



融贯中西  
务实创新



2010年第7期(总第41期)

汉坤研究室

## ■ 专论

- 1、商务部出台实施经营者集中资产或业务剥离新规

## ■ 新法评述

- 1、《关于境内机构对外担保管理问题的通知》简述
- 2、《含“中国”及首字为“国”字商标的审查审理标准》简述
- 3、《企业重组业务企业所得税管理办法》简述
- 4、深圳市《关于促进股权投资基金业发展的若干规定》简述

## 商务部出台实施经营者集中资产或业务剥离新规（作者：韩露璐）

商务部于2010年7月9日公布了《关于实施经营者集中资产或业务剥离的暂行规定》（“《暂行规定》”），就我国反垄断审查中资产或业务剥离的相关程序作出明确规定。

根据《反垄断》及《经营者集中审查办法》，商务部经营者集中做出不予禁止的决定时，可以决定附加减少集中对竞争产生不利影响的限制性条件，包括剥离参与集中的经营者的部分资产或业务等结构性条件。此次公布的《暂行规定》对经营者集中附加资产或业务剥离限制性条件决定的实施进行了更细化的规定。其他限制性条件的实施也可参照适用《暂行规定》。

### （1）剥离的两种方式——自行剥离和受托剥离

自行剥离是指剥离义务人（负有资产或业务剥离义务的参与集中的经营者）在审查决定规定的期限内，找到适当的买方并签订出售协议及其他相关协议进行剥离。

受托剥离是指如果剥离义务人未能如期完成自行剥离，由剥离受托人按照审查决定规定的期限和方式找到适当的买方，并达成出售协议及其他相关协议。《暂行规定》对剥离受托人的资质、职责等做出了明确规定。

### （2）监督受托人与剥离受托人

监督受托人与剥离受托人均由剥离义务人委托，向商务部负责并报告工作。剥离义务人应为监督受托人和剥离受托人履行职责提供必要的支持和便利。非经商务部同意，剥离义务人不得对监督受托人或剥离受托人发出指示。未经商务部同意，监督受托人和剥离受托人不得向剥离义务人披露其履行职责过程中的信息；监督受托人和剥离受托人应当向商务部定期报告其履行职责的进展情况，并保守在履行职责过程中获悉的商业秘密和其他保密信息。

#### ① 监督受托人

##### 1) 概念

监督受托人是指受剥离义务人委托，负责对业务剥离进行全程监督的自然人、法人或其他组织。

##### 2) 条件

监督受托人必须是具有从事受托业务的必要资源和能力的自然人、法人或其他组织，并且应独立于参与集中的经营者和剥离业务的买方，与其不存在实质性利害关系。

##### 3) 监督受托人的指定

剥离义务人应当在商务部做出审查决定之日起15日内向商务部提交监督受托人人选。剥离义务人应当与监督受托人签订书面委托协议，明确双方的职责和义务。

##### 4) 监督受托人的职责

监督受托人应当在自委托协议生效之日起，至业务剥离完成之日止的期间内，在商务部监督下，

本着勤勉、尽职的原则，独立于剥离义务人履行下列职责：〈1〉监督剥离义务人确保剥离业务的价值义务，并定期向商务部提交监督报告；〈2〉对剥离义务人推荐的买方人选、拟签订的出售协议及其他相关协议等进行评估，并向商务部提交评估报告；〈3〉监督出售协议及其他相关协议的执行，并定期向商务部提交监督报告；〈4〉负责协调剥离义务人与潜在买方就剥离事项产生的争议，并向商务部报告；〈5〉应商务部要求提交其他与业务剥离有关的报告。

## ② 剥离受托人

### 1) 概念

剥离受托人是指在受托剥离阶段，受剥离义务人委托，负责找到适当的买方并达成出售协议及其他相关协议的自然人、法人或其他组织。

### 2) 条件

剥离受托人必须是具有从事受托业务的必要资源和能力的自然人、法人或其他组织，并且应独立于参与集中的经营者和剥离业务的买方，与其不存在实质性利害关系。

### 3) 剥离受托人的指定

剥离义务人在进入受托剥离阶段 30 日前向商务部提交剥离受托人人选。剥离义务人应当与监督受托人签订书面委托协议，明确双方的职责和义务。剥离义务人在委托协议中应当给予剥离受托人独立处理剥离业务的书面授权

### 4) 剥离受托人的职责

剥离受托人应当在自委托协议生效之日起，至受托剥离阶段结束之日止的期间内，在商务部监督下，按照审查决定规定的期限和方式，找到适当的买方并达成出售协议和其他相关协议。

## (3) 剥离业务的买方的条件

剥离业务的买方应当符合下列要求：①独立于参与集中的经营者，与其不存在实质性利害关系；②拥有必要的资源、能力并有意愿维护和发展被剥离业务；③购买剥离业务不会产生排除、限制竞争的问题；④如果购买剥离业务需要其他有关部门的批准，买方应当具备取得其他监管机构批准的必要条件。

## (4) 协议的禁止性条款

剥离义务人与买方之间签署的任何协议，包括剥离业务出售协议、过渡期协议等，不得含有与审查决定相违背的条款。

## (5) 剥离的时限

除非经商务部另行批准，剥离义务人应当在出售协议及其他相关协议签订之日起 3 个月内将剥离业务转移给买方，并完成所有权转移等相关法律程序。

## (6) 剥离义务人的义务

在剥离完成之前，剥离义务人应当履行下列义务，以确保剥离业务的价值：①保持剥离业务

与其他业务之间相互独立，并以最符合剥离业务利益的方式进行管理；②不得实施任何可能对剥离业务有不利影响的行为，包括聘用被剥离业务的员工，获得剥离业务的商业秘密和其他保密信息等；③指定专门的管理人，负责管理剥离业务并履行第 1、2 项规定的义务。管理人在监督受托人的监督下履行职责，其任命和更换应得到监督受托人的同意；④确保潜在买方能够以公平合理的方式获得有关剥离业务的充分信息，使得潜在买方能够评估剥离业务的价值、范围和商业潜力；⑤根据买方的要求向其提供必要的支持和帮助，确保剥离业务的顺利交接和稳定经营；⑥向买方及时移交剥离业务并履行相关法律程序。

#### （7） 商务部门对于剥离的监督

商务部对剥离义务人提交的监督受托人、剥离受托人、剥离业务买方人选、委托协议和拟签订的剥离业务出售协议及相关协议等进行评估，以确保其符合审查决定的要求。

商务部应当对监督受托人和剥离受托人履行职责的情况进行监督和评估。

### 1、《关于境内机构对外担保管理问题的通知》简述（作者：蔡娜）

2010年7月30日，国家外汇管理局发布了《关于境内机构对外担保管理问题的通知》（以下简称《通知》）。《通知》自发布之日起实施。该《通知》是国家外汇管理局在境外投资企业对境内信用支持的需求不断增加的背景下推出的，旨在进一步促进贸易投资便利化，为境内企业向境外投资企业提供担保给予更多政策上的支持。

#### （1）适用范围

《通知》所称对外担保，是指境内机构（担保人）根据相关规定以保证、抵押或者质押等形式，向境外机构（担保受益人）承诺，当债务人（境内外机构）未按照合同约定履行义务时，由担保人履行义务或者由受益人依照《中华人民共和国担保法》、《中华人民共和国物权法》的规定，将抵押物、质物折价拍卖、变卖的价款优先受偿的行为。境内机构对外提供担保，如被担保人为境外机构、而担保受益人为境内机构，视同对外担保管理，适用本通知规定。

#### （2）主要内容及变化

《通知》的主要内容包括：

##### ① 放宽被担保人的资格条件，扩大对外担保业务范围。

银行提供融资性对外担保，被担保人可以不受与境内机构的股权关系、净资产比例和盈利状况等限制。非银行金融机构提供对外担保，被担保人应当是在境内依法注册的法人机构或者境内机构按照规定境外投资程序在境外设立、持股或间接持股的企业。企业提供对外担保时，被担保人从境内企业的境内外一级子公司扩大为担保人按照规定程序在境内外设立、持股或间接持股的企业。另外，《通知》取消了当被担保人为境内、外合资企业时，只能按出资比例提供担保的相关要求。

##### ② 放宽担保人财务指标限制，降低被担保人的盈利要求。

企业提供对外担保时，其净资产与总资产的比例由过去的贸易型、非贸易型企业等两个标准统一为不低于15%；被担保人的净资产数额应为正值，盈利要求由过去的不得亏损调整为过去3年中至少有1年实现盈利（资源开发类等长期项目可放宽长至过去5年中至少1年盈利）。

##### ③ 调整对外担保余额指标的管理范畴和核定方法。

银行为境内、外机构提供融资性对外担保一并纳入余额指标管理。从现在的为境外机构提供融资性担保，扩大到为境内、外机构提供融资性担保。也就是说，银行为境内机构提供的融资性对外担保不再需要逐笔申请核准；非银行金融机构和企业的融资性和非融资性对外担保业务，经批准可实行余额管理。银行对外担保余额指标原则上不得超过该机构本外币合并的实收资本或营运资金的50%，或者其外汇净资产数额；非银行金融机构参照银行办理；企业对外担保余额指标或（和）外

汇局逐笔核准的对外担保余额不得超过其净资产的 50%。

④ 明确银行非融资性担保的管理方式。

银行在提供非融资性对外担保时，不受被担保人净资产比例和盈利状况的限制，不需事前核准，但被担保人或被受益人至少有一方应为境内机构或由境内机构持股或间接持股的境外机构。

⑤ 取消银行对外担保履约核准，明确其他主体对外担保履约程序。

《通知》明确取消对银行对外担保履约的事前核准手续，规定银行对外担保履约，可以依法自行办理；非银行金融机构和企业对外担保履约，须向所在地外汇局申请逐笔核准，其办理对外担保履约时可以购汇。《通知》还明确规定外商独资企业应参照一般企业的管理原则办理对外担保逐笔核准、逐笔登记等相关手续。

(3) 小结

《通知》简化了对外担保管理程序，明确了相关管理要求，有利于更好地促进境内机构“走出去”，有助于境外投资企业更好地获取境内信用支持，有助于提高境内金融机构风险管理水平。《通知》健全了对外担保相关的风险防范机制，优化了对外担保定期备案相关报表，有助于完善统计监测和风险预警，有助于完善国际收支风险调控机制。

## 2、《含“中国”及首字为“国”字商标的审查审理标准》简述（作者：刘家欣）

为了规范含“中国”及首字为“国”字商标的申请和审查，防止这些有特定含义的词在商标中的滥用，国家工商行政管理总局在 2010 年 7 月 28 日颁布了《含“中国”及首字为“国”字商标的审查审理标准》，具体内容如下：

(1) 含“中国”字样商标的审查审理标准

对含有与我国国家名称相同或者近似文字的商标申请，申请人及申请商标同时具备以下四个条件的，可予以初步审定：

① 申请人主体资格应当是经国务院或其授权的机关批准设立的。申请人名称应经名称登记管理机关依法登记；

② 申请商标与申请人企业名称或者该名称简称一致，简称是经国务院或其授权的机关批准；

③ 申请商标与申请人主体之间具有紧密对应关系；

④ 申请商标指定使用的商品或服务范围应与核定的经营范围相一致。

(2) 首字为“国”字商标的审查审理标准

首字为“国”字商标的审查审理按下述标准作出决定：

① 对“国+商标指定商品名称”作为商标申请，或者商标中含有“国+商标指定商品名称”的，以其“构成夸大宣传并带有欺骗性”、“缺乏显著特征”和“具有不良影响”为由，予以驳回；

② 对带“国”字头但不是“国+商标指定商品名称”组合的申请商标，应当区别对待。对使

用在指定商品上直接表示了商品质量特点或者具有欺骗性，甚至有损公平竞争的市场秩序，或者容易产生政治上不良影响的，应予驳回。

对于含“中国”及首字为“国”字商标的审查审理从严审查。在商标注册申请程序过程中，商标申请人可以提交相关证明材料。

### 3、《企业重组业务企业所得税管理办法》简述（作者：陈晓兰）

国家税务总局于 2010 年 7 月 26 日颁布《企业重组业务企业所得税管理办法》（“办法”）。该办法自 2010 年 1 月 1 日起生效。2009 年 4 月，财政部、国家税务总局曾发布《关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》（财税[2009]59 号）（“59 号文”）。此次新颁的办法对 59 号文中不明确的规定加以解释，并提供更多操作细节的规定。

#### （1）明确了 59 号文中的疑义之处

关于股权支付，59 号文的第二条规定，在企业重组中可以本企业或其控股企业的股权、股份收购、换取另一家企业的资产。然而 59 号文并没有对控股的标准作定义。此次办法明确控股企业是指由收购企业直接持有股份的企业。

59 号文将资产收购定义为一家企业收购另一家企业实质经营性资产的交易。办法指出实质性资产是指企业用于从事生产经营活动、与产生经营收入直接相关的资产，包括经营所用各类资产、企业拥有的商业信息和技术、经营活动产生的应收款项、投资资产等。

59 号文中多次提及重组日这一概念，但未对其定义。新出台的办法分别对不同重组情形下的重组日提供了定义。在债务重组时，重组日是债务重组合同或协议生效日；在股权收购和资产收购中，转让协议生效且完成股权变更手续日或资产实际交割日为重组日；在企业分立及合并的情况下，以分立或合并企业取得被分立或合并企业资产所有权并完成工商登记变更日期为重组日。

59 号文还规定企业合并，企业股东在该企业合并发生时取得的股权支付金额不低于其交易支付总额的 85%，以及同一控制下且不需要支付对价的企业合并，可以选择特殊性税务处理，暂不确认所得或损失。办法对此条规定中的同一控制一词提供了更为清晰的规定，即参与合并的企业在合并前后均受同一方或相同的多方最终控制，且该控制并非暂时性的。能够对参与合并的企业在合并前后均实施最终控制权的相同多方，是指根据合同或协议的约定，对参与合并企业的财务和经营政策拥有决定控制权的投资者群体。并且办法还要求在企业合并前，参与合并各方受最终控制方的控制在 12 个月以上，企业合并后所形成的主体在最终控制方的控制时间也应达到连续 12 个月。

59 号文中的另一大疑问之处就是关于合理的商业目的。何为合理的商业目的，如何判定合理的商业目的，这些都是 59 号文给纳税人留下的疑惑。虽然此次颁布的办法也未能就合理的商业目的提出定义，但规定纳税人在备案或提交确认申请时，应从以下方面说明企业重组具有合理的商业目的：

① 重组活动的交易方式。即重组活动采取的具体形式、交易背景、交易时间、在交易之前和之后的运作方式和有关的商业常规；

② 该项交易的形式及实质。即形式上交易所产生的法律权利和责任，也是该项交易的法律后果。另外，交易实际上或商业上产生的最终结果；

③ 重组活动给交易各方税务状况带来的可能变化；

④ 重组各方从交易中获得的财务状况变化；

⑤ 重组活动是否给交易各方带来了在市场原则下不会产生的异常经济利益或潜在义务；

⑥ 非居民企业参与重组活动的情况。

59号文中规定企业重组中取得股权支付的原主要股东，在重组后连续12个月内，不得转让所取得的股权。办法则进一步明确原主要股东是指原持有转让企业或被收购企业20%以上股权的股东。

## （2）操作和适用上的新增规定

办法对于各类重组业务，包括一般重组中的合并及分立重组，特殊重组中的债务重组、股权收购、资产收购的申报和资料准备做了规定。如果所需递交税务机关的材料中涉及需资产评估机构出具的文件的，应由具有合法资质的中国资产评估机构出具。

重组主导方是此次办法提出的新概念。办法规定，企业重组业务，如企业重组各方需要税务机关确认，可以选择由重组主导方向主管税务机关提出申请，层报省税务机关给予确认。企业重组主导方，按以下原则确定：

① 债务重组为债务人；

② 股权或资产收购中为股权或资产转让方；

③ 吸收合并为合并后拟存续的企业，新设合并为合并前资产较大的企业；

④ 分立为被分立的企业或存续企业。

根据59号文，对于特殊重组，企业在重组后的连续12个月内不得改变重组资产原来的实质性经营活动。取得股权支付的原主要股东在重组后连续12个月内，亦不得转让所取得的股权。办法则进一步要求选择特殊性税务处理的当事各方在完成重组业务后的下一年度的企业所得税年度申报时，须向主管税务机关提交相关说明，以证明企业在重组后的连续12个月内仍然符合特殊重组的条件。

## （3）办法尚有诸多不明确之处

办法虽然规定了纳税人需要提供的证明合理商业目的的材料，但还是没有对合理商业目的提供定义或解释。这对纳税人适用企业重组特殊企业所得税待遇仍然有潜在的风险与不确定因素。

对于控股企业的定义，虽然办法明确控股企业指由收购企业直接持有股份的企业，但却未规定详细的界定标准。例如，是以收购企业在该公司中的持股比例，或对管理的实际影响力，或多种因素结合考虑来判断收购企业是否为控股股东。



对于跨境重组，办法也仅仅提出了有关申请资料的规定。从税务角度来说，59号文和办法对于跨境重组的规定是比较严格的。这可能在实践中对跨境重组享受特殊性税务待遇造成障碍。

办法中未尽明确之事宜，有待税务机关日后解释及进一步规定。

#### 4、深圳市《关于促进股权投资基金业发展的若干规定》简述（作者：吴楷莹）

为加快股权投资基金业发展，巩固与提升深圳区域金融中心城市地位，深圳市政府于2010年6月30日审议并原则通过、深圳市金融办于2010年8月5日发布了《关于促进股权投资基金业发展的若干规定》（以下简称《规定》）。

##### （1）适用范围

《规定》适用于在深圳市注册的内资、外资、中外合资股权投资基金（产业投资基金和创业投资基金等）、股权投资基金管理企业、私募证券投资基金管理企业，并需满足以下条件：股权投资基金的注册资本（出资金额）应不低于人民币1亿元，出资方式限于货币形式，首期到位资金不低于5000万元，且股东或合伙人应当以自己的名义出资。股权投资基金管理企业，以股份有限公司形式设立的，注册资本不低于人民币1000万元；以有限责任公司形式设立的，实收资本不低于人民币500万元。私募证券投资基金管理企业注册资本1000万元人民币以上且管理资产在1亿元人民币以上。

##### （2）优惠政策

《规定》的优惠政策涉及落户奖励、工商便利、税收政策、住房补贴、人才引进和培训、项目对接、产业园区服务等诸多方面。其中，较为突出的优惠政策包括：

###### ① 奖励新设股权投资基金企业

对于新注册的股权投资基金，根据注册资本的不同规模，可享受不同等级的奖励，最高奖励达1500万元。《规定》规定自《规定》实施之日起至2011年12月31日止，新注册的股权投资基金企业享受以下政策：

以公司制形式设立的股权投资基金，根据其注册资本的规模，给予一次性落户奖励：注册资本达5亿元的，给予500万元；注册资本达15亿元的，给予1000万元；注册资本达30亿元的，给予1500万元。

以合伙制形式设立的股权投资基金，根据合伙企业当年实际募集资金的规模，给予合伙企业委托的股权投资基金管理企业一次性落户奖励：募集资金达到10亿元的，给予500万元；募集资金达到30亿元的，给予1000万元；募集资金达到50亿元的，给予1500万元。

###### ② 奖励本地投资和给予专项补贴和住房补贴

若股权投资基金投资深圳的企业或项目，还可根据其对深圳的经济贡献，按项目退出或获得收益后形成的地方财力的30%给予一次性奖励，但单笔每个项目奖励最高不超过300万元。

不过，规定也要求享受落户奖励的股权投资基金，5年内不得迁离深圳。此外，符合条件的基金企业依照不同情况，可在不同的时段内，按照营业收入或企业所得形成地方财力的100%或50%享有补贴。

《规定》给予的住房补贴具体包括：股权投资基金企业、股权投资基金管理企业因业务发展需要新购置本部自用办公用房，按购房房价给予不超过1.5%的一次性补贴，最高补贴金额为500万元，但是享受补贴的办公用房10年内不得对外租售。其企业本部新租赁自用办公用房的，连续3年给予租房补贴，每年按房屋租金市场指导价的30%给予补贴，补贴总额不超过100万元。

### ③ 明确税收政策

《规定》还明确了股权投资基金企业的税收政策。合伙制股权投资基金和合伙制股权投资基金管理企业不作为所得税纳税主体，采取“先分后税”方式，由合伙人分别缴纳个人所得税或企业所得税，执行有限合伙企业合伙事务的自然人普通合伙人，按照“个体工商户的生产经营所得”项目，适用5%—35%的超额累进税率计征个人所得税。不执行有限合伙企业合伙事务的自然人有限合伙人，其从有限合伙企业取得的股权投资收益，按照“利息、股息、红利所得”项目，按20%的比例税率计征个人所得税等。另外，股权投资基金企业、股权投资基金管理企业采取股权投资方式投资于未上市中小高新技术企业2年以上（含2年），凡符合《国家税务总局关于实施创业投资企业所得税优惠问题的通知》（国税发【2009】87号）规定条件的，可按其对中小高新技术企业投资额的70%抵扣创业投资企业的应纳税所得额。

最后，《规定》还要求市有关部门对股权投资基金企业、股权投资基金管理企业以及私募证券投资基金管理企业给予工商注册登记的便利，并允许股权投资基金企业、股权投资基金管理企业在企业名称中使用“基金”或“投资基金”等字样。

## 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤专递》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所的下列人员联系：

### 联络我们

#### 北京总部

电话：+86-10-8525 5500

地址：北京市东长安街1号东方广场办公楼  
C1座9层903-908室

邮编：100738

#### 金文玉 律师：

电话：+86-10-8525 5557

Email: [wenyu.jin@hankunlaw.com](mailto:wenyu.jin@hankunlaw.com)

#### 上海分所

电话：+86-21-6080 0909

地址：中国上海市静安区南京西路1266号恒  
隆广场5709室

邮编：200040

#### 曹银石 律师：

电话：+86-21-6080 0980

Email: [yinshi.cao@hankunlaw.com](mailto:yinshi.cao@hankunlaw.com)

#### 深圳分所

电话：+86-755-26813854

地址：中国深圳市罗湖区深南东路5002号信  
兴广场地王大厦4715室

邮编：518008

#### 王哲 律师：

电话：+86-755-2681 3854

Email : [jason.wang@hankunlaw.com](mailto:jason.wang@hankunlaw.com)