

## 君合海外投建营系列 – 境外投资中的国别法律尽调（下）

在境外投资中的国别法律尽调（上）一文中，我们对于国别尽调的总体开展思路、尽调方法、以及尽调中可能涉及到的投资法律环境，外资的进入和管理，安全审查与反垄断等常见的要点问题进行了归纳分析。在本文中我们将继续对境外投资的国别尽调中其他的一些重点问题进行提示和归纳。

与境内投资项目相比，境外投资中企业经常会面对一个在社会、经济和法律环境与母国完全不同的陌生环境。一些在境内项目中企业所熟悉的思维方式、交易手段和法律概念在境外投资中都会有所差异，甚至内涵截然相反。走出去的企业是否事先进行了充分、有效的尽调工作很大程度上决定了一个境外投资项目的成功与否。在这其中，由于法律本身具有很强的国别属性，因此国别法律尽调在境外投资的尽调中又具有至关重要的地位。

### 一、境外绿地项目的合规尽调重点

#### 1、项目的核心许可与证照有哪些

中国企业的境外投资项目，尤其是基础设施和能源类的绿地项目，大体可以分为投资、融资、建设和运营几个阶段。在这几个阶段中，中国企业根据其商业安排有时不仅会作为投资阶段的公司股东，还会担任建设阶段的 EPC 承包商，或者是运营阶段的项目管理人。以下我们以越南的新能源电力行业投资为例，分析东道国对各个阶段的许可与证照要求对中国企业的投资战略布局产生的实质影响：

- 在投资阶段，中国企业在实施出资之前需要了解东道国相关必要的事前审批要求（如外资准入、

反垄断申报以及其他的项目许可），以合理安排出资计划。越南的新能源项目在设立前通常需要取得（1）准许将该项目加入国家电力发展主要规划（national power development master plan）的总理批准；（2）越南国有电力公司（Electricity of Vietnam）对购买电力的原则性批准（approval in-principle）；（3）投资登记证书（investment registration certificate）。上述需事前取得的许可证照应当作为投资者出资的前提条件。

- 在建设阶段，中国企业应当了解东道国对建设项目的许可要求以及相关的申请可行性。在越南建设风力发电设施所需取得的主要资质包括（1）可行及设计研究（feasibility and design study）；（2）施工许可（construction permit）；（3）环境影响评估批准（environmental impact assessment approval）；和（4）消防和防火批准（fire prevention and firefighting approval）。投资者需要了解相关许可批准的申请要求，提前做好准备，避免因相关申请文件的准备工作而影响工期。

- 在项目公司实现商业运行并进入运营阶段后，项目公司也需要取得一系列的许可审批并遵守相应的监管要求。中国企业如果作为项目公司的运营管理人，更需要了解是否有相关的许可审批、定期检查以及资质更新的要求。在越南运营风力发电项目所需的主要资质证照包括（1）发电许可（electricity generation license）；（2）运营许可（operation license）；和（3）越南国有电力公司对商业运营的确认。其中，发电许可要求项目公司应持续遵守关于技术设备、IT 设施、环保以及人员等

方面的一系列要求，例如项目公司的技术管理人员应具有电力专业的大学以上学历且有5年以上的发电行业经验。

此外，除了法律的明文规定以外，还需要提前重点了解越南各个省申请和取得核心许可的当地实践，包括资质许可取得的必要性、申请审批流程、申请主体等，不同的地方监管机构掌握的审批尺度可能有所不同。如当地主管机关认为不需要取得相关资质证照，项目公司应争取获得该机关表明该观点的豁免函。对于申请审批流程，目前由于越南当地的并网限制，投资登记证的申请审批流程相对缓慢，存在延迟风险，投资者应当提前将延迟的风险考虑在项目的时间规划中。

## 2、是否有当地成分与进口管制的要求

在项目建设和运营阶段，如果项目公司需要从境外采购货物或服务，应特别注意很多当地法下存在的当地成分要求：即指部分产品或原材料是否必须在东道国购买或生产。以巴西为例，自2019年来，巴西国有开发银行要求接受其融资的公司需要在巴西本地采购30%的原材料<sup>1</sup>，该当地成分要求会影响投资者向巴西国有开发银行寻求融资的意愿或之后从事开发经营的具体安排。

对于需要从其他国家进口的货物或技术，投资者也需了解是否存在相应的限制进口措施。以尼日利亚为例，除禁止进口的部分商品外，尼日利亚对石油产品、发电机等受限制产品实行进口许可，进口许可证申请人须在入关前3个月提出申请。就此，对于需要提前申请进口批准的货物或技术，中国企业需要合理安排项目时间，并可考虑在交易文件中要求当地合作方提供支持和协助。

## 3、环保许可与评估

首先，在绿地投资项目的开发建设过程中，投资人应当关注项目是否需要初始环境保护评估，并提交给环境监管机构进行审批，以土耳其为例，装机容量在1-10兆瓦的水电站仅需向土耳其环境局进行项目备案并取得环境局签发的无需进行环境评估的决定；而从事对环境影响更大的项目则需要向土耳其环境局提交环境影响评估报告并取得土耳其环境局的书面批准决定（Environment Impact Assessment Affirmative）。

其次，在项目开发建设完工后并进入运营阶段时，投资人应提前了解是否有其他的环境许可要求，包括相关环境许可的取得时点（如项目达到商业运行时）、维持标准（如对污染排放、废弃物处理或噪音干扰等的限制）、许可有效期（是否要每年更新）等。此外，有的国家会给予投资项目一个取得环境许可的过渡期，如土耳其允许项目在开始运营后的第一年内取得环境许可，而在取得环境许可之前，土耳其环境局会向项目公司签发一个暂时运营证书（temporary operation certificate）以代替环境许可。

除上述环境报告评估、环境许可外，东道国可能还有其他的环境保护监管规定，如对于危险废弃物的管理要求、文物遗迹的保护规定等。考虑到环境不合规可能产生较为严重的后果，中国企业在进行境外投资时应当及时了解并遵守当地的规定。

## 4、特许经营的尽调要点

在当地的一些大型投资的政府公共项目（尤其是大型的基础设施项目）中，项目公司通常会与东道国政府签署特许经营权协议，获得东道国政府对项目公司开发、建设和运营基础设施的许可。投资者需要关注的重点包括：

- 项目公司取得特许经营协议的签署资格需

<sup>1</sup> International Trade Administration U.S. Department of Commerce, *Brazil's Local Content Requirement*, <https://www.trade.gov/market-intelligence/brazils-local-content-requirement>

要经过哪些授权审批手续，是否必须经过公开招标等竞争性程序。许多东道国政府公共采购并授予某个项目通常需要经过一系列的筛选和评估，因此投资人需要提前了解相关的项目授予手续，例如一些菲律宾的垃圾发电项目会采用瑞士挑战竞标制度（Swiss Challenge）。

- 东道国政府在特许经营权协议中作出的政府放弃主权豁免是否有效。特许经营的项目通常时间较长，如果在履行过程中出现争议，投资者要对东道国政府提起诉讼或仲裁，首先要考虑主权豁免问题。<sup>2</sup> 通常投资者为寻求争议解决的公平和中立，会希望将争议解决的机构设置在第三国仲裁，而主权豁免一直是仲裁裁决的承认和执行的障碍。如果东道国与投资者签署含有放弃主权豁免条款的协议，但在之后出现争议或执行时再次提出主权豁免主张，则不仅需要了解东道国所签署的条约和国内法律，也需要考察争议受理国的主权豁免立场。<sup>3</sup>

- 是否存在对特许经营权人发生控制变更或股权转让的法律限制。为了确保项目实施主体的稳定，很多国家的法律会限制取得特许经营权的主体在一段时间及一定层级发生控制权变更，而投资者根据其商业需求可能在完成开发建设特许经营项目工作后，通过股权转让或其他形式从项目中退出。如果存在相关锁定期的法律限制，投资者需要在一开始的交易结构中予以考虑退出途径。此外，在项目融资中，贷款方通常需要确保能够在特许经营权上设置担保，如果当地法律存在相关的限制要求，则对项目融资产生很大的影响，投资者可能需要向贷款方提供其他的增信措施。

## 二、劳动用工的尽调重点

投资者在海外进行商业经营，需要雇佣员工。东道国出于保护劳动者的目的，通常会颁布许多强制性规定，违反劳动领域的强制性规定不仅会使投资者遭受严厉处罚，而且可能引发劳资冲突，导致生产经营遭遇重大困难。

### 1、劳动合同的法定形式与内容

东道国对劳动合同的订立形式要求各有不同，需要特别注意是否需要书面的劳动合同。有的国家要求雇主必须与雇员单独签署劳动合同，如缅甸、保加利亚、墨西哥；有的国家要求部分劳动合同（如固定期限的劳动合同）应当以书面形式订立，如比利时、柬埔寨、法国；有的国家甚至不对劳动合同的订立形式做强制要求，如澳大利亚、土耳其。尽管东道国对是否订立书面合同的要求不一，但通常的法律实践都会要求将重要的劳动条款以书面形式确定，以降低雇主未来产生劳动争议的风险。

除书面合同要求外，东道国可能还有进一步的其他要求，例如比利时法律要求签署书面劳动合同的语言应当为法语或德语；保加利亚法律要求在劳动合同签署后的3日内通知当地主管机关（National Revenue Agency）。在劳动合同的内容上，东道国法律（如保加利亚、丹麦等）一般要求包括基本的劳动信息，例如（1）订立劳动合同的各方当事人；（2）劳动场所；（3）劳动岗位及工作描述；（4）工作期限；（5）工资待遇；（6）带薪休假信息；（7）劳动终止的提前通知时间等。

对于外籍员工的劳动合同，东道国可能会有特殊要求。科威特要求外国员工必须签署政府雇佣合

<sup>2</sup> 李庆明，国家豁免与诉诸法院之权利——以欧洲人权法院的实践为中心

<sup>3</sup> 例如在“Noga 公司诉俄罗斯联邦案”中，瑞士公司 Noga 与当时的苏联（之后为俄罗斯）政府签署原油供应合同，合同中俄罗斯政府明确约定放弃对诉讼、执行和扣押的任何豁免权。之后，俄罗斯政府违反合同终止原油供应，Noga 公司根据合同向斯德哥尔摩商会提起并赢得仲裁。俄罗斯政府上诉到巴黎上诉法院提出解除对仲裁裁决相关财产扣押的请求，法院认为俄罗斯虽然放弃了主权豁免，但基于俄罗斯是《维也纳外交关系公约》的成员国，俄罗斯并没有放弃外交豁免权和以外交为目的的财产豁免权，因此得出俄罗斯对其财产没有放弃豁免权的结论，解除了财产扣押。杜焕芳、段鑫睿《论国际仲裁中国家放弃豁免条款的效力》。

同才能获得工作许可。巴西则要求雇佣外国员工必须提交给劳务部长审核。值得注意，外国员工通常需要工作许可才能在东道国工作，外国员工签署劳动合同时应检查工作许可的有效期，并及时办理工作许可的申请与展期。为保护本国国民的就业机会，一些国家对雇佣外国员工施加限制。在新加坡，外国中等技术雇员在服务业公司中不得超过 10%，在制造业公司中不得超过 20%。2022 年瑞士对于欧盟成员国国民以外的外国人的工作许可数量不超过 8500 份。<sup>4</sup>

## 2、雇主的强制性义务有哪些

通常东道国法律为保护雇员，会对雇主施加一些强制性义务。这些强制性义务可能对交易成本、交割时间、投后管理等方面造成影响，中国企业应当予以重视。如下是一些较为常见的强制性义务：

- 各国劳动法一般会规定雇主负有法定支付义务，需要留意在一些国家雇主的支付义务可能会非常严格。例如德国的养老金制度一般要求将工资的 18.6% 作为养老金，雇主与雇员平均承担；而瑞典则要求雇主另行支付高达相对于雇员工资 31.42% 的公积金和社会保险费用。在收购欧洲的企业时需要特别留意雇主法定支付义务可能存在缺口（pension deficit）。过高的金额缺口会大大增加交易成本，甚至可能导致交易无法顺利推进。

- 通常各国对雇员的最低工资也会有所要求。例如，澳大利亚在 2021 年 7 月的最低工资为 20.33 澳元每小时或 772.6 澳元每周；与之相比，丹麦则没有最低工资的法律要求，最低工资通常是在工会与雇主之间的集体协议中进行规定。

- 为保护劳动者，许多国家都要求每天的工作小时不超过 8 小时。但是需要特别注意，在一些伊斯兰国家，因为宗教信仰的关系，在休假方面有特

殊规定。阿联酋要求在斋月期间每天的工作小时应减少 2 小时，穆斯林员工在合同期内可拥有一次不超过 30 天的朝圣假期，朝圣假期不计工资。

## 3、劳动合同如何解除

跨境交易中解除部分雇员的劳动关系是一个敏感问题，在这一方面投资者需要事先了解：

- 通知期间（notice period）：东道国法律一般会要求雇主履行提前通知程序，并规定最短通知期间。通常雇主应当根据雇员的工作时长提前通知终止劳动合同，例如在芬兰，如果雇员工作时间不满 1 年，雇主应当提前 14 天发出终止通知；而如果雇员工作超过 12 年，则雇主应当提前 6 个月发出终止通知。

- 遣散费（severance payment）：遣散费的有无多寡影响公司的解雇成本。例如在芬兰，雇主没有支付遣散费的法定义务；但在意大利，即便雇主是出于正当理由解雇其雇员，其也应支付遣散费（trattamento di fine rapporto），金额相当于该雇员工作期间的每年薪资除以 13.5 的总和，且需根据通货膨胀情况调整。

- 解雇程序要求（procedural requirements for dismissal）：东道国（尤其是欧洲国家）就集体性裁员（collective redundancy）对雇主施加了更重的解雇程序要求。以意大利为例，对于雇员人数超过 15 人的公司，如果由于业务重组，雇主在 120 日内在同一个工作部门或同一地区解雇超过 5 名以上雇员则会构成集体性裁员，雇主需要履行一系列较为严格的解雇程序，包括书面通知雇员、与雇员进行交涉并将结果书面通知当地劳动局等。如果雇主违反这些程序，其将被要求根据具体情况向有关雇员支付 5-36 个月的工资赔偿款。

<sup>4</sup> Fragomen, *Immigration Statistics: Update on Available Quotas in Switzerland*

#### 4、工会的权利和集体协议

集体协议在欧洲国家较为常见，以法国为例，集体协议分为两种，一种是指一个或多个代表员工的工会与一个或多个代表雇主的组织订立的集体谈判协议（collective bargaining agreement），该协议通常约定雇员与雇主之间的劳动关系认定、工作条件、社会保障以及雇员福利；另一种则是指一个或多个代表员工的工会与某一个雇主之间的公司集体协议（company collective agreement），该协议可约定的内容更为广泛，包括工作时间、薪酬待遇、性别平等的要求。<sup>5</sup> 集体协议的条款和条件将直接适用于雇员单独与雇主签署的劳动合同。<sup>6</sup> 投资者应当提前了解东道国的集体协议的适用范围以及相关规定，以适当考虑收购公司的员工成本或提前规划投后管理。

同时，工会的法定权利也需要投资者进行关注。在一些欧洲国家例如法国及德国，并购交易的完成需要事先咨询工会的意见；但是在荷兰，并购交易的完成则需要工会的明确同意，若不能与工会达成一致，工会可以阻止交易的完成。<sup>7</sup> 在此类国家进行尽调时，应注意将与咨询或者获得工会同意的时间列入交易的时间表中。

### 三、土地权利的尽调重点

#### 1、土地的权利形态

不同国家对于土地上所具有的权利有不同的规定。根据印度尼西亚法律规定，土地的权利类型包括所有权，建造权，收获权，使用权，管理权，租赁权等。根据英国土地法相关规定，英国土地上的所有权一般主要可以分为永久产权（freehold）和租赁产权（leasehold），对于永久产权来说，所有者对该土地及土地上的建筑物都拥有完全的所有权，

不存在时间的限制。而租赁产权的所有者，一般仅对土地上的房屋拥有所有权，而通过对土地的租赁合同对土地具有一定时间内的使用权。此外英国土地上的权利还有地役权，获益权，公共路权等。

了解目标国家法律对于土地上权利形态的分类，有利于在涉及基础设施建设或厂房等以土地为重要资产的投资项目时准确判断尽职调查的范围，以确保在尽调过程中将项目应拥有的全部土地权利均列入调查范围。同时，也可以提前判断是否存在如公众地役权等可能会对项目土地的使用造成影响或限制的风险存在，以便提前做好应对措施。

#### 2、外资持有土地的限制

大部分国家对外资持有土地均存在不同程度的限制或禁止，在印度尼西亚，土地的所有权只能被印尼公民个人或政府同意的法律实体所持有，尽管如此，但外资可以通过在印尼设立外商投资公司而享有在土地上建设建筑和使用土地的权利。欧洲部分国家对外资持有土地的限制较少，德国并不限制持有土地人的国籍；英国目前也并不限制持有土地人的国籍，年满 18 周岁的自然人无论国籍，或者法律实体无论设立国家均可以在英国持有土地。根据菲律宾相关法律的规定，只有菲律宾本国国民，菲律宾公司，或者菲律宾持有最少 60% 股权及表决权的合资公司，可以持有菲律宾的私人土地所有权，外商投资企业若想在菲律宾拥有私人土地所有权，则其中的外资股权及表决权比例不得超过 40%。

了解目标国家法律对于外资持有土地的限制，有利于在投资项目开始前提前判断项目的可行性，并且有利于科学的设计投资方案，尤其是外资持有土地的限制可能会影响在当地设立项目公司中外方能持有的最大股权比例，在国别尽调中提前获取

<sup>5</sup> Practical Law Global Country Q&A, *Employment and Employee Benefits*

<sup>6</sup> ICLG, *Employment & Labour Law in France*, <https://iclg.com/practice-areas/employment-and-labour-laws-and-regulations/france>

<sup>7</sup> European Public Service Union, *Industrial Relations Aspects of Mergers and Takeovers*

这些信息，可以避免因不了解相关限制导致需要重新修改投资方案及交易文件等，提高项目的效率，减少不必要的时间成本。

### 3、土地转让和租赁的登记要求

在境外投资涉及土地转让或土地租赁时，需要关注土地所在国家对于土地转让或租赁的相关程序要求，避免因未履行相关登记程序导致对土地转让或租赁合同的效力产生影响。以菲律宾为例，菲律宾土地登记采用托伦斯登记制（*Torrens System*），以权利人的登记先后编制登记簿，经登记的土地具有对抗第三方的效力。如果土地租赁合同进行过登记，则土地若在租赁登记后卖出，租赁协议仍对土地的下一任所有者有效。

根据英国《2002年土地登记法案》，当转让无负担的土地所有权或者转让剩余租期7年以上的土地租赁合同，以及签订超过7年以上租约，或者在土地上创立押记（*charge*）时应进行登记，若以上情况未进行登记，可能导致转让无效或者转让需要登记后才生效。而对于少于或等于7年的租约在英国并不强制要求登记。印尼法律也规定所有土地必须进行登记，并且土地上的所有权利都应进行登记，但出租土地的权利并不被强制要求登记，对于已登记颁发土地所有权证书的土地，印尼法律下有最长五年的异议期间，在此期间异议人可就该土地的所有权提起争议诉讼等。

### 4、土地权利的时间限制

不同国家可能对土地权利的时间期限存在不同规定，例如最长租赁期限等，了解这些土地权利的时间限制对于境外投资尤其是基础设施类项目具有较重要的意义。当境外投资涉及绿地或棕地项目时，往往整个项目从建立到运营的时间有数十年之久，只有在了解对土地相关权利的最长期限后，才能将在具体的项目协议如电力购买协议（*PPA*），

特许经营权协议（*CA*）等落实。同时若收购项目时已发现项目生命周期与土地权利的期限存在不匹配时，可以提前考虑解决措施预防风险。

英国法的租赁合同一般分为短期租赁及长期租赁，短期租赁下一般的租赁合同期限在10到15年之间，而对于长期居住类租赁合同来说，最短的租赁期限将是99年。德国法下，商业租赁最长期限不得超过30年，而对于居住类租赁一般是采用不固定期限的方式，法律规定了仅在特定情形下可以签订固定期限的居住类租赁合同。斯里兰卡法律下对租期的时限并无明确限制，主要根据双方的合同约定，但是对于租赁给外国自然人、外国公司、或外资持股50%及以上以上的斯里兰卡公司租期的最长时限为99年。

## 四、税收规则的尽调重点

中国投资者进行境外投资时，在资本进入、日常运营、资本退出等多个阶段都会涉及到税收问题，会对投资项目在商业上的可行性产生重大影响。中国投资者需要在了解东道国税收法律规定的前提下，控制涉税风险，在合法合规的基础上利用税收政策，通过调整境外投资架构的方式降低税收成本，提高境外投资的效益。由于税务部分较为专业，投资者如果需要深入了解东道国的税务规定，则需要专业的税务团队支持。

### 1、国内纳税主体如何认定

各国税法一般规定，“国内纳税主体”将面临全球纳税的义务，即不仅需要就本国获得的收入缴税，而且也需要就在海外获得的收入进行纳税申报。各国认定国内纳税主体的标准差异较大，需要投资者进行特别关注。在各国实践中，企业的注册地以及商业重心地是认定国内纳税主体的常用标准，值得注意的是，这两种标准不是排他的，一些国家可能同时采用这两种标准。

在菲律宾，只有在菲律宾注册成立的企业才属于国内纳税主体，外国投资者在菲律宾设立的代表处或者分公司不会被视为国内纳税主体。但是，其他一些国家不以注册地为判断依据，比如在土耳其，如果企业登记的总部或者实际上的商业重心位于土耳其，则该企业会被认定为国内纳税主体，从而被全球征税。投资者在东道国进行投资时，应根据东道国认定国内纳税主体的标准，决定具体实施投资的主体。

## 2、企业日常经营的税负与优惠有哪些

在进入东道国市场之后，企业在日常经营中也需要遵守东道国各种税收规定。在越南，企业需要就净利润缴纳 20% 的企业所得税，对于出售持有的其他企业的股权收入，还需要缴纳 20% 的资本转让利得税，增值税最多可以征收 10%，对于生产或进口一些特定产品，将被征收特别销售税，比如，生产或进口摩托车的特别销售税为 20%。需要注意，对于企业所得税，一些东道国可能对于国内企业和外国企业征收不同的税率，肯尼亚对国内企业的净利润征收 30% 的企业所得税，而对外国企业征收 37.5%。

一些发展中国家通过税收优惠的方式来吸引外商投资。在印度尼西亚，外商投资在 660 万美金至 3300 万美金的企业在 5 年内的企业所得税减少 50%，若外商投资超过 3300 万美金，可视具体情况在 5 至 20 年的期间内免缴企业所得税。巴西对于建立在自贸区的外商投资企业，企业所得税税率降低 75%。投资者需要对东道国的税收优惠政策进行研究，合理筹划投资架构，利用税收政策降低税负。

## 3、投资回收与双重征税的规则

外商投资企业将利润汇回主要有股息、利息、财产转让等方式。外商投资企业在缴纳企业所得税之后可以将税后利润进行股息分配，股息分配还需

缴纳预提税，各国的预提税税率差异极大，在斯洛伐克股息预提税仅为 7%，而爱尔兰却高达 25%。企业所得税再加上股息预提税，外商投资企业以股息将利润汇回将承担较高的税负。

在境外投资中，投资者母国和东道国可能各自依据其税收管辖权对投资者的同一笔经营所得征税，从而引起双重征税的问题，加重投资者的税务负担。为了避免双重征税对于国际投资的不利影响，许多国家之间缔结了避免双重征税协定，或者在自由贸易和投资协定中解决双重征税问题。在这些协定中，双方国家约定，在一国已经依法实际缴纳的税款可在另一国的应纳税额中进行抵免。投资者可以利用此类东道国与母国达成的协定安排去避免双重征税问题。

## 4、是否有资本弱化和转移定价的特殊限制

为了降低税负，有的投资者会采取资本弱化的方式，即通过加大借贷款（债权性筹资）而减少股份资本（权益性筹资）比例的方式增加税前扣除，从而降低税负。同时，由于利息的预提税比股息更低，可以进一步降低税负。但需要注意一些国家为了防止企业通过此等方式避税，会制定有关于资本弱化的规定。例如英国规定对于过度债务产生的利息是不可扣除抵税的，而在约旦外商投资企业债股比不得高于 3:1，此处的借款包括任何关联方借款。在尽调过程中，要注意投资东道国是否有此类资本弱化的监管规定。

跨国企业通过关联企业之间的转让定价也是常见的避税手段，多数国家对此进行限制，一般采用《OECD 跨国企业与税务机关转让定价指南》中的监管手段，要求对关联交易进行记录，并提交税务机关进行审查。投资者需要注意这些税收监管措施，控制税务上的违规风险，防止遭受处罚。在尽调过程中，要注意东道国是否有此类转移定价的监

管规定；如有，则要格外留意适用此类监管的内部交易类型以及规定的定价方法等。

## 五、知识产权的尽调重点

### 1、知识产权的类型、注册、维持与转让

不同国家对不同类型知识产权的保护规定有所不同，如果投资项目涉及知识产权，投资者应当提前了解有关知识产权的注册、维持、转让等规定，包括但不限于：

- 知识产权注册办理的时间是国别尽调中需要了解的重点之一，特别是在某些国家开展新设立公司或者开展特许经营业务时，往往需要先申请注册相关商标，确保权利基础，而各国商标注册的时间存在较大差别，若不提前了解投资国家的商标注册流程及时间，可能会影响整体的境外投资进程。例如，在美国商标注册一般需要 12 至 18 个月的时间，在马来西亚商标注册一般需要 9-15 个月的时间，在菲律宾商标注册一般需要 6 至 12 个月。

- 取得并注册相关知识产权后，项目公司应当妥善维持知识产权并按时支付费用。以专利权为例，在德国，项目公司在登记专利权的第二年后需要每年支付专利登记费用，该费用每年上涨，第三年为 70 欧元，而在第 20 年则会上涨至 1940 欧元；西班牙采用类似的机制但维持成本更低，第三年的费用为 18.48 欧元，而在第 20 年会上涨至 490 欧元。

- 境外投资项目涉及知识产权的转让以及许可时，要特别关注当地法律对于知识产权的转让和许可是否有限制或禁止要求。一般知识产权许可协议中会对是否允许该被许可人转授权进行约定，但一些国家的法律会对某些特定类型的知识产权许可协议的可转让性作出限制，以美国为例，联邦法一般倾向于保护专利权人，因此普通专利许可协议

及独占专利许可协议下的被许可人的权利一般不被允许转让。此外，美国法下的商标许可协议无论是否为独占许可协议，被许可人都不被允许转让其权利，而对于著作权独占许可合同，被许可人有权利转让其权利。<sup>8</sup>

### 2、知识产权上能否设立权利负担

知识产权能否设立权利负担，不同国家存在不同的规定。在美国，知识产权许可协议中可能明确禁止一方以许可协议中的权利去设立权利负担，如果许可协议中没有明确禁止，能否设立权利负担则取决于该许可协议中的权利是否是可转让的。在英国，知识产权可以抵押或者押记(charge)作为担保，其中押记又可以分为固定押记和浮动押记(类似浮动抵押，当知识产权的数量处于变动的情况)，抵押与押记的差别在于押记不需要转移知识产权的所有权。

以专利为例，在英国可以通过书面转让的方式将专利权转让给债权人从而设立抵押，而债权人一般会给予债务人该专利的许可，从而使债务人在抵押了专利后还可以继续使用专利。专利上也可以设立押记，债务人与债权人必须通过书面形式签订协议，并且可以约定债务人作为专利所有人不得在该专利设立其他任何权利负担，或者未经债权人的同意转让或者分许可该专利。一般设立押记时，还会同时准备一份双方签字的专利转让协议用于托管，以便债务人违约时债权人可以执行该专利转让协议。<sup>9</sup>

### 3、职务发明的归属和商业秘密的保护

境外法域对于职务发明归属的规定存在两种模式，一种是在知识产权法中进行规定，如英国、法国、日本及韩国；另外也有国家会制定专门的职

<sup>8</sup> Practical Law, *IP Licenses: Restrictions on Assignment and Change of Control*

<sup>9</sup> Practical Law Finance and IP&IT, *Taking security over intellectual property*

务发明法律进行规制，如德国、芬兰、挪威等国家。职务发明的具体归属可以分为两类，第一类情况与我国目前的规定较为类似，即职务发明的相关权利应归属于所属单位，法国及英国的知识产权法规中都直接规定了，由于职务发明是雇员在完成其告知任务中取得的发明，因此雇主享有就职务发明申请知识产权的权利。

第二种模式下，职务发明的相关权利应归属于发明人（雇员），但雇主可以选择拥有职务发明的相关权利。以德国为例，德国有专门的《雇员发明法案》（The Employee Inventions Act）规定了职务发明的相关法律制度。德国法下一般认为职务发明的相关权利最初是属于雇员而非雇主的，因此雇主想成为职务发明的所有者必须通过一个获取的过程，德国法律规定雇员在创造出职务发明后有义务及时通知雇主，职务发明申请知识产权所获得的权利可以由雇主选择，如果雇主对该职务发明缺乏兴趣，可以通过在收到雇员通知的4个月内以书面形式明确放弃对该职务发明主张权利，从而使雇员获得该职务发明的相关权利。若雇主收到雇员通知的4个月时间过后没有做出任何回应，职务发明的权利将自动归属于雇主。

对于商业秘密的保护，世界各国存在不同的立法形式。在英国，主要通过普通法对侵犯商业秘密的行为进行保护，侵犯商业秘密的行为导致民事责任及刑事责任，商业秘密所有者可以主张损害赔偿、可得利润、禁令等救济方式。在美国，对于商业秘密保护的立法主要是《保护商业秘密法案》（The Defend Trade Secrets Act of 2016 (DTSA)）、《联合商业秘密法案》（The Uniform Trade Secrets Act (as amended in 1985)）及《联邦电子间谍法案》（The federal Electronic Espionage Act of 1996 (EEA)）。在德国没有专门的商业秘密保护法律，相关规定主要是散见于其他法律的条文中。

## 六、结语

总的来说，境外投资中可能涉及到的东道国法律千头万绪，如何在有限的时间内有效地了解和判断关键问题，对于投资决策、结构和文件做出真正有价值的提示，既需要依靠牵头律师的丰富经验，也需要借助当地律师的有力支持。从形式上看，投资东道国的法律规则千变万化，从实质上看，规则背后的要点和思路是共同的，解决问题，控制风险的手段是共通的。做好高质量的法律国别尽调，是企业成功走出去保护权益的第一步。

张一鹏	合伙人	电话：86 10 8540 8711	邮箱地址：zhangyipeng@junhe.com
徐鹏	律师	电话：86 10 8540 8701	邮箱地址：xup@junhe.com
杨依锦	律师	电话：86 10 8540 8719	邮箱地址：yangyj@junhe.com
王骁	律师	电话：86 10 8553 7909	邮箱地址：wangx_Shawn@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE\_LegalUpdates”。

