 국가핵심기술의 유출 가능성이 높은 경우를 규정한다. 이에 따라 「외국인투자촉진법 시행규칙」 별지 제1호서식은 ⑩투자대상 국내기업의 영 제5조제1항제2호나목 해당여부에 「산업기술보호법」에 따른 국가핵심기술을 보유한 기업으로 규정하였다. 그렇다면 외국인투자

625) “산업기술의유출방지및보호에관한법률일부개정법률안 검토보고서”, 국회 지식경제위원회 (2011.6.22.), p.24 각주21 참조.

626) “산업기술의유출방지및보호에관한법률일부개정법률안 검토보고서”, 국회 산업통상자원중소벤처기업위원회 (2019.7.12.), pp.4-5 참조.

심사대상이 되는 것은 외국인이 국가핵심기술을 보유한 기업을 M&A하는 경우인데, 이는 「산업기술보호법」 제11조의2의 절차가 적용되는 경우이다. 외국인투자촉진법령과 산업기술보호법령의 M&A 심사요건은 다음의 표와 같다.

[표 19] 외국인투자촉진법령과 산업기술보호법령의 비교

외국인투자에 관한 규정 제6조	산업기술보호법시행령 제18조의2
<p>1. 기업(특정사업 부분 분리하여 신규법인 설립 포함) 주식 등을 매매, 기업 간 교환·합병, 담보권 실행, 대물변제의 수령 그 밖의 방식에 의해 인수하려는 경우로서 외국인이 단독 또는 특수관계인과 합하여 기업 주식 등을 100분의 50 이상 소유하려는 경우(100분의 50 미만을 소유한 경우로서 주식등의 최다소유자가 되면서 외국인이 직접 또는 특수관계인을 통하여 기업의 임원선임이나 경영에 지배적인 영향력을 행사할 수 있게 되는 경우 포함)</p> <p>가. 당해 외국인의 배우자 및 직계 존·비속(배우자의 직계 존·비속 포함)</p> <p>나. 당해 외국인이 자신과 가목 또는 다목에 규정한 관계에 있는 자와 합하여 발행주식총</p>	<p>1. 외국인이 단독으로 또는 다음 각 목에 해당하는 자와 합산하여 국가핵심기술을 보유한 대상기관의 주식 또는 지분(장래에 주식 또는 지분으로 전환하거나 주식 또는 지분 인수 권리 포함)을 100분의 50 이상 소유하려는 경우(100분의 50 미만을 소유하려는 경우로서 주식등의 최다소유자가 되면서 보유기관의 임원 선임이나 경영에 지배적인 영향력을 행사할 수 있게 되는 경우 포함)</p> <p>가. 외국인의 배우자, 8촌 이내의 혈족, 4촌 이내의 인척</p> <p>나. 외국인이 단독으로 또는 주요 주주나 주요 지분권자와의 계약 또는 합의에 의하여 조직</p>

외국인투자에 관한 규정 제6조	산업기술보호법시행령 제18조의2
<p>수 또는 출자총액의 100분의 50 이상을 소유하고 있거나 이들이 사실상 지배하고 있는 외국법인</p> <p>다. 당해 외국인, 나목 또는 라목에 규정한 자의 사용인(법인의 경우 임원, 개인인 경우 사업사용인·고용계약상 피용인 및 그 개인의 금전이나 재산에 의하여 생계를 유지하는 자)</p> <p>라. 나목에 규정한 법인과 당해 외국인, 가목 및 다목에 규정한 자와 합하여 발행주식총수 또는 출자총액의 100분의 50 이상을 소유하고 있는 외국법인</p> <p>마. 당해 외국인과 합의 또는 계약 등에 의하여 주식 등을 공동으로 취득 또는 처분하거나 의결권(의결권 행사 지시 권한 포함)을 공동으로 행사하는 행위를 할 것을 합의한 외국인</p> <p>2. 외국인이 단독으로 또는 특수관계인과 공동으로 기업의 영업의 전부 또는 주요 부분의 양수·임차 또는 경영의 수입방식에 의하여 해당기업을 사실상 경영하려는 경우</p>	<p>변경 또는 신규사업에의 투자 등 주요 의사결정이나 업무집행에 지배적인 영향력을 행사할 수 있는 회사</p> <p>다. 외국인이 단독으로 또는 주요 주주나 주요 지분권자와의 계약 또는 합의에 의하여 대표자를 임면하거나 임원의 100분의 50 이상을 선임할 수 있는 회사</p> <p>2. 외국인이 보유기관의 영업의 전부 또는 주요 부분의 양수·임차 또는 경영의 수입방식으로 보유기관을 경영하려는 경우</p>

외국인투자에 관한 규정 제6조	산업기술보호법시행령 제18조의2
	3. 외국인이 보유기관에 자금을 대여하거나 출연을 하면서 과반수 이상의 임원 선임에 지배적인 영향력을 행사할 수 있게 되는 경우

위 표와 같이, 외국인투자촉진법령과 산업기술보호법령의 세부 규정은 외국인이 단독으로 또는 특수관계인과 공동으로 50% 이상의 주식 또는 지분 인수를 하려는 경우를 원칙적으로 심사가 필요한 경우로 규정하고 있다. 외국인투자촉진법령의 경우 특수관계인의 범위가 상대적으로 광의로 규정되어 있고, 영업양수에서 특수관계인과 공동으로 하는 경우도 포함하는 측면에서는 산업기술보호법령보다 보호범위가 넓은 것으로 평가할 수 있다. 그러나 산업기술보호법령은 금전 출연 관계에 따라 임원 선임에 지배적인 영향력을 행사하는 경우도 심사대상으로 포함하므로 일률적으로 판단하기는 어렵다.

산업기술의 유출방지 및 보호에 관하여는 「산업기술보호법」이 특별법이므로⁶²⁷⁾ 국가핵심기술 보유기관의 외국인 M&A에 대해서는 원칙적으로 「산업기술보호법」상의 심사절차가 적용되는 것으로 해석되어야 할 것이다. 즉, 외국인이 국가핵심기술 보유기관의 주식 또는 지분 50% 이상을 인수하는 경우에는 외국인투자촉진법령과 「산업기술보호법」 모두 적용이 가능한 상황인데, 「산업기술보호법」이 특별법이라는 점이 고려되어야 하는 것이다. 결국 국가핵심기술을 보유한 기관이 외국인에 의해 M&A되는 경우 「산업기술보호법」이 적용되는 결과, 외국인투자촉진법령에 따른 외국인투자심사의 적용 가능성은 낮아지는 것이다.

627) 「산업기술보호법」 제4조(다른 법률과의 관계) 참조.

2. 구성요건의 분석과 평가

「외국인투자촉진법 시행령」상의 1)부터 5)까지의 구성요건을 해석하면 외국인투자심사에 적용할 수 있는 구성요건은 매우 제한적이고, 그에 따라 국가안보를 보호하는 기능이 매우 취약하다는 결론이 도출된다.

우선 방위산업체에 대한 외국인투자는 원칙적으로 「외국인투자촉진법」 제6조에 따라 산업통상자원부장관의 허가를 받도록 규정하고 있으므로, 방위산업체에 대한 외국인투자는 10% 이상 주식 또는 지분 취득이든지, 50% 이상 주식 또는 지분 취득이든지를 불문하고 산업통상자원부장관의 허가를 필요로 한다고 해석하여야 한다. 그렇다면 1)의 방위산업물자 생산에 지장을 초래할 우려가 있는 경우는 방산물자 생산에 지장을 초래하는 공급망 관련 기업에 대한 외국인투자를 의미한다고 해석할 수 있겠으나, 현행 예규에서는 심의대상 외국인투자로 규정되어 있지 않다. 따라서 1)은 위의 해석론에도 불구하고 외국인투자촉진법령 문언에 따라 방위산업체를 대상으로 하는 M&A에 한정하여 적용되어야 할 것이나, 산업통상자원부 장관의 허가과 외국인투자심사 절차 모두 거쳐야 한다는 결론이 된다. 결국 현행법상 1) 문언이 독자적인 의의가 있는지에 관해서는 부정적으로 평가할 수 있을 것이다.

2)의 「대외무역법」상 군사목적 전용 가능성이 높은 경우는 2011년 폐지된 「기술개발촉진법」상의 ‘승인 대상’이라는 용어가 아직 정비되지 않아 혼란을 초래한다. 또한 「외국인투자촉진법 시행령」은 “「대외무역법」 제19조에 따른 수출 허가 대상 물품 등이나 기술”로 규정되어 있어 수출허가 대상인 전략물자만 포함하고, 전략물자가 아닌 상황허가 대상의 물품은 포함하지 않는다고 해석된다.

3)의 「국가정보원법」에 따른 국가기밀의 경우에는 한정된 인원만이 알 수 있는 비밀로서, 국가기밀로 분류된 것으로 보안업무규정에 따른 국가보안시설이나 국가보호장비로 지정된 경우도 포함될 수 있는 것으로 검토하였다. 다만, 타 법령과의 정합성 차원에서 「국가정보원법」상의 ‘국가기밀’ 이외에도 「통합방위법」상의 ‘국가중요시설’까지 포함하는 것

이 바람직하다고 판단된다.

4)의 국제평화와 안전 유지를 위한 국제연합 등의 국제적 노력에 심각하고 중대한 지장을 초래할 우려는 「테러자금금지법」, 「외국환거래법」 등에 따른 제재대상자 내지 이들로부터의 자금을 받은 외국인투자가가 해당되는바, 이들이 과연 장시간이 소요되는 M&A 절차를 통해 국내기업에 투자하는 경우를 현실적으로 상정할 수 있을지가 의문이다.

5) 「산업기술보호법」의 경우도 「산업기술보호법」 제11조의2에 규정된 산업기술보호위원회의 심사절차가 우선 적용되는 점을 고려하면, 국가핵심기술을 보유한 회사에 대한 M&A에 있어 외국인투자촉진법령상의 외국인투자심사가 진행되는 경우를 생각하기 어렵다.

그렇다면 현행 외국인투자심사의 구성요건은 국가안보를 협의로 해석하든지, 광의로 해석하든지와 무관하게 작동 가능성 측면에서 부정적으로 평가할 수밖에 없다. 왜냐하면 1)에서 5)까지 구성요건 중에서 현실적으로 「외국인투자촉진법 시행령」이 적용될 수 있는 경우는 시행령상의 2) 「대외무역법」상 전략물자와 3) 「국가정보원법」에 따른 국가기밀계약 정도일 것으로 판단되기 때문이다. 그러나 2) 전략물자의 경우에도 현실적으로 전략물자를 수출한 이력이 없는 경우라면 M&A 대상이 된 국내기업은 전략물자를 보유하고 있는지에 관해 인지하고 있을 가능성이 높지 않고, 전략물자 수출허가 신청을 하지 않은 경우 국가 차원의 관리체계도 갖추어지지 않아 집행력 측면의 한계가 있는 것으로 볼 수밖에 없다. 이는 전략물자 관리시스템 자체가 ‘수출’을 전제로 하기 때문인데, 전략물자를 생산하는 기업이 수출하지 않고 내수 시장에만 유통하는 경우라면 수출통제 관리체제에 편입되지 않는 체계적인 한계에 해당한다. 3) 「국가정보원법」에 따른 국가기밀계약의 경우에도 원칙적으로 국가보안시설과 국가보호장비로 지정될 것을 요구하여 보호범위가 협소하다고 분석된다.

무엇보다 외국인투자심사의 구성요건의 해석에서 가장 큰 문제점으로 지적할 수 있는 점은 개별법령에 대한 종합적·체계적 검토가 미흡한 상태에서 외국인투자심사를 강화하는 방향으로 개정이 이루어지고 있다는

것이다. 2)의 「대외무역법」 상의 ‘승인 대상’이라는 용어의 미정비는 차치하더라도, 1)의 방위산업물자 관련 사항은 2020년 방산업체에 대한 신주 취득 형태의 외국인투자도 허가사항으로 포함한 「외국인투자촉진법」 개정법 논의에서 다루어졌어야 하는 문제인데, 국회 회의록에서는 해당 논의가 발견되지 않는다. 5)의 「산업기술보호법」 관련 사항 역시 2020년 시행령 개정 당시 중복 규제 가능성 등에 관해 심도 깊게 논의되었어야 하는 문제이다.

이는 외국인투자심사 입법이 국회 등의 외부 압력에 따라 결론이 정해진 채로 시작되고, ‘국가안보’라는 단어가 주는 엄중함 때문에 타법과의 관계를 충분히 고민하지 못한 채 속도전 양상으로 진행되는 점에서 비롯되는 것으로 볼 수 있다. 그 결과 우리나라 외국인투자심사의 구성요건은 형식적으로는 1)부터 5)까지 국가안보 상황을 열거하여 국가안보를 보호할 수 있는 것으로 보이나, 실제적으로 적용할 수 있는 구성요건은 매우 제한적이라는 결론으로 이어진다. 결국 현행 외국인투자심사의 구성요건 1)부터 5)까지는 국가안보를 보호하는 데 매우 취약하게 규정된 것으로 평가할 수 있다.

이와 같은 문제가 발생하게 된 근본적인 원인은 외국인투자심사가 가진 제도적인 의의에 대한 고민 없이 기존의 ‘국가안보’ 법리에 따라 국방상 국가안보 상황부터 평면적으로 규정한 것에서 유래한다고 할 것이다. 즉, 외국인투자심사의 독자적 의의를 고려하지 않은 채 개별법을 그대로 활용함으로써 외국인투자심사의 성립 가능성 자체가 제한적으로 규정된 것이다. 시행령은 외국인투자이면서 동시에 개별법상 요건에 해당되는 것이 요구되는 구조로 입안되어 있다. 애초에 외국인투자이면서 「방위사업법」, 「대외무역법」, 「국가정보원법」, 「산업기술보호법」 등의 개별법이 동시에 적용되어야 외국인투자심사가 가능하게 되는 구조이다. 이는 제도의 설계 자체가 외국인투자심사는 개별법이 적용되는 경우에 비로소 보충적으로 작동하는 것으로 이해된 결과이다. 이같이 개별법을 인용하는 방식으로 국가안보 상황을 규정하면 국가안보의 변천에 대응할 수 없을 뿐만 아니라, 규제대상에서 제외되는 경우가 필연적으로 발생하

게 된다. 이와 같은 개별법 인용 방식은 「외국인투자촉진법」이 외국인 투자 유치를 위한 진흥법에 속하는바, 외국인투자심사의 보호적인 성격으로 인한 비난 가능성에서 벗어나려는 의도로 평가할 수 있다. 즉, 외국인투자심사로 인한 투자 불허용 결정 등이 있는 경우에 제기될 수 있는 비난 등에 대해 개별법에 따른 것이라는 출구 전략을 마련한 것으로도 해석할 수 있다고 보인다.

게다가 현행 국가안보 상황은 외국인투자심사대상적격과 본안판단 요건이 구별되지 않은 채 국가안보 상황에 상당한 위협이 초래되는 형식으로 규정되어 있다. 예컨대 2) 「대외무역법」의 경우 “군사목적 전용 가능성이 높은 경우”로 규정되어 있는데, ‘군사 목적 전용 가능성이 있는 경우’ 외국인투자심사대상이고, 외국인투자심사의 결과 ‘군사 목적 전용 가능성이 높은 경우’로 판단되는 경우 외국인투자가 불허된다고 보는 것으로 해석하는 것이 타당하다. 만일 위와 같이 대상적격과 본안판단 요건이 구별되지 않는다고 해석할 경우 외국인투자 심사대상에 해당하는 이상 곧바로 국가안보위해에 해당한다는 결과로 이어지게 되는 결과가 될 수 있다. 이는 대상적격 단계에서 본안판단을 하게 되는 결과가 되어 외국인투자심사 본안 절차가 형해화할 가능성이 있다고 평가할 수 있다.

이와는 다르게 ‘군사 목적 전용 가능성이 높은 경우’ 외국인투자 심사 대상으로 회부되고, ‘군사 목적 전용 가능성이 높은 경우’이면서 동시에 본안에서 추가 검토한 결과 국가안보위해가 인정되는 경우에 해당해야 외국인투자를 불허한다고 해석하는 것도 가능하다. 이러한 해석론은 국가안보에 대한 위협이 국가안보 상황인 ‘군사 목적 전용 가능성이 높은 경우’ 이외에 다른 요소까지 포함되어야 인정할 수 있다는 입장으로 볼 것이다. 그러나 이와 같은 해석론은 현행법령상으로는 추가적으로 어떤 요소가 고려되는지에 관해 전혀 파악할 수 없고, 외국인투자심사가 가진 강한 규제적 성격에 비추어 지나치게 불분명하게 된다는 단점이 있다. 외국인투자자로서는 ‘군사 전용 가능성이 있는 경우’와 ‘군사 전용 가능성이 높은 경우’를 구별하는 것 자체도 어려울 것인데, 법문에 예시조차 되지 않은 추가적인 고려요소가 무엇인지조차 알 수 없기 때문이다.

제3절 새로운 국가안보평가의 제안

1. 기본 원칙

이상에서 살핀 바와 같이 현행 우리나라 외국인투자촉진법령의 외국인투자심사법제는 법체계적으로 문제가 있을 뿐만 아니라, 국가안보 보호에도 미흡한 측면이 발견된다. 즉, 사실상의 지배관계와 주식취득 이외의 거래 유형까지 포괄해야 국가안보를 위협하는 외국인투자를 실효적으로 심사할 수 있음에도 불구하고, 현행 우리나라의 외국인투자심사는 외국인이 국내기업의 주식을 직접 취득하여 경영상의 지배권을 취득하는 경우로만 한정적으로 규정되어 있다. 또한 우리나라 RBA는 미국의 RBA와 마찬가지로 과거의 국가안보 개념이 적용되는 군사상의 국가안보평가에 따른 방법론을 채용하고 있는바, 이러한 문제점을 해결하기 위해서는 현행의 외국인투자촉진법령 대신, 새로운 외국인투자심사 법체계를 마련하여 작동 가능성이 있도록 설계할 필요가 있다.

새로운 법체계에서는 기존의 외국인투자촉진법령상 보호가 미흡하거나 법체계적으로 문제가 있는 부분을 해소할 필요가 있다. 무엇보다도 투자자유화 원칙하에 외국인투자가에 대한 불필요한 부담이나 제약을 가하지 않으면서도 국가안보위험에 효과적으로 대응할 수 있어야 한다. 외국인투자심사의 권리 제한적 측면을 고려하여 필요최소한의 범위에서 외국인투자심사가 이루어져야 하고, 특정 국가로부터의 외국인투자를 차별하거나 다른 목적 등을 위해 외국인투자심사가 남용되어서는 안 된다. 이를 위해서는 앞에서 살펴본 OECD 외국인투자심사지침에 제시된 비차별, 투명성·예측가능성, 비례성, 책임성 원칙이 준수될 필요가 있다.

2. 외국인투자심사의 국가안보평가

1) 국가안보 범위의 재설정

외국인투자심사에서 보호하는 국가안보는 기존의 국방상의 국가안보 이외에 핵심 인프라, 핵심기술 등의 분야 이외에 개인정보 등 민감정보 등까지 포섭할 필요가 있다. 미국의 경우는 핵심기술, 핵심 인프라, 민감정보, EU에서는 핵심 인프라, 핵심기술, 핵심 원자재 공급, 민감정보 등을 포섭하고 있으므로 비교법적으로 핵심기술, 핵심 인프라, 민감정보 등이 주된 심사대상 분야로 볼 수 있다. 우리나라 외국인투자촉진법령에서 보호하는 대상은 기존의 국방상의 국가안보 상황 일부 이외에 국가핵심기술 관련 분야 일부이고, 핵심 인프라, 민감정보 등은 대상이 아니다.

그런데 우리나라 외국인투자심사를 통해 포섭할 광의의 국가안보심사 대상은 현행과 같이 개별법을 원용하는 대신 외국인투자심사법제만의 독자적인 심사대상을 규정하는 것이 바람직하다고 판단된다. 즉, 현행과 같이 개별법에 따른 국가안보 상황을 규정하는 방식 대신, 국가안보와의 관련성이 인정되는 분야나 업종 등을 독자적으로 명시하여 심사대상으로 규정하는 방안이 OECD 외국인투자심사지침상의 책임성 원칙에 부합할 것으로 보인다. 이 경우 국가안보와 관련성이 인정되는 분야나 업종의 범위와 내용은 주무부장관이 관계부처와 협의하여 지정하는 구조로 규정할 필요가 있을 것이다. 다만, 이와 같은 심사대상의 지정은 규제 신설에 해당하므로, 투자 자유화 원칙을 고려하여 필요 최소한의 범위로 제한해야 할 것이다.

참고로 「산업기술보호법」은 국가핵심기술 지정 등에 관한 고시를 통해 국가핵심기술을 추가·변경하고, 「국가첨단전략산업법」에 따른 전략기술도 고시를 통해 지정하고 있어 상황 변화에 유연하게 대응할 수 있다.⁶²⁸⁾ 이와 같은 방식은 외국인투자심사에도 활용할 필요가 있다고

628) 산업통상자원부 보도자료, “미래산업 초격차 확보 위해 국가적 역량 결집 첨단전략산업 국가 컨트롤타워 출범” (2022.11.4.) 참조.

보이는바, 심사대상과 관련한 구체적인 세부요건을 고시 등의 행정규칙을 통해 구체적인 업종, 규모, 기준 등을 명시할 필요가 있겠다.

한편 현행 시행령상의 국가안보 상황인 1) 내지 5)의 경우 구성요건을 수정하여 실효성을 제고하는 방안도 검토할 수 있다. 우선 1) 방위산업물자의 경우 앞에서 살핀 바와 같이 「외국인투자촉진법」상 허가 조항에서 규율하는 것이 법체계에 부합한다고 할 것이다. 따라서 외국인투자심사대상이 되는 국가안보 상황은 허가사항인 방위산업체를 경영하는 기업에 대한 투자가 아니라, 방위산업물자의 생산에 영향을 미치는 거래에 해당하는 경우로 수정하는 방안이 가능하다. 다음으로 2)의 구성요건은 ‘「대외무역법」 제19조에 따른 수출허가 등 제한이 필요한 물품 등이나 기술로서」로 개정하여 상황허가 품목까지 포함함으로써 외국인투자심사가 실효적이 되도록 할 필요가 있다. 또한, 현행 방식처럼 ‘전용될 가능성이 높은 경우’가 아니라 ‘전용될 가능성이 있는 경우’로 수정하여 외국인투자심사의 대상적격과 본안판단을 구별할 필요가 있다. 3)은 국민보호와 공공안전을 위한 「테러방지법」상의 “국가중요시설” 개념을 활용하여 「국가정보원법」상의 국가기밀 이외에 국가기간산업까지 포괄하는 방안을 검토할 수 있고, 마찬가지로 대상적격과 본안판단을 구별하여 현행과 같이 ‘국가기밀 등의 내용이 공개될 우려가 있는 경우’가 아닌 ‘국가기밀 등을 보유하는 경우’로 변경하는 방안이 가능하다. 4)의 경우에도 대상적격과 본안판단을 구별하기 위해 현행의 ‘심각하고 중대한 지장을 초래할 우려가 있는 경우’를 단순히 ‘지장을 초래할 우려가 있는 경우’로 수정할 필요가 있다. 5)의 경우에도 현행처럼 ‘국가핵심기술의 유출 가능성이 높은 경우’를 ‘국가핵심기술의 유출 가능성이 있는 경우’로 수정할 필요가 있다. 후술할 ‘외국인투자심사대상’ 규율 방식을 적용하면 수정된 5)를 통해 「산업기술보호법」상의 심사절차가 적용되지 않는 경우까지 포섭이 가능하여 외국인투자심사에 관한 일반법으로서 기능할 수 있을 것으로 보인다.

아울러 「국가첨단전략산업법」상의 외국인투자심사도 포함하는 방안을 검토할 필요가 있다. 「국가첨단전략산업법」의 경우에는 현행 「산

업기술보호법」의 규율 방식과 유사하게 “「국가첨단전략산업 경쟁력 강화 및 보호에 관한 특별조치법」 제2조제1호에 따른 국가첨단전략기술이 유출될 가능성이 있는 경우” 등으로 추가되는 것이 바람직하다.

2) 지배 가능성 중심의 접근방식

현행의 국가안보평가는 ‘지배 가능성’과는 무관하게 형식적인 요건인 과반수 이상의 주식 취득 행위를 원칙적으로 요구하는바, 외국인이 국내 기업을 지배하게 됨으로써 발생하게 되는 국가안보위험에 대해서는 취약하다. 외국인투자심사에서 문제되는 국가안보는 기술이나 인프라 등을 보유한 국내기업을 외국인이 ‘지배’함으로써 야기되는 위험이라는 점을 고려하면 외국인투자심사에서의 국가안보평가는 ‘지배 가능성’이라는 관점에서 접근할 필요가 있다. 이는 외국인투자와 국가안보 사이의 관련성은 ‘지배 가능성’의 차원에서 검토해야 한다는 것이기도 하다.

이를 위해서는 ‘외국인투자심사대상’에 관해 규정할 필요가 있는바, 우선 ‘외국인투자가 제한되는 거래’를 정의하여 개념적 징표로서 외국인이 지배력을 행사할 수 있는 경우를 포섭할 필요가 있다. 현행 방식처럼 형식적 요건 중심의 ‘경영상 지배권의 실질적 취득’ 대신, ‘주식 등의 취득을 통하여 해당기업의 경영에 지배력을 행사하려는 경우’ 및 사실상의 지배관계를 포섭하기 위해 ‘외국인이 특수관계인을 통하여 법적으로 또는 사실상으로 직접 또는 간접으로 지배하는 국내기업과 관련하여 외국인 또는 국내기업의 지배구조가 변경되는 경우’를 포함하는 방안을 검토할 수 있다.

지배력을 행사하려는 경우에 관해서는 국내법상 지배력 개념을 채용하고 있는 「공정거래법」, 「세법」, 「금융지주회사법」 등을 참고하여 법령 간의 정합성을 제고할 필요가 있다.⁶²⁹⁾ 특히 「공정거래법」은 상

629) 참고로 「주식회사 등의 외부감사에 관한 법률」은 회사와 다른 회사가 지배·종속 관계에 있는 경우 지배하는 회사는 연결재무제표를 작성하도록 규정하는바, 기업회계기준서 제1110호 ‘연결재무제표’ 문단7은 ‘지배력’에 관하여 지배받는 회사(피투자자)에 대한 힘이 있고, 변동이익에 대한 권리가 있

호 독립적으로 운영되던 기업들이 자본적·인적·조직적인 결합을 통해 공통의 지배력 하에 통합되는 ‘기업결합’에 관해 ‘기업결합 신고’(제11조)를 규정하고 있다.⁶³⁰⁾ 외국인투자심사대상은 외국인투자에 의해 지배력이 미치게 되는 거래를 대상으로 할 필요가 있는바, 기업결합 신고요령에 규정된 지배력 기준을 참고할 수 있을 것이다.⁶³¹⁾ 기업결합의 신고요령은 주식취득 신고의 경우 지분을 20%(주권상장법인 및 코스닥 등록법인의 경우 15%)를 적용하여 지배력을 판단하고 있다.

한편, 주식취득 유형 이외 거래에 관해서도 「공정거래법」상 기업결합 심사기준 중 ‘지배관계 형성여부 판단기준’을 참고할 수 있을 것으로 보인다.⁶³²⁾ 주식 취득의 경우에는 주식소유비율을 기준으로 판단하되, 주식소유비율이 낮더라도 경영전반에 실질적인 영향력을 행사할 수 있는 경우에는 지배관계를 인정할 수 있도록 하여야 하는바, 공정거래위원회 고시에 따른 고려요소인 ①각 주주의 주식소유비율, 주식분산도, 주주 상호간의 관계, ②피인수회사가 주요 원자재의 대부분을 인수회사 등으로부터 공급받고 있는지 여부, ③임원겸임관계, ④거래관계, 자금관계, 제휴관계 등의 유무 등을 고려할 수 있고, 단독의 지배관계가 형성되지 않더

고, 이익금액에 영향을 미치지 위해 피투자자에 대한 자신의 힘을 사용하는 능력이 있는 경우로 규정하고, 부록 B(적용지침)에서 구체적으로 지배력을 평가하는 경우를 나열하고 있다.

630) 기업결합신고 가이드북 (2022), 공정거래위원회 기업결합과, p.3 참조.

631) 기업결합의 신고요령(공정거래위원회 고시 제2022-23호, 2022.12.30. 개정)

Ⅲ. 기업결합의 신고요령 참조. 이외에도 「공정거래법」상 동일인과 그 동일인이 지배하는 ‘기업집단’의 범위인 지분을 30% 기준을 참고할 수도 있다. 한편, 대법원은 담합사건의 과징금 공동감면신청에서의 ‘실질적 지배관계’에 관하여 주식지분 소유의 정도, 의사결정에서 영향력의 행사 정도 및 방식, 경영상 일상적인 지시가 이루어지고 있는지 여부, 임원 겸임 여부 및 정도, 사업자들의 상호 관계에 대한 인식, 회계의 통합 여부, 사업영역·방식 등에 대한 독자적 결정 가능성, 각 사업자들의 시장에서의 행태 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 한 사업자가 다른 사업자를 실질적으로 지배하여 다른 사업자에게 의사결정의 자율성 및 독자성이 없고 각 사업자들이 독립적으로 운영된다고 볼 수 없는 경우를 의미한다고 판단한 바 있다. 대법원 2016.8.24. 선고 2014두6340 판결 참조.

632) 기업결합 심사기준(공정거래위원회 고시 제2023-20호, 2023.2.7. 개정) IV. 지배관계 형성여부 판단기준 참조.

라도 제3자와 공동으로 경영전반에 실질적인 영향력을 행사할 수 있는 경우에도 지배관계가 형성된 것으로 볼 수 있을 것이다. 이 경우에는 ①주식 또는 의결권의 보유비율, ②임원의 지명권 보유여부, ③예산, 사업계획, 투자계획 및 기타 주요의사결정에 대한 거부권 보유여부, ④의결권의 공동행사 약정 존재여부, ⑤사업수행에 필요한 주요행정권한 보유여부 등을 고려할 수 있을 것이다. 이 경우 주식취득 이외의 거래 유형을 규정함으로써 다양한 거래관계를 포괄하여 지배관계를 포괄할 수 있을 것인바, 기술유출 우려 등을 규율하기 위해 기술이나 지식재산권 등의 접근권한을 취득하는 유형의 거래도 포함할 필요가 있을 것이다.

‘외국인투자심사대상’의 범위가 확대됨으로써 발생하는 외국인투자심사 범위의 확대에 대해서는 투자자유화 원칙과 국가안보와의 균형을 위해 일정한 유형의 거래에 대해서는 투자심사를 단축하거나 면제할 수 있는 방안을 검토할 필요가 있을 것이다.

앞에서 본 매그나칩 사례의 경우 지배 가능성을 중심으로 ‘외국인투자심사대상’을 규정하면서 국외에서 이루어진 행위로서 국내에 효과가 미치는 경우에도 적용하도록 하면 우리나라 외국인투자심사 가능성이 긍정될 수 있을 것이다. 다만, 구체적인 적용 범위는 우리나라의 관할이 인정되는 국내기업에 한정할 필요가 있을 것이다. 이를 위해 외국인투자심사법제는 국외행위의 효과가 국내에 미치는 경우에도 적용되도록 규정할 필요가 있겠다. 앞에서 외국인이 특수관계인 등을 통해 법적 또는 사실상로 직접 또는 간접으로 지배하는 외국인, 국내기업의 지배구조가 변경되는 경우를 ‘외국인투자심사대상’으로 포괄하는 것이 바람직하다고 검토하였는바, 이러한 의미를 보다 명확히 하기 위해 역외적용 조항을 포함할 필요가 있다고 보인다.

3) 국가안보평가의 합법성 제고

국가안보평가는 외국인투자로 인해 발생하거나 발생할 우려가 있는 국가안보위험의 여부와 정도를 평가하는 과정에 해당하되, 외국인투자

가나 국내기업의 권리침해 가능성 등을 고려할 때 법률상 근거를 명시하는 것이 바람직하다고 판단된다.

한편, 외국인투자심사의 국가안보평가에 관해서는 개념 정의부터 새롭게 이루어질 필요가 있을 것이다. 즉, 국가안보위험을 현행과 같이 ‘위협요인’, ‘취약요인’, ‘국가안보위해영향’으로 구분하면서 고려요소를 추상적으로 나열하는 방식 대신, 이들 요소와 국가안보위험 사이의 관계를 명확하게 명시하는 것이 바람직할 것이다. 현행 예규에서 광범위하게 고려요소를 나열하는 방식 대신, 외국인투자거나 국내기업이 합리적으로 예측할 수 있도록 국가안보평가 요소를 구성할 필요가 있다고 보인다.

국가안보위험은 기존의 군사상 국가안보평가에 따른 RBA 대신 ①국내기업이 국가안보에 미치는 위험성, ②외국인투자가가 국가안보에 미치는 위험성, ③외국인투자심사대상 거래로 인한 지배관계가 국가안보에 미치는 위험성 등으로 규정할 필요가 있다고 판단된다. 외국인투자로 인한 국가안보위험은 ‘외국인’, ‘국내기업’, 그리고 외국인이 국내기업의 의사결정권을 보유하거나 내부정보를 지득할 수 있는 지위 취득 등 ‘지배’함으로써 발생하는 위험이라고 볼 수 있으므로, 국가안보평가는 특히 ③요소의 평가에 중점을 둘 필요가 있다. ①국내기업이 국가안보에 미치는 위험성은 결국 보호가 필요한 국내기업이 무엇인가에 대한 문제로, 앞서 살펴본 외국인투자심사법제만의 독자적인 심사대상 논의와 연결된다. ②외국인투자가가 국가안보에 미치는 위험성은 국가안보에 위험을 발생하게 하는 외국인투자가가 누구인가의 문제로, 현행의 외국인 또는 외국정부의 영향력 요인을 참고해야 할 것이다.

이를 종합하면 외국인투자의 국가안보평가는 현행의 외국인투자가의 위험성 요인 이외에 국내기업의 위험성과 지배관계의 위험성을 새롭게 평가할 필요가 있다고 할 것이다. 또한 국가안보위험을 완화할 수 있는 다양한 완화조치를 규정할 필요도 있다. 특히 외국인투자심사가 가지는 규제적 측면을 고려하여 비례성과 침해의 최소성 원칙에 따라 완화조치 관련 조항을 포함하고, 국내기업 등에 다양한 조건을 부과할 수 있도록 근거를 마련할 필요가 있다.

4) 합리적인 절차의 마련

외국인투자심사 절차 개시는 현행처럼 외국인투자 신고방식에 따라 사실상 의무적 신고에 따라 자동으로 개시되는 방식을 활용할지, 아니면 새로운 유형의 신고를 도입해야 할지 검토할 필요가 있다.

‘외국인투자심사대상’의 범위를 사실상의 지배관계까지 포괄하는 것으로 확대하면 현행 외국인투자촉진법령상의 외국인투자 신고를 그대로 활용하는 것은 적절하지 않다고 판단되는바, 별도의 외국인투자심사를 위한 신고절차를 도입할 필요가 있을 것이다. 그러한 경우 신고주체는 외국인투자가 또는 국내기업으로 규정하고, 신고주체가 신고하지 않는 거래에 대해서는 직권으로 심사가 개시되도록 설계하면서, 심사결과를 통지받기 전까지 주식소유 행위 등을 금지하는 규정을 통해 실효성을 확보할 필요가 있다. ‘외국인투자심사대상’에 해당하는 거래이나, 신고가 이루어지지 않은 경우 직권 심사 개시를 위해서는 외국인투자심사를 하는 기관이 모니터링할 수 있도록 권한을 부여하여야 하고, 벌칙 규정 등 제재수단을 통해 실효성을 확보할 필요도 있다고 보인다.

한편 국가안보평가에 대해서는 당사자에 대한 통보, 의견진술, 불복 등의 절차를 규정하는 방안이 바람직하다고 보인다. 외국인투자가나 국내기업은 외국인투자가 불허됨으로써 경제적 손실을 입을 가능성이 있으므로 절차진행과정을 통보받고 의견 진술 기회를 제공받아야 할 것이다. 국가안보평가에 따른 결과는 공권력의 행사 또는 거부 등에 해당하여 ‘처분’에 해당할 것이므로, 원칙적으로 국가안보평가에 대해 당사자는 행정심판이나 행정소송으로 다툴 수 있을 것이다. 그런데 국가안보평가는 국가안보와 기업의 영업비밀 등이 중첩적으로 적용되는바, 일반적인 행정심판이나 행정소송으로 진행되는 것은 관련 정보 등이 공개될 가능성이 있으므로 전문적이고 특수한 특별행정심판절차를 통해 규율할 필요가 있다고 보인다. 불복절차에서는 비밀유지명령⁶³³⁾ 등을 통해 국가안보나

633) 참고로 「산업기술보호법」 제22조의4(비밀유지명령)는 산업기술의 유출 및

기업의 영업비밀 등을 보호할 필요가 있을 것이므로, 이와 같은 조치의 법적 근거도 포함되는 것이 바람직하다.

또한 외국인투자가 국가안보위협이 있다는 증명책임은 투자 자유화 원칙을 고려하여 외국인투자심사를 담당하는 기관이 부담하는 구조로 설계하고, 각 요소들과 국가안보위협과의 인과관계를 증명하도록 할 필요도 있을 것이다.

3. 의의 및 평가

우리나라의 외국인투자심사는 2008년 전 세계적으로 외국인투자심사가 확대되는 시기, 국회에서 「외국인투자촉진법」 개정안들이 발의되던 가운데 정부가 국제협약 위반 가능성을 주장하면서 시행령으로 입법되었다. 외국인투자심사는 외국인투자가에 의한 기술유출, 미중 분쟁의 심화, 경제안보의 중요성 등에 따라 강화되고 있는바, 일상적인 상거래 행위에 해당하는 외국인투자 행위로 인해 발생할 수 있는 국가안보위협을 평가하는 것이 핵심이다.

우리나라 외국인투자 국가안보평가는 군사상의 RBA에 기초한 심사기준이 적용되어 실효성 측면에서 의문이고, 외국인투자가가 국내기업의 주식을 취득하는 유형만 규율하여 사실상의 지배관계를 포섭하지 못하는 법체계상의 문제도 있다. 게다가 국가안보 상황에 대한 구성요건이 방위산업물자 생산에 지장을 초래하거나, 전략물자 등으로서 군사전용 가능성이 높은 경우, 국가기밀 내용이 공개될 우려가 있는 경우, UN 등 국제적 노력에 심각하고 중대한 지장을 초래할 우려가 있는 경우, 국가핵심기술유출 가능성이 높은 경우로 규정되어 현실적으로 작동 가능성이 낮을 뿐만 아니라, 오늘날의 ‘국가안보’를 보호하는데도 적합하지 않다.

외국인투자가 ‘국가안보’ 관점에서 문제되는 지점은 외국인투자가가

침해에 관한 소송에서 당사자가 보유한 산업기술에 관해 소명하면 다른 당사자, 대리인, 그 밖에 해당 소송으로 인하여 산업기술을 알게 된 자에게 그 산업기술을 해당 소송의 계속적인 수행 외의 목적으로 사용하거나 그 산업기술에 관계된 자 이외의 자에게 공개하지 않을 것을 명할 수 있도록 규정한다.

국내기업의 주식을 취득하여 경영권을 취득하는 경우뿐만 아니라 외국인 투자자가 국내기업을 직·간접적으로 지배하는데 있다. 외국인투자자가 국내기업의 의사결정에 영향력을 행사하여 국내기업이 가진 역량을 훼손하고 이로 인해 국가안보 측면에까지 영향을 미칠 때 문제되는 것이다. 따라서 이러한 점을 고려하여 외국인투자심사의 국가안보평가를 개선할 필요가 있는바, 지배 가능성이라는 개념을 전면적으로 활용한 독자적인 외국인투자심사 법리를 도입할 필요가 있다.

새로운 국가안보평가 제안은 ‘외국인투자심사대상’에 지배 가능성을 적용했다는 점에 특징이 있다. 이 경우, 지배 가능성에 기초한 ‘외국인투자심사대상’이 외국에서 행해지더라도 역외적용을 통해 국내기업에 대한 조치를 할 수 있어야 하고, 지배 가능성에 관해서는 국내법상 지배력 개념을 전면적으로 채용하고 있는 「공정거래법」 등의 논의를 참고할 수 있을 것으로 보인다. 한편, 외국인투자의 국가안보평가에 관해서는 평면적인 군사상의 RBA 방식을 극복하여 국내기업·외국인투자자·지배관계가 각 국가안보에 미치는 위협성을 평가하는 방식으로 전환될 필요가 있을 것이다.

한편 위에서 살핀 새로운 국가안보평가방식이 도입된다면 기존의 BIT나 FTA와의 관계가 어떤지 검토할 필요가 있을 것이다. 제3장에서 살핀 바와 같이 우리나라가 체결한 BIT나 FTA상의 국가안보 예외나 투자보장협정상의 유보 조항은 국가마다 다르게 규정되어 있는바, 아래에서는 우선 기존의 안보예외 법리에 따라 국가별로 검토한다.

BIT·FTA 협정문에서 광의방식으로 안보예외조항이 구성되고 자기 판단 사항이라고 명시된 경우에는 외국인투자심사결과 외국인투자자가 제한되는 조치가 ‘국가안보’에 필요한 조치라는 점이 명확하면 국제협약 위반 가능성은 낮다고 평가할 수 있을 것이다. 이러한 경우의 대표적인 상대 국가는 미국이다.

그러나 안보예외조항이 협의로 구성되어 있거나 FTA 협정문상 외국인투자심사와 관련된 유보가 없는 경우에는 BIT나 FTA 협정문에서 규정하고 있는 안보예외 상황이 군수품이나 핵물질 관련조치, 또는 전시

기타 국제관계에서의 긴급상황 등으로 한정적으로 규정되어 있으므로, 외국인투자가 이 같은 상황에 해당한다고 해석하기는 어렵다고 보인다. BIT 체결국가 중에서 안보예외조항이 협의로 구성된 대표적인 국가는 일본과 중국이고, FTA 체결국가 중에서는 칠레, 싱가포르, EU, 호주, 캐나다, 뉴질랜드, 영국, 중국, 그리고 변형된 협의방식인 ASEAN이 대표적이다.

그런데 이들 국가 중에서 ASEAN, 중국, 일본, 호주, 뉴질랜드는 RCEP 회원국이다. 이들 국가는 RCEP 협정문 제10장(투자) 챕터 제10.15조(안보예외)에서 ‘자신의 필수적 안보이익 보호’라는 광의방식의 안보예외를 규정하고, 제17.11조(심사제도 및 분쟁해결)에 따라 외국인투자 심사와 관련된 결정, 조건이나 요건의 집행을 분쟁해결 규정의 적용에서 제외하였다. 또한 분쟁해결 규정 적용 제외는 협정 발효 이후 외국인투자 당국을 포함하는 권한 있는 당국을 설립하더라도 해당 조문이 적용되도록 하였다. 즉, ASEAN, 중국, 일본, 호주, 뉴질랜드와는 우선적으로 RCEP 협정문에 따라 광의의 안보예외조항에 따른 정당화가 가능하다고 평가할 수 있다. 게다가 RCEP 협정문은 제17.11조(심사제도 및 분쟁해결)에서 외국인투자심사를 분쟁해결 규정의 적용대상에서 제외하고 있는 바, RCEP 회원국에 대한 외국인투자심사 정당화는 제17.11조에 의해서도 가능하다고 해석된다.

한편 EU, 영국과의 FTA의 경우 제15장(제도·일반 및 최종규정) 제15.9조(안보예외)는 안보예외가 협의방식이나, 제7장(서비스무역 설립 및 전자상거래) 제7.50조(예외)는 “공공안보(public security) 또는 공중도덕(public morals)을 보호하거나 공공질서(public order)를 유지하기 위해 필요한 조치”를 규정하여 ‘공공안보’를 위한 조치 안에 외국인투자심사가 포섭될 수 있다고 해석된다. EU 외국인투자심사규칙이 외국인투자심사의 법적 근거를 ‘안전’(security) 또는 ‘공공질서’(public order)로 규정하고 있는 점도 이를 뒷받침한다고 할 것이다.⁶³⁴⁾

634) EU 외국인투자심사규칙 제3조(Screening mechanisms of Member States)의 규정례는 다음과 같다.

“ 1. In accordance with this Regulation, Member States may maintain,

결국 BIT·FTA상 정당화가 어려운 국가는 칠레가 대표적이라 할 것인바, 외국인투자심사 법제에 국제조약과의 관계와 관련하여 기존의 조약을 수정하거나 제한하는 것으로 해석되지 않는다는 내용을 추가하여 국제협약 위반 가능성 주장에 대비할 필요가 있을 것이다.⁶³⁵⁾

외국인투자심사에 새로운 국가안보평가방식을 채용함으로써 국제협약 위반 주장 등이 제기되고, 분쟁으로 발전할 가능성에 관해서는 예단하기 어렵다. 그러나 미국과 EU를 중심으로 외국인투자심사가 강화되고, 전 세계적으로 외국인투자심사를 하는 국가가 증가하는 현실에서 우리나라의 외국인투자심사의 국가안보평가방식은 현실적으로 작동할 수 있는 의미 있는 평가방식으로 개선될 필요가 있다. 2008년 외국인투자심사 법제화 당시 국제협약 위반 가능성 주장에만 매몰되어 외국인투자심사의 취지를 구현하지 못한바 현행 방식으로는 오늘날의 ‘국가안보’를 위협하는 외국인투자를 제대로 규율할 수 없다.

amend or adopt mechanisms to screen foreign direct investments in their territory on the grounds of security or public order.”

635) 다만, 산업통상자원부가 제공하는 외국인투자통계에 따르면 칠레로부터의 외국인투자규모는 최근 10년간 총 8건(1693천불)으로, 분기별로 발표하는 외국인직접투자 동향에 언급되지 않는 미미한 수준이다.

제7장 결론

외국인투자심사는 도입한 후 상당한 기간이 경과했음에도 불구하고 미국을 제외하면 사실상 동면 상태에 있었다. 그러나 2010년대 후반의 국가안보의 확산, 미중 분쟁과 전략적 경쟁구도의 심화, 동맹국 중심의 공급망 재편 등에 따라 전 세계적으로 외국인투자심사가 강화되고 있다.

외국인투자심사는 기본적으로 ‘국가안보’를 위협하는 ‘외국인투자’를 심사하여 국가안보위험성이 인정되면 투자철회나 취소 등의 조치를 하는 제도이다. 따라서 ‘국가안보’라는 개념은 외국인투자심사에서 핵심적인 개념 징표가 된다. 그러나 외국인투자심사에서 보호하는 ‘국가안보’의 범위가 확대되고 기존의 국방상 국가안보에 한정되지 않는다는 것과 외국인투자심사에서의 ‘국가안보평가’는 개념적으로 구별할 필요성이 있다.

그동안 국제법과 국내법은 모두 ‘국가안보’라는 용어에 집중하여 기존 국가안보 법리를 적용해왔다. 예컨대 국제법에서는 외국인투자심사는 안보예외조항이 적용되는 BIT·FTA 협정문의 예외로 검토하였고, 국내법에서는 외국인투자심사의 심사기준에 기존 군사상의 ‘국가안보’ 평가방식인 RBA를 그대로 활용했다. 게다가 2008년에 있었던 우리나라의 외국인투자심사 법제화는 ‘국가안보’를 위협하는 ‘외국인투자’를 심사한다는 점에 주목하여 외국인투자 유치 등 진흥 중심인 외국인투자촉진법령에 외국인투자심사를 그대로 편입시켰다. 그러나 이들은 작동하는 상황적인 요건에서 차이가 있는바, 전통적인 의미의 ‘국가안보’ 논의는 전쟁 등 긴급상황이 전제되는데, 외국인투자심사는 외국인의 M&A라는 일반 상거래 행위에 해당하는 일상적이고 상시적인 상황에서 적용된다. 이들은 국가 조치의 성격에서도 차이가 있는바, 전통적인 의미의 ‘국가안보’ 조치가 긴급상황에서 의무를 준수하지 않는 ‘예외’적인 조치인 데 반해, 외국인투자심사에서의 국가의 조치는 외국인투자심사를 하지 않아야 한다는 의무의 존재가 인정되기 어려우므로 의무를 위반한다는 측면의 ‘예외’적인 조치라고 볼 수 없다. 그러므로 국가안보 예외 법리는 긴급상황 등의 예외적인 상황에 적용되어야 하고, 외국인투자심사와 같이 일상적인 거

래로 볼 수 있는 경우까지 확대 적용하는 것은 ‘예외’가 가진 본질적 성격에 어긋난다는 점에서 유효하다고 할 수 없다. 기존 법리를 외국인투자심사에 그대로 적용하는 것은 국가안보의 범위가 확대되고 있는 현실을 고려할 때, 국가안보와 관련이 된다는 주장만으로 곧바로 외국인투자 제한이 정당화되어 국제법질서의 약화와 국내법에 의한 국제법의 무력화를 이어지는 결과로 이어질 가능성이 있는 것이다.

본 연구는 외국인투자심사는 기존의 ‘국가안보’ 법리가 적용되는 사안들과 본질적으로 다름에도 불구하고 국제법이나 국내법에서 관련 법리와 용어를 그대로 사용함으로써 발생하는 문제점을 분석하였다. 이는 기본적으로 국제법이나 국내법이 외국인투자심사의 독자성을 반영하지 못하는 현실에서 비롯된 것으로 볼 수 있다. 국가안보와 관련한 국가 조치가 빠르게 진화하고 있는 반면, 외국인투자심사의 기초 법체계가 아직 과거 군사상의 국가안보에 머물러 있는 데서 발생한 괴리인 것이다.

외국인투자심사의 국가안보평가는 투자 자유화에도 불구하고 외국인투자를 심사하는 이유는 무엇이고, 외국인투자에 의해 국가안보위험이 발생한다는 의미가 무엇인가라는 질문에서 출발한다. 오늘날 국가들이 외국인투자심사를 하는 이유는 외국인투자로 인한 국가안보위험을 방지하려는 것에 있고, 특히 국내기업이 보유한 군사관련 기술, 핵심자산, 핵심기술, 지식재산권 등이 해외로 유출되지 않도록 보호하려는 데 있다. 기존의 ‘국가안보’ 법리에서는 군사관련 기술의 유출이 곧바로 ‘국가안보’로 직결되므로 외국인투자심사에서 군사관련 사항만 규율하면 충분했다. 그러나 오늘날의 ‘국가안보’는 군사관련 기술뿐만 아니라, 국가의 존립과 흥망성쇠에 영향을 미치는 핵심기술 등을 포함하는 광범위한 개념으로 발전하고 있다. 그렇다면 외국인투자심사는 이와 같은 광의의 ‘국가안보’와 관련한 국내기업에 외국인투자자가 영향력을 행사할 수 있는 경우를 심사대상으로 포섭한 다음 국가안보평가를 해야 할 필요성이 있다.

본 연구에서는 외국인투자자가 국내기업에 영향력을 행사할 수 있는 경우를 ‘지배 가능성’ 측면에서 고찰하였다. 외국인투자심사는 사실상의 지배관계까지 포괄하는 ‘외국인투자심사대상’에 대해 군사상의 위험평가

와 구분되는 ‘국가안보평가’를 하는 절차로서 이루어져야 하는바, ‘외국인 투자심사대상’과 ‘국가안보평가’를 새롭게 정의할 필요가 있는 것이다.

외국인투자심사는 경제안보와 국가안보가 교차되고, 보호주의적 요소가 유행하는 현실에서 한층 더 중요성이 커질 전망이다. 외국인투자심사를 도입했을 때 단순히 ‘국가안보’라는 용어를 사용한다는 이유로 국가안보 관련 법리를 그대로 활용하고, 국내법적으로도 ‘국가안보’, ‘외국인투자’ 등의 용어와 법리를 그대로 활용함으로써 발생하는 문제는 기존의 ‘국가안보’ 법리의 적용을 단절시키는 것으로 해결할 수 있을 것이다. 외국인투자심사는 더 이상 기존의 ‘국가안보’ 법리가 적용되는 것으로 취급하면 안 되고, 외국인투자심사제도에 부합하는 법리와 용어를 새롭게 정의하고 사용함으로써 독자적인 제도로써 운영할 필요가 있다.

참 고 문 헌

I. 국내문헌

1. 단행본

김대순, 국제법론(제21판) (삼영사, 2022)

김승호, ICSID 중재판정례 해설 (법무부, 2018)

박덕영 외 13인, 국제투자법 (박영사, 2012)

법무부, 한국의 투자 협정 해설서 - BIT와 최근 FTA를 중심으로(개정판) (2018)

윤상직, 외국인투자법제 해설(개정판) (세경사, 2009)

일본국제경제법학회 편(박덕영 · 오미영 · 이경화 · 김경우 번역), 국제경제법의 쟁점-통상·투자·경쟁 (박영사, 2014)

신희택 · 김세진, 국제투자중재와 공공정책 (서울대학교출판부, 2014)

신희택 · 정교화 · 임아영, 국제투자중재와 공공정책 2 (서울대학교출판문화원, 2019)

정인섭, 신국제법 강의(제10판) (박영사, 2020)

_____, 조약법 강의 (박영사, 2016)

한국국제경제법학회, 신국제경제법(전면개정판) (박영사, 2018)

2. 논문

강준하, “CETA 투자자-국가간 분쟁해결제도에 대한 법적 고찰: 한국-캐나다 FTA와의 비교를 중심으로”, 홍익법학 제20권 제1호, 홍익대학교 법학연구소 (2019)

- 강철하**, “메타버스 환경에서 국가보안시설 공간정보 보호를 위한 입법개선 연구”, 입법학연구 제19집 제2호, 한국입법학회 (2022)
- 강현호**, “신고의 본질에 대한 법적 고찰”, 행정관례연구 제24권 제2호, 한국행정관례연구회 (2019)
- 강호**, “미국 수출통제법의 역외적용에 관한 고찰”, 경희법학, 제53권 제2호, 경희대학교 법학연구원 (2018)
- 김관호**, “미국의 2007년 외국인투자과 국가안전에 관한 법의 고찰”, 통상법률 제80호, 법무부 국제법무과 (2008)
- _____, “중국의 투자협정 정책의 변화와 한중투자협정의 고찰”, 동북아경제연구 제20권 제1호, 한국동북아경제학회 (2008)
- _____, “국가안보 차원의 외국인직접투자규제 - 한국과 미국의 관련 규제의 비교 고찰”, 규제연구 제18권 제1호, 한국경제연구원 (2009)
- _____, “역내포괄적경제동반자협정(RCEP)의 투자분야 협정의 의의와 전망”, 국제지역연구 제18권 제2호, 국제지역학회 (2014)
- _____, “TPP 투자협정의 의의”, 사회과학연구 제23권 제1호, 동국대학교 사회과학연구원 (2016)
- _____, “투자협정 정책의 딜레마: 최근 인도사례의 고찰”, 국제지역연구 제25권 제3호, 서울대학교 국제학연구소 (2016)
- _____, “중국 투자협정 정책 전개의 신국면과 전망”, 사회과학연구 제25권 제3호, 동국대학교 사회과학연구원 (2018)
- _____, “외국인투자정책 패러다임의 변화와 한국의 규제방향의 고찰”, 사회과학연구 제27권 제3호, 동국대학교 사회과학연구원 (2020)
- 김대순**, “조약상의 자기판단조항의 사법심사 가능성에 관한 연구”, 국제법학회논총 제54권 제3호, 대한국제법학회 (2009)
- 김민배**, “미국의 외국인투자 규제 대상과 특징: 미국의 외국투자위험심사현대화법(FIRRMA)을 중심으로”, 법제 제590권, 법제처 (2020)

- _____, “미국의 외국인투자규제대상과 특징”, 법제논단 9월호, 법제처 (2020)
- _____, “미국의 첨단기술 보호정책과 국가안보의 판단기준”, 법제논단 12월호, 법제처 (2020)
- _____, “미국의 부동산에 대한 외국인의 투자규제와 국가안보 - 31CFR Part 802가 한국에 주는 시사점을 중심으로”, 법제논단 3월호, 법제처 (2022)
- _____, “주요국의 첨단기술 보호정책과 투자규제의 대상”, 법학연구 제 25권 제4호, 인하대학교 법학연구소 (2022)
- 김보연**, “국제투자협정의 예외조항 연구: 규제 권한과의 균형을 위한 예외조항 모색”, 박사학위 논문, 서울대학교 (2018)
- _____, “국가안보 예외조항의 ‘자기판단’ 범위 - 국제법상 의미와 WTO 협정에의 적용”, 국제경제법연구 제17권 제2호, 한국국제경제법학회 (2019)
- 김여선**, “국제투자 규범에서 국가안보에 대한 규제”, 서울법학 제26권 제2호, 서울시립대학교 법학연구소 (2018)
- 김종호**, “미국의 외국투자자에 대한 대내 직접투자 규제와 국가안전보장의 심사”, 법학연구 제26권 제2호, 충남대학교 법학연구소 (2015)
- 김재형**, “미국의 외국인투자규제법의 동향과 시사점”, 기업법연구 제22권 제3호, 한국기업법학회 (2008)
- 김호정**, “국가기밀과 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」상의 정보공개”, 외법논집 제40권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소 (2016)
- 나종갑**, “국제 M&A와 첨단기술유출방지에 관한 법제도 연구 - 사례연구를 중심으로”, 지식재산연구 제6권 제1호, 한국지식재산학회 (2011)
- 도시환**, “국제자본이동의 법적 문제점과 규제방안”, 국제법학회논총 제48권 제1호, 대한국제법학회 (2003)
- 류병운**, “국제 무역과 국가안보: WTO의 안보예외 남용 방지를 중심으로”, 홍익법학 제22권 제1호, 홍익대학교 법학연구소 (2021)

박경명, “OECD 가입시 자본이동화 규약에 대한 우리의 대응책”, 경영논총 제16호, 동아대학교 경영문제연구소 (1995)

박균성 · 윤기중, “수리를 요하는 신고의 구별기준에 관한 연구”, 경희법학 제48권 제4호, 경희대학교 법학연구소 (2013)

_____, “행정규제완화수단으로서의 신고에 관한 연구”, 경희법학 제49권 제1호, 경희대학교 법학연구소 (2014)

박덕영, “EU 공동통상정책과 한-EU FTA에 관한 고찰”, 법학연구 제22권 제2호, 연세대학교 법학연구원 (2012)

_____, “한 · 미 FTA 투자챕터(Chapter)와 환경문제”, 중재연구 제24권 제1호, 한국중재학회 (2014)

박덕영 · 이서연, “NAFTA 투자중재사건에서의 국제환경협정의 고려-SD Myers과 Chemtura 사건을 중심으로”, 서울국제법연구 제20권 제1호, 서울국제법연구원 (2013)

_____, “NAFTA 환경관련 투자중재사건 분석과 한미 FTA에 의 시사점”, 중재연구 제22권 제2호, 한국중재학회 (2012)

박언경, “국가안보를 위한 통상규제에서의 1994년 GATT 제21조의 적용성”, 박사학위논문, 경희대학교 (2009)

_____, “국제통상분쟁에서 안보예외조항의 법적 쟁점과 과제-러시아-통과운송 사건을 중심으로”, EU연구 제58호, 한국외국어대학교 EU연구소 (2021)

박영도, “입법평가제도에 관한 연구”, 입법학연구 제2집, 한국입법학회 (2002)

배영자, “외국인 직접투자 규제와 국가안보: 미국 사례를 중심으로”, 국제지역연구 제24권 제2호, 한국외국어대학교 국제지역연구센터 (2020)

서철원, “투자보장협정상 투자자보호와 경제위기에 대응하는 조치와의 관계에 관한 연구-아르헨티나의 가스산업 사건들을 중심으로”, 서울국제법연구 제18권 제1호, 서울국제법연구원 (2011)

- 석광현**, “국제적 기업인수계약의 준거법을 다룬 하급심 판결에 대한 평석”, 경희법학 제53권 제2호, 경희대학교 법학연구소 (2018)
- 성희활**, “미국의 기간산업보호와 엑스-플로리오법”, 법학연구, 제48권 제1호, 부산대학교 법학연구소 (2007)
- 소병천**, “국내법의 역외적용에 관한 미국의 관행”, 국제법학회논총, 제49권 제3호, 대한국제법학회 (2004)
- 손한별 · 최원석**, “포괄적 위협평가의 시론적 검토: 미국 전략문서에 나타난 위협평가를 중심으로”, 신아세아 제29권 제1호, 신아시아연구소 (2022)
- 송동수**, “행정법상 신고의 유형과 법적 효과”, 토지공법연구 제60집, 한국토지공법학회 (2013)
- 송동수 · 허정현**, “산업기술보호법상 국가핵심기술의 수출 및 해외인수 · 합병 제한에 관한 행정법적 고찰”, 법조 제70권 제4호, 법조협회 (2021)
- 송인옥**, “국가안보를 위한 국가핵심기술 관리의 실효성 확보 방안”, 고려법학 제104호, 고려대학교 법학연구원 (2022)
- _____, “국가안보 차원에서의 외국인투자 규제에 관한 연구 - 독일과의 비교를 중심으로”, 법학연구 제33권 제1호, 충남대학교 법학연구소 (2022)
- 신상우**, “독일의 외국인투자심사제도 및 시사점”, 법학연구 제31권 제2호, 충북대학교 법과대학 법학연구소 (2020)
- 신옥주**, “국가정보원 관계 법령의 위헌성 문제와 개선방안 연구”, 헌법학연구 제25권 제4호, 한국헌법학회 (2019)
- 신혁 · 이환수**, “외국인투자 규제 국가안보심사 개선 방향 및 시사점 - 미국 「FIRMA」 및 「산업기술보호법」을 기반으로”, 과학기술정책 제4권 제2호, 과학기술정책연구원 (2021)
- 신희택**, “우루과이 라운드에서의 서비스 교역분야 일반협정에 있어서의 국제간 직접투자에 관한 검토”, 국제거래법연구 제4권 제1호, 국제거래법학회 (1995)

_____, “국제분쟁해결의 맥락에서 본 국제투자중재 - ICSID 협약에 의한 투자협정중재를 중심으로”, 서울대학교 법학 제55권 제2호, 서울대학교 법학연구소 (2014)

_____, “국제투자협정상 투자자의 정의와 정책적 고려사항”, 통상법률 제133호, 법무부 국제법무과 (2017)

안용운, “국가중요시설의 대(對) 드론 방호시스템 구축 방안”, 한국군사학논총 제11집 제2권, 미래군사학회 (2022)

양정윤, “미국 대통령의 행정명령에 대한 소고”, 고려법학 제84호, 고려대학교 법학연구원 (2017)

왕윤중, “OECD 투자규범에 관한 일고찰 - 자본이동자유화규약과 내국민대우 규정을 중심으로”, 통상법률 제6호, 법무부 국제법무과 (1995)

_____, “미중 경제전쟁의 전개와 전망”, 미래성장연구 제5권 제2호, 고려대학교 미래성장연구원 (2019)

오현석 · 김성룡, “론스타의 투자조약중재 제기 쟁점과 한국 정부의 전략적 대응방안”, 중재연구 제27권 제4호, 한국중재학회 (2017)

유지영, “대북 제재조치와 WTO/FTA 안보예외조항의 합치성에 관한 연구”, 국제지역연구 제25권 제2호, 서울대학교 국제학연구소 (2016)

이계정, “입법자의 의사와 법률해석의 문제”, 서울대학교 법학 제63권 제4호, 서울대학교 법학연구소 (2022)

이민자, “중국제조 2025와 미중 기술패권 경쟁”, 현대중국연구 제20권 제4호, 현대중국학회 (2019)

이상호, “해외자본에 의한 산업기술유출대응에 대한 비교법적 검토-쌍용자동차 사례를 중심으로”, 한국산업보안연구 제5권 제1호, 한국산업보안연구학회 (2015)

이상훈, “정부합동청사의 국가보안시설 지정 필요성 검토”, 한국민간경비학회보 제19권 제5호, 한국민간경비학회 (2020)

이재민, “국가안보와 외국인투자규제: 외국인투자 촉진법 시행령 제5조를 중심으로”, 고려법학 제57권, 고려대학교 법학연구원 (2010)

_____, “최근 WTO 분쟁해결절차에서 확인된 국제법 기본원칙 및 법리”, 국제법학회논총 제55권 제4호, 대한국제법학회 (2010)

_____, “국제분쟁해결절차의 비교법적 고찰, 국제통상·투자·상사 분쟁해결절차의 공통점 및 상이점과 그 제도적 함의”, 서울대학교 법학 제55권 제2호, 서울대학교 법학연구소 (2014)

_____, “TPP 투자챕터의 특징 및 법적 쟁점 - 한미 FTA 투자챕터와의 비교를 중심으로”, 국제거래법연구 제24권 제1호, 국제거래법학회 (2015)

_____, “국가안보 예외의 사각지대- ‘정보제공 거부’ 조항의 의미와 문제점”, 국제법학회논총 제65권 제1호, 대한국제법학회 (2020)

_____, “미국 부패방지법(FCPA)의 외국기업에의 적용- ‘이중적’ 역외적용과 국제법적 함의”, 서울대학교 법학 제61권 제1호, 서울대학교 법학연구소 (2020)

임지봉, “법률유보원칙과 위임입법의 헌법적 한계-헌재 2017.6.29. 2015헌마654 결정”, 법학논총 제42집, 숭실대학교 법학연구소 (2018)

장성길, “국가안보 측면에서의 투자분쟁 검토 및 대응 방안 모색”, 통상법률 제152호, 법무부 국제법무과 (2021)

장승화, “국제투자분쟁의 해결”, 서울대학교 법학 제42권 제3호, 서울대학교 법학연구소 (2001)

_____, “한미 FTA 투자 관련 협상에서 나타난 몇가지 쟁점에 관한 연구”, 국제거래법연구 제15권 제2호, 국제거래법학회 (2006)

_____, “국제분쟁해결의 맥락에서 본 국제통상 분쟁해결절차: WTO 분쟁해결을 중심으로”, 서울대학교 법학 제55권 제2호, 서울대학교 법학연구소 (2014)

장승화 · Araki Ichro, “한일 자유무역협정에서의 분쟁해결절차”, 국제거래법연구 제14권 제1호, 국제거래법학회 (2005)

- 전종원**, “외국인직접투자의 진입 및 설립에 대한 규율에 관한 연구 : 외국인투자촉진법과 한국이 체결한 투자협정에 대한 분석을 중심으로”, 석사학위 논문, 서울대학교 (2012)
- 정병일**, “국가핵심기술의 해외유출 시점에 관한 법적 연구 - 산업기술 유출방지 및 보호에 관한 법률을 중심으로”, 법학연구 제10집 제2호, 인하대학교 법학연구소 (2007)
- 정인섭**, “조약의 국내법적 효력에 관한 한국 판례와 학설의 검토”, 서울국제법연구 제22권 제1호, 서울국제법연구원 (2015)
- 정중섭**, “국가안전에 관한 법(National Security Law) 체계의 정립”, 국가정보연구 제1권 제1호, 한국국가정보학회 (2008)
- 정준호**, “국가안보개념의 변천에 관한 연구”, 국방연구 제35권 제2호, 국방대학교 안보문제연구소 (1992)
- 정준혁**, “국제 M&A 거래의 준거법에 관한 시론”, 국제사법연구 제27권 제1호, 한국국제사법학회 (2021)
- 정찬모**, “TPP투자챕터의 실체규정 - 한중 FTA와의 비교를 중심으로”, 동북아법 연구 제10권 제1호, 전북대학교 동북아법연구소 (2016)
- _____, “TPP의 투자자-국가 분쟁해결 절차 - 한미 FTA와의 비교를 중심으로”, 법학논총 제29권 제1호, 국민대학교 법학연구소 (2016)
- _____, “WTO 안보예외- 「러시아-통과운송 제한」 사건 패널 결정의 법리와 한국에의 함의”, 국제법평론 제54호, 국제법평론회 (2019)
- _____, “가상자산 투자에의 국제투자보호협정 적용상 쟁점”, 법학연구 제26권 제1호, 인하대학교 법학연구원 (2023)
- 조계권**, “외국인에 의한 M&A에 관한 연구 - 법적 규제와 활성화를 중심으로”, 석사학위 논문, 서울대학교 (2008)
- 천경훈**, “기업인수에 관한 법리와 실무”, BFL 제100호, 서울대학교 금융법센터 (2020.3)

최승재, “한국판 ‘엑슨-플로리오법’ 제정에 대한 연구 - 입법론을 중심으로”, 증권법연구 제7권 제2호, 한국증권법학회 (2006)

_____, “미탈과 아르셀로의 기업결합 사건과 협조효과”, 경쟁저널 제159호, 한국공정경쟁연합회 (2011)

최승환, “전략물자 수출통제와 남북경협”, 통상법률 제61호, 법무부 국제법무과 (2005)

_____, “국제경제법 발전에 있어 국가안보의 역할과 과제”, 국제법학회 논총 제51권 제3호, 대한국제법학회 (2006)

최대권, “입법의 원칙”, 서울대학교 법학 제25권 제4호, 서울대학교 법학연구소 (1984)

최대관, “FTA 투자협정과 분쟁해결제도에 관한 연구”, 중재연구 제17권 제2호, 한국중재학회 (2007)

최한수, “한국판 엑슨 플로리오 규정, 보약? 아니 독약!”, 경제개혁연구소 (2006)

최창수, “외국인투자 규제에 대한 비교법적 연구 - 핵심기술, 주요기반시설, 데이터 및 의료분야 보호를 위한 법령 개정을 중심으로”, 경제규제와 법 제14권 제1호, 서울대학교 공익산업법센터 (2021)

표인수, “미국의 국가안보를 이유로 한 외국인투자제한의 법률적 검토 - Ralls Case를 중심으로”, 통상법률 제141호, 법무부 국제법무과 (2018)

홍강훈, “소위 자체완성적 신고와 수리를 요하는 신고의 구분가능성 및 신고제의 행정법 Dogmatik을 통한 해결론”, 공법연구 제45집 제4호, 한국공법학회 (2017)

홍완식, “입법의 원칙에 관한 연구”, 법제논단, 법제처 (2006.2.)

홍정선, “주민등록법상 주민등록신고 등 각종 신고의 성질-수리를 요하지 않는 신고의 다양한 형태를 파악하기 위한 소고”, 지방자치법연구 제10권 제4호, 한국지방자치법학회 (2010)

황선영, “EU의 외국인직접투자(FDI)에 대한 심사체계에 대하여 -Regulation EU 2019/452를 중심으로”, 국제경제법연구 제19권 제1호 (2021)

황지현 · 박은옥, “국제투자분쟁에서 중재판정시 투자조약의 해석과 적용에 관한 연구”, 무역상사연구 제59권, 한국무역상무학회 (2013)

현대호, “산업기술의 보호에 관한 법제 연구”, 법제연구 제36호, 한국법제연구원 (2009)

Esplugues, Carlos, “Towards a common screening system of foreign direct investment on national interest grounds in the european union”, 문화 · 미디어 · 엔터테인먼트법 제12권 제1호, 중앙대학교 법학연구원 문화 · 미디어 · 엔터테인먼트법연구소 (2018)

II. 국외문헌

1. 단행본

고무로 노리오, 국제경제법 (일조각, 2010)

Bhala, Raj, *International Trade Law: An Interdisciplinary, Non-Western Textbook* (LexisNexis, 2015)

Blanco, Sebastian Mantilla and Pehl, Alexander, *National Security Exceptions in International Trade and Investment Agreements: Justiciability and Standards of Review* (Springer, 2020)

Crawford, James, *State Responsibility, The General Part* (Cambridge University Press, 2013)

Dolzer, Rudolf · Kriebaum, Ursula and Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law* (Oxford University Press, 2022)

Evans, Malcom D., *International Law* (Oxford University Press, 2018)

Freier, Nathan P. · Bado, Christopher M. · Bolan, Christopher J. · Hume, Robert S., *At Our Own Peril: DoD Risk Assessment in a Post-Primacy World* (US Army War College, 2017)

- Graham, Edward and Marchick, David**, *US National Security and Foreign Direct Investment* (Peterson Institute for International Economics, 2006)
- Gruszczynski, Lukasz and Werner, Wouter**, *Deference in International Courts and Tribunals* (Oxford University Press, 2014)
- Herzog, Don**, *Sovereignty RIP* (Yale University Press, 2020)
- Hufbauer, Gary Clyde · Wong, Yee and Sheth, Ketki**, *US-China Trade Disputes: Rising Tide, Rising Stakes* (Institute for International Economics, 2006)
- Kolb, Robert**, *The International Court of Justice* (Hart Publishing, 2013)
- Kulesza, Joanna**, *Due Diligence in International Law* (Brill Nijhoff, 2016)
- Macrory, Patrick, Appleton, Arthur and Plummer, Michael**, *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis* (Springer, 2005)
- Mavroidis, Petros**, *The Regulation of International Trade: GATT* (The MIT Press, 2016)
- _____, *The Regulation of International Trade, The WTO Agreements on Trade in Goods* (The MIT Press, 2016)
- Nasu, Hitoshi**, *The Concept of Security in International Law* (West Point Press, 2022)
- Orakhelashvili, Alexander**, *Akehurt's Modern Introduction to International Law* (Routledge, 2019)
- Roberts, Anthea and Lamp, Nicolas**, *Six Faces of Globalization - Who wins, Who Loses, and Why it matters* (Harvard University Press, 2021)
- Rosenne, Shabtai**, *Essays on International Law and Practice* (Martinus Nijhoff, 2007)
- Ryngaert, Cedric**, *Jurisdiction in International Law* (Oxford University Press, 2015)

Sauvant, Karl P. and Alvarez, Jose E., *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options* (Oxford University Press, 2011)

Shaw, Malcom N., *Rosenne's Law and Practice of the International Court: 1920-2015* (Brill Nijhoff, 2016)

_____, *International Law* (Cambridge University Press, 2017)

Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge University Press, 2021)

Thirlway, Hugh, *The Law and Procedure of the International Court of Justice, Fifty Years of Jurisprudence* (Oxford University Press, 2013)

Vattel, Emer, *The Law of Nations* (LF ed.) (Liberty Fund, 1797)

Wilkins, Mira, *The History of Foreign Investment in the United States 1914-1945* (Harvard University Press, 2004)

2. 논문

Agliandolo, Matthew, “Defend and Protect: National Security Restrictions on Foreign Investment in the United States”, *University of Cincinnati Law Review*, Vol.83, No.4 (2015)

Akande, Dapo and Williams, Sope, “International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO?”, *Virginia Journal of International Law*, Vol.43, No.2 (2003)

Alvarez, Jose E., “Political Protectionism and United States International Investment Obligations in Conflict: The Hazards of Exon - Florio”, *The Virginia Journal of International Law*, Vol.30, No.1 (1989)

_____, “A BIT on Custom”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol.42, No.1 (2009)

_____, “Are Corporations “Subjects” of International Law?“, *Santa Clara Journal of International Law*, Vol.9, No.1 (2011)

_____, “The Return of the State”, *Minnesota Journal of International Law*, Vol.20, No.2 (2011)

Asante, Samuel K.B., “International Law and Foreign Investment: A Reappraisal”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.37, No.3 (1988)

Bacchus, James, “The Black Hole of National Security: Striking the Right Balance for the National Security Exception in International Trade”, *Cato Policy Analysis*, No.936 (2022)

Bailey, David, “US Policy towards Inward FDI - CFIUS and Extension of the Concept of National Security”, *The Journal of World Investment*, Vol.4, No.5 (2003)

Baldwin, David A., “Thinking about Threats”, *The Journal of Conflict Resolution*, Vol.15, No.1 (1971)

Berg, E. Maddy, “A Tale of Two Statues: Using IEEPA’s Accountability Safeguards to inspire CFIUS Reform”, *Columbia Law Review*, Vol.118, No.6 (2018)

Bhala, Raj, “National Security and International Trade Law: What the GATT says, and what the United States does”, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Vol.19, No.2 (1998)

Blakey, J. Russell, “The Foreign Investment Risk Review Modernization Act: The Double-Edged Sword of US Foreign Investment Regulations”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol.53, No.4 (2020)

Boklan, Daria and Bahri, Amrita, “The First WTO’s Ruling on National Security Exception: Balancing Interests or Opening Pandora’s Box?”, *World Trade Review*, Vol.19, No.1 (2020)

Bonney, William H., “Foreign Investment Review Act”, *Alberta Law Review*, Vol.13, No.1 (1975)

Borgers, Oliver and Rix, Emily, “Foreign Investment Screening under Canada’s Investment Canada Act”, *Canadian Competition Law Review*, Vol.25, No.2 (2012)

Burke-White, William and von Staden, Andreas, “Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties”, *Virginia Journal of International Law*, Vol.48, No.2 (2008)

_____, “Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations”, *Yale Journal of International Law*, Vol.35, No.2 (2010)

Byrne, Matthew R., “Protecting National Security and Promoting Foreign Investment: Maintaining the Exon-Florio Balance”, *Ohio State Law Journal*, Vol.67, No.4 (2006)

Carasco, Emily F., “The Foreign Investment Review Agency(FIRA) and the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT): Incompatible?”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol.13, No.2 (1983)

Carmody, Chios, “Obligations Versus Rights: Substantive Difference Between WTO and International Investment Law”, *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, Vol.21, No.1 (2017)

Carroll, James F. F., “Back to the Future: Redefining in the Foreign Investment and National Security Act’s Conception of National Security”, *Emory International Law Review*, Vol.23, No.1 (2009)

Casselman, Joshua W., “China’s Latest Threat to the United States: The Failed CNOOC-UNOCAL Merger and its Implications for Exon-Florio and CFIUS”, *Indiana International Law and Comparative Law Review*, Vol.17, No.1 (2007)

- Cho, Sungjoon and Kurtz, Jurgen**, “Convergence and Divergence in International Economic Law and Politics”, *European Journal of International Law*, Vol.29, No.1 (2018)
- Claussen, Kathleen**, “Old Wine in New Bottles? The Trade Rule of Law”, *The Yale Journal of International Law*, Vol.44, No.1 (2019)
- Colangelo, Anthony J.**, “What is Extraterritorial Jurisdiction?”, *Cornell Law Review*, Vol.99, No.6 (2014)
- Cottier, Thomas**, “International Economic Law in Transition from Trade Liberalization to Trade Regulation”, *Journal of International Economic Law*, Vol.17, No.3 (2014)
- Deeley, Hunter**, “The Expanding Reach of the Executive in Foreign Direct Investment: How Ralls v. CFIUS will alter the FDI landscape in the United States”, *American University Business Law Review*, Vol.4, No.1 (2014)
- Donohue, Laura K.**, “The Limits of National Security”, *American Criminal Law Review*, Vol.48, No.4 (2011)
- Du, Ming**, “Huawei Strikes Back: Challenging National Security Decisions before Investment Arbitral Tribunals”, *Emory International Law Review*, Vol.37, No.1 (2022)
- Eichensehr, Kristen E.**, “CFIUS Preemption”, *Harvard National Security Journal*, Vol.13, No.1 (2022)
- Eichensehr, Kristen E. and Hwang, Cathy**, “National Security Creep in Corporate Transactions”, *Columbia Law Review*, Vol.123, No.2 (2023)
- Fitzpatrick, Christopher M.**, “Where Ralls Went Wrong: CFIUS, the Courts, and the Balance of Liberty and Security”, *Cornell Law Review*, Vol.101, No.4 (2016)

Fjäder, Christian, “The nation–state, national security and resilience in the age of globalisation”, *Resilience: International Policies, Practices and Discourses*, Vol.2, No.2 (2014)

Gent, Will, “Tilting at Windmills: National Security, Foreign Investment, and Executive Authority in Light of Ralls Corp. v. CFIUS”, *Oregon Law Review*, Vol. 94, No.2. (2016)

Gerver, Keith M., “New Executive Order Directs CFIUS on Review of Covered Transactions”, *National Law Review*, Vol.12, No.273 (2022.9.30.)

Goodman, Ryan, “Norms and National Security: The WTO as a Catalyst for Inquiry”, *Chicago Journal of International Law*, Vol.2, No.1 (2001)

Guntrip, Edward, “Self–Determination and Foreign Direct Investment: Reimagining Sovereignty in International Investment Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.65, No.4 (2016)

Hagemeyer, Teoman M. and Pohl, Jens Hillebrand, “Managing the Risk of Self–Judging Security Exceptions Through Insurance: How Recent Mergers and Acquisitions Practice Copes with Investment Screening”, *The Journal of World Investment and Trade*, Vol.22, No.4 (2021)

Heath, J. Benton, “The New National Security Challenge to the Economic Order”, *The Yale Law Journal*, Vol.129, No.4 (2020)

_____, “Trade and Security among the Ruins”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol.30, No.2 (2020)

_____, “Making Sense of Security”, *The American Journal of International Law*, Vol.116, No.2 (2022)

Hochen, Ru, “When your Apps threatens National Security–A Review of the TikTok and Wechat Bans and Government Actions under IEEPA and FIRRMA”, *Brooklyn Journal of Corporate, Financial and Commercial Law*, Vol.16, No.1 (2021)

- Horowitz, Bernard and Check, Terence**, “TikTok v. Trump and the Uncertain Future of National Security-Based Restrictions on Data Trade”, *Journal of National Security Law and Policy*, Vol.13, No.1 (2022)
- Jacobs, Jason**, “Tiptoeing the Line Between National Security and Protectionism: A Comparative Approach to Foreign Direct Investment Screening in the United States and European Union”, *International Journal of Legal Information*, Vol.47, No.2 (2019)
- Knox, John H.**, “A Presumption against Extrajurisdictionality”, *The American Journal of International Law*, Vol.104, No.3 (2010)
- Kurtz, Jurgen**, “Adjudging the Exceptional at International Investment Law: Security, Public Order and Financial Crisis”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.59, No.2 (2010)
- Law, Austin**, “The “Legal Black Hole”: CFIUS and the Implications of Trump’s Executive Order against TikTok”, *Cornell Journal of Law and Public Policy*, Vol.31, No.1 (2021)
- Lee, Jaemin**, “Commercializing National Security? National Security Exceptions’ Outer Parameter under GATT Article XXI”, *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, Vol.13, No. 2 (2018)
- Lester, Simon and Manak, Inu**, “A Proposal for a Committee on National Security at the WTO”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol.30, No.2 (2020)
- Li, Xingxing**, “National Security Review in Foreign Investments: A Comparative and Critical Assessment on China and US Laws and Practices”, *Berkeley Business Law Journal*, Vol.13, No.1 (2016)
- Lin, Joe Muqiao**, “China Further Strengthens National Security Review of Foreign Investment”, *National Law Review*, Vol.10, No.366 (2020.12.31.)

Lindsay, Peter, “The Ambiguity of GATT Article 21: Subtle Success or Rampant Failure?”, *Duke Law Journal*, Vol.52, No.6 (2003)

List, Samuel, “Is National Security a threat to TikTok? How the Foreign Investment Risk Review Modernization Act threatens tech companies”, *Seton Hall Legislative Journal*, Vol.46, No.1 (2022)

Ma, Ji, “International Investment and National Security Review”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.52, No.4 (2019)

Mazarr, Michael J. · Blake, Jonathan S. · Casey, Abigail · McDonald, Tim · Pezard, Stephanie and Spirtas, Michael, “Understanding the Emerging Era of International Competition: Theoretical and Historical Perspectives”, *RAND Corporation Research Reports RR-2726-AF* (2018)

Meltzer, Joshua, “State Sovereignty and the Legitimacy of the WTO”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol.26, No.4 (2005)

Michaels, Jon D., “The (Willingly) Fettered Executive: Presidential Spinoffs in National Security Domains and Beyond”, *Virginia Law Review*, Vol.97, No.4 (2013)

Milanov, Momchil, “A Lauterpachtian Affair: Security Exceptions as ‘Self-Judging Obligations’ in the Case Law of the International Court of Justice and Beyond”, *The Journal of World Investment and Trade*, Vol.22, No.4 (2021)

Moreland, Will, “FDI like You’re FDR: CFIUS Review under the Biden Administration’s Rooseveltian Conception of National Security”, *Journal of National Security Law and Policy*, Vol.12, No.3 (2022)

Mostaghel, Deborah M., “Dubai Ports World Under Exon-Florio: A Threat to National Security or a Tempest in a Seaport”, *Albany Law Review*, Vol.70, No.2 (2007)

- O' Laughlin, Kathleen M.**, "Extraterritorial Application of Canadian Foreign Investment Review", *Northwestern Journal of International Law and Business*, Vol.8, No.2 (1987)
- Paterson, Robert K.**, "The GATT and Restrictions on Foreign Investment: The United States Challenge to Canada's Foreign Investment Law", *UCLA Pacific Basin Law Journal*, Vol.1, No.2 (1982)
- Palmeter, David and Mavroidis, Petros**, "The WTO Legal System: Sources of Law", *The American Journal of International Law*, Vol.92, No.3 (1998)
- Pinchis-Paulsen, Mona**, "Trade Multilateralism and US National Security: The Making of the GATT Security Exceptions", *Michigan Journal of International Law*, Vol.41, No.1 (2020)
- _____, "Lets' Agree to Disagree: A Strategy for Trade-Security", *Journal of International Economic Law*, Vol.25, No.4 (2022)
- Reuveni, Erez**, "Extraterritoriality as Standing: A Standing Theory of the Extraterritorial Application of the Securities Law", *UC Davis Law Review*, Vol.43, No.4 (2010)
- Schloemann, Hannes and Ohlhoff, Stefan**, "Constitutionalization and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence", *The American Journal of International Law*, Vol.93, No.2 (1999)
- Seiler, Jake T.**, "TikTok, CFIUS and the Splinternet", *University of Miami International and Comparative Law Review*, Vol.29, No.2 (2022)
- Shah, Sonija**, "The Problem with Foreign Investment: Using CFIUS & FIRRMA to Prevent Unauthorized Foreign Access to Intellectual Property", *Administrative Law Review Accord*, Vol.6, No.1 (2020)
- Sitaraman, Ganesh**, "The Regulation of Foreign Platforms", *Stanford Law Review*, Vol.74, No.5 (2022)

- Stanley, Mary Ellen**, “From China with Love: Espionage in the Age of Foreign Investment”, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol.40, No.3 (2015)
- Tipler, Christopher M.**, “Defining ‘National Security’: Resolving Ambiguity in the CFIUS Regulations”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol.35, No.4 (2014)
- Townley, Stephen**, “The Rise of Risk in International Law”, *Chicago Journal of International Law*, Vol.18, No.2 (2018)
- Tuomi, A. Keith**, “The Canada–US Free Trade Agreement: Implications for the Bilateral Trade Balance”, *Maryland Journal of International Law*, Vol.13, No.1 (1988)
- Vandavelde, Kenneth J.**, “Of Politics and Markets: The Shifting Ideology of the BITs”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol.11, No.2 (1993)
- _____, “US Bilateral Investment Treaties: The Second Wave”, *Michigan Journal of International Law*, Vol.14, No.4 (1993)
- Verstein, Andrew**, “The Corporate Governance of National Security”, *Washington University Law Review*, Vol.95, No.4 (2018)
- Voon, Tania and Knight, Lizzie**, “The Evolution of National Security at the Interface Between Domestic and International Investment Law and Policy: The Role of China”, *The Journal of World Investment and Trade*, Vol.21, No.1 (2020)
- Voon, Tania and Merriman, Dean**, “Is Australia’s Foreign Investment Screening Policy consistent with International Investment Law?”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol.23, No.1 (2022)
- Wakely, Jonathan and Windsor, Lindway**, “Ralls on Remand: US Investment Policy and the Scope of CFIUS’s Authority”, *The International Lawyer*, Vol.48, No.2 (2014)

Wakely, Jonathan and Indorf, Andrew, “Managing National Security Risk in an Open Economy: Reforming the Committee on Foreign Investment in the United States”, *Harvard National Security Journal*, Vol.9, No.1 (2018)

Wang, Vania, “A New CFIUS: Refining the Committee’s Multimember Structure with For-Cause Protection”, *George Washington Law Review*, Vol.90, No.5 (2022)

Webster, Timothy, “Why does the United States Oppose Asian Investment?”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, Vol.37, No.2 (2017)

Will, Gent, “Tilting at Windmills: National Security, Foreign Investment, and Executive Authority in Light of Ralls Corp. v. CFIUS,” *Oregon Law Review*, Vol. 94, No.2. (2016)

Williamson, John, “A Short History of the Washington Consensus”, *Law and Business Review of the Americas*, Vol.15, No.1 (2009)

Yoo, Ji Yeong and Ahn, Dukgeun, “Security Exceptions in the WTO System: Bridge or Bottle-Neck for Trade and Security?”, *Journal of International Economic Law*, Vol.19, No.2 (2016)

Zaring, David, “CFIUS as a Congressional Notification Service”, *Southern California Law Review*, Vol.83, No.1 (2009)

Zimmerman, Evan J., “The Foreign Risk Review Modernization Act: How CFIUS became a Tech Office”, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol.34, No.4 (2019)

“United States Pursues Regulatory Actions Against TikTok and WeChat Over Data Security Concerns”, *The American Journal of International Law*, Vol.115, No.1(2021)

“President Biden Issues Executive Order on Ensuring Robust Consideration of Evolving National Security Risks by the Committee on Foreign Investment in the United State”, *The American Journal of International Law*, Vol.117, No.2 (2023)

III. 관련 판례 등

S.S. Lotus (France v. Turkey), Judgment No.9, PCIJ Series A No.10 (1927)

Case of Certain Norwegian Loans (France v. Norway), Judgment, ICJ Reports (1957)

Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgium v. Spain), Judgment, ICJ Reports (1970)

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States), Merits, Judgment, ICJ Reports (1986)

Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), Judgment, ICJ Reports (1997)

Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States), Judgment, ICJ Reports (2003)

Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France), Judgment, ICJ Reports (2008)

Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States), Judgment, ICJ Reports (2023)

Panel Report, *China-Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WTO Doc. WT/DS394/R (adopted 2012.2.22.)

Panel Report, *Russia-Measures Concerning Traffic in Transit*, WTO Doc. WT/DS512/R (adopted 2019.4.26.)

Panel Report, *Saudi Arabia-Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights*, WTO Doc. WT/DS567/R (2020.6.16.)

Panel Report, *United States–Certain Measures on Steel and Aluminium Products*, WTO Doc. WT/DS544/R (2022.12.9.)

Panel Report, *United States–Origin Marking Requirement*, WTO Doc. WT/DS597/R (2022.12.21.)

CMS Gas Transmission Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award (2005.5.12.)

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability (2006.10.3.)

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/3, Award (2007.5.22.)

Continental Casualty Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/9, Award (2008.9.5.)

Sempra Energy International v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/16, Award (2007.9.28.), Annulment Proceeding (2010.6.29.)

El Paso Energy International Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/15, Award (2011.10.31.)

Mobil Exploration and Development v. Argentina, ICSID Case. No. ARB/04/16, Decision on Jurisdiction and Liability (2013.4.10.)

Ralls Corporation v. Committee on Foreign Investment in United States, United States District Court, District of Columbia, No.12–1513 (2013.2.26.)

Ralls Corporation v. Committee on Foreign Investment in United States, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, No.13–5315 (2014.7.15.)

Tiktok Inc. v. Trump, 490 F. Supp. 3d 73, United States District Court, District of Columbia (2020.12.7.)

IV. 관련 국제 자료

GATT Secretariat, *Analytical Index of the GATT* (1995)

OECD, *International Investment Perspectives: Freedom of Investments in a Changing World* (2007)

_____, *OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment* (2008)

_____, *Investment screening in times of COVID-19 and beyond* (2020.7.7.)

_____, *Transparency, Predictability and Accountability for investment screening mechanisms*, Research note by the OECD Secretariat (2021)

_____, *OECD Coders of Liberalisation User's Guide* (2021)

_____, *Regulatory Policy Outlook* (2021)

_____, *Framework for Screening Foreign Direct Investment into the EU: Assessing effectiveness and efficiency* (2022)

Pohl, Joachim and Rosselot, Nicolás, *Acquisition and ownership-related policies to safeguard essential security interests, Current and emerging trends, observed designs, and policy practice in 62 economies*, Research note by the OECD Secretariat (2020)

UNCTAD, *The Protection of National Security in IIAs*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development (2009)

_____, *National Security-Related Screening Mechanisms for Foreign Investment, An Analysis of Recent Policy Development*, Investment Policy Monitor Special Issue (2019.12.)

_____, *Investment Policy Responses to the COVID-19 Pandemic*, Investment Policy Monitor Special Issue No.4 (2020.5.)

_____, *The Evolution of FDI Screening Mechanisms, Key Trends and Features*, Investment Policy Monitor 25 (2023.2.)

Wehrlé, Frédéric and Pohl, Joachim, *Investment Policies Related to National Security: A Survey of Country Practices*, OECD Working Papers on International Investment (2016)

World Bank Group, *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment: Volume II: Guidelines (1992)

WTO Secretariat, *WTO Analytical Index : Guide to WTO Law and Practice* [Online]. Available at: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/ai17_e.htm (Accessed: 22 July 2023).

Yearbook of International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries*, Vol.2 (2001)

V. 관련 국내 자료

고준성, “국내외 환경변화를 반영한 외국인투자제한 업종 개선 검토 연구”, 산업연구원 (2016.3.)

국가안보실, “신흥·핵심기술과 국가안보 전략과제” (2022.3.)

국가안보실, “윤석열 정부의 국가안보 전략: 자유, 평화, 번영의 글로벌 중추국가” (2023.6.)

김경수·김홍기·송치영, “팬데믹과 전쟁 이후 국제경제질서 변화와 대응”, 연구보고서 22-26, 대외경제정책연구원 (2022.12.)

김명아, “국제통상·투자 법제 연구(I)”, 한국법제연구원 (2019.10.)

김인숙, “한-EU FTA 투자협상의 주요 법적 쟁점 분석”, 비교법 현안분석, 최신 외국법제정보, 법제처 (2010)

김종덕·엄준현, “한국의 기체결 FTA 서비스 및 투자 협정문 분석: 한-미 FTA와 한-EU FTA를 중심으로”, 연구자료 13-13, 대외경제정책연구원 (2013)

김준 · 최미경 · 장경석 · 정준화, “입법영향분석을 통한 더 좋은 법률 만들기”, 국회입법조사처 (2020)

나수엽 · 김영선, “미국의 「외국인투자위험심사현대화법(FIRMA)」 발효와 미국의 대중 투자규제, KIEP 세계경제 포커스, 대외경제정책연구원 (2020.4.)

신종협 · 최형선 · 최원, “과거 금융위기 사례분석을 통한 최근 글로벌 금융위기 전망”, 조사보고서 2010-1, 보험연구원 (2010.3.)

연원호 · 나수엽 · 박민숙 · 김영선, “첨단기술을 둘러싼 미중 패권 경쟁 분석”, KIEP 오늘의 세계경제, 대외경제정책연구원 (2020.6.)

이성봉 · 김관호 · 이준규 · 한혜정, “한·미 FTA 투자분야 주요 쟁점이슈와 평가”, 연구자료 06-06, 대외경제정책연구원 (2006)

왕윤중, “OECD 투자규범과 한국의 외국인직접투자제도”, 정책연구 95-08, 대외경제정책연구원 (1995.12.)

정영환 · 허성일 · 김주 · 이명민, “정부유권해석제도의 정착을 위한 바람직한 제도 운영에 대한 연구”, 법제처 (2006.10.)

정형곤 · 김서희, “주요 선진국의 외국인투자 경제안보 심사 정책 동향과 시사점”, KIEP 오늘의 세계경제, 대외경제정책연구원 (2022.2.)

정형곤 · 이아라, “주요 선진국의 외국인직접투자정책변화와 시사점”, 연구자료 22-02, 대외경제정책연구원 (2022.7.)

주재우 · 김현욱 · 임수호 · 최원기, “미중 전략 경쟁 심화와 경제·안보의 블록화가 남북 관계에 미치는 영향”, 전략지역심층연구 21-04, 대외경제정책연구원 (2021.12.)

최경호, “데이터에 기반한 입법평가: 피해대응을 위한 입법(III)-외국인투자촉진법”, 한국법제연구원 (2022.10.)

한찬식 · 이원희 · 유영준, “한일 투자협정 해설”, 산업연구원 (2003.7.)

현상백 · 연원호 · 나수엽 · 김영선 · 오윤미, “미·중 갈등시대 중국의 통상전략 변화와 시사점”, 연구보고서 21-27, 대외경제정책연구원 (2021.12.)

허재철 · 연원호 · 김상배 · 김연규 · 김홍규 · 박성빈 · 이승주 · 이준구 · 이왕휘, “미중 전략경쟁 시대 지정학적 리스크와 경제안보”, 연구보고서 22-01, 대외경제정책연구원 (2022.1.)

Abstract

Foreign Investment Screening under International Law

– Focusing on National Security
Assessment –

Jung, Sejung

Department of Law

The Graduate School

Seoul National University

Foreign investment screening is a process by which countries review foreign investment to identify and mitigate potential threats to national security, where international and domestic laws intersect. The concept of "national security" is a key conceptual marker in foreign investment screening.

Until now, the foreign investment screening mechanism has focused on the term "national security", and applied the established "national security" jurisprudence. For example, in international law, foreign investment screening has been considered an example of essential security exceptions under BITs or FTAs. In domestic law,

the Risk-Based Analysis (RBA) or the military-based “national security” assessment technique has been used to assess national security risks in foreign investment. Furthermore, the 2008 legislation on foreign investment screening in Korea is incorporated into the Enforcement Decree of the Foreign Investment Promotion Act. The Act mainly focuses on boosting and promoting foreign investment and uses the terms “national security” and “foreign investment”, which are different from the mechanism of foreign investment screening. However, these differ in the context in which they are applied. The traditional jurisprudence of “national security” is premised on emergency situations such as war, while foreign investment screening is applied in routine and regular commercial situations such as mergers and acquisitions (M&As) by foreign investors. Additionally, the nature of the measures at issue also differs. Traditional national security measures are considered exceptional measures that are exempt from states’ obligations in emergency situations. However, foreign investment screening measures cannot be considered “exceptional” in the sense that they violate the obligation because it is difficult to establish the existence of an obligation not to conduct foreign investment screening. Therefore, national security exception jurisprudence should only be applied to exceptional circumstances, such as emergencies. Extending it to cases that can be viewed as routine transactions is not valid because it violates the essential nature of an “exception.” Foreign investment restrictions could be easily justified by claiming that they are intended to protect national security, where the scope of national security is expanding in reality. This inevitably leads to the weakening of the international legal order and the subordination of international law to domestic law.

This study analyzes the problems caused by the use of relevant legal principles and terms in international and domestic law, despite the fact that foreign investment screening is essentially different from the issues covered by the “national security” jurisprudence. This basically stems from the fact that international and domestic laws do not reflect the uniqueness of foreign investment screening. While measures related to national security are rapidly evolving, the legal system of foreign investment screening is still stuck in the past of military national security.

The national security assessment of foreign investment screening should begin by asking why foreign investment is reviewed despite investment liberalization and what it means for foreign investment to pose a national security risk. Today, countries review foreign investment to protect against national security risks caused by foreign investment, especially to protect military-related technologies, key assets, core technologies, and intellectual property rights held by domestic companies from being leaked abroad. Under the established “national security” jurisprudence, it is sufficient to regulate only military-related matters in foreign investment screening, as the leakage of military-related technologies directly leads to “national security” risks. However, today’s concept of “national security” has evolved to include not only military-related technologies, but also core technologies that affect the existence and rise and fall of a country. Therefore, the foreign investment screening process should include cases where foreign investors can exert influence on domestic companies related to this broader concept of “national security” and then conduct a national security assessment.

This study examines the case where a foreign investor can exert controlling influence over a domestic company. In the end, the foreign

investment screening mechanism should be redefined as a process of conducting a national security assessment, distinct from a military risk assessment. This requires new definitions of "covered foreign investment screening subject" and "national security assessment."

Foreign investment screening is expected to become even more important as economic and national security intertwine and protectionist factors become more prevalent. The problem of applying the established national security jurisprudence by simply using the term "national security" when introducing foreign investment screening, and utilizing the terms and jurisprudence of "national security" and "foreign investment" in domestic law can be solved by severing the application of the "national security" jurisprudence from foreign investment screening. Foreign investment screening should no longer be treated as being subject to the established "national security" jurisprudence, but should be operated as an independent mechanism by defining and using new laws and terminology.

Keywords : foreign investment screening, national security assessment, standard of review, exceptions in international law, control, Foreign Investment Promotion Act, Committee on Foreign Investment in the United States(CFIUS), Foreign Investment Risk Review Modernization Act(FIRRMA)

Student Number : 2018-35518