



LAW PRACTICE

ON THE BELT AND ROAD

『一带一路』

法律实务

上海市浦东新区法律服务业协会◎主编

復旦大學出版社





LAW PRACTICE
ON THE BELT AND ROAD

「一带一路」 法律实务

上海市浦东新区法律服务业协会◎主编

復旦大學出版社



图书在版编目(CIP)数据

“一带一路”法律实务/上海市浦东新区法律服务业协会主编. —上海: 复旦大学出版社, 2018.9

ISBN 978-7-309-13783-5

I. ①一... II. ①上... III. ①法律-研究-中国 IV. ①D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 160569 号

“一带一路”法律实务

上海市浦东新区法律服务业协会 主编
责任编辑/张 炼

复旦大学出版社有限公司出版发行

上海市国权路 579 号 邮编: 200433

网址: fupnet@fudanpress.com <http://www.fudanpress.com>

门市零售: 86-21-65642857 团体订购: 86-21-65118853

外埠邮购: 86-21-65109143 出版部电话: 86-21-65642845

常熟市华顺印刷有限公司

开本 787 × 960 1/16 印张 14 字数 172 千

2018 年 9 月第 1 版第 1 次印刷

ISBN 978-7-309-13783-5/D · 941

定价: 48.00 元

如有印装质量问题, 请向复旦大学出版社有限公司出版部调换。

版权所有 侵权必究

编 委 会

主 编 上海市浦东新区法律服务业协会

撰 稿 人(按姓名首字母拼音排列):

| | | | | |
|-----|-----|-----|-----|-----|
| 陈 峰 | 储小青 | 戴健民 | 黄嘉懿 | 刘 炯 |
| 刘阳芳 | 李云龙 | 李备战 | 陆敬波 | 吕世仰 |
| 孟 奕 | 马一星 | 裴长利 | 全开明 | 施 程 |
| 史 庆 | 涂星宇 | 王清华 | 王天怡 | 吴 坚 |
| 吴旭青 | 姚约茜 | 周兰萍 | | |

序 言

推进“一带一路”建设是以习近平同志为核心的党中央作出的重大决策,是推动构建人类命运共同体的重要实践平台。几年来,浦东律师以“一带一路”建设为契机,以陆家嘴法治论坛为平台,积极探索,主动实践,不断开展新研究和新尝试,不断推出新型法律服务,有力推进实现了律师间战略对接、优势互补,有力推进了上海律师共商共建共享。

本书内容丰富,涉及广泛,汇集了浦东律师积极服务保障“一带一路”建设、推进法律服务国际化的探索与实践,是浦东律师为“一带一路”建设提供法律服务的一个阶段性成果总结,更是当前“一带一路”建设法律服务方面具有重要参考意义的实务书籍,体现了浦东律师在为“一带一路”建设提供法律服务方面的领先地位。

本书只是一个良好的开端。随着“一带一路”进入全面实施新阶段,相信浦东律师能坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指引,牢固树立“四个意识”,坚定“四个自信”,准确把握新形势新任务,不断探索总结分享经验成果,带动更多的法律工作者参与“一带一路”建设,推动法律服务保障“一带一路”建设走深走实、行稳致远,更好惠及群众。

刘龙宝

目 录

- “一带一路”背景下中国企业面临的法律风险给律师行业带来的
新机遇 / 001
- “一带一路”背景下中国企业海外投融资问题与法律服务国际化 / 011
- “一带一路”中的法律服务与风险防范 / 027
- 浅议“一带一路”法律服务中国律师的四大关键作用 / 037
- “一带一路”与中国劳动法：现状、问题与展望 / 046
- 新兴市场国家投资风险防范的新视角 / 056
- “一带一路”沿线国家环境能源类投资的风险及应对措施 / 061
- “一带一路”背景下中国企业境外投资保险制度浅析 / 075
- “一带一路”投资法律风险防范之国际仲裁 / 083
- “一带一路”背景下建企走出去的法律思考 / 090
- 国际工程承包的风险防范及法律问题分析 / 098
- 中国公司投资土耳其光伏产业案例分析 / 105
- 中国企业参与美国基础设施投资建设常见法律问题简析 / 116
- “一带一路”投资法律研究之斯里兰卡 / 122
- “一带一路”投资法律风险防范之俄罗斯 / 141
- “一带一路”南美洲国家投资法律问题研究 / 152

附录

最高人民法院关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见 / 166

最高人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的典型案例 / 173

第二批涉“一带一路”建设典型案例 / 186

关于做好检察机关预防职务犯罪工作服务和保障“一带一路”战略的十条意见 / 211

“一带一路”背景下中国企业面临的法律风险给律师行业带来的新机遇

戴健民 北京大成(上海)律师事务所

2013年9月和10月,中国国家主席习近平在出访中亚和东南亚国家期间,先后提出共建“丝绸之路经济带”^①和“21世纪海上丝绸之路”^②(“一带一路”)的重大倡议。“一带一路”是一项目标宏大的中国国家战略,影响范围辐射至亚欧非三大洲,涉及60多个国家、40多亿人口。在“一带一路”战略的推动下,我国企业“走出去”的步伐不断加大,取得的成绩为世界所瞩目。然而,发展的机遇往往伴随着风险。近年来,在“走出去”的过程中,中国企业频频身陷以所在国政府调查为代表的海外法律纠纷之中,并为此不断付出高昂的代价。面对这一现象,中国律师应当充分意识到,中国企业迫切需要针对此类风险的法律服务,以及由此给律师行业带来的发展机遇。

① 习近平:《弘扬人民友谊 共创美好未来》,《人民日报》2013年9月8日。

② 习近平:《携手建设中国-东盟命运共同体》,《人民日报》2013年10月4日。

一、全球越发严格的监管执法

整体上看,在后经济危机时代,全球经济增长乏力,贸易保护主义抬头,地缘政治关系复杂多变,传统安全威胁和网络等非传统安全威胁交织。在此背景下,在全球范围内,各国在反垄断、反腐败、数据与隐私保护、出口管制和反洗钱等领域的监管执法越发严格。

(一) 反垄断领域

近年来,全球反垄断执法活动日趋活跃,反垄断罚单金额屡创新高。数据显示,2011年至2014年,全球主要竞争机构的反垄断案件罚款总额每年呈30%递增。2012年,美国刷新了其《谢尔曼法》颁布122年以来的罚款年度之最。^① 欧盟近年来对垄断案件的查处频率和力度亦处于历史的峰值,近期其对谷歌公司开出的24.2亿欧元罚单,更是创造了世界反垄断个案罚款记录。^② 而“一带一路”沿线各国也纷纷加快各自的反垄断立法进程,《俄罗斯商品市场竞争与限制垄断活动法》《印度竞争法》《越南竞争法》《土耳其保护竞争法》等一批反垄断法律相继出台。与此同时,沿线国家的反垄断执法力度也不断加大,俄罗斯、新加坡、印度、巴基斯坦等国频频开出高额反垄断罚单,而目标则普遍指向外国投资企业。^③

(二) 反腐败领域

当前,世界经济复苏形势依然严峻,受各国和地区经济形势的影响,

① 王健:《反垄断罚款的发展趋势》,http://www.pccpl.org.cn/Html/?2615.html.最后访问日期:2017年11月8日。

② European Commission — Press release, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_en.htm.最后访问日期:2017年11月8日。

③ 凤凰卫视:《中国反垄断罚单屡创新高美国对此表达不满》,http://phtv.ifeng.com/a/20140929/40826617_0.shtml.最后访问日期:2017年11月8日。

全球反腐败形势也发生了深刻的变化。一方面,在世界范围内,腐败正逐渐向政治、经济、文化,乃至体育等各个社会生活层面蔓延,且腐败方式趋向多样化和隐蔽化。另一方面,各国为促进经济发展,安抚社会情绪,提升民众信心,保持政权稳定,纷纷加大了肃贪的力度,采取多种措施预防和惩治腐败。同时,经济全球化的背景下,商业领域的腐败问题日趋呈现跨国(境)发展的趋势。对此,各国逐渐重视对境外腐败行为的规制,并为此制定了一系列的法律制度,美国的《反海外腐败法》(FCPA)和英国的《反贿赂法》(UK Bribery Act)即是其中的代表。全球反腐败形势的上述发展,对企业反商业贿赂合规工作提出了更高的要求。

(三) 数据与隐私保护领域

近年来,数据安全和隐私保护逐渐成为人们关注的话题。根据金雅拓公布的《数据泄露水平指数调查报告》显示,在全球范围内,2016年上半年已曝光的数据泄露事件高达974起,数据泄露记录总数超过了5.54亿条。^①对此,世界各主要法域均加快了对该领域法律体系的完善。在欧洲,2016年4月,欧洲议会正式通过了史上最严苛的《一般数据保护条例》,以取代1995年发布的《欧盟数据保护指令》。^②在美国,2017年5月,美国总统特朗普签署名为“增强联邦政府网络与关键性基础设施网络安全”的行政令,并由美国国土安全部负责具体落实。^③在这些国家,企业面临着巨大的数据与隐私保护法律风险。例如,2017年6月,美国最大的医疗保险公司Anthem被迫同意支付1.15亿美元,以寻求就其因

① 搜狐网:《全球数据泄露问题愈演愈烈》, http://www.sohu.com/a/116107377_417698. 最后访问日期:2017年11月8日。

② 腾讯学院:《欧洲议会投票通过〈一般数据保护条例〉》, <http://www.tisi.org/Article/lists/id/4574.html>. 最后访问日期:2017年11月8日。

③ 环球网:《特朗普签署行政令将升级美国政府网络防御系统》, <http://world.huanqiu.com/exclusive/2017-05/10655228.html>. 最后访问日期:2017年11月8日。

数据泄露而遭到的诉讼达成和解。^①

(四) 出口管制领域

出口管制是指一国政府管制机构依据国家法令和政策对本国出口贸易进行控制和管理的行为。在经济全球化背景下的今天,出口管制不但是主权国家实现政治目标的手段,更成为一种重要的贸易保护方式。目前,世界主要经济体的出口管制力度均有进一步加大的趋势,其中尤以美国为甚。根据美国法律,其国务院、国防部、能源部和司法部等部门均有出口管制权限,但最主要的执法机构为商务部工业安全局(BIS)。为实行更严密的管制,BIS 耗费巨资制定了一套严密完整的高科技产品和技术的出口管制规定,其管制措施之严,处罚力度之大,均令相关企业在开展业务时如履薄冰。

(五) 反洗钱领域

在世界范围内,洗钱活动已成为继贩毒、军火走私之后又一国际公害,严重冲击社会经济和金融的正常运转。而在“9·11”事件后,为了切断恐怖组织的资金来源,以美国为首的众多国家和组织纷纷出台了一系列的反洗钱新规,包括美国的《外国账户税务合规法案》、欧盟的《有关防止犯罪团伙利用金融系统进行洗钱与资助恐怖主义的指令》和《有关跟踪资金转移活动的规定》,以及经合组织(OECD)的《共同申报准则》。同时,相关的监管执法力度不断加大。公开资料显示,近年来,全球受罚的金融机构数量不断攀升,其中包括汇丰银行、渣打银行、富国银行等全球

^① REUTERS:“Anthem to pay record \$115 million to settle U.S. lawsuits over data breach”, http://www.reuters.com/article/us-anthem-cyber-settlement-idUSKBN19E2ML?utm_campaign=trueAnthem:+Trending+Content&utm_content=594ddde704d3014d9ce9eace&utm_medium=trueAnthem&utm_source=twitter. 最后访问日期:2017年11月8日。

知名的大型银行,而相关罚款金额则屡创新高。例如,2014年,法国巴黎银行(BNP)被罚款 89 亿美元;^①2016 年美国司法部等监管机构要求德意志银行支付 140 亿美元赔偿金,以了结对其违规金融活动的调查。^②又如,2017 年 2 月 17 日,中国银行与意大利执法当局达成庭外和解,中国银行支付 60 万欧元(约 437 万元人民币)罚金;此外,中国银行米兰分行四名职员因违反反洗钱的规定被法院判处两年缓刑。至此,中国银行米兰分行涉嫌洗钱案才尘埃落定。^③可以说,今天的金融行业企业正面临着前所未有的反洗钱合规风险。

二、中国企业遭受海外政府调查的典型案件

近年来,伴随实力的增长和发展的需要,中国企业海外投资方兴未艾,“走出去”步伐不断加快。但与此同时,对于当地政治环境、法律法规、语言文化的不甚了解,以及自身原本就较为薄弱的合规体系,使得中国企业屡屡身陷海外法律纠纷之中,并往往为此付出巨大的代价。在全球监管执法越发严格的今天,这一情况变得愈发引人关注。

(一) 反垄断典型案例

2005 年 1 月,河北维尔康制药有限公司(“维尔康”)、华北制药集团有限责任公司(“华北制药”)、江苏江山制药有限公司、东北制药集团有限责任公司和石家庄制药集团维生药业有限公司五家中国维生素 C 生产企业因共同协商减少对美出口维生素 C 产品的供应量而被美国企业

① 凤凰网:《巴黎银行被美罚 89 亿美元的警示》,http://finance.ifeng.com/a/20140703/12649652_0.shtml。最后访问日期:2017 年 11 月 8 日。

② 央视网:《美国向德意志银行索赔 140 亿美元》,http://news.cctv.com/2016/09/17/ARTIxAkbt9y87x3FgzAljwc160917.shtml。最后访问日期:2017 年 11 月 8 日。

③ 财新网:《中行米兰分行洗钱案和解四名职员被判缓刑》,http://finance.caixin.com/2017-02-18/101056673.html。最后访问日期:2017 年 11 月 8 日。

诉至当地法院。2013年,美国纽约东区布鲁克林联邦地方法院判决维尔康和河北制药败诉,并承担约1.62亿美元的赔偿。而另外三家涉案中企则与原告达成庭外和解,并支付了共计3300万美元的和解费用。该案引起了中国政府的强烈不满。其后,在多方努力下,美国第二巡回上诉法院于2016年9月20日推翻了一审法院的裁决,但持续十二年的诉讼仍然对维尔康及其母公司华北制药的在美业务产生了较大的负面影响。^①

(二) 反腐败典型案例

2012年6月,阿尔及利亚法院认定华为和中兴公司卷入该国一起电信腐败案。两家公司被指控在2003—2006年期间,向该国电信部门前高级管理人员支付了总额为1000万第纳尔(约合12.8万美元)的非法佣金以获取相关电信业务。两家公司均被处以300万第纳尔(约合3.9万美元)的罚款,并被禁止参加当地公共项目竞标两年。同时,阿尔及利亚法院分别缺席判处中兴公司涉案高管——董某和陈某及华为公司的涉案高管肖某——10年监禁,并对三人发出了国际通缉令。^②

(三) 数据与数据保护典型案例

2014年7—8月,新加坡和中国台湾地区的消费者分别向当地监管部门投诉小米品牌手机擅自将用户个人资料上传至位于中国大陆的服务器。这一情况引起了新加坡个人资料保护委员会和中国台湾地区相关监管机构的关注,并对此展开调查。2014年8月10日,小米公司发布声明,承认小米手机会在未经用户同意的情况下,自动将用户的电话号码、IMSI(国际移动用户识别码)及IMEI(国际移动装置识别码)回传到

① 新浪网:《历时12年的胜利:美国维生素C反垄断诉讼案中方胜诉》, <http://finance.sina.com.cn/roll/2016-09-27/doc-ifxwermmp4055565.shtml>. 最后访问日期:2017年11月8日。

② 网易新闻:《华为与中兴卷入阿尔及利亚腐败案被禁竞标两年》, <http://tech.163.com/12/0611/06/83MSIVAJ00094MOK.html>. 最后访问日期:2017年11月8日。

小米位于北京的服务器。小米就此事进行了道歉,并声明将改进产品以保护用户的个人隐私。

(四) 出口管制典型案例

2017年3月8日,中兴公司发布公告称,其同意承认违反美国针对朝鲜和伊朗出口管制的刑事指控,并将为此支付近12亿美元的刑事及民事罚金(美国商务部工业安全局同意暂缓执行其中的3亿美元罚金,条件是中兴公司遵守其作出的整改承诺,并在未来七年接受独立的合规监管和审计)。遭此重罚,中兴公司2016年净利润同比大降173.49%。^①

(五) 反洗钱典型案例

2016年2月17日,中国工商银行马德里分行因涉嫌为犯罪组织进行非法洗钱活动,遭到西班牙国民警卫队和反腐败检察官办公室的调查。包括分行总经理、副总经理等在内的6名高管被当地法院批准采取强制措施。^②2016年11月4日,中国农业银行纽约分行因涉嫌洗钱和试图隐瞒与俄罗斯和中东客户的可疑交易,违反纽约州洗钱法,被美国纽约州金融服务署(DFS)处以2.15亿美元罚金的处罚。^③

三、中国律师在该领域迎来的业务新机遇

上述案例证明,在全球越发严格的监管执法环境下,我国企业的“一

① 财新网:《中兴在美认罚8.9亿美元》,http://international.caixin.com/2017-03-08/101063431.html。最后访问日期:2017年11月8日。

② 网易新闻:《工行马德里分行洗钱案持续发酵,3人收监3人取保候审》,http://money.163.com/16/0222/14/BGEFJ53L00253B0H.html。最后访问日期:2017年11月8日。

③ 洛杉矶华人资讯网:《违反反洗钱法中国农行在纽约州被重罚2亿美元》,http://www.chineseinla.com/f/page_viewtopic/t_954279.html。最后访问日期:2017年11月8日。

带一路”之行将注定伴随着风险与挑战。而由此催生的预防和应对此类法律风险的服务需求,给中国的律师行业带来了新的发展机遇。

(一) 帮助企业预防全球调查的合规风险

对于可能引发境外调查的合规风险进行源头管控,是企业预防相关法律风险发生的最有效手段。对于那些在“一带一路”背景下将要或已经“走出去”的我国企业,中国律师可以通过多种形式的合规法律服务,帮助它们预防可能引发境外调查的法律风险。此类合规服务包括但不限于:

1. 协助制定系统性的合规计划

当前,随着对合规工作重要性的认识不断提高,许多中国企业已经初步建立了以国内法律规定为基础的合规体系。但显然,针对“走出去”过程中将要面对的新问题、新挑战,现有的合规内容是远远不够的。为了适应所在国的执法环境,减少遭到政府调查的风险,相关的合规体系必须符合当地的实际情况。当然,中国企业的海外投资之路所涉范围极为辽阔,仅仅“一带一路”沿线就达 60 余个国家,如果企业每到一处都制定一套独立的合规计划,显然既不经济,也无必要。实际上,那些国际性大所以及与境外律所有密切合作关系的律师,完全有能力基于自身的专业知识和实践经验,为“走出去”的中国企业建立一套同时满足国内和国外主要司法辖区执法环境的合规体系。这将使企业能够在控制合规成本的基础上,自上而下对海外的分支机构进行统一的合规管理。

2. 协助进行个案合规

企业的合规风险来自经营中的每项决策、每笔交易,乃至每个细节。对于走在“一带一路”上的中国企业来说,除了按照既定的合规体系对整体经营活动进行风控管理之外,还需要关注具体业务存在的法律风险,这就产生了大量的个案合规需求。而随着世界主要法域执法机构在反垄断、反腐败、数据与隐私保护、出口管制和反洗钱等领域的交流与合作

不断深化,相关的执法理论、思路、方法,乃至重点关注的领域逐渐透明乃至趋同,因此,中国律师可以在这些领域为企业的具体业务内容提供个案合规法律服务。

3. 监测全球监管执法的最新动向

对于中国律师而言,对全球各主要法域的最新立法进展和相关监管执法动向保持关注,是提高自身业务能力的有效手段。而那些将要或已经“走出去”的中国企业同样需要这类信息为其商业决策提供参考。因此,中国律师可以将自身关注所获得的内容进行整理和分析,并形成专项法律意见,不定期地向对此类信息有需求的企业进行传递。

(二) 协助或/和代表企业应对可能面临的全球调查

所谓“百密一疏”,对于那些因为种种原因而陷入境外政府调查的企业,寻找熟悉该国法律和执法实践的当地律师提供帮助,无疑是正确的选择。然而,在部分“一带一路”沿线国家陌生的环境中,及时寻找到专业能力匹配、服务质量上乘的律师并非易事。而不同的语言文化和思维方式,使得中国企业与当地律师之间在一些问题上的交流可能存在隔阂。至于外所律师高昂的法律服务费用,同样可能是中国企业需要考虑的因素。因此,“走出去”的中国企业选择由中外律师共同组成的律师团队来应对自身可能陷入的境外政府调查,可能是一种更佳方案。这类团队可以采用中国律师负责牵头,组织当地律师具体参与的合作模式。这种模式的优势包括:第一,拥有合作经验的中国律师,有能力协助企业筛选出专业能力强、服务质量高和收费标准合理的当地律所和律师。第二,与当地律师相比,中国律师能够更为准确地理解中国企业的诉求。而作为同行,中国律师与当地律师的交流将更为顺畅。因此,中国律师可以在中国企业与当地律师间架起沟通的桥梁。第三,中国律师可以帮助企业与当地律师就服务方式与服务内容作出明确的事先约定,并在后续的服务中,对当地律师提供的服务费用的合理性进行审查,从而帮助

中国企业节省不必要的成本支出。

结论

承载着中华民族伟大复兴梦想的“一带一路”战略为“走出去”的中国企业提供了崭新的舞台,也为中国律师行业的发展带来前所未有的机遇。值此之际,中国律师应把握机遇,提升自身能力,为中国企业预防和应对全球调查做好准备,从而为其在境外的商业运营保驾护航。