
中国投资者海外投资 合规经营和权益保护 实用指南

2022/2023



金杜律师事务所
KING & WOOD
MALLESONS

中国投资者海外投资合规 经营和权益保护实用指南

序一

科技革命和产业变革的发展，助推经济全球化进程深入推进，各国相互依存程度不断加深。尽管近几年逆全球化思潮上升，单边主义和贸易保护主义有所抬头，但大势之所趋，非人力所能移，全球化发展终将不断累积势能，平抑逆流，迎来新的高潮。中国积极倡导人类命运共同体理念，统筹“两个大局”下的国内国际双循环，实行积极主动的开放政策，越来越多的中国企业在全球范围内加快资源布局。

有效运用法律手段防范风险、加强海外权益保护，是中国企业国际化发展面临的重要课题。为帮助中国企业积极应对海外投资风险、维护合法权益，金杜律师事务所和境外中资企业商（协）会联席会议（以下简称联席会议）合作，共同完成了这本《中国投资者海外投资合规经营和权益保护实用指南》。

本书集聚金杜多年跨境法律服务经验，就中国企业及个人投资者面临的海外投资现状和法律风险，以及相关的国际法律制度、国别法律制度与救济等做了全面介绍，内容涵盖国家安全、税务、出口管制、知识产权保护、海关、外汇、反垄断、反商业贿赂、反洗钱、国家管制的应对、跨境争议解决等各方面法律问题。

在此，感谢所有参与撰写的金杜律师付出的辛苦和努力，他们以专业和匠心精神提升了本书的厚度。同时，特别感谢联席会议为本书的完成所提供的支持。作为境外中资企业商（协）会自发形成、自愿参与、非盈利性、非政府性的联合组织，联席会议的权威资料和卓有成效的研究成果赋予本书坚实的事实基础。

期待本书的发布，能对中国企业更好地了解 and 防范相关法律风险、促进海外合规经营、实现更加稳健安全的全球发展有所帮助。

2022年7月7日



王俊峰

金杜律师事务所全球主席

序二

近年来，中国投资者“走出去”步伐不断加快，对外投资合作规模不断扩大，领域不断扩展，层次不断提升。党的二十大报告中指出，“我国已成为一百四十多个国家和地区的主要贸易伙伴，货物贸易总额居世界第一，吸引外资和对外投资居世界前列，形成更大范围、更宽领域、更深层次对外开放格局。”中国投资者在对外开放格局构建中发挥着重要的作用。

当前，世界之变、时代之变、历史之变正以前所未有的方式展开，中国企业开展对外投资合作，面临着世纪疫情、地缘政治、发展鸿沟、气候变化、数字治理等方面的现实挑战，在驻在国开展生产经营也面临安全、合规等各类风险，亟待进一步建立健全科学管理制度，加强境外业务合规培训，增强风险管理的意识与能力。

在“走出去”形势日益复杂多变的背景下，为更好服务中国投资者了解和防范海外投资风险，提升合规经营意识与能力，实现对外投资合作高质量发展，境外中资企业商（协）会联席会议与金杜律师事务所联手编制了《中国投资者海外投资合规经营和权益保护实用指南》。本指南从中国投资者在海外投资现状、面临的主要法律问题及风险、海外投资风险应对法律实践等角度阐明中国投资者如何做好海外投资风险防范并采取应对措施，同时佐以各类司法实践案例，内容丰富、信息准确、指导性强，可作为中国投资者“走出去”的案头参考。例如，仅就境外投资国家安全审查一项问题，本书梳理了美国、加拿大、欧盟、德国、意大利、英国、澳大利亚、印度等八个国家法律法规最新动态，就单边制裁、出口管制、海外用工、知识产权保护、跨境电子商务、跨境争议解决等企业关注的重点难点堵点问题给予详细说明，兼顾法律原理与普法实践，深入浅出、语言生动、可读性强。

作为境外中资企业商（协）会联席会议轮值主席单位——俄罗斯中国总商会会

长，我谨代表境外商会联席会议由衷感谢金杜律师事务所的辛勤付出和专业贡献。我们希望也相信，这本《实用指南》的成功发布，一定会为中国企业开展全球化经营、实现国际化发展、参与高质量共建“一带一路”提供有益的智力支持。联席会议将继续发挥信息交流平台、协调服务平台和联动互助平台作用，携手各方一道，为广大境外商会和中国投资者提供更多务实服务，助力中资企业海外投资经营行稳致远。

2022年10月



周立群

境外中资企业商（协）会
联席会议轮值主席单位
俄罗斯中国总商会会长

目录

序一

序二

第一部分 中国投资者在海外投资现状

- 一、中国对外投资合作发展概览 012
- 二、中国对外投资的风险与挑战概览 023

第二部分 中国投资者在海外投资经营面临的主要法律问题及具体风险

- 一、国家安全审查 028
- 二、海外用工风险 036
- 三、单边制裁 045
- 四、出口管制 056
- 五、出口管制“黑名单”制度 069
- 六、知识产权侵权 074
- 七、间谍、洗钱及其他刑事指控 090
- 八、政府机构的调查 099
- 九、多边开发银行调查与制裁 104
- 十、自愿退市与强制退市 111
- 十一、引渡 116

第三部分 海外投资贸易以及风险应对相关的法律实践

一、国际投资并购及贸易	122
二、国际基础设施、工程建设合同	134
三、国家安全审查	143
四、化解多边开发银行调查及制裁风险	148
五、投资海外应关注的相关税务问题	154
六、海关、外汇相关法律问题	176
七、美国及欧盟数据保护法律	193
八、海外用工风险的应对	210
九、自愿退市与强制退市后私有化路径	214
十、海外上市公司私有化的融资安排	230
十一、完善企业的海外合规管理体系	238
十二、知识产权防侵权检索与分析及纠纷应对	249
十三、美国无效专利的程序	259
十四、知识产权海关保护	263
十五、国际投资保护协定/投资仲裁	268
十六、国际基础设施、工程建设合同纠纷解决	288
十七、国际民商事仲裁与诉讼	301
十八、美国政府的调查	322
十九、美国337、反倾销、反补贴调查	331
二十、中国反对外国单边制裁及长臂管辖的立法	359

第四部分 后记

第一部分

中国投资者在海外投资现状

一、中国对外投资合作发展概览

2020年，世界经济在世纪疫情叠加百年变局中遭受重创，出现3.1%的负增长，全球商品贸易萎缩5.3%，跨国直接投资下降近四成。

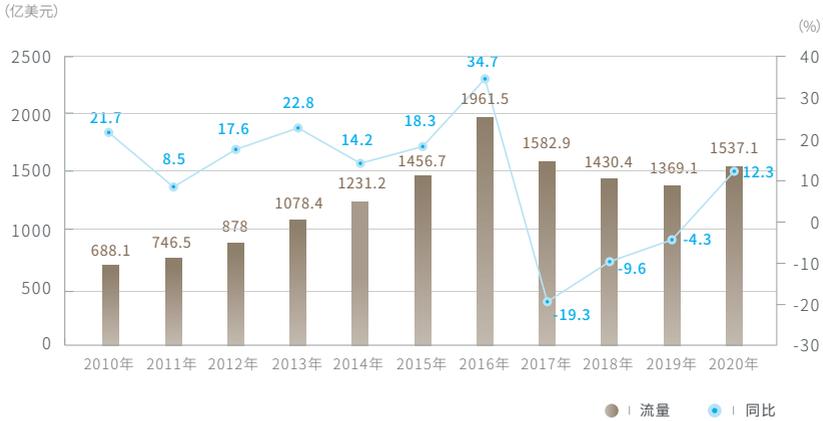
面对各种不确定、不稳定因素，中国积极参与全球经济治理，坚持经济全球化和维护多边贸易体制，持续推进高质量共建“一带一路”，对外投资合作克服重重困难，实现逆势增长，对外投资合作的规模和质量水平再上新台阶，对促进互利共赢和共同发展作出积极贡献。

1. 对外投资流量逆势增长

《世界投资报告2021》统计显示，2020年全球对外直接投资流量7398.7亿美元，同比大幅萎缩39.4%。《2020年度中国对外直接投资统计公报》显示，2020年中国对外直接投资流量逆势上扬达到1537.1亿美元，同比增长12.3%，占当年全球对外直接投资流量的份额大幅提升，达到20.2%，同比提高9.8个百分点，接近翻番。2020年全球对外直接投资流量最高的5个国家和地区分别是中国、卢森堡、日本、中国香港和美国，分别为1537.1亿美元、1270.9亿美元、1157亿美元、1022.2亿美元和928.1亿美元，其中日本对外直接投资流量同比下降49%，美国小幅萎缩0.8%。

“十三五”时期，中国对外直接投资累计7881亿美元，比“十二五”时期增长了46.2%，对外直接投资迈上新台阶。

图 1-1：中国对外直接投资流量 2010 – 2020 年变化比较



数据来源：中国商务部、国家统计局、国家外汇管理局《2020 年度中国对外直接投资统计公报》

表 1-1：2010 – 2020 年中国对外直接投资流量全球占比和位次

年份	流量 (亿美元)	全球占比 (%)	全球位次
2010 年	688.1	4.9	5
2011 年	746.5	4.8	6
2012 年	878	6.4	3
2013 年	1078.4	7.8	3
2014 年	1231.2	9.0	3
2015 年	1456.7	8.5	2
2016 年	1961.5	12.7	2
2017 年	1582.9	9.9	3

年份	流量 (亿美元)	全球占比 (%)	全球位次
2018 年	1430.4	14.5	2
2019 年	1369.1	10.4	2
2020 年	1537.1	20.2	1

数据来源：中国商务部、国家统计局、国家外汇管理局《2020 年度中国对外直接投资统计公报》；联合国贸发会议 2016 — 2021 年《世界投资报告》

2. 对外投资存量全球占比持续提升

2020 年，中国对外直接投资存量稳居全球前三，占全球比重进一步扩大。截至 2020 年末，全球对外直接投资存量 39.2 万亿美元，投资存量前三强依然为美国、荷兰和中国，分别为 81285 亿美元、37976 亿美元和 25807 亿美元，占全球比重分别为 20.7%，9.7% 和 6.6%，中国对外直接投资存量在全球占比较上年提高 0.2 个百分点。

表 1-2：2016 — 2020 年中国对外直接投资存量的全球占比

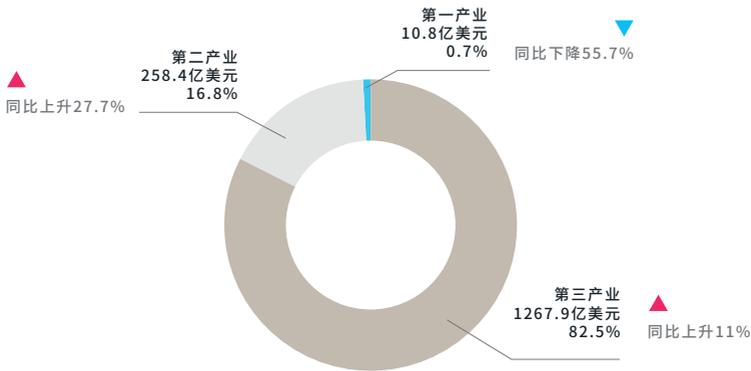
年份	全球对外直接投资存量 (万亿美元)	中国对外直接投资存量 (亿美元)	中国占全球比重 (%)
2016 年	26.2	13573.9	5.2
2017 年	30.8	18090.4	5.9
2018 年	31.0	19822.7	6.4
2019 年	34.6	21988.8	6.4
2020 年	39.2	25806.6	6.6

数据来源：中国商务部、国家统计局、国家外汇管理局《2020 年度中国对外直接投资统计公报》；联合国贸发组织《世界投资报告 2021》

3. 流向二、三产业的对外投资较快增长

2020年，中国对外直接投资逆势增长，流向制造业、服务业的对外直接投资实现较快增长。《2020年度中国对外直接投资统计公报》显示，当年中国流向制造业的对外直接投资258.4亿美元，同比增长27.7%，增速较上年大幅提高21.6个百分点；流向服务业的对外直接投资1267.9亿美元，同比增长11%，增速较上年快速提高16.9个百分点。2020年制造业和服务业领域的对外直接投资流量分别占当年整体对外直接投资流量的16.8%和82.5%，制造业占比增加2个百分点，服务业与上年基本持平。2020年流向第一产业（农/林/牧/渔）10.8亿美元，大幅减少55.7%，整体占比0.7%，较上年减少1.1个百分点。

图 1-2：2020 中国对外直接投资三大产业分布



数据来源：中国商务部、国家统计局、国家外汇管理局《2020年度中国对外直接投资统计公报》

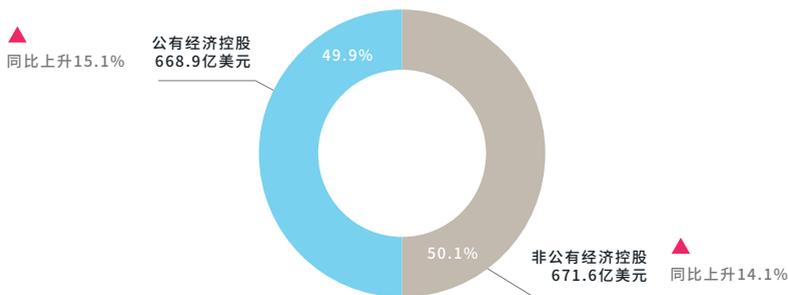
注：此处第一产业为农林牧渔数据，第二产业为制造业数据，第三产业数据为2020年中国对外直接投资总额扣除第一、第二产业对外直接投资额，包括2020年中国对外直接投资涉及的租赁和商务服务业、金融业、批发和零售业、信息传输/软件和信息技术服务业、交通运输/仓储和邮政业、电力/热力/燃气及水的生产和供应业、房地产业、住宿和餐饮业、文化/体育和娱乐业、科学研究和技术服务业、

卫生和社会工作、教育、水利 / 环境和公共设施管理业、居民服务 / 修理和其他服务业、建筑业等行业。

4. 公有和非公有经济对外投资并驾齐驱

2020 年，非公经济和公有经济两类企业主体的对外投资规模和发展速度旗鼓相当，非公经济控股主体对外直接投资实现较快增长，扭转上年大幅下滑态势，增速和所占比重与公有经济控股主体大体同步。《2020 年度中国对外直接投资统计公报》显示，2020 年中国对外非金融类直接投资合计 1340.5 亿美元，其中非公经济控股的境内投资者对外投资 671.6 亿美元，同比增长 14.1%，增速较上年提高 36.3 个百分点，占比 50.1%；公有经济控股的境内投资者对外直接投资 668.9 亿美元，同比增长 15.1%，占比 49.9%，较上年微弱增长 0.2 个百分点，其中，中央企业和单位对外非金融类直接投资 492 亿美元，同比大幅增长 80.8%，增速较上年提高 62.8 个百分点。

图 1-3：2020 年不同所有制企业对外非金融类直接投资比较



数据来源：中国商务部、国家统计局、国家外汇管理局《2020 年度中国对外直接投资统计公报》

5. 收益再投资规模和占比均创历史最高

2020 年，超过七成的中国境外企业实现盈利或持平，良好的经营状况产生更

大规模的新增留存收益，收益再投资规模和整体占比均创历史最高。《2020 年度中国对外直接投资统计公报》显示，2020 年中国收益再投资 716.4 亿美元，同比增长 18.2%，占对外投资流量总额的 46.6%，较上年提高 2.3 个百分点；当年新增股权投资增长三成，达到 630.3 亿美元，占流量总额的 41%，较上年提高 5.7 个百分点；债务工具投资 190.4 亿美元，同比下降 31.9%，占比 12.4%，较上年减少 8 个百分点。截至 2020 年末，中国共在 189 个国家（地区）设立 4.5 万家对外直接投资企业，年末境外企业资产总额 7.9 万亿美元，直接投资存量 25806.6 亿美元中股权投资 14777.3 亿美元，占比近六成，收益再投资 7860.4 亿美元，占比三成，债务工具投资 3168.9 亿美元，占比 12.3%。

表 1-3: 2020 年中国对外直接投资流量构成

指标	金额 (亿美元)	同比 (%)	比重 (%)	比重较上年
新增股权	630.3	30.4	41	提高 5.7 个百分点
收益再投资	716.4	18.2	46.6	提高 2.3 个百分点
债务工具投资	190.4	-31.9	12.4	减少 8 个百分点

数据来源：中国商务部、国家统计局、国家外汇管理局《2020 年度中国对外直接投资统计公报》

6. 对“一带一路”沿线国家（地区）投资再创新高

2020 年，中国对“一带一路”沿线国家（地区）投资规模创 2013 年以来最高值和最高占比。当年对沿线国家（地区）直接投资 225.4 亿美元，较上年扩大 38.5 亿美元，同比增长 20.6%，占同期中国对全球直接投资流量的 14.7%，较上年提高 1 个百分点。制造业依然是中国对“一带一路”沿线国家（地区）投资规模最大的行业，流向沿线国家（地区）制造业的直接投资 76.8 亿美元，较上年增加 8.9 亿美元，同比提高 13.1%，占全部投资的比重为 34.1%，较上年减少 2.2 个百分点。

中国当年对“一带一路”沿线直接投资流量最大的10个国家是新加坡、印尼、泰国、越南、阿联酋、老挝、马来西亚、柬埔寨、巴基斯坦和俄罗斯，合计投资187.4亿美元，较上年提高27.8亿美元，占当年中国对“一带一路”沿线国家（地区）投资总额的83.1%，较上年减少2.3个百分点。

截至2020年末，中国在“一带一路”沿线的63个国家（地区）设立超过1.1万家境外企业，2013—2020年，中国对“一带一路”沿线国家（地区）累计直接投资1398.5亿美元，“十三五”期间累计直接投资946.3亿美元。

图 1-4：2016—2020 年中国在“一带一路”沿线国家（地区）直接投资占比比较



数据来源：中国商务部、国家统计局、国家外汇管理局《中国对外直接投资统计公报》

表 1-4：2020 年中国对“一带一路”沿线国家（地区）直接投资流量前 10 位

国家（地区）	2020 年流量（亿美元）
新加坡	59.2
印度尼西亚	22.0

国家（地区）	2020 年流量（亿美元）
泰国	18.8
越南	18.8
阿拉伯联合酋长国	15.5
老挝	14.5
马来西亚	13.7
柬埔寨	9.6
巴基斯坦	9.5
俄罗斯联邦	5.7
合计	187.4

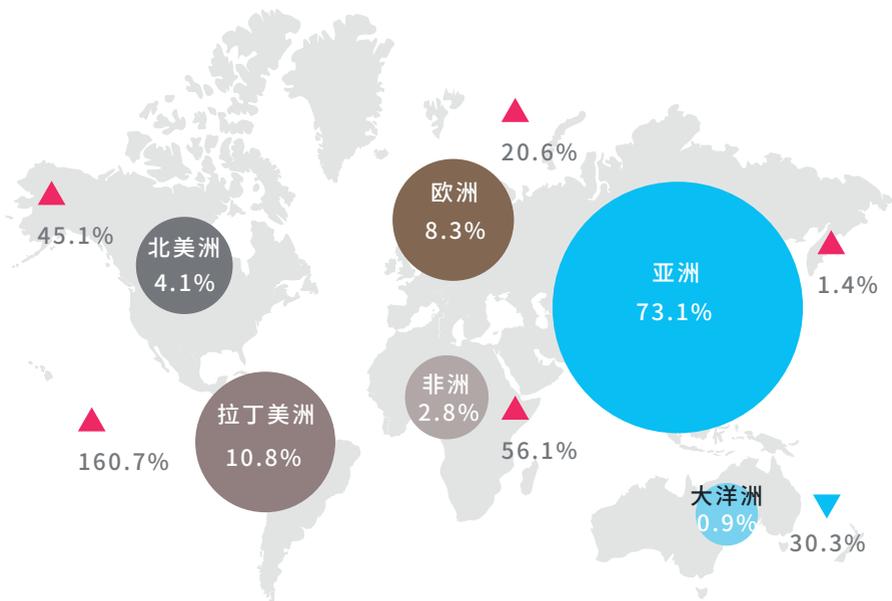
数据来源：中国商务部、国家统计局、国家外汇管理局《2020 年度中国对外直接投资统计公报》

7. 对美洲和非洲投资实现大幅增长

2020 年，中国对美洲和非洲直接投资扭转上年萎缩态势，实现大幅增长。拉丁美洲、非洲和北美洲是当年中国对外直接投资实现最快增长的三个地区，其中拉丁美洲取代欧洲成为当年中国对外直接投资第二大目的地。《2020 年度中国对外直接投资统计公报》显示，2020 年，中国对拉丁美洲直接投资 166.6 亿美元，同比增长 160.7%，增速较上年提高 217 个百分点，对非洲直接投资 42.3 亿美元，同比增长 56.1%，增速提高 106 个百分点，对北美洲直接投资 63.4 亿美元，同比增长 45.1%，增速提高 95 个百分点。当年中国对美国直接投资 60.2 亿美元，同比增长 58.1%，占对外直接投资流量的 3.9%，对拉丁美洲、非洲、北美洲的直接投资分别占对外直接投资流量的 10.8%、2.8% 和 4.1%。

亚洲依然是 2020 年中国对外直接投资最主要的目的地。当年流向亚洲的直接投资 1123.4 亿美元，同比增长 1.4%，占当年对外直接投资流量的 73.1%，较上年减少 7.8 个百分点，其中对东盟 10 国的投资实现较快增长，当年直接投资 160.6 亿美元，同比增长 23.3%，超过中国当年对外直接投资增速 11 个百分点，占当年对外直接投资流量的 10.4%。2020 年中国对欧洲直接投资 126.9 亿美元，同比增长 20.6%，占当年对外直接投资流量的 8.3%，较上年扩大 0.6 个百分点，其中对欧盟直接投资 101 亿美元，同比增长 5.2%，占当年对外直接投资流量的 6.6%。2020 年中国对大洋洲的投资继续呈现下滑，当年直接投资 14.5 亿美元，同比下降 30.3%，占当年对外直接投资流量总额的 0.9%，比重较上年减少 0.6 个百分点，大洋洲是当年中国对外直接投资唯一呈现负增长的地区。

图 1-5：2020 年中国对外直接投资流量全球地区分布



数据来源：中国商务部、国家统计局、国家外汇管理局《2020 年度中国对外直接投资统计公报》

表 1-5：2020 年中国对外直接投资流量全球地区分布

地区	投资流量 (亿美元)	同比 (%)	比重 (%)
亚洲	1123.4	1.4	73.1
拉丁美洲	166.6	160.7	10.8
欧洲	126.9	20.6	8.3
北美洲	63.4	45.1	4.1
非洲	42.3	56.1	2.8
大洋洲	14.5	-30.3	0.9
合计	1537.1	12.3	100.0

数据来源：中国商务部、国家统计局、国家外汇管理局《2020 年度中国对外直接投资统计公报》

8. 对外承包工程业务整体平稳发展

2020 年，在国际承包工程发包额大幅减少的形势下，中国对外承包工程业务整体平稳发展。商务部数据显示，2020 年中国新签大额对外承包工程项目合同增多，新签合同额过 1 亿美元大项目 514 个，较上年增加 8 个，数量创历史新高。对外承包工程项目行业分布广泛，在交通运输建设、一般建筑、电力工程、石油化工等 4 个领域继续保持优势，上述 4 个行业的新签项目合同额占当年合同总额的 77.2%，完成营业额占当年完成营业总额的 74.4%。

2020 年中国对外承包工程超过八成业务集中在亚洲和非洲。完成营业额排名前十的国家和地区是阿联酋、中国香港、巴基斯坦、印尼、马来西亚、沙特、孟加拉国、阿尔及利亚、俄罗斯和澳大利亚。2020 年中国与全球 184 个国家和地区新签了 9933 份对外承包工程项目合同，新签合同额和完成营业额分别为 2555.4 亿美

元和 1559.4 亿美元，同比分别下降 1.8% 和 9.8%。

“十三五”期间，中国合计新签对外承包工程项目合同额 12668.8 亿美元，2016 - 2020 年分别为 2440.1 亿美元、2652.8 亿美元、2418 亿美元、2602.5 亿美元和 2555.4 亿美元；对外承包工程业务完成营业额合计 8258.9 亿美元，2016 - 2020 年分别为 1594.2 亿美元、1685.9 亿美元、1690.4 亿美元、1729 亿美元和 1559.4 亿美元。“十三五”期间，中国合计新签对外承包工程合同额上亿美元项目 2405 个，2016 - 2020 年分别为 482 个、436 个、467 个、506 个和 514 个；2016 - 2020 年入选美国《工程新闻纪录》（ENR）“全球最大 250 家国际承包商”的中国企业数量分别为 65 家、65 家、69 家、75 家和 74 家，占比分别为 26%、26%、27.6%、30% 和 29.6%。

表 1-6: 2020 年中国对外承包工程主要行业分布

行业	新签合同额占比 (%)	完成营业额占比 (%)
交通运输建设	24.8	25.8
一般建筑	25	19.1
电力工程建设	19.9	19.6
石油化工领域	7.5	9.9
合计	77.2	74.4

数据来源：《中国对外承包工程、劳务合作业务统计年报》

9. 对外劳务合作下降近四成

新冠肺炎疫情下各国对跨境人员流动的限制给中国对外劳务合作开展形成一定的挑战，2020 年中国外派劳务人员下降近四成。商务部数据显示，2020 年，中国对外劳务合作派出各类劳务人员 30.1 万人，同比下降 38.2%，较上年同期减少 18.6 万人，其中承包工程项下派出 13.9 万人，同比下降 34.1%，较上年减

少 7.2 万人，劳务合作项下派出 16.2 万人，同比下降 41.3%，较上年减少 11.4 万人。2020 年末在外各类劳务人员 62.3 万人，同比下降 37.2%，较上年减少 36.9 万人。

“十三五”期间，我国对外劳务合作派出各类劳务人员合计 229.6 万人，2016—2020 年分别为 49.4 万人、52.2 万人、49.2 万人、48.7 万人和 30.1 万人；承包工程项下合计派出 102.9 万人，2016—2020 年分别为 23 万人、22.2 万人、22.7 万人、21.1 万人和 13.9 万人；劳务合作项下合计派出 126.7 万人，2016—2020 年分别为 26.4 万人、30 万人、26.5 万人、27.6 万人和 16.2 万人。

表 1-7：“十三五”各年度我国对外劳务合作派出劳务人员比较

年度	承包工程项下派出 人员 (万人)	劳务合作项下派出人员 (万人)	对外劳务合作派出各 类劳务人员 (万人)
2016 年	23	26.4	49.4
2017 年	22.2	30	52.2
2018 年	22.7	26.5	49.2
2019 年	21.1	27.6	48.7
2020 年	13.9	16.2	30.1
合计	102.9	126.7	229.6

数据来源：《中国对外承包工程、劳务合作业务统计年报》

二、中国对外投资的风险与挑战概览

当今世界，百年未有之大变局叠加全球疫情，进入动荡变革期。外部环境更趋复杂、严峻和不确定，中国投资者海外投资经营面临着复杂严峻的国内外形势和诸多风险挑战。

1. 全球跨境投资增长动力不足

当前世界经济总体保持复苏态势，但动能有所减弱，不稳定、不确定因素增多，实现常态化增长仍需时日。2020年，全球跨境投资降至2005年以来的最低点。尽管2021年全球外国直接投资强劲反弹，比2020年增长77%，从9290亿美元增至1.65万亿美元，超过新冠疫情前水平，但发展中国家卫生危机的持续时间和疫苗接种速度，实施基础设施投资等激励措施的成效仍是重要的不确定性因素。贸发会议预测，2022年全球FDI增长前景仍然乐观，但不太可能继续保持2021年的增速。劳动力和供应链瓶颈、能源价格和通胀压力也将影响全球跨境投资实际增长。2022年，世界百年未有之大变局正加速演变，新一轮科技革命和产业变革带来的激烈竞争前所未有，气候变化、疫情防控等全球性问题对人类社会带来的影响前所未有，跨境投资的国际环境日趋复杂。虽然我国对外直接投资流量规模在2020年位列世界第一位，但面对全球跨境投资恢复性增长动力不足的局面，未来我国对外直接投资流量规模恐面临下行压力。

2. 全球投资保护主义抬头

2020年，全球限制或监管性投资政策措施占投资政策措施总数的比例达到41%，创历史新高。限制或监管性措施在发达国家更为普遍，在43项出台措施中占35项。2021年9月，美欧贸易和技术委员会（TTC）正式成立，并在联合声明中强调投资审查。美国商务部、财政部通过“实体清单”对外国企业进行制裁。欧盟于2021年11月发布首份外资安全审查报告，指出自欧盟新的外资审查法案生效一年来，欧委会已审查400项外国投资。英国《国家安全与投资法》于2022年1月生效。特定国家滥用国家力量、泛化国家安全打压外国企业的错误做法有所增加，限制范围从原先的国防工业扩展到战略性行业、关键性基础设施及国内核心技术。部分国家甚至出台针对性政策，压缩中资企业海外的发展空间，例如，美国政府以“应对中国军工企业威胁”为由，签署行政命令，将59家中国企业列入投资“黑名单”；英国政府禁止中企参与该国核电项目；印度税务部门对中资企业开展大规模调查等。2022年以来，美国发起多起针对中国企业的制裁，中国企业海外利益面临风险。

3. 中国企业参与全球供应链难度加大

西方跨国公司的垄断优势已从最初资本、技术等所有权优势，向无工厂制造商主导的产业链优势演进。2021年《全球价值链发展报告》指出，无工厂制造商主导的全球价值链，以及利用国际直接投资和全球价值链向全球客户出口无形资产服务的新商业模式，正超越传统生产方式，对国际贸易、工业化和经济发展模式带来革命性变化。中国企业联合会、中国企业家协会评选的2021年中国100家最大跨国公司的平均跨国指数仅为15.07%。中国跨国公司亟需补齐专利技术、品牌、全球批发和零售网络等短板。产业链和供应链面临的人为割裂风险有所增加，国际投资中国绕关键原材料和高新技术的竞争可能进一步加剧。特定国家以维护产业链安全、供应链稳定、提升经济发展韧性和危机应对能力为名，构建一系列排他性的小集团，甚至试图以意识形态划线，打造供应链“小圈子”，对华科技“脱钩”力度加大。

4. 中国企业海外投资利益保护更加艰难

部分国家面临企业倒闭、失业率上升、粮食短缺等问题，放大了既有矛盾，社会动荡和冲突事件明显增多，“走出去”企业的生产经营及员工的人身和财产安全面临更大威胁。美欧在重拾“价值观外交”基础上，加大对发展中国家的基础设施投资力度，或对“一带一路”建设造成更多干扰。美国推动七国集团（G7）推出的“重建更美好世界”倡议（B3W）于2022年初推出首批投资项目，并计划启动“印太经济框架”；欧盟将在“全球门户战略”下加大对基建领域的投资。“一带一路”沿线的部分发展中国家受世界经济衰退、国际金融机构避险等因素影响，债务违约风险加大。纵观政治、经济、安全等方面的风险，跨国投资经营的不确定性大幅上升，中国企业维护海外利益难度加大。

5. 中国企业合规经营面临更高要求

美日欧等经济体在世贸组织改革和多双边经贸谈判中倾向于片面强调所谓“高标准”规则，提高中资企业投资经营门槛。在反补贴方面，欧美在世贸组织改革中推动竞争中立和反补贴，弱化中国国有企业对外投资优势。在国际税收方面，经合

组织（OECD）发表《关于应对经济数字化税收挑战“双支柱”方案的声明》部分规则或影响双向投资、挑战数据安全、增大税改难度。在数据跨境流动方面，各国出台不同管理标准的数据流动法律和规则体系，形成若干数据流动圈。在绿色发展方面，越来越多的经济体推出碳达峰、碳中和时间表和新要求，欧盟率先提出碳边境调节机制。在可持续发展方面，欧美等发达经济体在疫情后更加强调欢迎符合可持续发展标准的投资。在社会责任方面，不少国家在技术质量、社会责任等方面提出更高要求。中国企业的合规能力面临新挑战，合规风险和成本不断上升。

第二部分

中国投资者在海外投资经营面临的主要法律问题及具体风险

一、国家安全审查

2021年3月26日，韩国某半导体公司公告同意被中国某私募股权投资公司以每股29美元的价格收购，总价约14亿美元。2021年5月底，美国外国投资委员会（CFIUS）介入该交易，要求当事各方向CFIUS提交审查。2021年12月14日，因无法获得CFIUS的批准，交易双方联合声明终止交易。根据合并协议，该中国私募股权投资公司需支付7,020万美元的终止费。

2017年，中国某企业下属的一家法国公司宣布拟收购一家生产特殊机床的德国公司，其研发的高强度部件主要运用于汽车生产、航天航空乃至核工业领域。中国企业向德国经济能源部申报了该交易。历经2017年年中至2018年7月的国家安全审查程序，基于德国经济能源部将禁止该交易的传闻，中国企业撤回了其收购申请，但德国政府随后仍以交易会危及德国的公共秩序与安全否决了该收购，该否决为德国首次否决外商对德投资。

2020年12月21日，中国某投资公司与意大利某半导体设备公司的股东达成股权收购协议，由中国公司收购意大利公司的70%股权。意大利公司生产碳化硅外延炉等半导体设备，其碳化硅外延炉设备在全球市场占有率保持前三。2021年3月31日，时任意大利总理利用“黄金权力”对这笔交易进行了否决，其认为半导体是具有战略重要性的产业。自2012年以来，该“黄金权力”共被使用3次，2次用于中资企业交易。

2021年1月，澳大利亚国库部长弗莱登伯格以国家安全为由否决了中国某建筑企业对澳某建筑承包巨头88%股份的拟议收购，该笔交易价值约3亿澳元，该等股份由南非某公司持有。中国企业的竞标在正式否决前已撤回。

以上案例凸显了近年来国际政治经济形势的变化，欧美等发达国家对中国投资的国家安全审查愈加严格，并给中国买家带来了较大损失。

美国是最早建立国家安全审查的国家之一，其国家安全审查制度始于1988年的《埃克森-佛洛里奥修正案》，并在2018年通过了外国投资风险审查现代化法

案（FIRMA），对国家安全审查制度进行了重大修改。在过去三年左右的时间里，欧洲很多国家都推出了自己的国家安全审查制度，很多国家的国家安全审查制度都效仿美国的制度，对中国企业的海外投资施加了诸多限制。中国企业走出去投资之前，需要首先了解目标公司所在国家的国家安全审查制度，并予以谨慎的评估。

1. 美国

美国国家安全审查由美国外国投资委员会（CFIUS）负责，其是一个由美国财政部牵头、多个联邦政府部门共同组成的联席办公机构，审查范围包括可能影响美国国家安全的外商投资和并购交易，即所谓的“受管辖的交易”（covered transaction）。受 CFIUS 管辖的交易主要可以分为三类，即：控制权交易、特定的非控制性投资交易和特定的房地产交易。具体而言：

- (1) 控制权交易是指外国人士取得对美国业务的控制的交易。需要注意，CFIUS对于“控制”的定义比我们通常理解的概念宽泛，是指拥有决定或指导重要事项的直接或间接的权力。除了掌握目标企业的多数股权或投票权，通过合同安排、一致行动安排、董事任命等其他方式取得对目标企业的重要事项的决定权也同样会被视为“控制”了该目标企业。
- (2) 特定的非控制性投资交易主要指外国人士对涉及关键技术、关键基础设施和敏感个人数据的美国业务（合称“TID业务”）的投资，且该等投资会使外国人士（i）获取TID业务的重大非公开技术信息；（ii）成为TID业务公司的董事或观察员，或有权指派董事或观察员；或（iii）有权参与关于TID业务经营事项的重大决策。如果一项投资落入了这个范围，则不论是否取得了对目标企业的控制权都需要受到CFIUS的审查。
- (3) 特定的房地产交易主要涉及位于或者接近敏感地理位置（例如军事设施、港口、机场或者其他可能影响美国国家安全的位置）的美国房地产

被外国人士购买、租赁或被许可给外国人士使用的情况。

注意，任何通过对交易形式的设计而使交易表面上不属于前述类别，意在规避 CFIUS 管辖权，但实质上应该落入 CFIUS 管辖权的交易，CFIUS 仍然有管辖权。

以下两类受管辖的交易需要向 CFIUS 进行强制申报：（1）外国政府交易：即，交易完成后将导致美国 TID 业务公司的 25% 或以上表决权权益被外国政府在其持有实质权益的外国买方收购，实质权益是指外国政府在该买方中直接或间接持有 49% 或以上表决权权益；或者（2）关键技术交易：即，如果一项交易涉及（i）生产、设计、测试、制造、装配或开发关键技术的业务，且（ii）该等关键技术的输出、再输出、转移（国内）或再转移给外国投资者需要取得相关监管批准，那么这样的关键技术交易就需要进行申报。注意，此处关于出口管制的分析只是假定技术如果被出口、再出口和在国内的转移，而非交易本身实际会涉及到出口、再出口和在国内的转移。除以上两种情形外，CFIUS 审查是一个自愿申报程序，由交易各方根据对交易所涉及的国家安全风险的判断自行决定是否向 CFIUS 做申报。但是，如果交易方不申报，CFIUS 在获悉了交易后（无论交易是否已经完成，也无论完成了多久），依然可以依职权主动发起审查或是要求交易双方进行申报。

CFIUS 的申报有两种形式：一是简要申报（Declaration），二是全面申报（Notice）。对于较为简单且国家安全敏感度低的交易，简要申报是一种可能的选择，CFIUS 会在接受简要申报后 30 天内对交易进行审查并做出决定，决定可能是通过交易，要求交易方提交正式申报或通知交易方未能完成审查。从统计数据看，使用简要申报的案例大部分是来自与美国关系良好的国家的投资者。全面申报的审查流程与简要申报相比则更为复杂。交易方需要先向 CFIUS 提交初步书面通知，在收到初步通知的 10 个工作日内，CFIUS 会反馈对初步通知的意见或者决定接受通知。在 CFIUS 正式接受申报后，CFIUS 会在其接受申报通知后的 45 天内对交易进行初步审查；若发现该等交易可能涉及美国国家安全，则 CFIUS 可以进一步对交易开展期限为 45 天的调查（在特殊情况下可以延长 15 天）。在

实践中，交易双方通常会在这个阶段与 CFIUS 谈判，看是否具有就某些涉及国家安全的事项进行缓冲安排（mitigation）的可行性，并就此签署国家安全协议（National Security Agreement）或是保证函（Letter of Assurance），采取某些措施以降低 CFIUS 在国家安全方面的顾虑，从而换取 CFIUS 对交易的附条件同意。在调查期经过后，如果 CFIUS 依旧认为国家安全的顾虑无法解决，那么交易方一般会自行退出交易或者由 CFIUS 非正式的“劝退”；如果交易方对将交易进行下去比较坚持，CFIUS 有权将其调查结论提交美国总统，总统将在 15 天内做出最终裁决。虽然以上流程的期限明确，但实践中出现过在调查期临近结束时，CFIUS 提示交易方撤回申报和重新提交的情形，在这种情形下，整个期限要重新起计。而且，法律没有限制撤回和重新申报的次数，理论上可以发生多次撤回和重新申报。

2. 加拿大

加拿大的外商投资审批法案是《加拿大投资法案》（ICA）。ICA 建立了两套审查制度，一是净效益（Net Benefit）审查，一是国家安全审查，两个审查是独立但又关连的程序。

对于超过 ICA 中适用的财务标准的外国人士直接获得加拿大企业控制权的交易，必须提交强制的交割前审查（Review）申请，且必须在投资实施前获得创新、科学和工业部部长批准。对于超过财务标准的间接收购文化类业务的交易，必须提交强制审查申请，并获得加拿大文化遗产部部长的批准，这一程序在交割前或交割后完成均可。

对于未超过适用财务标准的非文化类业务的直接收购，以及间接收购非文化类业务和设立新的加拿大业务的交易，均需要履行报告义务（Notification）（无需相关批准），报告可在交割前提交，也可以在交割后 30 日内提交。

2022 年适用于 WTO 投资者（包括中国）的财务标准如下：

表 2-1

非国企直接投资（非文化类）	11.41 亿加元企业价值	直接投资（文化类）	500 万加元资产价值
国企直接投资（非文化）	4.54 亿加元资产价值	间接投资（文化类）	5,000 万加元资产价值

强制审查使用“净效益”（Net Benefit）审查标准。投资者必须证明交易“可能对加拿大有净效益”方可获得必要批准，例如证明投资对经济、生产力及效率的影响。为获取该等批准，投资者通常被期许向创新、科学和工业部部长作出有约束力的承诺。

根据 ICA 中的另行规定，政府有权以可能“危害加拿大国家安全”为由审查外国投资。审查范围包括对加拿大业务的全部或部分收购，无论是否构成对控制权变更。涉及国防、重要基础设施、重要货物和服务、战略物资等敏感行业的投资、临近或触及敏感政府设施业务的投资以及国有企业的投资，往往会受到更为严格的国家安全审查。

就净效益审查而言，法定审查期为自收到完整申请后的 45 天，该时长可被相关部门单方延长 30 天，且可在投资者同意的情况下再行延长。就国家安全审查而言，创新、科学和工业部部长需要在收到完整净效益审查申请或交割完成（如无需提交申请）后的 45 天内进行初步审查并决定是否发出国家安全审查通知，经通知后创新、科学和工业部部长可有 45 天决定是否发起正式审查。其后，政府有 45 天时间完成审查并交由内阁作出决定，该时限可由政府延长 45 天或经投资者同意再行延长。如果创新、科学和工业部部长建议阻止交易，内阁有 20 天时间考虑创新、科学和工业部部长的建议。不考虑投资者同意延期的情况下，国家安全审查整个流程可达 200 天。

3. 欧盟

2020 年 10 月 11 日正式生效的《欧盟外商直接投资条例》（《条例》）确立

了欧盟对外商直接投资审查框架，是欧盟层面首个基于国家安全和公共秩序理由的外商直接投资审查工具。该条例旨在补充，而非取代成员国的国家审查体系。根据该制度性框架，欧盟委员会可与各成员国交换各成员国政府在外商投资申报中收悉的有关信息。

《条例》并未在欧盟层面建立独立的审查机制。具体地说，《条例》并未授权欧盟委员会对发生在欧盟内部的拟议外国投资进行审查、阻止或采取缓解措施。《条例》明确指出，有关阻止或对外国投资实施缓解措施的决定属于成员国的专属领域。但《条例》创建了一个信息共享机制，成员国须将在本国层面需要进行审查的外国投资通知欧盟委员会和其他成员国，共享以下信息：（1）外国投资者的所有权结构；（2）外国投资的价值；（3）外国投资者的产品、服务和经营活动；（4）交易日期。

《条例》允许欧盟委员会审查“涉及欧盟利益”的特定投资（如涉及关键基础设施、关键技术、军民两用品、敏感信息及非欧盟国家政府的控制等的交易），并可向投资所在地的成员国出具无约束力意见。成员国必须认真考虑欧盟委员会的意见，但欧盟委员会无权否决交易或对交易附加条件。最终决定将始终由进行外商投资审查的成员国作出。

欧盟委员会和其他成员国可在收到完整信息后的 35 日内向进行审查的成员国提供意见和评议。如欧盟委员会和 / 或其他成员国要求提供进一步信息，则该期限可以延长。

4. 德国

2021 年 5 月 1 日起，德国施行新的外资审查法规《德国对外贸易和支付条例》，大幅度扩大了须向政府进行强制申报的外国直接投资交易的适用范围。

非欧盟外国人士直接或间接对特定如军火、国防物资及政府信息安全等行业的超过 10% 表决权的投资，需要事先获得政府批准。非上述特定行业的部分跨行业投资，也需要获得事前批准，该等跨行业投资可分为关键基建、关键产业、其他投资。关键基建包含能源、运输、电信等，强制申报的触发标准为 10% 表决权。关

键产业包含人工智能、半导体及网络安全等，强制申报的触发标准为 20% 表决权。就非欧盟外国人士获取 25% 或以上表决权的其他投资而言，如果政府认为该投资可能影响公共秩序或安全 / 利益，则该等投资需要获取事前批准。就表决权而言，由同一外国政府控制或资助的不同实体所持有股权或表决权要合并计算。就位于前述行业的公司的现有非欧盟外国股东的股权增持而言，其也需要在达到特定股权比例时进行强制申报。

如果在交割前需要强制申报的交易未获得政府批准，即发生了抢跑行为，交易相关方可能会面临罚款甚至刑事处罚（包括监禁）。而政府可在签约后的 5 年内依职权主动发起相关交易的审查。

审查分为两个阶段：第一阶段为两个月，由政府决定是否发起正式审查流程，如不发起，则交易被视为批准；第二阶段为四个月，该时限可因交易方提供信息或与政府商讨解决方案而被延长。

5. 意大利

意大利的外国投资制度，即所谓的“黄金权力”制度，允许意大利政府对涉及外国人士投资法律规定的“战略性”行业的交易进行审查，并允许其对该等交易施加条件，甚至在国家经济或安全受到威胁时予以否决。该制度于 2012 年通过黄金权力法令引入，并通过其后的法令进行修订。

对于任意外国人士而言，对国防及国家安全具有战略重要性的目标公司，如收购超过其股权的 3%（上市公司）或 5%（未上市公司），则必须提交申报。对于其他战略性行业，如能源、运输、水、卫生、通信、数据处理、人工智能、机器人、半导体、网络安全等，非欧盟外国人士收购具有战略重要性的公司不少于 10% 股权或表决权且收购金额超过 100 万欧元的交易，或在收购后持有该等公司 15%、20%、25% 及 50% 股权的交易，需要进行强制申报。值得一提的是，特殊规定适用于 5G 和云科技行业。

审查时限为 45 天，如需额外信息或涉及其他欧盟国家，可能导致审查周期延长。

如为不复杂的交易，审查过程可以简化。违反申报规定可能导致民事和刑事制裁，包括要求 1 年内处置股权及处以不超过交易金额 2 倍但不低于交易相关方合并年营业额 1% 的罚款等。政府可在事后依职权主动发起相关交易的审查。

6. 英国

2021 年 4 月 29 日，英国议会通过了《国家安全和投资法》（National Security and Investment Act），确立了英国首个国家安全与外商投资的独立审查制度，建立了包括强制申报、自愿申报、主动审查（call in）等较为全面的机制。政府可基于国家安全对交易进行审查，可审查交易是指外国人士对涉英主体或资产进行投资，获得其权利或利益并达到一定控制程度的交易。

满足股权标准或决策权标准即达成可审查交易要求的控制程度。（1）股权标准涵盖投资后获得超过 25% 股权的、自低于 50% 上升到 50% 或自低于 75% 上升到 75% 以上的交易；而（2）决策权标准涵盖投资后的投票权可对公司事项拥有重大决策权的交易。就涉及基础设施、高科技、军事和军民两用技术、应急服务等 17 个行业领域的可审查交易，交易方必须在交割前完成强制申报并获得批准。

对于提交的申报，英国政府将有 30 个工作日的初步审查期，如果英国政府决定开展详细审查，将有额外 30 至 75 个工作日对交易进行详细审查（如果英国政府要求提供进一步资料，时限将停止计算）。

对可能涉及国家安全但不属于强制申报领域的交易，政府在交割后五年内或知悉该等交易后 6 个月内，有主动审查权。但若相关交易本应受限于强制申报，则上述 5 年的审查期限限制不适用。

7. 澳大利亚

2021 年澳大利亚进一步修改了其《外国收购和接管法》。根据该法，超过相关审查门槛的外商投资（包括开办企业）需提交国家安全审查的申报，由外国投资审查委员会（FIRB）负责审查。

适用于不同行业 and 不同投资者的股权百分比及投资金额审查门槛各不相同。对与澳大利亚签有自由贸易协定的合作伙伴（包括中国）而言，一般非敏感（非土地类）交易金额门槛为 12.5 亿澳元；涉及国家安全业务、传媒业务或国家安全类 / 住宅类 / 空白商业类土地的交易门槛为 0；如果任何投资为外国政府投资，门槛则为 0。就股权百分比而言，超过 20% 股份的直接或间接收购即达成门槛要求，但涉及外国政府投资或敏感行业的话，比例可进一步降低。

国库部长在交易方缴纳申报费用后的 30 天内需作出决定，该期限可在交易方同意的情况下延长，也可由 FIRB 书面通知交易方以延长 90 天审查期。该 90 天过后，FIRB 可通过签发临时命令（interim order）在上至 90 天内禁止交割的方式再延长 90 天的审查期限。通常来说，审查需用时 2-3 个月。在交易方未申报交易时，FIRB 有权在交割后 10 年内主动发起审查。

8. 印度

印度于 2020 年 4 月公布了 Press Note 3 (PN3)，声明在与印度有陆地边界的国家（巴基斯坦、孟加拉国、阿富汗、尼泊尔、不丹、缅甸和中国）成立的实体需在对印度直接或间接投资前预先获得政府批准。PN3 未规定适用投资限制的最低门槛，而市场惯例为就投后实益所有权达到或超过 10% 的交易进行申报。印度政府并未公布 PN3 审查的时间线，但市场认为该审查可持续数月。

以上是对我们代表客户执行交易的过程中经常遇到的一些国家的国家安全审查制度的简介。以上列举并非是穷尽式的，很多国家都有自己的外商投资 / 国家安全审查制度，大概的制度可能与上述列举的制度类似，中国企业需要提前了解东道主国家的国家安全审查制度，并做好如何解决这些国家通常主要关注的问题的预案。

二、海外用工风险

劳动法律规范植根于各国独特的政治经济文化传统及社会背景，存在较强的本土化特色，各国在工时薪酬、反歧视及性骚扰、解雇等方面的劳动法律规范存在较

大差异。中国企业及个人海外投资过程中如未充分了解投资国当地劳动法律规范，按照本国定式处理海外用工关系，可能会引发劳动争议甚至海外群体性事件并面临相应法律风险。本章节中，我们结合实践中主要投资国的劳动法规范及典型案例，对海外投资面临的用工主要风险进行简述。

1. 用工类型及相关风险

中国出海企业的用工模式主要包括外派员工模式和属地化用工模式两种：

(1) 外派员工模式

外派员工模式即将中国员工派往境外企业工作。作为我国现行劳动法框架下常见的外派员工形式，对外投资外派指对外投资企业向其在境外设立的企业（子公司、分支机构、办事处等）派出中国员工。根据《商务部关于加强对外投资合作在外人员分类管理工作的通知》（《通知》），对外投资外派企业可以通过三种方式外派员工：一是向其境外企业派出已经与其签订《劳动合同》的自有员工，并为外派员工办理符合驻地法律规定的工作手续；二是直接为其境外投资项目招收和外派人员，采用这一方式的企业必须取得对外承包工程或对外劳务合作经营资格；三是由对外投资企业的境外企业作为国外项目业主，与对外承包工程企业合作，由对外承包工程企业承揽其工程项目，并外派项目所需人员。根据《通知》，对外投资企业需要承担相应的义务，如按驻在国政府有关规定取得用工指标、组织外派人员培训和行前教育、及时向商务部有关驻外经商机构书面报备在外人员情况等。

(2) 属地化用工模式

属地化用工模式即出海企业在投资国当地雇佣员工，具有降低签证等用工成本的优势，也是中国企业在境外平稳落地后进一步实现本土化的必然选择。基于各国劳动法律差异，出海企业在属地化用工过程中应注意符合投资国当地法律关于工时薪酬、反歧视与性骚扰、工会管理、解雇管理等各方面的规定，防范相应用工风险。

2. 移民签证及相关风险

签证问题通常是外派员工赴境外工作需解决的首要问题。实践中，由于工作签证申请条件严格、办理手续复杂、过程耗时较长，部分企业选择为外派员工办理其他类型签证（如旅游签），此等行为一经当地机关查处，外派员工可能被遣返，企业也可能面临罚金甚至刑事责任。例如，美国《移民改革和控制法》规定，雇主有义务核实雇员的身份和工作许可，不得在知情的情况下招聘、雇佣或有偿介绍未经就业许可的移民。¹ 依据新西兰《移民法案》，明知外国公民未获许可而允许或持续雇佣其工作的，雇主将被处以最高 5 万新西兰元罚款。² 在菲律宾，如果外籍雇员未持有或伪造工作许可，该雇员及其雇主五年内不得申请工作许可，并将被处以每年 1 万比索罚款。³ 可见，多数国家对于工作签证的审查态度较为严格，且大都规定了相应的雇主责任。

除签证外，为对本国进行就业保护，部分国家还会设置各类限制措施，相关示例如下：

(1) 外国员工比例限制

保加利亚要求公司的外国雇员和本国雇员比例不能超过 10%；⁴ 俄罗斯联邦政府于每年 11 至 12 月份公布下一年度特定行业雇佣外国劳动力的比例限制，用工单位属于规定行业的，其雇佣的外国员工与本地员工比例不得高于规定比例。⁵

(2) 就业市场评估

部分国家要求雇主在雇佣外国员工前向主管部门证明有必要雇佣外籍员工，

¹ U.S. Citizenship and Immigration Services, Legal Requirements and Enforcement, (May. 11, 2022), <https://www.uscis.gov/i-9-central/legal-requirements-and-enforcement/penalties>

² New Zealand Immigration, Penalties for employing a person without the appropriate visa, New Zealand Immigration(May 12, 2022), <https://www.immigration.govt.nz/knowledgebase/kb-question/kb-question-1319>

³ Department of Labor and Employment (DOLE), Philippines: Department Order 221-21 Revised Rules and Regulations for the Issuance of Employment Permits to Foreign Nationals, DOLE(May 31, 2022), <https://www.dole.gov.ph/news/department-order-221-20-revised-rules-and-regulations-for-the-issuance-of-employment-permits-to-foreign-nationals/>

⁴ 欧盟成员国以及挪威、冰岛和列支敦士登居民除外，因为这些国家的居民及其亲属在保工作不需要工作许可。《保劳工法律的核心内容和在保工作风险》，载中华人民共和国商务部官网，<http://bg.mofcom.gov.cn/article/ddfg/laogong/201402/20140200499394.shtml>。

⁵ 《俄罗斯投资法律 | 企业雇佣外国员工的人数比例限制》，载中俄法律网，http://www.chinaruslaw.com/CN/InvestRu/RuEmigration/2019718100601_4837.htm。

且经多方招聘本国无人合适人选。例如，加拿大雇主在雇佣外国人之前，需要向加拿大劳动和社会保障部申请劳工市场影响评估，证明雇佣外籍员工具有必要性，且无加拿大国籍或持有加拿大永居权的人员适合这一岗位；⁶ 菲律宾雇主为外籍员工申请就业许可时，需说明没有收到菲律宾人的申请或无菲律宾申请者符合岗位要求。⁷

(3) 聘用外籍员工补偿金

部分国家还要求企业在雇佣外籍员工时向当地政府支付补偿金，用以弥补本地就业机会的损失。以印度尼西亚为例，企业需根据外籍员工的人数缴纳聘用外国劳动力补偿金，每个职位每月 100 美元，否则将无法为外籍员工办理工作许可。⁸

(4) 其他

此外，部分国家为吸引高质量劳动力，对外派员工的资质提出了较高的要求，客观上增加了外派难度。例如，中国某建工集团在承揽澳大利亚某铁矿项目时，曾因不熟悉当地劳工政策导致施工进度受阻。因该集团未提前了解到澳大利亚要求赴澳工人必须通过雅思考试，电工、焊工等专业人员必须通过澳方相应考试，导致调遣中国工人几乎不具有可操作性，最终因项目施工需要该集团大量使用外籍工人，带来了高昂的人工成本。⁹

3. 工时薪酬及相关风险

各国对于员工权益保障的要求有所不同，作为员工权益保障的重点，出海企业应当充分关注投资国当地对于工时薪酬、休息休假方面的规定，了解可能面临的法律风险。具体包括：

⁶ Government of Canada, *What is a Labour Market Impact Assessment?* Government of Canada(May 11, 2022), <https://www.cic.gc.ca/english/helpcentre/answer.asp?qnum=163&top=17>

⁷ 同前注 3。

⁸ See PNB Immigration Law Firm, *PROCEDURE FOR REFUND FOREIGNER MANPOWER COMPENSATION FUND (DKPTKA /DPKK)*, (May 11, 2022), <https://www.pnbimmigrationlawfirm.com/refund-dpkk-dkptka-indonesia/>

⁹ 《从中信泰富西澳铁矿项目看海外项目的法律风险》，载广东省商务厅“走出去”公共服务平台，<http://go.gdcom.gov.cn/article.php?typeid=2&contentId=5176>。

(1) 最低工资

大部分国家就最低工资的规定较为清晰，但可能就不同地区、行业设置不同的最低工资标准，用人单位应根据所处地区及所属行业明确其应适用的最低工资标准，必要时可以咨询当地相关机构进行核实。

(2) 同工同酬

各国对于同工同酬的要求侧重有所不同，部分国家为落实男女同工同酬设置了薪酬报告制度。以德国为例，2017年通过的《薪酬透明法》规定，雇佣员工超过200人的公司中，女性有权要求告知确定薪酬的标准和程序，以及同样岗位上男性同事工资的中位数。¹⁰薪酬报告制度下，企业虽然不会直接受到处罚，但会影响企业的声誉和形象，从而对企业施加了无形的压力。

(3) 工时休假

各国在员工工时及带薪年假天数方面的规定也存在较大差异，欧美国家的休假天数一般高于中国大陆地区水平，例如，法国雇员工作满12个月后可享受35天带薪年假；澳大利亚雇员自入职起享有法定4周带薪年假；¹¹英国的法定带薪年假为5.6周，具体天数用5.6周乘以每周工作天数，但不能超过28天。¹²就延长工作时间而言，部分国家严禁雇主随意要求员工超时加班。在前述中国某建工集团在承揽西澳大利亚铁矿项目中，原计划工期延误时，该集团曾计划像在国内一样要求项目员工加班赶工。但在澳大利亚，雇主不能随意要求工人加班，且实行工作9天，休息5天的“9+5”模式，工人在下班时间后即不再工作。该集团因不熟悉当地劳工政策导致策划失误，工期多次延误，项目损失巨大。¹³

4. 反歧视与性骚扰及相关风险

¹⁰ Bundesministerium der Justiz, *Gesetz zur Förderung der Entgelttransparenz zwischen Frauen und Männern (Entgelttransparenzgesetz - EntgTranspG)*, Bundesministerium der Justiz(Mai 12, 2022), <https://www.gesetze-im-internet.de/entgtranspg/BJNR215210017.html>

¹¹ 参见陆敬波、王天怡、黄雅喆：《企业“走出去”海外用工合规风险识别与防范》，载《中国人事科学》2019年第10期，第41页。

¹² UK Government, *Holiday entitlement*, GOV. UK(May 12, 2022), <https://www.gov.uk/holiday-entitlement-rights>

¹³ 同前注9。

(1) 禁止歧视理由

禁止就业歧视旨在维护劳动者的平等就业权。从国际劳工组织（ILO）到各个国家及地区均有涉及禁止就业歧视的相关法律、公约。以美国为例，其已构建起一套包含宪法修正案、联邦法律、州法律、总统行政指令在内的禁止就业歧视法律体系，¹⁴ 明确规定了禁止雇主因雇员的性别、种族、肤色、国籍、性取向、年龄、怀孕、残疾、基因和宗教而歧视雇员，其中性骚扰即为一种基于性别的歧视。美国还设置了平等就业机会委员会专门负责执行就业歧视相关的联邦立法，并为受到歧视的雇员或者求职者提供控诉的渠道。需要注意的是，虽然 ILO 于 1958 年出台的《消除就业和职业歧视公约》列举了三种不构成歧视的例外，¹⁵ 美国也存在“真实职业资格”（“Bona Fide Occupational Qualification”）的就业歧视免责事由，但是否构成该例外或免责事由尚无立法明文标准，且个案的审判情况各异，企业若期待借此免责存在较大的风险。

(2) 性骚扰构成标准

2017 年“Me too”运动席卷全球，再次引起人们对职场性骚扰问题的强烈关注。各国和地区对职场性骚扰的分类大同小异，以美国为例，其将职场性骚扰分为两种类型：交换（quid pro quo）和敌意工作环境（hostile work environment），其中前者主要是以工作上的利益或者免除工作上的损害来交换雇员的同意性行为，后者是在工作环境中作出包含性意味、有敌意并令人产生恐惧或者有辱人格的行为。

关于性骚扰的构成标准，《美国联邦法例》明确规定在以下情况下不受欢迎的性挑逗、性要求以及其他具有性性质的口头或肢体行为构成性骚扰：（1）服从这种行为是明示或暗示的雇佣条件；（2）服从或拒绝这种行为被用作对该个人有影响的雇佣决定的依据；或（3）这种行为的目的或效果是不合理地干扰该个人的工作表现，或创造一种恐吓、敌意或冒犯性的工作环境。¹⁶ 此外，ILO 于 2019 年通

¹⁴ 包括但不限于美国《1964 年民权法案第七章》《1967 年反劳动者年龄歧视法》《1973 年康复法》《1978 年反怀孕歧视法》《家庭与医疗休假法》《同酬法案》《1990 年美国残疾人法案》《2008 年基因信息反歧视法案》等。

¹⁵ 三种不构成歧视的例外包括：（1）基于特殊工作本身的要求的区别对待；（2）在有正当理由怀疑某人从事损害国家安全的活动或某人正在从事损害国家安全的活动的情况下，对其采取任何措施，不应视为歧视，但此人应有权向按照本国习惯设立的主管机构申诉；（3）对特殊群体（尤其是弱势群体）的特殊保护。

¹⁶ CFR § 1604.11 Sexual Harassment

过的《关于消除劳动世界中的暴力和骚扰的公约》将发生在与工作有关的通讯、出行、旅行、培训及活动或社交活动期间以及上下班通勤时的性骚扰均视为职场性骚扰。¹⁷

(3) 雇主责任

关于发生职场性骚扰后用人单位应承担的雇主责任，各个国家和地区的规定存在明显不同。美国法项下根据骚扰者是否具有管理者身份以及是否令受害者的工作条件受到实质影响规定了三种类型的雇主责任：严格替代责任、推定替代责任和过失责任。¹⁸在劳务派遣情形下，若用工单位与派遣单位构成共同雇主，劳务派遣单位也要承担相应雇主责任。¹⁹英国受美国的启发和影响，在1975年通过的《性别歧视法》中明确规定了性骚扰案件中的雇主代理责任，并规定了雇主的免责事由（即已贯彻落实有效措施处理性骚扰问题的雇主免责情形），但雇主也因此承担了较大的证明责任；另外，只要雇员处于工作环境中，雇主还需保护雇员免受第三方的性骚扰。除了民事责任，如果自然人雇主本人或者机构代理人是骚扰人，雇主还可能构成法国《刑法典》规定的“性骚扰罪”，被处以监禁和罚金等处罚。因此，中国企业在海外用工的过程中若缺乏对雇主责任的理解，将可能面临承担民事乃至刑事责任的风险。

5. 工会管理及相关风险

(1) 工会特征

工会作为代表劳动者利益的群众组织，一方面可以成为劳动者维权的“利器”，另一方面也可能成为企业经营管理的“拦路虎”。各个国家和地区都有其独特的工会制度，比如美国崇尚结社自由，其工会主要包含三个层次：地方性工会、全国性工会和全国联合会，其中地方性工会虽从属于全国性工会，但可以自主进行集体谈判、罢工等活动；全国性工会主要负责制定行业内集体谈判的标准，以及与地方性工会一起参与集体谈判；全国联合会的代表即为劳联-产联（AFL-CIO），其主要

¹⁷ 法国《劳动法典》第1153-2条规定，“任何雇员、参加培训或在实习的人、招聘候选人在企业工作、培训、实习或招聘、实习期间均不得因接受或拒绝接受第1153-1条规定的性骚扰或视作性骚扰的情况而直接或间接地受到惩罚、辞退或者任何形式的歧视。”

¹⁸ 参见卢杰锋：《美国职场性骚扰雇主责任的判例法分析》，载《妇女研究论丛》2016年第3期，第77页。严格替代责任：骚扰者具有管理者身份且令受害者的工作条件受到实质影响；推定替代责任：骚扰者具有管理者身份但未令受害者的工作条件受到实质影响；过失责任：骚扰者不具有管理者身份且未令受害者的工作条件受到实质影响。

¹⁹ 参见谢增毅：《美国劳务派遣的法律规制及对我国立法的启示——兼评我国〈劳动合同法〉的相关规定》，载《比较法研究》2007年第6期，第110页。

负责组织和协调全国性工会和地方性工会的工作，不参与集体谈判，但可以通过院外活动、选举等参与政治活动。俄罗斯的工会本质是一种特殊的公共协会和非营利组织，其建立的唯一目标是代表和保护其成员的劳工权利与利益，劳动者加入工会完全出于自愿，且工会的活动不受行政当局、地方自治机构、雇主、政党和其他公共协会的控制。

(2) 工会罢工

罢工作为表达劳动者集体诉求的方式之一，在部分国家和地区获得了立法上的肯定，但在有些国家，工会罢工也必须符合非常严苛的条件。例如，美国和俄罗斯均通过立法的方式赋予工会罢工的权利。美国早在 1935 年国会通过的《全国劳工关系法》中承认了工人罢工的权利。然而，鉴于在工会组织罢工期间，企业将面临巨额税收、租金、水电等成本，工人亦没有收入，对于劳资双方都会产生严重的经济损失；因而美国罢工的启动必须满足一定的条件；²⁰ 俄罗斯《俄联邦宪法》《俄联邦工会法》以及《俄联邦劳动法典》均确立了罢工为解决集体劳动争议、保护职工劳动权益的合法手段。作为对比，马来西亚虽然也通过立法赋予了工会发起罢工的权利，但同时通过《1967 年劳资关系法》以及《1959 年工会法》对工会发起罢工的程序、允许罢工的行业领域等方面规定了诸多的限制条件，还为非法罢工行为设置了较为严重的惩罚。²¹

6. 解雇管理及相关风险

(1) 解雇理由

与中国劳动法规定的法定解除情形不同，域外企业典型的解雇理由主要包括自由解雇、合理解雇和合法解雇。

自由解雇即不需要解雇理由、补偿金、通知期就可以解雇员工。受契约自由理论的影响，美国自独立之后一直实行自由解雇制度，但也规定了解雇自由的一些例

²⁰ U.S Bureau of Labor Statistics. Union Member 2019-2020.

²¹ 马来西亚《1967 年劳资关系法》规定，参与非法罢工以及教唆他人罢工的将被处以 1000 令吉以下的罚款或 1 年以下有期徒刑或是两者并罚。而对于资助非法罢工的人将被处以 500 令吉以下的罚款或是 6 个月以下的有期徒刑或两者并罚。

外情况，主要涉及到公共政策的例外²²、雇佣合同中所包含的一些原则性例外²³和经济因素所导致的例外性规定。另外，因为雇员的怀孕、病假、残疾等因素终止劳动关系也是违法的。

合理解雇属于相对自由的解雇模式，但需要雇主提供解雇理由。英国将不当解雇划分为普通法或习惯法上的不正当解雇与成文法或制定法上的不公平解雇。雇主虽然不需要解雇理由即可随意解雇劳动者，但雇主不履行解雇通知或没有充分履行会导致普通法上的不正当解雇；而雇主缺乏合理或正当解雇理由会构成成文法上的不公平解雇。²⁴英国1996年《雇佣权利法》规定，除某些特殊情况外，每一名雇员享有不得被不公平解雇的权利。要符合正当解雇的要件，雇主必须首先证明解雇理由符合《雇佣权利法》和《工会和劳工关系法》等法律规范。²⁵

合法解雇即解雇必须符合法定条件、法定程序、法定解雇补偿。西班牙法律规定，雇主单方解雇员工应当符合法定解除情形（例如，存在雇员不胜任、雇员连续两个月间歇性缺勤时间达工作时间的20%等“客观理由”，雇员触发旷工、性骚扰或歧视等纪律处分事由）。在雇佣后雇主发现员工不称职或事先没有预料到员工会不称职的，在提供培训或新岗位之后，如果员工仍不胜任，雇主可以解除合同，但应给予15天通知或支付15日工资的代通知金。

(2) 违法解雇的法律责任

若雇主的解雇行为被认定为违法、不当或者不公平，其将承担何种法律责任亦为出海企业劳动管理所面临的重要风险之一。英国成文法为不公平解雇设计了恢复劳动关系、重新雇佣²⁶和经济性赔偿或补偿三种救济方式。对于前两种救济方式，实践中法院通常会多方考量雇员本身的诉求和雇主对判决的执行是否真实可行等要素自由裁量决定采取哪一种方式；而经济性赔偿或补偿则包括基本赔偿金、补偿性

²² 例如：雇主不可在雇员申请工伤赔偿、或举报雇主违法行为、或拒绝帮雇主进行违法行为后解除劳动关系。

²³ 例如：明示合同原则、默示合同原则、承诺禁反言原则以及诚实信用原则。

²⁴ 合理的解雇理由包括雇员自身能力或资格不胜任，或者雇员自身行为不规范，或者在法定情形下无法继续胜任职责等实质性理由；不合理的理由主要指法律规定的禁止性解雇事由，包括雇员参加或拒绝参加工会及其活动、怀孕或分娩、向雇主要求法定权利等。

²⁵ 董保华、刘海燕：《解雇保护制度研究》，载《劳动法评论》2005年第1期，第217-219页。

²⁶ 根据英国1996年《雇佣权利法》，重新雇佣是指遭受不公平解雇的雇员重新与雇主建立新的劳动关系，原来的劳动关系随之终止，其可以恢复到原来的职位或者相较而言比原职位待遇更好的新职位。

赔偿金和额外赔偿金三种。²⁷ 美国虽然针对不当解雇也规定了恢复劳动关系和经济性赔偿的救济方式，但在适用经济赔偿金时需要综合考虑多种要素并以被解雇雇员的实际损失为限，相较于英国对被解雇雇员的救济力度较小。此外，西班牙同样规定如果雇主单方解雇被判定为无效或违法，则雇员通常有权要求恢复职位，并主张工资损失。

三、单边制裁

1. 美国制裁的基本规则介绍

(1) 概述

自 2001 年 9.11 事件以来，经济制裁已经日益成为美国应对国家安全、外交政策和经济利益威胁的首选工具之一。根据 2021 年 10 月 18 日美国财政部所发布的《2021 年度制裁评估报告》，在过去 20 年中，制裁清单中的列明实体从 2000 年至今增加了 9 倍，从 2000 年的 912 个飞增至 2021 年的 9,421 个。由于美国越来越多地将制裁作为地缘政治角力工具，基于其国际金融、贸易体系中的重要地位，美国的经济制裁日益成为中国企业海外业务拓展过程中不可忽视的问题。

(2) 美国制裁的法律体系

目前，美国的经济制裁由一系列相对独立的制裁法律和相应的行政法规所构成。依据适用基本法律不同，美国主要的经济制裁项目大体上可以分为以下三类：

- 依据《1917年与敌国贸易法》（1917 Trading with the Enemy Act²⁸，下称 TWEA）设置的制裁，目前 TWEA 制裁的主要适用领域为针对古巴的制裁；
- 依据《紧急国际经济状态授权法》（International Emergency Eco-

²⁷ 参见谢增毅：《雇主不当解雇雇员的赔偿责任》，载《西北政法大学学报》2010 年第 3 期，第 130-131 页。

²⁸ 50 U.S.C. app. § 1-44

nomics Powers Act²⁹，下称IEEPA）设置的制裁。这也是目前美国运用最为普遍的制裁法律渊源；

- 《联合国参与法》（the United Nations Participation Act³⁰，下称UNPA）下的制裁，主要适用于美国参与的联合国制裁项目。

以上三类制裁主要由美国财政部外国资产控制办公室（Office of Foreign Assets Control，下称 OFAC）具体实施，美国国务院的经济制裁政策与实施办公室（Office of Economic Sanctions Policy and Implementation，下称 SPI）也会负责对外经济制裁的政策制定和实施问题。此外，美国财政部金融犯罪执法网络局（The Financial Crimes Enforcement Network，下称 FinCEN）对美国金融体系中通过洗钱、非法利用美国金融系统等行为违反制裁的行为具有一定的执法权。

（3）被制裁国/地区和被制裁实体（制裁项目）

不同于出口管制法，美国制裁法是以被制裁国 / 地区和被制裁实体为核心，以单独制裁项目的形式，规制与被制裁对象进行的交易以及对该等交易所提供的协助行为。目前，根据被制裁国 / 地区以及被制裁实体的类型不同，美国现有的主要制裁项目可分为以下几种：

- 针对特定国家和实体的制裁；
- 反恐怖主义制裁；
- 反大规模杀伤性武器制裁；
- 反毒品和麻醉品交易制裁；
- 钻石贸易制裁；
- 跨国犯罪组织制裁。

²⁹ 50 U.S.C. § § 1701-1706

³⁰ 22 U.S.C. § 287c

根据 OFAC 目前公布的制裁项目清单，美国现行各种类别的制裁项目合计共有以下 37 个：

表 2-2

序号	经济制裁项目所涉国家 / 地区	最新制裁政策更新时点
1	阿富汗相关制裁	02/25/2022
2	巴尔干半岛相关制裁	06/06/2022
3	白俄罗斯相关制裁	03/15/2022
4	缅甸相关制裁	03/25/2022
5	中非共和国相关制裁	12/17/2021
6	中国军工复合体清单	06/01/2022
7	《以制裁反制美国对手法》下制裁	03/31/2022
8	反毒品交易制裁	06/02/2022
9	国际反恐怖主义制裁	06/15/2022
10	古巴制裁	06/08/2022
11	网络相关制裁	05/06/2022
12	刚果民主共和国制裁	03/17/2022
13	埃塞俄比亚相关制裁	02/08/2022
14	外国干预美国选举制裁	03/03/2022
15	全球马格尼茨基制裁	03/21/2022

第二部分 中国投资者在海外投资经营面临的主要法律问题及具体风险

序号	经济制裁项目所涉国家 / 地区	最新制裁政策更新时点
16	香港相关制裁	12/20/2021
17	伊朗制裁	06/10/2022
18	伊拉克相关制裁	04/30/2021
19	黎巴嫩相关制裁	10/28/2021
20	利比亚制裁	04/11/2022
21	马格尼茨基制裁	03/24/2022
22	马里相关制裁	02/06/2020
23	尼加拉瓜相关制裁	01/10/2022
24	防不扩散制裁	05/27/2022
25	朝鲜制裁	05/27/2022
26	血钻制裁	06/18/2018
27	俄罗斯有害外国活动制裁	06/14/2022
28	索马里制裁	09/22/2021
29	苏丹和达尔富尔制裁	05/23/2022
30	南苏丹相关制裁	02/26/2020
31	叙利亚制裁	06/10/2022
32	叙利亚相关制裁	07/28/2021
33	跨国犯罪组织制裁	04/11/2022

序号	经济制裁项目所涉国家 / 地区	最新制裁政策更新时点
34	乌克兰 / 俄罗斯相关制裁	06/02/2022
35	委内瑞拉相关制裁	06/10/2022
36	也门相关制裁	11/18/2021
37	津巴布韦制裁	08/05/2020

针对制裁实体，美国一般会将相关实体列入专门的制裁清单。其中，最主要的制裁清单是特别指定国民清单（Special Designated Nationals and Blocked Persons List，下称 SDNs 清单）。对于列入 SDNs 清单的实体，美国一般会冻结其在美国境内或由美国人控制的资产。除此以外，美国针对特别的制裁项目，另设专门的制裁清单，这些制裁清单下冻结美国境内资产并非必要要件。如针对违反美国制裁的境外实体的境外制裁违反者清单（Foreign Sanction Evaders List，下称 FSE List）、针对特定违反美国制裁项目的境外金融机构的受通汇账户或过渡账户制裁的境外金融机构清单（List of Foreign Financial Institutions Subject to Correspondent Account or Payable-Through Account Sanctions，下称 CAPTA List）等，对其相关交易进行限制。

此外，根据 OFAC 于 2014 年 8 月 13 日公布的《关于资产和资产利益被冻结人员所持有实体的调整指南》³¹，美国在制裁执法中引入了 50% 规则，即：即使相关实体并未被列入制裁清单内，但只要该相关实体超过 50% 以上的股权或控制权（包括直接或间接控制）为制裁清单内实体所持有，那么与该交易对象的交易将被视同于由制裁清单内实体进行，并受到相关制裁法的规制。目前而言，50% 规则对 SDNs 清单内实体完全适用，但对于其他制裁清单而言，则需根据情况而定。例如，在针对中国军工复合体公司（Chinese Military-Industrial Complex Companies，下称 CMIC）的制裁中，OFAC 在问答中便明确说明其不适用 50% 规则。而针对俄罗斯的行业识别制裁清单（Sectoral Sanctions Identifications List，下称 SSI 清单），

³¹ Revised Guidance on Entities Owned by Persons Whose Property and Interest in Property are Blocked, https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Documents/licensing_guidance.pdf

根据 OFAC 的说明，50% 规则对其适用。

(4) 禁止行为

如前所述，美国的制裁法下，其主要规制的行为包括与被制裁对象进行的交易以及对该等交易所提供的协助行为。对于禁止交易，根据具体制裁项目的不同，涵盖的类别包括多种经贸活动，譬如：

- 进出口；
- 航运；
- 证券投资；
- 个人旅行；
- 投资；
- 各种类型的金融服务等。

而对于对禁止交易的协助行为，目前 OFAC 也采取了一个扩张解释的态度。针对前述受规制的交易行为，为其提供的一系列协助和服务，均可能会被定义为对禁止行为的协助。譬如，原《苏丹制裁条例》（Sudanese Sanctions Regulations³²，下称 SSR）列明的协助行为包括：

- 使得苏丹受益的商业和法律咨询服
- 制定在苏丹的投资和交易计划；
- 与苏丹交易相关的交易架构设计；
- 运输苏丹货物；

³² 31.C.F.R.Part 538

- 为苏丹提供融资；
- 为苏丹提供保险。

目前在其他制裁项目中，一般也会参照适用类似的协助行为认定标准来判断相关行为是否构成对受禁止交易提供协助。

(5) 制裁形式与后果

目前美国制裁法可分为一级制裁和次级制裁两种形式。长期以来，美国在制裁法下受规制的主体和行为一般需要具有美国司法域下的连接点。在此类情况下，OFAC 可直接援引 IEEPA 和其他制裁法律渊源的相关规定予以处罚，即所谓的一级制裁常见的美国连接点包括：

- 当事人是美国实体（在很多制裁项目中，美国实体包括美国实体直接或间接控制的非美国实体）；
- 使用美元作为交易币种；
- 利用美国银行作为通知行；
- 利用美国的分支机构参与交易，包括分摊费用；
- 雇佣美国公民参与特定交易；
- 货物的物流经过美国。

在此情况下，美国可以对于违反制裁规定的主体施以相应的刑事和行政处罚，具体处罚幅度如下：

表 2-3

序号	处罚	描述
1	民事罚款	以 IEEPA 制裁为例，民事罚款金额为： (1) 单笔最高 330,947 美元 ³³ 的罚款；或者 (2) 该违法行为为基础的交易金额的两倍罚款。 二者之中高者作为民事罚款。
2	扣押货物	以《伊朗交易制裁条例》为例，美国可以依据制裁规定，扣押发往伊朗的货物。
3	禁止交易和限制入境	根据总统行政令 13608 号，任何违反美国制裁法律规定的外国个人和实体，将被禁止进行任何与美国有关的商业活动，包括：从美国进口货物，通过美元系统进行交易结算。相关人等还将被施以旅行禁令，禁止进入美国。
4	刑事罚款	以 IEEPA 制裁为例，单笔最高 1,000,000 美元的罚款。
5	有期徒刑	以 IEEPA 制裁为例，对于单位犯罪的主要负责人员（包括所有明知或应知该犯罪行为并参与的董事、高管、职员）及自然人犯罪的罪犯，最高可处以 20 年有期徒刑。

但是，在 2011 年，为了全面加紧对伊朗的制裁，美国在《2012 财年国防授权法》（The National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2012，下称 2012 NDAA）中引入了所谓“次级制裁”的概念。根据 2012 NDAA 第 1245(d)(4)(c) 条的规定，任何外国金融机构如果为伊朗的石油交易提供重大协助，那么即使该交易没有任何美国的连接点，美国同样可以对外国金融机构予以制裁，将其列入制裁清单内。这一新的制裁形式被称为次级制裁。

在 2012 年之后，美国对次级制裁的适用越来越广泛，除在伊朗制裁领域外，对朝鲜、委内瑞拉等国的制裁项目上，OFAC 也广泛运用次级制裁对与受制裁实体开展禁止交易或为禁止交易提供协助的外国实体进行制裁。例如，在 2012 年，OFAC 以中国某银行和超过 6 家伊朗银行开展结算交易等为由对该中国银行进行制

³³ 最新金额调整见财政部 2022 年 2 月 9 日的公告：<https://www.federalregister.gov/documents/2022/02/09/2022-02736/inflation-adjustment-of-civil-monetary-penalties>。

裁,并将其列入制裁清单内³⁴。不过目前,对于引起次级制裁的“重大协助”的标准,OFAC 并没有给出任何量化指标。参照 OFAC 关于《乌克兰自由支持法》(Ukraine Freedom Support Act, 下称 UFSA)及《以制裁打击美国对手法》(Countering America's Adversaries Through Sanctions Act, 下称 CAATSA)中关于次级制裁的问答,OFAC 会基于个案,从以下几个角度对不存在美国连接点的交易判断其是否构成“重大交易”³⁵:

- 交易的规模、金额和频次;
- 交易的性质;
- 对交易性质的认识和管理情况;
- 被制裁对象与交易的关系;
- 交易的影响;
- 交易是否存在欺诈或规避的情形。

而对于次级制裁的对象,OFAC 并不会直接予以罚款等行政处罚,一般会将其列入相应的制裁清单内【包括 SDNs 清单、受通汇账户或过渡账户制裁的境外金融机构清单(List of Foreign Financial Institutions Subject to Correspondent Account or Payable-Through Account Sanctions, 下称 CAPTA 清单)等】,将其视同制裁对象施加以全方位交易限制,包括冻结和没收在美国的资产、全面切断美元服务、颁布旅行禁令等。

(6) 制裁风险的主要关注点

如上所述,目前美国设有多份制裁清单,但是不同的制裁清单中的实体可能因不同的制裁项目而被列入,而同一制裁项目下被制裁的不同实体也可能被列入不同

³⁴ <https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/tg1661.aspx>

³⁵ https://www.treasury.gov/resource-center/faqs/Sanctions/Pages/faq_other.aspx#542

的清单。根据 OFAC 的说明³⁶，虽然 SDN 清单是目前最主要的制裁清单，但是，列入 SDN 清单中的实体，除将面临冻结和没收在美国资产的共有制裁之外，其所受的其他具体制裁内容，则必须根据制裁项目所依据的法规具体来判断，在此基础上，再根据被列入实体的具体原因和事由确定最终的制裁内容。

以《大规模杀伤性武器扩散者制裁条例》（Weapons of Mass Destruction Proliferators Sanctions Regulations³⁷，下称 WMDPSR）中被视为大规模杀伤性武器支持者和扩散者（WMD Proliferators and Supporters）的制裁为例，此类被制裁者根据 WMDPSR，将被列入 SDN 清单，且在清单中被标识为 NPWMD。根据 WMDPSR 的规定，NPWMD 类制裁实体的一般制裁内容包括：冻结在美资产、禁止交易、查封银行账户和计息账户、禁止对其进行投资等。但此外，美国还会根据特定的总统行政令、财政部指导意见等对具体实体加列特定的制裁要求。如在 2017 年 5 月 17 日，OFAC 以帮助伊朗发展弹道导弹，违反 WMDPSR 为由，将三家中国贸易公司加入 SDN 清单，并声明适用总统行政令 E.O. 13382 的制裁内容，即：

- 除冻结资产之外，禁止任何对其提供资金、货物、服务等领域的帮助或协助，并禁止任何美国实体从相关公司获取任何资金、货物、服务等领域的帮助或协助；
- 禁止任何美国人参与的或有任何美国连接点的交易；
- 禁止任何试图规避此类制裁的行为。

这也意味着与相关实体的交易除需确认 WMDPSR 的制裁内容外，还需再进一步确认相关总统行政令的具体制裁内容。

对于非 SDN 清单内的制裁实体，其具体制裁措施的确认方式也是类似的做法。以 CAPTA 清单为例，根据 OFAC 于 2018 年 3 月 5 日关于修改《朝鲜制裁

³⁶ https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/SDN-List/Pages/program_tags.aspx

³⁷ 31 C.F.R. part 544

条例》(North Korea Sanctions Regulation³⁸, 下称 NKSR) 的公告³⁹, 美国就为朝鲜提供过渡账户和通汇银行账户的境外金融机构专门设置了 CAPTA 清单, 列入其中的境外金融机构将按 NKSR 所列的制裁规定接受制裁。随后, 2019 年 3 月 15 日, OFAC 又发布新的公告将原在 561 清单下受《伊朗金融制裁条例》(Iranian Financial Sanctions Regulation, 下称 IFSR) 和《真主党金融制裁条例》(Hizballah Financial Sanctions Regulations, 下称 HFSR) 制裁的境外金融机构以及受 UFSIA 制裁的境外金融机构一并归入 CAPTA 清单进行统一管理。至此, CAPTA 清单也成为涵盖多种制裁项目的制裁清单。但 CAPTA 清单内的境外金融机构具体所受的制裁内容, 同样除了共有的封锁通汇银行账户和过渡账户外, 还需根据其直接适用的制裁项目来进一步确认。以境内某银行(K 银行)为例, K 银行在 2012 年 7 月 31 日被 OFAC 以违反《伊朗综合制裁、问责和撤资法》(Comprehensive Iran Sanctions, Accountability, and Divestment Act⁴⁰, 下称 CISADA) 的相关规定而遭到 OFAC 制裁⁴¹, 目前被列入 CAPTA 清单内。但根据 OFAC 关于 K 银行的制裁问答, 除美国银行和其他境外金融机构不得帮助、协助 K 银行在美国开立通汇银行账户和过渡账户外, 对于任何金融机构与 K 银行的任何交易, 都属于高风险交易, 所有金融机构, 无论位于美国境内或境外, 均需在完善的尽职调查基础上才能与其进行交易。但是, 针对 K 银行的制裁不涉及对 K 银行美国境内资产的冻结和没收, 在尽职调查结果认为涉及 K 银行的交易不存在 CISADA 下违规风险的情况下, 相关金融机构仍然可以与 K 银行之间开展业务往来⁴²。

顺便提及的是, 在 2019 年 5 月 2 日, 美国财政部发布了《OFAC 合规承诺框架》⁴³, 从 OFAC 的角度提供制裁合规体系(Sanctions Compliance Program, SCP)的核心要素, 以供所有美国公司与受制裁法管辖的外国公司进行内部合规体系建设参考之用。OFAC 在《承诺框架》中特别强调, 如果因违反制裁规定导致处罚, 一个充分、完善的 SCP 可以成为 OFAC 减轻处罚的重要考量因素。

³⁸ 31 C.F.R. part 510

³⁹ <https://www.federalregister.gov/documents/2018/03/05/2018-04113/north-korea-sanctions-regulations>

⁴⁰ 22 U.S.C. 8501-, 8551

⁴¹ <https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/tg1661.aspx>

⁴² https://www.treasury.gov/resource-center/faqs/Sanctions/Pages/faq_iran.aspx#212, Treasury CISADA Findings Against Bank of Kunlun

⁴³ https://home.treasury.gov/system/files/126/framework_ofac_cc.pdf

四、出口管制

1. 美国出口管制规则基本综述

(a) 美国出口管制的法律体系

美国出口管制可以从广义和狭义两个层面来理解。广义上而言，是指美国政府对待特定敏感商品、软件和技术的出口、再出口和（国内）转移行为，施加特定限制措施的管理行为，其体系主要由监管两用物项的美国《出口管理条例》（EAR）、监管国防物品和国防服务的《国际武器贸易条例》（ITAR）、美国其他行政部门管理并执行的出口管制法规构成。就狭义层面而言，美国出口管制是指以 EAR 为核心、以两用物项管制为目的而形成的法律法规体系。2018 年 8 月 13 日，美国总统特朗普签署通过了《2018 年出口管制改革法案》（Export Control Reform Act of 2018，下称 ECRA），该法案的通过为 EAR 提供了永久性的上位法律依据。

(b) 受控物项和受控行为

EAR 管理大多数商业物品和一些军事物品的出口、再出口和（国内）转移行为。美国出口管制主管机构美国商务部工业与安全局（Bureau of Industry and Security，下称 BIS）管辖的许多物品被称为“两用物项”（“两用”通常指既具有民用用途，又具有军事用途），但某些军事物品以及无明显军事用途的纯商业物品也属于 EAR 的管辖。

i) 两用物项（Dual-use Item）

在 EAR 的语境下，“物项”是指商品、软件或技术。两用物项是指既有民用用途，又同时具备恐怖主义、军事，或大规模杀伤性武器用途的物项。

ii) 国内转移（Transfer in Country）

国内转移是指一个物项在美国以外的一个国家内，改变最终用途或最终用户的行为。

iii) 出口 (Export)

出口指任何从美国向美国以外的国家和地区进行的运输和传输物项的行为，不限于将有形商品运出国境，还包括软件和技术通过各种形式（如传真、电子邮件、网络、交谈等）传输至境外；此外，物项暂时离开美国、经美国转运、由美国退回原产国（非美国原产）都被认为是出口。

iv) 视同出口 (Deemed Export)

视同出口是指将把受控技术或源代码披露 (Release) 或传输 (Transfer) 给在美国的外国人的行为也视为对该外国人所属国的出口。视同出口这一概念有别于一般意义上的出口，我们通常认为实物离开一国国境时构成出口，但根据 EAR 规定的视同出口的概念，非美国人在美国境内看到或被口头告知一项技术，也构成 EAR 项下的出口，即为视同出口。

v) 再出口 (Re-export)

再出口是指受 EAR 管辖的物项从一个美国以外的国家运抵或传输至另一个美国以外的第三国。

(c) 禁止性行为

i) 一般禁止一 (General Prohibition One)：向清单国家出口和再出口受管制物项

针对于 ECCN 中所载明的管控物项基于其相应的管控原因，以及针对于不同的最终目的地，任何需要申请许可证的物项在未经许可或没有适用许可例外情形时，不得将任何受 EAR 管辖的物项出口或再出口任何原产于美国的物项到其他国家。

ii) 一般禁止二 (General Prohibition Two)：从美国以外的国家再出口和出口含有超过最低减让标准受控成分的外国制造物项

根据 EAR 的规定，如果外国产物项并入或混有美国组分的比例超过最低减让标准的比例规定，则该物项的出口或再出口即有相应的许可要求，那么未经许可或无适用许可例外时，不得将并入、捆绑或是混有美国原产受控商品的外国产商品、软件和技术，从美国以外的国家出口或再出口。

iii) 一般禁止三 (General Prohibition Three)：外国直接产品 (FDP) 规则

- 未经许可，不得从国外出口、再出口或境内转移734.9节规定的受EAR管辖的外国直接产品，如果该等物项受EAR第736、742、744、746或764部分许可证要求的管制。
- 如果符合特定许可例外的所有条款和条件，且不适用EAR第740.2条或第744.11(a)条的限制，则EAR第740部分所述的每项许可例外均可取代一般禁止三而被适用。

iv) 一般禁止四 (General Prohibition Four)：从事拒绝令禁止的活动

不得采取根据 EAR 第 766 部分《行政强制程序》发布的拒绝令所禁止的任何活动，该等拒绝令禁止被剥夺出口特权的人的许多行为，除了禁止开展直接出口以外还包括禁止通过他人【在同一个国家内（不论美国或国外）】的转移。任何交易参与方均有责任确保任何涉及被剥夺出口特权人员参与的交易不会违反拒绝令的条款。

v) 一般禁止五 (General Prohibition Five)：向被禁止的最终用途或最终用户出口或再出口

未经许可，不得故意向 EAR 第 744 部分所禁止的最终用户或最终用途出口或再出口任何受 EAR 管辖的物品。

vi) 一般禁止六 (General Prohibition Six)：向禁运目的地出口或再出口

未经许可，不得将受 EAR 管辖的任何物项出口或再出口至 EAR 第 746

部分所述的美国禁运或受其他管制的国家。

vii) 一般禁止七 (General Prohibition Seven) : 禁止支持扩散活动和某些军事情报最终用途和最终用户 (“美国人” 活动)

viii) 一般禁止八 (General Prohibition Eight) : 从船舶和飞机上卸下的过境货物和物项

未经许可或有适用的许可例外, 不得向亚美尼亚、阿塞拜疆、白俄罗斯、柬埔寨、古巴、格鲁吉亚、哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦、老挝、蒙古、朝鲜、俄罗斯、塔吉克斯坦、土库曼斯坦、乌克兰、乌兹别克斯坦、越南, 出口、再出口或在其境内转口任何物项。

ix) 一般禁止九 (General Prohibition Nine) : 违反任何命令、条款或条件

不得违反根据 EAR 颁发的许可、许可例外或命令中的任何条款或条件。

x) 一般禁止十 (General Prohibition Ten) : 在明知违规行为已经发生或即将发生的情况下继续进行交易

不得在明知已经发生或将要发生违反 EAR、《出口管理法》或任何命令、许可证、许可例外或其他授权的行为的情况下, 继续销售、转让、出口、再出口、资助、订购、购买、转移、隐藏、存储、使用、贷款、处置、运输或转运任何受 EAR 管辖的物项。

(1) 管制措施

为明确具体物项出口、再出口或国内转移是否可能触发出口许可的管控要求, BIS 从最终目的地、最终用户 & 最终用途两个层面制定了相应的出口管制措施。

在判断特定物项出口、再出口或国内转移时是否需要申请出口许可证时, 从最终用户 & 最终用途的角度而言, 应当先判断交易是否涉及禁止或限制的最终用途和最终用户。

从最终目的地的角度而言，则需判断特定物项是否触及 EAR 项下所列特定国家或地区的特定许可要求。具体如下：

(a) 基于目的地的管制

i) 全面禁运 (Comprehensive Sanctions or Embargoes)

如出口目的地被列为 EAR 全面禁运国，则向该等国家出口物项，需要提前获得 BIS 的许可。目前，BIS 认定的全面禁运国包括古巴、伊朗、叙利亚。

ii) 特定类别物项发运到特定目的地的制裁 (Sanctions on Selected Categories of Items to Specific Destinations)

除上述全面禁运国之外，EAR 还对一些国家实行特定类型物项的禁运。比如，依据联合国安理会武器禁运规定，管控某些特定类别物项的出口、再出口到中非、刚果、厄立特里亚、伊朗、伊拉克、黎巴嫩、利比亚、朝鲜、索马里和苏丹。

(b) 基于最终用户和最终用途的管制

i) 基于最终用户的管控政策概述

最终用户是指接受并最终使用出口或转出口物项的进口商明确指定的买方或收货人。美国政府为限制某些出口、再出口或将物项转移给特定的受限制实体，制定了一系列的管控清单，包括：

- 限制向第13224号行政命令（特别指定的全球恐怖分子）（SDGT）中指定或根据其指定的人员出口和再出口；
- 限制向第13315号行政命令或根据行政命令指定的人员出口、再出口和转让；
- 限制向指定的外国恐怖主义组织（FTO）出口和再出口；

- 限制向未经经验证名单所列人员出口、转口和国内转移；
- 当BIS认定某一实体涉嫌参与违反美国国家安全和/或外交政策利益的活动时，有权将其列入EAR项下的实体清单，要求向清单实体出口属于EAR管辖的物项必须获得BIS的出口许可证，并且绝大多数许可证审批要求为“推定拒绝”（Presumption of Denial）。推定拒绝指在没有充分理由的情况下，BIS会默认拒绝来自美国出口商或其他供应商的出口许可证申请；
- 限制将某些特定微处理器及相关“软件”和“技术”的出口、再出口和国内转移并用于“军事最终用途”和“军事最终用户”；
- 对白俄罗斯、缅甸、柬埔寨、中华人民共和国、俄罗斯联邦或委内瑞拉的某些“军事最终用途”或“军事最终用户”的限制；
- 对出口、再出口和国内转移到某些军事情报最终用途或最终用户的限制。

ii) 基于最终用途的管控政策概述

EAR 规定了某些受限制或禁止的最终用途，在未经 BIS 授权的情况下，禁止将 EAR 管辖的物项出口、再出口、或转移（同一国内）以应用于大规模杀伤性武器（核、导弹、以及化学和生物等）及其运载工具等扩散的最终用途。

出口商知道或者有理由知道任何受 EAR 管辖的物项在某些情况下将被用于军事最终用途或被军事最终用户使用，则需相应申请出口许可证。

(2) 许可证政策

(a) 管制要求与许可证颁发条件

当判断某一个涉及出口、再出口、或国内转移交易是否需要申请许可证时，通

常出口方或转移方需要综合考虑以下四个维度：**物项、最终用户、最终用途、最终目的地**。并且，以上四个维度中任何一个维度都可能触发许可证要求，但在满足了EAR中规定的一些前提条件的情况下，存在因符合许可例外制度的规定而无需申请出口许可证即可直接出口的情形。此外，还存在完全不需要出口许可证就可以自由出口的情形。

(b) 许可例外

许可证例外 (License Exception) 是指对于出口或再出口某些受EAR管辖的物项到特定目的地时，原本需要申请出口许可证才能出口，但在符合某些特定条件的情况下，BIS授权该物项无需许可证即可出口或再出口的制度。具体许可例外的适用条件或要求，可参见EAR第740部分。

(3) 违反出口管制的处罚

违反EAR的规定会受到相应的处罚。EAR对处罚的规定分为行政处罚 (Administrative Sanctions)、刑事处罚 (Criminal Sanctions) 和其他处罚 (Other Sanctions)。

(a) 行政处罚

i) 民事罚金 (Civil Monetary Penalties)

因EAR违规引发的民事罚金是指违规行为可以被处以不超过ECRA规定金额的民事罚款。违规者有可能被要求缴纳一定数量的罚款，且该罚款的缴纳可以被认定为其恢复出口资格的前提条件。每次违规的行政罚款可高达300,000美元，或为交易价值的两倍，以较高者为准。一般而言，行政罚款的最高限额每年都会根据通货膨胀进行调整。

ii) 拒绝出口特权 (Denial of export privileges)

BIS有权通过临时拒绝令或行政处罚的方式剥夺违规主体的出口特权，限制

该主体参与涉及属于 EAR 管辖物项的交易并驳回之前授予的，与该主体相关的许可。

iii) 吊销参与资格 (Exclusion from practice)

任何以律师、会计、顾问、货运代理商或其他代理身份参与许可证申请或其他和 BIS 有关事项的个人 / 实体都有可能被剥夺参与和 BIS 有关事项的资格。

(b) 刑事责任

因违反 ECRA 规定需要追究刑事责任时，最高可判处 20 年监禁，或者为每次违法行为支付最高 100 万美元的罚款，或两者并罚。

(4) 合规应对建议

(a) 出口合规体系 (ECP) 和基本要求

建立 ECP 的目的是制定一系列合规程序，旨在帮助各组织按照 EAR 的规定开展出口活动。建立一个有效的 ECP 有助于各主体将出口管制的要求与其业务运营相结合，将违反 EAR 的风险降至最低，并简化出口操作。ECP 可以为企业供应链提供全面的合规保障，还可通过培训和宣传计划，保护企业员工不在无意中违反 EAR。

建立 ECP 需满足 8 大基本要素：合规承诺、风险评估、出口授权、记录保存、培训、审计、处理出口违规行为并采取纠正措施、建立和维护 ECP。

(b) 主动披露

如果认为可能已经违反了 EAR，或者违反了根据 EAR 发布的任何命令、许可证或授权，BIS 强烈鼓励相关实体向出口执法办公室 (OEE) 披露。主动披露是决定 OEE 办公室将寻求何种行政处罚 (如有) 的一个减轻处罚的因素。

2. 日本出口管制基本规则综述

日本出口管制体系介绍：

日本现行的出口管制⁴⁴体系由一系列法律法规组成。其中，最重要的法律是1949年制定的《外汇及外国贸易法》（外国為替及び外国貿易法，简称“《外汇法》”），成为日本出口管制的基本法。此外，《出口贸易管理令》（輸出貿易管理令，简称“《出口令》”）和《外汇令》（外国為替令）等以及相应的各省令规定了具体的出口管制实施细则。

根据《外汇法》第25条及48条规定，列在《出口令》或《外汇令》相关附表的货物或技术被认为可能破坏日本国家安全、国际和平，在满足一定条件下，应在出口该等货物或者转移该等技术之前，向经济产业省申请许可证。

日本出口管制是清单管制与全面管制相结合的体系。目前日本出口管制的对象为两类：管制货物及管制技术。

(1) 清单管制

清单管制是指，所有列在《出口令》附表1第1类至第15类货物、《外汇令》附表第1类至第15类技术中，符合各省令规定的详细规格的货物或技术在出口之前，均需要向经济产业省申请许可证。

(a) 货物出口清单管制

根据《外汇法》第48条规定，当出口方向特定地区出口特定货物时，需要申请出口许可证。其中，受清单管制的货物为《出口令》的附表1第1类至第15类货物。主要管控的货物如下：

⁴⁴ 本文中的“出口管制”仅指“出口许可制度（即安全保障贸易制度）”。除“出口许可制度”外，还存在“出口认可（承認）制度”，针对的是出口《出口贸易管理令》附表二的货物、向朝鲜出口特定货物、委托加工等情况，本文中不做说明。

表 2-4

项别	产品
1	武器
2	核能：核燃料材料，核反应堆，人造石墨等
3	化学武器：军用化学制剂的原材料，与军用化学制剂具有同等毒性的有毒物质及原材料，耐腐蚀的热交换器，阀门，泵，反应堆，储存容器等
3-2	生物武器：制造军用细菌制剂的原材料，交叉流过滤器，冷冻干燥机，密闭发酵室等
4	导弹：火箭，可用于火箭或无人机的集成电路，加速度计，振动测试仪等
5	高科技材料：超导材料，纤维，陶瓷复合材料等
6	材料加工：数控机床，机器人，测量设备等
7	电子器件：高压电容器，集成电路，半导体基板，频率分析仪等
8	电脑：高性能电脑
9	通讯设备：加密设备，专用通信设备等
10	感应器和激光相关设备：用于传感器的光纤，光学设备，特殊功能照相机等
11	航空、航海设备：惯性导航系统，接收卫星导航系统无线电波的设备等
12	海事相关设备：潜水船、水下机器人等
13	推进器设备：燃气轮机、人造卫星、无人机等
14	杂项：粉末状态的金属燃料等
15	敏感物项：电波或红外线吸收器、水下声学设备等

(b) 技术出口清单管制

根据《外汇法》第 25 条规定，当出口方向特定地区出口特定技术时，需要申请出口许可证。其中，受清单管制的技术为《外汇令》的附表第 1 类至第 15 类技术。一般而言，与清单管制货物有关的技术为管制技术，包括受清单管制的货物的设计、制造、使用相关技术或为设计、制造、使用受清单管制的货物而必要的技术（但是，与受清单管制的货物无关的技术也可能受出口管制）。

技术出口 / 转移的形式包括：

- 通过书面、邮件或其他媒介（光盘、USB）等形式转移技术信息，包括设计图纸、参数、手册、样品、样机、使用说明书等；
- 通过技术指导或培训的方式提供工作知识，学术研讨会上的技术支持等形式；
- 外国公司订购的研究设备所呈现的受控技术参数。

技术出口包括以下几种情况：

- 从日本向境外国家传输技术。无论日本居民或非日本居民，如果从日本境内向境外传输管制技术，则需要申请许可证。
- 日本境内传输。日本居民在日本境内向特定国家的非日本居民或者向受非日本居民较大影响的特定日本居民（自然人）传输管制技术时，需要申请许可证。
- 将记载或记录有管制技术的特定媒介从日本携带至特定国家（供自己使用的除外），或者通过日本境内的通信系统向特定国家发送含有管制技术的信息。
- 日本境外传输。日本居民在日本境外传输管制技术需要申请许可证。如果该

技术来源于境外，并且技术转让交易在境外完成，原则上无需申请许可证。

值得注意的是，日本居民不仅指居住于日本的日本人或者在日本成立的公司，也包括在日本工作的外国人，或者在日本居住超过 6 个月以上的外国人。

(2) 全面管制

日本出口管制下的全面管制是指，对于列入《出口令》附表一第 16 类的货物和《外汇令》附表第 16 类的技术（除受清单管制的货物或技术外，一般都属于受全面管制的货物或技术），如果该等货物和技术的出口基于最终用户或最终用途存在被用于大规模杀伤性武器或常规武器的开发等风险的，未经经济产业省许可不得出口。

(a) 决定是否适用全面管制的两个要素：最终用户或最终用途

- 最终用途：如果相关物项或技术可能被用于大规模杀伤性武器或者常规武器的开发等目的，则出口该等物项之前需要申请许可证；
- 最终用户：相关物项或技术的进口方或最终用户拟参与或曾参与了大规模杀伤性武器的开发（可通过查询进口方或最终用户是否被列于“外国实体清单”进行判断），则在出口之前需要申请许可证。

除了上述情形外，如果经济产业省单独通知出口方需要申请许可证的，则出口人需要申请许可。

(b) 全面管制的例外

全面管制的对象是指上文所述的清单管制物项或技术之外的绝大多数物项或技术，但是不包括食品、木材等货物。同时，出口方向白名单国家（即，日本就全面管制制度对其实施出口管理优惠措施的 26 个国家）⁴⁵ 出口全面管制物项或技术时，不需要申请出口许可证。其中，中国不在白名单国家之列。

⁴⁵ 26 个国家分别为阿根廷、奥地利、挪威、波兰、葡萄牙、西班牙、瑞典、瑞士、澳大利亚、比利时、保加利亚、加拿大、捷克共和国、丹麦、芬兰、法国、德国、希腊、匈牙利、爱尔兰、意大利、卢森堡、荷兰、新西兰、英国、美国。其中，韩国已于 2019 年 8 月被宣布从白名单国家中删除

(3) 许可证申请

出口商有责任判断其出口的物项或技术是否落入清单管制或全面管制的体系。如果其出口物项或技术受管制，则出口商必须要向经济产业省申请出口许可证后方可出口。一般来说，经济产业省会审查出口物项或技术的最终用途和最终用户的适当性等因素，并最终确定是否批准或否决许可申请。审查期限原则上为经济产业省受理许可申请后的 90 天内。

日本出口管制的出口许可证分为两种：个别许可与概括许可。个别许可是指根据每次交易核发的出口许可。概括许可是指 3 年期内，针对多次交易有效的出口许可。其中，概括许可根据不同的出口国或地区、出口货物的性质及其他要素又可分为多种形式。

(4) 违规罚则

如果未申请许可证出口管制物项或转移管制技术，则构成违反《外汇法》的行为，并会受到相应的处罚。

表 2-5

处罚类型	处罚内容
刑事处罚	如果违法行为构成刑事处罚，则对于单位犯罪，最高可能被处罚 10 亿日元（当违法行为的标的物价值的 5 倍金额超过 10 亿日元时，处以该价值 5 倍以下的罚金）；对于个人犯罪，最高可能被处罚 3000 万日元（当违法行为的标的物价值的 5 倍金额超过 3000 万日元时，处以该价值 5 倍以下的罚金）。 个人可能被处以最高 10 年的有期徒刑。
行政处罚	如果违法行为构成行政处罚，企业可能在最长 3 年内被禁止出口货物或转移技术等，个人可能被禁止就任其他公司的董事等。
其他后果	除刑事处罚、行政处罚之外，企业信用缺失以及其他的社会制裁。

五、出口管制“黑名单”制度

1. 出口管制清单类别

(1) 未经验证清单

未经验证清单（Unverified List, UVL）是当 BIS 在做最终用途审核（End-use check）时，因超出美国政府控制的原因无法验证 EAR 管控物项最终用户和最终用途合法性和可靠性时【即无法确认该实体是否“善意”（bona fides）】，BIS 便会将该实体列入 UVL（具体规定见 EAR 第 744 节第 15 条）。具体的 UVL 位于 EAR 第 744 节第 6 补充附件中。

最终用途检查主要包括许可前检查（pre-license check, PLC）和装运后核查（post-shipment verification, PSV）两种，例如，当 BIS 在做许可前核查或装运后验证时，因为无法验证外国实体的真实性，则该外国实体将有可能被列入 UVL 中。

外国实体被列入该清单后，往往会面临如下两种被加强管控的情形，影响原本的正常交易：

- UVL 中的外国实体不再适用 EAR 项下的许可证例外，即在接收美国出口、再出口或者国内转移的 EAR 物项时，不再享受通过 EAR 的许可例外而免于许可证申请的便利措施；
- 出口方在与 UVL 上的外国实体进行交易时，美国人必须建立电子信息档案（记录保存义务），并且对于不需要出口许可证的物项的交易，须事先向出口方提供一份 UVL 声明（UVL Statement），增加了程序性要求。

(2) 实体清单

依据 EAR 相关规定，若某一实体被认为威胁了美国国家安全或外交政策利益等，则 BIS 有权将其列入实体清单（Entity List）。实体清单是美国为维护其国家安全、

外交政策利益等的一个重要手段，也是 BIS 使用最频繁、对国内企业影响较大的出口管制法律工具。若美国人向实体清单所列实体出口（此处出口包括出口、再出口、国内转移）EAR 管辖物项，基本都需要向 BIS 申请出口许可证，即美国人不得在未获得许可证的情况下帮助清单实体获取受 EAR 管辖的物项。

若 BIS 将某一主体列入实体清单，则该决定将会通过美国联邦公告（Federal Register）发布，公告中会明确 BIS 会对其设定特定的许可证要求，并且绝大多数许可证审批要求为“推定拒绝”（Presumption of Denial）。推定拒绝指在没有充分理由的情况下，BIS 会默认拒绝相关出口许可证申请。

若企业想查询实体清单所列企业，可以直接查询 EAR 第 744 节第 4 补充附件。实体清单内所列实体为外国实体，包括外国政府、企业、研究机构、高校和个人等。其内容一般包括：被列入实体清单的实体的名称、地址、别称、曾用名等相关信息，与该实体对应的出口许可要求、许可审查政策及与该实体相关的联邦公告序号。

（3）被拒绝人员清单

依据 EAR 的相关规定，拒绝交易清单（Denied Persons List, DPL）所列实体，是被 BIS 剥夺了出口特权（export privilege）的实体。

DPL 主要由 BIS 进行管理，BIS 通常会在如下三种情况下向特定主体发布剥夺出口特权的拒绝令（denial order）：（1）违反 EAR 等出口管制法律法规或相关许可、授权或者其他行政命令时，向其发布基于民事违规的行政制裁拒绝令（a denial order used as an “administrative sanction” for a civil violation）；（2）在情况紧急时，若不立即阻止违反 EAR 等出口管制违规行为，将会导致公共利益受损时，向其发布临时拒绝令（a temporary denial order）；（3）涉及出口管制法律法规的刑事违规，例如针对 ECRA、IEEPA、军事出口管控时，向其发布基于刑事违规的拒绝令（a denial order based on a criminal conviction）。

与这份清单上的实体进行违反拒绝令条款的任何交易都是被禁止的。如果交易

方有理由相信交易相对方是 DPL 上所列实体，则不应该与其进行交易，并可向 BIS 的出口执法办公室举报。

(4) MEU清单

2020 年 12 月 23 日，BIS 通过对 EAR 规则修订，新增设了 MEU 清单，即军事最终用户名单，是美国政府逐步加强对涉军实体的监管，对存在物项转移风险的涉军企业，美国政府通过将涉事企业加入 MEU 清单的方式，进一步加强对所谓军事最终用户和军事最终用途的监管力度。

对于 MEU 清单而言，在进行出口（包括出口、再出口或国内转移）活动时，若知晓（knowledge）物项的全部或部分将用于“军事最终用途”或“军事最终用户”，则需要向 BIS 申请相应许可，且许可审批政策为“推定拒绝”，而 MEU 清单所列实体可以更清楚地向企业提示，该交易对象是否为“军事最终用户”或可能涉及“军事最终用途”。

相比实体清单企业受限于属于 EAR 物项的获取、MEU 清单企业受限于 EAR 744 部分附件 2 物项的获取等，而重实质则体现在例如军事最终用户和军事用途的认定，法规强调物项的提供主体 / 用途符合 EAR 744.21 中关于军事最终用户和军事最终用途的定义才会触发申请相应出口许可的要求。

另外需指出，MEU 清单是“非穷尽式”清单，最新的 EAR 规则将军事最终用户分为两类：第一类是传统军事组织；第二类是其他军事最终用户，包括其他任何试图支持军事最终用途的个人或实体（如涉及军事活动的政府组织或国有企业）。

2. 出口管制清单的管理机构

(1) ERC

ERC 全称为 The End-User Review Committee，即最终用户审查委员会，由美国商务部（首席）、国务院、国防部、能源部代表组成，在适当时财政部代表也

是委员会成员之一。ERC 负责就实体清单和 MEU 清单的添加、移出或其他修改作出决定。ERC 的任何成员机构可向委员会主席提交建议，以添加、移出或修改实体清单。ERC 以多数票表决的方式添加实体清单实体，以全票赞同的方式移出实体清单实体或修改实体清单内容。

(2) ACEP

ACEP 全称为 Advisory Committee on Export Policy，即出口政策咨询委员会。ACEP 组成成员中，有投票权的成员包括商务部负责出口事项的副部长，以及来自国务院、国防部、司法部（负责密码出口）、能源部和军控与裁军署的副部长委派代表，没有投票权的成员包括参谋长联席会议的代表和中央情报局防扩散中心的主任。ACEP 的主席职位由商务部负责出口事项的副部长担任。ACEP 也可以邀请其他政府机构或部门的副部长级代表（上述机构或部门除外）参与相关事项的决定，决定结果由多数票作出。

(3) EARB

EARB 全称为 Export Administration Review Board，即出口管制审查委员会。EARB 于 1970 年由第 12002 号总统行政令授权设立（后经第 12755 和 13268 号总统行政令修订）。EARB 在出口许可证申请审查中的作用具体见第 12981 号总统行政令内容（后经第 13020、13026 和 13117 号总统行政令修订），以解决关于美国出口许可事宜的不同意见。例如，如果存在两个或多个部门在是否授予一家公司出口许可证问题上存在分歧时，EARB 拥有最终决定权。

3. 出口管制清单移除的基本程序

(1) 未经验证清单的移除

由于美国并没有掌握 UVL 实体违反 EAR 规定的确凿证据，无法验证最终用途，因此 UVL 区别于实体清单和被拒绝人员清单。通常而言，如 UVL 实体能够向 BIS 证明其作为 EAR 受控物品的最终用户、收货方或交易中的其他身份的合法性及可

靠性，则被列入清单后可申请移除的概率也较大。

清单移出申请中需向 BIS 解释移出的理由，以及提供能够验证最终用途所需的信息，向 BIS 证明其真实性和可靠性。

BIS 执法机构负责官员（Deputy Assistant Secretary for Export Enforcement）将对移出申请进行审查，评估申请主体的“善意”情况，并将评估结果书面告知申请人，同时也会在美国联邦公告（Federal Register）上公布。该决定将是 BIS 的最终决定，即不再有行政复议程序。

（2）实体清单和MEU清单的移除

1) 被列入实体申请清单移除

实体清单与 MEU 清单的移除程序基本一致，需要最终用户审查委员会（ERC）成员全体一致同意才能做出清单实体的移除或修改的决定。具体程序上，须经 ERC 代表提案及投票表决决定，如果代表对第一次投票有异议，则提案需上升到出口政策建议委员会（Advisory Committee on Export Policy, ACEP）进行表决，如果代表仍有异议，则继续上升至出口管制审核委员会（Export Administration Review Board, EARB），如果代表还有异议，可以上升至总统。

具体而言，ERC 的主席在收到请求后会将移除请求转发给 ERC 的所有其他成员，指示成员审查此类请求并对其进行表决。所有移除或修改实体清单和 MEU 清单的决定都必须经过 ERC 全体成员的一致同意。通常而言，ERC 在考虑移除请求时将考虑以下两方面因素：与美国政府的合作以及将来遵循 EAR 的保证。移除请求应以书面形式详细阐明该企业或个人应从实体清单中移除的详细原因，而不能仅仅简单地提出申请。此类原因应包括与上述两个标准有关的信息。例如，要求移除的企业应积极制定和实施出口合规计划，并向 BIS 提供其将遵循美国出口管制相关法律法规的保证。另外，要求移除的企业或个人可以考虑主动与美国政府合作，以换取移除。最后，如果某企业或个人认为美国政府将其放在实体清单中是一个错误，其应提出详实的证据证明美国政府将其列入所存在的错误。

4. 案例分享

(1) 未经验证清单的移除

从 BIS 公布的公开文件看，近年来确实存在为数不少的中国大陆实体成功被移除 UVL 的实例，包括境内企业、科研机构、高校等实体。例如，2020 年 10 月 9 日，BIS 发布了对 UVL 的修订。此次修订新增 26 个实体，移除 40 个实体，其中包括中国人民大学在内的 16 个中国大陆的实体被移除。

由于目前 UVL 新增实体的原因，主要分为最终用途检查无法进行，或者虽然进行了最终用途检查，但是仍然无法确认受检查的实体是否“善意”两类。基于成功移除的案例经验，申请方可以针对实体被列入的原因，向 BIS 进行书面解释说明，并提供有证明效力的证据资料。例如若 BIS 无法通过出口文件上载明的地址找到拟检查的实体，通过电话和邮件无法联系到该实体，申请方可以向其提供更新版的营业执照、审计报告等资料予以解释说明。另外，在证明受控物项的处置情况时，可以通过设备照片、运行记录等资料予以辅助证明。

六、知识产权侵权

在海外开展投资与经营活动中知识产权风险主要分为两大类，分别是知识产权侵权风险和知识产权实施和交易风险。其中知识产权侵权风险根据知识产权类型可以分为专利与外观设计侵权风险、商标侵权风险、版权侵权风险、商业秘密侵权风险、软件侵权风险、域名侵权风险等，以及综合侵权风险。特别需要说明的是，虽然保护知识产权是世界通行的规则，但知识产权毕竟是有地域属性的，各国 / 地区的法律法规还是有差异的，因此在讨论海外知识产权风险时，一定要以国际视野来研究各国的具体法律规定和司法实践，避免本国思维的局限。众所周知，知识产权是国内法范畴的权利，其构成要求和取得保护的内容，都可能根据各国的法律法规而有所差异，往往同时又受到各法域的合同法的规制，因为大多数国家都允许约定知识产权权利归属与使用限制，有约定则约定有限，因此在研究知识产权风险的事后，首要的问题就是构建适用法律下的特定法言法语思维模式。

为便于交流,下文中的知识产权类型及定义采用的是世界知识产权组织(WIPO)官网上的内容,基本上可以作为了解各国知识产权法规的指引,在此给大家推荐WIPO Lex 数据库(网址: <https://www.wipo.int/wipolex>),这是一个综合性检索工具,可供检索与知识产权有关的国家法律和国际条约。在分析具体问题时,建议进一步咨询当地专业人士的意见。

1. 知识产权类型综述

(1) 什么是专利?

专利是对创新成果授予的一种专有权利;该创新成果是指提供新的做事方式或对某一问题提出新的技术解决方案的产品或方法。要取得专利,必须向公众公开发明的技术信息。

专利是一种地域性权利。一般而言,专有权仅在已按有关国家或地区的法律申请专利并得到授权的国家或地区适用。需要注意的是,在跨境业务角度看,专利法律和条约应该是一个国际法架构,而不是某个国家的专利法而已。

WIPO 管理的条约和国家与地区性法律共同构成专利国际法框架。专利相关条约包括:《巴黎公约》《专利合作条约(PCT)》《斯特拉斯堡协定》《专利法条约》《布达佩斯条约》。WIPO 官网上还公布有《面向国家/地区专利局的指南和手册》(Guidelines and Manuals of National/Regional Patent Offices),可供了解各国/地区的专利申请和授权形式审查和实质性审查的相关要求。

在数据、软件和人工智能相关的领域,以及生物技术和基因相关的领域,认定数据和基因归谁所有是复杂而有争议的问题,因此更是需要了解各国专利保护的立法与司法动态及发展。

(2) 什么是商标?

商标是能够将一种商品或服务与其他商品或服务区别开的标志。商标可以是文字或者文字、字母和数字的组合,也可以由以下构成:图形,符号,商品的形状和

包装等立体特征，声音或香味等不可视标志，或者作为区别特征使用的颜色等。商标注册期限可能不同，但通常为十年。商标保护可以通过支付额外费用无限续展。

在国家 / 地区层面，商标保护可以通过注册取得，在有些国家，商标保护可以实际使用而获得。商标国际注册途径有两种：单独向拟申请保护的每个国家的商标局提出商标申请，也可以利用 WIPO 的马德里体系。

世界知识产权组织管理的条约和国家与地区性法律共同构成商标国际法框架。WIPO 管理的商标相关条约包括：《巴黎公约》《马德里协定（商标）》《马德里议定书》《尼斯协定》《维也纳协定》《商标法新加坡条约》《商标法条约》《保护奥林匹克会徽内罗毕条约》。

同时，下列联合建议反映了国际商标法的趋势和发展：《保护驰名商标》《商标使用许可》《在互联网上保护商标及标志的其他工业产权》，值得企业在开展海外业务时关注。

(3) 什么是工业品外观设计？

在中国，外观设计专利是专利法保护的一种知识产权，中国《专利法》规定：“外观设计，是指对产品的整体或者局部的形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的结合所做出的富有美感并适于工业应用的新设计。”外观设计可以是立体特征，如物品的形状或外表，也可以是平面特征，如图案、线条或颜色。

在国际上，工业品外观设计既有依据专利法受保护的，也有独立于专利的保护，总之从法律意义上讲，工业品外观设计是指物品的装饰性特征。

工业品外观设计权仅保护产品的外观或美观性特征，而专利保护的是为技术问题提供新技术方案的发明。原则上，工业品外观设计权不保护产品的技术或功能性特征。但是，这些特征有可能通过专利来保护。

工业品外观设计广泛应用于工业和手工艺产品：从技术和医疗仪器到手表、珠宝等奢侈品；从家庭用具和电器到交通工具和建筑结构；从纺织品到休闲品等等。

工业品外观设计也可用于图形符号、图形用户界面（GUI）和徽记。原则上，注册工业品外观设计或外观设计专利的所有人拥有制止第三方为商业目的制造、销售或进口带有或体现受保护外观设计的复制品，或实质性复制品的权利。

工业品外观设计权属于在有限时间内授予的权利。各国的工业品外观设计的保护期并不相同，但总期限至少为 10 年以上。在许多国家，整体保护期被分割为多个连续的可续展期。而外观设计专利权的保护期最长为十年，如果不缴纳年费，则会提前终止。

（4）什么是版权？

版权（也叫作者权）是用来表述创作者对其文学和艺术作品所享有权利的法律用语。涉及版权的作品有：图书、音乐、绘画、雕塑、电影、计算机程序、数据库、广告、地图和技术制图等。

在绝大多数国家，根据《伯尔尼公约》，版权保护自动获得，无需登记或其他手续。但很多国家仍然设有对作品进行自愿登记的制度。这种自愿登记制度有助于解决涉及所有权或创作方的争议，并为权利的经济交易、销售、让与和 / 或转让等提供便利。

通常在立法中不会列出受版权保护的完整作品列表，世界各国 / 地区受版权保护的作品一般包括：小说、诗歌、戏剧、工具书、报纸文章等文学作品；计算机程序、数据库；电影、音乐作品和舞谱；绘画、素描、摄影和雕塑等艺术作品；建筑作品；广告、地图和技术制图。需要注意的是，版权保护只延及表达，而不延及思想、过程、操作方法或数学概念本身。

关于“标题”、“标语”或“标志”等是否受版权保护，各国可能保护、也可能不保护，取决于对其是否具有原创性的认定。

不同于专利权和商标权可以通过 WIPO 或者各国的专利商标局官网进行检索，WIPO 不提供版权登记体系，也没有可检索的版权数据库。

涉及版权的法律和国际条约众多，详细可查阅 WIPO 官网。其中最为重要的是

保护文学和艺术作品的《伯尔尼公约》《世界知识产权组织版权条约（WCT）》《世界知识产权组织表演和录音制品条约（WPPT）》。

其中 WPPT（1996 年）涉及两种受益人的知识产权，特别是在数字环境中的知识产权：（i）表演者（演员、歌唱家、音乐家等）；（ii）录音制品制作者（最先将声音录制下来并负有责任的自然人或法人）。各国国内法按照《伯尔尼公约》建立的限制和例外，可以扩大适用于数字环境下。各国可以设计新的适于数字环境的例外和限制。

对于大部分中国企业而言，需要注意到该条约中规定的表演者享有的精神权利，即要求承认其表演者的权利，以及反对任何将有损表演者名声的歪曲、篡改或其他修改的权利。避免因为只重视涉及复制权等商业利益相关而忽视精神权益带来的知识产权风险。另外，需要注意到保护期并非以 50 年为限，而是“保护期必须至少为 50 年”。

享有和行使本条约所规定的权利无需履行任何手续。

（5）什么是商业秘密？

商业秘密是关于可以被出售或许可的机密信息的知识产权。一般而言，信息必须具备以下条件才能成为商业秘密：（i）因其秘密性而具有商业价值；（ii）仅为范围有限的人所知悉；以及（iii）信息的合法持有人已采取合理措施予以保密，包括与商业合作伙伴和员工签署保密协议等。他人以违背诚实商业做法的方式，未经授权获取、使用或披露此类秘密信息会被视为不正当的行为并且违反商业秘密保护。需要注意的是，各国关于受保护的商业秘密或受保护的有价值的商业信息的法律机制差异较大且不时有新的司法动向和变化，需要不时跟进。

通常情况下，任何为企业提供竞争优势且不被他人知悉的机密商业信息都可以作为商业秘密进行保护。商业秘密既包括如制造工艺、实验研究数据、软件算法等技术信息，也包括如分销方法、供应商及客户名单、广告战略等商业信息。其他可能受商业秘密保护的信息还包括财务信息、配方和食谱以及源代码等。

与专利相反，商业秘密无需注册即可受到保护，也就是说，对商业秘密的保护没有程序上的形式要求。除非他人发现或合法获得了商业秘密并将其向公众披露，否则商业秘密可以无限期地受保护。

(6) 其他常见的知识产权类型

除前述列举的知识产权外，其他常见的知识产权类型还包括地理标志、集成电路布图设计、植物新品种、商号、数据库权、域名等。不同的国际条约对知识产权有不同的分类，如《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS 协议)中将知识产权的分为：版权及相关权利、商标、地理标志、工业设计、专利、集成电路布图设计、未披露过的信息等；而《保护工业产权巴黎公约》中列举的工业产权则包括专利、商标、工业品外观设计、实用新型、服务商标、厂商名称、地理标志以及制止不正当竞争。除此之外，各国/地区知识产权制度不同，能够获得保护的知识产权类型也有所不同，如美国的知识产权分类包括专利、版权、商标、集成电路布图设计、商业秘密、工业品外观设计，德国的知识产权分类包括专利、工业品外观设计、商标、版权、地理标志、商业秘密等，日本则包括专利、商标、版权、植物新品种、集成电路布图设计、商业秘密、工业品外观设计。

随着科学技术的迅速发展，新型智力成果不断涌现，知识产权保护对象的范围也正不断扩大，数据库权、域名等新知识产权类型正逐步成为当今一些国家所认可的知识产权保护对象。

2. 知识产权侵权风险

知识产权侵权风险是企业在国外开展经营活动较常面临的风险之一。一方面，并非所有知识产权需注册登记才能取得，部分如版权等无需登记即可取得的知识产权较难通过公开途径查询，在出海的过程中，中国企业对目标国家相关知识产权及知识产权权利人的情况并不能非常清楚地掌握，知识产权侵权风险防不胜防；另一方面，知识产权是一项具有地域性的排他权利，地域性意味着除非有国际条约、双边或多边协定的特别规定，否则，知识产权的效力只及于授予或确认其权利的国家，换句话说中国的知识产权仅在中国有效，其其他国家不一定能受保护。对出海的

中国企业而言，即便企业在中国已经取得了知识产权，该知识产权的效力并不及于目标国家，对相同的知识产权，目标国家可能已经有相应的知识产权权利人，因此如果中国企业在目标国家开展经营活动，中国企业将面临知识产权侵权的风险。

知识产权侵权风险根据知识产权类型可以分为专利与外观设计侵权风险、商标侵权风险、版权侵权风险、商业秘密侵权风险、软件侵权风险、域名侵权风险等，以及综合侵权风险。

除版权各国均采用自然取得方式之外，大部分的知识产权权利取得是通过各法域的行政审批取得的，例如各国的专利申请、审查与授权，商标申请与注册。也有依据各法域的法律法规的产生的权利，例如商业秘密、有价值的商业信息、数据相关权利等。

尊重知识产权是全球化分工与合作的基础，因此在这里对于已经成为常识的内容就不再赘述，本章节内容主要用于描述不常见的侵权行为或者特殊的侵权情形，以便帮助中国企业减少或避免在国外的知识产权侵权风险。

(1) 一种特殊的专利侵权情形

一般而言，专利分为产品专利和方法专利，且专利权是有地域限制的，因为专利法本质上是国内法，具有地域性。在中国，“发明和实用新型专利权被授予后，除专利法有特别规定的以外，任何单位或个人未经专利权人许可，都不得实施其专利，即不得为生产经营目的制造、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品，或者使用其专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品。”特殊侵权行为仅针对“专利新产品”，且是依照专利方法直接获得的产品，即指依照专利方法最初获得的原始产品，即应用该方法的第一步到最后一步所得到的产品，对得到的该产品进一步加工、使之发生变化而获得的产品就不是直接得到的产品。假设 A 公司在中国有一项制造 X 产品的方法专利，但其在没有 X 产品的产品专利，那么在中国制造 X 产品的行为可能会侵犯 A 公司的中国专利权，但在中国仅销售 X 产品是不会有侵犯 A 公司的专利风险的。

由于中国专利法中并无“治外法权”的相关规定，所以中国企业往往容易忽略其他国家涉及知识产权法领域的“国内法国际化”问题。

原则上，一项专利不具有治外法权。但有一些特殊的专利侵权情形，例如美国为了禁止侵权人将未组装的专利产品运往国外组装，美国《专利法》于1984年在第271条中增加了(f)款，规定了当专利发明部件由美国实体提供且用于国外组装时构成专利侵权的诉讼理由。又例如美国为了禁止侵权人在国外实施美国方法专利所保护的方法，然后将由该方法所制造的产品进口到美国的行为，美国《专利法》于1988年在第271条中增加了(g)款，规定了此种行为仍然可能构成方法专利侵权行为。这些条款实质上将美国专利的保护领域扩大到了其他国家和地区。

2018年6月22日，美国最高法院对 *WesternGeco LLC v. ION Geophysical Corp.* 一案进行了裁定，针对被告 ION 向海外出口关键零部件让其他公司在海外组装成竞品的侵权行为，支持原告 WesternGeco 作为专利权人的海外利润损失 9340 万美元的补偿请求。此案历经近 10 年之久，关于涉及的境外利润损失，地区法院一审判赔、联邦巡回上诉法院裁定免责，到最高法院重申认定赔偿境外利润损失。WesterGeco 案主要涉及专利侵权领域两个方面的问题，一是境外的行为是否构成专利侵权，二是境外的利润损失是否属于侵权求偿的范围。

随着经济和贸易的全球化发展，工业产品的系统化、集成化程度越来越高，越来越多的最终产品的零部件中都不可避免地会包含外国人拥有的知识产权，从而使得知识产权的国内法效力国际化。最近二十年，欧美国家在专利保护司法实践中突破“国内法”追求域外治权的案例时有发生，企业在跨境业务时需要注意到该等特殊的专利侵权情形的潜在风险。

(2) 专利产品平行进口的潜在专利侵权风险

专利产品是指受专利权保护的产品，也就是说是具有授权专利的某项权利要求所记载的全部技术特征的产品。平行进口是指同一专利权人就同一项发明创造在两个国家获得了专利权，专利权人或专利权被许可人在其中一个国家制造的专利产品

售出后，购买者将其购买的专利产品进口到另一国家。

一般而言，会认为平行进口应属于专利权用尽的范畴，即不属于专利侵权行为。但由于各国的贸易保护及其他本国利益考量，关于平行进口是否构成侵权行为，各国的司法实践一直在动态变化，因此过去的案例不一定能作为当下的参考，建议中国企业在海外开展业务时，必须谨慎地研究最新的司法动态，避免踩雷。

(3) 专利申请尚未授权的侵权风险

大部分的国家都设有“发明专利的临时保护”制度，指因发明专利申请初步审查合格自申请日起满十八个月即行公布，为了防止第三人在发明申请公布后至授权前任意实施该发明，因此需要在这段时间内给予发明专利申请一定程度的保护，申请人可以要求那些在发明公布后授权前实施其发明的单位或者个人支付适当的费用。

由于发明专利申请公布后，没有进行实质审查，还不能确定将来是否可以获得发明专利权，因此专利法规定的临时保护只允许专利申请人“可以”但不是“有权”要求支付费用，申请人获得的临时保护并不是一项权利，也不具有强制执行的效力。同时只能要求适当的费用用于赔偿，一般以该发明专利申请授权后实施该发明专利的许可费为标准计算使用费。

很多人认为既然没有强制执行的效力就可以置之不理，这个观念是不对的。构成故意侵权、或者适用惩罚性赔偿，其后果将是十分严重的。因此，需要特别重视此类看起来只是潜在的风险所带来的问题。

(4) 许诺销售行为相关的专利侵权

“许诺销售专利产品”是指明确表示愿意出售具有权利要求所述技术特征的产品的行为。“许诺销售”是从英文“offering for sale”翻译过来的，其行为包括发布广告、开产品推荐会、参加商业展览活动等，随着电子商务和线上销售的发展，许诺销售行为的认定各国司法实践也在不断发展与变化，

需要特别关注业务所涉及的各个国家和地区的最新动态，特别是很多企业自认为只是“试探性”的一些动作而非商业活动行为，还是有可能会构成侵权行为的。

(5) 网络上特殊的商标侵权风险

通常的商标侵权风险大部分企业是了解并且有足够的防范意识的，因此本节特别说明一下互联网相关的商标使用中要注意避免几种可能的侵权类型：

1) 电子商务经营商标侵权

在电子商务平台销售假冒他人商标的产品的电子商务经营者将构成商标的直接侵权行为。而商务平台的经营者在明知或应知侵权行为存在的情况下，未及时采取必要措施来制止侵权行为，客观上放任、纵容侵权行为发生的，可能构成帮助侵权。

2) 搜索引擎技术商标侵权

- 元标签侵权

元标签是设置在网站源代码中无形的网页标签，电脑通过读取元标签中的信息，对信息进行识别。网页设计时应避免将他人的商标设置成自己的标签。

- 关键词推广（竞价排名）过程中的侵权

关键词推广是行为人通过人工设置，并向搜索引擎服务商购买关键词服务后进行的。在该过程中应避免将他人商标或者商标中的主要字样作为关键词购买，将他人商标或者商标主要字样放在网站链接字样里，甚至是自己的网站页面上，从而构成侵权。

- App应用程序商标侵权

第一种情形是开发商在其开发的App中用和他人商标相同或近似的图标、

文字等；第二种是开发商所开发的App和别人的相似。没有参加相关应用程序的开发，只是提供下载的服务商，为直接侵权人提供帮助的，可能构成间接侵权。

- 域名商标侵权

由于域名都是唯一的，因此部分人会将有有一定知名度的商标通过域名进行恶意抢注。中国企业在开展海外业务时要注意同时核查域名与商标，避免踩雷。

- 链接商标侵权

链接分为内链和外链。外链是普通链接，这种链接是直接链接到其他网站的首页，使用人可以直接、清楚地看到网页间的转换。内链也叫深层链接，当用户点击这个链接时，是绕过该网站的首页直接到达网站具体分页，如果网站分页没有被转网页的显著标识，用户会认为他们仍然停留在原来的网页上，从而造成混淆。在链接商标侵权中，最常见的是内链。

3. 知识产权实施和交易风险

知识产权实施和交易风险往往在出海时，具体而言，知识产权实施风险主要为企业超出协议 / 许可范围的实施或者对外授予实施许可而导致的知识产权侵权、不正当竞争行为和违反合同约定的风险；知识产权交易风险主要指在跨国并购交易过程中，可能因知识产权问题造成并购目的无法实现或者知识产权交割无法完成；或者由于未能对有关权利义务作出明确约定，导致在并购完成后无法避免的知识产权侵权风险或者履约风险，以及跨国知识产权交易（如知识产权许可等）过程中的协议风险等。

(1) 协议陷阱

中国企业开展海外业务遭遇“协议陷阱”是常见的知识产权风险，例如交易本身的陷阱和不同法域国家的法律法规特殊规定导致的协议陷阱。具体而言，海外项

目标的公司与第三人签订的知识产权协议或技术协议中存在知识产权约定限制或者其他许可终止风险，往往在交易架构设计的时候没有预见到这些潜在问题而使得交易对方并没有事先披露的义务，导致对中国企业而言原来关注的知识产权或技术不能“为我所用”。更糟糕的一种情形是，海外标的公司的技术在实施过程需要依赖于第三方专利且无继受的许可/使用权，这样就必然存在专利侵权风险。不仅使得海外项目难以达成预期的商业目标，而且可能因此使母公司的经营受到影响。此外，对同一事项，不同法域的法律法规规定可能不同，从而导致适用不同国家法律的同一份协议，其后果或效力可能不同。如商业协议中较常出现的与知识产权相关的“禁止反向工程”条款，目前大部分国家已在立法层面肯定了反向工程的合法性，对合同中禁止反向工程条款的效力以及合同一方违反约定进行反向工程是否构成违约或侵权等问题各国的立法和司法实践的认定并不一致，在部分国家，禁止反向工程条款可能被认定为无效，合同一方违反约定进行反向工程可能不会构成违约或侵权。又如商业协议中较常出现的知识产权相关的“陈述与保证”条款，在中国，违反“陈述与保证”条款一般而言意味着违约方将承担违约责任，但是相同的条款如适用英美法，将产生不同的法律效果。在英美法系下陈述与保证是完全不同的概念，两者有不同的救济途径和赔偿方式。在英美法系下，违反“保证”条款的后果包括损害赔偿，而违反“陈述”条款的后果除了损害赔偿之外，还包括解除合同。对出海的中国企业而言，应对相应国家的法律规定进行了解，以防范因法律法规规定的不同导致的协议陷阱。

(2) 专利许可相关风险

根据不同的分类标准，专利许可可以分为不同的类型。按照被许可人取得的实施权的范围，专利许可一般可分为排他许可和普通许可，排他许可是指在一定时间和地域范围内，专利权人只许可一个被许可人实施其专利，专利权人自己能否实施专利，双方可以在协议中进一步约定。普通许可是指在一定时间内，专利权人许可他人实施其专利，同时保留许可第三人实施该专利的权利。根据许可合同的对价是否为被许可人自己专利的实施权，专利许可可分为交叉许可和非交叉许可。交叉许可是指两个专利权人互相许可对方实施自己的专利，即许可合同的对价是被许可人自己专利的实施权。非交叉许可的对价不以被许可人自己专利的实施权为限。根据发放专利

许可的人是否为专利权人，专利许可还可分为主许可和分许可。主许可是专利权人与被许可人之间的许可，分许可则是针对主许可而言的，即被许可人依照与专利权人的协议，再许可第三人实施同一专利，一般而言被许可人签订这种分许可合同须得到专利权人的同意，当然是同意的方式可以是单个许可审批或者有权分许可。

正常而言，各国都采用专利许可协议有约定从约定，即“约定优先”的原则，所以只要协议写得足够清晰，往往不会有潜在侵权风险。在这里特别指出基于 TRIPS 协议明确各成员有权在其立法中具体规定哪些许可条件或活动可能构成知识产权滥用，并可按照成员国的法律法规，采取适当的措施防止或控制此类活动。知识产权滥用包括以下几种情形，如果许可协议中有相关条款，相关条款的效力可能受到影响。中国企业在海外交易时应当对这些情形予以注意：

1) 独占性反授条件

“独占性反授条件”是指：许可方要求被许可方将其针对被许可技术作出的任何改进所产生的知识产权，以独占的方式，在许可方不作弥补考虑或不附加对等义务的情况下，反授给许可方。

2) 禁止对知识产权的有效性提出质疑

“禁止对知识产权的有效性提出质疑”是指：许可方明知许可合同所涉及的知识产权的有效性受到质疑时，有关双方权利和义务的争议需要根据适用的法律来确定，而且许可合同的条件需要符合该法律的规定，却要求被许可方承诺不对所涉及知识产权的有效性提出质疑。

3) 强迫一揽子许可

“强迫一揽子许可”是指：许可方要求被许可方接受他所不需要的附加技术、将来作出的发明、货物、或者服务，或者限制被许可方采用的技术、货物或服务的来源，以此作为订立许可合同的条件。

(3) 专利实施的强制许可风险

专利保护与反技术垄断一直是此消彼长的两个方面，所以各国的专利立法宗旨都是既要保护专利权人的利益，同时又要平衡社会公众的利益，也就是说，专利的保护不应该阻碍社会科学技术的进步与发展，因此，各国都有专利实施强制许可的规定。各国规定不尽相同，主要有以下三种类型，虽然属于不常见的情形，但在分析海外权益保护风险时，特别是涉及医药、数据和其他公共利益相关的业务的企业，应该关注到可能遭遇专利实施强制许可所带来的风险。

1) 公共利益的强制许可

在国家出现紧急状态或非常情况时，或为了公共利益的目的，专利局可以给予实施专利的强制许可。

2) 商业性强制许可

自专利权被授予之日起满3年后，具备实施条件的单位（即，在资金和技术方面确有实施发明或实用新型的实力和能力）以合理的条件请求发明或者实用新型专利权人许可实施其专利，而未能在合理长的时间内获得这种许可时，专利局根据该单位的申请，可以给予实施该专利的强制许可。

3) 从属专利的强制许可

一项取得专利权的发明创造比在先专利权具有显著经济意义的重大技术进步，其实施又有赖于前一发明的实施时，专利局根据后一专利权人的申请，可以给予实施前一发明的强制许可；同样地，也可以根据前一专利权人的申请，给予后一发明强制许可。

(4) 因法律法规政策差异导致的知识产权交易风险

对于有关智力成果的进出口、交易、销售、知识产权权利获得程序和标准等问题，各个国家和地区的法律、法规和政策层面，往往存在一定差异而且各国的政策变化

即时性很强，一般企业难以及时准确跟进。在跨境并购交易中，各国知识产权法律 and 政策的差异性可能会在交易架构设计、交易进程和交易交割三个环节中出现足以影响交易实现以及后续对知识产权使用的重大变化。这些重大变化主要表现为：

1) 授权专利的有效性及其权利稳定性风险

即使是经某个国家特定主管机关授权的知识产权，其有效性也存在着不确定性。其权利的存在与保护范围，会随权利人、利害关系人的权利主张、主管机关的决定、仲裁或司法机关的裁判行为而出现变化。

2) 时间和地域性风险

知识产权属于国家授权，其存在依赖于一国或一地区的法律规定，且均有保护的年限。某国的知识产权资产在贸易目的国不一定受到法律保护、专利组合中失效专利较多或者有效期限较短、商标权在某些国家和其他国家受保护的类别不一致等都会导致知识产权风险。

3) 知识产权的权属瑕疵

在某些情况下，即使被收购方具有相关知识产权的权利证明和证书，但是由于其实际来源存在瑕疵，该知识产权的权利归属仍然存在争议。而且这样的问题往往是难以事先查证的，例如海外标的项目公司所使用的知识产权，特别是其非法定登记形式的部分，其权利归属于被收购方的雇员或者权利归属于被收购方母公司、关联公司等。

还有一种情况就是知识产权为共同所有的。这种共同所有可能是企业之间的共同所有，或其他约定形式存在的共同所有，也可能是根据当地法律属于法定的共同所有的情形，由于其不具有完全处分权，往往会有潜在风险。

再次是被收购的知识产权存在权利限制的情形。许可限制是最普遍、最典型的知识产权风险。很多知识产权属于保密信息，并无有效的登记公示制度。加之合同

的相对性，难以全面知悉目标知识产权是否存在权利限制情形。

(5) 知识产权的市场价值不确定风险

尽管会计准则和无形资产评估办法在大多数国家和地区采用的是统一的国际标准，但由于知识产权权利的特殊性，知识产权的价值判断是很难的。专利权本质上是一种排他权，而不是如专有技术或者商业秘密那样直接可以体现在经营活动中的商业应用；而商标权是一种专用权，可以确保任何人都不能在相同近似商品上使用相同近似的商标，除了排他权同时也是一种专用权；版权虽然禁止他人复制你的照片，却不能禁止其他人拍和你的照片非常近似的照片，所以去排他性是有限的。可见不同类型的知识产权，其权益体现差别较大。即使都是专利技术，要辨别哪些知识产权可以激励业绩增长，哪些是毫无价值的，亦非易事。

知识产权的市场价值的确定需要围绕并购交易的目的而定，同样是专利，其价值在不同情况下是不一样的，例如在技术引进中，技术的市场价值是最重要的，专利的作用主要在于保护该技术的市场优势地位；而在专利组合收购中，专利的价值可能大大超过技术的市场价值。

中国企业的海外经营活动很多时候是通过收购或投资当地企业的方式进行的，对无形资产价值的评估毫无疑问是非常重要的，但如果不能识别出核心知识产权并区分技术价值、市场价值、专利价值之间的差异性，往往导致基于一个看起来合理的知识产权评估报告的价值（IP valuation）和实际的知识产权商业价值判断（IP evaluation）差异很大，最终的结果很可能是花了冤枉钱甚至导致最终在经营上的失败。

4. 总结

以上详细列举了知识产权侵权和知识产权交易和实施中多个方面的风险，需要特别注意到知识产权类型及各自定义和内涵并非局限于一国，要重视国家法架构下的含义，同时要重视国内国际化的趋势，以及多种类型的知识产权风险问题。进一步地，还需要关注与技术进出口管制、信息安全、数据和隐私保护、商业秘密保

护、反不正当竞争行为等风险叠加的问题。

例如对“商业外观”的保护，就综合了商标、产品外观和特性、反不正当竞争等多方面的特征，商业外观包括产品的外形或者形状、产品的包装、在产品或其包装上使用的颜色或者设计、所使用的颜色与其他因素的组合，甚至营销技巧等。如果仅从外观设计专利、商标权、版权等单一维度去分析，可能侵权风险都较低，但综合起来看，侵权风险就较高。因此建议企业在海外经营活动中，以国际化视野看待知识产权法律问题，且以动态关注各国司法实践的方式审视知识产权风险，避免机械僵化的逻辑思维方式。

七、间谍、洗钱及其他刑事指控

在美国，间谍和洗钱等刑事指控适用联邦法律，并经常根据《美国法典》来起诉犯下这类罪行的本国人和外国人。

1. 经济间谍

(1) 《经济间谍法》

《1996年经济间谍法》（EEA 或《经济间谍法》）是第一部明确将窃取商业秘密确定为犯罪的联邦法律。《经济间谍法》的颁布是为了应对外国政府、机构和代理人盗用美国公司商业秘密的行为。

《经济间谍法》由两项关键条款组成，该两项条款详细规定了有关窃取商业秘密的可起诉罪行。第 1831 条针对的是第一项罪名，即经济间谍罪，它包括为使外国政府、外国机构或外国代理人受益而对商业秘密进行的盗窃或其他盗用行为。值得注意的是，违反第 1831 条的处罚比第二项罪名要重。第 1832 条针对的行为更为宽泛，涉及为用于州际或对外贸易 [且] 使除所有者以外的任何人获得经济利益的商业秘密盗窃。与第 1831 条相比，违反第 1832 条的处罚要轻得多，其最高刑期为 10 年，个人最高罚金为 50 万美元，组织最高罚金 500 万美元。

根据《经济间谍法》的规定，商业秘密的所有人有采取一切合理的措施以使商

业秘密信息处于秘密状态的法定义务。此外，第 1832 条要求被诉行为具有管辖权关联，即所涉商业秘密和 / 或产品应被生产用于或存在于州际或对外贸易之中。

1) 违反《经济间谍法》的构成要件

认定违反《经济间谍法》需要满足以下要件：

- 被告盗窃，或者未经权利人许可取得、毁灭或者传递信息；
- 被告明知该信息是专有的；
- 该信息事实上为商业秘密；
- 被告意图将该商业秘密转化为权利人之外的他人的经济利益；
- 被告明知会使或者意图使该商业秘密权利人受到损害；以及
- 该商业秘密和产品有关或被包含于该等产品内，该产品是通过洲际贸易生产或者存放。

2) 经济间谍的域外管辖权

对于发生在美国境外的行为，如果（1）行为人是美国公民或永久居民，或（2）在美国境内实施了促进该犯罪的行为，则《经济间谍法》明确适用。

3) 对经济间谍罪的检控

首先，根据《经济间谍法》进行检控必须得到美国司法部 (DOJ) 高级官员的批准。根据第 1832 条对经济间谍罪提起的诉讼既可以针对个人也可以针对组织。对个人而言，违反第 1832 条规定可能会被判处最高 10 年的监禁，单处或并处最高 50 万美元的罚金。对于组织机构，罚金数额可以是不超过 500 万美元或窃取的商业秘密价值的三倍（两者择其金额较大者）……包括研究和设计支出以及复制商业秘密的其他费用。

此外,《经济间谍法》还有一些重要的特点,使其区别于其他联邦法规,其中包括:该法规定对任何因违反《经济间谍法》而产生的财产或收益进行刑事没收,也规定了民事执行之诉和禁令救济。另,鉴于在诉讼过程中很难针对商业秘密进行保密,《经济间谍法》要求法院采取必要的行动对商业秘密进行保密。

4) 刑事责任、诉讼时效及其他注意事项

根据《经济间谍法》提起刑事指控的诉讼时效为5年。但是,只要政府能够证明被告是出于法律要求的意图而获取商业秘密,那么即使距离其最初盗用商业秘密已经过多年,仍可以对被告获得商业秘密的行为提起公诉。

(2) 《2016年保护商业秘密法案》

2016年,美国国会通过了《保护商业秘密法案》(DTSA),对《经济间谍法》进行了补充,其增加了盗用商业秘密的民事案由,而此前公司在商业秘密被盗用时需依赖于州的民事法律或其他独立的联邦案由,以寻求对其商业秘密被盗用的救济和补偿。迄今为止,美国有49个州以及哥伦比亚特区、波多黎各和美属维尔京群岛已经参照《统一商业秘密法》(UTSA)颁布了各自版本的立法,以回应《保护商业秘密法案》对《经济间谍法》的修订。

重要的是,《保护商业秘密法案》并未取代现有的有关商业秘密的州法,而是为公司提供了一种额外的选择,使其得以向联邦法院提起盗用商业秘密的诉讼。

2. 洗钱

根据《美国法典》第18编第1956条和第1957条的规定,洗钱在美国是一种联邦犯罪。究其本质,洗钱涉及在资金具有非法来源时采取一定措施以使其看起来合法。

(1) 第1956条

根据第1956条,争议交易可以是:(1)意图促进特定非法活动的进行;(2)

意图脱逃美国的税款或提交虚假纳税申报表；（3）明知交易的全部或者部分目的是隐瞒特定违法活动收益的性质、位置、来源、所有权或者控制权；或（4）有意规避联邦或州法规定的交易报告要求的交易。类似的，第 1956 条将运输或转移资金或货币工具（现金或流通票据或无记名证券）的行为定为犯罪，如其：（1）意图促进实施特定非法活动；或者（2）明知该资金或货币工具代表某一特定非法活动的收益，其运输或运输的全部或部分目的是隐瞒或掩饰该特定非法活动收益的性质、位置、来源、所有权或控制权。

（2）第1957条

根据第 1957 条，通过美国的银行或其他“金融机构”或外国银行，在明知的情况下参与从特定非法活动中获得财产的金融交易且金额超过 1 万美元的，属于犯罪。第 1957 条采用了《银行保密法》（BSA）赋予“金融机构”的法定定义，即将“金融机构”广义地定义为不仅包括银行，还包括其他广泛的金融从业机构，包括有证券支持的证券经纪公司、保险公司、非银行金融公司和赌场。

美国最高法院（“最高法院”）已经明确，联邦反洗钱法适用范围非常广泛，包括运输或藏匿资金的行为，尽管这些行为不一定会产生使资金看起来合法的效果。更具体地说，当行为人知道金融交易中涉及的财产代表着某种形式的非法活动的收益，进行或试图进行该等实际上涉及特定非法活动的收益……的金融交易时，其行为已经构成洗钱罪。该法的其他条款则将资金运输和其他形式的洗钱活动定为刑事犯罪。

（3）《美国法典》第1956和1957条规定的洗钱的主观要件

洗钱的主观要件在以下两种方式中择一满足即可。其一，被告行为的意图可以是为了促进特定非法活动的进行，也可以是为了从事违反《国内税收法典》的行为。其二，被告在明知交易旨在隐瞒或掩饰特定非法活动收益的性质、位置、来源、所有权或控制权，或旨在逃避州法或联邦法律规定的交易报告要求的情况下行事。

被告也可能因通过参与共谋实施洗钱而违反反洗钱法，前提是要满足共谋的特

定主观要件。换言之，被告必须加入两名或两名以上主体就进行洗钱活动达成共识，并且被告必须具有完成洗钱活动的特定意图。只要行为人朝着完成洗钱的目标做出实质性的行动，该行为人就可能成立洗钱未遂罪。

(4) 洗钱罪的域外管辖

美国有关洗钱的法规包含广泛的域外管辖权。根据第 1956 条法律规定，对于 (1) 美国公民在世界任何地方进行的，或 (2) 非美国公民进行的至少“部分”发生在美国的，金额超过 1 万美元的洗钱行为，美国具有域外管辖权。根据第 1957 条法律规定，只要该交易全部或部分发生在美国境内，则美国对于美国主体（包括美国公民、居民和法人）以及非美国公民在美国境外发生的犯罪行为就具有管辖权。

(5) 对洗钱罪的检控

负责起诉洗钱罪的政府部门是美国司法部和美国检察官办公室。美国司法部有一个名为“洗钱和资产追讨科 (MLARS)”的特别部门，专门负责对洗钱罪的检控和相关的没收行动。此外，94 个联邦检察官办公室中的任何一个在起诉金融机构前，都应获得洗钱和资产追讨科的批准。

此外，根据第 1956(e) 条，美国财政部长、国土安全部长、司法部长和邮政署之间有一份内部的、非公开的谅解备忘录，对于对第 1956 条和第 1957 条有调查管辖权的各联邦执法机构的调查责任作出了规定。管辖权一般包括对根本的、特定非法活动进行调查的责任。

第 1956(d) 条明确规定，其不能取代任何规定了额外的刑事、民事或行政处罚的联邦法律、州法或地方法律。美国许多司法管辖区（包括纽约州和加州）的州法中都有类似的反洗钱规定。

(6) 刑事责任、诉讼时效和其他注意事项

根据第 1956 条和第 1957 条发起的检控只能追究自然人和法人的刑事责任。此外，对于根据第 1956 条和第 1957 条的规定发起检控的每项犯罪行为，最高可

被处罚金 50 万美元，或涉案财物数额的两倍（两者择其金额较大者），同时对于个人，每项犯罪行为最高可被处以 20 年监禁。第 1956 条和第 1957 条项下洗钱罪的诉讼时效为五年。

在被判犯有洗钱罪后，政府当局可对涉及或源于洗钱犯罪行为的资产进行刑事和 / 或民事没收。根据《美国法典》第 18 编第 982 条，如果一个人被判犯有洗钱罪，与犯罪有关的任何财产（无论是不动产还是个人财产）或源于该犯罪的任何财产，都可能被政府当局没收。类似的，根据《美国法典》第 18 编第 981 条，即使在无人被判犯有洗钱罪的情形下，也可以对涉及洗钱行为或源于洗钱行为的财产提起民事没收诉讼。由于是民事没收诉讼，政府的举证责任低于其在针对洗钱行为进行的刑事没收诉讼中的举证责任，且政府无需证明被指控实施洗钱行为的人除此资产外没有其他支付能力。

(7) 《银行保密法》

另一项主要的、现行有效的反洗钱法律是《银行保密法》（BSA）。《反洗钱法》最初颁布于 1970 年并经过多次修订，其中最大的一次修订是 2001 年的《美国爱国者法案》（PATRIOT Act），最近的一次修订是《2020 年反洗钱法案》（AMLA）。《银行保密法》由财政部长管理和执行，该法授权财政部长通过法规对法律规定的金融机构以及其他实体提出报告、记录保存和反洗钱的要求。

与规定了域外管辖权的第 1956 条和第 1957 条相反，《银行保密法》并没有规定域外管辖权。然而，该法规定了对货币服务企业（Money Services Business）的要求，且即使对于在美国并无实体存在的货币服务企业，该等要求仍然适用。《银行保密法》规定，如果货币服务企业开展的全部或大部分业务在美国境内，即在美国境内有大量美国客户或资金转移收受方，则其对该货币服务企业有管辖权。

(8) 《2020 年反洗钱法案》

2021 年 1 月 1 日，美国国会颁布了《反洗钱法案》（AMLA），以禁止洗钱和

恐怖主义融资。《反洗钱法案》第 6308 条授予美国司法部和美国财政部对在美国有代理账户的外国银行的管辖权。根据《反洗钱法案》，司法部和财政部可以调取与外国银行的代理账户或其他任何账户有关的任何记录。在该《反洗钱法案》出台之前，其所享有的传唤权仅限于调取与代理账户相关的记录，但现在扩展到了美国境外的记录。

另外，根据第 6308 条，收到请求的外国银行可以向联邦法院寻求救济；但是，获得救济的理由受到法律的限制。例如，如果没有其他理由，任何与外国银行秘密或保密法律的冲突都不足以撤销或修改传票。《反洗钱法案》还带来了严厉的处罚，如不遵守传票可能会导致无法获得美国银行服务，以及受到罚款、处罚，并且对于不遵守传票的每一天，外国银行都可能受到至高一日 5 万美元的罚款。如果超过 60 天未遵守传票，可能还会有额外的处罚。此外，《反洗钱法案》还要求美国金融机构终止与未遵守传票的外国银行的关系。如果美国金融机构未能做到这一点，它可能会被处以至高一日 2.5 万美元的罚款。

3. 欺诈及美国的其他刑事指控

为强调并对几种类型的欺诈做出规定，美国国会已经制定了许多具体的法律，这些欺诈的类型包括电信欺诈、邮件欺诈和银行欺诈。重要的是，要触发这些联邦法律并起诉这些行为，欺诈行为或陈述必须与联邦政府有关。为了对欺诈提起诉讼，政府必须证明被告有欺诈的特定意图。多年来，电信欺诈以及邮件欺诈，一直是刑事起诉中引用最频繁、最广泛的法律，涉及的行为包括国际贿赂计划、盗用监管信息以及向投资者隐瞒准确信息等。此外，联邦欺诈法律也经常被援引为盗窃包括商业秘密在内的无形物的适用法律，并为知识产权所有权人根据其他联邦法律（如《反诈骗腐败组织集团犯罪法》，RICO）提出民事索赔提供了依据。下文将详细讨论上述欺诈行为中的几种。

(1) 邮件欺诈和电信欺诈

在美国经常被起诉的另外一种刑事犯罪是邮件欺诈，《美国法典》第 18 编第 1341 条和第 1343 条对其作出了规定。

1) 邮件欺诈和电信欺诈的构成要件

根据第 1341 条规定，邮件欺诈有两个构成要件：（1）已经制定或意图制定欺诈计划（或实施特定的欺诈行为）以及（2）为实施或意图实施该计划（或特定欺诈行为）的目的使用邮件。该邮件欺诈法律适用于为了执行计划或手段放在任一邮局或促成邮寄任何物品的任何人。

根据第 1341 条，邮寄必须是为了促进诈骗计划；但是，邮寄不一定是计划的基本要件，只要它与该计划的基本要件有关即可。旨在使受害者产生虚假的安全感，推迟询问或投诉，或使交易不那么可疑的邮寄，或用以获得作为欺诈标的的财产的邮寄，可以满足这一要件。此外，被告并不需要亲自邮寄信件，“促成”信件的邮寄就足够了，因为邮寄信件是被告预期计划的合理的、可预见的后果。

另外，第 1341 条禁止在相关部分，通过任何计划或手段进行欺诈，或通过虚假或欺诈的借口、陈述或承诺获取金钱或财产，或以此类方式剥夺他人获得真诚服务的权利。

另一种在美国经常被起诉的刑事犯罪是电信欺诈，规定于《美国法典》第 18 编第 1343 条。电信欺诈法律适用于在州际或对外贸易中为了执行某项计划或诡计，通过有线通信、广播或电视传播或促成他人传播任何文稿的任何人。

第 1343 条下电信欺诈的要件与《美国法典》第 18 编第 1341 条下邮件欺诈的要件几乎一样，但前者要求为促进欺诈计划使用州际电话或电子通信。并且，第 1343 条要求在州际或对外贸易中传输，因为州内传输不构成本条的违法行为。州际或对外贸易被定义为与外国的贸易。

与邮件欺诈的要件类似，电信通信必须促进欺诈计划；但是，其不必是该计划的基本要件，只要它与该计划的基本要件有关即可。旨在使受害者产生虚假的安全感，推迟询问或投诉，或使交易不那么可疑的有线通信，或用于获取作为欺诈标的的财产的有线通信，可以满足这一要件。此外，被告无需亲自进行通信，促成电信

通信即足够，因为电信通信是被告预期计划的合理的、可预见的结果。

与邮件欺诈法规类似，第 1343 条禁止在相关部分，通过任何计划或手段欺诈或通过虚假或欺诈的借口、陈述或承诺获取金钱或财产，或以此类方式剥夺他人获得真诚服务的权利。

2) 邮件欺诈和电信欺诈的域外管辖权

目前，美国巡回法院在邮件欺诈和电信欺诈是否适用域外管辖问题上存在分歧。然而，第二巡回区上诉法院最近在 *United States v. Napout* 案，963 F.3d 163, 168（第二巡回区上诉法院，2020 年）中对电信欺诈法律的域外管辖权进行了讨论并进行了限制。在 *Napout* 案中，检察官指控 30 名个人涉嫌与国际足球联合会（FIFA）内长达数十年的国际腐败计划有关，该计划几乎完全发生在美国境外。该案的两名被告因涉及“南美人和几乎完全发生在南美洲”的行为而被判诚信服务电信欺诈罪（honest services wire fraud）。尽管第二巡回区上诉法院认为电信欺诈法律通常不适用于域外，但如果涉嫌欺诈的所有要件都于美国或跨越美国边境时发生，则该法律可能适用。

因此，第二巡回区上诉法院认为，使用电信来推进诈骗计划是起诉的重点，因此即使该行为的其余部分发生在域外，政府仍可以依此支撑对被告的定罪。尽管如此，第二巡回区上诉法院认为使用美国电信对于涉嫌犯罪的行为必须是必不可少的，而不仅仅是附带的，以确保不会喧宾夺主。因此，第二巡回区上诉法院维持了被告的定罪，理由是他们使用了美国电信和金融机构，并且其对被指控的贿赂计划至关重要。尽管被告从未涉足美国，但在该修订后的标准下，该等电信手段已经促成了足够必要的关联。

3) 诉讼时效和其他注意事项

对邮件欺诈和电信欺诈计划的诉讼时效一般为五年。但是，如果该计划影响到金融机构，则其诉讼时效将增加至十年。诉讼时效从促进欺诈计划的最后一次明显行为开始起算。

八、政府机构的调查

1. 政府机构的调查

无论是在外国投资还是从事其他业务，都要受到所在国法律的约束。因为发生潜在违法行为而受到有管辖权的政府主管部门的调查是经常发生的事情。这些调查经常会涉及到反腐败、税收、金融等领域。因处理不慎或者不当，都会给投资企业甚至个人带来非常大的法律风险。本节主要介绍有调查权的美国监管机构。

2. 美国主要的监管机构

在美国，许多政府机构都能够启动对国内外主体的金融活动的调查，因此尽管投资者通常只会接触到个别特定的政府机构，但熟悉其他政府机构及其工作仍然是十分重要的。美国监管体系最大的特点之一是，虽然存在许多拥有监管职能的政府机构，仍有一些金融活动难以被归入一个特定的监管体系。但即使有些东西未能被明确地纳入美国的监管，这也并不意味着就能逃避政府监管机构的调查。此外，还有一点值得注意的是，美国监管机构经常与其他国内外的监管机构合作。当有可能违反多个司法管辖区的法律或多个金融监管体系时，相关政府机构可以并且会结合资源以进行更彻底的调查。在美国境内，金融监管机构还将与具有更广泛刑事调查权力的机构合作，例如司法部（DOJ）或联邦调查局（FBI）。

在金融和投资领域，调查某事的管辖权通常并不完全属于一个政府机构的管辖范围。在许多情况下，美国的政府机构必须就在特定情况下由哪个政府机构行使管辖权做出复杂而艰难的决定。再者，直到调查顺利进行之前，都有可能无法确定一个最为合适的政府机构。由此导致的麻烦有多种表现方式。第一种情况是，可能很难确定拥有职权的政府机构，因为多个政府机构都会主张其拥有管辖权。而在其他情况下，可能没有一个机构能够明确主张其职权，因为所需要调查的相关行为并不能被归入某一个具体的法定监管体系。对于后者，往往是由与被监管行为最为适合的政府机构接手案件，以期他们能够通过调查找出最适合监管该活动的领域。

至此，向投资者介绍其在投资活动中的某个时间点可能需要与之互动的每一个政府机构或其他监管机构，显得尤为重要。首先是银行监管机构。尽管这些机构通常不会明确管理投资，但由于它们拥有有关公司和个人财务记录的资源，这些机构经常会参与对市场操纵或内幕交易等事件的调查。

在诸多美国监管机构中，中国投资者最经常接触到的是美国证券交易委员会、司法部、联邦调查局等机构。

- 证券交易委员会

证券交易委员会（SEC）是美国负责金融监管的关键机构之一，也可能是最为知名的金融监管机构。他们主要侧重于防止市场操纵和保护投资者。为了实现这一目标，证券交易委员会制定了广泛的法规，这些法规源于新政时代为防止1929年市场崩盘的类似事件再度发生而通过的法律。作为该工作重点的一部分，美国证券交易委员会拥有广泛调查权和提起民事诉讼以执行其法定制度的能力，以及如前所述的将案件移交至司法部以进行刑事制裁的能力。

- 司法部

美国司法部是美国联邦法律的主要执行者。其主要任务是：执行法律并依法维护美国利益；确保公共安全免受国内外威胁；在预防和控制犯罪方面提供联邦领导；为犯有违法行为的人寻求公正的惩罚；为所有美国人提供公平公正的司法行政。

为此，司法部在选择将追究哪些案件方面拥有广泛的自由裁量权，并且由于其所面临的案件数量之大，司法部经常必须决定追究哪些案件才能按照他们的意愿塑造法律。虽然如此，司法部和其他执法机构通常会接受证券交易委员会的刑事调查请求。通常在请求援助之前，证券交易委员会已经提供了一些确凿的非法活动证据，以增加司法部成功追究此案的可能性。此外，刑事调查开辟了新的调查途径，从而提高了调查人员实施调查的能

力。美国检察官办公室是美国司法部部长领导的一个机构，是美国的联邦检察官机关。联邦检察官有多种职责和工作重点，他们工作的一部分是当证券交易委员会选择将调查提交给司法部进行刑事指控时作为检察官参与刑事程序。尽管美国检察官办公室最常承担检察官的职责，但他们也可能在美国作为民事诉讼中的当事人时出任其他角色。美国检察官办公室是证券交易委员会调查中最常被引用的合作伙伴。我们可以预期在发起投资调查时，美国检察官办公室可能会监控和/或参与其中。

- 联邦调查局

联邦调查局（FBI）是另一个经常与执法机构合作的机构。联邦调查局既是美国政府的执法部门又是情报部门。金融犯罪被美国认为是一个极具破坏性的问题，因为它会侵蚀对金融系统的信任，并有可能损害市场安全。这些问题可能导致市场下跌，最终对一般公共福利产生负面影响。出于这个原因，联邦调查局经常与金融监管机构合作，以威慑未来的市场违规者。

除了以上三个机构外，美国还有很多具有调查权的政府以及非政府机构。这些机构主要包括：

- 货币监理署：“根据《国家银行法》的特许所开设的银行”以及“根据1933年《房主信贷法》的特许而成立的联邦储蓄协会”的主要监管机构，这使其成为美国最大的金融监管机构之一。对投资者至关重要，货币监理署的其中一项执法职责是根据联邦证券和银行法律就违法行为（含违反联邦证券法的行为）启动执法程序的能力，包括民事罚款、停止令、禁令、谴责、中止、禁止、移除、限制和其他补救措施。
- 联邦储备系统：联邦储备系统（“美联储”或“联邦储备银行”）是最著名的金融监管机构之一，它是美国的中央银行。美联储于1913年根据《联邦储备法》成立，像货币监理署一样，多年来其权力和职责均得到了扩张。美联储将其活动描述为促进美国经济有效运行以及，更普遍而言，促

进公共利益的五项一般职能。虽然美联储对证券和投资者的影响不如货币监理署或与投资相关的特定机构那么直接，但它们对金融系统的广泛影响经常使它们成为调查投资违规行为的参与者。如果银行系统被用于违反投资法规，可以预期银行监管机构将全力配合其他机构进行调查。

- 联邦存款保险公司和国家信用合作社管理局：联邦存款保险公司（FDIC）和国家信用合作社管理局（NCUA）的职责非常相似，只是联邦存款保险公司从事与银行相关的工作，而国家信用合作社管理局则从事与信用合作社相关的工作。这两个机构的主要目的是确保美国银行体系的稳定性和信心，并预防未来发生银行倒闭以及诸如银行挤兑等事情。他们这样做的主要方法之一是为存款提供保险。与美联储一样，虽然联邦存款保险公司和国家信用合作社管理局的权力不像许多其他机构那样与证券直接相关，但金融监管的广泛性使它们参与了许多证券和投资调查，尤其是那些包含金融机构潜在不当行为的调查。
- 商品期货交易委员会：商品期货交易委员会（CFTC）是美国衍生品的主要监管机构。该等衍生品包括期货、掉期和期权。商品期货交易委员会表示，他们的使命是通过健全的监管促进美国衍生品市场的完整性、弹性和活力。商品期货交易委员会内设的执法部会针对以下对象采取执法行动：在商品期货交易委员会注册的个人和公司；在指定境内交易所买卖商品期货和期权时违反相关法律规定的主体；向散户投资者不当推销期货和期权合约或实施庞氏骗局的主体；就商品、期货或掉期使用操纵性或欺骗性计划的主体；以及参与破坏性交易行为的主体。商品期货交易委员会的调查来源众多，这与证券交易委员会非常相似。商品期货交易委员会的执法依据的主要是《商品交易法》和商品期货交易委员会的法规。正如许多政府机构一样，商品期货交易委员会有权对违反相关法律的个人或公司提起民事和行政诉讼，也可将可能导致刑事诉讼的案件提交给司法部处理。
- 国税局：美国的国税局（IRS）隶属于财政部，主要负责征税。国税局

是与投资监管没有直接关联的美国监管机构之一。但是，它仍然可以对调查过程产生重大影响，重要的是要意识到它可能会在调查过程中被涉及，从而可能导致额外的风险。美国国税局审计个人和公司财务的巨大权力可能是推翻违反市场监管的证据的关键。因此，美国国税局也经常参与调查投资违规行为。美国国税局甚至与美国证券交易委员会设立了一个常设委员会，以便共同对双方均有管辖权的事宜（例如免税债券）进行监管。

- 美国邮政署：美国邮政署可以在调查市场操纵方面发挥关键作用。美国邮政署主要负责递送邮件，但其实际上也是一个执法机构，其任务是保护邮件系统免受违反邮件相关法律的行为的干扰，同时也调查使用邮件系统的违法行为。州际活动是美国大多数联邦商业监管的关键方面之一。简单地说，为了让联邦政府对一项活动采取行动，该活动必须在多个州进行或对多个州产生影响（此处“state”是指美国的州而非国家，尽管外国活动也符合商业监管的条件）。当涉及美国邮政署时，州际活动的风险变得更大。因此，虽然美国邮政署并非证券监管机构，但经常参与调查并拥有强大的执法权力。美国邮政署甚至被美国证券交易委员会列为1998年至2018年与其合作最多的十家机构之一，因此不要忽视作为监管机构的美国邮政署。
- 金融业监管局：金融业监管局（FINRA）是拥有一定监管权力的非政府组织中最重要的一个。金融业监管局是一个自律组织，但它们仍然受到美国证券交易委员会的监督和管理。金融业监管局表示，在他们的行动中，他们制定并执行管理美国所有注册证券经纪公司和注册经纪人的商业道德行为的规则；检查公司是否遵守该等规则；促进市场透明度；以及教育投资者。虽然金融业监管局并非政府机构，但其仍然拥有强大的调查权。金融业监管局可以调查潜在的证券违规行为，并在适当时对公司及其相关人员采取正式纪律处分。金融业监管局的调查可能从各种来源展开，包括自动监控报告、检查结果、向金融业监管局提交的文件、客户投诉、提示、其他监管机构或其他金融业监管局部门的移送材料以及新闻报道。根据相关

政策，金融业监管局的调查是保密的。对投资者而言，金融业监管局尽管不是政府机构，但其显然具有作为监管机构的所有特征，因此也应当被视为一个监管机构。

- 州及地方当局：对于监管机构的调查，州及地方当局也会参与。州及地方当局的范围可以从执法机构（如州调查局）到更具一般性的机构（如芝加哥市或诸如纽约州司法部长下属的金融犯罪局等州证券监管机构）。联邦机构经常与地方当局合作进行调查。此外，州级机构也可以独立调查潜在的证券违规行为，尤其是在纽约等证券制度更为强大的州。美国在留给州和地方当局的权力方面相对独特，中国投资者可能会在尝试处理不同级别政府的不同优先事项时发现一些熟悉的情况。
- 其他国家的监管者：现代调查通常会在调查过程中发现发生在外国司法管辖区的活动。这可能是投资者的本国，也可能只是他们进行商业交易的另一个国家。因此，在考虑美国当局的调查时，调查范围将可能不仅限于美国。美国证券交易委员会在调查中最为常见的合作伙伴包括加拿大和英国的证券监管机构，如安大略证券委员会和英国金融行为监管局。

九、多边开发银行调查与制裁⁴⁶

中国企业“走出去”，参与“一带一路”国家项目，很多都是使用多边开发银行资金的。参与这类项目，意味着企业要接受多边开发银行合规标准的考验、授权其对项目中的不当行为采取调查以及制裁。然而，很多中国企业对于多边开发银行的制裁程序并不了解，收到了其调查函也没有重视，甚至由前线业务人员自行处理答复。这样的处理方式，轻则延误了解释说明的黄金时机，重则主动暴露了企业更多合规问题，导致企业在后续应对过程中陷入极为被动的境地。

我们将借助最常与中国企业打交道的多边开发银行—世行、亚行、非行这三大

⁴⁶ 声明：世行、非行、亚行的年报均不提供中文版，且没有专门对中国企业的数据统计，本文中的图表均为金杜律师团队根据原始数据提炼、分析、制作并翻译而成的，享有版权。任何媒体、网站或个人未经本网协议授权不得转载、链接、转贴或以其他方式复制发布/发表。

行发布的近三年制裁系统年报⁴⁷中的数据和图表，分析多边开发银行的执法特点，并结合执法特点，为中国企业妥善化解其制裁风险提供应对建议。

多边开发银行的执法特点包括：

1. 近年来接受投诉及启动调查的数量明显增加，执法活跃

通过近三年的年报数据可以看出，多边开发银行受理投诉及启动调查的案件数量增长明显。

以世行为例，世行廉政局（Integrity Vice Presidency, INT）2018 财年收到投诉 1426 份，2019 财年收到投诉 2461 份，2020 财年收到投诉 2958 份，2021 财年收到投诉数量则激增至 4311 份。对投诉材料进行评估后，INT 启动初步调查的案件数量于近三年来一直稳定在 300~400 件。

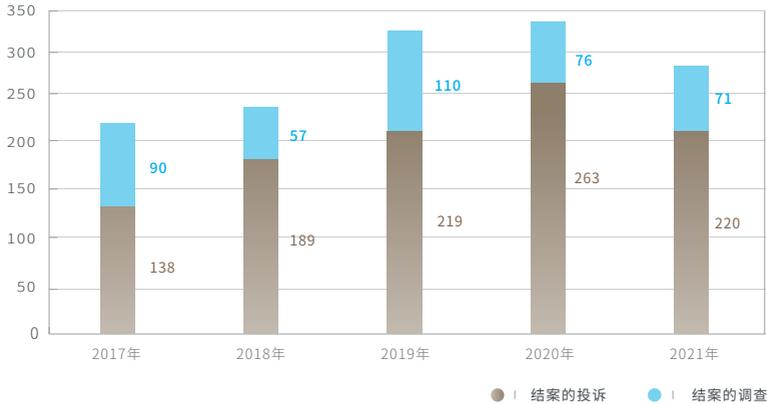
表 2-6：世行 INT 近五年受理的投诉与调查案件统计情况

项目	2017	2018	2019	2020	2021
收到的投诉	-	1426	2461	2958	4311
启动的初步调查	179	379	384	429	347
启动的全面调查	51	68	49	46	40
完成的全面调查	52	70	47	43	28
认定存在可制裁行为的案件	34	48	36	33	19

类似的，亚行反腐和廉政办公室（Office of Anticorruption and Integrity, OAI）于 2019~2021 年受理的投诉数量也稳定在每年 200 份以上，与 2017 和 2018 年的投诉数量相比有较大增长。

⁴⁷ 世行的制裁系统年报，包括了廉政局（INT）、暂停和禁止办公室（OSD）和制裁委员会的数据更新。而亚行的制裁系统年报指的是 OAI 发布的年报；非行指的是 PIAC 以及制裁办公室（Sanction Office）发布的年报。

图 2-1: 亚行近 5 年受理的投诉及完成的调查案件数量统计



新冠疫情爆发后，多边开发银行已经迅速适应了远程办公的方式，利用技术开发出大数据调查、远程审计等远程调查方式，并借助案件所在国的常驻代表及外聘专家开展实地调查，提升调查效率。随着调查效率和技巧的改善，可以预计未来几年多边开发银行的案件数量和执法力度会进一步提升。

2. 只要项目上使用了多边开发银行的资金，其都具有调查执法的管辖权

不少企业误以为仅需要在开展境外业务时关注多边开发银行的合规监管要求，而忽视了多边开发银行对中国境内项目的管辖权。事实上，只要项目上使用了多边开发银行的资金，不论该项目位于中国境内还是境外，多边开发银行都能行使管辖权。

这是因为根据其采购规则或指南，多边开发银行会要求其资金支持项目的业主在招标文件和所有项目合同中设置相关条款，以保障其可以对该项目中的投标人、供应商、承包商及其分包商、代理、顾问、服务提供商行使审计权，以检查项目所涉及的所有账户、提交的投标文件和履行合同有关的记录和其他文件⁴⁸。这就是多

⁴⁸ 参见世行的《投资项目贷款的借款人采购规则》(Procurement Regulations for IPF Borrowers)的第3.33条及附录IV。该规则(英文)的链接：<https://thedocs.worldbank.org/en/doc/178331533065871195-0290022020/original/ProcurementRegulations.pdf>。参见亚行的《采购指南》(ADB Procurement Policy Goods, Works, No Consulting and Consulting Services)的第1.14条。该指南(中文)的链接：<https://www.adb.org/sites/default/files/institutional-document/32811/procurement-guidelines-april-2015-zh.pdf>。参见非行的《货物和工程采购规则和程序》(Rules and Procedures for Procurement of Goods and Works)第1.14条、第1.15条。该规则(英文)的链接：[https://www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/Procurement/Project-related-Procurement/Rules%20and%20Procedures%20for%20Procurement%20of%20Goods%20and%20Works%20\(May%202008%20Edition%20Revised%20July%202012\).pdf](https://www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/Procurement/Project-related-Procurement/Rules%20and%20Procedures%20for%20Procurement%20of%20Goods%20and%20Works%20(May%202008%20Edition%20Revised%20July%202012).pdf)。

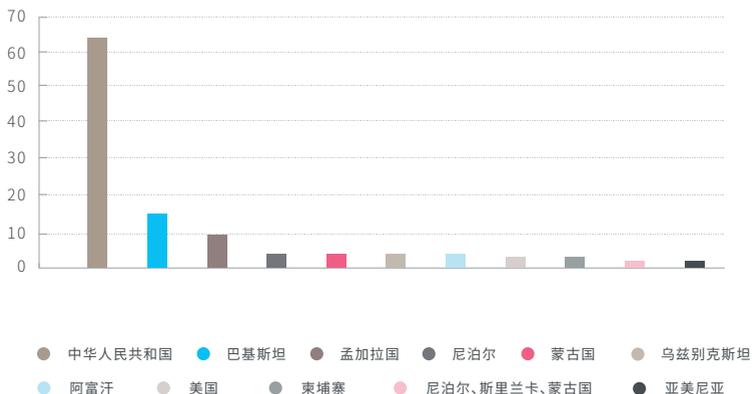
边开发银行对在项目中涉嫌实施不当行为的主体进行调查执法的管辖权基础。

从世行公布的 2021 财年制裁系统年报来看，共有 8 个中国企业被世行制裁，其中有 4 个中国企业都是因为参与位于中国境内的世行资助项目时实施了不当行为，因而受到制裁，占比为 50%。

这一特点在亚行披露的数据中得到了更为明显的反映。近 5 年来，被亚行制裁的中国企业大多数都是因为参与亚行资助的中国境内项目时实施了不当行为（如图 2-2 所示）。

例如，在一个由亚行提供了 1 亿美元用于改善白洋淀流域综合生态系统的贷款项目（白洋淀项目）之中，在收到了某中国企业竞标该项目时提交虚假财务报表的信息后，亚行 OAI 经调查认定该企业在其投标过程中伪造证明文件、谎报财务能力，构成欺诈，最终对该企业施加了 3 年的制裁。

图 2-2：因违规而被制裁的中国企业（不包括子公司）的亚行项目所在国分布（2017-2019 年）



3. 不仅追究企业责任，还追究个人责任

根据多边开发银行的制裁规则，除了对实施不当行为的企业主体进行制裁外，

多边开发银行还注重追究负有责任的企业高管或员工（如投标代表）的个人责任，并对责任人员作出制裁⁴⁹。

世行、非行、亚行的年报中对于个人受到制裁的数据包括：公司的个人代表因为参与到公司所实施的不当行为之中、以及个人因为其个人不当行为单独受到制裁（主要指的是负责选聘或在采购过程中作决策的公职人员⁵⁰）的两种情况。尽管其并未公开进一步区分性的统计数据，但是，在实践中企业高管或员工被多边开发银行追究个人责任的案例比比皆是。

例如，某企业在一个位于尼日利亚的世行项目投标过程中提交了虚假的投标保函，最终该企业因其欺诈行为受到世行的调查和制裁。该企业的执行董事（managing director）也因为在投标文件上签字而受到了为期4年的对其个人的制裁⁵¹。

对于被制裁的企业高管或员工而言，多边开发银行的制裁可能对其个人职业发展造成重大而深远的影响。多边开发银行往往要求被制裁企业惩处对违规行为负有责任的高管或员工，并以此作为判断企业是否开展了有效合规整改，是否可以解除制裁的评价因素之一。所以，被制裁企业很可能对责任高管或员工作出开除、撤职、降级、警告等处分决定。

另一方面，被制裁的企业高管或员工将在制裁期限内不得继续参与多边开发银行资助的项目。因此，被制裁企业往往会将责任高管或员工调离其原有的岗位或职务（例如项目经理、标书经理等）。即使该高管或员工离开了被制裁的企业，转而其他未被制裁的企业任职，制裁期限内仍然不能参与多边开发银行资助的项目，职位选择受到很大限制。

4. 欺诈是多边开发银行执法案例中最常见的指控

多边开发银行打击和制裁的不当行为主要包括腐败、欺诈、共谋、胁迫、妨碍

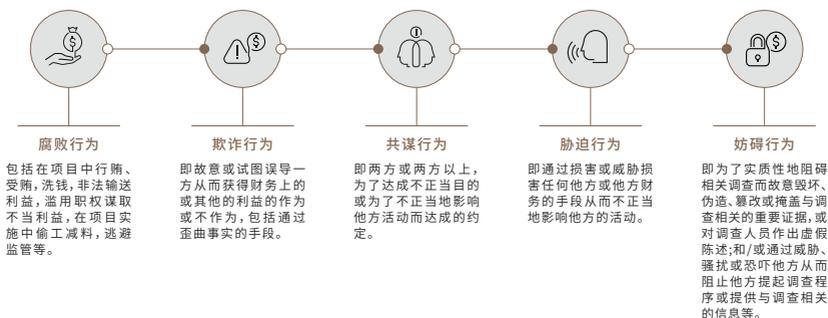
⁴⁹ 参见世行的《制裁程序》第1条第1.01款(a)， “the World Bank has established a regime for the sanctioning of firms and individuals that are found to have engaged in specified forms of fraud and corruption in connection with Bank-Financed Projects”。

⁵⁰ 参见世行制裁委员会公布的第132号、133号案例（Sanctions Board Decision No.132 and No.133）。

⁵¹ 参见世行制裁委员会公布的第122号案例（Sanctions Board Decision No.122）。

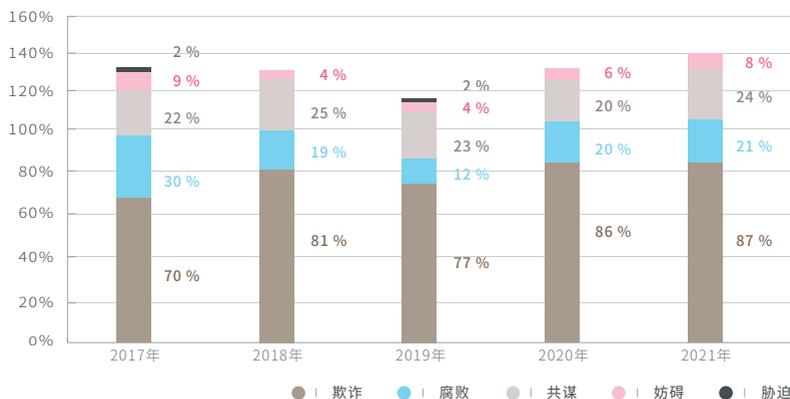
这五种行为。其中，欺诈是多边开发银行执法案例中最常见的指控。

图 2-3：多边开发银行打击和制裁的不当行为



根据世行披露的近五年的执法数据，被指控欺诈的案件占总案件数量的70%~87%，占绝对多数。其次才是腐败和共谋，被指控腐败的案件占总案件数量的19%~30%，被指控共谋的案件占总案件数量的20%~25%。

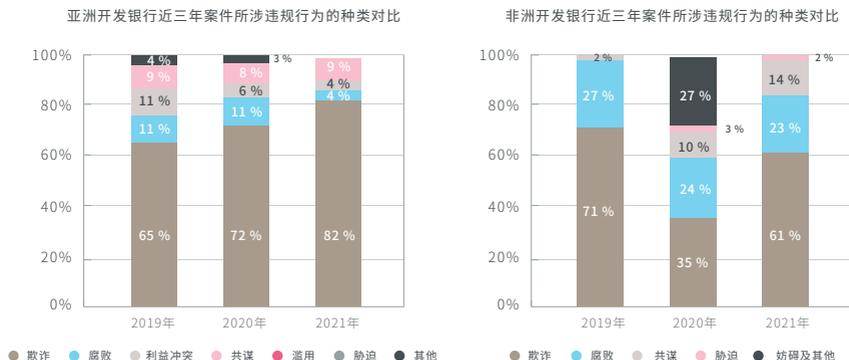
图 2-4：世界银行近五年所处理的案件（制裁 + 和解）所涉及可受制裁行为的种类



* 包括 OSD 审查的所有案件（制裁案件和 INT 移交的和解案件）（共计 237 个）。同一案件中可能包括几种可受制裁的行为，每一种行为都分别计算。

亚行和非行公布的执法数据也显示出同样的规律和趋势。2021年，被指控欺诈的案件占亚行总案件数量的比例高达82%，占非行总案件数量的61%。

图 2-5：非行、亚行近三年的违规行为类型统计



中国企业尤其应当关注被指控欺诈的风险。2022年1月数据显示，当时共有136家中国企业在世行的制裁名单中，制裁原因均涉及欺诈。其中，111个中国企业被指控欺诈，占比约82%；18个中国企业被同时指控欺诈和腐败；其余7个中国企业被指控同时实施了欺诈和其他不当行为。

5. 附解除条件的取消资格是最常见采用的制裁措施，且伴随着对企业的合规整改要求

在完成调查之后，如果多边开发银行认定对受调查方（Respondent）有足够的证据证明存在可受制裁的不当行为（如欺诈），将给出适当的制裁措施。多边开发银行普遍采用的五种制裁措施包括：（1）申斥函（Reprimand）；（2）附条件的免于取消资格（conditional non-debarment）；（3）取消资格（Debarment）；（4）附解除条件的取消资格（debarment with conditional release）；以及（5）赔偿（restitution）。

其中，附解除条件的取消资格是多边开发银行最常见采用的制裁措施。而且，

多边开发银行采取上述的第 2 至第 4 种制裁措施都代表着，被制裁主体在一定期限内被取消投标和参与多边开发银行融资项目的资格，且在此期间必须建立有效的合规体系、实施合规整改措施并满足世行合规要求，方可解除制裁。前述的被取消资格的期限即制裁期限。

以世行为例。根据世行 2017-2021 财政年制裁数据统计，在共计 300 个制裁案件之中，对于 116 个由世行暂停与取消资格办公室（Office of Suspension and Debarment, OSD，世行的第一级裁判机构）作出制裁裁决的案件，97% 的案件的被调查方都被施加了“附解除条件的取消资格”；对于 57 个由制裁委员会（Sanction Board，世行的第二级、也是终级裁判机构⁵²）作出决定的案件，65% 的案件中的被调查方都被施加了“附解除条件的取消资格”；对于 127 个经由 INT 与企业达成和解的案件，被施加该制裁措施的比例为 58%。

十、自愿退市与强制退市

1. 自愿退市

上市公司的维持成本很高，以美国的上市公司为例，年度成本可能需要二三百万美元，并且上市公司的定期披露也会分散管理层的管理精力并将承担随之而来的法律责任。因此，考虑到成本和行政负担或其他可能的因素，有些上市公司会选择自愿退市。

退市和私有化是两个近似但又不同的概念，两者的核心都是要终止公司的上市地位并终止信息披露义务，两者的区别在于是否将公众股东的股份收回来（cash out public shareholders）。此外，摘牌和退市是两个概念，摘牌只是其证券不再在交易所挂牌交易，摘牌后仍然是一个公众公司，仍然要继续履行作为公众公司的信息披露义务。公司想要完成退市，必须完成取消注册（deregistration），只有

⁵² 世界银行对违规行为的制裁采取两级裁判机制，即在 INT 给出调查结果后，由第一级裁判机构 OSD 进行审核，决定是否采取制裁措施。如对 OSD 拟采取的制裁措施不服，当事人（Respondent）还可以向世界银行的第二级裁判机构——制裁委员会（Sanctions Board）申请复核。

取消注册后，其信息披露义务才能终止（或中止）⁵³。

2. 强制摘牌

各证券交易所都要求挂牌的上市公司要满足持续挂牌的条件。如果一家上市公司不能满足持续挂牌条件（在某些情形下存在补正的机会），则该上市公司可能被强制摘牌。

(1) 纽约证券交易所持续挂牌财务性标准

当发生下列情形时，公司股份可能由于不满足纽约证券交易所的持续挂牌标准而被强制摘牌：

- 股东总人数少于400人；
- 除去公司董事、高管及其家属等持有的股份后，其他公众持有的股份总数少于60万股；
- 股东总数少于1200人且近12个月以来该股平均月交易量少于10万股/月；
- 该股连续30个交易日全球总市值及股东总权益低于5000万美元；
- 该股连续30个交易日平均收盘价格低于1美元，且自收到相应通知后未能及时补正。

(2) NASDAQ持续挂牌财务性标准

纳斯达克是一个多层次证券交易市场，纳斯达克规则（NASDAQ Stock Market LLC Rules）针对三个不同层级的市场分别规定了持续挂牌标准。对于挂牌在纳斯

⁵³ 要取消注册，需要逐次满足美国证券交易法（Securities Exchange Act of 1934）第12（b）、12（g）和15（d）下的条件。当一家公司从交易所摘牌，则满足了第12（b）的条件；要满足第12（g）款的条件，需要公司的总资产低于1000万美元或在册股东少于500人；要满足第15（d）款的条件，需要公司的在册股东少于300人或者股东少于500人并且最近三年的总资产均少于1000万美元。需要注意的是，第15（d）款的信息披露义务只能被中止（suspended），不能终止（terminated）。公司退市后仍然需要关注在册的股东人数，如果股东人数超过以上标准，则其信息披露义务将恢复。

达克全球市场（Nasdaq Global Market）及全球精选市场（Nasdaq Global Select Market）的公司而言，需要满足下列三组持续挂牌标准之一：

表 2-7

标准类别	股权标准 (Equity Standard)	市值标准 (Market Value Standard)	总资产 / 总收入标准 (Total Assets/ Total Revenue Standard)
股东及股价要求	(1) 股东总数不低于 400 人；以及 (2) 连续 30 个交易日收盘价格不低于 1 美元，或能在特定期间内将该股收盘价格提升至 1 美元以上。		
最低股东权益	1000 万美元	/	/
最低总市值	/	5000 万美元	/
过去 3 个财年中任意 2 年内年度最低总资产 / 总收入	/	/	都不低于 5000 万美元
公众持股最低总数	75 万股	110 万股	110 万股
公众持股最低总市值	500 万美元	1500 万美元	1500 万美元
做市商最低数量	2	4	4

其次，对于挂牌在纳斯达克资本市场（Nasdaq Capital Market）的公司而言，需要满足下列三组持续挂牌要求之一：

表 2-8

标准类别	股权标准(Equity Standard)	市值标准 (Market Value Standard)	净利润标准 (Net Income Standard)
股东、股价、做市商及公众持股要求	(1) 股东总数不低于 300 人； (2) 连续 30 个交易日收盘价格不低于 1 美元，或能在特定期间内将该股收盘价格提升至 1 美元以上； (3) 做市商不低于 2 个；以及 (4) 公众持股最低总数不低于 50 万股且公众持股市值不低于 100 万美元。		
最低股东权益	250 万美元	/	/
最低总市值	/	3500 万美元	/
过去 3 个财年中任意 2 年内年度最低净利润	/	/	50 万美元

(3) 其他持续挂牌标准

除以上财务性指标外，当交易所认定公司运营存在下列情形时，公司也可能被交易所强制摘牌：

- 经营存在显著困难时：如发生资产或经营范围显著缩减，破产清算，公司盈利不佳，缺乏持续性运营能力等情形；
- 缺乏流通性：如公司规模小且股权集中，公司股票的SEC登记失效，纽交所认为该股已失去交易价值或是公司对挂牌的所有流通股进行回购 (redemption)、退股 (retirement)；以及
- 公司与美国资本市场缺乏足够的联系。

此外，当公司存在特定违规行为时，也可能被交易所强制摘牌，主要包括：

- 违反上市协议；
- 经营有违公共利益；
- 高管董事等特定人士曾经或正在进行违法违规行为；
- 未征集股东代理表决权（proxy solicitation）；根据美国证券法，征集代理表决权要求上市公司在股东会召开前，公开向股东提供载有待表决事项的表决权征集声明（proxy statement）以及股东委托书（proxy card）；
- 未及时缴纳交易所的应缴纳费用；
- 违反交易所公司治理要求，如未能维持合规的审计委员会（Audit Committee）；以及
- 违反交易所信息披露要求，如未能如实提供法定披露或交易所征询事项，以及未能有效披露财报，或披露不真实、不可靠。

(4) 《外国公司问责法案》引入的额外披露要求

另外，近来多家中概股公司被美国证监会依据《外国公司问责法案》列入待退市名单引发了极大的市场关注，并造成了对中概股股价的较大冲击。截至 2022 年 5 月 30 日，已有 148 家中概股公司先后被列入了预摘牌名单（其中 128 家已进入确定摘除名单）。《外国公司问责法案》规定，如果一家证券发行人的年度审计报告是由一家在外国的会计师事务所出具，并且美国上市公司会计监管委员会（PCAOB）因为该外国政府的立场导致其无法对该会计师事务所进行或者无法完全地进行检查或调查，则美国证监会将识别该证券发行人，并列入识别发行人名单（identified issuer list）。被列入识别发行人名单将带来两个后果：

- 额外的披露要求，发行人将被要求披露其不被该外国政府拥有或者控制，并披露审计师的安排和该外国政府在发行人中所持的股份和影响（包括发

行人或者其中国运营实体董事会成员的中国共产党党员身份和公司章程是否提及中国共产党)；

- 如果连续三年被列入识别发行人名单，则美国证监会将禁止该发行人的股票在美国证券市场进行交易。

以上披露要求是自被列入清单开始的，而被责令退市则有三年的等待期。如果发行人的股票被禁止交易后，可以将审计师更换为可被 PCAOB 检查的审计师，则该发行人的股票可恢复交易；但如果在恢复交易后，再次出现 PCAOB 不能检查的年度，则第二次禁止交易将维持至少 5 年的时间。

被纳入识别发行人名单的公司将有 15 个工作日向美国证监会提出抗辩，并提供相关证据。但是，因为中国法律不允许审计师事务所向 PCAOB 提供审计底稿，这一问题在不少公司层面暂时很难解决。在此情况下，存在两个可能的解决路径：一是依赖于双方政府层面的谈判去解决目前的政策冲突；二是更换审计师。我们注意到，百济神州于 2022 年 3 月 25 日发布公告称，已经将审计师从安永中国更换为安永波士顿，因此将符合美国证监会的要求。但不是所有中概股公司都能做到这一点。将主要审计师更换成美国的审计师通常要求公司将管理重心转移到美国才可以。

2022 年 4 月 2 日，中国证监会协同相关部门发布了《关于加强境内企业境外发行证券和上市相关保密和档案管理工作的规定（征求意见稿）》，明确了跨境监管合作的方式，不再要求“现场检查应以我国监管机构为主进行，或者依赖我国监管机构的检查结果”。该征求意见稿为解决中美监管法律和政策的冲突并避免中概股在三年后被责令退市提供了可能的解决路径。近期，我们关注到中美之间正在就该问题进行接触和磋商，期待在不久的将来双方可以找到一条解决之路。

十一、引渡

1. 引渡简介

美国最高法院将引渡（extradition）程序定义为“一国将在本国领土外、

另一国属地管辖范围内被指控或定罪的个人移交给另一国的行为，该国有权对此人进行审判和处罚并提出引渡的要求。”在国际上，引渡受到国家之间签署的条约的约束。没有批准引渡条约的国家之间不太可能发生引渡。例如，美国只会根据条约批准引渡请求。但是，在某些情况下，也可以在没有引渡条约的情况下移交逃犯。在针对美国境内人员的引渡程序中，被引渡人将享有正当程序权利和宪法保护。其可以提出抗议，并将在美国的法院接受审理。在本章中，我们将重点关注与中国和美国有关的国际引渡。

2. 引渡条约

引渡条约是缔约国政府之间签署的正式的外交文件。该等条约中的条款规定了引渡的程序和要求。美国现已与 100 多个国家签署了引渡条约，中国则与 57 个国家保有引渡条约，其中有 39 个获得了批准。目前，中美之间并无引渡条约。值得注意的是，美国于 2020 年 8 月中止了其与中国香港之间的引渡条约。

在于 1997 年回归中华人民共和国之前，香港受美英之间引渡条约的管辖。1996 年 12 月 20 日，美国与中国香港签署了《移交逃犯协定》（Agreement for the Surrender of Fugitive Offenders），该协定后来得到了中华人民共和国政府的批准。美国在 2020 年 8 月中止了与中国香港的一系列双边条约，其中包括该引渡条约。

美国签署的大多数引渡条约都有着类似的条款，其中有四项重要且常见的条款普遍存在于美国签署的引渡条约中。

(1) 双重犯罪条款

引渡条约中的双重犯罪（Dual Criminality）条款规定了可引渡的罪行。这意味着被引渡人必须犯有或被指控犯有根据两国刑法均应受到惩罚的罪行。对于美方而言，该等条款中的刑法包括州法和联邦法律。当请求国未能在引渡请求中确立双重犯罪时，美国可以拒绝该请求。对于极少数没有双重犯罪条款的条约（例如美国和以色列之间的引渡条约），其内容包含了可引渡罪行的清单。

(2) 政治犯罪例外条款

将政治犯罪例外条款 (Political Offense Exception Provisions) 纳入引渡条约是美国一项由来已久的传统。政治犯罪例外条款禁止出于政治原因的引渡。然而, 对于该条款, 美国政府通常用语宽泛且对政治犯罪不予定义。这导致了二十世纪七十年代后期和八十年代美英之间的外交危机, 当时美国根据政治犯罪例外条款四次拒绝英国的引渡请求。因此, 出现了从未经定义的政治犯罪例外条款转变为不可接受的犯罪清单的趋势。最终, 法院将成为根据条约决定什么构成政治犯罪的仲裁者。

(3) 罪名特定原则

如果被引渡人被无罪释放或未因其被引渡的罪行而受审, 则根据罪名特定原则 (Specialty Principle), 该被引渡人可以返回其被引渡的国家。简单来说, 请求国不得先引渡个人, 后在不给予其离开该国的公平机会的情况下, 对其就另一项犯罪进行审判。美国签署的所有引渡条约都含有体现罪名特定原则的条款。如指控违反了罪名特定原则, 则可能会被驳回, 因为该指控未必能通过前置的必要的听证程序, 而在该程序中法官会根据适当的条约条款审查指控是否有足够的证据。

(4) 不深究规则

不深究规则 (Non-Inquiry Rule) 意味着美国法院在考虑引渡请求时不会深究请求国司法系统的情况。美国法院已经一再拒绝评估和监督他国司法系统的完整性。这意味着被引渡人不能以其在请求国可能受到不公正待遇为由提出异议。

3. 在旅途过程中被引渡

引渡可能发生于旅行期间。虽然如前文所述, 中美之间没有引渡条约, 但这并不意味着在他国的中国公民就不会被引渡。无论何时只要中国公民踏入与美国签有双边引渡条约的国家时, 其理论上就将受到引渡请求的约束。当然, 若要真正对其进行引渡, 逮捕国必须根据前文讨论的引渡原则满足一系列要求。前不久发生的我

国企业高管在加拿大被捕并最终获释就是一个很好的例子。

(1) 美国签发的逮捕令可能会成为在另一个国家受到逮捕的理由

2018年12月1日，我国某企业高管在加拿大温哥华国际机场转机至墨西哥途中被捕。加拿大表示，根据加拿大的《引渡法》，由于该高管被美国起诉，加拿大代表美国逮捕了该高管。最初逮捕的依据是2018年8月22日美国纽约东区联邦地区法院对该高管签发的逮捕令。

(2) 逮捕之后，逮捕国和请求国面临多个期限要求

与任何审判程序一样，引渡程序有着一系列的期限要求。各个国家因其引渡条约的不同，期限要求可能不同。对于加拿大而言，从逮捕之日起，美国或与加拿大有引渡条约的任何其他国家将有60天的时间提出引渡要求。加拿大司法部将有另外的30天时间来决定是否签发授权书（Authority to Proceed）以启动引渡程序。一旦开始，该程序将移至举行引渡听证会的法院。如果任何一方未能满足该等期限要求，被捕者将被释放。在该高管的案件中，因所有期限要求都已得到满足，引渡程序得以开始。

(3) 对双重犯罪原则的重新审视

美国就规避美国的《伊朗制裁法案》（Iran Sanctions Act）并实施欺诈行为对该高管提起了诉讼。在2020年的引渡听证会上，该高管的律师提出了许多论点和反对意见，其中一些涉及到了双重犯罪（dual criminality）原则。在加拿大，它更常被表述为“double criminality”。律师们辩称，在本案中，引渡请求不符合双重犯罪原则的要求，因为该高管被指控的行为在加拿大并不构成犯罪。美国针对伊朗的制裁法律不属于加拿大法律。律师进一步辩称，所谓的欺诈行为不会在加拿大境内造成任何损失，因此忽略有关与伊朗关系的信息在法律上是不相关的。如果这一原则无法得到满足，则加拿大不应对其进行引渡。然而，不列颠哥伦比亚省最高法院的法官裁定已满足双重犯罪要求，因为法庭认为无论是否存在实际损失，向银行提供虚假陈述即可能构成欺诈。法庭命令继续引渡程序。

(4) 该案的结局

经过多年的外交谈判和紧张拉锯，该高管与美国司法部签订了暂缓起诉协议（Deferred Prosecution Agreement, DPA）。美国司法部随后撤销了相关指控并撤回了引渡请求。

虽然引渡程序仍然是移交犯罪嫌疑人的首选方式，但它并不是可以达到同样目的的唯一方式。作为引渡的替代方式包括司法互助协定、驱逐出境等法律手段。

第三部分
海外投资贸易以及风险应对相
关的法律实践

一、国际投资并购及贸易

在中国加快构建新发展格局的大背景下，尽管受到了新冠疫情以及国际竞争形势加剧的影响，中国企业仍然在近期保持了较高的对外投资热度。根据中国商务部对外投资和经济合作司的统计，在 2021 年，中国全行业对外直接投资金额达到 9366.9 亿元人民币，同比增长 2.2%（折合 1451.9 亿美元，同比增长 9.2%）⁵⁴。知己知彼方能百战不殆，对于计划或正在带领企业进行对外投资的决策者而言，了解和学习国际投资并购的方式、交易架构、交易流程以及潜在的风险是非常有必要的。

1. 国际投资并购的主要方式和跨境并购的交易架构

（1）对外直接投资的主要方式

中国企业进行对外直接投资（FDI）采取的方式通常包括跨境并购、绿地投资、对外工程承包等。自改革开放以来的很长一段时间，绿地投资一直是中国企业进行对外直接投资的最主要方式。近年来，随着中国企业综合实力提升和对外投资经验的丰富，越来越多的中国企业也选择直接收购外国既有的业务和资产，使跨境并购的对外投资方式逐渐成为主流。

1) 跨境并购

跨境并购是企业对外直接投资最主要方式之一，是指一国企业通过取得另一国企业的全部或部分资产或股份，从而对另一国企业的产权及其经营管理实施部分或完全控制的行为。跨境并购可以通过股权并购、资产并购或者合并等方式进行。通过跨境并购，投资者可以快速取得现成的生产要素（厂房、设备、知识产权、雇员等），并在最短的周期内实现其商业目标，且在并购完成后，投资主体可以直接接管目标企业在当地现成的管理模式和管理人员，降低了陌生商业环境带来的磨合成本。另外，与新建投资的方式相比，通过并购现有的生产要素，投资者可以取代被收购企业市场份额而不扩大整体的市场供给，避免加剧市场竞争。与此同时，跨境

⁵⁴ <http://hzs.mofcom.gov.cn/article/date/202201/20220103238997.shtml>，最后访问时间 2022 年 5 月 22 日。

并购也有一些固有的缺点，包括：（i）由于国际会计准则差异、信息不对称等问题，在并购交易中评估目标企业价值的难度较大；（ii）并购行为会导致东道国的业务或者品牌的控制权变更，容易引起东道国政府的监管和限制；及（iii）目标企业的现状是固定的，不一定能够完美契合投资方的需求，且目标企业现有的商业、劳动合同等也会约束和限制投资方的经营管理计划。

2) 绿地投资

绿地投资，又称绿地新建投资或创建投资，是指跨国公司等投资主体在东道国境内依照东道国法律设立部分或全部资产所有权属于外国投资者所有的企业的行为。绿地投资可以采取两种形式：一是建立境外独资企业，如境外分公司，境外子公司和境外避税地公司等；二是建立境外合资企业，其形式有股权式合资企业和契约式合资企业等。近期较为典型的中国企业海外绿地投资案例有 2018 年宁德时代在德国图灵根州投资 2.4 亿欧元建立锂电池生产工厂和智能制造技术研发中心。

绿地投资的主要优势为：（i）在创建当地业务的过程中，投资者可以独立进行项目策划，在最大程度上掌握经营的自主权；（ii）由于绿地投资并不涉及对东道国的业务或品牌的收购，且能为东道国增加就业机会和税收，面临的政治风险和监管审批风险相对较小。在世界各国愈加收紧外国投资审查力度的大背景下，绿地投资的这一优势值得重视；及（iii）在建立当地业务的过程中，投资者可以树立品牌形象，提升自身的国际知名度以及影响力。绿地投资的缺点主要表现为：前期准备工作复杂且建设周期较长，从头开始建立管理团队和业务模型以适应东道国的商业和法律环境可能会面临较大的阻碍和未知风险。

3) 对外工程承包

对外工程承包是指境内企业承包境外建设工程项目的活动，通常表现为以参加招标、议标等方式承揽境外建设工程。对于中国企业而言，最为常见的工程承包领域有交通运输、石油化工、电力工程、通信工程等。例如在 2021 年，中国企业参与的重点项目就包括：110 亿澳元的澳大利亚墨尔本东北干线项目（约合 78 亿美

元)，50亿美元的塞尔维亚首都贝尔格莱德地铁项目，30.2亿美元的尼日利亚东线铁路修复改造项目等。

工程承包项目的主要优点是：对前期资本投入的要求较低，且工程承包按照项目进度收到对价，风险较为可控。工程承包项目的缺点主要包括：境外工程承包多采用招标的形式，容易陷入价格战而导致最终的利润有限。此外，境外业主可能会对工程项目设置复杂的条件和要求，如未能达标将导致严苛的处罚措施。

参与对外投资并购的主体应综合考虑自身的企业性质、投资需求、东道国的投资环境等因素，选择符合自身商业环境的对外投资方式。下文将仅对跨境并购这一最为常见的对外投资方式展开进一步的介绍。

(2) 跨境并购的交易架构

跨境并购的交易架构可以大致分为股权收购、资产收购和合并三种模式。具体而言，不同交易架构的特点如下：

1) 股权收购

股权收购是指买方通过购买目标公司的股权完成对目标公司控制权的收购。收购完成后，买方替代卖方成为目标公司的股东。由于不涉及资产所有权的变更以及员工的迁移，如果目标公司的股权结构较为简单，股权收购的方式通常会更为直接和简便。此外，股权收购并不会导致权益主体的变更，买方可以更为容易地通过控股间接获得目标公司在相关商业合同、许可证和执照项下的权益，而无需取得相关方的同意。

需要注意的是，由于在股权收购后买方会成为目标公司的股东，需要在其持股比例范围内对目标公司的所有债务承担责任，可能面临未知或未披露负债的风险较高。此外，如果目标公司的股权结构较为复杂，交易可能会受到目标公司小股东的阻挠，从而导致交易无法顺利完成，或是投资方无法取得预期的持股比例。

2) 资产收购

在资产收购中，买方仅收购目标公司的特定资产，交易完成后买方获得标的资产的所有权，而卖方依然是目标企业的所有者。与股权收购相比，买方在资产收购中享有较大的灵活性，可以自由限定其希望购买的资产和承担的债务范围以更好地契合买方的商业需求，还能节省不必要的尽职调查成本。同时，买方在资产收购后无需接手整个公司，可以规避承担目标公司潜在的或是未披露债务的风险。

资产收购的主要缺点是资产的识别和区分存在较大难度，容易遗漏重要的资产，且资产的分拆可能导致价值的减损。由于资产的转让需要履行相应的登记手续和对第三人义务，还会带来额外的时间和费用成本。另外，资产转让会涉及流转税、契税等额外税项，总体的税务成本通常会比股权收购更高。

3) 合并

合并是指买方和目标公司在交易完成后成为一家公司（可以是并入现有公司或是新设一家公司）、并由该公司继承买方和目标公司的所有资产、负债和权利交易的交易模式。根据被吸收合并的主体不同，合并可以进一步被区分为正向合并、反向合并、正向子公司合并以及反向子公司合并四种不同的模式。

在采用合并架构的交易中，买方通常可以在满足法律规定的一定持股比例后“挤出”其余股东，达成对目标公司股权的 100% 收购。因此，合并多用于目标公司股东人数较多的交易，尤其是私有化交易中。以开曼公司法为例，只要获得目标公司出席股东大会股东所代表的股份 2/3 以上支持，合并即可通过，非买方股东会以现金收购方式被“挤出”；如果买方团体在合并进行前，拥有了目标公司 90% 以上的投票权股份，交易甚至不需要经过股东大会的批准即可完成简式合并。

2. 跨境并购的交易流程

跨境并购的交易流程可以被分类两大类，即，双边谈判流程以及竞标流程。

(1) 双边谈判的交易流程

1) 初步磋商阶段

在项目初期，买卖双方通常需要一段时间的磋商来拟定交易标的范围、交易价格、项目时间表等商业安排。在磋商期间，如果涉及到保密信息的披露和提供，卖方应在提供该等保密信息前与买方签署一份保密协议（Non-Disclosure Agreement，简称 NDA），以防止保密信息的泄露。在部分买方较为强势的交易中，买方还会可能促使卖方与其签署一份排他协议（Exclusivity Agreement）。排他协议的目的是限制卖方在一定期限内与买方进行独家谈判，防止卖方向多方询价，利用买方之间的信息不对称抬高价格。

在双方就项目的商业安排达成初步共识后，通过一份意向书（Letter of Intent）或者条款清单（Term Sheet）将双方同意的条款以书面的形式固定下来有利于避免后续争议的发生。需要注意的是，对于重大交易或者涉及到上市公司的交易，双方聘请的律师需要提前入场，帮助交易双方确定签署意向书（Letter of Intent）或者条款清单（Term Sheet）的影响和内容。

2) 尽职调查阶段

在双方就交易基本框架达成合意之后，双方聘请的外部顾问团队便会正式启动尽职调查以及交易文件的起草和谈判工作。因为尽职调查的过程耗时较长，且会一直持续进行直至签约甚至交割，所以尽职调查经常会与交易文件的准备和谈判同时开展。

在双边谈判的交易流程中，尽职调查通常是由买方主导的（与之相对的是在竞标交易流程中，卖方对尽职调查主导力会更大）。根据并购目标的复杂程度以及买方对并购目标的了解程度不同，买方可能会从法律、财务、技术和业务等多个方面对交易标的开展尽职调查。在这些不同的尽职调查类型中，法律尽职调查通常是必不可少的。法律尽职调查可以帮助买方了解并购目标的基本情况和向买方提示并购目标存在的法律风险，为买方分析并购目标的价值、谈判交易文件条款和研究法律

风险的解决方案提供依据和基础。

除了依赖于卖方提供的资料和确认以外，在一个全面的尽职调查中，买方及其顾问还需要通过其他手段核实和交叉验证资料中内容的真实性。取决于项目的时间安排以及卖方的配合程度，买方可以采取的尽职调查方式还包括对目标公司进行实地考察、访谈目标公司管理层和员工、通过公开渠道核验相关登记信息等。

3) 交易文件的谈判和签署

在尽职调查的同时，交易双方会起草交易文件并对其进行修改和谈判。对于一项跨境并购交易而言，最核心的交易文件有且仅有一份——并购协议（及其附表和附件）。交易各方会在并购协议中对交易价格、支付方式、陈述与保证、承诺事项等核心商业条款进行详细的约定，而交易中涉及的其他商业安排会体现在并购协议的附属协议中。

在交易方对并购协议和附属协议的条款达成一致并定稿后，各方代表就会对并购协议和相关附属协议进行签署。并购协议的签署是整个并购流程中的标志性事件，意味着相关协议中的所有交易条款正式对各方产生法律约束力。在签约后，各方后续需要采取的行动、承担的义务和享有的权利都应严格按照相关协议的约定履行。

4) 交割前的过渡期

因为跨境并购交易涉及的政府审批、第三方同意、融资安排、交易方内部审批等问题需要在签约后一定时间内才能陆续得到解决，所以交易文件的签署与交易的交割通常不会在同一天发生。在交易文件签署后到交易真正交割之间的过渡期内，卖方依然是目标资产的所有人，而各方应努力达成协议约定的各项交割前提条件，共同推动交易的顺利交割。由于在过渡期内目标资产的情况在时刻发生变化，且各方能否最终取得交易完成所需的政府审批和第三方同意存在不确定性，交易方应在交易文件谈判时就留意在并购协议中约定的与退出交易相关的条款，例如分手费条款、重大不利影响条款、违约条款等，以确保自身能在交易进程偏离预定轨道时能够及时止损。

5) 交割

在并购协议约定的各项交割前提条件得到满足后，交割就会正式发生。在通常情况下，买方应在交割时向卖方支付交易对价，同时卖方将交易标的所有权转移给买方。随着交易标的权属的转移，交割意味着交易标的风险正式由卖方转移给了买方，相关的会计账务处理也应以交割日为界限在买卖双方之间进行分割。以上为通常交易中的情况，需要注意的是，由于一些交易标的（如不动产或股权）在法律意义上的所有权转移时间是相关政府部门登记或者批准之日，交割日在时间上不一定会严格与法律意义上的所有权转移日期完全一致。此外，出于特定商业考量，部分交易中各方也可能约定全部或部分交易对价在交割前先行支付，或者是在交割后的一定期限内支付。

在交割时，各方应向对方交付一系列的交割交付物（Closing Deliverables），以实现和证明交割价款的支付以及所有权的转移。对于卖方而言，这些交割文件通常包括卖方对各个附属交易文件的签字页、与交易标的相关的财产和权利凭证、卖方管理人员的辞职信、关于交割前提条件得到满足的声明等。对于买方而言，交割文件通常包括买方对附属交易文件的签字页以及付款相关的证明文件等。

6) 交割后

交割之后，买方会正式接管交易标的并着手整合目标公司或资产的业务运营和管理。尽管在交割时交易标的的控制权以及运营风险已经转移给了买方，但交割并不代表着交易进程的完全结束。如果交易文件中约定有相关交割后承诺事项，则卖方需要按照约定配合和帮助买方运营和整合资产，例如协助买方申请必要的运营牌照、完成未能在交割前完成的登记事项等。另外，许多跨境交易中会设计如交割后账目调整（Closing Accounts）、或有对价（Earn-out）等价格调整机制。在交割经过一段期间后，买卖双方需要根据并购标的的实际运营情况以及会计账目的变动情况对原先已支付的交易价款进行调整。

此外，如果在交易过程中一方有违约或是虚假陈述的行为，根据并购协议中的赔偿条款，受损失的一方可以在交割后的一定期间内按照并购协议的约定要求违约

方赔偿损失。

(2) 竞标的交易流程

与双边谈判流程相比，竞标流程通常是由卖方主导的。在竞标流程中，卖方会在前期做好初步准备后再邀请潜在买方进行报价。采用竞标流程的卖方大多会在经过至少两轮竞标后选定一家至两家买方开展进一步的双边谈判。

1) 卖方的前期准备和材料分发

在前期准备的过程中，卖方需要聘请财务顾问负责准备项目竞标的相关材料以及协助搜寻、接洽和评估潜在的买方。项目竞标的材料通常包括：(i) 介绍拟出售公司最基本的行业、业务及财务信息的项目简介（Teaser），但项目简介中不会有拟出售公司的真实身份信息；(ii) 拟出售公司的信息备忘录（Confidential Information Memorandum），该文件是对拟出售公司信息和业务的更为深入的介绍；以及 (iii) 规制竞标流程的方式、内容和时间安排等事项的竞标流程函（Bid Process Letter）等。在部分竞标项目中，除了竞标材料的准备以外，卖方还需要聘请法律顾问和财务顾问针对拟出售公司分别开展法律尽职调查和财务尽职调查，并相应准备卖方尽职调查报告、财务模型等信息供潜在的买方参考。

在正式竞标流程开始前，卖方顾问会向数个其认为合适的潜在买家发出项目简介（Teaser）。在潜在买家表示了初步兴趣后，卖方顾问会要求该等买家与其签署保密协议，以确保后续交易信息不被随意泄露。在签署了保密协议后，卖方顾问会披露目标公司和卖方的真实身份信息，并向买家发送竞标流程函和信息备忘录，并要求买家在一定时间内提供非约束力的报价。

2) 第一阶段——非约束力报价

第一阶段的非约束力报价有可能是一轮或几轮。流程函通常会要求买家在一定时间节点前提交第一轮非约束性报价函，并且要求投标人在报价函中包含投标人身

份、估值和估值的方法与依据、对价支付方式、资金来源等内容。

在卖方接收到第一轮的非约束性报价后，卖方与财务顾问通常需要花费 1-2 周的时间来评估收到的报价。卖家会通过这些非约束性报价来评估拟出售资产的受追捧程度和大概的估值范围，并决定后续流程。

3) 第二阶段——约束力报价

在卖方评估完第一阶段收集的非约束性报价函之后，会邀请少数的投标者进入第二阶段。在这个阶段，卖方通常会提供关于目标资产的更多信息，包括管理层演示或访谈的安排、开放尽职调查的数据库、安排现场考察和尽调、交易文件的草稿等，部分交易中还会在此时提供卖方准备的尽职调查报告和卖方财务顾问准备的财务模型，以帮助投标者缩短其尽调时间和提供更优的报价。

第二阶段的竞标流程函会要求买家在数个星期内完成其尽调流程（尽调期间的长短与项目的复杂程度和交易的情境相关，无一定之规）。在这一阶段结束时，买方将需要提供有约束力的报价函，并附带对交易文件的修改意见（或重要问题清单）。报价函会针对性地回复第二阶段的竞标流程函的问题并提供相关信息及文件。约束性报价函的内容与第一轮非约束性报价函的大体内容类似，但更为具体和确定，比如要求投标者确认已完成主要尽调工作或不需要继续进行尽调、已取得所有内部所需的审批、交易资金的安排已经落实等。

虽然投标者提交的是有约束力的报价函，但并不意味着已经到了马上签约的程度。通常而言，从提交约束性报价函到签署正式的交易文件还有一段路要走，很多谈判都发生在这个阶段。卖家一般在评估收到的约束性报价函后会选择一家或少数的几家进行最后的谈判，尤其是对价格和交易文件的谈判。

另外，在这一阶段，在某些交易中，卖方也有可能会撮合两家或数家投标者结成联合体进行投标。发生这种情形的原因是多样的，可能是资产缺乏市场吸引力，或者是目标资产有多元化的业务，对不同的买家有不同的吸引力，或者是目标资产体量太大，单一投标者很难独自吃下等。

4) 双边谈判以及签署和交割

经过评估和挑选，卖方会从最后一轮的报价中选定 1-2 家买方继续进行谈判，后续的流程与上文介绍的双边谈判交易流程并无实质性的差别。

3. 国际投资并购的主要风险及应对建议

影响一项国际投资并购交易能否最终顺利完成的因素有非常多，除了交易各方要在商业安排上达成一致以外，国际投资并购交易中的一些固有的风险点也是交易各方需要提前考虑的：

(1) 监管审批风险

近年来，新冠疫情以及国际政治经济形势复杂化的大背景下，世界各主要经济体都收紧了对外来投资和并购交易的监管，使得监管审批在交易中的重要性愈加突出。一项跨境并购交易通常需要完成的监管审批类型有：

1) 国家安全审查

这是一个国家或地区为了防止其国家安全受到危害，针对外国资本（尤其是受到外国政府直接或者间接控制的资本）的投资或并购行为设置的一项监督和管理制度。如果并购标的涉及敏感行业（如军工、高科技、能源、电信、其他基础设施等产业）或涉及数据安全，或外资将在并购完成后掌握标的企业的控制权，则很有可能受到东道国的国家安全审查限制。世界各主要经济体都设置有专门机构负责国家安全审查，常见的国家安全审查机构有美国的外国投资委员会（CFIUS）、澳大利亚的外国投资审查委员会（FIRB）等。

2) 反垄断审查

为了维护市场秩序、防止不正当竞争和保护消费者的利益，各国基本都制定有成体系的反垄断法律来约束和管制市场主体的不正当竞争行为。并购交易完成后，由于买方可以整合标的企业的资源优势加强其市场支配地位，这样的行为达到一定

的规模后便会降低市场整体的竞争水平，并最终损害消费者的利益。因此，针对并购行为的反垄断审查是各国反垄断法律体系中的重要门类之一。各国的反垄断法通常会对交易的标的金额以及交易参与方的体量划定一定的金额门槛，如果超过了该门槛，那么并购交易就需要向特定的反垄断部门进行申报。

3) 行业审批

若目标公司所在行业属于有特殊准入条件的行业，在并购交易完成后，股东的变更可能会引起运营牌照的更换、外资持股比例的审查等问题。这些有特殊准入条件的行业通常由特定的政府机构专门管理，往往对经济和民生的有重大影响，包括但不限于银行、保险、通信、能源、重大基础设施等。

在任何一项跨境并购交易的开始，除了商业方面的安排外，中国投资者需要审慎考虑交易可能涉及的监管审批事项。企业应尽早聘请具有丰富经验的顾问团队协助公司进行监管审批方面的分析和评估，为交易的顺利推进保驾护航。

(2) 交易融资风险

在买方并不掌握充足现金的情况下，交易各方需要保证买方最晚应在交割前通过融资或其他手段获得足以支付交易对价的资金。当中国投资者作为买方时，需要尽早规划可靠的融资渠道，同时应关注交易文件中关于融资风险分配的条款，尤其注意在融资失败时是否需要向卖方支付分手费，如需要，其金额是否符合市场惯例；当中国投资者作为交易的卖方时，应尽量促使买方在签约前就已经给出有关资金来源的保证，而不建议先行签约，仅将融资的成功作为交割的前提条件。因为融资的成功与否通常具有较大的不确定性，将该事项的解决时间点提前有助于提高交易成功的概率，在最大程度上避免交易机会的流失。

(3) 第三方权利

一项跨境交易的完成可能会影响第三方的利益，这些第三方既包括特定国家或地区的政府监管机构（相关风险已在前文介绍），也包括目标公司的小股东、商业

伙伴、债权人等。具体而言：

- 目标公司的小股东可能根据股东之间达成的股东协议或是公司章程享有优先购买权或是交易的同意权，如果小股东对交易条件不满意，可能会行使相关权利阻碍交易的完成；同时，就算交易通过“挤出”等法律规定的特殊渠道绕开了小股东的同意，某些国家或地区的公司法也可能赋予了小股东对交易价格公允性的评估权，增加投资方完成交易的成本；
- 目标公司的商业伙伴可以在其与目标公司签署的合同中约定其在目标公司被收购或是控制权发生变更的情况下有权解除合同或是享有对目标公司股权的优先购买权。投资方及其顾问在进行尽职调查时应重点关注目标公司的重大商业合同，包括但不限于销售合同、供应合同、租赁合同、知识产权许可协议等；
- 如果目标公司曾经有过借贷行为，投资人需要重点审阅目标公司与债权人签署的贷款相关文件，通常该等协议中都会有关于公司所有权变更的限制性条款，包括但不限于发生并购交易时需要通知债权人、债权人有权加速贷款期限或是债权人享有对并购交易的同意权等。

(4) 其他风险及总结

除了上述风险以外，跨境并购投资交易会牵涉资本的国际流动以及不同的商业和政治环境，还可能面临种种其他的风险，例如汇率波动风险、政治风险、诉讼风险、其他买方竞价风险等。诚然，这些风险有时候很难被交易方提前预知，但并不代表交易方是完全被动的。一方面，交易方应提前做好准备，在谈判时就充分考虑和设计应对各种风险的方案，并在交易文件条款中将相关风险在买卖双方之间作出合理的分配；另一方面，在交易风险真正发生时，交易方不应惊慌失措，而是应该立刻与聘请的外部顾问分析商讨对策，同时积极与交易对手保持沟通，共同寻找问题的解决办法。此外，必要时投资方还可以考虑购买交易保险，例如政治保险、陈述与保证保险等，进一步将项目的潜在风险分摊出去。

二、国际基础设施、工程建设合同

1. 中国企业参与海外基础设施投资与国际工程项目面临的常见风险

通常而言，海外基础设施投资项目分为前期开发、投融资、建设、运营等不同阶段，国际工程项目则涉及海外基础设施投资项目“投建营”全生命周期中的建设期。面对不同东道国迥异的投资环境、宏观经济环境、法律、行业监管政策与市场开放程度等，海外基础设施投资与国际工程项目面临的主要风险包括法律合规风险、建设运营风险、政治与不可抗力风险、商业风险、金融风险。

(1) 法律合规风险

法律合规风险贯穿整个项目生命周期。中国企业需要了解海外基础设施投资与国际工程项目所在地（东道国）的相关法律制度，依法合规地在当地实施项目。为此，中国企业需要关注基础设施项目的合法开发和授予、外商投资准入、审批许可、项目用地、项目公司设立及公司治理、外汇汇兑、环境保护、劳动用工、税收、进出口、当地成分等影响项目整体合法性及后续顺利实施的合规问题。此外，中国企业还需要结合项目实际情况，关注相关国际公约、双边 / 多边条约、其他相关司法管辖区的法律以及多边开发银行的适用规则等。

(2) 建设运营风险

项目完工风险是海外基础设施投资与国际工程项目的核心风险。项目完工风险通常表现为工期延误、建设成本超支和工程质量缺陷三种情形，导致该等情形的原因往往包括未能及时取得项目建设相关许可证照、项目用土地获取受阻、设计图纸瑕疵、交付延误或设计变更、原材料、关键设备等项目必需品无法提供或供应不及时、现场存在不良地质条件、工程未达到合同规定的性能标准，或无法达到预期产能等。

项目运营风险主要包括运营绩效不达标、运营成本超支、运营维护不符合要求导致项目发生事故等情况。对于海外基础设施投资者而言，顺利完工和成功实

现商运仅是“万里长征走完了第一步”，此后则是十多年甚至数十年运营期的机遇和挑战。

(3) 政治与不可抗力风险

海外基础设施投资与国际工程项目的合同履行期长、生命周期长，除了可能受自然灾害（如地震、海啸等）、流行疾病、罢工运动等常规不可抗力事件影响以外，也可能遭受东道国政权不稳、政府更替、汇兑限制、征收与国有化影响，甚至在项目实施期间面临禁运、暴动、内战、外敌入侵等政治风险事件的影响。

(4) 商业风险

商业风险一般指因项目市场经济条件出现变化或因投资者 / 项目公司经营决策失误而导致项目不能获得正常收益的风险，主要包括由于项目产出的服务或产品的收费或收益不足、项目产出的服务或产品的市场价格波动、市场需求变动及原材料供应不足、设备费用上涨、人工费用上涨及通货膨胀而产生的风险等。

(5) 金融风险

海外基础设施投资与国际工程项目的金融风险主要表现为东道国获取的收入不能按预期汇率兑换成外汇、外汇汇出受到限制以及汇率变化、项目相关国家的金融市场利率发生波动（特别是发生与预测情况相反的变化）时造成的投资者 / 项目公司需要增加融资成本等风险。

2. 海外基础设施投资与国际工程项目风险防范

面对前述海外基础设施投资与国际工程项目不同阶段和不同类型的风险，中国企业应在识别风险的基础上，利用适用法律和合同机制，有预见性地采取事前风险防范措施，维护企业合法权益。得益于金杜覆盖工程与基建、投融资、税务、劳动、知识产权和争议解决等领域的专业团队配置及遍布全球的法律服务网络，根据不同法域、不同性质的海外基础设施与国际工程项目，向中国企业提供覆盖境外项目开发、投融资、建设、运营全生命周期、一站式法律服务的实践，我们和大

家分享如下经验，以减少风险的发生。

(1) 法律尽调

结合每一个海外基础设施投资与国际工程项目的具体情况，通过法律尽调识别并评估上述五类风险，是防范和管控项目法律风险的第一步。法律尽调通常包括以下三方面：

1) 法律环境尽调

法律环境尽调是指对于东道国与项目相关的法律环境进行尽职调查。通常，海外基础设施投资项目的法律环境尽职调查主要围绕项目的投融资、建设和 / 或运营了解东道国法律针对基础设施项目所属行业的外商准入条件与投资限制、公司设立与治理、主要监管机构和监管规则、项目开发路径、授予程序、土地权属与土地优惠政策、设计、采购与施工涉及的招投标要求、进出口管制、项目资产权属、担保机制、项目产品或服务的价格机制与政府补贴、外汇、税收、劳动、保险、东道国参加有关投资保护条约的情况、合同适用法律及争议解决机制等方面的具体规定，以便投资者对于项目投融资、建设与运营项目的法律与商业风险进行识别预判、评估与应对。国际工程的法律环境尽调则主要围绕外国承包商在东道国开展工程建设的相关问题展开法律尽职调查，相当于聚焦海外基础设施投资项目的建设期法律问题。

2) 项目公司法律尽调

项目公司法律尽调针对的是为项目开发实施专门设立特殊目的公司。取决于项目所处阶段的不同，对项目公司的法律尽调的关注重点会有较大不同。例如，对于处于项目早期开发阶段、尚未实现融资关闭的项目公司，项目公司尽调聚焦前期项目开发成果、项目开发权合法性与有效性；对于实现商业运营不久的项目公司，则多关注项目是否有工程承包商索赔的潜在风险，是否可能因项目超期或超支影响项目公司股权估值。

3) 合作方 / 交易相对方尽调

合作方 / 交易相对方尽调主要是针对合作方 / 交易相对方如股东、业主等实施的尽职调查。与项目公司法律尽调不同，该尽调主要关注合作方 / 交易相对方的合法存续、资产与信用、重大债务风险、合规经营等履约能力相关的风险。

尽管存在以上三方面尽调，实践中，往往结合项目具体情况选择其中一种或多种尽调方式的组合。例如，就海外基础设施的绿地投资项目，法律尽调通常选择法律环境尽调和合作方 / 交易相对方的尽调，而棕地投资项目，除了法律环境尽调和合作方 / 交易相对方的尽调外，还会涉及项目公司尽调，甚至可能因交易结构的设计，增加项目公司的股东尽调。对于参与国际工程的中国企业，其核心商业意图主要是为顺利实施工程、实现承揽工程的经济效益，规避承揽工程的风险负担，故法律尽调主要涉及法律环境尽调和合作伙伴 / 交易相对方尽调。

(2) 交易结构设计

海外基础设施投资项目多具有投资规模大、投融资结构复杂、项目建设周期长、效益回收慢的特点，项目整体交易结构的设计既是隔离风险的需要，也是优化投资的需要。一般来说，投资者在设计项目交易结构时应重点考虑投资路径的选择、项目实施形式、融资模式、保险安排等方面的因素。

1) 投资路径的选择

为隔离风险，投资者一般会通过境外平台公司参与海外基础设施投资项目，平台公司设立地成为投资者首先需要确定的事项。通常来说，除了需要考虑公司设立程序、中国境外投资审批、跨境文书认证等与平台公司设立所需时间相关的因素，平台公司设立还应考虑税收筹划与节税、风险隔离与退出自由、境外资金池与融资渠道、争议解决连接点（如投资保护协定）等多个因素。其中，就争议解决连接点的选择，实践中，不仅仅是最终投资者可以作为提起仲裁申请的一方，最终投资者在第三国设置的平台公司通常也可以成为适格的投资者申请仲裁，因而通过规划投

资路径，选择与所投资的东道国之间签署更优多边或双边条约的第三国设立平台公司的“条约选择（Treaty Shopping）”也是管控海外基础设施投资风险的重要手段之一。

2) 项目的实施形式

投资者一般需要在东道国设立当地项目公司以开发、投资、建设及运营海外基础设施投资项目。投资人一般会关注项目公司的公司形式、公司设立程序、股东权利、治理结构、议事表决机制、股份转让、小股东权利保护、退出机制等事项。针对棕地投资项目，虽然通常不会涉及项目公司设立，但收购完成后可能需要在项目公司层面进行一定的变更登记程序。就国际工程项目而言，按照我们以往经验，在大部分国家可以中国企业的名义直接承建工程，在少部分国家则需要中国企业（作为外国承包商）设立当地商业存在（如子公司、分公司、代表处、项目办公室等），或需要与当地有相关资质的工程承包企业组成联合体共同实施项目。

3) 融资模式

除私人投资者自有资金或政府在特定项目中给予的一定支持作为项目的资金来源以外，通常情况下，项目建设所需的绝大部分资金需要通过债务融资获得，既包括银行贷款（商业银行、政策性银行或多边开发银行等），也包括通过发行项目债券获得的资金等。债务融资依据借贷主体的不同，可分为企业融资和项目融资。在企业融资模式下，融资银行将向投资者（而非项目公司）提供贷款，相应地，其关注的核心则是投资者（作为项目公司的母公司）本身的信用评级和资产负债表；而在项目融资模式下，融资银行将向项目公司提供贷款，融资银行是否放贷主要取决于项目公司本身的资产和收入情况。在交易结构设计阶段，投资者需要结合自有资金和政府所提供的资金、项目公司资产（包括预期收益）等整体情况，设计项目的融资模式。就债务融资而言，实践中海外基础设施投资项目一般采用有限追索的项目融资模式。融资机构往往要求项目公司主要股东（发起人）提供一定的融资担保，包括股权质押和完工担保。各股东方是否为项目融资目的按比例提供股权质押的融

资担保，是实务中的谈判要点之一。

4) 保险安排

如前所述，海外基础设施投资项目周期长，投资者可能会面临建设运营、政治与不可抗力、交易对手违约等商业和政治风险，购买商业保险（如工程一切险、雇主责任险、机具设备险、海运险）和政治保险是转嫁和缓释海外商业、政治风险的重要手段。中国出口信用保险公司（中信保）是我国唯一承办政策性出口信用保险业务的金融机构，为海外基础设施投资与国际工程项目提供短期出口信用保险特定合同保险、中长期出口信用保险、海外投资（股权）保险和海外投资（债权）保险等多种保单，为中国企业投资或参与东道国建设发生的国有化征收、汇兑限制、战争及政治暴乱、违约等商业、政治风险造成的经济损失提供风险保障。此外，项目相关的政治保险、商业保险等保单也是融资方的核心关注所在。投资者在项目交易结构设计阶段，应结合对相关合同机制的分析，以及项目的可融资性，综合考虑需要购买的保险，并在商业报价时充分考虑保险相关费用。

(3) 项目文件

项目文件是分配风险的重要工具。投资者需要综合考虑项目授予、股权投资、项目融资、担保、建设施工、运营维护、燃料供应、出售公共产品和服务等一系列问题，并相应签署一系列具有不同侧重的合同文件。总体而言，海外基础设施投资项目中可能涉及的文件，可以分为项目投资文件包、特许文件包、融资文件包及项目实施文件包。如何按照一定原则合理地将法律合规风险、建设运营风险、政治与不可抗力风险、商业风险、金融风险等通过交易文件在各当事方之间进行分配，是每个项目参与方都需要重点考虑的问题。

1) 项目投资文件包

投资文件一般包括合作框架协议、股东协议、公司章程、股权购买协议等文件。就投资者而言，其提供的股权出资往往最早投入到项目中，但直至项目周期完结最后退出项目，体现了发起人/投资人与融资方之间的核心风险利益分配逻辑。视项

目所处开发阶段不同，就投资者各方之间，往往从签署初步的合作框架协议开始，确定初步意向，并最终形成有约束力的股权交易文件（包括股东协议、公司章程、股权并购协议），根据交易类型不同围绕出资、估值、定价、支付、交割、决策、退出等事项设计具体的合同机制，规定各方权利义务。

2) 特许权文件包

特许权文件一般包括特许权协议（PPP 协议）和承购协议。除此之外，在特定国别和特定行业，政府或其他担保方可能还会就特许权协议和 / 或承购协议出具担保，保证特许权协议和 / 或承购协议下相对方的支付和其他义务。特许权协议是海外基础设施投资项目的核心项目交易文件，特许期一般覆盖项目商业运营后 15 至 30 年，涵盖项目授予与实施、政府支持、政治风险分配、建设、运营及维护、公共服务购买、税收优惠、进出口便利、外汇汇兑与汇出、交叉和终止赔偿等机制，是项目实施的基石和构建项目可融资性的核心。

以发电项目的特许权文件为例，一般包括特许权协议和购电协议，在自由电力市场国家可能只有购电协议。无论如何，采用项目融资模式的电力项目特许权文件需充分考虑如下要素：

- **电价水平合理且允许调整：**能够保证收回投资和预期利润并形成稳定的现金流；
- **合理的“照付不议”：**照付不议的电量或容量并非越高越好，照付不议的电量或容量越高，相应地，购电方要求项目公司承担的此类违约责任越严格；
- **核心项目风险分配：**审批许可、土地取得、法律变更、不可抗力等风险是否得到合理分配，相关风险情形发生时，赔偿金额能否覆盖银行贷款本息；
- **协议终止事项：**终止情形是否有限、可控、符合惯例，且终止时赔偿金额是否足够覆盖银行贷款本息；以及

- **融资方的权利：**融资方是否拥有和执行担保的权利以及特定违约情形下的介入权是否得到保障。

3) 项目实施文件包

项目实施文件主要包括土地协议、建设合同（包括 EPC 合同或其他工程建设合同）、原材料 / 燃料供应合同、运营维护合同（OM 合同）、技术许可协议等一系列规范项目具体实施的合同文件，围绕项目建设和运营涉及的土地、设计、采购、施工、竣工、运营、维护等事项规定各方权利义务。

4) 融资文件包

融资文件主要包括贷款协议、担保协议、账户协议、直接协议、托管协议，以及对应的保险合同【如中信保海外投资保险（债权）保单、海外投资保险（股权）保单】等文件。在海外基础设施投资项目中，项目建设所需的绝大部分资金需要通过债务融资获得，银行贷款仍在私人投资的基础设施融资项目中扮演着最为重要的角色。除此之外，承包商延付、项目债券、融资租赁、资产支持证券（Asset Backed Security）等其他融资模式也在融资和再融资中占据着重要地位。

海外基础设施投资项目的行业或业务类型不同，交易文件也存在不同，例如，风电、光伏发电项目不需要燃料供应协议，铁路、高速公路等交通基础设施项目下项目公司是向公众收取服务费，而非将服务卖给特定的承购方（oftaker），所以一般也不需要单独签署照付不议的承购协议，仅有特许权协议。

总体而言，相比国际工程项目，海外基础设施投资项目的法律关系已经从承包商与业主之间的二维发包承包关系转向多维复杂关系，投资者不仅会参与工程承包业务管理，还将项目运作的范围向前扩展到项目的开发和投融资环节，向后扩展到项目的运营维护环节，这决定了其会面临比传统工程承包模式更复杂、防控难度更高的风险。因此，对于参与海外基础设施投资项目的投资人、承包商，通过各类合同文件在各交易主体之间进行风险分配、安排最有能力控制和承担风险的一方承担

相应风险，这是有效应对风险的主要途径之一。

(4) 项目执行

合同既是当事人之间的法律，也是妥协的产物。海外基础设施投资项目的长生命周期导致其合同文件有较长的执行期间。项目执行团队应高度重视并熟悉合同，既要对自己方有利之处善加使用，也需对不利之处了然于心，通过良好的合同执行，尽可能地管控化解风险。

1) 合同交底

没有完美的合同，同时谈判过程中的妥协也难以避免，合同交底的目的是由谈判团队将合同条款中的有利之处、不利之处以及相关妥协背后的考量等告知项目执行团队，从而使项目执行团队深入了解合同内容，进而就合同风险制定完备的风险事前控制措施，对于合同有利之处做到充分利用，对于合同不利之处尽量规避，并探讨和设计可突破的措施。

2) 通过项目执行管控风险

项目执行往往是合同条款细化落地的过程，在合同交底的基础上，针对合同中于己方不利的条款，可以通过执行中的协商沟通，寻找对己方有利的替代操作方案，并通过双方签署的书面文件予以固定；针对合同未明确事项，可考虑利用履约过程中形成的项目执行文件填补合同空缺，增加可操作性；而针对项目执行过程中发生争议的事项，牢记证据保全意识，注意创造和保留合理必要的同期记录。

3. 小结

在风险丛生的海外基础设施投资与国际工程项目中，风险管理贯穿于整个项目的生命周期，从项目开发阶段的风险识别、项目签约到项目实施和运营阶段，每一个阶段都有相应的风险管理重点和任务。投资者和承包商唯有对风险事先防范和事中控制给予高度重视，采取积极有效的应对措施，方能行稳致远。

三、国家安全审查

国际政治经济形势的变化和欧美诸国对中国投资的国家安全审查趋严是大的宏观环境，企业必须去适应和应对。新冠疫情影响下，发达国家普遍加强了对外国投资的审查，以避免外国投资者趁危机的时候收购本国比较脆弱的产业或公司。但是新冠疫情对各国经济都造成了不同程度的冲击，在疫情过后，各国都将更加需要外国投资以尽快恢复经济。

为更好地应对各国的国家安全审查，我们建议企业做好如下应对：

1. 提前了解投资东道国的国家安全审查政策和最近的审查趋势

从各国近期的立法动向中，我们观察出国家安全审查程序的两大特点。其一，国家安全的内涵被不断扩展。立法者在法律规定中经常将“国家安全”赋予抽象、模糊且易触发的审查标准。尽管立法层面，各国通过清单、目录等形式尝试为国家安全的边界提供一定的指引。然而实践中，此类文件往往并非完整或穷尽式列举。即使交易所涉行业未列入此等文件，东道国监管机构如认为相关交易危及该国的公共秩序或安全，则该等交易也可能落入审查范围。其二，审查程序透明度不高。实务层面，由于国家安全的敏感性，东道国审查机构对法律法规的解读和适用存在着广泛的自由裁量权，监管机构在做出审查决定时，时常未能对审查结果提供详细说明。这使得国家安全审查的结果具有不确定性。

中国投资者的海外投资活动受到诸多社会经济层面的因素影响。由于东道国法律环境的复杂性，东道国国家安全审查对应的政策风险往往会从不同角度，以不同方式对交易造成直接影响。因此，能否准确把握投资东道国的国家安全审查政策和最近的审查趋势对交易成败至关重要。

2. 做好尽职调查

尽职调查有助于投资方在第一时间对交易所涉及国家的安全审查风险进行评估，并及时建立保护投资所需的预案。

以涉美投资活动为例，投资方可以在外部顾问的协助下与被投资方展开讨论，从以下角度对被投资企业的国家安全审查风险进行评估：

- 确认被投资企业是否属于“TID”行业，甄别出比较敏感的资产或业务，比如是否存在与政府的合同，合同的内容和性质，是否拥有或使用敏感的技术等；
- 评估投资活动是否涉及对敏感个人数据或重要非公开技术信息的访问或控制；
- 评估被投资企业当前的网络安全、数据保护、信息治理方案和成熟度；
- 评估投资活动是否涉及军民两用技术的潜在融合以及关键技术在国内外的价值链/供应链（包括累积市场份额、是否为美国政府的服务提供商等）；
- 评估投资活动涉及的房地产是否靠近美国军事设施、范围或其他敏感地点；以及
- 评估交易完成后的整合能力，重点关注合规和数据保护、网络安全等方面的短板。

3. 预判国家安全审查的后果，尤其是可能被施加的限制条件，做好预案

做好投资前尽职调查，能够帮助投资各方准确评估交易是否有可能触发国家安全审查。如果判断可能会触发审查，那么投资方应提前做好预案，包括评估东道国政府可能施加的附加条件，以及是否主动采取剥离某部分敏感资产或者对交易结构作出特殊安排等措施。还是以美国为例，CFIUS可能施加的限制条件包括：

- 剥离全部或部分敏感资产；
- 要求交易完成后的董事会包含政府指定成员（通常为前政府官员或议

- 员)；
- 确保仅由该国公民管理特定产品和服务（如敏感个人数据），且仅在该国境内进行特定活动和提供产品，或者限定仅有经授权的供应商供应特定产品或服务；
 - 保证该国政府或企业的供应，包括：
 - 签订安全协议，以确保出售给该国政府的货物或软件的完整性；
 - 保证在一定期限内向该国政府持续供货，在做出特定商业决定前通知并与该国政府磋商，及退出某一业务领域时为该国政府保留特定权利；
 - 就可能影响对该国政府供应或可能影响国家安全的商业计划进行会谈；
 - 加强对经营活动的监控，包括：
 - 建立公司安全委员会和其他机制以确保公司遵守所有要求，包括任命该国政府批准的安全官员和/或董事会成员及遵守关于安全政策、年度报告和独立审计的要求；
 - 在外国公民对该国业务进行访问前通知安全官员或相关政府机构，并获得批准；
 - 履行一定的通知义务，包括就目标公司所有权变更通知其客户，或就拟增加所有权或权利的未来交易事先通知该国相关政府部门并获得其批准。

投资方应提前对以上可能附加的条件进行预判，并清楚己方可接受的底线，并在交易协议中进行明确约定，以控制交易风险，实现交易的目标。

4. 在交易协议中做好风险防护

精心设计的交易结构并不能规避所有的监管风险，交易各方应通过相关协议条款对监管审批相关的风险进行妥善分配。此类风险分配机制主要涉及三类条款。

首先是陈述与保证条款与披露函。投资活动双方通常需要在投资活动的相关协议中对特定事项作出披露和保证，作为交易的信赖基础。关于监管审批事项，投资活动双方通常会根据其自身具体情况向对方保证：除了协议或披露函中所列举的审批事项外，其签署投资协议以及完成投资交易都不需要任何政府部门的同意或批准。投资活动双方应在交易文件定稿前全面评估将会涉及的监管审批，并尽可能详尽地列举所需的监管审批，以免遗漏审批事项从而导致交易遇到障碍。

其次是承诺或交割前提条件的相关条款。承诺条款是投资活动交易各方就交割前后各方应当或不得采取某些行动的约定。在实践中，投资活动各方应通过承诺条款对各项监管审批的取得进行清晰而具体的义务分配，尤其是要明确特定监管审批事项的负责主体，必要时可以在条款中直接列举获得审批所应当完成的事项以及相应的负责和配合主体。此外，协议中也应写明取得各项监管审批的最晚时间节点。取决于取得某一项监管审批所需要的时间以及双方的谈判结果，部分可以在交割前取得的许可或审批会被约定为需要在交割前完成的承诺事项，并同时作为交割的前提条件之一；而对于部分所需时间较长、且对交割的进行影响不大的审批事项，便可以约定为交割后承诺事项，以免延误双方的交割进度。

对于承担完成大部分监管审批义务的投资方来说，在谈判时除避免过高的努力标准外，还要特别关注是否存在所谓的“赴汤蹈火”条款（Hell or High Water Clause），即，要求投资方配合监管机构的要求做出一切必要努力，包括但不限于剥离现有资产以获得所需的监管审批。投资方在接受此条款时，需要进行小心的评估，有的时候监管机构可能要求投资方对目标公司业务或者投资方自身业务作出相当大的调整和变更，成本极高。但在某些情况下，投资方为了促成交易，不得不答应“赴汤蹈火”条款。在此种情况下，可考虑对“赴汤蹈火”的程度进行限制，明确己方的底线所在，即投资方可以赴汤蹈火，但在监管机构施加了苛刻条件（burdensome conditions）的情况下，投资方可拒绝交割且无需支付反

向分手费。

最后是反向分手费条款。除了以上承诺条款外，为进一步满足被投资方对交易确定性的诉求，被投资方可能要求投资双方在签约时将一笔金额存入到共管账户，作为投资双方在未能完成承诺、违反陈述与保证或出现其他违约情形且导致交易无法完成时应向被投资方支付的金额，称为“反向分手费”（Reverse Break-up Fee），常见的金额约为交易金额的5-6%。境外被投资方通常认为中国企业的国内监管或者受到外国政府监管的风险较高，所以通常要求中国投资方支付较高的反向分手费。在前些年，关于监管审批的风险分配更为平衡一些，中国投资家在东道国政府不批准的情形下无需支付反向分手费，即被投资方承担了本国监管审批的风险。但近年来随着监管环境和市场的变化，监管审批风险的分担变得对中国投资家更加不利，基本上承担所有重要的监管审批风险。例如，中国某私募股权投资公司试图并购韩国某半导体公司的案例中，在CFIUS拒绝批准导致交易流产，前者需要向被投资方支付约为交易总对价5%的合计7020万美元的反向分手费。

中国的投资方在谈判交易协议时，需要根据其谈判地位的强弱来把握如何在交易协议的上述关键条款中对国家安全审查的风险进行分配，以控制交易风险。

5. 积极主动地与审查机关进行坦诚沟通

进行国家安全审查时，东道国监管机构在审查时间表上拥有较大的自由裁量权。特殊情况时，监管机构可对审查期限进行数次延长。审批流程的久拖不决对交易结构、交割时间表、交易资金流和融资安排都会造成巨大影响。在申报和审查过程中，交易各方应当积极主动地与审查机关进行坦诚沟通。

首先，应合理运用东道国的事先/非正式沟通机制。由于“国家安全”的标准具有抽象、模糊且易触发的特点，为了帮助外国投资者妥善实现合规，多个国家的监管机构在进行制度设计时，允许并鼓励交易各方在交易进行前与监管机构进行非正式会面，以确定特定交易是否落入审查范围。海外投资活动中的投资方应善用利用该项制度，尽早与监管机关进行坦诚且深入的接触，以对审查的核心要点和整体

基调产生初步把握。这不仅有助于审查过程的顺利进行，还将有效缩短审查期限，化解审查拖延对交易结构与最终交割带来的风险。

其次，交易方应听取适当的专业咨询意见，准确把握东道国审查时有关国家战略和敏感行业的普遍顾虑。在审批过程中应做到坦诚沟通，并可考虑在顾问的评估和帮助下，积极主动提出解决监管方国家安全顾虑的方案。上述行动对于决定如何设计交易结构以及如何妥善对待负责审批的监管机构均有重要的意义。

6. 发挥好交易顾问的作用

由于标准的模糊性以及程序的不确定性，国家安全审查可能会构成对跨境交易的重大障碍。在东道国执业的国家安全审查方面的专业律师或交易顾问往往具有非常丰富的与本国国家安全审查机构打交道的经验，要充分借助这些交易中介的作用，同时中国客户也要有自己的顾问和独立判断，判断与这些东道国政府讨价还价的空间和底线，以最大限度地保护自己的利益。

四、化解多边开发银行调查及制裁风险

多边开发银行的制裁程序始于其所资助项目中不当行为的调查⁵⁵。而在调查阶段，调查机构会收集所有与案件相关的证据，包括无罪或减轻责任的证据（exculpatory or mitigating evidence）。因此，在应对多边开发银行的合规调查时，企业可以充分利用其制裁程序规则，尽量争取减轻甚至免除制裁结果。

1. 企业应在调查初期尽早安排法务合规人员参与调查应对

协助中国企业应对多边开发银行调查时，我们发现很多企业存在一个误区，在收到调查机构——例如，世行廉政局（INT）、非行廉政和反腐败办公室（PIAC）、亚行反腐和廉政办公室（OAI）——发来的理由说明函（Show Cause Letter）后，才意识到自己已经被调查，进而安排法务合规人员接手案件或咨询外部律师意见。殊不知，此时的企业已经在该案的调查程序中陷入被动境地。

⁵⁵ 多边开发银行的调查基于其收到的投诉而启动。这些投诉来自项目承包商或其他投标人、政府官员、非政府组织雇员以及其他了解项目情况的多边开发银行。

例如，在一个我们近期代理的案件中，公司先是收到了非行 PIAC 发来的问询函（Preliminary Inquiry），询问和了解公司多年前参与的某非洲项目的相关情况。起初，公司没有意识到非行可能已经对自己启动了合规调查，交由当年主导该非洲项目竞标的业务代表与非行对接，答复了非行的问询函。由于不熟悉非行的合规制裁规则、调查应对的经验不足，业务代表在答复问询函时承认了一些对公司不利的事实，导致非行进一步发来理由说明函，并依据公司自认的事实提出了欺诈指控。

根据我们的经验，多边开发银行对企业的调查程序往往在发出理由说明函之前就已经启动了。在前期阶段，调查机构可能向相关主体发出问询函（Preliminary Inquiry or Inquiry），以调查了解情况并收集证据。收到问询函的企业既可能是配合调查的相关方，也可能是被调查的主体。因此，中国企业应该在收到问询函时就重视起来，及时征求内部或外部律师的专业意见，并由其接手后续的调查应对事宜。

完成初步证据收集后，调查机构会向被调查方发出 Show Cause Letter，并详细阐述对被调查方提起哪些指控，以及事实依据和法律依据是什么。这说明尽管尚未形成最终定论，但调查机构已经对案件有了较清晰的判断和初步结论，只不过在程序上给予被调查方作出解释说明或达成和解的权利和机会。

这与我国《行政处罚法》下的“行政处罚事先告知程序”比较类似。《行政处罚法》第 44 条、第 45 条规定：“行政机关在作出行政处罚决定之前，应当告知当事人作出行政处罚决定的事实、理由及依据，并告知当事人依法享有的权利”，“当事人有权进行陈述和申辩。行政机关必须充分听取当事人的意见，对当事人提出的事实、理由和证据，应当进行复核……”。

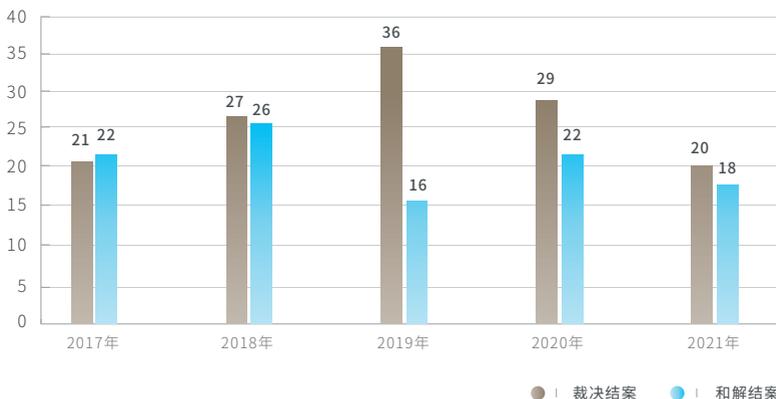
因此，我们建议中国企业完善其合规风险事件报告机制，在出现调查端倪（例如收到多边开发银行的问询函）时，一线业务人员就应及时上报，尽早安排专业的法务合规人员接手并妥善处理后续调查应对事宜。否则，很有可能因回复不当使企业陷入被动；或者故意隐瞒事实、阻碍调查，导致制裁结果进一步加重。

2. 企业应充分利用调查阶段的和解程序以求减轻制裁

经过全面调查证实存在可制裁行为时，调查程序可以通过两种方式结案：（1）被调查方与调查机构达成和解；或（2）调查机构将案件提交裁判机构⁵⁶，以裁判机构作出裁决的方式结案。

通过世行年报公布的数据可以看到，近五年来和解结案的案件数量接近一半。特别是 2021 财年，世行暂停与取消资格办公室（OSD）审核确认的和解结案的案件有 18 起，经作出裁决方式结案的案件有 20 起。和解结案的案件占当年全部结案案件的 49%。

图 3-1：世行 OSD 近五年和解结案与裁决结案的案件数量统计

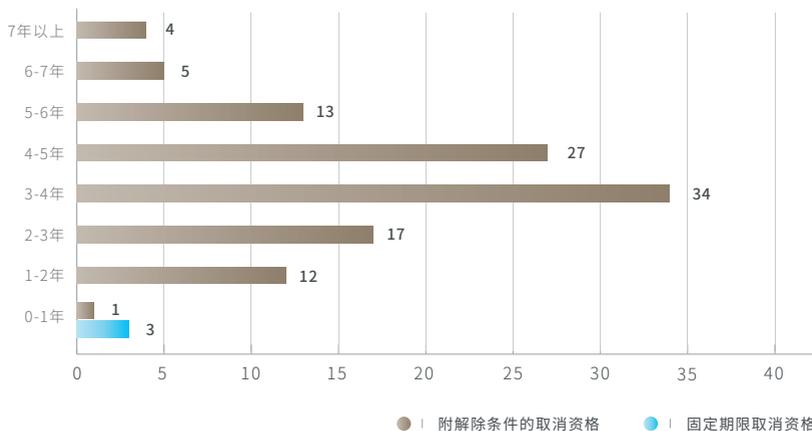


世行的年报数据进一步显示，和解结案时被制裁方的制裁期限通常低于通过裁决结案的制裁期限。2017 年至 2021 年，通过 OSD 裁决结案的案件中被制裁主体的制裁期限⁵⁷主要集中在 3~5 年的范围内（见图 3-2）；而和解结案的案件中被制裁主体的制裁期限主要集中在 1~3 年的范围内（见图 3-3）。

⁵⁶ 世行的裁判机构包括暂停与取消资格办公室（OSD）与制裁委员会（Sanctions Board）。非行的裁判机构包括制裁办公室（Sanction Office）下属的制裁专员（Sanctions Commissioner）与制裁上诉委员会（Sanctions Appeals Board）。亚行的裁判机构包括廉政监督委员会（Integrity Oversight Committee, IOC）与制裁上诉委员会（Sanction Appeals Committee）。

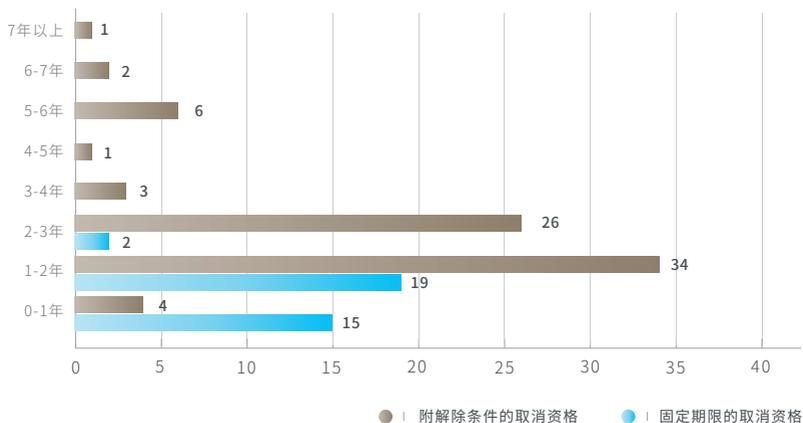
⁵⁷ 关于制裁期限。被制裁主体在一定期限内被取消投标和参与世行融资项目的资格，且在此期间必须建立有效的合规体系、实施合规整改措施并满足世行合规要求，方可解除制裁。前述的被取消资格的期限即制裁期限。

图 3-2: 世行 OSD 近五年裁决结案的案件所采取的制裁措施情况统计 (共计 116 个案件)



注: 超过 1 年制裁期的会被统计入更高一档的制裁期限 (如制裁期为 3 年整的, 会被统计入“3-4 年”这一档)

图 3-3: 世行近五年和解结案的案件所采取的制裁措施情况统计 (共计 113 个案件)



注: 超过 1 年制裁期的会被统计入更高一档的制裁期限 (如制裁期为 3 年整的, 会被统计入“3-4 年”这一档)

被调查方之所以可以通过和解获得较轻的制裁结果，是因为各多边开发银行普遍遵守的《制裁一般原则与准则》（General Principles and Guidelines for Sanctions）⁵⁸ 规定，企业配合调查、承认责任是可减轻制裁的考量因素（mitigating factors），减轻幅度最高可达 50%，或可减免 1 到 3 年的制裁期限。同时，多边开发银行的调查机构与被调查方达成和解的前提条件就是企业配合调查并承认过错及责任（Admission/acceptance of guilt/ responsibility）。

我们在经办案件时注意到，某些中国企业虽然认可已经被调查机构查实的违规事实，但在和解程序中仍然试图辩解公司对违规事实的发生没有过错或不承担责任。例如，某些企业虽然承认投标文件中的部分材料是伪造的，但主张应该由第三方或员工个人承担责任。由于企业不承认过错及责任，和解的前提条件无法满足，所以无法换取调查机构的谅解和从轻处理。

因此，我们建议中国企业认真分析论证案件事实及责任分配规则。如果企业的合规管理确实存在漏洞，导致违规行为发生的，建议利用和解程序主动承认过错及责任，以减轻制裁。如果确有证据证明企业不应为此承担责任的，建议企业积极运用申辩和上诉程序进行辩护。

3. 企业应在调查阶段尽早启动合规整改以求减轻制裁

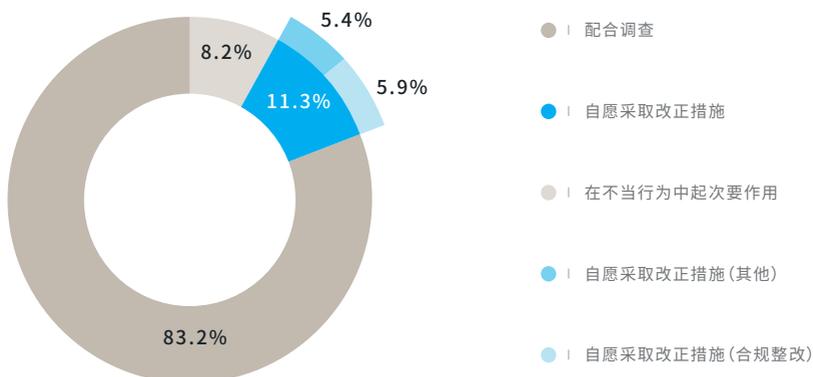
除配合调查、承认或接受责任以外，另一个重要的制裁减轻因素是被调查方自愿采取了改正措施。改正措施通常包括：（1）停止违规行为；（2）对责任人员采取的内部惩戒措施；（3）建立有效的合规管理制度（effective compliance program）；以及（4）恢复原状或对受害方进行经济补偿。根据《制裁一般原则与准则》，被调查方自愿采取改正措施的，制裁减轻幅度最高可达 33%，或可减免 1 到 3 年的制裁期限。

根据世行 2021 财年的年报，对于共计 453 个被调查主体的数据统计中，仅有

⁵⁸ 参见包括世行、亚行、非行在内的五大多边开发银行签署的《关于制裁的一般原则和准则》（General Principles and Guidelines for Sanctions），链接：<https://thedocs.worldbank.org/en/doc/04f3eb81823dd7d82e24141c33d962a1-0090012021/original/General-Principles-and-Guidelines-for-Sanctions.pdf>。该准则是前述五大行分别于 2006 年 9 月 17 日、2010 年 4 月 9 日联合签署的《防止和打击欺诈和腐败的统一框架》（Uniform Framework for Preventing and Combating Fraud and Corruption）、《相互执行制裁的协议》（Agreement for Mutual Enforcement of Debarment Decisions）的组成部分。该准则规定的减轻因素被五大行所共同接受和采用。

51 个被调查主体（占比 11.3%）自愿采取了改正措施并得到了世行的暂停与取消资格办公室主管官员⁵⁹（the Suspension and Debarment Officer, SDO）的认可，得以减轻制裁。其中，因为建立有效的合规管理制度而获得制裁减轻的，共有 27 个主体，占比约为 5.9%（如图 3-4 所示）。可见，只有极少数企业在调查应对阶段意识到了合规整改的积极意义和重要性。

图 3-4：世行 2021 财年 SDO 适用减轻因素的情况统计



因此，我们建议中国企业在应对多边开发银行的调查时，如果发现企业的合规管理确实存在漏洞的，要积极开展有针对性地合规整改，完善合规管理制度及流程，以便在调查机构或裁判机构的制裁决定作出前获得减轻处理。

4. 总结

多边开发银行的调查及制裁对中国企业的影响严重。企业一旦进入了制裁期，正在进行的一切与多边银行相关的业务活动都极有可能需要立即中止，否则可能直接导致第二次更为严重的制裁。另一方面，企业此前已经中标、正在执行中的项目，则将不再会受到多边开发银行的资金支持。项目的中止、因为资金等原因导致的滞

⁵⁹ 世行的第一级别裁判机构——OSD 内部设有多名主管官员（SDO），由一名首席领导（led by the Chief Suspension and Debarment Officer）负责审查 INT 提交的调查结果以及作出裁决。

后，很可能导致企业与当地业主之间的关系紧张，除工程保函的损失之外，与其他相对方的纠纷也可能一触即发。

因此我们建议，企业在应对多边开发银行的合规调查时，应在收到询问函后就予以足够的警惕和重视，并及时尽早地寻求外部专业律师的协助，同时以良好的配合态度与多边开发银行展开和解谈判。如企业发现被调查的原因是确实存在合规管理漏洞，还应该有针对性地进行合规整改，以争取最大限度地减轻制裁。

当然，为了从根源上有效预防多边开发银行的制裁风险，企业应防患于未然，提前搭建符合多边开发银行标准的合规管理体系，合法合规地参与多边开发银行资助的项目。

五、投资海外应关注的相关税务问题

1. 海外并购交易中的税务风险解决方案

海外并购交易中，预防和应对重大税务风险具有重要意义，如目标公司历史税务风险承继、交易文件涉税条款漏洞、交易环节税负成本负担等诸多税务风险。对税务风险的忽视可能带来巨大的税务成本，甚至导致交易失败。例如，国内某知名女装企业于 2018 年 6 月通过全资子公司以 2080 万欧元收购了法国某女装企业 40% 股权，而该法国女装企业存在严重税务问题，导致国内女装企业出资 550 万美元补缴了该法国女装企业欠缴的税款。又如一起海外金融机构并购中，由于在对外支付中没有考虑相关的印花税，差一点因为税收问题导致交割未能完成。针对上述潜在税务风险，按照常见的海外并购交易流程，投资方一般需从以下几个方面考虑应对方式：

(1) 税务尽职调查

税务尽职调查是并购交易过程中发现目标公司税务风险的有效途径之一，该项工作的开展可以系统地梳理和核查目标公司存在的税务风险和潜在问题，为投资方

决策、并购估值、交易谈判、交易结构设计，及并购后的税收结构安排提供重要的参考基础。如目标公司是否遵守当地税法规定和实务操作，是否曾存在错缴、少缴、漏缴税款的行为；是否存在累积税务亏损以及并购交易对税务亏损的影响，是否存在被税务机关稽查和处罚的情况等。

就海外并购交易而言，除上述税务风险外，另需重点厘清关联交易的税务事项。如在多数海外并购项目中，目标公司可能为持有不同国家子公司的集团企业，经营业务也可能涉及复杂的关联交易安排。对于关联交易，目标公司可能存在未遵循独立交易原则定价而被税务局进行纳税调整等情形。因此，在税务尽职调查中，应着重检查目标公司与关联企业业务往来的文件，确认转让定价的方法与政策是否完备，是否按照规定进行关联交易的披露与申报，是否曾接受过针对转让定价的税务调查等，进而综合评估目标公司相关的转让定价风险。

在完成税务尽职调查的基础上，应考虑在合同、定价等多个方面综合评估运用各种方式降低相关风险的影响，包括采取事先的风险防范措施和建立合理的税收成本分摊机制。

(2) 识别、评估和匡算潜在税务风险

在进行全面审慎的税务尽职调查后，针对梳理出的重要税务风险，投资方一般应全面理解潜在税务风险事项，评估其对并购交易的影响，并加以量化，从而与目标公司商议可行的解决方案。

就税务风险的评估具体可以采用专家咨询、政策分析和调查研究的定性分析方法或采用随着税收环境变化调整假设前提和参数的定量评估方法。此外，可对税务风险进一步分类，以便于采取应对方案。下表为税务风险评级的示例⁶⁰：

⁶⁰ 上表仅为参考使用，投资者可根据自身商业安排调整对应的税务风险指标及级别阈值。

表 3-1

负面影响程度 发生概率	损失金额较低 但无刑事 责任	损失金额较 高但无刑事 责任	损失金额较低 且可能涉及刑 事责任	损失金额较高 且可能涉及刑 事责任
大于 0 且小于等 于 5%	风险较低	风险较低	风险已值得关 注	风险已值得关 注
大于 5% 且小于 等于 50%	风险较低	风险已值得 关注	风险已值得关 注	风险严重
大于 50% 且小 于等于 95%	风险已值得 关注	风险已值得 关注	风险严重	风险严重
大于 95%	风险已值得 关注	风险严重	风险严重	风险可能随时 失控（最高风 险等级）

正确识别、评估和匡算潜在税务风险可以为并购协议谈判提供详细的数据支持，同时也有助于投资方提前做好税务优化，有利于降低未来经营环节的税负。

(3) 选择交易模式与投资架构

海外并购的交易模式可能为资产收购模式或股权收购模式，或二者兼有之。选择不同的交易模式更多为商业安排，但却可能存在不同的税务影响，典型的区别如股权收购和资产收购，就这两者一般性的差异总结梳理如下⁶¹（实践中，从交易主体的选择到交易对象和对价支付都会产生对交易税收的影响）：

⁶¹ 具体税务影响需结合目标公司所在国的当地税法规定进行综合分析，可能与一般性的差异存在出入，建议在进行交易模式设计前事先了解当地税法规定和实务操作情况。

表 3-2

	资产收购	股权收购
交易税负成本	需结合目标公司所在国税收规定进行综合分析，一般情况下资产收购涉及的税种较多	需结合目标公司所在国税收规定进行综合分析，一般情况下，股权收购涉及税种较少
历史税务合规风险	投资方一般不承继目标公司的历史税务合规风险，即可以在一定程度上隔离目标公司的历史税务风险	股权收购模式下目标公司历史税务合规风险一般仍由目标公司承担
亏损结转、税收优惠	投资方不能承继目标公司的税务亏损（如有），也通常不能承继目标公司的税收优惠	股权收购模式下目标公司的亏损、税收优惠等仍保留在目标公司
资产计税基础	投资方按照其购买资产的价格确认其取得各项资产的计税基础，并按照该计税基础计算、确认每年可以抵扣的被收购资产的折旧、摊销额，通常可以获得较高折旧、摊销额	目标公司无法取得更高的计税基础，仍按各项资产在目标公司的剩余账面净值进行折旧、摊销

投资方可在选择中综合考量，交易主体的选择，交易标的的具体设定，交易对价的支付等等，通过比较和权衡不同交易模式的利弊，根据自身的商业安排选择适合自身的交易模式，以实现交易成本的进一步优化，也能够完善未来的税务风险控制。

此外，投资架构的设计也是海外并购交易中的重要一环，好的投资架构可在降低资本利得税税负、优化融资和资金回流安排等方面创造巨大的节税价值。投资架构的设计可进一步细分为控股架构及融资结构，具体而言：

- 控股架构主要解决“并购主体”在哪里、以何种法律形式、与中国企业的

股权隶属关系等问题。例如，根据不同的税务需求，投资方可以选择利用现有主体或是新设一个主体进行海外并购交易；

- 融资架构主要解决资金从中国企业怎么到达“并购主体”、以何种法律形式、如何通过架构设计最终由目标公司承担并购贷款的成本和还款义务等问题。设计得当的融资架构可以充分降低利息的预提税，利用利息的税前扣除规定，以使海外并购项目税务效率得到优化。

(4) 优化交易文件

经过税务尽职调查，识别、评估和匡算潜在税务风险以及交易结构和投资架构的设计等环节，投资方可以通过交易文件条款将上述内容明晰化。在投资方与目标公司就交易文件进行商业谈判时，可以考虑对相关条款进行明确：

- 税务合作条款。在海外并购交易中，买卖双方并不总是零和博弈，为了并购交易的顺利进行，有必要确立税务上的合作精神。双方可就关系到重大税务事项的信息披露进行协调；
- 历史税务风险的保护或补偿机制条款。通常情况下，双方会在价格条款中直接调整历史税务风险对交易价格的影响；如果不能通过该等方式进行调整，则至少需要在交易文件中设定对并购方的保护或补偿机制等；
- 交易环节税费承担条款。海外并购的交易环节可能会触发买卖双方的纳税义务，如与股权转让相关的所得税及印花税，或当地税法规定买方的代扣代缴义务等。在一些交易中，转让方可能会基于商业谈判的结果将个别税费转嫁给投资方承担，或者反之。为了避免歧义，交易环节税费承担条款需要详细地列明双方各自需要承担的税费种类及违约责任等。

在将税务风险体现在交易文件的过程中，需要特别关注法律与税务的协调问题，特别是需要税务律师对合同条款的准确性和完整性进行整体把控，使税务条款与其他责任条款有效结合，以避免出现合同漏洞。

2. 海外运营中的税务风险解决方案

(1) 常见风险

自 2001 年中国加入 WTO 起，中国企业开拓海外市场的序幕就此拉开，首批“走出去”的通常是国内实力雄厚的集团企业，但由于缺乏对国际税收环境的深入了解以及税务风险管理意识，一些企业曾经历了税务风险处理不当的后果，后来中国企业逐步开始重视海外税收筹划与风险管理。当前，乘着“一带一路”与“国内国际双循环”发展的东风，将会有更多的中国企业“走出去”，企业海外运营的税务风险也会如影随形。为充分实现税务优化并避免因税务违规导致的财务损失、声誉损害，甚至法律制裁，企业应当重视海外运营中可能面临的税务风险，构建税务合规与风险管理体系。具体而言，中国企业在海外运营过程中可能面临的常见风险情形包括但不限于：

1) 常设机构风险

企业承包境外工程项目时，可能会以非居民企业的身份在当地设立代表处、项目部等形式开展工程建设活动。如果在项目当地构成常设机构，则企业通常需要就可归属于常设机构部分利润在项目所在国缴纳所得税，尤其是项目所在国所得税税率高于居民国的情况下，企业还将面临整体税负成本提高的风险。举例而言，某中国上市公司下属的 A 设计院与印尼公司签订了水泥生产线的总承包合同（EPC），合同金额约 1.7 亿美金。A 设计院在印尼设有项目部，为印尼公司提供设计、采购服务，在提供服务约 1 年后，A 设计院收到了印尼税务局的通知，认为该中国设计院在印尼形成常设机构，根据印尼税法的规定，如果境外公司在印尼存在常设机构，则需要就合同金额的 4% 缴纳预提税，进而 A 设计院需要就该总承包合同在印尼承担高额的税负。

2) 外派员工风险

伴随着企业不断“走出去”的同时，其海外实体、项目管理与运营的人力资源缺口愈发明显，企业通常会向海外输送各类人才，包括企业管理人员、核心技术人

员和工程施工人员等。为延续员工的国内社保缴纳、保障员工在派驻地的生活成本等，企业会通过派出单位与驻在单位分别向员工发放薪酬、福利补贴，由此产生的跨境员工税务风险不容忽视。例如，雇主和雇员未根据驻在国税法规定同时纳税申报；员工在派遣结束回国后未就其境外所得进行汇算清缴，或是在驻在国缴税后未妥善保管完税凭证原件，导致无法进行税收抵免等。员工未遵守国内与驻在国税法规定可能面临被追缴税款、加征滞纳金甚至罚款的风险，或者导致双重征税后果，同时还可能影响企业作为扣缴义务人的税务合规性。

3) 日常税务合规

现代国家的税制体系日趋复杂，不同国家的税法规定与税务环境千差万别，“走出去”企业如果未提前调研当地税收法规并要求税务人员严格遵循，可能引发税务合规风险。举例而言，联邦制国家的税制体系通常与其行政体制相适应，如巴西的联邦、州、地方三级政府分别设有税务机构，各自按宪法规定征收本级政府的税收。中国某科技 T 公司在巴西新设子公司拟在当地开展业务，子公司向财政部申请获得纳税人识别号后，未及时向其所在城市及州的税务机构进行税务注册，导致后续纳税申报受到影响，甚至面临被行政处罚的风险。除税务登记之外，海外主体运营中的税务合规风险还包括未按规定管理账簿凭证、申报纳税、年度汇算清缴等日常税务管理，或者税收优惠的申请与报备、税收居民身份申请与协定待遇享受、关联企业之间转让定价资料留存等特殊税务事项处理不合规等。

4) 海外税务争议风险

当企业在海外运营过程中因上述或其他税务事项与当地税务机关发生争议的，为能及时有效维护合法权益，可以提请国家税务总局启动相互协商程序，由国家税务总局与对方国家税务主管当局进行磋商解决。举例而言，中国 J 公司在哈萨克斯坦（以下简称哈国）投资注册了子公司，母公司以租赁方式将设备交给子公司经营。按照哈国税法规定，子公司应对其向境外母公司支付的租金，按 20% 的税率代扣代缴企业所得税。但根据中哈税收协定，中国企业对哈国投资取得的租金收入，应按特许权使用费执行 10% 的税率。J 公司向哈国税务机关发起退税申请，被予以驳回。J 公司申请启动了中哈相互协商程序，经过多轮艰苦的谈判，哈国最终退回

了多征的 150 万元税款。

(2) 解决方案

为应对海外运营过程中可能面临的税务风险，企业可以采取下列方式：

1) 提前对当地税收制度和环境进行深入调研

在开展海外项目前，除了政治环境稳定、法律体系健全、商业与经济环境良好等考虑因素，企业还应主动了解 BEPS 项目、“双支柱”国际税改等当前国际税收发展现状及趋势，选择与我国及其他各国友好往来并签订税收协定、自由贸易协定等的国家（地区）作为投资或项目所在地，并深入调研当地的税收制度和环境、基本税种及税率、征管与监管要求、税收优惠政策等。上述调研结果通常会作为企业评估海外项目运营的整体税负成本、合规难度及风险系数的重要依据，对企业进行投资架构设计，组织形式和运营模式的选择等重大经营决策具有关键性意义。

2) 设计投资架构并选择组织形式和运营模式

企业在对外投资时，应依据投资目标与战略考量，采用直接投资或设立控股平台间接投资的架构，尤其是设立两个以上境外主体的，应适时规划海外业务布局。在设计投资架构时，应通盘考虑利润汇回、投资退出等重要环节的税务影响，充分利用税收抵免及税收协定提高税务效率。同时，应当评估设立子公司、分公司、代表处等不同组织形式的税务影响，包括适用税率、税收居民身份与协定待遇享受等。此外，在运营模式上，有些企业通过合同分拆方式，将部分服务进行离岸和在岸的分拆（如，EPC 模式下的设备采购和设计的分拆），以避免在投资当地形成常设机构或减少常设机构的利润，但该等合同分拆的筹划在某些国家（如，俄罗斯、印度等）可能受到税务机关的质疑。

3) 加强税务合规与争议解决管理体系建设

企业应在集团层面树立税务风险管理意识，设立专门的财税管理部门并引入国际税收人才，针对不同海外投资项目与业务模块，构建关键税务风险识别、监控、

评估与控制体系，将税务风险管理理念贯穿企业重大决策、业务活动及日常运营全流程，还需要特别关注账簿凭证、完税凭证及转让定价同期资料等重要税务资料的存档与管理，以及其他证据资料的留存，以避免因证据资料的缺失导致涉税争议的不利结果。同时，应当注意与投资当地主管税务机关建立良好沟通渠道，在发生税务争议时积极寻求当地法律救济。

4) 充分利用相互协商机制

当企业与当地税务机关发生税务纠纷，穷尽当地法律救济途径仍无法解决，或者受到当地税务机关不公平的税收歧视时，应当充分利用税收协定中的相互协商机制，维护合法权益。比如，企业可以根据相关规定提请国家税务总局启动与税收协定缔约对方主管税务机关之间的相互协商程序，就相关争议问题进行磋商解决。

5) 境内外协同应对涉税争议

虽然企业与当地税务机关的涉税争议事项可能更依赖于当地税务顾问对具体工作的开展与落实，但也不能忽略中国境内税务人员的重要协同与配合作用。比如，中国境内税务人员可能对涉税争议事项的背景事实有更充分的了解，并且能够对当地税务顾问的工作进行全面管理，以避免因当地税务顾问对事实理解的不充分或应对工作失误而给企业造成难以挽回的涉税损失。同时，中国境内税务人员往往需要从集团整体利益出发，对争议事项的处理方向做出重要决策，其中不免涉及中国或其他国家的运营或交易安排，因此更需要中国境内税务人员具有全局意识和跨境协调能力。

3. 海外投资中的中国税务风险事项

近年来，中国政府出台了一系列法律法规对中国企业境外投资、利润汇回和投资退出等环节进行全方位的税务监管。中国企业在进行海外投资时，也应综合考虑可能涉及的中国境内税务风险，具体包括但不限于：中国税收居民企业认定风险、受控外国企业风险、中国税收抵免风险、反避税风险等。

(1) 中国税收居民企业认定风险

海外并购中常见的投资架构包括新设在低税率地区的控股公司作为收购主体，收购目标公司股权。根据中国税法规定，有些企业虽然是在境外依据当地法律注册成立，但其生产经营、人员、账务、财产状况在当地可能未满足相关条件，进而可能导致中国税务机关认定其实际管理机构仍在中国境内时，将可能被认定为非境内注册的中国税收居民企业而需就其来源于全球的所得缴纳企业所得税。

(2) 受控外国企业风险

海外子公司进行股息分配时，位于中国境内的母公司需要对汇回的股息申报缴纳企业所得税，因此部分跨国公司可能采取不进行股息分配的方式，延迟在中国缴纳企业所得税。针对该等安排，一旦境外子公司被认定为受控外国企业，则根据中国税法规定，除非受控外国企业满足相关条件（如，主要取得积极经营活动所得），中国企业作为该境外子公司的母公司，需要将该受控外国企业未分配或少分配的利润视同股息分配，并入中国企业的当期应税收入缴纳企业所得税。

(3) 中国税收抵免风险

在海外投资中，投资主体可能在投资架构中设立多个直接和间接控股的中间层公司，间接实现对目标公司或项目公司的控制。目前，中国企业就其在境外取得的股息所得，间接抵免的限额为“五层”，且每层架构需满足特定的持股比例要求，若投资架构不符合上述标准，将面临双重征税的风险。此外，为适用中国境外税收抵免政策，还需准确计算可抵免的境外已缴纳税款，取得境外缴纳税款的完税证明等。

(4) 反避税相关风险

在投资退出阶段，大量的投资退出目前都采取离岸退出的模式，对于境外股权转让，如被转让主体持有大量的中国境内资产，或者股权持有主体主要是通过中国对外投资结构中没有业务实质的持股公司进行的，则除了考虑资产所在的其

他国家可能有类似的间接转让税收风险外，也要考虑可能存在被中国税务机关直接重构交易按反避税处理的风险。是否存在该等风险，需要根据交易具体情况进行分析。

基于以上，对于应对中国税务风险事项，海外投资主体应当重视投资架构和交易方式的设计，合理设置直接和间接控股的海外投资平台公司的数量和所在地区，在严格遵守中国税法强制性规定的前提下，尽可能降低反避税相关的税务风险。特别是，针对投资架构中设置的海外投资平台公司，应尽可能确保其具备充分的商业实质，以顺利实现架构优化中的利润汇回、投资退出等相关交易安排。

4. 中美之间投资税务风险事项

未来的全球经济发展中，中美之间的交易安排仍然是全球经济的核心构成。如同其他跨境投资交易一样，在海外投资中，任何考虑都是双向的，需要同时考虑母国和项目所在国的相关法律和税收问题影响，有的时候还要考虑中间国家的影响。在中美贸易摩擦仍然很可能继续持续，中国美国又各自在较高税负水平上执行全球征税政策的情况下，中美之间投资、交易的税务风险预计长期处于高位。对于从事中美贸易或者相关投资的企业，需要特别注意这些影响。

(1) 中国企业赴美投资或运营

中国企业赴美进行投资或业务运营也需要注意前文提到的常设机构风险、外派员工风险以及日常税务合规风险。如果中国企业集团内部或关联企业成立于中国大陆地区以外，例如中国香港、开曼群岛、英属维京群岛等未与美国订立双边税收协定的地区，则该等境外关联企业在美国直接进行投资或运营时，需要注意“美国贸易或业务”风险：如果该境外企业或其授权代表在美国境内的商业活动构成“美国贸易或业务”，则该企业需要就除部分投资型收入以外的所有美国来源收入⁶²申报缴纳美国联邦所得税，而且还有可能触发额外 30% 的分支机构所得税（Branch Profits Tax）。

⁶² 对于适用中美双边所得税协定的中国企业而言，只有当中国企业在美活动构成协定下的“常设机构”且相关营业利润收入是由常设机构产生的情况下，才需要就这些营业利润收入缴纳美国联邦所得税。

中国企业或者相关境外企业在美国的活动如果构成常设机构或者美国贸易或业务，则应当及时申报美国联邦所得税表（1120-F 税表）⁶³，否则可能面临高额税务罚金，或者无法在未来年度使用应纳税当年的亏损。除联邦所得税制以外，美国各州和地方政府单位（如市、县）也拥有各自的税收体系，中国企业或境外企业可能还需要按照各州或地方规定分别申报缴纳税收。

如果中国企业或相关境外企业计划在美国开展全面商业活动并在美取得实质性营业收入，为避免前述风险带来的不确定性以及可能的额外 30% 分支机构所得税，通常建议在美国设立子公司（而非分公司或办公室）。子公司即美国联邦税法意义上的“C 型公司”，独立承担所得税申报及缴纳责任。

除了上述讨论的营业收入以外，对于中国企业或相关境外企业取得的来源于美国但与其在美国贸易及经营活动无实际联系的特定投资性收入（如股息、利息、特许权使用费、租金收入），需按收入全额的 30% 的税率缴纳公司所得税（适用中美双边所得税协定的中国企业可就股息、利息及特许权使用费享受 10% 的优惠税率），采用由款项支付方在支付时代扣代缴的预提税形式缴纳。一般情况下，中国企业或相关境外企业无需就处置美国投资性资产产生的资本利得缴纳美国联邦所得税，但是处置美国不动产权益的除外⁶⁴。

对于中国或相关境外金融机构或者投资公司，美国《外国账户税收合规法案》（Foreign Account Tax Compliance Act，简称 FATCA）是需要额外注意的美国税收合规制度。根据金融机构或投资公司设立地与美国订立的政府间 FATCA 合作协议的不同要求，金融机构或投资公司需要履行不同类型的合规申报义务，但是一般都包括与美国国税局进行 FATCA 注册并取得全球中间机构识别码（Global Intermediary Identification Number，简称 GIIN）⁶⁵，以及依照成立地法规或与美国国税局签订的 FATCA 合规协议向美国国税局定期披露美国账户或美国投资人。此外，

⁶³ 即便中国企业在美经营活动不构成中美双边所得税协定下的“常设机构”，但是如果构成“美国贸易或业务”，虽然无需就所取得美国收入缴纳联邦所得税，中国企业仍需填报 1120-F 税表进行申报，并附上 8833 税表《享受税收协定信息披露》（Treaty-based Return Position Disclosure），说明该企业在美活动不构成税收协定规定下的常设机构。

⁶⁴ 根据美国《外国投资不动产税法案》（Foreign Investment in Real Property Tax Act，简称 FIRPTA），非美国投资者处置美国不动产权益产生的损益应被视为与美国贸易或经营有实际联系的所得，按照适用所得税率缴纳所得税。美国不动产权益通常包括位于美国境内或美属维尔京群岛的不动产权益（但不包括单纯的对不动产的债权）。一般情况下，如果一个美国公司的价值有超过一半来源于美国的不动产，持有该公司的股权可能会被认定为持有美国不动产权益。

⁶⁵ 实践中，很多中国金融机构或投资公司已与美国国税局进行 FATCA 注册并取得 GIIN。

如果境外金融机构或投资公司计划在美国开设金融账户或进行投资，需要向开户行或被投资方提供 W-8 系列表格，通过该表格说明其外国金融机构基本信息、FATCA 实体类型以及 GIIN。如果境外金融机构或投资公司不遵守相关 FATCA 合规义务，则可能面临一系列后果，例如：美国将对对该机构或公司就其来源于美国的各项所得征收 30% 的惩罚性预提税，交易相对方可能也会因此拒绝该机构或公司的投资甚至强制关闭其金融账户。

(2) 中国企业股东拥有美国税收身份

美国对于境外企业的税收管辖受限于境外企业与美国的关联（例如：收入来源地是否为美国、是否构成美国常设机构或美国贸易或业务等），但是针对美国税收居民的全球税制则充分体现了美国税收长臂管辖的效用。

美国的“受控外国公司”规则是美国全球税制下影响最为广泛的规则之一。与中国受控外国企业规则类似，一旦美国境外公司被认定为受控外国公司，则尽管该等美国境外公司尚未向美国股东⁶⁶进行分红，但是美国税法会将该受控外国公司取得的特定收入视同股息分配，纳入美国股东的当期应税收入。同时，美国股东可能需要就其受控外国公司（可能涉及公司集团中所有美国境外公司）向美国国税局进行大量的信息披露与申报，受控外国公司需要配合有申报需求的美国股东进行财务和税务信息收集。

举例而言，某中国企业集团的中国籍创始人股东 A、B、C 和 D 都拥有美国绿卡并以美国税收居民身份在美纳税，除创始人外集团没有其他拥有美国税收身份的股东。A、B、C 每个人持股中国母公司 X 的比例都为 20%，D 持股比例为 8%（未达到 10%），则 A、B、C 属于受控外国公司规则下的“美国股东”，同时因为美国股东总持股比例为 60%（超过 50%），中国母公司 X 以及其直接或间接持股比例超过 83.33% 的非美国子公司都属于“受控外国公司”。A、B、C 需要将这些受控外国公司取得的特定收入纳入其当期应税收入，并且需要在美国联邦所得税年度汇算清缴（简称报税）时就每一家受控外国公司单独填报一份 5471 表格——《美

⁶⁶ 受控外国公司规则下的“美国股东”是指直接或间接持有美国境外公司 10% 或以上（按投票权或股权价值计算）股份的美国联邦所得税居民——美国公民、美国绿卡持有者以及在美国设立的实体都属于美国联邦所得税居民。一般情况下，尤以或多为美国股东持有 50% 以上（按投票权或股权价值计算）股份的外国公司为受控外国公司。

国个体持有特定外国公司信息申报表》（Information Return of U.S. Persons With Respect To Certain Foreign Corporations），以此披露每家受控外国公司的相关权属、财务及公司股权变动信息；D 虽然无需就前述受控外国公司特定收入纳税，但是 D 需要就其 X 公司股权通过 8938 表格——《特定外国金融资产信息申报表》（Statement of Specified Foreign Financial Assets）进行披露。对于未能履行前述申报或纳税义务的美国税收居民，美国国税局将处以高额罚金及滞纳金，情节严重者可能会面临刑事指控。

5. 欧盟投资税务注意事项

尽管欧盟（European Union）为潜在投资者提供了许多法律便利和经济利益，例如个人和公司的设立自由、资本或工人的流动自由、共同体内部免征关税、特定领域的统一法律框架等，但对于任何潜在投资者而言，仍然存在一大障碍：欧盟各成员国对于个人和公司所得税的统一程度有限。

这意味着，在现阶段任何潜在投资者都必须与欧盟 27 个成员国的国家税收系统打交道，以分析所得税税负并决定投资的地点和方式。原则上，每个欧盟成员国都可以自主决定其税收制度，特别是决定哪些人需要缴纳哪些种类的税款和税收评估基础，当然还有税率。只有在存在欧盟指令或相关国家税法不符合欧盟的基本原则（主要涉及公司的设立自由和资本的流动自由）时，该权利才会受到欧盟法律的相应限制。

欧盟委员会（European Commission）所代表的欧盟在征收所得税方面并没有直接干预国家法律框架的权利。相反，可以供欧盟委员会发挥的角色只有一个，即就欧盟指令提出建议，而欧盟指令的通过必须经过欧盟理事会（Council of the European Union）的一致批准。欧盟委员会还会查看国家税法，以监护者的身份关注该等立法是否符合欧盟法律。如果欧盟委员会认为某项国家税法违反了欧盟法律，其将就此起动调查。一旦发现任何有违欧盟法律的情况，欧盟委员会将要求相关成员国对该等立法进行相应的修改，若其请求遭到拒绝或是被忽略，则欧盟委员会最终将对该成员国提起诉讼。

(1) 欧盟是否存在任何统一的税收？

与统一性相对有限的所得税不同，消费税基本上是统一的，其基础为欧盟指令，而欧盟各成员国适用相关欧盟指令的方式相差无几。

1) 增值税 (VAT)

增值税是一种消费税，适用于几乎所有在欧盟境内买卖的以供使用或消费的商品和服务。

通常而言，对于在供应链各个阶段（包括终端销售阶段）的所有商品和服务都要征收增值税，该增值税由商家支付。但由于增值税是一种消费税，其最终只能由终端消费者承担。商家一般可以对其在供应链上游支付的增值税进行扣减，这意味着相抵之后，商家将仅需负担供应链中因价值增加而产生的增值税。由于法定豁免的存在，可能会存在特定的例外情形。

总部位于欧盟的公司，须就大多数商品在欧盟境内的销售和购买缴纳增值税。同样，在各欧盟国家境内进行服务时，也会就服务收取增值税。收取和缴纳增值税的地点通常是消费商品或服务的欧盟国家。但是，也有特定的例外情形。向欧盟以外的国家出口的商品不会被征收增值税。在这些情况下，增值税通常在进口国进行收取和缴纳。对出口货物适用增值税豁免，需要提供相应的文件（其中包括货物运往欧盟以外的有效证明）。

尽管增值税大部分是统一的，但每个欧盟成员国仍可能以不同的方式适用增值税规定。且，增值税的税率可能会有所不同。

欧盟成员国适用的增值税税率有许多类型。税率取决于交易中涉及的产品或服务。每个欧盟成员国均须有一个适用于大多数商品和服务供应的标准税率。该标准税率不得低于 15%，目前大多数成员国的标准税率约为 20%。特定商品和服务（见增值税指令附件 III 中的清单）的供应可能适用减税税率，但在大多数情况下，减税税率不适用于以电子方式提供的服务。减税税率不得低于 5%。此外，部分欧盟

国家还获准对在 1991 年 1 月 1 日已经实施特殊税率的特定供应品继续适用特殊的增值税税率，而非标准税率。

对于欧盟以外的公司，增值税是否适用具体取决于所提供的服务。而货物的交付通常是需要缴纳进口增值税的。

2) 消费税 (Excise Duties)

欧盟消费税规定涵盖了以下产品：

- 酒精和酒精饮料；
- 能源产品和电力；以及
- 烟草制品。

消费税须在该类产品生产或交易的时间和地点缴纳。欧盟为该类产品的每一项都规定了最低应付的消费税金额，但也存在减税税率和免税优惠，例如免税购物。

欧盟成员国可能还会对特定产品征收其他消费税。

(2) 欧盟为统一企业所得税做了哪些工作？

尽管企业所得税的统一程度仍处于较低水平，但已经取得了一些进展，至少增加了共同市场的功能。

1) 早年情况

- 《母子公司指令》 (Parent-Subsidiary Directive)

早在1990年，欧盟理事会就通过了《母子公司指令》，该指令旨在通过取消对位于不同成员国的关联公司之间支付股息征收的预提税来消除欧

盟集团公司之间利润分配领域的税收障碍，以及通过豁免对子公司所分配利润的征税，或通过用已经向子公司所在成员国缴纳的税款抵扣自身税款来防止就子公司利润对母公司进行双重征税。

2003年，《母子公司指令》经修订，（1）扩大了其所涵盖的公司范围；（2）将最低持股比例从25%降至最终10%；并且（3）通过允许对二级子公司的税负进行抵扣，扩大了消除双重征税的范围。

- 《并购指令》（Merger Directive）

1992年《并购指令》出台，该指令的引入旨在实施适用于不同成员国公司之间的合并、分立、资产转让和股份交换的共同税收制度。该指令的目标是消除两个或多个成员国居民企业之间跨境重组所涉及的财会障碍。对于该指令的适用范围，其所附清单列明了适用公司的法定形式。该等公司均应缴纳公司税，不受豁免，并且须为任一欧盟成员国的纳税居民。在合并和分立的情况下，出让方会将资产和负债转让给一个或多个受让方。

《并购指令》允许为税收之目的，对该等资产和负债的市场公允价值与账面价值之间的差额征收的税款进行递延。如果受让方承继该等税款（tax value）并将其有效地关联到其在出让方所在成员国的常设机构，则允许递延。对于根据被转移资产形成运营分支机构（branch of activity）的资产转移行为，该等规则同样适用。《并购指令》还涵盖了交易出让方在另一成员国设有常设机构的三角案例。股份交换是公司通过将其股份转让给被收购公司的股东换取后者在被收购公司的股权的方式，获得被收购公司控股股权的交易。在所有这些交易中，根据《并购指令》规定，出让方或被收购方的公司股东经换股交易将所持股份转为受让方或收购方公司股份可能会获得资本利得，本应对该资本利得征收的税款是可以递延的。

2009年，《并购指令》经修订，扩大了适用的实体范围（包括European SE）和交易范围（包括剥离和将分支机构转换为子公司），并与《母子公司指令》一样将必要的持股比例从25%降至最终10%。

- 《利息和特许权使用费指令》（Interest and Royalties Directive）

2003年，欧盟理事会通过了《利息和特许权使用费指令》，该指令制定了一项共同税收制度，适用于不同成员国关联公司之间支付的利息和特许权使用费。《利息和特许权使用费指令》旨在通过在所付款项的受益所有人是位于另一成员国且被视为关联方的公司或常设机构时，取消在本成员国就特许权使用费或利息支付产生的预提税，从而消除集团公司内部跨境利息和特许权使用费支付领域的预提税障碍。

但在该等非常早期的措施之后，统一进程似乎已经停滞了很长时间。

2) 近期发展

然而，欧盟委员会根据全球范围内减少逃税的方法，于近年提出了进一步的指令，该等指令在 2016 年及之后获欧盟理事会采纳。与早期指令不同的是，新的提案并非旨在减少税收障碍，而是在于解决不必要的税收优惠，这种现象大多是由所在国家（包括欧盟成员国）所得税的不同导致的。经济合作与发展组织（经合组织，OECD）对于税基侵蚀和利润转移（Base Erosion and Profit Shifting）的工作和研究为上述提案奠定了主要的基础。

- 《反避税指令》（Anti-Tax Avoidance Directive）

2016年，欧盟理事会通过了《反避税指令》，2017年对该指令的补充（即《反避税指令之二》，Anti-Tax Avoidance Directive II）也紧随其后获得了采纳。

《反避税指令》包含具有法律约束力的反滥用措施，所有成员国都必须针对常见形式的激进税收筹划采取该等措施。《反避税指令》的目的是为应对遍布整个欧盟的企业避税问题创造一个最低水平的保护机制，同时为更公平、更稳定的营商环境提供保证。

《反避税指令》中的反避税措施如下：

- 混合错配 (hybrid mismatch) 法规，以避免由两个不同国家的实体和/或金融工具的不同税收资格造成的税收流失；
 - 受控外国公司 (controlled foreign company) 规则，以通过根据当地税率对国外收入征税来阻止利润向低税或无税国家转移；
 - 转换 (switchover) 规则，以防止对某些收入出现双重不征税；
 - 出境税 (exit taxation) 规则，以防止公司在将资产转移到另一个国家时避税；
 - 利息限制 (interest limitation) 规则，以阻止为最大限度减少税收而进行的人为债务安排；
 - 当其他规则不适用时，一般反滥用规则可用以对抗激进的税收筹划。
- 《行政合作指令》 (Directive on Administrative Cooperation, DAC)

2011年首次通过的《行政合作指令》经2018年的最新修订 (DAC 6) ，得到了显著扩展。《行政合作指令》规定以三种形式——自发、自动和应要求——交换除增值税、关税、特种消费税和强制性社会缴款以外的所有税种的特定信息。

- 自发的信息交换发生于一个国家发现与另一个国家 (收入来源国或居住国) 有关的涉嫌逃税的信息之时；
- 应要求交换信息适用于出于税收目的需要其他国家的额外信息时；
- 自动信息交换则会在跨境的情形下被触发，即涉及纳税人在居住国以外的国家活动的情形。在这种情况下，税务机关会自动以电子形式定期向纳税人的居住国提供税务信息。该指令规定了针对五类收入和资产的强制性交换：就业收入、养老金收入、董事酬金、不动产和人寿

保险产品的收入及所有权。该范围后来扩展到金融账户信息、跨境税收裁决和预先定价安排、国别报告和税收筹划计划。这些扩大原指令适用范围的修订大体上是以国际税收管理机构（尤其是经合组织）商定的全球通用标准为基础的。然而，它们有时会走得更远，且重要的是它们有立法基础，而不是基于没有法律效力的政治共识。

《行政合作指令》还规定了其他行政合作方式，例如一个成员国的官员在另一成员国进行行政调查期间到访该国税务机关办公室。它还涵盖允许两个或多个成员国对具有共同或互补利益的人进行同时控制，以及对另一成员国当局发布的税务文书和决定的通知请求。

- 《公开国别报告指令》（Public Country by Country Reporting Directive）

欧盟于2016年提出并于2021年通过的《公开国别报告指令》（Public Country by Country Reporting Directive），要求大型跨国公司按照国别公布有关其在欧盟的获利和纳税地点的关键信息。公司还必须对其在欧盟以外开展的业务所缴纳的税款进行披露。对于不遵守税收善治标准的税收管辖区（所谓的避税天堂），该等信息将需在分类的基础上进行披露。

该等对于透明度的额外要求适用于目前活跃于欧盟统一市场、在欧盟建立常设机构存在（permanent presence）且全球年收入超过750,000,000欧元的任何跨国公司（无论其是否为欧洲公司）。

根据欧洲法律，任何欧盟指令都不会自动成为成员国的国内法，而是必须经过转化。因此，欧洲法院（European Court of Justice）有多项用以处理欧盟指令正确实施问题的管辖权也就不足为奇了。此外须谨记的是，所有该等指令都为成员国提供了特定选项，这意味着即使某指令已得到正确实施，在某些情况下，两个欧盟国家的国内法之间会有显著偏差。尤其是在过去的几年里，欧盟成员国内部存在在各自国内税法中实施某些反避税规定的趋势。最后，所有该等欧盟指令仅确定了最低的统一标准。因此，任何成员国都有权扩大相应指令的范围，即，较早期欧盟指令提供更多税收优惠，或较新指令引入更为严格的规则。

3) 新方法

除了这些立法举措外，欧盟委员会还开始打击通过被禁止的国家援助（forbidden state aid）进行逃税的行为。这不仅包括旨在为公司提供相对于其商业竞争对手而言不公平的竞争优势的国家税法，还包括由地方财政当局授予的被认为不符合当地法律并为接受者造成不公平优势的税收裁决。

(3) 欧盟内部的企业所得税原则

如上所述，欧盟内部没有直接的统一所得税。

然而，由于已通过的指令和欧洲法院对税务事项的管辖权（经常得出当地法律违反公司设立自由或资本自由流动的结论），国家税收制度已逐渐具有一定程度的一致性。

鉴于此，大多数成员国目前已对公司适用一种典型的税收制度，在该制度下，公司通常对源于其财务报表或单独的税收资产负债表的收入纳税，而股东将获得某些税收优惠或抵免以避免双重征税。尤其母公司通常会从适用于其子公司任何分红的参股免税（participation exemption）中受益，母公司对于该子公司的最低持股比例为 10%，并须持有一定的时间（通常为一年）。

对于欧盟内部分配，预提所得税税率通常被降至 0%。然而，反避税法规使用日益频繁，有时甚至是出于欧洲法院的要求，该等优待有可能会被撤销。

尽管应税收入仍然根据各国国内法的规定进行计算，但每个国家现在都对 EBITDA 10-30% 的利息扣除做出了限制，同时也经常通过只允许将一定比例的税收亏损结转（tax loss carry forwards）用于抵消一个财政年度的利润（最低税收规则，Minimum Taxation Rules），限制了税收亏损结转的使用。

集团税收计划可能是可行的。然而大多数情况下，该等计划受限于某国国内的征税，并不适用于跨境投资。

每个成员国都与其他国家缔结了避免双重税收协定（Double Tax Treaties）。在欧洲法院的管辖下，避免双重税收协定体系不受欧洲法律的约束。

(4) 未来会如何发展？

欧盟委员会以及一些成员国，在试图统一欧盟内部所得税方面，设定了一个较为激进的议程。

鉴于此，欧盟委员会已与其他方共同对欧洲法律提出了以下修正案：

1) 《共同统一公司税基》（Common Consolidated Corporate Tax Base）

共同统一公司税基由欧盟委员会于2011年首次提出。它提供了一套单一的规则，跨境公司可用该单一规则计算其在欧盟的应税利润，而不必应对不同的国家系统。

共同统一公司税基提案的主要目标是通过使公司在欧盟的跨境经营变得更容易、更低价，来加强欧洲统一市场。该提案将使公司得以通过单一税务机关为其在欧盟的所有活动提交一份纳税申报表，而不是在其经营的每个国家分别提交纳税申报表。共同统一公司税基中的统一要素还允许公司用其在一个成员国的利润来抵销在另一个成员国的损失。

尽管欧盟委员会在2016年重新启动了共同统一公司税基项目，但目前看来，该提案被采纳的可能性很小。

2) 《第二支柱指令》（Pillar 2 Directive）

2021年，欧盟委员会提出了《第二支柱指令》，试图使经合组织示范规则对欧盟成员国具有强制性，从而实施15%的最低征税税率。目前，尚无关于第一支柱指令的提案，但预计会在不久的将来出现。

3) 《反避税指令之三》（Anti-Tax Avoidance Directive III）

同样在2021年，欧盟委员会还提出了《反避税指令之三》（也称为“脱壳指令”），

以解决在欧盟境内利用空壳公司的逃税计划。该指令有意将范围扩大到欧盟以外的空壳公司。

(5) 结论

欧盟内部税法的统一程度差异很大：

- 对于增值税或消费税等消费税种而言，已经基本实现了统一，某些细微的地方性偏差和不同的增值税税率除外，但这通常不是交货商家的主要关注点，而是终端消费者的主要关注点。因此，无论投资地点在哪里，对该等投资征税，任何潜在投资者都应感觉良好。
- 对于所得税，任何潜在投资者则都必须意识到欧盟并非一个同质的地区，即使其为改变这一点已经做出了一些努力。事实上，该等投资者必须意识到各个国家的税收规则可能会有很大不同，且其必须纯粹基于当地规定遵守相关法律。因此，每当需要决定在哪里投资以及如何投资时，欧盟内的任何潜在投资者都必须先去了解地方税收法规，然后才能做出明智的决定。在可预见的未来中，这种情况很可能不会发生改变。

六、海关、外汇相关法律问题

1. 海关

国际贸易是经济繁荣的基本推动力。作为监管国际货物流动的政府部门，海关在加强全球供应链安全、贸易便利化和征收关税等方面有着积极的贡献。了解贸易国的海关制度，熟悉关税和进出口法规，对国际贸易的顺利开展至关重要。

(1) WCO《全球贸易安全与便利的标准框架》对于成员国海关的要求

《全球贸易安全与便利标准框架》（以下简称《标准框架》）于2005年6月被世界海关组织成员正式接受，主要包含四个核心要素：1) 从贸易便利化的角度要求提前递交进出口和转运货物的电子信息；2) 规定了成员海关要向达到供应链安全基本标准并采纳最佳做法的企业提供相应的便利；3) 从供应链安全的角度要

求加入的成员采用一致的风险管理方法来应对安全威胁；4) 基于可比风险识别法，根据进口国的合理请求，出口国海关应对高风险的出口集装箱和货物进行查验，并提倡使用非侵入式检测设备，如大型 X 光机和放射性物质探测仪。

基于上述四要素，《标准框架》对海关与海关的合作、海关与企业的伙伴关系、海关与其他政府机构的合作提出了进一步的要求：

1) 各国海关之间的合作（全球海关网络）

《标准框架》的要点之一是建立海关之间的合作网络，促进货物在安全的国际贸易供应链中顺畅流动。合作网络将使相关信息准确、及时地在海关之间进行交换，使各国海关更加有效地开展风险管理。这些措施不仅能够提高海关识别高风险货物的能力，而且能够帮助海关加强对国际贸易供应链各环节的监管，以及更加合理高效地配置海关资源。

2) 海关与企业之间的合作

《标准框架》提倡各海关应该与企业建立伙伴关系，使其参与到保证国际贸易供应链安全的工作中。核心在于建立一个国际统一的认证制度，对能够在供应链不同环节上提供高度安全保障的企业进行认证识别。认证企业可通过建立上述伙伴关系获得如快捷通关或其他便利措施等切实的好处。

3) 海关与其他政府部门的合作

《标准框架》鼓励海关与其他相关政府部门之间建立合作关系，并认可其他现有的国际标准。它将帮助政府实施统一的边境管理和控制，通过采取必要措施扩大海关在边境管理和控制的权限和职责。

(2) 主要国家海关通关政策简介

1) 美国

美国海关由两个部分组成，即海关边境保护局（简称 CBP）与移民海关执法局

（简称 ICE），分别负责边境执法与案件调查。美国《1930 年关税法》和美国协调关税表（HTSUS）是征收关税的主要依据。

报关分为两个阶段，一阶段：货物运抵美国口岸之日起 15 日内，应向 CBP 指定地交验报关单证，海关确定符合放行条件后，担保验放。二阶段：货物担保验放后 10 日内，货主或其报关代理应向指定海关交验所需单证，申报征税和贸易统计需要的信息，缴纳预估税费。

2) 欧盟

欧盟 27 个成员国海关实施同一《欧盟海关法典》（Union Customs Code），欧洲委员会设有经济、金融、税务与海关委员，同时，设有税务与海关同盟总司，主管海关事务，负责协调和指导各成员国在海关执法方面的事务和政策，具体的执法工作由各成员国海关实施。欧盟各成员国海关当局主要负责监管共同体国际贸易，促进公平、开放的贸易环境，促进内部市场的共同贸易政策以及可对贸易造成影响的政策政策的实施，促进供应链的整体安全。

EORI 编码（Economic Operators' Registration and Identification number）是欧盟范围内有效的经营者识别号码，是在欧盟通关的先决条件。

在将货物运入欧盟的关税区之前，应提交一份入境简要申报（ESumA）。该申报主要是为了使海关能够为安全和安保目的进行风险分析。

进口商应依法向海关申报，经海关同意，也可简化申报内容，并根据需要进行补充。申报必须在货物交验海关之前完成，但不能早于 30 天。经海关授权的进口商，可以在一地海关申报，在另一海关管辖地交验货物。对于满足特定条件的进口商，海关可以采取立即验放模式。

欧盟同时实施非优惠原产地规则和优惠原产地规则，前者由欧盟共同税则规定，后者则体现在欧盟与贸易伙伴签署的优惠贸易协定中。

3) 英国

英国税务海关总署（HMRC）于 2005 年由英国税务局、海关合并成立。作为主管英国税收征管与海关事务的非内阁部门，其首要职责之一是通过税款征收、合规监管及行政执法工作保障款项入库。

货物运抵前，申请 EORI 编码用于后续的申报、清关等手续，并提交简要入境申报。货物运抵后，立即向海关提交货物，并在货物提交给海关的 90 天内进行完整的申报，也可以在货物到达前 30 天内进行申报，但只有在货物实际到达并提交时，才会被正式接受。

4) 日本

日本海关总部为“日本海关及关税局”，隶属于财政部。海关法、海关关税法及临时关税法是日本海关关税政策与行政管理的基本法律。

一般情况下，将进出口货物运入保税区域后应向海关申报（散装货物、蔬菜、鱼类等需快速通关的空运货物、风险管理认可的“特例企业”除外）。海关接到进口申报后，进行单证审查和必要的货物查验，涉税货物原则上待企业缴纳关税等税金后，海关予以放行，企业方能提货。

日本禁止进口毒品、枪械、爆炸品、假钞、色情品等，以及其他违反知识产权法的产品。此外，日本也要求销售或使用的货物必须符合检验或其他规定，才可获发进口许可证或事先批准。受限制物品包括但不限于某些农产品及肉类产品，国际条约禁止进行国际贸易的濒危物种及其制品（如象牙、动物部分和毛皮等），超过两个月用量的个人使用药品，以及超过 24 件的同一类化妆品。

5) 新加坡

新加坡海关是财政部下属的一个部门，是贸易便利化和税收执法的主导机构。新加坡海关共设八大处，其中贸易处、合规管理处、情报调查处涉及检查、稽查事项。

新加坡海关鼓励进出口企业实行良好的企业管制并实施有力的内部控制，从而遵守相关法律法规，并定期与进出口企业相关部门进行对话，了解他们的业务需求，也使企业了解海关监管的发展情况，并协助特定进出口企业解决合规性相关问题。

进出口货物受《海关法》《进出口规管法》及相关机关的其他法例（例如税务法例）管理。进口至新加坡之前，必须先通过 Trade Net 系统获得进口许可。进口报关时，货主或代理须在进境地海关交验该进口许可证明，并按照进口时适用的税率缴纳关税、消费税，办理货物通关验放手续。货物需要分期分批进口报关的，报关时应交验同一许可证，由海关核注、签章，直至全部货物通关完毕。

受管制货物在进口到新加坡之前需要得到主管当局（CA）的适当授权（预先通知、许可证或证书批准）。如果该物品受管制，可以直接向各 CA 查询其许可要求。

6) 《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）的相关介绍

2020 年 11 月 15 日，RCEP 最终签署，2022 年 1 月，RCEP 对文莱、柬埔寨、中国、日本、新西兰等 10 国正式生效。剩余成员国也将在完成国内批准程序后陆续生效实施。

在国际贸易及海关进出口方面，RCEP 中的货物贸易零关税产品数在 90% 以上，且大部分货物属于立刻降税到零和 10 年内降税到零的范围。RCEP 也引入了更灵活的原产地规则，RCEP 以实质性改变为原则，对于部分货物，允许各成员方在确定原产地时，自由选择适用税则归类改变标准（CTC）或区域价值成分标准（RVC）。在通关程序方面，RCEP 要求各成员方海关方面的法律法规具有可预测性、一致性和透明性，要求海关设立通关时间的上限，且尽可能在货物抵达后和提交所有海关通关所需信息后 48 小时内放行。对于易腐货物，RCEP 还要求各缔约方海关优先查验，通常应在 6 小时之内放行。除此之外，RCEP 还引入了更透明的规则，对卫生与植物卫生措施等方面进行规范，并引入技术性磋商机制，以降低成员国之间的非关税壁垒。

在 RCEP 之前，中国已分别与 15 个成员国中的澳大利亚、新西兰、韩国和东盟单独签订过自贸协定，该类自贸协定仍有效，企业在对这些国家进行出口时，可以根据实际情况，选择适用对自身最有利的协定。

(3) 主要国家海关后续监管政策

1) 美国海关

重点核查项目（FA）是对进出口企业海关风险的综合核查方法，核查内容包括内部控制和贸易合规性。内部控制部分涉及对企业守法意识和识别内部风险的评估。贸易合规部分涉及对企业是否遵守相关 CBP 法律法规的评估，以及对已发现不合规现象的分析。

进出口企业自我评估项目（ISA）是政府企业合作项目，旨在加强企业贸易合规性以及建立与海关的互信关系。它的前提是企业必须拥有强大内部控制系统并达到海关守法的最高要求。

此外，如果有关人员披露违反 19 U.S.C § 1592 或 19 U.S.C. § 1593(a) 的情况，在对该违法行为进行正式调查之前，或在不知情的情况下相关人员可向海关官员进行事先披露，并报告相关实际税费情况。

- **301调查**

美国海关作为301加征关税的执法机关，针对中国产品强化了执法措施并加强海关稽查打击规避行为，采取包括追溯征税在内的措施。美国海关关税加征的执行过程中，以产品的海关归类、原产地和海关估价作为征税的基础。除此之外，对于301加征关税清单上的进口产品，美国海关会通过仔细审查商品编码和原产地确认是否存在规避301措施的行为。同时，美国海关还开设了“e-Allegation”系统（电子举报系统），也会根据公众从该系统提交的举报信息，启动关税稽查调查。

2) 欧盟海关（以德国为例）

在德国，海关外部审计办公室及海关稽查办公室承担联邦税收的审计业务。海关对外审计的基准为《税法》。对外审计主要检查被审计人的文件、账册。海关除对审查对象的纳税情况进行检查外，还审计企业执行国家外贸相关法规的情况。

进口货物放行后，德国海关保持3年内审计的权利。在开展外部审计时，德国海关会提前向审计对象制发《稽查通知书》，明确稽查事项范围，范围通常涉及与企业进出口相关的方方面面，包括证、税等。

3) 英国海关

HMRC 海关合规检查的具体分类可以根据实施形式分为：非现场信息调查、预约现场访问、突击现场访问 / 检查；根据检查的方法又可以分为：日常合规检查、风险检查。风险检查中，HMRC 根据企业历史合规记录、情报分析结果等因素选择调查对象及调查频率。

如果合规检查中 HMRC 发现被调查企业存在违法情节，如故意向 HMRC 提供虚假信息或不具备资格的情况下申请索赔等，则 HMRC 有权开展对被调查企业的税务欺诈调查。

在具体评定处理意见、罚款金额时，HMRC 将考虑合规检查中被调查企业的配合程度。HMRC 一般说明中明确列出如企业积极配合检查，则罚款金额将相应降低。

4) 日本海关

后续稽查由调查与情报处负责，稽查分为按年度 / 月底计划进行和临时两种，稽查的任务包括：（1）货物通关之后，对进出口企业所申报的内容进行确认；（2）若确认申报时内容有误，海关协助企业修正不正确的申报内容，并完成税款补缴，

向进出口人宣传报关的相关规定。

此外，日本海关还建立了刑事调查制度对企业进行监管，偏向于对通过非法手段故意避免关税的企业进行后续的调查和处罚。一旦海关发现企业有故意偷税漏税的行为，海关将对企业实施刑事调查，并现场进行检查、搜查或扣押，追究相关的刑事责任。

5) 新加坡海关

通关后核查（PCA）是对进出口企业相关商业系统和流程、财务和非财务记录、实物库存和其他资产进行结构化检查，是一种衡量和改进合规性的手段，目的是核实新加坡海关申报和其他退税的准确性和真实性。

该核查在货物从海关放行后于进出口企业处或海关处进行。PCA 完成后，审查小组将通知被审查方审查结果，并在需要时就核查过程中发现的问题进行讨论，并提出合规整改建议。

(4) 主要国家AEO制度及互认互惠政策

AEO（Authorized Economic Operator），即“经认证的经营者”。AEO 制度为一种海关根据企业进出口活动的经营状况、内部控制水平、守法情况等信息，对信用程度较高的企业给予认证，这类认证企业即可在一定程度上享受通关便利措施的制度。目前，AEO 制度已在全世界八十多个国家落地发展并完成本土化。

1) 美国

海关贸易反恐伙伴关系（简称 CTPAT）是美国海关多层次执法策略的一部分。通过该项目，美国海关与进出口企业合作，加强国际供应链和美国边境贸易的安全。当企业加入 CTPAT 时，将与美国海关合作以确保供应链安全，识别贸易安全漏洞并实施相关保护措施⁶⁷。

⁶⁷ CTPAT: Customs Trade Partnership Against Terrorism, <https://www.cbp.gov/border-security/ports-entry/cargo-security/ctpat>

2) 欧盟

在欧盟的 AEO 制度下，企业凡在欧盟任一成员国获得 AEO 资格，其资格亦可在欧盟其他成员国得到认可。

欧盟将 AEO 企业细分为 2 类，AEO C 和 AEO S。不同类型的 AEO，对应申请条件的侧重点不同，享受到的便利措施也不同。AEO C 主要侧重于贸易便利，要求申请者守法情况、财务状况较好，对于跨境贸易和运输的内部管理体系满足海关监管要求，可以享受到通关便利方面的优惠措施。AEO S 中的 S 代表 security，该类认证侧重于贸易安全，申请条件在 AEO C 的基础上，增加了对于企业安全标准的要求，同样可以享受 AEO C 认证企业获得的一系列便利措施，另外海关也会减少对 AEO S 与安全有关的文件审查，并在查验前提前通知 AEO S。

企业可同时申请成为 AEO C 和 AEO S，成为享受海关手续简化和相关安全便利措施的“二合一”AEO。目前，欧盟已与挪威、瑞士、日本、安道尔、美国、中国和英国实施了 AEO 互认，AEO S 和“二合一”类的 AEO 企业可以享受欧盟的国际互认的优惠。

3) 英国

英国作为前欧盟成员国，其 AEO 制度与欧盟较为相似，AEO 企业同样分为 AEO C 和 AEO S 两类，AEO C 侧重贸易便利，AEO S 侧重贸易安全，企业可以选择一种进行申请，也可以同时申请上述两类认证。英国 AEO S 企业可以享受国际互认的优惠，目前与英国达成 AEO 互认的经济体包括欧盟、日本、中国、美国、瑞士。

4) 日本

日本海关实行 AEO 制度以确保本国进出口贸易的安全以及促进便利化通关的发展。在 AEO 制度项下，日本海关总署在东京海关成立了专门的 AEO 中心来统领全国 9 大关区的 AEO 申请及审批流程，从而确保 AEO 制度的实施以及对企业进行 AEO 申请的后续核查。

5) 新加坡

安全贸易伙伴关系（STP）是符合 WCO 安全标准体系的自愿认证项目，其目的是确保和促进全球贸易安全与发展。

该方案鼓励各公司在其贸易业务中基于自身风险采取强有力的安全措施，以改善全球供应链的安全性。企业参与该项目可以对外证明其供应链的安全性。该项目向所有供应链相关者开放，包括进出口企业、出口商、制造商、货运代理、仓库运营商、物流商和终端运营商。该项目允许企业根据其业务模式选择在供应链中的角色，灵活定制安全措施。

有更高安全措施的公司将有资格获得 STP Plus。获得 STP Plus 的企业还可以通过不同国家之前签订的互认协议（MRA）获得额外的便利。具有 STP Plus 认证的公司，其供应链安全的认证状态也将得到 MRA 合作伙伴的认可。

6) 互认互惠简介

AEO 的国际互认为 AEO 制度中的重要环节，两国签署互认协定并实现国家或地区之间的互认后，认证企业在互认国家和地区进行货物通关时，可以享受互认协议中所规定的通关便利待遇。

中国海关近年来积极推动和发展 AEO 互认，截至 2022 年 5 月，已与 48 个国家和地区达成了 AEO 互认，具体名单有新加坡、韩国、中国香港、欧盟（成员国 27 个）、英国、瑞士、新西兰、以色列、日本、白俄罗斯、智利、澳大利亚、哈萨克斯坦、蒙古、乌拉圭、阿联酋、塞尔维亚、乌干达、南非、巴西、伊朗、泰国。

互认国家给与中国 AEO 企业的便利措施主要包括五类：（1）简化 / 减少单证审核；（2）降低进口查验率；（3）进口优先对待、加速处理、快速放行；（4）为 AEO 企业指定海关联络员，负责沟通解决 AEO 企业在通关中遇到的问题；（5）贸易中断恢复后优先办理手续 / 非常时期优先处置。对于互认企业来说，有助于进一步降低其通关时间和通关成本，加强其在国际市场竞争中的竞争力。

(5) 主要国家海关对企业的优惠及处罚案例

1) 美国海关案例

美国海关发现某公司进口申报的“桦木胶合板”的税号申报错误，可能会导致少缴税款，因此针对该公司过去一年的进口申报情况启动了稽查。稽查发现相关进口胶合板错误归入了桦木胶合板的税号 4412.32.0540，对应的进口关税率为 0%，而实际属于柳安木胶合板，应归入税号 4412.32.3175，对应进口关税率为 8%。美国海关认定该公司的申报不实行行为构成 19 U.S.C. 1592(a) 的商业欺诈，对其处以 1,566,882 美元的罚款（漏缴税款的 2 倍）。

2) 欧盟案例

某货运公司在报关时使用了某种型号的播放器在欧盟内的销售价格，以 0% 的税率申报进口。荷兰海关对其申报的 0% 的税率提出质疑，并最终决定应按 13.9% 的税率征税。该货运公司不服该决定，于是向欧盟法院申请裁定。欧盟法院审理后认为，在报关单不准确或不完整的情况下，可以要求根据《共同体海关法》进行调整。根据《共同体海关法》，货运公司在本案中申报的价格并没有问题，但不应该适用 0% 的税率。最终欧盟法院裁定，荷兰海关应考虑允许改用亚洲制造商收取的较低价申报，并适用相应税率。

3) 日本案例

某进口商从中国出口商处进口服装。在申报进口前就知道官方销售价格，在明知出口商寄来的发票上显示的价格低于官方价格的情况下，为了避税未在申报时对错误价格进行更正。经核计，未申报税款的应纳税额为 3,595 万日元。最终，导致进口商补缴税款 796 万日元（其中包含了 109 万元的加重税）。

4) 新加坡案例

某进口公司为了逃避关税和商品及服务税（GST），通过虚报申报价格的方式，将 464 辆汽车进口至新加坡，后被海关查获。州法院经过审理，对该进口公司的经

营者判处罚款 5,628,864 加元。后因该经营者拒绝缴纳罚款，被判服刑 40 个月，并且因在部分车辆注册期间少缴额外登记费（ARF）而被判处 4 周监禁。

2. 外汇

围绕着产业投资、基础设施、资源开发等领域，我国企业海外投资的进程不断加快。海外投资必然伴随着资金的转移，以及人民币与投资国当地货币的兑换和结算等问题。关注投资国的外汇政策和制度，制定有效的风险防范策略至关重要。

(1) 关注投资国的外汇管理政策

各国家和地区有其各自的投资和贸易制度以及资本管制和外汇管理的制度和政策。外汇管理是指一国政府授权货币当局或其他机构，对外汇的收支、买卖、借贷、转移以及国际间结算、外汇汇率和外汇市场等实行的管理行为。

1) 美国

美国财政部负责制定资本和外汇的相关规定。原则上，美国的经常项目和资本项目均可自由兑换，对非公民的利润、红利、利息、版税和费用的汇出没有限制。但对部分列入名单的国家实施贸易制裁和禁运，限制包括贸易支付、汇款和其他类型合同和贸易交易。

在境内直接投资方面，外国投资一般无需审批，按照一定的程序直接到所在地区的投资主管部门（一般是州和地方的经济发展主管部门）申报即可，但由美国财政部、商务部等部门组成的跨部门“外国投资委员会”（CFIUS）负责监督审查，如果 CFIUS 认为某笔涉外并购交易可能影响美国国家安全，有权对该并购进行审查。在获得 CFIUS 批准的情况下，企业可以将投资金额自由汇入美国。

2) 欧盟·德国

《欧盟运作条约》第 63 条要求：禁止对欧盟国家之间以及欧盟国家与非欧盟

国家之间的资本流动的一切限制，除非是为了追求合法的公共利益所必需的。因此，欧盟各成员国原则上实行外汇和资本自由流动，对外汇汇入和汇出没有限制。但是，超过一定金额欧元等值货币的汇入、汇出款可能要求申报，具体金额要求由各国规定。

就德国而言，德国实行货币自由兑换制，不存在任何形式的外汇管制，企业和个人可以自由持有和买卖外汇。但根据德国《对外经济法》，单笔交易或对外汇款金额超过 1.25 万欧元，汇款者需要向德国联邦银行履行报告义务。此外，《对外经济法》及相关实施条例还设置了资产或交易金额超过一定限度的资本项目备案及报告制度，具体而言主要有：（1）境内居民的外债（含债权债务，合计超过 500 万欧元）报告义务；（2）总资产超过 300 万欧元的境内居民境外资产报告义务；（3）总资产超过 300 万欧元的非境内居民境内资产报告义务；（4）超过 1.25 万欧元的证券业务、金融衍生品相关收支的报告义务；（5）公司及分支机构设立相关的出资及增资报告义务。

3) 日本

根据日本《外汇及外国贸易法》等法律规定，任何公司或个人均可自由交易外汇，无特殊限制。

对于外国投资者的境内直接投资行为，日本将其分为了对内直接投资⁶⁸和特定取得⁶⁹，原则上采用事前申报与事后报告结合的监管方式。即，对于涉及国家安全、公共秩序、公众安全、因日本国情而受到限制的指定行业的对内直接投资或特定取得，应进行事前申报，其他对内直接投资原则上应进行事后报告，其他特定取得行为则不需要进行事后报告。

事前申报，是指外国投资者进行应接受审查的对内直接投资或特定取得的投资活动时，外国投资者必须在实施对内直接投资或特定取得相关交易的基准日前的 6 个月以内，按照规定的格式通过日本银行向日本财务大臣和行业主管部门的大臣进行申报，自主管部门受理申报后经过 30 日方可进行所申报的交易行为，该 30 日被

⁶⁸ 日本外汇法所规制的外国投资者对内直接投资行为范围非常宽泛，不仅包括外国投资者在日本新设企业（相当于“外商直接投资/FDI”），也包括收购日本公司股权、认购日本公司增资、或者通过并购重组形式获得日本公司股权的行为（相当于“外资并购”）；此外，还包括外国投资者对日本公司的管理经营施加实质影响，以及对日本公司长期贷款等行为。

⁶⁹ 外国投资者取得另一外国投资者持有的日本非上市公司的股份或股权的行为被称为“特定取得”。

称为“不作为期间”。若不需要进行实质性审查，经主管部门裁量，在一定情况下不作为期间可以被缩短。若违反事前申报义务可能面临刑事处罚，即可能被处以 3 年以下有期徒刑，单处或并处 100 万日元以下的罚款。未进行事前申报的直接投资危及国家安全等时，还有可能被责令出售投资取得的股份等措施。

除有事前申报要求的对内直接投资或特定取得外，外国投资者必须就对内直接投资行为（不含特定取得）进行事后报告，即，须在实行对内直接投资行为后 45 日内，通过日本银行向财务大臣和行业主管部门的大臣报告该对内直接投资的内容、实行日期和其他行政令中所规定的事项。违反事后报告义务也可能面临刑事处罚，可能被处以 6 个月以下有期徒刑或单处 50 万日元以下的罚款。

4) 印度

《外汇管理法（1999 年）》（Foreign Exchange Management Act）是印度外汇管理的主要法规，适用于印度境内机构和印度境外由印度居民所有或控制的机构。此外，在《外汇管理法（1999 年）》框架下还有大量涉及外汇管理具体领域的管理规则，如《外汇管理（在印度设立分支机构、办公机构或其他商业场所）规则（2000 年）》等。

根据相关法规，印度政府放开了外汇管制，经常账户下的卢比可以自由兑换。非居民的资本账户也几乎可以完全兑换卢比。但在实际操作中，政府对资本流动有很多具体的规定和限制。

就外国投资者的境内直接投资，印度采用限制清单及负面清单管理模式，外商直接投资要符合负面清单（8 个行业禁止外商投资）及其他要求。外国个人投资者和机构投资者投资境内股权和可转换债券，没有总额上限，但单一外国投资者的投资占比不超过该公司实收资本的 10%，所有外国机构投资者的投资总额不超过该公司实收资本的 24%。外国投资者在印度直接投资，需要在 30 天内向储备银行报告股份转让、汇款金额等信息。

除建筑工程领域、发展项目和国防项目等有投资锁定期规定外，所有外国投资

本金和利润都可自由汇回母国，外商直接投资获得的利润、股息和出售投资所得收益均可全额汇回。其中证券销售收益和清算收益汇回，应取得印度财政部所得税司完税证明，并通过指定银行（AD Category-Ibank）进行。

5) 新加坡

原则上，新加坡无外汇管制，资金可自由流入流出，外资企业在新加坡各大银行均可申请开立多币种外汇账户，企业利润汇出无限制也无特殊税费。

需要注意的是，1983年以后新加坡实行新元非国际化政策，主要限制非居民持有新元的规模。包括：（1）银行向非居民提供500万新元以上融资，用于新加坡境内的股票、债券、存款、商业投资等，银行需向新加坡金融管理局（下称“金管局”）申请；（2）非居民通过发行股票筹集的新元资金，如用于金管局许可范围外的境内经济活动，必须兑换为外汇并事前通知金管局；（3）如金融机构有理由相信非居民获得新元后可能用于投机新元，银行不应向其提供贷款；（4）对非居民超过500万新元的贷款或发行的新元股票及债券，如所融资金不在新加坡境内使用，汇出时必须转换成所需外币或外币掉期等。

6) RCEP 与外汇管理

2020年11月，中国、日本、韩国、澳大利亚、新西兰和东盟十国共15国正式签署《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP），世界上最大的自贸区诞生。RCEP共20个章节，涵盖货物贸易、服务贸易、投资和自然人临时移动等方面的开放，纳入知识产权、电子商务、竞争等议题。在货物贸易方面，关税上给予“渐进式”零关税政策。在服务贸易方面，RCEP成员国在金融、电信和专业服务领域做出更高水平的开放承诺。投资方面，RCEP涵盖包括投资保护、自由化、促进和便利化在内的投资领域四大支柱条款，确认了成员国在国民待遇、最惠国待遇、投资待遇等方面的义务。

RCEP涵盖投资保护、自由化、促进和便利化四个方面，对投资的定义、所投资本的转移等均作出较明确的规定。投资章节主要涉及以下内容：一是投

资促进。规定通过鼓励缔约方投资、促进商业互动、组织政策培训会和研讨会等方式提高本地区作为投资地点认知。二是投资保护。通过规定国民待遇、最惠国待遇、最低待遇标准等当前国际投资协定的标准型条款，详细列举了禁止业绩要求、细化投资转移条款、规定缔约国进行征收和国有化的情形及补偿投资者的具体要求等。三是投资便利化。完善各项制度环境、明确争端预防和外商投资的协商解决等便利化措施，以期产生显著的投资创造效应，增强投资便利性。四是投资自由化。在自贸协定项下以负面清单形式对投资领域进行承诺，承诺对制造业、农业、林业、渔业、采矿业 5 个非服务业领域投资实行较高水平开放。

RCEP 使得投资币种有了更高的自由度，跨境金融服务模式更加多样，同时，RCEP 中所称投资者，包括缔约方自然人与法人，允许缔约方自然人包括取得缔约方永久居留权的自然人开展各种形式的投资活动。从外汇管理方面来看，RCEP 也沿袭了近年来国际自贸协定中的常用条款，以跨境资金自由流动为原则，以施加限制为例外。

由此可见，RCEP 虽然给投资者提供了投资便利和自由，但这并不意味着投资资金的跨境流动已拥有了百分之百的自由。因此，投资者在实际进行境外投资时，仍需遵守中国及投资国当地的外汇管理及投资相关规定，合法合规地进行对外投资，以保证资金跨境流动的安全性和稳定性。

(2) 中国企业可能遇到的常见风险警示

1) 投资国的外汇政策或制度带来的外汇风险

我国企业在境外的直接投资盈利或亏损的程度易受到外汇管理及相关政策的影响。根据前述各国外汇制度介绍可见，发达国家的外汇管理制度相对宽松，对资金跨境流动的管制较少，资金跨境流动相对自由，但同时，值得注意的是，大部分国家对来自境外的境内直接投资仍有不同程度的报告或审查的要求，我国企业及投资者在进行投资时，需提前确认投资项目、投资行业、投资方式、投资金额等是否属于报告或审查对象。

相比发达国家，东盟国家和印度外汇市场发展程度较低，或多或少存在外汇管制或是外汇限制措施。如印度尼西亚规定外商投资企业不得将从税收减免中获得的投资收益汇出；泰国规定外商投资企业资本金需在合同签订日 360 天内存入指定银行外汇账户；菲律宾规定外商直接投资用于注册的投资款需以现汇形式汇入并结汇。如果投资国存在外汇管制，在企业经营过程中发生外汇风险几率增大，需要关注。

2) 人民币国际化问题与投资国货币自由化程度带来的汇兑问题

2016 年 10 月，人民币正式纳入国际货币基金组织特别提款权 (SDR) 货币篮子，标志着人民币的国际货币地位初步确立。但这主要体现在对外贸易方面，对外直接投资方面，人民币的跨境使用仍然受到较多限制。人民币国际使用在国际的接受度还不够高，人民币在官方认可、当地开户、跨境支付使用等方面存在一定障碍。

3) 中国外汇管理对境外投资资金运用的影响

中国企业或个人的境外直接投资的资金运用仍属于中国外汇管理的范畴，境外直接投资不仅需要遵守投资国的规定，同时还需要遵守中国外汇管理规定。

根据商务部《境外投资管理办法》（商务部令 2014 年第 3 号）、国家发展和改革委员会《企业境外投资管理办法》（国家发展和改革委员会令 11 号）、《境内机构境外直接投资外汇管理规定》（汇发〔2009〕30 号）等规定，中国对中国境内企业的境外直接投资实施备案核准登记制度。而根据国家外汇管理局关于发布〈境内机构境外直接投资外汇管理规定〉的通知（汇发〔2009〕30 号）等规定，企业境外直接投资应办理境内机构境外直接投资登记。同时，根据《国家外汇管理局关于进一步简化和改进直接投资外汇管理政策的通知》（汇发〔2015〕13 号），境外投资企业（含境内居民个人在境外设立的特殊目的公司）的境内投资主体应于每年 1 月 1 日至 6 月 30 日（含）期间，通过资本项目信息系统企业端、银行端向外汇局报送上年度境外企业存量权益相关信息。因此，当企业境外投资的资金已经顺利汇出至投资国时，境外投资资金的运用仍属于中国外汇管理的范畴，仍应符合商务部、发改委和外汇局对境外投资和资金运用的相关规定。如果境外投资资金的运用不符合商务部、发改委和外汇局对境外投资和资金运用的相关规定，不排除境

外投资所得的利润等在汇回境内时会遇到障碍。

(3) 风险提示

1) 中国境内企业境外直接投资需注意哪些外汇风险？

中国境内企业境外直接投资，主要面临的外汇风险包括：（i）汇率波动对成本及收益造成影响；（ii）各国外汇管理政策不同，因不熟悉投资国政策而导致未能及时报告或提交审核申请，导致投资交易失败或面临行政机关的处罚；（iii）因各国外汇管理政策调整而触发报告或审核义务；（iv）不熟悉各国结汇购汇的有关要求而导致资金跨境受阻。

2) 对中国境内企业境外直接投资的应对建议？

（i）为避免汇率波动带来的影响，可以关注投资国政策是否支持跨境人民币投资；（ii）及时确认和跟进投资国的外汇政策和制度，特别是与外商投资相关的外汇规定，若存在需要进行报告或审核的交易，及时向有关部门进行报告或提交审核申请；（iii）在结汇购汇前确认投资国相关政策和要求，如有前置审查要求或事后报告制度，应及时去银行办理，以确保资金跨境流动的畅通；（iv）进行境外直接投资时，尽管境外资金投资活动相对自由，但在资金跨境仍需符合中国法的要求。因此，中国企业仍需注意遵守中国外汇管理的相关规定，规避投资敏感行业或禁止行业，在投资前及时办理规定的审批手续，取得相应的许可及登记。

七、美国及欧盟数据保护法律

1. 美国的个人信息保护

(1) 简介

与欧盟和其他一些国家不同，目前，美国并没有适用于全国的、统一且全面的个人信息保护法律。对于商业活动中获得的个人信息（通常定义为能够识别、描述特定的个人，或与特定个人相关、或能够合理地与特定个人联系起来的信息，以下

简称“个人信息”），其收集、处理、披露和安全方面的规范和保护，是通过大量单行的、零散的联邦和各州法律法规来实现的，同时也要依靠传统的合同法和侵权法进行保护。本文对此进行概要的梳理和介绍。由于联邦、各州都颁布有较多法规，在此仅择其要者进行介绍。

需要注意的是，因为法律法规的零散性质，各项立法对于“个人信息”的称呼、定义都不尽相同，需要在具体查询、应用法律法规时加以特别注意。本章篇幅有限，对此不能一一说明。

（2）个人信息保护方面的立法

1) 联邦法律

一般性的法律——《联邦贸易委员会法》第 5 条：该法禁止受联邦贸易委员会（FTC）管辖的主体进行欺骗性或不公平的商业行为，是涉及个人信息的隐私权方面最基本的一项联邦法律。社交媒体公司、移动应用程序开发商、数据经纪人、广告技术行业参与者、零售商和“物联网”领域的公司如今都在收集、留存、使用 and 分享用户个人信息。如果经营者在隐私政策、用户界面、常见问题解答页面、公司网站和产品包装中的关于隐私和安全等问题，没有如实、全面向用户披露，作出了欺骗性、误导性的声明，则 FTC 将会认为经营者进行了欺骗性的或不公平的商业行为，根据该法提出挑战、追究责任。比如，经营者收集了个人信息，却不能如实告知消费者收集了何种信息，用于何种目的，保存多久，是否与第三方共享等，都可能构成违反本法。该法特点是高度原则性，缺乏实施细则，其实施一般有赖于联邦政府起诉涉嫌违法的当事方，通过司法手段进行制裁。但该法提出了对经营者个人信息方面的做法透明化的原则要求，是各种个人信息保护的基础。

金融领域的法律——《多德 - 弗兰克华尔街改革和消费者保护法》第 1031 和 1036 条：与上述法律类似，该法将侵犯顾客个人信息的保护，建立在反对“欺诈性”商业做法基础上，要求向消费者提供金融产品或服务的经营者，要明确告知所收集个人信息的一切做法，不得从事任何不公平、欺骗性或滥用行为或做法。该法还授

权消费者金融保护局制定规则，并有权针对其管辖范围内的实体进行执法，以防止与消费者进行的任何交易或提供消费金融产品或服务时，从事任何此类不公平、欺骗或滥用行为。

金融领域的法律——《2002年 Gramm-Leach-Bliley 法》：对金融机构所搜集的非公开个人信息作出规范要求。该法要求金融机构在建立客户关系时，向客户提供最初的隐私权告知，并且此后每年都需进行一次告知。除其他内容外，隐私权告知必须包含客户有权在某些情况下可以选择不共享其非公开的个人信息。保障规则要求金融机构以书面形式制定信息安全计划，其中要具体规定金融机构对个人信息的保护措施。该法还规定，通过向金融机构的雇员、代理人或客户作出虚假、虚构或欺诈性声明或陈述来获取或试图获取非公开个人信息，将构成犯罪。

消费信用方面的法律——《公平信用报告法》：除其他内容外，该法明确，消费者就其个人信息享有多项权利，其中包括：被告知信用报告中的个人信息是否已以不利于消费者本人的方式使用；了解消费者报告机构保存的有关消费者的文件中的内容；获取消费者的信用评分；对不完整或不准确的个人信息提出异议，并要求删除或更正等。

电视领域的法律——《1984年有线电视通信政策法》：该法限制有线电视运营商系统未经事先告知和同意而从消费者那里收集个人信息。该法还禁止在未经消费者同意或满足合规要求及法院要求的情况下向第三方披露其个人信息，并明确消费者有检查和纠正有线电视运营商数据库中其个人信息错误的权利。

有关联邦政府部门的法律——《1974年隐私法》：该法主要适用于联邦政府机构、承包商和雇员，旨在管制联邦政府机构保有的个人信息的披露，赋予个人权利，可以访问该等个人保存在联邦政府机构记录，可以在能够证明有关个人记录不准确、不相关、不及时或不完整时要求修改；建立“公平信息实践”守则，规定联邦政府收集、维护和传播记录的法定要求。

有关未成年人的法律——《儿童在线隐私保护法》：适用于面向13岁以下儿童的网站或在线服务的运营商以及其他网站或在线服务的运营商。要求这些网站或运

营商必须在其隐私政策中披露相关信息并获得父母的同意，然后才能对 13 岁以下的儿童收集某些类型的个人信息。

有关未成年人的法律——《家庭教育权利和隐私法》：该法适用于根据美国教育部的相关计划接收联邦资金的任何公立或私立学校，以及其他各州或各地方的教育机构，并要求这些学校和机构，将隐私保护的措施“传导”给其外部为其从事数据处理的第三方。该法首先让父母或符合条件的学生对他们的教育记录有更多的控制权，并且禁止教育机构在没有取得学生本人（如学生年满 18 岁或就读于高中阶段之后的学校）或学生家长（如学生未成年）同意的情况下披露“教育记录中可以识别个人的信息”。

医疗领域的法律——《1996 年健康保险流通与责任法》：该法制定全国性的标准，以保护某些与健康相关的个人信息在未经患者同意或不知情的情况下被披露。美国卫生部也根据该法颁布了医疗等相关领域的隐私规则，以及对于隐私规则进行补充的安全规则，都于 2003 年生效。受这两套规则管辖的实体，需要在医疗、支付和业务运营中，根据规则要求使用受保护的健康信息，并根据规则对个人消费者进行披露和告知。其中安全规则专门处理电子病历。它规定了合规性所需的管理、物理和技术保障措施。

2) 各州法律

美国大部分州都分别通过了自己的个人信息保护法律，立法发达程度、立法规范视角都不尽相同。近期美国各州立法是一个活跃期，根据新出台的一些州法律，美国企业都面临着在 2023 年年初更新、改革其个人信息隐私权和信息管理方面的公司制度的急迫要求。各州立法的特点，是通常赋予州司法机关对违法行为的处罚权，少数也赋予消费者个人的诉权。

除了下文概述的各州法律之外，一些州的法律在管辖的事项范围上与前文讨论的一些联邦法律有所重合，包括反不公平或欺骗性行为或做法的法律、消费信用领域的法律、健康保险领域的法律等。在这些领域，经营者无疑需要同时遵守联邦法律和相关的州法律。

下面对一些代表性的州立法做一些简述：

《加利福尼亚州隐私权法》：加州是美国首个通过全面性州法，保护个人信息的隐私权的州。该法是对此前《加州消费者隐私法》的全面修改，并将在 2023 年 1 月 1 日生效。该法要求经营者公司告知用户以下事项：公司将要收集的个人信息类别、用途以及对该等信息采取的免于泄露的措施、用户有权选择不出售该信息等，并应使得用户有更正和删除上述信息的权利。该法律还规定了其他一些义务。这些个人信息当中包括姓名、网上名称、IP 地址、电子邮件地址、账户名称、证件号码等个人识别信息、个人消费记录、消费倾向等商业信息，以及浏览记录、检索查询记录等电子网络信息、地理位置信息。加利福尼亚州的《消费者隐私权法》只适用于在加州“进行营业”、在加利福尼亚州收集个人信息的公司。

《弗吉尼亚州消费者数据保护法》：2021 年 3 月，弗吉尼亚州州长签署该法，使得该州成为美国第二个颁布全面性法律，保护个人信息隐私权的州。该法将于 2023 年 1 月 1 日生效，在许多方面与加州签署法律相似，但也借鉴了一些受欧盟 GDPR 的概念和做法。该法适用于弗吉尼亚州居民的“个人数据”，但“个人数据”的定义中，排除了个人及家庭环境之外的个人信息，也不包括 B2B 情境和受雇场景下的个人信息。

《科罗拉多州隐私法》：在很大程度上以《弗吉尼亚州消费者数据保护法》为蓝本，但也受到《加利福尼亚州隐私权法》的影响，要求经营者公司成为有积极性义务的数据处理者。该法为消费者提供访问、更正和删除个人数据的权利。消费者选择不销售个人数据，亦可以选择让公司不收集、不使用其个人数据。经营者公司需为消费者提供清晰、易懂和透明的个人数据使用信息，并在收集和使用个人数据时进行数据保护评估。该法授权总检察长和地区检察官对公司的数据保护评估机制进行访问以及评估，在发生违规行为时实施处罚，防止未来的违规行为。科罗拉多州隐私法将于 2021 年 7 月 1 日生效。

《纽约州防止非法入侵和改进数据安全法》：该法于 2020 年 3 月 21 日起生效，要求受该法管辖的经营者在发生违规事件时通知消费者，并制定、实施和维护合理的保障措施，以保护私人信息的安全性、机密性和完整性。隐私信息包括与自然人

相关的任何个人信息以及以下任何一种或多种数据元素：社会保险号、驾照号、帐号、信用卡或借记卡号以及任何所需的安全码、生物识别信息，以及用户名 / 电子邮件地址和密码凭据。

《伊利诺伊州生物特征信息隐私法》：在规范生物特征信息使用方面，美国联邦立法暂时缺位，各州立法也不普遍，因此该法是美国在这个领域中目前最重要的法律。生物特征信息的使用，是根据个人的生物识别标识符（例如视网膜或虹膜扫描、指纹、声纹、或扫描手或面部几何形状）识别个人。该法规定了对违规行为的私人诉讼权，由于近年伊利诺伊州最高法院和联邦上诉法院都做出了有利于原告的一系列裁决，这个领域的诉讼正在大量增加。近年来，大型跨国公司或有选择芝加哥及伊利诺伊州其他城市作为生物特征金融交易应用试点的趋势；例如：在杂货店、加油站和学校食堂使用指纹扫描支付技术。广大群众对此类技术与个人金融信息的关联表示担忧。因此，该法从数据收集、储存、使用以及销毁的维度对拥有个人生物识别标识符的私营实体进行规范要求。该法于 2008 年 10 月 3 日生效。

3) 业者自律为补充

除上述联邦和州的法律外，美国的个人信息保护也在很大程度上依赖业者自律。其业务经营涉及个人信息的业者，需要自行建立自己内部的隐私权保护合规体系，落实联邦法律和相关州法律的要求，建立自己的、成文的用户个人信息隐私权保护制度、设立专门岗位进行内部监督、进行内部培训，并且制定格式化的、对用户告知并取得同意的个人信息隐私权政策或条款，在与用户订立协议、提供服务之初，就用书面协议（包括在线点击接受许可的方式）确认客户接受这些政策和条款，使用户知情。这些内部的隐私权保护制度以及与客户之间的隐私权协议，通常都是遵循行业内较为通行的惯例，以做到公平合理。

州法方面，因为各州立法程度和规范角度不同，一般在多州经营的从业者，或者参照各州不同要求制定自己的合规规范，或者选择其中要求最为严格的州法（比如加利福尼亚州隐私权法律）作为参照标准，来制定自己的合规规范。

(3) 跨境数据传输

不少跨国企业都在业务运营中涉及到将美国的客户个人信息进行跨境数据传输的问题。目前，美国因倡导数据自由流动，故就数据跨境及境外存储而言，尚且不存在生效的限制性规定。但在当前国际政治经济条件下，美国正在加大这方面的立法管制。同时，也需要注意《2019年美国国家安全与个人数据保护法案》与《澄清海外合法使用数据法案》对跨境数据传输可能产生的影响。

《2019年美国国家安全与个人数据保护法案》（尚未生效）将中国列为“关注国家”，并规定根据中国法设立的、为从事跨境商事活动而提供网站运营及互联网应用服务的科技公司（下称 CTC）需履行如下数据安全义务：

- 用户数据本地存储：即CTC不得将自美国居民及美国公民处收集的任何用户数据或者可破译该数据所需的信息（如加密密钥）存储在位于美国境外的服务器或者数据存储设备上，也不得将前述数据存储至与美国签订了相关协议、以允许当地执法机构共享数据的国家或地区。
- 禁止向关注国家转移数据：即CTC不得将任何用户数据或破译该数据所需的信息（如加密密钥）传输到关注国家，或通过其他第三方国家间接向关注国家进行传输。

违反上述要求的 CTC 或将面临州监察机构提起的民事诉讼并承担法定赔偿责任，亦或面临来自用户个人的民事诉讼，按照每人 / 每天 1,000-15,000 美元的标准承担民事赔偿责任。针对故意违反相关规定的 CTC，相关责任人还可能面临不超过 5 年监禁的刑事责任。

《澄清海外合法使用数据法案》要求提供电子通信服务商与远程计算服务商按照一定要求保存、备份与向美国政府披露有线或电子通讯的通讯记录，及其拥有、监管和控制的的数据，无论前述信息是否存储于美国境内。

值得注意的是，该法案的要求可能导致公司面临多司法辖区间产生的法律冲突，

如中国《个人信息保护法》第 41 条则规定：非经中国主管机关批准，个人信息处理者不得向外国司法或者执法机构提供存储于中国境内的个人信息。在此情况下，公司可能面临中美政府在数据监管上的冲突性要求。对此，我们初步建议公司持续关注本次数据跨境所涉国家数据监管的动向，并及时调整相关数据处理行为。

(4) 外国投资中的个人信息问题

美国外国投资委员会（The Committee on Foreign Investment in the United States, CFIUS）成立于 1975 年，是一个跨机构委员会，其主席为财政部部长，成员由司法部、国土安全部、商务部等九个政府部门的负责人组成，负责对在美国境内进行的外国投资进行审查。CFIUS 有权暂停、修改或禁止可能存在国家安全风险的外国投资，甚至有权强制已完成交易的资产剥离。

除外国投资的行业和技术敏感性外，CFIUS 也关注外国投资对美国公民个人数据的影响。

2018 年，CFIUS 阻止了中国某科技公司对美国某资金转账业务提供商的收购，原因为担心中国公司可能通过美国公司向中国政府提供美国公民金融数据的访问权限。

同年，美国国会出台《2018 年外国投资风险审查现代化法案》（Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018, FIRRMA），扩大 CFIUS 的管辖范围，不仅外资收购“美国业务”控制权的交易要受 CFIUS 审查，一些非收购控制权的直接或间接的外国投资，如若涉及（1）关键技术、（2）关键基础设施或（3）美国公民的敏感个人数据，也会被列入 CFIUS 的监管范围。在该法规的框架下，如美国公民的敏感个人数据可能被以威胁国家安全的方式利用，CFIUS 有权审查涉及或收集或维护相关数据的美国公司的交易。

“敏感个人数据”定义为包括金融、地理位置、健康信息在内的十类特定数据。值得注意的是，收集或维护此类数据的美国公司需符合以下标准才会被视为拥有敏感个人数据：

1) 针对特定人群定制产品或服务，特定人群或包括美国军人和负有国家安全责任的联邦机构的雇员；

2) 收集或维护至少 100 万（人）的此类数据；或者

3) 业务目标是维护或收集至少 100 万（人）的此类数据，且此数据是公司的主要产品或服务的组成部分；

4) 基因测试得出的可识别信息，无论该信息是否符合 1)、2)、3) 的定义，都被视为敏感个人数据。

2020 年 9 月 15 日，美国财政部发布了《CFIUS 实施 FRRIMA 最终法案》（Final CFIUS Regulations Implementing FIRRMA）。该法案编撰了委员会审查外国投资者“使用、开发、获取、保管或发布美国公民敏感个人数据”的职能。如若外国政府可能通过参与投资获得美国公民的敏感个人数据，参与交易的各方必须向 CFIUS 提交交割前备案。即便法案未要求备案，对于一些特定的交易，委员会也有权要求交易各方对潜在的安全风险采取相应措施。

随着近几年政治经济环境的变化，CFIUS 对中国在美投资审查严格程度逐渐提升，也更广泛地审查已有投资，要求剥离出售投资资产的例子屡见不鲜。中国投资人在赴美进行投资时，不仅仅需要关注 CFIUS 法规对于所投资行业的敏感性，也需要对投资项目可能涉及美国公民敏感个人数据保持高度关注。

2. 欧盟/英国数据保护法摘要

(1) 简介

所有可能进入欧盟 / 英国的潜在投资者都应当了解相关的数据保护法律，不仅要确保了解被投资机构处理欧盟 / 英国个人数据时所面临的义务，还要避免投资这些机构时所承继的法律或行政监管陷阱。任何处理欧盟和英国个人数据的组织都必须分别遵守欧洲通用数据保护条例 (EU) 2016/679 (GDPR) 和在英国实

施的 GDPR (UK GDPR)。由于它们目前基本上是相同的法律，因此我们在本章中将两者都称为 GDPR。GDPR 管理各机构收集、使用和共享个人数据的方式，并赋予了个人与其个人数据相关权利。进入欧盟 / 英国的潜在投资者还应了解欧盟指令 2002/58/EC (“电子隐私指令”)，该指令已作为 2003 年隐私和电子通信 (EC 指令) 条例 (PECR) 在英国法律中实施 (就本文而言，对 PECR 的每次引用都包括将电子隐私指令纳入国家法律的各欧盟成员国法律)。PECR 规定了各机构在向欧盟 / 英国的个人和 / 或公司实体进行直接营销活动如何处理个人数据的规则，包括通过电话、电子邮件、短信进行营销以及在线使用 cookie/ 类似技术。

(2) 什么是个人数据，什么构成敏感个人数据？

1) 个人数据

个人数据是能够直接或间接识别自然人的任何数据，无论其是单独识别，还是需与各机构持有的或可获得的其他数据结合使用 (“个人数据”)。该定义非常广泛，包括有关人员的事实数据，例如姓名、电话号码、地址、电子邮件地址、照片、视频片段、录音和在线标识符 (例如 IP 地址)，还包括对个人的意见表达和意图表示 (以及他们自己的意见和意图表达)。

2) 敏感个人数据

对于被称为 “敏感个人数据” 或 “特殊类别数据” 的某些类型的个人数据，GDPR 给予了特殊处理，该等数据也受到更严格的法律控制。这些数据包括有关个人的种族或民族血统、政治观点、宗教或哲学信仰、工会成员身份、遗传特征、生物特征数据 (例如指纹、掌纹、虹膜图案、面部图像等)、心理或身体健康的数据、性生活、性取向和犯罪记录。

但是，某些其他类型的 “敏感” 个人数据 (例如某人的工资数据) 在数据保护法中并没有被这样标记，但必须格外小心对待，无论它是否是符合法律定义的敏感个人数据。

(3) GDPR 是否适用于欧盟/英国以外的组织?

是的，GDPR 适用于向欧盟 / 英国境内的个人提供商品或服务，或监控其在线行为（例如通过 cookie）的所有机构，无论该组织位于欧盟 / 英国境内还是境外。从本质上讲，如果您所在的机构为欧盟 / 英国境内的个人服务，那么您必须努力遵守 GDPR。

GDPR 也适用于位于欧盟 / 英国的机构，即使个人数据本身存储在欧盟 / 英国之外（例如，如果您在英国或欧盟成员国设立公司，但您在中国存储和处理英国 / 欧盟个人的个人数据，那么您在处理该等数据时也需要遵守 GDPR）。

- **任命欧盟和英国 GDPR 代表**

对于位于欧盟/英国以外的机构，如果其在欧盟/英国境内没有实体场所，但向位于欧盟/英国的个人提供服务或对其在线行为进行监控，则必须任命一名 GDPR 代表。该代表可以是律师事务所或专门从事数据保护合规业务的公司。如果机构在欧盟和英国开展 GDPR 相关业务，则需要提名两名代表（一名在欧盟，一名在英国）。他们的详细信息应包含在该机构的隐私声明中（更多内容请参见下文第4节“公平和透明度”）。2021年，一家在欧盟并无实体场所的国际托管的网站背后的公司被荷兰数据保护监管机构罚款525,000欧元，其部分原因是该公司未能任命欧盟代表。

在某些情况下，根据业务的性质及其员工人数/营业额，一个机构可能有必要任命一名内部（但是是独立的）数据保护官（即DPO），负责监督该机构的数据保护合规性。

(4) GDPR的主要要求是什么?

1) 公平和透明度

机构必须告知个人将收集哪些个人数据以及如何使用这些数据。

为促进这一点，机构应向个人提供隐私声明。该声明必须在收集个人数据时（例如在下载应用程序时）提供，并对包括但不限于以下内容在内的事项进行说明：

- 将收集何种个人数据；
- 将用于什么目的；
- 将与谁共享；
- 是否会转移到其他国家；
- 保留多长时间；及
- 个人对其个人数据拥有哪些权利。

请注意，在与个人客户交涉时，提供隐私声明尤为重要。

2) 合法性

机构使用个人数据必须具有法律依据（即，机构必须能够基于一项或多项法律来处理 GDPR 中规定的个人数据）。

这些法律基础相当复杂，本书并不涉及其细微差别。但总而言之，适用于私营领域机构的最常见的法律基础如下（处理敏感的标准个人数据时适用额外的法律要求）：

- 与相关个人签订合同或履行机构在合同项下的义务（例如提供商品/服务或出于雇佣目的）；
- 追求机构的合法商业利益（例如一般商业活动），只要该等利益不会对相关个人造成任何不利的隐私风险；和/或
- 遵守机构的法律义务（例如从个人处收集身份文件并与政府机构共享以用

于KYC目的，或就金融交易进行信用审查）。

3) 同意

获得个人同意是根据 GDPR 处理个人数据的另一个法律基础。尽管如此，只要有其他法律基础，就应避免依赖同意，因为获得有效同意的门槛非常高（即，必须充分知情、自由给予、与其他合同条款分开并且可撤销）。

但是，在收集 / 处理敏感个人数据（例如有关某人健康的数据等）时，必须明确征得相关个人的同意，除非有例外情况，例如在紧急医疗情况下。

4) 数据最低限度化

个人数据只能在对于实现收集目的有绝对必要的情况下使用，并仅限于此。

5) 数据准确性

个人数据必须保持准确、完整和最新。

6) 数据存储

个人数据的保留时间不应超过为实现收集目的所必要的时间（当没有保留个人数据的正当商业理由或法律要求时，则应将其删除）。

7) 数据安全

GDPR 要求组织必须采取适当的技术和机构措施，以保护个人数据免遭未经授权的访问，以及意外或非法披露、更改、丢失或破坏（例如，防火墙、访问控制、对员工的定期数据安全培训和仔细选择员工 / 服务提供者）。

8) 数据共享

个人数据只能在“需要知道”的基础上共享，并且须具备有效的法律基础（如

上所述)。这意味着不得将有关个人的数据透露给对该数据没有接收或访问的合法需要的任何人。在与内部同事、第三方服务提供商或外部联系人交涉时,这一点同样适用。对个人数据的任何披露都必须根据该个人数据的性质,以安全、保密的方式进行。

需要重点提示的是,披露个人数据的机构将对与其共享数据的任何第三方(例如其服务提供商)的任何数据保护违规行为负最终责任,因此确保只引入可靠的第三方并且有适当的数据保护合同条款是十分重要的。

9) 个人对其个人数据的权利

根据 GDPR, 欧盟 / 英国的个人被授予与其个人数据相关的各种权利。这些权利包括:

- 被告知如何以及为何使用其个人数据的权利;
- 索取机构持有的有关其个人数据的副本(包括电子邮件、即时消息、笔记等中包含的数据)的权利;
- 要求更正其个人数据中任何不准确之处的权利;
- 根据任何适用的法定保留期限,删除其个人数据的权利(包括从机构的系统和与机构共享数据的第三方的任何系统中永久删除);
- 反对将其个人数据用于直接营销目的或进行分析的权利;
- 将其提供给机构的任何个人数据转移到另一个机构的权利(该权利被称为“数据可移植性”);和
- 当处理结果对相关个人具有法律或类似重大影响的情况下,不受全自动决策过程(即没有任何人工输入的系统生成的决策)影响的权利。

当收到希望行使上述任何权利的个人的请求时,机构有一个月的时间来响应该

请求，即机构有一个月的时间来执行所请求的行动。对于复杂的请求可以再给予两个月的时间。完全不进行响应可能会导致该机构被采取监管行动。

10) 国际数据传输

根据 GDPR，除非满足国际数据传输的条件之一，否则个人数据不能传输到欧洲经济区（EEA）之外。某些国家被欧盟委员会指定为“足够”用于个人数据传输的目的，但中国不是该等司法管辖区之一。

GDPR 规定了在欧洲经济区以外传输个人数据的各种机制。最常用的是欧盟委员会的标准合同条款（SCCs）。标准合同条款是欧盟委员会发布的一套标准条款，用于管理从欧洲经济区数据输出方到非欧洲经济区数据接收方的数据传输。请注意，在英国脱欧后，英国现在拥有自己的标准合同条款，用于在欧洲经济区以外、仅限英国的国际传输，并附有欧盟标准合同条款的附录，该附录适用于欧盟到英国的传输。

没有特定类型的机构可以不受个人数据传输法律的约束。即使是在同一公司集团的实体之间共享个人数据也会受到这些规则的约束。

(5) 违反数据保护

根据 GDPR，如果发生涉及个人数据的数据泄露，即个人数据丢失、损坏、被盗或以其他方式受到损害，机构必须：

- 在发现违规行为后72小时内向相关的欧盟/英国数据保护监管机构报告违规行为；并
- 在相关个人可能受到事件的影响时，即在其隐私受到严重威胁时，立即通知该个人。

当然，机构必须尽其所能限缩该等数据泄露造成的损害，包括查明原因并进行补救。

(6) 违反GDPR的后果

严重违反 GDPR 可能导致欧盟 / 英国数据保护监管机构对该机构采取执法行动，最重要的是，罚款最高可达 2000 万欧元或该机构全球年度营业额的 4%，且以较高者为准。

除巨额罚款外，由于罚款被公开，违反 GDPR 的行为还可能导致严重的声誉损害，更不用说对机构与其客户 / 顾客的关系造成的潜在损害。

(7) PECR的主要要求是什么？

PECR是规定在向欧盟 / 英国个人进行直接营销时应如何使用个人数据的规则。虽然其必然不如 GDPR 知名，但 PECR 仍然是数据保护合规的重要组成部分，特别是对于希望对涉及向欧盟 / 英国个人提供或销售商品 / 服务的机构进行投资或收购的投资者而言。

PECR 中供投资者注意的主要条款可概括如下：

- 只有个人明示同意使用的情况下，跟踪有关人们访问网站/应用程序信息的 cookie或类似技术方可进行数据收集；
- 应当设置易于访问的详细说明使用的cookie及其用途的cookie政策，供个人在登陆特定网站/应用程序时查看；
- 个人只应在其选择接受的情况下接收营销传播（可以依赖“软性选择加入”，即个人业已表达对特定服务/产品的兴趣或已从该机构处购买特定事物），但是每次传播都必须包含一个容许个人随时选择退出的链接；以及
- 机构不应主动向未明确同意接听电话的个人拨打自动电话（这种对个人数据的使用方式是数据保护监管机构处以罚款的首要原因）。

举例说明，若违反了 PECR 的规定，英国的数据保护机构有权处以最高

500,000 英镑的罚款，该罚款可以叠加至 GDPR 规定的任何罚款中。

(8) 投资于新兴和创新数据驱动行业

作为技术进步的推动因素，个人数据并不是一个新概念，但它在过去十年中得到了极大的扩展，且将继续以越来越快的速度发展，并在此过程中吸引越来越多的投资。

在这里，我们列出了一些个人数据的新兴和创新用途，投资者应注意其数据保护方面的后果。

1) 生物特征监测

生物特征监测涉及通过使用 / 跟踪其生物特征个人数据（例如，指纹、掌纹、虹膜图案、步态分析、面部图像等）来监测个人。这方面的例子包括机构在机场或大型活动中出于安全目的，或为了人工智能的开发，使用面部识别设备。

在欧盟 / 英国数据制度下，生物识别监控被认为对个人隐私构成高风险，仅在某些严格的情况下才被允许。因此，投资者必须注意，进行此类监测的机构需要遵守更为严格的数据保护规定，例如进行数据保护影响评估的义务（即针对特定项目 / 产品进行旨在识别和最小化数据保护风险的详细评估）。

2) 数据保护和物联网

物联网，即具有传感器、软件和处理能力的能够与其他对象 / 设备连接和交换数据的物理对象，是一个快速发展、利润丰厚的行业，它已经开始并无疑即将主导数据保护领域格局。自然，这也是一个吸引越来越多投资的行业。

家用产品，如智能音箱和虚拟助手，能够连接到家庭周围的众多设备，如智能电表、门铃和安全警报，连接到联网汽车，一直连接至城市规模的智能技术，这些家用产品均依赖于使用和交换个人数据，因此受到数据保护法的约束。

投资者应注意，数据保护机构认为此类技术本质上是高风险的。随着设备越来越

越紧密地融入个人的个人生活，尽管其也带来很多好处，但对个人造成伤害的风险只会增加，因违反 GDPR 而被罚款的风险也会增加。当然，这并不是在劝阻投资者对此类创新技术进行投资，但对目标机构的数据保护合规保持警惕的重要性应受到重视。

八、海外用工风险的应对

1. 用工方式相关风险的解决方案及建议

出海企业可以根据海外投资的不同阶段及具体需求选择适用的海外用工模式，为确保用工模式合法合规，出海企业应根据具体用工模式重点关注以下方面：

在外派员工模式下，企业应遵守《通知》《对外劳务合作管理条例》《对外承包工程管理条例》等相关规定，取得相应经营资质（如对外劳务合作、对外承包工程资质等），履行组织外派人员培训和行前教育、及时向商务部有关驻外经商机构书面报备在外人员情况等义务。企业与员工在中国法下保留劳动关系的，还应在遵守前述规定的同时继续履行中国法下的用人单位义务。

在属地化用工模式下，企业应全方位了解投资国当地的劳动法律规范，可供了解的途径包括：商务部及各地商委发布的对外投资指南、中国驻目标国使领馆网站、目标国政府机构官网、目标国劳动法院判决、目标国的工会组织网站等，必要时也可聘请律师事务所协助查明并识别主要风险。

2. 移民签证相关风险的解决方案及建议

如前文介绍，各国普遍就外籍员工入境及工作应取得的签证及相关工作许可设定了较为严苛的条件，同时还对外国劳动力普遍采取包括比例限制、行业准入门槛等各类限制措施。对于出海企业而言，为尽可能降低移民签证等相关风险，可以从以下几个方面入手：

其一，建议用人单位充分了解外派员工入境投资国的签证办理流程及要求，合规为外派员工办理工作签证等准入手续。

其二，建议用人单位充分了解投资国当地对外籍员工各类限制措施，及时完成必要的备案、审批等手续及其他前置要求，并结合审批时限及可能需要为雇佣外籍员工额外支付的费用（如聘用外籍员工补偿金），综合评估项目进程及用工成本。

其三，为降低签证及其他限制措施的应对成本，企业可以考虑在投资平稳落地后逐渐减少中国外派员工数量，增加聘用当地员工数量。雇佣当地员工不仅可以降低签证风险及成本，同时在全球经济下行导致多国家失业率居高不下的背景下，也有利于为当地劳动者创造更多就业机会，可能有助于企业获得当地优惠支持政策。

3. 工时薪酬相关风险的解决方案及建议

如前文分析，基于各国劳动保护中对于工时薪酬等方面相关规定的差异，中国企业出海过程中如违反相应法律要求，可能面临相关罚则，引发劳动争议甚至海外群体性事件。为尽可能降低相关风险部分，建议企业考虑关注以下几个方面：

其一，企业在出海过程中应保持求同存异的开放心态，对不同国家就工时薪酬的差异性法律规定进行全面了解，避免按照国内惯例直接进行海外用工管理。

其二，各国法律在工资支付和工时休假方面对用人单位的要求一般较为明确，但可能存在就不同行业、地区的差异性要求。出海企业应在全面了解相关规定的基础上，重点关注所在地区及所属行业的具体要求，合理确定员工薪酬，同时遵守当地关于加班时长等员工权益保障的要求。

其三，考虑到部分国家（以西方国家发达国家为主）在同工同酬等问题上更为严格的要求，出海中企应避免薪酬确定上的不合理差别待遇，包括充分考虑为女性员工提供与男性平等的晋升机会和渠道等。

4. 反歧视与性骚扰相关风险的解决方案及建议

基于前述分析，若在海外发生就业歧视与职场性骚扰事件，企业不仅需要承担民事赔偿责任，支付巨额惩罚性赔偿金，甚至可能承担相应的刑事责任，严重影响中资企业乃至国家的形象。对于出海企业而言，为尽可能规避这一风险，可以从以

下几个方面入手：

其一，企业需要充分了解当地的文化习俗，与反歧视和性骚扰相关的法律法规、政策文件（例如美国平等就业机会委员会出具的“雇主面试不能问的问题清单”等），以及典型的司法实践，并保持与当地监管部门或组织良好联系，必要时与当地工会签订相关预防应对协议。

其二，企业在设立之初应当寻求当地律师的协助，建立完善企业规章制度、歧视与性骚扰行为的预防机制以及员工咨询、投诉举报和处理机制，通过定期开展相关主题合规培训、分发宣传手册等方式对员工进行宣传教育，让员工了解当地的相应规定，减少因文化差异带来的误会和歧视。

其三，当发生就业歧视或者职场性骚扰事件时，企业一方面要及时响应员工的诉求，安抚好受害员工的情绪，给予充分的人文关怀，弥补受害员工的损失，并对受害员工的相关信息严格保密；另一方面要及时采取合理有效的措施，制止歧视与性骚扰的进一步扩展，惩戒侵害人。同时企业也需要注意留存相关的证据材料，以应对可能发生的争议。

5. 工会管理相关风险的解决方案及建议

我国企业出海后常常会忽略与当地工会的沟通以及当地工会在实践中的作用，从而未能充分发挥工会的功能和价值，在发生工会组织罢工事件时也未能在采取有效的应对措施，给企业的生产经营带来较大的风险和损失。对于出海企业而言，为尽可能规避这一风险，可以从以下几个方面入手：

其一，企业在出海初期就需要高度重视工会问题，充分了解当地工会与集体谈判相关的法律法规、政策文件，并选拔合适的人才进行一线管理。若企业对当地工会对企业的影响存在疑虑，也可以考虑将企业设立在工会力量较为薄弱的地区、州和市。

其二，在日常经营管理过程中，企业一方面需要加强与当地政府部门、工会及工会成员的联系，密切关注工会的最新动向和需求，另一方面要通过行动增强当地

工会和员工对企业的信任，切实保障员工的利益，增加当地的就业机会，推动当地经济的发展，营造积极正面的企业形象；对于没有加入工会的员工，企业也要与其保持良好的关系，因为部分国家法律规定非工会成员在满足一定条件时同样可以获得工会的保护。

其三，当企业与员工产生矛盾冲突时，企业应当积极参与并配合与工会的沟通，尤其是当企业作出裁员或者解雇决定时，应当充分考虑工会的意见与利益，并采取一些温和性的措施予以过渡（如降薪、减少工作时间等），而非直接解雇或惩戒员工。

其四，当发生工会组织的员工罢工事件时，企业应当第一时间与工会领导人员进行沟通，必要时可以寻求专业律师在其中斡旋，尽力安抚工会与员工的情绪，可以通过协商谈判来制定一项符合双方要求的集体协议，从而通过和平的方式化解罢工危机；企业应当意识到罢工对企业会造成极大的经济和名誉损失，企业如果坚持采取“硬碰硬”的方式，只会让双方的损失持续扩大。

6、解雇管理相关风险的解决方案及建议

企业解除劳动合同在解雇条件、解雇程序、支付补偿金等方面面临不同的法律环境，由此产生独特的企业合规管理建设需求，一旦企业解除劳动合同被认定为违法、不公平或者不当解雇，企业将面临恢复劳动关系、支付员工工资损失、支付员工经济补偿或经济赔偿等法律风险。对于出海企业而言，为尽可能规避这一风险，可以从以下几个方面入手：

其一，企业需要提前了解当地与解雇相关的法律法规、政策文件，聘用熟悉当地法律的本地专业人士或者与精通当地法律的律所进行合作，协助企业制定纪律处分和解雇相关规章制度，与员工签署对企业有利的劳动合同或聘用协议，并针对内部管理人员开展合规培训，帮助其学习当地法律，了解当地文化风俗，防止管理人员做出不当言行成为之后解雇争议中对企业不利的证据。

其二，针对不同的解雇理由，企业需要设计个性化的解雇方案。例如，对于自由解雇，企业需要判断员工是否满足解雇自由的一些例外情况，以及是否存在怀孕、

病假、残疾等特殊情况，如果存在特殊情形，企业不得自由解雇员工；对于合理解雇中的不正当解雇，企业需向员工发放解雇通知；对于合理解雇中的不公平解雇，企业可以在与员工订立劳动合同或聘用协议时设置相应的解雇条款，明确员工何种行为是不正当行为，并明确在员工实施此类行为的情况下企业可以解雇员工；对于法定解雇，企业解雇员工需要符合当地法律规定的法定条件和法定程序，并向员工支付相应法定解雇补偿。

其三，企业可以在内部建立解雇纠纷申诉程序，并保存好员工违纪行为的证据材料和员工签字确认违纪处分材料，以应对发生或可能发生的相关解雇争议，尽量采用调解等非诉程序解决纠纷，避免将解雇纠纷提交至劳动法庭甚至高等法院一级，防止劳资双方矛盾进一步激化。

7. 总结

作为海外投资的重要环节，企业应重视海外用工相关风险。出海中企在投资国当地不合规用工的行为除了可能引发海外劳动纠纷、导致企业承担相应法律责任以外，还可能对中国企业再次在当地进行海外投资产生负面影响，如引发当地员工反抗情绪甚至当地政府的干预。出海企业及个人应充分了解海外用工相关风险，确保用工环节合法合规，努力构建和谐劳资关系及良好的中国海外投资企业形象，促进中国企业“走出去”的进一步深化及可持续发展。

九、自愿退市与强制退市后私有化路径

1. 美国上市公司私有化路径分析

如第二章第九节所述，退市和私有化是两个近似但又不同的概念，两者的区别在于是否将公众股东的股份收回来（cash out public shareholders）。

美国上市公司私有化交易（Going Private），特指上市公司的控股股东或其他关联方通过收购方式取得公司发行在外的其他股份，使公司因股权集中而终止其上市公司地位的一种特殊交易安排，因适用《美国证券交易法》13e-3规则，也称为

“13e-3 交易”。私有化交易可以通过多种法律形式，最常见的形式包括一步合并和两步合并。

一步合并通常指收购方与上市公司（也即目标公司）董事会（通常为特别委员会）进行谈判并达成协议，以合并的方式（merger）收购目标公司全部股份，协议需要经过目标公司股东大会批准才能实施。实施时，收购方设立并全资持有的特殊目的公司将与目标公司合并，公众股东领取现金对价，在交易后继续留下的股东（比如实际控制人及关联方、投资方）取得收购方控股实体的股份，实现目标公司被收购方集团 100% 持有，完成私有化及退市。

在两步合并中，收购方与目标公司董事会（通常为特别委员会）通常会进行谈判并达成协议，通过两个步骤完成合并：（i）以要约收购方式（tender offer）收购目标公司股份；（ii）在要约收购完成并达到简式合并（short-form merger）标准后，进行简式合并⁷⁰。两步合并不需要目标公司股东大会批准。

除一步合并和两步合并以外，还有其他方式，如股份合并（reverse stock split）⁷¹和资产出售（sale of assets）⁷²。另外，对于在开曼群岛、英属维尔京群岛和百慕大注册设立的公司来说，可以采取当地法律允许的其他方式完成私有化交易。例如，开曼公司可考虑通过协议安排（arrangement of scheme）的方式进行私有化。

（1）私有化的境外法律程序

1) 一步合并的交易程序

首先由买方向目标公司董事会提交私有化交易提案。该等收购提案通常会指出价格区间，但不具有约束力。目标公司收到提案后，会将收到提案的消息作为重大事项对外公布。提案本身的全文是否披露，取决于目标公司自己的判断，但按照惯

⁷⁰ 简式合并指持有上市公司一定比例以上的实体（在开曼为至少能代表 90% 的股东大会投票权的股份）与目标上市公司进行合并。

⁷¹ 股份合并指通过修改公司的章程合并公司发行在外的股份，比如 10 股合成一股，目的是通过股份合并降低股东数量，达到退市的效果。

⁷² 资产出售通常指将上市公司所有或接近所有的资产出售给买方，上市公司再清算和解散的方式。

例将会披露。并且，鉴于可能存在的利益冲突及自我交易问题，董事会通常将任命成立独立董事特别委员会，并由特别委员会选任聘请独立的财务顾问和法律顾问。特别委员会将代表目标公司董事会与买方谈判交易条款和收购协议。同时，特别委员会聘请的财务顾问将安排买方进行尽调。

如经过尽调和谈判，双方达成一致，则目标公司的特别委员会和董事会以及买方将各自批准收购协议（以及其他所有附属协议），并签署收购协议及附属协议。在目标公司的特别委员会向董事会推荐批准交易前，通常要求其财务顾问出具公平意见书（fairness opinion），即说明目前的交易，包括交易架构和价格等对股东是公平的。

交易文件签署后，目标公司将发布新闻稿并向美国证券交易委员会（SEC）提交 8-K（或 6-K）报告。

另外，目标公司须向 SEC 提交初步的委托投票说明书（也称投票权代理征集书，proxy statement）以及 13E-3 表格，两份文件在很大程度上是重合的，主要都是披露交易的详细信息。SEC 通常会对委托投票说明书和 13E-3 表格提出一轮或多轮修改意见，目标公司须相应修改并确定最终版的申报文件，直到 SEC 表示无进一步意见为止。除特殊情况外，SEC 的审阅以及交易双方回复的过程通常需要 4-8 周。获得 SEC 批准后，目标公司董事会将批准召集特别股东大会，确定股东名册登记日期以及特别股东大会日期，并向股东寄送和递交最终版投票委托说明书和其他股东大会需要的材料。

特别股东大会投票表决通过并获得必要的监管审批后，合并协议项下的交割完成，合并生效。目标公司应向 SEC 提交 8-K（或 6-K）报告宣布私有化交易完成，并通知证券交易所私有化交易完成。

2) 两步合并的交易程序

两步合并的关键点，是利用目标公司成立地法律中的“简式合并”（short form merger）条款，即在一个股东实体拥有一家公司至少能代表某个数量（在开曼群岛为 90%，在有些法域可能是 85%）（下称关键比例）的股东大会投票权的

股份时，可以不经股东大会表决，而直接实现该股东实体和该公司之间的合并。两步合并第一步通常是要约收购（tender offer），以便收购方的一家实体能够直接持有关键比例的投票权股份。第二步，收购方实体与目标公司根据简式合并的法律规定，进行合并。第一步完成是实施第二步的前提。

所以，在两步合并中，收购方将首先与目标公司董事会（通常为特别委员会）进行谈判，达成要约收购协议，规定（i）收购方将按照同意的价格、期限和其他条款发起要约收购；（ii）目标公司的董事会（特别委员会）将按照要约收购的规则，发布公告，表示建议目标公司股东参加要约收购，将股份出售给收购方。根据协议规定的条件和条款，也取决于要约收购实施和股东参与积极程度，要约期可能延长，要约价格也可能提升。在要约期（包括任何延期）结束时，如收购方能够得到股东出售关键比例的股份，则按照要约收购价格（包括任何修改后的价格）进行要约收购的交割，最终拥有关键比例的股份。此后，将按照相关法律规定进行简式合并，完成私有化和退市。

（2）私有化的境内法律程序

表 3-3

序号	事项	内容
1	境外投资相关程序	<p>中概股私有化交易中，若收购方为中国境内企业或收购资金来源于中国境内，则有关中国境内主体需要按照中国境外投资法律法规办理相应的境外投资（ODI）手续，主要包括发改委部门核准/备案、商务部门核准/备案及外汇管理部门/授权银行的外汇登记。具体程序上，首先需要经过前置审批程序，获得发改委、商务部的核准/备案，而后再至银行办理境外直接投资外汇登记以及后续的对外购付汇。</p> <p>实践中，ODI 手续也通常约定在私有化交易文件中的交割先决条件（如适用）。</p>

序号	事项	内容
2	反 垄 断 相 关 程 序 —— 经 营 者 集 中 申 报	中概股私有化过程中，由于存在合并交易、融资收购等情形，可能涉及境内经营者集中申报问题。根据《反垄断法》及其有关实施细则，对于达到以下符合经营者集中申报标准的并购交易，需要向国家反垄断局提起申报，并在交易交割前取得审批通过：（1）并购涉及的至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过 4 亿元人民币，且（2）并购涉及的所有经营者上一会计年度在全球范围内的营业额合计超过 100 亿元人民币或在中国范围内的营业额合计超过 20 亿元人民币。
3	外债备案	具体请见本书之“海外上市公司私有化的融资安排”
4	内保外贷	具体请见本书之“海外上市公司私有化的融资安排”
5	并购贷款	具体请见本书之“海外上市公司私有化的融资安排”

如第二章所述，《外国公司问责法案》增加了中概股公司的上市地位的不稳定性，引发了市场对中概股未来命运的担忧。在这一背景下，处于风浪之中的中概股公司开始考虑回家之路，选择登陆 A 股或港股。

2. 中概股美国退市后回归境内A股

(1) 中概股回归境内A股的可行性

从境内 A 股政策角度看，近年来中国境内资本市场深化改革持续推进。注册制的推行、科创板的推出以及一系列相关配套制度的颁布，为中概股回归境内 A 股扫清了制度上的障碍，中概股及红筹架构企业回归境内上市的案例逐渐增多。

从企业发展的角度看，登陆境内资本市场对于提升企业在国内本土知名度十分有利。而对于国内国情和制度熟悉，省去了境外披露与合规的费用，同样意味着企业可以有效降低经营管理成本。伴随着分拆上市、二次上市相关配套制度的完善，企业同样可以选择在美股与 A 股两地上市，充分利用不同资本市场的资源与优势，提升自身融资能力、实现股东利益最大化。

除此之外，对于某些涉及到国家安全、数据安全、核心技术及先进制造的行业领域而言，企业回归境内 A 股市场，不仅有利于企业自身业务合规，更有助于企业获得国家和地方层面更多的政策支持。

(2) 中概股回归境内A股的路径介绍

在完成私有化交易并退市后，公司可以考虑于中国 A 股上市。实践中，中概股回归 A 股的路径包括 IPO 整体上市、分拆上市、借壳上市⁷³等。由于公司已在美股退市，并作为一个新的未上市主体寻求 A 股上市，因此需要满足境内 A 股上市的相关条件。若为红筹企业申请 A 股上市，还需要满足一些特别要求。因此，下文也对保留红筹架构⁷⁴路径项下的特殊规定作一并介绍。

1) A 股 IPO 整体上市

IPO 整体上市指中概股企业向中国证监会或证券交易所申请首次公开发行股票或存托凭证并上市。在注册制推行前，中概股回归境内 A 股的传统路径为拆除红筹架构（含直接持股模式和 VIE 架构模式）；科创板、创业板注册制相继推行后，保留红筹架构直接申请 A 股 IPO 整体上市成为中概股回归境内 A 股的新路径。此前，监管对红筹架构（尤其是 VIE 架构）直接上市在政策上尚未放开，但自 2019 年科创板注册制及 2020 年创业板注册制推行后，中国证监会在法律上⁷⁵明确允许红筹企业（含存在协议控制架构）在满足一定条件的前提下直接申请 A 股 IPO 整体上市。

i. 传统路径——拆除红筹架构

红筹架构模式主要包括直接持股模式和 VIE 架构模式，红筹架构的拆除方案将会因其模式的不同而不同。具体如下：

⁷³ 借壳上市也是中概股回归 A 股的路径之一，比如分众传媒（2015 年）、巨人网络（2016 年）、奇虎 360（2018 年）、晶澳太阳能（2019 年）等；但 2019 年以来随着科创板、创业板注册制相继推出，借壳上市优势弱化；其次，借壳上市监管政策方面趋严且其与 A 股 IPO 整体上市对规范性的要求及注入资产的审核条件基本趋同；同时，借壳上市容易引发内幕交易，导致选择该路径的中概股公司越来越少，故本章节暂不在此赘述。

⁷⁴ 实践中，红筹架构指该种类型的架构：一家国内运营公司的创始股东，在境外设立控股公司，直接或间接控制境内运营公司，并通过境外控股公司进行融资活动。包括直接持股模式和 VIE 架构模式。

⁷⁵ 中国证监会于 2018 年 3 月 22 日发布的《证监会关于开展创新企业境内发行股票或存托凭证试点若干意见》明确允许已在境外上市的大型红筹企业及尚未在境外上市的创新企业（包括红筹企业和境内注册企业）在满足相关条件的前提下直接申请首次公开发行股票或存托凭证并上市，随后 2019 年科创板注册制及 2020 年创业板注册制一系列规则的相继推出后，进一步细化了红筹企业直接申请 A 股 IPO 整体上市的条件。2020 年 4 月 30 日，中国证监会发布的《关于创新试点红筹企业在境内上市相关安排的公告》进一步明确了存在协议控制架构的红筹企业在取得相关部门同意后可直接申请上市。

图 3-5: 直接持股模式⁷⁶

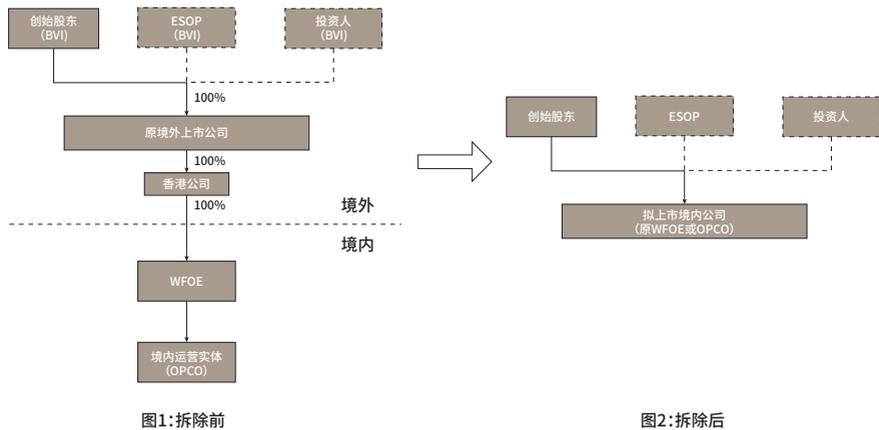
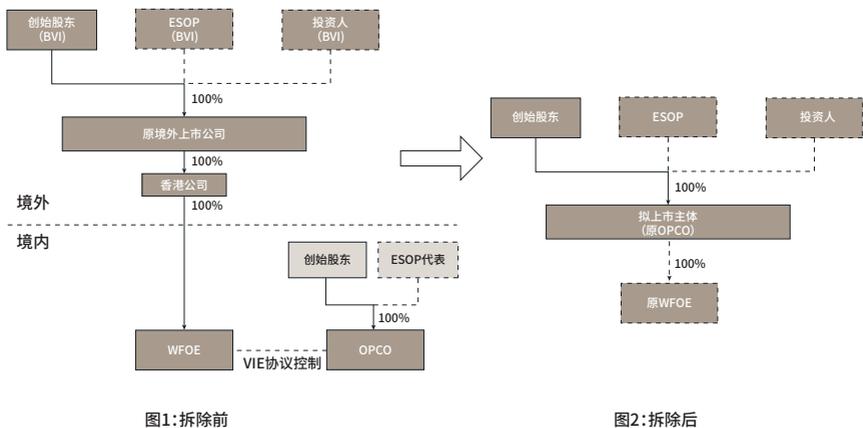


图 3-6: VIE 架构模式



⁷⁶ 虚线方框代表该等事实属于或有的情形，比如并非所有案例均设计员工持股计划，故采用虚线方框，且本章节涉及结构图均遵循该等原则。

无论是直接持股还是 VIE 架构模式下的红筹架构拆除，整个交易的主要步骤是在选定境内 A 股上市主体后，创始股东及其他境内股东通过股权转让或公司回购等方式实现在境外红筹架构层面退出，创始股东及其他境内外股东通过增资、股权转让等方式在境内拟上市公司层面持股，实现控制架构由境外转移至境内，而 VIE 架构模式下的红筹架构拆除还需要解除 VIE 架构关系及相关安排。

ii. 新路径——保留红筹架构

目前，红筹企业保留红筹架构直接回归 A 股上市的方案主要包括通过直接跨境发行股票或发行存托凭证（CDR）的方式上市，具体架构图如下：

图 3-7：保留红筹架构（直接持股模式）在境内发行 A 股普通股股票

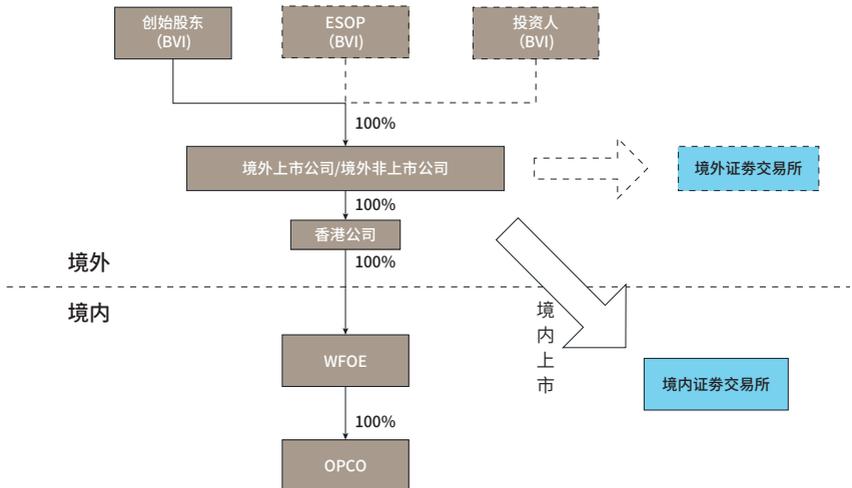


图 3-8：保留红筹架构（VIE 架构模式）在境内发行 A 股普通股股票

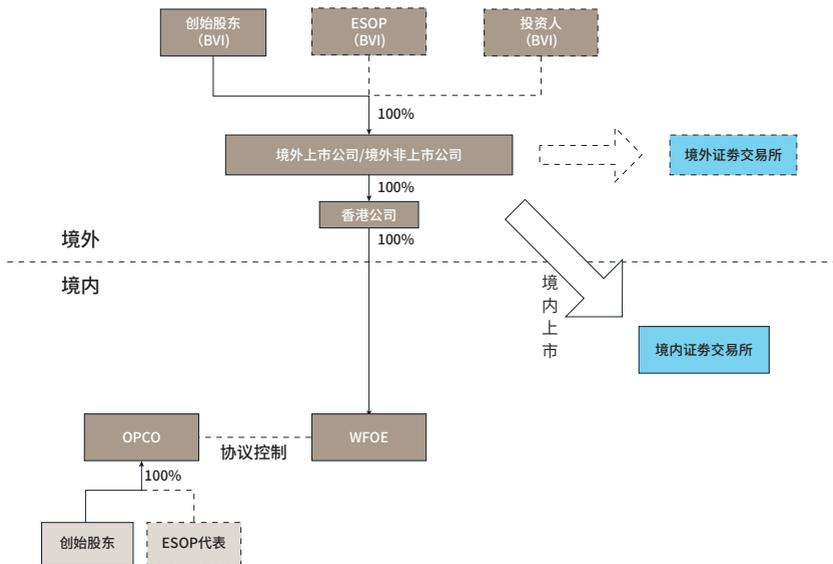
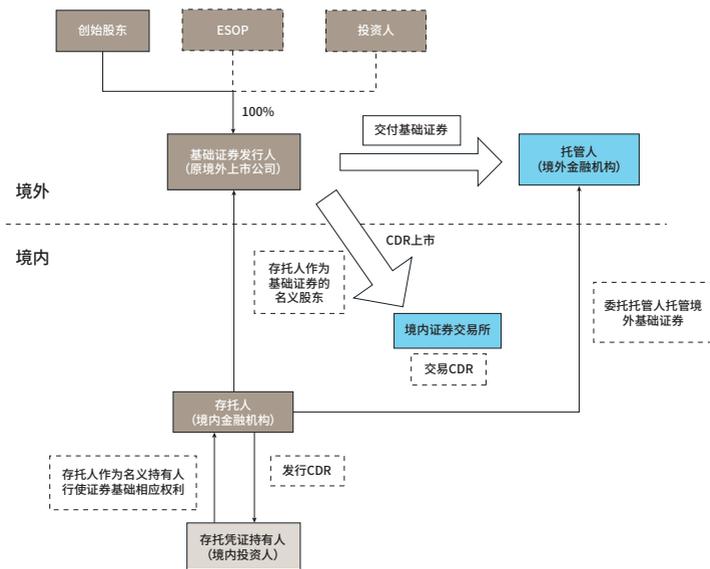


图 3-9：保留红筹架构在境内发行 CDR



实践中，红筹企业保留红筹构直接回归 A 股上市典型案例主要如下：

表 3-4

序号	典型案例	上市时间	特征
1	中国移动 ⁷⁷ (600941)	2022-01-05	首家回归 A 股主板上市的红筹企业
2	格科微 (688728)	2021-08-18	首家于 A 股科创板上市的民营红筹企业
3	九号公司 (689009)	2020-10-29	首家保留 VIE 架构在 A 股科创板上市发行 CDR 的红筹企业
4	中芯国际 ⁷⁸ (688981)	2020-07-16	首家于 A 股科创板上市的“已境外上市红筹企业”
5	华润微 (688396)	2020-02-27	开创了红筹企业登陆 A 股资本市场的先河

虽然保留红筹架构的中概股公司直接申请 A 股上市已具有法律可行性，但对存在 VIE 架构的红筹企业申请 A 股上市，根据《关于创新试点红筹企业在境内上市相关安排的公告》（《红筹企业相关安排》）规定，中国证监会受理相关申请后，一般会征求红筹企业境内实体实际从事业务的国务院行业主管部门和国家发展改革委、商务部意见，依法依规处理。此外，还对红筹企业回归 A 股在业务定位、财务指标等设定了一定的门槛，根据《关于开展创新企业境内发行股票或存托凭证试点的若干意见》等相关规定⁷⁹，红筹企业退市后回归境内 A 股具体要求如下：

⁷⁷ 中国移动在回归 A 股上市时虽然已从美股退市，但同时也已在香港联合交易所上市。

⁷⁸ 中芯国际在回归 A 股上市时虽然已从美股退市，但同时也已在香港联合交易所上市。

⁷⁹ 红筹企业退市后回归境内 A 股具体要求所涉及法规包括《上海证券交易所科创板股票发行上市审核规则》《深圳证券交易所创业板股票上市规则》《关于扩大红筹企业在境内上市试点范围的公告》等。

表 3-5

要素	具体要求				
业务定位	<p>(1) 符合国家战略、掌握核心技术、市场认可度高，属于互联网、大数据、云计算、人工智能、软件和集成电路、高端装备制造、生物医药、新一代信息技术、新能源、新材料、新能源汽车、绿色环保、航空航天、海洋装备等高新技术产业和战略性新兴产业，且达到相当规模的创新企业；或</p> <p>(2) 具有国家重大战略意义的红筹企业申请纳入试点，不受前述行业限制。</p>				
主要财务及市值指标	类型	标准	主板	科创板	创业板
	未 在 境 外 上 市 的 红 筹 企 业	第一套标准	最近一年经审计的主营业务收入不低于 30 亿元人民币，且企业估值不低于 200 亿元人民币	同主板	同主板 + 最近一年净利润为正
		第二套标准	拥有自主研发、国际领先、能够引领国内重要领域发展的知识产权或专有技术，具备明显的技术优势的高新技术企业，研发人员占比超过 30%，已取得与主营业务相关的发明专利 100 项以上，或者取得至少一项与主营业务相关的一类新药药品批件，或者拥有经有权主管部门认定具有国际领先和引领作用的核心技术；依靠科技创新与知识产权参与市场竞争，具有相对优势	营业收入快速增长，拥有自主研发、国际领先技术，同行业竞争中处于相对优势地位，且满足如下任一条件： (1) 预计市值不低于人民币 100 亿元；或 (2) 预计市值不低于人民币 50 亿元，且最近一年营业收入不低于人民币 5 亿元。	同科创板 + 最近一年净利润为正

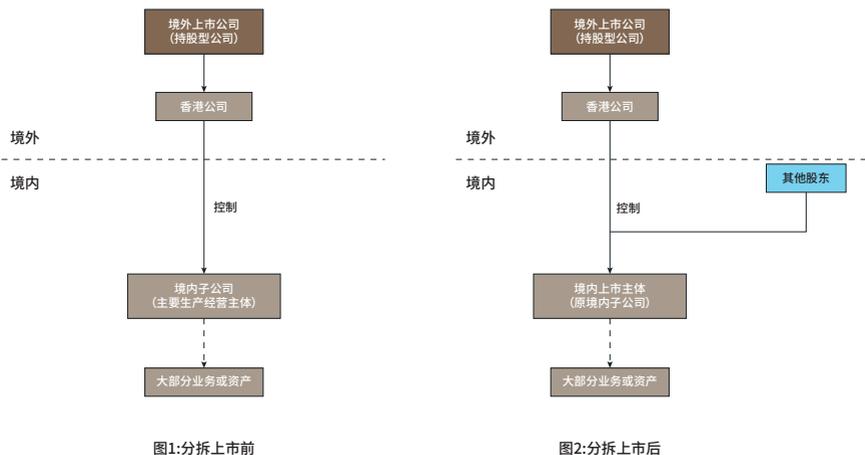
	类型	标准	主板	科创板	创业板
主要财务及市值指标			的竞争地位，主要产品市场占有率排名前三，最近三年营业收入复合增长率 30% 以上，最近一年经审计的主营业务收入不低于 10 亿元人民币，且最近三年研发投入合计占主营业务收入合计的比例 10% 以上。对国家创新驱动发展战略有重要意义，且拥有较强发展潜力和市场前景的企业除外。		
	已在境外上市的红筹企业	第一套标准	市值不低于 2000 亿元人民币	同主板	同主板 + 最近一年净利润为正
		第二套标准	市值 200 亿元人民币以上，且拥有自主研发、国际领先技术，科技创新能力较强，同行业竞争中处于相对优势地位。	同主板	同主板 + 最近一年净利润为正

注：对于具有表决权差异安排的红筹企业拟申请科创板 / 创业板上市，还应满足如下任一市值要求：（1）预计市值不低于人民币 100 亿元；或（2）预计市值不低于人民币 50 亿元，且最近一年营业收入不低于人民币 5 亿元。另外，红筹企业拟申请创业板上市，还应满足最近一年净利润为正的条件。

2) 分拆上市

在美国上市的中概股企业，如希望保留其美股上市地位并实现 A 股上市，可以考虑分拆其直接或间接控制的子公司在中国境内上市。⁸⁰ 分拆上市路径的简化示意图如下：

图 3-10



得益于境内资本市场近年来的市场化改革，实践中也已经存在一些成功案例。据统计，自“美股上市公司分拆 A 股 IPO 项目第一单”盛美上海（688082.SH）于 2021 年 11 月 18 日成功上市以来，截至 2022 年 5 月 30 日，在美国上市的中概股企业分拆 A 股 IPO 的已完成案例还有大全能源（688303.SH）和晶科能源（688223.SH），阿特斯阳光电力集团股份有限公司科创板上市项目已提交注册。

结合中国境内相关证券监管规则以及上述案例的审核问答，在美国上市的中概股企业分拆 A 股 IPO 项目中，被重点关注的相关法律事项具体如下：

⁸⁰ 囿于本节主题，此处讨论的分拆上市主要是指，在美国上市的中概股企业考虑到可能存在被责令退市等监管政策风险，将大部分业务或资产，经过必要的重组（如需），以其控制的境内子公司的形式在中国境内上市的行为。特此说明。

表 3-6

序号	事项	问题
1	内外部批准	1) 中概股企业就分拆上市是否履行了内部决策程序； 2) 中概股企业就分拆上市是否取得美国证券监管机构或注册地有关政府部门的批准、授权或同意。
2	信息披露	1) 中概股企业是否按照美国联邦证券法律规定和证券交易所规则等就分拆上市履行了信息披露义务； 2) 境内上市主体的信息披露和中概股企业上市后的信息披露之间的差异及其合理性。
3	控制权	中概股企业境外架构、公司治理情况及其对境内上市主体控制权清晰稳定的影响。
4	业务经营	中概股企业的主营业务、业务开展情况、生产经营主体、发行人相关财务数据占中概股企业的比例情况。
5	同业竞争、关联交易	境内上市主体和中概股企业（包括其控制的其他附属企业）之间的同业竞争、关联交易情况。
6	资产独立性	中概股企业相关知识产权等资产置入境内上市主体的情况。
7	人员独立性	1) 境内上市主体及其关联方的董监高在中概股企业及其关联方的历史任职情况及合法合规性，是否存在违反竞业禁止义务的情形，与中概股企业及其董监高是否存在亲属等密切关系，如存在，在相关决策程序履行过程中，相关人员是否回避表决或采取保护非关联股东利益的有效措施； 2) 境内上市主体人员参与中概股企业的员工激励安排，境内上市主体的人员独立性情况。
8	政府调查、诉讼、仲裁、争议等	1) 分拆过程是否存在诉讼、争议或潜在纠纷，是否存在损害中概股企业及其中小投资者合法利益的情形； 2) 中概股企业和境内上市主体在美国等境外司法辖区涉及的政府调查、问询、诉讼、仲裁、行政处罚情况。

3. 中概股美国退市后赴港上市

(1) 港股IPO市场概览

根据联交所 2021 年年报显示，尽管地缘政治环境动荡，联交所继续是全球领先的集资中心之一，2021 年全年新上市公司共 98 家，集资额达 3,314 亿元。新经济和生物科技公司继续是香港 IPO 市场的两大增长点：年内共有 59 家新经济公司在香港上市，当中包括 31 家采用不同投票权架构的公司、医疗健康及生物科技公司（包括仅根据《上市规则》第十八 A 章上市的公司）及 / 或第二上市公司，占期内香港首次公开招股集资额的 88%。香港于 2021 年再次成为亚洲最大及全球第二大的生物科技集资中心。香港的新经济和生物科技公司的集资及投资生态圈亦不断扩大。进入 2022 年，准备香港上市的公司仍络绎不绝，尤其是来自新经济领域的公司和中概股来港上市的申请。

近来地缘政治局势的持续紧张及新冠肺炎变种病毒株奥密克戎的出现，对企业上市造成了一定挑战，但凭借充分利用与中国内地的互联互通优势、继续丰富产品组合、积极把握新经济发展和可持续发展的大趋势，香港市场将迎来巨大的发展机遇。

未来十年间，中国内地资本市场的规模可望由现在的大约 30 万亿美元增至超过 100 万亿美元，预计未来数年将会见到中国内地储蓄释放、进出中国的跨境投资增加，以及中国企业创新提速。外资对中国经济及资本市场的参与预计也会增加，增加速度可能是前所未有的。因此，联交所在亚洲以至全球的资本市场持续发展上将扮演比以往更加重要的角色。

(2) 中概股赴港上市的路径介绍

除在美股私有化后重新在香港上市之外⁸¹，当前中概股于香港上市主要有两大路径：第二上市与双重主要上市。

2021 年 11 月 19 日，香港联交所发布《针对优化海外发行人上市制度的改革

⁸¹ 在完成私有化交易并退市后，部分公司可能考虑下一步于香港上市，一般情况下公司的红筹架构通常无需特别调整。由于公司已在美股退市，并作为一个新的未上市主体寻求港股上市，因此需要满足《上市规则》及相关法规中对于主要上市的所有条件，本章节不做展开。

看法咨询总结》（以下简称新规），涉及对大中华地区发行人（含中概股）回归香港上市制度进行修订，并于 2022 年 1 月 1 日生效。受新规影响，当前中概股于香港上市两大路径相关规则均有调整，整体门槛有所下降，覆盖中概股企业范围更广。

1) 双重主要上市

双重主要上市指同一家公司分别在两个不同的证券交易所挂牌上市融资，例如“A+H”上市，但两市场股票无法跨市场流通。

就双重主要上市而言，由于这些发行人是申请主要上市，而不是第二上市，因此不会有自动豁免。所以，他们须完全遵守《上市规则》对于一般主要上市的所有规定（如营运记录及财务要求等）。

此外，新规允许了不合规的不同投票权（WVR）及 / 或 VIE 架构的“获豁免的大中华发行人”和“非大中华发行人”直接申请在香港作双重主要上市。“获豁免的大中华发行人”指符合以下条件的大中华发行人：(i) 于 2017 年 12 月 15 日或之前在合资格交易所作主要上市；或 (ii) 截至 2020 年 10 月 30 日为止由法团身份的 WVR 受益人控制及于 2017 年 12 月 15 日后但于 2020 年 10 月 30 日或之前在合资格交易所作主要上市。“非大中华发行人”指在合资格交易所主要上市而其业务并非以大中华为重心的发行人。

2) 第二上市

第二上市指公司在两地上市相同类型的股票，通过国际托管行和证券经纪商以实现股份跨市场流通。

总体来看，寻求第二上市的发行人要满足的上市要求相较于主要上市大大减少。获豁免的大中华发行人或非大中华发行人应符合《上市规则》第十九 C 章现行适用于具有 WVR 及 / 或 VIE 架构并寻求第二上市的合资格发行人的合格性及合适用性规则并且遵守相关披露规定，不合规的 WVR 架构及 / 或 VIE 架构可予保留。

就第二上市而言，(i) 对于没有 WVR 架构的大中华发行人，相比于原有规定

要求相关发行人市值达 400 亿港元或 100 亿港元（10 亿港元会计年度收益），此次修订明确两套标准：（a）预期市值 30 亿港元 +5 个完整会计年度良好合规记录；（b）预期市值 100 亿港元 +2 个完整会计年度良好合规记录；（ii）新规删除了创新产业公司的条件，非创新产业公司的大中华发行人亦可做第二上市：此修订同时适用没有不同投票权架构和有不同投票权架构的大中华发行人。

此外，新规明确并拓展了上市地位变更的规则与方式，帮助具有海外除牌风险的中概股由第二上市转为双重主要上市，具体来看：（i）永久交易转移：若海外发行人最近一个会计年度的上市股份全球成交量（包括该等股份的预托证券的成交量总金额有 55% 或以上）都是在联交所市场进行，联交所即视其上市股份交易已大部分永久转移到联交所市场，所有自动豁免即告撤销，但发行人仍有《上市规则》第十九 C 章的现行过渡安排；（ii）自愿转换，自转为主要上市生效之日起，所有自动豁免即告撤销，联交所一般不会就全面遵守《上市规则》条文给予宽限期；（iii）主要上市市场除牌转换：第二上市发行人将自动有 12 个月的宽限期令其按《香港财务报告准则》及《国际财务报告准则》编备财务报表，且发行人一旦从主要上市市场除牌，《上市规则》的其他规定的自动豁免即不再适用。

十、海外上市公司私有化的融资安排

自 2019 年下半年起至今，中概股私有化（尤其是港股私有化）的上升趋势较为明显，私有化浪潮渐起。作为私有化交易的重要资金来源之一，并购贷款等债权融资不可或缺。结合我们近年来参与的私有化融资项目的经验，我们对私有化交易的最新趋势以及私有化融资的主要方式和要点进行简要分析。

1. 私有化交易的最新趋势

中概股私有化，曾在 2015 年至 2016 年期间由于境内外资本市场的估值差异、境外监管要求趋严、境外机构做空等原因掀起浪潮，后因回归境内资本市场的政策和市场等因素的影响相对归于沉寂。然而，根据我们的不完全统计，2017 年至 2019 年的近三年期间仍有近 30 家中概股公司陆续于中国香港、美国以及其他境外资本市场完成私有化退市，尤其是在 2019 年已有 10 余家港股上市公司拟议或完成

私有化，包括国有和民营企业在内的各类中概股私有化交易相较于往年呈现显著的上升趋势。2020年，美国参议院通过了《外国公司问责任法》（Holding Foreign Companies Accountable Act），对外国公司身份的发行人提出了更严格的要求。美国证监会最近接连公布中国在美上市公司预备退市名单，数量已达数十家。虽然近期中国证监会在和美国证监会以及美国 PCAOB 协商关于 PCAOB 审阅审计底稿一事，但我们预计仍会有一批中概股会回归本土市场。

根据我们的观察，近年来私有化交易的主要动因包括：（1）上市公司的股价未能充分体现其真实价值，甚至相对于净资产价值出现较大折让；（2）相关境外资本市场的流动性较低，无法有效实现上市融资功能；（3）上市公司或其控股股东或管理层拟进行业务整合或者战略调整；（4）境内资本市场的制度优化和创新，特别是2019年上海证券交易所科创板在上市制度和交易制度上的突破（尤其是对拟上市公司的盈利能力要求的放宽），为中概股回归创造了有利条件和契机；以及（5）同行业内或者关联行业之间的兼并或并购，以及产业投资基金主导的并购需要。当然，在特定的私有化交易中，交易各方可能是综合考虑各类因素而发起交易。

2. 私有化融资的实施要点

由于相比于传统并购交易，私有化交易需要面对更复杂的退市监管和满足更精确的时限要求，私有化融资相应地需要符合更严格的标准。对于有意实施私有化的企业而言，根据自身情况选择合适的私有化融资方式，了解并把握私有化融资的实施要点，是成功完成私有化交易的重要一步。

（1）私有化融资类型

在私有化交易中，无论采取现金支付抑或现金加上股份支付的方式，买方均需要向上市公司的现有股东支付收购股票的对价，而该等现金对价的融资方式通常主要包括股权融资、债权融资以及夹层融资等。具体而言：

1) 股权融资

主要包括私有化交易的主要发起人及其引入的各类买方团成员的资本出资，通

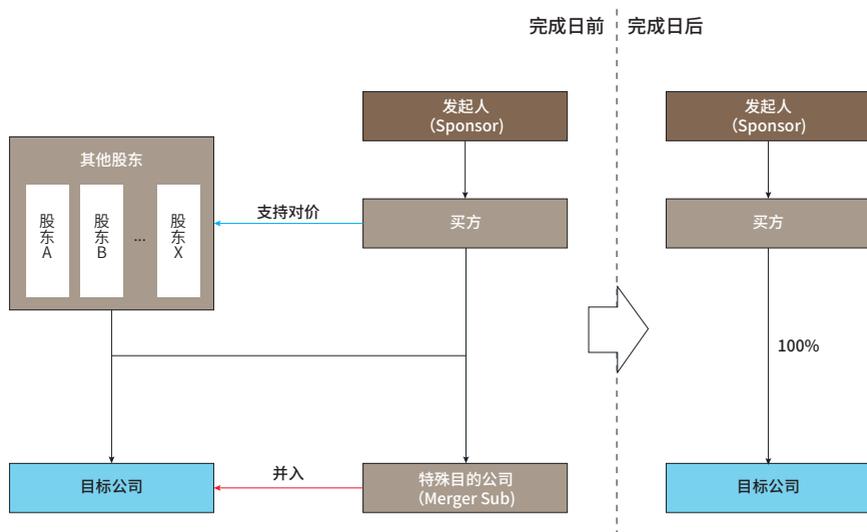
常涉及产业、战略、财务等各类投资基金及金融机构。需要注意的是，虽然股权融资能够降低买方的负债率，并且不会产生直接的财务成本，但通常股权投资方对于项目收益和股本回报会提出更高要求。在一些私有化项目中，特定的投资人还会要求私有化交易的主要发起人（例如大股东或者管理层）对股权融资提供投资本金收益保障以及回购等安排。

2) 债权融资

债权融资主要包括由银行等金融机构提供的、有追索权或者无追索权的并购贷款等债权融资。如果拟私有化的上市公司本身拥有较为优质的资产和现金流或者具有较好的业务发展前景，并且买方在融资交易中更具谈判地位优势时，一般会采取无需承担或有负债的无追索权结构。而在上市公司的资产或现金流尚不足以满足融资提供方对抵/质押率或现金流的要求时，融资提供方可能会要求由主要发起人或特定买方团成员提供连带责任担保，以在借款人和上市公司无法偿还私有化融资时，由融资提供方直接向主要发起人或特定买方团成员进行追偿。

无追索权的债权融资结构示意图如下：

图 3-11



在实践中，根据融资提供方的所在地以及具体的交易安排，通常会采取如下方案：（1）境外银行提供境外贷款。由境外银行或者境内银行的境外分行或者离岸业务部在境外向买方或者其设立的特殊目的公司提供贷款；（2）境内银行提供跨境直贷。由境内银行的境内分行或自贸区分行直接跨境向买方或者其设立的特殊目的公司提供贷款。在上述境外贷款或者跨境直贷的贷款融资方案中，境内发起人或特定买方团成员可在满足相关监管要求的情况下直接提供担保（或者由境内银行开具保函提供担保，境内发起人或特定买方团成员向境内银行提供反担保），亦可通过维好契据（Keepwell Deed）等方式提供非担保的增信措施。

3) 夹层融资

除传统的股权和债权融资外，在一些私有化交易中亦会引入兼具股权和债权投资性质的夹层融资。以一笔私有化融资为例，被私有化的企业主营业务在中国境内，其寻求在境外私有化实现退市后，再在境内寻求上市。由于融资提供方是具备股权投资业务的私募基金而非银行业金融机构，其对收益率的要求较高，并且对上市公司的未来业务发展前景比较看好，由此在境外提供的私有化融资为兼具股权和债权特征的夹层融资。该笔夹层融资的核心安排为：

- **融资类型和期限。**该笔融资本身为短期的低利率过桥贷款，用途为支付私有化对价，并要求私有化在特定期限内完成；如果私有化交易不成功，除有权要求偿还贷款外，融资提供方也可选择将过桥贷款展期成为较长期限的贷款，并调整为较高利率收取利息，以保证融资提供方的收益率；
- **融资提供方的特殊权利。**融资提供方享有特定境内运营主体股权的领售权，以确保私有化后境内外股权重组按计划开展的确定性，最终确保境内企业重组后按期在境内上市。同时，融资提供方拥有转股选择权，即将未偿还贷款转为对境外持股主体的股权，或者对境内拟上市主体的增资或转股权。

通过夹层融资的安排，融资提供方得以保持较大的灵活性和主动权，可以根据对拟私有化的公司经营状况、财务状况的测算和判断，在其认为适当的时机将债权

转为股权，以在企业最终实现境内重新上市后，获得可观的收益回报；而对于企业而言，在私有化顺利按期完成的情况下，其也可以获得比银行融资更低成本的融资资金，以协助私有化顺利完成，并进一步作为境内拟上市主体的长期资本资金。

(2) 私有化的融资特性和操作要点

1) 资金确定性 (Certain Fund)

作为境外公开市场并购交易项下的一项惯常要求，并购资金（尤其是融资资金）的确定性对于私有化交易能否成功完成至关重要。买方需要向上市公司及其股东，甚至相关监管机构证明其具有充足和确定的资金来支付私有化交易所需的对价。由此，在私有化交易中，买方将会被要求就股权融资、债权融资及其他类型融资的资金确定性提供相应的证明文件。受限于不同资本市场所具体适用的法律要求和交易所规则，买方通常需要提供的证明文件包括股权和债权融资承诺函、融资协议，甚至资金已经到位的证明等。

以港股私有化为例，香港证监会的《公司收购、合并及股份回购守则》（《收购守则》）中的规则 3.5 “公开作出要约的确实意图”及其注释中明确要求，“有关要约的公布应该包括由财务顾问或另一适当第三者所发出的确认，证实要约人具备应付要约全部获接纳时所需的充足资源。这方面的责任亦落在该要约人的财务顾问身上”，而“对于有关要约人具备资源以履行有关要约的责任的声明，执行人员可能会要求有关方面提供支持该项声明的证据。执行人员亦可能要求要约人提供证据，证明其有足够的资源以完成引发有关要约责任的股份购买交易。”根据我们的项目经验，在具体的私有化项目中，由于财务顾问负有责任“遵守最高的谨慎准则”确认要约人的资金确定性，其通常会要求在相关的融资协议中加入明确的“资金确定条款”，明确规定融资提供方不得在融资提款期内任意取消融资额度或终止融资协议，并确保融资协议中所列的融资先决条件确定并可予落实。而最终在上市公司就要约收购发布公告（即 3.5 公告）时，亦需要由财务顾问在公告中明确确认要约人是否有足够的资源完成私有化交易。

从融资本文的起草和谈判角度，资金确定性条款也是私有化融资本文中最核心

的条款。资金确定性条款通常会强调在重要提款先决条件满足后，融资提供方在特定的时期内有义务向借款人提供并购所需要的资金。因此，借款人往往争取将提款先决条件范围缩得尽可能狭窄和具体以确保私有化融资的更大确定性，而融资提供方由于一旦签署融资承诺，就会有很强的放款义务，会更谨慎地判断提款先决条件。因此资金确定性条款往往最能体现双方在该笔交易中谈判权力的博弈。

2) 时效性

私有化交易通常涉及诸多司法管辖地，需要遵循包括上市公司注册地的法律、发起人所在地的法律（特别是对于有追索权债权融资而言），以及上市公司交易场所的所在地的法律和交易所规则等。在私有化融资交易中，不论是买方还是融资提供方，均需要提前聘请专业中介机构进行财务、法律及税务研究和市场调研，并与相关监管机构、交易所提前进行沟通，并据此制定可行的私有化和融资的方案和时间表。而根据我们的经验，无论是通过协议收购或安排，还是全面要约收购方式进行的私有化交易，融资资金的安排和到位均需满足严格的时间要求，方能配合交易各方妥善完成交易的交割。

3) 保密性

由于私有化交易的消息可能会引起公开市场股价的大幅波动，因此融资提供方及中介机构的数量必须非常有限，在私有化融资初始阶段就需要相关融资提供方及中介机构都签署保密协议，承诺在私有化要约宣布前，履行保密义务，确保交易公布前信息的绝对保密。

3. 私有化交易和融资涉及的审批及监管要求

根据具体的私有化交易结构和融资方式的不同，私有化交易及其相关融资交易可能会涉及中国境内和 / 或境外相关政府机构的审批、登记和备案等授权，或者满足相关的监管要求。鉴此，交易和融资各方均需聘请专业中介机构进行审慎评估和确定所需政府授权以及难易程度，以设计和采取最佳的方案来完成私有化交易及其融资。从私有化交易和融资项目实践情况来看，需要特别关注如下通常可能包括的

境内外监管要求：

(1) 境内监管方面的合规要求

1) 境外投资

如果私有化交易中买方团成员需要从中国境内进行境外投资，则可能需要根据中国国家发展和改革委员会（发改委）颁布的《企业境外投资管理办法》及其配套规定、商务部颁布的《境外投资管理办法》及其配套规定履行所需进行的核准 / 备案程序，并在银行办理相应的境外投资外汇业务登记。

2) 反垄断审核

如果私有化交易达到《反垄断法》项下需要进行经营者集中申报的标准，在“实施集中”前需完成申报并获得国家市场监督管理总局的批准。

3) 外债备案

如果私有化债权融资涉及的借款人为境内企业或个人控制的境外企业或其分支机构，且融资提供方是境外机构（包括境内银行的境外分行）并且期限超过 1 年的，则需根据发改委颁布的《关于推进企业发行外债备案登记制管理改革的通知》，事前向发改委申请办理备案手续。

4) 内保外贷

如果私有化债权融资涉及境内主体为境外融资提供担保（包括境内企业提供的各种类型的担保，或者由境内银行提供的保函），则需要满足国家外汇管理局颁布的《跨境担保外汇管理规定》和《关于完善银行内保外贷外汇管理的通知》项下关于内保外贷的相关监管要求，并履行相应的内保外贷登记 / 报送手续。

5) 并购贷款

如果私有化交易中的并购贷款由境内银行（不包括境内银行的境外分行或者离

岸业务部) 提供, 则该等并购贷款将应遵守中国银行保险监督管理委员会颁布的《商业银行并购贷款风险管理指引》中对于并购贷款的监管要求 (包括但不限于自筹资金与贷款资金的比率要求、期限等)。

(2) 境外监管方面的合规要求

1) 上市地证券法及上市规则的合规要求

美股私有化交易将需要按照美国证券法的有关要求将交易方案等信息提交美国证监会审查。港股私有化交易需要符合香港《公司收购、合并及股份回购守则》《香港联合交易所有限公司证券上市规则》等规定, 在满足私有化条件后, 港股上市的公司方可向联交所申请退市。

2) 公司注册地公司法及相关法规的监管

除上市地的法律法规外, 私有化交易还需要符合上市主体注册地的《公司法》及其他相关法规的要求。如在开曼群岛注册的香港上市公司可以通过自愿要约和协议安排两种方式完成私有化。如果其选择按照协议安排进行私有化, 则需要按照开曼《公司法》的要求召开法院会议, 并将受制于开曼大法院对协议安排的批准。

3) 外商投资和国家安全审批的限制

就美国私有化交易而言, 如果一项美股私有化交易可能导致美国企业被外国人控制, 或者即便不涉及控制权转移, 但符合美国 FIRRMA 法案特定类型的外国人对美国企业的投资⁸², 则 (尤其是上市公司或其子公司注册于美国境内的情况下) 该等合并、收购或接管交易可能需要取得美国外资投资委员会 (CFIUS) 的审批。

⁸² 2018年8月颁布的《外国投资风险审查现代化法案》(Foreign Investment Risk Review Modernization Act, 简称 FIRRMA 法案) 扩大了 CFIUS 的管辖权, 将下列五种新的交易类型纳入 CFIUS 的管辖:

- (1) 任何由外商主导或者有外商参与的可以导致外商对美国企业产生“控制”的合并、收购和接管 (包括以合资企业形式进行的前述交易);
- (2) 任何由外商购买或者承租的坐落在或者部分靠近美国军方或者其他具国家安全敏感性的设施的私人或公共不动产;
- (3) 任何在以下领域对与其非关联的美国企业的投资: (a) 拥有、运营、制造、提供为关键基础设施或为其提供服务; (b) 产生、设计、测试、生产、制造或者开发关键技术; (c) 保留维护或搜集美国公民敏感的个人信息从而可能威胁到美国国家安全的;
- (4) 外商投资者在美国企业中现有权益变动从而可能导致外商对该企业产生“控制”或导致上述第 (3) 点所描述的投资;
- (5) 任何其他旨在规避 CFIUS 管辖的交易、转让、协议、安排及构架。

4) 其他特殊的要求

对于具有中国大陆背景的企业拟参与的中国台湾地区企业私有化而言，可能会触发中国台湾地区对陆资可能有的特别审批要求以及外汇管制问题。

4. 结语

随着中国境内资本市场的日益成熟和国际资本市场对于中概股监管的政策趋严，中概股回归的趋势正在进一步上升。由于私有化交易涉及复杂的监管审批和严格的时间要求，需要在商业、法律、财税角度做好详细的提前规划。选择合适的私有化融资方式，确保资金的确定性、时效性、保密性和合规性，才能为私有化交易的成功完成打下坚实的基础。

十一、完善企业的海外合规管理体系

近年来，随着中国企业的海外发展与全球布局以及国际经济及地缘政治形势的变化，中国企业在海外运营过程中面临的合规风险与压力与日俱增。因此，加强自身合规管理体系的建设对于海外发展的中国企业而言势在必行。

需要说明的是，中国企业在海外运营过程中面临的合规风险是多方面的。本章将主要就反腐败合规体系展开论述。数据合规、制裁合规及出口管制等方面，由于本书中有专章介绍，因此在本章中不再详述。

1. 中国企业海外反腐败合规管理体系的规范渊源

(1) 世界主要国家的相关法律

对于中国企业的海外运营影响力最大的反腐败外国法律包括美国的《反海外腐败法》(Foreign Corrupt Practices Act, FCPA)、英国的《2010年反贿赂法》(The Bribery Act 2010)以及法国的《萨宾第二法案》。其中，又以FCPA影响最为深远。近年来，中国持续成为FCPA的热点执法区域。在特朗普政府自2018年11月开始实施的“中国行动计划”中，便明确提出要“识别涉及与美国企业相竞争的中国公

司的 FCPA 案件”⁸³。

因此，本章将以 FCPA 作为主要的外国法参照。同时，本章也将参考美国司法部在 FCPA 项下对企业提出的合规评估要求与标准。

（2）我国的相关规定及指引

在国有企业层面，为适应国有企业的发展需求与全球强化合规监管的趋势，近年来国资委等有关部门不断深入推进国有企业的境内外合规管理体系建设，经历了由浅入深、由点到面、步步深化的过程。从最初选取五家央企试点，再到发布《中央企业合规管理指引（试行）》（《央企合规管理指引》）、《企业境外经营合规管理指引》（《境外合规管理指引》）等正式文件，国资委、发改委等部门为境内企业及其境外分支机构提高经营行为合规性提供了有益指导。2021 年底开始，国资委还陆续发布了《关于进一步深化法治央企建设的意见》《关于开展中央企业“合规管理强化年”工作的通知》等文件，进一步强调中央企业应将合规全面覆盖子企业、涉外机构，并着力抓好境外合规。

经过数年的试点推行，国资委在总结之前合规管理工作的经验基础上，于 2022 年 4 月发布《中央企业合规管理办法（征求意见稿）》（《央企合规管理办法》）。《央企合规管理办法》的出台，标志着央企合规管理建设进入新阶段，为央企提升依法合规经营管理水平提供了与时俱进的指引。《央企合规管理办法》正式生效后将以正式部门规章的形式替代《央企合规管理指引》，进一步推动中央企业切实加强合规管理，为深化改革、促进高质量发展提供有力保障。

同时，随着我国的企业合规改革的不断推进，2022 年 4 月 13 日，最高人民法院、全国工商联等九部委联合印发《涉案企业合规建设、评估和审查办法（试行）》（《涉案企业合规办法》），从刑事合规的角度，对包括国有企业在内的所有企业的合规体系建设与运行，提出了新的要求和指导。

但是，我们同时也观察到，企业在探索合规管理体系建设工作的过程中出现了

⁸³ 尽管在 2022 年 2 月 23 日，美国司法部宣布暂停“中国行动计划”，但美国司法部对于涉华企业的 FCPA 执法趋势将如何发展，仍有待观察。

一些问题。例如，有的企业想当然地要推翻原有的旧制度，重建一套大而全的静态管理制度，一蹴而就地解决合规问题；有些企业则认为简简单单地换换牌子、做做人员调整、搞搞培训或知识竞赛就算是完成了合规体系建设。其实，以上两种做法都欠妥当。企图一蹴而就，大而全地重建制度体系，容易造成重复建设和管理资源的浪费；应付了事的做法则流于形式，无法将合规要求真正“嵌入”企业的日常操作流程。一旦企业遭遇合规风险，纸面上的制度仍然会显得捉襟见肘。因此，我们建议国内企业在开展合规管理体系建设工作时，应从实际出发，结合企业的行业类型、特点及企业独有的运营方式，建设一套符合自身特点的合规管理体系。

对于如何开展合规管理体系建设，《央企合规管理指引》《央企合规管理办法》以及《涉案企业合规办法》虽然从合规管理的组织架构、制度体系、重点领域、风险管控流程、合规文化建设等诸多方面提出了具体要求和指引，但其内容稍显抽象，不够直观。如何结合企业的现状和自身特点，有针对性地开展合规管理体系建设工作，成为困扰众多从事合规管理工作的人员的难题。结合我们近年来的实务经验，企业通常可以围绕合规管理的组织架构、制度体系、运行机制、保障机制四方面展开合规管理体系建设。对于体系庞大、业务多元的企业，还可以选择相应的下属企业进行试点，确定重点风险领域。接下来，我们将结合实务经验，对企业在建设合规管理体系的过程中经常遇到的问题进行初步探讨。

2. 如何建立一个有效的企业反腐败合规体系

结合《央企合规管理指引》《央企合规管理办法》《境外合规管理指引》《涉案企业合规办法》以及美国司法部于2020年6月1日更新的《公司合规体系评估》（Evaluation of Corporate Compliance Programs）的内容，我们将在下文从全面的合规责任落实、完善的合规管理组织架构、有针对性的合规风险识别、体系化、可操作性的合规政策体系、浸润式的合规企业文化建设以及动态化的企业合规体系检讨与改进等六个方面对企业如何建立一个幼小的反腐败合规体系进行探讨。

（1）全面的合规责任落实

企业可结合发展需要建立权责清晰的合规责任分配结构，在决策、管理、执行

三个层级上划分相应的合规管理责任。

1) 决策层

企业董事会应充分发挥定战略、作决策、防风险职能，履行审议批准企业合规管理基本制度和体系建设方案，研究决定合规管理重大事项，审议批准合规管理年度报告，决定聘任或者解聘首席合规官等职能。

2) 管理层

企业主要负责人是推进法治建设的第一责任人，应当切实履行依法合规经营重要组织者、推动者和实践者职责，积极推动合规管理各项工作。在实践中，企业高管可以通过签署发布合规手册、带头签订合规承诺函、主动积极参加各类合规会议及培训等方式，来体现领导层对于合规的重视与参与。

3) 执行层

经理层需要按照董事会的整体工作部署，开展各项具体合规管理工作，例如制定合规管理工作流程等。同时，合规管理的执行层面应设置“三道防线”：业务部门是合规管理责任主体，负责日常相关工作，履行“第一道防线”职能，对各自领域内的合规风险进行识别、排查、审查、应对等工作；合规管理牵头部门组织开展日常工作，履行“第二道防线”职能，组织开展合规风险识别、预警、应对，合规评价与考核等工作，并指导其他部门和子企业开展合规管理工作；纪检监察机构和审计、巡视等部门在职权范围内履行“第三道防线”职责，对企业和相关部门的经营管理行为及合规管理工作进行监督检查，对违规事件及人员进行调查等。

(2) 完善的合规管理组织架构

企业的合规管理机构一般由合规委员会、合规负责人 / 首席合规官和合规管理部门组成。尚不具备条件设立专门合规管理机构的企业，可由相关部门（如法律事务部门、风险防控部门等）履行合规管理职责，同时明确合规负责人 / 首席

合规官。

1) 合规委员会

按照国资委要求，中央企业应设立合规委员会，可以与企业法治建设领导小组或风险控制委员会等合署，履行合规管理的组织领导和统筹协调职责，定期召开会议，研究讨论合规管理重点工作，向经理层提出意见和建议。

根据《境外合规管理指引》第十一条的规定，企业可结合实际设立合规委员会，作为企业合规管理体系的最高负责机构。合规委员会一般应履行以下合规职责：（1）确认合规管理战略，明确合规管理目标；（2）建立和完善企业合规管理体系，审批合规管理制度、程序和重大合规风险管理方案；（3）听取合规管理工作汇报，指导、监督、评价合规管理工作。

2) 首席合规官

央企已普遍设立首席合规官，由总法律顾问或与合规管理职责不相冲突的其他相关负责人担任。由于央企已推行总法律顾问制多年，所以多数情况下首席合规官都是由总法律顾问担任，个别企业由首席财务官（CFO）担任。首席合规官的职责包括参与企业重大经营决策、提出合法合规审核意见，领导合规管理牵头部门推进合规建设，指导业务部门和子企业的合规管理工作，特别是需要向董事会、企业主要负责人汇报合规管理重大事项。

3) 合规管理部门

《央企合规管理指引》规定，法律事务机构或其他相关机构为合规管理牵头部门。根据我们的观察，多数央企将法律事务部改为法律合规部，作为合规管理牵头部门，合并行使法律、合规、内控等职能。合规管理牵头部门应当配备与企业经营规模、业务范围、风险水平相适应的专职人员，同时对于境内外的重要子企业及重要项目，也应当明确合规管理牵头部门，配备合规管理人员，落实全程参与机制，强化重大决策合法合规性审核把关，切实防控合规风险。

(3) 有针对性的合规风险识别

企业合规体系建设不应沦为机械的文件罗列，也不应成为脱离企业具体业务情况的空中楼阁。因此，只有结合企业运营中的具体风险，并根据具体风险程度制定相应的安排，才能真正提高企业合规体系的针对性和有效性。

企业在运作的过程中会遇到各种各样不同的合规风险，这些风险有的与企业的业态类型和经营特点相关，有的则可能来自于企业开展业务的具体国家和地区。公司可以结合外规要求中的重点领域明确自身的重点合规领域。

例如，《央企合规管理指引》明确提出企业应将市场交易、安全环保、产品质量、劳动用工、财务税收、知识产权和商业伙伴作为企业需要重点关注的合规领域。《关于开展中央企业“合规管理强化年”工作的通知》则强调，中央企业应着力抓好境外合规，要加强对境外规则的研究，深入做好知识产权、出口管制、数据安全、税收等领域风险防范应对工作。同时，国资委还陆续出台了数批《中央企业合规管理系列指南》，其中也覆盖了反商业贿赂、出口管制、世界银行制裁等境外合规重点领域。

此外，《境外合规管理指引》也规定，在境外日常经营中，企业应掌握劳工权利保护、环境保护、数据和隐私保护、知识产权保护、反腐败、反贿赂、反垄断、反洗钱、反恐怖融资、贸易管制、财务税收等方面的具体要求。结合对外贸易、境外投资、对外承包工程等业务的特点，《境外合规管理指引》还就不同类型的业务提出了不同的重点关注领域。例如，在对外承包工程中，企业还应关注投标管理、合同管理、项目履约、环境保护、连带风险管理、债务管理、捐赠与赞助等方面的要求。

(4) 体系化、可操作的合规政策体系

实践中，企业无论从哪个维度、利用何种方式、追求何种目标、构建何种管理系统进行管理，都绕不开规章制度这个纽带。完善的合规制度应该体现涵盖全面、主次分明的特征，既类似一张越织越密的大网，涵盖企业经营的全过程和各方面，又类似一颗根基牢固、枝繁叶茂的大树，有主干、有枝叶。

根据《央企合规管理办法》的相关规定，结合近年来各央企的合规建设实践，企业的合规管理制度体系根据适用范围、效力层级等，一般可以分为基本制度、重点领域合规指南、操作手册三个层级。

1) 基本制度

合规管理的基本制度一般包括《合规管理办法》与《诚信合规手册》。作为企业合规管理的规范性、纲领性制度，《合规管理办法》会体现总则、机构职责、管理流程、考核监督、奖惩问责等内容，是企业合规管理中最基本的制度，也是其他具体的合规制度、流程或工具文件的制定依据之一。

《诚信合规手册》一般包含总则、合规管理体系、企业合规义务、员工行为准则等方面的内容，体现企业合规中最重要的基本原则，同时对企业和员工的合规行为起到提纲挈领的引导作用。《诚信合规手册》是公司每一位员工必须遵守的合规行为准则，也是对外展示公司诚信合规理念的重要载体。

2) 重点领域合规指南

重点领域合规指南是企业在合规管理基本制度的基础上，结合上文提及的企业风险识别，针对合规风险较高的业务领域制定的专项合规管理指南，用于强化重点领域合规风险防范。实践中，很多央企及地方国企，除了合规管理的基本制度以外，每年都会结合各自的业务特点，选取重点领域开展专项制度建设。

3) 操作手册

有了基本制度和重点领域的专项合规指南，企业还需制定操作手册，以明确企业运营过程中某些专项领域、专项业务环节的合规要求和操作细则。操作手册、流程或相关工具文件的作用是帮助员工实现合规要求、告诉员工合规要求需要怎么实现。这些操作流程和工具文件也为企业评估、梳理合规制度的有效性、监督员工对合规要求的落实情况提供依据和支持。根据作用的不同，操作流程和工具文件可以是对应某项合规管理规定的表单、流程图、审批样表，也可以是定期的评分问卷、反馈表、调查文件等。

同时，有效的企业合规制度不应只停留在纸面上，而应该结合企业具体的合规风险及运营实践，做到可落实、可操作，避免成为一纸空文。对此我们认为，在企业制定相关合规政策时，不应仅由法务或合规部门闭门造车，而应该在企业范围内充分调研，特别应加强与业务部门的沟通，使合规政策成为企业整体业务运营的有机组成部分之一，而非企业正常运营的障碍。

同时，企业应定期检讨合规政策的执行情况，并结合企业内外部环境的变化以及公司合规体系运行中发现的问题对合规政策进行及时的修订与改进。

(5) 浸润式的合规企业文化建设

企业的合规观念影响着企业的方方面面，不管是管理层的经营决定，还是普通员工的日常行为，都会受到合规观念的影响，如果企业未能树立正确的合规观念，即便建立了一套合规制度，也很难被尊重和执行。据中国合规网发布的《中国合规管理调查报告》显示⁸⁴，“业务部门的不配合”连续两年被评价为“合规不易的最主要原因”，“业务部门和人员不买账，往往会为业绩而牺牲合规”成为了企业进行合规建设时面临的首要障碍。

1) 高层的合规承诺

在企业合规的语境下，高层的合规基调为企业设定了指导性的价值观念和道德氛围。一个良好的高层基调，不仅可以为企业的发展奠定坚实基础，而且也是企业内部最好的粘合剂。包括董事会以及包括首席执行官、首席合规官在内的公司管理层的明确合规承诺对于企业内部的合规文化建设将起到上行下效的良好传导作用。

2) 赏罚分明的合规激励机制

企业应建立合理并与企业实际情况相适应的合规奖惩激励机制，包括将合规情况纳入员工的绩效评定体系以及对在合规方面表现良好的员工给予包括表彰、嘉奖等形式在内的精神激励。而对于查实存在违规行为的员工，企业必须严格对其进行处理，直至将行为人开除，甚至移送司法，决不姑息。

⁸⁴ http://www.sohu.com/a/222858205_733746

一个赏罚分明的激励机制将可以从物质与精神层面将企业中的每一个成员与合规关联起来，形成并维护企业内部合规经营，合规从业的文化。

3) 执行有力的举报与调查机制

公司应提供必要的举报设施和手段，包括举报热线、举报邮箱等，以备员工以及包括供应商在内的利益相关人对潜在的不合规行为和现象向公司举报。同时，公司应采取必要措施，保障举报人信息及举报内容的保密性，建立安全的、令举报人放心的举报环境。

对于收到的举报信息，公司应全部登记在案并应有专人进行评估分析，以决定是否采取进一步的行动，譬如是否进行着手调查或是否移交给其他相关部门处理。另外，从保密原则出发，公司可考虑建立规避制度，严格限定或监督企业领导及具有相应权力的人员调取举报信息，按职责仅仅分送给“需要知道的人”，并对调取举报信息的记录进行留痕备案。

而对于有明确线索或经评估后认为存在切实的违规可能性的潜在违规行为，公司应展开彻底调查。无论一个公司制定了多么“优良”的合规制度，如果公司没有能力对潜在的不合规行为进行调查，那么根本无法发现违反公司内部合规制度乃至法律法规的行为，更谈不上制止这样的行为。后果就是该种行为不受制约地愈演愈烈，公司制度形同虚设，合规管控完全失灵，沦为一纸空谈。

同时，公司应制定明确的反报复政策，严格禁止对于诚实地报告实际或疑似的不当行为的员工的报复。任何被发现实施打击报复行为的员工都应受到纪律处分，直至终止雇佣关系。

4) 覆盖面广的合规文化宣教以及定期有效的合规培训与考核

企业应通过包括入职培训、日常宣传、公司内网开放查阅等方式确保公司员工熟知公司的合规要求及违反公司合规规定的后果。

同时，企业应定期、持续地对员工开展合规培训，以便员工理解企业的合规目

标,自觉遵循企业的合规要求以及获得必需的技能 and 知识以履行其相应的合规职责。合规培训的内容应与员工角色和职责所涉及的合规风险及任务相符合且应易于被员工理解,不应晦涩难懂。合规培训的形式也应具备灵活性。特别在疫情的大背景下,应进一步发掘线上及电子化培训的潜力。

企业同时应定期就员工对于公司合规制度的熟悉程度以及相关合规基础知识进行考核测验。这种考核测验一方面可以检验员工对于公司合规制度的熟悉程度,另一方面也可以通过对全体员工的测验结果分析出公司在日常的合规培训中存在的不足,起到相辅相成的作用。

(6) 动态化的企业合规体系检讨与改进

企业所处的外部环境并非一成不变。同时,随着企业的并购扩张或者业务区域的扩张,其所面临的合规风险也会发生变化。因此,企业应根据包括所在行业的商业环境在内的外部环境的变化及其所吸取的合规教训(包括企业自身及同行业的合规风险案例)对其合规体系进行相应修订及更新。企业可以通过定期审计来评估其合规管理的持续有效性。同时,企业还可以通过对员工进行访谈或进行合规压力测试等方式评估其合规文化和合规管控的强度,发现相关合规风险。

3. 并购中的反腐败合规风险

企业并购是中国企业“走出去”的重要手段之一。而被收购方潜在的反腐败合规风险可能会因为相关的并购交易而传到到收购方⁸⁵。因此,中国企业在海外运营的过程中,除了完善自身的合规管理体系外,也不能忽视并购交易带来的反腐败合规风险。我们认为,充分的合规尽职调查与风险评估、合理的交易风险分配以及交割后的合规体系整合能最大限度地降低相关风险。

(1) 合规尽职调查与风险评估

收购方应在并购前对被收购方进行有关反腐败的合规尽职调查。在开展尽职调查前,收购方应针对被收购方的具体情况进行初步的风险评估,并根据评估拟定有

⁸⁵ 例如,在 FCPA 项下的继承者责任(Successor Liability)已经成为众多并购交易中的重要影响因素。

针对性的尽职调查计划。上述初步风险评估应重点关注以下五个方面：（i）被收购方的公司结构及子公司、合资企业的体系；（ii）被收购方的所在行业及主要业务开展的国家和地区；（iii）被收购方与各国（各地区）的政府官员⁸⁶的互动情况；（iv）被收购方与其第三方合作伙伴（如代理商、经销商、顾问等）的关系；及（v）被收购方的反腐败合规体系。

收购方可以根据上述五方面的情况，对随后针对被收购方的合规尽职调查计划进行相应的繁简安排。例如，对于潜在风险较小的领域，可以仅进行基本的文件审阅及对关键员工开展简短的访谈；而对潜在风险较高的领域，则需要考虑开展包括现场考察、穿透式法务审计、对被收购方的第三方合作伙伴的员工进行详细访谈等方式进行尽职调查。

（2）交易风险分配

收购方应在并购协议及相关文件的谈判过程中将反腐败风险纳入考量。收购方可以考虑在并购协议中加入下列条款：（i）被收购方应就其符合其业务运营所在国家的反腐败法律⁸⁷的情况作出陈述和保证；（ii）交割应在收购方对被收购方进行了令收购方满意的反腐败合规尽职调查后进行；（iii）被收购方应赔偿收购方因为被收购方的原因产生的反腐败罚款及相关调查的费用；（iv）赋予收购方在并购协议签订后，交割前就被收购方发生的潜在反腐败合规事件与被收购方进行联合调查的权利；（v）就双方因配合各国（各地区）政府部门可能的反腐败相关调查向相关政府部门披露受保密协议或条款保护的信息作出安排。

（3）合规体系整合

在交易完成并正式交割，收购方取得被收购方控制权后，收购方应尽快确保被收购方被整合到收购方的合规体系当中，即被收购方的运作应当符合收购方合规体系的要求及标准，避免出现合规真空。

⁸⁶ 需要注意的是，在FCPA的语境下，“政府官员”的内涵较广，包括某些正当成员、国有企业的人员等都可能被认定为“政府官员”。

⁸⁷ 考虑到美国长期以来热衷于对FCPA案件行使域外管辖权，不论被收购方是否在美国存在业务，也应让其就FCPA的合规情况做出陈述与保证。

综上，在加强合规管理体系建设的浪潮中，企业只有树立正确观念、掌握科学方法，才能实质性地推进合规制度建设。企业在解决了上述常见问题，有了良好的组织架构，确定了试点企业、重点合规领域，并完成基本合规制度的制定后，还应将合规管理嵌入到日常运营中，并通过信息化等手段，不断优化合规管理的运行机制，使合规真正成为企业可持续发展中不可或缺的一环。

合规管理体系建设是一个庞大的工程，涉及企业运营过程中方方面面的细节和要求，仅靠企业自身进行建设，难以实现全覆盖，企业可以寻求律师等专业人士的协助，从而更好地帮企业建立起有效的合规体系，为企业的发展保驾护航，使企业在合规的护翼下飞得更高、更远、更稳。

十二、知识产权防侵权检索与分析及纠纷应对

1. 知识产权防侵权检索与分析（专利、商标）

由于防侵权检索不仅需要专业能力和语言能力，还需要熟悉各国的司法实践并深刻理解一些法律原则，因此一般而言，建议企业委托各国的专业人士进行重要商业活动特别是海外投资与商业活动中的防侵权检索。本节试图说明专利和商标的检索分析工作的主要内容和工具，以帮助企业掌握一定的检索能力，从而节约成本、提高效率。

（1）专利检索分析

进行专利检索是企业识别与防范海外知识产权风险的重要手段，也是企业出海专利保护策略和企业竞争力构建的主要内容。进行专利检索主要有以下几方面的作用：

1) 侵权风险排查（Freedom To Operate, FTO）

对于出海企业，FTO 将是一项日常性的工作，涵盖从海外参展、产品出口到海外研发生产等各种场景。以中国企业在德国参展为例，可能遇到的专利侵权纠纷涉及海关行政执法，即德国海关会根据相关权利人的申请扣押参展品。而在民事程序

方面，德国法院也会对参展商颁发临时禁令。专利侵权还会触发刑事执法，德国的检察院也会协同警察及海关人员进行刑事调查程序。一份详尽的 FTO 分析报告，可以让准备参展的中国企业对可能发生的侵权纠纷做到胸有成竹，并提前与当地法律服务机构沟通，一起准备正确的应对方案。

FTO 的分析报告还可以帮助企业出口前就形成一系列商业决策，比如是否对产品进行修改以规避高风险的专利，也可以对某些高风险专利提前达成专利许可 / 转让协议，甚至可以对于特定的高风险专利提出无效宣告。上述工作在产品出口前做好准备，可以大大降低海外经营风险。

在企业设立海外生产或者研发实体的阶段，除了产品可能侵权，生产方法和工艺也有侵权风险，专利检索工作更应成为当地实体规避风险的日常合规工作。由于中国企业在世界各地大量开设生产基地，此时的侵权不仅会发生在广为人知的产品出口目的国，也有可能发生在大家不熟悉的国家。不管在什么国家，只要当地有专利制度，中国企业就不能松掉专利侵权排查这根弦。

2) 专利无效可能性分析

对于高风险专利，需要逐一进行专利无效的分析。此外，专利侵权诉讼往往也会伴随针对涉案专利的无效。很多时候，即便不能全部无效目标专利，能缩小该专利的保护范围，也会有利于应对诉讼，或者有利于专利的转让 / 许可谈判。

因此，在不同的司法管辖区对目标的专利进行卓有成效的专利无效可能性分析，也是企业应对海外专利事务的基本能力。

不同国家对于专利无效的法律法规各有特点，以美国为例，在 2013 年 3 月 16 日 (pre-AIA) 之前以发明日作为无效的关键日，即现有技术必须在专利发明日之前公开，而在美国发明法案生效 (AIA) 之后，则以专利的有效申请日作为无效的关键日。其中关于跨越 AIA 专利 (外国申请在 AIA 之前，美国申请在 AIA 之后) 的关键日的认定，以及现有技术的结合方式等等，都有复杂的法律法规以及判例作为依据。因此无效分析的工作，必须建立在熟悉当地法律的基础上，不能因为专利在

中国被无效，就理所当然地认为该专利在外国也能被无效。

3) 专利国际布局申请前的分析

国际专利布局是企业竞争力的重要体现与保障，而国际专利申请费用昂贵，因此国际专利申请前进行专利检索，分析其新颖性和创造性，即对专利授权前景有一定的预判，显得尤为重要。一份合格的专利检索与分析报告，应该尽可能穷尽地查找并分析现有技术，现有技术既有专利文献，又有非专利文献。期刊论文、会议记录、产品说明书，都属于非专利文献。这些现有技术文献，最后起到两个作用：首先，把好最后一道关，存在现有技术，别人已经发表了成果，没有授权前景的技术，就不要花冤枉钱去递交没有授权前景的专利申请；其次就是用最接近的现有技术，来指导专利律师撰写高质量的专利文件，最大化主张权利。

(2) 专利检索分析工作的难点

专利检索工作的难点在于专利数据库的选择、检索人员的技术能力和语言能力以及对各国专利法的专业运用能力。

选择合适的全面的数据库，是做好专利检索工作的基础。除了美欧日韩等主要发达国家地区的数据之外，还需要有“一带一路”等国家的数据。除了专利数据库，还应当有裁判文书数据、专利许可情况以及技术论文等数据库。多语言和跨语种检索是一个难题，虽然目前机器翻译已经提供了大量的便利，语义检索功能还受限于机器学习的技术水平。

当前有很多免费的数据库可供企业使用，无论是各国专利局的官网，还是很多政府搭建的数据库平台，都是免费的。当然，这类数据库均存在一定的局限，难以应对企业出海面临的复杂专利需求。在国际市场上，商业数据库是十分重要的，常见的专利数据库有科睿唯安的德温特、Questel Orbit、Minesoft Patbase 以及律商联讯的 TotalPatent，近年来后起之秀智慧芽数据库等也越来越完善。

期刊论文数据库的订购费用十分昂贵，一般只有科研院校和大型研发企业才有

能力订购。普通企业可以尝试借助公共图书馆的资源，例如国家图书馆向公众提供科研文献查阅的端口。

(3) 商标检索分析

商标检索一方面是为了避免侵权风险，另一方面则是为了了解是否存在商标申请注册障碍。总之在产品上市销售前或者在提交本地或国际商标申请前，在目标市场检索现有商标很重要。除了委托各国的专业机构进行检索服务之外，我们特别推荐世界知识产权组织（WIPO）提供的“全球品牌数据库”，其网址为 <https://branddb.wipo.int/branddb/en/>。

通过该在线工具，可以检索目标市场中现有的相同或近似商标，在多个国家和国际数据库中浏览商标，检索受保护的商标、原产地名称、国徽等，该工具有来自 71 个数据库的超过 4,600 万条商标记录（包括通过马德里体系注册的），既可以进行文字检索，也有图像检索功能。

通过上述的检索，可以帮助企业解决很大一部分申请前的检索需求。但是未检索到注册商标不代表一定不存在风险。根据《保护工业产权巴黎公约》（“巴黎公约”），各成员国都会对未注册驰名商标予以保护，因此即使在一个国家没有注册商标，也不一定不受到该国商标法对未注册商标的保护。同时，有些国家采用注册原则，即商标权依据商标的注册而产生；但有些采用使用原则，即商标权依据商标的使用而产生，只要在日常商业活动中使用了该商标，即能产生商标权。

美国是“在先使用”原则的典型代表，而且美国商标权还有州法保护和联邦注册保护双重体系，商标的取得依据在先使用原则，谁先使用谁享有商标权。1988 年，美国商标法做出修改，允许基于“意图使用”而申请商标，对在先使用原则有所松动。不过，所谓基于“意图使用”的注册申请，只有在 36 个月内真实使用，并且向商标局提交真实使用的证明才有可能获得商标注册，因此仍然带有鲜明的“使用”特征。在上述“在先使用”原则的基础上，在美国商标可以注册，也可以不注册。即使不注册商标只要处于使用状态也可获得法律保护。当然，如果商标未经注册，在先使用者只能在使用该商标的州寻求保护，而不一定能得

到全国范围的保护。

此外，因为美国除了联邦层面，部分州也有各自的商标法和商标注册制度，故在美国专利商标局（USPTO）的检索并不能检索到在各州的注册商标。因此，对于在美国的商标检索，不管其目的是用于排查侵权风险，还是了解注册障碍，不仅要检索包括 USPTO 商标库在内的各个官方数据库，实践中还可以使用谷歌、必应等搜索引擎，脸书、Tiktok 等社交软件，甚至亚马逊、阿里巴巴等电商网站，去检索与分析有没有商标已经得到商业使用但还没有注册的情况。各州的法律有所不同，但是都遵循“在先使用”原则。因此，比起大费周折地到各个州的商标库中去检索，对商业使用的检索反而成了一种事半功倍的选择。

总之，在不同的国家，需要寻找熟悉当地制度的专业机构来进行商标检索分析工作，因为在判例法国家，对于法律以及检索结果的解读，必须建立在熟悉判例的基础上。特别是对于防侵权的具体问题，由于涉及对各国的法律的理解和运用，须以各法域专业人士的意见为准，避免企业“自以为是”地以检索结果替代检索分析结论。

2. 如何防范知识产权侵权风险

如何防范知识产权侵权风险是个综合性的法律问题，必须以各法域的专业意见为准，但一些通行的原则可以为企业提供一些工作指引，并且有助于企业取得专业意见的帮助。总之，风险防范是一个法律技术层面的工作，但对企业而言，首先应该是一个意识层面的事，希望本章的若干问题，可以帮助企业从多方面着手去思考。

(1) 设计研发阶段的知识产权侵权风险防范

在实务中，知识产权侵权风险往往是在被诉企业经营活动中的制造、销售环节集中爆发，这一方面与知识产权侵权行为的法律规定有关，另一方面也是因为制造、销售产品会让权利人有更加充分的取证机会。因此，想要有效防范知识产权侵权风险必然需要企业有意识地在制造、销售产品之前就开展相关工作，在理想情况下应当在产品设计研发阶段（包括自研、委托开发或是采购的部分）排除主要的知识产

权风险。

按照产品技术来源划分，任何产品或产品上的组件都可以分为自研和来自于供应商两种。针对自研的场景，企业需要根据自身的研发工作阶段，开展配套的知识产权防侵权检索与分析工作（具体见前文知识产权防侵权检索与分析部分），在检索工作中发现潜在风险的，应当优先考虑回避他人在先专利、版权或商标等知识产权。如企业认为难以合理回避，或认为企业具备抗辩事由而无需回避的，则应当及时联系律师等第三方专业机构评估风险，并将企业内部检索评估结果与第三方专业机构评估机构一同呈递至企业领导机构做出最终的商业决策。

针对来自于供应商的场景，原则上企业可以主张合法来源抗辩而免于承担侵权赔偿责任，但为了尽可能确保合法来源抗辩主张得以成立，企业仍然可以在与相关供应商签署协议前考虑开展以下工作：（1）调查供应商技术能力的背景情况，包括其过往知识产权侵权纠纷的情况；（2）询问供应商产品来源，对于产品源于上游公司或厂家分许可的，则应要求供应商提供上游公司或厂家的授权资质证明；（3）要求供应商提供其已取得了产品相关的知识产权或是其产品不存在知识产权侵权风险的材料证明。如企业通过开展前述工作后发现存疑，则可以考虑更换其他供应商，或是进一步考虑要求供应商提供合理数量的样品，并由技术部门、外部聘请的技术专家、律师等专业人士排查样品是否存在明显的知识产权侵权风险或可能存在侵权风险的合理疑点。

（2）制造销售阶段的知识产权侵权纠纷应对机制

如相关产品已经进入制造、销售阶段，则企业应当及时搭建内部的知识产权侵权纠纷应对机制，以防被第三方发送的律师函或提起的诉讼打得措手不及。企业需要明确知晓，无论是律师函还是起诉状，其中的内容在法院认定之前也仍然只是第三方的“一家之言”，如企业因为一张律师函或一纸诉状而陷入管理混乱，进而影响正常商业活动，做出不必要或不合理的商业决策，或是因为急于解决纠纷而仓促做出妥协退让，反而是将自己完全暴露在了风险之下。

知识产权侵权纠纷的触发事件主要包括：收到律师函 / 警告函、收到禁令通知、

收到法院发送的传票、收到国家知识产权局或相关从属机构发送的第三方请求无效专利或商标的通知，以及收到仲裁机构的仲裁通知。

在触发事件发生后，企业应根据自身情况，确立知识产权管理部门，由其负责统筹协调整个应对工作。为了快速响应外部来函、诉讼 / 仲裁通知或禁令通知，收函人员接收函件后，经过初步的整理，直接向知识产权管理部门进行报告，而后由知识产权管理部门向领导机构进行报告。领导机构确定应对策略后，知识产权管理部门负责组织相关技术、法务相关同事进行分析等内部预备工作。在案件进行过程中，来自知识产权管理机构、技术、法务及其他支持部门（商务、IT、公关、档案管理、保密合规、财务）关于案件的分析和更新信息等应及时提交决策的事项直接提交至决策管理层。

基于领导机构的决策结果，知识产权管理部门负责牵头组建知识产权侵权纠纷应对的工作小组。工作小组主要开展以下三个方面的工作：（1）访谈内部相关知情人员，梳理基本事实，并且收集、固定内部留存的书面材料；（2）联系咨询外部律师，与外部律师一同分析相关事实的可能法律后果，并听取律师就合规风险应对工作的建议；（3）如涉及诉讼或仲裁，负责确定拟聘请的律师事务所名单、拟指定的仲裁员名单、拟选用的专家证人名单，并且预估诉讼或仲裁程序可能需要公司支出的费用，供决策管理层进一步决策使用。

关于如何答复律师函、起诉状或是分析第三方主张的知识产权侵权到底是否成立，由于涉及深入的专业领域知识和经验技巧，难以在此处充分展开，建议企业联系其合作律师事务所或专业机构给出咨询意见，切勿凭借自己对法律文件的字面理解贸然下结论。此处我们仅就专利侵权判断的基本规则进行介绍：

判断专利侵权是否成立一般由两个步骤组成。第一步是通过解释权利要求的要素来确定权利要求的真正含义，专利权利要求确定了专利的保护范围，该步骤是专门由法院负责的法律问题。第二步是将拟判断侵权产品与法院解释后的权利要求进行比对，如果专利某一项权利要求中所有的技术特征都与拟判断侵权产品的相关要素匹配，则可能构成专利侵权。

如在比对后发现确实存在侵权，则被诉企业还可以视情况主张存在侵权抗辩事由，主要包括：

1) 合法来源抗辩

一般而言，为生产经营目的**使用、许诺销售或者销售**不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利侵权产品，能证明该产品合法来源的，不承担赔偿责任。需同时满足：（1）侵权者无主观过错；（2）侵权者证明该产品合法来源，证明被诉侵权产品是通过合法渠道、以合理的价格从正规的供货方购进。

2) 为科学研究和实验目的

一般而言，专为科学研究和实验而使用有关专利的，不视为侵犯专利权。**能够获得豁免的行为并非泛指一切科研行为，而只是为获得专利权的发明主题进行实验的行为。**可能情况包括：（1）通过实验研究判断专利权所要求保护的专利技术能否实现专利说明书中记载的发明目的；（2）通过实验研究确定实施专利技术的最佳方案；（3）通过实验研究探索如何对专利技术作出改进。

3) 先用权抗辩

在专利申请日前已经制造相同产品、使用相同方法或者已经做好制造、使用的必要准备，并且仅在原有范围内继续制造、使用的，不视为侵犯专利权。需要注意的是主张先用权抗辩须证明发明创造具有合法来源，以非法获得的技术不能主张先用权抗辩。

4) 现有技术抗辩

首先需要厘清专利技术、现有技术、被控侵权技术三者之间的关系，现有技术是用于判断专利技术是否符合专利授权条件的文献；被控侵权技术与专利技术比对则是为了判断被控侵权技术是否落入专利保护范围，是构成侵犯专利权的前提；被控侵权技术与现有技术的比较是为了确定是否可以主张现有技术抗辩。

5) 专利权用尽

专利产品或者依照专利方法直接获得的产品，由专利权人或者经其许可的单位、个人售出后，使用、许诺销售、销售、进口该产品的，不视为侵犯专利权。需要注意的是，制造行为不适用专利权用尽原则。

专利权用尽原则是专利制度的一个重要原则，为世界各国所普遍采用，但目前主要有两种理论：一是专利权用尽理论，起源于德国，该理论认为专利产品首次合法售出后，就脱离了专利权的控制，如果专利权人再对之进行控制，就是对专利权的滥用。二是默认许可理论，起源于英国，该理论并不认为专利权人享有的权利在专利产品首次出售以后即已用尽，除非专利权人在专利产品首次合法出售时没有明确提出限制条件，即可推定购买者获得了可以随意处置所购买产品的默认许可，专利权人不能在对售出的产品行使控制。

所以在理解专利权用尽原则时，应当注意：专利权用尽是相当于每一件投放市场的专利产品而言的；“权利用尽”的前提条件是“专利权人自己或许可他人将其专利产品投放市场”，而不是“有关产品被合法地投放市场”。因此，不能机械地理解各国关于专利权用尽这一原则，要注意其司法实践的差异性。

(3) 收购海外标的公司时的风险防范与管理

知识产权尽职调查是防范与管理侵权风险的重要手段，做好该项工作有两个前提条件：一是根据海外商业活动的战略目标制定知识产权尽调工作的重点，例如在收购海外标的公司时，尽调需要确定哪些是具有实质意义的知识产权，技术收购中应着重关注核心技术所涉及的专利或其组合；品牌收购则要对其主要商标和 / 或相关域名进行核查；当收购目的和某一特定产品挂钩时，则要将该产品上涉及的所有关键性知识产权纳入尽职调查范围。二是结合知识产权的内容特征、交易策略、交易模式、资产所有权安排等因素确定知识产权尽职调查的地域范围和外延关联范围。例如除了调查目标公司使用了何种手段对关键技术进行了保护（商业秘密还是专利），以及关键技术是否存在侵犯第三方知识产权的风险等问题之外，调查技术人员是否已经签订了保密协议以及竞业限制协议，公司是否和员工就职务发明和职务

作品的归属和报酬进行了约定或形成了公司制度等、调查目标公司是否拥有完整权利、知识产权是否是共有、是否有质押情况等。下一步，可能需要调查发明专利的审查情况，因为有些国家对于在当地完成的发明，规定了前置审查义务（如保密审查），只有完成该义务的发明才能在国外申请专利。

对于享有版权的作品，因为登记注册并非版权获得的前提，所以收购方需要了解被收购方与作者（或前版权人）之间签订的协议或被收购方针对职务作品所有权制定的公司政策，以确定被收购方是否对一项作品具有版权。

与知识产权相关的协议种类非常多，例如 OEM、ODM 协议、委托开发协议、联合研发协议、与员工的发明所有权和报酬协议、保密协议等，当然还有各种类型的知识产权许可协议，包括普通许可与交叉许可。

对于许可协议，需要审查许可的知识产权类型、许可的范围和条件、许可费、终止条款以及可转让性等问题。特别需要注意，很多国家的法律规定在知识产权所有权转让的情况下，许可协议不必然终止，这样规定是为了保护被许可人的利益。如果收购方认为需要终止许可协议，可能需要花费较多精力和被许可人商谈协议终止一事。另外，还需要注意反垄断方面的要求，例如限制被许可方进行技术改进、限制被许可方原材料进货渠道等内容。有些许可协议只允许特定的主体（即目标公司）使用相关知识产权，既不允许其分许可，也不允许拟收购公司转让合同。

知识产权诉讼情况调查也是尽调的重要内容，不仅是当下正在进行的，一般来说目标公司近 5 年中审结或在审的知识产权相关争议和诉讼，包括侵权诉讼、专利无效、商标无效等案件都需要了解这些争讼程序的法律关系、争议要点，全方位地评估其可能带来的风险。

知识产权保护法律环境调查，是特定的知识产权调查内容，因为一个国家 / 地区对知识产权权利人维权是否友好、判赔金额的多少，直接影响对知识产权价值的评价。知识产权法制环境越健全的国家，知识产权价值越高，反之则越低。

研究竞争对手及所在行业内的知识产权情况（例如专利池调查），也是知识产

权尽职调查的一部分。评估获得的知识产权所关联的产品在目标市场上进行生产和销售的法律风险和技术风险，需要充分了解竞争对手的情况以及未来发展方向，通过专利技术路径分析与专利布局研究，确定竞争对手和标的公司在该行业领域的竞争力地位。

反侵权能力评估，有些知识产权在技术的先进性或独创性上也许并不突出，但反侵权能力却很强，这也可以在知识产权价值评估时作为一个考量因素。

十三、美国无效专利的程序

在美国，要想无效一项专利，有两条途径，一是向 USPTO 下设的专利审判与上诉委员会（Patent Trial and Appeal Board，简称 PTAB）提出，另一条途径是直接向联邦地区法院提出专利无效的民事诉讼。也就是说，美国对专利权效力的审查主要有两种模式：联邦地区法院对专利权效力的判断和美国专利商标局对专利权效力的审查。

1. 联邦法院对专利权效力的判断

联邦地区法院对专利权审查是否有效又分两种情形，一是专利侵权诉讼中，被诉侵权人针对原告的专利提起专利无效抗辩或者提起专利无效的反诉；二是提起确认专利无效的宣告判决诉讼。

由于美国专利法实行**专利推定有效原则**，在专利侵权诉讼中，提起专利无效抗辩的被诉侵权人负有证明专利权无效的举证责任。联邦地区法院首先需要根据被诉侵权人提交的举证材料对专利的有效性进行判断，之后再行进行专利侵权案件的审理。

值得一提的是，因为**专利推定有效原则**，在联邦地区法院提起专利无效抗辩的被诉侵权人负有较高的举证责任，需要提出清晰并有说服力（clear and convincing）的证据才能满足举证责任。而在美国专利商标局的 PTAB 提起专利无效则只需要提出优势证据（preponderance of evidence）即可满足举证责任。简单来说，清晰并有说服力的证据可以理解为提出 70% 以上的有利证据，而优势证据可以理

解为提出 51% 以上的有利证据。

在联邦地区法院的专利侵权诉讼中，被诉侵权人在美国专利商标局的 PTAB 提起专利无效，即下文详细解释的双方复审（inter partes review）程序，是一种常用策略。其目的主要是通过在美国专利商标局的 PTAB 提起专利无效，然后请求联邦地区法院的法官中止（stay）专利侵权诉讼的进行，以等待 PTAB 的专利无效结果。这样做的好处是，如果 PTAB 判决专利无效，并且联邦地区法院的法官也同意 PTAB 的判决，那么联邦地区法院的专利侵权诉讼因专利被无效可能较快便会以对被诉侵权人有利的方式结束。另外，PTAB 的双方复审程序费用相比联邦地区法院的专利侵权诉讼费用低，如果在 PTAB 获得有利结果，可以节省被诉侵权人的费用。但如上所述，由于举证责任的标准不同，联邦地区法院的法官并不总是同意 PTAB 的判决。如果联邦地区法院的法官认为 PTAB 的无效判决并未达到清晰并有说服力的标准，即使 PTAB 判决专利无效，联邦地区法院的法官也可能维持专利有效。这种情况下，被诉侵权人可选择上诉到美国联邦巡回上诉法院。

另外一个显著区别是，在 PTAB 提起双方复审程序，无效申请人只能基于新颖性和非显而易见性这两个理由来提起专利无效。而在联邦地区法院的专利侵权中，被诉侵权人可以基于所有法定专利无效或专利不可执行理由提起抗辩。除了新颖性和非显而易见性以外，在联邦地区法院的专利侵权中，比较常用的抗辩理由还包括发明不属于专利法客体保护范围、专利说明书不支持权利要求、在申请专利时有欺诈意图故意不提交重要对比文献的不正当行为等等。

在确认专利权无效的宣告判决诉讼中，一般情况下，和专利无效具有利害关系的人可以提起此种诉讼，如受到专利权人侵权警告的人可以提起该诉讼，同时提起该诉讼的原告需要提供证据来证明涉案专利无效。在确认专利权无效的宣告判决诉讼中，主张专利无效的一方举证责任同样是提出清晰并有说服力的证据。

2. 行政机关对专利权效力的判断

根据 2011 年 9 月 16 日《美国发明法案》（America Invents Act, AIA），美

国专利行政机构对专利权效力的认定具有以下几种方式：授权后复审制度（post-grant review）、当事人双方复审制度（inter partes review, IPR）以及单方再审查制度（ex parte reexamination）。

单方再审查制度是指在专利权有效期间，任何人包括专利权人均可以向美国专利商标局提起启动单方再审查的请求。单方再审查制度强调公益性目的，任何人都可以为了公共利益对专利权的有效性提出质疑，提请专利商标局对专利权的再审查。再审查程序启动以后，无法放弃或撤回该程序，该申请人也无法继续参与到后续的审查中，完全由专利商标局依职权对专利权效力进行审查。单方再审查制度不会对当事人产生禁反言的效力，申请人依然可以依据相同的证据和理由向法院提起诉讼，由法院对专利权效力进行判断。

单方再审查制度的主要优点包括：一是可以匿名提起，正因为可以匿名提起，单方再审不会对当事人产生禁反言的效力；二是费用比双方复审更低；三是提交再审查请求以后的立案率高达 90% 以上。

另一方面，单方再审的主要缺点是无效申请人提交再审查请求以后便不能再参与后续的过程，因此后续是专利权人单方和 USPTO 之间的博弈过程。另外，据统计只有大约 13% 的单方再审判决专利无效。尽管如此，单方再审仍然可能对无效申请人带来有利结果，这是因为据统计有大约 66% 的单方再审导致权利要求被修改。由于单方再审中修改不允许扩大权利要求范围，因此修改后的权利要求通常导致更窄的保护范围。而更窄的保护范围则导致专利权人更难起诉，从而可能降低被诉风险。即使专利权人起诉，被诉侵权人也更容易证明产品没有落到权利要求保护范围内所以不侵权。因此综合来看，单方再审有大约 80% 的可能性导致专利无效或者被修改为更窄的保护范围。

授权后复审制度规定，在专利授权 9 个月内，除专利权人之外的任何人都可以向专利商标局提起专利无效请求。其中可以提起的无效宣告理由规定在修改后的第 282 条 (b) (2) (3)，具体为：第 101 条关于保护客体的规定，第 102 条所要求的新颖性，第 103 条的非显而易见性，第 112 条的记载要件但不包括最佳实施例（即不披露最佳实施例已不能成为专利无效的理由）以及第 251 条的再发行。若

申请人不能提交证明专利可能被无效的证据，则专利商标局局长不会启动授权后复审程序，不会对该专利进行效力审查。在启动授权后复审程序，专利权人享有一次机会，对权利要求书进行删除或修改。该程序适用禁反言原则，即在授权后复审程序中提出的请求专利无效的理由和证据，在民事诉讼中不得以相同的理由和证据请求法院审查专利权的有效性。由于提起时间的限制，以及禁反言的后果，授权后复审在实践中使用的并不多。

当事人双方复审制度是指在专利授权 9 个月后或者在授权后复审审查结束之后，除专利权人外的其他人均可以向专利商标局提起专利无效请求。且当事人双方复审程序只能依据专利法 102 条规定的新颖性和 103 条规定的非显而易见性进行专利是否有效的审查。该程序同样需要当事人到专利审判及上诉部提起启动审查的申请，不服当事人双方复审程序作出的专利有效或者无效决定的，同样能上诉至联邦巡回上诉法院。当事人双方复审制度同样适用禁反言原则。

双方复审程序通常会在 18 个月内完成，其时间短于联邦地区法院的专利侵权诉讼但是长于美国 337 调查。因此如上所述，被诉侵权人通常会在联邦地区法院的专利侵权诉讼中提起双方复审，然后请求联邦地区法院的法官中止 (stay) 专利侵权诉讼的进行，以等待 PTAB 的专利无效结果。而在 337 调查中，美国国际贸易委员会的行政法官通常不因为应诉人提起了双方复审而中止 337 调查的进行。因此 PTAB 对于在 337 调查中应诉人提起的双方复审，也有可能不立案。

需要注意的是，在联邦地区法院的专利侵权诉讼中提起双方复审，必须在诉状送达后一年以内提起，否则 PTAB 不予立案。

双方复审的立案率为大约 60%。立案的标准是无效申请人有合理的可能性 (reasonable likelihood) 可以成功无效至少一个权利要求。立案后，无效申请人和专利权人双方都会参与到后续的过程中，各自举证说明专利无效或者有效的理由，双方通常也会提供各自的专家证词 (expert testimony) 来支持己方观点。最后 PTAB 依据无效申请人是否提出了优势证据满足了举证责任来判决专利是否无效。

美国专利无效程序的理论基础和中国及其他国家都是相通的，都关注“新颖性、创造性”等专利授权基础，但美国专利无效程序有其复杂独特的制度设计和司法环境。美国专利无效程序（双方复审程序和授权后审查程序）作为美国专利法律程序的一部分存在于《美国发明法案》中。从司法实践看，美国专利无效程序可以在美国专利审查上诉委员会（Patent Trial and Appeal Board, PTAB）进行，也可在美国法院程序进行，亦可在美国 337 调查中存在。在 337 调查程序中，行政法官可裁决涉案专利效力。以上，可见美国专利无效程序的重要性和复杂性。

十四、知识产权海关保护

1. 概述

在国际贸易中，知识产权保护也日渐成为一个不可忽略的话题。2018 年国务院新闻办公室发布的《中国与世界贸易组织》白皮书指出：“加强知识产权保护是中国的主动作为。加强知识产权保护是完善产权保护制度最重要的内容，也是提高中国经济竞争力最大的激励。中国推进知识产权保护，不仅符合自身发展需要，也有助于进一步完善法治化、国际化、便利化的营商环境。”同时，世界各国基于 WTO《与贸易有关的知识产权协定》（Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS 协定）在边境知识产权保护方面均采取了一系列相关措施，对于开展国际贸易业务的企业来说务必要引起重视。

2. 国际贸易协定框架下的知识保护

(1) TRIPS 协定

在 1994 年乌拉圭回合谈判中签订的 TRIPS 协定是目前最为重要的关于国际贸易中知识产权保护的国际多边协定。协定共分为七个部分，对贸易中所涉及的版权、商标权、地理标志、工业设计、专利、集成电路布图设计、专有信息的保护均作了明确的规定。其中，在第八部分第四节中专节对边境知识产权保护作了相关规定。

根据 TRIPS 协定第五十二条和第五十八条的规定，各国海关应当承担起在边境中止放行涉嫌知识产权侵权的进口货物进入各国市场流通的义务。其具体保护程序可分为依职权保护和依申请保护两种。其中如知识产权权利人拟主动向海关申请进行知识产权保护的，应当向海关提交担保。同时，根据 TRIPS 协定第五十三条规定，进口人在涉及工业设计、专利、集成电路布图设计或专有信息的知识产权争议时，可以向海关提供反担保以确保货物放行。TRIPS 协定在第五十七条中也规定了海关有权对货物进行知识产权相关的检查。除此以外，在 TRIPS 协定第六十条中，设立了所谓的“微量豁免”原则，旅客个人行李中夹带的或小件托运的非商业性少量货物可免于受到 TRIPS 协定的约束。

总的来说，TRIPS 协定奠定了目前世界上主要国家的海关知识产权保护制度体系框架，中国海关的海关知识产权保护体系也是基于该协定体系设立而成。在 TRIPS 协定签订之后，多个后续多边国际贸易协定在 TRIPS 协定的基础上进一步对海关知识产权保护作出了细化规定，其中最具有代表性的是 2011 年 10 月由美国、日本、澳大利亚等国共同签订的《反假冒贸易协定》（Anti-Counterfeiting Trade Agreement, ACTA）。

(2) ACTA

2011 年 10 月，鉴于 TRIPS 协定下对商标和版权的保护力度不足，美国、日本、澳大利亚、加拿大、韩国、新西兰、摩洛哥和新加坡等八国共同签署了 ACTA，在 TRIPS 协定的基础上进一步完善对于商标和著作权的边境知识产权保护措施，随后欧盟、墨西哥和瑞士也加入了 ACTA 的磋商。相比于 TRIPS 协定，ACTA 在以下方面有改进：

- 虽然 ACTA 第五条明确了 TRIPS 协定下所规定的知识产权均适用于该协定，但是根据 ACTA 第 13 条脚注的规定，在海关边境执法中，其更聚焦于版权、商标权等领域，缔约国关于专利和商业秘密的执法并不受 ACTA 约束；
- 根据 ACTA 第 16 条的规定，在边境知识产权执法过程中，缔约国需将知识产权执法从进口环节拓展至出口环节，即：缔约国边境知识产权保护监

管部门应对出口货物是否存在侵犯知识产权的情况进行调查，对于涉嫌侵犯知识产权的出口货物采取扣留措施。同时，对于涉嫌侵犯知识产权的转运货物，缔约国亦可自行决定是否对其开展侵犯知识产权的调查。相比于 TRIPS 协定，ACTA 大大扩展了海关边境执法的范围；

- 相比于原 TRIPS 协定中对电子商务和数字贸易中的知识产权保护设有专门规定，ACTA 在第 27 条中对于数字贸易中的知识产权保护设置了专节说明，要求网络服务提供商有义务配合提供知识产权侵权争议中的相关用户账户信息。这意味着 ACTA 下的知识产权保护已经不仅局限于传统的贸易模式，而是将其进一步拓展到了电子商务领域；
- 相比于 TRIPS 协定，ACTA 进一步明确知识产权侵权的赔偿范围。根据 ACTA 第 9 条的规定，侵权人在就知识产权侵权行为进行赔偿时，用于计算赔偿基数的损失应包括基于市场价格或者建议的零售价格所估算出的利润损失以及侵权货品或服务的价值。

总的来说，相比于 TRIPS 协定，ACTA 大大加强了对版权和商标权在国际贸易中的保护力度。虽然目前 ACTA 的缔约国不多，且只有日本正式批准了 ACTA，但由于 ACTA 相关缔约国在国际贸易体系中举足轻重的作用，其后续影响务必予以关注。

3. 主要贸易国的边境知识产权保护制度介绍

除了国际多边贸易协定中关于边境知识产权的相关规定外，世界主要贸易国和地区一般也有着较为成熟的边境知识产权保护制度。我们在此以美国和欧盟为例，分别对其边境知识产权保护制度予以简要说明。因美国的 337 调查有专章介绍，此处不做详细介绍。

(1) 欧盟海关知识产权保护机制

欧盟的海关知识产权保护机制主要基于《欧盟海关法典》（The Union

Customs Code) 以及《欧盟海关知识产权执法条例》【REGULATION (EU) No 608/2013, concerning customs enforcement of intellectual property rights and repealing Council Regulation (EC) No 1383/2003】组成。总的来说,其相关要求和内容是基于 TRIPS 协定的相关规定而设置的。

就执法环节而言,虽然根据《欧盟海关知识产权执法条例》第 1 条规定,欧盟对于进出欧盟关境货物的知识产权均有执法权,相关知识产权包括 TRIPS 协定中所列明的所有知识产权类型。但是总的来说,欧盟海关知识产权的执法主要集中在相关货物向欧盟进口环节。根据《欧盟海关知识产权执法条例》第 3 条的规定,欧盟的海关知识产权保护机制与中国的海关知识产权保护机制类似,也可分为依申请执行和依职权执行两类,其中依申请执行时,根据《欧盟海关知识产权执法条例》第六条的规定,申请人应该提交在欧盟地区拥有该等知识产权的证明,并含有海关能够充分辨识申报海关知识产权保护货物的信息,例如货物的条形码、图片等。根据《欧盟海关知识产权执法条例》第 28 条的规定,申请人还需保证,若被扣货物最后被认定不侵权,申请人需承担赔偿责任。在扣货完成后 10 个工作日内,如果申请人和被申请人之间未就知识产权争议达成一致,且申请人未提起诉讼的,则海关会后续放行货物。而如果根据《欧盟海关知识产权执法条例》第 11 条的规定,海关认定相关货物存在涉嫌侵犯知识产权的情形的,那么欧盟海关可以采取扣押货物,禁止相关货物入境等一系列措施。这些措施和要求,基本没有超越 TRIPS 协定的相关规定范畴。

不过,在欧盟海关知识产权保护机制下,向第三国转运货物以及平行进口货物有专门的规定,需要引起关注。

1) 转运货物

在 2008 年,荷兰海关以印度公司转运至巴西的药品涉嫌侵犯荷兰公司在欧盟专利权为由,对印度出口的仿制药实施了暂扣,并因此引发了印度在 WTO 诉欧盟和荷兰海关案⁸⁸。基于该案例,欧盟在 2016 年发布了《关于包括过境货物在内的

⁸⁸ https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds408_e.htm

进入欧盟关境但未进入流通市场货物的执法通知》(Commission notice on the customs enforcement of Intellectual Property Rights concerning goods brought into the customs territory of the Union without being released for free circulation including goods in transit)。在通知中，欧盟首先明确了对于商标侵权的过境货物，欧盟海关具有执法权，其中，对于使用涉及仅在欧盟成员国注册商标而未在欧盟进行商标注册的情形，应当由成员国后续自行立法进行管理。在此情况下，货物持有人如能够证明在转运货物的最终目的地相关商标并不受保护，且货物不会进入欧盟市场流通时，欧盟海关应当放行相关货物。而对于其他知识产权，相关货物是否可能进入欧盟市场流通是欧盟海关是否可以采取执法措施的重要前提。特别是针对仿制药，通知中明确说明，如不能证明相关药品会进入欧盟市场流通的，欧盟海关不得对其进行扣留。

2) 平行进口

虽然《欧盟海关知识产权执法条例》的前言部分明确说明平行进口货物并不属于该条例的规制范围，但是基于1998年 *Silhouette V. Hartlauer* 案，欧盟各国对平行进口商标权问题秉持“权利区域用尽原则”而非“权利国际用尽原则”，即：发生在欧盟成员国之间的平行进口适用权利用尽原则，但对源于欧盟境外的平行进口商品，商标权人有权主张其为侵权产品，不允许其在欧盟境内流通，因此在实践中，欧盟成员国往往也会对平行进口产品进行海关执法。如在德国，根据1999年10月联邦最高法院关于美国纺织品公司的判例，明确说明海关对于平行进口货物具有执法权。此外，在其他成员国，例如荷兰，商标权利人在实践中依然可以以涉及侵权为理由向海关申请对平行进口货物进行查扣。

综上所述，欧盟的海关知识产权保护体系与我国的海关知识产权保护体系有着较高的相似度，在许多方面也可以成为我国海关知识产权保护机制进一步完善的重要参考。目前，欧盟与中国签订有《中欧海关协定》和《中欧海关知识产权执法合作行动计划》，双方在海关知识产权领域也已开展紧密的合作。在此过程中，欧盟海关知识产权保护机制中的一些制度，例如对自贸区货物和转运货物的监管，相信也会对我国进一步完善海关知识产权保护体系带来启发。

十五、国际投资保护协定 / 投资仲裁

1. 国际投资仲裁介绍

(1) 概述

国际投资仲裁是指外国投资者将其与投资所在国政府（“东道国”）之间与投资有关的争议提交国际仲裁庭的一种争端解决方式。通常而言，参与国际投资仲裁的一方主体为外国投资者，另一方主体为东道国。投资者将投资争议提交国际仲裁、以及仲裁庭解决争端的主要依据为投资者国籍国（“母国”）与投资东道国缔结的双边或多边国际投资保护协定及东道国的外资保护法律。

国际投资仲裁可以分为机构仲裁和临时仲裁两种形式。机构仲裁是指由专门的仲裁机构管理案件的仲裁形式。常见的国际投资仲裁机构是国际投资争端解决中心（ICSID）、海牙常设仲裁法院、国际商会仲裁院等。其中由 ICSID 管理的仲裁是最为常见的一类投资仲裁。

ICSID 是依据《关于解决各国和其他国家的国民之间的投资争端的公约》（《ICSID 公约》）成立，专门通过调解和仲裁方式解决投资者和东道国之间投资争端的国际组织，隶属于世界银行集团，目前已有 156 个缔约国。⁸⁹ 中国于 1993 年批准该公约，在中国签订的国际投资协定中，大部分均允许将相关争议交由 ICSID 仲裁。例如，中国与芬兰于 2005 年重新签订的《中国 - 芬兰双边投资协定》第九条即规定投资者可以将投资有关争议提交至 ICSID 仲裁。⁹⁰

与机构仲裁不同，临时仲裁是指无常设的仲裁机构管理，而由当事方自主决定仲裁程序安排、仲裁员选任方式等事项的仲裁形式。比如缔约国在投资保护协定中约定根据《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》（UNCITRAL 仲裁规则）进行仲裁，

⁸⁹ 另有 8 个国家已签署公约但尚未完成加入手续。请见 ICSID 官网：<https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states>，最后访问日期为 2022 年 4 月 16 日。

⁹⁰ 请见《中国和芬兰关于鼓励和相互保护投资协定》第九条，获取网址为：<http://tfs.mofcom.gov.cn/aarticle/ha/200504/20050400033864.html>。

且未提及任何仲裁机构，则视为约定临时仲裁。⁹¹

(2) 提起投资协定仲裁的基本条件

投资者向东道国提起投资仲裁，需要满足一系列前提条件，包括：投资者是受到投资协定保护的合格投资者；其投资是符合投资协定规定的合格的投资；东道国违反了投资协定下的相关义务；相关争议属于东道国同意提交国际仲裁的范围；仲裁前置程序已完成等。这些条件的具体要求通常又取决于投资者母国和东道国之间缔结投资协定的约定。

1) 合格投资者

提起仲裁的投资者必须是受到国际投资协定保护的投资者。通常而言，投资协定往往要求对东道国提起仲裁的投资者应具备该投资协定缔约国的国籍，并且投资者不能利用投资协定对其母国提起仲裁。

2) 合格的投资

现今多数投资协定所保护的“投资”范围都较为宽泛，不仅涵盖在东道国内新设或收购企业而取得的资产，还包括金钱请求权、东道国授予的行政许可权利等财产权益。例如，中国和俄罗斯签署的双边投资协定所保护的“投资”包括投资者依照东道国的法律在其领土内所投入的各种财产，包括但不限于动产、不动产、股份、股票、与投资相关的金钱请求权或行为请求权、知识产权等。⁹²

3) 东道国违反义务

投资者需证明东道国违反了其在投资协定项下的义务，例如，不得对投资进行非法征收、给予投资者国民待遇和最惠国待遇义务、公平公正待遇义务等，具体请见本节第三部分的分析。

⁹¹ 例如，我国与法国于2007年重新签订的《中国-法国双边投资协定》中第七条规定在满足一定前提下，投资者可以将争议交由根据《UNCITRAL 仲裁规则》设立的专设仲裁庭。请见：《中国和法国关于相互促进和保护投资的协定》第七条，获取网址为：<http://tfs.mofcom.gov.cn/article/h/au/201007/201007041031.shtml>。

⁹² 请见《中国和俄罗斯关于促进和相互保护投资协定》第1条，获取网址为：<http://images.mofcom.gov.cn/tfs/201804/20180410163854155.pdf>。

4) 相关争议属于仲裁范围

部分投资协定可能仅允许将部分投资争议提交国际仲裁庭。例如，上世纪八十年代中国对外缔结的国际投资协定中，可提交国际仲裁的争议范围通常仅限于“涉及征收补偿款额的争议”。

5) 仲裁前置程序

投资者在提起仲裁之前可能需完成若干前置程序，例如：

- 用尽当地救济：一些投资协定要求投资者在提起仲裁之前穷尽东道国国内法下的行政复议程序；
- 冷静期：一些投资协定规定投资者在提起仲裁前必须与东道国政府进行为期三到六个月甚至更长的磋商；
- 岔路口条款：一些协定要求投资者只能在国际仲裁和国内法院程序之间选择其一，如投资者已在东道国国内法院诉讼，则不得再将争议提交国际仲裁。

(3) 投资仲裁的基本程序和费用

一般而言，投资仲裁程序由启动到结束可划分为三个阶段。第一阶段为争端通知和协商阶段，投资者首先发函告知东道国争端事项和索赔内容。发函后，通常有一段时间的“冷静期”，各方将在冷静期内尝试通过谈判解决争端。第二阶段为仲裁阶段，在各方未能通过谈判解决争端的情况下，投资者将正式启动仲裁程序，由仲裁庭审理案件并作出裁决。第三阶段为执行或撤裁阶段，如果投资者胜诉，可以通过东道国当地法院或他国法院，对该国在世界各地的资产强制执行。同时，败诉的东道国也可能提起撤裁程序，阻止投资者申请执行裁决。

国际投资仲裁的费用可以分为三个部分：一为当事方的花费，主要是当事方聘请律师和专家证人的费用；二为仲裁员的费用；三为仲裁机构的管理费用。据有关

数据统计，投资者在每起案件中产生的当事方花费平均约为 640 万美元，仲裁员费用约为 95 万美元，⁹³ 而仲裁机构的管理费用取决于不同仲裁机构的收费，并因案件时长而不同。取决于具体案件及投资协定，投资者可能可以要求由败诉方承担部分费用，或是申请第三方资助。

(4) 裁决的承认与执行

国际投资仲裁裁决的执行分为两种主要模式。ICSID 裁决具有与成员国国内法院终审判决相同的效力，并可依据《ICSID 公约》直接在任何缔约国境内得到执行。⁹⁴ 对于已经生效的 ICSID 裁决，败诉一方只能申请通过 ICSID 撤裁机制对裁决进行有限的审查，而无法申请对裁决不予承认或拒绝执行。

针对非 ICSID 裁决，目前各国主要依托于商事仲裁的承认和执行机制，即依据《承认及执行外国仲裁裁决公约》（《纽约公约》）执行裁决。与 ICSID 裁决的承认与执行机制不同，在《纽约公约》项下申请执行，败诉一方有可能基于裁决存在重大程序缺陷、违背公共利益等理由，要求国内法院拒绝承认与执行该裁决。⁹⁵

(5) 投资仲裁与其他救济途径相比的主要优势

近年来，国际投资仲裁逐渐成为越来越多投资者寻求救济的方式，这与投资仲裁与其他救济相比具有的独特优势有关。与在东道国国内法院进行诉讼相比，国际投资仲裁可以有效避免国内法院的地方保护，其仲裁程序更为明确、可能超越国内法为投资者依据国际投资协定提供保护，根据《ICSID 公约》进行的投资仲裁更是具有有效的裁决执行机制。

此外，与普通的商事仲裁相比，国际投资仲裁程序通常具备更加广泛的社会影响力，可作为投资者向东道国政府施压、寻求和解补偿的有利手段。例如在北京城建诉也门案件中，北京城建集团因被也门政府阻挠建设其承包的也门机场航站楼项目起诉也门政府，最终通过和解获得继续建设也门机场的权利。

⁹³ 请见：*Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration*（作者：Matthew Hodgson, Yarik Kryvoi, Daniel Hrccka）第 10 页、第 13 页，https://www.biicl.org/documents/136_isds-costs-damages-duration_june_2021.pdf。

⁹⁴ 《ICSID 公约》第 54 条。

⁹⁵ 《纽约公约》第 5 条。

2. 国际投资协定与投资仲裁的现状与趋势

国际投资协定是缔约国之间就投资保护签订的协定，也是投资者向东道国提起投资仲裁，维护自身权利的主要依据。近年来，国际投资协定的数量日益增长，各国投资者利用国际投资仲裁机制维护其海外投资权益的案件数量也在不断上升。

(1) 世界范围的国际投资保护协定及投资仲裁现状

据联合国贸易和发展会议（UNCTAD）的统计数据，全球范围内现行有效的国际投资保护协定目前已超过 2500 份。⁹⁶ 在广泛的投资保护协定网络下，大部分的跨境投资都在某种程度上受到国际投资保护协定的保护。UNCTAD 的统计数据显示，企业利用国际投资保护协定提起的国际投资仲裁案件数量已经超过 1000 个。⁹⁷ 2021 年，仅在 ICSID 注册的案件数量就达 66 件。

此外，根据 ICSID 数据统计，1966 年至 2021 年，ICSID 投资仲裁案件涉及的主要行业领域为石油、天然气与矿业、电力和其他能源。在已作出裁决的 ICSID 案件中，有 47% 的裁决部分或全部支持了投资者的仲裁请求。⁹⁸

(2) 中国的国际投资保护协定与国际投资仲裁现状

自 1982 年签订第一个双边投资协定《中国—瑞典双边投资协定》以来，中国已经签订了 170 份双边投资协定以及 50 份含有投资保护条款的其他国际协定。其中，现行有效的双边投资协定为 144 份，含投资保护条款的其他投资协定为 35 份。⁹⁹ 这些协定为外国投资者提供了广泛保护，并就东道国的非歧视待遇义务、为投资提供全面保护与安全义务、投资者自由汇出投资有关款项、禁止非法征收义务等做出了规定。

2011 年，马来西亚投资者伊佳兰基于《中国—马来西亚双边投资协定》起

⁹⁶ 请见 <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/>，最后访问日期为 2022 年 3 月 27 日。

⁹⁷ 请见 <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>，最后访问日期为 2022 年 3 月 27 日。

⁹⁸ 请见《ICSID 案件量 - 统计数据》（2022 年第 1 版），第 13 页、第 15 页，访问地址为 https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/The_ICSID_Caseload_Statistics.1_Edition_ENG.pdf。

⁹⁹ 请见 <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/by-economy>，最后访问日期为 2022 年 3 月 27 日。

诉中国政府撤销其授予伊佳兰公司的土地使用权的做法，¹⁰⁰ 拉开了中国政府参与国际投资仲裁案件的序幕。自此，中国政府作为被申请人的案件已有八起（表 3-7）。

表 3-7

外国投资者 v. 中国政府的案件概览					
No.	案件	年份	仲裁依据	仲裁规则	裁决结果
1	马来西亚投资者伊佳兰 v. 中国	2011	投资协定	ICSID 仲裁规则	双方和解
2	韩国安城 v. 中国	2014	投资协定	ICSID 仲裁规则	“早期驳回”裁决
3	德国海乐 v. 中国	2017	投资协定	ICSID 仲裁规则	未决
4	英国国民宋宇 v. 中国	2019	投资协定	UNCITRAL 仲裁规则	未决
5	日本 Macro Trading 诉中国	2020	投资协定	ICSID 规则	程序终止
6	新加坡投资者吴振顺诉中国	2020	投资协定	UNCITRAL 仲裁规则	未决
7	新加坡亚化集团诉中国	2020	投资协定	参考 ICSID 仲裁规则	未决
8	瑞士国民 Eugenio Montenero 诉中国	2021	投资协定	未知	未决

在中国政府越来越多地参与国际投资仲裁的同时，近年来中国投资者也不断提高海外维权意识，开始利用投资协定项下的投资仲裁机制应对外国政府的不当行政行为。中国投资者作为申请人针对外国政府提起的案件目前已达到十九起（表 3-8）。

¹⁰⁰ 请见：<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/427/ekran-v-china>。

表 3-8

中国投资者 v. 外国政府的案件概览					
No.	案件	年份	仲裁依据	仲裁规则	裁决结果
1	香港居民谢业深 v. 秘鲁	2006	投资协定	ICSID 规则	投资者实体、撤销仲裁裁决阶段均胜诉
2	北京首钢等 v. 蒙古	2010	投资协定	UNCITRAL 规则	投资者管辖权阶段败诉
3	渣打银行（香港）v. 坦桑尼亚电力供应公司	2010	合同	ICSID 规则	仲裁庭作出有利于投资者的裁决
4	渣打银行（香港）v. 坦桑尼亚	2010	合同	ICSID 规则	仲裁庭作出有利于投资者的裁决
5	Philip Morris v. 澳大利亚	2011	投资协定	UNCITRAL 规则	投资者管辖权阶段败诉
6	中国某保险公司 v. 比利时	2012	投资协定	ICSID 规则	投资者管辖权阶段败诉
7	澳门世能投资公司 v. 老挝（一）	2012	投资协定	UNCITRAL 规则	投资者实体阶段败诉
8	北京城建集团 v. 也门	2014	投资协定	ICSID 规则	投资者管辖权阶段胜诉，实体阶段双方和解
9	澳门世能投资公司 v. 老挝（二）	2017	投资协定	ICSID 规则	未决

中国投资者 v. 外国政府的案件概览					
No.	案件	年份	仲裁依据	仲裁规则	裁决结果
10	中山富诚 v. 尼日利亚	2017	投资协定	未公布	仲裁庭作出有利于投资者的裁决
11	Jetion 和 T-Hert z v. 希腊	2019	投资协定	UNCITRAL 规则	案件终止
12	Fengzhen Min v. 韩国	2020	投资协定	ICSID 规则	未决
13	Wang Jing, Li Fengju, Ren Jinglin 等人 v. 乌克兰	2020	投资协定	未公布	未决
14	Beijing Everyway Traffic and Lighting Company Limited v. 加纳	2021	投资协定	未公布	未决
15	Beijing Everyway Traffic and Lighting Tech Co. Ltd. v. 加纳	2021	合同	伦敦国际仲裁院 (LCIA) 规则	未决
16	ALPENE v. 马耳他	2021	投资协定	ICSID 规则	未决

中国投资者 v. 外国政府的案件概览

No.	案件	年份	仲裁依据	仲裁规则	裁决结果
17	Qiong Ye 与 Jianping Yang v. 哥伦比亚	2021	投资协定	ICSID 规则	未决
18	Wang Jiazhu v. 芬兰	2021	投资协定	UNCITRAL 仲裁规则	未决
19	华为 v. 瑞典	2022	投资协定	ICSID 规则	未决

在中国投资者利用投资仲裁机制应对外国政府的不当行政行为的案例中，中山富诚公司通过投资仲裁维护其在尼日利亚的投资权益是一个成功的先例。2013年，中山富诚公司获得建设、管理尼日利亚奥贡州自贸区内的工业园的权利，并通过其在尼日利亚境内的子公司开展此项目。2016年，奥贡州政府终止与中山富诚有关奥贡自贸区事项的一切合作，并驱逐、逮捕、拘留子公司有关人员，接管公司资产。基于上述背景，中山富诚公司根据《中国—尼日利亚双边投资协定》提起了投资仲裁。

2021年初，仲裁庭作出裁决，认定尼日利亚违反了《中国—尼日利亚双边投资协定》下的持续保护义务、不合理与歧视待遇、公平公正待遇和征收条款，并裁定尼日利亚政府赔偿中山富诚 5560 万美元与 75,000 美元的精神损害赔偿金及其利息。该案是截至目前公开可知的首例中国大陆投资者在实体层面胜诉的投资仲裁案例，也是鲜有的东道国被判令支付精神损害赔偿的案件。

除了中山富诚公司的案例之外，华为公司在面对西方国家针对其 5G 设备施加各种禁令的情况下，也在积极利用投资协定维护自己的海外权益。2020年10月，瑞典邮政和电信管理局作出决定禁止华为在瑞典开展 5G 网络基础建设工作，且瑞典法院并未支持华为就该决定提起的行政诉讼。基于此，2022年1月22日，华为依据《中国—瑞典双边投资协定》向 ICSID 提起投资仲裁，主张瑞典政府违反协定

的公平公正待遇条款和最惠国待遇条款，并要求瑞典政府赔偿 6.25 亿美元。该案件于 2022 年初启动，目前仍在审理中。

此外，还存在中国投资者以其投资的外国公司作为主体，借助当地政府签署的投资协定向第三国提起投资仲裁案件的先例。例如，针对丹麦与格陵兰岛政府禁止铀矿的探矿、勘探和开采的立法，澳大利亚某上市公司基于相关合同向丹麦和格陵兰岛政府提起仲裁。该公司的主要股东为中国某企业的关联公司。¹⁰¹

3. 通过投资仲裁可以获得的常见投资保护

(1) 保护投资不受到直接或间接征收

投资被征收或国有化是企业海外财产权益受损的常见原因之一。避免海外投资受到征收和国有化措施的干预也是投资协定的重要功能。一国政府采取的“征收”措施可被分为直接征收及间接征收两种类型。直接征收是指国家直接没收财产或者转移财产的所有权。同时，一国出台的管理措施也可能实质性地剥夺投资者的财产权益，产生与直接征收等同的效果，从而构成“间接征收”。

一般来说，国际投资协定只允许政府在满足下列四个要件的前提下对外国投资采取征收措施：（1）为公共目的；（2）以非歧视方式进行；（3）给予及时、充分且有效的补偿；（4）遵循正当程序。反之，未满足上述条件的征收行为则为投资协定所禁止。¹⁰² 在投资仲裁案例中，常见以下类型的政府行为被认定为构成违反投资协定的征收措施。

1) 撤销或拒绝颁发投资者经营所必须的证照

根据东道国法律，投资者在当地投资常以获得某一许可或执照为前提，如果东道国政府无正当理由拒绝颁发证照，或将已经颁发的证照予以撤销，相应措施可能构成一种“征收”。例如，在 Goetz 诉布隆迪政府一案中，布隆迪政府撤销了投

¹⁰¹ 此信息来源于 IA reporter 数据库 2022 年 3 月 23 日发布的新闻。

¹⁰² 例如：《中华人民共和国和土耳其共和国关于相互促进和保护投资协定（2020）》第五条（征收与补偿）第一款规定：“一、投资不应被征收、国有化、直接或间接地被采取具有类似效果的其他措施（以下称“征收”），除非为了公共目标，以非歧视的方式，给予及时与有效的补偿，并符合国内法、适当的法律程序以及本协议第三条的待遇原则。”

投资者在自贸区的经营许可证。仲裁庭认为，政府撤销许可证的行为导致投资者的经营活动全面停止，达到了与正式没收财产相似的限制效果，构成间接征收。¹⁰³ 在 *Metalclad* 诉墨西哥政府一案中，墨西哥联邦政府曾向投资者许诺其能够获得经营有害垃圾填埋所必要的经营许可证，但地方政府却拒绝颁发该许可。仲裁庭认为，这一行为实质性剥夺了投资者合理期待的投资权益，构成间接征收。¹⁰⁴

2) 大幅提高税率以至于破坏投资者的正常经营

当地政府突然大幅提高对投资者的税收，导致投资者无法继续获益，也可能被认定为构成征收行为。例如，在 *Revere Copper* 诉 *OPIC* 一案中，牙买加政府与投资者签订的投资合同中明确规定，东道国政府日后不得施加额外的税收。但在投资项目进行过程中，东道国突然大幅提高了对投资者的经营所得税。仲裁庭认为，东道国政府施加额外税收的行为违背了其对该投资者的承诺，造成了投资者无法从投资项目中获取经济收益，从而构成征收。¹⁰⁵

3) 强行撤换企业管理人员

如果东道国强行撤换、驱逐、关押企业重要人员，导致企业无法正常运行，相应行为也可能被认定为构成征收。例如，在 *Biloune* 诉加纳政府一案中，投资者计划通过其在加纳当地的公司开设餐厅。在筹备过程中，政府对其发出了停工令，并将餐厅的主要股东逮捕驱逐出境。仲裁庭认为，该股东在餐厅的推广、融资及管理方面均具有关键作用，将其驱逐出境将会实质性地影响餐厅的筹建，并影响该股东在当地公司中的投资权益，因而加纳政府的驱逐行为构成间接征收。¹⁰⁶

4) 监管环境变化实质性剥夺投资者的商业权益

一些情况下，如果东道国国内监管环境的变化实质性剥夺投资者的商业权益，

¹⁰³ *Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi*, ICSID Case No. ARB/95/3, Award, 10 February 1999, para. 124.

¹⁰⁴ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, para. 103.

¹⁰⁵ *Revere Copper and Brass, Inc. v. Overseas Private Investment Corporation*, AAA Case No. 1610013776, Award, 24 August 1978, para. 271.

¹⁰⁶ *Antoine Biloune and Marine Drive Complex Ltd v Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, UNCITRAL ad hoc Tribunal, Award on Jurisdiction and Liability, 27 October 1989.

投资者也可主张此种普遍的监管措施构成一种间接征收。例如，ADC 诉匈牙利政府一案涉及匈牙利政府与投资者关于翻新布达佩斯机场的工程合作项目。在双方签订项目合同、投资者完成机场的翻新工作并开始运营后，匈牙利政府 2001 年 12 月颁布法令对机场相关的政府机构进行重组，政府机构重组后，投资者的所有运营活动都受到了禁止。该案仲裁庭认为虽然颁布法令重组政府机构是国家行使主权的行爲，但并非所有的监管变化都能为投资者所预见，此次重组带来的风险并不是投资者应承担的正常商业风险。因此，匈牙利政府的行为构成了间接征收。¹⁰⁷

5) 一系列措施叠加适用达到实质性剥夺投资者权益的效果

此外，即使东道国的单个行为并未构成征收，投资者也可能主张政府在一段时间内采取的一系列行为叠加产生了征收的效果。例如，在 Siemens 诉阿根廷政府一案中，阿根廷政府在 1999 年至 2001 年间采取了一系列限制投资者权益的行为，包括暂停投资者的生产经营活动，拖延合同协商进程，以及最终否决投资者的项目等。该案仲裁庭认为，阿根廷政府最终否决投资者项目成为了“压死骆驼的最后一根稻草”，而之前的一系列行为均为最后的行为做出了铺垫。¹⁰⁸ 因此，阿根廷政府的这一系列行为整体构成了间接征收。

综上所述，如果东道国的某一行政管理行为实质性地剥夺、损害了外国投资者的权益，该行为很可能违反了国际投资协定中的征收条款。企业可以基于国际投资协定中的征收条款，要求东道国不得对其投资采取该措施，或就其征收行为给予投资者及时、充分且有效的补偿。值得注意的是，我国早期对外签订的一些双边投资协定中对允许企业提交仲裁的范围作出了限定，仅允许企业就征收补偿款额这一事项提交仲裁。因此，企业在基于中国签订的双边投资协定提起国际投资仲裁时，需要首先注意这一仲裁范围方面的限制。

(2) 确保投资者获得公平公正待遇

公平公正待遇也是国际投资协定中一项普遍规定的义务。该项义务的表述通常

¹⁰⁷ *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 2 October 2006.

¹⁰⁸ *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6 February 2007, para. 263.

较为宽泛，且在不同协定项下被赋予了不同的内涵。例如，一些协定仅笼统要求东道国政府给予投资者“公平公正待遇”¹⁰⁹；另一些投资协定则列举了政府违反公平公正待遇义务的具体情形，如“实行明显的歧视性或专断性措施”、“粗暴地拒绝提供公正的司法救济”等。¹¹⁰此外，也有协定规定该义务仅限于“一般国际法要求给予外国人的最低待遇义务”。¹¹¹

由于公平公正待遇义务的含义较为宽泛，且并未直接列举违反该义务的具体措施种类，投资者在提起仲裁时通常会将东道国违反公平公正待遇义务作为诉请之一，以寻求更大的胜诉几率；根据公平公正待遇条款取得的有利裁决也较为常见。另一方面，东道国行为是否违反公平公正待遇义务，很大程度取决于案件事实，因此，投资仲裁实践也在不断丰富着公平公正待遇的内涵。目前，投资仲裁案件中常见违反公平公正待遇义务的情形主要包括以下几类：

1) 未能保护投资者的合理期待

投资者决定在一国投资通常是基于对该国法律和商业环境的合理期待，东道国的后续行为违反此种合理期待，是违反公平公正待遇义务的常见情形。例如，在CMS诉阿根廷政府一案中，投资者在阿根廷经营天然气运输业务，阿根廷政府在法律法规及颁发给投资者的许可中均保证，投资者参股的公司可以使用美元计价计算天然气费用，并以比索向阿根廷消费者收费，且美元和比索挂钩。这一安排使得投资者始终可从天然气业务中获得稳定的收益。然而，2001年经济危机后，阿根廷政府出台《紧急状态法》命令比索与美元脱钩，使得比索汇率暴跌，CMS公司损失惨重。该案仲裁庭认为，东道国应确保法律和商业环境的稳定，可预测是东道国履行公平公正待遇义务的基本要求之一。投资者将东道国政府作出的保证作为决策的重要考量，对保证的内容产生了合理预期。而涉诉措施完全改变了投资者所依

¹⁰⁹ 例如，1988年《中华人民共和国政府和马来西亚政府关于相互鼓励和保护投资协定》第二条第二款规定：“缔约一方投资者在缔约另一方领土内的投资应始终受到公正和公平的待遇，并享受充分的保护和安全的。”2005年《中华人民共和国和西班牙王国关于相互鼓励和保护投资协定》第二条第一款规定：“缔约任何一方的投资者在缔约另一方领土内的投资，应始终受到公正和公平的待遇和持久的保护和保障。”

¹¹⁰ 《中华人民共和国政府和乌兹别克斯坦共和国政府关于促进和保护投资的协定》第五条第二款：“‘公正与公平待遇’要求缔约一方不得对缔约另一方投资者粗暴地拒绝公正审理，或实行明显的歧视性或专断性措施。”

¹¹¹ 例如，2012年《中华人民共和国政府和加拿大政府关于促进和相互保护投资的协定》第四条第二款：“‘公平公正待遇’和‘全面的保护和安全的’概念并不要求给予由被接受为法律的一般国家实践所确立之国际法要求给予外国人的最低待遇标准之外或额外的待遇。”

赖的法律和商业环境，因此违反了公平公正待遇条款。¹¹²

2) 法律制度及限制不透明

东道国法律法规对于投资前置条件的规定缺乏透明度和可预见性，可能导致投资者此前产生的合理期待未能实现，东道国政府也可能被认定为违反了公平公正待遇义务。例如，在 *Metalclad 诉墨西哥政府* 一案中，墨西哥中央政府此前依据《生态环境法》保证投资者只需取得联邦层面的垃圾填埋许可即可运营垃圾场，但地方政府后续拒绝颁发建筑许可，导致垃圾场无法运营。该案仲裁庭指出，相关法律中缺乏对是否必须取得地方政府建筑许可以及该许可发放程序的明确规定，使投资者无法依据透明、可预见的法律体系进行投资规划和经营，因此违反了公平公正待遇条款。¹¹³

3) 违反正当程序

东道国对投资者所采取的措施应基于正当程序。此处所指的“正当程序”既包括行政执法程序，也包括司法程序。例如，在 *Tecmed 诉墨西哥政府* 一案中，墨西哥政府撤销投资者所持有的垃圾填埋经营许可前未及时通知投资者，导致其失去了陈述申辩的机会，该做法被认定为违反了正当行政程序。¹¹⁴ 在 *Loewen 诉美国* 一案中，仲裁庭认为密西西比州法院对投资者作出的判决严重违反了正当诉讼程序，并因投资者为外籍而给予歧视性对待，导致司法不公，违反了公平公正待遇条款。¹¹⁵

4) 胁迫投资者、不当干扰投资活动

对投资者的胁迫和干预措施也可能被认为违反公平公正待遇原则。例如，在 *Pope & Talbot 诉加拿大政府* 一案中，加拿大监管部门在原木出口配额核查程序中拒绝了投资者的正当请求，要求投资者提供一些不必要的信息，并对投资者进行了

¹¹² *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, paras. 274–6.

¹¹³ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, paras. 76 and 88–89.

¹¹⁴ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, para. 162.

¹¹⁵ *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, 26 June 2003, paras. 54 and 137.

言语威胁。该案仲裁庭认为，政府部门的做法并不是在要求投资者配合其工作，而是具有强烈的对抗性，给投资者的经营活动造成了不正当干扰。¹¹⁶ 在 Total 诉阿根廷政府一案中，阿根廷政府试图单方面更改与投资者的合同约定并迫使投资者接受修改后的条款。该案仲裁庭认为，投资者被迫接受了对其极不公平的安排，即仅在上缴其投资所得的情况下才能成功取得其对另一公司的股权，因此裁定阿根廷违反了公平公正待遇条款。¹¹⁷

5) 违反善意原则

善意原则是一般国际法的一项根本性原则，东道国违反善意原则的行为可能会违反公平公正待遇条款。在 Waste Management 诉墨西哥政府案中，仲裁庭指出，在没有正当理由的情况下蓄意破坏投资项目，或利用不当手段阻挠投资均会违反基本的善意原则，从而违反公平和公正待遇条款。¹¹⁸ 在 Frontier Petroleum 诉捷克政府一案中，仲裁庭也列举了一系列东道国的恶意行为，包括不当地适用法律、多个部门联合对投资项目进行蓄意损害、叫停投资但不给予正当理由、偏袒地方企业、以政府内部分工为借口而不履行投资合同等。¹¹⁹

上述案例表明，如果东道国的监管环境缺乏一致性、稳定性和可预期性，违背了投资者的合理期待，未遵守正当程序，或存在胁迫、干扰和其他恶意对待投资者的行为，则相应措施有可能违反公平公正待遇义务。鉴于我国目前签订的国际投资协定中大多包含了公平公正待遇，且该义务的含义较为广泛，中国企业在提起投资仲裁时，可将该条款作为依据之一，以提高获得胜诉的可能性。

(3) 确保投资者获得非歧视待遇

非歧视待遇是国际经贸法律规则中的核心要素，旨在为外国投资者创造一个相对公平的竞争环境。具体到国际投资仲裁的语境下，非歧视待遇包括两个方面，即

¹¹⁶ *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, UNCITRAL ad hoc Tribunal, Award on Merits, 10 April 2001, paras 156–81.

¹¹⁷ *Total S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability, 27 December 2010, para. 338.

¹¹⁸ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States ("Number 2")*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Final Award, 30 April 2004, para. 138.

¹¹⁹ *Frontier Petroleum Services Ltd. v. The Czech Republic*, UNCITRAL ad hoc Tribunal, Final Award, 12 November 2010, para. 300.

国民待遇和最惠国待遇。国民待遇要求在相似情况下，东道国政府给予外国投资者的待遇不应低于国内投资者。而最惠国待遇则要求一国投资者所获得的待遇不应低于任何第三国投资者的待遇。

1) 国民待遇

主张东道国政府违反国民待遇的前提，是证明外国投资者与某一国内投资者处在相似情况下。在实践中，仲裁庭对“相似情况”采取的标准很可能决定了某一国内企业是否可被用于和投资者相比较：在 Feldman 诉墨西哥政府案中，仲裁庭认为和投资者处在相似情况的国内企业包括同样处于香烟出口行业的其他企业¹²⁰；而在 Occidental 诉厄瓜多尔政府一案中，仲裁庭认为所有的国内生产者，无论其是否与外国投资者处在相同产业，均可以作为比较的对象。¹²¹

在考虑外国投资者是否获得了差别待遇时，仲裁庭需要客观地将外国投资者与处在“相似情况”下的本国投资者所获得的待遇进行比较。某一项政策或法规即使在表面上同时适用于外国和本国的投资者，但如果其事实上造成了对外国投资者的歧视，则也有可能违反国民待遇。例如，在 Archer Daniels Midland 诉墨西哥政府一案中，墨西哥政府对蔗糖以外的甜味剂施加了额外税收。虽然税收措施适用于所有企业，但由于国内生产者大多生产蔗糖，而外国生产者大多生产其他甜味剂，该措施实际上导致了外国生产者缴纳的税额高于国内生产者，最终被仲裁庭认定违反了国民待遇。¹²²

此外，如果东道国对外国投资者的差别待遇是为了保护一项公共利益，那么仲裁庭可能认为此种差别待遇仍然具有合法性，不违反国民待遇义务。例如，在 GAMI 诉墨西哥政府一案中，投资者与其他国内企业设立的制糖厂处于类似的境地，但墨西哥政府未对国内制糖厂进行征收。该案仲裁庭认为政府的此种行为并不是出于本地保护的歧视性目的，而是基于对部分陷入破产危机的企业进行有效干预和重

¹²⁰ *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002, para 171.

¹²¹ *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11, Award, 1 July 2004, para 173.

¹²² *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5, Award, 21 November 2007, paras. 205-213.

整的政策考量，并最终认定墨西哥没有违反国民待遇义务。¹²³

2) 最惠国待遇

最惠国义务要求东道国政府将给予第三国投资者的利益无条件给予缔约一方的投资者，其判断“歧视”的标准与前述国民待遇基本一致。需要特别指出的是，如果东道国与第三国签署了标准更高的投资协议，投资者还有可能借助最惠国待遇条款将该协定中的保护标准“移植”到其与东道国政府的争议中，但是，投资者需要注意投资协定是否通过特定语言表述限定了最惠国待遇的适用范围。例如，大多数投资协定会将缔约一方因加入自由贸易区、关税同盟、共同市场或其他任何形式的地区经济组织，以及基于税收协定而给予第三国投资者的优惠待遇排除在外。¹²⁴此外，一些协定明确了最惠国待遇不应溯及既往，如《中国—瑞典双边投资协定》即规定，投资者不能根据最惠国待遇条款，主张获得在该协定缔结前缔结的其他双边条约项下的保护或待遇。¹²⁵

(4) 保证投资收益、清算款项能够自由汇出

投资者在投资活动初期和扩大投资经营范围时通常需要投入大量资金，并后续将投资收益汇回至投资者母国或第三国。为避免投资者在汇入和汇出资金方面受到东道国汇率和货币政策的限制，投资协定通常会通过资金转移条款要求东道国保障投资者可自由兑换货币，并按照市场通行汇率不加迟延地进行资金转移。但是，由于各国在财政金融政策、国内资本市场规模、经济发展模式之间存在着较大差别，各投资协定中的转移条款具体形态又各有差异。

1) 确保资金自由流动的方向：仅汇出或双向流动

投资者的跨境资金转移包括汇入投资所需款项和汇出收益两种形式，大多数投资协定均会保障投资资金的双向自由流动。例如，中国和韩国于2007年签署的双边投资协定规定“缔约一方应确保缔约另一方投资者在其境内投资有关的款项毫无

¹²³ *Gami Investments Inc. v. Mexico*, UNCITRAL ad hoc Tribunal, Award, 15 November 2004, paras 114-15.

¹²⁴ 例如2010年《中华人民共和国政府和也门共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》第三条第二款。

¹²⁵ 《中华人民共和国政府和瑞典王国政府关于相互保护投资的协定》第二条第三款：“缔约一方也有按在本协定签字前同其他国家缔结的双边协议规定，给予其他国家投资者的投资以更优惠待遇的自由。”

迟延转移进出其领土”。一些协定中虽未明确使用“转移进出”等表述，但也通过要求缔约方确保“维持或扩大投资所用的款项”及“投资收益”等具体款项种类可被汇出和汇入，间接地允许资金的双向流动。¹²⁶

然而，也存在一部分投资协定仅保障资金的汇出，而对资金的汇入未作规定。例如：2010年《中国—以色列双边投资协定》第六条仅规定：“各缔约方应保证根据缔约另一方投资者履行投资之日有效的法律和法规，在缔约另一方的投资者在已履行其全部财政义务并遵守所有外汇条例要求的条件下，不受限制地汇出其投资及收益的权利和利益。”

2) 转入和 / 或转出的资金范围

为获得资金转移条款保护，投资者还需证明其拟转入或转出的资金落入协定列举的范围之内。我国签订的投资协定中大多详细列举了资金转移条款保障的资金类别。虽然各个条款列举的具体情形存在差异，但投资所产生的利润、股息、利息及其他日常收入、投资清算结果、征收和损害补偿款、进行必要支付的所需款项等项目通常被列在转移条款中。

值得注意的是，即使在转移条款的保障下，投资者汇入及汇出资金也仍可能受到限制。一些投资协定的转移条款中将“遵守东道国的相关法律法规”作为获得保障的前提，此种规定有可能削减转移条款带来的保障效果，允许东道国基于国内法限制外汇流动。同时，在严重的国际收支平衡危机或外部金融困难等极端情况下，投资协定提供的政策例外也可能允许东道国政府以维持国内金融体系的稳定为由，对投资者的资金转移权利施加额外限制。

(5) 在战争、紧急状态或动乱下为投资提供安全与保护

国际投资协定通常要求东道国为投资提供“充分的保护与安全”，即要求东道国发生战争、紧急状态或政治动乱时，为投资者及其投资提供充分的保障，使其免于一定危险。

¹²⁶ 2004年《中华人民共和国和德意志联邦共和国关于促进和相互保护投资的协定》第六条第一款。

按照充分保护和安全条款的要求，在战争和动乱场景下，东道国需确保投资者在境内的资产不被不同武装势力劫持。例如，在 AMT 诉扎伊尔共和国案件中，美国 AMT 公司通过其在扎伊尔的子公司从事货物等的贸易销售业务。在 1991 年至 1993 年期间，该子公司先后遭遇了扎伊尔军人的抢劫，并且最终永久停业。AMT 公司就此向 ICSID 提起仲裁，主张扎伊尔未能按照《美国—扎伊尔共和国双边投资协定》为其提供安全与保护，并要求对其遭受的损失予以补偿。仲裁庭最终认为，扎伊尔共和国应尽到一种不低于习惯国际法的警惕性义务，采取措施保护投资者免于抢劫。¹²⁷

此外，充分保护和安全义务也要求东道国避免对外资企业的工作人员在战乱中进行拘押、逮捕和驱逐。例如，在前文提及的中山富诚诉尼日利亚政府案中，仲裁庭认为尼日利亚奥贡州及其警察机关在没有国内法依据的情况下，对中山富诚公司尼日利亚子公司人员施行驱逐，并且对管理人员予以逮捕、拘留的行为，实质性剥夺了中山富诚公司对其子公司享有的权益，违反了《中国—尼日利亚双边投资协定》下缔约国应为外国投资提供“持续保护”的义务。¹²⁸

（6）投资协定中的保护伞条款

海外投资者经常会在对外国市场进行投资前，与该国外政府签订投资合同，约定东道国对投资项目提供的各项待遇和优惠。一般情况下，东道国和投资者之间签订的协议仅具有合同性质，违反合同的行为并不必然同时违反国际投资协定。但是，一些国际投资协定明确规定缔约方应遵守其对外国投资者所作的承诺，从而将投资合同中的承诺也包括在投资协定所保护的范围内，使投资者可以针对东道国违反投资合同的行为提起投资仲裁。投资协定中的此类规定被形象地描述为“保护伞条款”。

例如，在 SGS 诉菲律宾案中，仲裁庭即认定，由于《菲律宾—瑞士双边投资保护协定》第十条规定“缔约一方应恪守其对缔约另一方投资者在其领土内的特定投资所承担的义务”，菲律宾政府未按照双方之间进口监督服务合同约定向投资者

¹²⁷ *AMT v. Zaire* (ICSID Case No. ARB/93/1) 案，请见：<https://www.italaw.com/cases/76>。

¹²⁸ *Zhongshan Fucheng v. Nigeria* 案，请见：<https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-zhongshan-fucheng-industrial-investment-co-ltd-v-federal-republic-of-nigeria-final-award-monday-1st-march-2021>。

支付费用的行为不仅违反了合同，也可能违反投资保护协定。¹²⁹

但是，仲裁庭也可能对“保护伞条款”的保护范围进行一定限制。在一些案件中，仲裁庭认为，只在投资者提供了清晰且令人信服的证据，证明投资协定的缔约国具备将合同违约行为上升为违反投资协定的明确意图时，东道国违反投资合同的行为才同时违反协定。¹³⁰也有仲裁庭认为，“保护伞条款”只能适用于东道国政府以主权国家身份与投资者订立合同的义务，但无法延伸至国家作为平等主体和投资者订立的商事合同项下的义务。¹³¹

4. 经验及建议

在国际局势复杂多变、贸易保护主义泛起的背景下，投资者在海外的资产往往面临着监管和政治层面的多重风险，而国际投资协定则是保护投资者利益的最后一道有利屏障。结合过去的国际投资仲裁实战经验，我们希望向正在考虑进行海外投资以及已经拥有海外权益的中国企业提出如下建议：

首先，在决定投资路径和交易架构时，除了考虑财务和税收成本外，也应当考虑是否能够享受投资协定提供的投资保护，通过规划投资路径、变更投资者国籍的方式，寻求获得最高水平的条约保护。当然，我们也提示中国投资者注意，在选择投资路径时需要考虑，部分投资协定中可能包括“拒绝受惠”条款，规定第三国民控制的投资者特定情况下无法享受协定保护，该条款可能导致投资者无法通过间接持股的方式获得相关条约保护。因此，我们建议投资者在确定投资方案时寻求专业法律意见，进行全面评估和详细规划。

如确定投资可以获得某双边投资协定的保护，中国企业还应当进一步考虑该协定是否允许国际投资仲裁、对提起投资仲裁是否有其他限制。如果协定不允许国际投资仲裁或对仲裁范围设置了较多限制，则将影响中国企业通过投资仲裁维护其权利。此外，我们还建议中国企业最大程度利用投资方的议价能力，在与东道国政府

¹²⁹ 英文原文为：Article X 2. Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party, 请见：<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/2766/philippines---switzerland-bit-1997->

¹³⁰ *SGS v. Philippines* 案请见：<https://www.italaw.com/cases/1018>。

¹³¹ 请见：*El Paso v. Argentina* (ICSID Case No. ARB/03/15)，<https://www.italaw.com/cases/382>。

签订的投资协议中尽量约定国际投资仲裁作为争议解决方式，而避免国内诉讼。例如，在某些重大 PPP 项目中，东道国政府都会以直接或间接的方式参与其中，并成为项目合同主体。因此，投资者可以在签订项目合同时要求将投资仲裁作为争议解决方式，以获得相应保护。

最后，如果东道国政府或者其职能机构采取的行为使投资者的海外权益受损，中国企业应该积极考虑投资仲裁的选项，并利用本文所述的各项投资保护机制，灵活结合仲裁与谈判两种方式解决争议，捍卫自己的权益。在发起投资仲裁前，中国企业还应当注意投资协定是否就提起投资仲裁规定了前提限制性条件。例如，部分协定可能规定，投资者只能在国内司法救济和国际投资仲裁中二者择其一。在此情况下，投资者应注意评估在国内法院提起行政诉讼和发起国际仲裁程序两种维权途径，避免因贸然在国内法院提起诉讼而丧失启动仲裁程序的权利。

十六、国际基础设施、工程建设合同纠纷解决

我们在前面介绍了海外基础设施投资与国际工程项目在开发、合同商签以及执行阶段的风险管控，本节结合过往经验，继续介绍此类项目在出现争议后的风险应对策略和措施。

1. 工程索赔管理

(1) 承包商索赔

海外基础设施与国际工程项目的履行界面复杂、履行周期长，在动辄数年的合同履行期内从人工、物资材料价格上涨、汇率税收变化、法律政策变化、不可预见的现场条件、不可抗力等这类客观原因，到工作范围敞口、业主资料错误、业主需求变化、验收程序和界面模糊这类合同约定方面的原因，均可能引发纠纷。因此，从国际上业内最佳实践角度，索赔应成为海外基础设施与国际工程项目管理的一项重要工作，并进一步成为项目合同管理的一项日常工作内容，从而尽可能及时和妥善地解决纠纷，管控风险。

1) 及时启动索赔程序

在普遍由业主主导合同内容的总体态势下，海外基础设施与国际工程项目合同中通常针对承包商规定严苛的索赔程序，并对索赔通知的内容提出了较为复杂的实质要求，明确说明未在规定期限内按照约定方式提赔将失去索赔权利。

为避免落入逾期失权的不利境地，承包商应在项目开工时即建立索赔常规工作制度，以便及时识别索赔事件和在确定索赔可行性基础上发出索赔通知，有效避免延误索赔时机。由于有些合同规定不满足索赔通知实质要求也构成触发索赔失权的条件，承包商还应注意索赔通知不仅能够足以明确表达承包商关于索赔的意向，还应满足合同对索赔通知的具体要求，避免对于实体权利造成不利影响。

2) 收集证据、提交索赔报告

满足合同规定的索赔程序仅仅只是第一步，一项有力的索赔还需要依据合同或法律，对索赔事件、后果以及相应救济权利的因果关系，结合证据做出有力的论证并提交索赔报告。

索赔报告是承包商主张索赔权利的集中体现，也是业主审核承包商索赔诉求的重要依据，应完整地呈现索赔事件和承包商的主张。承包商通常应从证明索赔事件发生、证明索赔事件后果和证明遭受损失三个方面收集证据，结合己方主张，从证明力大小、可获得性方面组织最佳证据链支持索赔主张。海外基础设施与国际工程项目合同通常要求承包商就索赔保持同期记录，承包商应意识到保持同期记录既是合同对索赔的直接要求，也是证据搜集的重要环节，同期记录范围非常宽广，所有能够证实或者量化索赔的资料、文件都可以成为同期记录。在此基础上，承包商应综合合同机制和适用法律的相关规定，论证索赔权利的有效性。此外，索赔报告应选择合适的方法对索赔的工期的时长和 / 或费用的金额进行量化分析，因为无论是向业主主张工期或者费用补偿，或者以索赔作为和业主谈判的筹码，承包商都需要对索赔同时进行定性和定量分析。

3) 统筹上下游索赔

由于海外基础设施与国际工程的综合性与专业化，承包商难以独立完成包含多个专业的大型项目，必然引入专业分包商和供货商参与项目，因此，承包商需要统筹上下游索赔。

首先，由于合同的相对性，无论是业主对于分包商 / 供货商造成损害，还是分包商 / 供货商对于业主造成损害，二者都难以通过合同互相追究对方的责任。同时，由于工作界面交叉复杂，业主或者分包商 / 供货商提出的索赔可能并不完全是由于对方导致，也可能部分原因是由于承包商导致。因此，任何一个对外提出的索赔或收到的索赔，承包商需要区分索赔中的责任界面。如果承包商经过分析之后认定业主或者分包商 / 供货商其中一方提出的索赔实际上是由另一方导致，原则上承包商需要确保将索赔方的索赔彻底、准确地向对方传递，否则任何未能传递的索赔的责任将由承包商承担。

其次，在策略上，承包商需要将分包商 / 供货商向自己的潜在索赔尽可能地与自己向业主的潜在索赔进行联动协调。海外基础设施与国际工程项目的执行是一个动态的过程，承包商需要利用这一特点将合同链上各方的义务进行预先的嵌套。例如承包商向业主提交的进度计划中应充分考虑和消化分包商 / 供货商的进度计划，保持分包商 / 供货商向承包商的索赔与承包商向业主的索赔在技术上的一致性，为以背靠背的方式将分包商 / 供货商的索赔向业主传递创造良好的前提条件。

在程序上，承包商需要格外注意对于分包商 / 供货商提交的索赔应在总包合同规定的索赔期限之内整合后提交，否则由于自身拖延导致逾期失权将不得不就未能及时向业主索赔而承担责任。

(2) 业主索赔和应对承包商索赔

在海外基础设施与国际工程项目中，索赔不仅适用于承包商，同样适用于业主。业主虽然无需获得工期延长，但仍然可能由于承包商的原因产生损失，同样可以对承包商提起索赔。

1) 遵守索赔程序，尽早量化损失

尽管有些合同范本（例如 FIDIC 2017 版系列）同样对业主索赔做了逾期失权的规定，但是鉴于海外基础设施与国际工程项目合同的起草中业主居于主导地位，实践中合同通常不会就索赔程序对于业主做苛刻的规定，业主不会因为没有及时提赔而失去索赔权利。但是合同中通常仍然规定有业主的索赔程序，如提交索赔通知等，业主提赔之前并不会自动得到补偿的权利，业主仍然需要认真遵守索赔程序。

在合同下业主的主要义务是向承包商付款，从抵销和降低向承包商付款的金额的角度，业主通常也要尽快发起索赔，以免随着时间推移导致取证困难，进一步增加量化损失的难度。

2) 多角度抗辩

实践中相对于主动向承包商提起索赔，业主更关注的是如何应对承包商的索赔。为了对承包商的索赔提出有力抗辩，业主一般会利用海外基础设施与国际工程项目的特点从程序、责任和损失三个方面进行回应。

从程序方面，鉴于海外基础设施与国际工程项目合同中通常对于承包商索赔规定了苛刻的程序要求，一旦未能遵守承包商即失去索赔权利。业主往往会从严格解释合同的角度对照合同研究承包商是否遵守了合同程序，一旦存在瑕疵即立刻作为拒绝承包商索赔的理由提出。

从责任方面，海外基础设施与国际工程项目中业主和承包商的工作界面交叉复杂，各方权利义务交织，完全一清二楚地区分责任并非易事，例如业主和承包商很可能在同一时间段均存在延迟履约情形，由此造成同期延误成为工期索赔中最具争议的领域之一。业主往往会利用海外基础设施与国际工程项目的这一特点，从责任认定上尽力对承包商的索赔进行抗辩。

从损失方面，由于工程本身的专业性和复杂性，损失的量化并非轻而易举，业主可以就承包商对损失的证明提出质疑，未经证明的首先就损失的真实性进行挑战，

已经证明的则需综合索赔的具体情况考虑承包商的证明方法是否科学和适用，例如工期延误的证明存在多种业内认可的工期延误分析方法如时间影响分析法、影响事件剔除法等，业主可以结合具体的索赔要求采用准确程度更高的方法，从量化方面抗辩承包商索赔。

(3) 出口信用风险保险下的索赔

从转嫁风险角度，从事海外基础设施和国际工程项目的中国企业往往会购买中国出口信用保险公司（以下简称中信保）的出口信用保险，以便项目因其承保的风险致损时，寻求中信保保险赔偿。

由于海外基础设施和国际工程项目的复杂性，出口信用保险的索赔和定损核赔是一项极其复杂的工作，实践中体现出耗时长（从可能损失通报到最终赔付，可能在数月甚至数年不等）、材料多、参与主体众多（除保险双方、商务合同各方外，往往还涉及境内外多方律师、审计机构等）、要求高（需要及时发现并通报风险、采取有效减损措施、解决可能的合同纠纷等）、缺乏可参照的先例等特点。为此，中国企业应当加强与中信保的沟通，聘请有经验的中介机构，统筹安排境内外索赔程序，确保商务合同项下的索赔与中信保索赔有效联动，实现企业自身及中方利益的最大化。

实践中，中信保为海外基础设施与国际工程项目提供多种保险，考虑到各类保险索赔操作在实质上的相似性，以下以短期出口信用保险特定合同保险（对应条款为“《短期出口信用保险特定合同保险单》（2.0版）条款”，以下简称“《特险条款》”）为例进行介绍。

具体而言，特险项下索赔主要包括以下三步：

1) 可能损失通知

可能损失通知是索赔的前置程序，具体体现形式为被保险人及时向签发保单的中信保营业机构提交《可能损失通知书》。

被保险人应在保单约定的期限内提交《可能损失通知书》通报可能损失，期限应自被保险人“知道或应当知道”相关风险发生之日起算，切不可因有关信息不全面而拖延提交《可能损失通知书》，否则中信保可能综合迟延时间、可能造成的负面影响等，决定是否降低赔偿比例，甚至拒绝承担赔偿责任。中国企业需要注意报告可能损失的主体是“被保险人”，而非例如投保人、实际施工企业甚至商务合同的签约主体等其他主体，切忌混淆，具体通报内容以中信保制订的《可能损失通知书》的格式文本为准。

2) 索赔

在通报可能损失后，被保险人可以根据风险及损失发生情况，及时提出索赔。

就索赔时间而言，保单要求被保险人在提交《可能损失通知书》后 12 个月内正式提出索赔；逾期未索赔的，视为被保险人放弃索赔权。尽管这一要求并不严苛，但在实践中，也存在被保险人出于多种因素的考虑例如与业主或者合作方的谈判从而逾期的情况。被保险人索赔应提交中信保制定的格式文本《索赔申请书》及《索赔单证明细表》中列明的相关文件和单证，由于《特险条款》约定被保险人始终承担承保风险（中信保通常称之为“损因”）和损失确已实际发生的举证责任，所以被保险人应当尽可能履行保单约定的举证义务，并特别注意应确保索赔文件的真实性，否则中信保有权拒绝承担赔偿责任和追回赔付款项，依情节严重情况被保险人及相关人员还可能被控保险诈骗犯罪。

3) 定损核赔

定损核赔是中信保根据被保险人提交的索赔申请、证明材料，结合自查勘查情况，做出理赔决定的过程。根据《特险条款》约定，中信保将在正式受理索赔申请后 6 个月内做出最终理赔决定，并支付相应赔款（如有）。根据保单约定，赔款金额 = [“损失金额”与“责任限额”孰低] × 赔偿比例（%），其中“损失金额” = “已确立债权的金额” - “已经收回或其他可扣除的款项”。

尽管此阶段以中信保开展工作为主，但仍需要被保险人提供相应的配合，主要

如下：

其一，继续补充完善索赔材料。与多数商业保险事故不同，特险承保的项目通常处于变化之中，这些都可能导致损失原因、损失金额发生变化，客观上需要被保险人及时通报项目进展情况，提供补充材料，支持中信保做出理赔决定。

其二，先行处理货物或者工程。对于不再执行的合同或项目，原则上应依法依规先行处置仍由被保险人控制的货物或者工程，进行减损。对于确实无法在短期内外处置的货物或者工程，可视情况适时推进处置工作。

其三，先行解决商务合同纠纷。出口信用保险项下，原则上，中信保仅对中方企业在商务合同项下对境外主体确立债权的应收账款承担赔偿责任¹³²。因此，如果境外主体对中方企业提出的索赔款项提出合同上或者法律上的有效抗辩（具有形式上的合同或法律依据，可以使中立第三方对中方企业的索赔主张产生合理怀疑），被保险人应先行负责解决商务合同项下的纠纷，中信保将根据纠纷解决情况，做出理赔决定。

2. 多级争议解决程序

(1) 争议前置程序

海外基础设施和国际工程项目的争议解决程序，相比一般商事争议解决程序，具有多元、多层级的特点，这是工程项目体量大、合同履行期长、完工拖延的损失巨大，需要尽可能在过程中及时解决争议、推进项目的核心诉求所决定的。

1) 工程师决定程序

在海外基础设施与国际工程项目中，业主囿于自身的专业所限，往往聘用工程师协助业主开展管理工作，一般在合同中会规定由工程师审核双方提交的索赔并做出决定。

¹³² 中方企业未确立债权的（如买方拒收，或者买方违约导致商务合同提前终止或无法履行的），中信保通常在加保成本投入项下承保由此导致的成本投入损失，但原则上仍以买方应对该等损失承担违约责任为前提。

由于工程师在审核索赔过程中通常不会采用严格的程序，在本阶段双方利益尚未严重对立的情况下，存在着在工程师的主持下通过协商达成一致的可能性。实际上，在有些合同例如 FIDIC 系列的合同范本中，要求工程师在做出决定之前首先咨询双方力求促成一致。中国企业可以利用这一机会请求工程师组织双方会谈，借会谈的机会就索赔进行充分协商和交流，以友好方式圆满解决索赔。

即使双方无法通过协商就索赔达成一致，由于工程师熟悉项目情况，再加上工程师决定属于“免费”的争议解决机制，以合作的态度将索赔事项交由工程师裁定，不失为双方快速、低成本解决争议的一个良好选择。而且重要的是，合同通常要求工程师在做决定时给出详细意见，即使中国企业对于工程师的决定不满意，仍然可以借助工程师在给出的分析过程和详细说明发现索赔中的缺漏，在下一步的争议解决程序中补强。

2) 裁决 (adjudication) 程序

作为海外基础设施与国际工程争议解决领域被广泛适用的替代性争议解决机制之一，裁决机制的目的是为合同各方提供及时且具有成本效益的争议解决方式。裁决的具体组织形式有争端委员会 (Dispute Board)、争端评审委员会 (Dispute Review Board)、争端裁决委员会 (Dispute Adjudication Board) 和争端避免与裁决委员会 (Dispute Avoidance/Adjudication Board) 等。无论冠以何种名称，以上各类争端委员会一般可以由一名或三名审判员 (adjudicator) 组成，由业主和承包商共同推荐，完全独立于合同双方，其做出的决定对双方均有约束力。

海外基础设施与国际工程争议通常案情复杂、专业性高，通过仲裁或者诉讼充分解决需要较长的时间，并且由于项目体量巨大争议标的额也很高，长时间久拖未决可能导致承包商的资金链断裂。由于裁决程序通常时间较短，秉持了“先付款，后争议 (pay now, argue later)”的原则，虽然由于时间所限可能难以彻底地解决争议，但是有助于双方基于裁决结果尽快对期中付款安排达成一致确保继续履约。对于各类争端委员会的职责，业主和承包商还可以约定由其为工程合同全过程提供咨询和服务，对潜在争议事项从独立第三方的角度发表观点，从

而避免争议的形成。

3) 注意保留权利，继续争议解决程序

如果经过工程师决定程序和裁决程序之后争议仍未得到解决，海外基础设施与国际工程合同通常约定仲裁或者诉讼为最终争议解决程序。

多层次争议解决机制带来的一个不利之处是，最终争议解决程序之前的其他争议解决程序的结果的效力存在不确定性，双方均无法预判对方是否对结果不满并将开始更高一级的争议解决程序。为规避不确定性，合同内通常规定在每个前置争议解决程序（即最终争议解决程序之前的环节）结束之后任一方对于结果不满意，必须在规定的时间内就结果发出不满意通知，否则即视为放弃继续进行争议解决程序的权利，现有结果将具有终局性。

不管作为业主还是承包商，如果中国企业对于争议解决结果不满意，即使尚未决定是否开始更高一级的争议解决程序，仍然应在规定时间内发出不满意通知，首先保留权利，之后可以再与对方沟通继续开展争议解决程序的安排。

(2) 工程争议解决

在海外基础设施与国际工程项目中，当争议进入仲裁或者诉讼阶段意味着进入了最终争议解决程序，如何化不利为有利、最大程度地争取利益或者实现以打促谈的策略，需要战略和战术的有机结合：

第一，统筹规划，制定争议解决整体策略。海外基础设施与国际工程争议与工程活动密不可分，因此天然地无论从事实上还是技术上通常都较为复杂，需要在透彻理解争议实质内容的基础上仔细研究合同机制和适用法律，分析己方索赔主张和对方抗辩/反索赔的依据，以制定攻防转换整体策略指导整个仲裁或者诉讼阶段为首要任务。金杜在协助客户处理海外基础设施与国际工程争议的经验显示，在履约过程中参与各方可能会结合工程行业的惯例采取行动从而影响各方在合同下的立场，因此在制定整体策略的过程中，除了合同机制本身之外，工程行业惯例也是需

要考虑的一个较为重要的因素。

第二，提前规划证据取舍、收集和披露。海外基础设施和国际工程合同履行时间通常跨度长、工作界面复杂、相关当事方众多，伴随合同的履行相应产生大量的证据，一旦发生争议，这些证据既是支持己方主张的关键，也可能是对方的关键攻击武器。如果在仲裁和诉讼程序中存在披露程序，一旦不当披露文件可能会对己方造成极为不利的后果。因此，中国企业应在合同履行和同期记录的创建过程中有证据风险管理意识，有目的性和针对性地规划证据取舍，形成对己方有利的完整事件“拼图”。

第三，统一协调和管理专家，协同合作。由于海外基础设施与国际工程争议的专业性和复杂性，由当事人聘请专家证人针对专业问题向仲裁庭提供专家证言是国际仲裁中的常见安排，而且往往需要在一个案件中引入费用、技术、工期等不同专业的专家。专家虽然可以从技术角度为争议主张提供较强的事实依据，但是需要何种事实依据以及事实依据如何与法律/合同依据有机结合支持争议主张，仍然取决于整体策略下的工作分解，需要由制定整体策略的法律团队协调和管理各个领域的专家在同一整体策略下协同合作，以保证案件目标的实现。

3. 保函索兑的应对

(1) 研判和筹谋保函止付

海外基础设施与国际工程项目合同中，业主从管控承包商合同履行风险角度往往都会要求承包商提供见索即付的预付款保函、履约保函以及质保保函，以担保承包商的履约。这些保函通常由中国企业申请银行或保险公司（中信保）直开或通过境内反担保银行向海外项目所在地银行开出，由其转开给境外业主。一旦项目发生纠纷，境外业主往往第一时间提出保函索兑，以预付款保函和履约保函项下的索兑最为常见。预付款保函、履约保函的担保金额巨大（通常分别为合同金额的10-20%），一旦索兑成功，中国企业势必遭遇巨大损失。根据我们的经验，该等损失也难以通过后续的争议解决及执行程序追回，至少很难及时地、全额地追回。

因此，尽管保函止付的难度越来越大，一旦预见到项目很可能发生纠纷，中国企业即应当结合合同、保函和适用法律研判和筹谋保函止付对策。如果具备止付可能的，中国企业应当坚决提出止付申请。

根据直开保函还是转开保函之间的区别，分别适用境内止付与境外止付。

(2) 境内止付

2011年爆发的利比亚战乱和2013年“一带一路”倡议的出台，催生了《最高人民法院关于独立保函纠纷案件若干问题的规定》（《独立保函司法解释》）¹³³。《独立保函司法解释》统一了保函止付的依据，即仅在该解释第十二条规定的保函欺诈存在具有高度可能性的情况下，中国法院才可以裁定保函止付。并且，一旦裁定止付，止付申请人必须在30日内提起独立保函欺诈纠纷诉讼或申请仲裁，否则法院将解除止付裁定。

《独立保函司法解释》发布以来，中国法院裁定保函止付非常慎重。在大多数以欺诈为由提起保函止付申请案件中，中国法院并未同意裁定止付。最高人民法院2022年2月发布了第三批涉“一带一路”建设典型案例，金杜代理的（2019）最高法民终349号独立保函欺诈纠纷案即为典型案例之一。此案中，最高人民法院认为，在预付款保函未减额的情况下，即便预付款已部分扣还，保函受益人按照保函金额提出全额索兑的，也不构成欺诈索赔。

尽管如此，面临业主索兑保函的风险，中国企业仍应积极结合个案具体情况探讨止付的可能。从公开案例看，最高人民法院及各地高级人民法院裁定止付的依据主要是该解释第十二条第（五）项（“受益人明知其没有付款请求权仍滥用该权利的其他情形”）¹³⁴，具体情形包括：境外银行已经拒付但仍向境内反担保行提出索赔；有充分证据明确证明基础合同已经得到了完全履行，仍以存在违约为由提出索赔等。因此，参考成功止付案例，结合具体项目的个案事实研判与筹谋是必要的。

¹³³ 该解释的征求意见稿2013年11月29日发布，正式稿于2016年7月11日通过，同年11月22日发布。

¹³⁴ 相关案号包括：（2020）最高法民申6932号，（2017）川民终72号，（2016）苏民终932号等。在司法解释发布前，也有一些高级人民法院支持止付，例如：（2013）浙商外终字第134号，（2012）津高民四终字第3号等。

(3) 境外止付

就境外直开保函（比较少见）和转开保函而言，中国企业必须在东道国开立保函的银行所在地管辖法院申请止付。与中国法律规定及实践类似，大多数法律体系均支持在保函欺诈或其他明显滥用权利的情形下，对保函索兑裁定止付。国际商会《见索即付保函统一规则》（URDG758）及《联合国独立担保与备用信用证公约》同样有保函欺诈、支付义务例外的规定。因此，如果保函或备用信用证约定适用该等惯例，中国企业也可以据此向东道国管辖法院申请止付。

1) 英国法体系

在中国企业参与的海外基础设施和国际工程项目合同中，约定英国法为适用法律，约定仲裁并以香港 HKIAC、英国 LCIA 或新加坡 SIAC 为合同争议解决机构的情况比较常见。中国企业需要结合这些司法区域的典型判例，研判和筹谋保函止付。

应该说，在 1978 年之前，英国法院的立场是不管有没有欺诈，银行的信用证 / 保函业务中必须遵循严格的独立性，只要交单 / 索赔本身没有问题，法院就必须付款。这导致几乎所有在英国法院主张保函欺诈止付的申请人都没有成功。直到 1978 年，英国法院在 *Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank International Ltd.* [1978] 一案中，提及美国 *Sztejn* 案，明确承认了欺诈例外原则。在该案判决中，著名的 Denning 法官指出，保函开立人拒绝兑付的唯一例外是注意到明显的欺诈行为。

2011 年，英国法院又进一步发展出其他的止付理由。在 *Simon Carves Ltd v Ensus UK Ltd* ([2011] EWHC 657) 一案中，承包合同约定一旦发包方发出验收证明则保函作废。工程完工后双方发生争议，发包方提出保函索兑。法官拒绝了发包方的索兑请求，理由是依据承包合同，保函已失效。类似裁判在 2013 年再次得到确认。

新加坡法院和澳大利亚法院均支持以保函欺诈或显失公平（*fraud or unconscionability*）为由裁定保函止付。在 *BS Mount Sophia Pte Ltd v Join-Aim Pte*

Ltd ([2012] SGCA 28) 一案中，新加坡法院综合全案事实（如发包方从未以书面或任何其他方式提出承包商存在工程延误、发包方未回复承包商关于工程完成日期的邮件、发包方未配合验收工作等等），认定发包方直至索兑时都并非真正认为承包商违约，故适用显失公平裁定止付。

需注意的是，对于转开保函，境外止付成功后，中国企业需要立即就境内反担保银行开立的独立保函提出止付申请，以防范境外银行不当索兑反担保保函的风险。

2) 仲裁中的临时 / 保全措施

大部分国际仲裁机构规则规定了紧急仲裁员程序，以处理临时或保全措施。例如国际商会仲裁规则第二十九条规定，一方当事人可根据需要不待组成仲裁庭而申请采取紧急临时或保全措施。在 *Shapoorji Pallonji & Company Private Ltd v Yumn Ltd & Anor* ([2021] EWHC 862 (Comm)) 一案中，英国高等法院确认申请人可以依仲裁协议选择向 ICC 紧急仲裁员或向英国法院申请止付令。如果保函银行所在地有普遍承认仲裁临时 / 保全措施的友好先例和快捷的程序，则经过综合研判和准备后中国企业可考虑根据合同争议解决条款，直接业主 / 相对方的主合同纠纷提起仲裁，并向仲裁机构提出临时措施申请，止付保函。例如，新加坡 SIAC 在介绍紧急仲裁程序时提及，在某印度港口服务合同争议案中，尽管被申请人已索兑保函，但申请人仍通过 SIAC 紧急仲裁程序，在 48 小时内取得紧急仲裁员发出的止付令，要求将已兑付款项存入申请人账户，在仲裁庭做出裁决前不得动用该笔款项，从而避免了索兑款项支付后难以追回的后果。¹³⁵ 相比向法院申请保函止付需要满足的欺诈标准，申请仲裁临时措施相对容易，因此，如果管辖案件的仲裁机构存在此类紧急程序，中国企业可尝试申请通过临时措施对索兑款项予以保全。

综上，在海外基础设施和国际工程纠纷应对中，针对相对方的无理索兑或敲诈勒索，中国企业完全可以选择向境内外的相关法院或仲裁机构提出保函止付申请，依法维护自身权益。

¹³⁵ The SIAC Emergency Arbitrator Experience, <https://siac.org.sg/2013-09-18-01-57-20/2013-09-22-00-27-02/articles/338-the-siac-emergency-arbitrator-experience>.

十七、国际民商事仲裁与诉讼

1. 海外投资中的国际民商事仲裁¹³⁶

(1) 中国投资者涉及国际民商事仲裁情况概述

伴随持续增长的对外投资规模，中国投资者参与的国际商事仲裁数量也在稳步上升。一方面，在国际主要仲裁机构管理的案件中，中国当事人参与的仲裁案件历年稳步增长，涉案金额不断攀升，且已在多个机构占据领先地位；¹³⁷ 另一方面，中方往常以“被申请人”角色出现，而这一情形近年来有所改变，中方越来越多地以“申请人”的角色出现在仲裁案件中，以更加主动的姿态解决争议。¹³⁸

从近期的实证研究数据来看，以商事仲裁解决跨境争议具有明显的吸引力，¹³⁹ 是绝大多数公司首选的争议解决方式，其主要原因包括：仲裁程序相对高效灵活，仲裁裁决具有较广泛的全球可执行性，仲裁程序及裁决在大多数法域具有保密性，以及越来越多的国家颁布或完善了仲裁相关法律，支持境内外当事人通过仲裁解决争议。

从中国投资者的角度而言，如果希望高效利用国际仲裁解决海外投资纠纷，既需在前期为具体交易“量体裁衣”设计仲裁条款，亦需在争议即将发生或任何一方可能启动索赔时请专业的国际仲裁团队及时介入并协助制定案件策略，以期通过争议防范和解决程序维护海外项目的合法利益。

(2) 如何为海外投资项目配置合适的国际商事仲裁纠纷解决机制

国际主要仲裁机构均有其推荐的标准仲裁条款，¹⁴⁰ 一般可以满足大部分国家

¹³⁶ 除非另有说明，本节提及的“仲裁”均指国际商事仲裁，“仲裁条款”亦包括仲裁协议。

¹³⁷ 叶录，《国际商事仲裁与中国企业》。文章地址：<http://www.ctils.com/articles/3766>；Amanda Lees, Patric McGonigal,《新加坡国际仲裁中心数据：案件数量大幅增长背后的意义》。文章地址：<https://www.pkulaw.com/lawfirmarticles/8d31eb44ffda0aed862769705538d9f5bdfb.html>。

¹³⁸ 叶录，《国际商事仲裁与中国企业》；国际商会仲裁院（ICC）《2020年度仲裁数据》第22页：中国当事人作为申请人（42次）和被申请人（38次）的数量基本持平；新加坡国际仲裁中心（SIAC）《2020年度报告》第18页：中国当事人作为申请人（145次）远高于作为被申请人（43次）的次数。

¹³⁹ 伦敦玛丽王后大学（Queen Mary University of London）与伟凯律师事务所（White & Case LLP），《2021年度国际仲裁调研报告》第5页：90%受访者倾向于使用仲裁解决其跨境争议，包括31%受访者倾向于仅使用仲裁，以及59%受访者倾向于在使用仲裁的同时使用其他替代性争议解决机制。报告地址：<https://arbitration.qmul.ac.uk/research/2021-international-arbitration-survey/>。

¹⁴⁰ 例如，香港国际仲裁中心示范仲裁条款可在此处获取：<https://www.hkciac.org/arbitration/model-clauses>。

对仲裁条款的效力性要求。如果当事人选择由某仲裁机构管理仲裁，其可以直接在合同中使用其标准条款。但需注意的是，标准条款一般仅包含仲裁条款的最基本要素，如果交易结构较为复杂、涉及多个合同方等，则当事人需要考虑“量体裁衣”、为交易设计特定的仲裁条款。通常需考虑的商业因素包括交易的类型、交易架构、交易相关方的情况等，并因此需在仲裁条款中调整如仲裁地、开庭地点、仲裁员的指定方式及专业资质要求、仲裁语言、仲裁条款的管辖法律等相应要素。这些要素左右了仲裁程序的启动和推进方式，有时甚至对仲裁裁决是否有效产生深远影响。

针对金额较大、结构较为复杂、涉及高风险国家或地区的交易，则特别需要在交易之初即关注仲裁条款的设计。一般情况下，中国投资者需结合交易情况和商业需求与仲裁团队沟通，并重点关注如下方面：

1) 交易的类型及架构

一般而言，交易的类型与可能发生的争议类型紧密关联。例如，工程建设项目较易出现工期及工程质量争议、工程量变更争议等；股权投资项目可能会产生与陈述与保证、股权价值相关的争议等。进一步，投资项目的所在地有时也会影响常见的争议类型。例如，中东地区的工程项目更易发生关于提前开工、延迟付款、合同终止等争议。¹⁴¹ 因此，在设计仲裁条款时，中国投资者需在专业仲裁团队的协助下审慎研判投资项目的具体情况，依托后者的专业经验，尽量预判潜在争议种类及产生方式，以此为出发点约定合适的仲裁地、仲裁规则等，搭建高效的争议解决机制。

海外投资交易架构往往较为复杂，涉及繁多的交易文件。因此，要格外关注各个交易文件中的仲裁条款的兼容性。例如，股权投资交易中，可能会签订的文件包括：投资意向书（框架协议）、股权购买协议、股东协议等一系列文件。通常应尽量约定统一（或至少彼此不冲突）的争议解决条款，如果需要，还应在仲裁条款中明确约定合并仲裁的情形，避免例如主从合同仲裁条款不同或多个合同（实则涉及一项交易）约定不兼容的仲裁条款，导致无法合并仲裁甚至可能产生平行仲裁（甚至平行诉讼）等情形。

¹⁴¹ 费佳，杜卓南：《中东工程建设五大典型风险与防范》。文章在线获取地址：<https://www.shorturl.at/fkosN>。

2) 相关方的情况

与相关方有关的地点也值得关注，包括其住所地、注册地、营业地及主要资产所在地等。一般而言，各方习惯选择其较熟悉的地点作为开庭地或仲裁地。顾名思义，开庭地为开庭发生的地点；而仲裁地作为法律概念，指的是仲裁的司法管辖地。简言之，仲裁地不仅决定裁决的国籍，选择仲裁地很可能亦选择了仲裁地的程序法律及该地法院对仲裁的支持管理或监督介入的范围和程度，因此仲裁地的选择是交易各方需要特别关注的问题。

对于中国投资者而言，另一个实际的考虑是如果相关方（无论是己方或是对方）成为裁决的被执行人，该裁决是否能够得到执行、在哪里执行、如何执行。例如，中方与外方在海外共同投资成立合资公司开展业务，外方可能出于税务等方面的考虑以离岸空壳公司为主体实际进行投资、签订交易文件。此时，若外方实体公司不是交易文件签署方，其中的仲裁条款可能无法拘束该外方。如此一来，中方即便对实际签署投资文件的空壳公司提起仲裁，其名下也没有资产可供执行。因此，在订立合同并设计仲裁条款时，应特别关注可能卷入争议的各方及其主要资产所在地，并考虑未来影响执行的因素。

此外，也要关注相关方（及其主要资产所在地）的所在国是否为《承认及执行外国仲裁裁决公约》（《纽约公约》）的缔约国。根据《纽约公约》，除非在加入时做出了互惠和商事保留声明，各缔约国均应承认和执行一切外国仲裁裁决。作为“整个商法历史上最为有效的国际立法”，《纽约公约》目前已有 169 个缔约国，是对仲裁裁决在全球得以执行的有效保障。

3) 各方能够接受的有效的纠纷解决机制

此外，各方应预判一旦争议发生，各方能够接受的有效解决纠纷的机制。常见的情形是，各方约定在争议发生后设置一定的仲裁前置程序。

例如，对专业性要求较高的工程建设项目中常见的情形是，各方约定争端裁决委员会（DAB）程序作为仲裁的前置程序。在 DAB 程序中，争端委员会成员多为

工程专家，其主要任务是就当事方提起的专业工程问题做出决定。虽然该决定通常并非对争议的最终决断，可在后续仲裁程序中被仲裁庭审查、甚至推翻，但如此设计仍有诸多益处，包括：DAB 程序可在工程进行中启动，便于当事方尽快解决争议、避免损失扩大；可通过 DAB 程序直击金额较高的核心争议，使双方就责任归属有一定的预判，为和解谈判创造空间等。

在其他类型的投资中，中国投资者亦可以此为类比，设置合适的前置程序以促进各方高效解决纠纷。比如，若各方希望维持商业关系，则可以考虑设置高层谈判、商事调解等对抗性较弱的仲裁前置程序，并约定前置程序的时间节点。当然，在很多情况下，并非一定要约定前置程序，比如希望在出现争议后可以尽快诉诸仲裁的情况。

总之，仲裁条款不应为投资磋商中的“午夜条款（mid-night clause）”，而应是双方在谈判之初即重点关注的条款之一，甚至可以成为交易成就的底线条款。在起草仲裁条款时，中国投资者需尽量与有经验的国际仲裁律师充分沟通项目情况，由后者为项目量身定制合适的仲裁条款。有利的仲裁条款不仅约定了争议的最终解决机制，同时也是促进协商解决的必要因素。反之，如无有利的仲裁条款，而必须面对当地法院诉讼，则大概率会显著增加败诉风险。

（3）国际仲裁程序的特点及常见问题

若考虑启动或被动加入国际仲裁程序，中国投资者应提前对国际仲裁与国内仲裁或诉讼的独特之处有所了解，以便更好地参与国际仲裁程序。

1) 国际仲裁与国内仲裁程序步骤有何区别

国际主要仲裁机构的仲裁规则设定的程序大同小异，大致遵循英美法传统，并融合了大陆法的若干传统，自成一套广泛适用的规则体系。一般而言，境外国际仲裁程序与国内仲裁程序有相当大的区别。以中国为例，在国内仲裁中，仲裁机构往往承担更多的案件管理角色；各方更为依赖书面证据（而非证人证言）；证据披露程序较为罕见。而在国际仲裁中，仲裁庭一旦组庭即肩负了案件管理义务；各方为

了证明己方立场通常会制作证人证言，并且证人需要出庭接受盘问；文件出示、证据披露程序较为常见；程序更加强调当事人驱动和开庭的重要性。

2) 仲裁员、仲裁庭、仲裁机构及仲裁地法院

中国投资者在接触国际仲裁时往往会有疑惑：既然仲裁员可以由当事方指定，是否意味着己方指定的仲裁员应当协助己方赢得案件胜利？仲裁庭与仲裁机构是什么关系？仲裁机构和仲裁庭似乎都有决定一些事项的权力，其可决定的事项有何不同？既然已经约定了仲裁作为解决争议的手段，为何还需在仲裁地法院进行某些诉讼，是否因为仲裁条款存在漏洞？

实际上，仲裁员、仲裁庭、仲裁机构及仲裁地法院有明确的职责分工及权限边界：

i. 仲裁员的职责以及仲裁员的选任

仲裁员是仲裁庭的组成人员，具有独立性与中立性。这意味着己方指定的仲裁员也应当行使公允裁断的职能，不能偏袒选任自己的一方。一般而言，在选择仲裁员时需考虑仲裁员的擅长领域、执业资格、国籍、文化背景、业界口碑、语言能力、收费标准等是否与案件情况适配。选择对的仲裁员是赢得案件的重要一环，通常需由有经验的仲裁律师协助判断。

ii. 在国际仲裁中，仲裁庭扮演怎样的角色，其权限为何

由仲裁员组成的仲裁庭是仲裁实体及程序问题的决断者，负责就提交仲裁解决的请求作出裁断。需注意，当事方提出的仲裁请求不一定均可由仲裁庭裁决。这或可能是由于法律的限制（如刑事问题不可通过仲裁解决），或可能是由于仲裁庭的权限（即管辖权）已由各方在仲裁条款中有所限定。举例来说，如果仲裁条款约定仲裁庭仅有权决定合同项下的部分争议（而非常见的“因本合同所引起的或与之有关的任何争议”），则仲裁庭仅能就该部分争议作出裁断。但是，该种限缩约定往往极易引发各方对仲裁庭权限的争议，因此一般不建议采用。

同时，仲裁庭有权作出的临时指令、裁决内容也可被当事方在仲裁条款中限缩：例如，双方可以明确约定仲裁庭无权作出临时措施令（如查封、冻结等）、无权决定违约方应当继续履行合同等。

iii. 在国际仲裁中，仲裁机构扮演怎样的角色，其权限为何

仲裁机构是国际仲裁案件的管理者，即主要负责引导仲裁程序的推进。¹⁴² 虽然仲裁机构不负责审理案件，但仲裁机构在仲裁庭组成之前有较大的程序性权限：例如，仲裁机构负责管理当事方送达仲裁通知及回复、决定多个案件可否合并仲裁、确定仲裁庭人数及选任方式、决定案件收费标准及方式等。部分仲裁机构有权决定的程序性事项（例如送达和组庭）可能会影响仲裁裁决的可执行性。

iv. 在国际仲裁中，仲裁地法院扮演怎样的角色，其权限为何

虽然当事方约定了仲裁条款，争议将由仲裁庭裁断，但仲裁地法院在国际仲裁中也扮演着重要角色：例如，在仲裁开始时，仲裁地法院可能会被要求决定仲裁庭是否有管辖权；在仲裁过程中，仲裁地法院还可能需要协助仲裁庭执行临时措施令；在仲裁结束后，仲裁地法院通常有权对仲裁程序及仲裁裁决进行司法监督，当事方可向仲裁地法院申请撤销仲裁裁决。

由此可见，在选取仲裁地时应尽量选择对仲裁友好的法域。这些法域通常有着较为先进的仲裁立法，当地法院有相对丰富的协助国际仲裁的经验，一方面能够尽量克制、不干预仲裁程序，另一方面能够在必要时提供司法协助。

3) 证据规则与证人证言

国际仲裁另一独特性为其证据规则。“打官司就是打证据”的说法虽有过分简化之嫌，但也道出法制社会争议解决的关键点之一，即证据的收集与使用。在国际仲裁中，适用的证据规则一般由仲裁庭在考虑当事方意见后确定，最常见的规则是

¹⁴² 伦敦玛丽王后大学与伟凯律师事务所，《2021年度国际仲裁调研报告》，第2页：当前世界范围内较受欢迎的仲裁机构分别为：1. 国际商会仲裁院（ICC）；2. 新加坡国际仲裁中心（SIAC）；3. 香港国际仲裁中心（HKIAC）；4. 伦敦国际仲裁院（LCIA）；以及5. 中国国际经济贸易仲裁委员会（CIETAC）。

《国际律师协会国际仲裁取证规则》（《IBA 取证规则》）¹⁴³。《IBA 取证规则》更接近英美法系证据规则，尤其是第三条规定的书证规则（Documents）和第四条规定的事实证人规则（Witness of Fact），与我国民事诉讼、国内仲裁的证据规则有所不同。

中国投资者需对将来争议解决程序中的重要游戏规则有所了解，否则若在投资项目中忽略证据收集、保管工作，容易在程序中出现“有理说不出”的尴尬情况。

i. 《IBA 取证规则》下的书证规则

《IBA 取证规则》的书证规则下，当事方不仅有义务提交己方依赖的、案涉事实发生时的书面证据（contemporaneous documents），也有义务对方要求披露己方掌握的、符合其描述的书面证据。¹⁴⁴

例如，在一项关于股权投资纠纷的国际仲裁中，中方作为买方拒绝完成交割，因为在签订协议后发现外方（股权出售方）在协议中所作陈述与保证和目标公司实际情况不符。对此，外方主张其已经向中方告知过实际情况，并且中方当时认为不影响交割。由于双方的主要争议点在于外方是否告知情况、中方是否知晓情况这一事实情节，因此，在证据披露环节中，外方可以要求中方披露与此相关的、中方所有内部呈报、讨论记录。

根据《IBA 取证规则》，中方需披露与本案相关的、对方所要求的证据，即使该证据可能不利于中方立场。进一步，如果中方无正当理由拒绝提交，则不排除仲裁庭可能作出不利推断、或至少怀疑中方的主张是否真实。当然，在相同案例中，中方也可以利用证据披露程序要求外方提供文件，证明外方曾告知中方关于目标公司的实际情况。

上述程序在国内诉讼、国内仲裁中较罕见，因为我国诉讼法以“谁主张、谁举证”为原则、以法院协助调取为例外。如果上述例子发生在国内诉讼或仲裁中（后

¹⁴³ 《IBA 取证规则》于 1999 年由国际律师协会发布，该规则最新修订于 2020 年，规则电子版可在此处获取：<https://www.ibanet.org/resources>。

¹⁴⁴ 除非存在《IBA 取证规则》第九条规定的例外情况（如缺乏与案件的关联性、受法律特权保护等）。

者多参照民事诉讼法证据规则），外方只能请求法院、仲裁庭协助调取证据，且可调取的证据范围较窄，需为明确、具体和特定的证据¹⁴⁵（如，外方明确知道中方保管的某份文件），不能是符合外方描述的所有证据。由此可见，中国投资者需充分意识到国际仲裁中举证规则的重要性及其对当事人文件保管和披露的要求，并在投资交易中注意保管有关的文件。

ii. 《IBA 取证规则》下的事实证人规则

《IBA 取证规则》的事实证人规则下，当事方可以提交书面证人证言。同时，证人负有出庭作证的义务；若证人非因合理原因不出庭作证，其证言很有可能不被仲裁庭采信。然而，国内诉讼、国内仲裁较少使用事实证人证言或需证人出庭作证，一般由律师通过当事人提供的书面证据等向仲裁庭或法院陈述情况。¹⁴⁶ 为了防止关键项目人员因离职等原因无法或拒绝出庭作证，中国投资者可考虑提前与关键人员在离职时安排并约定一定的作证义务。

在选择事实证人时，通常需要考虑至少三个方面：首先，需考察证人人选对案件事实的参与程度和了解的情况。一般而言，中国投资者可能需要在仲裁中解释己方投资决策的始末，包括该决策是否具有商业合理性、是否符合合同约定、决策的流程、与对方沟通情况等。因此，参与投资交易的决策层人员、与对方对接的业务人员作为信息的第一手接收方更适合担任事实证人；其次，还需考虑事实证人之间的分工合作，通过不同层次、时间点或领域的结合，全方位向仲裁庭展现己方立场；其三，由于事实证人需出庭作证并接受对方律师的盘问，因此，事实证人既要对事实有清晰的了解，还需在压力下能够准确沉稳地表达。

由于国际仲裁中证人证言往往由律师根据证人的陈述草拟形成，需援引大量事实文件，力求重现己方了解的案件事实，因此中国投资者选定的代理律师需通晓事实证据规则，并有较高的双语能力（通常境外仲裁程序是英文程序），能够与客户有效沟通又能起草高质量的证人证言。同时，代理律师还要具备丰富的商业知识，能够从己方当事人的商业实践等角度，发现法律主张的抓手、并组织事实的叙述。

¹⁴⁵ 叶淦等，《〈IBA 国际仲裁取证规则〉介绍》。文章获取地址：<https://www.shorturl.at/hrLN4>。

¹⁴⁶ 叶淦等，《〈IBA 国际仲裁取证规则〉介绍》。文章获取地址：<https://www.shorturl.at/hrLN4>。

4) 国际仲裁的开庭聆讯

国际仲裁的开庭形式与国内诉讼及仲裁较为不同。国际仲裁中，开庭是各方律师及当事人向仲裁庭集中展示己方立场的舞台。为了较完美呈现己方事实和立场，通常客户、事实证人、专家及律师需为开庭做大量且细致的准备。根据案情复杂程度等情况，开庭通常需要五天左右（甚至更长，除非案件较简单），并且每天均有较紧凑的日程安排。

i. 开庭的常见形式及程序

在2020年初以前，一般而言，当事方会进行线下开庭。常见庭审环节一般包括：（1）双方开庭陈词；（2）盘问事实证人；（3）盘问专家证人（若有）；（4）双方总结陈词。

开庭中，仲裁庭更多为观察者和倾听者，很少会代替一方律师直接向证人发问。证人在盘问中的表现（如其是否展现了对事实的了解、是否诚实作答）对案件起着重要的作用。同时，一方律师的出庭能力和表现也对案件举足轻重。

ii. 疫情下，双方选择线上开庭的新趋势

自2020年疫情爆发以来，国际仲裁各方逐渐转向并习惯了线上开庭。许多机构仲裁规则或明确或隐舍地允许线上开庭，¹⁴⁷而部分机构也专门针对线上开庭发布指南。¹⁴⁸线上开庭消除了出行不便，即证人、律师、仲裁员可以在全球任何地点参与庭审，对于重视争议解决效率性的国际仲裁意义重大。

但是，线上开庭也对庭前准备工作及庭审的技术保证提出了挑战，包括根据各方时差制定可行的庭审时间表、提前设定网络配置、确保远程作证的证人在被盘问时不受他人干涉等。

¹⁴⁷ 直接规定仲裁庭可以决定线上开庭的仲裁规则有伦敦国际仲裁院的仲裁规则第19.2条，其中规定仲裁庭对仲裁案件的开庭有广泛的权力，仲裁庭在案件的任何阶段均可以采取视频、电话或现场开庭，或这三种方式相结合的方式来进行开庭。可被解释为仲裁庭有权决定线上开庭的仲裁规则有香港国际仲裁中心的仲裁规则第13.1条，其规定：“以本规则的规定为限，仲裁庭应考虑争议的复杂程度、争议金额和科技的有效使用，而采用适当的程序仲裁，以避免不必要的延误和费用，但该程序须保证各方得到平等的对待，且各方得到合理的机会陈述其案。”

¹⁴⁸ 例如：香港国际仲裁中心，*HKIIAC Guidelines for Virtual Hearings*，电子版可于此处获取：https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/HKIAC%20Guidelines%20for%20Virtual%20Hearings_2.pdf。

(4) 国际仲裁裁决的承认与执行

如前所述，以《纽约公约》为依托，国际仲裁在跨境投资中的一大显著优势即为其广泛的可执行性，这既体现于执行的便利性，也体现于执行的广泛性。

1) 中国投资者在获得胜诉裁决后，可以考虑去哪些法院申请承认与执行裁决

一般而言，在中方获得胜诉裁决后，若仲裁裁决包含给付内容，中方可以考虑申请执行的地点包括：外方营业地法院、外方资产所在地法院、投资项目所在地法院等，即中方较有可能执行回资产、或执行程序本身会对外方产生较大压力的地点。

在选择具体法院前，中国投资者可以考虑在律师的协助下聘请资产调查公司，找寻外方资产线索，必要时可考虑向法院申请披露令、冻结令等，提高执行的效率。同时，还需进一步甄别外方资产的执行可行性与难度，例如某些资产可能具有较高价值但变现困难，或其上已有担保债权等在先权利，这些资产或许不是执行的首选标的物。

2) 申请承认和执行一般需要出具什么文件

根据《纽约公约》第四条，在缔约国申请承认和执行国际仲裁裁决一般需要出具：（1）裁决正本或其正式副本；及（2）仲裁协议正本或其正式副本。若仲裁裁决、仲裁协议文本语言非承认和执行地语言，则还需附上公证后的译本。

各国法院在处理承认与执行外国仲裁裁决申请时的实践经验或有不同。以中国法院为例，根据我国民事诉讼法法律规定，一般还需提交当事人主体身份证明、授权委托书、授权代表人身份证明书、申请书、证据材料等文件。

3) 在什么情形下，一项国际仲裁裁决可能被不予承认和执行

根据《纽约公约》第五条，国际仲裁裁决只可在特定情形下不予承认与执行，其多数涉及严重的仲裁程序瑕疵。

需要提醒中国投资者的是，仲裁裁决虽具有终局性，但败诉方以程序瑕疵等为由、申请撤销或拒绝执行仲裁裁决的情形亦不少见。该理由是否成立，取决于相关法域的仲裁法及法院实践。不过，总的来讲，执行公约裁决相对执行法院判决的程序更为简便和执行性更强。以中国为例，任何拒绝承认和执行公约裁决的决定均需最高法院批准，因而拒绝执行的难度非常大。

2. 海外投资国际民商事诉讼

(1) 序言

随着中国企业在海外投资的日益拓展和深入，以及中国制造的产品在国际市场上的竞争力日益增强，中国企业在海外涉诉的案件数量呈现持续增长的趋势，海外诉讼案件的类型也逐渐多样化。除了常见的知识产权纠纷案件，中国企业在海外涉诉多发案件类型包括：（1）国际贸易合同类纠纷；（2）产品质量责任纠纷；（3）证券集体诉讼；¹⁴⁹（4）海外投资审查遭拒而起诉当地政府的纠纷；（5）反垄断诉讼；（6）反补贴和反倾销调查；（7）中国法院判决或涉外裁决在外国的承认和执行等。

囿于全球各司法辖区案件数据的非公开化，以中国企业在德国的诉讼情况为例，结合金杜德国办公室的经验以及公开检索情况，每年大约有 500 至 2000 起与中国企业（或其关联方）相关的诉讼案件。审理相关案件的主要法院为德国高等法院、金融法院及劳动法院。

本章节旨在介绍中国企业在海外诉讼中通常面临的问题，并就这些问题提出相应的应对方案或建议，以期帮助中国企业对于跨境诉讼有更多了解，协助中国企业利用或应对海外诉讼，最大化维护自身权益。

(2) 中国企业海外诉讼中程序性常见问题及对策

1) 送达

关于送达，我们在实践中常常遇到中国企业提出疑问：中国企业应当如何应对

¹⁴⁹ 主要是中国企业赴美上市过程中遭到海外投资者的起诉。

外国法院或当事人的送达？如何判断该等送达是否为有效送达？是否应当接受送达？

关于何为送达，为本书之目的，本章节中国际诉讼的送达是指法院地国（下称文书发出国）司法机关或当事人依据国内立法或国际条约的规定将司法文书送交给中国企业的行为。

国际诉讼中的送达通常是文书发出国司法机关代表国家行使司法主权的表现。一方面，文书发出国的国内法对其域外送达应有相关法律规定；另一方面，只有在征得被送达国（为本书之目的，本章节指中国）同意的情况下，文书发出国的域外送达才有效。

为避免文书发出国法律和被送达国法律产生冲突，也为便利各国之间就送达事宜互相提供司法协助，海牙国际私法会议主持制定了《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》（下称《海牙送达公约》），该公约截至目前已有79个缔约国，中国已于1991年加入。此外，中国也已与法国、意大利、俄罗斯、新加坡等数十个国家和地区缔结了关于送达的双边协定或条约。

i. 海外诉讼中常见的司法文书送达类型有哪些？

《海牙送达公约》约定了以下司法文书送达类型：

- **中央机关送达（请求书送达）：**各缔约国指定一个中央机关（我国为司法部）接受缔约国间文书送达的请求并负责送交。
- **外交代表或领事送达：**由文书发出国驻被送达国的外交代表或领事代表机关直接将文书送达给收件人。（我国对此声明保留，仅允许文书发出国向其国民采用该种送达方式。）
- **邮寄送达：**通过邮寄途径直接送达司法文书，但须经被送达国同意，否则无效。（我国对此声明保留，明确反对该送达方式。）

- **个人送达：**文书发出国的司法助理人员、官员或其他主管人员或任何在司法程序中有利害关系的人直接通过被送达国的司法助理人员、官员或其他主管人员完成司法文书的送达，但须经被送达国同意，否则无效。（我国对此声明保留，明确反对该送达方式。）
- **其他送达类型：**公约不妨碍两个或更多缔约国达成协议，允许采用其他送达途径，如公告送达等。

ii. 何为有效送达？为何有效送达很重要？

如上所述，符合文书发出国和被送达国法律规定的送达为有效送达。有效送达在国际诉讼中具有重要意义，具体如下：

第一，有效送达是保障当事人诉讼权利的前提。当事人只有收到诉讼文书并获悉诉讼文书的内容，才能确定自己如何行使诉讼权利和承担诉讼义务。

为此，《海牙送达公约》第十五条约定，除特殊情况外，在送达完成之前，法院不得作出判决；《海牙送达公约》第十六条约定，如果法院已作出判决，被告非因自己的过失而未能在合理期间内知悉该判决，从而失去答辩或上诉机会，则法官有权使被告免于该判决因上诉期间届满所产生的丧失上诉权的效果。

同时需要注意，如果当事人在被有效送达后仍不按照司法文书要求行事，则需承担相应的程序性后果，如法院在其未出席的情况下作出判决，或失去上诉权等。

第二，无效送达是国际条约和常见国家法律中规定的“不予承认和执行外国法院判决”的情形。基于对败诉一方当事人的保护，各国立法及有关的国际条约往往规定国内法院在承认与执行外国法院判决时，应关注败诉方的权利是否得到了保障，这首先表现为败诉方是否得到了合法送达，并由此获得了合理的发表意见的机会。

例如，《中华人民共和国和法兰西共和国关于民事、商事司法协助的协定》第

22 条中规定：“对有下列情形之一的裁决，不予承认和执行：……（四）败诉一方当事人未经合法传唤，因而没有出庭参加诉讼；……”

第三，有效送达将导致其他程序性法律后果，例如司法文书开始生效，相关诉讼期间开始起算等。

第四，部分司法文书的有效送达还可能影响当事人之间的实体权利义务关系。例如，具有给付内容的判决书送达后，债务人就有按判决书给付的义务；离婚调解书送达双方当事人后，就产生双方当事人之间婚姻关系消灭的后果。

iii. 中国企业针对外国法院或当事人送达的常见抗辩点有哪些？

基于《海牙送达公约》和我国法律的规定，我国接受的域外送达方式总结如下：

- 如果我国与文书发出国之间有双边司法协助协定，应根据双方之间的双边协定确定有效的送达方式；
- 如果我国与文书发出国之间无双边司法协助协定，则按照双方都加入的公约确定送达方式（《海牙送达公约》下，我国仅接受中央机关送达以及外国外交代表或领事向其国民的送达）；
- 如果我国与文书发出国之间既无双边协定，也无共同加入的公约，则该国法院的送达应以外交途径进行；该国驻中华人民共和国的使领馆可以向该国公民送达文书和调查取证，但不得违反中国法，并不得采取强制措施。除此之外，其他文书送达方式均无效。¹⁵⁰

据此，对于上述总结之外的送达方式（例如美国法院邮寄送达、公告送达、通过中国企业的境外办事处送达等），除非经过中国主管机关准许，中国企业均可抗

¹⁵⁰ 《中华人民共和国民事诉讼法》第二百八十四条规定：“请求和提供司法协助，应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的途径进行；没有条约关系的，通过外交途径进行。外国驻中华人民共和国的使领馆可以向该国公民送达文书和调查取证，但不得违反中华人民共和国的法律，并不得采取强制措施。除前款规定的情况外，未经中华人民共和国主管机关准许，任何外国机关或者个人不得在中华人民共和国领域内送达文书、调查取证。”

辩送达无效。

2) 保全

诉讼保全是指法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件，根据对方当事人的申请或者依职权，可以裁定对其财产进行冻结、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为。该等制度在各国法律下的名称可能不同。（以下除特指特定国家的保全措施外，统称为“诉讼保全”）。

诉讼保全的意义在于保证受诉法院作出判决以后能得到执行。国际诉讼常常比较复杂，争议的数额较大，也因此诉讼周期较长。如果不及时采取保全措施，当事人一方可能处分其财产或将其有关的财产转移到国外，或使不宜长期保存的大批物品腐烂变质，最终致使诉讼管辖法院将来所作出的判决难于甚至无法执行。此外，在可能耗时较长的国际诉讼程序中，法院采取一定的保全措施，能保证有关国际民事诉讼程序中双方当事人的权利义务关系相对稳定，或促进自行和解。

i. 海外诉讼一般会涉及哪些保全措施？

从各国立法来看，海外诉讼一般包括以下保全措施：

- 财产保全：指法院对当事人的财产进行查封、扣押或冻结，以保障未来强制执行，如中国的财产保全、德国的假扣押和确保性假处分、英国的冻结令等。
- 行为保全：指法院责令当事人作出一定行为或者禁止其作出一定行为，防止其进一步损害申请人的利益或妨碍未来强制执行，如中国的行为保全、德国的“定暂时状态假处分”¹⁵¹、英国的临时禁制令等。

¹⁵¹ 周翠：《行为保全问题研究——对〈民事诉讼法〉第100-105条的解释》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2015年第4期，第93页。

- 先予执行：指法院为了满足当事人的生产、生活的迫切需要，在诉讼程序终局判决之前，裁定应当履行义务的一方当事人提前给付一定数额的金钱、财物或者停止、实施某些行为，并立即执行，如中国的先予执行、德国的履行性假处分、英国的中间支付令等。
- 证据保全¹⁵²：指在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，采取查封、扣押、拍照、录音、录像、复制、鉴定、勘验、制作笔录等方法留存证据，如中国的证据保全、英国的搜查令等。

ii. 企业财产被保全了怎么办？

- 企业在收到外国法院有效送达的关于财产保全的司法文书后，应及时了解该法院作出财产保全命令之前，被申请人是否有发表意见的机会；如有，企业应积极提出抗辩并/或妥善准备法院的书面审理或听证/聆讯。

一些英美法系国家和地区的法院面对一方当事人的保全申请，在采取保全措施之前或之后，会听取双方当事人的意见（具体方式包括要求被申请人提交书面意见及/或安排双方当事人的听证或聆讯等），来审查诉讼保全的条件是否满足，该等条件一般包括（1）申请人在案件实体问题是否有较大胜诉可能；（2）如果不作出诉讼保全命令，申请人会否受到不可挽回的损害；（3）诉讼保全命令会否对其他利害关系人造成严重影响；（4）诉讼保全命令会否有害公共利益。

在此情况下，财产保全的被申请人将有机会就申请人提出的财产保全申请从以上方面提出抗辩。作为被申请人的中国企业应妥善准备拟发表的意见并积极应对法院的听证/聆讯，争取让外国法院驳回申请人的保全申请。

- 针对外国法院已作出的保全命令，企业作为被申请人可充分利用该国法律规定的提出异议或申请复议的救济措施。

¹⁵² 需要说明的是，各国立法对于证据保全是否属于“保全”尚存争议，部分国家将证据保全规定在民事诉讼法的“证据”一章，而未规定在“保全”章节中（如中国、德国等）。

在国际诉讼程序中，外国法院在收到当事人的诉讼保全申请后，经过审查，认为符合有关条件，即作出诉讼保全命令。较多国家的法律规定，当事人对诉讼保全命令不服的，可以向法院提出异议，或申请法院复议一次。因此，企业可基于法院地法，考虑提出异议或申请复议。但需要注意的是，考虑到诉讼保全一般属于紧急措施，异议或复议期间一般不停止诉讼保全命令的执行。

例如，《德国民事诉讼法》第九百二十四条规定：“（1）对于命令假扣押的裁定，可以提出异议。（2）提出异议的当事人应在异议中陈述他提出撤销假扣押的理由。……（3）假扣押的执行并不因提出异议而停止。……”

- 针对外国法院已作出的保全命令，企业作为被申请人可提供保全财产数额等额的担保，并申请解除保全措施。

考虑到财产保全将对被申请人的正常生产经营活动造成不便，且诉讼保全措施的根本目的在于保证受诉法院以后作出的判决能得到切实执行，故各国立法一般认可，在被申请人提供担保的情况下，可以解除财产保全。因此，企业可基于法院地法，考虑提供担保来替换被保全的财产。

例如，《德国民事诉讼法》第九百二十七条第一款规定：“即使在准许假扣押后，如果情况变更，特别是假扣押理由消灭，或申请提供担保时，可以申请撤销假扣押。”

- 针对外国法院已作出的保全命令，企业作为被申请人如能证明存在保全错误，可要求申请人赔偿其损失。

由于诉讼保全会直接影响到被申请人的经济利益和民事权利，为了使被申请人在申请人撤诉或败诉时，能够获得因无理由的诉讼保全措施遭受的财产损失的补偿，各国的民事诉讼立法一般作了关于责令申请人提供担保和赔偿损失的规定。因此，取决于法院地法的法律规定，中国企业被保全财

产后，如后续证明保全错误，则可要求申请人赔偿其因财产保全而遭受的经济损失。

例如，《德国民事诉讼法》第九百四十五条规定：“假扣押或假处分的命令经判明自始为不当时，或者依据第九百二十六条第二款或第九百四十二条第三款发出的命令被撤销时，请求发出命令的当事人，对于对方当事人因执行该命令而受到的损害，或因免除执行或撤销处分而提供担保而发生的损害，负赔偿责任。”

3) 证据规则

证据是诉讼的核心。只有符合适用的证据规则要求的证据，才会在诉讼中被采纳。

i. 被诉企业一般应如何有效组织证据？

当中国企业在外国法院被起诉，中国企业需要结合案件争议焦点、受理争议的外国法院对证据的具体要求准备并组织答辩或反诉请求的相关证据，概括而言：

- **确认举证期限及证据形式：**由于各国法院对证据形式和提交期限存在不同的规定，中国企业在收到原告的起诉文件后，应尽早引入有国际经验的中国律师协同外国当地律师，确认当地法院要求的提交证据期限及证据形式，例如：书证是否必须为原件、是否需要对接证据进行公证认证等。
- **结合答辩及/或反诉请求收集证据：**在收到原告的起诉文件后，中国企业应对起诉文件（包括起诉状、原告提交的证据等）进行分析，并同步启动证据收集工作，梳理与案件争议相关的证据（包括原件及电子证据）。此外，证据收集应注重全面性、客观性，对于书面证据薄弱或缺失的环节，应考虑通过证人证言或其他方式进行补强。
- **证人证言准备：**如果当地法院允许证人出庭，及时确认合适的事实和专家证人，准备证人证言并做好证人出庭的准备工作。事实证人通常为主要负

责或直接参与案件所涉事件的人员。此外，如果涉及技术、定损、特定法律问题等专业问题，还可能涉及提交专家证人证言。

ii. 大陆法系证据规则下

关于大陆法系国家法院的证据规则，下文以德国为例，对相关要点进行简要介绍：

- 在大陆法系国家，法官对于证据的收集具有主导权。例如：法官可以决定哪些证人出庭、哪些文件可以被出示等问题，法官亦享有衡量证据的自由裁量权。原则上，当事人提交证据的时间较为灵活。
- 大陆法系国家对证据的调查通常都是在庭审中由法官主持进行，德国不存在由当事人主导的证据开示制度。
- 当案件涉及的有关证据在国外时，德国法院会适用国际司法协助程序（例如委托外国有关机关取证）以获得该证据。
- 德国法院可以通过文书提出命令制度进行证据调查，即法院根据当事人向法院提出的请求，由法院向持有文书证据的对方当事人或第三人发出提交文书命令的制度。

iii. 英美法系证据规则下

关于英美法系国家法院的证据规则，下文以美国为例，对相关要点进行简要介绍：

- 美国民事诉讼一审程序可以分为审前程序与庭审程序两个阶段，当事人调查证据的权利和协助证据调查的义务，都需要在独立的证据调查程序完成，而不能推延至法庭审理阶段。
- 英美法系国家注重庭审前对证据的开示。证据开示程序不是由法官主导，

而是由当事方主导，法官仅解决程序中存在的争议问题。

- **英美法系国家普遍采取交叉询问制，重视证人证言。**证人询问在英美法系的证据规则下至关重要。

需要注意的是，在普通法系国家（例如美国）的证据开示规则下，所有涉诉的重要 / 必要的事项都需要进行开示，包括支持己方主张的证据和可能对己方不利的证据，如果当事方仅选择性地开示对己方有利的证据，可能面临违反证据开示规则的法律后果。因此，在诉讼程序已经启动的情况下，中国企业应当确保诉讼相关的文件、信息或其他证据予以妥当留存，不应进行转移、隐藏甚至销毁。

此外，在证据开示提交材料的过程中，中国企业要注意遵守我国国内个人信息、数据出境的相关规定。

4) 外国判决在中国的承认与执行

根据我国《民事诉讼法》的规定及相关司法解释，符合法律规定条件的外国法院判决可得到中国法院的承认和执行。在司法实践中，中国法院在经审查后已承认并执行了美国、韩国、新西兰、新加坡等国家的法院判决。

本书将中国法院承认和执行外国判决的标准及情况简要介绍如下：

i. 中国法院承认和执行外国判决的标准

我国有关承认和执行外国判决的主要规定包括：

第一，根据《民事诉讼法》第二百八十八条、第二百八十九条等相关规定，针对外国法院作出的发生法律效力判决，中国法院依照我国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则进行审查后，认为不违反我国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，中国法院会裁定承认其效力，需要执行的，发出执行令。

结合上述规定，外国法院的判决、裁定具有法律上的约束力和强制执行力是承认和执行判决的必要条件。此外，中国法院承认和执行外国法院判决的依据为：（1）我国缔结或者参加的国际条约，或（2）互惠原则。在外国法院判决承认与执行领域包含两方面的涵义：事实上的互惠和法律上的互惠。事实上的互惠，即两国存在承认或执行对方国家法院判决的先例；法律上的互惠，即两国在法律上承认和执行对方国家的判决，且两国承认和执行外国法院判决的条件对等。

第二，针对互惠原则的适用，最高人民法院于 2019 年发布了《关于人民法院进一步为“一带一路”建设提供司法服务和保障的意见》，其中明确提及，采取**推定互惠的司法态度**，不断推动国际商事法庭判决的相互承认与执行。由此可见，中国法院审理承认与执行外国法院判决案件上有积极和开放的态度。

ii. 中国法院承认和执行外国判决的情况

经公开数据库检索，在 2018 年至 2021 年期间，我国法院历年涉及承认和执行外国法院给付判决的裁定数量大约十件，其中大部分得到了我国法院的承认及执行，体现了我国法院对执行外国判决日益开放、积极的态度。

结合我国法院近年承认和执行外国判决的情况，我们注意到以下趋势：

- 我国法院谨慎审查拒绝承认和执行外国判决的理由。近年来，没有发生因为法院认定不存在互惠原则或违反公共利益而被我国法院拒绝承认和执行的外国法院判决的情形。
- 我国法院驳回申请的理由主要是外国判决本身存在瑕疵，例如：外国法院判决并非生效判决、不具有终局性¹⁵³，存在诉讼竞合问题（当事人已就同一争议向我国法院提起诉讼）¹⁵⁴等。
- 我国法院对外国判决的审查秉持着司法谦抑的立场。外国法院作出的缺席判决如果符合判决作出国的法律规定及正当程序要求，在符合其他申请承

¹⁵³ 无锡洛社印染有限公司、黄智泽申请李安山、TAHome 有限公司承认与执行法院判决、仲裁裁决案（案号 [2017] 苏 02 涉外认 1 号之二）。

¹⁵⁴ Jason Charles Dean 与陈娟申请承认和执行外国法院民事判决、裁定书（案号 [2018] 粤 03 民初 420 号）。

认和执行条件的情况下，我国法院会承认及执行该缺席判决。

- 我国法院对于互惠原则的适用采取了更加开放、积极的态度。在申请人未举证证明判决作出国存在承认和执行我国法院生效判决的案例的情况下，法院可能会主动审查是否符合互惠原则的要求，一定程度上减轻了申请人对于互惠原则的举证责任。

我国法院近年来承认和执行外国判决的现状及趋势对中国企业有如下启示：

- 中国企业在收悉外国法院诉讼文书时，应当重视境外法律程序、行使自身的权利并积极进行答辩或上诉，而不应消极应诉或回避诉讼程序。

鉴于中国法院在承认和执行外国判决时采取司法克制的立场，对于符合条件的外国判决会予以承认和执行。也就是说，外国判决具有在中国执行的可能性，即使企业在境外没有资产，对方当事人仍可依据外国判决申请执行企业在中国境内的资产。因此，中国企业应当重视海外诉讼程序，并积极维护自身权益。

- 即使外国法院作出了对企业不利的判决，在对方当事人向中国法院申请承认和执行该判决时，中国企业作为被申请人也可以从诉讼文书的送达是否合法、诉讼程序是否符合程序要求、外国法院判决是否发生法律效力等角度提出抗辩理由，积极维护自身的权益。

十八、美国政府的调查

1. 概述

中国公司可能会因其在美国开展的业务以及美国政府有时在域外适用美国法律而受到多个美国机构的监管。在适用美国法律之前，美国政府机构可能首先会寻求开展调查以查明事实。不同机构的调查在流程上可能彼此相似。在本章中，我们将着眼于由美国司法部（DOJ）和美国证券交易委员会（SEC）发起的调查。

美国证券交易委员会可能会对上市公司的下列行为开展调查：（1）虚假陈述或者遗漏证券重大信息；（2）操纵证券市场价格；（3）盗取客户的资金或者证券；（4）违反证券经纪人公平对待客户的义务；（5）内幕交易；（6）销售非注册证券。¹⁵⁵此外，美国证券交易委员会也会关注美国《反海外腐败法》（FCPA）的执行。¹⁵⁶为管理对《反海外腐败法》的执行，美国证券交易委员会的执法部门于2010年成立了一个专门的科室。¹⁵⁷

美国司法部会对其怀疑有违反联邦刑法行为的公司进行调查，大部分的刑事责任与欺诈活动有关，例如邮件和电信欺诈，证券欺诈，以及对政府的欺诈。¹⁵⁸美国司法部也执行《反海外腐败法》，其与美国证券交易委员会都可以发起调查并相互协调。本章会就该等类型的调查进行讨论。

2. 美国《反海外腐败法》（FCPA）

在讨论政府调查流程之前，有必要对美国《反海外腐败法》进行简要的介绍。1977年的《反海外腐败法》的“制定目的是将特定类别的个人和实体向外国政府官员支付款项以协助其获得或保有业务的行为确定为违法行为。”¹⁵⁹《反海外腐败法》包含反贿赂和会计两个条款。

“反贿赂条款禁止美国的个人和企业（国内主体）、在美国证券交易所上市的或被要求向美国证券交易委员会提交定期报告的美国和外国上市公司（发行人）以及在美国领土内行事的某些外国个人和企业（属地管辖权）向外国官员支付腐败款项以获得或保留业务。”¹⁶⁰自1998年修订以来，《反海外腐败法》的反贿赂条款

¹⁵⁵ SEC.gov | 如何进行调查, <https://www.sec.gov/enforce/how-investigations-work.html>.

¹⁵⁶ SEC.gov | SEC 执法行动:FCPA 案例, <https://www.sec.gov/enforce/sec-enforcement-actions-fcpa-cases#:~:text=Enforcement%20of%20the%20Foreign%20Corrupt%20Practices%20Act%20%28FCPA%29,foreign%20officials%20for%20government%20contracts%20and%20other%20business.>

¹⁵⁷ SEC.gov | SEC 执法行动:FCPA 案例, <https://www.sec.gov/enforce/sec-enforcement-actions-fcpa-cases#:~:text=Enforcement%20of%20the%20Foreign%20Corrupt%20Practices%20Act%20%28FCPA%29,foreign%20officials%20for%20government%20contracts%20and%20other%20business.>

¹⁵⁸ 联邦白领犯罪案件的诉讼趋势, Trends in Federal White Collar Prosecutions | Practical Law (westlaw.com), [https://1.next.westlaw.com/Document/I5f5950e71c8a11e38578f7ccc38dcbee/View/FullText.html?originationContext=document&transitionType=DocumentItem&ppcid=d980beed713046ed93077cfc8701a02&contextData=\(sc.Search\)](https://1.next.westlaw.com/Document/I5f5950e71c8a11e38578f7ccc38dcbee/View/FullText.html?originationContext=document&transitionType=DocumentItem&ppcid=d980beed713046ed93077cfc8701a02&contextData=(sc.Search)).

¹⁵⁹ 《反海外腐败法》(justice.gov), <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>.

¹⁶⁰ 美国《反海外腐败法》资料指引, <https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa-resource-guide>.

适用于“直接或通过代理人导致在美国领土内发生促进该等腐败支付行为的外国公司和个人”。¹⁶¹

会计规定则要求受其管辖的公司：“（a）制作并保存准确、公允地反映公司各项交易的账簿和记录，以及（b）设计并维持适当的内部会计控制制度。”¹⁶²

对《反海外腐败法》的违反可能会导致天价处罚。公司不仅需要退回利润以及判决前所获利息，还可能承担巨额罚款或民事处罚。¹⁶³此外，该公司可能面临中止或取消资格的处罚，限制其与美国政府发展业务的机会。¹⁶⁴该公司还需要将调查的成本及其所导致的名誉损害纳入考量。

美国司法部和美国证券交易委员会都有权执行《反海外腐败法》，且两者过去都有很强的执法力度。美国司法部负责刑事执法，但对于国内主体以及其他不属于美国证券交易委员会执法范围的主体，其亦享有民事执法权。司法部内设的刑事司的反欺诈处（the Fraud Section of the Criminal Division）对所有《反海外腐败法》的事项负有首要责任。¹⁶⁵司法部还维持着一个用于解释《反海外腐败法》及其执法程序的网站（<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/>）。

美国证券交易委员会负责《反海外腐败法》的民事执法。美国证券交易委员会的执法部门是调查和起诉《反海外腐败法》违法行为的主要机构。

其他机构也可能参与《反海外腐败法》的执法。例如，司法部的反海外腐败法科室经常与联邦调查局（FBI）合作，以调查潜在的《反海外腐败法》违法行为。联邦调查局的国际腐败小组主要负责对国际腐败和欺诈案件的调查。国土安全部、国税局刑事调查部门和财政部海外资产控制办公室也可能参与《反海外腐败法》的执法工作。

¹⁶¹ 《反海外腐败法》（justice.gov），<https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>。

¹⁶² 同上。

¹⁶³ 投资者公告：《反海外腐败法》——禁止向海外官员行贿，<https://www.sec.gov/investor/alerts/fcpa.pdf>。

¹⁶⁴ 同上。

¹⁶⁵ 《反海外腐败法》（justice.gov），<https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>。

(1) 调查过程

通常情况下，美国司法部和美国证券交易委员会启动调查不需要满足任何特定的证据标准。调查可以通过多种方式触发，例如新闻报道、举报投诉、公司或其竞争对手的自我报告、数据分析。¹⁶⁶

举例而言，一家在美国纳斯达克上市的中国公司为了获得非洲的几个大项目而向政府官员支付了某些大额款项，该等行为违反了《反海外腐败法》。发现该等行为的公司可能会根据律师的建议自行向美国证券交易委员会和司法部报告有关违法行为，以降低其遭受罚款和处罚的风险。该公司也可能没有选择自行报告，但美国司法部通过其他途径得知了该等付款行为，然后要求该公司提供相关信息。

(2) 自我报告及内部调查

尽管美国司法部和证券交易委员会无需满足具体条件即可启动调查，但在决定(1)是否进行调查；(2)是否对违规者提出指控；以及(3)是否就指控达成和解时，都有既定的准则可遵循。

美国司法部的决定是基于《联邦商业组织起诉原则》而作出的。公司的配合和补救措施是司法部考虑的重要因素。检察官将考虑“（1）公司是否及时、主动地披露了违法行为，以及是否愿意合作调查其代理人；以及（2）公司的补救行动，包括在实施有效的公司合规计划或对现有计划的改进、更换有责任的管理层、惩戒或解雇违法违规人员、赔偿损失以及与相关政府机构合作方面做出的任何努力。”¹⁶⁷ 美国量刑指南也将自我报告纳入了考量范围。

同样地，美国证券交易委员会也会考虑被调查公司的配合程度以及补救措施。美国证券交易委员会对公司的执法依据是其2001年的《1934年〈证券交易法〉第21(a)条项下的调查报告以及关于合作与行政执法决定的关系的委员会声明》，也

¹⁶⁶ BNA, 反腐败法律和合规：《反海外腐败法》及其他指引：第四章 反贿赂条款：哪些行为是被禁止的。BNA, Anti-Corruption Law and Compliance: Guide to the FCPA and Beyond, Chapter 4. The Anti-Bribery Provisions: What Conduct Is Prohibited (bloomberglaw.com), <https://www.bloomberglaw.com/product/ediscovery/document/25895444520>.

¹⁶⁷ 美国《反海外腐败法》资料指引, <https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa-resource-guide>.

被称为《海岸报告 (Seaboard Report) 》。除《海岸报告》外，美国证券交易委员会的执法指南还强调了其在评估被调查公司的合作情况时最为看重的因素。美国证券交易委员会会考虑：（1）不当行为被发现之前的自我监管及有效的合规程序；（2）不当行为被发现时的自我报告，包括对不当行为的性质、程度和来源进行全面的审查，并及时、完整、有效地向公众、监管机构和自律组织披露不当行为；（3）补救措施，包括解雇违法违规人员或给予适当处罚，修改并改善内部控制措施和程序以防止不当行为再次发生，并对受到不利影响的主体给予适当赔偿；及（4）与执法机关合作，包括向证券交易委员会执法人员提供与违法行为和公司补救工作相关的所有信息。¹⁶⁸

因此，如果一家公司自行报告了违法行为并开始了自己的内部调查，美国司法部和证券交易委员会均有可能决定：（1）完全不起诉；（2）以某种和解形式处理违法问题；（3）在和解协议以及定罪中减轻处罚。暂缓起诉协议（DPA）和不起诉协议（NPA）是美国司法部和证券交易委员会经常使用的两种协议。在不起诉协议项下，美国司法部保留提起指控的权利，但为了使公司能够在不起诉协议的期间证明其行为良好，其选择不去提起指控。在暂缓起诉协议项下，美国司法部仍将向法院提交指控文件，但会同时要求延期，即为了允许公司证明其行为良好而推迟起诉。在公司成功履行该协议之后，司法部将着手撤销指控。

另外，美国司法部和证券交易委员会通常会要求将诉讼时效中止协议（tolling agreement）作为解决方案的一部分。《反海外腐败法》的反贿赂和会计条款的执行受到诉讼时效的制约，通常为 5 年。诉讼时效规定了自指控的民事或刑事违法行为发生之日起，允许提起法律程序的最长时间。诉讼时效中止协议的作用便是中止该诉讼时效的计算。

3. 内部调查

如发现潜在的违反《反海外腐败法》的行为，公司可以启动内部调查作为回应。内部调查能帮助公司评估其可能面临的刑事、民事或监管风险，采取任何必要的补

¹⁶⁸ BNA, 反腐败法律和合规:《反海外腐败法》及其他指引:第四章 反贿赂条款:哪些行为是被禁止的。BNA, Anti-Corruption Law and Compliance: Guide to the FCPA and Beyond, Chapter 4. The Anti-Bribery Provisions: What Conduct Is Prohibited (bloomberglaw.com), <https://www.bloomberglaw.com/product/ediscovery/document/25895444520>.

救措施，对任何违法违规人员实施惩戒，并决定是否向政府、监管机构、公司股东或公众披露任何不当行为。

为了确定是否应当进行内部调查，公司应当考虑：（1）该调查是否是任何法律、法规或者公司政策的要求；（2）被指称的不当行为以及潜在违反法律、法规行为的范围和严重程度；（3）民事监管机构、刑事监管机构以及第三方潜在或实际的利益（或者甚至是诉讼）；（4）被指称的违法违规人员在组织内部的级别；以及（5）此类调查为公司和 / 或其管理人员、董事以及员工所带来的利益和风险。

因此，公司一旦发现违法违规行为，应立即通知公司法律顾问，然后公司法律顾问应考虑其具体情况，例如不当行为的范围、所涉金额的重大程度以及是否涉及公司高层管理人员等。公司法律顾问应考虑是否有必要进行内部调查，以及由谁负责调查。此外，公司法律顾问还应注意保护律师与当事人之间的保密特权、确定调查范围、处理电子证据开示问题、分析财务记录并进行员工访谈。在上市公司中，公司法律顾问通常会将该事项提交至董事会。董事会会要求董事会下设的审计委员会或由董事会成员组成的特别调查委员会领导调查，包括确定调查范围、指定调查顾问等。

4. 政府启动的调查

美国司法部和证券交易委员会在获知潜在的违法行为后可能会发起调查。在决定发起正式调查前，司法部和证券交易委员会可能会对相关事项进行立案审查。在已经立案但尚未启动调查的期间，公司将有机会以非正式的方式配合提供涉嫌违法行为的细节、公司内部调查的范围、内部调查的发现以及支持内部调查结果的文件和证据。整个过程相对友好，公司通过配合寻求减轻因违法行为而产生的任何罚款或处罚。

美国司法部和证券交易委员会可以要求内部调查范围以外的材料。他们也可能要求提供所有已审阅的文件，而不仅仅是作出内部调查结论时所依赖的文

件。

如果司法部和证券交易委员会认定存在违法行为，他们可以启动自己的调查，并要求提供文件和证人证言。公司可以选择配合提供，如果公司拒不配合，司法部和证券交易委员会也有帮助他们获得所需信息的工具——即传票和搜查令。

(1) 调查工具

作为调查的一部分，美国司法部和证券交易委员会可能会发出传票，要求提供证言和文件，或者执行搜查令以获取文件和其他有形物，例如扣押电脑等。

传票是来自政府机构或法院的法律命令，其可能在刑事调查中由大陪审团发出，亦可能在民事和刑事调查中直接由政府发出。大多数时候，政府传票的范围可以极其广泛，而且在刑事的背景下，传票可能很难被撤销。

民事调查请求是政府向公司发出的民事传票。民事调查请求可以要求提供文件、审讯书、证人证言，或以上各项的任何组合。不遵守其要求的公司可能会受到法院的制裁。只要送达符合正当程序的要求，政府可以向在美国境内及境外的任何司法管辖区内的任何人或企业送达民事调查请求。

大陪审团的传票通常意味着潜在的刑事调查。不遵守或不完全遵守大陪审团的传票，可能会导致公司受到妨碍司法公正的刑事指控。

搜查令是授予执法人员进入私人场所搜查和扣押特定物品的权利的法院命令。针对公司执行的大多数刑事搜查令受《联邦刑事诉讼规则》第 41 条的管辖。根据该第 41 条规则，政府必须通过在经宣誓的宣誓书中陈述的，且足以建立合理依据（probable cause）的事实来确立搜查令的合理依据。与传票不同，搜查令必须严格限定搜查的地点和扣押的人或物。虽然执法人员不能在搜查令的范围之外进行任何搜查或扣押，但公司不得以任何方式干预搜查令的执行。

一旦收到政府传票或搜查证，公司应该首先审查其内容。例如，对于传票，公司应该检查其签发人对公司是否具有管辖权，并考虑该传票所揭示的政府调查的性质。对于搜查证，对公司来说决定搜查的范围是非常重要的。搜查证必须明确（1）要搜查的地点；（2）要扣押的物品和 / 或人员。但是，即使执法人员的行为超出了搜查证的范围，公司也不应妨碍其工作，而是应当指出公司所关心的问题，并记录自己的观察结果和反对意见。

此外，在收到政府传票或搜查令后，公司应立即联系公司法律顾问。公司法律顾问应当审阅传票或搜查令的内容，并决定是否有必要聘请外部刑事法律顾问。对于搜查令，则必须立即联系公司法律顾问和预选的外部法律顾问。另，外部法律顾问的参与可以加强对律师与当事人之间的保密特权的主张。

（2）如何回应政府调查

对政府传票的回应：对于政府传票，无论是公司内部法律顾问还是外部法律顾问，都应该首先联系政府律师。法律顾问应该查清调查的性质、公司的状态，以及公司是调查目标还是证人。另外，该电话通话也是一个可以表明公司善意合作意愿的好机会。

公司有义务保存与调查有关的文件。公司应该立即采取文件保存措施，并暂停任何例行的文件销毁工作。其应起草一份文件保存备忘录，以跟踪可能相关的文件和信息的存放地点和保存情况。公司也可以要求所有相关个人签字确认，确定（1）他们已经收到了保留文件的通知；（2）他们不会删除或销毁任何相关记录；以及（3）他们理解自己可能会因未能保存该等文件而触犯法律。

在确定文件被保存后，公司应就可能的回应计划作出决定。其可以与政府的执法人员或律师协商解决问题或缩小传票的范围。公司可以选择遵守传票并提供所要求的信息，也可以选择在法庭上撤销或修改传票。然而，若没有充分的法律依据，拒绝遵守传票可能致使公司受到法庭制裁。

对搜查令的回应：当执法人员携搜查令到达某设施场所，公司应该立即接触该

执法人员并确定搜查的性质，公司还应该要求该执法人员推迟搜查直到法律顾问到场。在搜查期间，如果执法人员要求进行更广泛的搜查，公司应该礼貌地拒绝并通知法律顾问。此外，公司还应该将其对政府要求的任何反对记录在案，制作被没收财产的清单，以及要求提供被没收的电子媒介的副本。

另外，公司应该告知员工其所享有的权利并提供访谈培训。在执行搜查令期间可能接触到执法人员的员工应当知道：（1）什么是搜查令；（2）如何向公司寻求帮助；（3）如何观察执法人员的活动；（4）如何在不阻碍搜查或隐藏文件的情况下配合搜查；（5）他们拥有哪些权利（例如访谈时有权要求律师在场）。

律师与当事人之间的保密特权 / 对律师工作成果的提供：公司不应提供受到律师与当事人之间的保密特权（attorney-client privilege）或律师工作成果（attorney-work product）保护的 material。律师与当事人之间的保密特权保护律师和客户之间有关法律建议的保密沟通不被披露。该保密特权的保护是绝对的。而工作成果原则保护当事人或其法定代理人因预期诉讼而准备的文件或有形资料不被披露。

中国的阻断法律：中国法律在某些情况下禁止配合寻求在中国大陆获取证据的外国机构的调查。中华人民共和国 2018 年 10 月 26 日颁布了《国际刑事司法协助法》。《国际刑事司法协助法》有阻断立法的作用，根据该法要求，非经中华人民共和国主管机关同意，中华人民共和国境内的任何机构、组织和个人不得向外国提供证据、材料以及协助。

民事程序（例如由美国证券交易委员会提起的诉讼）不在《国际刑事司法协助法》的管辖范围内，而是受到《关于从国外调取民事或商事证据的海牙公约》（《海牙证据公约》）以及《数据安全法》的管辖。在民事案件中，寻求证据开示的一方必须持有美国法院签发的证据开示文件，才能通过中国司法部要求中方提供信息，如果中国司法部认为合适，其将指示证据所在地的地方法院执行该要求。

中国公司在允许向境外提供证据之前，还必须考虑的其他阻断立法包括国家机密、隐私数据，以及中国证监会关于提供中国上市公司信息的规定。其他中国法律亦可能为拒绝提供某些证据提供依据，中国公司在自愿向境外提供任何证据之前应该咨询熟知这方面法律的专家。

5. 结案

与美国《反海外腐败法》有关的调查很少导致审判。大多数案件都通过与美国执法当局的和解或辩诉交易得到解决。美国司法部与《反海外腐败法》有关的调查一般会通过达成认罪协议、暂缓起诉协议或不起诉协议解决。

如果公司不同意美国政府所提出的条款，美国政府可能会就违反证券法对该公司提起刑事诉讼或民事诉讼。

是否能达成一项合理的交易以及案件是否会进入庭审通常取决于调查工作的质量以及公司对美国司法部和证券交易委员会的应对。

十九、美国 337、反倾销、反补贴调查

1. 美国337调查

近年来，美国国际贸易委员会（International Trade Commission，简称ITC）受理的 337 调查案件数量逐年增加，中国大陆已经成为当前 337 调查的最大目标地。我们通过对过去十六年 ITC 受理案件中涉及中国企业的数量、案由、产品、国内地区分布、应诉情况和案件结果等进行总结，以帮助理解我国企业过往应诉美国 337 调查的基本情况，为日后中国企业进一步更好地应对该调查提供有益借鉴。

(1) 什么是337调查

337 调查是 ITC 依据美国 1930 年《关税法》第 337 节（简称 337 条款）的有关规定，针对在美国进口贸易中发生的知识产权侵权行为以及其他不公平贸易行为

开展的准司法调查程序。

337 调查可以由申请人向 ITC 提起，也可以由 ITC 主动发起¹⁶⁹。337 调查的立案条件因案由不同而存在差异。在涉及侵犯知识产权相关的案件中，申请人需向 ITC 提交资料以证明：（1）申请人在美国具有与涉案知识产权有关的国内产业；（2）被申请人有向美国进口涉案产品的行为；（3）被申请人进口的产品侵犯了申请人在美国注册的知识产权。被申请人可以是被控侵权产品的生产商，也可以是被控侵权产品的进口商。同时，其他与 337 调查利益相关方可以第三方的名义参与调查。

ITC 下设有不公平进口调查办公室（Office of Unfair Import Investigations，下称 OUII）。OUII 在调查过程中会作为准第三方全程参与调查。其中在 337 调查立案前，OUII 会负责 337 调查的立案申请和初步审查，并对 ITC 提出立案建议；在 337 调查正式立案后，OUII 会视案件需要委派调查律师，以维护公共利益的目的，中立参与调查。

ITC 启动 337 调查后，首席行政法官会指定一名行政法官，依据《程序规则》和《行政程序法》负责从调查启动到初裁作出的所有调查程序，若初裁结论是违反 337 条款，则提出关于救济方式的建议。行政法官的初裁和关于救济方式的建议能否成为终裁取决于 ITC 对初裁和救济方式建议的复审意见。

在 337 调查程序中，如果 ITC 根据调查结果认定被诉企业违反了 337 条款，如构成知识产权侵权，则将应申请人的请求，对被调查的侵权企业发布有限排除令¹⁷⁰，或在满足特定条件时发布普遍排除令¹⁷¹，禁止侵权产品进入美国市场。此外，ITC 还可发布禁止令，要求美国境内的被诉分支机构或经销商停止销售相关侵权产品。¹⁷²ITC 颁布排除令后，美国海关负责与进口有关的排除令的具体执法工作，由其判断相关进口的产品是否落入 ITC 裁决的侵权产品范围，以便阻止相关产品进入美国市场。

¹⁶⁹ 实践中，由 ITC 主动发起的案件极少。

¹⁷⁰ 有限排除令针对被申请人的产品或下游产品。

¹⁷¹ 普遍排除令不仅限于被申请人的产品，所有涉案产品无论来源于何地均被排除在美国市场之外。

¹⁷² 禁止令一般针对在美国境内拥有大量库存侵权产品的被申请人。

ITC 负责禁止令和同意令的执行。对于违反禁止令或同意令的行为，ITC 可按每天 10 万美元或向进口货物的国内价值 2 倍之高者的标准施以罚款。

337 调查虽然是由一名行政法官审理的行政调查程序，但在很多方面都与美国民事诉讼程序相似，具体程序大致包括立案、证据开示、开庭、行政法院初裁、ITC 复审和终裁，以及总统审查等几个阶段。除了以撤诉或和解方式等提前结案的情况外，自 2019 年后至今，在实体上做出是否违反 337 条款认定案件的结案平均时间为 17-18 个月。¹⁷³

(2) 美国 337 调查案件概况及中国企业涉诉情况

1) 美国 337 调查历年立案情况和中国企业涉案数量占比

如图 3-12 所示，在过去的 16 年间，ITC 每年受理的 337 调查数量整体上呈波动上升趋势，分别于 2011 年和 2017 年达到两次高峰，于 2015 年和 2020 年出现两次低谷，随后又都继续上升。迄今有五个年度的受案数量均超过 50 件，分别是 2010 年、2011 年、2016 年、2017 年和 2021 年。从近 20 年的案量数据来看，ITC 每年受案量大致每 4 至 5 年出现一次波动，目前处于自 2018 年以来的上升期，这与中美贸易摩擦也不无关系。

随着改革开放，特别是 2001 年中国正式加入世界贸易组织以来，中国制造的产品在国际市场上的竞争力日益增强，中国企业¹⁷⁴频频遭受美国 337 调查，已经成为当前 337 调查的最大目标来源地。从 1986 年第一起有关中国的 337 调查¹⁷⁵开始，过去 16 年中，中国企业每年涉诉的 337 调查案件数量约占 ITC 年度受案总量的四分之一到三分之一多，平均占比为 31.67%。其中 2019 年中国企业涉案数量占比几乎达到二分之一¹⁷⁶，为迄今为止最高比率。自中美开始产生贸易摩擦后，中国企业涉案数量较前期更有增加之势。

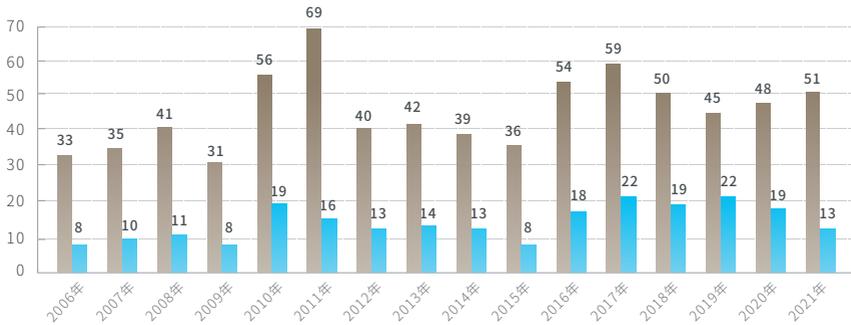
¹⁷³ 来自 ITC 网站，Average Length of Investigations by Fiscal Year, Completion Time (in Months), https://www.usitc.gov/intellectual_property/337_statistics_average_length_investigations.htm.

¹⁷⁴ 主要指中国大陆企业。

¹⁷⁵ 皮毛大衣 337 调查 (337-TA-260)，被诉中国企业为中国土产畜产进出口公司。

¹⁷⁶ 2019 年中国企业涉 337 调查案数占比约为 49%。

图 3-12: 美国 337 调查立案数量和中国企业涉案数量对比 (2006-2021)



2) 美国 337 调查案由种类及中国企业涉诉案由情况

《美国法典》第 19 编 1337 节规定的进口贸易中的不公平行为 (337 条款)¹⁷⁷ 调查案由包括: (1) 侵犯专利权; (2) 侵犯商标权; (3) 侵犯登记著作权; (4) 侵犯集成电路布图设计权; (5) 侵犯专有设计权; (6) 其他不公平竞争行为, 如 (1) 破坏或严重损害美国某一产业; (2) 阻碍该产业的建立; (3) 限制或垄断美国的贸易或商业等。

根据 ITC 对历年案件的统计, 司法实践中, 337 调查案由从多到少依次分别为: (1) 侵犯专利权; (2) 侵犯商标权; (3) 侵犯商业秘密; (4) 侵犯著作权; (5) 不正当竞争; (6) 虚假宣传; (7) 其他不公平行为。其中, 单纯的专利侵权案件数量最多, 也常有前述多案由的混合性案由出现在同一案件中。例如, 2016 年 4 月 26 日, 美国钢铁公司 (U.S. Steel Corporation) 向 ITC 提交起诉状, 申请对中国 11 家大型钢铁企业发起碳素合金钢产品 337 调查, 作为申请人的美国钢铁公司并未发起 337 调查中常见的专利侵权之诉, 而是以协议垄断、侵犯商业秘密和虚假宣传三个不同的案由同时提起调查申请。2016 年 5 月 26 日, ITC 正式对该案进行立案调查 (337-TA-1002)。

图 3-13 显示 2006 年至 2021 年的 16 年间, 美国 337 调查各案由大体分布情况。图 3-14 显示此 16 年间, 中国企业涉诉 337 调查案由大致分布情况。从此两图可以

¹⁷⁷ 美国 337 调查起源于美国 1930 年《关税法》第 337 条, 后经多次修订编入《美国法典》第 19 编第 1337 节。

看出，中国企业涉诉案由与整体 337 调查案由分布情况基本是一致的。

图 3-13：2006-2021 年美国 337 调查案由分布图¹⁷⁸

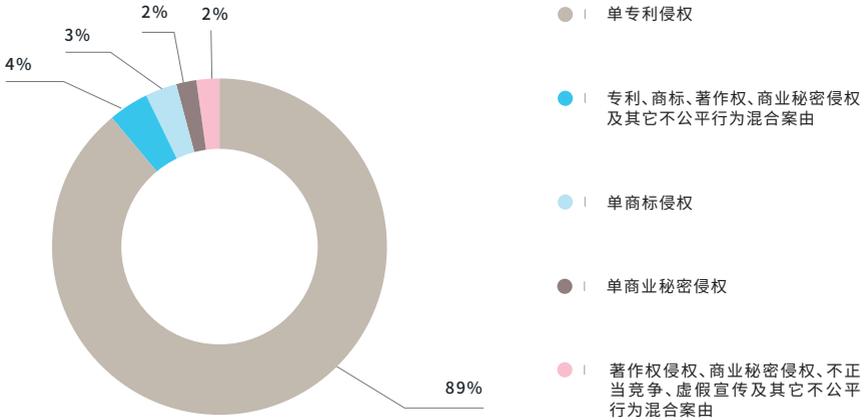
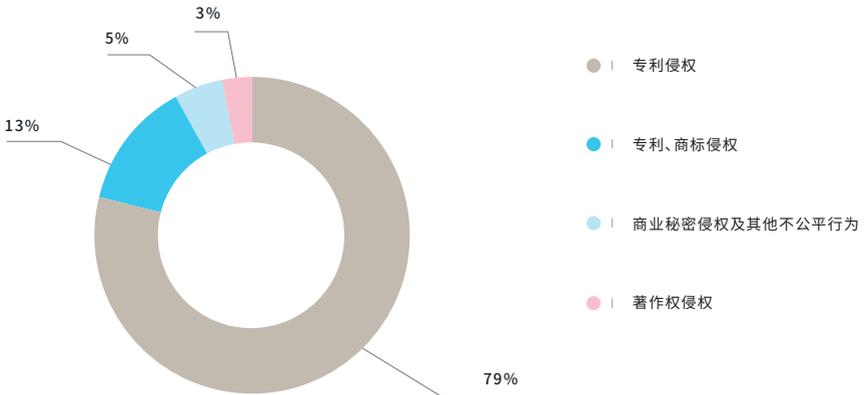


图 3-14：2006-2021 年中国企业涉诉美国 337 调查案由分布图



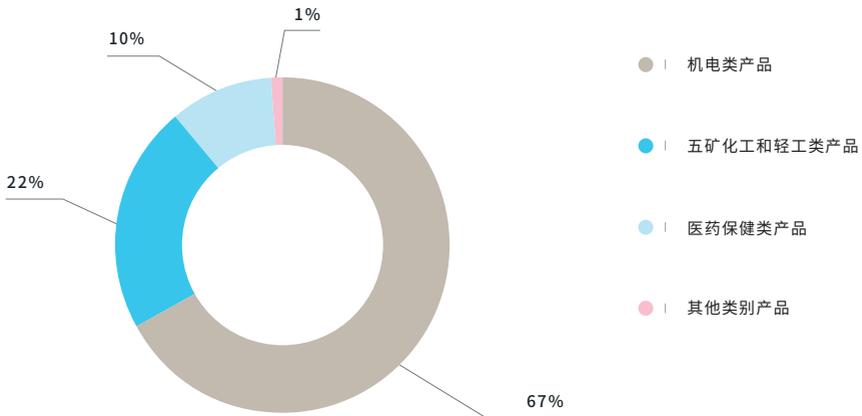
¹⁷⁸ 数据来自 ITC 网站，https://www.usitc.gov/intellectual_property/337_statistics_types_unfair_acts_alleged_active.htm。

3) 中国企业涉诉产品情况

在过去的 16 年里，美国 337 调查涵盖的产品种类繁多，包括汽车、制造、运输产品；计算机和电信产品；消费电子产品；集成电路产品；LCD/ 电视；照明产品；药品和医疗器械产品；印刷产品；化学产品；小型消费品等。¹⁷⁹

中国企业涉诉美国 337 调查产品基本与美国 337 调查整体产品类别一致，从大类别上看，主要集中于机电类产品，约占被调查中国产品的三分之二，其次是五矿化工产品和轻工业产品；第三是医药保健类产品。前四类产品几乎占有所有被调查中国产品的 99%¹⁸⁰。详见图 3-15 所示。具体到细分产品名称，有各类电脑、电视、视频处理器、LED 设备、电池设备、汽车轮胎、平衡车、墨盒、试剂盒等不胜枚举。

图 3-15：2006-2021 年中国企业涉诉美国 337 调查产品种类图¹⁸¹



¹⁷⁹ 来自 ITC 网站, Types of Accused Products in New Filings by Fiscal Year, https://www.usitc.gov/intellectual_property/337_statistics_types_accused_products_new_filings.htm.

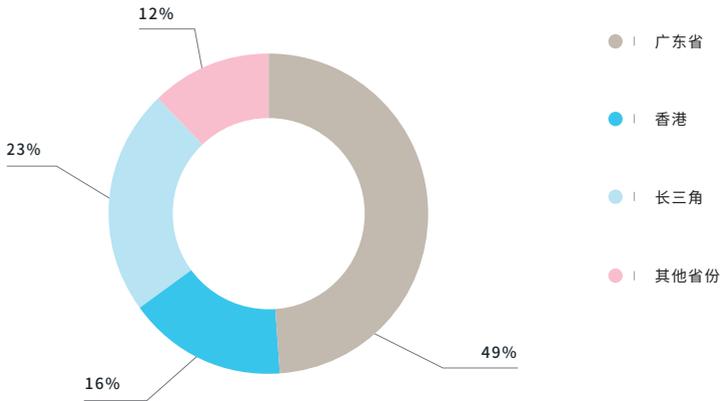
¹⁸⁰ 源自商务部下属中国贸易救济信息网公布案件的自行统计。

¹⁸¹ 源自商务部下属中国贸易救济信息网公布案件的自行统计。

4) 涉诉中国企业国内地区分布

据笔者统计，在过往的涉诉中国企业中，位于广东省内的企业最多，这与该地区机电类产品和外贸发达有较大关系。位于长江三角洲地区的江苏、浙江和上海的企业次之，其他地区如山东、河南、陕西、湖北、安徽、福建等地区的企业也偶有被诉情况出现。由此可见，被诉中国企业基本集中在我国东南沿海地区。我们以较有地区代表性的 2009 年涉诉中国企业所属地区图示意如下：

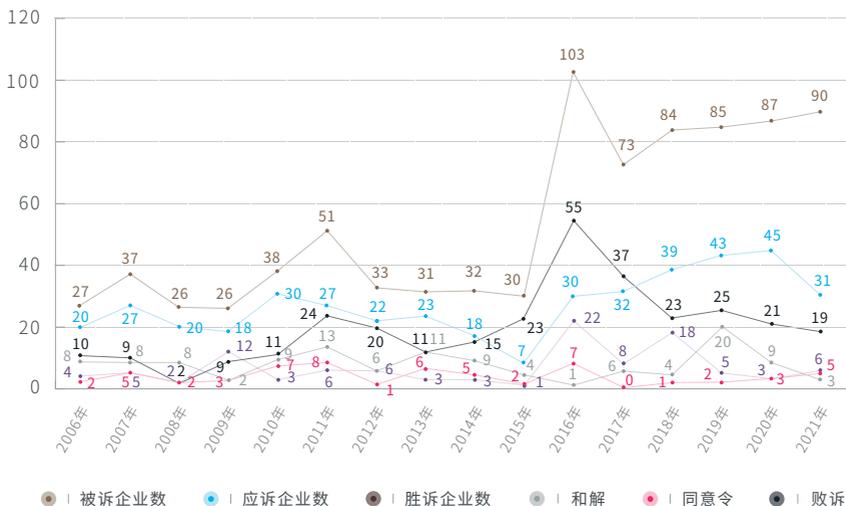
图 3-16: 涉诉美国 337 调查中国企业国内地区分布示意图 (以 2009 年度为例)



5) 涉诉中国企业应诉情况及结果

结合图 3-12 和图 3-17 可以看出，2006 年至 2021 年，随着美国 337 调查数量和中国企业被诉案件数量的增加，中国企业应诉的积极不断提高，特别是 2015 年后，被诉中国企业的数量急剧增加，应诉中国企业数量也大幅增加。在 2016 年后中国企业被诉的情况略有下降的情况下，企业应诉数量在上升，这是一个很好的现象。

图 3-17：2006-2021 中国企业应诉美国 337 调查情况及结果¹⁸²



(3) 中国企业遭遇美国337调查后应该怎么办

1) 获悉被诉信息后，尽早决策是否应诉

虽然自收到申请人的调查申请后 ITC 有 30 天的立案审查期，但是，通常情况下，一旦有申请人向 ITC 提交 337 调查申请，即将受到调查的被诉中国企业一般都会从不同途径马上了解到被诉信息，商务部相关网站等也会立即发布预警信息。由于 337 调查立案后程序进展迅速，且应诉工作量大，建议被诉中国企业不要等到立案后再开始了解情况，而应该充分利用好立案前的 30 天，基本做出是否应诉，以及如何应诉的准备，以便受聘律师可以在立案后甚至是立案前马上投入工作，为企业争取最好的结果。

2) 是否应诉的考量因素

企业是否应诉是每个企业根据自身情况需要做出的抉择。企业缺席不应诉的直

¹⁸² 参考《2021 年度中国企业应诉美国 337 调查综述》，冉瑞雪等著，部分年份数据与 ITC 网站核对后纠正。

接后果就是败诉，其被诉产品便无法再销往美国市场，相当于自动放弃了美国市场。根据我们观察，阻碍中国企业应诉的最大障碍是应诉成本高于企业预期和希望承受的范围。除了应诉成本，企业在决定是否应诉时应从长远利益出发考虑如下主要因素：（1）被诉产品是否存在侵权的可能性。如果侵权可能性小，建议在律师协助下应诉；（2）考虑是否存在与其他被诉企业联合应诉的可能，从而降低整体应诉成本；（3）衡量不应诉的后果是否是企业可承受的。

3) 如何选择律师

术业有专攻，选择参与美国 337 调查的律师事务所可以遵循以下原则：

- 备选律所是否在中国和美国有精通美国337调查业务并具备相应技术背景的律师或代理人；
- 由于调查取证程序复杂，完全不同于中国法下取证规则，考虑备选律所在中国对证人、材料取证的便捷性与经济性；
- 备选律所是否有可用中文沟通的律师；
- 备选律所是否有代理中国企业应诉的经验；
- 律师费是否在可承受范围等。

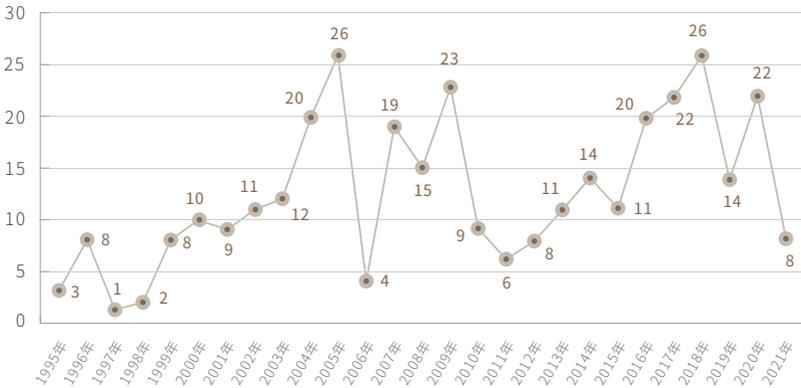
(4) 小结

自 1986 年中国企业被诉 337 调查第一案起后的三十五年来，在中国商务和知识产权主管部门的大力支持和协调下，中国企业积累了大量应诉美国 337 调查的经验，国内也成长出一批精通美国 337 调查的律师，上至商务部贸易救济部门，下至各地知识产权保护中心和维权机构已经形成很好的联动机制，为中国企业海外权益保护提供应对指导并保驾护航。

2. 美国反倾销调查规则介绍

美国在反倾销调查方面有着丰富的立法和实践经验，目前已经形成了以《1930年关税法》为基础，《联邦法规汇编》第19编中的商务部《反倾销条例》和国际贸易委员会（International Trade Commission，下称ITC）《程序与实务规则》为执行细则的法律体系。在实践中，美国的反倾销调查以其规则缜密、程序复杂而著称，而中国作为美国反倾销调查的主要目标国之一，务必要对其引起关注。

图 3-18：美国历年对华反倾销调查发起数量



数据来源：商务部贸易救济信息网

(1) 负责部门

美国的反倾销调查是由美国商务部和 ITC 共同负责。其中商务部负责倾销调查，即调查进口货物是否存在以低于公平价值在美国销售的倾销行为；而 ITC 则负责调查反倾销调查中的损害调查，即美国国内行业是否因被指控的境外倾销行为而对其国内行业造成损害。此外，美国海关与边境保护局（Customs and Border Protection, 下称 CBP）负责反倾销税的具体征收。同时根据《2015 年贸易便利及贸易执法法》（The Enforce and Protect Act, 下称 EAPA），

美国海关有权开展对进口时未足额或全部缴纳反倾销关税的行为开展反逃避调查。在司法审查层面，美国国际贸易法院（Court of International Trade，下称 CIT）和美国联邦巡回上诉法院负责对商务部和 ITC 做出的反倾销裁定进行司法审查。

（2）反倾销调查程序

一般而言，美国的反倾销原审调查正式程序可分为五个阶段：

表 3-9

阶段	期限
商务部立案发起调查	提交反倾销申请后 20 天，最长可延期至 40 天
ITC 初步损害裁定	提交反倾销申请后 45 天。如商务部未在反倾销申请后 20 天内发起调查，则损害初裁应在美国商务部通知调查立案后 25 天内做出
商务部初步倾销裁定	ITC 损害初裁后 115 天内做出，商务部可以延期 50 天做出倾销初裁
商务部最终倾销裁定	商务部倾销初裁后 45 天，商务部可以延期 60 天做出倾销终裁
ITC 最终损害裁定	商务部倾销初裁后 120 天或倾销终裁后 45 天，以较晚者为准

就上述 5 个阶段的具体程序的相关内容，说明如下：

1) 立案申请

根据《1930 年关税法》，商务部可以自行发起反倾销调查或应美国国内产业的要求发起反倾销调查。如由美国国内产业提出反倾销调查申请，则相关申请必须

由在美国境内生产或销售同类产品的产业利害相关方提交，包括：

- 美国生产商、制造商或批发商；
- 代表在美国从事国内同类产品制造、生产或批发的特许工会，公认工会或工人团体；
- 大部分成员在美国制造、生产或批发国内同类产品的贸易或商业协会；
- 大部分成员由前三种利害关系方构成的协会；
- 在涉及从事生产加工农产品的产业的反倾销调查申请中，作为加工商、加工商和生产商、加工商和种植商代表的联盟或贸易协会。

相关申请需满足产业支持的要求，即支持相关申请的境内生产商或工人需满足以下比例要求：

- (1) 其占到国内同类产品总产量的至少 25%；且
- (2) 占国内同类产业产量 50% 以上的业者对申请表示了支持或反对。

商务部通常会以生产数量或价值为依据来判断产业支持存在与否。当其正式收到提交申请后，根据联邦法规汇编第 19 CFR 351.203 (b) 节规定，美国商务部会在提交申请后 20 天内决定是否发起反倾销调查。在特定情况下，立案审查可延期 20 天。

2) 发出调查问卷

在正式发起反倾销调查后，商务部将发出调查问卷。对于原审查而言，美国商务部会准备两套不同的问卷，其中一套适用于非市场经济国家，另一套则适用于市场经济国家。由于美国商务部目前仍然不公平地将中国在反倾销调查中视为非市场经济国家，因此对中国出口企业适用非市场经济国家问卷。通常而言，相关问卷结构如下：

表 3-10

问卷编号	内容
A 卷：组织、结算方法、市场和商品	本卷用于调查涉案产品的基本信息，如调查公司的公司架构、业务模式、其受调查的商品情况以及相关商品在市场上的销售数量和价值。
B 卷：国内市场的销售或向第三国市场的销售	本卷用于提供在调查期间在比较市场上销售的所有对象产品的数据。比较市场通常为出口国本国市场，本国市场不适用时，则是适当的外国市场。 B 卷不适用于非市场经济国家的调查。
C 卷：对美国的销售	本卷要求提供调查期间内的美国销售交易清单，以确定对象产品的出口价格或推定出口价格。
D 卷：生产成本和推定价值	本卷要求提供产品的生产成本和推定价值信息。对于非市场经济国家，应诉人必须回复 D 卷，以便于商务部评估生产因素，并确定替代价值。
E 卷：在美国深加工或装配的成本	本卷要求提供商品在交给美国非关联客户前在美国境内的增值信息。本卷并非必须回复的问卷，而是根据相关产业的具体业务模式而定。

根据 19 CFR 351.204(c) 节的规定，美国商务部会尽可能调查已知的每一个出口商和生产商，但因生产商或出口商数量过多等原因，导致调查所有出口商和生产商不可行，美国商务部可以挑选部分生产商或出口商应诉以确定平均倾销幅度。同时，根据 19 CFR 351.204(d) 节规定，未被挑选的生产商或出口商可提出自愿应诉，商务部可以决定是否接受该等自愿应诉申请。而即使相关生产商或出口商被选中自愿应诉，其所获得的税率并不会被用于平均税率的计算。

对于上述问卷的回复期限，美国商务部一般会予以应诉人 21 天的时间来答复 A 卷，而回复其余问卷的时间则为 37 天，相关期限从签发问卷开始计算。申请人

可以申请延期回复问卷，但通常延期时间不超过 14 天。商务部可以基于相关问卷的答复情况发出补充问卷，一般而言，补充问卷的答复期限为 10 天左右。

3) 正常价值的判断

如果货物的出口价格低于货物正常价值，那么进口货物即构成倾销，而正常价值（Normal Value）和出口价格之差便为倾销幅度。根据《1930 年关税法》第 773 节的规定，正常价值是指在正常贸易过程中，在与出口价格或推定出口价格相同的贸易水平上，以外国同类产品在出口国国内市场第一次为消费而销售的价格为基础，进行必要的调整。为确定外国同类产品的销售价格是否可以作为正常价值的基础，美国商务部会进行所谓的 5% 有效性测试，即：当外国同类产品在其国内市场的销售数量占到该产品向美国非关联方销售数量的 5% 以上时，则该国内市场的销售价格可以用于作为确认货物正常价值的基础。同时，根据 19 CFR 第 315.404 节的规定，如果出口国同类产品的国内市场是无效的，商务部可以以有效的对第三国市场的销售价格为基础确定正常价值。而根据 19 CFR 351.405 节规定，如果存在以下情况时，美国商务部将采用推定价值（constructed value）确定正常价值：

- 不存在有效的出口国和第三国市场；
- 虽存在有效的出口国或第三国市场，但是特殊的市场情形不允许与出口价格或推定出口价格进行比较。

如基于有效的出口国市场和第三国市场的销售价格进行正常价值计算，商务部会考虑其正常贸易环境、折扣、包装和运输等费用以及贸易水平差异对销售价格进行调整。而如基于推定价值确定正常价值，商务部则会基于生产成本、销售中的利润和一般费用以及将目标产品销往美国的包装费用来确定正常价值。

对于其认定的非市场经济国家而言，美国商务部不会认定该国存在正常价值，而是根据《1930 年关税法》第 773 (c) 节的规定，对相关生产的生产要素进行分析，

并以相关生产要素的替代国价格来确定其正常价值。用以分析确定正常价值的生产要素包括：

- 劳动力时间投入；
- 原材料消耗数量；
- 消耗的能源和其他公共事业成本；
- 代表性的资本成本，如折旧等。

4) 出口价格的计算

与正常价值计算类似，出口价格的计算是以出口日前，由位于美国境外的生产商或出口商第一次销售给美国境内非关联方的销售价格为基础，进行相应项目调整后得出的价格。在相关销售价格的基础上，通过调整包装、出口退税、美国境内的运费、仓储费、保费、出口关税等项目，最终得出适用于倾销幅度计算的出口价格。同样，根据《1930年关税法》第772(b)节的规定，如果相关对美出口销售中不存在非关联方售价的，则需要以出口商在美国境内的关联方，将货物在美国境内第一次销售或同意销售给非关联方的价格为基础，对美国境内的销售费用和利润进行调整后确定推定出口价格，用于进行倾销的判断和倾销幅度的计算。

5) 倾销幅度和税率计算

在确定了正常价值和出口价格之后，美国商务部将基于正常价值和出口价格进行比较以确定是否存在倾销以及倾销幅度的具体大小。通常商务部会基于案件情况采用以下三种方式来进行价格比较：

- 加权平均价格与加权平均价格比较；
- 单笔交易与单笔交易比较；

- 加权平均价格与单笔交易比较。

基于相关价格的比较差额，便是商务部确定的倾销幅度。对于每一个参与调查的出口商或生产商所单独计算的倾销幅度，会以加权平均的方式用于计算适用于其他未参与单独审查的公司的倾销幅度和税率。但是如果受调查公司的倾销幅度为 0 或低于 2%（最低倾销幅度），则该倾销幅度不会被用于计算平均税率。同样，如前所述，自愿应诉主体所获得的税率也不会用于平均税率的计算。

对于其认定的非市场经济国家，商务部通常会对所有未参与调查的出口商赋予一个单一的反倾销税率。但是若出口商能够证明其出口活动从法律上和事实上并不受到政府控制，则相关出口商可以适用基于应诉主体所获税率的加权平均税率，该税率被称为单独税率。相关单独税率需由出口商单独申请，并填写单独税率问卷。此外，在针对其认定的非市场经济国家的反倾销调查中，商务部还可以基于一个出口商和为其供应对象商品的一个或多个生产商赋予一个联合税率，以用于相关生产商通过该出口商出口货物的反倾销税征收。

6) 可获得的不利事实

通常美国商务部对于倾销幅度的确定是基于应诉人提供的问卷而定。但是，如果应诉人拒不配合调查或未提供必要信息的，商务部可基于“可获得的不利事实原则”（Adverse Facts Available）做出裁决，直接给应诉人施以高额税率。根据《1930 年关税法》第 776 节和 19 CFR 351.308 节的规定，美国商务部在以下情况下可利用可获得的不利事实原则做出裁定：

- 必要的信息没有记录在案；或
- 利害关系方或任何其他人不提交信息、不按要求提交信息或对调查的进行构成了重大程度的阻碍，或者尽管提交了信息，但所提交的信息不能予以证实。

常见的可能导致在反倾销调查中适用可获得的不利事实原则的情况包括：

- 应诉人拒绝参与或消极应诉；
- 应诉人在现场核查时发现相关信息和提交的信息不一致；
- 应诉人在问卷中未提供要求的信息。

在适用可获得的不利事实原则的情况下，商务部将援引不利于利害关系方的推论来确定最终倾销幅度。

7) 损害裁定

在商务部负责倾销幅度的计算时，ITC 则负责确定以低于正常价值进口货物对美国相关产业是否造成损害的审查。在损害裁定中，ITC 需要对相关国内产业进行定义，确定相关国内产业是否收到了实质损害或实质损害威胁，同时该等损害或威胁与低于正常价值的进口销售之间存在因果关系。

就国内产业的定义而言，ITC 一般会确定与受调查产品具有相同特征和用途的产品，如无相同产品，则会基于与受调查产品有类似特征和用途的产品确定。ITC 通常会审查全国产业的整体情况，在特定情况下，ITC 也会评估美国的区域产业情况，如 ITC 裁定对于孤立区域市场存在倾销进口，且该市场内绝大部分或所有生产商因为倾销受到损害，ITC 同样会将其视为对国内产业造成损害。

而就实质性损害审查而言，一般 ITC 会从以下三方面进行：

- 进口产品的数量和其增长量与国内生产量增长情况的比较，以确定进口产品在美国国内市场渗透增长情况占比；
- 进口产品对美国销售价格的影响，是否会导致美国国内的价格抑制；

- 基于产量、市场份额、利润、生产率等相关经济因素，分析进口对国内产业的负面影响情况。

在确定国内产业受到实质性损害外，ITC 还需说明相关实质性损害系由进口产品造成的。就这一点，从原则上而言，只要倾销进口产品构成了国内产业的损害条件，无论相关损害程度大小，即可满足实质损害的因果关系。

8) 临时反倾销措施

一般而言，反倾销税的征收是在倾销和损害的肯定初裁出具后开始的，但是为了防止进口商在肯定初裁出具前故意大量进口受调查产品，根据《1930 年关税法》第 733 节的规定，商务部有权在紧急情况下追溯 90 天采取临时反倾销措施。申请人可以在不晚于最终裁定日前 21 天提起紧急情况指控，要求采取临时反倾销措施，在商务部和 ITC 同时做出紧急情况肯定性裁定后，临时反倾销措施即可实施。在临时反倾销措施实施后，商务部将指示 CBP 追溯征收相关进口产品的反倾销关税。

(3) 复审程序

根据 19 CFR 351.213 节规定，美国在反倾销裁定一年后可以开展行政复审。一般而言，美国的反倾销复审分为以下几种：

1) 年度复审

年度复审的主要目的是确定 CBP 在复审期间对进口商品应收的反倾销税实际数额，并确定被复审公司第二年适用的清关保证金征收率。同时，在复审中，商务部还可以就特定公司原与商务部达成的价格承诺协议进行调整。如在年度复审期间内，被列明的出口商或生产商没有实际出口发生，则一般无需参与复审，相关公司保持其现有保证金征收率。

2) 新出口商复审

对于在调查期间没有美国出口，且和调查期间出口的任何出口商或生产商没有关联的公司，可以在其向美国开展商品销售或出口之日起一年内提起新出口商复审。商务部会在要求复审的 6 个月期间的次月，开始新出口商复审。在复审结束前，商务部允许新出口商以担保形式代替潜在反倾销税。

3) 情势变更复审

除年度复审外，在发生重大情势变更的情况下，利害关系方可要求对反倾销税裁定进行复审。美国商务部会基于逐案分析的方式确认是否存在触发复审的正当理由。基于情势变更复审，商务部可以全部或部分地对反倾销裁定进行调整。

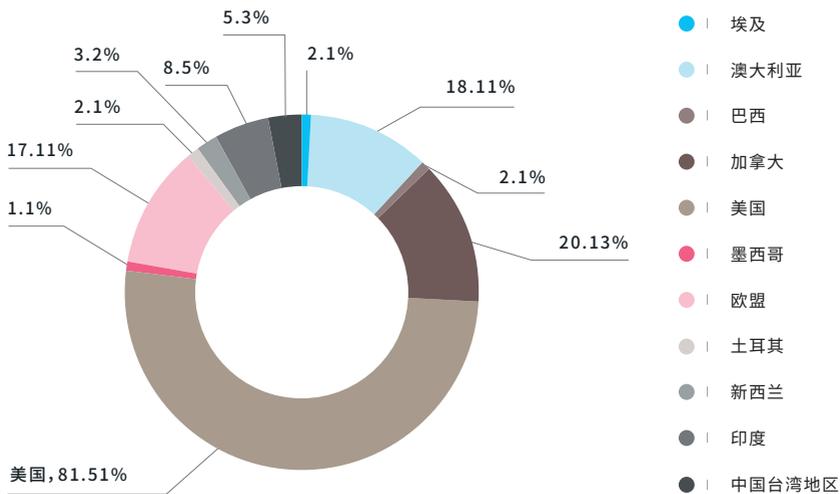
4) 日落复审

根据《1930 年关税法》第 751 节，在反倾销税令发布后每 5 年，商务部和 ITC 需要对反倾销裁定进行复审，以确定如果废除反倾销措施是否会导致倾销继续或再度出现。日落复审应当在不迟于反倾销税令发布五周年纪念日前 30 天在《联邦纪事》上公布，以征集利害关系方参与复审的意愿。如无利害关系方发出参与复审的答复，商务部将在复审发起 90 天内签发最终裁定，终止反倾销措施。如商务部收到完整答复，则商务部应在发起复审后 240 天内做出裁定。ITC 则应在发起复审后 360 天内做出最终裁定。

3. 美国反补贴调查规则介绍

反补贴调查作为贸易救济的重要手段之一，在美国现有法律体系内基本与反倾销调查在同一法律体系下进行规制。在过去 10 多年来，美国经常同时针对中国出口企业发起反倾销和反补贴调查，因此中国企业对相关规则务必要引起重视。

图 3-19: 2011-2021 年世界各国对华反补贴调查统计



数据来源: 商务部贸易救济信息网

(1) 反补贴的法律体系

美国的反补贴的法律渊源实际上与反倾销出自同源, 均为《1930 年关税法》第七编。其中第 701 节至第 709 节为反补贴的征收和相关程序, 而第 731 节至第 739 节则为反倾销的相关程序。在行政法规层面, 国际贸易委员会 (ITC) 和美国商务部在调查程序规则上, 反倾销与反补贴共用同一套调查程序规则, 即联邦法规汇编第 19 编第 207 部分 (19 CFR Part 207) 和第 351 部分 (19 CFR Part 351)。在监管部门的问题上, 反补贴调查同样由美国商务部和 ITC 共同负责。其中商务部负责补贴调查, 即调查进口货物是否存在出口国给予的可诉补贴; 而 ITC 则负责调查反补贴调查中的损害调查, 即美国国内行业是否因被指控的境外补贴行为而对其国内行业造成损害。美国海关与边境保护局 (Customs and Border Protection, 下称 CBP) 同样会负责反补贴税的具体征收, 并开展反逃避调查。在司法审查层面, 也是由美国国际贸易法院 (Court of International Trade, 下称 CIT) 和美国联邦

巡回上诉法院负责对商务部和 ITC 做出的反补贴裁定进行司法审查。

(2) 补贴的认定

根据《1930 年关税法》第 701(a) 节的规定，如果美国确定一国政府或一国领域内的任何公共实体直接或间接向进口到美国或为进口到美国而销售的产品制造、生产或出口提供可抵消补贴（countervailable subsidy）且由于相关产品的进口使得美国产业受到实质损害、实施损害威胁或导致美国产业的建立受到实质阻碍，则美国政府有权决定征收反补贴税。由此可见，反补贴税的征收前提与反倾销税非常类似，即需要存在：

- 可抵消补贴；
- 相关补贴对美国国内产业造成损害。

根据 19CFR351.501 节至 19 CFR 351.528 节的规定，美国关于补贴认定的主要原则遵从于 WTO《SCM 协定》下关于补贴的相关定义，从以下角度进行判断：

- 补贴的授予主体应为政府或任何公共机构；
- 补贴的提供手段应为财政资助；
- 补贴的结果应为出口方带来利益；
- 同时，相关补贴应体现出专向性，使其具有可抵消性。

上述几点的详细说明如下：

1) 财政资助

美国所认定的政府提供财政资助可以采取多种形式，包括但不限于：

- 资金的直接转移，例如拨款、贷款和股权注资等，或者潜在的资金或者债

务的直接转移，例如贷款担保等；

- 放弃或者未征收应收税款，例如给予税收减免或者减少应税收入；
- 提供除一般基础设施以外的货物或服务，或购买货物；
- 政府向筹资机构付款，或委托或指示一私营机构行使一种或多种前述应属于政府的职能，而且此种做法与政府通常采用的做法并无实质差别；

2) 授予利益

当财政资助的接受方从中受益时，即应当视为相关方从财政资助中获取了利益，这通常包括以下场景：

- 以不符合出口国私营投资者通常的投资做法提供投资支持，例如提供风险资金；
- 提供低于市场商业贷款基准利率的贷款；
- 在贷款担保时，贷款方为贷款担保所付出的代价，低于无政府担保时的商业贷款所支付代价；
- 在政府提供货物与服务的场合，货物或服务的收费低于市场基准价；
- 在政府购买货物与服务的场合，货物或服务的价格高于市场基准价。

3) 专向性

如果相关补贴授予某一个或部分企业或者产业，则存在专向性。如以出口实绩或者使用国内产品而非进口产品作为获得补贴的全部条件或条件之一的补贴（即出口补贴和进口替代补贴），无需进一步审查其获益者分布，可直接视为具有专向性。而其他补贴则需根据具体情况而进行分析。例如，如果授予机关或其运作所根据的立法制定适用于获得补贴资格和补贴数量的客观标准或条件，且该补贴资格系自动

获取，且相关标准和条件严格遵守，则不存在专向性，但如果存在有限数量的某些企业使用补贴计划、某些企业主要使用补贴、给予某些企业不成比例的大量补贴等情形时，一般也会被视为专向补贴。此外，补贴仅授予位于特定的地理区域的企业或者产业，也视为具有专向性。

4) 上游补贴

对于不直接向出口人提供，但实际向出口人上游产业提供的补贴，只要出口人能从中间间受益且其满足可抵消补贴的定义，则根据《1930年关税法》第771A节的规定，同样应当纳入到反补贴幅度的计算中去。作为美国反补贴规则中的特殊制度，其一般会从以下方面进行判断：

- 相关补贴是对被调查商品上游产品的补贴，且属于可抵消补贴；
- 该补贴能为被调查商品提供竞争利益；且
- 该补贴对被调查商品的制造或生产成本有较大影响。

(3) 损害的认定

关于补贴损害的认定，其标准也与反倾销调查类似，即需要考虑以下相关因素：

- 被调查产品的进口数量；
- 该进口对国内同类产品的价格产生的影响，以及对国内同类产品生产商的生产经营所造成的影响；
- 显著的进口增长；
- 进口产品的低价销售；
- 进口产品对美国销售价格的影响，是否会导致美国国内的价格抑制；以及

- 基于其他经济指标，例如产量、销售、市场份额、利润等实际或者潜在的降低，对美国国内产业的负面影响。

如同反倾销调查一样，ITC 在进行损害裁定时，需要对国内产业的界定。其基本逻辑和反倾销调查一样：“国内产业”是国内同类产品的生产商的总和，或者代表国内同类产品全国总产量的大部分的国内生产商的集合。“国内同类产品”，指的是与被调查产品相类似的产品，或者在不相类似的情况下，与被调查产品的特征和用途最为接近的产品。如果美国境内存在孤立区域市场。且该市场内绝大部分或所有生产商因为补贴产品进口受到损害，ITC 同样会将其视为对国内产业造成损害。

(4) 反补贴调查程序

如前所述，美国的反补贴调查程序实际上和反倾销调查程序一致，其时限、内容也基本相同。可分为原审、年度复审、情势变更复审和日落复审。

1) 原审

反补贴原审的调查期限同样也分为五个阶段：

表 3-11

阶段	期限
商务部立案发起调查	提交反补贴申请后 20 天，最长可延期至 40 天
ITC 初步损害裁定	提交反补贴申请后 45 天。如商务部未在反补贴申请后 20 天内发起调查，则损害初裁应在美国商务部通知调查立案后 25 天内做出
商务部初步补贴裁定	ITC 损害初裁后 115 天内做出，商务部可以延期 50 天做出补贴初裁
商务部最终补贴裁定	商务部补贴初裁后 45 天，商务部可以延期 60 天做出补贴终裁
ITC 最终损害裁定	商务部补贴初裁后 120 天或倾销终裁后 45 天，以较晚者为准

在调查过程中，美国商务部同样会采取发布问卷和抽样的方式选取企业进行调查。如应诉企业不配合调查的，商务部同样可以采用可获得的不利事实原则进行补贴幅度和补贴税额的计算。同时，和反倾销税一样，为了防止进口商在肯定初裁出具前故意大量进口受调查产品，商务部有权在紧急情况下追溯 90 天采取临时反补贴措施，其申请时限和要求与反倾销调查中的紧急情况申请一致。

2) 年度复审

反补贴年度复审的主要目的是确定 CBP 在复审期间对进口商品应收的反补贴税实际数额，并确定被复审公司其第二年适用的清关保证金征收率。同时，在复审中，商务部还可以就特定公司原与商务部达成的价格承诺协议进行调整。如在年度复审期间内，被列明的出口商或生产商没有实际出口发生，则一般无需参与复审，相关公司保持其现有保证金征收率。

3) 新出口商复审

对于在调查期间没有美国出口，且和调查期间出口的任何出口商或生产商没有关联的公司，可以在其向美国开展商品销售或出口之日起一年内提起新出口商复审。商务部会在要求复审的 6 个月期间的次月，开始新出口商复审。在复审结束前，商务部允许新出口商以担保形式代替潜在反补贴税。

4) 情势变更复审

除年度复审外，在发生重大情势变更的情况下，利害关系方可要求对反补贴税裁定进行复审。美国商务部会基于逐案分析的方式确认是否存在触发复审的正当理由。基于情势变更复审，商务部可以全部或部分地对反补贴裁定进行调整。

5) 日落复审

日落复审是对反补贴税令进行五年一次的例行复审。经复审，如果美商务部和 ITC 一致认为，撤销反补贴税令将会导致补贴和损害在可合理预计的时间内继续或复发，则延长反补贴税令五年，否则，撤销反补贴税令。

(5) 对于中国企业反补贴调查的适用情况说明

自2006年开始，美国首次就“铜版纸”案向中国发起反补贴调查，决定对中国适用反补贴规则。2008年9月，河北兴茂轮胎有限公司及其美国母公司GPX国际轮胎公司将美国商务部诉至CIT，主张美国商务部在视中国为“非市场经济国家”的情况下，采用替代国方法同时征收反倾销和反补贴税，存在双重救济。2010年10月，美国国际贸易法院作出判决，支持兴茂和GPX的主张。美国商务部上诉至联邦巡回上诉法院后，联邦巡回上诉法院仍然维持原判。在此大背景下，美国开始了对《1930年关税法》的修订工作。2012年3月，美国通过H.R.4105法案（GPX法案）对《1930年关税法》进行修改。此次修改涉及三大内容：

- 授权美国商务部对所谓的“非市场经济国家”征收反补贴税；
- 要求商务部在同时征收反倾销税和反补贴税时避免双重救济；
- 明确该法案溯及适用于从2006年11月20日开始的反补贴案件。

此为美国向中国同时征收反倾销税和反补贴税提供了法律依据。

对于中国企业而言，这大大加重了相关企业在应对美国反倾销和反补贴调查中的责任。首先，如在反倾销调查一章所提到的，美国在对其认为是非市场经济的国家开展反倾销调查时会采用替代国价格计算生产要素，以确定倾销幅度，因此，实际上这个价格已经抵消了潜在的可抵消补贴的影响，即：可抵消补贴的幅度已经被包含在了整个倾销幅度之中，而如果再对同一产品征收反补贴税时，等于相关补贴又被重新计算一遍，导致双重救济发生。而根据修订后的《1930年关税法》第703节，对非市场经济国家的一类或一种产品的倾销作出认定时，如果：

- 该产品受到第701(a)节所规定的可抵消补贴；
- 该补贴被证实导致了进口产品平均价格的降低；

- 主管机关在确定倾销的正常价值之后，可合理预估出补贴对进口产品倾销幅度的影响。

当上述 3 项条件满足时，主管机关可以从反倾销税中扣除对应的倾销幅度增加额。但是扣除的税额不应超过对该项产品所征收的反补贴税。

但是需要注意的是，该相关法案下，关于国内补贴导致了进口产品平均价格的降低的证明责任属于外国出口商，即相关扣除的举证义务需要由企业来承担。这在实际操作中具有非常大的难度。

不过，值得欣慰的是，中国在美国启动对华反补贴调查之后，一般就会迅速在世贸组织争端解决机制项下提起诉讼。在 2011 年，在 DS379 一案中，WTO 上诉机构便认定美国商务部将中国国有企业直接视为补贴发放主体的做法违反了世贸规则。而随后，在 2019 年，WTO 上诉机构在 DS437 一案中，进一步认定美国多项对华反补贴措施违反了《SCM 协定》，并要求其在规定的时限内执行判决。2022 年 1 月 26 日，WTO 仲裁庭发布了中国诉美国反补贴措施世贸争端案的报复水平仲裁裁决，认定由于美国政府未履行此前生效 DS437 案下的裁决，中方在货物贸易领域每年可对美方实施 6.45 亿美元贸易报复。这对于中国企业海外利益的保护具有里程碑式的意义。

4. 中国企业如何应对美国双反调查？

(1) 中国企业应当关注美国双反调查的动向，并做好应对准备

总体而言，美国双反调查具有一定的周期性和行业性特点，且往往在正式申请发起前都会有一些相关的消息流出。因此，中国企业在正式的贸易救济调查发起前，应尽量在前期进行以下准备工作：

- 对美国出口市场的发展情况和趋势进行研判和评估，确定可能面临的贸易救济救济风险；
- 根据相关风险对自身业务模式安排进行预先调整，以防范潜在的风险；

- 关注美国相关政策和市场动向，如根据相关信息发现近期所属市场双反调查发起概率较高时，需提前进行准备。

(2) 在调查中积极应诉，并制定相应的应对策略

一旦双反调查发起，企业应当积极做好应诉准备。美国双反调查以调查信息量大、时间紧迫著称，一旦略有犹豫，便可能错过最佳应诉窗口期。而美国针对未参加应诉的中国企业往往会予以非常高的全国统一税率，这对于后续企业维系美国市场非常不利。此外，美国包括反倾销和反补贴规定在内的贸易法规非常复杂，其内容和 WTO 的反倾销协议以及 SCM 协议在细节上存在一些不同之处。例如根据美国的反倾销规则，中国被视为非市场经济国家，需基于生产要素使用替代国价格计算公允价值。但如果某个要素是从一个市场经济国家供应商购买，并用市场经济国家货币支付，商务部则可采用实际支付给供应商的价格来确定该要素的价格（如从境外采购的部分料件成本）。如果企业对于相关规则有所了解，能够提供对应的信息，可以有效降低自身适用的税率。这就需要中国企业抱着积极的心态参与应诉，并充分调动公司内部包括财务、销售、生产、法律等各方面的资源，设立专项小组，并尽早延请外部律师，结合公司实际情况和相关资料信息，确定调查应对策略，积极应对相关调查。事实上，在过去十多年中，有多家中国企业在美国的双反调查中取得了低税率和零税率，有效地维护了自身利益。

(3) 调查结束后，对业务情况进行评估和适当调整

原审调查的结束并不意味着双反调查应对的终结。企业可以评估相关调查裁定结果对于企业的相关影响，来决定后续相关业务开展的方案。这包括：

- 参与年度复审和日落复审，争取获取或维持较为优惠的税率；
- 拓展和改进海外供应链布局，并调整涉案产品市场，尽可能减少双反调查税收的影响；
- 特别需要提醒的是，开展相关业务的过程中，需要关注美国双反调查关于

反规避和反逃避的相关要求，以确保相关业务筹划是在符合美国相关法律法规要求的前提下开展的，避免引发更大的合规风险。

二十、中国反对外国单边制裁及长臂管辖的立法

随着 2018 年以来，美国针对中国企业的相关制裁和其他限制性措施日趋严苛，中国也相应推出自身相应的反制立法，以阻断美国单边制裁在中国境内的适用和对中国企业和个人的不利影响。

1. 《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》

2021 年 1 月 9 日，中国商务部又发布了《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》（《阻断办法》）。不同于《不可靠实体清单规定》，其更类似于欧盟的《阻断法令》，主要针对第三国域外制裁效力在中国境内的效力阻断。

（1）适用范围与判断标准

根据《阻断办法》第二条的规定，本办法的针对对象是外国法律与措施，适用条件是：（1）这些外国法律与措施存在域外适用的情形；（2）且，违反了国际法和国际关系基本准则；（3）且，不当禁止或者限制中国公民、法人或者其他组织与第三国（地区）及其公民、法人或者其他组织进行正常的经贸及相关活动。值得关注的是，《阻断办法》尚未明确如果某国因出口管制或制裁措施限制中国境内实体之间进行交易时，能否适用《阻断办法》。

《阻断办法》就反对境外法律及措施的不当域外适用中“不当”的判断标准在第六条列举了四项评估因素：

- 是否违反国际法和国际关系基本准则；
- 对中国国家主权、安全、发展利益可能产生的影响；
- 对中国公民、法人或者其他组织合法权益可能产生的影响；

- 其他应当考虑的因素。

从立法技术的角度看，这些评估因素都还有细化的空间，比如对中国企业合法权益可能产生的影响需要进一步考虑哪些评价因素。

(2) 主管部门

与商务部 2020 年颁布的《不可靠实体清单规定》一样，本法的主管部门同样是由中央国家机关有关部门参加的工作机制（下称工作机制），并且进一步明确了工作机制的构成：由国务院商务主管部门牵头，具体事宜由商务部、发改委会同其他有关部门负责。据此预计，在本法实施过程中，外交部、海关总署、国安部、公安部、国家市场监督管理总局等部门也会基于各自的主管事权参与、配合开展相关工作。

(3) 报告制度

根据《阻断办法》第五条之规定，我国公民、法人或者其他组织遇到外国法律与措施禁止或者限制其与第三国（地区）及其公民、法人或者其他组织正常的经贸及相关活动情形的，应当在 30 日内向国务院商务主管部门如实报告有关情况。

如果报告人要求保密，主管部门应当为其保密，如违法泄密，相关工作人员将被给予处罚甚至追究刑事责任。同时，报告人也负有如实报告义务，否则可能被给予警告并处以罚款。

(4) 禁令制度

禁令制度包括禁令发布、禁令遵守和禁令豁免三部分内容。

禁令发布：如确认有关外国法律与措施存在不当域外适用情形，工作机制可以决定由国务院商务主管部门发布不得承认、不得执行、不得遵守有关外国法律与措施的禁令。禁令发布后，工作机制也可以根据实际情况决定中止或者撤销禁

令。

禁令遵守：禁令发布后即产生强制效力，如不遵守该禁令，相关主体不仅可能会被合法权益受侵害方要求民事赔偿，也会被国务院商务主管部门给予警告，责令限期改正，并可以根据情节轻重处以罚款。

禁令豁免：中国公民、法人或者其他组织可以向国务院商务主管部门申请豁免遵守禁令。申请人应当提交书面申请，申请书应当包括申请豁免的理由以及申请豁免的范围等内容。主管部门应当自受理申请之日起 30 日内作出是否批准的决定；情况紧急时应当及时作出决定。

(5) 追偿制度

《阻断办法》第九条规定了追偿制度：中国公民、法人或者其他组织由于相关主体遵守禁令范围内的外国法律与措施，其合法权益受侵害的，可以向我国法院起诉及申请法院强制执行，但相关当事人依法获得豁免的除外。根据禁令范围内的外国法律作出的判决、裁定致使中国公民、法人或者其他组织遭受损失的，受损方也可以依法起诉，要求在该判决、裁定中获益的当事人赔偿损失。

与《欧盟阻断法令》相比，由于《阻断办法》尚未对赔偿范围、追偿对象、追偿手段、追偿法律适用等方面的问题进行具体规定，因此在司法实践中会存在较大的自由裁量空间，现阶段围绕“赔偿金额如何计算”、“获益的当事人是否包括境外主体”等问题尚存不同意见，有待后续加以明确。

(6) 支持措施

针对《阻断办法》实施过程中需要救济的主体可能面临的困难，《阻断办法》第十条与第十一条规定了相应的支持措施，包括：工作机制成员单位负有为中国公民、法人或者其他组织应对外国法律与措施不当域外适用提供指导和服务的职责；相关主体遵守禁令，拒绝遵守有关外国法律与措施，并因此受到重大损失的，由政府有关部门根据具体情况给予必要的支持。

2. 《反外国制裁法》

继《不可靠实体清单规定》和《阻断办法》之后，2021年6月10日《中华人民共和国反外国制裁法》（《反外国制裁法》）正式颁布施行，将中国反制立法推向了一个全新的高度。

（1）《反外国制裁法》的性质

《反外国制裁法》出台伊始，许多人往往将其与欧盟的《阻断法令》相提并论。但是，在仔细研读相关法律条文后，就可以发现两部法律之间存在截然不同之处。

《阻断法令》的主旨在于阻断欧盟实体遵守境外国家和地区具有域外管辖效力的制裁义务，其所设定的阻断义务遵守主体也为欧盟境内实体。而《反外国制裁法》全文十六条中，仅在第十二条中规定了阻断义务，却用了足足11条条文以规定反制措施和反制清单的内容、标准、法律责任等内容。从第六条所列明的反制措施来看，其包含的签证禁令、冻结资产、禁止交易等内容与美国财政部与国务院所执行的相关制裁措施基本一致，具有明显的对等性，而第五条中关于被反制实体的关联方可列入反制清单的规定，则可以看到美国制裁法下经常采用的“50%规则”的影子。显而易见，《反外国制裁法》立法的重点在于“反制”而非“阻断”，其内容非常明显地凸显出与境外针对中国限制措施的对等性。

特别是根据《反外国制裁法》第十三条和第十五条的规定，结合全国人大常委会法制工作委员会《关于〈中华人民共和国反外国制裁法（草案）〉的说明》可以发现，《反外国制裁法》下的反制措施并不仅仅是对外国针对中国的相关限制措施的反制应对，对于在中国境外实施、协助、支持危害中国国家主权、安全和发展利益的个人和主体，中国同样可以主动对其实施限制措施。若境外企业相关业务活动被认为危害中国国家主权和发展利益的，在《反外国制裁法》施行后同样可能会导致相关企业被列入中国反制清单。因此，从某种程度上来说，《反外国制裁法》与其说是中国版的阻断法，在某种程度上更像是一部具有中国特色，与境外相关法律法规针锋相对的制裁法。

此外，需要强调的是，就阻断范围而言，由于《反外国制裁法》针对的是针对

中国主体的限制性措施，因此其阻断效力适用范围也与《阻断办法》以及欧盟的《阻断法令》的范围所不同。《阻断办法》和欧盟《阻断法令》的阻断效力均针对的是禁止或限制本国实体与第三国进行交易的相关规定，例如部分设有次级制裁效力的域外制裁法律法规。但此类域外制裁法律法规，只要直接制裁对象不是中国主体，则不属于《反外国制裁法》阻断效力适用的范围。其是否会被阻断，取决于《阻断办法》的相关禁令发布情况。

(2) 歧视性限制措施

“歧视性限制措施”是《反外国制裁法》中的一个关键词，决定着反制清单的触发情形以及各实体需要遵守的阻断义务。《反外国制裁法》语境下的歧视性限制措施应当如何解释，也是目前关注的焦点之一。从《反外国制裁法》第三条的行文上来看，该法下所指的歧视性限制性措施需满足以下标准：

- 该等限制性措施的针对对象应为中国公民和组织；
- 该等限制性措施具有遏制、打压、干涉我国内政的目的，具有对我国个人和组织的歧视性。

根据人大法工委的相关解读，目前可以明确被视为“歧视性限制措施”的行为包括美国单边对我国涉疆、涉港、涉藏、涉台、涉南海、涉新冠疫情等相关领域所采取的制裁和限制措施。特定需要提示的是由于《反外国制裁法》所用的表述为“限制性措施”，因此对于出口管制黑名单以及海关扣押决定等非经济制裁类的限制措施，同样有可能包含在内。

(3) 反制措施

《反外国制裁法》第十一条原则性规定了中国境内主体均应当负有执行反制措施的义务，如拒不履行反制义务的，可能面临行政处罚等法律责任。但从执行反制措施方面而言，目前《反外国制裁法》第六条仅概括说明反制措施包括：

- 不予签发签证、不准入境、注销签证或者驱逐出境；

- 查封、扣押、冻结在我国境内的动产、不动产和其他各类财产；
- 禁止或者限制我国境内的组织、个人与其进行有关交易、合作等活动；
- 其他必要措施。

其中列举的反制措施种类多样，且列出“其他必要措施”作为兜底，有关部门可以根据实际情况决定采取一种或几种措施，体现出明确性和灵活性相结合的原则。本条所列举的措施在性质和程度上都较为严厉，包括出入境限制、查封、扣押、冻结财产、禁止或者限制交易、合作等，将对反制措施对象在我国从事经营以及其他活动造成实质性限制。

考虑到国际贸易和商业合作领域的复杂性，在《反外国制裁法》后续立法中，中国也可以借鉴境外的相关经验以进一步明确禁令的适用范围，以便给境内主体一个清晰的指引，同时利用《反外国制裁法》第十条的各部门联动机制，结合配套《出口管制法》《外汇管理条例》等相关规定下的监管要求加强各部门联动执法，同时，也可探索在反制禁令下实施许可证及豁免制度，保持相关制度的灵活性。

(4) 阻断义务

《反外国制裁法》第十二条也明确了该法项下对于涉华域外歧视性限制措施的阻断义务。但是，需要注意的是，不同于美国反抵制法以及欧盟《阻断法令》下所设立的阻断义务的遵循者为本国主体，《反外国制裁法》中的阻断义务并不限于中国境内企业，外国实体同样不得遵守相关歧视性限制措施，执行或协助执行相关规定，就这一点，位于中国大陆境外的公司，包括设立在中国香港特别行政区、中国澳门特别行政区、中国台湾地区的公司，均应当关注。

对于违反阻断义务、执行和协助执行境外歧视性限制措施的法律，根据《反外国制裁法》第十一、十二、十四条的相关规定来看，可分为以下两种情形：1) 对于境外实体而言，若其参与制定、决定、实施该歧视性限制措施，则可能被列入反制清单；2) 此外，无论相关实体位于境外或境内，只要其协助、执行该歧视性限

制措施，对中国公民、组织合法权益造成损害的，利害相关方均可以在中国境内对该等实体提起诉讼，要求其停止侵害，赔偿损失。

(5) 企业的后续应对建议

由于现阶段《反外国制裁法》暂对相关反制义务和阻断义务做了原则性的规定，就我们上述所提到的问题的回答可能暂时也是开放性的。但相关企业仍可未雨绸缪，做好以下准备：

首先，企业看待中国《反外国制裁法》的监管要求，应同其他国家的贸易合规要求一样，置于全球高度予以重视。如前所述，在某种意义上而言，《反外国制裁法》是中国第一部具有制裁法性质的法律，而其中的阻断要求也不限于中国境内主体承担，因此，跨国企业应在全球业务的高度重视《反外国制裁法》的影响，将其要求作为全球合规政策的一部分进行传达。为防止境外公司和员工因为不了解《反外国制裁法》下的红线，特别是需要加强对中国境外各公司和相关员工关于中国相关法律要求和合规红线的培训，完善全球合规政策，避免因部分外国员工对中国相关规定不了解，导致境外业务决策被认为违反《反外国制裁法》相关规定，从而触发《反外国制裁法》的相关处罚机制，甚至被列入反制清单，对中国乃至全球商业市场带来极为严重的负面影响。

其次，外资中国子公司应当尽快开展贸易合规体系和相应文本本地化的进程。我们在近期帮助多家外商投资企业进行贸易合规制度本地化更新的过程中注意到，目前外商投资企业的贸易合规制度和体系多为沿用总部的相关制度要求，但其中的某些具体要求，在《反外国制裁法》施行后，反而可能与中国法律要求相抵牾。在这种情况下，原有合规体系反而成了合规漏洞，可能会为公司招来额外的法律风险。有鉴于此，相关公司应当尽快结合中国的相关法律要求，对现有贸易合规制度和体系进行相应的评估，并根据评估结果对制度和流程进行必要调整，确保相应的表述和机制能够满足包括《反外国制裁法》在内的中国相关法律法规的要求。同时，在企业的日常交易相对方的风险筛查中，也应当加入中国反制清单内实体的信息筛查，将涉及反制清单内实体的交易标记为红旗警示的情形，并根据《反外国制裁法》的具体监管要求，决定相关交易是否可以进行。此外，对于部分外企来说，需要特别

关注《反外国制裁法》通过后可能会对中国业务造成的额外合规要求。例如，部分美企因需要遵守中国对反制清单的相关禁令，可能会触发美国反抵制法下的报告义务，这一部分工作和相应流程，也应当在调整后的制度中反映，以避免忽视因相关法律更新而带来的额外违规风险。

再者，对于具体交易，公司应当在交易开始即将《反外国制裁法》作为一项重要的风险评估项纳入到交易的风险评估中去，以了解相关业务的可行性和具体风险。再者，在准备合同时，应当预先考虑未来潜在风险项发生时相关交易后续处置的方案，避免因国际贸易情势发生变化，导致无论是否进行交易，均可能存在违规风险的两难境地。

同时，相关企业应当持续关注《反外国制裁法》的后续立法进程，并对自身业务进行相应调整。目前《反外国制裁法》的相关内容多为原则性条款，可以预见国务院相关部门会在后续立法过程中，对其进一步完善细化，并且不排除结合《阻断办法》《不可靠实体清单规定》《出口管制法》等相关规定建立起相应联动机制的可能。相关企业可以结合在这一过程中的具体解释、代表案例等信息，把握对《反外国制裁法》的具体执法尺度，并相应对现有中国相关业务进行适当调整，尽可能同时满足境内和境外的合规监管要求，确保企业平稳运行。

第四部分 后记

经过参与本书编写的十几位同事们近一年的努力，从最初产生这个主意的头脑风暴，到大家各抒己见确定大纲与结构，再到踊跃自荐各个章节的编写工作，终于到今天成书，在兴奋和欣慰之余，我衷心地感激各位同事在繁重的工作中抽出宝贵时间所做的贡献。

这是一个百年未有之大变局的时代。贸易摩擦、脱钩、反全球化，成了我们耳熟能详的词汇。制裁名单、出口管制、长臂管辖，成为中国企业常常面临的困境。面对日益复杂的国际政治经济及监管环境，中国企业如何保护在海外的运营和资产，避免遭受各种风险和损失，运用法律手段维护自身权益，已经成为中国企业的“必修课”。

本书正是由金杜律师事务所中国及海外办公室几十位律师共同撰写，以他/她们从事跨境法律服务的丰富专业知识和实战经验，向中国企业及企业家揭示在海外投资可能遇到的风险和挑战，并给出如何应对这些挑战和风险的建议。本书共分四章，共计近 23 万字。其中境外中资企业商（协）会联席会议（以下简称联席会议）就中国企业在海外投资的总体状况及主要风险进行了详细的阐述，是本书的基础。

虽然本书集中了金杜中国及海外办公室的经验与资源，但由于中国企业涉足的不同国家和法域的法律监管环境与实务的复杂性和差异性，本书难免有所局限。欢迎读者提出意见或建议，我们在此表示感谢并会在将来的修订版中一并考虑并不断完善。

除了特别感谢联席会议对此书的贡献外，我还要感谢以下同事为此书所做出的特别贡献（排名不分先后）。

刘海涛（协调、大纲草拟及文字审阅）

陆青（总编），黄玲（国际投资并购及贸易），费佳、肖瑾、苏畅（国际投资仲裁、国际民商事诉讼及仲裁），梁燕玲、陆慧文（海外用工风险），王兴华（外国投资国家安全审查），田文静、刘志陟、王悦、康震（国际基础设施、工程

建设合同及纠纷解决)，刘新宇、孙兴（海关、外汇），楼仙英（知识产权侵权检索与分析及纠纷、美国无效专利的程序），戴梦皓（制裁、出口管制、反倾销、反补贴、知识产权的海关保护），段桃、叶永青（海外投资的税务问题），康军（美国税法），Markus Hill（欧盟税法），吴巍、朱媛媛（多边开发银行调查与制裁、企业海外合规管理体系），单颖之（自愿退市与强制退市后私有化路径），苏萌（海外上市公司私有化的融资安排），程冰（337 调查），胡梅、Aaron Wolfson（引渡、间谍、洗钱等犯罪、政府机构的调查），刘宁（美国的数据保护），Sana Duncan（欧盟的数据保护）。

另外，我还特别感谢以下同事对本书的编写所给予的大力支持（排名不分先后）。

阚思思，陆青，Mark Schaub，王军，瞿焱，赵京川，刘成，葛焱，Michael Amberg，Mark Raskin，Robert Whitman，Michael DeVincenzo，Vincent Filardo, JR.，张维，Handel Lee，范多凌，景云峰，杜慧力，张小联，程圆圆，金保亨，马艳晖，吕梦丹，王悦，邵红，秦玉公，黄建雯，李大诚，董娇娇，吴佳，何放，丁宪杰，Holly Blackwell，孟生，曾坚，过仕宁，靳庆军，邱进新，李宝山，任战江，云治，马笑匀，于淑妍，袁庄，王晓雪。



徐萍

金杜律师事务所资深合伙人

金杜律师事务所

金杜律师事务所（简称金杜）是一家总部位于亚洲的全球性律师事务所。作为在中国内地、香港特别行政区、澳大利亚、英国、美国和欧洲重要法域拥有执业能力的国际化律师事务所，金杜在全球最具活力的经济区域都拥有相当的规模和法律资源优势。我们面向全球，为客户锁定机遇，助力他们在亚洲和世界其他区域释放全部发展潜能。

在中国，金杜拥有近 470 多名合伙人和 1900 多名律师，办公室分布于北京、上海、深圳、广州、海口、三亚、杭州、苏州、南京、青岛、济南、成都、重庆、珠海、香港这 15 个重要商业中心城市。金杜拥有广阔的全球法律服务网络，在新加坡、日本、美国、澳大利亚、英国、德国、西班牙、意大利等欧洲主要城市和中东均设有办公室，共有 30 个办公室和 3000 多名律师，是一家能同时提供中国法、英国法、美国法、澳大利亚法、德国法、意大利法服务的全球性律师事务所，我们拥有的巨大法律人才库使我们能充分了解本土情况和法律实践并能提供多种语言服务。

金杜平台能够为客户提供在亚洲以及更大范围开展业务的独到视角及市场洞察力。作为在中国成长起来的优秀律师事务所，金杜凭借对于本土的深入理解、深厚的执业能力和丰富经验，结合国际化的视野和资源，为客户提供在中国及辐射全球的全方位、跨法域、综合性、一站式的法律服务和最佳商业解决方案以满足他们的多样化需求。确保我们的客户在他们开展业务的任何地域均能获得同样高品质且具商业化和创新性的法律服务。

境外中资企业商（协）会联席会议

2019年9月，15家境外中资企业商（协）会（以下简称境外商会）发起成立境外商会联席会议，截至目前，已有116家全国性境外商会加入境外商会联席会议。联席会议旨在为境外商会和中资企业打造信息交流平台、协调服务平台和联动互助平台，促进互学互鉴，加强横向协作，助力中资企业实现高质量可持续发展。

推进境外商会专业化、规范化建设。编制《境外商会联席会议工作指引》、《中资企业国别发展报告》，发起成立联席会议咨询委员会，策划组织境外商会主题论坛、“境外商会加油站”赋能培训等多种形式的活动，服务中资企业发展需要，助力中资企业防范化解风险，维护中资企业合法权益。

打造境外商会对外宣传窗口，展现商会形象。建立官方网站和微信公众号，编制《境外商会联席会议成员名录》，发布《境外商会联席会议工作通讯》，及时分享政策法规、热点新闻、商会动态等信息，展示商会形象，促进互学互鉴。

发挥境外商会优势，服务构建新发展格局。积极为境外商会创造对外合作机会，发挥境外商会和中资企业联通内外的优势，支持、助力商会成员参与国际、国家级经贸活动，打造“境外商会+”创新模式。

声明：

本出版物不代表金杜律师事务所对有关问题的法律意见，不代表境外商会联席会议及成员单位对有关问题的立场，仅供读者参考。任何仅仅依照本出版物的全部或部分内容而做出的作为和不作为决定及因此造成的后果由行为人自行负责。如您需要法律意见或其他专家意见，应该向具有相关资格的专业人士寻求专业的法律帮助。

本出版物中，凡提及“香港”、“澳门”、“台湾”，将分别被诠释为“中国香港特别行政区”、“中国澳门特别行政区”、“中国台湾地区”。

版权声明：© 金杜律师事务所 2022 年版权所有

如需了解更多信息，请访问 kwm.com。

金杜律师事务所保留对本出版物的所有权利。未经金杜律师事务所书面许可，任何人不得以任何形式或通过任何方式（手写、电子或机械的方式，包括通过复印、录音、录音笔或信息收集系统）复制本出版物任何受版权保护的内容。

有关本出版物的咨询及意见和建议，请联系：publication@cn.kwm.com



境外商会联席
会议
JCCOCC



金杜研究院
KWM_CHINA