

## 中国ビジネス・ローの最新実務 Q & A

### 第9回

#### 合弁契約の実務(その6)

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 複数の合弁会社設立後、直ちに合併させることの可否

**Q1** 合弁会社の総投資額が3000万米ドルを超えた場合、中央政府の対外貿易経済合作部の審査許可案件となり、かなりの制約条件が課されてプロジェクトが成立しないことが予想されるため、これを回避するために、総投資額が3000万米ドル以下のいくつか(たとえば3つ)の合弁会社を設立して、一つ一つの合弁会社の総投資額を地方政府の審査許可権限内に抑えて、地方政府の審査許可のみでプロジェクトを成立させるという方法を取ることは、可能ですか。

**A1** このような方法を取ることは、一種の規制回避行為であるため、地方政府の審査許可機関は許可しないこともできますが、実務上はよく行われているやり方であり、可能です。

1. 以前に筆者が同様のケースで調査した際の中国の複数の弁護士の法律意見書によれば、厳密に言えば、このような行為は一種の規制回避行為であるため、地方政府の審査許可機関は許可しないこともできる。しかし通常の実務上の取り扱いでは、これらのいくつかの合弁会社の生産経営の重点に、ある一定の違いがあり、かつ投資者がその理由を説明さえできれば、何ら問題なく地方政府の審査許可機関が許可しているとのことであった。

筆者が以前から担当している以前から担当しているケースのなかには、ある省の審査許可権限の範囲内である3000万米ドル以下の総投資額で同一の生産経営目的の合弁会社を4つ設立して免税枠を広げて機械設備を輸入し、後に中央政府の対外貿易経済合作部の審査許可を得て設立した5つ目の合弁会社に対して、中国側当事者が前の4つの合弁会社が購入した機械設備を現物出資したケースもある。また、現実には1つの完成品の生産経営目的を有するが、この完成品の部品の生産を経営目的とする合弁会社と完成品自体の生産を経営目的とする合弁会社の2社をある省の審査許可権限の範囲内の総投資額である1億米ドル(この点につ

いては、広東省は、同省の審査許可権限は総投資額1億米ドル以下であると主張し、対外貿易経済部は3000万米ドル以下であると主張しており、意見は異なっていた)以下で、この2社の設立後生産経営開始前に合併させることを予定して設立したケースもある。

2. 以上のようにQ1の方法は、実務的に可能であるとしても、以下のような問題点を含んでいる。

すなわち、このような規制回避を目的として複数の合弁会社を設立した場合には、通常は、合弁各当事者が出資義務を履行したあと、合弁会社の生産開始前に合併して1つの合弁会社にする事により、債権債務を清算する際の手数を回避または軽減するが、合併により合弁会社の総投資額が3000万米ドルを超える場合、地方政府の審査許可機関は、合併を許可するにあたり、中央政府の対外貿易経済合作部の許可を受けなければならないと中央政府は説明している。

この点について、中外合弁企業法実施条例第24条は、合弁会社の登録資本が増額される場合は、原審査許可機関の許可を受ける必要がある旨規定している。したがって、一義的には、地方政府の審査許可機関の許可を受ける必要があるが、地方政府の審査許可機関が許可を与えるために、さらに中央政府の対外貿易経済合作部の許可を受ける必要があるか否かは、中国政府内部の権限分配規定の解釈の問題であるため、地方政府と中央政府の意見が必ずしも一致しないケースがあるので、注意が必要である。

筆者は、権限分配規定について問題があるようないずれのケースにおいても、中央政府の意見の説明と異なる意見を主張する中央政府からは、対外貿易経済合作部の許可が不要である旨の証明書や許可がないことによって生じる一切の損害について地方政府が補償する旨の保証書等を取り付けることを勧めている。

**Q2** Q1の方法を取る際に、万一問題が生じた場合のリスクを回避するために、事前に行っておくべき対策があれば、ご教示ください。

A2 この種のケースにおいては、まず当該地方の人民政府の長などから、この3つの合弁会社により事業をスタートさせ、その後合併するというスキームについて提案書を最初に出させるべきです。さらに、このスキームにより発生する恐れのある一切の経済上及び法律上の問題については、すべて当該地方の人民政府が責任をもって解決し、日本側当事者及び合弁会社には損害を発生させないという趣旨の保証書(文書のタイトルは証明書、説明書でもよい)を、人民政府の長などから発行させるべきです。また、当該合弁案件の直接の審査許可機関及び中国側当事者から、同様の保証書を取り付けることも必要です。

筆者は、この種のケースでは、(1)中国側当事者の保証書、(2)市または省の対外経済貿易委員会の保証書、(3)市または省の計画委員会等の保証書の3点セットを要求することを依頼者

に勧めている。

上記に述べた筆者が担当しているケースにおいても、これにしたがって処理している。こうすることにより、万一問題が生じた場合のリスクを地方政府に転嫁させることが可能となり、現実には、保証書を出した地方政府機関の上級機関によってプロジェクトを取り消された場合に、保証書を出した地方政府が損害賠償を行った事例も存在する。

**Q3** 工場の操業開始までに合併ができなかった場合には、複数の会社でどのような問題が生じるのでしょうか。

A3 工場の操業開始までに合併ができない場合であっても、現実には、複数の合弁会社のうち、一つの合弁会社のみが事業を運営することになります。しかし、資産については、複数の合弁契約に基づき現物出資や現金出資が完了していることとなりますので、資産の貸借関係が発生せざるを得ず、減価償却の問題もあり、実に複雑な経理処理を余儀なくされます。現実には、複数の合弁会社を設立しながら、未だに合併手続に移行していないケースもあり、そのようなケースにおいては、営業税等の問題を含めて、問題は複雑化しています。

## 二 董事及び董事会に関する実務上の問題点

**Q4** 中国における合弁企業における董事は、中国の会社法に基づき有限責任会社や株式有限責任会社の董事が負担するのと同様の義務や責任、特に会社に対する忠実義務を負担するのですか。

A4 中国において設立された中外合弁企業等の外商投資企業に対しても、特別法たる中外合弁企業法等の外商投資企業関連法規に特段の定めがない限り、一般法たる会社法が適用されます(会社法第18条)。外商投資企業の董事の会社に対する義務や責任については、特別法たる外商投資企業関連法規に特段の定めがないため、一般法たる会社法の規定に基づく義務や責任、特に会社法第59条乃至第62条に定められた忠実義務、自己取引禁止義務、競業避止義務、秘密保持義務等の義務及び第63条、第214条、第215条に定められた責任を負担するものと考えますが、合弁企業における董事会は有限責任会社における社員総会権董事会に相当する機関であるため、義務や責任の範囲に違いがあると考えます。

中国において設立された中外合弁企業等の外商投資企業に対しても、特別法たる中外合弁企業法等の外商投資企業関連法規に特段の定めがない限り、一般法たる会社法が適用される。

しかし一般論として、形式的にある特定の事項について会社法に規定があって外商投資企業関連法規に規定がない事項について、直ちに会社法の規定がそのまま外商投資企業に適用されると考えるべきではなく、外商投資企業関連法規の規定全体の趣旨が会社法の規定を適用することによって没却されない場合にはじめて会社法の規定が適用されると考えるべきである、というのが筆者の私見である。

たとえば、社員総会という特定の事項について、会社法は、その第37条において、「有限会社の社員総会は、社員全員からなる。社員総会は、会社の最高意思決定機関とし、本法に基づいて権限を行使する」と定めており、中外合弁企業法は何らの規定も定めていないので、形式的には会社法第37条が合弁会社にも適用があるようにも思える。しかし、中外合弁企業法実施条例第33条において合弁会社の董事会は最高意思決定機関とされているので、仮に合弁会社は社員総会の設置を認めることになると、最高意思決定機関が合弁会社に2つ存在することになり、中外合弁企業法実施条例第33条の趣旨が没却されてしまう。したがって、合弁会社には会社法第37条の規定は適用されるべきではないと考えられる。

さらに言えば、合弁会社における董事会は、会社法に定める有限責任会社における社員総会兼董事会に相当する機関であるため、合弁会社における董事が、いわば社員総会の構成メンバーとして出資者の意向を反映して董事会会議において議決権を行使した結果、たとえ会社の直接的な利益にならなかったとしても、会社法における有限責任会社の董事会の構成メンバーとして負担する忠実義務に反することにはならないと解釈すべきではないかと筆者は考える。

たとえば、ある合弁会社を存続させるために金融機関からの借入金を返済するための登録資本を増額する決議を董事会において行う際に、外国側出資者により任命・派遣された董事が、当該外国側出資者の意向に従い資本の増額決議に反対した結果、当該合弁会社が借入金を返済することができずに直ちに破産したとしても、会社法第37条の忠実義務違反の責を負うことはないと考え。これに対し、会社法に基づき設立された有限責任会社の董事が、会社の利益に反して登録資本の増額案の決議に反対した結果、社員総会における資本の増額決議をする機会もなく、当該有限責任会社が破産した場合、会社法第37条の忠実義務違反の責を負うと解釈される可能性がある。この意味で、合弁会社側の外商投資企業における董事と会社法における有限責任会社の董事の職責にはおのずと違いがあり、この違いを考慮したうえでの会社法の解釈を行う必要があるのではないかと考える。

**Q5** 合弁会社A社を設立する際、中国側当事者の出資比率が低いため、日本法人B社が任命派遣する董事5名を独占し、中国法人C社は董事を1名も任命派遣しないものとして、合弁契約を締結することはできますか。

**A5** できません。

合弁企業法第6条が、「中国側、外国側合弁当事者の一方が董事長をつとめる場合は、他方

が副董事長をつとめる」と規定し、合弁企業法実施条例第34条が「当時は合弁各当事者が任命する」と規定していることから、中国側当事者の出資比率が低くとも、最低1名の董事を任命派遣することができなければならないと解釈されているからである。

**Q6 董事会について会議の形を取らず、持ちまわり董事会とすることは、中国の法律上可能ですか。**

A6 持ち回り董事会は、合弁契約や定款で定めておけば、法的にはまったく問題ないと考えます。そのうえ、実務上は、合弁契約や定款で定めておかなくとも、委任状を一人の董事に対して発行すれば、現実にはすべての董事が一同に会さなくとも定足数を満たすことができ、有効に董事会が開催でき、かつ決議が可能であることから、会議の形を取らなくとも、董事会決議書に全董事が署名すれば問題は生じていません。

### 三 合弁当事者の責任

**Q7 合弁各当事者の責任の所在を合弁規定に規定する場合、どのように規定すればよいのでしょうか。**

A7 通常の中外合弁契約では、合弁各当事者の責任を独立の条文で明記しておりますので、たとえば、次のような規定を設けることをご検討ください。

1. 甲及び乙は、その任命、派遣した董事がそのすべての議決権及び授権されたその他の権利を本契約の条項が遵守されることを保証するために行使すること、及び、本契約の条項に十分な効果を与えるために甲及び乙がなすべき一切の行為をすることに同意する。本契約のその他の条項で既に定められている責任の他に、各当事者は、本状に定める事項につきそれぞれ責任を負わなければならない。

2. 甲の責任

- (1) 本契約附属書類\_\_の通り合弁会社と人員派遣契約を締結し、当該契約に従って、合弁会社に必要な甲の人員を合弁会社に派遣すること。
- (2) 合弁会社の設立に関する審査許可機関への許可申請、登録登記及び営業許可証取得の交渉及び手続きを行うこと。
- (3) 合弁会社による設備、原材料、部品等の輸入許可証の取得、輸入通関手続及び中国国内での輸送に対し協力すること。
- (4) 合弁会社による中国国内での設備、原材料、部品、事務用品、交通手段、通信施設等の購入に対し協力すること。

- (5) 合弁会社による水、電気、ガス、通信等のインフラ施設の利用確保及び甲と同一料金での利用確保に協力すること。
- (6) 合弁会社が現地の中国籍の従業員及びその他の必要な人員を募集する際に合弁会社に協力すること(大卒・高専卒の採用についての協力を含む)。
- (7) 合弁会社の外国籍の従業員並びに乙及び丙の関係者が必要とする入国査証、就業許可証、居留証の取得、医療、交通、旅行に必要な手続の処理、並びに居住施設、交通手段及び通訳サービスの提供に協力すること。
- (8) 合弁会社の委託を受けてその製品の販売代理を行う(輸出する際に輸出についても代理を行う)こと。
- (9) 合弁会社による外貨収支バランスの維持に協力すること。
- (10) 中国の税務機関及び税関に対し合弁会社に適用可能なすべての優遇措置を申請することに協力すること。
- (11) 甲が合弁会社に賃貸借した建物等の敷地(土壌、地下水を含む)及び建物、設備等について、中国政府が定める環境基準に適合しないことに起因してクレーム及び損害(公的機関により課される罰金を含む)が発生した場合、かかるクレーム及び損害に対するすべての責任を負い、かかるクレーム及び損害から合弁会社を免責すること。
- (12) 合弁会社の事業運営に起因して発生する環境問題の解決に関し、中国関係当局及び他の経済組織との交渉及び手続に協力すること。
- (13) 甲の所有する社宅または宿舎に居住する甲の従業員が合弁会社の従業員として採用された場合、合弁会社による採用後も当該従業員に対し甲の所有する社宅または宿舎を引き続き賃貸すること。甲から採用した従業員以外の従業員についても、希望すれば甲の社宅等を優先的に賃貸すること。
- (14) 合弁会社の労働管理問題の解決に協力すること。
- (15) 本契約附属書類\_\_の通り合弁会社と建物賃貸借契約を締結し、合弁会社に対し、営業用店舗と事務室を賃貸すること。
- (16) 合弁会社が委託しかつ甲が同意したその他の事項を処理すること。

### 3. 乙の責任

- (1) 本契約附属書類\_\_の通り合弁会社と人員派遣契約を締結し、当該契約に従って、合弁会社の事業運営に関する経営指導及び技術指導に必要な乙の人員を合弁会社に派遣すること。
- (2) 本契約附属書類\_\_の通り合弁会社と技術援助契約を締結し、当該契約に従って、技術指導を提供すること。
- (3) 本契約附属書類\_\_の通り合弁会社と商標使用許諾契約を締結し、当該契約に従って、商標の通常使用権を許諾すること。
- (4) 合弁会社が委託し、乙が同意した中国国外での設備、原材料、部品等の調達に関係する事項を処理すること。
- (5) 合弁会社が輸出する際に、輸出に関して協力すること。

(6) 合弁会社が委託しかつ乙が同意したその他の事項を処理すること。

#### 四 出資額の差押え

Q8 日本企業A社に対する中国の裁判所の判決に基づき、日本法人A社が中国に設立した合弁会社B社に対して有する出資額を差し押さえられる可能性はありますか。また日本企業A社に対する中国の裁判所の判決に基づき、合弁会社B社の財産が差し押さえられる可能性はありますか。

A8 日本企業A社に対する中国の裁判所の判決に基づき、日本企業A社が中国に設立した合弁会社B社に対して有する出資額を差し押さえられる可能性はあります。しかし、日本企業A社に対する中国の裁判所の判決に基づき、合弁会社B社の財産が差し押さえられる可能性はありません。

中国最高人民法院が1998年7月8日に公告した「人民法院の執行業務の若干問題に関する規定」第53条には、「被執行人の有限責任会社、その他法人企業における投資権益または出資金について、人民法院は凍結措置をとることができる。投資権益または出資金を凍結する場合、関係企業に凍結された投資権益または出資金の移転手続を行ってはならず、被執行人に株式利息、配当金を支払ってはならないことを通知しなければならない。凍結された投資権益または出資金は、被執行人が自ら譲渡してはならない」と規定されている。また、同第54条には、「被執行人が全額出資して設立された法人企業に対する投資権益が凍結された後、人民法院は譲渡した上、譲渡所得をもって執行申請人に対する債務を弁済するよう直接裁定することができる」と規定されている。さらに、同第55条において、「被執行人が中外合弁、合作企業に有する投資権益または出資金については、他の合弁または合作出資者の同意及び対外経済貿易主管機関の許可を得た後、凍結された投資権益または出資金を譲渡することができる。被執行人が中外合弁、合作企業にある出資金を除いて、執行に供することのできるその他の財産がなく、その他の株主が譲渡に同意しない場合は、被執行人の当事者の優先的購入権を保護しなければならない」と規定されている。

したがって、上記のQ&Aの日本法人A社に対する中国の裁判所の判決に基づき、日本法人A社が中国に設立した合弁会社B社に対して有する出資額を差し押さえられる可能性はあるが、合弁会社B社は、日本法人A社と別の法人だから、日本法人A社に対する中国の裁判所の判決に基づき、合弁会社B社の財産が差し押さえられる可能性はない。