

# 对新《外国投资法草案》的几点建议

■ 贾辉

2015年1月19日,商务部发布了《中华人民共和国外国投资法(草案征求意见稿)》(简称新《外国投资法草案》),开始对之前由《中外合资经营企业法》、《外资企业法》、《中外合作经营企业法》等相关法规组成的外商投资法律体系进行修改,以建立新的统一的外国投资法体系。商务部新闻发言人孙继文表示,草案征求意见稿改革了现行外商投资管理体制,实行准入前国民待遇加负面清单的管理模式,取消了外资三法确立的逐案审批制管理模式。

## 建议一:建立独立的国家安全审查委员会

新《外国投资法草案》第四十九条规定,国务院建立外国投资国家安全审查部际联席会议(以下简称联席会议),承担外国投资国家安全审查的职责。国务院发展改革部门和国务院外国投资主管部门共同担任联席会议的召集单位,会同外国投资所涉及的相关部门具体实施外国投资国家安全审查。

应当说,中国所建立的国家安全审查机制,与其他各国似乎存在很大不同,以联席会议的形式而非独立机构的方式出现,其未来运行的独立性、专业性和权威性存在挑战。同时,中国目前拟建立的国家安全审查缺乏相互制衡的机制,没有来自司法部门的司法审查救济,也缺乏向立法机构的汇报。这对中国国家安全审查机制的自身纠错能力提出挑战。我们建议中国的国家安全审查机制可在国务院领导下建立独立的国家安全审查委员会,有独立的机构和人员编制,该委员会可设立在国务院之下,或者在牵头部门商务部或发改委内部,保证有专业的人员和力量专门负责国家安全审查机制的日常运行。

## 建议二:明确规定国家安全审查的对象范围

新《外国投资法草案》第四章没

访北京德恒律师事务所合伙人刘美邦律师

# 企业合同审核:从有范本到无范本

■ 本报记者 郝帅

当今社会中,企业无论大小,在经营过程中都会与合作各方签订合同。对于合同的审核也成为防范企业法律风险的重要环节。那么在审核合同的过程中都有可能遇到哪些问题?又要注意哪些方面?如何从合同审核角度防范企业可能遇到的法律风险?带着这些问题,记者采访了北京德恒律师事务所合伙人刘美邦律师。

## 以合同履行为核心

《中国企业家报》:企业在审核合同时应该以何为重点?

刘美邦:审核合同时应该始终坚持以履行为核心理念。合同主体是否合格,合同是否有效,这是合同履行的前提;合同当事人的资信状况,直接和其履约能力相关联;合同义务,也是合同履行的具体内容;违约责任,也是履行合同无法正确、全面履行时的后果;合同担保,也是为了督促双方履行合同以及无法履行时寻找替代责任;合同解除或权利义务终止,也是为了达到不继续履行合同或者将已经履行的部分恢复至订约前的状态。

《中国企业家报》:在众多的合同中有哪些共性?

刘美邦:合同通用条款是各类合同中经常出现的基本条款。合同商业条款,是针对特定交易出现的条款。从篇幅上来看,一份合同中,通用条款大致能占2/5的内容。因此,提前把最全面的通用条款的表



有专门条款规定国家安全审查的对象范围。但该草案第十五条规定了“外国投资”的范围,但范围十分广泛,不仅包括并购,还包括绿地投资甚至融资租赁等交易。

我们建议新《外国投资法草案》第四章有单独条款明确规定国家安全审查的对象范围,对于绿地投资等特殊交易类型是否适用国家安全审查应予以明确。对于需要纳入国家安全审查的对象交易的界定可以采取较宽松的界定范围,采用一般定义辅以外例的方式。

各国对于外国企业并购本国企业触发国家安全审查的控股权比例规定不同。中国将这一股权比例定为50%,即外国投资者及其控股母公司、控股子公司在并购后持有的股份总额在50%以上,或者依其持有的股份所享有的表决权已足以对股东大会或董事会的决议产生重大影响,或其他导致境内企业的经营决策、财务、人事、技术等实际控制权转移给外国投资者的情形。对于50%的控股权的界定,是否可能导致国家安全审查范围的狭窄,产生遗漏的风险,需要我们思考。我们建议就国家安全审查交易所适用的控制标准应作出单独更详细的规定,妥善确定控制相关的股权比例。

## 建议三:国家安全审查需明确责任机制

新《外国投资法草案》第六十条规定了国家安全审查的阶段,联席会议进行国家安全审查,分为一般性审查阶段(30个工作日)和特别审查阶段(60个工作日)。第六十二条规定,联席会议负责一般性审查并决定是否进入特别审查。第六十四条规定,在特别审查过程中,联席会议认为外国投资危害或可能危害国家安全的,应提出书面审查意见,报请国务院决定。

美国CFIUS的初审期间为30日,经初审认为需要进行调查,则进入调查程序,调查期间为45日,调查结果及建议提交总统,总统方有权力发布命令暂停或者禁止兼并、收购或者合并。总统须在15日之内作出最终决定。

与美国决定程序的主体不同,而我国似乎并没有细分,一般性审查的调查和决定皆由联席会议进行,而联席会议本身由于集体会议决策机制的缺陷性可能又缺乏明确责任机制,有可能导致我国国家安全审查机制上的一大弊端。

另外,新《外国投资法草案》第七

十三条规定,国家安全审查决定,不得提起行政复议和行政诉讼。然而,这样做是否适宜,尚值得推敲。

我国的国家安全审查制度尚缺乏制衡机制,既没有美国制度下的总统决定制和国会报告制,也没有欧盟大陆德国和法国的司法审查制。在这样的情况下,是否就国家安全审查决定,不得提起行政复议和行政诉讼,值得思考。

## 建议四:将外国政府控制的交易作为审查因素

新《外国投资法草案》第五十七条第八项将外国投资事项是否受外国政府控制作为国家安全审查需要考虑的实质因素之一,但对其还没有进一步详细的解释。

我国也应将外国政府控制的交易作为审查对象交易是需要考虑的重要因素之一。由于我国国有企业较多,关于如何界定和考虑外国政府控制交易一方面对于完善我国的国家安全审查制度有重要意义,另一方面对于其他国家政府也有很强的借鉴参考意义,甚至在今后的双边或多边投资协议谈判中都会有重要意义。

(作者系北京德恒律师事务所律师、合伙人)

实体条款和程序条款。正如法律包括实体法和程序法一样,合同条款也可做如此区分。程序条款是为了保证实体的进行。程序条款是否详尽细致,直接决定了合同的实操性。例如日本企业的合同条款,相当细致,也十分注重程序性和实操性,很多条款会从时间、地点和方式上,落实具体的义务。

程序条款是否详尽,要取决于企业的要求以及交易的性质,如果企业作为商铺租赁合同的承租方,商铺租赁合同规定的过于详细,往往会造成客户动不动就发生违约的情形,而员工遵守规则的意识不强,容易引发企业被动。特别是交易对方,因为别的事情,故意从另外一个合同找茬挑剔,以达到一个合同服务于另一个合同的目的。

《中国企业家报》:从合同审核角度来说,什么样的律师才能为企业提供合格服务?

刘美邦:学习、研究优秀的合同范本,内化为自己的东西,就是站在巨人的肩膀上前进。但不要过度依赖合同范本,可以参考合同条款的范本,并进行横向比较,整合、剪裁、完善。

合同审核是律师的基本功。我从事律师工作时,听一个前辈说过,律师助理必须审核过1500份以上的各类合同,才对合同审核有所感觉。这个过程中,会慢慢经历一开始的不知所措,到中间的事无巨细,到最后的举重若轻。心中没有范本,但能够起草各类各种语言版本的合同,长短不限,才是最高境界。

# 非金融中国企业如何填写W8表格

■ 贾辉 吴佳

2014年7月1日,美国《海外账户纳税法案》(FATCA)正式生效。虽然该法案是美国的国内法,但这份法案影响到的不仅仅是美国人。

此前,美国财政部更新了“作为存在有效政府间协定(IGA)的法域对待”的法域清单,并正式将中国纳入该清单中,表明两国政府已就该IGA的实质性内容达成一致。

## 一、填写哪种W8表

在外国金融机构设立银行账户或持有金融资产的非金融类中国企业,需要填写W8-BENE表。

宣称收入和在美国境内的贸易或者商业行为有效联系的中国企业(除非宣称条约优惠),需要填写W-8ECI表。

合伙、简单信托或者让与人信托(除非要求获得条约优惠),中间机构,需要填写W-8IMY表。

中国个人(非持有美国绿卡或国籍)需要填写W-8BEN表格。

## 二、如何填写W8-BENE表

首先要确定自身在FACTA项下的身份,可分为豁免类或非豁免类。

### 1、非豁免类

消极型非金融外国企业:是指(1)消极型收入(指股利、利息、特许权收入、租金等非经营性收入)占前一个日历年度该企业的总收入的比例不低于50%;且(2)生产或者持有为生产消极型收入的资产占该企业持有的资产的比例不低于50%(按照每季度测量的消极型财产加权的比例)的非金融外国企业(向预提代理人提供了实质美国所有者的非金融外国法人或者其关联企业、受赞助的直接申报的非金融外国法人、直接申报的非金融外国法人、除外区域的非金融外国企业或积极型非金融外国企业)。

对于消极型非金融中国企业,需要确定其股东是否具有实质意义上的美国人,如有,则需要向中国和外国金融机构提供每个美国人的名称、地址和税务编号等信息。

消极型非金融外国企业又分为两种,经认证的消极型非金融外国企业(向预提代理人提供了实质美国所有者的相关材料)和未经认证的非金融外国企业(未向预提代理人提供实质美国所有者相关材料)。对于未经认证的非金融外国企业则可能面临30%的预提款项的处罚。

### 2、豁免类

下述企业可以豁免向外国金融机构申报相关信息和预提税款:

**积极型非金融外国企业:**是指(1)消极型收入(指股利、利息、特许权收入、租金等非经营性收入)占前一个日历年度该企业的总收入的比例低于50%;且(2)生产或者持有为生产消极型收入的资产占该企业持有的资产的比例低于50%(按照每季度测量的消极财产加权的比例)的非金融外国企业。

**公开上市的非金融外国企业或者其关联企业:**是指该公司的股票在一个或者多个证券市场进行常规交易的非金融外国企业或者其关联企业。

**直接申报的非金融外国企业:**是指选择向美国IRS进行申报其直接或间接实质美国所有人(SUSO)的非金融外国企业。这些非金融外国企业选择向美国IRS直接申报并获得全球中介识别编号(GIIN)后,其账户将不被视为是美国账户,可以不必向其开立账户的消极型非金融外国企业或预提代理人提交申报信息,从而被视为除外豁免的非金融外国企业,对其支付也不受制于预提的约束。

**受赞助直接申报的非金融外国企业:**是指由其他机构代表其直接向美国IRS申请有关该受赞助直接申报的非金融外国企业的直接或间接实质美国所有人信息的非金融外国企业。

**除外的非金融初创公司**是指符合下列条件的非金融公司:1)成立(或者,如果是新成立的业务,董事会通过该新业务线的日起)不超过24个月;2)尚未经营业务并且之前没有经营的历史或者投资一项除金融机构或者消极型非金融外国企业以外的新业务;3)投资经营非金融机构的业务;且4)不具有投资基金的功能,例如私募基金、风险投资基金、杠杆收购基金或者为收购或融资为目的的任何投资工具,并随后为投资目的在这些公司中持有利益。

**除外的清算或者破产中的非金融企业**是指满足下列条件的企业:1)提交清算计划,提交重组计划或者申请破产;2)在过去5年中,未从事金融机构业务或者不是消极型非金融外国企业;3)为非金融企业的持续或者重新开始营业而正在进行清算或者重组或者破产;且4)已经或者将要提供文件证据,例如破产申请或者其他公开文件,如果处于破产或者清算程序中超过3年。

**除外的美国领地的非金融外国企业**是指满足下列条件的企业:1)是在美国领地成立的企业;2)不在银行或者相似业务的一般业务范围内接受存款;3)不为他人的账户而持有金融资产作为其主要资产,或不是发行或对金融账户负有支付义务的保险公司(或者保险公司的控股公司);且4)该企业的所有持有人是非金融外国机构成立地的善意居民。

**非金融集团企业**是指满足下列条件的企业:1)一家控股公司、财务中心或者专门融资公司且实质上该机构的所有行为是按照§1.1471-5(e)(5)(i)(C) through (E)所述功能;2)§1.1471-5(e)(5)(i)(B)所述的非金融集团的成员;3)不是存款或者保管机构(该机构扩增的关联集团的成员除外);且4)不具有投资基金的功能,例如私募基金、风险投资基金、杠杆收购基金或者为收购或融资为目的的任何投资工具,并随后为投资目的在这些公司中持有利益。

(作者单位:北京德恒律师事务所)



刘美邦 北京德恒律师事务所合伙人、律师。具有丰富的诉讼仲裁经验,擅长办理重大复杂疑难案件。专业领域包括公司证券、建设地产和争议解决等多个方面。

述背得滚瓜烂熟,审核合同时候,觉得篇幅少了,而且可以重点关注商业条款。不同合同文本,通用条款的起草质量不一样,根据客户及交易复杂程度,决定通用条款的全面性。

在合同的商业条款中要与企业多沟通,了解其需求,特别是客户不同层级人员对商业条款的判断和授权。同时也要了解企业一般规律,比如房地产企业的融资成本问题、商铺租赁合同中标的商铺周围的市场价格等。

## 找准审核要点是关键

《中国企业家报》:如何确定合同的审核要点?

刘美邦:合同审核具体过程中最关键的是找准审核要点。不同类型的合同有不同的审核要点,每一类型的合同都有自己的“关键词”。审核某类合同时,寻找此类合同的民事案由,然后查询一定数量的判决书,查看争议焦点以及法官评议内容,从诉讼角度,提前预防合同纠纷的产生。

较为规范的合同,大多有条款主题,修改某类合同时,找几个归纳完整的合同范本,最好是真实使用过的合同版本,然后,不断对比。看审核对象,与其他合同版本差异在哪里,有没有其他范本的条款可以借鉴。

《中国企业家报》:律师在审核企业合同时需要注意哪些方面?

刘美邦:律师在为企业审核合同中还应关注,我方和对方最关心的问题都有哪些,如何实现我方合同目的,合同有什么风险和陷阱,有什么大的方面问题,双方卷入本合同诉讼的概率有多大?

在这里要注意的是,不同企业对合同审核的反馈方式要求不一样,有些企业直接在原文修订批注就可以,有些企业要求律师出具合同审核意见书。在后者的情形下,律师需要特别注意意见书的行文表述,对重大风险要作出重要提示,否则企业可能追究律师的责任。

## 区分实体及程序条款

《中国企业家报》:在审核合同的具体条款时要注意哪些问题?

刘美邦:合同审核时,注意区分