

2019年
4月号

外商投資法の施行と既存中国関係会社のガバナンス再構築の必要性について

執筆者: 中島 あずさ

I. はじめに

2015年に草案が発表されてから約4年を経て、2019年3月15日に「外商投資法」が制定されました。同法は2020年1月1日から施行されます。

同法は、米中貿易摩擦の緩和を目指す背景から、既存外国投資家による中国投資及びその投資後の環境の平等性・透明性確保の原則的なスタンスを宣言する条項が多数を占め、外商投資の定義など草案段階から議論の多かった法的な論点に踏み込んだ規定は設けられなかったため、同法の多くの内容は目新しいものとまではいえません。

もっとも、「外商投資法」には中国関係会社を有する日本企業に実質的な影響のある重要な内容も含まれています。とりわけ、2024年12月末日までに、中外合弁企業の機関構成、意思決定機関における決議条件、董事の任免権などの合弁契約、定款の重要事項を見直し再構築する必要が生じさせる趣旨の規定は、中外合弁企業を有する日本企業にとっては重要で(とりもなおさず、これら重要事項について中方パートナーとの再協議が必要になることとなります)。

以下では、(1)どのような企業においてこのような再構築が必要になるか、(2)再構築が必要な事項はどのようなものか、を概観したうえで、(3)該当する中国関係会社を有する日本企業が2024年末までに行うべき準備、対策を検討します¹。

II. 中国関係会社の合弁契約・定款再構築の必要性

(1) どのような企業においてこのような再構築が必要になるか

「外商投資法」では、①2020年1月1日の「外商投資法」の施行と同時に、これまで外商投資企業の設立根拠法であった「中外合資経営企業法」、「外資企業法」、「中外合作経営企業法」(いわゆる「外資三法」)を廃止すること(42条1項)、②2020年1月1日

¹ 本ニューズレターにおいては、有限会社形式の中国企業を前提に紹介し、合作企業、パートナーシップ企業及び株式会社形式の場合のご紹介は、日本企業の中国関係会社として実例が少ないため割愛させていただいております。

本ニューズレターは法的助言を目的とするものではなく、個別の案件については当該案件の個別の状況に応じ、弁護士の見解を求めて頂く必要があります。また、本稿に記載の見解は執筆担当者の個人的見解であり、当事務所または当事務所のクライアントの見解ではありません。

以降、外商投資企業の組織形態、機関構成及びその活動には、(外資三法でなく)「会社法」等を適用すること(31 条)、③既存の外商投資企業は、「外商投資法」施行後 5 年以内(2024 年 12 月 31 日まで)は既存の組織形態等を継続することができること(42 条 2 項)、を規定しています。

すなわち、上記③の反対解釈及び上記①②からすれば、「外資三法」により設立された既存の外商投資企業は、遅くとも 2024 年末までに、機関構成、決議条件、董事の任免権などを「外資三法」ではなく「会社法」に沿った形に再構築しなければならないことが「外商投資法」により求められている、と考えられます。

もっとも、既存のすべての外商投資企業が上記の再構築を余儀なくされるわけではありません。

既存の外商投資企業において現状あり得る機関構成を整理すると下表のとおりであり、上記の再構築を 2024 年末までに余儀なくされるのは、下表のうち A、C、E のケース(C、E は現在では稀なため主には A のケース)、ということになります。

| | 既存外商投資企業の形態 ² | 機関構成について 現状適用されている法制度 | 2024 年末までの 再構築の要否 |
|---|---------------------------------------|--------------------------------|----------------------|
| A | 中外合弁企業 | 中外合資経営企業法 | 必要 |
| B | 外商独資企業 (最高意思決定機関は株主) | 会社法 | 不要 |
| C | 外商独資企業 (最高意思決定機関は董事会) * 現在では稀です | 2006 年以前の実務に従い中 外合資経営企業法を参照 | 必要 |
| D | 外商合弁企業 (最高意思決定機関は株主会) | 会社法 | 不要 |
| E | 外商合弁企業 (最高意思決定機関は董事会) * 現在では稀です | 2006 年以前の実務に従い中 外合資経営企業法を参照 | 必要 |

(2) 再構築が必要な事項はどのようなものか

前記(1)表 A、C、E の企業については 2024 年末までに機関構成、決議条件、董事の任免権などを「会社法」に沿った形に再構築しなければならないとして、具体的にどのような点が主に変化するかを纏めると、下表のとおりです。

最も根本的な要変更点は、最高意思決定機関を董事会から出資者会に変更するという点であり(下表 b~d)、これにより、意思決定の仕組み、条件が根本的に変化します(下表 e)。これまで、「中外合資経営企業法」下の董事会では董事の頭数での決議が行われかつ重要事項は全会一致が原則であったため、より多くの出資比率を確保することよりも董事を 1 名多く出す(少数出資者においては、1 名でもよいから董事を出す)ことが拒否権確保のためには重要であったところ、「外商投資法」により「会社法」に従って出資者会での意思決定に変更を要する結果、出資比率ベースでの議決権行使が必要となるため、董事を 1 名多く出すかどうかはこれまでほどの重要性を持たず、むしろ、出資比率ベースで過半数又は 3 分の 2 超を確保しているか(又は、出資比率ベースで 1/3 超を確保しているか)が重要ということになります。

このほか、定款変更、解散、合併・分割などの重要事項はもちろん、董事・総経理の任免権などにも変化が生じます。

これらはいずれも、中外合弁企業における中外両出資者の権利やカバランスに影響を及ぼす重要な変化といえます。

| 主な要変更事項 | 現状 | → | 2024 年末までに変更を要する主な内容 (変更後の内容) |
|---------------------|--------------------|---|----------------------------------|
| a.組織構成等に関する 適用法令 | 中外合資経営企業法 同実施条例 | | 会社法 |
| b.意思決定機関 | 董事会 | | 出資者会 |
| c.出資者会 要否、位置づけ | <要否>不要(設置不可) | | <要否>必須 <位置づけ>最高意思決定機関 |

² 出資者のうち 1 社でも中国企業を含む場合は中外合弁企業です。外国企業の単独出資の場合は外商独資企業です。出資者が複数でも、出資者のすべてが外国企業(ここでは香港、台湾、マカオ企業を含む)の場合は外商合弁企業に該当します。

| 主な要変更事項 | 現状 | 2024 年末までに変更を要する主な内容 (変更後の内容) |
|-------------------|---|--|
| | | 定款変更、増減資、合併・分割、解散等は出資者会で決定 |
| d. 董事会 要否、位置づけ | <p><要否>必須</p> <p><位置づけ> 最高意思決定機関 定款変更、増減資、合併・分割、解散等は 董事会で決定</p> | <p><要否>必須 ただし董事会(会議体)ではなく執行董事 1 名のみに することも可能</p> <p><位置づけ> 出資者会の下位機関 出資者会の招集、董事会決定事項の実行など</p> |
| e. 意思決定システム | <p>董事会による意思決定</p> <p><構成員> 出資者が派遣した董事</p> <p><決議方式> 董事 1 名につき 1 票 * 出資比率 49:51 でも日中出資者の董 事派遣人数が同数であれば、49%出資で もすべての決議事項について拒否権あり</p> <p><特別決議事項の決議条件> 出席董事の全会一致 * 董事を派遣していれば特別決議事項に 拒否権あり</p> <p><定足数> (頭数で)2/3 以上の董事の出席</p> | <p>出資者会による意思決定</p> <p><構成員> 全出資者</p> <p><決議方式> 出資比率(定款に別段の定めのある場合を除く) * 出資比率 49:51 である場合、49%出資側は(董事派 遣人数にかかわらず)原則として拒否権なし。拒否権を 持つには定款上の規定が必要</p> <p><特別決議事項³の決議条件> 議決権の 2/3 以上 * 出資比率 1/3 超の場合に特別決議事項に拒否権あ り</p> <p><定足数> 法定の限定なし(定款で規定)</p> <p>議事方式、決議手続は(会社法に定めのあるものを除 き)定款で定める</p> |
| f. 董事の任免権 | <p>各出資者 * 少数出資者でも任免権を持つことが原 則的には可能</p> | <p>出資者会 * 任免権を持つには出資者会において過半数の議決 権を占めることが原則として必要 (董事の推薦権の定めを置くか否かは交渉マター)</p> |
| g. 正副董事長の任免 権 | <p>日方・中方のいずれかが董事長と副董 事長の任免権を独占するのは原則として不 可 (日方が董事長の任免権を持つ場合は中 方が副董事長の任免権を持つ。逆も同じ)</p> | <p>特段の定め無し * 合併契約、定款において任免権を規定(任免権をい ずれが持つかは交渉マター)</p> |
| h. 総経理の任免権 | <p>(通常は合併契約、定款でいずれかの出 資者に推薦権を認めただうえで)董事会で任 免</p> | <p>董事会</p> |
| i. 正副総経理の任免権 | <p>日方・中方のいずれかが総経理と副総 経理の推薦権を独占するのは原則として不 可 (日方が総経理の推薦権を持つ場合は中 方が副総経理の推薦権を持つ。逆も同じ)</p> | <p>特段の定め無し * 合併契約、定款にて確定(総経理の指名権者を決め ておくか、決議条件は何かなど合併当事者と要協議)</p> |

³ 定款変更、増減資、合併・分割、解散、会社形態の変更等

| 主な要変更事項 | 現状 | → 2024 年末までに変更を要する主な内容 (変更後の内容) |
|---------------|--|---|
| j.法定代表者となり得る者 | 董事長 | 董事長のほか、執行董事、総経理も法定代表者を担当可 |
| k.持分譲渡に必要な同意 | 合併当事者以外の第三者に持分譲渡をしようとする場合、 他のすべての出資者の同意が必要 | 合併当事者以外の第三者に持分譲渡をしようとする場合、 他の過半数の出資者の同意が必要 定款で上記と異なる定めを置いた場合は定款規定を優先 * 既存定款の定め(通常は左記内容になっていると思われる)を維持するか削除し過半数同意でよしとするか要検討 |
| l.利益配当 | 出資比率で配当 | 原則: 払込済出資比率で配当 例外: 全出資者がこれと異なる配当方式を合意した場合はそれに従う |
| m.税後利益からの積立基金 | 準備基金(必須) 企業発展基金(必須) 職工奨励及福利基金(任意) 積立比率は董事会で決定 | 法定積立金(資本金の 50%までは必須) 公積金(任意) 積立比率は出資者会で決定 |

(3) 2024 年末までに行うべき準備、対策

① 既存の中外合併企業の場合

前記(2)において述べた各種変化は、性質上「外商投資法」の施行や同法施行後 5 年という時の経過によって自然に生じるものではなく、既存の中外合併企業の合併契約、定款の変更を経て変更(再構築)されるものです。かつ、そこで必要となる合併契約、定款の変更内容は、単に「会社法」などの法令に従い機械的に内容が決まるとは限らず、「会社法」に反しない範囲で中外両出資者の再協議により独自に取り決めを要する事項が多く含まれています(中国の会社法は、定款自治を比較的広く認めているため)。

すなわち、中外合併企業の出資者である日本企業は、2024 年末までに、「外商投資法」及び「会社法」に基づく新たな機関構成、意思決定システム等の中方パートナーとのカバランスに係る諸要素について改めて協議し、合意し、変更内容を合併契約及び定款に反映する必要があることとなります。

前記(2)のとおり要変更点は各出資者のカバランスに影響を与える事項ばかりのため、中方との協議については、2024 年末までというタイムラインの中、いつ頃協議をするか⁴、どこまでを勝ち取りどこは譲って良いかなど予め戦略を立てて交渉に臨む必要があると考えられます。たとえば、出資比率 49:51、董事派遣人数は同数という中外合併の場合、過半数決議事項やその決議条件、デッドロックシステムなどを中心に見直しを要することになると考えられます。一方、中方の少数出資を受け入れている中外合併企業の場合は(日方が少額出資の場合も)、特別決議事項やその決議条件などを中心に見直しが必要となると考えられます。このほか、既存の合併契約・定款上の持分譲渡条件を維持するか否かも議論になり得るものと考えられます。

多数の中国関係会社を擁する日本企業におかれては、まずは各中国関係会社の企業類型、既存の組織構成をチェックし、「外商投資法」に伴い再構築を要する会社(前記(1)表 A、C、E に該当する会社)を割り出したうえ、事業の状況や中方その他合併パートナーとの関係を踏まえ、2024 年末までという時間の中で、どの中国関係会社についてどのように再構築の協議を進めるか、大まかなスケジュールを立てておくことも考えられます。

⁴ いつ頃協議を開始するかについては、2024 年末ぎりぎりまで延ばすのは推奨できません(協議に時間を要する可能性があるため)。「外商投資法」施行後 5 年の過渡期内(2024 年末まで)の取り扱いについては具体的な実施弁法の制定が予定されていることから(42 条 2 項)、実施弁法の制定を待つほうが望ましいといえます。

② 2019 年内に中外合併企業の設立予定があるか、又は再編による中外合併化を予定する場合

2019 年内は「外商投資法」が施行されていないため、2019 年内の中外合併企業設立(再編による中外合併化も同様)はこれまでどおり「中外合資経営企業法」に従ったもの(すなわち前記(2)表左側の内容)とする必要があると考えられます。

この場合、苦労して中方と協議し「中外合資経営企業法」に従って(2019 年内に)中外合併企業を設立しても、設立後ほどない2020 年から「外商投資法」が施行され、2024 年末までに前記①のような再協議を要することから、交渉の労力や定款変更など手続負担が二重にかかってしまうことになります。

2019 年内に中外合併企業の設立予定があるか、又は再編による中外合併化を予定する場合は、交渉・手続の負担軽減の観点からは、(i)設立スケジュールを「外商投資法」施行日である2020年1月1日以降に調整する(2020年1月1日以降に設立される中外合併企業の機関構成等は「外商投資法」及び「会社法」に従うため、中方との交渉も最初からこれを前提に(前記(2)表右側の内容等を前提に)行うことができます)、(ii)どうしても2019年内に設立が必要な場合は、出資者が中国法人のみ、又は外国法人のみになるよう出資エンティティを調整する⁵、などの対応を検討することが考えられます⁶。

以上



なかしま
中島 あずさ

西村あさひ法律事務所 パートナー 弁護士 北京事務所 首席代表
a.nakashima@jurists.co.jp

日本企業をクライアントとする中国での買収・合併案件、日本企業の再編に伴う中国関連会社の M&A 取引に多数関与。

2002年に弁護士登録。2002-2005年、中国・北京にて語学研修および業務研修。

2010年に当事務所入所。2013年より同北京事務所首席代表就任。

⁵ この(ii)の場合、設立される会社は、中国内資企業(出資者がいずれも中国法人であれば)又は前記(1)表の D(出資者がいずれも外国人・外国法人であれば外商合併企業)となり、2019 年中に設立する場合でも「中外合資経営企業法」は適用されません(「外商投資法」及び「会社法」に従った中外合併企業設立を前提に、最初から前記(2)表右側の内容を前提に合併交渉をすればよいことになります)。

⁶ 2019 年中の設立を目指す場合、設立当初適用する「中外合資経営企業法」に従った合併契約・定款の協議をする傍ら、2024 年末までに変更予定の「会社法」に従った合併契約・定款の協議を予め並行するという方法もないわけではありません(両法それぞれに基づくガバナンスシステムの協議を要するという点で交渉は二重になりますが、2019 年の段階で、将来変更する内容も予め協議しておくことにより、設立後いざ変更を要する際に協議が纏まらないおそれは低減できます)。

当事務所の中国プラクティスは、日本と中華人民共和国間の国際取引および中国内の法務案件にとどまらず、香港・台湾・シンガポール等の中華圏やその他の国・地域に跨るクロスボーダーの国際取引を幅広く取り扱っております。例えば、対日・対中投資、企業買収、契約交渉、知的財産権、コンプライアンス、独占禁止法、ファイナンス、労働、訴訟・紛争等の取引について、豊富な実務経験のある日本および中国の弁護士が中心となってリーガルサービスの提供を行っています。本ニュースレターは、クライアントの皆様の一助に即応すべく最新の法務関連情報を発信することを目的として発行しております。

東京事務所 中国プラクティスチーム
〒100-8124 東京都千代田区大手町 1-1-2
大手門タワー
Tel: 03-6250-7234 Fax: 03-6250-7200
E-mail: eapg@jurists.co.jp
URL: <https://www.jurists.co.jp>

北京事務所
〒100025 北京市朝陽区建国路 79 号
華貿中心 2 号写字楼 4 層 08 号
Tel: +86-10-8588-8600 Fax: +86-10-8588-8610
E-mail: info_beijing@jurists.jp

上海事務所
〒200040 上海市静安区南京西路 1601 号
越洋広場 38 階
Tel: +86-21-6171-3748 Fax: +86-21-6171-3749
E-mail: info_shanghai@jurists.jp