

改变在美国经营方式的新千年第二部主要立法直接针对“9·11事件”后的外国人，该法直到2007年才被国会通过。《外国投资与国家安全法》(FINSA)^[3]指出，美国将就外国投资对美国国家安全可能产生的影响进行更加严格的审查。该法的制定过程始终伴随着妄想症一般的仇外氛围，而这种氛围又因为关于移民问题的恶毒公共讨论而引人注目。考虑到这一点，我们就不难理解为什么很多外国投资者都认为，在《萨班斯法案》和《外国投资与国家安全法》通过之后，在很多方面，在美国进行投资已经不如从前那样富有吸引力了。

正如安然、世通、环球电讯、安达信以及其他公司丑闻刺激了国会并导致了《萨班斯法案》的出台，另一个具体事件直接导致了《外国投资与国家安全法》的颁布。这一事件就是迪拜环球港务集团(DPW)试图投资美国港口管理行业。实际上，迪拜环球港务集团的投资条款将更有可能加强而不是威胁美国的国家安全。但是，因为该项目的投资者来自阿拉伯世界，所以这一项目被普遍认为是富有威胁性、危险且不可接受的。导致迪拜环球港务集团投资项目流产的争议看上去传递出了一个信号——美国已经不再欢迎外国企业。人们并没有正确理解《外国投资与国家安全法》的内容，而该法的通过又加强了以上的信号。

另外还存在着其他负面信号，这些信号在海关、移民与机场安保方面最为明显。美国法律与实践表现出对外国人的怀疑：办理去美国留学或工作的签证变得越来越困难；而那些为出席公司会议、科学研讨会或是记者采访而办理的临时签证似乎常常无法获得。于是，企业开始将会议地点转移至境外，外国学生选择就读其他国家的学校，科学家们放弃联合研究项目，非法移民们则藏匿于黑暗中并对突击检查与驱逐出境提心吊胆。随着美国对大多数外国事物感到恐惧，机场对乘客和货物的检查也更加富有侵犯性。

这些变化充满了官僚主义色彩。美国移民和归化局与美国国土安全部下辖的海关部门合并，并且被命名为“美国移民和海关执法局”(ICE)。这一命名上的变化表明了其职能上的变化：这两个部门的职能既不再是为旅客与移民进入美国国境提供便利，也不再是为促进货物的流动提供配套服务，而是像新机构名称的缩写所暗示的一样，它们的职能被共同限定在“海关与国界保护”的范围之内，并被设定为冻结一切外国事物进入美国。我们很难避免这样的观点，即美国正在堆砌将外国人和外国货物排斥在外的壁垒，而这将颠覆美国的历史。而正是在美国，自由女神像一直欢迎着外国人民和货物来到美国的纽约港。

[3] 参见 Pub. L. No. 100-49, 121 Stat. 246 (2007).

于是，尽管这两部立法的目的在于增强美国市场的透明度和提振对美国市场的信心，纠正财务丑闻及拒绝合理的外国投资项目所暴露出的问题与错误，但实际上这些法律至少在外来投资者身上导致了相反的效果。在新千年的最初几年中，一系列的被害妄想症、引人注目的官僚机构重组与执法力度的加大，都使得目前的市场变得比以前更加谨慎，并且要求目前比过去更加精熟地掌握美国法律、政治、经济与会计体制。然而，尽管存在这些变化和表面上的信号，但美国不仅对外来投资者保持着开放，而且仍然是世界范围内对投资者最有吸引力的市场之一。在“9·11事件”之后，《萨班斯法案》与《外国投资与国家安全法》导致的谨慎可能会使在美国进行投资变得更加困难，但也会让外国投资者和股东们就其投资的保值增值获得更多的保证。

本书将向潜在的外来投资者解释如何应对在安然事件、迪拜环球港务集团事件与“9·11事件”发生之后的美国法律、政治与经济新环境。最重要的是，投资的安全性取决于法治，取决于那些增强透明性并促进公平交易的法律规则的存在与执行。不论美国经济监管体系有多么不完善，它仍然优于绝大多数其他国家，美国拥有着世界上最充满活力、最富适应力且利润最丰厚的市场。

§ 1.02 读者注意

尽管本书的每一章均由美国 Baker & Hostetler 律师事务所专门从事相关业务的合伙人所撰写，但每位作者仍然希望向读者强调某些注意事项。与其在每一章中单独加以强调，不如我们在此一并指出这些注意事项：任何一章本身都不应被视为是全面的。每一章都可能涉及了相关领域的核心问题。因此，本书各章虽包含数量可观的细节，但其本身的性质仍是概述。本书各章可能会引发读者提出问题，而各位作者也欢迎这些问题，以便在本书的后续增补与再版工作中加以改进。任何一章都不应被视为对任何特定主题的最终完整结论。

本书各章均有时效性。通过立法机关的起草、行政机关的实施与司法机关的解释，法律在不断变化。目前的议案可能变为法律，行政机构可能起草新的法规，而现在的未决案件可能会得到判决，这些都会导致法律的变化。这种变化甚至在本书付梓之前就会发生。因此，各位作者所关注的是法律原则与基本规则。他们时常指出各种例外情况。在本书的草稿阶段，某些章节的几乎每句话都含有“一般而言”、“典型情况下”或“通常”等限定性用语。虽然这些“一般而言”以及类似用语在本书中大多都被删

根据特拉华州关于公司合并的立法^[2]，日本投资和加州航发将被要求签订合并协议。该协议应当规定以下事项：

- (1) 合并的条款和条件。
- (2) 使得合并生效的模式。
- (3) 使得参加合并的各公司的股份转为合并后将存续的公司的股份或其他证券的方式，或者是注销部分或全部该等股份的方式；如果任何参与合并的公司的任何股份将在合并后不再存续，则需要考虑如何才能使该等股份被转为存续公司的股份或其他证券，或者如何才能使该等股份被注销；在交出能证明其持股的证书的同时，为交换或转换他们所持有的股份，股东可以接受现金、财产、权利或者任何其他公司或者实体的证券，股东也可以在其股份被转为存续公司的股份时，接受现金、财产、权利或者任何其他公司或者实体的证券；该等现金、财产、权利或者证券可以作为存续公司的股份或者其他证券的补充，或者替代存续公司的股份或者其他证券。
- (4) 其他需要规定的细节问题或者条款，其中包括规定用支付现金替代由存续公司发行或确认一定比例的股份的条款，或者规定用支付现金替代其他公司（该公司的证券将在合并中被用来支付对价）发行或确认一定比例的股份的条款。以及
- (5) 如果在有关协议中选定了存续公司位于某个州，需要规定根据该州法律（准据法）应在公司设立证书中规定的条款或者事实^[3]。

合并协议必须经过日本投资和加州航发的董事会批准并经持有多数附表决权股份的股东批准。在得到批准后，合并协议应当被申报给特拉华州州务卿。与向特拉华州州务卿申报合并协议具有相同效果的是，存续公司可以申报合并证书（a certificate of merger），该证书应当规定以下内容：

- (1) 参与合并的各公司的设立地所在的州或者法域；
- (2) 合并协议已经被参与合并的各公司批准、采纳、认证、签署和确认；
- (3) 存续公司的名称；
- (4) 对存续公司设立证书所做出的、被约定于合并完成时生效的任何修改或修订，

[2] 8 Del. C. § 251, *et seq.*

[3] 参见 8 Del. C. § 251(b).

或者如果没有约定该等修改或修订，则需要做出关于存续公司的原始设立证书即为合并存续公司设立证书的声明；

- (5) 经签署的合并协议已经在存续公司的办公室保留存档，并需要提供该办公室的地址；
- (6) 存续公司将把一份合并协议在被要求这样做时免费提供给任何一家参与合并的公司的任何股东；以及
- (7) 如果存续的公司是一家特拉华州公司，需提供参与合并的公司中所有并非特拉华州公司的公司授权资本股份^[4]。

为了让日本投资和加州航发根据加利福尼亚州关于企业合并的制定法完成合并^[5]，每家参与合并的公司的董事会必须批准合并协议，该协议必须规定以下内容：

- (a) 合并的条款和条件。
- (b) 以合并完成为生效条件的、对于存续公司的章程的任何修改（如有）。
- (c) 每一家参与合并的公司的名称和地址，并且标明其中哪一家公司是存续公司。
- (d) 使得参加合并的各公司的股份转为合并后存续公司的股份或其他证券的方式；如果任何参与合并的公司的任何股份将在合并后不再完全转为合并后存续公司的股份或其他证券，则需要考虑该等股份的持有人将为交换股份而接受的现金、权利、证券或其他财产（该等现金、权利、证券或其他财产可以在存续公司的股份或其他证券之外额外交付或代为存续公司的股份或其他证券的替代物交付），或是将该等股份在不给予对价的情况下予以注销。
- (e) 其他需要规定的细节问题或者条款（如果有的话），其中包括用支付现金替代由存续公司发行的一定比例的股份，或者就此，用支付现金替代其他安排^[6]。

在合并经过董事会批准并经持有多数附表决权股份的股东批准后，存续公司必须将合并协议申报给加利福尼亚州州务卿，该协议应当附有参与合并的各公司的一份高管人员证明函。该等证明函应当注明每一类有权就合并投票的股权总数，注明证明函所附协议的主要条款已经被公司批准，该批准经过等于或高于所需投票比例的各类股份的投票，并且标明有权投票的各类股份以及每类股份所需要达到的投票比例^[7]。

[4] 参见 8 Del. C. § 251(c).

[5] Cal. Corp. Code § 1100, 及该款的后续规定。

[6] 参见 Cal. Corp. Code § 1101.

[7] 参见 Cal. Corp. Code § 1107.

信函。在这一阶段，潜在收购方也可以接触卖方的保密信息，这种接触往往通过由卖方控制的电子或可视数据库实现。这种站点允许卖方来控制谁可以接触有关资料，并监控谁在浏览有关资料，以及浏览哪些资料。这些都有助于卖方预测收购方提出的问题，也有助于卖方了解哪些事项对投标人而言最为重要。

在浏览卖方的财务和其他方面数据之后，投标人会被要求表示初步意向，这种初步意向通常通过不具拘束力的信函表达，投标人在信函中表示自己有兴趣进行交易并提出自己愿意据其进行交易的转让价格范围。初步意向函列出了进行交易必须获得满足的其他条件，比如确认进行尽职调查、董事会批准和融资安排。卖方一旦从投标人处收到初步意向函，卖方及其顾问就缩小范围并向剩余的投标人提供补充资料和转让协议初稿。投标人将被要求提交对购买协议的“修改”意见和包含有转让价格及交割前置条件的意向函。

当收购方启动收购程序时，收购方和其代表确定潜在收购对象并联系每个目标公司来确定交易是否可行。当一家目标公司表示愿意接受收购建议后，收购方就签署保密协议并被授权接触目标公司的某些保密信息，以便自己能开始准备编写要约。因为担心可能泄密，扰乱其营业，对员工士气产生不利影响，以及存在其他竞争方面的考虑，目标公司会对向未经邀请的要约人提供过多资料表示迟疑。为了减轻目标公司的某些忧虑，收购方可以向目标公司提供不具拘束力的意向函，以便收购方能进行进一步的尽职调查。

[B] 意向函

意向函是一方就其进行收购的意向做出的书面表示。附件 2-B 中提供了一份意向函样本。

大多数意向函都通过明示条款表明其不具有拘束力，但是没有任何因素阻止收购方和卖方签署有拘束力的意向函。即使意向函不具约束力，某些法域仍对买卖双方施加了善意谈判的义务。因此，对善意谈判义务有所顾虑的意向函任何一方都应当明确对该等义务加以否认。此外，各方可能希望规定意向函中的某些条款具有拘束力，即使任何一方都没有法律义务继续进行交易。例如，很多收购方在意向函中包括了有拘束力的排他性条款，而该等条款可以针对卖方加以强制执行。

排他性条款是在收购方进行尽职调查期间使目标公司“处于市场之外”的一条途径。该条款规定目标公司或其股东、代理人或代表在一段规定的时间内不能试图从收购方以外的任何一方获得要约、向该等任何一方提供资料，或与该等任何一方进行谈

判。收购方可以主张，在收购方进行尽职调查期间，目标公司四处寻觅收购方投标是不公平的。

尽职调查可能非常昂贵而且耗费大量时间。如果目标公司能够在尽职调查期间内向收购方以外的其他方出售目标公司，那将是不公平的。因此有些收购方在排他性条款中包含了关于分手费的规定，试图赋予收购方以威慑力并使得潜在的竞标人难以胜过收购方。

除了将双方之间的谅解以书面形式记录下来和为法律顾问准备最终协议提供指引外，对于卖方而言，签署不具约束力的意向函（特别是包含排他性条款的意向函）没有多大用处。出于这一原因，很多卖方选择直接进行最终协议谈判，而不就不具约束力的意向函条款花费时间和金钱进行谈判。通过不签署意向函或者单独的排他性协议，卖方可以就完成尽职调查并就最终协议进行谈判对收购方持续施加压力，如果卖方最终选择不出售给收购方的话，这样做还能避免潜在诉讼或对收购方承担责任。

当交易的时间安排是重要的考虑因素并且交易需要进行 HSR 申报时，双方可能希望签署意向函。请参见本书第 11 章。即使意向函不具拘束力，双方仍可以基于已经签署的意向函来申报其 HSR 报告，以启动为期 30 天的 HSR 等待期。

对于公众公司而言，根据美国联邦或各州的证券法签署意向函可能触发披露义务。因此公众公司收购的各方倾向于不签署意向函，从而把公开披露推迟到签署最终协议之时。然而，如果初步谈判达到了有关的实质性标准，即使没有签署意向函，那么也会导致披露义务的产生。

[C] 尽职调查

对收购方而言，收购交易最重要的方面可能就是尽职调查。通过尽职调查，收购方对卖方进行商业和法律调查。全面而详细的尽职调查可以防止交割后的某些突发事件。不论卖方做出多少陈述与保证，或者收购方能够就多么宽泛的补偿范围进行谈判，收购方针对交割后责任或者业务损失的最佳防御措施就是在签署最终协议前对卖方和其业务进行彻底的调查。

尽职调查在收购方和卖方签署意向函时正式开始。收购方将向卖方交付尽职调查请求清单，该清单包含了公司设立和组织文件、公司会议纪要和股东记录、税务申报资料、重大合同、员工、法律、环境、退休金和福利问题、财务报告、客户和供应商清单等项目。附件 2-C 中提供了一份法律尽职调查请求清单样本。

卖方或其法律顾问将建立数据库或将按要求提供的文件拷贝件交给收购方的法律

4. 当交易是合并时，该交易和合并后仍存在的实体的内部治理文件（公司设立证书和规章）的法律效力。

当交易是合并时，这一条款将明确规定合并参与者都包括哪一方，哪一实体（或若干实体）将合并入其他实体。例如，买方可能成立一个全资子公司，再将其合并到卖方公司（一种所谓的“反向三角合并”），从而使卖方作为买方的一个全资子公司得以存续。本条款还将规定应向出售公司的股东支付的合并对价，这一对价可能包含现金、买方的股份，或两者兼有，或某些其他形式的对价。这一条款还将规定卖方公司的股东和买方为达成股东交换代表其合并对价的相应股份的股份证书必须采取的步骤。

当交易是出售股份时，本条款将规定买方向正被收购公司的股东直接支付的对价，这可能包含现金、买方股份，或两者兼有，或某些其他形式的对价，以及为该对价而交换卖方股份的步骤，这些也是合并协议中常见的条款。

当交易是出售资产时，本条款将确定出售公司拟被收购或不被收购的资产，而且将明确买方将承担或不承担的卖方的责任和承诺。本条款还将确定拟购买资产须支付的对价，该对价一般应包含直接支付给出售公司的现金。

与合并或股份出售不同，在资产出售交易中，常常会用到购买价格调整机制。调整一般基于卖方的财务业绩或财务状况的历史指标与其在交割时实际测量值之间的差值，而这些对买方的交易定价至关重要的指标项目包括扣除利息、税项、折旧及摊销之前的收入（EBITDA），流动资金或净值。购买价格的调整一般在交割后且完成差值测量（一般需90天）后立即进行，但也可以采取一个“盈利支付”机制的形式，先为拟出售公司设定一个相对较低的基础价格，然后再基于交割后一特定期间（通常为数年）内企业的财务或经营业绩达到某个指定水平时“赚取”增量付款。

当使用购买价格调整机制后，常常会在交易交割时支付估计购买价格之相对较大的比例，而估计价格的其余部分或是付给代管（escrow）或是由买方“暂扣”（held back），以待最终确定调整幅度。在几乎所有使用购买价格调整机制的交易中，双方都将商定并在收购协议中规定一个双方关于即将做出的调整的争议解决程序。这些典型的程序包括将争议提交会计师或财经业界其他与买方和卖方均无利害关系的独立第三方处理。参见本书第2章关于购买价格调整的进一步讨论。

除上文所述实质性问题以外，有关合并（或股份购买或资产购买）的条款将规定收购交割的地点和时间。交割，或购买交易的完成，一般包含向卖方（或若干卖方）交付购买价格，以及同时交付各种文件或提交政府备案，以证明所有交割条件均已满

足（或豁免），而关于出售公司（或其资产）的所有权已转移至买方。由于目前这些交付行为均可实现电子化，许多法律从业人员已不大重视选择交割地点，交割地点一般选在买方或卖方的交易律师的办公室。

交割时机的选择远比地点重要。一般而言，交易参与者更乐意缩短从签署收购协议直至购买交易交割之间的时间，无论从买方还是卖方的角度来看，时间延误的不利之处包括：

1. 有可能使第三方看上去可能是卖方董事会愿意接待的更好的交易对象；
2. 在买方可以实施控制之前，卖方的业务可能恶化（不管是否因为在员工、供应商和顾客或其他方心目中的不确定性所致）；
3. 在签署和交割之间的空当时间，买方的支付能力或筹集收购资金的能力可能恶化；
4. 买方或卖方可能以其他方式针对收购公司采取的重要举措往往必须推迟到交易结束；以及
5. 公司或资本市场可能发生灾难性事件，这将导致某项交割条件不能满足。

买方和卖方之间有关延误问题想法的主要区别是：卖方担忧更高的第三方报价，所以更关注因第三方闯入而造成的额外费用、延误和扰乱，从而使卖方十分担忧最终将不能达成交易的风险。因此，一旦原交易被放弃，卖方将被视为“受损货物”。

偶尔在某些情况下，买方或卖方可能更乐意让签署和交割之间的时间延长一些，例如，在延误期间定价机制和卖方的经营业绩可能将促成提高购买价格（有利于卖方）或降低购买价格（有利于买方）。其他赞成延误的想法包括买方希望有更多的时间去完成尽职调查或者为将收购业务融入买方的经营做准备，或者买方需要更多时间来完成其购买价格融资安排。如果出现压低购买价格的突发状况，如针对卖方的待决诉讼，卖方可能更希望出现交易延误，他更乐意在延误期间把诉讼解决掉，从而使卖方在一个延误的交割中取得对卖方有利的购买价格。

美国收购最终文件的签署与收购交割同时进行，这种情况相对比较罕见，但并非闻所未闻。然而典型的情况是，完成一项收购需要取得某些第三方的批准，或者与某些第三方达成不同的安排，这些第三方包括股东、政府机构（如哈特—斯科特—罗迪诺反托拉斯事先批准，参见第11章）、资金来源、商业合同的交易对方和员工。交易双方通常在他们之间的协议有了眉目之前都不愿意跟第三方谈论有关的交易，但是为取得必要的批准和安排，又需要这样的讨论。这类讨论必然具有破坏性，并导致与大

能获得未来买方委任的职务，或以其他方式与未来买方保持关联关系，在这些情况下，卖方的董事会常常会任命一个董事会特别委员会，这一委员会由不牵涉这些冲突的利害关系的成员所组成，并委托这一特别委员会对拟定的交易进行分析和与买方打交道，以确保董事会仅仅根据股东的最佳利益采取行动。使用这样一个特别委员会可能给这一过程造成更多延误，但使用特别委员会这一措施带来的好处和价值要大于这些延误带来的不利因素，因为这一措施可以使卖方和买方都能理直气壮地宣布，双方通过确保对卖方股东公平的过程而达成最终交易，而且已经采取一切必要步骤，以最大限度地提升股东价值。

当收购以卖方的资产合并或出售的形式进行时，一般要求取得卖方股东的批准（然而，当收购以直接从卖方股东收购卖方的股份的形式进行时，不论是通过谈判还是发出关于该股票的收购要约，卖方的董事或其股东作为一个整体，将不要求他们在完成交易之前批准该交易）。当应向卖方股东支付的对价包含买方的股份时，如果买方将发行的股票数量将代表买方在发行前已发行股票数量的20%或更高比例，一般也要求买方股东给予批准。各个州的股东批准要求和对出售公司的董事会适用的信托职责标准都不相同，买方的和卖方的律师必须谨慎从事，确保遵守所要求的董事会程序和取得所要求的股东批准。

当要求股东批准时，美国公司的董事会通常会通过一份被称为“代理声明”（proxy statement）的书面文件征求股东对交易投赞成票，在代理声明中董事会要求每个股东的“代理”授权董事会就股东的股份对交易投赞成票。美国证券交易委员会对征求公开上市交易公司股东投票时使用的代理声明的形式和内容实施广泛的监管。这些代理声明必须在向美国证券交易委员会申报并获得批准后，才能邮寄给股东，代理声明的草拟、备案和获得批准的过程所需时间从6个星期到三四个月不等。私有公司的代理声明不受美国证券交易委员会关于形式和内容的监管，也不必履行在证券交易委员会备案或报批程序，因此私有公司的代理声明的草拟和使用可以更加快捷。

任何选择使用代理声明的实体必须确保代理声明包含对股东做出如何就交易进行投票的决定非常重要的所有信息，代理声明应在所有重大方面正确无误，既要保证投票的公平，也要对与交易有关发生诉讼的可能性做好准备（见下文的讨论）。董事会其他受托义务将产生无法避免的延误，除此之外，代理过程固有的延误又使之雪上加霜，使收购面临着随时遭受虎视眈眈地瞄准卖方的第三方干预的风险^[4]。

[4] 双方对与各种董事会和股东的批准以及上文讨论的其他事项有关的各自的权利和义务的理解，将反映在收购协议中规定的各项约定和条件中。

[B] 政府批准

达到指定规模门槛的交易将受限于《哈特—斯科特—罗迪诺反托拉斯法》事先批准程序（参见本书第11章），某些交易将要求取得美国外国投资委员会批准（参见本书第14章）。除了这些批准以外，某些受监管行业公司的收购或控制权变更可能要求取得各种州一级的以及其他联邦政府批准。其收购可能要求取得上述额外批准的企业包括：

- 能源公用事业；
- 银行及其他金融机构；
- 航空公司及其他航空服务提供商；
- 保险公司；
- 广播电台、电视及其他电信公司；
- 运输提供商（如航运和卡车运输公司）；
- 医院及其他保健服务提供商；以及
- 向美国国防部提供货物或服务的企业。

这些行业的监管规则繁复而神秘莫测，顺利应对和满足各种审批要求，既是科学，更是艺术。在任何涉及属于受州或联邦政府规管行业的企业收购项目中，买方和卖方均应取得有应对适用法规经验和善于跟执行这些法规的机构打交道的律师的协助。这位律师不仅可以协助取得必要的批准，还能帮助拟定适当的收购协议约定和条件，以确保双方在收购进程每一阶段的目标均得以实现。

除了取得为完成收购所必需的批准外，买方必须提前准备好办理收购完成后为企业继续经营所必需的各种政府批准，如从海关、出口管制和移民的法律领域所产生的各种政府批准手续。参见本书第16章、第17章和第18章。

§ 3.07 诉讼风险

美国公司的任何收购都会带来发生诉讼的可能性，包括买方与卖方之间的诉讼，或者卖方股东向卖方、买方或向卖方和买方双方提起的诉讼。

歧或索赔要求，各方无法协商一致解决的，将排他性地提交 [插入仲裁机构] 根据 [插入仲裁规则] 解决。若产生任何争议、分歧或索赔要求，任何一方均可向另一方提出书面要求，将争议、分歧或索赔要求提交按照下述规定选择的仲裁员仲裁。仲裁地点为 [插入地点]，或各方同意的其他地点。仲裁应以 [插入选择的仲裁语言] 进行。

b. 上述书面要求发出后 10 日内，提出要求的一方应书面通知另一方其指定的仲裁员。另一方在收到指定通知后的 10 日内书面通知提出要求的一方其指定的仲裁员。被指定的两名仲裁员共同选定第三名仲裁员（首席仲裁员）。如果指定的两名仲裁员不能在 5 日内就首席仲裁员的选择达成一致，或者另一方不能在提出要求的一方指定仲裁员后 10 日内指定仲裁员，则提出要求的一方可申请 [指定法院的主管法官，或选择的仲裁机构或 [] 商会的主席] 指定第二名和 / 或首席仲裁员。每个仲裁员均须能流利地使用 [语言] 进行阅读和讲话。首席仲裁员必须是 [国籍] 公民 [并且是法官或者具有成为法官的资质]。[或选择单一仲裁员：应提交各方均一致同意的单一仲裁员仲裁，或如果不能达成一致，则提交由……选择的仲裁员。]

c. 仲裁将依 _____ 州的法律和民事程序规则进行，包括该州的证据开示规则。[或：依选择的仲裁机构的程序规则。][或：各方应有获得合理证据开示的权利；仲裁员应有权在任何一方申请的情况下，发出所有合理的文件开示、对质询和调取证词做出回应的命令，各方在此特别同意仲裁员的此项权力。][或：本协议各方在此明示，对仲裁程序设定有限和快捷的证据开示程序。为此目的，所有证据开示应限于与案件问题直接相关的信息。证据开示安排应由仲裁员与各方共同做出。每一方应满足另一方 5 个明确的文件要求、8 次质询、2 个主要证人陈述（包含与案件问题相关的事实及他们的观点），以及 2 个回应性证人陈述（就另一方主要证人陈述中的观点做出回应）。任何提交证人证言的当事人应被允许提请证人出庭作证，时间限于 4 小时。]

d. 仲裁员应对事实和法律给出详细的书面说明，以支持其决定或报告，决定和报告应以书面形式进行，并且应说明其所依据的理由。仲裁成本 [包括各方合理的律师费用] 将根据案件结果按照仲裁员的裁决由一方或双方承担。[此外，败诉方应补偿胜诉方的律师费用以及胜诉方成功寻求任何诉前衡平救济或司法强制执行任何仲裁裁决而产生的费用或法庭成本。]

e. 各方同意受仲裁员决定或报告的最终约束。本协议任何条款均不得被解释为任何仲裁员的决定应受制于司法复审或上诉，并且各方在此放弃以任何理由提

起司法复审或上诉的任何权利。

f. 在任何国家的任何法院均可以凭仲裁员的裁决为依据做出判决，或者一方可依据该国具体法律的要求或允许，向法院申请对裁决的司法接受和执行。

g. 本部分的任何规定均不得被理解为排除任何一方申请预先禁制令或其他衡平法救济以保护或强制履行其权利的权利，或理解为禁止任何法庭在仲裁裁决前进行与授予或驳回此类预先禁制令或其他衡平救济相关的初步事实调查，或禁止任何一方在仲裁员做出裁决后根据该裁决寻求永久性禁制令或其他衡平救济。

更为基础的条款（不包括上述各点）可以是：

各方均同意，由于本协议而产生的或与本协议相关的任何争议或分歧或对本协议的违约将在 _____ 由 [插入选择仲裁机构及其程序规则] 仲裁解决。如果各方不能共同选定一名独任仲裁员进行仲裁，则每一方将分别选定一名仲裁员（或者，如果一方未能选定，则由 [插入选择的仲裁机构] 代表该方选定），依此选定的两名仲裁员将选定第三名仲裁员（或者，如果未能依此做出选择，由 [插入选择的仲裁机构] 选定）。各方选定独任仲裁员的决定，或者，在三名仲裁员进行仲裁的情况下，其中任何两名仲裁员的决定，将是终局性的，对各方均具有约束力，具有管辖权的法域内的法院可依此做出判决。[在普通法或成文法下，仲裁员应仅有做出损害赔偿裁决的权利，而不具有做出惩罚性赔偿或 3 倍赔偿的权力。] 仲裁员应依其决定的数额裁决补偿胜诉方的仲裁成本和费用，包括合理的律师费用、垫付费用、仲裁费用、仲裁员费用以及 [插入选择的仲裁机构] 的行政费用 [也可约定各方分别自行承担其相关成本和费用]。

[C] 收购协议的其他组成部分

大陆法系国家一般已采用了英美人起草和制备并购协议的方式。因此，外国收购方应该对收购协议文件关键要素的详细情况比较熟悉，包括约定以下内容的条款^[7]：

1. 对目标或资产、排除在外的资产以及承担的债务和排除在外的债务的描述。
2. 收购价格及其调整、净权益 / 流动资金担保、对会计原则和估值方法（资产评

[7] 参见上文 § 3.04。

该外国公司是受控制的外国公司。

例 9

外国公司 X 完全收购了美国公司 Y。Y 完全拥有外国公司 Z。尽管所有的 Z 间接归 X 所有（外国公司 X 拥有外国公司 Z），因而 Z 最终的所有权是完全属于外国的，但是因为 Y 是一个美国公司（尽管归外国公司 X 所有），所以 Z 是一个受控制的外国公司。

为此，美国公司和美国合伙的外国所有者会受到美国反延期规定的明显影响，因为美国公司或美国合伙的子公司的境外收入在美国仍是可征税的。

事实上，间接所有权和推定所有权在确定 10% 和超过 50% 的门槛时已经被考虑在内。收购期权相当于推定所有。因此，收购外国公司 51% 股份期权的美国公司推定为拥有该外国公司，该外国公司就是一个受控制的外国公司。然而，在确定股东在 F 部分收入的股份比例时，不考虑推定所有权。

[2] 外国个人控股公司收入

F 部分收入包括从受控制的外国公司所得的外国个人控股公司收入（FPHCI）（红利、利息、相当于利息的收入、租金和使用费，以及年金）。但是，当受控制的外国公司从一个关联方公司得到收入，该关联方公司是根据与受控制的外国公司同一国的法律成立的，并将其资产的主要部分用于其设立国家的贸易或商业时，红利或股权收入可能可以从外国私人控股公司收入中排除。

针对 FPHCI 更为慷慨的例外是根据暂时性规定第 954 条 (c) (6) 的“穿透”规则（“look-through” rules）^[26] 适用于自 2010 年 1 月前开始的税收年度。对于相关的“受控制的外国公司”的穿透规则认为，从“受控制的外国公司”得到或产生的红利、利息、租金和特许权使用费不是“外国个人控股公司收入”，但条件是其可以划归为相关的“受控制的外国公司”的 F 部分收入（实际相关收入）。

例 10

美国公司 A 拥有一个位于卢森堡的外国公司 B。外国公司 B 拥有位于德国的外国公司 C。公司 B 和公司 C 都是外国公司并且都位于外国，由于最终是美国所

[26] “穿透”规则曾经被延期过一次，将来可能进一步扩大或者作为永久性规定。

有，因此被认为是受控制的外国公司。C 在 2008 年的收入是 100 万欧元，是主动制造（非 F 部分）收入。C 支付给 B 金额为 50 万欧元的红利。在穿透规则之下，红利作为受控制的外国公司 B 的收入并不构成 F 部分收入。

如果不适用相同国家红利的例外或穿透规则的例外，一家受控制的外国公司向另一家相关联的受控制的外国公司支付的红利、利息、租金和使用费就属于外国个人控股公司收入。

[3] 总部在外国的公司销售收入

[a] 动产销售

受控制的外国公司销售动产（非不动产的任何有形资产）获得的总部在外国的公司销售收入（foreign base company sales income, FBCSI）被认为是 F 部分收入。许多国家有对例如外国个人控股公司收入的被动收入部分征税的全球税收系统，但是美国是特殊的对离岸动产销售征税的国家。

总部在外国的公司销售收入是通过从关联方购买动产并出售给其他人、代表关联方销售动产、从他人处购得动产并将其出售给关联方或者代表关联方从其他人处购买动产获得的收入。而动产的地点有以下要求：

1. 购买的动产（或者为了关联方销售的动产、出售的动产）是在该受控制的外国公司设立或成立所依据的法律所在国之外制造、生产、生长或提取的；以及
2. 动产为了在该外国之外使用、消费或者处置而出售的，或者在代表关联方购买时，是为了在该外国之外使用、消费或者处置而购买的。

这里的“关联方”指的是控制受控制的外国公司或为其所控制的个人、公司、合伙、信托或遗产，或者是与受控制的外国公司受同样人控制的个人、公司、合伙、信托或遗产管理机构。

基于这些定义，如果购买和销售不是代表关联方，那么受控制的外国公司从非关联方购买并销售给非关联方的动产销售收入并不是总部在外国的公司销售收入。另外，总部在外国的公司销售收入并不包括为了在该受控制的外国公司的设立或成立的国家使用、消费或者处置而购买或销售动产所产生的收入。

“中心”指依 ICSID 公约建立的国际投资争端解决中心 (ICSID)。

“申请人”指与对方产生投资纠纷的一方的投资者。

“所涉投资”指一方境内的对方投资者的投资，至本协定生效时已存在，或本协定生效后设立、取得或扩大的投资。

“争议双方”指申请人及被申请人。

“争议一方”指申请人或被申请人。

“企业”指任何依现行法律构建的实体，不论是否以营利为目的，也不论其为私人或政府拥有或控制。包括：公司、托拉斯组织、合伙企业、独资企业、合资企业、协会或类似组织以及企业的分支机构。

“一方之企业”指依一方法律构建的企业，及其境内从事商业活动的分支机构。

“已存在”指本协定生效之日时已存在。

“可自由使用的货币”指国际货币基金组织依其协定所规定的“可自由使用的货币”。

“GATS”指世界贸易组织协定之附件 1B 中包含的《服务贸易总协定》。

“政府采购”指一国政府出于政府目的而非以商业销售或转售或用于该等销售或转售的货物的生产或服务的供应为目的，而获得某项货物或服务的使用，或取得该等货物或服务，或其任意结合形式。

“ICSID 附加便利规则”指《管辖国际投资争端解决中心秘书处程序管理附加便利规则》。

“ICSID 公约”指 1965 年 3 月 18 日于华盛顿通过的《解决国家与他国国民之间投资争端公约》。

【“美洲国家公约”指 1975 年 1 月 30 日于巴拿马通过的《美洲国家国际商事仲裁公约》】。

“投资”指投资者直接或间接所有或控制的每一项具有投资性质的财产，包括：资金及其他资源的承诺、预期盈利或风险承担。投资可采取如下形式：

- (a) 企业；
- (b) 股票、证券及其他形式的企业参股；
- (c) 公债、债券、其他债务票据及借贷^[1]；

[1] 有些形式的债更具投资特点，如债券、信用债券及长期票据；而其他形式的债则较少具有该特点，如货物或服务销售后需立即支付的付款请求。

(d) 期货、期权及其他衍生产品；

(e) 总承包合同、承建、管理、生产、特许、收益共享合同及其他类似合同；

(f) 知识产权；

(g) 特许、授权、许可及依国内法享有的类似权利^{[2][3]}；以及

(h) 其他有形或无形财产、动产或不动产及相关财产权，如租赁、抵押、留置及质押。

“投资协议”指一方的国家权力机关^[4]与另一方所涉投资或投资者之间的，所涉投资或其投资者赖以设立或取得所涉及的投资的书面协议^[5]，而非授权所涉投资或投资者之协议本身。内容包括：

- (a) 有关一国权力机关控制的自然资源的勘探、提取、精炼、运输、分销或销售等；
- (b) 代表该方向大众提供服务，如发电或分配、水处理或分配或电讯；或者
- (c) 基础设施项目建设，如非专为或主要为政府使用及利益而施行的公路、桥梁、运河、水坝或管道的建设。

“投资授权书”^[6]指一方的外国投资权威部门给予另一方所涉投资或投资者的投资授权。

“非协定方投资者”指与协定一方有关的投资者，于该方境内意图、正实施或已实施投资，而该投资者非为协定任一方之投资者。

“一方之投资者”指于协定另一方境内意图、正实施或已实施投资的协定一方或其国有企业或一方之国民或企业。具有双重国籍的自然人以其主要国籍及实际国籍为准。

[2] 某一类型的特许、授权、许可或类似证书（包括具该等文件性质的合约）是否具有投资性质，取决于证书持有者所享有的权利依其所在一方法律而具有的性质和范围。不具投资性质的特许、授权、许可或类似证书，不创设国内法保护的权力。为进一步明确起见，前述内容对涉及该等特许、授权、许可或类似证书的财产是否具有投资性质不做规限。

[3] “投资”一词不包括根据司法或行政程序所下达命令或判决之所得。

[4] 本定义中，“国家权力机关”是指：(a) 在美国指中央级政府的权力机构；(b) 在（国家名称）指 []。

[5] “书面协议”指依第 30 条（管辖法律）第 2 款规定的法律，双方签署的创设双方间对等权利义务的一份或多份协议，该等协议对双方均具约束力。为进一步明确起见：(a) 行政或司法当局下达的单方命令，如一方仅依其管理职能颁发的许可、特许或授权，或独立的法令、命令或判决；以及 (b) 行政或司法同意令或命令，均不应理解为书面协议。

[6] 为进一步明确起见，一方采取的出于一般目的的执法行为不包含在本定义中，如竞争法。

归类并不仅仅取决于双方如何称呼他们之间的关系，而是取决于公司对个人提供服务情况控制程度的具体事实和情形。个人拥有越多的自主权，越容易被认为是独立承包人。上述应予考虑的具体事实和情形还包括以下因素：(1) 个人因提供服务而产生的花费是否由公司补偿；(2) 必要的工具和材料供给是由个人还是由公司负责提供；(3) 个体和公司之间书面合同的形式；以及(4) 个人为公司提供的服务是否是公司业务的关键。不能通过上述因素中的单独一个因素确定个人是雇员还是独立承包人。

如果个人被归类为独立承包人，个人必须完成美国国家税务局（“美国国税局”）W-9表（要求纳税人身份号码和证书）。美国国税局要求公司在其档案中将W-9表保留4年以备今后查明任何有关归类的问题。

支付报酬给提供服务的独立承包人时，公司没有代扣代缴所得税的义务，除非该个人是非居民外国人。当一个公司因非雇员为公司提供服务而在年度内支付600美元以上的报酬时，公司必须在做出支付的次年1月31日前完成并提供给该独立承包人美国国税局1099-MISC表（其他收入），并在2月28日以前（如果使用网上申报，则在3月31日以前）向美国国税局提供一份副本。对非居民外国人的付款则需要用美国国税局1042-S表（《外国人源于美国收入需代扣代缴税务表》）来进行申报，并且可能需要代扣代缴一些税收。

当一个人被归类为雇员时，雇主必须从雇员工资中代扣代缴联邦所得税，联邦所得税的数额取决于雇员在IRS表格W-4表（《代扣代缴雇员所得证书》）中所报的代扣代缴所得数额。雇主应该为每一个雇员归档一份W-4表格。

除了美国联邦所得税，雇主必须从雇员的工资中代扣代缴社会保险税和医疗保险税（Medicare）：社会保险税率为每一个雇员全部工资的6.2%，但是不超过106,800美元（2010年数据；这个数据每年都会改变），医疗保险税率为1.45%。另外，雇主自己还需为雇员支付相当于雇员工资6.2%（每位雇员社会保险税率合计为12.4%）、总额不超过106,000美元的社会保险税，以及另外为雇员支付1.45%（每位雇员医疗保险税率合计为2.9%）的医疗保险税。雇主自己还必须缴纳联邦失业税（FUTA），2010年税率为支付雇员工资（全年以7,000美元为限）的6.2%。

所有与雇用相关的由雇主代扣代缴或者由雇主自己缴付的联邦税收都必须由雇主每个月（或每半个月）通过电子联邦税支付系统支付。雇主必须在支付之后的次年1月31日之前向每个雇员提供一份美国国税局表格W-2表（工资和税单），并且在支付之后的次年2月28日前把每一个雇员的W-2表副本寄到美国社会保障局（U.S. Social Security Administration）（如果使用网上申报，则在3月31日以前）。各州也有规定相异的与雇用相关的税收。

被错误地归类为独立承包人的个人，他本来可能有权享受更多的雇员福利、更高的工资，以及劳工报酬与失业补偿法律的保护。此外，雇员一般受到联邦和州的反歧视法律更大的保护。结果就是，有关独立承包人的安排大幅降低了公司税，但是同时也降低了如作为雇员其所能享有的福利和保护。

[3] 政府合同和出口管制问题

政府合同承包商比私营机构的雇主承担更多的与雇用相关的义务。《服务合同法》（*Service Contract Act*）^[13]和《戴维斯·培根法案》（*Davis Bacon Act*）^[14]以及其他法律和行政命令对联邦合同承包商在工资、福利、弱势群体保护方面赋予了明确要求。此外，如本书第18章所讨论的并在上述假想案例中所强调的，当美国工厂（特别是国防合同承包商工厂）引入外国人时，必须考虑到技术转让和出口管制问题。心怀不满的雇员更可能举报他们察觉到的雇主违反联邦法律对契约要求的行为，而被辞退的雇员更有可能心怀不满。

[4] 移民问题

心怀不满的雇员所引发的困境使得“让雇员高兴”（keep workers happy）这一重要雇用原则显得越发重要。他们可能会指控公司的一切不当行为，包括未遵守移民法。正如本书第16章中讨论的那样，雇主必须确定已经取得每一个雇员可以在美国合法工作的证明，否则将受到严重处罚。因此，公司在考虑收购时就应该对目标公司是否遵守美国移民法进行审查。

[5] 联邦法律的修订

还有许多其他联邦法律处在不断修订和解释中，这些法律会影响雇主和雇员的关系。2008年1月至2009年3月，禁止基于遗传信息进行歧视的新法律被通过^[15]，有关残疾歧视和支付同等报酬的既有法律被修订和扩充^[16]，有关家庭休假和病假的法规被制定^[17]。可以预见，奥巴马政府会制定其他法律法规，并增强对劳动和雇用法律的执行力

[13] 41 U.S.C. § 351, et seq.

[14] 40 U.S.C. § 3141, et seq.

[15] 《2008年反基因歧视法》（Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008），Pub.L.No.110-233（2008）。

[16] 《美国残疾人法案修正案》（Americans with Disabilities Act Amendments Act），Pub.L.No.110-325（2008）；《莉莉·列得贝塔同工同酬法案》（Lilly Ledbetter Fair Pay Act），Pub.L.No.111-2（2009）。

[17] 参见73 Fed. Reg. 67933（2008年11月17日）（修改29 C.F.R. Part 825）。

2. 计划进行的交易是否会导致卖方在多雇主计划项下应承担的全部缴费义务的终止，或者卖方是否会代表其员工的一部分继续承担缴费义务？
3. 收购方是否会由于交易而需要代表员工承担在多雇主计划项下的缴费义务？如果是，《雇员退休收入保障法》4204条款中的例外是否适用？
4. 卖方是否已就计划进行的交易通知多雇主计划？多雇主计划是否会对由于交易导致的撤出责任进行评估？
5. 卖方是否收到来自多雇主计划的撤出责任支付的要求？如果不是，由于交易而产生的撤出责任金额预计为多少？
6. 卖方是否是某个可能对另一个实体承担撤出责任的控股集团公司的成员？
7. 多雇主计划是否已通知卖方该计划正处于“濒危”或“危急”的资金状况中？多雇主计划是否已制定资金状况改善计划或恢复计划？
8. 如果卖方对撤出责任的付款应承担全部责任，但是收购方在交易后将开始向多雇主计划缴费，该计划条款是否允许一段时间的“免责犹豫期”？

C. 福利计划的审查

1. 计划文件是否符合现行法律？是否对计划做了所有要求的修订？
2. 是否为所有员工提供相同的福利选择，或者是否为不同类别的员工提供不同的福利选择？
3. 是否所有的福利都有保险，还是所有计划都以自有资金支持？
4. 员工是否分担任何福利计划的成本？如果是，其分担是税前还是税后？
5. 这些计划是否存在未被修正的运营上的问题？如果是，这些问题是否可能危害福利的税收优惠或导致对计划出资人不利的罚款？运营上的问题包括但不限于下列事项：
 - (a) 未能向符合标准的员工提供福利；
 - (b) 非歧视测试；
 - (c) 雇主未能及时将参加人的缴费转移给计划或保险人；
 - (d) 未能按要求向参加人和受益人发出通知；以及
 - (e) 未能遵守计划规则。
6. 雇主是否向一个或多个自有的免税信托出资来为员工提供医疗福利？如果是，是否已对过去3年的精算报告进行了审查，以确定资产是否足以支付截止到交易日应

承担的责任？

7. 雇主是否购买了止损险，如果是，止损险项下的赔偿是否已到期？
8. 如果计划覆盖了超过100名参加人，是否对过去3年的独立审计师报告进行了审查？
9. 是否向退休人员提供退休后医疗福利？如果是，是否已对过去3年的FAS 106报告进行了审查，以确定提供这些福利的预计成本？
10. 是否已向退休人员承诺为其提供终身退休后医疗福利，或者退休后医疗福利是否可终止？如果未承诺提供终身福利，那么退休后医疗福利是否会继续？如果是，谁将承担提供这些福利的财务义务？
11. 雇主是自行履行《统一综合预算调整法》项下义务（COBRA义务）还是将COBRA告知义务外包？谁将承担对由于交易而终止或失去保障的被影响员工的告知义务？
12. 雇主或保险公司是否签发了肯定医疗承保函（certificate of creditable coverage）？是否需要向由于交易受到影响的员工签发肯定医疗承保函？
13. 是否存在对雇主、计划管理员或与福利计划或其项下提供的福利相关的保险人提起的、未决的、宣称的索赔或诉讼？
14. IRS或DOL是否已对福利计划发出了审计通知或已进行了审计？若已进行了审计，结果如何？

D. 股权薪酬

1. 卖方是否根据《美国税法典》第422条的全部要求授予卖方员工激励股票期权（ISO）？这些ISO的行权价格是否至少为授权日期股票的公平市场价值？
2. 授予卖方员工的非法定股票期权（NSOs）是否由于行权价格低于授权日期的公平市场价值，或由于期权在行权日或处置日前具有补偿延期而非收入认可延期的性质，从而应受《美国税法典》第409A条的约束？如果是，这些期权是否符合第409A条的要求？
3. 个人雇用合同中的条款是否优先于股权计划中的规定？
4. 计划进行的交易是否会构成期权计划或协议条款下的“控制权变化”？如果是，在控制权变化时是否所有未授权的股票期权都会被授权？或者在控制权变化发生时是否部分或所有未授权的股票期权将丧失？交易是否会导致已授予股票期权的加速行权？
5. 股票期权计划或协议是否包含在控制权变化时控制期权人的股份处置的条款？