

《外商投资产业指导目录》鼓励类外商投资项目限制条件的理解与分析

中国的《外商投资产业指导目录（2007 年修订）》、以及 2011 年 04 月份发布的《外商投资产业指导目录（2011 年征求意见稿）》中，部分鼓励类外商投资项目附加了“限于合资、合作”、“限于合资”、“限于合作”、“中方控股”、“中方相对控股”、“外资比例不高于 50%”等有关投资方式、股权比例的限制条件（以下简称“限制条件”）。**由此产生的问题是，对于附加了限制条件的鼓励类外商投资项目，外国投资者没有按照限制条件的要求进行投资的话，那么，会对外国投资者的投资产生何种影响？**例如，对于限于合资、合作的鼓励类外商投资项目，如果外国投资者以外商合资、外商独资的方式投资，那么，其结果是该投资无法作为鼓励类项目通过审批，但可以转为允许类项目办理？还是，既不能作为鼓励类项目、也不能作为允许类项目通过审批？对此问题，律师拟通过本文进行简要分析。

1. 《外商投资产业指导目录》制定部门的理解

对此问题，包括《外商投资产业指导目录》、《指导外商投资方向规定》在内的相关法律都没有明确规定。因此，我们与《外商投资产业指导目录》的制定部门，即中国国家发展和改革委员会（以下简称“发改委”）、国家商务部进行了确认，他们认为：

- 对于附加了限制条件的鼓励类外商投资项目，外国投资者只能按照限制条件要求的方式进行投资；
- 不符合限制条件的，不能进行投资，也不能转为允许类项目办理审批手续。

但是，律师在处理外商投资业务时发现，虽然《外商投资产业指导目录》的制定部门理解一致，但是，在实务操作中，不同地区的发改委、商务部门的不同工作人员，对于上述问题仍然存在着两种截然不同的理解。

2. 两种不同的理解

| 内容   | 理解 1                                   | 理解 2                                       |
|------|--|--|
| 主要观点 | ▪ 对于附加了限制条件的鼓励类外商投资项目， <b>外国投资者只能以</b> | ▪ 对于附加了限制条件的鼓励类外商投资项目， <b>外国投资者只有按照限制条</b> |

「外商投資産業指導目錄」中の奨励類外商投資プロジェクト制限条件についての認識および分析

中国の「外商投資産業指導目錄(2007 年改正)」、および 2011 年 4 月に公布された「外商投資産業指導目錄(2011 年意見募集案)」の中で、一部の奨励類外商投資プロジェクトについて「合併、合作に限る」、「合併に限る」、「合作に限る」、「中方による持分支配」、「中方による相対的持分支配」、「外資比率は 50%を超えない」といった投資方式、持分比率に関する制限条件（以下「制限条件」という）を付加した。**これにより生じる問題は、制限条件を付加した奨励類外商投資プロジェクトについて、外国投資者が制限条件の要求に従って、投資を行わなかった場合、外国投資者にどのような影響が及ぶかである。**たとえば、合併、合作に限定される奨励類外商投資プロジェクトについては、外国投資者が外商合併、外商独资の方式により投資した場合、その結果は、当該投資は奨励類プロジェクトとして審査許可を通過することはできないが、許可類プロジェクトに転向して処理することは可能なのか、それとも、奨励類プロジェクトとしても、許可類プロジェクトとしても審査許可を通過することはできないのか。この点について、筆者は、本文を通じて簡潔な分析を行う。

1. 「外商投資産業指導目錄」の制定部門による認識

この点については、「外商投資産業指導目錄」、「外商投資方向指導規定」を含む斯かる法律においても明確な規定はない。したがって、「外商投資産業指導目錄」の制定部門である中国国家發展改革委員会（以下「发改委」という）、国家商務部に確認を行ったところ、彼らの認識は以下の通りである。

- 制限条件を付加した奨励類外商投資プロジェクトについては、外国投資者は制限条件の要求にしたがって、投資を行うことしかできない。
- 制限条件に適合しない場合、投資を行うことも、許可類プロジェクトに転向して審査許可手続を行うこともできない。

ただし、筆者が外商投資業務を処理する際に気付いた点として、「外商投資産業指導目錄」の制定部門の認識は一致してはいるが、実務取扱の過程では、地域毎の发改委、商務部門の職員ごとに、上記の問題については依然として二通りに全く異なる認識が存在している。

2. 二通りの異なる認識

| 内容   | 認識その 1                                     | 認識その 2  |
|------|--|---|
| 主な観点 | ▪ 制限条件を付加した奨励類外商投資プロジェクトに対して、 <b>外国投資者</b> | ▪ 制限条件を付加した奨励類外商投資プロジェクトに対して、 <b>外国投資者が制限</b> |

|             |   |  |   |  |
|-------------|---|--|---|--|
|             | <p><u>限制条件限定的方式进行投资</u>，不得采用限制条件之外的方式进行投资；</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>外国投资者不按照限制条件限定的方式投资的，不能通过审批，也不能转为允许类项目办理。</li> </ul>  | <p><u>件限定的方式投资才属于鼓励类项目</u>；</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>外国投资者不按照限制条件限定的方式投资的，不属于鼓励类项目。但是，在相关法律（例如，某一行业领域的专项规定）没有限制或禁止的前提下，<u>可以作为允许类项目办理</u>。</li> </ul>  | <p><u>は制限条件で限定された方式でしか投資を行うことができず</u>、制限条件以外の方式により投資を行ってはならない。</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>外国投資者が制限条件で限定された方式に従って投資を行わなかった場合、審査許可を通過することも、また許可類プロジェクトに転向して処理することもできない。</li> </ul>  | <p><u>条件で限定された方式により投資することで、初めて奨励類プロジェクトとして取扱うことができる</u>。</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>外国投資者は、制限条件で限定された方式に従って投資しなかった場合は、奨励類プロジェクトとして取扱わない。ただし、斯かる法律（たとえば、ある産業分野の個別規定）で制限または禁止がないという前提であれば、<u>許可類プロジェクトとして取扱うことができる</u>。</li> </ul>   |
| <p>主要理由</p> | <ul style="list-style-type: none"> <li>《<u>指导外商投资方向规定</u>》第4条第2款规定，不属于鼓励类、限制类和禁止类的外商投资项目，为允许类外商投资项目。因此，<u>某一外商投资项目归入鼓励类，无论是否对其附加了限制条件，都不可能再属于允许类</u>；</li> <li>对鼓励类外商投资项目附加限制条件的目的是：一方面可以<u>促使外国投资者投资该外商投资项目，带动中国相关行业领域的发展</u>；另一方面，通过附加限制条件，<u>避免实力强大、技术先进的外国投资者全面占据中国相关行业领域的市场份额，保护中国相关企业、市场的发展</u>。</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>中国作为 WTO 的成员国，应实施全面的对外开放政策。在禁止类、限制类项目已做出合理保留的情况下，其他外商投资项目应当放开。<u>按照理解 1，鼓励类外商投资项目的限制条件无疑产生了变相限制、禁止外国投资者在中国投资的效果，涉嫌违反 WTO 规则</u>；</li> <li>对鼓励类项目附加限制条件的目的，是希望外国投资者可以通过合资、合作的方式进行投资，在合资合作的过程中，为中方投资者提供技术、管理等方面的支持，带动中国相关行业领域的发展。<u>因此，是否符合鼓励类项目的限制条件，只能决定外国投资者是否享受鼓励类项目的优惠政策，并不妨碍其投资</u>；</li> <li>根据《<u>指导外商投资方向规定</u>》第4条第2款的规定，<u>不符合鼓励类限制条件的外商投资项目，不属于鼓励类项目，如果也不属</u></li> </ul> | <p>「<u>外商投資方向指導規定</u>」第4条第2項では、奨励類、制限類および禁止類に該当しない外商投資プロジェクトは許可類プロジェクトであると定めている。したがって、<u>あるひとつの外商投資プロジェクトが奨励類に分類された後は、それに制限条件が付加されるかどうかを問わず、いずれの場合も許可類に改めて分類されることはない</u>。</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>奨励類外商投資プロジェクトに制限条件を付加した目的は、<u>外国投資者がその外商投資プロジェクトに投資し、中国の斯かる産業分野の発展の牽引を促すことができる一方で、制限条件を付加することで、実力が強大で、技術の進んだ外国投資者が中国の斯かる産業分野の市場シェアを全面的に占めてしまうことを回避し、中国の斯かる企業、市場の発</u></li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>中国は WTO の加盟国として、全面的な対外開放政策を実施しなければならず、禁止類、制限類プロジェクトをすでに合理的に留保している状況で、その他の外商投資プロジェクトは開放すべきである。<u>認識その 1 によると、奨励類外商投資プロジェクトの制限条件は、外国投資者の中国での投資を実質的に制限し、禁止する効果が生じており、WTO 規則に違反する疑いがある</u>。</li> <li>奨励類プロジェクトに制限条件を付加する目的は、外国投資者が合併、合作の方式を通じて投資し、合併合作を行う過程で、中方投資者に技術、マネジメントなどの分野でのサポートを提供し、中国の斯かる産業分野の発展の牽引を願うことにある。したがって、<u>奨励類プロジェクトの制限条件に適合するかどうかは、外国投資者が奨励類プロジェクトとしての優遇を受けられるかどうかを決定できるだけであり、その</u></li> </ul> |

|                    |   |  |
|--------------------|---|--|
|                    |   | <p><u>于限制类和禁止类项目，那么就应当将其认定为允许类项目。</u></p>                            |
| <p>持该理解的主要政府部门</p> | <p>据律师了解，北京市商务委员会、北京市发改委、上海市发改委、上海市商务委员会、浙江省商务厅等政府部门的<u>部分工作人员</u>倾向于认同该理解。</p> | <p>据律师了解，江苏省商务厅、江苏省发改委、浙江省发改委、深圳市发改委等政府部门的<u>部分工作人员</u>倾向于认同该理解。</p> |

律师理解，在相关法律没有明确规定的前提下，两种理解都有其各自的道理，对此问题，还需要理论界、实务界的进一步研究、探讨。实务中，考虑到外商投资产业政策是外国投资者在中国投资的第一道法律屏障，如果拟投资的项目是附加限制条件的鼓励类外商投资项目，那么，需要遵从所在地相关政府部门的意见，因此，律师建议，在投资之前与当地的相关政府部门进行事先的沟通、确认，以便实现投资目的。

另外，除部分鼓励类外商投资项目有限制条件外，部分限制类外商投资项目也附加了限制条件。但是，对于限制类外商投资项目限制条件的理解，实务中，较为统一，即不符合限制类外商投资项目限定条件的要求的，不能进行投资，更不能转为允许类外商投资项目投资。

(里兆律师事务所 2011 年 11 月 25 日整理编写)

|                          |   |   |
|--------------------------|---|---|
|                          | <p><u>展を守る</u>ことにあ</p>  | <p><u>投資を妨げるものではない。</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>「<u>外商投資方向指導規定</u>」第 4 条第 2 項の規定によると、<u>奨励類制限条件に適合しない外商投資プロジェクトは、奨励類プロジェクトには該当せず、もしも制限類と禁止類のプロジェクトにも該当しないならば、これを許可類プロジェクトと認定すべきである。</u></li> </ul> |
| <p>その認識を持っている主要な政府部門</p> | <p>筆者が把握する限りでは、北京市商務委員会、北京市发改委、上海市发改委、上海市商務委員会、浙江省商務庁などの政府部門の一部職員はこの認識に賛同する傾向にある。</p> | <p>筆者が把握する限りでは、江蘇省商務庁、江蘇省发改委、浙江省发改委、深セン市发改委などの政府部門の一部職員はこの認識に賛同する傾向にある。</p>   |

筆者の理解では、斯かる法律で明確な規定がないという前提においては、二通りの認識にはいずれも独自の道理があり、この点については、更に理論界、実務界にて一層研究、検討される必要がある。実務においては、外商投資産業政策は外国投資者の中国投資の 1 つ目の法的障壁であることから、もしも投資しようとするプロジェクトが制限条件付の奨励類外商投資プロジェクトであった場合には、所在地の関係政府部門の意見に従う必要があるため、投資を行う前には、現地の関係政府部門と事前に意思疎通を行い、確認し、投資目的の実現に備えておくのがよい。

また、一部の奨励類外商投資プロジェクトに制限条件があるほか、一部の制限類外商投資プロジェクトにも制限条件が付加されている。ただし、制限類外商投資プロジェクトの制限条件についての認識は、実務においては、やや統一されており、つまり、制限類外商投資プロジェクトの制限条件の要求を満たさない場合には、投資を行うことはできず、許可類外商投資プロジェクトに転向することは尚更のこと不可能である。

(里兆法律事務所が 2011 年 11 月 25 日付で作成)