

(月刊 国際法務戦略 2000年9月号掲載)

## 中国ビジネス・ローの最新実務 Q & A

### 第8回

#### 合弁契約の実務(その5)

黒田法律事務所 黒田 健二、黒須 克佳

Kenji Kuroda, Katsuyoshi Kurosu / Kuroda Law Offices

今回も合弁契約に関する法律問題のうち、特に範囲を限定せず、基本的問題ではあるものの、日本企業の法務担当者から当事務所に問い合わせの多い問題を取り上げることにする。

#### 一 利益計上前の合弁会社による再投資の可否

Q1 日本法人A社は、合弁会社B社を設立し、その登録資本の払込も完了しました。原料及び川下事業の確保の観点から合弁会社B社が中国の現地法人C社と共同出資して有限責任会社D社を設立する構想があります。なお、合弁会社B社は、未だ操業を開始しておらず、当然利益もないという状況です。このような構想は実現可能でしょうか。上記の構想に基づき、合弁会社B社が審査許可機関に対し申請をしましたが、審査許可機関から次のことを理由に許可を拒否されました。すなわち、

- (1)もし合弁会社B社が借入金をもって有限責任会社D社への出資に充てるとすれば、「中外合弁会社の合弁各当事者の出資に関する若干の規定」第2条により、借入金は「自ら所有する現金」でないから認められない；
- (2)もし合弁会社B社がその自己の登録資本中の一部をもって有限責任会社D社の出資の払込に充当するなら、これは減資となるから、やはり許されない。

中国では、このように解釈されるのでしょうか。

A1 合弁会社B社は、中国の現地法人C社と共同出資して有限責任会社D社を設立することはできません。合弁会社B社は、現在まだ操業を開始していないことから利益が出ることはなく、企業所得税の支払を開始していないため、国家工商行政管理局が公布した「外商投資企業が会社の株主または発起人となる場合の登記管理に関する若干の規定」第3条に定める条件に合致していないからです。

合弁会社B社及び現地法人C社がともに中国法人であるという観点から、中外合弁会社が中国企業と共同で出資して子会社を設立することについては、「外商投資企業が会社の株主または

発起人となる場合の登記管理に関する若干の規定」、中国の会社法及び「中華人民共和国会社登記管理条例」が適用される。国家工商行政管理局の「外商投資企業の会社の株主または発起人となることを登記管理することについての若干の規定」第3条には、「以下の条件に適合する外商投資企業は、株式有限責任会社の株主あるいは有限会社の発起人として登記することができる」と規定されており、その第3号ではその条件として「企業所得税の納付を既に開始していること」が挙げられている。

上記のQ&Aの審査許可機関が指摘する「中外合弁会社の合弁各当事者の出資に関する若干の規定」を適用する法的根拠はない。

上記(1)については、まず「中外合弁会社の合弁各当事者の出資に関する若干の規定」が適用されるのではなく、会社法及び「外商投資企業が会社の株主または発起人となる場合の登記管理に関する若干の規定」が適用される。会社法第24条は、株主は、通貨により出資することができ、また、現物、工業所有権、ノウハウ、土地使用権を価格に評価したうえ、出資することができる旨、規定しているが、自ら所有する現金であるか自らの名義で他人から借り入れた資金であるかについては、定められていない。出資者が自らの名義で銀行から借り入れた資金を持って出資するケースも、実務上珍しいことではない。

また、上記(2)についても、自己所有資金を出資する行為は、会計勘定上は登記投資として資産に計上され、「減資」に該当する行為ではない。

**Q2** 日本の大手電機メーカーA社が中国に設立した独資企業B社が、中外合弁企業法等に基づき、中国企業と共同出資で、中外合弁会社を設立したと聞いております。そこで日本企業C社はこのケースと同様に、中国に独資企業D社を設立し、この独資企業D社に出資させて、中外合弁会社を設立しようと考えています。これは可能でしょうか。

**A2** 独資企業B社が出資して合弁会社を設立することができるのは、この独資企業B社が、いわゆる投資会社(傘型企业)であるためです。日本企業C社が、中国に独資企業D社を設立し、この独資企業D社に出資させて、中外合弁会社を設立するためには、独資企業D社が投資会社(傘型企业)としての厳格な要件を備えなければなりません。

「外国企業が投資し投資会社を経営することに関する暫定規定」(以下「暫定規定」という)第10条(投資した企業の待遇)には、「投資会社が投資し企業を設立する場合において、投資会社または他の外国の投資者との外貨による投資割合がその投資設立する企業の登録資本の25%を下回らないときは、その投資した企業は外国投資企業の待遇を享受し、外国投資企業認可証書及び外国投資企業営業許可証を交付する」とされている。

「投資会社」とは、暫定規定第1条により、「外国の投資者が中国に100%出資のまたは中国の投資者と合弁の形式で設立する直接投資に従事する会社をいう」とされている。

そして暫定規定第2条には、「投資会社」の設立申請の要件として、以下の4つの要件を挙げ

ている。

1. 外国の投資者は、信用状態が良好であり、投資会社の経営に絶対的に必要な経済的実力を擁し、申請の前1年のその投資者の資産総額が4億米ドルを下回らず、かつその投資者が中国国内に外国投資企業を既に設立しており、その実際に払い込んだ登録資本の出資額が1000万米ドルを超えており、併せて3件以上の投資をしようとする投資案件の建議書が承認を得ていること
2. 外国の投資者の信用状態が良好で、投資会社経営に絶対的に必要な経済的実力を擁し、その投資者が中国国内に10以上の生産またはインフラストラクチャの建設に従事する外国投資企業を既に設立しており、その実際に払い込んだ登録資本の出資額が3000万米ドルを超えていること
3. 合弁方式で投資会社を設立するときは、中国の投資者の信用状態が良好でなければならず、投資会社の経営に絶対的に必要な経済的実力を擁し、その資産総額が1億人民元を下回らないこと
4. 投資会社の登録資本金は、3000万米ドルを下回らないこと

上記のQ&Aの独資企業B社は、この「投資会社」に該当し、かつ独資企業B社の合弁会社の登録資本に占める投資割合が25%を下回らないため、外国投資企業の待遇を享受することができ、中外合弁企業法等の規定の適用を受けることができたのであり、日本企業C社が、中国に独資企業D社を設立し、この独資企業D社に出資させて、中外合弁会社を設立するためには、独資企業D社が「投資会社」としての要件を備えなければならない。

## 二 分工場の設立

Q3 日本法人A社は、ある中国企業B社及び中国企業C社と中国において、ある家電製品を生産する合弁会社D社を設立する予定です。当該合弁会社の総投資額は、約1000万米ドルです。中国企業B社は、北京市において土地及び建物を有しているため、合弁会社の工場を北京市に設置することを希望しています(中国企業B社は、土地及び建物を合弁会社D社に賃貸するという構想です)。しかし、中国企業C社は、上海市において当該家電製品を生産する工場を既に有しているなどの理由で、日本法人A社及び中国企業C社は、合弁会社の工場を上海市に設置することを希望しています(中国企業C社は、土地および建物を合弁会社D社に賃貸するという構想です)。

現在、三当事者の協議を経て、合弁会社の本社を北京市に設置しますが、中国企業B社が当該家電製品の生産の経験がありませんので、合弁会社D社の設立当社の2年間においては、合弁会社の分工場を上海市に設置し、2年後において、工場を北京市に移転し、かつ「総合的に見て最適な場所で」生産を行うことについて、再検討することを合意しました。

合弁会社D社を設置する際、本社を北京市に置き、分工場を上海市に置くというこのような方法は、法律及び実務において、実行可能なものですか。実行可能であれば、必要な手続き及び実際の操作において注意すべき点をご教示下さい。

A3 合弁会社D社の設立と同時に本社を北京市に置き、分工場を上海市に置くという方法は、法律の明文の規定に反するものであるため、実行不可能といわざるを得ません。

国家工商行政管理局が1995年7月18日に交付した「外商投資企業登記管理において会社登記管理法規を適用することに関する問題についての執行意見」(以下「執行意見」という)の第12条には、「登録資本が既に払い込まれ、生産経営活動が正常な外商投資企業の有限責任会社及び株式有限会社は、分公司を設立することができる」と規定されている。すなわち、(1)登録資本が既に払い込まれ、かつ(2)生産経営活動が正常であるという条件に合致する場合に限り、合弁会社は分公司(分工場)の設立を申請することができる、とされているのである。

実務上も、審査許可機関は、通常、本社の設立が完了した後に限り、当該合弁会社による分公司の設立申請を許可するのであり、本社の設立と同時に分公司を設立するというやり方は、認められていない。

したがって、合弁会社D社を設立する際、本社を北京市に置き、分工場を上海市に置くという方法は、上記の執行意見第12条の規定に違反するものであり、法律的に認められていないし、また筆者は過去の実務においても類似する事例を扱ったことはない。

合弁会社の分公司を設立するためには、まず本社を設立し、かつ本社が上記の執行意見12条に定められた2つの意見をすべて満たしてはじめて分公司を設置することができる。

**Q4 結局、日本企業A社、中国法人B社及び中国企業C社は、合弁会社D社の本社及び工場を上海市に設立することで合意しました。そして合弁会社D社を設立してから2年が経過し、合弁当事者は工場を上海市から北京市に移転することに合意しました。このような移転は、法律及び実務において、実行可能なものですか。**

A4 このような場合の分工場の移転は、法律的及び実務的に実行可能です。

以上から考えると、合弁会社D社の本社は当初は上海市に置くべきであり、原審査許可機関の許可を得られることを条件に、2年経過後に本社を上海市から北京市に移転することを合弁契約中に規定するのが無理のない現実的な対応ではないかと、筆者は考える。

ただし、三社間の合意事項をどうしても実現するため、合弁会社の本社を当初から北京市に置きたいのであれば、第一段階として、中国企業B社から合弁会社に対して当初の2年間は無償で(または非常に低い賃料ベースで)北京市の工場(土地建物)をリースさせ、かつ、中国企業C社の有する上海市の工場に当該家電製品のすべての部品を生産させ、その部品を合弁会社D社が

購入して組立生産(SKD生産)を北京市の工場において行う。第二段階として、登録資本の払い込み及び正常な生産経営活動という上記の執行条件の二つの要件をクリアしたうえ、上海市の工場を合弁会社の分工場として登記し、上海市の分工場では部品の生産から完成品の組立までのすべての生産(CKD生産)を行う。第三段階として、上海市の分工場を閉鎖し、本社のある北京市の工場にて部品の生産から完成品の組立までのすべての生産(CKD生産)を行うという方法が考えられる。なお上海市の分工場を廃止して北京市の本社に移転する際の手続きとして、「中華人民共和国会社登記管理条例」第44条は、分公司の廃止を決定した日から30日以内に、当該分公司の会社登記機関に抹消登記を申請しなければならず、抹消登記を申請するためには、会社の法定代表者の署名した抹消登記申請書及び分公司の「営業許可証」を提出しなければならないと規定している。

### 三 出資額の譲渡に関する拒否権・優先的購入権の事前放棄(エスケープクローズ)

Q5 日本法人A社は、中国企業B社と合弁会社C社を南京市に設立しようとしています。そして日本企業A社は、合弁事業からの撤退を容易にするため合弁契約に出資額の譲渡について、次のような規定を設けようと考えています。すなわち「日本企業A社は、中国企業B社への書面による事前通知をもって、(first refusal の適用なく)いつでも希望するときに、みずからの合弁会社C社の出資額の全部または一部を第三者に譲渡する権利を持つ。中国企業B社は、この日本法人A社の要求に応じて、董事会において、中国企業B社からの派遣董事に、この合弁会社C社の出資額の譲渡決議に賛成させるものとする。そして、南京市の権限ある部門に働きかけ、日本企業A社から第三者への合弁会社C社の出資額の譲渡を批准させるものとする」という規定です。このような規定を設けることは、通常中国において審査許可機関により許可されますか。このような規定では許可されないとすれば、どのような代案がありますか。

A5 合弁契約変更契約に上記のような規定を入れることは、優先的購入権と拒否権に関する合弁法や合弁法実施条例に定める規定に明白に違反することになり、通常は、中国における審査許可機関は許可しないと考えられます。

中外合弁企業法第4条第3項は、「合弁当事者が登録資本を譲渡する場合は、必ず合弁各当事者の同意を得なければならない」と規定し、中外合弁企業法実施条例第23条は、「一方の合弁当事者が出資額の全部若しくは一部を第三者に譲渡する場合には、他方の合弁当事者の同意を得、かつ審査許可機関の許可を受けなければならない。一方の合弁当事者が出資額の全部若しくは一部を譲渡するとき、他方の合弁当事者は優先的な購買権を有する。一方の合弁当事者が第三者に出資額を譲渡する条件は、他方の合弁当事者に譲渡する条件より有利であってはならない。上記の規定に違反した場合、その譲渡は無効である」と規定している。

これらの規定から、合弁当事者は、他の合弁当事者が合弁会社の出資額の第三者への譲渡を希望する場合、①優先的購入権 (first refusal right) と②拒否権 (veto power) を持つことになる。

現に、筆者が過去に取り扱ったいかなる案件においても、上記のQ&Aの規定のような無制限かつ自由な譲渡の規定が認められたケースはない。

代案としては、上記の規定を記載した同意書を中国企業B社から日本法人A社宛に別途提出させたいえ、合弁契約において、以下のような規定を設けることが考えられる。

①日本企業A社がその出資額の全部または一部を第三者に譲渡しようとする場合、事前に中国企業B社の書面による同意を得なければならず、かつ原審査許可機関に申請してその許可を得なければならない。

②①の規定にもかかわらず、一方当事者が、その子会社(合弁当事者が直接または間接に50%の出資をしている会社)に譲渡する場合、他方当事者は譲渡に同意し、かつ自己が派遣している董事に、董事会の出資額譲渡承認決議において賛成の議決をさせなければならない。その他の場合、譲渡を希望する合弁当事者は、他方当事者に対して譲渡を希望する旨、譲渡を希望する出資額、その譲渡価格及び提案した譲受人を書面により通知しなければならない。この場合、合弁会社の他方当事者は、譲渡人の譲受人に対して提案したいかなる条件または当該譲受人が提案した条件よりも不利でない条件にて、優先的に当該出資額を購入する権利を有する。他方当事者は、譲渡の通知を受領した後の60日以内に、譲渡人の合弁会社に対する出資額を購入するか否か及び当該譲渡に反対するか否かについて必ず回答しなければならない。他方当事者が、出資額の譲渡について60日以内に購入する旨の回答をしない場合、当該譲渡に対して書面による同意をしたものとみなされ、譲渡を希望する合弁当事者は上記の通知において説明された条件に従ってその出資額を提案した譲受人に譲渡することができる。

③一方当事者の合弁会社における出資額または出資比率に変更が生じた場合、本契約及び定款における当該合弁当事者の権利及び義務は、当該変更後の出資額及び出資比率に応じて変更されるものとする。この場合、合弁当事者は、本契約及び定款中の合弁当事者の権利及び義務に関する条項を改訂した上、改訂した本契約及び定款を原審査機関に提出して、その許可を得るものとする。

上記の規定により、日本企業A社は合弁会社C社に対する持分の全部または一部について、中国企業B社が優先的購入権を一定期間内に行使しない場合に、拒否権を行使しない義務を中国法人B社に負わせることができる。上記の規定を入れた合弁契約は、筆者が取り扱った多数の案件において、中国の審査許可機関による許可を受けた実例があるので、実行可能な方法といえる。

また、拒否権や優先的購入権の放棄を記載した同意書は、原審査許可機関の許可を受けていないので、中国法上、法的拘束力がないと解釈されるが、ある程度の心理的な拘束力は期待できる。

#### 四 設立前の休眠の可否

Q6 日本法人A社と中国法人B社は、青島市に合弁会社C社を設立するため、合弁契約を締結し、その後、対外貿易経済合作部の批准が下りました。しかし、中国企業B社は、中国の市況の悪化と合弁会社C社の事業性がなくなったことを理由に出資金の払込を行わないことを主張しています。このような場合、合弁会社C社について、青島市工商行政管理局への営業許可証申請は所定の期限までに必ず行わなければならないのでしょうか。また所定の期限までに申請を行わなかった場合、どのような措置がとられるのでしょうか。

A6 青島市工商行政管理局への営業許可証申請は所定の期限までに必ず行わなければならないと思います。また所定の期限までに申請を行わなかった場合は、期限の経過後に青島市工商行政管理局に営業許可証の申請をしても受理されないものと思われます。

合弁法実施条例第11条に従い、合弁契約の批准が下りた後、1ヶ月以内に合弁会社所在地の省、自治区、直轄市工商行政管理局に営業許可証申請を行わなければならない。

所定の期限までに申請を行わなかった場合、対外貿易経済合作部が当該合弁プロジェクトに対して発行した批准証書が自動的に失効するとの明文の規定はないが、「中華人民共和国公司登記管理条例」第17条及び「中華人民共和国外資企業法実施細則」第13条の規定の趣旨から、同日以後に国家工商行政管理局へ営業許可証を申請するためには、批准証書に原審査許可機関(原認可機関ともいう)である対外貿易経済合作部の確認を取るか、新たに批准証書を取り直す必要があるであろう。筆者が直接経験したケースではないが、所定の期限後に工商行政管理局に対し、営業許可証を申請した際に、批准証書を新たに取り直すよう要求されたケースがある。

また所定の期限までに申請を行わなかった場合、工商行政管理局により、警告または罰金の処罰を受ける可能性がある。

Q7 合弁当事者の協議により、合弁会社C社の合弁契約を合意解約することはできますか。

A7 合弁契約の解約規定に従って、解約することができます。

合弁会社C社は営業許可証を取得していないので設立はされていないが、合弁契約や定款

は対外貿易経済合作部の批准により発効している。したがって、合弁契約の解約規定に基づき、当該条項に定める事由が発生したものととして、合弁契約を書面により合意解約し、原審査許可機関である対外貿易経済合作部に届け出ることができる。

合弁契約を解約する場合、以下の点に留意すべきである。

- ①合弁契約が解約について、いかなる規定を定めているかを確認すること
- ②合弁会社C社の設立準備費用として各当事者が負担した費用についてどのように処理すべきかを解約合意書に明記すること
- ③合弁契約を解約する原因、特に、自らが解約を要求したためではないことをできるだけ明確に解約合意書に表明し、中国企業C社から違約責任を追及されないようにすること
- ④関連部門と協議して、当該プロジェクトをしばらくの間、実施せず、停止させる可能性の有無を探求すること

**Q8** 営業許可証取得後、合弁会社C社を運営してもフィージブルと考えられる時点まで、合弁会社C社への登録資本の払い込み及び運営を延期、休眠させることはできますか。ついでとしてその場合の注意点をご教示下さい。

**A8** 中国の現行の法律に基づく限り、合弁会社C社を「休眠」状態にさせる可能性はありません。そもそも中国の法律中には、「休眠」の概念や規定は存在しません。

「中華人民共和国企業法人登記管理条例」第22条の規定により、企業法人は、営業許可証を取得した後、満6ヶ月間経営活動を展開しないか、または経営活動を満1年間停止した場合、休業とみなされ、その場合、登記抹消手続等の手続を行わなければならない。中国のすべての企業は、毎年4月末までに「工商年検」という手続を行い、企業法人に経営継続の資格があるか否かを確認するので、現実的にも、合法的に1年以上「休眠」状態にすることはできない。一般に工商行政管理局では、特別な理由がない限り、2年以上「工商年検」の手続をしていない企業に対して、営業許可証の取消(すなわち、登記抹消)を行うことを実務上の原則としているようである。ただし、何らの明確な法律上の根拠はないが、単に出資義務の履行を遅延させることについて、対外貿易経済合作部や国家工商行政管理局等の関連部門の特別な許可(あるいは黙認)が得られれば、超法規的な措置として、当該プロジェクトをしばらくの間、実施しないという所望の状況を作り出すことは可能かもしれない。