



The Legal Environment and Risks for Foreign Investment in China

中国外商投资 法律环境与风险

李寿双 著

The Legal Environment and Risks for Foreign Investment in China

中国外商投资 法律环境与风险

李寿双 著

责任编辑:罗洁琪

图书在版编目(CIP)数据

中国外商投资法律环境与风险/李寿双著. —北京:
中国法制出版社, 2006. 12

ISBN 7 - 80226 - 689 - 0

I. 中… II. 李… III. ①外国投资—涉外经济法
—研究—中国②外国投资—风险管理—研究—中国
IV. ①D922. 295. 4②F832. 6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 154749 号

Copyright © LexisNexis China 律商联讯, 2006

All rights reserved. No part of this work covered by copyright may be reproduced or copied in any form or by any means (graphic, electronic or mechanical, including photocopying, recording, recording taping, or information retrieval systems) without the written permission of the publisher.

本书中文版权由 Lexis Nexis China 律商联讯所有, 未经书面许可, 不得以任何方式对本书任何内容进行复制、影印。侵权必究。

中国外商投资法律环境与风险

THE LEGAL ENVIRONMENT AND RISKS FOR FOREIGN INVESTMENT IN CHINA

著者/李寿双

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787 × 960 毫米 16

版次/2007 年 1 月第 1 版

印张/19.25 字数/320 千

2007 年 1 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7 - 80226 - 689 - 0

定价: 68.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66022958

邮购部电话: 66033288

久经争论之后,花旗牵头的财团于最近签署了股权认购协议,被宣布为广东发展银行(GDB)竞购战的胜利者,而更富戏剧性的凯雷对建筑机械制造商徐工的竞购战,尽管其条款与当初有不少调整,但最近也会获得监管机构批准。2006年11月14日出版的英国《金融时报》以“美公司通过中国耐力考验”为题进行了评论,称两家集团就其在中国拟议进行的收购与中国各级官僚机构展开没完没了的讨论后,都将通过“耐力考验”。特别是在2006年暑期的反外资大讨论之后,在中国,对外资的考验更是随处可见,除了耐力,还有判断力、适应力等等更多方面的考验,或者说测验。而给外资带来考验的始作俑者,除了极其缓慢、不甚透明、令人备受折磨的决策过程外,更有复杂且不健全的法律制度。

特别应当指出的是,凯雷和广发行两个案例也让我们看到近段时间以来,中国对外资态度发生的微妙变化,不理性的外资控制时隐时现。中国实施改革开放以来,外商对华投资设立的企业累计超过57万家,投入资金累计超过6650亿美元。实践证明,积极合理吸收外资,有效弥补了中国国内建设资金的不足,在中国金融体系被国有控制并主要为国企服务的情况之下,外资成了私人创业的主要资本来源之一,也是中国新就业机会的重要源泉。此外,这些外资与合资企业引进了大量新技术以及先进经营方式和管理经验,带来了现代流通和市场营销理念,引入了国际竞争机制、国际规则和国际标准,在促进中国技术进步、推动产业结构调整升级的同时,加速了中国开放型经济的形成,在中国建立和完善市场经济体制中发挥了重要作用。没有这些外资,也就不会有过去28年的中国经济成就。

在新的历史时期,中国应当更加重视开放在推动经济、社会发展中的重要作用,把对外开放、吸收外资提高到一个新的水平。只有在对外开放中让中国企业面对外来竞争,让它们在竞争中提升国际竞争力,才可能使中国的

国家经济更安全。未来中国应当更加重视改善投资环境,依法保护境内外投资者的合法权益,切实加强知识产权保护。这必将大大减少外商在华投资的法律风险。同时,外商在华投资过程中,也应当主动规范自身行为,严格遵守中国各项法律规定。

不少外商在中国投资的失败,一个重要原因就是没有通过中国法律制度的测验,投资项目在中国遭遇了不同程度的法律风险,最终导致投资的失败。投资本身是一项高风险的经济活动,其中法律风险尤其重要,这点在中国更为突出。法律风险的产生,究其根源,有中国外商投资法律环境不完善等原因,但也有境外投资者商业操作上的不谨慎和不规范。李寿双先生的新作《中国外商投资法律环境与风险》,为我们系统揭示了外商投资在不同阶段、不同环节产生法律风险的不同原因,为外商投资科学管理和防范法律风险提供了非常有价值的参考,可以说是外商在华投资达到科学避险的必要指南。

从另一个方向观察,自本世纪初开始,依据中国经济、政治、外交的总体需要,中国政府提出了转变投资结构,并鼓励中国企业“走出去”,到境外去投资并购。特别是近几年,中国企业开始大踏步走向国际市场,对外投资的势头非常迅猛。进入21世纪后,中国对外投资额平均年增长20%,最多一年的增长率达80%,投资额度年均60—70亿美元,2006年将超过160亿美元。截止2005年年底,中国企业累计对外直接投资517亿美元。

随着我国境外投资业务的发展,企业在境外的投资和经营过程中所遇到的障碍和壁垒也越来越多,有的已直接影响企业的正常经营。其中,法律问题是非常重要的因素,有很多企业在海外的投资遇到了类似于外商在我国遇到的法律风险。《中国外商投资法律环境与风险》这本书,也提示我们,在进行海外投资过程中,同样应当重视可能面临的各种法律风险,应当积极采取有效措施,防范和化解法律风险,这些是中国企业面临的挑战,也是它们走向成熟的标志。

本书作者以其敏锐的视角和深刻的洞察力,为我们剖析了外商在华投资可能产生的风险及其原因。这一重要成果,不仅为外商来华投资以及我国企业对外投资提供了有益的参考,告诉他们如何防范风险,同时也为系统研究跨国投资的风险管理问题提供了很好的线索和基础,非常值得一读。

是为序。

陈志武

耶鲁大学管理学院教授

2006年12月10日于耶鲁大学

外商投资是伴随中国经济成长的一支重要力量,一方面中国优异的经济增长业绩和广阔的市场容量“诱使”外资大举来华,另一方面外商投资也迎合了中国自身依赖投资和出口拉动的经济发展模式的客观需要。因此,外商投资蓬勃发展也就成为一种必然。外商投资的繁荣景象,掩盖了它风险性一面。而笔者作为律师,在办理外商投资法律业务,特别是在处理外商投资纠纷中,时时刻刻在感受着无处不在的法律风险。这促使我尝试将此整理成书,系统地揭示外商在华投资可能面临的多样化法律风险。正如苏力先生所言“每一个人的社会感悟都具有独特性”,窃以为,作者对外商投资法律风险长久的观察,以及粗浅的司法实践积累,可以为利益相关者认识、了解、处理相关风险提供一点线索和一个视角,或者至少可以引起人们对外商投资法律风险的警觉意识。

本书意在多角度揭示外商投资过程中的法律风险,从体例安排上,大致从外商投资法律风险的一般认识、外资进入风险、外资企业运营风险、特殊行业投资风险、超越风险的一般方法等六个方面进行了观察与探讨。从内容上,本书更多地侧重于揭示风险,指出了外商投资过程中诸多环节可能存在的法律风险点,在作者对风险的防范和化解有比较成熟思路,或实践中对此有比较成熟模式的问题上,提供了初步的答案,更多的情况下,则仅仅是“提出问题”,这首先当然受制于作者学识浅薄和时间有限;其次,我认为,只要问题得以发现,总会有更智慧的人将其解决,对于我比较隔膜的问题,没有必要打破分工,导致思考上的不经济;再则,有些风险,可能是固有的,至少在很长一段时间内无法得到有效解决,或无法通过正常的法律和非法律手段解决,比如政府征收风险和宏观调控领域中的政策性风险。

诚如汤因比所说:“人类观察者不得不从他本人所在的空间某一点和时间某一刻上选择一个方向,这样,他必定是以自我为中心的,这是成为人的一

部分代价。”作者在本书中所作的工作也是从个人的角度,对当前实践中外商投资法律风险从几个方向进行非系统性的观察,以提供一些对该问题的个人化体悟。

作者后学后进,书中浅薄、错漏之处在所难免,端赖有心者不吝批评指教。

本书的完成得到了许多朋友的鼓励和帮助。特别感谢尊敬的陈志武教授为本书作序。本书写作过程中,吴航斌、石明磊、李云驰、李龙亮、张诗伟、李净、张淑成等给予了不同形式的帮助,东京大学 Yukio Nagasawa 教授和 Ma-ho Nakamura 研究员也提供了他们宝贵的支持。本书的出版还要特别感谢 LexisNexis 公司袁方女士的策划和中国法制出版社罗洁琪女士高效细致的编辑工作。另外,值得一提的是,本书英文版将于 2007 年 1 月份在德国 Springer 出版社出版,在此感谢 Brigitte Reschke 女士欣允本书英文稿在德出版。王春阳、顾华宁帮助进行了大量翻译工作,殊值感激。Tom Ginsburg 教授热情为本书英文版作序,Diana Shu, Owen Li 等朋友细心帮助完成了英文稿的校对工作,在此一并感谢。另外,借此机会,也要感谢我的同事钱卫清律师、王忠德主任、吕良彪律师、吴永涛律师、宋云锋律师和倪立芬律师等人长期以来给我的关心和帮助。

当然,特别要感谢的是我的女友张雅和我们彼此的父母,这种溢于言表的感激永存我心。

李寿双

2006 年 11 月 8 日于北京西坝河

现为北京市大成律师事务所律师/管理委员会委员，兼任中国人民大学企业改制研究所秘书长，北京市律师协会风险投资委员会秘书长。此前曾任职于中国人民财产保险公司法律部。

2001年毕业于西南政法大学，获得经济学学士和法学学士学位；2004年毕业于北京大学，获得法学硕士学位。

著有《离岸公司法：理论、制度与实务》（副主编），《美国风险投资示范合同》（主编译）。担任《国有企业改革法律报告》丛书执行编委。



A division of
Reed Elsevier Information Technology (Beijing) Co., Ltd

LexisNexis律商联讯，全球领先的法律、财税与商业咨询提供商，集团拥有从旗舰在线数据库系列产品，到全面咨询解决方案所涉及的专业领域，包括法律、风险管理、企业、政府、法律实施、财税及学术市场，以及专业会议服务等众多产品和服务。

序言	1
前言	3
导言 投资中国:机遇与风险并存	1
第一章 外商投资视野中的法律风险	8
第一节 外商投资法律风险概念廓定	8
第二节 外商投资法律制度风险宏观分析	13
第三节 外商投资主体行为风险宏观分析	28
第一编 进入风险	
第二章 外商新设投资法律风险	35
第一节 引论:嘉利来案背后的新设投资法律风险	35
第二节 合作伙伴选择风险	38
第三节 外商新设投资的出资风险	43
第三章 中国外资并购法律环境与风险	52
第一节 中国当前外资并购的宏观法律环境分析	52
第二节 中国当前外资并购的微观法律环境综述	60
第三节 中国当前外资并购法律环境的定性评价	70
第四节 外资并购的法律风险	72
附 录 中国并购法律法规框架图	77
第四章 受限产业投资的特殊方式与法律风险	86
第一节 中国外商投资产业限制规则	86
第二节 曲径通幽——限制性行业的特殊投资方式	91
第三节 外商投资限制性行业的法律风险	98

第四节 外商投资受限产业法律风险防范措施举要	102
第二编 运营风险	
第五章 外商投资政策性风险	107
第一节 国有化与征收风险	107
第二节 政策陷阱:经济政策变动风险	113
第三节 地方化政策风险	123
附 录 中国经济战略转型或将影响吸引外资政策	126
第六章 中外合资企业法人治理困境	129
第一节 外商独资潮凸显法人治理难题	129
第二节 中外合资企业法人治理结构概况	132
第三节 中外合资企业法人治理结构的制度风险考察	137
第四节 中外合资企业能否走向和谐	142
第七章 新税法环境中的外商投资税务风险	147
第一节 外商投资领域的避税与反避税问题	148
第二节 所得税并轨与外商投资税务风险	156
附 录 外商投资企业适用的税法	162
第八章 外商投资中的土地风险	169
第一节 引论	169
第二节 外商投资企业土地使用法律问题	170
第三节 外商投资中的土地风险	174
第九章 外商投资企业的劳动法律风险	183
第一节 工会风波凸现劳动法律风险	183
第二节 外商投资企业劳动法律规则概观	186
第三节 外商投资企业劳动风险纵览	190
第三编 行业风险	
第十章 外商投资民办教育的法律模式与风险	197
第一节 中国民办教育概况——从外商投资的视角	197
第二节 民办教育投资模式	199
第三节 民办教育法律体系概要	203
第四节 外商投资中国民办教育的法律风险	207

第十一章	外商投资中国水务市场的法律风险	217
第一节	外商投资中国水务市场概览	217
第二节	外商 BOT 水务投资模式	221
第三节	BOT 方式投资中国水务市场法律风险纵览	223
附 录	外商投资中国水务市场法律规则	236
第十二章	外商投资保险业法律规则与风险	238
第一节	外商投资中国保险业概览	238
第二节	外商投资中国保险业的法律规则	242
第三节	外商投资中国保险业的法律风险	248
附 录	中国保险法规名录	256
第四编	超越风险	
第十三章	外商投资法律风险管理与控制	261
第一节	企业现代风险管理概述	261
第二节	外商投资法律风险管理的初步探索	264
第十四章	外商投资法律风险与纠纷救济	271
第一节	中国商业争端解决现状透视	271
第二节	外商投资诉讼:从审判决策角度观察	277
第三节	中国式仲裁:一个侧面的观察	280
第四节	中国式调解	282
参考文献		286

目 录

FOREWORD	1
PREFACE	3
Introduction: The Opportunities Co-existed with Risks	1
1 The Legal Risks of Foreign Investment in China	8
1.1 Definition of Legal Risk of Foreign Investment	8
1.2 Macro-analysis of Legal Risks in Investment Institutions	13
1.3 Macro-analysis of the Risks Arising from Foreign Investors Behavior	28
Part One: Legal Risks of Foreign Capital Entry	
2 The Legal Risks of Green Field Foreign Investment	35
2.1 Case Study: Legal Risks Behind the Curtain of Carley	35
2.2 The Risk in Partners Choosing	38
2.3 Risks of Registered Capital Contribution	43
3 The Legal Environment and Risks for M&A by Foreign Investors in China	52
3.1 Macro-Analysis of Current Legal Environment for M&A by Foreign Investors in China	52
3.2 Micro-analysis of Current Legal Environment of M&A by Foreign Investors in China	60
3.3 Qualitative Analysis on Current Legal Environment of M&A by Foreign Investors in China	70
3.4 The Legal Risks of Foreign-Funded M&A	72
4 The Legal Environment and Risks for Foreign Investment in China	

Appendix: Laws and Regulations Regarding M&A by foreign Investors in China	77
4 Modes and Risks for Foreign Investments in Restricted Industries	86
4.1 Industry Entry Rules for Foreign Capital	86
4.2 Dancer in Shackles: Modes of Foreign Investment in Restricted Industries	91
4.3 The Legal Risk of the Modes for Foreign Investment in Restricted Industries	98
4.4 The Outline of Anti-risk Measures for Foreign Investment in Restricted Industries	102
 Part Two: Legal Risks in Operation of Foreign-Invested Enterprises	
5 Changeable Government: Political Risks for Foreign Investment	107
5.1 Nationalization and Expropriation	107
5.2 The Risk of Changes to Economic Policies	113
5.3 The Risks Coming from Local Government	123
Appendix: The Transition of Chinese Economic Strategy May Well influence the Policies to attract Foreign Investment	126
6 Corporate Governance Troubles in Sino-foreign Joint Ventures	129
6.1 Difficulties in Managing Legal Entities Shown in the Upsurge of Foreign-Invested Enterprises	129
6.2 General Situation of Corporate Governance Modes of Joint Ventures	132
6.3 Review of Legal Risks Arising from Sino-foreign Joint Venture Corporate Governance	137
6.4 Can Sino-foreign Joint Ventures Tend Towards Harmony	142
7 Tax Risks Under the New Tax Law Environment.	147
7.1 Tax Evasion and Anti-tax Evasion in Foreign Investment Area	148
7.2 Unification of Income Tax and Its Risks for Foreign Investment	156
Appendix: Tax Law Applicable to Foreign-Invested Enterprises	162
8 Land Use Right Risks in Foreign Investment	169
8.1 Introduction	169

8.2	Legal Issues in Foreign-Invested Enterprises' Use of Land	170
8.3	Land Risks in Foreign Investment	174
9	Labor Legal Risks of Foreign-Invested Enterprises	183
9.1	Labor Legal Risks Shown in Trade Union Disputes	183
9.2	Overview on Foreign-Invested Enterprise Labor Law Rules	186
9.3	Insight into Foreign-Invested Enterprises' Labor Risks	190
 Part Three: Legal Risks for Foreign Investment in Specific Industries		
10	Modes and Legal Risks of Foreign Investment in Nongovernmental Education in China	197
10.1	Introduction of China's Non-governmental Education—From the View of Foreign Investment	197
10.2	Foreign Investment Modes of Non-governmental Education	199
10.3	Summary of Legal System for Non-governmental Education	203
10.4	Legal Risks for Foreign Investment in Non-governmental Education in China	207
11	Legal Risks for Foreign Investment in China's Water Market	217
11.1	Introduction	217
11.2	BOT Mode of Foreign Investment in Water Industry.	221
11.3	Insight into Legal Risks for Foreign Investment in Chinese Water Market Under BOT Mode	223
	Appendix: Laws and Regulations on Foreign Investment in China's Water Market	236
12	Legal Risks for Foreign Investment in the Insurance Industry	238
12.1	Introduction of Foreign Investment in China's Insurance Industry	238
12.2	Laws and Regulations on Foreign Investment in China's Insurance Industry	242
12.3	Legal Risks for Foreign Investment in China's Insurance Industry	248
	Appendix: List of Chinese Insurance Laws and Regulations	256

Part Four: Overcoming the Risks

13 The Legal Risk Management and Control of Foreign Investment	261
13.1 The Summary of Modern Enterprise Risk Management	261
13.2 Preliminary Probing into the Legal Risk Management for Foreign Investment	264
14 Legal Risks for Foreign Investment and Dispute Resolution	271
14.1 Insight into Commercial Dispute Resolution in China	271
14.2 Foreign Investment Related Litigation—From the view of Judicial Decision-Making Process	277
14.3 Insight into Chinese-Style Arbitration	280
14.4 Chinese-style Mediation	282
References	286

INTRODUCTION

导 言

投资中国：机遇与 风险并存

中国的崛起是我们这个时代最重要的地缘政治事件。

——约翰·桑顿^①

商业规范的高昂成本，机构的脆弱架构，微小的财产权利与不安定的宏观经济环境都是发展中国家经济发展的主要障碍。

——欧洲银行^②

原高盛集团总裁兼联席首席运营官约翰·桑顿(John Thornton)指出，中国的崛起是我们这个时代“最重要的地缘政治事件”。今天的中国，已经成为世界上对外商投资最具吸引力的地区之一。

毋庸讳言，繁荣的中国也并非外国投资者无忧的天堂，正如一个硬币的两面一样，外国投资者在中国的投资路途中也充满了荆棘。虽然中国的经济增长迅速，经济发展取得了巨大的成功，^③但中国整体上仍然处于一个史无前例的转型期，从经济角度看，中国的经济是一个典型的转型经济，不免带有转型经济的某些弊端，欧洲复兴开发银行(the European Bank for Reconstruction and Development, ‘EBRD’)《2005 年度转型报告：在转型国家经营》(“Transition report 2005: Business in transition”)在对欧洲转型经济国家的调

① Former President of Goldman Sachs (Now a Professor at Tsinghua University).

② the European Bank for Reconstruction and Development, Transition report 2005: Business in transition, download from <http://www.ebrd.com/pubs/econo/6520.htm> (last visit in Nov. 2005).

③ 1978-2001 年中国经济的年均增长率为 9.4%。世界银行 2005 年 11 月份发布的《中国经济季报》预计 2005 年的 GDP 增长率为 9.3%，2006 年为 8.7%。中国仍然是世界上经济增长最快、最富有活力的地区之一。