

赛尼尔法务管理丛书

An Instruction Manual for

LEGAL

RISK

MANAGEMENT

in Overseas Construction Projects of
Chinese Enterprises

中国企业对外承包工程

法律风险管理
操作指引

叶小忠 主编



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

赛尼尔法务管理丛书

An Instruction Manual for

LEGAL

RISK

MANAGEMENT

in Overseas Construction Projects of
Chinese Enterprises

中国企业对外承包工程

法律风险管理 操作指引

叶小忠 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国企业对外承包工程法律风险管理操作指引 / 叶
小忠主编. —北京:法律出版社,2015.8
ISBN 978-7-5118-8320-9

I. ①中… II. ①叶… III. ①企业—对外承包—法律
—研究—中国 IV. ①D922.295.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 192272 号

©法律出版社·中国

责任编辑/孙天琪 张心萌

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/市场研发部

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/固安华明印业有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/710 毫米×1000 毫米 1/16

印张/14.25 字数/190 千

版本/2015 年 9 月第 1 版

印次/2015 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-8320-9

定价:46.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

主 编：叶小忠

副主编：王 建 王德全 王甲国 岳向文

周平俊 吴 勇 颜文敏

序

2014 年,是中国企业对外投资的元年。根据商务部和国家外汇管理局统计,2014 年,中国共实现全行业对外投资 1160 亿美元,如果加上第三地融资再投资,2014 年我国对外投资规模约在 1400 亿美元,实际使用外资金额 1195.6 亿美元,实际对外投资高于利用外资约 200 亿美元,对外投资额首超外商投资额。

作为中国企业走出去排头兵的中国建筑工程企业,它们在这条路上已经走了 30 多年。在经历了最初的援助期、起步期、成长期、扩张期之后,中国企业对外承包工程已进入一个新的时期。2015 年,是中国企业走出去的机遇之年。“新丝绸之路经济带”的逐步落实、亚洲基础设施投资银行的筹备与设立、中国高铁项目走出去的步伐加快,这些无疑都给前行中的中国建筑工程企业带来巨大的机会。

当然,风险永远与机会同在。在过去 30 多年的发展中,中国建筑工程企业已经积累了许多宝贵的经验,其中最重要的经验就是如何在对外承包工程过程中预测、识别、规避、管理各类风险,维护国家、公司、股东、员工、东

道国人民多方利益。如何在走出去的过程中加强法律合规意识,用法律的武器保护自己,也是中国企业在走出去的过程中必须学习的一课。

本书作为中国企业法务管理研究中心专项课题的研究成果之一,从最初的立项、调研、讨论、成书,历时一年多。其中得到国内多家大型建筑工程公司的支持和帮助,在此不胜感谢!它们作为中国企业走出去的先驱者和实践者,对中国企业对外承包工程法律风险管理的重要性是感受和体会最深的。对外承包工程相较于并购等其他走出去形式而言,行业专业性极强;工程的投资金额高、投资期长,且涉及人员众多,因此面临的各种风险和不确定性也非常大。我们特别选取法律的视角去分析和讨论这些风险,并旨在提出系统的解决方案。正如中国企业法务管理研究中心一向所坚持的理念,“用管理的方法解决法律问题”,本书的落脚点也放在如何在企业内部构建有效的法律风险管理体系,如何用体系和程序管理走出去中的法律风险。

由于时间仓促且行业变化发展较快,本书仍难免会有疏漏之处,望读者见谅!

编者

2015年8月

中国企业法务管理创新基地

为帮助企业全面地改进法务管理水平，在中国政法大学中国企业法务管理研究中心的支持下，中国法律风险管理网正式启动“中国企业法务管理创新基地”项目。

我们将为创新基地成员提供全方位的企业法务管理服务，包括但不限于法务资讯、培训、咨询、论坛、交流、课题等，基地成员享有以下权利：

1、基地常年举办的各种培训和专业研讨会（详见网站通知），个人成员、普通单位成员每年可免费参加培训和研讨会25人/天；高级单位成员每年可免费参加培训和研讨会人80人/天；

2、优先安排和通知基地成员参加中心和基地组织各类论坛、沙龙及企业交流活动，包括中国企业法务管理高峰论坛、公司法务论坛、上市公司法律风险指数发布会等，根据高级成员单位申请，安排一次专项企业交流。

3、基地成员免费获得相关中心和基地的研究成果和资料，包括但不限于《中国企业法务观察》、《中国上市公司法律风险指数年度报告》（精编版）、《中国企业法务管理大事记》、《赛尼尔法务管理》以及当年出版的赛尼尔法务管理文丛等。

加入创新基地需履行以下程序：

1、签署企业法务管理创新服务专项协议；

2、交纳服务费：

个人成员，每年缴纳服务费15,000元

普通单位成员，每年缴纳服务费20,000元；

高级单位成员，每年缴纳服务费50,000元。

联系电话：010-63331842；联系邮箱：snr5151@139.com

中国企业法务管理创新基地

2015年8月1日



第一编 中国企业对外承包工程概述

第一章 中国企业对外承包工程概况 / 3

- 第一节 中国企业对外承包工程的历史及现状 / 3
- 第二节 中国企业对外承包工程的变化及趋势 / 9
- 第三节 中国企业对外承包工程的挑战和机遇 / 14

第二章 中国企业对外承包工程的典型结构 / 19

- 第一节 中国企业对外承包工程的主要模式与特点 / 19
- 第二节 中国企业对外承包工程的法律结构与主要关系方
——以柬埔寨甘再 BOT 水电站项目为例 / 24

第三章 中国企业对外承包工程的适用法律 与监管 / 37

- 第一节 国内适用法律及监管 / 37
- 第二节 国外适用法律及监管 / 49

第二编 中国企业对外承包工程的法律风险管理

第四章 中国企业对外承包工程的法律风险提示及应对建议 / 55

第一节 法律风险的定义和分类 / 55

第二节 政治和法律环境风险提示及应对建议 / 56

第三节 监管合规风险提示及应对建议 / 72

第四节 合同法律风险提示及应对建议 / 91

第五节 相对方风险提示及应对建议 / 107

第六节 跨境担保风险提示及应对建议 / 130

第七节 争议解决风险提示及应对建议 / 136

第五章 中国企业对外承包工程法律风险管理体系及范例 / 142

第一节 对外承包工程法律风险管理的机构设置与队伍建设 / 142

第二节 对外承包工程法律管理的流程梳理及内控体系建设 / 148

第三节 对外承包工程法律风险管理的外部资源利用 / 158

附录一 参考文献 / 162

附录二 对外承包工程法律法规索引 / 165

附录三 对外承包工程法律法规摘要 / 168

第一编

中国企业对外承包工程概述

第一章 中国企业对外承包工程概况

第一节 中国企业对外承包工程的历史及现状

一、中国企业对外承包工程的历史回顾

对外承包工程,也称海外承包工程。根据国务院 2008 年颁布的《对外承包工程管理条例》中的定义,对外承包工程是指中国的企业或者其他单位承包境外建设工程项目的活动。其中,商务部和住房和城乡建设部于 2009 年颁布的《对外承包工程资格管理办法》中将对外承包工程进一步规定为,中国的企业或者其他单位承包境外建设工程项目,包括咨询、勘察、设计、监理、招标、造价、采购、施工、安装、调试、运营、管理等活动。

我国早期对外承包工程的发展与对外援助工作密不可分。随着改革开放,我国对外承包工程业务实现了跨越式的发展。“对外开放”政策的实施,真正为中国企业进入国际工程承包市场打开了大门。我国对外承包工程发展的初始阶段主要在 1983 年以前,主要分为劳务分包和施工分包。在该阶段,实际从事该业务的企业不到 30 家,累计签订合同额 12.5 亿美元,完成营业额 5.6 亿美元。^①

随后,我国对外承包工程经营领域日益拓宽,规模也不断扩大。在该阶段,对外承包工程主要是以外经企业为主。通过积极参与国际工程竞标,这些企业不断提升管理能力和水平,参与激烈的国际竞争,拓展市场范围。到 1990 年,我国对外承包工程和劳务合作合同额度和营业额不断增加,享有对

^① “中国对外承包工程发展三十年回顾”,载 <http://www.czicc.com/html/info/safe/175.htm>, 2015 年 4 月 14 日最后访问。

外经营权的企业增加到近百家,市场已经扩展到 130 多个国家和地区,并且开始承揽一些技术含量较高的项目,如电站等。本阶段的项目为随后我国对外承包工程的稳步发展奠定了基础。

在 20 世纪 90 年代,我国对外承包企业实力不断壮大,承揽和实施项目的的能力不断增强,我国对外承包工程政策支持体系也日趋完善。在本阶段,我国对外承包工程和劳务合作业务成倍增长,合作地域遍及 180 多个国家和地区,合作领域涉及了各个行业。越来越多的实体企业参与对外承包项目,参与主体逐渐由窗口型企业转为实体型企业,涵盖了中央到地方各个行业的公司。此外,外经公司和实体公司合作发展,进一步促进了对外承包工程业务的发展,扩展了业务领域,提高了业务水平,提升了项目质量。我国公司业务规模越来越大,经营水平不断提高,在激烈的国际市场竞争中,逐渐占有一席之地。1999 年,对外承包工程新签合同额突破了 100 亿美元,完成营业额达到了 85 亿美元。同年,中央为进一步推动国内企业到海外开拓市场,明确提出了“走出去”战略。在该战略的支持下,众多对外承包工程的发展取得了重大成果。从“十五”计划开始,中国对外承包工程进入持续快速增长的重要阶段。“十五”期间,新签合同额和完成营业额年均增长率达到 20% 以上,增长速度是“九五”同期的两倍。我国对外承包工程取得跨越式发展,进入新阶段,在企业团队业务领域和创新、市场开拓等各方面取得巨大突破。我国企业对外承包工程在新签合同和完成营业额方面,年均增长率均在 30% 以上,发展势头仍然迅猛。

对于对外工程承包这种大型项目来讲,国家政策对于企业参与国际竞争具有较大影响。这些政策支持主要体现在:帮助企业拓宽融资渠道、加大财政资金的支持力度、放宽外汇管理政策、海关等部门为国际工程承包企业提供便利化服务等,以此来指导我国企业的发展方向、增强行业竞争力。^①为了认真贯彻落实中央关于“走出去”的开放战略,2000 年国务院办公厅转发了外经贸部等部门关于《大力发展对外承包工程意见》的通知,以期进一步

① 吴滨:“基于全球视角的国际工程承包市场研究”,天津财经大学 2008 年硕士学位论文。

加大开拓国际市场的力度。2008年5月7日国务院第8次常务会议通过了《对外承包工程管理条例》,并规定于2008年9月1日起施行。有了法律法规的指引和指导,我国的对外承包工程进入了蓬勃发展期。

对外承包工程是我国“走出去”战略的主要表现形式之一,它通过积极开拓国内、国际两个市场,充分利用国内、国际两种资源,对促进国民经济发展,扩大对外开放发挥了重要作用。虽然我国对外工程承包行业已经具备了相当的规模,但从整个行业的平均水平以及与国际工程承包行业特别是欧美等发达国家的国际承包商行业相比来看,我国对外工程承包行业发展仍有待提升。

二、我国对外承包工程的现状

(一) 我国对外承包工程的规模现状

根据中国对外投资和经济合作网站的统计数据显示,截至2015年4月14日,我国已有3829家对外工程承包企业。^①

美国《工程新闻记录》(以下简称ENR)杂志将最大国际承包商的排名区分为“全球承包商”(Global Contractors)和“国际承包商”(International Contractors),前者是根据在全球范围内(母国和母国外)所有营业额来排名的,而后者是根据承包公司在母国以外的国际工程营业额来排名的,代表公司国际工程业务拓展实力和实施国家“走出去”战略的业绩。ENR排名对分析我国对外承包工程更具有参考价值。

2012年全球最大225家国际承包商榜单,中国内地有52家企业上榜,共完成海外工程营业额627.08亿美元,比上年的570.62亿美元增加了9.89%。52家企业平均营业额达到12.06亿美元,比上一年增长了5.88%^②。

① 中国对外投资和经济合作网, http://wszw.hzs.mofcom.gov.cn/fecp/zsma/corp/corp_ml_list.jsp, 2015年4月14日最后访问。

② “52家内地企业入选2012年度ENR全球最大225家国际承包商”,载中国对外承包工程商会网站, http://www.chinca.org/cms/html/main/col151/2012-09/19/20120919112244093279469_1.html, 2015年4月14日最后访问。

2013 年 ENR 将全球最大国际承包商名录的企业数量由 225 家调整为 250 家。2014 年,我国内地有 62 家上榜企业。其中共有 20 家企业排名列在前 100 名,近 30 家排名前 200 名^①。我国企业整体排名有所提高,部分企业业务增长迅速。

根据商务部的统计,2014 年我国对外承包工程业务完成营业额 1424.1 亿美元,同比增长 3.8%;新签合同额 1917.6 亿美元,同比增长 11.7%。其中 11 月 20 日签署的尼日利亚沿海铁路项目合同总金额达 119.7 亿美元,是中国对外工程承包史上单体合同金额最大的项目。2014 年,新签合同额在 5000 万美元以上的项目达 664 个,合同总额占新签合同总额的 82.3%。其中上亿美元的项目达 365 个,10 亿美元以上超大项目达 25 个,同比增加 16 个。^②同时,工程项目涉及全球 180 多个国家和地区,业务涉及基础设施建设的各个领域,越来越多的企业开始尝试 PPP(公共部门与私人企业合作)、BOT(建设—营运—移交)等合作模式。据承包商会对对外承包工程企业项目投议标情况的统计,企业 2014 年参与中高端(BOT、PPP、EPC、DB 和技术服务)项目的投议标共计 812 次,涉及金额 2118.33 亿美元。对外承包工程行业俨然已成为我国“走出去”战略的重要构成部分。^③

(二)我国对外承包工程的地区分布现状

一直以来,我国对外承包工程以亚非市场为主的传统格局稳固。从整体来看,我国对外工程承包业务分布的区域特点是:亚非市场是我国对外工程承包的主要阵地,其中亚洲市场所占份额最大,非洲市场紧随其后;拉美及大洋洲(包括太平洋岛屿)市场营业额保持了高速增长,发展潜力较大;欧

① 中国对外承包工程商会网站, http://www.chinca.org/cms/html/main/col11/2014-09/04/20140904154541754967064_1.html, 2015 年 4 月 14 日最后访问。

② 对外承包工程商会网站, http://www.chinca.org/cms/html/main/col11/2015-01/30/20150130101239812750756_1.html, 2015 年 4 月 14 日最后访问。

③ 商务部统计数据, <http://www.mofcom.gov.cn/article/tongjiziliao/dgz/201503/20150300914725.shtml>, 2015 年 4 月 7 日最后访问。“我国去年对外承包工程营业额逾 1371 亿美元”,载《建筑时报》2014 年 2 月 27 日。

洲市场份额基本上呈不断增长趋势,虽然近年有所下降,但仍占据了一定地位;北美市场份额目前较低,但近些年增长潜力巨大。

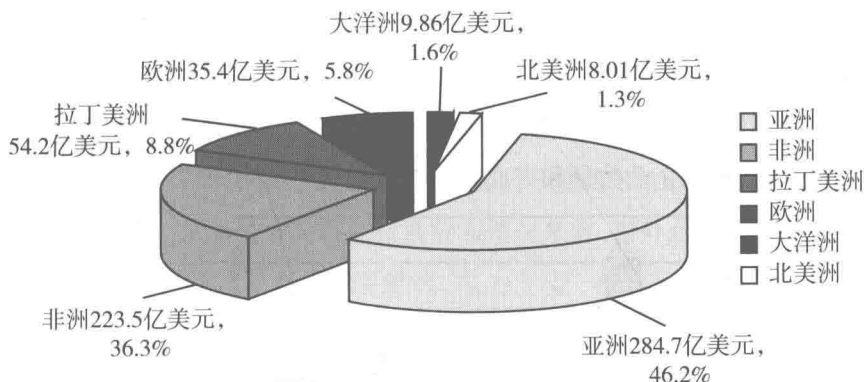


图 1-1 2014 年对外承包工程完成营业额地域分布情况

根据商务部的统计数据,2014 年 1~6 月,对外承包工程完成营业额 615.8 亿美元,同比增长 6.5%。其中,亚洲 284.7 亿美元,同比增长 1.8%,占 46.2%;非洲 223.5 亿美元,同比增长 18.2%,占 36.3%;拉丁美洲 54.2 亿美元,同比增长 1.9%,占 8.8%;欧洲 35.4 亿美元,同比下降 11.4%,占 5.8%;大洋洲、北美洲分别占 1.6% 和 1.3%。从新签合同额的国家(地区)分布情况来看,2014 年 1 季度位居前十位的国家(地区)是:尼日利亚、阿尔及利亚、刚果(金)、苏丹、中国澳门、沙特阿拉伯、新加坡、印度尼西亚、伊朗和中国香港,合同额共计 166.3 亿美元,占新签合同总额的 47.4%。^①

2015 年,随着国家提出建设“新丝绸之路经济带”和“21 世纪海上丝绸之路”的战略,可以预见“一带一路”战略沿线地域将会成为未来对外承包工程的重点地区,包括中亚、东南亚、中东欧等 60 多个国家。

^① 商务部网站, <http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ai/201408/20140800690431.shtml>, 2015 年 4 月 14 日最后访问。

(三)我国对外承包工程的业务分布现状

我国对外承包行业从最初的房屋建筑和交通领域发展到涉及建筑、冶金、石油、化工、交通、电力、通讯、轻工、农业、渔业以致航空、航天及和平利用原子能等高科技领域。根据商务部公布的 2014 年我国对外承包工程业务完成营业额前 100 家企业统计,其中位列前三的行业是建筑业、电力业和交通运输业,无论在企业数量和完成营业额上均居于前列。

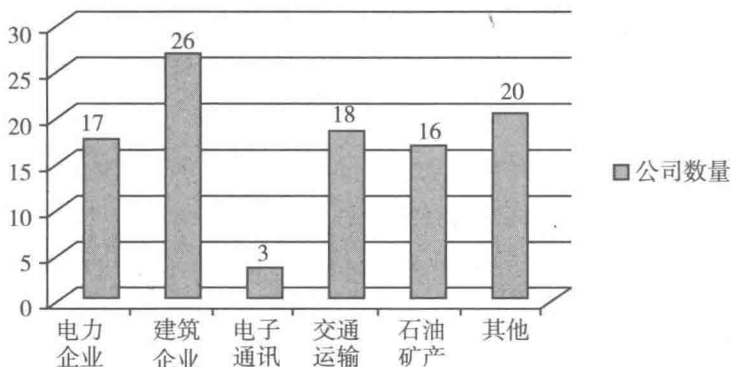


图 1-2 2014 年我国对外承包工程业务完成营业额前 100 家企业

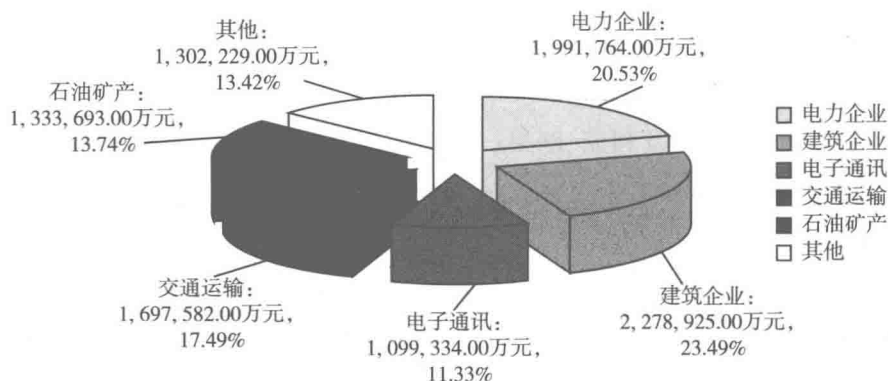


图 1-3 2014 年我国对外承包工程业务完成营业额数量