



德衡律师集团  
DEHENG LAW GROUP

# 客户通讯 & 律师观点

国际业务中心 > 仲裁与 ADR 业务团队主办

2016 年 9 月 21 日 | 第 3 号

## 仲裁与 ADR 业务团队理论研讨

### 【研讨主题】

中国企业国际化风险管理之争议解决

### 【研讨笔记】

改革开放以后，不少中国企业通过参与来料加工、进出口贸易和服务外包等项目融入到世界经济和国际市场之中，渐渐地成为全球产业链的一个重要环节。入世以后，中国进出口贸易出现了井喷式增长，为中国企业积蓄了大量的外汇储备。在巨大的外汇储备支撑下，中国企业借助 2008 年全球金融危“机”扬帆出海，不少企业颇有斩获。如，2008 年，中联重科联手弘毅投资、高盛集团和曼达林基金收购了世界第三大混凝土机械制造商意大利 CIFA 公司 100% 的股权；2009 年 6 月，中国五矿集团以 13.86 亿美元收购 OZ Minerals 公司旗下 8 个生产矿山，以及其他处于勘探和开发阶段的资产；2011 年，中国三峡总公司以 35.26 亿美元的对价收购葡萄牙电力公司 (EDP) 21.35% 的股权；2011 年中国航空汽车工业控股有限公司收购美国通用汽车旗下的耐世特汽车系统公司；2013 年三一重工完成了对世界混凝土机械巨头德国普茨迈斯特公司 100% 股权的并购……同时，也有不少中国企业因遭遇了贸易或投资争议而折戟沉沙。笔者认为，中国企业国际化进程的涉外法律争议可以划分为传统和非传统两大类型。传统法律争议指国际货物、服务、知识产权贸易和中外合资、合作中出现的争议；非传统法律争议指晚近出现的对外直接投资、对外劳务合作和国际工程承包活动中出现的争议。如果说一般法律问题对应风险管理，争议解决则对应更高一个层次的危机管理。



图1 涉外法律争议类型图

## （一）传统涉外争议

传统涉外争议主要涉及到国际货物买卖、中外合资合作、知识产权保护方面的纠纷。从涉外争议风险管理的角度来看,国际商品买卖合同纠纷和中外合资合作经营纠纷是早期我国企业面临的主要争议问题。

虽然国际货物买卖和销售争议有相当长的历史,发生频率也相当高,但是直到现在,中国的进出口企业仍然面临着类似的问题,只是随着贸易形式的丰富和互联网的发展,情况更加复杂和繁复化了。比如,在贸易主体方面,外方当事人往往会利用虚构的贸易主体或者利用基本没有履行能力的离岸公司与国内企业开展贸易。当发生纠纷时,往往这样的外方企业没有偿债或执行能力,导致即使国内企业拿到胜诉判决或裁定也只是一纸空文;在结算工具方面,信用证欺诈则比较常见,如外方受益人利用伪造的单据进行欺诈或者外方开证申请人在信用证中设置软条款等,这些欺诈的结果往往导致国内企业财货两空,损失惨重;在国际货物运输方面,常见的倒签提单、预借提单、以保函换取清洁提单、无单放货、利用租船合同进行欺诈等等都是货物运输环节存在的风险;在货物质量方面,基于国际贸易本身的远距离和跨境的特点,货物质量方面的问题是大部分国际贸易纠纷的起因之一,货物质量方面的问题表现也比较多样化,如以假货充当正货、以瑕疵产品替代合格品、利用质量条款的不完善或己方的专业地位进行质量欺诈。对于货物质量问题往往事后救济的成本较高,因此事先预防尤为重要;在国际贸易的争议解决方式方面也存在一些风险,比如外方利用其熟悉国外仲裁法律及仲裁规则等设定仲裁协议,在纠纷发生时国内企业因该仲裁协议被认定无效或者仲裁裁决无法获得承认与执行而无法通过仲裁保护自己的合法权益。

同时,大量中国出口企业面临海外商帐追收的问题。特别是小额出口中,相对高昂的法律救济成本让不少中国企业望而却步,不得不去算一本经济帐,认为不如放弃追收和维权合算,放纵姑息了海外债务人,也助长了一些不法分子利用跨国法律漏洞欺诈中国企业的嚣张气焰。在这一方面中信保做了不少工作,维护中国企业的合法权益。根据这种情况,一部分中国企业开始意识到了了解、熟悉国际贸易规则和惯例的重要性,审慎的选择交易伙伴,详细考查交易伙伴的经营实力,选择正确的支付手段。然而,仍然还有一些新开立或经验不足的中国企业从事国际贸易时,偶尔会犯一些低级或疏忽大意的错误,给自己造成难以挽回的损失。

对于中外合资合作争议、涉外知识产权保护争议,如商标被抢注、展会中被查封、保全、专利诉讼、电影、书籍等出版物、软件侵犯著作权,西方国家对中国企业两反一保案件等,更是中国企业国际化过程中无法绕过的重大障碍。

## （二）非传统涉外争议

伴随着中国企业在国际经济中参与程度的加深、加快,除了传统的国际商贸合作争议外,开始出现了国际直接投资、对外劳务合作和跨国工程承包方面的争议。

### 1、国际投资争议

由于企业自身对海外投资的复杂性认识不足,合同风险管理、知识产权风险管理、劳资关系风险管理等方面工作不足,并且投资东道国的法律制度、政治环境和社会文化与国内差异较大,我国海外投资立法导向侧重监管而引导、保护不够等原因,争端频有发生。

中国企业海外投资纠纷的类型有:①从主体来看,海外投资纠纷一方面存在于中国企业和外国自然人、法人(合称“私人”)之间,另一方面存在于中国企业和外国政府之间;②从内容和性质来看,海外投资纠纷可以分为商业性活动引发的纠纷和非商业性风险引发的纠纷;③从引发纠纷的

时机来看，海外投资纠纷可以分为投资准入纠纷和投资后生产运营中发生的纠纷。例如在 2008 年，中远集团就以 43 亿欧元的投资获得了比雷埃夫斯港 2 号和 3 号集装箱码头 35 年的特许经营权。然而 2015 年初，反对紧缩措施的希腊左翼激进联盟党在赢得议会选举后，就在新政府宣誓就职的当天叫停了向中远出售港口股权的进程。就在中远险些遭遇希腊政治“黑天鹅”之际，反对私有化的希腊新政府还是在今年 1 月批准了这项交易，并让中远集团成为惟一的竞标方。2016 年 4 月 8 日，中远与希腊发展基金签署了比雷埃夫斯港口管理局股权转让协议，至此希腊正式将该国最大港口比雷埃夫斯港 67% 的股权售予中远集团。这其中就体现了中国企业与东道国政府在商业与非商业活动中的准入和运营风险，以及其中微妙处理的政商法律关系，从而圆满化解了争议。

## 2、国际劳务合作

目前，中国外派劳务过程中易引发争议的主要问题有：①私招乱募，不具备资质的中介将未经培训的劳务派驻工程现场，以骗取中介费和保证金；②层层转包，管理责任难以落实；③施工现场劳务管理不善；④部分外派劳务人员恶意讨薪；⑤相关法律制度不健全。

## 3、跨国工程承包

中国对外承包工程过程中易引发争议的主要问题有：①由于政局变化、政权更迭、战争、罢工等引起社会动荡；②汇率风险、价格波动、业主破产、拖欠工程款、恣意扣除保函和提出索赔；③社会风气和民俗文化、社会治安的稳定性、劳动者的综合素质产生的消极影响；④以及由自然条件变化、工程变更、工期调整、合同价格调整、暂停施工等引起的合同争议。

在海外工程承包方面，中国企业与东道国的争议频有发生。例如，2006 年北京城建集团中标也门民航气象局的国际机场新航站楼工程，然而业主从未按合同约定支付工程进度款，城建集团也由于缺乏国际承包经验，坚持继续施工，以至于主体工程建造完成，业主仍拖欠工程款，甚至将中国公司 3000 万美元的履约保函全部扣除。2014 年，北京城建集团向 ICSID 提起仲裁请求。又如 2015 年初，墨西哥政府为改善预算状况，决定将中国铁建中标的墨西哥城高铁项目“无限期暂停”，而中国铁建此前已为该项目投入了上百万美元的前期资金。

以对外承包工程争议为例，协商是工程争议解决中最常见的方法，但仅针对需要即刻解决的争议；调解是经过双方合意采用的方式，但并不是合同争议解决的主要方式；争端裁决委员会是近年来较受欢迎的非法律性争议解决方法，其主要目的在于解决“工程师应保持独立公正”与“工程师是业主的雇佣者的身份”的矛盾，但同时也会降低工程师的威信和控制工程项目的能力；仲裁是目前最受欢迎的争议解决方式；而诉讼则并非国际工程合同争议解决的主渠道。

在风险识别阶段，很多中国企业已经建立了自己专门的法务部，有相对完善的内部控制和风险控制制度。同时，因为经验的限制，中国企业还难以完全甄别涉外争议解决中的全部法律风险。在涉外争议解决，特别是在境外争议解决方面还难以由企业法务部单独承担。中国企业需要借助外部律师、外国律师来帮助其处理跨国争议，这也就需要合作律所、合作律师有覆盖全球的业务网络。在风险评估阶段，中国企业逐渐建立了对外合作风险评估制度，比较典型的如山东省国资委建立的省管企业境外投资风险评估和管理制度。

中国企业在涉外争议解决的方式上应该说普遍使用了调解、仲裁和诉讼三种正式方式。调研发现，中国公司在涉外合同中有 80% 以上是选择仲裁作为争议解决方式。从目前来看，中国企业国内涉外诉讼较多，类型多样化。笔者在中国裁判文书网上检索“中外合资”可以得到 1,701 条检索结果，也就是说有 1,701 件裁判文书与“中外合资”争议有关，其中合同争议 409 条、授权争议 251 条、变更争议 208 条等等不一而足，绝大多数是民事案件(共 1197 条)，占全部检索结果的 70.3%。全部检索结果中基层法院案件 707 条、中级法院案件 797 条、高级法院案件 179 条、最高法院案件

18条。经过数据库按裁判年份筛选之后，我们会发现2012年之后中外合资纠纷明显呈上升趋势，从2012年的74件上升到2013年205件、2014年585件、2015年452件。经过与“中外合作”裁判案件情况的对比，笔者认为这种变化很有可能不是因为裁判文书上传和统计数量所致，而是实际生活中中外合资纠纷案件因为经济形势下行而出现增多。

国外诉讼情况少很多，类型比较集中，如境外上市中股东集体诉讼、贸易措施诉讼、知识产权诉讼以及一般合同纠纷诉讼等。目前中国企业遭遇集体诉讼最多的是在美国，部分美国律师事务所所以承办集体诉讼案件著称，其时刻关注不同上市公司的信息披露和业绩表现，在其认为合适的时候发起集体诉讼。在美国提起集体诉讼并不需要太多证据，投资者如果受到较大损失，根据公开信息，可以合理怀疑公司有隐瞒重大不利信息的情况，就可以起诉，不仅仅是中国企业，很多美国上市公司包括目前很受关注的特斯拉也曾面临集体诉讼。但是不同于每次集体诉讼高调的开场，大部分集体诉讼大多数终结于和解。这样的过程对中国企业股价以及市场信誉度都会产生质的伤害。美国证券市场对企业信息披露十分注重，披露的完整性、准确性、真实性、及时性都会成为关注的重点。从目前市场行情来看，中国企业历史上对信息披露的随意已经使得境外资本市场对中国企业普遍存怀疑态度，企业选择境外上市尚需就该部分充分准备，保持与市场良性的沟通。

虽然普遍使用了仲裁作为法律文件、协议或合同的争议解决方式，但是中国企业选择的仲裁机构和仲裁规则却是千变万化，仲裁员选聘上也存在限制。总体上看，中国企业缺乏参与国际仲裁的经验。例如，中国投资企业很少提起国际投资仲裁，根据ICSID的官方资料显示，中国（不含港澳地区）企业因海外投资争议向ICSID提起国际仲裁的案例仅为3件；根据新加坡国际仲裁中心（SIAC）的官方数据，2015年其受理的新增案例为271件，其中84%的案例在本质上属于国际仲裁案，其中涉及中国当事人的共46件。

调解方式适用于中国企业和中国文化，以及受此文化影响的国家和地区，如东亚、东南亚地区。近年来，有些国内机构，如北京仲裁委员会，以最接近国际模式的方式推出了调解服务，试图为国内外企业提供更加低成本的争议解决渠道。虽然有一些公司尝试通过利用调解解决争议，也获得了成功。但是，大部分公司仍然不知道国内有这种特别的商事调解服务，更不用说去尝试。

由于仲裁具有保密性的特点，仲裁的结果一般来说很难为公众所知悉。因此，只能通过一些间接的渠道来大致了解在海外仲裁的结果。多位国际仲裁专家就曾披露，中国在海外仲裁多数败诉，特别在新加坡国际仲裁中心（SIAC）、国际商会仲裁院（ICC）、伦敦国际仲裁院（LCIA）与美国仲裁协会（AAA），中国企业作为一方当事人的仲裁案件，中方大多败诉。有些中国企业及法律人士根据中国《仲裁法》对仲裁条款的规定，想当然地去否认仲裁条款的效力，出现在第三方看来是“非理性地”挑战仲裁条款效力的情况。有的中国企业不是积极去海外应诉，而是试图在中国法院申请确认仲裁条款无效；自以为是地拒绝签收仲裁通知，以为这样仲裁就无法继续进行或即便进行仲裁所做出的裁决也是单方面裁决。这也需要我们在平时工作中多加注意，避免出现“想当然”的低级主观判断失误。对于走出去和国际化过程中遇到的法律争议，一些中国企业选择了回避。例如，两反一保、337调查等。同时，越来越多的中国企业选择积极面对。在反倾销领域，中国不乏企业积极应对而胜诉的案例。

### 三、我国企业涉外争议风险的主要表现和特点

中国企业国际化的经历并不都是皆大欢喜的。这其中既有很多成功案例的经验值得我们去借鉴和学习，也有一些不太成功案例的教训需要我们去研究和总结，探究其中深层次的原因，可为今后中国企业国际化提供理论和实践两方面的对策支持。近年来一些案例给了我们充分的警示，如2004年上汽收购韩国双龙汽车产生的长期劳资纠纷，2007年中国平安收购比利时富通银行在经济危机后发生的，与比利时政府的投资纠纷，2010年黑龙江国际经济和技术合作有限公司、秦皇岛市泰龙国际实业有限公司和北京首钢矿业投资有限公司和蒙古共和国矿业投资纠纷，2012年三一重工

关联公司罗尔斯收购美国俄勒冈州风电项目发生的美国国内诉讼等等。企业一旦陷入涉外争议中，就会面对遭受损失的风险。具体可以表现为：①作为原告时权利无法救济，面临商业损失；②作为被告时败诉会面临财产执行；③合同本身出现问题，遭受合同损失；④争议解决条款设计缺陷或争议解决机制缺乏统一性、不可行，造成法律上的被动；⑤未充分利用适当的争端解决机制维护自身权益；⑥选择了不恰当的争端解决方式或律师。

笔者总结出出现争议的重要原因有以下几点：

第一，经济危机或经济下行背景下，政府一系列紧急措施或应急措施容易引发争议，私人违约风险也因经济形势下行而发生恶化；绿色环保等非关税贸易、投资壁垒越来越多，国家安全措施争议增多，贸易和投资保护主义抬头。

第二，国家政府(或执政党)更迭以及经济政策调整容易引发国际争议，建议中国企业走出去大项目基础合同中增加稳定性条款，例如蒙古、缅甸、刚果、委内瑞拉等发展中国家对资源开发政策的调整、希腊对港口建设和运营政策的变化、西班牙政府更迭导致对投资者承诺的变化等等，可以通过充分尽职调查，增加合同相应内容和投保境外贸易或投资保险等措施来缓冲。

第三，合同争议问题与违反国际承诺和条约。合同违约是常见的，如对质量、付款、运输或保险违约，特殊情况下也会出现对国际贸易或投资条约的违反。

第四，部分中国企业知识产权法律意识淡薄，专业知识欠缺。不少当事人或企业领导出于对企业快速发展战略的考虑，本着“先干了再说”的态度，对前期侵权并不在意，为日后埋下隐患；同时没有深入考虑或者不知道如何利用知识产权法律提供的便利制订自身长期的知识产权和研发发展战略，等做大做强之后再考虑知识产权的问题，往往会与知识产权人产生争议，并付出高额的代价。

第五，中外合资方利益问题分歧和控制权之争。近年来发生了不少中资、外资股东大战，最有代表性的是娃哈哈与法国达能的争议，涉及到多个跨国诉讼和仲裁。

第六，不少中国企业并不认为其会面临高政治风险或遇到国家安全审查，对具体法律制度缺乏深入了解，也反映了中国企业国际化历史不长，对有关问题认识程度不够。在争议解决方式上更倾向于使用协商、谈判等方式，而非国际仲裁。一方面说明中国企业处理国际争端的经验较少；另一方面说明中国企业缺乏运用国际仲裁的能力。

第七，中国企业重视贸易壁垒的影响，而容易忽视了投资、环保、劳工或企业社会责任等方面隐性法律壁垒的影响。

第八，习惯性依靠政府出面解决问题，尤其是国有企业。如，密松水电站、高铁建设等。有时候政府出面不一定达到良好效果，中国企业还是要充分依靠国内法和国际法等法律途径来维权。

不少大型中国企业在海外进行跨行业交易，因而对海外投资的行业和行业所处的政治、法律及社会环境不甚了解，而在临时组建的项目团队无法尽其责，而又急于拿下项目的情况下，在谈判中对项目进展计划等许下不切实际的承诺，并最终将这种承诺落实到书面的合同条款中，这样做的结果只能是徒给企业自身增添违约的风险。

例如，中国某公司因其最大的海外项目 BM 度假村工程因与开发商 BM 公司陷入诉讼纠纷。度假村由于工程建设遇阻、工期延误和劳资纠纷等原因一直推迟开业，而这直接导致 BM 公司提交破产申请，并将责任全部归咎于中方，而争议产生的真正原因除了在于业主频频更换设计方案外，还在于中国公司对海外市场状况估计不足，因急切拿下项目而错误估计了工程期限。

#### 四、提高我国企业争议解决法律风险管理能力的建议

随着中国企业走出去和国际化的案例越来越多，经验也会相应地越来越丰富。在总结经验、教训的基础上，笔者尝试提出一些建设性的意见和建议，供读者参考借鉴。

##### 1. 强化企业防范争议风险的意识，提高防范争议解决风险的能力，加强知识管理及培训

加强涉外争议解决法律风险管理，首先要提高中国企业高级管理人员的法律风险防范意识，增加人才储备，并进行系统、科学的业务培训。法律风险通常具有阶段性特征：法律风险因素→法律风险的产生→法律风险事件→法律风险后果。法律风险因素、条件只要尚未交织在一起，就还没有构成法律风险，因而只是形成法律风险的因素。因此，控制法律风险的最佳时机是在具体法律行为的作为或不作为发生之前，离开了“事前控制”法律风险的管理就会打折扣。

由于争议的解决日益专业化，想要有效地应对就需要具有相应专业知识的法律人才。大部分公司的法务人员基本上都有一定的基础法律和业务知识，对涉及法律争议和法律风险管理的事宜可以作出一定程度的判断，但法务、业务人员还需要通过相关行业交流研讨、企业内部培训等途径进行进一步的积累学习。针对于涉外法律争议解决，可以根据相应的争议类型进行系统化的法律风险管理培训。例如，针对传统型的涉外争议，可以组织国际货物买卖、国际服务贸易、国际知识产权和对外合资合作方面的培训。针对非传统型的涉外争议，可以组织跨国直接投资、对外劳务合作和国际工程承包方面的培训。

## 2. 充分利用仲裁、诉讼程序维护自身权益，采取“不回避”的态度

如果实在不能通过和解渠道解决法律争议，当事中国企业就应当全面分析争议事件的法律关系、利弊得失和仍然存在可能性的解决方案，充分考虑通过仲裁或诉讼方式来维护自身合法权益。毕竟在法律上能站住脚的前提下，中国企业还是可以通过仲裁、诉讼圆满化解法律争议的。

## 3. 选择正确的代理律所和律师

中国企业解决涉外法律争议一定要选对律所和律师。处理涉外争议需要代理律师具有扎实的专业知识功底、丰富的实践经验，以及熟悉争议涉及相关国家的人文社会背景，如文化、语言、政治体制、经济环境等等，最好有在相关国家学习、生活或工作的经历和熟练的外语技能。另外，好的律师要有好的工作习惯，既能及时反馈信息，保证较高的工作效率，又能保证良好的工作效果，提供的意见准确、切实、可行。

对于涉外争议解决，中国企业可以考虑通过专业中国律师或企业内部高级法务人员加强案件管理和进程管理，实时跟踪案件进展情况，积极配合外部代理律师做好准备工作。通过经验丰富的专业中国律师进行一站式牵头管理来强化案件控制，可以既节省了案件处理成本，省时、省力，也加强了企业的科学管理。中国企业也可以通过中国律师推荐并选择合适的外国律师。涉外争议案件有时需要中外律师进行合作。有经验的中国律师往往有比较了解或有过合作先例的外国律师或跨国律师合作渠道，可以对外国律师的水平、经验和收费进行综合甄别，达到“内行管理内行”的效果。通过中国律师向外国律师对服务费用进行询价、比较，选择性价比最高的外国律师和律师事务所，往往可以达到比较好的效果；同时也就对中国企业的争议解决费用进行了管理，并且中国律师可以用比中国企业更强的议价能力与外国律师进行收费谈判。

## 4. 充分考察涉外项目，做好可行性研究。

对项目进行分析和判断的基础来自于对项目本身信息的掌握，除外国公司、合作方提供的信息外，律所、投行、中国驻外大使馆、商务机构都可成为相关信息的来源渠道。对于应对项目的合法性和法律可操作性的风险，中国企业应该在投资决策阶段就聘用律师（可以是有经验的国际律师，特别是有丰富经验和扎实理论知识基础的国内事务所中国国际律师）。对于跨国交易，律师的作用在最开始的时候是很重要的，因为律师可以从交易的合法性、可操作性和交易结构的设计上提供非

常好的法律建议，这种作用不亚于在合同起草和谈判阶段的工作价值。

#### 5. 正确选择争端解决方式。

根据争议类型灵活运用调解、仲裁、诉讼等争端解决方式，支持政府和相关部门加强国内涉外仲裁机构建设，如多选择涉“一带一路”仲裁机构、国内涉外仲裁机构作为合同争议解决机构，使用国内涉外仲裁机构的标准仲裁条款等。

---

如对本客户通讯有任何疑问，请联络下列本文作者或您通常联系的集团律师。

冷帅

[lengshuai@deheng.com](mailto:lengshuai@deheng.com)

13869197728

北 京

刘克江

[liukejiang@deheng.com](mailto:liukejiang@deheng.com)

13911105887

北 京

栾姗

[luanshan@deheng.com](mailto:luanshan@deheng.com)

13911105887

北 京

---

本文是德衡律师集团向客户及其他友好各方提供的法律通讯。本文所载信息不应被诠释为律师意见。如果您需要关于上述事宜的进一步分析或说明，请联络您最通常联系的律师。欲获取此通讯，请通过 <http://www.deheng.com.cn/ywly/>，查找本团队专栏，订阅本通讯。我们将定期向您发送。