

“走出去”的

法律问题与实践

(第二版)

郑之杰 主编

The Legal Issues and Practice
of “Going Global”

Second Edition

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

“走出去”的 法律问题与实践

(第二版)

郑之杰 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

“走出去”的法律问题与实践 / 郑之杰主编. —修订本. —北京:法律出版社,2016.8
ISBN 978-7-5118-9826-5

I. ①走… II. ①郑… III. ①企业—对外投资—涉外经济法—研究—中国 IV. ①D922.295.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 187100 号

“走出去”的法律问题与实践(第二版)

郑之杰 主编

责任编辑 王 扬
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 787 毫米×1092 毫米 1/16
版本 2016 年 8 月第 2 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 中煤(北京)印务有限公司

印张 43.75 字数 686 千
印次 2016 年 8 月第 1 次印刷
编辑统筹 独立项目策划部
经销 新华书店
责任印制 沙 磊

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-9826-5

定价:158.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

“登高而招，臂非加长也，而见者远；顺风而呼，声非加疾也，而闻者彰”，荀子劝学中的论述，正是目前中国经济积极参与国际合作与竞争，逐步融入世界经济体系，发挥中心作用，顺势而为的必然趋势。

受国际金融危机和主权债务危机持续影响，自2013年以来，各国更加关注结构调整和经济增长。欧美等发达国家已进一步采取措施降低债务危机的影响，转向关注就业并特别注重实体经济的发展；俄罗斯、印度、巴西等新兴市场和发展中经济体则瞄准刺激内需，以促进国际收支平衡，实现经济的可持续发展，成为世界经济增长的动力和源泉。纵观中国经济，在外需继续疲软、国内劳动力等生产成本不断提高和人民币汇率等综合因素影响下，唯有进一步拓展“走出去”的深度与广度，加强与发达国家、新兴市场经济体的合作与交流，成为今后中国企业发展的主要方向。

中国经济应培育一批国际水平的跨国公司，加快实施“走出去”战略，鼓励各类企业开展对外投资和跨国经营，拓展经济发展的新空间。自中国实施“走出去”战略十多年来，中国海外投资的规模呈不断增长态势，已跃居全球前五位。中国企业已成为全球经济格局中不容忽视的重要力量。

车尔尼雪夫斯基曾经写道：“历史的道路不是涅瓦大街上的人行道，它完全是在田野中行进的，有时穿过尘埃，有时穿过泥泞，有时横渡沼泽，有时行经丛林。”中国“走出去”战略是改革开放基本国策的逻辑发展和必然要求，是新时期的国家发展战略，也是中国长期发展的内在需求。对于在更大范围、更广领域和更高层次上参与国际竞争和合作，充分利用国内国外两个市场、两种资源，进一步拓展经济发展空间，具有重要意义。

中国企业能否抓住这个稍纵即逝的历史机遇，能否适应这个瞬息万变的经济全球化趋势，能否改善中国企业“走出去”的健康程度，是后危机时代一项重要而紧迫的任务。中国要在全球经济发展中掌握主动，就要在企

业“走出去”的同时,充分凭借中国金融的力量实现国家安全和发展的目标,通过融资推动,解决发展的瓶颈问题,用开发性金融等先进的金融理论和方法把政府、市场和企业的力量结合起来,构造市场出口,实现中国企业自身发展和东道国经济发展的双赢格局。

今天的中国企业已不同以往,经过十几年的历练,已经成为有胆略、有经验的业内佼佼者,但仍缺乏对“走出去”的适应能力,尤其是对不同国家法律环境的适应与了解。不断披露的投资失败案例就可证明,一些企业在“走出去”之前,没有深入研究他国的法律政策环境,没有进行科学的分析和决策,冒失投资,结果蒙受巨大的损失,导致形象受损,机会流失。

海外投资的法律风险与商业风险不同之处在于,商业风险可通过企业自身行为的调整逐渐改善,但法律风险的影响却难以控制,动辄影响企业正常经营,且有可能造成投资的不可持续。因此,中国企业应首先熟悉国际游戏规则和市场惯例,不仅要成为规则的遵守者,也要逐渐成为规则的创造者。同时,中国企业应把了解当地法律规定、政府及行业的要求作为优先要务,逐渐适应国际竞争环境,而不是照搬国内经验。在日益复杂的法律法规制约面前,中国企业应开始重视并建立法律风险防范体系,运用国际惯例和现有法律手段,树立大风险观,把业务发展与风险防范相结合,管理好境外投资,使企业获得长期持续的盈利。

作为定位于服务国家中长期发展战略的金融机构,国家开发银行以服务国家“走出去”战略为己任,站在国家和全局的角度,积极开展国际合作业务,推动建设平等互惠、互利共赢的全球化市场体系。在这一过程中,开发银行也逐渐形成一套有效的法律风险防范体系,积累了实战经验,实现了推动业务发展与防范法律风险的统一。

潮平两岸阔,风正一帆悬。在当今全球经济格局继续发生深刻变化的时候,中国经济应加紧谋划,掌控风险,积极争取赢得主动和优势,探索出一条适应国际规则、独立自主的发展道路。



2013年6月

再版说明

2013年6月,我们出版了《“走出去”的法律问题与实践》。这本书总结了国家开发银行多年来服务国家经济外交、能源资源战略和中资企业“走出去”的实践经验和做法,为中国企业“走出去”提供了有建设性和指导性的借鉴与参考,受到业界好评。当前,“一带一路”建设深入推进,国际形势深刻变化,中国企业和中国金融机构“走出去”有了许多新实践,也面临一些新的法律问题,有必要作进一步的研究总结。

2013年的秋天,习近平总书记提出共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的倡议,得到国际社会的广泛关注和积极响应。“一带一路”建设进一步拓展了“走出去”的深度与广度,开创了全方位对外开放新格局。在支持“一带一路”建设实施中,如何加强国别法律状况的跟踪、分析和研判,有效地识别与防范投融资法律风险,是摆在中国企业面前的重要课题。今年是中国“十三五”规划开局之年,也是“一带一路”建设承前启后的重要一年,为支持“一带一路”建设实施,我们新增“一带一路”相关国家法律法规变化及政策趋势分析的有关内容,介绍有关国家的法律体系、司法效率、对外投资保护、投融资主要模式、司法互助等方面情况,并针对海外投资实践中遇到的典型法律问题,提出应对策略和建议。

近年来,由于世界经济复苏远不及预期,国际金融危机的阴云尚未消散,全球投资贸易增长低迷,地缘政治、经济发展等因素相互交织影响,发达国家和新兴经济体走势及各国货币政策持续分化,相关国家发展水平、利益诉求、法律政策规定的差异带来的矛盾日益显现。各国面对防风险促复苏的艰巨任务,协商与合作成为交流的主要方式,《避免双重征税协定》《多边税收征管互助公约》《联合国气候变化框架公约(巴黎协定)》等国际条约发挥着越来越重要的作用。中国参加的这些条约对于中国企业开拓国外市场、维护合法权益来说,具有十分重要的意义。为此,我们增加了全球国际

规则的最新变化,包括税收监管、国际争端解决机制(ICISD)、司法互助协定、多边投资担保机构(MIGA)等方面的最新趋势。

党的十八大以来,经济体制改革成为全面深化改革的重点,核心问题是处理好政府和市场的关系,使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用。近3年来,国家发改委、商务部、国家外汇管理局等部门坚持内外统筹,修改和调整了境外投资审批、外汇管理等多项制度,进一步下放审批权限,着力解决市场体系不完善、政府干预过多和监管不到位问题。在简政放权的同时,进一步优化政府管理和服务,推动境外投资的便利化,提高境外投资的效率和质量,企业“走出去”的自主性和市场化行为明显增强。为此,我们较为全面地更新了国内关于“走出去”的法律规定,反映了对外投资监管的最新动向,为中国企业掌握最新政策法规提供有力支持。

此外,为更好反映2013年6月以来全球法律法规变化最新情况,我们更新了相关信息、典型案例、图表等,涉及70多个国家及地区、20多个政府部门及国际组织、200余个国际多双边贸易协定,共有2000多条信息点的核实更新。其中,对66个典型案例、46个图表、24个附表进行了修改和完善。

再版修订过程中,开发银行法律事务局白映福、武靖人同志做了大量协调工作,赵佳星、赵晶、丁绪瑞、王晨琛、钱晞、贾文婷、燕林、孙吉、姜玲、温肖峰、王聪、杨艳、周宁、刘沫含、孙成伟、关涵之同志分别承担了不同章节的修订工作。李闽、彭图曦、郭东同志为本书的修订提供重要帮助。另外,还要感谢法律出版社的专业人士为本书及时再版提供的大力支持。

郑之杰
2016年7月

目 录

第一章 综述

——“走出去”的必然选择与法律规则	/1
第一节 “走出去”的历史沿革与法律政策变迁	/1
一、“走出去”——中国的必然选择和内生需求	/1
二、相互促进——“走出去”发展与法律政策变迁	/3
(一)萌芽阶段(1979~1986年)——“摸着石头过河”	/3
(二)起步阶段(1987~1990年)——管制严格	/4
(三)起飞阶段(1991~2001年)——战略确立与管制放松	/4
(四)发展阶段(2002~2012年)——制度框架逐渐形成	/4
(五)转型升级阶段(2013年以后)——“一带一路”战略引领	/5
三、“走出去”的特点分析	/6
(一)投资数量增势强劲,再创新高	/6
(二)投资行业相对集中	/7
(三)投资方式多样化,跨国并购地位日益凸显	/8
(四)投资主体以国有企业为主,但多元化趋势明显	/8
(五)投资国别覆盖和区域分布广泛、聚集度较高	/9
第二节 “走出去”与法律风险——必须深谙游戏规则	/10
一、中国企业“走出去”因忽视法律风险而教训惨痛	/10
二、“走出去”应熟知法律生态环境	/12
(一)国内法、国际私法、国际商法、国际公法相互交织	/12
(二)两大法系日渐融合,但特点和差异仍很明显	/13
(三)大部分法律风险来自项目所在地	/14

(四)合同具有极端重要性	/15
(五)非法律因素对法律政策和争议具有影响力	/15
三、中国企业“走出去”的法律支持和保障体系	/16
(一)国内法渊源现状分析	/16
(二)国际法渊源现状分析	/20
第二章 知己知彼的现实价值	
——当代主要国家投资法律政策及趋势	/26
第一节 各国法律政策与投资的主要目标	/26
一、全球化背景下的各国投资法律政策	/26
(一)发达国家的投资法律政策——谨慎的欢迎	/26
(二)发展中国家的投资法律政策——更强的灵活度和适应性	/28
(三)欠发达国家的投资法律政策——稳定性、健全度值得关注	/29
二、投资者应特别关注东道国法律变化	/30
第二节 如何寻找合适的投资领域	/30
一、外资进入的门槛	/30
(一)行业准入	/31
(二)投资主体准入	/32
二、投资审查的重要性	/33
(一)审查机构	/33
(二)审查标准	/34
(三)审查程序	/34
三、投资、经营与本地化策略	/35
(一)外资的比例	/35
(二)本地化经营策略	/36
(三)通过国家增信的方式保障自身权益	/37
第三节 东道国对外国投资的法律政策趋势分析	/39
一、外国投资政策的历史演变趋势	/40
二、投资方式的演变趋势	/40
(一)个别地区仍主要采取绿地投资模式	/40
(二)跨国并购模式已逐渐成为主流	/41
(三)非股权经营模式可作为降低敏感度的投资方式	/41

三、经济发展程度不同的国家逐渐呈现趋同的态势	/42
(一)发达国家近年演变的趋势	/42
(二)发展中国家近年演变的趋势	/42
四、政治、法律成为影响投资的重要因素	/43
(一)滥用审查标准	/43
(二)应急立法	/44
(三)事后立法	/44
第四节 关注最新立法动态,把握未来发展方向	/45
一、不同地区立法情况呈现不同的发展方向	/45
(一)非洲仍然是外资的目的地	/45
(二)东亚、东南亚、南亚呈现局部投资优势	/46
(三)拉丁美洲和加勒比海地区仍有风险存在	/47
(四)东南欧、独联体国家投资分化现象较明显	/47
(五)欧洲、北美洲和澳大利亚等发达国家成为投资热点	/47
二、各行业未来投资发展方向	/48
(一)石油、矿产等采掘业	/48
(二)电力、电信、钢铁等基础行业	/48
(三)金融行业	/49
(四)农业领域	/49
三、中国企业如何应对各国立法的新动向	/49
(一)中国企业应把握投资政策的大方向	/51
(二)中国企业应做好法律政策预警,寻找合适契机	/52
(三)抓住机遇,中国企业应制定新的投资策略	/53
第三章 迈出国境的第一步	
——审批制度	/54
第一节 审批制度概览	/54
一、什么是审批制度	/54
(一)审批制度由法律确定	/55
(二)审批制度遵循严格的法律程序	/55
(三)审批执行贯穿项目始终	/56
(四)审批制度蕴含着东道国的丰富信息	/57

二、审批制度的作用	/57
(一) 审批制度的保护作用	/57
(二) 审批制度的引导作用	/58
(三) 审批制度对中国企业成长的促进作用	/59
第二节 走出国门——中国企业“走出去”的境内审批	/60
一、发展和改革委员会的监管	/60
(一) 境外投资项目的核准	/60
(二) 境外投资项目的备案	/62
(三) 核准或备案的变更	/63
(四) 境外收购、竞标项目的报告机制	/63
(五) 发改委监管的发展方向	/64
二、商务部门的监管	/65
(一) 商务部和地方商务部门的审查权限	/65
(二) 审查条件	/65
(三) 具体审查流程	/66
(四) 省级商务主管部门对境外投资规制的补充规定	/67
三、外汇管理部门的监管	/68
(一) 境外投资外汇登记	/68
(二) 投资资金汇出手续	/69
(三) 境外直接投资前期费用汇出	/69
(四) 企业境外并购的前期报告制度	/70
四、国资委的监管	/71
(一) 境外投资管理制度的备案	/71
(二) 关于重点投资项目	/71
(三) 非主业投资的核准	/72
第三节 走向世界——中国企业“走出去”的境外审批	/72
一、境外审批制度千差万别	/73
(一) 境外审批制度体系与内容千差万别	/73
(二) 境外审批制度与东道国国情紧密相关	/74
(三) 境外审批制度承载了东道国的文化特质	/75
二、一般境外审批制度概述	/76
(一) 准入审批	/76

(二) 反垄断审查制度	/77
(三) 国家安全审查	/78
(四) 外汇管理措施	/78
(五) 环境保护审批制度	/78
(六) 工程建设许可制度	/80
(七) 行业审批	/81
三、审批制度对企业的启示	/82
(一) 充分重视, 提前研究	/82
(二) 借助审批制度, 把握东道国政策趋势	/82
(三) 尊重、信任、改变	/83
第四章 公司法律制度	
——境外企业设立与公司治理的基础	/84
第一节 量体裁衣——选择合适的投资方式	/84
一、绿地投资与跨国并购	/84
(一) 绿地投资与跨国并购各有优劣	/85
(二) 企业如何选择	/87
二、战略选择——合资还是独资	/89
(一) 合资公司的优势	/89
(二) 独资公司的好处	/89
(三) 如何取舍	/90
三、选择恰当身份——子公司与分公司	/90
(一) 子公司与分公司的特点	/91
(二) 企业应当如何选择	/92
第二节 明确要求——境外公司设立法律分析	/93
一、公司设立制度的意义及设立原则	/93
二、各国对外资公司设立法律规定的主要做法	/94
三、境外设立公司的主要组织类型	/95
(一) 公司组织形式的一般类型	/95
(二) 各国公司的特殊形式	/96
四、境外设立公司的实体条件和程序条件	/98
(一) 境外设立公司的实体条件	/98

(二)境外设立公司的程序条件	/102
(三)公司设立瑕疵的法律责任	/103
第三节 公司治理——境外企业健康运营的基础	/105
一、全球公司治理机制概述	/106
(一)英美法系国家(地区)的公司治理要求	/107
(二)大陆法系国家(地区)的公司治理要求	/108
二、境外公司治理机制关键法律要点分析	/109
(一)公司信息披露机制的要求	/109
(二)对高级管理人员的监督和约束要求	/110
(三)公司审计制度及审计独立性的要求	/112
(四)内幕交易的处理方式	/113
(五)揭开公司面纱法律规定	/113
(六)股东派生诉讼的相关情况	/114
(七)跨国公司关联交易的限制规定	/115
三、公司治理的外部监管模式	/116
四、中国“走出去”企业的公司治理面临考验	/117
(一)各国日趋严厉的公司治理要求成为更大挑战	/117
(二)“走出去”企业公司治理存在的问题	/119
(三)“走出去”企业公司治理完善方向	/120
第四节 离岸公司——境外投资的宠儿	/121
一、离岸公司的产生及其优势	/121
二、我国企业设立离岸公司的目的分析	/123
(一)通过造壳实现境外上市	/123
(二)便利风险投资退出	/124
(三)转变为外资企业	/124
(四)避税	/124
(五)其他方面	/125
三、离岸公司的设立及公司治理制度	/125
(一)离岸公司的设立	/125
(二)离岸公司的公司治理情况	/126

第五章 可持续发展的关键

——来自东道国的考验	/130
第一节 环境保护:海外投资不容忽视的责任	/130
一、环境与投资的关系	/131
(一)环保责任是普遍存在的问题	/131
(二)从民族利益的高度理解东道国对环保的重视	/131
(三)环保责任需得到我国企业特别重视	/131
二、环境保护应纳入投资全流程的关注范畴	/132
(一)规划阶段应注重环保的重要性	/132
(二)生产运营中应遵守环保规则	/133
(三)避免环保问题社会化	/134
三、环保与投资的平衡,遵守法律责任,履行社会责任	/134
(一)环境保护的实质是法律责任	/134
(二)社会责任的承担	/138
四、中国企业的思考与选择	/138
(一)大事业要有大担当	/138
(二)倡行绿色信贷理念,重视融资中的环保推动	/139
第二节 土地问题:脚踏实地才能大步远行	/140
一、如何取得外国土地	/140
(一)美国:多元所有制	/141
(二)巴西:严格限制外国人持有土地	/142
(三)新西兰:重视农业用地保护	/143
(四)南非:国有土地的申请和招标	/145
(五)越南和缅甸:土地所有权属于国家	/146
(六)俄罗斯:土地的私有化改革	/146
二、土地征用补偿制度	/147
(一)北美洲	/147
(二)欧洲	/148
(三)亚洲	/149
(四)征收风险	/150
三、土地权利的分解与社会责任	/152
(一)土地权利的分解	/152

(二) 土地权利下的社会责任	/152
第三节 劳动力及就业政策	/153
一、“入乡随俗,知规守矩”——劳动就业法律风险及案例分析	/153
(一) 至关重要的用工制度	/154
(二) 宽严不一的解雇规定	/157
(三) 各国管理理念的差异	/157
(四) 工会组织的影响	/158
(五) 不容忽视的安全风险	/160
二、“因势利导,因地制宜”——劳动就业问题的解决思路	/161
(一) 充分调研,深入了解	/161
(二) 转变观念,主动适应	/161
(三) 重视工会,尊重权利	/161
(四) 企业责任,社会担当	/161
第四节 社区及土著权益保护	/162
一、“守彼之法,和睦相处”——土著权益法律问题及案例分析	/162
(一) 重于泰山的土地权利	/162
(二) 事关重大的矿产保护	/165
(三) 不可复制的知识和文化遗产	/167
(四) 以人为本的族群政策——南非黑人经济地位	/168
二、“坦诚相待,和谐共赢”——土著权益问题的解决之道	/171
(一) 企业优秀实践案例	/171
(二) 中国企业的应对措施	/172
第五节 外汇管制:流动中的障碍与化解	/173
一、正确看待外汇管制风险	/173
(一) 什么是外汇管制	/173
(二) 外汇管制的方式	/173
(三) 外汇管制的主要内容	/174
二、热点投资国家外汇管制制度	/176
(一) 严格外汇管制国家	/176
(二) 宽松的外汇管制国家	/178
(三) 由宽松转入严格的国家	/179
三、中国企业如何应对外汇管制风险	/179

(一)合理认识外汇管制风险	/180
(二)积极投保汇兑险	/180
(三)修好国内国外两堂课	/180
第六节 扬帆出海,“税”与争锋——国际税收法律风险防范	/181
一、扬帆出海,“税”与争锋	/181
(一)如何正视国际税收	/181
(二)国际税收法律制度的运行规则	/182
(三)国际税收法律风险产生的原因与表现	/184
二、因“税”利导,善于优惠	/186
(一)国际税收政策的基本类型	/186
(二)利用税收优惠的要点	/187
三、避税与反避税,国际税收永恒的主题	/188
(一)国际避税的含义与主要方式	/188
(二)利用国际避税港进行避税	/188
(三)关注反避税的法律规制	/189
四、长路漫漫,用好“协定”护身符	/189
(一)国际税收协定概述	/190
(二)合理利用双边税收协议保护企业利益	/191
(三)滥用税收协定的法律风险	/192
第七节 “知”在千里 “权”力以赴——“走出去”与知识产权保护	/193
一、正视知识产权保护	/193
(一)知识产权保护的内涵与意义	/193
(二)国际知识产权保护体系	/195
二、重点国家知识产权法律规定及企业“走出去”的法律风险	/196
(一)重点国家有关知识产权的法律规定	/196
(二)与知识产权相关的标准壁垒	/197
(三)企业“走出去”面临的知识产权方面的法律风险	/199
三、中国企业“走出去”的知识产权应对之道	/201
(一)建立知识产权管理机构	/201
(二)增强企业自主创新能力	/201
(三)加快知识产权人才的培养管理	/201
(四)积极维护自身的知识产权	/202

(五)积极应对国际知识产权侵权之诉	/202
第六章 “走出去”权益保护与争端解决	/203
第一节 合同是企业保护自身利益的基础工具	/203
一、不能忽视合同的重要价值	/203
二、合同风险无处不在	/204
(一)合同订立阶段的风险	/204
(二)合同履行阶段的风险	/206
(三)法律变化导致的风险	/207
三、企业应建立科学合理的合同管理体系	/208
(一)有针对性地进行系统开发	/208
(二)制定科学合理的合同管理体系	/208
(三)合同管理体系应关注的重点	/209
第二节 国际商事诉讼制度	/210
一、国际商事诉讼制度的特点	/210
二、国际商事诉讼管辖权	/211
(一)何为国际商事诉讼管辖权	/211
(二)确定国际商事诉讼管辖权的一般原则	/211
(三)国际社会解决商事诉讼管辖权冲突的努力	/213
三、主要国家或地区商事诉讼程序介绍	/213
(一)美国法院特点——两个体系,三层审级	/213
(二)英国法院特点——商事法院的专业性	/215
(三)中国香港地区法院特点——中国境内的普通法系司法管辖 法院	/216
(四)新加坡法院特点——亚洲较为中立、金融较为发达地区的 管辖法院	/217
(五)主要法院各自的特点和选择	/218
第三节 国际商事仲裁制度	/218
一、国际商事仲裁——新兴的国际商事争议解决方式	/218
(一)从杭州娃哈哈集团公司与法国达能公司国际商事仲裁案说起	/218
(二)何为国际商事仲裁	/219
二、国际商事仲裁协议	/220